

基本法としての不法行為法に向けての一考察（1）

A Thought on the Foundation of Tort Law : Part 1

吉 田 信 一
YOSHIDA Shinichi

序

2005年4月より改正民法が施行された。その要点は、民法典の現代語化と、保証の要式契約化・包括根保証契約の制度化などである。現代語化に関しては、単に明治以来の文語調をいわば口語化するのみならず、「確定した判例・通説」をリステイトしたものもあるとされる。しかし、債務不履行における帰責事由要件や不法行為における権利侵害要件に関しては、主としてフランス法から示唆を受けた有力な異説があり、判例解釈としても一致を見せていなかったのであるから、確かに単なる判例・通説のリステイトにすぎないとはいえない。とはいえ、一般的には、既存の法運用を変更しないという立場が採られている。その他には、民事会社に関して、商法を準用するだけの旧規定は意味がないとして削除されたことが注目される。

今回の改正にかかわった中田裕康氏（一橋大学教授、民法学）は、現代語化に関しては「遅きに失した」としつつも、主として法人法に顕著にみられるように、この現代語化と引き続き予定されている「現代化」（再法典化）によって、「私法の一般法」または「基本法」としての民法という地位がゆらぐのではないかということに、ためらいを見せている⁽¹⁾。中田教授は、ことばに対する繊細な感覚をおもちであり、既存の何かをカットしてしまうことに「惜しさ」や「断腸の思い」を強く感じる人である。

法人法に関しては、今回の改正により一般法としての性格がほとんどなくなったように見える。ますます公益社団法人のごく一部に関する「ふつうの法律」またはひとつの特別法にすぎなくなるかのようなのである。それは、民法学が法人に関する構成的にして批判的な基礎原理を十分に提供しうるかどうかにかかっていると思われるが、法人法の領域ではこのように特別法化がはなはだしいとしても、とりわけ不法行為法を研究の中心におく者にとっては、民法はやはり私法の一般法であり、依然として「基本法」としての地位をもつことに疑いがないということを強調したい。それは、たとえば、不法行為法における権利侵害論や契約法における公序良俗論などに関する近時の議論などから明らかなように思われるが、その目覚ましい研究業績を俟つまでもなく、そうなのである。

たとえば、広中俊雄氏（東北大学名誉教授、民法学）は、民法709条の一般不法行為の成立要件における「権利侵害」を「違法な加害」として一般化し、それを以下の四つに類型化している⁽²⁾。

- ①所有権その他財貨帰属の侵害（財産に関する「権利侵害」）
- ②債権実現の妨害および営業上の利益等の侵害（財産に関する「利益侵害」）
- ③生命、身体、自由その他人格的利益の帰属の侵害（人に関する「権利侵害」すなわち人格権侵害）
- ④生活妨害すなわち人間の生活利益享受の妨害（人に関する「利益侵害」）

広中氏は、以上のように「違法な加害」論の体系化を果たしたのち、それらを以下のような「市民社会に成立する基本的諸秩序」の考察に発展させ、もって民法および広く近代法体系の基礎にすえる⁽³⁾。

- ①財貨秩序：財貨帰属秩序、財貨移転秩序、競争秩序および労働力の売り手の団結権
- ②人格秩序（広義）：人格秩序および生活利益秩序
- ③権力秩序⁽⁴⁾

かくして、不法行為法体系は、市民社会の基本的秩序（広中氏に従い、そういっておこう）を「背後から保障する」ものである⁽⁵⁾。私の考えでは、民法は、その中心において社会的相互作用（協働）を可能ならしめる構成的ルール体系であり、その意味で「基本法」たる地位を失わないように思われる。「私法の一般法」または基本法としての民法典に何を盛り込むかは、中田教授が示唆するように、本質的には原理（principles）の問題である。それは、ジェレミー・ベンサムなどが試みたような、法の基礎および立法・裁定の諸原理の探求を要する問題であるように思われる。

本稿は、基本法としての不法行為法という、それだけでは大言壮語のテーマについて、いくばくかでも有意義な考察を推し進めたいと思う。しかしこのとき、近時の権利侵害論の展開などの興味深いテーマに直接着手するのではなく、無意味または迂遠なように思われても、ひとまず法理学に示唆を求めたい。法と社会の基礎にかかわる問題だからである。もっとも、そうだからといって、法解釈論などの実定法学の営みが否定されるわけでは決してない。同じくいうまでもないが、本稿で検討できる法哲学や政治哲学は、もちろんほんの一部にすぎないものである。

1 H. L. A. ハート

ハーバート・ハート氏（元オックスフォード大学教授、法理学）による「自然法の最小限の内容（minimum contents of natural law）」という議論を見てみよう⁽⁶⁾。これは、「法はいかなる内容でももちうる」というハンス・ケルゼン流の法実証主義的主張（「悪法も法である」）を批判すると同時に、法と道徳の概念的結合を説く自然法論的主張（「悪法は法にあらず」）をも批判するためになされる議論である。そのことにより、一方で法と道徳が、他方で法と制裁が、ある意味で「必然的に」関連する——論理的必然性ではなく、自然必然性——ことが示される。

要約すると、こうである。たしかに、立法者は自己に付与された立法権に関する諸ルールにしたがって立法するかぎりにおいて、いかなる内容の法でも有効に（validly）制定しうる、と考えられがちである。すなわち、立法者がその権限によって制定したのだから法なのだ、法は法だ、と。これは、論理的にはその通りかもしれない。しかし、そうだからといって、實際上立法者は、自己の気まぐれな思いつきによって、いかなる内容の法でも制定できるというわけではない。そのような法はいずれ失敗し、従われなくなるか、社会が存続しえなくなるということがありうる。その事実の中に、法はいかなる内容でももちうるわけではないということが示されている。

ハートによると、法と道徳に共通する最小限のルール（以下「最小限ルール」という）が必要である。それらは、暴力を制限するルール、何らかの形態の所有を保護するルール、正直や誠実を要求するルールである。換言するならば、人身、所有および約束に関するルールであり、人間の基本的な利益や必要を保護するルールである（以下「基本的利益」「基本的必要」「基本的保護」ということがある）。ハートはここで、旧約聖書の創世記におけるモーゼの十戒を念頭においている。すなわち、汝、殺すなかれ、盗むなかれ、嘘をつくなかれ。これらは、社会が存続するための最小限の構成的ルールである、といえよう。「これらのルールがなければ、わ

れわれ自身のような存在者にとって、他のいかなる種類のルールであれ、それをもつことに何の意義があるか」(強調は原文)。「この内容がない場合、人々はそのままでは、いかなるルールにも自発的に服従する理由をもたないことになろう」。したがって、「互いに接近して生きている諸個人の集団において、これらの最も初歩的なルールに従うことが当然のことと考えられないならば、その集団を社会として記述することは疑わしいだろうし、それが長続きしないことは確かであろう」⁽⁷⁾。

ハートによると、在る法と在るべき法との法実証主義的な区別は、個別的な法においては正しい。個別的な法の妥当性 (validity) とその道徳的な善し悪し (moral value or merit) を厳格に区別するという意味で、ハートは法実証主義者である。しかし、総体としての法体系においては「少なくとも誤解を招くもの」である。最小限ルールは、法体系が法体系「である」ために備えなければならない不可欠なルールであり、それなしには法体系が「無意味」となるものである。

ハートの最小限ルールは、広中氏の近代市民法論を、類としての人間一般に普遍化するものであるといえる。ハートのいう「人身、所有および約束に関するルール」と制裁は、広中氏の財貨帰属秩序、財貨移転秩序、人格秩序、権力秩序に対応している。あるいは、前者は後者の普遍的な基礎、後者は前者の歴史的具現であると、ひとまずいうことができよう。以下では、ハートによる最小限ルールの導出とその前提、およびそれらが法を批判する原理といかに関連するかについて、明らかにする。

1-1 自然法の最小限の内容⁽⁸⁾

最小限ルールの必然性・必要性は、人間が暴力を行使する傾向性をもつこと、暴力に対する傷つきやすさにおいておおよそ平等であることに加え、人間とその住む世界の有限性という、よく知られている自然的事実由来する。後者には、人間の利他性が有限であること、生存に必要な衣食住をそこから得なければならないところの自然的資源が有限であること、人間の認識能力や意思の強さが有限であること、が含まれる。ハートはこれを人間とその物的世界についての自明の理 (truism) とする(以上につき、ホブズとヒュームへの参照が求められている。ロックとスミスへの言及はない)。とはいえ、自明の理は必然的真理 (necessary truth) ではない。すなわち、われわれの住む現実世界のみならずいかなる可能世界においても成立する必然的真理ではなく、われわれのような人間とその自然的環境にコンティンジェント (偶然的) な、しかし「自然必然的な」事実である。以下、ハートの議論を要約する。

1 第一に、人間は時として身体的攻撃を加えやすく、暴力に対しては通常傷つきやすい。第二に、人間はその個性においてさまざまであるが(フィルマーからベンサムに流れる自然的不平等の思想)、しかしこのような傷つきやすさにおいてはおおよそ平等である(ホブズやヒューム)。「いかなる個人も、協働(co-operation)なしに長期間他人を支配し服従させるほど他人より強くはない。最も強い者でも時々眠らなければならず、眠った時には一時的にその優位を失う」。人間は少なくとも類として生き延びねばならないものだとすると(次節で見るように)、暴力に関して相互に自制するルールが必要である。第三に、人間の利他性は有限である。もちろん人間は「互いを根絶やしにしたいという欲求によって支配されている悪魔ではない」。しかし人間は天使でもない。中間者である人間には暴力制限のルールが必要(必然、necessary)であり、かつ可能である。それは、人間が利己的でしかありえないからではなく(これは経験に反する)、利他性が有限だからである。相互自制 (mutual forbearances) を求めるルールは、天使には不必要、悪魔には不可能である。

以上のように、暴力の行使を禁止するか、少なくとも制限する相互自制のルール、換言すると、人身 (person)⁽⁹⁾ を保護するルールが必要(必然)となることが論証される。次は、所有と約束に関するルールである。

2 第四の自明の理は、資源は有限であるということである。人間は、自然に働きかけて、労働により物質代謝をしなければ生存を維持できない(すぐ後に見るように、偶然的な事実にすぎないが)。人間の生存に必要な

な衣食住は、自然界に無尽蔵には存在せず、生産されなければならない。そして、生産し消費する間はそれに対する侵害からの保護が必要である。以上より、何らかの形態の所有のルール（個人所有または私的所有とは限らない）が必要となる。具体的には、とくに、他人の競合する使用を一定程度排除するルールである。「あらゆる時と場所をつうじて、生き残りはまさにこれら最小限の自制に依存している」。広中理論では財貨帰属秩序に一応相当しよう。

私のもの・他人のものに関するこのような最小限のルールのみ社会は、「静的な」社会である。しかし社会は複雑になる。「分業（division of labour）」と協業（co-operation）の絶え間ない必要は、他の形態のルールを導入する要因となる。まず、分業による相互的協働を確保するために、譲渡（交換）のルールが必要となる。かかる社会は「動的な」社会である。さらに、取引が有体物ではなくサービス（役務）にかかわる場合や、取引の目的物がすぐに入手できない場合などが生じうる。この場合、人間の利他性が有限であることが与えられると（第三の自明の理）、他人の未来の行動に対して少なくとも最小限の「信用」をつくりだすため、また協働に必要な「予測可能性」を確保するため、自分の未来の行動を自己拘束（self-binding）することを可能にするルールが必要となる。すなわち約束のルールである。この工夫により、個人は一定の取り決められた仕方で行動しなかった場合に、話しことばや書きことばによって、自らを非難や罰の下におくことが可能となる。広中理論では財貨移転秩序に一応相当しよう。

さて、最初の最小限の所有のルールが「静的な」ルールであるのは、それらが課す義務とその範囲（incidences）が人によって変わらないという意味においてである（ハートのいう「一次ルール」）。他人のものには手を出さな、というだけだからである（しかし、以上は歴史的産物ではないか）。「分業」による社会の拡大が導入するルールは、これとは違った形態のルールである。それは、個人が義務を「創設」でき、その義務の範囲を「変更する」ことができるという意味で、義務創設的で「動的な」ルールである（ハートのいう「二次ルール」）。譲渡や契約などの法律行為には、最も単純な形態の所有を定義する最初の権利義務の範囲を変更する「能力（capacity）」という概念が含まれる。これは、他人の介入から「防御」するだけの受動的な人間から、交換により他人との積極的な協働を形成することで自己の目標または目的を追求する、より能動的な人間を可能にするものである。ハートはベンサムと違って、このように論理階梯（ロジカル・タイプ）の異なる二種類のルールを認めている。

3 第五に、人間の認識能力（悟性、understanding）⁽¹⁰⁾と意思の強さは有限である。最小限ルールの相互利益は明白であるが、「誰でも時には自分自身の当面の利益を選好するよう誘惑され、捜査と処罰のための特別な組織がなければ、多くの者はその誘惑に屈するであろう」。しかし、「体系の義務には従わず体系の利益を得ようとする者を強制するための組織がないならば、非常に小さく緊密な社会をのぞいて、制約（restraints）の体系への服従は馬鹿げているだろう」。そこで、中央に組織された物理的な制裁（暴力独占）ではなくとも、少なくとも社会的圧力の集中が必要となる⁽¹¹⁾（とはいえ究極的にはやはり暴力手段の一定の集中と組織化だろう）。

それゆえ、「制裁」は、法体系への服従の通常動機として要求されるのではない（服従の動機はまったく多様である）、とハートはいう。「自発的に服従しようとする者がそうしようとしなない者の犠牲にならない保障として要求されるのである。これなしに服従することは失敗の危険をおかすこととなる。この持続的な危険が与えられると、理性の要求するものとは、強制的体系における自発的な協働（voluntary co-operation）である」（強調は原文）。

4 しかし、事態は違ったかもしれない、また未来には別様になるかもしれない、とハートはいう。ハートはここでSFの想像力に訴え、可能世界論のようなことを考える。多少パラフレーズしていうと、人間は、ある可能世界において、核兵器や生物・化学兵器に耐えうる甲羅をもっているかもしれない。別の可能世界において、破壊または慈愛を徹底的に一貫した自己の行動原理とすることができているかもしれない。あるいは人

間は光合成のようなものをしているかもしれない、資源は無尽蔵かもしれない、などなど。

それゆえに、五つの自明の理は、いかなる「可能世界」においても成立する「必然的真理」ではないのであり、われわれの住む「現実世界」に偶有的な (contingent) 事実である。したがって、人身、所有および約束のルールと制裁が持続的なあらゆる法体系に含まれているということに、「論理的必然性」はない。この最小限のルールすら法と概念的には結合していないのである。こういってハートは、法のいわば究極的な基礎の不在を示唆し、自然法論を批判することになる。

とはいえ、「法はいかなる内容でももつことができる」(ケルゼンの法実証主義)ということにはならない。最小限ルールと制裁を可能にするとともに必要にする自然的事実(自明の理)と目的(次節で述べるように、生き残り)という背景が与えられれば、最小限ルールと制裁の存在には「自然必然性」があるということができるのである⁽¹²⁾。その意味で、最小限ルールは「自然法の良識 (good sense) の核心」である。法やその他の社会制度については、定義(概念的結合)と通常の「事実確認的な陳述 (statement)」(言語哲学者オースティンの言語行為論を参照)以外に、偶然的にして自然必然的な事実に関する言明が必要となる。

1-2 人間の最小限の目的⁽¹³⁾

1 法と道徳に共通の最小限ルールは、人間の最小限の目的 (end) を前提としている。最小限ルールは人間がともに生きる (live together) ことを可能にするものであり、このことは、人間の最小限の目的は「生き残り (survival)」であるということを経験しているからである。「そのような内容がなければ、法と道徳は、人々が互いに結合 (associate) する際にもつ生き残りという最小限の目的でさえ推し進めることはできないであろう」。最小限ルールは、人間の生き残りを法の最小限の目的とする。法は自殺クラブの取り決めではない、とハートはいう⁽¹⁴⁾。

ところで、通常、人間は目的的な (purposive) 存在である。諸個人は全くさまざまな目標や目的をもつ。追求される目標は、人によって無際限の違いがあるし、同一人であっても、短期的・超短期的な目標と中・長期的な目標が区別され、その間でさまざまな修正や変更が生じる。しかし、ハートによると、生き残りは人間の最小限の目的である。これなくして人間は、その他のいかなる目的も意味にもつことはできないからである。生き残りという最小限の目的は、すべての人間に普遍的に妥当する目的である、というのである。

2 自然的存在者はいかなるものであれ、それに「固有の目的 (proper end)」に向かって運動する、という考え方は、「目的論 (teleology)」と呼ばれる古代からの思考である。「すべての名づけられる種類の存在するものは、人間、生物および無生物を問わず、それ自身の存在を維持する傾向をもつのみならず、特殊な善またはそれに適した目的 (τέλος, finis) たるはっきりした最適状態 (optimal state) に向かってすすむと考えられる」。

これに対して、近代の機械論的自然観がわれわれの概念枠を構成している。これは、「規則的連鎖 (regular sequences)」というヒューム流の因果関係と「仮説演繹法 (hypothetico-deduction)」によって自然を認識する⁽¹⁵⁾。長くなるが簡潔にして適確なハートの説明を引用する。

「近代の世俗的な思考にとって、無生物や生物、動物、人間の世界は、繰り返し起こる出来事や変化の場であり、それらは一定の規則的な連結 (regular connections) を例証している。人間は、これらのうちの少なくともいくつかを発見し、自然法則として定式化した。自然を理解するということは、この近代的な見方においては、これらの規則性に関する知識を自然のある部分に適用するということである。もちろん、偉大な科学理論の構造は、観察可能な事実、出来事または変化の単なる鏡にすぎないのではない。実のところ、しばしば、そのような諸理論の大部分は、抽象的な数学的定式からなり、観察可能な事実には直接の対応物をもたない。それ〔科学理論〕と観察可能な出来事や変化との結びつきは、これら

抽象的な定式から、まさに観察可能な事実に言及する一般法則（一般化、generalizations）が演繹され、そして観察可能な事実によって検証（confirm）または反証（falsify）されうる、という事実にある。自然に関するわれわれの理解を前進させるという科学理論の主張は、それゆえ、結局のところ、規則的に起こることの一般化によって、起こるであろうことを予測する力にかかっている。重力の法則や熱力学の第二法則は、近代的な思考にとって、観察可能な現象の規則性に関する情報を産出するおかげで、自然法則であり、単なる数学的構成以上のものである。」

このような近代科学的な概念枠の内部では、より古い目的論的自然観は奇妙に映る。確かに、動植物の有機機能は目的論が妥当すると主張されるパラダイムの事例としてよく引用される。しかし、ハートは目的論がわれわれにとって奇妙となる二つの理由を挙げている。第一に、目的論はザインとゾレンの差異、起こるものと起こるべきものの重大な差異をなみする、というモンテスキュー＝J. S. ミル流の批判である。第二に、目的論は人間とその他の動物の差異を最小化する。なるほどアリストテレスは、人間には人間に固有の最適状態またはテロス（目的、完成態）——精神の卓越性、すなわち徳を土台とする観想の生——があり、それは動物と異なるものであるとしている。しかし、この最適状態は、目的論によると、人間がそれを欲するがゆえに人間の善や目的となるのではなく、逆に、それが人間の自然的目的であるがゆえに人間はそれを欲するのである。これは近代的思考にとって異質である。

3 しかし、目的論的なものの見方は、「生物の成長を記述する通常（common）仕方」、「人間の行動に関する日常的な（ordinary）思考」の中に、いわば地層のような形でいまなお残っている、とハートは考える。おそらく、それが機械論的自然観の完全なる普遍化に抵抗するのである。その議論は、アリストテレスが目的論的自然観をテラス（畸形）の存在によって論証するのと類似する⁽¹⁶⁾。仮に生きることが人間の（最小限の）目的でないとすると、危害や病に憤ることに意味があろうか。

「単に圧倒的多数の人間がどんな悲惨な目にあっても生きることを現に欲するだけでなく、このことが、その用語で世界と〔人間〕相互のことを記述するところの思考や言語の全体構造に反映されているからである。生きることへの一般的な欲望をとりのぞくと、危険と安全、危害と便益、必要と機能、病気と治療というような概念はそのままではおれないだろう。なぜなら、これらは、目的として受容されている生き残りへの寄与に照らして、ものごとを同時に記述しかつ評価する手段であるからである。」

とはいえ、人間の最小限の目的は生き残りであるということさえ、「仮定（assumption）」にすぎないのである。「この仮定に挑戦することはできる」⁽¹⁷⁾。

「生き残りということに言及するに際し、それは人間の固有の目標または目的であるから、人間が必ずそれを欲するところのあらかじめ固定された何かである、という観念は、現代の精神にとってはあまりに形而上学的だとして放棄することができる。その代わり、それ〔生き残り〕は、そうでないこともありうる単なる偶然の事実（contingent fact）であって、生き残りを人間の目標または目的と呼ぶことで、それを現に欲している（do desire）という以上の意味はないかもしれないのである。」

人間はすべからく生きることを欲する、とは限らない。「死を欲するという理由で食べたり休息したりするのを拒む人はいるだろう」。とはいえ、人間は実はすべからく死を欲しているともいえない。どちらもフィクションにすぎない。なぜなら、どちらも、人間を共時的または通時的な全体として把握できることを前提とするが、それは不可能だからである。それと関連して、たとえば、「私」にとっての損得ということは、究極的には、私の人生全体を対象化することを前提とし、暗黙のうちに全体としての自己（という虚構）に依拠しているので

ある。それゆえ、人間は生きることを欲するという虚構は、とりのぞけない虚構である。それがなければ、「自己」が成り立たなくなっているだろうからである(したがって自己自体からして根源的な虚構に導かれており、なぜか成立しているのである)。他の二階の(second-order)目標または目的が何であれ、生きることは最小限の目的だということが当然の前提とされないならば、悲惨な精神状態に陥るのである。以上のような含意を導きうるならば、ハートは、ヒュームやカント(そしてベンサム?)に近いところでものを考えているということになる(もっとも、自己の構成に関するヒューム≒ベンサムとカントとの差異は重要だが)。

1-3 法体系の安定性と邪悪な法体系⁽¹⁸⁾

1 人間は、通常、目的的存在である。そして、「追求すべき目的をもつすべての人」は、最小限ルールのみが効果的に与える基本的な保護と便益を必要とする。これが以上の行論であった。さて、いかなる理性的な人間にとっても(ここで「理性的(合理的)」とは長期的観点から自己の損得計算ができるという意味である)、これらの「基本的な保護と便益」を与える法は価値あるものに違いない、とハートはいう。したがって、そのために支払わねばならない代償、すなわち、法による自己の自由に対する制約は、通常支払う価値のあるものである。このことが与えられると、強制的体系における自発的協働が「理性の要求」である⁽¹⁹⁾。

「ルールの体系がいかなる者にも強制的に課されるためには、それを自発的に受容する人々が十分いなければならないことは真である。その者たちの自発的な協働、したがって権威の創造がなければ、法と統治の強制力は確立されえない」。ハートは、のちに「権威(authority)」の構造の興味深い分析にとりかかるが、ここでは省略する⁽²⁰⁾。「そのような自制の体系が確立したときに、その保護の下に生活すると同時に、その制約を破ることによってそれを利用しようとする者が常にいる、ということは、もちろんこのこととはまったく矛盾しないし、同様な自明の理である。これこそまさに、……単に道徳的な統制の形態から組織された法的なそれへと、必然的に進ませる自然的事実のひとつなのである」⁽²¹⁾。ハートの法理論は基本的に刑法モデルであることがわかる。かくして、法をもつ社会には、体系のルールを、「外的視点」から単に公機関の行動についての予測と見るのではなく、「内的視点」から受容された行動の基準とみなす人々がいる(公機関、少なくとも裁判所の多数においてのみならず、法に服従する人々の多数において)ということになる⁽²²⁾。

2 とはいえ、法体系が一定の者に「基本的保護」を提供している場合には、常に、法に従うべき道徳的義務(遵法義務)が生じる、または法に従うことが賢慮にかなう(長期的にみて得である)、ということにはならない。ハートはいつも奴隷制やナチス・ドイツやアパルトヘイト時代の南アフリカを引き合いに出して⁽²³⁾、こういう。

「社会が存続するためには、その構成員のある者に相互自制の体系を与えなければならないとしても、不幸にも、すべての者に与える必要はない」(強調は原文)。

法体系は邪悪(wicked, iniquitous)であるかもしれない。人類の痛ましい歴史が示すように、法体系は、少数者に、または多数者にさえ、法の本質的保護を与えなかったり、他の仕方では悲惨や不正義を引き起こしたりすることがあるからである。それにもかかわらず、法体系は一応の「安定性」をうることができる。それは、多数者による法体系の存立への「自発的協働」によって支持される。服従の動機はまったく多様であるが(人によっても、また同一人の中でも)、主として多数者の恐れからでも、法体系は一定程度長期的に安定してしまうのである。

3 法体系がその社会のすべての者に強制的に課されるためには、それを自発的に受容する人々が十分いればよい。その者たちの自発的協働が体系の「権威」を創造する。それがなければ、法の強制力は確立されえな

い。しかし、このように権威に基づいて確立された法体系の強制的な力（権力）には、二つの用い方がある。

①強制的な権力は、体系のルールを保護を受けているにもかかわらず利己的にルールを破る悪人（malefactors）に対してだけ行使される。ちなみに、ベンサム功利主義の有名な「最大多数の最大幸福」が念頭においている「少数者」とは、本来、このような悪人のことであった（いわゆる「邪悪な利益」を貪る統治者もここに含まれる）。かかる悪人には、刑罰という苦痛、すなわち負の幸福が与えられるべきであるとされる（もちろん、犯罪抑止という観点からみて犯罪の重大さにみあった量の）。

②支配者集団が被支配者集団（支配集団よりも大きいことも小さいこともある）を、強制、連帯（solidarity）、規律（discipline）という手段によって、また組織力における無力・無能を利用して（たとえば「分断せよ、統治せよ」）、屈服させ、永続的に劣った状態におくために用いられる。このように抑圧される人々にとっては、この体系に忠誠をもつことはなく、ただ恐れるだけということもありうる（まったくの悪人と同じく、法体系に対してほとんど外的視点をとるのみである）。このような者は体系の犠牲者であって、「受益者」（信託理論における）ではない。ジョン・ロールズなどの現代の功利主義批判（しばしば戯画化されもする）は、功利主義がこのような無実の少数者の排除を正当化すると断罪する。

①のように体系が公正（fair）であり、服従を要求されるすべての人々の基本的利益を真に満たすならば、その体系は、たいいていの人々の「忠誠」を確保でき、したがって「安定」する。他方それは、②のように、支配集団の「邪悪な利益」（ベンサムのいう sinister interests）のために用いられる偏狭で排他的な体系でありうる。そしてそれは、革命への潜在的な恐怖のため、ますます抑圧的になり、ますます不安定になりうる（たとえば、反革命や対抗革命）。

そこで、単純な形態の社会（ハートのいう「責務の一次ルールのみ」の体系）から、中央に組織された公機関と制裁をもつ法的世界への歩みは、一定の利得とコストをもたらす。①利得とは、変化への適応性、確実性、効率性である（責務の一次ルールのみにはない、承認のルール、変更のルールおよび裁定のルールと組織的制裁の導入）。②コストとは、組織的権力の存在により、少数者を、または場合によって多数者さえ、抑圧するために用いられることが十分ありうるという危険である。それゆえ、「自然法の最小限の内容として示した以上の何らかの仕方で、法は道徳に一致しなければならない、という主張については、非常に注意深く吟味する必要がある」。

ハートによると、「これら二つの構成要素のバランスは、さまざまな要因によって決定されるだろう」。私の考えでは、ある程度持続的に存立している法体系は、これらの間でいわば不安定な安定性を見せている。法体系の安定性は、根源的な不均衡の上に成立しているのである。加えて、法の改革は、その名に値する改革であるためには、単に既存の支配関係を生き延びさせる（preserve）だけのいわゆる「改革」ではなく、そのような法体系の暫定的な安定性を超えてすまねばならない。法の改革は法の形式の改革を伴う、というベンサムの洞察は、ここにおいてあるのである。

1-4 法批判

人間の「基本的必要」を充たそうとすれば必要になる一定の最小限ルールがあるということは、「法批判（criticism of law）」と関係をもっている。最小限ルールを欠くに至れば社会は安定的に存続しえないのであるから、まずは非効率（不効用）であるとの批判が成立するだろう。加えて、最小限ルールによる基本的保護がすべての人々に「等しく」提供されないならば、その法体系は道徳的な欠陥をもつとされる。このような一応の（prima facie）平等原理は、世界的に見ても、今日普遍的とまではいかなくとも、少なくとも広く一般的に受容されている、とハートは見ているようである（ハートは普遍性と一般性を区別する）。この理念に少なくともリップ・サービスだけはなされるし、少数者の排除に際して「弁解」とみなしうる態度が観察されるか

らだとされる。そうかもしれない。しかし問題はそのことの道徳的正当性であり、さらに基本的保護以外の領域においていかなる法制度が道徳的に正当かを判断する基準 (standard) である。

1 ハートによると、道徳は道徳批判 (moral criticism) の基準となりうる⁽²⁴⁾。いわば道徳が道徳自身を批判するのである。批判されるほうの道徳は、共同体で受容されている道徳 (accepted morality) または「慣行道徳 (conventional morality)」または「実定道徳」(実定法との類比で法哲学者オースティンのいう) である。批判するほうの道徳を「啓蒙道徳 (enlightened morality)」——ミルに由来する表現であろう——、または「批判道徳 (critical morality)」と呼ぶ (ちなみに、「貧困の哲学と哲学の貧困」などと駄洒落的な転倒の好きなカール・マルクスの初期の論文に「道徳批判と批判道徳」というのがある)。

啓蒙道徳が存在するとすれば (ハートはここでも慎重な留保をつけていると思われる)、社会のしくみや慣行道徳は、少なくとも、①「合理性 (rationality)」と②「一般性 (generality)」という二つの「形式的」条件を充たさなければならないとする。前者は、人間の必要や利益という観点からの合理的な批判に堪えられる、ということである。このことは、社会のしくみは誤りであることが明らかであるような信念に基づいてはならない、ということを含意する。たとえば、夫の死後に残された元・妻は後追い自殺をしなければならない、などという道徳があった (今日のわれわれの慣行道徳においても同然であろう)。後者は、すべての人々を「平等な考慮と尊重 (equal consideration and respect)」に値する者として受け入れなければならない、ということである。「道徳がその要求する行ないと自制によって特徴的に提供する危害からの保護は、少なくともこのような制約に従うことができ、かつ従おうとするすべての人々に対して、拡張されるべきである」。「不平等が究極的にはすべての人々の平等な便益のために作用することが示されえないならば、すべての領域において一応の (prima facie) 平等な分配が、正義の要求する分配である」。異なった取り扱いをするには相応の理由が必要である。「少なくともこれら基本的なものにおいては、人間存在は同じように取り扱われる資格があり、異なった取り扱いをするには、他人の利益に訴える以上の正当化が要求される」。ハートはかかる平等原理を、ベンサムがいったとミルがいう「何人も一人として数えられねばならない。誰も一人以上として数えられてはならない。」という原理に結びつけて理解しているものと思われる。

啓蒙道徳は (それがあるとして)、法を批判的に吟味する基準でもある⁽²⁵⁾。法が道徳的に善いものであろうとすれば合致しなければならない道徳は、共同体の「慣行道徳」それ自体ではない。後者は、①迷信に基づくものであったり、または、②少数者から基本的な利益や保護を奪い去るものであるかもしれないからである。繰り返すと、法批判の道徳的基準は、①事実に関する合理的な信念に基づき、②すべての人々を「平等な考慮と尊重」に値するものとして受け入れるという、少なくとも二つの形式的な条件を充たさなければならない。実定法学への示唆をうるならば、われわれは法的価値判断の際に暗黙のうちに前提としている共同体的な道徳意識のほうも自己吟味されなければならないということである。

「法体系はその範囲内のすべての人々を一定の基本的な保護と自由の資格があるものとして取り扱わなければならない」。人身や所有に対する基本的な法的保護を「すべての人々に等しく」保障することは、今日一般に、政治的諸制度に対する道徳の基本的要請とみなされている。ハートによると、実際にはそんなことが行われていないところでも、この理念に対するリップ・サービスだけはいつも行われている。それゆえに、實際上少数者の排除に際して、その者らは犯罪者も同然だとか、理性の十分でない子どものようなものなどと、イデオロギー的な動員がかけられるのである (今後さらに巧妙になるだろう)。以上よりハートは、かかる一応の平等主義は事実として「一般的に」(世界的に、ということ) 受容されていると考えているようである。この点、あまり悲観的でないように見える。

2 最小限ルールによる基本的保護がすべての人々に平等に拡張されるべきだとして、それはなぜか。また、最小限ルール以外に何が望ましいか。たとえば、単に最小限ルールをもつ社会ともたない社会との選択ではなく (それができるとして)、いかなる形態の相互自制 (と相互援助) のルールが望ましいか、という問題にアプ

ローチできなくてはならない（ヒューム的問題からベンサムの問題への移行）。このように問うとき、今日、功利原理と正義原理の関係が問題となる⁽²⁶⁾。

ハートは、功利主義については（おそらく、ひとまず）伝統的解釈（received or conventional interpretation）から出発し、功利と正義を対抗的にとらえて吟味する。功利原理は、法は人間の幸福を促進すべきだと要求する。正義原理は、功利原理から「独立」したものであって、幸福の増加は公正に（fairly）分配されるべきだとされる⁽²⁷⁾。今日の功利主義研究が明らかにしているように、それは、おおまかにいって20世紀の現象であって、19世紀においてはおおむねそうではなかった。しかし、この大問題はもちろん本稿で扱えるものではない。ハート自身は、法理論を別として、包括的な政治・道徳理論を完成させなかった。

とはいえ、ハートが暫定的におしすすめる立場は、「制約された」ルール功利主義（または間接的功利主義）であろう。まず「無制約な功利原理」とは、法的・社会的諸制度による一部の人々の利益が他の人々の不利益を上回っている場合には、常にそれらの諸制度を是認しなければならない（その効用が高いので）と主張する。かかる「徹底した、純粋な功利主義」にとっては、平等な分配を要求する諸原理によって必然的に拘束されることはない。これに対して、無実の少数者が犠牲に供されるという批判が生じる（いわゆる「功利主義的誤謬」）。ちなみに、功利主義から平等原理を支持する議論としては、限界効用逓減の原理を媒介させることがよくあるが、ハートによると、これによっても功利原理は平等原理を完全には基礎づけられないとする。以上のように、ハートは20世紀の支配的な功利主義解釈に従っている。

これに対して、道徳的判断の「普遍化可能性の原理」がある。ハートによると、それは法的保護の「平等な」分配を支持する「最も単純な議論」である。普遍化可能性（universalizability）の原理とは、ふつう、「個別的行为」を道徳的に是認または否認するための規準である（カントの第一の定言命法のように）。すなわち、ある行為が道徳的に善とされるには、誰もが類似の状況においては同種の行為原則（格率）を選択するであろうということが容認できなければならない。ハートの叙述は若干不確かだが、「社会的・法的諸制度」に関する普遍化可能性の判断は、次のようになるとする。「誰も、自分と類似する必要をもち、類似する状況にある他の人々から、自分ならば奪われることを望まないであろう便益〔当該制度が提供する便益——引用者注〕を奪うことを、道徳的に受容可能とみなしえないだろう」という要求に合致するか否かである。この原理が認められるならば（このように留保がつけられている）、当該制度が一部の人々に与える利益が他の人々の不利益を上回るというだけでは、十分な道徳的根拠たりえないということになり、したがって、「功利主義的誤謬」に陥らない。しかし、ハートによる普遍化可能性の原理についての叙述は、これだけである⁽²⁸⁾。ちなみに、功利主義の中に普遍化可能性の原理を取り込むものとして、古くはJ. S. ミル『功利主義論』があり、新しくはR. M. ヘア『道徳的思考』などの洗練された議論がある。

さて、いわば「不純」な功利主義、すなわちハートのいう「制限された形態の功利主義」によれば、最良の法的小よび社会的取り決めとは、正当な（just）分配のなかで最も効率的なものを実現するものである。つまり、功利原理が道徳的に容認可能となるのは、正当な分配という「独立の」諸原理によって制限される場合のみである（しかし相補性や価値多元主義ではないのだろう）。ハートによると、①法の「基本的保護」をすべての人々に平等に拡張することは、功利原理と正義原理をともに充たす。ここに、両原理の「連結点（junction point）」があるとされる⁽²⁹⁾。まず、かかる平等原理は、「理性的（合理的）な者なら誰でも自分自身これらの基本的な法の保護を拒否されることを望み得ないであろう」という。加えて、この原理は、社会の持続的な存立にとって（したがって一般幸福にとって）有益である⁽³⁰⁾。ハートはこう考えている。他方、②より広い基本的保護の分配「以外」の領域に関しても⁽³¹⁾、ハートは、独立の正義の諸原理によって「制約されない功利主義」は多くの場合に道徳的に容認しえない結論を生み出しうると述べる。しかし普遍化可能性の原理は、この場合、そのみではほとんど役立たないのではないだろうか⁽³²⁾。

慎重なハートは、このような吟味以上に包括的な政治・道徳理論を完成させようとしなかった。拙速な構築

より、絡まった問題点の解きほぐしと鋭敏な吟味のほうが有意味であると信じるからである⁽³³⁾。ハートの批判によって、たとえばロールズもノジックもドゥオーキンも、それぞれ自己の初期理論を撤回または修正せざるをえなくなったほどである。

1-5 小括

以上の行論をまとめよう。人間は通常目的的存在であり、生き残りを最小限の目的とするということが仮定されてよい。このことが仮定されると、この最小限の目的が可能であるために必要な最小限ルールと社会的圧力の集中が「自然必然的」となる。かかるルールは、人身や所有などの「基本的利益」を保護するものである（ロールズの基本善と比べると最小さがわかる）。この最小限ルールが存在しない法体系は、持続的に存在しえないがゆえに、少なくとも非効率（不効用）である。とはいえ、この基本的保護は法体系の一部の人々に提供するだけで、その体系は「安定」しうる。しかし、基本的保護がすべての人々に提供されることが、「平等な考慮と尊重」を一つの形式的条件とする啓蒙道徳の要求である（ロナルド・ドゥオーキンの「平等な尊重と配慮（equal respect and concern）」を受ける権利」と比べるとその形式的なところがわかる）。この平等原理は、功利原理とそれを制約する独立の正義原理（最も単純には普遍化可能性原理にもとづく）によって正当化されるかもしれない。基本的保護の平等な分配は、正義原理と功利原理をともに充たす。その他の領域の法についても、「無制約な功利原理」では十分でない。以上が、ハート法理学の一断片である。

しかし、そもそもの人間の相互関係性に鑑みて、最小限ルールは最小限すぎないか。生き残りという最小限の目的と最小限の相互自制ルールを他から分離して、基本的かつ普遍的とみなす思考は、それが仮定にすぎないとしても、近代が可能にした歴史的な見方であるように思われる。

注

- (1) 中田裕康「民法の現代語化」ジュリスト 1283号（2005年）86頁以下。
- (2) 広中俊雄『債権各論講義〔第6版第2刷〕』（1995年、有斐閣）。なお、広中氏によると、「一般不法行為法は開かれた体系であり、ほかにも亜種あるいは中間類型というべきものがある」として、たとえば不当訴訟や不倫慰謝料や「氏名を正確に呼称される利益」などの例などを挙げる。しかし、これらは、基本的な「四類型」か、または以下に見る『民法綱要』における発展的な分析に包摂することができるのではないだろうか。少なくとも「氏名を正確に呼称される利益」は四類型のうちの「人格的利益」に包摂できるはずである。不倫慰謝料については否定説が有力である。さらに付け加えると、「開かれた体系」は一般不法行為法に限られるものではないが、不法行為法の権利生成機能のみならず、法的推論に関する理論（いわゆる民法解釈方法論と密接に関連する）などの文脈につながるものである。いずれ別稿を用意したい。
- (3) 広中俊雄『民法綱要 第1巻 総論 上』（1989年、創文社）。「民法全体の体系書を書くことにしよう」と決心したのは、一九六六年、『債権各論講義』の最終分冊の原稿を書きあげた時である。その最終分冊のために「一般不当利得法の機能する諸場合の類型化」および「一般不法行為法の機能する諸場合の類型化」——特に後者——について書き、また終章「総括（財産法の講義のむすび）」を書きながら、私は、民法総論を書くことができそうな予感をもったのであった。同書・2頁。
- (4) 広中氏による権力秩序の概念化は、師の川島武宜『所有権法の理論』（1949年、岩波書店）に対して「国家」についての考察が弱いとの批判があったことと関連しているのではないだろうか。川島武宜については、拙稿「川島武宜に倣いて——法解釈学と社会科学との相互交通に関する覚書」東北法学 15号（1997年）134頁をとりあえず参照。
- (5) 「背後から保障する」という表現は、広中・前出注（2）431頁から、その趣旨を一般化して、流用させて頂いた。

(6) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 1994 の第 9 章。1961 年の初版本には邦訳がある。矢崎光圀監訳『法の概念』(1976 年、みすず書房)。第 2 版は末尾にハートの遺稿が追録されているだけで、本文に変更はない。以下の引用においては、本書を CL と略記し、原著第 2 版の頁数、邦訳の頁数という順に記す。なお、訳文は変更させて頂いた。同じ議論は、H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1994 at 78, 112 にも簡潔な形で見られる。邦訳は、矢崎光圀監訳『法学・哲学論集』(1990 年、みすず書房)のほか、抄訳として、小林公=森村進訳『権利・功利・自由』(1987 年、木鐸社)がある。以下本書を EJP と略記する。

(7) Hart, CL, 172, 邦訳 187 頁。

(8) 本節の議論は、とくに引用注のないかぎり、Hart, CL, 193-200, 邦訳・211-8 頁。

(9) person は「人格」と訳したくもなるが、社会の持続的存立に必要な最小限ルールという主張ゆえ、邦訳と同じく「人身」と訳した。

(10) アングロ・サクソン系の哲学における understanding は、大陸系の哲学における「悟性 (Verstand, entendement)」に近いが、ここでは、自己の長期的な損得を計算できる能力という意味合いが強い。understanding は解釈学的な (hermeneutical) 「理解」という意味でも一般的に用いられるようになるが、それはハート『法の概念』(1961 年) よりも後のことである。

(11) 第二の自明の理は、組織的制裁の実効性 (efficacy) にとって決定的である。服従する者の「おおよその平等性」がないと、組織的制裁を用いてもうまくいかない。国際関係がその現実的な例である。「おおよそ平等である代わりに、ある者は他の者よりも計り知れぬほど強く、また十分休息なしにすませるかもしれない。というのも、いくらかの者がこれらの点において現在の平均よりもはるかに上であるか、あるいはほとんどの者がそれよりもはるかに下であるために。そのような例外的な人間は、攻撃によって多くを得、相互自制や他人との妥協によってはほとんど得るところがないであろう」。Hart, CL, 195, 邦訳・213 頁。

さて、このことは国際社会に妥当する。「国際法の主体 [=主権国家、引用者注] 間のこの不平等こそ……国際法に国内法とは非常に違った性格を与え、またそれが組織された強制的体系として働きうる範囲を制限してきた事態のひとつなのである」。もちろん、「例外的な人間」とは今日アメリカである。ハートは、個人間の関係と国際関係をパラレルに考えない。

しかし困ったことがある。ハートは、法体系の成立には、立法府ではなく、裁判所の導入と社会的圧力の集中・組織化が決定的であるとする。すでにケルゼンも、世界法治体制の確立のためには、まずはじめに強制的管轄権を有する国際法廷が必要である (安保理のようなものをつくってしまう前に) と主張している。そのためには、国家主権の本質的な一部分が一般的に相互放棄されねばならないであろう。しかし、ハートを応用すると、このことが「可能」となるのは、武装能力の「おおよその平等性」が成り立つときである。手軽な大量殺戮兵器の偏在化にしか道がない、という暗い見通ししかないのか。それとも、各国の諸力に大きな差異があろうとも、相互依存性が強まることに期待してよい、という理論的可能性が開けるか。恒久的な世界平和がなければ、国内的にも人身・人格や所有の究極的な安全はない。すでに有事における「私権の制限」が法定されている。

(12) 人間はそもそものはじめから「性的に」構成されていることを考慮するとしても、強制的異性愛主義を採るかどうかなど「セクシュアリティ」を配備するルールをここに加えることはできない。いわんや、家父長制や男権制においてをや。ハートは、デヴリン卿との同性愛処罰論争に関する論文においてこのことを明言している。「あらゆる道徳的拘束の衰微、または暴力や詐欺の手段の自由な行使は、個別的な害悪の原因であるばかりか、人々が相互に緊密に共同生活を送ることを可能にし価値あるものにして主要条件を取り除いてしまうがゆえに、社会の存続を危険にさらすことになる……。他方、たとえば婚姻と無関係な性的交渉に対する道徳的拘束の衰微、あるいは性道徳が寛大な方向へと一般的に変化していくことは全く別問題のように思われ、「解体」とか「人々がばらばらに分解すること」といった帰結を明白に伴わないように思われる」。H. L. A. Hart, “*Social Solidarity and Enforcement of Morality*”, EJP, at 257. 小林=森村訳・273 頁、矢崎監訳・292 頁。デヴリン卿との論争については、H. L. A. Hart, *Law, liberty, and morality*,

Oxford University Press, 1962 参照。なお、今日の憲法 24 条改正論議とも関連する。

さて、文化人類学によると、近親婚（インセスト）に関するルールについては、どの時代のどの社会にも「普遍的に」存在するか議論がある。現行日本民法典では、734 条から 736 条においてやや広めに規定されている。ハートのテキストはこの点明らかでないが、社会維持に必要なルールの最小限主義という主張からして、近親婚ルールがなければ社会が「解体する」と考えないかもしれない。解体しないが、どの社会もそれをもっているというところに、人類学者が直面する謎がある。とはいえ近親婚ルールの普遍性の問題は、経験的な解体問題とは別であろう。

- (13) 本節の議論は、とくに引用注のないかぎり、Hart, CL, 185-193, 邦訳・202-211 頁。
- (14) 井上達夫氏（東京大学教授、法哲学）は、自殺クラブといえどもいかに死ぬかは自分で決め、「決行の日」まではそれを妨げられないルールが必要であると、するどい指摘をする。『共生の作法——会話としての正義』（1986 年、創文社）218 頁。また古典倫理がいうように、いかに生きるかはいかに死ぬかということかもしれないし、いのちより大事なものがあってもいいかもしれない。人間は目的的存在であり、その目的追求をガイドするために一定のルールが必要となるという観念は、これらすべてを包摂しうる。
- (15) 因果関係については、本誌前号の拙稿「H.L.A. ハートと T. オノレの法的因果関係論」富山国際大学国際教養学部紀要 vol.1 (2005) 179 頁。
- (16) 岩田靖夫氏（東北大学名誉教授、倫理学）による「人倫的世界における目的論——アリストテレスにおける自然的正義の基礎——」『倫理の復権 ロールズ・ソクラテス・レヴィナス』（1994 年、岩波書店）99 頁以下を参照した。
- (17) Hart, EJP, 113, 矢崎監訳・129 頁。
- (18) 本節の議論は、とくに引用注のないかぎり、Hart, CL, 200-2, 邦訳・218-220 頁による。
- (19) 以上につき、人間は「通常」目的的存在であると限定をつけたのは、即座の快苦に衝き動かされるだけの人間、いわゆるウォントン (wanton) が考えられないわけではないからである。目的的存在なら、未来志向的である。さらに、植物状態の者などはどうであろう。私の考えでは、精神作用をまったく欠く（ように見える）者は法体系の実効性を支える「自発的協働」に参与しないが、等しく法の保護を必要とするし、それを提供されるべきである。リベラリズムは「自律的个人」に立脚するが、この区別を失念すべきでない。星野英一氏（東京大学名誉教授、民法学）などが論じる「法における人間像」という興味深いテーマにも関連する。星野英一「私法における人間」『民法論集 第六巻』（有斐閣、1986 年）参照。
- (20) H.L.A. Hart, *Essays on Bentham Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982 に収められた書き下ろしの最終章を参照。本書には、抄訳として、小林公＝森村進訳『権利・功利・自由』（1987 年、木鐸社）があるが、最終章を含めた多くの示唆的な章の翻訳はない。『ベンサム論集』としてまとまった形で利用できないのも残念である。さて、ハートによると、法体系の「胚 (embryo)」である「権威的行為理由 (authoritative reason for action)」の存在には、①「有無をいわさなさ (peremptoriness)」、すなわち「思考排除性 (deliberation-exclusiveness)」と、②「内容独立性 (contents-independency)」という二つの条件が関連している。すると、法体系は、社会契約論がいうような意識的で理性的な合意によってではなく、もっと無意識的・反動的に成立したことになる。つまり、残念ながら、法体系の存立に合理的な基礎はないのである。このことは納得しうる。ハートはホブズを援用するが、この含意はむしろヒュームに近いように思われる。しかし、法体系の起源はこのような仕方ではコンヴェンションによるとしても、ひとたび成立した法体系に「課される」道徳原理は、peremptory なものであってはならない。なぜなら、それこそ私的判断権の譲渡（放棄）にもとづくホブズ的な権威主義（リヴァイアサンとしての国家）と同じようなことになってしまうからである。これらの点に関しては、別稿で究明したい。
- (21) Hart, CL, 195, 邦訳・213 頁。
- (22) ジョン・スチュアート・ミル『自由論』の冒頭に「権力の制限としての自由」（リバティー）との関連で概観されている国家の起源についての考察を、必要な修正をほどこして、ここに付加すべきであろう。ミルは次のように書いている。「自由とは、政治的支配者たちの専制から身を守ることを意味していた。支配者たちは、（ギリシャの民衆的な政府

のあるものの場合をのぞけば) 支配する民衆に対して必然的に敵対する立場に立つものと考えられていた。彼らは、支配する唯一者または支配する一種族ないし階級から成っており、彼らの権威は世襲または征服に由来していた。いずれにせよ彼らは、その権威を被支配者の意志にしたがって掌握しているのではなかった。また人々も、たとえその抑圧的行使に対してはどのような警戒策をとろうとも、支配者たちの覇権にあえて挑もうとはしなかったし、またおそらくそうしたいとも思わなかった。彼らの権力は必要ではあるが、同時にまた非常に危険なもののみなされていた。つまり、外敵に対してのみならず、自分たちが治めている人々に対しても、ともすれば彼らが使いがちな武器だとみなされていた。社会の力弱い成員が、無数の貪欲な秃鷹のえじきにならないようにするためには、彼らを鎮圧することをまかされた、ほかのものよりも強い猛禽がいることが必要だった。しかし、この秃鷹の王も、他の小強欲者たちのどれにもおとらず、小禽の群れをえじきにしたがるものだったので、そのくちばしと爪に対しては、たえず防衛の姿勢をとっていることがぜひ必要だった。そこで国を愛する人々が目的としたのは、支配者が社会に対してふるってもよい権力に、制限を設けることであった」。同書、中公バックス版・215頁以下、岩波文庫版・9頁以下。

- (23) ナチスの時代を生き延びた三人のユダヤ人法哲学者のうち、グスタフ・ラートブルフは大戦後に法実証主義を放棄し自然法論に回帰したのに対し、ハートはむしろ法実証主義を再建する。ケルゼンも法実証主義を維持するが、価値相対主義を徹底することで価値相対主義の不条理に耐える。ここには、マックス・ウェーバーの影響がある。
- (24) Hart, CL, 183-4, 邦訳・199-200頁。平等な考慮と尊重については、さらに、Hart, CL, 167, 邦訳・182頁参照。
- (25) Hart, CL, 205-6, 邦訳・223-4頁。
- (26) 功利原理と正義原理については、Hart, EJP, 116-8, 矢崎監訳・134頁。さらに、Hart, CL, 165-167, 邦訳・181-183頁。
- (27) ハートにとって正義の「中核」は、「各人に各人のもの(または権利)を」というウルピアヌス流の定式ではなく、「等しきものは等しく」というアリストテレス流の定式、すなわち「取り扱いの平等」にある。
- (28) カント主義の伝統的解釈とは違って、諸個人の普遍化可能性の判断は、必ずしも常に同一の結論に収斂するわけではないように思われる。いわば複数の普遍化可能性がありうるのではないだろうか。だから、その名に値する倫理とは、各人の倫理以外にない。まったくの素人考えであるが、カントが『実践理性批判』と『人倫の形而上学の基礎づけ』において、勝義の「自由」概念にもとづき普遍化可能性の原理を導入した後に、『判断力批判』での美的判断の普遍妥当性においては「共通感覚」に依拠する議論を提出するのも、このためではないだろうか。各人の諸普遍化可能性判断の収束は、新しい「共通感覚」の偶然的な成立にかかっている。しかし、それはつねに「批判哲学の法廷」で吟味されねばならない。以上につき、ミル『自由論』第2章における「思想と討論の自由の有益性」についての議論と対照させてみたい。とくに、真理の一部分にすぎぬのにその全体であると「排他的に」主張する場合にこそ、ミルの重点がある。なお、カントの自由概念なしにカント倫理学に依拠することは、無意味である。カント主義からの不法行為理論については、いずれ検討したい。
- 私の見るところ、このような零度の地点から、功利主義は一步踏み出すように思われる。ミルは、正義は単一の準則、原理、格率ではなくて複数のそれであるとする。すなわち、法的権利を侵害しないこと、道徳的権利を侵害しないこと、信頼を裏切らないこと、公平であること、および平等などである。さらにさまざまに細分化するだろう。ミル『功利主義論』(世界の名著49、中公バックス)505頁以下。具体的場合にそれらのどれを適用するかは、人によって一致しない。これらの諸原理等が互いに衝突する主張を生むとき、それを決するのは究極的には功利原理(最大幸福原理)であるとする。そのような道徳的諸価値の衝突において、「首尾一貫して」適用できる規準(criteria)は功利原理しかない、というわけである。「こういう混乱からぬけ出すには、功利主義の方法によるしかない」。同書・523頁。
- (29) Hart, CL, 166, 邦訳・182頁。
- (30) しかし、社会の最も基礎的な構成的ルールに関しては、功利原理はその成立を説明しえないのではないだろうか。それら諸ルールのない状態を想定し、それらがある状態と比較するということになるからである。その成立は功利(有益性)によるのではなく、コンヴェンションによるというほかない。ひとたび成立した後になってのみ、つまり事後的に

のみ、功利を語りうるようになっていないのだろうか。ヒューム『人間本性論』第3篇において、正義のルール（ヒュームにとっては所有のルールと同義であり、ハートの最小限ルールにほぼ対応する）の起源を利己心から説明しつつ、ときどき「有益性（功利）への共感」に依拠してしまう「ゆれ」が見られるとされるのも、正義のルールのいわば事前的観点からの説明と事後的観点からの説明とがついに合一しえない困難、すなわち、正義のルール（したがって社会）はなぜか成立したとしかいいえない事情を示しているように思われる。ヒュームについては、クヌート・ホーコンセン（永井義男＝鈴木信雄＝市岡義章訳）『立法者の科学——ディヴィッド・ヒュームとアダム・スミスの自然法学——』（2001年、ミネルヴァ書房）による「意図せざる結果としての功利」という観念を参照した。

- (31) ハートの方法論（言語哲学または分析哲学の法理学への応用）には、最小限の「中核」を分析し解明することが、より広い異論の余地のあることがらについて考えるガイドを与えるということがある。もっとも、解釈学的転回といわれる哲学的環境の変化によって、後にその方法論の有効性を「制限する」ようになるが、Hart, EJP の Introduction の I および II において、かつての立場に自己批判がなされている。ロールズやドゥオーキンなどの著作の哲学的意義を認めるのである。
- (32) ハートの刑事責任論をみてみよう。正義の原理は、何人も自分自身の行為以外について処罰されるべきではなく、一定の例外をのぞいて、自発的（有意的）な行為、または自分でコントロールできる行為についてのみ処罰されるべきである、と要求する。刑事責任に関するこのような制限は、「純粋な功利主義」から適切に支持されうるかどうかは少なくとも疑わしいとする。Hart, EJP, 118. 矢崎監訳・135頁。詳しくは、H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 1968 参照。この論文集でハートは、刑法の一般的正当化目的（general justifying aims）を功利主義的に説明する。ただし、私の見るところ、人々の幸福にとって望ましくない行為を何ら減少させない刑事的ルールであれば、それをもつ理由はない、という消極的な形態での功利原理の適用が根底にある。さて、これを制限する「独立の」正義原理が存在し、たとえば、刑罰は犯罪の重大さに比例しなければならないなどの「責任主義」（ハートはこれを「応報原理」とする）や、犯意（mens rea）の要件がこれにより説明される。ハートの刑事責任論を不法行為責任論に応用するのが、Tony Honoré, “*The Morality of Tort Law—Questions and Answers*”, in David G. Owen ed., *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, 1995 at 73 である。いずれ詳しく検討したい。
- (33) もうひとつの議論がある。ハートは、ミルによる基本的な個人権（ハートはおそらくベンサムに倣って自分からは基本的「人権」といわない）の基礎づけを詳細に検討し、「一般的功利」がミルの論証において「遂行的（パフォーマンス）な役割」（言語行為論を参照）を果たしていないとさえ結論する。そして、「人間的諸力の発展を通じて目的追及する個人にとっての必要」というミルの第二の観念に基礎をおかない基本的人権論は、「成功しうとは思われない」と述べる。Hart, *supra* note (20), at 104, 小林＝森村訳・94頁。しかしハートは、功利主義を単純に否定しているのではないように見える。否定されているのは、「徹底した、無制約な、純粋な功利主義」、すなわち総計的にせよ平均的にせよ、この種の「最大化功利主義」であって、功利主義一般ではないのだろう。「探求が功利主義の影で指揮されるかぎり、満足すべき権利論の基礎が見出されるだろうとは思われない」。功利主義「からの自由」の中にも（『アナーキー・国家・ユートピア』のノジック）、功利主義「への防壁」の中にも（ハートの解する初期ドゥオーキン）、「真理はありそうにない」と述べる。Hart, EJP, 222, 小林＝森村訳・215頁、矢崎監訳・250頁。むしろ、ハートは、同名の論文の題目にあるように「功利と権利のあいだ（between）」に立って、勝義の「批判的（critical）」吟味を遂行しようとするのである。ちょうど、自然法論と法実証主義の「あいだ」に立ったように。正義と調和するように功利を性急に再概念化するのではなく、ひとまず伝統的解釈に依拠して功利原理を「最大化原理」として「純化」し、それが落としてしまうものを吟味するほうがまずは能産的だと考えた。そこに、伝統的に解釈された功利主義とは違う何かが生み出されるのである。失敗にこそ学べ、というわけである。もの足りなさが感じられるであろう。しかし、これは哲学的姿勢の問題である。

