

Max-Planck-Institut für ausländisches
öffentliches Recht und Völkerrecht



Beiträge zum ausländischen
öffentlichen Recht und Völkerrecht

Begründet von Viktor Bruns

Herausgegeben von
Armin von Bogdandy · Rüdiger Wolfrum

Band 201

Silja Vöneky · Cornelia Hagedorn
Miriam Clados · Jelena von Achenbach (Hrsg.)

Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht

Interdisziplinäre Untersuchungen



Springer

the language of science

ISBN 978-3-540-87981-7

Springer Berlin · Heidelberg · New York

e-ISBN 978-3-540-87982-4

DOI 10.1007/978-3-540-87982-4

Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht ISSN 0172-4770

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© by Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V., to be exercised by Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg 2009

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Herstellung: le-tex publishing services oHG, Leipzig

Einbandgestaltung: WMXDesign GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem Papier

9 8 7 6 5 4 3 2 1

springer.de

Vorwort

Die seit 2006 am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht bestehende unabhängige Nachwuchsforschungsgruppe „Demokratische Legitimation ethischer Entscheidungen - Ethik und Recht im Bereich der Biotechnologie und modernen Medizin“ hat in Heidelberg am 29. und 30. November 2007 ein Forschungskolloquium veranstaltet, bei dem aktuelle und grundlegende Fragen der demokratischen Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht erörtert und diskutiert wurden. Die vorliegenden Beiträge beruhen auf den Vorträgen dieses Symposiums und beleuchten aus interdisziplinärer Perspektive und mit Blick auf globale, supranationale, nationale und regionale Kontexte verschiedene Aspekte der Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht.

Ziel des Forschungskolloquiums und der hier publizierten Beiträge ist es, Diskussionen und Thesen im Spannungsfeld von Ethik, Recht und Politik, insbesondere hinsichtlich Fragen der demokratischen Legitimation, aufzugreifen, aus der Sicht verschiedener Disziplinen zu beleuchten und weiterzuentwickeln. So wird nicht nur ein interdisziplinärer Überblick, sondern auch ein transdisziplinäres und ebenenübergreifendes Verständnis der Themen ermöglicht. Hierbei sollen Analysen grundsätzlicher Fragen der Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht rückgebunden werden an Fragen der konkreten Anwendung und Ausgestaltung ethischer Normsetzungsprozesse und des Normvollzugs.

Die Beiträge diskutieren diese Fragen insbesondere mit Blick auf die aktuellen Entwicklungen im Bereich der Biotechnologie und modernen Medizin als Referenzgebiete. In diesen Bereichen werden Gesetzgebung und Gesetzesvollzug, aber auch ethische Positionen durch den raschen wissenschaftlichen und technologischen Fortschritt gezwungen, besonders schnell auf neue Fragestellungen zu reagieren, ohne dass ein Konsens über ihre materiale oder prozedurale Bewältigung besteht. Zudem müssen in diesen Gebieten Entscheidungen getroffen werden, die besonders weitreichend Grundlagen der staatlichen, supranationalen oder

auch internationalen Gemeinschaften berühren oder zumindest zu berühren scheinen.

Im Einzelnen wird in den Beiträgen untersucht, wie sich Ethik und Recht in den verschiedenen Ordnungen abgrenzen, verbinden und weiterentwickeln und wie diese ethisch-rechtlichen Herausforderungen in demokratischer oder anderweitig legitimer Weise in den jeweiligen Ordnungen bewältigt werden können. Dafür muss auch die Frage beantwortet werden, was in den verschiedenen Ordnungen als eine demokratische oder sonst legitime Lösung gelten kann. Die Aufmerksamkeit richtet sich dabei speziell auf die Einführung besonderer Institutionen der Konfliktbewältigung wie u.a. die Einschaltung von Ethikkommissionen und Ethikräten.

Wir danken den Direktoren des Max-Planck-Institutes Professor Dr. Armin von Bogdandy und Professor Dr. Rüdiger Wolfrum als Herausgeber der „Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht“ für die Aufnahme der Publikation in diese Reihe und für ihre Unterstützung der Arbeit der Nachwuchsforschungsgruppe. Unser Dank gilt zudem der Max-Planck-Gesellschaft für die Finanzierung der Nachwuchsforschungsgruppe und ihrer Projekte. Schließlich gilt unser besonderer Dank auch der institutsinternen Redaktion der Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, insbesondere der engagierten Betreuung der Publikation durch die Leiterin der Redaktion Dr. Christiane Philipp und die Redaktionsassistentin Verena Schaller-Soltau, die mit der ihr eigenen besonderen Sorgfalt die Manuskripte redigiert hat.

Heidelberg, August 2008

Silja Vöneky

Cornelia Hagedorn

Miriam Clados

Jelena von Achenbach

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
I. Grundlagen der Ethik	13
1. <i>Matthias Mahlmann</i> : New Trends of Cognitive Science in Ethical and Legal Reflection.....	15
II. Theorie und Praxis der Ethikkommissionen und Ethikräte	51
2. <i>Bert Heinrichs</i> : Angewandte Ethik im demokratischen Rechtsstaat – Ein Blick auf Habermas und Kant	53
3. <i>Silja Vöneky</i> : Ethische Experten und moralischer Autoritarismus.....	85
4. <i>Stefan Zotti</i> : Ethische Politikberatung - Anmerkungen zur Frage der Legitimation von Expertenkommissionen im bioethischen Diskurs	99
5. <i>Bijan Fateh-Moghadam/Gina Atzeni</i> : Ethisch vertretbar im Sinne des Gesetzes – Zum Verhältnis von Ethik und Recht am Beispiel der Praxis von Forschungs-Ethikkommissionen	115
III. Fragen der demokratischen Legitimation	145
6. <i>Stefan Kadelbach</i> : Demokratische Legitimation als Prinzip zwischenstaatlichen Handelns	147
7. <i>Niels Petersen</i> : Anforderungen des Völkerrechts an die Legitimation politischer Entscheidungen – Zwischen <i>domaine réservée</i> und <i>right to democratic governance</i>	173
8. <i>Jelena von Achenbach</i> : Theoretische Aspekte des dualen Konzepts demokratischer Legitimation für die Europäische Union.....	191

9. <i>Sabine Schielke</i> : Vertrauensbildende Maßnahmen – Partizipatorische und advokatorische Beratungsformen in bioethischen Streitfragen auf der Ebene der Europäischen Union.....	209
10. <i>Cornelia Hagedorn</i> : Dissensbewältigung durch Expertenkonsens? – Demokratische Legitimation im Bereich der Biomedizin, dargestellt am Beispiel Japans	235
11. <i>Caroline Francoeur/Jobane Patenaude</i> : The Democratization of Medical Science and Citizen Participation - A Governance Model	255
IV. Bioethik im Internationalen Recht	273
12. <i>Harald Schmidt</i> : Bioethics, Human Rights and Universalisation: a Troubled Relationship? – Observations on UNESCO’s Universal Declaration on Bioethics and Human Rights	275
13. <i>Miriam Clados</i> : Chances for and Limits of International Law and Legal Language in the Area of Bioethics	297
14. <i>Minou Friele</i> : Striving for Harmonisation and Living Without it - Is International Legislative Harmonisation in Morally Problematic Areas such as Research on Human Embryos Ethically Justifiable?	331

Einleitung

In den folgenden interdisziplinären Beiträgen werden aktuelle und grundlegende Fragen der Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht schwerpunktmäßig in vier Bereichen behandelt. Zunächst werden Thesen einer Theorie zur Grundlage moralischer Urteile und Moralität erörtert. Ein weiterer Schwerpunkt sind die Beiträge zur Theorie und Praxis von Ethikräten und Ethikkommissionen in demokratischen Rechtsstaaten als zentrale Beispiele für besondere institutionelle und prozedurale Handlungsformen im Bereich ethischer Normsetzung und ethischen Normvollzugs. Die Beantwortung von Fragen demokratischer Legitimation im Völker- und Europarecht und im Recht verschiedener Nationalstaaten bilden den dritten Teil der Analysen. Abgeschlossen werden die Erörterungen durch den vierten Schwerpunkt, dessen Beiträge sich Fragen bioethischer Normsetzung im Bereich des Völkerrechts widmen.

I. Entwicklungen ethischer Normsetzung und ethischen Normvollzugs im Recht

Warum die Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht besonderer Untersuchung bedarf, erschließt sich leicht: Es gibt – gerade wenn man das Referenzgebiet der modernen Medizin und Biotechnologie betrachtet – Entwicklungen, die sich in den letzten Jahren weiter verstärkt haben und noch nicht hinreichend wissenschaftlich erfasst sind.

Die erste solche Entwicklung ist der schnelle wissenschaftliche Fortschritt in den Bereichen der Biomedizin und Biotechnologie. Die Präsenz von Meldungen über neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Bereich der Biotechnologie und modernen Medizin auch in der Tagespres-

se ist von bemerkenswerter Dichte.¹ Normsetzer und Normanwender stehen vor der Herausforderung, legitime Mechanismen zu entwickeln, um mit diesem Fortschritt von Wissenschaft und Technik Schritt zu halten.

Eine zweite bemerkenswerte Entwicklung ist die rasante – zumindest nominale – Institutionalisierung der Ethik im Recht seit Anfang der 1980er Jahre. Nationale Ethikräte, also Ethikräte, die im Rahmen des Normsetzungsverfahrens agieren, wurden zunächst Anfang der 1980er Jahre in Frankreich und Schweden eingerichtet. Mittlerweile kann man jedoch von einer weltweiten Verbreitung in demokratischen Staaten sprechen,² die nun auch von der UNESCO noch weiter vorangetrieben wird.³ Diese Räte bestehen nicht nur auf nationaler, sondern auch auf supranationaler Ebene, wie die *European Group on Ethics*, und auf internationaler Ebene, wie der IBC, der Internationale Ausschuss für Bioethik der UNESCO, der deutlich und nachweisbar auf das von der UNESCO gesetzte *soft law* im Bereich der Bioethik Einfluss nimmt. Zusätzlich zu den Ethikräten werden *Ethikkommissionen* eingerichtet, also Gremien, die insbesondere bei der Forschung am Menschen mit neuen Arzneimitteln die ethische und rechtliche Zulässigkeit der Versuche bewerten sollen. Auch der Einsatz von Ethikkommissionen ist in demokratischen Staaten in den letzten Jahren die Regel geworden⁴ und völker- und europarechtlich verankert. Nimmt man dies zum Maßstab, scheinen ethische Normsetzung und ethischer Normvollzug für die

¹ Vgl. nur und beispielhaft „Herz in der Schale - Embryonale Stammzellen zubereitet“, *FAZ* vom 24. April 2008, 37; „Forscher schufen Mensch-Tier-Embryo“, *FAZ* vom 03. April 2008, 9; „Heilsames Knochenmark - Stammzellen fördern Genesung nach Schlaganfall“, *FAZ* vom 26. März 2008, N2; „Therapeutisches Klonen für „Parkinson“-Mäuse“, *FAZ* vom 26. März 2008, N1; „Neues genetisches Manipulationsbesteck“, *FAZ* vom 17. März 2008, 6; „Frische Zellen für den Fortschritt“, *SZ* vom 11. Februar 2008, 2.

² Vgl. M. Fuchs, *Nationale Ethikräte. Hintergründe, Funktionen und Arbeitsweisen im Vergleich*, 2005, 11.

³ UNESCO, „ABC Project. ‘Assisting Bioethics Committees’“, SHS/EST/ABC/03 vom 10. Oktober 2006.

⁴ Für Europa vgl. D. Beylveled/D. Townend/J. Wright (Hrsg.), *Research Ethics Committees, Data Protection and Medical research in European Countries*, 2005, 1 ff.; für die USA, siehe beispielsweise D.J. Mazur, *Evaluating the Science and Ethics of Research on Humans*, 2007, 1 ff.

Staaten entscheidende Bedeutung zu besitzen.⁵ Ob dies nur trügerischer Schein ist oder tatsächlich zutrifft, hängt jedoch davon ab, was Ethikräte und Ethikkommissionen faktisch tun und ob dieses Tun auch gerechtfertigt werden kann. Diese Fragen werden in verschiedenen Beiträgen des vorliegenden Bandes kritisch erörtert.

Eine dritte Besonderheit der Entwicklung der letzten Jahre, für die die gerade genannte Institutionalisierung von Ethikräten und Ethikkommissionen bezeichnend ist, ist die Suche nach neuen prozeduralen Wegen, um Normsetzungs- oder Normvollzugsentscheidungen in dem Bereich des Biorechts abzusichern. Es scheint ein überwiegendes Bedürfnis zu geben, Entscheidungen prozedural besonders zu gestalten, wenn es um (bio-)ethische Fragestellungen im weitesten Sinn geht. Ein Beispiel, neben den bereits erwähnten Ethikgremien, sind Konsensuskonferenzen, die durchgeführt werden, um ethische Entscheidungen stärker an den Willen der Bürger rückzubinden. Ein anderes Beispiel sind die Möglichkeiten des Internets, die für *public comments* genutzt werden können, um insbesondere im Bereich der Biomedizin und Biotechnologie eine wirkliche Rückkoppelung der Normsetzung und Normentwicklung mit der breiten Öffentlichkeit (und nicht nur mit gut organisierten Interessengruppen) zu erreichen.⁶ Ob Konsensuskonferenzen und internetbasierte *public comments* oder andere partizipative Verfahren Wege sind, um ein zusätzliches Legitimationspotential für Normsetzungs- oder Normvollzugsentscheidungen im Gebiet des Biorechts zu entfalten, wird im vorliegenden Band ebenfalls in verschiedenen Beiträgen analysiert.

Was ist der Grund für diese nationale, supranationale und auch globale „Aufregung“ um die richtigen Wege der Normsetzung und des Normvollzugs im Bereich der Bioethik bzw. des Biorechts? Zum einen scheint es bei vielen dieser ethischen Fragen um nichts weniger als die

⁵ Diese Institutionalisierung der Ethik ist zudem wertvoll: Der 2001 in Deutschland eingerichtete Nationale Ethikrat hatte ein Jahresbudget von 2,1 Millionen Euro. Dies ist allerdings noch eine kleine Summe, wenn man sie mit der vergleicht, die in Kanada für eine *Royal Commission* ausgegeben wurde, die im Vorfeld eines neuen Gesetzes im Bereich der Fortpflanzungsmedizin von 1989 bis 1993 eingesetzt wurde und 30 Millionen kanadische Dollar, also umgerechnet ca. 20 Millionen Euro kostete; vgl. F. Brede, „Die politische Regulierung der Fortpflanzungsmedizin und Stammzellforschung in Kanada“, *Zeitschrift für Kanada Studien*, 27 (2007), 104 ff., 107.

⁶ F. Furger/F. Fukuyama, „A Proposal for Modernizing the Regulation of Human Biotechnologies“, *Hastings Center Report* 37 (2007), 16 ff., 20.

Zukunft der Menschheit zu gehen, und zwar in einer Weise, die das Selbstverständnis der Gattung Mensch als solches betrifft. Selbst Jürgen Habermas, der sich in seiner Diskursethik gegen substantielle ethische Stellungnahmen wendet, führt in seiner Schrift über „Die Zukunft der menschlichen Natur“ an, dass die Philosophie sich im Bereich der Gattungsethik inhaltlichen Positionen nicht entziehen könne, weil es um die Zukunft dieser menschlichen Natur gehe.⁷ Zudem können im Bereich der Bioethik, Fragen nicht unter Rückgriff auf ein herrschendes Paradigma beantwortet werden. Dissens gibt es daher nicht nur über die Ergebnisse, sondern schon über die Prämissen der Bewertung. Das aber scheint zu einer besonderen Verunsicherung zu führen, wenn Normen in diesem Bereich gesetzt oder angewendet werden müssen. Ein weiterer Grund könnte darin liegen, dass viele in Bezug auf bioethische Fragen über starke moralische Intuitionen verfügen - und diese auch verwirklicht sehen möchten.

Dies alles führt dazu, dass naturwissenschaftlich basierte Diskurse der Technikfolgenabschätzung als ungenügend empfunden werden, wenn es um neue Entwicklungen im Bereich der Biotechnologie und Biomedizin geht. Ohne dass diese Gründe hier abschließend bewertet werden sollen, wird offensichtlich, dass im Hinblick auf Entscheidungen und Normierungen im Bereich der Bioethik, wie immer man diesen Begriff definiert, ein erhöhter Rechtfertigungsdruck besteht, dem nachgegangen werden muss. Erörtert werden muss dabei schon, ob dieser erhöhte Rechtfertigungsdruck selbst gerechtfertigt ist; ob sich also die Biomedizin und Biotechnologie von anderen Materien so unterscheiden, dass zur (demokratischen) Legitimation von Recht in diesem Bereich herkömmliche Mechanismen nicht genügen. Kommt man zu dem Ergebnis, dass tatsächlich ein erhöhter Rechtfertigungsdruck besteht, ist zudem zu untersuchen, wie ihm begegnet werden kann. Diese Frage stellt sich nicht nur in nationalen Rechtsordnungen – die vorliegenden Beiträge behandeln Deutschland, Österreich, Japan und Kanada - sondern auch auf supranationaler und internationaler Ebene.

Stellt man die Frage nach der Legitimation ethischer Entscheidungen für das Völker- und Europarecht, ergibt sich ein weiteres und grundsätzlicheres Problem: Anders als auf nationaler Ebene steht auf internationaler und supranationaler Ebene schon zur Debatte, wie überhaupt Legitimation erzeugt werden kann. Lassen sich Elemente staatlicher Demokratie auf die zwischenstaatliche Ebene übertragen und kann

⁷ J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur: Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, 2005, 27 ff.

Demokratie dort überhaupt der Maßstab der Legitimation sein? Auf die Fragen der Legitimation jenseits des Staates befriedigende Antworten zu finden, ist umso wichtiger, wenn man bedenkt, wie sehr mittlerweile völker- und auch europarechtliche Normierungen nationale Regelungen gerade auch demokratischer Staaten beeinflussen und ihnen Grenzen setzen. Diesen Fragen werden sich die Beiträge im dritten und vierten Teil dieses Bandes zuwenden.

II. Die Beiträge im Einzelnen

Wie die folgenden Ausführungen zeigen, werden die oben aufgezeigten Fragestellungen durch die vorliegenden Beiträge interdisziplinär erörtert:

Der erste Beitrag des Bandes von Matthias Mahlmann (Zürich) behandelt Fragen, die allen weiteren Erörterungen vorausliegen. Ihm geht es darum, mit Blick auf neue Entwicklungen der Kognitionswissenschaften die Grundlagen ethisch-moralischen Urteilens und damit auch rechtlicher Reflektion aufzuzeigen. Mahlmann vertritt darin die These, dass Moralität *“is based on a higher mental faculty, governed by a set of principles universal to the species, that generates moral judgement.”* Analog zu Noam Chomskys linguistischem Mentalismus wird eine angeborene *moralische* Fakultät (*moral faculty*) des Menschen angenommen, die universell und gleich ausgebildet ist. Als Konsequenz dieses Ansatzes wird vertreten, dass es eine *“reasonableness of moral judgements”* gebe und „moralische Grundurteile“ des Menschen bestehen, die weder irrational noch relativ sind. Dieser ethische Mentalismus wird in Abgrenzung und Verneinung non-kognitivistischer, emotivistischer und relativistischer, aber auch realistischer und metaphysischer Theorien zur Grundlage moralischer Urteile entwickelt und verteidigt.

Der Problemkomplex des zweiten Teils des Bandes, der Theorie und Praxis von Ethikräten und Ethikkommissionen im Zusammenhang mit der Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht behandelt, wird durch einen Beitrag von Bert Heinrichs (Bonn) eingeführt. Er wendet sich der Frage der Rolle und Bedeutung der angewandten Ethik in einem demokratischen Rechtsstaat zu. Nach Heinrichs Analyse folgt aus der – von ihm kritisch bewerteten – Diskursethik in der Prägung durch Jürgen Habermas, dass die angewandte Ethik nicht als wissenschaftliches Unternehmen verstanden werden kann und dass zudem durch den dialogischen Charakter der praktischen Diskurse dem Ethiker inner-

halb dieses Verfahrens kein privilegierter Platz zukommen könne. Die Institutionalisierung in Form von Ethikberatungsgremien müsse danach als falscher Weg betrachtet werden. Im Unterschied dazu stelle sich nach der kantischen Ethik die angewandte Ethik als wissenschaftliches Unternehmen dar. Da sie als solches jedoch bei großer Nähe zur politischen Macht in ihrer Funktionsweise gestört werden kann, zeigt dieser Beitrag, dass politische Ethikberatungsgremien aus der Perspektive beider Ansätze kritisch zu bewerten sind.

Der damit aufgeworfenen Frage nach ethischem Expertentum und seiner Rolle in demokratischen Rechtsstaaten geht der Beitrag von Silja Vöneky (Heidelberg) weiter nach. Sie vertritt die These, dass auch für Aussagen normativer Ethik die Methoden rationaler Rechtfertigung gelten und es damit auch Experten für normative Ethik gebe, wenn und soweit sie ethische Theorien und Argumente kennen und nach den Methoden rationaler Rechtfertigung überprüfen können. Diese ethischen Experten besitzen jedoch weder besondere Kenntnisse noch besondere Fähigkeiten, um substantielle moralische Fragen über das hinaus zu beantworten, was eine rational rechtfertigbare, also vernünftige Antwort ist. Da es aber gerade in ethischen Fragen oftmals verschiedene rational rechtfertigbare Antworten gebe, geht es nach Ansicht der Autorin nicht mehr darum, die vernünftigste Lösung zu bestimmen, sondern um die Entscheidung, „wer der Handelnde sein will“ oder, übertragen auf eine staatliche Gemeinschaft, „wer diese sein will“. Diese Entscheidung im Rahmen des Vernünftigen könne und dürfe nur von der Gemeinschaft selbst bestimmt werden.

In einem dritten Beitrag des zweiten Teils des Bandes zur Theorie und Praxis der Ethikkommissionen und Ethikräte analysiert Stefan Zotti (Wien) konkret, ob politikberatende Ethikkommissionen einen Beitrag zur demokratischen Legitimation ethischer Entscheidungen leisten können. Mit Jürgen Habermas unterscheidet Zotti drei Modelle wissenschaftlicher Politikberatung und überträgt – in Abgrenzung zu Heinrichs – dessen pragmatisches Modell der Politikberatung auch auf politikberatende Ethikräte. Konkret behandelt er die Rolle verschiedener Expertenkommissionen bei der Konsensfindung und deren Unterschied zu partizipatorischen Verfahren der Bürgerbeteiligung. Im Ergebnis sieht Zotti die legitime Rolle von Ethikräten darin, der Politik verschiedene Entscheidungsoptionen im Bereich der Biomedizin aufzuzeigen und den öffentlichen Diskurs über die Chancen und Risiken der neuen Technologien zu fördern.

Nicht die Stellung nationaler Ethikräte, sondern den Status von Forschungs-Ethikkommissionen nehmen Bijan Fateh-Moghadam und Gi-

na Atzeni (München) in ihrem Beitrag in den Blick. Sie vertreten die These, dass sich auch die als „ethisch“ bezeichneten Kriterien medizinrechtlicher Regelungen in der Rechtsanwendung notwendig als rechtliche Kriterien bewähren müssen: Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bilde eine Schranke der Ethisierung des Rechts, die die exklusive Funktion des Rechts gegen außerrechtliche Übergriffe sichere. Die rechtliche Bedeutung gesetzlicher Ethikkommissionen besteht daher nach Ansicht der Autoren in der Etablierung von spezifisch rechtlichen Verfahren, die die Einbeziehung externen Sachverständigen ermöglichen. Aus der empirisch-soziologischen Perspektive im zweiten Teil des Beitrags wird sichtbar, dass es gerade über die kommunikative Bezugnahme auf „Ethik“ gelingt, unterschiedliche fachliche Perspektiven innerhalb der Kommission so aufeinander zu beziehen, dass die Herstellung konsensualer Entscheidungen möglich wird.

Den dritten Teil des Bandes, der sich mit Fragen der demokratischen Legitimation befasst, leitet Stefan Kadelbach (Frankfurt) mit einer Untersuchung der demokratischen Legitimation als Prinzip zwischenstaatlichen Handelns insbesondere im Bereich der Medizin und Biotechnologie ein. Als Kriterium für die Bemessung der demokratischen Legitimation zieht er die organisationsrechtliche Gewährleistung der Selbstbestimmung der Beteiligten und ihrer Teilhabe an der Entstehung normativer Ordnungen heran. Auf dieser Basis untersucht Kadelbach die Anwendung des Prinzips demokratischer Legitimation auf europäischer und internationaler Ebene. Mit Blick auf die Europäische Union kommt er zu dem Ergebnis, dass sich deren Legitimationsstruktur mit der Struktur verfassungsstaatlicher föderaler Systeme durchaus vergleichen lässt. Kadelbach kritisiert jedoch die auf dem Konsensmodell aufbauende Legitimation von Entscheidungen auf internationaler Ebene als unzureichend. Zur Behebung bestehender Legitimationsdefizite schlägt er auf längere Sicht die Institutionalisierung parlamentarischer Organe in Internationalen Organisationen vor. Standards des *good governance*, wie Transparenz, Integration von Interessenvertretungen oder unabhängigem Expertenwissen in den Entscheidungsprozess sowie Mechanismen interner und externer Kontrolle nennt er als kurzfristig realistischere Möglichkeiten, die demokratische Legitimation internationalen Handelns zu gewährleisten.

Im Anschluss daran untersucht Niels Petersen (Bonn) in seinem Beitrag zu den „Anforderungen des Völkerrechts an die Legitimation politischer Entscheidungen“, ob es im Völkerrecht Legitimitätsstandards für nationale Regierungen gibt, an denen auch Verfahren für Entscheidungen in ethischen Fragen zu messen wären. Der Ansatz, den der Autor

vorschlägt, liegt zwischen den beiden bisher vertretenen Positionen. Diese lehnen entweder innerstaatliche Legitimitätsstandards ganz ab oder postulieren ein Menschenrecht auf Demokratie. Petersen hingegen zeichnet bei seiner Untersuchung der völkerrechtlich relevanten Dokumente die Linien eines Legitimitätsprinzips nach, das Demokratie als teleologisches Prinzip, gleichsam als Entwicklungsgebot begreift. Staaten sind danach nicht zur Demokratie, sondern nur zur Demokratisierung verpflichtet. Konkrete Vorgaben für ethische Entscheidungsverfahren können, von Minimalstandards politischer Verantwortlichkeit abgesehen, daraus aber nicht gewonnen werden.

Der Beitrag Jelena von Achenbachs (Heidelberg) greift die Frage der demokratischen Legitimation für die Europäische Union auf. Sie setzt sich mit dem sogenannten dualen Demokratiekonzept für die Europäische Union auseinander, nach dem sowohl das Europäische Parlament als auch der Rat europäischer Herrschaft demokratische Legitimation vermitteln. Einerseits setzt sie dieses Konzept in Beziehung zu den strukturellen Eigenschaften der Union und argumentiert, dass es dem supranationalen Charakter der Union entspricht. Andererseits arbeitet sie daran, demokratiethoretisch zu rekonstruieren, wie sich die beiden Mechanismen demokratischer Legitimation zueinander verhalten. Von zentraler Bedeutung ist dabei ihre These, dass sich Europäisches Parlament und Rat als verschiedene Repräsentationsformen desselben Legitimationssubjektes begreifen lassen, nämlich der von supranationaler Herrschaft unmittelbar betroffenen Individuen.

Auch Sabine Schielke (Berlin) befasst sich mit Aspekten der demokratischen Legitimation in der Europäischen Union. Im Zentrum ihrer Analyse steht die Frage, inwiefern Expertenrat und der aktive Einbezug von Bürgern als zwei verschiedene Formen der Politikberatung zur Schaffung eines Vertrauens der Bürger in die europäische Politik im Bereich der Biomedizin geeignet sind. Sie wendet zwei soziologische Modelle der Vertrauensgenerierung auf jeweils ein Beispiel der Beratungstypen, die Expertengruppe *European Group on Ethics in Science and New Technologies* und die Bürgerkonferenz *Meeting of Minds* an und kommt zu dem Schluss, dass diese zwar das Vertrauen zwischen den Institutionen der Europäischen Union stärken, im Verhältnis zum Bürger aber entgegen ihres proklamierten Zwecks wenig zur Schaffung von Vertrauen beitragen.

Fragen demokratischer Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht auf nationalstaatlicher Ebene behandelt der Beitrag Cornelia Hagedorns (Heidelberg) mit Blick auf Rechtsetzungsverfahren im Bereich der Biomedizin am Beispiel Japans. Ein Schwerpunkt des Beitrags liegt

auf der kritischen Untersuchung des in Japan zumeist erzielten Konsenses in den am Rechtsetzungsverfahren beteiligten Expertenkommissionen. Zudem schildert sie das neuerdings etablierte Verfahren der *public comments*, welches dazu dient, mit Hilfe des Internets Kommentare der Bürger zu den Richtlinienentwürfen der Expertenkommissionen einzuholen. Hagedorn kommt zu dem Ergebnis, dass der Expertenkonsens zwar eine durchaus kritikwürdige japanische Besonderheit ist, eine Kombination des Einsatzes von Expertenkommissionen und *public comments* bei der Rechtsetzung hingegen auch für andere Staaten eine vielversprechende Form demokratisch legitimer Rechtsetzung ist.

Der Beitrag von Caroline Francoeur und Johane Patenaude (Sherbrooke/Kanada) setzt auf regionaler Ebene an. Sie behandeln die Frage der demokratischen Legitimation der Regulierung von bioethisch relevanter Wissenschaft im Bereich der Bioethik am Beispiel Quebecs. Dafür stellen sie zunächst fest, dass ausreichende, verständliche und zugängliche Informationen Grundlage dafür sind, dass Bürger in einem demokratischen System informierte Entscheidungen im Bereich Bioethik treffen könnten. Um einer weiter fortschreitenden Entfremdung der Wissenschaften von den Bürgern entgegenzuwirken, schlagen die Autoren ein dreistufiges Modell zur Demokratisierung von Wissenschaft und wissenschaftlichem Arbeiten vor. Ziel der Einführung der modellhaft vorgeschlagenen Stufen der Demokratisierung ist es, eine bessere Repräsentanz von Bürgern und deren Meinungen und Belangen in Ethikkommissionen oder anderen im Bereich der Bioethik beratenden Gremien zu erreichen.

Der letzte Teil des Bandes behandelt die Legitimationsfrage ethischer Entscheidungen im Bereich des internationalen Biorechts. Harald Schmidt (London) diskutiert in seinem Beitrag zwei häufig geäußerte Kritikpunkte, die von verschiedenen Seiten gegen die von der UNESCO verabschiedete Allgemeine Erklärung über Bioethik und Menschenrechte angeführt werden. Zum einen geht es um die Frage, inwiefern die starke Anbindung der Erklärung an Menschenrechte und einen Menschenrechtsdiskurs gerechtfertigt und sinnvoll zur Behandlung der adressierten bioethischen Probleme ist. Anhand einer Diskussion der jeweiligen Rolle und des wechselseitigen Verhältnisses von Bioethik und Menschenrechten kommt der Autor zu dem Schluss, dass beide Disziplinen nicht konkurrieren, sondern sich vielmehr als komplementär ergänzen und zu einem jeweilig besseren Verständnis verhelfen. Der zweite aufgegriffene Kritikpunkt ist die These, dass die Erklärung überflüssig sei, da sie nichts Neues zur Lösung bioethischer Probleme beitrage. Hier zeigt der Autor, dass die Erklärung in mehreren Bereichen

innovative und gewinnbringende Bestimmungen einführt, die die Relevanz und Anwendbarkeit internationaler Normen im Bereich der Bioethik generell erhöhen und vorantreiben.

Ausgangspunkt des Beitrags von Miriam Clados (Heidelberg) ist die Beobachtung, dass internationales Recht und rechtlicher Diskurs, d.h. Sprache und Logik des Rechts, häufig gebrauchte Bezugssysteme darstellen, innerhalb derer bioethisch relevante Themen angegangen, diskutiert und normiert werden. Darauf aufbauend geht Clados zwei Fragen nach. Zum einen erörtert sie, inwiefern der rechtliche Diskurs die Art und Weise beeinflusst, wie bioethisch relevante Themen angedacht, gehandhabt und gelöst werden und zum anderen, wie geeignet die Sprache des Rechts ist, um aktuelle bioethische Probleme von internationaler Relevanz zu lösen. Die Autorin kommt zu dem Schluss, dass der rechtliche Diskurs oft überhaupt erst den Rahmen und die Möglichkeiten bietet, in dem solche Lösungsversuche unternommen werden können, dass aber die starke Betonung von rechtlichen Ansätzen auch Probleme aufwirft. So könne die durch die eigenen strukturellen Prämissen bedingte Konsensorientierung des internationalen Rechts etwa dazu führen, dass oftmals nur Minimal-Standards oder Formelkompromisse verabschiedet werden.

Im abschließenden Beitrag diskutiert Minou Friele (Düsseldorf) aus philosophischer Sicht die Legitimität von Forderungen nach internationalen Rechtsstandards für die biomedizinische Forschung in moralisch kontroversen Bereichen wie der Forschung an menschlichen Embryonen. Sie stellt dabei zunächst fest, dass rechtliche Regelungen als Einschränkung von Freiheiten stets der Angabe guter Gründe bedürfen. Das impliziere, dass auch die Prämissen, die zur Rechtfertigung dieser Einschränkung dienen, von allen Betroffenen akzeptiert werden können müssen. Das gelte bereits für den nationalen Raum, erst recht aber im supra- bzw. internationalen Raum, in dem sich auf nationaler Ebene virulente Legitimationsdefizite weiter verschärfen. Friele tritt daher dafür ein, kritischer mit Forderungen nach rechtlichen internationalen Standards, die sich nicht auf solche allgemein akzeptierbaren Ausgangsprämissen stützen, umzugehen. Dies gelte auch, wenn die Effektivität nationaler Politik durch inter- bzw. transnationale Kooperationen und den Austausch von Forschungsergebnissen und -produkten, z.B. von Stammzelllinien, unterwandert werde. Supra- oder transnationale rechtliche Standards seien hingegen dann gerechtfertigt, wenn sie für die Umsetzung unkontrovers diskutierter bioethischer Normen erlassen werden, etwa für den Schutz von Patienten und Probanden in Medikamententestphasen.

III. Ausblick

Betrachtet man die vorliegenden Beiträge aus einer übergeordneten Perspektive, die die Entwicklung von Recht und Ethik in den Blick nimmt und ihr Verhältnis zueinander, so scheint eine Entwicklung erkennbar, die in Zukunft weiterer und vertiefter Analyse bedarf. Anzeichen einer „Ethisierung des Rechts“ verdichten sich, die sich nicht nur an das anschließt, was Bernhard Schlink die „Vergerechtigungs“ des Rechts nannte,⁸ sondern darüber hinaus geht. Recht scheint durch ethische Standards ersetzt und modifiziert zu werden, indem diese als *guidelines* oder *soft law* mittelbar normative Verbindlichkeit erlangen.

Dass diese Ethisierung des Rechts Gefahren birgt, wird offensichtlich, wenn dadurch substantielle rechtliche Paradigmen verändert werden und festgelegte Rechtsetzungszuständigkeiten umgangen werden können. Dass solche Gefahren bereits konkret und nicht nur zukünftig sind, zeigt sich, wenn man beispielsweise die Empfehlung der Kommission für einen Verhaltenskodex für verantwortungsvolle Forschung im Bereich der Nanowissenschaften und –technologien betrachtet.⁹ Der darin enthaltene Verhaltenskodex verlangt nicht nur von allen Akteuren, also u.a. Mitgliedstaaten, Arbeitgebern und Forschern, dass Forschung in dem Bereich der Nanowissenschaften „ethisch vertretbar“ sein und keine „moralische Bedrohung“ für Menschen, Tiere, Pflanzen oder die Umwelt darstellen sollte, sondern auch, dass „Forscher und Forschungseinrichtungen für die möglichen sozialen, ökologischen und gesundheitlichen Folgen“ ihrer Forschung „für die heutige und für künftige Generationen zur Rechenschaft gezogen werden können“.¹⁰ Das Grundrecht auf Forschungsfreiheit wird dagegen im gesamten Kodex weder ausdrücklich genannt, noch ist es sonst als ein leitender nor-

⁸ Vgl. B. Schlink, Der Preis der Gerechtigkeit, *Merkur* 58 (2004), 983 ff.; dazu auch U. Volkmann, Gute policey oder Das Recht als Vehikel der Mehrheitsmoral, *FAZ* vom 29. April 2008, 9. Zu der Diskussion um gerechteres Recht auf internationaler Ebene: A. Hurrell, *On Global Order – Power, Values, and the Constitution of International Society*, 2007, insbesondere Kap. IV., 287 ff.; P. Lundy/M.McGovern, „Whose Justice? Rethinking Transnational Justice from the Bottom Up“, *Journal of Law and Society* 35 (2008), 265 ff., T. Nagel, „The Problem of Global Justice“, *Philosophy & Public Affairs* 33 (2005), 113 ff.

⁹ K(2008) 424 endg. vom 07.02.2008.

¹⁰ Verhaltenskodex Nanotechnologie, Anhang K(2008) 424 endg. vom 07.02.2008, 3.1., 3.2., 3.7.

mativer Maßstab erkennbar.¹¹ Nicht nur dieses Grundrecht, sondern auch die Maßstäbe der rechtsstaatlichen Klarheit und Bestimmtheit scheinen bei einer solchen Ethisierung in Gefahr. Die Verwerfungen bei dem Ineinanderfließen von Recht und Ethik und die Grenzen der Ethisierung des Rechts aufzuzeigen, bleibt damit eine entscheidende Aufgabe für weitere Forschungen.

¹¹ In Abs. 3 der Präambel des Kodex heißt es nur: „Akteure, die den Verhaltenskodex anwenden, sollten *gegebenenfalls* auch die Grundsätze der Charta der Grundrechte der Europäischen Union beachten.“ (Hervorhebung d. Verf.).

I. Grundlagen der Ethik

New Trends of Cognitive Science in Ethical and Legal Reflection

*Matthias Mahlmann**

I. Introduction

In recent years a particular perspective has increased in importance and now forms a central area in the study of ethics and law, namely, the perspective of cognitive science and the modern theory of the human mind. Yet, there are a number of different approaches within this framework – a fact that should not be overlooked. The most important emerging views include neo-emotivist neuroethics, approaches of evolutionary psychology and a mentalist theory of ethics and law. Neo-emotivist neuroethics identifies morality with emotional reactions that are hard-wired in human cognition,¹ beyond which utility calculations reign,

* Prof. Dr.; the author is Chair of Legal Theory, Legal Sociology and International Public Law, Faculty of Law, University of Zurich. This paper is based on an article published in the German Law Journal 8 (2007), 577 et seq.

¹ See M. Gazzaniga, *The Ethical Mind*, 2005, 167: “A series of studies suggesting that there is a brain-based account of moral reasoning have burst into the scientific scene. It has been found that regions of the brain normally active in emotional processing are activated with one kind of moral judgment but not another. Arguments that have raged for centuries about the nature of moral decisions and their sameness or difference are now quickly and distinctly resolved with modern brain imaging. The short form of the new results suggests that when someone is willing to *act* on a moral belief, it is because the emotional part of his or her brain has become active when considering the moral question at hand. Similarly, when a morally equivalent problem is presented that he or she decides not to act on, it is because the emotional part of the brain does not become active. This is a stunning development in human knowledge because it

while evolutionary psychology takes morality as an evolved optimization device for gene-reproduction.² On the other hand, a mentalist theory of ethics and law regards morality and the law as complex, historically and socially embedded constructions on the basis of enabling higher mental faculties, governed by abstract, non-emotional, foundational principles of – among others – justice and altruism that are part of the nature of the human mind.³

The purpose of this paper is therefore to explore the relevance of the abovementioned approaches for the study of the philosophy and theory of ethics and law. It will be argued that neither emotivist neuroethics nor evolutionary psychology, but rather a mentalist theory of ethics and law, constitutes the most promising approach to tackling the challenges created by the cognitive revolution. This paper intends to show that some recent studies of the relationship between cognitive science, ethics and law pursuing alternative approaches suffer from a clearly identifiable deficiency. They impoverish the empirical phenomenon to be explained, the human moral and legal world, to a sometimes surprising degree. Accordingly, some efforts will be made to elaborate a descriptively adequate phenomenology of morality by paying careful attention to some core properties of morality. Hutcheson remarked quite rightly 200 years ago: “Some strange love of simplicity in the structure of human nature or attachment to some favourite hypothesis has engaged many writers to pass over a great many simple perceptions which we may find in ourselves”.⁴ Every effort will be made in the remarks that follow to pay careful attention to the “great many simple perceptions which we may find in ourselves”, among other relevant observations, to avoid the pitfall of this “strange love of simplicity” in analysing the cognitive foundations of morals and law.

points the way forward figuring out how the brain’s automatic response may predict out moral response” (emphasis in the original).

² Cf. S. Pinker, *The Blank Slate*, 2002, 241 et seq.

³ See further M. Mahlmann/J. Mikhail, “Cognitive Science, Ethics and Law”, in: Z. Bankowski (ed.), *Epistemology and Ontology*, 2005, 95 et seq.; M. Mahlmann, *Rationalismus in der Praktischen Theorie*, 1999 (2nd edition 2008); J. Mikhail, *Rawls’ Linguistic Analogy: A Study of the “Generative Grammar”*, 2000; J. Mikhail, “Universal Moral Grammar: Theory, Evidence and the Future”, *Trends in Cognitive Science* 11 (2007), 143 et seq.; M.D. Hauser, *Moral Minds*, 2006.

⁴ F. Hutcheson, *Illustrations on the Moral Sense*, 1971, 105.

Another aspect should not be forgotten. Morality is not just any phenomenon. Morality is one of our strangest and, at the same time, most intimate and humane properties. Every word about the nature of morality is a word about an essential aspect of our existence. The same holds true for the law. The appearance of the law and of legal work is often one of technicalities and formalities of a profound dryness. But this impression is misleading. The law defines not just technical notions but also the core normative architecture of a society, and, given the development of international law, of the global community in general. Law at its deepest level is a mirror image of humanity's perception of itself. Therefore, I will at the end draw some tentative conclusions for our self-understanding as human beings from the findings of the relationship between ethics, law and the theory of the human mind. They will assess whether the findings of modern cognitive science about the nature of morality and the law add reasons for anthropological melancholy, perhaps even despair, or provide modest grounds for ethical hope.

II. The Mentalist Starting Point

An approach which is currently explored in the study of morality, law and the mind is a mentalist theory of ethics and law.⁵ It tries to reconstruct the idea of human practical reason by using the conceptual tools mainly developed in a certain part of the multi-faceted modern theory of the mind. Of particular importance is the study of language. Modern linguistics have gained an importance way beyond the concrete field of understanding the world of language by providing insights into the general structure of the human mind and its higher mental faculties. Generative Grammar has made plausible the assumption that human beings possess a language faculty with inborn properties – a universal grammar – which determines the possible properties human natural languages may have.⁶ The language faculty is the cognitive precondition of the possibility of language. Given the explanatory power of this mentalist approach to the study of language, the question has been

⁵ See note 3.

⁶ N. Chomsky, *Aspects of the Theory of Syntax*, 1965; N. Chomsky, *The Minimalist Program*, 1995; S. Pinker, *The Language Instinct*, 1994; R. Jackendoff, *Patterns in the Mind: Language and Human Nature*, 1994; M. Baker, *The Atoms of Language*, 2001.

asked for years whether practical philosophy could be informed by this approach.⁷

The following core hypothesis of this paper is the consequence of the mentalist approach: morality is based on a higher mental faculty, governed by a set of principles universal to the species, that generates moral judgement. This moral faculty is the cognitive precondition of the mental reality of morality just as the language faculty forms the cognitive precondition of the mental reality of language. This theoretical stance is clearly distinguished from other current approaches. It is, however, as will be illustrated, deeply embedded in some of the best traditions of practical thought. Without doubt it raises many fundamental questions. The most important will be considered now, including the implications for a theory of law.

III. The Ontology of Morality

1. The Basic Questions

The first fundamental question to be addressed is that of moral ontology. There is a long tradition of serious human thought asserting the objective reality of moral entities from Platonic theories to versions of

⁷ See further N. Chomsky, *Language and Problems of Knowledge*, 1988, 152; M. Bierwisch, "Recht Linguistisch Gesehen", in: G. Grewendorf (ed.), *Rechtskultur als Sprachkultur*, 1992, 42 et seq.; S. Stich, "Moral Philosophy and Moral Representation", in: M. Hechter/L. Nadel/R. Michod (eds.), *The Origin of Values*, 1993, 215 et seq.; J. Mikhail/C. Sorrentino/E. Spelke, "Towards a Universal Moral Grammar", in: M.A. Gernsbacher/S. Derry (eds.), *Proceedings of the 20th Annual Conference of the Cognitive Science Society*, 1998, 1250; S. Dwyer, "Moral Competence", in: K. Murasugi/M. Stainton (eds.), *Philosophy and Linguistics*, 1999, 169 et seq.; R. Jackendoff, "The Natural Logic of Rights and Obligations", in: R. Jackendoff/P. Bloom/K. Wynn (eds.), *Language, Logic, and Concepts: Essays in Memory of John MacNamara*, 1999, 66 et seq.; G. Harman, *Explaining Value*, 2000; J. Mikhail, "Law, Science, and Morality: A Review of Richard Posner's 'The Problematics of Moral and Legal Theory'", *Stanford Law Review* 54 (2002), 1057 et seq.; M. Mahlmann, "Sprache als Spiegel der Praktischen Vernunft", *Zeitschrift für Rechtsphilosophie* (2003), 168 et seq.; Mahlmann/Mikhail, see note 3; M. Mahlmann, "The Cognitive Foundations of Law", in: H. Rottleuthner (ed.), *Foundations of Law*, 2005, 75 et seq. For a discussion of the linguistic analogy see J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1999, 45 et seq.

modern objective idealism or moral realism of some sort.⁸ The alternative view is that morality is not an objective reality or fact, but rather a concept that is subjective and exists within one's mind.

Various approaches link morality to varying extents with a special human faculty – the Socratic *δαιμόνιον* (*daimonion*),⁹ Aristotelian *φρόνησις* (*fronesis*),¹⁰ Thomas Aquinas' *Synderesis*,¹¹ the light of reason of the Natural Law tradition,¹² the intellectual nature of the Rationalists,¹³ the Moral Sense of the Scottish Moralists¹⁴ or Immanuel Kant's Practical Reason,¹⁵ to name a few important examples.¹⁶ Depending on the onto-

⁸ For modern objective idealism see V. Hösle, *Philosophie der Ökologischen Krise*, 1991; for a recent defence of moral realism see D.O. Brink, *Moral Realism and the Foundation of Ethics*, 1989; R. Schafer-Landau, *Moral Realism: A Defence*, 2003.

⁹ Platon, *Apology*, 31 d and 41 d. The daimonion, something divine, an inner voice, advises Socrates only to refrain from doing something. There is no explicit connection with morality and there are other issues involved, such as admission of pupils, Platon, *Theaetetus*, 151 a, or the nature of death, *Apology*, 40 a – 42 a. But the context is ethical in important respects – it is Socrates' commitment to virtue, justice and his attempt to preserve them and the laws, id., 31 d – 33 a, 40 a, 42 a. Xenophon, *Memorabilia*, Book I, I, 2, 4; Book IV, VIII, 1, 5: the „deity“ advises Socrates in various matters. The decisive question is, however, what is just and what unjust, id. Book IV, VIII, 4.

¹⁰ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1140 b. Practical wisdom is one of the dianoetic virtues.

¹¹ Compare T. Aquinas, *Summa Theologica*, I-II, q. 94, 1: “(D)icendum quod synderesis dicitur lex intellectus nostri, in quantum est habitus continens praecepta legis naturalis, quae sunt prima principia operum humanorum.” (“Synderesis is said to be the law of our intellect because it is a habit containing the precepts of the natural law, which are the first principles of human actions.”).

¹² See H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, I, I, X; S. Pufendorf, *De Officio Hominis et Civis Juxta Legem Naturalem*, III, IX – XII.

¹³ R. Cudworth, *A Treatise Concerning Eternal and Immutable Morality*, 1996, 20: “To conclude, therefore, things called naturally good and due are such things as the intellectual nature obliges to immediately, absolutely, and perpetually, and upon no condition of any voluntary action that may be done or omitted intervening?”.

¹⁴ F. Hutcheson, *An Inquiry into the Original of Our Ideas of Beauty and Virtue*, 1971, xiv.

¹⁵ I. Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Akademie Ausgabe Vol. IV; I. Kant, *Die Kritik der Praktischen Vernunft*, Akademie Ausgabe Vol. V.

logical theory, this human faculty can play different roles – it can be the faculty of the cognition of the objective reality of morality or actively create its subjective idea. The first account one finds, for example, in Platonic thought or in the classical Natural Law tradition. A moral judgement is a judgement about what things really are, and not just the illusionary impression of something real.¹⁶ In terms of moral epistemology, a version of a correspondence theory of moral rightness is thus formulated. Truth is given according to this theory if the subjective conceptualisation of a thing somehow matches the thing itself. The thing cognised in the context of morality is the moral quality of an act – say lying – or the value status of an entity – the goodness of virtues like courage, self-control or wisdom, to take some of the examples classical and part of modern virtue ethics is very concerned with. This connection between objective moral facts and the subjective cognition of those facts is often made historically, but is theoretically a contingent, unnecessary connection. This is illustrated by theories which follow the second path, cut the connection between subjective cognition and objective moral facts and understand morality as an original creation of the human mind and the special moral faculty, correspondingly, as the origin of this creation. That is explicitly so in the Scottish Enlightenment;

¹⁶ There are of course other concepts of conscience. M. Heidegger, *Sein und Zeit*, 1984, 270 et seq. outlines an existential ontological analysis of conscience against the classical idea that the conscience provides concrete obligations for particular actions in particular circumstances. He denounces this idea as being “vulgar”, id. 269, as or being connected to a horizon of existence that understands life as naked business under rules, id. 294: “Diese Erwartung gründet im Auslegungshorizont des verständigen Besorgens, der das Existieren des Daseins unter die Idee eines regelbaren Geschäftsganges zwingt”. Instead, conscience for Heidegger is the call to authenticity and the witness of its possibility, id. 277: “*Das Gewissen offenbart sich als Ruf der Sorge: der Rufer ist das Dasein, sich ängstigend in der Geworfenheit (Schon-sein-in...) um sein Sein-können. Der Angerufene ist eben dieses Dasein, aufgerufen zu seinem eigensten Sein-können (Sich-vorweg...)*” (emphasis in the original), id. 289. Guilt is accordingly not connected to action against some norms but is primordially based on the nullity of human existence, id. 286. This kind of analysis does not account for any of the most basic properties of moral judgement, as developed below. For further comments cf. M. Mahlmann, “Heidegger’s Political Philosophy and the Theory of the Liberal State”, *Law and Critique* 14 (2003), 229 et seq.

¹⁷ R. Price, “A Review of the Principal Questions in Morals”, in: D.D. Raphael (ed.), *A Review of the Principal Questions in Morals*, 1948, 14: in his view, this subjective account fails to be convincing, because moral judgement must be telling us what things really are.

for example, in Hutcheson's thought and his theory of the moral sense,¹⁸ or in Hume,¹⁹ who in his later work was much influenced by Hutcheson's ideas.²⁰

2. Varieties of Analytical Reductionism

The modern tradition of non-cognitivism seems to be an heir to this second subjective understanding of the reality of the moral law. This is, however, only partly true. From the non-cognitivist position morality is indeed subjective. The problem is that from this point of view morality is really nothing at all if the term 'morality' is intended to designate something *sui generis*. Non-cognitivism is in part the expression and

¹⁸ Hutcheson, see note 14, 117 et seq.; Hutcheson, see note 4, 133: "A certain incorporeal form, if one may use that name, a temper observed, a character, and affection, a state of sensitive being, known or understood, may raise liking, approbation, sympathy as naturally from the very constitution of the soul, as any bodily impression raises external sensations". Hutcheson, id. 163, makes the distinction between "(1) the idea of external motion, known first by sense, and its tendency to the happiness or misery of some sensitive nature, often inferred by argument or reason", "(2) apprehension or opinion of the affections in the agent, inferred by our reason", "(3) the perception of approbation or disapprobation arising in the observer". The approbation is held not to be an image of anything external.

¹⁹ "Take any action allow'd to be vicious: Wilful murder, for instance. Examine it in all lights, and see if you can find that matter of fact, or real existence, which you call vice. In which-ever way you take it, you find only certain passions, motives, volitions and thoughts. There is no other matter of fact in the case. The vice entirely escapes you, as long as you consider the object. You never find it, till you turn your reflexion into your own breast, and find a sentiment of disapprobation, which arises in you towards this action. Here is a matter of fact; but 'tis the object of feeling, not of reason. It lies in yourself, not in the object", D. Hume, *A Treatise on Human Nature*, 1740, Book III, Part I, Section I.

²⁰ Kant is a difficult case in this respect. But if his doctrine of the moral law, its status as a fact of reason, as a law of autonomy of the *homo noumenon* is to be taken seriously, Kantian practical reason seems to be related to this tradition too. Kant's moral law is not Plato's Idea of Good or the objective *lex aeterna* or *lex naturalis* of Thomas Aquinas – it is a law of reason, and thus situated in the subjective human mind itself. On Kant's implicit moral psychology see M. Mahlmann, "Kant's Concept of Practical Reason and the Perspectives of Mentalism", in: Z. Bankowski (ed.), *Epistemology and Ontology*, 2005, 85.

consequence of the critique of metaphysics by analytical philosophy and the logical positivists, and is today further nourished by other theoretical schools, including post-structuralism. The research programme of these schools is a twofold de-mystification of morality: first, by pointing out the ontological queerness of a realm of moral facts and a corresponding human faculty cognising them and the stain of metaphysics that makes theories with too little distance to such a realm of moral facts unattractive;²¹ secondly, by providing an alternative account of what moral evaluation is really about – namely not the cognition of pre-existing moral qualities or relations but the expression of a subjective emotional approval or disagreement with some act or entity.²² These emotional attitudes are the mundane stuff morality is made of. The approaches within this theoretical framework vary and are more or less refined. The general approach of non-cognitivists from Russell,²³ Ayer,²⁴ and Stevenson²⁵ to contemporary moral sentimentalism of a Rortian type²⁶ has, however, not changed in general outlook, though the details and the concrete ethical outcome sometimes vary considerably. How powerful the idea is that behind the impressive veil of moral ideas and concepts subjective feelings of approval and disapproval are hidden is illustrated as well by some of the authors who investigate morality in contemporary innateness debates. Here, too, the morality-equals-emotional-preference thesis or its negative variant (morality is an emotional aversion against harm afflicted to others) is clearly a leading research hypothesis. It is the core of one of the major strands of current reflections of cognitive science on morality and law identified above.²⁷

²¹ On the argument from (ontological and epistemological) queerness see J.L. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, 1977, 38.

²² See note 19.

²³ B. Russell, *History of Western Philosophy*, 1999, 117 – 118 and 834. It is an interesting question how this theoretical outlook relates to Russell's practice of political morality.

²⁴ A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, 1956, 107: ethical concepts "pseudo-concepts".

²⁵ C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, 1959.

²⁶ R. Rorty, "Human Rights, Rationality, and Sentimentality", in: S. Shute/S. Hurley (eds.), *On Human Rights*, 1998, 122, "Manipulating sentiment" is the right thing to do in ethical debates, for example through a "long, sad, sentimental story", id. 133, not some rational foundationalism.

²⁷ See Gazzaniga, see note 1, 167. On some examples of such studies and their critical assessment see note 33.

Modern non-cognitivism thus leads us to another path open to answer the formulated fundamental question about the reality of morality. It is an example of analytical reductionism. It does not deny that there is a language of morality and grants that this language expresses something, but proposes to understand this something as quite different from what a standard idea of morality assumes. With this analysis, morality ceases to be a phenomenon *sui generis*. Not only are objective moral entities not “part of the fabric of the world”, as Mackie put it in a classical critique of moral realism,²⁸ but moral entities as such are not part of what constitutes the world. Instead of the strange entity the traditional accounts in the history of thought were reflecting about, morality turns out to be a set of emotional preferences, not something more and mysterious.

3. The Complex Fabric of Morality

The first observation one has to make in this context is that morality has a strong and distinguishing emotional dimension. If one witnesses a massacre one does not just think: “this is wrong” as one does if one hears the proposition “Aristotle lived before Aeschylus”. One feels as a consequence of one’s moral judgement a sometimes very powerful emotional aversion. These moral feelings are distinct from all others. The approbation of a moral act is phenomenologically other than, say, the approbation of a beautiful goal in a football game. The aversion felt on witnessing a massacre is different from that on seeing a rotten dish.²⁹ More concretely, at least three distinct spheres of approbation and aversion can be (and have been traditionally) distinguished — the spheres of the instrumental good, of the moral good and of aesthetics. To illus-

²⁸ Mackie, see note 21, 15.

²⁹ S. Nichols, “Innateness and Moral Psychology”, in: P. Carruthers/S. Laurence/S. Stich (eds.), *The Innate Mind: Structure and Content*, 2005, 353 fails to appreciate this difference. He takes the disgust at spitting into a glass of water to be the same as moral disgust. Another example is the question discussed in moral psychology: whether it is “moral” to eat a chicken with which one has previously had sexual intercourse, a question e.g. J. Haidt, “The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgement”, *Psychological Review* 108 (2001), 814 et seq. takes as relevant for moral theory. The study of moral judgement is, however, much more well-defined than a “general study of human aversion”.