

基本法としての不法行為法に向けての考察 (2)

A Thought on the Foundation of Tort Law (2)

吉 田 信 一
YOSHIDA Shin-ichi

2 ポール・ケリー

ポール・ケリー氏（ロンドン大学、政治哲学）は、1990年に、『功利主義と配分的正義——ベンサムと民法』を書いた⁽¹⁾。この本は（以下、本書をUDJと略記する）、エリー・アレヴィーによって措定されたベンサム功利主義の伝統的解釈を大幅に塗りかえる野心作である⁽²⁾。その出版によって、北米出身のケリーは（したがって、同書はやはり北米の政治哲学の強い文脈のなかにある）、ベンサム研究のメッカであるロンドン大学に招聘されることとなった。1980年台ころより、ベンサム主義の伝統的解釈は、さまざまな領域において新たな解釈による挑戦を受ける。それらは「ベンサム修正主義」と呼ばれる潮流である⁽³⁾。ところで、ロンドン大学には、ベンサムの膨大な遺稿が眠っている。第一級のベンサム研究者でもあったH.L.A.ハートでさえ、ベンサムの全著作の半分強しか読んでいないとどこかで書いていたが⁽⁴⁾、それら未刊行の遺稿に、ようやく光があてられつつあるのである。

それ以前に、ジョン・ロールズやロバート・ノジックたちによるパワフルな功利主義批判があった⁽⁵⁾。最大多数の最大幸福をめざす功利主義は、多数者の幸福のために無実の少数者を犠牲にする。したがって、功利主義は配分的正義の原理を含まず、あるいは権利システムを破壊するがゆえに、反自由主義的であり、それはまた操作主義に陥る、と。このような批判は、大体のところ、すでに19世紀に功利主義が登場した当時からある批判であり、ベンサム自身承知していたといわれている⁽⁶⁾が、1960年代のリベラルまたはリバタリアンの規範的正義論の台頭において再燃したわけである。

このような背景において、功利主義の側に反作用が生じた。功利主義は配分的正義の原理を含み、リベラルな諸価値や権利システムに基礎を与える、と。まずは、ジョン・ステュアート・ミルの功利主義において、かかる修正主義的解釈がほどこされてきている⁽⁷⁾。ミルには『自由論』のほか、『功利主義論』の第5章「正義と功利の関係について」があるから、修正主義的解釈になじみやすいであろう。しかし、ベンサムにおいては、修正主義の登場は困難であった。ケリーの研究は、ベンサム主義がほとんど突然変異を起こしたごとくである。

ベンサム修正主義の動向については、そのすべてをここで取り上げることはもちろんできない。人格権と財産権の基礎論的考察に有益な範囲にとどめる⁽⁸⁾。本稿との関連では、ベンサム修正主義に共通することとして、ベンサムの民法関連著作——その多くは未刊行かつ断片的な草稿であった——を重視することがあげられる。これまでの伝統的解釈は、『道徳および立法の原理序説』などの公刊された著書における刑法パラダイムのみに依拠してきた。修正主義的潮流の立役者の一人であるフレドリック・ローゼン氏によると、同書はそのタイトルにもかかわらず、ほとんど「刑法典の原理序説」にすぎないのである⁽⁹⁾。ベンサムの民法関連著作を含めると、伝統的解釈とは異なる功利原理が見いだされる。このように修正主義者たちは論じる。

ハートの解釈によると、ベンサム功利主義は直接的な行為功利主義ではなく間接的（ルール）功利主義であるが、ケリーはこれを批判的に修正して継承し、かかる間接的功利主義はリベラルな「配分的」正義論を実践的に（論理必然的にではなく自然必然的に）伴うと主張する⁽¹⁰⁾。さらにケリーは、ベンサム功利主義の解釈を提供するのみならず、それを推奨する。

2-1 期待と人格

ベンサム修正主義はベンサムの民法関連著作における「期待（expectation）」という概念を重視する⁽¹¹⁾。修正主義者たちは、ベンサム理論の背景にヒューム的な自我（人格）概念があることを指摘する。その際、ベンサムの以下の記述（『民法典の諸原理』パウリング版全集第1巻308頁）がよく引用される（Kelly, UDJ, pp.87-88）。

「人間の条件にかくも顕著な影響をもつこの未来志向的傾向（disposition to look forward）は、期待と呼ばれるだろう——未来の期待、と。われわれが行動の一般的計画（general plan of conduct）を形成することが可能なもの、この仕方によってである。この仕方によってこそ、生の持続（duration of life）を組み立てる継起的な一瞬一瞬が孤立した点のようなものではなく、継続的な全体の部分をなすのである。期待は、われわれの現在の存在とわれわれの未来の存在を統一し、われわれを超えて、われわれに続く諸世代へと通過する鎖である。個人の感受性は、この鎖のすべてのつながり（link）を通じて拡張される。」

ここには三つの重要な論点がある。すなわち、第一に、人間の未来志向的傾向性、第二に、人格の持続性・一貫性の条件、第三に、諸個人の相互依存的な関係性。

1 第一に、「期待」が人間において重要であるのは、通常、人間には未来志向的傾向性があるからである。人間は時間性において在るのである。

ベンサムの人格論は、基本的にデイヴィッド・ヒュームを引き継いでおり、経験論的性格を有する。それによると、人間は「自己・利益（self-interests）」の追求主体であり、幸福（well-being, happiness）を求める。人間はこのように目的的な（purposive）存在である。諸個人はさまざまな目標や目的をもつ。追求される目標は、人によってほとんど無際限の違いがあり、同一人のなかでも、短期的な目標や中・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たりする。このような「自由で目的的な諸活動」のためには、合理的な「賢慮」にもとづいて長期的計画ができることが必要である。すなわち人間は未来において複合的な諸「利益」を充足させるために（ケリーはたまに利益を「欲望」と言い換えている）、現在を未来で割り引くのである。それは、ヒュームやベンサムによると、「未来への自己投影（self-projection）」である。未来への期待が成り立たないなら、このようなことはありえない。

したがって、期待は、そのなかで人が自己の目標やライフ・プランなどの「行動の一般的計画」や幸福の構想（以下、ジョン・ロールズにしたがって「善の特殊構想（particular conception of good）」ということがある）を形成し追求するための枠組みを提供する。つまり期待は、自己利益追求にとって「構成的な（constitutive）」役割を果たしているのである。なぜなら、それがなければ、自己利益や幸福の追求は「不可能」だからである。

ところで、周知のとおりベンサムによると、人間は快樂を迫及し、苦痛を避ける。「自然は人間を二人の主権者の下においた。すなわち、快と苦」⁽¹²⁾。伝統的解釈に反して、ケリーによると、ベンサムの「快」は人間行為の究極的な目標（goal）であるというのではない。また、意識的な目標でもない。人はつねに「意識的に」快を求めるとは限らないからである⁽¹³⁾。ケリーの解釈によると、ベンサムの「快」は意識的・経験的な快樂ではない。そうではなく、人間の行為の究極的な作用因（ultimate efficient cause）なのであるという。

なるほど、単なる観念または表象だけでは人を「動かす力」(ドライブ)をもたないかもしれない。現に人が動くのは、そうすることが自分にとって快だからであるということもできる。つまり、かかる快は行為の動因である⁽¹⁴⁾。このような快は、ケリーがいうように、経験的なものではありえない⁽¹⁵⁾。私の考えでは、このような行為の動因としての快は、人がかく動いたという結果から事後的に仮定されるものである。たとえば、経験的には人は自分にとって不快なことでもあえてすることがある。しかし、自分でもすべて自覚しているとは限らない一切の比較衡量の結果、そうすることが自分にとって究極的に「快」でなければ、人は「行為」へと駆り立てられないということもできる。

以上の考察は、立法において、なぜ「人格の不可侵」や「個人の独立性」や「自由の優先性」が尊重されねばならないかの根拠となりうるが、今はそれを論じるところではない。

人間は、このような快樂主義的枠組みの「なかで (within)」、複合的な行動計画(ライフ・プランなど)を形成する。そのことを説明するのが、「期待の快 (pleasure of expectation)」である⁽¹⁶⁾。それは、目標を達成することによって生じる快(「達成の快」とは違って、目標達成の期待から生じる快、いわば目標を追及すること自体の快である。それによって、なぜわれわれが未来のために現在を犠牲にできるか(それができない人を「育ちの悪い人」という)が説明されうる。達成の快しかなければ、遠い先の満足を待つことはできないがゆえに、努力ができなくなるはずである。したがって期待の快は、ライフ・プラン形成のための未来志向的で持続的な作用因である(Kelly, UDJ, pp.25-26. および *Id.* p.142 も参照)。のみならず、それは、われわれをして労働への「自然的」嫌悪(ジョン・ロックによる自然的勤勉の仮定に反して)を克服して、生産的労働 (productive labour) に向かわせることができることも説明する。このことは後の行論で重要となる。

目的的人間にとって必要な保護は、形成され追及される利益それ自体というよりも(後述するように、それには限度があるから)、自己利益を形成し追求することそれ自体である。法がかかわるのも主としてこのための条件である。

2 第二に、期待は「人格」の持続性と一貫性の必要条件である。自己利益の形成・実現のためには、さらに遡って人格(自己)の持続性が必要である。この条件を欠けば、まとまりをもった「私」はなく、バラバラであり、したがって「それ」(?)を内側から生きることとはできない。人格の持続性・一貫性は、自己利益を形成するための必要条件であり、それゆえに幸福の必要条件である。

ヒュームやベンサムにとって、期待は、それがなければバラバラになってしまう個人の感覚や知覚や経験をつなぎあわせる「セメント」である。ちょうど、ヒュームにおいて、因果性が「世界のセメント (cement of universe)」であるように。その結合は想像力 (imagination) の作用によってなされる。持続的な人格が成り立つときには、自分自身を未来において視ること、すなわち未来への自己投射 (projecting oneself into the future) がなされているのである⁽¹⁷⁾。想像力の作用により、自分自身を未来に投射(投企)することによって、人は、いわば未来への綱渡りを根拠なしに何とか果たしているのである。これがヒューム=ベンサムによる自己同一性の起源の説明である⁽¹⁸⁾。

このように、統一的な自我または自己同一性は、想像力の産物であり、「社会全体」や「権利義務」と同じく、ベンサムのいう「虚構的実体 (fictitious entity)」である。とはいえ、それは、妖精やユニコーンのような「空想的な (fabulous)」存在とは違って⁽¹⁹⁾、理性によっても取りのぞけない虚構である。なぜなら、その虚構自体が統一的な人格の条件となっているので、それなくして人は満足に生きられないからである。

「なぜ人格の継続性や人格的同一性がかくも期待と緊密に結びついているかを知るためには、ベンサムがヒュームの自我概念を有していることを想起することが必要である。ヒュームにとってと同様かれにとっても、自我は、個別的な個人の諸経験、諸感覚および諸知覚の集合からなる。しかしながら、ある特定個人は内省 (introspection)

によって、それらの諸経験を自分自身のものとして結びつけるものを求めても、内省の経験も含めた諸知覚、諸経験および諸感覚の集合以外の、何ももの見出さないであろう。経験の持続的な客体を提供するために経験の総体 (body) から抽象されうる人の内的生活については、何も存在しない。10歳の経験の主体である自我は、20歳の、そして再び65歳の経験の主体とは顕著に異なるであろう。」(Kelly, UDJ, pp.164-165)

たとえば、人は、少なくとも部分的ではあれ自己を定義するライフ・プランにしたがって、おおよそ一貫して欲望ないし利益を形成・追求する過程で、かかるライフ・プランを変容させ、場合によっては解体しないわけにはいかなくなる。人は、首尾一貫的に生きようと望んでも、たとえば外的事情のため、ライフ・プランの変更を強いられることがしばしばある。さらには、自分を見失い、自分で自分がわからなくなることもあるだろう。しかし、事態に「意味」を認め、自分を受け容れていくこともあろう。そのとき、既成のライフ・プランを断念し、いわば(ひとたび)自己を放棄することこそが、結果としてかえって一貫して生きうることにもなるのである。私が私であろうとする同一性を欲動する根深い傾向性が、人間にはあるのである。

3 諸経験を束ねるものは、内省によっては見出されない、すなわち、自己の内側には存在しない。それは、自己のいわば究極の根拠は自己の内部にはないということを帰結する。そこでベンサムは、自己の統一性の条件を「外的な規準 (external criteria)」に求める、とケリーはいう。上記引用文は、次のように続く。

「この事実が与えられると、問題が残るのは以下に関してである。すなわち、これらすべての感覚と知覚に共通する経験のいったいどの局面に、それらを一つの人格というカテゴリーのもとで統一する (unifying) 手段として、訴えかけることができるか。イギリスの経験論的伝統は、カント的な『知覚の超越論的統一』への訴えかけを何らしめない。それゆえ、次の二つの選択肢をもつ。すなわち、それら諸経験の何らかの秩序づけ条件 (ordering condition) を探すことを放棄するか、それとも、外的な秩序づけ条件を提供するか、のいずれかである

ベンサムは、期待の基礎的諸源泉において、社会的領域のなかで経験の秩序づけ条件を求める者たちの一人であった。それは、未来に投影する自分自身の観念 (構想、conception) を形成することを個人に可能にするさまざまな主観的諸期待の間の結びつき (link) を提供する。」(Kelly, UDJ, p.165)

ここで重要なことは、第一に、ベンサムは自己利益追求の「社会性」を承認するということである。自己の目的達成は、おそらく極小の目的をのぞき、ほとんどすべて他人の行動に依存しているからである。人は他人との社会的諸関係 (協働) において自己利益を追求する。人間はそもそも社会的であり⁽²⁰⁾、他人との関係性においてあるのである。したがって、幅広い範囲での自己利益の形成・追求は、次節で述べるように、ある形態の社会的構造のなかでのみ可能である。それを「構成」するのが、法の「基本的な仕事 (fundamental task)」である。人間は、社会的文脈のなかで自己の利益を形成・追及すると同時に、他人との関係のなかで「自己」を形成する。

したがって、第二に、自己の統一自体が、「社会性」の産物である。自我の「外的な秩序づけ条件」、すなわち安定的な期待パターンが存在する限りで、したがって社会的安定性が存在する限りで、人格の統一性が可能である。ただし、可能であるというだけで、統一的な自己はなぜか成立しているというべきであろう⁽²¹⁾。しかも、ケリーは、自我の境界はたしかに存在するがあいまいである、という帰結をもベンサムから引き出している (Kelly, UDJ, p.138)。

このことは、諸個人は社会的関係性において自己となるということを意味する。個人性 (individuality) は所与ではなく、社会的相互作用の産物 (結果) である。ベンサムは、期待が「わたし」の同一性を「われわれ」の同一性へと結びつけるという風に書いているが (本節冒頭の引用文)、実際は、後者から前者へといわば循環

的にもなっているのだろう。ケリー自身は、「ベンサムが個人の自我概念を、その者が引き受け追及する一定の役割と諸利益をアイデンティファイする結果として見ているかどうかは、明らかでない」と述べるが (Kelly, UDJ, p.88)、自己の究極の存在根拠はこのように循環しているのであろう。

4 期待の安全と社会的安定性

「期待」を重視するベンサム修正主義は、したがって「期待の安全」を重視する。期待の安全は、人格の持続性・一貫性の必要条件である。かつ期待は、そのなかで自分自身の幸福の構想（自己利益）を形成し追求する枠組みを提供する。期待パターンと期待の安全の重要性から、社会の安定性 (social stability) が重視される。

第一に、人格（自己）の持続性・一貫性にとって、社会の安定性は不可欠である。たとえば、戦争や内戦という人間の暴力性の顕現によって幼い子どもたちの人格がどれほど深く傷つけられているかを考えてみれば、このことはよく解る。大人でさえしばしば深刻な罪責感に苛まれ（たとえば、「生き残ってすまない」）戦争神経症を惹き起こす。ヒューム＝ベンサム流の考え方によると、このような場合に人は、「未来への自己投影」ができなくなるがゆえに、未来志向的な時間性が崩壊する。それで人格の同一性が崩壊するのである。未来からも過去からも疎外された苦しみ（苦痛）は、計り知れない。期待の安全がなければ、少なくとも中・長期的計画を形成する可能性がないし、さらには、時を通じての人格の継続性がありえなくもなる。

第二に、自己利益の形成・実現にとって安定的な期待パターンは必要不可欠である。人格の持続性・一貫性は、期待パターンという差異システムの「枠内で」のみ可能である。したがって、その枠内でのみ、目標やライフ・プランなどの自己利益を形成・実現することができるのである⁽²²⁾。つまり期待パターンは、そのなかでのみ人が自分自身の幸福を形成し追求するところの枠組みである。それが完全に転覆されてしまうと、人間はまともには生きられない。前述したとおり、社会的安定性に欠ければ自我の安定はない。自我の存立は、「安定的な期待パターン (stable pattern of expectation)」に依存する。したがって「期待の流れを不可侵に保て」(ベンサム)。ヒュームが考えたように、人間精神と、したがって肉体は、まったき偶発性 (contingency) に耐えられない。その荒れ狂う渦に押しつぶされることであろう⁽²³⁾。恣意性 (arbitrariness) の重圧を取りのぞき、人間が人間として生きられるようにしているのが期待パターン (差異システム) である。ヒュームが「正規の (規則的な) 政府 (regular government)」を主張し、専制政に反対するのは、後者は「恣意性」を再導入するからである。

ところで、基礎的な社会的相互作用にかかわる期待パターン (たとえば交換や売買など社会的協働を成り立たせるもの) は、立法者が無から産み出せるものではない⁽²⁴⁾。そのような期待パターンの形成は、諸個人の行動の「調整 (co-ordination)」にもとづく「形式的規則性 (formal regularities)」から生じるのであり (Kelly, UDJ, p.8)、究極的には、他人の所持するものへの干渉を差控えるなど、他人の行動に対する諸個人の「相互的期待 (mutual expectations)」から生じるのである⁽²⁵⁾。

「相互的期待」から生じる行動の規則性は、社会的な実践やルールに固定化しうる。それを法体系 (主権者) が「承認 (recognition)」または「採用 (adoption)」するのである、とひとまずいえる。しかし、相互的期待は権威的なルール体系 (すなわち法的制裁) がなければ確実ではないから、厳密にいうと、「相互的期待」の確立と権威的なルール体系の成立とは、いわば同時である⁽²⁶⁾。「同時」というのは、民法における同時履行関係のように、どちらが先というわけではないということである。あるいは、一方が成立するときには他方も成立しているということである。ここに、交換 (有償契約) と政治社会の「憶測的起源」がある。それは、双務契約 (したがって有償契約) の牽連性の起源である (広中契約法学)。それはまた、権利の社会性の消息である。いずれ詳しく分析せねばならないが、権利の基礎は人間の廃棄しえない社会性におかれているのである。

ここにおいて財産法は、後述するように「正統 (正当) な期待」の保護を目的とする⁽²⁷⁾ (正統な期待という概念は、すでに民法学では消滅しているが、国際私法においてはいまだに活着している概念である)。ベンサムによると、財産権 (proprietary rights) はほとんどすべて「正統な期待」の問題である (Kelly, UDJ, p.84)。前述のとおり

り、人間は（通常）未来志向的であり、それゆえ期待パタンの存在と期待の安全が重要である。そこから、「多数者」による生産的労働（と市場）が擁護されるのだが、後に取りあげる。

さて、個人的幸福の形成・実現条件を創設し、それによって期待の安全と社会的安定性に寄与することが、ベンサム主義による「立法の目的」となる。

2-2 安全第一 (Security first)

1 立法の目的

よく知られているように、ベンサムは、立法の目的として、安全、生存 (subsistence)、平等、豊富 (abundance) の四つを挙げる⁽²⁸⁾。それら四つは相互に関連し、境界はあいまいであるが、唯一にして究極の目的たる社会的福祉の最大化の諸様態 (modifications) である。ベンサムにおいて功利原理はパンタポクリテース (πανταποκρῖτης)、すなわちすべての決定規準である。

ここには自由が挙げられていないことに驚くかもしれない。しかし、修正主義的解釈は、安全を自由の行使条件と解する（安全がなければ自由を行使できない）から (Kelly, UDJ, p.93)、ベンサムにおいて安全を保障するという事は、ほとんど自由を保護するという事を意味する（たとえば、民法が提供する所有の安全や取引の安全、公法が提供する公権力行使の規則性・正統性）。そもそもベンサムの「安全」は、モンテスキューの「自由」を解釈したものである。たしかに、ベンサムは一貫して自由を「強制の不在」と定義する⁽²⁹⁾。すると、法と自由は、義務と権利のようにほとんど反対語だということになる。そこで、法は自由を制限する。これはホッブズを受け継いでいる（ホッブズ『リヴァイアサン』第14章参照）。しかし、ベンサムの安全概念を理解すると、反対に、法は自由を産出するという事もまた含意されうることが解る（ただし、自由を安全に還元するという事であれば、十分だとは思われないが）。

立法の目的は四つある。しかし、安全が第一であるとされる。安全のみが、必然的に未来志向的である。前述したように、期待の安全は人格（自己）の持続性・一貫性と自己利益の形成・実現の不可欠条件だからであり、いわばベンサム流の「基本善 (primary good)」（ロールズ）だからである。

ケリーの解釈によると、安全以外の三つの目的は、安全の「条件」、したがって社会的安定性の条件である。ベンサム正義論の基本関心は、第一に、安全の確保、すなわち安定的な期待パタンの確保である。しかし、次に見るように、生存手段の提供などは、副次的な目的にすぎないというより、安全と密接な関係をもっている。

平等と豊富については、初期ベンサムによると、立法者のなすべきことは「ほとんどない」。それらは安全と生存の様態であるにすぎない。生存についても立法者のなすべきことはほとんどないと考えていた。人間には生き延びようとする「自然的」動機があり、それで十分であるから、と。これらは、明らかに古典的自由主義の立場である。それはほとんど、前章のハート法理学における「最小限ルール」さえあればよいということである。しかし、最大幸福原理は、たとえば市場経済や戦争・内乱がもたらす貧困者等の増大を黙って見過ごすわけにはいかない。そこで、すぐ後に見るように、ベンサムの立法の四つの目的は、その理論的枠組みはそのままでも、その枠内で重点やバランスが変わってくるのである。

立法の四つの目的は、一見したところ、別々のものであるが、調和可能だし、むしろ調和が可能となる「条件を創造する」のがベンサムの「立法の技術 (art of legislation)」である⁽³⁰⁾。

ところで、後の正義原理（権利義務パタンの決定）の次元を先取りすることになるが、権利論においては消極的権利 (negative right) と積極的権利 (positive right) が区別される。消極的権利とは、「～するな」というように、他人に対し不作為または自制（差控え、forbearance）を要求できる権利である。反対に、「～せよ」と他人に積極的な作為を要求できる権利を「積極的権利」という。前者を「差控権」、後者を「福祉権」という人もいる⁽³¹⁾。

さて、安全の提供は基本的に「消極的権利」の保護を要求する。人身・人格の安全や所有の安全は、他人（公機関を含む）の不介入によってよく保障されるからである。これはハートのいう「一次ルール」である。そして、消極的権利は自己利益の「形成」条件であるといえる。他方、生存の提供は「積極的権利」を要求する（生存権）。こちらは自己利益の「実現」条件でもある。ちなみに、「健康で文化的な最低限度の生活」の保障であるならば、善の特殊構想から中立であるべきリベラリズムとよく両立すると、ひとまずいえるであろう。

以上要するに、立法の目的たる安全、生存、平等は、権利論の次元に翻訳すれば、おおよそ消極的自由権、生存権（社会権）、平等権に対応する。個人的幸福の一条件であるのみならず公機関の費用を捻出する意味もある「豊富」は、法的には主として経済法制や財政法の問題となるが、とりわけ強く経済学と関連する。ところで、すぐ次に述べるように、安全の提供は消極的権利の保護によるのみではない。このことが、ベンサムをして古典的自由主義から一步離脱せしめるのである。ベンサムは過渡期の法理論家である。

2 生存

一見したところ、安全と生存は別個独立の立法の目的あって、安全よりも生存が優位するように思われる。死んでしまっただけは何にもならないからである。人は、期待の安全がなくとも、最も基礎的な欲求だけはかろうじて形成しうるかもしれないが、生存手段（食糧など）がなければ何もしない。これはすなわち、安全は自己利益を追求する目的的行為の「形式的」条件にすぎず「実質的」条件ではないということである。あるいは、安全は自己利益の「形成」条件でしかなく、その「実現」条件ではないということである。安全がなければ自己利益や自己を形成することができなくなるが（戦争や内戦下の子どもの例）、安全があるだけでは自己利益や幸福を「実現」できるとはかぎらないからである⁽³²⁾。これを権利論に翻訳すると、生存手段の提供は「積極的権利」（生存権などの社会権）の保護を要求するということである。積極的権利は自己利益充足の物的条件だからである。さて、すると積極的権利が消極的権利（自由権）に優位するのであるだろうか。

一見したところ生存が安全に優位する。しかし究極的には安全が優位する。なぜならば、ハートのところで見たとおり、人間には資源と利他の有限性（稀少性）という条件があるからである（これはアングロ＝サクソン系の社会哲学を貫く強いモチーフである）⁽³³⁾。資源の有限性ゆえ、積極的権利による生存の確保（生存権 - 積極的施策）に過度に依拠することはできず、むしろ消極的権利による生存の確保が優先される。生存の提供は、長期的に「多数者」による生産的活動を（したがって所有と市場制度）を保護することである（最大「多数」の最大幸福）。勤勉な生産的労働の産み出す余剰所得の享受が、生産性向上への投資を刺激するなら、資源の稀少性の限界をその限度で押し戻すこともできよう。その場合、生存の物的条件の安全の確保は、少数の強者による略奪や搾取（これらは人間関係の本質にある）から働く者を守ることになる。そして、このことが生産的労働への本質的な動機づけ条件となる（「自然的」動機だけでなく。それだけなら、おそらく人間は質素な生活でおおよそ満足していよう）。反対に、積極的権利への過度の依拠は、所有の既存の配分へのアド・ホックな介入を生み、ひいては安定的な期待パターンを損なうだろう。したがって、生存は消極的権利の保護に依拠する。ここにおいて、生存の提供は安全の確保と結びつくのである（権利論的にいえば、自由権と社会権は密接に関連する、ということである）。

「生存の提供は、期待の安全の提供によって最もよく確保される。なぜなら、これは、生産的な諸活動（productive activities）によって自分自身の生存を確保することを各人に可能にするからである。しかしながら、構造的な不利益の結果として自分自身の生存を確保できない者たちのために、立法者は生存手段の提供を保障しなければならない。生存手段は、利益の形成と実現の物的条件を提供する。なぜなら、それは、継続的な存在を保障するからである。それは、期待の物的条件であると同時に、経済的に発展した社会においては、確実な期待パタンの帰結である。」（Kelly, UDJ, p.8）

「生存の提供は、究極的には社会の維持と結びついている。なぜなら、諸個人がそのような幸福の基礎的構成要素を維持する他のいかなる手段ももたない場合、生存の基礎的保障がなければ、諸個人は安全を破壊する誘引をもつからである。」(Ibid.)

ここで個人の「幸福の基礎的構成要素」とは、次回にみるように、人身、名誉、社会的地位および財産(所有)——アリストテレスならそれらは「外的善」にすぎない、大切なのは「内的善」だというだろうが——のことである。市場制度が最大多数の幸福を確保できなくなったとき、それは社会分解となる。「私的所有と市場が、多数者の生存をもはや確保できなくなったとき、市場という不偏の制度が、より偏向した諸制度によって転覆させられる恐れがある」(Kelly, UDJ, p.115)。そこから、極左の革命か極右の対抗革命に至りうる。それは文明社会を破壊し転覆する野蛮であり、いっそう悲惨である(自爆テロにしか希望を見出せないシステムは最低である)。したがって、「働く多数者(working “majority”)」の幸福を排除しては安定的社会秩序の持続はない。それはとくに「緊急時」においても、期待システムの総体的な転覆を防御する必要があるということである⁽³⁴⁾。

ここで20世紀社会主義(マオイズムを含めて)をもちだすまでもない。ベンサムが生きたフランス革命の時代において、ジャコバン主義は既存の配分の変更を暴力的に実施した(ジャコバン・テロル)。それはいわゆる「理性の専制」をもたらし、かえって反動を招いた。所有への「直接的」介入には、社会的破局(カタストロフ)のおそれが伴うのである。なぜなら、人は期待の安全の「枠内で」善の特殊構想(ライフ・プランなど)を形成するものだからである。ここに、「権威的な(authoritative)」期待パターンである法の、社会構成的な役割がある。

ゆえに、安全は共同体の全成員の生存手段を保障することに依存する、とケリーはいう。そこから、生存の確保は「平等化(equalization)」を要請することになる(所得の平等ではなく)。すなわち、各人の善の特殊構想(ライフ・プランなど)の追及を可能にする生存手段を、自己利益実現条件の配分として確保するのである。ここにおいて、生存の提供は、安全と結びつくのみならず、社会的安定性を介して平等とも結びつくのである。

それゆえ、市場社会の「なかで」市場社会を、より平等主義的方向にラディカルに配置換えしなければならない。それは、現下の市場制度のそのままの維持・発展ではない。しかし同時に安定的期待パターンを確保せねばならない。

3 平等

ベンサムによると「絶対的な平等は絶対的に不可能である」。「不平等は人類の自然的条件である」。ベンサムは、自然権論による人間の「自然的平等」を嘲笑する。ちょうど、無差別の愛(トルストイの「大洋感情」)は人間をバカにしていると喝破したフロイトのように。そもそも人間はまず親の支配下において存在を開始する。ゆえに「服従が人間の本質である」という。これは思想史的にはロバート・フィルマーを継承する。ここから、人間の「完全な平等」や「水平化システム(Levelling Systems)」が批判される。それは最大幸福をもたらさず、せいぜい「貧困の平等」になるだけだからである。たしかに20世紀社会主義の経験はそれを例証しているかもしれない。ベンサムにおいては、平等は究極的には安全に優位することがない。「安全がなければ平等は一日たりとも続きえない」。

したがって、「なしうる唯一のことは不平等の減少である」という。そこから、平等化プログラムが帰結する。その際、平等化(equalization)、すなわち再配分は限界効用逓減に基礎づけられるかもしれない。功利原理は限界効用逓減を含み、それにもとづいて、かつその限度でのみ、最大幸福のために不平等の是正が要請されると。以上からは、一見したところベンサムには「実質的価値としての平等」へのコミットメントがなく、「不平等の減少」(平等化)しかないように見える。たしかに、平等原則は、他の三つの立法の目的と明らかに違っている。平等自体は個人的幸福の「直接の」手段ではなく、個人の利益を直接には形成しない、「関係」概

念だからである (Kelly, UDJ, p.124)。

しかし、ケリーによると、ベンサムは、平等の積極的価値に何らコミットしないわけではない。平等化プログラムは「価値としての平等」を実現するための「手段」である、とケリーは主張する。たしかに、最大幸福原理は、生存手段を自分で確保できない困窮者（さまざまな種類があろう）の増大を放っておけるわけがないから、はじめから実質的価値としての平等にもコミットする契機をもっていたといえる。この契機を強く意識せざるをえなくなったのが、18世紀後期における戦争・内乱による貧困者（いわゆる「貧民 (paupers)」）の増大と、ベンサムによる救貧政策への実践的コミットメントである（「貧民パノプティコン」）。

ケリーの解釈によると、実のところ平等は、安全から分離された価値ではなく、むしろ「社会的安定性の条件」なのである。なぜなら、著しい不平等は社会的安定性を害するからである⁽³⁵⁾。第一に、生存手段の積極的提供（積極的権利としての生存権）にコミットすることは、強い平等原理にもコミットすることを示唆する。しかし、第二に、生存の提供とは独立的にも、平等の価値が主張される。まず、①重大な不平等は、生存手段提供（社会保障制度など）のための負担の不平等をもたらす (Kelly, UDJ, p.125)。これは、高額納税者や雇用主の不満を想起すれば解からないではない。ただし、このことは、反対に、所有の平等に漸進的に向かうものでなければならない。なぜなら、②富の不平等は、決して万人の利益のために用いられないからである。経済的な「進歩 (progress)」のために他者を飢えさせることはできない (Kelly, UDJ, p.216)。人間の人間への隷属（野蛮、すなわち「法の支配」でなく「人の支配」）は執拗に存続するが、「他者の生への完全な権力取得は容認できない」 (Kelly, UDJ, p.217)。さらに、③富の不平等は、暴動や革命やテロリズムなど大きな社会変動の恐れを増大させる (Kelly, UDJ, p.125)。

以上のように、平等の積極的価値が認められるとすると、富や権力の不平等は道徳的正当化を要するということになる (Kelly, UDJ, p.126)。平等が原則なのである。しかし、誰の生活状態も悪化させないなら、不平等が容認される。つまり、一方で、所有（とくに不労所得）の漸進的平等化を要求すると同時に、かつ他方で、努力による格差を承認するのである。

既存の社会制度の矯正のためには、既存の配分ルールをそのままにはおけない。自己利益の形成・実現条件はいかなる権利配分を要するかということから出発するが、それは共同体の既存の利益に依拠することによっては決定されない (Kelly, UDJ, pp.214-215)。しかし、それは「所得の」平等を直接的に実現する再配分ではない。むしろ、将来における自由交換 (free exchanges) が公正な分配を反映するような、社会的条件を創り出していくべきなのである (Kelly, UDJ, p.124)（ここで将来世代の幸福を考慮に入れなければならない）。

さらに、ケリーによると、万人が市場制度に依存する条件が必要である。すなわち、万人が市場を必要とするのでなければならない。なぜなら、不労所得者は、社会的協働 (social co-operation) のシステムとは全く無関係な人生計画が形成・実現できてしまうからである。万人がそのシステムを必要とするという、安定性の条件が崩れてしまうのである（右からの反革命や対抗革命）。そのためにベンサムは、労働力価値を低下させることで資本蓄積を最大化するシステムを、逆転せねばならないと考えた。すなわち、「労賃の最大化と、資本（ストック）からの利潤の最小化」、そして、相続法（当時の）の改正により（均分相続、女性の相続権、遺贈の自由の制限、累進的相続税など）、とくに不労所得を再配分することが必要である、というベンサムの記述をケリーは引用する (Kelly, UDJ, pp.125-126)。しかし、このナイーブな考察の先に進むには、ベンサムのなしえなかった、より精密な経済学が必要である。

長期的には、とくに将来世代が次々に登場すべきことを考えると、自由な交換が「所有の平等」を帰結していく制度が必要である。将来世代の幸福を含めた（つまり社会自体の長期的な持続性）、したがって自然環境の保全をも含めた、万人の幸福追求の平等な条件を創出するためである⁽³⁶⁾。

以上要するに、平等が立法の一目的であるということは、市場と国制のラディカルな改革を要求する。ベンサムは、平等の無制限の追及を批判するが、所有の漸進的平等化政策を推し進めようとする。とはいえ、それ

は、平等が社会的安定性の条件だからである。社会的安定性が危機に陥るならば、平等は安全に道を譲らねばならないのである。

4 安全と社会的安定性を優先させるベンサム功利主義は、一見保守的にみえる。しかし、それは「支配する少数者 (ruling few)」の利益ではなく、「働く多数者 (working majority)」の生産的活動 (流通を含む広義の) からの享受を保護するものである。とりわけ、支配する少数者の「邪悪な利益 (sinister interests)」を打ち砕くものである。資本制的な市場経済は、耐え難い富の不平等、地球環境の破壊、人種主義や民族主義や性差別主義の横行など、悲惨と野蛮を不可避的にもたらす⁽³⁷⁾。これに対し、ベンサム主義は市場と国制のラディカルな変革を要求する。現下のこのシステムではない、最大幸福をもたらす他体系が存在するるのである。

5 以上の考慮を、「権利義務のパタン」に、つまり「ルールの権威的体系」に翻訳するのが、次にみる正義原理の役割である。ケリーによると、資源と利他の稀少性という条件が与えられると、「自然必然的に」権利義務の配分原理が要求される。つまり権利義務の配分原理は、論理必然的な要求ではない。人間の性質と社会についての経験的諸条件が前提とされるのである。それは歴史的条件ではあるが、しかし実のところ、近代社会の内側から透視されるものである。その意味で、自然必然的とは歴史のだということである。さらに、将来世代や、したがって人口 (population) の問題をも含めると、粗野な直接的行為功利主義を採れないことなどについても、次にまとめなければならない。⁽³⁸⁾

注

- (1) Paul J. Kelly, *Utilitarianism and Distributive Justice Bentham and the Civil Law*, Oxford, 1990.
- (2) Elie Halévy, *The Growth of Philosophic Radicalism*, London, 1928. したがって、ケリーは、カール・ポランニーによる功利主義批判 (それは、イヴァン・イリイチにも引き継がれる) と、その正反対だがほとんど相補的なアルバート・ダイシーによるレッセ・フェールのベンサム主義擁護とを、両面批判していることになる。カール・ポランニー (吉沢英成ほか訳) 『大転換』 (東洋経済新報社、1975年) と、A.V.ダイシー (清水金次郎訳) 『法律と世論』 (法律文化社、1972年) とを比較参照。
- (3) ベンサム修正主義といっても様々である。とくに国家と法についての考察については、ポール・ケリーのほか、フレドリック・ローゼンやジェラルド・ポストマなどを参照。Frederic Rosen, *Jeremy Bentham and Representative Democracy*, Oxford, 1983; Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1985.
- (4) H. L. A. Hart, *Essays on Bentham Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982 の “Introduction” だったと思う。
- (5) John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971, Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, 1974. 邦訳は、矢島欽次監訳『正義論』 (紀伊国屋書店、1979年)、嶋津格訳『アナーキー・国家・ユートピア』 (木鐸社、1992年に上下巻合本)。これらの功利主義批判のハートによる簡潔な要約は、H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1994 at 199-202. 邦訳は、小林公=森村進訳『権利・功利・自由』 (木鐸社、1987年) 187頁以下、または矢崎光圀監訳『法学・哲学論集』 (みすず書房、1990年) 228頁以下。
- (6) Kelly, *supra*, note (1) at 60 参照。 *Id.* at 51 も参照。
- (7) たとえば、F. R. Berger や John Gray や David Lyons など。かかる同時代のミル修正主義は、たしかにハートへ影響しているように思われるが、ハートは最終的には功利主義の修正主義的解釈を受け容れなかった。
- (8) 広中俊雄氏は、パンデクテン式の民法総則において、共通の規定として「ぜひとも『打ち出』される必要のあった」のは人格権に関する規定であったと指摘する。広中俊雄『民法綱要 第1巻 総論 上』 (創文社、1988年) 97頁。のみならず、現行民法典は、1900年のドイツ民法典の法典編纂順序に従ったため、不法行為制度は債権の一発生原

因としてしか位置づけられていない。しかし、広中氏は、不法行為法は権利利益一般の保護・救済法として法典上位置づけられるべきことを示唆しており、私も賛同する。同書欄外番号〔33〕の注8、〔35〕の注1、〔34〕の注1などを参照。そうすることによって、他の民事特別法、たとえば、商法、会社法、知的財産権法、不正競争防止法、独禁法などに存在する不法行為規定に対して、一般法としての民法の体系性が可視化され、そのことによる問題発見・解決について有益性があるように思われる。物権と債権の峻別は（もともと）相対化していることを考慮すると、民法典を物権編と債権編で一番大きく編別する必要はないかもしれない。なお、法理学的には、広中理論の背景には、法理学者ジョン・オースティンによる一次ルールと二次ルールの区別がある。これは、ハートによる区別と違って、むしろケルゼンによる区別と実質的に同じである（ある意味で平凡な区別である）。オースティンの二次ルールとは、一次ルール（たとえば人を殺すな）の違反に対する制裁を規定するルール（たとえば、かかる場合は無期懲役に処す）である。ケルゼンの一次規範と二次規範の区別は、オースティンの二次ルールと一次ルールの区別とほぼ同じである（形式的に逆）。

- (9) Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, edited by J. H. Burns and H. L. A. Hart, Oxford, 1996 の冒頭に新しく加えられたローゼンによる “*Introduction*”, p. xlvii 以下を参照。
- (10) 分類癖と造語癖の強いとされるベンサム（法律家というものは概してそうだ）は、法を刑法（penal laws）と「配分的法（distributive laws）」に分ける。後者は前者の前提となる権利や権原を「配分する」。配分的法はさらに下位分類される。私的領域については民法、公的領域については憲法である。ここに、ベンサムの配分的正義論があると主張されている。

ハートの解釈によると、ベンサムは penal law と criminal law を区別する。H. L. A. Hart, *supra*, note (4), at 106 参照。および、Bentham, *supra*, note (9) に収録されているハートの解釈論文、H. L. A. Hart, “*Bentham’s Principle of Utility and Theory of Penal Law*”, p. lxxix, at lxxxii も参照。同論文は、もともとは同書 1982 年版の “*Introduction*” だった。1996 年にローゼンが修正主義的研究動向をふまえた新しい “*Introduction*” を冒頭につけた際にも、削除しなかったということは、ハートは修正主義的解釈を受容しないことを示唆している。

さて、ハートのベンサム解釈によると、criminal law はわれわれが通常理解する刑法であり、犯罪と刑罰に関する法である。他方、すべての法は制裁を背景とした命令であり（法命令説）、これが penal law である。その内容をなす制裁には、刑罰のほか、われわれの理解する民事的な法技術である損害賠償や無効（による原状回復）も含まれるとされる。すなわち、最終的に損害賠償請求権（の強制執行）に変形しうる民事法も、全体としては penal law の「論理的」構造をもつというのである。ちなみに、ベンサムの分類によると、制裁には、法的・「政治的」制裁のほか、物理的制裁（暴飲暴食すれば腹をこわすなど）、道徳的・「大衆的（popular）」制裁、宗教的制裁がある。道徳的制裁（と公開性）は、ベンサム法理論において、leges in principem（主権者に対する法）とならんで、主権国家における主権者（イギリスでは議会主権）の主権行使を制約する重要な役割を果たすが、ここでは詳述しない。

H. L. A. Hart, *supra*, note (4) の第 9 論文参照。

- (11) 個人的・私的功利（私益、private utility）には、期待功利（expectation utility）と本源的功利（original utility）がある。後者は、期待功利以外のすべての功利（効用）であり、したがって、制度と関係がない。たとえば、ゴバルダラ（ダージリン地方）の銘茶を飲む喜びとか、転倒すると痛い（不効用）とかというような次元の問題である。さて、ベンサムによると、各市民は、功利主義的主権者（立法者）が制定した法的義務に従う限り、私的功利を最大化するように行動してよい。のみならず、自己の功利計算によって、自分が不当と考える法律を批判してよい。「肅々と従うべし、自由に批判すべし」。しかし主権者はそうであってはならず、万人の最大幸福、すなわち公的功利（公益、public utility）——それは私益の調和的な総体にすぎないのだが——の最大化を自己の職務として引き受けねばならない。公人（主権者）は、私人に課される義務以上の特別の義務、したがっていわば「徳」といってもよい特別の義務——official probity——を要求される。だから、それを担保する制度的工夫が必要である（公法）。
- (12) 「二人の主権者」の行論は、ベンサム『道徳および立法の諸原理序説』第 1 章冒頭の有名な件りである（中公バック

ス版、81頁)。

- (13) とはいえベンサムも、人間をたいていは利己的とみる。このような利己主義(エゴイズム)は経験的・蓋然的な一般法則である。ヒュームもベンサムも、主権者(立法者)の利他的資質に期待する人民は愚かであると考え。経験的な利己主義の原理はこのようなときに有益である。ベンサムは、経験的な意味での快楽を追及し、理性の要求に従えない人間精神を、「病」とみる視点を保持している。なぜなら、利己主義を「精神病理学的な諸公理」のひとつであるとするからである。この視点は、人間の傾向性を「精神病理学的」とみなすカントと共通する。
- (14) 周知のとおり、ミルと違ってベンサムの「快」は、質的差異から抽象され、量的差異しか存在しない。かかる抽象的「快」を行為の動因とするベンサムの心理学的快楽主義は、自由の形式的命法(傾向性からの自由)たる「道徳法則」を行為の動因とするカント倫理学に、恐ろしいほど接近する。形式的には一瞬だけ符合しさえするかもしれない。まるで「神はブタである」といわんばかりに。
- (15) しかし、このように解釈すると、ベンサムにおいて快と苦は正と負の関係にあることを、無意味でなく説明できるだろうか。
- (16) 「期待の快」については、ベンサム『原理序説』第5章14項(中公バックス版、119頁)にも簡単な記述がある。
- (17) ヒュームやベンサムは過去という時間性を考慮しない。ヒュームのな自我というのは、ほとんど統合失調をきたしているからであろうか。統合失調症(分裂病)は、未来が崩壊するがゆえに、過去も統合されない。スマスと違ってベンサムは、所有の(再)配分原理をもつが、所有の「取得」原理(譲渡、先占、添付、時効、相続など)にほとんど関心を示さないのも、このことに関係しているのかもしれない。しかし、ヒュームのルール功利主義は、コンベンショナルな取得原理に関心をもっても、再配分原理はない。したがって改革原理はない。統合失調をきたしているヒュームの自我は既存のコンベンションにしがみついたらだろうか。これに対して、病から癒えているのがベンサムの自我なのだろうか。いずれにしろ、ベンサムの人格論は、「立法者の科学」のための人間性の部分理論であって、完全理論ではない。完全理論のためには、近代のアリストテリアンであるミルなどのように、人間性の「発展的」側面を加えなければならない。すると、法学を超えて倫理学一般にも踏み出すことになる。
- (18) 厳密に言えば、未来を先取りしつつ、過去からすでにそうであったものとして、現在に統一的人格が発生するという事だろう。しかし、本当は、ストロボのような速さで、無意識のうちに更新されていくのである。
- ところで、憲法学者の蟻川恒正氏はかつて、『法学セミナー』かどこかに収録された対談のなかで、おそらく殉職自衛官合祀訴訟などを念頭においてであろう、次のようなことを述べた。すなわち、権利侵害があった後になってはじめて侵害された権利が成立するという事も考えなければならない、と。私は、その一文を読んだ時の衝撃と感激を忘れない。ふつう、まず権利があって、次にそれが侵害されると考える。これが「論理的」である。しかし、まず侵害があって、その後に侵害された権利がいわば遡及的に形成される。これを「権利侵害のパラドクス」と呼ぼう。実定法の実践そのものが哲学的問いを産み、哲学的解答を求めているのである。人格権について考察するためには、人格の形成・発展における時間性のパラドクスを考えなければならない。人格に対する深い侵害は、本人も「何が」侵害されたのか、よく分からないのである(たとえば、男性の何気ない一言で深く傷つく女性など)。周知のとおり、自衛官合祀訴訟の原告側弁護団は、被侵害利益(民法709条)の構成に苦慮したが、最終的に敗訴した(いわゆる「宗教的人格権」構成)。なお、以上のことは、不法行為法の権利生成機能の問題の一環である。
- (19) H. L. A. Hart, *supra*, note (4) at 106. および, Bentham, *supra*, note (9) に収録されているハートの解説、H. L. A. Hart, *supra*, note (10) も参照。
- (20) 哲学者の木田元氏は、発達心理学などを引用し、大人よりも乳児のほうが「社会的」であるかもしれないと述べる。木田元『現象学』(岩波新書、1970年)166頁以下。赤子の無垢は、社会によって汚されていないからではなく、ほとんど完全なまでに社会的だからなのだろう。
- (21) イギリス経験主義がカント的な「統覚の超越論的統一」に依拠しないのは、それはすでに主体が総合されていることを前提とするからでもあろう。とはいえ、「外的規準」からだけでは自己の統一はやはり説明できないであろう。

しかし、自己の統一はなぜか成立している。そのメカニズムを詳細にたどること以外ではできないだろう。

さて、単に内側から自分を視るだけでは「私」は成立しえない。同時に、自分を視る他人の視点から自分を視る（想像する）ことができなければならない。そのような配置を行っているのが「超越論的統覚」の作用であり、カントによるとそれは何らかの実体ではなく、むしろ「虚焦点 (focus imaginalis)」である。カント主義からは、心理学的主観でも超越論的主観でもなく、この空無が主体の核である。

内側から自分を視るためにはいわば「鏡」が要る。しかし、自分を視る他人の視点から自分を視る（いわば自分の背部を視る）ためには、もう一枚の「鏡」が必要である。この合わせ鏡が超越論的統覚の作用である。アレンカ・ジュパンチッチ（富樫剛訳）『リアル倫理——カントとラカン——』（河出書房新社、2003年）参照。しかし、このとき、自己からは決して到達しえない現実の「他者」（自己の外部）の存在が前提とされねばならない。だからこそ、その他者から視た自己を知ることによって、私の気づきえなかった私の姿（えてしておぞましい）に否応なく気づかされるのである。私のあり方に根本的な変更を強いるのも、この力である。かくして自己は、他者とのかかる関係性から超越しえないのである。とはいえ、ジュパンチッチの同書にカントの第二の定言命法が全く出てこないのはなぜだろう。

- (22) これは初期ロールズに対する批判である。安定的な期待パターンが存在しない「原初状態」では「合理的選択」（賢慮的合理性）は不可能である（Kelly, UDJ, pp.88-89）。加えて、ケリーによる自己利益の形成条件と実現条件の区別は、後出注（32）で繰り返すように、リバタリアンへの批判を意図している。
- (23) ちょうど、ビッグ・バンから 10^{-44} 秒後くらいまでの、無構造でシンメトリック（対称的＝多方向的）で高密度で高エネルギーな宇宙——直径にして約 10^{-33} センチメートル——に似ている。「対称性のやぶれ」以後、構造化された安定的な物質世界が誕生する。佐藤文隆『現代の宇宙像』（講談社学術文庫、1997年）、同『量子宇宙をのぞく』（講談社ブルーバックス、1991年）参照。しかし、それと安定的な自我や共同体の誕生との類比は、一定程度しか成り立たないであろう。
- (24) 広中俊雄氏は、マルクスとウェーバーを受けて、贈与と違い有償契約は共同体と共同体の「あいだ」に生じた、と述べる。広中『債権各論講義〔第6版第2刷〕』（有斐閣、1995年）24頁、および広中・後出注（26）参照。共同体間における「期待」（広中）は主権者が一方的に創り出せるものではない。ケリーによると、それは人々の「相互的な」期待だからである。ゆえに「立法者は安定的な期待パターンを提供できない」（Kelly, UDJ, p.8. p.204も参照）。とはいえ、「近代的契約意識」（川島＝広中）の成立は近代主権国家（重商主義国家）の強制力の確立より先行するのだろうか。
- (25) ここでベンサムはヒュームの「調整問題 (co-ordination problem)」を継承する。詳しくは省略せざるをえないが、それは、ヒュームの、二人で漕ぐボートの例に喩えられる。それに対してホップズは、各人の善悪の判断の絶望的なまでに共認不可能な衝突を理解している。そこから見るとヒューム＝ベンサムは甘いのである。なぜなら、すでに人間利益の斉一性 (uniformity) を前提とするからである。ホップズ的自然状態は「囚人のジレンマ」の状況に喩えられる。ゆえに人間は、最善の制度を達成できないのである。アナトール・ラバポート＝アルバート・M・チャマー『囚人のジレンマ——紛争と協力に関する心理学的確定』（啓明社、1983年）。なお、ウィリアム・バウンストーン（松浦俊輔訳）『囚人のジレンマ・ノイマンとゲームの理論』（青土社、1995年）参照。しかし、人間とは何かではなく、立法者は何をなすべきかを問題とするベンサムは、人間利益の斉一性を仮定しなければ何もなしえないと考えるのであろう。ちょうど、自然の斉一性（ミル）を仮定しないと、有益な経験的一般法則を帰納できないように。カントからすれば、それは統制的（規制）理念にすぎない（だから必要だ）ということであろう。
- (26) これらは、アナキストのウィリアム・ゴドウィンと、キリスト教自然法（ジョン・ロック）への批判である。ゴドウィンは、直接的行為功利主義に基づいて、最大幸福のために、所有、婚姻、国家を廃棄せよと主張する。しかし、それで人間の理想的な社会的相互作用（期待パターン）が可能であるとされるのは、人間には理性の完成可能性 (perfectionability) があるという非現実的な前提があるからである。他方、キリスト教自然法によると、政治社会（「国

家状態)以前にいわゆる「自然状態」があり、そこではすでに期待パタンが存在していることになっている。つまりすでに国家状態以前に「権威的行為理由」が存することになってしまうのである。しかしそれは神の恩寵または摂理を前提とする。政治社会がなくとも人類(ホモ・サピエンス)は何とか交換していただろうと思うが(ネアンデルタール人とも同時存在した時期があったらしいが)、それは遠隔地交易での「掠奪的交換」(R.C.トゥルンヴァルト)などに近い形態をとっただろう。われわれから見たら、掠奪か交換かほとんど判らないだろう。安定的な交換パタンの存在は政治社会を前提とするのである。この点に関し、広中俊雄『契約とその法的保護』広中俊雄著作集 1(創文社、1992年)30頁以下参照。

- (27) すべての期待を保護すると自由は消滅する。逆に、すべての禁止をとりのぞいても、自由は消滅するだろう。そのとき人は精神病的となり、なんら行為できなくなる。
- (28) これらは、アダム・スミス(水田洋訳)『法学講義』(岩波文庫版、2005年)における「正義の法」と「治政の法」にほとんど重なりあう。しかし、ベンサムはスコットランド道徳哲学よりヨーロッパ大陸の啓蒙思想に多くを負っている。スミスとベンサムの連続性と断続性については、永井義雄『自由と調和を求めて——ベンサム時代の政治・経済思想——』(ミネルヴァ書房、1999年)第1章と第2章を参照。
- (29) ケリーは、ロックとドゥオーキンを「ライセンスとしての自由」すなわち「したいことをする自由」に基礎をおく理論であるとしているが(Kelly, UDJ, p.99)、ドゥオーキンについては完全な誤解である。R. Dworkin, “*What Is Equality ?Part 3: The Place of Liberty*”, Iowa. L Rev. 1987, p.1, at 6. 詳述しないが、ロックについても誤解であろう。
- (30) ドゥオーキンは自由と平等を「平等基底的に」統合する。Dworkin, *supra*, note (29) 参照。それに対してベンサムは、安全と平等(と生存と豊富)の見かけ上の対立を、功利(社会的有益性または公益)の枠組みのなかで節かさせる。それらが相互に対立すると考えるのは「アナキズム的誤謬(anarchic fallacy)」であり、実際は功利原理の誤適用であるとする。
- (31) M. Cranston, *What are Human Rights ?*, London, 1973 参照。アラン・ゲワースは、「自由権」、「福祉権」と名づけていたと思う。なお、マイケル・フリーデン(玉木秀敏=平井亮輔訳)『権利』(昭和堂、1992年)参照。
- (32) ケリーは、自己利益の形成と実現の区別、消極的権利と積極的権利の区別を重視する。これはリバタリアン批判を意味している。所有(自己所有権)はこれらの区別のうち前者にしか関係しない。しかしリバタリアンはそれで十分であるとする、という批判である。
- (33) とはいえ、カール・ポランニーによると、近代市場社会における資源の稀少性は、実は貨幣の稀少性であり、もっと正確にいうと、貨幣で購買できるものの稀少性にすぎない。これは傾聴に値する分析である。ポランニー『人間の経済 I 市場経済の虚構性』(岩波書店、1998年)第1部第2章、とくに76頁参照。
- (34) このような無秩序(アナキ)への恐れに対して、古典的リベラルは無産者に対する選挙権制限をもって応じるが、ベンサムは一人一票を要求するとともに(「何人も一人として数えられなければならない、誰も一人以上として数えられてはならない」)、のみならず生存手段の積極的提供を、したがって所有の漸進的平等化を要求する。飢餓の不効用(犯罪、暴動、革命、テロなど)は、政府介入の不効用よりはるかに大であるからである。このことにより、制限選挙に代わるオルタナティヴを提供しようとするのである。Kelly, UD, p.121.
ちなみに、18世紀の同時代人のなかでベンサムのみが女性の選挙権を認めた。人口の半分もが幸福への条件を奪われてはならないとして。それは19世紀になって、メアリ・ウルストンクラフトやハリエット・マーティノーやジョン・ステュアート・ミルなどに引き継がれる。
- (35) ハートによると、法体系は、基本的ルールでさえ平等に保障しなくとも存在しうる。本誌前号(vol. 2)57頁参照。この点に関しては、ハートのほうがリアルであるように思われるが、ケリーにとってはこれでは持続的な安定性を欠くということになるのか。
- (36) ベンサムは「最大多数の最大幸福」(動物愛護も含む)という言葉は誤解を招きやすかったと反省し、後の版で「す

べてのものの最大幸福」と訂正している。加えて、utility (功利、効用) という言葉も解りにくかった (英語としてさえ)、と述べている。ベンサム『原理序説』(中公バックス版、82 頁)。なお、永井・前出注 (28) 参照。さらに付言すると、今日功利主義は目的論的理論として批判されるが、teleological (目的論的) と対比される deontological (義務論的) という言葉は、そもそもベンサムが自らあみだした法論理学研究における造語である。

- (37) ケリーのベンサム解釈は、社会的文脈の「なかで」既存のジェンダー・カテゴリーにトラブルを惹起する攪乱戦略を理論化しようとするジュディス・バトラーと通じる面があるかもしれない。ジュディス・バトラー (竹村和子訳) 『ジェンダー・トラブル——フェミニズムとアイデンティティの攪乱——』(岩波書店、1999 年) 参照。つまり、文字通りのレズビアンでなくとも、フェミニストまたは反男権主義者となれる可能性に開かれているのである。
- (38) 基本的な疑問を二つだけ述べると、第一に、自由を安全に還元することで、自由の価値を確保しきれるか、第二に、平等を社会的安定性の条件とすることで、平等の価値を確保しきれるか。