

# 「グローバルな調和と法の支配」

## ——北京で開かれた第 24 回「法哲学・社会哲学 国際学会連合世界会議」の全体会議——

森 村 進<sup>\*</sup>

2009年9月15日から20日にかけて、北京のBeijing Friendship Hotelにおいて、法哲学・社会哲学国際学会連合（International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy. ドイツ語名にもとづく通用の略称はIVR）の第24回世界会議が、「グローバルな調和と法の支配Global Harmony and Rule of Law」（“Rule of Law”に定冠詞のtheはついていなかった。中国語訳は「全球和諧与法治」という総合テーマの下、中国法学会の主催で開かれた。法哲学の領域における唯一の世界規模の国際学会であるIVRの世界会議は隔年で開催されているが、その開催地は欧米が多かったので、今回は1987年の第13回神戸会議から22年ぶりに、2回目のアジアでの会議となった。開催地の北京はIVR加盟国の多くから遠く離れているが、世界25カ国から800人以上の参加者（うち中国からは約半数、日本からは35人）が集まり、これまでの世界会議以上の盛会となった。

この会議における報告は「全体会議plenary sessions」、49の「スペシャル・ワークショップ」、9つの「ワーキング・グループ」という3つのグループに大別される。大講堂で開かれた全体会議では、主催者が招待したメイン・スピーカー9人と若手研究者を対象としたIVR懸賞論文の受賞者1人が報告を行った。スペシャル・ワークショップは、企画者が特定のテーマの下にあらかじめ報告者を募集・組織して行う研究集会であり、ワーキング・グループは、それ以外の報告を主催者の設定したテーマごとに分類したものである。今回はスペシャル・ワークショップにおける報告がかなり多く、それに対してワーキング・グループ報告は100に満たなかったが、今回「リバタリアニズム」のスペシャル・ワークショッ

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第9巻第1号2010年3月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

ブを企画した私自身の経験から言うと、その一因は、主催者側がスペシャル・ワークショップの企画者に断ることなしに、たくさんの報告をスペシャル・ワークショップに割り振ったことにあると思われる。

本稿において、私は全体会議の内容を報告したい。というのは、私自身がメイン・スピーカーの一人として招待されたこともあって、全体会議にはすべて出席した一方、それ以外にはいくつかのスペシャル・ワークショップに参加するくらいしか余力が残っていなかったからである。また全体会議での報告の多くは全体テーマに合わせて、グローバル化と法の支配のいずれかのテーマに触れているという共通点もあったからである。全体会議の報告10編はすべて英語で、そのテキストは中国語訳付きで「全体大会論文集」というA5版372ページの冊子として参加者に配布された。ただし多くの報告者は実際の報告では時間の都合などで、全体を要約したり、一部を割愛したりしていた。

まず報告者と題名を報告順に列挙し、それから英語論文と口頭の報告の両方に基づいて各報告の内容を要約しよう。報告後の質疑応答についても述べるが、こちらは報告本体よりもはるかに聞き取りにくく、しかも内容が理解しにくかったり、報告と直接の関係がなかったりするものも多かったので、ごく一部の紹介にとどまることをお断りする。

- ・ジョゼフ・ラズ「世界秩序の中の個人権」Joseph RAZ, *Individual Rights in World Order*
- ・杜維明「文化的多様性、文化間の対話と調和：儒教からの一見解」TU Weiming, *Cultural Diversity, Intercivilizational Dialogue, and Harmony: A Confusian Perspective*
- ・アントワヌ・ガラポン「世界的次元と普遍的次元の十字路に立つ判事」Antoine GARAPON, *Judges, at the Crossroads between Worldwide and Universal Dimensions*
- ・ヨアンナ・クスラディ「法哲学再考」Ioanna KUÇURADI, *Rethinking the Philosophy of Law*
- ・キャロル・グールド「人権の枠組みの中での多様性、民主主義、対話」Carol GOULD, *Diversity, Democracy, and Dialogue in a Human Rights Framework*
- ・張偉仁「規範に関する中国古典理論と、それが伝統的な中国の法体系に及ぼした影響」CHANG Wejen, *Classical Chinese Theories of Norm and Their Influence on the*

*Development of Traditional Chinese Legal System*

- ・ ロベルト・アレクシー「法の二重の性質」 Robert ALEXY, *The Dual Nature of Law*
- ・ 森村進「グローバル化と文化的繁栄」 *Globalization and Cultural Prosperity*
- ・ 信春鷹「法を通じての社会改革と進歩：中国の物語」 XIN Chunying, *Reform and Progress through Law: A Chinese Story*
- ・ マシルド・コーエン「理由の支配としての法の支配」 Mathilde COHEN, *The Rule of Law as the Rule of Reasons*

ラズ「世界秩序の中の個人権」

最初のラズ（コロンビア大学教授）の報告は全体会議の中でも別格で、開会式の直後に、他の全体会議報告の倍になる2時間という長時間を取って行われた。これは今日の法哲学の学界におけるラズの地位を考えれば納得できる。

ラズは教育への権利（世界人権宣言26条1項）と健康への権利（経済的、社会的、及び文化的権利に関する国際規約12条1項）を人権の例にとって、次のように述べた。——法が作る、道徳的に有効な権利がある。道徳的権利は法によって変わるし、またすべての道徳的権利が基本権というわけではない。この主張は以下の自明の理に基づく。①人が権利を持つ対象は、自分にとって価値あるものである。②権利を持つことは権利者にとって価値がある（権利の方が基本なのではない）。③ある人の権利は他の人々の自由を制限する（義務を課する）。④権利者は権利を放棄できる——。そして世界秩序の中における人権の否定できない重要性和普遍性を主張した後、ラズは人権が抱えるいくつかの「困難とリスク」を指摘した。それらは権利の提唱者の多くが、権利主張とは他の人々に対応する義務の賦課である、という事態を無視していることから来ており、権利実現のプロセスと権利の内容の二つにかかわる。前者のプロセスにかかわる困難とは、人権が存在するためにはそれを実現するための公正で効率的で信頼できる機関が存在しなければならないので、そのような機関が生ずる見込みがなければ、それに対応する人権は存在しない、ということである。後者の内容に関する困難とは、人権主張の中には文化的に見ると偏向したものがある、ということである。たとえば

健康への権利の重要性を否定する人はいないだろうが、健康という観念自体が文化的に相対的なものである。たとえば子どもを作れないことは健康と両立しないのだろうか？ またいかなる精神的状態が病気と判断されるのだろうか？ さらに上記の国際規約は「到達可能な最高水準の身体および精神の健康を享受する権利」などというが、健康という価値はそれほど至上のものだろうか？ たとえばそれは個人的自由に必ず優越して、喫煙やその他健康に有害な活動の禁止、スキーや高速運転など危険な活動の制限を許すのだろうか？ そんなことはない。異質な価値の間のバランスを取る必要がある——。ラズは最後に、人権が抱えるこれらの困難は人権の絶対視や無謀な運動論をいさめるものであると指摘する。我々はこれらの問題を解決できる特効薬を持ち合わせているわけではなく、権威ある機関の決定に至る公的議論を積み重ねていくしかないというのである。

ラズのこのような現実主義的な人権論はいくつもの質問を呼んだ。たとえば〈尊厳への権利というものをどう考えているか〉という質問があったが、ラズはそれに対して〈尊厳という概念から他の人権を導き出そうとする試みはあるが、それは言葉の遊びにすぎず、人々に義務を課す必要を説明していない〉と答えた。また〈法的に強行できなくても人権はやはり人権ではないか。あなたの権利観は「権利と義務の相補性」という狭い見方にとらわれているのではないか〉というゲールドからの質問もあったが、ラズは〈道徳的権利と法的権利は同じでない。前者の中には法的に強行されるべきものもあるだろうが、現実に実行されなければ法的権利ではない〉と、法と道徳の区別を堅持した。だがその一方、〈東アジアの法文化は権利よりも義務中心である〉という崔鐘庫（ソウル大学教授）の主張に対しては、〈そのような特徴づけは単純化しすぎている。世界が狭くなるにつれて文化の融合が生じているのではないか〉として、人権の観念に導かれた世界秩序への信頼を崩さなかった。

### 杜維明「文化的多様性、文化間の対話と調和：儒教からの一見解」

杜（ハーヴァード大学教授、北京大学教授）の報告は現代社会における儒教思想の再評価を要求する、論争的なものだった。彼は次のように主張する。——現代世界のグローバリゼーションは文化の一面的な西洋化をもたらし文化的多様性

と相いれないかのように考えられがちだが、それは間違いで、現実には起きているのは、グローバルなものが地域化する（ローカルなものになる）とともに地域的なものがグローバル化するというグローカリゼーション glocalization である。問題の基礎にあるのは、「原初的絆 primordial ties」という論点である。原初的絆とは、具体的にはエスニシティ、性、年齢、言語、生まれ、身分、信仰など、個人のアイデンティティを構成する共同体的な特徴である。その絆は別に固定したものではなく流動的だが、儒教の観点からするとグローバル化の中で魂を保持するために不可欠である。さて「啓蒙 Enlightenment」という一種の世俗主義・人間中心主義のメンタリティは近代の最も有力な遺産で、資本主義・社会主義・科学技術・民主政体・市場経済・市民社会・官僚制・多国籍企業などはその産物だが、それは自然を支配と操作の対象とする誤った自然観に基づいている。啓蒙に対抗するものとして、今こそ非西洋、特に東アジアの思想が見直されねばならない。ハバーマスやロールズの思想は啓蒙の実例と考えられるが、それは宗教や自然を背景に押しやっており、21世紀の世界の複雑さに対応できるものではない。その反対に、昔から儒教は人間を自然の一部と考えてきたが、そのような発想はほとんどの土着の宗教の中にも認められる。今必要なのは、地球は神聖なものだという「霊的転回 spiritual turn」であり、人間の幸福のためには、自己・共同体・自然・天という四つの次元が必要である。21世紀の文化を発展させる有力な方法は相互の尊重に裏付けられた対話である。人は対話によって新たな理解を深められる。儒教の伝統自体、道教や仏教との対話に多くを負っている。対話の目的は折伏や説明ではなくて聴くことである。諸文化は対立・衝突するものではなくて、共存し補い合うものである。文化間の対話は文化的多様性を失わずに実り豊かな思考の交換を可能にする。非西洋の宗教的文化は、今日の西洋のエコロジストやフェミニストと積極的に対話すべきだ。そして対話はエコロジカルな意識や普遍的倫理に導かれなければならない。このように考えられた対話は、人間を社会から独立した孤独な個人ではなくて諸関係の中心として見る社会哲学に結びつく。これは正に儒教の政治哲学に他ならない。儒教は個人―家族―国家の順で統治の対象と考える（『大学』の言う「修身齐家治国」）。道徳と政治は融合しており分けられない。儒教の家族観は欠陥の多い現実の家族を理想化しているとい

う批判があるが、これは誤解であって、儒教は家族の複雑性を十分認識している。また儒教は身近な人々のえこひいきを要求するものでもない。儒教の観点から見ると、社会的関係は個人の構成要素であって、人は狭い自己愛や地域主義から脱して、より大きな有機的全体に統合されることによって一層人間らしくなる。人間主義的世俗主義から解放されてこそ、我々は「心と身体の統合」「自己と社会の相互関係」「人類と国家の協調」「人間の心と天の道の調和」という四つの基本的関係に應える調和を達成できる――。

この報告も多くの懐疑的な質問やコメントを招いた。杜は儒教をいくつかの批判から擁護したが、〈儒教の法思想は個人的自由と親和的か?〉という質問に対しては、杜は〈その疑問が前提している公私の峻別は疑問だ。たとえば学問研究は個人的でありかつ公的でもある〉と答えた。その一方、報告で強調された儒教の共和主義的性質に賛意を示してそれを参加民主主義と結びつけようとするグールドのコメントに対して、杜は〈政治参加の重要性を説く共和主義も悪くないが、それは自由を強調しすぎる〉と述べた。さらにアメリカの思想は自由と正義だけを重視するが、それだけでなく共感・思いやりも必要だ、市場礼賛者のジェイムズ・ブキャナンも最近は経済危機を目の当たりにして自由だけでなく責任や品位decencyも必要だと認めるようになった、とアメリカ思想の独善性を批判した。

日本の法学や政治学の学界には、修復的司法論者の中には例外があるかもしれないが、儒教の伝統の肯定的再評価を主張する学者は存在しないのに対して、中国や韓国にはそのような学者が意外に多いようである。この報告がその好例だし、今回の会議の開会式における主催者側の挨拶でも孔子の思想が称賛されていた。これは日本よりも両国において儒教の伝統が強いことが原因だろうし、西洋的法思想・社会思想に対する違和感も一因となっているに違いない。そして中には儒教的伝統の中に今日の東アジアの法文化の共通性を探ろうとする人もいるようだ。しかし私はそのような試みに期待を持たず、むしろ西洋法の継受という共通の経験こそが東アジア法文化の共通基盤となるべきだとする屋敷二郎（『ヨーロッパの共通法（ユス・コムーネ）経験と東アジア」、水林彪・編著『東アジア法研究の現状と将来：伝統的法文化と近代法の継受』国際書院、2009年、所収）



の主張に共感を覚える。

杜報告は私のリバタリアン思想とは全く異なるが、それでも大変興味深く聞いた。そして今さらながら、現代日本の法学が西洋の思想と連続している一方で日本の明治以前の思想と断絶していることを実感した。西洋近代文明は自然を支配しようとする傲慢な思想であり、多神教を受け入れ自然と共生しようとする東洋の思想こそ現代の人類の指針であるという発想は少なくない日本人の共感を呼ぶもので、だから梅原猛といった人の著書が広く読まれているのだろう。最近小沢一郎も〈西洋文明の基礎をなすキリスト教は排他的であり、人間が万物の霊長で自然を利用するものだと考えてもいるが、我々東洋人は人間は大自然の一部だと信じている〉と公言した(朝日新聞2009年12月8日朝刊)。ところが私は法学の世界で〈和をもって貴しとなす十七条憲法の精神を今こそ再興しなければならない〉と提唱する声を聞かないのである。

#### ガラボン「世界的次元と普遍的次元の十字路に立つ判事」

ガラボン(フランスの司法高等研究所所長)は日本でも『司法が活躍する民主主義 司法介入の急増とフランス国家のゆくえ』(原書1996年・河合幹雄訳・勁草書房)という訳書で知られている元判事で、配布された報告は、判事たちがグローバル化の時代にいかなる役割を果たすべきかを述べるものだったが、全体会議ではその一部を膨らませて「ハイエクは正しかったか? 危機から学んだこと」という題名で報告した。ここでは口頭報告を中心に、論文の内容も取り入れながら紹介する。

ガラボンは自生的秩序としての市場やノモス(それは大体契約法に対応するとされる)を政治的な意志決定であるテシスに対して称揚したハイエクの思想を紹介した後、それを最近の金融危機に照らして次のように批判する。——自生的秩序自体が政治的秩序に依存している。ノモスとテシスは相補的なもので、どちらも欠かせない。前者の焦点は効率性にあり、後者の焦点は正統性にある。金融危機の一因は、一国内やヨーロッパ内部と違って地球全体にかかわる政治の場が存在しないことにある。そして正義は最低限の物質的平等を要求するが、ハイエクはこの問題を回避した。金融危機の防止のためにはノモスの法を強化するだけで

は足りない。ノモスは社会を部分的な仲間共同体peer communityに分裂させるが、共通な目的で一つにつなげることがない。望ましいグローバリゼーションのためにはビジネスが追求する経済的価値だけでなく、人権とか安全とか環境といった非経済的価値も尊重されねばならない。そのような普遍的な価値を司法の場で定式化することが、グローバル化する世界における判事の任務である。判事は「共通世界のナレーター」として、閉じた共同体を壊さなければならない。判事たちが作る共通法common lawは共通の意志の表現だが、特定の政治的意志から来るのではないから、ノモスでもテシスでもない第三の種類の法である——。

ガラポンの論文の冒頭で説明されていたが口頭報告では説明がなかった——そのため報告がわかりにくくなったかもしれない——こととして、彼がグローバリゼーションに二つの次元があるとして両者を区別しているということを補足しておこう。彼によれば、その二つの次元とは普遍的universalなものと世界規模worldwideのもので、前者は国境を超えた道德秩序に基づくが、後者は世界規模の通商にかかわる。両者に国家的nationalな次元を加えると、三つのモデルが理念型として考えられる。国家的なものの空間は領土、世界規模の空間は関係、普遍的なものの空間は抽象概念である。国家的なものが立法によって取り扱うのは国民と主権であり、世界規模のものは財の移動を規律し、普遍的なものは人類に共通の価値を宣言する——。ガラポンははっきりとは言わなかったが、おそらく彼によれば、ノモスは世界規模で、テシスは国家的で、判事たちの共通法は普遍的ということになるのだろう。

ガラポンの報告については、嶋津格（千葉大学教授）がそのハイエク理解に疑問をさしはさむ質問をしたが、それに答えたガラポンはハイエクの議論自体の持つ曖昧さ・不十分さを指摘した。ハイエク解釈はどうであれ、ガラポンの報告はユニークな内容のものだったが、その評価は、「共通世界のナレーター」としての資格を判事たちにどれだけ認めるかにかかっているだろう。

## ク斯拉ディ「法哲学再考」

ク斯拉ディ（トルコのマルテペ大学教授で、国際哲学協会（FISP）名誉理事長）の報告は「法哲学の問題圏は何か?」というテーマを扱うもので、その問いへの



回答として①「諸観念の概念化」②「諸規範の評価」③「諸規範の正当化」④「諸規範の導出」⑤「判事の活動」という五つの問題圏を挙げ、それらについて略述した。「概念分析」「法的議論（法解釈の方法）」「正義論（法価値論）」という、よく用いられる法哲学の分野の三分法にあてはめれば、①が概念分析、②と③が正義論、④と⑤が法的議論に対応する。クスラディは⑤のテーマについて比較的詳しく、事実認定・審理・判決という三つの段階に分けて語った。しかし彼女の報告の内容は特別個性的とか論争的といったものでなく、また具体的な事案や著作にほとんど言及せず抽象的なレベルに終始したこともあって、私の印象には残らなかった。

### グールド「人権の枠組みの中での多様性、民主主義、対話」

グールド（テンプル大学哲学教授）の報告は、今日の国際的公共領域の対話と熟慮的討論の可能性を、特にオンライン空間におけるそれらに焦点をあてて検討した。グローバリゼーションはインターネットなどを通じて、地域や国境を超えたさまざまな公共的アソシエーションを生み出し、人権の実現などに貢献しているが、それはまた深刻な問題を引き起こしている。彼女がその中でも重大視したのは、文化的な多様性を尊重する一方で国際的な人権の普遍性をいかに保障するかという問題と、デジタル・ディヴァイドの問題だった。（その他に、オンラインの議論への政府による規制・介入と、境界を超えた対話における英語の支配的地位という二つの問題も重要だと述べたが、それらは言及するだけにとどめた。）グールドはこれらの問題への対策として、他者の（しばしば語られざる）声への感受性やグローバルな正義を肯定的に検討してから、最後に、「法の支配」を一般性・公開性・予見可能性など形式的合法性の問題としてとらえる見解（その中にはラズも含まれる）を斥け、むしろそれを人権と民主主義を含むものとして理解するよう主張した。

この報告に対する質問は、死刑制度やムスリム女性の公の場でのヴェール着用など、論争的なテーマにかかわるものが多かったが、グールドはそれらの問題についての見解をすぐに述べることはできないと言った。なお「法の支配」の形式的把握を批判されたラズはすでにこの報告の日には会議から去っていたので、彼

の見解が聞けなかったのは惜しかった。(同じことが、ラズの法概念論を批判した後述のアレクシー報告についても言える。)

私がこの報告について感じた不満は、それがあまりにも民主主義を理想化しているのではないかというものだった。多くの熟慮民主主義者や参加民主主義者の例にもれず、グールドは民主的な討議や意志決定の領域が広がれば広がるほどいいと考えているようだが、世の中には公的意志決定に服させるべきでない領域がたくさんある。またグールドが言う人権の中に、古典的な公民的・政治的権利だけでなく、社会的・経済的権利(経済的自由権ではない)、さらには集団の権利や発展の権利といった多様なものが明示的に含まれていたことにも共感できなかった。

### 張偉仁「規範に関する中国古典理論と、それが伝統的な中国の法体系に及ぼした影響」

紀元前536年のこと、鄭の政治家子産が刑法を鼎に彫りつけた。このことを聞いた叔向は子産に手紙を送り、〈刑法は公示すべきではない。そんなことをすると人々は法律に従いさえすれば構わないと考えて、礼に従わず、些細な文言について争うようになる。法律が多くなることは亡国のしるしである。だから古の名君は定まった刑法を作ったりしなかったのだ〉と批判した。それに対して子産は〈あなたがおっしゃることはもっともだが、私は今現在のわが国を救いたいのだ〉という返事を出した。

『春秋左氏伝』昭公六年の項に伝えられたこのエピソードから、張(台北・中央研究院研究員、台湾大学教授。この会議では台湾は中国の「台湾地区」として扱われていた)は古代中国の法思想の概説を始める。この二人のやりとりがそれ以後の中国の法家的法治主義と儒教的徳治主義という対立する発想を予告しているからである。この報告は前半で儒家(孔子と孟子と荀子)と墨子と道家(老子と莊子)と法家(韓非子)の法に対する見解を詳しく紹介してから、後半でそれらが中国の法体系にいかなる影響を及ぼしたかを述べる。——法家思想は秦では勝利したが、前漢で「陽儒陰法」に変わった。儒教の影響は刑罰の寛大化に現われたが、それ以上に重要な影響は、国家法と別に、庶民の共同体が自治的に私的

紛争を解決するのを助けたことである。この非公式な法には、調和を重視する儒教の伝統がある。しかし儒教は中国の法に悪い影響も及ぼした。それは法教育の軽視と法律家の低い地位であり、その結果として、小役人にすぎない法吏が巨大な権力を持つようになった。伝統的な中国人の法律観は相対主義的でシニカルなものであって、彼らは国家法に消極的には服従したが、それに大きな期待をかけなかった。このような法律観は、法を「聖人」のさかしらとみなす道家、特に莊子に近いものである――。

張は結論として、伝統的な中国法は孤立した法体系であって、他の法体系にはない特色をもっていたのに、現代の二つの革命において改革者たちが西洋的法体制を性急に確立しようとして伝統的法思想をあまりにも簡単に見捨ててしまったために、法の改革が順調にかなかった、と述べた。この報告は杜報告ほど儒教を称賛するものではなかったが、それでも中国では法において正義だけでなく調和も重視されていると述べる点では共通する部分があった。

### アレクシー「法の二重の性質」

アレクシー（キール大学教授）の報告は、法には事実的あるいは現実的な次元（権威的命令と社会効率）と理想的あるいは批判的な次元（道徳的正しさ）の二面があると指摘して、非実証主義non-positivismの法概念を説くもので、彼の2008年の論文“On the Concept and the Nature of Law” *Ratio Juris*, vol. 21, no. 3と重なる内容が多かった。

アレクシーは報告で次のように述べた。――法は必然的に正しさの主張claim to correctness、それも道徳的正しさの主張を含んでいる。このテーゼに対しては次のような何種類かの批判があるが、いずれにも答えられる。第一に、法それ自体は主張を行うことができないとマコーミックは言うが、法を代表する人々は法のために正しさを主張している。第二に、ホームズ判事を引き合いに出してラズを批判する際のドゥウォーキン（『裁判における正義』第7章）のように、法的公務員が正しさを主張するか否かは経験的・偶然的な問題だという論者がいるが、法を代表する人は私的にはどう思っているにせよ、公的には正しさを主張している。そうしないことは遂行的矛盾の一種になるし、法と裸の実力関係とを区

別できなくもする。第三に、ラズのように、法が正しさを主張するということは認めながらも、その主張はどんな意図的行為にもあてはまるような形式的なものにすぎずトリヴィアルだという批判もあるが、法の正しさの主張は、万人への妥当性を主張しているという点に特色がある。第四に、マッキー（『倫理学』）のように、道徳的判断は客観性を持ちえないから道徳的正しさの主張それ自体が誤りだという批判があるが、これに対しては、議論の正当性を実質的内容の正しさではなく議論の手続きに関する実践的合理性に依拠させるディスコース理論によって応えることができる。ディスコース理論によれば、無矛盾性、言語の明快さ、経験的証拠への依拠、真摯さ、普遍化可能性、議論における自由と平等などの条件が満たされたとき、その結論は正しいとされる。もっともこれらの条件を満たしていても、意見の一致が得られないかもしれないという事実は否定できない。さて、無秩序を避け、社会的な調整と協力を達成するために、法は正しさという理想的要素だけでなく、権威的命令と社会的効率によって定義される実定性 positivity も持たなければならない。では法における理想と現実というこの二つの要素はいかにして調整されるべきか？ 第一に、ケルゼンのような法実証主義者は否定することだが、「極端な不正は法ではない」というラートブルフの定式が認められるべきである。法実証主義には、〈道徳の要素は法概念から必然的に排除される〉とするラズのような排除的 exclusive 実証主義と、〈道徳の要素が法の中に含まれているかどうかは当該の法がどう言っているかによる経験的な問題だ〉とするコールマンのような包摂的 inclusive 実証主義があるが、前者は法への内的観点から見れば誤りだし、後者も法の二重性をとらえていない。だがその一方、単純に〈不道徳な規則は法的効力を持たない〉とする排他的非実証主義は法の事実的側面を捕えられないし、〈不正な法は本来の意味の法ではないが、二次的な意味での法である〉とするフィニスなどの超包摂的 super-inclusive 非実証主義も排除的実証主義と同じように間違いである。結局〈道徳的な欠陥は、不正が極端な程度に達したときに、またそのときに限って法の効力を失わせる〉とする包摂的非実証主義が法の二面性を捕えている。理想と現実の二つの要素を調整する第二の条件は、理性の制度化としての民主的立憲制である。民主主義は現実としての決定過程と理想としての審議過程を持つ。また人権は道徳的権利とし

ては理想だが、憲法の中に実定化されて現実となる。民主的立憲制を実現する道具は法的議論であり、これは法律や先例にコミットした、特殊な種類の実践的ディスコースである。これに対してハーバースは、法的議論を特殊なディスコースだとすることは民主制の正統性を損なってしまうと批判するが（『事実性と妥当性』）、それは決して司法に白紙授權をするわけではない――。

この報告に対しては、あなたがしていることは規範的法理学 normative jurisprudence なのか分析的 analytical 法理学なのかという質問があり、アレクシーは後者のつもりだと答えたが、私には、あるべき法を探究する規範的法理学の要素もあることを否定できないように感じられた。なぜなら最後の民主的立憲制論に典型的なように、アレクシーは現に実効的な法だけでなく、あるべき法（的議論）の中にも道徳的考慮を取り込むことを擁護しているからである。換言すれば、アレクシーはここで分析法実証主義だけでなく規範的法実証主義にも反対しているように見える。このことと関係することだが、アレクシーが報告の中で「現実的」要素としてあげるものの中には、法の社会的事実としての性格だけでなく、法的安定性とか内容の確定性といった、多様なものが含まれている。また会場ではアレクシーのいう correctness の観念が曖昧だという批判的コメントもあった。

アレクシー報告には、規範的議論としてはともかく、分析的議論としては私の納得できない点がある。第一に〈極端な不正はもはや法ではない〉というラートブルフのテーゼは、私のように法を広い視野から観察し研究する者にとって容易に受け入れられる主張ではない。外国人や後世の人々から見れば極端な不正であっても、当該の社会を構成する人々、特に公務員の大部分が内的視点に立ってその法体制を受け入れ従っているなら、それは法と呼ぶのが自然である。さらに民主的立憲制までも法の要素としてしまうと、歴史上、いや現在でさえも、法があると言える社会の方が少数派ということになるだろう。多くの法体系は立憲民主主義を全くとっていない。アレクシーは〈私は我々の社会の法を問題にしているのであって、そんな遅れた社会のことは考えていない〉と答えるかもしれないが、それではこの報告は分析的法理学ではない。最後に、私は法概念論としては包摂的実証主義が妥当だと思っている。なぜなら、現実の法の中には「信義誠実」

とか「善良の風俗」とかいった、経験的事実だけでは同定できない道徳的な概念が意図的に用いられていることがよくあるのだから排除的実証主義はとりがたいし、その一方、法哲学者は自分が受け入れている法体系だけでなく法一般を研究対象としているのだから外的視点は重要であり、非法実証主義も採用すべきでないからである。それなのにアレクシーが包摂的実証主義を〈法の二重性の必然性を把握できない〉とだけ言って斥けるのは簡単すぎる。

### 森村進「グローバリゼーションと文化的繁栄」

私はこの報告の日本語改訂版を一橋大学の『人文・自然研究』4号(2010年)に発表したので、詳細はそこに譲り、以下にアブストラクトの訳文をあげる。

「本稿の目的は〈自由市場経済の国際的な展開として理解されるグローバリゼーションは文化的な豊かさをもたらす〉と主張することにある。

私が用いる用語のいくつかの意味を明確化してから(第1節)、私は本稿の前半(第2-3節)で、市場経済とその世界規模の表われは一般的に文化の繁栄をもたらすと論ずる。その際にこの主張を支持するいくつかの理由を述べ、その反対の悲観的な見解を支持するかに見える理由を論駁する。しかし最後から二番目の節(第4節)では、文化の商業化の中にあるいくつかの真正の問題点を指摘する。それでも私の全体的な結論(第5節)は、文化の商業化とグローバリゼーションを規制すべき差し迫った理由はないというものである。私はまた、このテーゼが法継受の可能性と望ましさとの関係で持ちうるインプリケーションをも示唆する。」

私のこの報告に対しては、ゲールドから〈グローバリゼーションにおいては大企業がメディアを支配しているのではないかと また文化的多様性を公的に援助すべきではないかと 文化を享受する機会について、世界中にはなほだしい不平等が存在するのではないかと〉という質問があった。それに対する私の答えは〈少なくとも日本の現状を見る限りでは、大企業が多くのメディアを支配しているにしても、マイナーなメディアもまた立派に活躍していて、それがなければ聞こえてこないような声を伝えている。文化的多様性については、私は政府よりも民間の判断を尊重したい。文化の享受の機会について大きな不平等があることは残念



なことだが、それは昔から存在したことである。ともかくグローバリゼーションは誰にでも文化への一層大きなアクセスを与えるという点でパレート改善になる」というものだった。また上記の張からは〈外国の法を取り入れることはそれほど容易だろうか？ その土地特有の文脈に即した継受が必要ではないだろうか？〉という質問があった。それに対する私の答えは〈私も法制度がローカルな文脈を無視すべきだとは思わない。しかし古代の日本が中国の律令制を輸入した時も、明治の日本がそれまでの伝統的法制度を捨てて西洋的な法体系を継受した時も、当時の日本独特の文化的特徴を法制度の中に大いに取り入れたとは思えないが、それでも法の継受はまずまず成功したと言えるだろう〉というものだった。また姓名不詳の別の中国からの参加者からは〈律令制導入以前の古代の日本法はどのようなものだったか？〉という質問を受けたが、私は〈かなり宗教色の強いものだったようだが、資料が少なすぎてよくわからない〉と答えた。また〈法は社会文化と密接に関係しているので、外国の法を移植することは地球上の文化的多様性を失わせてしまうのではないか？〉という質問もあったが、私は〈環境思想では生物多様性というものが大変重視されているようだが、法文化の点では私は多様性自体に価値があるとは思わない。独自の法文化がなくなるということは別に悲劇ではない〉と答えた。井上達夫（東京大学教授）からは、〈あなたの報告はグローバリゼーションのもたらす文化を擁護するときは享受者の主観的快楽を重視するのに、後半でその問題点を指摘する際は文化的作品自体の価値を重視するエリート主義的なものに思える〉という指摘があった。それに対する私の答えは〈確かにその指摘はある程度もっともだ。しかし私は文化の価値のいずれの面——享受経験と作品価値——も無視できないと考えている。そして私が報告の後半で商業文化の問題点を指摘したのはエリート主義的な気取りからではなくて、文化産業の宣伝に踊らされない方が消費者自身にとって一層満足できる文化的享受を可能にすると考えからだ〉と答えた。最後にまた別の中国からの参加者から〈商業文化だけでは民衆の嗜好が卑俗化してしまうので、政府がその陶冶を計るべきではないか？〉との質問があったが、私は〈私は人々がもっと賢い文化の消費者になった方が幸せだと思うが、それは政府の関わるべき問題だとは思えない。また誰もが高尚な文化を楽しむ能力を持っているわけではないのだから



ら、低級な文化しか楽しめない人々にはそれを楽しんでもらうのが一番だ」と答えた。

### 信春鷹「法を通じての社会改革と進歩」

報告者は中国の「全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会副主任」という地位にある女性で、1980年代以降の「法を通じての社会改革」についての当局の見解と思われるものを述べた。信によれば、法体系の発展は経済発展と政治改革への効果的な保障を与えるものである。この30年間の法制度の改革は①法の権威の確立、②法に従った統治、③司法改革という三つの側面を持っており、この改革を通じて、中国は国際社会へのコミットメントを達成するとともに、社会のあらゆる側面が従うべき法律を手に入れられるようにして、裁判による紛争解決が前よりもずっと一般的になった。中国では法の支配について、法を目的達成のための手段として考える「建設型モデル」を取っているが、それについては学者の間で見解が分かれるところである。社会の調和を目指すということは大昔からの中国の歴史伝統であって、その点はアンタゴニスティックな西洋の法思考と異なる。社会主義的な調和ある社会を建設するために、中国の法は次の三つの役割を果たさなければならない。第一に、民主的・科学的立法を通じて法の基礎が設立されねばならない。法の目的は、諸価値を調和させること、自由と秩序、公平と効率性、平等と相違のバランスを取ることである。第二に、社会の調和を実現するためには政府が法に従うことが必要である。公権力と私権とは対立するものというよりは協力するものである。第三に、社会の調和を実現するためには、独立した、権威ある、公正で効率的な司法が必要である。

信報告に対しては、法改革の具体的内容についての質問もあったが、私にとって興味深かったのは、今の中国では権力の制限をいかに行っているのかという質問に対して、司法でなくて立法府がそれを行っている（parliamentary supervision）と答えたことだった。この報告は最後に司法の重要性についても短く触れてはいたが、現代中国の法制度では裁判所の地位があまり高くないように私は感じていたからである。この会議全体を通じて、中国の報告者や発言者たちは全体テーマになった「法の支配」にはしばしば言及しても、「権力分立」とか「三権分立」

という観念には管見の限り一度も触れなかった。

### コーエン「理由の支配としての法の支配」

閉会式の直前、全体会議の最後に行われたコーエン（コロンビア大学）の報告は、IVRのヤング・スカラー・プライズの受賞論文である。これは私にとって全体会議の報告の中で一番考えさせられるものだった。

もし公的機関がその法的決定について何の理由も与えないような体制があったら、そこに憲法や法律や規則や民主的意志決定や裁判所が存在して、法的決定についてある程度の予言可能性があると看做しても、本当に法の支配が行われていると言えるだろうか？ コーエンはこのような思考実験をして、現在の法思考においてはここに法の支配はないと答える。彼女によれば、法の支配は〈理由を与える reason giving〉ということと不可分に結びついている。

コーエンはその論拠を次のように述べる。——法の支配はその手続的な面でも実体的な面でも、理由提供を本質的な要素としている。まず手続的な側面について言うと、第一に、理由を与えることは諸決定の整合性 consistency を促進する。逆に理由を与える必要がないと、決定権者たちは先例やハイレアキーに拘束されない脱集権化した人々になってしまう。第二に、決定について理由が与えられないと、人々は法の内容が知りにくい。彼らは単に法的決定の結果だけでなく、それに至った理由も知らなければ、法体系を十分に理解できないだろう。第三に、理由を与えることは公務員の決定についての人々の論争を可能にする。公務員はその行為について説明責任を課されるため、恣意的な民衆支配 domination が困難になる。これは特に共和主義的な発想である。次に法の支配の実体的観念についてみると、理由を与えることは一般的により判決に至る傾向がある。第一に、理由を与えられた方が公衆は一層正しい選択に至る可能性が大きい。ただし政策決定者が公衆を操作するために不合理な「理由」を与えるという危険性も排除できない。（コーエンは論文の中でその例の一つとして、日本のように大勢順応的に人任せにする人が多い社会では、一般市民を判決に参加させる裁判員制度がそれ以前よりも妥当な判決に至るかどうか疑問だと述べた。あとでコーエンに直接聞いたところでは、彼女は日本を直接知っているわけではなくて、このトピックは

仲間の弁護士から教えられたものだそうである。アメリカの法律家は日本社会と裁判員制度をそのように見ているのかと私は思った。) しかしそれでも長い目で見れば、全然理由が与えられないよりはましだろう。第二に、理由を与えることは決定を文明化する civilizing という効果も持っている。自らの決定に公然と理由を与えなければならないと、人は自己利益など非道徳的な動機ではなく、もっともらしさを持った理由に訴えかけなければならない。この意味では偽善も有益でありうる。法の支配はオールオアナッシングではなくて程度の問題だが、理由を与えるということは、その諸特徴の中でもおそらく一番重要なものである——。

「法の支配」という観念については昔から今に至るまで多種多様な見解が提唱されているが(たとえば『法哲学年報2003 現代日本社会における法の支配』を参照)、この報告は私が知らなかった新鮮な見方を与えてくれた。なるほど言われてみると、理由を与えることが法の支配にとって不可欠だということは、少なくとも今日の立憲主義にとって自然な要請だと思われる。一質問者が指摘したことだが、だからと言ってどんな理由でもいいというものではなくて、コーエンの報告はどのような理由がよい理由であるかについてほとんど述べていないが、その検討は将来の課題であって、この報告自体の欠点と目すべきではない。むしろその検討のための材料を提供したと積極的に評すべきだろう。

だがそれでも私にはいくつかの疑念が残った。第一に、なぜコーエンは法的決定について理由を与えない——それどころか、理由を与えることを禁じられている——陪審制を批判しないのだろうか? 彼女は〈法の支配が確立しているためにはあらゆる法的決定に理由が与えられるまでの必要はなくて、制度全体の中で人々が国家の行為を理解し評価できるだけの理由が与えられれば十分だ〉という理由で、陪審制のこの特徴を不問に付しているが、そんなことを言えば、裁判所の個々の判決に理由が付せられていなくても法の支配は実現しているとも主張できるだろう。コーエンは実際には報告の多くで、個別的な公的決定について理由が与えられることのメリットを述べているのである。

第二に、コーエンの主張は法的議論における明示的な推論の意義を強調するために、暗黙知とか共通感覚といったものの価値を無視しているように思われる。『法と立法と自由』のハイエクのように、ヨーロッパ大陸の成文法体系に対して

英米のコモンローを称揚する人に言わせると、コモンローは人々に共有されているが明確に言語化したい抽象的な正義やルール感覚を体現しているところがすばらしいのだが、そのように長い間生き残ってきた慣習的ルールがいかにして社会に役立ってきたかを知ることは難しいから、構成主義的合理主義者のようにつべこべ理屈を言ったりせず、伝統として尊重すべきである。そこまで言わなくても、英米で陪審制が採用されてきたのは、民衆の容易に言語化できない正義感覚を司法の場に取り入れるためではなかったろうか？ またたとえば、原告・被告や証人の証言がどのくらい信頼できるかという判断にいかなる理由をつけられるだろうか？ コーエンの報告はこのような言語化されない知識を強調する立場に言及することはなかったが、両者は明らかに対立する。私自身はどちらの立場にもある程度共感できる一方、いずれにも完全には賛成できないが、両者の調整を図るなら、〈ともかくずっとこうしてきたのだから〉という伝統尊重の発想にも、とりあえず公的決定の理由としての地位を認めて議論に取り入れるべきだということになる。

\*                      \*                      \*

IVR世界会議の全体会議の報告者は、IVR理事会が地域・国ごとのバランスと性別を考慮して決めるらしいが、今回のIVR2009は開催地が中国だったこともあり、台湾を含む中国から3人の報告者が出て、その3人とも中国あるいはアジア独自の法思想・社会思想について語ったという点に独自性があった。これまでのIVR世界会議の全体会議では、これほどアジアの思想が論じられることはなかったからである。これらの報告が特徴づけるような中国的な法観念に賛同することはできないにせよ、それは少なくとも、我々がともすれば自明視してしまう西洋的な法観念が決して（今日においても）普遍的なものではないということを実感させてくれた。

また全体会議報告の半分（ラズ、杜、ガラボン、グールド、森村）が何らかの形で法と政治と文化のグローバリゼーションというテーマに触れたが、それらのアプローチは反グローバリゼーションではないという点では共通していても、相互にかなり異なるものだったので、それを比較することも興味深いかもしれない。

最後になるが、今回の北京大会で特に私の印象に残ったのは、全体会議が開かれた大講堂の入口に兵士が立って警備していたことである。私はこれまで国内・国外でさまざまな学会に参加してきたが、会場の中で制服の兵士を見かけたのはこれが初めてだと思う。