

翻訳にあたって

以下の翻訳は、フィリップ・スコフィールド博士(Dr. Philip Schofield)の論文、「法実証主義と、初期功利主義における契約説の否定」(‘Legal Positivism and the Rejection of Contractarianism in early Utilitarian Thought’)の全訳である。スコフィールド氏は、ユニヴァーシティ・カレッジ・ロンドンの法学部における法・政治思想史の上級講師(reader)であると同時に、現在進行中のジェレミー・ベンタム全集の共同編集長の一人でもある。氏は、1998年3月25日、京都大学文学研究科において本論文をもとにした講演をされたのだが、そのさい、英文の原稿だけでは聴衆に不便であろうと思われたので、わたしが取り急ぎ翻訳したものを配布した。講演が終わった後、この研究誌に翻訳を掲載する許可を請うたところ、氏の快諾を得た。以下の翻訳は、当日配布したものにさらに手を加えたものである。

なお、奥野満里子氏には、わたしの作成した一次稿に対して、目を通していただき、貴重な助言を下さった。ここに深く感謝の意を表したい。ただし、翻訳に誤りがあるとすれば、その責任はすべてわたしにあることは言うまでもない。最後に、スコフィールド氏の講演を準備して下さった東京都立大学の深貝保則教授、横浜国立大学の有江大介教授、そして倫理学研究室の水谷雅彦助教授に、あらためて感謝を申し上げたい。

児玉 聡 kodama@ethics.bun.kyoto-u.ac.jp

法実証主義と 初期功利主義思想における契約説の否定¹

フィリップ・スコフィールド

H・L・A・ハートは、学界に大きな影響を与えた論文「実証主義と法・道徳分離論」において、二人の「偉大な功利主義者」、ジェレミー・ベンタム(1748-1832)とジョン・オースティン(1790-1859)の法理論について論じている。彼らは、現にある法をあるべき法から区別する必要性について執拗に主張しており、その主張は、ハートに言わせれば、「彼らの著作に取り憑いている」²。ベンタムとオースティンが法と道徳を区別しようとしたのは、「道徳的に悪い法が存在することによって提起される問題を正確に見極め、また法秩序の權威が持つ特別な性格を理解できるようにする」ためであった。ベンタムは、法が非常に邪惡なことを命じるため、抵抗するか否かという問いに直面せざるをえない場合がありうることに気づいていた。そして肝心なのは、問題を単純化したり曖昧にしたりしないことであった。法と道徳を混同すると、無政府状態か、もしくは反動という、二つの正反対の危険が生じる可能性がある。無政府主義者は、「法であるべきでない」と自分が思う法はすべて無視して構わない」と考えるだろうし、反動主義者は「現に法であるものはすべて法であるべきだ」と主張するだろう³。ハートによると、「法理学における功利主義的伝統」は、法と道徳の分離の主張を「他の二つの…異なる学説」に結びつけてきた。その二つの学説と

¹ この論文の別の版は、すでに *Positivism Today* (ed. S. Guest, Aldershot, 1996, pp. 99-118) に掲載されている。

² H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' (1958 年に最初に発表), in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, p. 50. (邦訳: H. L. A. ハート, 「実証主義と法・道徳分離論」、『法学・哲学論集』所収、矢崎光圀他共訳、みすず書房、60 頁)

³ 同上、p. 53.

は、「法的概念の分析的研究を行なうことが法の本質を理解するために必須である」という説と、「法とは本質的に命令である」という説である⁴。しかしながら、ハートは「法理学の功利主義的伝統」とその根底にある功利主義理論そのものの関係については探究しなかった。無理もないことだが、ハートは、なぜ法実証主義がそれほど密接に功利主義と結び付けられるのか、という歴史的な問いは提起しなかった。

さらに最近では、G・J・ポステマが、『ベンタムとコモン・ローの伝統』という、ベンタムにおける法の一般理論を再構成した重要な本の中で、ベンタムの功利主義と法実証主義との理論的結びつきを指摘している⁵。ポステマの中心的な論点は、現にある法とあるべき法というベンタムの区別は、法に関するより広い規範理論の一部だ、というものである。ベンタムにとっては、既存の法体系はどれも神聖視されるべきでなく、すべての法は批判と改革の対象であった。〈法が存在すること、法の効力、およびその内容〉と、〈法が正義であること、法の長所や便宜〉とを区別する能力は、批判とその後の改革を行なうための必須条件だったのである⁶。この能力を欠いていたのがまさしくコモン・ローの理論であり、とりわけウィリアム・ブラックストーンのコモン・ロー思想であった。ベンタムによれば、ブラックストーンの思想は、事実を述べることと道徳的判断を下すこととを甚だしく混同していた⁷。ポステマの論によれば、コモン・ローに対するベンタムの攻撃は「一つの法理学説についての単なる傍観者的な哲学的評価」ではなく、「支配的な政治的イデオロギーに対する真っ向からの挑戦」でもあったのである。「主流となっている法理学説は、同時に支配的な政治的イデオロギーでもあり」、また「病的なくらい改革に反対している」とベンタムは信じていた。コモン・ローの理論は「破壊され、根本的に新しい法概念、すなわち、制定法とそれを理想化した法典に置き換えられねば

⁴ 同上、p. 57.

⁵ G.J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986.

⁶ 同上、pp. 316-17.

⁷ ブラックストーンはたとえば次のように述べた。「人定法は、[自然法に]反していたなら、なんらの効力も持たない」。 *Commentaries on the Laws of England*, 4 vols., Oxford, 1765-9, i. 41 参照。

ならなかった」⁸。要するに、ベンタムは、彼の提示した社会と法の概念——その概念には、現にある法とあるべき法との区別が含まれている——の方が、法が制度化された目的に役立つと信じていた。法実証主義は、より広い規範的企ての一つの要素だったのである。

ベンタムの思想の内部で功利主義と法実証主義がどのように結びついていたかに関するポストマの説明は啓発的である。しかし、功利主義者が法実証主義を採用していることを、法典化と根本的な政治改革とを欲していたがための結果だと想定するのであれば、それは不適切であろう。おそらくポストマの説明は、この段階で問題に突き当たる。それは、彼が、コモン・ロー批判と対極をなすものとしての、ベンタムの自然法批判を見落としていることによるものである。コモン・ローに対するベンタムの攻撃は、法と道德の区別を曖昧にすることが持つ反動的な含意に対して向けられていた。しかし、自然法と、「道德に反する法は妥当な法ではない」という自然法の主張に対する彼の攻撃は、無政府主義という正反対の危険性を強調したのである。契約説と、契約説に伴う自然法と自然権の話が危険な政治的含意を持っていたからこそ、18世紀末から19世紀初頭にかけて、功利主義は主に保守的な政治理論として発展したのである⁹。フランス革命が勃発し、人権宣言に表明されたイデオロギーによって英国の社会秩序の安定性が脅かされたように受けとめられると、契約説の急進的な主張を論破したいという切実な欲求は、極みに達した¹⁰。一部の思想家たち——その中にはオースティンその人も含まれよう¹¹——は、功利主義と法実証主義を、

⁸ Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, pp. 311-12.

⁹ 多く標的とされたのは、ジョン・ロックの政治理論であった。ロックによれば、政治的社会の形成において、原初あるいは原始の契約があり、一団の人々はこの契約によって社会を形成することに全員同意し(これは社会契約と呼ばれることもある)、そして次に、多数派の同意によって、憲法が確立され特定の人々が信託されたものとして政治的権力を担う(これは統治契約と呼ばれることもある)。Second *Treatise of Government*, §§ 95-9, 134, 212 参照。契約説を批判する人々は、通常、この区別にあまり注意を払っていない。

¹⁰ 1790年代の英国でどの程度革命寸前の状況であったかについての様々な見解に関しては、以下を参照せよ。I.R. Christie, 'Conservatism and stability in British society', and R. Wells, 'English society and revolutionary politics in the 1790s: the case for insurrection', in M. Philip, ed., *The French Revolution and British Popular Politics*, Cambridge, 1991, pp. 169-87 and 188-226 respectively.

¹¹ オースティンは初期においては急進主義的な傾向を有していた。しかし、1820年後半以降は、彼の政治的立場は明らかに保守的であった。L. and J. Hamburger, *Troubled Lives: John and Sarah Austin*, Toronto, 1985, pp. 26-52, 168-77; and W.E. Rumble, *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution*, London, 1985, pp. 193-217 参照。

コモン・ローや際立って保守的な政治を擁護することに結び付けた。ベンタム自身の有名な自然権批判である「無政府主義的誤謬」は、言うまでもなく、革命期のフランスへの対応に苦しんでいた1795年前後の、とくに危機的な時期に書かれたものである¹²。自然権の学説と政府契約説におけるその政治的表現を批判した他の功利主義的思想家の中には、ウィリアム・ペイリー(1743-1805)、サミュエル・クーパー(1739-1800)、リチャード・ヘイ(1745-1835)——彼らはみな英国国教会の聖職者であり、またケンブリッジ大学と関係している——などがいた¹³。これらの功利主義的思想家の立場は、ある明白な点で、ベンタムの立場とは異なっていた。彼らが正不正の規準として究極的に訴えたのは神の意志であり、そして功利原理は、オースティンの言葉で言えば、その「指標 index」であった。けれども彼らはみな、道德判断の規準として功利原理に訴えた点で一致していた。また、自然法と、それに結びついた自然権の学説および政府契約説とを、その無政府主義的傾向のゆえに否定した点でも一致していた。さらに、法の実証主義的理論——ペイリーやクーパーやヘイにおいては、そのような理論が体系的に展開されたわけではないにしても——を展開した点でも、一致していた。では、これらの要素はどのように関連していたのだろうか？

I. 功利原理

今日、功利主義に神学的基礎を与えた思想的伝統が知られるようになってきた。ペイリーが神学的功利主義という「学説のもっとも明快な…代弁者」だっ

¹² 'Anarchical Fallacies'は、最初に——*Tactique des assemblées législatives* (2 vols., Paris, 1816)という、ジュネーヴ生まれの編集者エティエンヌ・デュモンによるベンタムの著作のフランス語編訳の一つにおいて——'Sophismes anarchiques: Examen critique de diverses Déclarations des Droits de l'Homme et du Citoyen'として出版され、次にバウリング版のベンタム著作集のために再編集された。*The Works of Jeremy Bentham* (ed. J. Bowring, 11 vols., Edinburgh, 1843, ii. 489-534)参照。関連文献としては以下を参照せよ。W.L. Twining, 'The Contemporary Significance of Bentham's Anarchical Fallacies', *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, lxi (1975), 325-56; R. Harrison, *Bentham*, London, 1983, pp. 77-105; and J. Waldron, ed., 'Nonsense upon Stilts': *Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London, 1987, pp. 29-45.

¹³ ペイリーは1766年から1776年までクライスト・カレッジのフェローであった。ヘイは1782年から1796年までマグダリン・カレッジのフェローであった。クーパーはマグダリン・カレッジで教育を受け、そこで1760年に学士号、1763年に修士号、1777年に博士号を取得した。

たとすれば¹⁴、オースティンはおそらくそのもっとも簡潔な代弁者であった。概略としては、彼らの理論は同じであった——最大幸福を促進せよという義務は神の意志に由来し、その義務は来世における刑罰への恐れと報賞への希望によって強制されていた。ペイリーは、義務を、「他人に命令を受けることから生じる、ある激しい動機によって促される」ものと定義した。弱いサンクションでは義務感が生じないので、その動機は十分に強いものでなければならなかった。また、単に報賞を与えるというだけでは勧誘や説得にしかならないので、その動機は上位にある者の命令から生じるものでなくてはならなかった。「義務」や「義務を負う」という言葉は、一様な意味で用いられるわけではなかったが、「動機が十分に激しく、かつそれが、命令、権威、法、あるいは上位の者の意志といった観念と結びついている場合はいつでも、わたしの考えでは、われわれは常に自分が『義務を負っている』と考える」のであった。このことは、利得あるいは損失の見込みがなければ激しい動機は存在しないだろうから、そうした利得や損失を予見することなしには義務はありえないことを意味していた。

法や行政官に従うかどうかによって、賞罰、快苦が、なんらかの仕方で左右されるのであれば、われわれは法や行政官に従う義務を負いはいしない。そして、同じような理由がなければ、徳を実践したり、神の命令に従ったり、正しいことをしたり、等々をするよう義務を負うということはいない。

道徳的義務の基となる激しい動機とは、「死後に報われる…あるいは罰せられるという予期」であり、それは神の命令から生じる。人間の動機は自分自身の永遠の幸福であり、神の意志が彼の規則であった。それゆえ、「建造物全体を支える基礎」とは、来世における報賞と刑罰の配分であった¹⁵。

神の意志こそが人間の規則であるので、人間はいつでも、何が自分の義務であるか——あるいは何をしよう自分は義務づけられているか——を見いだす

¹⁴ L. Stephen, *History of English Thought in the Eighteenth Century*, new edn., 2 vols., London, 1962, ii. 105.

¹⁵ W. Paley, *The Principles of Moral and Political Philosophy*, London, 1785, pp. 49-54.

ために、神の意志が何を要求しているかを確かめなければならなかった。神の意志を確かめるには二つの方法があった。第一は、聖書に書かれた啓示によって確かめる方法である。第二は、神の「計画と意向を、彼の御業から、あるいはよくある言い方では、自然の光から」学び知ることによって確かめる方法である。二つの源から得られた証拠は一致した。しかし、自然の光に関する限り、「ある行為に関して、神の意志に到達する方法は、…その行為が一般幸福を促進または減少させる傾向を探究することである」。神が自然の内に創った考案物はすべて有益な傾向を持つことと、そして苦と不幸を生みだすために考案されたものは一切存在しないという事実とによって、神は「彼の被造物の幸福を意志し、願っている」という結論と、またそれゆえ、その意志と願望を促進するような行為は神の意に適うにちがいない、という結論が導き出された。そこで、「役に立つものは何であれ、正しい。——いかなる道德規則にせよ、その功利性のみが、その規則を守る義務を構成するのである」¹⁶。

道德的義務に関するオースティンの説明は、ペイリーが提示した説明の修正版でしかなかった。彼の出発点は命令の観念である(それは法理科学を解く鍵であるだけでなく、道德科学を解く鍵でもあった)。というのも、命令の観念はその内に義務の概念を含んでいたからである。命令とは、自分以外の人がある行為をすべきだ、あるいはすべきでない、という願望の表明であり、そしてその人がその願望に応じない場合には、彼になんらかの害悪を与える力を伴うものである。命令を、他の欲求の表明(たとえば依頼)から区別するのは、「命令する側の当事者が持つ、欲求が無視された場合に害悪や苦痛を与える力と意図」であった。危害を与える力なくしては、願望の表明は命令ではなかった。そのようにして命令を受けた人は、その命令によって拘束され義務づけられた。——言い換えれば、それに従う義務の下にあった。「したがって、命令と義務は、相關語句である」。命令に従わなかった場合に被る公算の大きい害悪——通常は刑罰——が、サンクションである。オースティンは、ペイリーが義務の分析

¹⁶ 同上、pp. 54-61.

において論じたことを批判した。服従するための動機は激しいものである必要があるというペイリーの議論が、害悪が確実であることを意味するのか、害悪が大きいことを意味するのかは、この文脈では重要でない。どちらの要因も命令の効力を増しはしても、命令を成立させるものではない。むしろ、「きわめて小さな害悪を招くほんの少しの見込みがありさえすれば、願望の表明は命令となる。それゆえ、義務を課すことになる」。サンクションは「微弱であるかもしれない…が、それでもサンクションはあるのだから、義務と命令もある」¹⁷。

道徳的義務は、神の命令である神の法にその源泉を持っていた。そして、神の法を強制するサンクションは、「神の直接の命によって、そして神の戒律を破った結果として、われわれが現世や来世で被るであろう害悪や苦痛」からなっていた。神の法は、啓示されていることも、啓示されていないこともあった。啓示を通じてのみ知ることができる義務もあれば、「自然の光あるいは理性によって」知ることができるものもあった。自然の光とは、要するに功利原理でのことであった。「啓示も伝道もされていない神の法は、神の善性と、人間の行為の諸傾向とから、人間が学びとらなければならない。換言すると、神の善意 *benevolence* と、一般功利性の原理こそが、啓示されていない神の法に至るための唯一の指標あるいは手引きである」。オースティンは、自分の議論を以下のように要約している。

神は、感覚を有するすべての被造物の幸福を企図している。人間の行為の中には、神の善意に満ちた目的を促進するものがある。すなわち、それらの行為の傾向は有益もしくは有用である。人間の行為には、神の目的に反するものもある。すなわち、それらの行為の傾向は有害もしくは危険である。前者を、自らの目的を促進するがゆえに、神は命じている。後者を、自らの目的に反するがゆえに、神は禁じている¹⁸。

¹⁷ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (first published in 1832) [hereafter *PJD*], ed. W.E. Rumble, Cambridge, 1995, pp. 21-3.

¹⁸ 同上, pp. 38-41.

神の法は、実定法と道徳を判断する基準である。したがって、「神の暗黙の命令の指標の本質、すなわちそれらの命令をわれわれに知らせる印や証拠の本質を決定することは…倫理学のもっとも重要な目標」であった¹⁹。要するに、道徳的義務は、媒介としては功利原理に基づき、究極的には神の意志に基づいていた。

ベンタムはもちろん、ペイリーやオースティンとは異なり、道徳的義務の理論の基礎を神の意志に置くことを否定した。そして、神の意志の代わりに、人間の心理についての理論を基礎としたのである。『道徳と立法の原理序説』(以下『序説』)の冒頭の一節はこのことを明らかにしている。

自然は人類を二人の君主、快と苦の支配下に置いた。彼らのみがわれわれのなすべきことを指し示し、またわれわれのすることを決めるのである。一方には正と不正の基準が、他方には原因と結果の鎖が、彼らの玉座に繋がれている。彼らはわれわれのすることすべてにおいて、われわれの言うことすべてにおいて、われわれの考えることすべてにおいて、われわれを支配している。この服従から逃れるためにわれわれが行ないうるすべての努力は、そのことを例証し確証するのに役立つにすぎないであろう²⁰。

功利原理は心理学的側面と倫理的側面という二つの側面を持っていた。心理学的原理は、ある人がなぜ彼のするように行為するのかを説明した——人は、自分自身の快を最大化し、自分自身の苦を最小化することにより、自分自身の幸福を促進するために行う。他方、倫理的原理は、ある人の行為を判断するための基準を定めた、換言すれば彼の行為すべき仕方を指し示した——人は、自分の行為によって影響を受けるすべての人々の快を最大化し苦を最小化することにより、最大多数の最大幸福を促進するために行うべきである。その場合、個人の幸福の促進と、最大多数の幸福の促進とが衝突する——換言すれば、

¹⁹ 同上、p. 14.

²⁰ *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* [hereafter *IPML*], ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart, London, 1970, p. 11.

両者の利害が対立する——という重大な事態が生じることがあった。立法家の役割は、刑罰を科すことによって、最大幸福を減少させる行為をすることを思いとどまらせ、そしてより限定された仕方ではあるが、報賞を与えることによって、最大幸福を増加させる行為をするよう促すことであった²¹。ベンタムは、その成熟期の憲法理論において、立法家もその人自身の特定の利害関心や邪悪な利害関心 *sinister interest* を持ちそれを促進したいと考えていることに気づき、そこで立法家の利害を共同体一般の利害と一致させる手段を見いださねばならないと考えた²²。

II. 功利主義と自然法

行為を評価すべき基準として功利原理を確立した後、ベンタム、ペイリー、オースティンは、よく似た戦略に従って自然法理論と政府の契約説とを攻撃した。まず第一に、自然法も含め、功利性を基礎としない倫理学説は、単なる個人的な好き嫌いということにしかならない、として退けられた。それゆえ、ベンタムは、道德感覚、常識、自然法、また正しい理性といった概念を、「共感と反感の原理」に還元した。それらの概念はすべて、外的な基準を用いることを避けながら、代わりにそれらを支持する人の意見や心情を持ち込むための装置であった²³。次に、ベンタムはこの分析を、ブラックストーンの政治的義務に関する見解——人々は、自然法および啓示された法に矛盾するあらゆる人定法に背かなくてはならないという見解——に対する批判の基礎として使った。ブラックストーンのような学説は、「良心の力で人を駆り立て、彼がたまたま好まない法に対して武装蜂起させる」傾向を持つだろう、とベンタムは論じた。功利原理は、法をその有害さや不便さによって評価するので、ある論争に携わ

²¹ これが、非常に大雑把であるが、『序説』で提示された基本的議論である。ベンタムの功利原理の概念に関する解説については、P.J. Kelly, *Utilitarianism and Distributive Justice: Jeremy Bentham and the Civil Law*, Oxford, 1990, pp. 14-70 を参照せよ。

²² この問題を解くに当たり、ベンタムが採った戦略の簡潔な陳述に関しては、以下を参照せよ。First *Principles preparatory to Constitutional Code*, ed. P. Schofield, Oxford, 1989, pp. 232-7.

²³ *IPML*, pp. 25-8.

っている双方の当事者が一つの決定をなすために訴えることに同意しうる唯一の基準であり、また、いかなる政府においても訴えることのできる唯一の基準であった。

利益という点から言っても、義務という点から言っても、誰もが抵抗の手段を——取らねばならないとは言わないまでも——取つてよいのは、次のような場合であり、その場合のみだと言えよう。すなわち、彼のなしうる最善の計算によると、抵抗することによって生じうる害悪(共同体一般に関する害悪)の方が、服従することによって生じうる害悪よりも小さく見える場合である。そこでこのときが、彼にとって、すなわち個々の各人にとって、抵抗のときなのである。

しかしながら、抵抗のときを知るための印、あるいは「すべての人が同じようにはっきりと見て取ることのできる共通の合図」はなかった——あるのは、「差引すると功利性は抵抗の側に傾くという内なる確信」だけであり、それが「各々の個人に対する、特定の印となる」のであった²⁴。

それでも、ある法を支持する者と反対する者とが、功利原理を用いるならば、論争が解決するより大きな見込みを持つことになる——人々は、同意に到達するか、あるいは、論争する本当の理由について議論した後に、いかなる同意も望みえないことを知るであろう。不満を抱く当事者は抵抗するだけの価値があるかどうかを評価するであろうし、他方、和解の可能性は——「彼らが、諍いの理由は、単なる感情の問題ではなく判断の違いであるとわかり、しかも、彼らの理解する限り、その違いは本物であることがわかった」という理由から——より大きくなるであろう。功利原理を用いなければ、人は結局単なる断定をするのみに終わってしまう。「『わたしに言わせれば、立法府はこんなことはできない。わたしに言わせれば、できる。わたしに言わせれば、こんなことをするのは、立法府の権限の範囲を越えている。——わたしに言わせれば、そうではない。』」ここには論争の理由についての議論がなく、論争者たちは「同

²⁴ 'A Fragment on Government' (first published in 1776) [hereafter FG] in *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart, London, 1977, pp. 482-4.

意に到達する見込みのまったくないまま、えんえんと互いをいらだたせ混乱させ続けるであろう」²⁵。

まさしく、これと同様な議論の文脈において——部分的にはブラックストーン
の自然法理解を反駁するつもりで——、オースティンは法と道德の区別に関
して、次のような有名な発言をしたのである。

法が存在していることと、法の長所と短所とは別のことである。法があるかない
かの探究と、法がある規準に一致するかどうかの探究は別である。ある法は、実
際に存在するなら、法である。たとえわれわれがそれを嫌ってしようとも、また、
たとえそれがわれわれの是認と否認とを規定する書物の字句とは異なっていよう
とも、法なのである。

この「真理」は、「ただ一つであり明白であった」にも関わらず、ブラックス
トーンには見過ごされていた。神の法と衝突する人定法は拘束力を持たない——
要するに、法ではない——というブラックストーンの見解は、「まったくば
かげた考え」であった。きわめて有害な法、したがって神の意志に甚だしく反
する法ですら、裁判所は以前から法として繰り返し施行してきたし、当時も施
行していた。しかしながら、「この言葉の誤用は幼稚であるばかりか、有害で
ある」。実に、「有害な法、あるいは神の意志に反する法はすべての法は無効
であり許容されてはならないと一般に宣言することは、無政府主義を説くこと
なのである」。道德感覚、生得の実践的原理、あるいは良心というものは、「無
知を隠すか、あるいは邪悪な利害関心を隠すのに都合の良い口実にすぎない」。
もしある人が、「自分はその法が嫌いなので、その法は拘束力を持たず、守ら
れるべきでない」と言ったなら、誰も彼の言うことを聴かないであろう。しか
し、自分の嫌悪を良心あるいは道德感覚と呼ぶことによって、彼は議論をより
もっともらしい形式にしたのである。それに比べ、ある法が有害であることを
適切な理由をもって示すのは有用であろう。それによって、その法は廃止され

²⁵ 同上、pp. 491-2. *Securities against Misrule and other Constitutional Writings for Tripoli and Greece*, ed. P. Schofield, Oxford, 1990, pp. 23-4n と比較せよ。

るに至るかもしれないからである。また、「功利性を明確に示すことによって」抵抗を勧めることも、——抵抗はときには有益なので——有用であろう²⁶。

たしかに、すでに確立されている政府への服従は、神も一般には命じていた。というのも、政府に従わなければ、安全も享有もほとんどないだろうからである。とはいえ、既存の政府は圧政的であるかもしれない。そこで、功利原理が抵抗を正当化することもありうるのである。

すでに確立されている政府への不服従は、非常に悪いものでは決してないとしても、やはり悪である。というのも、悪い政府がもたらす害悪は、無政府主義の害悪よりもましだからである。しかしながら、良い政府と悪い政府との違いは非常に大きいので、もし抵抗することによって良い政府になるのであれば、悪い政府に対する抵抗は有用であろう。

抵抗するか否かという問いは、現在の政府がもたらす害悪と、その政府をより良い政府と交代することのできる確率と、抵抗すること自体の悪と、抵抗が成功した場合に善がもたらされる確率とを査定することによって決定されねばならなかった。「こうした、道徳的計算の諸要素を比較することによって」、政治的共同体の成員たちは、「自分たちが直面している問いを、知識と能力のかぎりを尽くして解決しなくてはならない」。もし、ある共同体で論争している当事者の双方が、自分たちの計算を功利原理に基礎づけるなら、功利原理は、たとえ「確実な解決をもたらすわけではない」としても、少なくとも「理解可能なテスト」を提供し、「彼らの違いの平和な歩み寄り」を可能にする。しかし、もし彼らが、人権や、主権者の神聖なる権利、譲渡不可能な自由、永遠不変の正義、原始の契約ないし誓約、不可侵の憲法の諸原理といった「意味を持たない抽象観念や、無意味な虚構に訴える」なら、そうした歩み寄りは不可能であろう。そうした語句が言い交わされる場合に頼みの綱となるのは、武器だけである²⁷。

²⁶ PJD, pp. 157-9.

²⁷ 同上, pp. 53-5.

III. 功利主義と契約説

自然法の類の理論は、外的な基準への訴えを含まず、単に個人的な好みを偽装したものすぎない。このことが明確にされた後、同様な戦略によって政府の契約説が否定された。契約説は、社会契約ないし盟約に実質を与えてくれるものとしての自然法や自然権に依拠していた。ベンタムの見解によれば、原始契約は、無用か、有害かのいずれかであった。契約は国王と人民との間で交わされ、人民は国王に一般的な服従を誓い、また国王は人民の幸福に貢献するような仕方では彼らを統治することを約束するとされた。たしかに、かつてはこの虚構がいくらか有用だったこともある。というのも当時は、「人々は契約によって拘束されており、もし一方の当事者が自分の義務を果たさなければ、他方の当事者は自分の義務を免除される」という命題が、何の疑いもなく受け入れられていたか、あるいは、正義、正しい理性、自然法といった語句を根拠にして受け入れられていたからである。「今述べたような語句はすべて、ある人がなんらかの道徳的命題が真であることを、その理由を説明する必要がないと考えているか、あるいは説明できないと考えているかのいずれにせよ、とにかく堅く確信していることを知らせるためのいろいろな方法にすぎない」。人々は、国王がいつ約束を破ったかを判断する方が、「もはや国王には従わない方が良いと言えるほど、国王が人民の幸福に反して行為したのはいつか、という微妙な問題を、直接に、かつ公然と決断するよりも」、簡単だと考えた。しかし、契約は何の解決にもならなかった。というのも、国王が契約を破ったかどうかを決めるためには、やはり人民は、次の肝心な問いを解決しなくてはならなかったからである。すなわち、「もはや国王には従わない方が良いと言えるほど」、国王が人民の幸福に「反して行為した」のかどうかという問いである²⁸。

人々が約束を守るべき唯一の理由は、そうした方が社会にとって有益だからである。そして、社会にとって有益になる限りでのみ、彼らに約束を守らせる

²⁸ FG, pp. 441-3.

ために刑罰が用いられるべきなのである。これは、国王が臣民の幸福を減じるような施策を避けるべき理由と同じものであり、また、国王がそのように振舞う限りは臣民も国王に従うべき理由と同じものであった。ベンタムはさらに、次のようにつけ加える。「国王がそのように振舞う限りであって、それ以上ではない。それが、要するに、服従によって生じるであろう害悪の方が抵抗によって生じるであろう害悪よりも小さい限りで、彼らが服従すべき理由である。一言でいえば、それが、国家全体を考えたとき、従うことが彼らの利益になるというまさにその限りで、服従することが彼らの義務であり、それを超えるならばもはや義務ではない理由なのである」。こういうわけなので、「国王がそのような仕方では統治すると約束した」とか、「臣民は、国王がそうし続ける限り服従すると約束した」などと言う必要はなかった。実際のところ、害悪を生み出すような約束を守る義務などなかった。約束の効力は、単に約束が交わされたことによって生じるのではなかった。むしろ、約束の持つ功利性によって生じるのである。この功利性こそ、「唯一いかなる高次の理由にも依存せず、むしろ、いかなる種類の実践についても、それ自体で唯一かつ十全な理由となるような、そうした理由をわれわれに与えてくれる原理」なのであった²⁹。

ペイリーも同様な筋道を辿って、功利主義とは異なる様々な道徳理論を不適切だとして退け、契約説を非難した。ペイリーの見解では、道徳感覚や、それと同類のもの——生得的な格律や、自然な良心——は、存在しないか、あるいは存在したとしても、そういったものを偏見や習慣から区別することはできない。それゆえ、それは道徳的推論の十分な基礎にはなりえないのである。「一定の諸原理を、同じ数だけの自然の命令や衝動や本能とみなし、そしてそれから行為の正・不正についての結論をそのような行為が持つ傾向やその他の考慮すべき事柄とは無関係に出すのは、安全な議論の仕方ではない」。そのような本能は、すでに確立されている意見や慣習を正当化するだけであろう。そう

²⁹ 同上、pp. 444-6, 448. ベンタムは 50 年以上後にも、同様の議論を行なった。‘On Retrenchment’, written in 1828, in *Official Aptitude Maximized, Expense Minimized*, ed. P. Schofield, Oxford, 1993, pp. 346-9 参照。

でなかったとしても、それは邪悪な行為をまったく抑制してくれないだろう³⁰。ペイリーは、これらの同じ危険——一方においては現存の制度が無批判に擁護され、有益な改革が排除されるという危険、他方においては外的な基準に頼ることなく個人の気まぐれが主張されることの危険——が、政府の契約説の根本的な問題点であると考えた。彼はロックの社会契約の観念を否定した。その根拠は、第一に、それが事実として誤りであったことにある。というのも、「もしそれが事実でないならば、[それは]何にもならない。[それは]法や行政官になんら実際の権限を与えることができず、また、現実には存在すると考えられている権利になんの基礎も与えられない」からである。第二の根拠は、それが「危険な結論に導く」ことにあった。憲法の根本原理——立法府が確立する以前の会議によって定められたと想定されており、それゆえ立法府は「変更したり干渉したりするいかなる権利も持たない」とされる根本原理——が何であるのかを決定することは不可能であった。これらの根本原理についての憶測は、「立法府の審議を非常に混乱させ、法の権威について論争するための危険な口実を与える」という結果をもたらすことになる。次に、もし臣民が政府に服従する義務を契約に基づいて負っているとするなら、臣民は確立された政府に服従することがいかにばかげており不便であるとしても、そうすべきだということになってしまう。最後に、統治者の側が契約に違反する度に、臣民は忠誠から解放され政府は解体する——これは、すべての政府の安定を危うくするものであり、「実際、政府に不満を持っている者に、煽動的な演説における話題の一つを常に提供してきた」。

社会契約という考えは「その原理において基礎を持たず、適用されると危険」であったが、一方で、「臣民の義務」の適切な基礎は「便宜から推察されるものとしての、神の意志」にあった。人間の幸福が増進されることは、神の意志であった。市民社会は、その目的に役立つものである。市民社会は、全体の利益によってその社会の各成員が拘束されていなければ、存在しえなかった。そ

³⁰ *Moral and Political Philosophy*, pp. 8-17.

して、

「社会全体の利益が要求する限りは、すなわち、公共の不便なしには確立された政府に抵抗または改革できない限りは、政府に従うことは(われわれの義務を必ず普遍的に定める)神の意志である」——そして、それ以上の義務はない。

この原理が認められれば、個々の抵抗の事例が正義に適っているかどうかは、いずれも、危険と苦痛の量の計算に、またそれが補償される可能性と費用の計算に還元される。

しかし、誰がこれを判断するのか? 各人が自分自身で、である。

主権者と臣民との争いにおいて、共通の調停者は存在しなかった。ベンタムやオースティンと同様に、ペイリーは、いつ抵抗のときが来たかは各人が自分自身で決定しなければならず、またそのような決定は功利原理という外的な基準を用いてなされなければならないと論じた。ペイリーはさらに、政治的義務の基礎として契約の代わりに「公共の便宜」を用いたことから、いくつかの「結論」を引き出している。とくにそのうちの一つは、ペイリーが、功利主義を採り、しかも政府の契約説を否定したことによって、法実証主義の一形態へと辿り着いたことを明らかにしている。ペイリーによれば、不変の法など存在しない。

慣習、法、権威はすべて、それらが社会にとって利益となるよう改革できる可能性がある場合でも現状維持する必要がある、またはそうすべきだ、というほど拘束力を持つものではない。皇族、継承の順序、国王の大権、立法府の形態と各部局、および各部局の権能、職務、任期、相互依存——これらはいずれも法にすぎないのであって、他の法と同様、便宜のために必要となる場合にはいつでも、変化しうるものである。そうした改変は、立法府の通常の法令か、あるいは機会がふさわしければ、人民の介入によって行なわれうる。

憲法は他の法以上に敬意と尊重をもって扱われるべきだ、と考えることにはもっともな理由があるかもしれない。しかし、これは単に、憲法がより大きな重

要性を持つから言えることなのであった³¹。この点は、宗教の問題に政府が干渉する権利についてペイリーが議論する際に強調されていた。彼は、宗教に関する事柄は社会契約から排除されているという契約説論者の主張を退け、市民政府の権限の範囲に関して次のようにはっきりと述べている。

神の意志から市民政府の権限を導出し、また公共の便宜のみから神の意志を推察するという推論によって、われわれは必然的に、次のような留保なしの結論を得る。すなわち、「行政官の権力は一般功利性の考慮以外のいかなる考慮によっても制限されない」という結論である。平たく言えば、規制の対象がなんであれ、行政官が介入することが、人々の共通の利益に貢献する傾向を一般に持つように見えるのであれば、いつでも、介入は合法的である。共同体の安全や福利が立法家の介入を必要としているときに、そういった介入を彼の権限から除外するものは、宗教の本質それ自体のうちには存在しない³²。

ここで、立法家は自分が何をすべきかについて功利原理によって制約されていた。しかし、彼の法的権限へのアブリオリな制限はまったく存在しなかった。

この主題は、憲法に関するペイリーの議論において再び現れる。政府そのものを拘束する基本法や原初的憲法などないのだとすれば、ある国の憲法とは、「法のうち、立法府の規定と形態に関するもの。立法機関のそれぞれの部局の権利と役割に関するもの。また、司法府の構成と職務と裁判権に関するもの」を意味するにすぎなかった。憲法を他の法から区別するものは、「単に、それが扱う主題の特殊な性質、あるいはより大きな重要性にすぎない。——したがって、合憲や違憲という言葉は、合法と違法を意味するのである」。ペイリーは、英国においては、憲法の源泉——議会の法令、裁判所の判決、あるいは慣習——は法の他の部門の源泉と同じだと指摘した。これを心に留めておくのは重要であった。なぜなら、

³¹ 同上、pp. 414-27.

³² 同上、pp. 570-1.

この主題について書いた作家の中には、合憲であるものと便宜であるものとを愚かにも混同している者がいるからである。彼らは、ある施策がなんらかの点で有害または危険だと判断すると、直ちにそれは違憲だと宣言する。また同様に、著作家の中には、憲法はある種の超越的権威や計り知れない神聖さを持つと考えている者もいる——まるで憲法が、その国の通常の法や制定法に効力と義務を与えているものよりも高次の起源に基づいているか、あるいはそれに備わっている功利性以外の、何か別の理由によって不可侵でもあるかのように。議会の法令は、英国では、「違憲」という言葉の厳密な、そして本来の意味においては、決して違憲にはなりえない。ゆるい意味では、違憲と言えることもあるかもしれない。すなわち、法の精神に反する、類推解釈と矛盾する、あるいは政府の形態を規制するために作られた他の法の条項を無効にする、という意味だと理解する場合には³³。

憲法に関するペイリーの分析は、——たしかに、憲法に関する英国の慣習についての説明として、決して説得力のないものとは言えないが——ベンタムの分析のような緻密さに欠け³⁴、またオースティンの分析のような論理的厳密さに欠けている³⁵。しかし、ベンタムやオースティンと同様、ペイリーも、主権者の権力による行為を不法だと述べることはできない³⁶——換言すると、立法府によって作られた法を超越するような法の源泉は存在しない——という見解を承認した。ペイリーの立場——立法家が法として施行するであろうものにはアブリオリの法的制約はまったく存在しないが、立法家が施行するものは功利性の基準

³³ 同上、pp. 463-4.

³⁴ ベンタムの法理論における憲法とそれに関連する主権者の問題に関する検討に関しては、J.H. Burns, 'Bentham on Sovereignty: an Exploration', *Northern Ireland Legal Quarterly*, xxiv (1973), 399-416 や、H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982, pp. 220-42 や、Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, pp. 230-62 を参照せよ。

³⁵ Rumble, *Austin*, pp. 88-108 参照。

³⁶ 以下と比較せよ。Bentham, *Of Laws in General*, ed. H.L.A. Hart, London, 1970, p. 16: 「主権者の命令は、どのようなものであれ、不法ではありえない。それは残酷であるかもしれない。不得策なものであるかもしれない。違憲でさえあるかもしれない。しかし、それは不法ではありえない。それが違憲でありうるのは、たとえば、その命令が影響を及ぼす人々に対してすでに与えられていたなんらかの特権と矛盾する場合である。しかし、それを不法と呼ぶのは、言葉の誤用であり、観念の混乱であろう。というのも、特権の譲与は命令ではないからである。特権は命令でもなければ、命令の取り消しでもない。要するに特権は法ではないのである」: Austin, *PJD*, p. 216: 「たしかに、憲法に違反する主権者の行為を違憲と呼ぶのは適切で

によって判断されるべきであるという立場——は、明らかに法と道德の区別を含意している。

オースティンが、政治的社會の基礎としての社會契約——彼の呼び方では、原始盟約 *original covenant* ——を否定する際に用いた戦略は、ベンタムとペイリーが採った方針——第一に、そのような盟約は不必要であり、それを信じることは有害な結果をもたらしかねない、第二に、それは虚構である、第三に、その盟約はそれだけでは価値を持たない——に従うものであった。第一に、原始盟約は、權威の源泉をそれ自身の内には持たないため、不必要である。もし原始盟約がかつて実際になされたのだとしたなら、それは実定法に基づいている場合に限り法的に拘束力を持つであろう。しかし、そのような法が主権者を拘束しているということとはありえない。そのような法に拘束されているならば、その主権者は主権を持つとは言えないであろう。原始盟約が神の法に基づいている場合に限り、宗教的に拘束力を持つであろう。また、共同体の実定道德に基づいている場合に限り、道德的に拘束力を持つであろう。原始盟約がそれ自身で義務を生み出す唯一の場合は、臣民の大半が、「主権者がある一定の目的に向けて統治すると約束したからこそ、主権者は義務を負っているのであって、当の目的そのものが内在的な価値を持っているからではない」と信じている場合のみである。臣民は、悪政そのもののせいではなく、主権者が約束に違反したために、反乱を起こそうと考えるに至るかもしれない³⁷。しかしながらオースティンは、盟約の結果が「積極的に有害」になることの方が多くと信じていたようである。共同体に属する人々、とくに創設者の次世代の人々はおそらく、その盟約そのものが持つ功罪の他に、ある外在的価値をその盟約に付与するであろう。そこで、「政府が統治するに当たって追求すべき従属的な目的について、比較的無知な世代において持たれていた意見は、盟約という媒体を通じて、それらの目的について比較的知識のある世代において持たれている意見に、多

あるが、それは単純にそして厳密な意味で言われる法の侵害ではなく、不法と呼ぶのは適切でない」。

³⁷ ベンタムも、上で言及したように、この点を社會契約の觀念の唯一の利点だと考えた。

かれ少なかれ影響を与えるだろう」³⁸。政府は盟約のせいで、賢明かつ有用な仕方
で立法することを妨げられるであろう。善い政府のための最善の安全策は、
約束や誓約などではなく、その時代の光が照らしうる限りもっとも健全な政治
科学を、臣民の間に広く普及させることである³⁹。

第二に、原始盟約の理論は「虚構であるだけでなく、また…ほとんどありえ
ない虚構である」。政治的社会の形成に先立って、原始盟約があったことは一
度もなかったし、まずありえそうにもなかった。そもそも盟約という観念には、
約束、受諾、意図、予期といった諸々の要素がすべて含まれているが、これら
の要素は、政治的社会の設立者には実際のところまったくわからないはずであ
った。さらに、どの政治的社会をみても、それが原始盟約に基づいて設立され
たという歴史的証拠はまったく存在しないのである。事実、ほとんどの場合、
「最高政府の構造は成長してきた」。最高政府の構造は一度に決められたり、
なんらかの設計や計画に従って決められたりしたわけではなく、むしろ「共同
体の各世代の実定的道德規則(と、おそらくは、共同体の代々の主権者が定めた
実定法)が、大なり小なりの厳密さでもって、徐々にまた非体系的に政府の構造
を決めてきたのである」。最高政府にしろ、主権者を制約するものとして臣民
が考えている倫理的格律にしろ、いずれも政治的社会の設立と同時に生まれた
わけではなく、「社会が形成されてから、気づかぬうちに生じてきた」ので
ある⁴⁰。

第三に、オースティンは、約束あるいは盟約は、単にそれらがなされたから
という理由によって拘束力を持つのではない、と指摘した。原始盟約の支持者
は、取り決め *convention* なしに義務は存在せず、またひとたび約束が示され受
諾されたなら「約束の対象と傾向がどのようなものであれ」、約束をした人は
その約束によって義務を負うと考えているようであった。しかしながら、実定

³⁸ Bentham's 'wisdom of our ancestors' fallacy in 'The Book of Fallacies', in *Works*, ed. Bowring, ii. 398-401 と比較
せよ。同様な指摘が、もちろん、ペイリーによってもなされている。

³⁹ *PJD*, pp. 257-68.

⁴⁰ 同上, pp. 268-75. この一節は、英国の政体は長年の慣行によって公認されているとするペイリーの弁明
と同じことを述べている。*Moral and Political Philosophy*, pp. 464-6 参照。

道徳によって非難される取り決めもあれば、実定法によって積極的に無効にされる取り決めもあるし、神の法と衝突する取り決めもある。「したがって、たとえ主権者と臣民がある原始盟約の当事者であったとしても、主権者も臣民もそれに必然的に拘束されるわけではない」⁴¹。

より有名な功利主義者と同じく、クーパーとヘイも政府の契約説を否定した。クーパーは、『市民による統治、および教会による統治の第一原理 概説』——これは、フランス革命の成行きに対する不安がささやかれはじめた頃に書かれたものである——の中で、ロックの契約説に反論した(といっても、フランス人権宣言が彼の念頭になかったわけでは決してない)。1790年代の急進的な議論の大半は、ロックの政治理論、とりわけ、政府は各人の所有する自然権を保護するために創設されたものであるという見解から着想を得ていた——自然権とは、自然的自由と自然的平等に基礎を持つが、自然状態においては各人が十分に守ることのできないものである。ここから、政府は人の自然権を保障する限りにおいて正当であるという結論が導かれるのである⁴²。クーパーの考えでは、自然状態は自由によって特徴づけられるわけではなかった。彼は自由を、自由意志、すなわち、あるものを別のものよりも好んで選択する力によって定義した。この自由は、人がその選択の帰結として行為する力を持ってはじめて価値を持つ。そしてこの力は、事実、自然状態においての方が、政府と社会的区別が確立した社会状態においてよりもはるかに弱かった。クーパーによれば、人はまず生まれて、すべての動物の中でもっとも長い期間、また最大の程度に、両親の権威と意志と支配の下におかれる。そして彼がこの支配から逃れたときには、自分より強い、あるいはより熟練している、あるいはよりずる賢い人々に妨害されるおそれがあった。実際、きわめて強い人であっても、個々人をみれば彼より弱い人々からなる連合体に従属していた。

その結果として、彼の自然的自由は、大抵、彼の政治的自由よりも小さいわけで

⁴¹ *PJD*, pp. 280-1.

⁴² 1790年代の急進的政治思想の説明に関しては、H.T. Dickinson, *Liberty and Property: Political Ideology in Eighteenth-Century Britain*, London, 1977, pp. 232-69 を参照せよ。

ある。というのも、まさにこのような事情に促されて、人々は、理性をはじめて行使するときから、長く積み重ねられてきた経験に基づいて、人々と結びつこうとする気になるからである。そして、いかなる制約にも、——きわめて邪悪な種類の市民政府が人々に課しうる非常にやっかいな制約にさえも——、彼らが自然状態と呼ばれる無政府状態において被った害悪に比べればはるかにましだとし、進んで服従する気になるのである。

政府は人類の自然的自由と自然的平等に基づいて設立されたわけではない。したがって政府は、自然状態で人が持つとされる自由と平等にどれだけ近似するかによって、評価されるものではない⁴³。

自然状態においては価値を持つ自由というのは存在しない。それと同様に、自然状態にはいかなる権利も存在しない。権利が存在するためには、行為に関する明白で明確な規則が存在しなくてはならなかった。行為が正しいまたは不正と言われうるのは、それを比較するのに用いられる行為の規則がある場合のみである。自然状態においては、そのような規則を定めるいかなる権威も存在しなかった——権威という概念が「自然状態」の意味と矛盾していた⁴⁴。ロックによれば、自然状態における生命と自由の所有が、生命と自由に対する権利を生みだす。そして、なんらかの危害を加えられない限り、いかなる人も他人の生命や自由に対する権利を持たない。それに対してクーパーは、生命や自由を所有しているからといって動物に生命や自由に対する権利が生じないのと同様、人間にもそうした権利は生じない、と反論した。自然状態においては、人々は情念や欲求によって動機づけられる——換言すると、人々はまだ持たない快を得るために、あるいは被った損失に対する復讐心を満たすために行為する⁴⁵。実際、政府はあらかじめ存在する権利によって設立されるわけではない。それどころか、第一の諸権利は政府に由来するのである。自然状態においては他人の

⁴³ S. Cooper, *The First Principles of Civil and Ecclesiastical Government, Delineated, (in two parts,) in Letters to Dr. Priestley, occasioned by his to Mr. Burke*, Yarmouth, 1791, pp. 37-43.

⁴⁴ 同上, pp. 43-51.

⁴⁵ 同上, pp. 55-63.

欲求や情念や暴力にさらされてその存在も定かでなかった所有物は、政府によって、法の制定を通じて、所有権と権利へと変えられたのである⁴⁶。

クーパーがとりわけ関心を持ったのは、人民は抵抗権を自然権として与えられている、という見解を反駁することであった。法の内容が何であれ、それに服従すべき——功利性に基づく——義務があったのである。クーパーが心配したのは、自然権の持つ革命のおよび無政府主義的傾向であった。そこで彼は功利主義的見地から、法や法制度の功罪についての各人の意見が何であれ、政府への服従は義務だと主張した。彼の心配の根底にあったのは、自然権の学説は、判断の基準を個人の意志に求めることになるという見解であった。神の啓示ではなく、自分自身の理性に従う人々は、神の啓示のうち彼らが選んだ部分を受容したり拒絶したりすることを認めてほしいと主張したのと同様に、立法府のどの法に従い、どの法を無視するかを選ぼうとするであろう⁴⁷。しかしながら、統治者は常に命令する権利を持ち、被治者は常に服従する義務を負っていた⁴⁸。このことは、統治者の専制や残虐行為がすべて正当化されうる、と言っているわけではない。今述べたことから、政府への普遍的な服従は、どのような政体であっても、等しく被治者の義務であるということにはならない。しかし、ある国家に属する一組の人々が、法を作ったり執行したりする権限に関与することを憲法で認められていないにも関わらず、自分たちがどの法に従い、どの法には従わないかを自分で決めてよいとみなすのなら、彼らはまったく権利を持たないことに関して権限を持つと想定している。彼らは政府を無効にすると同時に、自然状態に逆戻りしている。人民は抵抗への普遍的権利など持たない。むしろ、命令するのは統治者の権利であり、彼がもし法を作り執行する権利または義務を遂行し、そして抵抗にあったならば、その場合、権利を持たない事柄に関して権限を不当に要求している人民こそが、犯罪者なのである⁴⁹。

社会の安定についてのクーパーの関心は、実定法にはその内容いかんにかん

⁴⁶ 同上、pp. 74-5.

⁴⁷ 同上、p. 122.

⁴⁸ 同上、p. 116.

⁴⁹ 同上、pp. 126-34.

んど関わらず従う義務がある、ということを強調する結果となった。より穏健な調子であったのがヘイの『幸福と権利』である。これは1792年の末ごろに出版されたもので、ロック流契約説の持つ急進的な含意を十全に引き出したトマス・ペインの『人の権利』という書に対する応答であった。ペインは、代議制政府はすべての事柄を多数決で平和裡に決めるという本質を持っていると述べた。ヘイは、政府——とりわけ代議制政府——は、実定的な条項によって制定されるわけではなく、「本質」を持つ、との見解を論駁することに熱意を注いだ。ヘイにとっては、代議制政府の「本質」とは記述的にのみ理解されうるものにすぎない。すなわち、代議制政府の本質とは、多数の人々が法を作るために集まるのは都合が悪いので、その代わりに、少数の人々が多数の人々によって指名され彼らの代わりとして行為する、ということであり、このときその少数の人々は多数の人々を代表すると言われるのである。もしも多数決による決定が拘束力を持つとみなされるならば、それは、そのような手続きが国民全体によって命じられていたためなのであって、「代議制政府の本質」に含まれているからではないのである。同様に、もし人民が、拘束力を持つとみなされるべき投票数に関して何も言わず、その決定を代議員たちに委ねるなら、多数決が今後は拘束力を持つということを、代議員たちが全員一致で承認する必要がある。やはりこれも「代議制政府の本質」によって生じたものではなく、代議員たちが全員一致で決めた実定法の結果なのであった。さらに、他の憲法上の条項——その中には、議会の法令に対して拒否権を持つ君主の創設や、議會を召集または解散させる権利なども含まれる——もすべて、「代議制政府の本質」に含まれているわけではなかった。それらはすべて、同じ基礎——人民あるいは代議員の意志——に基づいていた⁵⁰。

クーパーと同じく、ヘイは、権利は実際には市民社会の法によって授けられると論じた。野蛮な状態において唯一存在しうる権利は「否定的」なものだと思われた。野蛮人が互いに危害を加えるべきではないのは、彼らが危害を加え

⁵⁰ R. Hey, *Happiness and Rights. A Dissertation upon several subjects relative to the Rights of Man and his Happiness. Rights are Means: Happiness the End*, York, 1792, pp. 105-10.

る権利を証明できないからであった。もしそのような状態においてある人が別の人に意図的でしかもいわれのない危害を加えるならば、害悪の繰り返しを防止するために彼に刑罰を科したり、拘束したりするのは正しいと想定してよいことにしよう、とヘイは言う。他人に危害を与えそうな人々の数は、もし刑罰を受ける見込みによって抑止されなければ、少なくない。だから、事前になんらかの規定を作って、自分の有害な性癖を抑制しないと苦しんだり拘束されたりしなければならない、ということを不道德な人間に納得させる必要があった。このことは、個人を保護する一定の法律の基礎を立証しうる。また、そうした法律は、当の法に同意していない人々にさえも作用しうるものであったが、それは、それらの法が禁じていたのは、彼らがこれまで権利を持たなかった事柄についてのみだったからである。しかしこれ以上のこととなると、法は、ある特定の地域の人々の全員一致の同意なくしては、普遍的自由と完全平等という原理と矛盾せずに作用することはできなかった。したがって、所有権は、確立されえず、また維持されえなかった。

単なる「人間」としてのわたしに属する、とわたしが推測できる権利は(「推測できる」というのは、これが単なる推測にすぎないからである)、非常に不確かである、あるいは比較すればほとんど重要ではない。一方、市民社会においてわたしが所有していると感じる権利は非常に重要で、数も多く、その多くは非常によく定義されている。そこで、わたしとしては、社会は主に、わたしが人々の結びつきのない状態に生きていた場合に要求できたような事柄を認めて保障してくれているというよりはむしろ、わたしの権利を創造して与えてくれているものだ、と考えることに強く心が傾くのである⁵¹。

これは、人は現行の市民法を、規定の手続きによってそれらを無効にしたり改善したりすることを試みるのを慎むような仕方では考えるべきだ、と言っているのではない。しかしながら、もし彼が損害を避けたいと思うならば、市民社会

⁵¹ 同上、pp. 127-37.

を不安定にさせるような傾向を持つ方法で、それほど大きな害悪に見合うだけの利益を得る十分な見込みもないまま、国家の法や憲法に変更を加えるようなことはしないであろう。その決断は当人の徳次第であった。英国の政体を改革しようと望む者は、企図された変革がなされた場合に生じそうな国家の将来の状況や、それらの変革がなされうる確率や、使用するつもりである手段の正しさを示さねばならなかった⁵²。この議論がベンタムやペイリーやオースティンのそれと類似しているのは明らかである。さらに、ヘイは、権利は幸福に対して従属的な役割を果たすものだと主張した。

社会と人定法に先立って存在し、また立法家の仕事を指導するとみなされる諸権利に関して、わたしが思いつくもっとも納得のいく考えは、こうである。すなわち、それらの権利を、賢明なる立法家が供給しうる全ての幸福への要求という、一つの一般的概念の下に包括するのである。この概念の下に、われわれは、おそらくその主要な部分として、幸福の間接的手段と、直接的手段のすべて——すなわち、人々が自分自身の幸福をもっとも生みだしやすいような状況に彼らを置くこと——を含めなければならない。というのも、自分で努力せずに棚から落ちてくるような幸福は、この世で探すようにと経験が教えるものではないからである。

そして、幸福の手段の中でも、社会的結合あるいは市民法によって授与される権利は、特別な位置を占めている。社会の法が所有権の唯一の基礎であることをたとえ人が疑ったとしても、社会の法が所有権を保障していることを疑う余地はほとんどないように思える。この保障に基づいて、各人は、おそらく自分にとって到達可能な最大限の幸福を生みだすだろう、と思えるような人生計画を立てることができる。また、自分の幸福に資する傾向を持つさまざまな手段を追求することができる——それらの手段は、今述べたような保障がなければ、追求しようとしたところで無駄に終わったであろうものである。それでも、所有権や身体や生命を保障する意図を持って創造されたさまざまな市民権は、幸福の手段にしか

⁵² 同上、pp. 140-2.

すぎない⁵³。

ここでも、ベンタムとの著しい類似が見られる。第一に、法の目的は、人々が自身の幸福と考えるものを追求できるようにすることであり、幸福が何に存するかを前もって定義することではない。第二に、保障、とくに身体と所有権の保障は、幸福という目的への手段として決定的に重要である。さらに、ヘイの指摘によれば、幸福を損なうほど熱心に権利を追求することは、金に価値を与える唯一のものである幸福を損なってまで金を追求してしまう守銭奴の愚行と同じである。最善の法とは、社会全般の幸福をもっとも生み出すものである。そして、人民の幸福を目標にするのは立法家の義務である。たとえば、自由は、自由の量が増える度に幸福の量も増えるという風に幸福と結びついているわけではない。貪欲な人々の暴力から免れる自由というものがあるが、この自由は、十分に審理された制約が課されることによって増す。そのような制約は、幸福に貢献するのである⁵⁴。

IV. 法実証主義

以上のすべての思想家を魅きつけたものは、功利主義の学説の持つ柔軟性であったように思われる。功利主義の学説は、ある特定の政府に服従すべきか抵抗すべきかという問いについて、前もって判断を下しはしなかった。その決定は、各個人自身が、個人の好き嫌いの問題としてではなく、外的な基準を用いることによってなされなければならなかった。たしかに、この場合、抵抗が望ましいかどうかについての意見の相違は避けられないであろう。しかし、少なくとも人々は同一の言葉話をしていることになる。そこで、自分たちの意見が異なる理由についてはっきり理解するであろう。他方、自然法は、外的な基準を与えるように見せかけてはいるが、実際はそうではなかった。要点は、神、

⁵³ 同上、pp. 194-5.

⁵⁴ 同上、pp. 195-201.

あるいは自然は、絶対的でアプリオリな規則を命じてはいない、ということにある。規則は行為の指針として必要とされていたが、それらの根拠は、それらが幸福を促進するという現実の経験にあった⁵⁵。もしも政府が、市民社会の設立の際に合意された原始憲法あるいは基本法の産物ではなく、いわゆる自然状態における不便と大きな不幸から生じてきたとしたなら、政府が従うべきものとしてあらかじめ存在する法も、政府が守るべきものとしてあらかじめ存在する権利もない(存在するのは、そのような物事があるふりをしたり、人にそう信じ込ませるのは都合がよいと考える人々だけであった)。

自然法は、もちろん、神学と道徳と法が組み合わさった理論であったので、ひとたびそれが神学的あるいは道徳的根拠に基づいて否定されると、異なる法理論も必要になった。興味深いことに、オースティンは、功利主義と法実証主義の採用との間の理論的な結びつきを示そうとしている。オースティンによれば、神の法についての啓示によらない人間の知識、あるいは「神の暗黙の命令の指標」に関しては三つの理論がある。すなわち、一般功利性の純粋な理論と、道徳感覚の純粋な理論と、二つの理論が混合した理論であった。道徳感覚が神の命令の唯一の指標だとしたなら、すべての人々の道徳感情は同じはずである。だが、これは明らかに誤りである。というのも、ある種の行為に関しては、すべてとは言わないまでも大抵の人々の道徳感情は類似しているものの、それ以外の行為に関しては、「わずかな相違から正反対に至るまで、あらゆる程度や段階にわたって」異なっている。それでも、道徳感情には普遍的なものもあれば共同体ごとに異なるものもあるという知見は、混合理論——道徳感覚と一般功利性の複合した理論——を生みだした。それによると、神の暗黙の命令の一部は道徳感覚を指標とし、一部は一般功利性の原理を指標としているのだ、と考えられた。そうして、人類すべてに適用される実定的な人間の諸規則は道徳感覚によって示され、普遍的に適用されないものは一般功利性に根拠づけられ

⁵⁵ ペイリーもオースティンも、行為は一般的規則によって指導されるべきだと論じた。たとえ規則を破ることによる特定の帰結が有益なものに見えたとしても、実際にはより重要な一般的帰結が当の行為を有害なものにするだろう。しかしながら、彼らは二人とも、極端な状況においては規則が破られるべき例外があることを認めていた。Paley, *Moral and Political Philosophy*, pp. 61-72, 87-9; and Austin, *PJD*, pp. 41-55 参照。

た。このことを反映しているのが、実定法の、自然法と実定法への分割であった。その分割は、道德感覚と一般功利性の混合理論を想定しなければ理解できないものである。もちろん、純粋な一般功利性の理論か純粋な道德感覚の理論を想定したとしたなら、「実定法を自然的なものと実定的なものとに区別するのは無意味である」⁵⁶。第一の場合にはすべての法は実定法であるだろうし、第二の場合にはすべての法は自然法であるだろう。

オースティンの議論は——とくに、採用されうる道德理論の範囲について——、18世紀末から19世紀初頭にかけての英国の法的、政治的思想状況で通用していた仮定に依拠していた。ひとたび自然法理論を否定し、これと同じ類の理論はすべて、つきつめれば単に好き嫌いを断言しているにすぎないと論じたならば、大抵の人がしたように道德的義務の基礎として神の意志を保持しようと、ペンタムのように人間心理学に頼ろうと、功利主義以外に残されるものはほとんどなかった。しかしながら、オースティンの議論にも関わらず、法実証主義を採用することは、功利原理を倫理的基準として採用した場合の必然的帰結ではなかった。功利原理は、すべての行為や法や制度を判断する基準であった。それはまた、法の問題を判断する基準でもあった。功利主義者が、「功利原理から導出されうるいくつかの基本法は、あらゆる時代と場所において適用されうる。政府は、それらの法に拘束される。そして、政府が施行する法のうち、それらの基本法に抵触するものは無効とみなされるべきである」という発言を、そのような基本法を遵守することによって最大量の幸福が促進されるからという理由で述べたとしても、矛盾はまったくないだろう。功利主義者は、功利主義それ自体によって、この「自然法」や、「間接的」戦略や、その他の戦略を否定するよう制約されているわけではない。単に、幸福を増進するのにもっとも役立つと彼が判断する法理論を受け入れるよう、制約されているだけなのである。

功利主義は法実証主義と完全に両立するものであったが、前者の学説の支持

⁵⁶ *PJD*, pp. 91-2, pp. 114-15 も参照せよ。

者が後者を採用したことにはそれ以上の理由があったに違いない。功利主義者は現にある法をあるべき法から区別するという政治的意図を持っていた。ただし、ポストマはおそらく、この意図は急進的であるのと同程度に保守的であるかもしれない、ということをも十分強調していない。功利主義は政治的に保守的な学説として——契約説の持つ危険な含意と、人権宣言におけるその表現を非難しているがゆえに——歓迎された。実際、ベンタムでさえ、少なくとも表向きは、1809 年ごろまでは政治的急進派ではなかった⁵⁷。彼はもちろん、フランス人権宣言とそれに基づく政治理論に対して、われわれの記憶に残るような攻撃をした一人であった。このことは、ベンタムの功利主義と法実証主義との関係についてのポストマの説明は——ベンタムはコモン・ロー法理学を攻撃することによって直ちに政治的急進主義に行きついたわけではない、と言える限り——修正される必要があることを示唆している。ポストマは、ベンタムは 1770～1780 年代という早い時期にはもう、邪悪な利害関心をコモン・ロー保守主義の基礎とみなしていたと主張しているが、この主張はおそらく誤っている。というのは、ベンタムが邪悪な利害関心がもたらす有害な影響をようやく完全に理解するようになったのは、1800～1810 年の間であったように思われるからである。ベンタムの法理学は急進的な政治的含意を持っていたかもしれないが⁵⁸、自然法と、とくに 1790 年代の人権に対する彼の攻撃は間違いなく、(当時の状況においては)急進的な調子ではなかった。——対処されるべき危険は、無政府主義だったのである。しかし、功利主義の学説の政治的含意は柔軟であった。だから、たとえばベンタムの後期の憲法関係の著作は、たしかに、急進的、民主主義的、共和主義的であった⁵⁹。たまたま 18 世紀末から 19 世紀初頭においては、自然法と政府の契約説は急進的で無政府主義的な含意を持っており、功利主義

⁵⁷ J.R. Dinwiddy, 'Bentham's Transition to Political Radicalism, 1809-10', *Journal of the History of Ideas*, xxxvi (1975), 683-700 参照。

⁵⁸ この議論は D.G. Long, 'Censorial Jurisprudence and Political Radicalism: A Reconsideration of the Early Bentham', *Bentham Newsletter*, xii (1988), 4-23 において考察されている。

⁵⁹ これらの著作に取りかかるには、おそらく *First Principles preparatory to Constitutional Code* 中の小論を読むのがもっとも良いだろう。この小論で、ベンタムは、憲法典自身を運用するための詳細な諸条項の根底にある、統治の一般原理を説明している。この記念碑的憲法典に関する研究に関しては、F. Rosen, *Jeremy Bentham and Representative Democracy: A Study of the Constitutional Code*, Oxford, 1983 を参照せよ。

思想家たちは政治的理由からそれらを論駁したいと望んでいた。まさにこうした理由から、彼らは法実証主義を採用したのである。

(翻訳: こだま さとし 京都大学文学研究科修士課程二回生)