九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

アルトゥール・カウフマンの「消極的功利主義」：その射程と寛容論との関連性

峯，健吾
九州大学大学院法学府 ： 博士後期課程

https://doi.org/10.15017/1500384

出版情報：九大法学. 110, pp.1-57, 2015-03-02. 九大法学会
バージョン：
権利関係：

アルトゥール・カウフマンの「消極的功利主義」

――その射程と寛容論との関連性――

峯　健吾

一　はじめに
二　積極的功利主義への批判と消極的功利主義
三　能動的な寛容と消極的功利主義
四　消極的功利主義における不幸への注目
五　おわりに

一　はじめに

Handle so, dass die Folgen deiner Handlung verträglich sind mit der grösstmöglichen Vermeidung oder Verminderung menschlichen Elends（汝の行為の諸帰結が人間の苦難を最大限回避し、又は削減することと折り合うように行為せよ）.

これは、二十世紀後半のドイツの法学者アルトゥール・カウフマン（Arthur Kaufmann：1923-2001）の主著である『法哲学（Rechtsphilosophie）』の最後を締め括っている命法である。[1] カウフマンは、この命法に従う姿勢を「消極的功利主義（Negativer Utilitarismus）」と呼び、制定法の適用や解釈の際に顧慮されるべき「法の一般的原理」の一つとして加え、消極的功利主義こそが自らの法学の学問的な主要テーマなのだと位置づけ、殊更に強調している。[2] また、彼の『法哲学』自体も、「法存在論」や「責任原理」、「法解釈学」などといった自身の従来の個別の法理論がそれぞれの章で取り上げられながら、最終章で消極的功利主義に収斂させられるという形で構成されている。つまり、消極的功利主義という法原理はカウフマンの法哲学を理解する上での最重要なキーワードであり、彼の展開した個別的な理論の底流には消極的功利主義が流れているということができよう。カウフマンの個々の議論は、刑法の問題に触れる内容が多いが、人工妊娠中絶や安楽死、バイオエシックスなどに関する現代社会においてアクチュアルであり、アポリアを抱え続けている問題を取り扱っており、法学や倫理学における正義論に対して現実的な具体事例の取り扱いを視野に入れた重要な示唆を与えうる議論である。このため、これらの個々の議論の底流を流れる消極的功利主義について検討することは思想史的な解明のみならず、現代正義論にとって十分な価値を持つと言えよう。

また、カウフマンの法哲学に関する先行研究においては、消極的功利主義の重要性が指摘されることは少なくなかったものの、「消極的功利主義」自体を主題として取り上げようとする視点は、日本のみならず、ドイツでも見当たらない。もちろん、「法的に自由な空間」や「寛容」、「関係的人格」などの諸理論を主題として取り上げ、それらの諸理論と消極的功利主義の関連性を指摘する論考は存在しており[3]、消極的功利主義がカウフマン研究において重要なキーワードとして扱われていることは疑い得ない。こうした背景から、消極的功利主義を主題としたカウフマンの法哲学の再整理の欠如は、彼の展開した法理論への評価を行う土壌が十分に醸成されていないことを意味するのではないかということが筆者の問題関心となっている。そこで、本稿では、こうした問題関心から、消極的功利主義を主題としたカウフマンの法哲学の再整理の第一歩として、消極的功利主義そのものの内容について、カウフマンのテクストを参照し、概観を試みることとする。

加えて、カウフマンの逝去後十年以上が経過した後にも、消極的功利主義に触れるカウフマン研究はあっても、消極的功利主義を主題とした彼に関する研究が存在しないことは理由あってのことであろう。私見ではあるが、この理由には、消極的功利主義という名称に難があることが挙げられよう。すなわち、責任原理や法存在論といった規範主義的要素の強い主張を持論とするカウフマンが、功利主義といった機能主義的要素の強い用語を使っていることに対する違和感である。この違和感ゆえに、功利主義を主題としてカウフマンの法哲学を整理することが困難であるように思われるのである。また、このような困難を踏まえると、誤読を恐れずに、わざわざ消極的功利主義という名称を用いてカウフマンに関する研究として公刊することは骨の折れる作業であろう。しかし、カウフマンは現実にテクスト上において「功利主義」という用語を使用している。この事実は避けられず、故あってのことだと筆者は考えている。このため、本稿では、消極的功利主義とカウフマンの他の法理論、特に寛容論との関連性、

そして、消極的功利主義によって意図されている具体的な法適用を示すことによって、どうしてカウフマンが「消極的な功利主義」という名称を自身の法哲学のメインテーマに据えたのかを考えていく一助としていきたい。

二　積極的功利主義への批判と消極的功利主義

カウフマンの消極的功利主義の命法に関しては本稿冒頭で紹介したが、ここではまず消極的功利主義に関する分析に先立ち、消極的功利主義自体の詳しい内容や導出経緯について概観しておく。消極的功利主義に関して、カウフマンは、『法哲学』の公刊以前に、一九九三年一二月十日にバイエルン科学アカデミーで行われた講演内容を公刊した『消極的功利主義――公共善に関する一試論』（以下『消極的功利主義』）という論考でその内容を詳しく取り上げている。[4] そこで本章では、この『消極的功利主義』に依拠して、その内容を概説していく。

二―一　カウフマンの功利主義一般に関する見解

消極的功利主義は、その名の通り、消極的な功利主義（Utilitarismus）であり、カウフマンの主張する法原理は功利主義の一類型に位置づけられる。そもそも功利主義は、端的に言えば、功利（Utilität）を善と捉え、あらゆる道徳的行為の目的の中で最上のものを功利だとする考え方である。[5] カウフマンは、この功利を目的に置く功利主義に関して、「一般的に言えば、公共善に関する理論である」[6]と述べている他、社会規範である法や倫理のために普遍化し得る規範内容を用意する一つのアプローチだと捉えている。[7] つまり、カウフマンは、公共に関わる善へ接近する

ためのアプローチとして功利主義を捉えており、公共に関わる限り、功利主義から導出される内容は普遍的に適用可能でなければならないと考えているのである。[8] また、社会的正義や共通善に関する正義は、伝統的に培われてきた正義論における用語法を踏まえたものであるとした上で、公共に関わる理論は、この社会的正義や共通善に関する正義によって支えられた法の目的合理性に適合したものでなければならないとも考えている。[9] すなわち、法の目的とは何であるかという議論は様々であり、それぞれの議論も根拠や時代背景、異なった対象を有しているため、端的に理論の正否を即座に判定することは困難であるが、功利主義に依拠する場合でも、法に適った功利を本来の目的として、手段や他の副次的目的のために本来の目的を阻害したり、伝統的に主張されてきた社会的正義に反したりしないように議論を整理せねばならないというわけである。

二―二　積極的な功利主義を否定するための消極的な功利主義

次に、消極的功利主義は、消極的な（negative）な功利主義であり、カウフマンは、この「消極的」という言葉を「積極的（positive）」との対比で用いている。[10] つまり、功利主義は、消極的功利主義と積極的功利主義の二つに分けられている。そして、このうち積極的功利主義に該当するものとしては、ジュレミー・ベンサムを初めとした古典的功利主義が想定されている。彼らの理論は、「最大多数の最大幸福（das größtmögliche Glück der größtmöglichen Zahl）」、つまり可能な限り多くの人が可能な限り大きい幸福を手に入れている状態を、最善の社会状態と捉え、その状態を実現することを目指していると位置づけられる。私見ではあるが、この積極的功利主義のあり方は、一般的に功利主義として想定されているものと言って相違ないであろう。ところが、カウフマンは、こうした一般的な功利主義のあり方を、あえて積極的功利主義と呼び、[11] 批判している。その批判によれば、積極的功利主義には三つの難点が

あり、それらの難点ゆえに、積極的功利主義は社会的正義のための理論として受け入れ難いものとされる。一方で、積極的功利主義のこれらの難点を克服し得るのが、消極的功利主義であるとされる。そこで、本節では、積極的功利主義への三つの批判から消極的功利主義を展開したカウフマンの議論を追っていくこととする。一般的な功利主義に対するこれらの批判は、一見して周知のものであり、また、功利主義の諸説はこうした周知の批判を回避すべく、進化を続けている。このため、カウフマンが展開した積極的功利主義への批判が功利主義批判として現在でも検討価値を有する議論であるかについては疑問が残る。しかし、本稿の目的は、カウフマンの積極的功利主義批判の検討ではなく、消極的功利主義である。このため、カウフマンが消極的功利主義を導出する前提として、何を問題として取り上げているのかを知るために、カウフマンの行った積極的功利主義への批判に関して立ち入った確認しておくこととする。

二―二―一　公共善の実現に不適合な積極的功利主義

まず、カウフマンが積極的功利主義に関して展開する一つ目の批判は、積極的功利主義は公共善の実現という功利主義一般の目的とされるものには適合しないというものである。ここで批判の対象として想定されているのは、ベンサムの功利主義である。カウフマンは、ベンサムの功利主義においては、功利が個人に分配される実体的なもの（Substanz）として捉えられ、この功利に関する社会の最大多数の最大幸福が実現される状態こそが幸福として位置づけられているという点を指摘し、批判を行っている。

幸福の最大化、多数の幸福に関する論点は後述に譲るとして、ここで批判対象として取り上げられるのは、ベンサムの功利主義に基づく功利そのものに関する捉え方である。カウフマンが功利主義一般の考え方について参照し

たホルスト・アイデンミュラーは、ベンサムの主張する功利の概念を快楽主義に影響を受けつつも徹底的に非感情化されたものであり、功利の有無、大小などの分析、すなわち快楽計算（hedonistische Kankül）を行う際の分析対象は個人や国家の外的な行為だと述べている。[12] さらに、アマルティア・センによる功利主義の特徴づけでも「帰結主義（act consequentialism）」として説明されているように、[13] ベンサムの功利主義は、外的行為に関わることのなかでも特に行為の実体的な結果としての快楽の大小が行為の価値付けの基準として重要であるとされる。[14] この点に関して、西尾孝司は、功利が量的なものである限りにおいて利益や損失の間の単純な比較が成立し、ベンサムの主張する幸福計算が可能になると述べている。[15] すなわち、ベンサムの功利主義にとって目的となるのは、快楽計算の対象となりえるような外的行為の結果であり、また、そうした結果に関して快楽の量の大小に応じて行為の善もしくは不善が決定されるということになるのである。[16] この考え方に沿うならば、第一に、内心的、主観的な快楽は価値付けの対象となり難い。また、外的な行為の結果としての快楽の量がマイナスとなるような行為に関しては、その目的が一般的な意味で道徳的な目的に適ったものであったとしても、不善として位置づけられることになる。カウフマンは、法と道徳の関係を論じる中で、法と道徳が共に人間の行為に関する外面と内面の双方に関わっていると考えている。[17] このために、外面的な行為のみに注目し、一般的な意味での道徳的な目的に適合した行為を評価対象からは外す規範のあり方はカウフマンにとって適切ではないとされる。

また、カウフマンは功利主義が追求しうる功利の一類型としてエゴイスティックな功利をあげている。ベンサムは、功利原理において追求されるべき功利を共同体の利益（interest of the community）だとしながらも、共同体の利益は共同体に属する個々の構成員の利益の総和だとして、あくまでも個人の利益を功利の基礎に置く。[18] もちろん、ベンサムの功利主義は、苦痛と快楽を基礎付けに用いた統治のための理論として位置づけられており、[19] 単なる個人

の快楽や利益追求を正当化しただけの理論ではない。このため、社会全体の目的の根本に位置するのが個人の利益や快楽であり、個人の利益や快楽は社会全体の統治や安定性に反しないように調整されるのだということが議論の根底にはあるということは断っておく。それにもかかわらず、上述した快楽が外的な行為の結果として位置づけられていることと併せると、ベンサムの功利主義が社会において追求する第一義的な目的は、外的な行為の結果としての個人の快楽の追及に傾斜しているという意味でエゴイスティックな快楽の増進だということになる。しかし、個人の快楽には、相手を犠牲にして自分だけが利益を得るようなものなど、自己の実体的な利益に資しているものの、一般的な意味では不道徳だとされる行為が混じり得る。この点に関して、カウフマンは、神学者ヴォルフハルト・パンネンベルグに依拠して、道徳的な行為こそが善であり、反道徳的な行為が不善にあたると考えている。そして、この善の捉え方を、カントの提示した「自己完成 ―― 他人の至福」[20]の定式に結びつけ、他人の幸福に資するという社会的な義務を個人の崇高なる快楽として受容することを善に適った状態だと位置づけている。すなわち、他人の幸福に資するという義務から逸脱した快楽追及は、道徳的に普遍化不可能であるとされ、そして、本来は公共の善に資すべきものであるはずの功利主義には適さないと位置づけられるのである。[21]

こうしたベンサム的な積極的功利主義による個人の単なる快楽追求を社会の目的とする見方に対して、カウフマンが提示したのが、ミルの「質的な幸福概念（qualitativer Glücksbegriff）」である。カウフマンによれば、ミルの功利主義は、功利主義が追求すべき目的を個人と社会の幸福（Wohlergehen）だと解される。しかも、この幸福は、「個人の幸福」と「社会の幸福」のように切り離された二つのものではなく、個人と社会の双方が同時に得る一つの幸福である。こうした幸福について、カウフマンが参照したコンスタンティノス・パパジョルジュは、個人の自己展開、自己形成を通じた自己完成、自律性の確保に核心が据えられていると考えている。[22]個人は、自己完成および自律を

身に付けることによって、外的な規則ではなく、自己統御によって自らの個別性を展開し得る社会に資する存在となり、社会の発展を支える。[23] つまり、機械技術の開発や商業の拡大による社会発展の促進と比べれば、自律的な人間の養成を通じた社会発展の促進は、間接的ではあるが、人間の幸福に資すると位置づけられるのである。カウフマンは、このようなミルの態度を、「個人の人格の発展のみならず、社会の発展をも価値あるものだとすることが幸福である」[24]とする立場だと捉えている。つまり、ミルの功利主義は、個人の個別的な発展を重視しながらも、自己の利益のみを追求する態度や功利を単に量的なものと見なす態度を認めず、[25] どのくらい個々人が自己完成を実現しているのかという人生の質の度合いそのものを人間の幸福を図る基準としている。そして、そのような質の高い状態を人間一般が社会において確保できる条件を整えること、すなわち具体的には適切な法や倫理に適った条件を整備することこそがより公共善に適った行為に位置づけられるのである。

以上のように、カウフマンの提示する功利主義の目的は、社会の繁栄に資する個々人を道徳的人格にすることである。ただし、この道徳的人格は、一定の外的な道徳規範や社会規範を受け入れているに過ぎないという意味での道徳的人格、受動的な人格ではない。[26] それは、あくまで他の個人の多様性と自他の自律性を重視する人格でなければならない。そして、この自律的な道徳的態度は、カウフマンが『消極的功利主義』の別の箇所で展開した否定原理、寛容原理を受け入れた上での個々人の経験から導出された態度と深く関わっている。これについては後述で触れていくが、さしあたってここではカウフマンは、自らが望ましいとする功利主義においては単なる個人的かつ量的な功利の享受では満足しない態度が国家や個人などの功利主義を実行する主体に要請されると考えているということを示すにとどめておく。

二―二―二　積極的功利主義による社会的弱者への抑圧

次に積極的功利主義に対する二つ目の批判は、積極的功利主義は社会的な弱者を犠牲にしてしまう点である。カウフマンは、この点に関して、「最大多数の最大幸福」のうち「最大多数」に注目し、批判を行う。「最大多数の最大幸福」を内容として持つ積極的功利主義を単純に解するなら、積極的功利主義に従って社会政策が実行される際、社会の大多数にとって利益になることが増大するような、もしくは大多数にとって不利益となることが減少するような施策が取られることになる。しかし、その一方で、「最大多数の最大幸福」は、社会の中の多数派の特定の偏向的な選好のみを充足することを社会目的に置く「多数者の専制（Tyrannei der Mehrheit）」に陥ってしまう。すなわち、積極的功利主義に従うならば、多数派に対置される少数派の利益の実現が優先順位の低いものとされ、さらに、少数派は、この優先順位を甘受し、自らを犠牲にしなければならないことになる。このようにして少数派が犠牲となってしまうということがカウフマンの主張する積極的功利主義の第二の難点である。

ただし、民主主義社会において多数決原理が採用される限りにおいて、大多数の賛同が得られるもしくは大多数が利する政策が採用されることは、多数決原理に伴う必要悪であろう。しかし、現代社会における「最大多数の最大幸福」は、カウフマンに沿うならば、社会の現実に照らし合わせると、決して純粋な多数決原理に合致しないし、必要悪としては余りにも深刻な悪をもたらしてしまう。これは現実に「最大多数の最大幸福」と称して実現されることの内実に関わる。カウフマンは、積極的功利主義における多数派もしくは少数派の基準を、人の頭数の大小ではなく、社会的影響力の強弱に置く。すなわち、ある社会における多数が単なる数の上での多数ではなく、社会的影響力が強い集団が「多数者（Mehrheit）」であり、それに対して同じ社会において社会的影響力に関して劣位に置かれている集団が「少数者（Minderheit）」だとされる。そして、この意味での少数者が「最大多数の最大幸福」に

よって自己の幸福を犠牲にさせられるのである。実際に、現実の所得の再配分において、貧困層が多数派である時に、快楽計算に基づいて、貧困層に有利な政策が実施されているとは言い難い。また、政策の決定や実施を担う議会や政府も国民の経済的もしくは社会的階級を直接反映した構成となってはいない。もちろん、数の上での多数、すなわち人の頭数が多いことは社会的影響力が大きいことを示す一つの要素だが、経済的な力や軍事力、政治的な発言力など他の要素で数の上での劣勢が補われ、数の上では少数派である支配層が政策的な決定権を有している場合が現に存在している。この場合には、「最大多数の最大幸福」は数の上では少数派である支配層に有利なように決定され得る。このため、カウフマンに従うならば、現代社会において「最大多数の最大幸福」を掲げることは、現状での支配層のうちの社会的強者が社会的影響力の小さい社会的弱者を支配する体制なのだと言えよう。

また、カウフマンは、「最大多数の最大幸福」に基づく多数者の幸福感情が少数者を根絶やしにしてしまうと述べている。[27] このことについてカウフマンは詳述していないが、社会的弱者の利益を犠牲にすることによって彼らを追い詰め、物理的に根絶やしするということであろう。また、私見ではあるが、これに加えて、少数者の人格を否定することによる根絶やしが想定される。「最大多数の最大幸福」が目的とされる社会では社会的強者に属している人々の持つ人格モデル、すなわち利益の最大化が可能な人間が社会にとって望ましい人間像とされる一方で、社会的弱者に属する人々は、社会的な利益を最大化できないが故に、社会にとって望ましくない人間像とされ、排除の対象となりかねない。カウフマンが若い頃に見てきたナチスの人種政策は、優生学に則って、障害者、ユダヤ人、ロマ人などの社会的な弱者を排除、虐殺してきた。このような人種政策を強く批判してきたカウフマンの立場[28]からすれば、社会的強者が社会の発展をスローガンにして、社会的弱者を人格的に否定し、根絶やしにしていくという構図は受け入れ難いはずである。もちろん、ベンサムの功利主義においても「各人を一人と数え、一人以上には数

えない」という立場から、こうした一部の者を排除することは不正だとされている。[29] しかし、この立場においては一人として数えられる個人は抽象的な個人であり、個人が背景に持つ特殊な事情による社会的弱者の排除には十分に対処しえるとは言えないであろう。

社会的弱者を犠牲にしてしまうという難点を克服するための視点としてカウフマンが主張するのが「少数者の保護」の重視、すなわち、社会的弱者への注目を多数派の利益の実現に優先させるということである。より具体的に述べるならば、社会的弱者が現状で有している不幸、苦悩を可能な限り取り除くこともしくは回避することを主眼に置いて社会政策を立案、実行することである。ここで注目すべきなのが、要請されることは、社会的弱者の不幸の削減や回避であって、社会的弱者の幸福の増大ではないということである。カウフマンはこのことに関して、主として否定原理という哲学的な観点から考察を加えているが、このことは後述する。ここでは、さしあたり、少数者の保護に関して、具体的な施策の考慮における難しさは依然として残るが、社会的強者の幸福実現のために社会的弱者の幸福を犠牲にするという不正な状態が緩和されるべきだというのがカウフマンの主張であるということを確認しておく。

二―二―三　積極的功利主義における集合概念としての幸福

そして、三つ目の批判は、積極的功利主義が幸福を総和的に捉える結果、個人が個別に抱える不幸や苦悩には対応できないという点である。カウフマンは、オットフリート・ヘッフェの議論に依拠して、「最大多数の最大幸福」に基づいて積極的功利主義が社会における幸福そのものを社会に生きる全ての者の持つ幸福の総計として捉えている点[30]を指摘している。そして、このような捉え方が幸福に関して集合的（kollectiv）に了解していること[31]にあたると

述べ、この「集合的」という言葉を「配分的（distributiv）」という言葉と対で使用している。そこで、本節では、「最大多数の最大幸福」のうち、「最大幸福」について積極的功利主義は何を意図し、その意図のどういった点が問題なのかを検討する。

カウフマンは、この集合的な了解の下では、幸福は全体利益（Gesamtwohl）としてしか捉えられていないと指摘する。つまり、個々人が個別に有する幸福の量の大小には関わりなく、それぞれ一定量の幸福を有する個人が集合した際に合算される社会全体としての幸福の量の大小のみが問題とされるのである。このため、幸福に関する集合的な了解に従えば、個々人が個別に有する不幸や苦悩がどれほど深刻であろうとも、社会全体の幸福量の増大から見て支障がなければ、個々人の持つ不幸や苦悩の是正は必要ない。さらにその是正が社会全体の幸福量の増大を阻害するほどの社会的コストを要するものであれば、積極的にその是正は控えられてしまう。カウフマンによれば、このような状態では、社会において冷遇されている者の不利益は厚遇されている者の大きな利益によって埋め合わされている。そして、この埋め合わせの構造は、社会秩序や暴力装置などを通じて強制されているため、冷遇される者にとっては不正な状態でしかない。つまり、集合的な了解の下では、社会全体の幸福量の極大化が善とされるために、冷遇されている者にとって不正な状態でも、社会全体にとっては善だとされる限り、厚遇されている者の利益の増大は正当化されてしまうのである。この冷遇されている者が上述の二つ目の批判における少数者にあたるわけだが、個人が他者の存在を尊重した上で快楽計算に基づいて自らが実行すべき行為を選択したとしても、その選択の原理として集合的な了解が採用される限りにおいて、数の上で劣勢に立つ少数者の幸福は、社会全体の利益、すなわち多数者の利益のために犠牲にされてしまうのである。そして、この集合的な了解に基づく姿勢を徹底化させるならば、多数者が少数者を絶滅させてでも自らの利益の増大を図るという不正を正当化することにつながると

カウフマンは警告している。

このような幸福に関する集合的な了解による難点の克服のためにカウフマンが提示する視点が、集合的な了解と対で使用される幸福に関する配分的な了解である。前述した集合的な了解の下では、社会全体の総和として利益の最大化が問題とされたが、この配分的な了解の下でカウフマンが問題の解決手段として注目するのが、ジョン・ロールズが『正義論』[32]の中で展開した優先規則（Prioritätsregeln）の設定である。ロールズの議論においては、そもそも全体幸福の量の大小そのものは問題とされない。[33]配分的な了解の下では、社会の構成員が個別に現有する幸福は、社会に現有される幸福の全体量、つまり全体幸福の一部が、各人に配分されたものだとされる。一方で全体幸福の量は社会の構成員が個別にどのくらいの幸福を現有しているかには左右されず、一定量のものであり、ある構成員の集団が自らの幸福量を増大させたからといって全体幸福が増えるわけではない。そして、「最大多数の最大幸福」が実現されても全体幸福の配分状況が変更されているに過ぎない。すなわち、特定集団の幸福量の増大が、別の集団や個人の幸福量の減少によって実現されているに過ぎないのである。このため、配分的な了解においては、社会の構成員が幸福の全体量をどのように増大させるのかという視点は生じ得ず、社会全体として現状で有しているもしくは有し得る全体幸福についての個々人への配分状況の改善のみが問題とされる。この際、比較されるのは、社会の各構成員や各集団が個別に有している幸福を足し合わせたものの大小ではなく、社会の各構成員や各集団が個別に有している幸福の量のそれぞれの大小である。そして、配分的な了解の視点に基づいて為される各人への幸福の配分状況の比較は、適正な配分状況を実現するために為される。つまり、社会において厚遇されている者の現状と冷遇されている者の現状が個別的に比較され、配分状況が適正でなければ、ある者の有する過分な幸福は別の者が抱える幸福が不足した状況もしくは不幸を補うなど、各人の持っている過不足に関して再配分や調整が行われる

のである。

この再配分や調整の基準としてカウフマンによって用いられているのが上述した優先規則である。ロールズの優先規則では、再配分や調整の際に各個人の有する利害や権利主張が衝突する場合を想定して、どの利害や権利主張が優先して配慮されるべきなのかが指示され、相対的に評価した時により劣悪な地位に置かれているもしくは冷遇されている者へ他の者よりも優先して配慮を受ける権利が与えられる。[34] そして、ある不平等な事象ごとの各人の過不足の原因以前に、出自や身体的特徴など、人間にとって根源的に任意処理が困難な要素に基づく社会的な相違が最も優先的に配慮を受ける対象だとされる。優先規則が適用される事態や対象、その適用方法は個別事例によって異なりうるために、詳細で具体的な手続きや内容は規定することが難しいものの、カウフマンは、原則的には優先して配慮されるべき内容として、少数者保護、基本権、基本的自由の尊重がありうるとしている。[35] すなわち、この三つは優先権を決定する際の重要な論拠として考慮され、この論拠を出発点として配分的な了解の下で各個別事例において誰のどのような不幸に優先的に対処すべきかが決定されるというわけである。

ここまででカウフマンが展開した積極的功利主義に対する批判と批判により導出された難点を克服する視点を概観した。まとめるならば、「道徳的に善であること」「少数者の保護」「幸福に関する配分的な了解」というのがカウフマンの主張である。そして、こうした主張が「少数者の不幸を回避または削減する」という消極的功利主義の内容を支えているのだが、ここまででは消極的功利主義に従えばどのような行為原理、政策原理が要請されるのかということの概観しか考察できていない。そして、どういった内容が具体的に「少数者の不幸」にあたり、どのようにしてその内容は確定されるのかということについては十分に説明されておらず、こうしたことが明確にならなけ

れば「少数者の不幸の回避と削減」という消極的功利主義のスローガンは具体的内容を伴わない空文句となってしまう。このため、次節以降では、カウフマンが消極的功利主義を導出する際に依拠した哲学的前提である否定原理と寛容原理を踏まえて、「少数者の不幸」にあたるものの明確化を前進させていく。

二―三　消極的功利主義の哲学的前提としての否定原理

繰り返しになるが、消極的功利主義は、消極的な（negativ）な功利主義である。この「negativ」という言葉は、カウフマンに関して、前節で取り扱った功利主義の文脈以外でも、「否定」の意味で随所において用いられており[36]、カウフマンの法哲学全体にとって重要な意味を有していると考えられる。そこで本節では、カウフマンが展開した「否定原理（Das negative Prinzip）」を概観し、その用いられ方を考察することで、消極的功利主義に依拠した議論を哲学的な前提から検討していく。

否定原理は、ある対象の把握において、「――ではない」という否定的・消極的な言明のみを行う認識論上の立場である。カウフマンは、人間の認識能力が不十分であり、人間は事物の本質、特に価値に関して科学的に保証されたアプリオリな見解をたいていの場合に持ち得ず、「――である」もしくは「――であるべき」という形式を用いた事物や価値についての積極的・肯定的な定義は不可能であるという洞察を消極的功利主義に関する認識論の出発点に置いている[37]。例えば、人は目の前にいるカラスが黒いことを認識できるが、白いカラスが一切存在しないことが証明されない限り、目の前のあらゆるカラスが黒いという認識で以ってカラス一般が黒いという積極的な言明を確実なものとして採用し得ない。この際に、白いカラスが現実に存在し得ないことの証明は非常に困難である。つまり、人間の認識能力は本質的に不完全なのだとされる。その一方で、人間は、事物の本質や価値に関して

「――ではない」とのみ言及することは確実に可能である。そして、事物の把握において、このような「――ではない」というアポステリオリな見解に基づく否定的な言明にとどまることが、否定原理に基づく認識である。例えば、目の前のカラスが白くないことから言えることは、あらゆるカラスが白いわけではないということのみだとされるわけである。

さらに、カウフマンは、否定原理の機能は単なる否定にはとどまらないとして議論を展開する。カール・ポパーが『探求の論理』[38]で展開した議論によれば、否定原理は、単に事物の本質について「――でない」と否定する機能に加えて、事物の本質に関する漸進的な探究を行い得る[39]。否定原理を用いた事物の本質への接近は、科学的な方法としての反証可能性（Falsifizierbarkeit）に基づいて行われる。科学的な方法を用いた考察では、通常、帰納を通じた推論がなされている。すなわち、観察や実験によって得られた数多くの実証的なデータから、それらのデータに共通する要素を取り出し一定の法則や理論を推論するという手続きである。そして、この手続きに基づいて推論された法則や理論は、類似するあらゆる事象の説明や予測に用いられ、その説明や予測はしばしば普遍的かつ不変的であるかのように取り扱われる。しかし、前述した人間の認識能力の不完全性を考慮すると、そのような法則や理論が真であることは確証され得ない。なぜなら、推論や確認のために根拠として用いた実証的なデータは有限個であり、現実には観察されるべきデータを無限に内在しているはずの類似事象の全てにあてはまるとは言い得ないからである。つまり、何が正しく何が間違っているかについての普遍的な観念や正誤を指し示す普遍的な法則や理論は存在し得ず、法則や理論は常に誤謬を含み得るために、科学的な考察はここで行き詰るということになる。一方で、誤謬を含み得るということは、法則や理論が別の観察や実験によって反証され得る、すなわち反証可能性を有すということである。この反証可能性を有さない法則や理論の存在を主張する立場を、ポパーは形而上学だと位置づけ、

他方、反証可能性を備える法則や理論こそが科学的であるとした。つまり、反証可能性は、法則や理論の科学性を保証する本質的特徴である。そして、このような反証可能性の意義付けから、事物の本質を説明する法則や理論の導出に適しているのは帰納法に基づく考察ではなく、演繹的な「後件否定式（modus tollens）」[40]だとされる。すなわち、ある法則や理論の考察対象に関して「――でない」という認識形式を用いて誤謬の証明を行い、そうした誤謬証明を考察対象の様々な要素に関して繰り返す。さらにそれらの誤謬を排除した形で当該の法則や理論を再定式化、洗練化させていく手続きによって、漸進的に事物の本質へと接近していくやり方が適切だとされるのである。

ところで、カウフマンは前節で取り上げた積極的功利主義への三つの批判に加えて、三つの批判を回避する功利主義の命題の一つのヴァージョンとして、内容空虚な規範について触れている[41]。積極的功利主義では、特定内容の幸福の実現が少数者に強制されるがゆえに、幸福の実現そのものが強制的な秩序となり得ること、すなわち社会権力化が問題とされた。そして、このような幸福実現の社会権力を避けつつも普遍的な規範を導出しようとする場合、「善はなさねばならず、悪は止めねばならない」といった内容空虚な規範で満足するという選択肢がありえるとされる。しかし、カウフマンは、純粋に学問的な論理学や哲学とは異なり、功利主義が目の前にしている法や倫理に関わる現実世界の問題は、具体的な決定もしく問題解決の指針が要請されており、内容空虚な規範ではそのような要請に対処できないとして、この選択肢を退けている。そして、カウフマンは、具体的な決定や問題解決の指針の導出に対処するために、前述した法則や理論の洗練化手続きをさらに発展させ、真理の収斂理論（Konvergenztheorie der Wahrheit）を展開している[42]。この真理の収斂理論では、前述の洗練化手続きの漸進的な展開の先に真理を見い出す。すなわち、複数の考察主体の間に考察対象の本質に関する合意が現に存在していなくても、考察主体らは互いに独立しながらも考察対象に対して各々が有している主観的な認識を、洗練化手続きによって互いに弱め合い、相

殺することで、考察主体全員に共通する統一的な客観的根拠を導出する。そして、その結果として考察対象に関する各考察主体の認識は最終的には客観的な真理へ収斂していく。この真理の収斂説は、否定原理で拒絶されたはずの事物の本質の積極的な導出を支持しているように見えるため、カウフマンの説明には、若干の補足が必要であろう。もちろん、事実に関する言明においては、このような真理の収斂は不可能であるという立場は真理の収斂説でも維持される。[43] しかし、具体的な決定や問題解決の指針が絡む規範に関する言明では、最終的な客観的言明の動詞として「――ではない」に代わって「納得がいく（plausibel）」「一致した（stimmig）」「十分な根拠のある（triftig）」といった語彙を用いることで真である内容は導出可能であるとカウフマンは主張している。[44] このことは規範的な言明の領域に属する功利主義に関しても同様であり、現在の地位や経済状態に関係なく万人が納得する命題が功利主義にとっての真なる命題なのである。

このような意味での最終的な真なる命題について、カウフマンは、功利主義の文脈では、「幸福は、（中略）普遍化不可能だけれども、不幸、厳密には、不幸を免れようとする各人の尽力は普遍化可能である」[45] と述べて、「不幸」の忌避が普遍化可能であると主張する。この文脈において、「幸福」と「不幸」はどちらとも積極的な内容を持つものだと想定されている。このため、なぜ「幸福」の積極的な定義は忌避されるにも関わらず、「不幸」の積極的な定義は許容されるのか、さらに積極的に定義され得る「不幸」の内容とは何なのだろうかという疑問が生じてくる。本節までで、「幸福」の積極的な定義は忌避される理由については示された。このため、次章以下では、これらの疑問に答えることが求められる。次章では、第一の疑問である「不幸」の積極的な定義が許容される理由に関してカウフマンの寛容論との関連から消極的功利主義を考察することで答えていく。さらに、四章では、第二の疑問である「不幸」の内容について示していくこととする。

さしあたって、本節では、法則や理論の普遍性を漸進的に向上させるための哲学的な前提としての否定原理と真理収斂理論の手続きに基づいて導出した「幸福でないもの」の回避もしくは削減によって現状の社会を改善していくことがカウフマンの消極的功利主義の立場であることが示された。彼は、功利主義を、現実に存在する問題に対処せねばならない法や倫理を支えるに足りる規範とするために、こうした立場を必要としているのである。

三　能動的な寛容と消極的功利主義

繰り返しになるが、カウフマンは、前述までで概観した「少数者が抱える不幸の回避」としての消極的功利主義を単なる道徳的な原理ではなく、法原理に位置づけている。つまり、消極的功利主義は、採用することを推奨される戦略や現に特定の人々の間で共有されている信念ではなく、社会が指針として採用せねばならない戦略なのである。前述したように、彼は消極的功利主義を展開した理由を以下の二点に求めた。すなわち、積極的功利主義が公共善の追求には適した手段でないということ、そして、哲学的な前提として否定原理が採用されているということである。しかし、この二つ点からは、消極的功利主義の方が積極的功利主義よりもより良く、消極的功利主義を採用することが推奨される、もしくは消極的功利主義が現に特定の人々の間で共有されている信念であるということは帰結しても、消極的功利主義が現代社会においても指針として必然的に採用されるべきだということは帰結しない。このため、カウフマンが消極的功利主義を採用した理由についてはさらなる考察が必要である。

前述でも触れたが、カウフマンの『法哲学』には、消極的功利主義を「寛容原理（Toleranzprinzip）」に言い換えて

いる記述が見出される。[46] 寛容という言葉は、一般的には単に他者の意見や存在を「許容する」もしくは「受け入れる」ということを意味するように思われるが、後述するように、カウフマンが意図する望ましい「寛容（Toleranz）」は、単に「許容」するとか「受け入れる」ということとは異なる。この「寛容原理」を構成している「寛容」の概念は、端的に言えば、人間のコミュニケーションの不全を是正する試みであり、現代の社会が置かれた様々な問題の解決策を提示し得るとされる。また、「寛容」の概念に依拠したこの解決策は、消極的功利主義が「寛容原理」に言い換えられていることからも推察されるように、消極的功利主義の具体的なあり方を示していると言えよう。そこで本章では、「寛容原理」に関するカウフマンの説明[47]を媒介にしながら、消極的功利主義とカウフマンが展開した「寛容」との関連性に注目することで、『消極的功利主義』などで示された、消極的功利主義を法原理に位置づけようとする、すなわち「不幸」の積極的な定義を許容しようとするカウフマンの意図を補足していく。

三―一　「不寛容」と「受動的な許容」の否定

カウフマンの提示した法原理としての「寛容原理」においては、法の下で生きる者や法の下で構築された制度に対して「寛容であること」を前提条件として求めている。この「寛容原理」を説明するためには、まずもって、なぜ「寛容原理」が求められるのか、すなわち、なぜ「寛容」であるべきだとされるのかという疑問に答えなければならない。さらに、求められるべき「寛容」にはどのような内容が含まれるのかという疑問に答えることによってカウフマンの提示する「寛容」のあり方が明らかとなろう。

最初に、なぜ「寛容」であるべきなのかという疑問に関して、カウフマンは、逆に、なぜ「不寛容であるべきではないのか」という視点から説明を行う。[48] 彼の述べる「寛容」が一般的な理解における寛容とは異なるということ

は既に示唆したが、「寛容」の反対である「不寛容（Intoleranz）」は、彼の記述を追う限り、単純に他者の意見や存在を「許容できない」もしくは「受け入れられない」ことと解して問題ないであろう。この「不寛容」を有する者、すなわち不寛容者に関して、カウフマンは、不寛容者は現代社会に存在する複雑な問題に上手く対処できず、解決策も見出し得ないと述べる。すなわち、不寛容であることが社会に不適合な態度であることを理由に「不寛容であるべきではない」と結論しているのである。

次に、不寛容な態度を排除する理由の詳述に先立って、カウフマンが想定する現代社会の像について触れておこう。[49] 彼によれば、現代社会は、文明が高度化し、価値の多様化が進んだリスク社会である。そして、リスク社会においては、例えば、人工妊娠中絶の規制や制度に関する問題といったような解決困難であるが、対応策の検討を避けては通れない複雑な諸問題が山積している。このような複雑な諸問題においては、一般に、人々の間でその是非について意見の相違が深刻であり、問題の解決策を見つけることが困難である。その一方で、それらの問題は、その内容を鑑みれば、何らかの対処策を決定することが不可避的に社会に要請されている。さらに、それらの問題の当事者や社会の成員は、それらの問題が自身の価値観に関わるために問題について無関心でいることが困難で、社会としての対処策の内容や、自らもしくは他者が行う問題に関わる行為に関して、自らの意見の形成を避けることができない。カウフマンは、このような問題を抱えるがゆえに、「複雑な社会は開かれており、そこにおいて健全な照準点（wohler Richtpunkt）は存在するが、人間がどのように振舞うべきかを、そこから読み取るところの規範体系は存在していない」と述べている。[50] つまり、この「開かれた社会（eine offene Gesellschaft）」では、「かくあるべし」という理想が存在していても、その理想を実現するために必要とされる明確な行為方法やルールといった規範体系が存在しない。このため、私たちには、その規範体系が何であるのかを決定する、もしくは、その規範体系から導

き出される具体的な対処策の内容を同定する余地が残される。そして、社会に生きる誰しもが行為状況を誤って評価してしまう危険に晒されながらも、責任ある行動を社会から要請され、具体的にどのような内容を持ったものを規範体系に組み込むかについて、自分たち自身で決定しなければならないのである。また、一方で、「開かれた社会」における規範は、どんな場面、時代についても決定の余地が残されているために、常に変化を伴い、社会からの要請も変わっていく。このため、社会への適切な対応を要請される私たちは、状況に応じて変わっていく社会からの要請に即して、ある時点、ある場面においてどのように振舞うべきかの回答を変えていかねばならない。

カウフマンによれば、このような現代社会で責任を果たすためには多様性を受容する態度が必要とされる。しかし、他者の持つ多様な意見を拒絶してしまう不寛容者が前述した社会の変化や複雑性に対応し得ないことは明白である。まず、不寛容者は、自らの意見に固執し、他人の意見をあくまでも偏見（Vorurteil）と位置づけてしまう。さらに、この不寛容者は、自分にとって他人の意見を取るに足らないもの、関心のないものとして取り扱い、他者の意見の傾聴や受容を通じて自分の意見にとって足りないものを補足したり、意見の修正を行ったり、他人との討議を通じて自らの意見を洗練させたりすることをしない。そして、彼らは、自らの狭い世界[51]に引き篭もり、広く大きな現実世界と向き合うことから逃げてしまう。また、社会の側も多様性を拒絶する態度を示す不寛容者を排除せざるを得ない。その結果として社会から排除されてしまった不寛容者は、社会からの排除ゆえに自身の中に生じた不安を解消するために、自らと意見を異にしている他者への攻撃的姿勢を示し、時には暴力に訴えてでも他人の意見を封じ込めようとする偏狭な姿勢を強めていくこととなる。つまり、不寛容は、多様性の下で様々な問題を抱えながら現実に存在する世界に対処する能力がなく、その世界自体から逃げてしまっている状態であり、現実世界における人間のあり方として推奨されるべき立場ではないとされる。そして、このように自身と社会の不寛容を相互補

完的に助長する悪循環をもたらす不寛容の立場を法原理は忌避することになるのである。

次に、「寛容」にはどのような内容が含まれるのだろうかという疑問に答えていく。この疑問に関しては、さしあたって本節では、カウフマンが自らの望む「寛容」には含まれないと強調している「受動的な許容（passives Dulden）」にのみ言及し、カウフマンが支持する「寛容」の内容については次節に譲る。カウフマンは、一般的に寛容の観念が指し示している「許容する」とか「受け入れる」ということを「受動的な許容」と呼び、批判している。[52]「受動的な許容」は、単に相手の意見を受け入れているに過ぎない状態である。「受動的な許容」を行う者は、第一に、時として、自らが持つ絶対的な真理に反する悪や誤謬を必要悪として受容し、受け入れたくはないという自らの意志に反して相手の意見に耐え忍ぶことになる。また、「受動的な許容」は、あらゆる内容のことに対する許容を要請するために、「受動的な許容」の下にいる人々は自らの意見や存在も含めたあらゆる意見や存在の絶対性を拒否しなければならない。この結果、人々は絶対的な相対主義、さらにはニヒリズムへ陥り、自分とは意見を異にする存在を真の意味では受け入れているとは言い難い懐疑主義へと進んでいってしまう。[53] さらに、「受動的な許容」自体を絶対的であると位置づける視点は、「受動的な許容」の信念に関して異を唱える人が存在する場合、その人を受容できず、寛容とは正反対の不寛容に陥ってしまうことになる。[54] 加えて、社会の中である特定の多数派が存在する時、「受動的な許容」は、少数派にこの多数派の利害に寛容であることを要請し、[55] 人々が現状で既に抱えている不平等をさらに促進するという弊害をもたらし、少数者を抑圧する寛容の強制が生じることになる。[56] このような様々な弊害や矛盾のために、「受動的な許容」は、カウフマンにとって、その信念の維持がそもそも困難である上に、真の意味での寛容ではあり得ず、人間に悪影響を及ぼす原因となる偽の寛容と位置づけられるのである。

三―二　「能動的な行為」としての「寛容」

「受動的な許容」に対してカウフマンが望ましいと考える寛容は、積極的に客体を認めるという「能動的な行為（actives Handeln）であり、単なる受動的な許容ではない」とされている。[57] この「能動的な行為としての寛容」（以下、「寛容」とする）は、「受動的な許容」のように、ただ耐え忍んで受容するのではなく、内容に関して自らが納得した上で能動的に、すなわち自発的に受容する。[58] この積極的な意味での自発性を伴うという点が、この「寛容」と「単なる受動的な許容」を分けている。そして、この自発性の前提として、「寛容」の立場を取る者には、相手の意見に納得することが求められ、その納得のために相手の意見を批判することが認められる。寛容であることと批判を行うことは決して相容れないものではない。カウフマンは、この両者を「真理（Wahrheit）」の発見というアイディアによって結び付けている。[59] すなわち、「寛容」による自発的な受容は、真理発見のための他者との討議（Auseinandersetzung）を行うことによって実現されるのである。ここで述べられている真理とは、客観的なものであり、一人の人間の認識能力では断片的にしか得ることができないものだとされる。[60] また、真理は、討議を行う主体の間の単なる妥協による産物とは異なって、各主体が有している主観的諸契機を討議の相手方との協働によって相互に弱め、相殺したところに生じるいくつかの客観的諸契機を統合したものであるとされる。[61] そして、他人との協働、すなわち他者との討議の中で意見を衝突させることによって初めて得られる、もしくは、得られるべきである合意の具体的内容こそが真理であり、そのような真理は討議を行う主体同士が互いに内容に関して納得できる内容を有している。[62]

このような真理を発見するという手続きは、前章で触れた真理の収斂理論そのものである。「寛容」において、相手の意見を納得した上で自発的に受容する主体は、自らを真理の発見能力を有していることを自認し、他者とのコミュニケーションの中で、彼との間で話題となっている事柄について「異なった人々の互いに依存しない認識のう

ちにある有力なものの収斂（konvergenz einer Mehrheit）[63]」によって私の知る限りの真理を発見していく。この真理発見の際に、真理発見過程にある自己は、否定原理に即して誤謬を有する他者をその誤謬に関して批判し、その誤謬排除を他者との間で合意していく。すなわち、ここにおいて「寛容」は前述した他者への批判と結び付けられる。ただし、この批判は、決して独りよがりな自己正当化の過程ではない。なぜならば、「寛容」に基づいて行われる他者への批判は、他者と同様に自己も批判されるべき誤謬を有し得る、さらには現に有しているかもしれないことと、真理を追究している自己と同様に他者もまた真理を追究し得る能力を有し、現に自己とのコミュニケーションの中で真理を追求しているということを前提に置いているからである。つまり、コミュニケーションの中で自他が共に、相手に対する人格の承認と尊重、相手への信頼、相手の意見を傾聴しうること、そして相手の存在そのものを本気で受け入れることを基本的な作法として受け入れた上で相手への批判はなされるのである。[64] 加えて、この真理の追究は、ある認識を求める各個人の諸言明は等しく、私がその言明の全てに関して私にとっての真理を発見するためになされているものなのだと積極的な評価を下し得るという多元主義（Pluralismus）を実現する。[65] 以上のことから、この「寛容」は、高度な自己抑制（höhere Selbstüberwindung）を伴った理性の行為（eine Tat der Vernunft）として能動的に達成されねばならない感情の動き（Regung des Gemüt）だと位置づけられる。[66] さらに、「寛容」は自己にとっての真理を追究することを根本的な目的に置いているため、「寛容」に基づく立場では、究極的には自分の意に反して相手を受け入れたり、絶対的な相対主義に陥ったりすることはない。つまり、「寛容」は、自らの信念を保持しながらも、あらゆる絶対的であるとされるものを徹底的に排除する不寛容へと自らを誘うことのない「相対的な相対主義（relativer Relativismus）」を要素として含んでいるとされる。[67] この真理は、前述した「真理の収斂理論」においても述べられるように、カウフマンは、ユルゲン・ハーバーマス[68]の主張するような「理想的な発話状況（ideale

Sprechsituation）」の充足下での合意形式[69]から一歩進んで、そのよう合意形式の下で成立するもしくは成立すべき具体的内容にまで踏み込んでいる。そして、このような真理を目指して各主体が他者と交わっていくことこそが、カウフマンが望ましいと考える「寛容」なのである。

前述したように不寛容者であることは、現代社会への対応能力を有し得ないがゆえに忌避されるべき態度であると位置づけられていることを示したが、「寛容」を採用する者、すなわち、「寛容者」であることは、この反対であるために、推奨される。すなわち、「寛容者」が持つ、他者を信頼し、自他が共に持ち得る誤謬を覚悟しながら真理の存在を信じて、他者とのコミュニケーションの中で真理を追究しようとする態度こそが、社会の変化や複雑性に対応し得る態度だとされる。[70]なぜなら、他者に対して開かれた態度を取る「寛容者」は、自らが有しているよりも良い情報を他者が持ち得ること、社会の複雑性への対応策に関する回答も決して最終的で絶対的なものにはなりえず、常に変化する世界の中でその回答もまた可変的であるということを受容し、複雑な社会と向かい合うことができるからである。

以上のように「寛容」は、現代の複雑な社会を生きる上で重要な概念だとされる。そしてさらに、カウフマンは寛容を法原理として位置づけている。カウフマンは、「寛容」の議論を、西洋のキリスト教世界で度々重要な哲学のテーマとして扱われてきた宗教的な寛容、各人の信仰に関する寛容の系譜を辿る形で叙述し、近代社会が進展し、社会で議論の出発点となる規範が変遷していくにつれて寛容は宗教の領域から道徳の領域、法の領域へと広がってきたのだと説明する。[71]そして、現代社会にとって焦眉の問題である「正しい法」による問題解決と、その前提となる「正しい法」の認識のために「寛容」に依拠した法が求められるというわけである。

三―三　「寛容」と「自由」

ここまでカウフマンが望ましいと考える「寛容」のあり方、すなわち「能動的な行為としての寛容」を解説してきた。この「寛容」においては、真理の追究が前提とされるわけであるが、カウフマンは、その真理の具体的内容として、ペーター・ノルに依拠しながら、「自由（Freiheit）」の概念の存在を掲げている。[72] そして、この「自由」の概念は、消極的功利主義が求めるものと関連している。また、「自由」は、「寛容」を法原理としていくための更なる根拠付けに資している。そこで本節では、この「自由」の概念と「寛容」との関連について触れていく。

まず、「自由」の概念の説明に関連し、カウフマンが強調する「不寛容に対する不寛容（Intoleranz gegen Intoleranz）」の議論から出発する。「寛容」においては、真理を追究する態度が前提とされていることからも明らかなように、カウフマンは、「完全に絶対的な真理を所有することを要求しない者は誰であれ寛容ではありえない」[73] と述べ、真理の存在自体を否定する立場を禁じている。すなわち、真理の存在や真理追究の姿勢自体を拒絶する「不寛容」な態度は許容されない。このために、「寛容者」には、前述した他者の意見や存在の受容と尊重、つまり、真理を共に追究するパートナーとしての他者を人格として承認かつ尊重することに加えて、真理が存在するという事実自体を受容することが求められる。そして、真理が存在するということ自体の是認という立場から、「不寛容に対する不寛容（Intoleranz gegen Intoleranz）」が、つまり不寛容な者が取る不寛容な態度を「寛容者」は許容する必要がないということが導出される。カウフマンは、この「不寛容に対する不寛容」という態度が従来から一般的な寛容論において重要なテーマとなってきたことを示しながら、「不寛容に対する不寛容」は、自らが「寛容者」であろうとする限り、絶対的に要請されねばならない態度だとしている。なぜなら、「不寛容に対する不寛容」を採用することは、真理の存在を担保するための条件だからである。そして、この真理の存在を担保するための条件に関連して「自由」

の概念が展開される。

この「自由」とは、単なる自己の行為に関する自由ではなく、自己も含めた誰しもが真理を追究する討議において制約なく意見が述べられ得るということである。すなわち、「自由」は真理の発見へ向けた言論の自由である。前述では、真理の存在を担保するための条件として「不寛容に対する不寛容」を示したが、この「自由」の概念においては、さらに広く、真理の存在そして真理の追究を担保する条件としての討議空間の確保、前述したハーバーマスの「理想的な発話状況」の確保が求められる。カウフマンは、ハーバーマスと異なり、討議によって得られた内容についての真理性を問うわけだが、結果のみを重視する帰結主義ではない。カウフマンは、「多くの意見の自由な討議において（in der freien Auseinandersetzung）のみ真理は機会を持つ」[74]と述べ、結果がどうであれ、その結果の導出手続きに関しても正当であることを求め、他者との討議の結果である真理は、「自由」という形式的要件が満たされた上でなされるものでなければ、十分な意味は持ち得ないと考えている。このため、不寛容のように真理追究をそもそも諦めてしまっている態度は当然のこととして認められず、加えて、寛容であろうとする者が真理追究の目的を逸脱して他者の不寛容な態度に対してまでも寛容であろうとすることも認めない。なぜなら、真理追究の目的を逸脱した受容は、制約のない意見表明の可能性としての「自由」を危殆化し、他者の意見表明の自由を否定することにつながるためである。つまり、いくら寛容であろうとも「不寛容に対する寛容」は認められないのである。

このように、「寛容」は、「自由」を前提条件として、「自由」を危殆化するあらゆる様態を認めないわけだが、一方で「自由」もまた「寛容」を前提としている。[75]討議における無制約な意見陳述のためには、否定原理に基づき誤謬の存在可能性を意識しながらではあるが、他者の存在を受容し、他者の意見を傾聴せねばならない。すなわち、他者の受容や傾聴に先立ち、他者が存在すること自体が重要となる。カウフマンは、ニーチェの「一人の者は常に

不正である、真実は二者を以って始まる（Einer hat immer unrecht, mit zweien beginnt die Wahrheit）。」という言葉を引用し、適切な認識のためには、他者の存在と他者との意見交換が不可欠であることを強調する。つまり、適切な認識に基づき自らが「寛容」であるために、他者の存在が絶対とされ、他者が現に存在していること自体、もしくは、目の前にいる他者の存在を拒絶しないことが「寛容者」に求められるのである。また、真理の収斂理論において誤謬発見を重視するカウフマンは、誤謬そのもの、もしくは、誤謬の存在自体に積極的な意義を認めている。[76] 誤謬がすなわち真理であるということは否定されながらも、誤謬の存在そのものを否定する立場は拒絶され、誤謬の存在にも「寛容」であると同時に、誤謬を判定する空間を確保する「自由」が重要視されるのである。

以上のことから、真理追究を求める「寛容」は、自己も含めたあらゆる討議主体が「自由」な状態にあることを前提としてのみ実現し、また「自由」な状態はあらゆる討議主体が「寛容」である態度を示している時にのみ成立するという「寛容」と「自由」の相互関係の構図が見い出される。しかし、この相互関係は、前述した他者の存在の受容や誤謬の存在そのものの受容などを鑑みると、現実に適用する場面では非常に錯綜することになる。この錯綜の根本には、「寛容」や「自由」の議論が普遍的な命題であるのだが、具体的な個人の想定を包含しきれない抽象的な議論にとどまっているという事情があると考えられる。全ての人間が同じ水準で討議可能な能力を有しているわけではないため、自由な討議空間を形式的な制度として設定できても目的合理的に作動するとは考え難い。その一方で、カウフマンにとって「寛容」は、消極的功利主義と同様に、公共善に対して責任を負った、社会的正義の一つの要素だと位置づけられている。[77] つまり「寛容」と「自由」は、社会正義の実現に資するように、現実の具体的な法的問題の指針足りえなければならないわけである。このために、前述までで展開した内容に加えて、複雑性の内実を考慮に入れた更なる命題が要請される。そして、この更なる命題に該当するものが消極的功利主義である。

そこで次節では、この視点から消極的功利主義と「寛容」の関連について考察していく。

三―四　「寛容」であるための消極的功利主義

カウフマンは、「不幸を阻止することが寛容を導き、寛容が不幸の阻止を導く」[78]と述べている。「寛容」と消極的功利主義の関係はここに示されているわけであるが、本節ではこの関係について詳述していく。

最初に「寛容」と消極的功利主義の議論の導出経緯を確認しておく。カウフマンの議論経緯を鑑みれば、「寛容」の議論は、消極的功利主義よりも以前になされたものである。つまり、「寛容」の議論から出発したカウフマンは、「寛容」の態度が複雑性の前で立ち止まることのないように、消極的功利主義によって内容的な条件付けを加えることで、現実に生じている問題に対応し得る具体的な規範体系へと高めたのだと言えよう。以下ではこうした議論経緯においてなされた「寛容」と消極的功利主義の関係性を理論的に考察していく。

前節では、カウフマンにおける「寛容」と「自由」の相互関係の構図を概観し、カウフマンが法理論を展開する上で依拠する哲学的前提の構造を「寛容」の視点から確認した。この構図において、「寛容」もしくは「自由」又はその両方を志向する「寛容者」は、自らの生きる世界に他者と誤謬が存在することを前提として受け入れているとされる。ただし、前述までで示してきたように、他者と誤謬の存在を前提とすることは、「真理の具体的内容は存在しない」、「それは原理的に導出され得もしない」と主張するようなニヒリズムや絶対的な価値相対主義を基礎付けていない。むしろ、そのことは、真理の具体的内容は他者との間で誤謬排除を通じて探求されねばならないということを基礎付けている。また、真理の追求を重視するカウフマンの姿勢は、他者の主張や誤謬の真理性が原理的に不可知でしかあり得ないがゆえに、他者の主張や誤謬の真理性をあらゆる場合において一旦仮定し、受容しておく

という立場も許容し得ない。このため、他者の主張や誤謬が存在することが実質的に保証されている状態が要請されるのであり、前述した「不幸の阻止」は、他者の主張や誤謬が存在することの実質的な保証に関連していると考えられる。

前節では、カウフマンにおける「自由」、すなわち「制約なく自らの意見が主張できる状態」を形式的手続きの観点から説明した。しかし、カウフマンは、「寛容」の態度に関して、「寛容者は開かれた状況に対して開いており、他者がおそらく自らよりも良き情報を持ちえていることを考慮に入れており、新しい状況が新しい解釈を要請することを知っているが、寛容者はその際にも、複雑性に関する解釈のみが常に存在しており、この解釈が複雑性に関して最終的でも絶対的でもあり得ないということを知っている。そのようにして寛容者は変化していく世界に対して開かれて応じ、その世界が開かれていることに配慮している。寛容者は複雑性をそのようなものとして作り上げ、世界をより人間らしくしている」[79]と述べている。つまり、人間は、一定の規範体系に固執せず、自らの考えを社会の流動性に適合させるがゆえに、複雑な社会に向かい合い得るのだと考え、人間間のコミュニケーションの実質的な成立と継続を重視する姿勢を取っている。このように彼にとって「自由」は、「寛容」や真理の収斂理論に関わる哲学的な議論においてのみ展開された概念ではなく、常に具体的な世界とその中で行われるコミュニケーションが背景に置かれている。また、彼は、刑法に関する議論の中で、国家の持つ刑罰権の限界をどこに見い出し、国家が持つ刑罰権を法によっていかに制約すべきなのかという文脈において、度々「自由」の確保を基準にした主張を展開している[80]。この文脈では、「自由」は、人間の自律と尊厳に根差したものだと説明されている[81]が、これを裏返して言えば、人間の自律と尊厳が確保されていない状態が「不自由」だと位置づけられる。このため、彼にとって、「意見の制約なき表明の可能性」は、形式手続きの基準であることを超えて、世界を人間に相応しいものとするための

「人間の自律と尊厳が確保された状態」という実質的な内容が伴ったものだと考えられている。さらに、彼は、私たち人間が「寛容」であろうとするならば、人間は、自らの世界に住む劣悪な状態に置かれた社会的な弱者や貧者について、「彼らを実存的な困窮から解放し、彼らが人間の尊厳に適った人生を送れるよう援助してやらねばならない。その場合にしか彼らは、自由で寛容な社会に対して自身を解放する機会を持たない。[82]」と述べている。ロールズは平等な機会の保証こそを自由の条件であると考えたが、カウフマンは、明確に、機会の付与を超えた、物質的な最低限の保証にまで踏み込んでいる。また、同じ箇所で、カウフマンは、「社会的弱者が不幸に生きる限り、人間の尊厳、自由、文化、寛容は、社会的弱者にとって人間の可能性ではなく、飢えた者や渇いた者には神もまたパンと水の形でしか現れ得ない[83]」と述べている。このことから、単なる観念としての自由や寛容、人間の尊厳または、そうした観念的な権利を保障するための形式的な手続きの確保にとどまらず、最低限の人間らしい生活の確保に向けた物質的な援助もしくは実質的な生活の向上に資する具体的な権利の付与が重要であるということが分かる。さらに、「寛容」に基づく弱者の保護の根幹は、人間の生命の尊重に置かれている[84]。ここに「少数者の不幸の回避」を目的とする消極的功利主義との関連点がある。前述したように、消極的功利主義では、抽象的な平等論、平均的な人間モデルに立脚したあらゆる社会構成員への平等な権利の付与ではなく、多種多様で具体的な人間モデルに立脚し、少数者という特定の人々の抱える特定の実質的な不幸、特に生命の危機に関わる不幸に着目し、その不幸への対応を迫っている。ただし、繰り返しにはなるが、消極的功利主義に則すならば、このような物質的援助や権利の付与は、幸福増進ではなく、不幸の回避のためにのみ行われる。すなわち、カウフマンは、ポジティブな「自由な状態の確保」と対比されるネガティブな「不自由でない状態の確保」、人間の尊厳に適った最低限の生活を過不足なく保証し、生命の尊重を第一に志向する社会の構築を目指しているのである。

ただし補足を加えるならば、「寛容」と消極的功利主義もまた「寛容」と「自由」の関係と同様に相互補完的な関係を形成している。前述で示したように、カウフマンは「寛容が不幸の阻止を導く」と述べている。「寛容」は、人々が目の前で抱える問題の対象となっている事柄について積極的な定義を避け、否定原理に従って誤謬発見と誤謬排除のみにより解決策を導き出そうとする。このため、否定原理により導き出される命題は、その導出過程が「寛容」に基づく他者との対話と合意である限りにおいて普遍化されるのであり、内容が如何なるものであろうとも他者との対話と合意に基づかない命題をカウフマンは許容しない。

また、私見ではあるが、このような相互的な関係の一方で消極的功利主義の方が重視されていると見ることができよう。カウフマンは、消極的功利主義を誰もが合意可能であり、一般化可能な規範であると位置づける一方で、「多くの人々が現代社会の複雑性の前で、無関心と不寛容を持ってその複雑性に対応する以外に術を心得ていないという非難をなす必要はないだろう。各人は、変化し続ける状況そして主張と根本的に取り組み続ける力をほとんど有していないであろう。[85]」と述べる。つまり、消極的功利主義に合意しないことは許されないが、「寛容」の姿勢を維持できないことには許容の余地が残されている。このことから、カウフマンは、「寛容」と消極的功利主義の相互補完的な関係を示しながらも、規範としての重点を消極的功利主義に置いている。すなわち、規範の領域において実現が最重視されるべきことは消極的功利主義、「不幸の回避、削減」である。変わり続ける社会と問題の多元性に対応する原理の適用についての十分な配慮は必要であるものの、消極的功利主義に関して責任を負っている主体の義務が最も重視されるべき義務なのである。

本章では、消極的功利主義に関して、真理追究を求める「能動的な行為として寛容」の側面から補足を試みてき

た。そして、「寛容」と消極的功利主義の両方に関連する「自由」の概念の検討から、消極的功利主義における実質的な不幸は、討議に参加する個々人の「意見の無制約な主張」を保証する基盤となる人間の尊厳や自律の確保、さらに言えば、人間の尊厳や自律の前提となる人間らしい生活の確保にあることを示した。また、「寛容」と消極的功利主義は、相互を保証し合う補完的な関係にあるが、規範としての絶対性の面において消極的功利主義をカウフマンがより重視していることを示してきた。そして、前述したように、消極的功利主義は、実質的な内容を持つ不幸を取り扱う命題である。このため、消極的功利主義は、具体的な内容を有さねばならない。実際にカウフマンは、消極的功利主義について、冒頭で示した命題の理論的整合性の説明にはとどまってはいない。すなわち、何が少数者の不幸であり、何が真理であり、何が誤謬であるのかについてカウフマンは実質的な議論に踏み込んでいるのである。このため、次章では、カウフマンが展開した不幸に関する実質的な議論を概観し、カウフマンにとっての不幸のイメージを明確していくことにする。

四　消極的功利主義における不幸への注目

前章までで消極的功利主義の理論的な構成と背景を概観してきた。そこでは、真理を目指す者同士が対話を重視する「寛容」の態度に基づいて問題の要素に関して否定原理を用いた真理への収斂を行い、少数者の持つ不幸の具体的内容を確定し、その不幸の回避を実現するという消極的功利主義の理念の内容を示してきた。また、その背景には、現代社会が抱える複雑な問題の解決のために、超時間的な解決策ではなく、時宜に適った解決策を見い出し

得る方法が取られて然るべきだというカウフマンの姿勢があることも示した。しかし、ここまでの展開から構成される消極的功利主義の命題は、不幸概念の導出手続き、不幸概念の導出可能性の提示にとどまっており、カウフマンが功利主義一般に対して行った批判、すなわちそこで導出される命題が内容空虚なものでしかないという批判を免れ得ない。

カウフマンは、あくまでも不幸が、幸福よりも具体的であり、不幸についての私たちの理解が普遍化可能であり、社会的に対処すべき事柄だと考えている。そして、不幸への対応の姿勢こそが命題を内容空虚化してしまわないための対処策であると考えている。なぜ、カウフマンがこれほどまでに不幸に注目するのか、このことを理解することは、法のあるべき姿を考察する上で無くてはならない答えを提供しえるものの一つであろうと思われる。カウフマンが重視した不幸へのまなざし全体については、本稿では扱いきれないが、本章ではさしあたって、カウフマンが具体的な不幸と位置づけたものを確認し、それらへの対応策を概観した上で、カウフマンが想定する不幸についての見解を総括し、不幸への対処の重要性について示していく。

四―一　カウフマンの掲げる不幸の具体的内容

カウフマンが、前述した「道徳的に善であること」「少数者の保護」「幸福に関する配分的な了解」という消極的功利主義の要素に従って示す内容は、本稿の冒頭で掲げた命題にとどまっていない。カウフマンは、『消極的功利主義』の末尾で、否定原理と真理の収斂理論によって導出される「幸福でない状態」に該当するものとして、具体的に、疾病（Krankheit）、病衰（Siechtum）、伝染病（Seuchen）、苦痛（Schmerzen）、貧困（Armut）、不自由（Unfreiheit）、飢餓（Hunger）、宿無し（Obdachlosigkeit）、実存的脅威（existentielles Bedrohtsein）を列挙する。[86] これらの「幸福でな

い状態」の共通点は、人間に危害が及んでいるという点である。こうした危害を回避したいという希望は、全ての人間が持ち得るし、原則としてどんな他者からも否定されることがなく、「幸福でない状態」の回避戦略が普遍化可能なものとして支持されるということは自明であろう。一方、カウフマンは、「幸福でない状態」の具体的な内容の確定によって、消極的功利主義の命題についての内容ある普遍化が初めて為され、内容空虚な理論から脱し得るのだと説明する。[87] そこで本稿では、上記の「幸福でない状態」をさしあたり「基本的な不幸」と呼んでおく。

「基本的な不幸」に関しては、その対応策として国家も含めた他者による行為、特に他者による社会的弱者への支援が第一に想定される。すなわち、金銭的もしくは物質的な支援により疾病や貧困、実存的脅威の状態に晒された社会的弱者を窮境な状態から解放してやることである。そして、前述で、消極的功利主義は、人間の尊厳に関わる「自由」の確保もしくは回復を社会の中で生きる個々人が行い得る状況を保証することを目指していることを示したが、「基本的な不幸」に苦しむ状態とは、個々人にとって「自由」が欠け、自由な討議が不可能である状態であろう。このため、個々人が「寛容」でいられる状態を実現するために、「自由」が欠けた状態を積極的な支援によって緩和し、「自由」を保障してやることが求められる。この際、快の増進と不快の回避を目的として、快と不快、すなわち幸福と不幸を表裏一体のものと考える積極的功利主義と異なって、消極的功利主義では、幸福と不幸を明確に区別している。すなわち、現状よりも更に利益が増した状態である幸福と、人間の尊厳や生命にとって不可欠なものを欠いた状態である不幸である。この人間の尊厳や生命にとって不可欠なものは、まさに人間にとって基本的なニーズであり、この基本的なニーズが欠けた状態が「基本的な不幸」なのであると言えよう。

このため、消極的功利主義で目指されるのは、この基本的なニーズの保全である。しかし、注意すべきなのは、カウフマンが、この基本的なニーズの保全に関して、謙抑的な態度を保っているということである。すなわち、基

本的なニーズの保全のための積極的な支援は、この保全に適う程度でのみ、さらに言えば、この保全の範囲内でのみ正当化されるのであって、この範囲を超える支援は正当化され得ない。この積極的な支援に関連して、カウフマンの姿勢として、刑法を通じた国家による私的な行為への介入に関して、すなわち刑法の適切な運用方法について述べる文脈で展開される補完性の原理（Subsidiaritätsprinzip）が重要である。[88] 補完性の原理においては、ある私的な行為に対する刑法の投入は、刑法以外の方法では有効に保護され得ない法益を保護するためのみになされねばならない。すなわち、法の投入は必要最低限かつ最も効果を発揮できる適切な主体によるものなければならない。この補完性の原理において目指されるべき正義とは、人間の自由の展開と、国家による人間の自由の保障や支援の適正な調和であり、この調和を逸脱する過度な法の投入は補完性の原理に反するものであり、許されない。つまり、補完性の原理に従った法政策では、法的な秩序維持よりも、個々人の自由な決定が可能な状態を確保することの方に力点が置かれる。しかし、その法政策の効果は、バランスを回復することを目的に、補完的に行われるに過ぎない。消極的功利主義に関しても、社会的弱者への支援は、最低限の「自由」の状態を確保するのに必要な程度の不幸の回避や削減のために為される。そして、支援の目的や結果が最低限の程度を上回る「自由」の確保による権利の強化のために為されるものであってはならず、そのような権利強化は援助による不均衡、不平等につながるとされる。このため、消極的功利主義の命題の中にある「不幸の可能な限りの回避と減少」という表現の意味は、不幸の回避や減少を試みる者が、なるべく多くの不幸を回避し、減少させることではなく、不幸を有する者の権利を阻害したり、「自由」を奪ったりしない限りで不幸を回避してやり、減少してやることだと解するのが適切であろう。[89] カウフマンはさらに、消極的功利主義という新たな理論を紹介するために、自らが否定原理の中の否定する機能の要素を強調し過ぎていると自省的に述べており、[90] カウフマンの意図は、自身の法哲学の中で否定原理を貫徹するこ

とではなく、人間の認識の限界による困難を、否定原理によって緩和することにある。つまり、少数者保護とそのための消極的功利主義は正義を達成するための他の手段、他の法原理と常に適度なバランスを保った上で実現されねばならないのである。

これらのことを踏まえると、カウフマンの主張する「基本的な不幸」は、疾病、苦痛、貧困、不自由、実存的脅威といった自明なものであっても、単に列挙されて、それらの状態にある者への支援が無条件に要請されているわけではない。それらの状態が個別の事例において「自由」がどの程度損なわれているかに応じて、投じられるべき支援の程度についての評価が異なってくるのである。このため、カウフマンが述べる不幸とは何であるかについての回答は、具体的なものの列挙から一歩後退して再びその状態の程度の判定へと戻った上でなさねばならないことになる。しかし、それでもなお、カウフマンが列挙した「基本的な不幸」がその判定の出発点となることは間違いない。

四―二　優先規則の前提としての経験

前節では、カウフマンが具体的に列挙した「基本的な不幸」を概観した上で、「基本的な不幸」の程度の評価に応じて支援の程度、様態が異なってくることを示した。本節では、この評価の方法、評価の根拠を考察することでカウフマンの主張する「不幸」とは何であるかの補足を行う。

カウフマンは、「基本的な不幸」の個別的な事例において「自由」がどの程度損なわれているかを判定するための手続きは示してはいない。カウフマンが示すのは、第二章で示した「配分的な了解」に基づく「優先規則」のみである。つまり、各個別事例において、どの「基本的な不幸」が優先して配慮を受けるべきかを決定するための手続

きが示されているのみなのである。この手続きを、カウフマンは、「バランスを持ったウェート付けによる優先規則の決定」と呼んでいる。[91] この手続きにおいては、現に生じている目の前の具体的な状況において一般的な基準に従って問題当事者の中で誰が救われるべきかの優先順位が決定され、援助の際にどのような手段が適切なのかが決定される。カウフマンは、優先規則の理論をロールズの『正義』から借用しているが、自らの議論がロールズと異なる点は、自らが手続きにおける一般的な基準を「経験（Erfahrung）」に置いている点だと強調する。

カウフマンは、ロールズの主張する優先規則を、社会における全ての合理的な存在が原初状態において合意した社会契約であると説明する。[92] ロールズは、この社会契約を直観的な自然法や経験に依拠した法と区別し、形式的な手続き的な思考から導出可能な一般的な法原理であると説明するために原初状態という仮定を用いている。原初状態において、契約の当事者である理性的な存在は、現実生活における自らの社会的役割を知らず、自らの恣意的または党派的な利益から免れていると仮定される。そして、原初状態においては、人間は、全ての理性的存在にとって自らの危険を最も少なく保てるようにする諸原則に従って社会契約の内容、すなわち規範に合意しているのである。このように原初状態からの優先規則の導出を強調するロールズに対し、カウフマンは、ロールズの優先規則もまたある特定の内容の規範を意識する人々が置かれた特定の社会の文脈において必要とされる規範に関する直観的な理解からは免れていないと指摘する。[93] また、カウフマンは、ロールズの優先規則を直観的だとして批判する立場に立つハーバーマスの討議理論に関しても、理論の正当化根拠とされている合意に関して、合意の成立と合意の内容を混同しているとして、その難点を指摘する。[94] ハーバーマスの討議理論では、ロールズ以上に手続き思考が一層推し進められ、正当な諸内容は、「理想的な発話状況」の下での討議によって導出されているとカウフマンは説明する。そして、合意内容の正当性は、ある討議において一体どんな内容がテーマとされるのか、その討議への参加者

がいかなる専門知識と経験を有するかという実質的条件に本来は左右されるのであり、「理想的な発話状況」とその下で議論が行われるという形式的条件に左右されるのではないとカウフマンは主張する。つまり、ハーバーマスの討議議論では、アリストテレスやトマス・アクィナスらの見解以来、哲学において中心的問題とされている「善と悪」「善き生」「生活世界」といった実質的な倫理が問題とされず、討議において何が適切で何が不適切かという形式的な基準のみを問題としており、実質的な問題解決の手段としては適切でないと見なされるのである。[95]

一方、カウフマンの議論において、実質的な条件の導出に関連する重要な概念に位置づけられるのは「経験」である。[96] この「経験」は、体験（Erlebnis）と関連付けられており、すなわち、人間が生活の中で感じたこと、すなわち主観的なものである。しかし、「経験」は、単に各個人によって任意に導出されるものではなく、普遍的な優先規則を導出する際の素材だとされる。すなわち、各個人の生活における体験の中で、普遍的な優先規則の導出に資する内容のものが「経験」に該当する。さらに、この「経験」に関しては、その判定基準として、歴史性を踏まえた上での、いわゆる「関係的人格」という枠組みが示される。[97] 以下では、この枠組みを歴史性と関係的人格という二つの要素に分けて説明する。

まず、カウフマンは、人間社会一般について、人間の生きる全ての秩序が関係的であり、人間は不可避的に関係的性格（Verhältnischarakter）を有さざるを得ないとしている。[98] ここで示される「関係的」とは、特定の時代や空間に存在する者は、不可避的に他者や事物との関係を有しているということである。この関係的性格のゆえに、人間は、単に個別に独立した実体ではありえず、他者の存在なくしては、社会の中で存在し得ず、他者の存在の受容を受け入れ、他者との調和を試みざるを得ない存在である。このため、人間には、関係的性格を巧く御しえる能力が求められるわけであるが、カウフマンは、ヴェルナー・マイホーファーに従って、人と人もしくは人と事物との関係が

調和したところに存在している人間を「人格（Person）」と定義し、自他が共にもつ「人格」の尊重が人間社会にとって重要であると主張する。他者の存在を受容することの規範性に関しては、三章で示した。すなわち、「寛容」は、他者との討議、意見交換を通じて収斂する真理を追究するために、真理に関して潜在的な可能性を有す他者の存在を受容、尊重し、他者の意見に傾聴することを前提としている。つまり、自己であれ、他者であれ、人間は様々な人や事物との関わりを通じてのみ社会の中で生きるのであり、他者との関係の崩壊や破壊は「寛容」の態度の喪失につながってしまう。そして、「寛容」の態度を保つために必要な他者の受容は、人間の関係的な性格を了解した「人格」であることを要請するのである。ただし、「寛容」と同様に、この「人格」は、「受動的な許容」のように、他者が存在する事実を単に形式的に受け入れるのではない。形式的な受け入れは、対他的にも、社会的にも独善的なものに過ぎず、関係的人格で求められる他者受容とは真理追究を目指す当事者同士の信頼関係である。一方で、カウフマンは、正当な手続きが正当な規範内容を決定する際に討議参加者の間での内容に関する納得や承認を導出し得るという点では有益であるが、規範内容そのものは特定の文脈に置かれた具体的な状況、歴史的な出来事に大きな影響を受けて規定されるという点を強調している。このため、カウフマンの主張する関係的人格に求められることは、具体的に目の前に存在する他者の存在を具体的な文脈に即して他者が納得する形で受容することである。そして、この具体的な文脈という部分に関わってくるのが、第二の要素である歴史性である。

カウフマンは、関係性を説明する際に、同時に「歴史性」という言葉を強調し、同じ時代もしくは同じ空間に居る隣人との間での合意のみならず、過去から歴史上積み上げられてきた伝統の遺産との合意も、規範内容の決定の際には、重視されねばならないと考えている。また、歴史的であるということは、決定内容が一定の原初状態から導出された静的なものではなく、時代や空間に応じて変化する動的なものでもあるということを意味する。すなわ

ち、カウフマンの見解においては、「理想的な発話状況」や原初状態などの静的な空間ではなく、歴史性を踏まえた動的な討議空間において優先規則の決定がなされるのである。

もちろん、具体的に「経験」がどのようなものであるかは各個人によって異なる。「歴史性を踏まえた上での関係的人格」（以下、「関係的人格」）の枠組みによって提示されるものは、時代や空間によって変わりうる他人との関係の中に自らが存在しているという絶対的な形式に過ぎない。[99]「経験」の具体的な内容は、バランスをもったウェート付けによって決定されるのであり、前述で列挙された「基本的な不幸」に関する機械的な優先順位の決定のためのリストは提供されない。しかし、「関係的人格」の枠組みは、自分の行動を決定する際に自らが振り返りもしくは参考にする過去が、漠然とした独りよがりな体験の蓄積や知識ではなく、ダイナミックな歴史性を踏まえた上で具体的な一地点において人間の関係的性格を考慮した「経験」であることを要請する。すなわち、「関係的人格」の枠組みは、あらゆる事象の中で何が「基本的な不幸」にあたるものであり、その中でも特に何が特に配慮されて然るべきものなのかを決定するための手続きを、ロールズやハーバーマスとは異なって現実の個別的な問題の解決に資するように導くのである。この点において、カウフマンの議論は、社会の基本構造や憲法といった社会体制のあり方を問題としているロールズやハーバーマスの議論とは大きく異なっている。さらに、カウフマンは、今日主張しうる唯一の自然法が、可変的な内容を有する、手続き的、動態的、歴史的な自然法であるとして、[100]法思想史の流れにおいて客観的に認識可能な法を想定する自然法論や全ての法内容は任意に決定可能だとする法実証主義の両方の立場を退ける中で自らが主張し得ることは、明白な法律上の不法を拒否するという立場であると述べる。[101]この見解は、人間の不確実性に基づいて絶対的に妥当する法の安易な導出を避け、あくまで否定原理に従った漸進的な法の導出を、歴史性を踏まえた関係性の中で行おうとしており、前述した消極的功利主義の前提である否定原理に通ずる。

そして、この見解の中で述べられている不法とは、消極的功利主義の文脈における「基本的な不幸」が特定の人に降りかかっている状態であると言えよう。

四ー三　複合的な不幸

前節までで、「基本的な不幸」と「基本的な不幸」に関する優先規則のあり方について概観し、カウフマンが想定する「不幸」に関する補足を行った。しかし、カウフマンが想定する「不幸」は「基本的な不幸」にとどまらない。「基本的な不幸」はあくまでも「不幸」の中の典型例であり、「不幸」であることが自明であり、その状態の改善が当然なされるべきだと万人が一致するものである。ただし、これらの「基本的な不幸」以外にも、対応策についての考慮が必要だが、消極的功利主義に基づいて対応すべき問題が存在するとカウフマンは考えている。[102] 例えば、臓器移植や安楽死、妊娠中絶、クローン人間の作成といった行為に関する倫理的な問題である。これらの行為に共通するのは、世間一般の人々の間でそれらの行為に対する価値観の対立が存在し、それらの行為を為すか否かの選択の前に立たされた行為者が自らの決定について、決定前、決定後にしばしば葛藤してしまう点である。例えば、妊娠中絶においては、胎児の生命を優先すべきか、胎児に関する妊婦の自己決定権を優先すべきかの価値の対立が生じ、妊婦は自身の中絶について葛藤するし、中絶手術を行うべきかどうかについて医師もまた葛藤する。これらの倫理的な問題は、適用可能な生殖医療や遺伝子工学の技術の進歩も著しいことから、何等かの問題への対処策の導出が重視されているが、現代でも問題対処に関する意見は一致を見ていないことが多く、さらなる検討を要する課題である。そこで本節では、このような倫理的な問題とカウフマンの述べる不幸がどのように関係しており、消極的功利主義はこの問題に対し如何なる有効性を持っているのかについて概観していく。[103]

まず、このような倫理的な問題は、前述で説明した「寛容者」のみが対応できる現代社会が抱える問題に当てはまる。すなわち、文明が高度化し、価値の多様化が進んだリスク社会が抱える、解決困難であるが、対応策の検討を避けては通れない複雑な問題である。既に述べたように、「基本的な不幸」に対して、消極的功利主義は、歴史性を踏まえた関係的人格に基づく「経験」により規定される優先規則によって対処するのだが、この対処方法は、倫理的な要素を含んだ複雑な問題に関しても同様である。しかし、複雑な問題の場合は、問題の当事者は「基本的な不幸」に対処するために別の「基本的な不幸」を受け入れざるを得ない状態や、他者との関係性自体が危機に瀕している状態や自らと関係する他者を犠牲にしなければならない状態にあり、単一の「基本的な不幸」に対処しようとする場合よりも対応方法の考慮が困難である。[104] 前節で、不幸への対応は、その不幸がどの程度のものであるか、又は「自由」がどの程度損なわれているかに応じて為される、もしくはその優先規則が決定されるということを示したが、複雑な問題において当事者は自らの置かれた自他の利益もしくは自己内部での利益が衝突する状態について、そして何らかの決断を下さねばならないこと自体について、葛藤する。そして、私見ではあるが、この葛藤自体もまた当事者にとっては、苦痛、苦悩であり、不幸であると考えられよう。すなわち、複雑な問題においては「基本的な不幸」を出発点としながら、不幸が重なり合う複合的な不幸が出現する。このように、複合的な不幸までを含めると、不幸の様態は非常に複雑となってくる。

そして、複雑な不幸をそのまま放置しておくことは新たな不幸を招くため、何らかの対処が求められるのであるが、複合的な不幸の中に含まれる特定の不幸への対処のみを行うこともまた新たな不幸を招くことになるために、その対処は特定の不幸のみに着目した対処であってはならない。例えば、複雑な問題の当事者に特定の権利や権能を与えたり、権利衝突の際は最終的には司法的な裁定によって当事者のうちのどちらかの権利のみを認めたりする

通常のゼロサム的な法的アプローチは、この複雑な不幸に対する対処には不適合であることは明白であろう。また、国家が当事者に物質的な支援を行ったとしても、複合的な不幸の原因が葛藤である限り、問題の解決には寄与しない。このため、複雑な不幸の対処策として有効なのは、単なる一方当事者の不幸の回避、削減ではなく、問題の全ての当事者の置かれた不幸な状態に関するバランスの取れた緩和である。新たな不幸の出現を防ぐ、もしくは当事者を葛藤から解放するために、一方当事者の重大な利益ができる限り損なわれない程度に他方当事者の不幸の回避、削減を行うべきなのである。

また、不幸への対処に際して、消極的功利主義は「可能な限りの不幸の回避と削減」、すなわち出来る限りの利益衝突の回避を求める。前述でこの「可能な限り」の意味は、不幸の回避や減少を試みる者が自らの権利を阻害され、「自由」が奪われ得ない限りという意味であることを示したが、「可能な限り」が極限まで求められる限り、対処すること自体への断念や諦念は許されない。すなわち、問題に関わる全ての当事者の重大な利益を損なわないような何らかの対処を試みる姿勢をあくまで保ち、何らかの対処を志向すること自体は絶対的な要請であると規定されているわけである。このような問題への対処を志向することを絶対的に要請する点もまた複雑な不幸に対する消極的功利主義の有効性を示していると言えよう。

このように複合的な不幸とは、つまり歴史性を踏まえた上で成り立っているはずの関係性を毀損する不幸であり、他者の存在や関係的人格が絶対的な前提として要請される限り、この関係性を毀損する不幸は緩和されるべきである。もちろん、既に示したように「基本的な不幸」が人間の尊厳の中核としての「自由」を阻害し、同時に「基本的な不幸」の存在自体が関係性を毀損していることは間違いない。このため、複合的な不幸にとっても「基本的な不幸」が出発点となっており、消極的功利主義は、「基本的な不幸」のみならず複合的な不幸へ対処しうるよう設定

されている。そしてまた、しばしば現代でも問題となるのは、前述した倫理的な要素を含んだ複雑な問題であり、消極的功利主義は、この複雑な問題の取り扱いの指針となることが期待されているのである。[105]

五　おわりに

本稿では、カウフマンが独自の法原理として主張する消極的功利主義の命題である「汝の行為の諸帰結が人間の不幸を最大限回避し、又は削減することと折り合うように行為せよ」の意味を確認してきた。消極的功利主義は、功利の増進を善と位置づけながら、「最大多数の最大幸福」をスローガンとすることによって生じ得る害悪、すなわち積極的功利主義の難点を回避しようとするものである。詳細に述べるならば、消極的功利主義は、基本的な不幸を出発点にした不幸への対処を目的として、社会政策を「少数者の保護」「道徳的な善との一致」「幸福の配分的な理解」に一致するように構築せよと命じるのである。さらに、消極的功利主義は、人間に関して歴史性を踏まえた関係的人格だと措定し、その関係的人格の十分な展開の実現を「否定原理」、「真理の収斂説」、「能動的な行為としての寛容」、「法の補完性原理」などを媒介として実現することを目指している。このように、本稿で確認してきたように消極的功利主義は功利主義でありながら、単なる快楽としての功利を求めるものではない。本稿は消極的功利主義とカウフマンの寛容論との関連性を検討することによって消極的功利主義の求める「功利」の一端を明らかにしてきた。すなわち、消極的功利主義が、歴史性を踏まえた関係的人格が持つ「能動的な行為としての寛容」と関係しているならば、消極的功利主義の求める功利は、広い意味では、人間が自由に制約なく意見を述べられる状

態である「自由」の保障であろう。しかし、社会政策もしくは他人が為しえるのは、「自由」の保障であって、「自由」の実現ではない。「自由」の実現は、「自由」の保障の下で各人が為し、各人の「幸福」を実現することにある。社会政策がなすことは「幸福」の実現を阻止する「不幸」の除去なのである。

この点において、カウフマンが、「功利」、「寛容」、「否定」といった言葉を一般的に想定される意味や機能とは異なった使い方をしていることには問題があろう。また、そういった用語の使い方に関して詳細な説明を加えているとは言え、それらの用語とは相容れないように思われる「真理」といった概念と結び付けることで自身の議論を正当化しようとする姿勢にも問題があり、カウフマンの議論構造全体を見えにくくしている。こうした問題を抱えるがゆえに、「消極的功利主義」という名称はカウフマンの法哲学を総括する術語として非常に扱いづらい地位に置かれてしまっているのではないだろうか。それでもなお、カウフマンの目指すところは難しくはない。繰り返しにはなるが、「不幸」の除去である。

しかし、消極的功利主義が扱うおうとする現実に存在する事案は単純ではない。なぜなら、本稿の四章で示した通り、カウフマンが消極的功利主義の適用対象として想定していたのは「基本的な不幸」が存在し、単にその補完が求められる空間のみではなく、「複合的な不幸」が存在する空間も含まれていると考えられるからである。本稿では、カウフマンが特に対処策の検討が必要だと考えている現実の問題を、「基本的な不幸」を出発点とする「複合的な不幸」と位置づけた。現実に社会や社会に生きる人々が抱える問題事案は、単に援助や権利付与を行えば、解決可能といったものはないし、社会は個人が抱える個別の「基本的な不幸」に対処し、それぞれ一つずつ解決していくことは難しい。現実には、援助や権利付与に際して、援助の資源の有限性の問題や与えた権利同士の衝突の問題まで視野に入れて政策は検討されねばならないのである。そして、「複合的な不幸」を目の前にして対処すべき問題

が複雑になればなるほど、問題への対処、解決策や妥協案の発見は困難になる。カウフマンは、法的な問題一般を取り扱う際に、抽象的な意見や命題にとどまらず、常に複雑で多元な具体的状況を意識した上で抽象的な意見や命題を応用する指針を与えること、そして、その場、その瞬間に生じた個別事例の検討とこの指針を協働させることで、一般的な規範への収斂の道を開くことを重視する。[106] このため、カウフマンの姿勢に沿うならば、消極的功利主義に関する議論は、複合的な不幸を目の前にして、抽象的命題の提示から個別事例への考慮に向かわねばならないということになろう。

これまで見てきたように、消極的功利主義は、社会の中の幸福の適切な配分に関わる理論である。このため、消極的功利主義は福祉国家の実現のための理論のように一般には思われるであろう。しかし、このような見方には注意が必要であり、このような見方によってカウフマンの法理論を福祉国家の実現のための理論だと位置づけるのは尚早である。なぜなら、消極的功利主義が法的な問題の全ての領域において適用されるべき原理であるとは必ずしも言えないからである。カウフマンの思想の経緯を概観すると、彼は、消極的功利主義を提唱する以前に、妊娠中絶や安楽死、クローンなどの問題を扱い、それらへの対応策についての具体的検討から自身の法理論を展開し、[107] 消極的功利主義を自身の法理論の原理に据えるに至っている。しかし、このため、これらの法理論の展開は刑法政策の観点を主軸に据えて展開されている。また、カウフマンは、法的効力の問題の検討に際して、自身の法理論の及ぶ範囲について留保をつけている。[108] 彼は、「ここで想定された効力理論は行政技術や財政、治安警察（中略）といった種類の法律の洪水を目の前にして、かなり現実離れしている」[109] と述べ、自身が携わっている問題が刑法を主軸としたものであることを明確にしている。このため、消極的功利主義が、社会保障などの刑法以外の分野を律する上での第一の原理と位置づけられるのかどうかには尚検討の余地があるからである。すなわち、消極的功利主義の意

義をさらに検討し、カウフマンの法哲学を消極的功利主義の視点から再整理するには、今後の課題として、カウフマンが取り扱った具体的な問題への対応策を考察することが求められる。このようなさしあたりの課題を示したところで本稿の結びとする。

註

（1）A.Kaufmann, Rechtsphilosophie, München, 1997, S.344. この命法は、上記『法哲学』の他、本稿で主に取り扱うA.Kaufmann, Negativer Utilitarismus — Ein Versuch über das bonum commune, München, 1994も含めたカウフマンの後期の主著作の結論部分のところに度々登場し、Der Kategorische Imperativ der Toleranzとしても紹介されている。また、前述のRechtsphilosophieでは、消極的功利主義とも言い換えられている。ただし、本稿では扱わないが、Rechtsbegriff und Rechtsdenken, in: Archiv für begriffsgeschichte begründet von Erich Rothacker, im Auftrage commission für Philosophie und Begriffsgeschte der Akademie der Wissenschaften und Literatur zu Mainz. Herausgegeben in Verbindung mit Hans-Georg Gadamer und Karkfried Gründer von Gunter Scholtz, Band 37, Sonderdruck 1994, Bouvier Verlag Bonn, S.57では、この命題は、ハンス・ヨナスの唱えた未来倫理として、命題が紹介されており、カウフマンの唱えた法原理である「寛容原理（Das Prinzip Toleranz）」（Achte und anerkenne deine ungelegen kommen.）とは区別されている点は留意しておきたい。

（2）「法の一般的諸原理」の理論に関しては、Rechtsphilosophie（Fn.1）, S.49-52を参照。また、消極的功利主義以外の法の一般的原理については、Rechtsphilosophie（Fn.1）, S.185fを参照。ここでは、消極的功利主義以外に、キケロの「各人に各人のものを与えよ」という原理、聖書における黄金律（「他人が汝に為すことを欲するものを、汝は他人にも為せ。」）、カントの定言命法（「それが普遍的な法則にまで高められることを汝が欲することができるような格率に従って行為せよ。」）、ロールズの公正原理（「すべての関与者が利益の点でも負担の点でも等しく配分されているように行為せよ。」）などがあげられている。また、カウフマンが消極的功利主義という言葉に初めて触れ、消極的功利主義に関する自身の理論展開のために参照した文献として挙げているのが、Ilmar Tammelo, Der Erlebnis von Ungerechtigkeit als Grenzsituation, in: Zur Philosophie der Gerechtigkeit, Frankfurt. a.M, 1982, S.127ffである。

（3）例えば、Ulfrid Neumann, Winfried Hassemer, Urlich Schroth（Hrsg.）, Verantwortetes Rrcht: Die Rechtsphilospie Arthur Kaufmanns,

München, 2005 に収められている諸論文でも消極的功利主義に関して触れている。

（4）A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus（Fn.1）および、Ders; Die Lehre vom negativen Utilitarismus — Ein Programm, in: ARSP80（1994）, S.476ff. また、Ders; Generalisierung und Individualisierung（1992）, in: Über Gerechtigkeit; Dreissig Kapitel praxisorientier Rechtsphilosophie, Köln; Berlin; Bonn; München, 1993でもその内容に触れている。

（5）Vgl. Ulrich Klug, Zur Kritik des rechtsphilosophischen Utilitarismus, in: ARSP38（1949/1950）, S.222.

（6）A.Kaufmann, Die Lehre vom negativen Utilitarismus（Fn.4）, S.476.

（7）Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie（Fn.1）, S.175.

（8）カウフマンは、功利主義が伝統的に倫理に対する個人の主観的視点に関する議論を含んできた点に留意しつつ、グスタフ・ラートブルフの法哲学的体系に依拠して、功利主義および公共善の理論が法の目的合理性（Zweckmäßigkeit der Rechts）に属し、この法の目的合理性の対象は自分自身に関する事柄でありながらもまた自分の外部にある社会に関わる事柄であるということと位置づけ、功利主義の主観的論点と客観的論点の統合を図っている（Vgl. A.Kaufmann, Die Lehre vom negativen Utilitarismus（Fn.4）, S.476f）。

（9）Vgl. A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus（Fn.1）, S.8f.

（10）Vgl. A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus（Fn.1）, S.17ff. 以下で展開していく積極的功利主義への批判や難点、消極的功利主義によるその批判や難点の克服は、注記がない限り、原則としてこの箇所を参照している。

（11）カウフマンは、ベンサムおよびミル、そして彼らの後継者によって展開された功利主義を、総じて積極的功利主義と呼び、それらが共通して「最大多数の最大幸福」を追求していると位置づけつつも、彼らが目的に設定している「幸福」に関する考え方はかなり異なり、単一の功利主義は存在していないとも述べている。（Vgl. A.Kaufmann, Die Lehre vom negativen Utilitarismus（Fn.4）, S.482f; Ders; Negativer Utilitarismus（Fn.1）, S.17）。

（12）Vgl. Horst Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 1995, S.174f.

（13）Vgl. Amartya Sen, Well-being, Agency, and Fredom, in: The Journal of Philosophy, Vol.82, 2005, pp.175.

（14）Vgl. H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip（Fn.12）, S.26.

（15）参照、西尾孝司『ベンサムの幸福論』（晃洋書房、二〇〇五年）一三－一四頁。

（16）ただし、ベンサムに関する先行研究では、功利が量的なものであるということをベンサムは重視しておらず、快楽計算に関す

る説明も行為の指針を示すための方法論上の便宜に過ぎないという指摘がなされることも多い（H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip (Fn.12), S.26 や池田貞夫「功利主義の正義論」音無通宏編『功利主義と社会改革の諸思想』（中央大学出版部、二〇〇七年）五六－五七頁を参照）。

(17) Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie (Fn.1), S.219. より詳しくは、Vgl. A.Kaufmann, Recht und Sittlichkeit, Tübingen, 1964.

(18) Vgl. Jeremy Bentham, J.H. Burns/H.L.A. Hart (edited), An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, London, 1970, pp.12.

(19) Vgl. J. Benthem, ibid., pp.11.

(20) Eigen Vollkommenheit-fremde Glückseligkeit に関して、カウフマンは、Kant, Metaphysik der Sitten, Akademieausgabe Bd.4, Königsberg, 1797, S.385を参照している（A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus (Fn.1), S.18）。

(21) こうしたカウフマンの見解に対して、ベンサムの功利主義においては、個人の実体的な快楽の追及を重視する功利原理そのものが倫理的な基準とされており、反対に個人の実体的な快楽の追及を重視するあまりに、社会全体の福祉を阻害することは反倫理的だとする批判が行われる（Vgl. H. Eidenmüller (Fn.12), S.24ff）。このため、何を倫理的、道徳的だとするかについて、ベンサム主義とカウフマンは擦れ違っていることには留意する必要があるだろう。

(22) Vgl. Konstantinos. A. Papageorgiou, Sicherheit und Autonomie; Zur Strafrechtsphilosophie Wilgelm von Humboldts und John Stuart Mills, in: ARSP76 (1990), S.333.

(23) Vgl. K.A. Papageorgiou, ibid., S.346.

(24) A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus (Fn.1), S.17.

(25) Vgl. K.A. Papageorgiou, Sicherheit und Autonomie (Fn.22), S.346. ; A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus (Fn.1), S.17.

(26) このことは、カウフマンが法と道徳の関係を、外面的な規制と内面的な規制として分離できるとする見解をとらず、相互補完的な規範として捉えている点からも伺える（Vgl. A.Kaufmann, Recht und Sittlichkeit (Fn.19).）。

(27) Vgl. A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus (Fn.1), S.19.

(28) Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, in: Hubert Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 18, Wiesbaden, 1983, S.1ff.

(29) Vgl. José de Sousa e Brito, Praktische Vernunft und Utilitarismus, in: ARSP-Beiheft 51, 1993, S.87ff.

(30) Vgl. Otfried Höffe, Politische Gerechtigkeit – Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt.a.M, 1987, S.74ff. ここでは、positiver Utitarismus という名称ではなく、falsche Legitimationsstrategie という名称で、十分な考慮なく「最大多数の最大幸福」を掲げる立場が批判されている。

(31) 「集合的な了解」と同様のことを、アイデンミュラーは「集合的決定規則（kollektive Entscheidungsregel）」（H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip (Fn.12), S.27.）、センは「総和主義（sum ranking）」（A. Sen, Well-being (Fn.13), pp.175）と表現している。

(32) カウフマンは『正義論』のドイツ語版（John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 5.Aufl., Frankfurt, 1990）を参照している。

(33) Vgl. Florian Wilkes, John Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, und Ronald Dworkin, These Rechte, Frankfurt.a.M, 1997, S.87ff.

(34) 優先規則は、その機能を発揮する前提として、社会に住むあらゆる者が是認されていなければならないとされる。

(35) ロールズにおいては優先規則の前提は、平等な自由、特に、社会的地位や役職に関する機会の平等の保証だとされる（Vgl. F. Wilkes, John Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, und Ronald Dworkin (Fn.33), S.87ff.）。

(36) 例えば、カウフマンの教授資格請求論文の公刊である A. Kaufmann, Das Schuldprinzip, eine strafrechtlich-rechtsphilosophie Untersuchung, Heidelberg, 1961, S.16では、本論に先立って、彼が Negative Prizip を自身の議論の認識論的な前提に置いていることが示されている。

(37) Vgl. A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus (Fn.1), S.13.

(38) Kral Raimund Popper, Logik der Forschung, 9. Aufl., Tübingen, 1989.

(39) Vgl. A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus (Fn.1), S.14.

(40) 論理学上の定式で、「AならばB／今Bではない／ゆえにAではない」を意味する。

(41) Vgl. A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus (Fn.1), S.20f.

(42) Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, Heidelberg, 1990, S.37.

(43) 例えば、「ここにいるカラスはみな黒い。すなわちあらゆるカラスは白いわけではない。」という考察主体の認識を集積しても「あらゆるカラスは黒い」とか「あらゆるカラスは白ではない」という言明を導き出すことは難しく、あらゆるカラスが黒いということの蓋然性しか導き出し得ない。

(44) Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit (Fn.42), S.24f.

(45) A.Kaufmann, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 2.Aufl., Heidelberg, 1991, S.51.

(46) Vgl. A. Kaufmann, Rechtsphilosophie (Fn.1), S.186f. この箇所では、Das Prinzip Toleranz の説明として、前述した「Handle so, daß ――」の命題が提示され、その命題の後に「Negativer Utilitarismus」という単語が併記されている。

(47) カウフマンの「寛容」に関する議論は、主として、A.Kaufmann, Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht, in: Günter Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Köln, 1983, S.97ff で展開されている。また、「寛容」の議論は、『法哲学』の20章では、先端医療技術や動物の権利などの現代社会の抱えるアクチュアルな問題と関係深いものとして紹介されている（Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie (Fn.1), S.295ff）。

(48) Vgl. A.Kaufmann, Die Idee der Toleranz (Fn.47), S.110f.

(49) Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie (Fn.1), S.306ff.

(50) Vgl. A.Kaufmann, Die Idee der Toleranz (Fn.47), S.110.

(51) このような不寛容な者が引き篭もる社会は、前述の「開かれた社会」に対して、「静的で閉鎖的な社会（Die statische, geschlossene Gesellschaft）」と呼ばれる。

(52) Vgl. A.Kaufmann, Die Idee der Toleranz (Fn.47), S.109.

(53) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.105.

(54) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.106.

(55) もちろん、「受動的な受容」は、同時に、少数派に寛容であることを多数派に要請するが、前述でも示したように、現実社会を鑑みれば、少数派の利害は多数派の利害に比べて表出されにくいことは明白であり、少数派の利害と多数派の利害の等価的な交換関係を想定することは難しい。

(56) Vgl. A.Kaufmann, Die Idee der Toleranz (Fn.47), S.101.

(57) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.109.　傍点は原文では斜字体。

(58) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.108.

(59) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.107.

(60) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.104f.

(61) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.106.

(62) Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit (Fn.42), S.35-37.
(63) Vgl. A.Kaufmann, Die Idee der Toleranz (Fn.47), S.106.
(64) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.111.
(65) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.106.
(66) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.108.
(67) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.105.
(68) ハーバーマスの議論については、カウフマンは、Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt.a.M, 1992を参照している。
(69) カウフマンによれば、「理想的な発話状況」は、合理的なコミュニケーション過程であり、その下では、合意を目指す討議参加者は、外部的な諸要素に影響を受けることなく、自由な討議を行い、「より良い論証の力」に基づき直観的な了解には依存せずに、正当な諸内容を証明、導出し得るとハーバーマスは説明しているとされる（Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie (Fn.1), S.273f）。
(70) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.111.
(71) A.Kaufmann, Die Idee der Toleranz (Fn.47), S.97ff.
(72) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.108.
(73) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.104.
(74) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.108.
(75) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.106f.
(76) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.107.
(77) Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie (Fn.1), S.344.
(78) A.Kaufmann, ibid., S.344.
(79) A.Kaufmann, Die Idee der Toleranz (Fn.47), S.111.
(80) 例えば、A.Kaufmann, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, in: Juristische Ausbildung 1986, S.225ff., Ders; Strafrecht und Freiheit, in: Über Gerechtigkeit (Fn.4), S.65ff.
(81) Vgl. A.Kaufmann, Strafrecht und Freiheit (Fn.80), S.72.

（82）A.Kaufmann, Rechtsphilosophie（Fn.1）, S.342.
（83）A.Kaufmann, ibid., S.342.
（84）A. Kaufmann, Der Entfesselte Prometheus — der Humangenetik und der Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher Sicht, in: Albin Eser, Alfred Künschner（Hrsg.）, Recht und Medizin, Darmstadt, 1990, S.324.
（85）A.Kaufmann, Die Idee der Toleranz（Fn.47）, S.111.
（86）Vgl. A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus（Fn.1）, S.23.
（87）Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.23f.
（88）Vgl. A.Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht（1974）, in: Starafrecht zwischen Gestern und Morgen: Ausgewählte Aufsätze und Vorträge, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, S.81ff.
（89）カウフマンは、最も寛大なやり方で以って人間に不幸の中の残された最小限を担わせるような消極的功利主義が、実用的で倫理的に是認可能だと述べている（Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie（Fn.1）, S.150.）。
（90）Vgl. A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus（Fn.1）, S.30.
（91）Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.25.
（92）Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie（Fn.1）, S.273f.
（93）Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.274f. また、同様のロールズの直観主義への批判が、R.M. Hare, Moral Thinking, Oxford, 1981で展開されている。そこでは、ロールズが「正義の感覚（sence of justice）」を以って行う道徳的判断が、全体の整合性を担保し得るとする点が直観主義的だと批判される。
（94）Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie（Fn.1）, S.275f.
（95）Vgl. A.Kaufmann, Generalisierung und Individualisierung（Fn.4）, S.338f.
（96）Vgl. A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus（Fn.1）, S.23.
（97）Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie（Fn.1）, S.288ff.
（98）Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.292ff.
（99）カウフマンによれば、人格は実体ではなく、関係、すなわち、関係づけるものと関係づけられるものの構造的統合であり、その関係そのものは、任意処理不可能かつ廃棄不可能である（Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.293）。

(100) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.26.
(101) Vgl. A.Kaufmann, ibid., S.40f.
(102) Vgl. A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus（Fn.1）, S.28f.
(103) ただし、本稿では消極的功利主義の可能性を抽象的に示すにとどまっている。複合的な不幸の具体的なあり方、対処法については人工妊娠中絶や安楽死に関してカウフマンが想定した対処策を具体的に説明して初めて十分に説明されることになる。この作業については別稿に譲ることになることを断っておく。
(104) Vgl. A.Kaufmann, Negativer Utilitarismus（Fn.1）, S.28f.
(105) 前述したI. Tammelo, Der Erlebnis von Ungerechtigkeit als Grenzsituation（Fn.2）, in: Zur Philosophie der Gerechtigkeit, Frankfurt. a.M, 1982, S.127 では、人間は身体的かつ心的な苦しみ（körperlichen und seelischen Leiden）のみならず、精神的な苦しみ（geistigen Leiden）の下にあると述べられている。
(106) Vgl. A.Kaufmann, Rechtsphilosophie（Fn.1）, S.158ff.
(107) そのような論考としては、A.Kaufmann, Zur ethischen und Strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie, in: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen（Fn.90）, S.117ff, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entescheidung — Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs, in: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen（Fn.88）, S.147ff, A. Kaufmann, Der Entfesselte Prometheus（Fn.84）などがあげられる。
(108) Vgl. A.Kaufmann, Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung, Heidelberg, 1990, S.20ff.
(109) A.Kaufmann, ibid., S.20.