



Title	制度とその規範的正当化 : 帰結主義と社会規範の関係を巡って
Author(s)	安藤, 馨
Citation	新世代法政策学研究, 8, 283-307
Issue Date	2010-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/44570
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP008_017.pdf



制度とその規範的正当化 —帰結主義と社会規範の関係を巡って

安 藤 馨

1 予備的考察

本節では本稿の主題の検討に入る前に必要とされる若干の概念的整理と予備的議論が行われる。

1.1 正義の帰属

「正義にかなう just」「正義 justice」という概念について、まずは以下の通り基本的な整理を行っておく。正義概念は、多くの場合以下のいずれかを指すものとして——しばしば混濁的に——用いられる：

1. 道徳的完全義務の要求（道徳的完全義務の要求が正義の要求である）^{*1}
2. 道徳的権利の要求（道徳的権利に相関する道徳的完全義務の要求が正義の要求である）
3. 強制可能な行為準則の要求（その強制が道徳的に正当であるような要求が正義の要求である）^{*2}

^{*1} 完全義務はそれを行わないことが禁じられる道徳的要求のことである。行うことを推奨されているが、行わないことが禁じられていないような道徳的要求は「余分の務め supererogation」と呼ばれる。完全義務は、正義の要求それ自体と同視されることを通じて、その強制が正当でありうるような道徳的義務を指すものとされることもままあるが、ここでは先に述べたとおりの用法に従う。

^{*2} 下の(4)との違いに注意したい。道徳的にはSが ϕ しないことが禁じられてはい

4. 強制可能な道徳的完全義務の要求（道徳的義務のうちで強制されてよいもののみが正義の要求である）
5. 公正性 (fairness) の別名

更に正義評価の第一義的な帰属対象を巡って正義論は多くの場合に次のように大別される：

- 個人帰属型 (individualism)
- 制度帰属型 (institutionalism)^{*3}

前者の正義論は個人の行為が「正しい right」かどうかの評価基準として正義を考える。正義評価の帰属先は第一義的には諸個人の行為である。後者の正義論は正義を第一義的には社会制度の道徳的評価基準として考える。前者の場合には、たとえば制度の評価を、それを創設し維持する集合的選択決定の評価として把握し、派生的に正義評価を帰属させることができる。後者の場合には、典型的には「正義の自然的義務 natural duty of justice」に訴えることによって、個人に対する正義の要求を派生的に導出することになる^{*4}。制度を正義に適合していると評価するための道徳的原理が個人の行為にも直接に適用できる場合にはその正義論は個人帰属的だから、固有の制度帰属型正義論は、制度を評価するための原理を個人的行為の指導原理とはみなさないことになる^{*5}。制度を正義評価の主たる対象

ないが、Sがφするように強制することが道徳的に正当だということがありうる。

^{*3} 本報告に於いて「制度 institution」は社会的実体としての社会規範（多くの場合実効性確保のための制裁規範やメタ制裁規範を伴っている）の集積として理解され、特に国家による法制度を念頭に於いて言及される。制度一般の存在条件の同定は実のところ極めて困難だが——この問題は法制度についてすら法概念論という一大分野を形成することになる——制度の指令に対する一定の受容と一定の随従がなければならぬというところは問題なく認められるところであろう。

^{*4} ここでいう正義の自然的義務論とは、正義に適合した社会制度を創設し維持する道徳的義務が諸個人に存在する、というものである。

^{*5} 従って、そこでは道徳的評価の対象に応じて異なった道徳的原理が存在することになる。この立場は「多元主義 pluralism」と呼ばれ、その否定は「一元主義 monism」と呼ばれる（cf. Liam Murphy, “Institutions and the demands of justice”, *Philosophy &*

に据えようとする正義論の理論動機は、正義の問題を国家による強制の正当性として把握し、実力的強制を伴った法的諸制度の道徳的正当性を論じようとするものである。基本的には法制度が念頭に置かれることになる。だが、制度主義に於いて制度それ自体を第一義的な道徳的評価の対象としようとするのは思いのほか困難である。制度主義を採って、正義に適合した制度の同定に先立って個人的選択に課される正義の要求がないと考えるとすれば、正義に適合した制度の同定は諸個人の行為自体の正義評価に依拠することはできないから、それらの諸行為の内在的価値と独立に制度の備えるべき内在的価値があるという奇矯な見解を避けようとするならばそれを帰結主義的に行わざるをえないだろう。だが、制度を帰結に拠って評価するとはどういうことか。たとえば財産権制度を考えよう。誰もが財産権制度を受容し尊重している場合と、誰もが財産権を尊重しない場合とでは（財産権制度が制度として存在していると言える程度に財産権侵害に対する制裁は受けるとしても）、そこで生じている事態はまったく異なったものになる。そうした差異を捨象して財産権制度それ自体に与えることができるような帰結評価などありそうにない。制度を道徳的に評価しようとするには、そこで誰がどのように行為しているかを補わなければならない。その補い方には次の二つがある^{*6}：

Public Affairs 27 No.4, 1999 pp.251-291)。分かりやすい例が Rawls の『正義論 *A Theory of Justice*』である。たとえば、マクシミン的分配を命ずる格差原理（第二原理の第二準則）は、そうした分配を達成しようとする制度が正義に適合すると主張するが、諸個人が日々の生活中的行為選択において自身の財産のマクシミン的再分配に努めようとする必要はないとされる。そこでの諸個人に対する正義の要求は、対応する正義の自然的義務の履行、すなわちそうした分配を達成しようとする制度を創設し更にその命令に従うこと（たとえば納税義務の履行）に尽きるのである。

^{*6} もうひとつの補い方として「合理主義 rationalism」があるだろう。もし人々が「合理的」ならばその制度の下でどう振舞うかを制度の評価の基礎に据えるのである。だが、そこでの「合理性」が道具的合理性にとどまる限り諸個人の現実の欲求は理想化されずに残存するし、それよりも濃厚な「合理性」を要求すれば今度は理想主義と区別がつかなくなってくる。いずれにせよ、こうした「合理主義」もまた——帰結主義に立とうとする限り——説得的ではない。現実的に「合理的」に振舞わない人々の行動が引き起こす現実の帰結こそが道徳的に重要なのであって、人々の行動

- 現実主義 (actualism)
- 理想主義 (idealism)

現実主義は、制度を現実の人々の行為パターンに同定するものである。この場合「制度」は諸個人の現実の行為が織り成すパターンに解体されることになる。従って、制度それ自体を抽象的に取り出してきてその道徳的評価を云々することはできない。これに対して、理想主義は当の制度の要求を全員が受容して行為した場合の事態を考え、それによって制度それ自体を評価しようとするものである^{*7}。従って、制度主義者は基本的に理想主義によって制度を道徳的に評価しようとする^{*8}。

だが、理想主義的制度主義は説得力を欠くと言わざるをえない。制度主義の問題として、現実に不正な制度下で暮らす諸個人にとっての正義の要求が、正義の自然的義務論に拠って、人々が理想的に振舞うことを所与として理想的に作動する「正しい」制度をもたらしようと努力することに尽きてしまっていることを挙げられよう^{*9}。正義の自然的義務論は、正しい制度から個人の行為選択へと正義の要求を移送することはできるが、不正な制度から個人の行為選択へと正義の要求を移送することはできない。制度主義の理論的背景であった、正義概念を強制の道徳的正当化可能性に同定する立場を考慮しても、たとえば不正な制度下でそうした制度に拠らずに私的制裁によってある行為を強制することが正当化される余地がある――

に恣意的仮定を置いた上での仮想的状況に準拠するという点では合理主義は理想主義の欠点をそのまま引き継ぐものに過ぎない。

^{*7} 相変わらずその典型例は Rawls である。Rawls が正義に適った制度を選択しようとする際に「万人が正しく行為し正しい制度を保持するにあたって自身の分担を果たすものと想定される」のである (TJ p.8)。

^{*8} Amartya Sen は近著『正義の観念 *The Idea of Justice*』で制度主義と理想主義の結合を「超越論的制度主義 *transcendental institutionalism*」と名付け、同書を通じての主たる批判対象としている (cf. Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Belknap Press of HUP, 2009)。ただし、残念ながらそこでの Sen の議論は批判対象に悉く「超越論的制度主義」というレッテルを貼りつけてすませるという体のものであり、その概念的 inner の分析が与えられているとは言い難い。

^{*9} Murphy, *op.cit.* による。

ということはその行為は正義の要求である――はずだが、制度主義はこの可能性を最初から排除してしまっている。

制度主義を採らないとすれば理想主義自体は維持可能であるかもしれない^{*10}。この場合には、正義にかなった制度ではなく正義に適った「社会」を考え、そこで諸個人が如何なる行為によってそうした社会状態を保持しているかを同定し、そのために必要とされることを行うことが正義が現実の我々に課す要求であると論ずることになる^{*11}。正義に適った社会状態の同定から初めて諸個人の道徳的義務を導出しようとするこの見解を「状態的正義観」と呼ぶことにしよう。状態的正義観が参照する正義に適った理想的な社会状態に於いて諸個人は正義の要求 (つまり道徳的完全義務) を定義上完全に果たしているはずである^{*12}。ここでも理想的な社会状態の同定に先立って個人的選択に課される正義の要求は存在しないから、理想的な社会状態の同定は帰結主義的に――正確には価値論的に――行われなければならないだろう。にもかかわらず、そこでは現実の諸個人の動機付け構造や諸個人が現実^{イレレヴァント}に織り成す行為パターンが無関係なものとして捨象されることに注意したい^{*13}。

^{*10} 理想主義は制度主義を棄却したとしても問題含みではある。理想主義は非理想的な状況で私が正義の要求によって如何に振舞うべきかをどう決定するのだろうか。理想主義の本旨からすればやや因循姑息な方策に思われるものの、非理想的な状況の仮設によって排除されない限りの全員遵守によって生ずる準理想的な状況を参照することによってそれを達成することは不可能ではない (その結果として理想主義は結局のところ現実主義に崩壊するのではないかという懸念はもっともであるがここでは論じない)。逆にそうした現実の状況を考慮した妥協ができないということこそ道徳理論上の強みを見出すこともできる。状況に依存せず殺人は禁じられるとするような絶対義務論的徳はこの理想主義と相性が良い。

^{*11} これこそが制度主義の依拠する「正義の自然的義務」論の背後にある発想であるといつてよいだろう。

^{*12} 『統治と功利：功利主義リベラリズムの擁護』、勁草書房、2007 に於いて私は諸個人が理想的に遵守した場合に最善の帰結を導くような規則体系を徳体系に同定しようとする、同様の見解を「共時的可能主義 *synchronic possibilism*」と名付けた。

^{*13} Rawls がリベラルな社会における「深い不平等 *deep inequality*」を許容したことに対する G.A. Cohen の批判はこの点に関連している。「有能な *talented*」諸個人の生産へのインセンティブを確保するために、それが格差原理の要求を満たす限りで、

いずれにせよ、正義に適った制度の同定を正義の義務に先行させようという制度主義は維持困難である。

1.2 帰結主義に於ける現実主義と理想主義

功利主義を含む帰結主義は一般に価値論アクションロジーと当為論デオントイクスという2つの部分から構成される。更に、価値論は基礎的価値論と全体的価値論から構成される。古典的功利主義の場合であれば基礎的価値は諸個人の快であり、全体的価値はその総和集計である。福利分布の平等度を価値として参入するような帰結主義であれば基礎的価値論は福利主義のままだが——平等は基礎的価値である福利分布上のパターン善として把握されることになるから——全体的価値論は平等の価値を認めることになる。

さて、帰結主義には更に当為の理論が必要である。これは上で得られたような「最善の事態」と「行為の正しさ・義務性」をどのように結合するかの理論である。行為帰結主義はたとえば「人々が現実採るだろう行為選択を所与としてSの行為選択肢中で最善の事態をもたらすだろうような行為 α について、Sが α を為すことが正しい (or Sは α を為すべきである)」と主張する。規則帰結主義はたとえば「仮に全員がそれを受容して行為するならば最善の事態がもたらされるだろうような最適規則体系に

不平等を是認するという Rawls の議論は理想主義的制度主義に依拠しているが、Cohen は制度主義が維持できないとした上で、制度主義を取り除いた理想主義の下で参照される理想的な社会状態に於いて Rawls が望む完全平等が達成されているはずである (理想的な社会状態では有能な諸個人は自己利益のみをインセンティブとすることなく道徳的義務を果たさんとする道徳的欲求によって可能な限り多くを再分配のために生産するはずである) から、現実社会の有能な諸個人はそうした道徳的欲求——Cohen はこれを *ethos* と呼ぶ——を自らに涵養する義務を正義の要求によって課されるはずだと主張する (G.A. Cohen, *Rescuing Justice and Equality*, HUP, 2008 ch.3)。更にそうした *ethos* の涵養は正義の要求として強制されてよいのであるから、それを否定するリベラルな——Rawls が導出しようとしている——社会は不正な社会であるといわざるをえないはずである。この議論は Rawls 批判としてはかなり強力である。理想主義に於いて現実の人々の行為や動機付けの様態——ここでは自己利己的なインセンティブ——は正義の要求の同定に際して無関連だということが重要である。

照らして S が α することが命じられているとき、S が α することが正しい (or S は α を為すべきである)」と主張する。この両者で最善の事態と行為の評価・義務性の結合の仕方が如実に異なっていることに注意したい。両者の差異のうち、最も重要なのは後者に「全員がそれを受容して行為するならば」という条件節が付随していることである。規則帰結主義の場合にはそれが命じる義務を全員が果たそうとするならば最善の事態が生ずることになる。これに対して、行為帰結主義は、他の人々が現実どうふるまうかを所与として最善の事態を目指すのであり、他の人々がどうふるまうべきかを所与として最善の事態を目指すのではない。この違いは重要である。人々がみな義務を果たした場合にどうなるかを基準に考える立場を「理想主義 *idealism*」と呼び、人々が実際にどう振舞うかを所与として自分が義務を果たしたならばどうなるかを基準に考える立場を「現実主義 *actualism*」と呼ぼう^{*14}。規則帰結主義は前者に立ち、行為帰結主義は後者に立つ。あなたが義務を遂行したときに生じる事態は、人々が実際にどうふるまっただかに依存し、どうふるまうべきだったかには依存しない。従って、行為とその帰結である事態とが合理的に結び付けられているのは後者の行為帰結主義であることに注意しよう。我々は現実主義的な行為帰結主義こそを妥当な帰結主義構想と見る^{*15}。

^{*14} これらの呼称は他の概念的区分と入り混じりがちなのであまり望ましくはないのだが、他に良い表現が存在するわけではない。「共時的可能主義・共時的現実主義」と呼ぶならば、より正確な呼称となるのだが、ここではわずらわしいので簡略化した呼称を採用する。人々が道路を時速60kmで走行しているとしよう。全員が道路を時速40kmで走行するならば最善の帰結がもたらされると判断して40kmで走行すべきだと考えるのが理想主義である。これに対し、現に人々が時速60kmで走行している以上はそれを所与として考えると60kmで走行するのが最善であるから60kmで走行すべきであると考えるのが現実主義である。理想主義でも他者の行為様態を条件とした規則体系を構成することで問題を克服できるように思われるかもしれない。だが、もしその方策を採用しそれが成功するならば、理想主義はその魅力を失うことになるだろう。

^{*15} 理想主義的な行為帰結主義も存在する。これは「功利主義の一般化 *utilitarian generalization*」と呼ばれ「当該の行為を全員が行ったとして生ずる帰結」のうち最善のものがもたらされるような行為が義務であるとするものである。論争史的には、

帰結主義には更に別の区分がある。これはしばしば「エゴイズムのパラドクス」と呼ばれる問題に対する対応として必要とされる。「他人の人生を気にせず自分の人生を最善化するような行為を為せ！」というエゴイズムの命令に従うことにしよう。さて、最善の人生にはおそらく他人との心からの真摯な友情関係が含まれていることだろう。ところが、エゴイズムの命令に従うことそのものがこの真摯な友情関係を築き上げることを不可能にしてしまう。自分の人生だけを考えてそれを最善化しようとする事それ自体が最善化を妨げるのである。むしろ友情を重んじる非エゴイストの方が（エゴイズムから見て）最善の人生を送るのではないだろうか。さて、同様に帰結主義一般が提示するある目的価値（功利主義であれば快や欲求充足の集計）を最大化しようとする際に、直接それを目指すことが目的の達成を妨げるということがある。そこで、客観的に正しい行為は行為帰結主義によって直接決めるとしても、実際の行動は経験則やその他の準則に従って行為しておく方が、行為の都度に直接最善化を目指して唸りながら帰結を計算して行為するよりも、結局のところ上手く最善化を果たさせてくれるのではないかと考えられる。つまり、行為の客観的正しさは行為帰結主義で決まるのだが、実際にどのように振舞おうとすべきかという意思決定方式（主観的正しさ）は、何らかの準則によって決められるということになるだろう。こういった立場をとる帰結主義を間接帰結主義と呼ぶ。間接行為帰結主義の下では、行為が道徳的に正当化されているとは、それが最適意思決定方式に従っているということである。

ここでは次のことに注意しておきたい。間接帰結主義が提案する意思決定方式——間接帰結主義に言わせればそれがつまり真正なる道徳的規則体系であるということになるわけだが——は、それを受け入れるだろう人間の多寡によって大きく異なってくる。このことが、古典的功利主義に典型を見るような、過激な理想と漸進主義的提案というパッケージを可能にする。人々が帰結主義とそれが提案する意思決定方式を受容しないだろうとわかっている状況では、それらの——なにやら残念な感じのする——諸

これが実のところ現実主義的な行為功利主義と等価に過ぎないのではないかとこの根強い疑念が提出されてきたが、詳細は『統治と功利』の第2章・第3章に譲ることにしたい。

個人が現実採るであろう行動を所与に客観的に正しい行為が定まり、そこから意思決定方式の提案が為されるので、帰結主義は意思決定方式としても多くの場合に漸進主義的提案を行うことになる。だが、帰結主義の提案を受容する人数が大きいとわかっている場合には、帰結主義的により理想的な事態を引き起こすような意思決定方式が提案できるので、漸進主義的性格が薄まることになる。

1.3 理想主義にも三分の理

上述のように説得力を欠くと感じられるにも関わらず支持され続けた理想主義的帰結主義の背後にあるのは次のような極めて古典的な道徳原理（普遍化原理）である^{*16}：

もしあなたが「Sが状況Cで ϕ することが許容される：P[S ϕ in C]」
と考えるならば、「万人が状況Cで ϕ したら生ずる結果も許容される：P[$\forall(x)(x\phi$ in C)]」と考えなければならない。

上の定式化の対偶をとれば、もし万人がそれが行ったらどうなるかを考えた上でそれを許容できない場合には（帰結主義の場合にはその事態が最善でないならば）、その行為は誰に取っても許容されない（＝禁止される）と考えなければならない。これはその行為を差し控えることが完全義務であるということである^{*17}。具体的な道徳的完全義務を導出できる原理とし

^{*16} Kantの定言命法第1式：「格率が普遍的法則となることを汝が同時に意欲しうるようなそういう格率に従ってのみ行為せよ」もまたこの古代から知られた普遍化原理の異型である。

^{*17} ただし、古典的にはこの原理が社会的分業をどう判断するかが問題となった。素直に普遍化原理を適用すると次のようになる。全員が農業を差し控えると社会は破綻するので誰もが農業を差し控えることを禁じられる（農業を行うことが万人の完全義務である）が、全員が農業を行っても社会は破綻するので、誰もが農業を行うことを禁じられる（農業を差し控えることが万人の完全義務である）。この原理はこの事例の場合に端的に破綻しているわけである。間を取って、万人にとって農業を行うも差し控えるも自由に許容されるというわけにはいかない。その結果として全員が農業を差し控えたならば社会は破綻するからである。従って、このような

て、この原理が正義の原理そのものと同一視されることがしばしばある。普遍化原理の最も華々しい適用は、公共財供給のような場面に現れる。非排他的な財はそれについて「ただ乗り free-riding」が容易であるわけだが、利用者全員が維持に対する応分の負担を放棄すれば、当の財は供給されず、是認すべからざる事態が生ずることになる。また、利用者全員が応分の負担を果たすならば、その結果として生ずる事態は望ましい。従って「ただ乗り」は普遍化原理によって禁止されることになる。この原理が少なくとも公正性の要請を捉えているものであることは確かである。

現実主義的行為帰結主義は——万人が ϕ したらどうなるかは ϕ の道徳的評価に無関連であるので——普遍化原理を受け入れないが（ということは公正性の要請を原理レベルでは無視するということだが）、普遍化原理が「公正性 fairness」を表現するものであることはそれでもなお一定の意義を有する。比較的単純な社会規範を考えよう。つまり、ある行為規範が集団内で共有されそれへの違背が集団内での制裁を受けるような場合を考えよう。当の社会規範によって実現される諸個人の行為の織り成すパターンが当事者たちにとって有益なものであり全員が規範に従わない場合の事態が望ましくないものである場合、この社会規範はその参与者達にとって普遍化原理テストを通るものと見られている。そこからの単独の逸脱はこの原理によって「不公正」とされる。道徳原理として正しい原理であるかどうかはともかく（私は正しいとは考えないのだが）、諸個人が「不公正」だと感ずる条件を適切に記述しているには違いない。実際、そうした社会規範に於ける逸脱者への制裁に対する他の参与者たちの動機付けはこの（不）公正感覚に基づいているから、普遍化原理テストを通らないような規範はそれに必要な参与者たちの適切な——制裁やメタ制裁への——動機付けの確保に失敗する傾向にあるだろう。普遍化原理は事実問題として社会規範の安定性の必要条件を与えているのである。

こうして、現実主義的行為帰結主義の下に於いても、社会規範に対する国家介入の達成可能な選択肢は——権利問題ではなく事実問題として——普遍化原理の制約を受けることになる。社会規範を端的に破壊したま

事例の場合にはこの原理は当該行為について端的に沈黙しているとみなされる。

まにするのではなく内容を変更するに止めようとするならば、目的とする規範は普遍化原理テストを通るようなものでなければならぬだろう。ここで興味深いのは『法・立法・自由 *Law, Legislation and Liberty*』の第2巻「社会正義の幻想」に見られる Hayek の正義理解と普遍化原理の関係である。Hayek 自身の道徳理論は間接主義的な現実主義的行為帰結主義と目されるが、同時に普遍化原理を正義（強制されてよい完全義務）の概念的要請とみなす。そのような離れ業がどのようにして可能になるかといえば、ある規範がその内容において普遍化原理テストをパスすることに加えて、普遍化原理テストが想定するような全員遵守・全員受容状況が現実に社会で成立していることを要求するのである。現に存在する道徳的に有益な社会規範に於いて、どの単独参与者の行為選択肢を取り出してきても社会規範への随従が道徳的に正しい選択肢であれば、その規範は現実主義的行為帰結主義によって正当とされる。ここから Hayek のリパタリアン的な超保守主義、すなわち、国家的に強制してよい正義の義務の内容は概念必然的に既に行われている社会規範に限られるというテーゼが導かれる^{*18}。むしろ我々は普遍化原理にそもそも与しないので、こうした理路からリパタリアン的な保守主義を支持することはない。

2 制度的規範・社会的規範の道徳的正当化の諸様態

1.1に見たように、正義に適った制度の同定を正義の義務に先行させようという制度主義は維持困難である。従って、主体の選択に課される正義の要求が先行して存在し、そこから制度の道徳的正当化——その制度が正義に適っているか——が導出される、とする個人主義的方向を検討しよう。

^{*18} Hayek のこのような見解は功利主義陣営内部にも一定程度支持者を見出すことができる。規則功利主義の理想主義（その基礎が普遍化原理である）と、通常の行為功利主義が要求する現実主義をまさに Hayek のようにして組み合わせる「現実規則体系功利主義」がそれである。実のところ前世紀初期の規則功利主義（e.g. Stephen Toulmin）は基本的にこのタイプだった（理想的規則体系功利主義で著名な Richard Brandt も初期はこのタイプだった）。こうした規則功利主義の諸類型を巡る詳細については安藤馨『統治と功利』第2章を参照のこと。

まず、社会的規範も含めてそのような正当化の様態を次のように大別する：

- 自然犯型 (*mala in se type*)
 - － 行為指導モデル (action-guiding model)
- 法定犯型 (*mala prohibita type*)
 - － 行為指導モデル (action-guiding model)
 - － 非行為指導モデル (non-action-guiding model)

自然犯型モデルは、当該の規範が S に「 ϕ せよ！」と命じ、S が ϕ することがそれに先行して道徳的義務としてある場合である（法規範の場合であれば殺人の禁止が典型例とされる）。法定犯モデルでは、規範に先行して対応する道徳的義務は要求されない。行為指導モデルでは、規範が ϕ を指令することによって ϕ することが道徳的義務となる（遵法義務がある場合の法規範が典型例）。非行為指導モデルは規範が ϕ せよと指令するのだが、 ϕ する道徳的義務は存在せず、しかし当該の規範が正当化されるというものである。このような事態が生じうるのは、当該の規範を定立・維持する行為が道徳的に正当化される——定立者の行為選択に於ける正義の要求に適う——にも関わらずその規範に従うことが道徳的に要求されない場合に限られよう^{*19}。以下ではこれらの正当化モデルの分類を対象に、間接的行為帰結主義の下での規範の正当化の問題を検討しよう。

2.1 自然犯型モデルと帰結主義

自然犯型モデルによる正当化の場合、既に Hayek について述べた議論が妥当する。制度的規範が道徳的に正当化されるにはその名宛人の全員について当該の規範が他者の現実の行為様態を所与として行為帰結主義的に正当化される最適意思決定方式の命ずる行為規範に一致しなければなら

^{*19} 規範を「定立・維持」することができるという条件は重大である。一般に社会規範の変更は諸個人の行為パターン全体の一括の変更であるから、殆どの場合その参与者にとって社会規範はそのようなことを為しうる対象ではない。そうしたことが可能である法規範のような制度的規範がここでは特別な地位を有することになる。

ない。だが、一般に諸個人間で最適意思決定方式が共通する規範を含んでいると考えるべき理由は残念ながらない。仮にそれが成立するとすれば、それは当の規範が既に名宛人間で社会規範として実践されている場合に限られるだろう。まず、我々が何らかの理由で既に現実を受容している規則 R を考えよう。現実主義は他者の行為を所与とするので、他の人々が R を受容している以上はそのことを所与として私の客観的義務が定まる。R を一般に受容している他者の行為パターンを所与として、R に従うことが従わないことよりも一般に優れた帰結をもたらすのであれば、私の最適規則体系の中には R が属していることになるだろう。他の人々の視点から見た場合でも同様の議論が成立する。つまり、そこからの単独的逸脱（或いはもしあなたが他の特定の人々と協力して一斉に同じ行為をとれる状況にいるならばあなたやそれらの特定の人々の集団的逸脱）が一般に優れた帰結をもたらさないような社会的規約——人々が相互に相手がそれに従って行為するだろうと予期しそれを前提として行為する——による行為規則が存在しているならば（それは規約的規則であるから存在するためには実際に人々によって受容されているのでなくてはならないわけだが）、それが諸個人の最適規則体系中に共通して属していると考えたことに不思議はない。少なくとも、それが既に社会的規範であるのでもない限りは、諸個人間に共通して最適規則体系に属しているはずだと考えることは困難である。

こうして、制度的規範（Hayek の場合には特に法規範）の自然犯型モデルによる正当化は先行する社会規範の存在を必要とする。したがって、自然犯型モデルと行為帰結主義の結合に拠る限り、制度の正当化はリバタリアンかつ保守主義的なものにならざるをえないだろう。だが、現代型立法（或いは国家介入一般）の多分に技術的な性格からすれば、この正当化モデルの適用可能性は多分に制約されざるをえない（Hayek やリバタリアンはむしろこのことを言祝ぐだろうけれども）。

2.2 法定犯型行為指導モデル

自然犯型モデルに対して、法定犯型行為指導モデルは、当該の制度的規範の定立に先立って当該行為が道徳的に正当化されているのではない場

合である。たとえば当該の制度的規範が定める義務が相関する権利を表現するものである場合、この法定犯型行為指導モデルは新たに道徳的権利を作出することにならなければならない。仮に道徳的権利の必要条件である社会的規範が先行して存在していれば、その社会規範は既にして道徳的に正当化されており、道徳的権利を先行して作出していることになるだろう。これは自然犯型モデルにほかならない。法定犯型行為指導モデルではそうした先行する社会的規範の存在に訴えることができないにもかかわらず、制度的規範の正当化に必要とされる——自然犯型モデルの時と同様の——行為パターンを作り出せなければならない。先行する社会的規範の存在は否定されているから、そのようなことが可能なのは制度的規範が制度的規範であることによって人々の間に一般的遵守を生み出せる場合に限られる。つまり、人々が一般的に制度的規範に従うことによって、それが必要な社会的規範のパターンを構成する場合に限られる。

特に法規範の場合を考えよう。極めて強い刑罰的威嚇を用いるのでない限り、これは人々の一般遵法責務的動機付けによってのみ達成されようだろう。遵法責務的動機付けから人々が一般にある法的権利準則に従い、人々が一般に従っているということを所与としてどの個人ないし一定規模の社会集団の随従パターンからの単独的逸脱も遵守に比べて一般的にあって道徳的に望ましくない場合、そこで諸主体の遵守行為は間接行為帰結主義によって正当化され、当の法規範は道徳規範でもあることになる。法定犯型行為指導モデルは人々の遵法責務への動機付けに依存していることによって、達成可能な立法範囲に制約を受ける。そのような法規範に従わないことへの動機付けが人々の一般遵法的動機付けを越えてしまえば、もはや社会規範を構成するような一般的遵守の行為パターンが生み出されなくなるだろう。つまり、人々の一般遵法責務的動機付けを上回るほどに人々の道徳的直観に反した内容の立法を行うことは——それらの道徳的直観が認識的に正当化可能かどうかはここでは関係がない——法定犯型行為指導モデルでは不可能である*20。更に、この法規範は被治者一般の自己利益を過度に侵害することもできないだろう。もしそのようなこ

*20 そうした事例の一つが1.3で触れた普遍化原理テストによって表現される公正感覚である。

とをすれば、一般遵法責務的動機付けを上回る不遵守への動機付けが発生し、先行すべき社会規範を構成する行為パターンがそもそも生起しないであろう。

2.3 法定犯型非行為指導モデル

以下では制度的規範として専ら法規範を念頭に置くことにしよう。法定犯型非行為指導モデルでは、ある法規範の定立が立法者に於ける行為選択として道徳的に正当化されつつも被治者の側ではそれに従うことが道徳的に要求されるわけではない。ある法規範を定立した結果として、人々が見せる様々な反応——従う人々もいれば自己利益の動機から従わない人々もいるだろう——の結果として生ずる事態が、立法者にもたらしうる最善の事態であればよい。「全員が従ったらどうなるか」はいつでもよいし、定立された規範に従うことが諸個人の観点から道徳的にどう見えるかもいつでもよいのであって、重要なのは現実にとどのような事態が生ずるかだけである。行為指導モデルの場合には、そこで正当化される法規範は常に被治者にそれ自体として行為理由となっているが、非行為指導モデルではまったくそうではない。むしろ、被治者を行為理由を考慮してどうするかを決める行為主体としてではなく、ある種の物理的対象と同じように把握することが可能となる。煙草に税金をかけることが喫煙を禁止することではないがより少ない煙草消費へと人々を誘導し望ましい事態へと導く立法であることを考えてみればよい。煙草から喫煙者が得る福利とその他の害の釣り合いが最善になるように課税額が設定されれば、そのような立法は帰結主義的に正当化されているが、それは何ら人々に対して喫煙を禁止する行為規範を与えようとするものではない。刑事法規に伴う制裁についてもこうした租税的モデルを取ることは不可能ではない。ある刑事立法が、犯罪者の犯罪利益や被害者の被害や犯罪者の刑罰的損害やその他の事情を総て含んで最善の事態をもたらすならば、その政策は正当化されている。その刑事立法が提示する行為規範に対して、人々がそれに従うことが道徳的義務であるか否か、人々がそれに従うことを道徳的義務であるかと考えるか否か、或いはそもそもそうした刑事立法が被治者を名宛人とした行為規範であるかと考えるか否か、はいずれも規範的には無関連である。

古典的分析法学・古典的功利主義に於ける立法の描像はまさにこのようなものであった。Bentham は立法の結果生ずる行為パターン——何をすると国家によってどのような制裁が行われるかを考慮しつつ被治者が自律的かつ恐らくは自己利益優先的に行為して織り成す行為パターン——が功利主義的に望ましいものであることを求めていたのであって、立法に対して被治者がそれを道徳的権威とみなして服従するという想定を置き、更に被治者に実際にそうした服従を要求するような Hobbes 的な描像を取らなかった*21。帰結主義的規範理論の支持者にとって、法定犯型非行為指導モデルは極めて便利である。道徳的権利を認めることができずそれゆえそれを保護するような法的権利を定めることも帰結主義的に正当化されえないではないか、という良くある批判に対して、帰結主義的に法的権利が正当化されることを示すことができるからである（実際には既に見たように行為帰結主義であっても道徳的権利規則を認める余地があるのであってみれば、この批判は二重的外れではある）。

だが、このモデルが帰結主義者にとって万能だというわけでもない。このモデルに拠って為された立法は被治者にそれ自体として道徳的行為理由を与えない。現実主義的帰結主義は「被治者のみなさんが個々に何を考えてどう振舞うのであろうと結果として最善の事態をもたらすような立法選択を行います」というものであり、被治者に遵法を要求するという含意すら持たないからである。このモデルは被治者の傾向性を所与として最善の事態を引き出そうと努めるわけだが、法に対する被治者の道徳的信頼と遵法責務的動機付けを強化することはないのである。ここでの問題は次の通りである。統治功利主義は、^{ファイジブル}達成可能な統治選択肢集合の中で最善の選択肢を正しいものと認める。だが、ある統治選択肢集合の中で最善の選択肢がもたらす事態の価値が（或いは各選択肢のもたらす事態の価値の平均が）、他の統治選択肢集合の中で最善の選択肢がもたらす事態の価値と

（或いは…平均と）同じわけではない。前者に於いて人々が法を気にもかけないような場合には（そのようなところでは政府は権力の過少に苦しむわけだが）、後者に於いて人々が遵法への傾向性を強く有するような場合と比較して、仮に各々の中で最善（それゆえ正しい）統治選択を行うとしても、両者の間で厳然たる差があるわけである。従って、帰結主義的規範理論を採用する統治者は、自らの統治行為選択肢集合の、被治者の傾向性によって決定的に左右される「質」を引き上げる選択をしなければならない、というメタ統治選択問題を抱え込む。

帰結主義にはここで二通りの道筋が開かれている。被治者の一般遵法傾向性に対し、そこまで厳しく要求されるわけではないにせよそれをある程度まで保全するような統治選択を行い、そうした傾向性を掘り崩すような急進的統治を回避する、という道筋が第一である。だが、急進主義者にとってこの道筋はさほど魅力的ではないかもしれない。第二の道筋は、被治者の既存の傾向性を保全するという保守主義的な消極的方策ではなく、人々の傾向性を直接に操作しようというものである。人々が法の命ずるところを自ら認識しそれを行為理由として従うという描像を放棄し、意識せずとも統治者の期待したとおりに人々が行為するような傾向性を与えることができればそれでよい。そのような傾向性操作の統治技法がいまや徐々に姿を見せつつあることは注意されてよい。その実例として Cass Sunstein が主唱するリバタリアン・パターンリズム（実力的強制に拠ることなく被治者を望ましい方向へと傾向付ける行動経済学的技法を用いることを提案する*22）や、物理的構造によって一定の行為以外を物理的に行えないようにしてしまうアーキテクチャ的統治技法などが挙げることができよう。かくして、帰結主義者がなんら咎めるところなく急進化することができる状況が目下急速に整いつつあるとあってよい。

2.4 統治の技法とその若干の分類

そうした統治によるラディカルな社会変革を支えるべき「統治の技法」

*21 興味深いことに、Hart がこのことを Bentham の法理論の欠点だとみなした一方で (cf. *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 1982 pp.243-268)、Gerald Postema はこのことを Bentham の法理論の主要な理論的長所だと考えている (cf. Gerald Postema, “Law as Command”, E. Sosa & E.Villanueva (Eds.), *Philosophical Issues* vol.11: *Social, Political, and Legal Philosophy* (p. 470-501) Blackwell Publishers, 2001)。

*22 cf. Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (updated edition), Penguin Books, 2009

について若干の分析をここで試みておきたい。そうした分析は統治や制度の設計に直ちに役立つと言わないかもしれないが、法的規制によらないような行為規制を「事前規制（⇔事後規制）」というミスリーディングな区分や「アーキテクチュア」という曖昧な語で一括りにするようなことを避けることは、それらについて明晰に考えるための手助けとはなるだろう。さて、対象が状況 C に於いて行為 ϕ を為す傾向性を有しており、それを規制しようという場合に、その手段はとりあえず以下のようにおおまかに分類できよう（相互排他的でも網羅的でもないことに注意されたい）：

- 傾向性介入
 - 一 道具的欲求への介入：主体の内在的欲求には手を加えず道具的欲求を変化させる
 - * 連関切断型：道具的欲求 ϕ と内在的欲求 φ の手段目的連関を切断する：啓蒙・誤導
 - * 対立的欲求型：道具的欲求 $\neg\phi$ を内在的欲求 ψ から喚起する：刑罰
 - 一 内在的欲求への介入： φ を除去してしまう
 - インドクトリネーション
* 教育的教化
 - * 適応的選好形成・認知的不協和
 - * 薬物投与：化学的去勢
- 顕現介入：傾向性自体には手を加えずその顕現に介入する^{*23}
 - 一 状況操作
 - * 状況の阻害：状況 C が生ずることを阻害する：〇〇の周りに刃物を置かない
 - * 状況の作出： ϕ しない傾向性が顕現する状況の作出：尿の飛散を防ぐため便器にハエの絵
 - 一 行為阻害：行為 ϕ を物理的に阻害する：物理的アーキテクチュア or 主体の物理的構成の変更

^{*23} ただし以下の両者の区分はかなり微妙かもしれない。ある程度までは行為の記述に状況を含めるかどうかの問題ではある。

傾向性は主体の内在的性質なので、傾向性介入は主体の内在的性質に対する介入であり、顕現介入よりも道徳的に疑わしいものとみなされる余地がある。この中で最も問題が少ないのは「啓蒙」であるだろう。これは誤った媒介信念を訂正することで望ましくない行為への傾向性を除去するものである。逆に、誤った媒介信念を有させることで望ましくない行為への傾向性を除去することもできる。これが——認識論的に望ましくないのはもちろんだが——道徳的に望ましくないかどうかは微妙な問題である。刑罰は実際に実施されなければ効率的な統治手段にはなりにくいし、実施された刑罰はそれ自体としては悪である（応報刑論者でもない限りは）。内在的欲求への介入は道徳的正当性が疑わしいという向きが多いだろう（功利主義者はそれを内在的に不正なものとはみなさないけれども）。教化や適応的選好形成や薬物投与は必ずしも実力の強制を用いることなく実施されるが、多くの場合に「自律」を損なうものとみなされよう。だが、物理的な消極的自由が損なわれるわけではない。もちろんそうした介入が主体の厚生を損なう限り功利主義者はそれを悪しきものとみなす。だが、これらの手段は統治技法のヴァリエーションを豊かにするものであるには違いないし、功利主義は原理的にそれらを排除することはない。

だが、ここで我々にとって興味があるのは顕現介入の方であろう。顕現介入は主体の内在的性質に変更を加えようとするものではない。特に状況操作は ϕ する物理的な消極的自由を剥奪するものではないし、主体が既に有している傾向性を顕現させようとするだけだから、それによって主体が何かを行った／行わなかったとしても「自分でそうしたんでしょ！」という言い訳が立つことになる。ここでは「自律」は侵害されていないことになる。ここでは傾向性顕現の蓋然性が操作されているわけだが、それは自身の内的な傾向性に身を委ねることなく理性によって行為を律するという Kant 的な——もちろん馬鹿げているが——主体像の盲点であり、リバタリアン・パターンリズムはまさにこの点につけこんで自らの説得性を増そうとしているわけである（功利主義者にとっては大した違いはないのだが）。行為阻害は傾向性とその顕現の最終局面を操作することによって規制を達成しようとする。ここでは主体の心理的事情には何ら介入が行われず、端的に ϕ する物理的な消極的自由を剥奪することによって規制が確実

に達成される*²⁴。むしろ、消極的自由の剥奪がそれ自体として内在的に何か悪しきところがあるとは功利主義者は考えない。とまれ、こうして行動経済学的な人間の傾向性の研究はまさに顕現介入による統治のための資源を提供してくれている。「個人」のような集合的主体を排除し、実践理性によって行為する自律的主体なる描像を破棄したとしても、人間動物についての知識は、工学的技術に拠る物理的アーキテクチャ設計と並んで制度設計にあたっての有用な道具であり、ラディカルな社会変革の基礎を我々に与えているのである。

もちろんこうした技法は未だなお発達の途上にあるのであって、当面の間はなお旧来の手法に拠った統治を中心に法規範とそれへの随従の確保という問題を考えていかなければならない。そうした時に、単純な刑罰的威嚇モデルに比較して興味深いのは、既に被治者が有する傾向性を活用する「啓蒙・誤導」である。たとえば知的財産法の問題を考えてみよう。我々が幼少期からの「教育的教化」の結果として「人のものには手を出さない」という傾向性を有しているとするれば（それは私的所有秩序と期待の安全に

*²⁴ 物理的アーキテクチャによる行為規制が果たして「自律」を侵害するかどうかはやや微妙な点である。これはひとつには私が「自律」なる語を人々がどう理解しているかをよく知らないということがあるが、少なくとも道徳的責任の要件として理解されているのであれば、物理的アーキテクチャがそれを侵害するわけではないかもしれない（以下のように責任と他行為可能性を背反的なものとみなさない責任論を提示する代表例としてたとえば John Martin Fischer and Mark Ravizza, *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*, Cambridge University Press, 1998 を見よ）。Harry Frankfurt の有名な「邪悪なマッドサイエンティスト」の設例に見るように他行為可能性が責任の必要条件ではないと考えるのならば、仮に物理的アーキテクチャによる行為規制があろうがなかろうが ϕ しないのであれば、主体はそのことについて有責でありうる（そこでは責任の成立に必要な限りでの自己の行為についての統制である「指導的統制 guidance control」がなお達成されているだろう）。もちろんそうでないなら ϕ しないことについて責任を帰属されることはないだろうが、ある行為について道徳的責任を有しないということがそれ自体として何か問題だとは私にはまったく思われぬ。だがそれ以前に、そもそも他人の家の門扉によって「自律」を妨げられていると考えないのであれば、物理的アーキテクチャによって「自律」を妨げられているとは考えられない。問題はそこにはないのである。

とって極めて重要な社会的基礎である)、知的財産法にその傾向性を転用することができるし、実際ある程度まではそうされてきたのである。つまり、知的産物を「財産」と呼び、それに対する権利を「所有権」と呼ぶことによって（それらが実際そのように呼ばれているということは仮に一定の歴史的事実があるにせよ偶発的な事情であり根本的には恣意的な問題である）、我々が有体的な諸財産やそれらに対する所有権に対して有する、他者のそれを尊重するという傾向性を知的産物へと転用することができるし、実際そうされてきた。知的財産権について、それを前国家的財産権と見る自然権論的見解と純粋に政策的な産物と見る帰結主義的見解の対立の根には、まさにこうした事情があるといつてよい。前者を支持する論者はときに本心からそう信じているだろうし（それはまさに「啓蒙・誤導」の成功例である）、ときにはこうした事情を総て理解した上で、被治者の随従を確保するにはそうした「啓蒙・誤導」しかないのだと考えてそうした自然権論的見解を支持しているかもしれない。帰結主義的に知的財産権制度を正当化しようとする場合には、まさにそれが法定犯型非行為指導モデルに基づくがゆえに、そのような正当化それ自体によって被治者の服従の正当化を与えることはできない。その弱点を補おうとすれば、帰結主義に拠る論者はそのことをここでは密教的に秘匿したうえで、更に顕教に於いては自然権論的議論を専らにする帰結主義的理由があることになるだろう（それは被治者の傾向性を確保すべく行われるメタ統治選択である）。そしてこうした事情は知的財産権という領域に限られた話ではなく、実際のところ法の殆ど全域に及んでいるものなのである。

2.5 内的観点再び：法概念論の方へ向って

ここで法定犯型非行為指導モデルが法概念論上の内的観点とどのような関係に立つかを確認しておこう。ある主体がある法準則についてそれがこのモデルから正当化されていると考えたとしよう。この主体は当該法準則からどのような行為指導を得るだろうか。既に確認したとおり、そのような行為指導は存在しない。私が「この法準則に人々はしかじか反応するであろう。そしてその帰結は他の法準則を立法する場合と比べて最善である」ということを受け入れるとして、この私がどうすべきかはなにも分か

らない。たとえば統治者が10%程度の不随従を正しく見込んで、それを織り込みつつ最善の立法を行うとしよう。その場合、生ずるだろう10%の不随従に——私が立法者のそうした事実判断が正しく当の立法が正当化されると考えているのでその事実判断を受容するとし——自分が入って良いものか良くないものかについて、この法準則はなんら理由を与えないであろう。標準的な法実証主義理論の下では、被治者一般は法に対して内的観点を取っている必要はない^{*25}。だが、officials は内的観点を取って法を行為指導的なものとして受容しているのではなくてはならない。この場合、officials (特に裁判官) は司法的な判断・決定に際してそうした規範を受容しているのではなくてはならない。だが、仮に裁判官が立法者を道徳的権威(実践的・理論的)として受容したとしても、なお当該法準則を受容して行為する理由は与えられないことになる^{*26}。ここでも相変わらず——裁判規範としてすら——「この法準則に裁判官はしかじか反応するであろう。そしてその帰結は……」という内容にコミットした裁判官の司法的行為選択を指導することはできない。ここでは法予言説が裁判官の司法的行為選択を指導できない——「法とは裁判官がそうだとするところのものである」といわれて裁判官の司法的行為選択はまったく指導されない——のと類似の問題が引き起こされている。この問題の解決は幾つか考えられる。そのひとつは、仮に立法者が裁判官の司法的行動について一定の期待を有しつつそれに基づいて立法を行っているならばその期待に従え、というものである(規範的に解釈された法予言説^{*27})。仮に裁判官が一定の司法的

^{*25} ここで法実証主義を想定しているのは、内的観点(しかも道徳的観点)を被治者にまで求めようとする自然法論やDworkin的法理論の下では問題がより悪化することがほぼ疑いないからである。だが、そのことはむしろそうした法理論にとってこそ残念な事情である。

^{*26} もうひとつの問題: 裁判官「あなたはφしなければならなかったのにしなかったのだから私はあなたに刑罰を科す。」被告人「だがこの法準則は明らかに全員が従うことを予定していない。だとすればなぜこの私が従わなければならなかったというのか。そもそも、もし全員が従ったならばひどいことになっただろう(普遍化原理のテスト)。それゆえそれは道徳的完全義務のはずがない。そのようなものを国家が私に強いることは道徳的不正にほかならないではないか。」

^{*27} cf. George Christie, *Law, Norms and Authority*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1982

動を取るならば、そのことによって最善の決定であることになるような立法を統治者が行い、裁判官は統治道徳の観点からそのような行動を取る理由を有する。だが、この解決案の法概念論的問題も明瞭である。これは帰結主義的には望ましいかもしれないが、そこでの裁判官は帰結主義的統治道徳に導かれており、法準則を内的に受容しているわけではない。非行為指導モデルは法概念論的に困難を抱え、実はそれゆえ概念的に一貫しないものなのだろうか? そう考える理由はないように思われる。非行為指導モデルに基づく正当化を目指すものとして把握するほかないような立法など幾らでも考えられるし、むしろそれが常態であるだろう。ここでの私の提案は、それゆえ法概念論の方に修正が加えられるべきだ、というものである。この問題と良く似た問題が有神論的道徳理論に於いて生ずることを思い出そう。仮に神がφせよと命じたとする。私がそれに——自由意志によって——従うか従わないかに関わらず、神は私の選択の結果をその全知によって事前に織り込み、その全能と至善性によって最善の世界史を創造・現実化しているに違いない。したがって、帰結する世界史の善性に基づいてどちらかを選択して行為するということはできない。私には神に従う道徳的理由が見出せない。この問題に対する神学的主義者の解決策は神の命令をそれ自体として行為理由とせよ——そしてまさにそうすることこそが信仰なのだ——というものである。この行為理由は道徳的理由ではなく宗教的理由である。命令者に実践的権威を認めるということは権威が道徳的理由ではなくそれ自体独自の理由を作出するのだという理解に基づかなくてはならない。ここからの私の法概念論的提案は次のようである。

法規範(つまるところ主権者の命令)は法的理由を与える。内的観点とは法的理由によって自らの行為を指導せしめんとする意志である。内的観点にあつて法的理由外の諸理由(たとえば道徳的理由)にそれ以上の服従根拠を捜し求めることは的外れである(と同時に異端である)^{*28}。

^{*28} 私自身は東京大学大学院法学政治学研究科に提出した助教論文に於いて、本稿のものと類似はしているがまた別の——より概念分析的な——路線から、こうした神命說的モデルを適切な法概念論的見解として提示することを試みた。その詳細をここで説くには及ばないと考えるが、本稿の結論が見かけほど突飛ではないと私は

3 おわりに

こうして我々はいまや以下の三者択一を迫られることとなった：

1. 自然犯型行為指導モデルのみを受容しリバタリアニズムに与する（帰結主義者でなければリバタリアニズムには与さずに済むがその場合でも素朴な自然法論が口を開けて待っている^{*29}）。
2. 更に法定犯型行為指導モデルをも受容し、それゆえ被治者が事実として有する一般的遵法動機に全面的に依存する（しかしそのようなことが可能な社会がどれほどあるかは疑わしく、遵法責務論に成功の見込みがないとすれば、被治者のそうした動機付けは極めて脆弱かつある種の僥倖によって成立する偶さかの事実であるに過ぎない^{*30}）

主張する。

^{*29} それが悪いというわけではない。たとえば素朴な自然法論を真正面から主張する Heidi Hurd や Michael Moore の法理論は（Moore はそれでも Hurd より「洗練」されているが）それなりの説得力を以ってこの路線を追求している。

^{*30} 遵法責務を道徳的な一応の当為として説明しようとする見解には原理的難点がある。まったく同じ道徳規範体系 M を生成する道徳準則体系 m, m', \dots がありうることを思い出そう。同じ状況で同じように行為するならばそれらの行為について道徳的に意味のある違いはない。重要なのは M であって m, m', \dots ではないのである。さて、遵法責務が道徳的な一応の当為だとして m に遵法責務を肯定する準則が属しているということは m' にその準則が属していることをまったく保証しない。従って、 m' によって行為する人に向かって道徳的な一応の当為としての遵法責務が存在することを説くのはまったく的外れである。A.J. Simmons の執拗な遵法責務論批判の基本的構造はまさにこの事情の下で容易に理解できるだろう。遵法責務論の正当化のために道徳的な一応の当為を与えてくれると目される様々な道徳原理を集めてきて、遵法責務の正当化に使えそうなものをまとめて「あわせて一本」式に遵法責務が正当化されるというやり方は機能しない。というのも、遵法責務を正当化しているとされる道徳的諸原理それら自体の与える諸々の一応の当為から終局的当為を得る際に、途中の計算結果として遵法責務が出てくるような計算経路（或いは諸理由の考量経路と言ってもよいが）を辿らなければならない理由は道徳中のどこにも存在しないからである。個別の事例についてその都度そうした諸原理の与える道徳的な一応の当為をその都度考量するという方式を採用（その場合遵法責務はお呼びでないわけだが）行為主体に如何なる道徳的過誤も見出すことはできない。これ

3. 更に法定犯型非行為指導モデルをも受容し、内的観点が信仰であることを認める（いまや——たとえ距離を置いたものであろうとも——内的観点から為される実定法学は神学である）^{*31}。

が Simmons の批判的議論の一貫した構造である。この問題を回避するほぼ唯一可能な方法は、それ自体は他の一応の当為からの途中の計算結果ではないような原始的な一応の当為として遵法責務を理解することである。それは原始的な一応の当為なのでそれ以上正当化することができない（Ross 的な直観主義的リストに載っている項目と同様に）。つまり、遵法責務が原始的な一応の当為であることは直観的に明らかであると断じた上で、それを前提に法理論へと進むのである（遵法責務を直観的に見出せないような法体系の存在を可能にするような法理論はそのことによって誤っている）。私にはこれは馬鹿げているように見える。私の提案は、遵法責務は原始的な当為を与えるが、それは道徳的当為ではない当為なのだというものである。Keith Culver のように美学的当為だとみることでもできるかもしれないし法的当為だとみてもよいだろう（cf. “Legal obligation and aesthetic ideals: A renewed legal positivist theory of law’s normativity.”, *Ratio Juris*, 14, 176-211.）。或いはなにかもっと別の当為であるかもしれない。Fuller の「法は人間行動をルールに服さしめんとする企て」であるという主張について、人間行動がルールに服しているという状態そのものにある種 Leibniz 的な宇宙論的形而上学的善を認めることができるかもしれない。その場合にはその善さに基づいた遵法責務は原始的な形而上学的当為であるだろう。私自身は、遵法責務を原始的な法的当為とみなす見解に与したい。道徳に従う理由を自己利益に求めようとする Hobbes 的な試みが的外れであるのは、そのような主体が既に道徳を内在的に受容し損ねているからである。同様に、遵法責務論もまた法を内的に受容しそねている主体を前提とする問いであるしかない（法を内的に受容している主体は不服従ではなく「真の法は～である」という形で異議を申し立てるはずである）。道徳ですら内在的にそれを受容していないような主体についてそれを遵守すべき理由を説くことが不毛なのであるから、法についてそれを内在的に受容していないような主体にそれを遵守すべき理由を説くことが不毛であることに何の不思議もないであろう。Fuller の 8 条件は「法（*jus*）」という価値規範領域の内在的価値を体現するものであり、美が非道徳的価値であるように、非道徳的価値である。

^{*31} いわずもがなの補注：もちろん何かを「神学」と呼ぶことには一切の侮蔑の含みは込められていない。それは法を道徳とは独立のひとつの自律的な価値領域とみなし、その内在的価値を探索し構造化する営みである。