

「法と経済学」、あるいはポスト・モダンの法理学

駒 城 鎮 一

1. “canon debate” と経済学の帝国主義
2. 「法と経済学」——リチャード・A・ポズナーの場合
 - 2.1 「法と経済学」の歴史的背景，存在理由
 - 2.2 「法と経済学」の手法——富の最大化基準
 - 2.3 「法と経済学」の帰趨
 - 2.4 「法と経済学」の批判的検討
3. ポスト・モダンの法理学
 - 3.1 ポズナーとポスト・モダン
 - 3.2 ポズナーとローティ
 - 3.3 ポズナーとフィッシュ，あるいはポスト・モダンの法理学

1. “canon debate” と経済学の帝国主義

いわゆる「基準をめぐる論議」（“canon debate”）は、アラン・ブルームのベスト・セラー『アメリカン・マインドの終焉』（1988）によって有名になった。文芸批評，フロイト流の批評，マルクス主義的批評，構造主義，脱構造主義，ポスト構造主義などの技法で訓練された大学教師の新世代は、一般教養教育にとって本質的である究極的真理の存在を拒否するに至った、とブルームは論じた。すなわち、「著者がそう読んで欲しいと意図したように書物を読む努力は、『意図偏重の誤謬』が設けられて以来、犯罪にされてしまった。……これらの主義はことごとく、プラトンまたはダンテが現実について語らねばならなかった内容は重要ではない、という前提を共有している」⁽¹⁾とブルーム

は言う。

棟梁的学問であり万学の女王であった哲学は、こうした学問分野の集まりのただなかで途方にくれ、政治的、理論的民主主義によって王座から追われ、支配の情熱も能力も奪われてしまった。アメリカの大学において哲学を取り巻く状況は、今日の世界における哲学の絶望的状况と関係している。その潮流は今日では文学と文芸批評のなんらかの部門へと流れを変え、哲学は人文科学の単なる一学科、それもかなり無内容な学科になりさがっている。そして肝心の人文科学のなかの比較文学が生み出した比較の体系は、作品を恣意的な拘束から解放してその姿を明らかにしうるような端緒とはならなかった。とりわけデリダ、フーコー、バルトに影響された学派についてブルームは次のように言う。

この学派は、脱構築派と呼ばれており、哲学の名において理性を抑圧し、真理の可能性を否定する、最後の、予想通りの段階に達している。脱構築派によると解釈者の創造的活動はテキストよりも重要である。テキストなど存在せず、あるのは解釈だけだ。こうして、われわれに最も必要なこと、つまりこうしたテキストが読者に語るべき内容を知ることは、これらの解釈者の主観的、創造的な自己にゆだねられる。解釈者は、テキストもそれが指示する実在もないと語る。ニーチェに関する安あがりの解釈は、テキストが客観的に命じることからわれわれを解放してくれる。⁽²⁾

1980年代のアメリカにおける法理学上の諸運動は、法的テキストの解釈、法の新しい定義、さまざまな言語的、文化的実践などのための伝統的基準の妥当性に関する非常に広汎な論議を促した新形式の法の批判のための舞台を用意した。さきに述べた「基準をめぐる論議」は、公平無私な学問の可能性や客観的知識、アメリカの法理学に関して究極の真理を発見するという共有された知的伝統に疑問を投げかけた。法が確固とした倫理的、認識論的基礎に基づいているのだという信念が危うくなってきた。基準をめぐる論議は、法の本質を説明するための包括的理論の可能性についてはもはや意見の一致はないことを明らかにした。法学研究における多文化主義は、法と文化の説明を均質のものに

するかつては支配的であった大領域にわたる理解力を揺るがすに至る。法学部に所属する懐疑的な大学人の新世代は、法と社会現象に係る究極的真理を発見するための解釈の基本的論証あるいは基準を展開するという神聖なるプロジェクトを、当然に拒否するということになった。

このような状況にあって、「大学という学問のねぐらを支配し、知識とは何かを規定するあの三大部門」、すなわち自然科学、社会科学、人文科学はどうなっているか。ブルームは言う。「自然科学はまことに立派にやっている。一人暮らしたが幸せであり、ゼンマイをきっちり巻いた時計みたいに動きっぱなしで、あい変わらず成功しているし、役に立つ」。しかし、「自然科学が終わるところで悶着が始まる」のである。⁽³⁾ 社会科学と人文科学との関係をブルームは、ユーモアたっぷりに、しかし的確に描いているので、それを次にいくつか抜き書きしよう。

「社会科学も人文科学も自然科学に対しては多少とも進んで畏敬の念を抱くのに、おたがいは軽蔑し合っている。社会科学は人文科学を非科学的だと見下し、人文科学は社会科学を俗物的だと見なしている」。「つまるところ両者の違いは、社会科学は予言をおこなおうと心から望み、人間は予言可能なものだというのに対して、人文科学は人間は予言不可能だと言う、という事実に着する」。「どちらの学問も、哲学から新しく解放された自然科学というチャンピオンには挑戦しようとはしない。つまり、社会科学は恐れいって、自然科学が支配する宮廷内に自分の居場所を見つけようとし、一方、人文科学は得意になって自然科学の隣に店を開くのである」。「社会科学は自然科学から認知されていない。社会科学は自然科学の模造品であって、その一部ではないからである。また人文科学の店では、次第に朽ち果てますます埃にまみれてゆく雑多な骨董品を販売しているが、明らかに売り上げがますます悪くなっている」。⁽⁴⁾

ところで、「基準をめぐる論議」との関係で社会科学の内部はどうなっているか。ブルームによれば、一種の「本家争い」が行なわれている。「実際、社

会科学のそれぞれは自分こそが出发点であって、そこから他の社会科学も理解できるのだと主張しうるし、現にそうしている—— 経済学は経済ないし市場が出发点だと論じ、心理学は個人の魂がそうだと論じ、社会学は社会が、文化人類学は文化が、政治学は政治秩序が出发点だと論じる」。(5) おのおのの専門科目は自分こそは全体を代表しており、他の専門科目はその部分であると主張したいわけである。「本家」の有力候補の一つに社会学を挙げることができるが、その応援歌は次のようなものになるはずである。

こぞりて、社会学のために歌おう。われらの集団意識の強さを心から喜ぼう。社会学の前に感謝の祈りを捧げよう。そして考案課題つきの社会学にわれら自身のよろこびを示そう。

社会学にこそ偉大な希望が、あらゆる希望を超える偉大な栄光がある。社会学の手許には種々様々の実験方法があり、統計の強みは社会学のものだ。社会集団は社会学のものであり、社会学は社会集団を創った。そして、社会学の手はそれからの海図を準備した。

こぞりて、学び墮落しよう。われらの導き主の社会学の前で、ケース・スタディをやろう。

なぜなら、社会学はすべての契約の創造主であり、われらはその適応の民草なのであり、その複合体の羊なのだから。

社会学の集団精神の美を礼拝せよ。特権的な人々にも非特権的な人々にも、ともに社会学に対する畏敬の念をいだかせよう。

なぜなら、社会学は地上を評価するために、世界と人民を知的テストで判定するための統計的測定法をもって現われるからだ。

社会学に、統計に、集団に栄光あれ！(6)

これまでのところ社会科学のなかでもっとも成功しているのは経済学であると言われ、その強みとして数学化がいちばん進んでいることが挙げられる。「数学化」という点において社会学は、「社会学の社会学」(a sociology of sociology)が成り立つかぎりにおいて弱みがある。そこで、市場こそ根本的な

社会現象であるとする経済学が「本家」として登場することになる。ところがブルームによれば、「経済学という専門学科は、あらゆることを説明し取り込もうとする普遍的な自負をもっているが、そうした自負はあまり信用されていない」⁽⁷⁾ のである。しかしそれにもかかわらず、「『経済学の帝国主義』—— 経済学が他のすべての社会科学を支配しようという企図」⁽⁸⁾ は着々とすめられた。そして昨今では「経済学帝国主義は、まさにその『擁護者』たちによって法律のなかにも浸透してきており、シカゴ学派から影響を受けた法律専門家のなかにもこの考えが姿を見せている」⁽⁹⁾ ことが注目されている。その典型例が「法と経済学」(Law and Economics)である。

2. 「法と経済学」—— リチャード・A・ポズナーの場合

リチャード・A・ポズナーの『正義の経済学』⁽¹⁰⁾ (Richard Allen Posner, *The Economics of Justice*. Harvard University Press, 1981, 2d. ed. 1983) は法律家のためにシカゴ学派の経済学の考え方を体系化したものであり、富の最大化が法規範の原理として最適であることの論証がさまざまに試みられている。すなわちポズナーは、シカゴ学派の経済学に拠って伝統的な規範的法理学の批判を行なうのであるが、H. L. ミラーによれば、シカゴ学派の経済学者の特色は次の五つであるとされる。

- (1) 競争的市場に対する極端といってもよいほどの信頼と選好。
- (2) 新古典派経済学の有用性と現実関連性(relevancy)の強調。
- (3) 現実の市場と理念型としての市場の等置。
- (4) 人間の生活のあらゆる局面への経済学の適用。
- (5) 実証経済学の発展において軽視されてきた「仮説検定」の強調。⁽¹¹⁾

政治とは経済の集中的表現にはかならず、そして政治の枠組をなすものが法にはかならないとすれば、法学におけるシカゴ学派の経済学の集中的表現がポズナーの法理学であると言えるであろう。

ところで、アダム・スミスはその有名な「見えざる手」について次のように述べている。

もちろん、かれは、普通、社会公共の利益を増進しようなどと意図しているわけでもないし、また、自分が社会の利益をどれだけ増進しているのかも知っているわけではない。……生産物が最大の価値をもつように産業を運営するのは、自分自身の利得のためなのである。だが、こうすることによって、……見えざる手に導かれて、自分では意図してもいなかった一目的を促進することになる。⁽¹²⁾

スミスが「見えざる手」によって説明したのは「社会的分業」の意義にはかならない（『国富論』の冒頭で説明されるピンの生産の話がそれである）。経済主体は自分の利益を追求することだけにかまけるが、それが広い意味での社会的分業となって（つまり「見えざる手」の導きによって）公共の利益の向上につながるというのである。個別の経済主体の力は小さく、経済的見通しの射程もたかが知れているけれども、一旦それらが「見えざる手」に導かれると、すなわち社会的分業ということになると社会の公共の利益の大いなる向上をもたらす。

学問研究においても事情は同じであろう。個別の研究者が直接カバーする研究分野は狭いが、学問の領域はとてつもなく広い。かつてバートランド・ラッセルが『西洋哲学史』⁽¹³⁾ を書いた時、ライプニッツ以外は直接オリジナルは読んでいないとまえがきで断っている。⁽¹⁴⁾ 語弊を恐れずに言えば、ラッセルは学問的分業によってしか広汎な分野をカバーできないと述べているのである。そこで筆者は、スミスやラッセルをひきあいに（ある種の掣みに倣ってと言えようか）、「法と経済学」を法理論の新しいパラダイムの一つとして提示するわが国での最初の本格的意欲作、林田清明『《法と経済学》の法理論』⁽¹⁵⁾ の読解に拠って、言わば「分業の利益」（「漁夫の利」？）にあずかろうとするものである。

2.1 「法と経済学」の歴史的背景、存在理由

一口に言えば、「法と経済学」はプラグマティズムの延長線上にあるプラグマティズム法学の新種である。林田清明によればその歴史は次のように要約される。「プラグマティズム法学には、ホームズ、パウンド、カドーゾらの1920、30年代から1945年で終息する第1期と、再び70、80年代から今日までのネオ・プラグマティズム法学と呼ばれる第2期がある。最近では、R. ローティやS. フィッシュなどプラグマティズムを再評価する哲学上の動きがあり、ネオ・プラグマティズムと呼ばれている。この影響を法学でも受けたネオ・プラグマティズム法学が 그레이, エスクリッジ, ファーバー, フリッキー, ポズナーらによって主張されている」(197)。以下では、「法と経済学」の旗手と目されるポズナー(1939年生まれ。元シカゴ大学教授, 連邦高裁裁判官)の所説を林田清明に拠ってその要点をみることにする。

ポズナーの立場は徹底したプラグマティズムであって要約すれば、反本質主義, 反基礎づけ主義, 反合理主義, 反形而上学主義である。そのポズナーによれば, 法とは次のように表現される。「法とは裁判官が発見できるものではない。法とは裁判官たちの『行為』である。彼らは, 『法』と呼ばれるものに従って行為しているのではなく, 行為して法を作っているという法の行為理論を展開している。法とは, 法曹が彼らの行為に規則正しさ(regularities)を認識しようとする試みでもある。したがって, 裁判官を問題の解決や判決に導いてくれる概念やルール of the 体系ではない」(179-180)。すなわちポズナーの法理学(Jurisprudence)は, 法に関する認識論的懐疑論である。「多くの重要な法律問題は, 法的推論の方法を用いることによって答えられない。また, 法的推論が尽き, 裁判官がポリシーや選好, 価値, 道徳, 世論あるいは自分や同僚を満足させるようなやり方で法律問題を解決することが必要であるとき, このことは, 確実な答えが存在しないことを意味している。このようにして, 法は論理的でもなければ, 科学的でもない」(158)。それでは法を何と呼んだらいいのか。ポズナーによれば「法とは裁判官が発見するもの(thing)では

なくして、彼（女）らが行っている行為（act）の名称である」（163）。

このようなポズナーの徹底したプラグマティズムに基づく法理学を評価して林田清明は次のように言う。「わが国でも法律学全体を法的プラグマティズムの観点から検討する必要があるのではないだろうか。そのためには、まず、法の科学性の呪縛から逃れることである。これは、わが国の法律学がよりプラグマティックな方向へ進む道を閉ざしている可能性が高い。第2に、法の本質主義を否定することが必要であろう。法規範やルールそれに法的概念の中に法律問題を解決できる方法や基準、それに答えが存在するというような考え方がなお解釈学の中に潜んでいる。第3に、法が人間の必要に応えなければならないという認識が重要である。今日の解釈論においてなお時に応じて現れてくる形式主義的な発想を否定し、法的解決が真実の発見にあるのではなく、社会の必要に応じて決められることを認識する必要がある」（205-206）。法が概念法学に墮してはならないという意味ではもっともな立言である（「法的解決が真実の発見にある」と一般化するのミス・リーディングにみちびく危険があると筆者は考える。ただし、証拠法の世界では「法的解決が真実の発見にある」というのは有意味である）。ところが当の「法と経済学」の手法が、「概念法学ならぬ概念『法と経済学』」⁽⁶⁾に墮するおそれがあるという批判があり、また大陸法系のわが国において「法と経済学」が画期的成果を挙げられるとは考えにくい。「法と経済学」の批判的検討は後述するとして、まずは「法と経済学」の言わば効能書きを次にかかげよう。

「経済学がそうであるように、法と経済学も人々が彼（女）らの利己利益の合理的な最大化を図るという前提に立っている。人々は自分たち個人の満足を得るために行動していると考え。法と経済学をとりうる根拠のひとつは、これが現実の人間行動に着目して分析するというこれまでにない現実的なアプローチを可能としているからである。近代経済学は利己利益を最大化するというレンズで人間行動をみるという人間観に立っている。それは裁判官の倫理、正義や価値などを基準として人を取り扱うのではない。これはつぎの意味を持って

いる。第1に、財の稀少性を取り扱うときには、私たちは経済学を扱わざるを得ない。……第2に、……法と経済学は、一般に効率性や富の最大化の意味における効率性を推進するものであるという前提をとっている。……第3に、効率性や富の最大化の概念は、道徳や社会的価値あるいは共同体の価値、政治哲学などに比べて優れているからである」(207-208)。

2.2 「法と経済学」の手法—— 富の最大化基準

「法と経済学」の立場からは、法の目的とは効率性の達成であると考えられる。林田清明は次のように述べる。「ポズナーは、カルドア=ヒックスの定義において効率性を用いている。すなわち、ある政策の変化があるとき、政策の変化による勝者が敗者に補償できる、つまり、政策の変化から得られる利得が敗者が失うものよりも大きいならば、実際に両者の間で補償がなされようとなされまいと、その政策の変化は効率的であるといえる。さらに、ポズナーは、この基準を『富の最大化』として法制度や政策の効率性判断基準に用いようとする。この場合、富(wealth)とは、社会に存在するあらゆるもの、金銭あるいはそれに相当するものの価値である。また、勝者にとっての利得(ゲイン)の金銭(ドル)的な価値が敗者にとっての金銭的な価値よりも大きいならば、その政策の変化は富を最大化するものである」(26)。それでは、法が効率性を達成しなければならない根拠は何か。「法と経済学」にとって重要なのは、法的ルールがいかに関人の満足と社会の厚生を最大化するかである。法的ルールに基づいて限られた資源を効率的に利用することによって富を増大させること、それが正義であると考えられる。すなわち、「ポズナーがいうように、正義とは効率性の別の表現にほかならない」(102)のである。要するに、「ある行為や制度が正しいかあるいは善であるかどうかを判断する基準は、金銭的な価値によって測られる社会における富を増加(最大化)させているかどうかにかかると」(108)と考えるのである。そこから、「富の最大化は道徳・倫理の原則であるとともに、正義の基礎でもある。富の最大化原則は功利主義やパ

レート優越に代わる理論である」(109)とまで主張されるにいたる。

「正義とは効率性、すなわち富の最大化の別名である」という命題には直感的にも納得しがたいものを覚えるのが普通だと思われるが、ポズナーの富の最大化基準は当然に多くの批判のまとなった。なかでも法哲学者ドゥオーキンとの論争が知られているが、その詳細はここでは割愛する。⁽¹⁷⁾

2.3 「法と経済学」の帰趨

「法と経済学」によれば、「ほとんどの法律の問題の答えは市場にある」(73)から、資本主義社会が存続するかぎりには「法と経済学や法の経済分析の発展に今のところ限界はないといえる」、「また、ポズナーの法の経済分析の方法と基礎にも限界はない」(77)と揚言される。さらには、「法と経済学」を「今までに提出されたどの理論よりもはるかに総合的で詳細な理論である」というH. L. A. ハートの評言が援用され(78-79)、「法と経済学」は「民法、商法、刑法、訴訟法、公法、独占禁止法をはじめ経済法、労働法や社会保障法、憲法など適用の可能性と領域は無限であるといえるだろう」(80)とまで言われる。これはまさしくボールディングの言う「経済学の帝国主義」にはかならないが、そのニュアンスは元来は否定的なものであった。ところが、「法と経済学」においてはそうではない。すなわち、次のように言われる。「自由市場理論からその手法を確立したポズナーの法の経済分析は、経済的効率性をその中心に据えるものである。そこで肝心なことは、個人の満足と社会の厚生(welfare)を最大化させることである。すべての問題をこの基準によって解決していくその態度を、ポズナー批判者のひとりであるB. アッカーマンは効率至上主義と批判する。しかし、見方を変えれば、複雑で技術的だった法律の中に統一された原理や法則を発見したともいえる。G. プリーストは、ポズナーを“法学界のアインシュタイン”と呼ぶ。法学において誰もが夢みてきた法の統一的理論をポズナーは手にしたというのである」(81)。果たして、ほんとうにそう言えるのであろうか。

以上は、林田清明『《法と経済学》の法理論』における「法と経済学」の要
点の、言わば表層的ピックアップであるが、以下では批判的論考の紹介と検討
を若干試みる。

2.4 「法と経済学」の批判的検討

「法と経済学」の批判的検討について、本格的にミクロ経済学に立脚して精
緻な論証を展開する川浜昇「『法と経済学』と法解釈の関係について—— 批
判的検討—— (一) (二) (三) (四)」⁽¹⁶⁾がある。わけでも、「効率性を巡っ
て—— 批判的検討」(第二章)と「合理的選択理論の限界—— 実証的批判」
(第四章)における経済学的概念の説明は精緻である。これについて川浜昇は
注で、「このように、本稿が読者として『法と経済学』に懐疑的な人々及びそ
れにコミットした人々の両者を予定していることは、読者の経済学に関する予
備知識が様々であるという困難をもたらす。本稿の主たる議論に必要な経済学
的概念は説明するが、第二章及び第四章の注の一部に、法律家にとっては技術
的に過ぎる叙述(いわゆる中級ミクロのレベルにすぎないが)もある。議論の
厳密化を優先したせいだが、」と断わっている。しかし法律家にとっては「中
級ミクロのレベル」でもフォローしていくとかなり難しく感じられる。そこで
川浜昇は続ける。「自身を『法と経済学』の側にあると考えておられる読者以
外は、その細部にこだわらなくともその他の部分の理解に影響しない」。⁽¹⁹⁾
筆者はいわゆる「経済学の帝国主義者」ではないので(さりとて「法学の帝国
主義者」でもないが)、細部にこだわらずに(こだわるのは実は難しい)以下
の考察をすすめたい。

まずは富の最大化基準に関してであるが、「富の最大化は道徳・倫理の原則
であるとともに、正義の基礎でもある。富の最大化原則は功利主義やパレート
優越に代わる理論である」⁽²⁰⁾と言われる時に前提される人間像はどのよう
なものであるか。端的に言えばそれは、人間ひとりひとは利益(利己的利益)
の最大化を求めて合理的に行動するはずであるという「合理的経済人」である。

「合理的経済人」という行動仮説について川浜昇は次のように述べる。

ミクロ経済学の世界で登場するプレイヤーは一定の制約条件下で目的関数を最適化する者として捉えられている。企業は「利潤」を最大化し、消費者は「効用」を最大化するというぐあいに。このような行動が「合理的行動」であり、そうする者が「合理人」ないし「経済人 (homo economicus)」なのだ。人の行動がこのように把握できるためには、その行動ないし選好が一定の公理をみたしていることが必要である。人の行動ないし選好は実効可能な選択肢間の順序づけとして理解され、これが一定の公理をみたすとするのが「合理人」を仮定することなのである。弱い順序を基本にするなら、選好がすべての選択肢間に完備性、推移性と反射性といった性質を有していなければならない。不確実性がかかわってくるときは、不確実性の付与された選択肢からの選択行為が一定の公理的要請をみたすとき、その行動を「期待効用最大化」として定式化できる。⁽²¹⁾

「多くの法律家が『法と経済学』に対して感じる強い違和感は、それが法律家や通常人にとって余りに非現実的に思われる行動仮説を前提としていることに由来しよう」⁽²²⁾ と川浜昇は言うが、その通りであろう。「合理人」仮説が抽象的という意味で非現実的なのは、ボールディングが指摘したように「全体として、経済学者が研究するのは、経済変数の行動であって、人間の行動ではない」⁽²³⁾ からである。たとえば株価の変動について、それは株を売買する人間の行動の変化（精神状態の変化）を現わしているが、経済学者は価格の時系列を観察し、その動き方を問題にするだけである。「『経済人』はいっしょに経済ゲームをするには申し分のない相手だろうが、所詮は存在しない抽象である」⁽²⁴⁾ とアラン・ブルームも言う。ボールディングは「経済学というのは、人間を抜きにした商品や価格の動きの研究だから、人間のいない集団の研究だ」という冗談を引きあいに出して、「すべての社会科学について言えることであるが、人間を離れば離れるほど一層抽象的になり、一層科学らしく見えるものである」⁽²⁵⁾ ことを認める。要するにボールディングが言いたいのは次のこ

とである。「抽象をリアリティと誤解してはならぬという戒めである。地図の上を歩こうとするのは馬鹿な話である。しかし、本当に歩こうという時は、地図が大いに役に立つであろう」。(26) 1978年にノーベル経済学賞を受賞したハーバート・サイモンが「合理人」の行動仮説を批判したのもその抽象性のゆえではなく、あまりに非現実的であったからである。すなわち、サイモンが「最適化行動の実際上の可能性を否定して、最適化ではなく『満足化』を追求する『限定された合理性』モデルを提案した」のは、「それを反駁する実証的研究がある」からであった。(27)

経済的効率性を測る基準には、パレート最適、パレート優越、カルドア=ヒックス基準などがあると林田清明は次のように説明する。「パレート最適とは、誰かを悪化する (worse off) ことなくある者を良くすることができないときのみ、資源はパレート最適に分配されたという。すなわち、それよりも優れた状態のない場合である。また、パレート優越とは、ある状態を S_1 とすると、他の状態 S より、つぎのときにのみパレート優越である。誰も S_1 において悪化せず、かつ、少なくとも1人が S よりも S_1 において良化している。しかし、これらでは、ユーティリティ (満足・幸福) を測れないことや第三者への効果が考慮されていない。そこで、カルドア=ヒックス (潜在的パレート優越) 基準では、 S_1 は、つぎのときにのみ S よりもカルドア=ヒックスの意味において効率的である。 S から S_1 への移行において、良化する、いわば勝者が悪化する敗者に補償することができ、その結果、誰も S_1 において悪化せず、かつ、少なくとも1人が S にあったときよりも良化しているであろう場合をいう」。(28) みてのとおり、この説明は歯切れがよくない。「カルドア=ヒックスの定義において効率性を用い」、「この基準を『富の最大化』として法制度や政策の効率性判断に用いようとする」(29) ポズナー、と林田清明は説明するが、これではポズナーは当惑するのではなからうか。(「富の最大化は、一見すると効率性のひとつであるカルドア=ヒックス基準に似ている。しかし、それと異なるのは、前述のように富の最大化が、効用 (ユーティリティ) ではな

く、『金銭に相当するもの』という意味において社会の状態をランクづけることができるのである。効用と異なって、これは比較を可能としているのである」⁽³⁰⁾とも林田清明は述べている。)

そこで、ポズナーのためにも（「法と経済学」の理解を深めるためにも）、効率性について概念の整理⁽³¹⁾が必要である。

(1) パレート優越，パレート改善，パレート最適（パレート効率）

ある社会的状態Ⅰから他の状態Ⅱへの移行により社会の構成員の少なくとも一人の状況を望ましくし、かつ他の構成員の状況を悪化させない場合、状態ⅡはⅠにパレート優越していると言い、このような移行をパレート改善と呼び、ある状態がパレート改善不能な状況にあるときパレート最適（パレート効率）と呼ぶ。（パレート最適は、否定的に次のように表現できる。「或る社会が、一人でも有利になったと感じ、誰も不利になったと感じないような地位乃至状態へ動き得る場合、その社会はパレート最適ではないのである。もちろん、そこには、パレート最適でなかったらパレート最適へ動くのはよいことである、という暗黙の前提がある」。⁽³²⁾)

パレート基準は、ごく弱い価値判断によって政策を評価できるという利点はあるが（ボールディングは「これは、立派な、品のよい、人間味のある原理で、こういう方法で政治問題が提出されたら、政治闘争は、さだめし、もっと情理を弁えたものになるであろう」⁽³³⁾ と言う）、法的意思決定に際してあまり有効ではないと言われる。その理由は、二つの選択肢の一方が他方にパレート優越しているのはごく稀な事態であり、またある状態がパレート最適であるとしてもそれが他のパレート最適をはじめパレート非効率な状態にくらべてもよりよいものであるとは言えないからである。ポズナーが「富」の最大化基準を唱えるにいたったのは、このような事情による。

(2) 「富」の最大化

効率性の基準としての「富」とは、ポズナーによれば財・サービスに対して個人が支払ってもよいとする貨幣評価（willingness to pay）の総計であり、

伝統的には消費者余剰（効用の増加を貨幣額で表示したもの、ある財を入手するために支払っても損はしない最大の金額と実際に支払った金額の差）と生産者余剰（企業に発生する余剰、財の売上金額と生産費用の差、すなわち利潤）の合計（総余剰）のことである。

(3) カルドア=ヒックス基準（潜在的パレート基準）

状態ⅠからⅡへの移行に伴い、利益を受ける者が損失を被る者に補償を行なって損失者をもとの状態に劣化することのないようにしたとして、なお利益を受ける者に残存利益のあるようにすることが可能な場合、これを望ましい変化であるとする。実際にこのような補償がなされたならばそれはパレート改善にあたることからカルドア=ヒックス基準は潜在的パレート基準とも呼ばれる。（パレート最適の系がカルドア=ヒックス基準であり、それは補償原理にはかならない。）

ポズナーが富の最大化基準の正当性根拠を功利主義的伝統に求めないのは、功利主義の難点⁽³⁴⁾をまぬかれるためであるが、しかし、そのために用いられる「カルドア=ヒックス基準」そのものが倫理的にも論理的にも欠陥の多いものだと言われる。たとえば、倫理的欠陥の第一点として、カルドア=ヒックス基準によると現実に不利益を被る者に補償のないまま変化が実行されることになるが、このことの倫理的基礎づけがないこと、第二点として、参照基準点の恣意性が挙げられている。⁽³⁵⁾ 論理的欠陥として挙げられるのがいわゆるシトフスキーパラドックス⁽³⁶⁾である。それは、カルドア=ヒックス基準に基づいて状態ⅠからⅡへの移行が是認され、かつ状態ⅡからⅠへの移行が是認されるケースが存在するということである。このパラドックスを避けるために、状態ⅠからⅡへの移行がカルドア=ヒックス基準を満たし、かつ状態ⅡからⅠへの移行が同基準を満たさない場合にのみ状態Ⅱを望ましいと考えるシトフスキー基準が提案された。ところがこの場合でも状態が三つ以上ある時には、状態ⅠよりもⅡが望ましく、さらにⅡよりはⅢが望ましい時、状態ⅠがⅢより望ましい（推移性を満たさない）ケースが存在するのである。この論理的不整合性は

「法と経済学」の「決定不能性」を示す一例として致命的なものだと法学内部（批判的法研究の立場）からも指摘されている。⁽³⁷⁾

カルドア=ヒックス基準をめぐる難点は、法の目的とは効率性の達成であると考え「法と経済学」の根幹をゆるがす重大な欠陥である。詳細は割愛するが、「法がもつばら追求すべき価値としての効率性の是非及びそれを法的実践で可能にするための議論を見たが、いずれについても否定的な結論を下さざるを得ない」⁽³⁸⁾と川浜昇が言うのは納得せざるを得ない。以上のような理論経済学の隘路を背景にポズナーの法解釈理論は、その裁判官の経験を通じて法的意思決定における実践理性の役割を重視するようになり、効率性の役割は限定的なものになってきている。このような文脈において、いわゆるポスト・モダンの法理学のなかに「法と経済学」を位置づけてみる、というのが本稿の最後のテーマである。

3. ポスト・モダンの法理学

3.1 ポズナーとポスト・モダン

いまやポズナーも認めるように経済学は「法の理性の背後にある理性」ではない。「法と経済学」は確定的な、一見科学的な分析から、学界におけるポスト・モダンの風潮に規定されて登場したより不確定的な、アンビヴァレントなスタンスへシフトすることになった。

『法理学の諸問題』⁽³⁹⁾におけるポズナーの最近の「法の経済学」の弁護は、たとえば彼の初期の著作である『法の経済分析』⁽⁴⁰⁾にみられた法理学上の見地からシフトしている。効率分析という客観的レンズを通して法はもっともよく理解されるとかつては論じたポズナーは、「法における大きな変化はしばしば非合理的なプロセスの結果として生ずる」⁽⁴¹⁾という考え方を受容する法的プラグマティズムの一形式に、いまやシフトしてきたのである。

『法の経済分析』においてはポズナーは、若干の単純な経済学概念に助言

を求めることによって法的諸問題に対する経済的に正しい答えを裁判官は識別できるという可能性を確信していた。ところが、『法理学の諸問題』ではポズナーは、法における正しい答えの可能性について確信が縮小し懷疑が拡大してきている。『法理学の諸問題』は、法的諸問題を決定するにあたって直観と常識に依拠する裁判官たちを鼓舞する、言わば「プラグマティズム宣言」であるということができる。というのはポズナーは、「法と経済学」運動の科学主義 (scientism) を放棄して、リチャード・ローティのようなネオ・プラグマティズムの哲学者たちのプラグマティズム宣言を奉じるにいたったのである。すなわち、「理論」の抽象的な諸命題に依拠することに代えてポズナーは、裁判官は道具的論理に依拠すべきであると論ずる。つまり彼は理論と法的推論を、「仕事をやりとげるための道具」として用いるべきだと考えるわけである。人間のもろもろの目標や熱望を最大化するのに道具として「役に立つ」かどうか、ポズナーの法的分析に対する言わば試金石である。ポズナーは、「単純な論理の使用と日常生活でものを考えるときに使用する実際的な推論のさまざまな方法」と明確に区別される「『法的推論』というようなものはない」⁽⁴²⁾ ことを承認する。ポズナーによれば、日常生活において用いられる実際的な理性 (実践理性) の方法が不分明であるのは、そのような理性は「経験的に確立されることができない予断」⁽⁴³⁾ に基づいているからである。

ポズナーによれば、法的客観性とは、法的意思決定をする者が個々の事例を解決するにあたって「筋を通す」ということを単に要求することにすぎない。⁽⁴⁴⁾ 法における変化とは、「回心に類似した非合理的なプロセスの結果として」、「法は概念あるいは一群の諸概念というよりはむしろ活動である」⁽⁴⁵⁾ とみられる。経済分析はなおもポズナーの法理学においては有意味であるが、しかしそれは問題解決の道具としてのみ有意味なのである。ポズナーによれば、「解釈的意思決定 (interpretive decision making) の本質は二者択一的な諸決定の諸結果を考慮することである。『論理的に』正しい解釈というものはない。解釈は論理的^{プロセス}手続ではない」⁽⁴⁶⁾ のである。このように法の自律性という

考え方を拒否するポズナーにとっては、法システムとは種々の企業経営の産物であり⁽⁴⁷⁾、法の一次的目標は健全な効果に到達するという機能的目標である。⁽⁴⁸⁾したがって、あらゆる法システムの真のテストは、人間のもろもろの目標と熱望を最大化するのに道具として「役に立つ」かどうかである。

彼の初期の著作『法の経済分析』よりも法と判決の偶然的性格をはるかに多く受け入れている『法理学の諸問題』は、理論的にはより折衷的である。ポズナーの法理学のおそらく究極的目的は、アメリカ法の形式主義的性質を誇張していると彼が考える右派と、アメリカ法の不確定性を誇張していると彼が考える左派とのあいだの中間の位置としてプラグマティズムを提示すること、である。おそらくポズナーにとってはネオ・プラグマティズムは、初期の「法と経済学」という学問のわかには信じがたい、一見科学的な主張を扱うのに最良のポスト・モダンのオルタナティブなのである。

ネオ・プラグマティズムは、事物が「現実」に存在する仕方を発見することよりも、諸問題に対する道具的で実際のなアプローチを展開することにより関心を寄せる。それを法の経済分析に応用すれば、ネオ・プラグマティズムの態度は「役に立つ」諸結果をひき起こすことにくらべて、法的客観性や首尾一貫性を維持することには関心が薄い。ネオ・プラグマティズムの態度はまた基本的な経済理論の諸主張についても懐疑的であり、それに代えて経済理論の実験的な、そして予言的な利用に関心をひかれる。ネオ・プラグマティストたちは「真理」の本質をめぐる基礎づけ主義的要求について、反教条主義的で懐疑的である。

ポズナーは、彼の法理学が法理学のための一つの新しいメタ物語ないし基礎づけの根拠づけを展開する可能性を拒否するものであることを強調している。彼はまた、法は自律的な、自己産出的な活動であるという考え方も拒否する。彼の法理学は、経済分析が基礎づけなしの法理学にとりわけ適合する、実際の理性の一形式である。法は、確定的な、一見科学的な経済分析によって制御されるにはあまりにも不確定である。それゆえ1980年代の終わりころになって

「法と経済学」運動は、確定的な分析からより不確定な、部分的に学界におけるポスト・モダンの動向に規定されたプラグマティックなアプローチにシフトしたのである。ポズナーのプラグマティズムはホームズのそれとは違って、経験や理性、あるいは経済学よりもことばの重要性を強調する。彼のプラグマティズムは科学的理論の理念そのものについて懐疑的である。

3.2 ポズナーとローティ

ネオ・プラグマティズムはポスト・モダンの哲学者リチャード・ローティの主張する哲学説である。ポズナーはいまやローティのネオ・プラグマティズムに従っており、したがってモダンの法の分析や解釈を統括する普遍的法則あるいは基礎づけの可能性は全面的に否定されることになるが、それではローティの哲学はどのようなものであろうか。

ローティの哲学は、これまでの伝統的哲学の解体を主張する、言わば反哲学説である。その核心を一口に言うならば、「『真理とは実在への対応である』⁽⁴⁹⁾という考え方……に支配されてきた哲学的伝統から抜け出そうと企てる」⁽⁵⁰⁾ 反表象主義である。すなわち、「哲学的実在論が要請する意味での実在を忠実に写し出すものが存在しうる」⁽⁵¹⁾ とは考えないということ、そのような（鏡のような）表象 = 再現前 (representation) は存在しないということである。すなわち、「恒久的な中立的枠組が存在し、その『構造』は哲学によって開示されうるという考えは、心が直接に対面する対象あるいは探求を制約する規則は、あらゆる言説にとって、あるいは少なくとも一定の主題に関するすべての言説にとって共通である」とは考えず、したがって「認識論が展開されるための前提は、所定の言説に寄与するすべてのものが共約可能だ」⁽⁵²⁾ とは考えないことである。（ローティが言う「共約可能」の意味は、「諸言明が衝突し合うと思われるあらゆる点に関する論争を決着するに際して、いかにしたら合理的一致が得られるのかを示すような一連の規則をわれわれが持ちうる、ということ」⁽⁵³⁾ である。）

伝統的哲学の解体を主張するローティの反哲学説は、次のように要約されるであろう。「認識論を構成するとは、他者との最大限の共通の地盤を見いだすことである。認識論が構成されうるといふ仮定は、そうした共通の地盤が存在すると仮定することにほかならない。時としてこの共通の地盤は、われわれの外部に——例えば、〈生成〉と対置される〈存在〉の領域に、あるいは探求の指標を示すと同時にその目標でもある〈形相〉のなかに——あると想定された。しかしまた、それがわれわれの内部にあると想定されたことも何度かあった。例えばそれは、われわれ自身の心を理解すれば、真理を発見する正しい方法も理解されるはずだとする十七世紀の考え方のなかに認められる。分析哲学の内部では、この共通の地盤は言語のなかにあると想定されることが多かった。言語は、あらゆる可能な内容にとっての普遍的な図式を提供するものと見なされているからである。そうした共通の地盤などない」。(54) 啓発的哲学（ローティはその反哲学説＝形而上学批判をそのように名付ける）は、「大文字の〈真理〉や〈実在〉や〈善〉というプラトン主義的概念を放棄することであろうし、さらには、『真なる』や『実在的』や『善い』に関する唯一の有効な概念は、現在の実践や信念から外挿されたものだけだと考える『相対主義』に改心する」(55) であろう。しかも「啓発的哲学は、変則的であるばかりではなく、反抗的でもある。というのも、普遍的共約性の提案者が、一連の特権的記述の実体化をたてに会話を打ち切らせようとするとき、それに異議申し立てをすることでこそ、この哲学の意味がある」(56) とローティは言う。

「認識論が展開されるための前提は、所定の言説に寄与するすべてのものが共約可能だということであり、解釈学とはもっぱらこの前提に戦いを挑む」(57) とローティは「解釈学的転回」を強調するが、それはポスト・モダンの法理学における解釈学的転回の原動力となった。すなわちそれは、基礎づけ主義的真理や超越論的価値、そして法の中立的概念を、法より多元的な、文脈依存的な、非本質的な説明と多文化的社会をめざして展開された法的意思決定とに置き換えようとするものである。ポスト・モダンの法的批判は、法と政治と文化

の関係をめぐる新しい問題提起のための局地的な、小規模の問題解決の戦略を用いる。ポスト・モダンの法的批判は法解釈という実践を再度概念化するための一つの新しい解釈学的美学の可能性をさぐる。

ローティによれば、われわれがこれから築いていかなければならない文化は「ポスト形而上学的文化」(postmetaphysical culture)であるが、それはあらゆる価値判断の統合を可能にするような普遍的座標軸をもたない文化である。それは「ポスト・モダンのポスト形而上学ないし否定的形而上学」という文脈において、ポスト・モダンの審美的個人主義と通底する。すなわち、一にかえて多を、普遍にかえて特殊を、同一にかえて差異を、理性にかえて理性の他者を、思想の構造にかえて思想の基礎構造を、言語の論理の本質にかえて言語の異型論理の本質を重視するポスト形而上学の合理論的個人主義の概念装置の抽象的否定と通底する。⁽⁵⁸⁾ ローティは言う。「ポスト宗教的文化と同様ポスト形而上学的文化も不可能ではないとわたしには思われるのであり、そして二つとも等しく望ましいものである」⁽⁵⁹⁾。

ポスト・モダンの新しい懐疑的美学や気分、知的条件に依拠してローティは、ロマン主義的芸術観をそのネオ・プラグマティズムのなかに組み込もうとする。ロマン主義者の場合と同様に(その典型例はノヴァーリスである)、「文化の詩化」(ノヴァーリスの場合はポエジーによる「世界のロマン化」⁽⁶⁰⁾)、すなわち「詩化された文化」(poeticized culture)の構築が企てられる。ローティは言う。「われわれは自由主義について、全体としての文化は『合理化』あるいは『科学化』され得るという啓蒙の希望としてよりも、『詩化』され得るという希望として、その記述を改める必要がある」。⁽⁶¹⁾ ローティは続けて言う。「理想的に自由な政治体(polity)とは、その文化の英雄が戦士、聖職者、聖人あるいは真理を探究する『理論的』な、『客観的』な科学者よりも、ブルームの言う『強力な詩人』であるような政治体である。そのような文化〔詩化された文化〕では、……『相対主義』や『非合理主義』と呼ばれた亡霊はもはや出没することはないであろう。そのような文化は、文化的生活の形式は文化的

生活の哲学的基礎づけよりも強くないと想定することはないであろう。それどころかそのような文化は、哲学的基礎づけという観念が抜け落ちている。そのような文化は、自由な社会の正当化を、社会的組織をめざすその他の企て——過去のそれらと夢想家たちによって心に描かれたそれら——との歴史的比較の問題とみなすことになるであろう」。(62)

ローティによれば、文化を詩化することによって自由な共同体を文化的に強めることに貢献できる。自由な共同体は、今日では形而上学的意味での哲学的基礎づけを必要としないし、また超越論的に最終的基礎づけを行なうことは不可能である。むしろわれわれは、ことばの偶然性とともに関体の偶然性を理解しなければならない。人間は自分たちの生活を描写するのに暫定的な用語集(vocabulary)しか持っていない。ローティは言う。「すべての人間存在は、そのもろもろの活動、信念、生活を正当化するために用いる一組のことばを持ち歩いている。これらの活動、信念、生活は、われわれがわれわれの友人の賞賛やわれわれの敵に対する軽蔑、われわれの長期にわたるプロジェクト、われわれの極度の自信喪失、そしてわれわれの最高の希望を定式化することばである。すべての人間存在は、われわれが時には展望的に、時には回顧的にわれわれの生活の物語を語るもろもろのことばである。わたしはこれらのことばをひとの『最後の用語集』(final vocabulary)と呼ぶ」。(63)そしてローティによれば、文化の詩化を推進するのはこれらの「最後の用語集」を操る「アイロニスト」(ironist)である。

ローティは「アイロニスト」を次のような三条件を満たす者として定義する。(1)「最後の用語集」となるものは存在しないことを認めること。なぜなら「最後の用語集」と一旦みなされてもそれに対抗する「用語集」がたえず出現して「最後の用語集」への懐疑が生まれるからである。(2)自分の現在の「用語集」においてことばで表わされた議論は、これらの懐疑を引き受けもできなければ解消もできないことを十分理解すること。(3)自分の状況について哲学的に説明するかぎりでは、自分の「用語集」がその他の用語集より実在により密接して

おり、自分自身のではない知力に一致しているとは思わないこと。⁽⁶⁴⁾ なぜなら「用語集」のあいだの争いを調停し得る超越的審廷は存在しないからである。

ローティによれば「アイロニストたち」は、いかなるものも記述が改められることによって善くみえたり悪くみえたりさせられるということを十分に理解しており、「最後の用語集」のあいだの選択基準を定式化する企ては放棄される。しかし、実際の問題として「用語集」は選択されているのはどのようにしてであるか。ローティは言う。「哲学的に説明する傾向のあるアイロニストたちは、もろもろの用語集のあいだの選択を、中立的で普遍的なメタ用語集の内においてなされたのでもなければ、外観を貫通して実在的なものへの進路を切り開く企てによってなされたものとも見ず、それは単に古い用語集と新しい用語集とを対抗させて漁夫の利を得ることによってなされる」⁽⁶⁵⁾ のである。アイロニストたちをまじめに考える（深刻に受けとめる）というのは万に一つも可能ではないとローティは言う。なぜなら、「彼らは自分自身を記述する用語が変化を受けやすいことをつねにわかっており、彼らの最後の用語集の、したがって彼らの自我の偶然性と脆弱性をつねにわかっているから」⁽⁶⁶⁾ である。

ローティによれば自由な共同体の基礎づけは不可能であるが、しかし共同体の存立を可能にするものとして連帯（solidarity）は必要である。共生をこころざす人々を信頼してその言い分に耳をかたむけつつ、何が最善であるかを考えようとする態度が連帯である。この点でローティはレッシングの側に立つ。「したがって啓発的哲学者は、『一切の〈真理〉』を一度に所有してしまうことよりも、限りなく真理を目指していこうとする、レッシングの選択に同意する」。⁽⁶⁷⁾ ローティは言う。「理想的な自由社会を結合させる社会的な接着剤は、次のような合意にあるにすぎない。すなわち、社会的組織の要点はすべての人にその能力の及ぶかぎり自己創造する機会を持たせること、この目標は平和と富のほかに『ブルジョアの自由』という基準を必要とすること、という合意である。この信念は、普遍的に共有された人間のもろもろの目的、人間のもろもろの権利、合理性という本質、[大文字の]人間のための善、その他につ

いての見解に基づいているわけではない」。(68)

以上のように、ローティの反哲学説（形而上学批判）からは、われわれが正しいと考える自由な共同体と真理とは無関係であるという主張がみちびかれる。真理とはただか特殊な職業共同体あるいは社会環境の単なる信念構造にすぎないとすれば、真理概念を共同体の正当性根拠として呼び出すことも、なんらかの普遍的根拠に拠って共同体を基礎づけることも必要ではなくなるわけである。

ところですでにみたように、文化を詩化することは自由な共同体を文化的に強めることであり、とりわけ人生の私的な描写とかかわるがゆえに、文化の詩化は個人的な自己創造であり、自己認識や真理の発見ではない。そして文化の詩化を推進するのはいわゆるアイロニストであったが、アイロニストたちを相互に結合させて共同体へとうながすものは何であろうか。ローティは、それは残酷さ（cruelty）を回避ないし廃止することであると次のように言う。「アイロニストが考えるに、自分をその他の同胞たちと接合させるものは共通の言語ではなく、まさに苦痛に対する感受性そのものであり、わけでも野獣が人間と共有していない特殊な種類の苦痛である屈辱に対する感受性である。アイロニストが構想するところによれば、人間的連帯とは共通の真理あるいは共通の目標を共有するという問題ではなく、共通の自分本位の希望、つまり自分の世界——人が自分の最後の用語集に織りあげた小さなもろもろの事柄——を破壊されたくないという希望を共有するという問題である」。(69)

それでは「なぜ残酷であってはならないのか」、「なぜ親切でなければならないのか」。この問いを基礎づけることもローティは拒否して、次のように言う。「哲学におけるアイロニズムは自由主義を助けるものではないという疑いはまったく正しいが、しかしそれはアイロニストの哲学が本来的に残酷であるからではない。それは、自由主義者たちは哲学に一定の仕事をする——すなわち、『なぜ残酷であってはならないのか』や『なぜ親切でなければならないのか』のような問いに答えること——を期待するようになってきており、

そして自由主義者たちはこの割り当てられた仕事を拒否するいかなる哲学も冷酷であるに違いないと感じるからである。しかしその期待は形而上学的なしつけ教育の一つの結果である。もしもわれわれが期待をやめることができれば、自由主義者たちはアイロニストの哲学に、それがすることができない仕事を、そしてすることができないのが明らかであるような仕事をするようには求めないであろう」。⁽⁷⁰⁾ 残酷さを回避ないし廃止するという規範は基礎づけられないが、この規範が社会的に実現することを促すことはできる。たとえば、「苦痛に対して人を敏感にするもろもろの小説や記述民族学 (novels and ethnographies)」⁽⁷¹⁾ によって。ローティによれば、「正しいそして自由な社会の目指すものはその市民たちをして私生活中心的で、『非合理主義者』で、審美主義者であるがままに任せること」であり、しかも「自己創造と正義を理論のレベルで和解させる道はない」のである。なぜなら、「自己創造の用語集は必然的に私的で、非共有的であり、論証するには不適當」であり、「正義の用語集は必然的に公的で、共有的であり、論証的意見交換のための媒体」であるからである。⁽⁷²⁾ あくまでもローティが重視するのは、基礎づけではなく残酷さや屈辱に対する感受性を高めることである。

3.3 ポズナーとフィッシュ、あるいはポスト・モダンの法理学

ポズナーの法理論の特徴は、反本質主義、反基礎づけ主義、反合理主義、反形而上学主義、徹底したプラグマティズムに基づく法のとらえ方にあるが、このようなポズナーの見解にスタンリー・フィッシュ（デューク大学の英文学および法学の教授）はほとんどあらゆる点で同意する。⁽⁷³⁾ ポズナーの『法理学の諸問題』は「戦後法思想における最高のもの」⁽⁷⁴⁾ と評価されているが、その骨子をフィッシュはきわめてコンパクトにまとめている。以下の記述はフィッシュの祖述ならぬほとんど引き写しである（カッコの数字はポズナーの『法理学の諸問題』のページ数）。⁽⁷⁵⁾

ラニー・ハンドがある言明のなかに挿入した以下の文章をポズナーもまた引

用する。「諸価値は通約不可能である。あなたは妥協によっても解決を入手できるし、あるいはその妥協をあなたの欲するものだとみなすことができる。人々があまり多くは不平を言おうとしないのはこれと同じであるに違いない。だがあなたは、これ以上はいかなる客観的尺度も期待できない」(129n.10)。(76)

あなたがこれ以上には期待できないのは、その強い承認がプラグマティズムの思考法のすべての基礎であるとポズナーによって名付けられている条件のせいであり、わたし[フィッシュ]によって名付けられれば異質性あるいは差異のせいである。プラグマティズムもまたその基礎づけ的な前提をもっているという事実がその反基礎づけ主義と矛盾するものではないのは、この特殊な前提(差異の縮減不能性)は反基礎づけ主義であるからである。異質なものからなっている世界、人々が特殊な信念を支持する(あるいはその信念によって支持される)ことによって追求する特殊な目標や考え方や希望に関連して追求される特殊な目的をもった特殊な場所を占めて位置している世界においては、誰も普遍的あるいは一般的である(すなわち状況では決してない)状況のなかにいるのではなく、したがって誰の将来の見通し(手の内をみせる言葉)も特権に対する権利を要求できない。その種の世界、差異の世界、ポズナーが言うところの、そしてわたし[フィッシュ]が言うところのわれわれの世界においては、在るもの(事実)と在るべきもののどちらの規定もつねに政治的角度からみられたものであり、もろもろの規定の衝突する(或る)事件においては判決のメカニズムは、個人的な領域においてであれ制度的領域においてであれ、同じく政治的であろう。

それでは法の任務はどのように果たされるのか? 「もしも二つの社会的見解が衝突する場合にどちらが打ち勝つのか? ……裁判官は相競う社会的見解のあいだでどのように選択するのか?」(148)ポズナーのこれらの問いに対する答えは、政策をめぐるもろもろの考慮は(ドゥオーキンふう)に排除されるかあるいは従属化されるかのいずれかであるという法理学を追求する人々にとっては悩みの種となるであろう。しかしそれは、「しばしば選択は個人の奥深く

で支持されている価値に基づいてなされるであろうし、またしばしばこれらの価値は論証 (argument) を受けつけないであろう」 (148-149) という、問いに優先してついてまわる性質の不可避の答えである。後者 [これらの価値は論証を受けつけないということ] はとりわけ呆然とさせる。というのは、論証はいかなる行為者にも、たとえ彼あるいは彼女の「個人的価値」が何であろうと従わせるという証拠をまとめるという意味では、おそらく法の生命そのものであるからである。これがポズナーの言いたいことではなく、急いで次のように付け加えられる。裁判官の個人的なもろもろの価値は論証を受けつけないがゆえに、それらは変化も受けつけない。変化はしかし、「道理を尽した説明」 (149) の手続によってではなく、「もろもろの信念の非合理的一群から、とても (しばしばあまり) 合理的とはいえない他の非合理的一群への、突然のきわめて情緒的な切り換え」 (150) として適確に定義される回心 (conversion) を通じて起こり得るものであり、実際に起こるのである。

それでは、何がその切り換えをひき起こすのか？ それは、ほとんどなんでも。とりわけこれといったものはなにもない。すなわち、回心するための確実な道、定式化できるあるいは見込みをつけられる道順の進行順序はないのである。道順をつくり出すには「本来的に」弱すぎる手段や刺激はない。回心は何からでも、手あたりしだいに聖書の章句を読むことやダマスカスへの路上での落馬からでも、突然はじめて灰色の髪をみることからでも生じ得るのであり、何をもらってでも、正しい歴史や心理学や圧力をかける環境などを与えられても「人々をいつもどおりの思考の径路からそらして揺さぶる」 (150) ことができる。

ポズナーの挙げる例は女性運動である。彼は言う。女性運動が影響力をもつようになったのは「多くの女性といくらかの男性」が女性の役割を「異なった光において」みるようになってきたからであり、「これが事物の『本当の』あり方であるという証拠が示されたり、かつてはちらっと現われたことのある、多くの人々の心を打って認知のショックを与える新しいものの見方が提供されたりしたため」 (150) ではない。ある人たちには啓示 (「かつてわたしはガ

ラス越しにボンヤリと見た」)だと思われてきているもろもろのメタファーやアナロジーや修正主義の歴史やスローガン(「個人的なるものは政治的なるものである」)は、その他の人たちには馬鹿馬鹿しいあるいは見当はずれだと思われてきている。裁判官を含めて人々の精神が、理性や論理の作用によるよりもむしろ回心によって変化するとすれば、変化とは偶然の問題であり、そして予言可能性とは——法によって重んじられるとともに要求もされる——キマイラである。もちろん偶然性はしかし、計画あるいはキャンペーンの結果としてではなく、ともかくも「構想中」となっていて(歴史家あるいは社会評論家によって)気付かれた時にはとりわけ誰かがその原因となったのでもなければ、もちろんいかなる合理的過程が原因となったのでもないとみられるであろうところの「外観の変化」をもたらす概念あるいはポキャブラリーの結果として、時には根をおろすことができる。それはかつては「実質的には思考不可能」(151)であった或るものが今や言うまでもないということにすぎない。ポズナーは締めくくる。「わたしの主眼点は、20世紀のアメリカ法における(そして法や時代における)偉大なもろもろの転換点は憲法の意味の深遠な反映(reflection)の産物で[あったので]はなくて……それよりも変化していく外観を反映している(reflect)のだということ」(152)である。

以上が、ポズナーの見解にほとんどあらゆる点で同意するフィッシュのまとめである。ポズナーの法理学においては、法的解釈とは客観的な法的意味の深遠な反映などではなく、変化していく法的意味の外観を反映するものだということである。フィッシュは次のように代弁する。「『コモン・ローとは曖昧な制定法の解釈を議論に付すことができるように緩いつなぎとめられた裁判官が作ったもろもろのルールの龐大なコレクションである』(47)。緩いつなぎとめは、しかしポズナーの見方において必要となるつなぎとめのすべてであることが明らかとなる。というのは、『正確な探求』(71)と『純粹』理性は実現不可能な理想であるがゆえに、実践理性がそのつなぎとめのたるみを引き締めるのである。実践理性は『一つの宝捜し袋であって、その中には逸話、内省、

想像力、常識、感情移入、動機の非難、発話者の権威、メタファー、アナロジー、先例、慣習、記憶、〈経験〉、直観、帰納（規則正しさの期待、直観にもアナロジーにも関係がある気質）が入っている』（73）」。⁽⁷⁷⁾

要するにポズナーによれば、すべては表層であって希望は理性の彼方にあるということになるが、大陸法系の日本でも事情は同じではないかと長谷部恭男は次のように述べている。「ポストモダン状況に生きる法学者にできることは、そこにおける法理論という言語ゲームのあり方を示すこと、それが多元的な価値の分裂と比較不能性を反映したり抑圧したりするものの、状況の中にからめとられたままそれを解決しえないさまを示すだけである。我々は、啓蒙主義的な現状批判によって、そうした批判自体を支えているポストモダン状況を変えることもできないし、自己の属する共同体の伝統を当然のものとして生きる人を説き伏せて立憲主義者に宗旨変えさせることもできない。今現在の生活が我々の『ふるさと』であって、それ以外の生き方はない」。⁽⁷⁸⁾ 「パラダイム相互間に比較可能性が存在しない以上、理性的対話の効用には限界がある。論理が力を発揮するのは、同じパラダイムの内部に限られる。我々の課題は、理性の極北を摩する強力な哲学理論を生み出しそれを実現することよりはむしろ、思いやりに富んだ気立てのよい人々をなるべく多く育てることである。希望は、理性の彼方にある」。⁽⁷⁹⁾

ところで、今世紀に展開されたアメリカ合衆国における伝統的な法理学上の思考のモダンの様式の検討に基づいてポスト・モダンの法運動の考察をすすめるゲーリー・ミンダによれば、合衆国で1980年代に活発になった新しい法理学上の運動には五つのものがある。すなわち「法と経済学」（law and economics）、「批判的法研究」（critical legal studies）、「フェミニズムの法理論」（feminist legal theory）、「法と文学」（law and literature）、「批判的人種理論」（critical race theory）の五つである。これらの運動は19世紀後期および20世紀初期の思潮を含むさまざまな知的諸傾向、気分、美学上のスタイルの産物であるが、その知的源泉には知的気分や傾向において部分的に

重複が含まれているので、五つの運動は時には共通の特徴を分け持っているようにみえる。すなわち、それらはモダンの学問の視座と方法から離脱するという法理学⁽⁸⁰⁾の新形式の導入という点で通底しており、しかも1980年代の10年間にほとんど同時的に出現し成熟した点が興味深い。

ひところはポスト・モダニズムという用語は、建築と美術の分野におけるモダンの美学の拒絶に言及して用いられたが、今日では知的な思考における一つの新しい気分あるいは美学を意味する現代的学問の多様性を意味するものとして用いられる。法におけるポスト・モダニズムは、普遍的真理、中核となる本質、基礎づけ的な理論があるという信念を前提とする解釈から離脱するという運動となって現われる。法理学におけるポスト・モダニズムは、一つの大文字で書かれた真の「法の支配」、一つの確定した「範型」や一組の「範型」、法理学の一般化された理論があるという信念に基づいて考える大文字の「法の支配」から離脱する運動となって現われる。ポスト・モダニズムとは大文字で書かれた「大きな理論」、構造上の範型、基礎づけ主義的知識と対立する美学上の実践と条件のことである。

ポスト・モダニストは、モダンの理論の真理主張に対しては懐疑的であるが、しかし理論を断念したわけではない。ポスト・モダニストたちは、自分たちは自分たちが批判しているシステムの外側に立っているとは主張しないのである。彼らは理論はそれが問題の経験的探求のための道具として用いられる時には有用であり得ると信じているのである。

ポスト・モダンの法理学の批判的となる「芸術上のモダニズムと区別されたリーガル・モダニズム」をミンダは次のように定義する。「法におけるもっとも困難で議論のある諸問題であっても著者一人だけでそれに対する『正しい答え』を発見することができる」と信じる法理学の著者の知的立場」。⁽⁸¹⁾ すなわち「モダンの法理論家たちは、演繹、類推、先例、解釈、社会政策、制度分析、歴史、社会学、経済学、科学の方法に基づいた明確な法的方法を適用することによって『正しい答え』あるいは『間違いのない解釈』を発見できると信

じている」。⁽⁸²⁾ リーガル・モダニズムは、語と概念的観念は法が記述とコントロールをしようとする諸事件の意味を客観的にとらえることができるという言語観に基づいている。法の専門職業的言語は、客観／主観、法／社会、実体／過程、中心／周縁などのような二項対立的抽象的カテゴリーを、一般性と客観性という法理学上の必須的要求を満たすために用いる。そしてこの二項対立的な再現前的二分法 (representational dichotomy) は法解釈をコントロールし、法システムが中立的決定を生み出すのに大いに寄与してきていると考えた。しかしながら法理論における新しい展開は、いわゆるポスト・モダン状況における再現前の危機とともに、リーガル・モダニズムの足許を大きく掘り崩すにいたった (と言われる) のは、これまでにみてきたとおりである。果たしてそのとおりであろうか。

ミンダは、「法理学の包括的諸形式の崩壊と多文化的な法理学上の言説の増殖は、知識人の思想におけるポスト・モダンの美学あるいは気質の特徴である」とし、法における「ポスト・モダニズムは、新しい法理論の探索と法的諸問題解決のためのメタ物語は使い尽されたという見解から出現している」⁽⁸³⁾ ことを認めたとうえで、ポスト・モダンの法理学の展望を次のように述べている。「本流の、あるいはモダンの見解として理解されてきたものが、法理学上のもろもろの理論と視座の多様な集合体へと分裂してきている。法とモダンの法理学の現今の状態は、河が海に注ぐすぐ手前の三角州に似てきている。かつてはモダンの法理学であった大いなる河は、より大きい、さまざまな水の集合体に合流するように、分散した細流に分裂してきている。法理学のモダンの河は分裂し、新しい視座の大変貌によって変型されている。今こそ、『どんなに面倒であろうともわれわれを取り囲んでいるポスト・モダンなるものの景観をめぐるこれらの大変貌の意味を考えるべき時である。そのように考えることがわれわれを境界づけると同時にわれわれの地平を開く。それはわれわれの問題であり、われわれの希望である』」。⁽⁸⁴⁾

アメリカのリーガル・リアリズムの伝統の延長線上にあるアメリカの法理学

の現況は、あるいはミンダの言うような状況にあるのかも知れない。ミンダの言うポスト・モダンの法理学は、広い意味でのポスト・モダンの法理学と言えるルーマン流の法システム理論の基調と接合するかも知れないが、しかし法理学の伝統を異にする（法系を異にする）日本においてはミンダの見解は額面どおりには受け入れがたい。そこで筆者は、次のような笹倉秀夫の指摘は尤もだと考えるものである。「ポストモダニズムの法論に関して言えば、プロセス化や団体論を説くために近代否定の原理論を展開する必然性が本当にあるだろうか。プロセス化論は行政指導や協議・和解・交渉を重視し、コミュニタリアニズムは中間団体や継続的關係を重視する。しかし私見によれば、これまでの普遍的・抽象的・原理的な近代市民法は、物理学においてニュートン力学がそうであるように、法的世界の基底としてなお存続するし、〈権力抑制のための規範性〉の観点からしても存続させなければならないのであり、プロセス化論などはそれを前提とし補完・是正する以上のものではない。[中略]ポストモダニズム法学上の戦略を説く際に、近代的な原理的思考そのものを否定したり近代的主体性の解体を論じたりする必要はないし実際にもできないと思われる」。(65)

注

- (1) アラン・ブルーム『アメリカン・マインドの終焉』（菅野盾樹訳、みすず書房、1988）416ページ。
- (2) 同書420ページ。
- (3) 同書394～395ページ。
- (4) 同書396～397ページ。
- (5) 同書398ページ。
- (6) Paul Ramsey, *Nine Modern Moralists*. Prentice-Hall, Inc., 1962, p.26.
- (7) アラン・ブルーム前掲書408ページ。
- (8) K.E.ボールドウィング『科学としての経済学』（清水幾太郎訳、日本経済新聞社、1971）173ページ。
- (9) ケネス・ラックス『アダム・スミスの失敗——なぜ経済学にはモラルがないのか』（田中秀臣訳、草思社、1996）262ページ。
- (10) 『正義の経済学——規範的法律学への挑戦——』（馬場孝一・國武輝久監訳、木鐸社、

1991)の内容構成は以下のとおり。

第1章 非市場行動に関する経済学序説

第I部 正義と効率性

第2章 ブラックストーンとベンサム

第3章 功利主義, 経済学, 社会理論

第4章 富の最大化の倫理的および政治的基礎

第II部 正義の起源

第5章 ホメーロス版の最小限国家

第6章 未開社会の理論

第7章 未開法の経済理論

第8章 応報とそれに関する罰の諸概念

第III部 プライバシーと関連諸利害

第9章 秘密保持としてのプライバシー

第10章 プライバシーに関する広義の見解

第11章 最高裁におけるプライバシーの法理

第IV部 最高裁と差別問題

第12章 差別に関する法と経済学

第13章 デファーマニス事件と逆差別

第14章 バッキー判決とウェーバー判決および将来の展望

- (11) 猪木武徳「シカゴ学派の経済学」『経済学のパラダイム』(根岸隆編, 有斐閣, 1995) 180ページ。
- (12) 中公文庫, 大河内一男監訳版より引用(文庫版Ⅱ, 120ページ)
- (13) Bertrand Russell, *History of Western Philosophy*, 1946.
- (14) ラッセルはライプニッツについて, *A Critical Exposition on the Philosophy of Leibniz*という著名な研究書を1900年に公刊している。
- (15) 北海道大学図書刊行会, 1966。本書は次のように二部構成, 五章から成っている。なお, 引用文のカッコ内の数字は, 本書のページ数である。

第I部 《法と経済学》とは何か

第1章 法律への経済学的アプローチ

第2章 《法と経済学》の分析と展望

第3章 《法と経済学》と正義

第II部 《法と経済学》の法律学

第4章 実践的推論としての法律学

第5章 《法と経済学》の法解釈

- (16) 川浜昇「『法と経済学』と法解釈の関係について——批判的検討——」(四)(民商法雑誌109巻3号434ページ)
- (17) 林田清明「『法と経済学』の法理論」115~119ページを参照。
- (18) 民商法雑誌108巻6号820~849ページ, 109巻1号1~35ページ, 2号207~234ページ,

3号413~443ページ。

- (19) 民商法雑誌108巻6号824ページ。
- (20) 林田清明, 前掲書109ページ。
- (21)(22) 民商法雑誌109巻2号208ページ。
- (23) K.E.ボールドィング, 前掲書98ページ。
- (24) アラン・ブルーム, 前掲書400ページ。
- (25)(26) K.E.ボールドィング, 前掲書99ページ。
- (27) 民商法雑誌109巻2号208, 210ページ。
- (28) 林田清明, 前掲書25~26ページ。
- (29) 同書26ページ。
- (30) 同書111ページ。
- (31) (1), (2), (3)について, 川浜昇のコンパクトな概念整理に拠った(民商法雑誌108巻6号825~826ページ)。
- (32)(33) K.E.ボールドィング, 前掲書120ページ。
- (34) 田中成明『法理学講義』(有斐閣, 1994) 224~227ページ。
- (35) 民商法雑誌108巻6号830ページ。
- (36) 詳しくは末永隆甫『成長と福祉の近代経済理論』(世界思想社, 1974) 282~286ページ。
- (37) 民商法雑誌108巻6号830ページ。
- (38) 民商法雑誌109巻1号13ページ。
- (39) *The Problems of Jurisprudence*. Harvard University Press, 1990.
- (40) *The Economic Analysis of Law*. Little, Brown & Co., 4th ed. 1992 (1st ed. 1972).
- (41) *The Problems of Jurisprudence*, p. 459.
- (42)(43)(44)(45) *Ibid.*
- (46)(47)(48) *Ibid.*, p.460.
- (49) たとえば, ベーコンは次のように述べている。「神は人間の精神を鏡かレンズかのようにつくられたので, それは全世界をうつすことができ, 目が光をやどすことを喜ぶように, 全世界の像をやどすことを喜ぶとはっきり述べているのである」(ベーコン『学問の進歩』岩波文庫版19ページ)。
- (50) リチャード・ローティ『哲学の脱構築——プラグマティズムの帰結』(室井尚他訳, 御茶の水書房, 1985) i ページ。
- (51) リチャード・ローティ『哲学と自然の鏡』(野家啓一監訳, 産業図書, 1993) 441ページ。
- (52)(53) リチャード・ローティ『哲学と自然の鏡』368ページ。
- (54) 同書368~369ページ。
- (55)(56) 同書437ページ。
- (57) 同書368ページ。

- (58) 拙著『社会システムと法の理論』（世界思想社，1996）65～66ページを参照。
- (59) Richard Rorty, *Contingency, irony, and solidarity*. Cambridge University Press, 1989, p.xvi.
- (60) 拙著『社会システムと法の理論』56ページを参照。
- (61)(62) Richard Rorty, *Contingency, irony, and solidarity*, p.53.
- (63)(64)(65) *Ibid.*, p.73.
- (66) *Ibid.*, p.73～74.
- (67) リチャード・ローティ『哲学と自然の鏡』437ページ。なお、拙著『普遍記号学と法哲学』（ミネルヴァ書房，1993）186ページを参照。
- (68) Richard Rorty, *Contingency, irony, and solidarity*, p.84.
- (69) *Ibid.*, p.92.
- (70)(71) *Ibid.*, p.94.
- (72) *Ibid.*, p.xiv.
- (73) Stanley Fish, *There's No Such Thing as Free Speech and it's a Good Thing, Too*. Oxford University Press, 1994, p.208.
- (74) 林田清明，前掲書150ページ。
- (75) Stanley Fish, *op.cit.*, p.206～208.
- (76) Learned Hand, "A Personal Confession," in *The Spirit of Liberty : Papers and Addresses of Learned Hand*, 3 d ed. (New York : Knopf, 1960) , p.307.
- (77) Stanley Fish, *op.cit.*, p.203.
- (78) 長谷部恭男「理性の彼方の軽やかな希望——『ポストモダン＝新しい封建制？』という疑問にポストモダニズムは答えられるか」（法律時報68巻6号，1966）176ページ。
- (79) 同論文178ページ。
- (80) ここに言う法理学 (jurisprudence) とは，法と判決の研究にささげられた法哲学 (legal philosophy) の分科 (branch) を意味する。
- (81)(82) Gary Minda, *Postmodern Legal Movements : law and jurisprudence at century's end*. New York University Press, 1995, p.5.
- (83) *Ibid.*, p.8～9.
- (84) *Ibid.*, p.257. ミンダが締めくくりにしている文章は Andreas Huyssen, *Mapping the Postmodern*, 33 *New German Critique* 5, p.52 (1984) からの引用である。
- (85) 笹倉秀夫「ポストモダニズム考——民主主義法学のあり方に関わらせて——」（法の科学25，日本評論社，1996）66ページ。

