

(要約)

権利論の再構成—新アリストテレス主義からの試み

陸 新超

自由主義が揺るぎない地位を得るにつれて、私たちの道德内容は驚くべき変化を遂げた。私たちの行為は、他人に干渉しない限り、すべて自由であり、それに対する制限は道德的に一したがつて、法的にも一疑わしいものになりつつある。社会道德はむろん不変のものではないが、その変遷は、権力による強制を受けたものであってはならず、この意味において自然な過程であるべきである。

一方、実際には、道德の変遷を権力によって強行する試みは多々見られる。その中で最も目立つのは、正義の味方—まさにこの理想化のため、権力と社会道德はより緊密に結ばれる—とみなされる司法権による介入である。自律や尊厳の力を借りて、我々は、この数十年間を経て、自己決定という神聖な権利を手に入れた。個人の選択が崇められ、これに対する制限はすべて疑わしくなっている。かつての道德がそのため、次々と足かせとみなされ捨てられた。しかし、個人の自律に批判がないわけではないし、仮にそれ自体に疑問がないとしても、その内実がわずかに十数人の判断により確定され、社会道德がしたがつて強制的に変化させられるのは、本当に正当だろうか。

本稿は、個人の自律や尊厳に対する大多数の批判と同じく、それ自体の価値を否定するつもりはない。懸念されるのは、個人の自律や尊厳を根本原理まで持ち上げ、真理であるかのように扱うことである。個人の自律や尊厳に基づいた権利論の代わりに、本稿は、新アリストテレス主義に基づいて、以下のように一つの合理的ではなく経験に復帰した権利論を提案したい。すなわち、第一に、権利の法的内容は、共同体の歴史・文化・伝統、つまりその実践の積み重ねに基づいて確定されるべきである。それを越えた「権利」解釈、あるいは「権利」主張は、単に政治的・道德的見解にすぎない。第二に、このような主張が法的なものではない以上、司法は、それを適用するべきではない。政治的・道德的見解が法になるためには、熟議民主政を経由しなければならない。第三に、反省のための諸権利は、以上の例外である。

権利論の再構成には原理的検討が不可欠であるため、本稿は、自説に一層説得力を持たせるために、人間像の考察を手がかりにする。なぜなら、おおよそ当為に関する理論は、特定の人間像、つまり人間に対する特定の理解に基礎を置いているからである。以下では、各章の概要を述べていく。

第2章では、日本憲法学においていかなる人間像がとられてきたかについて考

察する。諸学者の見解は、おおむね時間順に、古典期・過渡期・発展期・開花期という四つの時期に分けて整理される。古典期とは、法実証主義というオーソドックスな立場に基づき、法への遵守を強調・正当化するために人間像を構築する時期である。この時期の代表者として、美濃部達吉は、臣民としての個人が、団体としての国家の構成員、社会生活の一員、そして個体として独自の生存目的の主体という三重の地位を有すると指摘する。個体という側面が副次的な地位に置かれる点、そして国家の形成や本質について共同体の価値が特に重視される点からみれば、共同体に強くコミットする存在というような人間像が浮き彫りになる。過渡期とは、戦前憲法学、特に法実証主義から強く影響を受けた学者たちが、新憲法の取り入れた諸原理の受容と展開に努め、戦後憲法学を発展させた時期を指す。この時期において、佐々木惣一は共同生活の性情、自然規範や自然権の存在、そして人間尊重を当然視し、宮沢俊義も、人間の存在から論理必然的に人間の尊厳が導き出されると主張する。このような当然論は、理論の根拠づけを重視しないため、合理主義からの批判を受けやすい。発展期とは、当然に尊厳を有し権利を持つような人間像を充実・発展させ、人権に対する信仰をあえて合理的な論証に置き換えようとする試みが見られる時期を指す。佐藤幸治は、ゲワースとラズの理論に基づき、「人格的自律の存在」という人間像を主張する。佐藤によると、人間は、本来的に自立した主体として、他者の干渉を免れるだけではなく、より積極的な意味において、自己の生活を方向づけ、自己支配ないし自己決定を行う。奥平康弘と樋口陽一もそれぞれ、「一人前の人間」と「強い個人」を提示する。そのような尊い人間像は、人間がなぜ尊重に値するかに答えたが、人権の主体や内容を不当に限定する嫌いがある。開花期とは、平等主義の風潮の高まりに応じて、実際の人間や弱き人間を基にして、多様性に満ちた人権論が構築される時期である。

総じていえば、憲法学における人間像は、政治共同体にコミットする人間から始まり、信仰される尊い人間、合理的に基礎付けられる自律の個人を経て、現在では、一アプローチはいろいろだが一本質は平等な人間に至っている。そのうち、いまだに主導的な地位にあるのは、当然のことであれ、論証が必要であれ、尊い人間像である。そのような人間像に基づく権利論については、三つの特徴が挙げられる。一つ目は、権利は法的には合理的に生成しうることであり、つまり、ある要請が特定の原理に適していると合理的に認められさえすれば、それは、たとえ過去の法的実践にまったく現れていなかったとしても、法的権利となりうる。二つ目は、政治過程に対抗しうる前政治的な権利は大いに認められることである。超憲法的原理に基づくものと思われる要請が多ければ多いほど、憲法的に実定法化されなければならない権利も多くなる—この状況は、超憲法的原理の曖昧さに応じて深刻化する。三つ目は、司法による権利創設が期待されることである。前政治的

な権利を実定法化することは、政治共同体の義務であるとされる。そこで、もし立法府がその義務を怠っており、行政府もそのコントロール下におかれて足踏み状態にあるならば、司法が積極的に行動することを期待するのは、自然なことである。

権利の合理的生成、前政治的な権利の存在、そして司法による積極的権利拡張といった傾向は、おおよそ超憲法的原理の存在を主張する理論に見られるはずだが、その程度は一様ではない。それらの傾向は、人間であるならば当然に一連の権利を有するという人権原理や、人間であるならば尊重に値し特定の形で扱われなければならないという人間の尊厳の原理を根本原理とする場合に、強くみられる。それによって、問題と矛盾が生じるのである。これは第3章のテーマである。

人権論上の問題について、第一に、人権論においていかなる人間像がとられるとしても、天皇及び皇族も人間である以上、論理上人権の享有主体から除外されるはずがない。にもかかわらず、学説上では、天皇及び皇族を基本的人権の享有主体から外し、一つの例外として扱う見解(天皇人権不享有説)が有力である。第二に、外国人も同じく人間または人格的自律の存在なのに、なぜその人権享有の可否は、「基本的人権の性質」に照らされなければならないのかが疑問である。第三に、人の自律性を崇めるにもかかわらず、時折パターナリズムによる規制が許容される。特に規制される行為が、生命や健康に対する重大な危害と直接に関係せず、しかも必ずしも他人に危害を加えない場合—例えば近年海外では緩和傾向のある大麻の規制や、香川県ネット・ゲーム依存症対策条例のゲーム時間の規制など—には、規制の正当性は疑わしい。第四に、人権論のもとでは、価値の根源は個人の自律にあるとされるため、個人に還元できない価値を守っているような公序良俗は、やがてその基盤を失ってしまい、個人の選択との衡量において後退していく。それゆえ、公然わいせつの罪や、売春禁止、近親結婚の禁止や動物虐待の禁止などの正当性は、人権論の下では問題になる可能性がある。第五に、政治を適切に行うという公共利益に基づき、被選挙権の年齢制限を選挙権と異なるように設けるのは、正当性を疑われる余地がある。第六に、道徳的直観が人権論者にとって重要であるが、人権に基づく判断がそれに反する場合はある。その時、道徳的直観と人権のどちらに従うべきかが問題となる。第七に、人間像を満たさないまだ存在しない人、いわゆる将来世代のため、現世代の自由がなぜ制限されうるかを説明することは容易ではない。

以上の諸問題の解決の困難さはさらに二つの矛盾と関係する。第一の矛盾は、人権や人間の尊厳は、切り札や不可侵というように最高原理とされる一方で、時には他の考慮のため後回しにされる。第二の矛盾は、論証に使える語彙の貧困さに

由来し、紛らわしく増殖しつつある諸権利テーゼのうち、ある主張を法的権利として認めると同時に、それと類似する主張を法的権利と認めない点にある。

権利論における諸問題点及び矛盾が現在でも整合的に解決されていないことは、原理レベルにおいて支障が存在していることを示唆するかもしれない。そして、自由主義の哲学によっては、これを解決するあるいは回避することは難しい。議論を一層深める必要があるため、第4章では、リベラル・コミュニタリアン論争をめぐって、政治哲学のレベルで人間像を検討する。

ロールズは、自由で平等な道徳的人格を主張する。人間は、主張の自己起源的な淵源として、善の構想を形成・修正し、自らの目的に対して責任を負う。のみならず、人間は、正義の原理を理解・応用し、単に正義に従うだけでなく、それにならって行動する能力、及び善の構想を形成・修正し、合理的に追求する能力という二つの道徳能力を持ち、それらに律される。そして、このような人間は、原初状態においてアイデンティティをなくされて推論し、一連の正義の構想の中から正義の二原理を選び出す。ロールズの人間像は、『政治的リベラリズム』時代にも変わることがなく、彼の理論のいくつかの重要概念を基礎付けている。他方、ドゥオーキン以下のような人間像を提示する。すなわち、各人は、第一に、自らの生に客観的な重要性があること、そしてそのために自分自身の生の成功が重要であることを承認しなければならない（自尊の原理）。第二に、各人は、自らの生にとって何が成功であるかを判断する特別な個人的責任を持つ（真正性の原理）。ドゥオーキンによると、二つの基本原理は共に、人間の尊厳に関する一つの構想を成す。

対して、サンデルは、ロールズの人間像を「負荷なき自己」と批判して、人間には構成的な善があると強調する。構成的な善は、個人が選択するものではなく、発見するものである。より具体的に言えば、人間は、少なくとも共同体の存立を構成的な善とし、共同体の道徳的紐帯を重視するべきである。他方、マッキンタイアは、道徳判断を含むすべての評価的判断が、本質的には単なる情緒・態度・選好の表出にすぎないという表出主義を批判し、「機能概念としての人」に基づき自らの倫理学を築く。機能概念としての人とは、テロスを持ち、美德を養いながら実践において内的善を実現しつつある存在を意味する。

リベラル・コミュニタリアン論争において論点はむろん多々あるが、それを一つに絞ってみれば、リベラリズムの人間像の中核にあるのは「私が欲しいのは何か」という自律・選択であるのに対して、共同体主義の人間像の中核にあるのは「私が欲しいことは本当に良いのか」という反省・責任である。自律と反省の重要性については論争の両陣営に異論がないので、意見の分かれるところは、自律と反省のどちらがより重要なのかにある。

第 5 章では、数多くの人間像、ひいては各々に関係する根本原理の中で、果たしていずれが正しいのか、あるいは、いずれが選択されるべきであるかについて、五つの回答を設けて検討する。**第一に**、情緒主義からみると、根本原理が選択されてはじめてそれに基づく価値体系が形成される以上、根本原理の選択問題自体について議論することは、意味がないのである。そうすると、論者たちはいかなる根本原理を選択しても差し支えない。**第二に**、特定の学問分野に限るならば、人間像を選択する指針が見つかるかもしれない。なぜなら、すべての学問分野は他の分野と区別される中核的な特徴、すなわち本質を持つのであり、そしてその本質は何らかの判断基準を提供してくれるからである。憲法学にとって、立憲主義という概念はそのような指針である。立憲主義は権力制限と権利保障を意味すると一般に解されるが、アリストテレスの形而上学に従えば、立憲主義の本質は権力制限のみである。したがって、選択された人間像は少なくとも、権力制限に対して、原理的に反しないものでなければならない。**第三に**、現実が説得力をもたらすという現象がある。つまり、人々は実際のところ、ヒュームの法則を重視せずに、現実から説得力を感じ取るのである。例えば、過去にソ連が存在していた時、共産主義は魅力的であると多くの人が思っていた一方、1980 年代の東欧革命の後に、ソ連型共産主義こそ未来だと第二次世界大戦以来信じていた理論家たちは、その立場を変えた。だとすれば、特定の現実を実現しうる根本原理は採択されるべきであると考えられる。そして、仮にその特定の現実が繁栄を指し、しかもアメリカが繁栄していると言えるならば、アメリカの繁栄にかかわる人間像や根本原理は選択されるべきである。そこで、共和主義的な人間像が視野に入る。**第四に**、凡そ研究は、問題意識から端を発し、問題の解決をもって完成する。合理性の要請に従えば、問題の解決が目的となる以上、それを有効に、時には効率的に解決できる理論は、手段としてとられなければならない。そこで、もし人間像や根本原理を手段とみなすならば、その選択は、先在する問題意識の内容、つまり目的のあり方に照らして行われるべきである。我々は、自らの問題意識は何なのか、あるいはそれが多数存在する場合、そのうち最も差し迫っているものは何なのかによって、人間像を選択するということである。だとすれば、数多くの社会問題が原子論的個人と相当程度関連していると考えれば、そのような問題意識は、原子論的個人と異なる人間像、ひいては自由主義と異なる根本原理を呼びかけている。**第五に**、循環論は不可避であるかもしれない。というのは、そもそも根本原理を選択するためには、何らかの基準が不可欠であり、したがって、根本原理を選択する前に、すでに何らかの原理が密かに採用されているからである。けれども、循環論がいずれにせよ不可避的となれば、これを重視する必要性はかえって減少する。かくして、いかなる根本原理が選択されても差し支えない。

第6章では、機能概念としての人に基づき権利論を展開し、憲法13条の解釈を試みる。機能概念としての人とは、テロスをもち、美德を養いながら、実践において内的善を実現しつつある存在である。テロスは、特定の目的や特定の善ではなく、誰かの教示に基づいてわかるものでもなく、実践において選択や判断を行うことや、美德を実行することによって発見されるものである。テロスの探究にとって、他人や共同体の存在を前提とする実践に参加することが不可欠である。個人はしたがって共同体に参加しなければならないが、そのテロスが共同体の伝統や価値観によって規定されることはない。また、テロスは人生を完成させるものであり、それを実現した人には更なるものを欲求する理由がもはやない。テロスのこのような完結性は、生が終わるまでの、テロスに関する構想がすべて暫定的なものにすぎないことを意味する。我々は人生の途中で特定のテロスを見つけたと断言することはできず、常に反省の能力を通して、共同体の中において、自らの欲望にどのような善い理由があるかや、自らの欲求するものがどのような善を達成しうるかを他人と共に考えなければならない。このような反省の過程を自らが拒絶する―例えば独りで山奥や無人島で生活―こと、あるいは他人によって反省が妨害される―例えば表現の自由のない社会や、情報がコントロールされて自由に流通できない社会―ことは正しくない。反省のための権利が前政治的な権利たりうることはこのように示される。

一方、前政治的な権利は反省のための権利に限られるのである。実践に参加する者は、当の実践のルールによる規制を受け入れるべきである。言い換えれば、参加者は、少なくとも暫定的に、実践のルールの正当性を認めなければならないのである。法というルールの遵守もそうである。法を「これまでに実現された最善の基準」たらしめ権威を持たせるためには、政治共同体の歴史・文化・伝統、つまり蓄積してきた実践を踏まえて、法を把握することが必要である。権利内容の法的形成もしたがって、蓄積してきた政治共同体の実践に基づくべきである。

このように、実践の目的論からは、一種の前政治的な権利が導き出されるが、実践の性質からは、政治共同体の特殊性に関係しないような前政治的な法や権利は、原則的に存在しないという結論が得られる。両者は実践の原理の下に統合される。反省のための権利以外の権利がポスト政治的なものであり、その確立はもっぱら政治的合意による。司法の決定は、共同体のこれまでの実践に沿ったものであるならば、擬制的な政治的合意に相当すると言える一方、その決定が単に抽象的な原理―たとえ当の原理が憲法や法律に取り入れられているとしても―に基づく合理的推論にすぎない場合は、そうではない。要するに、司法による合理的な権利創設は原則として認められない。

第 3 章で述べた問題や矛盾は、固有性・不可侵性・普遍性を有する人権の原理を根本原理とする企てに由来するものであり、それを避けた本論文の権利論には存在しない。これは、それらが全部解決されたことを意味するのではなく、ただ、見方を転換して、法の世界においては存在しなくなることを意味する。本稿の理論において、反省のための権利や民主政の原理が特定の場合に否定されうるといように例外が設けられない限り、理論上の一貫性は保たれる。

ところが、理論がどんなに理にかなっているように見えても、実定法上の根拠を欠いてはならない。そこで、日本国憲法は、その制定史に照らせば、まさに反省の産物である。憲法の目的や基本原則を掲げる憲法前文も、日本の辿った道が誤りであるように、反省の現れとして把握できる。また、憲法 97 条が、基本的人権尊重主義が憲法の基本原則たる理由の一つとされるが、憲法上の権利の本質を明らかにしたこの条文はまさに、権利が合理的なものではなく、歴史的なものであることを語っている。なぜなら、憲法に保障される権利は、合理的に推論されたものではなく、「過去幾多の試練に堪へ」、「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」であるからである。

こうして、本稿の捉え方が単に理論として成立できるだけではなく、憲法上にも根拠があり憲法の一つの捉え方たりうるならば、具体的な憲法条文の解釈も行われうようになる。憲法 13 条の解釈について、第一に、原則として、司法は合理的に権利を創設すべきではなく、新しい権利や権利の新しい内容の確定は民主過程に委ねなければならない。この結論は、プロセス理論を想起させるが、両者は同様ではない。第二に、「幸福追求」という文言は、従来では、種谷春洋の研究に従って、「人の精神的、身体的、物質的諸領域に及ぶ広範な内容のもの」を指すと解されてきたが、「幸福」をユーダイモニアとし、「幸福追求」を新アリストテレス主義的に捉えることも可能である。そうすると、憲法は 13 条において、前政治的な権利としての反省のための権利を明記していると解することができる。第三に、「幸福追求」の文言がしたがって包括的な性格を持たなくなるにつれて、司法による権利創設の一般的な契機は、「自由」という文言に求めるべきである。むしろ、憲法上明記されない権利を創設するにあたり、司法は、単に憲法の文言に対する特定の理解に基づきかかる権利が導出されうのだと述べるべきではなく、実践的なもの—かかる利益を守る法律や、伝統、文化など—を論拠として示す必要がある。換言すれば、権利創設のために、司法は合理的な判断ではなく、実践的な判断を行うべきである。

以上、本論文では、結論として、司法による権利創設に消極的な権利理論を構築した。期待されるのは、法秩序ならびに社会の漸進的な変革である。八十年来、と

りわけ諸先進国において、司法による画期的な判決は往々にして劇的な社会変革をもたらした。それは、多くの時間を要する法案成立を待たずに正義を迅速に実現したように見えるが、社会の分裂を招く大きなリスクを抱えている。社会の分断のほかにも、我々は、さまざまな社会問題に直面する際にいつか、人権の実現は唯一の目的でもなければ、至高の目的でもないことに気づくだろう。

今後の課題として、討議民主政のあり方を模索することや、討議による民意の形成とそれによる国家機関への影響とを確保するための、司法の果たすべき役割を解明することがあげられる。また、反省のための権利について、本論文では特に深く論じていないが、それを掘り下げ、反省のための権利の意味やそこに内包される具体的権利を一層明らかにすることは意義が大きいと考えられる。