

# 転換期とあるべき社会 ——環境調和性と分配における公正を中心に——

ミズノ株式会社法務部 高橋 靖

## はじめに

本稿は、現状を転換期とみなし、そのうえで、向かうべき、環境調和的で分配における公正が担保された社会と、それを支援する司法制度についてさまざまな局面をとらえて考察したものである。第1章では、平等や正義といった基本的な概念について予備的に古来の議論を整理する。基本的な枠組みに関するアリストテレスの見解の優れていることが、改めて確認される。また、生態系サービスと自然資本という概念に基づいた、近年の生物多様性の経済学の進展を説明する。生態系サービスの貨幣的評価という難問が継続して議論されており、明快な解答は容易でないことが示される。さらに正義を体現すべき、米国における合衆国憲法や司法権についても概要が紹介される。

第2章では、分配における正義の基礎概念として、法学や政治学における日常言語の役割に関連し、ワイトゲンシュタインの見解とそのハートやロールズへの影響を論ずる。経済学者アローによるロールズの『正義論』への論評もとりあげる。加えて、英米法においてコモン・ローとともに判例法を構成し、非常な正義と考えることのできるエクイティ、さらには権限者による弱者の救済的な性格があるパレンス・パトリエ思想について、英国における歴史的な背景を確認できる範囲で検討していく。

第3章では、第1章と第2章を受けて向かうべき社会像に関し、群集生態学と、手続的正義から再構成された実体的デュー・プロセス理論に基づく権利保護の経過が述べられる。離れた場所の生物群集からの移入も考慮するメタ群集の研究など生態学の懸命な努力と社会からの要請を説明し、それらについて考える。転換期という異例な時期である現在において、司法積極主義と司法消極主義を含む司法の役割につき、簡単にコメントする。大切なことは日常を維持しながら最終的にどのようなものを達成し、実現できるかにかかっているという見解が述べられる。

## 1 公正性の諸概念と環境経済学

### 1.1 予備的考察と生物多様性の経済学

#### 1.1.1 公正性の諸概念についての予備的考察

以前、1970年前後から転換期にはいつているのではないかと書いたが<sup>1)</sup>、転換である以上、何かから別の何かへの転換であると考えられる。転換期においては「別の何か」を「あるべき社会システム」ととらえ、その実現に努力することが重要である。これまでの考察のなかで、「あるべき社会システム」は、「環境に永続的に存在しうる最大の個体数」である環境収容能力を「減少させない人間活動量」を環境容量とし、その環境容量を守る環境調和的なものであるべきだと述べてきたが<sup>2)</sup>、それだけでは多

1) 高橋 [2016] 73頁

2) 高橋 [2017] 50頁

くの人びとがみだされた生活を日々送ることができるとは思われない。やはり、分配における正義や平等などが担保される必要があると考える。本稿では、これらについても検討したい。

まず平等、公正、正義などについて予備的に整理しておく。語源から考えると、第一に、平等 (equality) とは「等しく平ら」で、「あつかいがみな一様に等しい」ことをいう。平等には、何についての平等かというあつかいの特定が必要であるが、それを定めることができれば、意味は比較的明確である。第二に、公平 (impartiality) とは、「公 (おおやけ) にみてあつかいが等しい」ことを意味する。すなわち、一部だけに手厚くしない、偏らないということだが、偏らないか否かを判断するためには何らかの基準が必要であり、この基準が多くの人に受け入れられて初めて公平といえることになる。平等と公平が同じものか否かについては、さらなる検討を要する。第三に、衡平 (equity) とは、「あつかいにバランスがとれている」ことで、さらに、望月によれば、「イギリスにおいては、歴史偶然的な事情によりエクイティの語が特定の実定法的準則の一群の呼称として使われるようになった<sup>3)</sup>」。この点については、2.2.1および2.2.2で具体的に考察していく。第四に、公正 (fairness) とは、「公 (おおやけ) にみてあつかいが正義に反しない」ことである。ということは、第二点を踏まえると、公正は偏らないか否かに加えて、正義に反しないか否かにも基準を定め、これらが多くの人に受け入れられるという要件を含んでいる。第五に、正義 (justice) とは、「正しい行いを遵守する」ことである。ただし、正しい行いであるか否かについては、とくに西洋思想史においては倫理、合理性、法律、自然法、宗教、公正などさまざまな立場がありうる。少なくとも、

それぞれの立場を原則として考慮せず「あつかいがみな一様に等しい」という平等と、立場によって結論が異なる可能性のある「正しい行いを遵守する」正義が自然に同じものとなることは困難と考えられる。「正義に反しない」という点で正義を含む公正も、平等との関係は同様であろう。

次に、複雑とされる正義と法の関係について、ギリシア時代の伝統的な見解を確認しておきたい。法と正義は深く関係しているといわれる。語源からみても、裁きと刑罰を意味する女神の名であるディケー dike と、正や正しさを意味するディカイオン dikaiion、正義や正義の徳を示すディカイオシュネー dikaiosyne、正義の人や裁判官を表すディカイオス dikaiosなどは明らかに関連している。また、法を象徴する女神も、右手には力を表す剣、左手には衡平を示す秤皿をもつことにより正義の実現をめざすものとされている。ただし、この女神の名はテミス themis といわれる<sup>4)</sup>。このあたりの背景事情について、三島にしたがい整理してみる<sup>5)</sup>。第一に、テミスもディケーも、ホメロス (BC8世紀) やヘシオドス (BC8-7世紀) などポリス成立期の叙事詩に登場する神話の女神であるが、テミスはミケーネ期以前に遡る古い女神である可能性がある<sup>6)</sup>。第二に、テミスは神的な威力をもつ指図あるいは命令、ディケーは宣告や判定、争訟当事者によって選ばれた審判人の法的判定を意味した。第三に、改革をしたソロン (BC634-BC530頃) においてディケーがテミスよりも有力となり、ソロンは、ディケーとピア (権力) を具現した法律をテスマス thesmos と名づけた。第四に、アナクシマン드로ス<sup>7)</sup> (BC610-BC546頃) らの見解によれば、ホメロスからソロンにいたるディケーは主にポリスに結びついてきたが、その後宇宙秩序的原理にまで高められ、テミスのはたして

3) 望月 [1990] 25頁

4) 八木 [1968] 7頁

5) 三島 [1993] 18-25頁、30頁

6) 三島 [1993] は、この箇所は、船田 [1953] を参考にしたとしている。この箇所は船田 [1953] 40-46頁、とくに42-43頁を参照。

7) 当時の文化的先進地域であったイオニア地方のミレトスの自然哲学者

いた役割がノモス（法律ないし慣習的掟）<sup>8)</sup>に代わられ、かつノモスはディケーに従属させられることになったとされる。すなわち、前述のディケーと正しさ、正義、裁判官との語源的なつながり、およびディケーと法の象徴であるテミスの関係は、上記のように説明される。

さらに、後世でもひんぱんに引用されるアリストテレスの正義に関する見解について述べる。アリストテレスは主に三つの正義を提唱した。第一には、一般的な正義として、「正義（ディカイオシユネー）とは、……正しいものごとを行なうたちのひとたらしめるような「状態（ヘクシス）」、つまり、ひとびとをして正しきを行なわしめ、正しきを願望せしめるようなそうした「状態……」の謂いである<sup>9)</sup>」から、「このような意味での正義は、……完全な徳（テレリア・アレテー）にほかならない」とした。そして、「不正なひと……には、……「違法的なひと」……があり、……過多をむさぼりがちな「不均等的なひと」……がある」から、「正（ディカイオン）とは、適法的（ノミモン）ということと均等的（イソン）ということの両義を……含む」ことになる。ただし、アリストテレスは、この一般的正義の行為を「国という共同体にとっての幸福またはその諸条件を創出し守護すべき行為<sup>10)</sup>」としており、奴隷も含むギリシアの都市国家の制度を前提としていたことには、留意しなければならない。

第二に、特殊な正義の一つとして、「名誉とか

財貨とかその他およそ国の公民の間に分かれたるところのもの配分におけるそれ<sup>11)</sup>」を示した。これは配分的正義と呼ばれている。この配分的正義についてアリストテレスは、「当事者たる一定のひとびとの間における「正」である「比例的（アナログン）ということの一種<sup>12)</sup>」としている。第三に、同じく特殊な正義として、「もろもろの人間交渉において矯正の役目を果たすところのそれ<sup>13)</sup>」を指摘した。これは矯正的正義または匡正的正義とされている。これについてアリストテレスは、「算術的比例（アナログリア・アリトメティケー）<sup>14)</sup>」で「また二つの部分に分かれる<sup>15)</sup>」として、民事的なものと刑事的なものをあげているが、本稿ではこれ以上触れない。これら一般的正義、配分的正義、矯正的正義について恒藤は、時代の制約などの条件つきながら、「総合的に考えてみると、現代まで連続する正義論の枠組といったものが示されていることは疑ない<sup>16)</sup>」とした。また三島は、アリストテレスの正義論の主題は、一般的正義にあるのではなく、特殊な正義、すなわち配分的正義と矯正的正義にあるとした<sup>17)</sup>。これは、ことばを換えれば、分配に関する正義こそが、問われるべき正義の核心であるということでもある。さらに、高田は、アリストテレスの「宣しさ（エピエイケイア）<sup>18)</sup>」について「equityと英訳され、法律用語では「衡平」と邦訳される語<sup>19)</sup>」としている。田中は衡平と並んで手続的正義を「正義の決定に至るまでの手続過程に関す

8) 船田 [1953] 51頁には、ノモスの語が、『分配する』『割当てる』意を有する nemein の語と関連することが示されている。

9) アリストテレス（高田訳）[1971] 169頁

10) アリストテレス（高田訳）[1971] 172頁

11) アリストテレス（高田訳）[1971] 177頁

12) アリストテレス（高田訳）[1971] 179頁

13) アリストテレス（高田訳）[1971] 177頁

14) アリストテレス（高田訳）[1971] 182頁

15) アリストテレス（高田訳）[1971] 178頁

16) 恒藤 [1977] 92頁

17) 三島 [1993] 86頁

18) アリストテレス（高田訳）[1971] 208頁 アリストテレスは「法が一般的に語ってはいても時として一般的規定の律しえないような事態が生ずるならば、……不足せることがら……を補訂するということは正しい」（209頁）として、これを「宣（エピエイケス）」とした。

19) 高田 [1971] 282頁 訳注（73）

る<sup>20)</sup>」としたが、これは3.2.1で述べる手続的正義（デュー・プロセス）につながる。

### 1.1.2 生物多様性の経済学と生態系サービス

転換期と判断した要因にはいくつかあるが、最も重く感じたことの一つは、17世紀以来の近代思想と科学技術に支えられた近代システムが、それ自体環境破壊的な方向に向かう性向をもっているのではないか、という疑念であった。この疑念に対してやはり近代に発生した経済学は、どのような見解を示したのであろうか。1970年前後の時期にシューマッハが自然を資本とみる見解を提示したとの見方があるが、少なくともシューマッハは統一された思想としてそれを述べたわけではなかった<sup>21)</sup>。経済学の主流は、公害など環境破壊を外部不経済、自然からの資源やサービスを外部経済とし、いずれも分析の対象からはずしたままであった。そのなかでコスタンザらは1997年、生態系サービスについて「生命圏全体で、価値（その大半は市場外である）は、年間16～54兆ドル……の間で平均は33兆ドル<sup>22)</sup>」と試算した。この試算は「生物群系ごとに単位面積当たりの生態系サービスの価値を推定し、それぞれの生物群系の総面積を掛けて、すべての（生態系）サービスと生物群系にわたって合計<sup>23)</sup>」しており、「16のバイオームに対する17の生態系サービス<sup>24)</sup>の現在の経済的価値を推定<sup>25)</sup>」したものである。す

なわち、あるバイオーム<sup>26)</sup>に対するある生態系サービスの単位あたりの経済価値を推定し、これに世界規模の同バイオームの面積を掛けることによって、そのバイオームでのその生態系サービスの総額を算出し、バイオームごと、生態系サービスごとに合計したことになる。「生態系サービスは、……自然資本からの、物質、エネルギーおよび情報によって構成されている。“宇宙植民地”のように自然資本および生態系サービスなしの人間の福祉の創出を想像することは可能だが、この可能性は現状とかけ離れており、またありそうもない<sup>27)</sup>」とした。さらに、生態系サービスの評価手法について「(以前の研究の：引用者注) 統合においてカバーされた諸研究で用いられた評価技術の多くは、直接または間接に、生態系サービスに対する個人のWTP（支払意思額）を推定する試みに基づいている<sup>28)</sup>」と述べ、あるバイオームに対するある生態系サービスの単位あたりの経済価値の評価は主にCVMによってなされたことを明らかにしている。大沼はコスタンザらの調査について「手法には大きな欠陥があることが指摘されている<sup>29)</sup>」という。この後2001年から2005年にかけて国連の提唱によりミレニアム生態系評価(Millennium Ecosystem Assessment; MA)<sup>30)</sup>が実施された。MAは「ほとんどの地域において、大部分の生態系サービスの状態と経済的価値については比較的限られた情報しか存在せず、……さまざまな

20) 田中 [1994] 186頁

21) シューマッハ (小島他訳) [1986] 139頁には、以下のような記述がある。「土地とその上に住む生物を「生産要素」にすぎないと見る限り、この混乱は収まらないだろう。……(その上に住む生物を含む：引用者注) 土地は目的そのものであり、超経済的なものである。……土地は人間が造ったものではない。……一度こわすと再生できないものを、自分で造ったものと同じに扱うことは、理にかなっていない。」

22) Costanza et al. (1997) p. 253 Abstract

23) Costanza et al. (1997) p. 253

24) Costanzaらの生態系サービスは、大気の成分の調整、気候の調整、自然災害の緩衝機能、水の流れの緩衝機能、水資源の供給、土壤浸食の制御、土壌の形成、チッ素、リンなどの栄養塩の循環、廃棄物の処理、花粉の運搬、生物の数のコントロール、生物の避難場所の提供、食料の提供、素材の提供、遺伝子資源、レクリエーションの場の提供、文化的な価値の提供の17をいう。

25) Costanza et al. (1997) p. 253 Abstract

26) バイオームとは、モンスーン林や亜熱帯林など、植物、動物、土壌生物の群集の類型を束ねる大分類を意味する。生物群系ともいう。

27) Costanza et al. (1997) pp 254-255

28) Costanza et al. (1997) p. 255

29) 大沼 [2014] 42頁 大沼は、同頁の脚注2)において「たとえば、生態系サービスに対して人々が支払ってもよいと思う額（支払意思額）の総計が世界全体の所得を超えているなど、致命的な欠陥が指摘されている」とした。

タイプの生態系……に関してそれらの空間的分布パターンや動向についての地球規模の基礎データは驚くほど少ない<sup>31)</sup>」とした。

MAを受けた生態系と生物多様性の経済学(The Economics of Ecosystem and Biodiversity: TEEB)プロジェクトは、2007年ポツダムでの環境大臣会議で欧州委員会とドイツにより提唱された<sup>32)</sup>。その後、2008年ボンでの生物多様性条約第9回締約国会議(COP9)で中間報告が発表され、2010年のCOP10までに一連のTEEB報告書がとりまとめられた。2010年10月20日発表TEEB統合報告書は、その目的は「あらゆるレベルで自然の価値を意思決定の場に組み込む手法を社会に定着させる上で、経済学的概念およびツールがどのように役立つかを示すこと<sup>33)</sup>」とした。生態学と経済学の基礎と題される報告書(「基礎報告書」)<sup>34)</sup>によると、2010年3月に発表された第5章は「総経済価値(TEV)の枠組みにおいて、生態系は、産出価値(……食物生産、気候調整、レクリエーション価値など)に加えて保険価値も生み出すことができ……後者(保険価値)は、「オプション価値」と密接に関係しており、……取り返しのつかない負の影響を伴う構造転換(レジームシフト)が生態系で起きないようにする価値で……現在は産出価値をまったく生み出していない場合でも、そのオプション価値は重要である可能性がある<sup>35)</sup>」としている。基礎報告書は

生態系におけるオプション価値や保険価値を前向きに評価しているが、市場からの類推がある程度できる産出価値と異なり、保険価値やオプション価値の評価に困難が伴うことは、別の機会にも述べた<sup>36)</sup>。これらの価値に根拠や必然性が乏しければ、生態系サービスの価値評価は不確かなものとなる。この点、基礎報告書も「表明選好法に関する文献で注意が喚起されている主要な問題の1つは、支払意思額(WTP)と受入補償額(WTA)の相違である<sup>37)</sup>」と理論的に同一であるはずのWTPとWTAが同じにならない問題をあげ、また「もう1つの重要な問題は、「包含効果」、「部分-全体バイアス」、あるいは「スコープ無反応性」と呼ばれる問題である<sup>38)</sup>」として、CVMなどの表明選好法には不確実性があると認めている。しかしながら、基礎報告書は「技術的な不確実性と……選好の不確実性、に対処できる実際的な方法の1つは、……直接的利用価値に関連付けられている特定の生態系サービスを評価する場合は、顕示選好法と表明選好法を組み合わせる場合、顕示選好法と表明選好法を組み合わせるという考え方である<sup>39)</sup>」とまとめている。トラベルコスト法やヘドニック価格法などの顕示選好法とCVMなどの表明選好法のデータを融合させるようなやり方について、現時点で明確なコメントをすることは差し控える。ただ、前述したように、さまざまな性格の数値を合わせれば、全体としてはあいまいな内容になってしまうことは指摘しておく

30) MEA 編(横浜国大監訳) [2007] xiii 頁 MAの目的は、生態系の変化が人間の福利に及ぼす影響を評価することであり、生態系の保全と持続的な利用を進め、人間の福利への生態系の貢献を高めるために、われわれがとるべき行動は何かを科学的に示すことにあったという。

31) MEA 編(横浜国大監訳) [2007] 41-42 頁 コスタンザらの生態系サービスとMAのそれとの比較は、高橋 [2014] の79-80 頁で行っている。

32) <http://www.biodic.go.jp/biodiversity/activity/policy/valuation/teeb.html>

33) TEEB 統合報告書(IGES 仮訳) [2010] 2 頁 地球環境戦略研究機関の仮訳を利用し、頁なども仮訳のものを用いたが、重要な部分は英文の原本を確認した。引用についての責任はすべて筆者にある。

34) <http://www.iges.or.jp/jp/archive/pmo/1103teeb.html>

35) 基礎報告書(IGES 仮訳) [2010] 1 頁 主要なメッセージ

36) 高橋 [2014] 79 頁

37) 基礎報告書(IGES 仮訳) [2010] 23 頁 表明選好アプローチについて説明を加えている。

38) 基礎報告書(IGES 仮訳) [2010] 24 頁 ここで、基礎報告書は、「スコープ無反応性を観察した調査では、人々は、魚の固体数の減少を防ぐための支払意思額として、オンタリオ州の小さい地域に対しても、オンタリオ州全体に対しても同じ金額を支払うと回答した」と文献名をあげて問題点を指摘した。

39) 基礎報告書(IGES 仮訳) [2010] 41 頁 基礎報告書は、データ補強、「データ融合」アプローチという用語を用いている。

たい。TEEBが意義ある手法となりうるかどうかは、この価値評価にかかっているといてもよい。

## 1.2 公正性と司法制度

### 1.2.1 合衆国憲法の特徴と背景

前節でみたところによると、近年の環境経済学における流れは、規範性よりも政策上のデータ操作など技術性に比重をかけたもののように思われる。これに対して正義や公正に関連する事項はやはり立法や司法において顕著ではないかと考え、米国における合衆国憲法を中心として検討していきたい。

合衆国憲法の特徴について松井は、民主主義、権力分立、連邦制、個人の権利保障、司法審査制の五点をあげている。また第一点の民主主義と第五点の司法審査制は憲法上に明文規定がないが、この両点はとくに積極司法主義と消極司法主義<sup>40)</sup>の論争に関連してくる。第二点の権力分立については、第1編<sup>41)</sup>で立法権(連邦議会)、第2編で執行権(大統領)、第3編で司法権(連邦裁判所)を規定している。後述する原告適格の問題は、とくに憲法3編との関係で判例において多くの議論がなされてきた。また、第三点の連邦制については、1776年の独立宣言から1788年の合衆国憲法成立までの経過が色濃く影響している。すなわち、独立宣言によって北米の13植民地が独立し、13の邦(ステイト)となったが、邦(ステイト)はそれぞれ限りなく独立国家に近いものであった。したがって1781年の連合規約は、国家連合の規約となる。1783年の独立達成後、1787年に規約改正のための憲法会議(憲法制定会

議)が開催されたが、ここでいう改正されるべき「規約」とは、国家連合の規約のことであった。邦(ステイト)を州(ステイト)に変更するにあたり、強力な連邦政府をめざすフェデラリストと、州(ステイト)の独立性を維持しようとする反フェデラリストが激しく対立することは、ある意味で自然である。反フェデラリストの憲法草案に対する批判は、第一に、邦の権限を不当に剥奪していること、第二に、共和政体は民主的とはいえないこと、第三に、個人の権利を保障する権利章典が欠如していることであった。

この批判の三番目が、第四点の個人の権利保障である。議論はフェデラリスト側に不利で、権利章典部分をいれざるをえなくなり、第1回議会で憲法第1修正から第10修正<sup>42)</sup>として付加することを決議し、1791年に成立した。では、権利として合衆国憲法に明記されていない権利の扱いはどうなるのであろうか。第三点の連邦制の議論との関係によって、合衆国憲法の条文は、書かれていないものも同じ趣旨であれば含まれているとみなされる例示方式ではなく、書かれているもののみが認められる限定列举方式と解されている。さらに、第10修正は「当憲法によって合衆国に委ねられていない権限、または当憲法によって州に禁止されていない権限は、それぞれの州、または人民に留保されている」と規定しており、明文で規定されていない権利の扱いは、合衆国憲法から当然に法解釈はされない。この点も論争のもとになった。

そこで、第五点の司法審査制について、その経過

40) 松井 [2008] 97-98頁 松井はウォーレンコート(1953-1969)の憲法裁判をめぐる論争において、ウォーレンコートを支持する立場からの「問題はプロセスではなく実体的結果であり、原則に基づく裁判はしょせん不可能であるしまた無意味である……。司法審査が民主主義において逸脱した制度であると考えする必要はなく、判決が市民的権利を保護するものであれば民主的に正当といえる」という見解を司法積極主義、逆に、批判する立場からの「憲法裁判は原則に基づく裁判として行うべきで……。それができないなら、そもそも憲法裁判をすべきではない」という見解を消極司法主義とした。

41) 合衆国憲法の条文について、「ARTICLE I Section 1」「AMENDMENT I」を、それぞれ「第1条第1節」「修正第1条」と訳すものと、「第1編第1節」「第1修正」と訳すものがある。本稿では、「修正第1条」が本文の「第1条」を修正したと誤解されないよう、後者の訳を用いる。

42) 第1修正は、信教、言論、出版および集会の自由、第2修正は、武器を保持する権利、第3修正は、兵士の無許諾宿営の禁止、第4修正は、不合理な捜索、押収、抑留の禁止、第5修正は、大陪審、二重の危険、デュー・プロセス、第6修正は、刑事陪審、刑事手続上の人権、第7修正は、民事陪審、第8修正は、残虐な刑罰の禁止、第9修正は、人民の権利についての一般条項、第10修正は、州または人民への留保権限に関するものである。

を整理する。1791年の権利章典部分の成立後それほど経たない1803年、交付されていない治安判事の辞令の扱いをめぐる争われた *Marbury v. Madison* 判決<sup>43)</sup>は、連邦最高裁が連邦議会の制定した法律の合理性を審査できるという司法審査制を確立したとされている。紙谷は「判旨を見ると、……連邦議会の制定した法律が合衆国憲法に抵触するならば無効となり、裁判所はそのような審査をすることができると判断している」としたうえで、同判決の「重要性は過大評価されており、……最高裁判所による積極的な司法権の行使、独占的な……憲法解釈権の行使の根拠をこの判決に求めることはできないという批判はもっともである<sup>44)</sup>」という。1857年の *Dred Scott v. Sanford* 判決<sup>45)</sup>は、奴隷は合衆国市民ではないから、奴隷禁止を規定したミズーリ協定はデュー・プロセス条項に違反するとして違憲とした。デュー・プロセス条項問題については、3.2.1および3.2.2でまとめて検討する。同判決は1861-65年の南北戦争の原因になったともいわれ、南北戦争終了後の1868年、憲法第14修正は同判決を覆した。畑は、南北戦争勃発までに連邦法を違憲無効としたのは *Marbury* 判決と *Dred Scott* 判決のみであるとし、また「いずれもきわめて「政治的な」判決で……、前者が連邦の維持に貢献したのに対し、後者がその分裂を促進した<sup>46)</sup>」という。

### 1. 2. 2 米国における司法権

合衆国憲法3編1節の前半部分は「合衆国の司法権は、一つの最高裁判所と、連邦議会が適宜創設し、

設置する下級裁判所に付与される」と規定し、司法権が裁判所にあることを示している。また、同後半部分は「最高裁判所および下級裁判所双方の裁判官は、罪過なき限り、その職を有する」と規定して、裁判官の任期が事実上終身であることを述べている。次に、憲法3編2節1項は司法権の対象に関して、「司法権は、この憲法、合衆国の法律および……条約のもとで生じる法律およびエクイティ上のすべての事件、……二つ以上の州の間の争訟、相異なる州の市民の間の争訟……に及ぶ」とし、事件および争訟が対象であることを明らかにしている。これが事件・争訟性の要件である。この要件に具体的な要素について松井は *Muskrat* 判決<sup>47)</sup>を引用して、「①財産権に関して、②相対する訴訟当事者間に、③現実の紛争が存在し、④それについて裁判所が終局的判決を下し執行することができること（注：番号は引用者が付加）<sup>48)</sup>」という。この①は原告適格（スタンディング）の要件、②は対立性の要件、③が成熟性、ムートネス（仮想的でないこと）の法理に関係し、④は終局性と執行可能性の要件とされた。最高裁はこれらの要件を司法判断適合性（*justiciability*）というが、この理由について、司法判断を明確にするために不可欠の要素であるということと合わせて、他の憲法が規定した機関との権力分立の要求に基づく、権限分配であるということをおいているため、要件の基準を緩和するのか、厳密に適用するのかという方向を見通すことが難しくなっている。

ここでは、司法判断適合性の中心である、①に関

43) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

44) 紙谷 [2012] 5頁 紙谷は、第一に、司法府による司法権と司法過程に関する事項についての司法審査に異論はなかったこと、第二に、しかし、最高裁による合衆国憲法解釈の独占という主張は、当時の発想にはなじまないこと、第三に、したがって、本件は司法府による司法権に関する議会制定法の審査と解することが妥当であること、第四に、上記とは別に、本件判決は、第一審管轄に関する先例の不正確な引用、本案判断を先行させた起草スタイル、合憲限定解釈回避の可能性、事案の政治的活用、利害関係者でありながらの審理への関与など、さまざまな非難を受けていることを述べた。

45) *Dred Scott v. Sanford*, 19 How. (60 U.S.) 393 (1857)

46) 畑 [1992] 36頁 畑は *Dred Scott* 判決について、アフリカから輸入された黒人およびその子孫は「市民」となれないとの主張、憲法が奴隷輸入を1808年までしか認めなかったことの解釈、州の市民権と連邦の市民権の解釈など、多くの問題点を有しているという (34-35頁)。

47) *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911)

48) 松井 [2008] 101-102頁

連する原告適格（スタンディング）について検討したい。米国における原告適格法理についてはすでに別の機会に一定の考察をしているが<sup>49)</sup>、本稿での検討に必要な範囲で再度述べる。蔡は、第一に、私権モデルの訴訟形式を基礎とする「憲法3条（3編）準拠論」が20世紀初頭より生成されたこと、第二に、1960年代には、原告適格と憲法3編と個人的利益要件の三者が結びつけられたこと、第三に、1970年代後半には①特別かつ明確な損害（事実上の損害）、②因果関係および③救済可能性の三要件を内容とする、憲法上の要件と、④利益保護範囲（利益の圏内）要件などの、自制的要件という二本立ての現代法理が確立されたこと、第四に、1980年代に前述の三要件が憲法3編と直接結びつけられたこと、第五に、1990年代に市民訴訟条項を含む制定法の根拠があっても、憲法3編の要件をみださない限り原告適格を否定されるようになり、制定法による原告適格の付与さえ実質的に禁止されたこととまとめた<sup>50)</sup>。

第一点は、前述の Muskrat 判決（1911）と、連邦納税者の訴訟である 1923 年の Frothingham 判決<sup>51)</sup>などを示しているのであろう。Frothingham 判決は、「“妊娠法”と称される 1921 年 11 月 23 日（連邦）法は、州などの間で、その条項を受け入れ遵守するよう割り当てされるべく、保留とされたかもしれない州への支払い、割り当てを認可する<sup>52)</sup>」ところ、原告らは、「同法の目的は、憲法のもとで連邦政府に許諾されておらず、州によって保持された国家権を誘発することであり、また複数の州の割り当ての負担は平等でない状態になっているところ

の、同法は違憲であると主張している<sup>53)</sup>」としたうえで、「州は、違憲であるものが市民に適用されるという理由で、連邦法令の実施から市民……を保護するため、パレンス・パトリエとして、訴訟を開始しえない<sup>54)</sup>」こと、「公金の割当てを根拠づける連邦議会の立法の施行を抑止するための、……連邦納税者としての、個人による訴訟はエクイティにおいて受け入れられない<sup>55)</sup>」ことと判示した。パレンス・パトリエおよびエクイティについては 2.2.2 で背景を整理する。さらに「当裁判所は、事案が司法判断適合性を有さないならば、州による原審の裁判管轄権をもたない<sup>56)</sup>」として、違憲審査における原告適格判断につき、「損害を被ったこと、または直ちに損害を被る危険に陥ること、および……その法令の執行の結果としての直接の損害」が生ずることという要件を示した<sup>57)</sup>。この要件をみださない当事者は、原告適格を有さないということである。

蔡の第二点は、長らく先例とされていた Frothingham 判決を覆した、1968 年の Flast 判決<sup>58)</sup>と、1970 年の Data Processing 判決<sup>59)</sup>を意味すると解される。Data Processing 判決は「上告人らは、一般に事業にデータ処理サービスを提供しており、その他の銀行および銀行の顧客にもデータ処理サービスを利用可能とするために、応答銀行のようなナショナル銀行にそれらの銀行サービスの付随物として（データ処理を）許している、通貨管理者による規則に挑戦する<sup>60)</sup>」という事案であった。「地裁は、上告人らは訴訟を実行する原告適格を欠いていると

49) 高橋 [2017] 65-68 頁

50) 蔡 [1997] 2 頁

51) Frothingham v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923)

52) 262 U.S. at 447

53) 262 U.S. at 447

54) 262 U.S. at 448

55) 262 U.S. at 448

56) 262 U.S. at 447

57) 262 U.S. at 448

58) Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968)

59) Association of Data Processing Service Organizations, Inc., v. Camp, 397 U.S. 150 (1970)

60) 397 U.S. at 151



して訴えを棄却し、控訴審も一審判断を肯定した<sup>61)</sup>。しかし、連邦最高裁は、「上告人らは、銀行との競合が上告人らの経済的な損害を生じさせることを主張しており、憲法3編の事件・争訟性の要件をみたま<sup>62)</sup>」とし、「上告人らによって保護されるべきものと求められている利益は、間違いなく、法律によって保護されるべき、または規制されるべき利益の一つの範囲であり、上告人らは、連邦行政手続法702条における「権利を侵害された」者である<sup>63)</sup>」として、「上告人らは、訴訟維持するための原告適格を有している<sup>64)</sup>」と結論づけた。このData Processing判決は、原告適格についての要件を大きく緩和することになったが、畠山は同判決が示した①事実上の損害要件(テスト)および④利益の圏内要件(テスト)について六つの論点をあげた<sup>65)</sup>。

第三点は、バーガーコート(1969-1986)における、環境保護に対する関心が高まった1972年のSierra Club判決<sup>66)</sup>や1973年のSCRAP事件判決<sup>67)</sup>の後、

1975年のWarth判決<sup>68)</sup>やEastern Kentucky判決<sup>69)</sup>などで、②因果関係要件と③救済可能性要件が原告適格に必要とされたことを示す。また第四点は、1982年のValley Forge判決<sup>70)</sup>や1984年のAllen判決<sup>71)</sup>で、前述した憲法3編2節1項の事件・争訟性の要件と、①事実上の損害要件、②因果関係要件および③救済可能性要件の三要件が直接結びつけられたことを意味する。最後に、第五点とは、1990年のNational Wildlife判決<sup>72)</sup>および1992年のDefenders of Wildlife判決<sup>73)</sup>においてスカリア裁判官が示した、①事実上の損害要件、②因果関係要件および③救済可能性要件の三要件は憲法3編の事件・争訟性の要件に由来するもので、立法府といえども、これら要件をみたまことなく原告適格をあたえられないという判示を指すものといえよう。米国における原告適格論は、蔡によるまとめの時期を超えてさらに展開されているが<sup>74)</sup>、その点は次の機会にしたい。

61) 397 U.S. at 151

62) 397 U.S. at 151 ; pp. 397 U. S. 152-153

63) 397 U.S. at 151 ; pp. 397 U. S. 153-156, 157

64) 397 U.S. at 151 ; pp. 397 U. S. 151-156, 157

65) 畠山 [2008] 66-67頁 畠山は、第一に、個別的・具体的な①事実上の損害テストを憲法3編の事件・争訟要件と結びつけたが、この判旨は、歴史的経緯に合致しないこと、第二に、市民訴訟条項により市民に訴権を付与する議会の権限が、結果的に大きく制約されることになったこと、第三に、原告適格を本案の解釈から切り離す意図だが、実際に原告適格を実体法から無関係に判断できるか疑問であること、第四に、①事実上の損害テスト、④利益の圏内テストが、APA(連邦行政手続法)の文言や立法史に適合するかという問題があること、第五に、④利益の圏内テストは、①事実上の損害テストと「法的に保護された利益」テストを関連づけるための、つじつま合わせにすぎないのではないかという議論があること、第六に、原告適格法理を簡潔明瞭にして、裁判所と訴訟当事者を不必要に詳細な審査から解放する意図を有していたが、その後の展開は期待したようには進まなかったことをあげている。なお、番号は引用者が付した。

66) Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972)

67) United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP), 412 U.S. 669 (1973)

68) Warth v. Seldin, 422 U.S. 490 (1975)

69) Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization, 426 U.S. 26 (1976)

70) Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc., 454 U.S. 464 (1982)

71) Allen v. Wright, 468 U.S. 737 (1984)

72) Lujan v. National Wildlife Federation, 497 U.S. 871 (1990)

73) Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1992)

畠山 [2008] はこの判示における論点を、第一に、①事実上の損害要件に、さらに現実性、急迫性を要求したこと、第二に、③救済可能性(要件)も、さらにそのハードルを高くしたこと、第三に、(適正)手続的権利侵害の主張を否定したこと、第四に、憲法2編3節の慎重条項により、議会も大統領の執行権を一般市民に移譲することはできないとしたこと、第五に、④利益の圏内要件については触れていないこととした(145-148頁)。なお、番号は引用者が付している。

74) Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc., 528 U.S. 167 (2000), Massachusetts v. EPA, 549 U.S. 497 (2007) などにおいて、原告適格論や環境訴訟における重要な判断がくだされている。

## 2 公正性をめぐる考察

### 2.1 公正性の基礎となる思想

#### 2.1.1 日常言語と正義論

アリストテレスの後、正義論で数多くの議論の契機となる見解を発表したのはロールズであるが、そのロールズとウィトゲンシュタインの関係について言及した研究は比較的少ない<sup>75)</sup>。本節ではこの点について考察する。かつて別の機会に、言語論的転回 (linguistic turn) を切り口にして解釈学や法哲学に若干言及したが<sup>76)</sup>、そのなかで言語論的転回のとらえ方にはさまざまなものがあったとした。アーベルは、分析哲学について「『分析』は、……科学の命題にかかわるのであり、……事物について語っている言語にかかわる<sup>77)</sup>」ものとした。そして、ウィトゲンシュタインの『論理哲学論考』(以下『論考』とする)を出発点とする第一段階<sup>78)</sup>、新実証主義をその内容とする第二段階、「ケンブリッジ大学における1932年ごろからの後期ヴィトゲンシュタインの講義とともに始まる」第三段階にわけて、第三段階が「イギリスの分析学者たちによって真に革命的なものともみなされている<sup>79)</sup>」という。そこで、アーベルのいう第一段階(前期)と第三段階(後期)のウィトゲンシュタインの違いについて必要最小限の

説明を加えたい。

1918年に完成し1921年に出版された『論考』において「世界は事実の総体であり(1.1)<sup>80)</sup>」、事実とは「成立していることがら(2)」であって「諸事態の成立である(2)」から、事態とは、野矢が解説するように<sup>81)</sup>「起きうることがら」である。「事態は互いに独立である(2.061)<sup>82)</sup>」とされるが、「……可能な状況を射影するものとして、命題という……記号……を用いる(3.11)」ことになる。そして、「命題は現実の像である(4.01)」であるところ、「もっとも単純な命題、すなわち、要素命題は、一つの事態の成立を主張する(4.21)」から、「要素命題の特徴は、いかなる要素命題もそれと両立不可能ではないことにある(4.211)<sup>83)</sup>」。すなわち、「一つの要素命題から、他の要素命題が演繹されることはありえない(5.134)<sup>84)</sup>」のである。これが、可能な状況を射影するもっとも単純な現実の像である、要素命題は、事態と同じく互いに独立である、という表象である。この表象について、1929年の論文においてウィトゲンシュタインは疑義を呈する<sup>85)</sup>。そして、同年12月25日にはウィーン学団のシュリックらとの面談において、要素命題は相互に独立であることを明確に否定し<sup>86)</sup>、1930年1月2日の面談においては、完全に誤りを認めるのである<sup>87)</sup>。これらの点はすでに多くの研究者によって指摘されている<sup>88)</sup>。

75) ロールズは、1952から53年にオックスフォード大学に留学し、H.L.A. ハートなど日常言語分析学派に触れた。またウィトゲンシュタインの『哲学探究』は1953年に出版された。

76) 高橋 [2017] 56-58頁

77) アーベル (丸山訳) [1985] 3頁

78) アーベル (丸山訳) [1985] 5頁

79) アーベル (丸山訳) [1985] 17-18頁

80) 『論理哲学論考』では、節番号によって引用箇所を示す。

81) 野矢 [2003] 訳注(5) 182頁

82) ウィトゲンシュタイン (野矢訳) [2003] 19頁。2.061について山元 [1971] は、「事態と事態とは、相互に依存してはいない」と訳したうえで、訳注(5)として「それゆえに、事態を記述する『要素命題』……(いわゆる『原子命題』)もまた相互に依存してはいない(5.134以下を参照)。」と述べた(335頁)。

83) ウィトゲンシュタイン (野矢訳) [2003] 61頁。4.211は重要な節であるから、他の訳も併記する。ウィトゲンシュタイン (奥訳) [1975] 60頁では、「要素命題のしるしは、いかなる要素命題もそれと矛盾しえないことである」となる。またウィトゲンシュタイン (山元訳) [1971] 367頁では、「ある命題が要素命題であることしるしは、それに矛盾するどのような要素命題もありえないということである」とされている。

84) ウィトゲンシュタイン (山元訳) [1971] 379頁。5.134について、ウィトゲンシュタイン (奥訳) [1975] 72頁では、「一つの要素命題から、他のいかなる要素命題も演繹されえない」、ウィトゲンシュタイン (野矢訳) [2003] では、「ある要素命題から他の要素命題が導出されることはない」と訳出している。

このことは、事態を要素命題によって厳密に射影できるとする『論考』における言語観が成立しなくなったことを意味する。

したがって、1929年12月22日の面談における「私は以前には……日常言語と、……現象、を表現するところの基本的言語とが存在する、と思っていた。……なぜ私はこの考えについてもはや固執しないのか、……述べよう……。私が思うに、我々は本質的にただ一つの言語を持っているだけである、そしてそれは日常言語である<sup>85)</sup>」という発言となる。イアン・ハッキングは言語に関するとらえ方について、観念の全盛期、意味の全盛期、文の全盛期という区分を示し、観念の全盛期においては「言語は本質的に私秘的なものと考えられて<sup>90)</sup>」おり、意味の全盛期においては「言語は本質的に公共的な何ものであると見なされるようになった<sup>91)</sup>」としたうえで、ワイトゲンシュタインについて「ところが1920年の後半に、彼は何のゆえかは知らないが、本質的にコミュニケーションと結びついた意味での言語へと向かったのである<sup>92)</sup>」という。日常言語を重要視し、コミュニケーションと結びついた言語という考え

が、『哲学探究』（以下『探究』という）で説明された「子供がそれを介して自分の母国語を学びとるゲーム……、石を名ざしたり、あらかじめ言われた語をあとから発音するような過程……、言語と言語の織り込まれた諸活動との総体<sup>93)</sup>」である言語ゲームという概念である。換言すれば、言語は、『論考』では内容によって事態と厳密に結びつけられていたが、『探究』における言語ゲームでは機能によってその場の状況と多様に結びついていることになる。

ところで、以前にも述べたが<sup>94)</sup>、H.L.A. ハートは『法の概念』においてルールを規定する際に、ワイトゲンシュタインに言及している。ハートは具体的に『探究』の66節から76節までを指定した。一方、ロールズも論文「二つのルール概念<sup>95)</sup>」において「実践、制度、ゲーム、ルール等のような複雑な諸概念」の「判断の難しい……境界線上の事例<sup>96)</sup>」について論じる場面で同じく『探究』の65節から71節までを指定した。両者が指定した部分は、いずれも『探究』の最も初めの部分で、鬼界のいう、『論考』にみられる「フレーゲに由来する、命題の意味と概念は厳密でなければならない、という原理<sup>97)</sup>」から「曖

- 85) ウイトゲンシュタイン (奥訳) [1975] 367頁。具体的には、「度についての分析不可能な命題同士が相互に排除しあうということとは、原子命題 (要素命題のこと：引用者注) は相互に排除しあうことはできない、ということ を要求する私が数年前に公表した見解と矛盾している」と述べた。なお、当論文は7月の合同学会用の原稿論文であったが、ワイトゲンシュタインは、当日はまったく別の内容の発表を行い、この論文については自己の著作として認めなかったという。
- 86) マックギネス編 (黒崎訳) [1976] 91頁。ヴァイスマンによる、「このことは、要素命題は相互に独立である……という事を私は信じていた、という事と関係している。しかしながら……、人は、命題の体系によって記述せられるところの或る事態の成立から、それ以外のすべての事態の不成立を推論することが可能であるという事は、規則ですらあるのである」という記事に基づく。
- 87) マックギネス編 (黒崎訳) [1976] 105頁。ヴァイスマンによる、「私は以前、要素命題について二つの表象を持っていた。そして、そのうちの一つは正しいと思われるが、もう一つは完全に誤っていた。……要素命題は相互に独立でなくてはならない、という表象を持っていた。……ここにおいて私は誤っていた」という記事に基づく。
- 88) 飯田 [2005] 164-167頁、岡田 [1986] 108-110頁などを参照。
- 89) マックギネス編 (黒崎訳) [1976] 61頁。
- 90) ハッキング (伊藤訳) [1989] 3頁
- 91) ハッキング (伊藤訳) [1989] 4頁
- 92) ハッキング (伊藤訳) [1989] 7頁 ハッキングは、ワイトゲンシュタインは『論考』を書いたとき、彼の世界という考えをもっていた、として、ワイトゲンシュタインがコミュニケーションと結びついた意味での言語に向かったことが、西洋の哲学において言葉が「公共的になった」瞬間である、ということもできるかもしれない、と述べた。なお、ワイトゲンシュタインは1920年から1928年まではまったく哲学に関する活動はしておらず、ハッキングのいう「1920年の後半」とは、1929年7月の論文や1929年12月22日および同25日の面談などのことをさすのであろう。
- 93) ウイトゲンシュタイン (藤本訳) [1976] 20頁 第1部7節
- 94) 高橋 [2016] 89-90頁 とくに脚注85)
- 95) 同論文は、「ルール小売り主義」のJ.O. アームソン、リチャード B. ブランドらと「行為功利主義」のジョン C. スマートらの論争を背景としている。この点について、川本 [2005] 71-77頁を参照。
- 96) ロールズ (深田訳) [1979c] 319頁

味さと不確定性を本質とする日常言語と日常世界……へと足を踏み入れてゆく<sup>98)</sup>」という日常性への転換を示す、65節から88節までの部分に該当する<sup>99)</sup>。つまり、日常言語の重視という点で三者は一致する。さらにロールズは「公正としての正義」において「特別の説明がない場合には、苦しんでいる人を助けるか否かが、苦しみを認めているか否かの基準であるのと同様にフェアプレーの義務を承認することは、他人と自分を同じような利害や感情をもった人として認めているか否かを識別する基準の必須部分なのである<sup>100)</sup>」といい、この部分にかかる注(16)でウィトゲンシュタインの『探究』に言及し、第一に、基準という概念をウィトゲンシュタインと同じ意味で用いること、第二に、同情は人が苦しみの意味を理解しているかどうかの基準の一部分であると、ウィトゲンシュタインも述べていることを指摘した<sup>101)</sup>。ロールズは想定している『探究』の箇所を明示していないので、同(16)のノーマン・

マルコムの論文を参照という記載<sup>102)</sup>を手掛かりとして検討する<sup>103)</sup>。第一点については、「もし正常な言語ゲームが感覚の表現によって廃されると考えているのなら、……いまや感覚の同一性に関する基準を必要としている(288)<sup>104)</sup>」と、第二点については、「同情は、他人が痛みを感じているという確信の一形態である(287)<sup>105)</sup>」と解される。すなわち、ロールズが想定しているのは、『探究』の287節と288節を含む部分であると推定される。また、ロールズは道徳的心情の性質とその把握に関する点について論文「正義感覚」および『正義論』における第3部Ⅷの同様の部分でウィトゲンシュタインに言及しているが<sup>106)</sup>、これも『探究』である。すなわち、ロールズにおいて言及されるのはすべて、『論考』ではなく『探究』に代表される後期ウィトゲンシュタインなのである。このことはロールズの正義論が、個人の心のあり方としての正義ではなく、制度としての正義をめざしており、その意味でそこで想定され

- 97) 鬼界 [2003] 228頁 ウィトゲンシュタインには、約2万頁ともいわれる膨大な草稿が存在し、草稿も手書きのもの、タイプ済みのものなど数種類にわたる。この分類については、フォン・ライト(飯田訳) [1995] がはじめて実行したという(338-364頁)。なお、鬼界 [2003] 13-28頁も参照。
- 98) 鬼界 [2003] 232頁
- 99) 両者が引用した66節から71節に試みに表題をつけると、66ゲーム(遊戯)における共通性と類似性、67家族的類似性、68ゲームと規則による制限、69ゲームと境界線の不存在、70ゲームの概念とその定義の関係、71言語ゲームと適用の仕方、となる。なお、67家族的類似性は、『探究』の中でも著名な節の一つである。
- 100) ロールズ(田中訳) [1979a] 52頁 注(16)は73頁。
- 101) ロールズ(田中訳) [1979a] 具体的には「基準という概念を私(ロールズ:引用者注)がWittgensteinの意味とみなしている意味で用いている。……同情という反応が……人が「苦しみ」の意味を理解しているか否かを識別する基準の一部分であるということがPhilosophical Investigationsのなかにある」と述べた。
- 102) ロールズ(田中訳) [1979a] 73頁 「Norman Malcolmの論評、“Wittgenstein’s *Philosophical Investigations*,” *Philosophical Review*, LXIII (1954), pp.543-547 参照」と記載されている。このMalcolmの論文(原論文)は、530-559頁にわたっている記録にある。
- 103) Malcolm (1963) pp.78-82 筆者が用いた論文(引用論文)は、原論文を若干異なる書式で掲載したNorman Malcolm, *Knowledge and Certainty: Essays and Lectures* (Englewood Cliffs, N.J., 1963) © 1963, pp.06-129であり、pp.65-103が該当頁である。したがって、以下は、引用論文の65頁を原論文の530頁とみなして、その後の頁も順次あてはめたものである。引用論文には、ウィトゲンシュタインの『探究』の244、256、288、271 (p.78 ; p. 543)、26、293、304、191 (p.79 ; p. 544)、246、408 (p.81 ; p. 546)、666-684、304 (p.82 ; p. 547) について言及がある。具体的には、Malcolmは「ウィトゲンシュタインは、少なくとも一度、感覚についての私の諸ことばは、“私の感覚の自然の表現と結びつけられている”(256)、そして、しばしば 感覚についてのことばと感覚の表現であるところの行動の間の結びつきの重要性をほのめかす(たとえば、288、271)」という(p.78 ; p.543)。287について引用論文に直接の言及はないが、ウィトゲンシュタインの『探究』において288と連続している箇所である。
- 104) ウィトゲンシュタイン(藤本訳) [1976] 197-198頁 第1部288節
- 105) ウィトゲンシュタイン(藤本訳) [1976] 196頁 第1部287節
- 106) ロールズ(岩倉訳) [1979b] 253頁 注(11)、ロールズ(川本他訳) [2010] 629頁 注17にウィトゲンシュタインについての言及がある。『正義論』のほうを示すと、「こうした(道徳的情操を特徴づけようとする際に生じるさまざまな:引用者注)問いは、……『哲学探究』……の中でウィトゲンシュタインが遂行した類いの探究を道徳感情の概念に適用することにより示唆される」となる。

る言語も日常言語でなければならないということに関係すると思われる

## 2. 1. 2 分配における正義をめぐる論争

1. 1. 2で考察した生物多様性の経済学では、やや技術的な側面にウェイトがかけられていた。それでは経済学は規範や価値に関心をもちたないのであろうか。1973年経済学者アローは、ロールズの『正義論<sup>107)</sup>』について論考を発表した<sup>108)</sup>。アローの主な論点は次の六点となる。まず、ロールズは「格差原理は、生まれつきの才能の分配・分布を……共通の資産と見なし、この分配・分布の相互補完性によって可能となる多大な社会的、経済的諸便益を分かち合おうとする、ひとつの同意を実質的に表している<sup>109)</sup>」という。この点、アローは「個人的には、この価値判断を十分に共有するし、実際、これは厚生経済学の完全な定式化における、ほとんどすべての試みにより含まれている<sup>110)</sup>」と賛意を表明した。このコメントはアローの規範に関する認識を示している。次に、ロールズは、「どんな人に自分になるのか……に関して、等しい尤度があると彼は想定している。……見通しの値は平均効用と同一になる。

……当事者たちをリスクに対する回避性を持たず……合理的……と見なすならば、……その初期状況という考えは至極当然に平均原理へといたる<sup>111)</sup>」と、平均的功利関数のリスクに関する中立性を述べたが、アローは「ロールズは、ゆえに、平均的功利主義はリスク中立であると議論するとき誤りを犯している。それどころか、個人のリスク忌避の程度は、すでに効用関数において組み込まれているのである<sup>112)</sup>」と批判した。他分野からの概念の援用自体は問題ではないが、厳密に定義されたものを用いる場合、異なる意味を含めるときはその旨を明記すべきであろう。

第三にロールズは、第二原理の(b)(格差原理)につき「生まれつき恵まれた立場におかれた人びとは誰であれ、運悪く力負けした人びとの状況を改善するという条件に基づいてのみ、自分たちの幸運から利得を得ることが許される<sup>113)</sup>」と書いたが、アローは「才能ある者の才能は、ロールズのシステムにおいて……才能に恵まれない者のために用いられる。これはある人々を手段として用いていることではないのか?<sup>114)</sup>」と反論した。両者ともカントの定言命令<sup>115)</sup>を前提としているが、自らの才能を自

107) すでに広く知られているが、ロールズは、自由の平等な保証、機会均等の保障、社会経済財の公正な分配を、社会が公正な体系として機能するための条件となし、それを正義の二原理として1971年提示した。当該二原理は長期にわたり微修正が加えられたが、本稿では、ロールズ(川本他訳)[2010] 402-403頁記載の、訳者による補い部分を除く、以下のものを対象とする。一、各人は、平等な基本的諸自由の最も広範な全システムに対する対等な権利を保持すべきである。ただし最も広範な全システムといってもすべての人の自由の同様な体系と両立可能なものでなければならない。二、社会的・経済的不平等は、次の二つの条件を充たすように編成されなければならない。(a) そうした不平等が、正義にかかった貯蓄原理と首尾一貫しつつ、最も不遇な人びとの最大の便益に資するように。(b) 公正な機会平等の諸条件のもとで、全員に開かれている職務と地位に付帯するように。

108) ロールズに対する批判・議論は数多くあり、経済学者に限っても、アローに加えてジョン・ハーサニー、アマルティナ・センからのそれがあり、とくに経済学と倫理学のギャップを埋めようと努めている、センによる見解は重要であるが、本稿では言及することができない。

109) ロールズ(川本他訳)[2010] 116-117頁

110) Arrow (1973) p.247

111) ロールズ(川本他訳)[2010] 223頁

112) Arrow (1973) p.256 具体的には、以下のように論じた。……リスクのある代替案の間で選択することを考えるならば、数量的な効用が意義をあたえられうる意味がある。とくに、仮に確率分布の間での選択が、確かに自然合理性条件をみたす場合、成果物について……効用関数が存在すると示しうるので、成果物の確率分布は、成果物の効用の数学的な期待値にしたがって定められる。……(ただ、)成果物の確率分布の間での選択は、効用の期待値のいかなる単調変換によっても等しく記載されうる。……それゆえ、効用の期待値理論の単調な関連性を否定した。しかし、……仮に、ある個人が、自らは等しく社会の構成員になると考えた場合、自らの効用の期待値によっていかなる政策も評価する。この効用の期待値とは、効用関数が、とくに、実際のフォン・ノイマンおよびモルゲンシュタイン理論によって定義される(リスクを織り込んだ)効用の期待値である。

113) ロールズ(川本他訳)[2010] 137頁

114) Arrow (1973) p.257

らのために自由に用いることができないという要請は、厳しい制約ではある。第四に、ロールズは「(功利主義という) 社会にとっての原理も、……その成員の種々の要求から織りなされる包括的な欲求の体系を最大限実現することだとされる<sup>116)</sup>」として、功利主義を、欲求を一つに融合するという誤った推論を生み出すシステムととらえた。アローは「しかし、私には、(欲求のシステムを) 一つの合成物としてあつかうことは、いかなる正義の理論にもまったく正式に求められていることのようにみえる<sup>117)</sup>」と述べてロールズの見解の偏りを指摘した後、「正義は個人の満足を反映すべきであり、これゆえに、これら正義の諸理論のいかなるものにしたがってなされた社会的選択も、“すべての欲求の合成物”である<sup>118)</sup>」と続けた。

第五に、ロールズは「貯蓄および世代間の正義という難しい問題に取り組む<sup>119)</sup>」と述べるが、アローは「ロールズは、むしろ、人はこのような関係を期待するかもしれないことにそっけないが、経済学者は、課税の刺激効果の重要性を強く強調してきた<sup>120)</sup>」といい、ロールズが正義論においてこの問題に正面から応えていないことを論難した。ただし、政治学者であるロールズに対して、純粋に経済政策の難問である貯蓄や課税の問題の解決策を求めることは、やや酷であるとも思われる。第六に、ロール

ズはハートに言及して、「さまざまな正義の〈構想〉……から区別された正義の〈概念〉……とは、こうした諸原理の組み合わせや相異なる構想が共通に有している役割によって、その内容が明らかになるものと見なしでも無理はあるまい<sup>121)</sup>」というが、アローは「しかし、私は、……多くの紛争をみてきたが、双方を納得させる対称的な性質の議論を思い描けない、多くの紛争をみいだす<sup>122)</sup>」と述べ、現実の多数の紛争から考えてロールズの見解に否定的なことを示した。ロールズもアローも正義について真摯に検討していることだけはいえる。

ロールズは、正義の二原理がどのように制度へと適用されていくべきかにつき、政策判断、憲法上の制度編成、諸法令の立法、裁判官・行政官による適用という四段階の系列を論ずる際に、アローの1963年の『社会的選択と個人的評価』に言及している<sup>123)</sup>。同書においてアローは記号論理学の手法を用い、社会的厚生関数<sup>124)</sup>に対して五つの条件<sup>125)</sup>を設けた。しかし、「効用の総和に条件2と3を満足させる規則がたとえ存在するとしても、その総和は条件4あるいは条件5に違反せざるをえない<sup>126)</sup>」といい、「条件1-5を満足する社会的厚生関数が与えられたと仮定し、その仮定から矛盾が生じることを示す<sup>127)</sup>」として、条件1、2、3をみだす選択対象が三つ存在すると想定した場合、条件4または5

115) カント(篠田訳) [1960] 103頁 カントは『道徳形而上学原論』において、定言命法として「汝は汝の人格ならびにあらゆる他人の人格における人間性を常に目的として使用し、決してたんに手段としてのみ使用しないように行為せよ」と規定した。ロールズ、アローともにこの箇所を意識し論じていると思われる。

116) ロールズ(川本他訳) [2010] 34頁

117) Arrow (1973) p.257 アローはここで、「正義の理論は、たぶん、代替的な社会状態の秩序であり、かつ、それゆえに、代替的な社会状態の個人の秩序に正式に類似している」との見解を示している。

118) Arrow (1973) p.257

119) ロールズ(川本他訳) [2010] 348頁

120) Arrow (1973) p.258

121) ロールズ(川本他訳) [2010] 8頁 なお、ロールズが言及しているのは、ハートの『法の概念』の第8章第1節 正義の諸原則の部分である。ハート(長谷部訳) [2014] には、「正義の観念……は、……二つの部分から成る……。……統一的または不変の特質、そして……可変的な標識である」(254頁)と書かれている。

122) Arrow (1973) p.262

123) ロールズ(川本他訳) [2010] 267頁 注1においてロールズは、四段階の系列が理論上どう解釈しうのか、また手続き上の正義にどう関連づけられるのかに関して、いくつかの所見を述べたものとしてアローの著作をあげている。

124) アロー(長名訳) [1977] 38頁 アローは、種々の社会状態に関する個人的順序の各組……に対して、種々の社会状態に関する社会的順序……でこの組に対応するものを定める過程あるいは規則を、社会的厚生関数と定義した。

に違反せざるをえないと結論づけた<sup>128)</sup>。すなわちアローは、個人の選好を集計することで社会的選好をつくりあげることが矛盾を生じさせるという。村上は「この本の基本テーマは、市場や投票などの分権的システムに内在する矛盾の指摘」であり、「記号論理学の正確な演算を社会科学に導入したという点で画期的な方法論的意義をもっており、いかなる経済学者も否定できない圧倒的な専門的価値をもって<sup>129)</sup>」とした。このような立場のアローが、普遍的な正義の概念にたどりつけないとしたロールズに対して疑義を呈したことは、ある意味で当然であろう。しかし、アローは分配上の正義につき問題解決の困難さを述べながらも、「経済学者もまた倫理学者も、なんらかの形の客観的な分配上の基準に到達しようと努めている<sup>130)</sup>」と、このことに対する関心を明らかにした。分配上の正義につき規範も含めて関心をもつ、経済学者は存在するのである。

## 2.2 非常の正義としてのエクイティ

### 2.2.1 エクイティの背景としてのコモン・ロー

英米法における衡平（エクイティ）の歴史的な背景を述べるため、コモン・ローから説明する。田中によればコモン・ローは、第一に、エクイティと対比される中世に起源をもつ法体系、第二に、制定法と対比される判例法、第三に、大陸法と対比される英米法を指すが<sup>131)</sup>、第三点の大陸法とコモン・ローの違いについて田中は、「最も根本的には……

イギリス法は……ローマ法の影響を受けはしたものの、基本的にはゲルマン法に由来する伝統的な法体制を維持して来た<sup>132)</sup>」ことに起因するという。1066年のノルマン・コンクエスト以前の法体系から考察していきたい。

第一の時期は、ローマによる支配期間である。BC55年にカエサルによる第1回目のブリタニア遠征が行われたが、それ以前のBC5世紀頃にケルトが侵入して、ケルト系ブリトン人となっていた。ローマはグレートブリテン島の大部分を占領したが、スコットランド、アイルランドはケルトが支配した。そのため、ローマの支配地域を守るべくスコットランドとの境界付近に、122年にハドリアヌス長城、140年に土塁のアントニウス長城が建造された。しかし、395年の東西ローマ帝国の分裂以降、ローマの支配は退潮となっていく。そして、410年、ホノリウス帝がブリタニアの諸都市に自己防衛を命じ、事実上ローマ支配時代は終わりを告げた。ただし、この460年を越える期間はグレートブリテン島の大部分でローマ法が施行されたと思われる。なお、吉中は水田に言及して、この時期のローマ法は、その後侵入したアングロ・サクソンのゲルマン法的慣習にほとんど影響をあたえなかったという<sup>133)</sup>。

第二の時期は、ローマ撤退後のゲルマン系のアングロ・サクソン<sup>134)</sup>の侵入と支配期間である。ローマ人はこの地を「アングル人の国」という意味のアングリア（Anglia）と呼んだが、これをアングロ・

125) アロー（長名訳）[1977] 36-50頁 条件は、1社会的選択の問題の形式的記述、2社会的評価と個人的評価の正の関連、3無関係な選択対象からの独立性、4市民主権の条件、5非独裁の条件、である。後藤[2002]は、141頁注10)において、条件1を定義域の普遍性、条件2をパレート条件、条件3を無関連対象からの独立性、条件5を独裁者の非存在、としたうえで、条件1は、「個人的選好のプロファイルは論理的に可能であるかぎり、何であって構わない」こと、条件2は、「社会構成員が一致して表明する選好は社会的評価によって反映されなければならない」こと、条件3は、「選択肢のあるペアについて社会的な評価を形成するためには、そのペアに対する個人的選好に関する情報を獲得すれば十分である」こと、条件5は、「特定の個人の選好が単に社会的評価を決定するという意味での独裁者が存在しない」ことであると説明した。

126) アロー（長名訳）[1977] 51-52頁

127) アロー（長名訳）[1977] 81頁

128) アロー（長名訳）[1977] 91-94頁

129) 村上[2017] 訳者あとがき 150頁

130) アロー（村上訳）[2017] 38頁

131) 田中[1980] 6頁 また、田中は、第一点の意味のコモン・ロー（common law）を単にlawとよぶことがあり、その形容詞はlegalで、エクイティの形容詞はequitableであるという。

132) 田中[1980] 5頁

サクソン風にいうとイングランドとなる。アングロ・サクソンは七王国<sup>135)</sup>をイングランドに設け、829年にサクソン人でウェセックス王のエグバートがイングランドを統一するまで、群雄割拠したという。この時期にはブリテン島ではゲルマン法が施行された。大原は同法について、第一に、法典のいくつかは600年頃に書かれたが、慣習を編纂したものにすぎなかったこと、第二に、しかし、ラテン語ではなく民衆のことで書かれたので、大陸のゲルマン法の法典よりも理解しやすかったこと、第三に、実際には、罰金や示談金の料金表以上のものではなかったこととした<sup>136)</sup>。

第三の時期は、デーン人の侵入の期間である。デンマーク系のデーン人は、エグバートによる統一の直後から侵入し<sup>137)</sup>、865年にはイングランド全土に大規模に侵攻した。871年にはサクソン系ウェセックス王のアルフレッドが即位したが、991年にはエセルレッドが、デーン人に最初のデーンゲルト<sup>138)</sup>を貢納している。さらに、1017年にはデンマークのクヌートが、全イングランド王として認められ、征服王朝デーン朝（北海帝国）が成立した。アングロ・サクソンが王位を奪い返す1042年までの210年余りは、デーン人による一部地域の支配が行われた<sup>139)</sup>。しかし、この時期にもゲルマン法が廃止されることはなかったようである。大原は、ゲルマン

の司法制度について、第一に、ブリテン島移住前から、自由民の全員出席による百戸邑（郡）裁判所（hundred court）という制度があったこと、第二に、この裁判は当事者によるもので、従来の私的復讐に代えようとしたこと、第三に、アルフレッド王（871-899）の頃、郡裁判所は県裁判所（county court）に代えられたが、どちらも国王の裁判所ではなかったこと、第四に、国王は、県裁判所などを監督・調査しえたが、判決には干渉できなかったこと、第五に、宣誓補助者によって身の証を立てられなかったときは、神の審判である試罪裁判（ordeal）によるしかなかったこと、第六に、上記にみるように、同司法制度の欠陥は検察機構の不存在と、中央政府の裁判手続への関与の不足であったことという<sup>140)</sup>。しかし、第二の時期にゲルマン法および司法制度が導入され、第三の時期にも継続したため、ノルマンディ公ギョーム<sup>141)</sup>は同慣習法の存在を無視しえず、段階的な支配を試みたともいえる。

ノルマン・コンクエストをはたしたウィリアムは、支配の基礎となる土地保有制度（封建制）を構築したが、司法制度においてはゲルマン法やデーン法などを尊重して general custom of the realm（王国の一般的慣習）を法とした。田中は、王国の一般的慣習というたてまえの裏として、国王の裁判では、地

133) 吉中 [2006] 48頁 注(17) 吉中は水田 [1960] 121頁をあげている。水田は、ローマン・ブリテン時代については、イギリスの先住民族たるブリトン人の固有法たるケルト法と、……ローマ法とが問題となり得るのであるが、これは5世紀以来イギリスに侵入してブリトン人を駆逐したアングロ・サクソン民族のゲルマン的法律慣習にほとんど影響をあたえなかったとせられる、とし、Holdsworth, History of English Law, vol.9, p.411. を根拠文献として示した。

134) アングル人は、ユトランド半島南部のアンゲル半島出身、サクソン人は北ドイツ低地出身でルーン文字をもち、いずれもゲルマン人で、イングランド北東部および東部のいたるところへ定住したという。

135) ノーサンブリア、マーシア、イースト・アングリア、エセックス、ウェセックス、ケント、サセックスの七つの王国を指す。前3国はアングル人、ケントはゲルマン系のジュート人、残り3国はサクソン人の王国である。

136) 大原 [1970] 112-113頁

137) ブリッグズ（今井他訳）[2004] 40頁 年表によるとすでに793年には、デーン人が、リンディスファーン島を略奪したとの記録がある。

138) デーン税という土地税を意味する。本来は、デーン人にあたえてその侵攻を宥和するため徴収されたことにより、この名がある。

139) ブリッグズ（今井他訳）[2004] 73頁 地図によれば、デーン人は最大ヨーク、ダーニッシュ・マーシア、イースト・アングリアを支配し、デーンロウ（デーン人の法が通用する地域）といわれた。

140) 大原 [1970] 113-115頁

141) ノルマン人は、スカンジナビア・バルト海沿岸の北方ゲルマン系で、9世紀にフランスに侵入しノルマンディ地方に公国を築いていた。



方的慣習にすぎないものは無視するという意図があったとしている<sup>142)</sup>。この一般的慣習という表現から、コモン・ローと呼ばれるようになっていく。その後の展開は、第一に、1066年の時点で郡裁判所、県裁判所などゲルマンの共同体的裁判所、教会裁判所、領主裁判所、各都市の裁判所があったが、いずれも国王裁判所ではなく、用いられる法、手続もさまざまであったこと、第二に、国王はまず立法・行政・司法の区別なく国王を支える Curia Regis (王会)、主な助言者として大法官 (Lord Chancellor) を設けたこと、第三に、「遅くとも 12 世紀中葉から、国王の裁判は各地の慣習のほか、ノルマンディの法さらにローマ法、教会法を参照しつつ、かなり自由に法創造を行なったようである<sup>143)</sup>」こと、第四に、王会から、エドワード 1 世 (1272-1307) の治世に財務裁判所、1170 年頃から 13 世紀の初めに民訴裁判所<sup>144)</sup>、エドワード 1 世の治世の末年に王座裁判所が国王裁判所として分化したこととされる<sup>145)</sup>。では、国王裁判所はどのようにして他の裁判所との競争において優位に立ったのであろうか。その理由としては、第一に、巡回制度があげられる。国王裁判所は、定期的に現地に裁判所自体が赴き裁判をした。当然ながら、遠い裁判所まででかける手間がはぶけ評価されたのである。第二に、陪審制 (assize) の採用である。土地の争いについては、12 人の当事者とは別の中立の立場の陪審が審理し、はるかに裁判の客観性が高まったと解される。第三に、大法

官府による訴訟開始令状の発行という令状制度<sup>146)</sup>に基づく、訴訟方式制度である。これらの制度によって裁判の客観性や正確性を高めた国王裁判所が他を圧倒するようになったのである。コモン・ローの確立といってもよいであろう。

## 2.2.2 エクイティとパレンス・パトリエ思想

そもそも、エクイティとはどのようなものであろうか。英米法辞典には「コモン・ローでは救済が与えられないタイプの事件であっても、正義と衡平の見地からは正義の源泉である国王にその旨の請願を提出し……後には直接大法官に提出されるようになった。……こうしてエクイティは、コモン・ローと並ぶ一つの独立の法体系とみられるようになった。……分野……は、……信託、……特定履行、……差止命令などがある<sup>147)</sup>」と記載されている。吉垣は「コモン・ロー・システムがその範囲において過度に狭隘・硬直になった場合、それを拡張・補充・変更するために国王の大法官……が運用する非常の正義 (extraordinary justice) として、14 世紀から 15 世紀のイングランドにおいて発生した<sup>148)</sup>」とする。吉中は簡単に「狭義のコモン・ローの厳格性を緩和するために、14 世紀末頃から国王裁判所とは別の機関である大法官の裁判を通して作り上げられてきた法体系<sup>149)</sup>」という。エクイティは、14 世紀から 15 世紀または、14 世紀末頃に発生した、非常の正義として救済をあたえるためのコモン・

142) 田中 [1980] 67 頁

143) 田中 [1980] 67 頁

144) 田中 [1980] 70 頁 田中はこの年代の根拠として、1215 年のマグナカルタ 17 条に「民訴裁判所は、朕の法廷とともに移動せずに、一定の場所で開かれねばならない」という定めがあることをあげている。

145) 田中 [1980] 70-71 頁

146) 吉村 [1963] 52-53 頁 吉村はメイトランドが、国王裁判所の管轄権拡大のために用いられた「令状」の原則を六つにわけて説明したという。すなわち、第一に、国王は、領主に対して、直ちに裁判を命じ、そうでなければ国王裁判所が行うという権利令状を發したこと、第二に、国王は、領主に令状をあたえ、被告に土地の即時返還を命ぜよ、被告が従わなければ国王裁判所に召喚して理由を述べさせよと指示したこと、第三に、第二点によって、何人も、国王の令状なしに、自由保有地について答弁する必要はないとの原則が確立したこと、第四に、ヘンリー 2 世 (1154-1189) 時に、被告の選択により陪審裁判を受けられるようになったこと、第五に、ヘンリー 2 世は、占有を迅速に保護する占有訴訟という訴訟方式を作ったこと、第六に、しかし、12 世紀末には、土地返還の命令に代わり、なぜ原告に損害を加えたかを答申させる命令の令状ができ、侵害訴訟のもとになったことである。

147) 田中編 [1991] 302 頁

148) 吉垣 [2011] 48 頁

149) 吉中 [2006] 31 頁

ローからは独立した法体系と理解できるが、では何のために発生したのであろうか。

道垣内は、信託とエクイティの関係について、第一に、封建制度において、領主は臣下が死亡し相続が発生すれば相続料をとれたこと、第二に、相続人が未成年であれば、成年に達するまで後見権に基づきその領地を自らの利益のために利用できたこと、第三に、相続人がいなければ領地を没収できたこと、第四に、臣下は、第一、第二、第三点の不利益を回避するため、封土をその友人に譲渡し、収益を自らが生存中は自らに、死亡した後は子供に渡してもらう方法を取り、これをユースと行ったこと<sup>150)</sup>、第五に、ユースにより前述の不利益を避けることができたが、譲受人が約束を守らない事例が出たため、大法官に救済を求め、これがエクイティの発達を促したことという<sup>151)</sup>。領主からの相続に関する不利益を回避するために信託という形式を生み出したが、それに係る紛争が発生し、この救済を求めるなかでエクイティが生じてきたというのである。荒井は、信託制度の原型はゲルマン法の「SALMAN」(ザールマン)という「人の財産を預かって管理する人」にあるといい、11世紀にはじまる十字軍遠征では、長期遠征や死亡時の家族のための財産処理が「SALMAN」に依頼されたが、これがイギリスに伝わりUSE(後にTRUST)という形で領主からの不利益を回避するための制度になったという<sup>152)</sup>。渡部はエクイティの起源について、第一に、14～15世紀以降、土地の信託が行われるようになり、土地の原所有者(委託者)と利用者・経営者(受託者)の間で、土地使用収益をどちらに帰属させるかという問題が発生したこと、第二に、コモン・ロー

においては受託者が法的な所有者とみなされたが、それでは委託者に不公平というので、徐々に救済が行われたこと、第三に、ヘンリー8世時代の1535年には土地使用収益ないし収益権を意味するユース法(Statute of Uses)が集大成されたこと、第四に、エクイティやユース法が出現したのは、不在地主の権利問題や女性・未成年者の土地所有問題など新しい問題に対して、コモン・ローの訴訟方式では対応できなくなったためであることとまとめた<sup>153)</sup>。また、エクイティが14世紀末頃から顕在化し、コモン・ローとは独立の体系となっていくことは、吉村が指摘するように<sup>154)</sup>、14世紀後半以降、封建制度解体にともない商品取引が拡大し、新しい市民階級と地主・領主間の利害の対立についてその調整を行う必要があったためかもしれない。

飯泉は「ラテン語の“*parens patriae*”は、……「国の親(*parent of his or her country*)」を意味(し、)パレンス・パトリエ(訴訟)は、イギリス……の「国王大権(*royal prerogative*)」という概念に、その起源がある<sup>155)</sup>」という。これに関連し吉中は、パレンス・パトリエ思想をエクイティという法体系の中に位置づけられる概念としたうえで、歴史的な経過について、次のように述べた。第一に、1548年頃に大法官府裁判所において、「父親としての陛下」などの表現が現れるようになること、第二に、1660年以降、国王に代わって大法官がパレンス・パトリエとして未成年の法定相続人を監護したこと、第三に、1670年の事件で「国父としての王」ということばが使用されたこと、第四に、パレンス・パトリエに初めて言及したのは、1696年のソマーズ大法官であったこと、第五に、1722年の訴訟で「国

150) 道垣内 [2007] 17頁 もともと「のために」というラテン語 *ad opus* の *opus* が訛って、ユースと呼ばれるようになったという。

151) 道垣内 [2007] 16-18頁

152) 荒井 [2016] 110-111頁

153) 渡部 [2005] 27頁 渡部は、信託やエクイティの起源は封建制にあったから、封建制が終了した18世紀にはエクイティによる救済制度も終了するはずだったが、コモン・ロー上の所有権とエクイティ上の所有権(受益権)が英国の法制度に根づいていたため、継続されたのではないかと述べている。

154) 吉村 [1963] 56-58頁

155) 飯泉 [2010] 295頁

親としての国王は、すべての未成年者の最終的な守護者であり監督者」という表現があり、「子供としての親」としての国王という観念が確立したこと、第六に、1772年の判決で、裁判所が意志や能力がない親に代わりうるのの原理を明確にしたことである<sup>156)</sup>。米国は1776年に独立宣言をしているが、司法制度の多くはそのまま引き継がれた。そして吉中は、英国の1828年のウェルズリイ判決は、裁判所による関与が、子供の財産保護から子供の福祉自体まで拡大するのを認めたこと、1838年のアメリカ、ペンシルベニア州最高裁が、少女の不品行に関するクラウス事件判決で州の国親権限を認め、パレンス・パトリエに言及したことを指摘する<sup>157)</sup>。この吉中の後者の指摘点が、1.2.2の判決文と呼応しているのである。エクイティ、パレンス・パトリエともに論じつづけていないが、次の機会を待ちたい。

### 3 転換期における環境調和性と公正性

#### 3.1 環境調和性と生態学

##### 3.1.1 多種共存機構の解明からメタ群集概念へ

環境と調和的である人間活動を規定するために、人間活動が加えられる前の生態系の機序を明らかにする必要がある。そもそも博物学、生態学、生態系、生物多様性の関係はどのようになっているだろうか。手がかりは次のとおりである。第一に、自然認識の哲学に近い博物学は、アリストテレスの『動物誌』に源をたどれる古い学問である。第二に、生物と環境の間の相互作用を扱う学問分野である生態学

は、1869年にケッヘルによって提唱された。マッキントッシュは「生態学は、古典的博物学の変容したものと19世紀の生物学の中でも優勢であった……生理学から、突如、……誕生した<sup>158)</sup>」という。第三に、植物については、1807年にフンボルトが群集（アソシエーション）を<sup>159)</sup>、動物については、1877年にメビウスが生物群集<sup>160)</sup>を導入した。第四に、生態系は、1935年タンズリーによって唱えられた<sup>161)</sup>。すなわち、群集という概念は、生態系よりも前から生態学において用いられてきたのである。第五に、生物多様性は、1985年に生物学的多様性を意味する造語としてつくられた<sup>162)</sup>。遺伝子の多様性、種の多様性、生態系の多様性を含むとされるから、生態系および生態学も含む幅広い概念と考えられる。すなわち、生物多様性は、学際的で生物学系学問の総合的な発展を意図する用語である。

上記第二点と第三点に関連して、1859年のダーウィンの学説<sup>163)</sup>に大きな影響を受けたエルトンは、1927年生態学を博物学的内容から科学にしようとした。武田のまとめによれば、エルトンは群集の研究方向として、1) 食物連鎖の研究、2) 食物の種類と動物の大きさ、3) ニッチの定義、4) 数のピラミッドという4項目を示し、群集生態学の近代化に大きく貢献した<sup>164)</sup>。武田は、群集概念には、明瞭な境界と内部における密接な種間関係の成立が前提とされたが、エルトンの研究は動物に関心をよせたために、前者の群集の空間的な広がりや明瞭な境界は重要な問題とならなかったという<sup>165)</sup>。すでに筆者は別の機会に、1934年のガウゼによる、ロトカ・

156) 吉中 [2006] 31、36-38頁 吉中は、1670年以降の流れについては、徳岡 [1993] によってすでに紹介されているという。

157) 吉中 [2006] 38頁

158) マッキントッシュ (大串他訳) [1989] 51頁

159) マッキントッシュ (大串他訳) [1989] 168頁

160) 武田 [1989] 3頁 メビウスはカキの生育床を考察する論文で、この群集という概念 (biocoenosis) を導入したとされる。なお、マッキントッシュ (大串他訳) [1989] 56頁も参照。また、武田 [1989] は、ある場所、地域において生活場所をかいして共存している個体群の集団を、広い意味で群集 (community) と呼ぶとした (1頁)。

161) タンズリーは、1935年の論文『植生概念や用語の使用と乱用』で、生態系 (ecosystem) という用語を提唱した。宮下ほか [2012] は、非生物的環境と生物群集とが相互作用して形成されてきたシステムを生態系としている (126頁)。

162) 宮下ほか [2012] 2頁。高橋 [2014] 75頁も参照。

163) 粕谷 [1990] 1-6頁 粕谷は、ダーウィンによる生物の多様性と自然選択の関係について詳細に説明している。

164) 武田 [1989] 4頁

ヴォルテラの競争方程式の検証実験に基づく、ニッチを同じくする2種は共存できないという競争の排除則の提示と、必ずしも競争の排除則が働かないようにみえる現実の生態系の姿のかい離を指摘した<sup>166)</sup>。門脇は、多種共存とプランクトンのパラドクス<sup>167)</sup>が認識されることになり、当該パラドクスを解明するため、1960年から70年代にかけて生態学者は、近縁かつ生態的に類似する種間の餌資源利用(ニッチ)の違いの測定に膨大な労力を費やし、ニッチの違いによってパラドクスを説明しようとしたという<sup>168)</sup>。ニッチの定義も複数存在することになったが<sup>169)</sup>、多様なニッチ分割の様式が受け入れられるようになった。安田らは、競争排除則は平衡状態のことを述べており、非平衡な場合は同一ニッチを共有しても長く共存できるとしたが<sup>170)</sup>、詳細は次の機会としたい。

一方、MacArthurとWilson(1963, 1967)は、移住と絶滅の平衡モデルを提唱した<sup>171)</sup>。安田らは同モデルとその検証を紹介している<sup>172)</sup>。木元は同モデルについて「離島……鳥類の種類は、……移入・定着する……種数と、……島から「消滅……」する……種数……に、……動的平衡状態が成立し、……

供給源となる島から「遠い」ほど、……その島の面積が「小さい」ほど、低い水準で平衡……する<sup>173)</sup>」という。このモデルは、生物群集の動態と構造が種間相互作用のみではなく離れた場所からの移入によっても影響されうることを示した。また、1980年代から多種共存を可能とする要因として、ニッチ以外に空間も重視されるようになる。野田らは、群集生態学における空間スケールの重要性の理由として七点を指摘したが、第七点目は、広い面積の群集プロセス予測への社会的要請が高まっていることをあげている<sup>174)</sup>。研究者も社会からの要請については認識しているのである。

2001年Hubbellは「MacArthurとWilson(1963, 1967)……の平衡理論……をもとに、生物群集が生態的浮動、ランダムな移入、ランダムな種分化によって構造化されると仮定し、その理論的な帰結を考察<sup>175)</sup>」し、統合中立説を提唱した。瀧本は中立説について「特徴は、出生率や死亡率、移動分散能力に種間による差がないと考え……また、そのような種間差を生み出す局所群集間の生息環境の違いも考慮しない<sup>176)</sup>」点であるという。しかし、そうするとニッチも環境の違いも群集の説明要因とし

165) 武田 [1989] 1-4頁

166) 高橋 [2017] 48-49頁

167) プランクトンのパラドクスとは、限られた光、栄養素しかない海洋で、多くの種類のプランクトンが共存できている事実を意味する。この概念は、1961年ハッチンソンによって提唱された。

168) 門脇 [2016] 3頁 門脇によれば、これらの論争における論点は、①競争は、生物多様性に影響するか否か、②競争が生物多様性に影響する場合、その影響を検出できるのか否か、③生態学の理論や検証手法はどうあるべきかであった。

169) 門脇 [2016] 3頁 門脇はニッチの定義を「生物が環境に対して要求する条件であること」、「生物が環境においてはたす役割であること」および「生物とそれらを取り巻く環境に関する関係概念であること」と紹介した。

170) 安田ほか [2012] 188頁 安田らは、非平衡な共存において競争排除が抑制されるメカニズムは、1)捕食や攪乱など、何等かの外因によって競争上有利な種の個体数が減少する場合、2)競争関係にある種間関係が時間とともに逆転する場合に大別できるといふ。

171) R.H. MacArthur and E.O. Wilson: An equilibrium theory of insular zoogeography, *Evolution*, 373-387, 17 (1963), R.H. MacArthur and E.O. Wilson: The Theory of Island Biogeography. Princeton University Press, Princeton, U.S.A. (1967)

172) 安田ほか [2012] 192-193頁 安田らは、検証は1970年、フロリダ半島沖のキーウエスト島沿岸のマングローブの茂みを島とみなして、節足動物相の変化調査により行われ、同モデルを支持する結果となったと述べる。

173) 木元 [1989] 153-158頁

174) 野田ほか [2008] 150-151頁 野田らのその他の指摘点は、第一に、群集の特徴そのものが空間スケールに規定されるためである(こと)、第二に、生息場所の面積が群集を形作る要因(資源の総量、環境の異質性など)に影響すること、第三に、群集のパターンが観察する範囲によって変わること、第四に、より小さな空間スケールでは群集のパターンは変異に富むにもかかわらず……、大きな空間スケールになると、普遍性の高いパターンが見出だされること、第五に、群集構造を決める重要なプロセスがさまざまな空間スケールで異なること、第六に、群集が空間的な階層システムとして認識されるようになったことである。

175) Hubbell (平尾他訳) [2009] 21頁

では不要ということになる。相場は「統合中立説は、……非現実的な仮定から出発しているにもかかわらず、現実……の群集の多様性と組成のパターンをよく説明するため、多くの生態学者に……衝撃を与えた<sup>177)</sup>」という。しかし、結果的にこの衝撃は生態学に刺激をあたえた。瀧本はメタ群集<sup>178)</sup>について、第一に、従来、対象としてきたのは、一つの生物群集のなかでの種間相互作用が、いかにその群集の動態や構造を決定しているかであったこと、第二に、メタ群集の考え方は、生物群集の動態や構造が群集内部の種間相互作用だけでなく、離れた場所の生物群集からの個体の移入によっても影響を受ける点を重視していること、第三に、近年、メタ群集研究が一挙に盛んになっているが、その背景として重要なのがHubbellによる統合中立説であることとまとめている<sup>179)</sup>。

ところで、生物多様性は、遺伝子、種<sup>180)</sup>、生態系のレベルで語られることが一般的だが、ウィルソンは、遺伝子と生態系の間に生命の有機的組織化のレベルに基づく階層として、生物個体、ギルド、群集を加えたものが考えられるとした<sup>181)</sup>。これらの区分にたとえば、動物や植物および微生物といった区分を乗ずると容易に十を超える生態学が規定される。また、生理生態学、進化生態学、行動生態学、保全生態学といった分野もある。日本学術会議は、とくに急速な進展が期待される生態学分野として、

地球環境変化の科学としての生態学、生命科学（分子生物学、生理学を中心とした）と生態学の融合、大規模データを活用した生態学研究を提示した<sup>182)</sup>。日本学術会議が社会からの要請を意識していることは理解できる。ただし、これまでしばしば示してきたように<sup>183)</sup>、社会の要請や機関としての目的を前提とした考察や研究自体を否定するわけではないが、本来、科学とくに自然科学は、価値判断を含めることなく観察と実験によって事実を確認するところから出発したのであった。科学の制度化にはよい点もあればそうでない点もあることは、改めて述べるまでもない。

### 3.1.2 生態系と生態系サービス

環境調和的な社会について論点を整理したい。別の機会に述べたように<sup>184)</sup>、人間システムはエネルギーと質量を加えることにより生態系から資源を入手し、その資源を用いて開発を行うが、入手時にも開発時にも生態系に環境負荷をあたえる。さらに「劣化したエネルギーや資源は廃棄物や廃熱として、人間システムから生態系に移るが、ここでも、①環境破壊、②汚染を生じさせる<sup>185)</sup>」。また本稿においては、地球環境問題を、生態系に対し人間活動に起因する環境への負荷がその復元能力や環境容量を越えたものとなって、生態系機能<sup>186)</sup>が失われることととらえる。これを改善するためには、人間システム

176) 瀧本 [2008] 76頁

177) 相場 [2008] 23頁

178) 瀧本 [2008] 73頁 瀧本は、メタ群集とは、空間的に離れた場所にある生物群集が、個体の移動分散を通じて相互に（あるいは一方向的に）影響を及ぼしあっている系のこととした。

179) 瀧本 [2008] 73頁 瀧本は近年Leiboldらによって、中立モデルパラダイム、パッチ動態パラダイム、種選別パラダイム、集団効果パラダイムという議論のための枠組みが提示されたことが、メタ群集研究が盛んになった理由の一つとした（76-80頁）。

180) 日本生態学会 [2012] 3頁 注1 日本生態学会編集委員会は、種は分類学の階層の一つであり、……（交配すると繁殖可能な子孫が生まれる集団）として扱うことが多いという。

181) ウィルソン（大貫他訳）[1995] 243頁

182) 日本学術会議 [2017] 2-4頁

183) 高橋 [2011] 66-67頁、高橋 [2015] 40-41頁、高橋 [2016] 80-83頁、84-87頁

184) 高橋 [2014] 76-77頁 第一に、人間システムは生態系から資源を入手し、エネルギーと質量が人間システムに移るが、その際、乱獲、過剰な採取などによって①環境破壊することもあり、手法によって②汚染を発生させることもある。すなわち、環境に負荷をあたえる。第二に、入手した資源などをもとにして人間システムは生態系に対して開発を行い、エネルギーと質量が生態系に加えられるが、同じく①環境破壊、②汚染を生じさせ、公害を発生させることがあるとした。

185) 高橋 [2014] 76頁

と生態系間のインターフェイスを環境調和的、すなわち、環境への負荷が生態系の復元能力や環境容量を越えない範囲にする必要がある。この点については二つの考え方がある。第一に、ナチュラル・ステップやハーマン・デイリーの基準に示されたものである<sup>187)</sup>。これらは、事態を現状より悪化させないという見解であろう。現実的だが、これすら実行は容易でなく、またそのための制度や具体策も整備されてはいない。第二に、たとえば、ロックストロームらが提案したように、現状の逸脱を緊急に是正するという見解である。同提案にも数値目標が提示されているが、課題は、数値目標の基礎となる科学的なデータがまだ不十分なことである。ロックストロームらは、九つの地球環境上の限界のうち七つしか基準をあげられないにも関わらず、問題提起した<sup>188)</sup>。時間の経過を座視すれば、事態はさらに悪化するという認識を研究者ももっているためである。ここに、日本学術会議がいうような、地球環境変化の科学としての生態学、生命科学と生態学の融合を要請する理由がある。たとえば仲岡らも「地球環境問題および生物多様性保全の問題を解決するため、社会的な要請として、生態学の基礎研究のレベルアップとそれに基づく応用的な研究の発展が求められている<sup>189)</sup>」という。

#### 1.1.2で述べたMAにおける生態系サービスの区

分によると、人間による資源の入手は供給サービスそのものであり、人間による廃棄物の投棄や汚染は調整サービスに含まれている。生態系サービスは、人間による開発、および資源入手時と開発時の環境負荷が含まれていないことを除けば、人間システムと生態系間のインターフェイスを通過するエネルギーや質量の多くをカバーし、それ以外の機能(サービス)も含んでいるといえる。ただしMAは、「意思決定を行う際に、生態系サービスのすべての経済的価値を考慮すれば、生態系サービスの劣化を緩和することができ、改善も可能だろう。しかし、それだけでは、生物多様性のレベルは低下してしまうであろう<sup>190)</sup>」という。そして、「実用的な便益は、高い多様性を維持する便益としばしば「競合」する」が、「実用的な便益だけではなく、種そのものに内在する価値などに対する倫理的な配慮<sup>191)</sup>」がとくに重要であると述べる。筆者も環境の経済的価値と生態系サービスについて初歩的な考察をしているが<sup>192)</sup>、分類基準に諸説があり、環境価値が主観的であることは否めない。

RSBSは生態系サービスについて、研究者からの核心に触れる発言を記載している。まとめれば、第一に、多くの科学者は、MAと同様に、経済的評価をするだけでは不十分と考え、さらに経済的評価はすべきではない、倫理や文化の視点から生物多様性

186) ここでは、国立環境研究所の竹中明夫にしたがい、生態系の中での生物と環境との相互作用をまとめて、生態系の働きとしてとらえたものを生態系機能という。https://www.nies.go.jp/kanko/news/21/21-3/21-3-04.html

187) 高橋 [2013] 62-63頁 RSBS [2005] 16-17頁を引用している。ナチュラル・ステップの4つのシステム条件とは、次のとおり。N①自然の中で地殻から掘り出した物質の濃度が増え続けない。N②自然の中で人間社会の作り出した物質の濃度が増え続けない。N③自然が物理的な手段で劣化され続けない。N④人々が自らの基本的ニーズを満たそうとする行動を妨げる状況を作り出しはならない。ハーマン・デイリーの3原則とは、次のとおり。H①「再生可能な資源」の持続可能な利用速度は、再生速度を超えるものであってはならない。H②「再生不能な資源」の持続可能な利用速度は、再生可能な資源を持続可能なペースで利用することで代用できる程度を超えてはならない。H③「汚染物質」の持続可能な排出速度は、環境がそうした物質を循環し、吸収し、無害化できる速度を超えるものであってはならない。N②は、H③を含むと解される。番号の前のアルファベットは、引用者が挿入した。

188) Rockström et al. (2009) Ecology and Society 14 (2) : 32 http://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art32/

189) 仲岡ほか [2008] v頁

190) MEA (横浜国大監訳) [2007] 98頁

191) MEA (横浜国大監訳) [2007] 98頁

192) 高橋 [2014] 78-79頁 環境価値には①直接的利用価値、②間接的利用価値、将来に環境を利用するかもしれないという選択肢の価値である、③オプション価値、非利用価値であり、環境の実際の利用とも利用の選択とも関連のない、④存在価値などがあることを示した。また、環境価値の評価方法には、適用効果法、代替法、回避行動法、トラベルコスト法、ヘドニック価格法、CVM (仮想評価法)、コンジョイント分析などがあるとしたうえで、RSBS [2005] 195-196頁を参考にしながら、環境価値を生態系サービスの価値とらえた場合の特徴を分析した。実際の市場のデータがない場合の評価が、問題の核心となる。

や生態系サービス本来の価値を認識する必要があるという見解もあること、第二に、今の段階での経済価値はあくまで生態系サービスの機能の一部にすぎず、これをもって代替案と経済的に比較することは危惧されるという見解もあること、第三に、そもそも経済価値の問題とは、一意的な経済価値が困難なことに起因し、生物多様性の喪失は、市場経済と関係のない部分で発生しており、もともと経済評価と生物多様性は馴染みが悪いとの意見もあること、第四に、人間が生きるために必要な生物多様性だけを保全するという発想では、現状を変えることは困難ではないかと思えること、第五に、とすれば、生物多様性の評価、保全の論理は、最終的には個人の価値観に帰着するとも考えうることである<sup>193)</sup>。まず、筆者も指摘してきたように、経済価値評価にはCVMなどの表明選好法が含まれ、第三点前半については賛成する。また、経済学が生態系サービスを外部経済として捨象してきたことは事実であり、第三点後半も是認できる。次に、第一点前半については、現在の評価法には市場取引を想定した部分がないとはいえ、理解できる。ただし、コスタンザらは、生態系は公共財または普遍的な共有財とすべきであると述べており<sup>194)</sup>、この趣旨からすれば、生態系サービスも公共的な性格のものとなる。また、第一点後半については、倫理や文化を価値評価に含めることの困難があり、見解を保留する。第二点については、すべてを貨幣価値換算して比較することに関する危惧は理解できるが、その危惧を減少させるためにも、群集生態学を含む生物多様性の学問的發展を切に希望する。第四点、第五点については、2.1.1でロールズの正義論に関して指摘したよう

に、公正については個人的なものではなく制度としてのそれを追求すべきであるというのが筆者の見解である。一般に物事が複雑になれば、利益だけでなく不利益も大きくなるが、われわれ人間が複雑で利害の大きい事案の場合、それぞれ自らの利益を優先しようとしがちであることに問題の本質の一つがある。MAは生態系と人間の福利の将来に対して、世界協調、力による秩序、順応的モザイク、テクノガーデンという四つのシナリオを作成し、順応的モザイク(Adapting Mosaic)シナリオを肯定的に描いた<sup>195)</sup>。試行錯誤をくり返しながらも、楽観主義と謙虚さによって一歩ずつよりよい状態に近づけていくという考え方に賛意を示したい。そして、それをいかにして制度的に推進できるかが課題であると考える。

### 3.2 公正性と実体的デュー・プロセス論

#### 3.2.1 米国におけるデュー・プロセス

合衆国憲法第5修正(1791)には、「……何人も、法のデュー・プロセスによらずして生命、自由もしくは財産を剥奪されない」という条項があり、同第14修正1節(1868)も「……いかなる州も、人から法のデュー・プロセスによらずして生命、自由もしくは財産を剥奪してはならない」と規定している。これらをデュー・プロセス条項といい、米憲法学の重大な争点になっている。もともとは1215年の英国のマグナカルタの国法規定に由来し、国王の恣意的な権力行使に対する保障として、正規の裁判所手続、具体的には陪審による起訴手続と陪審裁判を意味していたという<sup>196)</sup>。国王裁判所の他の裁判所に対する優位性の一つとして陪審制度が

193) RSBS [2005] 186-187頁

194) Costanza et al. (2014) p.152

195) MEA (横浜国大監訳) [2007] 120-125頁 世界協調とは、全世界が連結し、グローバルな貿易と経済の自由化に焦点をあわせ、生態系の問題には事後対応的なアプローチをとるもの、力による秩序とは、地域ごとに分断化され、安全保障と保護貿易に関心があつて、生態系の問題には事後対応の手法がとられるもの、順応的モザイクとは、流域規模の生態系に焦点をあてた政治・経済活動が行われ、生態系管理には強い事前対応の手法がとられるもの、テクノガーデンとは、グローバルに連結された世界で、環境の健全性を損なわない科学技術を強く信頼し、生態系サービスを得るために高度に管理され、人工的に加工された生態系を利用するもの、というシナリオを意味する。

あったが、この制度の確実な適用が当時の英国における適正手続ということになる。松井は米国におけるデュー・プロセス条項について、第一に、同条項に手続的要求を超えた役割を期待する見解があること、第二に、同条項は、本文において明文の根拠を欠いている憲法的権利の保険的な規定として機能していること、第三に、同じく同条項は、権利章典の諸規定を州に適用する根拠として機能していることを指摘した<sup>197)</sup>。合衆国憲法の権利が限定列挙とされ、あげられていない権限は州に留保されているとすれば、明記されていない権利を憲法から導くためには、デュー・プロセス条項を援用するしかないということなのであろう。こう考えれば同条項は、手続的正義だけでなく実体的正義をも含むことになる。ここでは、米国における同条項に関する経過を簡単にまとめた。

第一に、連邦裁判所が、適正手続の保障という手続的なものを実体的デュー・プロセス理論として再構成したのは、19世紀中頃から末までの期間である。1857年のDred Scott判決は、南北戦争(1861-1865)のきっかけであるが<sup>198)</sup>、傍論で第5修正違反を理由としてミズーリ協定を違憲としたことで、実体的デュー・プロセスに道を開いた判決でもある。根本は判決内容について「奴隷制を支持した本判決は、ロクナー判決と並ぶ司法積極主義の悪しき代表例とされ<sup>199)</sup>」とした。1868年に成立

した憲法第14修正は、Dred Scott判決の否定を意図しており、当初は黒人の権利保護のためのものとみなされていた。畑は1873年のSlaughter判決<sup>200)</sup>を考察するなかで「本件判決の多数派は……修正14条の規定が、黒人の人権の保障という同条の直接の目的をこえて機能するような余地を与える解釈を避けた<sup>201)</sup>」という。しかし、南北戦争後の30年ほどの間に企業は大きく発展し、州は企業に対して社会経済規制を試みはじめた。それに反発する企業側は、最終的に第14修正のデュー・プロセス条項に着目し<sup>202)</sup>、連邦最高裁も理解を示すようになった。1877年のMunn判決<sup>203)</sup>は、第10修正で規定された、州の固有の権限であるポリス・パワーとしての、州による倉庫料金規制を認めたが、同時に私的な活動への規制には限度があることも示唆した。同年のMugler判決<sup>204)</sup>は、州による禁酒法に基づく起訴を支持はしたが、規制の限度を確認した。そして、これらの示唆や確認を受けて、1897年のAllgeyer判決<sup>205)</sup>は、ついに州による保険会社規制法違反での起訴につき違憲の判断を示したのである。ここに、実体的デュー・プロセス理論は成立した。

第二に、20世紀初頭から1937年のいわゆるロクナーの時期である。この時期、連邦最高裁は、実体的デュー・プロセス理論を経済的領域に拡大し、大企業よりの判決を下すようになった。1905年の

196) 松井 [2008] 276頁 なお、畑 [1992] によれば、マグナカルタ39条は「自由人は、国の法によらなければ、逮捕、監禁、差押え、法外放置もしくは追放され、またはその他の方法によって侵害されない」と規定している (45頁)。

197) 松井 [2008] 277頁

198) 田中 [1980] 281頁 田中は同事件判決について、(i) 合衆国憲法にいう市民には黒人は含まれない、(ii) ある人間が奴隷であるか否かは、その者の現住地の州法によって決定される、(iii) もし奴隷を自由州に連れて来ると奴隷が自由になると認めれば、それはデュー・プロセスによらずに財産を奪うことになる、という論点に関して、首席裁判官が、(i) のみで事件を処理しうるのに、さらに (ii) (iii) について判断したことは、北部の人々に、公平なるべき連邦最高裁が南部に加担したとの印象を与え、決定的な破局に向う勢いを強めた、とした。

199) 根本 [2010] 75頁

200) Slaughter-House Cases, 16 Wall. (83 U.S.) 36 (1873)

201) 畑 [1992] 50頁

202) 畑 [1992] 47-48頁 畑は、企業側は当初、憲法1編10節1項の「いかなる州も……契約上の債権債務関係を侵害するような法律を制定すること……はできない」という「契約の自由」条項に注目して、州による社会経済規制に対処しようとしたと述べる。

203) Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1877)

204) Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623 (1887)

205) Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897)



Lochner 判決<sup>206)</sup>は、パン製造労働者の最高労働時間を定める NY 州の労働法が違憲であるとした。この判決について川岸は、「本件では、憲法の条文には直接には現れない契約の自由を優先させた」としたうえで、「違憲性を契約の自由自体の侵害というよりもむしろ、ポリス・パワーの適切でない行使に求めた<sup>207)</sup>」という。続いて 1908 年の Adair 判決<sup>208)</sup>ではいわゆる「黄犬契約」禁止の連邦法を違憲と判断した。ただし、同年の Muller 判決<sup>209)</sup>では、工場における女性労働者の最高労働時間を定めたオレゴン州法を合憲としてバランスをとった。また、コロンビア特別区における女性労働者の最低賃金法を違憲とした 1923 年の Adkins 判決<sup>210)</sup>が出され、さらにニュー・ディール政策関連諸法にも違憲判決を連発することになった<sup>211)</sup>。たまりかねたアイゼンハワー大統領は、連邦最高裁の裁判官を増員し、自らの政策を受け入れる裁判官を送り込もうとした。しかし、すでにその前の 1934 年の Nebbia 判決<sup>212)</sup>は、牛乳の最低価格を定める州法を合憲とし、経済的実体的デュー・プロセス理論の変更を示唆していた。そして、1937 年の West Coast Hotel 判決<sup>213)</sup>で、ワシントン州の女性労働者の最低賃金法を合憲として Adkins 判決を明示的に覆した後は、社会経済立法には最高裁はほぼ関与しなくなったのである。

第三に、契約の自由ではなくプライバシーの権利をめぐる、再び実体的デュー・プロセス理論が用いられた 1970 年代からの時期である。1965 年の Griswold 判決<sup>214)</sup>では、避妊具の使用を禁止した州法が違憲とされた。同事件では第 14 修正は前面に出されなかったが、妊娠中絶を犯罪とするテキサス州法を違憲とした 1973 年の Roe 判決<sup>215)</sup>では、プライバシー権を第 14 修正で保護された基本的な権利として認めた。小竹は、同判決は「①「基本的権利」としての「女性の、自己の妊娠を終了させるか否かとの決定」の権利を……憲法上のプライバシーの権利……と位置づけ、②当該権利の制約枠組みとして三期間分析を打ち出した<sup>216)</sup>」という。その後も最高裁は、中絶に対する政府補助こそ認めなかったが、1976 年の Danforth 判決<sup>217)</sup>や 1983 年の Akron 判決<sup>218)</sup>など中絶禁止および女性の中絶決定権の制約に対して厳しい態度で臨んだ。しかし、1992 年の Casey 判決<sup>219)</sup>では、Roe 判決における三期間分析は「不当な負担」基準に変更され、レーンキスト首席裁判官を含む 4 裁判官は Roe 判決でいう憲法上の権利としての妊娠中絶の自由を否定しようとした。重大な問題になればなるほど、連邦最高裁は政治的状況の影響を受ける可能性が高まる。また、実体的デュー・プロセスには「死ぬ権利」<sup>220)</sup>や同性愛行為<sup>221)</sup>に関する判例があるが、最高裁は必ずしも

206) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)

207) 川岸 [2012] 91 頁 川岸は、Lochner 判決を旧時代の象徴とみるのは、1937 年の「憲法革命」後の有力な憲法学の視点によるが、連邦最高裁は、経済的規制とポリス・パワーの双方を容認し、それらの適切性を判断したという見方もありうるとしている。

208) Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908)

209) Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908)

210) Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923)

211) 畑 [1992] 60-62 頁 畑は「1935 年 1 月から翌年の 5 月までのわずか 17 ヶ月の間に、最高裁は、……12 の連邦法を違憲無効と宣言した」という。

212) Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934)

213) West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)

214) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

215) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

216) 小竹 [2012] 97 頁

217) Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976)

218) Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., 462 U.S. 416 (1983)

219) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)

220) Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997)

221) Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)

実体的デュー・プロセスの範囲を拡大しようとしているとは思えない。

### 3.2.2 実体的デュー・プロセス理論と司法の役割

1970年前後に社会としての転換期にはいったのではないかというのが筆者の仮説であるが、1970年代前半のエネルギー危機や国際通貨制度の混乱を終えた後で、米国はとくに自らの経済力の衰えを自覚し、その弱点を金融力などで補おうとした。同時に、米国内で環境倫理学や医療倫理学などの応用倫理学が産み出されたが、前者と後者は正反対の性格をもっていた。環境倫理学は、社会正義や場合によれば環境保全のための一部私権の抑制すら想定したが、一方、多発する高額な医療訴訟に対する対処という側面も有した医療倫理学は、自己決定権という概念をもって、医師側の責任を減少または軽減しようとする意図を有していた。この自己決定権とつながる、プライバシーについての実体的デュー・プロセス理論が1970年以降の判決にみられるようになる。この実体的デュー・プロセス理論をどのように解せばよいのであろうか。

松井は実体的デュー・プロセス理論の課題について、第一に、Lochner 判決は正当な憲法解釈を逸脱していると糾弾されたが、実際、同理論のどこが誤りであるのかは明らかでないこと、第二に、同理論は、デュー・プロセス条項が「生命、自由または財産」を不合理な制約から実体的に保護していると理解する理論であるが、そこで実体的に保護された権利は、憲法に明文で保障されていない権利であること、第三に、明文規定がないために同理論が用いられたとも解されるが、同理論の特徴は立法目的と、目的と手段の関連性についてきわめて厳格に審査されることであること、第四に、同理論をどのように考えるかは、民主主義社会において司法審査権のはたすべき役割をどのように考えるか、にかかっていることとまとめている<sup>222)</sup>。松井の第四点は、

司法積極主義と司法消極主義をどのようにとらえるべきかとも関連している。司法審査制と民主主義については、以下のような論点がある。第一に、司法審査制とは、選挙により人民の多数が選んだ議会が立法した法律を司法府が審査することである。司法を担当する裁判官は選挙ではなく、執行（大統領）が立法（上院）の助言と承認のもとで指名する。とすれば、司法府（個人）が恣意的に立法（多数者の意思）を覆せば、民主主義の原理は成り立たないことになる。第二に、しかし、個人の権利を守ることも司法府の役割であると考えれば、司法審査はやむをえないともいえる。問題は、それが民主主義の原理に対して自己を正当化できるほどの内容なのか、あるいは民主主義と矛盾しないで司法審査ができると考えられるのかということである。第三に、第二点についての考え方がそのまま司法積極主義と司法消極主義に対する考え方の違いにつながる。司法審査が民主主義と緊張関係にあると考える者は、民主主義に対して自己を正当化できるほどの内容でない限り、司法府は司法審査を行うべきでないという司法消極主義に立つ。一方、民主主義と矛盾しないで司法審査ができると考える者は、連邦最高裁に個人の権利を擁護するための司法積極主義を期待するのである。

では、転換期における司法の役割とは何であろうか。十分論じつくせていないが、たしかに、その国に適した主義が何かを見極めるため試行錯誤を認めるという考えもありうる。しかし、転換期における紛争や混乱が増大するような状況のもとでは、一定の平穏な日常を確保できる、制度的な対応をする司法も必要とされている。人間には利己的な心もあるが理性もあるという事実を判決によって示すことで、人々の制度に対する信頼を維持し続けるのも意義ある役割の一つと考える。

222) 松井 [2012] 286頁

## ■ 今後の課題

転換期とあるべき社会について論じたが、もともとは環境調和に関する三つの方法論<sup>223)</sup>に基づいている。第一点については、前回論考での課題は、生態系の理解の進展に合わせた見解の構築であったが、本稿においては、ニッチを同じくする生物の共生の解明を含み、メタ群集や空間スケールにも範囲を広げる群集生態学の大きな進展が確認された。第三点については、前回、価値判断を踏まえた環境指標と環境経済学の対話のための枠組みの検討、および米国の原告適格法理の論点の網羅的な検討が課題とされたが、本稿では TEEB や MA などの生態系サービスの内容および評価について踏み込んだ検討をし、原告適格の背景となる合衆国憲法、司法審査、英米法の変遷の理解を深めた。また、分配における公正の担保に関連し、日常言語、正義論をめぐる経済学者との対話、非常の正義としてのエクイティ(衡平法)、実質的な正義にかかわる実体的デュー・プロセス理論などについて考察を加えた。本稿を踏まえた今後の課題としては、第一に、生態学の進展と社会からの要請について考察することである。科学と社会のあり方がその対象となる。第二に、人間圏と生態系を調整する方策の一つである生態系サービスは、TEEB や MA をみてもさらに検討すべき点が多々ある。MA が示した四つのシナリオも十分に議論されるべきであろう。最後に、エクイティやパレンス・パトリエを含め、分配における公正を担保するための制度的な検討はいまだ不十分であり、これが課題となる。なお、転換期に起因する日常生活へのダメージは世界的規模で大きくなりつつあり、平穏な考察を急ぐ必要がある。

## ■ 参考文献

- アーベル、K. O. (丸山高司訳) [1985] 「『言語分析的』哲学の展開と『精神科学』の問題」竹市明弘編訳『分析哲学の根本問題 [現代哲学の根本問題] 第9巻』晃洋書房 2-86頁
- アリストテレス (高田三郎訳) [1971] 『ニコマコス倫理学 (上)』岩波書店
- Arrow, K. J., "Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice", *The Journal of Philosophy*, Vol. 70, No. 9, (1973), pp.245-263
- アロー、K. J. (長名寛明訳) [1977] 『社会的選択と個人的評価』日本経済新聞社
- アロー、K. J. (村上泰亮訳) [2017] 『組織の限界』筑摩書房
- ブリッグズ、A. (今井宏/中野春夫/中野香織訳) [2004] 『イングランド社会史』筑摩書房
- Costanza Robert, Ralph d'Arge, Rudolf de Groot, Stephen Farberk, Monica Grasso, Bruce Hannon, Karin Limburg, Shahid Naeem, Robert V. O'Neill, Jose Paruelo, Robert G. Raskin, Paul Suttkonk & Marjan van den Belt, "The value of the world's ecosystem services and natural capital", *NATURE* Vol. 387 (1997), pp.253-260
- Costanza Robert, Rudolf de Groot, Paul Sutton, Sander van der Ploeg, Sharolyn J. Anderson, Ida Kubiszewski, Stephen Farber, R. Kerry Turner, "Changes in the global value of ecosystem services", *Global Environmental Change* 26 (2014), pp.152-158
- ハッキング、I. (伊藤邦武訳) [1989] 『言語はなぜ哲学の問題になるのか』勁草書房
- ハート、H. L. A. (長谷部恭男訳) [2014] 『法の概念 [第3版]』筑摩書房
- HUBBELL, S. P. (平尾聡秀/鳥谷健一郎/村上正志訳) [2009] 『群集生態学 生物多様性と生物地理学の統一中立理論』文一総合出版
- カント (篠田英雄訳) [1960] 『道徳形而上学原論』岩波書店
- マックギネス、B. F. 編 (黒崎宏訳) [1976] 「ワイトゲンシュタインとウィーン学団」『ワイトゲンシュタイン全集5』大修館書店 1-378頁

223) 高橋 [2017] 47頁 第一点は、生態系の原理を理解することであり、第二点は、人間の思想および活動が生態系に与えた影響を理解することである。第三点は、第一、第二の理解に基づく現状改善の方針、方向性を構築することである。また、高橋 [2017] では、第三点の具体的な取り組みとして、人間圏と生態系を調整する方策、制度について考察した。

- マッキントッシュ、R. P. (大串隆之 / 曾田貞滋 / 井上弘訳) [1989] 『生態学—概念と理論の歴史』思索社
- Malcolm, N., "Wittgenstein's Philosophical Investigations," *Philosophical Review*, LX Ⅲ, (1954), pp.530-559
- Millennium Ecosystem Assessment 編 (横浜国立大学 21世紀 COE 翻訳委員会監訳) [2007] 『国連ミレニアムエコシステム評価 生態系サービスと人類の将来』オーム社
- ロールズ、J. (川本隆史 / 福間聡 / 神島裕子訳) [2010] 『正義論』紀伊國屋書店
- ロールズ、J. (田中成明訳) [1979a] 「公正としての正義」田中成明編訳『公正としての正義』木鐸社 31-77頁
- ロールズ、J. (岩倉正博訳) [1979b] 「正義感覚」田中成明編訳『公正としての正義』木鐸社 221-254頁
- ロールズ、J. (深田三徳訳) [1979c] 「二つのルール概念」田中成明編訳『公正としての正義』木鐸社 289-335頁
- Rockström, J., W. Steffen, K. Noone, A. Persson, F. S. Chapin, III, E. Lambin, T. M. Lenton, M. Scheffer, C. Folke, H. Schellnhuber, B. Nykvist, C. A. De Wit, T. Hughes, S. van der Leeuw, H. Rodhe, S. Sörlin, P. K. Snyder, R. Costanza, U. Svedin, M. Falkenmark, L. Karlberg, R. W. Corell, V. J. Fabry, J. Hansen, B. Walker, D. Liverman, K. Richardson, P. Crutzen, and J. Foley. 2009. Planetary boundaries : exploring the safe operating space for humanity. *Ecology and Society* 14 (2), (2009) : 32
- シューマツハ、E. F. (小島慶三 / 酒井懋訳) 『スモール・イズ・ビューティフル』講談社
- TEEB 統合報告書 (IGES 仮訳) [2010] 「生態系と生物多様性の経済学：生態学と経済学の基礎」
- フォン・ライト、G.H. (飯田隆訳) [1995] 「ウィトゲンシュタインの遺稿」飯田隆編『ウィトゲンシュタイン読本』法政大学出版局 335-374頁
- ウィルソン、E. O. (大貫昌子 / 牧野俊一訳) [1995] 『生命の多様性 I』岩波書店
- ウィトゲンシュタイン (山元一郎訳) [1971] 「論理哲学論」山元一郎責任編集『世界の名著 58』中央公論社 305-429頁
- ウィトゲンシュタイン (奥雅博訳) [1975] 「論理哲学論考」『ウィトゲンシュタイン全集1』 1-120頁
- ウィトゲンシュタイン (藤本隆志訳) [1976] 『哲学探究』大修館書店
- ウィトゲンシュタイン (野矢茂樹訳) [2003] 『論理哲学論考』岩波書店
- 相場慎一郎 [2008] 「熱帯林樹木の種多様性」大串隆之編『メタ群集と空間スケール』京都大学学術出版会 1-26頁
- 荒井俊行 [2016] 「信託法を概観する(1)—リーバースモーゲージでの活用のために—」土地総合研究 24巻3号 104-116頁
- 飯田 隆 [2005] 『ウィトゲンシュタイン—言語の限界』講談社
- 飯泉明子 [2010] 「アメリカのパレンス・パトリエ訴訟に関する一考察—環境法の視点から」『企業と法創造』7巻2号 291-329頁
- 大沼あゆみ [2014] 『生物多様性保全の経済学』有斐閣
- 大原長和 [1970] 「イングランド・コモン・ロウの成立」法政研究第36巻2-6号 111-129頁
- 岡田雅勝 [1986] 『ウィトゲンシュタイン ■人と思想76』清水書院
- 粕谷英二 [1990] 『行動生態学入門』
- 門脇浩明 [2016] 「パッチ状環境における生物多様性の維持機構」日本生態学会誌 66 : 1-23頁
- 紙谷雅子 [2012] 「違憲立法審査制の成立」信国幸彦編『別冊ジュリスト213号 アメリカ法判例百選』有斐閣 4-5頁
- 川岸令和 [2012] 「経済的自由とデュー・プロセス条項(1)」『アメリカ法判例百選』有斐閣 90-91頁
- 川本隆史 [2005] 『ロールズ—正義の原理』講談社
- 鬼界彰夫 [2003] 『ウィトゲンシュタインはこう考えた—哲学的思考の全軌跡 1912-1951』講談社
- 木元新作 / 武田博清 [1989] 『群集生態学入門』共立出版
- 小竹 聡 [2012] 「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利(1)」『アメリカ法判例百選』有斐閣 96-97頁
- 後藤玲子 [2002] 『正義の経済学』東洋経済新報社
- サステナビリティの科学的基礎に関する調査プロジェクト [2005] 『サステナビリティの科学的基礎に関する調査報告書 Science on Sustainability 2006』サステナビリティの科学的基礎に関する調査プロジェクト事務局
- 蔡秀卿 [1997] 「アメリカ行政訴訟の原告適格法理の展望—憲法三条準拠論から制定法準拠論へ—」名古屋大学法政論集168号 1-40頁
- 高田三郎 [1971] 訳注『ニコマコス倫理学(上)』岩波書店 249-294頁
- 高橋 靖 [2011] 「法思想史からみた近代—技術的思想および産業化を中心に—」甲南法務研究 No.7 55-77頁

- 高橋 靖 [2013]「環境法をめぐる考察」甲南法務研究 No.9 45-68頁
- 高橋 靖 [2014]「環境法からみた社会構築」甲南法務研究 No.10 61-84頁
- 高橋 靖 [2015]「環境法からみたリスク社会」甲南法務研究 No.11 33-56頁
- 高橋 靖 [2016]「転換期をめぐる一考察 科学と環境法を中心に」甲南法務研究 No.12 73-97頁
- 高橋 靖 [2017]「環境学における持続性と環境訴訟」甲南法務研究 No.13 47-72頁
- 武田博清 / 木元新作 [1989]『群集生態学入門』共立出版
- 瀧本 岳 [2008]「メタ群集の理論と適用」大串隆之他編『メタ群集と空間スケール』京都大学学術出版会 73-86頁
- 田中成明 [1994]『法理学講義』有斐閣
- 田中英夫 [1980]『英米法総論 上』東京大学出版会
- 田中英夫編 [1991]『英米法辞典』東京大学出版会
- 恒藤武二 [1977]『法思想史』筑摩書房
- 道垣内弘人 [2007]『信託法入門』日本経済新聞社
- 徳岡秀雄 [1993]『少年司法政策の社会学』東京大学出版会
- 仲岡雅裕 / 近藤倫生 / 大串隆之 [2008]「はじめに」大串隆之他編『生態系と群集をむすぶ』京都大学学術出版会 v-viii 頁
- 日本学術会議統合生物学委員会生態科学分科会 [2017]「生態学の展望」
- 日本生態学会編 [2012]『生態学入門（第2版）』東京化学同人
- 根本 猛 [2012]「奴隷制と合衆国最高裁」『アメリカ法判例百選』有斐閣 74-75頁
- 町田隆史 / 近藤倫生 / 大串隆之 [2008]「課題と展望」大串隆之他編『メタ群集と空間スケール』京都大学学術出版会 149-163頁
- 野矢茂樹 [2006]『ワイトゲンシュタイン『論理哲学論考』を読む』筑摩書房
- 畑 博行 [1992]『アメリカの政治と連邦最高裁判所』有信堂
- 畠山武道 [2008]『アメリカの環境訴訟』北海道大学図書出版会
- 船田享二 [1953]『法思想史』勁草書房
- 松井茂記 [2012]『アメリカ憲法入門（第6版）』有斐閣
- 三島淑臣 [1993]『法思想史 [新版]』青林書院
- 水田義雄 [1960]『英国比較法研究』勁草書房
- 宮下 直 / 井鷲裕司 / 千葉 聡 [2012]『生物多様性と生態学 — 遺伝子・種・生態系—』朝倉書店
- 村上泰亮 [2017]「訳者あとがき」アロー、K. J. (村上 訳)『組織の限界』筑摩書房 147-155頁
- 望月礼二郎 [1990]『英米法（改定第二版）』青林書院
- 八木鉄男 [1968]『法哲学史』世界思想社
- 安田弘法 / 野田隆史 / 八木橋 勉 / 梶本卓也 [2012]「生物群集とその分布」日本生態学会編『生態学入門（第2版）』178-209頁
- 吉垣 実 [2011]「アメリカ会社訴訟における中間的差止命令手続の機能と展開（1）— 予備的差止命令と仮禁止命令の紛争解決機能—」大阪経大論集 第6巻第4号 45-69頁
- 吉中 信人 [2006]「パレンス・パトリエ思想の淵源」広島法学 30巻1号 29-51頁
- 吉村徳重 [1963]「英米法における法典訴訟の歴史的形成 — 訴訟物論の歴史的背景—」法政研究 第30巻3号 49-82頁
- 渡部 亮 [2005]「エクイティと受託責任の歴史的性質」FUND MANAGEMENT 2005年新春号 26-33頁

本稿による URL の最終アクセス日は、すべて 2017年8月1日である。

