

⇒ 書 評 ⇐

R・ポズナー著／馬場孝一・国武輝久監訳

『正義の経済学——規範的法律学への挑戦』

1991年6月，木鐸社，四六判，476頁

長 岡 成 夫

1

筆者ポズナーは、「法と経済学」という新しい分野の開拓者として知られている。彼は、その新たな観点から、従来の道徳理論（彼が主に念頭においているのは、ベンサムに代表される功利主義とロールズ、フリードらにより現代化されたカント主義である）に代わりうる理論として「富の最大化」を提唱する。この書評において私は、その理論の根拠を説明している第三・四章に焦点を定め、法律用語や経済学の専門語がちりばめられたいろいろな議論の中から、その理論の核心を見出すよう努力してみたい。

ポズナーは、「富の最大化原則」を、広い意味での功利主義の一種、「制約された功利主義理論」であると述べる（訳書 p.379. 以下括弧内の数字は訳書の頁数を示す）一方で、功利主義とカント主義を結合した理論であるとも性格づける（74）。そこでこの原則に対する彼の正当化の議論は、二つの形をとる。一方では、この原則が、最大化を目標とするという点で功利主義との親近性を持ちつつも、功利主義の持つ種々の難点を克服しているという形をとる。他方ではカント主義の特徴としての自律の表現である「合意」がこの原則に取り入れられていることを指摘しつつも、カント主義だけでは不十分であるとする形をとる。

まず彼は「富」を一般に経済学で使用される意味での価値、つまり「交換価値という測定可能な価値、少なくとも明示的ないし潜在的な市場で測定可能な価値」（69）と定義する。つまりそれぞれの財は、市場における交換価格あるいは交換可能な価格を持っており、それが「富」という客観的な数字で表わされる。さらに「社会的富」とは、社会におけるさまざまな財・サービスが持つそのような価格のトータルと定義される。そして、各種の財がそれらを最も高度に評価する人の手にわたるとき、富が最大化されることになる。ポズナーのあげる例を使えば、Aが一袋のオレンジを持っており、Bがそれを欲しがっている。交渉の結果5ドルで売買が成立すれば、取引以前に比べてA・Bどちらにとってもより望ましいものが手に入ったことになる。Aにとっては5ドルの方がより大きな価値を持っており、Bにとっては単に現金の5ドルよりもオレンジの方が大きな価値を持っているからこそ、売買が成立したのである。自由な市場（これには物々交換による市場も含まれる）において取引が成立することは、社会的富が増大することを意味する。

ここにみられるのは、市場に対する大きな信頼である。市場は、各種の分配を自動的に決定する。しかもそこでの決定は、各人の状態を以前よりも改善する、つまり効率的である。ポズナーは、これが個人道徳や社会正義

の根本であるべきだと考えている。

しかしながら、我々の活動の全ての部分が市場の関係によって支配されているわけではない。そこで彼が提案するのは、仮設の市場つまり潜在的市場の考え方である。例えば、「森で道に迷った人が無人の小屋に侵入し、生きるために食べなければならない食料を盗む」という場合、これを単純に窃盗に分類し処罰すべきと考えることは不適当である。というのは、ここで盗むという行為がなされるならば、小屋の持ち主は食料の損失という不利益をこうむるが、迷った人は飢え死にを避けるという利益をうる。さらに、市場的取引がなされるべきと仮定すると、迷った人が小屋の所有者を捜し出して交渉しなければならない。これはほぼ不可能だから、取引費用が天文学的数字となる。盗むという行為から発する飢え死にの回避や取引費用の節約は、所有者の被害よりも明らかに大きい。この場合の盗みは、市場において見られる効率性を実現しており、普通の窃盗とは区別して扱われるべきものだと結論される。(さらには、迷った人が食料を無断で食べたことをメモで残しておけば、いっそう効率的になり富をより増加させることになるだろう。)

また森に迷った人の例が示唆するのは、誰の利益も損なわないというパレート基準が常に満たされるのではない、という点である。市場関係が現実の市場から仮設の市場へと拡大されるに応じて、効率性の概念もパレート基準から離れて新たな意味を与えられる。拡張された意味での効率性は、カルドア・ヒックス基準(潜在的パレート優位)とされる。この基準は「資源配分の変化によって誰の状態も悪化しないことは必要ではなく、価値の増大が損失者を完全に補償しうるほど十分に大きいことだけを必要とする」(96)ものである。ポズナーは、大部分の経済学者がパレー

ト基準について語っている際に、彼らが意味しているのはカルドア・ヒックス基準であると指摘している(97)。

以上のようにポズナーは、市場のモデルに規範的な性格を与え、さらにそれを社会生活のあらゆる場面に妥当するものと考えようとする。このポズナーの考え方を、私は第一に手短かに、市場をどう考えるのか、第二に、正当化はどのようになされるのか、の二点から考察してみることにする。

2

まず第一の点に関して、市場が効率的な配分を実現することは疑いない。しかし、現実の社会では外部効果のような形で、市場の失敗の例が見られる。たとえば一つの燈台が何人かの人々の出資により建設されたとする。その燈台が発する光は出資者が利用するだけでなく、出資者以外の他人もまたフリー・ライダーという形で自由に利用することができる。そのような燈台利用者は富を最大化させているわけではなく、その点で他人のネックレスを盗む泥棒と似た面があると言えよう。しかしこの二つの例の相違点として、盗みの場合には社会の富を最大化しない窃盗行為に対して処罰を与えるという対処の仕方があり、そしてその処罰が抑止として働くこと期待できるのに対し、燈台の光の使用を禁止することは不可能であるし、出資者でない燈台使用者から経費を徴収するということはその取引費用という点から見て全く非効率的である。富の最大化理論ではこのようなフリー・ライダーは野放しにしておかざるをえないのではないだろうか。つまり、いかに仮設市場の想定により市場原理を拡大しようとしても、富の最大化論は市場の失敗そのものを解決するわけではないと思われる。

第二の正当化の問題について、先にも述べ

たように、ポズナーは自説を功利主義とカント主義の総合にあると説明する。なぜこれが正当化のための議論となりうるかを知るために、簡単に功利主義の歴史をふりかえることから始めよう。それに続いて、彼の功利主義批判、カント主義批判の内容を検討することにする。

ベンサム功利主義の特徴は、ある行為・制度により影響を受ける人々の幸福・苦痛の量を測定し、それらを差引した上で全体として幸福が残る場合と苦痛が残る場合とを区別する。その行為・制度は、前者の場合には正しく、後者の場合には正しくないとされる。一般に帰結主義 Consequentialism の考え方は、「何が望ましいか」についての善の理論と「いかなる行為が正しいか」についての責務の理論から成り立っているが、ベンサムの善の理論は幸福・快楽が望ましいというものであり、責務の理論は望ましい状態を生み出す行為が正しいとするものである。

J. S. ミルは、『功利主義論』を書く時点では、功利主義を弁護することに意を注いでいた。快楽の質的区別・良心の強調・功利主義による権利の正当化等は、主に、当時の直覚主義的倫理学からの非難に答えようとして考え出されたものである。続くシジウィックは、功利主義の原理の証明を試み、哲学的直覚により自明とされるいくつかの原理から功利主義の原理が導出されると主張した。これら三人により示された功利主義は一般に伝統的功利主義と呼ばれる。

二十世紀になって、功利主義の展開に寄与した人としてG. E. ムーアをあげることができる。彼は、『倫理学原理』においてミルの理論を自然主義的誤謬として斥けたことで有名だが、それは彼自身の考える功利主義、つまり快楽主義に基づくのではなく、知識や人間の愛情のような理想を増進するという功

利主義を主張するための準備作業であった。彼の功利主義は、伝統的功利主義の善の理論を修正したものである。ただムーアの主張の支持者は彼以降さほど多くなかった。現在において、功利主義における善の理論は、経済学的見方の影響もあって、「人々の選好の満足」として捉えられることが多い。

一九四十年代以降、責務の理論についての議論が盛んになった。常識的な道徳に反する行為でも、それが最も望ましい結果を生み出すならば、功利主義はそれが正しい行為であると判断し、その行為の実行を命ずる。そこから、状況次第では嘘をつくことも約束を破ることも、そして殺人でさえ正しい行為となりうる。このような疑問に答えるために考えられたのが、規則功利主義の考え方である。これは、個々の行為の結果を直接考慮すべきではなく、ある道徳規則を採用した時それがどのような結果を生み出すかによって、その規則の妥当性を判定すべきである、とするものである。そして、いかなる行為をなすべきかという問題は、個々の行為の結果によるのではなく、このようにして確定された規則に合致するかどうかによって決定すべきであるとされる。

このような功利主義の内部での修正の動きに対して、功利主義を根本から批判しようとしたのが、ロールズの『正義論』である。彼はカントの「目的の国」に相当する「原初状態」を考える。そこにおいて人々が社会の基本構造に関する原理はどのようなものでなければならないかを考えるとき、選択される原理は、功利主義の原理ではなく、彼のいう「正義の二原理」であるとした。そしてロールズは、功利主義の欠点として、功利主義が理論的には奴隷制を正当化する可能性を持つこと、欲求の受益者という受動的側面からのみ人間を捉えていること等をあげた。以上の

ような状況から功利主義とカント主義を総合する理論が一つの有力なオルタナティブと見なされるようになってきたのである。

富の最大化原則は、最大化という言葉が示唆するように、功利主義との親近性を持っている。以上の功利主義のスケッチの中でポズナー説の位置付けを試みるとすれば、「富」は「幸福」に代わるものとされており、善の理論における一つの提案である。さらに彼は責務論については、明言はしていないが、規則功利主義の立場に近いように思われる。このことは、彼が得意とするコモンローの領域の問題の扱い方（例えば、自動車事故の責任に関して過失責任の制度と厳格あるいは無過失責任の制度のどちらが富を最大化するかを考える）において示されている。それに対して、彼が功利主義の典型として考えているのは、ベンサム的功利主義である。ベンサムは法律について語ってはいるが、その法律は規則功利主義により正当化される種類のものでなく、個々の行為の結果の判断から作られる要約的規則という色彩を強く持っている。つまりベンサムは行為功利主義の立場にたっていると解される。それ故、ポズナーの批判は、行為功利主義を対象としていることになる。

ポズナーは、功利主義がいくつかの内在的な難点を抱えているが、富の最大化原則はそれらを回避できるということを示そうとする。彼のベンサム主義批判は、特に独創的なものではないが、次のようにまとめられる。①誰の幸福を考慮に入れるのかがはっきりしない。まず人間のみに限るのか他の動物も含むのか。国家のある政策が外国人に及ぼす影響はどの程度考慮するのか。さらにまだ生まれていない者をどう考慮するか（これが問題となるのは、人口が変化するとき、幸福の総量を基準とするか、幸福の総量を人口数で割った平均

的幸福の量を基準とするかで判断が異なりうるからである)。②ある社会における幸福の総量を計算する有効な手段がない。効用の個人間比較は功利主義にとって常に大きな問題であった。(有名な快樂計算を提唱したベンサムですら、それが完全に行なわれるとの自信を持っていたわけではない。)そこから一種のカンやゴリ押しの推論がまかり通る危険性がある。③最大幸福の実現のためにはいかなる手段であれ実行されるべきである。人々の幸福の感じ方次第では、全体主義国家の維持も無垢の人の殺人も、単に許されるというだけにとどまらず、なすべきこととされうる。功利主義から出てくる結論が通常の道徳規範から大きく逸脱し、「道徳的奇形」の様相を示すことがありうる。

富の最大化原則は、功利主義と同様、帰結主義的な構造を持っているが、功利主義の難点は回避できる、とポズナーは考える。彼は、①の境界問題について、富を増加させる限りにおいて考慮の対象とすべきと答える。例えば、仮設的市場での分析から、今後生まれる子供や外国からの移住者が、その国の富を増加させると期待されるなら、人口抑制策や移民禁止策をとるべきではない。また②の価値の個人間比較の問題について、自由な市場においては比較を行わずとも自動的に富が最大化されるため比較は必要でない。仮設市場を考える際には、各人の価値の比較が必要となるが、これは同様の市場関係を参照することにより行うことができる。この比較は、功利主義での効用個人間比較に比べて、参照する市場があるという点で、はるかに容易で精度の高いものである。③の通常道徳規範からの逸脱の問題については、富の最大化は功利主義に比べてさほど深刻ではないと主張される。少数者の犠牲により全体の幸福が増大すると予想される場合でも、市場関係をモデル

とするならば、そのためには当の少数者の合意が必要である。しかもその合意をうるための費用は相当高いと考えられるので、このような少数者の犠牲が富の最大化原則により正当化されることは、現実にはもちろん理論的にも、ほぼありえない。

以上のような形で、ポズナーは富の最大化原則が功利主義よりも優れていると論ずる。これに対して私は二つの疑問を提出したい。

第一は、彼が功利主義を行為功利主義として理解している点である。功利主義から出てくる受け入れがたいような判断は、どれも規則功利主義が克服しようと試みたものであり、彼はその成果については言及していない。伝統的な功利主義から発する問題を解決するのに、善の理論での変更（「幸福」ではなく「富」を善とする）が望ましいのか、あるいは責務論での変更（行為功利主義から規則功利主義へ）が望ましいのかは、前もって解答が与えられてはいない。先にポズナーの理論は規則功利主義的であると述べたが、彼自身は責務論レベルでの検討に深入りすることを避けているように見える。

第二は、功利主義に比べて富の最大化原則が通常の道徳規範により適合するという主張についてである。この主張は、富の最大化原則が常識的道徳と完全に一致することを意味してはいない。彼自身が、この原則に従えば、通常の道徳規範とは合致しない場合のあることを認めている。例えば、精神薄弱のため社会的な富を生産できない人は、「自分自身を養うことができないことは何ら責められるべきことではないけれども、彼は生活手段に関するいかなる権利も持ちえないであろう」（83）とされる。また、契約の自由を尊重する立場からは、自分を奴隷として売るといったような契約も、自由になされたものである限り、認めざるをえない（92）。つまり、富の

最大化原則は、功利主義の難点を解消すると同時に、功利主義には見られなかった難点を生み出していると言える。とすれば、我々の常識的道徳を基準にして理論の優劣を考える際には、常識的道徳そのものについての反省が必要である。常識的道徳を絶対的なものとして考えるなら、そのどれかに反するような倫理学説は全て否定されるべきである。また、その一部分は重要でないとするなら、その種々の命令の内どれを採用しどれは重視しないかについての検討が先行しなければならない。常識的道徳についてのポズナーの扱い方は決して十分とは言えないだろう。

次に富の最大化原則とカント主義の関係を考える。カント主義の重要な特徴として自律およびそれに基づく合意（同意）がある。ポズナーは、（潜在的）パレート基準を採用するということが合意を前提していると考え。現実の市場において当事者が合意による取引を通して共に利益をえている場合には、彼らは富の最大化原則の適用に合意すると言える。これに対して、公害工場が強制的に移転させられる場合などでは、工場所有者は簡単に合意するとは思われない。しかしポズナーは、この際にも、強制移転の可能性が事前に暗黙の内に合意されていたはずだと考える。そのことは最初に工場用地を取得した時の価格にも反映されており、工場所有者は事前に補償されていると考えることができる。これは、宝くじにはずれた人が、損をすることに事前に同意していたと考えることと同じ論理である。

しかし、ポズナーは合意のみを基礎とする理論、つまりカント主義的な理論をとることは反対する。彼は、カント主義の欠点を、自らの倫理規範に忠実なあまり、そこから生じる結果を全て無視するという「道徳的潔癖症ないし狂信性」（67）と性格づける。こ

の批判を考慮して、カント主義者が結果もある程度は考慮しようとしても、彼はどのように結果を考慮するかの基準を持っていないため、問題の解決にはならない。例えば、理由のない拷問はいかなる場合でも禁止されるべきである。しかしそれにより人類全体が救われるとするなら、例外的に拷問を認めざるをえない。ところがカント主義者は例外を認めるための基準を持っていないため、「二人の無実の人が二億のアメリカ人を救うために殺されなければならない場合」(68)については途方にくれざるをえない。

このような批判は、論理的な指摘としては意味を持つ。しかし、ポズナーが富の最大化原則ではこのような問題が生じないと示唆するとすれば、それに対しては簡単に承服できない。十万頭の羊の経済的価値が一人の子供の経済的価値よりも大きく、しかもどちらかを犠牲にしなければならない場合、彼は富の最大化原則に従って子供を犠牲にすべきであると論ずる。しかし彼は同時に生命の価値の測定が困難であり、大多数の場合羊の方を犠牲にする理由が十分にあると考える。つまり彼がカント主義の不確定性として指摘した点は、形を変えて富の最大化原則にもつきまとう問題なのである。

3

ここでポズナー説に対して全般的なコメントをすることにより、この稿を終えることにしたい。第一、功利主義とカント主義の総合が一つの有力なオルタナティブとなっていると先に述べた。ポズナーはそれらの理論のそれぞれに欠陥があると指摘したが、その両者の長所を取り入れたからといって、それだけでより優れた理論が生まれるわけではない。先に指摘したように、彼の理論は別の難点を抱えているのである。何事によらず批判は簡

単だが建設は困難である(それは特にこの書評について言える)。第二、彼の説は、彼自身が認めているように(105)、コモン・ローによる判決領域において最も有効であろう。富の最大化原則が、権利の基礎づけや経済制度のあり方、さらには個人の行動の規範にまで拡大適用されると、一方では「道徳的奇形」を生み出し、他方では他の理論的可能性(規則功利主義の例を先にあげた)を無視するという様相を呈してくるようになる。

最後に翻訳について一言しておきたい。訳文には各所に工夫が見られ、特に法律や経済学に門外漢の者にとっては大いに助けとなった。にもかかわらず、残念ながら、翻訳だけでは混乱せざるをえなかったと述べるべきをえない。一つの例は訳語の選択に際してのケアレスミスである。ポズナーは功利主義の問題点の一つとして *perils of instrumentalism* をあげているが、それは「用具主義の危険」(65)と訳されている。ところが、富の最大化原則がそれを回避できると述べる箇所では、「道具主義の危険」(86)と訳されている。これでは著者の論理を追うことはむずかしい。他の例は、日本語として理解できない種類のものである。泥棒という表現が軽蔑的なニュアンスを持っていると述べた後、「この事実は、功利主義によっては説明できないが富の最大化によって説明できるという、我々の倫理的信念についての論拠となる」(75)と続く。ここでの「説明できる」の主語はいったい何であろうか。「この事実」だとすると「論拠となる」の主語がなくなる。拙訳を試みると、「この事実は、功利主義によっては説明できないが富の最大化によって説明できるところの我々の倫理的信念についての一つの論拠となる」である。ただこのようなことを述べている私も、つい先日自分の翻訳の誤りを指摘されたばかりであるが。