

ミシェル・トロペール論文撰9 <実証主義と人権>

南野, 森
九州大学大学院法学研究院 : 准教授 : 憲法

<https://doi.org/10.15017/10788>

出版情報 : 法政研究. 74 (4), pp.161-177, 2008-03-19. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

ミシェル・トロペール論文撰9

〈実証主義と人権〉

南野 森(訳)

(訳者注) 本稿は、Michel TROPER, « Le positivisme et les droits de l'homme », in Bertrand BINOCHE et Jean-Pierre Cléro, *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2007, pp. 231-247を翻訳するものである。

- 一 外見的両立不能性
- 二 実証主義と人権の両立

「人権 (les droits de l'homme)」という表現が、人が国家とは関係なしに、そして国家に対抗してさえ所有し行使する権利を意味するのであれば、厳密な実証主義的観点か

らすると、問題はただちに解消することになる。すなわち、人権なるものは存在しない。というのも実証主義者にとっては、人権とは、あらゆる主観的権利と同様に、それが実定法秩序によって認められてはじめて権利となるものだからである。つまりそれは、「憲法による授權に基づき国家の諸機関によって承認されることによってはじめてそうなるのであり、実定的権利としてしか法学の関心対象とはならない」のである¹⁾。たしかに、一定の憲法典が——今日ではそのほとんどが、であるが——人の権利および自由のリストを含んでおり、また、それを保障するためのメカニズムを設けていることは確認できようが、しかし、実証主義者にとっては、これらの権利は、——その宣言の仕方 of 荘厳さやその内容を別とすれば——他の主観的権利とその性質においてはなんら異なるところがない。

ところで、実証主義的な法の一般理論は、法の内容に関心を示すことがあまりない。このことは、少なくとも二つの理由による。第一の理由は、法的なルールの内容や実質というものは、それを採択した人々の政治的あるいは道徳的な選好の産物なのであって、これらの選好は法的ルールとしての性質、つまりその妥当性や義務的性質に対してなんら影響するところがない、ということに基づくものである。

ある命令を法的規則とするもの、そしてそれが法的規則として従われなければならないとするものは、その内容、つまりそれが命じ、禁止、あるいは許していることがらに依存するのではなく、たんにそれがより上位の規則に適合して、つまり権限ある機関によって、定められた手続に従って発せられたという事実に依存する。この意味において、憲法上の規定のうち、人権を宣言するものと、より慎ましくやかな事項を対象とするもの——たとえば国歌とか、国旗の色とか、大統領の任期とか——とを区別することを可能にするものはなんらない、ということになる。

第二の理由は、実証主義の流れに属する法の一般理論は、実定法の一般的な記述を行うことをその課題としているのであって、それはある特定の国(々)にのみ妥当するものではなく、あらゆる時代のあらゆる国家のあらゆる実定法にあてはまるものでなくてはならない、ということである。ところが実定法の内容が法システムによって大いに異なることは誰の目にも明らかである。人権の普遍性を主張するありとあらゆる言説にもかかわらず、実際に宣言されている権利は同一のものではなく、実際に適用されているものになるとなおいっそうそうである。そしてこのことの例は数多くある。死刑は欧州人権条約とは両立不能であるが、

多くの国では認められている。人権に関する多くの法文が表現の自由を保障する規定を含んでいるが、その内容は非常に多様で、たとえばナチの犯罪を否定する同一の言動が、許されることもあれば禁止されることもある。したがって、一般的であろうとする実証主義的法理論は、真に共通する要素のみの記述に自己を限定しようとしてきたのである。すなわち法的形式に関わるもの、つまり、法システムの構造と法律家の推論の態様に関するものがそれである。

このような、実定法の内容に対する実証主義者のあからさまな無関心は、ときに人権に対する真の敵視であると考えられることがあつた。実証主義を批判する者たちは、実証主義というのは自然法の存在を否定し、法を実定法のみ還元し、法を国家の諸機関から発せられるものとして定義するため、国家権力を無制限のものと考え、それに対する無条件の恭順を命じることになるなどと言う。そしてこのような非難は第二次世界大戦直後になされたものでもあつた。すなわち、法とは義務的な規範の総体であつて、唯一実定法のみが法なのであって、実定法はすべて法なのであるから、およそ実定法は義務的であり、それはナチの法であれ自由民主主義の法であつても同様である、と。実証主義は、とりわけ人権に関して国家権力に限界があると

認めることを拒否することによって、ナチズムの定着を容易にさえしたのである、と。⁽²⁾

もう少し穏健なバージョンとして、カルロス・ニーノはソ連邦が共産党以外の政党を禁止したことについての批判に対して、実証主義者はたんに、ソ連法が他の政党の設立を一切禁止している以上、そのような禁止は法に違反せず適合していると答えることしかできなかったことを強調する。そして「このようなタイプの回答は、批判が正当であることを確認することにほかならない」ことが明らかである、とする。⁽³⁾

しかしながらこのような論争は、部分的には、実証主義という概念自体についての誤解に由来していると思われる。ノルベルト・ポツビオは、次のような分析を行っているが、それによって、事態を大きく明確化することができ、また、実証主義と人権との関係を再考することが可能となる。⁽⁴⁾

まず、「法実証主義」という表現は、第一の意味においては、法へのアプローチの仕方、つまり、法学を経験科学のモデルに基づいて構築しようとする意思を示す。法学は、あらゆる科学と同様に、その対象とは区別され、それを記述することに自己限定しなければならぬ。そして法を対象とするならば、法は道徳との適合性や非適合性とは独立

して定義されなければならない。

第二の意味においては、法に関するいくつかのテーゼ、たとえば法とは規範の総体であり、それはサンクシヨンの脅しを伴った命令として定義されるものであるとか、つまりそれは人間の意思を表明したものであるとか、それらは義務的なものであるとか、それらは論理的な関係に拘束されており、個別規範はより一般的な規範からの演繹により導出されるのか、あるいはまたこのような規範の総体はシステムとしての特性を示し、とりわけそれは一貫しており完結しているといった主張が「実証主義」と呼ばれる。実際には、これらの主張はそれ自体としては一貫性をほとんど示すことがないし、これら全てのテーゼに与する実証主義の論者はいない。これらの主張のうちあるものをめぐっては、互いに強硬に対立しさえする。⁽⁵⁾

さらに、第三の意味においては、あるイデオロギーが「実証主義」と呼ばれる。すなわちそれによれば、正義というものが実定法によって命じられているところのものとしてのみ定義される限りに於いて、実定法は必然的に正しいものであるからという理由によって、あるいはまた、正義の理想に対して秩序と安定の理想を優越させ、その内容が正しいものであろうとなかろうと法に従う義務が存在す

るのだと主張することによって、実定法には従わなければならぬのである、とされる。このように理解される実証主義は、それゆえ、法に対する、つまりは国家に対する、盲目的服従をもたらすことになる。

以上のような分析から、実証主義と呼ばれる諸学説にはいかなる共通項もなく、またある場合には、それは互いに両立不能ですらある、ということが明らかとなる。とりわけ、法に対するアプローチとしての実証主義とイデオロギーとしての実証主義についてはそうである。実際、アプローチとしての実証主義が示唆するところの価値判断の表明の拒否は、およそイデオロギーを拒否することにほかならないのである。そもそもこのことこそ、法実証主義のリーダーの一人であるハンス・ケルゼンが、そのもつとも重要な著作のタイトルであり、また彼が創設した学派の名でもある『純粹法学』という語によって意図していたことであつた。純粹性——ちなみにそれは理論についてのみのものであり、法そのものの性質でありえないことは言うまでもない——は、とりわけ、価値判断を含まない、つまりあらゆるイデオロギーを免れた、記述に専念しようとする意思を意味する。だからこそ第一の意味における実証主義者を自任する論者は、実定法の上に、それに従うよう、

あるいは従わないよう命じる規範が存在するという考え方によつて自然法論が特徴づけられるのであれば、イデオロギーとしての「実証主義」もまた、実際には自然法論のバリエーションでしかない⁶と考えるのである。

それゆえ、国家を偶像崇拜することや、法律に対する絶対的な服従の理想や、また人権に対する無関心あるいはさらに敵視は、とかく実証主義に対する批判として言われることではあるが、第三の意味における実証主義を特徴づけるものでしかない、ということが明らかとなるだろう。そうではなく、もし実証主義の第一の定義を採るのであれば、第三の意味のような実証主義はまったく実証主義ではない、ということになる。

したがつて、実証主義と人権との関係を考察するには、実証主義を第一の意味において、つまり方法論 (epistemological) としての実証主義として用いることが必要である。そうすることで、いくつかの点においては実証主義が人権とは両立不能なものとも見えるものの、他の点においては反対に実証主義が人権を説明するものである、ということが理解されるだろう。

一 外見的両立不能性

(L'apparente incompatibilité)

実証主義と人権との両立不能性は、実証主義理論の次のような三種の要素に由来する。すなわち、①法と道徳の分離、②規範は意思の行為を表明したものであるとする考え方、③法解釈は認識の作用ではなく意思の作用であり、意味を発見するのではなく意味を決定することであるとする理論、の三つである。

人権が道徳的な自然権として知覚される限り、それらは法と道徳の分離という法実証主義にとつての中心的主張に従って法学の領域外に置かれることとなるが、このような主張は複数の異なる解釈の対象となってきた。ときとしてそれは、法的規則の内容が自律的に、道徳に対するあらゆる参照から独立して決定されるということの意味するものとして理解される。そしてこのように理解された場合、それは正当に批判された。というのも、ある規則がより一般的な規則からの単純な演繹により生成されるものではないこと、法システムのあらゆる段階において多かれ少なかれ自由裁量の余地が存在するために、これらの規則を作り出す者には、その内容を決定するにあたり、選択が可能で

あること、つまり、法外的な考慮に影響されざるをえないのであって、そのような法外的な考慮のなかに道徳原理が含まれることは、当然だからである。

しかし、より厳密な考え方においては、法と道徳の分離のテーゼは、法規範の妥当性が道徳規範への適合性にはまったく依存しない、ということを意味する。なお、妥当性の語は、義務的な性質を意味することもあれば、法システムに属していることを意味することもある。それゆえ実証主義者は、ある行為が上位規範の定める条件を満たしているとき、その内容がある道徳規範に適合しているかどうかにかかわらず、妥当する法規範としての意味を持つと主張するのである。そしてこのようなテーゼは、実証主義の方法論からも、実証主義の法理論からも、同時に帰結する。法理論から、というのは、そのような主張により、実定法は規範の妥当性を道徳への適合性に依拠せしめてはいないということが理解可能となるからである。実定法がそれ自身で法規範に道徳的内容を与えるよう命じる場合は別であるが、そのような場合でも、法規範の妥当性は道徳規範ではなく別の法規範に基づいているのである。方法論からというのは、法学の対象である法規範の定義が道徳的判断に依拠すること——「この規範は法規範としての性

質をもっている、なぜならばその内容が道徳に適合するからである」——は、価値論上の純粋性という理想に反するものとなるからである。

以上のような立場からすると、実証主義は、人権が実定法に優越するとする一切の説を拒否するしかなくなる。それらは人権を自然権と捉えているか、あるいはたんに道徳原理から演繹されたものとして捉えているのである。人権の優越性を認めるならば、実定法規範と人権とが衝突した場合に、法規範の方が排除される、すなわち、たとえより上位の法規範の定める条件を満たしていても妥当性を奪われる、ということになってしまおうであろう。

たしかに、法と道徳の分離の主張には、もう少し穏和なヴァージョンもある。*soft positivism*とか、*inclusive positivism*と言われるものがそれである。⁽⁷⁾ これらを擁護する論者は、規範の妥当性のいくつかの条件の一つとして道徳原理への適合性を認める法システムが存在しようとする主張する。かかる観察は否定することができないが、しかし、そのことは、道徳あるいは人権が実定法に優越するののかどうかという問題については関連性をもたない。というのも、道徳原理に適合するように命じるものが法であるならば、道徳原理はその道徳としての性質ゆえに自律的に拘束力を

もつのではなく、法的規則の効果によってそうであるにすぎないからである。実定法に優越するのが人権なのでなく、実定法上の規則が人権に適合するように命じているのである。だからこそ、このような場合において、人権の実定法が語られるわけである。

なるほど、人権との関係で行政上の決定や法律を統制する裁判官は道徳的判断を表明しているとは言えるであろう。しかし彼がそうすることができるのは、実定法によってどのように授權されている限りでのことなのである。つまり彼は、法規範を創設すべく裁量権限を与えられており、法規範に対してある特定の内容を与えること、つまり、時宜性の考慮や道徳原理に従って決定することを授權されている他のあらゆる機関に比べて、なんら異なつた状況に在るわけではないのである。

他方で、法学を経験科学のモデルに依拠して構築しようとすることは、法学とその対象とを明確に区別することにより記述命題を作ろうとすることを意味する。それゆえこれらの命題は客観的かつ認識可能な所与のものについてのものでなければならぬ。自然法はこのような要求を満たすものではなく、法の実証主義的科学の対象は、実定法、すなわち人間の意思によって定められたものでしかありえ

ない。そして、「実証主義」の語については、二つの意味が指摘される。すなわち、ある理論は、それが実証主義的な科学を構築しようとするものであることから実証主義的であるとされ、また、同時に、この科学の対象が実定法であることから実証主義的であるとも言われる。しかし前者の要素がもつとも重要である。すなわち、実証主義的科学を構築しようとする意思こそが、その対象の選択を決定するのである。

このような定義によれば、人権は法に属するものではなく、それが実定されない限り法学の対象とはなりえない。しかしそうなった場合には、人権はもはや国家に対抗するものとしては理解できなくなる。国家に対抗する権利が存在すると言うことは、術語における矛盾ですらある。というのも、多くの実証主義者にとって、国家によって直接あるいは間接に作りだされたのではない法は存在しないからである。また、ケルゼンにとつては、国家と法は単一かつ同一の実体を意味する二つの語なのであり、したがって、国家に対抗する法と言うことは、法に対抗する法と言うことに帰着するのである。

ここから、「主観的な」権利、つまり、あらゆる人が、ただだんに人であるということにより有するとされるもの

で、また、ただだんに客観的法、つまり国家の法によつて「宣言され」、「擁護され」、「承認され」あるいはまた「保障され」るに過ぎないもので、しかし、国家とは独立して、国家より前に存在するとされるものを構想することの困難さが生じる。

したがって、人が所有する権利——そして人権とは「主観的権利」という類の一種でしかない——は、他者が自己の義務を尊重しなかった場合にその行動に対してサンクションを要求することができる可能性という形式において、国家によつて与えられたものでしかありえないのである。とはいえ、いったいどのようなようにして、そしていったい誰によつてこのサンクションが与えられるのかを知る必要がある。言うまでもなく、裁判所しか問題となりえない。法秩序が裁判による保障や保護を制度化しない限り、人権は存在しないと考えられているのは正しいのである。しかし、裁判所は国家の機関であるから、それは国家に対する個人の保護ではなく、国家による個人の保護を構成するものではない。

このように言うと、裁判所は人権を、国家に対してではないにせよ、国家の他の機関に対しては少なくとも保障するものではないかとの批判がなされるかもしれない。しか

し、このような保障の対象となる人権が、固定された基準を構成し、その存在と内容が裁判所自身の活動から独立していることがやはり必要であろう。ところが、裁判所の活動は、ある権利が侵害されたとか、あるいは言いかえればそれに対応する義務が遵守されなかったとかをたんに確認することのみにあるのではなく、自由裁量的な選択を含んでいるのである。このことは、少なくとも二つの理由による。

第一に、人権はさまざまなテキスト——各種の宣言や憲法典、法律や国際条約など——によつて表明されており、解釈されることなく適用されることはできない。ところが法解釈は一つの決定なのであり、それが最上級の裁判所によつてなされる場合には、もはや争われえず、その内容がいかなるものであれ拘束力を有する。つまり最上級裁判所は当該テキストに対して、そのイデオロギー的な選好に従つてある特定の意味を与えることができるのである。さらに、裁判官はテキストに加えて、法システムの総体から「取り出す」ことができる¹⁾とされる不文の原理を適用することもできる。ようするに、実際に保障されているのは、人権なのではなく、それについて裁判官が考えるところのものなのである。

第二の理由は、テキストに表明されている人権が、しばしば衝突することがあり、ある権利を他の権利に対して優越させるかあるいは調和させることが不可避であるということである。ときとしてこのような両者の調和は、裁判官がバランスを求めた結果であると言われることがある。そして、裁判官は衝突しているそれぞれの原理の重みを検討したうえで決定に至っているのであるから、彼の思い通りになるわけではないということの証拠がそこにあるとも言われる。つまり決定は十分に理性的なものなのである、²⁾と。しかし実際には、ある具体的な場合においてある原理が他の原理に対して優越しなければならないと言うためには、やはり選好を表明しなければならぬのである。すでにケルゼンが指摘しているように、これらの原理それぞれの重さを決めることは、裁判官の決定の根拠になっているのではなく、裁判官の決定そのものなのである。

こうして実証主義者は、人権が、とりわけ裁判官にとつての権力の一つの淵源となつて示すことができる³⁾と主張することになる。なるほど価値論上の中立性は、およそ裁判官の権力を告発することとほとんど両立しないようにもみえる。しかし実証主義者は、法を記述する科学をうちたてようとする限りにおいて、ただ規範を記述する

のみならず、ある特定の結果をもたらすため、あるいは避けるための固有の方法がなんであるかを示そうともなしうるのである。⁽¹⁰⁾ それゆえ彼らは、裁判官が政治的権力を行使する法システムについての価値判断をなすことなしに、そのようなシステムが人権が宣言されていることよって招来するということと、また、裁判官に過大な権力を与えたくないのであれば、憲法典に人権宣言を挿入することを避けるべきであるということとを述べるのが当然に可能であると考えているのである。⁽¹¹⁾ このように述べることは、技術的な規範を述べることに過ぎず、つまり真の規範ではなく、たんに指示的な命題を述べているに過ぎないのである。

それゆえ、たとえ「実証主義」という語によつてただある種の法学をうちたてようとする意思のみが意味され、国家に対する絶対的な服従というイデオロギーが意味されるのではないとしても、そのような理論は人権の考え方とは真つ向から対立するものであると考えることになりそうである。ところが、このような結論は、おそらく少なくとも部分的には、経験的に正確ではないであろう。自らを実証主義者であるとする論者の多くが人権について述べており、また、そのうちのある者は人権のイデオロギーに好意的な立場を採つてさえいることが確認できるからである。

二 実証主義と人権の両立

(La rencontre du positivisme et des droits de l'homme)

実証主義と人権との両立は、二種類の場面において生じる。一方で、実証主義者のなかでも最重要の論者たちがリベラルなイデオロギーに与することをためらっていないし、他方で、人権が実定法の一部をなす限りにおいて、それは必然的に、実証主義の流れに属する法学の一对象となるからである。

A 相対主義と民主主義

実証主義者が法の内容の如何を問わず法に対する無条件の服従を説き回つたとする非難が歴史的に正しくないことは明らかである。そもそもそのような意味での「実証主義」の語は、とりわけその敵対者によつて用いられたものなのであり、実際には、独裁体制の信奉者たちは自らをある種の自然法論者としていた⁽¹²⁾、実証主義（もちろん第一の意味における）の主要な論者たちは、政治的には民主主義者であり自由主義者であった。ケルゼンしかり、ロスや

ポツピオ、またハートもそうであった。

まさにこの、実証主義方法論の擁護者と自由主義イデオロギーの信奉者とのあいだに歴史的連関が存するというところこそが、ある種の困惑を生じさせるものである。なぜ、純粋性という理想を掲げる論者が、なんであれイデオロギーに与するのであろうか。

第一の答えは、実証主義方法論は、学問上のやり方についてしか基礎を提供しえないもので、実証主義に与する者の人生全体に対してそうすることはできない、というものである。それはむしろ反対に、学問人としての態度と市民としての態度を明確に区別することへと導く。前者は価値論上の中立性に拘束されるが、後者はそうではない。たしかに実証主義者は民主主義や人権といった価値を、それに対立する専制といった価値に対して選択するよう拘束されているわけではないが、しかしそれらを選択するよう導かれることが自然であると言える。というのも、学問人としては、往時のウィーン学団の多くの論者がそうであったように、近代経験論が形而上学——それは保守的な学説の基礎をなしていた——の誤りを正すことに寄与することができ、解放を求めて闘う大衆の世界観 (*Weltanschauung*) となりうるものであると考えることができたからである。¹³⁾

他方で、純粋性の理想は非認知主義的なメタ倫理学と緊密な関係にあるものであり、それによれば、価値なるものは客観的な存在を有するものではなく、あるいは少なくとも認識可能なものではない。つまり価値判断は我々の感情を表現したものでしかなく、科学によって表明されえないものなのである。¹⁴⁾ それゆえ、価値は決して絶対的なものではなく、相対的なものでしかない。「いかなる真理も、いかなる価値も (…) 他に席を譲るためにつねに準備していないければならない。(…) 絶対的な真理と価値とが、人間の精神にとつて閉ざされているとする者は、自身の見解のみならず、それに対立する他者の見解をも、少なくとも可能であると考えるなければならない。このゆえに、民主主義思想は相対主義哲学を前提とするのである」¹⁵⁾。

このような相対主義哲学については、たとえそれが民主主義を基礎づけるものであるとしても、人権が自然権であり普遍的なものであり道徳的な基礎をもつものであることを前提とする人権論とは容易には両立しないとの反論がありえるだろう。

しかしこのような批判に対して、実証主義者は、人権が実定化されるものであり、かつ実際に多くの憲法典や国際条約によって実定化されてきた以上、今日ではもはやい

かにそれを正当化するかが問題なのではなく、ただいかにそれを保障するかが問題となるのみである、と主張することにより、このような批判を退け、根拠の問題を回避することができる。つまり、哲学的な問題ではなく、ただたんに実際上の、そして政治的な問題にすぎない、ということである。⁽¹⁶⁾ その原初においては自然権として構想されたものの、実際には、法秩序によつて認められたその他の権利と同様に、人権もまた自然権ではなく、それが国家機関によつて創造され適用される限りにおいて、それは実定法のみ⁽¹⁷⁾に属するものなのであり、法学によつて記述されうるものなのである。だからこそ、法学は価値を認識し記述することはできないものの、定立者が与している価値を表明する規則を記述することはできるのである。そして自らを実証主義者とする今日のある論者たちにとっては、記述すべき規則は、明文化されたもののみならず、法システム全体のうちに黙示的に存在する不文の諸原理もまたそうである。⁽¹⁸⁾

しかし、価値の保障は、価値を宣言する規則や保障のメカニズムを設立する規定によつてのみ保障されるわけではない。それは法システムの存在と組織そのものによつても保障されうるものである。そして法システムは階級化されたものとして記述される。ところでこの階級性は、それ自

体、いかなる決定もそれがより上位の規範に適合していなければ妥当しえないがゆえに、自由を最小限保障するものなのである。たとえば、ある個別的な決定に従うことによつて、人は間接的により一般的な規範、とりわけ法律に従うことになる。そしてこのことは、立憲主義および法治国理論の原初においては、政治的自由の定義そのものであった。というのも、法律が一般的で確定されたものであれば、各主体はその行動の結果を予期することが可能となるからである。それゆえ、フランス人権宣言第一六条の用語法において、憲法は権力分立によつて定義されたのである。憲法とは、臣民に向けられた個別的命令が、つねに、それより以前に存在する法律の執行としてなされることを保障するのに適した、諸権限の一定の配分をなすものであったからである。そしてこのような憲法の定義が人権宣言においてなされたという事実は、人の自然権の一つが、実定法秩序の存する社会において生きる権利であることを意味する。結局のところ、一七八九年人権宣言において表明されている権利のいくつかは、このような、諸決定が法律に基づいてなされるべきであるという同一の考え方をいくつかの形態で定式化したものにすぎない。たとえばすでに述べた権力分立の原理がそうであるし、法律不遡及の原

理もそうであるし、さらに、自由の限界は法律によってしか定められないという原理もまたそうである。社会における人権が法律にしか服従しないこととして定義される限りにおいて、それは階級化された法秩序の存在そのものによって保障されるものとなるのである。

およそ国家は法治国であるというケルゼンの有名な謂いもまた、このようにして理解することができる。すでにみたように、ケルゼンは国家と法とを区別することを拒否した。両者は単一の、そして同一のものでしかないのである。それゆえ、国家が法に従属しうるなどということを想定しようとすることはばかげたこととなる。反対に、国家と法の単一性は、国家という社会においては、権力は法という形式をとって行使されるのであり、このようなタイプの権力がそこで生活する者に対して最小限の安全を保障する、ということの意味するのである。

しかし人権は、実証主義者が民主政との関係において構想しうる機能的連関からも帰結しうるものである。たとえば、ケルゼンにとっては、民主政は、絶対的価値が存在しないのであるから、人々が自分自身の価値観に合致する規範に適合して行動することが可能でなければならぬシステムとして、つまり、自律のシステムとして、定義される。

しかし自律の原理は、全員一致制が事実上不可能であるからという理由によつてではなく、それがただ一人の者に他の全員に対抗することを可能とすることを意味するという理由によつて、多数決原理へと変容する。最高段階の自律は、諸決定が多数決によつてなされる段階なのである。にもかかわらず、「多数決原理は決して多数派の専制に等しいものではない」。それは少数派が存在する権利、それぞれの市民が一般的な規則の定立に参加する権利を前提としているのであり、「世論が精神的自由、言論・出版の自由、および信教の自由が保障されているところでのみ表明されるものである限りにおいて、民主政は政治的自由主義と符合する」¹⁹のである。

このように、伝統的な民主政理論においては、それが人権を保障するためにより望ましいものであるという信念により正当化されるのに対して、ケルゼンにおいては、人権は純粹に功利主義的観点によつてしか正当化されないものとされる。つまり、民主政が機能することを確実にするために、人権を保障しなければならないのである、と。

B 法学の対象としての人權

実証主義は、次のような、少なくとも三種類の理由により、人權を無視することができない。

第一に、実証主義者が実定法を記述しようとするのであれば、その記述をたんに一定の規範が生成されたことを確認するだけにとどめることはできない。規範を記述することは、その規範が命じることを示さずにはなしえない。ゆえに実定法の記述は、必然的に、規範の内容の記述である。たしかに、法実証主義はときとして過剰な形式主義に至ると非難されてきた。すでにみたように、二〇世紀前半の実証主義者が確立した構想によれば、法の一般理論とは、あらゆる実定法に共通する性質を記述しようとするものであり、それらは本質的に形式的性質をもつものであった。しかし、そのことのメリットがどうであれ、そのような批判は法の一般理論に対してしかあてはまらないものであり、実証主義の方法論をモデルとして構想された法学に対してあてはまるものではない。このような法学は、その対象によって、法の一般理論とは区別されるものなのである。実証主義法学は、ただ実定法のみに関わるという意味で一般性のレベルが一段低いものなのであり、実定法の内容を記

述することを避けることはできない。そして実定法が人權に関する多くの規範を含んでいることは事実である。これらの規範を記述することは、それらが法秩序の段階構造において占める位置を示すことであり、それはまたその内容を記述することでもある。つまり、これらの規範が与えている権利や、その対象とする主体、またそれを保障するメカニズムを、である。

他方で、公権力によって表明されたものは規範ではなく、テキストなのであり、その意味こそが規範である。ところがおよそテキストは多様な意味をもちうる。それゆえテキストは多様な規範を含みうるものであり、したがって実定法を記述することは、ある一つの意味がテキストに対して与えられた理由付けを記述することとなり、あるいは、言いかえれば、一つの規範の存在が確定され正当化された理由付けを記述することとなる。このような理由付けもまた、裁判官が諸原則を、つまり不文の規範を導出したと主張する理由付けとともに、法学の対象の一部分をなす。そしてこれらの理由付けの前提の一つとして、解釈者が人權の性質についてもつ考え方があつた。たとえば、ある裁判官が自然法論に与しており、あらゆる人はその本質上人權を持つという考えを認めているということがありうる。このよう

な信条は、もちろん人権に関するテキストを解釈する彼のやり方に影響を持たないわけではない。そういったテキストはそれらを定立した者の意思を表すものとしてではなく、たんなる確認的宣言として捉えられることになるだろうからである。したがって、この場合の解釈は、テキスト定立者の意図を発見することではなく——それはまったくどうでもよいこととなる——、権利を強制すること——そしてその内容はテキスト定立者の意図からも、それが表明されている形式からも独立したものとなる——を指すことになるだろう。

それだけではない。解釈者は彼自身としては自然法論に与していないとしても、テキストの定立者がそれに与していたかどうかを検討する必要がある場合がある。たとえば、人権宣言を適用する今日の憲法裁判官は、その定立者の意図に従っていると自称し、かつ、一七八九年の人々が既に存在する権利を確認的に宣言しているに過ぎないと信じていたと考えるか、あるいは逆に、彼らは新たに権利を創設するのだという意識を有していたと考えるかに応じて、人権宣言の解釈を異なったものとするだろう。つまり、実証主義者は、裁判官の行動を記述し、また今日の実定法を記述しようとする者であるから、裁判官の前提とするところ

をすべて、すなわち、彼自身の信条や、彼が適用するテキストの定立者の信条として彼が考えるところのものをすべて、記述しなければならぬのである。

それはたんに裁判官の権力の実態を隠蔽するための正当化に過ぎないと考えられるかもしれない。もし彼が自由にテキストを解釈しているのであれば、彼は気ままに、人権に適合するもしくは違背するからという理由で法律を合憲または違憲と決定することができ、その決定を何であれ特定の解釈に基づかせることができるのだから、と。このような主張は正鵠を射ているが、だからといって裁判官の理由付けを検討することを疎かにすることには結びつかない。むしろその逆である。というのも、裁判官の権力の度合いは、一般的な規則を作り出すことによって事前に人々の行動を決定する能力によるのであり、この能力は、判例の一貫性と安定性とに完全に依存するものであるからである。つまり、事後的な正当化でさえも、裁判官自身にとつては、少なくとも部分的には後の自分たちの決定の内容を規定する制約となるのである。アルゼンチンの軍事独裁における最悪の時期においてさえ、裁判所は人権に依拠した議論に従わざるをえず、一定の場合には人権侵害を理由として、拘束されていた人々を解放することを命じた、ということ

はきわめて意味深長である。⁽²⁰⁾ 実証主義が実定法を記述しようとし、また国家機関によって実効的に定立され適用されている法として実定法を定義するのであれば、それは人権をその対象として扱うことを避けることはできないのである。

最後に、言明とそれを解釈する者の理由付けとは、概念を利用する。そして概念は複数の法システムにおいて共通するものでありうる。契約の成立に関するルールが国により異なりうることは事実であるが、いかなる実定法も契約の概念を持たぬことはできない。そのゆえにこそ、実証主義の流れに属する法の一般理論は起源に関する形式主義を免れることができ、そして、概念を記述することを通じて、対象として法の実質を扱うことができるのである。それは伝統的な法哲学が契約や所有権、家族や権利といったものを扱うときに対象としていたものではあるが、そこではなによりもまず道徳的観点からそれらが扱われていた。たとえば、所有権や権利といった術語が何を意味するのかが検討されたのではなく、所有権や権利の性質が探求され、その倫理的な基礎が探究されたのであった。実証主義の流れに属する法の一般理論は、それに対して、概念の意味の記述、すなわちいかなる条件においてそれらの概念が法言説

で用いられているかを記述するにとどまる。そうすることで、法の一般理論は、一般性のレベルにおいてより高い段階にある言明の内容を扱いながらも、法哲学の命令的性格や本質主義を同時に免れるようになるのである。

そして法言説を構成する言明のなかに人権に関するそれが存在することは言うまでもない。まずもって憲法テキスト、固有の意味の憲法がそうであるし、また憲法前文や人権宣言や国際条約などがそうである。しかし、諸決定——とりわけ裁判所の判決——を正当化するために国家机关——とりわけ裁判所——が用いるもの、それによってこれら各種のテキストやさらには不文の原則に依拠するところのものもまたそうなのである。権利という一般的な概念も、人権という個別的な概念も、したがって、法言説を記述しようとする法の一般理論の対象とならなければならぬいし、また、それが他の概念、たとえば「権力」や「義務」あるいは「許可」といった概念とのあいだに有する関係についての分析の対象とならなければならないのである。こうして、実証主義者ははたして人権の存在を認めるのかどうかという問いは、明確に肯定の回答を求めるものとなる。人権は、国家から独立したのではなく、実定法から独立したものでもない。普遍的なものでも、絶対的なもの

資料
のでもない。それは、人権という概念が、権力を配分する
ため、あるいは義務を課するための特有の技術として、また、
このような権限配分を正当化するものとして、¹⁾ 法言説にお
いて用いられる限りにおいて、²⁾ 存在するものなのである。

(1) H. Kelsen, *Theorie générale du droit et de l'État*,
trad. B. Laroche, Paris, LGDJ, 1997 (1^{re} éd. Française,
1945), p. 315. (尾吹註) 論文部分の邦訳として、尾吹善人
訳『法の国家の一般理論』(大澤社、一九九一年) 四〇三
頁。本稿では、尾吹説を一部改変している。

(2) G. Radbruch, « Gesetzliches Unrecht und übergesetz-
liches Recht » (1946), reproduit dans G. Radbruch, *Rechts-
philosophie. Eine Studienausgabe*, R. Dreier (Hrsg.), S. L.
Paulson (Hrsg.), Heidelberg, C.F. Müller, 2^e éd., 2003.
このよびな批判が、ヘルン・ロズコチの検討をめぐって
 (« Validity and the Conflict between Legal Positivism
and Natural Law » (1961), reproduit dans le recueil
Introduction à l'empirisme juridique, trad. E. Millard et
E. Matzner, Paris, LGDJ, 2004, p. 149 et s.)。 (尾吹註)
ラートブルン論文の邦訳として、小林直樹訳「実定法の不
法と実定法を超える法」尾高朝雄―野田良之―阿南成一
村上淳一―小林直樹(訳)『ラートブルン著作集4 / 実定
法と自然法』(東京大学出版会、一九六一年) 二四九頁以

下がある。

(3) Cité par E. Bulygin, « Sobre el status ontológico de
los derechos humanos », *Daza*, 4, 1987, p. 79 et s.

(4) N. Bobbio, « Sur le positivisme juridique » (1961),
reproduit dans N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*,
préface de Riccardo Guastini, trad. Michel Guéret, Paris,
LGDJ, 1998, p. 23 et s.

(5) Ch. Grzegorzczk, F. Michaut, M. Troper (sous la dir.
de), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992.

(6) この論議をめぐって Alf Ross, « Validity and the
Conflict between Legal Positivism and Natural Law »,
op. cit. 参照。

(7) Voir H.L.A. Hart, « Postscript », in *The Concept of
Law*, 2^e éd., éd. par P. Bulloch et J. Raz, Oxford, Oxford
University Press, 1994, p. 250 ; V. Villa, « Alcune chian-
tificazioni concettuali sulla nozione di *inclusive
positivism* », *Analisi et Diritto*, 2000, p. 255 et s.

(8) U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano,
Edizioni di Comunità, 1965, trad. C. Clavreul, *Qu'est-ce
que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, 1996.

(9) R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am
Main, Suhrkamp Verlag, 1985, trad. angl., *A Theory of
Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press,
2002 ; R. Alexy, « Diritti fondamentali, bilanciamento e

- razionalita », *Ars Interpretandi*, n° 7, 2002, p. 131 et s. ; 邦訳『 法解』 V. Champetier-Desplats, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi e Diritto*, 2002, p. 59 et s.
- (91) H. Kelsen, préface à Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1928, nouv. éd., Paris, Economica, 1986.
- (11) H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP*, 1928, p. 197 et s. ; H. Kelsen, « Wer soll der Hüter der Verfassung sein ? », *Justiz*, Berlin, Bd. 6, 1930-1931, pp. 576-628 ; T. Campbell, K.D.Ewing et A.Tomkins (ed.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- (12) 谷川 俊雄『 憲法裁判の論議』 (ジュリー三六—四一頁)。
- (13) 参照' A. Soulez (dir.), *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*, Paris, PUF, 1985, p. 128 谷川 俊雄『 憲法裁判』 A. Soulez の註 (ジュリー三六—四一頁)。
- (14) G. Peeces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004 (1991).
- (15) H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. Ch. Eisenmann de la 2^e éd., allemande de 1929, Paris, Sirey, 1932 ; 2^e éd., franc., présentation de M. Troper, Paris, Economica, 1988, pp. 90-92. (註者註) 一九三二年のトペールへの訳は、二〇〇四年のDalloz社との Philippe Raynaud の解説を加えて再度出版された。Dalloz 社版は、該刊箇所は「一〇—一一頁」である。邦訳として、西島芳二訳『ケルソンの本質と価値』(註文庫、一九四八年)がある(該刊箇所は「一一頁」。本稿では、西島訳の一部改変した)。
- (16) N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1990, p. 17 et s.
- (17) H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 315. (註者註) 前掲・尾吹善人訳は、四〇二頁以下。
- (18) G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Turin, Einaudi, 1992, trad. franc., *Le droit en douceur*, Paris, Economica, 2000 ; G. Peeces-Barba Martinez, *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid, Dykinson, 1999.
- (19) H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., pp. 336-337. (註者註) 前掲・尾吹善人訳は、四〇二—四〇三頁 (一部改変した)。
- (20) C. Nico (éd.), *Rights*, op. cit., p. XI.