

〔論 説〕

批判法学制度派の課題…

制度法経済学の祖としてのリアリズム法学への回帰

——障害法学に供するために——(二)

吾 妻 聡

第二章 リーガル・リアリズムの精髓——批判法学制度派による再構成——

第一節 緒言…主題・語彙・状況

第一款 主題…二〇世紀法学知の真髄——権利の経験依存性と変更可能性——

「私たちは、科学技術の持続的な革命と、社会とその未来に関する思考の反革命的な傾向とが共存する時代に生かしてゐる。」⁽¹⁾

一九世紀末葉から二〇世紀初頭に革新的法学研究が端緒を開き、その後次第に浸透して現今の法意識の通奏低音を形成するに至ったテーマについて「Roberto Unger」⁽²⁾は、一九九六年の著作『法学はどのようなものになるべきか』におい

て左の引用のように説く。それは、構想力と実力の間には法を措き、社会構造に関する知として法学を探究してきた Montesquieu 以来の伝統——社会理論としての法学研究の伝統——が教える現代法学の精髓である。

「現代法及び現代法思考の最も重要なその真髓を定義づけるテーマは、選択に関わる諸権利 (rights of choice) とそうした諸権利の実効的享受を確かなものとするために設計された諸準則 (rules designed to ensure the effective enjoyment of these rights) とを組み合わせることによって自由な政治・経済秩序を形成するというコミットメントである。

少しずつ、そして欧米諸国とこれに伍せんとする国々において、或る法意識が実体法に浸透し、これを変革してきた。個人と集団の自己決定権は、経験に依存する (empirical) という性質、変更・異議申し立て・無効等の対象となり得る (defeasible) という性質を有していることを承認する法意識である。すなわち、自己決定権は、享受のための実際条件——それは機能しないこともあり得るであろう——に依存していることを承認する法意識である。

こうした観念は、一九世紀の法と法思考において最も大きな影響力を持った考え方との比較において際立つものとなる。…この一九世紀の考え方によれば、諸準則と諸権利によって構成された或るシステムが、自由な政治・経済秩序を定義づける。この予め定められた諸準則と諸権利のシステムを固守することによって、そして政治——ことに階級の特権や再分配に関心を持つ政治——を通してこのシステムを歪めようとする試みを阻止することによって、自由な政治・経済秩序は保持されるというのである。⁴⁾

本章は、この印象的ではあるが晦渋なパッセージを出発点として、「リーガル・リアリズムの精髓」とは何であったのか、私たちはそれをどのように発展させるべきか」を再考する。⁽⁵⁾ この作業は、法学研究の進歩主義的な立場が十九世紀末葉から二〇世紀初頭に切り拓いた法と社会についての洞察を、当該開拓者たちも十分には意識していなかった真価を浮き彫りにするかたちで、法学研究がさらに発展させてゆくべき優れて今日の課題として再提示することを意味する。今日の法学研究はどのような課題を担っているのか。それはどのような知的遺産を引き継ぐものであるのか。そうした課題を遂行するために、法と法学はどのようなものになるべきか・なることができるのか――。

まずは、本章の構成的なアイデアを要約して、議論の見通しを良くしておこう。筆者が共感を寄せる批判法学制度派の⁽⁶⁾考えるところ、人間の社会生活のリアリティに関心を持つ者にとつて、現代法学の魅力は、社会生活の組成に関するミクロ・レベルの制度分析をメゾ・レベル、さらにはマクロ・レベルの制度構想へと接続する方法と素材を備えているところにある。⁽⁷⁾ 法学は、法廷闘争その他の実社会の紛争において表出する、諸理想・諸利害の衝突と葛藤に対峙しつつ、そうした理想や利益を「正当な要求(権利)」として承認し社会的に実現してゆく(ことができるか否かを吟味する)実践知である。それゆえ法学は、法素材には、闘争・葛藤の痕跡としての「少数意見」や「例外的救済」が遍在していること、かつそれらは様々な形で正当化や一般化が可能であること、ゆえにかかる例外や逸脱を起点として、権利の救済ないしは実現方法に少しずつの修正を加えて新たな制度化に着手できることを知っている。それは究極において、法学が次のことを知っていることを意味する。すなわち、法は闘争の所産⁽⁸⁾としてその実相に矛盾を湛えている以上、かかる法が構成する人間の社会生活の実相もまた、斉一性を特徴とする「システム」を形成するものではなく、要素の非限定性・様式の

多様性を本質とした文化精神・制度編成を形成しているのだということ、これである。法学は、法素材の中には社会形成のための創発的なアイデアと方法が豊富に用意されていることを、いわば人間社会の精神分析と制度分析を行いなから日々教えているのである。こうした、権利の救済制度・実現装置の構想を通じた社会形成というプログラム（「選択に関わる諸権利とそうした諸権利の実効的享受を確かなものにするために設計された諸準則とを組み合わせることによって自由な政治・経済秩序を形成する」というコミットメント）に関して、二〇世紀法学の趨勢に興味深い特徴付けを与えているのが、Ungerの右のバツページである。

例えば、「法の生命は論理ではなく経験だった」という Wendell Holmes Jr. のアフォリズムの精神を受け継ぐようにした、二〇世紀初頭から中葉にかけての社会学的法学やリアリストによる法の経験科学的考察そして法と社会運動といった諸傾向は、Law in Books と Law in Action の区別⁹⁾、法の社会化¹⁰⁾、法の機能分析¹¹⁾等、様々な概念と主題を提案し、法の経験的側面、すなわち社会における法の実際の機能・実働過程、予期せざる帰結、あるいは権利実現を促進または阻止する社会的・文化的条件を研究の射程に収めた。あるいは法の不確定性論は、法概念・範疇の内容は紛争における実際の適用（具体的文脈における実践）を通してのみ明らかになるというプラグマティズムの視角を法学上のいわば常識にした¹²⁾。さらに、二〇世紀中葉から一九八〇年代にかけて最も大きな影響力を持ったリーガル・プロセス学派も、法教義学的考察を超えて、権利実現のための制度機構——法過程 (Legal Process)——における立法・行政・司法・市民社会それぞれの役割特性 (制度能力) と権限 (正統性)、及びこれに沿った協働と敬讓のあり方を考察の射程に収めた。

二〇世紀の法学諸派は、このように、かつての法学 (及び将来の法学) との比較という大局的な問題関心から見た場合、教義学的な法の発見・精緻化¹³⁾ というオーソドックスな関心以上に、法の実現の動態——諸権利がより広く深く

享受されるための実践的・制度的条件——の考察に大きなエネルギーを注いできた特徴付けることができる。Ungerが言及する、個人と集団の権利の「経験依存性 empirical」の発見とは、以上のような法学の動向を要約したものである。ただ、こうした二〇世紀法学の特徴付けは、重要ではあるがクリシェ以上のものではない。端的に、権利が実現するか否かは社会的文脈その他の経験的条件に依存し、また権利は、他の権利との衝突や濫用あるいは公共の福祉さらには個々人の認知能力の限界その他の理由によって、制約・無効・放棄の対象となり得ることを正面から承認する法意識である、と言ってしまうべきよい。

より興味深い・優れて現今的である法学上のテーマは、こうした「empirical」という性質と、自由な政治・経済秩序を定義づける諸準則・諸権利の「変更可能性 (defeasible character)」という性質とが結び合わされるところにある。すなわち、諸権利の実相は、単に「経験的 (empirical)」に知ることができるといふのみならず、「実験的 (empirical/experimental)」に変更や制約の工夫を重ねるところに顕れ得るものである (defeasible) という観念である (実験主義法学へ)¹³⁾。右で言及したように、法の不確定性論は、諸権利の経験依存性というテーマを闡明したが、リアリストの支配的な論者たちは、これが萌芽的に内包していた「諸権利の修正可能性」というテーマを十分に発展させることがなかった¹⁴⁾。法の不確定性論は、先の Holmes Jr. の箴言も手伝って、法の形式論理の濫用に対する執拗な攻撃(「リーガル・フォーマリズム」批判)として一般的に理解され、それ自体が嘲笑と攻撃の的になってきたと言つてよい。

だが批判法学制度派は、二〇世紀初頭の法学の基底にあるプラグマティズムの教説を、次のようなシンブルであるが大変重要なモットーとして銘記しつつ、法の不確定性論の精髓を今一歩前へ進ませたいと考える。すなわち「諸準則と諸権利によって構成された或るシステムが、自由な政治・経済秩序を定義づける」と言う際の、この「自由」という基本

理念をどのように理解するかは、当該理念が実社会においてどのように実現するか・実現し得るかについての理解に依存するということ、これである。¹⁵⁾ 例えば、自由実現のための方法・条件として、権力を制約する・または他者を排除する制度的仕組(the private property rights model)とするプライバシー権その他の権利制度の最重要性が前提された社会においては、自由の第一義的な意味は、外的干渉の欠如(the absence of external interference)や絶対的権限の領域の保護と定義されるのに対して、参加機会と資源のより積極的な配分・再配分を可能とする制度装置(the institutional arrangements)を容易に想定することができ、社会における自由は、「自己統治(self-governance)や自己実現」という観念で理解されるだろう。あるいは、経済社会における資源の獲得方法の典型が、端的に「会社その他の組織・団体に就職すること」と考えられている社会における自由労働(free labor)の理想は、「安定的かつ高収入の」賃金労働(wage labor)と観念されるのに対して、ローカル／グローバルなネットワークで結びついた比較的小規模の先端企業で形成される新しい生産様式の世界に住む者にとつての自由な働き方の理想とは、起業・自営(self-employment)に他ならず、それゆえ自由それ自体を定義づける理想は、組織的・組織的打破(organizational breakdown)さらには冒険的探求(adventurous exploration)・協調的競争(coordinated competition)などのいわば連帯に支えられた自己超克(self-transcendence)の指標として理解されることになるだろう。¹⁷⁾ このように、基底的理念・基本的権利の意味は、その実現方法についての理解——どのような実現方法が手に入ると想定できるか——に依存するのである。

それゆえ、権利の実現が経験的・実際的条件——つまりその実現方法——に依存しているとUngerの言葉は、かかる権利実現・権利救済のための実際的条件を探究する法学の日常的仕事こそが、基底的理念及びこれを定義付ける権利・準則の基本構成そのものを再構成するというより大きな課題への端緒を開く大切な鍵であることを主張するものである——手段・方法の選択肢の拡大は、理想・目的それ自体を発展的に再定義する——。このようにして、権利の実効

的な救済・実現という課題は、自由な政治・経済秩序を構成する基底的権利それ自体の別様の制度編成の構想という主題へと接続される。かくして、リーガル・リアリズムの法の不確定性テーゼの真価は次のことにある。すなわち——、法律家は、経験（具体的紛争場面における諸利害・諸理想の権利性の承認・実現可能性の吟味）を通して、権利の実効的な実現方法（制度的仕組）の多様な可能性を感取し、それゆえさらに一歩進んで、基底的な法的編成——背景の枠組——の別様可能性に触れることができる。ややベダンティックに言えば、リアリストが発見したのは、法の精神が、自由という自身の本来の姿に到達するべく具体化への衝動・意志に突き動かされて実定法として完成しようとする際の¹⁸⁾、かかる完成の道ないしは形の「複数性」である。法が完成に近づけば近づくほど（つまり、当該社会における実定秩序としての固有性の獲得に近づけば近づくほど）、法制度的現実は、全き多元性・多様性という本性を顕現するのだ、という思惟がここにはある。そして、かかる「他者」の遍在性は、「完成」を次の可能性へとさらに開いてゆく可塑性をも意味する。

このように批判法学制度派は、法の不確定性テーゼを、社会の基本構造を形作る制度の不確定性論として捉える。しばしば無批判に当然視・自明視されてしまう人間生活の背景的文脈にメスを入れるための序奏として該テーゼを活用するのである。抽象化して別言すれば、制度派は、法の不確定性を共通認識とした現代法学の特長が、（社会の制度編成・精神構造には自然な・必然的な形態がある）という観念から（相対的に）自由である点——すなわち、社会が変化し得るものであるということをよく心得ているところ——にあると視、加えてこの「社会変化」という観念に關しても、自然な・必然的な発展という観念から（相対的に）自由である点に存すると視るのである。社会の論理法則を表現する必然的な形態という観念、及び歴史の論理法則に沿った必然的な変化という観念から（相対的に）自由な知識を日々提供す

るのが現今の法学に他ならないのである。

だが、「相対的に」と添えておいたように、正当化の言説としての法学の支配的意識は、首尾一貫した法システムの構築を志向するゆえに、例外や逸脱を「誤答」とみなして換骨奪胎ないしは排除することを通して、既存の社会構造の自然化に暗に明に加担する傾向を持つ。その意味で、法学は、論者の「構え」次第で、社会構造を自然化する強力な道具として援用され得るし、また全く逆に、社会構造の偶有性を明らかにする機知に溢れた装置として駆使することもできるのであり、ゆえにこそ、二十一世紀の法学に託された課題は、基本的権利の「思考／社会実験を通じた修正可能性 (epirical and defensible character)」という洞察をより意識的に発展させて行くことにある。例えば、リアリズム後の主流派リーガル・プロセスは、先に触れたよう、法過程における制度諸機構——立法・行政・司法・市民社会——の関係のあり方の多様性に着目したが、右の問題意識から振り返れば、この立場は、制度体(組織)及びその関係の多様性・多元性に着目した、過程論的視角からの制度的不確定性論——それぞれの力・資源(制度的能力と正統性基盤)を有した制度体のヘゲモニー闘争論¹⁹⁾——であると再構成してその意義を追究して行くことができるだろう²⁰⁾。この点、批判法学制度派が欲するのは、過程の位相のみならず、法の実体の位相をも含めた制度的不確定性論の生産的応用である。自由かつ豊かな社会を形成するためには、権利を実効的に実現するための望ましい制度的仕組と、その運用に適した制度体を様々な構想し、その最良の組み合わせ・組み替えを経験・実験を通して探究してゆかねばならない。本章が阐明するのは、法学に——少なくとも本稿が棹差す批判法学制度派に——かかる課題を与えた知の源流こそ、アメリカのリーガル・リアリズムに他ならないということである。

第二款 語彙：批判法学制度派の法範疇

続いて、再び先の Unger のパッセージに依拠しながら、本章の主要語彙・範疇を敷衍しておく。

構造としての法、背景的ルール——。第一に、先の Unger の言葉における「選択に関わる諸権利」とは、人間の社会生活の主領域——家族・学校・職場・市民社会・経済社会・政治社会——を構成 (constitute) する、背景的・基底的ルール (Background rules) を意味する。²¹⁾ 法は、経済構造——生産様式・生産関係——の反射であるというよりも、経済活動を含む人々の諸活動・諸関係のあり方を方向付け・形作る——構成する——基本的枠組・文脈である。すなわち法は、ゲームのルールがそうであるように、²²⁾ 構造として在る。例えば、リーガル・リアリストに強い影響を与えた法観念として、法とは裁判所が実際にどのようなことをなすかについての予測であるという「法の予測理論」があるが (Holmes, Jr.)、この法観念の要諦は、社会生活を営む人々にとって、法(裁判所の判決)は、ゲームにおける個々のプレイヤーにとつてのルールがそうであるように、他者(味方及び相手プレイヤー)との戦略的相互行為をどのように形成し展開して行くかを考えるにあたっての前提的制約条件として在る、²³⁾ ということを闡明するところにある。通常は法実証主義の先鋭化された表現として理解される Holmes, Jr. の法理論のよりニュアンスに富んだメッセージは、ゲームのルールの本質が強制力を背景とした制裁・ペナルティにあるのではないように、法の本質は、強制・制裁としての契機にはなくむしろ、法実践のまさに背景において参与者の諸行為と諸関係を枠付ける構造としての様相にこそある、ということに他ならない。それゆえ、私たちの主要関心は、構造としての法、すなわち市場・政治・市民社会・学校等々の主要な生活諸形式の背景的ルールにあり、特に注目する法の機能は、社会の「構成」・「形成」である。このようにして、最も背景的・基底的な法は、Unger が形式的構造 (formative contexts) と呼ぶ、社会の基本構造を構成するものとして捉えられることにな

る²⁴⁾

意識としての法、制度としての法——。第二に、構造としての法は、法意識及び法律制度として在る。ここで(a)法意識とは、(a-1)社会生活の主領域の構成員の結びつき・関係に関する法理念^(a)、市場における継続的取引関係を支える信頼関係、社会的地位・役割に応じて／関わらず付与される権利・義務の観念など、及び(a-2)こうした法理念の具体化を任務とする法思考を意味する。一方(b)法律制度とは、(b-1)社会生活の主領域の枠組を定義づける基本制度^(b)、市場を定義づける所有・契約・税・団体等に関する制度など、及び(b-2)こうした基本制度に基づく構成員の具体的な行為パターン^(b)、実際の契約の締結・履行に関わる諸行為)によって構成される。大切な問題は、この法意識と法律制度の関係をどのように捉えるかである。最も抽象的に整理すると、(a)法意識が、権利(や義務)といった法的言語へと翻訳された人間関係の諸理念、すなわち法が実現すべき目標・目的を表現するものであるとすれば、(b)法律制度は、そうした法の諸目的ないしは諸権利を实际的・実効的に保障・実現するための手段・方法であると位置付けることができる。すなわち、法の精神(実現すべき理念・果たすべき目的)と肉体(その実現手段・実装)の区別である。私たちの関心は、一九世紀法学が、自由の法の精神たる基本的権利及びこれらと「論理必然」の関係にある(とされた)諸ルール(肉体)から成る「システム(精神と肉体の有機的統合)」の守護に徹することに自身の任務をみた——というものも、自由の権利とルールは、自由な活動を保障することを通して、社会の全ての構成員に資源が公正かつ最も効率的に配分されるよう「世界を分割し尽くす境界線」に他ならないから——のに対して、現代法学は、むしろ精神と肉体の間に矛盾・制約関係を視出した上で、それらの実験的・人工的な組み合わせ・組み替えによってより望ましい構造(精神と肉体の弁証法的結合)を作り出して行くことにこそ法学の職責を看守している、ということにある。

こうした、人間社会の理念とその実装という問題に関して、例えば二〇世紀正義論における一つの趨勢は、諸利益・善の諸構想は相互にぶつかり合っており、これらを究極的に調停し統合することのできる絶対的な価値なるものは存在しないことを承認しながらも(価値の多元性・相対性)、なおも、衝突するこうした善の諸構想の全てが同等の敬意を払われることを求めてコミットするだろう、社会の基本構造を定義づける諸原理の探究を課題とした。こうした諸原理は、「選択に関わる諸権利」のカタログとして表現されることになろう。これに対して、諸権利の経験依存性・変更可能性(empirical and defensible character)という視座から二〇世紀の法学が発してきたのは、「制度秩序を、諸利益や社会的善についての諸構想から一般に中立的であると考えられている権利のシステムとして表象」し、その守護に徹する「ことは無益である」というメッセージである。すでに触れたように、「法の社会化」、「law in action」等々のキーワードに代表される二〇世紀の法学諸派は、法の経験依存性をつまりは法の理想を実社会において現実することの難しさやパラドクスを教えてきた。あるいは、そうした法社会学的・比較法学的研究が行ってきた、同一の法概念——例えば契約や所有——の各時代と場所における内実としての様々な制度・慣行(機能的等価物)に関する研究は、権利の実効的実現のための諸制度・諸準則という法範疇(右の分類における(b))のあり方に興味深い光を当て、法多元論²⁷⁾の豊穣化に貢献してきた。そのようにして、二〇世紀法学の焦点は、あらゆる理念や目的の自己運動に中立的に振る舞う——偽りの敬意を払う——社会の基本構造を発見することではなく、そうした基本構造は不可避免的に特定の理想や利益追求を最優先せざるを得ないという基本理解を前提としつつ、ゆえにこそかかる基本枠組をいかに不断の批判・修正に開くことができるか、諸権利のより実効的な実現はどのような制度的枠組・実際的条件によって可能となるかを探究することに措かれてきたと言うことができる。リアリズムの遺産を継いだ法学にとって、二〇世紀とは、権利システムの表

象とその墨守という一九世紀のプロジェクトの誤り——少なくとも不十分さ——を学ぶ時代であったのである。

人工物としての法と社会——。第三に、法は——それゆえ、法によって定義・構成される社会構造は——、あくまで人工物であり、それゆえ可塑的である。批判法学制度派は、右で触れた理念と実現方法についてのプラグマティズムの教説——理念の実現方法についての選択肢が変われば、理念それ自体も変わる——、及び(a)法の理念・目的(精神)と(b)その実効的実現のための諸制度(肉体)の弁証法的関係を銘記しながら、社会の制度構造は多種多様に構想可能であるというテーマを法学の中心論点に措える。それゆえ、経験的観察(empirical)を通じた法の多元論の豊穡化という法社会学的テーマのいわば延長上に、思考／社会実験(empirical)を通じた社会構造と文化精神の構想というテーマ、理念のより実効的な実現条件をどのような近未来像として描くことができるかという課題を前景に押し出すのである。

このように、法を、構造 structures、およびこれを構成する、制度 institutions、と、意識 consciousness、⁽²⁸⁾という諸概念でとらえようとするのは、これらの諸概念が社会の基本編成のまさに人工性・可塑性を前景化するゆえにである。まず、右第一で述べたように、人々の諸行為・諸戦略を方向付け形作る枠組・文脈であるという意味において、法は構造である。制裁の刃をちらつかせる主権者(君主ないしは国家)の意志そのものであるというよりは、この意志の実現の帰趨を担う背景の構造として、法は在る(law as structure, not will of sovereign)。為政者の意志それ自体はしばしば無力であり、人々の意識がこれを受容し——それが社会意識となり——、社会の構造がその妥当性を保障した——それが社会構造に組み込まれた——ときに初めて法となるのだ。⁽²⁹⁾ただし第二に、社会の意識と構造を形作ると言っても、一貫した原理や論理に貫かれた「システム」としてではなく、あるいは人間の生の必要・必然の論理の反射としてでもなく、

飽くまでも、矛盾と対立を内包した構造として、法は在る (law as structure, *not* system with idealized principles or necessitarian logic)。そして、これら第一と第二の意味ゆえに、構造としての法は、構造という概念の通常のイメージとは一見して異なる第三の観念を含蓄する。法は、国家権力の意志でもなく、統合的システムの一つの声でもない。そうではなく、人々の実際の対立・競争・闘争の妥協・暫定協定——矛盾・対立する諸利益・諸理念の妥協の一時的な定着——であり (law as structure based on fighting theory of law)³⁰、それゆえ法は、構造という、形を持つものでありながら、対立から暫定協定へ、暫定協定から再び対立へというように、形をむしろ拒み続ける——新しい形を求め続ける——動態として在る (law as structure denying/ revising structure)。

第三款 情況：二〇世紀のイデオロギー闘争——構想力の貧困——

翻って、そもそも何故、現代法学の真価を知るために二〇世紀初頭のリーガル・リアリズムの洞察にまで遡るという回り道をするのか。それは端的に、二〇世紀がリアリズムが批判対象としながらも十分には急所を捕らえ切れなかつた理論傾向の復権の時代であったからだ。リアリズムとその論敵の本質を再考することは、その意味で、現代規範理論の理解と批判の精緻化に資するものとなるはずである。

例えば、保守(右派)・革新(左派)と呼ばれる論者たちによる馴染み深いイデオロギー対立を想起しよう。二〇世紀の対立構図においては、通常、右派と呼ばれる人々は個人の自由や自己決定を社会理想の中心に措き、一方、左派と呼ばれる人々は平等あるいは連帯という価値・原理を社会理念の中心に措く。だが、批判法学制度派の観点からすれば、これら二つの立場は、「市場経済と代表民主主義の既存の制度形態に対して異議申し立ても変革も為さ「ない」³¹」という最も

根本的な地平においてむしろ同一の立場であり、それゆえ、同一の制度的土台の上で議論される——Ungerが講義でしばしば言うところの——「浅い自由(shallow freedom)」と「浅い平等(shallow equality)」との対立に他ならない。自由を信奉する立場は、既存の政治社会・経済社会・市民社会における個人の自由の最大化に正義を見出すのに対して、平等を信奉する立場は、かかる個人の自由の最大化によって生じた階層的分裂構造の社会的帰結を緩和させることを目指して平等と連帯という理念の重要性を語る。「右派」と「左派」の違いとは、左派の関心事が、右派との共通前提たる制度編成によって創り出される格差や分裂状況を和らげることにあるという点で、左派が右派よりも人道的(humanizing)であることを意味するに過ぎない。二〇世紀の右派(Hayek, Freedman, Epstein…)は、むしろ意識的に、政治・経済秩序の基本制度構造を提案しかつ神聖化するプログラムを推進してきたのに対して、左派はそうしたプログラムに対する代替案を論じないままに社会的歪み・不正義の是正を語ろうとする傾向にあるように見えるゆえに、左派独自の政策論・綱領論・制度構想論の不在をむしろ露呈してきた。

Roberto UngerのパートナーTamaha Lothainの遺作『法と国家の富・金融・繁栄・民主主義』の冒頭には次のように書かれている。

「およそ二世紀に及ぶイデオロギー上の対立は、市場か政府かという単純な対称に支配されてきた。こうした見解——私たちはこれを油圧式モデルと呼ぼう——によれば、イデオロギー論争は、市場または政府のどちらに責任を振り分けるかという論点に沿って繰り返されてきた。市場により多くの責任を振り分ければ、政府の責任は減少し、政府により多くの責任を振り分ければ、市場の責任は減少するという風に、あるいは市場と政府の何らかの妥協とい

う風に。妥協は、例えば、規制された市場経済（アメリカ）、社会的市場経済（ヨーロッパ）などの名で呼ばれてきた。こうした考え方の最も重要な前提は、市場経済はごく少ないバリエーションの範囲に限られた、単一の自然あるいは必然的な形態を有している、というそれである。そして、こうした形態は、法が定義する制度編成において表象されるのである。³²⁾

イデオロギー論争の基底を形成する、へ経済社会などの社会生活の基本領域は自然で必然的な制度構造を有している」といふかかる理論前提によって、私たちの思考は、市場における自由な諸活動に委ねるのか、それとも税制や差別禁止法などの政策的介入を通じた再分配によって不平等を穏やかなものにするのか、という論争へと狭められる。^{humanize}

それゆえ、こうした旧来のイデオロギー論争の一步外へと踏み出すためには、政治・経済秩序の基本構造を形成する基底的制度を、よりミクロな構成要素のレベルにおいて分析することで脱神秘化することを得意とし、こうした作業を通して制度の構成要素の組み合わせは単一ではなく、他／多の可能性に開かれていることを教える学問分野の助けを借りることが有益となる。その一つがリーガル・リアリズム以来の法学であり、その制度知である。法学は、経済・政治・市民社会の構成を、変化に抵抗を見せるものの新しく構想することができると諸制度・諸概念からなる「構造」として捉える視角を与える学問分野に他ならない。ただし、Unger / Lothian の示唆に従えば、社会構造のミクロ・レベルの分析、メゾ・レベルさらにはマクロ・レベルの構想を進めるにあたっては、法学のみでは十分でなく、法学は最良のパートナーを必要とするという。³³⁾ 制度派経済学以来、経済活動を形作る諸制度に着目すべきことを説いてきた経済学的思考がそれである。経済学者の側からも、例えば Dani Rodrik が、「要諦は、実効的な制度的表現 (effective institutional

outcomes)は、単一の制度デザイン(unique institutional designs)に描き切ることはできないという点にある。機能から形態へ唯一の結び付きを描く地図など存在しないのであるから、特定の法的ルールを経済的帰結へと結びつけることのできる必然的・経験的な法則を探求することは無意味なことである。⁽⁸⁵⁾と述べるように、Unger / Lothianの方向への共感⁽⁸⁶⁾は表明されている。そして実際に、法学と経済学の協働による市場の制度分析の地平を切り開いた知的運動こそ、アメリカのリーガル・リアリズムに他ならなかった。⁽⁸⁷⁾制度派法経済学⁽⁸⁸⁾の祖としてのリーガル・リアリズム⁽⁸⁹⁾への回帰を語ることが、現今の課題への取り組みに裨益するところ大きいと本稿が信じる理由はまさにここにある。

- (1) TAMARA LOTHIAN, LAW AND THE WEALTH OF NATIONS: FINANCE, PROSPERITY, AND DEMOCRACY (2017) at 200. [hereinafter LOTHIAN, LWN]
- (2) UNGER, R.M. (1975), KNOWLEDGE AND POLITICS [KP]
- (1976), LAW IN MODERN SOCIETY: TOWARD A CRITICISM OF SOCIAL THEORY [LMS]
- (1976), SOCIAL THEORY: LECTURES DELIVERED IN HARVARD COLLEGE IN THE SPRING SEMESTER OF 1976 [LECTURES]
- (1984), PASSION: AN ESSAY ON PERSONALITY [PASSION]
- (1986), THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT [CLSM]
- (1987), FALSE NECESSITY: ANTI-NECESSITARIAN SOCIAL THEORY IN THE SERVICE OF RADICAL DEMOCRACY [FN]
- (1987), SOCIAL THEORY: ITS SITUATION AND ITS TASK [ST]
- (1996), WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME? [WSLAB]
- (1997), DEMOCRACY REALIZED: THE PROGRESSIVE ALTERNATIVE [DR]
- (2014), UNIVERSAL HISTORY OF LEGAL THOUGHT [UHLT]
- (2015), CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT: ANOTHER TIME, A GREATER TASK [ANOTHER TIME]
- (3) UNGER, LMS at 34; UNGER, LECTURES at 40, 52-53. ([Montesquieuの社会的思考] 社会は諸要素が相互に連関した全体であ

- り、そしてその組成が偶有的であることを強調する。／「古代の政治哲学の伝統から袂を分かつ Montesquieu の思考の示唆るところ」意識は、個人的信念に還元され得ず、共同体の構成員に広く抱かれている「という」重要な特徴を有す。／「また彼の思考においては」理想と認識の間には明確な区分がない。事実と価値の区別は、精神の最も深いレベルにおいては姿を消す。」
- (4) UNGER WSLAB at 26.
- (5) 近年の批判法学派の必読論攷として、船越資晶「リアリズム法学の再検討のために——公私二分論批判」法学論叢一八〇巻三号（二〇一六年）一一三頁。
- (6) UNGER ANOTHER TIME at 29-32.
- (7) ただし、批判法学の主流派——脱構築派——は、そうしたミクロからメゾ、さらにはマクロへの飛躍に飽くまで懐疑的である。Mark Kelman, *Trashing*, 36 STAN. L. REV. 293, 342 (1984). 「成功した小さな制度から、より大きな制度の有り様を知ることなど望むべくもない。」
- (8) 法を「理性の命法」や「主権者の意志」に基礎付けることなく、端的に、闘争の所産と見る立場を、UNGER に倣って、法の闘争理論 (fighting theory of law) と呼ぼう。UNGER, UHLT at 34-45. その代表的論者の一人は、言うまでもなく「法のための闘争」を説いた Jhering であり、村上淳一著「権利のための闘争」を読む（一九八三年）第一講「法の形成・革新のための闘争」が極めて啓発的である。
- (9) Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910).
- (10) Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 HARV. L. REV. 489 (1912).
- (11) Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 6 COLUM. L. REV. 809 (1935).
- (12) 「法理学における社会学的運動、法の哲学としてのプラグマティズムへ向かう運動、諸々の原理と法理を——仮定的に想定された第一原理へと、ではなく——統御対象としての人間の条件に調整することへと向かう運動、人間という要因を中心に据え、論理を道具という本来の地位へと追放する運動…の最良の表現はおそらく Holmes 判事のロックナー判決における反対意見である。」[Roscoe Pound, *Liberty of Contract*, 18 YALE L.J. 454, 464 (1909). 「リーガル・リアリストたちは、フォーマリズムを法一般に対するプラグマティックな態度によって置き換えることを望んだのである。この態度は、法を、発見されるものではなく創造されるものとして扱う。従って法は、形式論理とよりよりは、人間としての経験・政策指針・倫理などに基づいているし、基づかねばならぬのである。」Joseph Singer, *Legal Realism Now*, 76 CALIF. L. REV. 465, 474 (1988). [hereinafter Singer, LRN]]
- (13) 実験主義法学への展開は本稿後半の主要課題であるが、既に気鋭の若手 Unger 研究者が先鞭を付けている。迂回し続ける本

研究の直近の目標は、次の論攷に早く追いつくことである。見崎史拓「法学における『実験』の行方」(一)(二)(元)・民主的実験主義・主体想像力」名古屋大学法政論集第二八三号三五五頁・第二八四号二二五頁(二〇一九年)。

(14) 諸権利の修正可能性の追究は、自由の制約・規制を通した真正な自由の実現という弁証法的発想を制度構想論として押し進めることを意味する。ここで予め、本稿の方途を萌芽的に指し示す、リアリスト Morris Cohen の言葉を引用しておく。

「契約の自由は何らの制限を課さないことは、論理的に言つて、個人の自由の最大化ではなく奴隷契約につながるであろう。経験が教えるように、人々は、経済的圧力——所有権法によつて大きく条件づけられた圧力——のもと、『自発的に』奴隷契約を取り結ぶだろう。契約の自由に対する何らかの制限を課す規制は、従つて、交通規制が高速道路の一般的使用における真正の自由(real freedom)を確保するために必要であるように、真正の自由(real liberty)によつて必要なのである。」(at 387)。「真正なあるいは積極的な自由(Real or positive freedom)は、法的規制をその要素として含む諸制度によつて与えられる諸機会に依存している。私たちの立法権力は狭隘な党派性を有しているかもしれないし、それが与える諸ルールは不十分なものであるかもしれない。しかしながら、これらの欠陥は、そうした諸ルールの廃棄ではなく、より良いルールによつて構成される制度によつて矯正することがあるものである。」(at 391) Morris Cohen, *The Basis of Contract*, 46 Harv. L. Rev. 553 (1933).

(15) LOTHIAN, LWN at 20:「私たちの日常行為の指針は、個として・あるいは集団としての生の探求に関わる理想の定義、及びこうした理想が最も十全に実現されるのはどのようにしてかに関する仮説」「理想の最も実効的な実現方法についての仮説」によつて構成される。」JNGER, FN at 351.

(16) Cf. [Hobbes, Locke, Mill, Nozickらの考えにおける]自由の目的は、他者への責任という圧力に妨げられない、自己中心的行為のための保護された自由空間を確保することにある。」AXEL HONNETH, FRIEDOM'S LAW: THE SOCIAL FOUNDATIONS OF DEMOCRATIC LIFE (2014) at 23.

(17) Cf. LOTHIAN, LWN at 121-12.

(18) Cf. 中村雄二郎「法の存在論的構造と実体性——法理論における哲学と科学」『法哲学年報』一九七三卷(一九七三年)七八頁。

(19) Cf. 見平典「違憲審査制をめぐるポリテクス——現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景」(二〇一二年)。

(20) Cf. KENNETH WISTON ED., *THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER: SELECTIVE ESSAYS ON LON FULLER* (2001).

(21) 背景のルールと前景的ルールの区別にについては、参照Justin Desautels-Stein, *The Market as a Legal Concept*, 60 Buff. L. Rev.

- 387, 394-398 (2012). [hereinafter Desautels-Stein, MLC] やや図式的に過ぎるかもしれないが、前景的／背景的を区別する次のような説明は本稿後半の導きの糸である。「例えば」独占禁止法は：「前景的ルールの好例である。というのも、独占禁止法は（前景において）既存の市場世界に単に応答するものとして自らを位置付けるからである。独占禁止法、そしてより一般的に現代リベラル・スタイルは、背景的ルールそれ自体——つまり、所有と契約等々のルール——を置換または変革するということを決して意図していないのである。」(at 460)；また以下のようなFrug および Unger の言明も参照のこと。「契約法の諸準則は（所有権法及び不法行為法の諸準則と共に）『市場』なるものの定義の構成要素である。」[Gerald Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, 97 HARV. L. REV. 1267, 1363 (1984)]；「契約のレジームとは、市場のまさに法的別名である。市場は、権力と知識の不平等が契約関係を権力秩序の外装と化してしまいう地点にまで蓄積されれば、存在しなくなるだろう。」[UNGER, CLSM at 625.]
- (22) 例えば、リアリストの共鳴者と目される哲学者 John Dewey にとつて裁判所の使命は (a) 望ましい社会的帰結を導くルールの選択(正義・福利の促進)及び (b) 安定性と規則性の可能な限りの最大化(規則性・予測可能性)と二つの要請の間でバランスをとることにあったが、ここに後者の要請は、司法的決定が人々の行動計画を可能とするように一定の一般性を持った法形式——すなわちルール形式——におおて宣言されねばならぬことを意味した。John Dewey, *Logical Method and Law*, 10 CORNELL L.Q. 17, 25 (1924)；Singer, LRN at 471-472.
- (23) Duncan Kennedy, *Stakes of Law, or Hale and Foucault!* 15 LEGAL STUD. F. 327, 357 (1991). [hereinafter Kennedy, *Stakes of Law*]
- (24) 参照：拙稿「Roberto Unger の構造論にこゝつのノート」成蹊法学八八号(二〇一八年)一一〇—一六頁。「以下、拙稿「構造論ノート」」
- (25) 佐藤憲「憲法上の権利の言説分析に向けて」『法社会学』第五一号(一九九九年)二三—四頁。
- (26) Zhiyuan Cui, *Introduction* in CUI ED., ROBERTO UNGER, POLITICS: THE CENTRAL TEXTS (1997) at IX.
- (27) Cf. Brian Tamaha, *An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law*, 15 OXFORD J. LEGAL STUD., 501 (1995).
- (28) UNGER, FN at 68. 拙稿「構造論ノート」一一二頁。
- (29) Cf. Maine の *vs* Austin 批判——人々の忠誠心は、思考習慣の問題として、慣習法に圧倒的に向かっているのだ——を想起しつづめた。See HENRY MAINE, LECTURES ON THE EARLY HISTORY OF INSTITUTIONS (1888) at 357-365.
- (30) UNGER, UHLT *supra* note 8.

- (31) Cui, *supra* note 26 at XII.
- (32) LOTHIAN, LWN at 2.
- (33) UNGER, WSLAB at 32-33; LOTHIAN, LWN at 2, 187-188.
- (34) Dani Rodrik, *Institutions for High-Quality Growth: What They Are and How to Acquire Them*, STUDIES IN COMPARATIVE INTERNATIONAL DEVELOPMENT Vol. 35, 3-31 (2000). この論文で Rodrik は Unger の次のパッセージに大きな共感を寄せている。「制度の可能性は、一体として盛衰する分割不能なシステムの形式で提供されるのではない。同一の機能的・実践的基準を満たすことのできる他の制度的仕組の諸編成が存在する。」(at 11) UNGER, DR at 25.
- (35) Dani Rodrik, *Institutions and Economic Performance: Getting Institutions Right*, CESifo Report Vol. 02, Iss. 2, pp. 10-15. 前該箇所引用(at 13)は、ネルナル・シヤバンス著・宇仁宏幸他訳『入門 制度経済学』(二〇〇七年)at iv による(訳文は一部修正した)。
- (36) William Page, *Legal Realism and the Shipping of Modern Antitrust*, 44 EMORY L. J. 1, 5 (1995) (「リーガル・リアリズムは、経済学における制度主義と手を携えて傑出する立場となった。」); HERBERT HOVENKAMP, THE OPENING OF AMERICAN LAW: NEOCLASSICAL LEGAL THOUGHT, 1870-1970 at 110 (「リアリストたちは、本質的に、制度主義の法律部門であった。リアリストたちはしばしば経済について書いたが、彼らが採用した理論はほとんど常に制度主義的であった。」) [hereinafter HOVENKAMP, OAL]; See generally MORTON HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870-1960 (1992) at 182-183, 315-316.
- (37) アメリカにおいては一八八〇年代ごろから、法学者(ことにリアリスト)や経済学者(ことに制度派)たちが、法と経済の関係、に関する多くの論考を著し始めた。H. Hovenkamp や B. Friedらは、彼らの知的運動を、最初の法と経済学運動と呼ぶ。See generally Herbert Hovenkamp, *The First Great Law & Economics Movement*, 42 STAN. L. REV. 993 (1990); BARBARA FRIED, THE PROGRESSIVE ASSAULT ON LAISSEZ FAIRE: ROBERT HALE AND THE FIRST LAW AND ECONOMICS MOVEMENT (1998), 1960-1970 年代の法と経済学がコモン・ローの効率性の弁証を行う傾向が強いのに対して、最初の法と経済学運動は、コモン・ローを批判し、立法に好意的な立場から論陣を張った。

第二節 古典派とリーガル・リアリズム…批判法学（制度派）による再構成

第一款 二つの物神崇拜批判

本章の主題——リーガル・リアリズムの真髄——と二つの物神崇拜に対する批判とを関連付けることから本節を始めよう。二つの物神崇拜とは、Roberto Unger が（a）制度物神崇拜、（b）構造物神崇拜と呼ぶ、前節で強調した「人工物としての社会」という社会理論上の根本観念を否定ないしは忘却する二つの誤謬である。Unger は次のように謂う。

「制度物神崇拜とは、代表民主制、市場経済、自由な市民社会といった制度上の諸観念を、制度編成のある単一のセットと同一視するものである。「だが」そうした抽象的な制度観念は、自然で必然的な制度上の表現を有してはいない。私たちは、実践あるいは制度についての思考、及び利益あるいは理念についての思考の内的関係を活用しながら、制度上の諸観念を様々な方向へと発展させて行くことができる。

構造物神崇拜とは、制度物神崇拜と同様の瑕疵をより高次において表現するものである。それは、私たちが実践と制度の内容のみならず質をも変え得る力を有していることを否定する。実践と制度の質とはすなわち、それら実践・制度が、私たちが有す構造を拒否する自由、構造を変化させる自由と関係するその態様である。」⁽³⁹⁾

いかにも晦渋なパッセージである。「商品物神崇拜」なるマルクスの観念についての Kennedy の解釈を接木しよう。端的に「人々が具体的な活動を通してもたらした出来事」[を] 彼らが生産した商品の性質の必然的で自然な帰結

であると信じる」こと、これが商品物神崇拜である。従って「商品物神崇拜」とは、物への執着・固執という解釈とは別に、次のような事態だと解釈することができる。

「商品の物神崇拜とは、経済が機能するに際し、『自然』が、その必然性と望ましさをあらゆる含意を伴って、事実よりも非常に大きな役割を果たすと信ずることに存する。人々は、実際には社会的決定の所産である多くのものが、物の物理的特性によって必然的に流れ出ると理解するのである。」⁽⁴¹⁾

物神崇拜とは、いかに複雑でまた予期せざるものであるとしても、実際には私たち人間の決定の所産である社会現象を、人為を超えた法則や論理——自然法則——の必然的帰結であると誤謬する意識である。というよりも、社会現象の因果関係は極度に複雑かつ循環的であり、また個々人の意図や予測を超え出ることが常であるゆえに、社会認識を試みる者は、複雑性の縮減に資する何らかの単純化されたモデルに頼らざるを得ないが、ゆえにこそかかるモデルが描く社会編成の「第二の自然」化を許すことによって、自身の認識と行為とをかえってその制約下に置いてしまう危険と常に背を合わせている。⁽⁴²⁾ そのようにして、制度物神崇拜とは、人間の作為及びその産物である、実践と制度、並びに思考及びその産物である、思惟と意識を自然化する誤謬（歴史的偶然性の否定）であり、構造物神崇拜とは、そうした制度と意識によって形成される、社会の基本構造を自然化する謬錯を意味すると要約できよう。それゆえ——、

第一に、制度物神崇拜に帰依することにより、論者は、経済社会・政治社会・市民社会・親密圏等々を定義付ける背景的规则を創出したのは、他でもなく、それぞれの領域において活動する人間（一部のエリートあるいは市民・住民）であ

り、それゆえ各々の思惑や時々の文脈、偶然を反映して、これら背景的ルールは矛盾や妥協で構成されているという事実を忘却してしまう。制度物神崇拜とは、このように、それぞれの社会領域の基本制度を、典型的には「市場は市場である、所有は所有である、契約は契約である」などとして実体化する誤謬、すなわち別様の制度への洞察力・構想力の貧困である。⁴³⁾

第二に、構造物神崇拜に帰依することにより、論者は、経済社会・政治社会・市民社会・親密圏等々は、一つの論理あるいは統合力によって強く結び付けられた「システム」を形成しており、それゆえ、その変革が困難かつ危険ですらある堅牢な鉄の檻に他ならないと錯覚してしまう。その結果、人間の構想力の発展に適した土壌、社会を変革する動物としての人間の本性に即した柔軟性な構造(変革努力に対する開放性・寛容性を高めた構造)の漸進的形成という発想を有することはほとんど不可能となつて行く。構造は「一枚岩」という特徴を持つものとして自然化され、かかる「システム」における社会生活の形式もまた必然視されてゆく。構造物神崇拜とは、このように、「構造は構造である」と断ずる誤謬、すなわち構造の性質変化への洞察力・構想力の貧困である。

第二款以降の議論の基底にあるのは、リーガル・リアリズムこそは、法学をして、かかる制度物神崇拜・構造物神崇拜の微睡から目覚めさせた知的運動に他ならなかったという主張、これである。

第二款 古典派の世界(一)：古典派経済学と古典派法学の共謀

アメリカのリーガル・リアリズムが牙を剥いたのは、Duncan Kennedyが「古典派」という名称を用いてその「全体(totality)」を強く印象付ける思惟である。古典派が一つの全体——社会意識——として在ったと解釈することができ

るのは次の理由による。すなわち、この思惟の最も重要な構成要素たる経済的側面(古典派経済学)は、Kennedyが論ずるように、同じく最も重要な構成要素である法的側面——一般に「リーガル・フォーマリズム」のレッテルを貼られて擲揄された法理論・法思想(古典派法学)——の助けなくしては了解することが不可能な観念・命題によって構成されていた。さらには、Ungerがより重視してきたように、この法的側面は、同様に重要な構成要素である社会的側面——社会類型論・発展段階論などを中心とする社会理論(古典派社会学)——の助けなくしては了解不可能な諸観念によつて構成されている。古典派を形成するそれぞれの構成要素は、他の構成要素にとつての「暗黙の前提」を補強・供給する役割りを果たすことによつてかえつて無意識化され、ゆえに各学問領域において特別の正当化を要する観念として明示的に語られる契機を甚だしく欠くものに他ならなかつた。一九世紀とは学問を含めあらゆる社会領域における分業・専門分化が進展した時代であると言われるが、各分野・領域は、他の思惟・実践による「支援」——ないしは、その「密輸入」を通じた基本前提についての思考停止——があつてはじめて有意義性を自認し得たのである。

本款では、主に、批判法学派の中心人物 Kennedy、及び同じく批判法学派で法史学を専門とする Robert Gordon⁴⁶⁾の示唆に追いつながら、一九世紀の古典派思想の経済的側面、法的側面、そして社会的側面の共演関係を要約しよう。これを通して、リーガル・リアリズムの眞の洞察は、通常理解されているような法学に限定された狭い射程を持つのみではなく、より広く深く、社会構造論として重要な意義を持つことが看取できるようになるだろう。ただし、本款の目的はあくまで古典派批判にあるために、古典派の世界観についての描写は、Unger のいう「地図作成(mapping)」⁴⁷⁾に似た作業とならざるを得ない。それは、批判的展開(criticism)の糸口を見つけ出すことを念頭に置きながら分析対象の構成要素を解説してゆく試み——いわば古典派思想の「遺伝地図作製」⁴⁸⁾——であるが、常に「批判」を目的としている以上、

決して中立的な特性描写とはならないし、これを僭称することすらできないあからさまな批判的再構成である。

古典派経済学は、(a)経済学を、富(wealth)の生産(production)と分配(distribution)の科学。——cf.新古典派の資源配分(allocation of resources)と所得配分(distribution of income)の区別——と規定し、(b)労働価値説——cf.新古典派の限界効用説——に基づきつつ、(c)富の増加は「自由な交換」によって生じるものと考ええる——cf.新古典派の「完全競争市場の効率的配分」という特徴を持つ。すなわち、古典派の体系によれば、経済生活とは、人間の労働によって交換価値が生み出され(富の生産)、このようにして生み出された富が続いて自由な交換を通して社会に分配されてゆく過程に他ならない。本款の問題関心は、右の(a)～(c)の規定・理論の詳細というよりも、これらの仮説を基底にして捉えられた経済過程を古典派はどのような品質を有したものとして描写するのか、ということにある。古典派は、かかる経済過程をどのような意味において善いものであると考えていたのか。古典派が攻撃されねばならないのは、経済生活に付与されたこうした「徳」の不当性ないしはイデオロギー性ゆえにある。

Kennedyによれば、古典派は、次の四つの観念によって経済過程を描写した。「自然(ないしは必然)」「自由」「正義(ないしは公正)」「最適」である。まず、「自然」と「自由」という観念については以下のようなものである。商品の均衡価格は、経済主体が自由に競争することができる限り——すなわち、政府規制等による新規参入制限がない限り——、生産者が費やした労働の量に比例したものに「必然的に」落ち着くこととなる。というのも、買い手自身あるいは他の生産者も労働することによって同様の商品を生産することができるという事実ゆえに、ある商品につき生産者が労働価値よりも高い価格設定をすれば、買い手は自身の労働によって労働価値を超える部分の商品・財を獲得するという方法に切

り替えることができるし、あるいはまた他のより低い価格設定をなす生産者からの購入に切り替えることができるからである。このように、自由競争という条件のもとでの生産者の労働量に比例した価格こそ、商品の「自然価格」に他ならない。

「自由」という観念は、交換という経済活動(自由交換)にも適用されることによって、「最適で・正当な」社会を創出するだろう。つまり、各人が自らの労働力を「自由に」投下して生産した商品を「自由に」交換することが許されることにより、社会分業・専門化は進展する。そしてそのことを通して生産量は増大し、最終的に、各人はそのようにして増大した生産量のうち自身が投じた労働量に比例した量の商品・製品を得ることができるといふ意味において、各人の暮らし向きは向上する(Deterioration)ことになるだろう。こうした各人の労働量に従って富が分配されることは、各人の社会への貢献度に応じて富を得ることを意味する以上、「正当」である。彼は自身が投じた労苦の「当然の」見返りを得るのであるから。

このようにして、古典派が構築したのは、自然性・自由・正義そして最適性が、法則として相互に結びついた観念のシステムであった。しかしながら、この観念体系には経済理論のみでは解くことができない或る問題が含まれていることは、一瞥にして瞭然である。国家の存在と自然・自由との矛盾という問題である。いわゆる「夜警国家」としての役割に機能を限定するときですら、国家は、法によって(例えば一連の刑事法によって)、物理的に強いものと弱いものとの間の力関係を変えることができる強制力(反自由)を持った人工物(反自然)である。それゆえ、古典派は、国家という存在が自然と自由という観念と両立し得ること、そして(a)自然で自由な経済活動の基礎となる正当な法と(b)これを阻害し不自然で抑圧的な経済的效果・帰結を生み出す不当な法とを確かに区別することができる基準ないしは原理

が存在することを示す必要があった。さらには、(生産者の労働を通じた貢献と交換を反映しているゆえに当該富の分配は正しい)と主張できるためには、そうした経済活動の基底にある財と交換についての法制度、すなわち、所有権法と契約法のルールそれ自体が正当であることを示す必要があった。⁽⁴⁸⁾

すなわち、一言で言って、古典派経済学は、経済活動の自然性・正当性を十分に論じるために法理論を必要とするのである。しかしながら、経済理論は往々にして、所有の神聖性・契約の自由を当然視するのみで、いわば(所有および契約は自己定義的な言葉でありそれ以上の説明を必要としない)と考えていた。そこで、洗練されていない法理論しか持ち合わせていなかった古典派経済学は、同時代の法学に助けを求めることとなる。実際、この同時代の法学は、古典派経済理論をサポートすることができると一連の概念装置を備えた、まさに——形式主義usquequ岸・機械mechanical・法学jurisprudenceという蔑称ではなく——古典派法学の名に相応しい法思考であった。「労働価値説と自由交換の観念のみならず市民社会における生の一般的性質を自然で自由かつ公正なものとしてサポートすることができる観念体系」を提供した法思考、それが古典派法学であったのである。⁽⁴⁹⁾ ます——、

「古典派法学は二つの仕方によって古典派経済学の基底にある分析パラダイムをサポートした。すなわち、一貫性を欠くりカード的な労働価値理論を補うために、一貫性のないロッキ的な所有の労働理論を提供し、自由交換による取得という理論を補うために契約の意思理論を提供した。そして、経済体系における国家の適切な役割を定義するという問題には、法の科学という観念、公法私法二分論として所有権の執行者としての国家と私的意図の執行者としての国家という私法内部の二分法を通して応答したのである」⁽⁵⁰⁾

「」では、John Locke の労働価値説や契約の意思理論には立ち入らないが、「法の科学という観念」並びに「公法私法二分論」という言葉で Kennedy が念頭においている事柄についてだけ付け加えておこう。

「…法的な諸ルールによって構成される背景の具体的内容は、論理の問題として、体制を定義づける第一原理(身体的安全の権利、私的所有、契約自由)から、あるいは人々の意思から、あるいは両者のある複雑な結合から流れ出るとみなされている。分配の問題はそこにあるが、本質的に非政治的な私法から成る背景に重ね合わせて分配的目標を実現することを目指す、(例えば、累進課税や労働規制のような)立法的介入の問題として理解されることとなる。」⁽³¹⁾

ここで述べられている、第一原理からの具体的法内容の論理的導出⁽³²⁾が、いわゆる論理的演繹(deduction, syllogism)と呼ばれる、法的推論の「厳密な合理性」——従って「科学性」——を保證するとされる思考過程であり、Kennedy はこうした意味での「法の科学」を自認するところに古典派法学のイデオロギー性を見る。実際、このようにして——、「古典派法思想家たちは、他者の労働の尊重という観念それ自身が、法的推論の過程を通して、何が財産であるのかそして何が財産に対する違法な損害を構成するのかに関する個々のルールの膨大かつ詳細な体系を生み出し得ることを示すことによって、労働価値説に対して欠くべからざる支援を与えた。古典派法思想家たちは、自由という抽象的観念が、同様に厳密に合理的な法過程によって、契約・代理・会社などの同様に複雑なルール体系を生み出し得ることを示すことによって、自由交換の理論に対して欠くべからざる支援を与えた。」⁽³²⁾

こうして、「科学的思考」によって論理必然的に導出されたものであるゆえに「非作為性＝非政治性＝前国家性＝自然性」という徳性を当然に有するとされる私法 (good law) と、こうした経済社会の基本法を制約する再分配機能を持つゆえに「作為性＝政治性＝権力性＝不自然性」という悪しき属性を与えられる公法 (Bad Law) という、自然／作為の境界が構築されることとなる。⁽³³⁾ このようにして――、

「古典派法学は、自身の労働を確実に商品に具体化し、それらを自由に交換することをすべての人に保障するように設計されたものとして法システムを観念する。こうした観念は、分配の過程は経済主体の労働の投下に対する報奨に他ならないという古典派経済学の主張にとって必須であ「り」、かつこの主張を確立するために十分であった。そして、正義が貢献に応じた褒賞を意味するのならば、資本主義の配分過程はまさしく正当である、ということになる。古典派法学は、政府の存在は経済理論の旋律と調和し得るのだという論証以上のことをしたのである。そうした旋律を理論の領域から社会的事実の領域へと翻訳するために政府が必要不可欠であることを示したのである。」⁽³⁴⁾

興味深いことに、だが皮肉にも、以上の古典派法学による正当化によって、古典派の定義する経済活動は自然化され当然視されることとなり、正当化を与えた法・法言説それ自体は背景に退きいわば不可視化される。その結果、古典派の経済学＝法学融合は次のようなメッセージを与えるようになるだろう。

「自然についての物理法則と類似した経済生活の法則が存在する。そうした法則の自然の作動は正当な結果を算

出する。社会変革者の提案のほとんどはそうした結果の無理矢理の修正を含んでおり、そうした提案は経済法則が何らかの仕方では停止している限りにおいてうまくいく。経済法則が作動し続ける限り、法システムを操作することによって富の再分配をなさそうとする平等主義的な衝動は、不正義と全体的富の逆効果的な現象を必然的に招くことになるのだ。⁽³⁵⁾

このようにして前景に現れることになる問題構制は、あの「市場(経済法則)か政府(無理矢理の修正)か」という「油圧式モデル」である。再度 Lottian を引いておこう。

「およそ二世紀に及ぶイデオロギー上の対立は、市場か政府かという単純な対称に支配されてきた。こうした見解——私たちはこれを油圧式モデルと呼ぼう——によれば、イデオロギー論争は、市場または政府のどちらかに責任を振り分けるかという論点に沿って繰り広げられてきた。市場により多くの責任を振り分ければ、政府の責任は減少し、政府により多くの責任を振り分ければ、市場の責任は減少するという風に、あるいは市場と政府の何らかの妥協という風に。」

古典派法経済学は、市場を定義構成する法制度を自然化して法による構築という事実を後景へと退かせることで、逆に、雑然たる作為としての政府介入から固守されるべき自然秩序としての市場——固有の論理(経済法則)に基づいて自律運動する有機体——という観念を前景に押し出した。政府の介入政策は、何らかの病理・逸脱が閾値を超え、

市場本来の自然な姿——自由競争の過程——に歪みが生じている場合にこれを矯正するためのものに限られる、と看做されるようになる。こうして、「私法のかかる再組織化と再概念化の究極的な帰結は、市場をもつばら自己規制的で政府統制の外にあるものとして描くということであったのである」(自己治療力を内包した自律的・自動的調整メカニズムとしての市場)⁵⁶⁾

第三款 古典派の世界(二) 法と社会の関係論と進化論

古典派経済学は、経済社会の自律運動を正当化するために、所有及び契約についての法理論——市場を定義づける基本制度の自然性と正当性を弁証する法律家の仕事——の支援を必要とした。古典派法学は、法の科学的分析——基本原理に基いた演繹的推論による真正な法の全体像の獲得という知的プロジェクト——を遂行することを通して、自由な社会の条件——構成員が身分・階層の軛から解放されて自由に生きることが可能とする法の基本形式——を提示するという自由主義の政治的プロジェクトを推し進め、その分析の所産としての所有権法と契約法その他の詳細・複雑な諸ルールは、労働に関わる自己決定とその所産に対する尊重を基盤として形成される経済社会を、自由かつ公正なものとして描こうとしていた古典派経済学のプログラム(レッセ・フェール)に勇気を与えるものに他ならなかった。

こうした古典派法学の大きな試みを後押しした背景のひとつには、法の支配の理念が自由な社会の理念と等値されるようになったことで、個人の自由は、君主制などの「人治」ではなく「法治」によってもたらされるものだという思想が支配的となった——例えばアメリカでは、フェデラリストとホイッグ党員たちが、連邦制における司法権および法律家のプレゼンスの重要性を強力に主張した⁵⁷⁾——という事情がある(自由主義のモデルにおいては、法は、良き社会につい

ての自由主義的觀念の定義的な要素である『法の支配』のかたちで大きな役割を果たす。⁵⁸⁾ 正統な權威を認められた法素材——宗教的書物でも哲学的格言でもなく、また政治的作為(為政者の意志)でもなく、コモン・ローやローマ法といった長い伝統を誇る法言説——の中に自由な社会の条件を発見しようとする動きが活発化したという時代文脈である。古典派法学の隆盛は、いわゆる法中心主義(legalism)の典型的な表現であり、⁵⁹⁾ その意味で、法学研究が新しい社会形成の急先鋒として名乗りを上げたことを示している。

ただ、翻つて、かかる正統な權威を認められた法素材(コモン・ローやローマ法)への定位と、法の科学的方法とがどのような関係にあったのかを今少し考察しておく必要があるように思われる。というのも、Kennedyの説明では、彼が法の科学の「厳密に合理的な方法」として念頭においていた演繹的推論の出発点たる「体制を定義づける第一原理」が何に由来するものであったのかが必ずしも明らかではないからである。この点、例えば、古典派法学の完成者の一人と目される、ケース・メソッドを法学教授法として確立させたChristopher Langdellは次のように言う。

「法——それは科学と看做しうる——は、あらゆる原理(principles)あるいは法理(doctrines)によつて構成されている。…「これら」法理は、何世紀もの多くの判例を経て成長して来たものに他ならない。…唯一のとはいわないまでも、最短で最善の法理に通暁する方法は、法理が具体化されている判例を研究することである。」⁶⁰⁾ 少なくとも次の二つのことが確立されねばならぬ「い」。第一に、法学が科学(science)であるということ、第二に、この科学の利
用しうるすべての資料が印刷された書物の中にあることである。」⁶¹⁾

古典派法学は、コモン・ロー（やローマ法）を中核とする書物に刻み記された争訟の記録を真正な法の源泉とみなし、抽象的思弁や「論理の問題」としてではなく、法の基本資料たる「正統な」テキストの継受とその解読を通じた法概念の精緻な分析の問題として——いわば、法伝統への参与を通じた資料読解に基づく「検証」と「再現」の問題として——諸原理・諸ルールを同定し、これを自由な法秩序の構成要素として分類・整序——組織化・体系化——することを目論んだのである。この法の基本資料は、殊に、膨大な数及び種類の格闘に対する同様に膨大な応答を含むゆえに、人間社会の基本原理の網羅的な記録（経験的データ）と看做し得るだろう。自身の仕事のこうした「実証性」と「体系性」ゆえに、古典派は「法の科学（science, Wissenschaft）」を自認することができたのである——混沌とした事象に潜む秩序（システム）を顕わにするという知的営為——。つまり古典派法学は、（a）法素材・資料内在的な概念分析と自由主義的再構成を通じた法理・ルールの分類と整序（外見上は、法素材からの帰納的推論による原理・法理の発見）、及び（b）当該上位概念からの演繹的推論（と一般に理解された論法）による具体的な下位概念の導出という体系的的方法によって、「自由な政治・経済秩序の潜在的な法の内容を顕かにしよう」とした知／政治的プロジェクトに他ならなかったのだと正當に理解しておくなければならない。実際、古典派の侮蔑者たちは二つのモメントを確かに捉え、だが不十分な理解に基いてそれぞれを（a）概念主義（conceptualism）（b）形式主義と呼んで揶揄して来たのであった。⁶⁴

だが、古典派法学は自然法秩序からの離脱を目指した革新的プロジェクトであったということが改めて想起されねばならない。⁶⁵ ゆえに考察を要するのは、自然法に対する懐疑を起点とする法理論は、法素材に対する先の想定を、すなわちコモン・ロー（あるいはローマ法）は自由な社会を構成する真正な法の源泉であるという想定を、それ自体では正当化することができないという事態にどのように対峙するかである。（加えて、アメリカの古典派にとって決まりの悪

いより単純な事実は、イギリスから決別したはずの独立国家アメリカの法律家が、いかにして、多くのイギリス法上の判例によつて構成されているコモン・ローに敬意を払うことを通じて、このアメリカ社会の自由の法を明らかにできるのか、であつた。⁽⁶⁶⁾自然法思想への全面的な信仰を失い、加えてかかる信仰喪失を嚮導した純粹理性や功利原理の教説の抽象性に辟易してしまつた法意識は、種々の矛盾を裡に抱え込まざるを得ない。それゆえ、古典派経済学が古典派法学の支援を必要としたように、古典派法学もまた、これらの問題を解くために新しい範疇や概念装置——何らかの「外的」支援——を必要とするのである。⁽⁶⁸⁾様々の定式化が可能であると思われるが、本稿では、古典派の法意識それ自体で「は解くこと能わない」架橋を要する諸矛盾を、政治・規範・認識という3つの領域に関わる問題として要約してみよう。すなわち、(a)自由と強制の矛盾(政治)、(b)事実と価値の矛盾(規範)、そして(c)普遍と特殊の矛盾(認識)である。

第一に、自由と強制の矛盾である。何よりもまず、自然法秩序の実体が、旧身分社会の階層的役割構造をそのままなぞりこれを正当化・自然化するものであつたことは、自由主義という古典派の政治プロジェクトにとつての大きな問題であつた。だが一方、これを転覆させるための立法による急進的な社会形成もまた、新しく登場した支配集団・為政者の意志や夢想の発露そのものであるように見える。とするならば、自由な社会を実現するための条件として、いわば常に権力構造の反映に他ならない法(自然法・立法)に注目し、これを強制するという論理は、いかにも破綻しているのではないか。人倫との合致によつて外的強制と内的道徳を架橋するという理性のプロジェクトもまた、抽象的かつ空虚な一般原則の提示に留まる以上、法をいかにして自由な社会の具体的条件として観念し得るのか。実社会の具体的で複雑な権力構造から逃れることを可能にするのは、抽象的な叡智についての教説ではなく、旧社会と同様に具体的・複

雑な内実を持つ・新しい基本構造の構想でなければならない。だからこそ古典派は、詳細な法概念・法準則を構成して、これを正当な権力行使と不正なそれとを区別する基準として整えてみせたのである。しかしながら、古典派法学が基本原理の苗床とみなしたテキスト(判例法や学説彙纂)の特定の内容が、特定個人・集団の実力や願望の押し付けとは異なる何ものであるということを確認し弁証することができるためには、法の起源たる歴史的・社会的出来事そのものについての何らかの新しい着想が必要となるはずである。

第二は、規範の問題としての事実と価値の矛盾である。⁽⁷⁾人間は事物の本性についての普遍かつ自明の知に基づいて——あるいはそうした知が導く普遍的な社会契約に基づいて——、かかる本性を開花・成就させることができる理(ことわり)を得ることができるといふ信念——つまり、知性的直観または帰納的推論による人間本性(が締結する社会契約)への接近、⁽⁸⁾人間本性論からの理性的推論を通じた不変の自然法の導出という一連の思考と実在への信頼——が貫かれた世界においては、法の価値ないしは規範としての正当性は、人間と事物の本性に基づいて世界内在的に——まさに自然に当然に——基礎付けられる可能性を保持し続けるだろう。だが、自然法秩序の基底にある認識論に懐疑が生じたとき、事実と価値の関係はむしろ何らかの新しいロジックやカテゴリーによって再び架橋してやらねばならない溝渠として現れる。実際、古典派法思考が分析の対象とした主な法素材であるコモン・ローやローマ法は、或る特定の時代と場所における制度編成という歴史的事象に他ならない。こうした歴史的事象(「事実」)から真正な望ましい法秩序(「規範」)を引き出すことができるという古典派の信念——法律家にごく通常の法素材の合理性の仮定から一歩進んだ、法素材の正当性ないしは善徳性へのコミットメント——が意味をなすには、事実と価値をうまく調停するための何らかの概念装置が必要となる。それは、歴史的経験・社会的事象それ自体を価値の源泉と観念する思考であり、従って、

事実から規範を引き出すという単純な誤謬であるというよりも、ある法（歴史・社会的事実）をあるべき法（規範的理想）の萌芽・予感、あるいは不完全な似姿・発展途上として観る、人間社会についての特徴ある思想形態を探るだろう。かかる歴史と社会への注目は、次の第三の矛盾と関係する。

すなわち第三に、この社会とこの法の特殊性・固有性をどのように考えればよいか。普遍性・不変性・不偏不党性を吹聴する自然法が実際には封建社会の権力構造を反映・温存するイデオロギーに他ならなかったとして、では、普遍性・不変性を「偽る」ことなしにこの社会のこの法の正当性をどのように論証することができるであろうか——そもそも、普遍とはその自明性ゆえに知性的直観において触れることができるものであるに對して、時間と空間に複雑に条件づけられている特殊をいかに知ることができるのか——。全き普遍性は断念した上で、少なくともこの社会の構成員すべての自由を保障するという宣言に「一般性」——控えめな普遍性——の標榜を見るにしても、この社会が変わってゆく、この社会とは異なる社会がある——いかにも「ひとときの間だけ」・「たまたまその形で」生起したに過ぎないように見える——という事実から、いかに積極的な意味や価値を引き出せるというのか。この、普遍（ないし一般）と特殊（ないし差異）の問題、あるいは変わりゆくものの現実性と理念性の問題を理解するに際しては、一八世紀・一九世紀がまさに「社会の発見」の時代であったことを銘記しておく必要がある。

「社会理論家たちは、ごく最近にいたるまで、世界の各文化は相対的に静的なものであると考えていた。根本的な社会変化は稀であり、通常は神の啓示や介入から生ずるものであると考えていた。一八世紀初頭になって初めて、理論家たちは、社会や社会規範は日常の「世俗的な」要因による質的变化を持続的に経験するものであると認識する

ようになった。一九世紀初頭になって初めて、この認識が西洋社会理論の確立された原理となったのである。社会のおよび道徳的現象は動的なものであるという認識、そしてそうした現象の世俗的な決定因子への注視は、一九二〇世紀の社会思想の基本様相であり、これが、およそ二五〇〇年におよぶそれまでの社会哲学から近代社会思想を区別するのである。⁽²⁾

多くの知識人たちは、時代と場所によって異なる相貌を見せる社会体制・国家体制を発見し、端的に、社会は多様である・変化するという事実を知った。とするならば、一九世紀の古典派法学者たちは、自分たちの研究対象〔法素材〕が、他でも在り得る・実際に他で在る／在った法秩序のなかで、信頼に足る望ましい自由の条件であると想定することができなければならない。また、その社会と法の良し悪しを知るためには——正しい秩序と悪しき秩序を区別する規範理論を構築するためには——、単に個々の法・社会を観るのみならず、他のあり方をも視野に収めた全体の中に適切に位置付けながら、あるいはより端正な姿(理想像／理念型)を思い描きながら、これら法と社会の核心を視るということができなければならない。こうした課題を遂行するために、古典派法学は、社会の個性と一般法則の双方を——以下で敷衍するように、制度構造の「類型」という概念装置を用いて——射程に収めることができる歴史・社会理論からの支援を必要とするのである。

以上のように、知性的直観によって接近することができると人物と人間の本性、及びこうした本性論から理性的推論を用いて導出することができる普遍的な秩序という觀念からの離脱を目論む以上、古典派法学は何らかの架橋もしくは調停を要する、〈事実と価値〉、〈自由と強制〉、そして〈特殊と普遍〉等々の二律背反を裡に抱え込まざるを得ないはずだ

と考えることができる。にもかかわらず、こうした古典派法学をして、伝統的法素材の分析に安じて邁進することを許した社会と歴史に関する思惟とはどのようなものであったのか。

Christopher Langdellと並んで古典派の代表者——「法律学のプラトン」⁽⁷²⁾——と(悪)評される Joseph Beale Jr.が、ドイツ歴史法学の太祖である Savigny について次のように述べていることから端緒を得よう。

「Savigny と彼の学派の仕事によって法学に与えられた衝動 (impulse) は、前世代において、文明化された世界中に広がり、その法思考に深く影響した。イギリスにおいては、法思想家たちの小さな、だが重要な学派が歴史的方法に従ってきた。合衆国においては、歴史学派は強力な支配力を獲得した。… 私たちは、中世の主観性と演繹に基づく哲学 (the subjective and deductive philosophy of the middle age) を捨て去ったのであり、科学的観察及び歴史的発見から (from scientific observation and from historical discovery) 学ぶのである。」⁽⁷³⁾

「コモン・ローは変化する。特定法域のコモン・ローのみならず、コモン・ロー体系全体として変化する。今日の法は、言うまでもなく、七〇〇年前の法よりも善いものであり、正義の基本原理により合致しており、また今日の必要により合致しているし、より人道的で柔軟かつ複雑である。」⁽⁷⁴⁾

本稿が強く関心を持つのは、ここで言及されている、「コモン・ローは変化する」ことを教える「歴史的方法」である。

この方法は、端的に、法が変化することを、社会が変化することに則した現象として、しかも、社会が異なる段階に達したこと⁷⁵に則したそれとして説明しようとする同時代に支配的であった思维傾向である。かかる傾向は、最も広く影響力を持った Savigny や Henry Maine の歴史法学のみならず、同時代の人間と社会についての総合科学（古典的社会理論⁷⁶）の基底に通奏低音として流れていた、（a）法と社会の関係論⁷⁶及び（b）法と社会の変化論⁷⁶から構成される興味深い視角であったと理解することができ、（法社会関係論・進化論複合体）⁷⁷。例えば、Robert Gordon は、この（a）法社会関係論を、「法と法学の本質は、社会の内在的論理（immanent rationality）の具現化にある」と宣言する。適応理論（adaptation theory）⁷⁸と特徴づけ、一方、Stephen Siegel は（b）法社会進化論を、「歴史研究こそが「そうした」客観的な社会規範と道徳的価値を明らかにする」と主張する。歴史主義（historism）⁸⁰と特色づける。かかる歴史主義的適応理論⁷⁹の靈感——歴史を通して姿を顕す、この社会の内在的論理・要請に即応した、真正な法を発見せよ③——は、大陸法系諸国を超えて広く英米法圏にまで及び、さらにはその無意識化・自明化された根強い残滓は、一九世紀を超えて二〇二一世紀の主たる法学運動を背後で規定し続けている⁸¹。この社会思想上の基底的信念——古くはフランスの Montesquieu ⁸²の仕事に遡り、一八世紀のスコットランド啓蒙の学者及び一九世紀の社会思想家たちによって発展段階論のかたちで広められ、そして二〇世紀後半になって Roberto Unger が深層構造理論⁸³と呼んで深い敬意と激しい批判の対象とした信念——は、知性的直観と理性的推論が与える抽象的・観念的な知識体系（中世の主観と演繹に基づく哲学）ではなく、有意義な生秩序ある生を求める人間社会の格闘・葛藤についての歴史研究が与える、具体的教訓や経験的叡智の重要性こそを説く。その最も野心的な表現は、真理は歴史を通して姿を現すのだとして、歴史から具体的かつ必然的な知識を抜き出そうとする。

典型的には Adam Smith が、所有権の取得方法を分析するに際して、「第一の方法である先占」についての法は、人間社会の時代区分に従って変化する (vary according to)。社会の四段階は、狩猟、牧畜、農耕、そして商業である」と述べているように、この社会思想によれば、世界は、資源の獲得方法に規定された物質的条件や信仰形態に表現される精神的条件において、質的に区別することができる複数の(だが有限個の)社会類型から構成されており、歴史は、それらの諸類型が各社会の発展段階に対応して登場する、単一の法則性ないしは方向性を有した時間的継起に他ならない——e.g. 狩猟→牧畜→農耕→商業(Smith)、封建主義→資本主義→共産主義(Marxism)、資本主義の四段階・大企業家の時代→専門経営者の時代→専門投資家の時代→集合的抛出の時代(Carta)——。そして法は、「これらの段階に応じた：変化するに違いない」のである。かかる歴史理論は、古典派法学が抱える先の諸矛盾に対してどのような解決を与え得るだろうか。

第一に、自由と強制の矛盾について——。社会進化の物語は、物質的・精神的特徴の質的变化であり、本質的に同一のもの連続的な量的変化ではなく、社会諸類型の断続的な継起(発展段階論)として提示されるが、かかる物質上・精神上の質的差異を持った社会類型という観念は、法についての興味深いアイデアを与える。まず、法の出自に関して、(a) 精神・社会意識の表象ないしは物質・社会構造の要請への応答としての法という観念であり、次に、法の生成メカニズムに関して、(b) 自発的・自生的秩序ないしは進化・潜在的姿の開花という観念である。

まず、出自に関して。或る社会類型に固有の法(例えば、自由な社会における所有と契約の法)は、特定の人物や集団の意志・願望の発露として「上/外から」押しつけられたものではなく、当該社会に生きる／生きた数え切れない人々

ての試行錯誤・格闘という歴史的経験を通して形成された、^①共通感覚^②、^③社会意識^④、^⑤文化・精神^⑥といった内発的かつ客観的なるものの法的翻訳(表象)に他ならない。より物質的側面から特徴付ければ、法は、当該社会の衣食住に関わる実践・構造上の要請(社会目的)に応答しこれを実現するという機能特性を備えた諸制度であると観念することができらるだろう。いずれにしても、或る社会にはそれ固有の文化的精神や構造的要請があり、これに対応した表象ないしは応答であるとき、またそうした精神と構造が確かに自由を標榜しているとき、法は、特定的人格や実力の楔から解放されつつ自由を目的としているという意味において、望ましき理想と望まれる利益の客観的顕現として真正な秩序を構成することになるだろう(強制とは異なる、自由の理念の表象・ニーズへの応答としての法)。

加えて、その生成に関して。歴史主義においては、法は、少しずつ自発的・自生的に生成・変化するものであると観念される。というよりも、慣習法をはじめとした歴史的経験に試された永い伝統を誇る——それゆえに徐々に自然と今の姿に落ち着いたと説明する他はない——紛争解決の記録こそが、法の名に値するそれである(自生的秩序としての法)。社会意識・客観精神という、個々人の信念・個人道徳とは異なる出自から成る規範でありながらも、無理矢理ないしは急激の社会変化——つまり「不自然な」変革——を惹起する外的強制としての立法ではなく、自由な社会の内在的道徳と要請が時間をかけてゆつくりと自生的に、ないしは人々の自発的な恭順の連鎖を紡ぎながらその姿を明らかにするところ、強制とは異なるものとして自由かつ公正な法秩序が在るという信頼が生じる。無数の生身の人間が関与する、永い複雑な経験の精査を通して優れた部分が生き残り、これらが蓄積することで最善の姿となつて顕現して来るもの、これが真正な法であるという観念である。⁽⁹⁰⁾このようにして、^⑦社会意識の表象^⑧、^⑨社会構造への機能的応答^⑩、^⑪自生的秩序^⑫という概念装置は、自由と強制の間に穿たれた溝に束の間の橋をかけるだろう。(自由の国アメリカ

の法は、アメリカ社会の精神と要請への不断の応答を通して、イギリス法に固有の要素を次第に駆逐してゆく。

第二に、事実と価値の相克について——。自然法思想からは袂を分かつも未だ脱魔術化の中途段階にある古典派の歴史主義は、無機質な社会変化ではなく、有意義な善き秩序positive orderへの変化(意味のある変化・然るべき変化)、あるいは端的に、「遅れた」状態からより「高度に発達した」状態への進化という観念を与える。先に、社会変化には一定のロジックないしは法則があると言われた際の、それらロジック・法則は何らかの意味で道徳性を帯びているという観念である。社会の変化はでたらめ・無秩序(random)ではなく、齊った望ましい方向もしくは形態への変化であるという大いなる物語、法と社会の変化は進化・進歩と呼ぶに相応しい福音に溢れるそれであるというブランド・セオリーである。この意味において、古典派を支えた歴史主義は、偶然性・無作為性を中核とするダーウィニズムとは本来的に異なる、ラマルクの目的論的進化論(1)に他ならない。

実際、この物語は、変化の必然的法則・方向に沿った過程として、あるいは到達すべき究極目的としての原理・道理(moral principle)への接近の道程として語られるだろう。あるいはまた、まさにアリストテレスの変化概念(2)をモチーフとして、自然の原理(Dhysis)をメタファーに使いながら、社会の形態変化は、青虫からさなぎへ、さなぎから蝶へ(そして死へ)というように初発から胎動していた固有の目的・完成形態・潜在的姿の実現過程(そして停止)として語られるだろう。このように変化の物語は、この社会とこの法は、自然で必然的な生成・変化の所産であるゆえに、また具体的な経験的法素材の中に潜在的ないしは顕現的に蔵された客観的なものであるゆえに——例えば、「身分から契約へ」という必然的变化は、コモン・ローないしはローマ法の最も成熟した私法体系において確かに表現されているゆえに——、正しく望ましい目的に向かった変化、もしくは正しい道筋・段階に従った変化であるという目的論的モチーフ(3)

を表現する。このようにして、既存の法と社会(Real)は、然るべき目的・終着点に向かう変化という観念を媒介として、目的地(Ideal)への道程上の欠くべからざる中継地点としての意味を付与される。事実(Fact)は常に既に理想(Ought)の未完成形であり——つまり、種を異にするというよりも、完成度の違いに基づく同じものの別の呼称であり——、既存の法社会構造は理想形の不完全な表現であるという意味において、むしろ敬意を払われるべき潜在可能性を秘めた発展途上としての地位を付与されるのである(既存秩序を否定し、次なる社会類型に希望を寄せる革命家にとつてすら、この社会は次の社会に向かうための必然的段階である)。事実(ある法)と価値(あるべき法)の境界は、以上のようにして飛び越えられることになる。

第三に、認識ないしは方法の問題について。歴史的方法は、(a)社会の諸類型の(b)法則ないしは予め定められた方向性に沿った(c)断続的な変化という一連の概念装置によって、特殊(差異)と普遍性(一般性)の方法論的な架橋を試みる。人間社会はすべての時代と場所において模範とされるべき普遍的な理想形態なるものを有しているわけではなく、各社会は精神および制度構造上の質的差異に応じて固有の形態を見せる。だが、歴史上登場する(して来た)社会類型の選択肢は数種類としてあくまで限られており、またその変化には或る法則性、あるいは必然的な方向性を看取することができる——「人類は、どこにおいても同じであるという理由ゆえに一つなのではない、相違が、同じ過程における違う段階を表現しているという理由ゆえに一つなのである。／今日の社会に文化的差異があるの「は」、本質的に同じ過程における異なる段階に到達していることに起因する」⁹⁴。かかる方法論視角に関して、経済哲学者の説明はすこぶる明晰・伶俐である。長文を厭わず引用しよう。

「『論点の一つは』、歴史研究における『制度』ないし『類型』概念の役割である。…これらの概念は、歴史主義の命題における有機体的・全体的観点を回避するという役割を持っている。同時に、これらの概念は、一般性と個別性との対立を超えて、歴史主義を再建するための重要な方法的な契機を含む。」

「もし人間本性が普遍的なものであり、すべての人間行為が歴史上いつどこで起ころうと完全な斉一性を持つならば、歴史を体系化し、人間行為を類型化するための制度について語る必要はない。…歴史上の人間行為は、時間・空間を超えた人類というカテゴリーで括れば十分である。他方、もし人間本性が変化し、多様な環境の下ですべての人間行為が歴史上まったく独自のものであるならば、そのような行為をいかなるタイプやグループにも要約することは許されないであろう。無限に多様な行動様式が存在し、類型や規則性を語る意味がなくなるからである。しかし、どちらの場合も事実ではなく、両極端の中間に実行可能な方式が見出されなければならない。それが制度や類型の概念である。制度概念は、哲学の意味する一般性と、歴史の意味する個別性との間の妥協的統一である。」

「『理論と歴史』の対立を解消し、新たな問題領域への研究を可能にするものが『類型』としての『制度』の概念である。」⁽⁹⁸⁾

このように、社会類型・制度類型は、(a)個物の無限の多様性ゆえの共役不能性・差異性と(b)普遍性の標榜ゆえの同一性・単一性の間に、(比較可能それゆえに認識可能な個性豊かな法・社会形態)、あるいは(各々の法と社会の本来的・潜

在的・純論理的なあり様に照らしてより本質的あるいは逸脱した様相」という観念を挿入することで、特殊性と普遍性を架橋しようとする概念装置に他ならない。古典的社会理論は、いわば対照評価を可能とする複数かつ限定個の法と社会の制度モデル、各社会の成り立ちに関わる制度化のロジック、さらには個々のモデルをつなぎ合わせる断続的制度的変化のロジックといった諸概念を提供して、自由な社会という社会類型に固有の基本構造(制度編成の本質・完成形)はどのようなものか、既存制度の完成度はどれほどか——完成に導くためにはどの部分を再構成(法的構成)または排除(違憲無効)してゆけばよいか——を認識しようとする古典派法学のプロジェクトを鼓舞したのである。

歴史主義的適応理論に支えられることで、一九世紀古典派法学は、次のように信じてきた。人間の知性ないしは理性的思弁(reason)によって「発見」し得る普遍的な法秩序なるものへの信仰は今や反動的保守とみなされるべきである。他方、人間の意志(will)が「創造」する立法への信頼は、特定の集団利益に奉仕する不公正な社会の急進的形成の危険性にあまりにも無頓着である。法はそのようなものではない。真正な法は、人間の諸活動を通して無意識かつ無作為に——つまり自然に自発的に——「生成・成長」する(grow)潜在的秩序として在るものに他ならない。⁶⁶ 法はそういうにして自らを純粹な姿へと成長させて行く(works itself pure)が、法律家には、その健全な成長を促す、あるいは場合によってはその速度を速めるという使命が託されている。すなわち生成して来た法に残る夾雑物(mistake)を積極的に取り除いてこれを精製することで、法素材に伏在する本来の姿を顕らかにし、かかる姿に沿って社会を改めて整齊・してゆくという使命である。それは客観的精神・客観的要請の同定という優れて科学的な仕事であり、この精神と要請の守護は自由の実現への奉仕である意味において、自由主義社会の形成に従事するすこぶる意義深い仕事に他ならない——。

だが、このようにして各社会類型の個性が単一の精神や要請で語られ、かつ法がかかる社会への一対一の対応と觀念されれば、法は、自由な社会を定義付ける条件というよりも、精神と構造によってむしろ決定付けられる、自由度を大きく欠く一体的な「システム」として益々イメージされてゆくこととなる。そして、実定法の中にはこの自由の法に違背する要素——人間(過去の法律家)の過ち——が多く含まれていることを知っている法律家は、法理・法準則の形式的適用を超えて、法が自ら純化・顕示して行く完成形態・最終目的の観点から既存の法を再構成する方法(法律学的構成・目的論的法思考)——法を「システム」へと仕立て上げて行く方法——を更に陶冶して行くこととなる。

だが実際には、——後に二〇世紀の法学が、まさに古典派批判を通して、(法は社会を構成する)あるいは(法と社会は相互構成的関係にある(法は社会から相対的に自立している))という觀念を獲得しこれを自家棄籠中のものとするように——、法こそが社会を構成する力に他ならない。それゆえ、古典派法学が、法の多元性・複雑性を抑圧しつつ、「法システム」によって社会を構成・定義する側にまわるとき——システムによる植民地化(?)——、今度は社会構造が法システムのいわば鏡として、一枚岩のシステムとして、つまり矛盾や継ぎ目の無い——分析的修正のメスを入れる手懸りに乏しい——漸進的変革を拒む強い堅牢性を持ったモノとして現象することとなる。このようにして古典派法学は、究極において、社会変化の物語から支援を得ることで、かえってこの社会がさらに多様に変化して行くことの不・可・能・性・不・正・性——少なくとも極度の困難性と危険性——を弁証・吹聴する神話を提供するに至るのである。⁹⁷⁾

古典派の世界においては、社会生活の形式は、不断の修正を必要かつ可能とする「永遠のベータ・ヴァージョン」という柔軟なプラットフォームではなく、何らかの完成形態が想定されている融通性を欠いたシステムとして在る。法は、たとえ社会が既存の精神と構造を変革することこそを要請し希求していると思えるときにおいてですら、「システムと

しての法と社会」という観念によって当該精神構造の再生産に寄与し続け、そうした、真正な、要請と希求に応答することを拒否するのである。

「一九世紀の法の科学が自認した中心課題は、社会・政治・経済組織の或る類型に本来的に備わる法内容——殊に、『自由社会』の法的編成——と彼らが考えるところのものを解明することにあつた。こうした観念は、マルクス主義のように支配的秩序は取って代わられる運命にあると考えていた立場たちも含めた、同時代の宿命論的社會理論と法律家たちが共有していたものである。この類型論概念によれば、法に表現される既存の制度上・イデオロギー上の秩序は、本来的な法内容を有した分割不可能なシステムであり、妥協、押し付け、偶然の出来事が緩やかかつ偶有的に混ざり合つたものではないといふのである。」⁽⁹⁸⁾

「適応理論は疑いもなく人を惑わせるものである。『そこにある』と観念される社会の構成と再生産に法の諸概念がどのように寄与しているのかに関する私たちの責任を否定し、かつ私たちの法的思考が社会偶有的なものであることを否定するのである……。」⁽⁹⁹⁾

こうした經濟理論・法理論・社會理論の古典派的共演による世界の自然化作用に鑑みれば、リアリズムによる古典派批判の本質的意義が次のように再構成されるだろうことはもはや見やすい道理である。まず第一に、市場構造——これを形作る契約と所有の基本制度——の脱自然化偽の必然性の暴露である（制度物神崇拜批判）。ただし、古典派の描

く所有と契約の制度構造は自然ではないと単に指摘するのみでは、これに代わってより望ましい制度構造を展望するために十分ではない。自然ではなく、かつ変革の端緒が獲得可能であること——足懸かりが掴め、かつコストが無限に大きくはないこと——が示されねばならない。別言すれば、法の起源が社会にあることを縷々論じるのみでは十分ではなく、この起源たる社会構造にミクロな制度分析を施し、諸要素の組み替えの可能性と組み合わせの多様性とを闡明せねばならないのである(構造物神崇拜批判)。

次款では、古典派法学批判を通して、社会と歴史の理論を含む全体としての古典派思想に対して脅威を与え、制度物神崇拜および構造物神崇拜から二〇世紀の思惟を解放する端緒を与えたりアリストの世界観¹¹⁾を素描しよう。

- (38) 拙稿「構造論ノート」九九—一〇八頁も参照。
- (39) UNGER, DR. at 25-26. Cf. Desautels-Stein, MLC at 483. (「自由交換を前提とする完全競争という新古典派の観念は、市場における『自由』とどう観念に対応する法的編成の固有のセットが存在するという同一の古い観念から抜け出せずにいる。」)
- (40) Duncan Kennedy, *The Role of Law in Economic Thought: Essays on The Fetishism of Commodities*, 34 AM. UNIV. L. REV. 939, 971 (1985). [hereinafter Kennedy, *Essays*]
- (41) Kennedy, *Essays* at 969.
- (42) Cf. 中村, 前掲論文, 77頁。「制度的現実, 法的現実とは、一面においてまぎれもなく人間精神の所産でありながら、他面において人間から独立した高度の客観的実在として、いわば『第二の自然』としてその持つ固有性と論理によってわれわれ人間を拘束してくる。…ヘーゲルが『法の哲学』において展開し考察した『客観的精神』とは、このような制度的現実, 法的現実をその精神的側面から、また精神的側面においてとらえたものであった。」
- (43) Unger は、つづいた制度物神崇拜を、『批判法学運動』という論攷においては——「客観的精神」という右註の Hegel の用語法に影響を受けつつ——「客観主義」と呼んで、社会生活の主領域——市場, 政治, 市民社会, 家族等々——の人間関係の理想形が具体化・客観化されたものとして既存の法制度編成を捉える思考形式を描出・批判しようとしていた。付言しておけば、「市場の失敗」

あるいは「市場の通常の機能の帰結としての格差」に対して何らかの政策的是正をなそうとするあらゆる立場は、その基底に、市場それ自体という観念（最も理想的な市場形態およびその具体化としての契約・所有制度）を暗に明に携えている故に、客観主義批判の対象であることが銘記されねばならない。

- (44) Cui, *supra* note 26 at VIII.
- (45) Duncan Kennedy, *Toward Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America 1850-1940*, RESEARCH IN LAW AND SOCIOLOGY Vol. 3, 3-24 (1980). [hereinafter Kennedy, *Historical Understanding*]; *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy*, 100 COLUM. L. REV. 94 (2000). [hereinafter Kennedy, *Will Theory*]; *Three Globalizations of Legal Thought: 1850-2000*, in D. TRUBEK & A. SANTOS EDS., THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A CRITICAL APPRAISAL (2006) 19-73. [hereinafter Kennedy, *Three Globalizations*]; *Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, 58 AM. J. COMP. L. 811 (2010). [hereinafter Kennedy, *Savigny*]
- (46) Robert Gordon, *Historicism in Legal Scholarship*, 90 YALE L.J. (1981). [hereinafter Gordon, *Historicism*]; Holmes' *Common Law as Legal and Social Science*, 10 HOFSTRA L. REV. (1982). [hereinafter Gordon, Holmes' *Common Law*]; *Critical Legal Histories*, 36 STAN. L. REV. 57 (1984). [hereinafter Gordon, CLH]; *Hayek and Cooler on Custom and Reason*, 23 SW. U. L. REV. 453 (1994). [hereinafter Gordon, *Hayek and Cooler*]; *The Struggles over the Past*, 44 CLEV. ST. L. REV. 123 (1996). [hereinafter Gordon, *Struggle*].
- (47) UNGER, WSLAB at 130-134.
- (48) 以上の古典派経済学の特徴付けは、Kennedy, *Essays* at 942-950 の全体的に負っている。
- (49) Kennedy, *Essays* at 952. See generally Kennedy, *Historical Understanding*; Kennedy, *Three Globalizations* at 21, 25-37.
- (50) Kennedy, *Essays* at 953.
- (51) Kennedy, *Stakes of Law* at 90. See also Kennedy, *Will Theory* at 106-108; Gordon, *Holmes' Common Law* at 277-278.
- (52) Kennedy, *Essays* at 955.
- (53) UNGER, WSLAB at 45-46.
- (54) Kennedy, *Essays* at 956.
- (55) Kennedy, *Essays* at 985.

定論によってもたらされるが、法素材が「何らかの外在的な力 (forces)」——政治の論理・社会発展の歴史法則——によって決定付けられていることになれば、法学者はそうした諸力の函数の地位に貶められざるを得ない。にもかかわらず、「法学研究」の主流派は、興味深いことに、ある種の社会決定論を積極的に受容してきたのである。Gordon, *Historicism* at 1021-22.

- (69) 初期批判法学の仕事を表す、近代自由主義思想が抱える内的矛盾の剔抉として UNGER, KP (1975) Chapter 1-3. (a) 知概念への困難としての「理論 (概念) と事実 (事象) のアンチノミー」。(b) 人格概念への脅威としての「理性と欲求のアンチノミー」。(c) 社会概念への脅威としての「ルールと価値のアンチノミー」。

- (70) 『近代社会における法』における Unger は「M. Weber や E. Durkheim に代表される『社会理論』の重要な特徴の一つに、事実と価値の二元論」を挙げている。(UNGER, LMS at 3-5.) その意味で、社会理論それ自体は、事実と価値を架橋することに関心はないと理解しておくことが妥当かも知れない (殊に Weber はこの点、徹底していることは言うまでもない)。それゆえ、社会理論の背後に歴史についての理論 (歴史主義) を置き、古典派思想は、少なくとも経済的側面・法的側面・社会的側面・歴史的側面という四つの相ないしは層で構成されているというマッピングを提示すべきだったかもしれないが、本稿では、古典派社会学は——社会形成のみならず——社会変化する理論をも構成要素としていると理解した上で、適応理論と歴史主義のかかる合成物が、社会理論自身が前提としているはずの「事実と価値の相克」を秘密裏に架橋すること、その破綻を救済しているのだという捉え方をしている。

- (71) Cf. 知性なごしは理性によって認識することができる本質 (intelligible essence) とごう教説の放棄にごう UNGER KP at 32.

- (72) Stephen Siegel, *Historicism in Late Nineteenth-Century Constitutional Thought*, Wis. L. Rev. 1431, 1438-1439 (1990). [Herthaer Siegel, *Historicism*] また「政治思想家 J. Pocock によれば、キリスト教思想にごうは「個物 (particulars) の継起は常に普遍 (universals) なごしは永遠なるもの (eternal) との関係において語られ、個物から個物への継起は等閑視されていた。人間の諸活動が継起する世俗世界は、神による贖罪や改革の劇場ではあっても、そうした贖罪や改革なくしては、時間という次元を持たない、秩序から無秩序へと形を失っていく意味なきエントロピーと理解されたのである。J.G.A. Pocock, THE MACHIAVELLIAN MOMENT: FLORENTINE POLITICAL THOUGHT AND THE ATLANTIC REPLICAN TRADITION (1975) at 6-8.

- (73) シェローム・フランク著、棚瀬孝雄・棚瀬一代訳『法と現代精神』(一八七四年)一〇七頁。

- (74) Joseph Beale, *The Development of Jurisprudence During the Past Century*, 18 Harv. L. Rev. 271, 283 (1905). 引用は Siegel, *Historicism* at 1442. Cf. 歴史的方法にごうよりも「意思理論及び「入れ子状」公私二分論を中核とする Savigny の私法理論」ごうが、古典派法学の系譜学上、最も重要ごうったとする主張ごう Kennedy, *Savigny*.

- (75) JOSEPH BEALE, TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS (1916) at 149. また Langdell の推挙で卒業後にすぐ Harvard Law School で教鞭を取り始めた James Ames も、「六〇〇年の歴史を通して私たちの法システムを、道徳原理との一層の調和へと導いて来た改革の精神は、完成作品に到達してはいないということは明らかなことである。[だが]過去のイギリス法の偉大なる倫理的進歩を認識することは価値のあることだ。たとえそれが、未来の更なる進歩への努力を勇気づけるのみだったとしても。」と述べて、法は、形式的・没道徳的なルールによって形成される原始的法から、道徳原理とより近く一致する段階へと向かって次第に進化するという思想を示唆する。James Ames, *Law and Morals*, 97 HARV. L. REV. 97, 113 (1908).
- (76) See generally J.W. BURROW, EVOLUTION AND SOCIETY: A STUDY IN VICTORIAN SOCIAL THEORY (1966) [hereinafter BURROW, ES]; MAURICE MANDELBAUM, HISTORY, MAN, & REASON: A STUDY IN NINETEENTH-CENTURY THOUGHT (1971) [hereinafter MANDELBAUM, HMRI]; PETER STEIN, LEGAL EVOLUTION: THE STORY OF IDEAS (1980) (今野勉他訳『法進化のメタヒストリー』(一九八九年)) [hereinafter STEIN, LE]
- (77) Hegel, Comte, Marx & Engels, J.S. Mill, Spencer, Sumner, Maine...かかると「歴史的方法」を共有していたのは、言うまでもなく、近代社会思想史上の巨人たゞゆゑ。Siegel, *Historicism* at 1442-1443.
- (78) Gordon, *Historicism* at 1028-1036; UNGER, LMS at 127-133.
- (79) Siegel, *Historicism* at 1438.
- (80) 歴史主義は、最も広義には、「言葉と行為の意味は、ある程度において、それらが生起する特定の社会的・歴史的条件に依存するという視角、そしてそうした視覚によって示唆される解釈及び批判」(言説の歴史的・文化的偶有性の承認)を意味する。本来は、実定法システムの普遍性かつ実効性を弁証する法学主流派(リベラル・リーガリズム)にとつての脅威となるはずであるが、興味深いことに、「過去においては、法史学(legal history)は総じて、法学研究の既存の企てを支援・確証する役割を果たした」と Gordon は述べる。本論が論じるのは、「こうした過去の(古典派と同時代の)歴史主義と法学の関係である。Gordon, *Historicism* at 1024, 1033; 「歴史主義は、『リベラル・フェーブル憲法学』の中心的な法學上の決定因子であった。」[Siegel, *Historicism* at 1436. 歴史主義の一般的説明については、See generally MANDELBAUM, HMR at 41-51, 113-41.
- (81) 「適応理論は、目的適合性、利便性、効用、成長、発展、近代化、歴史学的あるいは社会学的法学、機能主義的アプローチ、社会学、政策分析、効率性、あるいは応答法などのいずれかの名前で、英米法学の実質的に全ての主たる運動の構成要素となってきたし、学問界のその他の点では激しい論争を横断する共通要素となってきたのである。」[Gordon, *Historicism* at 1036.] のように適応理論は二〇世紀法学においては、はっきりとした分節化がなされることのない背景的前提として、それゆえに、一八・一九世紀にお

ける体系的な理論化の試みとは異なり、それ以上吟味を要しない当然の前提とされることで、批判を免れて法意識を一定の形と方向へと規定し続ける。批判法学は、それゆえ、適応理論の最も積極的な形態——古典派——を批判することを通して、現代法学の無意識の析出と批判を試みるのである。See generally BURROW, ES at xiv; Gordon, CLH at 59-67.

- (82) See Eugen Ehrlich, *Montesquieu and Sociological Jurisprudence*, 29 HARV. L. REV. 582 (1915). (Blackstone よりもおよそ二〇年前に: “...not to Buckle or Savigny よりも半世紀前に” [Montesquieu] は、法の歴史は珍物の連なり以上のものであるということを感じ、法の歴史は諸制度の進展を示すことを通じてひとつの社会の構造を説明する方法であるということを理解し、そして過去によって現在を理解するための歴史的継続性の重要性をすでに解き当てていた。: Karl Marx よりも一世紀前に、彼は、経済的状况とその『法的上部構造』の密接な関係を強く主張していたが、おそらく彼は法律に関わる書籍の中で、経済的問題——交換、農業、金銭、人工、植民地化——に取り組んだ最初の人物である。”) at 886; (“社会生活のあらゆる要素は相互に結びついている。Montesquieu の見解においては、法は社会がよって形成され、そして同時に社会を形成するのである。”) at 586; Also see ALAN BAUM, *MONTESQUIEU AND SOCIAL THEORY* (1979) at 84-95. (Montesquieu の歴史分析の道具としての『類型’type’] という概念は、Montesquieu の死後一五〇年以上後に開発された Max Weber の『理想型’ideal-type’] に非常に似ている。: 彼の仕事をフランス革命以前の他の哲学者たちの仕事から区別する...のは、彼が歴史を社会学へと変える方法である。)

- (83) Siegel, *Historism* at 144; STEIN, LE at 15-19, 23-50, 56-57. (「あらゆる民族は、単一の歴史、すなわち人類史にその部分として参与している」という観念は、組織の社会的形式を進化的発展の単一のパターンの異なる段階とみなした、後のすべての社会進化論者たちにも採用されたものである。] MANDELBAUM, HMR at 49.

- (84) UNGER, ST at 87-120; 拙稿 [Roberto Unger の法社会学理論：その方法論的考察——制度構想の法学第二の序説——] 岡山大学法学会雑誌第六一卷第四号(二〇一二年)二八-三五頁。

- (85) ADAM SMITH, *LECTURES ON JURISPRUDENCE, Division III Private Law* 冒頭。(アダム・スミス著、水田洋訳『法学講義』(岩波文庫 二〇〇五年)一八七頁。訳文は一部変更した。) See generally BURROW, ES at 10-16; STEIN, LE at 29-46.

- (86) Robert Clark, *The Four Stages of Capitalism: Reflections on Investment Management Treatises*, 94 HARV. L. REV. 561 (1981); Robert Clark, *The Interdisciplinary Study of Legal Evolution*, 90 YALE L.J. 1238 (1981).

- (87) SMITH, *supra* note 85, (訳書 一八八頁)

- (88) その最も典型的な表現として F.C. von SAVIGNY, A. HAYWARD TRANDS., OF THE VOCATION OF OUR AGE FOR LEGISLATION AND JURISPRUDENCE (2002) at 24-30. See Reimman, NCGLS at 853-854.

- (89) 法社会学の祖 Eugen Ehrlich は「新しい法源理論」について次のように書いている。「…サヴィニーとプファタが、最初に、発展という観念を法源理論へ導入し、民族の全歴史と法発展との関連を明確に指摘した…。かかる見解から、全く新しい法源概念が成立したのであって、それらはもはや何が法たるべきかということを恣意的偶然的に確定することには奉仕せず、民族の意識の中に内的必然性を持って、立ち現れて来る生成と発展を表現するのである。」エールリッヒ、河上倫逸、M. フーブリヒト訳『法社会学の基礎理論』(一九八四年)四三六頁。引用箇所を示唆は、Brian Tamahaha, *The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory*, 56 *Wm. & Mary L. Rev.* 2235, 2252(2015) 214¹⁹。
- (90) Cf. Pocock, *supra* note 72 Chapter 1, 自生的秩序の概念に ついて Gordon, Hayek and Cooter:
- (91) Hovenkamp, *supra* note 37 at 1016; Siegel, *Historicism* at 1448; Reiman, *NCJLS* at 877.
- (92) Pocock の説明によれば、アリストテレスの変化の概念とはフィシス——その目的を成就し、その形態を完成させ、その潜在性を実現する過程、そして停止する過程——であり、同じものの生成・完成・停止という循環過程を暗示するために、本来は人間の出来事・歴史——時間の中で生起する出来事の継起——、すなわち或る物事 (one thing) からそれとは異なる物事 (another) への連なりを表現するものではない。Pocock, *supra* note 72 at 5.
- (93) Roscoe Pound, *The End of Law as Developed in Juristic Thought*, 30 *Harv. L. Rev.* 201, 218-219 (1916-1917) は、「契約についての古典派民法学者 Parsons の以下の言明を引きついで、十九世紀アメリカ法学が一般的に受け入れたのは、Henry Maine の「身分から契約へ」という法の進化理論であり、これが、契約こそが社会の基本構造である」という信念となつて、本来はローマ法の伝統にのみ見られ、封建的な概念で充満していたコモン・ローにはほとんど見られなかつたはずの個人の意思への法的効果としての契約」という概念に沿つてコモン・ローをローマ法化 (Romanize) する動きが活発化したと述べる。
- 「最も広い意味において、契約に関する法は、人間生活の諸関係を規律するおよそあらゆる法に関わると看做され得るだろう。実に契約法は、人間社会の基礎として看做し得る。…人間生活のほぼ全ての過程は、契約の継続的な実現を暗に示す、というよりも契約の継続的な実現そのものに他ならない。」
- (94) Burrow, *ES* at 98, 116. 類型論による特殊と普遍の架橋という方法論上の意義についての最も簡潔な言明として、例えば、UNCER, *Lectures* at 167 (「類型論的方法 (typological method)」。諸々の社会を類型に分類することから始め、それぞれの社会生活の形式的内的論理を見つけ出す。この方法は、歴史的記述の目的と体系的社會理論の目的とを和解させる。すなわち、秩然たる

歴史哲学に陥ることなしに歴史の無法則から超然とすることができよう。』

(95) 塩野谷祐一著『経済哲学原理——解釈学的接近』(二〇〇九年)一五〇—一五二、四二四頁。加えて、Roberto Ungerの制度論的アプローチに深い影響を与えている Hegel の思考について次のような言及があり大変啓発的である。書き留めておきたい。

「『制度論的思考』はヘーゲル体系の長所と言うべきであろう。『制度論的思考』を改めて論じたのが『法の哲学』(一八二二年)である。制度論なしには、ヘーゲルの理論は、しばしば批判されているように、単なる観念的な形而上学に終わるのである。しかし、歴史的次元における『制度』は、一方で、『理念』を自由意志および時代精神として包括的に体現するものであり、他方で、家族・市民社会・国家などの『社会関係』を具体的に組織化するものである。∴『制度』は、その下での人々の動機や目的や憧憬といった『理念』を体現する各観的枠組みであって、一方で、個々の歴史事象を抽象化し類型化するための概念であり、他方で依然として歴史に相対的な概念である。』(二二二—二三頁)

(96) Siegel, *Historism* at 1442.

(97) 本論で述べた古典派の思考傾向を Unger の社会理論批判に追いつながら再度整理してみよう。第一に、閉じられた類型論(の誤謬) closed list of social types。——歴史上には「封建社会・資本主義社会・社会主義」といった社会類型に代表される、複数のだが限られた制度類型しかないという信念、第二に、進化論的決定論(の誤謬) law-like forces of historical successions。——制度類型の必然的継起を司る進化的法則のような人為を超えた「或る力」を想定する傾向、そして第三に、構造分割不能論(の誤謬) structure as indivisible systems。——制度構造は各要素が一体となって成立・崩壊する一枚岩的結合であるという観念、である。本論致は、二〇世紀の社会思想に暗黙裏に受け継がれた特に第三の観念を、法制度分析を通して訊す力を有しているところに、法経済学制度派の祖としてのリアリズムの意義があると考えるために、大きな迂回をしながら古典派の社会的側面の基底に迫ろうとしたものである。

(98) UNGER, *ANOTHER TIME* at 8.

(99) Gordon, *Historicism* at 1056.

(100) さしあたり、その準備作業としての拙稿「リーガル・リアリズムの精髓」についての諸論攷の考察『法と社会研究』第四号(二〇〇九年)一九七—二六頁を参照。