

## 5 法の執行と正統性

—「法の前」の個人／アーキテクチャ—

永石尚也

### 【要旨】

本稿では、行政過程における一定の政策目的の実現手法、とりわけ（誘導的）エンフォースメント手段としての制裁・法執行の統制について、その正統性確保の観点から取り上げる。現在、「法」の融解・拡散とその執行に関する私化・デファクト化を反映する形で、国家のアンダーコントロール（行為主体への行動コントロールの不十分性）とオーバーコントロール（領土・国民を超える範囲への実質的な拡大適用または影響力行使）が並走している。現下の独占禁止法改正をめぐる諸議論との関連においても、私人による法執行／私人を介した法執行（協調的法執行）の契機がより重要さを増していることも、この例となる。そこで本稿では、法哲学、とりわけ立法の規範的統制に関する諸議論の中から生じつつある行政過程の統制のための原理、統制手法、その限界について検討する。

第1節では、まず「法」が非国家法・ソフトローへと融解し、多主体の下へ拡散する状況を概観する。国際機関や私的主体によるスタンダード・ルール形成は、法の下での行政（法律の留保）を回避する典型であり、その統制は不可避の争点をなす。これを踏まえ、民主的正統性確保の挫折とその代替をめぐる議論状況を整理する。

第2節では、法概念論と正義論の接点としての「法」の正統性確保にまつ議論（いわゆる立法理学）と、そこから派生する法の実施過程（行政過程）の正統性確保の検討状況を整理する。「法概念」をめぐる論争を、法が公共的秩序を樹立する役割を果たすために最低限求められる規範的条件を探るものとして捉える見解の帰結として、立法に対する規範的統制とともに行政への規範的統制の位置付けを明確化する。

第3節では、上記の「法」の融和・拡散と並行して進む、執行に関する私化・デファクト化を示すものとして、アーキテクチャと執行の自動化の問題を取り上げる。私物化された法とも呼ばれるアーキテクチャは、統治手法

## 5 法の執行と正統性

としてなぜ法が選択され、また回避されてきたかを浮き上がらせる問題であり、その統制手法の限界は同時に制裁・法執行に関する統制の限界をも示す。

以上の検討から明らかになるように、「法」の融解、拡散とともに掘り崩されるのは、民主的正統化を要する公的主体と基本的人権を共有するという公私図式であり、法の下での「個人」の像である。第4節では法の支配に基づく「個人」の位置を確認し、その再構築についての展望を示すに留める。

### 1. はじめに

本稿では、法哲学的観点から、行政過程における一定の政策目的の実現手法、とりわけ（誘導的）エンフォースメント手段としての制裁・法執行の統制について検討する。2018年の例だけでも、例えば独禁法改正案における裁量型課徴金制度（及び協調的法執行）、規制のサンドボックス制度をめぐる議論の中では、いかにして行政のもつ裁量を恣意化させることなく法の下に置くかが改めて問われていた<sup>1)</sup>。また、政府のブロッキング「要請」差し控えに始まり、報告書の取りまとめ断念に至った海賊版ブロッキングをめぐる一連の混迷は、政府の「見解」提示の意味と、協議体の位置付けを再考させたといえる。

これらの問題は、国家のもつ権力のアンダーコントロール／オーバーコン

1) 曾和俊文「裁量型課徴金の導入と協調的法執行」49頁を参照。独占禁止法研究会報告書（2017年4月）では、裁量型課徴金と並行して協調的法執行の導入が言及されているが、曾和はこの協調的法執行と刑事法における司法取引との類似を指摘する。この指摘を踏まえていえば、2018年7月における捜査・公判協力型協議・合意制度の初適用事案としての不正競争防止法違反事件（三菱日立パワーシステムズ）も、本稿で取り扱う問題の延長にあるものとして把握できるだろう。その他、条件付起訴猶予、仮釈放、刑の一部執行猶予等に関する研究も関連する。さらに米国の例として、民間で作成された遺伝子系図を用い、民間企業（Parabon NanoLabs, Inc.）とともに大規模な遺伝子照合を行った州警察の捜査活動の統制と限界についても、本稿第3節の延長にある問題として、別稿にて今後検討を加えたい。なお、アーキテクチャによる制約を通じた統制を論じるものとして、山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017年）、田村正博「警察における情報の取得及び管理に対する行政法的統制」産大法学50巻1・2号合併号（2017年）76-77頁を参照。

## 2. 問題状況

トロール状況の反映であるとともに、法の正統性の限界を明らかにし、法の支配及び法律による行政の原理のみならず法概念そのものを動揺させるものとして把握できる。

以下では、まず問題状況を概観した上で（第1節）、法哲学との接点についての背景を付し、統制原理として提案されてきた法の正統性にまつわる議論を整理する（第2節）。ここから、正統性を回避するアーキテクチャに対する統制手法を確認し（第3節）、最後に「法の支配」に基づく「個人」の構築について展望を示す（第4節）。

### 2. 問題状況

そもそも法の正統性は民主的正統化に依存するとするテーゼは論争的であり<sup>2)</sup>、「法」の概念、その内容と範囲をいかに捉えるかに依存する<sup>3)</sup>。

例えば、国内法と国際法の棲み分けが相対化するとともに私的主体によるルール・スタンダード形成が加速する現在における非国家法・ソフトローを含む「法」を考えてみよう。民主的正統化の契機をそもそも持たず、帰結による正統化も困難なこれら「法」については、その正統性の論拠を適正手続・透明性・専門性といった手続的法原理<sup>4)</sup>や、恣意制限の必要<sup>5)</sup>に求めるのは自然である。とはいえ、これら統制の内実は明らかではなく、実効性確保の手法・資源も乏しいという難点は否めない。

翻って国内法においても動揺は進んでいる。行政国家現象が進行する中、古典的な法以外の様々な規制手段が「公／私」、「法／非法」をまたいで入り混じっている<sup>6)</sup>。政策基準・法規範の定立に始まり、その個別的執行・実

2) 嶋津格「法の権威を立法の権威に解消することの愚かさについて：横濱報告へのコメント（立法の法哲学：立法学の再定位）」法哲学年報2013（2014年）25頁。

3) 那須耕助「グローバル化は法概念の改訂を求めているか？」社会科学研究（東京大学）65巻2号（2014年）113頁。

4) 興津征雄「グローバス法とアカウントビリティ」『グローバル化と公法・私法関係の再編』（弘文堂、2015年）57頁

5) 浅野有紀「私法理論から法多元主義へ」『グローバル化と公法・私法関係の再編』（弘文堂、2015年）308頁。

6) 浅野有紀「法多元主義における公私協働」学習院大学法学会雑誌65巻2号（2014

## 5 法の執行と正統性

現、争訟・評価・改善に終わる実現過程の内的・外的な相対化が進行していることから、法規範の生成における正統性の調達とともに、法規範の執行・実現における正統性の調達が課題として浮かび上がる。

この状況にあっては、事後的な調整に開かれた行政として、(本来私法的な)法の一般原則が行政法分野において重視されるなどの変化に対応せねばならないとされる<sup>7)</sup>。ここから法律による行政の原理・法の支配の理念<sup>8)</sup>の下にある自由主義・民主主義社会において、法令の趣旨、法の一般原則等に抵触する行政行為、首尾一貫しない行為<sup>9)</sup>をなすべきではないとする一般的遵守義務を観念することも不可能ではない<sup>10)</sup>。しかし、直ちに見て取れるように、この一般的義務から具体的な行政行為の限界を導き出すのは困難である<sup>11)</sup>。例えば、名宛人に過大な負担・リスクを課しかねない行政指導等の限界はどこにあるか<sup>12)</sup>。また、制裁を緩和することとバスターにした

年) 45 頁。

7) 山本隆司「私法と公法の〈協働〉の諸相」法社会学 66 号 (2007 年) 16 頁。

8) 法律による行政を嚮導する理念として法の支配を位置付ける見解として、山本敬生「法律による行政の原理」ジュリスト増刊 行政法の争点 (2014 年) 22 頁を参照。

9) 立法の一貫性についての記述であるが、西原は、森林法違憲判決における制度保障としての「所有」を題材に、特定時点で成立していた規範が時点依存的に順次充填されていくプロセスを含むことについて、「法律上成立しているに過ぎない「単独所有」の原理的位置が裁判所による違憲立法審査の中で憲法の次元に引き上げられ、司法全体の中での体系的矛盾に対する説明責任が立法院に対して求められるに至っている」と指摘する。西原博史「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」『立法システムの再構築 (立法学のフロンティア 2)』(ナカニシヤ出版, 2014 年) 31 頁を参照。

10) 法定外行政指導についての記述ではあるが、宇賀克也『国家補償法』150 頁を参照。なおこの点は、法律の留保に関する本質性理論・制度的留保理論との関係で理解することもできる。関連して、松戸浩「法治主義と拡張的解釈 貸金業法定義事件」法学教室 No.447 (2017 年) 15-16 頁を参照。

11) 原田大樹「行政審判」法学教室 No. 453 (2018 年) 68 頁を参照。

12) 高木光「法律の執行—行政概念の一断面」『行政法学の未来に向けて (阿部泰隆先生古希記念論文集)』(有斐閣, 2012 年) 25 頁を参照。そこでは、権力行為については根拠規範 (行為規範) 及びその制約規範が違法性の考慮事由になるのに対し、非権力行為についてはそれら規範が不在または曖昧化する結果、違法性の考慮は利益衡量を主としてなされることとなることが指摘されている。なお、この点については平成 26 年行政手続法改正においてもうけられた行政指導の中止の求めとの関係も考慮に入れる必要がある。

## 2. 問題状況

協力の限界はどこにあるか<sup>13)</sup>。さらには、各種バイアスの除去という問題<sup>14)</sup>への対処のみならず、リスク対処自体が新たなリスク要因ともなる予防的アプローチの限界<sup>15)</sup>、アーキテクチャによって対処可能となった違反行為の予防・是正の限界<sup>16)</sup>、個人化されたリスク要因の事前除去の限界はどこにあるのか<sup>17)</sup>。行政が対応すべき事態とその範囲、規律密度をいかに画するか<sup>18)</sup>。行政を取り巻く環境の絶えざる変化の中で、これらの問いに答えるのは容易ではない。

これらを問いの一つの見通しを与える問題として、法の執行の局面、特に法的制裁の諸契機の変動は注目に値する。典型的な形態としては、制裁は過去の義務違反・違法行為に対する非難として現れてきたものの、現在では義

13) 曾和・前掲注 1) に加え、協調的法執行と法の支配の関係について明示的に項目立てするものとして、曾和俊文『行政法執行システムの法理論』(有斐閣, 2011 年) 260 頁以下を参照。

14) 例えば、後知恵バイアスと関連して「遅れてきた教訓 late lessons」は評価上は常に「正しく」になってしまう (おそれがある) との指摘については、第十回応用哲学会 (2018 年) ワークショップ「予防原則のメジャーアップデート」における林岳大「リスク分析と予防原則」報告資料を参照。

15) 山本隆司「リスク行政の手続法構造」『環境と生命 融ける境超える法 5』(東京大学出版会, 2005 年) を参照。これを第一種過誤/第二種過誤のリスクトレードオフ関係として捉えるものとして、角松生史「意思決定戦略としての予防原則—開くものと閉じるもの—」国民経済雑誌国民経済雑誌 213 巻 1 号 (2016 年) 及びキャス・サンズティン『恐怖の法則 予防原則を超えて』(勁草書房, 2015 年) 第 2 章を参照。なお、刑事法における予防的正義に関してではあるが、ANDREW ASHWORTH らによる *PREVENTIVE JUSTICE* (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2015) 及び *PREVENTIN AND THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW* (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2013), 他, HENRIQUE CARVALHO, *THE PREVENTIVE TURN IN CRIMINAL LAW* (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2016) が参考になる。

16) 第 3 節にて詳述するものの、ここでは、松尾陽「アーキテクチャによる規制作用の性質とその意義」法哲学年報 2007 (2008 年) 241-250 頁、松尾陽「アーキテクチャによる規制と立憲主義の課題」法律時報 87 巻 4 号 84-91 頁のみ挙げる。

17) ある種の無制限化を傾向性制御の帰結として容認するものとして、安藤馨「法と危険と責任と」『法哲学と法哲学の対話』(有斐閣, 2017 年) 161 頁。なお、この主張は、のちに第 3 節で見ように「アーキテクチャと自由」(2009 年)、「統治理論としての功利主義」(2011 年) などから繰り返されたものでもある。

18) 阿部泰隆『行政法解釈学(1) 実質的法治国家を創造する変革の法理論』(有斐閣, 2008 年) 102-105 頁。

## 5 法の執行と正統性

務賦課なき制裁の活用<sup>19)</sup>、将来の公益確保のためにインセンティブを操作する手段としての利用もなされており<sup>20)</sup>、その拡大、緩和、簡易迅速化という相互に矛盾するかに見える事態の同時進行が指摘されているためだ<sup>21)</sup>。このねじれは、法執行の過剰・過小を監視・是正するはずの「法」という統治手法の回避・機能不全とともに、「法」が設計者の予想を超えて広範に（あるいは完全に<sup>22)</sup>）適用されるリスクという二つの問題として大まかに把握できる。

以下、前者の「法」の回避・機能不全の問題を、「法」の正統性に関わる立法の規範理論の議論とともに、第2節で取り扱う。後者の「法」のオーバーコントロール／完全実行の問題は、アーキテクチャによる執行の諸問題とともに、第3節で取り扱う<sup>23)</sup>。

19) 原田大樹「行政上の義務履行確保」法学教室 No. 450 (2018年) 61頁, 64頁。対象者の自律保護や手続保障の観点から義務賦課をベースとした制度と、端的に実効性をベースとした制度の比較の上で、手段を可能な限り義務をベースとした構成に置き換えることを提案する。なお、義務賦課なき制裁という類型を明示的に除外するものとして佐伯仁志『制裁論』(有斐閣, 2009年) 38頁, 執行罰制度の一般的導入に近接する危惧を踏まえた上で、新しい法執行手段の限界を問うものとして曾和・前掲注13) 9頁を参照。

20) 第81回日本公法学会総会公募報告・野一色直人「行政上の新たな義務履行確保制度の課題」(2016年)は、義務履行者のためのインセンティブ措置(独占禁止法上の課徴金減免制度(リーニエンシー制度)など)と義務違反者を発見するための一般的なインセンティブ措置(公益通報者制度など)を分ける整理を提示しており、参考になる。

21) 山本隆司「行政制裁に対する権利保護の基礎的考察」『現代行政訴訟の到達点と展望(宮崎良夫先生古稀記念論文集)』(日本評論社, 2014年) 274頁。従来「制裁の機能不全」「法執行の欠缺・懈怠」などで論じられてきた問題を越えて、統制されるべき制裁の区分と統制原理を示すものとして注目できる。

22) 白田秀明は、アーキテクチャが著作権法を文字どおりに完全に実行できてしまう事態に対して、法律と現実の乖離という「ゆとり」を積極的に評価した上で、人々の不合理性を秩序と調和させる「ゆとり」の消失＝「法の完全実行」に「われわれはおそらく耐えられない」と率直に述べている。東浩紀・濱野智史(編)『ised 情報社会の倫理と設計 倫理篇』(河出書房新社, 2010年) 59頁, 91頁, 104頁及び『ised 情報社会の倫理と設計 設計篇』(河出書房新社, 2010年) 451頁における白田の報告・討議内発言を参照。安藤・前掲注17)もあわせて参照。

23) なお付言すれば、以上の問題を統治手段の限界として捉えれば、法哲学上では馴染み深い国家権力の統制・限界の問題として取り扱うことができる。本稿は「法」

## 3. 法の執行についての統制

### 3. 法の執行についての統制

#### (1) 行政法上の議論状況

法の執行局面とその統制に関する諸議論の蓄積は、主に行政法分野に由来する。現実的にもまた究極的にも、行政こそが法の実現主体であり、それゆえに全ての行政分野を見渡し整合性・一貫性を持たせて公益を実現する機能を果たす。それにもかかわらず、上述したとおり、主体面では行政主体の多様性と私的主体による(私的主体を介した)公益実現、その相互作用<sup>24)</sup>が問題となり、実施の段階では国家のアンダーコントロール(行為主体への行動コントロールの不十分性)とオーバーコントロール(領土・国民を超える範囲への実質的な拡大適用または影響力行使)<sup>25)</sup>がまさに問題となる。そうである以上、法の執行局面の正統性確保の問題は自ずから広範な争点にまたがることになる。以下、便宜的に争点を①主体面、②実施・手法面に分け、整理を加える。

#### ① 主 体

第一に、法の主体・客体の揺らぎ、とりわけ執行局面において表れる主体・客体に関する議論の蓄積に着目できる。例えば、公私協働論<sup>26)</sup>、自主規制論<sup>27)</sup>を背景として、「制度設計責任」、「波及的正統化責任」といったテー

の執行の限界からこれを見るために、一見迂遠に見える形で「法」の正統性から問題に接近する。もしも、前者の観点をとりつつ本稿の問題関心につなげる場合には、原田大樹『自主規制の公法学的研究』(有斐閣, 2007年)、板垣勝彦『保障行政の法理論』(弘文堂, 2013年)が参考になる。

24) 例えば規制権限の発動を求める権利について、曾和・前掲注13) 6-8頁。

25) 大屋雄裕『自由か、さもなくば幸福か? 二一世紀の〈ありうべき社会〉を問う』(筑摩選書, 2014年) 92-99頁。

26) なお、公私協働の目的については、「法治国・民主制を担う市民の能力の育成と活用、個人の人格との結びつきや個性的性格の強い人格に関わる場合の政治権力からの距離や多元性の確保、交易の実現に必要な知識と情報の実効的な創造と収集、公益実現の過程で衡量されるべき利益の明確な表現」とする塩野の指摘は、本稿第4節との関わりでは参考になる。塩野宏「行政法における「公と私」」『法実務, 法理論, 基礎法学の再定位』(日本評論社, 2009年) 199頁。

27) 自主規制と公私協働の区別を、協働する私人によって規制される相手方の権利・

## 5 法の執行と正統性

マの下で上記の問題は議論されてきた<sup>28)</sup>。比較的近時の例に即してみれば、協調的法的執行、ベタレギュレーション<sup>29)</sup>、集団的権利保護制度、コントロールポイントとしての私人といった問題も、広く法執行における私人の位置をめぐる問題として、この射程に入る。これらは、統治における行政への権限分配の問題であるとともに、そもそもいかなる活動を行政の事務とすべきかの事務分類の問題、そして当該事務を公的主体・私的主体にいかに分するか、配分した後どのような管理をなすべきかを問う問題である<sup>30)</sup>。

さらに、こうした国家行政機関による法執行の外部位は、公私協働・民営化のみならず、政策実現過程のグローバル化にも現れることはすでに見た。国家単位で区切られた社会と国家の対一対一対応という像の変動とともに、グローバルなアクター（国際機構や国際的民間組織・企業）による事実上の標準の画一化や国際的行政活動準則の追認的拡大等が引き起こされる。この結果、民主的正統性を持たないだけでなく、行政活動の適法性審査をも回避する事態が拡大し<sup>31)</sup>、そもそも行政活動を既存の国家統制原理に服せしめて

自由の保護に求める見解として原田・前掲注23) 21頁を参照。

28) 角松生史「『民間化』の法律学西ドイツ Privatisierung 論を素材として」國家學會雑誌102巻10・11号(1989年)731頁、山本隆司「日本における公私協働」『行政法の思考様式(藤田宙靖博士東北大学退職記念)』(青林書院, 2008年)173頁、山本隆司「日本における公私協働の動向と課題」新世代法政策学研究2号(2009年)296-297頁。

29) これは、「ルールベースの監督」といくつかの主要な原則を示し、それに沿った金融機関の自主的な取り組みを促す「プリンシプルベースの監督」とを最適な形で組み合わせ、金融規制全体としての実効性を確保するという考え方を指す。ただし、「規制の不十分さを避け行政責任を全うするためには、当局は最も規制範囲が広くなる制限的プリンシプルベース(ルールではなく自主的取り組みに任せると言いつつ、当局の裁量が大きな状態で規制をするという、被処分者には最も厳しい規制の行使となってしまう状態)を採用しがちになる」ことで、「自主的な取り組みを促す前に行政の裁量権が拡大してしまう」問題が指摘されてきた。白石賢『企業犯罪・不祥事の制度設計 インセンティブに基づく制度設計のすすめ』(成文堂, 2010年)125-126頁を参照。

30) 塩野・前掲注26) 83頁以下は、国家事務の分類を提示する一方で、事務配分の実践的な限界も指摘する。

31) 原田大樹『行政法学と主要参照領域』第9章及び藤谷武史「グローバル化と公法・私法の再編 グローバル化の下での法と統治の新たな関係」『グローバル化の公法・私法の再編』(弘文堂, 2015年)352-355頁を参照。

## 3. 法の執行についての統制

きた実践を動揺させることになる。

以上は、組織法上の問題として、また広く「委任」の限界、要件、範囲、異議手続の問題や、各種の体制整備責任と構造<sup>32)</sup>、国家なき行政活動の統制の問題として整理できる。

### ② 実施・手法

第二に、法の実施過程に関する関心の高まりと蓄積である。「法律の規定から行政上の権利や地位が導出できる場面はそれほど多くはない」、「一般的な規範が個別案件処理に先行して所与のものとして与えられるのではなく、個別の案件処理の際に一般的な基準あるいは政策的な方向性が同時に形成される参照領域も存在する」との指摘<sup>33)</sup>にあるとおり、法律の留保の範囲内における行政活動についても行政裁量は広範に認められており、いかなる場合にいかなる行政活動をするかは必ずしも詳細に定められているとは限らない。そもそも現実には、詳細に定めること自体が不可能な場合も多い<sup>34)</sup>。このように、執行の現実、法の実施過程への関心の高まりとともに、従来「制裁の機能不全」「法執行の欠缺・懈怠」などのテーマの下で論じられてきた問題を越えた問題提起もなされつつある<sup>35)</sup>。

この問題意識の反面として、救済手段の限定性や情報の不確実性の高まりを基礎として、危険・被害発生の可能性が抽象的な段階における予防的介入の拡大傾向も見られる。将来の公益確保に向けられたこうした介入は、しばしば「ルールなき事後規制」<sup>36)</sup>(制裁)として現れ、制裁機能と監督機能の接近・融和を招くことが指摘されてきた。制裁的業務停止命令、制裁的公表<sup>37)</sup>

32) 原田・前掲注23) 56頁以下は、自主規制の類型としての団体自律モデル、団体参画モデル、監査認証モデル、誘導モデルを提示し、その権利保護、民主的プロセスの保障、効率性監視のための視点の差異を提示する。

33) 原田・前掲注11) 68頁を参照。

34) 平田『自治体現場の法適用 曖昧な法はいかにして実施されるか』(東京大学出版会, 2017年)序章。

35) 原田・前掲注19) 6-61頁。

36) 白石・前掲注29) 第4章。

37) 白石・前掲注29) 第4章及び林見大「制裁的公表に関する一考察」『行政法理論の探究(芝池義一先生古稀記念)』(有斐閣, 2016年)260頁。

## 5 法の執行と正統性

はその例である。制裁的側面をもつ権力行為／非権力行為をまたぐ処分基準・発動基準の公開性・明確性をはじめとした裁量の統制方法及びその統制原理に関する議論<sup>38)</sup>が蓄積されてきたことも、この関心を示す。こうした予防行政については、予防行政そのものがもたらすリスクもまた知られており<sup>39)</sup>、社会における不確実性吸収が機能不全に陥ったリスク社会<sup>40)</sup>においては、一貫性・公平性と柔軟性・効果性とのバランス、過小規制と過大規制の間のバランス、事前規制と事後規制とのバランスという問題を不断に抱えることになる。

以上は、作用法上の問題として、また広く、執行の過剰・過小・競合、執行のコスト・ベネフィットの問題、「誘導」や「裁量」を取り巻く法の実施過程における手法面の問題として整理できる。

以上の①②に対する規範的統制として、立法・行政をまたぎ<sup>41)</sup>、公法的統制・民主的統制の手法・原理を分析する試みが近時出されつつある。法執行の現実に着目した研究<sup>42)</sup>、制裁の基礎的研究、その権利保護手続の研究<sup>43)</sup>はこの例であり、市民による監視の実効化や私人による法執行、手続保証、比例原則による統制といった枠組みが整理されてきている。

もちろん、こうした権利保護枠組みが、その具体的保障内容を含めて<sup>44)</sup>、

38) 最判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。

39) 典型として、予防原則の適用における麻痺の現象を参照。キャス・サンスティン『シンプルな政府“規制”をいかにデザインするか』（エヌティティ出版・2017年）250-251頁。

40) 永石尚也「リスクの帰属と道徳的運について 過失犯論における行為者性を題材として」『法政策学の試み 第18集』（信山社、2018年）。刑事制裁を責任実践として捉え直すものに、R. A. DUFF, PUNISH, EMT, COMMUNICATION AND COMMUNITY (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2000)、瀧川裕英『責任の意味と制度 負担から応答へ』（勁草書房、2003年）第7章がある。

41) 例えば、行政法上の法原理として発展してきた比例原則を立法統制のための審査基準（適合性、不可欠性、狭義の比例性）として把握するものとして、西原・前掲注9）27頁を参照。

42) 平田・前掲注34）。

43) 山本・前掲注21）及び山本隆司「行政制裁の基礎的考察」『現代立憲主義の諸相（高橋和之先生古稀記念）』（有斐閣、2013年）253-292頁。

44) 山本・前掲21）275頁は、国法秩序一般への違反というスティグマ効果の有無を

## 3. 法の執行についての統制

グローバルな形でなされる点については異論がない。後述するように、この点は直接的な権力性から離れた手法が取られることから、アーキテクチャによる規制と類比的に<sup>45)</sup>、間接的な行動制御の場面でいかなる権利が問題となるかについての検討もまたなされることになる<sup>46)</sup>。問題は主体面で分散し、実施手法面で延長した執行過程への正統性付与の条件と形態にこそある。

### (2) 法哲学上の議論状況

しかし、法哲学的背景のもとで法の執行過程の統制を取り扱ったものは少数にとどまり<sup>47)</sup>、「法」の行政での運用へと広げたとしても、主として個別法解釈と実証分析に委ねることで、現在に至るまで独自の考慮が払われてこなかった状況にある<sup>48)</sup>。

ベースに、それを受けて前科の（無）記録、手続の機動性、違法収益剥奪等の効果範囲の拡大を行政制裁の概念を把握している。課徴金の法的性格が制裁だとすると責任主義が妥当すべきことになる他、憲法32条、82条の保障も問題となる（最大決昭和41年12月27日民集20巻10号2279頁及び入江裁判官反対意見）。

この点について、現在のインセンティブアプローチがとる公表措置・給付拒否・入札資格停止や、事実上の制裁機能の強化としての（違法収益剥奪を超えた）課徴金の加算制度の性質との比較も課題となる。山本・前掲注21）263頁、脚注87。

45) 正木宏長「情報を用いた誘導への一視座 行動経済学、ナッジ、行政法」立命館法学4巻（2015年）1056頁は、まさに行政法上の「誘導」とナッジ、アーキテクチャの関係を論じるものである。関連して、成原慧「アーキテクチャの設計と自由の再構築」『アーキテクチャと法—法学のアーキテクチャ的転回?』（弘文堂、2017年）44-46頁、成原慧『表現の自由とアーキテクチャ』（勁草書房、2016年）もあわせて参照。

46) 棟居快行「公共空間とプライバシー」『岩波講座憲法2』（岩波書店、2007年）221頁。

47) 例外として浅野・前掲注5）および6）を参照。なお、グローバル化と法の概念の関係については、那須・前掲注3）があり、法の正統性との関係に関しては、郭舜「グローバル化の中の立法システム 国内法過程から見た国際法定立過程」『立法学のフロンティア2』257-258頁がある。郭は、グローバル化を国家主権の相対化、すなわち政治的共同体、民主的正統性（答責性、自律的意思決定、集团的自己決定の理念）、法の支配（法の純一性、立法府による法形成、手続的制約）の動揺として把握する。

48) この点について、井上法哲学における「行政での運用」の観点の欠如を問うものとして、大屋雄裕・宍戸常寿（司会 谷口功一）「外部から見た井上／法哲学」『遅し

## 5 法の執行と正統性

この理由の一つは、前世紀から現在に至る法哲学の潮流をなす法実証主義が「ある法」と「あるべき法」の議論の射程を、主として司法に局限してきた点に求められる。もちろん、この姿勢には一定の理由がある。例えば、立法の「恣意性」<sup>49)</sup>や「いかがわしさ」<sup>50)</sup>は、立法の破壊性と立法の保守性という二つの対照的観点からの懐疑に基づくが、この双方が違憲審査性を通じた権利保障を典型とする司法による議会・行政の統制という問題へと法哲学的関心の多くをひきつけてきた。ただし、よく知られているように、近時はその見直しとして、立法の規範的統制の検討が深化してきた。すなわち、立法府の尊厳<sup>51)</sup>を問い直し、議会制定法を対象として、司法との関係や質保障を論じるレジスプルーデンス運動の国際的興隆である。本邦においては実践的観点からは立法システムの基盤変動を背景としてこの立法の規範的統制に関する検討が進められ、立法理学の観点からは「ある法」に関する法概念論を、どの立法指針が正しいか（あるべき法）とは独立に、立法指針をめぐる対立を裁断する権力の発動を「法」の定立たらしめるのかを識別する概念を解明する含意を持つものと捉えられた<sup>52)</sup>。

きりベラリストとその批判者たち』（ナカニシヤ出版、2015年）273-274頁における大屋発言を参照。「法というのは現実には運用されるものであって、まあ通説的な法理解に立ったとしても、そこでどのような解釈に基づく運用が実現するかは相当の裁量性がある。もちろん、運用で生じた問題には司法で最終的に決着をつけるのだという言い方もあるだろうけど、行政での運用という側面にきちんと入れないのはおかしいんじゃないかというご指摘はその通り。さらに私のように、そもそも法の意味というものは運用・適用しないと決まらないという立場からすれば、法の生命というものは行政にあるに決まっている。その観点からすると、司法と立法を扱っただけでは完全にワンプロック落ちていると言わざるを得ないし、正直なところ、それは井上法哲学のある種の空白点になっている。」これに対する井上の応答は、行政固有性論への警戒を示すものである。井上達夫「批判者たちへの「遅しきりベラリスト」の応答」法と哲学2号（2016年）237頁。

49) ジェレミー・ウォルドロン『立法の復権』（岩波書店、2003年）第6章。

50) 井上達夫「立法の哲学としての法哲学—総括コメント」法哲学年報2014（2015年）106頁以下。

51) ウォルドロン・前掲注49）191頁。ウォルドロンは、意見を異にするにもかかわらず、人々がなおともに行動することが必要とされる「政治の状況（the circumstance of politics）」において、正統性保障としての民主的立法が（違憲審査によって正当性保障を担う）司法に対して優位すると主張する。

## 3. 法の執行についての統制

しかし、この流れの中でも、行政は上記識別の結果として立法府から出力された「ある法」の実現主体として捉えられ、法の正統性・正当性との関連が絶たれたままであるために、十分な考慮が払われてきていない<sup>53)</sup>。つまり、正統性ある「ある法」の上で、正当性ある「あるべき法」に関する諸立場の対立が展開され、裁判所において決着をみるとしても、それら諸立場の間において政策決定・実現過程において「裁量」を行使する行政はいずれの統制の網から外れることになる。ここには、「議会立法を法形成過程ないし法執行過程の一環として」捉え、「制定法と裁判の役割を相関的に捉える」考えが、なお欠けている<sup>54)</sup>。法哲学による立法学への関心が、専ら「法定立」の形式としての立法を主題化するものであったために、政治過程から法規範への変換作用を特定の間（議会）と時点（法案の議決ないしそれに至る審議過程）に収斂させて捉える結果となっているとの指摘<sup>55)</sup>は、立法の復権

52) 以上の動向について、井上達夫「立法理学としての立法学」立法学のフロンティア〈1〉立法学の哲学的再編（ナカニシヤ出版）34-37頁を参照。

53) 例外的にこの「協働」を明示的に述べるものとして、横濱竜也「立法学『遅しきりベラリストとその批判者たち』」（ナカニシヤ出版、2015年）242頁脚注(3)を参照。横濱の議論は、憲法学の観点から「法の支配」の要諦を立法、行政、司法の相互抑制のみならず「協働」にあると説く穴戸常寿「法秩序における憲法」『憲法学の現代的論点』（有斐閣、2009年）を踏まえたものである。ただしここでは、公平な立場競争の制度的保障（法の支配）と人民による為政者の批判的精査（民主政）が述べられるもの、「行政」の統制については後者の中に還元されてしまっており、行政と司法、行政と立法の協働の内実が不明確にされている。

54) 穴戸常寿「立法の「質」と議会による将来予測」『立法システムの再構築』（ナカニシヤ出版、2014年）。ここでは、法形成から法執行に至る一連の時間的な幅を持った過程への統制のための枠組みが論じられる。すなわち、①審議会、パブリックコメント、公聴会における専門知識の導入、人員構成やプロセスのオープン化、参考人制度の導入、②立法事実に関わる情報の多様化と評価の仕組みの整備、③立法過程においてどのような事実が検討され、考慮され、どのような判断がなされたかを明らかにし、他者によって検証する仕組み、④事後評価としての議員補佐機能の充実、将来予測の検証を任務とする組織の設置、一定期間後の見直しを義務付ける附則や付帯決議、国会が組織的に関与し続ける事後改善義務を課す制度を提唱することで、行政府と立法府が時間的な幅を持った形で民主政の維持に寄与する協働の枠組みが提案されている。

55) 藤谷武史「統治における立法の位置—公法学の観点から」法哲学年報2014（2015年）42-43頁。

## 5 法の執行と正統性

が果たし得ぬプロジェクトである可能性を示唆する<sup>56)</sup>。

この指摘の前提には、古典的な（政策実現に向けて決定すべき内容を立法府が抽象的な規範命題を「事前に」定立するという）「立法」のモデル<sup>57)</sup>が、社会管理作用が増大した現在の行政国家の下では維持できないという現状分析がある。同時にこの指摘の狙いには、立法府と司法府による行政への「挟撃」を通じて、「立法を始原点とする連続的な行政過程において（中略）公私の相互コミュニケーションを通じて段階的・連続的に行うほかはない」<sup>58)</sup>公益の発見と実現のプロセスを駆動することにある<sup>59)</sup>。

以上の指摘の狙いを実現するためには、統治の手法として「法」が選択され、制定され、執行されるプロセスについて、従来は司法・立法に帰されてきた正統性を行政過程への統制原理へと練り上げる必要がある。加えて、公益の発見から実現に至る主体への統制手法の明示化が要されるはずである<sup>60)</sup>。しかし、主体の面<sup>61)</sup>においても実施・手法の面<sup>62)</sup>においても、む

56) 横濱竜也「議会主権の再生 規範的法実証主義の立法理論」法哲学年報2014（2015年）は「法定立を行政に期待することには無理がある」ことを指摘するものの、上記藤谷との対立は、時間的に開かれた法形成過程ないし法執行過程の一環としての法の実現過程における情報処理の複雑さに関する認識の違いに由来するものと思われる。

57) 藤谷・前掲注55)は立法を、①政治的対立が前景化する論点に関する政治的決定としての立法、②民法に代表される社会の基本原則を構成する分野における立法、③広義の行政法分野における立法に分類した上で、③の正統性確保を、立法と司法による行政の挟撃として導くものである。

58) 藤谷・前掲注55) 42-43頁。

59) 司法による行政の統制への期待について、中川丈久「行政法からみた日本における「法の支配」」法哲学年報2005（2006年）52-54頁を参照。そこで、行政における斉一的処理の要請に消長を来す「被治者の声がよく響く場」としての司法というモデルが提示されていたことを思いおこされたい。宍戸・前掲注53)及び54)、藤谷・前掲注31)及び55)の指摘を踏まえるならば、むしろこの「被治者の声がよく響く場」を、時間的幅を持った行政過程において、それへの立法と司法による「挟撃」、「協働」を通じていかに組成するかが課題となる。

60) とりわけグローバル化統制原理の不在について、藤谷・前掲注31)を参照。

61) 公私協働及び自主規制の文脈ではあるが、原田・前掲注23) 22頁では、私的主体に対しての（公法法理を典型とする）規範的要請を欠いたまま「自主規制への逃避」がなされる事態に警鐘を鳴らし、これを不可能ならしめることを同書の目的の一つに掲げていたことには留意されたい。これは行政主体の多様性を踏まえた上で、

## 4. 正統性の回避／法の権威の不在

しろなし崩し的に統治の手段としての「法」が回避される事態が進行しているものと捉えられる。

この点について、節を改めて検討する。

### 4. 正統性の回避／法の権威の不在

#### (1) 「法」の分散と競合

前節末尾で指摘したように、行政過程の中での「法」は、主体の面でもプロセスの面でも、法における（民主的）正統性の問題からすり抜ける。もちろん、すり抜け方にも濃淡はあり、例えば執行の主体を私的主体に移動させる民営化の問題であれば、国家に適用されてきた既存の公的主体への統制を、権利保護枠組・手続的統制の中にスライドさせる手法の問題として整理できるため、問題は相対的に小さいものであったと、一応は言える<sup>63)</sup>。しかし、国際的なレベルにおいては事情が異なり、選挙・選任過程はなく、執行・制裁の外部化・画一化が国家にとってさえも離脱困難な形で進行するこ

行政法における私人、そして従来非国家機関とされてきた主体の位置付けをめぐる問題である。

62) 行政／私人がアーキテクチャを使用する／しないという選択がいかなる意味で「法的」な問題となるかについては議論が分かれる。松尾・前掲注16)、成原・前掲注46)をはじめとして、その「法」の代置問題、正当性確保、正統性確保の問題から、「法」の問題であると捉えることが一般的であるように思われるが、この問いに慎重に答える大屋雄裕『自由とは何か』（筑摩書房、2007年）もあり、問題の独自性についてはさらに疑義を呼ぶ。松尾陽（編）『アーキテクチャと法』（弘文堂、2017年）における「座談会 法学におけるアーキテクチャ論の需要と近未来の法」冒頭付近（229頁、235頁）で、栗田昌裕はコミュニケーションを介した秩序形成とアーキテクチャによる秩序形成の価値的比較は「倫理や道德の問題」であり、反対に「中間団体の形成する事実上の「法」規範」や権利や自由の制約の問題としてこれを見るならばアーキテクチャに固有の論点ではなくなるのではないかとの疑問を提起していた。また、安藤馨もまた、同氏の「アーキテクチャと自由」『思想地図（vol. 3）特集・アーキテクチャ（NHKブックス別巻）』（日本放送出版協会、2009年）151-154頁において、アーキテクチャを選択するか否かは「行政主体の広範な裁量の問題」であったとした上で、「最初から一定の統治手段を排除しておく」のではなく、統治者への厳格な結果責任による統治パフォーマンスの問題（つまり立法の正統性の問題）として捉える旨を主張している。

63) これは、山本隆司による「私行政法論」、原田の「公共部門法論」として発展してきた。



## 5 法の執行と正統性

となる<sup>64)</sup>。さらにそもそも企業などの私的団体がグローバルな形で規範・秩序形成を担う場面においては、その事実上の標準 (*de facto standard*) が、正統性の契機なくルールに従う状態を確保しえてしまう<sup>65)</sup>。前述した国家のオーバーコントロールとアンダーコントロールによる挟撃<sup>66)</sup>、即ち「重なり合い競合し合う規制と分散する規制主体」<sup>67)</sup>の渦中にある行政過程の問題がここに浮かび上がる。いわゆる「新しい中世の新自由主義」<sup>68)</sup>とは、この事態を表したものである。

もちろん、対抗策も提示されてきている。政策実現過程のグローバル化の中、その空間的な拡大について、例えば「国家なき行政法」<sup>69)</sup>、「機能主義的正統化」が論じられる場面では、従来の権利基底的なものと同様のもの（適正手続、透明性、専門性）をベースとしつつも、脱国家化する法と社会の連関の中こそ、統制原理の候補は求められた<sup>70)</sup>。しかし、統治の手段が「法」に限られないという問題の核は、ここで温存されているようにも見える。統治の主体によって選択される（あるいは選択から外された）統治手段が、なぜ「法」の形をとってきたのか<sup>71)</sup>。この問いは、かつてロン・フラー

64) これが郭・前掲注 47) の問題提起であり、藤谷・前掲注 31) の問題提起である。民主的正統性とは異なる「連携」「開かれた正統性」については、原田大樹「グローバル化時代の公法・私法関係論」『グローバル化と公法・私法関係の再編』（弘文堂、2015年）Ⅲ及びⅣを参照。その他の正統性確保については、藤谷・前掲注 31) 355頁における「法の機能的多元性とその縮約／統合の契機」への着目を参照。

65) 松尾・前掲注 62) 233頁以下における松尾発言を参照。

66) 本稿第2節(1)を参照。

67) 大屋・前掲注 25) 104頁を参照。

68) 同上 222-224頁。

69) 興津雄「グローバル行政法とアカウントビリティ」57頁以下。

70) 藤谷・前掲注 31) 358頁及び脚注 64) における最判 25年1月11日民集 67巻1号（医薬品ネット販売規制事件）を参照。藤谷はこの事件を、官僚機構と専門家による「閉じた」政策決定を、公開の民主的政治過程へと投げ返したものとして評価される。藤谷・前掲注 55) 33頁でもこの点はより詳述されている。

71) ロン・フラーの法の内在道徳 (*inner morality of law*) に通じる「統治の手段がなぜ「法」か？」の問いは、大屋雄裕「功利主義と法」哲学年報 2011 (2012年) 64頁に由来する。その答えを大屋は、法による人格性（他行為可能性、他者性）の尊重、それら人格性という限界に基づく自己抑制を含んだ統治手段性の二点に求めている。なお、行政に関して法的適格性の問題を敷衍したものとして、川崎政司「立

## 4. 正統性の回避／法の権威の不在

が戯画的に提示したレックス 2 世（法のリーガリティに煩わされないよう、統治権力を法ではなく、PR 専門家と精神病医に委ねる決定をした架空の王）の像に重ねられる。その統治者像は統治の手段として選択されたその「法」が不合理となるケース<sup>72)</sup>のみならず、統治の手段としての「法」を回避する危険を先駆的に示していた<sup>73)</sup>。現代的には、アーキテクチャを用いた統治が、事実上の統治の手段を「完璧」<sup>74)</sup>なものへと近づけつつ、他者の権利への侵害あるいは負担<sup>75)</sup>を限りなく小さくする形で実現しつつある。このことは

法をめぐる昨今の問題状況と立法の質・あり方--法と政治の相克による従来の法的な枠組みの揺らぎと、それらへの対応」慶應法学 12 巻、43-99 頁も参照。

72) Lon Fuller は、*The morality of law* (1964), *Anatomy of the law* (1968) において選択的法的執行 (*selective enforcement*)、威嚇執行 (*janbone enforcement*) を論じる中で、公示された法が執行の中でゆがめられることによるリーガリティ欠如の問題を先駆的に指摘していた。この点に関連し、高見勝利「よりよき立法」へのプロジェクト—ハート=サックス <The Legal Process> 再読」『立法実践の変革』37 頁を参照。高見はデヴィンズを引きながら、「よりよき立法」の実現についての立法府の課題と裁判所との役割分担について、次のように指摘している。「立法事実が第一義的には立法過程において確定すべきものであることからして、裁判所は議会の確定した事実を最大限尊重すべきだということになる。そしてすでに執行されているものについても、議会がその執行状況をよく監視し、また、裁判所によるその適用状況等も見極めた上で、当初指定した立法事実の問題がないかどうかを確認する作業に怠りがない限り、裁判所は議会の判断を尊重すべきだということになる。その上でさらに、立法当初から立法事実とされたものに問題がある場合や、立法の執行過程で立法事実にかかる問題が露呈した場合、裁判所は議会の対応を見極め、議会の反応がないときや、またその反応が鈍いときは、積極的に立法事実立ち入った法令審査を行うべきということになるのであろう」。この議論は、議会への悲観論として整理されているが、穴戸・前掲注 53) 及び 54) で述べていたように、立法の限界（党派性、バイアス、動機、受動性）、司法の限界（当事者の設定した争点への限定、情報収集能力の制約、時間的制限）を踏まえ、過去の立法過程・現在前の法の実施状況の追跡 (*tracking*) を織り込んだ統制提案としても解釈できる。

73) 大屋・前掲注 62) 117-123 頁では、現に行為可能性を提供するとともに制限する意識されないアーキテクチャの権力については、それへの抵抗・他行為可能性を失わせる非応答性にこそ問題の問題たる所以があることを指摘する。

74) 大屋・前掲注 25) 155 頁「Why not be Perfect?」がこの問題である。大屋・前掲注 62) 157-162 もあわせて参照。

75) ローレンス・レッシング『CODE VERSION 2.0』(翔泳社、2007年) 30-33 頁を参照。レッシングは、令状に基づく捜査と個人のハードディスクを走査するワームの例を用いて、このことを説明している。そのワームは「完璧かつ目に見えない仕方でも捜査をして、罪あるものしか見つけない。罪なき者の邪魔はしない。法の保護の外

## 5 法の執行と正統性

まさに統治者の「法」という手法からの逃避であり、法の代替の加速を示す。

以上を踏まえ、統治主体が取りうる手法について、何を、なぜ「法」の対象とするのかについての選択とその限界を定める必要が生じる。

### (2) 正統性の回避、権威不在の法

この点につき、法の正統性そして法の権威をそもそも回避しようとする理論<sup>76)</sup>を参照する。功利主義に基づき制度規範の名宛人をそもそも不在のものとして解釈する安藤は、功利主義に基づく統治諸制度の評価という文脈の下、例えば次のように指摘する。

「正しい法は規範的に行為を指令するのではなく因果的に行為を惹起することによって正しい。その法規範は、表面上誰を名宛人としているのであろうとも、その道徳的正しさを当の規範の規範的な行為指導性に負っていない<sup>77)</sup>。

安藤はさらに経済関係立法などの「技術的法分野」においては、被治者一般に統一的な指令を与えることのない因果的惹起モデルによる正当化が現実に溢れていることを指摘する<sup>78)</sup>。つまり、安藤によれば、法は受容者一般<sup>79)</sup>に道徳的に正しい行為を指令するとともに排除効果を持つ根拠<sup>80)</sup>を与

にあるものを捕まえるだけ」であり、「監視も捜索も、捜索される個人への負担を増やすことなく増加させられる」ことを示す。従来の捜査が、十分な嫌疑のある場合に限って負担を要求していたのに対し、この事例では、負担なしで行う捜査が無制約化することになる。ゆえに、例えば無実の多くの人にとって「完全に負担のない汎用捜査」の限界が、従来の権力性理解から距離を置いた新たな問題として現れる。

76) 安藤馨「現代法概念論の諸相：法の規範性と Euthyphro 問題」神戸法學雑誌 63 巻 3 号 146-148 頁。「内在的だが非道徳的な特性」として法の徳性を捉えることによる法の規範性への解決は、本稿脚注 71 にてあげた法の内在道徳の適用範囲についても示唆を与える。

77) 安藤馨「統治理論としての功利主義」法哲学年報 2011 (有斐閣, 2012 年) 59 頁。

78) 同上 60-61 頁。

79) ジョセフ・ラズ「権威と正当化」『自由と権利』145 頁では「指令を受けるものにおける服従義務の正当な要求」という観念とともに説明している。また Joseph Raz, *Practical Reasons and Norms*, London, 1975 も参照。

80) 井上達夫『法という企て』(東京大学出版会, 2003 年) 9 頁を参照。

## 4. 正統性の回避／法の権威の不在

えるという意味での「権威」を有するのではない。法は被治者(の一部)が法に従うか否かを非決定なままとし、一定割合の逸脱を許容する。のみならず、「officials や統治者の逸脱を組み込んで最善の事態を実現しようとしている」<sup>81)</sup> 限りにおいて、因果的に(理由を問わずに)最善な状態を確保する事実状態自体を「非道徳な法それ自体の権威」として捉え返すことができると述べる。それゆえに、「イサクの捕縛」に比される法は、被治者一般に行為理由を与えることなく、被治者一般にとっての最善の状態を(判断の契機<sup>82)</sup>を必ずしも介することなく)端的に与えることになる。人格は法の固有の権威に対して服従することで生じる<sup>83)</sup> 反射的效果であり、人格とは切り離された動物としての人間の傾向性が監視される。安藤によれば、「監視による——この点はアーキテクチャによるそれについても同様ののだが——行為規制の効率化は、犯罪となるべき行為の範囲を縮小したり一罰百戒的な重罰を不要としたりすることを通じて事後規制としての刑罰の必要性を減少させ、緩罰化を可能にする」<sup>84)</sup>。この意味で、法規範は行為理由を与えないで済ませる<sup>85)</sup>。このように安藤が述べるときに念頭にあったのは自然権型リバタリアニズムと功利主義との対立であるが、安藤は後者に基づき快苦の監視に基づく統治パフォーマンスによって統制を行う方途を模索していた。安藤を念

81) 安藤・前掲注 77) 60 頁。なお、ここでの officials はハーバート・ハート『法の概念』(筑摩書房, 2014 年)における「法を適用するという積極的な内的視点をとっている」公務員(典型的には裁判官)を指すところ、この点に関して、そもそも私人は公務員と異なり、法を権威として受け入れているわけではなく、せいぜい一応の義務(a prima facie duty)に過ぎないとする見解もまた提示されている。森村進『法哲学講義』(筑摩書房, 2015 年) 167 頁を参照。またこの点に関連し、「人々は自己自身の公僕(officials)である」というウォルドロンによる法の自己適用(self-application)について、第 4 節で論じる。

82) これが大屋と安藤との論争点の一つをなす「事前規制」、「他行為可能性の意識(の欠如)」という問題である。継続する論争については、大屋・前掲注 62) 113-123 頁、安藤・前掲注 62) 152 頁、大屋「功利主義と自由」法哲学年報 2011 (2012 年) 65-67 頁及び同巻所収の安藤による応答、そして安藤・前掲注 17) 第 4 章を参照。

83) 安藤馨「功利主義者の立法理論」『立法学のフロンティア 1: 立法学の哲学的再編』(ナカニシヤ出版, 2014 年) 101 頁。

84) 安藤・前掲注 17) 151 頁。

85) 安藤・前掲注 17) 100 頁。

## 5 法の執行と正統性

頭に置きつつ大屋により名付けられた「総督府功利主義のリベラリズム」とはこの事態の帰結である。

これと対をなす形で、そして同じくベンサム of 構想を別の形で引き継いだものとして、普遍化可能な理由による正当化<sup>86)</sup>を極端に進めた秩序を、大屋は「ハイパーパノプティコン」<sup>87)</sup>と名指す。パノプティコンは、ベンサムが設計した刑務所(懲治監獄)・学校・救貧施設、さらには行政府の執務室(大臣室)等にまで至る普遍的な「建築的配置(architectural arrangements)」<sup>88)</sup>構想であり、中央にある監視塔を取り囲む形で収容者の行動が監視される(しかし収容者からは監視者及び他の収容者を見ることができない)という物理的監視構造を持つものであった。近代における予期のシステムは、不可視の監視に基づき規律を内面化する(自己の利益について正しく認識し、それに基づいて自己の行為をコントロールする主体を作り出す)ことで、相互の安全と安全感を調達する効率的な統治システムであった(=「裏返しのパノプティコン」)。この「内なるパノプティコンの強度が弱まった」現代においては、パノプティコンは万人の万人に対する監視として現れるだろう(=「ハイパーパノプティコン」)<sup>89)</sup>。例えば、日本への入国に際して顔写真・指紋提供を求めるJ-BISを考えてみればよい。そこに現れるのは外国人を排除するような取り扱いの差(不正義)をなくした、「万人が不快を引き受けることの上に成立する正義にかなった社会」である<sup>90)</sup>。大屋はこれを、互いが互いを監視の対象にし、監視されるものとして平等であるがゆえに正義に適っており、誰もがこの下にあることを引き受ける点において公正でありうるとする<sup>91)</sup>。

安藤と大屋が論じている事柄は、法の権威であり、法が達成する秩序であるにもかかわらず、共にアーキテクチャに言及していることは偶然ではな

86) 井上・前掲注80) 139頁及び大屋雄裕『『法という企て』——人格への卓越主義』『逞しきリベラリストとその批判者たち』(ナカニシヤ出版、2015年)96頁。

87) 大屋・前掲注25) 217頁。

88) これがベンサム『フランスのための憲法典計画』の第一巻の最後に記されていることについては、安藤・前掲注17) 95頁にて紹介されている。

89) 大屋・前掲注25) 207-208頁。

90) 大屋・前掲注25) 216頁。

91) 大屋・前掲注25) 215頁。

## 4. 正統性の回避/法の権威の不在

い。アーキテクチャは事実行為によって法を上書きし、場合によっては法を代置する。そうである以上、アーキテクチャの問題は法の正統性の問題と密接に関連し、正統性の回避を論じた前節までの検討と通じる。アーキテクチャの正統性問題が、「ガバナンス論における正統性問題」に接続されるのはこのためである<sup>92)</sup>。

### (3) 比較

以下、アーキテクチャの性質を見ていくことで、法の正統性にかんする上述の議論との接点を整理する。

アーキテクチャと法とを大まかに分かつ特徴として、事前規制性、認識不要性(脱コミュニケーション性)、自動執行性が挙げられる<sup>93)</sup>。法は、「ルールなどを言語の形で設定することで事前に人々の意識に働きかけるコミュニケーション型規制であり、その違反に事後的に制裁を加える」ものであり、アーキテクチャは、「言語的なコミュニケーションを経ることなく/迂回して、人々の身体に事前に働きかける」<sup>94)</sup>。この差異を強調すれば、法とアーキテクチャは非代替的なものとされるが、他方では、従来においては法の領域に属していたものがアーキテクチャの領域へと移ることもしばしばある。人口に膾炙した例としてコピーコントロールCDによる「私物化された法(privatized law)」の登場があげられるだろう<sup>95)</sup>。

アーキテクチャの「正当性」は、権利の侵害場面においては訴訟を通じて、あるいは、アーキテクチャの開発や運営管理段階における利用者の手続的権利付与あるいは中立性要求等を通じて、確保することができる。では、そのような正当化の根拠として、アーキテクチャの「正統性」を求めること

92) 藤谷武史「ガバナンス(論)における正統性問題」『ガバナンスを問い直すI 越境する理論のゆくえ』(東京大学出版会、2016年)、松尾陽「『法とアーキテクチャ』研究のインターフェース」『アーキテクチャと法——法学のアーキテクチュアルな転回?』(弘文堂、2017年)26頁。

93) 成原慧「情報社会における法とアーキテクチャの関係についての試論的考察——アーキテクチャを介した間接規制に関する問題と規律の検討を中心に」56-58頁。

94) 松尾・前掲注92) 18-19頁。

95) レッシグ・前掲注75) 110頁、258頁。

## 5 法の執行と正統性

はできるだろうか。アーキテクチャの形成、導入を行う主体は（政府の行動計画などの例も存在するとしても）私的主体であることが主であり、私的主体への委任がなされる場合や法という手段を取って回避するためにアーキテクチャが選択された場合<sup>96)</sup>などを除き、「正統性」要求そのものが他者の権利侵害に直結する以上、直接に問うことは困難のように思われる。

ただし、すでに見たように民営化や国際機関の検討を踏まえれば、補完的な正統化要素を部分的につなぎ合わせることは可能ではあるだろう。アーキテクチャという手法の特徴のうち特に自動執行性に由来する、「自由を行使

96) 統治者が現在までに用いてきた手段を変更する場合、根拠法、目的、保護法益、情報環境（開示、報告、調査・検査）、資源制約、権利保護、制裁の強度といった執行過程を通じて保障されてきた価値のバランスが変更されることになる。制裁もまた、苟も制裁自体が目的ではなく法遵守で達成される状態確保に向けられた適切なインセンティブを与えることに向けられているのであれば、仮に統治手段として制裁の事実上の制約が取り払われたとしても、制裁の無限定な拡大を許容することにはならない。とりわけ冒頭脚注1)に挙げたParabon社の遺伝子照合事例のように、「法の完全実行」が可能になる場面においては、資源制約から事実上の権利制約範囲の限定がもたらされていた（それを織り込んでいた）制裁の強度が自動的に高まるため、これと連動して法益価値の評価変更や情報環境における冗長性が確保される必要が生じる。

この点に関して、佐伯・前掲注19) 50頁の「法益価値の変更」に関する議論が参考になる。一般に規制緩和時には、行政によるコントロールから市場によるコントロールに移行するにあたり、統治目的としての市場における競争秩序が機能し、維持されるという保護法益の価値は相対的に高まることになり、これと連動して制裁の強度を高める必要が生じる。もちろん、予算制約・人的資源の制約が制裁強化を正当化しないように、制裁には（目的を定める正義構想のいずれを採用するとしても）現実に成立している均衡状態の把握に基づき、当該均衡状態を（ネットワーク上でであろうとアーキテクチャを介した技術環境上でであろうと）実現することが常に求められる。

これを論じたものとして、白田・前掲注22)『ised 倫理篇』108頁を参照。そこでは「現実界における均衡は、曖昧不合理な下部構造に合理的な法体系を上部からマウントすることで保たれてきました。情報社会においては、下部構造の構造まで完全にコントロールできるのであれば、むしろ逆に今度は上部この法律やコードの部分を緩めることで均衡を取るべきではないか。あるいはアーキテクチャの中に一定の曖昧性を強制するような方法論を構築していくべきではないか」との指摘がなされている。従前、法の「ゆとり」の中で自由を構成・保持してきたものに、規制手段の向上といった事実状態の変更に関係付ける契機を与えることは、実現される法価値の変更の条件をなす可能性がある。この点について、佐伯・前掲注19) 38頁を参照。

## 4. 正統性の回避／法の権威の不在

するかしないかを決定する機会の欠如<sup>97)</sup>、「規制の正統性を争う機会の欠如」（裁判の回避、弾力的解釈への着地の不可能性<sup>98)</sup>に鑑みるならば、専門家やゲートキーパーを指定し<sup>99)</sup>、過酷な規範遵守要求とならない限度<sup>100)</sup>において対象者を責任実践<sup>101)</sup>に組み込むことによって、恣意性・不平等性の排除の観点や、多様性を維持する競争過程の観点から正統性の（部分的）調達を図ることは不可能ではない<sup>102)</sup>。

近時の法の正統性をめぐる問題は、そもそも正義構想が多角的に分裂競合

97) この一つの先駆的な例は、東浩紀「情報自由論」第12回『情報環境論集S』166頁を参照。そこでは、能動的に自己の情報へとアクセスする自己情報コントロール権と対置する形で、事前抑制と自動執行に対抗する形で、存在を悟られず、無名の存在として生きる「匿名性の権利」、「匿名のまま公共空間にアクセスする権利」が提唱されていた。

98) 松尾・前掲注62)座談会における大屋発言(239-240頁)を参照。「我々のこれまでの通常の法のあり方というのは、そこで紛争が生じた時にうまく吸収する方策というのを色々に編み出してきている。具体的には権利濫用や公序良俗、あるいは刑事の起訴便宜主義。ところが(中略)非コミュニケーション的な統制手段であるアーキテクチャにおいては、衝突による紛争が発生しなかったり可視化しなかったりするし、その結果として調整機構である法廷や弾力的解釈に持ち込めない可能性が出てくる」。ここで、パノプティコンを構想したベンサムでさえ、パノプティコンというアーキテクチャを管理する者もまた「世間という法廷(tribunal of the world)」に開かれていなければならないことを主張していたことに留意する必要がある。

99) 松尾・前掲注92) 29頁、ジョナサン・ジットレイン(成原慧・酒井麻千子・生貝直人・工藤郁子訳)「オンライン上のゲートキーピングの歴史(1)」知的財産法政策学 研究28号(2010年)119-123頁。

100) これは課徴金が制裁機能を持つ場面において、部分的に責任主義を取り込む議論に着想を得た。山本・前掲注21)を参照。「過酷な規範遵守要求」を責任非難の条件とするものとして、樋口亮介「責任非難の意義：複数の視点の析出と構造化の試み」法律時報90巻1号(2018年)を参照。

101) 瀧川・前掲注40)。

102) これは、アーキテクチャの多くの部分を「法」の概念の中に取り込むものであり、法概念論上の論争を引き起こす問題であり、本稿の射程を大幅に超えるため、今後の検討に委ねたい。なお、安藤・前掲注83) 98-99頁を参照。そこでは、ベンサムが『法学の刑事部門の範囲について』で提示した行為指導性を中心とした法の個別化の話題とともに、『道徳と立法の諸原理序説』では行為指導性を有さない(主に傾向性に依拠したアーキテクチャ的規制を含む)「間接立法」を論じており、後者が法概念の中に入るのか否かについて調停していない点についての疑義を提示している。

## 5 法の執行と正統性

し、それでもなお論争を裁断する決定が要請される「政治の状況」に端を発していたことは確認したとおりである。決定が「要請」される状況とは即ち、価値の対立の中でなお、法が公共的秩序を樹立する役割を果たす必要があり、そのために最低限求められる規範的条件の探求<sup>103)</sup>が要求される事態を意味していた。その端緒を思い返すならば、我々に共有された行為可能性の限界を形作り、「規制の正統性を争う機会の欠如」という先述の事態が（仮に国家の枠を超えたとしても、また正当性における問題を現在の「法」において生じさせない場合であっても）「正統性」の回避として名指される理由が解される。正統性についての問いとは、「悪法もなお法として尊重されるために満たすべき最低限の規範的条件を、それは満たしていたか」という問いであったが、この問いがアーキテクチャに関する議論と正統性の議論をつなぐ。論争を技術的に回避しつつも、決定を「私物化された法」として執行できるアーキテクチャについては、それらが「政治の状況」の外縁を形作りつつ「我々」の呼びかけに応えないでいられる地点を除去することによって正統性確保は達成できる。ただし、これは我々の相互不信と無関心 (secure)<sup>104)</sup>にもとづいて、事物の影響や他者の関係と切り離し、擬制的に透明な「個人」の集合＝「我々」を作り出すことではないし、秘密を全て公にする＝告白させる公開性の要請を張りめぐらせることでもない<sup>105)</sup>。むしろ、

103) 井上は、前掲注 71、脚注 76 でも触れた法の内在道徳に関わるロン・フラーとハーバート・ハートの論争を本文のように理解しているものと思われる。井上・前掲注 52) 39 頁。

104) secure の語源について、関心・配慮 (cure) の欠如 (se-) とするものに基づき、「セキュリティを高める」という言葉を、「世界に対する配慮を必要としない状態を作り上げること」として東・前掲注 97) 64 頁（第四回）を参照。なお、これはジャック・デリダ『雄羊』（筑摩書房、2006 年）81 頁における「健忘症の良心（の痛みのなさ）」と密接な関連を持つ。「規範」とは、健忘症者の良心の痛みのなさ（※引用者補足）にほかならない。そのおかげで私たちは、他者を自己の内部に自己として保存すること、それはすでに他者を忘れることだということを忘れることができる」。

105) ジャック・デリダはいくつかの著作において、民主主義の基礎に文学＝虚構 (fiction) の権利があると述べ、「全てをいう権利」とともに「全てを言わないでもいられる権利（秘密を守る権利）」の重要性を述べている。ジャック・デリダ『条件なき大学』（月曜社、2008 年）14-17 頁、デリダ『死を与える』（筑摩書房、2004 年）

## 4. 正統性の回避／法の権威の不在

「我々」が決して一枚岩ではないことを前提に、「我々」の内に「リスク」を抱えた存在を内包することで、現状維持のバイアスに基づく既存秩序の自己目的化・本質化を避け、「将来の人間存在への可能性の開け」<sup>106)</sup>を練り上げる場の構築が示唆される。「ハイパーパノプティコン」でも「総督府功利主義のリベラリズム」でもないそこでは、「我々」は見知った「我々」の像を解体し、常に新たなリスクに晒される（とともに保護しあう）「我々」を形作り、多層化する営みに参加することが求められるのであり、そのためには、「我々」の内部にある他者性を明るみに出し、それを取り巻く環境へと介入可能な形で開くことが求められる<sup>107)</sup>。

以上をもとに、正統性を回避した事実状態の確保、実効性の確保一般についても、これと並行的に「いかなる場面において、いかなる規範的条件を課しうるか、どのような統制に服するか」とする問いを投げかけ、応答する場

126-127 頁、デリダ『パッション』（未来社、2001 年）61-66 頁。やや抽象的ではあるが、全てを公にし、公の応答に晒すことは同時に、公に適ったもののみを許可する圧力を放縦化させるものであり、むしろ秘密の隠蔽や創造性からの退避を促してしまうことを思い起こせばよい。そこで求められるのは、「赦しえないものの赦し」の問題である。デリダ『赦すこと』（未来社、2015 年）及び以上全体に関わるものと、デリダ『言葉にのって』（ちくま書房、2001 年）及びナンシーとの対談「『正しく食べなくてはならない』あるいは主体の計算」が参考になる。

これは、異邦人の歓待の問題と関連している。デリダ『歓待について』（産業図書、1999 年）84 頁には次のような一説が記されている。「情報の民主化と治安＝警察の領域がナジ広がりを持つことによって、実に痛ましい逆説が生じます。民主的なコミュニケーション、滲透性、透明性などがおのれの空間を拡張し、おのれの現象性、つまり白日のもとに現れるということを拡張すればするほど、警察権力や政治化も拡張してしまうという逆説が」。

なお、永石尚也「医療事故における過失判断と道徳的運の問題」年報医事法学 33 卷（2018 年）では、Deferred Prosecution Agreement を導きの糸に、この問題を論じた。

106) 稲谷龍彦「技術の道徳化と刑事法規制」『アーキテクチャと法』（弘文堂、2017 年）127 頁。

107) これに関連し、稲谷・前掲注 106) 109 頁を参照。そもそも現状維持バイアスを考えるならば、「より良い共生社会につながる可能性を秘めた開発者の創造性は犠牲とされ、かつ多数の死傷者を出す自動車という技術の人工物は、基本的にはそのままにされる」ように、ハイパーパノプティコンが非常に限定された自由と幸福しか保証できない可能性は十分にある。

の構築が求められる<sup>108)</sup>。

### 5. 補論：法の失地回復と法の前の個人

#### (1) 失われつつある法の圏域

前節では、正統性確保のためには責任限定枠組みが必要であるという逆説めいた可能性が導き出される。このことを論証することは、本稿を超えてさらなる検討を要することから、以下、この問いに向かうにあたり筋道のみ素描したい。参照点となるのは「法の支配」の理解であり、リーガリティ観の再編成である。

さて、法の支配に帰されてきた内容は、大きく、①「被治者に適用のある法規範は統治者にも等しく適用される」とする法の優越性 (superemecy of law)、②「統治者が被治者に対して特定の不利益を課そうとする時は、きわめてフォーマルな事前手続きを踏むことが要求される」とするデュープロセス、③「統治者が定立する法規範が内容的に正しいこと」を求める実体的デュープロセス、④「統治者の組織づくりは、特定の機能を相互に引き離す形で行われなければならない」ことを求める機能分離 (separation of functions) に分類できる<sup>109)</sup>。本稿の問いに大きく関わるのは、②と④である。②に関しては、特に、事実上進んでしまっている法の制定と法の執行の区分の曖昧化が、「行政活動は法規範の執行にとどまる」ことを求める法律の留保の再解釈が要されるとともに、④に関しては、法規範の定立者と実現者の組織的分離とともに、法規範の実現過程における訴追者と裁定者の組織

108) 例えば無限定なバスケット条項はルールのもろくから許されず、権利保護及び負担要求の観点からも許されないものであったが、大屋が「ハイパーパノプティコン」の下で述べる汎監視による相互不信=無関心は、マイクロレベルの不安感への耐えられなさを温存してしまうように思われる。この点についてサンスティン・前掲注 39) の予防原則に基づく麻痺現象を思い起こされたい。すでに論じられてきたノーアクション・レターによるルールのもろく化 (による責任の非制裁化) や、刑事法分野におけるコンプライアンスプログラムによる責任限定などもこの例に連なる。関連して、甲斐克則「企業のコンプライアンス・プログラムと刑事制裁」『刑法は企業活動に介入すべきか』(成文堂、2010年) 132-135頁を参照。

109) 中川・前掲注 59) 2節で詳述されている。

的分離が不可能な状況を引き受けた上で、統治の手段としての「法」の抑制とその根拠としての「個人」の位置付けの再定位が要される。

ここに、自己抑制的かつ自己適用的な「法」が現れる。自己抑制性の意味での法は、政府を含むあらゆる政治権力 (私的組織・個人も含む) の権限と至上権とをそれ自身<sup>110)</sup>で制約するハイエク<sup>111)</sup>な法理解・「法の支配」理解<sup>112)</sup>というよりも、大屋が述べる「人格性の尊重という限界の下での統治のあり方」, 「人格の基準を社会的に構築する機能を有している」<sup>113)</sup>ものとしての法理解に近似する。これは、ルールの支配に服せしめる企て (としての法) の基礎に主体の尊厳を導いたフラーの法理解とそれを解釈したウォルドロンが述べる法の自己適用性 (self-application) に関わる。

ウォルドロンは、法による支配を、動物の先導や恐怖による支配、電流による刺激と区別しつつ、次のように記している。「自己適用は、法システムが作動する仕方の重要な特徴である。法システムは、普通の人間個人である主体を回避し出し抜くこと (short-circuiting) によってではなく、むしろ主体を使用すること (using) によって、作動する。法システムは、実際の理解と自己抑制と自己監視と彼らが掴み理解することのできる規範に関連させて

110) フリードリヒ・ハイエク『法と立法と自由Ⅲ』(春秋社、2007年) 54頁を参照。「計画的決定の最高の源泉は、それ自身の権力を有効に制限することはできないけれども、その権力が由来する源泉によってそれ自身制限されるのである」。なお、ハイエク『法と立法と自由Ⅰ』(春秋社、2007年) 128-129頁も同旨。

111) ハイエク・前掲注 110) 184-185頁を参照。「至上権は全能ではなく、制限された権力でなければならないということである。その場合、この至上権は組織された政府と私的な個人や組織の両方を行動の一般的ルールの施行によって制限することに、その行動を限定されている。だが、国家を創出する服従は次のことを条件とすることができる。万人に等しく適用できる行動の一般的ルールの施行に関係する場合にのみ、最高権威による強制が公認されるということである。そのような至上権は、必要とする忠誠心や尊敬心を、一般原理に自らを縛り付けることで集めなければならない。至上権が強制力を使用するかもしれない唯一の任務は、こうした一般原理が確実に遵守されるようにすることである」。同様の指摘をなす箇所として、同 176-177頁を参照。

112) この点について、嶋津・前掲注 2) 24頁。なお、ハイエク・前掲注 110) 『Ⅲ』13頁、同『Ⅰ』118-120頁は、立法による「法」の修正について検討している。

113) 大屋・前掲注 72) 78-79頁。

自己自身の行動を調整することについての人々の能力を信頼している」<sup>114)</sup>。

規範が適用されるものの尊厳を権利と直結させるウォルドロン<sup>114)</sup>の立論に乗らずとも、上記の「自己適用」の概念は、「統治の手段がなぜ法か」という問いに一つの答えを与える。法は、自己に課される規範を理解し、対応する能力を媒介して、その自己の理解とリスクを自ら引き受ける意思に応じて外的行動をコントロールし、監視し、調整する能力を涵養し、その機会を与えるというのがそれである。「人々は自己自身の公僕 (officials) である」<sup>115)</sup>。ここには、法の名宛人であることと、法によって保護が与えられること、そして法の適用を受けるものと法を適用するものとの協働<sup>116)</sup>があらかじめ折りたたまれたものだとする含意が読み取れる<sup>117)</sup>。

## (2) 法の支配を担う「個人」

すでに見たように、執行主体の拡散現象に対応して、統治者と被治者が(時に執行する側として、時に執行される側としての地位を互いに交換しあうものとして)重なり合っていることからすれば、行政過程の正統性確保においては誠首を最終的な責任とすることはできない。これにより、答責性のプロセ

114) JEREMY WALDRON, *DIGNITY, RANK, AND RIGHTS* (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2012), p. 52. なお、永石・前掲注 40) では同書の「地位」の箇所を取り扱っている。

115) JEREMY WALDRON, *DIGNITY, RANK, AND RIGHTS* (2012), p. 53.

116) 蟻川恒正『尊厳と身分 憲法的思惟と「日本」という問題』(岩波書店, 2016年) 26頁を参照。「刑事被告人にとっての「人身の自由」には(中略)「刑事裁判」の適正の保証のために、一旦解放されて防衛活動に従事する公共的義務としての性格があった」ことから、本文の理を説明している。「元来は「高い身分の諸個人」にのみ妥当させられてきた法システムに「高い身分を有しない諸個人」が取り込まれるにあたっては、「高い身分を有しない諸個人」が当該「法システム」に「十全に参加することのできる能力を有しているかどうかを検証し、当該「法システム」に「十全に参加することのできる能力を有している」と改めて見直し直す手順を経るののであれば、そこに高い身分の普遍化を同定することは禁欲されなければならないのではないか」。蟻川「講演録「個人の尊厳」と「個人の尊重」」東北学院大学法学政治学研究所紀要 25巻もあわせて参照。

117) 上述した「人格性の尊重という限界」とは、単に(人格性を重視しない)功利主義との対決という文脈のみならず、統治者に答責性を求める(誠首する)とともに、自らを「法」に向かいあわせる責任ある被治者-統治者という自己像を練り上げるために求められる最低限の内容をなすものとも取れる。今後検討を加えたい。

スは、立法への規範的統制とは異なり<sup>118)</sup>、将来的な評価に開かれた説明と応答のプロセスへと挿し替えられねばならない。

加えて、ウォルドロン<sup>119)</sup>の求めた上記の自己像のために要されるのが「高い身分」あるいは「魂の貴族」<sup>119)</sup>としての人民の像であったことを抜きにすることはできない。立法の規範的統制の文脈では、「責任主体としての人民」というモデルが打ち立てられるが、行政過程の統制を論じるにあたり同時に拾い上げるべきは、多様な責任実践に組み込まれつつあるために「責任が取りきれない主体としての人民」のモデルではないか<sup>120)</sup>。責任の負荷に耐えられず外的権力と恣意に流されがちな者を、なおも「我々」の内に引きとどめるための責任実践とはどのようなものでありうるか。その者たちにとっての「法」とは何か<sup>121)</sup>。その(法の下ならぬ)法の前<sup>122)</sup>に立つ「人間」とは

118) 瀧川裕英「責任プロセスにおける立法者—選挙・熟議・説明責任」『立法実践の变革』(2014年) 84頁を参照。そこでは、責任プロセスとして、責務段階、熟議段階、決定段階、説明段階、制裁段階を分ける議論を展開していた。しかし、そもそも選挙と熟議のプロセスを持たない行政過程では、説明(立法においては公開制や投票理由制が提案される。)と制裁という責任を問うプロセスの内容もまた変動することになる。とりわけ制裁については、情報開示、蓄積を促しつつ将来の法制定・法執行に向けた事後評価プロセスが求められる。

119) 大屋・前掲注 86) 103頁を参照。大屋はこれを井上法哲学が想定する人間像であるとし、「実現が(決して到来しないにもかかわらず)目標として常に目指されなくてはならない理想」としての「個の尊厳」への企てとして理解する。

120) 井上・前掲注 80) 第二章で提示されていた「法の支配の理念化プロジェクト」について、本文のような文脈に置くことができるかもしれない。理念化プロジェクトとは、実体化と形式化に対置され、「熟議の内容を規範的に統制する規制理念」であり、「法の支配の公共的正当性と民主政に対する謙抑性・開放性を担保する」ものであるとする捉え方である。ここで述べられている民主政に対する謙抑性・開放性の解釈いかんによっては、行政過程における責任の制度的具体化を、ここから導きうる可能性がある。

121) ここで問われているのは、規範遵守要求の限界であり、それが正当性を持つと言える条件である。ここでは、統治者と被治者にまたがったものとしての「人」を基礎に、事前の告知とともに、事後の評価段階においても理由をもって追跡 (tracking) できる限りにおける制裁に限定するための枠組みが模索されるべきである。この点で、大屋が「人格性の尊重」を謳いつつ、事後の決断の契機に判断を委ねてしまっている点については問題がある。なぜなら、事後判断の恣意性が除去されないのであれば、まさにその事後判断の予見不可能性によるリスクを個人へと集中させてしまうためである。集団内・集団間におけるリスクトレードオフ、時点を跨いだリス

## 5 法の執行と正統性

何者でありうるか<sup>123)</sup>。

クトレードオフが避けられないリスク社会にあって、もしもそのような事後的決断に伴う負担が個人に課されてしまうのであれば、個人は過剰にリスクを負いかねない場から撤退するだけであるだろう。ここに、集合的なリスクの個人化と「予見可能性のジレンマ」(甲斐克則)の問題が顕著に現れる。前掲注14) 林岳彦の言葉を借りれば、「遅れてきた教訓はいつでも正しくなる」のであり、制裁が各自の自律を阻害しない限度に制約されねばならないはずであるだろう。前掲注106) 稲谷「技術の道徳化と刑事法規制」の次の指摘も参照せよ。「ヒューマニズムに基づく刑事法規制は、技術的人工物が十分に人間によって統御されるようにするために、人間の側に制裁を科すことで、人間に事物を統御するインセンティブを課し、もって法益や社会秩序の維持を図ろうという戦略であるが、この戦略は技術的人工物自体の変容を一切保証しないからである。」

122) ここで「法の前」とはカフカのあるテキストを参照している。邦名では「掟の門前 Vor dem Gesetz」で知られ、本文もまた「法の前(掟の門前)」から始まる掌編であり、長編『審判 Der Process』の一部に組み込まれている。田舎から来た男は「誰にでも開かれているはず」の「法」に入ろうとするが、門番に留められる。ただし暴力によってではなく、「法」の奥にはさらに恐ろしい門番がいると聞くことによって、自分を止める。そうして、男は「まだ決めないでおこう」と決め、死ぬ間際に至るまでの長い月日を、法に入ることなく法の前で過ごす。最後に語りかけられるのは、その法が「男のためだけの法」であったこと、死とともに法が閉じられる(入る可能性を失う)ことである。一つの解釈として、リスクを恐れて法に近づかないように自己自身に義務付けているのは、他ならぬその男であり、それこそが法の権威だとする解釈であるだろう。ジャック・デリダは「先入見 法の前に」とする講演の中で「尊敬に従って法と関わりを持つとすれば、法と関わりおを持たないことが必要であり、法と関わりを持つてはならず、関係を立たなければならぬのである」とし、「法は現前する何ものでもなく、不断のプロセス=審判(Der Process)であることを確認される。法はその前において耐えられるものであり、決して、過ぎ去ることができるものではないことというのが、この解釈の帰結となるだろう。」

ここで、付言したいのは、このテキストには別のバージョン、すなわち男が門を通り過ぎてしまったと、自ら闕をまたいで戻ってくる物語が存在することである。その時、第一の門番の言葉は失われ、門番は男と一切コミュニケーションを取らなくなる。その場合の法とは、法のプロセスを跨ぎ超えることが、法の対象たる地位を失うことを意味するのではないだろうか。だとすれば、なおのこと、法の前に耐えることが求められるとも解釈できるだろう。(Franz Kafka, *Kritische Ausgabe. Nachgelassene Schriften und Fragmente II. Apparataband*, Jost Schillemeit ed., Frankfurt a. M. (S. Fischer) (1993), s. 82)

本小説については、「法と文学」の文脈においてリチャード・ボズナー『法と文学〔原著第三版〕』(木鐸社、2011年)も断片的に取り扱っており、プロセスの普遍化という点から今後検討したい。

123) この問いは同時に、リスク傾向を潜在的に持つものとしての人間の個人化

## 5. 補論：法の失地回復と法の前個人

この点について、別稿を期したい。

※脱稿後に出版された重要な関連文献として、浅野有紀『法多元主義』(弘文堂、2018年)がある。また、2018年度日本法哲学会のシンポジウム、ワークショップ個別報告で取り扱われた法多元主義に関する議論も、本稿の議論と軌を一にするものである。

(personalization)にも抵抗する。例えば遺伝子情報の共有などに際しての逆選択を避けるためには、個人が必ずしも有するとは限らない類型的判断によって不利益を受けることを避けるとともに、個人では除去しえない特徴(典型的には遺伝情報)等によって不利益を受けることも避ける必要がある。この点について、医療保険に関する管理競争制度について紹介した永石尚也「医療保険の法的統制の可能性」一橋研究40巻2号(2015年)に加え、ジョセフ・ラズ「自律・寛容・加害原理」『自由と権利』(勁草書房、1996年)において示される自律と道徳的多元主義の関係もあわせて参照されたい。加えて、山本・前掲注1)も、構造的展開後のプライバシーを考察するものとして参照。