

法への現象学的アプローチの課題と可能性  
——法哲学者の観点から——

A Phenomenological Approach to Law: Research Questions and Potentials  
from a Legal Philosophical Perspective

宮田 賢人  
Kento Miyata

要旨

ソフィー・ロイドルトの『法現象学入門』は、フッサール以降の法現象学の企てを網羅的に整理したもので、法現象学に関心を寄せる者にとって必読の一冊である。その一方で、現象学研究者が執筆した同書は、現代の法哲学＝法理学の議論に対して現象学がいかなる仕方でも貢献できるかを十分に考察していない。本稿の目的は、法への現象学的アプローチの可能性と課題を現代の法哲学の観点から整理・考察することである。法哲学の主題は三つに分けて整理されることが多い。すなわち、法とは何かという法の概念の解明を中心とする「法の一般理論」、法の解釈・適用過程や法的推論の構造の解明を試みる「法律学的方法論」、法の目指すべき価値とその具体的な制度構想を探究する「正義論(法価値論)」の三つである。本稿は、それらのうち法哲学に固有の前二者との関係で、現象学的アプローチの可能性を考察し、法的本質直観の分析、法秩序の静的/動的現象学、法的価値の構成分析、法的思考における暗黙知の現象学的解明、批判的法現象学という五つの課題を抽出する。

はじめに

一般に明らかだが、あらゆる心理主義的および自然主義的解釈を施されえずそれに解体することに抵抗するような、多くの種類の対象性が存在するのである。そうしたものとして挙げられるのは、あらゆる種類の価値客観および実践的客観であり、われわれの実際的生活を規定している厳しい現実としてのありとあらゆる具体的な文化形成体、例えば、国家、法、習俗、教会、等々である。これらの客体は、それらを与えられてくるありさまのままに、根本種類やその段階秩序の点から、記述されねばならず、こうして、それらの客体に対して、構成の問題が樹てられかつ解決されねばならない。(Husserl 1976: 354=邦訳第2分冊 334-5)

ここで宣言されているように、フッサールにとっては、物的対象のみならず、法もまた、意識において構成される対象の一つであり、それゆえにその構成の問題は取り組むに値する問題であった。とはいえ、彼自身は法現象学を体系的には展開せず、むしろそれは後進に

よって盛んに試みられた。ソフィー・ロイドルトの『法現象学入門』（Loidolt 2010）は、その一連の試みを網羅的にサーベイ・整理したものであり、法現象学に関心を抱くどの論者にとっても必読である。

その一方で『法現象学入門』には、その構成上、現代の法哲学（法理学）者が関心を寄せる諸問題に現象学はいかなる仕方で寄与しうるか、という点の論述が不十分だという恨みがある。H. L. A. ハートやジョン・ロールズの登場以降、英米の分析哲学が法哲学のなかで主流派を形成してきた（しつつある）ことを考えたとき、「法現象学」という言葉に接した法哲学者の多くは、なぜ現象学的アプローチが必要なのかという疑問を感じるであろう。筆者が読むかぎり、『法現象学入門』は、こうした疑問へ応答しうる議論を展開していない。

そこで本稿は、法への現象学的アプローチが実り豊かなものである可能性を法哲学者の観点から提示することを目的とする。つまり、現代の法哲学者が関心を寄せる重要な諸課題を同定したうえで、「一人称的な観点から私たちの経験を探究することで世界を理解」（植村・八重樫・吉川 2017: 7）しようとする現象学がそれらへアプローチする方法論として有益であることを論じたい。このようにして『法現象学入門』を法哲学の側から補足することで、同書によって拓かれた法学/法哲学者と現象学者との対話の土壌を一層整えようというのが本稿の狙いである<sup>1</sup>。

本論に入る前に二つの留保を述べておく。第一に、以下で言及される法哲学の課題には個人的な偏りがある。次節の「法哲学の中心問題」では、取り組むに値する法哲学の諸問題が整理されるが、むろん、このときの「値する」とは筆者個人の所感であり、それ以外にも重要な課題は数多ある。第二に、第2節から第4節までは、次節で特定された法哲学の中心問題と現象学の接点について論ずるが、そこでの論述はフッサールの現象学の観点に偏っている。これはひとえに、筆者がこれまでフッサール現象学に親しんできたという偶然的事情とそれに比して他の現象学の理論に通じていないという能力上の限界とに由来する。本稿には以上の偏りがあることを注意喚起したうえで本論へ移りたい。

## 1. 法哲学の中心問題

田中成明によれば、法哲学の中心的課題は大きく次の三つに分類される。第一は、法の一般理論で、それは「法とは何かという法概念自体の解明をはじめ、法源理論、法と道徳や強制との区別・連関の考察、法システム・法規範の構造と機能の解明、権利・義務・責任あるいは法の効力（妥当性）などの法の基本的諸概念の分析」（田中 2011: 1）を課題とする。この領域は、現に在る法としての実定法秩序を研究対象とし、法社会学や法人類学といった他の社会科学の諸分野と法哲学が交差する領域である。

<sup>1</sup> もっとも、ロイドルト自身も法理論への現象学的アプローチについて論じている（cf. Loidolt 2017; 2021）。ハンナ・アレントの思想にとりわけ依拠して展開される論考は示唆に富むが、現代の法哲学の議論動向との関係を検討するわけではない。この点は、青山（1992）も同様である。本稿の特色は、法現象学の可能性を、必ずしも現象学を方法論としない法哲学者が関心を寄せる諸課題との関連で整理することにある。むろん、それは上述の諸論考のアプローチを排除すべきという主張を含意しない。

第二は、正義論（法価値論）であり、ここでは「在るべき法の探究を課題とし、〔……〕正義とは何かをはじめ、自由や平等、法的安定性や法の合目的性など、法の実現すべき価値理念ないし実定法の評価・批判の規準を探究し、それらを具体的に実現する制度を構想すること」（田中 2011: 2）に関心が寄せられる。ここでは、現に在る法とは区別された在るべき法の探究が主題となり、ここで法哲学は倫理学や政治哲学・社会哲学といった他の実践哲学の諸分野と接点をもつ。

最後に、第三の領域である法律学的方法論が主題とするのは「法の解釈・適用ないし法的議論・推論の論理構造や合理性・正当性基準、法律学の学問的性質の解明」（田中 2011: 2）である。この領域では、法律家が事案を処理するにあたって行う（べき）法的推論・思考・議論のプロセスの分析がなされる。それゆえに、この領域は、前二者と比べて最も専門技術的な性格を帯び、法実務と密接な関係をもつ<sup>2</sup>。

本稿では、以上の問題領域のうち、第一の法の一般理論と第三の法律学的方法論に焦点を絞る。というのも、（第二の問題領域とも密接に関わる）道徳や倫理の現象学的研究には一定の研究蓄積が存在するからである<sup>3</sup>。先述のように、本稿の目的は法哲学者と現象学者の協働を可能にする土壌の整備にある。それゆえ以下では、従来は十分に検討されてこなかった第一・第三の課題領域への現象学的アプローチの可能性を考察する。まず次節では、法の一般理論のうち、（1）法概念論・法の本質論と（2）法秩序の静態的・動態的分析という主題との関連で現象学の可能性を考察する。次に第3節では、法律学的方法論との関係で、（1）法的判断の客観性と（2）法的思考における暗黙知の働きという主題を取り上げ、それらと現象学との接点を探る。最後に第4節で、具体的に生きられた法経験の批判的分析（批判的法現象学）の可能性について簡単に触れる。

## 2. 法の一般理論と現象学

### （1）法の本質直観の分析

法哲学者のジョセフ・ラズによれば、法の理論を構築するということは、法を法たらしめる必然的真理・本質的特徴を明らかにすることにほかならない。

およそ〔法の〕理論は必然的真理（*necessary truths*）からなる。というのも、法についての必然的真理によってのみ、法の性質は明らかにされるからである。われわれが「法の性質」〔……〕について語る時、われわれは、法が有する諸々の特徴のうち、法を法たらしめている法の本質的な諸特徴に言及しようとしているのである。つまり、それを欠いてしまつては法が法でなくなつてしまふと思しき諸特徴が言及され

<sup>2</sup> なお、これらの問題領域は相互に密接な関連にある。また、別の仕方で問題領域を分ける論者もいることに注意。例えば、瀧川・宇佐美・大屋（2014）は、法哲学の根本問題を「法とは何か」（法概念論・法理論）と「法とは何であるべきか」（正義論・法価値論）の二つに大別する。

<sup>3</sup> 例えば、吉川（2011）；Smith（2012）；Crowell（2013）。

ているのである。(Raz 2009: 24, □ は宮田)

このような法の本質、あるいは法とは何かという法の概念規定をめぐる問いは、古代ギリシャ以来の問いであり、例えばそれは、法は法であるかぎり道徳的に正当な内容を含むべきか否か(法実証主義と自然法論の対立)、ほとんどの人が実際に従っていない法規範はそれでも法であるか(実効性と妥当性の関係)、人々のあいだで通用している慣習はいかなる条件で法となるか(単なる慣行と慣習法の区別)、違反に対する強制的サンクションの存在は法の必要条件か(法と強制の関係)といった諸論点と関連する。

この古典的問いに答えることの重要性は低下するどころかむしろ高まっている。というのも、法秩序のグローバル化は、主流派の典型的な法理解から外れるような法現象をいたるところで可視化させるからである。例えば、近年、法整備支援(先進国や UNDP のような国際機関による発展途上国の法制度の改革・整備)は世界各地で数多く行われているが、それが可視化したのは、国家によって法的承認を受けていない規範が慣習法として実効性をもつという事態であった。また、グローバル化は、非国家主体(民間の非営利法人や国際業界団体)が作成したルールや規範が一定の通用力をもつという事態を引き起こした<sup>4</sup>。

こうした一連の動向を一つの背景に登場してきたのが、法多元主義(*legal pluralism*)や法の非本質主義である。法多元主義は、法を中央集権的な国家が創出した統一的体系とみる見解を「法中心主義(*legal centrism*)のイデオロギー」と呼び、社会における法体系の多元性の適切な記述の重要性を訴える(cf. Griffith 1986)。この見解によれば、法には、国家法のみならず、慣習規範・部族規範・多国籍企業や組合によって生み出された非公式の規範、グローバルな原理としての人権規範、等々が含まれる<sup>5</sup>。だが、そうすると、さまざまな種類の社会規範のうちどこまでが法なのかという法の本質規定をめぐる問いが先鋭化する(例えば、エチケットは法であるか)。

法の非本質主義は、法多元主義とも関連しつつ台頭してきた立場であり、文字通り、法的本質の存在を否定し、法の本質規定は不可能であると論ずる。例えばその主唱者であるブライアン・タマナハによれば、「人々がその社会実践をつうじて『法』として同定し取り扱うものであれば何であっても法」(Tamanaha 2017: 73, 強調は省略)であり、ある規範を法とするような本質的特徴は存在しない。このように、近年、法的本質の如何と有無をめぐる論争は一層激しくなっている(cf. Tong 2021; Fabra-Zamora 2022)。

さて、以上の法的本質の問いに取り組むうえで、フッサールの本質直観(*Wesensanschauung*, *Wesenserschauung*)の議論は参照に値する(Husserl 1954: §87)。本質直観とは、意識に与えられた個別的对象のうちに含まれた「普遍者」・「形相」を直観し、それとともに、本質を対象として構成する意識の働きである。家の本質を例に取ろう。まず私はある近所の一軒家を思い浮かべ、それを見本として定める。私はそれを意識において自由に変形させ、例えば、家の色や屋根や壁の材料を変えてみることで、見本の様々な変項を獲得できる。この自由変

<sup>4</sup> その典型例は、ICANN(ドメイン名や IP アドレス等のインターネット資源を管理するために 1998 年に米国で設立された民間の非営利法人)が定めた諸々のルールが広く通用していることであろう(cf. 横溝 2015)。

<sup>5</sup> 法多元主義の台頭の背景については、高野(2015: 第 1 章)。また、法多元主義は、日本法哲学会 2018 年度学術大会の統一テーマとなった(cf. 日本法哲学会編 2019)。

更 (freie Variation) を意識において繰り返えし継続し、見本と諸変項を比較するなかで、それらに共通する不変同一の特徴 (例えば、四方と上方が風雨を凌げる材料で囲まれた空間) が、それ無くしては見本からの逸脱となる普遍的本質として現れてくる。それを直観することで家の本質は構成される。こうして、いま目の前に現れている特定の私の家のみならず、ありうるすべての個体に適用可能な本質としての「家」が直観され、それとともに本質的類型として構成されることとなる。

同様の考えを法の本質の議論へ応用すれば、法的本質直観の分析という課題が立てられるであろう。ここには少なくとも次の二つの問いが含まれる。第一は、法理論家による法の概念化 (conceptualization of law) の意識過程の分析である。法理論家が法理論を構築するとき、理論家は、ある特定の法体系のうちで生きる自らの法経験を反省的に分析する、あるいは、他者の法経験に自己移入してそれを分析することで法の本質的特徴を同定し、法を概念化する。このような法の概念化・理論化の過程で重要な役割を担う法的本質直観はいかなる意識作用として特徴づけられるのか。

第二は、法秩序のもとで生き、法を経験する人々の意識の本質的構造の現象学的分析である。仮に (フッサールが考えていたように) 法が意識において構成される対象であり、かつ、それによって構成される法的対象に何らかの本質があり、かつ、対象を構成する作用 (ノエシス) とそれによって構成される対象 (ノエマ) とのあいだに相関関係があるのならば、以上のことが意味するのは、法を構成する意識の側に対象としての法的本質と相関する本質的特徴——それによって法理論家による法の本質直観は可能になる——が存在していなければならないという事態である。それゆえ、法的本質の如何や有無をめぐる論争は、法秩序のもとで法を経験する人々の意識の現象学的分析によって解決しうると期待できる<sup>67</sup>。こうして法の本質探究は、次に述べる法秩序の現象学的探究へと繋がっていく。

## (2) 法秩序の静態的/動態的現象学

一口に「法」と言っても、法を経験や法が現れるそのあり方は、法秩序と関わる主体の有する役割・立場・関心に応じてさまざまに異なる<sup>8</sup>。例えば、殺人罪を規定する刑法 199 条は、一般の私人には、人を殺すなかれという義務を命ずる行為規範として経験されるのに対して、裁判官には、ある者が人を殺した場合、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役という

<sup>6</sup>この想定のもと宮田 (2022) は、法的確信 (opinio juris) という法学の概念を現象学的に考察しつつ、単なる慣行から慣習法を区別しうる本質的特徴を慣習的規範に遵う者の一人称的な意識の側に見出そうと試みた。

<sup>7</sup>ここで注意すべきは、法的本質を、いかなる事実性からも純粋に存在する理念的対象と考えるのは恐らく誤った方向性だということである。法理論家が本質直観をくわえ、そこから法理論が構築される場所の諸々の法経験は、すでにそれ自体が、ある特定の時期に特定の人物や集団によって構築された法理論に偶然的な仕方で影響を受けている (例えば、ある法曹の法経験は、その人が学習した当時の主流の法理論の知識によって規定されている)。現時点で筆者は、法的本質をそうした事実性から純粋な理念的対象と捉えるよりは、むしろ、メルロ＝ポンティ (Merleau-Ponty 1964) の本質的理解に共鳴しつつ、ある特定の時点における法理論の構築・波及という事実性との絡み合いのなかで現象し変転するものとして理解したうえで、その絡み合いや変転の過程を分析する方がよいと考えている。以上の点について示唆に富むコメントをしてくださった家高洋氏に感謝する。

<sup>8</sup>以下の法秩序の現象学の構想については、宮田 (2024) で詳しく論じた。

サクシオンを与えるべし、という裁定の規準として現れる。また、法秩序には、これらの行為規範や裁決規範の他にも、かくかくしかじかの立場にある者は、かくかくしかじかの（例えば、裁判官として裁定を担うという）職務を担うべし、という形式を備えた規範も含まれており、それに即して権限が割り当てられた公務員たちにとって、法は組織規範という様態で現れることもある<sup>9</sup>。

こうした法の現れ方の諸様態はさらに細かく分析されうる。第一に、一口に「規範」と言っても、H.L.A. ハートが論じたように、義務賦課規範と権限付与規範が区別されねばならない。前者は刑法の多くの条文がそうであるように特定の作為・不作為を義務づけるのに対して、後者は所定の要件を満たした者に法的権限（例えば、有効な遺言や契約をする私的権限や立法権・司法権といった公的権限）を付与する規範であり、両者は法の現れ方の異なる様態として区別されうる。

第二に、規範遵守の様態も区別されうる。ハートは、法規範を受容して行動の指針とし、自他の行動の評価規準として用いる態度を内的観点（*internal point of view*）と呼んだ。そのうえで、内的観点のもとで規範を受容する動機には、規範の内容が道徳的に正当であることの他にも、「長期的な利害計算、他者への私心なき配慮、無反省な代々の伝統的な態度、単に他者と同じように振る舞いたいという願望等」（Hart 2012: 203=2014: 316）があるとす。また、この点に関連して、例えば不法滞在者のように、法規範や法体系そのものを受容するわけではないがそれに抵触しないよう努めるような「アウトサイダー」の法経験も区別できるであろう。

さらに、法経験の相互主体的な側面も見落とされてはならない。ある者が義務賦課/権限付与規範にもとづいて特定の権利・義務を他者に対して主張するとき、そこには、一方が他方に特定の作為・不作為を要求し、それと相関的に、他方が一方の要求を受容するという関係がある（例えば、私が相続権を主張・要求するとき、その他の親族は、私の権利要求を受容して相続を妨げない義務を負う）。また、相互主体性の次元は、一般私人と公務員との間にも存する。例えば、通常、立法者と一般私人との間には、代表する-されるという関係が、裁定にもとづき命令を発する裁判所と一般私人との間には、権威を主張する-受容するといった関係がある。正常な法秩序はこうした相互主体的関係を基礎としており、それに依拠して立法者や裁判官の命令はすべての市民に対する法的な妥当を獲得する。

以上を念頭に置いたとき、法秩序は〈それに関わる主体の有する役割・立場・関心に応じてさまざまに異なる法経験が相互に関連するなかで相互主体的・意味的に構成された法的世界〉として把握されうる。このとき、法秩序の現象学的探究の課題とは、それらの多様な法経験を差異化・類型化したうえで、法秩序を生きるさまざまな主体の一人称的経験において法がどのように現れているか、そして、それらの法経験の相互関連を解明することである。こうした課題は、法秩序の静態的現象学と呼ぶことができるであろう<sup>10</sup>。

<sup>9</sup> 行為規範/裁決規範/組織規範の区別については、田中（2011: 67-71）。

<sup>10</sup> なお、ここには、諸々の経験を「法」経験とする特徴は何であるかという、より根本的な方法論的問いが存することに注意（注7も参照）。この問いへの注意を促してくれた吉川孝氏に感謝する。

この課題に取り組むにあたっては、現象学の豊かな研究蓄積が有用であると思われる。例えば、上述した法規範の諸形式(行為/裁決/組織規範、義務賦課/権限付与)や規範遵守の動機づけの諸様態の分析は、フッサールやアレクサンダー・プフェンダーによる意志・行為の現象学的分析、マックス・シェーラーによる当為意識の現象学的分析などの成果を適宜参照しつつなされるであろう。また、法秩序の相互主体的関係については、アドルフ・ライナッハの他者に向けられた作用としての社会的作用の議論、そして、その成果もふまえて展開されたフッサールの共同体論<sup>11</sup>や法哲学者の尾高朝雄の国家構造論<sup>12</sup>などが注目に値する。

ところで、いかなる法秩序も不動ではなく生成変化するものであり、こうした法秩序の動態的側面の分析の必要性も法のグローバル化とともに高まっている。例えば、国際条約や国際文書が立法事実や裁判における解釈の基準として参照されることで生ずる国内法体系の変化、発展途上国への法整備支援がもたらすレシピエント側の法体系の変化、さらには、気候変動に対応しうるグローバルな法秩序の創出を目的に行われる環境活動家による各種の(ときに既存の法秩序に抵触する)抗議活動、等々が現代のグローバルな法秩序の動態の一例である。また、法動態の分析は、現在のみならず過去の法秩序についても重要である。例えば、日本が植民地化した地域について、いかにして日本国の法体系は当該地域へと移入され現地の法体系を代替したか、といった問いも法秩序の動態の分析に関連する。

以上を念頭に、法秩序の生成変化の過程を解明する法秩序の動態的現象学を構想する必要があるだろう。現段階で筆者に明確なビジョンがあるわけではないので、ここでは、法の秩序化(legal ordering)について、独自の現象学的考察を展開する法哲学者のハンス・リンダール(2013)の議論に触れておこう。フッサールやハイデガーを参照しつつ彼は、われわれの法的行為の中心にはつねに何かを「何か」として開示する(disclose)作用である法的志向性(legal intentionality)が働いているとする(それによって、例えば、われわれがスーパーでポテトを購入するとき、ポテトは「製品」として、お金は購入の「支払い金」として開示される)。この法的志向性は、合法的なもの(legality)と不法なもの(illegality)を境界化する一種の秩序化の働きであるが、ここで重要なのは、それが同一の仕方で繰り返されるわけではなく、つねに毎回「新たな(anew)」仕方で働くという点である。それゆえに「法的行為による秩序化は再-秩序化である」(Lindahl 2013: 130)。リンダールは、この再秩序化を駆動させ、既存の合法/不法の境界の変容を可能にする非-法的なもの(A-legality)を法の秩序化における中核的な契機として考察している<sup>13</sup>。

### 3. 法律学的方法論と現象学

#### (1) 法的価値の構成分析

<sup>11</sup> フッサールの共同精神論については、鈴木(2021: 第5・6章; 2022)。

<sup>12</sup> 尾高は『国家構造論』でライナッハの社会的作用論を参照しつつ、特定の個人が国家を代表・代理するという関係性について論じている(尾高 1936: 277-283)。

<sup>13</sup> なお、リンダールは、ベルンハルト・ヴァルデンフェルスからも大きな影響を受けている。ヴァルデンフェルスの法現象学的考察については、Loidolt(2010: 343-352)。

法的判断——紛争事案において、ある事態を合法/不法と評価し、それにもとづいて当事者間の権利・義務関係を確定する判断——は客観的か否か、という問いは法律学的方法論の重要論点の一つである。三権分立の原則に立てば、司法府の一員である裁判官の任務とは、建前上、すでに定立された法律の個別の事案への適用であり、新たな法を作ることではない。だが、実際のところ、裁判官は、法律を機械的に適用するわけではなく、結果を勘案しつつその文言を解釈し、また時には公平・正義・条理のような道徳的価値を参照しつつ裁定する。

こうした法解釈の特徴が、次のような率直な見解を実定法学者から引き出すこととなる。

法の解釈は単に法規の客観的な認識たるにとどまるのではなく、多かれ少かれ解釈する個人の主観的価値判断が入り込むことを免れない。[……] 法律家は、何事によらず、客観的な規則に忠実であるような顔を装いながら、実はそうでない自分の恣意を押し通そうとする詭弁を、意識的乃至は無意識的に行い兼ねないのである。(来栖 2004: 63)

同様の論点は判例を主要な法源とするコモンロー圏では一層先鋭化するが、その激しい論争の中心にいたのが、ロナルド・ドゥオーキンである。主著である『法の帝国』において彼は、法解釈や道徳的価値の関与なしには、何が法かという問いに答えられないことを認めたい。なおかつ、法にはある種の客観性が帰属すると主張する (Dworkin 1986)。「純一性 (integrity) としての法」と呼ばれるその法理論によれば、法は、個別事案において裁判官がそのつど解釈するなかで構成 (construct) される。さらに、このときの構成的解釈は、恣意的になされるものではなく、最善の光のもとでなされねばならない。つまり、裁判官が自身の法解釈を正しいと主張するには、①これまでに蓄積された判例群と適合的であること、②政治共同体で共有された道徳的-政治的原理によって正当化されること、という二つの基準を満たす必要がある。くわえてドゥオーキンは、以上の基準を最も高い水準で満たす法解釈のみが正答であり、それは一つに定まると主張した。

これらの主張は多くの論争を引き起こした。例えば、法と道徳とは一体的なものとしてあるいは分離したものとして理解されるべきか<sup>14</sup>、仮に両者を一体的に捉えた場合でも、構成的解釈に一つの正答があるという主張は妥当か<sup>15</sup>、また、メタ価値論的な問いとして、道徳的価値との関係のなかで構成される法は客観的か、そうであればその客観性はいかなるものとして理解されるか<sup>16</sup>、等々。これらの問いは前述の法的本質の議論と絡み合いながら、現代の法哲学の主要問題を形づくっていると見てよい。

これらにアプローチするにあたって現象学は有用かもしれない。というのも、ドゥオーキンは、解釈者の一人称的経験に定位しつつ、主観的な解釈がそれにもかかわらず真正な拘束

<sup>14</sup> この論争については、濱 (2014) および日本法哲学会編 (2023) を参照。

<sup>15</sup> 例えば、法解釈を政治の延長とみなす批判法学 (Critical Legal Studies) によれば、裁判における解釈の争いは矛盾し合うイデオロギーの調停不可能な対立であり、それゆえそこに正答はない。批判法学については、中山 (2000: 135-150) を参照。

<sup>16</sup> 例えば、Leiter (2007: Ch. 8,9) は、自然主義の立場から法の客観性を論ずる。

力をもつと論ずるからである。

この種の事例における拘束 (constraint) は「内的」であるか「主観的」であるとわれわれは述べることだろう。それにもかかわらず、この拘束は現象学的にみて真正なもの (phenomenologically genuine) であり、この点こそがここで重要なのである。われわれが試みているのは、解釈者の観点からみたときに解釈がいかなるものであるかを把握することであり、解釈者の観点からみれば解釈者が感ずる拘束は真正なものである。このとき、その真正な拘束は、それに対してまったく異論がないかのように、つまり、他のすべての人々も当の解釈者と同じくらい強く当の拘束を感じているかのように感じられるのである。(Dworkin 1986: 235=1995: 367-8, 邦訳と強調は宮田)

このように、彼の見解によれば、解釈とは主観的なものでありつつも、解釈者の観点からみれば、真正な拘束力を備え、また他のすべての解釈者によってもそれが追体験されるような、ある種の客観性を有したものとして経験される。

こうした一連の記述を目にしたとき筆者が想起するのは、フッサールの価値現象学である(以下の整理は、八重樫(2017: 第4章)に多くを負う)。フッサールによれば、ある対象が現実にもつ価値は、価値覚 (Wertnehmung) という意識作用によって構成される。価値覚がいかなる意識作用であるかをめぐっては、解釈の余地があるものの、八重樫の論ずるように、感情であるというのが有力な見方であろう(例えば、喜び/悲しみのような肯定的/否定的感情は肯定的/否定的価値を構成する)。もっとも、フッサールは、このように主観的感情と価値との相関関係を論ずることで、価値を主観化したわけではない。たとえ、私の怒りがどれほど明証的であっても、それによって構成された価値がつねに現実的なもので、またそれゆえに価値判断が正しいとはかぎらない。つまり、フッサールの価値論は、「評価の対象がたんに価値があるとみなされていることと、現に価値があることの区別」(八重樫2017: 142)が成立すると考えており、その点で価値の客観主義に与する。では、いかなる要素が、後者から前者を、そしてそれと相関的に、正しい感情を正しくない感情から区別するのか。

八重樫の解釈によれば、それは価値評価の対象と価値評価者が置かれている文脈に内在する諸々の尺度である。ある対象(例えば豚肉)の価値は、栄養学的観点・疫学的観点・道徳的観点・経済的観点・宗教的観点、等々の諸観点とそれらの観点に含まれた諸々の尺度との関係で決定される。こうした文脈と尺度が価値評価のパラメータとして働くことで、正しい感情と正しくない感情とが、そして、たんに価値があるとみなされていることと現に価値があることが規範的に区別される。それゆえ、例えば、誕生日に贈り物を受けたことに怒っている人がその感情を正当化するいかなる尺度も持たないのであれば、その怒りは正当ではなく、それゆえ、その明証的な怒りが現実的価値を構成することもない。フッサールの価値の構成分析は、価値評価の文脈で働く諸々の尺度を分析しつつ、価値を構成する感情の正当性条件を解明することにある。

以上の議論との類比が許されるのであれば、法的価値の構成分析という課題を次のよう

に構想することができる。紛争事案を前に、法解釈をして、ある特定の事態や行為に合法/不法という法的な価値評価・判断を下す裁判官は、当該事案と何らかの形で感情的に関わる。とはいえ、一裁判官の感情は——たとえそれがどれほど明証的でも——拘束力をもつ法的価値をただちに構成するのではない。その感情が既存の判例群との適合性や共同体の道徳的-政治的諸原理との一致といった尺度によって正当化されてはじめて、それは真正で拘束力のある法的価値を、つまり現実的な法的価値を本来的に与えるものとなる。法的価値の構成分析の課題は、この正しい法的価値を構成する（他の解釈者からも同様に追体験される）法感情の正当性条件の解明である。このようにして、法的価値とそれについての判断の客観性が現象学的に捉え直されたとき、これまでの法的判断の主観性・客観性をめぐる一連の論争やドゥオーキンの正答テーゼがどのように理解できるのか、さらにまた法と感情との関係はどのように捉え直されるのか<sup>17</sup>、等々は興味深い論点である。

## (2) 法的思考における暗黙知の現象学的解明

法的思考のプロセスの分析も法律学的方法論の主要問題の一つである。我が国のように、法典を主要な法源とする大陸法圏では、法的思考を、一種の三段論法——適用されるべき法規範を大前提とし、紛争事案の具体的事実を小前提としたうえで、これらの二つの前提から結論としての判決を導出する推論形式——に依拠した推論として理解することが多い。図式的には、以下のようなになる（cf. 高橋 2014: 3）。

- (1) 大前提＝法規範：すべての  $x$  について、もし  $x$  が  $F$  ならば、 $x$  は  $G$  すべし。  
（例：刑法 199 条により、人を殺した者は死刑又は無期若しくは 5 年以上の懲役に処されるべし）
- (2) 小前提＝具体的事実： $a$  は  $F$  である。  
（例：被告人は人を殺した）
- (3) 結論＝判決： $a$  は  $G$  すべし  
（例：ゆえに、死刑又は無期若しくは 5 年以上の懲役に処されるべし）

もっとも、法的三段論法は法的思考の説明として十分でないという批判も度々なされてきた（cf. 田中 2011: 453f.）。

というのも、事案を前にした裁判官は、大前提→小前提→結論という順序で思考をするわけではないからである<sup>18</sup>。むしろ、裁判官は、仮にこの法規範を大前提としたとき、われわれの正義・衡平感覚に合致した結論は導かれる否か、仮にこの事実認定にもとづいて小前提を形成した場合、どのような法規範が大前提として選択されるか、といった点を考慮し、大前提・小前提・結論のあいだで「視線を往復」させながら判決を形成する（加藤 2014）。むしろ、これは裁判官が結論に合わせて事実を恣意的に操作しているというわけではなく、

<sup>17</sup> この論点については、日本法哲学会編（2022）を参照。

<sup>18</sup> 法的思考は裁判官のみならず検事・弁護士や裁判員としての一般市民なども行うものだが、以下では典型例として裁判官にのみ言及する。

事実認定にあたり裁判官は、このような場合に人間は通常このような行動をする/しないと  
いった経験則を頼りにしつつ、その範囲内で妥当な事実認定をする(手嶋 2014)。以上の  
ように法的思考は、正義・衡平感覚との適合性や事実をめぐる経験則を意識しつつ大前提-  
小前提-結論のあいだの関係を調整することで、紛争事案の適切な落としどころを最終的に  
見出すという統合的・全体論的な特性をもつ。

こうした複雑な思考において重要な働きをするのが暗黙知である。それは、第一に、問題  
の事案に適用される法規範の選択(大前提の形成)が結論を考慮したとき妥当なものか、ま  
た、それは既存の判例との関係でも適切かといったレベルで働くと考えられる。また、第二  
に、事実認定のレベルでも、各種の経験則とその取舍選択という形で暗黙知は働く。裁判官  
をはじめとする法律家たちは、紛争処理の経験を積むなかで、これらの暗黙知をいわば一種  
のハビトゥスとして習得し、それを法の賢慮(juris-prudence)として働かせることで、法的  
思考に適切な落としどころへと向かう筋道を与える。

さて、こうした暗黙知の働きの解明は肝要である。なぜならば、第一に、国家権力の行使  
としての司法にはその正当化論拠の公開と正当化という要請が課せられ、判決の形成過程  
を可能なかぎり明示化することが求められるし、第二に、暗黙知こそ、バランスの取れた判  
決を導く法律家の技能を下支えするものであると同時に諸々のバイアスの温床ともなるか  
らである(例えば、法規範の解釈に際して「社会通念」が不透明な仕方で援用されることへ  
の疑念や「抗拒不能」な状態をめぐる事実認定に対する批判を想起せよ<sup>19</sup>)。では、法的思  
考における暗黙知の解明にあたって有望な方法論はいかなるものか。

ここでも現象学は有力候補となりうる。というのも、暗黙的(受動的・非明示的)なレベ  
ルでの意識作用や理解の働きの分析は、現象学がこれまでに大きな貢献を果たしてきた領  
域だからである。いくつか例を挙げれば、フッサールによる受動的綜合の分析(とくに類型  
的知覚の議論)やそれを発展させたアルフレッド・シュッツの生活世界の現象学(とくに、  
典型的知識にもとづいて状況解釈を行うときの意識を規定するレリヴァンスの構造やプラ  
ン・ヒエラルヒーの様態の分析)、『存在と時間』で展開されたハイデガーの道具存在性の  
実存論的分析(とりわけ、現存在の配慮的気遣いにもとづいて目立たない仕方で開示される  
適所全体性をめぐる考察)等々<sup>20</sup>、がある。それらのいずれ(あるいはそれ以外)が最も適  
切な出発点であるかはわからないが、いずれにせよ、法的思考における暗黙知の現象学的解  
明は法現象学が向かいうる一つの可能性である。

#### 4. 具体的に生きられた法経験の分析、あるいは、批判的法現象学?

<sup>19</sup> 「抗拒不能」をめぐる事実認定における経験則や「常識的」知識の使用とその複雑な諸相を批  
判的に分析したものとして、小宮(2011: 第4章; 2020)。

<sup>20</sup> ところで、ハイデガーの現象学を法的思考の分析に応用したものとして法学的ヘルメノイテ  
イクの存在が知られている。この立場は、『存在と時間』における理解・解釈をめぐる議論と  
ハンス＝ゲオルク・ガダマーの解釈学をふまえつつ、裁判官の前理解(Vorverständnis)や前  
判断(Vorurteil)が法的思考において重要な働きをすることを論じた。先に本文中で登場し  
た「視線の往復」という概念も、もともとはこの立場の論者(カール・エンギッシュ)が、  
解釈学的循環の発想に影響を受けつつ提唱したものである。詳しくは、中山(2011: 112-119)  
を参照。

ここまでの考察の重点は、法概念・法秩序・法解釈/法的思考の本質的ないし一般的特徴の分析に際して、現象学がいかなる貢献をなしうるかという点に置かれていた。だが、現象学の魅力は、これらの諸特徴の抽象的分析ではなく、むしろ、具体的に生きられた経験の記述・分析の方にあるという意見もあるだろう。例えば、女性やLGBTQ、障害者、有色人種、エスニックマイノリティ等々による世界の具体的に生きられた経験を（マジョリティの世界経験と対照させつつ）分析し、そうすることで不当に構築された諸々の自明な世界理解・身体性・自己理解とその形成を取り巻く権力関係を明るみに出して批判するといった、現象学のアプローチがある（cf. 稲原・川崎・中澤・宮原 2023; Ngo 2017）。管見のかぎり、そうした社会批判的な傾向を有する現象学の動向は批判的現象学（Critical Phenomenology）と呼ばれ、近年盛んに論じられている<sup>21</sup>。それを法の領域で展開し、不当に構築された自明な法的世界の理解、法的な身体性や自己理解およびそれを取り巻く権力関係の記述・批判・解体に注力する批判的法現象学が構想されうるかもしれない。

批判的法現象学は、例えば、次のような問いに取り組むであろう。裁判や弁護士事務所・無料法律相談所での法律相談といった紛争解決・予防のための一連の法的プロセス、さらには賃貸借契約など日常の法生活で、日本語を母語としない人々やセクシュアルマイノリティはどのように法を経験しそれはマジョリティの法経験といかなる点で異なるか、警察による取り調べ・検事による訴追・裁判官による証拠調べ・加害者弁護といった一連の刑事司法プロセスのなかで性犯罪加害者と性犯罪被害者はそれぞれいかなる自己理解を形成するよう仕向けられるのか<sup>22</sup>、司法試験に臨む学生たちはロースクールでの学習の過程でいかにして「リーガルマインド」を内面化し、法律家として「ふさわしい」身体性を習得していくか<sup>23</sup>、等々。これらの場面での具体的に生きられた法経験を記述・分析し、それを取り巻く権力関係を批判することも法現象学の課題でありうる。

## おわりに

本稿では、法哲学者の観点から法への現象学的アプローチの課題と可能性を整理してきた。そのなかで、法的本質直観の分析、法秩序の静態的/動態的現象学、法的価値の構成分析、法的思考における暗黙知の現象学的解明、批判的法現象学という五つの課題に言及した<sup>24</sup>。

<sup>21</sup> 「現象学に対する現代的・批判的アプローチは、『批判的現象学』として知られているが、それが（自身を『古典的現象学』から区別するために）現象学の伝統との関係で自らを位置付けるやり方には次の二つがある。第一は、古典的現象学を批判的に評価するというものであり、第二は、権力・身体化・社会的経験のあいだの諸関係を取り巻く諸々の前提の批判に注力する現象学の議論を展開するというものである」（Magri & McQueen 2023: 18）。

<sup>22</sup> 性犯罪加害者については牧野（2020）、性犯罪被害者については小宮（2011、第6章）。

<sup>23</sup> ケネディ（1991）は、ロースクールの法学教育を既存のヒエラルヒーを支える法律家を再生産する規律訓練・規格化の場として批判する。

<sup>24</sup> なお、以上の諸課題は時には緊張関係に立つことに注意すべきである。例えば、法の「本質」の解明（法的本質直観の分析）は、ある法的「本質」を自明なものとする権力関係の暴露・解体を試みる批判的法現象学とは対立関係に立つ場合がある。諸課題のあいだの整合性

本論の説明ですでに明らかのように、法現象学は、現象学と法学そして社会学といった隣接分野とのあいだでの学際的な研究プロジェクトという性格をもつ。それが成功するか否かはその多産性に、つまり、第一に、各学科の直面する既存の諸課題に対して新たな視座や解決を提供しうるか、第二に、各学科において等閑視されてきた重要な課題の掘り起こしに寄与するか否かに依存する。本稿は、第一の点に関して、法哲学——それも私の法哲学——の観点からのみ検討をしたに留まり、また、第二の点についてはまったく検討できていない<sup>25</sup>。これらの欠落があることを銘記し本稿を終えたい。

## 文献

- 青山治城、1992、「法の現象学」とは何か『情況』1992年9月別冊号、pp. 104-117.
- Crowell, S., 2013, *Normativity and Phenomenology in Husserl and Heidegger*, Cambridge U.P.
- Dworkin, R., 1986, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard U.P. (小林公訳、1995、『法の帝国』未来社)
- Fabra-Zamora, J.L., 2022, "The Conceptual Problems Arising from Legal Pluralism," in *Canadian Journal of Law and Society*, Vol.37-1, pp. 155-175.
- Griffith, J. 1986. "What is legal pluralism," in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 18-24.
- 濱真一郎、2014、『法実証主義の現代的展開』成文堂。
- Hart, H.L.A., 2012, *The Concept of Law 3rd ed.* Oxford U.P. (長谷部恭男訳、2014、『法の概念 第三版』筑摩書房)
- Husserl, E., 1954, *Erfahrung und Urteil*, Ludwig Landgrebe (Hrsg.), Claassen Verlag Hamburg. (長谷川宏訳、1975、『経験と判断』河出書房新社)
- 1976, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie. Erstes Buch: Allgemeine Einführung in die reine Phänomenologie. I. Halbband: Text der 1.-3. Auflage*, Karl Schuhmann (Hrsg.), Martinus Nijhoff. (渡辺二郎訳、1984、『イデー I—II』みすず書房)
- 稲原美苗・川崎唯史・中澤瞳・宮原優、2023、『フェミニスト現象学：経験が響きあう場所へ』ナカニシヤ出版。
- 加藤新太郎、2014、「民事裁判における「暗黙知」——「法的三段論法」再考（総括コメント）」、日本法哲学会編『民事裁判における「暗黙知」：法的三段論法再考』。
- ケネディ・ダンカン、1991、「ヒエラルヒーのための訓練としての法学教育」、デヴィッド・ケアリズ編『政治としての法：批判的法学入門』松浦好治・松井茂記編訳、風行社。
- 小宮友根、2011、『実践の中のジェンダー：法システムの社会学的記述』新曜社。
- 2020、「「抗拒不能」の認識における知識帰属の実践：ジェンダーバイアスの「アウトソース」問題について」『ジェンダーと法』Vol. 17, pp. 81-92.
- 来栖三郎、2004、「法律家（1953年）」『来栖三郎著作集 I』信山社。
- Leiter, B., 2007, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford U.P.
- Lindahl, H., 2013, *Fault Lines of Globalization: Legal Order and the Politics of A-legality*, Oxford U.P.
- Loildolt, S., 2010, *Einführung in die Rechtsphänomenologie: eine historisch-systematische Darstellung*, Mohr Siebeck. (『法現象学入門』青山治城監訳、法政大学出版局、近刊予定)
- 2017, "Phenomenology, Law, and the Political: A Methodical Reflection on First-Person Inquiry, Normative Orders, and Action," *Revista Ética e Filosofia Política*, No. XX, Vol. 2, pp. 152-173.
- 2021, "Order, Experience, and Critique: The Phenomenological Method in Political and Legal Theory," *Continental Philosophy Review* 54, pp. 153-170) .
- Magri, E. & McQueen, P., 2023, *Critical Phenomenology: An Introduction*, Polity Press.
- 牧野雅子、2020、『増補 刑事司法とジェンダー』インパクト出版会。

---

について言及するよう促してくれた青山治城氏に感謝する。

<sup>25</sup> 例えば、VTuberのような架空の存在や動植物の法的人格の有無や程度をめぐる議論に現象学は新たな視座を提供するかもしれない。Morioka (2023)はこの点について示唆に富む。

- Merleau-Ponty, M., 1964, *Le visible et l'invisible*, Claude Lefort ed., Gallimard. (滝浦静雄・木田元訳、1989、『見えるものと見えないもの』みすず書房) .
- 宮田賢人、2022、「法的確信(*opinio juris*)の現象学的解明：フッサール現象学を慣習法論へ応用する試み」『現象学と社会科学』第5号、pp. 75-89.
- 2024、「観点」から「態度」へ：ハートの「外的/内的観点」区分の現象学的再考『法の理論42』成文堂.
- Morioka, M., 2023, “The Sense of Someone Appearing There: A Philosophical Investigation into Other Minds, Deceased People, and Animated Persona,” in *Human Studies*, 46(3), pp. 565–582.
- 中山竜一、2000、『二十世紀の法思想』岩波書店.
- Ngo, H., 2017, *The Habits of Racism: A Phenomenology of Racism and Racialized Embodiment*, Lexington Books. (小手川正二郎・酒井麻依子・野々村伊純訳、2023、『人種差別の習慣：人種化された身体の現象学』青土社) .
- 日本法哲学会編
- 2014、『民事裁判における「暗黙知」：法的三段論法再考』有斐閣.
- 2019、『法多元主義：グローバル化の中の法』有斐閣.
- 2022、『法と感情』有斐閣.
- 2023、『現代法実証主義』有斐閣.
- 尾高朝雄、1936、『国家構造論』岩波書店.
- Raz, J., 2009, *Between Authority and Interpretation : On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford U. P.
- Smith, W.S., 2012, *The Phenomenology of Moral Normativity*, Routledge.
- 鈴木崇志、2021、『フッサールの他者論から倫理学へ』勁草書房.
- 2022、「フッサールにおける共同精神と歴史的世界」、『立命館大学人文科学研究紀要』132巻、pp. 130-150.
- 高橋文彦、2014、「統一テーマ「民事裁判における「暗黙知」——「法的三段論法」再考——」について」、日本法哲学会編、『民事裁判における「暗黙知」：法的三段論法再考』.
- 高野さやか、2015、『ポスト・スハルト期インドネシアの法と社会：裁くことと裁かないことの民族誌』三元社.
- 瀧川裕英・宇佐美誠・大屋雄裕、2014、『法哲学』有斐閣.
- Tamanaha, B.Z., 2017, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge U.P.
- 田中成明、2011、『現代法理学』有斐閣.
- 手嶋あさみ、2014、「民事裁判における事実認定の構造」、日本法哲学会編、『民事裁判における「暗黙知」：法的三段論法再考』有斐閣.
- Tong, Y. 2021, “On the Nature of Necessary Truths in Jurisprudence,” in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 34-1, pp. 203-237.
- 植村玄輝・八重樫徹・吉川孝編、2017、『現代現象学：経験から始める哲学入門』新曜社.
- 八重樫徹、2017、『フッサールにおける価値と実践：善さはいかにして構成されるのか』水声社.
- 横溝大、2015、「インターネットにおける非国家的秩序の様相——ICANNと国家との関係を中心に」、浅野有紀ほか編著、『グローバル化と公法・私法関係の再編』弘文堂.
- 吉川孝、2011、『フッサールの倫理学：生き方の探究』知泉書館.

謝辞：本研究は JSPS 科研費 23K12352 の助成を受けた。

(みやたけんと・小樽商科大学)