

討議理論における人権概念の位置

大西 貴之*

目 次

はじめに

1. 手続主義的法パラダイム
2. アレクシーの批判
3. アレクシーによる人権の基礎づけ論
4. 検 討

はじめに

司法的裁定の局面において「権利テーゼ」と呼ばれる、他の集合的目標や政策に対して有する人権の優先的地位の原理的承認は、人権の特質を語るうえで重要な側面であり、そのテーゼをどのように解釈するかは人権概念の理解において重要な争点となっている¹⁾。このように優先的なものとして理解される「人権」は、概念的に見れば一方において一定の道徳的内容を含んだ権利であり、他方において実定性という形式を備えた法的権利として捉えられる²⁾。

グラーツ大学法哲学教授 P. コラーは、法的形式と道徳的内容の相互関係をどのように理解・調整するかに応じて、様々な立場を整理している。

* おおにし・たかゆき 立命館大学衣笠総合研究機構客員研究員

1) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1978, S. xi ; Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge 1985, S. 359.

2) 中村晃紀「人権と権利」井上茂・矢崎光圀・田中成明編『講義法哲学』（青林書院新社、1984）所収、深田三徳『現代人権論』（弘文堂、1999）第6章、田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011）227頁。

彼の整理によれば、現代においては法実証主義に対抗して法概念と道徳的内容との必然的結合を主張しつつも、従来の自然法論とは一線を画す立場として、「法道徳主義 (Rechtsmoralismus)」があるとされる。その立場の代表としてロベルト・アレクシーやユルゲン・ハーバーマスら討議理論論者の見解が位置づけられている³⁾。

法概念に必然的に結び付けられる道徳的内容はどのようにして導かれるのか。この問題に対して、ハーバーマスやアレクシーら討議理論に共通するのは、その答えを「討議 (Diskurs)」や「議論 (Argumentation)」の概念に求めている点にある。実践的な討議とは、その参加者がある規範や言明の正当性について、主張・立証及びその批判・反論の応酬を通して、合意に至ったときにその規範の正当性を保証する、一定の要請や条件を伴う手続的概念である⁴⁾。討議理論においては、この討議概念に含まれる諸要請や諸条件が規範的な内容として、法概念と結び付けられている。しかし、その討議概念から法へと導かれるその方法は、直接的な演繹によるものではなく、また論者によっても異なる。その差異が明確となるのが、基礎的な法概念である人権概念の基礎づけの局面においてである。

人権の基礎づけを通して得られるのは、人権全体についての統合的・体

3) 法道徳主義においても、強い立場と弱い立場に区別される。弱い法道徳主義としてハーバーマスやアレクシーの討議理論論者の他には、R. ドゥオーキンが分類されている。道徳の直接的帰結として法概念を理解する強い法道徳主義に対して、弱い法道徳主義は道徳がそれ以外の要素と並んで法概念に含まれるとする点で異なる。P. Koller, *Der Begriff und seine Konzeptionen*, in: W. Brugger, U. Neumann und S. Kirste (Hrsg.) *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., 2008, S. 157ff, 165f. アレクシーにおける法と道徳の必然的結合については、特に R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, 1992. この点につき、わが国における研究として酒匂一郎「法と道徳との関連」法政研究59巻3・4号433頁以下、ハーバーマスにおける法と道徳については、耳野健二「ハーバーマス法理論における法と道徳」産大法学34巻4号891頁以下参照。

4) Habermas, *Wahrheitstheorien* (1973), in: ders, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, S. 127-183; Alexy, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, in: ders, *Recht Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. 1995, S. 95f.

系的理解であり、この統合的・体系的理解が個々の人権の解釈・適用の局面で重要な意義を有している。つまり、人権概念をどのように基礎づけるかという問題は、司法的裁定における解釈を導く視点に重要な帰結をもたらす。本稿では、人権概念の基礎づけ及び人権体系の総合的理解というこれらの重要な問題について、討議理論論者による主張を明らかにし、検討を加える⁵⁾。

そこで手掛かりとするのは、ハーバーマスの提案する「手続主義的法パラダイム」及びアレクシーからの批判である。ハーバーマスによる手続主義的法パラダイムの説明は、裁判官や法律家を含めたすべての市民にとって、その法的判断の正当化に重要な指針を与えるものである。またこの法パラダイムは、ハーバーマス自身が依拠する人権概念の統合的・体系的理解が前提とされている。本稿では、この論争から両者の差異の根柢に置かれている人権概念の基礎づけのあり方を検討することで、討議理論における人権概念の位置づけを明らかにしたい。

1. 手続主義的法パラダイム

ハーバーマスによれば、「法パラダイム (Rechtsparadigma)」とは、法律専門家だけではなく、すべての市民に対して、法の制定や適用などのあらゆる法実践に対して一定の方向付けを与える背景知識である⁶⁾。この法パラダイムにおいては、憲法規範に表される基本権や法治国家の諸原理に関する規範的要素と、所与の社会の在り方に関する記述的な要素とが結び

5) 討議理論の観点から人権概念を考察するものとして、さしあたり、松原光宏「基本権の多元的理解をめぐる(1)―(4)」法学新報103巻6号95頁以下、7号75頁以下、8号61頁以下、9号45頁以下。渡辺康行「討議理論による人権の基礎づけについて——R・アレクシーの議論を素材として——」憲法理論研究会編『憲法50年の人権と憲法裁判』（敬文堂、1997）153-167頁、内村博信『討議と人権』（未来社、2009）特に第2章及び第3章、またアレクシーの人権・基本権理解における記号学手法については、新正幸「基本権の構造——「法的様相の理論」の見地から——」日本法学73巻2号（2007）473-515頁参照。

6) J. Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M., 1992, S. 472. (以下 FG と略記)

付けられている⁷⁾。ハーバーマスは、過去に支配的であった二つの法パラダイムである「自由主義パラダイム (liberale Rechtsparadigma)」と「社会国家パラダイム (sozialstaatliche Rechtsparadigma)」がもはや十分な有効性を持ち得なくなっているとの認識から、新たな法パラダイムとして「手続主義的法パラダイム (prozeduralistische Rechtsparadigma)」の構築を提案している。

(1) 自由主義パラダイムと福祉国家パラダイムの隘路

自由主義法パラダイムでは、近代的私法によって制度化され、市場メカニズムの自発的作動に委ねられた経済社会が想定されており、この経済社会では、各人が固有の生活設計を可能な限り合理的に追求できる市場の参加者として私的自律を発揮することができる。そして、自由主義パラダイムには、この経済社会のなかで個人に一定の消極的な法的地位を保障すれば、社会全体の公正が実現されるという規範的期待が結び付けられている。つまり、所有権や契約の自由を基礎とした経済社会の想定における合理的市場参加者のモデルから、法実践を導く視点が開かれる。したがって自由主義法パラダイムにおいては、消極的な法的自由の平等を基本原理として、諸個人が可能な限り広い行為自由を有することが求められる。

それに対して、社会国家法パラダイムは、自由主義的法パラダイムの想定に対する批判から生まれたものである。様々な生活条件の格差が拡大することによって、平等に保証された権利であっても、その権利行使の機会が均等であるべきだという前提条件が崩れてしまう。この法パラダイムに

7) Habermas, FG, S. 527. ハーバーマスはギュンターと同様に、法適用において状況解釈の完全性と規範体系の整合性という二つの要請を満たさねばならないとされるが、法パラダイムは、この法適用の局面においては両要請に含まれる複雑性の縮減に資するものとされている。K. Günther, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 20 (1989), S. 163-190; ders, Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral, in: ARSP Beiheft 45 (1991), S. 36-76. またギュンターとハーバーマスに共通する法適用理解については、拙稿「法的判断の正当化と討議理論」立命館法学338号(2011) 114-122頁。

は、様々なバージョンがありうるが、経済市場における合理的個人の想定は現実的に維持しがたいという認識から、社会権の原理的承認及び社会政策上の国家任務の拡張を認める点で共通している。したがって社会国家パラダイムは、配分的正義を基本原理として、社会権や社会的・経済的不平等を是正するための法規制などを活用した事実的自由の平等な配分を求める。しかしこのパラダイムでは、社会国家的パターンリズムの問題が呼び起こされる。つまり、社会的・経済的不平等を是正するための国家の努力は、社会政策を通して実現されるのであるが、その社会政策では一定の労働者や家族形態を法的に類型化することが前提とされている。それによって受益者に対して「平準化」を強要し、自律的な生活形成を脅かすことにもつながる。したがって本来確保されるべき私的自律を侵害しうる「自由保証と自由剥奪の両義性」を孕んでいるとされる。

ハーバーマスによれば、両パラダイムが袋小路に陥るのは、両パラダイムともに私的自律の平等な確保を求めつつ、その私的自律の確保を「財の配分」として捉える「生産主義的理解」を共有している点による。「二つの法パラダイムが対立するのは、私的自律は端的に自由権のみによって保障されうるのか、あるいは反対に私的自律は社会的給付請求権の保証によって守られねばならないのか、という点だけである⁸⁾。」

(2) 手続主義的法パラダイムの規範的核心

自由主義法パラダイムから福祉国家法パラダイムへの移行及び展開のもとで社会国家的パターンリズムの問題が生じているとしても、自由主義法パラダイムに回帰することは不可能であり、社会国家的法パラダイムをそのまま維持することもできない。ハーバーマスによれば、むしろ「高次の反省」の下で社会国家プロジェクトを継続していくための新たな法パラダイムが探求されねばならない⁹⁾。自由主義パラダイムも福祉国家パラダイ

8) Habermas, Einbeziehung des Anderen, Frankfurt a. M., 1996, S. 302.

9) Habermas, FG, S. 494.

ムも隘路に陥ったのは、私的自律に一面的に固執していることに起因していた。ハーバーマスはそこからの脱却の道筋として、両パラダイムが「いずれの場合も、私的自律と国家市民の自律との内的連関が——したがって法共同体の自己組織化という民主主義的含意が——見過ごされて¹⁰⁾」いるとして、私的自律が有するべき「国家市民の自律」・「公的自律」との内的連関を強調している。つまりハーバーマスは、自由主義パラダイムと社会国家パラダイムの対立は、何をもって私的自律の平等と捉えるかという「観点」や「基準」の問題に帰着すると見ている。その「観点」や「基準」が、市民的形式法による権利の分配という方法であろうと、具体的な事実的な生活条件の平等な分配の方法であろうと、市民に対して画一化による同化・順応の契機が潜んでいる。両パラダイムの隘路を脱するためには、差異と同一性及び法的平等と事実的不平等の関係を規定する観点、つまり「その下で等しきものは等しく扱われ、等しからざるものは等しからざるように扱われるべきところの、重要な (relevant) 観点」が、権利者である市民たち自身による公的自律の行使によって吟味され、形成されるものでなければならない。私的自律の平等な確保のために必要な法的規制として何が適切であるか、その問題は市民による公的自律の行使、つまり公共的討議を通して答えられるものでなければならない。このような、私的自律と公的自律の内的連関こそが手続主義的法パラダイムの規範的な核心である。それでは、私的自律と公的自律の内的連関とはどのようなものを意味するのか。その意味を最も明瞭に表すのが、権利の体系論である。

(3) ハーバーマスの「権利の体系」論

ハーバーマスにとって、権利（ここでは人権・基本権が念頭に置かれている）とは、「市民たちがその共同生活を実定法という手段によって正統に規律しようとするとき、市民が相互に承認しなければならない権利」として理解されねばならない。ここで権利とは、個々人の主観的行為自由の

10) Habermas, FG, S. 491.

概念に対応し、主体が自由に意思を行使しうる領域の限界として定義される。さらに権利は、権利主体と定義されたすべての個人や法的人格のための平等な行為自由を定めるものである。つまり制定法の形式において、すべての主体は平等な権利を与えられる。他方で、平等な権利を定める制定法は、国民主権原理に立脚した立法手続からその正統性を得ている。

ハーバーマスによれば、こうした事情のうちに正統性が合法性から生じるパラドックスがある。つまり一方で、政治的権利は、他の権利と同様に、主観的行為自由として解釈される。つまり権利行使に際して特定の動機を要求されることはなく規則に合致した態度のみが要求される。他方で、民主的な法制定手続は、共同生活の規則に関する国家市民の了解過程から、正統化の力を得ることができない。権利を含めた法の民主的正統化において政治的権利によって保障されたその参加者の公的自律の行使が必要とされる。

この私的自律と公的自律、人権と国民主権の相互に前提しあう関係を説明するために、ハーバーマスは、権利の基礎づけとして、「権利の体系」論を展開する。

(a) 討議原理

ハーバーマスは道徳規範の基礎づけを主題とした討議倫理学でのアイディアを法規範の基礎づけにおいても用いている。そのアイディアの核心となっているのが、あらゆる規範の妥当性条件を示す「討議原理 (Diskursprinzip)」という概念である。ハーバーマスは討議原理を次のように定式化する。

D: すべてのありうる関係者が合理的な討議への参加者として合意しうるであろう行為規範が、まさしく妥当である¹¹⁾。

この定式において「合理的な討議」とは、「発語内的義務づけによって

11) Habermas, FG, S. 138.

構成された公共的空間のなかで主題と発言、情報と根拠についての自由なやり取りを可能にするコミュニケーション前提のもとで実施される限りでの、問題となる妥当要求についてのあらゆる了解の試み」として定義される¹²⁾。討議原理においては、道徳規範と法規範を含めたすべての行為規範が妥当であるための条件が述べられている。

(b) 民主主義原理と権利の体系の役割

ハーバーマスは、この「討議原理」を『事実性と妥当性』においては、法の領域に応用し、「民主主義原理」へと特殊化している。しかしその際、民主主義原理は討議原理から演繹的に導出されると理解しているわけではない。

ハーバーマスがそこで出発点とするのは、民主主義原理が定めるのは、正統な法制定手続であるということである。この意味は、道徳原理と対比するとより明確となる。道徳原理は、討議原理が道徳の領域に応用されて特殊化したものとして捉えられる。道徳原理は、道徳規範が基礎づけられるためにはすべての関与者の利害関心から等しく受け容れられうるものでなければならぬことを要請し、道徳規範の基礎づけのなかで「論証規則」として作用する。

それに対して、民主主義原理では、道徳的根拠だけではなく、それ以外のあらゆる実践的根拠（倫理的—政治的論拠やプラグマティックな論拠など）が法規範の基礎づけに用いられ、「外的制度化」の次元に関係づけられる。「理性的な政治的意見形成・意思形成が可能であるという前提の下で、民主主義原理が述べるのは、いかにしてそうした意見形成・意思形成は制度化されうるか、ということだけである。そしてその答えは、コミュニケーション前提によって保障された法制定過程への平等な参加をすべての人に保証する権利の体系によって、である」¹³⁾。

12) Habermas, FG, S. 138f.

13) Habermas, FG, S. 142.

またハーバーマスによれば、民主主義原理は、法制的手続の「外的制度化」だけを要請するのではない。法規範が自然発生的なものではなく、人工的な性格をもつ、つまり意図的に産出される行為規範である以上、民主主義原理は法媒体それ自体の産出までも制御しなければならないとされる。一方で民主主義原理を制度化するためには法媒体が必要であり、他方で法媒体の産出は民主主義原理を通してはじめてなされる。このような条件を説明するのが、権利の体系である。「権利が法共同体の構築にふさわしく、法共同体の自己組織化の媒体として適切であるとすれば、そうした権利はいかなる条件を満たさなければならないのか、このことが討議原理の観点から根拠づけられねばならない。それゆえ権利の体系によって同時に、共同体が自由で平等な法仲間の自由意思による連帯として理解されうような、言語が創出されねばならない¹⁴⁾」。

以上のような討議原理の特殊化としての民主主義原理理解から、「権利の体系は、理性的な政治的意思形成を制度化すべきであるだけでなく、自由に連帯する法仲間の共同意思として政治的意思形成を表現しうる媒体そのものを保障すべきである¹⁵⁾」とされる。

(c) 権利の論理的生成—権利の体系論

ハーバーマスによれば、権利の体系は法媒体と民主主義原理が相互に前提としあう関係を表すものでなければならないとされる。「討議原理は、法の形式をとった制度化の方途においてはじめて、民主主義原理の形をとるとされ、その民主主義原理が法制定過程に正統性を生み出す力を与える。決定的なのは、民主主義原理が討議原理と法形式の組合せによるものであるという考えである。私はこの組合せを、段階的に構成される権利(法)の論理的生成として理解する。この論理的生成は、討議原理を——法形式そのものにとって構成的である——主観的行為自由の権利に適用す

14) Habermas, FG, S. 142.

15) Habermas, FG, S. 143.

ることから出発し、討議による政治的自律行使のための諸条件の法的制度化することに行き着く。そして討議による政治的自律行使によって、当初は抽象的に定立された私的自律が遡及的に法的に具体化される¹⁶⁾。」

この「論理的生成」を表す権利の体系は、ハーバーマスによれば、以下の五つの権利カテゴリーによる循環的構造をなしている。

ハーバーマスの「権利の体系」論

(1) 最大限の平等な主観的行為自由への権利を、政治的自律に基づいて具体化することから生じる基本権¹⁷⁾

(2) 法仲間の自由意思による連帯における構成員の資格を、政治的自律に基づいて具体化することから生じる基本権¹⁸⁾

(3) 権利の提訴可能性ならびに個人的権利保護を、政治的自律に基づいて具体化することから直接生じる基本権¹⁹⁾

(4) 市民が政治的自律を行使し正統な法を制定するための、意見形成・意思形成の過程に参加する平等な機会を保障する基本権²⁰⁾

(5) 所与の諸関係のもとで、(1)から(4)までに挙げた市民権を利用する平等な機会を保障するためにその都度不可欠である程度に応じて、社会的・技術的・エコロジー的に保証された生活条件を保障する基本権²¹⁾

(1), (2), (3)の権利カテゴリーは、権利主体の私的自律を保障するものであり、これらの基本権が法コードそのものを作り上げる。この法コードを前提としない限り、民主主義原理による正統な法制定はなし得ない。しかしながら、この三つの基本権だけでは「制定法の名宛人」としての役割が互いに承認されているに過ぎない。(4)の権利カテゴリーによってはじめ

16) Habermas, FG, S. 154f.

17) Habermas, FG, S. 155

18) Habermas, FG, S. 155.

19) Habermas, FG, S. 156

20) Habermas, FG, S. 156.

21) Habermas, FG, S. 156f.

て、権利主体は公的自律が保障され、「法秩序の作成者」としての役割を獲得する。そして(4)の権利カテゴリーは、(1)から(4)の権利に再帰的に適用される。つまり、「政治的権利が、自由で平等な国家市民としての資格が根拠づけ、その資格によって私的自律と公的自律の解釈と具体化を目指しながら法的地位を変更することができる²²⁾」。つまり(4)の権利の保障や正統な法制定手続の制度化を要請する民主主義原理と、(1)から(3)の権利が形成する法媒体は、相互に前提しあっており、この相互依存関係から、人権と人民主権の結合、私的自律と公的自律が同じ根源を有することが明らかになるとされている。

また(5)の権利カテゴリーは、所謂社会権をなすものであり、権利の体系論においては、前述の四つの基本権が絶対的に基礎づけられるのに対して、(5)の基本権は、(1)から(4)の基本権行使のための背景的条件としての相対的な基礎づけがなされるに過ぎない。

さらに権利の体系論は、討議原理と法媒体のみを前提とした抽象的な形で示されているが、ハーバーマスは権利の体系が特定の法共同体において具体的にはどのような基本権規定の形をとっているかは、文脈依存的に理解される。つまり「あらゆる憲法は、連綿と受け継がれ、法制定のすべての次元において押し進められてきた憲法解釈という様式でのみ、存続しうるプロジェクトである²³⁾」。

(d) 社会権の位置づけ

またこの手続主義的法パラダイムから、社会権の「相対的」基礎づけの意味が明らかとなる。すでに示されたように、ハーバーマスによれば社会権は国家によるパターンリズムへの危険を孕んでいるとされる。手続主義的法パラダイムにおいては、社会国家における「給付権が私的自律による生活形成を疑問の余地なく強化することになるのは、次の場合に限られ

22) Habermas, FG, S. 156.

23) Habermas, FG, S. 163.

る。すなわち、パターンリスティックに認可された給付要求を権利者たちが受け取るのみならず、事実上の不平等を考慮して法の下での平等を作り出すための基準の解釈に権利者たちが自ら関与するようになる場合である²⁴⁾。」つまり社会権は、公的自律と私的自律の同時保障を可能にする限りにおいて、基礎づけられる。

2. アレクシーの批判

手続主義的法パラダイムは、自由主義パラダイムと福祉国家パラダイムの基本的な観念を放棄するわけではなく、むしろ討議理論の観点で捉えられた民主主義手続という別の文脈において捉え直している。ハーバーマスが構想する「権利の体系」に目を向けると、手続主義的パラダイムの意義が明らかになる。権利の体系は五つのグループに区分されるが、手続主義的パラダイムが中心的な役割を与えているのは、政治的権利である。これは最初の三つ（主観的行為自由の権利、法共同体の構成員としての権利、提訴可能性の権利）のグループの定式のうちに「政治的自律に基づいて具体化することから生じる」という留保条件が付いていることから明らかである。権利体系の循環構造を維持するためには、常に法の名宛人であり作成者でもある市民による政治的自律の行使が必要条件であり、この循環構造の維持が手続主義的パラダイムの眼目である。

アレクシーは、以上のようなハーバーマスによる手続主義的法パラダイム及び権利体系理解が、果たして法解釈の実践を導きうるのかという点に疑問を呈している。ハーバーマスにおいて法パラダイムとは、すべての市民に対して、あらゆる法実践を導く射程の広い概念として捉えられている

24) Habermas, FG, S. 516. ハーバーマスの人権理解を基礎として権利の水平的実現と垂直的実現について論じたものとして、K. Günther, Menschenrechte zwischen Staaten und Dritten, Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter, in: N. Deitelhoff u. J. Steffek (Hg.), Was bleibt vom Staat?, Frankfurt a. M., 2009, S. 259ff.

が、ここで問題とされているのは、とりわけ裁判官や法律家による「法適用」を適切に導くように働くことができるのかである²⁵⁾。

アレクシーによれば基本権とは本来、民主主義的性格の非民主主義的性格の両方を備えている²⁶⁾。基本権が民主主義的であるのは、基本権はまず何より民主主義過程の存立と維持を支える人々の生存と発展を保障し、第二に意見表明や報道・メディア・結社の自由を保障することで民主主義過程の機能条件を確保するからである。そして基本権が非民主主義的であるのは、基本権が立法者を拘束することによって民主的に正統化された多数者権力の決定を否定しうるからである。アレクシーは、ハーバーマスの権利体系理解は基本権の非民主主義的性格に矛盾していると主張する。つまり民主主義に対して基本権は両義的であり、基本権・人権の概念を理解するうえで、その両義性を考慮しなければならない。

さらに、ハーバーマスにおいて自らの理論によって基本権と民主主義の融和が可能とされているが、アレクシーからすればそれは討議原理に基づく民主主義が完全に実現している場合にのみ、その融和は可能である²⁷⁾。つまり討議を通じた立法プロセスにおいて法共同体のすべての構成員の同意が実際に得られた法のみが制定法となるような状況である。このような想定を理論のなかで含めることは全面的な理想化という高い代償を払うこととなる。

また手続主義的パラダイムにおいて「国家市民としての資格」が法的平等の事実的前提条件を定める基準となっている。しかしアレクシーは、社会権が、自由権と同様に、公的自律に資するだけでなく、私的自律にも資するものであると指摘する。私的自律と公的自律の同時保障を求める手続主義的パラダイムでは、両者の衝突を調整すべき裁判官にとって、私

25) Alexy, Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas' s Procedural Paradigm of the Law, in: Ratio Juris 7 (1994), S. 228.

26) Ebd., S. 231.

27) Ebd., S. 232.

的自律の保障に資する社会権どうしの解決を提供するものとはならない。したがって、公的自律と私的自律の間で実際に生じうる衝突・競合を解決するために、裁判官の法適用実践に有効な規準を提供し得る「パラダイム」としての役割を果たしえないとされる²⁸⁾。

それでは、アレクシーは自らの討議理論からどのような人権体系の統合的理解をどのようにして引き出しているのであろうか。これは、アレクシーによる人権の基礎づけの試みに見てとることができる。

3. アレクシーによる人権の基礎づけ論

(1) 実践理性のカント主義的構想

アレクシーは、人権をめぐる議論においては、自らの立場を「カント主義的」と称する²⁹⁾。カント主義的に人権を基礎づける立場には、様々な変種があるが、すべてに共通しているのが、普遍性と自律という原理である。普遍性の原理とは、すべての者（タイプによって人間、人格、あるいは合理的存在など定義は様々であるが）には、一定の権利があるということを示す。自律の原理は、個人によって下される選択や個人的な善構想についての「私的自律」と、他者と共同して下されうる選択や政治的な善や正義の構想についての「公的自律」の二つの方向で働いている。この普遍性と自律の原則の結合は、自由主義的な政治理論に至るものであり、それゆえアレクシーによれば、カント主義的な人権理解は自由主義的な理解であるとされる。

しかしこのような立場に対しては、様々な批判がなされており、とりわけ共同体主義の陣営からの厳しい批判にさらされている。例えば、自律の原理に対しては、個人を具体的な共同体から引き離し、共同体を破壊する

28) Ebd., S. 235.

29) Alexy, A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason, in: Ratio Juris 5 (1992), S. 231-251.

という主張や、又は普遍性の原理に対しては人権とは西洋文化の一要素に過ぎないという主張などが展開されている。

アレクシーはこれらの批判に対抗する形で、討議理論による基礎づけを試みている。

(2) 討議規則の基礎づけ

討議理論によって人権を基礎づける場合、まずはその根底に置かれている討議理論の基本想定と、その中心に位置づけられる討議規則それ自体が基礎づけられる必要がある。アレクシー自身が考える討議理論の基本想定は、ハーバーマスの討議原理との共通性を指摘できるものであるが、討議規則の基礎づけで用いられる正当化論拠が後の人権概念の基礎づけにおいて両者に重要な差異を生じさせるので見ておきたい。

討議理論とは、実践的正当性の手続的理論であり、それによれば「規範が正当である、それゆえ妥当であるのは、その規範が一定の手続の結果であるときである³⁰⁾」。討議理論において、この「一定の手続」が意味するのが「実践的討議」であり、交渉手続や決定手続を想定するホッブス主義的立場とは区別される。

アレクシーによれば、実践的討議が合理的であるのは、合理的な議論の諸条件が満たされる限りにおいてである。この諸条件が、「討議規則の体系」へとまとめられる。討議規則のうちには、モノローグに対しても当てはまるものがあるが、ここで重要なのが、モノローグには適用されない以下の規則群である³¹⁾。アレクシーの討議理論にとって出発点となる討議規則が目的としているのは「討議の非党派性 (Unparteilichkeit)」である。

30) Alexy, Dikurstheorie und Menschenrechte, in: ders, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. 1995, S. 129. (以下 DM と略記)

31) 討議だけではなくモノローグにも当てはまる討議規則として、無矛盾性、(R. H. ヘアの言う意味での、使用される述語の一貫した使用を要請する) 普遍化可能性、言語的一概念の明確性、経験的真理性、帰結の顧慮などが挙げられる。Alexy, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in; Rechtstheorie Beiheft 2 (1981).

1. 発話をすることができる者はだれでも、討議に参加してもよい
2. (a) 各人はどんな主張も疑ってもよい
(b) 各人はどんな主張も討議に持ち出しもよい
(c) 各人は自らの考え方、希望や欲求を表明してもよい
3. いかる発話者も、討議の内外を支配する強制によって、(1)と(2)で確立された権利の主張を妨げられてはならない³²⁾

これらの討議規則が、(行為のレベルではなく) 論議 (Rede) のレベルで普遍性と自律の原理を表している。これらの規則が妥当するとき、以下のような普遍的合意 (universale Zustimmung) の条件が妥当する。

UZ: 規範がある討議の中で普遍的な合意を見出すのは、その規範に服従することが各個人の利益充足に対してもたらす帰結がすべての者によって受け容れられうる場合である。

討議における合意が論拠 (Argument) に基づきうるものであり、討議の理想的諸条件の下で得られる普遍的合意が (規範の) 正当性概念と必然的に結び付いていること、これこそが討議理論の基本的想定であるとされる。これは、ハーバーマスの「討議原理」が示す意味内容に共通するものである³³⁾。

以上のような討議規則がどのようにして基礎づけられるのか。この問題を解くためにアレクシーは超越論的語用論的論証を展開する。アレクシーによれば超越論的語用論的論証とは、議論 (Argumentation) が必然的に備えるべき前提条件を作り出す論証である。「主張 (Behauptung)」という言語行為が可能であるのは、その言語行為を「主張」ならしめる何らかの規則が妥当している場合である。問題は「その規則が何であるか」の争いであって、その規則こそが主張という言語行為が、成立するための必然的前提条件である。アレクシーは、ある言語行為を主張ならしめるための

32) Alexy, DM, S. 130.

33) 前掲注11参照。

必然的な前提として、「あることを主張する者は、真理性要求または正当性要求を掲げる」というテーゼを展開する。このテーゼを否定する者は、「遂行的矛盾 (performativ Widerspruch)」を犯すことになる。言語行為の遂行によって、その言語行為の内容に矛盾することを前提としたり、或いは含意したりしている場合、その者は遂行的矛盾を犯している。さらにこの正当性要求 (又は真理性要求) は、根拠づけ可能性要求や、主張内容を発話の相手からの求めに応じて根拠づけるという発話者の「一応 (prima-facie) の義務」を含意している。そしてこの根拠づけを行う際には、対等な資格、強制の排除、普遍性の要求が掲げられる。正当性要求及びそこから導き出される根拠づけ可能性要求、根拠づけの一応の義務、資格の対等性、非強制性、普遍性の要求、これらの概念は、主張という言語行為や主張によって構成される議論 (Argumentation) の必然的な前提であり、この前提から上述の討議規則は基礎づけられるのである。

しかしながら、アレクシー自身は超越論的語用論的論証だけでは討議規則を基礎づけることは不十分であると理解している。アレクシーは、討議規則は理念的レベルでは妥当性を得ることができるが、現実的には限定的な妥当性しか得ることができないとしている。確かに「正当性への関心」を持たない者、つまり議論を通して正当性要求を掲げ、その根拠づけを行って、結果の正当性を得ることへの動機づけをもたない者は存在する。その例としてアレクシーが挙げるのが被支配者を搾取する支配者である。しかしながら支配者にとっても暴力のみによる支配よりも、議論を用いた「正統な」支配の方が安価であり、なおかつ安定的である。これは正当性への関心を持つ者が、その関心の強弱の差はあるにせよ、社会には相当数存在していることを示しているとアレクシーは主張する。そして自己利益の最大化を目指して戦略的な理由から議論に参加する者は、「恰も討議参加者である他者の自由と平等を受け入れているかのよう」に振る舞わねばならない³⁴⁾。このような場合、討議規則は主観的には妥当していないが、

34) Alexy, DM, S. 134.

客観的に妥当しており、その客観的妥当性で法の形をとる人権の基礎づけにとって十分であるとされる。

(3) 人権の基礎づけ

以上のように、基礎づけられた討議規則から、アレクシーは人権がどのように基礎づけられるとしているか。アレクシーによれば、人権が法の形式をとることは、討議概念が有する欠点から基礎づけられる。討議によって紛争を解決する場合、大きく分けて、認知問題（討議は一義的な結果を必ずしも確定しない）、貫徹問題（討議による合意は必ずしもその服従につながらない）、そして組織化問題（実践的な問題の克服や目標の実現に個人的行為や自発的な協力だけでは限界がある）に突きあたる。このような問題を前にしてもなお共同生活が規律されなければならないことから、制定法の不可欠性が基礎づけられる。このことから人権が法形式をとること自体は基礎づけられる。しかし、問題は人権が有する内容や構造についての基礎づけである。

アレクシーは、討議規則から人権の内容を基礎づける方法を「直接的基礎づけ」と「間接的基礎づけ」の二つに分けて考える。直接的基礎づけとは、「一定の権利が、個々の討議の実際の遂行とは独立に、討議理論に基づいてのみ妥当すると示される」方法であり、間接的基礎づけとは、「人権についての決定が、実際に行われる政治的過程に委ねられているが、その政治的過程は一定の討議理論的に根拠づけられた諸要請を満たさねばならない」方法である³⁵⁾。直接的基礎づけによって示される人権は、「討議上必然的」な概念であり、その権利の非妥当は、「討議上不可能」である。それに対して、間接的基礎づけによる人権は「討議上可能」であるに過ぎない。アレクシーは、この基礎づけ方法の区別に基づき、特に直接的な基礎づけに焦点を当て、自らの主張を展開している³⁶⁾。

35) Alexy, DM, S. 146.

36) ちなみにアレクシーはここで人権の間接的な基礎づけの例として、ハーバーマスが権

直接的な根拠づけでは、討議規則から人権が演繹されるわけではない。討議規則は、論議の規則 (Rederegeln) に過ぎない。「その規則を遵守することは、他者を討議において対等な資格を有するパートナーとして取り扱うことを意味するに過ぎない。このことから、他者が行為の領域においても人格として承認されねばならないということはまだ生じない³⁷⁾。したがって討議規則から行為規則に至るためには、追加の前提が必要となる。この追加の前提をどのように選び出すかに応じて、三種類の直接的基礎づけは区別される。その三種類とは、自律論証、合意論証、そして民主主義論証である。アレクシーによれば、これら三種類の基礎づけは、競合関係にあるものではなく、相互に補完・強化し合う関係にあるとされる。

(a) 自律論証

自律論証とは、「討議に真摯に参加する者は対話パートナーの自律を前提とする」ことを言う³⁸⁾。ここで「自律」とは、「十分な反省や熟慮を経て自らが妥当であると判断した原理に従って。自らの行為を決定すること」を言う。討議規則から行為の領域での「自律」が妥当することを導くうえで、アレクシーによれば「真摯な参加」をどのように理解するかが重要となる。アレクシーは、「真摯な参加」の意味を「社会的紛争を、討議を通して生み出された合意によって解決すること」と理解する³⁹⁾。このことは、「討議を通して生み出された合意は、それが疑われるときにはいつでも改めて討議による検討に付される」ことを含意する。いつでも討議に入ることができるという条件の下では、討議の領域と行為の領域の区別は揚棄される。また戦略的な理由から討議に入る者も、討議の内外での自律の相互承認を前提としなければならない。「討議によって、正統性を得

↘ 利の体系論のなかで「政治的自律に基づく形成」として市民の自己決定実践に付託されているものを挙げている。この指摘は、アレクシーとハーバーマスの人権理解における微細だが重要な帰結を有する差異を示している。この点は後述する。Alexy, DM, S. 147.

37) Alexy, DM, 147 (傍点は原典イタリック体)。

38) Alexy, DM, S. 148.

39) Alexy, DM, S. 149.

ようとする者は、この討議において少なくとも、彼が討議相手の自律を受け容れているように振る舞わねばならない。その者は、真の討議参加者であると少なくとも見せかけねばならない⁴⁰⁾」。

このようにして行為の領域においても妥当する自律原則は、制定法による共同生活の規律の必要性和結びついて、「一般的自由権」とも呼ばれる自律の一般的権利を基礎づける。この一般的自由権から、具体的な人権のカタログが作り出される。自律の一般的権利から、一方で一般的自由権からの特殊化として、個々の自由権が、他方で個人の自律にとって不可欠の手段として国家による保護請求権や社会権が、基礎づけられる。こうした特殊化や手段としての必要性からは、私的自律を可能にする権利だけではなく、意見表明の自由、結社の自由や選挙権などの公的自律を可能にする権利も基礎づけられる。公的自律を可能にする権利によって人権の直接的な基礎づけと間接的な基礎づけが結び付けられる。

(b) 合意論証

アレクシーによれば、討議を通しての結果である「合意」からも、人権内容の基礎づけがなされる。討議と結果の関係を表す概念として、三つの区別が用いられる。それは、討議から一義的に生み出される「討議上必然的」な結果、討議から排除されている「討議上不可能」な結果、そして討議から生み出されるが一義的ではない「討議上可能」な結果の三つである。討議による人権の基礎づけにおいて、その「討議上必然的」な結果であるとアレクシーが考えるのが、人権の「平等性」である。つまり人権を基礎づける討議において、人権の平等性が否定されるような合意がなされることは排除されている。例えばレイシストが討議において人種差別に基づいた不平等な人権を基礎づけようとしても、すべての人による合意を取り付けることできないことは容易に推測される。このようにして、人権の平等性が討議上必然的な結果であると論証する合意論証は、「自律」から

40) Alexy, DM, S. 152.

人権の体系的理解を導き出す自律論証を補完している。

(c) 民主主義論証

アレクシーが提示する民主主義論証は、三つの前提からなる。第一に、「民主主義原理は、意見・意思形成の民主的手続を法的に制度化することによってのみ近似的に実現されうる」。第二に、「討議的理性の諸要請が近似的に実現されうるような民主主義は政治的権利が妥当し、十分に平等な機会によって行使されるときにはじめて可能である」。そして第三に「政治的権利の行使は、非政治的な権利の妥当性や充足を前提としている」⁴¹⁾。非政治的な権利には、生存権や教育を受ける権利等が含まれている。民主主義論証によれば、この三つの前提から、討議による正当な解決に関心を持つならば、民主主義に関心を持たねばならず、そして民主主義に関心を持つならば、人権に関心を持たねばならないということが導かれる⁴²⁾。

4. 検 討

以上、アレクシーとハーバーマスによる人権の基礎づけのあり方について

41) Alexy, DM, S. 163. 「憲法裁判権」を民主的法治国家において不可欠な人権の制度化として正当化を試みる識考として, Alexy, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: S. Gosepath/G. Lohmann (Hg), Philosophie der Menschenrechte, Frankfurt/M. 1998, S. 244-264; Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: A. Aarnio/R. Alexy/G. Bergholtz (Hg) Justice, Morality and Society, FS A. Peczenik, Lund 1997, S. 27ff. ロベルト・アレクシー (青柳幸一訳) 「民主的法治国家における基本権」横浜国際経済法学 5 巻 2 号 193 頁以下, 特に訳者あとがき参照。

42) その後アレクシーは、以上のような人権の基礎づけアプローチをさらに精密化している。自らの立場を、人間の実践である「討議」に必然的に内在する自律と平等の原理を引き出し、それを「行為」の領域に導き入れる「解明的 (explikativ)」基礎づけ方法と、各人が有する討議能力は現実に用いられるためには各人の自らの実在に関わる「決定」を伴うとする「実存的 (exsistentiell)」基礎づけ方法の組み合わせとして理解している。Alexy, Menschenrechte ohne Metaphysik?, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52 (2004), S. 15-24; ders, Law, Morality, and the Existence of Human Rights, in: Ratio Juris 25 (2012), S. 2-14.

て見てきた。両者は、「討議」や「理論」の観点から人権概念の基礎づけを試みている点では、共通している。その基礎づけは、人間の本性や個人の理性から人権を基礎づける自然法的方法とも、人権は立法者の意思によって確定されたものとする法実証主義的方法とも異なるアプローチをとっている。一方で自然法的方法に対しては、社会の多元性という事実を顧慮していないという批判、他方では法実証主義的方法に対しては、人権概念が歴史的偶然性におもねることになるという批判がしばしばなされているが、討議理論の基礎づけはこれらの困難を回避するアプローチの一つであると言えよう。しかしながら、ハーバーマスとアレクシーの両者の間で討議理論の基礎づけに込められている含意は大きく異なる。ここでは人権の基礎づけに関する、両者の見解の差異について部分的ではあるが、明らかにしたい。上述の権威主義的パラダイムをめぐる論争は、人権体系に対する異なる理解を前提として行われていた。しかしながら後述するように、人権体系に対する統合的理解の差異は、基本概念である討議概念が各々の理論主張との関係で占める位置の差異とも結びついている。その差異が生じる理由は、ハーバーマスとアレクシーが行っている人権体系の基礎づけの試みから見てとることができる。

しかしその人権体系の統合的理解及びそのなかでの討議の位置づけの検討に際して、若干の留意が必要である。両者において人権の討議理論的基礎づけが必要であるとしている意図や目的が論者によって若干異なる。例えばハーバーマスは、「正統性と合法性のパラドックス」の解消、人権と人民主権の緊張関係の克服を目指して、「権利の体系」論を構想している。それに対してアレクシーは、自らの基礎づけの仕方をカント主義的立場として理解し、カント主義に共通する人権内容である自律や普遍性を討議理論から引き出すことに主な目的がある。これらの点に留意しながら、本検討を進める。

まず、ハーバーマスとアレクシーの第一の差異は、討議規則の基礎づけに関するものである。アレクシーは討議規則の基礎づけのために「超越論

的語用論的論証」を用いていたが、ハーバーマスはより強力な論証を行っている。例えば、ハーバーマスは討議原理（道徳における普遍化可能性原理U）の基礎づけのなかで、討議を徹底して拒否することは致命的な帰結として「自殺」や「袋小路」に陥ると述べていた。それに対してアレクシーは、言語行為や討議を行うことは「人間の最も一般的な生活形式」と位置づけ、「全人生にわたって主張を行わず、基礎づけを行わない者は、人間の最も一般的な生活形式に関与していない」というラディカルに弱められた定式で十分であるとしている⁴³⁾。またアレクシーはこの超越論的語用論的論証を補完する論証として、自己利益最大化の論証と「正当性への関心」の経験的想定という討議理論内在的とは言えない前提を用いている。

この点は、討議に備わる理想性・理念性が有する可能性と限界のどちらを重視して理論構成するかに関わってくる。例えばハーバーマスもアレクシーも法形式の必然性を説いているが、法的制度化の果たす役割に微妙な差異をもたらしている。ハーバーマスの所説においては、法形式は、討議原理に基づく民主主義原理との組み合わせによって、法における討議を実現するための謂わば「可能化」条件として捉えられている。それに対してアレクシーの見解では、法形式は討議概念が有する様々な不完全性（認知問題、貫徹問題、組織化問題）を「補完」するための条件であるということに重きが置かれている。これは討議原理や討議規則の基礎づけ段階で、アレクシーが討議の理念性にのみ軸足を置いた理論構築をしていないことに起因すると言えよう。

第二に、人権の基礎づけに関してである。ハーバーマスによる「権利の体系」論は、正統性と合法性のパラドックスを解消するために提案されたものである。つまりハーバーマスによれば、権利の体系が説いているのは、「政治的に自律的な法制定に不可欠のコミュニケーション形式が法的に制度化されうるための条件」でなければならない。したがって権利の体

43) Alexy, DM, S. 139.

系は、法媒体と討議原理に基づく民主主義原理とが「等根源的に」構築される循環プロセスを表すとされる。それに対してアレクシーにとって人権の基礎づけにおいて着目されていたのは、カント主義的な人権理解に共通する自律原則と普遍性原則が討議理論の観点からどのように基礎づけることができるかという問題であった。したがって論議（Rede）の領域で自律と普遍性を表す討議規則から、行為（Handeln）の領域で妥当する人権内容をどのように引き出すことができるかが主題であった。つまり、ハーバーマスにおいては人権体系の基礎づけ「過程」としての自律が問題であったのに対して、アレクシーにとってはそれに加えて人権「内容」としての自律の基礎づけが問題であったと言える。これは「権利の体系」が抽象的な形式にとどまり、その具体化は市民の政治的な自己決定実践に委ねられていることにも看取できる。

最後の差異は、第二の差異と関連するものであるが、討議理論的に基礎づけられた各々の人権の位置づけの差異である。特に政治的権利と社会権の位置づけである。

ハーバーマスにおいては人権、特に主観的行為自由、国家市民としての資格、提訴可能性、そして政治的自律の具体的内容形成は政治的自律の行使によってはじめて可能となる。それに対してアレクシーの理解では、政治的権利は、自律原則が討議規則によって基礎づけられ、その後続く「自律の一般的権利」の具体化の過程で生じるものとして位置づけられている。ハーバーマスが権利の体系論において、討議原理と法媒体を組合せるという考えから、「政治的自律に基づいた具体化」という留保を人権概念に内在的に結び付けている。それに対してアレクシーは、民主主義及び市民の政治的自律による具体化は、「間接的基礎づけ」として「討議上可能な」ものを規定するに過ぎない。また人権の直接的基礎づけにおいて民主主義論証を提示しているが、その説明のなかで、「この論証（民主主義論証）は、これまで提示された二つの人権の基礎づけ（自律論証と合意論証）にもう一つを付け加えるものであるから、それほど関心を引くもので

はない⁴⁴⁾」としており、ハーバーマスほどの重要性を認めていない。

また社会権に関しては、ハーバーマスにとっては他の四つの権利が「絶対的に」基礎づけられるとしているのに対して、「相対的」にしか基礎づけられない。これは、手続主義的法パラダイムの内容において示されたように、社会権が常にパターンリズムの危険を内包しており、その危険を避けるためにはそのつど公的自律との内的連関についての考慮が必要とされていることにも表れている。それに対してアレクシーにおいて、社会権は「自律の行使のための事実的手段」としての権利という位置づけであるが、「自律の一般的権利の具体化」である権利との関係では基礎づけの次元において区別されているものではない。つまりアレクシーの基礎づけにおいては、私的自律と公的自律の双方の行使のための手段であるだけでなく、「その一方のみ」の行使のための手段としても理解されうる。このような理解には、私的自律と公的自律の「融和」という理念的・規範的要請だけではなく、実際には「対立や衝突」の契機が存しているという現実的認識が前提とされている。

以上の検討より、討議概念に含まれる規範的内容及びそこから人権を基礎づけるという点で討議理論の共通性が示されながらも、人権概念の基礎づけにおいて個々の人権どうしの相互関係や体系をどのように統合的に理解するかは、大きく異なるということが明らかとなる。その際に問題となったのは、市民による政治的自律・公的自律の行使というハーバーマスによる民主主義的含意の強調は、最も根本的な法概念である人権概念に対して再考を求めるものなのかどうかである。「討議」というものが有する可能性を指摘する点で、討議の理念性と民主主義的立法の間に親和性があることは否定しえない。しかしながらその一方で討議の現実的限界、その補完的機能を果たしうる諸制度、そして民主主義との「衝突」の契機を有する人権概念からの法秩序形成の意義にも目を向けることが必要であると思われる。この点の更なる検討については他日を期したい。

44) Alexy, DM, S. 164. 括弧内は筆者補足。