

Title	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
Sub Title	Critical examination of legal positivism : conceptual analysis or inquiry into the nature of law
Author	佐々木, 誠矢(Sasaki, Seiya)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2025
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). No.144 (2025. 3) ,p.409- 450
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20250315-0409

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

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——

佐々木 誠 矢

- 一 はじめに
- 二 法実証主義における「法」の概念
 - (一) 議論の限定と精緻化
 - (二) 現代英米法実証主義の始祖——H・L・A・ハート
 - (三) 法概念は普遍的ではない——J・ラズ
 - (四) 法哲学理論の二つの根本問題——S・J・シャピロ
- 三 法実証主義の論点
 - (一) ヒュームの法則違反
 - (二) 「法」の過少包摂
 - (三) 概念的主張に関する問題
- 四 「法」概念との向き合い方
 - (一) 概念分析の検討
 - (二) 本質主義批判は有効か
 - (三) 分かれ道にて
- 五 おわりに——分析法理学が向かうべき先

一 はじめに

「法とはなにか」という問いは、われわれを惹きつけてやまない。本稿で扱う法実証主義¹⁾ (legal positivism; positivism) はこの問いの探究を目的と

1) 「法実証主義」と一口に言っても、さまざまな法実証主義の文脈が存在する。本稿で扱うのは現代英米法実証主義だけであるから、本稿でいう「法実証主義」は現代英米法実証主義のみを指すものとする。なお、ドイツ、フランス、イタリアなどの法実証主義の展開については、次の文献が参考になる。See, Torben Spaak & Patricia Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*

している。本稿は、法実証主義者が「法」概念を同定するときの仕方やその方法論的前提に焦点をしばって検討するものである。

本稿の目的は三つある。第一に、法実証主義者の法の概念に関する主張がどのように展開されたかを確認し、彼らの試みを法の必然的特徴 (essential features) を追求する伝統的な概念分析 (conceptual analysis) として理解すべきではないと主張することである。彼らの試みは、第四章で論じる穏当な概念分析として理解できるほか、近年活発な議論が展開されている法存在論 (legal ontology; ontology of law) の知見が援用できることを示したい。第二に、本稿が扱う諸批判に対する法実証主義者による応答がさまざまあり、彼らを十把一絡げに理解することが有益ではないことを提示する。第三に、日本では法実証主義の法理論が採用している方法論に対する批判的検討が少ないため、この状況に一石を投じたい。

三点目については、日本での法実証主義の議論状況を確認する必要がある。たとえば、H・L・A・ハートやJ・ラズを扱った文献²⁾は多く存在するし、2022年の日本法哲学会の大会テーマが「現代法実証主義」であったことも鑑みると、その盛況ぶりは明確だろう³⁾。ただ、ある特定の論者に関する議論の紹介⁴⁾こそあるが、ラズ以降の法実証主義の展開を扱うも

(Cambridge University Press, 2021), Part II. 現代英米法実証主義の詳細に関しては、第二章で紹介する。

- 2) ハートの法理論を扱った比較的最近の文献については、次のものを参照されたい。大屋雄裕「言語ゲームとしての法——法学におけるウィトゲンシュタイン」、荒畑靖宏・山田圭一・古田徹也(編)『これからのウィトゲンシュタイン——刷新と応用のための14篇——』(リベルタス出版、2016年)、234-245頁。近藤圭介「法体系の境界をめぐる(一)——H・L・A・ハートの法理論・再考——」法学論叢172巻2号(2012年)、38-62頁。また、ラズについては次の文献を参照されたい。服部久美恵「距離を置いた法的言明——法実証主義の理論拠点およびポスト言語論的転回の展望として」『法哲学年報2019』(2020年)、185-198頁。濱真一郎『法実証主義の現代的展開』(成文堂、2014年)、第1章。横濱竜也『遵法義務論』(弘文堂、2016年)、第2章および第3章。
- 3) 日本法哲学会(編)『現代法実証主義：法哲学年報2022』(有斐閣、2023年)。
- 4) たとえば、参照、見崎史拓「批判法学は乗り越えられたのか?——マシュー・クレイマーの分析法理学的批判を題材に——」岡山商大法学論叢30号(2022

のは少ないし、法実証主義の方法論への批判や検討となると、井上達夫による法実証主義批判⁵⁾や田中成明による論攷⁶⁾がわずかに存在する程度である。したがって、概観的であれ、ラズ以降の法実証主義の展開を扱っておくことには一定の意義があるだろう。

さらに言えば、ハート以降の法実証主義者は、自身の方法論（たとえば、概念分析）に対して反省的に向き合っている。その結果、単純に本質主義（essentialism）と批判するだけでは斥けられないほどに議論が複雑になっている。こうした議論状況を詳細に確認することで、「法」概念の扱い方に関する法実証主義の正確な現在地を特定できるだろう。

本稿の展開も示しておこう。第二章では、ハートやラズ、S・J・シャピロといった法実証主義者の議論を、とくに彼らの方法論的前提が窺える箇所に着目し紹介する⁷⁾。その後、第三章にて、法実証主義に広く向けられる有力な批判を扱うことで、法実証主義者が応答すべき問いが明確になる。続く第四章では、第三章で確認した批判のうち、概念分析と本質主義批判に焦点を当てる。本質主義批判は、法実証主義者が法概念の必然的特徴を同定する概念分析に従事していることを前提にしている。本稿の検討を踏まえればそうではないことが明確になるだろう。とはいえ、本質主義批判にも扱うべき論点があり、その論点に関しては法実証主義者も回答に窮することを示す。以上の検討を踏まえ、法実証主義は、概念分析に連なる主張を行なっているのではなく、昨今発展目覚ましい法存在論に属する理論として捉えられるべきことを主張する。第五章では、法実証主義を法存在論として扱うならば、法の認識的次元、あるいは法認識論（legal epistemology; epistemology of law）という分野も拓けるのではないか、という提案を行なう。

なお、本稿では法実証主義のうちでも代表的な論者であるハートやラズ、

年)、69-90頁。

5) 井上達夫『法という企て』（東京大学出版会、2003年）i-xii頁。

6) 田中成明『法の支配と実践理性の制度化』（有斐閣、2018年）、第2章。

7) 本稿の議論の射程は、ここで扱われる論者の議論に限定されるものではなく、同様の前提を採っている議論全般にわたると考えている。

シャピロに着目する。当然ではあるが、これだけでは法実証主義の理論的主張のすべてはカヴァーできない。それゆえ、この点で本稿が提示する議論の射程は制約されざるをえない。

二 法実証主義における「法」の概念

(一) 議論の限定と精緻化

1 議論の限定

法実証主義の法理論にはさまざまな議論があり、すべてを論じることは不可能であるから、論点を限定したい。法実証主義の代表的な三つの論点に限定を付す。

第一に、法と道德の区別に関する一連の議論は、本稿の議論に関連する限りにおいて扱う。第二に、法的妥当性 (legal validity) も直接の検討対象にはならない。法的妥当性とは、ある規範が特定の法システムに属するかどうかを決める性質のことである。本稿では、なんらかの社会的事実によって法的妥当性を基礎づけたり、説明したりする法実証主義の方法論を検討することに注力する。また第三に、法実証主義から生じたさまざまな派生的立場、たとえば法を慣行的実践としてみる法慣行主義⁸⁾ (legal conventionalism) やN・マコーミックの制度論⁹⁾などは、検討の対象外になる¹⁰⁾。

8) See, Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values* (Oxford University Press, 2001), chs. 1-2; Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford University Press, 2001), ch. 7.

9) See, Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* (Oxford University Press, 2007).

10) 近ごろ法慣行主義が依拠するJ・サールの構成的ルール (constitutive rule) の議論や制度論は、法存在論の有力な立場である法人工物理論 (artifact theory of law) に合流しており、更なる展開をみせている。この検討は他日を期したい。なお、サールの構成的ルールおよび法人工物理論については次の文献を参照されたい。See, John Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*

2 議論の精緻化

また、議論の混乱を防ぐために、二点ほど指摘しておきたい。第一に、法実証主義者の関心は、「法」概念の説明というよりは、法システムの説明へと移行している。しかしながら、彼らは「法」概念についても十分に論じているし、法システムの概念は法の概念を前提とする¹¹⁾から、本稿は法システムに関する議論も法の概念の議論として扱う。

第二に、法実証主義は「なぜ法実証主義を採るのか」という問いにいかに対応するかによって立場が分かれる。この問いに対して、特定の政治道徳理論、たとえば功利主義などに基かない仕方では法概念の説明できることがそれ自体目的であると応答できる。この立場は記述的 (descriptive) 法実証主義と呼ばれる。ハートをはじめとする記述的法実証主義者は、中立的・非評価的 (non-evaluative) な立場から、法概念やその諸性質を分析し特定できると考える¹²⁾。またこの立場は、政治道徳理論の論争的な主張に巻き込まれない仕方では法の領域が特定されると期待している。

これに対し、政治道徳理論を前提に、法概念や諸性質は他の類似の社会規範と区別すべきだと主張する立場は規範的 (normative) 法実証主義と呼ばれる。代表論者は、J・ウォルドロンである¹³⁾。規範的法実証主義は、特定の政治道徳理論に依拠することを厭わないので、法に関する自身の説明が論争的であることも引き受けている。

(Cambridge University Press, 1969), pp. 33-34 (邦訳、J・R・サール『言語行為：言語哲学への試論』(坂本百大・土屋俊 (訳)、勁草書房、1986年)、58-60頁。); Luka Burazin, Kenneth E. Himma & Corrado Roversi (eds.), *Law as an Artifact* (Oxford University Press, 2018).

11) 仮に法の概念なしに法システムの概念を論じることができれば、なぜ検討対象が他のどの規範体系でもなく「法」システムだと言えるのかが説明できないだろう。

12) See, H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd Edition (Oxford University Press, 2012), pp. 239-240 (邦訳、H・L・A・ハート『法概念 [第3版]』(長谷部恭男 (訳)、筑摩書房、2014年)、368-369頁。). 引用に際しては一部訳文を変更している。

13) See, Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford University Press, 1999).

本稿は法実証主義者のとくに記述的主張に着目するため、規範的法実証主義者の議論は検討の対象外である。次節以降では、ハート、ラズ、シャピロという法実証主義を代表する論者の議論をみる。とくに彼らの法の「概念」の探究に着目することで、方法論の段階で彼らは意見を異にしていることが明らかになるだろう。

(二) 現代英米法実証主義の始祖——H・L・A・ハート

1 定義の不十分性

ハートは自身の著書である『法の概念』を定義の議論からはじめる。定義ということで彼は「類と種差 (*per genus et differentiam*)」アプローチを念頭におく。彼によれば、語の原則的な用法は、語が記述する対象が属する一般的類を特定し、その類を他の種から区別する特有の差異を定義することで提供できる¹⁴⁾。したがって、「ネコ」で言えば、ある動物がネコ科という類に属することを前提に、そのネコ科の動物が他の種のネコと区別される諸特徴を示すことによって対象の種差も提示される。

とはいえ、類と種差アプローチは、二つの限界がある。第一に、カテゴリーの性質それ自体や、一般的な表現と事実の関係について疑問が生じている場合には、このアプローチは役立たない。「ネコ」の例であれば、その対象がネコと呼べるものなのか疑義が生じている場合、このアプローチは使えないのである¹⁵⁾。

第二に、このアプローチによって定義が得られたとしても、常に啓発的であるとは限らない。たとえば、法の定義に使えそうな候補として「行動ルール (*rules of behaviour*)」がある。しかし、ルール概念もまた、法の概念と同程度に混乱しているため、「法をルールの一種とする定義はわれわれの法に関する理解を一步も先に進ませそうにない」¹⁶⁾。

14) H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford University Press, 1983), pp. 31-32. (邦訳、H・L・A・ハート『法学・哲学論集』(矢崎光圀ほか(訳)、みすず書房、1990年)、33-35頁。)

15) Hart, *supra* note 14, p. 32.

16) Hart, *supra* note 12, p. 15.

以上のように、類と種差アプローチには限界があるため、ハートは定義によるアプローチに満足しない。彼の議論の目的は、国内法システムに関する十分な分析と、法・強制・道徳の類似性と差異を提供することである。そこで彼が採用するのが記述的アプローチであった。彼が「法」という語の分析に従事していない以上、「法」の意味分析を主たる目的としているという解釈も斥けられる。

2 法システムの基礎

法システムの構成要件に関するハートの理論についてはすでに議論の蓄積があるので、ここでは最低限のこののみを確認しておく。彼によれば、法システムは「第一次ルール (primary rules)」と「第二次ルール (secondary rules)」の組み合わせとして理解される¹⁷⁾。第一次ルールとは、義務を課し、物理的な動きや変化を伴う行為に関わるルールである。第二次ルールとは、公私を問わず権限を付与し、義務等を創設・変更する作用を定めるルールである。第二次ルールは、当該社会においてなにが法かを特定する「承認のルール (rule of recognition)」、社会の移り変わりに合わせたルールの変更が可能になる「変更のルール (rule of change)」、ある人や人々に司法権限を与え、人々の責務違反に対応する「裁定のルール (rule of adjudication)」の三つからなる¹⁸⁾。

ハートは、法システムの存立条件として、次の二つを提示する¹⁹⁾。第一に、承認のルールによって妥当とされた行動ルールが一般に市民に従われている必要がある。第二に、「公職者 (officials)」²⁰⁾ がそうした行動ルールを「内的視点 (internal point of law)」から受容することである。ルールを内的視点から受容するというのは、そのルールを自身の行動の指針として

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

18) Hart, *supra* note 12, pp. 94-97.

19) Hart, *supra* note 12, pp. 116-117.

20) ハートにおいて「公職者」とは、法曹や立法者など法の運用に関わる人々を指す用語である。

採用するということである²¹⁾。

本稿との関連では、次の二点に注意したい。第一に、ハートは第一次ルールだけからなる社会が成立しえないとは想定していない。第一次ルールだけからなる社会は、暴力や窃盗などを制約するルールさえ存在しているならば想定可能である²²⁾。彼はこうした社会に法はないとも主張していない。彼が主張しているのは、法システムであれば第二次ルールも存在するということと、第一次ルールのみからなる社会のルールに着目するだけでは法を他の類似のルールや社会規範から区別できないということである²³⁾。

第二に、内的視点という認識論的要件を法システムの存立条件としている以上、ハートは観察可能な客観的事実だけから法システムの存在が基礎づけられたり説明されたりするとは考えていない。したがって、ハートの法理論を社会的事実への還元 (reduction) を試みているものだと理解するのは不適切である²⁴⁾。

3 ハートは記述的法実証主義者である

最後に、ハートの方法論についても確認しよう。彼が採用するのは記述的アプローチである。ハートは、自身のアプローチが「道徳的に中立であり、正当化を目的としない点で、記述的である」²⁵⁾と主張する。法の記述は道徳的批判を行なううえでも明確であった方がよいと彼は考えているの

21) Hart, *supra* note 12, p. 89.

22) Hart, *supra* note 12, p. 91.

23) この点は、第三章で検討するB・Z・タマナハによる批判や、第四章で検討する井上の本質主義批判が誤解している点である。

24) 「還元」については第三章で説明する。ハートを(形而上学的)還元主義者として読むものとしては、次の文献がある。See, Tomasz Gizbert-Studnicki, “The Social Sources Thesis, Metaphysics and Metaphilosophy”, in Pawel Banaś, Adam Dyrda and Tomasz Gizbert-Studnicki (eds.), *Metaphilosophy of Law* (Bloomsbury Publishing, 2016), pp. 122-146; Andrei Marmor, “What’s Left of General Jurisprudence? On Law’s Ontology and Content”, *Jurisprudence*, vol. 10, no. 2 (2019), pp. 151-170.

25) Hart, *supra* note 12, p. 240.

である。

ハートの議論をまとめよう。彼の法理論は「法」の定義を試みたものではないし、法それ自体に着目する還元的・基礎づけ的な説明も避ける。現にある法ないし法システムの特徴を詳述し、それがいかなる点で類似概念と区別されるかを論じることが彼の目的である。また、そうして区別されることで、法や法システムに対する批判的視点も獲得できる。

(三) 法概念は普遍的ではない——J・ラズ

1 「法」概念をどのように扱うか²⁶⁾

ハートと同様、ラズも、自身の研究が「法」や「法システム」の意味に関する研究であるとは考えていない。ラズは、法理学が社会組織の特有の形態に関する研究を行なっている²⁷⁾という認識のもと、法の性質²⁸⁾(nature of law) やその典型である法制度 (institutions) と権威を研究対象としている。

ラズは、意味分析に類似するものとして概念分析をあげる²⁹⁾。彼によれば、概念分析に従事する論者は、概念の完全な理解のために対象のすべての必然的特徴を知る必要があると想定している。しかしながら、この概念分析の想定は誤りである。その根拠として、第一に、事実としてわれわれは概念に関する不完全な理解を有していること、第二に、概念の誤用がありうること、そして第三に、概念の同定に関しても誤りうることをあげる。

26) この節で参照するラズの議論については、濱真一郎による詳細な紹介があり、本稿でも大いに参考になっている。参照、濱真一郎『ハート対ドゥオーキン論争のコンテクスト』（成文堂、2020年）、第5章および第6章。

27) Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2nd Edition (Oxford University Press, 1980), pp. 209-210. (邦訳、J・ラズ『法体系の概念：法体系論序説〔解説増補版〕』（松尾弘（訳）、慶應義塾大学出版会、2011年）248-249頁。）。なお、引用に際しては一部訳文を変更している。

28) 「法の本姓」という訳語も考えられるが、これは法の本質的・必然的特徴を意味するようにみえ、本稿の説明にとってミスリーディングである。

29) Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford University Press, 2009), pp. 21-24.

彼はこうして法の概念分析アプローチも棄却する。

ラズはさらに法概念の普遍性も棄てる³⁰⁾。彼は、概念について一般に成立していることとして、時間経過で変化すること、文化が異なれば概念も異なることを強調する。仮にこれが真だとすると、われわれが時空間を問わず普遍的だと想定してきた「法概念なるもの (*the concept of law*)」は、実際には「われわれの法概念 (*our concept of law*)」ではないか。彼はまさにこの疑念を受け容れるのである。

法概念が普遍的ではないとすると、他文化の法概念をいかに扱えばよいのか。この点ラズは、われわれの法概念に関連する限りで他文化の法概念は法概念として捉えられると考える³¹⁾。たとえば彼は、シャリア法 (*Sharia law*)、ラビ法 (*rabbinical law*) などが優れた理論を有することは認めつつ、われわれの (現代西洋の) 意味ではそれらを法とみなさないだろうと述べる³²⁾。つまり彼は、われわれの法概念と類似しない法については、理論としては扱えるが、われわれの意味では法とは言えないと応答するのである。

2 社会的テーゼ

ラズの実質的主張に移ろう。この点もすでに議論の蓄積があるから、最低限の説明にとどめたい。本稿で注目するのは「社会的テーゼ (*social thesis*)」である。社会的テーゼは次の二つのことを主張する³³⁾。第一に、法の記述と評価は明確に分離すべきである。法の性質の典型としての法制度の説明において、道徳的評価を含まない仕方で法の同定が行なわれる必要があるということである。そのため、彼は社会的事実 に 依拠して法の存在と内容の同定を試みる。この点は、ラズを記述的法実証主義者とする根

30) Raz, *supra* note 29, pp. 31–32.

31) Raz, *supra* note 29, p. 32.

32) Joseph Raz, “The Future of State Sovereignty”, in Wojciech Sadurski, Michael Sevel & Kevin Walton (eds.), *Legitimacy: The State and Beyond* (Oxford University Press, 2019), p. 69.

33) Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2nd Edition (Oxford University Press, 2009), pp. 41–44.

拠になる。

第二に、法の探究に従事する者のバイアスも排除していなければならない³⁴⁾。バイアスの排除とはつまり、評価的・義務的 (deontic) な見解はわきにおくということである。

また、本稿との関連では、社会的テーゼの次の主張が重要である。すなわち、社会的事実とは法制度が存在するかどうかを決定するが、法の性質を決定するものではなく、その例化 (instantiation) にすぎない³⁵⁾ という主張だ。これは、法の性質に理論的関心を限定してしまったラズの法理論を法存在論に回収する手がかりとなる。

本節をまとめよう。ラズの法理論は「法」という語の意味や法概念に関する探究ではない。彼は、法概念が限定的 (parochial) であることを前提とし、それとは区別される法の性質の探究に従事している。法の性質の探究において重要だと彼が考えるのが法の制度的側面であり、それは社会的テーゼと権威によって説明される。

(四) 法哲学理論の二つの根本問題——S・J・シャピロ

1 シャピロの紹介

シャピロは、イエール大学で教鞭をとる法哲学者である。彼の単著である *Legality* は、「法の計画理論 (Planning Theory of Law)」³⁶⁾ という新しい理論を提示しており、示唆に富む。また、「規範性 (normativity)」に関する論文集も出版するなど、幅広く活躍している³⁷⁾。また、最近ではイエール大学サイバーセキュリティ研究所 (Yale CyberSecurity Lab.) 所長を務めて

34) Raz, *supra* note 33, p. 42.

35) Raz, *supra* note 29, p. 92.

36) Scott J. Shapiro, *Legality* (Harvard University Press, 2011). また同書の書評としては、次のものを参照されたい。See, Martin J. Stone, “Planning Positivism and Planning Natural Law”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 25, no. 1 (2012), pp. 219-238.

37) David Plunkett, Scott J. Shapiro & Kevin Toh (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence* (Oxford University Press, 2019).

いる。

シャピロは、規範的・排除的法実証主義の有力な論者であるが、ハートやラズに比べると日本での知名度はかなり低い。日本でシャピロに言及する文献は数少なく、その理論的検討となると、椎名智彦による書評³⁸⁾や浅野有紀の議論³⁹⁾などがわずかに存在する程度である。その意味でも、本稿でシャピロの議論を扱うことには一定の意義がある。

2 概念分析に関する考え

シャピロは、概念分析の前提について論じる。彼によると、概念分析とは所与の存在者 (entity) に関する自明の理 (truism) の寄せ集めである。概念分析に従事する理論は、すべての自明の理を充足する必要はないが、できるだけ多くの自明の理に答えるよう努めなければならない⁴⁰⁾。

また、シャピロは、分析法理学と単なる意味論を混同すべきではないと主張する。分析法理学では「法とはなにか」と問われてきたが、これを「法」という語の意味に関する探究として捉えるべきではない。「分析法理学は、われわれの社会的世界のきわめて重要な部分を構成する基本的な諸原理を明らかにする試みである」⁴¹⁾。

さて、シャピロは以上を踏まえ、概念分析が取り組むべき二つの問題を提示する⁴²⁾。それが「同一性問題 (Identity Question)」と「含意問題 (Implication Problem)」である。同一性問題とは、XがXである理由を問うものである。同一性問題に対して適切に答えるには、対象であるXの可能な実例 (instances) や現実的な実例をXたらしめるような一連の属性 (properties) を提示する必要がある。法について言うなら、「法とはなにか」

38) 椎名智彦「〈書評〉社会計画としての法：SCOTT J. SHAPIRO, LEGALITY, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 472」青森法政論叢12号 (2011年)、127-131頁。

39) 浅野有紀「法実証主義における法による義務づけと法多元主義」『法哲学年報2022』(有斐閣、2023)、25-38頁。

40) Shapiro, *supra* note 36, pp. 13-14.

41) Shapiro, *supra* note 36, p. 23.

42) Shapiro, *supra* note 36, pp. 8-9.

という問いは、法の実例たらしめるものを発見することによって回答される。

また、含意問題は、法そのものであるという事実から必然的に導かれる属性はなにかと問う⁴³⁾。ここでは、法のすべての属性に関して気を払う必要はない。この探究が興味深いものになるかは、当の問題や現象がどれだけ混乱しているかにかかっている。

シャピロは、法の探究に際し、同一性問題と含意問題の両方に取り組む。彼は同一性問題に回答するために必要なこととして、当の存在者に関する必然的真理を付け加えることをあげる。法に関する必然的真理を、含意問題に回答することを目的とする探究においてみつけることで、同一性問題にも回答することができるのである⁴⁴⁾。

同一性問題としての概念分析では、自明の理がなぜ真であるのかを説明する必要があるが、自明の理が真であることの説明それ自体は自明である必要はない。ここに二点ほど含意がある。第一に、法の性質に関する見解に対して反例を示すことで棄却するという方法は、概念分析が可謬であることを認めれば、有効ではない⁴⁵⁾。たとえば、ハートの見解に対して第一次ルールだけからなる法の存在を指摘しても、この見解は論駁できない。

第二に、概念分析に従事する諸理論は最良の説明を追求することになるが、その説明は自明に最良の説明である必要はない⁴⁶⁾。ここで問題になるのは、特定の対象の概念分析に従事する諸理論間の論争可能性である。この問題に対してシャピロは、そうした理論が、多かれ少なかれ「共通の証拠体 (common body of evidence)」に関する最良の説明を求めるし、理論間での不同意も可能であると応答する。つまり彼の理解では、たいていの場合、理論家は同一の対象を見定めたうえで概念分析に従事しているということになるだろう。

43) Shapiro, *supra* note 36, pp. 9-10.

44) Shapiro, *supra* note 36, pp. 12-14.

45) Shapiro, *supra* note 36, p. 19.

46) Shapiro, *supra* note 36, p. 18.

3 分析法理学が取り組むべき二つの問題

シャピロは、概念分析に関する検討を済ませたあと、分析法理学の根本問題とも言える、二つの問題を指摘している。それが、ニワトリとタマゴの問題、そしてヒュームの難問 (Hume's Challenge) である。

まずニワトリとタマゴの問題を説明しよう⁴⁷⁾。この問題は、ある社会における法創造権限がいかにして生じているかという問いに対し、二つの回答があることに起因する。第一の回答は「ニワトリ原理 (Chicken Principle)」という。この原理によると、法規範を創造する権限付与規範が存在するのは、法規範を創造する権限をもったもの (some body) が権限付与規範を創造した場合のみである。法規範を創造する権限を与えるような規範、つまり「究極的規範 (ultimate norm)」が存在すると言えればこの原理は棄却される。

第二の回答は、「タマゴ原理 (Egg Principle)」と呼ばれる。この原理によると、あるものが法規範を創造する権限をもつのは、既存の規範がその権限を付与する場合のみである。この原理はなにものにも依拠しない規範から出発しているから、授權規範に依拠しない究極的権威 (ultimate authority) を示せば、この原理を拒否できる⁴⁸⁾。

この二つの原理は、既存の法理論がいかなる前提に基づいて展開されていたのかを整理し、なにが問題となるかを特定するのに役立つ。たとえば、ハートの承認のルールは、特定の実践という社会的事実纯粹に依拠している究極的規範であると理解される⁴⁹⁾。両原理は、分析法理学の法理論を分析し評価する一つの基準を提供している点で有用である。

もう一つの根本問題としてヒュームの難問がある。シャピロによると、法実証主義者は、法内容が社会的事実単体で決定されるので、社会的事実に関する知識のみから法に関する情報を引き出せると考える。しかし、法に関する知識は規範的である一方で、社会的事実に関する知識は記述的である。記述的知識のみからいかに規範的知識を引き出せるのか。これは事

47) Shapiro, *supra* note 36, p. 40.

48) Shapiro, *supra* note 36, p. 42.

49) Shapiro, *supra* note 36, p. 44.

実から当為を引き出せないとするヒュームの法則を犯しているのではないか⁵⁰⁾。

ここにある問題は、規範的判断が出力されるためには規範的判断が入力されていなければならないというものである。ヒュームの難問は法実証主義に特有の問題であると理解されているが、シャピロは、彼自身とハートの法理論であればこの難問に応答することができる考える。次項では、シャピロのハート解釈を論じたい。

4 承認のルール解釈

シャピロはハートの承認のルールに関しても興味深い議論を提出している。シャピロによると、承認のルールは、ある社会的事実があるときかつそのときのみ、存在し内容を有する。その意味で承認のルールは社会的ルールである⁵¹⁾。また、承認のルールは、集団に広まっている規準であるという意味でも社会的である。集団のメンバーは社会的ルールを公式に法を決定する規準とみなす。

社会的ルールとしての法の根拠を実践に求める見解を、シャピロは「実践理論 (Practice Theory)」と呼ぶ⁵²⁾。実践とルール生成の関係においては、内的視点が重要である。たとえば、内的視点を採っているために神聖な場所で帽子を脱ぐことを考えよう。神聖な場所で帽子を脱ぐという実践が社会的に成立している場合、その行動の規則性がルールになる。この点で、実践はルールを生成していると説明できるかもしれない。

このように理解されるハートの見解は、次の二点において利点があるとシャピロは考える。第一に、ニワトリ原理を棄却し、タマゴ原理を適切に主張することができる。実践理論に基づけば、ある特定の実践が究極的規範である承認のルールを創造するのであり、ここに法創造権限を有する権威は必要ないのである⁵³⁾。

50) Shapiro, *supra* note 36, p. 48.

51) Shapiro, *supra* note 36, p. 84.

52) Shapiro, *supra* note 36, p. 95.

53) Shapiro, *supra* note 36, p. 95.

第二に、ヒュームの難問にも応答できる⁵⁴⁾。ハート自身はこの問題に明示的に取り組まなかったが、シャピロは、ハートの実践理論の枠組みでこの難問への応答を試みる。シャピロによると、記述的事実は、記述的判断だけでなく規範的判断の対象にもなる。たとえば、「針の一刺しが痛みを引き起こす」は世界の記述であるが、これを記述した者であればその痛みを避けるよう判断するだろう。この「避ける」というのが規範的判断に該当する。つまり、ある者が実践的に記述的事実に関与する場合、記述される状態を扱うときのコミットメントという仕方で規範的判断を下すのである。この見地からすれば、ヒュームの法則は、記述的事実を形成しうる唯一の態度があると想定している点で誤りである。

ただ、実践理論としてのハート法理論に問題がないわけではない。シャピロによると、実践理論は、社会的ルールを社会実践に還元している点でカテゴリー・ミステイクを犯している⁵⁵⁾。まず、ルールは抽象的対象である。これは思考のなかの対象であって、時空間に位置をもたないので、潜在的には無限の領域をもつ。抽象的対象の例としては、ゲームや数が含まれる。他方で、実践は具体的な出来事である。自然世界のうちに位置をもち、それゆえ有限の領域をもつ。また、他の物理世界の出来事と因果的に相互作用する。

このことからシャピロは、ルールと実践が別種のものなのだから、一方を他方に還元することはできないと主張する⁵⁶⁾。だが、異なるカテゴリーに属するものの間に還元という関係が生じえないのはなぜか。彼のあげる例は明快である。すなわち、抽象的な数である7を、7つのリングと同一視することはできないからである。

シャピロの理解するところでは、実践とルールは次のような関係にある。すなわち、実践はルールを例証し (exemplify)、具体化し (embody)、ルールに適合し (conform to)、ルールによって構造化され (structured by)、ルールを基礎づける (ground for)。他方でルールは、行為指導 (guide conduct)

54) Shapiro, *supra* note 36, p. 98.

55) Shapiro, *supra* note 36, p. 103.

56) Shapiro, *supra* note 36, p. 103.

を行なう規準であって、行為それ自体ではない。いずれにせよ、ルールを実践に還元することはできない⁵⁷⁾。

5 小 括

以上のシャピロの見解をまとめよう。まず、概念分析に従事する者が取り組む問題には、同一性問題と含意問題と呼ばれるものがある。概念分析は自明の理を説明するものになるが、その説明それ自体は自明である必要はない。したがって、諸理論間で論争が生じることになるが、それらは最良の説明⁵⁸⁾をめぐって争っているのである。また、分析法理学の法理論は、ニワトリとタマゴの問題とヒュームの難問に取り組むことが推奨される。これらの問題に回答できるか否かが法理論の説得力に関わる。実践理論を採るハートは、この二つの問題に一定の回答を用意することができた。しかしながら、社会的ルールと社会実践の関係についての説明において、ハートは失敗した。この失敗を踏まえて、シャピロは社会計画としての法という彼独自の理論を展開した⁵⁹⁾。

以上の議論によって、ハート、ラズ、シャピロの法理論における方法論を明らかにできただろう。次章では、法実証主義の方法論的側面に向けられる批判をとりあげる。これによって、法実証主義がその方法論上留意しなければならない論点を明らかにしたい。

三 法実証主義の論点

本章では、特定の法実証主義者に向けられた批判ではなく、法実証主義

57) Shapiro, *supra* note 36, p. 103.

58) この「最良の説明」ないし説明目標について論じるのが、「メタ法的探究 (metalegal inquiry)」である。See, David Plunkett & Scott J. Shapiro, “Law, Morality, and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry”, *Ethics*, vol. 128 (2017), pp. 37-68.

59) なお、この点に関して、シャピロが擁護する社会計画としての法に関する検討は他日を期したい。

一般に当てはまる方法論的限界に関する批判を扱う。その批判とは、ヒュームの法則違反、「法」の過少包摂 (under-inclusiveness)、本質主義批判、概念分析の不可能性の四つである⁶⁰⁾。

(一) ヒュームの法則違反

第一の批判として、ヒュームの法則違反がある。この批判の趣旨は、社会的事実から法の規範性⁶¹⁾を導き出すことに説明が必要だということにある。この問題は、法実証主義を社会的事実に関する形而上学・存在論を展開している理論として理解すると生じる⁶²⁾。

まず存在論の議論を導入しよう。社会的事実と法的事実 (legal facts) には「形而上学的依存 (dependence)」の関係がある。形而上学的依存とは、最も基礎的な存在論的属性や関係などの一群を指す語である⁶³⁾。法的事実 (法の存在や内容を説明する事実) と社会的事実の関係は、還元、付随 (supervenience)、基礎づけ (grounding) から説明されうるから、法的事実は社会的事実に形而上学的に依存しているとされる。

まず還元とは、ある対象をそれと関連するより根本的な要素から説明することである。たとえば、私がPCの前に座ってキーボードを使って文字を打ち込んでいるという現象は、私の身体で起きている化学的反応や物理的反応によって十全に説明できる場合に、還元可能である。法的事実についても、それより根本的とされる社会的事実から十全に説明できるとき、

60) 法実証主義一般に向けられた批判も多数あるので、すべてを扱うことはできない。

61) ここでの「規範性」とは、規範の名宛人がなにごとかを行なうべきだと命じる規範の性質のことである。

62) Gizbert-Studnicki, *supra* note 24; Tomasz Gizbert-Studnicki, "Social Facts and Legal Facts: Perils of Hume's Guillotine", in Torben Spaak & Patricia Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (Cambridge University Press, 2021), pp. 419-442.

63) Fabrice Correia, "Ontological Dependence", *Philosophy Compass*, vol. 3, Issue 5 (2008), p. 1013.

両者の間には還元関係が成立する⁶⁴⁾。

また付随とは、属性Bなしに属性Aがありえないときに成立する関係である。この「ありえない (cannot)」は「必然性 (necessity)」の観点から説明される。また、属性P1がP2～Pnに付随することは、P1がP2～Pnに還元できることを意味しない⁶⁵⁾。法的事実について言えば、法的事実Lは社会的事実Sに付随するが、LはSに還元できない。

最後に基礎づけを説明しよう。基礎づけには、次の三つのことが成立している⁶⁶⁾。第一に、非対称的 (asymmetric) であり、事実F1がF2を基礎づけるならば、F1はF2に基礎づけられない。第二に、非反射的 (irreflexive) であり、いかなる事実もそれ自身で基礎づけることはできない。第三に、推移的 (transitive) であり、F1がF2を基礎づけ、F2がF3を基礎づけたとき、F1はF3も基礎づけている。基礎づけの例としては、美的属性を有する像があげられる。基礎づけの説明によれば、ある像は特定の物理的属性を有しているために特定の美的属性を有する。また、像がある物理的属性を有しているという事実と美的属性を有しているという事実の間に因果関係はない。法的事実当てはめると、その事実はある社会的事実のために成立するが、両者は因果関係によっては説明されない。

ヒュームの法則の観点から問題になるのは還元アプローチである⁶⁷⁾。還元主義者は、法的事実がそれ自体規範的であると考えますが、社会的事実は規範的ではない。したがって、法的事実を社会的事実に還元する場合、法的事実がもつ規範的な性質を説明できない。また、他の現象も複雑に関連するから、現象F1が他の現象F2に依存することは、F1がF2に還元可能であることを正当化しない。その点でも、還元アプローチは成功しないだろう。

なお、付随・基礎づけアプローチについては、ヒュームの法則によって

64) Gizbert-Studnicki, *supra* note 24, p. 125.

65) Gizbert-Studnicki, *supra* note 24, pp. 129-130.

66) Gizbert-Studnicki, *supra* note 62, pp. 433-434.

67) Gizbert-Studnicki, *supra* note 24, pp. 125-129.

ただちに論駁されることはないと理解されている⁶⁸⁾。したがって、形而上学の領域で法理論を展開する論者、すなわち、法存在論に与する論者は、付随アプローチか基礎づけアプローチを採用することが推奨されるのである。

本稿では、存在論の複雑な議論を展開する用意はない。ここで確認したのは次の二点である。第一に、分析法理学に従事する者は、法の・法的事実の重要な属性である法の規範性を説明する理論を用意しなければならない。法の規範性を説明しない場合、当該探究は法社会学や心理学などに還元されるだろう。第二に、法的事実を社会的事実に還元するアプローチは失敗する。

以上の批判に対して、法実証主義者はいかに応答できるか。まずハートの議論については、法存在論の読み筋を許容するかどうかが問題となる。この読み筋が可能かどうかの検討は本稿の関心ではないが、さしあたり、法慣行主義の議論で知られる排除的法実証主義者のA・マーマーがハートの法理論を還元主義として理解している⁶⁹⁾ことをあげれば十分だろう。だが、還元主義では法の規範性を説明できないうえに、ハートは存在論だけでなく認識論的な議論も展開しているので、彼の法理論を還元主義として読むのは適切ではない。

ラズについては、法の規範性を法の権威主張⁷⁰⁾ (law's claim to authority) から説明するかもしれない。つまり、権威を有する法は、その指令によって名宛人に理由を与えるのであり、このことが法の規範性も説明すると主張しうる。しかしながら、法の権威主張の議論は現に法が権威を有することから出発している。したがって、彼のこの議論は、権威がなぜわれわれにそうした理由を提供できると言えるのかという原理的な説明には及んでいないから、法の規範性は説明していない。

68) Gizbert-Studnicki, *supra* note 24, pp. 129-141.

69) Marmor, *supra* note 24, p. 153.

70) Joseph Raz, "Authority, Law and Morality", *The Monist*, vol. 68, no. 3 (1985), pp. 300-305 (邦訳、J・ラズ「権威・法・道徳」深田三徳 (訳)、同『権威としての法——法理学論集』(深田三徳 (編)、勁草書房、1994年)、150-161頁。)。なお、引用に際しては一部訳文を変更している。

シャピロについては、まさにヒュームの難問という仕方での問題を取り上げていた。そして、この難問に答えるものとして、彼は社会計画としての法という理論を提示している。本稿では、彼のこの議論に踏み込めなかったのが、実際にこの難問に応答できているかについては更なる検討が必要である。

(二) 「法」の過少包摂

第二に、タマナハによる批判をあげたい。彼によると、法実証主義者は国家法 (state law) を法のパラダイムとして想定している。だが、仮に分析の出発点を他の法に設定したらどうなっただろうか。アジア太平洋地域の村民に法の概念について問うたら、彼らは慣習法を念頭におくだろう。なぜ、国家法から理論を出発しなければならないのか⁷¹⁾。

むしろ法実証主義者は、この問いに対して、われわれが国家法を典型とする法システムのもとに生活しているからだと答えるかもしれない。だが、法実証主義者は、国家法を出発点に設定するだけでなく、国家法パラダイムの観点から本質的ではないとされる諸特徴をそぎ落とし、いわば「法」を縮小して捉える。その結果、国家法の制度化された形式と機能に合致するような「法」の基準が生じる。こうして、法実証主義法理論において、国家法の典型から外れるような法現象は検討の埒外におかれるか、歪められて理解される⁷²⁾。

このタマナハによる批判をどのように理解すべきか。確実に「法」に属する国家法システムから議論を出発すると、その典型から外れてしまうような法現象が扱えなくなるか、歪められた仕方では扱われる。他方で、国家法ではない「法」を対象に探究をはじめると、法とその他の類似の規範を区別することはほとんど不可能である⁷³⁾。これはジレンマ状況のように

71) Brian Z. Tamanaha, *Sociological Approaches to Theories of Law* (Cambridge University Press, 2022), pp. 50–51.

72) Tamanaha, *supra* note 71, p. 51.

73) タマナハは、慣習や宗教、エチケットなど、集団内で法と同等の機能を果たす規範との関係で生じる問題として、過剰包摂 (over-inclusiveness) の問題

もみえるが、法多元主義の視座に立つタマナハの理論的動機を考慮するならば、この批判は次のように理解すべきだろう。すなわち、法実証主義を含む既存の分析法理学は、類似の社会規範と明確に区別されるような法の領域を確保しながら、非国家法についても適切に説明する法理論を用意できていないということである。

だが、ラズのように、西洋法システムを前提とするわれわれの法概念とそれ以外の法概念で出発点が異なることを認めてしまえば、この問題に応答できよう。この応答であれば、法実証主義が国家法以外の法現象を適切に扱えないのは法実証主義の不手際ではないし、この問題は、法概念の普遍性を信じる論者が取り組むべき問題であるということになる。

(三) 概念的主張に関する問題

しかし、こうした挙証責任の転嫁だけでは十分な応答とは言えない。というのも、われわれの法概念に限定するだけでは逃れられない、さらに深刻な批判が存在するからである。それが本質主義批判である。

法実証主義の本質主義への傾倒をいち早く指摘したのは井上達夫である⁷⁴⁾。井上によると、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。ここで言う概念的主張というのは、先に確認したような、国家法モデルに合致するような諸基準に関する主張のことである。法実証主義は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。こうして、その概念的主張を、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⁷⁵⁾。本質主義批判に対して法実証主義が応答できるかについては詳細な検討を要するので、次章で論じる。

も指摘している。See, Brian Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law* (Cambridge University Press, 2017), pp. 46-53; Tamanaha, *supra* note 71, pp. 52-54.

74) 井上・前掲注5)、i-xii頁。

75) 井上達夫『立憲主義という企て』(東京大学出版会、2019年)、28頁。

また、この点に関連して、概念分析という方法それ自体の問題点や限界も問題となる。典型的な概念分析は、まず、ある概念Cが必然的・アプリアリになんらかの特徴をもっていると想定する。概念分析の目標は、Cのもつ必然的特徴を同定することにある。換言すれば、Cの必要十分条件の探究こそがこの種の問題分析の目標となるのである。

この概念分析がもつ問題は、必然的特徴を完全に同定できないということ、そしてこの方法が分析と総合（synthetic）の区別という疑わしい議論に乗っていることである。次章では、概念分析について検討し、法実証主義が必然的・アプリアリな「法」の概念分析に従事していたと考えるべきではないことを主張する。また、本質主義批判にいかに応答しうるかを検討し、法実証主義にとって真に問題となる点を指摘したい。

四 「法」概念との向き合い方

(一) 概念分析の検討

1 そもそも法実証主義者は概念分析を行っていたのか

本質主義批判は、法実証主義が概念的主張を行なっていることを前提に展開されていた。また、概念分析は概念的主張を行なう者が利用可能な方法である。すると、法実証主義による法概念の扱い方について、次の二点が問題になる。第一に、法実証主義者は概念分析に従事していたのか。第二に、法実証主義者は概念的主張を行なっていたのか。

第一の点について、シャピロは、概念分析という用語を用いて自身の理論を説明していたので、彼が概念分析に従事していたのは明らかである。だが、ハートが概念分析に従事していたのかは問題だろう。彼は明文で概念分析について論じなかったから、彼が概念分析に従事していたかどうかは、まさに概念分析をどのように理解するかにかかっている。

ラズについては、ハートと同様に、「法」という語の意味分析アプローチを斥け、自身の探究は法概念ではなく法の性質に関するものだと明確に主張している。したがって、ラズに忠実な解釈を目指すのであれば、彼

の議論を概念分析として受け取るとはその要点を失っていることになる。

とはいえ、重要なのは第二の点、法実証主義者が概念的主張を行っていたのかという論点にある。本質主義批判は、法実証主義者が自身の概念的前提から理論を展開しているために、彼らの理論の説得性もまた、不問となっている概念的前提に照らして判断されるという循環構造を指摘するものであった。したがって、井上などによる本質主義批判が法実証主義に当てはまると主張するためには、法実証主義者が概念的主張を行なっていることを証明するだけで十分である。

本稿で検討した法実証主義者は概念的主張を行っていたのか。シャピロは自身の理論を概念分析に従事するものと理解しているから、当然概念的主張に及んでいるだろう。ハートについても、彼が法ということで法システムを典型としてみなしたうえで、法と道德の概念上の分離を主張しているのだから、概念的主張に及んでいると考えるべきである。

ラズが概念的主張に及んでいたかについては検討しなければならない。というのも、彼は、自身の法理論が法の概念に関する探究ではなく、法の性質に関する探究だと理解しているからである。ラズの主張をそのまま受け容れるならば、彼は法の概念分析はおろか、概念的主張を行なっているとも言いがたい。

しかしながら、自身の理論が法の概念に関する探究ではないと否定すれば、その理論は概念的主張を伴わないと言えるのか。法の性質に関する探究であると述べることで、概念的主張の一切を排除できるのか。そして、法の性質に関する探究はいかなる理論的基盤や方法論に基づいて主張されているのか。

以上の点を考慮するならば、概念とは、語が用いられるところに不可避免的に生じるのであって、説明に用いないから概念にまつわる問題を解消できるというものではない⁷⁶⁾。したがって、ラズの法理論ですら、概念的

76) この点は、形而上学者であるF・ジャクソンによっても支持される。彼は概念分析が不可避免的に形而上学の問題であると理解したうえで、「意味論は、物理世界に関する語りに伴うように、その語りにおいて位置をもつ」と主張している。See, Frank Jackson, "Armchair Metaphysics", in Michaelis Michael & John

張を伴っていると考えるべきであるし、記述的主張を伴う法実証主義一般についてもこのことは当てはまるのである⁷⁷⁾。

また、概念分析については、本質主義批判によってただちに棄却されるわけではない。本質主義批判によって棄却されるのは、必然的特徴を求めるタイプに限定される。以下では、必然的特徴を求める伝統的な概念分析を棄却したうえで、法実証主義者が穏当な概念分析とも言えるアプローチを利用できることを示したい。

2 必然的特徴を求める概念分析は成功しない

概念分析は現実の存在の前に概念の理解を目指す。たとえば、「法」概念について概念分析を応用するとしよう。その場合、まずわれわれはすでに有している法に関する知識を呼び出す。次に、法概念を「道徳」「責務」といった近縁の概念と関連づけ、「国際法」「未開社会の法」といった文脈的用法について分析する。後者の文脈的用法に関しては、当初「法」とは捉えられていなかったが、分析の結果、国際法が法概念と基本的な特徴を共有していることが判明する。これが「法」の概念分析である⁷⁸⁾。

伝統的な概念分析は、対象となる概念の必然的・アプリオリな特徴の同定を目的とする。また、この伝統的な概念分析は、分析と総合の区別を前提としている。このとき、必然的特徴は分析的判断によって解明され、分

O'Leary-Hawthorne (eds.), *Philosophy in Mind: The Place of Philosophy in the Study of Mind* (Springer, 1994), p. 25.

77) なお、法実証主義の法理論を概念分析に従事するものと理解したうえで、そのアプローチを拒否する議論も、法実証主義内から提示されている。See, Brian Leiter, "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", in Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford University Press, 2001), pp. 355-370; Marmor, *supra* note 24; Andrei Marmor, "Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)", in Wil Waluchow & Stefan Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law* (Oxford University Press, 2013), pp. 209-229.

78) Veronica Rodriguez-Blanco, "Method in Law: Revision and Description", in Sean Coyle & George Pavlakos (eds.), *Jurisprudence or Legal Science?* (Bloomsbury Publishing, 2005), p. 68.

析的判断はアプリオリに得られている知識によって与えられる。たとえば、「物体は広がりをもつ」はアプリオリな知識と解される。他方で、経験的な判断は総合的判断と呼ばれる。

伝統的な概念分析における分析と総合の区別を批判したのが、哲学者 W・V・O・クワインであった⁷⁹⁾。彼はまず、分析と総合の区別を分析的真理と総合的真理の区別として捉える。分析的真理とは、事実とは独立に成立する真理のことである。偶然的でありうる事実に関係なく成立するという点で、分析的真理は必然的でアプリオリだと捉えられる。他方で、総合的真理とは、事実に基づく真理である。偶然的事実に基づく真理であるから、この真理が必然的・アプリオリな特徴をもつことはない。

クワインの批判は、分析的真理、すなわち、事実とは独立に成立する真理に向けられる。彼は、分析的真理と総合的真理の区別に資するような議論をすべて批判していくことで、この区別には根拠がないと主張する。

まず、クワインは、分析的真理が事実に関係なく論理的に真であることを問う⁸⁰⁾。彼は、「結婚していない男は誰も結婚していない」と「独身男は誰も結婚していない」という文をあげる。前者は、「男」や「結婚して」をどのように解釈しても真であり続ける。「男」を修飾する「結婚していない」という語と「誰も結婚していない」というのが常に対応するからである⁸¹⁾。他方で、後者の文が真であるという根拠は、「独身」と「結婚していない」という語の（認知的）同義性に依拠している。したがって、この同義性が前者の文のように経験的な探究によらず真であると言えるば、概念分析にも有用な分析的真理を導出できるだろう。

この同義性が事実に関係なく真だというにはどうすればよいか。まずク

79) W. V. O. Quine, *From A Logical Point of View: Nine Logico-Philosophical Essays*, 2nd Revised Edition (Harvard University Press, 1980) (邦訳、W・V・O・クワイン『論理的観点から：論理と哲学をめぐる九章』(飯田隆 (訳)、勁草書房、1992年))。なお、引用に際しては一部訳文を変更している。

80) Quine, *supra* note 79, pp. 22-23.

81) この文は事実に関係なく論理的には真であるが、トートロジーであるから、われわれにとってまったく追加の情報がない。

ワインは、定義によって同義性を説明することを考える⁸²⁾。つまり、「独身」が「結婚していない」という言葉と同義であることを定義によって確立するという方法である。だが、辞書による定義に依拠する場合、誰がいつ定義したのかが偶然的である。定義アプローチは、辞書編纂者が任意に定義した偶然的な事実に依拠せざるをえない⁸³⁾。

次にクワインは、交換可能性 (interchangeability) に着目する⁸⁴⁾。このアプローチは、「独身」と「結婚していない」が真理値を変えることなく交換可能であることを主張する。だが、この例は、「独身貴族」という言葉をあげればただちに棄却される。したがって、交換可能性アプローチが成立するとすれば、認知的同義性に依拠する必要があることになる。しかしながら、この転換も成功しない。交換可能性アプローチにおいて認知的同義性が成立するというのは、「必然的に、独身男のすべて、かつ、独身男だけが結婚していない男である」が真であることを認めるということだが、これが成立するのは、「必然的に」という副詞を備えている言語に限定される。また、「独身」と「結婚していない」の一致が意味に基づくものであり、偶然的な事実に依拠していないことを保証するものはなにもない。したがって、交換可能性アプローチも成功しない。

クワインは、最後の有望なアプローチとしてカルナップによって提示された意味論的規則に訴える方法を検討する⁸⁵⁾。意味論的規則を備えている(人工)言語 L_0 を想定しよう。 L_0 の意味論的規則は、 L_0 における分析的言明を明示的に特定することができる。すなわち、この意味論的規則に基づけば、必ず分析的真理が判明するのである。だが、このアプローチも成功しない。そもそも、われわれが問題にしているのは、「言明 S は言語 L において分析的である」という句に意味を与えることにある。しかしながら、

82) Quine, *supra* note 79, pp. 24-27.

83) また、クワインによると、 $R \cdot$ カルナップのいう「解明 (explication)」も求めている同義性を提供しない。解明においては、被定義項と定義項の間に同義性があることが前提になっているからである。

84) Quine, *supra* note 79, pp. 27-32.

85) Quine, *supra* note 79, pp. 32-37.

Lに L_0 を代入することによって得られるのは、「 L_0 において分析的」の説明である。したがって、 L_0 によって与えられている分析性は、当の問題となっている句における分析性それ自体ではない⁸⁶⁾。

こうして、分析性・分析的真理を説明するとみられていた定義、交換可能性、意味論的規則のいずれも成功しないことが提示される。クワインは、以上の議論を踏まえて、分析的判断と総合的判断の区別が「形而上学的信条」であると喝破した⁸⁷⁾。

3 それでも概念分析は可能である

以上のクワインの議論を踏まえるならば、分析的真理を記述的に説明しようとするアプローチはすべて棄却されるだろう。したがって、対象の必然的・アプリオリな特徴を同定するという動機や出発点は誤りであるということになる。

だが、だからといって概念分析が不可能であるということにはならない。というのも、概念分析には他にも方法があるからである。そうした他の概念分析としては、たとえば、ジャクソンのものがある⁸⁸⁾が、本稿は（紙幅の都合もあり）穏当な概念分析に着目したい。このアプローチを分析法理学において採るものとして、P・キアッソーニの議論⁸⁹⁾を紹介しよう。キアッソーニによると、伝統的な概念分析以外にも二つの概念分析がある。一つ目が素朴（folk）概念分析である。これは、問題となっている概念の

86) ただ、カルナップが意味論的規則を持ち出してきた動機が、現実の言語をいかに記述するかということではなく、分析性の構築のための提案にあるとすると、このクワインの批判は成立しないだろう。参照、井頭昌彦「〈分析性〉は理解不可能な概念なのか？——記述か規範的提案か」哲学58号（2007年）、131-145頁。

87) Quine, *supra* note 79, p. 37.

88) Frank Jackson, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis* (Oxford University Press, 1998).

89) Pierluigi Chiassoni, "On the Concept of the Concept of Law", in Jorge L. Fabre-Zamora & Gonzalo V. Rosas (eds.), *Conceptual Jurisprudence: Methodological Issues, Classical Questions and New Approaches* (Springer, 2021), p. 25.

日常的使用を直観 (intuitions) に照らして探究するものである。ジャクソンの概念分析は、このタイプの概念分析に分類される。

二つ目の概念分析が、経験主義的 (empiricist) 概念分析である⁹⁰⁾。これは、現行の概念的・用語的装置 (terminological apparatuses)⁹¹⁾ を具体化するような思考方法や一連の信念・態度を浮き彫りにする探究である。この探究はさらに、記述的概念分析と再構成的 (reconstructive) 概念分析に分かれる。記述的概念分析は、可能な限り、現行の概念的・用語的装置に関して明瞭で詳細な見解を提示することを目的として行なわれる。他方で、再構成的概念分析は、明瞭性や精度、単純性などの観点から、現行の概念的・用語的装置をよりよいものに置き換えることを目的とする。キアッソーニが支持するのは再構成的概念分析である。

キアッソーニによると、経験主義的な再構成的概念分析は、次の三段の段階をたどることで遂行される⁹²⁾。第一の段階では、「概念探知 (conceptual detection)」が行なわれる。これは、探究の主題である現行の概念的・用語的装置を同定し、分析する作業である。この作業によって、対象がもつ合理的 (rational) な美点と欠点が浮き彫りになる。次の段階では、概念の再構成ないし合理的再構成が行なわれる。この作業によって、概念的・用語的装置が、新しいものに修正される。この新しい装置は、古い装置にも可能であった役割をこなしつつも、古い装置より包括的で、用語法上の特有さをもっており、意味論的にもより明瞭になっている。最後の段階では、「概念の治療 (conceptual therapy)」が遂行される。ここでは、現行の装置にある合理的な欠点から脱却するために、再構成された装置の使用が推奨され、またその装置が実践的に使用されることになる。

以上が、新たに提示された穏当な概念分析の紹介である。どのような概念分析がより有望なのかは本稿では検討の用意はないが、少なくとも伝統的な概念分析以外にも概念分析が可能であることは示されただろう。

90) Chiassoni, *supra* note 89, pp. 26–27.

91) キアッソーニの議論では、諸々の対象や諸概念を指す語である。

92) Chiassoni, *supra* note 89, p. 28.

シャピロを除けば、法実証主義者は概念分析に従事していると明示的に述べなかった。それにもかかわらず、彼らが概念分析に従事していると考ええるならば、彼らの議論は概念の治療アプローチ（これに加え、「概念の改良 (ameliorative) アプローチ」⁹³⁾、あるいは「概念工学 (conceptual engineering)」) を背景理論として採用可能であると解すべきである。また、法実証主義の法理論は、仮に法実証主義者自身の認識とずれているとしても、ほとんど不可避免的に概念的主張を伴う。そのため、概念分析や概念的主張に積極的に従事しない法実証主義者であっても、背景理論として穏当な概念分析が採用可能であることは、彼らにとって有益である。

(二) 本質主義批判は有効か

1 井上達夫による批判①：循環論法批判

本質主義批判⁹⁴⁾とは以下のことを主張するものであった。すなわち、法実証主義が経験的主張に先立って概念的主張をしていること、まさにその概念的主張によって示された基準に合致する法の実例でもって自身の議論を正当化していること、したがって法実証主義の法理論は循環論法であること、この三つである。

循環論法としての本質主義批判に対して、法実証主義者はどのように応答できるだろうか。まずハートについては、二つの応答がありうる。第一に、必然的・アプリアリな概念分析には従事していないと応答できる。第二に、穏当な概念分析を採用可能であると応答できる。穏当な概念分析を採用する場合、自身の法概念や法システム概念に合致しないが法的であるような諸々の事柄について、まさに自身の法概念等を修正することで対応

93) 概念の改良アプローチとしては、S・ハスランガーの議論が有力である。See, Sally A. Haslanger, "What Are We Talking About? The Semantics and Politics of Social Kinds", *Hypatia*, vol. 20, no. 4 (2005), pp. 10-26.

94) 井上のほかにも、法実証主義の法理論を本質主義と理解する論者として、F・シャウアーがいる。Frederick Schauer, *The Force of Law* (Harvard University Press, 2015), pp. 35-39. また、本稿でも参照しているシャウアーの *The Force of Law* の全体的な検討に関しては、参照、三浦基生『法と強制：「天使の社会」か、自然的正当化か』（勁草書房、2024年）第4章。

可能である。したがって、仮に法実証主義が循環論法に依拠しているとしても、それ自体修正可能な理論なのであるから、大きな問題にはならない。

ラズは、法システムの重要な特徴として制度的性質を説明することに関心があった。本章第(一)節で検討したように、西洋法システムを典型として法の性質を探究することにも、当然概念的主張が伴っていると考えべきである。また、ラズは自身の探究の対象である「法の性質」それ自体に変化を認めない⁹⁵⁾ から、穏当な概念分析を採用することもできない。したがって、ラズの法理論には循環論法としての本質主義批判が当てはまるのである。

シャピロについてはどうだろうか。彼の考えでは、概念分析は、理想的には自明の理の寄せ集めになるが、自明の理とされる重要な諸特徴に関する説明は論争的でありうる。この説明は、論者が重要だと考える諸特徴に注力する関係で、論点先取と批判されうるが、諸説明間の論争を許容する点で、それはあまり問題にならないだろう。

以上を総合すると、循環論法を指摘するものとしての本質主義批判がとくに当てはまるのはラズの法理論である。とはいえ、このタイプの本質主義批判は、ラズの議論にあるような諸前提をとらなければ、記述的主張を行なう法実証主義者にとってさしあたり応答可能な問題なのである。

2 井上達夫による批判②：道徳論議の不可避性

井上達夫による本質主義批判は、もう一つの重要な論点を含んでいる。井上によると、『「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」が、法実証主義者は「かかる議論を拒否しているため、本質主義的独断に開き直っている」⁹⁶⁾。つまり、概念的主張を行なうならば、その主張には規範的正当化が伴わなければならないということだ。井上は主にハートに

95) See, Raz, *supra* note 29, p. 26.

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

言及してこの批判を展開しているが、その主張の趣旨からして、本稿で検討した法実証主義にも当てはまると考えるべきだろう。

規範的正当化が必要なのは、法実証主義の概念的主張が、それがいかに中立的・記述的であることを標榜しようとして、不可避免的に実質的な道德的問題を呼び込むからである。本稿では、この問題を「道德論議の不可避性問題」と呼びたい。以下の二つの実質的な道德的問題を指摘しよう。

第一に、記述的な意味での概念的主張を伴う法実証主義は先住民族の法を理論上扱えない。法実証主義者の枠組みは、制度化された法システムのみを相手取り、それから外れるものを「法」の領域から排除している。まさに法の領域から外されるのが、必ずしも制度化されていない（西洋社会からみれば）「原始的な」慣習法である。

先住民族の慣習的ルールが非先住民族の国家法の規定と抵触するという事例を考えよう。たとえば、明治政府によるサケ漁・シカ猟禁止がアイヌ文化に与えた影響を想起されたい。ほとんどの場合、国家法が慣習的ルールに優越する。その結果、慣習的ルールは限定的な運用を迫られるか、最悪の場合は消滅する可能性すらあるだろう⁹⁷⁾。

道德論議の不可避性が提起する問題は、こうした慣習的ルールを排除してしまうことそれ自体ではない（当然問題ではあるのだが）。そうではなく、こうした排除の可能性を端から法の領域から消去してしまうこと、それゆえ排除にまつわる実質的問題を論じる契機を法理論上失うことである。このことはまた、法の典型たる国家法システムの正当性や正統性を、なんら規範的正当化を伴わない形で、名目上不当に高める。

また第二に、公職者・制度と市民の関係も問題になる。法実証主義者は、法システムという高度に体系化されたシステムを対象に分析することを目

97) ここで、国家法システムと「法的」でありうる慣習的ルールが同一法域(jurisdiction)に複数存在すると述べても事態は改善しない。たしかに、国家法システムが先住民族のルールに法的地位を認め、それによって彼らの文化を尊重することもありうるかもしれない。しかしながら、この文化尊重というのは、国家法システムに抵触しない限りの、いわば表面的なものである。その法域においては、国家法による「法的」というお墨付きによってしか慣習的ルールは成立しえないだろう。

標としているため、法システムの運用者には特有の地位や技能、知識があると想定している。その結果、そうした地位等を欠く者（典型的には市民）は、法システムにおいて補助的な役割しか与えられない。

ハートやラズの法理論はこうした描像を採用する典型であると言える。たとえばハートは、公職者のみが内的視点から法的言語を使用し、市民はそれに服従するというような社会を「嘆かわしくも羊のよう」⁹⁸⁾だと述べている。法システムからの市民の理論的・説明的排除は、仮に一面で真であるとしても、その理解の正当性に疑義を突きつけることは可能であろう⁹⁹⁾。法システムの運用において、なぜ特定の地位や法的知識が重要視されるのかという問題については、法実証主義は答えていない¹⁰⁰⁾。

以上の二つの例を踏まえると、中立的・非評価的であることを標榜する法実証主義の法理論であっても、「法」や「法システム」の規定は実質的・道徳的に問題含みでありうる。また、記述的主張を有する法実証主義に対して、そもそも慣習法などの非制度的な法と平仄が合わないという疑念もある。この問題に応答できないならば、法実証主義は、自身の理論の対象を国家法などの複雑に体系化された制度に限定したうえで、それ以外の法のあり方が望ましくないことを道徳的正当化を伴うかたちで主張するなどして、対応しなければならない。これはまさに規範的法実証主義の理路である¹⁰¹⁾。あるいは、自身の法の記述ないし説明がそれ自体道徳的な問題を含んでおり、道徳的批判には無力であることを正面から認める必要があるし、それでも「法」に関するそうした説明が有用であることを主張

98) Hart, *supra* note 12, p. 117.

99) シャピロにかぎれば、社会計画という仕方でも市民を取り込む契機はあるかもしれないので、この点は別に検討しなければならない。

100) とくにハートについては、L・L・フラーとの論争で法システムにおける市民の地位が論点となっていたことを想起されたい。参照、佐々木誠矢「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133号（2022年）。

101) それゆえ、本稿との関連でいえば、シャピロは法の行為指導性の担保のために規範的法実証主義を採用するから、彼は道徳論議の不可避性問題に対して応答が可能であることになるだろう。

しなければならない。

さらにいうと、漸進的で穏当な概念分析を採用するとしても、概念の治療を受けるまでの「法」「法システム」概念にも道德論議の不可避性問題は当てはまる。また、ラズのように法概念の限定性を主張するとしても、この不可避性問題を解消することはできない。この問題は、われわれの法概念と別の地域・時代の法概念という仕方で生じているのではなく、まさにわれわれの法概念の内部で生じているからである。

(三) 分かれ道にて

1 方法論への着目とその問題

以上の検討を踏まえるならば、法実証主義者は次の問題に留意しなければならない。第一に、ヒュームの法則に違反しない形での法の規範性の説明、第二に、法の過少包摂・過剰包摂の問題、そして第三に、法や法システムの記述・概念的主張に際しては道德論議が不可避であることである。

また、法実証主義者の方法論や概念に関する考え方などの理論的前提が異なることも確認し、上で示した諸批判に対する法実証主義者の応答もまた異なるということを提示した。これこそ、法実証主義が十把一絡げに扱えないことの証左である。理論的関心が比較的近いハート、ラズ、シャピロですら方法論や批判への応答の仕方が異なっている以上、彼ら以外の法実証主義者も含めれば、この傾向はさらに強まるだろう。このことから、「法実証主義」という看板に拘泥するのはあまり有益ではないと言わざるをえない¹⁰²⁾。

だが、こうした問題点があるとはいえ、法実証主義者が提示してきたような法に関する説明や主張は依然として可能である。とくに概念分析については、本稿が紹介した穏当な概念分析以外にも、循環論法批判に応答できるアプローチが存在する。それが、概念工学・概念倫理 (conceptual

102) ラズもまた、自身が法実証主義という看板に拘泥していないと述べている。See, Raz, *supra* note 33, p. 317. なお、法と道德の分離について維持するという意味での法実証主義や規範的法実証主義であれば依然として法実証主義を掲げる意味もあるだろう。

ethics) である。概念工学に限定しても議論はさまざまあるため、本稿で詳細に紹介することはできないが、本稿の関心の限りにおいて重要な点を以下で取り上げよう。

概念工学・概念倫理¹⁰³⁾は概念の査定 (assessment) と改善 (improvement) に関心がある。また概念工学・概念倫理は、われわれの用語によってなにを意味すべきか、ある用語の使用をどういうときに差し控えるべきかなどを問う¹⁰⁴⁾。いわば、語の概念や意味を操作可能なものとみること、語のよりよい使用法を模索するアプローチであると言える。また、なにをもって「よりよい」語になったかは、それ自体論争的である。

概念工学・概念倫理は全体として方法論に関する議論であって、法の性質に関する実質的な主張を試みるものではない。換言すれば、概念分析の適切性や分析手法の検討は二階の探究であって、一階の探究であるところの法の性質に関する研究とは区別されるのである。本稿で参照したキアッソーニの議論も概念の改良・改善を目指す点で、広くは概念工学の一アプローチとして理解できるだろう。

また、もう一つのアプローチとしては、本稿でも扱ったシャピロと概念工学の分野でも著名なD・プランケットが提示しているメタ法的探究もある。彼らによると、これは法的な思考や言説の説明目標を与えるプロジェクトである。また、メタ法的探究の説明目標は、「法的な思考や言説がいかなるものなのか、そうした思考や言説がなにに関して特有なのかを、全体として現実に適合するように説明することである」¹⁰⁵⁾とされる。この

103) 法理学における概念工学や概念倫理、直後に参照する概念の改良アプローチを検討するものとしては、参照、平井光貴「「法とは何か」とは何か：メタ法概念論と概念工学」立教法学104号(2021年)、121-125頁。また、概念工学一般については、参照、戸田山和久・唐沢かおり(編)『〈概念工学〉宣言! : 哲学×心理学による知のエンジニアリング』(名古屋大学出版会、2019年)。

104) Herman Cappelen & David Plunkett “Introduction: A Guide Tour of Conceptual Engineering and Conceptual Ethics”, in Alexis Burgess, Herman Cappelen & David Plunkett (eds.), *Conceptual Engineering and Conceptual Ethics* (Oxford University Press, 2020), pp. 3-5.

105) Plunkett & Shapiro, *supra* note 58, p. 39.

アプローチも、概念分析に連なる一連の方法論同様、分析法理学の法理論についての成功条件を探究する二階の議論であり、一階の探究（シャピロ言えば、社会計画としての法が該当する）とは区別される。

ここで確認したいのは、穏当な概念分析である概念の治療を含む、上の二つのアプローチがいずれも二階の議論・探究であること、それゆえこれらのアプローチは一階の探究である法の性質に関する主張には必ずしも関係がないことである。これら二つのアプローチは一階の探究に関する成功条件を検討するものである。

しかしながら、こうした方法論への着目は、一階の探究への批判を回避したり、無効化したりする方に作用する可能性がある。まず、メタ法的探究において、一階の探究への批判が成立しているかどうかは、方法論の説明目標などの要件に該当するかどうかで決まることになる¹⁰⁶⁾。だが、方法論的要件については、それ自体が論争的でありうるし、どれも支配的とは言えないだろう。そうである以上、論争的でありうるようなこうした要件に該当する理論の間でしか議論が成立しないことにもなりかねない。

このような理論構造は概念工学についても指摘できるが、概念工学アプローチであれば、一階の探究への批判を受けた場合に、その批判の含意を当の概念規定に含むことで、批判を乗り越えるだろう。しかしながら、この対応は更なる問題を引き起こす。第一に、そうして「改良」された概念は、もとの概念とどうして連続していると言えるのか、実は検討対象がまったく異なる概念になっているのではないか、という疑いがある。これは概念工学批判の文脈では、「断続性批判 (Discontinuity Objection)」¹⁰⁷⁾と呼

106) 同様の試みとして、J・ディクソンによるものがあげられるだろう。ディクソンの議論の成否は、彼女の掲げる「間接評価的法哲学 (indirectly evaluative legal philosophy)」による段階的な探究がもっともらしいかどうかにかかっている。See, Julie Dickson, *Elucidating Law* (Oxford University Press, 2022), ch. 8 (邦訳、J・ディクソン『法哲学の哲学：法を解明する』(森村進 (監訳)、郭舜・伊藤克彦・平井光貴 (訳)、勁草書房、2024年)、第8章)。

107) この論点はP・ストローソン (Peter F. Strawson) によって提示された。断続性批判を検討するものとしては、次の文献を参照されたい。See, Michael Prinzing, “The Revisionist’s Rubric: Conceptual Engineering and the Discontinuity

ばれている。

また第二に、理論の論駁可能性や論争可能性がどのように保証されるのかという問題もあるだろう。法実証主義がこのアプローチを採用する場合、自身にとって理解可能な批判に出くわすたびに概念的主張を「修正」し、その批判の含意を取り込むことになる。しかし、そうした批判をいかにして取り込むのか。必ずしも制度化されていない慣習法を法実証主義の枠組みで説明できるのだろうか。そうして修正された概念的主張は法実証主義を維持しているとは言えないのではないか。

論争可能性についても疑義がある。たとえば、シャピロの描像に従えば、法の性質nに着目する法理論Nもあれば、性質mに着目する法理論Mもあるということになる。すると、分析法理学は法の有する性質の束のうち、各論者が重視する性質について論じる仕事に従事することになるだろう。法理論Nで論じられる性質nが法理論Mにおいてはほとんど役割を果たさないということも考えられる。このとき、異なる性質に着目する二つ以上の法理論の間で、どれが理論的に優れているかをいかにして判定できるのか。換言すれば、概念分析に従事する諸理論間の論争可能性はどのように担保されるのか¹⁰⁸⁾。

第三に、被説明項である「法」概念それ自体が変化する場合に、法実証主義はなにをしている議論だと理解できるのか。非中立的・評価的に「法」概念を同定しようと依然として主張できるのか。

二階の探究を導入する動機が、一階の探究に関する論争状況を整理するためだとすれば、二階の探究それ自体への以上の疑念は、二階の探究が現状有望とは言えないことを示しているように思える。私としては、分析法理学者は一階の探究に従事すべきだと考える¹⁰⁹⁾。

Objection", *Inquiry*, vol. 61, no. 8 (2018), pp. 854–880.

108) シャピロは、この問題を認識しており、「共通の証拠体」に訴える仕方では応答を試みるだろう。この「共通の証拠体」という想定が成立するかどうかはまた、問題である。

109) とはいえ、本稿はメタ法的探究や概念工学が不可能であるとまでは主張していない。

2 法存在論¹¹⁰⁾ へ

概念を操作するアプローチが現状有望ではないとすると、法実証主義に残されたアプローチはあるのか。いま一度法実証主義の見解に立ち戻ろう。たとえばラズは、概念分析ではなく、法の性質に関する探究に従事していた。しかしながら、法の性質という独自の領域への執着は、偏狭な方法論への固執による他の学問的知見の排除も導くかもしれない。

だが、実のところ、この法の性質に関する探究を救う方法がある。それが法存在論である。私の提案は、法実証主義の法理論は法存在論として読む方が法実証主義者の理論的な動機や目的を拾える、というものである¹¹¹⁾。

法実証主義を法存在論として読むアプローチを提案しているマーモーによれば、法存在論とは、「なにがある事物を法的なものにするのか、いわば法領域の一部となるのか」という問いに回答することを目的とする」¹¹²⁾ 議論領域である。分析哲学などにおいて議論されてきた既存の存在論は、一般に「なにが事物TをFにするのか」という問いに基づいて探究している。「法」存在論はこうした存在論の一部門であるので、存在論の知見を援用しつつ、法の説明が可能になる。

法存在論として読むことによってとくに恩恵があるのは、法の性質に関する探究に従事していたラズである。実際、ラズは法の性質に関して説明する箇所、分析哲学の一分野としての存在論に平仄が合うような主張を展開している。それは、社会的事実は法制度が存在するかどうかを決定するが、それは法の性質に関する主張ではなく、法の「例化」にすぎない¹¹³⁾ という主張である。

例化、あるいは例化関係について、分析形而上学を専門とする倉田剛に

110) 法存在論については、日本では吉原雅人(京都大学)の研究がある。

111) こうした読み替えは、排除的法実証主義者であるマーモーが法実証主義を法存在論として理解していることから支持されよう。See, Marmor, *supra* note 24, p. 152. また、法存在論の一アプローチとしては、法人工物理論がある。See, Burazin, Himma & Roversi, *supra* note 10.

112) Marmor, *supra* note 24, p. 152.

113) Raz, *supra* note 29, p. 92.

よる整理¹¹⁴⁾を参考に導入しよう。例化は、種 (Kinds) カテゴリーと対象 (Objects) カテゴリーそれぞれに属する存在者、あるいは属性 (Attributes) カテゴリーと様態 (Modes)¹¹⁵⁾ カテゴリーそれぞれに属する存在者の間に成立する。たとえば、種と対象の例化関係は、「馬種はリバティアイランドによって例化される」と説明される。また、属性と様態の例化関係は、「白さという属性はサモエドによって例化される」と説明されよう。

この整理を踏まえると、ラズの主張は、「法という属性（法性）がこの社会的事実によって例化されている」と換言できる。この解釈でいけば、法の性質に関する探究とは、特定の社会的事実などが有する法性に関する探究だと言えるだろう。このように、法性を有する事実（法的事実）に着目して法ないし法システムが存在や内容について論じるタイプの議論は、法存在論に回収されることで、存在論の知的資源を活用することができる。

さらに、ラズの議論を法存在論として読むことで、本質主義批判に対しても一定の応答が可能になる。つまり、彼の探究は法そのものや法概念というよりも法性に関するものであるから、潜在的にはさまざまな法現象を含みうると応答できるのである。特定の社会的事実法性の根拠を見出すという理路は、法存在論における可能なアプローチのうちの一つであって、他にも法性の根拠はありうるのである。

また、シャピロについても法存在論から読み解けるだろう。彼の同一性問題に関する説明や実践理論としてのハート法理論に対して展開したカテゴリー・ミステイク批判は、まさに存在論的見地からなされたものと理解できるからである。

だが、法存在論として法実証主義を読み解くからといって、本稿で提示してきた問題がいずれもただちに解決するということでもない。しかしながら、ヒュームの法則違反、法の過少包摂（および過剰包摂）、道徳論議の不可避性という三つの批判は、存在論（分析形而上学）というより広い領域で展開されている議論を参照できる点で、法実証主義に固執するよりも

114) 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）91頁。

115) 様態とは、「この机の黒さ」といった個別的性質のことである。「トロープ (tropes)」と呼ばれることもある。

実りある結果が期待できる¹¹⁶⁾。このとき、上の三つの批判は、そうした議論を展開するうえで解かなければならない問題として理解できるだろう。

また、法実証主義が法存在論として整理されることによって、ある根本的構造が明確になる。すなわち、「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」¹¹⁷⁾ というものである。この点もまた、ラズがわかりやすい例であろう。彼によれば、社会的テーゼはその探究に従事する者のバイアスと評価的要素を排除する。これはつまり、法実証主義者は法的であるような社会的事実を自身の評価に関係なく同定できるということである。しかしながら、評価的視点の一切を排除した法的・社会的事実なるものが特定できるという想定と、少なくとも専門家であればそうした事実について見解の一致をみるだろうという想定は疑わしい。さらに言えば、社会的事実に関する見解が仮に一致したとしても、それが法的事実であるかについて一致するとも限らない¹¹⁸⁾。それでもこの立場を堅持したいのであれば、「法的」事実がはじめから確定している状態から議論を出発することが肝要である。つまり、法存在論のもとでは、法の同定に関する問題は解くべき問題というよりも議論の出発点なのである。ラズにかぎらず、法存在論は「法的」と呼べるものについて確定した状態から議論が出発しているので、そこに同定問題を投げかけることは、彼らからすれば筋違いである。

五 おわりに——分析法理学が向かうべき先

本稿が示したことは大きく三つである。第一に、分析法理学が取り組む

116) 法存在論として自覚的に整理された議論は、法実証主義に比してその歴史は浅いこともあり、支配的な見解はいまだ存在していない。しかしながら、先に示した法人工物理論は、法存在論の有力な一立場であると理解できよう。

See, Burazin, Himma & Roversi, *supra* note 10.

117) Marmor, *supra* note 24, pp. 163-164.

118) これはまさにジャクソンが「位置づけ問題 (the location problem)」と呼んだものに該当するだろう。See, Jackson, *supra* note 88, ch. 1.

べき問題を示した。その問題とは、①ヒュームの法則と法の規範性の説明、②法の過少包摂・過剰包摂、③本質主義批判による道徳論議不可避性問題の三つである。第二に、これら諸批判に対する法実証主義者による応答が異なること、そしてその要因が彼らの方法論の違いにあることから、彼らを十把一絡げに扱うことが有益ではないことも示した。第三に、法実証主義は、概念分析ではなく、法存在論から理解する方が彼らの関心からして平仄が合うということを示唆した。

さしあたり、法実証主義を法存在論から理解しよう。このとき、法実証主義という立場に固執して記述的主張を行なうことにはいかなる意義があるのだろうか。記述的な主張を行なう法実証主義に限定しても、それらを「法実証主義」という一つの看板のもとに十把一絡げに扱うことは有益ではない。また、法実証主義者と呼ばれてきた当の論者も「法実証主義」という看板に固執していないことも事実である。こうした事態を勘案するならば、法存在論という有力なアプローチが利用可能である以上、記述的主張を行なう法実証主義は、その主張の根拠に対応する法存在論の一立場として理解すべきである¹¹⁹⁾。

だが、法実証主義、いやより広く言えば分析法理学は、なにも存在論には限定されない。現にハートやシャピロは、内的視点や法的実践に参与する人々の視点にも着目し、それを法システムの説明の核になる部分で援用している。このことは、いわば法の認識的次元、あるいは単に法認識論と呼べる議論がありうることを示してはいないだろうか。ある対象がなぜ法的なのかという問いに関する説明は、法認識論の助けによって十全に説明されうるのではないか¹²⁰⁾。法認識論の可能性を指摘し、本稿は筆を擱きたい。

119) これは、法実証主義の記述的主張の根拠にはさまざまなヴァリエーションがあり、それぞれの根拠に対応した法存在論の立場がありうるという主張である。

120) さらに言えば、法性を有するものに関する探究が、物理世界に位置をもつ「対象」に限定される必要もない。

〔謝辞〕 本論文の草稿に対しては、三浦基生氏、見崎史拓氏、山本啓介氏、吉原雅人氏より有益なコメントをいただいた。記して感謝申し上げる。

また、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。

佐々木 誠矢 (ささき せいや)

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	法理学
主要著作	「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)