

2006年度
関西学院大学ロースクール

一般入試（法学未修者）

論文 2 問題

○開始の指示があるまで内容を見てはいけません

【論文 2 問題】

2 ページからの文章を読んで、次の設問に答えなさい。

<設問>

1. 利己主義や功利主義の功罪について、筆者の主張を解答用紙 1 枚以内にまとめなさい。
2. 1 でまとめた筆者の主張を参考として、「法は人間を幸福にできるか」について解答用紙 1 枚以内で論じなさい。

(注) 設問 1 は解答用紙〈1〉に、設問 2 は解答用紙〈2〉に記入すること。

「法は人間を幸福にするためにある」という観念は、一步間違うと「法は私を幸福にするためにある」あるいは「私が愛する者たちを幸福にするためにある」という観念にすり変わってしまう。人間の幸福を語りながら、実際には自分や自分の愛する者、自分の仲間うちの幸福を最優先させてしまうのは、残念ながら人間の悲しい性の一部である。身内の幸不幸はよく見えるが、赤の他人の幸不幸はあまり見えない。したがって法は幸福の手段であるという考え方を貫徹すると、法を自分ないし自分の仲間うちの幸福を最大化する戦略的手段として濫用する傾向が生まれる。世間にはそういう例が山とある。脱税指南役をもって任ずる悪徳税理士がいるし、法の抜け穴探しをやってくれるのが弁護士ではないかというイメージを抱く人も少なくない。義務は嫌だけれども、権利は濫用して恥じないという傾向もここから出てくる。

以前、米国で有名な黒人のプロ・フットボール選手O・J・シンプソンが、別れた白人の妻とその愛人を殺した嫌疑で訴追された事件がジャーナリズムをにぎわせた。警察との間で派手なカー・チェイスを繰り返して、それがテレビでも放映された。血液のDNA鑑定など被告人の嫌疑を濃厚にする証拠があったが、彼はドリーム・チームと呼ばれる腕利きの弁護団を法外な額の報酬で雇い、人種的偏見を訴えて黒人が多い陪審団の共感を引き出したり、厳格な証拠法を利用したりして、めでたく無罪を勝ち取った。これについてはさすがに米国でも様々な批判が起こっている。とくに、有能な弁護士を雇える金持ちは罪を免れるというシニシズムの蔓延が憂慮されている。妻と一緒に殺された愛人の親が損害賠償を求めて提起した民事事件の一審では、逆にシンプソン側が敗訴している。国家が刑罰権力を発動すべく個人を訴追するため無罪の推定が厳格に働く刑事訴訟と、私人間の紛争に関わる民事訴訟とでは、たしかに事情は違うが、それでもこの食い違いは法に対するシニシズムを一層深めるだろう。

もちろん真実を神のみぞ知るだが、重要なのは、この場合「法」が一種のゲーム感覚で利用されている、あるいは人々の目にはそう映るということである。このことはもう少し法理論的に言うと、リアリズム法学といわれる学派の立場と関係してくる。そのパイオニアの一人、米国の連邦最高裁判所裁判官だったオリヴァー・ウェンデル・ホームズは、「法予言説」というものを唱えた。法は公式には「何々すべし (ought, should)」という規範として設定されているが、紙の上に書かれた規範は法の実態ではない。実在する法は「すべし」という規範ではなく、かく行動すれば国家機関（とくに裁判所）はかく反応してくる「だろう (would)」という予言として記述されなければならない。したがって法の実態を知りたければ「悪人の観点から」法を見るのが必要である。悪人は法を自己の行動規範として受容してはいない。ただ、法に従った場合と法に違反した場合との利害得失の期待値を比較し、有利な方を選ぶだけである。実際、そういう行動はよく見受けられる。大衆週刊誌等が著名人のプライベートを暴いて名誉を棄損する。その結果、損害賠償訴訟を起こされる。しかし、負けて損害賠償を払ったとしても、売上利益の方が大きいと少しも困らないから堂々とやってしまう。もちろん、法予言説、その発展形態としてのリアリズム法学は別にそういう悪人の観点をとることを道徳的によしとして勧めているわけではなくて、自分があたかも悪人であるかのような立場から法を見れば、その実態がよくわかる、紙の上に書かれた規範としてではなくて、現実に行っている法が見えてくる、と主張したわけである。

それに対して強力な批判を展開したのが H・L・A・ハートという英国の代表的な法哲学者である。彼は、法を理解するには悪人の観点だけではなく、「内的観点」からも法を見る必要があると主張した。内的観点に立つ人たちは自分の利害得失を計算するための環境的な条件の一つとして法を見るのではなく、むしろ自他の行動を批判・正当化するための共通の規範的根拠として法を受容している。例えば、あるケースにおいていかなる判決を下すべきか答えなければならぬ立場に置かれた裁判官は、この内的観点をとらざるをえない。裁判官がどのような反応をすべきかではなく、するだろうかに着目する法予言説の立場は裁判官自身には何の指針も提供できないからである。そういう意味で法とは何かということを考えるうえでも、人々の損益計算、幸福計算のなかの一コマとして法を位置づけるという考え方は、やはり問題がある。さらに、この見方は法の実態認識の方法として提示されたとしても、実際そういう見方に従った行動を人々に奨励してしまうことになるのではないか、自己実現性をもつのではないかという問題もある。いずれにせよ「法は人間を幸福にするためにある」という観念は、一步間違うとかかる実践を促進する危険がある。

この文脈でもう一つ注意すべき問題は集団的エゴイズムの罫である。私たちは自分一人の利益を主張するときは、わがままと思われたくないという自制が働くが、自分が属している集団の利益になると、これは「みんなの利益」である、そのために貢献することはわがままではない、むしろ道義的責任であると信じる傾向があり、その利益を侵害するやつはけしからんと道徳的な義憤さえ感じてしまう。ところが、その帰属集団の利害というのは広い社会の中からみればごく小さな部分集団の特殊利害で、反公共的な特殊権益への固執であることが多い。しかし、その集団の個々のメンバーにとっては、それは私益を超えた公共性をもつように見える。私はそれを擬似公共性と呼んでいる。集団的エゴイズムは利己性の自覚がないだけに個人的エゴイズムよりも御し難い力を振るう。現代日本社会にもその支配力は浸透している。

これは経済史家の岡田与好の著書『経済的自由主義』で紹介された事例だが、ある地方に某有名牛乳メーカーの製品を扱う小売業者組合があった。その組合のメンバーである一業者が新しい販売方法を開発した。団地の自治会などと交渉して、共同購入方式を採用してもらい代わりに牛乳を値引きして売ることにしたのである。このやり方はうけて、多くの住民から引き合いがきた。ところが、ほかの組合業者が「他店のなわ張りを荒らさないのが商道徳なのに、これを破った」とすごく怒ってこの業者を村八分にし、さらにメーカー支社に対して集団的代金納入拒否の威嚇の下に当該業者への出荷停止を要求したため、結局その業者はこの販売方法をやめる念書を書かされることになった。その念書では「これからは消費者の立場に立たず、販売店の利益のみを追求し、最高の値段で売る時代と理解し、あらゆる値上げの相談に協力することを誓います」というような誓約と謝罪をしているが、そこには辛辣な皮肉が込められている。この事件は団地住民らの訴えで公正取引委員会の摘発を受けたが、明るみに出ない同種の事件が多いという。

これに象徴されるように、「みんなの利益」ということになると、それがいかに身勝手な特殊利害だとしても擬似公共性をもってしまう。特殊集団の反公共的な既得権が強固に主張されるという事態は、現在の日本社会だけの問題ではなく、先進産業社会に広く見られる利益集団民主主義の問題と通底しているが、日本の場合、「身内」は大事にするが、

集団外の人間、「部外者」に対しては全く冷たい態度をとるという「内と外との二重規範」の傾向とも相俟って、問題が深刻化しているようである。戦後日本の法制度・行政もそういう特殊利益をむしろ擁護する傾向がこれまで強かった。日本型システムの制度疲労が顕著になるにつれ、この点についても見直しがなされつつあるが抵抗は根強い。

法の理念としての「正義」はこのような集団的エゴイズムを統御する。正義概念については様々な定式があるが、私は最も根本的な定式化は「等しきは等しく」であると思っている。普遍主義的な公平性の要請といってもよい。同じような一般的条件を満たす他者に対しては、その人が何者かにかかわらず自分が要求している権利や利益と同じものを認める用意があってはじめて、自分はその権利や利益を主張できる。そういう意味で正義は人々の利益主張に対し普遍化可能性の制約、外部の他者への開放性と透明性の制約を課すわけであるが、これは既得権に固執する特殊集団には受け入れ難い要求である。集団の既得権や特殊権益の本質は「我々の仲間」という普遍化不能で閉鎖的かつ不透明な資格を利益享受の条件とする点にあるからである。法が人々に「我々」の幸福だけでなく、あかの他人である「彼ら」の幸福も等しく尊重せよという正義の要請を課するのは特殊集団を超えた社会一般の公共性を考えるからであるが、擬似公共化した集団内部倫理にどっぷりとつかった人々には、これは「我々」の共存共栄を脅かす暴虐非情な要求に映る。法を人間的幸福の手段とする見方は、このような「我々の幸福」を排他的に追求する集団的エゴイズムを野放しにし、それに対する法的正義の制約の存在理由を無視ないし軽視させる危険がある。

2

功利主義という言葉は通俗的には利己主義と同じような意味で使われている。あの人は功利的だというのは、自分の利益のことばかり考えている、打算的である、という意味で言われるのが通常であろう。しかし、哲学的には功利主義は利己主義の対極にある。それは自分だけではなくて、すべての他者の幸福を等しく算入する。そしてその総計の最大化を様々な行動や決定、そして制度の評価の根本的基準にする。こういうものを伝統的に「最大幸福の原理」と呼んでいるが、これは「法は人間を幸福にするためにある」という観念を最も自覚的に展開させた思想だろうと思う。しかも先ほどの利己主義と違って、普遍的な公共性を潔癖なまでに尊重している。それなら大いにけっこうではないかと思われるが、この立場にもいろいろな落とし穴がある。

経済学分野でよく指摘されてきた問題は、いささか技術的な表現になるが、異個人間比較の不可能性ということである。つまり、人々の幸福を集計して最大化することが可能なためには、異なった個人間の幸福の量を比較することができなければならない。例えば、ある法律を定めると社会の一部の人の幸福は減少するけれども、他の人々の幸福は増加するといった場合、功利主義の観点からその法律の是非を判断するには、結局その一部の人の幸福の減少分を他の人々の幸福の増加分が補って余りあるものかどうか、という計算が必要になる。そのためには人々の幸福の度合いが同じ尺度で計測できなければならない。しかし実際そんなことが可能なのか。同じ個人についてさえ、異なった欲求が葛藤するとき、どの欲求のほうがより重要なのか、自分でも決めかねることがある。ましてや、異なった個人間の幸福を比べて、Aはこれだけ不幸になったけれども、Bはそれ以上に幸福になったからいい、というようなことがはたして言えるのかどうか。これは哲学的に

は「他者の心 (other minds)」の認識可能性という根本的な問題にもつながってくる。

ただ、私自身はこれはそれほど深刻な問題だとは思っていない。異個人間比較の問題は認識論の場面ではどうであれ、少なくとも倫理的には解決しうる。つまり、功利主義の魅力はお金持ちの幸福も、貧しい人の幸福も、肌の色の違う人々の幸福も、男の幸福も女の幸福もすべての人の幸福を、誰の幸福であれ無差別平等に、幸福の強度のみに注目して社会的幸福計算のなかに算入するところにある。功利主義の根底にあるこの「配慮の平等主義」は、異個人間比較問題を倫理的に解決するために適用することができる。専門的な言葉でいうと、各人の序数効用（選好順序）をラムゼイ方式で基数化した効用関数の最小値と最大値が、それぞれ異個人間で同一であると約定してしまえばいい。これと方法は異なるが、わかりやすくするために、幸福チケット制というのを考えてみよう。政府がすべての人に幸福チケットを同じ点数、一万点なら一万点分配する。各人はそれぞれ政府に実現してもらいたい様々な欲求をもっている。それぞれの欲求に対してどれだけの重みを与えたいかは自分で決めていい。一万点の範囲で、この欲求は何点、あの欲求は何点、無視されてもいい欲求は零点と、自分で割り当てて政府に申告する。政府のほうは割り当てられた点数に応じて幸福の集計値を算出する。そうすれば人々の幸福は平等に配慮され、異個人間比較の問題も難しい他者認識問題に立ち入ることなく解決できる。

では、功利主義のもっと深刻な問題はどこにあるのか。いろいろな問題があるが、ここでは一点だけ触れたい。功利主義は幸福の集計値・総体の最大化にのみ関心がある。その結果として、人々の間の分配がどうなっているか、その分配が公正かどうか、といった問題に関心がない。時には全体利益の最大化のために、個人の基本的な権利の侵害まで簡単に許してしまう。象徴的な例をポーランドの有名な歴史小説作家、シェンキューヴィチの『クオ・ワディス』という作品から借りてみよう。これは皇帝ネロが支配する古代ローマでの若き将校と人質になった異族の王女との恋愛を軸に、ローマ精神とキリスト教精神との葛藤が繰り広げられる壮大な物語である。そこではキリスト教徒に対するネロの迫害の場面が一つのクライマックスになっている。コロシウムでキリスト教徒がライオンに生きながら食われる。それをローマの民衆が見て喜ぶ。一人のキリスト教徒にとっては猛獣に食われる苦しみはすさまじいかもしれないが、それを見て喜ぶ何万何十万もの観衆の満足感、一人についてみればキリスト教徒の苦しみより「絶対値」が小さいとしても、すべて集計すれば、キリスト教徒の苦痛を補ってはるかに余りある。迫害されるキリスト教徒の数に比し喜ぶ民衆の数が十分大きければ社会的な幸福の総量は増大するから、功利主義はこの迫害を是認することになってしまう。実際、現代の民主制の下でも、人種的・民族的・宗教的少数者に対する多数者の偏見が根強い社会では、種々の差別立法や迫害が見られるが、功利主義はこれを正当化してしまうとして批判されている。

こういう問題は日本法の領域でもいろいろな形で現われている。代表的な例をあげると、一つは憲法の人権と公共の福祉の関係である。明治憲法においても「臣民の権利」は一応規定されていたが、天皇の「非常大権」や「法律の留保」の制約に服していた。これだと人民の権利は国家権力によって簡単に奪われる。戦後の日本国憲法は天皇大権や法律の留保を廃棄して、憲法に定める基本的人権を侵害する法律は無効であることを裁判所が宣告できるという違憲立法審査制を採用した。しかし法律の留保にかわって登場した人権の一般的制約条件がある。それが公共の福祉である。現行憲法は公共の福祉を12条、13条で人

権一般の制約とし、22条、29条で居住・移転・職業選択の自由と財産権という個別的人権への制約にしている。

違憲審査に対する消極主義は日本の裁判所をいまなお根強く支配しているが、とくに戦後当初は、この「公共の福祉」を漠然ともち出して人権救済要求を斥ける傾向が強かった。憲法学者の間には、せつかく明治憲法の「法律の留保」を戦後憲法で否定したにも拘わらず、これでは名前だけ変えて同じ制約を再現することになり、人権尊重の観点からは問題だという批判が高まった。このような問題意識から、憲法学者宮沢俊義は「内在的制約説」を展開した。それによると人権は人権のためにのみ制約されうる。「公共の福祉」は人権以外の政策目的による人権の制約、すなわち外在的制約ではなく、人権相互の衝突を調整する人権の内在的制約原理である。この考え方は戦後憲法理論のその後の発展の礎石になった。社会的幸福の最大化を図る功利主義もまた人権に対する外在的制約としての公共の福祉の概念に傾斜しているので、内在的制約説は功利主義に対しても潜在的な批判力をもつ。ただ残念ながら、宮沢の場合には戦前型の国権主義的な公共の福祉概念から人権を守ることに主眼があり、功利主義と人権との緊張関係を深く自覚するところまでは至っていない。功利主義は全体利益を個人利益の総和に還元する点では個人主義的性格をもつために、「個の尊厳」を重視する戦後憲法の人権思想と予定調和の関係にあると見ていた節がある。

現代のリベラルな法哲学においては、民主主義が陥りやすい多数の専制に対して、個人や少数者の人権を保障するという観点から、多数の専制を正当化する最大幸福原理に立った功利主義と人権との緊張が自覚され、反功利主義的な権利概念が提唱されている。それによると権利というのは結局「切札」である。つまり、社会生活を営む上で個人は全体の福利のために様々な犠牲を受忍する必要があるが、全体福利を増進するためにはどんな犠牲でも個人に課していいというわけではない。全体福利の名による個人の犠牲にはやはり一定の歯止めが必要である。例えば高齢化社会の問題に対処するために、不摂生と認定された高齢者の治療を禁止したり、不法就労外国人を徴用して老人介護のための奴隷にするような立法は、仮に国民の総体的福利がそれによって増進するとしても、また国民の多数がそれを望んだとしても許されない。限度を超えた犠牲要求に対しては個人は拒否権をもつ。それが権利であり、人権である。そういう意味で、「人権」は人々の幸福の総和の最大化のための手段ではなく、その制約条件である。功利主義的法観念は人権のこのような存在理由に我々の目を閉ざさせる。

関連する問題をもう一つあげておこう。大阪空港訴訟などにも見られたように、公益事業によって環境破壊・生活侵害を被っている地域の住民が訴訟を起こし、環境権などいわゆる「新しい権利」を主張するようになってきた。そこでは過去の損害の賠償だけではなく持続的に発生する将来の損害の先取りの賠償、さらに夜間飛行禁止のような差止請求など、従来の範疇を超えた救済要求が出されてきているが、最高裁はかかる新たな要求を斥けた。その論拠として、当の事業の公共性が強調され、住民の受忍義務が説かれるが、ここにも全体利益の最大化を優先する功利主義的発想の問題点が現われている。

というのは、本当に当該事業が「公共性」をもつなら、すなわち、社会一般がそれで大きな利益を受けているならば、被害住民に対する補償は将来の損害賠償、防音防振のための改築、転居補助なども含めて十分にできるし、すべきである。その費用が最終的には一般の乗客に航空券代金などの形で転化されたとしても、一般利用者は空港周辺住民の犠牲

によって交通の便を享受しているのだから、受益者がコストも負担するという意味で、これは公平である。事業の社会的利益の大きさを理由に被害者に大きな犠牲を受忍させ、その社会的費用の負担の公平を無視するのは、総体的利益にのみ関心をもち分配の公正に固有の価値を認めない功利主義の欠陥と通底している。もちろん、事業の社会的費用を事業主体や受益者に負担させること、すなわち彼らの損益計算に「内部化」することが総体的社会利益を最大化する効率的資源配分をもたらすことにもなる場合には、功利主義の観点からもこれは要請されるが、事業の限界利益が被害者の限界損失を下回ることがない場合には、公正の要請と功利主義的な効率の要請との間に必然的な結合は成立しない。

井上達夫著『法という企て』（東京大学出版会、2003）より。なお、章のタイトル等は省略した。