

ドゥウォーキンの表現の自由論に関する一考察

さいとう めぐみ
齊藤 愛

目次

序章 はじめに	348
第1章 ドゥウォーキンの表現の自由論（総論）	348
第1節 ドゥウォーキンの権利論	348
1. モラル・リーディング	
2. 権利論	
第2節 ドゥウォーキンの表現の自由論	352
1. 表現の自由の正当化根拠の二類型	
2. 本質的正当化根拠	
3. スカンロンの議論との比較	
第3節 小結	359
第2章 ドゥウォーキンによるマッキノン批判の検討	360
第1節 マッキノンのポルノグラフィ規制論の概略	361
第2節 マッキノンの議論に対するドゥウォーキンの批判	362
1. マッキノンの主張	
——ポルノグラフィと女性の平等権との衝突——	
2. ドゥウォーキンの批判	
3. 自由と平等	
第3節 小結	373
終章 結論	377

序章 はじめに

今日、人権思想は世界中でますます多くのコンセンサスを得、今や世界的規模で「人権の普遍性」論が強まりつつあるように見える。しかし、その反面、第三世界の国々では文化相対主義の立場から人権思想に対する厳しい批判がなされつつある。そのみならず、例えば「人権先進国」と言われているアメリカ国内においても、近代的な人権の反フェミニズム的性格が批判されるなど、ここにきて人権の価値とその普遍性は揺らぎつつある⁽¹⁾。このような状況の下で、近現代立憲主義国において人権の代表格とされてきた「表現の自由」について考え直してみることは実に意義深いことであると思われる。

本論文は、現在のアメリカにおける代表的なリベラリストの一人であるロナルド・ドゥウォーキン (Ronald Dworkin) の表現の自由論を紹介・検討するものである。ドゥウォーキンは、モラル・リーディングという解釈方法を提唱しており、この解釈方法を自ら実践することによって、独自の権利論・表現の自由論をうち立てている。本論文の第1章においては、このモラル・リーディングという解釈方法と彼の表現の自由論とを総論的に紹介する。そして第2章においては、マッキノンのポルノグラフィ規制論に対するドゥウォーキンの批判を検討することによって、ドゥウォーキンの表現の自由論の、ひいてはモラル・リーディング自体の問題点を指摘していきたい。

第1章 ドゥウォーキンの表現の自由論 (総論)

第1節 ドゥウォーキンの権利論

ドゥウォーキンは、彼の権利論⁽²⁾の応用として表現の自由論を論じている。したがって、彼の表現の自由論をより深いレベルで検討していくためには、彼の権利論から出発しなければならない。ここではまず、彼の提示するモラル・リーディングという解釈方法について述べることから始めたい。

1. モラル・リーディング

ドゥウォーキンは、憲法上の抽象的な条文を解釈する方法として、モラル・リーディング (moral reading)⁽³⁾という方法を提示している。モラル・リーディングとは、「憲法上の抽象的な条項を、政治的倫理 (political decency) や正義に関する道徳原理に対する訴えとして解釈し適用する」という解釈方法である。

まず、ドゥウォーキンは、実定法によって明示的に認められた諸権利を超えて、各人は国家に対して道徳的権利 (moral right) を有しており、この道徳的権利は憲法を通じて法的な権利に組み入れられているということを前提としている⁽⁴⁾。そして、憲法に規定されている基本権は、民主制の実践に対して抑制を課すものであるが、憲法の起草者たちは、このような抑制は個人が国家に対して有している道徳的権利への訴えによって正当化され得ると考えたのだと彼は述べている⁽⁵⁾。このように捉えると、ドゥウォーキンの道徳的権利論はいわゆる18世紀の自然権論に近いものであるかのように見える⁽⁶⁾。しかし、彼の権利観は、以下の点において18世紀の自然権思想とは異なるものである。まず第一に、ドゥウォーキンの道徳的権利は、自然法や神の法によって与えられた形而上学的なものとは考えられていない。彼は、政治的共同社会の実定法的諸ルールは、道徳的権利群を正確に再現しようとするその社会の努力を表現していると考えている。すなわち、道徳的権利は憲法・制定法・先例などの実定法的諸ルールに具体化されており、したがってそれらを通して、またそれらを最もよく正当化する政治理論を媒介として推測され得るものである。第二に、それは絶対的・不変的・固定的な権利とは考えられていない。彼は「権利はその強さと性格において、事例ごとに、また歴史上の時点ごとに異なるものなのである⁽⁷⁾。」としている。また、彼は以下のようにも述べている。「私が用いようとしている権利の意味はそのような存在論的仮定をしようとするものではない。それは、ただ単に、権利の主張が、政府の活動の正・不正に対する……特別な種類の判断で

あることを示すものであるに過ぎない⁽⁸⁾。」

すなわち、ドゥウォーキンの議論においては、「ある者にあることを行う（道徳的）権利があるということは、彼がそれを行うことに（国家が）干渉することは不正であるということ、もしくは少なくとも干渉を正当化するためには何らかの特別な根拠が必要とされる⁽⁹⁾」ということの意味するのである。

以上のようなドゥウォーキンの考え方によれば、各人は、憲法の起草者が実際に念頭に置いていたであろうはずの、あるいはその後先例において確立されたところの権利のみを有するのではない。すべての人は、それを超えて、国家に対して道徳的権利を有しているのである。したがって、憲法の条文を解釈する際には、各人が有している道徳的権利とはいかなるものであるのかを探求しなければならない。ドゥウォーキンは、それを探求する方法を論ずる前提として、以下のような具体例を挙げながら、「概念(concept)」と「観念(conception)」とを区別している。

「仮に私が私の子供達に対して、ただ単に『私は、あなたたちが他人を不公正に扱わないことを期待する。』と言ったとする。もちろん、この時、私は、自分が望ましくないと考えている行為の例を頭に浮かべている。しかし、私は、以下の二つの理由から『私の意味すること』がこれらの例に限定されることを認めないだろう。まず第一に、私は、子供達に対して、私が考えもつかなかったし、また考えつくはずもなかったような状況にも、私の指図を適用することを期待するであろう。第二に、指図した時には公正であると思われたことが、実は不公正であったということ、あるいはその逆のことを後から私の子供達のうちの一人に確信させられたならば、私はその行為を進んで認めるであろう。この場合、私が言わんとすることは、私の指図が、その子供が引用した事例をカバーしたということであって、私の指図が変更されたとい

うことではない。私は家族が公正の『概念』によって導かれることを意図していたのであって、私が頭に浮かべていたであろう特殊な公正の『観念』によって導かれることを意図していたのではないのである⁽¹⁰⁾。」

憲法の起草者らは、起草に際して故意に抽象的な文言を選択したのであり、以上のように「概念」と「観念」とを区別すると、憲法上の抽象的な条項は、例えば合法性・平等・残虐性といった、それらの条項が採用している概念に対する訴えを表すものであると考えなければならないということでは明らかであるとドゥウォーキンは述べている⁽¹¹⁾。例えば、修正14条は、平等の「概念」に対する訴えを表したものであって、起草者たちが想定した（想定し得た）特殊な平等の「観念」を表したものではないのである。このように考えると、我々は、何が平等であるかについて自ら決定し、平等についての一つの観念を定立することによってしか、修正14条が語っていることを執行することはできないのである⁽¹²⁾。

では、我々は、いかにして、抽象的な条項に関する一つの観念を定立すべきなのであろうか。ドゥウォーキンは、チェスの審判員がいかにしてチェスの不明確なルールを解釈していくべきかという例を挙げて、以下のように述べている⁽¹³⁾。チェス・トーナメントにおけるあるルールが、プレーヤーの一方が競技中に他のプレーヤーを「不当」に妨害するような場合には、チェスの審判員は彼に対して失格を宣告しなければならないと規定していたとする。ルールの文言自体は、何ををもって「不当」な妨害とみなすかについて定義していない。このような場合、審判員は、いかにして「不当」という不明確な文言を解釈すべきであろうか。この解釈の際に、審判員は、自分の背景的確信を自由に読み込むことができるというわけではない。なぜなら、その解釈はあくまでチェスというゲームのルールの解釈だからである。審判員はチェスというゲームの趣旨を保護するような解釈を構築しなければならないのである。では、審判員はい

かにしてゲームの趣旨を知り得るのであろうか。この点、一般的にチェスというゲームがいかなるゲームとして今まで捉えられてきたか、あるいは現在捉えられているかといったような、一般の人々の態度や習慣や歴史などに表れる慣例 (convention) というべきものが決定的な意味をもつとドゥウォーキン¹⁴⁾は述べている。彼は、同様のことが、憲法における抽象的な条項の解釈にも当てはまると主張している。すなわち、解釈者は憲法上の抽象的な条文や原理を解釈する時に、自らの道徳的信条を読みこむのであるが、その際、解釈者は、無制限に自己の道徳的信条を採用することができるわけではない。まず、解釈者はいかなる道徳的原理を採用すべきかが問題となるが、この点についてはドゥウォーキン¹⁵⁾は明示的には述べていない。しかし、彼は「平等な配慮と尊重を受ける権利」及びそこから基本権が引き出される過程を、「正義論」におけるロールズ (John Rawls) の論証と重ねて論じているが¹⁶⁾、その際に、ロールズのいう「内省的均衡」の技術を用いていることから、おそらくドゥウォーキンは、モラル・リーディングにおいても、自らの道徳的直観を最も矛盾なく整合的に説明し得る一般的な道徳的原理を採用しなければならないと考えているのであろう¹⁷⁾。また、解釈論は、憲法・制定法・先例といった実定法的諸ルールに適合するようなものでなければならない。なぜなら、政治的共同社会の実定法的諸ルールは、道徳的権利群を正確に再現しようとするその社会の努力を表現していると彼は考えているからである。

もう一度まとめてみると、モラル・リーディングは、条文や原理を解釈する際に解釈者の道徳的信条を読みこむという解釈方法である。しかし、この解釈方法は、解釈者に無限の解釈権限を与えるものではない。すなわち憲法上の抽象的条項をモラル・リーディングという解釈方法にしたがって解釈する際には、以下のような解釈上のルールが存在するのである¹⁸⁾。まず第一に、憲法の条文を解釈するにあたっては、起草者の意図を探らなければならない。起草者の意図を探ること

は、彼らが何を言おうと意図していたか、つまり彼らがうち立てた原理とは何かを探ることであって、彼らならばその原理をいかに解釈し、いかに具体的判例に適用したかということを探ることではない。すなわち、条文が採用している「概念」が何を意味するのかを探らなければならないのである。したがって、そのような意味では、条文の歴史的背景を探るということが、憲法解釈において必要不可欠となる。第二に、モラル・リーディングの下では、憲法解釈は憲法的純一性を要求される。すなわち、いかなる憲法解釈も、憲法の構造全体、もしくは主な先例と原理的に一致するものでなければならない。また、裁判官は、一貫した憲法上の道徳をともに作り上げていくパートナーとして他の公的機関を尊重し、様々な国家機関の中における自らの位置を常に自覚しながら、憲法を解釈していかなければならない。

したがって、この解釈方法に対しては、「(現在のアメリカの制度において法解釈に関して最高権威を有する) 裁判官——とりわけ最高裁判所裁判官——らに、彼(彼女)らの道徳的信念を一般市民に押しつける絶対的な権限を与えるものである¹⁷⁾。」と批判されることもあり得るが、この解釈方法は裁判官に無限の解釈を許容するものではないとドゥウォーキンは反論している。すなわち、モラル・リーディングは、裁判官——だけでなくすべての人——に以上のような解釈上の制限を課すものである。さらに、裁判官が担当する事例の中には、自らの個人的な道徳的信念をもちださなければならないような、いわゆるハード・ケースはほとんど存在しない。したがって、モラル・リーディングが裁判官に独断を許す、エリート主義的・非民主的なものであるという考え方は大袈裟なものであると彼は主張している。

2. 権利論

ドゥウォーキンは、自らモラル・リーディングを實踐して、以下のような独自の権利論をうち立てている。

「権利章典に提示されている諸原理が、……合衆国に課しているのは次のような政治的・法的理念である。『政府は、その統治下にあるすべての人間を、平等な道徳的・政治的地位のあるものとして扱わなければならない。すなわち政府は、誠意をもって彼(彼女)らを平等な配慮と(尊重)のもとに扱おうと試みなければならないのである。』⁽¹⁸⁾」

「平等な配慮と尊重を受ける権利 (the right to equal concern and respect)⁽¹⁹⁾」はドゥウォーキンの権利論の中心的概念である。「平等な配慮」とは、政府が各人を苦痛や不満を感じる存在として平等に配慮することであり、また「平等な尊重」とは、政府が各人を、それぞれが自分自身の生き方に関する知的な構想を形成し、それに基づいて行動することができる存在として等しく尊重することである。ドゥウォーキンは「平等な配慮と尊重を受ける権利」を別の箇所では「平等な者として扱われる権利 (the right to treatment as an equal)⁽²⁰⁾」とも呼んでいる。この権利について、彼は以下のように述べている。

「これ(「平等な者として扱われる権利」)は……これらの財や機会をいかに分配すべきかについての政治的決定において平等な配慮と尊重を受ける権利である。仮に、長期の債権所持人には損害を与えるような経済政策が、一般の利益にかなうか否かという問題が生じたとしよう。(この政策によって)損害を被るであろう人々は、この政策が一般の利益を増大させるか否かを決する際には、彼(彼女)らの損害の見込みを考慮されるという権利を有している。……しかし、彼(彼女)らの利益が考慮に入れられたにもかかわらず、その政策から得られる他の利益の方が重要であるとされたならば、その場合は……平等な配慮と尊重を受ける権利はいかなる反論も生ぜしめない⁽²¹⁾。」

通常、民主主義国家において、「平等な配慮と尊重を受ける権利」をめぐって上の引用のような問題が生じるのは、ある政策が社会の多数派には利益を与えるが、少数派には不利益を生ぜしめるといふ時、その政策が実施されるべきか否かが問われるような場合である。上の引用は、政策を実施すべきか否かを決定する際には、少数派は、国家が自分たちに不利益を課すことが不正ではないかどうかを考慮させる権利をもっており、これがまさに「平等な尊重と配慮を受ける権利」であると述べているのである。そして考慮の結果、少数派に不利益を課すことが不正でない判断されたのであれば、この政策が実施されたとしても何ら少数派の「平等な配慮と尊重を受ける権利」を侵したことはないが、逆に少数派に不利益を課すことが不正であるにもかかわらずこの政策が実施されたとすればこのような国家の活動は許されないのである。では、少数派にいかなる不利益を与えた時に国家の活動は不正と言いつけるであろうか。この点に関しては、おそらく、モラル・リーディングにしたがって——すなわち、自己の様々な道徳的直観を最も矛盾なく説明し得る道徳的原理に従い、かつ最も実定法的諸ルールに整合的であるような解釈によって——判断しなければならないのであろうが、そう考えてみても明確な判断基準は存在しないように思われる。

ドゥウォーキンは、すべての人が、国家に対して「平等な配慮と尊重を受ける権利」という道徳的権利を有しているということは、政治的道徳における自明の原理であると述べている⁽²²⁾。そして、彼は、「平等な配慮と尊重を受ける権利」に保護を与える試みとして、憲法の条文を解釈しなければならないと考えている。すなわち、「平等な配慮と尊重を受ける権利」から引き出されるものとして、いわゆる基本権を捉えなければならないとしているのである⁽²³⁾。

さらにドゥウォーキンは、法的権利を「強い意味での権利 (the right in the strong sense)⁽²⁴⁾」とそうでないものとに二分している。「強い意味での権利」とは、たとえ社会の多数派がそれを制限

することを望んだとしても、それを侵害することが許されないような権利である。但し、「強い意味での権利」であっても、いかなる場合においてもそれを否定することが許されないわけではない。例えば、明白かつ極めて重大な非常事態が存在する場合などには、この権利を制限し得ることもある。しかし、原則として、この権利の制限を正当化し得るのは、それと競合する、他の社会の構成員の「強い意味での権利」のみである。ドゥウォーキン⁽²⁵⁾は、憲法上の権利の中でも、表現の自由に対する権利など、いわゆる基本権と呼ばれているものは、「強い意味での権利」であるとしている⁽²⁵⁾。

彼は以上のような権利論を正当化する手段として、そもそも各人は本当に道徳的権利を有しているのか、もしそうであればなぜそう言い得るのか、なぜ各人は「平等な配慮と尊重を受ける権利」を有すると言い得るのか、そしてそこから引き出される基本権にはなぜ表現の自由に対する権利が含まれなければならないのか、さらに表現の自由に対する権利はなぜ強い意味での権利でなければならないのかなどという根本的な問題に説得的な答えを与えるという方法はとっていない。その代わり、彼は、以上の彼の権利論が、いかに現在アメリカで機能している権利の制度や今日のアメリカで広く共有されている正義感覚に整合的であり、いかにそれをうまく説明し得るかということによって、彼自身の議論を正当化しようとしている。例えば、彼の権利論の目的は、各人はそもそも道徳的権利を有しているのかという問題を解明することではなく、各人が道徳的権利を有しているという考え方は現在のアメリカにおいて広く一般的に受け入れられているということを前提とした上で、このような考え方のもつ意味を探求することであるとされている⁽²⁶⁾。そして、各人がなぜ「平等な配慮と尊重を受ける権利」を有していると言い得るのかという点に関しては、各人がこの権利を有しているということは「政治道徳における自明の原理」として現在広く承認されているからであるとしている⁽²⁷⁾。また現在のアメリカの権利の制度においては、実際に表現の自由

がいわゆる基本権として承認されており、このような基本権が強い意味での権利であるのは、「市民の基本権を尊重しているという理由で、我々が我々の法体系を誇りに思っているとすれば、基本権が『強い意味での権利』であるからである⁽²⁸⁾。」と述べている。

これは、彼の権利論が、彼自身の提唱するモラル・リーディングを自ら実践した結果として、うち立てられたものであるということに起因している。すなわち、彼は、①自己の様々な道徳的直観を最も矛盾なく説明し得る道徳的原理に従い、かつ、②実定法的諸ルールに最も整合的であるようなものとして、彼の権利論及び表現の自由論を構成しているのである。彼は、法律上の原理をめぐって二つの主張が対立している時、どちらの主張が有力かは、①どれだけ説得力のある道徳的主張をしているかと②実定法的諸ルールにどのくらいこの原理が整合的であるかによって決まると述べている⁽²⁹⁾。彼は、自らの権利論をより説得的なものにすべく、実定法的諸ルールとの整合性をきわめて重視しているのである。

さて、以上のように、ドゥウォーキンは、表現の自由に対する権利は「平等な配慮と尊重を受ける権利」から引き出され、しかも「強い意味での権利」であるとしている。では、彼は表現の自由に対する権利をいかなるものと考えているのだろうか。この点について、次節で述べたい。

第2節 ドゥウォーキンの表現の自由論

1. 表現の自由の正当化根拠の二類型

なぜ表現の自由が重要であるのかという問題に関しては、これまで様々な議論がなされてきた。ドゥウォーキンは、これらの様々な表現の自由の正当化根拠を、道具的正当化根拠 (instrumental justification) と構成的正当化根拠 (constitutive justification) との二つに分類している⁽³⁰⁾。

道具的正当化根拠とは、表現の自由を道具的に重要なものとして扱う考え方である。すなわち、この考え方によれば、表現の自由が重要なのは、「各人が自分の言いたいことを語る何らかの固有

の道徳的権利を有しているからではなく、少なくとも長期的に見れば、「表現の自由が我々の社会にプラスの影響をもたらすからである。」例えば、ホームズ (Holmes) 判事がエイブラムズ (Abrams) 判決の反対意見の中で述べた「もし政治的言論が自由で抑制されないのであれば、政治はより真実を発見し、誤りを取り除き、また悪い政策よりもむしろ良い政策を生み出すようになるだろう。」という見解や、マディソン (Madison) の「自由な表現は人民の自己統治権を守る」という見解、さらに、「もし政府が (政府に対する) 批判を罰する権限をもたないのであれば、政府の腐敗は防ぎやすくなるだろう」という考え方などがここに含まれる。

一方、構成的正当化根拠は、道具的正当化根拠とは異なって、表現の自由がいかなる結果を生ぜしめるかに正当化根拠を求めるものではない。この考え方によれば、「表現の自由が価値あるのは、……政府が無能力者を除いてすべての成年市民を道徳的責任主体 (responsible moral agents) として扱うということは、正当な政治社会に必要な不可欠で本質的な (constitutive)⁽³¹⁾特徴であるからである。」

ドゥウォーキンは、以上の二つの正当化根拠は必ずしも互いに排除しあう関係にあるわけではないと述べている。そしてホイットニー (Whitney) 判決でブランドイス (Brandeis) 判事が「自由な言論は、目的としても手段としても価値のあるものである」と述べたように、完全な修正1条論をうち立てるためには、両者の正当化根拠が必要であるとしている。

両者の正当化根拠には多くの類似点が存在する。例えば、いずれの正当化根拠も表現の自由を絶対的なものと考えているわけではない。しかし、両者の正当化根拠の間には決定的な違いが存在する。それは以下のような点で、道具的正当化根拠は構成的正当化根拠に比べて表現の自由擁護論としては脆く、限定的なものであるということである。まず第一に、道具的正当化根拠は、社会のある目標を達成するための道具として表現の自由を位置

付けるものであるが、この考え方からは、常に表現の自由擁護論が引き出されるわけではない。すなわち、その目標を達成するためには表現活動が規制されるべきだと結論づけられることもあり得るのである。第二に、道具的正当化根拠においては、構成的正当化根拠に比べて、保護の対象となる表現の種類がより限定的である。構成的正当化根拠によれば、「道徳的責任 (moral responsibility) が自立 (independence) を要求するようなすべての表現や意見」が保護の対象となり得るのに対して、道徳的正当化根拠においては、「少なくとも最も一般的な見解によれば、主に政治的表現の保護にのみ重きが置かれる」ことになる。

さらに、道具的正当化根拠の問題点は、表現の自由擁護論としての弱さのみではない。そればかりか、道具的正当化根拠のみでは、これまで確立されてきた先例の理論をうまく説明し得ないこともあるのである。ドゥウォーキンはこのことをサリバン (Sullivan) 判決を例に挙げて論じている。

ドゥウォーキンは、ブレナン (Brennan) 判事がサリバン判決においてほぼ全面的に道具的正当化根拠のみに依拠していたということを指摘し、その問題点を以下のように論じている。まず、ブレナン判事は、「市民が自らの統治者となるためには表現の自由が必要である」というマディソン流の道具的正当化根拠を引用しているが、これでは、政治的表現の自由に関してできても、先例の理論をうまく説明し得ない部分が出てくる。例えば、たとえ市民の多数がそれに賛成するであろうような場合であっても、政府による検閲は禁じられなければならないという原則は先例で確立されているが、この正当化根拠ではこの原則を説明し得ない。仮に政府が市民に秘密で検閲を行っていたとする。この時、もし市民がそのような検閲がなされていることを知ったとしたら、市民の多数がそれに反対するであろうような場合に関しては、マディソン流の正当化根拠を用いても、なぜ政府がそのような検閲を行うことが許されないのかを説明することができる。しかし、もし市民がそのような検閲がなされていることを知ったとしても、

市民の多数がそれに賛成するであろうような場合に関しては、この正当化根拠では、なぜ政府が検閲を禁じられなければならないのかを説明することができない。但しハンド (Hand) 判事やホームズ判事がかつて用いた、「もしあらゆる思想が議論の対象となれば、政治的問題に関する真実はより現れやすくなるであろう」という道具的正当化根拠を使えば、以上のことをいくらか説明することができるかもしれない。しかし、このハンド判事やホームズ判事らの正当化根拠をもってしても、いわゆるヘイト・スピーチも修正1条の保護を受けるといふ最近の判例の理論を十分に説明することはできない。なぜならば、ヘイト・スピーチの中には、それが議論されることが、本当に市民の民主的意志決定に役立つのかが、明らかに疑問であるようなものも含まれているからである。この点に関して、立法者や裁判官は、価値のある政治的言論とそうでない政治的言論とを公正に区別することができないのであるから、価値のある政治的言論を保護するためにはヘイト・スピーチをも一緒に保護しなければならないのだという反論もあり得る。しかし、このようなスリッペリー・スロープ (slippery slope) の議論は、他の場面で連邦最高裁が極めて困難な区別——例えば商業的表現と政治的表現との区別など——をしていることを考えると、決して説得的なものであるとは言えない。

以上のように、たとえ市民の多数が嫌悪するような言論であっても修正1条の保護の対象となり得るといふ連邦最高裁の先例の理論を説明するためには、構成的正当化根拠が必要不可欠である。しかし、構成的正当化根拠のみでも、表現の自由論を完成させることはできない。つまり、表現の自由を論ずる際には、両方の正当化根拠が必要なのである。

但し、ドゥウォーキンの表現の自由論を強く特徴づけるのは、道具的正当化根拠ではなくて構成的正当化根拠である。したがって次項では、ドゥウォーキンの構成的正当化根拠に焦点を合わせて議論を進めていきたい。

2. 構成的正当化根拠

ドゥウォーキンの構成的正当化根拠は、正当な国家はすべての人を道徳的責任主体として尊重しなければならない——すべての人は国家に対して「平等な（配慮と）尊重を受ける権利」を持つ——というところから引き出される。ドゥウォーキンは、この構成的正当化根拠には以下の二つのレベルが存在すると述べている⁽³²⁾。まず第一のレベルは、いかなる公的機関・多数派も、ある主張が受け手に好ましくない影響を与えるからという理由で、その主張を抑圧することはできないというレベルである。「市民には、危険なもしくは不快な信念を植えつけられる可能性のあるような主張に対する判断能力がないと政府が宣言したとすれば、政府は市民を侮辱し、その道徳的責任を否定することになる。」すなわち、個人の尊厳を確保するためには、国家はある言論が聞き手に誤った信念を抱かせるからという理由で、それを抑圧することはできないと主張する他はないのである。第二のレベルは、第一のレベルより「積極的な側面」をもつ。個人の道徳的責任性は、自分で自分自身の信念を形成するというものにとどまらない。「それのみならず、他者に対する尊重と配慮の念から、もしくは、真実が知られるべきであるとか正義が実現されるべきであるとか、善が確保されるべきであるなどという……願望から、他者に対して自分自身の信念を表現するという面をも含むのである。」したがって、市民を道徳的責任主体として尊重するためには、政府は、その信念が価値のないものであるという理由から、市民の表現活動を抑圧することはできないと主張しなければならない。このように、第一のレベルは受け手の利益に着目したものであるのに対して、第二のレベルは送り手の利益を中心に考えたものである。

ドゥウォーキンの構成的正当化根拠の特徴として、主に以下の三点があげられる。まず第一に、彼の構成的正当化根拠は、受け手の利益のみならず送り手の利益をも考慮に入れたものであるという点である。第二に、両者のレベルを通じて、表現規制の正当化根拠の違憲性を問題としている点

である。すなわち、第一のレベルに関して、受け手に好ましくない影響を与えるからということ根拠に、第二のレベルに関しては、その表現、もしくはその表現の根底にある思想・価値観が価値のないものであるからということ根拠にして、国家は表現規制を正当化することはできないとしている。第三に——これは最も特徴的な点であると思われるが——構成的正当化根拠の第二のレベルにおいて、「国家はすべての人を道徳的責任主体として尊重しなければならない」という原則から、表現規制の正当化根拠の違憲性の問題のみならず、「外部の環境に働きかけて自分の思想・価値観を広める機会を得る権利」としての表現の自由を引き出している点である。この第三の点に関しては、1993年の「Mackinnon's Words」という論文に以下のように詳述されている⁽³³⁾。

憲法における最も基本的な平等主義的要請の一つに政治的平等権がある。すなわち、憲法は、「すべての人が、その主張や好みが重要視するにはあまりに不愉快であるとか合理的でないとか卑劣であるなどという理由で」政治過程から「排除されてはならない」ということを要求している。しかし政治過程から排除されないということは、投票権を剥奪されないということにとどまるのではない。なぜなら政治過程は選挙のみを意味するものではないからである。「人々は選挙以外の時にも、絶えずある一定の政治的役割を果たしている。」例えば、「(人々が) 非公式に公的討論をすることによって、責任主体である公的機関の今後の動向に影響を与えることができる」のである。

さらに、ドゥウォーキンはこの議論を政治過程のみならず道徳的環境 (moral environment) 一般にまで拡大している。すなわち、「人間の生は政治環境のみによって影響を与えられるわけではない。人間の生は、いわゆる道徳的環境全般によって影響を与えられるのである。」例えば、「あからさまに性的な描写が自分自身を堕落させると考えている女性は、……ポルノグラフィを解放的で愉快なものであると考えている共同体よりも、ポルノグラフィを軽蔑するような人々の間で生活し

た方が、明らかに、満足のいく生を送れるであろう。」人は、自分自身の個人的な好みや選択、主張などを通して、外部の道徳的環境に働きかけ、それを変えていくことができる。そして、いかなる道徳的環境に生きるかが人々の生に大きな影響を与えるため、だれがいかにしてその道徳的環境を形成していくのがきわめて重要な問題となってくる。この問題を、政治的平等という理念と一貫させて考えると、答えは一つしか存在しない。すなわち、すべての人は、その人の思想・価値観がいかなるものであっても、それを表現し、外部の環境に働きかける固有の権利を有しているのである。

以上のように、ドゥウォーキンは、「平等な配慮と尊重を受ける権利」から、政治的平等権の一つとして、もしくはそれを拡大したものとして、「自分の思想・価値観を表現し、外的環境に働きかける機会を得る権利＝表現の自由⁽³⁴⁾」を引き出していると考えられる⁽³⁵⁾。

このような考え方は、道具的正当化根拠とは異なるものである。例えば、この考え方によれば、ネオ・ナチ的思想を表現した本を検閲することが許されないのは、その本が政府の腐敗を妨げたり公的討論を活性化するのに役立つと考えるからではなく、いかにその思想が奇妙で疑わしいものであっても、すべての人は外的環境に働きかける機会を奪われてはならないと考えるからなのである。すなわち、すべての人は内面的な思想・価値観の自由のみならず、それを外部に表現し、道徳的環境に働きかける固有の権利を有しているのである。しかもこの権利のような、「平等な配慮と尊重」を受ける権利から引き出される基本権は、強い意味での権利であるとドゥウォーキンは考えているのである。

結局、ドゥウォーキンは、表現の自由に関する以下のような三つの原則をうち立てている (以後、これを「ドゥウォーキンの三原則」と呼ぶ)。

- (1)「ある表現が受け手に望ましくない信条を抱かせる」という受け手の不利益を根拠

に、その表現を規制することはできない。(2)「ある表現、もしくはその根底にある思想が価値のないものである」ということを根拠に、送り手の表現活動を抑圧することはできない。(3)すべての人は「自分の思想・価値観を表現し、外的環境に働きかける機会を得る権利」としての表現の自由に対する権利を有している。しかもこれは強い意味での権利である。

(1)には、例えば、「読み手に望ましくない信条を抱かせるという理由で、ポルノグラフィーの出版を禁じることはできない。」というような事例が相当する⁽³⁶⁾。また、(2)には「ポルノグラフィー（もしくはその根底にある思想・価値観）がくだらないものであるという理由でポルノグラフィーの送り手の表現活動を抑圧することはできない」という事例が、そして(3)には「ポルノグラフィーという形式をもってしか、自らの思想・価値観を正確に表現することができないという人が存在する時、もし、国家がポルノグラフィーを全面禁止にしたとすれば、その人から自分の思想・価値観を表現し、外的環境に働きかける権利をすべて奪うことになるので、原則として許されない」という事例が当てはまる。

このようなドゥウォーキンの表現の自由論の特徴をさらに浮かび上がらせるために、次項では、トーマス・スカンロン (Thomas Scanlon) の「A Theory of Freedom of Expression⁽³⁷⁾」における表現の自由論と比較してみたい。

3. スカンロンの議論との比較

スカンロンは、1972年の論文「A Theory of Freedom of Expression」で、「表現の自由は、コンセクエンシャリズム (consequentialism) から割り出された利益・価値なのではなくて、むしろ社会体制・国家権力に対するサイド・コンストレイント (side constraint) として、始原的に個人に帰属する権利であり、⁽³⁸⁾「他のもろもろの価値と比較衡量のうえ尊重されるものとしてではなく、そ

れ自体として絶対的に貫徹すべきものでなければならぬ」というノン・コンセクエンシャリズム (non consequentialism) の立場を明らかにしたと言われている⁽³⁸⁾。しかし、この論文において、スカンロンは比較衡量論 (balancing) を全く否定している訳ではない。それどころか、むしろ、彼は、表現の自由論においては個別的な比較衡量論を原則としており、それに例外的に歯止めをかける形でノン・コンセクエンシャリズムの議論を提示しているのである。

スカンロンは、表現の自由に関する哲学の役割は、表現の自由論が、いかにして比較衡量論に依存し、またどの程度まで権利やノン・コンセクエンシャリズムの原理に依存するのかを明らかにすることであるという問題提起から論を進めている。

ある表現活動を規制することが正当であるか否かを判断する際には、様々な競合する利益を比較衡量しなければならない。すなわち、その表現活動に自由を認めた時、もしくは規制を認めた時に生じる利益と害悪とを比較衡量して、表現を規制すべきか否かを決定しなくてはならない。しかし、表現活動に自由を認めた時に生じる害悪の中には、それを以てしては規制根拠とし得ないものが存在する。そのような害悪を定義づけたものとして、スカンロンはミルの原理を提示しているのである。

スカンロンは「すべての人が自分自身を平等で自主的 (autonomy) でかつ合理的な主体であると考える」という自主性論から議論を始めている。彼は、「すべての人が自分自身を自主的な主体と考えるということは、すべての人が、何を信じるかを決定し、行為のための競合する理由を比較衡量するに当たって、自分自身を最高決定権者であると思ふことである。」と述べている。さらに国家は各人の自主性を侵してはならない、つまり各人の自主性を否定するような国家は正当性を欠くという原則をうち出すことによって、国家権力を限界づけている。この原理の目的は、「『ある種の害悪が国家の法的行為を保証するのに十分なほど大きいのはいかなる時かを決定し、そのような時に、その害悪の脅威に見合うだけの法を制定すること

は、国家の特権であり、また市民に対する義務の一つでもある』が、その特権には、人々が誤った信条を抱くという害悪を除去する権限は含まれない。」ということを出すことである。そしてこのような国家権力の限界を純化したものとして、ミルの原理を引き出しているのである。

ミルの原理とは、以下のようなものである。

「a) ある表現活動の結果として、人々が誤った信条を抱くようになるという害悪。
b) ある表現活動の結果として、有害な行為が引き起こされるという害悪(但し、その表現活動とそれに続く有害な行為との関係が、その表現活動が他人にそのような有害な行為をする価値があると信じさせたということのみである場合に限る。) a) または b) の害悪が、ある表現活動によって生ぜしめられたとしても、そのことによってこれらの表現活動に対する法規制を正当化することはできない。」

スカンロンは、このミルの原理を、「すべてのカテゴリーの表現に共通の原理である」と考え、いかなるカテゴリーに属する表現であっても、ミルの原理を侵すような規制は違法であるとしている。すなわち、ある表現活動を規制すべきか否かは、原則として、その表現活動を認めることによって生じる害悪や様々な競合する利益などを個別に比較衡量して決せられるべきであるが、この場合、ミルの原理にいうような害悪が生じるということ表現規制の理由にすることはできないとして、比較衡量論の限界を示したのである。しかし、ミルの原理のみでは表現の自由を充分に保護することはできない。例えば、平穏さ・静寂さ・交通の円滑さを保つという利益と、表現の自由を認めることによる利益とを比較衡量して、前者を後者よりも重視し、すべてのデモ行進を禁止する法律が作られたとする。この場合、比較衡量において全くミルの原理を侵していないが、これは我々の直観に著しく反することになる。そこでスカンロン

は、①少なくとも数種の表現に関しては、その自由が認められることによる利益が他の競合する利益と比較された場合、より高い価値を認められるべきであること、②表現手段へアクセスする機会が一般的な配分的正義に合致し、かつ、③特定の個別的権利——例えば政治過程に平等に参加し得る権利など——と両立するような形で分配されなければならないことを論ずることによって、過度に表現規制がなされないようにしたのである。

以上のように捉えると、スカンロン⁽³⁹⁾もドゥウォーキンも、ともにノン・コンセクエンシャリズムの立場から表現の自由論を論じたと言われるが、両者の間には大きな相違が存在することがわかる。まず第一に、表現の自由論におけるノン・コンセクエンシャリズムの議論の位置づけに関して、両者の間に相違が見られる。スカンロンは前述のように個別的な比較衡量論を原則としており、ノン・コンセクエンシャリズムの議論はそれに例外的に歯止めをかけるような形で提示されているにすぎない。これに対して、ドゥウォーキンは固有の権利として表現の自由を論じている。しかも、表現の自由という権利にはたとえ社会の多数派がそれを制限することを望んだとしても、それのみではそれを侵すことができないというような、極めて強い意味が与えられている。すなわち、ドゥウォーキンは、ノン・コンセクエンシャリズムの議論を表現の自由論の中心において論じているのである。以上のような相違は、後述のように表現の自由論において大きな差を生ぜしめるのである。第二に、ノン・コンセクエンシャリズムの議論内部においても、両者の間には大きな相違が見られる。両者とも、それぞれ自主性論・「平等な配慮と尊重を受ける権利」から、表現の受け手が誤った信条を抱くおそれがあるということを根拠に表現規制を正当化することはできないという結論を導いている。しかし、ドゥウォーキンは、スカンロンとは異なって、受け手の立場のみならず送り手の立場からも議論を進めている。しかもドゥウォーキンは、以下の二つのレベルにおいて送り手の利益を考慮しているのである。第一のレベル

は、表現規制の正当化根拠の違憲性のレベルである。すなわち、ドゥウォーキンは、「受け手が誤った信条を抱くおそれがある」ということを理由に表現を規制してはならないと述べているのみならず、「送り手の信念が価値のないものである」ということを根拠にして表現規制を正当化することはできないと主張している。第二のレベルは、表現の規制自体の違憲性のレベルである。ドゥウォーキンは、「平等な尊重と配慮を受ける権利」を具体化したものとして、「自分の思想・価値観を表現することによって、外部の道徳的環境の形成に参加する機会を得る権利＝表現の自由」を考えている。このことは、「自分の思想・価値観を表現することによって外部の道徳的環境に働きかける機会を得る」ということを、他の利益と比較衡量され得る単なる送り手の利益としてではなく、送り手の固有の権利——しかも強い意味での権利——として認めたということの意味するのである。したがって、ドゥウォーキンの見解によれば、「自分の思想・価値観を表現することによって、外部の道徳的環境の形成に参加する機会を得る権利」は、たとえ社会の多数派がそれを禁じることを望んだとしても、それだけでは侵害し得ないような権利であると捉えられる。すなわち、ドゥウォーキンは「ある思想・価値観が不快であるとか望ましくない」という理由で、それを外部に広める機会を奪ってはならないと述べているのみならず、それ以外の理由を以てしても、この権利を否定することはできないと主張しているのである。彼の権利論によれば「自分の思想・価値観を外部に表現することによって外部の道徳的環境に働きかける機会を得る権利＝表現の自由」を制限し得るのは、原則として、これと競合する、社会の他の構成員の「強い意味での権利」のみなのである。

例えば、ポルノグラフィ規制⁽⁴⁰⁾の是非をめぐる、両者の議論の間には以下のような相違が生じるであろう。

まず、スカンロンの考え方によれば、ポルノグラフィ規制を認めるか否かは、相互に衝突しあう様々な利害を比較衡量して決することになる。し

たがって、送り手の「多数の観衆の注意を引きつけようという利益」や「社会の性慣習を変革する機会を得る利益」などと、受け手の「見たくない表現物を見せられないという利益」や、第三者の「性犯罪を減少させるという利益」などを比較衡量しなければならない。その際、ミルの原理に規定されているような害悪を根拠にポルノグラフィを規制することは許されないという条件が付加される。例えば「ポルノグラフィが受け手に誤った信条を抱かせ、現在の性慣習を崩壊せしめる」というような受け手の不利益を根拠にポルノ規制を正当化することはできない。

一方、ドゥウォーキンの考え方によれば、まず第一に、送り手は、「自分の思想を表現することによって、社会の性慣習に影響を与える機会を得る権利＝表現の自由」という固有の権利を持っていると考えられる。したがって、それと競合する他の社会の構成員の個人的権利が存在しない限り、この権利は決して侵害することはできない。すなわち、例えば、送り手が自分の思想を正確に表現するためにはポルノグラフィという表現形式をとらざるを得ないというような事情があるにもかかわらず、国家がその表現活動に対して全面禁止を課すということは認められない。ただ、この場合、送り手に、社会の性慣習に影響を与える機会が確保されることのみが要求されるのであるから、状況によっては、その表現活動に対して時・場所などに関する制限が認められることもあり得るし、また、その表現によって、実際に他の社会の構成員の性慣習に変化がもたらされるということも必要としていない。しかし、送り手が自分の思想を外部の環境に及ぼすことがほぼ不可能となるほどの、厳しい時・場所に関する制限は認められないと考えるべきであろう⁽⁴¹⁾。第二に、送り手に、自分の思想・価値観を表現することによって外部の道徳的環境に働きかけたいという欲求が全く存在しないような場合は、相互に競合する様々な利益を比較衡量しなければならない。ここにおいては、道具的正当化根拠も（もし存在するならば）考慮される。これはスカンロンの議論におけるものと

ほぼ同様であるが、両者の間には一つ相違点が存在する。それは、ドゥウォーキンの議論においては、ポルノグラフィを表現する人は墮落した信条の持ち主であるということを根拠に表現を規制してはならないという条件が新たに付加されているという点である。

このように考えると、スカンロンは、「個人の自主性の確保」からミルの原理を引き出しているが、これは受け手の利益にのみ着目したものである⁽⁴²⁾。しかも、スカンロンの表現の自由論はミルの原理に反しない限りにおいては、原則として比較衡量論に依っているので、彼の議論においては「自分の思想・価値観を表現することによって外的環境に影響を与える機会を得る」という送り手の利益は、他の様々な社会的利益と同様、比較衡量され得る立場にある。ここにおいては、以上のような送り手の利益を、他の利益よりも優先させる明確な理由は存在しない。この点で、スカンロンの表現の自由論は、ドゥウォーキンのそれに比して、表現の自由の保護には弱い議論であると言える。

第3節 小結

以上のように、ドゥウォーキンは、表現の自由を論ずる際には表現の自由に対する道具的正当化根拠とともに、構成的正当化根拠も必要不可欠であると述べている。そして、構成的正当化根拠は権利論の応用として論じられている。すなわち、各人は国家に対して「平等な配慮と尊重を受ける権利」を有しており、表現の自由に対する権利はそこから引き出される権利であるとして、以下の三原則をうち立てている。

- ①「ある表現が受け手に望ましくない信条を抱かせる」という受け手の不利益を根拠に、その表現を規制することはできない。
- ②「ある表現、もしくはその根底にある思想が価値のないものである」ということを根拠に、送り手の表現活動を抑圧することはできない。
- ③すべての人は「自分の思想・価値観

を表現し、外的環境に働きかける機会を得る権利」としての表現の自由に対する権利を有している。しかもこれは強い意味での権利である。

このように、ドゥウォーキンの表現の自由論は、道具的正当化根拠のみならず構成的正当化根拠に基づくものであるため、表現の自由をきわめて厚く保護する議論となっている。このことは、ドゥウォーキンと同様ノン・コンセンサリズムの立場から表現の自由を論じたと言われているスカンロンと比較してみると、さらに明らかになる。スカンロンは、あくまで比較衡量論を原則とし、それに例外的に歯止めをかける形でノン・コンセンサリズムの議論——すなわちミルの原理——を提示しているに過ぎない。しかも、スカンロンの提示したミルの原理は、専ら表現の受け手の利益のみを考慮するものであった。これに対してドゥウォーキンは、表現の自由論の中心にノン・コンセンサリズムの議論——すなわち構成的正当化根拠——を置いている。さらに、彼の主張する構成的正当化根拠論は、表現の受け手の利益のみならず送り手の利益をも考慮するものであった。しかも、「自分の思想・価値観を表現し、外的環境に働きかける機会を得る権利」としての表現の自由に対する権利を認めることによって、表現の送り手の「自分の思想・価値観を外的環境に働きかける機会を得る」という利益は、単に他の利益と比較衡量され得るものとしてではなく、強い意味での権利として極めて強い保護を受けることになる。

ドゥウォーキンは、表現の自由論を論ずる際に、彼の議論がいかにか現在の一般的なアメリカ国民の正義感覚に合致し、そして、いかにか実定法的諸ルールに整合的であるかを強調している。すなわち、表現の自由の正当化根拠として道具的正当化根拠のみならず構成的正当化根拠も必要不可欠であるのは、後者が前者より現在アメリカで極めて重要な価値として広く認められている表現の自由を擁護するのに適した理論であり、かつ従来の表現の

自由に関する諸原理や先例を整合的に説明するには、両者が必要不可欠となるからであると述べているのである。

これは、彼の表現の自由論が、彼自身の提唱するモラル・リーディングを自ら実践した結果として立ち立てられたものであるということに起因する。すなわち、彼は①自己の様々な道徳的直観を最も矛盾なく説明し得る道徳的原理に従い、かつ、②実定法的諸ルールに最も整合的であるようなものとして、彼の表現の自由論を構成しているのである。彼は、自らの表現の自由論をより説得的なものにすべく、実定法的諸ルールとの整合性をきわめて重視しているのである。

彼は、法律上の原理をめぐる二つの主張が対立している時、どちらの主張が有力かは①どれだけ説得力のある道徳的主張をしているかと②実定法的諸ルールにどのくらいこの原理が整合的であるかによって決まると述べている。ドゥウォーキン⁴³の表現の自由論は、現在のアメリカの大多数の国民の正義感覚に合致し——すなわち現在アメリカにおいて最も重要な価値の一つであると考えられている表現の自由⁴⁴に極めて厚い保護を与えるものであり——、しかもアメリカにおける実定法や主な先例とも整合的な解釈論であるため、一見、極めて説得力を持つ解釈論であるかのように見える。

しかし、彼の表現の自由論は、十分に説得的であろうか。彼は、国家がある個人の表現活動に関してそのような不利益を与えるとすれば、このような国家の活動は不正であると言い得るようなものを列挙し、前述の三原則を立ち立てている。では、なぜ国家が個人に以上の三つの不利益を与えることが不正と言い得るのであるか。そして、表現活動に関して不正と言い得る国家の活動はなぜこの三つに限定されるのであろうか。この点が必ずしも明らかではない。以上のような問題は、表現の自由論に関してのみならず、そもそも、ドゥウォーキンの権利論には、何が道徳的権利と見なされるべきなのか、すなわち、国家が個人に対していかなる行為をした時にその行為が不正である

と言い得るのかを判断する明確な基準が存在しないことに起因する。この点、ドゥウォーキンは、モラル・リーディングにしたがって——すなわち①自己の様々な道徳的直観を最も矛盾なく説得し得る道徳的原理に従い、かつ、②実定法的諸ルールに最も整合的であるような解釈方法によって——判断すべきであると考えているのであろう。しかし、そもそも、法解釈論としての有力さを判定するドゥウォーキンの基準はどれだけ有効なのであろうか。というのは、ドゥウォーキンの道徳的主張とは全く異なった道徳的原理に基づいていながら、しかも、ドゥウォーキンの議論と同程度に説得的な道徳的原理に基づき、かつ実定法的諸ルールにも整合的である表現の自由論が存在しないとは言えないのではないかと考えられるからである。ドゥウォーキンは、すべての先例・制定法に完全に整合的な理論を立ち立てることは不可能であることを認めており、実定法的諸ルールの一部を「過誤 (mistake)」として整合化の過程からはずすことを認めている⁴³。もっとも彼は、解釈者にこの手段を無原則に認めているわけではないが、この手段に対する明確な制限を論じているわけでもない。したがって、「過誤」として実定法的諸ルールの一部を整合化の過程からはずすという手段を用いれば、解釈者は自らの道徳的信念にしたがって、ほぼ自由に解釈論を組み立てられるということになると考えられるのである。

次章では、ドゥウォーキンのマッキノン批判を検討しながら、以上のような問題についてさらに考察していきたい。

第2章 ドゥウォーキンによるマッキノン批判の検討

本章においては、第1章で論じた表現の自由論をもとにして、ドゥウォーキンのマッキノン批判を検討していきたい。まず、第1節においては、マッキノンが立案したインディアナポリス市のポルノ規制条例と彼女の1993年の著書「Only Words」⁴⁴における主張をごく簡単に紹介し、次いで第2節において、それらの主張に対するドゥ

ウォーキンの批判を論じたい。

第1節 マッキノンのポルノグラフィ規制論の概略

キャサリン・マッキノン (Catharine Mackinnon) は、ポルノグラフィーが男の支配・女の従属を維持・強化していると主張し、ポルノグラフィーの規制強化を求めて運動を展開している⁽⁴⁵⁾。本節においては、「Only Words」を中心に、マッキノンの主張の要点をごく簡単にまとめてみたい。

マッキノンは、1984年、インディアナポリス市においてポルノ規制条例を立案した。その条例は以下のようなものであった。

まずこの条例においては、ポルノグラフィは「画像・言葉にかかわらず、女性の従属を写実的かつ性的にあからさまに描写したもの」と定義づけ、この定義に該当するものとして、女性が苦痛や屈辱やレイプを楽しむものとして描かれているものや、女性が墮落したり、拷問を受けていたり、不潔なものとして描かれているもの、女性が血を流していたり打撲傷を受けている形で描かれているもの、女性が隷属・服従・陳列の姿勢で描かれているものなどを挙げている。そして、この条例は、上のように定義づけられたポルノグラフィの制作・販売・陳列・頒布、ポルノグラフィへの強制出演、ポルノグラフィの影響で子供や女性を襲うことなどを、「差別的行為」として禁止しているのである。

この条例は主に以下の三つの特徴をもっている。まず第一に、「ポルノグラフィー」の定義に関してである。この条例で定義づけられている「ポルノグラフィー」は、一般的に使用されている意味でのポルノグラフィーや猥褻表現 (obscenity) と同意義ではない⁽⁴⁶⁾。ここにおいてはポルノグラフィは「画像・言葉にかかわらず、女性の従属を写実的かつ性的にあからさまに描写したもの」と定義づけられている。すなわち、この条例においては「女性の従属」を描写したものとしてのポルノグラフィが問題となっており、この点にこの条例の大きな特徴が見られるのである。第二に、この条

例は、上のように定義づけられたポルノグラフィの陳列を、単に部分的に規制しよう——すなわち、販売場所を制限したり、子供に対する提示のみを禁止したりするなど——というものではなく、上のポルノグラフィの定義に該当するものすべてを全面的に禁止する——すなわち、制作・販売・陳列・頒布のすべてを禁じる——ものであったという特徴をもっている。第三に、以上のようなポルノグラフィは、その猥褻さや下品さゆえ禁止されるのではなく、それが女性に対する「差別的行為」であるという理由で禁止されるとしているという特徴が見られる。

マッキノンのポルノグラフィ全面的禁止論は、彼女の著書「Only Words」において強く主張されている。この著書においては、ポルノグラフィの猥褻さ・下品さゆえではなく、ポルノグラフィが女性に与える害悪ゆえに禁止されるべきだと論じられているところに大きな特徴がある。彼女は以下の四つの点において、ポルノグラフィは女性を害するものであると述べている。

まず第一に、マッキノンはシロー (Shiro) 事件⁽⁴⁷⁾における被告人の陳述などを引き合いに出して、ポルノグラフィは、レイプやその他の性犯罪を増加させる主要な原因となっていると主張している⁽⁴⁸⁾。

第二に、マッキノンは、ポルノグラフィの制作という点に焦点をあてて、その害悪について論じている。すなわち、現在のアメリカの社会には、様々な性差別が存在しており、その性差別構造が女性にポルノ映画に出演することを強制している。このため、自分の意に反してポルノ映画に出演する女性も多いが、彼女らは実際に直接的な性的服従に苦しんでいるのである⁽⁴⁹⁾。

第三に、マッキノンは、ポルノグラフィには、サイレンシング (silencing) 効果があると述べている。すなわち、ポルノグラフィは、女性たちが発言することを困難にし、他人に——特に男性に——彼女らの主張を軽視・誤解させるような環境を作り出すという効果をもっているとしている。

第四に、マッキノンは、ポルノグラフィは、現

在のアメリカの社会における女性の男性への従属という構造を構築しているのみならず、ポルノグラフィは差別的「行為」それ自体とも言い得ると考えている⁽⁵⁰⁾。

マッキノンとは、「Only Words」において、以上のようなポルノグラフィーが女性に与える四つの害悪を指摘し、これらの害悪の存在から、そもそもポルノグラフィは修正1条で保護されるべき「言論」ではないという議論と、たとえポルノグラフィが修正1条によって保護される「言論」であったとしても、それは様々な害悪を引き起こすものであるから自由を制限すべきであるという議論とを引き出している。しかし、ドゥウォーキンとは、専ら後者の議論にのみ焦点を当ててマッキノン批判を展開しているため、ここでは、マッキノンの前者の議論には触れないつもりである。なぜなら、ここでマッキノンの議論を取り上げる第一の目的は、マッキノンの主張自体の紹介・検討をすることではなく、ドゥウォーキンのマッキノン批判を検討することによって彼の表現の自由論の特徴を浮かび上がらせることであるからである。

第2節 マッキノンの議論に対するドゥウォーキンの批判

マッキノンは、前述のように、そもそもポルノグラフィは修正1条で保護されるべき「言論」ではないと主張しているのみならず、たとえポルノグラフィが修正1条で保護されるべき「言論」であるということを認めたとしても、ポルノグラフィは様々な害悪を生ぜしめるので規制すべきであるという議論を展開している。彼女の、「Only Words」における「言論」としてのポルノグラフィ規制論は主に以下の三点に要約される。まず第一に、マッキノンは、ポルノグラフィは性犯罪を増加させる主要な原因となっているとし、したがって、たとえポルノグラフィが修正1条で保護されるべき言論であると認めたとしても、それが犯罪を増加させるという重大な害悪を引き起こすものである以上、ポルノグラフィの規制は許されるべきであると主張している⁽⁵¹⁾。第二に、マッキノン

は、ポルノグラフィ映画の撮影には、必ず女性に対する性的虐待が伴うというところから議論を進めている⁽⁵²⁾。そして、彼女は、現在のアメリカ社会には様々な男女間の不平等が存在しており、それが女性に対して、ポルノグラフィ映画出演という形で性的虐待を受けることを強制しているのだと考えている⁽⁵³⁾。しかし、強制的な性的虐待行為に対しては、ポルノグラフィの禁止という手段を取らなくとも、犯罪行為として訴追し得るのであり、この点、マッキノンも、「ポルノグラフィの中には強制によって制作されるものもあるという事実は、それをすべて規制すべきだという法的根拠にはならない⁽⁵⁴⁾」と述べている。にもかかわらず、マッキノンは、ポルノグラフィにおける強制出演の問題をかなり精力的に力説している。おそらく、彼女は、ポルノグラフィにおける強制出演の問題は、現在のアメリカの社会における性差別状況から生じる、いわば構造的な問題であるということを見ると、この問題を解決するためには、事後的な救済のみならず、事前の予防——すなわち（「言論」としての）ポルノグラフィの制作の禁止——が必要不可欠であると考えているのであろう⁽⁵⁵⁾。第三に、マッキノンは、ポルノグラフィが修正1条で保護されるべき「言論」であるということも認めたとしても、ポルノグラフィは修正14条で保護されるべき女性の平等権を侵害するものであるから、規制されなければならないと主張している。

これらのマッキノンの議論に対して、ドゥウォーキンは、それぞれいくつかの反論を提示しているが、本論文においては、第三の点——ポルノグラフィの自由と女性の平等権の問題——についてのみ考察していきたい。

以後、まず、ポルノグラフィの自由と女性の平等権に関するマッキノンの議論を簡単に紹介し、次いで、それに対するドゥウォーキンの批判を検討する。

1. マッキノンの主張——ポルノグラフィの自由と女性の平等権との衝突

マッキノンは、ポルノグラフィは差別的「行為」それ自体であり、そもそも修正1条で保護されるべき「言論」ではないという主張をしているのみならず、たとえポルノグラフィが修正1条で保護されるべき「言論」であるということも認めたとしても、ポルノグラフィは修正14条で保障されるべき女性の平等権を侵害するものであり、ポルノグラフィの自由と女性の平等権との衝突として問題を捉えなければならないとしている⁽⁵⁶⁾。

まず、マッキノンは、社会的に権力を持つ者の捉えた現実が「社会的現実」として一般に受け入れられるのであるという主張を前提とし、社会において差別構造が構築されていく過程を以下のように述べている。

「資料を提示することによって、または権威をもって『ある人が劣等である』と言うことが地位の構造と処遇の違いがいかにして作り出され現実化されるかを決定する。言葉や画像を通じて人々がどの階級に属するのかが示され、社会的階層がいかに避けることのできない正当なものであるかということが認識され、劣等感や優越感が生まれ、底辺の人々に対してふるわれる暴力についての無関心が合理化され正常化される。意味を作り出すことを通じて、社会的優越が人々の内面において、また人々の間に作られていく。それを壊すためには、これらの意味とその表現手段を壊さなければならない⁽⁵⁷⁾。」

そして、ポルノグラフィが、女とは何か、男とは何かを規定していく過程を、以下のように述べている。

「ポルノグラフィは、それが制作され、使用され、女性とはどのような存在であるか、女性とはどのように見られ、扱われるべきかという考え方を確立し、女性に対して何をし

てよいか、そしてそれを行う男とは何かという意味で女性が何であり、何であり得るのかということについて社会的現実を構築することを通じて、世界をポルノグラフィ的世界に変えてしまう⁽⁵⁸⁾。」

「女性の人生はポルノグラフィの送り手のテキストに基づいて作られるのである。生き延びるためにあなたは恥じることを覚え、それを隠すために性的虚勢を張ることを覚え、自分が影響力のない人間であるということを知り、それを魅惑的・秘密なものとする術を学び、自分でも忘れてしまうまで自分の知っていることを語らない習慣を身につける。そしてこれ以上我慢できないという時には、自分の肉体から心を遊離させて、別の人になることを覚える。そして、人に取り入り、媚びへつらい、まねをし、積極的なまでに受動的になり、沈黙するようになる。つまり『女らしさ』を身につけていくのである⁽⁵⁹⁾。」

マッキノンは、自己の捉えた現実を「社会的現実」として受け入れさせることができるものが権力を持つものであるとし、男性はそのような意味において女性に対して権力を有していると述べている。すなわち、女性に対する男性の見方が、女とは何か、男とは何かを規定するのである。ポルノグラフィは、まさに女性に対する男性の見方そのものである。つまり、ポルノグラフィは、女性に対する性的虐待を望む男性の見方——本来的に、男性は女性を征服したいという願望を持っており、一方女性は男性に暴行され征服されたいという願望を持っているのであり、したがって、性的虐待行為は実は性的に平等な行為なのであるという見方——を如実に表したものである。そして、権力者たる男性のこのような見方が、男性支配・女性服従は両性の望む自然なものであるという考え方を社会一般に構築していくのである⁽⁶⁰⁾。このような意味では、ポルノグラフィは単に男性支配・女性服従という社会的現実を反映しているのみなら

ず、このような社会的現実を構築する主要な原因となっているのである。かくして、ポルノグラフィは、女は価値の低いものであるとか、自分の考えを語らないことが「女らしい」ことであるというような女性観を構築し、女性から信用を奪い、権威を剥奪し、正当性を失わせ、女性を沈黙させるのである⁽⁶¹⁾。このような状況の下でポルノグラフィに表現の自由を認めることは、男性の、女とは何か、男とは何かを規定する力をますます強化することを意味し、それと同時に、実質的に権力を持たない女性をますます沈黙させることを意味するのである。そして、男性支配・女性従属という現実を打破し、実際に現実的平等を達成するためには、不平等な現実を構築している表現手段、すなわちポルノグラフィを打破しなければならないとマッキノン主張しているのである。

マッキノンは、以上のことを念頭に置くと、『検閲』という言葉の定義も、『政府が無力な人間を沈黙させること』から、『権力をもつ人間が、国家権力の陰に隠れて、権力の無い人間を侵害して沈黙させること』と変わってくる⁽⁶²⁾』と述べている。すなわち、ポルノグラフィの全面的禁止が「検閲」なのではない。社会における権力者たる男性がポルノグラフィを通じて女性を沈黙させているという状況の下で、国家権力がポルノグラフィを擁護することこそ——すなわち、このことはとりもなおさず国家が無力な女性を沈黙させるために権力を行使することを意味するのであるが——「検閲」なのであり、禁じられなければならないことなのだと彼女は主張している。

これらの考え方を前提として、マッキノンは、ポルノグラフィ規制の問題は、ポルノの自由と女性の平等権との衝突の問題として捉えなければならないとし、憲法で保障されている二つの価値——表現の自由と平等——を比較衡量してみれば、この場合は女性に対する権利侵害の方がポルノグラフィを消費する人々の快楽やポルノグラフィ業者の利益よりもはるかに重大であるので、女性の平等権が優先されるべきだと結論づけているのである⁽⁶³⁾。この点、マッキノンは、ポルノグラフィ

規制を、政府による他の実質的な機会の平等創出政策——例えば雇用・教育における黒人差別・女性差別の禁止——と同類のものと考えているのである⁽⁶⁴⁾。

このようなマッキノンの議論をドゥウォーキン は、以下の二つのレベルに分類している⁽⁶⁵⁾。一つは、ポルノグラフィが、サイレンシング効果、つまり女性を沈黙させるとともに、彼女らの主張を軽視するような風潮を社会に生み出すという効果をもっているというレベルである。このレベルにおいては、社会において実際に女性が男性と平等に発言し、かつそれを平等に尊重してもらうという意味での平等が要求されている。すなわち、マッキノンは、自己の構成したものを社会的現実として受け入れさせることのできる立場にいるものが権力を有するものであると考えており、女性にもそのような意味での権力を男性と平等に持たせるべきであると主張しているのである。二つ目は、平等主義的 (egalitarian) 議論のレベルである。このレベルにおいては、ポルノグラフィは、女性を性的な対象物もしくは従属的な対象物として描くことによって、女性の一般的な従属——経済的従属や社会的従属など——を助長しており、このような現実を打破し、実際に現実的平等を達成するためには女性の従属という社会的現実を作り上げている表現手段、すなわちポルノグラフィを打破しなければならないと主張されている。この議論においては、より一般的なレベルにおいて女性の実質的平等が達成されることが要求されている。

次項では、このようなドゥウォーキンの分類方法にしたがって、ドゥウォーキンのマッキノンに対する批判を検討していきたい。

2. ドゥウォーキンの批判

ドゥウォーキンは、以上のようにマッキノンの議論をサイレンシングの議論と平等主義的議論とに分類した上で、両者の議論の間には多くの共通点が存在する⁽⁶⁶⁾としながらも、以下の二点において両者は決定的に異なっているとしている⁽⁶⁷⁾。まず第一に、平等主義的議論は、サイレンシングの

議論とは異なって、自由という思想の内部における新たな矛盾する衝突を生ぜしめないとしている。すなわち、サイレンシングの議論に含まれている問題は、自由と平等との衝突の問題のみではない。この議論には、後述するように、表現の自由内部における互いに矛盾しあう自由観の衝突の問題が含まれているのである。これに対して、平等主義的議論はこのような自由内部の衝突ではなく、自由と平等との衝突の問題であるとドゥウォーキンは述べている。第二に、「平等主義的議論は、サイレンシングの議論に比べてその射程距離が限定されている。サイレンシングの議論は、すべての人が——社会運動家のみならず、極端な差別主義者や天地創造説の主唱者も——自分の考え方を主張しやすい環境を提供してもらうために必要な、もしくは、自分の主張が正しく理解されるために必要なすべての敬意に満ちた他人の注目を受ける権利を有していると主張している。しかし、これに対して平等主義的議論は、ある特定のグループ——アメリカの社会において継続的に不利益を受けている人々——が、その不利益を助長するような侮辱やいやがらせ、罵倒から保護されるべきであると主張しているだけなのである。」

以下、これらの議論に対するドゥウォーキンの反論を検討してみたい。

① サイレncingの議論の対するドゥウォーキンの批判

まず、サイレンシングの議論に関して、ドゥウォーキンは、ある言論が他の言論を沈黙させることがあり得るということは、確かに修正1条の法理において広く認められていることであり、もし、ある種の言論が、他の主張を発言したり聞いたりする機会を直接的に奪っているというのであれば、政府は各人の表現の自由間の衝突を調整しなければならないこともあるとしている。例えば、裕福でない人は新聞・テレビその他公共メディアへアクセスすることができないという状況が存在する場合は、政府は、裕福でない人の表現の機会を確保すべく何らかの方策をとらなければならないであろう。しかし、マッキノンのサイレンシ

ング効果論は、上の議論の射程をはるかに越えたものである。すなわち、マッキノンの議論によれば表現の自由には、発言する機会を得る権利のみならず、沈黙している人を外から働きかけて発言をするように積極的に促したり、他人に自分の主張を適切に理解させたり尊重させたりするという権利も含まれるということになる。こうなると、異論が生じ得るとドゥウォーキンは述べている⁽⁶⁸⁾。

サイレンシングの議論によれば、「いかなる人も……自分の発言を促してもらうために必要な、もしくは自分の主張が正しく理解されるために必要な、すべての……敬意に満ちた注目を受ける権利を有する」ということになるが、ドゥウォーキンは、これを馬鹿げた考え方としている。例えば、現在のアメリカにおいて、天地創造説主唱者や地球が平らであると信じている人は嘲笑の対象となることも多いが、このことは彼（彼女）らの発言する気力をそぎ、彼（彼女）らの主張に対して他人が注意を払うことを妨げるかもしれない。しかし、だからといって、彼（彼女）らが、自分の発言を促してもらったり、自分の主張を適切に理解してもらい、かつそれを尊重してもらったりする権利を有しているということは、いかなる社会においても認められないであろうとドゥウォーキンは主張しているのである。

さらに、ドゥウォーキンは、サイレンシングの議論は表現の自由内部における矛盾した自由観の衝突を生ぜしめると論じている。この点に関して、ドゥウォーキンは、アイザiah・バーリン (Isaiah Berlin) の「自由に関する二つの概念 (Two Concepts of Liberty)」という講演を引いて以下のように述べている⁽⁶⁹⁾。まず、バーリンは、自由を消極的自由 (negative liberty) と積極的自由 (positive liberty) とに分類している。消極的自由とは、各人が自分のやりたいことを他人に妨げられずに行い得るということを意味し、一方積極的自由とは、——どの程度まで消極的自由を縮減すべきかということに関する決定も含めて——公的決定をコントロールしたり、公定決定に参加したりする権限を意味する。そしてバーリンは、各人の

真の自由は、経験的自己 (empirical self) によってではなく合理的自己 (rational self) によってコントロールされる場所にあるのだ——すなわち、真の自由は各人が自分自身で認めたゴールではなくあらかじめ保証されたゴールをめざすようにコントロールされる場所にあるのだ——という考え方がとられるようになると、積極的自由の思想は腐敗し始めると主張している。このような自由の概念の下では、真の自由は、人々が、各人の意志に反するにもかかわらず、全知全能の統治者によって支配される時にのみ達成され得るということになってしまう。しかしバーリンは、消極的自由は完全なものであり、いかなる場合でもどんな形でも保護されなければならないと主張しているわけではない。それどころか、彼は、——特に経済的不平等という形で——過度に消極的自由を追求することによる害悪を主張している。また、バーリンの主張の第2のポイントは、それ自体魅力的な様々な政治的理念——例えば、様々な自由や正義・愛・幸福などの他の政治的価値——は一つの政治構造においてすべて実現することはできないと主張していることである。すなわち我々は一つの政治構造においては、それぞれの政治的理念が互いに衝突し合うということをはっきり認識しなければならないと彼は述べているのである。我々は、様々な政治的理念の中から、個人として国家として今後我々が進むべき道を決定する一つの一貫した理念の組み合わせを選択しなければならない。そしてその際重要なのは、我々は、消極的自由と積極的自由とを混同したり、自由自体と他の政治的価値とを混同してはならないということであるとバーリンは述べているのである。

ドゥウォーキンも、このようなバーリンの主張に基本的に賛同したうえで、サイレンシングの議論を以下のように批判している⁽⁷⁰⁾。まず、ドゥウォーキンはサイレンシングの議論を消極的自由と積極的自由との衝突の問題として捉えている。すなわち、ポルノグラフィは、女性から直接的に投票権を奪うわけではないが、ポルノグラフィは女性を実際よりも重要でない存在として規定して

しまうため、女性は政治的権力・権威を有することができないという風潮を社会に生み出している。このように考えると、ポルノグラフィの送り手の自由——すなわち送り手の消極的自由——を認めることによって、政治・社会において女性が自ら統治者となる権利——すなわち女性の積極的自由——が奪われるのである。さらにドゥウォーキンは、サイレンシングの議論は消極的自由どうしの衝突の問題も生ぜしめると述べている。すなわち、ポルノグラフィは女性を沈黙させるのであり、このような意味で女性の消極的自由を奪うのである。

ドゥウォーキンは、イースターブルック (Esterbrook) 判事の「その思想が普及することによっていかなる結果が生じようとも——たとえ積極的自由に対して望ましくない影響を与えようとも——その思想がそのような結果を生ぜしめることを禁止し得ないということが表現の自由における重要なポイントである」という主張は、アメリカの憲法論においては正しいと主張している⁽⁷¹⁾。確かに、ある言論が他の言論を誤解させたり沈黙させたりする効果をもつということは好ましくないことであるとドゥウォーキンは述べている。しかしそれを国家が介入して是正するということは憲法上認められていない、つまり、そのような害悪は、憲法の許している手段によって克服していかなければならないと彼は主張しているのである。我々は一つの政治構造においてすべての政治的理念を実現することはできないのであって、我々はその中から一つの一貫した政治的理念の組み合わせを選択しなければならない。アメリカにおいては、ある言論の根底にある思想が社会にいかなる影響を生ぜしめようとも、その言論に自由を認めるという意味での表現の自由が選択されているのであり、女性が今後、不平等と戦っていく際にもこの選択を誇りとしていかなければならないとドゥウォーキンは主張しているのである。

② 平等主義的議論に対するドゥウォーキンの批判

平等主義的議論に関して、ドゥウォーキンは、この議論はサイレンシングの議論とは前述のよう

な相違があるため、サイレンシングの議論に比べてより説得力をもつものとなっているとしている。しかし、それにもかかわらず、彼は平等主義的議論は危険なものであると主張している。なぜなら、平等主義的議論は『平等が、時にはある人から彼（彼女）の表現の自由を全て奪うということもあり得る』という驚くべき原理に訴える」ものだからである⁽⁷²⁾。この点、ドゥウォーキンは、必ずしも明確には述べていないが、マッキノンの平等主義的議論に対して、主に以下の三つの点において問題があると考えていると思われる。まず第一に、この議論はポルノグラフィを部分的に規制しよう——すなわち、販売場所を限定したり、子供に対する提示のみを禁止したりするなど——というのではなく、ポルノグラフィを制作から販売・陳列・頒布に至るまで、全面的に禁止しようとするものである⁽⁷³⁾。第二に、この議論はそのポルノグラフィが政治的・文学的・科学的価値をもつか否かに関わらず、また、送り手がポルノグラフィという手段によってしか、自分の思想・価値観を表現できないという事情があるか否かに関わらず、全面的にポルノグラフィを禁止しようとするものである⁽⁷⁴⁾。第三に、マッキノンは、この議論を、職場における性的嫌がらせを禁止するセクシャル・ハラスメント法 (sexual harrassment laws) や、大学における人種的・民族的侮辱発言を禁止する大学表現規則 (university speech code) とのアナロジーとして論じているが、ドゥウォーキンは、マッキノンの平等主義的議論は、セクシャル・ハラスメント法や大学表現規則よりもずっと広範でずっと危険であると主張している⁽⁷⁵⁾。「なぜなら (セクシャル・ハラスメント法や大学表現規則は)、一般的な平等主義的な目的に資するものとも言い得るかもしれないが、通常それらは、はるかにより限定的ではるかにより特定の根拠に基づいて擁護されるのである。」例えば、セクシャル・ハラスメント法は、社会一般においてなされる女性に対する侮辱的発言のもつ、いわば広範な効果から女性を保護しようというのではなく、職場という限定された状況において、女性を直接的な性

的嫌がらせや言葉による侮辱から守ろうとするものである。また、「大学表現規則」は、「効果的な指導と研究に必要不可欠な、相互尊重及び文化・意見の多様性に対する敬意という、穏やかで熟考に適した雰囲気を維持することによって、教育的な目的を達成しようとするものである。」これに対して、マッキノンのポルノグラフィ禁止論は、以上のように状況や目的が限定されたものではなく、より一般的な状況において、より一般的な目的を追求しようとするものである。

さらに、ドゥウォーキンは、第1章でも述べたように、すべての人は「自分の思想・価値観を表現し、外的環境に働きかける機会を得る権利」としての表現の自由に対する権利を有しており、しかもこれは強い意味での権利であると考えている。しかし、マッキノンの平等主義的議論は、この権利を全く無視したものであると彼は反論しているのである。マッキノンの議論はいかなる場合においても、女性従属という社会構造を作り出すのに中心的な役割を果たすような言論は全面的に禁止されるべきであるというものであるが、これは極めて一般的で広範な原理である。以上のようなマッキノンの議論に従えば、裁判所は、社会的に不利益を被っている集団を侮辱するようなすべての表現物に関して、それが有する価値——すなわち、それがどの程度公的討論や学問に役立っているかということ——と、それが当該集団に生ぜしめる害悪の大きさを比較衡量し、後者が前者よりも大きい場合、裁判所はそのような表現物を禁止しなければならないということになってしまう⁽⁷⁶⁾。実際、マッキノンは、彼女の議論を女性従属の問題のみならず人種的・民族的差別の問題にまで拡張している。例えば、彼女は、スコーキー事件において、ナチ党に多くのユダヤ人の住むスコーキーの町を行進する自由を認めたイリノイ州北部地裁の判決を批判している⁽⁷⁷⁾。こうなると、例えば、「ヴェニス商人」の上演も禁止されかねないとドゥウォーキンは批判しているのである。

ドゥウォーキンの主張する「自分の思想・価値観を表現し、外的環境に働きかける機会を得る権

利」としての表現の自由に対する権利は、強い意味での権利であるとはいえ、絶対的なものではない。すなわち、この権利も、それと衝突する何らかの個人的な強い意味での権利が存在する場合には、否定されることがあり得る。思うに、個別・具体的なケースごとにこの権利が否定されるべきか否かを考慮することなしに、広範な原理を以て、一般的にこの権利を無視することは許されないとドゥウォーキンが主張しているのであろう。

さらに、ドゥウォーキンは、「ポルノグラフィ規制の問題を考える際には、『自由』と『平等』という憲法上保障されている二つの価値が衝突するのだということを認識しなければならない。」というマッキノンの主張に対して、実は「自由」と「平等」とは衝突しないのであると反論している⁽⁷⁸⁾。次項においては、この点に焦点を当てて、ドゥウォーキンの「自由」観・「平等」観に関して検討していきたい。

③ 自由と平等

マッキノンは、表現の自由と平等権との衝突の問題としてポルノグラフィ規制の問題を捉えなければならないとしている。ところが、アメリカではこれまでこのような捉え方は一度もなされてこなかったと彼女は主張している。すなわち、「アメリカでは今まで一度も、平等と表現の自由について、憲法上で保障された二つの価値としての公正な論戦がなされたことはなかった⁽⁷⁹⁾」のである。例えば、ポルノグラフィ規制の問題に関しては、常に、規制が表現に対して与える侵害が大きすぎるか否かという観点からのみ捉えられ、ポルノグラフィの規制が女性の平等権を推進するものであるという点については考慮されてこなかったのである。

マッキノンは、現在のアメリカにおいては、「『平等の法』と『表現の自由の法』とは衝突しつつある⁽⁸⁰⁾」と主張している。そして「言論を平等というレンズを通してみれば⁽⁸¹⁾」、つまり表現の自由と平等権との衝突の問題としてポルノグラフィ規制問題を考えれば、ポルノグラフィが男性支配・女性従属という社会的現実を作り出しているとい

うことが明らかになり、したがって、女性の平等権を守るためにポルノグラフィを規制すべきであるという結論を自ずと導かれるのだと彼女は述べているのである。

しかし、ドゥウォーキンはポルノグラフィ規制の問題を考える際に、「自由」と「平等」という憲法上保障されている二つの価値を念頭に入れていないわけではない。それどころか、彼の権利論は、「自由」と「平等」との衝突という問題をつきつめた末に生まれたものであると言える。そして、彼は彼自身の権利論に基づいて、「平等」と「自由」が衝突するというマッキノンの主張に反論しているのである。第一章でも論じたように、ドゥウォーキンは、すべての権利は「平等な配慮と尊重を受ける権利」から引き出されると考えている。すなわち、彼の考え方によれば、表現の自由を含めてすべての自由権は、彼の言うところの「平等」から引き出されるのであり、したがって、「平等」と「自由」とは衝突し得ないのである。

しかし、「平等」と「表現の自由」との衝突に関する両者の議論の間には一種のずれのようなものが感じられる。何故ならば「Only Words」においてマッキノンの言うところの「自由」や「平等」と、ドゥウォーキンの言うところのそれとは全く別のものであると考えられるからである。以下、この点について検討していきたい。

まず、マッキノンが「表現の自由」・「平等」という時、彼女はいかなるものを考えているのだろうか。まず第一に、「表現の自由」に関しては、ドゥウォーキンは、マッキノンは道具的正当化根拠の観点からしか捉えていない——つまり表現の自由を民主主義をうまく機能させるための道具としてしか捉えていない——と批判している⁽⁸²⁾。そのため彼女は、女性がポルノグラフィによって侮辱されたり沈黙させられたりしなければ、女性は政治過程においてより有効な参加者となるであろうということ、及び、ポルノグラフィは政治的討論にはほとんど役に立たないということを考えると、ポルノグラフィに自由を認めるよりもそれを規制する方が民主主義をうまく機能させることが

できるのであるから、ポルノグラフィを規制すべきであるという結論を導いていると彼は述べている。確かに、「Only Words」には、何らかの社会のゴールを達成するのに役立つか否かにかかわらず、各人が表現の自由という固有の権利を有しているのだという構造的正当化根拠は見当たらない。その代わり、各所において、ポルノグラフィがいかに女性を沈黙させるかということやポルノグラフィがいかに政治的議論には役立たないかということが力説されている。したがって、「Only Words」においては、マッキノンには、道具的正当化根拠という側面からしか「表現の自由」を捉えていないと言えるだろう⁽⁸³⁾。第二に、「平等」に関しては、「Only Words」において、マッキノンは「実質的平等 (substantive equality)⁽⁸⁴⁾」をもって「平等」を意味している。そして従来の修正1条に関する平等が扱いがいかに消極的で——つまりいかなる視点を持つ表現でも、その視点を理由に規制してはいけないという意味での平等——いかに形式的な——ある集団や利益のために保護された言論は、他の集団や利益のためにも同様に保護されるという意味での平等——ものであったかを指摘し⁽⁸⁵⁾、このような「平等」概念が現実において、いかに実質的な差別を維持・助長してきたかを批判している。さらに、彼女は、実質的平等が修正14条で保護されるべきものであるということをも前提に議論を進めている。したがって、彼女が「平等」と「自由」とが衝突すると言った時、彼女は、実質的平等を保障される権利としての「平等権」と「表現の自由権」との衝突を意味しているのである。

一方、ドゥウォーキンはどうであろうか。彼は、「ある人にその行為をする権利がある」と言い得るのは、「国家がその人がその行為をするのを妨げたとすれば、そのような国家の活動は不正である。」と言い得る時であるとしている。そして、すべての人は国家に対して「平等な配慮と尊重を受ける権利」を有しているのであり、国家の活動が不正であると言い得るのは、国家がこの「平等な配慮と尊重を受ける権利」を侵害した時であると

している。「平等な配慮と尊重を受ける権利」とは、ある国家の政策が社会の多数派には利益を与えるが、ある個人には不利益を生ぜしめるという時、国家は彼（彼女）の不利益を配慮しなければならないということを意味している。ドゥウォーキンは、すべての基本権はこの「平等な配慮と尊重を受ける権利」を具体化したものであると考えている。例えば、彼の考え方によれば表現の自由も「平等な配慮を受ける権利」から引き出されるのである。

では、ここで、以上のドゥウォーキンの議論をポルノグラフィ全面的禁止論における平等主義的議論の問題に当てはめて考えてみたい。ドゥウォーキンの考え方によれば、すべての人は国家に対して「平等な配慮と尊重を受ける権利」を有している。したがって、ポルノグラフィの全面的禁止の是非をめぐっては、国家は、その規制を認めることによって生じるポルノグラフィの送り手の不利益や、その自由を認めることによって生じる女性の不利益などを配慮しなければならない。そして、その結果、国家がある個人にその不利益を与える時、そのような国家の活動は不正であると言い得る場合、彼（彼女）は、国家からそのような不利益を被らない権利を有していると言っているのである。

まず、ポルノグラフィの送り手の不利益はどうであろうか。第1章でも述べたように、ドゥウォーキンの考え方によればポルノグラフィの送り手は、以下のような権利を有しているとなるだろう。

- ① 「ポルノグラフィ、もしくはその根底にある思想が価値のないものである」ということ根拠に国家は送り手の表現活動を抑制することはできない。
- ② 送り手は、「自分の思想・価値観を表現し、外的環境に働きかける機会を得る権利」としての表現の自由権を有している。

すなわち、国家が、送り手の思想が価値がないものであるということをも根拠に表現活動を抑制し

たり、送り手がポルノグラフィという手段でしか自分の思想・価値観を表現することができないという事情があるにもかかわらず、国家がポルノグラフィを全面的に禁止したとすれば、このような不利益を送り手に与える国家の活動は不正であると言い得るのである。但しこれらの権利は強い意味での権利ではあるが、絶対的なものではない。すなわち、これらの権利と衝突する何らかの個人の強い意味での権利が存在すれば、両者を比較衡量した上で、後者を優先させるということも有り得るのである。つまり、もしポルノグラフィに自由を認めることによって生じる女性の不利益が、それを国家が女性に課すとしたら、その国家の活動は不正であると言い得るような場合、つまり、マッキノンが主張している男女間の実質的「平等」が、権利——強い意味での権利——として認められる時には、送り手の表現の自由と比較衡量され得る資格をもつのである。では、女性には、国家に対して男女間の実質的平等を確保するように要求する権利があるのであろうか。

この点について、ドゥウォーキン⁽⁸⁶⁾は明確には述べていないが、まず、彼は、ポルノグラフィが男女の不平等という構造を作り出すのに中心的な役割を果たしているというマッキノンの考え方を否定している⁽⁸⁶⁾。彼はテレビや他の大衆文化も例えば家事には男性よりも女性の方が向いているとか、女性は不合理な直観によって行動するなどというメッセージを送っているのであり、このような点では、男性優位の社会の構築に大きく貢献していると言える⁽⁸⁶⁾と述べているのである。但し、ドゥウォーキンも、ポルノグラフィが実際に男性支配・女性従属という社会的現実の形成にある種の役割を果たしているということは認めている。では、ポルノグラフィが女性に与えるこのような不利益は、もし国家がそれを課したとしたら、そのような国家の活動は不正であると言い得るようなものなのであろうか。この点、ドゥウォーキンは明示的には述べていないが、おそらく、彼はある特定の状況においては、女性も含めて社会において継続的な不利益を受けているような人たちが、

その不利益を助長するような侮辱、嫌がらせ、罵倒などを国家に禁止させる権利を有すると言い得る場合もあると考えているのであろう⁽⁸⁷⁾。しかし、彼は、広く一般的な状況においても、彼（彼女）らが国家に対して社会における実質的平等を確保させる権利を有するとは言えないと考えているのである。但し、ドゥウォーキンは、彼（彼女）らが国家に対して社会における実質的な平等を確保させる権利を有していないからといって、不平等な社会構造を倫理的に正しいものとみなしているわけではない。彼は、「真に平等な社会においては、極端な差別主義者の主張をあらかじめ（国家権力）が刑法や民法によって締め出すということは許されない。しかし、その代わりにそれらの主張は、他の人々の嫌悪感・怒り・あざけりによって信用を落とされなければならないのだ」と主張している⁽⁸⁸⁾。

ドゥウォーキンは、「平等」に関して、以下の二つの概念に区別して論じている⁽⁸⁹⁾。一つは、「平等な扱いに対する権利 (the right to equal treatment)」であり、もう一つは「平等な者として扱われる権利 (the right to treatment as an equal)」である。前者は、機会や資産や負担などを平等に分配される権利を意味する。後者は、「平等な配慮と尊重を受ける権利」と同意義である。これは負担や利益を同一に分配される権利を意味するのではない。例えば、病気の子供が二人いたとして一人が病気で死にそうで、もう一人が同じ病気で単に体調を悪くしているにすぎない時、残っている一服の薬をどちらの子供に飲ませるかコインをばいいて決めるのは、「平等な者として扱われる権利」すなわち「平等な配慮と尊重を受ける権利」を尊重したことにはならないと彼は述べている。そして彼は後者の方がより基本的な権利であり、基本権はすべてここから引き出されるとしているのである。マッキノン批判に際して「自由」と「平等」は衝突しないとドゥウォーキンが言う時、彼は後者の「平等」概念を念頭に入れている。

一見すると、平等に関するドゥウォーキンの二つの概念は、いわゆる「形式的平等」と「実質的

平等」に相当するようと思われる。しかし、実際はそうではない。「平等な扱いに対する権利」に関しては、この平等概念が単なる財や負担の平等な分配を意味するものであるため、いわゆる「形式的平等」に相当すると言える。しかし、後者に関しては、かならずしも「実質的平等」と同意義となるとは限らない。すなわち、後者の平等概念は、単にある政策を実施すべきか否かを決定する際には、国家はその政策によってある個人が受ける不利益、もしくは政策を実施しないことによってある個人が受ける不利益を配慮しなければならないということを意味しているだけなのである。つまり、配慮の結果、その不利益をその個人の課するような国家の活動が不正であると言えない場合は、その個人は国家に対してその不利益を救済させる権利を有しないのである。その際、いかなる不利益を個人に課す場合に、国家の活動が不正と言いつけるのかの問題となるが、これに関する明らかな判断基準についてはドゥウォーキンは言及していない。したがってこの点の判断の仕方次第では、後者の平等概念も、限りなく「形式的平等」に近づいていくのである。

マッキノンが「平等」と「自由」が衝突すると言った時、彼女の考えている「平等」は現実の社会における「実質的平等」である。しかも、彼女は、各人は、国家に対して、「実質的平等」を確保させる権利としての「平等権」を有していると考えている。すなわち、彼女が「平等」と「自由」が衝突すると言った時、彼女はそのような意味での「平等権」と「表現の自由権」の衝突を意味しているのである。

これに対して、ドゥウォーキンの言う「平等」とはマッキノンの言うような「平等権」のことではない。ドゥウォーキンの使用する「平等」とは、「各人が平等な配慮と尊重を受ける権利を有している」という意味での平等なのである。したがって、確かに、国家がポルノグラフィの自由を認めることによって、女性が性差別という不利益を受けるのであれば、国家はその不利益も「平等」に配慮しなければならないが、だからといって必ず

しも、女性に対してそのような不利益を与える国家の活動——つまりポルノグラフィに自由を認めること——が不正であるとは言えない。すなわち、女性がマッキノンの言うような「平等権」を国家に対して有するとは言えないのである。

以上のように、ドゥウォーキンの言う「平等」とマッキノンの言う「平等」とは全く異なるものである。したがって、「マッキノンは『平等』と『自由』は衝突するというのが、実は両者は衝突しないのだ」とドゥウォーキンが反論する時、議論のすれちがいが感じられるのである。

これまでの議論から、ドゥウォーキンの議論が一つの問題点を含んでいるということが明らかになるだろう。それは、国家が各人を平等に配慮・尊重する際に、いかなる不利益を国家が個人に与えるならば、その国家の活動が不正であると言いつけるのかの判断基準が明らかでないという点である。つまり、ポルノグラフィが全面的に禁止されたことによって、送り手が自分の思想・価値観を外的環境に広める機会をすべて奪われたとしたら、そのような不利益を国家が送り手に課することは不正であるとされるが、なぜ、国家がポルノグラフィの自由を認めることによって女性に性差別という不利益を与えるということは不正とされないのだろうか。この点に関しては、第1章でも述べたように、モラル・リーディングにしたがって——つまり自己の様々な道徳的直感を最も矛盾なく説明し得る道徳的原理に従い、かつ最も実定法的諸ルールに整合的であるような解釈論によって——判断しなければならないのであろうが、そう考えてみても、両者を区別する基準が明らかではない。このため、ドゥウォーキンの議論は説得力に欠けるものとなっている。

また、マッキノンは法律における「自由」・「平等」自体、社会的権力者たる男性の目から捉えた「自由」・「平等」であるという批判を行っている⁽⁹⁰⁾。

例えば、ポルノグラフィ擁護論者は、現在のアメリカの社会は基本的に男女「平等」の社会であると考えており、女性も男性も、「平等」に「表現

の自由」という権利を有していると考えている。しかし、ポルノグラフィ擁護論者の言う「平等」とは、実質的に権力のないものを実質的に権力を有するものと同等に扱うという意味での「平等」であり、そして、女性が男性と「平等」に有していると考えられている「表現の自由」は、女性も男性も、いかなる視点に基づく表現であっても、その視点を理由に表現を規制されることはないという、消極的かつ形式的な意味での「表現の自由」であるとマッキノン⁹¹⁾は述べている。ポルノグラフィ擁護論者は、このような意味での「表現の自由」を認めさえすれば、すべての人が「語りさえすれば聞いてもらえるし、書きさえすれば出版してもらえるようになる」と考えている。そして、ポルノグラフィ擁護論者はある人が発言しないとすれば、その沈黙は本人の自発的な選択によるものであるという信念をもっている。しかし実際はそうではないのだとマッキノンは反論しているのである。

前述のように、マッキノンは自己の捉えた現実を「社会的現実」として受け入れさせることのできる者が権力を持つ者であるとし、男性はそのような意味において女性に対して権力を有していると述べている。すなわち、女性に対する男性の見方が——つまりポルノグラフィが——女とは何かを規定するのである。ポルノグラフィは、男性支配・女性従属は両性の望む自然なものであるという考え方を社会一般に植え付け、女は価値の低いものであるとか、自分の考えを語らないことが「女らしい」ことであるというような女性観を構築し、女性から権威や信用を奪い、女性を沈黙させるのである。このように考えると、消極的かつ形式的な意味での「表現の自由」の下では、女性は実質的に表現の自由を保障されたことにはならない。なぜなら、女性の沈黙は決して自発的な選択によるものではないからである。この点についてマッキノンは以下のように述べている。

「……何度も闘っては負けることを繰り返すよりも、服従する方がより尊厳を保つこと

ができるために、女性が服従することは沈黙である。男性が言論と呼ぶものにアクセスするために出版社の人々やディレクターと寝ることは沈黙である。女性が、仕事を見つけなければいけないということで、外見に基づいて屈辱を与えられることも……沈黙である。……⁽⁹¹⁾」

すなわち、マッキノンは、社会的な仕組みを通して、女性は沈黙を強制されているのだと主張しているのである。このように指摘されても、あくまで女性は自発的に沈黙しているのだと考える人もいるかもしれない。しかし、そのような人が多く存在すればするほど、いかに、ポルノグラフィが女性の従属という社会的現実を構築することに成功しているかを示すことになるのだと彼女は述べている。

マッキノンは、これまでポルノグラフィ擁護論がアメリカの法学界で有力な位置を占めてきたのは、これまでの議論が、女性の視点から捉えた表現の自由論でなかったからだと批判している。すなわち、女性の視点から捉えれば、従来の消極的かつ形式的な「表現の自由論」では、女性の表現の自由を実質的に保障することができないということは明らかであるとしている。例えば、修正1条の目的として、個人の自己実現や民主制の維持を挙げる法学者も多いが、現在のような性的不平等の社会の下で、一体どのようにして女性は自己実現し得るのであろうか、一体いかにして女性は政治へ参加することが可能となるのであろうかと彼女は反論している。また、彼女は以下のようにも述べている。

「修正1条には、連邦議会は表現の自由を抑圧してはならないと規定されている。……修正1条を書いた人々は言論を有していた。彼らは憲法を起草したのであるから。現実的に彼らの言論を脅かす唯一の権力、つまり連邦政府から彼らの言論の自由を守りさえすれば、彼らの問題は解決したのであった。

……(しかし)女性の言論の問題が彼らの脳裏をかすめていたとはとうてい思えない⁽⁹²⁾。」

マッキノンには、憲法起草当時から今日に至るまで、憲法・制定法・先例における、すべての「表現の自由」の定義から、女性の存在が常に欠落していたのだと主張しているのである。

これらの批判は、ドゥウォーキンの議論に対しても向けられていると考えられる。彼は、すべての人が「平等な配慮と尊重を受ける権利」を有しているとし、政府が各人を道徳的責任主体として尊重するならば、いかなる視点を持った表現であってもその視点を根拠に表現を規制することはできないという結論が自ずと導かれるのだと主張する。確かにこの考え方を取れば、ポルノグラフィの送り手は、その人の主張が価値のないものであるからという理由で表現を規制されるということはないので、「平等な尊重」を受けたことになるであろう。しかし視点を変えてみると、以上のような考え方に基づいてポルノグラフィに自由に認めることが、はたして女性を「平等に尊重」することになるのかという問題が生じてくる。ポルノグラフィは女性に価値のないものであるという女性観を構築し、女性を沈黙させるものであるということを認めたとすると、むしろ、ポルノグラフィを禁止することこそ、女性を「自分自身の生き方に関する知的な構想を形成し、それの基づいて行動することができる存在として尊重する」ことになるのではないかと考えられるのである。もし、以上のように、ドゥウォーキンのいう「平等な配慮と尊重」も男性の目から見た「平等な配慮と尊重」に過ぎないのではないかと批判されれば、ドゥウォーキンはいかに反論し得るのであろうか。次節では、この点について若干の検討を加え、本章を締めくくりたいと思う。

第3節 小結

マッキノンは、ポルノグラフィにはサイレンシング効果——つまり、女性たちが発言することを

困難にし、他人に彼女らの主張を軽視・誤解させるような環境を作り出すという効果——があると同時に、ポルノグラフィは、現在のアメリカの社会において男性支配・女性従属という社会的現実を構築する主要な原因となっていると述べている。そして、彼女はポルノグラフィにこのような害悪があることをかんがみれば、たとえポルノグラフィが修正1案で保護されるべき「言論」であるということを認めたとしても、ポルノグラフィは修正14条で保障されるべき女性の平等権を侵害するものであり、憲法上保障されているこの二つの価値——表現の自由と女性の平等権——を比較衡量してみれば、この場合、女性に対する権利侵害の方がポルノグラフィを消費する人々の快楽やポルノグラフィ業者の利益よりもはるかに重大であるので、ポルノグラフィの自由は制限されるべきであると結論づけているのである。

これに対して、ドゥウォーキンは、主として、マッキノンの議論がアメリカにおける従来の憲法論・先例・制定法に必ずしも整合的ではないという観点から批判を加えている。まず第一に、マッキノンのサイレンシングの議論に関しては、①「表現の自由」には「いかなる人も——天地創造説の主唱者や地球が平らであると信じている人であっても——自分の考え方を主張しやすい環境を提供してもらうために必要な、もしくは自分の主張が正しく理解されるのに必要なすべての敬意に満ちた他人の注目を受ける権利」も含まれるという考え方は、現在のアメリカのみならずいかなる社会においても認められないであろうし、また、②アメリカが今まで選択してきたのは、消極的自由としての「表現の自由」——しかも、ある言論の根底にある思想が、社会にいかなる影響を生ぜしめようとも、その言論に自由を認めるという意味での「表現の自由」——であって、積極的自由としての「表現の自由」や、沈黙している人を外部から働きかけて発言するように促すという意味での「表現の自由」ではないのだと述べている。また、マッキノンの平等主義的議論に対しては、①セクシュアル・ハラスメント法や大学表現規則につい

ては「平等が、時にはある人から、彼（彼女）の表現の自由をすべて奪うということもあり得るといふ『驚くべき原理』」に訴えなくても説明し得ること、及び、②現在のアメリカにおいて表現の自由論を論ずる際には道具的正当化根拠のみならず構成的正当化根拠も必要不可欠であるが、マッキノンは前者のみしか考慮していないということ、したがって、③マッキノンは、ドゥウォーキンの構成的正当化根拠論の3本の柱の一つである「外部の環境に働きかけて自分の思想・価値観を広める機会を得る権利」としての「表現の自由」という捉え方を全くしていないということなどを挙げてマッキノンの議論を批判している。そして、さらに、ドゥウォーキンは、各人は国家に対して「平等な配慮と尊重を受ける権利」を有しており、表現の自由などのすべての基本権はこの「平等な配慮と尊重を受ける権利」から引き出されると考えれば、マッキノンが矛盾すると考えている自由と平等という二つの概念は、実は、一つの原理によって矛盾無く説明し得るものなのだと言っている。このように、ドゥウォーキンが主として、マッキノンの議論がアメリカにおける従来の憲法論・先例・制定法に必ずしも整合的ではないという観点から批判を加えているのは、彼が自分の提唱するモラル・リーディングを自ら実践しているということに大きな関係がある。

以上のようなドゥウォーキンの表現の自由論には主に2つの問題点があると考えられる。一つは国家が個人の表現活動に関していかなる不利益を与えた時に、そのような国家の活動が不正であると言ひ得るのかに関する明確な基準が存在しないという問題である。もう一つはドゥウォーキンは「平等な配慮と尊重を受ける権利」から引き出したものとして表現の自由を捉え、それに基づいてポルノグラフィ擁護論を展開しているが、このようなドゥウォーキンの議論は男性の視点から捉えた法律論にすぎないのではないかという問題である。両者の問題もモラル・リーディングという解釈方法自体の問題に起因するものである。

まず、前者に関しては、ドゥウォーキンは、国

家の活動が個人の表現活動に対して何らかの不利益を与える時、国家が彼（彼女）にそのような不利益を与えることが不正であると言ひ得る場合は、彼（彼女）は国家に対してそのような活動を禁止させる権利を有していると考えている。しかし、いかなる不利益を個人に与える場合に、その行為が不正であると言ひ得るのかに関しては、明確な基準は存在しない。例えば、ポルノグラフィが全面的に禁止されたことによって、送り手が自分の思想・価値観を外的環境に広める機会をすべて奪われたとしたら、国家が送り手にそのような不利益を課すことは不正であるとされるが、なぜ、国家がポルノグラフィの自由を認めることによって女性に性差別という不利益を与えるということは不正であるとされないのであろうか。両者を区別する基準は明らかではない。この点、ドゥウォーキンは、自らの道徳的直観を最も矛盾なく説明し得る道徳的原理に従い、かつ、最も実定法的諸ルールに整合的であるような解釈論を引き出そうとすれば、以上のような結論にならざるを得ないのだと考えているにちがいない。ドゥウォーキンは、法律上の原理をめぐって、2つの主張が対立している時、どちらの主張が有力であるかは、①どれだけ説得力のある道徳的主張をしているかと、②実定法的諸ルールにどのくらいこの原理が整合的であるかによって決まると述べており、このような観点から考えると、マッキノンのように女性の平等権を表現の自由よりも優先させるべきだと考えるよりも、自分のような考え方をとった方が、表現の自由論として有力なものになると考えているのであろう。しかし、上の基準にしたがって考えてみたとして、ドゥウォーキンの議論がマッキノンの議論よりも明らかに優れているということ、すべての人を説得させ得るような形で示すことはできないと考えられる。

この問題を考えるに際して、まず、そもそも法解釈論の有力さを測るドゥウォーキンの判定法自体どの程度まで有効なのかという問題から考えていきたい。まず第一に、二つの対立している主張のいずれがより説得的な道徳的主張をしているか

という点に関しては、各人が自分の道徳的直観をより矛盾なく説明し得るのはいずれの道徳的主張かということ判断することは可能であっても、万人の目から見て、一方がもう一方よりも優れているということを証明する方法は存在しないと考えられる。こう考えると、法解釈論としての有力さは、専ら、どちらの解釈論が実定法的諸ルールに整合的かによって決定されるということになるが、この点を明確に判断する基準も存在しないように思われる。ドゥウォーキンは、すべての先例・制定法に完全に整合的な理論をうち立てることは不可能であることを認めており、実定法的諸ルールの一部を「過誤」として整合化の過程からはずすことを認めている。もっとも彼は、解釈者にこの手段を無制限に認めているわけではないが、この手段に対する明確な制限を論じているわけでもない。したがって、「過誤」として実定法的諸ルールの一部を整合化の過程からはずすという手段を用いれば、解釈者は自らの道徳的信念にしたがって、ほぼ自由に解釈論を組み立てられるということになるだろう。結局、対立する二つの解釈論のうちいずれが有力なものであるかを、すべての人に納得させ得るような形で示すことはできないということになる。

以上のようなことはマッキノンのポルノグラフィ規制論とドゥウォーキンのポルノグラフィ擁護論との対立に関しても当てはまる。まず、ドゥウォーキンはマッキノンのポルノグラフィ規制論を批判する際に、マッキノンの道徳的主張自体を批判するという方法をとっていない。おそらく、ドゥウォーキンは、彼の道徳的主張がマッキノンの道徳的主張よりも優れているということを証明することは不可能であると考えているのであろう。次に、両者のいずれが実定法的諸ルールにより整合的であるかという問題に関してはどうであろうか。ドゥウォーキンは専らこの点にのみ焦点を絞ってマッキノンを批判している。しかし、マッキノンも先例との整合性を無視して自らの議論を展開しているわけではない。例えば、ドゥウォーキンは、アメリカにおいては内容に基づく表現規

制は認められていないにもかかわらずマッキノンのポルノグラフィ規制論はまさに内容に基づく表現規制をしようとするものであるとして、実定法的諸ルールとの整合性の欠如を理由に批判している。しかし、マッキノンは、逆に、これまでの先例の中で表現に対する内容規制を認めた判例を数多く列挙し、自らの主張を正当化しているのである。もし、マッキノンがドゥウォーキンと同じ土俵の上で議論するとすれば、彼女は内容に基づく表現規制を禁止した判例を「過誤」として整合化の過程からはずしたのだと主張することになるであろう。この場合、実定法的諸ルールとの整合性という点に関してドゥウォーキンの議論とマッキノンの議論とのいずれが優れていると言い得るのであろうか。この点を判断する明確な基準は存在しないように思われる。結局、ドゥウォーキンの解釈論とマッキノンの解釈論とのどちらがより優れた議論であるかを、すべての人を納得させ得るような形で示すことはできない。但し、いずれの解釈論が優れているかを証明することはできなくとも、自分の道徳的直観をより矛盾なく説明し得るのはいずれの主張かということ判断することができる。こうなると、各人がいずれの議論を採用するかは、専ら各人の道徳的直観をより矛盾なく説明し得るのはいずれの主張かによるということになるだろう。

結局、ドゥウォーキンの議論はドゥウォーキンの価値観に共感することのできる人にとってのみ説得力をもつのであって、決して万人を納得させ得るようなものではないのである。思うに、法律上の様々な原理をめぐって、今もなお、絶え間無く激しい論争が繰り広げられていることを考えると、同等な説得力を持つ解釈論が複数並立することは極めて自然なことのように感じられる。しかし、いかなる解釈論が最も優れているのかを証明することができないとしても、我々は——国家として、個人として——その中から最も優れていると考えるものを暫定的に選択していくより他に方法はないのではないかと考えられる。

また、後者の問題に関しては、マッキノンは、

法律における「自由」・「平等」自体、社会的権力者たる男性の目から捉えた「自由」・「平等」であるという批判を行っている。前述のように、ドゥウォーキン¹は、憲法上の抽象的な条項を解釈する際の解釈方法として、モラル・リーディングを提唱し、自らそれを実践している。彼の言うモラル・リーディングとは、各人がいかなる道徳的権利をもっているかを解釈する際には、①自己の道徳的直観を最も矛盾なく説明し得る道徳的原理にそって、かつ②憲法・制定法・先例といった実定法的諸ルールに整合的であるような形で解釈論を構成しなくてはならないというものである。後者に関しては、ドゥウォーキンが、実定法的諸ルールは道徳的権利群を正確に再現しようとするその社会の努力を表現していると考えていることから引き出される。彼のポルノグラフィの自由を擁護すべきであるという議論も、このような解釈方法にしたがって導かれたものであると考えられる。すなわち、ドゥウォーキンが、自己の道徳感覚・正義感覚を最も矛盾なく説明し得る道徳理論を構築し、それに適合し、しかも、実定法的諸ルールに整合的であるような解釈をした結果、ポルノグラフィ擁護論を導いているのである。しかし、このようなドゥウォーキンの議論は、社会的権力者たる男性が、男性の目から見た道徳的直観を最も矛盾なく説明し得る道徳原理に基づいて、かつ、政治的共同体社会の（その共同体社会の権力者はやはり男性であったが）正義感を正確に再現しようとする努力を表現するところの実定法的諸ルールを、やはり男性の目から見て整合的であるような形で構築した議論なのではないだろうか。社会には様々な男性が存在しており、彼らの視点を、社会的権力者としての男性の視点として単純に一つにまとめることに問題があるとしても、少なくとも沈黙している人々の捉えた正義観・倫理観は、いずれの段階においても反映されないことになる。このようなことは、果たして許されるのであろうか。

このような後者の問題に対して、ドゥウォーキンは明示的には答えていない。ドゥウォーキン自

身は、自分の法解釈論があくまで男性の視点から捉えたにすぎないものであるということを認めているのかもしれないし、認めていないのかもしれない。しかし、ドゥウォーキンは、いかに優れた解釈論をもってしても、いかなる視点から見たとしても正義が達成されているような社会を実現することはできないと考えている。すなわち、一つの政治構造において、それ自体魅力的である政治的理念をすべて実現することはできないのであり、一つの政治構造においてはそれぞれの政治的理念が互いに衝突し合うこともあるということをはっきり認識しなければならないとしている。したがって我々は、さまざまな政治的理念の中から、個人として国家として、今後我々が進むべき道を決定する一つの一貫した理念の組み合わせを選択しなければならないのだと主張している。すなわち、彼の考え方によれば、いかに優れた解釈論をもってしても、すべての政治的理念を実現すること——すなわちいかなる視点から見ても、正義が達成されているような状態を実現すること——はできないのである。また、おそらく、ドゥウォーキンは、現在社会で一般に採用されている解釈論は、現在においてもより優れた解釈論が有り得るという意味で、また、たとえそれが現在考えられ得る解釈論の中で最も優れた解釈論であったとしても、時代とともに社会の構成員の正義観が変わるにつれてその解釈論も破棄される可能性をもっているという意味で、あくまで暫定的なものにすぎないと考えているにちがいない。

確かに、ドゥウォーキンのポルノグラフィ擁護論は、男性の目から捉える解釈論にすぎないと言えるかもしれない。しかし、そう認めたとしても、マッキノンのポルノグラフィ規制論も、やはり女性の目から見た解釈論にすぎないということになるのではないだろうか。思うに、いかに優れた解釈論であっても、ある一つの視点から捉えたものにならざるを得ないであろう。我々は、あくまでそのことを認めただうえで、その中の一つの解釈論を選択していく以外に方法はないのではないかと考えられる。

国家権力が採用する解釈論は、社会的権力者の目から捉えた解釈論にならざるを得ないかもしれない。しかしいくらそう指摘されたとしても、権力者はやはり権力者の目からしか表現の自由を捉えることはできないだろう。けれどもこのことは、このような権力者の目から捉えた解釈論が現在考えられ得る解釈論の中で最も優れた解釈論であるということの意味するわけではないし、このような解釈論を採用することによってすべての政治的理念を実現することができるということの意味するわけでもない。また、男性が権力を有している限り、ポルノグラフィ規制論は決して採用されることはない——すなわち、女性の視点から捉えられた正義感覚が全く法律論に反映されない——ということの意味するわけでもない。もし、本当に、ポルノグラフィの自由が著しく女性を害するのであり、かつ、それを男性が確信させられれば、おそらく男性はその道徳的直観——ポルノグラフィの自由は女性に著しい害を与えるのであり、正義に反するという直観——に合うように自らの道徳的原理を修正し、ひいては修正した道徳的原理に適合しかつ実定法的諸ルールと整合的な他の解釈論を提示するであろう。

終章 結論

ドゥウォーキンは、憲法上の抽象的な条項を解釈する方法としてモラル・リーディングという解釈方法を提唱している。これは、憲法上の抽象的な条項を解釈する際には、①自己の様々な道徳的直観を最も矛盾なく説明し得る道徳的原理に従い、かつ②実定法的諸ルールに最も整合的であるような解釈論を構築しなければならないという解釈方法である。彼は自らモラル・リーディングを実践した結果、現在のアメリカにおいて表現の自由論を論ずる際には、道具的正当化根拠と構成的正当化根拠との両方が必要不可欠であるという結論を導いている。とりわけ両者のうち、構成的正当化根拠は、彼の権利論の応用として論じられている。すなわち、各人は国家に対して「平等な配慮と尊重を受ける権利」を有しており、表現の自由など

の基本権はすべてこの「平等な配慮と尊重を受ける権利」から引き出されるとしている。そして「平等な配慮と尊重を受ける権利」から引き出されたものとして「表現の自由」を捉えた結果、ドゥウォーキンは以下のような表現の自由に関する三原則をうち立てている。

- ①「ある表現が受け手に望ましくない信条を抱かせる」という受け手の不利益を根拠に、その表現を規制することはできない。
- ②「ある表現、もしくはその根底にある思想が価値のないものである」ということを根拠に、送り手の表現活動を抑圧することはできない。
- ③すべての人は「自由の思想・価値観を表現し、外的環境に働きかける機会を得る権利」としての表現の自由に対する権利を有している。しかもこれは強い意味での権利である。

ドゥウォーキンの表現の自由論は、道具的正当化根拠のみならず、以上のような構成的正当化根拠論に基づくものであるため、表現の自由をきわめて厚く保護する議論となっている。このことは、ドゥウォーキンと同様ノン・コンセクエンシャリズムの立場から表現の自由を論じたと言われているスカンロンと比較してみると、さらに明らかになる。スカンロンは、あくまで比較衡量論を原則とし、それに例外的に歯止めをかける形でノン・コンセクエンシャリズムの議論——すなわちミルの原理——を提示しているに過ぎない。しかも、スカンロンの提示したミルの原理は、専ら表現の受け手の利益のみを考慮するものであった。これに対してドゥウォーキンは、表現の自由論の中心にノン・コンセクエンシャリズムの議論——すなわち構成的正当化根拠——を置いている。さらに、彼らの主張する構成的正当化根拠論は、表現の受け手の利益のみならず送り手の利益をも考慮するものであった。しかも、「自分の思想・価値観を表現し、外的環境に働きかける機会を得る権利」としての表現の自由権を認めることによって、表現

の送り手の「自分の思想・価値観を外的環境に働きかける機会を得る」という利益は、単に他の利益と比較考量され得るものとしてではなく、強い意味での権利として極めて強い保護を受けることになる。

このように、ドゥウォーキンの表現の自由論は、現在のアメリカの大多数の国民の正義感覚に合致し——すなわち現在アメリカにおいて最も重要な価値の一つであると考えられている表現の自由に極めて厚い保護を与えるものであり——、しかもアメリカにおける実定法や主な先例とも整合的な解釈論であるため、一見、極めて説得力を持つ解釈論であるかのように見える。しかし、ポルノグラフィの規制をめぐるドゥウォーキンとマッキノンとが論争を繰り広げる時に、果たしてドゥウォーキンの表現の自由論は十分に説得的であるのかという問題が、鋭く生じてくるのである。

ドゥウォーキンの表現の自由論には主に2つの問題点があると考えられる。一つは国家が個人の表現活動に対していかなる不利益を与えた時に、そのような国家の活動が不正であると言い得るのかに関する明確な基準が存在しないという問題である。もう一つはドゥウォーキンは「平等な配慮と尊重を受ける権利」から引き出したものとして表現の自由を捉え、それに基づいてポルノグラフィ擁護論を展開しているが、このようなドゥウォーキンの議論は男性の視点から捉えた法律論にすぎないのではないかという問題である。両者の問題はモラル・リーディングという解釈方法自体の問題に起因するものである。

まず、前者に関しては、ドゥウォーキンは、国家の行為がある個人に不利益を与えるような時、彼（彼女）は、国家がその不利益を彼（彼女）に与えることが不正ではないか否かを配慮させる権利、すなわち「平等な配慮と尊重を受ける権利」を有していると考えている。しかし、国家がいかなる不利益を個人に与える場合に、その行為が不正であると言い得るのかに関しては、明確な基準は存在しない。この点、ドゥウォーキンは、法律上の原理をめぐる二つの主張が対立している時、

どちらが有力であるかは、①どれだけ説得力のある道徳的主張をしているかと、②実定法的諸ルールにどのくらいこの原理が整合的であるかによって決まると述べている。しかし、以上のようなドゥウォーキンの判定法にしたがって考えてみても、マッキノンのポルノグラフィ規制論とドゥウォーキンのポルノグラフィ擁護論のどちらが有力な解釈論であるかを、すべてに人を納得させ得るような形で示すことはできない。こうなると、いずれの議論をより説得的なものと感じるかは、専ら各人の正義観や価値観がいずれの立場により近いかによるということになる。

思うに、いずれの解釈論が説得的であるかを、すべての人を納得させ得るような形で示すことができないということは極めて自然なことのようと思われる。我々はあくまでこのことを認めたいうえで、その中の一つの解釈論を暫定的に選択していくよりほかないと考える。

また、マッキノンは、法律における「自由」・「平等」自体、社会的権力者たる男性の目から捉えた「自由」・「平等」であるという批判を行っている。もし、ドゥウォーキンのいう「平等の配慮と尊重」も男性の目から見た「平等な配慮と尊重」にすぎないのではないかと批判されたとすれば、ドゥウォーキンはいかに反論することができるであろうか。ドゥウォーキンは、自己の道徳感覚・正義感覚を最も矛盾なく説明し得る道徳理論を構築し、それに適合し、しかも、実定法的諸ルールに整合的であるような解釈をした結果、ポルノグラフィ擁護論を導いているのである。しかし、このようなドゥウォーキンの議論は、社会的権力者たる男性が、男性の目から見た道徳的直観を最も矛盾なく説明し得る道徳原理に基づいて、かつ、政治的共同体社会の（その共同体社会の権力者はやはり男性であったが）正義観を正確に再現しようとする努力を表現するところの実定法的諸ルールを、やはり男性の目から見て整合的であるような形で構築した議論なのではないだろうか。この場合、沈黙している人々の捉えた正義観・倫理観は、いずれの段階においても反映されないことになる。

このようなことは、果たして許されるのであろうか。

この問題に対して、ドゥワーキンは明示的には答えていない。しかし、ドゥワーキンは、いかに優れた解釈論をもってしても、すべての政治的理念を実現すること——すなわち、いかなる視点から見ても正義が達成されているような状態を実現すること——はできないと考えている。また、彼は現在社会で一般的に採用されている解釈論も、現在においてもより優れた解釈論が有り得るという意味で、また、たとえそれが現在考えられ得る解釈論の中で最も優れた解釈論であったとしても、時代とともに社会の構成員の正義観が変わるにつれてその解釈論も破棄される可能性をもっているという意味で、あくまで暫定的なものにすぎないと考えているにちがいない。

思うに、いかに優れた解釈論であっても、ある一つの視点から捉えたものにならざるを得ないであろう。我々は、あくまでそのことを認めた上で、その中の一つの解釈論を選択していく以外に方法はないのではないかと考えられる。しかし、このことは、社会で一般に採用されている法解釈論が（権力者の視点から見たとしても）現在考えられ得る解釈論の中で最も優れた解釈論であるということの意味するわけではないし、ましてやこのような法解釈論を採用することによっていかなる視点から見ても正義が達成されているような社会を実現することができるということの意味するわけでもない。また国家権力が採用する法解釈論には、実質的に権力を持たない社会的弱者の正義感覚は反映されなくてもかまわないということの意味するわけでももちろんない。確かに、社会で一般に採用されるような法解釈論を唱える人はおそらく社会的権力者であると言い得るのであろうが、いくらそう指摘されたとしても、彼らが完全に非権力者の視点から物事を捉えることができるようになるわけではない。彼らにできることがあるとすれば、非権力者たちの「自分たちは国家の行為によって極めて大きな不利益を被っている」という批判の声を聞き、それらの批判がもっともだと思

われる場合には、自分たちの道徳的原理を、ひいては法解釈論を修正していくということだけであろう。そして、そのような方法をとる以外に、我々に選択肢は残されていないのではないかと私は考える。

註

- (1) 辻村みよ子著「人権の観念」（樋口陽一編「講座憲法学」1994年）参照。
- (2) ドゥワーキンは、主に1977年の著書「Taking Rights Seriously」において権利論を展開している。この著書に対しては、木下毅・小林公・野坂泰司らによる和訳本（「権利論」1986年）が出版されているが、本論文においてドゥワーキンの主張を引用するに際しては、必ずしもこの和訳本に基づいていない。
- (3) Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading Of The American Constitution*, 1996 [Hereinafter Dworkin, *Freedom's Law*], p. 2
- (4) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, [Hereinafter Dworkin, *Taking Rights Seriously*] 1997, p.p. 184-190
- (5) *Id.*, p.p. 132-133
- (6) ドゥワーキンの道徳的権理論と18世紀の自然法思想との比較に関しては、深田三徳著「『権利を真剣に捉えること』と道徳的権利」（『現代の法思想』1985年）を参照した。
- (7) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 139
- (8) *Id.*, p. 139
- (9) *Id.*, p. 188：括弧内は筆者が付加したものである。
- (10) *Id.*, p. 134
- (11) *Id.*, p. 135
- (12) *Id.*, p.p. 135-136
- (13) *Id.*, p.p. 102-105
- (14) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 第六章「Justice and Rights」
- (15) 前出の深田三徳著「『権利を真剣に捉えること』と道徳的権利」を参照。
- (16) Dworkin, *Freedom's law*, p.p. 10-12

- (17) Id., p. 2
- (18) Id., p.p. 7-8: 但し括弧内は筆者が付加したものである。
- (19) Dworkin, Taking Rights Seriously, p.p. 272-274
- (20) Id., p. 227
- (21) Id., p. 273
- (22) Id., p. 272
- (23) Id., p. 199
- (24) Id., p.p. 188-190: ドゥウォーキンはこの「強い意味での権利」を別の論文(“A Matter of Principle”, 1985, p. 359-365)で「切り札としての権利(Trump Right)」と呼んでいる。
- (25) Id., p. 190
- (26) Id., p. 184
- (27) Id., p. 272
- (28) Id., p. 191
- (29) Id., p. 46-80
- (30) Dworkin, Freedom's Law, p. 199-205
- (31) 「constitutive」は一般的に「構成的」と和訳されることが多いが、ここでは、文脈から考えて「本質的」と和訳した。
- (32) Dworkin, Freedom's Law, p.p. 200-201
- (33) Id., p.p. 236-238
- (34) ドゥウォーキンは、「自分の思想・価値観を表現することによって外部の道徳環境を形成する権利=表現の自由」と定義づけているわけではない。すなわち、実際に外部の道徳的環境に何らかの影響を与えることを要求しているわけではないのである。すなわち、すべての人がいかなる場合においても外部の道徳的環境の形成に参加することが認められるわけではない。彼は、「人が(道徳的環境に)影響を与える方法は、安全性を確保したり他の利益を守るために制限され得る」が、いかなる人も、道徳的環境の形成に参加する機会をすべて奪われてはならないと述べているのである。
- (35) この点に関して、ドゥウォーキンは必ずしも明示的に述べていない。しかし、彼の考え方に沿って考えてみれば、「自分の思想・価値観を表現し、外的環境に働きかける機会を得る権利=表現の自由」は

「平等な配慮と尊重を受ける権利」から引き出されるということになるであろう。(本論文で後述するように彼は平等概念を「平等な扱いに対する権利」と「平等なものとして扱われる権利=平等な配慮と尊重を受ける権利」とに分類しており、前者の例の一つとして政治的平等権を挙げている。しかし彼は、両者の概念に関して、あくまでも後者が基本的なものであり、前者は派生的な権利にすぎないと述べている。このようなドゥウォーキンの考え方によれば、政治的平等権ももともとは後者から引き出されると考えられる。すなわち、ドゥウォーキンの考え方に従えば、各人の政治過程への参加に関して、国家が各人を平等に配慮・尊重したとすれば、「国家はある人の主張や好みが重要視するにはあまりに不愉快であるとか合理的でないとか卑劣であるなどという理由で、その人を政治過程から排除してはならない」という結論が導かれるということになるだろう。)

- (36) これについては「A Matter of Principle」第17章「Do We Have a Right to Pornography?」においても言及されている。
- (37) Thomas Scanlon, A Theory of Freedom of Expression, 1972: スカンロンは1979年の論文「Freedom of Expression and Categories of Expression」において、1972年のこの論文を修正している。ここでは、ドゥウォーキンの表現の自由論の特徴を浮かび上がらせることを目的としており、スカンロンの表現の自由論自体を批判することを目的としているわけではない。従って、ここではドゥウォーキンの議論と比較しやすいという観点から1972年の論文のみを取り上げたいと思う。
- (38) 奥平康平, なぜ「表現の自由」か, 1988年, 27頁から31頁
- (39) 以後、本稿においては、「A Theory of Freedom of Expression」における議論をもって、スカンロンの表現の自由論とする。
- (40) ここで「ポルノグラフィ」とは、マッキノンを用いるような意味での「ポルノグラフィ」を指すのではなく、通常の意味でのポルノグラフィを指す。(ポルノグラフィの定義については註(46)を参照。)

- (41) この点については、Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 201頁が参考となる。
- (42) この点に関して、スカンロンは、後に「Freedom of Expression and Categories of Expression」において自己批判、修正している。
- (43) *Id.*, p.p. 119-123
- (44) マッキノンのこの著書に対しては柿木和代による和訳本（『ポルノグラフィ——『平等権』と『表現の自由』の間で』）が出版されているが、本論文においてマッキノンの主張を引用するに際しては、必ずしもこの和訳本に基づいていない。
- (45) マッキノンの議論の概略については、高橋和之著「ポルノグラフィと性支配」（『現代の法11—ジェンダーと法』）221頁から246頁を参照。
- (46) ポルノグラフィは、一般に、言葉もしくは画像による写実的でかつあからさまに性的な描写を意味するとされている。一方、猥褻表現とは、憲法上保護された表現に含まれないものである。何が猥褻表現に含まれるのかを判断する基準として、ミラー判決では以下の三点を挙げている。①平均的な人が、その時代の地域共同体の基準にてらして、その作品を全体として見た場合、淫らな利益に訴えるものと考えられるかどうか。②その作品が、法律が特定する性行為を、明らかに不愉快な方法で（patently offensiveness），描写しあるいは叙述しているか否か。③その作品が、全体としてみた場合、まじめな文学的・芸術的・政治的価値を有しているか否か。[前出の高橋和之「ポルノグラフィと性支配」（222頁から223頁）]
- (47) 強姦殺人犯人として死刑判決を受けたトーマス・シローは、自分の犯した犯罪は生涯にわたって愛好し続けてきたポルノグラフィによる精神的介入によって引き起こされたのであるから、自分には犯罪に対する責任はないと陳述した。
- (48) Catharine Mackinnon, *Only Words* [Hereinafter Mackinnon, *Only Words*] p. 19
- (49) *Id.*, p. 20
- (50) *Id.*, p. 13
- (51) 「言論」としてのポルノグラフィと性犯罪の関係に関しては児童ポルノに関するマッキノンの議論（Mackinnon, *Only Words*, p.p. 35-36）及び Catharine Mackinnon, “Pornography, Civil Rights, and Speech,” reprinted in Catharine Itzin, ed., *Pornography: Women, Violence, and Civil Liberties, A Radical View* [Hereinafter Mackinnon, *Pornography*] p.p. 474-482を参照。
- (52) 「言論」としてのポルノグラフィと出演強制の問題に関しては、児童ポルノに関するマッキノンの議論（Mackinnon, *Only Words*, p.p. 35-36）及び Mackinnon, *Pornography*, p.p. 469-437を参照。
- (53) Mackinnon, *Only Words*, p. 20
- (54) *Id.*, p. 20
- (55) この点に関しては、前出の高橋和之「ポルノグラフィと性支配」240頁を参照。
- (56) Mackinnon, *Only Words*, p. 71
- (57) *Id.*, p. 31
- (58) *Id.*, p. 25
- (59) *Id.*, p. 7
- (60) Mackinnon, *Pornography*, p. 461
- (61) *Id.*, p.p. 483-484
- (62) Mackinnon, *Only Words*, p. 10
- (63) Mackinnon, *Pornography*, p. 465
- (64) Mackinnon, *Only Words*, p.p. 45-68
- (65) Dworkin, *Freedom’s Law*, p.p. 234-235
- (66) ドゥウォーキンは、例えば、サイレンシングの議論も平等主義的議論も、ポルノグラフィが性犯罪を増加させる主要な原因になっているから禁止すべきとしているのではなく、それが共同体内における女性の地位や権力を、目に見えない形で損なわしめるから禁止すべきだと主張しているのと述べている。
- (67) Dworkin, *Freedom’s Law*, p. 235
- (68) *Id.*, p. 232
- (69) *Id.*, p.p. 214-223
- (70) *Id.*, p.p. 219-223
- (71) *Id.*, p.p. 220-221
- (72) *Id.*, p. 235
- (73) ドゥウォーキンは、ポルノグラフィの部分的な規制——例えば陳列を禁止したり、販売場所を制限したり、子供に見せるのを防いだりするなど——に関

しては、無制限にはないが認める余地もあると考えている。彼は、ポルノグラフィに対する部分的な規制は送り手の消極的自由を抑制するものであるが、もしその規制が合理的なものであるならば、表現の自由と両立するような形で消極的自由を抑制するものであると述べている。

- (74) ドゥウォーキン¹⁾は、明示的にこの点について批判を加えていないが、インディアナポリス市のポルノグラフィ規制条例の重要な特徴の一つとしてこのことに言及している。
- (75) Dworkin, Freedom's Law, p. 235
- (76) Id., p. 236
- (77) Mackinnon, Only Words, p.p. 82-83
- (78) Dworkin, Freedom's Law, p.p. 236-239
- (79) Mackinnon, Only Words, p. 85
- (80) Id., p. 71
- (81) Id., p. 85
- (82) Dworkin, Freedom's Law, p. 205
- (83) マッキノン²⁾は「Pornography」においても、道具的正当化根拠の観点から修正1条を捉えている。(Pornography, 483頁)
- (84) Mackinnon, Only Words, p. 84
- (85) Id., p.p. 71-72
- (86) Dworkin, Freedom's Law, p. 220
- (87) 彼は、「大学表現規則の中には実際に違憲であるものもある。」と述べている。逆に言えば、彼は、大学表現規則の中には違憲でないものもあり得ると考えているのであろう。
- (88) Dworkin, Freedom's Law, p. 238
- (89) Dworkin, Taking Rights Seriously, p. 227
- (90) Mackinnon, Pornography, p.p. 456-486
- (91) Id., p. 485
- (92) Id., p. 485