

# 環境学からみた政治理論と司法の役割

元甲南大学企業法務研究所客員研究員 高橋 靖

## はじめに

本稿は、本来の生態系の仕組みと生態系にあててきた人間の思想や活動を理解し、その理解に基づき社会改善の方針や方向性を定める環境学の観点から、とくに人間の福利と自由に関する近代以降の政治理論および生態系理解の現状を紹介し、合わせて社会改善を支援する司法の役割を考察したものである。第1章では、国連によるミレニアム生態系評価の内容を説明し、生態系サービスと人間の福利の関係の理解を深める。経済学者自身の見解も含めて、生態系自体やそのサービスの貨幣的評価の問題に言及する。司法の役割について考えるため、米国における司法判断適合性や司法審査の判例の推移を概観する。

第2章においては、ほんらい道徳の客観化と統治への適用をめざすという進歩的思想であった、功利主義の姿勢とその限界についてさまざまな角度から論じる。功利主義が実は科学的志向をもった近代思想であったことが語られる。そして、自然権、功利または効用主義、正義論、多様化を踏まえた人権論が検討される。社会の効用の合計の最大化と個人の尊重について述べ、また、ハートによる、ロールズの正義論の第一原理にともなう自由の優先性への批判とロールズの反論を論ずる。さらに、センによるケイパビリティ・アプローチにも触れる。

第3章では第1章を受けて、環境の観点からの社会の推移に関するミレニアム生態系評価の四つのシナリオが提示され、生物の共存機構の解明についての生態学研究者の努力が紹介される。2000年以降

共存機構の理論的枠組みが整備されてきたことが明らかになる。同じく第1章を受けて、社会改善と司法の役割に関連し、精神的自由を優先的にとらえる合衆国連邦最高裁のなかでウォーレン・コートが判示したものとその是非を述べる。また、それを踏まえて司法積極主義のもつ意味が部分的に考察され、さらなる検討の必要なことが示される。

## 1 ミレニアム生態系評価と米国の司法審査

### 1.1 環境学とミレニアム生態系評価

#### 1.1.1 人間の福利と生態系サービス

環境学につき、第一に、もともとの地球生態系の原理的な仕組みを理解すること、第二に、地球生態系に対して、人間の思想および活動がどのような影響をあたえてきたのかを理解すること、第三に、第一、第二の理解に基づいて、現状を改善していく方針や方向性を定めることととらえ、合わせてこの環境学に司法はいかなる貢献ができるのかを考えてきた。環境問題は当初、有害物質の拡散による人体への障害という形で顕在化したが、それらには一応の措置がとられた。しかし、1992年の地球サミットで条約に署名された、気候変動と生物多様性（の喪失）に関しては対応が完了したとはいえない。それどころか、完全に機序を解明できてはいないが、人間の活動に起因して気候が変動していることはもはや誰の目にも明らかであり、異常な温度や降雨などのため死者が発生する段階になりつつある。また、数量的に把握できていないとはいえ、人間の活動のために生物多様性が損なわれていることも間違いな

い。生態系<sup>1)</sup>が生み出す基本機能には、MA2気候調整、MA4水の調整、MB1土壌形成などがあるが、気候変動とはこの機能そのものに人間の活動が過剰な負荷をあたえているということでもある。このようななかで、別稿において当面の課題として、第一点に関し、生態システムの理解の進展を見守り、その進展に合わせた見解を構築すること、第二点について、環境指標と環境経済学の対話を促進するための共通枠組みを検討することをあげたが<sup>2)</sup>、関連する研究として2001年から2005年にかけて実施された国連によるミレニアム生態系評価 (Millennium Ecosystem Assessment ; MA)<sup>3)</sup>がある。MAの目的は「生態系の変化が人間の福利に与える影響を評価すること……、生態系の保全と持続的な利用を進め、人間の福利への生態系の貢献をより高めるために、……とるべき行動とは何かを科学的に示すこと<sup>4)</sup>」であり、このMAを集中的に検討してみたい。なお、本稿では統合報告書 (MA-SY (2005))だけでなく、評価の枠組み報告書 (MA-CF (2003))などにも言及する<sup>5)</sup>。環境学にかぎらずすべての学問の目的の一つは、人間の福利 (Human Well-

being)<sup>6)</sup>に貢献することだと思うが、MAは人間の福利を、豊かな生活の基本資材、健康、良好な社会関係、安全、選択と行動の自由という要素で構成されるとした<sup>7)</sup>。健康と安全は自明であり、良好な社会関係が望ましいことも当然である。注目されるのは、豊かな生活の基本資材および選択と行動の自由の位置づけである。豊かな生活の基本資材とは「安全で快適な暮らしを支えるための、所得や資産、……十分な食糧と水、住居、暖かさと涼しさを保つためのエネルギー、商品の入手しやすさなど<sup>8)</sup>」を意味する。すなわち、所得、資産、食糧、水、住居、エネルギー、商品の入手機会という物質的な福利を示す。一方、選択と行動の自由とは「個人に起こることを制御したり、個人がしたいことをしたり、なりたいたいものになれる状況<sup>9)</sup>」を意味し、個人の選択の幅を確保しているという精神的な福利を示す。これは2.2.2で言及するセンのケイパビリティ<sup>10)</sup>に関連している。また、ロールズの基本財<sup>11)</sup>とも関係する。この点についてMAは「選択と行動の自由は、他の構成要素や教育など他の要因の影響を受ける。また特に公平と公正に関して、他の福利の要素を達

- 1) 宮下ほか [2003] 2頁。生態系 (ecosystem) とは、群集とそれが成立している場所の栄養塩や水、デトリタス (落葉落枝、動物遺体、排泄物) などの非生物的環境を合わせたものをいう。生態系内では、エネルギーの流れや物質の循環が生じている。
- 2) 高橋 [2017] 70頁。
- 3) <https://www.millenniumassessment.org/en/index.html>  
MA編 (横国監訳) [2007] xvi頁。MAは新たな一時情報を生み出すことを目的とはしておらず、有用な形で照合、評価、要約、解釈、コミュニケートすることによって既存の情報に価値を付加することに努めている。
- 4) MA編 (横国監訳) [2007] vii頁。
- 5) MA編 (横国監訳) [2007] は、現状と動向、シナリオ、政策対応、マルチスケール評価という四つの作業部会の報告書を編集、統合した、統合報告書“Millennium Ecosystem Assessment. Ecosystems and Human Well-being : Synthesis” (MA-SY (2005))の翻訳である。統合報告書以外にも、前述の四つの作業部会報告書に加えて、焦点は何かを示し、考え方の基礎、用いられた手法を概説した枠組み報告書“Ecosystems and Human Well-being : A Framework for Assessment” (MA-CF (2003))がある。
- 6) Well-beingは「福祉」とも訳される。池本ほか [1999] v頁は「辞書によれば、……満足のいく状態、安寧、幸福など」としたうえで、「福祉」とは「暮らしぶりの良さ」を表すことばであるとしている。
- 7) MA編 (横国監訳) [2007] 83頁。
- 8) MA編 (横国監訳) [2007] 84頁。
- 9) MA編 (横国監訳) [2007] 90頁。MA-CF [2003] pp.75-76は、It entails transitions for those who are deprived—from conditions of ill-being or the “bad life” to well-being or the “good life.” One condition for personal well-being is the capability to adapt and achieve that which individuals value doing and being in situations of dynamic change. と、capabilityという語を用いている。
- 10) ケイパビリティは訳しにくい概念であり、セン (大庭ほか訳) [1989] 253頁では「人がある基本的な事柄をなしようということ」として、それを「基本的潜在能力」と訳している。しかし、セン (池本訳) [2011] 左注 (原著では脚注) ※5 (339頁) では「個々のケイパビリティ」を「それぞれに対応する個々の機能を達成する能力」とされる。これらから類推すると、ケイパビリティとは「ある事柄に対応する機能を達成する能力」と解される。
- 11) ロールズ (川本ほか訳) [2010] 86頁。ロールズは主要な基本財を、権利、自由、機会、所得、富および自尊としている。

成するための前提条件でもある<sup>12)</sup>』という。つまり、精神的な福利である選択と行動の自由と、物質的な福利である豊かな生活の基本資材とは、どちらが優先すると明言されてはいないように見える。そこで、さらに選択と行動の自由について確認すると、「選択と行動の自由は、ほかの福利の要素なしには存在できない<sup>13)</sup>』としたうえで、「有能な政府と強い市民社会を持つ国家に住む人々および富裕層は、生態系の著しい変化に直面しても、選択と行動の自由を維持……できる。しかし貧しい人たちは、……維持することは不可能であろう<sup>14)</sup>』という。これは、第一に、選択と行動の自由は、物質的な福利などの存在を前提とすること、第二に、生態系の変化が物質的な福利などに深刻な影響をあたえるような事態になっても、有能な政府と強い市民社会をもつ国の国民はこの影響を緩和し、選択と行動の自由を維持できること、第三に、第二点の国以外の国においても富裕層 (the wealthy) は、選択と行動の自由を維持できること、第四に、しかし、第二点の国以外の国における貧しい人たち (the poor) は、選択と行動の自由を維持できないことと解釈できる。このように選択と行動の自由についても大きな格差があると MA は述べるが、MA に「95 か国、約 1360 名の専門家が関与<sup>15)</sup>』している事実留意したい。

次に、生態系サービスだが、その概念は生態系と人間のかかわりを、人間が生態系から無形のサービスを受け取っている関係としてとらえたものである。経済的統計は、貨幣価値で表示された物とサービスで示されるから、生態系サービスという考えは、まさに生態系と経済 (的統計) の間を調整したいという発想に基づいている。MA は、基盤として MB1 土壌形成、MB3 一次生産、MB4 栄養塩の循環など 5 サービス、供給として MS1-5 食糧、MS6-8 繊維、MS12 淡水など 12 サービス、調整として MA2-3 気候調節、MA5 土壌侵食の抑制、MA6 水の浄化と廃棄物の処理など 10 サービス、文化として MC2 精神的・宗教的価値、MC6 審美的価値など 10 サービスという、合計 37 の詳細な生態系サービスを定義している<sup>16)</sup>。このうち基盤サービスは、人類によって直接使われるものではないとして評価の対象に含めていないから<sup>17)</sup>、合計 32 としてもよい。別の機会に MA の生態系サービスを 24 としたことがあるが<sup>18)</sup>、これは地球全体からみたサービスの状態が向上したか劣化したかを判断できるサービスに絞った表<sup>19)</sup>からとったものである<sup>20)</sup>。逆にいうと、これらの生態系サービスのうち向上または劣化が確認できないもの、すなわち数値化できていないものが MS11 装飾品の素材、MC1 文化的多様

12) MA 編 (横国監訳) [2007] 83 頁。

13) MA 編 (横国監訳) [2007] 90 頁。

14) MA 編 (横国監訳) [2007] 90 頁。この箇所は、現状と動向作業部会の報告書の「5. 生態系の状態と人間の福利」の 4.2 から引用されたことが記載されている。

15) MA 編 (横国監訳) [2007] xvii 頁。

16) MA 編 (横国監訳) [2007] 基盤サービス：MB1 土壌形成、MB2 光合成、MB3 一次生産、MB4 栄養塩循環、MB5 水循環の 5 サービス、供給サービス：MS1 農作物、MS2 家畜、MS3 漁獲、MS4 水産養殖、MS5 野生の食物、MS6 木材、MS7 綿・麻・絹、MS8 薪、MS9 遺伝子資源、MS10 生化学物質・自然薬品、MS11 装飾品の素材、MS12 淡水の 12 サービス、調整サービス：MA1 大気質の調節、MA2 気候の調節 (地球規模)、MA3 気候の調節 (地域・地方)、MA4 水の調節、MA5 土壌侵食の抑制、MA6 水の浄化と廃棄物の処理、MA7 疾病の予防、MA8 病害虫の抑制、MA9 花粉媒介、MA10 自然災害からの防護の 10 サービス、文化的サービス：MC1 文化的多様性、MC2 精神的・宗教的価値、MC3 知識体系、MC4 教育的価値、MC5 インスピレーション、MC6 審美的価値、MC7 社会的関係、MC8 場所の感覚、MC9 文化的遺産価値、MC10 リクリエーションとエコツーリズムの 10 サービスの合計 37 サービスである。

17) MB1 土壌形成、MB2 光合成、MB3 一次生産、MB4 栄養塩循環、MB5 水循環の 5 サービスをいう。

18) 高橋 [2014] 79-80 頁。

19) MA 編 (横国監訳) [2007] 68-74 頁の「表 2.1 2000 年前後の生態系サービスの人間による利用およびサービスの向上あるいは劣化」を指す。

20) 注 19 の表 2.1 に記載された 37 サービスから、5 基盤サービスと人間の利用、向上・劣化が検討/評価されなかった 8 サービスを除いたものをいう。なお、同書 10 頁の表 1 は表 2.1 をまとめたものである。

性、MC3知識体系、MC4教育的価値、MC5インスピレーション、MC7社会的関係、MC8場所の感覚、MC9文化的遺産価値の8サービスある。生態系と考へても生態系サービスととらえても、やはり価値評価の問題がついてまわるのである。この点は次節でさらに検討する。

### 1.1.2 生態系サービスと価値評価および空間スケール

MA-CFは、生態系価値および価値評価方法に関して、第一に、功利主義的（人間中心的）立場では使用価値を重視するが、非使用価値を認める立場もあること、第二に、功利主義的アプローチにより、とくに供給サービスについて数量化の手法が開発されてきたこと、第三に、非功利主義的価値は、倫理や文化などさまざまな立場により異なること、第四に、MAは、現在の生態系サービスの使用変更と代替案間のトレードオフを評価するための手段として生態系の価値評価を用いたいと考えること、第五に、価値評価は物理的な流れと、人間の福利と生態系変化の因果関係の数量化にかかわるが、データが使えない部分があることという<sup>21)</sup>。第一点より、功利主義とそれ以外の立場があり、第二、第三点により、功利主義的立場は供給サービスを中心として使用価値の評価手法を開発してきたが、非功利主義にはさまざまな見解があることがわかる。第四、第五点により、生態系サービスの利用と管理手法に関する意思決定に際しトレードオフを客観的に評価するため生態系の価値評価を用いたい、データがない部分

があると確認される。つまり、ある生態系サービスにかかる生態系管理に関して意思決定するとき、トレードオフの関係にある、使用の変更による便益の低下と代替案のための費用を、客観的な基準に基づき比較したうえで行いたいということである。これが最も切実な生態系の価値を（貨幣）評価したいという理由の一つであろう。

ピアスらは、人工資本は建築物の建設などを通じて、自然資本は自然の風景などを通じて人間の福祉に寄与し、また人工資本は資本投資による生産、消費を通じ、自然資本は製造業の資源として、ともに経済過程に寄与して、人間の福祉に貢献するという<sup>22)</sup>。植田は、人びとの満足の総和を向上させるという社会的目的の追求と持続可能性の両立への疑問があるにもかかわらず、環境価値の貨幣的評価が重要とされる理由を、第一に、公平性の観点からは逆に欠点とされるが、金額表示は対象となる環境資産への選好の強さを示せること、第二に、金額表示額が大きければ、費用便益分析ではそのまま環境を守る論拠になること、第三に、同じ金額表示という単位で議論をすることができることとした<sup>23)</sup>。また、植田は環境の経済的価値を利用価値、広い意味での利用価値にはいるオプション価値<sup>24)</sup>、および存在価値<sup>25)</sup>の合計としたうえで、オプション価値や存在価値も加えることで「経済的価値しか考慮しない費用便益分析……で……も、環境保全が効率性の観点からも望ましいという結論を得る可能性が高まる<sup>26)</sup>」という。植田のいう通りかもしれないが、問題はそのオプション価値や存在価値の算出法である。

21) <https://www.millenniumassessment.org/documents/document.304.aspx.pdf>

MA-CF [2003] pp.127-128の「6 生態系価値の概念と価値への取り組み方 要約」参照。

22) ピアスほか（和田訳）[1994] 41頁。

23) 植田 [1996] 76-77頁。

24) 植田 [1996] 78頁。オプション価値とは「実際には利用されていないので顕在化されていない潜在的便益としての環境の価値である。……将来その環境を利用したくなるかもしれないと思っけていても、その環境が保全されていなければ利用できなくなるので、将来の選択肢を確保しておくために今、支払ってもよいと思う金額で測られる」という。

25) 植田 [1996] 78頁。存在価値とは「実際に利用していないし、今後も決して利用することがないにしても、その環境を保全しておきたい、すなわちその環境がそこにあること自体を保障することに対してなにがしかの金額を支払ってもよいと思う人々がいる」場合の、その環境の価値（支払ってもよいと思う金額で測られる）をいう。

26) 植田 [1996] 79頁。

1.1.1で述べた文化的サービスは存在価値に近いが、10のうち7サービスが数値化できていない。この点、ピアスらはCVM（仮想評価法）を用いたオプション価値と存在価値の実証的推計値をえることは可能として、三つの研究を紹介している<sup>27)</sup>。それによれば、第一の研究では、オプション価値（狩猟のオプション）と存在価値（絶滅危惧種の保全）はほとんど変わらないこと、第二の研究では、利用価値（見物料）と存在価値（景観）は1対約60になるが、これはこの資源（グランドキャニオン）に代替物がないためと思われること、第三の研究では、利用価値（淡水魚の便益）と存在価値（＝保全価値－利用価値）は2：3で、存在価値はその国（ノルウェー）のGNPの1%に相当することを示した。この数値の是非は別として、存在価値を推定することは不可能ではないのである。ただ、経済学者のノードハウスは「二酸化炭素排出量の削減コストと、生態系や種の損失リスクは、常にトレードオフの関係にある<sup>28)</sup>」が、「生態学者や経済学者は、生態系や種の損失を経済的に評価する方法を、いまだに確立できていない<sup>29)</sup>」という。非利用価値を評価するCVMも「経済学者の間でも、……「どのような数値でも、ないよりはましだ」と言う人もいれば、……「当てにならない数値ならば、ないほうがよい」と言う人（もいて）……この手法に関するコンセンサスはいまだ確立していない<sup>30)</sup>」というのだ。さらに検討を続ける必要がある。

スケールについてMA-CFは、複数の目的をもつ生態系評価に一つの理想的なスケールがあることはまれであるとして、その背景を以下のように説明した。第一に、環境問題は、生態学的な過程のスケールと意思決定がなされるスケール間のミスマッチに源を発すること、第二に、一定のスケールにおける成果はほかのスケールからの生態学的、社会経済的、および政治的要素により影響されること、第三に、スケールおよび評価境界の選択は政治的に中立ではなく、スケールと境界の選択の政治的な結果への反映は重要であること、第四に、生態系や生態系サービスは、時空間での特定のスケールで容易に観察されることである<sup>31)</sup>。なお、生態系管理や政策を主に想定しながらも、第四点で、生態系や生態系サービスにそれぞれ特定のスケールがあることを指摘していることは注目される。MAサブグローバル作業部会はスケールの重要性を認識し、グローバル（地球規模）と局所の間での33地域の研究について評価を行った<sup>32)</sup>。関連結果の一部を示すと、第一に、前述の第一点を最もやっかいだとしたうえで、中央集権的な森林管理は効果がないことがわかったが、多くの国で国境を越えた広域制度の強化があるとす<sup>33)</sup>。第二に、意思決定の支援手法に関して、費用便益解析は閾値の問題処理には適していないこと<sup>34)</sup>、積極的な順応的管理を「実行による学習」という意味で不適切に用いていることがあげられる<sup>35)</sup>。第三に、対策としての、河川流域サービス

27) ピアスほか（和田訳）[1994] 87-92頁。これらの研究とは、Brookshire et al. (1983), Brookshire et al. (1985), Strand (1981) であり、ピアスらの著書には詳しい文献の情報が記載されている。

28) ノードハウス（藤崎訳）[2015] 160頁。

29) ノードハウス（藤崎訳）[2015] 162頁。

30) ノードハウス（藤崎訳）[2015] 166頁。

31) [https://www.millenniumassessment.org/document.303\\_Scale.aspx.pdf](https://www.millenniumassessment.org/document.303_Scale.aspx.pdf)  
MA-CF [2003] pp.107-108の「5 スケールの扱い 要約」参照。

32) MA編（横国監訳）[2007] 142-148頁。

33) MA編（横国監訳）[2007] 160-161頁。広域制度の強化の例として、ドナウ川、メコン川委員会、東アフリカビクトリア湖協会、アマゾン協力条約機構が示されている。

34) MA編（横国監訳）[2007] 172頁の「表8.1 決定の支援手法および、その枠組みの実用性」参照。

35) MA編（横国監訳）[2007] 173頁。「積極的な」順応的管理の概念とは「どのように生態系の要素が機能し、相互作用するかについての仮説をテストすることで、ほかの方法よりも迅速にシステムについての不確実性を減らすための管理デザインプログラムである」とし、その例として、漁業管理者が「漁業での生産量曲線の形についてより迅速に情報を得るために、「最良の推定値」よりも高いもしくは低い漁獲レベルを意図的に設定」することをあげた。

の提供に対する対価の支払いについて、考慮の対象としてこれまでの森林の役割に加えて、森林以外の立地や土地利用の相対的な価値も含めるべきだと述べている<sup>36)</sup>。第一点の広域とはまさにサブグローバルの規模である。第二点では、費用便益分析が万能ではないことが明らかにされ、積極的な順応的管理をじゅうぶんな科学的な検討や準備なしの実行の口実にすることが戒められている。第三点の対価の考慮要素も恣意的、政治的な判断とならないよう透明性ある運用が望まれる。

## 1.2 米国における司法審査

### 1.2.1 司法審査と自由

環境学の第三点である社会の現状改善と司法の役割を考えるにあたり、米国での全般的な事例を参考としたい。はじめに、ある立法や行為が憲法に適合するか否かを審査する司法審査の概略を示すと、第一に、訴訟当事者の主張を審理するため必要な場合にのみ司法審査するという付随的司法審査であること<sup>37)</sup>、第二に、そもそも民主制や三権分立を尊重する趣旨から裁判所には司法の自制が求められること、第三に、第一、第二点にそう形での裁判所自身による事案にかかわるかどうかの判断基準が、司法判断適合性であること、第四に、司法判断適合性には、憲法3編2節1項に由来する①事件・争訟性、判例を根拠とする②原告適格、③対立性、④成熟性・非ムートネス、⑤終局性と執行可能性の各要件があ

ること、第五に、第一、第二点より、憲法判断回避の準則<sup>38)</sup>や合憲性推定の原則<sup>39)</sup>などの、憲法判断を抑制する法理があること、第六に、実際の判断基準には、合憲性を判断する調整基準である合憲性判断基準と、どの程度深く審査するか基準である審査基準があること、第七に、第六点の前者には、二重の基準論や明白かつ現在の危険の基準などがあり、後者には、厳密な基準や合理性の基準（緩やかな基準）などがあることとなる。

さて、前稿において、合衆国憲法第5修正および第14修正1節のデュー・プロセス（適正手続き）条項に単なる手続的正義だけでなく実体的正義をも求めようとする、実体的デュー・プロセス理論は、1857年のDred Scott判決<sup>40)</sup>から1897年のAllgeyer判決<sup>41)</sup>までに成立し、1905年のLochner判決<sup>42)</sup>から1937年のWest Coast Hotel判決<sup>43)</sup>までの、実体的デュー・プロセス理論を経済的領域にまで拡大して大企業寄りの判決を下すような時期を迎えたことを示した<sup>44)</sup>。West Coast Hotel判決は、連邦最高裁はもはや経済的領域に関する社会経済規制立法には関与しないことを事実上宣言したが、このことは米国において「憲法革命」とされた。また、翌1938年のCarolene判決<sup>45)</sup>においてストーン裁判官は、West Coast Hotel判決の姿勢を改めて示すとともに<sup>46)</sup>、脚注4において後に重大な影響をあたえる内容を記載した。すでに多くの研究者によって訳出されているが<sup>47)</sup>、改めて示すと以下ようになる。

36) MA 編（横国監訳）[2007] 211頁。

37) この点、いずれも付随的司法審査とは異なる抽象的違憲審査制である、ドイツ（旧西ドイツ）連邦憲法裁判所の抽象的審査制度について高見 [1987] が、フランスの違憲審査機関である憲法院について矢口 [1987] が論じている。

38) ブライダンス裁判官による「憲法問題回避の準則」については、芦部 [1973] 43-50頁、58-59頁に詳しい説明がある。

39) たとえば、芦部 [1973] 131-151頁、向井 [1987] 37-66頁にまとめた記載がある。

40) Scott v. Standford (Dred Scott Case), 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

41) Allgeyer v. Oouisiana, 165 U.S. 578 (1897).

42) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

43) West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

44) 高橋 [2018] 96-97頁。

45) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 58 S. Ct. 778, 82 L. Ed. 1234 (1938).

46) 304 U.S. at 152. 脚注4の本文は、以下の通りである。通常の商業的取引に影響をあたえる立法は、立法事実の存在と支援が欠ける法的判断が仮定される場合でさえも、知られることとなった、または一般にそうであると仮定される事実を考慮して、立法者の知識および経験のなかでの合理的基礎に基づく推定を排除するような性格でないかぎり、違憲であると言明されるべきでない。

47) 訳出には、たとえば、松井 [2012] 47頁、江橋 [1987] 135頁、木下 [1987] 65頁などがある。

第一に、「立法が、憲法の特定の禁止条項の範囲内であると文面上明らかであるときは、合憲性の推定の適用は狭い範囲であるかもしれない。たとえば、はじめの10箇条の修正のそれら（禁止条項）のような場合である。また、それら（禁止条項）が第14修正のなかに縫合されているときも等しく特定化されているとみなされる<sup>48)</sup>」。この記載が、経済的自由と精神的自由について扱いをわけて、合衆国憲法の権利章典部分の条文に文面上該当するような精神的自由の侵害については、合憲性の推定を排して厳格な司法審査を行うものと解釈されている。第二に、「望ましくない立法の廃止をもたらすと通常期待されうる、それらの政治的プロセスを規制する立法は、ほとんどのほかのタイプの立法よりも、第14修正の一般的な禁止条項のもとでのより厳密な司法審査にしたがうべきかどうか、今検討することは必要でない<sup>49)</sup>」。これは、言論の自由など民主主義の政治を維持するためのチャネルの擁護について、裁判所は決定権を留保するということとされる。第三に、「同様な考慮が特定の宗教的少数者、国籍的少数者、または人種的少数者に向けられた法律の司法審査を問題にするか、分離し孤立した少数者に対する偏見は、少数者を保護するために通常依拠すべき、それら政治的プロセスの働きを深刻に抑制する傾向があり、また、それに相当するより徹底的な司法審査を求めている、特別な条件かもしれないか、を問う必要はない<sup>50)</sup>」と判示した。これは平等保護の観点から宗教的少数者、国籍的少数者、人種的少数者などの「分離し孤立した」少数者の場合をあげていると理解できる。一般にこの脚注4が精神的自由の優越的地位の法理と解されている。

### 1. 2. 2 表現の自由と明白かつ現在の危険の基準

合衆国憲法第1修正は、言論の自由、出版の自由、平和的に集会をする権利を認めており、まとめて表現の自由としている。エマースンは表現の自由の価値について「表現の自由の体系の維持は、(1)個人の自己実現を保証する方法として、(2)真理に到達する手段として、(3)政治を含む社会的政策決定に社会の構成員の参加を保証する方法として、(4)社会の安定と変化の均衡を維持する手段として、必要である<sup>51)</sup>」という。そして、(2)について「いっそう重要なことには、自由な検討が賢明な個人の判断にとって不可欠だとされているその同じ理由で、自由な討論が合理的な社会の判断にとってどうしても必要とされる<sup>52)</sup>」と補足説明している。これらはそれぞれ、自己実現、思想の自由市場論、民主主義プロセス論、社会の安全弁機能などといわれる。煽動罪をめぐる表現の自由の法理について駒村は、当初は1907年のPatterson判決<sup>53)</sup>にみるように「ある言論がもつ必然的な傾向性が不法な行為をもたらす場合、かかる帰結を意図してそれがなされていれば、当該言論は憲法上の保護を受けない<sup>54)</sup>」という「悪しき傾向」の法理が中心であったという。そのなかで1919年のホームズ裁判官によるSchenck判決<sup>55)</sup>が、はじめて「明白かつ現在の危険」という表現を用いた。このことから同判決を、表現の自由を保障する法理である明白かつ現在の危険の基準の出発点とする見解がある。しかし、この判例には第一に、事件は米国が第一次世界大戦に参加したことを受けて制定された1917年防諜法に関する刑事事件であること、第二に、したがって、平時とは異なる状況のもとでの憲法判断の是非が問われていたこと、第

48) 304 U.S. at 152-153, fn. 4.

49) 304 U.S. at 152-153, fn. 4.

50) 304 U.S. at 152-153, fn. 4.

51) エマースン (小林ほか訳) [1972] 1-2頁。

52) エマースン (小林ほか訳) [1972] 9頁。

53) Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907).

54) 駒村 [2012] 63頁。

55) Schenck v. United States 249 U.S. 47, 39 S. Ct. 247, 63 L. Ed. 470 (1919).

三に、ホームズ裁判官は、もともと「行為者の主観的・内面的な「意図」……を問題にしてきたことに対し、外的・客観的な基準によって法的判断がなされるべきだ<sup>56)</sup>」という考え方の持主であったことという背景事実がある。ホームズ裁判官が悪しき傾向という主観的・内面的な基準の代わりに、新たな法理を用いようとしたことは認められても、それをそのまま表現の自由を保障する法理とすることには無理がある。実際、被告は表現の自由を構成する言論の自由に基づき無罪となったのではなく、1917年防諜法によって有罪とされたのである。駒村は「本判決で言論の制限を正当化する主要な役割を担ったのは、むしろ戦時／平時二分論の方であった<sup>57)</sup>」といい、松井は「(本判決は：引用者注) 通常なら問題の表現は憲法の保護の範囲内であるが、……戦争中には平時で許されることでも許されないと結論した<sup>58)</sup>」とし、Schenck 判決での「明白かつ現在の危険基準は、元来通常ならば保護されている表現内容を状況によって処罰するための法理であり、……言論抑圧の基準であった<sup>59)</sup>」という。浦部は本判決における法的理論は「修正1条の解釈理論ではなく、もっぱら刑事法の解釈原理であった<sup>60)</sup>」とした。また、Schenck 判決から1週間後のFrohwerk 判決<sup>61)</sup>と Debs 判決<sup>62)</sup>では、ホームズ裁判官の法廷意見はいずれも明白かつ現在の危険の基準を無視しており、前述の推論を裏づける。一方、下級審だがハンド裁判官による1917年の Masses 判決<sup>63)</sup>は、「問題となった言論がその言葉の使用に

において直接的に法令に背くことを煽動するものでないかぎり、憲法の保護を受けるという理論<sup>64)</sup>」(表現内容による基準)を提唱していたとされる。松井も「ハンド裁判官は、同種の事例で明白かつ現在の危険基準とは異なるアプローチの可能性を示していた<sup>65)</sup>」という。この表現内容による基準とは、状況によって影響されない基準ともいえる。

さて、同じ1919年の Abrams 判決<sup>66)</sup>で多数意見は悪しき傾向(戦争遂行を妨げる意図)があるとして被告人らに有罪を宣告したが、ホームズ裁判官はブライダンス裁判官とともに明白かつ現在の危険の基準と思想の自由市場論に基づく反対意見を述べた。すなわち、明白かつ現在の危険の基準と表現の自由を保護すること(憲法第1修正)が結びつけられはじめたといえる。同基準はさらに強化され、1925年の Gitlow 判決<sup>67)</sup>での少数意見でホームズ裁判官は、革命を提唱する文書にも同基準を適用して、言論の自由から許容できるとした。また、1927年の Whitney 判決<sup>68)</sup>の補足意見でブランダイズ裁判官は、明白かつ現在の危険とは、直ちに害悪が発生するものでなければならぬとした。ただし、浦部はこの段階までの同基準の影響は限定されたものだとし、理由として、第一に、同基準は合憲性判断基準ではなく、法律の合憲性は前提にしたうえで、具体的な適用の当否を判断する審査基準にすぎなかったこと、第二に、同基準は最高裁の多数意見により採用されたものではなかったことをあげている<sup>69)</sup>。しかし、1938年の Carolene 判決で精神的自由の優

56) 浦部 [1987] 248-249頁。

57) 駒村 [2012] 63頁。

58) 松井 [2008] 157-158頁。

59) 松井 [2008] 158頁。

60) 浦部 [1987] 248頁。

61) Frohwerk v. U.S., 249 U.S. 204 (1919).

62) Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919).

63) Masses Publishing v. Patten, 244 Fed. 535 (S.D.N.Y. 1917).

64) 駒村 [2012] 63頁。

65) 松井 [2008] 158頁。

66) Abrams v. U.S., 250 U.S. 616 (1919).

67) Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).

68) Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).



越的地位が確認されてからは、最高裁も積極的に言論の自由を保護する基準として明白かつ現在の危険の基準を採用し、1940年の *Thornhill* 判決<sup>70)</sup>、同年の *Cantwell* 判決<sup>71)</sup>、1943年の *West Virginia Board of Ed.* 判決<sup>72)</sup>、1945年の *Thomas* 判決<sup>73)</sup>、1949年の *Terminiello* 判決<sup>74)</sup> などにおいて州法や教育委員会規則、市条例などにつき同基準を合憲性判断基準として用い、場合によれば文面上無効として違憲としたのである。だが、スミス法の合憲性がはじめて審査された1951年の *Dennis* 判決<sup>75)</sup> では、最高裁は冷戦下で再び言論統制に理解を示し、スミス法を合憲として明白かつ現在の危険の基準は骨抜きとなった。この段階で同基準は主要な役割を縮小したとも考えられる。その後最高裁は個別に利益衡量し、1957年の *Yates* 判決、1961年の *Scales* 判決<sup>76)</sup>、同年の *Noto* 判決<sup>77)</sup> では、畑のいうように「抽象的な理論の唱導は合衆国憲法修正1条によって、保護されており、「明白かつ現在の危険」……を構成しないかぎり制限されることはない<sup>78)</sup>」という伝統的な考え方に戻っていたとされる。松井は「これら3判決で法廷意見を述べたハーラン裁判官は、*Dennis* 判決で合憲性が支持されたスミス法の射程を……厳しく限定した……。ここに至って、再び *Masses* 判決のアプローチ(表現内容による基準:引用者注)が、明白かつ現在の危険基準に代わる言論保護の基準と

して注目<sup>79)</sup>」されたという。そして、表現内容による基準と明白かつ現在の危険の基準の結合が図られたのが1969年の *Brandenburg* 判決<sup>80)</sup> である。従来、同基準を支持してきたブラック裁判官は同意意見で「明白かつ現在の危険の基準は憲法第1修正の解釈としてふさわしくないという、本件におけるダグラス裁判官の同意意見で表明された見解に同意する<sup>81)</sup>」と述べた。またダグラス裁判官の同意意見は「明白かつ現在の危険の基準が戦争時には憲法第1修正に合っているか疑問だが、平和時に憲法第1修正と調和していないことは確かである<sup>82)</sup>」と表明したのである。明白かつ現在の危険の基準は、最高裁において大きな役割をはたさせなくなったといえよう。

## 2 人間の福利と政治理論

### 2.1 功利主義をめぐる考察

#### 2.1.1 進歩的思想としての功利主義

環境への負荷の増大は近代化と深く関係し<sup>83)</sup>、IPCCでは化石燃料の燃焼の観点から、気候変動分析の起点の一つを1760年代からの近代の産業革命時としている。では、近代における人間の福利と自由を政治理論はどのように論じてきたのであろうか。

69) 浦部 [1987] 252-253頁。

70) *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940). アラバマ州法によるすべてのビケ禁止を違憲とした。

71) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940). エホバの証人の公道での布教について、治安破壊で処罰することは違憲と判示した。

72) *West Virginia State Bd. of Education v. Bernette*, 319 U.S. 624 (1943). ウェスト・バージニア州による公立学校の教員・生徒に対する国旗への敬礼の強制を違憲とした。

73) *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945). テキサス州法による労組のオルグ活動者のすべての登録要求を違憲とした。

74) *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1 (1949). シカゴ市条例による混乱を生じさせた演説者を治安妨害罪で処罰することは違憲と判示した。

75) *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

76) *Scales v. U.S.*, 367 U.S. 203 (1961).

77) *Noto v. U.S.*, 367 U.S. 290 (1961).

78) 畑 [1992] 130頁。

79) 松井 [2008] 162頁。

80) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

81) 395 at 450, 451.

82) 395 at 453.

83) 高橋 [2013] 48-49頁、50頁。

リベラリズムの源泉はロックにあるとされる。1690年の『市民政府論』でロックは、自然状態では「自然法の範囲内で、……自分の行動を規律し、その財産と一身とを処置することができ(る)<sup>84)</sup>」とし、「この(自然)法たる理性は、……一切は平等かつ独立であるから、何人も他人の生命、……自由または財産を傷つけるべきではない、と……教える<sup>85)</sup>」と自然法にしたがい各人は自らの生命、自由、財産につき権限があることを示して、この権限を自然権と呼んだ。また「人間の自然の自由とは、……すべての優越的権力から解放され、……ただ自然法のみをその掟とするということ<sup>86)</sup>」と規定し、「人が自分の自然の自由を棄て……る唯一の道は、他の人と……協同体を作ること(で)……目的は所有権(を)……確保し……安全保障を確立<sup>87)</sup>」することとして、社会契約した協同体(政府)が守るべきは、生命、自由、財産に関する自然権であるとした。すなわち、自然法と自然権が王権など優越的権力に対抗するリベラリズムの理念であった。金田はこれを「ロックのリベラリズムは、個人の諸権利(生命、自由、財産の権利：引用者注)を基礎とする、自然権のリベラリズムである<sup>88)</sup>」という。一方、善悪と快樂や苦痛の結びつけなどについて1747年に述べたのはハチスンである<sup>89)</sup>。ハチスは「心地よい感覚を引き起こすものを、……善と呼ぶ。苦痛な、あるいは不快な感覚を引き起こすものを、……悪と

呼ぶ<sup>90)</sup>」といい、「幸福とは、「……ある種の心地よい感覚を引き起こすものがたくさんあって、しかも苦痛を免れている状態」である<sup>91)</sup>」とした。快樂を生じさせるものを善と規定し、善の集積を幸福と定義したのである。さらに、「ほとんどの外的行為の帰結は……いくらかは善であり、いくらかは悪である。この善し悪しのすべては、実際に算定できるはずである<sup>92)</sup>」として、善の計算可能性にも言及した。

次に、1789年にベンサムが公刊した功利主義の論点を関にしたがい明確にしたい。第一に、ベンサムは「善悪の基準が……この(快樂と苦痛という：引用者注)二つの王座につながれている<sup>93)</sup>」といい、「功利性の原理に適合している行為……は、……しなければならぬ行為である<sup>94)</sup>」という。これはそれぞれ、善(福祉/効用)とは快樂を生むものであり、悪とは苦痛を生むものである(第一点①)、功利性の原理に合った行為が道徳的な当為である(第一点②)と解される。第二に、ベンサムは「道徳に関する……社会の利益とは……社会を構成している個々の成員の利益の総計にほかならない<sup>95)</sup>」といい、「功利性の原理……に、最大幸福……の原理……が……、そのかわりに用いられる<sup>96)</sup>」という。つまり、社会の善(福祉/効用)とは社会の成員の善(福祉/効用)の合計である(第二点①)、最大多数の最大幸福が社会の善(福祉/効用)である(第

84) ロック(鶴飼訳)[1968] 10頁。

85) ロック(鶴飼訳)[1968] 12頁。

86) ロック(鶴飼訳)[1968] 28頁。

87) ロック(鶴飼訳)[1968] 100頁。

88) 金田[2006] 49頁。

89) ロールズ(川本ほか訳)[2010] は、原注(傍注)9(32-33頁)で、シジウィックの著書に言及しながら、功利主義の伝統について詳細に記載しており、功利主義がベンサムではなく、シャフツベリとハチスンからはじまることを認めている。さらに功利主義に関する多数の文献をあげたうえで、「以上の作品群が提起している諸問題は確かに重要であるのだが、本書(『正義論』)で論じたいきわめて初歩的な分配問題は直接結びつかないため、脇においておくことにする」とした。

90) ハチスン(田中ほか訳)[2009] 20頁。ハチスはスコットランド啓蒙思想の中心であり、アダム・スミスの師でもあった。

91) ハチスン(田中ほか訳)[2009] 21頁。

92) ハチスン(田中ほか訳)[2009] 175頁。

93) ベンサム(関訳)[1967] 81頁の第1章1。

94) ベンサム(関訳)[1967] 84頁の第1章10。

95) ベンサム(関訳)[1967] 83頁の第1章4。

96) ベンサム(関訳)[1967] 82頁の第1章1の1822年7月の著者(ベンサム)の注参照。

二点②)となる。第三に、ベンサムは「善悪の基準についてつくられてきた……(功利性の原理に反する諸原理：引用者注)はすべて、外的な基準に訴える義務を避けて、著者の感情や意見を……読者におしつけようとする<sup>97)</sup>」という。これは、道徳は、主観的な感情や意見ではなく、客観的な基準に基づくべきだという主張と理解される。第四に、ベンサムは「ある行為の……傾向の正確な計算は、……行われる<sup>98)</sup>」という。これは快楽や苦痛は数値として計算可能であると解釈できる。第五に、ベンサムは「その行為が全体としてよい傾向である各個人についてその行為がもつよい傾向の程度を示す人数を総計する<sup>99)</sup>」といい、この部分は、善(福祉/効用)の計算において個人の差異はないといいかえられる。この第五点は第二点とともに後の論争において最も問題となる。第六に、ベンサムは「それ(功利性の原理：引用者注)は、……政府のすべての政策をも含む<sup>100)</sup>」という。ここは、そのまま政府の政策にも功利主義は妥当するとできる。

このように功利主義の主な論点は、善(福祉/効用)の定義と当為性、個人の善と社会の善、道徳と人間性の客観的法則、善の計算可能性、計算上の個人差異の否定、道徳と政治の原理の六点である。キムリッカは功利主義を「道徳的に正しい行為や政策……は、社会の成員に最大の幸福をもたらす<sup>101)</sup>」とする思想という。関はベンサムにつき、第一、第二点を科学的原理で基礎づけようとして、第三、第四、第五の各点を強調し、第六点で政治の原理にもこれを適用しようとしたと述べた<sup>102)</sup>。金田は「ベンサムは、自然権という形而上学的原理ではなく経

験的原理に基づいた政治を要求する。この新しい原理が「功利の原理」である<sup>103)</sup>」という。ベンサムが自然法や自然権を痛烈に批判したことは事実であるから、功利主義はむしろ当時は革新的な政治思想であったといえる。ハートは、ベンサムが1776年のアメリカ「独立宣言」や1791年のフランス「人権宣言」に対し自然権を基礎としてと強く批判したと述べたうえで<sup>104)</sup>、功利主義と自然権の相違点は「功利主義が政府に……その国民全員の幸福の総計純高……を極大化しよう要求する極大化原理であり集合原理であるのに対して、自然権は各個人の特異な基本的利益に優先性を与える配分原理であり個別化原理である、という点にある<sup>105)</sup>」と整理した。金田は、第六点の道徳と政治の原理について、統治の目的は第二点の「最大多数の最大幸福」になるため、多数者の満足が正義であるというデモクラシーの理念をリベラリズムに導入したという<sup>106)</sup>。デモクラシーをリベラリズムに取り入れたことは功利主義の貢献であり、この点からも功利主義が進歩的思想であったことがわかる。

## 2.1.2 功利主義の問題点

関は功利主義に対する批判として、第一点①の事実判断の命題は、人間の行為をあまりに単純化していること、第一点①が事実としても自己の快楽の最大を求めて行動するのが善ということと、自己の快楽を犠牲にしても最大多数の最大幸福を求めよという命令とは一致しないこと、第四点について「質のちがった快楽を数量化することははじめから不可能である<sup>107)</sup>」ことを指摘した<sup>108)</sup>。関のいう第四点

97) ベンサム(関訳)[1967] 99頁の第2章14。

98) ベンサム(関訳)[1967] 114頁の第4章5。

99) ベンサム(関訳)[1967] 115頁の第4章5-6。

100) ベンサム(関訳)[1967] 82頁の第1章2。

101) キムリッカ(岡崎ほか訳)[2002] 18頁。

102) 関[1967] 27頁。

103) 金田[2006] 52頁。

104) ハート(玉木訳)[1990a] 209-210頁。

105) ハート(玉木訳)[1990a] 210頁。

106) 金田[2006] 52-53頁。

については、アヘンからモルヒネの単離にはじめて成功したのは1803年であるから、ベンサムはまだ快感をもたらすメカニズムを知りうる立場になかったが、紀元前よりオピオイド<sup>109)</sup>の鎮痛作用や陶酔作用の効果は知られており、ベンサムは啓蒙思想的観点から客観的基準に基づいた道徳を定義し、数値提示しなかったのだと思われる。その後1973年にオピオイド受容体の存在が提唱され、1975年にエンケファリンが発見されて鎮痛作用をもつ内因性オピオイドの存在が明らかになった。今も全体機序は明確になっていないが、痛みやオピオイド投与に関しては、脊髄後角のMOR ( $\mu$ -オピオイド受容体)が鎮痛効果に深く関与することはほぼ疑いがないとされる<sup>110)</sup>。また、精神的興奮、精神的集中、恐怖などにも対応する「脳幹部から神経線維が脊髄後角に下行し、そこで痛みの伝達を遮断する下行性抑制系の関与も知られている<sup>111)</sup>」。すなわち、現在では人間の脳に鎮痛作用や陶酔作用をもつメカニズムがあることは事実と認められている。ベンサムのいう第一点①には根拠があり、やり方によっては第三、第四点もみたく可能性がある。ただし、これらにつきノージックの「脳に電極を取りつけられたまま、……人生の様々な経験を予めプログラムし……<sup>112)</sup>」どんな経験でもあたえてくれる経験機械があるとし

て、「あなたは繋がりたいと思うだろうか<sup>113)</sup>」という反問が決定的な答えになると考える者も多い。脳の陶酔作用は事実だとしても、それが第一点②の当為にそのままではなりえないということである。筆者は、この点で道徳的な観点からの第一点には大きな欠陥があると考えている。

キムリッカは功利主義につき、1) 魅力は、促進しようとしているものが善(福祉/幸福/福利)であり(第一・第六点)<sup>114)</sup>、行為や政策が実際に善をもたらすか検証を求める帰結主義であること(第二～五点)<sup>115)</sup>、2) 人間の福祉/効用の説明部分(第一点)と、各人の効用を等しく顧慮しつつ効用を最大化するという指示部分(第二～六点)にわけられ、重要なのはむしろ後者であること<sup>116)</sup>、3) 人間の福祉/効用の説明部分には、福祉快樂主義、非快樂主義的な精神状態としての効用、選好充足、情報に基づいた効用の四つがあること(第一点)<sup>117)</sup>を指摘した。次に問題点として、1) 金銭債権者への支払いなど特別な義務を除外し正当ではない選好を含んでいるため、帰結主義に疑問を感じる点(第二～五点)<sup>118)</sup>、2) 効用最大化を道徳的正しさの基準ととらえる根拠には、諸利益の平等な顧慮と目的論的功利主義があること(第二点②)<sup>119)</sup>、3) 2)の前者では、人びとは等しく重要であるから、各人の利害は

107) 関 [1967] 29頁。

108) 関 [1967] 27-29頁。

109) [https://www.jspc.gr.jp/igakusei/igakusei\\_keyopioid.html](https://www.jspc.gr.jp/igakusei/igakusei_keyopioid.html)

オピオイドとは「中枢神経や末梢神経に存在する特異的受容体(オピオイド受容体)への結合を介してモルヒネに類似した作用を示す物質の総称」で、植物由来の天然のオピオイド、化学的に合成・半合成されたオピオイド、体内で産生される内因性オピオイドがある。

110) <https://bsd.neuroinf.jp/wiki/麻薬>

脳科学辞典、酒井 寛泰、成田 年、星薬科大学 薬学部 薬学科、DOI: 10.14931/bsd.3553、原稿受付日: 2013年3月26日、原稿完成日: 2013年4月30日、担当編集委員: 加藤 忠史(独立行政法人理化学研究所 脳科学総合研究センター)。

111) 前掲論文。下行性疼痛抑制線維としてノルアドレナリンやセロトニンを伝達物質とする仮説が一般的であるが、その他にもGABAやドーパミンを伝達物質とする下行性疼痛抑制線維の存在も提案されている。下行性疼痛抑制系は痛みやオピオイド投与だけでなく、精神的興奮、精神的集中、恐怖といった生理応答によっても作動する、とされる。

112) ノージック(嶋津訳) [1992] 67頁。

113) ノージック(嶋津訳) [1992] 68頁。

114) キムリッカ(岡崎ほか訳) [2002] 19-20頁。

115) キムリッカ(岡崎ほか訳) [2002] 20-21頁。

116) キムリッカ(岡崎ほか訳) [2002] 22頁。

117) キムリッカ(岡崎ほか訳) [2002] 23-33頁。

118) キムリッカ(岡崎ほか訳) [2002] 37-52頁。

等しく重視されるべきで、道徳的に正しい行為は(結果として)善/効用を最大化する<sup>120)</sup>、後者では、善/効用の最大化が重要であるから、各人の利害は等しく重視されるべきで、人びとの利害を平等にあつかう<sup>121)</sup>、であること(第二点②、第五点)、4) 後者の目的論的功利主義が功利主義の最大の欠陥ではないかと疑われること<sup>122)</sup>、5) そのため、平等の構想のもとに、偏見をとめないやすい外的選好<sup>123)</sup>や利己的選好<sup>124)</sup>を功利主義の論理のなかで除外できないこと(第二点②、第五点)<sup>125)</sup>、6) 現代の功利主義は驚くほど同調主義的で、提唱当時の進歩的な姿勢とは異なること(第六点)<sup>126)</sup>をあげた。

ハートは「個人の個別性の道徳的重要性を無視している……という功利主義批判<sup>127)</sup>」(第二点②、第五点)を四つにまとめたが、その一番目として「最大化功利主義の視座では、個人は、本質的重要性を持たず、重要である……快楽ないし幸福の全総計の断片が位置している点……にすぎない<sup>128)</sup>」ことを示した<sup>129)</sup>。ハートの論点は、功利主義が古典物理学のアナロジーではないかと感じさせる。ニュートンは『プリンキピア』の冒頭で定義Iとして「物質

量とは、物質の密度と大きさ(体積)とをかけて得られる、物質の測度である<sup>130)</sup>」とし、「物体とか質量とかいう名の下に……意味するところはこの物質量のことである<sup>131)</sup>」と述べた。つまり、質量(物質質量)とは物理学において最も重要な概念の一つである。現代の力学の入門書でも(慣性)質量は、運動の法則において運動量を説明する際に「質量(mass)は物体固有のスカラー量……慣性の大きさともいえる量<sup>132)</sup>」と明記されている。一方、質点については単に質量をもった点とされているだけで<sup>133)</sup>、意義などはしるされていない。ここで、重要であるところの「快楽ないし幸福の全総計の断片」を質量、「それが位置している点、すなわち個人」を質点と考えると、功利主義と古典物理学の概念は類似するのである。ベンサムが実際にこう考えていたのかはわからないが、快感と脳の関係や功利主義を発表した1789年と啓蒙思想の関係を考慮すると可能性はある<sup>134)</sup>。功利主義は啓蒙思想の一部と考えてよいであろう。また、その後功利主義は効用や選好充足といった概念も取り入れ、長く社会や経済に影響をあたえ続けている<sup>135)</sup>。つまり、功利主義は、

119) キムリック(岡崎ほか訳)[2002] 52頁。  
 120) キムリック(岡崎ほか訳)[2002] 52-54頁。  
 121) キムリック(岡崎ほか訳)[2002] 54-56頁。  
 122) キムリック(岡崎ほか訳)[2002] 56-59頁。  
 123) キムリック(岡崎ほか訳)[2002] 61頁。キムリックはドウオーキンを引用して、他者のために欲する財、資源、機会などに関する選好を外的選好としている。  
 124) キムリック(岡崎ほか訳)[2002] 63頁。キムリックは、公正な資源の取り分よりも多く欲しいという欲望または選好を利己的選好としている。  
 125) キムリック(岡崎ほか訳)[2002] 60-74頁。  
 126) キムリック(岡崎ほか訳)[2002] 75-76頁。  
 127) ハート(平野訳)[1990b] 229頁。  
 128) ハート(平野訳)[1990b] 229頁。  
 129) ハート(平野訳)[1990b] 229-231頁。残りの論点は、以下のとおり。第二番目として「言われるほど個人主義的かつ平等主義的な教説……ではない」こと、第三番目として「分配……から切り離された快楽ないし幸福の総量のたんなる増大には、道徳的目標として……価値が……あるものなど何もない」こと、第四番目として、最大化功利主義は、後々のため現在の満足を犠牲にするという個人としては合理的な判断を、共同体全体でも合理的だとする誤った類推を行なうことである。  
 130) ニュートン(河辺訳)[1971] 60頁。  
 131) ニュートン(河辺訳)[1971] 60頁。  
 132) 戸田[1982] 18-19頁。  
 133) 戸田[1982] 25頁。物体の大きさを問題にしないで、質量をもった点として扱うときこれを質点(material point, particle)という、としている。  
 134) 関[1967] 15頁。関はベンサムの自然科学に対する関心について「ベンサムは、18世紀の啓蒙思想家と同じく自然科学の発達に魅せられていた。そして、ヴォルテールやベンジャミン・フランクリンと同じように、化学の実験にアマチュア的な興味をもち、(法曹家団体のクラブである：引用者注)リンカーズ・インの狭い部屋の中にも、その実験室をつくっていた」と記載している。

限界革命によって価値判断を捨象し社会技術的な性格を強めた経済学とともに、人間の活動や思想に大きく影響したのである。さらに、その自然科学に通ずる性格は、経済学と科学技術の協働を促進し、結果として環境に大きな負荷をあたえることになったと判断される。

## 2.2 正義論をめぐる考察

### 2.2.1 自由に関する論争

ロールズは「英語圏の政治思想の伝統を……長く支配し続けてきた功利主義に取って代わるべき、ひとつの体系的な構想を……展開したい<sup>136)</sup>」と述べた。本稿ではロールズの正義論の核心を、第一に、社会契約論における自然状態に相当する「原初状態」を設定したこと、第二に、原初状態で自らにつき限定知識しかもたない無知のヴェールにつつまれながら、当事者が迷わず正義の二原理を選択すること、第三に、第二点を「公正としての正義」とすること、第四に、正義原理には、自由と平等の関係を規定した自由な平等原理（第一原理）と、最も不遇な人びとの最大の便益に資する場合には格差を容認する格差原理（第二原理）があることとする。また、自由の優位性のルールが自由な平等原理に添付される。

この自由の優位性のルールに関して、ハートが提示した議論がある。2.1.2に記した通りハートは、功利主義は個人の個別性の道徳的重要性を無視しているのではないか（第二点②、第五点）との立場から、それを防ぐには個人の自由を守る必要があると考え、正義論における自由の優位性のルールはそれをどのように実現しうるのか、との観点より問題提起したと考えられる。自由の優位性のルールとは、

自由は自由のためにのみ制限されることができ、ほかの社会的、経済的利益のためでないことを正義は要求する、というものである。ハートは、1) 自由と基本的諸自由、2) 自由のために自由を制限すること、3) 危害もしくは被害を防止するために自由を制限すること、4) 基本的諸自由の選択、5) 自由の優先性のための議論という五つの論点について、以下のように緻密な議論を展開する。

1) では、第一原理は、一般的な自由ではなく限定された基本的諸自由だけにのみ関するという解釈が有力だが、なおロールズは初期の一般的な自由の理論を完全に放棄していないのではとの疑問があること<sup>137)</sup>、また、原初状態の当事者は自然的義務を選ぶ前に正義原理を選ぶとされるが、正義原理がどのように責務を組み入れられるか明白でないことをあげる<sup>138)</sup>。2) では、基本的諸自由が制限されるかまたは不平等に分配されるのは、より大きな全体としての自由の体系のためなどとされるが、より大きな自由のみよるなら、自由の危険と自由の保障の衡量や均衡がどうなるのか理解できないと指摘する<sup>139)</sup>。また、個人の自由保護のため立法権を制限するとの議論は、個人の自由のためにより大きな自由である立法する自由を断念したとしか解釈できず、どうすればより大きな自由で肯定できるか、理解できないと論じる<sup>140)</sup>。3) では、行為の自由を拘束する以外の方法で他人に苦痛や不幸をあたえる行為を制限できるかにつき、危害を加える自由は、身体に加えられる侵害が行動の自由を奪うかまたは潜在的被害者に不安をあたえるとの理由で、行為の自由を制限できるとする主張<sup>141)</sup>、および基本的諸自由も自然的義務を侵害するなら制限されるとする主

135) アルフレッド・マーシャルの後継者であるピグーが、効用概念を発展させた経済的厚生を理論化した『厚生経済学 (welfare economics)』の初版を出したのは1927年であり、ここから功利／効用主義はさらに社会に大きな影響をあたえた。

136) ロールズ (川本ほか訳) [2010] xii 頁。

137) ハート (中谷訳) [1990c] 258-262 頁。なお、原論文の発表は1973年である。

138) ハート (中谷訳) [1990c] 263-264 頁。この部分で同訳は「自然的義務」および「自然的責務」と訳しているが、ロールズ (川本ほか訳) [2010] 147-148 頁においては「自然本性的な義務」および「責務」と訳されているので、本稿では「自然的義務」および「責務」とした。

139) ハート (中谷訳) [1990c] 264-268 頁。

140) ハート (中谷訳) [1990c] 268 頁。

張を検討したが<sup>142)</sup>、いずれもさまざまな利益に基づき種々の選択を合理的に行う場合、役に立たないとした。4) では、2) 3) より、自由の一般的な分配制度は、第一に、個人に自由の利点をあたえ、第二に、他人の行使からの不利益に個人をさらし、不利益には基本的諸自由への侵害、法が制限する危害、苦痛、被害が含まれること、よって、自由の分配が利益かは、自らの自由行使による利益が他人の自由行使による不利益を上まわるかにかかると、ロールズがこれを適切に認識しているとは思われないことを示した<sup>143)</sup>。さらにこの点は、原初状態で合理的な人間として基本的諸自由を選ぶという議論にも影響する。仮に大きな自由でも害を被らないとしても、代価を払ってえる自由は合理的な人間が欲する自由にならず、そのような自由を選好するかはむしろ気質や欲求に左右されるが、気質と欲求に無知である原初状態では広範な自由の採用が最良の保障とはいえないことにつながる<sup>144)</sup>。5) では、4) の後半の分析をさらに精緻化して、原初状態の当事者は気質、欲求、社会状況に無知なので、いずれは自由が魅力をもつから自由のほかの財との交換禁止の制限は合理的とされるが、ある段階では望む何かを後の段階で望まないから制限することがなぜ合理的か釈然としないと述べた<sup>145)</sup>。そして、齟齬をきたす場合は、自由の交換禁止の制限がないある段階で富のため政治的自由を放棄し、豊かな社会で失した自由を望む裕福な人か、自由の交換禁止の制限が

あり、その後豊かな社会で富のため政治的自由を放棄したい貧しい人だが、性格、強さに無知な原初状態の当事者が、前者、後者のいずれが利益か断定的な答えを出せるとは思えないとした<sup>146)</sup>。そのうえで、結局のところ、このロールズの独断的な議論は、政治的活動や他人への奉仕を善とし、この機会と物質的財の交換に耐えられないという公共精神あふれる市民に対する、ロールズの理想により説明されるしかない結論づけた<sup>147)</sup>。

このハートの問いにロールズは、1990年の改訂版への序文で応答している<sup>148)</sup>。まず、1) 初期の一般的な自由の理論を完全に放棄していないのではという疑問への対応として、ロールズは第一原理の文面を修正した。「最も広範な図式<sup>149)</sup>(the most extensive total system)」を「最も広範な制度枠組み<sup>150)</sup>(a fully adequate scheme)」に変更したのである。川本は「量的・抽象的な規定……を質的・具体的規定に書き換えた<sup>151)</sup>」というが、ロールズは「(二原理が記載されている：引用者注) 第11節からはじめて、ハートが気づかせてくれた問題点を取り除くべく書き直した」と述べており、1) の一般性を限定する意図でなされたことは確実である。次に、4) を精緻化した5) 原初状態の当事者は自らの気質、欲求に無知なので、ある段階では望む何かを後の段階で望まないから制限することがなぜ合理的かということにつき、ロールズは「もう少し得心のゆく説明は、1982年の論文「基本的諸自由とその優先権」

141) ハート (中谷訳) [1990c] 270-271 頁。

142) ハート (中谷訳) [1990c] 271-272 頁。

143) ハート (中谷訳) [1990c] 273-274 頁。

144) ハート (中谷訳) [1990c] 274 頁。

145) ハート (中谷訳) [1990c] 276 頁。

146) ハート (中谷訳) [1990c] 277 頁。

147) ハート (中谷訳) [1990c] 277-278 頁。

148) ロールズ (川本ほか訳) [2010] xii-xiv 頁。

149) ロールズ (矢島監訳) [1979] 47 頁。なお、この部分について、セン (池本ほか訳) [1999] 118 頁は「最も広範で全体的なシステム」、小林ほか [1987] 301 頁は「最も広範な自由の体系」、川本 [2005] 206 頁は「最も広範な全システム」と訳出している。

150) ロールズ (川本ほか訳) [2010] 84 頁。なお、この部分について、セン (池本ほか訳) [1999] 118 頁は「保障する十分に適切な制度」、小林ほか [1987] 301 頁は「十分に適切な体系」、川本 [2005] 206 頁は「じゅうぶんに適正な制度枠組み」と訳出している。

151) 川本 [2005] 206 頁。

において展開している<sup>152)</sup>』という。そこで同論文を参照する<sup>153)</sup>。ロールズは市民が有する二つの道徳的権能について、§5で善の構想の能力、§6で正義感覚の能力を説明した後、「原初状態において当事者が平等の基本的諸自由を保障し、基本的諸自由に……優先権をあたえる正義の二原理を採用する根拠を調べた<sup>154)</sup>」うえで、「善の構想の能力とかかわる根拠がより密接であることは疑いないが、……正義感覚の能力とかかわる根拠も同様に重要だと思う<sup>155)</sup>』として、原初状態において自由の優位性のルールが二つの権能を発達させるために必要だと説明する。しかし、この説明はこれまでの主張をよりていねいにしただけで、5) のハートの問いに答えているようにはみえない。小林らも「原初状態の当事者も正義原理の選択に当って（他の実質的価値を確保するための：引用者注）この種の自由限定を承認することが可能である、というハートの批判には何も答えていない<sup>156)</sup>』という。2) 3) についてロールズは判例を用い、たとえば、§11では「政治的な言論の自由の……議論をふくらませるために、いわゆる明白にして現在の危険の基準についていくつか考察してみる<sup>157)</sup>』として、Schenck<sup>158)</sup>、Brandenburg<sup>159)</sup>、Whitney<sup>160)</sup>、Debs<sup>161)</sup>、Abrams<sup>162)</sup>、

Gitlaw<sup>163)</sup>、Masses<sup>164)</sup>、Dennis<sup>165)</sup>各判決をとりあげる。そして、「公正としての正義においてこの種の言論（の自由）は基本的諸自由にはいり、……これらの諸自由はこれら自身に対する……より大きな損失を防ぐために必要である場合にのみ……制限される<sup>166)</sup>」などと論述するが、ハートのいう2) に正面から答えているとは思えない。また、§14の結論部分でハートの5) の結論部分を引用したうえで<sup>167)</sup>、「ハートは、自由の優先性のルールは原初状態における当事者にこの（政治的活動や他人への奉仕を善とし、公共精神あふれる：筆者注）理想的な人格を強いることによって論じられない、とする点において正しい<sup>168)</sup>』と述べたが、事実上ハートの5) における結論を受け入れるに等しい。

## 2. 2. 2 平等に関する論争

センは「何の平等か？」(1980) で功利主義的な平等、総効用の平等、ロールズ的な平等について「三つの平等論がすべて深刻な限界を有していること、……三者を組み合わせることによっても妥当な理論構築は不可能であること、……を論じよう<sup>169)</sup>』と厳しく批判している。ここではロールズ的な平等にしぼって検討する。センが問題とするのは主に格差

152) ロールズ（川本ほか訳）[2010] xiii頁。

153) 同論文は Tanner Lectures on Human Values (Salt Lake City, University of Utah Press, 1982), vol.III, pp.3-87に初出しているが、John Rawls, Political Liberalism (New York: Columbia University Press, 1993) pp.289-371に再録されており、本稿ではこちらを使用した。

154) Rawls [1993] pp.323-324.

155) Rawls [1993] p.324.

156) 小林ほか [1987] 301頁。

157) Rawls [1993] p.348

158) Rawls [1993] pp.349-351, 355. 249 U.S. 47で本稿の注55)と同じ。

159) Rawls [1993] p.349. 395 U.S. 444で注80)と同じ。

160) Rawls [1993] p.349, 351. 274 U.S. 357で注68)と同じ。

161) Rawls [1993] pp.350-351, 355. 249 U.S. 211で注62)と同じ。

162) Rawls [1993] p.350. 250 U.S. 616で注66)と同じ。

163) Rawls [1993] p.350. 268 U.S. 652で注67)と同じ。

164) Rawls [1993] p.351. 244 Fed. 535で注63)と同じ。

165) Rawls [1993] p.352, 355. 341 U.S. 494で注75)と同じ。

166) Rawls [1993] p.356.

167) Rawls [1993] pp.369-370.

168) Rawls [1993] p.370.

169) セン（大庭ほか訳）[1989] 225頁。



原理であり、格差原理における平等に関して「身体障害者についてはどうなるのだろうか。……身障者が効用の面で不利な位置になることは、格差原理にとって重要性をもっていない。これは過酷なこと……だと思う<sup>170)</sup>」という。ロールズのやり方では身体障害者は不利な立場のままであるというのである。その理由としてセンは「(ロールズの：引用者注) 基本財というアプローチは、人間存在の多様性にほとんど注意を払っていないように思われる<sup>171)</sup>」からだとし、「実際のところ、人びとはそれぞれの健康状態、年齢、風土の状態、労働条件、気質、さらには……体格、の違いに伴って各人各様に変化するニーズをもっているのではなかろうか<sup>172)</sup>」と問題提起している。世界にはさまざまな状態の多様な人びとがおり、基本財というような資源を分配するだけでは平等とならないことがあるのではないかという問いかけである。センのいう多様性には、社会的弱者もいれば途上国の人びとも含まれているかもしれない。事実1.1.1においてMAは、生態系が著しく変化する場合、先進国などの人びとや裕福層以外の(途上国などの) 貧しい人びとは選択と行動の自由を維持できないと報告していた。また、「ロールズは、基本財が差別的利益……を具体的に表現したものだと考えているために、その利益が人と財との関係性であると解釈できない<sup>173)</sup>」という。財を活用する能力に差があれば、人と財との関係性、す

なわち利益も変わってくるのがロールズには理解できていないというのである。そして、このロールズの基本財というアプローチに代替するものとして、センは「『基本的潜在能力』(basic capabilities) 一人がある基本的な事柄をなしうるということ—<sup>174)</sup>」を提唱し、身障者を例にしてケイバビリティには、身体を動かす移動能力、栄養補給をなしうる能力、衣服をまと雨露をしのぐための手段の入手能力、社会生活に参加する権能といった能力も含まれると説明した<sup>175)</sup>。平等に対する要求、ニーズをケイバビリティという形で解釈することが求められているのであり、これをケイバビリティの平等と呼ぶとセンはいう<sup>176)</sup>。センは、再録に際しての加筆部分で「ここで加えた批判は、彼(ロールズ)の議論……に……誤った印象を与えてしまいがちである。実際は、障害者の問題を無視すること……でなく……後回しにすることを正当化しようとしているのだ。本文での誤解について私は、ロールズに謝らなければならない<sup>177)</sup>」としたが、その後「ただし、正義論の基礎構造を構想するにあたって、実質的な理論が障害者の問題をうまく後回しにできるはずがない、という私(セン)の見解もここに付け加えておきたい<sup>178)</sup>」と続けた。

このセンとロールズの関係についてほかの研究者はどう考えているのであろうか。後藤は「彼(セン)がめざしているのはロールズと同様に、あろうとし

170) セン(大庭ほか訳)[1989] 248-249頁。

171) セン(大庭ほか訳)[1989] 249頁。

172) セン(大庭ほか訳)[1989] 250頁。

173) セン(大庭ほか訳)[1989] 250頁。

174) セン(大庭ほか訳)[1989] 253頁。

175) セン(大庭ほか訳)[1989] 253頁。

176) セン(大庭ほか訳)[1989] 254頁。

177) セン(大庭ほか訳)[1989] 261頁の注(28)。この(身障者の問題を無視ではなく、後回しという)具体的な内容について、セン(池本訳)[2011] 375頁は「ロールズは、彼の正義論の一部としてではないが、障害者などの『特別な必要』について特別な救済手段を講じることを求めている。これらの修正は、……特に『立法段階』において制度を利用する際に行われるものである」と述べている。

178) セン(大庭ほか訳)[1989] 261頁の注(28)。こちらの付加する見解について、セン(池本訳)[2011] 376頁は「ロールズが……この大問題を取り扱おうとした方法は極めて限られたものである。第一に、……修正が行われるとしても、……基本的な制度構造が造られた後のことであり、その基本的制度の性質は、そのような『特別な必要』の影響を全くうけない……。第二に、後の段階で『特別な必要』に対して特に注意を払うとしても、多様な人々の間の返還の機会の広範な多様性をどう処理するかについては何も考えられていない」という。

ている人間の手によるあるべきシステムの構想である。ルールズと異なるのは、それが常に実像として描かれている点である。……このようにルールズとセンの間には、明白な相違がある<sup>179)</sup>」としたうえで、「ルールズに代わって、ルールズ正義理論をこの先展開していくとしたら、その担い手はセンを措いて他にはいない<sup>180)</sup>」という。川本は「数あるルールズ批判のうちでは、センのそれがいちばん肯綮をついていると考えている<sup>181)</sup>」と述べる。柏場は「ルールズの社会契約論は正義の名にふさわしいまとうような社会についての構造から障害者を排除していると強く批判されてきた。本稿の目的は、このリベラリズム政治哲学と障害学を架橋する可能性を探究することにある<sup>182)</sup>」といい、ルールズとセンの対立を埋めようとする。

筆者は、MA に一つのヒントがあると考え。センは『正義のアイデア』において、ルールズ的な先験的制度尊重主義というアプローチの特徴を「正義と不正義の間の総体的な比較ではなく、「完全なる正義」のみに関心を集中する<sup>183)</sup>」こと、および「完全性を求めて制度を正すことに集中し、最終的に現れる実際の社会に直接、焦点を合わせようとはしない<sup>184)</sup>」こととし、自らを含む実現ベースの比較というアプローチの特徴を「(現実の制度と現実の行動とその他の影響から生じる) 社会的実現に関して比較<sup>185)</sup>」することとした。MA-CF は「3. 生態系と人間の福利の要約」において「個人の福利の一つ

の条件は、ダイナミックに変動する状況においてやっていることやその存在を各人が(適正に)評価できるよう、適応し獲得するためのケイパビリティである<sup>186)</sup>」と明記し、ケイパビリティが個人の福利を改善するための重要な条件であると示している。1.1.1で述べたように、意味から考えて、ケイパビリティの平等が達成されている状態が選択と行動の自由であろう。そして、選択と行動の自由は、物質的な福利などの存在を前提とし、生態系の変化が物質的な福利などに深刻な影響をあたえても、有能な政府と強い市民社会をもつ国の国民と富裕層はこの影響を緩和し、ケイパビリティの平等を維持できるが、それ以外の国の貧しい人たちは、維持できないことになる。とすれば、有能な政府と強い市民社会をもつ国においてはルールズ的な先験的制度尊重主義(理念に基づいた制度的対応)を維持していくことによって、ケイパビリティの平等が状況によっては危うい国や階層の人びとにおいては、セン的な実現ベースの比較というアプローチをとることによって、両者はケイパビリティの平等に関して補完し合える部分があるのではないだろうか。筆者はこれに期待するものである。

179) 後藤 [2002] vi, vii.

180) 後藤 [2002] vii.

181) 川本 [2005] 172頁。

182) 柏場 [2010] 34頁。

183) セン(池本訳) [2011] 37頁。

184) セン(池本訳) [2011] 37-38頁。

185) セン(池本訳) [2011] 38-39頁。

186) MA-CF [2003] pp.75-76. 全文を示すと以下ようになる。

よい状態とよい人生の側においては、よい社会的関係はストレスやショックに対する保障を提供しようと同時に、物質的に十分な設備と強い肉体をもち、よりよい人生を送りうる。また、保障は物質的な福利などを増加させやすい。そして、これらのすべては、選択と行動の自由をさらに高める。総体的にいて、ゆえに、開発は福利のさらなる増加とみなしうる。それは、搾取された人々にとって、よくない状態または“悪い人生”からよい状態または“よい人生”への、移行を必然的にともなう。個人の福利の一つの条件は、ダイナミックに変動する状況においてやっていることやその存在を各人が(適正に)評価できるよう、適応し獲得するためのケイパビリティである。

### 3 環境学と司法の役割

#### 3.1 生態学の現状

##### 3.1.1 シナリオ分析と生態学

2.2.2でセンのケイパビリティがMAでも取りあげられていることを述べたが、センは自然への不干渉が環境保護の最善の策だという考えに反対し、その第一の理由として「環境の価値は、単にそこに何があるかという問題ではなく、環境が人々にどのような機会をもたらすのかによって捉えなければならない<sup>187)</sup>」という。これは生態系サービスの概念に通ずるものである。また第二の理由として「環境は、単に受け身的に保護されるようなものではなく、積極的に関わる対象である<sup>188)</sup>」ともいう。保全と持続可能な発展に近い見解であるが、持続性の議論は本稿では行わない。

ところで、環境や生態系サービスに配慮した社会とはどのようなものであろうか。MAは「予測ではなく、生態系の改変要因と生態系サービスの不確実な変化の様相について検討するため<sup>189)</sup>」四つのシナリオを作成した。シナリオでは「いくつかの生態系改変要因……と……生態系サービス……は、……定量的に予測され……他の……要因……生態系サービス、および人間の福利の指標……は定性的に見積

もられた<sup>190)</sup>」という。明確に定量的に予測された改変要因は、間接的要因では、人口動態、経済活動の変化のなかの一人当たりGDP年間成長率、気候政策での目標二酸化炭素濃度、直接的要因では、土地利用の変化、温室効果ガスの排出、および気候変動程度で、残りの要因はほとんどすべて定性的な予測にとどまっているように思われる。また、このシナリオの軸は、グローバル化が進展しているかと予防的措置をとるかの二つである。グローバル化も予防的措置も進んでいるのが「テクノガーデン<sup>191)</sup>」であり、グローバル化は進んでいるが予防的管理ではなく事後対応しかできないのが「世界協調<sup>192)</sup>」で、グローバル化は進んでいないが予防的措置は進んでいるのが「順応的モザイク<sup>193)</sup>」である。なお、テクノガーデン、世界協調、順応的モザイクシナリオでは政策の大きな転換を考慮している<sup>194)</sup>。最後に、グローバル化を拒絶し予防的措置もとらないのが「力による秩序<sup>195)</sup>」である。テクノガーデンのような内容では世界的な共通性が強調され、地域的な文化や社会関係は衰退するであろう。世界協調は少し前までの国際社会に近いが、環境保全は事後的にし対応しないところがマイナスである。順応モザイクはグローバル化をつきつめず、地域的な伝統も残しながら予防的に環境管理をしていくイメージとなる。この場合の環境管理は河川の流域管理のように、

187) セン (池本訳) [2011] 358頁。

188) セン (池本訳) [2011] 359頁。

189) MA編 (横国監訳) [2007] 26頁。

190) MA編 (横国監訳) [2007] 26-27頁。

191) MA編 (横国監訳) [2007] 26頁、124-125頁、126頁。テクノガーデンシナリオでは、生態系サービスを供給または維持する個人や企業に適切な支払いが行われるような政策をとる。たとえば、2015年までに、ヨーロッパの農業のおよそ50%、北米の農業の10%は、食糧生産とほかの生態系サービスの生産を釣り合わせる事が目標となる。また、環境技術の発達が著しく進み、生態系サービスの生産性が向上し、代替物が生み出され、そして有害なトレードオフが減少する、と想定される。(27頁)

192) MA編 (横国監訳) [2007] 26頁、120-121頁、125頁。世界協調シナリオでは、貿易の障害を取り除き、ゆがんだ補助金制度をなくし、貧困と飢餓を排除することが特に強調される、と想定される。(27頁)

193) MA編 (横国監訳) [2007] 26頁、123-124頁、126頁。順応的モザイクシナリオでは、2010年までにほとんどの国でGDPの13%を教育に費やし(2000年の平均は3.5%)、地域グループ間での技術と知識の交換を促進する制度の整備が進む、と想定される。(27頁)

194) MA編 (横国監訳) [2007] とくに、テクノガーデンでのヨーロッパの農業の目標、順応的モザイクでの教育費の目標は大きな政策の転換である。注191)、193) 参照。

195) MA編 (横国監訳) [2007] 26頁、121-122頁、126頁。力による秩序シナリオでは、三つの生態系サービスとも2050年には現在より悪い状況になると予測されている(136頁 図5.3)。

グローバルではないが国単独をこえるサブグローバルスケールでの対応を想定している。力による秩序シナリオは、国際協調に背を向けかつ環境について予防的な措置もとらないという、最も望ましくないモデルであるが、現実はこのパターンに近づきつつあり憂慮される。

これらのシナリオにおいて生態系サービスは、基盤サービスを除いた供給10<sup>196)</sup>、調整8、文化5の計23サービスが抜き出され、サービスごとに増加または向上<sup>197)</sup>、2000年と同水準、減少または劣化の評価がなされている。シナリオごとのサービス区分での改善か劣化を示した図が示されており<sup>198)</sup>、それによると、順応的モザイクは供給、調整、文化のいずれのサービスにおいても改善するが、テクノロジーでは文化的サービスが劣化、世界協調では調整と文化的サービスが劣化する。また力による秩序では供給、調整、文化すべてのサービスが劣化し、とくに途上国の調整サービスは2050年にはすべての項目で劣化することになる。これがMAの結論なのであろう。先に述べたような各シナリオに対するイメージにそっていると考えられる。しかし、供給12、調整10、文化10の32サービスのうち、今回採用されたのは前述の23サービスで、さらに、うちMS11装飾品の素材、MC1文化的多様性、MC3知識体系の3サービスは検討や評価できなかつたも

のである。すなわち、32サービスのうち20サービスしか実際には検討できなかった可能性がある。また、1.1.1で述べたように、もともとMS11装飾品の素材、MC1文化的多様性、MC3知識体系、MC4教育的価値、MC5インスピレーション、MC7社会的関係、MC8場所の感覚、MC9文化的遺産価値の8サービス（全体の25%）は数値化できていない。文化的サービスにかぎれば70%が数値化できていないのである。これでは、向上や劣化といっても印象以上のものは示せないのではと疑われる。それだけ価値評価の問題は多くの判断にかかわるといってもことでもある。

別の機会に、このMAを受けて生態系と生物多様性の経済学（The Economics of Ecosystem and Biodiversity；TEEB）プロジェクトが2007年に提唱されたと述べたが<sup>199)</sup>、その後2012年4月に生物多様性および生態系サービスに関する政府間科学政策プラットフォーム（IPBES）が設立された<sup>200)</sup>。IPBESは科学的評価、能力養成、知見生成、政策立案支援の四つの機能を活動の柱としており、生物多様性版のIPCCと呼ばれることもある<sup>201)</sup>。現在までに生物多様性および生態系サービスのシナリオとモデルの方法論に関する評価報告書など三つの報告書を出しているが<sup>202)</sup>、IPBESが充実した活動を行なえるか否かは、群集<sup>203)</sup>生態学および関連自然

196) ただし、MS1農作物、MS2家畜、MS3漁獲、MS4水産養殖、MS5野生の食物という供給サービスは「食糧」として一括表示されている。

197) MA編（国大監訳）130頁の注1として、以下のように定義を記載している。供給サービスの増加は、供給面積の増加によるサービスの増加……あるいは単位面積当りの供給量の増加と定義する。調整サービスの増加は、人にとってより大きな利益となるサービスの変化とする。文化的サービスの劣化は、生態系によって供給される文化的な……利益を減少させるような生態系の変化を意味する。

198) MA編（国大監訳）136頁の図5.3の注釈によると、向上か劣化するサービスの数の変化を、評価を行ったサービス数に対するパーセンテージとして示している。したがって、100%の劣化は、「2000年と比較して2050年にはその分類のすべてのサービスは劣化する」ことを意味する。

199) 高橋 [2018] 77頁。

200) <https://www.ipbes.net/>

IPBES: Intergovernmental science-policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services 2018年3月27日現在、IPBESには129カ国が参加しており、事務局はドイツのボンに置かれている。

201) <http://www.biodic.go.jp/biodiversity/activity/policy/ipbes/index.html>

202) 2016年：生物多様性および生態系サービスのシナリオとモデルの方法論に関する評価報告書、2017年：花粉媒介者、花粉媒介および食料生産に関するテーマ別評価報告書、2018年：生物多様性および生態系サービスに関する地域・準地域別評価報告書および土地劣化と再生に関するテーマ別評価報告書、2019年：生物多様性および生態系サービスに関する地球規模評価報告書（予定）とされている。

科学の進展と活動にふさわしい予算を獲得できずにかかっている。筆者は、環境経済学であれさまざまな政治理論であれ、あるべき社会のために必要である IPBES のような活動をいかにして充実化できるかというアイデアを競うことが望ましいと考える。

そこで、その群集生態学の現状について説明する。1.1.2で MA は主に生態系管理や政策を想定して、グローバルよりもやや小さいサブグローバルというスケールを検討しているようだと言ったが、群集生態学の研究者の間でも空間スケールの重要性は強調されている。相場によると、樹林になぜ競争排除法則があてはまらないかに関連して、以下のような経過がある。第一に、1980年代以降、世界各地の熱帯林に50haにおよぶ大面積調査区が設定されたことで、重要な成果がえられたこと、第二に、2001年に Hubbell がその50haの調査区での研究に基づき統一中立説を発表したこと<sup>204)</sup>、第三に、多様性の要因には、1) 従来からのニッチ<sup>205)</sup>分化、2) (統一中立説が契機の一つとなった) 散布制限<sup>206)</sup>、3) (種分化<sup>207)</sup>と絶滅という) 歴史要因の三つがあること、第四に、この三つの要因を(50haに含まれる) 局所<sup>208)</sup>、(大陸内を意味する) 地域<sup>209)</sup>、(大陸をまたぐ) 地球という三つの空間スケールごとに整理することで全体図がイメージできること、第五に、局

所スケールでは、局所に同一種の集中分布なしとする従来の説が否定され、この要因としては1) 2) がいずれも有力であること、第六には、地域スケールでは、2) だけでは小調査区をつなぐ集中分布を説明しきれず、1) が有力であること、第七に、局所と地域にまたがるスケールにおける、一時的定着(集団効果)は1)によって各種の個体群<sup>210)</sup>が分布中心に維持されることが前提であり、1) も関与していること、第八に、地球スケールでは、大きな島ともとらえられる大陸内では、種分化と絶滅が重要な要因で、3) のはたす役割が大きいことである<sup>211)</sup>。このランド・デザインにそった個別の研究を重ねることにより、樹林の多様性が解明されることが期待できる。

### 3.1.2 共存の理論的枠組み

環境学の第一の命題である、もともとの地球生態系の原理的な仕組みを理解することを生態学者は懸命に行なってきた。まずクリアしなければならないことは、生物が共存するメカニズムをみいだすことである。2000年を越えた頃から、それを解決するための理論的な進展がみられるようになった。野田は、初期の研究においては環境の異質性やハビタットの空間構造、生物の生活型や制限される資源の特徴、分散や競争の様式についてほとんど無視してお

203) 宮下ほか [2003] 2頁。群集 (community) とは、さまざまな種からなる個体群 (population) の集合体をいう。各個体群はお互いになんらかのかたちで影響し合っていることが多い。各個体群の相互作用には、餌をめぐる競争や食うまたは食われるという関係のほかに、生物が物理的な生息環境を改変することで多種にあたる影響なども含まれる。

204) 相場 [2008] 5頁。相場は「1980年代はじめに……Hubbell を中心とする……グループが、……パナマ運河の……バロコロラド島に、……50ha……におよぶ固定調査区を設定し、幹直径1cm以上の樹木303種24万本のすべてを同定し、直径を計測し、位置を地図化するという壮大なプロジェクトを開始し、……(その) 研究成果に基づき、Hubbell は2001年に……集大成ともいえる著書を発表した」と説明する。

205) 宮下ほか [2003] 38-39頁。ニッチとは、もともと壁につくられた人工的な穴やくぼみを意味する。Hutchinson (1957) は、「生物に影響を及ぼすすべての環境要因を軸とする多次元空間のなかに占める特定の領域」と定義した。

206) 相場 [2008] 5頁。散布制限とは、樹林の場合、移動できるのは種子の時だけで、母樹から離れるにしたがい、散布される種子の密度が薄くなることを意味する。

207) 宮下ほか [2003] 85頁。種分化とは、種が形成されることをいう。

208) 宮下ほか [2003] 11頁。局所 (local) とは、生態学的に短い時間単位、たとえば一世代の間に全種が互いに相互作用し合うことが可能な空間スケールをいう。

209) 宮下ほか [2003] 11頁。地域 (regional) とは、局所より通常100倍以上大きな空間スケールをいう。

210) 宮下ほか [2003] 1頁。個体群 (population) とは、ある空間内に存在する同一種の個体の集団をいう。

211) 相場 [2008] 1-18頁。

り、その結果、初期の数理モデルの仮定があまりにも現実離れしていたため、現実の生物群集の共存機構をじゅうぶん説明できていなかったことを認めたい。野田の論述はきわめて詳細で緻密であるため、ここではその論旨を大まかに説明するにとどめたい。また、野田のまとめは局所群集とメタ群集の二階層で示されているが、局所群集内と（メタ群集における）複数の局所群集間の作用と要因を整理していくやり方である。まず、これまでの研究において局所群集内の環境は均質と仮定されているが、メタ群集における局所群集間の環境の違いの仮定はさまざまであるとして、第一に、局所群集内ではたらく共存機構<sup>213)</sup>、第二に、環境が同じ局所群集間ではたらく共存機構<sup>214)</sup>、第三に、環境が異なる局所群集間ではたらく共存機構<sup>215)</sup>の三つにわけるとする。そのうえで、第一点については、資源、天敵、影響を受ける時間または場所が異なるという四つのパターン、第二点については、種内と種間の競争の空間スケールの違い、住みつき能力と競争能力のトレードオフ、競争的置換能力と資源搾取能力のトレードオフによるものという三つのパターン、第三点については、局所群集内では共存しない空間ニッチ、局所群集内ではソースシンク共存する空間ニッチによるものという二つのパターンを提示した。はたらく階層にずれはあるが、合計九つの共存機構のパターンが示されたことになる。

さて、2001年にHubbellによって発表された統一中立理論について簡単に説明したい。中立理論は

「生物群集が生態的浮動、ランダムな移入、ランダムな種分化によって構造化されると仮定し、その理論的な帰結を考察する<sup>216)</sup>」ものである。生態的浮動とは、個体群統計学的確率性と同じ概念である。Hubbellのいう中立とは「個体あたりの出生率、死亡率、移入率、種分化率を本質的に等しいとみなして、群集中の生物を扱う……ことを意味する<sup>217)</sup>」。つまり、中立理論においては、①出生率、死亡率、移動分散能力などの種間の変異はないものとみなされる。また、②局所群集間の生態環境の異質性はなく、③局所群集間の移動分散の時間スケールも局所個体群と同じとする。換言すれば、生態環境はみな同じで、局所の個体群が群集よりも速い移動分散によって危険を回避することもないのである。これではニッチは全否定されてしまう。まとめれば、①出生率などの種間の変異がないこと、②局所群集間の生態環境の異質性がないこと、③移動分散の時間スケールが局所群集と局所個体群で同じことを仮定し、すべては確率的に「種数だけでなく、総体種個体数、種数面積関係、系統も予測できる<sup>218)</sup>」とするものである。この中立理論が、ニッチなどの概念によって共存機構を説明しようと努力してきた、多くの生態学者に与えた衝撃はたいへんなものであった。

しかし、2004年にLeibold et al.は、Hubbellによる中立理論を含む共存機構の分析枠組みとして四つのパラダイムを提示し、ここに共通の理論分析のベースができた<sup>219)</sup>。四つのパラダイムとは、中立モデル、バッチ動態、集団効果、種選別の四つのアプローチを意味する。前述のように中立モデルにお

212) 野田 [2008] 116頁。

213) 野田 [2008] 116-117頁。

214) 野田 [2008] 118-120頁。

215) 野田 [2008] 120頁。

216) Hubbell (平尾ほか訳) [2009] 21頁。

217) Hubbell (平尾ほか訳) [2009] 21頁。

218) Hubbell (平尾ほか訳) [2009] 39頁。

219) Leibold et al. [2004] p.605. 具体的には、以下のような文面であった。「今日、メタ群集についての理論的および経験的研究は、言及する「バッチ動態」「種選別」「集団効果」「中立モデル」パラダイムという、四つのおおざっぱな方向またはアプローチに落とし込める」。

いては、①種間の変異がないこと、②局所群集間の生態環境の異質性がないこと、③移動分散の時間スケールが局所群集と局所個体群で同じことを仮定する<sup>220)</sup>。一方、種選別モデルにおいては、①種間の変異、②生態環境の異質性ともにありとし、また③局所個体群の移動分散の時間スケール（スピード）は局所群集より速いとする<sup>221)</sup>。つまり、種選別モデルは中立モデルとは対極にあり、従来のアプローチに近いといえる。次に、パッチ動態モデルと集団効果モデルは、中立モデルと種選別モデル（従来モデル）の中間的なものである。すなわち、パッチ動態モデルでは、②生態環境の異質性は中立モデルと同じようにならないとするが、①種間の変異と③局所個体群の移動分散の時間スケール（スピード）は種選別モデルと同じである<sup>222)</sup>。また、集団効果モデルでは、③局所個体群の移動分散の時間スケール（スピード）は中立モデルと同じだが、①は種間の変異は種選別モデルと同じ、②局所群集間の生態環境の異質性は、ある場合とない場合がともにあるとするものである<sup>223)</sup>。この四つのパラダイムによって、単に中立理論と対立し、それを批判するのではなく、一つのモデルあるいは帰無仮説として扱うことができ、理論的な検討ができるようになったと考えてよい<sup>224)</sup>。さらに、野田のやり方はボトムアップの手法といえ、Leibold et al. のトップダウンの手法と合わせることで、共存機構の全体像をより正確に理解することが望ましい。ただし、なお、メタ群集を通じて共存機構の解明をめざす研究全体としては

大きな課題をかかえている。野田らはそれを、理論研究と実証研究のギャップ、研究への時間軸の取り入れ、実証研究の対象の偏りであると指摘した<sup>225)</sup>。いずれにせよ、さらなる躍進を期待したい。

## 3.2 司法と社会改善

### 3.2.1 ウォーレン・コート

1938年のCarolene判決の後ストーン・コート（1941-1946）とウィルソン・コート（1946-1953）は司法消極主義をとり、経済的自由について事実上不関与の立場を続けた。これに対し、積極的に各種の精神的自由の保護に動いたのがウォーレン・コート（1953-1969）である。松井はその内容を、第一に、表現の自由のために立法を厳格に司法審査したこと、第二に、同じく人種の少数者保護のために立法を厳格に司法審査したこと、第三に、一人一票原則を要求し、議会配分不均衡を違憲としたこと、第四に、州における刑事手続に連邦の権利章典上の刑事手続的権利を適用したこととした<sup>226)</sup>。本節では、このうち第二点と第三点にしばらく経過を追っていき

たい。第二点に関しては、Dred Scott判決をその原因の一つともする南北戦争が1865年に終わった後の、人種差別撤廃の法制整備と関連訴訟につき述べておく必要がある。合衆国憲法では、第13修正（1865）で奴隷制の廃止、第14修正（1866）で法の平等保護の保証、第15修正（1870）で人種や皮膚の色などを理由とした投票権否認の禁止と条文が定めら

220) Leibold et al. [2004] p.608.

221) Leibold et al. [2004] pp.606-607.

222) Leibold et al. [2004] p.605.

223) Leibold et al. [2004] pp.607-608.

224) この点に関して Leibold et al. [2004] p.608 は、「メタ群集における種間の特性のトレードオフの役割」というセクションにおいて、Amarasekare 2003；Kneitel & Chase 2004 に言及し、以下のように述べて、確率論的な中立モデルとそのほかのモデルを並列的にとらえることができるとした。「問題は、現実の生態学的群集はおそらく、生息場所変異性と局地確率のまたは非平衡的変動の両方にしたがっているということである。メタ群集に関する総合的な見方は、どのように群集が局地および地域スケールともにおいて作用しているプロセスの連合作用によって組織化されているか、を理解する点において大きな改善であろう」。

225) 野田ほか [2008] 161-163頁。理論研究と実証研究のギャップとは、理論研究が想定する群集や環境の特徴が実際とは大きくかけ離れていることであり、時間軸の取りいれとは、これまでの研究ではまれであった群集の動態や時間スケールと群集パターンとの関係を扱うことであり、対象の偏りとは、これまでの研究の多くが、小型で寿命の短い生物や微生物を対象としたことである。

226) 松井 [2008] 7頁。

れ、相前後して公民権法（Civil Rights Act）が1866年、1870年、1875年に制定された。とくに1875年法はホテル、劇場、鉄道など公共的施設での人種差別の禁止を明記している。ところが、連邦軍（北軍）が撤退した1877年頃から南部では再び人種差別を事実上容認するような州法が制定されはじめた。さらに、1883年のCivil Rights Cases判決<sup>227)</sup>で連邦最高裁は、1875年公民権法を違憲とし、また第14修正は州による人種差別を禁じているが、鉄道会社や宿泊施設経営者と個人といった、私人間の人種差別にはその効力がおよばないと判示したのである。そして、1896年のPlessy判決<sup>228)</sup>において学校、劇場、鉄道での人種隔離政策は州のポリス・パワーとして認められるとして、ルイジアナ州議会による「平等ではあるが分離された施設」の提供を義務づける州法を合憲とする原審判決を支持した。すなわち、連邦最高裁は、州法が人種を分離していても平等であればこれを認めるとし、「分離すれども平等」の原則を確立したのである。この原則は長く支配的であったが、1938年のMissouri判決<sup>229)</sup>では、州法による州立大ロースクールへの黒人学生の入学禁止を憲法第14修正の平等保護規定に違反するとし、1950年のMcLaurin判決<sup>230)</sup>では、州立大学での黒人用の指定座席への着席義務づけを定めた州法を違憲とした。また同年のSweatt判決<sup>231)</sup>では、州立大学が設置した黒人専用ロースクールが、教員数、広義科目数、選好分野の範囲、学生数、蔵書数などの点で既存ロースクールより劣ること、ロースクールの評価に影響する、教授の知名度、ロースクールの運営能力、卒業生の法曹界での地位や影響力、地域での評価、伝統や名声などの点でも大きく見劣

りすること、さらに、法曹関係者としての人脈に影響する人的集団から隔離されたところでの教育の不利なことなどをあげて、黒人専用ロースクールは既存ロースクールと「実質的に同等」とはできないと判示した。つまり、少なくとも1950年には「分離すれども平等」の原則のさまざまな問題が違憲とされていたといえる。Brown I事件<sup>232)</sup>は公立学校での、人種別学を認める制度の第14修正の平等保護条項違反を争う一つの州、人種分離を命じる州憲法や制定法の執行差しを求める三つの州の事件をまとめたものである。なお、第14修正にかかわらないワシントン特別区の事件は、Bolling事件<sup>233)</sup>として別途判決が下された。本件では、人種が扱いにおいて分離されていてもその内容が実質的に同等であれば平等といえるという、Plessy判決で示された「分離すれども平等」原則自体の是非が争点となった。Brown I判決は、州による公教育における人種別学制度を第14修正の平等保護条項違反とし、長年の差別的な慣行に連邦裁判所として判断を下したのである。安部は「Brown I判決は、Plessy判決の射程を絞っただけで判例変更はしていないものと読める。……（しかし）、……その後の判例は、……さまざまな場面における「法による分離」を違憲とし、Plessy判決が……実質的に覆されていたことを示した<sup>234)</sup>」という。Brown I判決は文字通り画期的なものであった。ただし問題もあり、その点は3.2.2で続けて論じたい。

第三点とは、人口移動にともない選挙の議席配分にずれが出て、容易に是正されないという問題である。1946年のColegrove判決<sup>235)</sup>で是正を求める請求に対し、フランクフェーター裁判官による法廷

227) Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883).

228) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

229) Missouri ex rel. Gaines v. Canada, 305 U.S. 337 (1938).

230) McLaurin v. Oklahoma State Regents, 339 U.S. 637 (1950).

231) Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950).

232) Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I), 347 U.S. 483 (1954).

233) Bolling v. Shape, 347 U.S. 497 (1954) Bolling事件では、ワシントン・コロンビア特別区での公立校での人種別学が、合衆国憲法第5修正のデュー・プロセス条項に違反すると判示された。

234) 安部 [2012] 81頁。



意見は、連邦下院の選挙区割りには高度に政治的な問題であるから司法判断適合性をみとさない」と判示したが、州議会定数については何も述べなかった。ところが、1956年の McCannless 判決<sup>236)</sup>では、10年ごとの不均衡是正を義務づけたテネシー州憲法の規定に関する争いにつき、連邦最高裁は審査を拒否して原告は敗訴した。州議会についても Colegrove 判決と同様に定数是正の請求は認められなかったのである。しかし、1962年の Baker 判決<sup>237)</sup>においてウォーレン・コートの連邦最高裁は、本件は政治問題に該当せず原告の請求には司法判断適合性があるとして、Colegrove 判決を黙示的に変更した。畑は、「政治問題」とは一定の憲法問題を司法部ではなく政治部門の判断によるべきとする原理であり、政治問題の原理が援用されてきたのは、1) 介入すれば同格の政治部門（議会・大統領など）と深刻な対立を生じる、2) 政争にまきこまれる、3) 判決しても執行が困難であるなどの場合であったとしたうえで、本件は政治問題に該当しないという Baker 判決の多数意見につき、第一に、それまで政治問題の原理が援用されてきた分野の問題を綿密に検討したこと<sup>238)</sup>、第二に、第一点の検討に基づき政治問題の性格を定義したこと<sup>239)</sup>、第三に、連邦司法部と同格でない州の間では政治問題の原理は生じず、第二点の定義により、州議会の議員定数配分は定義した分類のいずれにも該当しないため、政治問題を構成

しないとすることを説明した<sup>240)</sup>。Baker 判決では具体的な議員定数配分の基準は示されなかったが、1963年の Gray 判決<sup>241)</sup>ではじめて一人一票の原則が判示され、1964年の Wesberry 判決<sup>242)</sup>においては一人一票の原則が連邦下院選挙に適用されることとなった。さらに同年の Sims 判決<sup>243)</sup>では一人一票制が州議会にも適用されることが確立した。中村は Sims 判決について「選挙区割を行うにあたっては、人口の平等をまず……確保しなければならず、……非人口要素は、人口の平等を害さない限度において、二次的に考慮……できるにすぎない<sup>244)</sup>」として、人口要素の非人口要素に対する優位を確立したものであるという。

ウォーレン・コートの Brown 判決と Baker 判決のいずれにも、司法の立場を逸脱したという厳しい批判があるが、前者が強制的バス通学の命令を裁判所が発する問題などをかかえたままであるのに対して、後者の議員定数配分の是正は社会に受け入れられたといえる。

### 3.2.2 司法積極主義の評価

法と司法制度の役割を論ずるにあたって、エマースンは「裁判所は違憲立法審査権を積極的に用いるべきだ、とするのが積極主義で、これに対し自己抑制すべきだ、とするのが消極主義である<sup>245)</sup>」とした。米国における司法審査は、当事者の主張を審理する

235) Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946).

236) Kidd v. McCannless, 352 U.S. 920 (1956).

237) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

238) 畑 [1992] 177頁。具体的には、外交関係、戦争状態の継続期間、立法過程の効力、アメリカン・インディアン諸部族の法的地位、州に対する共和政体の保障などに関する問題とされる。

239) 畑 [1992] 177-178頁。判決の多数意見は、政治問題の性格を、1) 政治部門への委任が憲法上明言されていること、2) 解決のための司法的な処理基準が欠如していること、3) 明らかに非司法的裁量に属する種類のものにつき、方針を確定することなしに決定できないこと、4) 政治部門への敬意の否定の表明なしには裁判所が独自に決定できないこと、5) 既定の政治的決定を固守することがきわめて必要であること、6) さまざまな部門が各様の判断をすることから混乱が生じる可能性があること、とした。

240) 畑 [1992] 177-178頁。

241) Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963).

242) Wesberry v. Sanders, 376 U.S. 1 (1964).

243) Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964).

244) 中村 [2012] 13頁。中村は、非人口要素とは、行政区画との一致や地理的一体性、少数者の声の反映、政党間の衡平、現職議員の地盤確保などをいうとする。

245) エマースン (小林ほか訳) [1972] 72頁。

うえで憲法違反についての判断が必要になる場合にのみ行うという付随的司法審査であり、論理的な帰結として、向井のいう「多数者の代表である立法部の意思を尊重するという民主制の理論と、立法、行政、司法の三権は平等であって、相互に他の意思をみだりに否定しない礼儀を示すべきであるとする権力分立原理に基礎を置く、広い意味での「司法の自己制限」<sup>246)</sup>」が司法に求められることは理解しうる。一方、芦部は司法の積極主義と消極主義（抑制／自己制限）について、最高裁とほかの政策形成者（立法府と行政府）の態度で整理し、ともに静的（現状維持的）なときは1) 抑制、最高裁が静的でほかは動的（現状改革的）なときは2) 積極主義、最高裁が動的でほかは静的なときは3) 積極主義、ともに動的なときは4) 抑制または積極主義とした<sup>247)</sup>。1) は向井のいう「司法の自己制限」から当然であり、芦部によれば、4) は最高裁がより現状改革的なときは積極主義、ほかはより現状改革的なときは消極主義（抑制）となるという<sup>248)</sup>。したがって、2) と3) の区分別がポイントとなる。

エマースンは、米国においては「20世紀初頭から30年代半ばまでは私有財産権保護を中心として積極主義が最高裁でとられたが、37年より40年代半ばまでは消極主義が有力となった。……なお、50年代以降のウォレン・コートは積極主義的立場をとった<sup>249)</sup>」と歴史的経過をまとめた。エマースンのいうはじめの部分は、連邦最高裁が経営側の立場を重視するように保守的（現状維持的）であり、議会側が弱者救済という革新的（現状改革的）な意図を有している状況で、最高裁は社会政策的な立法に実体的デュー・プロセス条項を用いて違憲判決を

くり返し、大不況からの脱出を図るルーズベルト大統領のニュー・ディール政策に基づく立法にも違憲判決を連発し、業を煮やしたルーズベルトが最高裁裁判官の抱き込みを図るという事態に発展して、1937年の憲法革命につながったいわゆるロクナーの時代にあたり、これは芦部のいう2) 積極主義である。次に真ん中の部分は、1937年のWest Coast Hotel 判決から社会改革に理解を示すようになった最高裁が社会経済的立法についてはほぼ黙認するようになったことを意味し、芦部のいう4) 消極主義となる。

エマースンのいう最後の部分は、1953年からのウォーレン・コートの3) 積極主義となるのだが、この3) 積極主義に対しては賛否両論が今も続いたままである。そこで、前節に続いてBrown 事件の経過を説明する。宣言的判決であった1954年のBrown I 判決の1年後の1955年のBrown II 判決<sup>250)</sup>は、黒人生徒を人種的統合された学校に適切な速度で入学させるための措置をとらせよと指示したが、この指示の履行は、各教育委員会に重い負担を強いることになった。畑は「今や最高裁は、……（政治部門）がなかなか果たせなかった人種隔離制度の撤廃の推進の役割を引き受けた<sup>251)</sup>」という。そして、1971年のSwan 判決<sup>252)</sup>は、バス輸送による生徒の割当案について合憲としたが、これらは明らかに政治的であり立法的であったため強い批判を生じさせた。松井は「ウォーレン・コートはとても憲法条文や起草者意思によっては正当化しえないような憲法裁判を行うに至った<sup>253)</sup>」としたうえで、それに対するプロセス法学の立場からのウェクスラーの「中立原則」論やビッケルの「消極の美德」

246) 向井 [1987] 37頁。

247) 芦部 [1983] 105-106頁、とくに105頁の図表を参照。

248) 芦部 [1983] 106頁。

249) エマースン（小林ほか訳）[1972] 72-73頁。

250) Brown v. Board of Education of Topeka (Brown II), 347 U.S. 483 (1955).

251) 畑 [1992] 160頁。

252) Swan v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971).

253) 松井 [2008] 97頁。

論などを紹介している<sup>254)</sup>。ウォーレン・コートの3) 積極主義をどのように考えればよいのであろうか。木下は「民主的基盤を直接有していない裁判所が、人民の多数を背景にした立法機関の法律ないし行政機関の行政行為に対して、いかなる根拠に基づき司法審査権を行使することが正当化されるかを問う<sup>255)</sup>」ピッケルの批判に対して、単線型民主制と複線型民主制という概念をあげて複線型民主制の観点からみれば司法審査は肯定しうるという<sup>256)</sup>。憲法条文や起草者意思で正当化できなければ、人種差別のような明らかな不平等でも裁判所は判示してはならないのか。しかし、本稿では紙数が尽きてしまったので、次の機会とする。

## ■ 今後の課題

環境学においても重要な人間の福利について、近代以降の政治理論を概観しさまざまな試みがなされていることをみてきた。ロールズはこの50年ほど政治理論の議論の大枠を提供してきたといえる。また、功利／効用主義も依然として大きな影響力をもち続けており、センをはじめとして多様性を受け入れた人権論も展開されている。これら人間の福利と社会に深く関与する思想のさらなる検討が、第一の課題といえる。次に、本稿においては司法の役割をめぐる検討はまだじゅうぶんできていない。行政には執行責任があり、立法には人びとの負託にこたえる義務がある。それでは、これらの責任や義務を免れられている、裁判所の役割とはどのようなものであろうか。たしかに、事件、紛争にはすべて異なる背景があり、個別に利益衡量しなければならない局面はある。また公金を用いた公権的解決である以上、訴訟経済の観念も意識せざるをえない。しかしなが

ら、司法にとって最も本質的なことは、その良識に基づいた判断を審理のなかで明らかにするという、社会の良心たるべき立場の自覚ではないか、と筆者は考えている。この観点から司法判断適合性や司法積極主義などについてさらに考察していきたい。これを第二の課題とする。また、この課題には米国における環境訴訟の実態を整理することも含まれる。最後に、進展の著しい生態学のメタ群集理論については、引き続き学んでいきたい。たとえば、理論におけるパッチ動態や集団効果も現実の生物間においては同時に発生しており、実証研究と理論のギャップを埋める必要がある。さらに、理論を踏まえた実際の生態系管理の知識も蓄積していかなければならない。これらが第三の課題である。

## ■ 参考文献

- 相場慎一郎 [2008] 「熱帯林樹木の種多様性 異なる空間スケールで見る」大串隆之 / 近藤倫生 / 野田隆史編『メタ群集と空間スケール』京都大学学術出版会 1-26頁
- 芦部信喜 [1973] 『憲法訴訟の理論』有斐閣
- 芦部信喜 [1983] 『司法のあり方と人権』東京大学出版会
- 安部圭介 [2012] 「公立学校における人種別学制度の違憲性」『別冊ジュリスト 213号 アメリカ判例百選』有斐閣 80-81頁
- 池本幸生 / 野上裕生 / 佐藤 仁 [1999] 「訳者まえがき」アマルティア・セン (池本ほか訳) 『不平等の再検討』岩波書店 v-vi 頁
- 植田和弘 [1996] 『環境経済学 現代経済学入門』岩波書店
- 浦部法穂 [1987] 「明白かつ現在の危険」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 (第2巻)』有斐閣 243-265頁
- 江橋 崇 [1987] 「二重の基準論」芦部編『講座 憲法訴訟 (第2巻)』有斐閣 125-159頁
- 柏場武秀 [2010] 「リベラリズムと障害者」応用倫理—理論と実践の架橋 vol.3 34-44頁

254) 松井 [2008] 97頁。松井は、ウェクスラーの「中立的原則」論を「あくまで憲法裁判は原則に基づく裁判として行うべき」とするもの、ピッケルの「消極的美徳」論を、原則に基づく裁判が「できないなら、そもそも憲法裁判をすべきではない」とするものとして紹介している。

255) 木下 [1987] 67頁。

256) 木下 [1987] 72-82頁。

- 金田耕一 [2006] 「リベラリズムの展開」川崎修・杉田敦編『現代政治理論』有斐閣 47-74頁
- 川本隆史 [2005] 『現代思想の冒険者たち Select ロールズ——正義の原理』講談社
- 木下 毅 [1987] 「アメリカの司法審査」芦部編『講座 憲法訴訟 (第1巻)』有斐閣 49-96頁
- 後藤玲子 [2002] 『正義の経済学』東洋経済新報社
- 小林 公・森村 進 [1987] 「解説」H. L. A. ハート (小林 公・森村 進訳) 『権利・功利・自由』284-302頁
- 駒村圭吾 [2012] 「明白かつ現在の危険の原則」『別冊ジュリスト 213号 アメリカ判例百選』有斐閣 62-63頁
- 関嘉彦 [1967] 「ベンサムとミルの社会思想」責任編集『世界の名著38 ベンサム J. S. ミル』中央公論社 5-68頁
- 高橋 靖 [2013] 「環境法をめぐる考察」甲南法務研究 No.9 45-68頁
- 高橋 靖 [2014] 「環境法からみた社会構築」甲南法務研究 No.10 61-84頁
- 高橋 靖 [2017] 「環境学における持続性と環境訴訟」甲南法務研究 No.13 47-72頁
- 高橋 靖 [2018] 「転換期とあるべき社会—環境調和性と分配における公正を中心に—」甲南法務研究 No.14 73-101頁
- 高見勝利 [1987] 「西ドイツの憲法裁判」芦部編『講座 憲法訴訟 (第1巻)』有斐閣 97-144頁
- 戸田盛和 [1982] 『力学 [物理入門コース1]』岩波書店
- 中村良隆 [2012] 「議会の議席配分と「一人一票」原則」『別冊ジュリスト 213号 アメリカ判例百選』有斐閣 12-13頁
- 野田隆史 [2008] 「メタ群集の共存メカニズム 統合的に理解する」大串他編『メタ群集と空間スケール』京都大学学術出版会 113-148頁
- 野田隆史 / 近藤倫生 / 大串隆之 [2008] 「課題と展望」大串他編『メタ群集と空間スケール』京都大学学術出版会 149-163頁
- 畑 博行 [1992] 『アメリカの政治と連邦最高裁判所』有信堂
- 松井茂記 [2008] 『アメリカ憲法入門 (第6版)』有斐閣
- 松井茂記 [2012] 「市民的権利の制限と司法審査のあり方」『別冊ジュリスト 213号 アメリカ判例百選』有斐閣 46-47頁
- 宮下 直・野田隆史 [2003] 『群集生態学』東京大学出版会
- 向井久了 [1987] 「合憲性推定の原則」芦部編『講座 憲法訴訟 (第2巻)』有斐閣 38-68頁
- 矢口俊昭 [1987] 「フランスの憲法裁判」芦部編『講座 憲法訴訟 (第1巻)』有斐閣 145-177頁
- Alcamo, J. et al. [2003] 3 Ecosystems and Human Well-being in “Ecosystems and Human Well-being: A Framework for Assessment” Millennium Ecosystem Assessment, 71-84.
- Alcamo, J. et al. [2003] 5 Dealing with Scale in “Ecosystems and Human Well-being: A Framework for Assessment” Millennium Ecosystem Assessment, 107-147.
- Alcamo, J. et al. [2003] 6 Concepts of Ecosystem Value and Valuation Approaches in “Ecosystems and Human Well-being: A Framework for Assessment” Millennium Ecosystem Assessment, 127-147.
- ベンサム (山下重一訳) [1967] 「道徳および立法の諸原理序説」関嘉彦責任編集『世界の名著38 ベンサム J. S. ミル』中央公論社 69-210頁
- エマースン, T. I. (小林直樹 / 横田耕一訳) [1972] 『表現の自由』東京大学出版会
- ハート, H. L. A. (玉木秀敏訳) [1990a] 「功利主義と自然権」矢崎光圀・松浦好治訳者代表『法学・哲学論集』みすず書房209-226頁
- ハート, H. L. A. (平野仁彦訳) [1990b] 「効用と権利の間」矢崎ほか訳者代表『法学・哲学論集』227-254頁
- ハート, H. L. A. (中谷 実訳) [1990c] 「自由とその優先性についてのロールズの考え方」矢崎ほか訳者代表『法学・哲学論集』255-282頁 原論文は1973年
- ハチスン, F. (田中秀夫 / 津田耕一訳) [2009] 『道徳哲学序説』京都大学学術出版会
- Hubbell, S. P. (平尾聡秀 / 島谷健一郎 / 村上正志訳) [2009] 『群集生態学 生物多様性と生物地理学の統一中立理論』文一総合出版
- キムリッカ, W. (岡崎晴輝 / 木村光太郎 / 坂本洋一 / 施 光恒 / 関口雄一 / 田中拓道 / 千葉 眞訳) [2002] 『現代政治論』日本経済評論社
- Leibold, M. A., Holyoak, M., Mouquet, N., Amarasekare, P., Chase, J. M., Hoopes, M. F., Holt, R. D., Shurin, J. B., Law, R., Tilman, D., Loreau, M. and Gonzalez, A. [2004] The metacommunity concept: a framework for multi-scale community ecology. Ecology Letters, 7: 601-613.
- ロック (鶴飼信成訳) [1968] 『市民政府論』岩波書店 Millennium Ecosystem Assessment 編 (横浜国立大学 21世紀 COE 翻訳委員会監訳) [2007] 『国連ミレニ

- アムエコシステム評価 生態系サービスと人類の将来』オーム社
- ニュートン, A. (河辺六男訳) [1971] 「自然哲学の数学的諸原理」河辺六男責任編集『世界の名著26 ニュートン』中央公論社 47-568頁
- ノードハウス, W. (藤崎香里訳) [2015] 『気候カジノ』日経BP社
- ノージック, R. (嶋津 格訳) [1992] 『アナキー・国家・ユートピア』木鐸社
- ピアス, D. W., マーカンジャ, A., パーピア, E. B. (和田憲昌訳) [1994] 『新しい環境経済学 持続可能な発展の理論』ダイヤモンド社
- Rawls, John [1993] “The Basic Liberties and Their Priority” in “Political Liberalism” (Columbia University Press). 原論文は1982年
- ロールズ, J. (矢島鈞次監訳) [1979] 『正義論』紀伊國屋書店
- ロールズ, J. (川本隆史 / 福間聡 / 神島裕子訳) [2010] 『正義論』紀伊國屋書店
- セン, A. (大庭 健 / 川本隆史訳) [1989] 『合理的な愚か者 経済学 = 倫理的探究』勁草書房
- セン, A. (池本幸生・野上裕生・佐藤 仁訳) [1999] 『不平等の再検討』岩波書店
- セン, A. (池本幸生訳) [2011] 『正義のアイデア』明石書店

本稿による URL の最終アクセス日は、すべて2018年8月1日である。