



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	正義と利益：法政策学の 2つの礎石
Author(s)	宇佐美, 誠
Citation	新世代法政策学研究, 10, 15-40
Issue Date	2011-02
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45062
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP010_002.pdf



正義と利益——法政策学の2つの礎石

宇佐美 誠*

1 主題の設定

法政策学の1つの重要課題は、法価値の考察である。なぜか。個人または集団にとって何らかの意味でより好ましい実現可能な状態がまだ実現されていないとき、問題が存在するということにしよう。問題は概念的には、各個人にとっての私的問題と、一国の居住者全体などの人々にとっての公共的問題とに大別される。公共的問題に対処するために統治機関によって策定され解釈され実施される行為指針が、公共政策である。そのなかで法律・行政規則・行政行為・判決等の形式をとるものを、法政策と呼ぼう¹。法政策学における個々の法政策の評価・提言は、しばしば法価値

* 本稿は、北海道大学グローバル COE「多分散型統御を目指す新世代法政策学」GCOE 研究会（北海道大学、2010年7月17日）における報告をもとに書き下ろした論文である。日頃から対話を通じて多くを学ばせていただいている長谷川晃教授には、本報告へのご教示と札幌滞在中のご厚情に対して心よりお礼を申し上げたい。また、質疑応答時間や研究会後に、多数の出席者からご質問・コメントを頂戴したが、とりわけ会沢恒・池田清治・郭舜・瀬川信久・田村善之・得津晶・町野和夫・吉田克己各教授からは、多くの示唆を与えられた。厚くお礼を申し上げる。

¹ ここで要約した法政策の理解のより詳細な説明として、Makoto Usami, “Law as Public Policy: Combining Justice with Interest,” in Tadeusz Biernat and Marek Zirk-Sadowski (eds.), *Politics of Law and Legal Policy: Between Modern and Post-Modern Jurisprudence*, Warsaw: Wolters Kluwer Polska, 2008, pp. 293-295. 宇佐美誠「政策としての法」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界Ⅲ 法実践への提言』東京大学出版会、1999年、149-152頁も参照。

を根拠とする。例えば、「検閲制度は表現の自由を侵害する」という言明は、特定の自由を理由としてある政策を批判するものであり、「平等の理念は極端な所得格差の是正を要求するから、所得税の累進性を強化すべきだ」という主張は、平等に訴えかけて一方向の政策改革を主張している。このように、法価値が法政策の評価・提言の根拠とされる以上、法価値の分析は法政策学的重要課題に含まれるはずである。

本稿では、法価値の探究の長い歴史をもつ法哲学の研究蓄積を活用しつつ、とりわけ基底的だと考えられる法価値について考察を行う。その考察は、法政策学の2つの代表的学説とはいささか異なる仕方で行う。阿部泰隆の政策法学は、行政法において解釈論上および立法論上の多数の具体的提言を提供している²。もっとも、その実践的豊穡性に比して、理論的体系化が十分に進められているとはいいがたい³。他方、それに先立つ平井宜雄の法政策学は、民事法に重点をおいた体系的理論化の先駆的な試みであった⁴。だが、「効率性」・「正義性」等の語の規約定義を重ねるいわば定義的方法是、パレート効率性のような定義的概念の考察には適している反面、後述するように、法政策の評価・提言の文脈における正義・自由・平等などの解釈的概念を適切に扱えないと思われる。また、平井が後に、目的＝手段決定と法的決定は相容れないという見解にいたったことにも、少なからぬ疑問がある⁵。これらの点を踏まえて、本稿では、阿部とも平井とも異なる仕方では法価値の探究を試みる。

法政策の評価・提言の根拠として、自由・平等・参加・公開性・効率性など、じつに多様な価値への訴えかけが従来なされてきた。だが、法政策学の体系化を図るという本稿の志向性からは、阿部とは異なっておカムの剃刀にしたがい、可能なかぎり少数の基底的価値を措定した上で、他の

多数の価値を基底的価値の組み合わせによって説明するという途が考えられる。その1つの試論として、正義と利益のみを基底的法価値に位置づける理論を提出してみたい。正義が最重要な法価値であることに疑いの余地はない。正義と法の密接不可分な関係は、正義を意味する“iustitia”や“Gerechtigkeit”が、法および権利をさす“ius”や“Recht”の綴りを含むという言語的事実にも表れている。それとは対照的に、利益を正義と並ぶ基底的法価値として位置づけることは、一部の法哲学者にとっては、論争の余地ある主張、さらには端的な誤りだと感じられることだろう。利益を基底におく法政策理論が説得力をもつと考えられる法哲学上の諸論点については、後に論じたり触れたりする予定である。ここではさしあたり、民法学における履行利益・信頼利益・逸失利益、商法学での利益配当・利益準備金、刑法学の法益、行政法学の反射的利益など、利益概念を包含するか、あるいはこれに近接する多数の諸概念が、少なからぬ法領域で現に活用されているという法言語的事実を確認するにとどめておく。

正義と利益に関する以下の考察は、概念 (concept) と概念観 (conception) の区別に基づく解釈的方法によって進められる。この区別は、ジョン・ロールズが用いて以来流布し⁶、ロナルド・ドゥワオーキンによって多様な文脈で活用された⁷。では、概念と概念観はどのように異なるか。積極的是正措置は平等を促進するのか阻害するのかをめぐる論争を例にとろう。論争者たちは、平等が具体的に何を要求し許容し禁止するかに関して、見解を異にしている。にもかかわらず、ここで生じているのが単なる意見のすれ違いでなく、同一の理念をめぐる真の論争であるならば、その参加者たちは、平等の抽象的意味について一致しているはずである。この抽象的

⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*, rev. ed., Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999, pp. 5-6, 8-9 (original ed., 1971) [川本隆史・福岡聡・神島裕子訳『正義論 改訂版』紀伊國屋書店、2010年]。

⁷ E.g., Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, with a new appendix, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978, pp. 134-136, 226 (original ed., 1977) [木下毅・小林公・野坂泰司訳『権利論』増補版、木鐸社、2003年、小林公訳『権利論Ⅱ』木鐸社、2001年]、Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, pp. 39-42, 48-50, 152-153; Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, pp. 71-72, 74-76 [小林公訳『法の帝国』未來社、1995年]。

² 阿部泰隆『政策法学の基本指針』弘文堂、1996年、同『政策法学講座』第一法規、2003年等。

³ 例えばある著書では、抽象度・性格の大きく異なるじつに16個もの政策評価規程が、並列的に説明されている。阿部『政策法学の基本指針』61-101頁。

⁴ 平井宜雄『法政策学——法制度設計の理論と技法』第2版、有斐閣、1995年（初版、1987年）。

⁵ 宇佐美「政策としての法」155-156頁。

意味が平等の概念であり、相異なり競いあう平等の具体的意味が平等の概念観つまり平等観である。相異なる概念観が同一の概念の解釈を競いあうという解釈の方法は、それぞれの概念観が社会实践にどのように、どのくらい適合するかという適合性の次元と、各概念観がどんな仕方、どこまで当該実践を道徳的に魅力あるものとして示しているかという道徳性の次元とをあわせもつ。法政策の評価・提言の根拠とされるとき正義も利益も、平等と同じく解釈的概念だと考えられる⁸。そうだとすれば、正義や利益の考察に際しては、平井が採用した定義的方法よりも解釈的方法の方が適している⁹。

本稿が提示し擁護したいのは、法政策学上のいかなる政策評価も政策提言も、正義と利益の双方を考慮に入れるべきだという主張である。これは一方では、法の目的を正義に限定するか、あるいは他の諸目的の存在は承認しつつそれらを瑣末視するいわば正義一元論に対して、異議を申し立てるものである。他方では、いわゆる規範的な法と経済学における最近の論争喚起的著作に見られる効率性一元論を退けてもいる¹⁰。パレート効率性をはじめとする効率性の諸概念は、利益の一部に関わるものとして位置づけられ、そして正義によって補完されねばならないと考える¹¹。正義一元

⁸ 宇佐美誠「効率性と正義——法と経済学の基礎理論のために」同編『法学と経済学のあいだ——規範と制度を考える』勁草書房、2010年、4頁を参照。なお、同一の概念が、それが語られる言説領域次第で、定義的概念にも解釈的概念にもなりうることに留意したい。例えば、民主制は、政治参加の機会拡大を提言する法政策学上の根拠として訴えかけられるときや、司法審査の正統性をめぐる憲法理論的論争のなかで語られるときには、解釈的概念である。他方、例えば比較政治学において、民主国家の数の経年的増加が示される際には、操作的な定義的概念として用いられている。

⁹ もっとも、解釈的方法という基本枠組の内部で、範囲を限定して定義的方法を併用することは可能だと考える。こうした重層的方法を用いた法概念の考察として、宇佐美誠『公共的決定としての法——法実践の解釈の試み』木鐸社、1993年。須賀晃一「法と経済の情動的基礎」『法学と経済学のあいだ』187頁も参照。

¹⁰ Louis Kaplow and Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2002.

¹¹ 確かに、効率性を1つの基礎概念とする経済学における法の概念観群と、正義を

論と効率性一元論の双方を排することは、両者を足して二で割る折衷案を示唆するものではない。むしろ、個々の法政策が対処しようとする公共的問題の諸相や、その対処法がもつ諸側面を、正義および利益を基軸とする多角的観点から分析するという途を模索したいのである。

上記の主張を説明し擁護する過程では、私自身の専門分野である法哲学における研究蓄積を何よりもまず活用したい。わが国の正義論の研究成果から学びつつも¹²、直接には古代以来の西欧正義思想史上の知的資源、今日の国際的哲学界における主要理論、そして実定法学とも交錯する論点とについて、その一端を参照する。無論、法哲学の成果の活用は、他分野の知見の未利用を意味しない。むしろ、以下の考察では、倫理学・経済学等の概念や分析装置も用いられていることを、読者は見出すだろう。

次節以降の考察は以下のように進む。まず2で、倫理学で一般に用いられている理論の分類を出発点として、正義と利益を考察する際に採用する見解の分類を行い、両概念の多面性を示す。次に3で、正義の古典的な思想や標語を手がかりとして、正義概念の定式化を試み、その構造を明らかにする。続いて4で、利益概念がもつ多様な諸側面を区別し、若干の法制度との関連性も指摘する。5では、正義と利益を含む価値間関係について、従来の諸見解を整理した上で、新たな方向性を提案する。これを受けて6では、法哲学における契約法の基礎という論点を取り上げて、契約法において正義と利益がいかなる関係に立つかを考察する。最後に7で、前節までの論旨を要約し、予想される誤解や批判に応答する。

奉じる法学での法概念観群との間には、いくつかの顕著な異同がある。2群の概念観の相違点を多角的に析出する分析として、長谷川晃「法と経済学をめぐる法概念の相剋」『法学と経済学のあいだ』。それらの相違点を踏まえた上で、あえて両者の架橋の可能性を探究することに、私は関心がある。宇佐美「効率性と正義」を参照。

¹² 正義概念を考究する代表的著作には、次のものが含まれる。井上達夫『共生の作法——会話としての正義』創文社、1986年、長谷川晃『公正の法哲学』信山社、2001年。

2 理論の分類学

正義概念と利益概念がそれぞれもつ多面性を浮かび上がらせるための予備的作業として、本節では規範的理論の分類を行う。倫理学や政治哲学では、目的論と義務論という伝統的二分法を背景として、帰結主義と義務論の対峙図式が広範に用いられている。帰結主義のなかで最も知られた立場は功利主義であり、義務論の代表例はカント倫理学だとされる。だが、個人の行為や政府の政策を評価する際に、その行為・政策から生じる結果状態のみに視野を限定する立場と、結果状態を他の考慮事由よりも優先させ、あるいは前者に後者よりも大きな重みを与える立場とが、必ずしも区別されずに帰結主義に含められているため、やや厳密性を欠くと思われる。

そこで、二分法に代えて三分法を採用するのが望ましいだろう¹³。行為や政策について評価・提言を行う際に、これらがもたらす結果状態を排他的に参照する一群の見解を、帰結主義と呼ぶことにする。それとは対照的に、結果状態を考慮から除外して行為・政策それ自体やこれらの目的のみに着目する立場を、反帰結主義と名づけよう。これは、義務論と呼ばれてきたものに等しい。そうすると、結果状態と行為・政策それ自体やその目的との双方を視野に収める見解群が当然ありうるが、これを非帰結主義と呼びたい。結果状態を他の考慮事由よりも重視する上記の見解は、非帰結主義のなかで帰結主義に親和的な立場として位置づけられることになる。

次に、帰結主義においては、あるいは非帰結主義でも結果状態を考慮に入れるかぎりでは、いかなる観点から結果状態を評価するかが問われる。この問いへの解答も、概念的には3つに類別できる。快苦・選好・欲求充足という個人の心理的状态のみに基づいて結果状態を評価する見解群は、厚生主義と呼ばれる。これに属する最も著名な思想伝統は、(大半の諸形態の) 功利主義である。厚生主義とは対照的に、心理的状态とは異なる要素だけを考慮する多様な見解は、反厚生主義と呼びうる。その代表例は資源主義である。資源主義の先駆的理論は、ロールズが提示した社会的基本財の分配という正義理論の舞台設定であり、別の代表的学説としては、厚生平等主義を批判して資源平等主義を提唱したドゥワーキンの平等理

¹³ 宇佐美「効率性と正義」5-7頁。

論が挙げられる¹⁴。アマルティア・センにより提唱され、マーサ・ヌスバウムらによって展開された潜在能力アプローチは¹⁵、実証研究で応用されている反厚生主義の別の有力な見解である。そして、厚生主義と反厚生主義という両端の間には、効用と財や人間の機能との双方を考慮に入れる混種的な非厚生主義が位置する¹⁶。

このような理論の分類を利益概念と正義概念に適用したとき、次の対応図式が想起されるかもしれない。利益は、帰結主義者とりわけ厚生主義的帰結主義者が称揚する価値であるのに対して、正義は、反帰結主義者が奉じる価値だというのである。功利主義の父祖ジェレミー・ベンサムが幸福を中核的概念としたことや、ロールズが自説を義務論的理論と呼んだことは、この対応図式の傍証となるように見える。

しかしながら、事柄はそれほど単純ではない。一方では、結果状態に還元されえない行為それ自体や行為機会がもたらす利益が存在する。例えば、選挙権は、市民の資格(citizenship)を象徴するという利益を提供しており、また投票行動は、支持する候補者の当選という帰結上の利益を追求する道具的行為であるのみならず、政治的意見を表出する満足感という過程上の利益を享受する本来的行為でもある¹⁷。こうした公共的過程への参加の行為・機会がもたらす非帰結的利益は、政治参加に限らず、近時導入さ

¹⁴ Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 54, 79; Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, pp. 11-119 [小林公・大江洋・高橋秀治・高橋文彦訳『平等とは何か』木鐸社、2002年]。

¹⁵ E.g., Amartya Sen, *Commodities and Capabilities*, New Delhi: Oxford University Press, 1999 (original ed., 1985) [鈴木興太郎訳『福祉の経済学——財と潜在能力』岩波書店、1988年]、Martha C. Nussbaum, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, New York: Cambridge University Press, 2000 [池本幸生・田口さつき・坪井ひろみ訳『女性と人間開発——潜在能力アプローチ』岩波書店、2005年]。

¹⁶ 鈴木興太郎は、ここで言う反帰結主義を含む広い意味で非帰結主義を定義した上で、帰結主義／非帰結主義の各形態がもたらす社会的選択理論上の結果を解明している。鈴木興太郎『厚生経済学の基礎——合理的選択と社会的評価』岩波書店、2009年、306-371頁。

¹⁷ 宇佐美『公共的決定としての法』240-242頁、宇佐美誠『決定』東京大学出版会、2000年、134-136頁を参照。

れた裁判員制度などの司法参加にも見出される。他方、正義が伝統的に論じられてきた主要な文脈の1つは、分配結果である。今日の正義論においても、ロールズが論じた社会的基本財の分配規準としての正義原理は、社会の基本構造という中間項的狀態に関わり、またドゥウオーキンが法における正義の内容として唱えた資源の平等は、理想的分配狀態を描出するものである。

これらを考え合わせると、利益／正義の対比と帰結／過程の区別とを組み合わせ、2行2列の概念的行列を想定するのが適切だろう。帰結的利益・帰結的正義・過程的利益・過程的正義である。功利主義は、厚生主義的に把握された帰結的利益の最大化をめざすのに対して、社会的基本財の分配論や資源平等主義は、帰結的正義を扱う。前述のような政治参加の行為・機会がもつ価値という観念は、過程的利益に含まれ、またロールズが分析した手続的正義や、ドゥウオーキンが法の一理念とした手続的デュー・プロセスは¹⁸、いずれも過程的正義に属する。個別具体的な法政策の評価・提言においても、4つの範疇はみな重要である。仮説的補償原理や費用便益分析は帰結的利益に関わり、またある現行政策が帰結的不正義をもたらしているという評価は当該政策の改革を求めるだろう。民主制における政治参加や司法参加がもつ一側面は過程的利益の増進であり、訴訟における手続保障は過程的正義に仕える。

3 正義概念

本節では、法政策学の一方の礎石として位置づけられた正義概念を考察する。さまざまな正義観から区別され、しかもそれらの正義観が受容する正義概念とは、いかなるものだろうか。この設問への十全な解答を提出しようとするれば、二千数百年におよぶ西欧正義思想史を回顧する必要があるだろうが、そうした大規模な作業にここで取り組むことは元よりできない。そこで、3つの古典的な思想や標語を手がかりとして、正義概念の定式化を試みよう。

1つは、アリストテレスの正義思想である。彼によれば、人間にとって

¹⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 73-78; Dworkin, *Law's Empire*, pp. 164-165, 218-219.

の最高善は幸福であり¹⁹、この幸福を可能とする魂の徳は、思考の働きとしての徳と、人柄としての徳に大別される²⁰。人柄としての徳の1つに正義の性向（δικαιοσύνη）があるが、その考察のなかで、事柄の正しさである正義の事象（δίκαιον）も論及されている。彼の思索は、「不正義の人」という語の広狭二義を出発点として、次のように進む²¹。不正義の人と当時呼ばれたのは広義では、法に反する人である。アテナイを含む古代ポリスにおける法は、慣習法を中心とし社会道徳から分化していなかったから、法違反は悪徳の全体に等しい。他方、不正義の人とは狭義には、自らが受けるべきものを超えて欲する食欲の人であり、これは均等に反する人だという。こうした不正義の人の2つの意味に対応して、広義の正義の性向は、法を遵守するという諸徳の総体を、また狭義のそれは、均等にするという特定の徳を意味する。ただし、広狭いずれの意味でも、正義の性向は、他者に対する関係のなかで現れるという対他性のゆえに他の諸徳と異なる。正義の性向とコインの裏表をなす正義の事象は、広義には法が遵守されていることを、狭義には均等が達成または回復されることを意味する。狭義における正義の性向や正義の事象がさらに分節化されたのが、かの配分的正義と匡正の正義の区別である²²。だが、ここでの議論の目的からは、他の諸徳から区別された固有の意味での正義が均等だとされている点を確認すれば足りる。

次に着目したい定式は、ウルピアヌスの著名な定義である²³。それによれば、「正義（iustitia）とは、各人に彼の権利（ius）を帰そうとする恒常的かつ不断の意思である」（*Digesta* 1.1.10.）。この定義から「各人に彼のものを」という標語が抽出され、正義の中核的意味として広く用いられるよ

¹⁹ EN 1095a, 1097a-b [加藤信朗訳『アリストテレス全集13 ニコマコス倫理学』岩波書店、1973年]。

²⁰ EN 1103a.

²¹ EN 1129a-1130b.

²² EN 1130b-1132b.

²³ ここで言う定義は、定義的概念におけるような名辞定義、すなわち語の使用法に関する規約ではなく、事物定義、すなわち最近類と種差により事物の本質を言い当てようとする言明である。

うになった。こうした観念は、ストア派を経由してアリストテレスにまで遡る。

取り上げたい最後の標語は、「類似の諸事例は類似の仕方であえ (treat like cases alike)」²⁴、あるいは H・L・A・ハートによる補足を含めると、「類似の諸事例は類似の仕方、相異なった諸事例は相異なった仕方であえ」である²⁵。この標語が表す平等処遇の要請は、ハートに先だち、カイル・ペレルマンにより形式的正義として定式化された²⁶。彼は、形式的正義と具体的正義を区別する。例えば、ある財を、〈各人の功績に応じて〉という規準にしたがって分配すると仮定しよう。この分配のためには、まず分配対象者を、最も功績が大きい人たち、次いで功績が大きい人たち、…まったく功績がない人たちというように区分する必要がある。ペレルマンは、この各区分を本質的範疇と呼ぶ。彼が言う形式的正義は、同一の本質的範疇にある諸存在が、何らかの行為原理にしたがって同じ仕方であえられることを要請する。形式的正義は、行為原理が何であるかを定めないから、その原理に関する相異なった見解が並立するだろう。これが具体的正義である。〈各人の功績に応じて〉の他に、〈各人に同一物を〉、〈各人の必要に応じて〉など、6つの具体的正義が取り上げられ、検討されている²⁷。

以上3つを手がかりにすると、正義概念は、権衡すなわちよき釣り合いとして理解できると思われる。権衡は2つの次元をもつ²⁸。第1は、個人ま

たは集団が過去になした行為や現在もつ属性と、当該の個人または集団に与えられる利益や課される不利益とが、釣り合っているという対象内次元の権衡である。ウルピアヌスの定義はこれに関わる。第2は、レヴエン・トな観点から見て、諸個人または諸集団が類似の行為をなしたか、近似した属性をもつとき、その処遇が等しく、また諸個人または諸集団が類似の行為をなさなかったか、近似した属性をもたないときには、その処遇が異なるという対象間次元の権衡である。ペレルマンやハートが注目した平等処遇の標語は、この種の権衡を表している。

正義概念に含まれる2つの次元の権衡を、具体例で説明しよう。ある研究科に、重責の役職を務めた教員はそうでない教員よりも短い期間でサバティカル休暇の資格をえられるという制度があると仮定しよう。原則的には7年間ごとにサバティカル休暇の権利をえるが、研究科長を務めた人は5年間で、また研究科内のいずれかの専攻長を務めた人は6年間で、それぞれこの権利をえる。この制度は、過去の役職に伴う責任の重さとサバティカル休暇を待つ期間とが単調減少の関係にあるという意味で、対象内権衡を満たしていると言える。さて、ある専攻の専攻長を務めたA氏と、別の専攻の専攻長を務めたB氏が、直近のサバティカル休暇後の5年目に次年度の休暇を申請したとする。このとき、対象間権衡は、両人の申請を等しく認めることを要求する。

2つの次元の権衡は、法実践においてときに衝突する。刑事訴訟での量刑判断、民事訴訟での損害賠償額の算定、あるいは何らかの利益・不利益の分配において、対象内権衡を損なう司法的決定が行われたと仮定しよう。これと類似の事案が生じた場合に、対象間権衡は、対象内権衡を害する決定が再び行われることを求めるように思われる。このような衝突を指摘した上で、ドゥウォーキンには、資源の平等を理想とする正義とは別個の法的理念として、一貫性 (integrity) を提示し擁護した²⁹。一貫性は、政府が、一組の整合的な諸原理を根拠として政治的決定を行うことを要請する。この理念がとくに強く求められる司法において、裁判官は、過去の諸判決の総体を正当化する最善の諸原理によって正当化されるような判決を下すよう求められる。だが、正義を、対象内次元のみならず対象間次元もそな

²⁴ この標語はしばしば、「等しきものは等しく扱え」と訳されるが、そこでの「等しき」は、原語表現から明らかなように、同一性ではなく類似性を意味している。

²⁵ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., ed. by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 159 (original ed., 1961) [矢崎光圀監訳『法の概念』みすず書房、1971年]。

²⁶ Ch. Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, trans. by John Petrie, London: Routledge & K. Paul, 1963, pp. 11-29.

²⁷ ペレルマンによる形式的正義と具体的正義の区別は、概念と概念観の区別に一見類似している。しかしながら、ペレルマンの正義理論は、彼がまだ実証主義的立場にあった初期に構築されたため、対立しあう具体的正義の間の選択は恣意的ではないという主観説的主張を伴っており、解釈説的見地からは賛同しがたい。Ibid., pp. 45-59.

²⁸ Usami, "Law as Public Policy," p. 298; 宇佐美「効率性と正義」11-12頁。

²⁹ Dworkin, *Law's Empire*, pp. 164-275.

えた立体的理念として捉えるならば、ドゥワーキンが指摘した正義と一貫性の衝突は、正義内部における対象内権衡と対象間権衡の衝突として理解できるように思われる。

4 利益の諸相

法政策学の他方の礎石として措定された利益概念に目を移そう。以下では、利益概念について3通りの区別を行いたい。第1の区別は、利益をいかなる術語で把握するかに関わる。「利益」という語は今日では、多くの人に金銭という経済的利益を想起させるだろう。だが、金銭がなぜ利益なのかとあえて問われれば、多くの人は、金銭によって商品を購入でき、商品の消費は満足感をもたらすからだと答えるだろう。もっとも、商品化されえない愛情・友情や達成感・名誉も満足感を生むと付け加える人も、少なくないと思われる。さらに、例えば行為の機会のように、たとえ満足感を高めなくとも利益と呼べるものがあるという指摘も、出されるかもしれない。「利益」がもつ多様な意味は、“interest”の語源的事実によっても示唆されている。この語は、ラテン語の“inter-”（間に）と“esse”（ある）が合成された動詞“interesse”（関わっている、重要である）を語源とし、後代になって利子も意味するようになったのである。

利益がもつ相異なった側面にそれぞれ焦点をあわせると、いくつかの利益観を区別できるだろう。快苦・選好・欲求充足として利益を把握する一群の見解は、厚生的利益観と呼ぶ。これは、2で見た厚生主義と親和的である。契約が締結され履行されるとき、契約当事者間でパレート効率性が達せられるから、厚生的利益観は契約法の説明の一部で有用性をもつ。次に、資源的利益観と総称できる立場は、所得や資産に焦点をあわせる経済的利益観、財の集合として利益を捉える物質的利益観、さらに諸自由や機会に注目する社会的利益観に区分けされる。ロールズの社会的基本財は、経済的利益観と社会的利益観が合わさった観念だと言える。いずれの形態であれ、資源的利益観は反厚生主義につながる。反厚生主義に属するさらに別の捉え方として、潜在能力的利益観を挙げられる。これが説得力をもつ法領域には、例えば社会福祉がある。このように、利益の心理的側面が重要である法分野も、資源的側面が関連してくる法分野もあるならば、両

者ともに勘案する混合的利益観が適切だと思われる。これは非厚生主義に結びつく。

第2に、利益は公益と私益に大別される。公益とは——近年有力な公／公共／私の三元論を措くと——公共的利益を意味すると言ってよいだろう。では、ある利益を公共的利益にする公共性とは、いかなる性質であるか。これは見解が分かれる論点だが、私自身は、公共性とは人々に関わるという性質だと論じてきた³⁰。ここで言う人々とは、その構成員が多数に上り、利害も価値観も多様であり、互いに疎遠である個人の集合を意味する。その範型事例は一国の居住者全体である。だが、より狭くは、北海道や札幌市のような地域社会の住民全体も、またより広くは、ヨーロッパ連合（EU）のような国家の連合体や集合体の居住者の総体、さらに文脈次第では地球上の人類全体も、人々に含まれる³¹。他方、公共性の対極にある私性とは、人々を構成する他者から離れているときの個人、すなわち人々全体の一員でないときの個人に関わるという性質だと考えてきた。その典型例は、自室で独り思索に耽ける人である。個人をとりまく集団が、家族・友人のような少数・同質・親密なものから、隣近所・学校・大学・企業・業界などへと、次第に大規模化し異質化し疎遠化するにしたがって、集団の性格は、私性から離れて公共性へと近づいてゆく³²。つまり、私性と公共性は、グラデーションの両端として表象される。

私益と公益もまた、利益のグラデーションの両端に位置づけられる。その点とも関連するが、私益と公益の区別は、私的財と公共財のそれとは必ずしも一致しない。私的財の享受は私益だと言えるが、いわゆる地方公共財は人々の一部にとってのみ公共財的性格をもつから、その享受は私益と

³⁰ 宇佐美『公共的決定としての法』40-41頁、宇佐美誠「公共性の構図・序説」『早稲田政治経済学雑誌』357号（2004年）66-68頁、同「法をめぐる公共性」山脇直司・押村高編『アクセス公共学』日本経済評論社、2010年、60-62頁。

³¹ したがって、公共性は、ローカル・ナショナル・リージョナル・グローバルという4つの重層的レベルで語られうる。

³² 私的極点としての個人に近接した集団という家族の位置づけは、公共的関心から隔絶された私的領域として家庭を捉える伝統的な領域的公私区分とは異なっており、またこの公私区分に対するフェミニズムの批判を免れている。宇佐美『公共的決定としての法』51頁注(57)、宇佐美「法をめぐる公共性」74-75頁を参照。

公益の中間に位置する利益だと考えられる³³。公益に資するのは純粋公共財であるが、経済学では通常、国防力がその例だとされる。ここでは法学的観点から、法的な権利・義務がもつ純粋公共財の性格を指摘しておきたい。市民の一般的・互酬的権利義務を定める憲法・民法・刑法等はもちろん、特定の範疇に属する公務員・市民のみを義務づける行政法上の諸法律も、それが国内居住者全体または不特定多数人の共通利益に資するかぎり、非競合性と非排除性を十全にそなえている³⁴。それに対して、裁判所が提供する司法サービスなどは、混雑現象を伴うから準公共財に属する。このように、程度の差はあれ公共財の性格をもつという意味で、法制度は公益を促進する。

第3に、意思的利益と反省的利益を区別したい。意思的利益とは、ある個人が、実際に欲求しているものを保持するか達成するときに獲得される利益である。これは、厚生主義と結びついた観念である。民主制の下では、市民の多様な意思的利益が、議員選挙と国会での議決を経て集約され、法律に具体化されると言われるだろう。

もっとも、意思的利益の法律への具体化は、少なくとも2種類の制約に服する。まず、周知の通り、立憲民主制の下では、憲法上の権利を侵害する法律は無効とされる。次の例を考えてみよう。人口100万人の国で、小規模な新興宗教の信者500名全員が、街頭で熱心に布教活動を行うが、彼らを異端視する圧倒的多数派は、この布教活動を不快に感じている。あるとき議会に、当該宗教団体に対してのみ布教を禁じる法案が提出された。説明の便宜のために、ここでは個人間比較可能な基数効用を暫定的に仮定しよう。法案が可決された場合には、信者の効用は、現状から平均20単位減少するが、他の市民の効用は、平均1単位増加する。このとき、人口全体では990,000単位増加するから、私的な意思的利益の総計としての公益という観点からは、宗教的少数派のいわゆる選好強度を考慮に入れてもおお、可決が望ましいとされるだろう。しかし、この国がわが国に類似した

憲法をもつならば、当該法案は、法の下での平等、信教の自由、表現の自由を侵害するから、その可決は憲法上禁じられており、また万一可決された場合には司法審査により違憲とされるはずである。そして、憲法上の権利を含む権利には、普遍化可能性、すなわちある個人・集団に特定の権利を附与するならば、類似した別の個人・集団にも同一の権利を保障すべきだという要請が内在している。この普遍化可能性は、正義概念に含まれる対象間次元の権衡から導かれる。結局、意思的利益の立法的集約は、正義の要求を内包する憲法上の権利によって制約されるのである。

意思的利益の法律への具体化に対するもう1つの制約として、ドゥウオーキンが提唱する一貫性がある。例えば、妊娠初期の中絶に対する法的禁止の是非をめぐる世論が二分している国において、政治的妥協として、西暦の奇数年生まれの女性については中絶を禁じつつ、偶数年生まれの女性の中絶を認める法律が制定されたとしよう。こうしたチェッカー盤的法律は不当だと、われわれはただちに断じるはずだが、この直観的判断を正当化できる法的理念が一貫性なのだという。本稿の枠組では、件の直観的判断は、正義を含む対象間権衡によって正当化されることになる。意思的利益の集約は再び、正義からの制約に服することになる。

個人の反省的利益とは、十分な関連情報、欺罔・脅迫の不存在、一定以上の知的能力、冷静な精神状態などの条件が満たされるならば、当該個人が欲求するだろうものを意味する。法哲学において反省的利益に類似した観念が活用されてきた1つの文脈は、パターナリズムの正当化である。麻薬の禁止、シートベルト着用の義務づけ、強制保険などは、強制対象者の意思的利益に反するが、反省的利益にはかなうと言える。また、それにとどまらず、意思無能力・行為能力制限等の多様な法制度が、拡張された反省的利益を根拠として正当化されうるだろう。その反面、法による道徳の強制が反省的利益を理由として主張される虞がある。例えば、同性愛行為は著しく不道徳だから、その犯罪化は行為者を道徳的墮落から救済するので、行為者の反省的利益を増進すると主張されるかもしれない。反省的利益の観念は、法的言説において有用であると同時に危険ともなりうるのである。

³³ なお、公害のように、私的財の生産・消費が、一定範囲の不特定多数人に対する外部性をもつ場合には、私性と公共性の中間に位置する射程の影響が生じている。

³⁴ 法的権利・義務の純粋公共財的性格を、別所では憲法上の権利にそくして説明した。宇佐美「法をめぐる公共性」68頁。

5 正義と利益の関係

正義と利益はいかなる関係にあるのだろうか³⁵。この問いは、相異なる法価値がどのような関係に立つかという、より一般的な問いの一特殊形態である。さらに、後者の問いを図とする地をなしているのは、道徳的価値はどんな関係にあるかという、いっそう一般的な論点である。この極めて一般的な論点をめぐって、価値一元論（道徳的一元論）と価値多元論（道徳的多元論）という二つの学説群が対峙してきた。価値一元論の1つの形態は、すべての道徳的価値が単一の終極的価値に還元されると主張する。これに属する最も著名な思想伝統は、功利主義である。別の形態は、単一の至上的価値の下に、他のあらゆる価値が統合されると考える。1で言及した正義一元論は、その一例である。

価値一元論と対峙する価値多元論は、単一の価値に還元不可能で、相異なった道徳的価値が並存すると論じる。価値多元論者のなかでも、価値衝突の遍在性を強調した代表的思想家が、アイザイア・バーリンである。彼は次のように述べる³⁶。相異なった文化間でも、同一文化内の集団間でも、同一集団内の個人間でも、そして同一個人の胸中でも、諸価値は両立不可能である。価値衝突こそが、価値とは何であるか、人間とは何者であるかの本質である。すべての善きものが共存する完全な全体という観念は、達成不可能であるだけでなく概念的に首尾一貫しない。例えば、厳正な正義は慈悲や共感と両立しないのだという。もっとも、価値衝突の典型としてバーリンが念頭においていたのは、むしろ自由と平等の対立だった³⁷。

バーリンのいわば不可避的価値衝突テーゼに対して、ドゥウォーキン

疑義を投じている。価値衝突の典型とされた自由と平等の対立について、ドゥウォーキンは次のように論じる³⁸。バーリンは自由（liberty）を、自らが望みうるどんなことを行う際にも他者から介入されない自由状態（freedom）として理解している。しかしながら、これは、われわれが奉じている自由観でない。自由はむしろ、他者をもつ適切に理解された道徳的権利を尊重するかぎり、自らが望むどんなことも行える自由状態を意味するかもしれない。このように解釈された自由は平等と衝突しない。では、2つの自由観のうちどちらがより優れているか。ある自由観によって、他の競合する価値の侵害を防止するために自由を侵害するものとして定義された行為が、実際には不正をなしていないならば、当該自由観は、自由の特別な重要性を示していないから不十分である。バーリンの自由観では、殺人の禁止さえも自由の侵害だとされるが、この禁止は不正を行っていないから、彼の自由観は支持しがたい。確かに、バーリンの見解よりも微妙だが、自由と平等の衝突を保証するような自由観もありうるが、しかし自由と平等の衝突を示すことは、バーリンが想定したよりもはるかに困難である。

ドゥウォーキンはバーリン批判によって、価値多元論を拒否し価値一元論を擁護しようとしているのではない。そもそも、彼が自らの論敵と位置づけるのは価値多元論一般ではなく、その強い形態である不可避的価値衝突テーゼだと解される。また、一部の価値一元論者は、上述のように諸価値の位階制を想定するが、ドゥウォーキンは位階制を退けている³⁹。これに代えて彼が示唆するのは、ある価値の概念観が別の価値の概念観に資すると同時に、その逆も成り立つという価値間関係である。

以上の概観から、諸価値の関係について、まずは3つの見解を抽出できる。価値多元論のなかでもバーリンの不可避的価値衝突テーゼは、相異なった価値が互いに戦闘状態にあるという、いわば争乱説を表明している。正義・自由・平等などの価値が解釈的概念だとする本稿の基本視角からは、争乱説では、互いに衝突しあうような各価値の概念観が採用されていると

³⁵ 本節の論述は、宇佐美「効率性と正義」12-15頁でのそれを若干修正したものである。

³⁶ Isaiah Berlin, *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, ed. by Henry Hardy, London: John Murray, 1990, pp. 12-13 [福田歓一・河合秀和・田中治男・松本礼二訳『バーリン選集4 理想の追求』岩波書店、1992年]。

³⁷ Cf. Isaiah Berlin, *Liberty*, ed. by Henry Hardy, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 212-217 [小川晃一・小池銑・福田歓一・生松敬三訳（部分訳）『自由論』みすず書房、1971年]。

³⁸ Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006, pp. 105-116 [宇佐美誠訳『裁判の正義』木鐸社、2009年]。

³⁹ Ibid., p. 160.

言える。争乱説とは対照的に、価値一元論者は、根源的価値に他のすべての価値が還元されると主張する還元説か、あるいは至上の価値を頂点とした諸価値の位階秩序を想定する位階説をとっている。

争乱説・還元説・位階説は、価値間関係について採用しうる見解のすべてを汲み尽くしているわけではなく、そのいずれとも異なる第4の見解がある。均衡説である。ドゥウォーキンによって示唆されたこの見解では、ある価値の一概念観が別の価値の一概念観と衝突する場合があることを承認した上で、衝突の調整と相互の補完を志向する。その目標状態は、ある価値の一概念観が別の価値の一概念観と整合しこれを補完するとともに、その逆も成立し、さらに両概念観と第3の価値の一概念観との間にも同様の関係が存在するという仕方、各価値の概念観が多方向的に補完しあうような諸価値のネットワークである。例えば、ある自由観が特定の平等観と支えあい、さらに両者が一民主制観とも整合するような各価値の解釈を志向することになる。このように相異なった価値が安定的な相互補完関係に立つような各価値の概念観を探究する方法を、ロールズの反照的均衡にちなんで⁴⁰、価値均衡と呼ぼう。2つの基底的法価値と想定している正義と利益の関係についても、法的世界のドームにおいて均衡を追求するという途が考えられる。こうした価値均衡を志向する法政策学のあり方を、法哲学上の具体的論点にそくして例示することが、次節の課題となる。

6 契約における正義と利益

正義と利益の価値均衡を志向する視座から、法概念と表裏をなす権利概念と、重要な法価値である自由とを説明することを別稿で試みた⁴¹。また、主要な法制度のうち刑罰と選挙権を取り上げて、その哲学的正当化を図った⁴²。本節では、法哲学の国際学界で過去30年間に研究が大きく進展して

⁴⁰ Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 18-19, 42-45.

⁴¹ 権利については、Usami, “Law as Public Policy,” pp. 300-302; 宇佐美「効率性と正義」15-17頁。宇佐美「法をめぐる公共性」64-66頁も参照。自由については、ibid., pp. 302-303.

⁴² Ibid., pp. 304-309.

きた契約法の基礎という論点にそくして⁴³、正義と利益の相互補完関係を例示するように努めたい。

契約法の基礎に関する主要学説として、今日では3つの理論がしばしば挙げられる。各理論の立ち入った検討は本稿の目的を超えるから、以下では簡潔に順次検討するにとどめよう。第1は約束説と呼びうる。その主唱者チャールズ・フリードは、個人の自律を称揚する立場から、将来の行為を自ら拘束する約束原理を中心にすえる契約理論を提示した⁴⁴。だが、約束者が後に翻意した場合に、契約法は約束者を、その現在の意思に反して利他的行為を行うか、さもなければ損害賠償によって償うよう義務づける⁴⁵。この義務づけはどのように説明されるか。約束のコンヴェンションの下では、約束行為が相手方に信頼（trust）を与えるが、契約違反によって信頼を裏切るとは、自らの意図に関する虚言に等しいからだと言明される⁴⁶。しかしながら、真正な意図の表明後に期間が経過して、その意図が変化することは、真正な意図とは別個の虚偽の意図を表明することと異なるから、契約違反と虚言の類比は説得的でない。また、約束原理は、約因法理や無償契約の非拘束性を含む契約法上の多くの制度を説明しえない。実際、フリードは、約束原理とは異質な種々の議論を苦心して提示している。こうした彼の学説全体の混種性は、約束原理が解釈理論としての適合性を十分にそなえていないことを図らずも露呈している。

第2の理論は信頼説と呼べる。信頼説は、判例法上の信頼利益の賠償を明らかにしたロン・フラーらの論文で先駆的に示唆され、後にパトリッ

⁴³ 契約法の基礎に関する主要な邦語文献としては、森村進『権利と人格——超個人主義の規範理論』創文社、1989年、147-200頁、内田貴『契約の再生』弘文堂、1990年、85-144頁、小林公『法哲学』木鐸社、2009年、195-219頁。

⁴⁴ Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.

⁴⁵ 契約法が、利他的行為を行わない当事者に損害賠償を義務づけることは、不法行為法が、加害行為の自制をしそこねた個人に損害賠償を義務づけることと対照的である。契約法がもつこの顕著な特徴のゆえに、いく人かの理論家は、契約法とJ・S・ミルのかの危害原理との緊張関係を指摘してきた。

⁴⁶ Fried, *Contract as Promise*, pp. 8-11.

ク・アティアによって本格的に展開された⁴⁷。その中核にあるのは、約束のゆえに相手方がいだいた信頼 (reliance) を保護するべきだという信頼原理である。アティア自身は、他の諸原理も契約法上の権原分配の根拠になるとしている。だが、信頼説の中核的主張がもつ説得力の程度を論定するために、信頼原理が単独でどこまで契約法の根拠となりうるかを検討してみたい。次の仮想例を考えよう。私が、海に面したある断崖を散策しているとき、はるか下方の海面で潮に流されかけている遊泳者を見つけた。偶然近くにあった長いロープを垂らすと、遊泳者は、それを見つけて懸命に泳ぎよってくる。彼が間もなくロープの先をつかめるという時点で、より低い隣の断崖から彼を引き上げる方がよいという考えが、私の脳裏をよぎった。それでもなお、私は、ロープを引っ込めて別の断崖に移ることを差し控える道徳的義務を負っているはずだ。その1つの——恐らく最大の——理由は、遊泳者の信頼を害してはならないことだろう。だが、遊泳者と私の間に、いかなる意味でも契約は締結されていない。このように、契約関係がない個人間でも、信頼保護の要請はときに生じうるから、非契約関係での信頼を除外して契約関係での信頼のみを保護するべき契約理論上の理由は何かが問われねばならない。この問いへの答えを、信頼原理は提供できないのである。

約束説と信頼説は、何が契約法の基礎であるかをめぐって対立するが、じつは同一の前提を共有している。それは、契約上の権利・義務が約束によって新たに発生するという前提である。この前提を否定して、契約上の義務とは、それ以前に保有していた物的支配権を相手方に譲り渡す義務だと考える第3の理論が、やがて現れた。これを譲渡説と名づけうる。ランディ・バーネットがその先鞭をつけた後、ピーター・ベンソンが異なる角度からこれを展開した⁴⁸。譲渡説は、約束説・信頼説の困難を回避できる

⁴⁷ L. L. Fuller and William R. Perdue, Jr, “The Reliance Interest in Contract Damages I,” 46 *Yale Law Journal* 52 (1936) and “The Reliance Interest in Contract Damages II,” 46 *Yale Law Journal* 373 (1937); P. S. Atiyah, *Promises, Morals, and Law*, Oxford: Oxford University Press, 1981. Cf. P. S. Atiyah, *Essays on Contract*, reprinted with a new chapter, Oxford: Oxford University Press, 1990 (original ed., 1986).

⁴⁸ Randy E. Barnett, “A Consent Theory of Contract,” 86 *Columbia Law Review* 269

反面、新たな困難に遭遇する。ウェズリー・ホーフエルトが構築し、ハートが洗練させた権利義務関係の図式を用いるならば⁴⁹、契約前に約束者がもっていた権利は、特定の不作为（または作為）の義務を他者に対して負わないという自由に属する。他方、契約後に被約束者がもつ権利は、約束者が負う特定の不作为（または作為）の義務に対応する請求権である⁵⁰。このように異質な2つを、同一の権利の譲渡によって説明することは、説得力を欠くだろう。

ここまでの簡潔な検討からも、契約法の基礎理論がはたすべき課題が浮き彫りとなる。契約理論は、従前からの権利を譲渡する制度としてではなく、新たな権利を創出する制度として契約を捉えた上で、約束者の自律とも被約束者の信頼とも異なる正当化根拠を見出さねばならない。この課題に取り組むよい出発点になると思われるのが、法と経済学を背景とした、いわば改善説である。経済学的には、契約の締結および自主的履行は、パレート改善の過程として捉えられる。しかし、約束者が後に翻意した場合には、契約違反による損害賠償や強制履行は、もはやパレート改善をもたらさない。では、損害賠償や強制履行はどのように正当化されうか。これらの制度が仮に存在しなければ、被約束者は、約束者が後に翻意する蓋然性を計算し、そのリスクのゆえに割り引いた価格なり商品量なりに達するまで交渉する必要がある。これは、契約締結までに要する取引費用の増大を招くから、過重な取引費用の負担を避けるため、諸個人は契約締結に対して消極的となるだろう。こうした結果は、社会のなかでパレート改善が生じる機会の減少を意味する。したがって、約束者への義務づけは、取引費用の増大を防ぐことにより、パレート効率性の達成を促している。パ

(1986); Peter Benson, “The Idea of a Public Basis of Justification for Contract,” 33 *Osgoode Hall Law Journal* 273 (1995).

⁴⁹ Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, ed. by David Campbell and Philip Thomas, Aldershot: Ashgate, 2001 (originally published 1919); H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1982, pp. 162-193 [小林公・森村進訳（部分訳）『権利・功利・自由』木鐸社、1987年]。

⁵⁰ Stephen A. Smith, “Towards a Theory of Contract,” in Jeremy Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Fourth Series, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 120.

レート効率的状態は、両当事者の私的・意思的・帰結的な利益に寄与する。そこで、取引費用を抑制してパレート改善の機会の利用を鼓舞する契約法は、私的・反省的・過程的な利益を、またその総計としての公益を促進する。

利益を基底におく改善説は、契約自由の原則の拡張を推奨するように思われる。だが、周知の通り、契約自由の原則は今日では、さまざまな場面で修正されている。改善説は解釈的方法上の一理論として、契約自由を修正する諸制度に適合し、同時にこれらを説得的に正当化しなければならない。一部の制約は、利益概念を根拠に説明されうる。例えば、殺人契約のように第三者を害する契約が無効とされることは、潜在的第三者の利益にもとづいて容易に正当化される。他方、利益概念のみによって説得的に正当化されうかが定かでない契約自由の原則の修正も、少なからず見受けられる。一例として、雇用契約を制約する最低賃金制度は、被用者の経済的利益に資する反面、人件費抑制を望む使用者の利益に反する。それだけではない。この制度は、最低賃金以下でも就労したいと考える求職者に対して就労を事実上禁止し、またとくに零細企業の場合には、最低賃金の法定がもたらす人件費上昇に対処するために、雇用者は新規雇用を抑制するだろう。その結果、求職者は、最低賃金未満の労働の機会を奪われるとともに、雇用機会全般の縮小に見舞われるという二重の過程的不利益を被ることになる。それゆえ、最低賃金制度が、被用者・雇用者・求職者を包括する公益を増進すると言えるか否かは、大いに論争の余地ある経験的な問いである。

だが、契約自由の原則に対する少なからぬ修正は、当事者間の不均衡の是正策としては正当化可能だと思われる。最低賃金制度は、使用者－被用者間に多かれ少なかれ見られる情報量・交渉力の格差が、被用者側にとって過度に不利とならないための防御壁として説明されうる。こうした当事者間の均衡の要請は、契約自由の原則の修正にとどまらず、契約違反時の損害賠償から約因法理まで、契約法上の多様な制度の正当化に現れる。そして、この要請は、正義概念に含まれる対象間次元の権衡から導出されうる。以上のような一片の考察からも示されるように、契約法において利益と正義は相互補完的關係に立つのである。

7 結 論

前節までの考察は、多様な論点に触れ、いくつかの区別を重ねつつ進む、やや複雑なものだったから、その要点を確認し、論述の道筋を跡づけておくのがよいだろう。私の議論は、法哲学の視座から解釈的方法を用いつつ、正義と利益を基底的法価値として措定する法政策学の一理論を素描しようとするものだった。その中核にあるのは、法政策学上のいかなる政策評価も政策提言も、正義と利益の双方を考慮に入れるべきだという主張であった。

初めに、法政策学の代表的学説である阿部の政策法学および平井の法政策学と対比しつつ、少数の基底的法価値の措定、概念と概念観の区別に基づく解釈的方法、法哲学上の研究蓄積の活用という本稿の特徴を説明した（1）。次に、予備的作業として、帰結主義／非帰結主義／反帰結主義および厚生主義／非厚生主義／反厚生主義の区別を行った上で、正義と利益がそれぞれもつ帰結面と過程面を指摘した（2）。こうした作業を踏まえて、まず正義概念を対象内次元および対象間次元の権衡として定式化した（3）。続いて、利益概念について、厚生の利益観／資源的利益観／潜在能力的利益観／混合的利益観、公益／私益、意思的利益／反省的利益を区別した（4）。そして、正義と利益を含む法価値がいかなる関係に立つかについて、争乱説・還元説・位階説を抽出した上で、そのいずれとも異なる均衡説を提案した（5）。さらに、契約法の基礎という法哲学上の論点を取り上げて、主要理論である約束説・信頼説・譲渡説を短く検討した。その上で、均衡説の観点から、上述の種々の区別を用いつつ、利益概念を基底におく改善説を、正義概念の対象間権衡の観点から修正する議論を示唆した（6）。

以上の議論は、いくつかの誤解や批判を招くかもしれない。ここでは、予想される5つの反応に応答しておきたい。第1に、正義の考慮と利益の考慮を適当に配合すると、最善の法政策が導出されるという演算手続が想定されているのだと仮に言われるならば、これは明らかに誤解である。解釈的方法に、正解の導出を保証する演算手続は存在しない。我々がなしているのは、解釈的論争を通じて現行政策を評価し、よりよい代替政策を模索することだけである。この応答は、ロールズが直観主義と呼んだ立場に帰

着すると難じられるならば⁵¹、それは別の誤解である。正義と利益の考慮は、規範的真実のなかで自らの道徳的直感のみにしたがって行われるのではない。すでに正義と利益が考慮に入れられた上で、策定され解釈され実施されてきた法政策の具体的文脈に定位して、道徳性と並んで適合性の次元をもつ解釈的方法を通じて行われるのである。

第2に、私が次のような立場にあると受け取る向きもあるかもしれない。正義概念と利益概念を分析するのが、法哲学者の役割であって、ある正義観とある利益観が実際に衝突するときに、両者をどのように調停するかは民主的過程にゆだねられるべきだというのである。しかし、これは正しくない。私は先に、市民の意思的利益の立法的集約が、正義の対象間権衡を背後にもつ憲法上の権利やチェッカー盤的法律の禁止によって制約されることを指摘した（4）。憲法上の権利がいかなる立法を禁止するか、またどんな法律がチェッカー盤的法律であるかに関する判定を、当該法律を望む多数派にゆだねることは、明らかに公正でない。そうすることはまた、立憲民主制という日本法を含む近現代法体系の基本原則に違背する。ある価値の概念観と別の価値の概念観が衝突するとき、法哲学者は、価値均衡の模索という困難な課題を、民主制の名の下に政治過程へと投げ出すことは許されないのである。

第3に、哲学的関心からは、基底的法価値という観念や契約法の基礎という論点への着目は、基礎づけ主義の表れだと言われるかもしれない。しかしながら、私は、個々の法価値の正当化論がより基底的なレベルへとつねに遡行するとは想定しておらず、正義と利益が自己正当化的価値または自明な価値だと主張しているのでもない。むしろ、相異なる正義観の対立や、競合する利益観の衝突は部分的には、自由・平等・自律等の他の法価値をそれぞれどのように捉えるかに起因すると考えている。そして、価値一元論の還元説・位階説が基礎づけ主義に属するのとは対照的に、均衡説は明示的に反基礎づけ主義に立つ。なお、「契約法の基礎」という論点の名称は、「所有権の基礎」・「刑罰の基礎」等と同種の慣用表現にすぎず、この論点に関する各説がみな哲学上の基礎づけ主義に立脚しているわけではない。

⁵¹ Cf. Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 30-36.

第4に、一部の法哲学者は、利益を一方の基底的法価値として位置づける私見を、法道具主義に与するものだと評するかもしれない。この評言に対しては、私に帰せられている法道具主義が厳密にはいかなる立場であるかと問う必要がある。法道具主義が仮に、法とは社会的利益の促進のみを目的とする手段にすぎないという法の概念観を意味するならば、正義を他方の基底的法価値とする私の立場は、明らかにこれに属さない。他方、これが仮に、法が正義とは別個の目的をもつことを認めるあらゆる法の概念観を広く指示するならば、念頭におかれている非-法道具主義は、あまりに狭隘な法の捉え方だと言わざるをえないだろう。重要なのは、法道具主義であれ他の何であれ、ある見解にどんなラベルを貼るかではなく、その見解がいかなる理由で何を主張しているかである。

第5に、より注意深い正義一元論の法哲学者は、私自身の論述の一部を梃子に、本稿が示したのとは異なる基本的構図へと私を導こうとするかもしれない。この法哲学者はまず、意思的利益の立法的集約が、正義の対象間権衡を内包する憲法上の権利などにより制約されるという指摘に注目するだろう。また、契約法の基礎について、利益基底的な改善説によって勧奨される契約自由の原則が、正義の対象間権衡を一根拠として正当化されうる制約に服しているという指摘にも着眼するだろう（6）。これらに見られる正義による利益の制約は、正義と利益という私の基本図式には適合しない。むしろ、利益とは畢竟は法の制御対象にすぎず、正義のみが基底的法価値の座を占めうることを例証しているというのである。

しかしながら、このような個別的論点から全般的構図への一般化は、やや早計である。2つの応答をしておきたい。まず、正義一元論者が着目した憲法上の権利は、正義の対象間権衡を含む一方で、市民に大きな利益を提供している。わが国の憲法が表現の自由の規定を欠いていると想像しよう。この憲法の下では、何人も、憲法上の権利として表現の自由を等しくもたないから、正義の対象間権衡が害されているとは言えない。にもかかわらず、表現の自由を保障しない憲法は、これを保障する憲法よりも明らかに劣ると、誰もが直感的に確信しているだろう。この直観的確信は何によって正当化されるか。利益概念である。表現の自由は、自らの意見の公共的表明という機会を保障することにより、表現者に過程的利益を享受させると同時に、公共的問題に関する情報を流通させ、意見を交換させ、政

府への監視を強化することによって、健全な民主制などの純粹公共財的な帰結的利益を提供する⁵²。これと同型の議論は、多種多様な法律の規定についても可能である。例えば、売買契約の諸規定を欠いた民法や、窃盗罪の規定を欠いた刑法を想像されたい。

加えて、現行法制度の意義を説明する際だけでなく、その改革を提言する上でも、利益概念はしばしば必須である。例えば、特許権の範囲・内容・存続期間の改定を提言する際に、発明者に対する一定期間内の独占的権利の賦与による発明秘匿の防止が増進する公益と、発明の公開による広範な利用が促進する公益とを衡量しないでおくことは、はたして可能だろうか。ある犯罪の法定刑の変更を提案する際に、保護法益の内容や多寡に言及しないですませることが、本当にできるだろうか。法政策理論が利益概念を、法政策の制御対象のみならずその正当化根拠としても位置づけないかぎり、これらの提言内容を考え始めることさえできないだろう。

最後に、本稿で示した試論が直面する一課題に触れておきたい。法政策学という多学的分野（multidisciplinary area）に対して、私は法哲学専攻者としてどのように貢献しうるかという問題意識から、国際的法哲学界で研究が近年進む契約法の正当化について、若干の考察を行った。だが、法政策学はもちろん、現行法の正当化に終始せず、法制度の改革や新設を提案することを期待されている。法制度の改革・新設の構想作業は、正義と利益を基底的法価値とするこの抽象的な試論を、実践的に適用可能な理論へと鍛錬してゆく上で不可欠であるから、今後の課題としたい。もっとも、原理的思索から戦略的考慮までに裏づけられた周到的法制度の提案は、法哲学と実定法学、さらには社会科学の関連分野の知見を糾合する学際的共同研究によって初めて成し遂げうる課題だと思われる。

⁵² 宇佐美「法をめぐる公共性」68頁を参照。