HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | ドゥオーキン権利論の社会哲学 |
| Author(s) | 旗手, 俊彦 |
| Citation | 北大法学論集, 37(5), 149-210 |
| Issue Date | 1987-03-27 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/16534 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 37(5)_p149-210.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

# ドゥオーキン権利論の社会哲学

旗手俊彦

目次

序
一、権利論
(1)「権利テーゼ」、「ライトアンサーテーゼ」
(2) 構成モデル
(3) 道徳的権利
二、リベラリズム論
(1) 平等の自由主義的概念
(2) 正義論・制度論
(3)「道徳的権利」措定の意味
(4) 司法積極主義
(5) 小括
三、ドゥオーキン権利論の社会哲学
(1) 権利論の正義論的評価
——社会哲学的考察の導入にかえて
(2) 権利論的正義論の社会哲学
(3) 結論

# 序

近年法哲学・社会哲学の領域において論じられている正義論については、次の二つの顕著な特徴を指摘しうる。第一の特徴は、それらの多くが権利論としての論理構成をとっており、しかも功利主義批判として展開されていることである。[1] 第二のそれは、現代正義論を展開している多くの論者が、カント・ルネッサンスともいうべく、自らをカント哲学の理念に立脚するものとしていることである。[2] この二つの特徴は、互いに無関係ではないであろう。というのは、功利主義批判に立つ今日の正義論にとっては、その批判を功利主義が全体の効用増大のためには個の犠牲を認めてしまう点に向けている以上、どうしても個を手段とするのではなく、それ自体をいかなる根拠に基づくにせよ手段化し得ない目的主体とする理論を構築してゆくしかないからである。そこで、正義論の論者達は、多くの場合各個人には侵すことのできない普遍的な権利が備わっているとして、自然権を措定するのである。

以上のような現代自然権論を展開している代表的論者として、ハイエク、ノヂック、ロールズ、ドゥオーキンらを挙げることができる。ただし、これらの論者はいずれも自然権論の立場に立つにせよ、その主張内容や論理構成の方法は大きく異なる。最も大きな相違点として、ハイエク、ノヂックはいわゆるリバテリアニズムの立場に立つのに対して、ロールズ、ドゥオーキンは福祉国家主義的な意味におけるリベラリズムを主張している点が挙げられる。さらに、そのように図式的に大別したとしても、両陣営内での論理構成もそれぞれに一様ではなく、複雑に錯綜している。本稿では、その内のドゥオーキンの正義論を中心に検討を加えてゆくこととする。

ドゥオーキンについては、日本でもかなり活発に議論されている。三大著作のうちの一つについては最近邦訳が出版されたし、[3] 解説論文も少なからず発表されている。[4] ところでドゥオーキンの著作の内容から、かれの法理論を二つの部分に大別することができよう。第一の部分は、訴訟をモデルとした法適用論・権利構造論である。第二の部分は、主として自由、平等、正義について論じているもので、かれの法思想・政治思想に関する部分である。これまでの日本におけるドゥオーキンについての議論は、主に第一の部分についてなされてきた。そこでは、例えば法実証主義者のH・L・A・ハートとの比較により、ドゥオーキンが自然権的性格を有する道徳的権利という権利概念を

設けたことが特徴として挙げられ、またその内容が論じられてきた。これに対して、ドゥオーキンの法思想・政治思想については同じだけの関心をもって論じられてきたとはいえないと思う。第一の部分に関しても、さらに一歩踏み込んで、なぜかれが道徳的権利なる権利概念を設けたのかについては必ずしも主要な論題として扱われていないといえよう。日本におけるドゥオーキン解釈につき指摘しうるこの二つの特徴は、実は表裏一体の関係にあるといえるかもしれない。というのは、本稿後出二で検討するとおり、なぜかれが道徳的権利なる権利概念を設けたのかは、かれの政治思想を明らかにすることによって理解可能となるからである。

この手がかりから明らかなとおり、ドゥオーキン法理論の二つの部分は密接な内的連関を有していると解釈することができる。すなわち、かれの権利構造論はそれ自身ある政治思想としての主張内容を持ちうるのであり、またかれの政治思想はその権利構造論によって理論的レベルで実現可能なものとされているのである。わが国においては、ドゥオーキンの法理論はしばしば「権利論」と呼ばれているが、以上から「権利論」には広・狭の二義があるというべきであろう。まず狭義における権利論とは、主にハードケースの理論を意味し、裁判官は原告・被告両当事者の主張を道徳的権利の実現という観点から扱わなければならず、またそうすれば必ず唯一の正しい解答が得られるということをその内容とする。他方広義における権利論は、なぜ道徳的権利が実現されなければならないのかについてのかれの思想的基礎まで含めた内容を有するのである。[5] 本稿においては、一、二で用いる「権利論」とは狭義におけるそれであり、三での「権利論」は広義におけるそれであるという具合に分類することができる。

このように、本稿一では、「権利論」との表題の下にかれの法理論の第一の部分である法適用論・権利構造論を扱う。そして二では、「リベラリズム論」と題して第二の部分であるかれの法思想・政治思想を考察する。そこでは、なぜドゥオーキンが道徳的権利なる概念を設けたのかという問題を扱うことを通じて、権利論とリベラリズム論とが密接な内的相互連関を有していることが示されるはずである。以上が本稿の前半部分をなす。後半部分では、三として、前半部分で扱ったかれの法理論を広義の権利論として把え、正義論としての評価を試みるとともに、それに基づいて、ドゥオーキンの権利論がどのような社会哲学に基づいているかについて、思想史的・社会哲学的問題状況の中に置き入れることにより検討を加えてゆくつもりである。こ

のような構成の下に、以下に本論を展開してゆくことにする。

注

引用頻度の大きい文献については、以下のように略記させていただく。

TRS＝*Taking Rights Seriously,* Ronald Dworkin, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978

AMP＝*A Matter of Principle,* Ronald Dworkin, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985

DCJ＝*Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence,* Edited by Marshall Cohen, Rowman & ALLANHELD, Totawa, New Jersey, 1984

LE＝*Law's Empire,* Ranald Dworkin Harvard University Press, Cambidge, 1986

(1) この点に関しては、田中成明『現代法理論』(有斐閣・昭五九)第一二章Ⅰ「実質的正義論の復権と功利主義」に詳しい。同書と、塩野谷祐一『価値理念の構造』(東洋経済新報社、昭五九)の特に第四編「効用対権利」からは多大の示唆を得た。

(2) 深田三徳「自然権論と功利主義」、長尾・田中編『現代法哲学2・法思想』(東大出版会、一九八三)八九頁

(3) TRS邦訳、木下・小林・野坂訳『権利論』(木鐸者、一九八五)。なお、同書からの引用等に際しては邦訳書頁数も付すが、本稿における邦訳・解釈は全く筆者自身が独自になしたものである。

(4) 解説書として、深田三徳『法実証主義論争—司法的裁量論批判—』(法律文化社、一九八三)があり、解説論文も同教授らによるものが多数ある。引用・参照の際、その都度挙げさせていただく。

(5) ドゥオーキンについてのわが国の議論は、主として本文で述べた第一の部分である、権利構造論・法適用論についてなされてきたため、「権利論」といった場合は私の分類に従うなら狭義のそれとして用いられてきたといえよう。ただし、邦訳書のタイトルである『権利論』は広義のそれとして理解すべきであろう。

## 一、権利論

### (1) 「権利テーゼ」、「ライトアンサーテーゼ」

ドゥオーキンの法理論は、全体として、今日の主流派理論である法実証主義と功利主義にとって代わるalternate theory[1]たりうることを目標として構築されている。法実証主義と功利主

義というこの主流派理論は、いずれもベンサム法理論に由来する。すなわち、法実証主義は、ベンサムの一般的法理論の概念的部分—何が法であるか—の今日的発展形態であり、そして功利主義とは、やはりかれの法理論の規範的部分—何が法であるかべきか—が今日まで発展してきた理論形態なのである。(2) 今日、前者はハートに、後者はポズナーに代表される。ドゥオーキンの権利論の骨子をなすのはハードケースの理論であるが、これは主として、概念的理論である法実証主義批判を目標として構築されている。かれの法理論の規範的部分をなすリベラリズム論については次節で検討するが、そこでは実証主義批判としての権利論と功利主義批判としてのリベラリズム論とが内的連関を有していることが示されるはずである。本節においては、まずドゥオーキンの権利論がいかに構成されているかについて考察してゆくことにしよう。

法実証主義は、諸個人が法的諸権利を持つのは明示的な政治的決定や社会的慣習によってそれが創設されたときに限るとの立場に立ち、法律によって創設される以前の前国家的な個人的権利の概念を否定する。したがって、法実証主義によると、明示的な政治的決定によって設けられた法規に従ったのでは解決困難な事案が裁判所に持ち込まれた場合、裁判官は「裁量」によって判決を下すべきであるとする。すなわち、裁判官はあたかも一方当事者が事前に（法的）権利を有していたかのごとく、判決を下すべきと主張するのである。ドゥオーキンは、法実証主義のこの理論は全くのフィクションであり、裁判官が行っているとされていることは、実際には新しい法的権利を創設しそれを遡及的に適用することであるとして、実証主義の裁量論を批判している。(4) ドゥオーキンは、この理論に代わり得るものとして、自らの権利論を構築してゆくのである。その権利論によると、現存する諸法規からは解決困難なハードケースにおいても、裁判官は裁量によって権利を創造するのではなく、勝訴させるべき当事者の権利を「発見」すべきであり、また実際にもそうしているというのである。(5) これがいわゆるハードケースの理論の結論的主張であるが、以下にその組み立てをみてゆくことにしよう。

ドゥオーキンは、権利を抽象的権利と具体的権利とに分類する。この両者は、決して程度の差のみに基づいて分類されているのではなく、むしろ種類の違いに基づいて分類されているのである。まず具体的権利とは、ある特定の場合において、他の政治的目的との間の価値の優劣関係をより明確に主張しうべく精緻に定義づけられた政治的目的のことである。これに対して

抽象的権利とは、一般的な政治的目的のことであり、他の政治的目的との特定の競合関係においてどのように当該一般目的が価値的に序列づけられ（weighed）、調整に付される（compromised）かについては、何ら指示するものではない。それでは両者の関係はどうなるのかというと、ドゥオーキンは、抽象的権利は具体的権利の論証の根拠となるものであるとし、the grand rights of political rhetoric という表現をこれにあてている。(6) また、かれは権利が正当化されるレベルに着目して、背景的権利、制度的権利、法的権利を区別する。ハードケースにおける決定は、具体的権利を確認あるいは否認すべくなされなければならないが、その具体的権利は、背景的権利や制度的権利ではなく、法的権利でなければならない。(7) 問題は、その法的権利の確認あるいは否認の論証の方法である。

両当事者がいかなる法的権利を有するかが明文の規定だけに拠ったのでは明らかにならないハードケースにおいては、裁判官は、一般的根拠（general ground）に基づいて決定を下さなければならず、ここに、ハードケースの問題は政治理論の問題となるのである。すなわち、ハードケースにおいて問題となっている論争的概念につき一定の決定を下すためには、明文の諸規定の背後に存する政治理論にまで検討を掘り下げて、原・被告両当事者の主張のうちのどちらがこの一般的根拠としての政治理論により適合的か、という基準に拠るべきだとされるのである。より詳しくいうなら、論争的概念をめぐる法的論証は、次の二つの方法でなされなければならない。第一の方法は、法規は権利を創造できるという一般的概念の政治的正当化の立場に立ったうえで、特定の法規条項の意図や目的を探ることによって、ある特定の法規がどの権利を保護しようとしているのかを見い出そうとする方法である。第二の方法は、同じケースは同様に判断されなければならないという原則（doctrine）に立ち、その原則に拠っただけでは解決をつけることのできないハードケースにおいては、実定諸法規の根底に存する原理（principles）を探ることによって一定の解決方向を見い出そうとする方法である。ドゥオーキンは、以上の二つの方法により、ハードケースにおいても、非常に特殊なものであるにせよ政治的権利として機能する法的権利がいかなるものかが決定されるとする。(8)

ところで、ドゥオーキンは、政治的正当化の論証に際し拠るべき命題には二つのタイプがあるとする。第一は、「原理」（principle）である。これは、権利を記述する命題のことであり、ある個人またはグループの権利を尊重する、あるいは確保するこ

とをもって政治的正当化とするものである。かれがここで問題としている権利とは、政治目的が個別化された（individuated political aim）政治的権利（political right）である。第二は、「政策」（policy）である。これは、（全体的）目標を記述する命題であり、全体としての共同体の集合的目標を前進させる、あるいは擁護することをもって政治的決定の正当化とするものである。この集合的目標とは、共同体全体の利益の増進のために諸利益や諸義務間にトレード・オフの関係を認める、個別化されない政治目的（non individuated political aim）のことである。[9] 今日では、政策に基づく法理論はいわゆる経済分析と結びついているため、かれは、こうした理論は功利主義に結びつくと考えたのである。すなわち、原理に基づく議論は権利論に適合するのに対し、政策に基づく議論は功利主義に適合するといえよう。そこで、ドゥオーキンによればもちろん、ハードケースにおける決定は原理に拠らなければならないことになるのである。このように、裁判所における司法的決定は、原理の議論に基づいて、換言するなら権利の一般的根拠である政治理論による正当化にまで掘り下げて正当化されるべきであり、また実際においてもそうされているとする原則を、ドゥオーキンは、「権利テーゼ」と呼ぶ。[10] かれによると、裁判官のなすべき仕事は、一般的根拠としての政治的正当化のレベルで権利を「発見」することであり、決して裁量によってそれを創設することではないのである。

次に問題となるのは、そのような方法に拠った場合、必ず正しい一つの答えに到達できるのかどうかということであろう。この問題についてのドゥオーキンの理論は、基本的に権利テーゼの延長線上で説かれている。ハードケース（のみならずおよそ訴訟一般）においては、訴訟当事者は互いに自己の立場の正当性を主張する。一般にある政治目的にかなう二つの解釈の正当化が可能な場合、裁判官はいかにして判断を下すべきなのであろうか。ドゥオーキンは次のようにいう。

「もしある法規に関する一方の正当化が、根底にある道徳原理のより正確、より敏感、そしてより健全な（more accurate or more sensitive or sounder）分析を提供しうるとするなら、その正当化は他のそれよりすぐれたものなのであり、その法規を首尾一貫したものに発展させるのである。そこで裁判官は、二つの相対立する正当化のうちのどちらかが政治道徳（political morality）の問題としてすぐれた正当化なのかを決定し、そしてそのすぐれた一方をより発展させるべく当該法規を適用しなければならないのである。[11]」

どのような分析や主張が「健全」(sound) なのかについては、かれは次のように考えている。

「ある法規に関する命題が健全 (sound) なものであるとは、それまでに設けられた法的諸命題を全体にわたり最もよく正当化しうるということなのである。[12]」

そこで、ハードケースに直面した裁判官は、二つの相対立する主張のうち、現存の法的諸制度を最もよく説明しうる政治理論に照らし合わせ、それに、より整合的な主張を「真」(true) とし、より整合的でない主張を「偽」(false) として判断を下すことになるのである。[13] 以上のような方法に訴えることにより、原告・被告共に主張している二つの権利のうちのどちらを政治道徳の要請上優先して保護しなければならないかが決定され、したがってどちらを勝訴させるべきかが決定されるのである。つまり、ハードケースにおいても正しい答えは一つに定まるということになろう。ドゥオーキンは、このテーゼを「ライトアンサーテーゼ」と呼ぶ。「権利テーゼ」、「ライトアンサーテーゼ」を通して確認されることは、裁判官は持ち込まれた論争を権利の問題として取り上げ、しかもそれを政治道徳上の正当化にまで堀り下げて考察しなければならず、またそうすれば、相対的にであるにせよ唯一の正しい答えが得られる、ということである。[14]

ところで、この政治道徳上保護すべき権利とは、先の権利の分類に従えばどれに該たるのであろうか。ドゥオーキンが、

「(裁判官にとっては) 決定可能な二つの答の中のどちらが、背景的道徳的権利 (background moral right) に最も良く (best) 適合するのかを問うことは正しい。[15]」(傍点筆者、以下断りない限り同様)

としていることから明らかなとおり、かれのいう政治的道徳的権利とは、背景的権利のことなのである。われわれは本項の始まりの部分で、ドゥオーキンが、裁判官はハードケースにおける裁定であっても背景的権利ではなく法的権利に関して判断しなければならないとしていることをみた。しかし、以上から明らかなとおり、これは決して背景的権利 (したがって道徳的権利) に基づいて判断するのは誤った方法あると主張するものではない。むしろ、そうではなく、法的判断と道徳的判断とを、すなわち法的権利と背景的道徳的権利とを「縫い目のない織物」[16] のごとく整合的に理解したうえで、裁判官は判断を下さなければならないのである。

ドゥオーキンの権利論の骨子は、およそ以上のような主張として要約することができよう。そこで、次にわれわれは、どの

ような方法によれば裁判官は右の整合性を確保し得るのかについて考察を進めてゆかなければならない。

### (2) 構成モデル

ドゥオーキンは、道徳的判断の方法を、"Justice and Rights"[17]と題した論文の中で論じている。かれは、反省的均衡、契約、原初状態と三つの項目を立ててロールズの正義論の手法を援用しているが、その中でもとりわけ反省的均衡の概念に重要性を置いている。個別具体的ケースにおける法的判断を道徳的判断と整合すべく下せば必ず唯一の正しい答えに到達できるとするのが「権利テーゼ」の内容であったが、それでは、そのような道徳的推論になぜロールズの正義論が適用可能なのであろうか。以下にその内容を考察してゆくことにしよう。

まずドゥオーキンは、道徳的推論のモデルとして、二つのモデルが考えられるとする。それは、「自然モデル」(natural model)と「構成モデル」(constructive model)の二つである。この二つは、それぞれどのような推論モデルなのであろうか。

自然モデルによれば、正義の理論は人間や社会によって創られるものではなく、物理の法則のごとく発見される性質のもので、したがって、客観的な道徳的事実を記述するものである。その発見にとって主要な道具である道徳的能力は、少なくとも少数の人間には所有されている。また、道徳的推論とは、自然史学者らが自ら採集した骨を一つの動物の形に構築してゆくのと同様の仕方に拠る。すなわち、具体的な道徳的諸判断を集め、それらを正しい順序に並べかえながら基本的な道徳原理を構築すべきであるということになる。これに対して構成モデルによれば、正義の諸制度は、それ自体として客観的に存在するものではなく、熟慮の末に一般理論として構成されるものである。このモデルは、人々とりわけ公務員が行動する際には、一貫した行動のプログラムに一致してそうすべき責任を負うことを要請するのである。[18] この二つのモデルのうち、ドゥオーキンは、道徳的判断をなす裁判官は構成モデルに拠ってその整合性を構成すべきであると主張する。そして、構成モデルの仕組みを反省的均衡の概念を用いて説明している。以下にその具体的内容をみてゆこう。

ドゥオーキンによると、われわれが正義と判断するのはそれが正しいと感ずるからなのであって、他の確信から演繹したり推論したりして判断するのではない。[19] つまり、道徳的判断は直

観によってなされるというのである。このことを前提としたうえで、問題は、二つのモデルのうちのどちらがそのような直観から道徳原理までの推論の過程をうまく説明できるかという点にある、とされる。自然モデルは、たとえ観察者には発見されなくとも、正義の諸制度の説明原理は客観的には必ずどこかに存していると想定する。そこで、問題となっている制度の道徳的正当化を試みるに際して、諸事実の整合的な説明原理が実際には発見できなくとも、裁判官はあたかもそれを発見したかのごとく正当化の判断をしなければならず、したがって、矛盾を覆い隠さなければならなくなるのである。道徳的直観と観察事実とを同一視し、自然科学の実験におけると同様にあくまで直接の観察事実は健全であるという信念（faith）に拠るために、このような結果に到るのだ、といえよう。

これに対して構成モデルによれば、信念にではなく原理（principle）に基づいて判断を下さなければならない。すなわち、正義に関する決定は、先例と現在問題となっているケース、さらには将来起こりうるケースとを正当化しうる一連の原理を調整して下さなければならず、したがって、過去に判断を下した場合に根拠とした原理との一貫性は常に確保されなければならないとするのである。このような一貫性は正義の概念の本質であり、当初のうちは諸事実と原理の間に矛盾が存していても、裁判官はそれを覆い隠すことなく、道徳的直観と道徳原理との間での往復運動をくり返してその矛盾を解消し、最後には一貫した決定を下さなければならない。確かに自然モデルもある種の一貫性を要求するが、その根拠は構成モデルとは異なる。自然モデルは、道徳的直観はあくまで正しい観察結果だという根拠に基づいて一貫性を要求するのに対して、構成モデルは、公務員の行動・判断における偏見や私益の追求を許さないために、その行動・判断と道徳原理との一貫性を要求するのであり、この場合の一貫性は結局政治道徳の要請なのである。このように、自然モデルは個人的な（personal）見地から正義に関する推論を発展させるのに対して、構成モデルは公的な（public）見地からそうするとドゥオーキンは性格付けている。個別的な法的判断とそれを支える政治道徳を、裁判官は首尾一貫させて判断しなければならないとするのがハードケースの理論の結論であったから、かれが以上の二つのモデルのうち構成モデルを道徳的判断の方法として適合的であると考えたのは、合理的なものとして納得のゆくところといえよう。公的な見地から組み立てられた構成モデルは、互いに異なる確信を持った諸個人から成る共同体においての統治のあり方を提供する、とドゥオーキンはい

う。すなわち、裁判官や公務員は、当然のことながら皆それぞれに個人としては異なる道徳的確信を有しているのであるが、公務に関してある行動・決定をする際には、構成モデルに従うことにより、共同体の政治道徳との整合性を確保したうえでそうすることができるというのである。ドゥオーキンは、構成モデルは、正義を個人の理論として展開するよりも共同体全体のそれとして展開するために適したモデルであり、集団的考慮(group consideration)を的確に反映しうる推論モデルであるとしてこれに魅力を感じているのである。[20]

以上にみてきた構成モデルは、道徳的直観と道徳原理とをフィードバックしながら一つの整合的な最終判断へ到るという往復プロセス(two-way process)から構築されている。ドゥオーキンはこのモデルを、ロールズの反省的均衡の概念をほとんどそのままに援用して説明してきたのである。そのうえでさらにかれは、ロールズの契約理論を援用する。ドゥオーキンは、構成モデルに基づく政治理論には、目標に基づく理論(goal-based theory)、義務に基づく理論(duty-based theory)、権利に基づく理論(right-based theory)の三つのタイプがあるとする。このうち、目標に基づく理論は、集合的目標のためには個人を犠牲にすることもありうるとする、功利主義的性格を有するものであり、ドゥオーキンの採用することろではない。かれは権利に基づく理論を採るのであるが、それは、かれがあらゆる潜在的な当事者に拒否権を与え、当事者が同意しなければいかなる契約も締結されるべきでないと考えているからである。ドゥオーキンは、まさにこの点においてロールズの契約理論を評価し、これを援用するわけである。ドゥオーキンによれば、ロールズの契約概念を支える根底理論(deep theory)が権利に基づく理論といえるのは、異なる諸個人は自らの望むところを擁護する権原を有する(entitled)ということをその根本概念としているからである。[21] そしてドゥオーキンは、このように当事者が契約締結以前にすでに不可侵の権利を有しているということを前提としている点で、ロールズの用いている契約概念の根底理論は自然権(natural rights)を想定していると見ている。[22] ドゥオーキンはこうして、権利に基づく理論を自らの構成モデルに適合するものとして採用するのである。かれが、ハードケースの理論において背景的権利たる道徳的権利を措定していたことからすれば、このことは容易に理解できよう。そうすると、次の問題は、この自然権たる性格を有する権利がいかなる内容のものかということになろう。

ドゥオーキンはこの問題を解くために、ロールズの原初状態

論へと検討を進める。原初状態とは、契約締結において公正さが確保されるべくロールズが設けた理論上の想定であり、その主な内容は、契約当事者は無知のヴェールに覆われているということにある。すなわち、当事者は、自分自身が社会・経済的にどの地位に置かれているか、どの程度の才能を有しているかについて全く情報を持たず、さらに自らが置かれている社会全体がどのような文明状態にあるのかについてさえ全く無知の状態にあるとされる。この状態の下で、当事者はいかなる権利を持ちうるのであろうか。まず政府によって課される諸制約が最少であればよいという、一般的な自由への権利をこの状況下にある当事者が有するといえるか否かを考えてみよう。原初状態にある当事者は、その一般的な自由への権利の行使が自己の境遇の改善につながるかどうかは知り得ない。他方ではロールズが基本的自由として挙げている特定の自由への権利を考えてみると、これは契約の条件ではなくその産物であるから、原初状態において当事者がこの権利を有するとすると、論理上不整合をきたしてしまうことになる。したがって、原初状態にある当事者が自由への権利を有するとすることはできない。自由と並んでわれわれに最もなじみのあるもう一つの政治理論の概念は、平等であるとして、ドゥオーキンは、当事者が平等への権利を有するか否かについて検討を進める。原初状態における当事者達は、皆無知のヴェールに覆われていて自分が誰であるかわからず、したがって全員同じ状況下にあることになる。このため、契約に際しては全員同じ結論を選択するはずである。そうすると、当事者全員は、その性格や趣味が実際にはどんなものであれ、それとは無関係に等しく扱われることを要求することになるらざるを得ない。ところでロールズの分類によると、平等には、財の配分における平等と、より基本的な平等とがある。前者は、正義の第二原理によって定義されるものである。後者のより基本的な平等達成のためには、前者の意味における不平等が要請されることもありうる。そこで、原初状態において当事者が平等への権利を有するといったときには、後者の意味における平等ということになろう。(24)

以上の検討の結果として、ドゥオーキンは次のようにいう。

「諸個人は、自分達を統治する政治諸制度の計画と運営とにおいて、等しい配慮と尊敬への権利を有しているということができよう。これは、高度に抽象的な権利である。(25)」

「原初状態は、等しい配慮と尊敬を受ける権利を実効あらしめる(enforce)ためには、非常にうまく立案されているのである。この権利は、ロールズの根底理論の基本概念として理

解されなければならない。」[26]

ドゥオーキンは、裁判官が道徳判断として判決を下す方法として、ロールズの反省的均衡から原初状態にまで援用する範囲を拡げることにより、ロールズ自身は明言していないものの、「等しい配慮と尊敬を受ける権利」を想定しなければ方法論として完結しないことを指摘したのである。この権利は、契約の前提条件として、契約締結以前に当事者全員に備わっているものである。先にわれわれは、ドゥオーキンが、ロールズの根底理論は当事者が不可侵の自然権を有している、と指摘していることをみた。そうすると、この自然権の内容は、「等しい配慮と尊敬を受ける権利」であるといえよう。ドゥオーキンは、さらにロールズの言葉を引用して次のようにいう。

「〔等しい尊敬の権利〕は、道徳的人格としての人類に備わったものであり、人間を動物から区別する道徳的人格性に由来するものである。この権利は、正義を与えることのできる人間すべてに備わっており、また、そのような人間のみが契約を締結することができるのである。」[26]

こうして、権利に基づく理論をその内容とする構成モデルは、自然権としての「等しい配慮と尊敬を受ける権利」を想定しているといえるわけである。

### (3) 道徳的権利

われわれは、本節(1)では、ハードケースにおける裁判官は法的判断を道徳的判断にまで掘り下げて下さなければならないことを、そして(2)においては、道徳的判断を下す際の方法論としての構成モデルを考察し、その論理必然的な要請として「等しい配慮と尊敬を受ける権利」が想定されなければならないことをみてきた。ところで(1)においては、ドゥオーキンの権利構造論においては背景的権利としての道徳的権利が措定されていることをわれわれは確認したのであるから、ここに、道徳的権利と「等しい配慮と尊敬を受ける権利」との関係如何ということが問題として浮かび上がってくるであろう。しかしドゥオーキンは、両者の関係を一読して明らかに理解しうるようには論述していない。そこでわれわれは、両者の関係を論理の道筋から明らかにしてゆかなければならない。本項ではその準備作業として、かれの道徳的権利の内容について考察を加えてゆくことにしよう。両者の関係如何という問題それ自身については、本項では一応の見通しを得るにとどめ、その論理的連関については次節で明らかにすることとしたい。

ドゥオーキンは道徳的権利とは別に、「個人的権利（individual right）、「基本的権利」（fundamental right）という語も用いている。そこで、この三者の権利概念を整理しながら道徳的権利の内容を明らかにしてゆくことにしたい。まず、かれは「個人的権利」を次のように対功利主義的な権利として把握する。

「個人的諸権利が全体的効用に資するであろうとする概念は、正しいかもしれないしそうでないかもしれない……そのどちらであるかは、個人的権利の擁護には無関係なのである。というのは、ある者が自由にその意見を表明する権利を有するということを政治的にレレヴァントな意味において述べた場合、たとえそうすることが一般的利益にはならないとしてもその者は表明する権原を有する（entitled）のだということをわれわれは意味しているからである。もしわれわれがそのように主張した意味において個人的諸権利を擁護しようとするなら、われわれは、この権利を論証するためには、効用を超越したものを発見しなければならない。[27]」

他方、ドゥオーキンは道徳的権利を対政府的なものとして把握する。すなわち、政府がある個人を扱う際に誤りを犯したなら、たとえその扱いが全体利益に資するものであるとしても、その個人は対政府的な道徳的権利を持つというのである。[28] 逆にいうと、対政府的権利とは、ある個人が何かをしようとしている場合、いかなる理由に基づくにせよ、その個人は政府の禁止に服さないといういわば前国家的な権利のことなのである。このようにして、かれは法に従う一般的義務を否定する。[29] かれはさらに対政府的権利に説明を加えて、次のようにいう。

「対政府的権利とは、たとえ多数派が、多数派に属さない個人がある行動に出ることを誤りだと考え、そしてそれを認めた場合に多数派の境遇がより劣悪になろうとも、多数派に属さない個人がそのような行動に出ることのできる権利でなければならない。[30]」

そうすると、結局道徳的権利と個人的権利とは、対功利性、対多数派性という点で同じ性格を有しているといえよう。ただ、政治理論に由来する抽象的権利を「道徳的権利」と呼び、それが諸個人の権利として個別化された局面を把えて「個人的権利」と呼んでいるものと思われる。

次に、基本的権利についてはどうであろうか。ドゥオーキンは次のように説明している。

「合衆国においては、市民はかれらの政府に対するある基本的諸権利を有していると考えられている。その諸権利とは、憲法によって幾つかの道徳的権利が法的権利の形態をとるよ

うになったものなのである。[31]」

「言論の自由のようにわれわれが基本的と呼ぶ憲法的諸権利は、強い意味における、政府に対する権利を表すものなのである。これは、われわれの法システムが、市民の諸権利を尊重しているという意味において、誇るべきものなのである。[32]」

このように、かれは道徳的権利の中でも憲法に明記されたものを「基本的権利」と呼んでいるのである。基本的権利が「強い意味における権利」であるとしていることから、やはりその内容は道徳的権利と同一といえよう。

以上から、三つの権利概念については次のように関係づけることができるであろう。ドゥオーキンは、種々の局面から成る「権利」の最も根底に「道徳的権利」を据え、それが諸個人の権利として個別化された局面では「個人的権利」と呼び、憲法的権利の形態をとったときには「基本的権利」と呼んでいるのである。

以上三つの権利は、いずれも対政府的・対多数派的性格を有するものである。これは本節冒頭で述べたとおり、かれの法理論が全体として功利主義批判を目標とすることからすれば、当然の論理的要請であるといえよう。その一例として、被疑者・被告人の人権保障を厚くすれば、真犯人を逃がしてしまう恐れがありさらに被害者を増大させるかもしれないという功利主義的理由から、刑事手続における人権保障の範囲を狭めようとする考え方をかれは厳しく批判している。[33]権利と功利が衝突した場合には権利が優先され、そこには何の例外も許されないというのがドゥオーキンの権利概念の要請なのである。それによれば、そのような理由で刑事手続における人権保障に制約を加えることが容認されるはずがない。かれの場合、権利と功利が衝突した場合どうするかという問題は問題にならないのである。むしろ権利論において問題とされなければならないことは、権利と権利が衝突した場合に裁判官はどのように判断しなければならないのか、ということであろう。ドゥオーキンは、権利と権利とが互いに衝突することがありうるということを、むしろ当然のことと認めているが、その場合、裁判官は衝突した諸権利の重要性を比較し、より重要な権利を保護すべきなのである。そのような理由からある権利を制限することになっても、権利概念を何ら損なうものではないというわけである。[34]

さて、本節最後の問題として、これまでみてきた内容を有する道徳的権利と、前項(2)で構成モデルから抽出された「等しい配慮と尊敬を受ける権利」との関係について考えなければならない。結論的にいうと、両者は同じものといえよう。ドゥオー

キンは、「等しい配慮と尊敬を受ける権利」を『権利論』の第六章で一応論証し、同書第九章の逆差別論ではその権利論を再論(return)[35]するとしている。第九章は、修正一四条の平等保護条項をめぐる逆差別といういわゆるハードケースの問題をその内容としている。そこでドゥオーキンの行っていることは、ある是正措置(affirmative action)により優遇される者と、それにより逆差別を受ける者との両者の権利に検討を加え、どちらを保護すべきかという問題をかれ自身の平等理論に依拠してかれなりの結論を下しているのである。換言するなら、ハードケースにおいて裁判官がなすべきであるとしたことを、かれ自身が論理上のいわば模擬裁判として行っているといえよう。その際に、論理上裁判官が依拠すべきとした道徳的権利としての位置を占めているのが、「等しい配慮と尊敬を受ける権利」なのである。

しかし、このような理由づけは、道徳的権利の内容が「等しい配慮と尊敬を受ける権利」であると断ずる手がかりの一つでしかない。問題は、なぜそういえるのかという論理的連関を明らかにすることであろう。このことを明らかにするためには、なぜドゥオーキンが道徳的権利という権利概念を自らの権利論の中核に設定したのかという理由を明らかにしなければならない。それは恐らく、権利論の枠内にとどまる考察からは不可能であろう。したがって、われわれは、かれの権利論を支えている思想的部分へと考察を進めてゆかなければならない。ところで本節の冒頭で、ドゥオーキンは、法理論は概念的部分と規範的部分とから成り、今日の主流派法理論は、前者については法実証主義、後者については功利主義が該たるとし、そしてかれのハードケース理論を中心とする権利論は、実証主義批判を目的とした前者の部分に該たる理論であるとしていることをわわれはみた。そうすると、当然かれは規範的部分に該たる法理論をどのように構築しているのかが問題となってくる。ドゥオーキンは、それに該たる理論として極めてユニークなリベラリズム論を展開しているのである。

本稿においてこれまでみてきた、ハードケース理論を中心としたドゥオーキンの権利論は、日本のみならずアメリカ、イギリスにおいても最も活発に議論されてきたところである。逆にいえば、これまでのドゥオーキン論は、かれの権利構造論の解明とそれをめぐる法哲学・法解釈学上の諸問題に終始してきたとの印象を免れることができないと思う。そのために、なぜかれが権利構造論において道徳的権利なる概念を設定したのかというドゥオーキン自身の意図や、そうしたことにどのような意

義があるのかについては、とりわけ日本ではあまり議論されてこなかった。[36] その意図につき、実証主義批判のためと一応は答えうるにしても、やはりなぜかれは実証主義批判を目標としたのかまで考察を深める必要があると思う。かれが実証主義を批判したのは、あまりにも当然のことながら、実証主義法理論に拠ったのでは解決し得ない問題が存すると考えたためである。その問題がなぜ「問題」なのかは、ドゥオーキンがいかなる内容を自らの規範的要請としているのかを解明しなければ、理解できないはずである。そこで、その規範的要請を明らかにするために、すなわち、道徳的権利を設けた理由を明らかにするために、われわれは、ドゥオーキン権利論の規範的部分をなすリベラリズム論へと考察を進めてゆかなければならないのである。

注

(1) TRS introduction p. xii
(2) ibid. p. ix
(3) ibid. p. xii
(4) ibid. p. 81 "Hard Cases" 邦訳九七頁
(5) ibid. p. 84. 邦訳一〇二頁、深田、前掲書一二四頁
(6) ibid. p. 93. 邦訳一一五頁
(7) ibid. p. 101 邦訳一二四頁
(8) ibid. pp. 104-5 邦訳一三〇—一頁
(9) ibid. pp. 90-1 邦訳一一〇—二頁
(10) ibid. p. 87 邦訳一〇五—六頁。このように、ドゥオーキンの「権利テーゼ」は、裁判官の現実の決定方法を説明する記述的側面と、その決定方法がいかにあるべきかを説明する規範的側面という二つの側面を有しているのである。
(11) AMP pp. 328-9
(12) ibid. p. 143
(13) TRS p. 283 このように、「真」、「偽」は、両当事者が主張を闘わせるなかで、裁判官がそれらを政治道徳にまで掘り下げることにより決定されるものなのであるから、理論知というよりは実践知としての性格を持ち、また絶対的というよりは相対的なものなのである。
(14) ドゥオーキンのこの理論の若干紛らわしい点につき筆者なりの補足説明をしておきたい。(15)で引用した箇所では、両当事者の主張のうち背景的政治道徳の理論にその主張が最もよく(best)合致する方を裁判官は勝たせるべきとして最上級表現が使われているのに対して、(11)、(13)で引用した箇所では、政治理論により(more)整合的な主張をなした当事者を勝たせるべきとして、比較級表現が使われている。最上級表現の場合、もし裁判官が両当事者の主張を審査して、もちろん優劣の差はあ

るにしても、その優れている方といえどもbestに政治道徳的根拠づけになっていないなら、唯一の正しい答えがあるとは限らなくなる。これに対して、後者の比較級表現の場合なら、必ず唯一の正しい答えを発見することが保証されそうである。言葉を厳格に解釈すると、ドゥオーキンの論述は両義性を帯びているようではあるが、かれは後者の表現の方を真意としているものと思われる。というのは、まず裁判官が問題となっているケースを政治道徳にまで掘り下げて考察し、bestな理論を構想し、次に両当事者の主張のうちどちらがbetterにその理論に適合するかを決定する—このような基本構図が全体に貫かれているからである。(15)の箇所でも、best theoryに合致するかどうかというくらいの意味でかかれたものであろう。この点に関するもう一つの論拠は、互角判決(tie judgement)についてかれの説明である。互角判決とは、相対立する両当事者の主張の双方共に真とは判断できない判決のことである。このような判決であっても、ドゥオーキンはライトアンサーテーゼの例外をなすものではないという。すなわち、訴訟とは、両当事者が一つのスケールに沿って両端からいわば綱引きのように主張・立証して引っ張り合うものであり、立証する力＝綱を引く力が強く、綱の中心点を自らのサイドに持ち込んだ方を裁判官は勝訴させるべきところ、互角判決とは、双方の綱を引く力が同等な結果、綱の中心点とスケールの中心点とが一致した場合なのであって、決して消極的な判断ではないというのである。(TRS p. 285 この点の理解につき、深田、前掲書一五六—七頁の説明が有益であった。)互角判決であっても、原告勝訴、被告勝訴と全く同じ性質の積極的判断であるとする以上の説明は、結局訴訟において両当事者のどちらを勝たせるべきかは、両当事者の主張・立証能力の問題であって、どちらが相対的にすぐれているかにより決定すべきという構造をよく示している。その勝訴させるべき当事者の主張であっても、したがってbestである必要はないのである。この互角判決の理論は、ライトアンサーテーゼの理論をつきつめた結果の、いわば理論的想定として展開されているものであり、法制度が複雑に発展した今日、実際にはほとんど起こり得ないとかれは考えている。(AMP pp. 156-7)。

(15) AMP p. 16 ドゥオーキンは、このAMP所収の"Political Judges and the Rule of Law"の論文の中で、「法の支配」の概念についてrule-book theory(規則集的概念)とright-conception(権利論的概念)の二つがあるとする。かれが、市民は対政府的な政治道徳的権利を有するとする後者を支持するものであることはいうまでもない。引用の箇所は、規則集的概念に立った場合にはそれにか

かれていないケースに出くわす可能性があり、その場合、結局は権利論的概念に拠って決定を下すしかないとして、規則集的概念を批判したところである。

(16) TRS p. 115　邦訳一四三頁

(17) ibid. ch.6　邦訳一九七頁以下

(18) ibid. p. 160　邦訳二一一頁

(19) ibid. p. 159　邦訳二一〇頁

(20) ibid. pp. 160-8　邦訳二一〇―二一二頁の理論の要約。このようにして、ドゥオーキンは、客観的な道徳原理が存在しているかどうかとは関係なくそれを論ずることができるとして道徳的懐疑主義を前提とするものではないとし、また一つの首尾一貫した正義の理論を構築しうるとして相対主義をやはり前提とするものではないとする。

(21) 以上 ibid. pp. 168-176　邦訳二一二―二一三頁の内容の要約

(22) ibid. p. 177　邦訳二一三四頁

(23) Rawls, "*A Theory of Justice*" Havard University press, 1973, pp. 136-7 この理論構成でロールズが確保することを狙った公正さとは、単に手続きにおける公正さのみにとどまるものではなく、特定の階層の利益になるような正義の原理が選択されなくなることから、契約の結果として得られる正義の二原理の内容の公正さにまで及ぶものと解することができる。

(24) 以上 TRS pp. 177-181　邦訳二一三四―九頁の内容の要約

(25) ibid. p. 180　邦訳二一三八頁

(26) ibid. p. 181　邦訳二一三九頁ただし、本稿三(1)において論ずるが、ドゥオーキンのこのような「等しい配慮と尊敬を受ける権利」の導出方法は、リベラリズム論との関係で問題を生ずるのである。

(27) ibid. p. 271

(28) ibid. p. 139　邦訳一八〇頁また、ドゥオーキンはこのような対政府的権利は明示的に立法により創設される権利に先立つものであるとし、「政治的な切り札」であるとも表現している(TRS intro p. xi)。この点についてはマコーミックとの論争がある。後出三(1)で検討する予定である。

(29) ibid. p. 192　邦訳二五五―六頁

(30) ibid. p. 194　邦訳二五八頁

(31) ibid. p. 190　邦訳二五三頁本文に引用した箇所に続いて、これらの権利は「強い意味」における権利だとしている。この点の理解については、深田「現代権利論の一考察」(法哲学会一九八四年度年報『権利論』)一一三―五頁が有益である。それによれば、強い意味における権利とは、緊急の政策および他の諸権利には従属することがあるかもしれないが、全体的目標一般には従属しない

権利のことである。

(32) ibid. p. 191　邦訳二五四頁

(33) ibid. p. 203　邦訳二七一―二頁

(34) ibid. p. 194　邦訳二五七頁対立している権利のうちどちらがより重要かは、おそらくより政治道徳上の要請の強いのはどちらかという基準に従って決定すべきものと考えているのであろう。このように解釈すれば、この問題も権利テーゼの理論的枠組の内で解決することができることになる。

(35) ibid. intro. p. xiii

(36) ドゥオーキンが道徳的権利を設けた意図について検討を加えた論文は、それを外的選好の排除のためと論ずる、小谷野「現代人権論の一考察―人権理論をめぐるH・L・A・ハートとR・ドゥオーキンの論争を中心に」(井上還暦記念『現代の法哲学』所収)に限られようか。筆者も後出二(3)で論ずるとおり、同様に解する。また、社会哲学的意義については、塩野谷、前掲書において重厚な検討が加えられている。ただ同書では、ロールズを中心に論が進められていて、ドゥオーキンとノヂックとが比較検討の対象として扱われているため、ドゥオーキン権利論の具体的内容との関連という点では必ずしも詳しく論じられているとはいえない。ドゥオーキン権利論の社会哲学的意義を、権利論の内在的問題点から探ってゆこうとするのが、本稿の問題意識なのである。次節でドゥオーキンのリベラリズム論を考察することは、そのための準備作業としての意味も併せ持つのである。

## 二、リベラリズム論

### (1) 平等の自由主義的概念

ドゥオーキンは、自らの拠って立つ政治思想は「リベラリズム」であるとしている。かれのいう「リベラリズム」とは、どのような内容を有するものなのであろうか。

ドゥオーキンは、まずリベラリズムに関する一般的理解を批判する。その一般的理解によれば、「平等」、「自由」という二つの政治的理想は互いに対立する概念であり、リベラリズムと保守主義との相違点は、前者がより平等を重んじるのに対して後者はより自由を重んじる点にあるというのである。このようなリベラリズム理解に対するドゥオーキンの批判は、「自由」を量的概念として把えている点に向けられている。自由をより重んずるとされている保守主義であっても、自由に対する制約を認めている例はいくらでもある。例えば、ある通りの自家用車の

自由走行の禁止措置については保守主義者でさえも正当なものとして認めている。しかもこれは、決して政治的言論の自由の禁止よりも「自由」の制約量が少ないという理由に基づいているのではない。この例からわかるとおり、量的概念として自由をより重視するかどうかという基準では、リベラリズムと保守主義とを区別することはできないと、ドゥオーキンは論ずるのである。では、もう一方の理念である「平等」に基づく両者の区別は可能であろうか。しばしば、保守主義は自由を平等に優先させるといわれるが、これは保守主義がマーケットメカニズムをフルに機能させることを主張しているためであり、この見解が妥当するのは経済的論点に限られよう。また、他の論点においては、保守主義が平等を重視している場合が多々存する。例えば、保守主義を主張するほとんどの論者は、チャンスの平等の実現こそ保守主義のエッセンスであるとしている。そうすると、以上のように自由と平等とを相互にトレードオフの関係に立つ量的概念と把えたうえで、保守主義は自由を重視し、リベラリズムは平等を重視するという枠組を構成する通説的理解に基づいたのでは、両者の立場を正確に記すことはできないのである。そこでドゥオーキンは、自由と平等とに新たな概念を付与するのである。

ドゥオーキンは、平等に関して、基本的平等と派生的平等とを区別する。基本的平等は、あらゆる者が等しい者として、等しい配慮と尊敬を受くべき者として取り扱いを受けることを要請する。他方、派生的平等は、資源や機会の配分において各人の所有分が等しくなることを要求するのである。例えば、洪水により被害の生じた人口の同じ二つの地域があるとした場合、基本的平等の原理によれば、被害の大きさに応じて復旧のための資源を配分することになる。というのは、被害のより大きかった地域には、他の地域と等しく扱われるためには、より多くの資源が割り当てられなければならないからである。これに対して派生的平等の原理によれば、被害の大きさに関係なく同じ資源を配分することになる。[1] 二つの地域の被害が同じ大きさであれば、いずれの原理によっても配分は同量ずつなされることになろう。このように時には二つの平等原理は、一つの問いに同一の答えを与えることもあるが、両者は根本的には異なった原理なのである。ドゥオーキンは、政府はその二つのうちの基本的平等の原理に従って市民を扱わなければならないとする。そして、そうすることは次のような理念に基づいているのである。

「政府が市民を等しい者として扱わなければならないとは、

どのようなことを意味しているのであろうか。それは、政府がその国の市民全員を自由で独立なものとして、すなわち等しい尊厳をもって扱うとはどのようなことを意味しているのかという質問と同じことを問うていると私はおもう。いずれにせよ、少なくともカント以来、この問いは政治理論の中心であり続けてきた。(2)」

ドゥオーキンは、このような基本的平等概念を、「平等の自由主義的概念」(liberal conception of equality) と呼ぶ。(3) かれは、この「平等の自由主義的概念」こそがリベラリズムの中枢だとするのである。(4) こうしてドゥオーキンは、自由の中核に平等を据えることにより、今日までの政治哲学の最重要課題であった自由と平等との対立・調整の問題を、原理的に解消することを試みるのである。(5) したがって、自由そのものの概念も、一般的にいわれているそれとは別の内容のものでなくてはならない。ドゥオーキンは、自由の概念を二つに分類する。第一の概念は、自らの望んだことをする際の社会的・法的制約からの自由であり、かれはこれを「資格としての自由」(liberty as license) と呼ぶ。第二のそれは、他人に従属しない、独立で平等な地位としての自由であり、かれはこれを「独立としての自由」(liberty as independence) と呼ぶ。(6) ドゥオーキンのいう自由とは、独立としての自由であることはいうまでもない。独立としての自由である「人格の独立性は、資格や無政府状態から区別されなければならないし、公正な社会 (just society) に特有で明白な条件として確立されなければならない。(7)」のである。

このように、平等の自由主義的概念をその中枢に据えるドゥオーキン流のリベラリズムは、人間の独立、尊厳の実現を目的として構成されているといえよう。こうした論理構成をとった意義は次節で検討することとし、次に、以上にみてきたかれのリベラリズムの実現を可能とする社会制度如何について考察を進めてゆくこととしたい。

### (2) 正義論・制度論

前項で考察したドゥオーキンのリベラリズムは、市場経済と代表民主制というわれわれに最もなじみの深い二つの制度の下で実現されるのであろうか。

自由企業体制、すなわち市場経済は、実際には諸々の反平等主義的帰結をもたらしていることをドゥオーキンは認めているが、市場経済体制を全面的に否定するわけではない。例えば、一方でかれはある財が市場価格より安く売られると、その財を

購入した者は、(その埋め合わせとして高価になった)他の財の購入者の犠牲の上に得をしたことになるので、このような配分方法では平等は実現されないとする。しかし他方でかれは、市場経済が平等を実現すべく機能するためには、選好のみが諸個人間で異なっているという条件が必要であるとするのである。ところが実際には、生まれつきの能力の大きな違いやその他境遇の運・不運の差異が存しているため、その結果としてもたらされる不平等は、平等の自由主義的概念によれば許容されるところではない。そこでドゥオーキンのいうリベラリズムは、その実現のために再分配制度を設けてこの不平等の是正に取り組むことを要求することになる。すなわち、市場機構の生み出す諸々の差異のうち、コストの違いによる差異はそのまま維持し、能力の違いによる差異は再分配機構により是正しなければならない。[8] ドゥオーキンは次のようにいう。

「市場的配分は、当初から備わった有利さや運・不運、生得の能力などの種々の相違がなかったならばある人々が得たであろう諸資源の配分のされ方へとその人々を近づけるために、矯正されなければならないのである。[9]」

「自由主義者は、所得再分配や伝統的な相続税による財政的基盤に基づく福祉権(welfare rights)制度において、最良の答えを見い出すであろう。[10]」

現実的には、以上のことが可能となる経済体制は再分配機構を内在させた資本主義か制限的な社会主義のいずれかであり、いわゆる混合経済体制ということになる。[11]

ドゥオーキンは、自らの正義論をこの論理的脈絡の中で展開する。すなわち、

「自由主義者が市場の欠点を見い出すのは、主に、それが才能の違いという・道徳的には問題とならない差異が配分に影響するのを可能としてしまうからである。それゆえ、市場が『才能』と判断するところの才能をより少なくしか持ち合わせていない人は、正義の名においてある形態の再分配を請求する権利を有する、と自由主義者は考えるのである。[12]」

として、正義とは、等しい者として扱われるために必要となるところを権利として請求しうること、とドゥオーキンは定義づけている。こうしてみると、かれの主張する正義とは、ほぼこれまでの法哲学・社会哲学において論じられてきた社会正義、あるいは配分的正義に該たるといえよう。ただ、権利を中心にその論理構成をし、したがって、政治・経済の領域に解消するのではなく、法に固有の問題として正義を扱ったところに、ドゥオーキンの正義論の独創性が存すると指摘し得ると思う。

ところで、ある者の現在の経済的地位のどの部分までが道徳的に問題とならない事由に由来し、結果の差異のうちどこまでが道徳的に是認されるのかを明確に識別することは原理的に不可能であり、また、可能だとしても、その識別に完全に適合した税システムを採用することはやはり不可能であろう。このことは、ドゥオーキン自身が認めている。とすれば、今日多様なバリエーションの存する混合経済体制の内、どれをかれのいうリベラリズムを実現するシステムとして採用すればよいのであろうか。先にみた不可能性の認識からすれば、制度論としては非常に興味深い問題であるにもかかわらず、この点についてかれは明示的・積極的にはほとんど何も語っていない。ドゥオーキンの論述によると、複数の選択的な制度が考えられれば、その内でどれが最もかれのリベラリズムの理想に近いかを相対的に比較決定して採用すればよいというのである。その決定も決して永久的なものではなく、一度ある制度が導入された後でも、決定に際して考慮すべき新しい証拠が提出されれば、その都度再考して新たな決定を下せばよいとする。[12] しかし、これは決定方法について論ずるものであって、かれ自身その選択的な制度の具体案については何も論じていない。この点に着目すると、制度論の関連においてドゥオーキンの正義論は消極的性格を有するとの評価も可能とする向きがあろうが、これは妥当な解釈とはいえないと思う。というのは、ドゥオーキンが具体的な政治・経済のシステムについて詳論しなかったのは、政治・経済とは異なる「法」という第三の領域においてその正義論を展開しようとしているためと理解することができるからである。むしろ、独創的な正義論として積極的に評価することが可能ではないであろうか。詳しくは、次節で検討したい。

以上がドゥオーキンの市場経済論と正義論の素描であるが、それではかれは政治制度についてはどのように考えているのであろうか。かれはこの問題を、今日われわれが採用している代表民主制は、平等の自由主義概念をその中枢に持つかれ独自のリベラリズムを、政治的局面において実現しうるか否か、という形に論点を絞って検討を加えてゆくのである。かれは、確かに代表民主制は、個人として尊敬と配慮を受ける各人の権利を実効あらしめうるという理由から理論的には一般的に正当化されていることを認めつつも、実際には、多数決に基づいた多数派の決定は、平等の自由主義的概念がその実現を要求する各個人の権利をしばしば侵害してきたと主張する。[13] それは一体、いかなる理由からであろうか。

代表民主制における投票は、投票する個人の選好を表現する。

ドゥオーキンは選好を、個人的選好（personal preference）と外的選好（external preference）の二つに分類する。個人的選好とは、自分の人生がどうあるべきかについてのある個人の選好であり、外的選好とは、他人の人生がどうであるべきか、そしてその他人と自分達とはどのような関係にあるべきかについての人々の選好のことである。[14] 定義上この二つの選好は截然と区別されるが、ドゥオーキンは、ある投票に際して個人的選好と外的選好とを区別することは、ほとんど不可能であるという。[15] 外的選好の充足がその個人の満足につながり、結局このようにして外的選好が個人的選好化してしまうからである。そこで、多数派が少数派に対するある偏見を有している場合にある投票がなされると、多数派の投票は、自らの選好の表示として機能するほか、少数派の主張の無視としても機能し、結局その投票は二回重複して数えられたこと（double-counting）になるのである。[16] 議会を構成する代議士は、有権者による選挙を通して選出される以上、多数派の外的選好を無視すると、その政治家生命を断たれることになる。そうすると、代表民主制における決定には、結局多数派の外的選好が貫徹してしまうのである。したがって、等しい配慮と尊敬を受ける権利の実現をその究極の内容とするドゥオーキンのリベラリズムは、多数派の外的選好の貫徹による少数派の無視という難点を原理的に内在化させている代表民主制に基づいたのでは、達成されないことになるのである。

### (3) 「道徳的権利」措定の意味

以上のように、ドゥオーキンは、自らの構想するリベラリズムは市場経済と代表民主制という二つの制度の下では実現されないと結論づける。その理由は、生まれつきのハンディ・キャップなどによりたまたま「少数派」といわれるグループに属する人々は、自らの選択の全く及ばない事由により、種々の不利益扱いを受けるからなのである。ドゥオーキンの法理論全体を貫く問題意識の原点は、ここにある。この不利益扱いを是正するための法理論の構築こそが、かれの究極の目標なのである。多少長くなるが、かれ自身の言葉を引用しよう。

「一般的記述そのものとしては、民主制においては、能力（power）は人々の手中にあることは疑う余地なく真である。しかし、いかなる民主制も、政治的能力の平等を提供するものではないということもまた明白である。多くの市民が、種々の理由から〔事実上—筆者〕市民権をほぼ完全に剝奪されて

いる。大企業の経済的能力は、その経営者に特別な政治的能力を保障する。労働組合や職能団体のような利益団体は、やはり特別な能力を持った役員（officer）を選出する。固定化された（entrenched）少数派のメンバーは、個人個人としては、グループとしてより能力のある他のグループに属している個人よりも、少ない能力しか持っていない。民主制の平等主義的性格に照らしてのこれらの欠点は、よく知られたものであり、そして恐らくはある部分矯正不可能であろう。[17]」

「それ故、自由主義者は市民的諸権利の制度を必要とする。その諸権利とは、潜在的に（antecedently）強い外的選好を反映しがちな政治的諸決定の問題に裁定を下し、多数派的政治的諸制度からすっかり外的選好を反映した決定を除去する効力を有するものなのである。[18]」

「そこで、明確な平等主義的理由から、経済的市場機構と政治的民主制の下に連れ出された自由主義者は、個人的諸権利というそれらとは異なった種類の制度を設けて付け加えない限り、この二つの制度は不平等な諸結果をもたらすであろうことに気付くのである。これらの諸権利は、諸個人によって行使される切り札として機能するであろう。・・・これらの権利の究極的な正当化は、等しい配慮と尊敬を擁護するためにそれらが必要とされるということに求められるのである。[19]」

「もし〔少数派の〕諸権利が裁判所によって認められたなら、これらの諸権利は、議会によって実効あるものとされたことがなくまた将来されることがないであろうにもかかわらず、実効性あるものとなるのである。・・・もし裁判所が個人的諸権利の保護を自らの特別な責任として引き受けたなら、少数派は、裁判所が実際にかれらにとって利用可能である程度まで、そしてかれらの諸権利に関する裁判所の決定が実際に健全である程度にまで、政治的能力において得るところがあるのである。少数派がこのようにして獲得し得る能力は・・・立法的諸決定に対する司法審査というシステムの下で、最大となるであろう。[20]」

ここまでくると、なぜドゥオーキンがその法理論において道徳的権利という権利概念を設けたのかは、もはや明白というよりほかはない。かれは、代表民主制下においても少数派はその主張を充分に展開することができないという認識に立ったために、少数派の主張をその政治的機能において十全に展開せしめ得るためには、外的選好の圧力から免れたそれとは別のチャンネルを設けなければならなかったのである。かれはそのチャンネルを司法過程に求めたのであるが、そこでもし、権利は議会

の制定法により創設されるもの以外ではあり得ないとする実証主義的論理構成をとったのでは、その制定に自らの意見を反映させることのできなかった少数派の救済の場として機能し得ないことはいうまでもない。ドゥオーキンが、前国家的・対多数派的な「道徳的権利」、「個人的権利」という権利概念を設けたのは、まさにそのような理由からなのである。ハードケース理論における権利テーゼでは、裁判官の役割りは、背景的権利たる道徳的権利にまで考察を掘り下げて勝訴させるべき当事者の権利を「発見」することとされていた。そうすると、訴訟過程論たる権利テーゼは、以上にみた道徳的権利を設けたかれの問題意識に充分に応えうる論理構成がとられているといえよう。また、本稿一(3)において未解決にしたままであった問題も、以上から氷解しうるであろう。その問題とは、道徳的権利と「等しい配慮と尊敬を受ける権利」との関係如何ということであった。ドゥオーキンは、先の一連の引用の箇所で、個人的権利、市民的権利をいずれも議会の決定であってもこれを侵害することはできない権利と性格付けていることから、これらの権利は道徳的権利とその性質上同一視することができ、そして、個人的権利の内容は「等しい配慮と尊敬を受けること」と先に引用の箇所でドゥオーキン自身が述べているところから、道徳的権利とは、「等しい配慮と尊敬を受ける権利」を内容とすると結論づけることができる。また、そのようにいえる論理的関連ももはや明らかであろう。かれのリベラリズムの中枢概念である、等しい配慮と尊敬を各人が享受するためには、(先にみたような欠点を有する)議会の決定によっても制約することのできない、前国家的・対多数派的権利が想定されていなければならないからである。

ところで、ドゥオーキンは、民主政治を全面的に否定するのではなく、少数派の主張が決定に反映されない点のみを問題点として挙げ、司法過程にその解決を委ねているのである。したがってかれは、自らの権利論は代表民主制と矛盾するものではないと考えている。しばしば、決定を下す判事は選挙民の代表者ではないことと、判事が法創造できるとすると敗者は後法によって義務賦課されることの二つを論拠にして、裁判官の判断は可能な限り創造的であるべきではなく、立法府の決定を尊重すべきとの反論が、司法積極主義に対してなされている。これに対してドゥオーキンは、権利を発見すべく原理にもとづいて判断を下すことは、共同体全体の福祉の追求や諸個人間の効用の調整とは別次元の問題であること、原理に基づいて判断を下す裁判官の役割りは、権利を発見することである以上新たな法

創造をすることにはならないとの二つを論拠に、かれの構想している司法積極主義と代表民主制とは両立するものであるとしている。[21]

### (4) 司法積極主義

そのような点を確認したうえで、ドゥオーキンは、司法積極主義を擁護する理論を展開する。そのためにまずかれは、司法消極主義の論破を試みる。かれによると、司法消極主義には二つのタイプがある。第一のタイプは、政治的懐疑主義(political skepticism)である。これは、司法積極主義が諸個人は前国家的な道徳的権利を有すると前提している点を批判し、諸個人は憲法が認めた法的権利以上のものは有さないと主張する。第二のタイプは、司法謙譲主義(judicial deference)である。このタイプは、諸個人は憲法が認めたもの以上の道徳的権利を有することは認めるが、その内容を決定するのは、裁判所ではなく国民の代表者から成る政治的諸機構であると主張する。[22] そして、ウォレン・コートの司法積極主義を批判した代表者としてニクソン元大統領を挙げ、[23] ニクソンはその批判の論拠を司法謙譲主義に求めていたとかれは指摘する。[24] そうすると、ドゥオーキンが対処・反駁しなければならない司法積極主義批判は、主として司法謙譲主義ということになろう。そこでかれは、二つの司法消極主義のタイプのうち、この第二のタイプに批判の的を絞るのである。[25] かれは、司法謙譲主義の論拠は次の二つにあるとする。第一に、民主的諸機構の決定の方が司法府のそれより内容において健全であり、第二に決定方法としてもより公正だ、という二点がそれである。[26] ドゥオーキンはまず第二の点を把え、司法謙譲主義それ自身がその存在を認めている道徳的権利は対多数派的性格のものである以上、多数の意見を反映しうる故に政治的諸機構の決定の方が公正だとする見解は、採ることができないとする。[27] 次に第一の点を把えて、さらに二つの場合分けをして検討を加える。まずかれは、個人的権利(=道徳的権利)に関して議論が分かれる故に、最終的な決定は民主主義的政治過程に委ねた方が健全かつ安全であるとしている点に着目する。そして、もしそれが長い時間を経た後に社会的受容を得てはじめて健全といえるのであり、結果的に人々により受容されないこともありうるというような弱い意味において主張されているとすれば、司法消極主義の論拠となりうるのは相当期間経過後に受容を得られなかった場合にのみ限られるとかれは反論を加える。そして、この見解は、まさにウオレン・コートがそう試

みたように、受容されるべく反省した形で市民的権利を提示し、これを擁護することを最高裁の役割りであると想定している点で、ドゥオーキンはむしろ司法積極主義の論拠たりうるというのである。次に、もしそれが、裁判所による人為的・合理的介入を排してはじめて政治過程は真の権利を確保しうるという強い意味において主張されているとすれば、それは結局、(国家的諸機関にその問題を委ねてしまう点で)対国家的な個人権利など存しないとする懐疑主義と同じ立場に立ってしまうことになると反論する。[28] ドゥオーキンの司法消極主義批判の論理内容は、以上にみてきたように構成されているのである。

ドゥオーキンが、司法消極主義の中でもとりわけニクソンに代表される司法謙譲主義を批判の的としたことからもわかるとおり、かれはウオレン・コートによって体現された司法積極主義を理想としているのである。ところで、ウオレン・コートが実質的平等の実現や人権概念の拡大に異常なほど積極的であったのは、「福祉国家政策への要請の高まりにもかかわらず、政府が保守的になったため、裁判所が逆に、政府のなしうることを—政府がなすことを欲しなかった時にすら—拡大するという、従来の積極主義の裁判所で考えられなかった新しい役割りを果たす」(傍点芦部)必要に迫られたからとされている。[29] そうすると、ドゥオーキンが理想として念頭に置いているのは、ウオレン・コートの司法積極主義のみに限られるのではなく、その時代のリベラルな政治思想—いわゆるニューディール型リベラリズム—にまで及んでいたといえよう。かれ自身、次のように述べている。

「ニューディールから一九六〇年代に到るまでのリベラリズムが主流であった長い間、貧困を直ちに減ずることはあらゆる意味でより大きな共同体にとって善であることに、自由主義者(liberals)は自信を持っていた。リンドン・ジョンソンの言葉を借りるなら、社会正義は、社会をより偉大にするであろう。[30]」

ドゥオーキンは、右のようなリベラリズムの特徴として、それが、人種間等におけるより大きな平等、表現の自由の尊重、検閲禁止、国際主義、国家と教会との厳格な分離、被告人に対する人権尊重などを主張し、こうした目標達成のために国家に中央統制力を認容したことを指摘している。[31]

しかし、ドゥオーキンが自らのリベラリズムの体現とみたウオレン・コート下での憲法訴訟状況は、長続きはしなかった。一九六九年、ウオレン首席裁判官が退官し、代わってバーガー裁判官が首席裁判官に着任し、その後ブラックマン、パウエル、

レーンクィストがニクソン大統領によって裁判官に任命されいわゆるニクソン・ブロックが形成されるに及んで、米国最高裁はそれまでのリベラリズムから保守主義へと大きくその路線を転換した。バーガー・コートは、保守的な政治思想に拠るとともに、立法府、行政府の判断を尊重する司法消極主義を採用したのである。[32] また、ウオレン・コートの法的推論や手続的側面は、民主制との関連から学界においても批判にさらされることになった。[33] ドゥオーキンがハードケースの理論を展開するにあたって、それが民主制と両立することを論証しようと試みたのは、そうした批判に応え、司法積極主義の新たな基礎づけを確立しようとしたためでもあったといえよう。

ところで、バーガー・コートがその保守的・消極的姿勢を明らかにした一九七〇年代中盤においては、石油ショック後の長期不況という経済情勢も影響して、憲法訴訟の場のみならず政治状況全般にわたって保守化傾向が急速に浸透したのである。あるいは、そうした保守化傾向が憲法訴訟の場に反映されたのが、バーガー・コートであるといえるかもしれない。それ以来、現実政治のみならず理論家の間においても、ハイエクやミルトン・フリードマンらに代表される、いわゆるリバテリアニズムが台頭し今日に到っている。アダム・スミス流の「小さな政府」論が復権してきたのである。ドゥオーキンの権利論が、「道徳的権利」を媒介にしてそれを支えるリベラリズム論との間に内的連関を有していることを確認してきたわれわれは、かれの権利論が決して単にハードケースにおける裁判官の判断の理論としてのみ構築されているのではないとの結論を得たはずである。本節において考察してきたリベラリズムをその規範的部分として有するドゥオーキンの法理論は、[34] このような今日の政治状況に対してアンチ・テーゼとしても機能すべく企図されているといえよう。

### (5) 小括

われわれは本稿一でドゥオーキンの権利論を検討し、裁判官は、訴訟における判断を、実定諸法規の根底にある政治理論にまで堀り下げて下さなければならず、またその際、当事者の有する法的権利の背景的権利たる道徳的権利が実現されるべく下さなければならないとしていることをみた。次に本節で、かれのリベラリズム論を考察し、かれはリベラリズムの根幹に平等を据えることよって自由と平等との対立の原理的解消を図るとともに、そこから「等しい配慮と尊敬を受ける権利」の実現が要

請され、この権利が実現されることが正義であると定義づけていることをみてきた。そして、権利論で措定されていた道徳的権利とは、実はこの「等しい配慮と尊敬を受ける権利」をその内容としていたことも確認した。さらにわれわれは、なぜかれがこのような内容を有する道徳的権利という権利概念を措定したのかについても検討してきた。それについてはもはやくり返す必要はないであろう。このように、ドゥオーキンの権利論とリベラリズム論とは、密接な内的連関を有していたのである。

以上のようなドゥオーキンの権利論、リベラリズム論が極めてユニークなものであることは、衆目の一致するところであろう。しかし、ユニークであることそれ自体は、強固な理論であることまでも保証するものでは全くないはずである。かれの法理論が強固であるといえるためには、さらに深い哲学的基礎づけが必要である。例えば、自由と平等との対立の原理的解消を狙ったといっても、それは、「自由」、「平等」という二つの言葉の再定義のみで語り尽くされるものであるはずが到底なく、問題はそのような再定義を可能とした哲学的基礎である。というのも、自由と平等とは常識的には対立する概念であると把えられていることはドゥオーキン自身認めているところであり、その常識を覆すためには、それなりの哲学がなければなし得ないはずだからである。ハードケースに関する理論においてわれわれは、裁判官は政治理論との整合性を確保したうえで裁定を下さなければならないとされているのをみた。ドゥオーキンは、その政治理論の内容についてはほとんど明示的には語っていないが、実定諸法規の根底に存するとかれがしていること、かれのとり挙げている法的問題が憲法訴訟のそれであることの二点からすれば、恐らくかれは政治理論として、合衆国憲法の諸理念を理論体系化したものを念頭に置いているのであろう。その政治理論の思想的側面を明らかにすることに、本節では努めてきたのである。その思想的側面から、かれのいう政治理論のおよその骨格は想像しうるものとおもう。前述したとおり、問題は、このようなかれの政治理論やリベラリズム論を可能とした哲学的基礎である。節を改めて、この問題に検討を加えてゆきたい。

注

(1) ここまでは、AMP pp. 188-191 の内容要約。この基本的平等と派生的平等の区別については、TRS p. 227 邦訳三〇四―五頁 pp. 272-3 で詳しく説明されている。

(2) AMP p. 191 基本的平等とは、等しい配慮と尊敬をも

って各人が扱われることであったから、このようなドゥオーキンの説明はトートロジーに陥っているとも解釈しうる。しかし、「自由」、「平等」、「尊厳」という理念に焦点をあて、これらの価値理念がいかにして哲学的に構成されているのかへと検討を進めてゆけば、ドゥオーキンのこの理論は決してトートロジーで終わることのないだけの内容を持ちうると思う。本稿三において、その哲学的意義について検討を加えたい。

(3) TRS p. 273

(4) AMP p. 183

(5) この点に関して、小野谷、前出論文四三九頁は、「両者の衝突をどのように調整するかという自由主義の伝統に立つ哲学者が直面する問題も生じないことになろう。」とされるが、ドゥオーキンが理論的認識の局面において両者の衝突の原理的解消を試みたことと、現実世界においてもその問題が消滅してしまったかとは、自ら別次元の問題である。したがって、実際に生起している両者の衝突として一般的に理解されている問題を解消を試みた原理の中に再び置き入れ、その原理が成功しているのか否かを検証しなければならない。私にとっては、例えばドゥオーキン自身重要なテーマとして取り挙げている是正措置に関する逆差別の問題は、やはり自由と平等、局面を変えれば権利と功利の対立の問題であり、ドゥオーキンの理論体系においても充分に解決されているとはいえないと思う。詳しくは、本稿三でサンデルに対するかれの批判を扱った箇所で論ずることにする。

(6) TRS p. 262 ドゥオーキンはこの章でJ・S・ミルの自由概念を取り上げ、Miss Himmelfarb がミルの自由論は無政府状態へ途を開くものであるとしたのは、彼女がミルの自由概念を「資格としての自由」と誤解したためであるとし、ドゥオーキン自身それを「独立としての自由」であると読み直しているのである。そして、ミルが強調したのは、尊厳、人格、侵害 (insult) といった道徳的諸概念の政治的重要性であるとしているところから (TRS p. 263)、ドゥオーキンのリベラリズム論は、思想史的系譜としてはミルの流れを汲むものといえるであろう。

(7) TRS p. 264

(8) ここまでの議論は AMP pp. 192-6 の要約

(9) AMP p. 207

(10) ibid. p. 196

(11) ibid. p. 196 この場合の自由主義者は、いやいやながらの資本主義者 (reluctant capitalist) か、いやいやながらの社会主義者 (reluctant socialist) のいずれか、という表現をドゥオーキンが用いていることは興味を引く。筆者は、ドゥオーキンは政治・経済のシステムという問題領域においてではなく、「法」という第三の領域におい

てその正義論の構築を試みているとの解釈をしているので、この点につき、経済体制がどちらであるかはドゥオーキンの正義論にとってcrucialではないと一応はいい得る。しかし、現実においては、政治、経済、法が複雑に交錯しながら一つの社会が存立しているのであるから、その正義論を法的正義論として展開したといっても、それを十全に機能せしめるだけのサブシステムとしての政治・経済システムはいかにあるべきかの問題はやはり残るものと思う。本稿の目的は、ドゥオーキンの正義論を法的正義論として評価し、その哲学的基礎を解明することにあるので、この問題は別の機会に検討してみたいと思っている。

(12) AMP p. 199
(13) ibid. p. 196
(14) TRS p. 234 邦訳三一五頁この点については、マコーミックの説明が有益であった。DCJ p. 198
(15) TRS p. 236, 邦訳三一七—八頁 TRS p. 276
(16) ibid. p. 235 邦訳三一六頁
(17) AMP p. 27
(18) ibid. p. 197
(19) ibid. p. 198
(20) ibid. pp. 27-8
(21) TRS pp. 84-5 邦訳一〇二—四頁そしてドゥオーキンは、このような論拠に基づく司法積極主義への反論は、政策判断を行う議会とは異なる裁判所が選挙民の意向とは関係なくそれを行うこと、国民の代表者でない者が新たな法創造を行うとしていることを論拠に、実証主義の裁量論へむしろあてはまると考えている。
(22) TRS p. 138 邦訳一七八頁、実際のアメリカ合衆国の憲法訴訟状況の中で誰がいかなる形でこれらの議論を展開しているかは、野坂泰司「『司法審査と民主制』の一考察」本論第一章問題点の確認—司法の自己制限論の検討に即して—『国家学会雑誌』九六巻九・一〇号一一六頁以下に詳しい。そこでは道徳的懐疑主義の代表的法律家としてハンド(同章第一節)、司法的謙譲主義のそれとしてフランクフアータが取り挙げられ(同章第二節)、詳しく論じられている。
(23) ibid. p. 131 邦訳一七〇頁
(24) ibid. p. 140 邦訳一八二頁
(25) 政治的懐疑主義に対する批判は"Taking Rights Seriously"の箇所で扱うとかれはしているが、かれが道徳的権利の存在そのものについてはいかにして論証しているかは、かれの法理論全体の根幹に据えられるべき重要な問題であるので、別機会に詳しく扱うことにする。
(26) ibid. p. 141 邦訳一八四—五頁
(27) ibid. p. 142 邦訳一八五頁

(28) ibid. p. 146　邦訳一九〇―一頁
(29) 芦部信喜著『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、昭五六)一八五頁
(30) AMP p. 212
(31) AMP p. 181
(32) T・I・エスマン著、木下毅訳『現代アメリカ憲法』(東大出版会、一九七八年)第三編「ウオレン・コートからバーガ・コートへ」参照。
(33) 野坂、前掲論文『国家学会雑誌』九七巻九・一〇号一〇三―七頁、芦部前掲書一七七―一八六頁参照。野坂論文によれば、ビックルのウオレン・コート批判の眼目は、平等主義理念の実現を目指したウオレン・コートの諸判決が、合理的な理由づけを欠いた専断的なものであり、原理に基づく説得の努力を怠り、判決結果の正しさを未来に賭けたものであるという点にあったとしている。ドゥオーキンが、本文にもかいたとおり、民主制と両立しうる形での司法積極主義論の再構築を試みなければならなかったのは、このような批判に応えなければならなかったためであろう。
(34) 本稿においてドゥオーキンの「法理論」といった場合、かれの理論体系の概念的部分である(狭義の―本稿序参照)権利論と、規範的部分であるリベラリズム論とを併せて意味する用語として用いている。なお、ドゥオーキンの法理論の規範的部分をとりわけ思想的側面に着目して「リベラリズム」と呼び、「自由主義」という訳語を充てなかったのは、以下の理由によるのである。すなわち、日本語で「自由主義」といった場合、それは極めて多義的であり、「小さな政府」論の立場に立つ古典的自由主義から福祉国家主義までを包摂しうる概念であるのに対して、「リベラリズム」といった場合、とりわけ今日的用語としていわゆるリバテリアニズムの対極に位置するものとしての、福祉国家主義的・進歩主義的政治思想を指す用語として用いられることが多いからである。

## 三、ドゥオーキン権利論の社会哲学

### (1) ドゥオーキン権利論の正義論的評価
#### ――社会哲学的考察の導入にかえて

近代社会は、個人の自由を究極的な価値として構成されており、またそれを認識する近代の社会科学も方法論的個人主義を採ってきた。そして、多数の諸個人の集合体としての社会に、近代はマーケットメカニズムという客観的・普遍的システムを、個人の自由を最大限尊重するものとして付与してきたのである。

それ以来今日に到るまで、市場経済のルールを遵守することが主な正義の内容をなしていた。マクファーソンの言葉を借りるなら、政治理論に経済（この場合はもちろん市場経済）が貫徹したのである。[1] ところで、諸個人は当然のことながら能力、境遇において異なるから、マーケットメカニズムはその結果として著しい不平等を生むことになった。ここに自由と平等との対立が生じ、近代社会はこの対立を原理的に自らの内に包え込むことになってしまった。こうして生じた不平等の評価の仕方により、正義論の構成方法として二通りが存しよう。第一の方法は、個人の相違性を重視・尊重し、さらにマーケットメカニズムという普遍的・客観的システムの道徳的優秀性を論証し、結果として生ずる不平等に道徳的是認を与える方法である。結果としてどんなに大きな不平等が生じようとも、それが道徳的に正当なら甘受せざるを得ないというのである。これに対して第二の方法は、結果として生ずる不平等を基本的には普遍性、すなわち市場原理の貫徹による個の尊厳の侵害であると把え、それを事後的に是正するか、もしくは可能な限りそれが生じないようにシステムそのものの修正原理を構想する方法である。確かに一九世紀後半から、とりわけ今世紀中葉から、西欧諸国においては多かれ少なかれ福祉国家論という形で第二の方法による正義論も展開されてきたのであるが、福祉政策論がなお市場経済論の二次的・補完的位置に置かれてきたこと、また、今世紀の政治理論家が、経済とは直接には関係のない政治過程論やプルーラリズム論を説明するにあたり市場モデルを用い、[2] 市場モデルの有用性が他分野においても示されたことが原因となり、市場経済のルールに従うことが正義であるとする、第一の方法に拠る経済的正義観がこれまでの正義論の中核たる位置を占めてきたといえよう。

今日、第一の方法による正義論はノヂックに代表されるであろう。ノヂックは、ロック的自然権論を中心に構成した自らの正義論を「本源的権利論」（entitlemet theory）と呼ぶ。それによると、財産（a holding）の最初の取得（initial aquisition）が公正に行われたこと、公正な移転により財産を得たこと、財産への不正な侵害に対しては矯正措置としての賠償請求をなしうること、の三原理が正義の内容そのものなのである。[3] そして、人々は自分自身の自然的才能（natural assets）に対して本源的権利を有し、他方、もしXが保護に値するとした場合にはXの果実たるYも当然保護に値するとの一般法則から、人々はその自然的才能の結果についても当然本源的権利を有するとして、生得の才能の差異による財産の不平等は何ら道徳的に問題にな

らないとする。[4] このような正義論を展開するノヂックは、再分配のために所得に課税されることは不正であり、強制労働にも等しいという。[5] 以上から、ノヂックは公正な市場機構論、最小国家論を結論として導くのである。

第二の正義論の方法を採るドゥオーキンは、ノヂックの正義論を批判する。ドゥオーキンによれば、市場の役割りに関するノヂックの理論は、消極的かつ偶然的（negative and contingent）であるという。すなわち、ノヂック理論は、ある人が自分の獲得した財物を他人の財・サービスと交換することを自ら望んで行なったときには正義の問題は生じないといっているにとどまっている点で消極的であり、また、合理的諸個人が到達するフェア・マーケットにおける配分ではなく、あちゆる市場的移転のプロセスを経た偶然的な結果としての配分を論じている点で偶然的であるというのである。[6] そして、ドゥオーキンが想定する平等は、生得的な才能が劣っているという理由のみから少ない所得しか得られないことを許容しないのに対して、他方、現実世界においては諸個人の生得の才能は不平等であるから、[8] 自由放任的な労働市場は平等を侵害するものであると論ずる。[9] そこでドゥオーキンは、生得の能力の差異を中立化する（neutralize）ために再分配制度が必要であるとするのである。[10]

このようにして、生得の能力の差異が中立化され、諸個人が平等に取り扱われ、その尊厳が確保されることが、かれのいう「自由」なのであった。さらにかれは、各人はこのように等しい配慮と尊敬をもって扱われることを請求しうる権利を有しているとし、その権利が実現されることを「正義」として定義づけたのはすでにみたとおりである。ドゥオーキンは以上のように、正義の問題を権利のそれとして構成したのであるから、そうするとかれは正義論を、これまで主流であり続けてきた経済的正義論とは全く異なる、権利論的正義論、あるいは法的正義論として論理構成を試みたものと評価することができよう。かれは、経済制度としての市場経済と政治制度としての代表民主制の下では、少数派に属する人々は多数派に属する人々と同等には扱われないとの認識の下に等しい配慮と尊敬をもって扱われることを自然権たる性格を有する道徳的権利として構成し、結局この権利は訴訟の場において最も有効に実現されるとしたのであった。裁判官は道徳的権利にまで考察を掘り下げることにより、勝訴させるべき当事者の権利を発見すべきとする権利テーゼは、かれが裁判に期待した役割りに充分応えうる論理構成がとられているといえよう。権利テーゼは、そうすると、決して単なる裁判過程論なのではなく、権利論的正義論の方法論として、か

れの正義論の欠くべからざる一分野をなしているものと評価することができる。[11] 正義の実現を裁判の場に求めた以上、そこにおいてどのように実現されるのかについての理論を提示しなければ、正義論は全体として完結をみないからである。

ところで、権利テーゼを正義論として評価した場合、どのような理論的問題が生じてくるのであろうか。正義として実現されるべき・等しい配慮と尊敬を受ける権利は、自然権的性格を有する道徳的権利であり、裁判官は訴訟の場においてこれを発見することをその役割りとする、というのが権利テーゼの内容であったが、実はドゥオーキンの法理論に対する法哲学者の批判はこの点に集中していて、そのあり方も多岐に及んでいる。本稿の目的は権利テーゼの権利構造論的側面の考察のみにあるのではないので、権利テーゼに関する代表的見解のみを取り挙げ、ドゥオーキンの正義論の社会哲学的考察の必要性は権利論内在的であることの手掛りを得ることに努めたい。

この論点に関して最も根本的な批判を浴びせているのが、マコーミックである。[12] マコーミックのドゥオーキン批判は、主として次の三点に集約されるであろう。それは、第一にドゥオーキンが自然権論を採ったこと、第二に構成モデルを用いたこと、第三にかれの「権利」の定義に関して、の三点である。マコーミックはまず、自然法論に立脚し、法的推論に道徳理論、政治理論を持ち込んだことは、ベンサム以前の一八世紀的自然法論への回帰であるとしてドゥオーキンを批判する。[13] しかし、ドゥオーキンの権利論をそのように性格づけてしまうことは正当な評価とはいえない。もしドゥオーキンが、かれのいう道徳的権利を思弁的・観念的にしか把えられないものとして措定したならそうもいえようが、ドゥオーキンは、訴訟における両当事者の主張・立証とそれを実定諸法規の根底にある政治理論にまで掘り下げてどちらがよりその政治理論に整合的かを推論する裁判官の創造的取り組みという法的プラクティスにおいて、その道徳的権利が実現されるとしたのである。したがってドゥオーキンの権利論は、単なる一八世紀的自然権論の蒸し返しではない。このようなかれの権利論は、自然権論と実証主義との二元的対立の克服を狙った、いわば第三の法理論なのである。[14] いかなる内容の権利が権利として保護するに値するかを専ら理論的地平で論じてきたこれまでのスタティックな法理論に対して、法廷弁論という極めてダイナミックな地平でかれは論理展開しているのであり、権利論に新たな境地を開拓したものと評価しうるであろう。換言するなら、権利の内容を理論的地平で把えてきたこれまでの法理論に対し、ドゥオーキンはディアレクテ

ィク的地平でそれを把え直そうとしているのである。

そこで、ダイナミックな法的プラクティスにおける裁判官の判断方法が「構成モデル」ということになるのであるが、マコーミックの第二の批判はここに向けられている。それによると、唯一の正しい解答（ライトアンサー）を発見するモデルは自然モデルであり、構成モデルをもってそれであるとしたドゥオーキンは誤りを犯しているというのである。マコーミックによると、裁判官が自己の道徳的直観に基づいて構成モデルに従って判断を下すのでは、その裁判官一者にとって妥当である判断が、他のいかなる裁判官にとっても妥当である保障は何もないというのである。[15] 確かに何が権利として保護されるべきか（ライトアンサー）は専ら客観的に決定され、したがってその発見には自然科学的推論方法が適合的である、とした場合には、その推論モデルはなるほど自然モデルということになろう。しかし、前述のとおりドゥオーキンはそのようには考えておらず、両当事者の主張・立証、それから裁判官におけるその主張内容と政治理論とのフィードバック運動とから成るダイナミックな法的プラクティスにおいてそれが発見されるとしたのであるから、そのようなフィードバック的推論モデルとしては自然モデルが不適合であることは論をまたないであろう。そしてドゥオーキンは、フィードバック的推論によったとしても、その結果下される判断が普遍性を獲得しうる理論的道具立てを用意しているのである。かれは、ハードケースの理論において、裁判官ヘラクレスは、垂直的秩序と水平的秩序の双方において整合性を確保しなければならないとした。垂直的秩序における整合性とは、下位法に関するある決定は上位法の趣旨に反してはいけないということであり、水平的秩序における整合性とは、上下関係においてある一定レベルに関する判断の原理が、同一レベルの他の諸決定を正当化する原理と矛盾してはいけないということである。[16] たとえ、ある法的論争に関する判断の正しさが最初は裁判官一人の道徳的直観にとどまるものであったとしても、それが政治理論とのフィードバック運動の中で以上の二つの整合性が確保されるべくソフィスティケイトされれば、判断者一人にとってのみ妥当性を有する決定になるはずがないのである。[17] 問題は、後述するが、構成モデルに基づいてその二つの整合性を確保すべく判断するという方法が、ドゥオーキンの意図しているリベラルな判断結果を保証しうるか否かである。

マコーミックの第三の批判は、ドゥオーキンの権利論は循環論法に陥っているとする点である。すなわち、ドゥオーキンは、一方では権利とは、国家が不正に個人を取り扱った場合にそれ

に反対しうることであるとし、そして他方で国家が不正に個人を取り扱うとはその個人の権利を侵害することであるとしているが、これでは両者は互いに互いを定義し合う関係になってしまっているというのである。[18] しかし、この批判も当たっていない。確かにマコーミックの引用している箇所のみからはそのようにも読めるが、[19] ドゥオーキンは、権利（マコーミックがここで問題としている権利は、ドゥオーキンの分類に従えば、「個人的権利」ということになろう。）とは、実定諸法規の根底にある政治理論（政治目的）が個別化されたものであると定義づけているのであるから、[20] 循環論法に陥っているのでは全くないことは明らかであると思う。

ドゥオーキンの権利論を正義論として評価した場合の問題点は、この権利として個別化されるべき政治理論が構成モデルにおいて、すなわち裁判官の判断形成において果たすべき役割り如何ということに求めることができよう。既にみてきたようにドゥオーキンは、裁判官に対して極めて積極的・創造的な役割りを負わせる論理構成を採っている。それにもかかわらず、かれが裁判官の決定が個人的確信の表明に終ることはあり得ないとし得たのは、[21] それだけ構成モデルがかれの望むとおりに有効に機能することができると考えたからであろう。ドゥオーキンの論ずるところによれば、判決は法の原理たる政治道徳と整合すべく下されなければならないのであるから、かりに保守的な個人的確信を有している裁判官であっても、整合性を確保する過程でそのような個人的確信を排除せざるを得なくなるというのである。[22] しかし、これはいささか都合のよい見解ではないであろうか。実際に合衆国最高裁は、先にみたとおりリベラルなウオレン・コートから非常に保守的なバーガー・コートへとその路線を転換したのである。そうすると、この点に関しては、かれの権利論は少なくとも記述的機能は持ち得ないことになろう。なぜこのような問題が生じたのであろうか。

ドゥオーキンが用いた構成モデルは、道徳的判断に関する、手続的・形式的説明モデルたる性格のものである。したがって、構成モデルそれ自身は、いかなる実体的判断内容をも要請するものではない。構成モデルに拠って判断を下したとしても、マッキーが指摘しているとおり裁判官の主観的契機が入り込む余地は否定できないし、[23] また、ドゥオーキンのいう根底理論が異なれば、構成モデルを通した判断結果も異なることはむしろ当然のことといえよう。構成モデルに従ったということのみからは、保守的な判断結果が下されないことの保証は、理論上全く得ることなどできるはずがないのである。すなわち、構成モデ

ルに従った実体的判断結果は、実体的根底理論（政治理論）がどのようなものであるかに依存していることになろう。ドゥオーキンは、権利は政治理論が個別化されたものと定義づけたのであるから、何が権利として保護に値するかが実体的内容を持った政治理論に依存することは、かれの理論の必然的な帰結であると思う。

そこで注目されるのが、ドゥオーキンがバーガー・コートに代表される保守主義を批判したのは、かれらが構成モデルに基づいて判断することを拒否したという理由からではなく、等しい配慮と尊敬をもって諸個人が扱われるべきとする、ドゥオーキン自身のリベラリズム観に反するという理由からであったということである。それでは、この等しい配慮と尊敬を受ける権利はどのようにして抽出されたのであろうか。それは、リベラリズム論から抽出されたのではなく、全くその逆にリベラリズム論の内に前提化されていたのである（本稿二(1)参照）。等しい配慮と尊敬を受ける権利は、構成モデルの論理を究極にまで推し進めて抽出されたのであった（本稿一(2)参照）。問題はここから出てくるのである。構成モデルとは、裁判官の個人的道徳的確信と実定諸法規の根底理論とのフィードバック運動の説明モデルにすぎない。ドゥオーキンはこの構成モデルを、ロールズの反省的均衡、社会契約、原初状態という正義原理導出の過程の論理を援用して説明したのであるが、そこにおいて、等しい配慮と尊敬を受ける権利は高度に抽象的な権利であるとかれ自身述べており[24]、これは、いかなる判決が下されるかの、したがってまた（われわれはかれの権利論を正義論として評価してきたから）正義の具体的内容は何かを判断するうえでの手続的地位にとどまっているのである。いまかりに、実現されるべき平等はチャンスの平等のみであるという政治哲学に依拠すると、事後的に再分配政策を施すことは、施される本人の能力と努力に敬意を払わない点で、また再分配のためにその所得の一部を税金として徴収される者に不当な負担を強いる点で、等しい配慮と尊敬を受ける権利を侵害するものであると結論づけることも充分可能なのである。このような結論に、ドゥオーキンが到底賛成し得ないことはいうまでもない。その理由はもちろん、かれが理解しているところの、等しい配慮と尊敬を受ける権利を侵害するものだからである。そうすると、この高度に抽象的な等しい配慮と尊敬を受ける権利がいかなる内容を正義として要求するかは、政治理論に全面的に依存していることになろう。ところが、先にも述べたとおり、この権利はかれの政治理論の前提はなしていても、そのレベルでは論証されていないのであ

る。換言するなら、ドゥオーキンが構成モデルの箇所において導出した、高度に抽象的な等しい配慮と尊敬を受ける権利と、かれがリベラリズム論で前提化した等しい配慮と尊敬を受ける権利とは、別次元のものといえよう。前者はいわば手続的権利たる性格を有しそれ自体としては積極的に一定の正義の内容を主張するものではないのに対して、後者は豊かな内容をもった実体的権利たる性格を有している。ロールズの理論的枠組みにあてはめていうなら、前者は正義の二原理選択以前の正義原理導出の条件であるのに対して、後者は格差原理からの類似性からもわかるとおり、契約の産物たる性格を有しているのである。ところが、なぜかドゥオーキンは、なぜ前者の等しい配慮と尊敬を受ける権利がリベラリズム論で前提化されている等しい配慮と尊敬を受ける権利であり得ているのかを論証しないままに、両者を同一のものとして扱っているのである。そうすると、ドゥオーキンはその権利論、リベラリズム論の真髄ともいうべき「等しい配慮と尊敬を受ける権利」を完全に手続的理論のレベルで根拠づけることには失敗しているというべきであろう。したがって、われわれは、生得的能力の中立化に端的に代表される「等しい配慮と尊敬を受ける権利」に、ドゥオーキン自身が付与せしめた実体的内容が、いかなる価値により根拠づけられ、そしてその実現可能性が担保されているのかを、かれのリベラリズム論を支える社会哲学のレベルで解明していかざるを得ないであろう（等しい配慮と尊敬を受ける権利の内容は前述のとおりかれのリベラリズム論で前提化されているのだから、リベラリズム論のレベルではその根拠を解明することは不可能ということになろう）。

われわれはこれまで、ドゥオーキンの権利論をリベラリズム論と密接に関連させることにより、かれは、自らの権利論を経済的正義論に代わる権利論的正義論、あるいは法的正義論として構築しようとしていると評価してきた。そして本項における考察の結果、以下の理由からかれの権利論を支える社会哲学を明らかにしなければならないとの立場に立ったのである。すなわち、ドゥオーキンは、構成モデルに従って判断を下せば必ず判断者の保守的確信が排除されるとした点で、そしてまた、かれ自身非常に豊かな実体的内容をそこに盛り込んでいる「等しい配慮と尊敬を受ける権利」を構成モデルの論理的要請として論証した点でも、かれ自身意図しているリベラルな実体的論理を手続的・形式的理論のレベルの論証に解消し尽くそうと試みながらも、それに失敗しているのである。もとより、実体的論理を手続的論証のレベルに解消し尽くした正義論を構築しうる

理論的可能性は一般的には存しようが、少なくともドゥオーキンはそれに成功していないのである。しかしだからといって、ドゥオーキンの権利論的正義論が、今日の正義論の問題状況の中で全く意義を有しないものであると即断することはできない。かれ自身は章を設けて明示的に論ずるといったことはしていないにせよ、断片的に自らの権利論の哲学的基礎について述べている箇所が多々存するのである。そこで、そのようなドゥオーキンの論述を、もし明確な社会哲学へと構成することができれば、今日の正義論の問題状況の中で一定の意義を持たせることが可能であろう。そうすることは何よりも、ドゥオーキン自身成功しなかった、非常にリベラルな実体的内容を有し、等しい配慮と尊敬を受ける権利をその中核とするかれの権利論的正義論の論証を、かれに代わって、実体的論理を支える哲学レベルで試みることなのである。

### (2) 権利論的正義論の社会哲学

市場経済をモデルとする経済的正義論、古典的自由主義論は、合理的に自己利益の最大化を図る消費者的人間像に基づいてきた。[25] これまでみてきたように、それとは全く異なった内容に「自由」を定義し直したドゥオーキンは、やはり消費者的人間像とは異なる人間像を新たに措定していたのである。ドゥオーキンは、かれのいうところの権利を尊重しようとする政府は、次のような人間像を受け容れなければならないとする。すなわち、人間の尊厳というあいまいではあるが強力な観念である。カントを想起させるこの観念は、もしある人間がその人間共同体のフル・メンバーとして認められずに扱われたとしたら、それははなはだしい不公正であると主張するものなのである。[26] これは、本稿二(1)でみたドゥオーキンによる平等の自由主義的概念を想い起こせば、一層その意味するところが明確となろう。それによれば、政府が市民を等しい者として扱うとは、市民を自由で独立なものとして、等しい尊厳をもって扱うことであった。[27] かれは、経済的正義論に代わりうるものとして、自らの正義論を権利論的正義論、あるいは法的正義論として構成したのであるが、その根底には人間論的前提の転換が伴われていたのである。

ドゥオーキンが新たに措定したこのような人間像を「道徳的人間像」と呼ぶなら、ロールズもやはり道徳的人間像に立脚してその正義論を構築している。ロールズは、正義の諸原則は平等に人間に適用されなければならないとし、適用されるべく権利を有するのは、善の観念すなわち人生の合理的プランを持つ

ことができ、正義の感覚を有している道徳的人格であるとしている。[28] 正義の諸原則とは、いうまでもなく、平等な基本的自由を保障する第一原理と、公正な機会均等の条件、格差原理から成る第二原理のことである。[29] この格差原理は、一般に配分的正義の実現の基準として理解されていてその点でドゥオーキンのリベラリズム論と類似するが、ドゥオーキンは格差原理を受容しない。ドゥオーキンによると、ロールズは格差原理を持ち出すことによって正義と階層とを結びつけているというのである。[30] 格差原理によると、ある災害が発生した結果、恵まれたクラスの莫大な損害によって最も恵まれないクラスの被害が補える場合、恵まれたクラスからの所得移転が認められることになる。ドゥオーキンは、このような所得移転は公正でないとする。というのは、この場合恵まれたクラスに属する者はそうでないクラスの者よりも少ない配慮しか受け取っておらず、平等な者として扱われる権利が侵害されているからなのである。[31] ドゥオーキンの構想している平等によると、資源や所得の配分は、経済的・社会的地位とは全く切り離して個人毎に (person by person) 考えられなければならず、平等は、原則としてグループとしての地位の問題としてではなく、あくまで個人的権利の問題として扱われることを要求するのである。[32]

しかし、格差原理の根本にある発想においては、ロールズとドゥオーキンは共通している。先にわれわれは、ドゥオーキンが権利論的正義の実現として要求する所得分配は、生得の能力の差異を中立化する (neutralize) ためのものであることをみた。これは、自然的な能力の差異や社会的偶然性による差異を共同体の共通財産にしようという発想に基づいている。ロールズもやはり、配分的正義の基準として一般に理解されている格差原理は、自然的才能を共同の才能 (common asset)、[33] あるいは共同利益に供せられるべき社会的才能 (social asset)、[34] として取り扱うことを定めた取り決めであるとしている。それでは、ロールズは、いかにしてこの発想をその正義論へと発展させたのであろうか。先にわれわれは、ロールズはその人間論的前提として、善の観念と正義の感覚を要求していることをみた。ロールズのいう善の観念とは、合理的な人生設計をなしうることであり、より具体的にいえば、自己の利益を最大限増進させるべく行動することなのである。[35] ロールズは、一方でこのような人間像を正義論構築の根幹に据えるのである。かれは、公正性の理論的担保として、正義原理の導出過程に原初状態を想定し、そこでは契約の当事者は無知のヴェールに覆われているとしたのであった。[36] その状態においては、当事者は自分自身社会の中

のどの地位に存しているかが全くわからないため、優遇されている境遇に存しているとする根拠は全くなく、したがって合理的当事者は基本的自由の平等な配分を要求するほかはなくなるのである。このようにして、基本的自由の絶対的平等をその内容とする正義の第一原理が導出される。[37] さらに、もしいまある不平等を伴う制度を導入するとしたなら、やはり合理的当事者は自己がどの境遇にいるかわからないため、自己が最も恵まれない境遇にいると仮定したうえでなお最大の利益を得る方法としての、いわゆるマクシミン・ルールに従った決定を行なわざるを得ない。[38] このようにして、正義の第二原理である格差原理が導出されるのである。そうすると、ロールズは自らの人間論的前提を道徳的人格と呼んだが、そこにはなおマキシマイザーとしての性格が強く入り込んでいるといえよう。しかし、後にみるように、このようなロールズの方法論は実は成功しているとはいえない。

ロールズによる正義原理の構築方法論のこの側面を非常に重要視して批判を浴びせているのが、C・B・マクファーソンである。マクファーソンは、ノヂックは「小さな国家」論を、ロールズは福祉国家論を主張したという相違はあるものの、両者は自らの利益を最大化する市場的人間像（maxmizing market man）を基準とし、資本主義的市場社会と所有制度との結びつきを支持している点で共通しているとする。[39] マクファーソンは、そのようなマキシマイザーとしての人間像を全面的に拒否するとともに、平等や社会福祉などとトレード・オフの関係に立つ一八世紀的な自由概念をも全面的に拒否し、そうしたうえで「自由」の再定義をドゥオーキンと同様に試みているのである。マクファーソンによると、私的所有制度を根幹に据える市場経済的自由主義は、持たざる者から持てる者への不断で全体的な移転（continuous net transfer）を持たらし、多くの人々が理性的に人間としての生活を送る可能性を否定してしまったというのである。[40] もちろん、J・S・ミルが最初に市場経済の非倫理性を指摘して以来、[41] 今日ではいわゆる福祉国家としての管理された資本主義社会が実現しているが、これもやはり、自己利益を最大化する市場的人間像に拠っているという。[42] そして、福祉国家論であってもこのような人間像に基づく以上、基本的にはミルの資本主義批判を甘受しなければならないとする。その批判とは、多数派の横暴（tyranny）により、自己発展させるための個人の自由（individual freedom for self-development）が全面的に侵害されることなのである。[43] マクファーソンは、私的所有制度を採る限り、持つ者と持たざる者との分裂がそこから

生じ、その結果必然的に少数派の自己発展は妨げられると考え、多数派・少数派に関係なくあらゆる人間が最大限自己発展せしめ得ることこそ自由の本質であるとして、これまでの所有的個人主義から自己発展型自由主義への転換を主張するのである。[44]

それでは、所有的個人主義においては自らと不可分一体の関係にあったところの自由から切り離された所有は、かれの理論においてはどのように扱われているのであろうか。マクファーソンは、所有的個人主義の排他的所有概念に代え、自己の諸能力を発展・実現し、最大限に自由な生活（full and free life）を営むために必要な生活手段へとアクセスする権利として、非排他的概念の権利として所有権を定義づける。[45] マクファーソンにおいてこのように再定義された自由と所有権は、もはや社会福祉とトレードオフの関係に立つことをやめ、[44] やはりかれも、自由と平等との対立の原理的解消を試みているのである。

さて、以上のように展開されるマクファーソンの自由再定義の政治理論は、ドゥオーキン権利論の社会哲学の解明の手掛となろう。以下では、㈠まず、マクファーソンとドゥオーキンの立場上の類似点を指摘したうえで、マクファーソンによる自己発展型自由主義の哲学的価値を検討し、㈡マクファーソンによるロールズ批判の不当性を指摘することにより、実は両者が同じ哲学的価値を前提としていることを確認し、マクファーソンが明確に論じていない点の解明をロールズ理論の中に求め、㈢ドゥオーキンも上記二者と同じ哲学的価値を有していることを指摘した後、それがどのような理論上の意義を有しているかを明らかにする、との手順で論を進めてゆきたい。

㈠ 前節でわれわれは、ドゥオーキンが、個人の独立や尊厳が確保されるための自由概念は、資格としての自由（liberty as license）から区別される、独立としての自由（liberty as independence）であるとしていることをみた。[46] このようなドゥオーキンの自由概念は、思想史的にはJ・S・ミルの問題意識に依拠したものなのである。すなわち、ミルは、政治的決定やそのプロセスにおいてしばしば等しい尊敬や諸個人の独立は脅やかされているとの認識の下に、尊厳、人格、侵害といった道徳的概念の政治的重要性を主張したのであった。[47] ミルから、ドゥオーキンは、代表民主制における問題点を、マクファーソンは市場経済における問題点を主として読み取っているという差異はあるものの、客観的・普遍的システム、すなわち、代表民主制という政治システム、あるいは市場経済という経済システムの貫徹による個人の道徳的側面に対する侵害を取り挙げている点で、両者は基本的に発想が共通している。ところで、非市場的人間

像と非市場的自由概念に立脚した場合、当然伝統的な市場的所有概念の転換をも余儀なくされるが、この点についてはドゥオーキンはどのように理論展開しているのであろうか。ドゥオーキンによれば、かれの主張するリベラリズムはある種の所有権を受容しなければならない。というのは、リベラリズムは、個人の尊厳に不可欠な個人的所有の範囲にはその個人が主権を行使しうることを要求するからなのである。かれは、この所有概念は、無制限の所有を認める保守主義のそれとは全く異なるものであると主張している。[48] タームは異なるものの、個人の自己発展にとって必要な生活手段へのアクセス権として所有権概念を再構成したマクファーソンとかなり近い発想ということができよう。両者共に、道徳的人間像に拠って立ち人間の有するその道徳的部分の要求を充たすための権利として、所有権を新たに定義づけているのである。

もちろん、両者は完全に一致しているというわけではない。マクファーソンは、自らの主張するリベラリズムが実現されるためには、マーケットメカニズムを完全に捨てなければならないとする。[49] その理由は先にみたとおりである。これに対して、ドゥオーキンは必ずしもマーケットメカニズムを全面否定しているのではない。ドゥオーキンは、政治経済のシステムとしては、いやいやながらにも資本主義をとるか、あるいはいやいやながらにも社会主義をとるかのいずれかであるとして、消極的ながらも混合経済体制がそのリベラリズムに合致するとし、[50] そうすることにより、部分的にせよ、市場機構を認めているのである。しかし、われわれはこの点をもって、ドゥオーキンが市場経済に随伴する経済的弱者の存在までも是認しているものと評価することは到底できない。すでに本稿二でみたとおり、この弱者や少数派の保護こそ正にドゥオーキンが権利論的正義論構築の出発点としていることを確認してきたからである。かれが市場経済の完全な廃棄を主張しなかったのは、そのリベラリズム論を権利論の一環として法的次元において構成したためであろう。この点、マクファーソンは政治経済のシステムの理論としてリベラリズム論を構築しているのであり、論理構成の方向において両者は異なっているのである。しかも、確かにドゥオーキンは所得再分配政策を要求しているが、これは決して福祉功利主義に基づいてそうしているものではなく、あくまで等しい配慮と尊敬を受ける権利の実現のためにそれが必要であるとしているのであった。したがって、ドゥオーキンが市場経済を完全に廃棄する論理構成をとっていないことが、両者の決定的な相違であるということはできない。もっとも、以上の点を

考慮しても、マクファーソンの方がラディカルな主張をしているということはできるであろう。

それでは、マクファーソンの以上にみてきたリベラリズムは、いかなる哲学の上に構築されているのであろうか。マクファーソンは、自らの民主主義の立場を「自由民主主義」(liberal democracy)[51]と呼び、あらゆるメンバーがその諸能力を余すところなく発展・実現させることのできる社会をあるべき政治的共同体として構想するのである。そして、この自由民主主義は、自らと相互依存的に密接不可分な基本的諸権利を諸個人が有することを要求する。このようなマクファーソンの自由民主主義は、いかなる哲学的価値を前提としているのかについて、かれは次のようにいう。

「尊敬、自律(autonomy)、そして共同体への広汎な基本的諸権利は、有効に機能する民主制を要求し、またそれによって要求されるのである。その基本的諸権利は、指導者(rulers)の人民(ruled)に対する民主的責任なくしては、達成されそうにも、また擁護されそうにもない。そして、基本的諸権利は、平等と友愛(fraternity)を民主制の本質とするいかなる社会によっても要求されるのである。[52]」

すなわち、マクファーソン理論において、諸個人の平等、個人としての自律と尊敬を担保するためには、「友愛」という新たな価値前提が必要だったのである。

(二) ところで、この「友愛」という価値をどの意味に解すれば、平等や自律が実現可能となるのであろうか。マクファーソンは、それについては充分な説明を加えているとはいえない。この問題点を解明するために、本節でわれわれが扱っているもう一人の理論家、ロールズについて再度検討を加えてゆきたい。先にわれわれは、市場モデルに基づいて、自己利益の最大化を行動原理とするマキシマイザーとしての人間論的前提に拠ったこと、私的所有制度を是認していることの二つの理由から、マクファーソンはロールズを批判していることをみた。また、他の箇所で、ロールズの合理主義的人間像に基づく正義の二原理の導出過程論には、実は問題点が存していると指摘した。この二つの問題点を考察することにより、友愛解釈の問題も自ら解明されよう。

結論的にいうなら、マクファーソンによるロールズ批判は一面的に過ぎる。マクファーソンは、ロールズの格差原理を把えて、それは不平等はどの社会においても不可避であるとの認識に立ったうえで、それでは不平等が許されるのはいかなる条件が充たされたときか、という問いの解答として持ち出されたも

のであると批評する。[53] しかし、ロールズの格差原理をそのような消極的なものとして性格づけることは妥当とはいえない。格差原理は、ある価値前提の下に、契約当事者に対して非常に高度な要求を行うのである。多少長くなるが、ロールズ自身の言葉を引用して、このことを確認したい。

「格差原理は、友愛(fraternity)の自然的な意味に一致しているように思われる。すなわち、より恵まれていない者の利益にならない限り、より大きな利益を求めないという観念である。その理想的概念において、そしてまた実際においてもしばしばそうなのであるが、家族は、諸利益の合計を最大化するという原理が拒絶される一つの場である。家族の構成員は、他の構成員の利益を増進しうるような方法によってでなければ、通常は〔自らの―筆者〕利益を得ることを望まないのである。そこで、格差原理に基づいて行動することは、まさに次の帰結をもたらす。すなわち、恵まれた境遇にある者は、より恵まれない者の利益にそれが資する制度の下においてのみ、自らのより大きな利益を望んで手にするのでる。・・・もしわれわれが友愛の原理を受け容れるなら、われわれは次のような正義の二原理の民主的解釈により、自由、平等、友愛の伝統的諸観念を結びつけることができる。すなわち、自由は第一原理に対応し、平等は公正な機会均等とともに第一原理における平等に対応し、そして友愛は格差原理に対応するのである。このようにして、われわれは友愛という概念が二原理の民主的解釈の中におさまるのを見い出したのであり、・・・格差原理は、社会正義の見地から友愛の基本的意味を表現するのである。[54]」

以上を読めば、マクファーソンの批判するごとくに格差原理を消極的なものと解することは到底できない。それは、正義原理の導入にあたっては、家族と同様にその共同体を扱わなければならないという極めて高度の要求を当事者に対して行なう、むしろ非常に積極的な原理なのである。そして、このような格差原理の説明のどこにもマキシマイザーとしての人間像は現れてこない。その代わりに、というよりはそれとは正反対に、「友愛」という価値前提が格差原理を導くための必須不可欠のものとして措定されているのである。格差原理を正義原理として導入した目的が、生得的能力差異の社会的プーリングにあったことから考えても、ロールズの正義論を市場的人間像に拠るものとし、その福祉国家論的政治理論も伝統的な資本主義論の枠内にあるとしたマクファーソンの批判は、一面的に過ぎるといってよいであろう。ロールズが市場機構を全面的に否定しなかったのは、

私的所有から切り離して単に価格決定、資源配分のシステムとして活用することが可能だと考えたからであり、ロールズ自身、自由な社会主義体制（a liberal socialist regime）が正義の二原理にかなうとしているほどである。[55] 以上から、マクファーソンが批判するような、持てる者への持たざる者からの諸能力の全体的な移転をロールズが認めるものでは全くないことは、明らかではないであろうか。

ここまでくると、先に指摘しておいた第二の問題の持つ問題性もすでに明らかになったものと思う。その問題とは、格差原理導出における人間像のそれであった。先にロールズ自身の言葉の引用でみたとおり、格差原理の導出にあたり、一方でかれはマキシマイザー的人間像に拠ったものの、結局それのみで格差原理を正当化し尽くすことはできなかったのである。ドゥオーキンが指摘するとおり、市場経済における自己利益の最大化という経済的議論に依拠したロールズの正義の第二原理の正当化は成功していないのである。[56] 友愛という価値前提による説明では、契約当事者自身どの地位にいるかわからないためという己れ一身の行動原理からでは全くなく、すでに自己は他のある者よりも恵まれた境遇に置かれていることが前提化され、さらに、より恵まれない者への思いやり、家族にも例えられる同朋意識により格差原理が成立するのであった。生得的能力差異の社会的プーリングという発想は、マキシマイザーとしての人間像に拠ったのでは実現されることはないであろう。ところで、マクファーソンが明らかにしていなかった「友愛」の意味をどう解すべきかは、以上のロールズについての検討から明らかになったものと思う。ロールズはそれを、恵まれない境遇にある者への同朋意識として論じているのである。また、こうした検討から、ロールズとマクファーソンはかなり近い発想に立っていることが確認できるであろう。このロールズ理論をマクファーソンのそれとして理解しようとしたのは、そうした根拠からである。以上のような観点からみると、一方で格差原理の説明にあたり市場的人間像に立脚した点を把えたマクファーソンのロールズ批判は、あながち的はずれであるとはいえないかもしれない。しかし、格差原理を導入したそもそもの発想が自然的才能の社会的プーリングにあることから、ロールズを、自然的才能の差異も当然に個人の所有権の範囲内にあるとするノヂックと同一視することは、やはり一面的に過ぎるといえるであろう。むしろ、ロールズの抱えている、格差原理の説明における不整合性をそのままに指摘することこそ、生産的なロールズ批判といえるのではないであろうか。というのは、そうすること

によって、市場的人間像に立脚する説明方法のどこに無理があり、したがってなぜ「友愛」という哲学的価値を前提としなければならなかったのか、という方向へと問題を発展的に把えることが可能となるからである。実は、このような問題意識に立ってロールズを批判したのが、ドゥオーキンなのである。

前項(1)では、ドゥオーキンの権利論を正義論として評価することができ、それが現代正義論の問題状況の中でどのような意義を有するかを考察するとの立場に立ったが、ドゥオーキン自身、自らの立脚する哲学的基礎について明確に論じているわけではない。そこでわれわれは、かれの哲学的基礎に関する断片的論述を拾い集め、それをいままでみてきた正義論の問題状況と絡めることにより、社会哲学としての意味をそこに読み込んでゆかなければならないのである。

(三) 先にわれわれは、ドゥオーキンは生得の能力の中立を主張している点で、ロールズの格差原理と同じ発想に立っていることを確認した。ロールズは、これまでみてきたように格差原理の説明にあたって互いに整合的でない二つの説明方法を用いていた。それは市場モデルに基づいたマキシマイザーとしての人間像に基づく説明と、友愛という価値前提に基づくそれであった。ドゥオーキンは、ロールズにあてはめるなら、後者の説明方法で全体を一貫させるのである。かれは次のようにいう。

「もしわれわれが、われわれの諸々のプラクティスを、原理のモデルに特有のものとして理解するなら、われわれは、われわれの諸制度の合法性とそれが想定する政治的諸義務を友愛(fraternity)の問題として支持し、それ故、友愛の要求する方向へとわれわれの諸制度を改善すべく努めなければならない。[57]」

このようにかれは、明確に「友愛」という哲学的価値を前提とすることを述べている。この友愛とは、かれ自身の言葉で説明すると、

「共感、つまり同じ人類を大事に思う気持から、最大の援助を必要としている人びとにはどうしても眼を向けずにはいられなくなるという通念。[58]」

なのである。そうすると、ドゥオーキンのいう友愛とは、恵まれない者に対する同朋意識と解しうる点で、ロールズのそれと同一内容ということができる。それでは、なぜドゥオーキンは生得的能力差異の中立化にとってこの価値前提が必要と考えたのであろうか。

ドゥオーキンが自然的能力の中立化を要求したのは、尊厳、自由、独立という人間の持つ道徳性に対する侵害から、個人を

守ろうとするためであった。同一の発想に立つロールズは、一旦はマキシマイザーとしての市場的人間像に立ったうえで格差原理を導こうとしたのであった。そのためにかれは、原初状態という理論装置を設けた。こうすれば、自己利益の最大化という行動原理そのものから、マクシミン・ルールを媒介にすることによって、格差原理を導くことができる。しかし、このような説明論理は成功していないのである。原初状態においては無知のヴェールに覆われているから、契約当事者は自己が有利な状況にあるとする根拠は全くないというのなら、不利な状況にあるとする根拠も同様に全くないはずである。したがって、無知のヴェールに覆われている状態においてさえ、最も用心深く格差原理を選択する者もいれば、企業家精神にあふれて冒険的に行動する者も出てくるはずである。[59] もう一つ何か人間論的前提を設けなければ、格差原理が選択される理論的保障は全くないことになろう。ドゥオーキンが、自然的諸能力の中立化にとって友愛という価値前提が必要であるとしたのはこのような理由からであり、また、ロールズ自身もこのことには充分気がついていた。だからこそ、ロールズもまた、矛盾を抱えてまで友愛という価値前提を設けなければならなかったのである。

それでは、ドゥオーキンは、この友愛という価値前提は一体どこから出てくると考えたのであろうか。かれは、次のようにいう。

「どんな所有物といえども自分の同意なしには奪われない権利をわたしたちが持っているという考え方は、なるほど理屈抜きに訴えかける力をもっています。が、その外の考え方、例えば悲惨な状況の下に置かれた人びとは他人の配慮を受ける権利をもっているという考え方も、同様に理屈抜きの説得力を持っています」[60]

ドゥオーキンにおいては、結局、友愛という価値前提はこのように道徳的直観に由来するのである。このようにしてかれは、市場的人間像に一切依拠せずに友愛という価値前提を設けることができたのであり、ロールズのような不整合を抱えこむことはしなかったのである。あるいは、ドゥオーキンは、ロールズのいおうとしたことをロールズ以上にすっきりと論証しようとしたとすることができるかもしれない。ドゥオーキンの問題意識は、ロールズの主張に共鳴しつつ、その主張内容をより整合的にかつ説得的に展開することにもあったのであろうが、決してそのことのみに解消されるものではない。ドゥオーキンは、友愛という価値を前提にすることにより、自然的能力が中立化され、共同体の各々のメンバーが等しい配慮と尊敬をもって扱

われることが実現されることの究極の目標は、各々のメンバーがそれに対してアイデンティティを持ちうるような共同体を構築することにあったのである。次のドゥオーキンの論述から、そう読み込むことが充分可能であろう。

「もし自由主義者が、等しい配慮という分別（counsel）を想い起こすなら、自由主義者は、自尊心を持った人々がその共同体をかれら自身の共同体としてみなしうるような、そして、共同体の将来をいかなる意味においてもかれら自身の将来とみなしうるような最低限の根拠は提示するような理論を、構築しなければならないであろう。もし政府が、人々が共同体の形成に寄与し、共同体から自分自身の人生のために価値を得ることのできるレベルより低いところにかれらを押しやってしまったなら、あるいは、明るい将来をおおい隠してしまって、かれらの子供に二流の（second-class）人生しか保証しないならば、政府はそのふるまいが正当化される唯一の前提すら失ってしまうのである。(61)」

以上から、われわれのようにドゥオーキンの社会哲学を構成することによって、かれの社会哲学は、ロールズ批判を媒介としてなぜ友愛という価値前提が自らの、そしてロールズの正義論にさえとっても必要なのかを示すとともに、その内容と由来を道徳的直観のレベルで把え直し、ロールズ以上に説得的かつ整合的に自らの正義論を構成することを狙ったばかりではなく、その究極的目標として個人と共同体のアイデンティティの確保までも射程内に収めようとしたものとの意義を見い出し得よう。

本節においてわれわれは、ドゥオーキンの正義論を、権利論的正義論、もしくは法的正義論と呼び、その社会哲学的部分の輪郭を明らかにすることに努めてきた。われわれは、この二つの名称を特に区別することなくここまで用いてきたが、最後にこの二つを区別した方が、ドゥオーキンの正義論をより発展的に理解するうえで有効であろう。ドゥオーキンは、合衆国において人種差別の問題などが権利の問題として議論されるに到ったのは、裁判所の先駆的役割りがあったためとする。(62) われわれは本稿二で、かれが司法積極主義を支持していることをみた。しかしそれは、裁判所に持ち込まれたケースについては、モラル・イシューとして裁判官は扱わなければならず、すなわち政治道徳にまで掘り下げて勝訴させるべき当事者の道徳的権利を発見すべく扱わなければならず、また逆に、そのようにすればいかに解決困難な事案であっても必ず唯一の正しい判断が得られる、という意味においてであった。かれのいう司法積極主義とは、裁判における判断方法についての理論なのであり、共同

体の統治において裁判所が中心的な役割り（major role）を果たさなければならないと主張するものではまったくない。[63] ところが、そうはいっても、ドゥオーキンは、正義の問題は現実の訴訟においてのみ語られるものとは考えなかった。かれは、裁判における、権利を記述する命題としての原理に基づく議論形態を、一つの正義の推論モデルと考えたのである。すなわち、裁判のみにおいてではなく、共同体のあらゆる場において、正義に関する議論は原理に基づいて行わなければならないとする。ちょうどそれは、合衆国において、訴訟から離れてあらゆる場で人種問題が真剣に扱われるに到ったようにである。ドゥオーキンの理想とする民主制は、原理についてのフォーラムとして機能する民主制なのである。かれは、次のように述べている。

「われわれは、いくつかの争点を政治的諸力の闘争の場から原理に関するフォーラムへと呼びよせるある制度を持っているのである。その制度は、個人と社会の間の最も深刻で最も基本的な対立は、どこかで必ず最終的には、正義の問題となるであろうという保証を提供するのである。私はその制度を宗教とも預言ともいわない。私はそれを、法と呼ぶ。」[64]

われわれがドゥオーキンの正義論を権利論的正義論と呼んだのは、かれが正義とは、等しい配慮と尊敬を受ける権利をその内容とする道徳的権利が実現されることと定義づけたからであった。正義が権利として訴訟の場において実現されるべきとしたのは、代表民主制や市場経済では、弱者や少数派の人々の存在がしばしば無視されるという認識に基づくのである。しかし、ドゥオーキンは、原理に基づく議論方法を正義の推論モデルとして訴訟の場から解き放ち、共同体における一つのシステムとして構成されるべく再評価しているのである。そして、かれはこのシステムを、「法」と呼んでいるが、これはどのようなシステムなのであろうか。

われわれは、法の支配する社会に生きている。そこで、社会において個人間、あるいは個人と共同体との間で何か問題が生じた場合、われわれはそれを法的議論に基づいて解決を図らなければならない。[65] ところで、法の究極の目標は正義の実現であり、ドゥオーキンにおける正義の推論モデルは、政治道徳と道徳的直観との整合性の達成を目標とするモデルであったから、結局われわれは共同体のいかなる場にあっても、法的問題について語るときは、そのような整合性が達成されるべく自己の主張をなさねばならないのである。われわれは、本節(1)でドゥオーキンの権利論を考察した際に、かれが裁判官ヘラクレスは垂直的秩序における整合性と水平的秩序におけるそれとの双方を

確保すべく判決を下さねばならないとしていることをみた。そうすると、われわれは、訴訟の場ではなくともおよそ法に関して議論するときはいかなる場においても、架空の存在としての裁判官ヘラクレスを想定し、ヘラクレスならば自己の主張に勝訴判決を下すであろうように、自らも先の二つの整合性の確保に努めつつ、自己の立場の正当性を主張する—このような推論モデルを擁する正義論を、ドゥオーキンは念頭に置いているのであろう。かれのこの「法的正義論」の推論モデルにおける裁判官ヘラクレスの役割りは、そうすると、ハーバーマスのレトリク論における普遍的聴衆のそれとよく似ていると指摘することができるかもしれない。いずれにしても、ドゥオーキンは、訴訟の場以外においても法的問題について議論するときは常に政治道徳のそれとして以上にみてきたようなモデルに従って議論しなければならないと考えたのである。このようないわば共同体の構成原理としての内容を有するドゥオーキンの法的正義論は、権利論的正義論をその中核に据え、これの発展形態たる性格を有するものとすることができよう。

### (3) 結　論

われわれはこれまで、ドゥオーキンの権利論とリベラリズム論とが、「道徳的権利」＝「等しい配慮と尊敬を受ける権利」を媒介として内的連関を有していることを考察し、なぜかれがこのような権利概念を設定したかに着目して、かれの権利論を正義論として評価してきた。そして、ドゥオーキンのリベラリズム論、正義論の中核概念である「等しい配慮と尊敬を受ける権利」がいかにして理論的に根拠づけられるのかへと考察を進め、ドゥオーキン自身の構成モデルを用いた手続的構成にはなお満足せず、ロールズや同じく自由概念の再定義を試みたマクファーソンと比較・検討しながらドゥオーキン権利論の哲学的部分の構成を試み、結局かれは、「友愛」という価値前提を自らの権利論の実現のために設けていると理解するよりほかはないことをみてきた。さらに、友愛は、個人と共同体のアイデンティティの確保という究極的目標のための価値前提でもあるとの結論を得たのである。

ドゥオーキンの権利論をめぐっては、法哲学的論争が極めて多彩に行なわれている。かれの権利論は、それだけコントロヴァーシャルな内容なのであろう。もちろん、本稿のように正義論としてかれの権利論を評価する立場に立っても、問題なしとはいえない。ドゥオーキンは、外的選好が入らなければ功利主

義を認めているのではないかとするハートの批判に答えて、功利主義を採るものでは全くないとしている。[66] 他方かれは、道徳的権利に根拠づけられてはじめて特定の自由への権利が生ずるとして自由への一般的権利を否定し、ある通りを一方通行にすることに一般的利益に基づいて決定を下すことは、その通りの通行方法につき道徳的権利を有するものがいない以上、何ら自由を侵害するものではないとしている。[67] この決定はいうまでもなく功利主義的決定である。すなわち、ドゥオーキンは、道徳的権利の実現が問題とならない場合には、功利主義的判断を認めているのである。では、かれが道徳的権利の問題そのものであるとして詳論した、是正措置（affirmative action）をめぐる逆差別の問題についてはどうであろうか。ドゥオーキンは、かれの所期のとおり、完全に功利主義的判断を免れているのであろうか。

この問題につき、サンデルは次のようにドゥオーキンを理解する。すなわち、ドゥオーキンの是正措置に関する理論は、個人の人格（self）からその諸能力を切り離し、共同体がこれに対して所有権を行使しうることを認めるものであり、人種差別の是正という社会的目標のためにある個人には犠牲を負いるものである点で社会功利主義（social utility）判断を認めていると して、極めて共同体主義的性格を有すると指摘するのである。そして、ドゥオーキンは、全体利益のために個人に犠牲を強いるという自己矛盾に陥っているか、そうでなければ、先のようにselfを扱うことにより諸個人間の相違を慎重に扱うことに失敗していると、サンデルは結論づけている。[68] ドゥオーキンは、サンデルに対する反論の中で、自らの是正措置に関する理論はある種の功利主義的発想に基づいていることを認めている。しかしそれは、共同体全体の幸福量の最大化のためではなく、あるべき社会の建設のため、是正措置についていうなら、人種差別のより少ない社会の建設のためであるとする。ところが他方では、共同体全体の目標のために個人が犠牲にされることは、正に自分のいう不正義にあたるとして、個人からその諸能力を切り離し、共同体がこれに主権行使しうるとするサンデルのドゥオーキン理解を批判している。そうすると、是正措置がなぜ恵まれた境遇にある者に負担を強いることができるのかが問題となってこざるを得ない。これについてドゥオーキンは、ある才能を有していることは、特定の職業や報酬を得ることまでも意味するものではないとして、一応の解決を図っているが、[69] これは明快な説明とはいえないであろう。そのように解決するなら、なぜサンデル流のドゥオーキン解釈に問題があるのかやは

り疑問となってくる。「権利と功利」という現代正義論の抱えている問題のむずかしさがここに現れているといえよう。ドゥオーキンの意図を充分に汲み取るなら、あるべき社会建設のためには恵まれた者へ負担を強いることもできるが、その負担が道徳的権利に根拠づけられた自由を制約するものであってはいけない、とこの問題について答えうるかもしれない。そうすると当然のことながら、道徳的権利に基づく自由とそうでない自由とをどのように区別するのかが問題とならざるを得ないが、結局それは法廷での主張・立証により決定されることで、一般理論により決定されることはできないのであろうか。これについてはドゥオーキンはほとんど何も論じていない。(70)

また、「友愛」という価値前提を置くことにより、かれの権利論の社会哲学をうまく構成することができたのであるが、それを価値前提とすること自体の妥当性に関してもう一つ説明が必要であろう。というのは、前項でみたように、恵まれない境遇にある者に対する同朋意識が直観にのみ根拠を有するものであるとすれば、ノヂック流の所有権理論もまた同様に理屈抜きに説得的であることはかれ自身認めているところであり、(71)道徳的直観のレベルではどちらがより妥当であるかは論証し得ないことになるからである。同時に、友愛という価値前提が共同体の構成員に共有されるための理論的保障も必要であろう。それは、共同体のコモン・センスなのか、あるいは別のものなのであろうか。そして、法的正義論（もちろん権利論的正義論の発展形態としてそれから区別されるところの意味においてであるが）の内容はいかに展開されるのであろうか。本稿における問題構成をとった場合、さらにこのような問題点が検討課題として浮かび上がってくるのであるが、その考察は他日を期すことにしたい。(72)

以上のような理論的問題点はあるにせよ、ドゥオーキンの展開した権利論的正義論は、かれ独自の新しい正義論モデルであると評価することができよう。近代市民社会は、市場経済と代表民主制という二つの客観システムを採用してきたが、市場経済は自由競争を原理とする以上必然的に敗者を生み出すことになり、代表民主制は多数決を原理とする以上やはり必然的にその意見が無視される少数者を生み出したのである。諸個人が参集して形成した客観システムにより、形成の主体たる個人の存立の基盤が崩されるという原理的矛盾を近代社会は抱え込んでしまった。社会科学的意味における疎外とは、このような状況を把えたものなのである。友愛という価値前提を設け、等しい配慮と尊敬を受ける権利の実現を担保し、しかもそれによって

個人が共同体にアイデンティティを常に持ちうるような正義論を展開したことは、近代社会が必然的に自らのうちに抱え込んできたそのような疎外状況に対する一つの解決の試みとして評価することもできる。

ドゥオーキンの権利論が語られるとき、しばしば、リベラリズム対リバテリアニズムという枠組が用いられ、[73] かれは前者に属するものとされている。この枠組みは主として、富の配分とそれに関する国家の役割りに着目して組み立てられたものである。確かにドゥオーキンは、生得の能力差異を中立化するための所得再分配政策を非常に重要視してはいる。しかし、本稿における問題構成を採った場合、かれの正義論の問題射程がそれのみで終わっているとすることができないことは、もはや多言を要しないであろう。ドゥオーキンにおいては、生得的能力差異の中立化は等しい配慮と尊敬を受ける権利の実現の一態様であり、この権利が実現されることにより達成されるべき究極目標は、個人が常にその存する共同体に対しアイデンティティを持ちうるということであった。しかもかれは、裁判における・原理に基づく議論方法を、裁判に限らずおよそ正義に関する議論がなされる限り共同体のいかなる場においても採用されるべき・正義の推論モデルとして構成しようとしているのであった。われわれはそれを、法的正義論と呼んでこれまで検討を加えてきたのである。本稿における以上のような問題構成を採った場合、ドゥオーキンの権利論は、リベラリズム対リバテリアニズムという枠組みを超えた意義を持ちうると結論づけることができよう。

注

(1) "The Economic Penetration of Political Theory" C. B. Macpherson, *The Rise and Fall of Economic Justice and Other Papers*, Oxford University Press, 1985, ch. 9

(2) ibid. p. 103, ch. 5 "Do We Need a Theory of the State" esp. p. 60

(3) Robert Nozick, *Anarchy, State, Utopia*, Bassic Books, Inc., Publishers, 1974. pp. 150-3

(4) ibid. p. 224-7

(5) ibid. p. 169

(6) R. Dworkin, "What is Equality?" *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10. no. 4. 1981, p. 338

(7) ibid. p. 327

(8) ibid. p. 306

(9) ibid. p. 312

(10) ibid. p. 313

(11) 先にわれわれは、ハードケースの理論において、ドゥオーキンが実証主義の裁量論を批判した際の根拠を、敗者が事後法により義務を課される結果になることは民主制原理に反する、ということに求めていたことをみたが（本稿一注《4》）、これは実質的な根拠になっているとはいえない。

(12) Neil Maccormic: Dworkin as Pre-Benthamite, DCJ, ch. 7

(13) ibid. p. 183

(14) 深田、前掲書二二三頁 John Mackie: The Third Theory of Law, DCJ. p. 161

(15) ibid. p. 184

(16) TRS pp. 116-7 邦訳一四五—六頁

(17) ドゥオーキン自身、マコーミックに対するリプライの中で次のように述べている。

自然モデルは、すべての道徳的直観が抽象的原理の一般枠組の中におさまりきらないとしてもその判断を下しうるのに対して、構成モデルではそれは許されないとし、「個人的生活においては自然モデルに従うべきことに恐らく理由があろうが、政治的任務に就き、自分自身のためにだけではなく、共同体のために正義の理論を発展させる責任を負った場合には、かれらは構成モデルに拠るべきである。」(DCJ pp. 278-9) としている。

(18) DCJ p. 193

(19) TRS p. 139 邦訳一八〇頁

(20) ibid. p. 271 →本稿一注（26）

同旨、ibid. p. 268 政治理論が個別化されるとは、究極的な道徳的権利が、ある法的問題の局面において個人の有する特定の権利として実現されることが要請されるということである。ドゥオーキンは次のように述べている。

「明確な諸自由への個人的権利は、平等な者として扱われる基本的な権利がそれらを要請した場合にはじめて認められるのである。」(TRS pp. 273-4) 小野谷、前掲論文四二一頁、塩野谷、前掲書四一六頁参照。

(21) TRS pp. 123-131, "Political Objection" 邦訳一五四—一六五頁

(22) AMP p. 30

(23) DCJ p. 165, p. 169

(24) TRS p. 180 邦訳一三八頁

(25) C. B. Macpherson, op. cit. p. 57

(26) TRS p. 198 邦訳二六四—五頁

(27) 本稿二注(2)

(28) John Rawls, "*A Theory of Justice*" pp. 504-5 TRS p. 181 邦訳二三九頁

(29) J. Rawls, ibid. pp. 302-3

(30) R. Dworkin "What is Equality" op. cit. p. 341
(31) ibid. p. 342
(32) ibid. p. 340 同旨 AMP p. 272 は、「平等主義者の理論では、正義の問題は、〔効用の〕総計の公正さではなく、個人と個人の関係における(person-by-person)問題となる。」としている。かれのこのような理論は、逆差別論でうまく使われている。事案の詳しい内容は後出の文献に譲ることとし、結論のみ述べると、ドゥオーキンは、バッキーが二回に渡り入試で不合格とされたのは、白人であるという人種的基準のみからなのではなく、年齢がもう少し若ければ、あるいは知力テストでもう少し点数を取っていれば入学が許されたかもしれず、また他大学の医学部を受験していれば合格できたかもしれないとして、バッキーがカリフォルニア大学ディヴィス校医学部に入学できる潜在的権利(antecedent right)は存しないとして、かれの不合格を公正な結果であるとしている(AMP pp. 301-2)。バッキー判決につき、塚本重頼『アメリカ憲法研究』(酒井書店、一九八五)二五二―九頁、久保田きぬ子「アメリカにおける『差別』判決の動向」『ジュリスト』六七四、六七七、六七九の各号参照。ただ、ドゥオーキンのこの発想を徹底させれば、ある特定の階層を対象とした是正措置そのものの公正性が問われることにはならないであろうか。ドゥオーキンは、より人種的偏見の少ない社会を建設するために必要と説くが、これはやはり政策判断的理由づけである。恐らくドゥオーキンは、一般論としては理想とする社会の建設のためにはある種の功利主義判断を認めつつも、一たびそれが訴訟の場に持ち込まれたなら、裁判官は原告個人の主張を権利の問題として扱わなければならず、いわゆる逆差別を被ることが原告の道徳的権利の侵害となっていないかどうかを審査すべき、と答えるであろう。本文後出、サンデルに対する反論参照。

なお、足立幸男「正義・効用からみたアメリカにおける優遇措置」(『京大教養部政法論集』五号、六頁)は、当人が被差別集団の一員であることのみを理由に優遇することは、それより劣悪な条件下に置かれている多数派に属する者に対する逆差別を生むとする。本文に挙げた、ロールズの格差原理に対するドゥオーキンの批判理論からすれば、問題となっている個人個人をその階層から切り離して比較した場合により劣悪な条件下にある者に対する不利益扱いは当然かれの許容するところとはならない。結局、足立氏の優遇措置批判は、ドゥオーキンに対してはあてはまらないことになる。

(33) J. Rawls, *Theory of Justice*, p. 101
(34) ibid. p. 107
(35) ibid. p. 142

(36) ibid. p. 136
(37) ibid. p. 150
(38) ibid. p. 155
(39) C. B. Macpherson, op. cit. p. 58　マクファーソンのロールズ批判は大変手厳しい。マクファーソン著、田口他訳『民主主義理論』（青木書店、一九七八）第Ⅳ論文中の「ロールズの配分的正義論」は、ロールズは資本主義の諸矛盾を資本主義の枠内で解決することを試みるという根本的欠陥を抱え込んでしまったとする。（一四八―一五八頁）
(40) ibid. pp. 78-9
(41) ibid. pp. 113-4
(42) ibid. p. 57
(43) ibid. p. 52
(44) ibid. p. 54
(45) ibid. p. 29, p. 83
(46) 本稿二注（6）、（7）
(47) TRS. p. 263 ドゥオーキンとマクファーソンが、このように国家による個人権の侵害ではなく、社会の多数派によるそれを主として問題としている点は、ミルの政治理論の今日的展開と評価することができるであろう。
　アダム・スミスが『国富論』（一七七六）において政府からの自由を体系的理論として主唱して以来、イギリスのみならず多くの西欧諸国で市民社会を私的自治に任せておけば、社会は自律的に調和的発展を達成しうると考えられたのであったが、現実にはそうはならなかった。国家権力のよる個人権の侵害は排除し得ても、市民社会内部において貧富の大きな格差が存している以上、どうしても富める者、あるいは多数派による少数派の権利侵害が発生せざるを得なかったのである。ミルが問題としたのは、このような社会の専制だったといえよう（『自由論』中央公論社『世界の名著』第四九巻二一九頁）。議会において貫徹した多数派の意向が行政によって国民すべてに対して強制されるとき、政府による公衆道徳の強制というミル・テーゼとして有名な問題が生ずるのであるが、ドゥオーキンが「外的選好」という概念を用いて問題としたのはまさにこのことなのである（TRS p. 236 邦訳三一七頁）。以上のように、ドゥオーキンの基本的発想は大体J・S・ミルに求めることができる。本稿の主たる目的は、現代正義論の問題状況に絡ませてドゥオーキン権利論の社会哲学を解明することにあり、ミルなどを中心として思想史的視座に依拠してドゥオーキン権利論を評価することには、今後の課題として取り組まなければいけないと考えている。
(48) AMP p. 200
(49) Macpherson, op. cit. p. 60

(50) 本稿二注(11)、ドゥオーキンは、自らの平等主義を、福祉平等主義とは対置される資源平等主義（equality of resources）であるとして、各人の生活に充てられるべき社会的資源の共通部分が他人にとっての機会コストにより測られるという利点を市場機構は有していることから、資源平等主義における市場の役割は積極的であるとするが、そのすぐ後に、実際の市場はしばしばその役割を果たしていないとして、やはり従属的な地位に市場機構を置く（"What is Equality?" op. cit. p. 338）。

(51) Macpherson, op. cit. p. 62, p. 56

(52) ibid. p. 53

(53) マクファーソン、『民主主義理論』一五一頁

(54) J. Rawls, *A Theory of Justice*. pp. 105-6

(55) ibid. p. 280　この点に関し、藤原保信著、『政治理論のパラダイム転換』（岩波書店、一九八五）六〇頁参照。

(56) マギー編、磯野訳『哲学の現在』（河出書房新社）二八八頁。

(57) L. E. p. 215

(58) 『哲学の現在』二八六―七頁

(59) 同、二八七頁

(60) 同、二九四―五頁。引用の前半部はノヂックに対する言及である。

(61) AMP p. 212

(62) ibid. p. 70

(63) ibid. p. 71　ドゥオーキン理論によれば、したがって、争訟として裁判所に持ち込まれなければ、裁判官は何もなし得ないことになるのである。しかし、ひとたび争訟として裁判に持ち込まれた場合は、裁判官は権利を記述する命題である原理に基づいた論証により、裁定を下さなければならない。それによりある立法措置が違憲・違法とされることもあろうが、裁判所は本来権利救済の機関として設けられている（このことはわれわれにとっては自明のことと思われるが）以上、それ自体は何ら民主制原理を損うものではないとかれは考えている。この点に関し、松井茂記助教授は、「何故彼のいう『原則』(principle―筆者）に基づいた裁判なら民主主義との矛盾は生じないと言えるのか疑問が残ろう」とされる（『法学論叢』一一巻三号六九頁注⑦）が、以上のように解することにより、一応この疑問に答えることができるのではないであろうか。ドゥオーキンにとっては、裁判官がこのような法固有の議論方法を無視することこそが、裁判官政治として批判されるべきなのである（L. E. p. 411）。

(64) AMP p. 71　同旨 AMP p. 32 は、「・・・（道徳的権利概念における）法の支配は、原理についての独立したフォーラムを付け加えることにより、民主制を豊かなものにする。それは、そこにおいては正義が実現されるであ

ろうという理由からではなく、そのフォーラムが、正義は、公共善の問題として独立に存するのではなくて、究極的には個人的権利の問題として存するという理由から、重要なことなのである。」としている。

(65) L. E. PREFACE

(66) DCJ p. 290

(67) TRS p. 269

(68) DCJ. pp. 227-237, M. Sandel "Liberalism and the Claims of Community: The Case of Affirmative Action"

(69) ibid. pp. 291-4

(70) ibid. p. 218 この点についてのハートの指摘は鋭い。ただハートは、ドゥオーキンは反功利主義として権利論を構成したために、何が道徳的権利であるかは何が外的選好であるかによって決まるとする (P. 220) が、この批判は当たっていない。何が道徳的権利であるかは、政治理論によって決定されるのである。

(71) →(60)

(72) なお、本稿執筆中にドゥオーキンの新著 *"Law's Empire"* が刊行された。基本的に同書はこれまでのかれの著述の延長線上でかかれているが、その論理展開はこれまでより哲学的色彩を強く帯びている。同書においては、具体的な訴訟から離れて、いわば共同体の構成原理として法の理論が描かれている。本稿の問題構成によっても解釈不可能とは思われないので、いずれこのようなアプローチを試みたいと思っている。

(73) 深田「現代権利論の一考察」一一八頁
本稿序でも一応の分類としてそのような枠組に拠った。

# Social Philosophy of Dworkin's Theory of Rights

Toshihiko HATATE*

Intro
I. Theory of Rights
(1) Right-thesis, Right-answer-thesis
(2) Constructive model
(3) Moral right
II. Liberalism
(1) Liberal conception of equality
(2) Justice and regime
(3) Reason of moral right
(4) Judicial activism
(5) Short summary
III. Social philosophy of Dworkin's Theory of Rights
(1) Evaluation of his theory of rights as theory of justice
(2) Social philosophy of right-based justice
(3) Conclusion

Dworkin's legal theory can be divided into two parts. The first part is his theory of rights, and the second is that of liberalism. The purpose of this article is to consider the theoretical relation between these two parts and the social philosophy of his legal theory.

In section I, we see his theory of rights. Dworkin assumes moral right as a background right for concrete legal rights. Moral right is derived from political theory which underlies various positive laws. In hard cases (and also in easy cases), judges must decide from the standpoint of political morality, because it is unclear which party should win if based on positive laws. The constructive model is the means by which judges decide in hard cases. It consists of a two-way process between the judge's moral intuitions and political theory. By this model, judges can be consistent in deciding from the viewpoint of political morality. Dworkin defines this moral right as being against majority and the state.

In section II, consideration is advanced into Dworkin's liberalism. He

* Candidate for the Doctor Degree at the Faculty of Law, the University of Hokkaido.

criticizes the general conception of liberty and equality, according to which these two political values stand in trade-off. Dworkin puts equality at the center of liberty : liberty requires the government to treat people with equal concern and respect, in other words, people have a right to equal concern and respect. He calls it a liberal conception of equality. But this right cannot be fulfilled under market mechanism and representative democracy : people in minority classes may get less through free competition, and their voices are often neglected among representatives because "external preferences" have penetrated into representative democracy. He says since class is a morally irrelevant factor in his liberalism, minorities should have a right to redistribution in the name of justice. Now we can understand why Dworkin puts moral right behind concrete legal rights. According to Dworkin, moral right has the abilities to even out the political and economic power between the people of minority and majority classes, and to fulfill justice. This moral right may be identified as a right to equal concern and respect. Dworkin's liberalism, constructed in this way, requires judicial activism.

In section III, we consider the social philosophy of Dworkin's legal theory. As noted above, he evolves the theory of justice not in the political or economic dimension but in the legal dimension, so we can call it right-based justice, or legal justice. He criticizes minimal state theory or conservativism because a right to equal concern and respect cannot be fulfilled with such theories. He deduced this right from the constructive model, and this model consists of a two-way process between judge's moral intuitions and political theory. Therefore, whether the outcomes through this model are liberal or conservative depends completely on the contents of political theory. What Dworkin should have done is to deduce a right to equal concern and respect from political theory or political philosophy. He does not do so explicitly, so from his social philosophy which is well-detailed we must try to form a philosophical base of a right to equal concern and respect, Dworkin's right-based justice.

If we assume maximizing market man as a norm, then liberty and equality stand in trade-off. Dworkin assumes a man of self-respect, independence and dignity as a norm. But this assumption of humanity is not sufficient to resolve the conflict between those two philosophical values. To reach a resolution, another value should be added. That's why Dworkin at last premises fraternity. In the community with fraternity, each member treats others just like his or her own family. Therefore each member

willingly accepts the concept of social union which means that differences of natural talents and in social situations must be neutralized. It is the purpose of the fulfillment of a right to equal concern and respect itself. In constructing his theory of right-based justice or legal justice based on the social philosophy above mentioned, Dworkin tries to show a theory of the community where every member is identified as a full member of it.