

危害原理と同性婚

メタデータ	言語: ja 出版者: 公開日: 2023-10-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: CHIN Ming-Yuan, ADACHI Hidehiko メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/0002000054

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License.



危害原理と同性婚

覃名遠・足立英彦

目次

はじめに

- 1 JS.ミルの「危害原理」
 - 1.1 「危害原理」の位置づけ
 - 1.2 パターナリズムと「危害原理」の限界
 - 1.3 小結
- 2 H.L.A.ハートの理論における「法による道徳への干渉」
 - 2.1 ウォルフェンデン報告の内容
 - 2.2 デブリンの批判 — 社会の崩壊テーゼ
 - 2.3 ハートの反論と危害原理の修正
 - 2.4 実定道徳と批判道徳の関係
 - 2.5 小結
- 3 同性愛の非犯罪化から同性婚へ
 - 3.1 危害原理の再構築（以上本号）
 - 3.2 同性婚の性格
 - 3.3 アメリカ、台湾と日本における同性婚に関する判例
 - 3.3.1 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015年)
 - 3.3.2 台湾司法院大法官解釈第748号 (2017年)
 - 3.3.3 日本の同性婚訴訟：札幌地裁判決
 - 3.4 アメリカ、台湾、日本の比較
 - 3.5 「自由」とは？ — 将来に向けて

終わりに

はじめに¹

本稿の目的は、同性婚の問題を素材として、JSミルの危害原理における法と道徳の関係を考察することである。近年、同性婚の法制化など、同性カップルの権利を保護する制度を持つ国が増えている²。たとえば台湾では、大法官³が婚姻の自由について憲法解釈を行った結果、2019年5月22日より同性カップルの結婚が認められるようになった。

世論調査によると、このような法は多くの人々の道徳意識に反している。LGBTや性的少数者の権利を重視する台湾でも、同性婚に反対する人は少なくない。アメリカでも同性婚に対する反対意見がある。同性婚に焦点を当てつつ、法と人々の社会道徳の間に一体どのような関係があるのかを本稿では探求したい。

本稿は、ミルの危害原理と、ハート・デブリン論争の紹介から始め、ハートの危害原理の修正を踏まえて、同性婚合法化の可能性を明らかにすることを試みる。ミルやハートは、個人は自分の幸福のあり方を自分で決定すべきというリベラルな価値観を有していたと考えられる。この価値観に基づけば、同性愛行為は刑罰の対象と見なされてはならない。さらに以下で論じるように、同性婚の法制度の必要性も導けよう。以上のことを、アメリカ・台湾・日本の同性婚に関する憲法判例を分析することを通じて検証したい。

1 本稿は2022年6月に金沢大学に筆者(覃名遠)が提出した修士論文「JSミルの危害原理における法と道徳の関係——同性婚を素材として——」を大幅に修正したものである。

2 NPO法人EMA日本によれば、2022年10月現在、世界中の約20%の国が同性婚や登録パートナーシップの制度を保障しているが、アジア諸国の中でその20%に含まれるのは台湾(中華民国)だけである。EMA日本「世界の同性婚」<http://emajapan.org/promssm/world> (2023年4月9日閲覧)。

3 大法官は、台湾の最高司法機関である司法院で設置される憲法裁判所の判事である。「司法院大法官審理案件法」の改正があり、大法官解釈は「憲法法庭判決」と改称された。

1 J.S.ミルの「危害原理」

1.1 「危害原理」の位置づけ

ジョン・スチュアート・ミル (John Stuart Mill) は『自由論 (On Liberty)』において自由の境界画定のための原理を提示した。ミルはこれを「自由の原理 (the principle of liberty)⁴」と呼んだが、現代では危害原理 (harm principle)⁵と呼ばれている。一体どのような状況下で自由を合理的に制限することができるのだろうか。ミルは次のように述べている。

文明社会のどの成員に対してにせよ、彼の意志に反して権力を行使しても正当とされるための唯一の目的は、他の成員に及ぶ害の防止にある⁶。(傍点筆者)

加藤尚武はミルの『自由論』の内容を、「①判断能力のある大人なら、②自分の生命、身体、財産などあらゆる＜自分のもの＞にかんして、③他人に危害を及ぼさない限り、④たとえその決定が当人にとって不利益なことでも、⑤自己決定の権限を持つ」と定式化している⁷。③にあるとおりに、ある人の行動が他人に危害を及ぼさないならば、その行動に干渉してはならない、ということである。文明社会の中で、社会や政府などの集合体が個人の行動に干渉する強制力を発動する必要条件は、その行動が他人に危害を及ぼして

4 JS Mill, *On Liberty* (Batoche Books 2001) 85. (日本語訳は、JSミル (塩尻公明、木村健康訳) 『自由論』 (岩波書店、1971年) を参照せよ。)

5 ミルは危害原理という文言を使わず、代わりに自由原理という言葉を使っている。多くの学者はミルの自由の原理を危害原理、他者危害原理 (harm-to-others principle) などと呼んでいる。ジョン・ルーカスとJ.ファインバーグはミルの危害原理について批判をしている。JR Lucas, *The Principles of Politics* (OUP 1966) 174, Joel Feinberg, *Social philosophy* (Prentice Hall 1973) 25-26、米原優「危害原理における「危害」とは何か」静岡大学教育学部研究報告. 人文・社会・自然科学篇65号 (2014年) 29-30頁。

6 Mill (n 4) 13.

7 加藤尚武『現代倫理学入門』(講談社、1997年) 5頁。

いる、ということのみである。それ以外の行為については、他人に危害が及ばない限り、本人の意思を尊重すべきである。どの選択肢が最適であるか、という最後の判断を下す者は本人である⁸。他人の危害に関係しない限り、個人は⑤自己決定の権限を持つ、すなわち個人は可能な限り最大限の自由をもつ。

自由は、人間が生まれながら有する固有の不可侵の権利である。ミルは、世論の大部分を代表する政府が現れ、政府と異なる立場を根絶するために自由を制限する「多数者の暴政 (the tyranny of the majority)」⁹を心配した。なぜなら、人間は自分の関心事についての異なる意見に寛容ではなく、「優れた」集団の善悪の基準を人々に順守させようとするからである。しかしミルは、そのような強制は個人の内発的発展を制限する可能性があり、社会全体の成長にとっても有害であると考えた¹⁰。

1.2 パターナリズムと「危害原理」の限界

パターナリズムとは、ある者の利益のためという理由で、その人に対して強制的な干渉をすることが許されるという考え方である。他方、法的パターナリズムとは、政府が、国民の利益を国民より知りうるという理由から、子供に対する親のように、法的にその国民の利益を保護することが許される、という考え方であり、シートベルトの着用強制がその典型例である。パターナリズム的介入は、個人の私的領域における自己決定を制限する。

ミルは、個々人の個性の多様性と自由を維持するため、パターナリズム的・モラリズム的な理由に基づく個人の行動への干渉に反対した。人が常識

8 Mill (n 4) 71.

9 Ibid 8-9. 中国語では、「数の暴力」を「多数者の暴政」と訳しており、私はこれがより適切であると思う (約漢彌爾 (孟凡禮訳) 『論自由』(台湾五南出版、2015年) 25頁を参照せよ)。

10 Ibid 10-12.

と経験を持っている場合、自分が判断した最善の方法で生きることが計画する人の、「③個人の生命、身体や財産など、自分のものに対して」、政府と社会は干渉できない。

しかし、危害原理を適用できる対象は限定される。加藤の「①判断能力のある大人」にもあるように、ミルは、成熟した人間、つまり幸福に向かって「自発的な進歩 (spontaneous progress)」を遂げる人間に対してのみ危害原理が適用されると想定している¹¹。このため、幼児、成年未満の若者や、他の人々の世話を受ける必要がある状態にある大人 (被後見人・被保佐人など)、または未熟な未開社会の者には危害原理は適用されない¹²。すなわち、危害原理は未熟な個人に「弱いパターナリズム (soft paternalism)」を適用することを除外していない。ミルが排除しようとするのは、善を選ぶ当人の能力を考慮することなく、一律に干渉する「強いパターナリズム (hard paternalism)」である。

さらにミルは、特定の「予測」に基づくパターナリスティックな介入には反対していないようであり、その例として「危険であると分かっている橋を渡ろうとする人」を挙げている¹³。これは、前述の加藤の言う「④その決定が当人にとって不利益なこと」の例である。橋を渡る人が、その橋の危険を知らない場合、彼を捕らえて引戻すことは、彼の自由の侵害ではない。なぜなら、この人は川に落ちることによって傷つけられたくないと思っている、と想定されているからである。

したがって、判断能力がない人や、無知、誤った情報に基づいていると推定される人について¹⁴、その人を危害から守ることは許される。他方、文明社会のメンバーが他人を害しない行為をすれば、パターナリズムを理由とし

11 Ibid 14.

12 Ibid.

13 Ibid 88.

14 Ibid 116-117.

てその行為に介入することはできない。

1.3 小結

危害原理は、行動の自由を制限する合理的な理由として機能する。人の行動を制限する唯一の正当な理由は、その行動が他人に危害を及ぼすことである。その危害を実際に証明できれば、法がその行為を禁止したり、その行為に対して刑罰を科したりする根拠となる。

ミルは、他人に危害を及ぼさない行為に対して、その行為が「本人の利益」にならないということを理由として制限すること（強いパターナリズム）には反対する。しかし、未熟な個人に対する、または個人の判断がその個人の利益に反するという強い推定がある場合の例外的な介入（弱いパターナリズム）は是認する。

以下では、H.L.A.ハート（Herbert Lionel Adolphus Hart）によるミルの危害原理の弁護の試みを検討する。ハートは、危害原理は現代社会では不十分な原理だと考え、法的干渉の範囲を拡大する方向で、危害原理を実質的に修正した。

2 H.L.A.ハートの理論における「法による道徳への干渉」

1957年にイギリスで公表されたウォルフエンデン（John Frederick Wolfenden）委員長が主導した同性愛犯罪と売春に関する部門委員会（the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution）の報告書（ウォルフエンデン報告）は、法と道徳の関係を考えるうえで現代でも重要な資料である。まず、このウォルフエンデン報告書を紹介した上で、この報告書について論争をしたハートとデブリンの見解を検討する。

2.1 ウォルフエンデン報告の内容

1533年から1967年まで¹⁵、イギリスでは女性間の同性愛行為は処罰の対象とされなかったが、男性間の同性愛行為は重大なわいせつ行為とみなされ、性犯罪として扱われていた。委員会は、どのような状況の下で刑法が合理的な制限を課すことができるかという検討を行った。その結果、公共利益に直接に影響しない限り、私的な行為に干渉することは委員会の責務ではないとし¹⁶、その理由を次のように述べた。

「同性愛」と「同性愛犯罪」とを区別することが重要である。同性愛は、自分の性別の人々に対する性的指向であり、人の外観と同様、根絶不可能な個性を表す状態（state or condition）であり、刑法の対象範囲には入らない¹⁷。刑法の任務は、社会秩序を維持し、人々を不快なものや有害なものから守ることである。若者や心身が弱い、経験が浅い、特に社会的に不利な立場にある人々を、搾取や墮落の危険性から守る解決策を提供することを超えて、私的行動に干渉することに合理的な根拠はない¹⁸。

ウォルフエンデン報告によると、犯罪とみなされるべき同性愛行為は、「公共の場でなされる同性愛行為」と「未成年者に対する同性愛行為」という、二つの行為のみである¹⁹。公共の場でなされる性的行為は、不特定多数の利益を害し、または公共の場に居る精神的に未熟な未成年者の利益を害し、公序良俗にも反するので、罰せられなければならない。また、未成年者に対する性交は、未成年者を保護するという理由で、刑事犯罪として扱うことが妥当である。以上を踏まえて、委員会は以下の勧告をした。

15 イギリスにおいては、1533年（Buggery Act of 1533）から1967年（Sexual Offences Act of 1967）まで、男性間の同性愛行為は犯罪とみなされていた。

16 John Wolfenden (ed), *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (Her Majesty's Stationery Office 1957) 9.

17 Ibid 11.

18 Ibid 9-10.

19 Ibid 25.

社会が法という手段を用いて犯罪 (crime) の領域と罪悪 (sin) の領域を同一視するという意図的な試みを行なうのでないかぎり、私的な道徳と不道徳の領域——すなわち簡単に粗野な言い方をすれば、これらは法の仕事ではない——が残されていない²⁰。

要するに、委員会は「犯罪」と「罪悪」を区別する。私的な不道徳行為は「罪悪」であるかもしれないが、必ずしも犯罪ではない。私的な領域での個人の自由は最大限に尊重されるべきだ、というのがウォルフエンデン報告の結論である。

これに対してデブリン判事は、保守主義の立場からウォルフエンデン報告書を厳しく批判し、「ハート・デブリン論争」の発端を作った。

2.2 デブリンの批判——社会の崩壊テーゼ

デブリンは、不道徳な行為によって社会の共通道徳 (common morality) が崩壊する可能性がある (社会の崩壊テーゼ (the social disintegration thesis))、社会の共通道徳を守るため、法によって社会の共通道徳を強制することができるという主張をした²¹。彼の考えでは、法は重要な道徳的概念が蓄積される環境を提供するだけでなく、人々が道徳的な生活を送れるようにすることが必要であり、社会の道徳的構造 (moral structure) を損なう不道徳な行為を取り締まらなければならない²²。なぜなら、道徳違反は、被害者だけでなく、社会全体に対する攻撃 (offence) に他ならないからである。デブリンによれば、社会道徳に対する違反は全員一致の意見である集合的

20 Ibid 24. (日本語訳は、児玉聡『功利と直観——英米倫理思想史入門』(勁草書房、2010年) 189頁を参照したが、若干修正した。)

21 Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (OUP 1965) 10. HLA Hart, 'Social Solidarity and the Enforcement of Morality' [1967] 35 (1) *The University of Chicago Law Review* 1.

22 Devlin (n 21) 12.

判断 (a collective judgment) によって判定される²³。報告書でも、「公共利益 (public good)」や「公共秩序 (public order)」という用語が用いられているように²⁴、共通道徳と呼ばれる「集合的判断」が確実に社会には存在する。仮に共通道徳がなく、善と悪の根本的な合意がない社会は崩壊する (disintegrate) であろう、とデブリンは主張する。

ところで、共通道徳はどのように決定されるべきか。デブリンは、合理的な (rational) 人の見方に基づくと答えた。この見方は、裁判官の見方ではなく、陪審員 (the man in the jury box) を務める人々が下す考えである²⁵。つまり、それは「健全な精神状態の人 (the right-minded man)」の感覚 (feeling) による集合的判断である。

同性愛行為は社会の共通道徳に反するため、それを放置すると社会の崩壊につながるとデブリンは主張する。さらに、デブリンは同性愛者のライフスタイルを厳しく批判しており、この種の「不道徳」で「異常」なライフスタイルから離れたと思う人が多いと考える²⁶。

ハートは以上のデブリンの主張を批判した。次節では、ハートによるデブリン批判に触れ、さらにミルの危害原理の修正について検討する。

2.3 ハートの反論と危害原理の修正

ハートは、法の発展が道徳に影響されることを肯定したが、道徳の発展が法によって影響を受けるかどうかについては懐疑的な態度をとった²⁷。デブリンの考えた「共通道徳」は理性に属するものでなく、魔女狩りの際にそうであったように大衆の無知に基づく「道徳」に影響されるので、刑罰によっ

23 Ibid.

24 Wolfenden (n 16) 9.

25 Devlin (n 21) 15.

26 Patrick Devlin, 'Law and Morality' [1964] 1 (3) The Manitoba Law Journal 250.

27 HLA Hart, *Law, Liberty and Morality* (SUP 1963) 1.

て社会道徳を守ることは危険であるとハートは批判した²⁸。

デブリンは「社会 (society)」、「社会の存在 (existence of society)」、「同一の社会 (the same society)」などの言葉を使って、道徳の共通の形や基準を表現することが多い²⁹。しかし、共通道徳は大きく変化したり、別の形で継続したりすることがあっても、必ずしも「社会の消滅」という崩壊の現象は生じないであろうとハートは指摘した³⁰。したがって、「崩壊テーゼ」を用いて、法による道徳の強制は正当化されえない。

ハートは、基本的にミルの危害原理に賛同し、ある行為が他人にとって不道徳であったとしても、その不道徳な行為が他人に危害を与えない限り、法で禁止したり強制したりすることはできないと考えた。しかしハートは、ミルがパターナリズムを畏れている背景に、おそらくミルが「普通の人間」(a normal human being) をモデルとして考えていることがあると指摘している³¹。ハートは、そのような普通の人間以外については、ミルの理論は修正が必要であると考え、危害原理を基礎として、限定的なパターナリズムと不快原理を導入し、正当化される強制の範囲を拡張した。

ところが、ハートはパターナリズムによる介入の境界について明確に定義せず、公序良俗 (public decency) への影響の程度を基準としているようである。ハートは「私的不道徳 (private immorality)」と「公然わいせつ (public indecency)」とを区別する。「公然わいせつ」は不特定多数の人に危害を加えるため、危害を防ぐために強制が正当化される。公然に性的不道徳行為やわいせつ行為をすることは、公序良俗に対する冒瀆 (affront) とみなされ、社会秩序を守る観点で、刑罰による処罰が必要とされる³²。他方、人々の「不快

28 HLA Hart, 'Immorality and Treason' in Richard A. Wasserstrom (ed), *Morality and the Law* (Wadsworth Publishing Company (1971) 53-54.

29 Hart (n 21) 3.

30 Ibid 3-4.

31 Hart (n 27) 33.

32 Ibid 44-48.

(offensive) の感情」を抑制するために、不道徳な私的行為を罰する権利は、個人の自由を尊重する社会では認められない。ハートの理論によれば、法における多くの禁止事項の根拠は、公共の場での行為（公的な行為）が人々を不快にさせることであり、これをハートは「不快原理（offensive rule）」と呼ぶ。つまり、制限すべき行為は、「公的な行為」かつ「公序良俗の冒瀆とみなされる行為」に限定されている³³。

共通道徳に基づき、個人の私的行為に干渉することは許されない。刑罰による強制には合理的な理由が必要である。ハートは、ある社会集団によって実際に共有されて受容されている「実定道徳（positive morality）」と、実定道徳を批判する際に用いられる「批判道徳（critical morality）」とを区別し、道徳の法的強制は、合理的で理性的な「批判道徳」によらなければならないとした³⁴。

2.4 実定道徳と批判道徳の関係

ニール・マコーミック（Neil MacCormick）によれば、ハートは、ジョン・オースティン（John Austin）などの功利主義者が用いた実定道徳と批判道徳の概念を復活させた³⁵。「実定道徳」は、社会的、共同体的で、共に生活している人々の集団で容認された（accepted）道徳観であり、「行われている道徳（the morality）」である³⁶。他方、批判道徳は、理性によって現実の社会制度や行為を道徳的に批判するための理想的な基準である。

ところで、人々の感情は直感によって決定される。道徳もこの直感で決定されるならば、説得的ではない。批判道徳の目的は、実定道徳の諸価値を合

33 Ibid 46.

34 Ibid 19-20.

35 Ibid 20. Neil MacCormick, *H.L.A. Hart* (SUP 1981) 47. (N・マコーミック（角田猛之編訳）『ハート法理学の全体像』（晃洋書房、1996年）128-129頁）。

36 H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2nd edn, OUP 1994) 169. (H.L.A.ハート（長谷部恭男訳）『法概念〔第3版〕』（筑摩書房、2014年）267頁）。

理的に反省することである。よって、批判道徳と実定道徳の間には相互関係がある。マコーミックによれば、実定道徳を批判することにより、異なる価値観が交換される。相互に影響を与え合うことを経て、一定の合意が得られるならば、実定道徳は批判道徳へと発展する³⁷。このような批判的なプロセスを通じて、伝統的な価値や道徳が適切に修正されなければならない。この批判道徳が長い間に社会に受け入れられると、その社会の実定道徳になる。

2.5 小結

本章は、ウォルフエンデン報告の議論を紹介し、同性愛行為の非犯罪化をめぐる「法による道徳への干渉」の問題を検討した。デブリンは、共通道徳に反した行為を法的に禁止したり罰したりする権利が社会にはあると主張し、ウォルフエンデン報告の結論に反対した。

これに対しハートは、デブリンの理論は一般市民の道徳感覚に訴えかける傾向があるが、この感覚は道徳的な事柄に対する無知や誤解に起因することが多く、一般に耐えられないと感じられる行為の多くが法で罰せられることになる指摘した。それに対してハートは、限定的なパターンリズムと公的不快原理に基づき、ミルの危害原理を修正した。すなわち「法による道徳の強制」について、「公的な行為」かつ「公序良俗に反するとみなされる行為」のみ、その行為に対する強制は許される。他方、「実定道徳」は、強制の理由として使われることができない。なぜなら、実定道徳は人々の差別や偏見に基づいて成り立つ可能性があり、必ずしも「善い」とは言えないからである。強制は、より理想的な批判道徳によってのみ正当化される。

ハートの見解がより適切であろう。個々人は異なる道徳的信念や理想、正義観を持っているため、一つの事実に対して異なる評価が存在する。個人道徳の集合によって成立する集団内の共通の信念が善であるとは限らず、例え

37 Maccormick (n 35) 54. (同前掲注35、142-143頁)。

は黒人奴隷に対する差別や、ナチスの反ユダヤ主義、ウイグル人への人権侵害のように、その信念は、社会的少数者に対する嫌悪や抑圧を正当化しがちである。実定道德の中にある諸価値は、理性によって反省的に考察され、他人の批判や議論にさらされることが必要である。

デブリンは、すべての判断基準を人々の感情に基づかせ、それが絶対的な基準であると考えている。同性愛行為は、一般的に人間社会のタブーを犯し、自然であるとは考えられてこなかった、すなわち「善い」とは考えられてこなかった。しかしデブリンの共通道德は、往々にして直感に基づくものであり、人々の嫌悪感と偏見の源である。このような「嫌悪感」は、ミルが恐れるものであり、独裁政治の国に見られるような迫害を招くであろう。デブリンは同性愛者のライフスタイルの事実を誤解し、同性愛行為は「不自然な」行為であるので刑罰の対象とすべきとした。これは自然主義的誤謬の典型例である。もし彼が同性愛者の特性や文化を認識し、同性愛行為それ自体をそもそも「自然な」行為として認識したならば、同性愛行為の非犯罪化に異論を唱えなかったであろう。

3 同性愛の非犯罪化から同性婚へ

前章では、イギリスにおける同性愛行為の非犯罪化の歴史とハート・デブリン論争の過程とを概観した上で、ハートによる危害原理の修正について検討した。ハートは、同性愛行為は実定道德には反するとしても批判道德には反せず、非犯罪化されねばならないと考え、ウォルフェンデン報告の結論を支持した。

ところで、同性愛行為の非犯罪化は、同性カップルの基本的権利に対する障壁を取り除くための必要条件であり、同性婚に向かうプロセスの一部である。しかし、同性愛行為の非犯罪化と同性婚の保障の関係はまだ明確になっていない。したがって本章では、ミルの危害原理を再構築し、アメリカ、台湾、日本の裁判例を検討・比較し、最後に私見を述べることによって、同性

愛行為の非犯罪化と同性婚の関係を明らかにすることを目指す。

3.1 危害原理の再構築

ミルは自由論の中で、思想の自由と行動の自由を絶対的に保障すべき対象として明示的に挙げているが、自己目的を実現することの重要性を否定していないと私は考える。ミルの自由論が書かれた19世紀後半は、自由を保障することだけでは不十分であることが意識され、生活の福祉を満たす必要性が重視され始めた時代である。これは、人間が社会で生きるためには国が積極的に関与する必要があるとする、社会権や生存権を重視する考え方である。

ミルは『自由論』の第3章において、主として個人の人格を形成する自由と関連した問題を扱い、本人が責任とリスクを負うことを望んでいるのであれば、肉体的・精神的にも、他人によってそれを妨げられるべきではないと主張している³⁸。つまり、個人が心身ともに十分に発達し、かつ、その行為に伴う潜在的なリスクを認識しているならば、積極的に行動を起こすこと、すなわち積極的自由の行使を妨げられるべきではない。個人が行動することで自分自身の存在意義や価値を実現することは、個々人の幸福の一部である。また、ミルは、行動の動機が伝統や他人の習慣に従うことにある場合は、人間の幸福の要素の一つが欠落しており、伝統や他人の習慣に縛られない自己決定こそが社会の進歩に不可欠であることを主張している³⁹。これは、個人は社会の伝統に縛られることなく、自らの幸福の追求と人格の形成のために自発的かつ積極的に行動すべきであるという価値観こそが、社会の進歩の原動力となるという考えである。

Jラズ (Joseph Raz) はミルの理論を承継し、「自律原理 (the principle of autonomy)」を提案している。この自律原理を論じる前に、「価値多元主義 (value pluralism)」を取り上げるべきである。ラズによれば、価値多元主義

38 Mill (n 4) 52.

39 Ibid 53.

とは、多くの互換性のない、人間のさまざまな生 (life) の形態をすべて承認することを通して、寛容 (tolerate) の価値を確立することである⁴⁰。その寛容の価値は、カントの人格尊重 (personal respect) から由来し、他人の生を尊重し、人々の人間性をそれ自体目的として大切に扱うことである⁴¹。つまり、良くても悪くても、あらゆる人々の個性を否定せず、個性の多様性に寛容であることによって確立される「多元」的な社会が、ラズが望ましいと考える道徳的美徳である。あらゆる生において個人の自律性が保たれるためには、寛容の価値観に基づき、人間の行動や価値観における対立的態度を抑制することが必要である。寛容の価値、すなわち価値多元主義に基づく社会こそ、個人は多様な自律的生を創造し、確保することができる。

人々が自律的な生を営むことを可能にするためには、三つの「自律に基礎を置く (autonomy-based)」義務が満たされなければならない⁴²。一つ目は、人々を強制したり、操作したりすることをしないことである。これは、干渉の義務であり、それによって「消極的自由」が確保される。二つ目は、自律的な生を営むために必要な内部の能力を創造することである。この必要な内部の能力には、認知能力や推論能力を含み、感情や健康、身体能力に関わる要素がある。三つ目は、人々が選択できる選択肢の十分な範囲を創造することである。

要するに、自律的な生とは、他人に強制されることなく、生命、行動、身体能力などの必要不可欠な内部の能力を確保し、外部からの十分な選択肢を取り込んだ上で、「良い生」を実現することを意味する。自律は良い生の基本要素である。ラズは、二つ目の「特定の精神的・身体的能力の維持」と、三つ目の「適切な範囲内での選択肢の利用可能性」は、時々「積極的自由」

40 Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (OUP 1988) 401.

41 Joseph Raz, *Value, Respect, and Attachment* (CUP 2001) 130-138. (ラズ (森村、奥野訳)『価値があるとはどのようなことか』(筑摩書房、2022年) 165-172頁)。

42 Raz (n 40) 407-408.

として言及されると指摘している⁴³。「積極的自由」のこの用法に従えば、もし消極的自由を人々が確保できないのであれば、人々は積極的自由を実現することも不可能であろう。

以上のような「消極的自由」と「積極的自由」の区別は、濱真一郎の指摘とも一致する。濱は、ラズの言う「自律に基礎を置く義務」には、バーリン (Isaiah Berlin) によって提唱された「消極的自由」と「積極的自由」の区別が役に立つと理解している⁴⁴。濱によれば、人々の自律を侵害・干渉しないことは、「消極的自由」を確保することである。他方、人々の自律を達成させる・補助することは、「積極的自由」を確保することである⁴⁵。

ラズは、政府は自律の諸条件を欠く人々のために、それらの条件を確保する義務を負っており、その義務は自律の喪失の予防以上のものであると考えている⁴⁶。つまり、政府は、人々の消極的自由を守る義務を、すなわち不干渉の義務を有しているのみならず、人々の積極的自由を保護する義務を負っている。また、ラズの考えによれば、ある人が自律的であるための諸条件を改善しないことも「危害」であり、したがってその危害を防止すること、すなわち人々の自律の条件を改善することは政府に課されている義務である。

私は、同性婚の不存在は人々の自律に対する危害であると考えている。同性愛者に対する危害は、そもそも二つある。一つ目は、ウォルフエンデン報告が論じた「同性愛行為の犯罪化」である。それは、同性愛者の私的領域での自由に干渉することであり、消極的自由を否定する危害であるといえる。二つ目は、「同性婚の不承認」である。従来婚姻は、異性愛者の関係であり、

43 Ibid 408-409.

44 しかし、バーリンは消極的自由を肯定し、積極的自由を批判した。Isaiah Berlin, *Four essays on liberty* (OUP 1969) 121-122. (バーリン (小川他訳)『自由論』(みすず書房、2000年) 303-304頁)。

45 濱真一郎「ジョセフ・ラズにおけるリベラリズムの哲学的基礎づけ」同志社法学47巻2号(1995年) 139-140頁。

46 Raz (n 40) 415-416.

同性愛者の存在を想定しておらず、それに関する立法も消極的であったため、現在の同性婚問題が生じている。同性愛者に婚姻の自由という、元々誰でも有しているはずの自由が与えられないのであれば、それは政府が、十分な範囲の選択肢を人々に提供していないことを意味し、したがって人々の積極的自由に対する危害なのではないかと私は考える。

以上のように解すると、ミル的な自由は消極的自由だけでなく、積極的自由をも含意する。消極的自由は自律のための必要不可欠な条件であり、防衛的な性格を持つ。これに対し、積極的自由は、自分で自分のすべきことを決め、それを実行することができる能力である。同性愛者の同性婚も積極的自由の行使の一例である。

(以下、次号)