
認定のルールは純粹に構成的な慣行か？

長谷部 恭男

〈東京大学〉

森際教授からは、Marmor 教授の著書『法哲学』¹第 4 章から 6 章までの中から質問を提起するようにとの指示があったが、私は、これらの章での Marmor 教授の議論に十分納得している。特に、「Ronald Dworkin の解釈理論は、筋が通らない」とする Marmor 教授の見解、つまり「人間のコミュニケーションがそもそも可能であるためには、解釈は寄生的であり、例外的な活動でなければならない」とする Marmor 教授の見解を、私は十分説得的だと考える²。

そこで私は、「認定のルールは、純粹に構成的な慣行なのか？」という質問をすることにした。これは、Marmor 教授が『法哲学』の第 3 章で論じた点である。彼は、すべての慣行が調整問題 (co-ordination problems) を解決するための調整慣行 (co-ordination convention) なのではなく、重要な慣行の多くは、さまざまな社会実践を構成する構成的な慣行 (constitutive convention) であると論じている³。たとえば、チェス、フットボール、俳句、オペラ等の規則は、構成的な慣行にあたる。それらは、内容が別のものであり得る（同様に規則として機能し得る行動様式が他にもあり得る）という意味、また、人々が実際に規則に従っているが故に、人々はそれに従うという意味においては、なお恣意的な性格を有する。しかし、これらの規則の存在意義は、調整問題を解決する点にはない。人々は、何らかの調整問題を解決するためにフットボールをするのではない。人々は、精神的、肉体的能力向上に役立つからこそフットボールをする。そして、フットボールをするためには、フットボールの規則に従う必要がある。それ以外に、フットボールをする方法はない。同様に、認定のルールは、構成的な慣行である⁴。認定のルールのポイントは、特定の種類の「社会実践」、つまり法を構成することにある。法が価値のある社会実践であるからこそ、公務員は法という社会実践を構成する認定のルールに従う。ここでも、認定のルールのポイントは、何らかの調整問題を解決することにあるのではない、というわけである。

Marmor 教授の論議は十分説得的であるが、細かな点で疑問がいくつかある。まず、これら 2 種類の慣行は明確に区別できるのだろうか。認定のルールが構成的な慣行であるとしても、法の主な機能は、まさにさまざまな調整問題を解決することだと、人々は考えるかもしれない。これに対して Marmor 教授は、「社会における法の主要な機能は調整問題を解決することにあるとする考えは、簡単に反論できる」と述べている⁵。彼はここで調整問題という用語を狭い意味で、つまり、囚人のジレンマや保証問題などと区別して使用している。しかし、彼がかつて、「法により調整問題が解決される状況は、法の権威が正当とされる典型的

1 Andrei Marmor, *Philosophy of Law* (Princeton University Press, 2011).

2 Yasuo Hasebe, 'The Rule of Law and Its Predicament', *Ratio Juris*, Vol. 17, No. 4 (2004) 参照。

3 Andrei Marmor, *Social Conventions* (Princeton University Press, 2009), p. 36; Marmor, *Positive Law and Objective Values* (Clarendon Press, 2001), pp. 1–24, 'Constitutive Convention' も参照。

4 Marmor, *Social Conventions*, chapter 2; 'Constitutive Convention', pp. 19–24.

5 Marmor, *Philosophy of Law*, p. 80.

な場面である」と述べたとき⁶、そこで、Marmor 教授は、この用語を囚人のジレンマやその他の集団行動問題 (collective action problems) を含む広い意味で使用しているように思われる。

調整問題という用語を広い意味で使用することは、常に不当だというわけではない。「市民に課税する適切なシステムは何か？」という質問に対する唯一の正解は存在しない。しかし、政府が公共サービスを実施するためには何らかの課税システムが必要である。そのため、政府が明白に不当とは言えない、特定の課税システムを設営する場合、他の市民の大部分もそれに従っている限りは、たとえそれが唯一の正当なシステムではなくとも、それに従うことには理由がある。純粋な調整問題とは言えないが、それでもこの課税システムの設営を調整問題の解決と性格づけることは可能である。こうして、多くの集団行動問題を調整問題と性格づけることができるのであれば、法の存在意義は、調整問題を解決することにあると言うこともできるだろう。少なくとも、その主な機能の1つであると言いうる。

仮に以上の私の推論が妥当であったとしても、おそらく Marmor 教授は、「認定のルールは、やはり構成的な慣行である」と返答するだろうと思うし、その返答は適切でもある。というのも、調整問題を解決することは、せいぜい法のメリットの1つでしかなく、しかもそれは、認定のルール自体の機能とは区別されるべきものだからである。しかし、そうだとすると、認定のルールは、純粋に構成的な慣行ではない、と私は考える。その窮極の主要な目的の1つは、調整問題の解決であり、部分的には調整慣行と言えるからだ。

最後に、認定のルールが、ほぼ純粋な調整慣行とみなされうる状況について述べたい。日本が第2次世界大戦の終了時に連合軍に降伏した際、公務員を含めた日本人は、この時点での認定のルールがどのようなものか正確に知ることはできなかった。典型的な抑圧的法制は、降伏直後から無効として取り扱われたが、一般的には、新しい体制への移行は、緩やかであり、漸進的であった。また、根底的価値とされた天皇の主権が否定されたため、人々は実定法規範のうち何が道徳的に妥当かを見分けることもできなかった。この規範の混迷状況の中で、公務員は、占領軍による指令であれば何であれ従った。それは、彼らが占領軍の指令を道徳的に善く、価値があるとみなしたからではなく、それが彼らにとって唯一の入手可能なものさしだったからである。当時の彼らにとって、法システムとは、それらの内容が別のものであり得たという意味だけでなく、同僚の公務員達が従おうとするのであれば何であれそれに従おうとした、という意味でも恣意的なものであった。この状況においては、法の主な機能は、日本社会のさまざまな調整問題を解決することであった。ここでの認定のルール、つまり、占領軍の指令が従うべき法であるというルールは、公務員にとって、ほぼ純粋な調整慣行であったことになる。少なくとも、このような例外的な環境では、認定のルールは純粋な調整慣行となり得る。

6 Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Clarendon Press, 1992), p. 177. Thomas Nagel, *Equality and Partiality* (Oxford University Press, 1991), pp. 29–30 もこのことばを広義で使用している。