

目 次

はしがき

長谷部恭男

I 法の生成

権利の機能序説

長谷部恭男 3

客観法と主観的権利

山本隆司 25

通常法と根本法

愛敬浩二 47

—M.ラフリンの問題提起を踏まえて

II 現代法の生成と創設

国際法の生成と創設

齋藤民徒 69

—国際法資料から国際法規範へ

知的財産法の生成と創設

横山久芳 93

「情報法」の成立可能性

曾我部真裕 123

法治国原理の進化と退化？

仲野武志 145

—行政法における違法概念の諸相

III 海外の動向

EUにおける法形成

伊藤洋一 171

—EU立法手続の制度設計

アメリカ合衆国における法形成

浅香吉幹 199

中国における法形成

高見澤磨 225

I 法の生成

権利の機能序説

長谷部恭男

本章は、近代以降の社会における権利概念のいくつかの機能について検討する。前提問題として冒頭で、権利に関する複数の言明間の論理的導出の関係と正当化の関係との異同を扱う。

1 論理的導出関係と正当化の関係

二つ以上の言明について、一方(A)から他方(B)が論理的に導出される関係にあることと、一方(A)が他方(B)を正当化する(基礎づける)関係にあることとは、混同されがちではあるが、区別する必要がある。次の二つの言明を考えてみよう。

A：達吉は小石川5丁目の土地をすべて所有している。

B：達吉は小石川5丁目8番の土地を所有している。

BはAから論理的に導出される。Aが真であればBもすべからく真である。しかし、AはBを正当化してはいない。実際には、Aは次のような一連の言明の連言である。

C：達吉は小石川5丁目1番の土地を所有している。

D：達吉は小石川5丁目2番の土地を所有している。

E：達吉は小石川5丁目3番の土地を所有している。

……

I 法の生成

これら一連の言明を「かつ」でつないだ言明は、「達吉は小石川5丁目の土地をすべて所有している」という言明 A と等値である¹⁾。したがって、B は A から論理的に導出される。しかし、A が B を正当化して(基礎づけて)いるわけではない。B を正当化する言明は、たとえば、

P: 達吉は小石川5丁目8番の土地をその父親から X 年 X 月に相続した。

というものであろう。そして、小石川5丁目の他の区番、たとえば小石川5丁目1番の土地を達吉が所有している根拠は、父親からの相続ではなく前主からの購入かも知れない。言明 P が言明 B を正当化するのは、P が真であり、かつ、P が他の関連する言明とあわせて、B が真であると信ずるに足る理由となるからである (Raz 2001: p. 261)。P が B を正当化するには、P は真でなければならない。A から B が論理的に導出されるとき、A が真である必要はない。

さて、P は、他にその内容を打ち消す(阻却する)言明が成り立つとき、たとえば、

Q: 達吉は小石川5丁目8番の土地を父親から相続した翌年に、第三者に売却した。

という言明が真であるときは、B を基礎づけることはない。正当化(基礎づけ)の関係は、打ち消されることがありうる²⁾。論理的導出関係は、打ち消されることはない。

同様の事態は、表現の自由についてもあてはまる。表現の自由という概念はいろいろに解釈できる。いま仮に、表現の自由を以下のように定義してみよう。

表現の自由とは、政治的表現、芸術的表現、わいせつ表現及び営利的表現の自由をいう。

話を単純化するために、政治的表現、芸術的表現、わいせつ表現、営利的表現は、内容が互いに重なり合わないものと仮定する。このとき、

ア: 「達吉は表現の自由を有する」

という言明からは、

- イ：「達吉は政治的表現の自由を有する」
- ウ：「達吉は芸術的表現の自由を有する」
- エ：「達吉はわいせつ表現の自由を有する」
- オ：「達吉は営利的表現の自由を有する」

という四つの言明が論理的に導出される。しかし、言明アは、言明イ、ウ、エ、オを正当化しているとは必ずしも言えない。政治的表現の自由の正当化根拠は営利的表現の自由の正当化根拠とは異なるものであろう。他の自由についても同様である³⁾。かりに、政治的表現、芸術的表現、わいせつ表現、営利的表現のそれぞれについて自由の保障に正当化根拠のあることが論証されれば、その結果として、言明アが基礎づけられるのであって、その逆ではない。

ちなみに、現在の標準的な法理によれば、イ、ウ、オは正当化されうが、エは正当化されない。わいせつ表現は表現の自由の保護範囲に含まれない。このことは、わいせつ表現を行うことは正当化されないという法律家集団および社会一般の通念を反映している。したがって、「表現の自由」が上記のように定義される限りでは、アが全面的に正当化されることはない。

ここでも、論理的導出関係と正当化の関係を区別することが重要である。憲法上、表現の自由が保障されていることから、たとえば、営利的表現の自由が憲法上も保障されていることが正当化されるとは必ずしも言えない。表現の自由一般は正当化根拠を異にする複数の表現の自由から構成されているからである⁴⁾。

また、一般論として国民にある権利が保障されていることが正当化されるとしても、必ずしも個々の国民にその権利が保障されることが正当化されるとは限らない。一般論を打ち消す別の言明が成立するかも知れないからである。たとえば、一般論として国民には国政選挙に際して投票の権利が保障されることが正当化されるとしても、具体的国民である達吉は選挙犯罪のために、一定時点では投票の権利が否定されるかも知れない。

もちろん、二つ以上の権利概念について、正当化の関係が成り立たないわけ

ではない。たとえば、「達吉は政治的表現の自由を有する」という言明は、「達吉は共産党の政策を批判する自由を有する」という言明を正当化するのに役立つ。また、「達吉には一般的な行動の自由がある」という言明は、「達吉には自分の鼻の頭を搔く自由がある」という言明を正当化し得る。これらの事例においては、二つの言明の間には論理的導出の関係と正当化の関係の双方が成り立っている。論理的導出の関係が成り立つのは、政治的表現の自由は共産党の政策を批判する自由を概念上含むからであり、正当化の関係が成り立つのは、政治的表現の自由を正当化する議論は、共産党の政策を批判する自由を正当化する議論としてそのまま応用可能だからである。

最後に、道徳的な正当化、つまり一般的な実践的正当化と法的な正当化との区別に触れておきたい。「Aが法である」ことと「Aが正当化される」ことは、そこで言う「正当化」が一般的な道徳レベルのものであれば、異なる。実定法の内容を記述する言明Aが、その内容から見て道徳的に正当化されないことはあり得る。上述の例で言えば、達吉が極悪非道の金の亡者であって、小石川5丁目のすべての土地を所有するなど言語道断であり、「正義の味方」が彼の土地を侵奪することは、それが社会公共の安全にもたらす混乱等の不利益を勘案したとしても、結論としては正しいことかもしれない。もっとも、法律家のディスコースにおいて、こうした形で実定法と道徳との乖離が意識されることは例外的である。

他方、道徳と一応切り離された「法的な正当化」を観念することもできる。これは、実定法の内容を記述する言明Aが正当であることを前提としつつ、Aによって他の言明Bが(部分的に)正当化されることを指す⁵⁾。たとえば、窃盗罪の規定の存在とその内容の正当性を前提としつつ、Xが窃盗犯であるとの事実とともに、Xを窃盗犯として処罰することを正当化することが、これにあたる。

法の解釈適用にあたる裁判官等の公務員が行うこうした議論は「法学的三段論法」と言われ、論理的推論であるかのように扱われることがあるが、その本来の機能は結論たる具体的規範(Xは窃盗犯として懲役刑に処せられるべし)の部分的正当化であり、したがって、何らかの阻却事由の存在によって打ち消されることがある。前提たる法言明の正当性を前提とする法的正当化が、憲法上の

権利条項を通じて打ち消され得ることについては、第5節で説明する。

法的正当化は、一般的な道徳的議論とは隔離された形で、結論たる規範的言明を正当化することにその主たる機能がある。実定法の体系は、権威(authority)の体系である⁶⁾。人によって相互に対立・衝突する道徳的判断がなされるおそれのある事項については、実定法の指令を権威として受容することで各自の道徳的判断に基づく行動を抑制し、実定法の指令に従って行動することに十分な理由のあることが少なくない。こうした法的正当化の論理が近代社会において果たす役割については、第4節で説明する。

2 権利の機能——その1：義務の正当化

権利は義務と対応すると言われる。「健康への権利」や「文化への権利」等の、より良い暮らしへの願望を標語化したにとどまるかに見える抽象的な「権利」は別として、少なくとも実定法制度上も認定された具体的権利であれば、義務と対応していることが通常であろう⁷⁾。問題はここで言う「対応する correlate」の意味である⁸⁾。

「XがOに関して権利を有する」という言明は、X以外の者であるYが、XのOに関する権利を侵害してはならない義務をXに対して負うことと対応するように見える。たとえば、達吉が小石川5丁目8番の土地を所有しているのであれば、俊義は達吉に無断でその土地に侵入しない義務を達吉に対して負うことが通常であろう⁹⁾。これは、論理的導出の関係ではない。緊急避難や正当防衛などの理由に基づいて、達吉が所有する土地に、達吉の許可なく俊義が侵入することができる場合もある。「達吉は小石川5丁目8番の土地を所有している」という言明から、「俊義は達吉の許可なしには、小石川5丁目8番の土地に侵入しない義務を負う」という言明が論理的に帰結することはない。つまり、権利が義務と対応すると言われるときに意味されているのは、権利に関わる言明が、原則として、義務に関わる言明を正当化するということである¹⁰⁾。正当化の関係であるため、それを打ち消す別の言明が成立する場合には、義務に関わる言明は、結論としては、正当化されない。

別の例を挙げると、「達吉は表現の自由を享有する」という言明は、「政府は

達吉の表現の自由を侵害してはならない義務を達吉に対して負う」という言明と対応する。前者は後者を原則として正当化する。しかし、ときには政府が達吉の表現の自由を侵害(制約)することが正当化されることもある。標準的な法理によると、内容中立規制の場合は中間審査の基準に適う政府の制約であれば、また、内容に基づく規制の場合は厳格審査の基準に適う政府の制約であれば、正当化が可能である。したがって、「達吉は表現の自由を享有する」という言明から、「政府は達吉の表現の自由を侵害しない義務を負う」という一般的言明が論理的に帰結することはない。せいぜい、後者の言明が前者の言明によって原則的に正当化されるにとどまる。

ここでも、論理的導出の関係と正当化の関係とを区別することが肝要となる。

3 権利の機能——その2: 思考の体系化・簡易化

権利概念については、それが外界の事物と対応するものではないことが古くから指摘されてきた。アルフ・ロスは、南太平洋の島に住む人々のタブーに関する言動の類比で、この事態を説明する(Ross 1957)。ロスによると、ノイト・シフ族(Noit-cif tribe)の間では、何らかのタブーが犯されたとき、たとえばある男がその義理の母親と会ったとき、自分のトーテム動物を殺傷したとき、あるいは首長のために用意された食事を食べてしまったとき、テュテュ(tû-tû)という事態が生ずる。タブーを犯した本人もやはりテュテュとなる。テュテュが何かを説明することは困難であるが、それはタブーを犯した者に降りかかる危険な力または感染物を意味するかのようであり、テュテュとなった者は、特定の清めの儀式に服さねばならない。

テュテュという概念自体がナンセンスであることは明らかで、それは何物をも指示していない。それにもかかわらず、テュテュはノイト・シフ族の日常生活において一定の機能を果たしている。テュテュが用いられる言明は、たとえば次のようなものである(Ross 1957: p. 813)。

- (1) ある者が首長の食事を食べたなら、彼はテュテュとなる。
- (2) テュテュとなった者は、清めの儀式に服さねばならない。

これら二つの言明に現れる「テュテュ」は、何物をも指示していない。それは、次のように消去可能である。

- (3) ある者が首長の食事を食べたなら、彼は清めの儀式に服さねばならない。

言明(3)は、これだけで完璧に意味をなす言明であり、神秘性も帯びていない。それでも、テュテュという言及対象のない概念を含む言明が意味をなさないわけではない。「Xはテュテュである」という言明は、彼が首長の食事を食べたか、自分の義理の母親に会ったか、あるいは自分のトーテム動物を殺傷した等、特定の種類の状況下に置かれたこと、そして、当該社会の規範によると、Xは清めの儀式に服さない限り、部族の他の人々による批判的な言動の対象となるであろうことを意味している。

したがって、テュテュが何を指示しているかは全く不明であるにもかかわらず、「Xがテュテュである」という言明の真偽は、Xが特定の種類の状況下に置かれたか否か、あるいは、Xが清めの儀式に服すべきこととなっているか否かを知ることによって判別することができる。テュテュという概念自体は何物をも指示していないが、テュテュを含む言明は、特定の事態に言及しており、また一定の規範的機能を果たしている(Ross 1957: pp. 814-815)。

前述したように、テュテュという概念を用いることなく、同一の事態に言及し、また、同一の規範的評価を加えることは可能である。「自分のトーテム動物を殺傷した者はテュテュとなる、そして、テュテュとなった者は清めの儀式に服すべきである」、と言う代わりに、「自分のトーテム動物を殺傷した者は清めの儀式に服すべきである」、と述べても意味内容が変わるわけではない。しかし、特定の種類の状況を一括してテュテュと呼び、それについて一定の規範的評価を加えることで、ノイト・シフ族の人々は、統一的・整合的規範体系を念頭に置きつつ日々の暮らしを送ることができる。首長の食事、トーテム動物の殺傷、義理の母との出会いなど、個別の種類ごとに雑多な規範を意識するよりも、はるかに簡便であり、判断と行動の整理に役立つ。

そしてロスは、権利という概念も、テュテュと同じく、外界に指示対象を持

I 法の生成

たないにもかかわらず、それを含む言明は一定の規範的事態を記述することができる¹¹⁾、しかも、権利概念が人々の規範的思考を体系化し、簡易化する機能を果たしていることを指摘する。彼が例として挙げるのは、所有権(ownership)である(Ross 1957: pp. 817-821; Ross 1974: pp. 170-175; cf. Raz 1980: p. 181)。所有権に関する言明は、たとえば、以下のように個別に記述していくことが可能である。

ある者が合法的にある物を売買によって入手したならば、彼は、占有する他者からその物を回復する旨の判決を得ることができる。

ある者がある物を相続したならば、その物を毀損した他者に裁判所を通じて損害の賠償を請求することができる。

ある者が時効によってある物を取得したならば、彼の債権者は履行遅滞に陥った金銭債務について、その物を含めた彼の責任財産から弁済を受けることができる。

……

しかし、このように個別の状況に応じてその帰結を述べる言明を一つ一つ集積していくことは、きわめて煩雑であり、非効率きわまりない。これら多様な言明は、いずれも特定の種類の状況下にある者について、それぞれ特定の法的帰結が妥当することを述べている。これらの種々さまざまな言明は、所有権という概念を介在させることで、簡便に整理することができる。つまり、いかなる状況である者がテュテュとなるかを描く言明と同様に、一方で、

F₁ : 合法的にある物を売買で入手した者は、その所有権者である。

F₂ : ある物を相続した者は、その所有権者である。

F₃ : 時効によってある物を取得した者は、その所有権者である。

……

という、いかなる場合に誰が所有権者となるかを確定する一連の言明を想定することができるとともに、他方で、