

國學院大學学術情報リポジトリ

法・共同体・道徳的推論(二)：“Symposium : Law, Community, and Moral Reasoning” (77 California Law Review 475-594(1989))の紹介と検討

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: パターナリズム研究会, 高内, 寿夫, 服部, 高宏, 花岡, 明正 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/00001080

法・共同体・道徳的推論 (二)

— “Symposium : Law, Community, and Moral Reasoning”

(77 California Law Review 475 — 594(1989)) の紹介と検討 —

パターンリズム研究会

目次

はじめに

第一部 判例紹介 Bowers v. Hardwick (478 U.S.186(1986))

第二部 法・共同体・道徳的推論 — シンポジウムの紹介 —

第一章 R・ドゥオーキンのリベラル・コミュニティー論と

その批判

第一節 ドゥオーキンのリベリズム論における共同体の

位置と意義

(一) 問題関心

(二) 共同体概念を用いたりベラリズム批判の問題点

(三) リベラル・コミュニティー論

第二節 ドゥオーキンへの批判

(一) 概観

(二) B・ウィリアムズによる批判 — 「批判的利益」をめぐって —

(三) P・セルズニックによる批判 — ドゥオーキンの今後の課題 — (以上二九卷一号)

第二章 M・J・サンデルのリベリズム批判とその問題点

第一節 サンデルのリベリズム批判

(一) サンデルの問題提起と概念枠組

(二) 連邦最高裁の判例にみるプライバシー概念の変遷

(三) minimalistの寛容論 — 人工妊娠中絶を素材に —

(四) voluntaristの寛容論 — 同性愛を素材に —

(五) 結論

第二節 サンドルへの批判

(一) 概 観

(二) M・ムアによる批判——サンドルへの異論と「素朴なりベラリズム」の提唱——

(三) R・ポストによる批判——文化や伝統にとらわれない個人・サンドルの非難するもの——

(以上本号)

第三章 J・ウォルドロンによる共同体主義批判

第三部 リベラリズムと共同体——若干の考察——

第二章 サンドルのリベラリズム批判とその問題点

第一節 サンドルのリベラリズム批判

M・J・サンドル「道徳的議論とリベラルな寛容…人工妊娠中絶と同性愛」

— Michael J. Sandel, Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality —

(一) サンドルの問題提起と概念枠組

サンドルが本論文において明らかにしようとするのは、人工妊娠中絶および同性愛者によるソドミー行為を禁止する法律の正しさ(もしくは不正)は、少なくとも部分的には、それらの行為の道徳性(もしくは不道徳性)に基づいて決定されるという

点である。リベラリズムは、何が「善き生(good life)」かという問題について、国家は中立の立場に立つべきであり、特定の考え方を人々に強要してはならないと説く。しかし、道徳や宗教が関連する問題について、国家がまったく中立の立場に立つて問題を処理することは、そもそも可能なのだろうか。サンドルは、人工妊娠中絶および同性愛行為に関する連邦最高裁の判例を検討することを通じて、こうした疑問に対する回答を探ろうとするのである。

ところで、サンドルによれば、人工妊娠中絶もしくは同性愛を禁止する州法に賛成・反対いずれの立場に立つにせよ、そこには二つの考え方があり得るとされる。一つは、人工妊娠中絶禁止法・ソドミー禁止法が正義に適用かどうかは、それらの法律が禁止ないし保護しようとする行為の倫理的な価値に依存するという見解である。サンドルはこれを「素朴な見方(naive view)」と呼ぶ。後にみるように、サンドルが採るのはこの立場である。二つ目は、人工妊娠中絶禁止法・ソドミー禁止法が正しいか否かは、当該行為に関する実質的な道徳的判断にはなく、より一般的な原理に依拠するという見方である。サンドルはこれを「洗練された見方(sophisticated view)」と呼ぶ。ここに言う一般的な原理とは、一つには、妊娠中絶・同性愛のような倫理的問題を社会の多数者の判断により解決しようとする民主主義的多数決原理であり、もう一つは、個人が自分自身で価値の選択をするべきだとする個人の権利・自由の主張である。

サンドルは、この「洗練された見方」を、中立性の理由に応

じて更に次の四つに分類する。即ち、①relativistの見方：道徳はすべて相対的なものであり、断定できるいかなる道徳的真理も存在しないのであるから、法は特定の道徳的立場を支持するべきではないとする立場。②utilitarianの見方：政府が中立的立場に立つことは、長期的にみれば一般的福利の増進につながるとする立場。③voluntaristの見方：各個人は自分の考え方を選択しうる自律的な能力を有するのであるから、そうした個人の能力を尊重すべく政府は、いろいろな善の考え方について中立を保つべきだとする立場。④minimalistの見方(プラグマティックな見方)：人々は道徳と宗教に関する事柄については必ず意見を異にするものであるから、政府は、政治的合意(political agreement)を獲得し、社会的協働(social cooperation)を実現するために、そうした事柄に関する議論を括弧に括つてしまふべきだとする立場である。以上の四類型のうち、サンデルが連邦最高裁の判例の中に認められると考え、本論文において批判の対象とするのは、voluntaristの見方とminimalistの見方である。

(二) 連邦最高裁の判例にみるプライバシー概念の変遷

サンデルは、以上に掲げた問題に検討を加えるための準備作業として、プライバシー権に関する連邦最高裁の判例の動向をたどり、プライバシー概念の変遷を跡付ける。

サンデルによれば、今日、憲法上のプライバシー権を基礎づけているのは、①各個人には己が与する価値と関係を自分自身

で選択する自由と能力があるとする人間についてのvoluntarist的な捉え方——言い換えれば「個人の自律(autonomy)」を重視する見方——と、②諸個人のそうした能力を尊重すべく、国家は善き生についての相争う考え方について中立的であるべきだとする国家の中立性原理、の結合であるとされる。例えば、本稿第一部で紹介したBowers v. Hardwick判決の中で、同意に基づく同性愛行為にまでプライバシー権を及ぼすべきだと考える反対意見の四人の判事は、その理由として、「(個人間の)関係の豊かさは、こうした強く個人的な絆につき、どのような在り方でのような性質のものをとるか、それを選択する自由が個々人にあるということに由来する」と述べている。

だが、サンデル自身は、こうした見方に対し懐疑的である。というのは、もともとプライバシー権は、中立的な国家という理想や、自己の目的と関係を自由に選択する自我という理想を、必ずしも含意するものではなく、むしろその狙いは、私的な事柄が公の目に晒されないことに対する個人の利益を保護するという点にあったからである。プライバシーを個人の「自律」と同一視する近年の傾向は、プライバシーに関する理解の移り変わりを曖昧にするのみならず、その保護を支持する根拠の範囲を狭く限定してしまう。しかし、結婚に関して国家の干渉を受けないという自由が、それが保護する実践(Practice)の本質的価値もしくは社会的重要性という観点からも正当化されうるという事実が示すように、プライバシー権は、何も個人の選択の自由という観点からしか正当化できないというものではない

のである。

それでは、サンデルの整理に従い、連邦最高裁の判例における古典的なプライバシー概念から新たなプライバシー概念への変遷を跡付けてみよう。

当初、不法行為法上の理論として登場したプライバシー権が、憲法上の権利として主張されるようになったのは比較的最近である。連邦最高裁の少数意見の中で初めてプライバシー権が主張されたのは、コネティカット州の避妊用品の使用を禁止する法律に関する一九六一年の *Poe v. Ullman* 事件判決⁽³⁾である。ダグラス、ハーラン兩判事は、避妊用品の使用禁止は、避妊用品の入手を禁ずるものではあっても、避妊用品を使用しているか否かについての捜査が夫婦の寝室に及ぶことまで許容するものではない、と論じている。ここには、個人間の親密な関係は公の捜査に晒されるべきでないという、古典的なプライバシーの考え方が顕著に現れている。また、さらに進んで、ハーラン判事は、道徳についての相争う考え方に對してこの避妊用具使用禁止法は中立的なものではないこと、つまり、この法律の基礎には「避妊はそれ自体非道徳的である」とする考え方があることを指摘し、これを肯定的に評価する。国家の中立性という理想を否定し、道徳は国家の正当な関心事であるとみるハーラン判事のこの見解にも、新たなプライバシー概念とは区別される古典的プライバシー概念の特徴がよく示されている。もともと、ハーラン判事によると、国家は、避妊は非道徳的だとする信念を法に埋め込むことはできても、古典的な意味での個人のプラ

イバシーを侵害することまでは許されないとされる。

連邦最高裁自身が憲法上のプライバシー権を最初に認定したのは、コネティカット州の避妊用品使用法を無効とした一九六五年の *Griswold v. Connecticut* 事件判決⁽⁴⁾である。ここでは、裁判所は、夫婦の寝室を神聖な領域と捉えたうえで、夫婦間の事柄が公の目に晒されないことへの利益という、プライバシー権についての古典的な考え方に依拠している。その際、このような意味でのプライバシー権が、個々人に對しては各人の選択するところに従って性生活を送らせるべきだとする voluntaristic な根拠によつてではなく、結婚という社会制度を肯定しこれを保護するという目的論的な根拠によつて正当化されているのが注目される。

古典的なプライバシー概念から新たなそれへの進展が見られるのは、同じく避妊用品の禁止をめぐる一九七二年の *Eisenstadt v. Baird* 事件判決⁽⁵⁾である。この事案には、先にみた二つの事案との間に二つの点での決定的な違いがある。即ち、まず第一に、先の二事案が避妊用品の「使用」を禁ずる法律を問題としていたのに対して、ここでは避妊用具の「販売 (distribution)」を制限する法律が問題となつていること。つまり、当該事案に関わる州法は、古典的意味でのプライバシーを侵害するものではないことである。第二に、先の二事案に関わったのが夫婦も含めすべての人に避妊用具の使用を禁じる法律であつたのに対して、当該事案で問題とされる州法は、専ら未婚者に對する販売のみを制限すること。つまり、この法律は、結婚とい

う社会制度に何ら負担をかけるものではないことである。事案の性格にこうした重大な違いがあるにもかかわらず、最高裁の判断は、それでもなお、当該州法を無効とするというものであった。サンデルによると、そこには、プライバシー概念の内容について、次の二つの変化が見られるとされる。即ち、①プライバシー権の担い手が、結婚という社会制度への参加者としての人から、その役割や愛着とは無関係に、「個人」としての人へと移し替えられていること、②プライバシーについての理解が、私的な事柄が公の目に晒されないということから、政府からの干渉を受けずにある種の行為に自由に参与することへと変化していること、である。連邦最高裁はこう言う。「なるほど、Griswold 判決においては、問題となったプライバシー権は、夫婦関係に固有のもものとされた。しかし、夫婦というものは、それ固有の一つの気持ちと心を持った独立の存在ではない。むしろ、それは、各々が別々の知的・情緒的性格を備えた個人と個人が連合したもの (association) である。……プライバシー権が何ものかを意味するとすれば、それは、子供を生むか生まないかについての決断のように、人に重大な影響を与える事柄について、正当な事由なくしては政府の介入を受けないということである。」⁽⁶⁾

このような新たなプライバシー概念は、さらに、人工妊娠中絶に関しても適用された。一九七三年の *Roe v. Wade* 事件判決である。連邦最高裁は、妊娠を中絶するか否かについての女性の決定にまでプライバシー権を拡張し、人工妊娠中絶を禁止し

たテキサス州法を無効とした。さらに、人工妊娠中絶の条件として夫の同意——未婚の未成年者の場合には両親の同意——が必要だと定めるミズーリ州法が問題となった *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth* 判決 (一九七六年)⁽⁸⁾ では、州政府は未成年者が妊娠後最初の三カ月間に中絶を受けることさえ妨げることができないのだから、ましてや夫や両親といった第三者にそういったことを行う権限を委任することなど州政府にできるはずがないとして、この州法を無効とした。

個人の選択の自由を保障するという、voluntarist 的な新しいプライバシー概念への移行を連邦最高裁が公然と示したが、一九七七年の *Carey v. Population Service International* 判決⁽⁹⁾ であった。一六才未満の未成年への避妊用品の販売を禁ずるニューヨーク州法を無効と判断したこの判決の中で、最高裁は、初めて、プライバシーが保護する利益を表現するのに「自律 (autonomy)」という語を用いたのである。そして、その後は「プライバシーを個人の自律と同一視するこのような傾向が、最高裁の判例の中で引き続き見られることになる。例えば、*Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists* 判決 (一九八六年) で、最高裁は、「女性が自己の妊娠を中絶するか否かについて決定を下すことほど、本当の意味で私的な (private) なものは、つまり、個人の尊厳と自律とに比べて基本的なものは他にない」と述べている。

プライバシーが個人の自律と同一視されるというこのような一般的傾向からみれば、プライバシーによる保護を同意に基づ

く同性愛行為にまで拡張することを拒んだ *Bowers v. Hardwick* 判決 (一九八六年)⁽¹¹⁾ は、異色である。多数意見を代表するホワイット判事はこう言う。同性愛者がソドミー行為を行う憲法上の権利なるものは、最高裁がこれまでに認めたプライバシー権とは何らの類似点も持たない。そもそも、同性愛者によるソドミー行為は非道徳的で承認できないという市民の信念を、法に埋め込めないという主張はおかしい。「法」というものはいつでも、道徳の觀念に基づいているのであり、もし、道徳的選択を表現するすべての法がデュープロセス条項の下で無効とされるのなら、裁判所は大忙しになるであろう。」⁽¹²⁾ こうした多数意見に対しては、反対意見を代表してブラックマン判事が、私的な事柄に関する個人の選択の自由という *voluntaristic* なプライバシー概念に依拠しつつ、性的関係にまで国家が介入することに反対し、国家の中立的原理を擁護する議論を展開している。⁽¹³⁾

もっとも、同性愛行為に関する事案を除けば、この二五年間のプライバシーに関する判例には、人に関するリベラルな考え方が顕著に現れている。サンデルによれば、プライバシーに関するこれらの判決は、リベラリズムについての二つの問題を提起していると考えられる。第一に、論争の余地のある道徳的問題を括弧に入れることは可能なか (以下 (三) で扱う)、第二に、プライバシーに関する *voluntaristic* な考え方は、プライバシーを保護する理由の範囲を限定するものなのか (以下 (四) で扱う)、という問題である。

(三) *minimalist* の寛容論 — 人工妊娠中絶を素材にして —

サンデルがまずはじめに批判を試みるのは、哲学的というよりは政治的な観点から、議論の余地のある道徳的・宗教的議論を括弧に入れてしまおうという *minimalist* の立場である。

この立場の第一の問題点としてサンデルが挙げるのは、*minimalist* は括弧に入れようとする問題について実は一定の解答をあらかじめ用意しており、それに依拠して議論を展開しているという点である。例えば、テキサス州の人工妊娠中絶禁止法を無効とした *Roe v. Wade* 判決において、連邦最高裁は、妊娠中絶に関する広範な見方の相違に鑑みれば、裁判所は人の始期という困難な問題を解決する必要はなく、この問題については中立的であるべきだと説く一方、人の始期が受精 (*conception*) にあるとみる当該州法は非中立的であり無効だと主張する際には、母胎外で生存可能となる時点をも人の始期とするという特定の解答を密かに前提しているのである。このように、裁判所は、人の始期に関するテキサス州なりの理論を、人の始期に関する自己自身の別の理論と取り替えていたにすぎず、中立性を保っていたわけではないのである。⁽¹⁴⁾

サンデルによると、*minimalist* の第二の問題点は、社会的協働の実現のために道徳的・宗教的問題を括弧に括弧にすることについて仮に合意ができたとしても、どのように括弧につき議論が起り得るということである。このような困難を例証するのは、*Roe* 判決に続く一九八六年の *Thornburgh* 判決の少数意見である。ホワイット判事は、「こうした議論は、立法を通じて表明さ

れるせよ、人々が採用している憲法の中にすでに表明されている一般原理を通じてであるにせよ、我々の社会においては、人々の意思によつて解決されるべきである」と述べている。即ち、連邦最高裁がこの論争を括弧に入れるための最良の方法は、それぞれの州の多数決原理に従つて問題に決着を付けさせることだと言ふのである。⁽¹⁵⁾これに対して、ステイヴンス判事は、立法者ではなく、それぞれの女性たちが彼女たち自身でこの問題を決定すべきであると主張した。裁判所は、女性は自分で自由に決定すべきだと主張することによつて、自らの価値を押し付けているのではない。むしろ、その地方の多数派が彼らの価値を諸個人に強要するのを妨げようとしているのである。「何人たりとも、ただその『価値選好 (value preference)』が多数者によつて共有されていないことだけで、そうした決定を自ら行う自由を引き渡すことを強いられない。」⁽¹⁶⁾サンデルは、ホワイト、ステイヴンス両判事の立場とも、原理的には、*minimalist liberalism* と相容れないことになってしまふと言う。さらには、両者のうちいずれかを選択する場合には、問題となつてゐる道徳的・宗教的利益についての実質の見解か、あるいは、*voluntarist* の見方が肯定するような、人についての自律を重視する考え方か、いずれかが必要となる。しかし、いずれの方法によつても、*minimalist liberalism* は、避けようと努めてきた道徳的・哲学的コミットメントを自ら引き受けることとなり、*minimalism* でなくなつてしまふのである。

(四) *voluntarist* の寛容論——同性愛を素材に——
 續つてサンデルは、*Griswold* 事件、*Bowers* 事件など、これまでも取り上げた同性愛に関する判例を素材として、*voluntarist* の見方を批判する。

サンデルはまず、同性愛を法的に承認する場合、*voluntarist* の観点と実質的な観点の二方面から解答可能であることを指摘する。*voluntarist* の解答とは、他の者を害しない限り、人々は自ら私的な交際を選択する自由があるべきだ、というものである。同性愛についても当事者の自由な選択を尊重する立場である。他方、実質的な解答とは、異性間の伝統的結婚において価値ありとされるものの多くは、同性愛の關係にも同様に妥当すべきであるという主張であり、同性愛の持つ実質的価値に着目する見解である。

まず、専ら *voluntarist* の解答のみに基づく判断として、サンデルは、*Bowers* 判決の反対意見を挙げる。即ち、当該判決において、ブラックマンおよびステイヴンス判事は、自己の生き方を本人自身が決定するという点では異性愛と同性愛は同じ利益を有するとの見方から、すでに異性愛については認められている「個人の選択の自由」⁽¹⁷⁾が、同性愛についても同様に妥当すると説いている。

他方、実質説については、*Bowers* 事件に関する連邦控訴裁判所の判決の中に、これを認めることができる。サンデルは指摘する。同裁判所の判決は、同性愛者の基本的権利を認めるといふものであり、その意味では、連邦最高裁判決の反対意見と

同じ立場に立つものである。しかし、先ほど述べたように、連邦最高裁の反対意見が専ら voluntarist 的な理由のみに依拠していたのに対し、控訴審のこの判決は、同性愛行為が実現する「人間にとって価値あるもの (human goods)」をも論拠に加えている点が重要である。Grissold 判決を参照しつつ、控訴裁判所は言う。即ち、結婚の結合は、生殖的目的のためばかりではなく、「それがもたらす相互支援および自己表現の極めてよい機会を与えるためにも」大切なのであり、「ある者たちにとって、問題の性的行為 (同性愛行為) は、結婚の交わりと同様の目的に奉仕する」のである、と。同性愛行為にまでプライバシー概念を広げるうえで、Grissold 判決がこのように「昔風に」理解されたのは——つまり、古典的なプライバシー概念が再び用いられることになったのは——、皮肉なことである。だが、いずれにせよ、この実質的な議論は、Grissold 判決の目的論的な次元に依拠することによって、中立性を主張して止まないリベリズムを攻撃的としているのである。

同性愛者の権利の承認に関する voluntarist 的正当化に戻ろう。サンデルは、voluntarist の議論が訴えるところの、同性愛行為の道徳性を括弧に括る「寛容さ」ないし「他者の自由の尊重」の主張に一定の強い説得力を認める。しかし、それにもかかわらず、この voluntarist の立場には二つの問題点があると述べる。

第一に、実際上の問題として考えてみた場合、議論の的となつてゐる実践の道徳的許容性につき何ら合意の規準もない状態

で、はたして自律的な権利の強さだけで社会的協働が確保されるのかという点に、疑問が残るということである。この点に関して、サンデルは、ある実践につき抽象的な権利が引き出され得るようになるのは、むしろその道徳的許容性についての合意が前もって成立している場合であるとして、voluntarist によるプライバシー権の正当化が本末転倒であることを指摘する。

第二の問題は、voluntarist が同性愛を承認する場合、これを価値の上で低いものとしかみていないという点である。同性愛者の権利に関して *Bowers* 判決よりもよく引き合いに出される *Stanley v. Georgia* 判決で、連邦最高裁は、被告人の寝室から発見された猥褻フィルムが「高尚な目的」に適用とは主張せず、ただ、被告には猥褻フィルムを密かに見る権利があるとしか判示しなかった。また、*People v. Onofre* 事件⁽²⁰⁾に関連してニューヨーク州控訴裁判所は、*State* 判決を引きつつ、次のように、即ち、猥褻物だとの非難を受けるものによって性的欲求を充たすことに権利が認められるというのなら、「少なくとも従来一般に『逸脱』行動とみられてきたことから性的満足を得ようとする」ことについても、それが私的にかつ合意の下に行われる限りは、それを権利だと認めなければならない、と判示している。サンデルは、同性愛者の権利を猥褻フィルムを見る権利と同様に考えることは、同性愛を価値的に低いものとして扱うことであるとし、同性愛を承認するのであれば、同性愛の生活に対するより一層の尊重、少なくともそれについての何らかの評価が、

求められると主張する。しかし、そのような評価は、自律的権利という voluntarist の観点で構成された法的・政治的議論によつては、もたらされるとは思われないものである。

(五) 結 論

以上より、サントデルは、結論として、①妊娠中絶・同性愛の事例について道徳的・宗教的問題を括弧に括ることは困難であること、それ故、②妊娠中絶・同性愛行為を禁止する法の正しさはそれらの実践の道徳性に関係があるとみる「素朴な見方」が正しいと考えられること、を主張するのである。

- (1) サントデルの見解については、井上達夫『共生の作法』(一九八六年、創文社)、特に第五章「サントデルに代表される共同体主義の主張については、同『共同体論——その諸相と射程——』(日本法哲学会編『法哲学年報一九八九年 現代における八個人——共同体——国家』一九九〇年、所収)を参照。
- (2) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. (1986). 本稿第一部(國學院法学二九卷一号、一九九一年、中野正剛担当分)一五〇頁以下参照(傍線は筆者)。
- (3) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).
- (4) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).
- (5) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).
- (6) Id. at 453.
- (7) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

- (8) Planned Parenthood of Missouri v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976).
- (9) Carey v. Population Services International, 431 U.S. 678 (1977).

- (10) Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists, 776 U.S. 747, 772 (1986).

- (11) 前出注(2)参照。
- (12) 本稿第一部(前出注(2))一五二頁参照。
- (13) 本稿第一部(前出注(2))一五三頁参照。
- (14) 410 U.S. 159, 163 (1973).
- (15) 776 U.S. 796 (1986).
- (16) Id. at 163.
- (17) 478 U.S. 205, 218-9 (1986).
- (18) Bowers v. Hardwick, 760 F.2d 1202, 1211-2 (11th Cir. 1985).
- (19) Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969).
- (20) People v. Onofre, 51 N.Y. 2d 476, 487-9, 415 N.E. 2d 936, 939-41, 434 N.Y.S. 2d 947, 950-1 (1980).

(高内寿夫・服部高宏)

第二節 サントデルの批評

M・S・ムーア「サントデルの反リベラリズム論」

— Michael S. Moore, Sandelian Antiliberalism —

R・ポスト「伝統・自我・実体的デュープロセス：M・サ

ンデルへのコメント」

— Robert Post, 'Tradition, the Self, and Substan-

tive Due Process: A Comment on Michael Sandel —

(一) 概 観

以上にみた共同体主義者サンデルのリベラリズム批判に対して異論を呈しているのが、ムーアとポストである。両者とも、連邦最高裁の判例を主たる素材にして展開されるサンデルのリベラリズム批判には、共通の疑念を呈示している。その他の点については、一方で、ムーアは、リベラリズムに対するサンデルの理解および批判が一面的で誤ったものであることを非難する。ムーアは、サンデルのリベラリズム批判に一定の理解を示しつつも、彼が念頭に置くのが一切の道徳的議論を認めない「排他的リベラリズム」に限られること、それ故、彼の批判を免れ得る「素朴なりベラリズム」であればこれを支持し得ることを説く。他方、ポストは、サンデルの voluntarist 批判の真の眼目、個人を孤立した選択主体として捉えることの不適切さの主張にあるとみなうえて、それでもなお、伝統や文化により形成される自我と選択主体としての自我の両方を視野に収めた理論を展開することは可能ではないかと言う。以下、ムーア、ポストの順でサンデルの基調報告に対する批判を紹介しよう。

(二) M・ムーアによる批判 — サンデルへの異論と「素朴なりベラリズム」 —

本シンポジウムの主題を、一九世紀のイギリスでベンサム、ミル、ステファーンらが論争したのと同じ問題、即ち、「立法院の目標に関する政治道徳上の制約原理はあるのか、あるとすればそれはどのようなものか」という問題、であると考えるムーアは、専らプライバシーとの関連のみで、それも立法でなく裁判所の判決を素材にして論ずるサンデルの議論の進め方は、そもそも不適切であるとする。即ち、彼は、① Bowers 判決や Doe 判決では基本的な決定に関する、政府の規制からの個人の自由が問題となったのだが、これはあくまでも自由 (liberty) の問題であり、これにプライバシーという不適切なラベルを貼るべきではないこと、② 憲法上の自由権を出発点とするよりは、むしろ、そうした自由権の相關概念であり且つそれに対して具体的内実を与えるところの立法者の「義務」の方から、アプローチすべきであること、③ ここで重要なものは、立法の適切な役割および限界に関する原理はどのようなものかという政治理論の問題であるから、立法を審査する裁判所の観点からではなく、立法者の視点から問題に取り組むべきであること、を主張するのである。

では、立法者は、人工妊娠中絶や同性愛のような行為の規制に関して、自己自身の道徳的見解を立法の基礎として構わないのであろうか。サンデルが、この問いにイエスと答える立場を「素朴な見方」、ノーと答える立場を「洗練された見方」と呼ん

でいるのは、前節でみた通りである（前節（二）参照）。

まず、サンデルが与する前者の立場（普通「リーガル・モラリズム」と呼ばれる）は、本来いかなるタイプの道徳理論とも――帰結主義的な道徳理論であろうと義務論的なそれであろうと、自由擁護主義であろうと平等主義であろうと功利主義であろうと――整合的たり得るはずである。なぜなら、この「素朴な見方」は、――その内容如何にかかわらず――一定の道徳的見解が立法の基礎となるべきことを専らその趣旨とする立場だからである。ところが、サンデルは、この見方を、道徳についての「目的論的」見解と彼自らよぶところの一種の帰結主義の道徳に、無批判的に結び付ける。即ち、彼によれば、立法者が「ブライバシーの権利をそれが保護するであろう実践（practice）の善さに基礎づける」ときはいつでも、その立法者は必ず「素朴な見方」を採用していることになるのである。しかし、「素朴な見方」とこのような一定の帰結主義的道徳理論との間には、必然的な関連はない。にもかかわらず、サンデルがこのような誤りを犯したのは、そもそも彼が政治理論の問題とメタ倫理学の問題を混同しているためだとムーアは言う。つまり、ここでは、立法者は何らかの道徳的見解を推し進めてよいからという政治理論上のテーマが問題となつているにもかかわらず、それをサンデルは、そのような道徳的見解はいかなる内容のものかという問題と混同しているというのである。

他方、サンデルが批判する後者の立場、つまり「洗練された見方」によると、立法者は、同性愛や妊娠中絶のような実践に

関して、自己の道徳的見解を立法に埋め込むのを拒否するのであり、したがって、そうした立法者は、道徳理論の選択に悩む必要はないとされる。ムーアは、洗練された見方の様々のヴァージョンのうち voluntarism（カントとドウオーキンがその代表）と minimalism（ロールズがその代表）に対するサンデルの批判に、攻撃の照準を合わせる。彼は、「人工妊娠中絶や同性愛者のソドミー行為を禁ずる法律の正義（ないし不正義）」は、少なくとも部分的には、それらの行為の道徳性（不道徳性）に基づいている。」というサンデルのテーゼにかなりの共感を寄せながらも、minimalist および voluntarist の立場に対する彼の批判は不首尾であるとみる。ムーアは、minimalist に対するサンデルの批判を次の二つの議論に整理したうえで、各々以下のような欠陥をもつことを指摘する（前節（三）（四）参照）。

第一に、ある一定の道徳的対立を括弧に入れると称する場合、そのように括弧に入れること自体、特定の道徳的判断に依拠しているという議論である。これを「非中立的導出論（the argument from nonneutral deviation）」⁽¹⁾と呼ぶムーアは、この議論に対して次のように反論する。即ち、①サンデルは、リベリズムが道徳的問題を括弧に括る根拠が、ミルの侵害原理のようなものにあると考えているらしいけれども、侵害原理を前提としないリベリズムもあり得る以上、サンデルのこの批判は、minimalist への有効な批判とはなり得ていない。②サンデルは、同性愛のような問題について平和と社会的協働を獲得するには、人々がその道徳的性質について見解を共有することが不

可欠であり、単に各人が権利をもつということの見解を共有するのでは不十分だと考えるけれども、voluntarist が道徳的問題を括弧に入れようとする際、彼らにとって社会的協働が達成されるかどうかは重要ではないし、また、仮に関連するにしても、社会的協働は、各人が他者の選択権を重視することによって十分に達成されるはずであるから、サンデルのこの議論は、voluntarist への有効な批判となり得ていない。

第二は、仮に妊娠中絶や同性愛行為について道徳的に中立的な規準があるとしても、その規準の具体的な適用には価値判断が持ち込まれるという議論である。これを「非中立的適用論(the argument from nonneutral application)」と呼ぶムーアがこのとき念頭に置いているのは、「論争の対象たる道徳的問題を社会的協働のために括弧に入れるとしても、何をもって括弧に入れられていることとみるかについて論争が起こり得る以上、結局は minimalist が回避しようとする実践についての実質的評価が、必要となってしまう」というサンデルの minimalist 批判である。つまり、妊娠中絶に関する Bowers 判決の反対意見を引き合いに出しつつ、サンデルは、州の判断に任せることも、各女性の判断に任せることも、妊娠中絶の問題を括弧に入れるという点では変わりはないから、どちらにするかを決めるのに、結局は実質的な道徳的評価が不可避になると言うのである。しかし、ムーアによれば、これは、立法もしくは裁判のどちらでこれが問題になっているのかをサンデルが明確にしていなかったからこそ起こる問題である。本シンポジウムの趣旨に従って、こ

れを立法者の視点から考えるなら、各女性の判断に委ねるより他にこの問題を括弧に括る術はなく、サンデルの心配は現実のものとならずに済むのである。³⁾

リベラリズムに対するサンデルの批判の不適切さは、彼がリベラリズムをあまりに排他的なものと捉えていることに起因する。即ち、彼によると、リベラリズムは、究極的には「公正(fairness)」という道徳的考慮に依拠するものなのだが、そうした「公正」という道徳的考慮は、政治制度の正しさを評価する際の理由(「下の階の理由(a first-order reason)」)の一つを提供するのみならず、それと相争う他の理由を「排除(exclude)する」「上の階の理由(a second-order reason)」にもなるというのである。ムーアは、諸々の道徳的理由につき、排他的に保護される上位の理由とそうでない下位の理由という形でこれらが階層的に組織化されているとみる、サンデルの捉えるリベラリズムが拠って立つところの「道徳」理解を、断固として退ける。というのも、政治制度の道徳性を評価する際に何らかの道徳的考慮を最初から排除してしまうことは、あらゆる事情を考慮したうえでなされるべきその制度の望ましさに関する判断を、歪めてしまうことになるからである。ムーアによれば、例えばリベラルの支持する「自律」という理想は、他の諸理由よりも「より大きなウェイトがかけられる(outweigh)」場合があるとしても、決してそれらを最初から「排除」したりはしないのである。以上のことから、ムーアは、サンデルの批判を受けず且つ洗練された見方にも与しない、「素朴なリベラリズム(naive liber-

「三」を提唱する。この見解は、妊娠中絶や同性愛のような実践を扱う法的・政治的制度の評価に際し、そうした実践の道徳性を考慮することを認める点で「素朴」であり、他方、そうした行為を扱う法律の正しさを評価する際にそれが重要なものとして考慮に入れる価値——即ち、「多元主義(pluralism)」「寛容(tolerance)」「自律」——のゆえに「リベラル」である。この見解が支持されるこれら三つの価値は、政治制度の評価において大きなウェイトを持つ。が、他の考慮の方が優位する場合があることを認める点で、この素朴なりベラリズムは、サンデルの批判する排他的リベラリズムとははっきりと袂を分かつのである。サンデルはこれをリベラリズムではないと言うかもしれないが、ムーア自身は、結論的にも「洗練された見方」と同じになるとして、自己の立場がれつきとしたリベラルであることを力説している。

(三) R・ポストの批判——文化や伝統にとらわれない個人…サンデルの非難するもの——

次に、ポストによるサンデル批判に目を転じよう。ポストは、サンデルがリベラリズムを非難する本当の意図を探ろうとする一方で、道徳的議論と法的・政治的議論とを接続させて展開されるサンデルの議論に異論を差し挟む。

まず第一に、サンデルは、なぜ voluntarist 的な視点を強硬に非難するのか。彼は、voluntarist の見解を、①個人の選択の強調と、②実質的な道徳的議論——そこには、「人間にとって価値

あるもの」についての評価も含まれる——の拒絶、の二側面からなるものと捉え、これを批判しているが、ポストによれば、これら両側面は、必然的に結び付くものではないとされる。例えば、同性愛者の権利が問題となった *Ross* の判決におけるブラック判事の反対意見は、個人の自己決定に憲法上の保護を与えるべく理論構成に務めながら——つまり①の側面の肯定——、そのような個人の自己決定が「親密な人間関係の豊かさ」や「生活の調和」という「人間にとって価値あるもの」のために重要なのだと説いている——つまり②の側面の否定——が、このことは、両側面が結び付かぬことがあることをはっきりと証明している。

では、voluntarist の何がサンデルを悩ませているのか。Bowes 判決の反対意見のどのような点に、彼は異議を申し立てようというのか。この点につきポストは、サンデルの懸念が、「人間にとって価値あるもの」が、同意見においては、同性愛行為という実践からではなく、「選択」という実践から生じたものとして理解されている、という点にあるのではないかと言う。つまり、そこで念頭に置かれているのが、組織だった社会実践のうちに深く組み込まれたものとしての人ではなく、独立し且つ自律したものとしての人という考え方だということである。サンデルの言うように、実体的デュープロセスに関して近年の最高裁は、「プライバシー権を担う者を、社会制度に参加する者としての人から、社会的役割とか社会的紐帯に係わらない個人としての人へと書き改めて」きており(前節(二)参照)、そこ

には、文化と伝統への依存よりも個人の自律性を重視する最高裁の傾向が、顕著に現れている。

つまり、ポストは、近時の最高裁の voluntarism の立場へのサンデルの異論が、この立場が実質的な道徳的議論を欠いている点に対してではなく、その基礎にあるところの、社会的役割や紐帯に係わらない個人の概念に対して提起されているというのである。このような異論は、「自我 (the Self)」を、孤立させられ (detached) 現実性・具体性を奪われた (disembodied) ものと捉える点についてなされた、サンデルのロールズ批判を想起させる。サンデルは、文化、伝統、共同体にまったく依存しないものとして自我を仮定するいかなる個人主義も、不適当だと説くのである。

だが、ポストによれば、道徳的アイデンティティについてのサンデルの見解は受け容れることはできても、近時の最高裁が個人の選択に焦点を合わせてきたことが、そのことで直ちに誤りだということにはならない。ポストは、自我には「選択する個人」としての「I」と「組み込まれた自我」⁷⁾としての「me」の両面があるとする社会学者 G・H・ミードの見解をも引き合いに出しながら、自我のそうした両側面の間のバランスをとることの重要性を主張する。しかし、そのように説く一方で、ポストは、最高裁はいかなる場合でも、個人の選択を擁護すべく決定を下すべきだと主張する。それはおそらく、次にみる、道徳的・政治的議論と比した場合の法的議論の特殊性とも関係する主張と考えてよからう。

サンデルへの批判の二番目の点として、ポストは、サンデルが道徳哲学・政治哲学の議論を憲法裁判に関する議論と直結させている点を挙げている。サンデルは、まるで裁判官が哲学者の代わり（あるいは未訓練の哲学者）であるかのように考え、裁判官の意見を哲学的評価に服するものであるかのようにみている。しかし、哲学とは異なり、法は統治の手段であり、行為を統制する道具である。哲学的議論の権威がその理由づけの説得力にあるとすれば、法の権威は、究極的には国の権力に拠るものである。それ故、憲法上の議論と哲学的議論とは、問題関心を全く異にする議論なのである。つまり、私的な性行為を規制するという問題は、そうした規制の道徳的正しさについて説得力ある証明を提供することに主たる関心をもつ道徳哲学者と、そのような規制を憲法違反として取り消すか否かに決着を付けることに主たる関心をもつ最高裁の判事とは、関心が大いに異なるのである。それにもかかわらず、最高裁の仕事は道徳哲学者の議論に全面的に依拠すると説くサンデルの見解は、不適切である。先例拘束その他、憲法上の議論を拘束する様々な制約への検討さえ十分に行わぬまま、道徳的・政治的議論と憲法的議論を混合させるのは、決して望ましいことではない。このようにポストは説くのである。

(1) ムーアによれば、彼の言う「非中立的導出論」は、法哲学の議論ではよく知られているものだと思われる。即ち、価値判断から自由な裁定の可能性を説く理論は、それ自体道徳的価値

値に訴える判断を含む、という批判がそれである。

(2) この「非中立的適用論」もまた、法哲学ではよく知られているものだと思われる。即ち、一般的な法的規準は、それを具体的事案に適用する段になると、何らかの価値判断を必要とする、という議論がそれである。

(3) ムーアは、voluntarist に対しても「非中立的適用論」の観点から批判を加えているが、結局は「非中立的導出論」からのそれとほぼ同じ批判となっている。

(4) 道徳に対してこうした見方をする者としてムーアが念頭に置いているのは、J・ラズである。J.Raz, *Practical Reason and Norms* (1976).²⁾のような道徳観は、サnderl が批判するリベラリズムが拠って立つところのものであるが、ムーアによれば、サnderl 自身も結局は同じ道徳観に与ってしまったている。というのも、サnderl は、政治制度の公正な枠組をめぐる議論のフィールドから、リベラルの立場を締め出してしまっているからである。

(5) Bowers, 478 U.S. 186, 205.

(9) M.Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge (1982).

(7) G.Mead, *On Social Psychology* (A.Strauss rev. ed. 1964), pp. 226-40.

(花岡明正・服部高宏)