

法的自由と人格概念*

——「負荷なき自我」についての一試論——

平野 仁彦

一 はじめに

法の基本的な役割は人々に自由を得させるところにある。しかしその自由はどのような意味における自由であるのか。また、自由に伴う制約は何を理由としてどのように正当化されるのか。本稿は、そうした法的自由の基礎を、自由主義的な法理論が前提とする人格概念にまで遡って検討しようとするものである。

本稿の関心は、現代法理論の課題の一つとなっている自由主義的な法秩序の基礎づけ問題に関連している。個人的な自由権ないし自律権を法制度の根幹に据える自由主義的な法秩序は、価値観の多元化に伴ってその必要性が再認識される一方、現代正義論の諸動向に見られるように様々な批判にも直面しており、改めてその基礎が問われている。配分的正義の問題、ジェンダーの問題、民族的少数者の問題、生命倫理・環境倫理の問題など、個人の自由に関して提起されている問題は様々であるが、ここでは、基礎理論的な関心から、次の二つの点に注目したい。一つは法的自由としての自己決定権の問題であり、もう一つは、法的自由の基礎としての「負荷なき自我」という人格概念の問題

である。

自己決定権は、個々人が一定の事柄について国家的ないし社会的な強制・干渉を免れ、自ら自由に選択・意思決定できることを権利内容とする基本的人権の一つであり、すでに裁判所によって認知され、制度改革の指針ともなっており、憲法をはじめ様々な法分野において議論の対象となっている。新しい権利として自由主義的な法秩序形成の先端的な局面を切り拓いている権利であるとともに、法的自由の中核に位置する権利として、その重要性には特別の関心が向けられている。

本稿で注目したいのは、権利としての自己決定権の基本的性格とそれに伴う法秩序形成の方向性である。自己決定権は、後に見るように、具体的な人格主体としての個人の選択行為にかかわる。たとえば、患者の自己決定権、子どももの自己決定権などと言われるように、従来は「患者」として、あるいは「子ども」として、法制度上保護の対象とされていた一定の属性をもつ人々を、当該属性によって画一的に扱うのではなく、具体的な人格主体としてそれぞれ違った選択をなしうることを承認し、そうした選択行為を尊重するのが自己決定権のそもそもの趣旨である。しかし具体的な人格主体に自由な選択権を認めることは、限りなく個別的な扱いの方向へと道を開く可能性があり、法の下の平等と法の一般性に反しかなない。また、要保護者である患者や子どもに自己決定権を付与することは、保護の完全な解除ではなく、原則的な保護の下での自己決定の尊重になるため、法的な取り扱いにおいて、保護と自由のバランスや自己決定支援の在り方に関して微妙な配慮を同時に必要とすることにもなる。すなわち、自己決定権は、福祉国家体制を含め、法システムの根本的な在り方と様々な局面におけるその変容を一定程度もたらすこととなるのである。

自由主義的な法秩序の基礎に関わるもう一つの問題は、個人的な自由の拡大それ自体が孕むとされる問題である。

周知のように、この点に関しては共同体論からの強い批判がある。表現の自由、経済活動の自由、選択の自由といった個人的な自由の重視によって共同体的な関係がうすれ、共同体的な関係の中で培われてきた公民的な徳や道徳的な価値が失われ軽視されてゆく。そのことに共同体論は重大な懸念を示すのであるが、理論面においては、それが、自由主義理論における「正の善に対する優先」の考え方とその前提にあるとされる「負荷なき自我」の観念に対する批判となる。すなわち、自由主義理論では、個人の権利を規定する正の原理が、多様な善の追求を可能にする共通の枠組として善の捉え方に優先し、またいかなる特定の善の観念にも依存することなく独立して導き出すことができる仮定する。このテーゼ自体が問題であるとともに、そうした正の原理の優越的な捉え方の前提にあるとされる「負荷なき自我」の観念について、それは、アトム化し、社会関係の中で生じる様々な責務を無視する自由気侷な個人を象徴的に表すものとして、個人主義的な自由主義理論への批判の焦点の一つとなっている。もし一切の關係的責務から解放された負荷のない選択主体を前提とする理論がそうした主体の自由を権利として正当化しているのであるならば、批判には説得力がある。したがって、その妥当性をはかるためにも負荷なき自我の理論的位置と意味を改めて問うてみなければならない。

具体的な人格を権利主体とする自由主義的な自己決定権と、抽象化された負荷のない人格概念を基礎とする自由主義的な法秩序。本稿では、密接に関連するものでありながら一見矛盾するようにさえ思われるこれら二つの問題について、相互の關係づけを含め、理論的な考察を試みたい。すなわち、法的自由としての自己決定権を一つの手がかりとして、自由主義的法秩序の理論的基礎およびその前提となる「負荷なき自我」(unencumbered self)という人格概念⁽¹⁾の含意を明らかにすることが、ここでの差し当てる目的になる。手順としては、まず自己決定権の特質と限界を明らかにし、自己決定権を含む自由主義的な法秩序の基礎を、負荷なき自我の観念への批判を中心に省み、その上で、

+
+

自己決定権の正当化にいかにも負荷なき自我という人格概念が関わっているかを、公正ということおよび理性的正当化の構造に即して見てみたい。さらに、共同体論に対する批判から、負荷なき自我の観念に含まれる根源的平等と批判という二つの契機にもふれ、正当化の基礎としての負荷なき自我の更なる含意にもふれることとしたい。その意味において本稿は、限られた面からではあるが、自由主義的な法秩序論を擁護する一つの試みになる。

二 法的自由としての自己決定権

今日の自由主義的法秩序の展開を最も象徴的に示す自己決定権は次の二つの点において法的権利の中でも際立った特徴を有している。⁽²⁾

まず、それは、他からの強制を排して自ら意思決定できる自由を法的に保護することを意味しており、消極的自由の確保に関わる典型的な法的自由の権利である。例えば、公権力が妊娠した女性に対して中絶を強制すれば、出産にかかわる女性の自己決定権を侵したことになる。また例えば、信仰上の理由によって輸血を拒否する患者に対し、医師が手術の過程で本人の了解なく、患者のためにするパターナリスティックな配慮により輸血を強行した場合にも、原則的に患者の自己決定権を侵害したことになる。このように、他からの強制は公権力による場合と本人にとつての他者を含む社会権力によって行われる場合とがあるが、いずれにしても、そうした外部的な権力的強制を斥けて本人の意思ないし判断を尊重すること、すなわち本人の選択の自由を保障するところに、法的自由としての自己決定権の第一の意味がある。

また、自己決定権は、具体的人格を権利主体と見なす。従来の福祉国家理念の下では、社会的経済的弱者の保護が法的課題とされ、「障害者」「労働者」「患者」「子ども」など抽象的なカテゴリーごとに保護の要件と効果が定められ、

特別な権利付与や財の再分配を伴う保護措置が画一的に行なわれてきた。保護の対象になることはその場合、個人としての意思能力や行為の自由を一定程度剥奪されることを意味し、またカテゴリーごとに抽象化された主体として画一的に扱われることをも伴っている。校則に従わなければならない生徒や、医師の指示に従わなければならない患者のように、一定のカテゴリーに属する者として一律に権力の保護的支配に服するのである。しかし、生徒でも患者でも個人によって様々な要求をもちうる。校則による丸刈りの強制に耐えがたい喪失感をいだく生徒がいるかもしれない。また、いかに医師の勧める治療方針に従うほかに患者でも、自分にとつて大事なものを失う処置には従いたくないと思う者がいるかもしれない。自己決定権は、そうした個人的に異なる要求をできるかぎり権利として保障しようとする。従つて、自己決定権が前提とするのは抽象化された人間ではなくて、様々な状況の下で様々な要求をもちうる具体的な人間、具体的な人格主体である。子どもの自己決定権あるいは患者の自己決定権などと言われるのはそのためである。

しかしながら、具体的人格を権利主体とする自己決定権も無制限ではない。表現の自由、経済活動の自由などの法的自由が無制限でないのと同様に、法的な取り扱いにおいては、権利主体の利益のほか、公共的な利益を始めとする様々な保護法益があり、それらによる制約があることを免れない。各種の法令による規制で課せられる自己決定権の制約事由としては、他者に対する権利侵害、その他の重要な公共的利益、そして本人自身の利益がある。一般に刑法や損害賠償法で規定される他者への権利侵害は、自由と自由の両立を可能にする自由の本来の限界として内在的制約と言われる。また、社会の安全や公衆衛生、市場機構の公正さなど、公共的な目的を実現する必要から一定程度自由な行為が規制されることがある。自由の外在的制約である。さらに、麻薬、売春、安楽死などに対する規制のように、本人自身を本人の自由な選択行為から守るというパターナリスティックな配慮に基づく規制もありうるであろう。

う。

こうした自己決定への制約については、しかし、一般によく指摘されているように、本人のためあるいは他者を含む公共社会の必要のためという理由で自己決定権が安易に制約されることになれば、公的ないし社会的な権力支配から個人の自由を守るといふ自己決定権の本来の趣旨が損なわれてしまうことになりかねない。したがって、どのような場合に制約が必要となるかを見ることが重要である。つまり、自己決定権の制約についての公共的な正当化の問題である。

もう一つ、自己決定権に関して留意されなければならないことは、それが具体的な人格主体に自由な選択権を認めよつとするものであるから、その権利主張を認めていけば、限りなく個別的な取り扱いを進めることになる。なぜなら、具体的人格主体がもちうる要求は多様であろうからである。⁽³⁾ 個別的な取り扱いは基本的に、法の下での平等や法の一般性など法の支配の理念に反している。また、例えば患者の自己決定権や子どもの自己決定権などのように、本来保護を必要とする患者や子どもに自己決定権を付与することは、保護の完全な解除ではなくて、原則的な保護の下での自己決定の尊重になるため、法的な取り扱いにおいても、保護と自由のバランス、保護者の側の責任、自律支援の在り方などに関して、微妙な考慮を必要とすることにもなる。つまり、自己決定権は、そうした個別的取り扱いおよび柔軟な取り扱いを求めているということになる。この点においても、法の下における画一的な扱いではなくそうした個別的で柔軟な扱いがどのようにして正当化されるかを見てみなければならない。

三 「負荷なき自我」

さて、以上のような自己決定権が提起する問題をその基礎にまで下り立つて考察するために、いわゆる「負荷なき

自我」という人格概念をもつてする自由主義理論批判を検討してみたい。批判によれば、自由主義的法秩序の基礎理論は負荷なき自我の觀念に拠っていると。そうした自我觀念、人格概念、道徳主体の捉え方は、現実的でも健全でもなく、私たちの自己理解を誤らせ、私たちが通常もっている様々な義務や責務を理解できなくさせるものであるという。こうした批判はどのようなことを意味しているのか。

負荷なき自我という人格概念を批判の対象とする自由主義理論批判のうち、⁽⁴⁾きわめて影響力の強い議論を展開しているM・サンデルの所論を取り上げてみたい。サンデルはカント的な義務論的自由主義について次のように述べている。カント的自由主義とは、今日J・ロールズの「公正としての正義」論に代表される考え方である。

正しい社会とは、いかなる種類の善き生活のヴィジョンも肯定したり促進するものではなく、その市民が、他者の同様の自由と一致すれば、自らの目的を追求することを自由にさせる……この種の自由主義と密接に関連しているのは、自由で独立した自我としての人格の概念であり、それは、自らが選択しない道徳的、政治的責務には拘束されないというものである。……私の議論では、自分自身をまったく負荷なき自我 (unencumbered selves) として考えることは、われわれが通常認めている、広範囲な道徳的、政治的責務の意味を理解できなくなることである。その責務によって、われわれは、特定の共同体、生活史、伝統における成員であることと結びついている。……私の議論はむしろ、われわれが反省するとき、状況づけられた、負荷ある自我として反省するのであり、自らの意向や愛着に優先して定義される自我としてではないということである。……自我がその目的に優先しなければ、正は善に優先しない。正義に関して論じるさいには、善き生活の本質に関して論じることが避けがたくなる。⁽⁵⁾

ここに端的に語られているように、サンデルはロールズが展開した正義に基づく秩序構想の根本的な問題を「負荷なき自我」という人格概念に求めている。「いかなる種類の善き生活のヴィジョン」にも「優先して定義」される、

+

+

「自由で独立した自我」とされる人格概念である。負荷なき自我に関わるサンデルの批判は、主として次の三点において捉えておくことができるであろう。

第一に、サンデルによれば、政治的主体の概念を目的に先立つ選択主体、目的や愛着から離れた負荷なき自我として捉えることは適切ではない。むしろそれは、負荷のある自我ないし位置づけられた自我として捉えることが重要である。私たちは、国、地域共同体、民族、団体、家族など、特定の共同体に属する者として存在するのであり、共同体の目的や伝統、歴史を負荷として担うところにごそ真の政治的主体性が確立される。様々な責務はまさに共同体の成員であることと結びついている。負荷のない自我では、そうした責務の意味が理解できないだけでなく、アイデンティティを確立できず、共同体の企図や目的にかかわる政治的調整も適切に正当化できない。⁽⁶⁾

第二に、自由主義理論を特徴づける「正の善に対する優位」という仮定、すなわちサンデルのいう、正の原理が規定する「個人の権利は一般的善のために犠牲にされえず」、また「権利を特定する正義の原理は善き生活に関するいかなる特定のヴィジョンをも前提としない」という意味での自由主義理論の根本テーゼは、成り立ちえない。純粹な選択主体である負荷なき自我の觀念が妥当でなければ正の善に対する優位は正当化できないし、また、善き生活のヴィジョンをもたずに正義に適った社会の枠組を構想することもできない。また、例えば、差別的言論 (hate speech) やポルノのように、社会的に重要な善の価値が争われているときに、権利としての表現の自由を広く許容することはきわめて問題が多い。⁽⁷⁾

従ってまた第三に、社会の基本構造を規定する正義の原理が様々な善の捉え方の間で中立的であり、それに基づく公共的な秩序の枠組も中立的でなければならぬという点についても、中立性は可能でも望ましくもないとする。サンデルによれば、対立する善の捉え方の間で中立性を保持し、対立を「括弧に入れる」こと (bracketing) は、寛容

の徳を表すものだと主張されるかもしれないが、例えば奴隷制や中絶をめぐる議論など、中立的な立場を堅持して州や個人ごとの自己決定に委ねるならば、それは奴隷制の容認と中絶の放任につながる⁽⁸⁾。従って、健全な社会秩序の形成のためには、まさに目的にかかわる実質的な議論を討わせることによって共有可能な公共的な善を共同体の成員間に構成していくことが重要だと説くのである。

義務論的な自由主義理論に対するサンデルのこうした批判は、確かに自由な選択主体としての「負荷なき自我」の観念を集約点とした批判になっている。負荷なき自我という人格概念自体が問題にされるとともに、負荷なき自我が原理的に可能にする、法的自由の優越と法制度ないし法的決定の中立性が批判の対象になっていることになる。果たしてこのような批判が正鵠を射たものと言えるか、それを検討してみたい。

四 公正といふこと

周知のように、J・ロールズの正義論は「公正としての正義」の理論として構想されている⁽⁹⁾。正義が公正であるのは、異なる様々な善き生活のヴィジョンのどれかを正義として強制するのではなく、それら善の理想とは独立に、また様々な善を各人が自由に追求しうる共通の基盤として、人々が有する「社会全体の福祉でさえ圧倒することのできない不可侵な」⁽¹⁰⁾ 権利を正義の原理が確定しうると想定されるからである。この「正の善に対する優位」という考え方の基礎には、カント的な義務論がある。

カントは人間の真に自由な在り方をその自律に求め、道徳的自律を可能にする正の原理を、各人の自由と自由が外的に共存しうるための条件、すなわち「自由の普遍的法則に従って各人の選択が他者の選択と統合されつる諸条件の総体」を規定するものと捉えた⁽¹¹⁾。「自由の普遍的法則」とはその場合、カントの言う「定言命法」(Kategorisches

Imperativ)の法論への適用である。従って正の原理は、経験的に相対的なものではなく、経験的事実をはなれ理性的にその源泉が見出されるア・プリオリなものである。

ロールズは正の原理を理性的に確定するという義務論をカントから引き継いでいる。しかし、カントがその超越論的観念論において自律的人間存在の根拠とした「本体界」ないし「叡智界」など形而上学的な観念はロールズにはない。また正の原理の内容を予め、自由と自由が外的に共存しうる条件に関するものと限定する想定もない。ロールズは、社会の基本構造を規定する正義原理の理性的な導出を自ら「カント的構成主義」⁽¹²⁾と呼ぶ。カントの定言命法を手続的に解釈した初期状況を設定し、そこにおける諸個人の合意によって正義原理が得られるとするのである。その際、初期状況を理性的なものとするのに不可欠な要素として特定の人格概念を用いている。それが、彼の理論の批判者の言う「負荷なき自我」に他ならない。

負荷なき自我は、「原初状態」(the original position)⁽¹³⁾という仮説的な状況に入った当事者の特徴づける人格概念であり、人々の基本権を内容とする社会の基本構造を規定する正義原理を採択する人格主体である。負荷がないのは、「無知のヴェール」によって、様々な情報を奪われると想定されるためである。原初状態の当事者は、社会の一般的事実についての情報は与えられるが、自らの社会的地位、人種、性別、階級、あるいは富、運、また知能、体力、その他のもって生まれた資質や才能に関してはいかなる知識ももたないと仮定されている。さらに、当事者は、自分のもつ善の観念や、人生における価値、意向、企図さえも知らないとされる。知らないとされるのは、もし知っていれば自分の条件に有利な正義原理の採択を主張しうるからであり、そうしたことのないよう自己の特殊利害に関わる自らの社会的偶然が正義原理の選択に影響を及ぼすことを避けるためである。

このような「負荷なき自我」が、ロールズにおいては、理性的な判断主体として、公正な正義原理を生み出す源泉

とされている。負荷なき自我にかかわる公正性の源泉は次の四点において捉えておくことができるであろう。すなわち、公平な視点をもちうること、合意への対等な資格があること、社会的協働の条件を考えうること、そして、正の規準の中立的な採択に向かいうること、である。前の二点は負荷なき自我の手続的側面、後の二点は実体的な側面になる。サンデルの批判に照らして、これらの合意を敷衍しておきたい。

まず原初状態の当事者は正義の原理について偏りのない公平な視点をもつことができる。人は自然的ないし社会的偶然によって様々な属性・特性を有している。それらは、各人がもちうる善の観念に反映し、社会における特殊な利害に関係するがゆえに、例えば男性が女性に対して有利な立場にある現状をできるだけ変えないようにしたり経済的に困難な状況にある人が公的支援の増加をはかる提案を支持したりする場合のように、正の規準の内容にプラスの意味でもマイナスの意味でも作用しうるであろう。それを避けようとするのが原初状態の役割である。サンデルは、負荷なき自我は政治的主体の概念としては不適切であり、負荷のある自我が反省的に討議に参加するところにこそ共同体に相応しい公共的な規準の採択が可能になるといっている。しかし、原初状態においてあるのは、特殊な利害を調整しようとする政治的主体ではなく、正義の原理について審議する道徳的判断の主体である。負荷ある自我の間で行なわれる討議は、もし対立の調整が反省的に行なわれる場合でも、せいぜい特殊な利害の間での妥協でしかない。ロールズが求めているのは、様々な個別的利害調整の背景にあるべき社会の基本構造を規定する正の原理である。

しかし、負荷のない自我であれば、本来別個独立であるべき当事者の個別性、複数性が消失してしまうと主張されるかもしれない。サンデルは、ロールズの正義論を「ヒュームの顔をした義務論⁽⁴⁾」と評し、次のように述べている。すなわち、カント義務論の形而上学的要素を避け、ヒュームから引かれた「正義の環境」を用いて義務論の再構成を試みたものであるが、それはしかし、経験論として失敗するか、義務論として力を失うか、そのどちらかである。経

験論として失敗するのは、「現実には存在しえない本体的自我を避けようとしているにもかかわらず、原初状態において再びそのような主体を作り出している」からである⁽¹⁵⁾。サンデルのこの指摘の適否は、原初状態の想定が現実的なものであるのか、単なる観念的なものでしかありえないのかによる。ロールズは述べている。「〔原初状態〕の記述において具体化された諸条件は我々が実際に受け入れるものである⁽¹⁶⁾」と。我々が実際に受け入れるものであるならば、原初状態の当事者が負荷なき自我という一人の人格に融合されるわけではなく、従って当事者の複数性もなくなるならぬ。この点はまさに方法としての原初状態の想定そのものの有効性にかかっているところがあると言えるであろう。しかし方法の有効性はその妥当性とは異なる。実際上の推論もしくは審議過程において原初状態の提示する一連の手続がどの程度践まれるかにかかわりなく、実践理性がなしている判断を一連の手続として定式化している、その理論の妥当性は正しく評価されてよいであろう。

次に、負荷なき自我は、合意に向けた審議プロセスに対等な資格で参加できるという意味においても公正である。個々人を前提にして、その間の合意に正義原理の内容を委ねる。契約論的な構成は、審議プロセスを離れて独立した判断基準があることを想定しない。結果の正当性がプロセスの内に対してのみ開かれ、外に対しては閉じられている。当事者の了解のみに基づくプロセス内在的な探究であるから、当事者自身にとって公正である。負荷なき自我として等しい立場で参加できるという手続の公正さは、手続の結果として得られる規準の公正さにも反映するであろう。ロールズが、原初状態とそこで合意される正義原理との関係を、純粋な手続的正義のケースと捉えているのはそのためである⁽¹⁷⁾。

さらに、負荷のない判断主体の目的は合意の形成であるとともに、合意は社会的協働を促進するためのものである。社会的協働という目的が負荷なき自我にとって公正であるのは、合意の結果として確保される社会的協働の諸条件つ

まり社会的基本善に等しくアクセスする資格ができるためである。「無知のヴェール」の想定趣旨が、自然的・社会的偶然によって利益を受けることも不利益を被ることもともにも不公正であるというところにあつたように、合意の所産である共通の利益を平等に享受できることは公正である。

サンデルは負荷なき自我の最も大きな特質を「自我が目的に優先すること」と捉えた。しかし、この点については、右に指摘した手続的目的としての合意および実体的目的としての社会的協働から、必ずしもそうでないことが明らかである。確かに、少年犯罪への処罰の強化であるとか新たな保険制度を設立するとか、具体的な目的に対しては、負荷のない自我がそつした目的に優先する。しかしながら、原初状態の想定に含まれる負荷なき自我の観念は、手続構造それ自体の目的に対しては優先しない。合意を形成してゆくこと、合意は社会的協働を促進する諸条件の確定にかかわること、これらの目的が負荷なき自我を決定的に方向づけている。

またさらに、負荷なき自我のかかわる公正性として、正の規準の選択を可能な限り中立的なものにしうるという点も上げうる。社会の基本構造を規定する正義の原理は、ロールズにおいて、社会的基本善の配置にかかわり、個人々がどのような善を追求するとしても共通して必要になる基本的な権利を規定する。これが善に対する正の優位ということであり、正の中立性をも表わしている。この正の優位と中立性に対しては、先述の通り、サンデルの批判があつた。例えば中絶の場合のように、中絶することも中絶しないことも個人の自由であり、公的にはどちらにも加担しないという自由権の立場。あるいはまた例えばポルノのように、問題がある表現行為であるとしても表現の自由の保障は広く、内容による規制は検閲に相当してできないとする中立的な立場。そうした自由主義的な立場は、一見中立的であるように見てい実上は一方のみの価値選択をすすめる効果をもちるのであり、それによって中立的であることが却つて社会的な不正義を存続させ助長する場合があるということである。

しかしここでも、負荷なき自我にかかわる中立性に二つの意味があり、それらを区別することが重要であるように思われる。一つは、原理の中立性であり、もう一つは原理の正当化の中立性である。原理の中立性は、自由権がその内容になつているのであれば確かに、自由を法的に保護することであるから、自由の保護が選択肢の間での中立性の保持を必要とする限り、場合によっては指摘されるような中立性の問題を生ずるのである。しかし、正当化における中立性は、正当化理由の中立性であつて、そのような価値選択間での中立性を意味しない。例えば女性の尊厳を傷つけるとか、ポルノを許せば表現の自由の分布を男女間で不均等にするといった中立的な理由によって、まさにポルノの規制を正当化することができるのである。⁽¹⁸⁾ 原初状態における負荷のない判断主体は、社会的協働の目的の下で、正の規準を中立的なものにする際には、むしろこの正当化の中立性に深くかかわると見てよいのではなからうか。

正当化の中立性は、負荷なき自我に関係する正当化の構造によって、その意味合いがより明確になると考えられる。次にそれを見てみたい。

五 理性的正当化の構造

正当化は、権利や制度を含むあらゆる法実践に不可欠の基礎づけである。正しさを理由をもって示すこと。しかし、何を理由とすることができるのか、また、どのようにすれば十分な形でそれを行なうことができるのか。

公正としての正義の理論はこの点においても重要な手がかりを与えているように思われる。それが提示する正当化の方法には二つの種類のものがある。原初状態 (original position) による正当化と反省的平衡 (reflective equilibrium) による正当化である。⁽¹⁹⁾ いずれも負荷なき自我がかかわる理性的な正当化の方法として、ここでは、その相互関係にも注目したい。しかし、正義原理、憲法、法令、決定など法秩序の規範連関全体にわたる二つの正当化の

関連については、ロールズの示唆するところを深く踏み込んでの解釈になるかもしれない。

まず、原初状態による正当化については、前節であらましふれたが、主要には「無知のヴェール」(the veil of ignorance)⁽²¹⁾によって個人の特殊な利害にかかわる属性や特性に関する情報が奪われること、しかし社会の一般的な事実に関する情報は与えられ、そして、そのような状況において熟慮ないし審議される事柄については公正なものとして正当化されうるということである。

これに対し、反省的平衡を探究する手続は、例えば一定の法的決定とそれに関連する判例、法令、原理などのように、暫定的に取り上げられた正当化の対象とそれに関わる熟慮された判断との間を行きつ戻りつしつつ、最適な均衡点(アルキメデスの点)⁽²²⁾を探し求めるプロセスであり、それによって得られる均衡点としての規準は、十分な熟慮ないし審議を経た結果として正当化されうるということである。正義原理の確定にいたるまでの反省的平衡を探究するプロセスを、ロールズは概略次のように説明している。まず、候補となりうる原理について、正義感や様々な正義の捉え方に照らしそれが妥当であるかが検討される。検討は相当の範囲にわたって、また一般性の様々なレベルにおいて行なわれる。それによって、場合によっては原理が部分的に修正され、場合によっては、正義感や正義の捉え方が捨てられたり見直されたりする。それを繰り返すことにより、選択されるべき原理は、共有された様々な正義の観念とできうる限りの整合性をもつものとなる。しかし、均衡点として得られる原理も決して安定的なものではありえない。あくまでも暫定的なものとして、更なる検討と修正に開かれている。反省的平衡を求める熟慮のプロセスはどこまでも続けられうるのである。この反省的平衡を探究する手続を、ロールズは原初状態の正当化にも用いている。

原初状態と反省的平衡という二つの正当化の方法は、例えば正義原理の正当化において密接な関連性を有するものとなる。原初状態という公正な判断状況を設定する場が、反省的平衡の探究に理想的な条件を与える。また他方、反省的平衡を探究するプロセスは、原初状態の負荷なき自我による正義原理の選択をより公正なものとすることができる。しかし、公正としての正義の構想からすれば、両者の関係は、まず原初状態の公正な議論状況をまず設定し、その中で行なわれる議論の実質が反省的平衡を探究する手続によって導かれると理解する方が自然かもしれない。その意味では、原初状態の負荷なき自我は、様々な正当化過程において最も基本的な役割を果たすことになる。

さらに、相互に密接に関連する二つの正当化を拡張して考えれば、単に正義原理だけでなく、それに基づく憲法、また憲法を前提とする法令、憲法や法令を適用する決定など、あらゆる段階における法的実践に適用できることとなるであろう。それによってまた、例えば自己決定権が求める個別的で柔軟な扱いについても、それを一連の正当化連関において理解することができるであろう。つまり、ロールズは、二つの方法によって正当化される正義原理は、それによって規定される社会の基本構造の中で様々な善の追求が可能となる十分薄い社会的基本善の配置になると述べている。共通になる基本的な枠組は広く浅く、憲法、法令、決定など、社会の状況に応じ、文化、人々の規範意識、問題の性質などにもよって、特殊な条件が加われば加わるほど、原初状態において知らされる情報は多くなり、反省的平衡を探究する手続は複雑になって、結果として、正当化の対象となる規準は狭く厚くなると解することができる。従って、自由主義的な法制度の根幹から生じる自己決定権が、その先端的な具体化の局面において、具体的権利主体に即したよりきめ細かな考慮を必要とすることに對して、熟慮された公正な正当化が与えうると言えよう。また例えば、ボルノの規制についても、その必要性が認識されれば、いかに表現の自由に関わる強い権利があるとしても、その正当化に即しそれを乗り越える形で特別な正当化をなすことができるであろう⁽²³⁾。そうした正当化は、一般的原理の単なる例外としてではなく、原理の薄い層から問題に依りて部分的に厚い層へと順次積み重なる仕方であり、一連の正当

化運関の中につながるのである。

もし正義原理の具体化に関してこのような見通しを持つことができると、負荷なき自我に対する共同体論からの批判に次のように応えることができるであろう。すなわち、先にふれたように負荷なき自我は正当化の基礎であって、社会の問題に関する具体的施策の検討については、判断主体は位置ある自我に相当するような自省と自覚をもちうる。正と善の関係についても、正当化において理性的な正の枠組を通ることが求められるが、社会の正の枠組自体は善の薄い層から厚い層まで段階的に積み上げるのであり、必ずしも正と善がまったく関係なく独立しているわけではない。それゆえまた、正の原理がつねに中立的であるわけではなく、中立的な正当化を経て、中立的でない、つまり一定の善の価値の選択を含む公的決定もできるのである、と。従って、批判は自由主義理論の平板な捉え方由来しているように思われる。二つの正当化の関係とそれが生み出す法秩序の重層的構造が正しく理解される必要があると云ってよいであろう。

六 根源的平等と批判

翻って共同体論については、秩序形成および対立の調整という点に関して少なからず困難が見出される。

政治的主体は、負荷のない自我ではなく、特定の共同体に根をもち、共同体の歴史、伝統、価値と結びついた「負荷のある自我」「位置づけられた自我」として捉えられなければならないとされる。また、社会秩序の形成は、共同体の関係を重視し、それに基づく善き生活のヴィジョンについて実質的な討議を行なうことにより、共有可能な公共的な善を、共同体のものとして確認し形成していくことが必要であり、もし善き生活のヴィジョンについて対立が深刻であるような場合には、異なる道徳的・宗教的確信を相互に尊重し合いながら、議論を討わせ、受け入れうるこ

ろは受け入れ、譲れるところは譲るなど、熟慮を尽くして対立を調整してゆくことがとりわけ重要であるとする。⁽²⁴⁾

しかし、社会内での価値対立が深刻な問題について、あるいはまた伝統的な共同体的価値それ自体が争われているような場合に、実質的にコミットした立場に立ちながら、道徳的・宗教的確信の間に調整をもたらすことがどのようになっているか。多くの場合には、伝統的な価値が慣例と受容によってその正統性を主張すると想像される。あるいは、現状での多数者ないし強者のもつ善き生活の理想が伝統的価値に代わることがあるかもしれない。しかしいずれにしても、支配の構造が変わるだけで対立の真の調整にはならないように思われる。対立する者⁽²⁵⁾の間に社会的協働に向けた善意の歩みよりが期待できればよいであろうが、コミットした立場からすれば、しかしそれは単なる僥倖ではない。相互尊重だけでは「神々の闘争」に似かざる打開の糸口も得られないのではないか。共同体の価値について確信をもった負荷のある政治的主体間の討議は、社会内の対立をより深くし、場合によっては、共同体の分断と秩序の崩壊をさえ招くようなことになりかねないであろう。

負荷なき自我の観念には、先に述べたような公正で重層的な秩序形成の点で、そうした共同体論の困難を打開する方法論的基礎が見出される。しかしそれにとどまらず、さらに加えて次のような有意性を指摘しておくこともできるのではないか。すなわち、負荷なき自我の根源的平等性と批判の可能性である。

負荷なき自我がまさに負荷がないということによって審議のプロセスにおいて対等、平等な立場を得るということについてはすでにふれた。ここでいう根源的平等には、そのような資格や地位の平等を越える意味合いがある。私たちは多様である。ある者は才能に恵まれ、ある者はそうでない。肌の白い人がいれば、黒い人もいる。宗教が違い、文化が異なり、経済状態、性別、信条、職業、健康、性格、関心、趣味、生きがい、生活環境など、上げれば枚挙にいとまがないほど多種多様な境遇の中で私たちは生きている。しかし他方、私たちは皆等しく傷つきやすく、恐れを

知り、挫折を覚え、偏見や差別に苦しみながら生活している。共同体的価値の喪失に危機感をもつ人もいれば、それにむしる圧迫感を感じ解放を望む人もいる。そうした具体的存在としての差異をもつたままでの等しさ、人間の経験と共感を通じて分かり合える深い意味での平等性というものがあると言えるのではなからうか。自己決定権が前提とする具体的人格の具体性はそこに根拠が見出される。また個人の尊厳や社会的協働も一定の側面においてそこに基礎を求めうる。負荷なき自我という人格概念は人間のそのような根源的平等性とも言えるものを示唆しているように思われる。

もう一つの批判ということは、原初状態の想定と反省的平衡を探究する手続にすでに部分的に含まれていることであるが、正の規準がどうあるべきかを追究していく際に、負荷なき自我は負荷がないということによって、既存の正義原理や慣例的規準、通念といったものから距離をとり、それらを批判的に吟味していくことができるということである。深く対立する価値の間で調整を成し遂げようとする場合にはとくにこのことが重要になってくる。共同体の価値を高め、自覚ある自律的な市民を育成する際にも必要なことと言えるであろう。もちろん、批判は必ずしも対象に対する否定的な評価のみを意味するわけではない。距離をおいて見て、他の規範や捉え方と比較し、メリットや整合性を検討する中からよりよい正当化が生まれるかもしれない。自らを社会のコンテクストから引き離すことによって、問題の状況がよく理解できるといったこともあるかもしれない。いずれにしても負荷なき自我には、公正で熟慮された正当化をよりよく遂行する判断主体の可能性が秘められていると考えられるのである。

七 課題——結びに代えて

以上、本稿では、法的自由としての自己決定権の問題を導き手としつつ、自由主義的な法秩序の基礎づけ論におい

て、「負荷なき自我」という人格概念がいかに重要な位置を占めているかを、それに対する批判論を介し、公正の意味と理性的正当化の構造に関する検討を通して明らかにしてきた。

負荷なき自我は、それだけでは無力な仮定ではない。批判者が言つように、自律的な主体性を欠いたアトム的自我として、自由の空間に浮遊し、たやすく雷同・消失してしまうような拠るべない存在の徴表である。しかしながら、本稿で示したように、正当化の連関の中に組み込まれ、熟慮にもとづく公正な秩序形成の方法論的基礎として位置づけられるとき、それは強力な秩序形成主体を生み出すものとなる。一定の価値を信念をもって通そうとするのではなく、相対立する価値主張の間に立つてそれらが共通して成り立ちうる価値の基盤をどこまでも公正な視点から確認してゆこうとする。法的自由をめぐる要求のせめぎ合いが顕著に、また複雑になり、多元的な価値の共存と異なる価値観をもつ人々の共生が法秩序形成の課題となっている今日、負荷なき自我の観念にこそむしる法秩序形成について一定の積極的な展望と可能性を見出しうると言えるのではないであろうか。

本稿は負荷なき自我の法理論的含意をきわめて限定された視角から解明する一つの試みであるため、残された課題も多い。結びに代えて、その中からとくに人格概念に関わる課題を三つだけ上げておきたい。

第一に、本稿では法的自由の側面から負荷なき自我の方法論的含意を明らかにし、それを通して、自由主義的法秩序の基礎づけ問題の一端に迫った。しかし、現代正義論の動向が示しているように、自由主義的法秩序の基礎には一群の平等問題が横たわっている。匡正的正義の問題、配分的正義の問題、また、格差原理と優遇措置の問題、さらに資源平等論、潜在能力平等論、福利平等論など。本稿で示した負荷なき自我の含意がそれら平等問題にどのような意味をもちうるか、また平等権の問題を通して新たにどのような視野が開けてくるか、それを検討してみなければなら

ない。平等問題は「各人のもの」に関わるため、それは負荷なき自我の所有問題ということになる。本稿冒頭の注で述べたように、「正荷」も欠く人格主体を前提とするのであるから、この面では、公共的な枠組の在り方について自然的・社会的偶然による属性の影響を重要な考慮対象としない自由尊重論と異なることとなる。課題としては、主要には、ロールズが実的正義原理として導き出した格差原理の妥当性の検討となるであろう。

第二に、また本稿では、自由主義的法秩序の可能性を一つの巨視的な側面から、とくに構造に注目して、検討したにすぎない。その際、哲学的な基礎理論の面では、共同体論の批判を取り上げ、正の善に対する優位、自我の目的に対する優先といった根本テーゼを主な考察の対象とした。要するに、目的論と義務論の対立・統合の問題が法秩序論にどのように反映するかを、ロールズの正義論を主要な拠り所として考究してみたのである。しかし、具体的な制度の設立や法実務、法実践における自由主義法の問題は、法秩序や法構造の問題というより、法理念の問題、法原理の問題である。例えば、本稿でも少しふれた表現の自由に関して、差別的表現やポルノなどの場合に、その自由を原理的に維持するのか、あるいは部分的に自由の制約をよしとするのか、である。また、例えば交換禁止財(人身、臓器、麻薬など)の市場取り引きについて、選択の自由を可能なかぎり広い範囲で認めるのか、それとも自由の制約の方を肯定するのか、である。いずれにおいても、自由の価値をどのように捉え、それをどのように正当化するかがまさに原理面で問われることになる。つまり、負荷なき自我が導き出す実的正義原理の適用の問題、あるいは負荷なき自我の規定性の問題である。この面については、自己決定権の制度的保障の在り方にも関わり、法解釈理論を含めた正当化論のより具体的な検討が必要になる。

そして第三に、現代の社会には、一方で地球化や国際人権規約にみられる広範化、共通化、統一化の動き、他方で分権や多様な権利要求にみられる個別化、特殊化、多元化の動きがある。そうした二方面への進展に対する自由主義的法秩序論の可能性については、本稿でも多層的法秩序の可能性として一部ふれたが、実際上よく問題となるのは、例えば、民族的少数者の政治的・文化的なアイデンティティ保護の要求のように、普遍的な規範要求と特殊性に基づく権利主張とが対立する場合である。そのような場合の法秩序形成はどのようになるのか。多元的分断が多元的共存か。多元的共存なら、そこにどのように社会的協働の条件を創出してゆくことができるのか。負荷なき自我の与える法秩序形成の問題として捉える場合には、それは、負荷なき自我の文脈依存性の問題ということになる。ロールズの反省的平衡の概念にも「狭い反省的平衡」と「広い反省的平衡」の区別がある。また、文化多元主義を自由主義的に再構成しようとする試みもある。法解釈論で言うならば、共同体論に基づく共和主義的な法解釈理論や多元的法秩序の可能性を基礎とする批判理論がある。すなわち、社会の複雑化に伴う法秩序の変容、より開かれた柔軟な法秩序の可能性の問題も残されていると言わなければならないのである。

* 本稿は筆者の在外研究中に執筆されたものである。在外研究の機会を与えられた立命館大学と立命館大学法学部に感謝するとともに、試論にすぎない論考でありながら脱稿に随分時間がかかってしまったことを、今は亡き天野先生をはじめ関係各位に深くお詫び申し上げます。また、本稿の主題としたロールズの正義論については、早くにその研究に着手された田中成明先生の学風に負っている。この場を借り、改めて感謝申し上げます。

(一) たゞえは、Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge Univ. Press, 1982, p. 180; John H. Scharf, *Reflections on Rawls' Theory of Justice*, *3 Social Theory and Practice* 75, pp. 77-81 は「われは」[抽象的自我] (abstract self)を捉え、また、やや異なる文脈ではあるが、Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, University of Notre Dame Press, 1984, p. 220 は近代個人主義の人間像を「テロス」(telos: 目的・役割)を欠いた人間としている。

「負荷なき自我」の概念には、後にふれるように、社会的紐帯ないし社会関係から生じる様々な責務を欠落した人格主体という意味で一定の消極的なニュアンスが含まれている。本稿の趣旨はむしろその積極的な位置づけと評価にあり、またその際には「負荷」だけでなく「正荷」も欠いた人格概念であるというのが正確なところであるので、自由主義理論の批判者が用いたこの用語をそのまま用いることは不適切かもしれない。

い。しかし用語使用の慣例や便宜により、本稿では着し些たりその非を用いし。

- (2) 自己決定権については、佐藤幸治「法における新しい人間像——憲法学の領域からの管見——」(『岩波講座 基本法第一 人』岩波書店一九八三年)同「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」(『法哲学年報 一九八九 現代における〈個人・共同体・国家〉の考察』有斐閣一九九〇年)および『岩波講座 現代の法 14 自己決定権』(岩波書店 一九九八年)のほか、高井裕之「生命の自己決定と自由」(ジュリスト No.978 一九九一年五月)、竹中勲「個人の自己決定とその限界」(ジュリスト No.1022 一九九三年五月)、吉村良一「自己決定権』論の現代的意義・覚書」(立憲館法考 二〇〇一年一冊 一九九八年四頁)など、参照。
- (3) 自己決定権の二の側面の問題は、マインチンナーに基づく権利要求一般の問題と関連する。後者は、Charles Taylor, The Politics of Recognition (in Gutmann, ed., Multiculturalism, Princeton Univ. Press, 1994); Jeremy Waldron, Cultural Identity and Civic Responsibility (in Kymlicka and Norman, eds., Citizenship in Diverse Societies, Oxford Univ. Press, 2000); K. Anthony Appiah, Identity, Authenticity, Survival: Multicultural Societies and Social Reproduction (in Gutmann, ed., op. cit.); Ronald Dworkin, Sovereign Virtue, Harvard Univ. Press, 2000 参照。
- (4) Alastair MacIntyre, The Virtues, the Unity of a Human Life and the Concept of a Tradition, in A. MacIntyre, op. cit., supra note 1; Peter Berger, On the Obsolescence of Liberalism and Its Critics, New York University Press, 1984 参照。
- (5) 責任なる自己の問題に關わる二の契約的見解は、サントルの著書の「日本語版への序文」に見出される。M. J. サントル『自由主義と正義の限界』(勁草書房 三藩書房 一九九二年)三二—三三頁。
- (6) Michael J. Sandel, Liberalism and the Limits of Justice, second edition, Cambridge Univ. Press, 1982, 1998.
- (7) Michael J. Sandel, ed., Liberalism and Its Critics, New York Univ. Press, 1984.
- (8) Michael Sandel, op. cit., supra note 6, pp. 196-202.
- (9) John Rawls, A Theory of Justice, revised edition, The Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1971, 1999.
- (10) Ibid., p. 3.
- (11) Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten, 1797, p. xxxiii (Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten: Ethische Anmerkungen zu den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre, Harald Fisher Verlag, Kant im Original, Bd. XVII, 1990) (Immanuel Kant, The Metaphysics of Morals, tr. and ed. by Mary Gregor, Cambridge Univ. Press, 1996, p. 24).

+
+
+

- (12) John Rawls, Kantian Constructivism in Moral Theory, 1980 (in John Rawls, Collected Papers, ed. by Samuel Freeman, Harvard Univ. Press, 1999).
- (13) John Rawls, op. cit., supra note 9, pp. 118-119 「原初状態」は、この二つに及ぶ情報に関する制約のほか、社会の全ての成員(ないし代表者)を金むごい構成に関する理想、相互の利益に無関心な自己利益の最大化を求める二つの動機づけに関する想定などが含まれている。
- (14) Michael Sandel, op. cit., supra note 6, p. 14.
- (15) Ibid., p. 14.
- (16) John Rawls, op. cit., supra note 9, p. 19, p. 514 原初状態の想定がもつ意味については、ロールスは次のように書いている。「この原初状態が純粹に仮説的なものであることを強調してきたが、もし原初状態の合意が実際には決つたなら、それは自然なものであるから、なぜ(合意する)と想定される) そうした道徳的な以外の原理に關心をいだくべきであるのかという疑問が生じるのは自然な事である。答えとなるのは、原初状態の記述に具体化された諸条件は我々が事実上受け入れるものであることである。あるいは受け入れない場合ならば、哲學的直観により受け入れるより説得されるのである。契約状況のき々の側面が支持基礎を与えているのである。それゆゑ、我々がこの二つのうち一つかあるべく熟慮すれば、合理的なものであると認識する二つの理由の原理上の多くの条件を、この概念の各々集約する二つである。『原初状態における』二つの制約は社会的協働の公正な条件への制限と見なす二つの理由を表現している。」
- (17) John Rawls, op. cit., supra note 9, p. 104, 118.
- (18) 例えば、Catheline Mackinnon, Pornography, Civil Rights, and Speech, 28 Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review 21, 1993; Frank Michelman, Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation, 56 Tennessee Law Review 303, 1989 参照。また、「二つのうち」中括弧は自由の側面を強調する見解を、「二つのうち」 Ronald Dworkin, Freedom's Law, Harvard Univ. Press, 1996 参照。
- (19) John Rawls, op. cit., supra note 9, pp. 15-19.
- (20) Ibid., pp. 18-19 など、ロールスの正義論における近代化の構造については、次の論文から示唆を得た。T. M. Scanlon, Rawls on Justification, a manuscript for The Cambridge Companion to John Rawls, edited by Samuel Freeman.
- (21) Ibid., pp. 118-123.

(22) Ibid., pp. 230-232.

(23) 深刻な道徳的・政治的対立問題については国によって法的対応が異なる場合がある。例えば、差別的表現やポルノの規制に関し、米国では検閲の禁止と内容に関して中立の立場からそうした規制立法を連邦憲法違反とするのに対し、カナダではそうした立法の法的妥当性を最高裁判所が承認している。また、公務員を批判し名誉毀損にふれかねない言論の自由に関し、米国ではそれを広く保障するのに対し、英国では、新聞社を相手取る公務員の名誉毀損訴訟は多くの場合原告の勝訴となり、その意味で言論の自由に関わる者に慎重な自制を求めている。Ronald Dworkin, *op. cit.*, *supra* note 18, pp. 196-213 参照。

(24) Michael Sandel, *op. cit.*, *supra* note 6, pp. 217-218.

(25) 『政治的支配の構造と権利のこのような連関については、拙著「権利の主張とその実現」(『岩波講座 現代の法』15『現代法学の思想と方法』岩波書店、一九九七年)参照。』

+

+

+

+