

# 法の一般性

鳥 澤 円\*

- I はじめに——経済学者による一般性原理の「発見」
- II 西洋の法思想史にみられる一般性原理
- III 現代の法思想にみられる一般性原理
- IV おわりに——一般性という理想

## I はじめに——経済学者による一般性原理の「発見」

政治の経済分析である公共選択論の立役者であり、財政学者としても知られるジェイムズ・ブキャナンは、財政的決定が行われる議会の制度的枠組みに関心を向け、立憲的政治経済学という新分野を開拓した。民主政治が赤字財政をもたらし構造の分析で名を馳せた彼は晩年、法の一般性原理に相当するものを政治にも導入し、多数決政治の作用を制約すべきだと主張した。ブキャナンは法の一般性を法による平等な取扱いとして理解し、それは古典的自由主義の要諦であるとも考えていた。彼の観察によれば、法の一般性原理は20世紀の法理論の嵐を生き抜いてきた——法の政治化が叫ばれることもあったが、一部の非主流派を除けば、法律家たちは社会目標を持ち出して一般性の制約を覆すことには言辞上のみならず実質上も消極的であり、明示的にこの原理に違背することはほとんどなかった (Buchanan and Congleton 1998 ; Buchanan 1999)。

しかし、果たしてそうだろうか。現代の法哲学において、法の一般性は〈法の支配〉の要請の1つとして言及されることがあるが、その意義よりはむしろ、その限界や融通のきかなさが強調されることが多いように見受けられる。それは、

---

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第19巻第1号 2020年3月 ISSN 1347-0388

※ 関東学院大学法学部准教授

国際的な影響力をもつ米国の法思想の傾向とも調和しているかもしれない。シャウアーによれば、今日の米国の法思想と司法では、個別事案において正しい結果に到達できるよう裁判官の権限を拡げることが共通の目標となっており、一般的ルールの制約に対する圧力と、一般性から生ずる欠陥を救済する方法を見出す衡平的理念への共感が、圧倒的なテーマとなっているという (Schauer 2004 : 221-224)。また、法の一般性の概念そのものも、ブキャナンや哲学者の想定するそれと、法学者、とりわけ法概念論の専門家によって用いられるそれには、若干の違いがありそうである。

そこで、本稿では古今の哲学者・法学者の著作を調べ、そもそも法の一般性とは何を意味するのか、法の一般性の何が重要なのか、重要なものがあるとしてそれはどのような価値なのかを検討していく。本稿のこうした問いの源は、法思想史への関心というよりは、筆者がコミットする自由主義の核心をどこに求めるべきかという、政治哲学的かつ実存的な関心にある。

本題に入る前に、実定法上の一般性規範を確認しておこう。西洋の実定法では、一般性原理は個別法律の禁止または制限という法原理として現れる。ドイツ連邦共和国基本法には、「この基本法が法律によって、または法律の根拠に基づいて基本権を制限することを認めている場合、その法律は、一般的に適用されるものでなければならず、個々の場合にのみ適用されるものであってはならない。さらに、その法律は、条文を挙示して基本権の名称を示さなければならない。」(19条1項)という条項がある。もっとも、この条項は基本法制定時より今日に至るまで、ほとんど顧慮されたことがないらしい (Kirchhof 2018 : 103-104)。英米法圏では、特定の個人・団体または特定の地域にのみ適用される法律である個別法律 (米国の private law/special law、英国の private act) が広く制限されているという<sup>1)</sup>。一般性を法の下での平等としてとらえるならば、それは日本国憲法にも明記されている (14条)。

---

1) 英米法圏には歴史上個別法律の制度が存在し、かつてはコモンローと制定法では救済されない個人を救済するために用いられた。裁判所には原則としてこれを適用する義務はない。英国では、個人・団体に関する personal act は 1988 年以降承認されていない。米国では、州によっては憲法で個別法律の制定が禁止または制限されている (田中 1980 : 上 39-40, 下 498-499 ; The National Archives)。

## II 西洋の法思想史にみられる一般性原理

### I 古代と中世

法の一般性は、西洋では古代より法がもつべき特性として考察されていた。

アリストテレスは、立法者の判断が個別的なことではなく一般性のあることについてなされるのに対し、裁判では判定者の好悪の感情や個人的利害が影響するため、個別事案の解決においては判定者の裁量の余地を最小限にすべきだと考えた(アリストテレス [c.350BC]1992:1354a-1354b)。また、成文法についてはその安易な改変をいましめ、「一般的法則が書かれることは必須である」と明言している。アリストテレスにとって、「法は欲求を欠く知性」であり、欲望や怒りにより道を誤る恐れのある人の支配よりも、法の支配の方が有益である。「法律が一般的なすべての事柄を支配し、諸々の公職が個々の事柄を支配するべきであってこそ、これを国制と認めるべき」であって、法の支配がない民主政に国制は存在しない(アリストテレス [c.350BC]2001:1269a, 1287a, 1292a)。

キケローは対話篇『法律について』の中で、正しい理性が法律であるという自然法論を展開する主人公に、十二表法に由来するあるべき法律の1つとして「個人にかんする法律は提案してはならない」を挙げさせ、「それより不正なものが何かあるだろうか」と言わせている。というのも、法律の意味は「すべての者にたいして定められ命令されるという点にあるから」である(キケロー [c.51BC]1999:196, 300-301)。

トマスはアリストテレスの議論に倣い、それを効用の観点からも説明した。立法者は全般的な仕方であり、そして将来のことについて判断を下す。彼らは個々の事例をすべて見通せないから、共同の利益を意図しつつ、大多数の場合に起こる事柄に基づき法を制定する。人定法が特殊な仕方ではなく全般的な仕方であるべきなのは、それが法の目的である共通善に適合していなければならないからである。法が指導する人間行為は個別的な事柄にかかわっているのだから、人定法も個別的な仕方であるべきだという主張に対しては、「けだし、はかられ、規制されるべきものの数だけ規則や規準があったならば、規則や規準というものの効用もなくなってしまう。その効用とは、1つのものからして多くのもの

が知られうる、ということにほかならぬ。これと同じく、法がただ1つの個別的な行為にかかわるだけであったならば、法について何の効用も認めえないことになろう。」と反論している(トマス [c.1274]1977: 95 問題1項, 6項, 96 問題1項)。

シュミットは、こうしたアリストテレス的・スコラ学的伝統においては、法律は具体的人格の意志や命令とは違って「まさにラチオであり、欲望も困惑も持たないということから、法律の一般的な規準性が生ずる」と述べ、この法律概念は多くの修正を受けてではあるが、近代以降も依然として「普遍的なるもの」という本質的標識を保ちながら、立憲的思考の基礎になっていると主張している(シュミット [1923]2015: 48)。このことを確認するため、次項では今日も影響力をもつ近代の思想家の議論を見ていこう。

## 2 近代

ロックの社会契約論において、市民社会をつくる要点の1つは自然状態で個人が有していた裁判・処罰の権限を共同化することにあつたが、それは「共同社会が、すべての当事者にとって公平で同一である一定の常置の規則によって、裁き手となる」ことも意味した。それゆえ、「立法部は公布され確立された法によって支配すべきであり、個々の場合に応じて異なった支配をすべきでなく、金持にも貧乏人にも、また宮廷の寵臣にも農耕に従事する田舎の者にも、同一の支配を行なうべきである」と主張した(ロック [1690]1980: 7章, 11章)。カントはその法論において、出生とはその人自身がなす行為ではないため、出生そのものによってその人が法的状態の不平等をこうむることはなく、唯一の最高立法権力の臣民として他のすべての人と共有している法以外の強制法に服従させられることはないと言った(カント [1793]2000: 191)。ロックとカントの思想には、法適用の一般性の理念のみならず、法内容の一般性または公平性・平等性の理念がみられる。

もっとも、こうした考えが近代において必ずしも支配的だったわけではない。法とは命令であると考えたホブズは、法律の中には特定の地方や特定の個人に向けられるものもあることは明白であり、それらは対象となる各人にとっては法

律であるが、それ以外の人々には関係ないと述べている（ホップズ [1651] 1971：26章）。法律はその国の自然条件や習俗と相関的でなければならないと考えたモンテスキューは、「取締りにおける同じ重み、取引における同じ尺度、国家における同じ法律」といった画一性の観念に動かされ、そこに完全さを見出すのは小人であると考え、「公民が法律に従う場合には、同一のものに従うことにどれだけの意味があるか」と論じた（モンテスキュー [1748] 1989：1編3章、29編18章）。

「一般」という語をキーワードとして用い、法内容の一般性と民主政の仕組みとの関係を検討した近代の思想家として、ルソーを欠かすことはできない。彼は、法とは一般意志にもとづく、対象が一般的な取り決めだと考えた。権利の平等とそこから生ずる正義の観念は、人間が自身のことを考えずにはおれないという本性に由来している。一般意志は、それが本当に一般的であるためには、その本質においてと同様その対象においても一般的でなければならない。一般意志は全部の人から生まれ、全部の人に適用されなければならない。一般意志が何らかの個人的な特定の対象に向うとき、それはその本来の正しさを失ってしまう。なぜならば、その場合人々は自分に関係のないものについて判断するので、「公平についての真の原理」が機能しなくなるからである（ルソー [1762] 1954：2編）。民主的決定において意志を一般的なものにするのは、投票数の多さではなく投票を一致させる共通の利害だが、実際問題として、人民はこれをつねに正しく理解できるほど啓蒙されていない。そこで、ルソーは理性的な判断への導き手が必要であると考え、法律の作成は立法権を持たない賢者に委ね、人民を説得するためには宗教的権威の利用さえ認める。それでも、法案が一般意志に一致しているかどうかは、人民の投票に委ねた後にはじめて確かめうることである。人民が問われているのは法案が「人民の意志、すなわち一般意志」に一致しているか否かであり、「だから投票の数を計算すれば、一般意志が表明されるわけである。従って、わたしの意見に反対の意見がかつ時には、それは、わたしが間違っていたこと、わたしが一般意志だと思っていたものが、実はそうではなかった、ということ、証明しているに過ぎない」（同書：51, 60-66）。一般意志のあらゆる特長は過半数の中に存しており、「それが過半数の中に存しなくなれば、いずれの側につい

ても、もはや自由はない」(同書：149-150)<sup>2)</sup>。ルソーの思想には、人間ではなく法というインパーソナルなものが統治すべきだという理想がかろうじて維持されており、彼はそれを、民主的政治過程に一般性の制約を課し、人々の私益と公益を一致させることで実現しようとした。しかし、私益を追求するが不合理でもあるというリアルな人間像から始めたため、そして単純多数決ルールを採用したため<sup>3)</sup>、投票結果の一般性の信憑性については強引に押し切らざるをえなかった。このことは、現実には法律の一般性を保障することの難しさを浮き彫りにしている。

さらに時代が下り、議会制民主主義が進展していくとどうなるか。戦間期のシュミットの理解によれば、19世紀のドイツにおいては、インパーソナルであるがゆえに一般的な法律が永続的な規範として通用するという合法性 (Legalität) の観念が、立法機関としての議会の威信を支えていた。そこでは、憲法が手続的な規制に限られ法律概念が形式的であっても、法とは法律であり国民代表の協働のもとに成立した国家的規制だという等置が可能であった (シュミット [1932] 1983：83-84)。しかし、やがて一般理念への信仰と立法者の理性への信頼という前提 (そして、公開性と討論を特徴とする議会主義的手続と、それらが保障する均衡により真理と正義が実現されるという自由主義的信念 (シュミット [1923] 2015：59)) が失われていくと、議会の多数決の結果は一般意志そのものであるという、法規制の一般性・持続性や司法部による立法部の監督を否定しかねない民主政治観とあいまって、いかなる意志内容にも法律の形式を利用する力が認められるようになった。合法性の観念は、価値中立的で空疎な形式主義的かつ機能主義的な合法性の観念へと変容し、法律はその時々のも多数により決まる純粋に政治的なものとなり、一般性を指向することは不要となった (シュミット [1932] 1983：序章, 1章)<sup>4)</sup>。その先にあるシュミットの議論——手続上の規制と一般的な諸自由権とに限定される憲法をもつ国家 (同書：84) を否定するワイマール憲法への批判と、全体主義の受容——はさておき、こうした分析から我々は少なく

2) 個別意志が一般意志にとって代わるのを防ぐ方法として、他に党派の禁止、定期的集会、代表制の禁止が挙げられている (ルソー [1762]1954：3章, 13章, 18章)。

3) もっとも、ルソーは単純多数決だけを考えていたわけではなく、一般意志を表すために必要な投票数の割合は、討議が重大であればあるほど全員一致に近づかなければならないという原則を提唱し、法を決める場合がそれに該当すると述べている (同書：150-151)。

とも、この時代に一般性を理想的な法律がもつべき重要な性質の1つしてとらえる考えがあったこと、そしてそれが一定の条件を欠く民主政治においては失われやすいものであることを、学ぶことができる。

### 3 一般性の多面性と〈法の支配〉

このように、西洋では古代から近代に至るまで、一般性、全般性、画一性は法がもつべき特性として論じられてきた。しかし、強調される一般性の内容は様ではなく、法適用の一般性と法内容の一般性が混在しており、さらにこれらの一般性は効用の観点から正当化されることもあれば、公平性の観点から語られることもあった。

キルヒホフは、法の一般性の特徴を①どの人にも理解可能な形で告知されるという言語的一般性、②永続的に適用されるという時間的一般性、③領域内にあまねく適用されるという領域的一般性、④あらゆる人に同一の規準を維持し特権や例外を認めないという人格的一般性、⑤一部の事案への特別な取扱いを認めないという対象にかかわる一般性、⑥全体的・共通的な何らかの善を指向するという最終的一般性、⑦標準的なケースを想定し例外や精緻な規定を極力避けた明確な規制構造をもつという道具的一般性の7つに分類している (Kirchhof 2018 : 97-99)。②は法に安定性と予見可能性をもたらすのみならず、過去の人と現在の人を等しく扱うことも意味し、先例の拘束力を説明するとともに、法が将来に向けてつくられることを要請する。③は予見可能性をもたらす。④と⑤は公平性や平等性に直接関わっており、「等しきものは等しく」という古来の正義概念の構想だと言えよう。①はこうした等しい扱いの前提条件であり、予見可能性を高める。⑥は一方で法のシステムとしての目的の正しさを、他方では整合性を要請する。⑦は法が実用性・機能性をもつための条件である<sup>5)</sup>。これらは、フラーが挙

4) ハイエクは、19世紀ドイツの法治国家論は実績を残すことはできなかったものの、理論としては〈法の支配〉の古い理念の直接の成果であったと評価している。彼はそれが本来の目的を果たせなくなった原因を、国家社会主義と福祉国家を推す勢力の増大に伴う自由主義の概念の放棄と、「法の支配または本来の意味での法治国家という理想の基礎をなす、超法的原理」を必要としない法実証主義の隆盛に帰している (ハイエク [1960]2007 95-100, 144-148)。



げた合法性 (legality) の諸原理の中の、法の一般性以外の原理——明晰性、公開性、無矛盾性、遵守可能性、安定性、非遡及性、公布と運用の一致 (フラー [1964]1968: 2章) ——とも重なっている。このことは、合法性の諸原理がいずれも何らかの一般的性質を帯びていることを示している。

現代の英米の多くの法哲学者は、〈法の支配〉を形式的合法性として理解しており (タマナハ [2004]2011: 130, 158; Waldron 2016: § 5.3)、フラーが列挙した合法性の8原理を、〈法の支配〉を構成する主要な形式的原理として受け入れている (Marmor 2010: 673)。〈法の支配〉は民主主義、人権、社会的正義、経済的自由と並ぶ、自由主義的政治道徳を支配する諸価値の理想の1つであると言われる (Waldron 2016: § 1)。法がかかわる領域が拡大し法体系が複雑化をきわめる一方で、自由主義の構想が分裂し論争が続く現代において、一般性原理はどのようなものとして理解され、一般性をその特色とする〈法の支配〉はどのような価値をもつと考えられているだろうか。次節では、現代の主要な法哲学者・政治哲学者の議論を調べてみよう。

### Ⅲ 現代の法思想にみられる一般性原理

#### 1 法の内面道徳か、機能上の要請か

フラーは法を「人間行動をルール統治に服せしめる企て」として考え、この企ての遂行のため法システムが合致を追求すべき諸基準を、合法性の諸原理または「法の内面道徳」の要求として挙げた。その最初の要請が一般性である。フラーによると、この原理は「いかに公平もしくは不公平であろうと、最小限のところではなんらかのルールがなければならない」という「自明の理」であって、法は没個人的に作用しなければならず一般的な集合に対して適用されなければならないという、個別法律禁止規定により表現されるような原理とは区別される。後者

---

5) モンテスキューは領域的一般性と人格的一般性には価値を認めなかったが、言語的一般性と時間的一般性と道具的一般性は重視した。彼は法律の作成にあたって遵守すべき事柄として法の明晰性や持続性にかんする条件を列挙し、リストの末尾には道徳性にかかわる条件も添えた (モンテスキュー [1748]1989: 29編 16章)。



はむしろ公正さ (fairness) の原理であって、法の外面道徳の問題である。フラーの言う一般性とはあくまで、あらゆる問題がその場限りの仕方解決されることへの対立物以上のものではない (フラー [1964]1968: 49, 59-62)。彼は管理的指令と法との違いを説明する中で、次のようにも述べている。明晰性、公開性、無矛盾性、遵守可能性、安定性は前者の管理的企ての効能を損なわないためにも必要な属性であるが、一般性は、管理的文脈においてはいちいち個別の指令を出さずに済むという便宜の問題に過ぎず、ここには個別事案で上位者が一般性を欠く命令を出すことを問題視する余地がない。これに対し、法のシステムは一般市民に対して相互作用のための安定した枠組みを提供するものであり、統治機関の役割はこのシステムの誠実さ (integrity) の守護者になることである。このことから導かれるのが「一般性の原理と、統治機関による宣言したルールの誠実な遵守の原理という、ふたごの原理」であり、これらはたんなる便宜上の勧告ではない (Fuller 1969: 207-210)。フラーのこの議論は、彼が提示する一般性の概念が形式的で希薄なものであることを確認させつつも、一般性原理が合法性の他の原理よりも、伝統的な〈法の支配〉の理念と密接な関係にあることを示している。

こうした考えから、フラーはハートを次のように批判した。もしハートの言うように、法が社会的権威ないし権力が事実として発現したものに過ぎないならば、合法性を定義するための基準が完全に失われてしまい、法システムが全体として合法性という理想をどの程度実現しているかを論ずることが不可能になる。法が一般的なルールの適用を通じて発現することを認めるにしても、その理由としては、あらゆる街角に公務員を配置して人民に個別に命令を下すことはできないから、といった程度の説明しかできない (フラー [1964]1968: 194-196)。これに対しハートは、ルールに導かれた活動すべてに同じく適用できる目的的活動の内面的原理をフラーのように「道徳」と呼ぶことは、目的的活動と道徳の区別を無分別にぼやけさせてしまうとして批判し、こう問うた。自分や他の法実証主義者が「法をルールのシステムとして見ることは有益だ」と考えるさいに、「なぜ次のような理由から、法が通常一般的であることが望ましいと説明してはならないのだろうか。すなわち、法が通常一般的であることは、経済的であるというだけでなく、人間が将来を予見することを可能にし、これは、人間の自由と幸福に対

する多大な貢献をなすものであるという理由である」(ハート [1965]1990: 396, 402-403)。

この論争が、フラーが設定した希薄な一般性概念にもとづいて展開されている点に注意されたい。フラーは、ある法律を制定しておきながら事実上空文化させるような場合を除けば、合法性は多くの場合法の実体的目標に対して中立的だと述べた(フラー [1964]1968: 207)。タマナハは、形式的合法性として理解された、一般性をはじめとする〈法の支配〉の特質とは、つまるところすべてのルールが有する性質であり、独立した理想として独特なものはないと述べている(タマナハ [2004]2011: 138)。しかしフラーはこの一般性に、コスト削減と予見可能性をもたらす効用以上の意義を認めていた。彼は、「法の内面道徳」は必然的に一定の人間観——人間はルールを理解し、それに従うことが可能であり、自らの怠慢について責任を負える責任ある行為主体である——に与していると考え、この要求からの背反はすべて、責任ある行為主体としての人間の尊厳に対する侮辱だと述べている(フラー [1964]1968: 219)。

ハートと同様に、一般性や非恣及性の原理が法に不可欠である程度は最小限であって、法システムにおける道徳的価値の存在を確立するには不十分だと考えるラズも、〈法の支配〉の価値は、我々が人生のスタイルを選び、長期的目標を設定して効果的にそれを達成するための、安定的で確実な枠組みとしてそれが役立つことに加えて、法が人間の尊厳を尊重するならばそれが必要であるという事実存することを認めた。尊厳を尊重するとは、人々を自身の人生を計画できる人格として扱うことであり、そこには自身の将来をコントロールする権利を尊重することが含まれる。〈法の支配〉の意図的な無視は、人々の将来の予測を阻んだり裏切ったりすることで、彼らの尊厳を侵害する。しかし、〈法の支配〉の完全な遵守は不可能であるし、全般的な見地から望ましいともいえない——管理された行政的裁量があったほうがよいこともある(Raz 1979: 219-226)。ラズによれば、〈法の支配〉における「法」は法律家的(で法実証主義的)な意味での法ではなく、非専門家が考える理想的な法の投影であって、このように理解された〈法の支配〉は要求が厳しすぎ、いかなる法システムもこれを満たすことができないか、できてもほとんど価値がない。一般的ルールだけの法システム<sup>6)</sup>は、決

して望ましいものではない (Ibid.: 213)。

もっとも、ラズのように危惧するまでもなく、一般性のような行為者中立的な原理は、法律家以外の人々には訴求力をもたないかもしれない。シャウアーは形式的な意味での一般性を、法的思考に独特な理念として考察している。ルールという理念の核には一般性の理念があり、先例拘束の理念や理由付与の理念もまた一般化の一形態である。しかし世間の人々は、一般的なルールや先例に依拠しないソロモン王の裁判を名裁判として称える。医師にせよ建築家にせよ、他分野の専門家は個別事案で正しい判断に到達すると賛美され、先例に従うと侮蔑される。さらに、米国では法律家の中にも、衡平 (equity) による一般性の補完にとどまらず、一般性の制約を打開して——つまり衡平に一般性を代替させて「正しい結果」に至ることを評価する傾向があると、シャウアーは指摘している。彼は、それでも法が一般性に取りつかれていることの根底には、次のような価値があるのではないかと考えている。それは、複雑な社会構造において安定性を担うつとめを果し、「人の支配」よりもリスクを回避し、そして、同じく法の特性である権威の理念——一定の源泉からの放射を正当なものとして扱うことにかかわっている——を支えていることである (Schauer 2004)。

## 2 形式的な最小限の正義か

一般性原理は人間の尊厳を尊重する一面をもつが、道徳の名にはふさわしくないとしたら、何であろうか。ハートは、正義のもっとも単純な形態は、偏見や利害や気まぐれによって左右されない同じ一般的なルールが、多くの異なる人々に適用されなければならないという考え——法の適用における正義——だと述べた。「もっとも不愉快な法が正しく適用されることになるかもしれないが、その場合でもわれわれは、一般的な法のルールの適用というただそれだけの観念のなかに、正義の少なくとも萌芽を見るのである」(ハート [1961]1976: 224-225)。ハートによれば、「類似の事例は同様に取り扱うべし」という定式が表す観念は正義の

---

6) なおフラーは、一般性の要請は、特定の被告に向けられた裁判所の命令がどれも一般的規則の確立という形式をとるよう要求する主張ではないと述べている (フラー [1964] 1968: 62)。

中心的要素ではあるが、それだけでは不完全であり、補足がなければ行動の指針となりえない。というのも、どのような人々にも類似点と相違点があり、どの類似点と相違点が問題になっているかが確定されなければ意味がなく、また、問題となる類似点や相違点の基準はその人や社会の道德観によって変わるからである(同書：174-178)。

個別法律の禁止を含めた、形式的理念としての一般性が重大な不正と両立することは、現代の多くの法学者・哲学者が認めるところである(ロールズ [1999]2010：178；井上2003：46；タマナハ [2004]2011：169-170；Marmor 2010：671；Waldron 2016：§5.1)。ラズは、一般性原理が〈法の支配〉の核心だという考えは、平等は法の一般性と関係しているという信念により補強されているが、この信念は誤りであって、人種的、宗教的、その他あらゆる形の差別と両立可能だけでなく、それが一般的なルールにより制度化されることも少なくないと述べている(Raz 1979：215-216)。ドイツ基本法の19条1項が削除されないが注目もされないという事情も、一般性原理のこうした性質によるのであろう。この条項はワイマール憲法にはなかったもので、その導入については基本法起草時に論争があったという。賛成派も反対派も、一般性の要請が「かつては看過されていた、〈法の支配〉の真の礎石」として重要だという認識を共有していた。反対派の理由はこうである——たとえこのような条項があっても、立法府が技巧を凝らして一般的規定を装い、実質的な個別法律を制定することは可能ではないか(Kirchhof 2018：103-104)。

法学の外ではどうか。ロールズはその重厚な正義論の中で、形式的正義を法システムに適用するところに〈法の支配〉が成立すると説いた。形式的正義とは、法や正義の実体をなす諸原理がどのようなものであれ、法や制度が公平かつ堅実に管理運用されていることである。もし正義がつねにある種の平等を表現するものと考えるならば、法や制度の管理運用において「複数の階級・部類に属する人びとを等しく(つまり同じ仕方)適用対象とすべきことが、形式上の正義の要求するところとなる」(ロールズ [1999]2010：81, 317)。ロールズは、規則正しく不偏・公平な法の管理運用を〈規則正しさ(regularity)としての正義〉と呼び、ここからの乖離が多くなると、個別命令の集合への対立物としての法システ

ムが存在するとは言い難くなると考えた。ある法秩序が別の法秩序よりも〈法の支配〉の指針を満たしているならば、その法秩序の管理運用はより正義にかなっており、そのことは、その法秩序が自由のためのより確実な基盤と、協働の仕組みをまとめるより実効的な手段を提供していると考えられる。この意味で、ロールズは「法の支配が自由と密接に結びついていることは疑いようがない」と判定する。〈規則正しさとしての正義〉の指針は、それのみでは（実体的な）不正とも両立する分弱いものではあるが、社会の基礎構造に決して無視できない制約を課している。〈規則正しさとしての正義〉の原理としてロールズが挙げる中には、「法律は記述と目的において一般的であり、名前を明示するなどして特定個人に危害を加える方法として用いられないこと」という要請や、適正手続の要請が含まれる（同書：318-323）。ロールズの一般性原理はフラーであれば公正さの原理と呼んだもので、前項のそれよりも濃いものである。こうした拡張ゆえに、〈規則正しさとしての正義〉の一般性原理は自由主義にいっそう親和的である。

ハートもロールズも、法適用の一般性をはじめとする〈法の支配〉の諸原理が正義の一部であることを認めるが、彼らにとって正義の本丸はハートの言う「補足」、つまり実体的正義である。彼らが一般性や〈法の支配〉に最小限の評価しか与えないのは、それが彼らの実体的正義の基盤になると考えられる一方で、実体的正義の実現を何ら保障しないからである。

### 3 古典的自由主義の要請か

しかし、これらの正義はつねに両立するのだろうか。実体的な正義の追求が、同時に形式的な正義としての一般性を損なうおそれはないか。批判法学派のアンガーは、20世紀後半の「ポスト自由主義社会」——国家が公然と再分配、規制、計画といった仕事に従事し、国家と社会、公共的領域と私的領域とが近づく社会——では、〈法の支配〉が体现する政治的理想の信用が損なわれ、衰退すると考えた。福祉国家の発展は、制約なき基準の使用の拡大と、法的推論の目的追求的または政策指向的な方向への転回をもたらした。一般的なルールの画一的適用をかなめ石とする形式的正義とは異なり、交換・分配手続の正統性に条件を課す手続的正義と、分配と交渉の結果を支配する実体的正義、そして目的追求的な法的

推論は、一般性という理想を次のようにして損なう。政策指向的な法律家は、ルール解釈の一部は目的を達成するもっとも効率的な手段を選ぶことだと考えるが、しかし判断が向けられる状況や、利用できる手段についての理解がまちまちになるにつれ、ルール解釈の仕方もまちまちになる。こうした不安定性は、個人の法的資格や責務の安定的領域という、〈法の支配〉という理想と切り離せない観念を浸食していけだろ。また、実体的正義がどのように定義されようと、不平等の範囲が拡大すればそれに応じて個別的な配慮の必要も増えるので、それは異なる事態に異なる取扱いをすることによってしか達成されない。法の一般性と自律性は自由主義社会においても理想であり、完全に実現されていたわけではないが、ポスト自由主義社会を特徴づけるのは、それがこの理想にはっきりと背を向けていることであると、アンガーは述べている (Unger 1976 : 192-200)。

政治思想上の立場はアンガーとは異なるが、福祉国家・行政国家と法の一般性が相容れないことを早くから指摘していたのが、ハイエクである。ハイエクによれば、彼の時代までの数世代の間に、特定の人々の物質的地位を決定する分配的あるいは「社会的」正義を実施するという、〈法の支配〉の制約内では達成できない新しい政策目的が生じてきた。分配的正義を目標とするならば、異なる個人に強いるべきことについての決定は一般的ルールから導出できず、特定の目的と計画当局の知識とに照らして下さざるを得ない。したがって、所得分配をより「正当」にしようと「修正」する願望は、自由の理念と競合する (ハイエク [1960]2007 : 137-139)。

ハイエクは一般性を抽象性の一側面としてとらえており、これは前記の法哲学者たちの一般性概念に似ている。しかし、その意味づけは異なる。ハイエクが考える一般的な法律と個別的な命令とのもっとも重要な区別は、特定の行為を導く目的と知識を、法律・命令を発する人と行為者との間に分配する仕方にある。スペクトラムの一方の極である特定の命令から、一般的な指令、そしてより抽象的な法律へと移るにつれ、意思決定の源は権威者から行為者へと移行する。一般的・抽象的なルールであることは、ハイエクが考える「真の」法律の第1の属性、すなわち〈法の支配〉の第1の要請である。それは不特定の人々に向けられ、特定の事柄を目指さず、どの特定の人・集団を特別に扱うこともない。こうしたル



ールは本質的に恒常的で、その効果は将来に向けられる。このような法律に従うとき、一般的で抽象的なルールが個々の適用とは関係なく規定されているという意味で、我々は他人の意思に従っておらず自由である。立法者は一般的な法律が適用される個々の事案を知らず、裁判官も既存のルール体系と事件の特定の事実から結論を引き出すにあたり、何も「選択」しない（とハイエクは考える）。だからこそ、人ではなく法が支配すると言える（同書：25-31, 106-107）。ロールズにとって、公正さとしての一般性を含む〈規則正しさとしての正義〉が自由の下地と分配の手段であるのに対し、ハイエクにとって、抽象性としての一般性はそれ自体が自由を保障するものである。彼はスミスやヒュームの議論に依拠しながら、命令ではなく抽象的なルールによって自分の行動を決定しうる範囲が各個人に確保されていることの合理的根拠は、命令や法律を発する人が知りえない、その時その場の特殊な知識——暗黙知を含む——を各個人が十分に利用できるようにすることにあると説いた（同書：35-38）。

ハイエクもまた、完全に一般的な法律が異なる種類の人間に異なる規定を与えること、そして抽象的な用語での分類が特定の集団を標的としうることを認める。そこで、彼は次のような条件の追加を提唱した。すなわち、一部の集団だけに適用されるルールが、その集団の内外両者の多数によって正当なものと認められるならば、それは両者の目的に役立っているという推定が成り立ち、その集団を他の集団の意思に従属させることはないと言える。その集団内部の人だけが賛成するならば、それは特権であり、差別となる（同書：31-32）。ハイエクは、この条件は〈法の支配〉の第2の要請である法の前「平等」、つまりいかなる法律もすべての人に対して等しく適用されるべきとする原理に由来すると述べている（同書：109-110）。一般的な法律は個人を自由にするが、それが個人の自由への侵害に対するもっとも有効な保護であるためには、このような意味での平等性もまた要求される。

〈法の支配〉のその他の要請としては、法が知られており確実であること、一般的なルールの制定とその特定の事案への適用を分離するため、別個の機関がこれらの機能を担うことが挙げられている。ルールは特定の事案を念頭においてつくられてはならず、特定の事案は一般的なルール——いまだ明示的に成文化され



ておらず、発見されなければならないものも含め——以外のものに照らして決定されてはならない。従って、立法府とは別に、政府の一時的な目的には関心をもたない独立の裁判官が必要となる。ハイエクによれば、判決が依拠する一般的な原理の多くは、定式化された法体系の中には暗黙に含まれているにすぎない<sup>7)</sup>。これはおそらく法的推論特有の性質ではなく、一般化に伴う性質で、こうした暗黙知は我々が気づかないうちに我々を支配している（同書：101, 107-108）。

このように、ハイエクにとって〈法の支配〉とは政府の権力の限界を設定する政治的理念であり、その一属性である抽象性としての一般性原理は個人の自由を保全し、分配的正義やその他の社会目標とは相いれない。ハイエクのこうした議論に対しては、法哲学者から次のような批判がある。ラズは、ハイエクが〈法の支配〉の価値を誇張する傾向に警告を発している。ハイエクが提唱する、一部集団を区別する法が自由を損なわない条件について、ラズはそこにルールへの同意という異質の要素が入り込んでいる点を問題視し、これは〈法の支配〉と〈よき法の支配〉との混同へとつながるすべり坂だと述べている。ラズにとって〈法の支配〉は本質的に消極的な価値であり、法がもつべき複数の徳目の1つに過ぎず、またその遵守は程度の問題である<sup>8)</sup>。それゆえ、つねに競合する他の徳目の要求とバランスをとる必要があり、他の目標の実現を助けるためにその遵守を弱めることが好まれることもある。「〈法の支配〉の祭壇にあまりに多くの社会目標を犠牲として捧げるならば、法は不毛で空虚なものになるだろう」（Raz 1979：227-229；賛同者としてタマナハ [2004]2011：139, 170；田中 2011：327-329）。

---

7) ハイエクのこうした見方は後年さらに強まっていく。彼は、立法者が目標追求のため設計したルール（テシス）には自由の枠組みとしては限界があると考え、司法判断を通じて進化・創発する法（ノモス）をいっそう重視するようになった（ハイエク [1973]1987）。

8) ハイエクは、一般性原理と個人的自由の保障は決して侵すべからざるものだと考えているわけではなく、あらかじめルールによって例外的な場合として定義されるなど一定の条件を満たせば、たとえば言論の自由の統制や土地の収用も認める。行政の自由裁量についても、一般的なルールに適切に規制されている限りは認容すべきというラズの主張と類似のことを述べている。とはいえ、市場への参入規制や分配的正義を〈法の支配〉に匹敵する社会目標とは認めない点において、また行政裁量の問題とは、行政に委譲された権力の行使を明確に指導する一般的ルールを成文化できず、そのため行政当局がルールなしに強制を実行する権力もち、行政の範囲が拡大する傾向にあることだと認識している点において、ラズとは異なる（ハイエク [1960]2007：14章, 15章；Raz 1979：216）。

#### 4 一般性概念の拡張——自由主義の要請として

立法過程が単純多数決での勝利をめぐる政治的なゲームになり、一般性原理が他の社会目標に優越した地位をもちえず、それらの社会目標実現のため行政が強制権力を行使できる範囲が増えつつある今日において、一般性原理はせいぜいリップサービスとして言及されるだけの、無力な理念なのだろうか。最後に、一般性をより濃厚な概念として再解釈し、自由主義（リベラリズム）が要請する重要な原理の1つとして提示する構想を見てみよう。

井上達夫は、「正義を志向する理性の支配としての法の支配を、正義の論争化が不可避な民主社会において、法的判断の公共的信頼を保持しうるような仕方で貫徹することは果たして、またいかにして可能か（井上2003：44-45）」という問題意識にもとづき、リベラリズム内部から〈法の支配〉の「形式化プロジェクト」の限界を克服し、「実体化プロジェクト」と「プロセス化プロジェクト」を止揚する試みとして、「理念化プロジェクト」——法を「人間行動を正しい準則の支配に服せしめる企て」としてとらえ、正義の諸構想が共有する正義概念「等しきものは等しく扱われるべし」に依拠して（実体的自然権には依拠せず）導出され民主的政治過程に先行する、民主的な熟議の内容への規範的制約として位置づける——を提示し、その中で一般性原理のいわばバージョンアップを試みている。井上によれば、「等しきものは等しく」という理念は単なる予見可能性の要請ではなく、普遍主義的要請、すなわち普遍化不可能な理由（個的同一性における差異に依存した理由）による差別の排除と、さらに根本的には、「自分が他者の身になったとしても受容しうる理由による差別か」という自他の立場の反転可能性のテストに立脚する公共の正当化の要請を含蓄する。これをふまえて井上は提示する、〈法の支配〉の〈強い構造的解釈〉の諸原理の1つである一般性原理は、「法令の正当化根拠の普遍化可能性」の要請を意味する。井上にとって、特定の個人・集団の特殊権益の擁護としてしか正当化しえない法は、いかにフラー的な意味での一般性の形式をまとっていても、「法の一般性」の理念に反する（同書：55-60）。

井上の一般性概念は、ここまで見てきた形式的意味での一般性を、カント的な意味での普遍性に置き換えたものだと言えよう。井上は、ルソーの一般意志やカ

ントの定言命法にも淵源する正義理念と法概念との結合関係の内に、民主政における〈法の支配〉を再構築する鍵を見出している（同書：55）。カントが展開した道徳の一般理論における定言命法「汝の格率が普遍的法則となることを汝が同時にその格率によって意志しうる場合にのみ、その格率に従って行為せよ」（カント [1785]1979：265）は、19世紀ドイツの自由主義的法治国家論に影響を与えた。ルール・原理がカント的な意味で普遍的だということは、すべての人がそれに基づいて行為した場合に、それが自己矛盾を引き起こさないということを意味する。ハイエクはこの定言命法を、〈法の支配〉の根底にある基礎的な考え方を倫理学の一般分野に拡張したものとしてとらえている（ハイエク [1960]2007：92）。この置き換えにより、井上はハイエクやロールズ<sup>9)</sup>とは違った仕方で一般性の限界を克服しようとしているが、ラズのように〈法の支配〉と〈よき法の支配〉とを、そして正義理念と法概念とを厳密に区別しようとする立場からは、ハイエクと同様に賛同を得られないであろう。政治における一般性を追求する冒頭のブキャナンの試みも、対称的相互性へと拡張された一般性概念を評価・制約の規準として積極的に用いている点において、井上のこの企てに通じるところがある。

#### IV おわりに——一般性という理想

本稿では法の一般性の概念について、古代からの議論と、次のような現代の4つの立場を確認した。

第1の立場は、関係する他の価値を洗い落とした、法に独特な属性としての純粹な一般性概念を追究した結果、法はその機能上個別の命令ではなくルールでなくてはならないという形式的な一般性原理を採用し、その限界は他の原理の追加によってしか補えないと考える。とはいえ、一般性の価値を道具的な便宜や単なる予見可能性だけで説明することはせず、それが責任主体としての人間の尊厳を尊重する側面もあること、そしてそれが自由主義と連結していることを認める。

---

9) ロールズは一般性（公正さとしての）と普遍性とを区別している（ロールズ [1999]2010：178）。

しかしこの連結は最小限であり、一般性原理を含む〈法の支配〉の理念が、他の様々な社会目標と同じレベルでトレードオフされることを容認する。一般性の追求を諦めることは、国家が様々な社会目標を追求する現代においてはやむをえないことであり、一般性原理によりそうした社会目標の追求を制約しようとするのは悪しきリーガリズムだとされる。

第2の立場は、限界を認めながらも一般性概念に公平性・平等性を読み込み、法適用における正義として、手続的正義の原理とあわせて、リベラルな実体的正義論のいわば乗り物として飼いならそうとする。

第3の立場は、基本的には第1の立場と同じく形式的な一般性概念を採用しながらも、その抽象性という側面に着目し、個人的知識の活用という視点から、一般性原理を自由の保障という役割を担う、種々の社会目標よりも優先すべき原理として提示する。これに対し、第1の立場からは、社会目標の評価を〈法の支配〉の説明に混入するならば、その説明は結局〈よき法の支配〉の説明になってしまい、〈法の支配〉固有の性質を説明できないという批判がある。

第4の立場は、民主的政治過程の制約と改善という現代的・実践的関心から、むしろ自覚的・積極的に自由主義的な〈よき法の支配〉の要請を提示しようとし、一般性を、正当化根拠の普遍性や対称的相互性として再解釈する。第1の立場からは概念の乗っ取りとして批判される可能性があるが、一般性原理の新たなポテンシャルを発見したと見ることもできる。

こうした理解・評価の違いこそあれ、法の一般性が法学・法実践に特有の思考様式であり、基底的重要性をもつのは確かである。一般性原理は合法性の諸要請の中心に位置し、統治する者をインパーソナルな制約の下に置こうとする〈法の支配〉の精神に不可欠な原理である。古代に生まれたこの一般性という理想は、今も捨て去ることのできない理想であり続けていると言ってよいだろう。

#### 参考文献

- アリストテレス ([c.350BC]1992) 『弁論術』(戸塚七郎訳)、岩波書店。
- ([c.350BC]2001) 『政治学』(牛田徳子訳)、京都大学学術出版会。
- ([c.340BC]1971) 『ニコマコス倫理学(下)』(高田三郎訳)、岩波書店。

- 井上達夫 (2003) 『法という企て』、東京大学出版会。
- カント ([1785]1979) 「人倫の形而上学の基礎づけ」(野田又夫訳)、『世界の名著 39 カント』、中央公論社。
- ([1793]2000) 「理論と実践」(北尾宏之訳)、『カント全集 14』、岩波書店。
- キケロー ([c.51BC]1999) 「法律について」、『キケロー選集 8 哲学 I』(岡道男訳)、岩波書店。
- シュミット、カール ([1923]2015) 『現代議会主義の精神的状況』(樋口陽一訳)、岩波書店。
- ([1932]1983) 『合法性と正当性』(田中浩・原田武雄訳)、未来社。
- 田中成明 (2011) 『現代法理学』、有斐閣。
- 田中英夫 (1980) 『英米法総論』、東京大学出版会。
- タマナハ、ブライアン Z. ([2004]2011) 『「法の支配」をめぐる——歴史・政治・理論』(四本健二監訳)、現代人文社。
- トマス・アクィナス ([c.1274]1977) 『神学大全 13』(稲垣良典訳)、創文社。
- ハート、H. L. A. ([1961]1976) 『法の概念』(矢崎光圀監訳)、みすず書房。
- ([1965]1990) 「ロン・L・フラー著『法と道徳』」(小林和之・松浦好治訳)、『法学・哲学論集』、みすず書房。
- ハイエク、F. A. ([1960]2007) 『自由の条件 II 自由と法』新版(気賀健三・古賀勝次郎訳)、春秋社。
- ([1973]1987) 『法と立法と自由 I ルールと秩序』(矢島欽次・水吉俊彦訳)、春秋社。
- 畑博行・小森田秋夫(編) (2018) 『世界の憲法集』第5版、有信堂。
- フラー、L. L. ([1964]1968) 『法と道徳』(稲垣良典訳)、有斐閣。
- ホッブズ ([1651]1971) 「リヴァイアサン」(永井道雄訳)、『世界の名著 23 ホッブズ』、中央公論社。
- モンテスキュー ([1748]1989) 『法の精神(下)』(野田良之他訳)、岩波書店。
- ルソー ([1762]1954) 『社会契約論』(桑原武夫・前川貞次郎訳)、岩波書店。
- ロールズ ([1999]2010) 『正義論(改訂版)』(川本隆史・福岡聡・神島裕子訳)、紀伊國屋書店。
- ロック ([1690]1980) 「統治論」(大槻晴彦訳)、『世界の名著 32 ロック・ヒューム』、中央公論社。
- Buchanan, James M. (1999) “Generality as a Constitutional Consent,” in *The Logical Foundations of Constitutional Liberty*, Liberty Fund.

- Buchanan, James M. and Rodger D. Congleton (1998) *Politics by Principle, Not Interest: Towards Nondiscriminatory Democracy*, Cambridge University Press.
- Fuller, Lon L. (1969) *The Morality of Law*, Rev. ed., Yale University Press.
- Kirchhof, Gregor (2018) “The Generality of the Law: The Law as a Necessary Guarantor of Freedom, Equality and Democracy and the Differentiated Role of the Federal Constitutional Court as a Watchdog,” in Klaus Meßerschmidt and A. Daniel Oliver-Lalana (eds.,) *Rational Lawmaking Under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Springer.
- Marmor, Andrei (2010) “The Ideal of the Rule of Law,” In Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd ed., Wiley-Blackwell.
- Raz, Joseph (1979) *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press.
- Schauer, Frederick (2004) “The Generality of Law,” *West Virginia Law Review*, Vol. 107, 217-234.
- Unger, Robert Mangabeira (1976) *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press.
- Waldron, Jeremy (2016) “The Rule of Law,” *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/> (2018/07/06 にアクセス).
- The National Archives, “Chronological Tables of the Private and Personal Acts,” <http://www.legislation.gov.uk/changes/chron-tables/private/33> (2019/04/09 にアクセス).