

医療倫理における手続的正義と討議民主主義

稲 積 重 幸

はじめに—医療倫理の諸問題の背景—

医療倫理の多岐に亘る諸問題を生み出した背景には、先端医療技術の進歩とそれに伴う社会のドラスティックな変化が存在する。

医療倫理の分野で近年、法律学において話題となったものは、脳死、臓器移植、体外受精、代理母、遺伝子治療、クローン技術など枚挙に暇がない。しかも、DNAの二重らせん構造がワトソンとクリックによって発見されてから未だ60年経っていないことに鑑みれば、医療分野での急速かつ長足の進歩は驚嘆に値する。

こうした先端医療技術の進歩は、科学と自然についての従来のパラダイムを完全に転換させ、人間が「神を演ずる」Playnig God¹と

1 ロナルド・ドゥウォーキン著、小林公他訳『平等とは何か』（木鐸社、2002年）560-561頁には次のようにある。「新世紀に向けて遺伝子関連の新技术は様々な道徳的、社会的、政治的問題を生み出すだろう。我々には、特にこうした諸問題を明確にし、また評価していく必要がある。ある程度までは、これらの問題は既に差し迫ったものとなっている。遺伝子検査によって、疾患に対する予測や素質が明らかにされうるし、また新しい種類の遺伝子検査は急速に展開されつつある。したがって、我々は非常に難しい問題に既に遭遇している。すなわち、こうした遺伝子検査はどの程度、そしてどんな場合に認められ、要求され、あるいは禁止されるべきなのか。雇用者側や保険会社には、検査結果を要求したり尋ねたりすることが認められるべきなのか、そうであるとするならそれはどの程度のものでか。これらの問題のうち、いくつかはまだ推測的なものである。なぜなら、遺伝子科学が特定の方向に発展してはじめて、我々はそうした問題に遭遇するからである。例えば、クローン人間を作ることが可能となったり、知性的な子どもあるいは攻撃的でない子どもにするために妊娠初期の胎児の染色体をがらりと変更

評されるまでに至っている。

とりわけ遺伝子工学の発達につき、アメリカの憲法・医事法学者であるジョージ・アナスは次のように述べる。

「遺伝子工学は、過去十年において最も加熱した科学のarenaとなっただけでなく、アメリカの生命倫理の熱い論争の場ともなったのである。遺伝子工学に関する憶測に基づく将来性ほど多くの論争をもたらしたものはない、……。今から千年後人類がどのようなものとなっているか誰も分からないが、どのようなものになってほしいかに関して真剣に議論することは可能であるし、議論すべきである。人類について独自のものは何か？人類であることにつき独自のものは何か？人類そのものを保存するために人類のどのような特徴を保存しなければならないのか？『より優れた人類』とはどのよ

することが可能となったとしよう。その場合に人々は、特定の状況下では、あるいはどんな状況下でも、これらの遺伝子操作は望ましくないものかどうかを決定しなければならないだろう。そしてそれらが望ましくないとすれば、当該遺伝子操作が法によって禁止されるべきかどうかを決めなければならなくなるだろう。」と。この「望ましくないものかどうかを決定」する、あるいは「法によって禁止されるべきかどうか」を決めるといった、特定の医療問題に係る意思決定の諸問題を手続的正義の側面から検討することこそ本稿の目的である。

ちなみに、「神を演ずる」ということにつき、アメリカの生物学者、クリフォード・グロブスタインClifford Grobsteinは、次のように言う。「『神を演じる』という表現は、批難の意味をこめて用いられるが、これは、人間が神のような全知を持たずに神の様な決定を下すということを意味するのである」と。ただ、グロブスタインは、人工授精や体外受精など、生殖補助医療で人間が行っていることは、神を演ずるのではなく、人間が今までなしてきたことをしているに過ぎないと言う。グロブスタインはこう述べる。「社会的に認められた目的があるので、責任ある人間といえども、全ての予知できる危険を避けるわけではないし、机上の空論である危険を恐れるようなこともしない。彼らは、できる限り遠い将来にまで及ぼす影響を徹底的に調べながら物事を進め、差し当たり適切と思われる決定をし、後になされる決定は、より偉大な経験がもたらす知識を十分知悉してなされるので、より良いものになると考えている。これは、神を演じているのではない。それは人間に他ならない。それも、知識が不十分であった時代において伝統となった宗教や他の禁忌に以前はしばしば屈していた領域にみられる人間に他ならないのだ」と。Clifford Grobstein, *From Chance to Purpose: An Appraisal of External Human Fertilization* (Addison-Wesley Publishing Company, 1981), p.67-68.

うな人類なのか？仮に遺伝子工学技術が成功したら、人類が抑え込もうとする人類の特徴は何か？また、人類が促進しようとする他の特徴は何か？仮に人類の権利や威厳というものが、人類の本質に依存しているとしたら、威厳や権利を侵害せずに、『人間らしさ』を変えることは可能なのか？²。このような遺伝子工学に対する危惧、懸念は洋の東西を問わない。

遺伝子工学を含む先端医療技術の進歩に対し、例えば、日本において、法が何らかの籓をはめようとした最たる例がまさにクローン規制法（ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律）である。同法により、クローン技術による出産は本来の医学のあり方から明らかに逸脱するものとして禁止されることとなった。同法16条は、クローン人間をつくった者に10年以下の懲役もしくは1千万円以下の罰金を科している³。同意殺人が7年以下の懲役、同意墮胎致死傷が5年以下であることと比べても、軽いものでは決してない。しかし、このように特定の医療行為を禁止する法は日本におい

2 George J. Annas, *American Bioethics* (Oxford, 2005), p27. 遺伝子工学や先端生殖医療技術など科学の進歩が人々の不安の原因となっているという問題に関し、ジョン・アダムスは、「科学が危険を生み出す速さが、科学が危険を取り除く速さよりも早いかどうかは、科学技術恐怖症technophobesを、科学好きtechnophilesや科学音痴techno-agnosticsから切り離す問題である」という。つまり、遺伝子工学や先端医療技術が、利益となると信じている者も、害悪となると信じている者もいずれも、不確かな実体のない信条に基づいているというのである。

John Adams, *Risk*, Routledge (Digital Printing 2009), p198-199.

3 諸外国のクローン規制にも、日本のクローン規制法同様、クローン人間を作った者に処罰が科される。この点につき、龍谷大学「遺伝子工学と生命倫理と法」研究会編『遺伝子工学における生命倫理と法』（日本評論社、2003年）を参照。ちなみに、フランスの生命倫理法は、クローン人間づくりを「人類に対する罪」とし、禁錮30年、罰金750万ユーロ（10億2000万円）の罰則を設けている。なお、クローン技術と憲法13条の関係については拙稿「クローン技術と憲法13条の射程」大東文化大学環境創造第9号、2006年、参照。ちなみに、2005年に、クローン禁止宣言が国連総会で採択された。これにつきアメリカは、イタリアや中国とともにクローン技術の全面禁止を求めたが、日本はこれに反対した。同宣言には法的拘束力はない。

ては、医事法全体からすれば非常に少ない⁴。これほど医学が進歩している現在日本においてもなお、医療行為一般、また臨床研究一般を規制する明確な法律や倫理が存在するとは必ずしもいえないのが現状である。ただ法の存在とは無関係に、医学というものが、人間の健康と関係を持つのは明らかである。そして、人間の健康という概念は、人間の健康と直接に結び付く人間性という概念と同様に固定的ではなく、時代とともに変動してゆくものである。したがって、仮に人間の健康がクローン技術を必要とし、その必要性が人間性に反しないとされる時代が到来すれば、クローン規制法も改正ないし廃止されることになるかもしれない⁵。

4 医事法規の中心法規とも言える医師法は、20条で無診察治療を禁止し、21条で異状死体等の届出義務、22条で処方箋の交付義務などを規定しているが、これらは医師の業務に関し一般的な義務を定めたものにすぎず、個別具体的な医療行為を禁止したり規制したりするものではない。なお、医師法21条に関しては、拙稿「医師法21条と医師の黙秘権」大東文化大学環境創造第10号、2007年、参照。

そもそも一般に、医事法というものがどのような対象をカバーするものであるかについては、宇都木伸、平林勝政編『フォーラム医事法学』(尚学社、1997年)、vii以下を参照。

アメリカのロースクール、メディカルスクールなどで、医事法の対象となるのは、医療提供と財政の問題、診療関係、病院の規制と労働法、患者医療の倫理的問題といったように多岐に亘る。しかも、日本の医師法19条のような医師の応召義務を命じ、医師が黒人などのマイノリティーを、差別的に診療拒否することを禁ずる法律が存在しない。そのため、公民権法第6編が援用されているといったように、アメリカの医事法規を统一的に規制する法は存在しない。マーク・ホール、アイラ・エルマン、ダニエル・ストラウス著、吉田邦彦著『アメリカ医事法』(木鐸社、2002年)、82頁。

5 医学の能力の拡大につき、ハーバード・ロースクール教授のチャールズ・フライドCharles Friedは次のように言う。「医学の発展する拡大と、万人にケアの最善を提供しようという発展する責任の認識は、何百年の間、共通の同意と医師の沈黙によって表面下に埋められてきたジレンマの認識を推し進めてきた。今や思慮深い者であれば誰でも、仮に持続的で徹底的な医学研究を行わなければ、新しい治療法の恩恵に預かれず、また、不十分な試験しか行っていない新しい治療法によって害悪を受け、あるいは、一般には承認されているが不健全な古い治療法によって害悪を受けるといった危険に遭遇するのであるということを認識しているにちがいない。さらに、危険を冒さないとこでは、無駄なことをしてしまうおそれがある。また、少数の者に提供するものを全ての者が利用できるよう

一方、21世紀の現代においてもなお、多くの諸文化で、医学は宗教と結びつき続けている。このこと自体、驚くべきことでもないし、また、異常なことでもない。そもそも、文化によって、個としての人間と社会的存在としての人間に関する哲学的前提そのものに差異が存在するのは明らかであるからである。人間についての哲学的前提が異なれば、自ずと、医学や健康に関する考え方も異なるであろう。そして、これらの考え方の相違は倫理観の対立となり、道徳的な議論の対立となる。私たちは、日々、文化同士の戦争とまでは言えないにしても、文化の小競り合いskirmishに直面している。これらには小競り合いでは終わらない、解決できないほど苛烈な対立もあるかもしれない⁶。さらに、そこでの対立においては、いずれかの考え方が正当であると判断することが非常に困難である。ヘーゼル・ビッグズは、端的に「倫理に関しては、正しい答えや間違った答えというものは存在しない⁷」と言う。また、ペレグリノ＝ト

にする社会的責任に鑑みれば、全ての支出は潜在的に百万倍にもなるのであり、その見地からすれば、無益な治療方法、すなわち無駄な手続きは、ある地域全体の学童の一年間の学校教育を代償にしかねないのである」と。Charles Fried, *Medical Experimentation: Personal Integrity and Social Policy* (North-Holland Publishing Company, 1974), p.4-5.

医学の進歩を止めることはできず、その進歩のためには臨床研究は避けられない。国民自身、臨床研究がなされなければ、安心して新薬などの恩恵に預かれなことを十分認識している。しかし、その反面、臨床研究が人間をモルモットのように扱う非人道的な行為として行われる危険性も認識しているのである。臨床研究の著しい発展、拡大も、医療倫理に関する諸問題の背景として無視するわけにはいかない。

6 Seyla Benhabib, *The Claims of Culture – Equality and Diversity in the Global Era* (Princeton, 2002), p.1

7 Hazel Biggs, *Healthcare Research Ethics and Law*, (Cavendish, 2010), p.X. ヘーゼル・ビッグズの同書は、主に治験におけるインフォームド・コンセントや治験委員会と法との問題を扱っているが、インフォームド・コンセントに関しては次のように言う。「自律の本質や情報提供の実用性に関する不安にもかかわらず、研究に参加することを考えている全ての人の尊厳、安全、福祉が適切に守られることが重要である。インフォームド・コンセントでは完全ではないかもしれないが、治験に参加する者に研究に自己決定や自律を行使し、関与すべきかどうかを決定することを可能にさせるための最善の手段である。」と。Ibid. p.93.

マスマは悲観的に次のように言う。

「道徳的な議論は結果が出ないだけでなく、無益である。というのも、各人が正義と善を自身で決定するからである。共通の善を求めて理性ある公共の討論としての倫理の道徳的な概念は放棄された。なさなくてはならない事柄や、決してしてはならない事柄に対する何らかの同意から来る共同体の同一性といった意識はすでに失われているのである。⁸⁾」

これらの二点こそ、現代医療の背景に存在する問題であろう。つまり、先端医療技術の進歩と法による規制という問題と、文化的多元主義等に由来する医療の根底にある宗教観・倫理観の矛盾・対立⁹⁾

8 ED. Pellegrino, DC. Thomasma, "The Conflict Between Autonomy and Beneficence in Medical Ethics: Proposal for Resolution," *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 3 (23) (1987), p34.

9 このような倫理観・宗教観の相違は、国家間のみならず、一国の内部でも見られる。だからこそ、医療の現場で争いとなりうるのである。ドゥウォーキンによれば、アメリカは、2004年の大統領選挙で、ブッシュを支援する州の人々(レッド・カルチャー)とケリーを支援する州の人々(ブルー・カルチャー)に二分され、そこでは、明確で和解し難い対立が諸問題をめぐり見られるという。例えば、レッド・カルチャーは、公共の場にもっと宗教がもっと多く顔を出すべきであり、高い税金は経済を阻害し、テロとの戦いを抑制することは狂気の沙汰であり、墮胎は殺人に他ならないとするのに対し、ブルー・カルチャーは、公共の場には宗教はあまり顔を出さないようにすべきであり、税制により富の公平な分配を図るべきであり、テロの容疑者の人権も擁護すべきであり、墮胎は女性の自由の行使に他ならないとする。Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible?* (Princeton, 2006), p2. ただ、このように分裂しているレッド・カルチャーとブルー・カルチャー双方がともに認める共通の原理が存在するとドゥウォーキンは同書で述べている。

また、医療の進歩に見られるような科学技術の発達と、価値多元主義の支配はそれぞれ、現代人権を取り巻く状況に影響を及ぼしている。この点、レヴィナスは過不足なく説明する。レヴィナスによれば、科学、技術の発達は、人権を現実的に尊重することにもつながるが、人権を阻害することにもなるという。「例えば、一見して好ましい社会技術の結果に他ならない、完全に産業化された社会や、全体主義的な社会では、人権は、まさに社会技術が動機をもたらすプラクティスにより侵害されてしまうのである。機械化と奴隷化である。」Emmanuel Levinas, (translated by Michael B.Smith), *Outside the Subject*, (Continuum,1987), p.95. また、価値多元主義に関して言えば、他者性を論じたレヴィナスにとって十八番であるが、そこでは、人権の尊重というよりも、まさに譲歩と妥協Concession and compromise!ということになってしまうのである。Ibid.,p.97.

を统一的に解決する方法の模索という二つである。

これら二つの問題のうち、前者は医学者・科学者の研究を無視して、満足のゆく解決は不可能である。しかし、後者は医学・科学の深い専門知識を必要条件とするものではない。また、後者の問題では、とくに患者の人権への配慮、患者と医師の関係、手続的正義の問題など、法学者が多少なりとも役割を果たせそうである。そこで、本稿は、この後者の問題を、手続的正義の視点から検討しようとするものなのである¹⁰。

第1章 実体と手続

第1節 法と倫理

法と倫理について検討する前に、憲法と倫理の間にどのような関係があるのか簡潔にふれる。なぜなら、憲法を専ら国家権力のあり方を規定する客観的規範であるとし、倫理を個人によって差異のある相対的な主観的規範そのものであると捉えるならば、両者は全く関係がないようにも思えるからである。

従来、憲法学においては、個人の尊厳や人権を対象とする人権論からでさえも、医療倫理の諸問題を扱う論文はそれほど例が見られなかった。

もっとも、最近では、先端医療の分野において、個人の尊厳との文

10 グロブスタインは、体外受精など生殖医療技術に関する生命倫理の問題を扱う方法は三つのレベルが必要であるという。それは、①新技術の実体に関する技術的科学的なレベル、②生命倫理に関する科学的知識、意思決定機関、社会全体の目的などの相互関係を扱うレベル、③人間の目的それ自体を問うレベルの三つである。Clifford Grobstein, op.cit, p.xiii.

ここで、①については、科学者、医学者の研究が不可欠である。③については哲学的、宗教学的といった形而上学的な研究が中心となろう。社会科学の一つである法学は②を対象とせざるを得ない。本稿も医療倫理の問題を、個人の意思決定に他の機関、そして、医師は患者とどう関与してゆくべきなのかといった手続的側面から、患者、意思決定機関、社会の相互関係を検討してゆく。

脈から論じる論文は以前よりは見かけるようにはなった。しかしながら、憲法学を国法学とほぼ同義に位置づけ、憲法の教科書の劈頭には必ず、「国家とは何か」という個人の私生活とは一見したところあまり関わりをもたないような章から始まる従来の憲法学は、殊更倫理的、道徳的な問題を避けてきたように思われる。いや、始めから領域外のものとしてきたのかもしれない¹¹。それは、憲法学が公法という法律学の一分野であるという立場を堅持し、個人の倫理観のような私的な領域は憲法の射程外であるとしたほうが、個人の自由にとって望ましいと考えていたからであろう。このような憲法と倫理や道徳との峻別こそ国民の自由に資するといった考え方その

11 例えば、戸波江二、棚村政行他著、『生命と法』（成文堂、2005年）など。また、ドイツ憲法判例研究会編、『未来志向の憲法論』（信山社、2001年）はドイツの判例を中心に検討しているが、同書Ⅲ「科学技術と憲法」には、憲法と医療倫理の諸問題を扱った論文が幾つかある。同書において、栗城壽夫「法と倫理」は、法と倫理の分離こそ近代法の特徴であるとし、その理由を次のように言う。「社会秩序の維持に責任をもつ者が外部的行為を規制することで満足し、内心を規制することを断念せざるをえない状況、即ち、人間の自律を尊重せざるをえない状況が生じたためであり、人間の自律を尊重することが社会秩序の基本原則とされた」からであると。ところが、現代においては「法が倫理に実質的根拠をもたねばならず、倫理にその補完を仰がなければならない」と指摘している。

ちなみに、高井裕之「憲法と医事法との関係についての覚書」『現代立憲主義と司法権—佐藤幸治先生還暦記念』（青林書院、1998年）は、アメリカの医事法関連の判例を概観し、憲法の医事法で果たすべき役割について述べており、示唆に富む。同書306頁には次のようにある。「日本国憲法の手続的理解を徹底しそれ以外の実体的価値を排除すべきかはともかく、少なくとも憲法を一定の政治過程を規定するものと理解し、その過程の維持が裁判所の重要な役割であることには異論は少ないであろう。その主要な柱は制度的な手続保障と情報の自由な流通である。」と。

また、憲法学の従来の教科書の劈頭に国家を論じていたのは、従来の憲法学が法律学というよりも、極めて政治学的であったからだともいえる。この点、ウルフは次のように言う。「政治は国家の権力の行使か、その行使に影響を及ぼす試みである。したがって、政治哲学は、厳密に言えば、国家の哲学である。仮に、政治哲学の中身を決定し、政治哲学がいやしくも存在するかどうかを決定しようとするなら、まず、国家の概念から始めなければならない。」Robert Paul Wolff, *In Defense of Anarchism*, California (1998), p.3.このウルフの書き出しは、従来の多くの憲法学の教科書の劈頭を想起させるものがある。

ものは不当なものではない。

しかし、そうではなく、仮に、国家が憲法を作るのであるという発想が従来の憲法学の根底にあるとしたら、それは憲法が国を作るという近代憲法学の常識そのものに反することになるだろう。

もっとも、憲法学だけでなく、法律学そのものが倫理や道徳のような問題とは無関係であると考えられていたようにも見える。実際そのような主張も存在するのである。例えば、法実証主義の立場に立つ、アメリカの裁判官でありプラグマティスト法学者でもあるリチャード・A・ポズナーRichard A. Posnerは「私生活だけでなく法律においても、道徳理論を实践することなく、また道徳理論を考えることさえせずにやってゆくことは可能である¹²⁾」という。

ポズナーは、後に見るロナルド・ドゥウォーキンやジョン・ロールズの取る立場を道徳理論に過ぎないものであると位置づけ、「彼らは、法律が倫理のすぐ後を追う必要は必ずしもないが、法律が道徳理論に従うことを望んでいる¹³⁾」と非難する。

これに対し、ドゥウォーキンは、ポズナーは自己の主張をいかなる哲学的理論にも基づかせたくないとし、自己の判決についての見

12 Richard A. Posner, "The problematics of moral and legal theory", *Harvard Law Review*, 111 (1998 May), p1638.ポズナーはmoralityについて語っているが、moralityとethicsは、ほぼ重なりあうと思われる。近年出版されたポズナーの著書においても、道徳と裁判官につき、次のように述べている。「私の分析と分析に基づく諸研究によれば、裁判官は道徳的、知的な巨人ではない（悲しいことに）、預言者、神官、弁護士、計算機でもない。裁判官は、全く人間的な労働者であり、他の労働者と同様に、自らの働く労働市場の諸条件に従っているのである。」Richard A. Posner, *How Judges Think* (Harvard,2008), p.7.ちなみに、ポズナーのようなプラグマティズムにつき、ルーベンフェルドは次のように言う。

「プラグマティズムは、今日、多くの法分野で流行である。しかし、プラグマティズムへの関心は、解釈の全体の学派からは離れた方向へ向かっている。法的プラグマティズムの主要な現代の主張者が率直に認めるように、真にプラグマティックな裁判官は、自己が『憲法や制定法に従う道徳的あるいは政治的な義務さえ』有することを否定するのである。」Jed Rubenfeld, *Revolution by Judiciary*, (Harvard,2005), p.10.

13 Ibid, p1640.

解を何ものにも頼らずに存在しているものfree-standingと考えている、という¹⁴。

ポズナーによれば、法律学は何らかの哲学的理論に従う必要はな

14 Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (The Belknap Press of Harvard University Press, 2006), p.60. ドゥウォーキン は、ポズナーのことを次のように評している。「朝食の前に一冊の本を書き、正午前に幾つかの判決を下し、午後の間はずっとシカゴ・ロースクールで教鞭をとり、夕食後は脳外科手術を施す受け者の判事」(Ibid, p.50.) であるとする。また、ドゥウォーキンはポズナーの見解を次のように批判する。「ポズナーによって表明された目標は、道徳ではない。道徳については、彼は討論しないと言っている。彼の目標は彼が道徳理論moral theoryと呼ぶものである。彼は、仮に道徳が非道徳的な主張によって墮落させられることはあり得ないとしても、道徳理論は墮落させられると考えているのかもしれない。しかし、もしもそうであるならば、彼の理論は失敗している。なぜなら、彼の区別自体が混乱しているからである。彼は一般人の心をとらえて離さない道徳的判断や推論と、階層的な生まれた環境や文化から切り離された学問の世界のみが関与する道徳理論との間の区別は種類における区別であると考えている。しかし、この違いは、いやしくも、とらえどころのない程度の問題としてののみ擁護されるものなのである」(Ibid., pp.78-79.)。つまり、ドゥウォーキンは、道徳的判断と道徳理論との違いはポズナーの言うほど明確に区別できるようなものではないというのである。

これに対して、ポズナーは、ドゥウォーキンについて、次のように述べる。

「法律の二つの概念が問題となる。一つは、アントン・スカリアとロナルド・ドゥウォーキンの法哲学の間にある相当な隔たりに現実には及ぶものであるが、法律は政治や政策とは区別できるものというものである。法律は規範、権利、原理からなるものである。他方の概念は、法律は、少なくとも、裁判官の研究に関する限り、権利侵害に対して、発狂しない限り、裁判官の公式資格において、また権利侵害に対する裁判所による弾劾において、裁判官が行うものであるというものである」。Richard A. Posner, *op.cit.*, p.175.

法律が規範、権利、原理からなるとする法律概念をポズナーは法律尊重主義legalismと呼び、後者のプラグマティズムpragmatismと対比させた上で、ドゥウォーキンを法律尊重主義者legalistと呼ぶのである。

ポズナーがドゥウォーキンを法律尊重主義者と呼んだとしても、いわゆる原意主義者originalistとは異なる。この点ファロンは、ドゥウォーキンが原意主義者と異なる点につき次のように言う。「もしかすると、原意主義者に対する最強の知的好敵手、おそらくそれは法哲学者ドゥウォーキンの著作に具体化されているが、彼は、最高裁判所を究極的な『原理のフォーラム』と特徴づける。ドゥウォーキンによれば、原意主義者にとっての裁判所の支配的な機能は憲法の一つの真の意味を特定することである。しかし、原意主義者と対比的にドゥウォーキンは、憲法の意味と元々の意図や理解とを同一なものとすることを拒絶するのである。

いし、従うのは有害なのである。そして、法律の規範的解釈が道徳理論に依存しないとする論拠として、ポズナーは、以下の三点を挙げる。第一に、道徳は地域に極限されるものであり、普遍性を有しないということ¹⁵。第二に、道徳の示す現象は道徳に言及しなくとも説明が可能であるということ¹⁶。第三に、道徳理論は人間の行動を倫理的に向上させることはないということである。

道徳理論が人間性を倫理的に向上させることはないとする第三の論拠の理由として、ポズナーは次の五つを挙げている¹⁷。①道徳を知るということは、必ずしも道徳を行う動機をもたらさないということ。②道徳的な直感が自己の利害と衝突したり、対立したりする場合は、道徳は無力であり、そうした衝突、対立のないときは、道徳は無益であるということ。③道徳理論家の間において、道徳理論が多岐にわたるため、読者はたやすく自己の好みにあった説得力のある合理性を選択することが可能になるということ。④現代の哲学者の特徴を鑑みれば、道徳理論が道徳的改革やその動機を導くことはないといえること。⑤道徳哲学に触れることによって、人はより自己の行動の合理化に熟練することになり、より哲学的・道徳的でなくなるということ。端的に言えば、法律を解釈することは、倫理や道徳といったものに依存しない作業であり、仮に法律が道徳に依存するとしても、それにより人間性が向上することはないとポズナ

彼によれば、憲法は非常に道徳的で哲学的な探求によってはじめて適切に特定できる『諸原理』を具体化しているのである。』Richard H. Fallon, Jr., *Implementing the Constitution* (Harvard, 2001), pp.3-4.

15 Richard A. Posner, "The problematics of moral and legal theory," *Harvard Law Review*, 111 (1998 May), p.1640.

16 Ibid., p1641.

17 Ibid., p1641.

一はいうのである¹⁸。

たしかに法律解釈にはそのように倫理・道徳といった価値に左右されずに機械的に条文を適用するという一面があることは否定できない。しかしながら、法解釈は、法の意味を認識する作業であり、そこでは、複数の認識が成り立ちうる。そして、そのうちの一つの解釈を選択することは、当然実践的な価値判断を伴う。つまり、法解釈はつねに価値観の対立が反映されるのである。ポズナーもこの点まで否定してはいない。

例えば、クローン規制問題に関して、個人の自由としてクローン技術の利用を望む者の自由と、国家が法律による規制によりクローンを禁止する姿勢とは真っ向から衝突する。これはまさに規制される個人にとって人権問題、憲法問題に他ならないのである。特定の法律がクローンを規制する理由として、クローン技術が倫理的に許されないとすることは、国家が、特定の倫理的価値判断に依拠していることを示しているのである。これに対して、クローン技術を用いて子供が欲しいと願う両親にとっては、クローン技術が利用できないことこそ反倫理的な措置ということになり、クローン規制法は著しく反倫理的なものとなるのである。

18 この点、ドゥウォーキンは次のようにポズナーを批判する。

「ポズナーの主張する『強硬な』命題に、いかなる道徳理論も道徳的判断にとって『確固たる基盤』を提供しえない、というものがある。勿論、この命題自身、道徳に関する理論上の大域的な種類の命題である。というのも、何らかの種類の道徳的主張が他の道徳的主張にとって『確固たる基盤』を提供するかどうかという問題は、それ自身道徳的な問題であるからである。例えば、人種差別を批判する原理がアファーマティブ・アクションを非難する確固たる基盤を提供するかどうかということは道徳的な問題である。つまりそれは、その原理が健全であるかどうかは、その原理がいかにしたら最善に解釈されるか、最善の解釈をされた原理が影響力を有するかどうか依存するのである。

これらの道徳的な問題は、ポズナーの講義の大部分を占めている経験的な問題とは厳密に区別されなければならない」と。Ronald Dworkin, op.cit., pp.81-82.

ポズナーとドゥウォーキンの差異は、ポズナーはあくまでも、一般人の道徳的判断と、学者の言う道徳理論とは明らかに別物であるとするのに対し、ドゥウォーキンはそのような区別をはっきりとはできないとすることからくると思われる。

この場合、憲法の問題ではなく、クローン規制法という医事行政法の問題に過ぎないというのはいささか強弁であろう。なぜなら、先に述べたように、憲法は国家の法の基本法であり、また、自由の基礎法である以上、すべての国法は憲法の人権規定に反することはできないのであり、個々の法律を憲法の原理に基づいて検討する必要は常に存在するといえるからである。

また、アメリカにおいて、生命倫理の問題としてまず挙げられる墮胎の問題にもこのことは当てはまる。ロウ対ウェイド事件で、アメリカ最高裁は、母体の生命保護を目的とする中絶以外の中絶を犯罪としていたテキサス州の中絶法を違憲とし、中絶する権利を認めさせた（賛成7対反対2）、そこでも、倫理と憲法の認める人権をめぐり見解が対立しているのは明らかである。ポズナーは端的に次のように言う。「墮胎の権利に反対する裁判官のほとんどは、このような権利に対するプラグマティックな評価というよりもむしろ、宗教的信条から、反対しているのである。¹⁹」と。もちろん、宗教と倫理は同じものではない。また、これは裁判官個人の宗教観が異なるだけという見方もできる。しかし、ここでも、憲法が中絶の権利を認めているという立場と、それは倫理的、宗教的に間違っているという立場が衝突していることは否定できないのである。

このように、憲法と倫理は無関係とはいえず、応用倫理の諸問題

19 Richard A. Posner, *How Judges Think*, Harvard (2008), p.13.

たしかに、ロウ対ウェイド事件Roe v. Wadeは、実に様々な問題を含み、論者をかくも二分させた問題は珍しい。それは、プロライフ対プロチョイスの対立、原意主義対非原意主義の対立、実体的デュープロセスをめぐる正否の争いなどを含む。さらに、ロウ判決の手法に誤りがあるという批判もある。ジェド・ルーベンフェルドJed Rubenfeldは次のような批判をする。「墮胎が害悪を及ぼすことを認識することはロウ判決を批判することにはならない。憲法が保護する多くの行為は、有害なものなのである。宗教上のイスラム原理主義は多くの点で有害なものとなりうるが、憲法的保護を受けないわけではない。問題は、ロウ判決が、墮胎を完全に無害な行為とみなすことを要求する原理によって説明されるというその手法のまずさなのである。」Jed Rubenfeld, *Revolution by Judiciary*, (Harvard, 2005), p.187.

においてはとくに、憲法の人権原理と国家の諸規制が衝突することは少なくはない。したがって、憲法の人権規定と応用倫理の関係を検討する意義は様々な応用倫理の分野で大いにあると思われる。

では、次に、法と倫理の関係はどうか。

まず、法は規範であり、倫理も端的に言えば「社会規範」であり、「社会道徳」である²⁰。通俗的な意味では、法には強制力があり、国家権力によってこの強制力が担保されているが、倫理には法のような強制力はないとされる。

倫理と法の間を分類すると、①内的な関係がある場合²¹、②内的な関係がない場合、③矛盾対立する場合の三つに分けられる。

これら三つの関係それぞれにつき、倫理と法に関する問題が見てとれる。例えば①については、ある法が正しいのは、その法と関係を持つ倫理が正しいからなのか、②については、倫理と無関係な法はその正しさをどこから導き出しているのか、③については、倫理に矛盾する法は正しい法なのか、などの問題である。

ここで、①の法と倫理が内的関係を有する場合の倫理と法の問題につき、患者の自律の尊重、患者のプライバシーといった倫理原則を取り上げて倫理と法の間をみでみる。元々、自律やプライバシーというものは権利として意識されず、倫理的な観念でしかなかった。

また、そもそも、法とは強制をその重要な要素としている以上、本来的に、個人の自由な選択の行使を阻害しうるものであり、個人

20 稲葉一人「法の基礎」赤林朗編著『入門・医療倫理』（勁草書房、2005年）、91頁

21 法と道徳をつなぐものとして法の道徳性について述べ、法が秩序として機能している以上、そこには内包されている道徳的要素があり、まさにその道徳的要素が法を法ならしめているのであり、「悪法は法ではない」と主張する学者にロン・フラーがいる。Lon L.Fuller, *The morality of Law* (New Haven: Yale University Press,1965). また、ドゥワオーキンによれば、ロン・フラーは「手続的正義の最小限度の要請も満たされなければ、法は存在しない」と明言しているという。Ronald Dworkin, op.cit., p3.

の自律を損ねかねないものなのである。したがって、法が自律という倫理に反しないためには、個人の自由を最大限に保障できるように制定されなければならないのである。そして、法が個人の自由を最大限に保障するならば、次の二つのことが担保されることになる。一つは、法が自律している個人の存在を尊重する機能を果たすということ、もう一つは、個人が国家の支配や管理から自由であることが可能となるための個人のプライバシーを発展させるということである。端的に言えば、法が、自律やプライバシーといった倫理原則を権利にまで高めて保障する機能を果たすのである。内的関係を有するとは、単に、法と倫理が重なるということだけではなく、ある倫理を権利にまで高める役割を法が担う、端的に言えば、法が倫理に強制力を付与するという関係も含むのである。

アメリカでは、法の中でも、とりわけ判例法がこのような重要な役割を果たしてきた。

例えば、グリズウォルド対コネチカット事件²²では、連邦最高裁判所は、それまでアメリカ憲法が明文で認めていなかったプライバシー権を、修正1条、3条、4条、9条から導き出すことが可能であるとしたのである。このような手法は、ロウ対ウェイド事件²³でも踏襲され、同事件は、墮胎というものを本質的に私的なものであるとし、アメリカ憲法は妊娠中絶の権利を認めたのである。

ところで、これら倫理と法の問題を考える上で、法を実体法 substantive law と手続法 procedural law とに分けることが有効である。特に、倫理という主観的に論じられる機会の多いものについての議論の混乱を避けるには有効と思われる。なぜなら、ある倫理上の問題を含む意思決定が正しいといえるかにつき、その意思決定が実体として正しいとされる内容を含んでいるからなのか、あるいは、その意思決定が手続的に正しい手順をふんで下されたのかは区

22 Griswold v Connecticut 381 US 479 (1965)

23 Roe v Wade 410 US (1973)

別されなければならないからである。

この実体法と手続法の区別に対応して、日本国憲法になぞらえれば、応用倫理の問題を解決する憲法の有効な指導理念として、実体原理としては、憲法13条の中核にある個人の尊厳が考えられ、手続原理としては、憲法31条の手続的正義が考えられる。このことは、アメリカ憲法をみると明らかになる。アメリカ憲法では、実体法と手続法は明確には区別できない様相を呈している。例えば、アメリカでは、手続法というものが、厳密な意味での訴訟法を指すわけではないのである。州法により認められる権利を実現するために連邦の民事訴訟法を使うこと自体は手続法として何ら問題はないが、連邦の民事訴訟法を用いると、訴訟時効の規定などの問題から訴訟を遂行できなくなるような場合には、その問題は実体法にかかわるものとされているのである²⁴。

アメリカ憲法は、元々、権利章典が欠如していたため、マディソンが憲法制定直後の第一回会議で、権利章典を憲法修正として憲法に追加した。ここで、付加された権利は、修正第1条が表現の自由と信教の自由を保障していたが、それ以外はほとんど手続上の権利であった。例えば、搜索・押収に対する保障を定めた修正第4条、大陪審の起訴を受ける権利、二重の危険の禁止、自己負罪拒否権、デュー・プロセスの権利を定めた修正第5条、刑事事件における迅速な裁判、陪審裁判を受ける権利、嫌疑を知らされる権利、証人喚問権などを定めた修正第6条、陪審裁判を保障した修正第7条、残虐で異常な処罰を禁止した修正第8条などである。つまり、アメリカ憲法の権利章典には、一般的規定である修正第1条が、実体原理であるとしたら、それ以外のほとんどは手続原理なのである。

しかしながら、こうした手続原理や実体原理に基づき、応用倫理の問題を解決する一般的包括的な原理、原則を定立することなど、

24 田島裕、前掲書、107頁

そもそも可能なのかという問題が生じる。というのも、応用倫理の呈示する諸問題は規範によって画一的に解決できるようなものではないように思えるからである。応用倫理においては、医療や社会生活の様々な場面において、自らの身体をめぐり、あるいは自己のライフスタイルの様々な決定をめぐり、自己決定権の有効性、妥当性が主張され、当事者性が重要視されるからである。つまり、問題を考察する上で現場性・臨床性・文脈性といった実践的側面が重視されるのである。さらに、応用倫理の諸問題は個別具体的に検討することこそ肝要であり、抽象的な根拠に基づく演繹的な思考方法はなじまず、文化圏や民族・国家の境界を越えた普遍的規範の存在という前提そのものを疑うべきであるという主張もなされるのである。では、応用倫理の直面する問題は、常に場当たりの問題解決を当事者に委ねるべきであり、統一的体系的なルールを定める必要性は生じないと断言できるだろうか。あるいは、応用倫理学は第一義に現場性を重視するものであり、憲法学のように人権の尊厳、手続的正義といった抽象概念を基礎に据えた学問とは接点を持ち得ないものなのだろうか。

たしかに、応用倫理の諸問題が現場性・臨床性といった性質をもつことは否定できない。したがって、個人の尊厳や手続的正義という原則を適用するに際しても、問題となる状況で聞こえる声に耳を傾け、その声を満足させる具体的な解決策を見出さなければならず、そのためには現場に生起している現実から目を離さず、そこに対立している人権や利益を個別具体的に考察することを忘れてはならない。

しかし、これらの諸問題に共通の規範を憲法のもつ理念から提示することはけっして無益ではない。そればかりかむしろ、規範の定立によって、当事者性の重視に最終的には資することになるといった法的安定性の果たす役割は大きいのではないかと思われる。

第2節 実体原理と価値多元主義

アメリカ憲法第14修正1節は、「州は、何人からも法の適正手続によらずに、その生命、自由、または財産を奪ってはならない」と規定する。

ここでの自由には、第1から第8修正の権利章典によって保障される権利のみならず、憲法に明文がないにもかかわらず最高裁の判例によって同条項の「自由」に含まれると判断されたものも含まれる。ただし、ここで、何がこの「自由」に含まれるのかという実体面の理解にはアメリカ連邦最高裁判所の公権的解釈を無視できない。

しかしながら、最高裁判所が基本的人権についてその実体の内容を判断しているとはいえ、基本的人権についてすべてにわたって網羅的に実体的な解釈、判断を行っているわけではない。具体的な憲法問題を最高裁判所が判断する判例においてのみこれを行っているに過ぎない。

したがって、最高裁判所の判断から、医療倫理の問題すべてを解決する実体原理を導くことは不可能である。例えば、インフォームド・コンセントにつき、アメリカ連邦最高裁判所の判事たちはクルーザン事件で、インフォームド・コンセントがコモン・ロー上、要求される点にふれてはいるものの、インフォームド・コンセントがどのようなものなくてはならないのかにつき、詳細に定義してはいないのである。最高裁判所の公権的解釈に依拠したとしても、憲法の文言から直ちに医療倫理の諸問題を解明する全ての実体原理が直ちに導きだせるわけではないのである。だからといって、倫理の諸問題を検討する上での実体的原理が何も見いだせないことにはならない。

例えば、憲法の条文を離れて、倫理の諸問題について意思決定をする上での実体原理をジョン・ロールズに依拠してみると、次のものが挙げられる。それは、純粋な平等主義的自由主義 (egalitarian liberalism) であり、その要素としては、論争のあるものの、平等

主義（egalitarianism）、反完全主義（anti-perfectionism）、反メリトクラシー（anti-meritocracy）、自由の優越などである²⁵。

ただ、このように哲学的に実体原理を列挙したところで、現代の医療倫理が抱えるすべての諸問題を解決できる指針となり得ないのは明らかである。

ルールズ自身が認めるように、現代民主主義の基本的特徴は価値多元主義に他ならず、宗教、哲学、道徳などの包括的な原理が対立し合う多元的状况が生じている²⁶。ルールズは、市民がそれぞれ両立し得ない包括的な原理に基づくなら、相互理解や同意には到達できないという²⁷。たしかに、価値の多様化は、倫理の問題における意思決定の問題を解決するのを困難にするといえる。この点につき、アイザイア・パーリンの価値多元主義（pluralism）は有力であり、影響力を持ち続けているとドゥウォーキンと言う。

一般に価値多元主義とは、同等に正しく根本的な複数の価値が存在しており、それらが互いに矛盾することがあり得るとする哲学、倫理学の考え方である。パーリンの価値多元主義は、ある意味で、価値多元主義を徹底したものといえる。

パーリンは、「政治的平等、効果的な政治組織、そして社会正義、これらはいずれも、個人の自由とはほんのわずかしこ両立しないし、無制約なレッセ・フェールとは全く両立しない。そして、正

25 Thomas Nagel, "Rawls on Justice", *Philosophical Review*, 82(2) (1973), p.221.

反メリトクラシーとは、端的に言えば、能力主義の否定である。しかし、マイケルサンデルによれば、ルールズは、公正な能力主義（fair meritocracy）を目標としたとする。それは、社会や文化の不平等が、平等な教育の機会均等、ある種の配分的正義、他の社会改革によって是正されることを目指すものである。ルールズが許せなかった不正は、無能な息子であるにもかかわらず、親が有能で権力者であるがために、無条件で出世し、権力の中枢につく、不正な能力主義であったのである。Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, (Cambridge, 1998), p.68.

26 John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press, 2005), p.441.

27 *Ibid.*, p.441.

義と寛容、公的な忠誠心と私的な忠誠心、天才の要求と社会の主張、これらは、互いに激しく衝突する。²⁸⁾」と言っている。さらに、バーリンは、価値多元主義について次のように述べる。つまり、価値多元主義とは、諸階級、諸国民、全国民による肯定的な自製の理想を、大いに統制された、権威主義的な構造の中に見出そうとする者の目標よりも、より真実であり、より人間的なものであるというのである。その理由として以下のものを挙げる。まず、価値多元主義が妥当する理由としては、人間の目標が実に無数であり、それらすべてに公約数が存在するとは限らないということ、それらの目標は永久にお互い競い合うことなどが挙げられる。そして、価値多元主義が人間的であるとする理由としては、価値多元主義が、ある深遠で矛盾した理想のために、人間から、自己に不可欠であると考えられる多くのものを奪わないことなどが挙げられるというのである。

このようなバーリンの主張につき、ドゥウォーキンはその著作の

28 Isaiah Berlin, *Liberty*, (Oxford University Press, 2002), p213-216.

ちなみに、シーラ・A・M・マククリーンは、アイザイア・バーリンの自律の理解につき、次のように述べる。

「アイザイア・バーリンは主張する。・・・選択と行動の自由は、自律的であることの中核にあるが、それにもかかわらず、望むように生きたいと願う個人ないしは人々の選択の自由の程度は多くの他の価値に対抗して尊重されなければならない。その価値の中では、平等、正義、幸福、安全、公共の秩序が最も明白なものである。このため、自律は制約されないことはあり得ないのである。この見解によれば、個人の選択を正当に制約するのは、無害原理だけではない。正義のようなより抽象的な配慮もまた、決定の性質を評価するに際してある地位を占めるのである。」Sheila A. M. Mclean, *Autonomy, Consent and the Law* (Routledge-Cavendish, 2010), p.28.

バーリンは、自律の中核にある選択と行動の自由が、平等、正義などの諸価値と対立する以上、無制約な自律はありえないというのである。これは、患者の自律を考える上で、一つの出发点となる見解である。

シーラ・A・M・マククリーン自身による自律の定義は次のようになる。

「市民的自由と自由の強調に鑑み、私たちは国家（あるいは他の機関）からの相対的に不干渉の手法を一般的に期待している。この不干渉の手法により、私たちは自己の人生の形を決める能力を円滑に行使でき、自分自身で決定を下すつまり、自律的autonomousとなれるのである。」。Sheila A. M. Mclean, op.cit., pl.

中でバーリンの以下の興味深い文章を引用している²⁹。

「明らかなことは価値が衝突しうるということである。価値というものは一個人の胸のうちでもたやすく衝突しうるのである。その結果、ある価値が正しく、ある価値が誤っているということはないということになる。自由も平等もどちらも人間が何世紀も求めてきた主要な目的の一つなのである。しかしながら、狼にとっての完全な自由は羊にとっての死を意味する。これらの価値の衝突は狼と羊の本質なのである。

仮に私たちがこれらの矛盾は、すべての善き物がほどよく調和しているある完璧な社会においては解決されると言われたら、われわれはそのように言う者に、次のように答えなければならない。つまり、彼らが衝突する価値を我々に示す名前に与えた意味は私たちの意味ではないと。もし、それらに変容を蒙るとしたら、それは地上の我々には知られていない概念へと変容してしまう。完全な全体という概念、全ての物が共存する究極の解決は、自明なことだが、単に得がただけでなく、概念として矛盾をきたすのである。優れた善の中には共存できないものもある。それは概念的眞実である。我々は選択しなければならない運命にある。そして、すべての選択は取り返しのつかない損失を伴うかもしれないのである」。

このようなバーリンの価値多元主義の価値について、トマス・ネーゲルは次のように評する。

「もちろん、バーリンは、価値が歴史的伝統を通して発展され、発見され、理解されたが、価値というものは単に特定の集団や個人の態度に過ぎないものではなかったと信じていた。その価値というものは行動に対して眞の理由を与える眞の価値であり、それら価値が生み出す対立は従って非常に厄介なものとなる。それゆえ、バーリンにとって、価値多元主義は心理的な問題ではなかった。また、価値相互間に対立が生じるのは資質の制限や他の実用的な難題のため

29 バーリンの引用はドゥオーキンの書による。Ronald Dworkin, op.cit.p105.

だけでもなかった。バーリンは多くの場合、価値は偶然ではなく、本質的に対立しうるのであると主張したのである³⁰」と。ネーゲルの理解によれば、バーリンのいう価値多元主義とは、歴史的・民族的な背景に基づく価値ばかりではなく、歴史・文化といった事実とは切り離された人間の平等と人間の自由といった抽象的概念としての価値そのものの本質的対立でもあるのである。

たしかに、ロールズが言うように、和解しがたい包括的な原理を基礎としては、市民は同意に到達できないし、相互理解すら覚束ないといえよう。では、そのような原理を離れば、市民相互間の同意の成立は可能なのだろうか。

ここで、バーリンのいう、価値の多元化が取り返しのつかない損失を引き起こしてしまった例として、エイミー・ガットマン Amy Gutmann が、アン・ファディマン Anne Fadiman の著作、*The Spirit Catches You and You Fall Down*. から引用している以下の事例を取上げよう³¹。

ラオス出身のモン族のリー一家の人々は英語が話せず、癩癩の子で

30 Tomas Nagel, "Pluralism and Coherence," in *The Legacy of Isaiah Berlin*, edited by Mark Lilla, Ronald Dworkin, and Robert B. Silvers, (New York Review Books, 2001), pp. 105-106.

31 Amy Gutmann, *Identity in Democracy*, (Princeton University Press, 2003), p. 67-68.

現代においてもなお部族の宗教的教義に忠実であろうとするモン族の生活態度は、最近上映されたクリント・イーストウッド監督の映画「グラントリノ」(Gran Torino) で垣間見ることができる。

ガットマンがこのようなモン族の例を挙げたのは、その部族としての頑な在り方を否定するためではなお、ガットマンにとっての討議民主主義の成功の基準としては、少数派の承諾を伴う多元的支配に他ならないからである。ガットマンは次のように言う。

「正当な民主主義は、個人の倫理的な作用を尊重する。個人は倫理的価値の究極の源である以上、倫理的作用の尊重は基本的善である。倫理的作用は二つの能力を含む。他人の同じような自由を尊重することと全く矛盾しない自己の人生を生きる能力と、自身の社会と自身の世界の正義に貢献する能力である。倫理的作用を真剣に考えるすべての民主的理論はまた三つの原理に何らかの形で敬意を払

あるリア・リーをモン族の文化に基づいて治療しようとしていたが、これはアメリカの医師が癲癇治療に最適と思う方法とは矛盾するものであった。彼女の病気に対する理解が、両親と医師とは全く異なるものであったのである。もちろん、双方とも彼女の病気の治癒を願うものであったが、モン族の両親は娘の癲癇は病気ではなく、神があたえたインスピレーションであると信じて疑わなかった。リー家の人々は、アメリカに移住する前のラオスでの抑圧の経験から、独立心が旺盛で他人を信じず、宗教を拠り所として団結して暮らしてきた。そんな家族を医師は説得することができず、リアはその後亡くなった。

この事例では、価値観の重なり合いはほとんど見られず、バーリンの言うように大きな損失をもたらしてしまった。

これに対し、ガットマンは次のような事例もあげている。これも医療倫理に関するものといえるので紹介しておく³²。

それは次のような事例である。1996年にシアトルの医師たちが、アフリカのソマリ族の移民者から、娘に陰核切除手術をしてほしいと頼まれたところ、医師たちは、陰核切除そのものは断ったが、一種の女性用の割礼手術を施そうと提案した。これは、陰核の組織を除去せずに行われるものであり、かつ、その手術内容について、医師は娘と両親とインフォームド・コンセントを取り付けた。

これに対し、アメリカで男性の割礼の合法性を主張する多くの人々がシアトルの病院の提案に激しく抗議をし、このようなソマリ族の要求にそぐわない手術を行うのならば、裁判所へ訴えると脅し

うのである。一つは市民的平等である。これは、すべての個人を民主政治において平等な行為者として扱い、市民として平等に取り扱うために必要な条件を支援するという民主主義の義務である。二つ目の原理は、平等な自由である。これは、他人の同じ自由と矛盾しないように自己の人生を生きるすべての個人の自由を尊重する民主的政府の義務である。第三の原理は、基本的な機会である。これは、自己が好む生活様式を選択できる公平な機会を有する適正な生活を生きる個人の能力である。」

32 Amy Gutmann. Identity in Democracy. (Princeton, 2003). pp.26-27.

たのであった。その抗議の内容は、ほんの小さな陰核の切開であろうとも、それはソマリ族やアメリカ文化における女性の隷従性の象徴であるというものであった。このような考えに対して、ガットマンは以下のように反論する³³。

そもそも、アメリカの多くの女性が行っている美容整形手術は法的に合法的なものとして認められているが、それは、若い女性を手術の苦痛と危険にさらすだけでなく、やはりアメリカ文化に女性を隷従させることの象徴といえるのではないか。また、病院によって提案された手術は、その手術を受ける者にとっては、文化への隷従とは全く異なるものを象徴したのではなからうか。安全で無害な手術を象徴的・抽象的な理由からのみで反対することは、自由で平等な個人の保護にならないのではないか。

ガットマンの主張はまた後に詳しく見るとして、ここでもやはり価値の対立が、アフリカの部族出身の娘の陰核除去手術をめぐる生じているのである。価値というものはこのように、医療の現場で宗教、文化をめぐる激しく対立しうるものである。

しかしながら、ドゥウォーキンがバーリンの言う価値多元主義そのものを打ち負かせはしない³⁴としながらも、バーリンの先の主張そのものは批判的に検討している。

まず、ドゥウォーキンによれば、バーリンは、様々な価値を中心に様々な社会が組織されているので、社会相互の理解は困難であるという文化人類学的な平凡な説に依拠するだけでなく、その平凡な説と「客観的な」価値を考えることは馬鹿げているという懐疑的な主張とを結び付けているという。さらに、バーリンは、我々の価値は非常に根深いところで衝突しているので、調和という理想は単に得がたいだけでなく、首尾一貫しないとする。ある価値を確保し、守ることは必然的に他の価値を廃棄するか、あるいは妥協させるか

33 Ibid., p69.

34 Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, p.116.

らである³⁵。

こうしたバーリンの見解に対して、ドゥウォーキンは次のように反論する。たしかに、自由と平等は有る意味では衝突するかもしれない。しかし、それは、自由と平等の意味に由来しているのである。バーリンの自由の考えは、他者からの干渉を受けずに、したいことをなんでもするというものであるが、ドゥウォーキンによれば、自由はそのようなものではない。ドゥウォーキンによれば、自由とは適切に理解された他者の道徳的な権利を尊重する限りで、自己のしたいことをするということである。そして、自由とは、最善と思われるやり方で、自己の正当な能力を活用し、自己の財産を利用することである。このように自由を理解すれば、自由と平等の価値の衝突は必然ではなくなる³⁶。

なるほど、バーリンの言うように、価値は多元的であり、価値相互間の衝突軋轢は避けられない。また、多元的な現代性に関して言えば、ベックが指摘するように、「世界中の国々の現代化には様々な軌道が存在する³⁷」のであり、西洋文化が非西洋文化の倫理の特徴を理解する上で、西洋文化の現代以前の姿、倫理観などは参考とならないのである。つまり、社会の価値の多元化は、社会相互の価値観の相互理解をも困難にするのである。

しかしながらそれでもやはり、ドゥウォーキンの言うように、

35 Ibid.,p107.

36 Ibid.,p108.

37 Ulrich Beck, *World Risk Society* (Polity Press,1999), p3.

また、ローゼンフェルドは、現代立憲民主主義が直面する多元主義を次のように述べている。

「今となつてはすでに半世紀以上にも及ぶことだが、立憲民主主義への世界規模での動きが存在してきた。さらに、立憲主義は、国民国家の枠組みを超え、たとえ完全にグローバル化したとまではいえないが、国境横断的transnationalとなった。同時に、とくに1989年のベルリンの壁の崩壊以来、例えば旧ユーゴスラビアのように、民族的、宗教的、言語的、文化的多様性の内部での争い、分裂が、異質で多元的背景において立憲民主主義の脆さを強調している」。

Michel Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject*, (Routledge,2010), p.1.

諸々の価値を調整する定義を見出す望みを諦める道理はないのである³⁸。ドゥウォーキンという純一性integrityに関する二つの原理はこの努力を示すものなのであろう。この二つの原理とは、立法者に対して、様々な法の総体を道徳的な観点からみて整合的なものにするように努力すべきことを要求する立法上の原理と、法が可能なかぎり整合的なものとして理解されるべきことを教示する司法上の原理とを含むものである³⁹。このドゥウォーキンだけでなく、ジョン・ロールズや、ブルース・アッカーマンなども、実践的政治的な問題は、それが道徳的な本性をもつかぎり、いかにして合理的に

38 Ronald Dworkin, op.cit.,p116

39 ロナルド・ドゥウォーキン、小林公訳、『法の帝国』、(未来社、1995) 280頁。ちなみに、ドゥウォーキンは、バーリンの死から一年後に開かれたシンポジウムの討論会で、バーナード・ウィリアムズらに対して、政治的諸価値の中から最も魅力的なものを見出すことに努力を集中すべきであり、そうしてはじめて、それら魅力的な諸概念に基づいて、これらの諸価値が対立矛盾するかどうかを自問できるのであると言っている。*The Legacy of Isaiah Berlin*, edited by Mark Lilla, Ronald Dworkin, and Robert B. Silvers (New York Review Books,2001) ,p.126.

また、同書において、バーナード・ウィリアムズは、価値多元主義について政治学の見地から次のように述べている。

「私には、市民と政治家が次のことを理解することが市民社会、とりわけ多元的社会的の非常に望ましい特徴である。それは、政治が、利害だけでなく価値によって支配される、すなわちその限度において主義を持った空間を提供することである。すなわち、あなたの見解とは反対の決定がなされた場合、あなたが間違っているということは意味せず、単にあなたが敗者であるということの意味するかもしれない空間を政治が提供することである」。Ibid.,p.102.

なるほど、価値多元主義は、ルソーのように多数派は正しく、少数派は誤っていると断言する立場からは無縁である。少数派になったということは、倫理的・道徳的に悪というわけではなく、政治の場において敗けたということに過ぎないということも分かる。しかし、医療倫理の諸問題をめぐる文脈などにおいて勝敗といった尺度は有効なのだろうか、という疑問は残る。

一方、同書で、トマス・ネーゲルは倫理学の立場から、価値多元主義について次のように述べている。

「実体的判断の問題に関して、バーリンはこの価値多元主義からより大きな調和の状態をもたらす評価の基準を求めることの可能性と望ましさにつき、あまりにも悲観的過ぎたと私は考える」とし、首尾一貫性coherenceの可能性を以下のように主張する。つまり、「私には、様々な人々が異なる価値を惹起したときで

決定されうるのか、ということについて論証を行ってきた。彼らが
解明しようとしたのは、「ある特定の事例で普遍的な利益にかなっ
ているとはいかなることかを、不偏不党の立場から判定できるよ
うな『道徳的な観点』⁴⁰」であった。この道徳的な観点は、バーリン
の価値多元主義を打ち破ろうという試みに他ならない。例えば、ジ
ョン・ロールズは「政治的自由主義は公正という政治概念を追求す
る。それは、宗教や、哲学や道徳の諸原理の重なりあう一致を得よ
うというものである⁴¹」という。また、ロールズは、民主主義の一
つの基本的性質として、道理に適った多元主義という事実が挙げら
れ、宗教的であれ、哲学的であれ、衝突する道理をあきらめた包括
的な狭義の多元性は、自由な諸制度という文化の正常な帰結である

さえ、首尾一貫した解決策を発見しようという圧力は強いのである。この圧力の
源は、正当化の共通の方式を求めることである。したがって、私たちは自己を相
互に作用しあう人々と共通の道徳の世界に住む存在と考えることは可能なのであ
る。承認されうる結果に到達する保障はない。しかし、客観性と正しい答えへと
向かう圧力は、衝突しあう多元的価値の基盤においてさえ、諸価値が現実的な軋
轢となっているところではどこにおいても強いのである。その目的は多元主義を
否定することではなく、一つの価値の持ち主を他の敵対する価値の持ち主に勝た
せることをせず、価値の軋轢を裁定するシステムによって多元主義を超克する
ことなのである」。Ibid.,p.110.

このトマス・ネーゲルの主張は医療倫理における価値の対立といった問題にも
適用は可能であり、意義深い。何らかの価値に一方的に与することなく、諸価値
の軋轢を裁定するシステムの探求こそ多元主義の超克につながると思われるから
である。

40 ユルゲン・ハーバーマス、細谷貞雄・山田正行訳、『公共性の構造転換』（未
来社、1994）xxx

41 John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993),
p.10また、ロールズについて、ノーマン・ダニエルズは、ロールズの広範に亘る
反省的均衡 (wide reflective equilibrium)こそが、倫理学における、客観性に関
する伝統的な苦悩を解決させてくれるかもしれないと述べている。Norman Daniels,
"Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics," *Journal of
Philosophy* 76, 1979, p.256.

ロールズの政治的自由主義に対し、ドゥウォーキンは次のように言う。

「しかしながら、いずれにせよ、仮にリベラル派が強い信条の人々に、市民と
しての役割を果たす時には自らの宗教的確信を放棄させるように求めたら、リベ

という⁴²。

ラル派は成功しないだろう。市民としての役割は誠実さと信頼性を要求し、これらは、人々が宗教的確信を強く抱いては不可能なのである。アメリカにおける宗教上の分裂は、ロールズの政治的自由主義というプロジェクトの限界を示している。この政治的自由主義は、政治的確信を深い道徳的、倫理的、宗教的確信と切り離す戦略であった。

私たちの戦略は異なったものでなければならない。私たちは政治的討論から人々の深い確信を排除しようとしてはならない。反対に、これらの深い確信に関しても市民社会の内部で真の討論を達成しようとしなければならない。」

Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?* (Princeton, 2006) p.65.

42 John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press, 2005), p.41.

ところで、ロールズは初期の論文で、倫理学の問題の決定手続について書いているが、その内容をやや長くなるがここに紹介したい。ロールズは同論文の冒頭で、倫理学の決定手続に関し、妥当な原理を発見したり、公式化したりすることはできないという。そして、一つの方法を説明してみるが、成功しているかどうかは読者に委ねたいとしている。

まず、ロールズは、倫理的な問題を判断する能力のある判定者 judges を定義しなくてはならないとする。

その判定者の定義は、以下の通りである。

(i) 倫理問題の有能な判定者はある程度の知性を持つことを要求される。いわゆる倫理に対する洞察力 moral insight は飛びぬけて優秀な者だけでなく、通常の知性の持ち主であれば誰もが所有しているものであるという前提に基づき、この知性のレベルはあまり高すぎたはいけない。

(ii) 有能な判定者は自分の身の回りの事柄と、しばしばなされる行動の結果について知る必要がある。これらを知るのは平均的な知性の持ち主であれば十分である。さらに、有能な判定者は意見を述べる事が期待されるあらゆる事例に於いて、その事例独自の事実を知らなければならない。

(iii) 有能な判定者は次のテストをクリアできるほどには理性的な人間でなければならない。

①自分が信じるのが適切だと考えるものを決めるために帰納的論法を使おうという意思をもっていること。②道徳上の問題にぶつかったときに、自らに開かれた可能性のある一連の行為のどれに賛成し、どれに反対するかの理由を見つけようとする傾向をもっていること。③開かれた心をもって問題を考えようとする意欲を有するので、ある問題に関してすでにある意見を有していても、常にいっそうの証拠と理由に照らして再考する意思をもっていること。④自らの感情や知性や倫理上の偏見を知ろうと努め、問題の価値を比較考量する際にそれらを考慮する努力を意識的にすること。

(iv) 最後に、有能な判定者は道徳に関する決定をなす必要を生み出す人間の利害に関して調和した知識を有していることである。この特徴を備えているかどうか

かは以下のように証明される。①それら利益が表す善を判定者自らが体験することによって得られる知識を直接的に有しているかどうか。②しかしながら、人間がすべての利益を知ることは不可能であるから、もしも、判定者がその利益を直接に知らないのならば、判定者としての能力は、想像上その利益を体験することで、その利益に評価を与えるだけの能力により部分的に判断される。③有能な判定者は目の前に、衝突しているあらゆる利益を想像上並べ、仮にその利益が自己の利益であった場合に自己がその利益に与える配慮と同じものを、それぞれの利益の評価に与える能力をもっているか、どうか。

そして、仮にそれぞれの利益が他人の利益であるのと全く同様に自己の利益であるとしても、彼は何を公正と思うか、不公正と思うか決めなければならないのであるし、決定を下さなければならない問題を注意深く構成した後で、彼の正義感覚の要求する通りに判断を下さなければならない。

さらに、ロールズは、道徳に関する判断について、その特徴を述べている。以下順に説明する。

(i) 最初に、道徳に関する判定は、判定者がある判定を下すことから予測される影響を全く受けない状況下でなされなくてはならない。例えば、何らかの判定をしたという理由で、罰せられるようなことがあってはならない。

(ii) 判定は判定者の高潔さintegrityが保たれた状況下で行われなければならない。可能な限り、判定者は自らの決定によって直接的、個人的な意味で利得を得る立場についてはいけない。

(iii) 判定が下される場合には、現実的な利益の衝突が存在しなければならない。仮説的な事例に対する判定を下すべきではない。さらに、その事例はとくに困難なものであってはならず、通常の生活で生じるものであることが望ましい。この制約は、問題となっている判定が、人間がよく知っていて、考える機会を有するような問題を解決するためになされるようにするという点で妥当である。

(iv) 判定は、判断を下すべき問題に関する事実を十分調査し、当該問題に関係する当事者全てが自己の立場を述べる公正な機会を与えられた上で、下されなければならない。

(v) 判定はそれを下すものが確実であると感ずるものでなければならない。

(vi) 判定は安定したものでなければならない。他の時間と場所でも判定者が同じ結論を出すものでなければならない。

(vii) 倫理上の原理に関するものについては、判定は直観によってなされなければならない。ここでいう直観とは「衝動的」とか「本能的」という意味ではない。それは、問題の事実を徹底的に探求することの帰結であり、別の決定を下した場合に生じうる影響についての一連の熟慮の結果であり、また、約束は守らなければならないといった一般常識の適用の結果である。

以上のように、ロールズはまず、有能な判定者を定義し、次に熟慮された判定を定義した。この定義にあたり、熟慮ある判定とは有能な判定者の下す判断であり、有能な判定者とは熟慮ある判定をなす者であるという循環論法を避けるために、ロールズは、熟慮ある判定とは、有能な判定者が思考と想像を駆使して決定されるものでなければならないとする。

ロールズは次に、有能な判定者による熟慮された判定がなされたとしても、これらの判定の全体像についての満足の行く分析を見出し、公式化することに移る。このようなプロセスは妥当で正当性のある原理を生み出す経験的装置 heuristic device として理解されるとする。

その上で、道徳上の問題を決定できる妥当な原理が存在するとしたならば、それは、有能な判定者の熟慮された判断全体を満足行く形で分析したものがもっとも近いのではないかと述べている。そして、ロールズはこの分析とは何かについて次に論じている。まず分析の定義を行っているが、ここで、分析そのものを定義するのではなく、分析とは何ではないかを述べることで、その内容を明らかにしようとしている。

まず、分析とは、判断の中で用いられている倫理学の用語の意味の分析ではないという。

次に、分析とは、人々が倫理に関する表現を用いるときや、特別な場合での道徳的な判断をするときに、人々が主張しようとするものとも関係はないという。さらに、分析とは、能力のある判定者の熟慮した判定に基づく実際の理由に関する理論ではないし、道徳的判断に関する心理的社会的な研究でもない。道徳に関する判断の主観性や客観性は理由に依存しているのではなく、少なくとも、ある場合には、一定の決定と、その後続く行動が適切かどうかを決めるほど強力な理性的な手続きが存在しているかどうか依存しているとする。

最後に、分析が満足の行くものでなかったことを示す唯一の方法は、全く判断が下されないか、あるいは、有能な判定者たちが下した相互に矛盾した内容の判定が存在するということによる。これに対して、分析が満足の行くものであったことを示す唯一の方法は、その分析や意識的な適用が満足のゆく判断の原因となりうるということを示すことになる。

ロールズは、このように分析が何でないかを述べた後に、分析の積極的特徴についていくつか挙げる。つまり、分析は通常の言語で形式化されなければならない、また、判定者は平均的な能力を持った者であればよく、論理学や数学の特別な訓練を受ける必要はないとする。

また、分析は原則の形で述べられなければならない。この理由は分析を経験的装置として用いるためである。

最後に分析は、包括的でなければならないとする。包括的な分析を発見することは、能力の有る判定者の熟慮ある判定における不変数を表明しようとする試みとみなされる。そして、この分析の原理は意識的系統的な適用が熟慮ある判定の多様性を決定する点で共通の要素となりえたのである。このような原理が存在するか否かは定かではないが、そのような分析が存在するという信念はそれを見出そうとすることの前提となりうる。ロールズは述べている。というのも、倫理学の主要目的は、対立する利害があり、そのどちらが好ましいかを決定するとき用いられる妥当な原理を発見することだからであると、言うのである。

この妥当とされる原理が、真に妥当であるかどうかを確かめる方法として次のものを挙げる。まず、その原理が有能な判定者の熟慮に基づく判定でなくてはならないということ、次に、有能な判定者がその原理を批判と開かれた討論によつ

ちなみに話を国際政治学まで広げると、現代の倫理の対立の国際的表面化はソヴィエト連邦の崩壊とも関連があると、ベックはいう。つまり、ソ連が崩壊し、ベルリンの壁の向こうに存在した帝国と衛星国が一挙に消滅したわけであるが、これと同時に、西側という言葉が、近隣諸国からなる一つの地球という意味でのglobal neighborhoodという表現に変わるわけではなかった。かつては、西側諸国が、人権や民主主義という普遍的な価値を推し進めていたが、いまや、それだけにとどまらず、西側が普遍的な価値を決定できる全権委任状を有しているのであると、ベックはいう⁴³。そして、いまや、地球規模での市民社会と倫理的な外交政策が西側の大国の新しいイデオロギー的な接着剤（cement）となっているのである。しかし、冷戦後に西側諸国の課題となった地球規模での普遍的な倫理的価値体系の模索の道りは平坦なものではないのである。

話を医療倫理に戻すと、医療倫理の諸問題はバーリン流の価値多元主義の立場からでは、問題を解決する「道徳的な観点」を見出すのは不可能に近い。バーリンによれば、医療倫理がある何らかの価値観である以上、ガットマンの先の事例のように価値が衝突し、解決は非常に困難ということになるからである。それは、まさに文化がidentityとほぼ同義であるからである。文化の対立はidentityの対立に他ならない。アイデンティティに基づく政治というものは、国

て自由にその長所を考察し、自らの判断と比較した後に、その原理を承認できるかどうかということ、第三に、その原理が、対立する意見のある現在の事例や、困難な問題を引き起こす新たな事例において、批判と開かれた討論の後に、ほとんど全ての有能な判定者に承認されるような結論を導く機能を有するかということ、第四に、その原理は自己の妥当性という性格を維持できるかということである。これらの要件が満たされた時、その原理は真に妥当ということになるのである。

以上、John Rawls, "Outline of a Decision Procedure for Ethics", In *Collected Papers*, pp.2-11.を参照。

43 Ulrich Beck, op.cit.,p13

家を文化の争いに招き入れるのである⁴⁴。

ただ、価値多元主義の克服の試みの例として、2007年にオーストラリアではじめてイスラム教徒の女性ライフセーバーが誕生した話題にふれたい。シドニー郊外で2005年、白人とレバノン出身のパレスチナ人の対立から暴動⁴⁵に発展したが、その後、双方の歩み寄りから、和解政策の一環として、ライフセーバーを共同で行うことに決めた。そして、レバノン移民の指導員を募ったところ、20代の女性が名乗り上げ、試験に合格した。イスラムの女性は顔をスカーフで巻くから、ライフセーバーは不可能かと思われたが、彼女は頭巾をかぶってライフセーバーの仕事をするを許されたそうである。そして、そのために、パーキニという頭から踝までを覆った水着が開発されたという。このように価値多元主義の克服は文化的・伝統的に極限された教義を打破すべく関係当事者の参加に基づき、討議・討論を積み重ね、双方歩み寄ろうという姿勢が鍵を握るので

44 Seyla Benhabib, *The Claims of Culture—Equality and Discovery in the Global Era* (Princeton, 2002), p.1

ベンハビブの整理によると、cultureという単語の語源であるラテン語のcolareは世話をやくとか、面倒をみるといった保存を意味し、ローマ人は農業を文化的なものともみなしてきたが、資本主義、合理的科学精神、官僚政治などの台頭をみた西洋近代において、cultureの語が変容を被ったという。つまり、近代以後、文化は文明に対する概念を持つようになり、外面的、表面的、直線の進歩、個人主義を意味する文明に対して、内面的、深さ、有機的成長、集団主義を意味する文化という二項対立を生みだしたという。Ibid., p.2.

このような文明とのコントラストによって描かれる文化の概念はあまりにも陳腐であり、プロニスロー・マリノフスキー、エバンス・ブリチャード、マーガレット・ミード、クロード・レヴィ・ストロースらは、文化を独自の自律的な論理を持った社会システム、意味のある慣習、代表制、象徴からなる全体として描いたのである。そして、ここでは、文化の自律という概念とアイデンティティが結びついたのである。Ibid., p.3.

45 オーストラリアの暴動に関しては、以下の新聞記事を参照。Retaliatory violence in Sydney's south, *The Age*, 12 December 2005, Survey names most racist Sydney's suburbs, *ABC Sydney*, 26 December 2005. After the riots: city map of racism, *The Sydney Morning Herald*, 26 December 2005.

ある⁴⁶。

第2章 手続的正義

第1節 手続的正義の必要性

まず、手続的正義につき前提的、基礎的な整理をする。医療倫理の諸問題を手続的側面から捉える上で、まず、実体原理と手続原理につき、その特徴を大まかにでも整理するのは有意義な作業と考えるからである。

まず、手続的正義の必要性につき、「紛争を解決するためには、手続の助けを全く借りずに実体原理だけで十分なのだろうか」という問いを素材に考えてみる。

この問いにyesと答えるには次の諸条件を満たす必要があるとソルムはいう⁴⁷。つまり、(a) すべての市民が現実の世界の状態と法律の中身について完全な情報を得ることができ、(b) 法律の中

46 後に検討する討議民主主義にも、価値の統一、意見の満場一致を求める立場（例えば、ロールズ）と、多元主義を解決困難なものとして承認する立場（ガットマン＝トンプソン）とがある。ガットマン＝トンプソンは、たしかに事実上全ての討議民主主義者は討議の主要目的は、市民や代表者がお互いに課す決定や法律の正当化をするためのものであるということ、そして、この点で、討議民主主義者は討議が少なくとも共通の善という薄い概念を目的とする限りで、満場一致を共有することを認める。しかし、仮に、差異が多元主義者の信じているほどの根深く浸透したものであるなら、それらは抑圧によってしか除去できない。満場一致を求めることは、本来、非抑圧的な討議による解決を抑圧的なものへと変質させてしまう危険性がある。そこで、ガットマン＝トンプソンは、討議民主主義の成功基準としては、差異を認めた多元主義の支配であるとする。

「仮に市民が自らの核にある道徳的言質を放棄せず討議的不一致を明らかにし狭めてゆくことを求めれば、民主主義は効果的に支配をし、道徳的に反映することが可能となろう。これは多元主義の希望である。私たちの見解では、それは、満場一致を求める民主主義者が好む包括的共通善の追求よりも、共感的で現実的である」。Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Why deliberative Democracy?* (2004) p29.

47 ここで諸条件はソルムの説明による。Lawrence. B Solum, "Procedural Justice," *Southern California Law Review*, 78(2004-2005), p.186.

身が十分に特定されており、(c) それぞれの市民が法律と事実を公平に見ることができるならば、手続というシステムがなくても、実体法のルールだけで手続の助けを必要とせずに、個人の行動を導く機能を果たすことができるというのである。

このことは医療倫理の問題を扱う場合にも概ね当てはまるだろう。医療倫理の問題を個人の尊厳や、個人の自由の保障という実体原理のみで解決するには、すべての国民が、医療について現実に惹起している諸問題の情報を全て身につけ、こうした医療問題の性質・本質が十分特定され、国民が医療倫理の問題とその実体原理を公正に検討できることが条件となる。当然、現実的にはこのようなことは困難極まりない。

事実、実体原理のみに頼ることに次は次の三つの問題点があるとされる。①国民が法律と事実を完全に知らないこと、②法規範の明確性が不完全であること、③公平さの欠如の問題の三つである⁴⁸。これらの問題点を克服するには手続的正義の保障が必要となるのである。以下、これらにつき敷衍的に説明する。

①については、まず、ほとんどの国民が法規範について一部分の情報しか知らないということである。仮に、国民に法的な能力があったとしても、国民の知識そのものは極限的なものである。紛争の当事者はそれぞれが、事実の異なった情報を所有しており、全体を包括するような知識を持っていることはまずない。紛争の当事者に法律と事実関係についての共通の理解を提供する機会が手続として保障されなければ、自らの行動を調整しようとして法律を利用する者でさえ、紛争に適用される法律がどのようなものを正確に理解することは不可能である。

②についていえば、法規範が人間の言語で作られ、人間の行動を規制しようとするものである以上、どうしても包括的な内容とな

48 Ibid.,p186.

り、一般的抽象的な性質を持ってしまう。したがって、法規範の内容を特定し、曖昧さを払拭する手続がなければ、国民それぞれが、法律の内容について異なる見解を有してしまうことになるのである。

③の公正さの欠如の問題は、個人は自らの利益、友人、家族の利益、あるいは自らが信奉する主義やイデオロギーに対して必然的に偏頗となりがちであることから生じる。この公平さの欠如と情報の不完全さが結びつくと、個人の利益に有利な法律内容、事実関係についてしか考えられなくなる。その結果、対立する偏頗な見解を調和させ得る手続がなければ、個人にとって法律の要求するものと自己の見解は必然的に一致しなくなってしまう。

この③の問題は、現代政治においてはとりわけ顕著である。「社会の分裂をもたらす自己の利益を中心とした政治力学に依拠し、貧者と弱者にとって永続的に不利益となる社会的経済的権力の不均等な分配を許し、単に集成的で気まぐれで融通の利かない意思決定方式に専ら依存している諸制度を前提とし、社会や経済の再生といった深い構造に関する問題を未解決のままにしている⁴⁹」現代政治においては、なによりも利益調整機能としての手続、適正な意思決定手続が要求される。というのも、有効な手続によれば、お互いに利害が激しく衝突する当事者といえども、意義のあるコミュニケーションを行うこともあるはずだろうし、例えば、適正な行政手続の履践によって、利害当事者間で、当初は論争されなかった事実が、さらなる討議の基盤とみなされるかもしれないのである⁵⁰。

医療倫理の問題になぞらえて言えば、なおのこと利害調整という問題が大きいと思われる。倫理的問題は、当事者の信じるところ

49 James Bohman, *Public Deliberation—Pluralism, Complexity and Democracy* (The MIT Press, 1996), p.1.

50 Stefan Machura, "Introduction: Procedural Justice, *Law and Policy*," *Law & Policy* (The Baldy Center, 1998), p.2.

が人格の深いところの核心部分と結びつき、各人が倫理的に正当であると信じているがために、他者の有する情報に始めから耳を傾けようとしないう傾向がある。その結果、医療の現場で、ある個人の倫理と他者の個人の倫理が衝突する場合には、それらを調整する適正な手続が存在しなければ、医療倫理をめぐる問題は永久に解決不可能となってしまうがちなのである。

また、手続的正義を保障することの意義はもう一つある。それは、③の利害を調整し、妥当な結論を導くという機能ではなく、「正式な法の手続が終了し、最終的な判断が下された後の行動を導く⁵¹⁾」という事後的な機能が存在するという点である。つまり、判断が司法による判決という形式であれ、行政による裁決という形であれ、何らかの宣言的な判断がなされると、これにより、法律と事実関係についての情報が与えられ、先に述べた当事者の不完全な知識、不完全な特定、不公正さといった諸問題は一応解決されるのである。この問題解決をし、個人の行動を導くという点で、実体原理と手続原理とは、複雑に結びついているのである。

ところで、手続的正義の起源は、古くは14世紀の星室庁⁵²⁾に遡るといわれるが、アフガン戦争後のグアタナモにおける捕虜への虐

51 Lawrence. B Solum, op.cit.,p188

52 Cora Louise Scofield, *A Study of the Court of Star Chamber* (Burt Franklin ed.,1969) によれば、星室庁は1356年に遡るといふ。星室庁については、Frank Riebli, "The Spectre of Star Chamber: the Role of an Ancient English Tribunal in the Supreme Court's Self-Incrimination Jurisprudence," *Hastings Constitutional Law Quarterly*29(2002), p.807. 参照。

また、デュー・プロセスの歴史は、当初、財産であれ、契約であれ、経済的権利を中心にしていたが、後に、非経済的権利、社会的権利を中心とするようになった。「個人の同意への新たな焦点は、関心を物から人に向け直したのである。財産に囚われた心から開放された新しい法律は、いっそう実体をあまり感知できない利益を認識し始めた。はじめは労働問題などにおける利益に、そして、やがて、生殖に関する権利のような私的問題における利益を認識しはじめた」のである。このような背景がデュー・プロセスの発展にはあるのである。John V. Orth, *Due Process of Law—A Brief History—*(the University Press of Kansas,2003), p.13.

待の問題⁵³のように、手続的正義そのものが実体的な便宜のために犠牲にされてしまうことがある。この点、手続的正義は費用と利益、参加することへの志向性に還元されうるという主張もある⁵⁴。また、アメリカの最高裁判所の判決では、告知と聴聞という最も基本的な手続的権利でさえ、利益の調整のために、それらが望ましくない場合には、否定されるかもしれないことを示唆していると主張する見解も存する⁵⁵。

しかしながら、自由、生命、財産などを奪うことが、その意思決定へのプロセスへの参加の機会を奪われる本人に与えずになされる

53 グアンタナモの捕虜の問題については、Michael Ratner, "Moving Away from the Rule of Law : Military Tribunals, Executive Detentions and Torture", *Cardozo Law Review* 24(2003), p.1513.に詳しい。

54 David Rosenberg, "Individual Justice and Collectivizing Risk-Based Claims in Mass-Exposure Cases", *New York University Law Review*, 71(1996), p.210.

55 利益考量によって聴聞の機会が失われるケースについては、*Mathewes v Eldridge*. 424. US. 319. pp347-349がある。この事件は、アメリカの社会保険庁SSAが、通常の手続によってエルドリッジ氏の社会保障を終了させたが、この手続においてエルドリッジ氏には聴聞の機会が与えられていなかったため、エルドリッジ氏が訴えたものである。地裁と高裁はこのような手続は違憲であるとしたが、連邦最高裁は次の三つの利益考量によって聴聞の機会を奪うこともできるとした。それは、①財産を保持しようとする個人の利益と、公的措置を取ることにより生じる恐れのある害悪、②実行される手続による誤謬の危険性と、付加的、実体的に手続的な保護措置を取ることによってえられる可能性のある価値、③付加的手続を取ることで生じる費用と行政の負担と、効率的な裁定からもたらされる政府利益考量によって聴聞の機会が失われるケースについては、*Mathewes v Eldridge*. 424. US. 319. pp347-349がある。この事件は、アメリカの社会保険庁SSAが、通常の手続によってエルドリッジ氏の社会保障を終了させたが、この手続においてエルドリッジ氏には聴聞の機会が与えられていなかったため、エルドリッジ氏が訴えたものである。地裁と高裁はこのような手続は違憲であるとしたが、連邦最高裁は次の三つの利益考量によって聴聞の機会を奪うこともできるとした。それは、①財産を保持しようとする個人の利益と、公的措置を取ることにより生じる恐れのある害悪、②実行される手続による誤謬の危険性と、付加的、実体的に手続的な保護措置を取ることでえられる可能性のある価値、③付加的手続を取ることで生じる費用と行政の負担と、効率的な裁定からもたらされる政府の利益との利益考量であった。

ちなみに、利益考量によって告知の機会が奪われるケースについては、*Mullane v Cent. Hanover Bank & Trust Co.* 339. US. 306. pp.313-314. 1950を参照。

ときは常に、手続的正義無視という問題が生じることに留意しなければならない。

このことは、医療倫理の問題についても当然、当てはまる。例えば、輸血拒否の選択権を患者に与えずに、エホバの証人に輸血をしてしまう場合などが思い起こされる。手続的正義はこのような問題で主張される個人の声が感情的なものとしてだけでなく、理性的で妥当なものであり、かつ、当然権利に根拠を置くものとして扱うことを要求するものである。また、手続的正義は、単に費用と利益に関するようなものではなく、意義のある参加の諸権利を保障する手続こそが、行動を導く法規範が正当性を有するための不可欠な要素であるという古い強力な観念と結びついている⁵⁶ことも当然のことながら見落としてはならない。

ところで、倫理的な問題について何らかの意思決定や判断をするときには、その決定や判断の内容が個人の人権の尊厳といった普遍的な利益にかなうものであるといった実体的な判断こそ重要なはずであり、何も適正な手続を考える必要がないのではないか、手続的正義が守られた結果として不当な結果が実体として生じたら無意味ではないのか、あるいは、実体的な結果こそがすべてであり、結果が正か不正であるかが全てであり、手続に正義、不正義ということはないのではないのかという疑問が生じうる。

しかし、手続的正義の意義は、事前の視点ex anteからのみならず、事後の視点ex post perspectiveからも見出せるものである。つ

56 Lawrence. B Solum, Procedural Justice, *Southern California Law Review* 78 (2004-2005), p.183.ソルムはこのように手続的正義を理解する。繰り返せば、「適正手続というもの、意義ある参加の諸権利を保障する手続こそ行動を導く法規範の正当な権威にとって不可欠な条件であるという古い強力な観念と結びついている。意義ある参加は告知と聴聞を要求し、費用と正確さの間の適切な均衡を要求するのである。」Ibid.,p.183.そして、意義ある参加という手続的正義の根幹に存する概念は、倫理委員会への患者の参加、そして、インフォームド・コンセントの徹底につながるというのが本稿の一つの主張である。

まり、完全に適正な手続は正当な結果を保障するかもしれないということと、あるいは、この理想に近づく限りにおいて、手続は公正で正当なものになりうるのではないかということである。いいかえれば、「諸事実（世界の状態）に適用される実体法（不法行為、契約、財産など）の諸規範を適正な結果の基準とするならば、理想的な手続は事実の真実を見極め、法律をこれらの事実⁵⁷に100%の正確さで適用するだろう⁵⁷」ということなのである。しかし、手続的正義をこのような、実体原理の正確な適用という機能のみに注目するのは不十分であろう。なぜならば、現代の複雑な内容をもった訴訟などでは、その結果もたらす影響は当事者だけではなく、社会全体に広がるからである。そして、この社会全体の影響を考慮するならば当然、手続的保障の範囲も広げなくてはならなくなるのである。

また、理想的な100%の正確さを適正手続に求めることは、当事者にとって過剰な負担となり、また国の予算にとっても膨大なものとなるので、かえって途方もない不公平を生んでしまうことになろう⁵⁸。事実、完全な手続的正義は不可能である。また、そもそも手続のシステムが、適正な手続をふんだ結果もたらされた結果が正当であるという客観的ないし主観的に十分な証拠を示して、その結果に正当性を与えることは常に可能なことではないのである。

57 Ibid.,p184-185.

また、手続の事前的視点と事後的視点に関しては、Bruce L. Hary,

“Procedural justice - Ex Ante vs. Ex Post.” *UCLA Law Review*,44,p.1803.参照。ここで、ハリーは、訴訟当事者にとって、二つの手続が存在する場合に、事前的にどちらの手続が訴訟当事者にとって好ましいかという問題と、事後的にどちらの手続が望ましいかということは対立するとし、それらの手続の選択においては情報が重要であるという。Ibid.,p.1828. 情報の重要性は、インフォームド・コンセントの問題、倫理委員会の問題を考える上にも当然に妥当する。

58 この点につき、Henry Friendlyは、公営住宅における居住資格者の選定手続において、適正手続を完全にすることによって個人が得る利益よりも、それによって蒙る不利益のほうが大きいということを指摘している。Henry Friendly, “Some Kind of Hearing”, *University of Pennsylvania Law Review*,123(1975),p.1267.

第 2 節 実体原理と手続原理の差異

実体原理と手続原理とを明瞭に区別することは困難なことではあるが、実体原理と手続原理とを区別して議論を進めることは医療倫理の諸問題を手続的正義の面から検討する前提として欠かせないと思われる。というのも、実体として正当であるということと手続的に正当であるということは基本的に異なる次元の問題だからである。また、実体と手続とを区別しなければ、手続原理の特徴は明らかにならないとも思われるからである。

実際、この実体原理と手続原理の差異につき、かつてアメリカの判例においては、その境界線は不明瞭であるというものが先例であった⁵⁹。

しかし、リチャード・フリーヤーは、次のように、実体と手続を区別している⁶⁰。まず、実体とは、不法行為、契約、財産などである。これに対して、管轄、弁論、共同参加、事実の開示などは手続であると言うのである。

このようなフリーヤーの分類をソルムは、「ポルノグラフィを猥褻のものと、そうでないものとを分類するときのポッター・スチュワート判事の手法、つまり、『見ればわかる』という手法に類似

59 Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64, 1938. この事件は、トンプキンズ氏がエリー鉄道会社の管理する線路の近くを歩いているときに、通過する列車のある車両から突然、ある物体が飛び出してきて、トンプキンズ氏に衝突し、これにより、トンプキンズ氏は倒れ、車両に右腕を轢かれたことで、通常過失(ordinary negligence)による損害賠償を求め、エリー鉄道会社を訴えたものである。この事件の連邦最高裁判決は次の原則を定めたとする。つまり、連邦裁判所は民事訴訟において、連邦の憲法、条約、法律が適用される問題については連邦法を適用するが、それ以外の問題については州法を適用するという原則である。このエリー判決が出されるまでは、連邦の憲法、条約、法律が適用されない問題について、地方的な問題には州法が適用されるが、全米的な問題には連邦法が適用され、まちまちであった。

60 Richard D. Freer, "Erie's Mid-Life Crisis," *Tulane Law review*, 63(1998), p1102.

のものだ」とし、このような分類を直感的形式主義と批判する⁶¹。

一方、ガラントリー・トラスト株式会社対ヨーク事件で、フランクファーター判事は、実体と手続の区別について次のように述べている⁶²。「実体の問題と手続の問題は、あたかもこの問題が法律の全領域を二分する大きな分割を定義するかのように諸々の書の中で大いに語られている。たしかに、実体と手続は実に様々な問題の同じキーワードではある。しかし、どちらも同じ不変概念を意味してはいない。どちらも、用いられる特定の状況に応じて様々に変わる概念を意味するのである。」このようにフランクファーターは、実体と手続が、文脈が異なれば意味も異なるとし、実体と手続につき固定した概念は存在しないという。しかし、ソルムは、同判決の中に、次のような実体と手続の区別の基準が一応見出せるのではないかという。つまり、「もしも、法規範が訴訟の結果の見地から事後的に結果に決定力を及ぼすならば、その規範は実体である。しかし、ある法規範が事後的な視点から誰が訴訟に勝つか負けるかを決定しない場合、その規範は手続である」⁶³と。

しかしながら、ソルムはこのような基準も十分ではないという。ソルムによれば、ハンナ対プルマー事件でのウォーレン判事の主張⁶⁴に見られるように、手続的規範に従わない場合にも、訴訟で負けることがあるのだから、この点で、手続も実体と同様の結果に影響を及ぼす作用を果たすというのである。

そこで、ソルムは、ある法規範の人々の行動への主導権という視点から、事前に結果に影響を及ぼすものであるかどうかという基準をたてることが可能であるとする⁶⁵。

61 Lawrence B. Solum, *op.cit.*, p.194.

62 Guaranty Trust Co. v. York, p108.この引用箇所についてはSolum *op.cit.*,p.194を参考にした。

63 Lawrence.B.Solum, *op.cit.*, p.197.

64 Lawrence B. Solum, *op.cit.*, p.197で、ソルムはHanna v. Plumer, P468-469を引用している。

65 Lawrence B. Solum, *op.cit.*, p.198

これに対して、ソルムは、この事前の視点という見解には次の四つの批判が向けられるという⁶⁶。この基準は、①実体的な目的、機能、効果をもった手続的規範の存在を説明していない。②体系的に正確さに影響を及ぼす規範の変化が事前に結果に影響を及ぼす性質を説明していない。③体系的に手続費用に影響を及ぼす規範の変化が事前に結果に影響を及ぼすことを説明できない。④本来手続である法廷の選択を実体に分類しているなどの問題である。

これらの問題の①、②について、以下ソルムを参考に説明する。③の手続費用の問題と、④の法廷の選択については、本稿の対象としてはさほど重要ではないと考え、ここでは割愛する。

まず、①の批判点について、Rules Enabling Act⁶⁷のように、最高裁判所に予審法廷の手続や証拠に関する法を制定する権限を与えている法律が存在するが、これなどは実体的な機能をもった手続法であると、ソルムはいうのである。

しかし、ここでもそもそも手続が実体をどのように変えるのかという問題が生じるし、この変化は時間がかかるともいえる。それは、ソルムが指摘するように、手続の実体へ及ぼす影響は国民にとっては不透明であるからである⁶⁸。この点、ソルムの整理によれば、純粋に手続的規範Purely procedural rulesと純粋に実体的規範Purely substantive rulesと実体的効力をもつ手続規範Procedural rules with substantive effectsとに分けられるという⁶⁹。

②に関しては、ソルムは手続を当事者が幾つか選択できる場合に、その選択によって結果の正確さに違いが生じ、これは結果に影響を及ぼすということができ、手続というよりも実体ではないかと

66 Ibid., p.199

67 Rules Enabling Actについては、Stephen B.Burbank, "The Rules Enabling Act of 1934," 130 University Pennsylvania Law Review (1982), p.15参照。

68 Lawrence B. Solum, op.cit., p.201.

69 Ibid.,p.202.

いうのである⁷⁰。

たしかに、ハンナ対プルマー事件の基準が妥当性を欠くことは、同判決のハーラン判事の補足意見にも見られる。「ヨーク事件の『結果』テストからエリー事件の簡素な法廷漁りforum-shoppingの原理に戻ること、法廷は過度の簡略化のようなものの餌食となっている。というのは、単純な法廷漁りのルールはあまりにも多くのことを証明しすぎるからである。つまり、訴訟当事者が連邦の民事訴訟法の利点だと思われるものを単に得るために、あるいは、おそらく自己に望ましいと思われる判決が出る前にテストケースとして訴訟を試そうと、連邦法廷を選ぶことがしばしばあるからである」⁷¹とハーラン判事は述べている。ここには、はっきりと、手続によっては結果に差が出ることが示されている。

そこで、ソルムは、「手続とは法廷内での行動を規制するものであり、実体とは法廷外での行動を規定するものである」⁷²と比喩的に述べる。これは、ハーラン判事がハンナ事件の補足意見で述べた事前行動テストPrimary Conduct Testを比喩的に表現したものである。ハーランは、「もしもある規範の機能が判決に関連する行為を規定するならば、手続である。もしもある規範の機能が判決の文脈の外で生じる行為を規定するならば、実体である。ある法規範が、行為の双方を規定するならば、実体でもあり手続でもある⁷³」という。

以上のようなソルムの訴訟法学的な整理が、医療倫理の問題を考える上で、果たして有効なものかという疑念も生じうることと思われる。しかしながら、医療倫理の問題に関していえば、ソルムのいう、判決に関連する行為を規定する実体とは、ある倫理的判断が正しいかどうかを決定するものであり、その決定についての作業・過

70 Ibid.,p202.

71 Hanna v. Plumer, 380 U.S. 460, 475 ,1965, Harlan判事の補足意見箇所参照。

72 Lawrence B. Solum, op.cit., p.204.

73 Ibid.,p.205.

程を規定し、その作業・過程における人々の行動を規定するのが手続であるということである。逆に言えば、倫理的判断の正しさを決定する作業・過程とは無関係なものを実体と一応、考えることができるのではなからうか。

第3節 実体原理と手続原理の融合⁷⁴と峻別

先に、実体と手続を訴訟法学的には、判決に関連する行動を規定するかどうかという視点から一応区別できるということを見たが、実体と手続はお互いに排斥しあう関係にあるわけではない。ニュージャージー州の最高裁判所も「全ての法律が整然と実体と手続に分けることができると考えるのは、あまりにも単純である」⁷⁵と述べている。

また、スコット・マーサソンは「法律は実体と手続の相互作用の産物であり、この二者の関係は、訴訟において二つが結びつくこと以上に、微妙で複雑である」⁷⁶という。一方、イースターブルックは、「実体と手続は深く結びついており、手続的規範は、通常、実体的な権利がどれほどの価値に値するかを測定し、また、ある特定の目標の達成のために何を犠牲してもよいかを測定するものである」⁷⁷という。

これに対してソルムの分析は、まず、実体と手続の結びつきを、実体的な手続、手続的な実体、と段階をふんで検討し、その後、

74 この節の前半は主にLawrence. B Solum, "Procedural Justice," *Southern California Law Review*,78,p215- The Entanglement of Substance and Procedureの記述を参考にした。

75 *Busik v. Levine*, 307 A. 2D 571,578 ,New Jersey, 1973.

76 Scott M.Matheson, jr., "Procedure in Public Person Defamation Cases: The Impact of the First Amendment," *Texas Law Review*, 66 (1987).p.215,223,この論文は、ニューヨークタイムズ対サリバン事件という名誉毀損の事件を扱ったものであり、マーサソンは裁判所は実体的な目的のためには手続から離れるべきこともあると主張している。

77 Frank H. Easterbrook, "Substance and Due Process", *Supreme Court review*,85, (1982), p.112-113,

「手続とは実体法がもつ行動を導くという機能の本質的要素である」⁷⁸という命題を導く。以下、彼の整理による。

(1) 実体的手続Substantive Procedure

実体的手続の説明に入る前に、純粋な手続と実体について、ソルムの整理により、もう一度まとめると、純粋な手続は訴訟制度の側面を規定するものであり、純粋な実体法の機能は訴訟の文脈外の人間の活動全体を規定するものであった。

ここで、実体的手続とは、実体と手続が融合したものをいうが、ソルムによれば、実体的手続には二つの種類が存在し、第一のものは、実体的な規範を変更するために意図的に手続を利用するものであり、第二のものは、一般的な法規範を特殊化する手続の行動を導く役割に関するものであるという⁷⁹。

a 実体的手続の第一タイプ：意図的に実体的な機能をもった手続規範

意図的に実体的な機能をもった手続規範とは、本来価値中立であるはずの手続規範を何らかの実体的な機能のために殊更に利用するものである。ソルムは、この実体的手続の中には口頭証拠原則Parol Evidence Ruleがあるという。というのも、このルールは証拠手続の法という形態はとるものの、書かれた契約書の内容についての口証を排除するという点で、実体的な機能⁸⁰を果たすからである。

78 Lawrence B. Solum, op.cit. p.215.

79 Ibid.,p.216

80 もっとも、ここで口頭証拠原則は、ハートの分類によれば、二次的な実体法であるとソルムは述べている。ハートは、規範には二つのものがあり、人間が望もうと望まなかろうと、ある行動を人間にさせ、あるいは控えさせる一次的な規範と、それ以外の二次的なものがあるという。H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, (2ed.1994) p80-99.このハートの整理につき、どのようなものが具体的に二次的な規範かということについては、ソルムはいわゆる契約自由の原則があてはまり、当事者が任意で第一の義務を免れる民法の契約法分野などを例としてあげている。Lawrence B. Solum, op.cit. p.208

もう一つの例として、ソルムはPSLRA (Private Securities Litigation Reform Act⁸¹、証券民事訴訟制度改革法) とその姉妹法であるSecurities Litigation Uniform Standards Act (証券民事訴訟統一基準法) を挙げている。PSLRAは証券詐欺などのクラスアクションにおける民事手続を改正するものであり、中には従来の連邦民事手続法8条(a)(2)項と9条(b)項によって規定された訴訟の申し立て手続を厳しいものに変更するものもあった。これにより、被告側に有利な条件が与えられたのである。そして、ケラーによれば、PSLRAは最新の「手続の政治化」のまさに適例であるとする。PSLRAによって、アメリカ連邦議会は同法の実体的な目標を正当化するために特定の集団に手続上の利益を与えた点で行き過ぎだという。連邦議会と党派性の強いロビイストは実態的な目的を生み出すのに手続的規定が有効であることを発見したのであり、実体と手続の間のぼやけた境界線はさらにぼやけてしまった⁸²。

これら二つの例は、実体的な意図をもった手続として分類されよう。

b 実体的手続の第二タイプ：個別化された行為規範

この適例として、ソルムは宣言的判決declaratory judgmentを挙げる。この宣言的判決の特徴は、①一般的な法規範を特定の事実関係に適用していること、②第一次の行為を導くことで紛争を解決することである。

ソルムの用いている例を使えば、Aの作品がBの著作権を侵害しないということを法的に宣言することで、そのAの作品を流通にのせるというCはAと契約を結ぶことができ、逆に著作権を侵害する

81 PSLRAについては、Matthew Roskoski, "Note, A Case-by-Case Approach to Pleading Scienter Under the Private Securities Litigation Reform Act of 1995," *Michigan Law Review*, 97 (1999), p2265-が、詳しい。

82 Leslie M. Kelleher, Taking "Substantive Rights" (in the Rules Enabling Act) More Seriously, *Notre Dame Law Review*, 74, (1998), p61

という宣言が出たら、その作品を流通にのせることは法律違反であるということをもCに伝えることになる⁸³。このように宣言的判決は特定の個人に対して特定の事例における行為を禁止したりするのである。

また、宣言的判決だけでなく、差止命令Injunctionも同じような機能を果たす。

これらの例は、行為を導くという法規範の特殊化といった実体的役割を手続が果たすことを示している。

(2) 手続的実体

これは形式としては実体の様相を呈している法規範が手続的規範として機能する場合である。ソルムの分類によれば、手続的実体も二つのタイプに分けられる。直接、訴訟過程に影響を及ぼす特定の裁判所法に関するタイプと、行為規範と決定規範の間の一般的関係に関するものである⁸⁴。

a 手続的実体の第一タイプ：意図的に手続機能をもった形式的行為規範

ソルムはこれらの第一タイプの例として、裁判の議事妨害や、証人の買収や、証拠の破棄、証拠の横領などの不法行為を禁ずる刑法の規定をあげている。

b 手続的実体の第二タイプ：個別化された決定規範

ソルムはこのタイプの例として、略式判決summary judgmentと陪審員説示jury instructionを挙げている⁸⁵。

前者は、実体法が手続の問題の解決の基準に変容しているのであ

83 Lawrence B. Solum, *op.cit.* p.219

84 *Ibid.*,p.221.

85 *Ibid.*,p.222.

り、後者の陪審員説示を支配する規範は行為規範や決定規範を手続に関する規範に変容させているのである。

ソルムはこれら四つの規範の中で、第二のタイプの個別化された行為規範である実体的手続の個別化された決定規範の普遍化がいかなる司法システムにおいても必要な特徴であるとする⁸⁶。ここではいずれも「個別化particularization」がキーワードとなっている。なぜ個別化が必要であるのかが次に問題となる。

まず、先に示したように、実体が抱える問題として、①法律と事実に関する不完全な知識という問題、②法規範の明確化という問題、③公平性の問題が挙げられるが、これらの問題を解決するのに必要なものが、個別化という避けられない副産物なのである。

これらの訴訟法上の論点を医療倫理の問題にそのまま適用するのは困難かもしれない。ただ、医療倫理の問題も、当事者の不完全な知識、規範の不明確さ、不公平といった問題を内包するということは確かである。そして、これらの問題を克服し、妥当な倫理上の判断を決定するには、手続と実体を純粹に切り離すのではなくて、行為規範の個別化、決定規範の個別化という観点から結びつけることも必要であるということである。規範の個別化の前提として不可欠なのはまさに当事者の参加に他ならないのである。

以上、ソルムの訴訟法学的整理をもとに実体と手続の結びつきをみたが、ここであえて実体と手続との差異に注目してみることも応用倫理の問題を考察するには肝要ではなからうか。しかも、ソルムの整理のような訴訟法学的な見地から離れて実体と手続の関係を見ることがも無益ではないと考える。

この点、バーバーの合理性に関する整理⁸⁷は示唆に富む。

86 Ibid.p223.

87 Walter Baber and Robert V. Bartlett, *Deliberative Environment Politics*(2005), p17-18.

バーバーは、マンハイムやウェーバー、ディージング、シモンなどの合理性に関する見解を、機能的合理性functional rationality、実体的合理性substantive rationality、手続的合理性procedural rationalityの三つに分け、それぞれの関連性について検討を加えている。

まず、機能的合理性functional rationalityとは、システムや社会や組織の機能に内在する合理性のことである。あるシステムの機能的合理性は社会的な行動が特別な原理によって組織されるその程度のことをさし、秩序の原理を参照することで理解されうる。機能的合理性は機能的なシステムの根底にある原理を個人が知らなければならぬということの意味しないのである。例えば、組織も生態系も機能的に合理的な存在であり、合理的に測定しうる法則に基づいて機能しているが、この法則は理解可能ともいえるし、不可能ともいえるものである。

次に、実体的合理性substantive rationalityとは、個人の選択や行動の中身である。すなわち、一定の条件や規制の下で、ある目的を達成しようとするために、ふさわしいものであるという行為の属性である。実体的な合理性は個人の行動の判定基準となる。つまり、ある行動が、適切でふさわしいものであれば、実体的に合理的ということになる。例えば、行政の決定は、仮に、目的が演繹的な推論によって達成されるならば、実体的に合理的である。しかしながら、演繹的な推論は必要条件ではない。というのも、合理的な選択は、直観や試行錯誤や幸運によっても達成可能であるからである。つまり、実体が合理的かどうかには、演繹的な三段論法などは必ずしも必要ではなく、直感でも達成されるということである。

最後に、手続的合理性procedural rationalityとは、行動を選択するために用いられる推論の現実のプロセスであり、経験的事実認識に基づいた手続きである。この手続的合理性は選択される行動を発見する知的なシステムの能力のことである。この意味での合理性は行為や行動の属性ではなく、熟慮ある知的なプロセスの合理性で

ある。これは論理的思考reasoningという用語と同義である。例えば、手続的合理性は、個人や組織が、政策や行政の問題や状況などを考えるときのプロセスのことをさす。

このようにバーバーは三つの合理性を比較検討した後に、それぞれの関係を論じている。

例えば、ある個人の行動が実体的に非合理的であるとしても、非常に合理的な社会の文脈において、機能的に合理的であることがある。例えば、合理的な経済活動（機能的合理性）は、個人による不合理な選択に基づく面もあるのである。また、個人の選択が、手続的には何ら合理的でないとしても、実体として合理的な場合もある。同様に、個人が手続的にその命令原理を知らなくても（手続的に不合理）、あるシステムが機能的に合理的ということもある。

バーバーの言う、個人の選択や行動の中身である実体的合理性と、熟慮ある知的なプロセスとしての手続的合理性とが結びついて正当な医療倫理上の判断に役立つのが望ましいが、これは生命倫理の問題を例にしても非常に困難である。例えば、胎児の生命はいつ始まるのかという非常に難しい問題を見てみよう。この問題を何らかの実体原理に依拠して、胎児の生命の様々な段階を検討しても、明確な答えが出てこないと思われる。したがって、生命がいつ始まるのか、という問いではなく、手続原理として、人間を生命としていつから重要なものとして扱わなくてはならないのか、そしていつから生命として扱うかをどのように決めるべきなのかといった問題に設定しなおす必要があるのである。応用倫理の問題に着手するには、まず、実体から一時的にでも離れて、手続面というプロセスを特に見直すことも有意義と考える。

第3章 討議民主主義と手続的正義

第1節 手続的正義の基礎理論—ドゥウォーキンとロールズ—

ここではまず、手続的正義の基礎理論として、ドゥウォーキンのインテグリティとロールズの公共的理性についての概略を述べる。つまり、手続的正義とは具体的にはどのようなものであるのかにつき、その前提となる基礎的理論を整理することになる。

(1) 手続的正義とドゥウォーキンのインテグリティ integrity⁸⁸としての法

88 ドゥウォーキンの integrity は純一性、誠実、高潔などと訳されているが、インテグリティとした。また、ドゥウォーキンの著作については、*Law's Empire* (1986), *A Matter of Principle* (1985), *Taking Rights Seriously* (1978), *Justice in Robe* (2006)などを参照。いずれの著作にもハーキュリーズは登場する。

ドゥウォーキンの Integrity としての法という考えは、南アフリカ共和国の、裁判官に大きな影響を与えている。アバルトヘイト政策に関する裁判官の判決、法律制定においてドゥウォーキンの学説が影響を及ぼし、アバルトヘイトを打破する役割を果たしたという。これは integrity の実践であるとされる。*The Practice of Integrity: Reflections on Ronald Dworkin and South African law, The Acta Juridica Jubilee*, 2004, 同誌の Keynote address の中でドゥウォーキンは、アバルトヘイトと Integrity について、次のようにいう。Integrity は正当性を要求し、正当性は法制度をよりよいものにすることを要求する。しかし、アバルトヘイト制度のような法制度は、手続的な諸価値は、全く忌まわしい原則を適用しなければ、守られないような制度である。このような制度の妥当性をもはや全く見出せない時代が到来したのであり、今はまさに改革、それも劇的な改良の時期にある。Ibid.p.16

この点につき、イアン・シャピロは、民主主義的正義 Democratic Justice の中で、「古い民主的革命は抽象的な理想の実践というよりも、既存の政治体制の結果において体験される害悪の除去を目指すものである」という。Ian Shapiro, *Democratic Justice* (Yale University Press, 1999), p.2. ドゥウォーキンのインテグリティが、抽象的理想の実践であるとするなら、抽象的理想の実践も民主的革命の原動力となりうることを南アフリカの例は示すのではなからうか。

ところで、ハーバーマスの理解によれば、ドゥウォーキンが提唱するのは法理論の構築であり、正義論の構築ではない。彼が追及する課題は、「全ての個別事例に関する判決が具体的な法秩序にとって首尾一貫した構成要素として適合するよう、その法秩序が本質的な要素について正当化されるための妥当な原理と目

そもそも、ドゥウォーキン⁸⁹の理論の前提は、「実定法は不可避免的に道徳的内実を取り入れるのだから、裁判には道徳的観点が重要なはたらきをする」というものであると、ハーバーマスはいう。つまり、ドゥウォーキンにおいては、法と道徳とは結びついているのであり、法はインテグリティとしての法と理解されている。

このドゥウォーキンのインテグリティとしての法は、立法上の原理と、司法上の原理とがあり、後者について言えば、この司法上の原理は、裁判官の依るべき原理に他ならず、法が可能な限り、様々な法の総体を道徳的な観点から見て整合的なものとして理解されるべきことを意味する。そして、このインテグリティとしての法は成文法の枠を超越する。それは憲法をも超え、正義を求めるのである。

標設定を発見すること」なのである。この課題を担いするのが、まさにハーキュリーズの強大な力に匹敵するような知的能力をもつ裁判官だけである。この裁判官は「正当化に必要なすべての妥当な原理と目標設定を承知しており、さらに同時に、所与の妥当する法の諸要素を論証の糸によって縦横に結びつけることで完全な見通しをもつことができる」のである。ユルゲン・ハーバーマス、河上倫逸・耳野健二訳、『事実性と妥当性(上)』、(未来社、2004年)

ちなみに、リチャード・H・ファロンはドゥウォーキンのハーキュリーズの考えの問題を以下のように指摘する。

「難題は、ドゥウォーキンの理想的裁判官、ハーキュリーズにある。ハーキュリーズは一人の全知で、あらゆる法的道徳的問題に対しワンライトアンサー one right answer (唯一の正しい答え)を見つけることのできる能力を有する。彼の解釈的労働がワンライトアンサーを生み出した時、ハーキュリーズはそれに基づいて行動しなければならない。ハーキュリーズという考えは幾つかの点で誤解を招きやすい。最初に、ハーキュリーズは一人の裁判官であるが、最高裁判所は、同僚全員が連帯責任を負い、同僚が皆平等の権利を有する機関である。機関として、裁判所は適切なほどに首尾一貫し、安定し、機能性を有した憲法律を生み出す義務を有するのである。この義務を満たすために、裁判官は満場一致で機能しなければならない。あるいはほとんどの事例において『裁判所の意見』を生み出せるほど十分な意見の一致で機能しなければならない。私が強調するように、憲法律には、意見の不一致に満ち溢れている。」

Richard H. Fallon Jr., *Implementing the Constitution*, (Harvard, 2001), p.34.

ファロンはハーキュリーズが現実の司法とはかけ離れているというのである。
89 ハーバーマス、前掲書、241頁。

このインテグリティとしての法は手続的正義と結びつくものでもある。ドゥウォーキン⁹⁰は、手続的正義の説明の手助けとしてハーキュリーズという架空の裁判官を登場させる。

ハーキュリーズはまず、初期の著作『権利論』の第三章 ハード・ケースズ（Hard Cases）において、「超人的な技能、学識、忍耐、洞察力をもつ法律家」⁹⁰として登場する。ハーキュリーズは一人で孤独に裁判官である。ハーキュリーズは妥協をしない。ハーキュリーズは人民が憲法原理として所有する人権とハーキュリーズが執行する人権との間にギャップが生じることを許さない。このハーキュリーズを求めるのは人民である。道徳的原理に基づいて生きようとする人民は、願望として、憲法的制度を最適に説明してくれる諸原理を特定するだけの能力と余暇と公平さを有する裁判官の作業を求めるのである。

ハード・ケースは、制定法が明確な答えを提供できないような事件である。したがって、そこでは、裁判官はどのようにして問題を解決したらよいかという手続的な問題に直面するのである。つまり、裁判官は何が手続的正義であるのかをどのようにして発見するのかという問題に直面するのである。ここでのドゥウォーキンの問題解決の方法、すなわち手続的正義とは何かを、ソルムを参考に要約すると次の通りである。

まず、第一に、ハーキュリーズはすでに下された判例だけでなく、憲法の文言に適合的な諸理論を探し出し、どの手続的正義の理

90 ロナルド・ドゥウォーキン著、木下毅他訳、『権利論』、（木鐸社、2003年）、131頁。

フレミングによれば、ドゥウォーキンのハーキュリーズは、ハードケースを解決するにあたり、憲法的文書と憲法的秩序の根底にある実体的な政治理論を構築する空想上の裁判官は、民主主義におけるプラトンの庇護者や哲学者裁判官による支配であるとボークやラーニド・ハンドから批判を受けたという。また、ハーキュリーズは、ロシュナー事件の裁判官のようであるともいう。James E. Fleming, *Securing Constitutional Democracy—The Case of Autonomy*, (2006), p24.

論がデュー・プロセス条項の文言、デュー・プロセスの歴史、最高裁判所のデュー・プロセスに関する判例と適合するかを自問する。第二に、ハーキュリーズは、これらの理論の中から、政治道德の問題としてデュー・プロセスの学説を最も有効に支持する理由を提供する理論を選び出すことになるのである⁹¹。

このハーキュリーズの選ぶ手続的正義の適切な理論は、例えば、民事手続でいえば、次のような基本的特徴は満たさなければならない。それは、適正手続原理、個人の裁判管轄権、訴えと訴訟共同のルール、証拠発見の法則、証拠法、上訴の基準、予審手続などである。

ソルムはこのようなドゥオーキンの考えに対して、適正手続の適切な理論はたしかに、公正さが危うい状況では既存の学説と適合しなければならないが、他の配慮によって説明される特徴、例えば慣習律やある一定の制限内の裁量などといった特徴に適合する必要はないとする⁹²。

さらに、ソルムはハーキュリーズの第二のプロセスであるデュー・プロセスの学説を最も有効に支持する理由を提供するためには、そのことをどのようなアプローチで検討すればよいのかという点につき、次の二つを挙げる。①慣れ親しんだ道德や政治の議論を用いて、手続的正義のモデルを評価するというアプローチ、②公正な社会ではどのような手続的正義の概念が採用されるべきなのかというより哲学的なアプローチの二つである。①は、常識に訴えるものであり、判決要旨などで用いられるような議論上の戦略でもある。そして、②の哲学的なアプローチとして、ソルムは公共的理性に注目する。

91 Lawrence B. Solum, op.cit. p227 ここで、ソルムは第一のステップをfitの基準、第二のステップをjustification正当化の基準と呼ぶ。そして、公共的理性が関わるのは第二の基準であるというのである。

92 Ibid.,p228.

(2) ローゼンバムの公共的理性の役割

このドゥワオーキンの手続的正義の問題において、ハーキュリーズが手続的正義の理論を構築しようとしたときに、彼は道徳理論という大きな問題、つまり、功利主義、カント主義、道徳、倫理学などが道徳性の一般的説明となるのかどうかという問題を解決しようとしている。

このような問題は次の二つの理由から解決困難であるとソルムは言う⁹³。まず、どの道徳理論が最善であるかという問題は非常に論争を巻き起こすものであり、現実問題として、仮に深い規範的な倫理学上の問題が事前の段階として解決されなければならないならば、その根拠を示せるような企ては、少なくとも法理論上は存在しないだろうという点を理由として挙げている。仮に、法理論が道徳理論の深い真理に基づくものであるなら、その法理論はその理論の根底にある道徳的見解を説得力ある方法で攻撃され、適切に批判されてしまうのは当然であるからというのである。

第二に、深い道徳的な同意というものはほとんど不可能であるという点を挙げている。深い道徳的な同意というものが、同胞である市民一般と特殊な法的コミュニティに情報を与え、説得しようとすることから生まれるものであるとしたなら、大衆に理性がなければならぬことになるが、大衆には理性がないというのである。逆に言えば、手続的正義に欠かせないのは大衆の理性であるということになる。

この点、ジェレミー・ウォルドロンのように、「同胞である市民を尊敬することは、適切で十分な理性を彼らが利用できることを要求する。つまり、民主社会の正当性はこのことを要求する」⁹⁴のである。ウォルドロンが言う、「市民が利用できる理性」を公共

93 Ibid., p.229

94 Jeremy Waldron, "Theoretical Foundations of Liberalism," in *Liberal Rights* (Cambridge University Press, 1993), p.61.

的理性と言ってもよいであろう。この公共的理性には、一般常識、科学の真の論争のない結果、わが同胞の利用できる公共的な法律上、政治上の文化などが含まれる。

この公共的理性に関して、ロールズは次のように提案する⁹⁵。つまり、公共的理性においては、真理や権利についての包括的な原理のかわりに、政治的に分別をもって市民として市民に語りかけるといのはどうだろうかというのである。道徳や倫理の判断についての問題（応用倫理の問題も含まれる）を解決するには、公共的理性が必要だということになる。以下、公共的理性についてロールズの見解を基に整理する。

(1) 公共的理性の中身：公共的理性とは大衆全体が用いることのできる理性の前提と方式に依存する理性である。これには (a) 三段論法や証拠法のような全ての理性に共通の一般的特徴と、(b) 一般に共有された信条、一般常識、科学の論争の無い方法なども含まれる。

(2) 適用の範囲：最小限の範囲では、公共的理性の理想は社会構造と「憲法の本質」である討議と討論に適用される⁹⁶。

(3) 公共的理性の義務を負う人々：この理想によって特定される市民の任務は、(a) 市民や公務員が公共の政治的討論に参加したときに彼らに対して、(b) 選挙において投票するときの市民に対して、(c) 公務に従事するときの公務員に対して、それらの討

95 John Rawls, "The idea of Public Reason Revised," in *Political Liberalism*, p.441. ちなみに、ロールズは「参加」という概念も重視している。John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971), pp.42-43, 221-234. イアン・シャピロによれば、民主的な参加の権利がロールズの正義の第一原理によって保護されるという事実は、ロールズの主張の中でもっとも議論されていないという。Ian Shapiro, op.cit., p.241, footnote 3. たしかに、ロールズの主張は正義論一つとっても膨大な範囲に亘り、公共的理性や無知のヴェールといった際立った主要な主張のみが頻繁に論じられる傾向にある。

96 John Rawls, *Political Liberalism*, p.224, 227.

論、選挙、公務が(2)で特定された課題に関する限りにおいて義務を生み出す⁹⁷。

(4) 義務の構造：公共的理性の理想は、もしも公共的理性が適正に与えられるならば、市民と公務員に公的な政治議論への公共的理性をもたらし、公共的理性でないものはもたらさないように要求する。法的な論争や法案の議決といった特別な文脈では、公務員は判決意見や立法目的の声明などの公的な表明から公共的理性でないものを排除することを要求する⁹⁸。

(5) 義務の本質：この理想によって意味される市民の義務は政治的道德という義務であり、この理想は公的な政治的討論において法的な規制を正当化することはない⁹⁹。

ソルムは、このようなロールズの公共的理性とドゥウォーキンズのハーキュリーズを対峙させる¹⁰⁰。つまり、仮に、ハーキュリーズが裁判官として公共的理性に従うとしたならば、どうなるだろうかというのである。ソルムによれば、この場合、ハーキュリーズは自らの判断の根拠として公共的理性にのみ頼ることになる。そして、このことは、ハーキュリーズの手続的正義が特定の包括的見解の深みのある論争を招く諸前提に依存できなくなることを意味する。つまり、ハーキュリーズは宗教的原理の真理、カント主義、功利主義、あるいはその他の包括的見解に依拠できなくなるのである。たしか

97 Ibid.,p217-218,224-226

98 Ibid.,p236,252

99 Ibid.,p217

100 Lawrence B. Solum, op.cit. p231.

また、ソルムの公共的理性に関する論文には以下のものがある。

Laurence B.Solum, "Constructing an Ideal of Public Reason," *San Diego Law review* 30, (1993),p.729;

"Faith and Justice", *DePaul LaReview*,39, (1990),pp.1089-92

"Inclusive Public Reason", *Pac.Phil.Q*,75,p.217(1994);

"Law and Public Reason," *APA Newsletter*, Spring 1996, p.54(1996);

さらにソルムによるロールズの理解は、*Situating Political Liberalism, Chi-Kent Law Review*,69, (1994),p.549参照。

に、公共的理性というものが実在するならば、ハーキュリーズとはいえ、これに従わなければならないであろう。しかし、これはあくまでもロールズの手続的正義と市民の討議を重視するための一つの仮定的議論であることを考慮すれば、実際、必ずしも、公共的理性にのみ従うということにはならない。

また、ソルムは、ハーキュリーズの手続的正義にはすでに公共的政治文化から引き出された価値や原理が内包されているという¹⁰¹。そして、ハーキュリーズの手続的正義は実体的手続になりうることを示唆しているのである。

ロールズの公共的理性の理念の中心にあるのは、いかなる宗教的な教義であれ、非宗教的な教義であれ、それが公共的理性と民主的な政治組織と両立する限り、公共的理性はそれらの教義を非難しないし、攻撃もしないという考えである¹⁰²。もちろん、いかなる教義といえども、立憲体制を認め、それに付随する正当な法を認めるということが基本的な条件となるのは当然である。そして、ロールズは、お互いの利益という基準から立憲民主主義を拒否する人たちは、公共的理性をも拒否するという¹⁰³。さらにロールズは、公共的理性は次の三点で公的であるという。まず、公共的理性が自由で平等な市民の理性であるということ、第二に、公共的理性が公共についての理性であるということ、第三に公共的理性の取り組む問題は基

101 Ibid.p232.

また、ハーキュリーズと市民との関係については、ハーバーマスは次のように説明する。「裁判官に課せられる義務は、妥当する法を全体として原理により正当化する理論に照らして個々の事例を決定せよというものだが、このような義務は、憲法制定行為により裏づけられた市民の先行的義務、つまり、市民が正義原理を志向し、自由で平等な連帯的結合の構成員としてお互いを尊重することにより、自らの共同生活の純一性を維持せよという義務、の反映である」。ユルゲン・ハーバーマス、前掲書、254頁。

102 John Rawls, "The idea of Public Reason Revised," *Collected Papers* に所収、P574 (頁は後者のもの)

103 Ibid.p574

本的な政治的正義に関する問題についての公共的利益である。つまり、この問題は憲法的本質と基本的正義の問題である、という¹⁰⁴。

ここで、応用倫理の諸問題に関する倫理的判断、倫理に関する決定の問題は、少なくとも憲法的本質をなす基本的人権に関するものであるということを再確認しておこう。ロールズ流にいえば、人権を尊重し、正当な法に従う限りでは、公共的理性に従うものが正しい判断であり、決定である。逆に言えば、公共的理性にかなう応用倫理上の判断、決定がなされなくてはならないことになる。例えば、クローン技術を禁止するか、解禁するかを決める場合には、公共的理性に従って決定することになるのである。

ロールズは、さらにこの公共的理性は、基本的な問題についての討論だけでなく、公共的政治フォーラムと呼ぶ所でなされる討論にも適用されるという。この公共的政治フォーラムについては、ロールズは、決定をなす裁判官の討論、立法府や行政府といった統治をなす官吏の討論、そして、公職立候補者、選挙運動などにおける討論、そして、政党の演説会なども含むという¹⁰⁵。このように公共的理性の範囲を広げ、討議の重要性を説く姿勢こそ、近年、アメリカで流行している熟慮する民主主義の原型であり、ブルース・アッカーマンのDeliberation dayの提言などはまさに、この公共的理性の具体化の一つであると考えることが可能である。

そして、ロールズはこの三つの公共的政治フォーラムを背景的文化と呼ぶ。ロールズによれば、この背景的文化は市民的社会であり、政治的であろうが宗教的であろうが、いかなる中心的な思想や原理によって導かれるようなものではない。その背景的文化を構成する機関や組織は、思想、表現の自由、結社の自由を保障する法律の枠組みの中に存在するものである。

ロールズによれば、この公共的理性は、立憲民主主義における民

104 Ibid.,p575

105 Ibid.,p575

主的な市民性という概念から生じる。この市民性という概念には、次の二つの特徴がある。ひとつは、これは私たちが生まれると同時にその中に入り、死んではじめて出ることができるという基本的な社会構造の中に存在するという関係である。もうひとつは、究極的な政治力を集合体として行使する自由で平等な市民の関係であるという。

しかし、市民社会においては、価値が多元的であり、この傾向は一層激しい価値の対立を生むようになってきているが、そのような価値多元的社会において、宗教的であれ、そうでなかれ、何らかの教義から生じている市民間の差異はもはや解決不可能なのではないかという疑問は依然として残されたままである。

(3) 公共的理性が直面する問題

公共的理性は、医療倫理の分野では主に、価値多元主義のみならず、合理性至上主義を克服しなければならない。というのも、合理性と理性は現代社会においては乖離する傾向にあるからである。

ハーバーマスは、技術的な理性が勝利を収めると、他の勝利はすべて意味がないように思われると述べている¹⁰⁶。技術的な理性においては、直観や価値に関する宣言や、例えば世界観や精神性といったより高次の秩序にまつわる信条といったものは、科学的な目的にむけて、計画され、計算され、管理されている行動においては何ら役割を見出せない。

さらに、行動は理性によって決定されるものではなくてきている。行動は理性と結びつかない不合理で非合理的な要素によって決定されるのである。したがって、仮に私たちの目標に関する選択が合理的な議論の外にあるとしたら、人間はいったい日々の生活を解決する手段として何を手にできるのだろうか。

106 Jürgen Habermas, "A Postscript to Knowledge and Human Interests", *Philosophy of the Social Sciences*, 3: pp157-189(1973).

現代的な意味の合理性とは一般的には最高の利潤を求める行為、一貫性、目的意識のあること、制限のある選択などを含む。そして、個人の利益を追求する道具概念としての合理性はわれわれの利益が何であるかを理解するのに必要な自己の修練を徐々に蝕むのである。

この点、ディングDiesingは次のように指摘している。「究極の目的や、人生の基本的な目的は合理的な手続きによって選択されたり、評価されたりしない。それは、恣意的な好みや直観、文化的生物学的な決定論によってしか扱えないのである」¹⁰⁷。

そして、ベロンBelloneが指摘するように、現代以後は、合理性という用語は、アリストテレスの時代のように、倫理的な色彩を帯びていないのである¹⁰⁸。私たちが今日合理的というのは、その人物が経済原理を超克した客観的価値基準に忠実であるということなのである。さらに、ハーバーマスが言うように、現代社会の構造は、道具概念としての合理性あるいは戦略的な合理性には、従っていると言える。例えば、輸送機関、情報、コミュニケーション、私法制度、官僚制などがこれらの合理性の内容である。

ところで、合理的なるものと理性的なるものとを区別するものは何か。この点ロールズは日々の人々の会話の中に違いを見出せるという。人々はこう言う「彼らの提案は彼らの立場から見れば、合理的であるが、私の見解からすれば妥当ではない」と。私たちは、ある人を合理的であるというときは、その人の追及する目的が何であるかを知らず、ただ、彼らが目的を知的に追求していることしか知らない。これに対して、ある人が他者の関係する状況で理性的であるというとき、その人と他者とが共有するある原理によって自らの

107 Paul Diesing, *Reason in Society: Five Types of Decision and Their Social Conditions*, Urbana (University of Illinois Press, 1962) p1.

108 C. Bellone, *Organization Theory and the New Public Administration*, Boston: Allyn and Baco, p145 (1980).

行為を支配しているということである。

従って、理性的であるとは、他者の利害を考慮に入れるということである。これには、人々が自らの利害を捨てなければならず、公共的理性が求められることになるのである。

(4) ローレンズの直観主義

ローレンズの理論において、公共的理性と同様に、手続的正義と関連性があると思われるのは直感主義である。

直観という日本語の語義からすると、直観は手続的正義とはもっともかけ離れたものであり、出鱈目のように思われるかもしれない。しかし、ローレンズの正義論の狙いは、一般的に認識された正確な解決方法が存在していない社会的選択の基本的な問題を、個人が選択する特別に設定された問題を媒介することによって扱う方法を提供することであり、この基本的な問題は、非常に信頼できる直観と、合理的な熟慮のある決定手続きによって解決しうるものだと、ネーゲルは言う¹⁰⁹。

応用倫理の問題はまさに、「正確な解決方法が存在していない社会的選択の基本的な問題」であり、ローレンズの正義論の基礎にある見解は応用倫理の問題を解くヒントを与えてくれると思われる。さらに、ネーゲルによれば、ローレンズは、その基盤を求めるべき多くの実体的な倫理上の結果が存在するときに、倫理の基盤を探求することは有益だと信じていると言う¹¹⁰。そして、ネーゲルはローレンズの直観主義につき次のように述べる。「基礎にある原理がそれ自身の直観的な道徳のもっともらしさを有し、理論は単にそれが説明する特定の判断を単に要約するだけでなく、光をあて、もっともらしいものにするのである。」¹¹¹と。

109 Thomas Nagel, "Rawls on Justice", *Philosophical Review* ,82(2), p220(1973).

110 Ibid,p220.

111 Ibid,p221.

また、ロールズの直観主義 (intuitionism) は、功利主義に対抗する概念であるとロールズ自身考えていたとファインバーグは言う¹¹²。しかしながら、直観主義は、功利主義においても、中心的ではないが、ある重要な役割を演じているという主張もある¹¹³。

では、ロールズの直観主義はどのような点で応用倫理の問題を解決するのに役立つのか。

ロールズは、「道徳的事実の複雑さは、多くの識別された諸原理を要求するが、他方、それらの原理を説明したり、それにウェイトを割り当てたりする単一の標準は存在しない。そこで、直観主義の理論は二つの特徴をもつ。第一に、特定の形態の事例に矛盾する指令を与えるために対立することもある複数の最初の諸原理から成立しており、第二に、これらの原理を比較考量するための明示的な方法も優先順位のルールも含んでいない。われわれは直観によって、つまりわれわれにとって最も正に近いと思われるものによって、あるバランスに出会うことになるにすぎないのである。あるいは、優

112 Joel Feinberg, "Rawls and Intuitionism", Norman Daniels ed, in *Reading Rawls: Critical Studies of A theory of Justice*, p.108 (1978).

113 Tom Brooks, Fabian Freyenhagen ed. *The Legacy of John Rawls*, p.4 (2004).

ちなみに、ヘーゼル・ビッグズは直感的反応や、直感的道徳に次のように述べる。

「直感的反応や直感的道徳は生命倫理一般の出発点であり、研究倫理に関してもまたそうである。それらは、ある実践や提案は本能的に誤っているように見えるが、他のものは完全に受け入れられるように見えるといった事実に基づく。シヤム双生児の外科手術などがその好例である。臨床的な利益が全くない純粋に実験的な目的で外科医がある人体を意図的に切り開くということは、外科医は何をするのが適切かということにつき、人の感情を害する。しかし、そのこと自体、シヤム双生児の外科手術に関する計画が自動的に拒絶されることにはならないのである。そうではなく、その試みを行うこと自体が正当化されるかどうかをつきとめ、参加者に潜在的な危険を示すための倫理的な分析がなされるべきである。その答えは、その手術からもたらされる参加者の危険と潜在的な利益との均衡を含む、要因の数に依存している。要するに、本能的にあらゆる倫理的な感受性を害するように見える提案でさえ、精査を受け、確立された倫理原則に従って評価されるべきなのである。」ヘーゼル・ビッグズのこのような理解が功利主義からみた直感の評価としては一般的であろう。Hezel Biggs, *Health Research Ethics and Law* (Cavendish 2010), p50-51.

先順位のルールがあるとしても、これらは多かれ少なかれ陳腐で、一つの判断に到達するための実質的な助けにはならないと考えられる」¹¹⁴というのである。

医療倫理の場面では、判例理論が構築してきた二重の基準や、合理性の基準などの合憲性審査基準に類似の基準でさえ功を奏しないことは当然と思われる。例えば、二重の基準について言うと、この基準そのものが陳腐であるとはいえないと思うが、二重の基準が精神的自由と経済的自由との二つを比較考量し、精神的自由にウェイトを置くという単純なものであり、例えば生命倫理をめぐる患者の人権への配慮に関する問題ではとうてい役立ちそうもない。また、憲法判例が築いてきた基準はおおよそ何らかの意味で国家権力を縛る合憲性審査の基準であり、医療倫理をめぐる諸問題において、ただちに有効な基準にはなりそうにもない。

とすれば、何らかの基準に依ることをやめ、専ら直観によって、われわれにとって最も正に近いと思われるものによって、ある均衡点に出会うことになるにすぎない、ということになるのであろう。

しかしながら、このように、個人の尊厳に関するような問題までもが直観によって判断されるのはあまりにも抽象的で妥当性を欠くのではないかという批判が出されよう。そして、応用倫理における何を優先的に扱うべきであるかといった優先問題に関する有用かつ明白な解答や基準があるのではないかといった批判が出されよう。ただ、この点もロールズによれば、そのような優先順位の問題を解く明白な解答は存在しないのである。彼はこういう。「優先問題を解決するために直観に訴えることには、必然的に不合理なものは何もない。複数の原理を超越する方法はないという可能性を認めなければならない。どのような正義の概念でも、ある程度は直観に頼らなければならないのは、疑いのないことである。それにもかかわらず、その直接的な訴えを慎重な判断に帰するために、われわれは自

114 John Rawls, *A Theory of Justice*, p.34(1999).

分のできることを実行しなければならない。」と。そして、自分のできることは「直観への依存が完全に排除されないとしても、優先問題のための明示的な諸原理を定式化するためにわれわれはできることをすべきなのである。」と。

ロールズは直観に依存せざるをえないが、直観への依存を弱めることは可能であるというのである。つまり熟慮への手引きは存在するというのである。熟慮の手引きとなるのが、ロールズの正義論の中で語られる優先原理である。この優先原理が十分弁護すべきものであるなら、この理論は直観主義よりすぐれたものとなるのは明らかだとロールズは主張していると、ファインバーグは言う¹¹⁵。

これに対し、多元主義は原理と規則の順序付け、あるいは、道徳的要求の相対的重要度の決定方法を示せないならば、困難な応用倫理の問題ではほとんど指針を示せないのではないかということになる。そこで、多元主義の問題を克服すべく出されたのがまさにロールズの『正義論』なのである。この本で、ロールズは、正義の一般理論を、順を追って配列している。そして、ロールズは「無知のベール」におおわれた公正な取引状況にある合理的契約者は次に紹介する正義原理を受け入れるはずであると主張する¹¹⁶。

第2節 手続的正義の概念

手続的正義は、手続と正義という語からなる。

115 Joel Feinberg, op.cit., p110

116 正義論に対しては、幾つかの有力な批判も存在するが、ブチは、ロールズの一種の社会契約に基づく正義論において、社会契約を結ぶものに課せられる選択には、特定の社会主義を反映しており、それは、特別な意味での正義ではあるが、普遍的な理論ではないという。Philip Pettit, "A Theory of Justice?" *Theory and decision*, 4(1974) pp311-324

また、ハートは、正義論における、ロールズの、自由は他の社会・経済的な利益によって制限されてはならず、ただ他の自由のためにのみ制限されるという原理を正義が要求するという主張に対して、なぜそうなのかロールズは説明不足であるというH.L.A.Hart, "Rawls Liberty and Its Priority", *University of Chicago Law Review*, 40(3), (1973), p534.

まず正義について検討をすると、正義概念の古典的見解であるアリステテレスの主張によれば、正義はまず、「配分的正義」と「矯正的正義」とに分けられる。配分的正義は各々に相応しくなるように、社会の利益と負担を分配することである。したがって、租税の多くの問題は配分的正義の問題となる。これに対して、矯正的正義は、不正の矯正に関するものであり、刑法、不法行為法、契約法上の諸問題が含まれる。

手続的正義という場合、ここでの矯正的正義と結びつきやすいと思われる。

ところで、手続的正義の例として、ケーキを切ったものが最後にケーキを選ぶということが挙げられる。なぜ、このことが公正な手続きなのか。端的に言えば、全員にとって平等なケーキ一切れという公正な結果となるための条件が、ケーキを切ったものが最後に取り出すということであるからである。たしかに、正確に平等に分けるには定規とコンパスを使えばよい。しかしそれでは、たかがケーキごときで何もそこまで大騒ぎする必要はないということになる。よって、切ったものが最後に取り出すというルールは、結果の重要性和、それを担保するための費用との間にバランスがとれているということが肝要なのかもしれない。

ケーキを切るものが最後に取り出すというルールを、ジョン・ロールズは『正義論』で一般化して説明している。ロールズは、①「完全な」手続的正義、②「不完全な」手続的正義、③「純粋な」手続的正義の三つに分類する。

そして、このケーキの例を①の完全な手続的正義であるとする。この完全な手続的正義とは、まず、公正な分配という独立した基準が存在し、次に、この望ましい結果をもたらす手続を作り出すことが可能であるということである。

②の不完全な手続的正義は、結果が公正であるかどうかという基準は存在するが、それをもたらす手続を作り出すことが不可能であるというものである。例えば、刑事裁判において、正しい判決かど

うかという独立の基準はあるが、すべての事例において、正しい判決を保障する手続きを考案することは不可能である。

そして、③の純粋な手続的正義では、正しい結果に関する独立の基準はありえないが、正しい結果を保障するための手続きである。この純粋な手続的正義では、手続きの結果はいかなるものでも、正しい。なぜなら、手続きから独立した正しさの基準は存在しないからである。正しさもしくは、公正さは、その手続きに固有のものであり、いかなる結果といえども、その手続きの手順が踏まえられている限り、受け入れられるものである。賭け事はその一例である。なぜなら、もし、ゲームが公正でさえありさえすれば、誰が勝つか負けるかは問題にはならないからである。

医療倫理の問題を解決する場合の手続的正義はこれら三つの正義の中で、③の純粋な手続的正義が妥当と思われる。

以下、ソルムの整理¹¹⁷をもとに、これら手続的正義の三つのモデルをさらに検討したい。

①正確モデルAccuracy Model

このモデルは専ら正確さに関するものである。つまり、手続的正義とは法規範を具体的に正確に事実に適用することであり、ロールズのいう完全な手続的正義と重なる。

この正確モデルは、手続的正義が結果の正確さのみを基準とするものをさす。これは理想的な概念である。訴訟がこの結果の正確さを求めて様々な創意工夫が凝らされているにもかかわらず、上訴ということが認められるということは、この正確モデルがあくまでも適正さの基準を満たさず、さらに正確さを求めるコストの莫大さに鑑みれば正当性においても欠陥があることを示している。

117 Lawrence B. Solum, op.cit. p234.

② バランスモデル Balancing Model

このモデルはロールズの不完全な手続的正義の概念によって最もよくかつ正当に説明される。このモデルは、適正な手続が完全であるということは不可能であるということをも認めたうえで、正確さと正確さを達成するためにかかるコストとのバランスをはかろうとするものである。これはきわめて功利主義的な発想¹¹⁸に基づくものである。例えば、リチャード・ポズナーは「手続のシステムは、経済の見地から見ると、二つのタイプのコストの合計を最小限にすることである。第一のタイプは、誤審のコストである。第二のタイプは手続制度を運用するコストである。」¹¹⁹という。

このバランスモデルの問題点は、手続的正義を功利主義という現実主義に墮してしまい、手続的正義に関し基本的人権の見地や、公正という概念に基づいた説明が欠けている点である。

③ 参加モデル Participation Model

手続的正義の三番目の概念は、参加モデルであり、これは、ある決定によって影響を受ける者はその決定がなされるプロセスに参加する手段をもつことを要求する。これは、マーシャル対ジェリコ株

118 ライオンズによれば、功利主義はロールズ自身が論駁しなければならないと考えていた理論の一つであるという。ライオンズによれば、ロールズは自由の制限や自由に関する不平等は一般的な利益を促進するという理由によっては正当とされ得ないのであるが、功利主義者は一般的な福祉に仕えることのみを言質とし、最大限の平等的自由というものには関知しないのであると、主張している。さらに、ライオンズによれば、功利主義者は、個人の利益は他者の大きな利益のために犠牲となることを一般利益によって要求されると主張するが、ロールズは社会の不平等は、全員が社会の不平等から利益を得られる場合のみ許されると主張する。これは、実体的な判断をロールズが行っていることになる。ライオンズによれば、ロールズはこの実体的判断の正当性を社会契約理論によって説明している。その社会契約理論とは、自らの利益を發展させたいという自由で合理的な人々は、平等の原初状態では、彼らの社会的結合の基本的合意を表すものとして、上述の主張を受け入れるはずであるというのである。David Lyons, "Rawls Versus Utilitarianism", *Journal of Philosophy* 69(18) (1972), p.535.

119 Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (1992), p.549,550.4th ed.

式会社事件で、マーシャル判事が次のように書いていることに端的に示される。彼は、「デュー・プロセスについて、二つの中心的な問題がある。一つは、不正にあるいは誤って権利を剥奪されることを防止することであり、もう一つは、意思決定手続への影響を受け個人への参加と討論を促すことである。」¹²⁰という。

この参加モデルの定義も、これだけでは不十分なところがある。というのも、参加モデルは、不確定で変化しうる基盤に基づいているからである。ソルムはこの参加モデルをさらに四つに分類する。そして、この四つの定義はロールズのいう純粹手続的正義、つまり正義とは、独立した基準ではなく、一つの機能であるとする正義によって統一されるというのである。

ソルムの整理する参加モデルの四つの定義は以下のものである。まず、訴訟は公正なゲームであるとするゲーム解釈gaming interpretation、次に、訴訟当事者が訴訟に現実に参加する機能として、威厳と自律性を強調する威厳解釈dignity interpretation、さらに、訴訟当事者が訴訟に参加することによって得られるより高い次元の満足のことを強調する満足解釈satisfaction interpretation、さらに、公正で正確な結果の基準としての理想的なコミュニケーションの状態を意味し、民事訴訟原理がこの理想に近づこうとすることを強調する討議理論解釈discourse theory interpretationである。

以下、それぞれについて簡略に説明する。

120 Marshall v.Jerrico,Inc.,446 U.S. p.242.1980.

ジョン・ハート・エリーは、参加という概念につき次のように述べる。

「参加そのものは、客観的に価値とみなすことは可能であるが、私が一つにまとめようとしている二つの考え方を崩壊させることはない。私の用語法によれば、価値の押し付けというものは、ある善（権利か何か）を指すことがあまりにも重要で、政治的過程が強いる禁止から守られなければならないということなのである。これに対し、参加への志向性は、価値選択に影響を及ぼし、結果としての費用と利益を分配する決定がいかになされるかに関する見解の一種である。」

John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (Harvard, 1980), p.75n.

(i) ゲーム解釈 Gaming Interpretation

この解釈には二つの意義があるとソルムはいう¹²¹。第一には、民事訴訟は偶然に興ずるゲームのようなものであるというものである。そして、ギャンブルは、手続があらかじめ公表され、ギャンブラーがその手続きに同意している限り公正であるという。

しかし、この解釈が問題なのは、ギャンブラーがポーカーを行う決心をするようには、訴訟を提起したり、訴訟に応じたりはしないということである。

(ii) 威厳解釈 Dignity Interpretation

この解釈は訴訟の独立した価値と訴訟によって影響される個人の威厳とを結びつけるものである。

ソルムはロバート・ボーンを引用する。

ボーンは次のようにいう。「アメリカの訴訟では法廷出頭日の理想は、訴訟に参加することが結果の平等へ影響を及ぼすからではなく、訴訟に参加することただそれのみに価値を置く訴訟参加に対する見解である。訴訟参加は個人が自ら訴訟を選択する機会を与えるものであるから重要なのである」¹²²と。

しかしながら、このような解釈が妥当性を欠くのは明瞭である。というのも、第一に、参加ということだけでは、公正で適正な手続となるとはいえないからである。また、威厳というものは、エチケットを守ることや良いマナーによっても得られるものであり、それを適正手続に使える他の価値と対等に肩を並べられるとは思えないからである。

121 Lawrence B. Solum, op.cit. p260.

122 Robert G. Bone, "Statistical Adjudication: Rights, Justice, and Utility in a World of Process Scarcity", *Vanderbilt Law Review* 46, p613.

(iii) 満足解釈 Satisfaction Interpretation

この解釈は手続の評価基準として、訴訟参加者に満足を与えると
いう功利主義的な発想に基づく。

これはあまりにも狭い見解であり、手続に参加することによって
得られる満足感が手続の公正さについての全てであるとはとても思
えない。

以上、i から iii までの解釈はいずれも何かしらの問題があるとい
わざるを得ない。

(iv) 討議理論解釈 Discourse Theory Interpretation

この解釈は、参加のプロセスと正確な結果との間の深い本質的な
結びつきを求めるものとソルムはいう¹²³。そして、ソルムは討議理論
を最も十分に説明しているのはユーゲン・ハーバーマスであるとい
う。ここでは、ソルムの整理をもとに、ハーバーマスの討議理論¹²⁴を
整理する。

ソルムによれば、訴訟のように裁判が、訴訟当事者に平等の機会

123 Lawrence B. Solum, op.cit. p267

124 ハーバーマスの討議理論については、Thomas McCarthy, *The Critical Theory of Jurgen Habermas* (1978) が詳しい。さらに、A Michael Froomkin, "Habermas @ discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace", *Harvard Law Review* 116 .p54 (1989) は興味深い。ソルム自身のハーバーマスについての論文は、Lawrence B. Solum, "Freedom of Communicative Action: A Theory of the First Amendment Freedom of Speech", *New York University Law Review*, 83 (1989), p.54 を参照。Michel Rosenfield, "Can Rights, Democracy, and Justice Be Reconciled Through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law", *Cardozo Law Review* 17 (1996), p.791 もハーバーマス理解には重要である。また、ハーバーマス自身の著作で、手続的正義に関連するものとしては、Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms* (William Rehg 訳, 1996), 1 *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society* (Thomas McCarthy 訳, 1984), 2 *The Theory of Communicative Action: Lifeworld and System: a Critique of Functionalist Reason* (Thomas McCarthy 訳, 1987)

を与えるように精巧に作り上げられた規範に従って行われ、決定は中立的な第三者が行うという手続は、ハーバーマスのいう理想的なコミュニケーション状態である。

討議理論においては、真実というものは、合理的な討論が保障された条件化で真実と主張された命題が合意を得られることを意味するのである。つまりそれは、公正な手続きを通じて争いを解決すること以外には適正な結果であるという基準は存在しないということになるのである。

ソルムはロバート・アレクシーの示唆に基づいて、ハーバーマスの理想的発話状態を次のように公式化している¹²⁵。

- (1) 参加ルール：コミュニケーションと行為を行うことのできる各人は参加を許される。
- (2) コミュニケーションの機会平等のルール：それぞれの参加者は以下述べる、コミュニケーションの平等の機会を与えられる。
 - a. 各参加者はいかなる提案に対しても質問をすることが許される。
 - b. 各参加者は討論にいかなる提案をもなすことが許される。
 - c. 各参加者は自己の考え、真摯な信条、願望、要求などを表明することが許される。
- (3) 強制に対するルール：各参加者は、討議の内部から生じるものであろうと、討議の外部から生じるものであろうと強制によって、(1)(2)で保障された権利の行使を妨げられない。

125 Lawrence B. Solum, op.cit. p269-270.脚注220も参照。

これらの公式は、応用倫理の問題を解決する上での手続きとしても有効ではないかと考えられる。たしかに、当事者が参加するということがなぜ手続を正当なものとするのかという問いは残される。しかし、参加という理念が手続的正義の中心を占めると考えることは不可能ではないということがソルムにより整理されたと考えたい。

また、このようなハーバーマスの手続的正義に対する考え方はロールズとも重なりあう。

バーバーによれば、ロールズもハーバーマスもいずれも、手段だけでなく目的についての討論を要求する社会的行為の追及や、それについての討議によって、理性と合理性の調和は可能であることを示唆しているという¹²⁶。

第3節 手続的正義の本質的要素としての参加

参加が手続的正義の本質である理由は何であるのかということになると、答えは用意には出てこない。というのも参加と手続的正義をめぐっては幾つかの困難な問題があるからである。ソルムは次の点を挙げる¹²⁷。第一に、正当性は現実の参加を要求しないというこ

126 Walter F. Baber and Robert V. Bartlett, *Deliberative environmental Politics*, p15.

理性と合理性を調和させるという視点が生まれるのは、理性と合理性が反目するだけではなく、繰り返しになるが、価値多元であるかたに他ならない。理性や合理性に関しても様々な見解があるのである。個人にとって、何が理性的な選択であるのか、何を選び、追求するのが理性的なのか、ドゥウォーキンのような自由主義者は、個人が追求する生活の有様には無関心であると言える。ドゥウォーキンは明確に、「自由主義は、いかなる特定の人格理論に依拠しない」と言う。Ronald Dworkin, *Liberalism in Public and Private Morality*, ed. S.Hampshire, pp113-143, Cambridge, p.142. このような自由主義者の態度にアッカーマンのような共和主義者は、自由主義を受け入れるには、非常に論争のある性質の大問題を引き受ける必要はないと批判する。Bruce A. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, 1980, p.361.

127 Lawrence B. Solum, *op.cit.* p275

と。第二に、正当性に関する限りでは、重大である局面においても、参加することは一つの選択肢でしかないということ。第三に、参加の価値は参加が結果にもたらす効果に還元できないということ。これらの点に鑑みると、必ずしも、参加が手続的正義の本質だとは考えられないようにも思えるのである。

そこで、ソルムは立法作用との類推によって議論を進めている¹²⁸。

第一に、立法作用が正当性を有するためには、立法作用が民主的な参加の規範を満たすプロセスの経過を辿ることが必要である。第二に、この民主的な参加の規範には、立法にあたり、市民が直接投票をする権利が保障されているか、市民が立法権を移譲する代表を選ぶかのいずれかが要求される。

また、参加と立法作用の正当性との間には強い結びつきがある。第一に、選ばれていない権限によって強制される立法は、たとえ、通過した法律がすぐれたものであり、政治道徳の基準から見てもそのように判断されたとしても、正当ではないのである。第二に、たとえ、非民主的なプロセスで優れた法律が生み出されたとしても、非民主的な立法は正当ではない。

このように参加がプロセスの正当性を担保するのだとした上で、では正当性はなぜ重要なのかとソルムは議論を進める¹²⁹。

端的に言えば、市民は正当ではない法律を正式な法律とみなす義務を負わないからである。市民はそのような法律に対して政治道徳上内容に中立の義務を持たない。たしかに、政治や宗教や道徳という問題については人間の本性と多元性に鑑みれば、特定の法律に対して正義や善についての意見の相違は避けられないであろう。このような意見の対立は市民がしばしば自己の意見を道徳に正当であるとして、自己の道徳に反する法律に従わないこともあろう。そのう

128 Ibid.,p276

129 Ibid.,p277

え、国家がその個人にとって正当だとは思われない法律を市民に強制することもあるかもしれない。しかし、市民が分別をもって自ら内容的に中立である法律に従う社会のほうが、法律がはじめから正当性を持つという前提から始まる社会よりも優れているのである。

ソルムは次のように述べる。

「手続的正義の理論と、手続の制定と手続の適用は別問題である。実体的便宜の聖餐台の上で手続的公正を犠牲にしたくなる。この誘惑は非常に執拗なものである。結局のところ、多くの利益が得られるかもしれないのだ。望ましい結果が得られ、費用が最小限に抑えられるかもしれない。結果から見れば、いともたやすく手続的正義を犠牲にすることを合理化できよう。そして、参加のない手続から得られるわずかな利益がわずかな費用を上回るかもしれない。しかしながら、最終的にはこのような合理化はむなしく聞こえる。正義のない手続は正当性を犠牲にする。正当性のない法律は強制と力によって行動を導く。参加のない手続は服従を命じるかもしれないが、理にかなった忠誠をえることは不可能である。実体的便宜の聖餐台の上で手続的正義を生贖にするとしたら、非常に大きな罪をおかしたことになる」¹³⁰。

ソルムは手続的正義の本質には参加という要素が不可欠であるとするのである。

同様に、バーバーなど、討議民主主義を重視する立場は、民主主義を端的に手続としての民主主義と位置づける。ここでの手続にも参加という概念が重要な役割を果たす。

バーバーは極めて単純な以下のような理由から民主主義は手続的性格を有するとする。まず、民主主義は分解しやすい傾向と、専制主義になりやすい傾向との双方を有する。そして、この民主主義の分解しやすい特質によって議会にもたらされた崩壊と混乱は、公共の関心が少数派の正義や権利によってではなく、利害を有する支配

130 Ibid.,p321

的な多数派の優越的な力によって決定されるという問題に逢着するのである。そして、民主主義の手續の強調はまさにこの難題の解決のためのものだというのである¹³¹。

応用倫理の問題をガイドラインなどではなく、民主的に法律によって強制的に解決することはある意味で望ましいかもしれない。し

131 Walter F. Baber, "Impact Assessment and Democratic Politics", *Policy Studies Review* 8(1998), p172-178.

ちなみに、ガットマン=トンプソンは民主主義の参加という手続的要素につき、次のように言う。

「自由で平等な市民からなる社会という観念は、万人に非常に多くの時間を政治参加に費やすよう要求しない。また、市民が全ての重要な政治的決定を自らなすことを要求することもない。したがって、ほとんどの討議を重視する民主主義者は、一般人が規則的に公的な討議に参加することを要求しないのである。彼ら民主主義者のほとんどはある種の代表民主制を好む。代表制のそうした理論では、市民は自分たちにかわって代表者に討議を委ねる。しかし、代表者は代表者の間で討議をするだけでなく、選挙民の声を聞き、また、選挙民とコミュニケーションをとるべきなのである。そして、選挙民は、今度は、多くの機会を設けて代表者に説明義務を果たすようにする。経験（ただ、政治運動によるだけかもしれないが）によって試される指導者の討議はより情報提供型のもとなり、効果的となり、今日的な意味を持つ（たとえ洗練されたものでなくとも）ものとなるのである。欠点はほとんどの市民が単なる傍観者となることである。彼らは身代わりののみ討議に参加する。さらに、最も重要なことかもしれないが、代表民主制は、市民が代表者に説明義務を課すことを高く重視する。代表者が説明義務をしようとしなない、あるいは説明義務を果たせないという点で、代表者は責任ある行動を取っていない、あるいは正直にさえ行動していないということになるのである。

したがって、討議民主主義者の中には、より参加的な統治形態を好むものもいる。彼らは、政策立案に一般市民がより直接に参加することこそ、討議民主主義が約束する道徳的価値（例えば相互尊重）の多くを確実にする最善ないし唯一の方法であると主張するのである。より大きな参加はより多くの市民に討議に参加することの利益を享受する機会を与えるだけでなく、市民の美德を發展させるのに役立つ、市民により公共心をもって政治問題を考えるように促すのである。

しかしながら、直接民主主義の欠点は、政治的であり、かつ倫理的である。実際的な反論として出されるのが当然予想されるのは、現代民主主義において、市民の数のため、直接民主主義の利益は政治システムにおける地域的な単位ないし副次的単位でしか達成されないのではないかというものである。さらに、ほとんどの市民が投票だけでなく、二三百人以上を収用する政治的フォーラムに直接参加する時間は十分にはない。また、直接民主主義には明白ではないにしても、疑

かし、法律にはバーバーの言うように、多数派の専制という問題が
つねに付きまとう。したがって、この問題を解決するには、単なる
民主主義ではなく、民主主義に適正な手続的原理を盛り込んだ討議
民主主義が求められるのである。

第4節 手続的正義と討議民主主義deliberative democracy¹³²

これまで述べた手続的正義とその根底にある参加を重視すること
は、医療倫理の問題をめぐる意思決定においても、不可欠であると

う余地のない倫理的な欠点も存在する。全ての市民が直接集って政策決定しても、
最善の法律と公共政策をもたらされないし、それら法律や公共政策に対する討議
による正当化ももたらされない。民主的に選挙され、説明義務を果たす市民の代
表のほうが優れた討議者かもしれないし、そのように認識されるのが民主的な
かもしれない。さらに、ほとんどの人にとって、自己の主要な時間を政治につ
いての討議に時間を費やさず自由は自由な市民の生活を送ることの一部でもある。

これまで、国家レベルでの意思決定のほとんどの問題にとって切実な、直接民
主主義の実際の、倫理的な欠点を見てきた。それにもかかわらず、あるフォー
ラムにおいては、代表制の長所と直接的な討議民主主義の長所とを結びつけるこ
とは可能かもしれないと信じられる。ジェームズ・フィッシュキンの審議型世論調
査の提案—これは、争う候補者の政治的立場を議論するために市民を無作為抽出
したものであるが—は、現代社会における直接参加の討議的価値と代表民主制の
必要性とを部分的に調和する方法である。」

Amy Gutman=Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?* (Princeton, 2004)
pp.30-31.

132 deliberativeとはどのような意味かについて、アッカーマンは、Deliberation
dayという祝日を作ることを提案している。これは、国内規模の選挙、例えば大
統領選挙の二週間前に、有権者が近所の集会所に集まり、選挙の中心的な問題に
ついて討論する日であるという。Bruce Ackerman and James S. Fishkin,
Deliberation day (2004),p.3. この例から分かるように、deliberationとは、国民が
集まって政治問題について討論し、熟慮することが通例念頭に置かれている。
また、デビッド・ヘルドのような民主主義者は、地域的、国際的な機関と議会か
らなるネットワークといった新たな国際的制度を提案している。David
Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan
Governance* (Stabford,1995) ,p.237. こうした、世界規模での討議には魅力は感
じるが、ガットマン=トンプソンに言うようにそこに潜む危うさは否定できない。
ガットマン=トンプソンは次のように指摘する。

「私たちは、国際問題を扱うある新たな討議のフォーラムが必要かもしれない

思われる。医療倫理の問題を実体的に判断するにあたり、克服し難い価値の多元性という問題が生じ、また、そのような実体的な判断のための確実な手続も存在しえない以上、適切な参加を本質的要素とする手続的正義によって出された決定に従うことが肝要となる。

先に述べたハーバーマスの理想的発話状況、ロールズの公共的理性は、いずれも手続的正義の理論といえるのである。トマス・ネーゲルによれば、ロールズの社会正義は次のような手続的正義に依存しているのである。それは、機会があれば、有る意味で従わなければならない原理に前もって同意しえた手続きや制度に、人々が従うことを要求するのが公正であるという考えである¹³³。

理想的発話状況と公共的理性の二つはそれぞれ、内容を異にするが、いずれも討議を重視する点で重なりあう。以下、この討議について討議民主主義の視点からみしてみる。

討議を重視する民主主義の概念として、討議民主主義 Deliberative Democracyが近年議論されている。

ドライチェクによれば、およそ1990年頃に、民主主義の理論が熟慮を重視する方向に変わったという。それ以前は、民主主義の理想は、主に選挙や代表を通じて、好みや利益を集団的な決定へまとめることと考えられてきた。これに対して討議民主主義は集団的な決定へ最終的には従う全ての個人がその決定について真の熟慮をなす

と信じている。しかし、私たちはまた、増殖した意思決定権は民主的説明責任（討議民主主義の本質的条件）を弱体化させる。ほとんどの国際機関は基本的に非民主的であるから、民主的説明責任が危機に瀕する。地球規模で重要な問題に関し、国民が代表される国の多数派による政治的システムは非民主的であり続けている」という。Amy Gutmann = Dennis Thompson, Why Deliberative Democracy, (Princeton, 2004), p.62. ここでは、普段冷静沈着なガットマン = トンプソンにしては、やや感情的に国際機関を非難しているが、たしかに国際的規模でタウンミーティングを念頭におく討議は出発点から次元が異なるような気もする。ただ、国際規模で実質的な討議を担保するには、国内規模以上に、メディアやインターネットを用いたコミュニケーションの役割が重要視されるであろう。

133 Thomas Nagel, "Rawls on Justice", *Philosophical Review* 82(2) (1973), p.222.

能力にこそ民主主義の正当性の本質があるという¹³⁴。

134 John S. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond*(2002), p.v.

ちなみに、討議民主主義を、正義概念と民主主義概念を結び付ける考えであるといえる。シャピロによれば、このように正義と民主主義を結び付ける考えを抱かせる根底には、次の二点があるという。まず、「1980年代以降、世界の多くで民主主義が予期せぬ大勝利を取めたにもかかわらず、民主主義の正当な社会秩序における正しい位置づけ、そして、民主主義が何であるか、民主主義は何を要求するかについては、ほとんど関心が払われなかったということ」と、「1950年代以降の民主主義の文献のほとんどと、1971年に出版されたジョン・ロールズの正義論によって引き起こされた配分的正義に関する文献との間には夥しい分離が存在していること」の二点であるという。Ian Shapiro, *Democratic Justice*(Yale University Press,1999),pp.1-3.

また、ドライチェックのみならず、ジョシュア・コーエンも、討議民主主義の根底に社会の構成員の参加を置く。コーエンは次のように述べている。「民主的正当性という基本的な理念は、国家権力を行使する権威がその権力によって支配される社会の構成員の集団的な決定から生じなければならないというものである。より正確に言えば、つまり、民主主義の制度的性質に配慮して述べれば、その権威は、集団的な権威を認識できるように作られた社会的政治的制度を通じて表明されたり、作られたりする構成員の議論と決定から生じるのである。」Joshua Cohen, "Procedure and Substance in *Deliberative Democracy*," in *Democracy and Difference—Contesting the Boundaries of the Political*—edited by Seyla Benhabib (Princeton,1996),p.95.

さらに、キャス・サンスタインは、討議民主主義に関し、次のように主張している。つまり、憲法の意味に関してもっとも重要な現代の論争は、政府が公正すなわち中立的であるという要求の意味に関する意見の不一致を反映している。すなわち、中立状態対討議民主主義なのである。Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution*, (1980), pp.1-2,6.

サンスタインによれば、討議民主主義には次の四つの核心的性質を持つという。

①まず、政治的討議への信頼である。政治的決定は機能的に整備された私的団体や個人の自己利害の単なる集積を反映するだけではない。また、政治的決定は、中立的状態を保護するものでもなく、政治以前の私的権利を保護するものでもない。政治的決定は新しい情報や新しい視点を考慮し、公共的理性を反映した共通の利益に関する討議の拡張によってもたらされなければならない。さらに、政治は、市場のようなやり方で、既存の傾向を反映すべきではない。サンスタインは、市場における消費者（消費者主権）と政治における市民（人民の政治的主権）の間の類推を拒絶しているのである。

②市民による政治参加の拡大である。政治的討議は、国民が相当程度の安全と他者や国家権力の意思から独立を要求する。例えば、市民への言質は国家が介入できない一定範囲の自律を意味する。さらに、それは、所有権の保障と社会改革

プログラムの側面をも含意する。

③討議民主主義は、公共的理性と共通利益に関する討議により平等な市民の間における同意を求める。

④討議民主主義は政治的平等を求める。それは言論の自由と適切な教育の利用を前提とする。そして、政治的平等は経済的平等を要求しない。政治的平等は、悲惨な状態からの解放、カースト制への反対、教育の機会均等を含めた機会の平等なども伴わないのである。

Ibid.p.pp.133-141

このようなサンスタインの討議民主主義の理解に対し、フレミングは次のように実体からの逃避であるという批判を向ける。

「しかしながら、サンスタインの自由主義的共和主義は、異なった、問題の多い、実体からの逃避を実際しているのである。すなわちそれは、私が討議的自律を確保するという主題に関して統一しようとした、良心の自由、結社の自由、プライバシー、自律といった実体的自由の司法権による保護からの逃避である。自由主義と共和主義との間の軌轢に関するロールズの解決に根拠を置く憲法理論であるならば、(エプスタインがしているような)古代人の手続的自由を不当に制限してしまうような手続きから実体への逃避はしないだろう。また、(サンスタインがしているような)現代人の実体的自由の十分な説明にならない実体からの手続への逃避もしないであろう。」と。

James E. Fleming, *Securing Constitutional Democracy—The Case of Autonomy*, (2006), p77.

このような、フレミングの実体からの逃避であるというサンスタインへの批判はそのまま、ガットマン＝トンプソンの批判になるようにも思われる。先に述べたガットマン＝トンプソンの討議民主主義の整理には実体的な視点が落ちているように思えるからである。ただ、あくまでも、ガットマン＝トンプソンは政治学の枠組みでの議論ではあるが、ガットマン＝トンプソンは討議民主主義と実体原理につき次のように述べている。

「私たちが見たように、討議民主主義は、単なる討議のプロセス以上のものに関するものである。それは、自由で平等な市民性という実体的規準に関するものであり、仮に討議が出来る限りすぐれた機能を果たそうとする場合に討議が要求する自由で平等な市民性の背景的条件に関するものである。なぜなら、現実の民主政治の諸条件はこれらの基準が不足しているからである。討議民主主義の理論の目的に惹かれる理論家さえ、現代の状況下では、あるいは少なくとも予見できる将来において実現しそうな全条件下において、討議民主主義は不当な結果を導き出すと討議民主主義を批判する。権力が非均等に分配され、金銭が、だれが討議的フォーラムを利用できるかを決めるような時代において、実際の討議の結果は、これらの不平等を反映し、多くの場合、不正な結果をもたらすかもしれない。

しかし、これらの状況下でさえ、討議民主主義はそれ自身すぐれた批評家である。再び、討議民主主義の理論は討議民主主義の実践を批判する。討議民主主義そのものは、討議民主主義が擁護する市民の平等の条件を弱体化する討議的实践

における排他的偏見を露呈する。最も恵まれていない人々がその貧しきゆえに討議への平等のアクセスを得られないために討議から排斥されてしまう程度において、討議民主主義はこの不正への効果的な批判を行うのである。」

Amy Gutmann = Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy*, (Princeton, 2004) ,p.48.

また、ガットマン自身、別の書で次のように述べているので、ガットマンやトンプソンは基本的にはフレミングと同じ立場に立つと思われる。「実体的原理は討議民主主義に情報を提供するが、実体的原理は討議の代わりをすることはしない。逆に、討議は実体的原理の代わりをしない。もしも実体的な情報が存在しないならば、討議は政治的に空虚なもの（倫理的に無意味なもの）となるだろう」と。そして、次のようにも述べる。「自由、機会、市民的平等はほとんど全ての民主主義理論によって与えられる根拠において守られる。民主主義理論はこれらの原理を支持するという点で、異なるスタート地点から収斂されてゆくのである。しかし、ある人々は民主主義をはるかに単純に一つの原理と同一視する。それは、多数決原理である。なぜ、多数決原理以外の原理を擁護する民主主義を支持するのか。それは、まず、第一に、多数決原理はそれ自体原理ではないからである。それは、擁護できるような民主政治をととも定義できない一つの手続に過ぎない。というのも、多数決原理は寡頭政治的独裁的意思決定者によって利用されるからである。倫理的根拠、すなわち、すべての人間の倫理的作用を尊重する根拠に立つ民主主義ならば、意思決定手続による秩序の確立以上のものをなさなければならぬ。というのも、秩序だけでは、全ての個人の倫理的作用を尊重することにはならぬからである」と。Amy Guttmann, *Identity in Democracy*, (Princeton, 2003) ,p.29.

さらに、ガットマン＝トンプソンは、討議民主主義者の中にも、討議を単に道具として捉えるか、あるいは討議に表現される価値があるのかという点で意見の不一致が見られるとし、これらの不一致はお互いを排斥するものではないとしながらも、次のように述べている。

「仮に、私たちが、討議というものを単に道具としてみただけならば、政府の決定が決定者以外の市民を拘束するという政治的事実を見落としてしまう。…政府の官僚は、政策の結果とともに生きなければならない市民の見解を求めなければならない。拘束のある決定が日常的に討議なしでなされると、政府は市民に尊敬されなくなるだけでなく、市民に課す決定の正当性を欠くことになる」。Amy Gutmann = Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy*, (Princeton, 2004) ,p.22.

その上、ガットマン＝トンプソン自身、前掲書の後半pp.135-136で、相互依存 reciprocity という概念を用いてサンスタインの立場を論駁している。ガットマン＝トンプソンにとって相互依存というものこそ実体的価値に他ならない。

ガットマン＝トンプソンは、サンスタインやエリーのような手続完成型討議民主主義に対して、彼女らの討議民主主義のほうが優れているとし、そもそも、彼女らの討議民主主義は、手続理論ではないとさえ言う。多数決民主主義では、公開の説明義務を果たした意思決定プロセスを通じて、多数派が、自己の宗教的信

この討議deliberationという概念は最初、ジョセフ・ビセットによって用いられた。ビセットは、討議につき、次のようにいう。

「アメリカ憲法体系によって確立された民主主義の中核に位置する討議は、公共的政策の長所に関して論理的思考をなすこと reasoning on the merits of public policy と単純には定義される。一般的、伝統的に理解されているように、討議とは、討議に参加する者が真剣に実体的な情報と主張を考察し、個人として意思決定をし、優れた公共政策とは何かに関してお互いに説得をしようとする論理的思考の過程である。したがって、討議とは、『問題解決』とか分析的と呼ばれる様々な行動を含む。つまり、社会、経済、統

条に適合するよう全市民に要求する法律を制定することは可能である。「純粹に、民主主義の手続的概念によれば、この法律は正当化されるであろう。しかし、それは多数派の宗教を共有せず、個人の完全性がその法律によって攻撃される少数派にとっては正当化されない。それは相互依存の原理を侵すからである。」

Ibid.,p.135.

ところで、サンスタイン自身は、自らの自由主義的共和主義はロールズに基礎を置く、憲法論であると自己規定して論じており、同じく、ロールズに基礎を置く憲法的構成主義の立場をとるフレミングにすれば、サンスタインの憲法論には実体への配慮を著しく欠くというのである。

サンスタインと異なり、ロールズは、古代人の自由と現代人の自由という二つの伝統を、自由度平等な個人としての市民という概念に基づいた平等な基本的自由という一つの首尾一貫した計画の中に結合することで平等と自由の衝突を解決しようとし、平等と自由を調和しようとしたのである。このようなロールズの立場にサンスタインの自由主義的共和主義はそぐわないが、フレミングの憲法的構成主義はロールズの立場に合致するというのである。フレミングの考えは後にまたふれるが、ここで、簡略に引用しておく。

「憲法的構成主義は、古代人の自由と現代人の自由とにそれぞれに匹敵する二つの基本的主題を有する。第一に、共和主義的な主題は討議民主主義の諸前提を確保するものである。つまり、市民が正義概念に対する能力を、共通の利益だけでなく、基本的な制度と社会政策における正義に関する討議と判断に適用できるようにすることである。第二に、自由主義的な主題は、討議的自律の諸前提を確保することである。これは市民に自己の討議の利益の概念に関する能力を自己の人生の送り方に関する討議と決定に適用できるようにすることである。これら二つの主題は結びついて、万人に立憲民主主義において自由で平等な市民という共通で保障された地位を確保するのである。」と。Ibid.,p.46.

治の問題の調査、特定、現在の政策や計画の評価、様々な競い合う提案の考察、立法的、行政的解決案の作成などを含むのである。真に討議的と呼ばれる過程であれば、参加者は、自己の関心と呼ぶ事実、主張、提案に心を開いていなければならないし、同僚や他者から学ぼうとする一般的な意思を持たなければならない。」¹³⁵

ここで、ビセット、討議に参加する者が個人として意思決定をし、他者と説得しあうことを討議の出発点に据えている。そして、

135 Joseph M Bessette, *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy and American National Government* (1994), pp.46-49. 以下のビセットの引用は同書から。

ビセットがDeliberationという表現を最初に用いたのかもしれないが、討議民主主義を議論による統治と分かりやすく言い換えれば、19世紀において著名な討議民主主義の主導者はジョン・スチュワート・ミルであろう。ただ、ミルは討議を教養のある一部の人間によるものでなければならぬとした点で、包括的でないとガットマン＝トンプソンは言う。ガットマン＝トンプソンによれば、広範に亘る討議を民主主義の一部とするだけでなく、民主主義の不可欠な要素とした20世紀の初期の学者として、ジョン・デューイ John Dewey、アルフ・ロス Alf Ross、リンゼー A.D. Lindsay を挙げている。Amy Guttmann, *Identity in Democracy*, (Princeton, 2003), p.9.

ちなみに、deliberationという表現を討議という意味に用いたのが、ジョセフ・ビセットであるとしても、民主主義において、討議の重要性を説いた源流は、アリストテレスであるとされる。アリストテレスは政治学1253aで次のように議論の重要性を述べている。

「たしかに声を出すだけなら、快と苦を表示するものだから、他の動物にも出来ることなのである。つまりかれらの自然に与えられている生まれつきは、快苦を感じて、これを仲間同士に表示するということまではきいているということである。しかし言論というものは、利害を明らかにするためのものであり、したがって正邪を明らかにすることにもなるのである。というのは、善悪正邪その他のことを感じうるといふ、このことだけですでに人間は、他の動物に対して独特のものをもつことになったのである。そしてこれらの利害正邪の共同がもたまって、家族や国家がつくられるのである。」アリストテレス「政治学」中央公論出版社、中公クラシックスW58、田中美知太郎他訳、17頁。ちなみに、この最後の「利害正邪の共同がもたまって、家族や国家がつくられる」というアリストテレスの主張、つまり、国家を構成するのはアトム的な個人ではなく、むしろ家族という共同体であり、これが発展し国家を作るといふ発想は、アメリカの共同体主義の源流とされる。実際、共同体主義の憲法学者がほぼ全て、討議を重視し、討議民主主義を主張するのである。

ビセットは、討議というものに欠かせない要素につき、情報、討論、説得の三つを挙げる。

「ここで定義された討議は様々な形態を有するかもしれない。それは、同じ考えを持った個人が集合して、全員が一様に欲する政策の詳細を決めるようとする、ほぼ満場一致の過程であるかもしれない。あるいは、基本的な問題や原理に関して根深い対立を伴うものかもしれない。討議の結果、意見の満場一致になるかもしれない。そこでは、投票は必要ではない。あるいは、討議の結果、多数の意見を決定するために形式的な投票を必要とする鋭い意見の対立が明らかになるかもしれない。討議は、研究室や書齋といった静かな空間で私的な考察としてなされるものから、下院や上院の議場において、情緒的な意見の交換によってなされることもある。討議は、公的な見解からは伺えない私的な意見交換や私的な記録の中に保管されたものについての開かれた公的な議論という形式を採るかもしれない。討議は、選挙された公職者の間の直接的な議論や、より頻繁には、その公職者のスタッフの間の会話を必要とするかもしれない。討議は、選挙であろうと、任命であろうと、政府の正式な地位にある人々に制限されるかもしれないし、利害関係者、事業者の諸団体、国際組織、学会なども含むかもしれない。

しかし、このように討議が多彩な形を採ろうとも、討議の過程には、三つの本質的な要素がある。それは、情報、討論、説得である。」

ビセットが民主主義の基本概念を情報、討論、説得といった極めて個人的な内容のものにしたことは討議民主主義の射程を広げることになる。医療の現場で起こる問題も、患者が得られる情報、患者と医師との間、あるいは倫理委員会での討論、そして、医師、倫理委員会による患者の説得といった問題にもパラレルに適用できるのである。

もちろん、ロールズの言うように、ビセットの定義する討議が十分なされたところ、当事者の討議の結果はあくまでも不確定なもの

である¹³⁶。したがって、そもそも討議が民主主義の中心概念であるとしても、応用倫理の問題を討議民主主義の概念によって解決できるのだろうかという問題が生じる。この点、マシューズのように、民主主義は本質的に環境問題などの応用倫理問題には不適切であるという主張も存在する¹³⁷。だが、グッディン¹³⁸のいうように、公的な側面で討論の展開する民主主義を推し進めることは、自己以外の利害を考慮する状況をもたらす。例えば、自然や次世代の利益などを考慮するようになるのである。このような考え方によれば、討議民主主義の射程範囲が環境倫理を超えて、公衆衛生など、自然や次世代の利益を考慮すべき医療倫理をも含むことにつながるようになる。さらに、討議民主主義は、市民に理性を要求することにもなる。理性に基づいた討議民主主義は単なる手続原理ではないし、純粹な実体原理でもないのである。この討議民主主義がよってたつ理性は、公正な協力を求めようとする自由で平等な市民によって受け入れられるべきものなのである。

ところで、バーバーはこの討議民主主義の流れは、ロールズ、ハーバーマス、そして、ポーマンやガットマン＝トンプソンの三つに分かれると言う¹³⁹。

ここで、ガットマン＝トンプソンの整理により討議民主主義を整理すると、民主主義の過程で与えられる全ての理性は、その理性に耳を傾ける全ての市民に開かれていなければならない、次の四点を特徴とする¹⁴⁰。

136 John Rawls, *A Theory of Justice*, p140.

137 Freya Mathews, "Democracy and the Ecological Crisis", *Legal Services Bulletin* 16 (no.4) (1991).

138 Robert E. Goodin, "Enfranchising the Erath, and Its Alternatives", *Political Studies* 44:pp.835-849.

139 Walter B. Baber and Robert V. Bartlett, *Deliberative Environmental Politics*, p6-7.

140 Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Why deliberative Democracy?* (2004) p3-6.

第一の特徴は、最も基本的なことだが、討議民主主義は、市民や議員がなした決定を正当化する必要性を肯定する。端的に言えば、討議民主主義は、理由を挙げて説明すること reason-giving がこそ第一の特徴とするのである。ガットマン＝トンプソンは、さらに次のように言う。つまり、全ての問題が、常に、討議を必要とするものではない。討議民主主義は他の意思決定の形態を許容するのである。それは、集団内での駆け引きかもしれないし、行政によって下される秘密工作かもしれない。ただ、その場合でも、それらの手段を用いる理由はある時点で、討議的過程を経て正当化されなければならないというのである。

そして、この決定に与える理由は単に手続的なものでもいけないし、実体的なものでもいけないという。その理由は、公正な協力関係を求める自由で平等な人間によって受け入れられるものでなくてはならない。

討議民主主義の第二の特徴は、熟慮の過程で与えられた理由に対して名宛人であるすべての市民が、この理由を理解できるものではないなければならない。

ここで、ガットマン＝トンプソンは、討議は、単に個々の私的な領域においてだけでなく、公的な場で生じなければならないという点で、ルソー流の民主主義とは異なるという。ルソーの民主主義では、個人は個々人で、何が社会全体として正義であるかを考え、議会に集い、一般意思というものにしたがって投票する。つまり、ルソーの民主主義には、討議そのものが欠如しているのである。

第三の特徴は、熟慮の過程が目指す決定が、一定の期間、拘束力をもつものでなくてはならないということである。この点で、討議は討論や大学の研究会のようなものではない。討議の参加者は主張のために主張するのではない。真実のために主張するのでもない。討議の参加者は、討議が、政府のなそうとする決定や、将来の決定がいかになされるかを変えるかもしれない過程に影響を及ぼすことを望むのである。

第四に討議民主主義は動的（dynamic）であるということである。それは、絶えず続く討論に開かれており、すべての市民が以前の決定を批判することができ、その批判に基づいて先に進んでゆくことのできるものである。

このようなガッドマン＝トンプソンの討議民主主義の第一の特徴はロールズの公共的理性の理想型と重なる面がある。ロールズは公共的理性の理想とは、立法者、裁判官、政府官僚が公共的理性に従って行動し、市民に、ある基本的な政治的立場を支持する理由を公正という政治的観念の点から説明するときに満たされるといっている。

それだけでなく、ガッドマン＝トンプソンが、「公正な協力関係」といっている点も、ロールズのいうところと重なる。ロールズは、価値多元主義を克服するには、市民がお互いに世代を超えた社会的協力体系の中で、お互いを自由で平等な人間と考え、政治的公正と考えるものにしたがって、お互いに公正な協力をなす準備ができていなければならないからである。

ちなみに、ガットマン＝トンプソンは別のところで、討議民主主義の原理は、相互依存であるという。つまり、相互依存、公開性、説明責任こそ討議の状況を規制する基準である。基本的自由、基本的機会、公正な機会が討議の内容を構成すると言っている。

第三の特徴に関してもロールズは似たようなことを言っている。つまり、多数意思が表明された法律とは、最も妥当であるとか、最も適切であるというのではなく、市民を政治的（道徳的に）拘束するものであり、そういうものとみなされるものである。市民はそれぞれ、全員が少なくとも理性的に話すべきことを話し、投票したのだから、全員が公共的理性に従い、市民の義務を尊重したのだと考えるのである。しかし、これは永久に拘束されるわけではない。

ところで、ロールズ自身は、討議民主主義について、三つの本質的な要素を挙げている。それは、①公共的理性の存在、②立憲体制という枠組み、③そして、公共的理性に従うだけの市民の知識と教

養である。そして、この③については、問題が生じる。討議民主主義の主体が平均的な一般人であるところ、一般人には複雑で公的な問題を議論する能力はないのではないかという疑問が呈される。

しかし、アッカーマンのいうように、平均的な一般人は市民としてうまく機能できるのであり、様々な立場の代弁者の意見を聞き分け、新たな主張と証拠に基づいて自己の意見を変えることができるのである。ただ、問題なのは、そういった平均的な一般人を集める協力させる制度的枠組みがないことである¹⁴¹。

このような討議民主主義は応用倫理のうち、医療倫理だけでなく環境倫理にとっても有効である。というのも、討議民主主義は視野の広いエコロジカルな視点を市民に与えてくれるので、利害関係団

141 Bruce Ackerman and James S. Fishkin, op.cit.,p5

アッカーマンはこう述べたあと、事実の問題としてアメリカ人のほとんどが政治的に無知であることを嘆く。例えば、冷戦のさなか、アメリカ人のほとんどが、ソ連がナト軍であるかどうか知らなかったし、西ベルリンが東ドイツに囲まれていることも知らなかったという。最近の問題では、アメリカ人の半数が、イラクが9・11のハイジャッカーであると考えていると彼はいう。このような状況は英国でも同じだという。最近の調査によると、英国に成文憲法典があるかどうかについてアンケートをとったところ、四分の一がないと答え（これが正解）、四分の一がないと答え、残りはわからないと答えたという。このような政治的無関心の状況は日本でも同じであろう。ベルリンの例などは、ほとんどの日本人も知らないと思われる。この政治的無知、無関心から、アッカーマンは討議や熟慮を重視するのだが、応用倫理の問題も、実は多くの国民は無知なのである。クローンひとつにしても、クローン人間は、まったく同じ人間ができると考えている人がほとんどであるのだ。討議や熟慮は、応用倫理の問題においても、最重要視されなくてはならない。

ところで、バーバーは討議を重視する強いデモクラシー (strong democracy) を主張するが (deliberative democracyと重なる点が多い)、その理由としては、アッカーマンのような政治的な無知よりも広く、アメリカ人の以下のような特性を説いている。それは、アメリカ人は価値において無政府主義であり (プライバシー、自由、個人主義、財産、権利)、手段において現実的であり (権力、法、強制的手段、主権的判断)、政治的気質においてはミニマリストである (寛容、政府の用心深さ、多元主義、権力と司法権の分離のような用心深い諸制度などである) と。この価値における無政府主義、手段における現実主義、政治的気質におけるミニマリズムを脱却するのが strong democracy であるという。Benjamin R. Barber, *Strong democracy*. p5- (1984)

体の討議による政治よりもいわゆる「環境にやさしい」意思決定をもたらしてくれるからである。さらに、エッカーズリー¹⁴²がいうように、視野の広い視点は、緑の政治改革にとって重要であるエコセントリック（生態系中心の）な文化的見解の採用と普及に欠かせないからである。この点、サワード¹⁴³のいうように、自然は何の教訓も与えないのだから、自然からの教訓を求めるのを止めるべきであると主張するものもある。しかし、ジョージ・バルデスはつぎのように主張する。「エコロジーに対する配慮は自然と社会の相互依存を認識する上で役立つ」¹⁴⁴と。さらに、エコロジカルな視点を共有することで多元的な社会における連帯を育てる道具概念として機能するのである。このエコロジカルな視点は医療倫理を含む生命倫理の基盤となり得るものなのである。

たしかに、討議民主主義はひとつの意思決定の手続を示す。非常に民主的な意思決定であるというわけである。しかし、どのような点で討議民主主義と手続的正義が結びつくのかは深く検討してみる余地がある。

この点、ニーバーは「人間の正義の力がデモクラシーを可能にし、人間が不正に陥りやすいことがデモクラシーを必要とする。」¹⁴⁵と述べている。つまり、民主主義は人間の良き本質の発露であり、社会的な公正のために自己の利益を超えた何かのためにあるのである。そして、この民主主義と正義とを結びつけるのが熟慮なのである。つまり、討議民主主義とは、民主主義と手続的正義の結びついた形と考えてよい。

142 Robyn Eckersley, *Environmentalism and Political Theory: Toward an Ecocentric Approach* (1992).

143 Michael Saward, *Green Democracy? In The Politics of Nature: Explorations in Green Political Theory*, ed. Andrew Dobson and Paul Lucardie (1993) pp63-80.

144 Jorge Valadez, *Deliberative Democracy, Political Legitimacy, and Self-determination in Multicultural Societies* (2001).

145 Reinhold Niebuhr, *The children of Light and Children of Darkness* (1994) p. xi.

この討議民主主義は次のような認識の反省によって引き起こされたのである。ポーマンの整理¹⁴⁶によれば、現代のデモクラシーが民主的な性格を失ったからである。すなわち、現代型民主主義は政治的多元主義、社会的複雑性、広汎に亘る富と影響力の不平等、イデオロギー的な偏見といった問題に直面し、政治的制度を政治的駆け引きの場にしてしまったのである。このような、市民が自らの狭い自己利益以外になんら言質をもたず、お互いに競争相手であるだけの社会には、真の民主主義は不可能なのである。

この点、医療の諸分野でも、自らの利益を求めて利益集団が争うことが結局のところ、患者の人権への配慮を見失う場合がある。ローウィが批判するように、利益集団の競争に基づくこの種の利益追求型の自由主義は、正統な権威がばらばらな多元主義の私的な管理に服従し、法律によらない政治を生み出す傾向にある¹⁴⁷。

このように討議民主主義は様々な側面を有するが、以下のような特質を持つことは確かである。

まず、ローウィによれば、討議民主主義は、投票、利益、権利といったものよりも熟慮をその本質とする。討議民主主義は、民主主義に参加する者の政治的平等、政治手続としての個人間の理性の行使である。

ミッシェルマン¹⁴⁸によれば、討議民主主義は、政治的結果が、自由で平等な個人間の合理的で公正に行われた継続的な熟慮全体の産物としてもたらされるように、政治的選択の社会的なプロセスが構成されているものと理解される。

146 James Bohman, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy* (1996), pp18-24.

147 Theodore Lowi, *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States, seconded* (1979).

148 Frank I. Michelman, How Can the People Ever make the Law? A Critique of Deliberative Democracy. In *Deliberative Democracy: Essays on reason and Politics*, ed James Bohman and William Rehg (1997), pp87-116.

これらの点が、討議現代民主主義の必要条件なのである。そして、現代民主主義が直面するあらゆる問題に対して、熟慮を伴う手法が、利益集団が利益を求めて争う自由主義の欠点を克服する唯一の方法であるようである。医療倫理の諸問題も、倫理観の衝突を一刀両断に解決する方法はあり得ないのだから、熟慮ある討議を手続的に保障することを第一にすることが肝要なのである¹⁴⁹。

149 医学や保健に関する倫理的、政治的問題にとって何が公正で何が正当であるかを討議によって決定することが望ましいとする本稿の立場に対して、医学、健康の分野で討議民主主義が果たす役割に懐疑的な立場も存在する。ここで、そういった見解にふれておく。レナード・M・フレックの整理によれば、討議民主主義に懐疑的な立場は、討議民主主義が適切な解答を出せない四つの問題が想像できるといふ。その質問とは、①研究目的での胚を作る女性に支給される公的当てを含め、胚幹細胞の研究に公的資金を出すべきかどうか、②生まれてくる将来の子供の遺伝子の分配を決定するために着床前遺伝子診断を患者が活用することの制限を課すべきかどうか、③八つの細胞からなる生殖細胞系列の遺伝子工学を可能にする能力を目的とした研究に公的資金を与えるべきかどうか、④研究目的のために余剰卵を産む女性に与える手当てを含み、治療的なクローン研究は許されるべきかどうか。これらの質問に答えられない理由として、フクヤマは次のように答えているとフレックは言う。理由としては、「説明責任が存在しない。討議事項を設定したり、情報を討議過程にもたらしたりする際に中立性や公平性の保証がない。公正な代表の保証がない。大衆の激情を駆り立て、こうした問題に関して大衆を分裂させてしまう危険性。討議の過程が特別な利害によって支配されてしまう危険性。全ての技術革新に対する無責任な大衆の熱狂の危険性。基本的な政治的自由を不適切にも抑圧し、基本的な科学研究を制限する反自由主義的な宗教的狂信の危険性。」などが挙げられる。そして、フクヤマは、民主主義的な討議よりも、行政によるルール・メイキング、大統領による命令、司法プロセス、議会によって任命された専門家からなる委員会や、科学や事業の共同体による自己規制的政策に頼るべきというのである。F.Fukuyama and F.Furger, *Beyond Bioethics: A Proposal for Modernizing the Regulation of Human Bioethics* (Washington, D.C.: Paul H.Niyze School of Advanced International Studies, 2007), chapters 9 and 10 参照。

これに対し、フレック自身は、フクヤマの主張にもかかわらず、討議民主主義は生命倫理において有効であるという。フレックはこう言う。「必要とされるものは、公共的理性の広い文化的理解と公共的理性の実践への専心と、礼節をわきまえた、代表的民主主義の討議の無数の制度である（これは、インターネットやトーク・ラジオの同一性を帯びたイデオロギー的な少数派集団と対置される）。このことは、想像できる他の何よりも、正式な政策制定過程を通じて説明責任のギャップを埋め、討議の結果の統一性を維持するのに大いに役立つのである。」

さらに、手続的正義の本質として参加の概念を挙げたが、討議民主主義における参加の意義について、ガットマン＝トンプソンは次のように述べている。

「相互に理由を与えるというプロセスは、さらに、プロセスに関与する参加者一人一人が、真剣に新しい証拠と主張、古い証拠と主張の新たな解釈、例えば、過去において拒否したかもしれない決定や理由に反対する人々を考えることを意味する。『真剣に考える』ということは、個人の素質（例えば、開かれた心と相互の尊重）を鍛えるだけでなく、法の再認識や正当化を促す制度的な変化（例えばフォーラムやサンセット法）の促進も意味するのである。一つの意味合いは、市民と市民に対して説明義務のある代表が自らの政策に対する見解を審査し続けること、つまり、自らの見解が非難されるフォーラムを求め、自らの見解の改定や排除を開かれたものにし

Leonard M.Freck, "Can We Trust 'Democratic Deliberation'?" *Hastings Center Report* 37, no.4 (2007):pp.22-25.

また、そもそも討議民主主義は政策的決定においては全く不要であるとする立場がある。ジョセフ・ラズ Joseph Laz がその一人である。ラズは次のように考える。決定や法律は正しいか正当であれば、必要とされる権威を全て有するのである。法律は正しいか間違っているだけである。仮に、正しければ、それは誰に対しても正当化する必要はない。また、間違っていれば、誰に対しても正当化されない。Joseph Laz, "Disagreement in Politics," *American Journal of Jurisprudence* 43 (1998) pp.25-52.このようなラズの考えは、討議の持続的・継続的性質を全く考慮していない点で問題である。ガットマン＝トンプソンは、次のように指摘している。

「正当化の必要性は単なる一度の決定を超えて拡がるのである。公務員の行動方針や適用に不備は、仮に、それらが公的な審査に時間をかけて服すれば、より明らかになるし、是正されるだろう。イラク戦争に行くという決定の後に根強く残った正当化の要求は、持続的な討議の必要性の例である。将来を見越した説明が失敗した場合でも、公務員にその事実について批判的な説明を求めることで、過去に遡る説明責任が、将来のよりよい意思決定に貢献することもありうる」。Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Why deliberative Democracy?* (2004) p45. ラズの理解には説明責任を重要な要素とする持続的討議という視点が欠けているのである。

続けることなのである」¹⁵⁰。

このような参加の概念は病院における患者の医療への参加にもつながるものがある。たしかにガットマン＝トンプソンの念頭にあるのは政治である。しかし、政治的思考というものは、独自の専門的な領域に押し込められてきた領域、例えば、医療、学校、廃棄物などの環境、原発などの問題を政治の対象とすることもある。そして、その政治の必要性は、これらの領域においては、何よりも手続的な公正さとその核にある参加というものの質と量の両面において独自に展開するのである。

おわりに 倫理的熟慮・討議と参加—医療倫理に求められる手続的正義—

ハーバーマスは、ある種の解釈的な内省を道徳的（moral）という言葉を用いず、倫理的（ethical）という言葉を用い、倫理的熟慮と呼んでいる。

主観的な倫理というものは個人の宗教的・文化的背景をもち、また個人の歴史によっても形成される過程も異なる以上、それぞれの個人が、全く同一の倫理を持つということは困難である。たしかに、人を殺してはいけないということに、異議を唱える人はほとんどいないだろう。しかし、脳死を死と認め、脳死体から、心臓を摘出することは許されるかという問題に対しては、細かく検討すれば、yesかnoに二分できるようなものではなく、十人いれば十人違う倫理感を持っているはずである。そして、この各人の異なる倫理感それぞれがそれなりに理性によっては非難できない内容をもち、討議においても解決できない衝突をなし、解決、調停できないもだとしたら、そもそも討議による倫理の衝突の統合ということは

150 Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Why deliberative Democracy?* (2004) p111.

幻想に過ぎなくなる。そうであるからこそ、各人の価値基準というものを、合理的に非難し、見直すことが最重要課題となるのである。

何かの倫理的判断をドゥウォーキンというハーキュリーズのような裁判官があらゆる法の知識を駆使して下す場合と、国民の熟慮、討議に基づき、何らかの倫理的な判断を探っていくのでは、どちらが妥当な結論になるかはわからない¹⁵¹。しかし、前者の場合には訴訟法上の制約があり、法律問題にならない応用倫理の問題には何ら解決にならないのである。また、そもそも、裁判官の仕事は、特定の間人、特定の事実に関する具体的な争いに判断を下すものであり、サンスタインのいうように、「事件の解決にあたり、優れた裁判官は特定の事実について知ろうとするのであり、今日の大きな問題に関する視野の広い見解を述べようとはしない」¹⁵²のである。こ

151 この点、サンスタインは、すぐれた裁判官なら、根本的な諸決定は司法の解決によるのではなく、民主的解決によるのが最善であることを認識しているという。Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996) .pvii.

さらに、ロバート・パートは、憲法の解釈において、裁判所を優越したものとすることを反対する。パートはこう言う。

「憲法の解釈に於いて、裁判所の優越という考えは不適切である。裁判所の権威について別の概念、つまり、最高裁判所が他の機関と平等、すなわち、ヒエラルキー上、優越していないという概念こそ原理上、実践上、適切なのである。」Robert Burt. *The Constitution in Conflict* (Harvard,1992) .p.3.

152 Ibid.,pviii.

サンスタインは最高裁判所と個々の裁判官はデュー・プロセス条項の下では、権利が長い伝統にしっかりと根付いていると主張される場合にのみ権利として認められるのであるとしばしば主張するとする。そして、例として、医師が補助した場合の自殺の権利を例として挙げている。そして、サンスタインはこのように権利の基礎を人民の伝統に根拠を置く考え方と、裁判官の裁判上の慣行judicial practicesに基礎を置く考え方を対置する。

サンスタインは次のように言う。

「重要なことに、デュー・プロセスの伝統を信奉する人たちは、時とともに進展していく裁判上の慣行が支持に値するとは主張しない。彼らはコモン・ローに基づく立憲主義をも願わないし、先例拘束力の原則stare decisisの強い縛りも求めない。反対に、彼らの焦点は、裁判官ではなく、「私たち人民」の長く根付いた慣行の主張にある。」

れに対し、後者の場合には、法律問題とは関係なくとも、医療倫理の問題を広く扱うこともできる。医療倫理の諸問題を検討する上で、手続的正義を満たす形での討議民主主義が担保されるならば、そこから導かれた結論は一応妥当な判断といえる。実効的な参加という概念を中核とする手続的正義が医療倫理の問題を考える上で不

Cass R. Sunstein, *A constitution of Many Minds*, Princeton (2009) p.93.

サンスタインは共和主義者republicanのように思えるが、フレミングによるとそうではないという。

アメリカの政治学者、憲法学者は、パンジャマン・コンスタンの古典的分類により、共和主義者republicanと自由主義者liberalistに分けられる。前者は、ルソンのような物の考え方をする。つまり、平等的な政治的自由、公的生活の価値、といった古代人の自由を優先するのである。後者はロック的な物の考えであり、良心の自由、個人の基本的人権や財産権といった現代人の自由を優先する。

フレミングによれば、ロールズ、サンスタイン、フランク・ミシェルマンらは、この二項対立を打ち破ろうとしているのであるという。サンスタインは、古典的な共和主義の復興を超え、自由主義と共和主義の衝突を超え、自由主義的共和主義liberal republicanismとサンスタインの呼ぶところのものに、自由主義と共和主義を統合しようというのである。

James E. Fleming, *Securing Constitutional Democracy—The Case of Autonomy*, (2006), p.43.

ただ、このサンスタインの自由主義的共和主義は、弁解の余地のない実体からの逃避であると、エプスタインは批判する。エプスタインによれば、いかなる政治理論といえども、実体への配慮を排斥するほどまでにプロセスと討議に集中することではきかない。にもかかわらず、サンスタインはまさにそれをしようとしているというのである。

Richard A. Epstein, *Modern Republicanism—Or the Flight from Substance*, Yale L.J., 97, (1988), p.1633.

ちなみに、アイズグラバーによれば、正義を促進し権利を保護するという戦略が、なぜ、正義や個人の権利は民主的討議の対象になるべきでないのかという点を、裁判所による司法審査というものは、説明していないという。彼は次のように言う。

「仮に、道徳的な論争に決着をつけるための争いのないアルゴリズムが存在し、裁判官がそのアルゴリズムを確実に適用するなら、司法審査が道徳的原理に仕えることによりデモクラシーを制限するという理由により司法審査を推奨することも意味のあることだろう。しかし、そのようなアルゴリズムは存在しないのである。思慮ある人々でさえ、正義は何を要求するか、どんな権利を個人が有するかにつき、見解が分かれるのである。」

Cristopher L. Eisgruber, *Constitutional Self-Government* (Harvard 2001) p.47.

可欠な理念なのである。

参加は人間にとって原始時代から重要な位置をしめてきた。旧石器時代においては、生命力を共通に呼び起こす儀式や儀礼に参加するだけでなく、宇宙の生命力に共通に神秘的な意味で参加することが、その古代社会の特徴であったのである。アニミズムというものはその本質上、宇宙と直接関係を有するために、精神世界への接近は全ての人間に開かれていたのである。シャーマンというものは精神力を独占せず、首長と同様に、平等な同輩の中の一人でしかなかった。旧石器時代の政治である儀式や儀礼の参加は万人に開かれていたのである。

ところが、古代文明の登場の頃には、こうした参加は失われてしまう。すなわち、平等で無謀な文明の発達において、シャーマンが国王になり、聖職の座のヒエラルキーの頂点につくと、凡俗の民はもはや神聖なる秘儀に直接参加する自然権を失うことになるのである。秘儀に参加することは、神官の大権に他ならない。というのは、神官こそが神の名の下に人々に命令を与え支配する神聖な権能を有しているからである。今でも東洋のある国—先進国でありながら、宗教的な国王が存在する国—などでは、国王の就任の儀式には一切の国民の参加は排除されている。もっとも現代においては、ほとんどの国民はもはや目に見えない超自然的現実に参加することを求めているのではない。

参加概念に決定的な変化をもたらすのは、識字率の普及であると言われる。これは、原始的な参加から抽象的な知識への偉大な一歩であった。文字が読み書きできることにより、人間の意識は高まり、参加の前提である他者との同一化が可能となるのである。

そして、参加を民主主義の概念と結びつけたものが参加民主主義と言われる。これは、ギリシャに遡るとされている。ギリシャでは、民主主義は、一人の支配者や少数者の寡頭政治ではなく、多数者による支配を意味した。そして、民主主義は、政治プロセスに大衆の大部分が積極的、持続的に参加することによるものだとされ

た。ここでの多数者とは市民であった。

アイゼンシュタットによると参加民主主義は、共和主義的なものと共同体主義的なものがあり、どちらも、市民の積極的な政治プロセスへの参加を強調しているという¹⁵³。

153 S.N.Eisenstadt, Paradoxes of Democracy, (Order form ,1999) ,pp.7-8

参加民主主義は、アイゼンシュタットの指摘以外にも次のようなものがあることを指摘しておかなければならない。

まず、キャロル・ベイトマン Carole Pateman がいる。彼女は、アメリカ以上に民主主義の歴史の古い英国のフェミニスト、政治理論家であるが、バーバーよりも先に参加民主主義にふれた著書を出している。Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory*, (Cambridge, 1970) . 同著は邦訳もあるが（寄本勝美訳【参加と民主主義理論】早稲田大学出版部）、ルソーやミルなどの参加民主主義の歴史をふまえ、ユーゴスラビアの労働者の参加について論じていて興味深い。

次に、参加民主主義の泰斗、ベンジャミン・バーバー Benjamin Barber を挙げなければならない。バーバーの著書は、最近日本でも翻訳されている。それは、テロとの戦いに負けたアメリカを論じた著書が翻訳された後、バーバーがにわかに注目されるようになり、彼の二十年前の著書が最近翻訳されている。まず、Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age, (California Press, 1984) . 同著は、竹井隆人訳【ストロング・デモクラシー——新時代のための参加政治】として2009年に翻訳された。バーバーの見解は後に簡略にふれた。さらに、コーエン＝ロジャース Joshua Cohen and Joel Rogers の On Democracy がある。同著はペンギンブックスになっているほど、アメリカでは広く読まれているが、参加民主主義を扱ったものとして位置づけられよう。Joshua Cohen and Joel Rogers, *On Democracy* (1983) .

また、マイナーな存在ではあるが、フィリップ・グリーン Phillip Green も参加民主主義に位置づけられる。このフィリップ・グリーンは、英国の億万長者フィリップ・グリーンとは別人で、アメリカの政治学者である。Phillip Green, *Retrieving Democracy: In Search of Civic Equality*, (1985) . 同書は市民的平等の立場から参加民主主義を論じている。

エバンス＝ボイトの Free Space (1986) も参加民主主義的な内容である。サラ・M・エバンスは、アメリカのフェミニスト、ジェンダー研究者であり、翻訳もある。ハリー・C・ボイトは、市民活動についての著書があり、ポピュリズムの分野では著名な学者である。Sara M Evans, Harry C Boyte, *Free Spaces : Sources of Democratic Change in America*, (1986) は、共同体の生活こそがアメリカ人が民主的な変化を求める試みにとって不可欠なものであり、共同生活に根差した様々なフリー・スペースが民主主義を養うと主張している。

そして、日本の憲法学界でも著名なシュルドン・ウォーリンを挙げなければならない。ウォーリンを参加民主主義に位置づけることに異論はないだろう。ウォ

アイゼンシュタットの整理では、共和主義の参加民主主義では、責任ある市民性の重要性が中心概念である。どのように市民性が制限されていようとも、既存のルールに従った、政治的討議や政治プロセスへの市民の責任ある参加が重要なのである。共和主義的参加民主主義においては、参加は、政治的統一体としての国民the body politicが直面している問題、とりわけ公共的善に関する持続的な討議において、市民による、共同体への義務として認識されているのである。

これに対して共同体主義の参加概念では、参加は社会の構成員の権利として構成される。この見解によると、まさに出来る限り多くのアリーナにおける参加こそが、様々な討議と実践を通じて、参加する人々に自己の生活を支配する条件をコントロールできるようにするのである。共同体主義の参加民主主義では、参加を権利として捉えるため、責任ある市民性という概念は落ちている。そのかわり、財産、資格、階級、人種、宗教、ジェンダーにおけるあらゆる少数派を政治的共同体に包括し、政治的プロセスに持続的に参加させることが重要となる。これにより、参加が共通の善の正当性の契機となるのである。さらに、ここでは、中央レベルの参加のみならず、地方レベルでのミクロの参加も重視される。現実に中央レベルでの参加は、現代社会では必然的に制限的なものとならざるを得ないので、共同体主義者は地方レベルでの参加、あるいは様々な結社や組合での参加などの重要性を説く。

ベンハビブによると、この共同体主義には二つの傾向があり、一つは仲裁的な傾向であり、もう一つは、統合的、参加的傾向である

ーリンの著書は邦訳もあるが、彼の参加民主主義的思想が色濃く出ているのは初期の論文である。Sheldon Wolin, "The People's Two Bodies." In *Democracy* I: pp.9-24. "Community and Conflict in Aristotle's Political Philosophy." In *Review of Politics*47 (1) :pp.92-112.

という¹⁵⁴。そして、この二つの傾向の間で煮え切らない態度こそ、

154 Seyla Benhabib, *Situating The self*, (Polity, 1992) .p.77-82.

ベンハビブが、平等主義的、参加主義的な共同体主義者であるとするマイケル・ワルツァーについてここで、敷衍しておく。というのも、マイケル・ワルツァーは討議民主主義について興味深い指摘を共同体主義の立場から述べているからである。

ワルツァーによれば、討議民主主義の討議とは、「思考の特定の様式を指す。つまり、冷静で、内省的で、広範囲に亘る証拠に開かれており、様々な見解を尊重する思考である。それは、様々な資料を考慮し、代替の方法を検討し、相対性や価値について主張し、そうすることで、最善の政策や人格を選択する合理的なプロセスである」。Michael Walzer, *Thinking Politically*, (David Miller, 2007), p.132.

そして、ワルツァーは、我々は民主的政治プロセスのために討議以外に、討議的でない、どのようなことをしているのかをリストアップすることで、討議の重要性を説く。以下、簡略にリストを整理する。

1 政治教育 Political education・・・人々は政治的になる方法を学ばなければならない。政治的になることは学校でも教える。しかし、政党、政治運動、利益集団、などが構成員に当該集団が推進する思想を教える。討議に忠実な理論家はこのような教育は、単にドクトリンを教え込むだけであるから良くないとするが、ワルツァーは、こういった政治教育は良かれ悪しかれ重要であるという。というのほとんど政治的アイデンティティや、政治に携わる人間のほとんどがこのような形で教育されているからである。

2 組織化 Organization・・・政治教育の目的は、人々を特定の組織のために集結させることである。しかし、組織というものは非常に特殊な活動であり、組織のために、人々は、現実に署名し、プラカードを持ち、主義を受け入れ、分担費用を支払い、自身では書かない台本にしたがって行動しなければならない。また、組織のリーダーは組織のために討議をするが、これは多かれ少なかれ公的なものであり、構成員は指導者がなす討議について思索をめぐらす。しかし、組織の幹部は、構成員に、思索する、ないし討議する個人として行動するのではなく、ユニゾンで行動するように説得するのである。

3 動員 Mobilization・・・大規模な政治活動には組織化以上のものを要求する。個々の男女が政治的行動を起こすように刺激され、奮起されなければならない。市民の関心を集め、市民の活力を結集するために、激しいアジトブロップが必要とされるのである。したがって、政治活動は、政党のマニフェストを読み上げ、デモ行進をし、プラカードを掲げ、スローガンを叫ばなければならない。このようなイメージは、討議民主主義者には、反民主主義的な政治と映るかもしれない。しかし、政治の性質は、スローガに依存しており、このこと自体、民主主義に親和的である。実際に、討議民主主義のための戦いと呼ばれるもの、すなわち、政治的平等、出版の自由、結社の自由、少数派の市民権のための戦いは、スローガンを叫ぶことを要求するのである。大衆の動員が不要となった民主政治は想像するのは容易ではない。

4 デモンストレーション Demonstration・・・民衆を動員することの意義は、政府を強襲し、国家権力をつかむことではなく、個々の力、数の力、教義の確信などを示すことにある。したがって、ここには、静かな討議の余地はない。世界に市民の関心の力、情熱的な献身と連帯、特定の政治的目的を達成しようとする決意を示さなければならないのである。勿論、デモンストレーションは、政治的決意というよりは、イデオロギー的確信ないしは宗教的絶対主義から狂信的になされることもあり得る。しかし、強さや確信を示すことは、後の交渉を排除することには必ずしもならないのである。デモンストレーションと交渉とが結びつくことは、ガン・コントロールや墮胎禁止といった実体的な争いのある改革だけでなく、民主的な権利、例えば、選挙権、ストライキ権、結社の自由などの保護にも資するのである。

5 声明 Statement・・・声明を出すことはデモンストレーションの一つであるが、これは文章の形式をとる。個人の信条を各個人の名前とともに公表し、世界に自己の信条を知らしめることもある。この場合、声明は集団で行われることが多い、激しい政治的衝突が生じた場合に、特定の政策に賛成や反対を唱える声明文が新聞や雑誌などに掲載されることもある。しかしながら、こうした声明は民主的な討議とは言えない。というのも、声明を書いた者や署名した者が常にそのような主張をしているとは限らないし、主張しているとしても、相手の主張をお互いに読むことはめったにないからである。

6 デイバート Debate・・・デイバートは、声明の形式的な交換では不可能なほど、迅速に、自発的に、激しく、直接相手に話しかけ、主張のやり取りをする。デイバートでは、相手の言うことを聞かなければならないが、聞くこと自体、討議的プロセスのようなものは何もたらさない。デイバートは、言葉の選手の間のコンテストであり、目的は勝利である。相手は敵であり、討議への同僚的な参加者ではない。彼らはすでにある教義や信条にコミットしており、説得できる相手ではない。デイバートの対象は聴衆の人々なのである。デイバートは、有益な政治活動になり得るのである。

7 駆け引き Bargaining・・・通常、駆け引きは、政党などの様々な集団の力関係が明らかになってから行われる。時に、駆け引きは金がかかり、血が流れることもある。政府の政策が討議のプロセスの結果ではなく、駆け引きといった交渉のプロセスの結果であることもしばしばである。この場合、結果は、討議によるというよりもギブアンドテイクの結果になることもある。ガットマン＝トンブソンは、自己の利益に基づく駆け引きと、相互調整 mutual accomodation との間の区別をし、後者こそ、適切な討議的プロセスであるという。しかし、ワルツァーは、政治生活における相互関係というものは、常に、利益によって制限され、衝突によって試されるのではないかと言う。

8 ロビイング Lobbying・・・民主主義においては、私的団体が公務員と議論し、あるいは少なくとも、公務員に自己の主張を提供することがある。というのも、民主的に責任を負う公務員は、何らかの開かれたフォーラムで自己の立場を擁護しなければならないからである。ただ、もっとも効果的なロビー活動は、個人的な深い関係を形成することであり、それは社会ネットワークや個々の友情に

依存している。ただ、ロビイストがなしている主張は現在の問題というよりはむしろ、彼がロビー活動をしている公務の政治的将来と関係を持つ。

9 運動Campaigning・・・ワルツァーは運動を専ら、選挙運動の意味で用いるとする。そして、選挙運動が他の政治活動と異なる点は、政治的プログラムのみならず、名前と顔と経歴を持った指導者によって行われる点であるという。そして、この指導者こそが、運動の主要部分をなし、市民の票を活発に集め、公約をなし、信頼に値するように見せかけ、相手は信頼に値しないと攻撃するのである。公正な選挙のルールとして、彼らが、法的道徳的規範といった一定の制約の中で働くことを想像できるかもしれないが、実際には何等の制約の今日存在していないのである。

10 投票Voting・・・市民は、投票にあたり、様々な立候補者によってなされる主張や、政党の政治要綱に関心を向けるべきである。そして、自分のためのみならず、自己が帰属する様々な集団のため、そして、国家全体のために、選挙の結果を考えるべきである。しかし、市民は、審査委員会ではない。市民は、単に自己と同じ宗教に属しているとか、自己の利益に資するとか、主張に共感するといった、討議的でない動機から投票する。したがって、市民が討議すべき問題と言うものは、討議的でないプロセスから生じるというのが一般的なのかもしれない。とすれば、貧困や腐敗、搾取といった問題を市民に間で討議するようになるのは、まさに、共感や関心を市民の間に惹起することによるのである。

11 資金集めFund-raising・・・金がなくては、政治はできない。テレビ時代以前から、政党の職員の給料と事務所費用、リーフレットと公告とDM、移動費やホール利用代金や政党の集会費などに金が必要であった。勿論、資金を富裕層にねだるのは大衆の政治活動ではないし、そもそも資金集めは討議とは全く無縁なものである。しかし、小規模での資金集め、例えば、ラッフルや、慈善バザーや、ベイク・セールや、夕食とダンスの催しなどは、実際に大衆の活動なのである。ここにアメリカの参加民主主義の原点がある。政党のために資金を提供した者、資金を集めた者は、政党の主義が正しいと考えているだけの人よりも、より政党の主義に忠実であり、その忠誠心も長続きするのである。

12 腐敗Corruption・・・賄賂が討議的でないとは言ってもない。それだけではなく、討議に干渉的である。賄賂による投票が間違っているのは、それが投票者の民主的な投票を阻害するからである。賄賂による選挙が横行すると、利害や、関心や意見の正しい縮図を得ることができなくなる。したがって、その結果は民主的正当性を欠くのである。

13 雑用Scat work・・・選挙活動、政治活動には、様々な雑用が要求される。封筒づめ、椅子の配置、プラカード作成、ビラ配布、個別に電話をかけることや、戸別訪問などさまざまな活動が要求される。これらは討議とは全く関係ない。ただ雑用はだれかがしなければならぬ重要なものである。苛烈な競争にあるという興奮、勝利の予感、敗北の恐怖、そういったものが党員にこれら雑用を買って出る動機となる。政治が危機的であると、これら雑用を引き受ける人も多くなる。勿論、討議的な人々は危機的政治下でも、政策方針書position papersを読むのに忙しく、雑用どころではないだろう。ただ、雑用がうまく規則的になされている

共同体主義が自由を侵害するという批判の原因になるというのである。この前者の仲裁的な傾向、つまり、現代社会に存在する個人主義、利己主義、没価値状態、人間疎外などの諸問題は、ある種の首尾一貫した価値計画の回復ないしは実現によってのみ解決できるというものである。この価値計画には、ノヴァリスや幾人かのドイツロマン主義者の求めた宗教、ルソーが夢見た市民の美德を鼓吹する原理としての「市民宗教」civic religion、マッキンタイアの見解によれば、ユダヤ教、ギリシャ、アイルランドの共同体で生き伸び続けているという「市民性の規範」code of civility、そして、サンデルの主張する、道徳的性格を形成し、その道徳的性格に深さを与える友愛と連帯などが含まれるとベンハビブは整理し、「いずれの場合も、価値の復活、価値の改革、あるいは価値の再生を強調するが、制度的な解決を無視している点こそが、これら統合主義者的見解の特徴である。」と言う。この制度的な解決の無視という点は、後に見るが、サンデルが主に批判される点である。

これに対して、参加主義者のな共同体主義によれば、現代性の問題は、まさに帰属意識、一体感、連帯の欠如というよりも、政治的媒介性と政治的効率性の欠如である。価値の欠如ではなく、制度の不十分さということになる。この政治的媒介性の欠如は、個人が政治から切り離されたり、現代社会が、経済的領域、市民的領域、家族的領域と分化したりしたことの結果ではなく、ある局面では政治参加を認めながら、他の局面では求めないといった媒介性に関する

というのは、討議的でない政治活動の魅力の好例の一つである。

14 支配Ruling・・・雑用が底辺の活動であれば、頂点の活動は支配である。民主的支配と非民主的支配との違いは、同意による正当性があるかないかである。支配というものは、楽しい活動である。アリストテレスによれば、その楽しさは公的問題について、アジェンダを通じて大規模に理性を行使することから生じるという。この意味で、支配とは討議的である。しかし、命令する喜びは完全に合理的なものとはいえないだろう。アリストテレスのような情熱をもって支配したいと思う者はいないだろう。そのうえ、私たちは時に、支配者にそれほど討議的でないことを望んだりするのである。

矛盾の結果であり、また、様々な局面での共同体の構成員の相互の排斥の結果であると、ベンハビブは言う。参加主義的共同体主義者は、現代社会の分化を克服すべき問題とは見ていない。彼らは、様々な局面における矛盾や不合理の排除を唱道し、それら局面における構成員の非排除の原則を奨励しているのである。この意味で自由主義的なのである。たしかに、ノージックのリバタリアニズムに依拠しようとして、ロールズの福祉的自由主義に依拠しようとしても、現代の共同体主義が、第二次大戦後の福祉国家における自由主義に関心を持っているのは確かである。ベンハビブは、マイケル・ワルツァーとチャールズ・テイラーの二人の共同体主義者を例に挙げる。彼らは、全ての社会的善に適用できるような唯一の原理などは存在しないということで見解が一致している。まず、ワルツァーは、様々な社会的財は、様々な理由により配分されるべきであり、これらの差異は社会的財そのものに対する様々な理解から生じると言う。また、現代社会は、必要性、構成員、長所、貢献といった、様々な、そして時には相互に矛盾する配分原理に基づいて機能していると言う。チャールズ・テイラーは、我々は、配分的正義の単一の原理を探求することをやめなければならないとし、反対に、現代社会は様々な相互に縮減できない見解の下で考察されうるし、その結果、独立した相互に縮減できない配分的正義の原理によって判定できるという。さらに、様々な局面を超えて単一の包括的な配分的正義の原理を探求することは、現代の自由主義者にとって望ましいとおもわれるかもしれないが、その理由は単に、彼らが求める哲学的枠組みのためにすぎず、テイラーの表現によれば、権利保持者としての個人の視点から処理することによれば、彼ら自由主義者は、配分的正義の問題を衝突する様々な個人の権利の主張という点のみによって枠づけることができるという。

ベンハビブの整理によれば、テイラーは統合的であり、ワルツァーは参加的であるという。ここで、ワルツァーについて敷衍すると、ワルツァーは平等主義的、参加的な正義概念であったが、主要

な課題は、複雑な平等を認めることと、他者の一連の善による不当な支配を排除することであった。

この二人の他にベンハビブが注目するのがハーバーマスである¹⁵⁵。ハーバーマスは現代社会が抱える諸問題を克服するには、現代性の原理の拡大、すなわち、公的生活を支配する諸原理の満場一致による生成に無制限で普遍的な参加であると主張する。

ハーバーマスは伝統的な自由主義者の表現を用いて参加概念を論じることがあるが、ハーバーマスの参加概念と彼の、民主化のみが現代の問題を解決できるという彼の主張は、消極的自由、積極的自由という枠組みにとらわれた伝統的な自由主義の偏見を超越している。それは、参加主義的共同体主義に位置づけられる。ハーバーマスの理論で、配分的正義よりも、参加が強調されるのは、現実の討議があまりにも空虚な場合は、決定的な解決策は生まれないからなのである。

このように、参加を重視する見解を三つ挙げたベンハビブ自身は、次のような参加概念を展開する。

「参加主義は、脱分化、価値同質性、価値の再教育を伴わない。参加主義は、現代のアイデンティティ、離別、無規範状態、帰属しない状態から生じる様々なジレンマを解決することはできない。というのも、参加主義者のモデルにおいては、奨励される公的感情は調停や調和ではなく、政治的代理と政治的能力、すなわち、私たちが、経済的、政治的、市民的協定において発言権を有するという意味、つまり、私たちがなすことが重要であるという意味である。これは、個人の間における価値同質性がなくても達成可能である。勿論、非常に原子化された社会は、政治的代表に対する自己の選択と動機の土台を崩壊させる可能性がある。一方、活力のある参加的な生活は自己のアイデンティティの形成と繁栄の中心となり得

155 Ibid., p.81.

る。同様に、ある種の公的価値システムの普及が参加主義的な選択肢を多かれ少なかれ可能とする一方で、私的政治代表と能力の意識が増すと、ある種の価値の再生に貢献するのである。」¹⁵⁶

このような政治的参加と社会生活における意思決定プロセスの広範に亘る民主化を強調する流れは、アリストテレスから、マキャベリへ、そして、ルネッサンス期の啓蒙主義者、ジェファーソン、ルソー、ハンナ・アレントへとつながっており、この伝統は、現代の共同体主義のインスピレーションの源でもあると、ベンハビブは言う。なるほど、アリストテレスはサンデルの心の師匠のようなものであり、ルソーは、女流共同体主義者である、メアリー・アン・グレンドンの心の恋人である。そして、共同体主義者のほとんどが何らかの形で、ハンナ・アレントの『人間の条件』を引用する。逆にこれら三人の先哲は、自由主義者にとっては完全に黙殺されている。この三人が脚注、参考文献にふんだんに出てくるのは、たいてい共同体主義的な内容の文献である。

さて、参加概念は、実定法上の権利として見ると、権利の中の権利the Right of Rightsと評される。ウォルドロンは、参加が権利の中で特別な地位を占めるのは、参加概念が他の人権よりも優越するからではなく、合理的な権利所有者が自らの権利につき不満であるような状況下で参加の行使というものがとくに適合的であるからだという¹⁵⁷。自らの処遇に不満な患者が倫理委員会にものを言う場合、参加が認められなければ、その改善はあり得ないのである。

勿論、ウォルドロンは、参加概念についての説明を、参政権を念頭に置いており、ここで述べている、いわゆる広義の意味での参加を考えてはいない。しかし、その説明は、意義深いものがあり、汎用性もあると考え、ここで付言する。

156 Ibid.,p.81.

157 Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, (Oxford,1999),p.232.

ウォルドロンは、参加の意義につき、次の三点を挙げる。①個人は、政治権力の行使が伴う強制に対して基本的消極的権利を有している、②この基本的権利は政治権力の行使を制限するか、あるいはその権力に服従する者の同意を確保することによって、尊重される、③投票は、同意のようなものを確保する手法である¹⁵⁸。

このウォルドロンの記述は、まさにインフォームド・コンセントにあてはまる。勿論、病院、医者は、政治権力ではない。契約の当事者ではないか、公法司法の二分論もわからないのかと非難されるかもしれない。しかし、この点については、シェルドン・ウォーリンの次の記述で答えたい。

「政治的国家と指摘経済との古い二元論的分断は時代錯誤のようにみえてくる。・・・たとえば、病院や監獄を運営する私的組織を規制するほとんどの契約は、基準を設置し承諾を実行に移す権限を公的権威に認めている。こうして任意主義は、より自由な社会を予感させるものではなく、反対によりきびしく管理される社会を暗示している」¹⁵⁹

患者の人権を脅かす存在となった病院、医療体制、医療従事者は、実在するリバイアサンに他ならない。

ところで、参加とは、英単語でparticipateと熟語では、take part inであり、ある行為において、一部もしくはある部分を取ることの意味する。勿論、これではあまりにも抽象的である。ウォルドロンは、参政権を前提とした参加の持つ共有力sharing powerというものにつき、大衆的要素だけでなく、決定的要素というものに着目し

158 Ibid.p.234.

159 シェルドン・S・ウォーリン、千葉真他訳『アメリカ憲法の呪縛』（みすず書房、2006）、36頁。原著表題は、The Presence of the Past.p.29.ちなみに、訳書はvoluntarismを任意主義と訳しているが、これは、本来は、自発的な行為を尊重する主義であり、私的自治の根底にあるものであり、ボランティアズムとそのままたしたほうが良かったかなというのが私の印象。試しに、「任意主義」を「私的自治」と置き換えて読むと、何と文意が通ることか。

ている。つまり、各人が各自のパートを演じる権利を主張するということであり、「権利保持者として、自分の声を聞いてもらい、自分の声が意思決定において重要な位置をしめることを要求する」¹⁶⁰ ことなのである。勿論、参加者は自分だけが社会の唯一の声ではないということを認識しているし、他の権利保持者と同様に、政治プロセスにおいて、重要な位置を占めないことも認識している。しかしながら、参加者は、自己の参加が決定に貢献することを熱望するのである。

このような状況は、倫理委員会への患者の参加に関してもあてはまる。とくに、倫理委員会が特定の患者の治療方法を決定する場合などは、その患者が唯一の声であるのだから、決定的な意味を持つのは当然である。もっとも、そのような場合には、患者は参加できるような医師能力を持っていない場合が多いかもしれないのだが。

また、ウォルドロンとは異なる市民的共和主義の視点から参加の意義を説くのがサンデルである。サンデルは次のように言う。

「政治に参加することは、人間が目的を追求する方法の一つであるかもしれない。しかし、共和主義的な政治理論によれば、自己のルールを共有することはそれ以上の何かを伴うのである。それは、同朋である市民と共通の善やについて討議することや、政治的共同体の運命を形成するのを助けることを意味する。しかし、共通の善について良く討議することは、自己の目的を追求し、他者の同じことをする権利を尊敬する以上の能力を要求する。それは、公的事業の知識、帰属意識、全体への配慮、運命が危機に瀕している共同体との紐帯などを必要とするのである。」¹⁶¹

サンデルの参加概念は選挙権を念頭においたウォルドロンよりも広い射程を持ち、倫理委員会へ参加を求める患者の立場などを語る上で有益であろう。ただ、参加に必要な能力を患者に要求すること

160 Jeremy Waldron, op. cit., p.236.

161 Michael J. Sandel, 'Democracy's Discontent', (Harvard 1996), p.5.

には批判もあろう。

ただ、参加するということが、参加するものの構成員になることと、ほぼ同義であるとするなら、セイジャーも、構成員になるということ、すなわち参加するということには、常に負担を伴うという¹⁶²。例えば、ある人が資金提供をしたり、保証をしたりしている計画の追求に妥当な税金が徴収される場合などはこの例である。しかしながら、構成員の負担は、常に歓迎され、合理的なものとなるとは限らない。構成員の負担は、重要な潜在能力を秘める一方で、個人の生活の質を劇的に落とすほどに個人の選択肢を縮減する可能性もあるのである。つまり、個人の自己の生活に対する自己統治（あるいは自己決定）と、民主的なルールにおける自己統治（あるいは自己決定）との間の調和の仕方が問題なのである。この二つは明らかに緊張関係にある。個人が参加することによる政治的共同体の構成員になると、彼は、自己支配をあきらめなければならなくなる。集団レベルでの自己統治の主張は、多数決のプロセスにおける抑制や干渉が不存在であることを意味するのである。仮に、政治的共同体の構成員が自己の共同体に対して、適切な関係を維持するならば、個人の選択を、共同体全体の集団の選択に包含されるものとみなすことが適切になる。ただ、個人的な意味での自己統治は、十分に可能なものではけっしてないのである。我々は全体に対して、指令者となることはできない。たしかに、小さな規模でなされる個人的な自己統治と、大規模になされる自己統治の間の重要な関連性は存在する。しかし、構成員の負担や、落胆を消すことができるというのは真実ではないし、個人は、集団と個人の間に関心と配慮の不一致が存在しなくなるように、集団の決定と同一視されうるというのも真実ではない。また、集団の支配に対して、個々の選択を保護することが、集団の構成員の負担に関する正当かつ緊急な配慮であるとい

162 Laurence Sager, Justice in Plainclothes, (Yale, 2004) .pp-143-144.

うのも真実ではない。政治的共同体の構成員の負担と落胆を正当化し、抑制するのは、憲法的正義の重要なプロジェクトである。国家の政治的共同体において構成員となることは、個人の幸福や運命の潜在的に重要な側面を、我々の同輩も家族も限られた影響力しか及ぼせない政治的選択のプロセスに委ねることを伴うのである。だからこそ、国家の支配には制限的な権力を求めることになり、権利章典が国家統治の抑制となるのである。

セイジャーの文脈は国家の統治に参加するという極めて大きな視点でのものであり、そこには憲法枠組みからの骨太な説明がなされている。参加に伴う負担を真正面からこれを避けられないものとして認め、その負担に見合う、制限的な権力装置を国家に求めるというのがその主張の骨子であろう。

セイジャーの見解は別の機会にふれるとして、参加に伴う、負担という点では、労働組合の参加という視点からカルメン・シリアーニCarmen Sirianniが興味深い指摘をしているので、ここに紹介しよう。

シリアーニは、「参加多元主義のパラドクス」を主張する。これは、次のようなものである。政治というものが世間で広く認識されるようになり、例えば、タウン・ミーティングのようなある局面での参加が高められると、他の局面での参加、例えば、家族への参加は縮減するというものである。シリアーニはこのパラドクスは、従来の参加理論にとって深刻な問題を提起すると言う。平たく言えば、労働者が、組合活動に参加すればするほど、家族サービスができなくなり、家族の幸せのためという労働者の本来の人間的目的が、組合のためという大義の前に軽んじられてしまうという逆説があるのである。

シリアーニは、この問題があるから、参加を軽視するわけではない。むしろ、参加につき、次のように言う。「参加はそれ自体、こうした問題の全てを解決するものではなく、仮に十分な民主的潜在能力が発揮されたとしても、それらの問題から遮断されること

はないだろう。労働参加は力と機会の大きな構造の中で具体化されるものであり、広い民主的、平等的な視野を保障するものなのである。」¹⁶³ シリアーニの問題解決の具体的な提案としては、参加権を具体化する立法の制定、日々の参加を促す労働時間のフレキシブルさ（これは現代では、進んでいる企業もある）などを挙げているが、それだけではない。そもそも参加というものを、参加そのものと、参加についての決定への参加、参加についての決定についての議論への参加とで区別することを主張するのである。ただ、このように功利主義的に分けてしまうと、参加そのものの場合の参加の意義が薄れてしまうのではないかとも思われる。しかし、あえてシリアーニを擁護すれば、労働者にとって、参加そのものの参加は討議的ではなく、意義のある討議的参加は後者二つであり、功利主義的に行動することが許される小さな経済人である労働者にとって、意義のある参加の選別は重要さを増すのである。

以上、長々と参加の意義につき、敷衍してきたが、要は、医療倫理の現場において、求められる参加は、単なる参加では駄目なのである。それは、患者の自律と不可分な参加でなくてはならない。そして、参加という手続と、自律という実体とのいずれかが欠けていても、医療倫理は崩壊する。要は、参加という手続と、自律という実体の奇跡的な融合を求めて、医師と患者の討議から、憲法的枠組みにおける討議まで、つまり、ミクロからマクロまでの包括的な討議による練り上げが必要なのである。

163 Carmen Sirianni, Worker Participation in the Late Twentieth Century : Some Critical Issues, in Worker Participation and the Politics of Reform (edited by Carmen Sirianni), (Temple, 1987), p.27.