

法思想史と法理学の対話

——最近の英米における二つのシンポジウムから——

戒 能 通 弘

一、はじめに

本稿は、法思想史と法理論の関係について焦点を当てたものである。わが国でも、ドイツ、それから英米の法律家、思想家に焦点を当てる法思想史の研究は盛んである。また、法思想史研究のあり方に関しても、例えば、宇佐美誠は、特定の論者、学派の思想を説明することを目的とする思想研究と個々の論者を離れて存続する論点研究という区分を示している。⁽¹⁾ また、森村進は、歴史的文脈を捨象して、思想の妥当性、論理性、説得力を検討する哲学的アプローチと、過去の思想をその知的情況の中で説明しようとする歴史的アプローチに区分し、さらに後者を、普遍的人間性を重視するものと過去の時代の異質性、歴史的制約性を重視するものに区分している。⁽²⁾

このように、わが国でも、法思想史研究のあり方、法思想史のアプローチについてもいくつもの貴重な提案が出されており、参考になる部分は大きい。ただ、特定の思想家について共同で研究を進めるということではなく、法思想史研究のあり方、法思想史のアプローチ、さらに具体的には、法思想史と法理学、法哲学の関係はどうあるべきかといった問題に関して、各々の考えを披瀝しあい、議論するといった機会は、少なくとも近年に限ると、わが国ではあまり見られないのではないだろうか。

一方、昨今、イギリスとアメリカの各々で、法思想史の研究の方法論や意義などに関して比較的大規模なシンポジウムが開催されており、注目される。まず、イギリスでは、二〇一三年四月の国際法哲学社会哲学学会連合（IVR）のイギリス支部が、「法理論と法の歴史研究——忘れ去られた対話 (Legal Theory and Legal History: A Neglected Dialogue)」という大会テーマで、年次大会を開催している。また、アメリカでも二〇一四年の九月に、ヴァージニア大学で、「法理学と（その）歴史 (Jurisprudence and (Its) History)」というシンポジウムが開催されている。そのうち、イギリスの年次大会の責任者のロンドン大学クイーン・メアリー校のM・デル・マー、それから、ロンドン・スクール・オブ・エコノミックスのM・ロバーンは、二〇一三年の年次大会を企画していた当時、他に同様な企画がない中で、「法理論と法の歴史研究の間で、研究交流を進められないか、その際に、どのような方法的な困難があり、また、この研究交流がどのような可能性を持つのか」といった問題意識で企画を立てたところ、百通以上のアブストラクトが提出され驚いたと述懐している。そして、その後、上述のヴァージニア大学のシンポジウム、さらにはトロント大学でも同様な企画がなされたため、二〇一三年以前とは違って、法理論と法の歴史研究の対話は大幅に進んだと指摘している⁽³⁾。

幸いなことに、これらのIVRイギリス支部の二〇一三年の年次大会、それから、二〇一四年のヴァージニア大学のシンポジウムにおける主要な報告は、それぞれ以下の形で出版されている。まず、IVRイギリス支部の年次大会につ

いては、そこで報告されたものと、何人かの研究者への依頼原稿から成る『法の理論と歴史——忘れ去られた対話についての新しい諸論説 (Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue)』(二〇一六年)として単行本として出版され、また、ヴァージニア大学のシンポジウムについては、二〇一五年に、報告とそれに対するコメントが、「法理学と(その)歴史に関するシンポジウム (Symposium: Jurisprudence and (Its) History)」と銘打たれた特別号として、ヴァージニア大学の紀要 (Virginia Law Review) の第一〇一巻四号で公刊されている。⁴⁾

本稿では、これら二つの刊行物を紹介することで、近年の英米で、法思想史と法理学、法哲学の關係がどのように考えられているのか、また、この二つの關係について、どのようなことが問題になっているのか、紹介、検討してみたい。具体的には、双方の刊行物の冒頭で示されている、当該刊行物、あるいはシンポジウムの概要や趣旨を紹介するとともに、やや恣意的な選択ではあるが、刊行物の編者、あるいはシンポジウムの責任者、そして、わが国でも名を知られているような研究者たちの論稿を中心に紹介したい。

二、法理論と法の歴史研究——イギリスでの議論の動向

二〇一六年に刊行された『法の理論と歴史——忘れ去られた対話についての新しい諸論説』は、すでに述べたように、二〇一三年の国際法哲学社会哲学学会連合 (IVR) のイギリス支部年次大会での報告に基づく論稿と、その後の依頼で提出された論稿から成っているが、全体は四部で構成されている。

まず第一部では、編者でもあるデル・マーとロバーンの論稿などにより、「法理論と法の歴史研究の協働は可能なのか、そして可能であるならば、それはいかになされるべきなのか」といったこの著書の骨格となるような問いに関わる論点

が整理されている。ここでは、デル・マーとロバーンにより、法理論は歴史的観点を考察しなければ、その分だけ貧困になるし、法の歴史研究は、理論的な関心を持つことで、理論的考察を提供することができることが強調されている。続く第二部は歴史研究の方法論についての論稿によって占められているが、法理論、法理学が、時間という観点についても考察すべきであるとするデル・マーの論稿も収められている。一方、第三部では、より具体的な題材に基づいて、法の歴史研究、法思想史研究の意義が研究されている。ヴァージニア大学のシンポジウムの企画責任者であるD・プリエル、C・バーザンも本書に寄稿しているが、彼らは、二〇世紀前半に活躍したアメリカのリーガル・リアリズムの代表的な論者であるカール・ルウェリンとジェローム・フランクの法思想について検討している。より具体的には、ルウェリンとフランクがある種の自然法論者であったと論じているのであるが、そこから現代の理解とは異なる観点から、自然法論を理解すべきではないかと論じている。そして、第四部には、理論的研究が歴史的研究に対して持つ意義などについて検討する論稿が収められている。なお、本書にはB・タマナハの「追記 (Afterword)」も収められており、本書の内容の紹介とともに、法理論、あるいは法哲学・分析的法理学と法の歴史的研究の協働のあり方について、タマナハ自身の見解が披瀝されている。⁽⁵⁾

以上のように、非常に興味深い諸論稿が揃えられているが、ここでは、法理論、分析法理学と法の歴史研究の関係について考察されているロバーンの論稿、二〇世紀前半のスカンディナヴィア・リーガル・リアリズムの論者の論稿を検討することで、法思想史研究の方法論の一つを示しているR・コテレルの論稿、さらに、法理学や法哲学・分析法理学と法の歴史的研究についてのタマナハの包括的な検討についても扱いたい。

ロバーンは、イギリスの法制史・法思想史の専門家であり、『コモン・ローとイギリス法理学、一七六〇—一八五〇年 (The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850)』(一九九一年)、『コモン・ロー世界における法の

哲学の歴史、一六〇〇—一九〇〇年 (*A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900*) (二〇〇七年) といった法思想史に関する著書もある。⁽⁶⁾ ここで紹介するのは、『法の理論と歴史——忘れ去られた対話についての新しい諸論説』に収められた「法の理論と法の歴史——対話の可能性 (Legal Theory and Legal History: Prospects for Dialogue)」である。そこでロバーンは、法理論と法の歴史研究の実り多い対話は可能であるかといった観点から、法の理論と法の歴史研究の関係について考察している。

そこでロバーンは、まず、ハンス・ケルゼンなどの分析法理学の目的が、経験世界をより良く理解するための、法そのものの概念、あるいは他の法的な諸概念を提供することであることを確認している。さらには、法的なものを理解するためには、対象となる社会の人々が法と考えているものが、必ずしも法であるとは限らないため、法の問題や法的な諸概念は、経験に依拠するものではないことも分析法理学の主要な主張と考えられると整理されている。⁽⁷⁾

ただ、H・L・A・ハートが自身の試みを分析法理学の試みであるだけでなく、記述的社会学 (descriptive sociology) の試みでもあると論じていたように、ケルゼンやハートも含め、最も抽象的な法理論であっても、何らかの経験的な基礎を有していることもロバーンは注意を向けている。さらにロバーンは、ケルゼンやハートの理論が約定的 (stipulative) なものではないかとも指摘している。そして、例えば、ハートの法理論が普遍的に正しいとされるものではなく、約定的なものであるならば、それを法の歴史研究によって検証することも可能であると論じている。例えば、過去には慣習がそれ自体で拘束力を持ち、法と見なされるということがあり、一方、中世ではローマ法それ自体が拘束力を持っていたが、それらは、一次的ルールと二次的ルールの結合、あるいは、公機関によって認定されるルールというハートの法概念では説明できない現象として挙げるができるだろうとロバーンは指摘している。⁽⁸⁾

ロバーンは、法そのものの概念のみならず、契約や不法行為といった実定法の諸概念にも同様のことが言えるのでは

ないかと論じている。例えば、契約や不法行為についての普遍的な概念を抽出することは可能であるという見方にはロバーンは懐疑的であり、現実の法の素材を一般化、抽象化したような、経験を理解するための理論的指針を提供できる中核的概念はいくつかあるが、それらは時代によって変化しうる一般化に過ぎないものであることをロバーンは強調している。契約に関して言うと、契約的な義務が、自由な意思の合致であるということが時代を超越した真実であると考えられることもあるだろうが、中世の後期までは、このような契約の一般的な概念が用いられることはなく、一七世紀のトマス・ホブズやフーゴー・グロティウスも、契約の一般原則を精緻化しようとしたのではなく、戦争状態の回避、国際法の基礎づけといった各々の目的により、契約の概念を用いたのである。ロバーンが強調しているように、法的な概念は、理論家たちがどのように世界を見ているのか、あるいは彼らが対処しようとしていた問題の性格によって大きな影響を受けるのであった。また、不法行為の概念にも同様な指摘をしており、不法行為を矯正的正義の体系として概念化することに対して、疑問を示している。むしろ法の歴史研究からは、矯正的正義により不法行為を特徴づけることは一九世紀の実践に関しては妥当であるが、厳格責任などが普及してきた二十世紀の不法行為法を説明する概念としては不適切であり、時代遅れであるという指摘が可能ではないかと論じている。⁽⁹⁾

以上の考察に基づき、ロバーンは、法的諸概念がどのように発展してきたかについての法の歴史研究から、法の理論家が学ぶことは大きいのではないかと指摘している。過去の思想家たちがどのように概念を発展させていたのかを知ること、法の理論家たちの概念を歴史的な経験により精査することができるようになるのである。一方、法の歴史研究も、法理論から学ぶところは大きいとも指摘されている。まず、理論家によって示される概念により、歴史家は、自ら探しているものを、より容易に見つけることができるであろう。また、不法行為法を矯正的正義に基づいて概念化する現代の試みが、不法行為法の統一的な原則を確立しようとしていた一九世紀の試みを理解する際に有用になるとい

こともある。さらに、契約であれ、不法行為法であれ、それぞれの概念が時代を経るにしたがって発展し、精緻化されるということもある。ならば、法理論家によって示された概念を用いることにより、法の歴史家研究は、過去の概念について、より明確な理解が可能になるのではないかとロバーンは指摘しているのである。¹⁰⁾

ロバーンはさらに、法の歴史研究が、現代の法の理論家に対して持つ肯定的な貢献についても検討している。すでに、法の概念や、契約、不法行為法といった法的諸概念が、歴史的状況によって制約されたものであることを強調してきたロバーンであるが、過去の法律家、思想家によって示された法思想についても同様なことが言えることと指摘している。その上で、特定の思想家が置かれたコンテキストに注目することで、これまで看過されてきたような当該思想家の新しい側面を見出し、現代の法理論に新しい視点を提供できるのではないかと論じられている。¹¹⁾ さらに、現代の理論が事実に基づいているのならば、法の理論家に豊富なデータを提供することが可能ではないかとロバーンは指摘し、例えば、歴史的研究だけからは、法が男性と女性を全く同一に扱うべきか、あるいは、男性と女性の違いを法が考慮することこそが男性と女性を平等に扱うことなのかといった規範的な問題には答えられないが、各々の施策が特定の時代においてうまく機能したか否かといった情報を、フェミニズム法理論などに提供できると論じている。¹²⁾

さらに、法の歴史研究の現代の法理論への肯定的な貢献として、法が特定の時期において存在し、つねに変化するものであることを示すことができることも挙げられている。例えば、現代の分析的法理学では十分に考察されていないような、法が作られる過程、法の変化の過程についても法の概念には含めるべきではないかと論じられているのである。実際、ルウエリンやフランクは、裁判官は当該共同体に最良な形で法を発展させなければならぬと論じていたし、また、コモン・ローの裁判所なども、共同体の中で紛争を解決することで発展してきたのであり、共同体、あるいはその変化に対応した法の変化とは関わりなく、法を理解することは難しいだろう。また、イギリスにおいて、ヘンリ二世

が国王裁判所の機能を強化したのは、既存の慣習を強制することを目的としていたが、いくつかの新しい令状が導入されたことで法の制度化、専門化が進み、法が制度、あるいは法学的観念に基づいて捉えられるようになったように、法が認識される方法も変化してきたことをロバーンは指摘している。さらにロバーンは、法概念や法学的概念は、社会、政治、経済といったより広いコンテキストの中で捉えられなければならないとも論じている。結論としてロバーンは、法の理論も含め、理論化するということは、対象を単純化し、一般化し、その一部に焦点を当てることであるが、そこで省略された要素は、考えられていたより重要かもしれないと指摘している。¹³⁾

次に、より具体的な題材に基づいて、法の歴史研究、法思想史研究の意義が研究されている『法の理論と歴史——忘れ去られた対話についての新しい諸論説』の第三部から、コテレルの「歴史的コンテキストにおける、あるいはそれを超えた法理論の読解——ルンドステッドのスウェーデンのリーガル・リアリズムの事例 (Reading Juristic Theories In and Beyond Historical Context: The Case of Lundstedt's Swedish Legal Realism)」を紹介した¹⁴⁾。コテレルは「ロンドン大学クイーン・メアリー校に所属しており、法社会学の研究者として有名であるが、その著書の一つの『法理学の政治——法哲学の批判的入門 (The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy)』(二〇〇三年)では、英米の法思想に関して、それぞれの思想のコンテキストに依拠したアプローチを試みられており、ここで紹介する論稿では、そのようなアプローチをさらに発展させることが試みられている。コテレルはまず、歴史的コンテキストを重視するQ・スキナーのアプローチを参照しながら、あるテキストの著者が意味していることは、それが書かれたコンテキストから自律したものとして当該のテキストを読むならば失われてしまうという点から出発している。逆に、法理論が、一定の時、あるいは場所の社会、政治の状況というコンテキストに位置づけられてこそ、当該の法理論の、特定の状況を超越する意義を検討できるといえるのが、コテレルの見立てである。¹⁵⁾ この論稿でコテレルが取り

上げているのが、スウェーデンのリーガル・リアリストのA・V・ルンドステッドで、一見、理解しづらいルンデステッドの法理論も、二〇世紀前半のスウェーデンの政治的、法的コンテキストに基づいて理解すれば、その意義が明らかになり、さらに普遍的な意義も示すことができる⁽¹⁶⁾と論じられる。

このルンドステッドという法学者は、わが国ではあまり知られていない人物であるが、一九二五年、それから死後の一九五六年に英語の著書が出版されており、それらの著書を通じてのみ英語圏では理解されてきたとコテレルは指摘している。そして、それらの著書では、もし法を正義に基づき運用するならば、原告であれ、被告(被告人)であれ、個人が置かれた状況を考慮に入れる必要があるが、各人の状況の違いは無限であるため、正義を法の基礎であるとする⁽¹⁶⁾とは、キマイラ(chimera)であるとまで論じ、法は正義ではなく、社会的福利(social welfare)にこそ基づかせるべきであると論じていた。コテレルによれば、すでにその意義が確立されていた正義に対するこのような厳しい批判とともに、社会的福利の具体的な内容を示していなかったことから、ルンドステッドは英語圏では受け入れられなかった⁽¹⁶⁾であった。

ただ、コテレルは、このルンドステッドが法学者であるとともに政治家であったことも留意すべきであると論じている。まず、社会的福利の内容について具体的な説明がないことについては、ルンドステッドが活躍した二〇世紀の前半(一九二〇年から五〇年ごろまで)においては、スウェーデンの社会が、同質性の強かった社会であったこと、統治に関わったエリートたちが、一致した理念を持ち、公的な意識が強かったこと、さらには、社会全体の利益に基づく立法制定など、パターナリスティックな伝統が強かったことを挙げている。ルンドステッドが社会的福利の具体的な内容を示していなかったのは、当時のスウェーデンでは、社会的福利の内容が、政治過程で客観的に、また、コンセンサスを⁽¹⁶⁾持つて正当化されると考えられていたからであった。一方、正義についても、ルンドステッドにおいて、完全にそれが

捨て去られたわけではなかった。ここでも社会の同質性から、法と道徳についてのコンセンサスが当時のスウェーデンでは見られたため、正義は、配分的正義、あるいは矯正的正義といった抽象的なものではなく、社会の常識に基づく正しき、公正さといったものとなっていた。その結果、正義は社会的福利に從属するものであるが、法制度が効率的に作用するためには必要なものとして、独特な形で捉えられていたとコテレルは指摘している。¹⁷⁾

コテレルは、以上の考察により、正義を拒絶している、あるいはその代わりとなる社会的福利についての具体的な内容が示されていないとのルンドステッドへの批判が、二〇世紀前半のスウェーデンの政治のあり方というコンテクストを考慮に入れると、説得力を持たないことを示すことに成功しているようだ。さらにコテレルは、ルンドステッドの社会的福利において安全が重視されていたことから、その法理論の普遍的意義が示されうると論じている。

まず、コテレルによると、ルンドステッドは、司法の実践を導くには一般的で柔軟な概念が必要であると論じ、包括的な哲学的体系は必要ではないと論じていたが、その点は、G・ラートブルフも同様に考えていたとされている。さらに、上述したように、社会的福利の重要な要素として安全を挙げ、正義をそれに從属するものとして捉えていたが、この安全と正義こそが、法的観念の根本的な価値ではないかとコテレルは指摘している。ここはやや飛躍があるようにも思われるのだが、ルンドステッドによって示されたような、抽象的な価値ではない安全や正義は、例えば、現代の様々な新しい現象を法によって規制する際にも考慮すべきものではないかとコテレルは論じているのである。¹⁸⁾

『法の理論と歴史——忘れ去られた対話についての新しい諸論説』に収められた論稿として、最後に、ワシントン大学のタマナハによる「歴史は法理学にどのような影響があるのか (How History Bears on Jurisprudence)」を紹介したい。タマナハは、近代アメリカの法思想史についての著書もあるが、¹⁹⁾「法理学の第三の柱——社会的法理論 (The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory)」という論稿で、その法思想史研究に基づいて、自然法論、法実証主義に

加えて、法と社会の關係の考察に焦点を合わせた社会的法理論の伝統があると論じていることが特に注目される。このタマナハによる論稿は、すでに述べたように、内容の紹介をしつつ、上記のロバーンの論稿と同じような問題を扱っているが、ロバーンとは見解が異なる主張もしているので、簡潔ではあるが、紹介したい。

まず、タマナハは、法理論が果たして歴史を無視してきたかと問いかけている。そして、J・ウォルドロン、R・ポズナー、D・ケネディ、G・ポステマ、R・アンガー、W・トワイニング、コテレルなどの例を挙げて、彼らが歴史研究によつて法理論 (legal theory) を構築していることを指摘している。タマナハによれば、法の歴史研究が反映されていないのは、法理論、法理学 (jurisprudence) ではなく、分析的法理学 (analytical jurisprudence)、あるいは法哲学 (legal philosophy) であることを明確にしなければならないのであった。⁽²⁰⁾ その上で、その分析的法理学や法哲学が、歴史的な考察に基づく必要があるか否かが検討されている。

タマナハは、法自体が社会と關係を持ちつつ、継続的に変化するなど、歴史的次元を本来的に持つものであり、さらには、法の行為者たちも、歴史を用いて法を理解したり、解釈していることを確認している。さらに、ポステマを引用しつつ、法理学においても、歴史が重要な要素であることを強調している。法は社会、政治、経済、技術の変化に応じて変化する社会の一つの側面であり、法理論や法理学が、そのような法を理論化するものであるならば、それらも歴史的な側面を持つ。ただ、ここでタマナハが法理学で意味しているのは、そういった歴史的次元、社会的次元を検討する歴史的法理学 (historical jurisprudence) や社会学的法理学 (sociological jurisprudence) のことであり、分析的法理学は含まれていないようである。この分析的法理学は、周知のように、法の本質を明らかにしたり、法学的概念の分析に焦点を当てるものであるが、例えば、自然科学が科学の歴史の研究を必ずしも必要とはしていないように、分析的法理学も、歴史的考察を必ずしも必要とするものではないのかとタマナハは論じている。さらに、ホップズ、ジョ

ン・ロック、ジェレミー・ベンサム、ジョン・ステュアート・ミル、ジョン・オースティンなどの法思想も、もし彼らの理論の妥当性を検討することに焦点を置くならば、歴史的コンテクストの考察は必要とはされていないともタマナハは指摘している。また、J・フィニスが自然法論の歴史と自然法論に関して述べているように、現代の自然法論の卓越さ (merit) と自然法論の歴史には相関関係はない。それと同様に、分析法理学と法の歴史的研究の間にも必然的な関係はないのであった。⁽²¹⁾ その上でタマナハは、二〇世紀前半にロスコー・パウンドが、法の性質を論じる立場として、自然法論、法実証主義とともに、(後に社会学的法学に発展していった) 歴史法学を挙げたことを念頭に置きながら、そういった第三の立場を知ること、現代の分析法理学の研究者たちも、より広い視点を持つことができるのではないかと論じている。タマナハによれば、分析法理学は、歴史的研究を排除するものではなく、実際、現代の分析法理学者たちは、歴史的考察を用いることもあり、むしろ望ましいことなのであった。⁽²²⁾

三、法理学と(その)歴史——アメリカでの議論の動向

次に二〇一四年の九月にヴァージニア大学で開催されたシンポジウム、「法理学と(その)歴史」をまとめたヴァージニア大学の紀要の特別号、「法理学と(その)歴史に関するシンポジウム」を紹介したい。まず、当シンポジウムの企画責任者であるヴァージニア大学のバーザンとヨーク大学のプリエルによる「法理学と(その)歴史 (Jurisprudence and (Its) History)」と、シンポジウムと同じタイトルが付けられた序文を紹介する。このシンポジウムは、八つの報告と各々に対するコメントで構成されていたようだが、その中で、法理学、法思想史の研究者として特に顕著な業績を上げているF・シャウアー、ポストエマの各々の報告に基づく論稿を検討したい。

まず、バーザンとプリエルの序文、「法理学と（その）歴史」では、法哲学者たちが一般的、抽象的、そして時代を超越した分析を提供しようとしているのに対して、法の歴史研究は、特定の、具体的で、一定の時代についての分厚い記述（thick description）を提供しようとしているため、一見、この両者の試みは、相容れないものようだ。しかしながら、多くの法律家、裁判官、そして法学者たちが、彼ら自身の関心とは遠く離れたものと捉えているものの、法の歴史研究によって、彼らの視野を広げることは可能ではないかという、このシンポジウムに共通するテーマが確認されている。²³ いくつかの論稿は、方法論に焦点を当て、他のものは、歴史に基づく法理学の例を挙げていて、さらに、そのような試みの困難さを論じている論稿もあるが、共通のテーマとして、イギリスの『法の理論と歴史——忘れ去られた対話についての新しい諸論説』と同様に、法理学、法哲学と法の歴史研究の関係について考察されているようだ。

この序文では、このような共通のテーマを参照しながら、各々の論稿が簡単に紹介されている。以下の個々の論稿の紹介と重なることもあるが、このシンポジウムの趣旨をより明確にするために、また、著者のバーザンとプリエルが、法思想史研究の方法や意義について興味深い整理をしているため、簡単に紹介してみたい。

まず、法理学がどのように法の歴史的研究を用いることができ、どう用いるべきか、さらには、そのような考察は、哲学的に（現代の観点から）どのような利点を生み出すのかという点に答えているものとして、ポストエマとN・レイシーの論稿が紹介されている。以下で紹介するように、ポストエマは、マイケル・オークショットを参照しつつ、法理学は、より社会的な（social）科学になるべきだと論じている。一方、レイシーが強調するのは、歴史的研究が、現行の実践に関するより批判的な観点を獲得するために有用であるということである。ポストエマ、レイシーは、歴史的研究に向かうことで研究の領域が広まり、考察を深めることが可能になり、さらには現代の法理論に対してより批判的な視点を獲得できると論じているのだが、そのような歴史的研究の効用の、より具体的なあり方が次に紹介されている。²⁴

バーザンとプリエルは、このシンポジウムでは、歴史的研究が二つの方法で用いられているとする。法の歴史的研究は、今日の法実践、あるいはそれを支えている前提に疑問を示すために、消極的、あるいは批判的に用いられているとともに、哲学的考察を前進させるために、より積極的、あるいは建設的に用いられているのである。そのうちの前者は、現在の実践の偶然性 (contingency) を示すために法の歴史的研究を用いるものであるが、バーザンとプリエルは、レイシーとシャウアーの論稿が、そのようなアプローチを取っていると整理している。

レイシーは、より一般的な法学研究でも偶然性の議論を用いているが、現代イギリス刑法の責任論も実際は近年生じてきたものであり、様々な制度が整備されてから登場したものであると論じている。一方、シャウアーは、法と強制を結びつけるベンサムの見解に焦点を当て、それが忘れ去られたのが、その点が精査されたからではなく、法哲学・分析的法理学の対象ではないとされたからであると論じている。バーザンとプリエルは、このような偶然性の議論の利点として、現代の法哲学者たちが普遍的で時代超越的なものと見なしている法的概念が、歴史によつて作られた時代に制約されたものであることを示すことを挙げている。また、法的概念は歴史的に変化するものであるため、法律家や法学者たちには、特に有用な議論であるともされている。ただ、バーザンとプリエルは、このアプローチの欠点として、現代の価値や観念を批判することは可能であるが、それに代わるものを提示できないこと、異なった時代 (文化) の観念を批判するような視点を提供できないことを挙げている。²⁵⁾

法の歴史研究の後者のアプローチ、すなわち、積極的、建設的なアプローチは、バーザンとプリエルによつて正典の再構成 (canon reconstruction) と呼ばれているもので、これまで無視されてきた思想、あるいは評価が確立した思想に新しい光を当てることで、今日の法理学上の問題に指針を提供するというものである。²⁶⁾ 以下で詳細が紹介されるが、オークショットの議論を参照としつつ、現代の分析的法理学に代わるものの提示を試みているポストマの議論は、ここ

に含まれるだろう。

やや強引な整理にも思われるが、偶然性の議論、それから正典の再構成も、「一定の観念、理論、問題、哲学的関心が持続性を持つこと、あるいはそれらが消失してしまったことを最もうまく説明するのはどうか」という問いに対して、異なった方法で答えているものであると整理されている。そして、その問いに付属するものとして、一定の思想等が持続力を持つ（あるいは失った）のは、例えば、経済的、政治的圧力などではない正しい理由に基づいているのかということにも、偶然性の議論や正典の再構成は答えているとされる。⁽²⁷⁾ やや不明確な整理でもあるが、例えば、シャウアーは、ベンサムの方法と強制に関する議論は、その後の法哲学の関心によって考察の対象外とされたことにより、関心が失われたと論じている。もしそうであるならば、それは正しい理由で消失したとは言えないだろう。よって、ベンサムのそのような議論が現代で検討されていないことは、偶然であり、もし哲学的に有意なものであれば、正典の再構成という形で、再検討の対象となることであろうか。

なお、正典の再構成のアプローチに対する批判として、過去の思想家の思想を現代の議論に生かすとしても、それを権威的なものとして扱うのか、現代の議論にも役に立つような話題を提供するだけの話題のポンプ (topic pump) として扱うのかといったジレンマが生じてくる。バーザンとプリエルによると、後者のようなアプローチを取るならば、テキストが書かれたコンテキストなどは重要でなくなってしまうことになる。バーザンとプリエルは、このジレンマの解決を読者に委ねているが、ただ、過去の思想を検討する際に、前述の「ある思想等が持続力を持つ（あるいは失った）のは、例えば、経済的、政治的圧力などではない正しい理由に基づいているのか」といった問いに基づき、コンテキストを考慮しながら、現代での意義を検討できるのではないかとも論じている。⁽²⁸⁾

以下、シャウアーとポステマの論稿について順に検討する。シャウアーは、ヴァージニア大学の著名な法哲学者であ

るが、ルウエリンの未刊行の論稿を編集、出版したり、最近では、ベンサムやオースティンの議論を参照しつつ、法の命令的要素の重要性を強調した『法の力 (The Force of Law)』(二〇一五年)も著しており、法思想史にも関心を強く持っているようである。⁽²⁸⁾ そのシャウアーは、「法実証主義の研究の経路 (The Path-dependence of Legal Positivism)」という論稿において、木の枝の一つに関心を集中していると、他の枝のことを忘れてしまつように、ある主要な観念の一つの部分の発展に関心が集中され、その点が興味深く、重要であり、議論されるようになること、研究の経路 (path-dependence) が作られ、他の部分は忘れられてしまい、省みられなくなることがあると指摘している。ある時点で関心が向けられなくなると、そのような問題は時が経つにつれて忘れ去られてしまい、それを活用することが難しくなると論じているのである。そして、ベンサムなどによって示された法実証主義の諸側面のうちのいくつかにも、そういった研究の経路の影響を受けた面があるとシャウアーは論じている。シャウアーによると、現代の観点からは、法実証主義の発展は合理的なものかもしれないが、他にも発展が可能であった側面はあったのであり、それらの中には、今日においても意義あるものもあるはずなのであった。シャウアーは、ベンサムの時代のイギリスの法実証主義を特徴づけていたものの、その後、忘れ去られたもの、しかしながら、今日においても検討する価値があるものの例として、法改革についての考察、法の強制的な側面の強調、裁判官の役割の検討を挙げている。⁽²⁹⁾ 以下、法の強制的な側面に関するシャウアーの議論を紹介したい。

周知のように、ベンサムの法の定義では、命令、強制、制裁が中心を占めていた。しかし、シャウアーも指摘しているように、それらは今日の法哲学の議論において取り上げられることは稀になっている。シャウアーによれば、その要因は、法哲学における研究の経路によって説明できるのであった。⁽³⁰⁾

ベンサム、あるいはオースティンのように、法を主権者の命令として捉え、強制を法の中心的な要素とすることは二

○世紀の前半には、すでに権能付与的なルールを無視しているとして、ジョン・サーモンドによって批判されており、アメリカのロスコー・パウンドも、同様の批判をしている。しかし、シャウアーによると、ハートによって、強制に基づく法の理解が批判された後に、完全に忘れ去られるようになったとされている。よく知られているように、ハートの法概念は、法の本質的なものを示すものではなかった。さらに、シャウアーによると、ハートは、オースティンの法命令説を包括的に批判したものの、強制は実際のすべての法体系に必然的なものであるとも論じていたが、その後の研究動向により、法の強制的な側面が忘れ去られたのであった。やや複雑な話ではあるが、サーモンドやパウンドも法の大部分が強制に基づくことを否定してはおらず、ハートも、それを法の重要な要素として捉えていた。しかしながら、ハートが、法を強制ではない観点からうまく説明したこともあり、ハート後の法哲学者たちは、法と強制の関係を考察しなくなった。さらに、J・ラズ以降、すべての法体系にとって本質的なものを除いては法概念の対象にはならないとされたこともあり、法における強制の考察は、法哲学における研究の経路から外れることになったのであった。シャウアーによれば、法と強制の関係の考察が現代の法理学で省みられなくなったのは、ベンサム時代よりも法における強制が重要でなくなったからではなく、以上のような研究の経路によるのであって、一般的な人々の法概念においては中心的な要素である強制の考察は、社会学者や心理学者に委ねられることになってしまったのであった。³²⁾

次にポストマの論稿、「社会的科学としての法理学 (Jurisprudence, the Sociable Science)」を紹介したい。ポストマはノースカロライナ大学の法哲学の教授であるが、『ベンサムとコモン・ロー伝統 (Benham and the Common Law Tradition)』(一九八六年)を著しているように、ベンサム研究者、古典的コモン・ローの研究者として著名である。その一方で、現代の法理学の動向をフォローするような著書である『二〇世紀における法哲学——コモン・ロー世界 (Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World)』(二〇一一年)も著しており、その間

題関心は極めて広い。³³⁾ここで紹介する論稿でも、そのような幅広い関心から法思想史と法理学、法哲学の関係について考察されている。

ポストマはまず、十六世紀から十七世紀に活躍した著名なコモン・ロイヤーのエドワード・クックが、法理学が神学であれ、人文科学であれ、他の優れた科学の原則やルールと調和するものであると述べ、法学を学ぶには、神学と人文科学の知識を学ぶことも必要であると述べていたことに触れている。³⁴⁾しかしながら、ポストマは、二〇世紀半ばのイギリスの法学者が、クックとは逆のことを述べていることに注目している。すなわち、二〇世紀のイギリス法は、社会的であることを止め、道徳科学、自然の理などとの同質性が主張されることはなくなったと述べられていたのである。周知のことであるが、イギリスでは一九世紀の後半から分析的法理学が主流となっていき、二〇世紀には、法理学は自覚的に非社会的 (unsociable) であることを求められるようになっていた。そういった中で、また、このシンポジウムのように、法理学の方法論のあり方について自覚的に検討されている中で、現代の英米の法理学に対して批判的ではなく、建設的な提案をすることがこの論稿の趣旨の一つであるとポストマは述べている。³⁵⁾

一般的にはハートによってイギリスの法理学の転換がなされたと考えられているが、ポストマは、むしろオースティンによって法理学の範囲が、劇的に限定されるようになったと指摘している。オースティンは、法理学の範囲を、法の専門家によって用いられている中核的な概念の分析に限定している。オースティンにとって、法理学の役割とは、権利、義務といった法的諸概念の分析を提供することであり、それらの中心的な要素を同定し、偶然的なものを排除すること、法律家たちが無意識に考えているものに形を与えることであった。そして、このオースティン流の法理学が受け入れられることで、実定法についての一般的な科学は、経験に即した法の社会的研究をも受け入れられなくなったとポストマは指摘している。その結果、ハートが登場してくる以前の二〇世紀の半ばには、イギリスのコモン・ローとともに、

法理学も非社会的なものになったのであった。⁽³⁶⁾さらに、ポストマは、ハートもそのような法理学の非社会化を推し進めたと論じている。確かにハートは、自らの試みを記述的社会学 (descriptive sociology) の試みであるとしていたが、ハートは社会学自体には懐疑的であったとしている。一方、ハートが用いていた哲学は日常言語学派のものであったが、それは人間の本性の考察に基づくものではなかった。また、ハートの後も、人間の経験の包括的、根本的な理解を目指す哲学と法理学の統合が目指されることがなかったことをポストマは確認している。その上で、哲学的ではあるけれども、他の科学とも協働するような哲学的法理学 (philosophical jurisprudence)こそ、求めるべきものではないかとポストマは論じている。⁽³⁷⁾

この哲学的法理学のモデルとしてポストマは、マイケル・オークショットが一九三〇年代に記したエッセイを引用している。その具体的な姿は、ポストマの論稿には示されていないが、その論稿にしたがって要点をごく簡単に記すと、哲学的法理学では、人間の社会的生活の中で法を基礎づけることが目指されている。さらに、オークショットの哲学的法理学では、法とそのような人間の経験に位置づけられた法を包括的に理解することが試みられるが、その際は、そのような考察がなされている思想史も受け入れつつ、つねに批判的な検討がなされることも要求されていた。なお、ポストマは、J・ウォルドロンの最近の論稿も引用して、現代の法理学に、オークショットもその必要を論じていたような思想史との対話がないことも問題ではないかと指摘している。そして、やや唐突な感もあるが、法の歴史研究の必要性の検討という、ヴァージニア大学のシンポジウムの本題に関わる話題に移っていつている。⁽³⁸⁾

その法の歴史的研究の意義についてだが、まず、多くの法哲学者にとって、法の歴史、あるいは法の理論化の歴史は外国のようなもので、休暇にそこに行つて何らかのお土産を持ち帰れば満足するようなものではないかとポストマは指摘している。多くの現代の法学者、法の理論家は、過去を克服したと考へており、過去の法理論の混乱を修正し、それ

を上回る理論を提示しているゆえ、現代の実践のコンテクストを知る以上に法の歴史的研究から学ぶものはないと考えているのではないかと指摘している³⁹。しかしながら、それは誤ったアプローチであるとポストテマは断じている。

まずポストテマは、法理論が対象とする法そのものにとつて、歴史、時間が本質的なものであるとする。特定の法的な決定、あるいは判決が意味を持つのは、それが過去の決定、判決と関連させられ、さらには将来に対して規範を提示できるからである。また、法は永続的なものではなく一時的なものであり、その一時性(temporality)は、法に関わる人々の法の理解も形作ることも論じている。法に関わる人々の法の理解は、法が時間によって変化すること、その上で法が継続性というバラストを提供するという役割を果たすことを反映しなければならないのであった。社会、政治のコンテクストの変化にしたがつて法も変化することも人々の法の理解には反映されるが、そのような一般的理解を明示し、自覚させることを法の理論は目指す必要があるため、法、あるいは法理論にとつて、時間、あるいは歴史を検討することは避けられないことなのであった⁴⁰。

さらに、マイケル・オークショットを参照しつつ提示した哲学的法理学にとつても歴史研究が必要であることが論じている。まず、法の研究は、法の歴史、あるいは法の歴史的省察を伴わなければ、責任あるものとは言えないとポストテマは断じている。また、オリバー・ウェンデル・ホームズも論じているように、法の概念のうちのいくつかは生き残り、いくつかは消え去っていくことにも留意する必要がある。ただ、これは、法が特定のコンテクストにおいてのみ存在するといったことを意味するのではなく、法哲学を歴史的、地域的に限定された法についての社会学的な探求に取って代えることを意味するわけでもないかとされている。ポストテマによれば、哲学的、そして批判的な法哲学は、法の歴史研究が提供する最良のものを参照しなくてはならないのであった。さらには、法の歴史研究に真剣に取り組むことで、現代の法実践やそれを理論化する試みを批判的に検討するための、より広い準拠点を得ることができるとも指摘さ

れている。⁽⁴⁾

なお、ポステマは、法理学と法の歴史的研究との関係というヴァージニア大学のシンポジウムのテーマに関して興味深い指摘をいくつか挙げています。まず、法理論、あるいは法思想についてのウィッグ史観は取られるべきではないと指摘している。過去の概念や議論が、今日の、知的により強く、成功したものによって取って代わられた、あるいは、哲学的により洗練された思考様式によって時代遅れになったと考えられてはならないのであった。また、歴史研究から得られる洞察は、我々には馴染みのない思考枠組みに直面した後でなければ得られないが、過去の思想を生み出した関心や論争を現代のものに置き換えたり、それらを現代のものに原始的な形態として扱ってはならないとも指摘されている。過去の思想家と対話するためには、彼らの歴史的、政治的、理論的な環境 (habitat) をできるだけ理解することが、まず、要求されるのである。比喩的な表現ではあるが、過去の思想家を理解するためには、彼らの時代に彼らのレクチャーを聴き、参加者の議論、さらには彼らの反応を見るところといった態度で取り組まなければならない、そういったアプローチを経て初めて、彼らから何かを得られるといった希望を持ちつつ、彼らとの哲学的な議論に参加することが可能なであった。⁽⁴⁾

ポステマは最後に、社会的な哲学的法理学 (sociable philosophical jurisprudence) について論じている。上記で触れたように、これは、クックが法学を神学や人文科学と結び付けようとしたように、現代の分析法理学とは違い、他の科学の考察を法理学にも導入しようというものである。その詳細の紹介は省くが、歴史を検討することに基礎づけられた、法や社会生活についての哲学的考察が、法実践についての社会学的考察などの知見も吸収することで、現在の我々の法実践の前提やパラダイムを批判的に検討することを可能とするというのがその趣旨のようである。⁽⁴⁾

四、おわりに

以上、ごく一部ではあるが、IVRイギリス支部の二〇一三年の年次大会の諸報告などを公刊した『法の理論と歴史——忘れ去られた対話についての新しい諸論説』(二〇一六年)、それから、二〇一四年のヴァージニア大学のシンポジウムにおける主要な報告とそれに対するコメントを収めた、ヴァージニア大学の紀要の特別号、「法理学と(その)歴史に関するシンポジウム」(二〇一五年)を紹介した。ここで紹介した法理学と法思想史研究の研究上の対話の提言、法思想史研究の活用¹⁴⁾の提言のいくつかは、日本、あるいは英米の研究者によってすでに試みられているものである。

例えば、『法の理論と歴史——忘れ去られた対話についての新しい諸論説』の編者であるロバーンによって、「法理論家によって示された概念により、法の歴史家研究は、過去の概念について、より明確な理解が可能になる」という提言が示されていたが、『法の理論34』、『法の理論35』誌上の特集「創る法と成る法」における拙稿と、宇佐美氏のコメント、さらにリプライは、そのロバーンの提言が形になったものの一例だと言うこともできるだろう。拙稿では、「創る法」、「成る法」という観点から一八世紀、一九世紀のイギリスの法思想を検討したのであるが、宇佐美氏からは、法哲学の観点から、「創る法」、「成る法」各々が持つ意味をより厳密に規定すべきではないかとのご指摘をいただいた。その結果、リプライにおいて、「創る法」、「成る法」という観点からの近代英米法思想の展開を、より明晰に跡付けることが可能になったと考えている。

一方、「法理学と(その)歴史に関するシンポジウム」の基となったシンポジウムの企画責任者であるバーザンとプリエルによって示され、正典の再構成(canon reconstruction)と名付けられた、法思想史研究を現代の議論に生かそうとする積極的、建設的なアプローチは、「法理学と(その)歴史に関するシンポジウム」への寄稿者で、本稿でも紹

介したシャウアー、ポステマによっても試みられているものであろう。

ここで紹介した論稿では詳しくは論じられていなかったが、シャウアーは、『法の力』(二〇一五年)において、ベンサム、あるいはオースティンに依拠しつつ、哲学的、さらには社会学的に考察することで、法の実効性が強制、制裁に基づくことを示し、現代の法理学では周遍的なものとされている強制、制裁を主要な研究対象にすることを試みている。すでに見たように、法と強制が、現代の法理学において周遍的なものになっているのは、それを研究する価値がないからではなく、研究の経路 (path-dependence) による偶然的なものであるとシャウアーは論じている。また、ポステマも、パブリシティの最大化、定期的な選挙、世論によるリコールなど、様々な非法的な制約を構想し、法に基づく答責性——説明責任、世論の制裁(道徳的制裁)に服せしめること——を持たせるベンサムの工夫は、恣意的な統治を排除し、法の支配の理念を前進させるものであったという新しいベンサム理解を、「正義の魂——ベンサムとパブリシティ、法と法の支配 (The Soul of Justice: Bentham on Publicity, Law, and the Rule of Law)」(二〇一四年)で示している⁴⁵。

その上で、現代の社会に法の支配を普及させるためにも、ベンサムに倣い、法に基づく答責性を統治者を持たせる様々な制度的工夫を導入すべきであると論じている。現代の法理学で、法の支配は、おもに手続面を重視する形式的な法の支配、内容面も要請する実質的な法の支配の間の論争を軸に議論されているが、ポステマは、ベンサムを参照することで、新たな論点を持ち込もうとしているのである。

このように、イギリス、それからアメリカのシンポジウムで示された観点やアプローチのいくつかは、すでに法思想史研究で試みられているものである。ただ、『法の理論と歴史——忘れ去られた対話についての新しい諸論説』には十七の論稿が、アメリカの「法理学と(その)歴史に関するシンポジウム」には八つの論稿と各々へのコメントが収められており、ここで紹介したのはその一部に過ぎない。これらの論稿のより包括的な検討は、わが国の法思想史研究、法

理学研究の発展にも大きな意義を持つものである。執筆者たちの研究も合わせて検討する必要があるだろうが、稿を改めて試みるつもりである。

- (1) 宇佐美誠「創る法と成る法をめぐるイギリス法思想——コメント」竹下賢・長谷川晃・酒匂一郎・河見誠・編『法の理論35』(成文堂、二〇一七年) 一〇三頁。
- (2) 森村進「法思想の水脈をたどって」森村進編『法思想の水脈』(法律文化社、二〇一六年) 三三四頁。
- (3) M. Del Mar and M. Lobban, Preface, M. Del Mar and M. Lobban (eds.), *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue* (Hart Publishing, 2016) p. v.
- (4) Symposium: Jurisprudence and (Its) History, *Virginia Law Review*, 101 (4) (2015).
- (5) Del Mar and Lobban, Preface, in Del Mar and Lobban (eds.), *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, pp. v-viii.
- (6) M. Lobban, *The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850* (Clarendon Press, 1991) ; *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900* (Springer, 2007).
- (7) M. Lobban, Legal Theory and Legal History: Prospects for Dialogue, *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, p. 5.
- (8) *Ibid.*, pp. 7-8.
- (9) *Ibid.*, pp. 11-14.
- (10) *Ibid.*, pp. 14-15.
- (11) *Ibid.*, pp. 16-17. ロバーンがそのような例として挙げているのが、ヘンサム・プロジェクトのP・スコフィールドの以下の論稿である。P. Schofield, Jeremy Bentham and HLA Hart's Utilitarian Tradition in Jurisprudence, *Jurisprudence*, 1 (2) (2010) pp.147-67. なお、翻訳として、フィリップ・スコフィールド、戒能通弘訳「ジェレミー・ベンサムとH・L・A・ハートの『法理学における功利主義的伝統』」深貝保則・戒能通弘編『ジェレミー・ベンサムの挑戦』(ナカニシヤ出版、二〇一五年) 六六―九八頁。スコフィールドによると、ベンサムは、法とは何かという事実の問題と、法とは何であるべきかという価値の問題を峻別している現代の法実証主義者とは違い、何が法であるかという問題も、何が法であるべきかという問題も、各々、快樂という事実、そしてその最大化という事実に基づいていて、と考えていたのであり、自然法論、法実証主義とは異なる

第三の法理論の可能性を示していると考えられる。

- (21) Lobban, *Legal Theory and Legal History: Prospects for Dialogue*, pp. 17-18.
- (31) *Ibid.*, pp. 19-21.
- (41) R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, 2nd edn. (LexisNexis, 2003).
- (51) R. Cotterrell, Reading Juristic Theories In and Beyond Historical Context: The Case of Lundstedt's Swedish Legal Realism, *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, p. 149-50.
- (61) *Ibid.*, pp. 154-55.
- (71) *Ibid.*, pp. 157-61.
- (81) *Ibid.*, pp. 163-66.
- (91) B. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2006); *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging* (Princeton University Press, 2010); 447 タマンハの法思想史研究のごまじは以下の拙稿を参照された。
447 M. Kahn, Brian Tamanaha's Historical Study and His Concept of Balanced Realism, Kosuke Nasu (Hrsg.), *Insights about the Nature of Law from History: The 11th Kobe Lecture, 2014, AREP Beihof 152* (Franz Steiner Verlag, 2017) pp. 71-80.
- (28) B. Tamanaha, How History Bears on Jurisprudence, *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, 329-30.
- (12) *Ibid.*, pp. 337-38.
- (22) *Ibid.*, pp. 339-40.
- (23) C. Bazrum and D. Priel, Jurisprudence and (Its) History, *Virginia Law Review*, 101 (4) (2015) pp. 849-51.
- (24) *Ibid.*, pp. 852-53.
- (25) *Ibid.*, pp. 854-55.
- (26) *Ibid.*, p. 856.
- (27) *Ibid.*, pp. 860-61.
- (28) *Ibid.*, pp. 864-66.
- (62) F. Schauer, *The Force of Law* (Harvard University Press, 2015).

- (30) F. Schauer, *The Path-dependence of Legal Positivism*, *Virginia Law Review*, 101 (4), pp. 957-59.
- (31) *Ibid.*, p. 969.
- (32) *Ibid.*, pp. 971-73.
- (33) G. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (Charendon Press, 1986); *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World* (Springer, 2011).
- (34) G. Postema, *Jurisprudence, the Sociable Science*, *Virginia Law Review*, 101 (4), p. 869.
- (35) *Ibid.*, p. 871.
- (36) *Ibid.*, pp. 874-77.
- (37) *Ibid.*, pp. 878-79.
- (38) *Ibid.*, pp. 881-84.
- (39) *Ibid.*, pp. 884-85.
- (40) *Ibid.*, pp. 886-89.
- (41) *Ibid.*, pp. 889-91.
- (42) *Ibid.*, pp. 890-93.
- (43) *Ibid.*, p. 900.
- (44) 戒能通弘「近代英米法思想史と『創る法』『成る法』再考——宇佐美コメントへのリプライ」、竹下賢・長谷川晃・酒匂一郎・河見誠編『法の理論35—特集〈例外状況と法〉』(成文堂, 二〇一七年) 二二六頁。
- (45) G. Postema, 'The Soul of Justice: Bentham on Publicity, Law, and the Rule of Law', in X. Zhai and M. Quinn eds., *Bentham's Theory of Law and Public Opinion* (Cambridge University Press, 2014). なお、この論稿の翻訳が、戒能通弘編『法の支配のヒストリー』(ナカニシヤ出版, 二〇一八年) に収録され、刊行された予定である。