

基本法としての不法行為法に向けての考察（3）

A Thought on the Foundation of Tort Law（3）

吉田 信一
YOSHIDA Shin-ichi

序

1 H.L.A.ハート（以上、富山国際大学国際教養学部紀要 vol.1、51頁）

2 ポール・ケリー

2 - 1 期待と人格

2 - 2 立法の目的（以上、同 vol.2、123頁）

2 - 3 配分的正義の第一原理 安全提供原理

1 これまで述べ来たように、ケリーのベンサム解釈によると、「期待の安全」は、自己利益の形成・実現にとって必要条件であり、人格の持続性・一貫性と社会の安定性にとって本質的である⁽¹⁾。さて、このことはさらに精緻化されねばならない。なぜなら、法はすべての期待を保護するわけにはいかないからである。すべての期待を保護すると、かえって自由は消滅する。それは逆ユートピアであろう。では、どのような期待の安全が保護されるべきか。すべての「達成の快」に対して「期待の快」があるとされるが⁽²⁾、そのなかでいわば期待の「中核」をどう特定するか。

それは、自己利益の形成・追求にとって本質的であり、したがって人格の持続性・一貫性にとって重要な期待を特定する⁽³⁾、ということなのであるが、このときベンサムは、期待の「源泉（sources）」が何かに着目する。当該期待が何から生じているのかを問題にするのである（Kelly, UDJ, p.201）。そこで、種々の期待の源泉のなかで、「正統（当）な期待（legitimate expectations）」の源泉が特定される。

それは、「法益侵害」として法学者にはおなじみの、「危害（損害、harm）」の分類によってである。つまり、正統な期待は一定の「危害の不在」に基づくのである。ところで、ある不利益が「危害」とされるのは、生命、身体、名誉、財産などの「基本的利益」が侵害される場合である。

なぜなら、ベンサムによると、これらこそ、諸個人の目標や人生計画の形成・追求において「必要不可欠な」期待の源泉だからである。すると、「正統な期待」は、社会的相互作用の基礎条件たる人身、名誉、地位、および所有に関する「権利パタン」の存在に依存することになる。

このような、自己利益形成・追求に影響を与える種類の危害は、したがって「個人の不可侵の領域」(ノジック)に影響する危害である。これらが「正統な期待」に対する侵害といわれるのは、その意味においてである。ここでベンサムは、自由主義を採用することになる⁽⁴⁾。なぜなら、それは、諸個人のライフ・プランなどの形成・追及(自己実現)の自由を確保するということからである。これが基礎である。

以上の前提にあるのは、自己についての最良の判断者(best judge)は統治者ではなく自分自身である、という啓蒙主義である⁽⁵⁾(「肅々と従ふべし、自由に批判(検閲)すべし」。なお、これはカント『啓蒙とは何か』でも援用されている)。このとき、善(good)の特殊構想からのリベラルな「中立性原理」は、特定の善(ライフ・プラン、目標、目的など)を追求可能とする期待のみを保護するように「偏向」するわけにいかない。立法者は、いかなる善であれ、その追求「条件」を設定するにとどまる(もっとも「善」であるための形式的条件はあるか)。かくして、どのような内容の善を追求するにも必要な「基本的」利益が区別されるのである。

それが、特定カテゴリーの「危害」の不在としての「正統な期待」である。ベンサムにおいて、それは「私的犯罪(private offences)」の主題である。ベンサムのいう私的犯罪とは、われわれの用語では、「個人的法益」に対する犯罪と、民法上の不法行為におおよそ対応するだろう。ケリーによると、このような「安全提供原理」はベンサム流の「危害原理(harm principle)」であり、本家ミルのそれとほとんど類似する⁽⁶⁾。なぜなら、他人の権利・法益に危害を加えないかぎり、「特定の」善の構想を排除しないからである。

2 「正統な期待」の源泉 以下、ベンサムの所有論

ベンサムによると、正統な期待の「源泉(sources)」は四つある。すなわち、人身(person)、受益的生活条件(beneficial condition in life)、名誉、および所有(財産、property)である。名誉(reputation)は、名声や評判とも翻訳されるが、ここでは不便でない限り法学的に「名誉」としてみる。受益的生活条件とは、たとえば配偶者、親権者、子ども、被用者、市民など、人の有利的なプラス評価を受ける社会的地位のようなもので(ベンサム『道徳および立法の原理序説』第16章)反対に犯罪暦や破産者などのようなものはマイナス評価を受ける社会的地位である(もちろん今日の日本の破産法は懲罰主義を採っていないが)。

ところで、名誉は「不特定多数の」他者との関係から生ずる。他方、受益的生活条件は、「特定個人」との関係から生じる。このように、名誉と受益的生活条件は、人間の社会性(sociality)すなわち人々の社会における人格的相互関係の所産である。

ベンサムは、これら三つ〔人身、受益的生活条件、名誉〕を、最狭義の所有(物に対する私的所有)とあわせて、「拡張された所有」、または広義の所有としている。なぜなら、それらはずべからく「個人的権利」だからである⁽⁷⁾。物的な所有と同じく、「個人の」幸福を促進するもの

アリストテレス的には「外的諸善」だからである⁽⁸⁾。

人身、所有、受益的生活条件および名誉が保護されねばならないのは、それらが期待の「基礎的」源泉を提供するからである。つまり、自己利益を発展させかつ追求するために必要不可欠な

ものだからである。期待の基礎的源泉が最狭義の物的所有に限られないのは、社会的相互作用の形成・制限に関係する「正義の関心」がそれだけ広いからである。そのことが重要である⁽⁹⁾。後述するように、その意味では、最狭義の「所有」はとくに重要である。とりわけ、ベンサムにおいて「私的所有」は最大の期待の源泉であるとされる。それは個人の幸福の幅広い領域がとくに物的条件に依存するからである。

3 ところで、期待の四つの基礎的源泉のうち、「人身」は別の意味で特殊である。ベンサムは後に「人身」を広義の所有からはずすのである⁽¹⁰⁾。人身の安全は、諸個人がいかなる行為をするにも必要である。それがないと人は恒常的に他人に隷属することになる。場合によっては生命さえ奪われる。したがって、それは通常の意味では「譲渡不可能」なものである。この点で、人身は物的所有とおおいに異なる。

ここで重要なことは、人身の安全の保障は、「他者の自制」にのみ依存するということである。他人による介入がなければ、それだけで実現する。つまり、立法者は、ハートのいう「一次ルール」(他人の不介入を要求するルール、他人を義務づけるルール)のみを導入すればよいのである。

しかしながら、人身の安全は実際上きわめて重要であるとはいえ、それによって保護される領域は、実のところ個人の(諸活動の)ごく狭い範囲に限られる。仮に人身の安全のみしか法的に確保されないとしたら、どの程度の活動しかなしえないかを想像してみれば、このことはわかる。したがって、それは「個人の不可侵性」の幅広い領域を提供するものではないのである。

それに対して、人身以外の三つは、諸個人に、さらに広い「外的領域に対するコントロール能力」(ケリー)をもたらす。ケリーによると、少なくとも発展した近代社会においては、これらはすべて自己利益形成・実現の必要条件であり、自己の善(幸福)を追及する「社会的領域(social realm)」を形づくる。

ここで重要なことは、「人身」の安全と違って、それらは、「他者の自制」のみならず、自己の「行為」を介してもたらされるということである。すなわち、他人の消極的な「不介入」のみならず、自己の積極的な「行為」が必要である。つまり、それらは、諸個人の社会的相互作用を通して産み出される。したがって、ここでは、ハートのいう「二次ルール」(「一次ルール」に言及する(refer to)ルール、いわば一次ルールを産み出すルール)も必要となる。というのも、自己の「行為」によって、既存の権利配分を「変更する」ルール(「変更のルール」)などが伴わねばならないからである。このことにより、自己が、他人との「社会的領域」のより広い部分をコントロールできるようになるのである⁽¹¹⁾。

以上から、驚くべきことに、ケリーによると、ベンサムの権利論は「能動的権利論(active right theory)」である、ということになるだろう。ところが、普通、ハーバート・ハートやリチャード・タックやジェラルド・ポステマなども認めているように、ベンサムの権利論は「受動的権利論(passive right theory)」であると考えられているのである。

受動的権利論とは、権利命題は義務命題に過不足なく還元できるという立場である。すなわち、ある人が権利をもつとは、他人がその者に一定の義務を負うということに尽きる。権利者は他人の義務の「受益者」にすぎないと考えられる(ここから、ベンサムによる権利の「受益説(benefit theory)」が生じる。これは一種の権利の「利益説(interest theory)」である)。自然権論の伝

統においてはザムエル・プーフンドルフがそのような立場である⁽¹²⁾。

他方、能動的権利論とは、権利には義務概念に還元できない固有の位相があり、それは相手方その他の他人が権利保持者に対して単に義務を負うというのみならず、もっとアクティヴに、権利者に一定の範囲の「選択の自由」にもとづく「道徳的主権性 (moral sovereignty)」（ハート）を与えるものであるとする⁽¹³⁾。法理学に携わっていないと、この区別は解りづらいが、この区別を、周知の消極的権利 (negative right) と積極的権利 (positive right) の区別、すなわち、「しない」ように要求しうる権利と「する」ように要求しうる権利との区別と混同してはならない。

このようなケリーによるベンサム権利論の解釈は相当ユニークであり、ベンサム解釈として妥当に成立するかどうか、にわかには明らかでないが、ベンサムにハート権利論を投影するものであることがわかる。

4 さて、以上のように「人身」は特殊だが、他方、平等との関連では最狭義の「所有」（物的所有、財産）が特殊である。なぜなら、最狭義の所有以外の三つは「権利の平等」を保障するだけで万人にとって有益だが、前号で述べたように、所有については「権利の平等」のみでは足りない（社会的安定性が全面的に転覆される危険性があるから）。配分的正義の実現のためには、単なる権利の平等以上のことを要するのである。ケリーは次のように述べる。

「個人の不可侵性の平等な領域を体現する権利パターンは、社会的福祉を最大化するものである。人身、生活条件および名誉を保護する権利の場合においては、これらは全個人にとって自分自身の諸利益と諸計画を形成し実現するために等しく必要であり、平等に保護される必要があることは明かである。同一の権利パターンは、どんな人をも、それらの者の実質的な目標がなんであれ保護するだろう。かくして、人身、生活条件および名声の安全に対する平等な権原を根拠づける。

私的所有の場合は、いっそう複雑である。私的所有の保護は全ての人にとって平等に重要である。なぜなら、それなくして人は自由の行使条件としての財産を享受できないであろうから。しかしながら、立法者の全体的目的が最大限の社会的福祉を確保することであること、および立法者はいかなる個別的諸利益が最も価値があるかを決定できないことが与えられると、立法者はそれゆえ、各人が自分自身の善の構想を追及できる諸条件を提供するのだからなければならない。このことが帰結するのは、たんに所有の保護に対する平等な権利のみならず、私的所有権への平等な権利である。」（Kelly, UDJ, pp.166-167）

前号で述べたように、私的所有は合理的基礎をもたないから、放っておいても合理的帰結をもたらさない。ケリーはいう、「私的所有は平等への必然的傾向をもたない」（Kelly, UDJ, p.197）と。ベンサムは、ハイエクたちと異なる認識をもつのである⁽¹⁴⁾。私的所有の成立は、「功利」（私益のみならず公益）にも「自然権」にも、その他いかなる理性的根拠にも基礎づけられない。それゆえにヒュームは、所有の起源を「コンヴェンション（黙約）」に求めた。それは、ヒューム＝ベンサムによると、人々の「相互的期待 (mutual expectations)」に由来するのである⁽¹⁵⁾。それはまた、個人や国家の主権的権力によって「一方的に」創り出すことができない。

したがって、私的所有の最大限の社会的有益性を引き出すためには、一定の社会制度的条件が必要となる（ベンサムによると、リカードと違って、政治社会から完全に自律した経済過程はありえないのである）。そこで、所有の既存の配分を保護するだけ（権利の平等）では不十分である。私的所有が悲惨な破局をもたらさないような制度的枠組みが必要なのである。前回触れたベンサムの「平等化プログラム」は、万人が追及しうる人生計画の幅を広げることによって、社会的望ましさ（功利＝公益）を増大させる⁽¹⁶⁾。所有の漸進的平等化によってのみ、私的所有権の保障は最大幸福に直接寄与しうるのであった。そして、それによってのみ、「個人の不可侵の領域」が実質をもちうる。ここに、「潜在的に平等主義的な傾向をもつ」安全提供原理（Kelly, UDJ, p.167）の役割がある。

しかし、単なる「所得の」平等化では、最大の社会的望ましさを必然的には結果しない（むしろ反対の帰結となる）。安全提供原理は、所有（広義）の安全をいかに配分すべきかに応え、かつ物的所有の再配分に一定の仕方でコミットする。それはつまり、将来の自由な交換が所有の平等を産み出すような、諸条件を創設しなければならないということだった。すなわち、将来にわたって各人が自己の幸福追求から排除されないように、諸個人の社会的領域の配分をするために、「所有の」漸進的平等化を要するのである。配分的正義論の究極目標は、自己利益実現の物的・形式的諸条件の平等な提供をもたらす「期待パタン」を確保することであり、したがってそれは必然的に所有の漸進的平等化を伴うものである。

5 以上よりベンサムは、リベラルな諸価値（自己実現の自由）を正当化し、「個人の不可侵性」を確保しようとする⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾。しかし、すでに述べたように、ベンサムは、ヒュームやスミスのように、個人の社会性（sociality）を前提としている。個人は社会において個人化する。自己は社会において形成される。具体的個人は、リパタリアンの前提とするような共同体からまったく切り離されて存在しうる個人ではないのである。それは社会的相互作用から「抽象された」人格ではなく、相互関係する社会的個人である（もちろん、ひとつの共同体、または同心円の諸共同体（イエ、ムラ、クニ）にまったく埋没するものでもない）。

「ベンサムは、自己の利益を社会とは独立に発展させる抽象的個人を前提としなかった。そうではなく、諸個人はそれら利益を社会的相互作用の文脈のなかで実現させようとするのである。最も基礎的または自然的なもの以外のすべての諸利益は、社会生活の脈絡のなかでのみ発展する期待の諸パタンを前提とする。かくしてベンサムの理論は、自由な行為のための一条件として所有を最優先するリパタリアンの諸理論とは異なる。かれは、所与のものとして受け取られた諸目的の実現のために必要な諸条件にのみ関心をもっているが、かれはまた、期待の源泉としての所有は個人の幸福（well-being）の一つの条件であるということも承認している。それゆえ、ベンサムは、社会的相互作用の重要性を諸目標と諸計画の形成条件として評価しない粗野な個人主義者ではない。『道徳と立法の原理序説』第1章において、かれが共同体の利益を「それを構成するいくらかの構成員の諸利益の総計」として記述したとき、かれは共同体の利益が個別的な個人の諸利益の総計以外の何ものでもないことを含意する。しかしながら、これは、諸個人が共同体とは独立に諸利益をもつということを主張する強い個人主義を包含しない。実際ベ

ンサムによる最大幸福 (maximum well-being) の追求の強調は、次のことを含意した。すなわち、ある個人の利益は同時に他のすべての人の利益としてのみ確保されうる、なぜなら、それらはすべて相互依存的な諸期待の精緻なパターンに緊密に編みこまれているからである。」(Kelly, UDJ, p.164)

したがって、個人の利益は、「同時に万人の利益として」のみ確保される(Kelly, UDJ, p.210)¹⁹⁾。たとえば、所有のルールは、個人の期待の源泉であると同時に、他者の行動をもガイドするのである。

しかし、このことが、最大幸福原理そのものなのであり、「共同体の利益は成員の利益の総計」(ベンサム『原理序説』第1章第4-5節)の意味するところである(Kelly, UDJ, p.164)²⁰⁾。ベンサムのいう「共同体」は諸個人の総体にすぎず、諸個人を超越しない。それに、諸個人を超越した「有機的実体」でもない。そのような「全体としての社会」とは、ベンサムによると「虚構的実体」であるが、ケリーの解釈によると、ほとんど権利義務関係の総体といってもいいくらいのものである。権利義務自体が虚構的実体である。

さてベンサムによると、すべての有害な (harmful) 行為が犯罪・不法行為となるのではなく、「共同体にとって有害な (detrimental)」もののみであるが、それは、個人の自己利益形成・追及のための「正統な期待」に対する侵害のことである。つまり、その毀損が先に述べた意味での「共同体」にとって有害な期待のみ保護する。このとき、共同体とは、ベンサムにおいては、いわば諸共同体の共同体であり、諸共同体が多様に交錯し、かつ近代国家がそれらを政治的に編成するダイナミックな近代社会をいうのであって²¹⁾、主として互酬原理 (reciprocity)²²⁾ によって統合されるスタティックないわゆる「共同体」のことではない。とはいえ社会的なものの理論化にはひとひねり必要だが、今は措く。

以上要するに、安全提供原理は立法者への指令であり制約である。安全提供原理は、「所有 (広義) の安全」をいかに配分すべきかに応える。と同時に「所有の漸進的平等化」にも深くコミットする²³⁾。

2 - 4 配分的正義の第二原理 失望防止原理

1 ケリーはベンサムに二つの配分的正義原理を認める。既述の安全提供原理は配分的正義の「形式的」原理であり、期待の安全を保護しつつラディカルな改革を立法者に指令する。それを特定社会において、歴史的な脈のなかで具体化するための「実質的」原理が、配分的正義の第二原理、すなわち失望防止原理である。このケリーの解釈はユニークである²⁴⁾。

「期待の安全と生存の最低限の条件の提供への関心は、ベンサムの配分的正義論の基礎を形成する二原理に展開される。安全提供原理は形式的原理であり、立法者が立法において確保せねばならない期待パターンを決定する。失望防止原理は、ベンサムの実質的正義原理である。それは、立法者が理想的な功利主義的ルール・セットを実現する一方、既存のルール・システムから生じる期待功利を調整する際に行動する仕方を決定する。」

(Kelly, UDJ, p.8)

「所有への権利は『安全提供原理』の基礎にある期待の基礎的源泉であるので、正義の実質的原理はおおよそ、利益形成および実現の主要な物的条件として所有へのアクセスを拡張する一方、所有権の既存の配分に由来する諸期待を保護することに、結びついている。」(Kelly, UDJ, *ibid.*)

平等主義的傾向を本質的にもつ「安全提供原理」は、最大幸福原理に基づいて、たとえば「奴隷制を廃止せよ」と指令するだろう。この安全提供原理の指令を、どう具体化するか。奴隷制を制度的に解体する際に、「期待の安全」が大きく損なわれないようにしなければならない。そこで、直接にはこの制度の創設に責任のない奴隷の主人に一定の補償を講じることが必要である（しかし主人の「補償を拒む権利」は拒む（Kelly, UDJ, p.214））のみならず、奴隷制によって奴隷自身が得ていた期待利益にも一定の補償をしなければならない。奴隷制廃止による「失望（disappointment）」（それは既存の期待パターンに依拠して決まっていた）を防止する必要があるのである。しかしそれは、奴隷制を廃止するというラディカルな改革をおし進めるためである。ただし漸進的に。ラディカルな改革と社会的安定性のバランス（均衡）をとることを要求するのが、失望防止原理の役割である。

実のところ、「失望防止原理」は、19世紀ブリテンにおける経済政策上の課題（無益有害な奨励金政策の撤廃、国債発行問題など）と国制のラディカルな改革（閑職のみならず実質的な権限を有する官職についても。すなわち、議会、行政府、裁判所そのもの）という実際の脈絡から定式化されたのである。功利主義（哲学的急進派を名乗るベンサム・サークル）は、イギリス・アンシャン・レジーム（名誉革命体制）に対する実践的な変革の哲学たりえたのである。

さて、期待の反対が「失望（disappointment）」である。「失望」とは、期待はずれ、挫折した期待である。ベンサムの用語によると、失望とは「期待に関する苦痛（pain of expectation）」である。失望防止原理は、先行する形式的正義原理（安全提供原理）を要する。なぜなら、すべての失望を防止するわけではないからである（Kelly, UDJ, p.174）。また、自分の欲する欲望といっても、そのすべてが自己の自由な選択によるとは限らないからである。失望防止原理は、最大幸福をもたらさないシステムにも、したがって「邪悪な法体系」（ハート）にさえも一定の功利があることを承認する。しかしそれをラディカルかつ漸進的な改革によって変容させようとする原理である。それはいかなる暴力革命も認めないであろう（ベンサムやカントはミルやマルクスよりもジャコバン・テロルを近くに生きたのである）。

2 したがって、ケリーによると、ベンサム主義は直接的な行為功利主義を採れない。粗野な直接的功利主義は、安定的期待パターンが可能とする社会的協働のシステムを破壊するからである⁽²⁵⁾。また、無制約な総計的功利主義によると、人口が増大すれば社会全体の快樂の総量が増大するがゆえ、そのぶん社会は良くなるということになりかねない⁽²⁶⁾。むしろ、長期的には、「将来世代」の人々も含めて、等しく幸福の構想の追及が可能となる諸「条件」を設定しなければならない。⁽²⁷⁾

以上と関連して、次の三点を考えねばならない。第一に、立法者（主権者）の限界または無能

力 (disability) の問題である。立法者は、實際上、広範な直接的功利計算ができない (ポズナー流のいわゆる「法と経済学」に対してもこのような批判がなされる)。いわば、立法者の「自己制限 (autolimitation)」というべきものであろう (ただしベンサムは功利計算の数量化 (政治算術) が「理論的に」不可能だというのではない。とはいえ、それほどこだわって見ないとも見るべきであろう)。さらに、前述のように、立法者は「期待パタン」を自らは産み出せない。それゆえ、「善の特殊構想」(ライフ・プランなど) に対する「中立性原理」を採用せねばならない。立法者は、さまざまな「善の特殊構想」の中から最良のものを選ぶことができないがゆえに (できるとする者は、公権力を私物化し、「最大多数の」最大幸福原理に反する) 諸個人の自己利益確保の「平等な自由」を認めなければならない。そして、ケリーによると、そのためには物的所有へ平等にアクセスできなくてはならず、平等化政策が必要となる。

第二に、将来世代 (future generations) の問題がある。将来世代が次々に社会に登場すべきことを考えれば、立法者が仮に苦勞の末に直接的功利主義の要求する配分をひとたび実現しえたとしても、その配分は現在の人々の最大幸福が将来の人々を犠牲にしうるという点で、不公正なものである可能性がある。将来世代の人々の幸福追求の可能性のためには、「万人の」最大幸福を可能とする社会的実践を産み出さねばならないだろう。それは、万人が自己利益を形成・実現しうる「諸条件を創出すること」によってである。これは少なくとも粗野な直接的功利主義によっては実現できない⁽²⁸⁾。

第三に、期待の安全を決定的には害さない方法の問題である。すなわち、計画主義や福祉国家の恒常的な再配分は、期待の安全を害するおそれがあるという問題がある。たとえば、積極的権利 (生存権) の保障に過度に頼ると、それはアドホックなものとなり、規則性 (regularity) を欠く結果となりうるとする (このあたりはアメリカ的発想と紙一重ではないだろうか)。しかし、そこでベンサムが当時期待できたほとんど唯一のものは、残念ながら相続法の改革のみであるようだ⁽²⁹⁾。

3 さて、「所有の漸進的平等化」のためには、大所有・大蓄積の可能性を挫く必要がある⁽³⁰⁾。巨大な財産保有、とくに不労所得が問題である。各人の幸福追求が可能ないように、消費手段 (生存と快適) を維持できるようにしなければならない。つまり、長期的には、将来の自由な交換が最大幸福をもたらすような諸条件を整備する、という仕方での格差是正である。それは、他方で、安定的な「秩序づけられた (ordered)」社会を構築していかなければならないということである。したがって、同時に期待パタンを大きく転覆しないことが必要である。ゆえに、種々の暴力革命ではなくいわばラディカルな漸進的改革となろう。最大幸福をもたらさないシステムにも一定の功利があると認めるからである⁽³¹⁾。

このような改革は、単なる直接的な再配分ではなく、最大幸福をもたらしうる新しい社会の諸条件 (オールタナティブ) を創出せねばならない。かかる制度変革により真に個人的権利 (広義の所有) を保障する。長期的には、善 (well-being) の「直接的な」再配分ではなく、そのための「条件の創造」(Kelly, UDJ, p.173) をすべきであり、その際、既存の功利に配慮せねばならない。それは、各個人が自己利益を形成・追求しうると同時に、最大幸福をもたらすように行動しうる枠組みでなければならない。このとき各個人は、自己の義務を果たすことによって、社会的望ましさを最大化している⁽³²⁾。

「この義務パターンは、社会的相互作用の調整的諸条件を提供し、社会的幸福の最大化を必然的に帰結する。それゆえ、個人は、自己の義務を果たすことによって、同時に社会的幸福の総計を最大化しているということができるのである。」(Kelly, UDJ, p.208)

4 思うに、近代社会は、長期的かつ世界的に見たら、経済的格差が拡大し地球環境を破壊する社会である。一国のツケは他国にもたらされる。汚染は国境を超える(近代システムの外部・最周縁にいる部族から絶滅の淵に追いやられる)社会的に恵まれない人々の不満の増大からくる大衆的要求に対応して、先進諸国の政府は社会保障給付を拡大するなどして、相対的な政治的安定を確保してきた。社会保障は、一国内の階級分解の危険をうまく飼いならすための国家的再配分である。これが現代的福祉国家の現実である⁽³³⁾⁽³⁴⁾。今やこのシステムは、「市場の失敗」と「政府の失敗」を絶えず反復している(どんな「市場原理主義者」も、民主主義的政権を担当する以上、恐慌時には巨額の公的資金を注入せざるを得ないだろう。そうしなければ事態は最悪になるからである)。そこで、可能なオールタナティブ・システムを見出そうという努力がなされている⁽³⁵⁾。ケリーの功利主義論も、ベンサムを経済法論のなかにそれを見出そうとするものとして読むことはできないだろうか。

ケリーの理論では、社会的安定性は「権利の平等」と「物的平等化」を要請する。自由(自己実現)の価値を基本とし、産業と産業的知識の発展を通して、可能な経済的進歩を考慮しつつ、諸共同体全体に将来世代に渡るまで、その便益を配分する制度的「諸条件」を新たに創出していく。つまり、ケリーは、ベンサム功利主義によってリベラルな社会民主主義を基礎づけようとするのである。その意味では、理論的枠組みは違うが、正義論の実質的な内容においては、かえって晩期ロールズによく似てくるようにも思われる(「社会的安定性」の重視など、ややヘーゲル主義に傾きかけていることも似ている)。もちろんケリーは、初期ロールズの理論的枠組み(原初状態における合理的選択)を激しく批判するが。

ケリーの功利主義論は、リベラルな社会民主主義を、加えてアングロ=サクソン系の「利益」哲学を、バージョン・アップさせているように思われる⁽³⁶⁾。しかし、はたしてベンサム解釈として成り立つかなど疑問がないではない。また、平等を社会的安定性の条件とすることのみで、一定以上の平等化を積極的にはかることができるか、なお十分な論拠を欠くようにも思われる。今号では次のことだけを指摘するにとどめる*。功利主義は新たな意味を産出する一つの解釈的伝統をすでに形成している。なぜなら、功利主義は単一の理論ではないからである。

* 本誌すなわち富山国際大学国際教養学部紀要の廃刊が決定的となったからには(本誌の今号は『富山国際大学現代社会学部紀要』の中に収められるという)、今後このペースで書き進めることはできなくなってしまっている。そもそもは、2~3回の掲載で議論のアウトラインのみを提示するつもりだけだったが、いざ書き始めると、大部になってきてしまった。そこで、以下に構想を示しておく。ハートとケリーの考察ののち、ジェラルド・ポステマ、リチャード・タック、ジョン・ロールズ、ロナルド・ドゥオーキン、イマヌエル・カントの議論から、アングロ=サクソン系道徳理論の二つの主要学説である功利主義とカント主義との対立図式は表層的であるなど一定の視座を得、そ

こから中間考察として、日本民法学上もはや古典的となった我妻栄『近代法における債権の優越的地位』と川島武宜『所有権法の理論』(今日どれほど読まれているのだろう)における、いわば「表の」民法理論を検討した後、それを「背面から」支える不法行為理論を、主として現代の英米理論不法行為法学(それは「法と経済学」への応答からはじまり、確立した学問分野になっている)の研究を参考に考察していき、もって日本不法行為法学に示唆をうる、というものである。私自身の安全安定が問題であるが、いずれにしろ、別のしかたでこの課題を再開したい。今号の注(35)で到達した開かれた社会としての「私的自治」の理解は、これまでのところの達成であろうと思っているからである。

注

- (1) 富山国際大学国際教養学部紀要 vol.2、124 頁参照。
- (2) Kelly, UDJ, p.142. 前回に引き続き、Paul J. Kelly, *Utilitarianism and Distributive Justice: Bentham and the Civil Law*, Oxford, 1990 を以下 Kelly, UDJ と略記する。
- (3) さしあたり本文の行論とは無関係だが、法解釈における「整合性」の要請も関連している。整合性は特別な期待功利を有する。整合性による安定性(と変容)である。もっとも、1808 年以降のベンサムなら、民主主義をもその根拠に加えることができよう。ドゥオーキンのいうように、裁判所は民主的な基礎が乏しいがゆえに、「法原理解明機関」(佐藤幸治)たるに限定される。この点、ドゥオーキンは最初の著書から完全に一貫している。とくに、R.Dworkin, *Law's Empire*, Fontana, 1986 参照。民法学者による早い段階での勝れた紹介論文として、内田貴「探望『法の帝国』(1・2完)」法学協会雑誌 105 巻 3-4 号(1988 年)がある。民法学にとってドゥオーキンの法解釈理論で重要なのは、不完全な integrity、包括的 integrity および純粋な integrity の区別、とくに前二者の区別、そして追及すべきは包括的 integrity であることである。これを見失うと、民法学者は単に判例を論理的 = 整合的に正当化(実は単なる説明・合理化)するだけの弁護論者になってしまうからである(解釈理論としてのコンヴェンションナリズム)。そうではなく、ドゥオーキンにおいては、立法趣旨や先例などの既存の制度的素材と、単に論理的に整合するのみならず、それらを道徳的に最も魅力的に(attractively)「統合する(integrate)」ような勝義の「正当化」が必要である。また、ドゥオーキンによると、integrity は「結果としての正義」とは独立の、追及に値する道徳的価値である(共同体にとっても個人の生にとっても)。たぶんそうだろう。憲法学者の小泉良幸氏の一連の論文とその集成『リベラルな共同体 ドゥオーキンの政治・道徳理論』(勁草書房、2002 年)に学ばせてもらった。なお、ベンサムの司法論(theory of adjudication)は、かれの法一般論と違って、このような法の一般性を背景としつつも、「個別」事件の「後見的」解決が目指される。Gerald J.Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1985, Part に詳しい。これは川島武宜 = 広中俊雄両氏が戦前の日本を念頭におき厳しく否定する道である。もっともベンサムははじめ、厳格な先例拘束性を要求することでコモンローを救おうとする「コモンロー修正主義者」だった。つまりベンサムはオックスフォードの他のどの教授よりもブラックストンに魅了されたのだ。師の満足しきった横柄な態度に不愉快を感じつつも。しかし、

コモンローの欠陥は手直し程度で済むものではないとベンサムはすぐに悟った。とはいえ制定法主義の欠点（議会主権の強化）もすぐに理解し、理想の完全法典パンノミオンを考案しようとする。「後見裁判」への傾向はこれと結びついている。

- (4) 法哲学者の井上達夫氏も、功利主義がリベラリズムの一解釈であるのは間違いないとしている。『共生の作法 会話としての正義』（創文社、1986年）224頁以下参照。
- (5) 若きベンサムは「法学のニュートン」のみならず「法学のルター」たらんと志した。Postema, *supra* (3) at 165. ベンサムは、ヒュームのみならずルソーの影響下にあるのである。
- (6) ミルの危害原理については、ミル『自由論』（岩波文庫版、1960年、中公バックス版、1979年）の全体。
- (7) このとき権利とは、諸個人の排他的領域（exclusive realm）の配分なのである。
- (8) それに対して、権力は私的所有の対象たりえない（Kelly, UDJ, p.189）ところで、ハンナ・アレントもそのように述べていた。「権力は個人の所有するものではない。それは集団に属しており、その集団が集団として存続する限りにおいてのみ存続する」。ハンナ・アレント〔高野フミ訳〕『暴力について』（みすず書房、1973年）127頁参照。さらに、ハンナ・アレント〔大島道義＝大島かおり訳〕『全体主義の起源 2 帝国主義』（みすず書房、1972年）参照。権力は、人と人との関係から生じるのであって、権力を私的所有するということは、かかる関係全体を一方向的に領有し私物化することであり、他方を支配することになると述べる。権力は「共同体」（＝諸個人の総体）のために「信託」されたものであることを、ベンサムは当然のことと考えていた。そこでは主権者（立法者）は主人（master）ではなく、全体の奉仕者（servant）である。そこから、不要な官職の削減という、ベンサムの国政改革プロジェクトが提示される（Kelly, UDJ, p.201）。
- (9) 所有は、利益「形成」の十分条件であり、利益「実現」の必要条件であっても、その「十分条件」ではないのである。これは、ケリーによるリバタリアン批判である（私にはいささか表面的であるように思われるが）。私的所有は、「自己利益を発展させうる完全な条件セットを提供するものではない」（Kelly, UDJ, p.161）。「自律的行為は、単に物的対象へのコントロール以上のものを要求する」（Kelly, UDJ, p.162）。名誉や社会的地位（受益的生活条件）にもとづく基礎的期待なども必要だとする。これらすべてを保護するのが、安全提供原理の役割である。また、ケリーによると、ベンサムの考える「人格」はリバタリアンと違って、所与のものとしてあるのではない。いわば生成（becoming）の相において捉えられているのである。アイデンティティは関係的であって固定的ではないのである。
- (10) 「期待功利」とは相互排他的に（exhaustively）区別される（すなわち排中律が成立する）「オリジナルな（本源的）功利」においては、「人身」は重要である。たとえば、刑法や民法においては、量刑や損害賠償額算定をしなければならない。
- (11) 「人身」と違って、広義の所有のうちには、「譲渡可能な」権利や、諸個人の社会的諸関係を自ら「変更する」権利も含まれる。安全提供原理によって導入される権利は、諸個人に自己の「外部へのコントロール」を可能にし、自己の「経験の帰属」を可能にする。また、法の目的にとってとりわけ重要なのは、他人との協働による生産的活動（productive activities）の安定的基盤を確保することである、とケリーは考えている。

- (12) プーフエンドルフは、他人の相互自制と相互扶助の自然的義務に裏付けられていない「裸の」自然権はありえないとして、グロティウス＝ホッブズを批判する。Richard Tuck, *Natural Right Theories: Their origin and development*, Cambridge, 1979, at 156-162 参照。
- (13) ハートによる法的権理および法的権能の分析については、H.L.A.Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, 1982 の第7論文と第8論文参照。ハート〔小林公＝森村進訳〕『権利・功利・自由』（木鐸社、1986年）99頁以下。
- (14) ベンサムは、ヒュームやスミス、ハイエクやJ.M.ブキャナンなどとは違って、交換的正義（譲渡に関する物権法や契約法）と矯正的正義（刑法や不法行為法）の「前提」として、配分的正義論が必要であるとする。大雑把に言えば、契約法は既存の財の配分を動態化するのに対し、不法行為法はいわば負財（損害）を配分するメカニズムであるといえる。両者とも先行する配分的正義論を要する。後に別途考察しようと思うが、我妻栄氏の『近代法における債権の優先的地位』に対し、川島武宜氏が所有権法に逆行したのも（『所有権法の理論』）、この観点から理解できる。
- (15) 相互的期待は、民法学者の広中俊雄氏の指摘する「有償契約の原理」の基礎にあるものである。広中俊雄『債権各論講義〔第六版〕』（有斐閣、1994年）354頁。
- (16) 拙稿・前出注（1）130頁以下。
- (17) ケリーによると、人間とその環境の性質が与えられると、「自然必然的に」権利義務の配分原理を要する。すなわち、実践的に正義原理が要求される。権利義務の配分は、論理必然的ではなく、人間の性質と社会についての条件が与えられると自然必然的に要求されるというのである。つまり、自然必然的とは、その限りにおいて歴史的・偶発的だということである。かくして、正義はルールと概念的に結合していない。それはむしろ「相互的期待」と概念的に結合する。
- (18) ベンサム兄弟が設計したパノプティコン（一望監視型監獄）の原理を、そのままベンサムの社会構成原理（功利原理）の理解に拡張してはならない。ミッシェル・フーコーは『監獄の誕生』（田村淑訳）（新潮社、1977年）202頁以下において、この誤りをおかしている（フーコーの細かい叙述はまず近代フランスの文脈で理解されねばならない）。個人の内面の奥底をも見えないところから効率的に監視・支配しようというのが、ベンサム功利主義なのではない。むしろ、少なくともベンサムの意図としては、正反対である。ベンサムは、公機関に徹底した公開性と説明責任を要求し、反対にこれを「世論法廷」（いわゆる「道徳的制裁」によって支えられる）で監視し返そうとする（「肅々と従ふべし、自由に検閲すべし（To obey punctually, to censor freely.）」）。かつ、公機関の担当者の義務（功利主義的義務）を自らの利益と直結させる具体的なメカニズムを案出しようとするのである。これがベンサムの「義務＝利益連結原理（duty-interest junction principle）」である。それによって公機関の担当者には「公職上の適職性（official probity）」が要求されることになる。ドゥオーキンにおいては「主権者の徳（sovereign virtue）」にあたるだろうか。とはいえ、ベンサム功利主義が、かれの意図に反して、管理主義や操作主義という「暗黒の裏側」を不可避にしないか、という問題は残る。
- (19) ちなみに、これはカントと共通する認識である。カントの「根源的共有」の理論を参照。カント〔樽井正義＝池尾恭一訳〕『カント全集 11 人倫の形而上学』（岩波書店、2002年）

66 頁以下、特に 72 頁以下。そこで、カントからもベンサムからも社会主義とアナーキズムが派生するのである。カント派社会主義については、さしあたり、カール・フォルレンダー〔宮田光雄訳〕『マキャヴェリからレーニンまで』（創文社、1978 年）参照。ヘルマン・コーエンが代表的である。また、ベンサム功利主義と同じ最大幸福原理からは、ロバート・オウエンの社会主義とゴドウィンのアナーキズムが登場する。

- (20) ベンサムは、エルヴェシウスやベッカリーア（『犯罪と刑罰』はルソーの強い影響下にある）などから「最大多数の最大幸福」という名称を受け継いだわけだが、この命名にはつねに不満をもっていた。少数者の幸福が排除されるように受けとられることに気づいていた。そこでしばらくこの用語を使わないようにしていたが、後年再び使用するようになったとき、今度は「万人の最大幸福」に改め、最後には単に「最大幸福」とだけにした。この間、「功利」という語がよく使われたが、「功利（utility）」は英語でも「幸福」が内包されにくいいため、不満に思っていた。ベンサム『道徳および立法の原理序説』改訂版の第 1 章第 1 節に付された注を参照（中公バックス版、1979 年、82 頁）。
- (21) 功利原理は元来、世界的に適用される。コスモポリタンであるハートにとって、この点は絶対であろう。H.L.A.Hart, “*Bentham’s Principle of Utility and Theory of Penal Law*”, in J. Bentham, *An Introduction to the Principles of morals and legislation*, Oxford, 1982, p.xcvi に明言されている。今日においては、たとえば、自由な交易の功利（有益性）を肯定したうえで、一次産品や製造物の安全性確保の問題や格差・環境問題への制度的対応などが課題である。ところで、ベンサムのことを「世界の立法者」と賞賛した人（ヴェネズエラ人）もいた。諸国（ヨーロッパのみならず、旧スペイン・ポルトガル植民地のラテン・アメリカなど）の法典化への助言・寄与ゆえにである（法典化 codification という語はベンサムの「発明」であり、かれの『発明の書』に「登録」されている）。永井義雄『ベンサム』（研究社、2003 年）第 4 章 226 頁以下参照。周知のように、インターナショナルという語も、ベンサムの発明である。それは、「法もどき（law-like）」たる伝統的な「万民法（諸国民の法、*jus gentium*）」を、真の法たる「国際法」たらしめようとするのである。ベンサムの目には、今日の国際法も万民法にすぎないと見えよう。以上と比較すると、伝統的な直接的行為功利主義解釈は一共同体モデルでものを考えているのである。
- (22) カール・ポラニー『大転換』（東洋経済新報社、1975 年）参照。互酬原理については、マルセル・モース〔有泉享訳〕『贈与論 [新装版]』（勁草書房、2008 年）も参照。
- (23) 安全提供原理についてケリーが論じているなかで、ここで採りあげなかったものは多い。権利の基礎を人間の本来的な社会性におくことと関連して、期待の重要性和「愛着価値」からリバタリアン的な「強い所有論」をベンサムに見ようとすることや、日本でもパターナリズムと自由の問題として議論されてきた一連の問題などである。後者についての民法学者による研究は、山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、1987 年）参照。ケリーはこのような文脈の中で、ベンサムに強い自由主義を認める。
- (24) 安全提供原理と失望防止原理を実質的に同一のものとするのが、ローゼンやポステマなどの見方である。ベンサムはまず「安全提供原理」という用語を用いていたが、後期（『憲法典（*Constitutional Code*）』の頃）にはその語をほとんど用いなくなり、代わって「失望防止原理」が現れた、という解釈である。

- (25) ベンサムに対する左右からの批判が参考になる。右のアレグザンダー・ウェッダーバーンと左のウィリアム・ゴドウィンである。ウェッダーバーン卿の「功利主義は危険である」という発言に対して、ベンサムは『原理序説』の改訂版で反論し、功利原理は横暴な利益を貪る支配者にとって危険であると皮肉っている。同書第1章第13節に付された注を参照(中公バックス版、85頁以下)。また、1819年には『急進主義は危険ならず(Radicalism not Dangerous)』を書いている。
- (26) 粗野な直接的功利主義は短期的な功利しか考慮しえないのである。長期的功利を考慮すると直接的功利主義は採れない。
- (27) 拙稿・前出注(1)131頁。
- (28) ポステマの洗練された直接的功利主義は、ケリーの間接的功利主義と鋭く対立しないように思われるが、詳しく別途検討しよう。
- (29) 女性の相続権、均分相続、遺贈の自由の制限、平等化のための相続税制など。また、年金制度も考えていた。なお、ここでも失望防止原理についてのケリーの議論のなかで、とりあげられなかったものが多くある。同原理の定式化の背景にある、ベンサムの経済・国政改革プログラムである。
- ちなみに、ケリーの議論は、規制緩和のもとで累進税制を逐次緩め深刻な格差社会をつくってきたアメリカ共和党政府父ブッシュ政権(ジュニアも同じ)に対する批判になりえようか。クリントン政権において唯一その名に値する改革案(結局失敗した)は、1993年の国民皆医療保険制度(日本と似た)である。しかしこれはヒラリーが主導したのであって、1996年の一般教書演説では、大きな政府の時代は終わったとするアメリカ的通念が繰り返された。
- (30) 今日問題なのは、巨大な「法人所有」である。個人の努力による格差は認められてよい。しかし、「法人資本主義」は別のいっそう過酷な構造を不可避的にもたらす(経済評論家の奥村宏氏の一連の著作に学ばせてもらった)。いずれにせよ、今日の市場経済のもとでは、人々が働くということ、客観的には、そしてしばしば主観的にも、自分と自分の家族の生活を改善するためというより、企業の無限の資本蓄積のためである。自社製品を自分の家族が買うのをやめさせる者もいる。日本経済において、バブル崩壊後の長期不況からようやく立ち直ったとされるいわゆる平成景気(戦後最長だった?)は、「企業業績」「業務純益」の伸び率と「株主還元」のみを追求し、「役員報酬」は跳ね上がったが、一般の実質賃金はほとんど上昇させることなく(労働分配率は低下している。岩戸景気などと同じく生活実感なき好景気ではなかったか)、他方、「多様就労」のもと安価な非正規労働者への過大な依存をもたらし、昨今崩壊した。それはともかく、万人の最大幸福のための漸進的平等化には、法人による巨大な財産保有・蓄積を挫かねばならない。アメリカ資本の半数は個人資本だが、戦前は日本でも個人資本家が多かったのである。そこでどうするかが困難な課題である。注(35)へ。
- (31) この点、たとえば、弁護士の榊原富士子『女性と戸籍』(明石書店、1992年)と、民法学者の水野紀子「戸籍制度」ジュリスト1000号(1992年5月)163頁以下との、論調の違いが興味深い。両氏はともに選択的夫婦別姓制と個人別登録制度の導入を主張する。前者が戸籍の廃止を含むラディカルな法改正を提言するのに対し、後者はむしろ既存の諸制度が保持してきたプラスの利益をも慎重に分析している。しばしば急進派が見落とす改革に伴う負の

側面は、むしろ保守主義者が鋭く突く。むしろ私は水野氏が保守主義者であるとはいわないが（不思議と私のまわりでは水野氏は過激だとする意見が多かった）、法律家としての以下の見解には注目しておきたい。「家族の安定が社会の基礎としてどれほど重要な存在であるかということを考えてみると、家族の法的規制は、その社会にもたらす影響、とりわけ精神的な影響をも重視しなければならず、慎重な考慮が必要である。家族法はその意味では、保守的な存在であることを宿命としており、その改正は現状の追認しかなしえないのかもしれない」（同 170 頁）。

(32) Kelly, UDJ, p.208.

(33) しかるべき文脈で言いわすれたが、ポスト・コロニアルな視点から、功利主義と植民地支配との関係が問題となる。自然権論は基本的に重商主義政策を正当化する根拠を提出した。自然権を保障する主権国家をもたないなら、野蛮状態であり、「文明化」されねばならない、と。国内的には急進派に転向し、暴動を煽動し、名誉革命体制を擁護したジョン・ロックもそうである。植民地総督府におけるかれの関与は知られている。James Tully, *“Rediscovering America : the Two Treatises and aboriginal rights”*, in *An Approach to Political Philosophy : Locke in Contexts*, Cambridge, 1993, ch.5. 他方、功利主義はどうであろうか。エドワード・サイードの『オリエンタリズム』は、ミル父子たち功利主義者のインド支配関与を指摘している。たしかに、かれらはインドを新たな統治の技術の実験場だと考えていた。が、少なくとも主観的には、インド人も含めた「最大幸福」をめざし、その成果を本国に逆輸入しようとしていたのである。ジェームズ・ミルはいわゆる東洋学者の偏見を厳しく批判している。しかし、人はみな歴史の子で、自分の考えていることと行っていることにズレが生じる、そういう構造を生きている。この点は新たな資料をもとに検討する必要がある。さしあたり、Eric Stokes, *The English Utilitarians and India*, Oxford, 1959. および、ドナルド・ウィンチ〔杉原四郎訳〕『古典派政治経済学と植民地』（未来社、1975年）参照。

(34) 今日の知的財産法の制度趣旨は、もはや古典理論たる「人の精神的労働の所産」の保護ではなく、「投下資本の回収」にあるとされている。著作権や特許権等が、実際の著作者や発明者等にではなく、はじめから法人に帰属する特約を結ばざるをえなくなっている。それらの権利は法人、とくに営利企業の永続的存続の要請（資本維持の原則）に服しているのである。著作権は死後 50 年も存続期間が保障され、無断複製が禁じられている。しかし、どうしてこのような必要があるだろう。大きくは国際競争力確保の国家的戦略があるが、今やさまざまな問題をおこしているのである。ヒト・ゲノムやビジネス・モデル、音楽活動や映画制作活動や発明の現実などをみれば、そのことがよくわかる。それは、必然的に、国際分業の再編成をひきおこし、新たな搾取をもたらすだろう。

(35) 一方において、企業の活動から諸個人を保護する消費者法や不法行為法などによる安全性確保を強化すべきであろう。労働法の運用強化も必要である（労働契約法の行く先が気になる）。他方において、法実践は、人々が新たな社会関係（オールタナティブ）を創出するための「場」を空けておくべきである。新しい社会関係を創るのは一人ひとりの行為だからである。そして、社会は自らの偶発性をつねに示さねばならないからである。この点について、NPOなどヴォランティア・アソシエーションのネットワークと地域通貨の発展に期待されている。たとえば、民法学者の大村敦志『生活のための制度を創る』（有斐閣、2005年）第4章 221 頁以下

参照。しかし、資本制的営利企業とボランティアという二項対立の構造のもとでは、それらに十分な可能性はない。ボランティアに依拠するだけなら持続性・安定性をもち難いし、国家の課税権や通貨発行権と衝突する（クーポン券やサービス・カードなどの規制にも乗り出している）。協同組合にしても税制や独占禁止法などの優遇措置・適用除外によって保護されている限りにおいて、営利企業との過酷な競争から一定程度まもられている。とはいえ、今後、社会起業家のようなものとある種の投資家の結びつき（グローバル＝地域通貨？）に注目されよう。政府も財界も保守系議員も、セイフティ・ネットの構築より景気の安全弁の確保を優先してきたが、ラディカルな方向は、「労働者自主管理」をもはるかに越えて進む道である。私的自治の原則は、自由放任主義（実は上から創り出された）でもなく、国家の強い干渉主義の下でのみ認められるものでもなく、より自由で平等なオルタナティブを市民自らが協働して創りあげていく場をまもるべきものである。このような私法学の目的を実現するためには、適切的な経済学が必要となるのである（アダム・スミスの法学研究が経済学を誕生させたように）。法理論は「経済的洞察力（economic penetration）」（C.B.マクファーソン）をもつべきである。しかしそれは、リチャード・ポズナーなどの「法と経済学」（厚生経済学の応用）ではないだろう。主たる課題は、経済学史・イギリス思想史家の永井義雄氏の指摘する「不況と失業なき資本主義」であろう。永井義雄「オウエン理論の究極の秘密」『自由と調和を求めて』（ミネルヴァ書房、2000年）104頁以下。また、これに、さまざまな社会的要求がどのように結合するかである。

- (36) ベンサムの立脚するアングロ＝サクソン系の経験論は、先験的な(a priori)「人格の平等」から強い平等概念を引き出さない。平等の価値は、「社会編成の形式的諸条件の機能に由来する」(ケリー)のである。ハナ・アーレント『全体主義の起源 2 帝国主義』によると、「平等とは所与の事実ではない。われわれが平等であり得るのは人間の行為の産物としてのみである」（同書 288 頁）。ケリーによると、社会的安定性（期待パタンの安全）が平等の権利を要請するからである。