

人権総論体系再考

佐藤潤一[†]

Rethinking “the protection of Human Rights” in the Constitution of
Japan: An introductory study

SATO Junichi

Summary

What does “protection of human rights” mean? A very large number of scholars of the Constitution of Japan purport that the notion of “human rights” contained in it corresponds to “natural rights” in Christian Sense. Yet, in Japan, Christian population is less than that following Buddhist and/or Shinto beliefs, as well as the large proportion of people who claim no religious affiliation. For this reason, most people in Japan would not be convinced with this explanation of the human rights. This article reconsiders the notion of “the protection of human rights” contained in the Constitution of Japan by taking the perspectives offered in Hofeldian thinking, as it pertains to systems of human rights protection.

目次

問題の所在——人権という考え方	78
第 1 章 人権の歴史・定義と分類の基本	79
第 1 節 人権の歴史	79
1. イギリス	79
2. 成文憲法国	80

[†]大阪産業大学 国際学部 教授

草稿提出日 3月9日

最終原稿提出日 4月8日

第 2 節 人権の性質論・定義と分類	81
1. 人権の性質論・定義	81
2. 人権の分類	83
第 2 章 人権総論体系考察の前提	85
第 1 節 特権・人権・基本権	85
第 2 節 日本の歴史と人権	86
1. 明治憲法以前	86
2. 明治憲法	87
3. 日本国憲法の制定	88
第 3 節 ホーフエルトの理論	88
1. ホーフエルトの理論	88
2. ハイエクとラトナパーラ	89
第 3 章 人権体系論再考——日本におけるホーフエルト理論の受容	92
第 1 節 日本におけるホーフエルト理論の受容	92
第 2 節 憲法上の権利論体系化において問題となる権利——参政権	100
第 3 節 人権総論体系再考——序論的考察としての日本国憲法解釈	103
1. 従来の議論の限界と注目すべき学説	103
2. 自説——日本国憲法における人権体系を中心とする序論的考察	107
結語——人権総論体系のあり方	111

問題の所在——人権という考え方

そもそも人権とは法的にどのように扱われるべき概念であるか¹⁾。

この課題は憲法（日本国憲法に限らない）における人権保障をどのように法的に位置づけるか、権利章典（Bill of Rights; Human Rights Charter）は国によってその形態が大変に異な

1) 本稿の課題は、佐藤潤一『教養 憲法入門』（敬文堂、2013年）第6章および同『平和と人権—憲法と国際人権法の交錯』（晃洋書房、2011年）第2章第4節で簡潔に論じたことがあるため、内容的に重複する部分があるが、独立の論文として本稿のみで議論を成立させるための措置として御寛容いただければ幸いである。また本稿では原則として敬称を省略している。また引用文献が英米独豪と複数の国のもので、引用ルールについては、基本的にそれぞれの法学専門誌の引用ルールに従っている。

るが、それをどのように統合的に理解すべきか、という一般国家学、比較憲法学的に十分に解明されているとは言い難い困難な課題ともかかわるものである。それ自体一書を要するような(それでも足りないような)大きな課題である。

本稿は、国際人権法が発展するにいたった戦後の状況を、近代市民革命以降の各国内における人権保障と統合的に理解するためにどのような視点が有用であるかについての一試論を提示するための序論的研究を行うものである。

その際に、アメリカのホーフェルド以来の、自然権概念に頼らない人権体系の考察、特に近年の新正幸説²⁾に示唆を受けつつ、単に従来の国内人権保障の延長線上にあるものとして国際人権法を捉えるのではなく、両者を現時点で統合的に理解するための視点を提供することが本研究の最終的な目的である。そのためには、① 人権が観念としてどのように理解されるべきか、② 国際人権法理解のための「人権観念」の整理、③ ①②の関係、④ 両者を包摂するような分類・類型化の提唱が必要となってくる。本稿はこのうち、①の課題について、主としてまずは日本における人権観念の捉え方と分類・類型化のための視点をまずは提供することを目的として執筆された。自余は将来の課題とせざるを得ない。

第1章 人権の歴史・定義と分類の基本

第1節 人権の歴史

1. イギリス

人権概念は、イギリスにおけるcivil rightsにまで遡る。

古く立憲的秩序が確立されたイギリスは、成文の憲法典(written constitution)を有しないが、憲法的秩序を定める文書はある。マグナ・カルタ(Magna Carta 1215)、権利章典(Bill of Rights 1689)、王位継承法(Act of Settlement 1701)、スコットランド合同法(Act of Union with Scotland 1707)、議会法(Parliament Acts 1909 and 1949)。こういった制定法が、イギリスにおいては「憲法」の中核を為す。権利章典は、抽象的な「人権」(human rights)を定めたものではなく、イギリス臣民の権利であった。

ヨーロッパ人権条約に国内法上の効力を付与した1998年人権法(Human Rights Act 1998)が、すでに一種の憲法典であるかについては、まだ議論の余地がある。もっとも、EUからの離脱を意味するBrexitが成立した今、EU法とヨーロッパ人権条約との関係について論じられてきた多くの論点が、今後イギリスにおいてより複雑な法的問題を惹き起こ

2) 新正幸『憲法訴訟論〔第2版〕』(信山社、2011年)の特に第1章参照。

すであろう³⁾。しかし本稿はそのような個別国家における法的問題について論じようとするものではない。比較憲法的に(日本にとって)重要な諸国の憲法を参照しつつ⁴⁾、人権総論体系を確立するための序論的考察をすることが目的である。

さて、人権保障は、歴史的に見れば、このようなイギリスで展開した貴族の、国王に対する権利が、国家権力の干渉を防ぐ「自由権」となり、それが貴族以外の一般市民に拡大することによって、さらに政治的権利も主張され、当初は女性や奴隷が除外されていた「市民」にまさに「全ての人」が含まれるようになって、「社会権」が主張されるようになったと解されている⁵⁾。

2. 成文憲法国

現在の「人権」観念は、詳細な歴史を検討することは本稿の想定する課題を超えるが、ごく簡単に整理しておきたい⁶⁾。成文憲法国においても、憲法典(あるいは憲法と扱われる人権法)においても人権それ自体は通常定義されない。ただし、イギリスの人権法、オーストラリアの人権法(正確には人権に関する州法であるが)、ニュー・ジーランドの人権法などは、ヨーロッパ人権条約や国際人権規約自由権規約のような人権条約に定められているものが「人権」human rightsである、といった定義の仕方をしている⁷⁾。他方、アメリカのような古くからの成文憲法国、フランスのように未だに1789年人権宣言が人権宣言文書の

3) この論点についてはさしあたり、佐藤潤一「ミラー判決とBrexit-EU基本権憲章の今後と人権保障の課題」榊原秀訓編著『現代イギリスの司法と行政的正義 普遍性と独自性の交錯』(日本評論社, 2020年2月)第3章参照。

4) 比較憲法それ自体の学問的問題性については、佐藤潤一「『憲法』比較の意味と無意味」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』32号(2018年3月)71-98頁参照。

5) イギリスの社会学者、T. H. マーシャルが『シティズンシップと社会的階級』[岩崎信彦・中村健吾訳、法律文化社、1993年; T. H. Marshall and Tom Bottomore, *Citizenship and Social Class* (London: Pluto Press, 1992 (初版1950))]において比較的簡潔にこの経緯を示している。なお、イギリスにおいて法令を確認する方法は多岐にわたるが、LexisNexis Butterworthsが発行している*Halsbury's Statutes of England and Wales*では、マーシャルの著書を参照して歴史的経緯が開示されている。

6) 関連する業績は汗牛充棟といえようが、さしあたりは、ミシュリン・R・イシェイ著、横田洋三監訳、瀧澤美佐子・富田麻里・望月康恵・吉村祥子訳『人権の歴史 古代からグローバリゼーションの時代まで The History of Human Rights From Ancient Times to the Globalization Era』(明石書店, 2008年)の参照を請う。

7) イギリスとオーストラリアにおける人権保障に関する状況についてごく簡単には、佐藤潤一「オーストラリア憲法とイギリス憲法」および松井幸夫「ニュージーランド憲法とイギリス憲法」倉持孝司・松井幸夫・元山健 編著『憲法の「現代化」—ウエストミンスター型憲法の変動—』(敬文堂, 2016年)「第9章 ウェストミンスター型憲法の変動とコモンウェルス」所収を参照。

基本となっている国における人権観念がある意味結局のところ種々の人権条約における人権観念の基礎となっていると言える。

いずれにせよ、人権保障の方式が国により相当に異なっていることは留意されてよい。さらに、国際人権をも考慮に入れて「人権」という発想を理解する場合には、さまざまな問題点が生じる。

次項においては、仮説的な人権の定義を踏まえつつ、従来主張されてきた人権の分類について整理してみたい。

第2節 人権の性質論・定義と分類

1. 人権の性質論・定義

日本国憲法の解釈書では人権は「自然権」であるとする強い主張があるが、その意味するところは必ずしも判然としない。

憲法11条や97条は、「基本的人権」が人類多年に亘る努力の成果であること、現在及び将来の国民に「信託」されたものであることを示しているのに対し、12条は「この憲法が国民に保障する自由及び権利」は、国民の「不断の努力」によって保持すべきものであって、「公共の福祉のために利用する責任を負う」ものであるという。つまり、基本的人権と、憲法が保障する権利は別だ、という読み方は可能ではないか、という主張があるのである。

このような立場から、本来人権とは近世の文芸復興・宗教改革によって明らかにされた、理性の必然(Vernunftnotwendigkeit)であって、近代精神における人類の信念である。したがって、人権は他人に受忍その他の義務を課するものではないし、他人の権利を侵害するものでもない。そのようなことには特別の法的根拠が必要で、理性の必然に認められるところではない。このように、「自然権」的なものとして人権をとらえる立場からは、国家による侵害を防ぐという「自由権」、および各人が自由であることの必然的な結果である平等(権)のみが人権であって、それ以外は、憲法で保障される基本権(にすぎない)というのである。すなわち、人権は憲法典に規定されていようがいまいが保障されるが、基本権は憲法典から削除されれば保障されないことになる⁸⁾。

このような区別は理念的には意味を持つこともあるが、人権は規定に書かれた内容が一つの性質からだけ理解できるようなものではないとの立場から、「人間が人間であることにのみもとづいて當然に、國家や憲法にさきだつて、享有すべきもの」⁹⁾というように人

8) 田上穰治『日本国憲法原論〔新版〕』(青林書院, 1985年)。

9) 宮澤俊義『日本國憲法』(日本評論社, 1955年) 187頁。

権を定義する説が有力である。もともとは人権というのはキリスト教国において成熟してきた観念で、「神」(God)の存在を前提とした「自然法」という考え方に基づいた観念であったが¹⁰⁾、日本においてはそもそもキリスト教が必ずしも普及しているわけではなく、日本の憲法の内容を考える時にキリスト教を前提にするのも違和感が大きいので、このような定義の仕方をしているのである。

以上の検討を踏まえ、人権の定義として、仮説的に、次のように捉えておこう。

すなわち、人権とは、国会のつくる法律の力をもってしても侵すことのできない権利で、憲法によって保障されたものである。したがって、「法律の範囲内で」保障される、というような考え方は成り立たない。人権とは、「人間の尊厳」に基づいて認められる、各人の生活上の基本的な利益や要求であって、憲法の保障を受けるものである。このような定義づけを一応の前提として、さらに、現代における国際人権保障のための条約整備が進みつつある状況を踏まえて考察すると、さしあたって、次のように言えるであろう。

人権は、一人ひとりの個人的属性、社会的地位等を捨象して、自由かつ平等な個人を確立するための手段といえるが、国際人権法は、むしろこのようなそれぞれの「属性」「社会的地位」に着目して規定を置き、最終的に独立した個人の「人権」を確保しようとするものだといってもよい¹¹⁾。

このような人権の性質論・定義は、必ずしも十分に論じられていない¹²⁾。もちろん、様々な性質を有する人権を一括して定義することそれ自体の有用性が疑われるべきで、本稿の主題もそこに存する。

さて、「人権」(human rights)観念が無かったイギリスで、人権と市民的自由に関するヨーロッパ条約・通称ヨーロッパ人権条約違反の判決が続き、同条約は1998年に国内法化された(1998年人権法)。しかし大日本帝国憲法(以下「明治憲法」)時代の日本と同時代のイギリスにおける権利保障状況はこのことと同断には語り得ない¹³⁾。

10) この点については種谷春洋『アメリカ人権宣言史論』(有斐閣, 1971年), 同『近代自然法学と権利宣言の成立』(有斐閣, 1980年), 同『近代寛容思想と信教自由の成立』(成文堂, 1986年)を参照。

11) 註1前掲拙著『平和と人権』第2章第4節参照。各国での人権保障と国際的な人権保障についてある程度統一的に捉えようとする試みとして、近藤敦『人権法 第2版』(日本評論社, 2020年)参照。

12) 人権について、ごく簡単には、「憲法総論の再検討」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』12号(2011年3月)129頁の第3章第4節(同165頁以下)で触れたことがあるが、本稿はより詳細にこの問題を検討するものである。ただし、内容上やむを得ず重複がある。

13) イギリスにおける市民的自由と人権の関係については、倉持孝司「3. 市民的自由」[4. 1998年人権法]戒能通厚編『現代イギリス法事典』(新世社, 2003年)138-145頁で概観を得ることが出来る。なお本文の註5以降については、註12前掲拙稿「憲法総論の再検討」註85と重複するが、その後の経緯を踏まえて若干の補足をしている。

2. 人権の分類

a) 日本国憲法の人権規定

日本国憲法は比較的整理された人権条項を有している。すなわち、日本国民の要件(第10条)、人権の総則規定(第11条～第14条)を置いた上で、参政権(第15条)、請願権(第16条)、国家賠償請求権(第17条)、人身の自由(第18条)について規定した上で、国家権力が一般市民に対する干渉をしない、という意味での自由権につき規定する(第19条～第23条)。次いで家族に関する規定と婚姻に関する男女平等・対等を定める第24条を置いた上で、いわゆる社会権について規定し(第25条～第28条)、さらに古典的自由としての財産権について規定する(第29条)。その上で、納税の義務(第30条)規定をはさんで、裁判に関わる諸規定を置いている(第31条以下)。

こういった諸規定を、大まかに言えば、①総則的規定(10条～14条, 24条)、②自由権(精神的自由権[19条～23条]・経済的自由権[22条・29条]・身体的自由権[18条, 31条～39条])、③社会権(25条～28条)、④国務請求権(15条～17条, 32条, 40条)、⑤参政権(15条)に類型化するのが有力説といえる。

b) 人権分類の相対性と歴史

しかしながら、このような整理は相対的なものに過ぎない。

日本の憲法学は当初はドイツ憲法学に影響を受け、特にゲオルグ・イエリネック(Georg Jellinek)の提唱した「地位理論」を元に人権分類の基礎とされてきた。

b-1) イエリネックの分類

イエリネックの「地位理論」は『一般国家学』¹⁴⁾、『公権論』¹⁵⁾で概略が示されている。理論の基礎が那邊にあるかは「人及び市民の権利宣言」¹⁶⁾に示されている。イエリネックの主張は、フランス革命に対する批判的視点も有しつつ、社会学的国家観にたつた日本の憲法学に多大の影響を与えている。問題は、イエリネックの主張は、あくまで古典的、ローマ法的なstatusすなわち「身分」を国民のstatusすなわち「地位」に組み替えようとする

14) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1913, Neudruck, 1966; 芦部信喜他訳『一般国家学』(学陽書房, 1976年)。

15) Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechts, 2. Aufl., 1905, Neudruck, 1963; 美濃部達吉校閲・立花俊吉訳『イエリネック公権論』[第1版(1812年)の訳](中央大学, 明治39(1906)年)参照。

16) Georg Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 4. Aufl., 1927; 初宿正典編訳『人権宣言論争』(みすず書房, 1995年)所収。

ものであったことである¹⁷⁾。

イエリネックは、臣民の国家に対する関係を、受動的地位・消極的地位・積極的地位・能動的地位の四つに整理したのであり、それを異なる観点から整理しなおしたのが、イエリネックに師事したものの学説的には批判的立場をとったハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) の分類であった。

b-2) ケルゼンの分類

ケルゼンは、国民の国家に対する関係を受動的関係・能動的関係・消極的關係に整理する。ここで言う消極的關係は、「無関係の關係」とでも言うべきものであり、受動的関係とあわせて、自由権を指すけれども立ち入った検討はなく、国家機関に何らかの形で関わるものをすべて能動的関係として整理しようとするものである。通常「人権」という語で想起される自由権や社会権は体系的には浮かび上がってこないように、一見するとおもわれるのである¹⁸⁾。ケルゼンの説については、後程もう少し詳しく触れる。

b-3) 宮澤俊義の分類

イエリネックの影響下にあった美濃部達吉に師事した宮澤俊義は、ケルゼンの議論も参照して「国法により義務付けられる受動的關係」(義務)「国法に対して無関係の關係」(たんなる自由)「国法に対する消極的な受益關係」(自由権)「国法に対する積極的な受益關係」(社会権)「国法の定立その他国家活動に参加する關係」(能動的關係=積極的な關係(受益請求権)+狭義の能動的關係(参政権))という整理を行った¹⁹⁾。

b-4) 現代の有力論

これをさらに換骨奪胎して通常行われる整理が、精神的自由権・経済的自由権・人身の自由・国務請求権(受益権)・参政権・社会権という分類である。

しかしすぐに気がつくように、この「分類」は規準が一定でなく、理論的に体系だって

17) 石川健治「承認と自己拘束」『現代の法1 現代国家と法』(岩波書店, 1997年) 31頁以下、とくに49頁参照。

18) ケルゼンの権利論は、国家学の体系の中で示され、また改説も行われているため、ここでの整理はかなり単純化したものである。体系的な整理が行われているものとして、新正幸『ケルゼンの権利論・基本権論』(慈学社, 2009年)を参照。同書はかなり丁寧なケルゼンの著書や論文を紹介しつつ論じられているため、難解であるが、熟読に値する。もっとも、権利論分類に関し論じているところが、数頁にわたって重複しており、若干の注意を要する。

19) 宮澤俊義『憲法II〔新版〕』(有斐閣, 1974年) 88-98頁。

いるわけでもない。歴史的な展開に基本的に沿ってはいる点に一応の利点はあろう。

このような分類に対して、近年は渋谷秀樹による次のような分類も提唱されている。それは、身体の所在(移動の自由・人身の自由・刑事裁判上の自由)、経済生活(社会権・経済的自由権)、精神生活(精神的自由権<内面的精神活動と外面的精神活動>)、共同生活(集う自由・参政権・救済の保障)のように大きく四分類しようとするものである²⁰⁾。

以上のごく簡単な検討を踏まえ、まずは日本の憲法状況における人権総論体系の再考に移りたい。

第2章 人権総論体系考察の前提

第1節 特権・人権・基本権

日本国憲法が基本的人権の保障を重要な原理としていることは条文の数だけからも明白なようであるが、しかし「人権」とはなにか、を具体的に考察しようとする、種々の困難に直面する。

日本国憲法の人権条項だけみても、誰の人権かが、かならずしも書いてあるわけではない(たとえば13条は、普遍的な「生命・自由・幸福追求」の権利を「国民の権利」と規定しているし、21条1項は、保障主体の言及なく「……表現の自由は……保障する」と規定する)、単に権利とか自由というのと、基本的人権というのと、使い分けしているようにもみえる(11条・12条・97条参照²¹⁾)。

日本において人権総論体系を考察しようとする際、日本において自然発生的に伝統的に出てくる概念であるわけではなく、また宗教的な素地もないため、第2章までで多くの国において発達した人権観念が同時並行で受け入れられたことで、かえってその理解に支障が出ているともいえる。

イギリスのマグナ・カルタは本来、貴族の「特権」(prerogative)であり、イギリスにおけるcivil rightsもアメリカにおけるcivil rightsもイギリス人の権利、アメリカ人の権利であったが(Bill of Rightsは本来その趣旨であった)、市民革命期に仏米で確立した人権(human rights)思想が近代成文憲法典の前提であった。これが国際的な広がりを持ったのが第二次世界大戦後であり、国際的な人権保障にかかわる条約は、最初から人権(human

20) 渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』(有斐閣、2017年)第2編第1章および第2章参照。

21) 日本国憲法97条は「人類の多年に互る自由獲得の努力の成果」である基本的人権は現在及び将来の国民に信託されたものであると規定する。法的な意義をここから読み取るのは困難であるが、本来的に人権がキリスト教的背景をもった自然権であることを正面から規定するわけにもいかず、人類という言葉の方が出てくるのだと考えられる。

rights) 観念から始まっているのである。これに対して、ドイツ特有の観念としての基本権 (Grundrechte) は、先にイェリネックの分類紹介の際には基本的人権と区別せずに紹介したものの、近年ドイツにおける憲法裁判所による権利保障制度紹介と合わせ、直訳的に用いられるようになった観念である (Grund=基本的; Rechte=権利)。英米においては、立憲主義 Constitutionalism が近年強調されるようにはなったものの、ダイシーをあげるまでもなく、従来は人の支配 rule of men に対するものとしての法の支配 rule of law 観念をもって論じられてきた²²⁾。日本において人権保障が立憲主義と関連づけて論じられるのも、本来ドイツの特徴と言えるかも知れない。明治憲法時代比較的広く「立憲政治」「立憲主義」の語が受け入れられていたのも、ドイツ公法学の強い影響を考えれば、当然ともいえよう。

人権観念と分類を考察する場合はさらに「女性の人権」や「子どもの人権」といった表現についても考察すべきであろう。人権が自然権的なものであり生まれながらに有すべきものと観念されるとすれば、本来、女性の人権や子どもの人権などというものは存在し得ないはずなのである。属性によって保障されるべき権利だとすれば、女性や子どもの「特権」というべきであろう。他方で、当該カテゴリに入らなければ保障の意味がないという意味で、「労働者」の権利や「被告人」の権利が用いられることには特段の問題がないと言える。いかなる立場に立つにせよ、先に提示した《人権は、一人ひとりの個人的属性、社会的地位等を捨象して、自由かつ平等な個人を確立するための手段といえるが、国際人権法は、むしろこのようなそれぞれの「属性」「社会的地位」に着目して規定を置き、最終的に独立した個人の「人権」を確保しようとするものだといってもよい》という整理は、こういった思考を踏まえたものであった。

以下、歴史的分析・哲学的分析・論理学的分析を紹介しつつ、あるべき人権総論体系の考察へと移りたい。

第2節 日本の歴史と人権

1. 明治憲法以前

明治憲法以前においては、統治の基本体制を定めたルールとしての「憲法」は、あえていえば「政体書」であった、といえよう。政体書は、天皇ではなく、三権 (立法・行法・司法という現在とは若干異なる観念を用いているが) を総括する太政官 (当初は実態なし) が合衆国憲法の影響で置かれ、あたかも大統領制のようにも解し得ると同時に、江戸時代まで

22) 筆者自身による整理として、佐藤潤一「「EU改革条約」とイギリスの「憲法改革」に関する覚書」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』3号 (2008年6月) 75-91頁参照。

の律令制下の大蔵省などを設けたもので、いかにも過渡期の制度文書であった²³⁾。副島種臣・福岡孝弟が起草したものとされ、アメリカ合衆国憲法・『西洋事情』等が参照された。政体書は1868年6月11日(慶応4年=明治元年旧暦閏4月21日)に発布されたもので、この時点では人権観念は日本においては全く存在していない。

2. 明治憲法

明治憲法は、憲法典の前に長文の「告文」と「憲法発布勅語」があり、日本国憲法の前文のように一定の法的効力があるものと理解されていた²⁴⁾。明治憲法は、一般的に形式的法律の留保規定を人権規定(臣民の権利規定)においており(「法律ニヨルニ非サレハ」=法律の根拠がなければ権利を制限できないとしていた)、制定過程における森有礼と伊藤博文の議論を上げるまでもなく、起草者は一応近代憲法の意味を理解していたといえる。憲法典の文言にかかわらず、明治憲法の解釈者は、一様に「日本国民の権利」を論じ、フランス人権宣言やアメリカ合衆国憲法に言及している²⁵⁾。

23) 政体書は五箇条の御誓文を挙げた上で、「天下ノ権力総テコレヲ太政官ニ帰ス則チ政令二途ニ出ルノ患無カラシム太政官ノ権力ヲ分ツテ立法行法司法ノ三権トス則偏重ノ患無カラシムルナリ」と述べ、ついで「立法官ハ行法官ヲ兼ヌルヲ得ス行法官ハ立法官ヲ兼ヌルヲ得ス但シ臨時都府巡察ト外国応接トノ如キ猶立法官得管之」という不完全な権力分立を定めていた。

24) たとえば大正デモクラシー期において美濃部達吉の学説が通説となっていたが、美濃部は「告文」と「憲法発布勅語」を憲法解釈の基準として解説している。一例として、美濃部達吉(1918年全訂版に基づく[解説・校訂高見勝利])『憲法講話』(岩波文庫[白32-1], 2018年)を通読することで理解されるであろう。直接に憲法発布勅語を明治憲法の性質理解根拠としている例として、美濃部達吉『逐條憲法精義』(有斐閣, 1927年)25頁参照。

25) 美濃部註24前掲書のほか、天皇御進講を長期にわたり担当していた清水澄(しみずとおる)『國法學第一編 憲法篇』(清水書店, 明治34年[初版]大正4年[改版増補8版]大正12年[同21版]・本稿での引用は大正12年版より)436頁以下、佐々木惣一『日本憲法要論』(金刺芳流堂, 1930年)参照。美濃部が「言を国体に藉りてひたすらに専制的的思想を鼓吹し、国民の権利を抑えてその絶対の服従を要求し、立憲政治の仮想の下にその実は専制政治を行わんとするの主張」(美濃部註24前掲『憲法講話』序(5頁))と激しく批判した上杉愼吉『国民教育 帝国憲法講義』(有斐閣, 1911年)ですら明治憲法の臣民権利義務がフランス人権宣言の思想に影響を受けていることを解説している(「……人間の本来天然に爲し得る事柄である、それを殊更に自由と云つたのは、西洋の中世に於て、専制の國王が、その私慾を逞くし、私威を張らんが爲めに、人民を壓制したるとき、故なく人の信仰を抑屈し、人の財産を奪取し、妄りに志士を死刑に處し、無辜を投獄した、これを堪ゆべからずとして起こつたのが、近世の専制反抗の大運動である、これを人間天賦の権利なりとまでに唱へ、何者もこれを奪ふべからざることを主張した、革命に次ぐの立件運動は主としてこの抑壓せられたる自由を、専制に對して保障せんとしたるものである、三権分立もこれが爲に考案せられ、佛蘭西人権宣言となつて、現代憲法の魁を爲したのである、されば諸國の憲法を制定する、皆これを列挙し、^{ほしいま}これを侵すべからざることを規定した、而して、これを國民たる所以の基礎なりとして基礎權又は國

3. 日本国憲法の制定

日本国憲法の制定時、ポツダム宣言以降、fundamental human rightsの訳語としての「基本的人権」が用いられるようになり、日本国憲法制定議会において、社会権規定の導入がなされた。また憲法制定当初は見られなかったものの、警察予備隊設置から自衛隊の誕生の時期から徐々に主張された考え方として、日本国憲法前文第2段落(第2項)にある「全世界の国民…が平和のうちに生存する権利」を「平和的生存権」と理解し、憲法97条に表れている信託思想と関連付ける主張も存在している²⁶⁾。

第3節 ホーフエルトの理論

1. ホーフエルトの理論

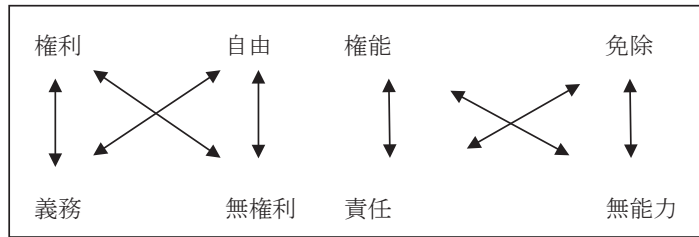
このような日本で展開されてきた分類論を再検討するために有用な理論として、ホーフエルトによる「法的様相の理論」がある²⁷⁾。

ホーフエルトは、権利(right)を「請求権(claim right)又は狭義の権利(right *strictu sensu*)」、「自由(liberty)」、「権能(power)」、「免除(immunity)」に分類する。これらの関係を下のよう整理する。斜めは反対(opposites)の関係を、垂直方向は相関的(correlative)関係を意味する。これをしばしば行われる図式化に従って提示すると以下ようになる。

民権と稱へた、されば自由權なるものの意義は、將來は國權を以て妄りに一定の自由を侵さぬと云ふに存する、人間が本來持つて居らぬ自由を與へたのではない、言論も居住移轉も、天然に誰れでも出来ることであるが、これをむやみに制限しないと云ふのが自由權である。〔以下略〕上杉前掲書60～61頁)。美濃部と上杉の論争については、星島二郎編『上杉博士対美濃部博士 最近憲法論』(実業之日本社、1913年〔復刻版・みすず書房、1989年〕)参照。

26) 隅野隆徳「人類の観点における基本的人権のあり方」『専修法学論集』第100号305-326頁(2007年7月)参照。

27) Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (1913-1914) XXIII *Yale Law Journal* 16-59; Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (1917) XXVI *Yale Law Journal* 710-770. 日本では法哲学者による言及はあるが、憲法学者が人権体系を整理するにあたってホーフエルトに言及することは一般的ではないようである。網羅的に検討したわけではないが、新(あたらし)註2前掲書、長谷部恭男『憲法(第7版)』(新世社、2018年)、阪本昌成『憲法理論 II』(成文堂、1993年)はホーフエルトに言及している。参照すべき研究として、憲法典自体に権利章典が含まれていないこともおそらくは関係するが、オーストラリアにおいては、正面からホーフエルトの権利体系論を取り上げた体系書が存在する。Suri Ratnapala, *AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW, Foundations and Theory Second Edition* (Oxford University Press, 2007) Ch 11; Ratnapala, *JURISPRUDENCE* (Cambridge University Press, 2009) Ch 11.



ここでいう「権能」は人の法的地位における変更に影響を与える自由であり、責任 (liability) は私がそのような変更に影響を与えない、という無権利である。また、「免除」は、他者がさまざまな側面において法的地位を変更すべきでないという権利であり、「無能力」は、そのような関係における「免除」の地位を変更しない他者の義務である²⁸⁾。

2. ハイエクとラトナパーラ

ここで、ホーフエルドの議論を参照しつつ憲法上の権利について整理している、スリ・ラトナパーラの議論を引いておく。簡潔でかつ議論の整理に有用であると解されるからである。

ホーフエルドの命題に対する、公の義務に基づく反論は、二つの重要な見落としに由来する。第一に、個人に対して、特定の集団若しくは公衆各々及び全ての公衆に関して同一の義務を課す法は、何も異常なものではない。まさに、集団若しくは公衆各々若しくは全ての公衆に対し、特定個人に対するのと同じ義務を課すような法がなんら異常でないのと同様に。したがって、私は、私が車を運転する時に公衆各々及び全ての公衆に対して注意義務を負っている。全ての公衆は、私の土地を侵害しない個人的義務がある。ホーフエルドの分析は、公的義務と私的義務との間のミスリーディングな二分法を打ち破る長所を持つ。第二の見落としは、ホーフエルドの分析においては、権利の存在問題 (the question of the existence of a right) は、その権利の侵害に対する法的救済の可能性問題 (the question of the availability of a remedy for the violation of that right) と区別されていることに関わる。警察官が交通秩序を維持する義務は、自動車運転者が、その警察官が彼又は彼女のその義務を誤って行った場合に迅速な法的救済を受け得ないとしても、自動車運転者に対する警察官の相関的権利を与えるものである。たとえ効果的な法的救済が可能な場合であっても——損害を受けた当事者が損害賠償を訴える事が出来、若しくは特権令状 (prerogative writ) を求め得る場合であっても——その法的救済の発動は新たな法的関係をもたらす。し

28) 長谷部註27前掲書93-94頁参照。

たがって、私は損害賠償を求めて訴える権能を有し、且つ、不法行為者 (tortfeasor) は訴えられる責任がある。一旦判決が私に有利になるように下されたら、私は、被告が判決で認められた損害賠償金を私に支払う義務と相関関係にある新たな権利を持つ²⁹⁾。

ここで主張されているように、「権利の存在問題」と、「権利侵害に対する法的救済の可能性問題」の区別は重要である。私法上の権利は、まさに権利侵害に対する法的救済の可能性がなければ無意味であるが、憲法上の権利については、この二点を区別して考えなければならないからである。この点、日本国憲法の解釈として、裁判規範性を持たない憲法上の権利を無意味なものにとらえようとする立場³⁰⁾は問題である。そもそも憲法は直接の裁判規範ではないのであって、裁判規範性を持つ条文はむしろ例外に属する。

さらに、日本の憲法学においてはあまり明らかにされていないが、法律がなければ権利として無意味になる財産権の意味や、消極的自由権と呼ばれる、通常「国家からの自由」と呼ばれる権利の性質を考えるに当たって、次の指摘は示唆に富む。

権利と責任は概念的には区別できるけれども、規範システムにおいては、両者は互いが無ければ存在し得ないことは明らかである。特に自由は、所有権として存在する場合には、他者の義務と相関関係にある権利によって保護される。私の自由は、無能力を含む義務（権能を行使しない義務）が、私に対する関係で他者が持ち出す行為についての法的ルールであるが故に存在する。行為ルールは議会及びその他の国家権力の権能を制限する憲法上のルールを含む。私は、言論に関して、私に対する相関的な権利及び免除を与える議会及びその他の政府機関に対して憲法が課す義務と無能力の範囲内で憲法上の言論の自由を有する。逆に、権利は自由が促進する見地からのものを除き、無意味でもある。私の財産権は他者のそれと相関関係にある義務によって保障されるのであり、財産権は、私が自分のためにそれを用いる自由を許容している範囲を除くと、無意味である³¹⁾。

なお、社会権の法的性質については、日本の憲法学においては、法的権利説が有力である。同説にしたがえば、立法府が社会権実現のための制度を整備するか否かは政策的な裁量にまかされているというプログラム規定説は否定される。しかし、社会権実現のための

29) Ratnapala, *supra* note 27 (Australian Constitutional Law) 283.

30) 松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）は、いわゆるプロセス憲法学を提唱するが、ここで指摘している誤謬に陥っているのではないかと思われる。

31) Ratnapala, *supra* note 27 (Australian Constitutional Law) 283.

法整備が要請されるとしても、制定された法律それ自体への規範統制がどの程度及ぶのかという点からは、法的権利説は必ずしもその意義が明確ではない。

ここで、ハイエキアンの立場から、ホーフエルトの命題に基づき社会権の意義を整理するラトナパーラの指摘は重要である。

古典的一自由主義的な関心事は、通常、公的な干渉並びに威圧からの自由という意味における消極的自由を保護することにあつた。福祉国家理論家は、消極的自由の観念を、欠乏からの自由に拡張しようとしてきた。例えば、彼らは社会保障給付、最低賃金、並びに健康管理と教育を含む自由なまたは補助的な商品若しくはサービスの範囲を確立しようとする。欠乏からの自由という願いは——ある種の実質的な生活条件の意味では——、私たちの生活に対する物理的圧迫の縮減によって、私たちの物理的自由の範囲を拡張しようとの願いである。けれども、この拡張は、国家を含む、他者の規範的若しくは義務論的自由の縮減によってのみ達成されることができる。この縮減は、法が国家を含む人に対して、福祉を変容させ、指定条件にかなう場合にのみ商品及びサービスを提供するような義務を課すことで達成される。自由の概念的の可能性を拡張することは、ある種の人の一部に積極的義務を付加することを要請する。これとは対照的に、規範的若しくは義務論的な自由の拡張は、全ての人に対する消極的義務を課す³²⁾。

このようなホーフエルトの命題に基づく整理にはいかなる利点があるか。

端的に言えば、《憲法規定や条約で「自由」と書かれていたり「権利」と書かれていたり、規範的文書の表現がいかなるものであるかということは、その権利の性質を規定しないこと》が明確になることにある。

もちろん憲法規定は歴史的に形成されてきたのであり、憲法が制定された時点で侵害されていると考えられた権利が強調される。

アメリカ合衆国連邦憲法第1修正が、国教の樹立禁止、信教の自由、結社の自由、表現の自由をまとめて規定しているのは、イギリスからの独立の根本原因との関連が容易に見てとれる。アメリカ合衆国連邦憲法に影響を受けたオーストラリア連邦憲法は、権利章典を持たないけれども、アメリカ合衆国連邦憲法と同様に、著作権への言及があり、信教の自由についての規定を有する。フランス人権宣言は、財産権の不可侵を強調するが、第三身分の財産権保障が不十分であったことを反映している。ワイマール憲法が所有権は義務

32) Ratnapala, *supra* note 27 (Australian Constitutional Law) 284.

を伴うと規定したのは、私有財産制度が確立していたことを反映していると解される。日本国憲法が刑事手続に関する詳細に過ぎる規定を置くのも(第31条～第40条)、戦前特に第二次世界大戦中に人身の自由に対する過度の侵害が行われたことへの反省と解される。

ここで確認すべきは、各国における権利章典はその表面的な規定文言だけで判断されるべきではないということである。しかし、憲法学者や法律実務家は別として、規定がなければ権利保障もないのではないかと考えるのは無理もないことである。人権教育という観点からも、明確な文言で人権の規定が置かれていることは有益である。

憲法は、さまざまな形態をとる。繰り返しになる部分もあるが、あえて一言しておけば、イギリスはまとまった「憲法典」を持たない。これはニュー・ジーランドも同様である。ニュー・ジーランド同様イギリスの自治領からゆるやかな独立の道をたどったカナダやオーストラリアの憲法は、もともとイギリス議会が制定した法律であった。アメリカ合衆国連邦憲法はイギリスへの対抗という意味も強く、あえて詳細な憲法典が置かれている。挙げていけばきりが無いが、憲法典は、改正が容易でないのが普通である。人権条項を憲法典に挿入しようとしても、失敗することもある。典型的なのはオーストラリアであって、憲法典への人権条項挿入が成功していない。しかし立憲主義思想は定着しており、裁判所による違憲審査制も確立しているうえ、議会は人権保障のための法律を制定してきた。その際に参照され且つコンセンサスを得やすいのが国際人権法である³³⁾。

オーストラリアやカナダのように国内における人権保障について、特に先住民との関係で複雑な歴史的事情があるにせよ、その人権保障の程度が相当に高い国にあっても、国際人権法は一定の意義を持つ。まして人権保障が確立していない国にあってはなおさらである。

第3章 人権体系論再考——日本におけるホーフエルト理論の受容

第1節 日本におけるホーフエルト理論の受容

本節では、論理的精密さを重視する人権の分類／性質に関する学説を検討する。

新正幸は、ホーフエルト理論の受容過程について次のように整理している³⁴⁾。すなわち、ホーフエルト理論を受容された理論として抽象化し、「法的様相 (legal modalities) の理論」とする。ホーフエルトによる法的基本概念と基本関係の定式化³⁵⁾を基礎にして、ロス (Alf

33) 先に条約が女性や子どもなどの属性に着目して権利を実質化しようとするものであると整理したのはこのような視点からであった。

34) 新正幸『憲法訴訟論』(信山社、2008年／2010年第2版)第1部第7章「基本権の構造」参照。以下同書による整理を要約的に紹介する。

35) Hofeld, *supra* note 27 (Fundamental Legal Conceptions) p. 23ff.

Ross) が法的地位 (legal positions) と法的関係 (legal relations) の理論として再構築したものの³⁶⁾であるというのである。

以下、新による整理を、簡潔にまとめておこう (先にホーフエルド論文とそれについてまとめているラトナバーラによる整理と重複するが、新による整理を示しておくための措置として了承いただきたい)。新は、ホーフエルドの主張を「法的様相の図式」として次のように図式化したうえで、整理している。

行為規範の様相 (権利の領域)		権限規範の領域 (権限の領域)	
権利 (請求権) (right, claim)	～	義務 (duty)	
↑		↑	
↓		↓	
無権利 (no-right)	～	特権 (privilege) = 自由 (liberty)	
			権能 (権限) ～ 責務 (従属) (power) (liability) (competence) (subjection)
			↑
			↓
			無能力 ～ 免除 (disability) (immunity) = もう一つの自由 (liberty)

ここで論理記号「～」すなわち「法的相関 (Jural Correlatives)」は、次のようなことを意味するとされる。「A～B」との表記は、《AとBは等値 (equivalent) (論理的には「逆」converse)》である。法的等値とは、例えば、「Xは、Yに対して、金1万円の返還を求める権利 (請求権) をもつ」と、「Yは、Xに対して、金1万円の返還の義務をもつ (負う)」が等号で結ばれることを意味する。また「Xが、Yのある法関係Zを変更しようとき、Xは、Yに対して法関係Zについての法的権能をもつ」は「Yは、Xに対して法関係Zについて、(それに従う) 法的責務をもつ (負う)」と等号で結ばれる。「←→」(上記の図では縦に示されているが) は《法的反対 (Jural Opposites)》すなわち「一方が他方の否定となりその逆の関係も成り立つという関係」であり、論理的には「反対対当」(contrary opposition) である。たとえば「Yは、Xに対して、金1万円の返還の義務をもつ (負う)」は「Yは、Xに対して、金1万円の返還をしないでおく特権をもつ」と法的反対関係にある。ここで義務の否定が両面的である場合は、「返還することも返還しないことも義務づけられていない」ということであり、「返還するもしないも『自由』である」ということになる。こ

36) A.Ross, *On Law and Justice*, 1959, p. 161ff., *Directives and Norms*, 1968, p. 106ff.

の意味での「自由」は、「特権」たる「自由」である。これに対し、例えば「Yは、Xに対して法関係Zについて、(それに従う)法的義務をもつ(負う)」の法的反対は「Yは、Xに対して法関係Zについて(それに従わない)法的免除をもつ」であり、ここでいう《免除(無従属)》は「一定の法関係について、他人の法的権能の『統制』に服しない」ということであって、すなわち「『統制』から『自由』である」ということであるから、これは「権限規範の領域の自由」(もう一つの自由)である、というのである。先に引用したラトナパーラの整理と同様ではあるが、この後に言及されるアレクシーによる整理と対照させるためであろう、論理記号の説明と合わせた整理である。

次いで新は、アレクシー(Robert Alexy)による整理を紹介する³⁷⁾。アレクシーの手法は、述語論理学による記号化である。ここで「R」は「権利」(Recht), 「RP」は「法的位置」(Rechtliche Positionen), 「O」は「義務」(Obligation), 「K」は「権限(権能)」(Kompetent), 「S」は「服従(責務)」(Subject), *a*と*b*は当事者としての「個人」である。以上の定義をしたうえで、次のような記号を設定し、整理しようとする。「権利の命題: *RabG*」は「個人*a*は、個人*b*に対して、あること(*G*)を求める権利(*R*)をもつ」であり、「権限の命題: *Kab (RPb)*」は「個人*a*は、個人*b*に対して、*b*の法位置(*RPb*)を変更しうる(創出しうる)権限をもつ」である。ホーフエルトの理論を受容しつつ、アレクシーは次のように記号化できると主張する(正確には、そう新が整理している)。

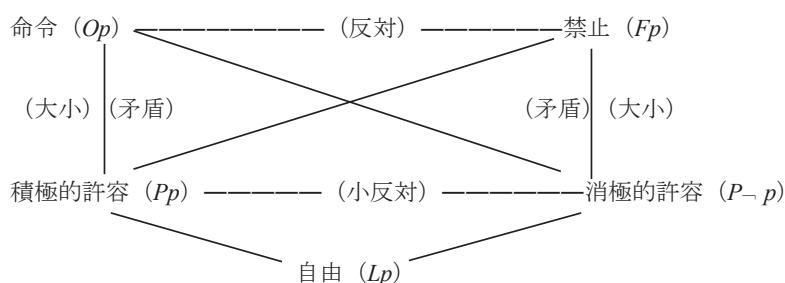
法的様相(位置)の図式の記号化

行為規範の様相(権利の領域)	権限規範の様相(権限の領域)
$RabG \quad \sim \quad ObaG$ $\uparrow \qquad \qquad \uparrow$ $\downarrow \qquad \qquad \downarrow$ $\neg RabG \quad \sim \quad \neg ObaG$ $\qquad \qquad \qquad \neg Oba \neg G$	$Kab (RPb) \quad \sim \quad Sba (RPb)$ $\uparrow \qquad \qquad \uparrow$ $\downarrow \qquad \qquad \downarrow$ $\neg Kab (RPb) \quad \sim \quad \neg Sba (RPb)$

これはアレクシーによるホーフエルトの理論をそのまま記号化しているだけであ

37) 新教授による整理は、Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung (Suhrkamp, 1983; first edition 1978); Theorie der Grundrechte (Suhrkamp, 1985; second edition 1994); Begriff und Geltung des Rechts (Verlag Karl Alber, 1992) に基づいて行われているようである。本稿筆者自身は、主としてTheorie der juristischen Argumentationについて、同書の英訳("A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification" (Clarendon, 1989): translated by Neil MacCormick) を参照しつつ、新の整理を確認した。

り、アレクシーの主張の眼目は次の点にある。すなわち、「行為規範と権限規範の特質」を「義務論上の方形 (das deontische Quadrat) による図式化」で示そうとするのである³⁸⁾。ここで新たな記号が約束される。すなわち、 O : (an) order (to do), F : forbid (a person to do), P : permitである。さらに、 p : 義務論上の同一記述内容を意味する命題根 (Satzträdikal by Wittgenstein) / 名詞句 (Phrastik by Hare) と L : liberty (latenich = libertas; Deuche = Freiheit) が用いられる。アレクシーによる「義務論上の様相 (Modalität) を演算子 (Operator) により記号化したもの」は次のようなものである。



以上を踏まえて、アレクシーに従えば、「自由」は

$$Lp =_{df} Pp \wedge P\neg p$$

と定義される³⁹⁾。

新は、以上のように、ホーフエルトの理論を踏まえたアレクシーによる整理を踏まえた記号化を行い、憲法上の「基本権」を次のように整理すべきだとするのである。

なんか用いられた「行為規範と権限規範」という整理を改めて次のように定義づける。「行為規範」は、「人間に一定の行為、すなわち作為または不作為を命じる規範」であり、「義務、権利および自由を定めることによって行為を資格づける」ものである。「権限規範」は、「法行為によって法的位置を変更・創出する創設的な法規範」であり、「法的能力の創出」をするものである。例えば、契約と契約制度、裁判判決と裁判制度、行政処分

38) 先に紹介したイェリネック以来のドイツ公法学の伝統に忠実であるともいえるが、「義務付ける」ことの定義が「権利がある」ことの定義より容易であることがその根底にある。

39) ここで積極的自由と消極的自由の論理積 (\wedge) が自由であると定義されているが、一般的な自由の定義は、論理和 (\vee) で示されるのではないか。一般的な論理式では、命題 p と $\neg p$ について、 $p \wedge \neg p$ は恒偽であり、 $p \vee \neg p$ が恒真 (排中律) とされるからである。以後においてもこの定義式が示されるが、ここではアレクシーの議論とその新による紹介を確認することが主題であるため、立ち入らない。

と行政組織・議会制度の関係である。ほぼホーフエルトの理論の祖述ともいえるが、「行為規範の領域」が「権利・義務・無権利・特権(自由)」であり、「権限規範の領域」が「権限・責務(従属)・無能力・免除(もう一つの自由)」である。行為規範違反は、不法行為による損害賠償が救済であり、権限規範違反は違法行為の効力の否認が救済となるのが原則である。行為規範は、個人の行為を直接に規律し、それを権利・義務・無権利・特権(自由)と資格づけるものであるから、第一次規範である。これに対し、権限規範は、権利・義務・無権利・特権(自由)そのものを変更するところの法的能力を授権するものであるから、第二次規範である⁴⁰⁾。

基本権の一般的図式

行為規範の様相 (権利の領域)	権限規範の様相 (権限の領域)
$RasG \quad \sim \quad OsaG$ $\uparrow \quad \quad \quad \uparrow$ $\downarrow \quad \quad \quad \downarrow$ $\neg RasG \quad \sim \quad \neg OsaG$ $\quad \quad \quad \quad \quad \neg Osa \neg G$	$Ksb (RPb) \quad \sim \quad Sbs (RPb)$ $\uparrow \quad \quad \quad \uparrow$ $\downarrow \quad \quad \quad \downarrow$ $\neg Ksb (RPb) \quad \sim \quad \neg Sbs (RPb)$

新による整理は、以上を踏まえた「自由権」の定義にある。

新は、自由権を「真性の基本権」として、次のように主張する。まず「行為規範の様相における自由権」である。ここでいう自由権は、義務の不存在、すなわち、両面的許容としての自由であり、免除は、無従属としての自由である。憲法的自由の法的位置はそれ自体原理上無限定である、としたうえで、憲法的自由の定義を、 $LasG =_{df} PasG \wedge Psa \neg G \rightarrow Las (Ha/\neg Ha)$ とする。これは自由の定義 $Lp =_{df} Pp \wedge P\neg p$ に、個人=自由の主体 (a)、自由の名宛人=国家 (s : Staat/state)、自由の対象 (G : Gegenstand) を組み入れたものである。 G は a の作為 (H : handeln)であり、 $\neg G$ は a の不作為 ($\neg H$)である。ここで、 a の行為選択の自由を国家が妨げないことは、 $\neg hindert s (Ha/\neg Ha)$ と示される。

以上を踏まえ、第一に、行為の自由が問題となる信教の自由、表現の自由などを自由権の基本型(第一群)とする。これは一定の行為(作為・不作為)の自由であり、例えば「意見を表明することもしないことも自由である」は「意見を表明することを禁止されていない/命令されていない」すなわち「積極的許容(禁止の否定)かつ消極的許容(命令の否

40) ここでの「第一次規範」「第二次規範」の用語法は、ハートの用語法(一次ルールと二次ルール)に準じているものであろう。ハートの主張については、さしあたり、H.L.A.ハート(Herbert Lionel Adolphus Hart)著(長谷部恭男訳)『法の世界 第3版』(ちくま学芸文庫, 2014年)参照。

定)」であり、個人は、国家に対して、G[ある対象]について自由である、ということである。ベンサムという「裸の自由」、アレクシーという「補強されていない自由」である。その補強が、国家に対して憲法的自由の不妨害を求める権利であり、 $Ras(\neg hindert\ s(Ha/\neg Ha))$ と示されるのであって、その法的反対は、当該憲法的自由を妨害しないという国家の不作为義務であって、 $Osa(\neg hindert\ s(Ha/\neg Ha))$ と示される。第二に、一定の固有性(生命・健康・身体そのもの)または状態(住居)が問題となるものが、自由権の第二群、第三に、一定の制度上の法位置が問題となる(財産権、所有権など)のが、自由権の第三群である。

ここでいう「自由権の第一群(自由権の基本型)」の構造につき、憲法的許容としての行為選択の自由(核となる憲法的自由)は、 $Las(Ha/\neg Ha)$ 、国家に対してその自由の不妨害を求める権利(憲法上の実体的請求権)は、 $Ras(\neg hindert\ s(Ha/\neg Ha))$ 、この権利の侵害を裁判上主張する権限(憲法上の裁判請求権ないし訴権)は、「核となる憲法的自由」と「憲法上の実体的請求権」が一体となったもの、すなわち、個人の妨害排除権=防禦権(Abwehrrechte)であり、これが憲法的自由およびそれを国家に求める権利(請求権)といえる。したがって、憲法上の実体的請求権は、 $Las(Ha/\neg Ha) \wedge Ras(\neg hindert\ s(Ha/\neg Ha))$ と示される。しかし、本来、核となる憲法的自由の法的位置は原理上無限定な、消極的性質のものであって、憲法上の実体的請求権と結合することで具体的請求権が発生するのである。憲法上の実体的請求権は直ちに憲法上の裁判請求権と結合する。そういう意味では、核となる憲法的自由が本質的な権利の性質であり、以後の「請求権」は実際には核となる憲法的自由と密接に結びつきそれを補強する派生的な性質を持つという。

例えば、学問の自由は、「個人は学問研究の自由を持つ」が核で、そこから生ずる憲法上の実体的請求権が「国家は個人の学問研究の自由を妨げてはならない」さらに「大学や研究所の設立・拡充という積極的行為(作為)による積極的補強」も要請される。これが従来主張されてきた、人権の分類ないし種別の「相対性」だという⁴¹⁾。

ここで新はアレクシーによる実定憲法上の個別の基本権、すなわち「複合的単位としての基本権Gruntrecht als Ganzes」と「基本権上の諸位置の束Bündel von grundrechtlichen Positionen」の参照を求め、この主張の捕捉を図っている。

41) 新は、ここで、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第4版』(岩波書店、2007年)82頁以下、佐藤幸治『憲法3版』(青林書院、1995年)408頁以下の参照を求め、人権分類の相対性の査証とするが、従来から例示的に説明されてきた(例えば表現の自由と知る権利の関係の如し)説明を論理記号で明確化した以上の意味はないようにも思われる。しかし本稿で最後に言及するように、そのこと自体が体系化を考えるにあたっては極めて重要である。

「自由権の第二群(個人の固有性ないし状態の不侵害を求める権利)」の構造については、「憲法的許容としての固有性または状態の自由(核となる憲法的自由)」を Las (Sa), 「国家に対してその自由の不侵害を求める権利(憲法上の実体的請求権)」を Ras ($\neg beeinträchtigt s (Sa)$), 「この権利の侵害を裁判上主張する権限(憲法上の裁判請求権ないし訴権)」と類型化すべきとする。また「自由権の第三群(財産権の不可侵を求める権利)」の構造については、「現に保有する個々の具体的な財産権または所有権の行使」すなわち「制度上の「法行為Rechtsakte: RA」つまり〈法行為が選択自由であること〉を $RAa/\neg RAa$, 「憲法的許容としての法行為選択の自由(核となる憲法的自由)」を Las ($RAa/\neg RAa$), 「国家に対してその自由の不侵害を求める権利(憲法上の実体的請求権)」を Ras ($\neg verletzt s (RAa/\neg RAa)$) としたうえで、「この権利の侵害を裁判上主張する権限(憲法上の裁判請求権ないし訴権)」を考察すべきものとする。

なお、いわゆる制度的保障は、個人が財産権の主体となりうる能力それ自体が個人が財産権の主体となりうる「抽象的な法位置」(Rechtliche Positionen)を否定し、除去する(beseitigen)ことの禁止を意味するもので、国家が、個人のかかる抽象的法位置を除去してはならないという不作為の義務を負うものと説明する。つまり、制度的保障は Os ($\neg beseitigt s (RP)$)と示され、この記号化では国家の抽象的義務と義務の対象のみが示されているが、これを主観化すれば、 Ras ($\neg beseitigt s (RPa)$) \sim Osa ($\neg beseitigt s (RPa)$)と示することができるという。

以上に対し、「権限規範の様相における自由権(国家の無権限に相関する個人の自由権)」として、「国家の無権限」の法的反対として「個人の憲法的無従属の法的地位」が定義づけられる。これは「国家の無権限に相関する自由権」, 「憲法的無従属権/憲法的免除権」と同値である。そして、これが、「違憲審査制で問題となる自由権」である。これは、 $\neg Sbs (RPb) \sim \neg Ksb (RPb)$ とあらわされ、「〈個人(b)は、国家(s)に対して、国家による b の法位置(RPb)の統制から免除されている〉」ことを意味する。先の類型化に即すれば、「憲法的無従属(免除)としての自由(権限規範の様相において核心となる憲法的自由の位置)」が、 $\neg Sbs (RPb)$, 「国家に対してその自由の不侵害を求める権利(憲法上の実体的請求権)」が、 Rbs ($verletzt s (\neg Sbs (RPb))$), そして、「この権利侵害を裁判上主張し侵害行為の効力の否認を求める権限(憲法上の裁判請求権ないし訴権)」が想定できる。

以下、「法の下での平等」, 「参政権」, 「社会権」についても同様に整理される。

法の下での平等についても、「行為規範の様相における平等権」は、「憲法的許容としての平等(行為規範の様相において核となる憲法的平等の法的位置)」が想定され、これは「差別してはならないという国家の不作為義務」の法的反対である。これは「個人の行動が不平

等な処遇によって「命令」されたり「禁止」されたりしない」と同値であり、個人の行動は国家により「許容」されている、と定式化される。「不平等な処遇によって」の前提を外せば、自由権と変わらない。自由権と同様にして、「国家に対してその平等の不侵害を求める権利(憲法上の実体的請求権)」と「この権利の侵害を裁判上主張する権限(憲法上の裁判請求権ないし訴権)」が定式化される。これに対し、「権限規範の様相における平等権」は、「憲法的無従属(免除)としての平等(権限規範の様相において核心となる憲法的自由の位置)」、「国家に対してその平等の不侵害を求める権利(憲法上の実体的請求権)」、「この権利侵害を裁判上主張し侵害行為の効力の否認を求める権限(憲法上の裁判請求権ないし訴権)」と定式化されることになる。

さらに、「広義の基本権の構造」として、参政権と社会権が取り上げられる。

参政権、特に選挙権は、「議院の選挙という国政に参加する国民の憲法的権限(核となる憲法的位置)」、「選挙制度を前提とし、それによって具体化されるべき民主主義的な抽象的位置」を有するため、公務執行の権限を考えれば、権限規範の様相のみが問題となるのであって、行為規範の様相(権利の領域)は問題となり得ない。ところが「国家に対してその権限を求める権利(憲法上の実体的請求権)」については、公務執行権限の補強であり、それ事態は行為規範の様相にあることになる。また、この権利の侵害を裁判上主張する権限(憲法上の裁判請求権ないし訴権)は、憲法上の実体的請求権が、それを補強するための訴訟法上の「権限」を導出することになる。

社会権については、ここまでの抽象的な考察から若干具体的な様相を呈する。すなわち、判例の多くが、行政庁の裁決や処分を取り消しを求める事件(cf 朝日訴訟:堀木訴訟)であり、行為規範の様相における社会権(国家の作為義務に相関する国民の社会権)は、「個人(a)が、国家(s)に対して、国家(s)が社会的給付という積極的行為(G)を行うことを求める権利であり、国家の積極的行為を求める権利を、(通説に従って)給付請求権とする。ただし、給付の内実についての説明が異なる。すなわち、それが一定の法規範 *norm* の制定(規範的行為)である場合と、一定の事実 *fact* 上の給付(金銭ないし現物やサービスの提供: 事実的行為)を求める場合とに分けられるのであって、規範的行為を求める給付請求権は、 $Ras(H_n s)$ と、事実的行為を求める給付請求権は、 $Ras(H_f s)$ と記号化される。これを踏まえ、「国家から一定の事実的給付を受けるべき憲法上の法的位置(行為規範の様相における核となる社会国家的位置)」「国家に対してその法的位置ないし給付を求める権利(憲法上の実体的請求権)」「この権利の侵害を裁判上主張する権限(憲法上の裁判請求権ないし訴権)」が定式化される。これに対して、「権限規範の様相における社会権(国家の積極的責務に相関する国民の社会権)」は、「国家から一定の給付を受けるべき憲法的権限(権限規

範の様相における核となる社会国家的位置)」は抽象的な性質を持つが、「この権限の実現を国家に対して求める権利（憲法上の実体的請求権）」は、「国家から一定の給付を受けるべき憲法的権限」の積極的補強であるから具体的権利であり、「この権利の侵害を裁判上主張する権限（憲法上の裁判請求権ないし訴権）」については、国家の責務の不行使ないし不十分な行使（権限の消極的侵害）が問題となる」。よって、それに対する準制裁としては、「立法不行使（不作為）の違憲確認〈原理上可能であるはずだが制度整備が必要〉」と「不備ないし不十分な立法行為およびそれに基づく行政行為の効力の否認」つまり無効ないし取消が可能であると考えられる。なおここでいう準制裁とは、行為規範の領域における「義務」の不履行に結びつけられる刑事・民事制裁が本来の「制裁」である、という趣旨である。

以上若干長くなったが、これは、ケルゼンによるイエリネック批判の要点⁴²⁾を受け、規範論に徹した憲法上の権利論の体系化としてみるべき点がある。

第2節 憲法上の権利論体系化において問題となる権利——参政権

第2章及び第3章第1節において詳細にみてきたホーフエルトの理論に基づく主張、とくに、ラトナパーラおよび新（あたらし）の主張は、実際には、被選挙権の位置づけが必ずしも明確であるとはいえない。以下、ここまでの検討も踏まえつつ、参政権の位置づけについて考察する。

参政権の性質は、選挙権と被選挙権が分けて論じられる⁴³⁾。

選挙権については、その性格ないし性質をどのようにとらえるかについて、現在学説⁴⁴⁾

42) 「その〔ケルゼンによるイエリネック〕批判の要点は、方法論的には、国家自己拘束説のもつ方法混同主義を衝くものである。すなわち、社会学的（因果科学的）考察方法と法学的（規範的）考察方法の混同がみられるというのである。国家自己拘束説に即して言えば、それは、社会学的な国家概念と法学的な国家概念の『国家二側面説』から出発し、社会的存在事実、権力団体たる国家が法秩序を創設し、これによって、まず国家以外の法主体（国民）を義務づけ、さらに翻って、国家が自ら創設した法秩序に服することによって、国家自身をも義務づけ、法主体すなわち法人としての国家になると説くのである（国家法人説）。しかし、ケルゼンによれば、それは、法が権力から、規範が事実から生ずるとするもので、社会学的（因果科学的）考察方法と法学的（規範的）考察方法との混同である」（新註34前掲『憲法訴訟論』（2008年第1版・第1部第7章「基本権の構造」）27頁。

43) 以下は、佐藤潤一『「国籍」概念の限界と「市民」概念の可能性』（専修大学出版局、2003年）第5部第1章第2款で論じたことの再整理であり、そこでの検討と重複する。

44) 学説は、戦前からの伝統もあいまって錯綜しており、ここでみるものは代表的なものに過ぎない。

には①「資格説」ないし「公務説」⁴⁵⁾②「二元説」ないし「権限説」⁴⁶⁾③日本国憲法の「国民主権」は「人民主権」を意味するのであり、選挙権は「人民主権」の権利としての側面を示すものであれば、それは個々の「人民」の「主観的権利」である(「権利説」⁴⁷⁾)の三説がある。

権限説や二元説と呼ばれる説が「公務」であるとか「義務」であるとかいうのは、言わば「道義的なもの」と考えられる、と従来理解されてきた。しかし、本章3で紹介した、とくに新のとらえ方を踏まえれば、権限規範の様相は「権利」とはいえない、という理解が可能であって、それが従来、道義的意味の義務と理解されていたのだ、と解することが出来よう。

③は、「人民主権」論を十分に理解した上でなければ反駁し得ず、参政権を「市民」のもつ「市民権」のあらわれとしてとらえようとする筆者にとって理論構成として首尾一貫していて魅力的であるが、「命令的委任」を強調する点と「人民主権論」を日本国憲法下で解釈論として主張する意味には疑問もあり⁴⁸⁾この説をとるには躊躇もある。

選挙権は「国民主権」原理を権利の側面から定めたものであるとの解釈は多数説を形成しており、判例も、被告及び裁判所は一貫してこの前提に立っている。しかしなぜ15条1項・93条2項にいう「選挙権」だけが国民主権の現れであると言えるのであろうか⁴⁹⁾。関連性は否定できないが、それならば「主権的権利」であるとの説⁵⁰⁾の方が首尾一貫している。本稿は基本権規定の体系的解釈として、参政権は「基本権を確保するための基本権」としての「政治的基本権」説⁵¹⁾、などを念頭において、さしあたり以下のように解することにする。

45) 小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、1987年)333頁。

46) 宮澤俊義『憲法(改訂版)』(有斐閣、1973年)157頁、芦部信喜『憲法と議会制』(東京大学出版会、1971年)281頁。なお参照、阪本昌成『憲法理論I』(成文堂、1993年)134頁[版を重ねているが、実質的主張に変更はない]。清宮四郎『憲法I・[第三版]』(有斐閣、1979年)137頁。これらへの批判として佐々木惣一「選挙と選挙権」『憲法行政法演習』第一卷(日本評論社、昭和16[1941]年)111頁以下。明治憲法下での見解であるが、本質的部分を論じており、この批判は現在も当たっていると解される。

47) 杉原泰雄『憲法II 統治の機構』(有斐閣、1989年)176頁。

48) ホセ・ヨンパルト『日本国憲法哲学』(成文堂、1995年)、佐藤幸治『憲法(第3版)』(青林書院、1995年)97-98頁、尾吹善人『日本憲法』(木鐸社、1990年)31-32頁、35-36頁、368頁、など参照。

49) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』(有斐閣、1950年)454頁。

50) 星野安三郎「選挙権の法的性格—その学説史的反省—」鈴木安蔵編『日本の憲法学』(有斐閣、昭和43[1968]年)177頁以下。

51) 鶴飼信成『新版憲法』(弘文堂、1968年)140頁以下、吉田善明『日本国憲法論』(三省堂、1982年)246頁以下。

選挙権の主体は、個々の有権者である。「有権者団」ないし「選挙人団」という概念は「払拭されるべき、ドイツ国法学上の残滓」である⁵²⁾。なぜなら選挙権の主体を個々の有権者であるにとらえるならば個々の有権者はそれぞれ固有の利害関心を持った独立の一個人であり、選挙区制をとることが定められ(47条)選挙がそれぞれの地域を基礎として行われることからすれば「選挙人」(44条)は統一的意思(国権)⁵³⁾を有する国家の法的単位とみなすことはできないからである。選挙権とは、技術的意味での権利としては、自らの投じた票を、そのものとして算えてもらうことができる権利⁵⁴⁾であり、主体の側から見れば代表を選出するための主観的権利である。選挙権は個々の国民が統治者に対し有効にコントロールを及ぼすために重要な権利である。このように解し得るならばその主体はまず「選挙人団」の構成員たる「国民」ではなく、少なくとも国籍保持者たる国民の権利であり、それ以上のことは選挙権の性質論から導き得ないと解される。またかかる選挙権は、国政と地方において、その性質が異なるものではないと解される。

このような整理は、先の新による参政権の説明(正確に言えば選挙権)と一致する。繰り返しになるがそれは、「議院の選挙という国政に参加する国民の憲法的権限(核となる憲法的な位置)」、「選挙制度を前提とし、それによって具体化されるべき民主主義的な抽象的位置」を有するため、公務執行の権限を考えれば、権限規範の様相のみが問題となるのであって、行為規範の様相(権利の領域)は問題となり得ない。ところが「国家に対してその権限を求める権利(憲法上の実体的請求権)」については、公務執行権限の補強であり、それ自体は行為規範の様相にあることになる。また、この権利の侵害を裁判上主張する権限(憲法上の裁判請求権ないし訴権)は、憲法上の実体的請求権が、それを補強するための訴訟法上の「権限」を導出することになる。このような新の主張と整合するはずである。問題は、被選挙権である。

被選挙権は、憲法に明文は見られないが、憲法15条1項が選挙権と表裏一体のものとして保障しているものと解され(参照、最高裁判所大法廷判決昭和43年12月4日刑集〔最高裁判所刑事判例集〕22巻13号1425頁)、よって、有効に被選挙人となることのできる権利能力である⁵⁵⁾と解すべきである。ではその主体は国民に限定されるか。

これは憲法の規定からすれば(44条)有権者たり得る者に限定されるが、国民主権原理と全く無関係であるとはいえず、判例も国民主権原理を理由に選挙権とともに被選挙権を

52) 阪本註46前掲書136頁。

53) 佐々木註49前掲書29頁。

54) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russel&Russel, 1945, pp. 87-90.

55) 例えば、美濃部達吉『日本国憲法原論』(有斐閣、1947年)293頁以下。

否定するのであり、国民主権原理についての検討を経ることを要することになる⁵⁶⁾ かが問題となる、と解される。

第3節 人権総論体系再考——序論的考察としての日本国憲法解釈

1. 従来の議論の限界と注目すべき学説

ここで本稿が検討してきた人権の性質論・分類論に加えて、近年の伝統的立場とは異なる主張を整理したうえで、その限界乃至問題点を指摘し、次いで本節2で自説を提示したい。

アメリカの政治思想・哲学者であったロナルド・ドゥオーキン（Ronald Dworkin, 1931-2013）の諸説に影響を受け、「人権」とは「切り札」であるべきだ、とする立場から比較的厳格に人権概念を把握した上で類型を立てる立場、特に人権は、法律による具体化を待たず、また公共の福祉による制約も基本的には認められない切り札であるべきとする説⁵⁷⁾が有力となりつつある。

また憲法上の権利規定を「憲法が保障する権利」として独自の「制度」概念と結び付けようとする立場⁵⁸⁾、憲法第3章の規定はすべて基本的人権であると把握してさしつかえないとする立場⁵⁹⁾なども提唱されている。

これらの他に、民主主義を確保する制度と、それに関わる権利を保障することを憲法の役割として、社会権や平和的生存権について、裁判規範性を極めて希薄なものであるとする説⁶⁰⁾や、従来の人権分類とは異なる分類を提示する説⁶¹⁾、など、憲法の人権条項をどのように分類し体系的に捉えるかについて、近年従来の通説的見解に異論が唱えられてい

56) 「これまでの議論は、主として『国民主権』から『選挙権』という観点から論じられており、両者を結ぶ『代表制』に関する問題の検討が看過されてきたきらいがある。地方レベルの選挙では、はたして何が代表されるのか、またこの代表と『全国民の代表』であること（43条1項）とはいかなる関係にある」（初宿正典・時本義昭「定住イギリス人の地方参政権」ジュリスト1045号（1994年6月1日）（判例・評釈）74頁）かが問題となることも踏まえ、佐藤前掲註43では国民主権との関係も検討した。本稿は、権利の性質論について総論的検討を行うことを目的としているためこれ以上は立ち入らない。

57) 長谷部註27前掲書。

58) 奥平康弘『憲法III 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993年）はこのような立場で一貫している。

59) 長谷川正安『憲法とはなにか』（新日本新書、2002年）。本稿の解釈に近いが、公共の福祉の解釈がかなり異なる。

60) 松井茂記『憲法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）は、「プロセス憲法観」なるものに基づいてこのように主張する。

61) 註20前掲書の立場（本編第1章第2節2・b-4）。

る。また、発表の時期はこれらの著作より古いが、刑事手続に関する諸権利を「コモン・ロー的権利」とする説⁶²⁾は、人権の歴史的な展開からすると説得力がある。

ただし、以上の所説は、国際的な人権保障に言及はするものの、その扱いは、宮澤俊義『憲法II』(有斐閣)から全くと言ってよいほど変わっていないように思われる。もちろん国際的な人権保障の出発点は世界人権宣言、国際人権規約であって、これらの「人権条約文書」が想定している人権観念は特段各国における人権観念と相違があるわけではない。そういう意味では、ここまで行ってきた検討は十分に維持可能であろう。

ところで、そもそも本来各国における権利保障の対象からは通常零れ落ちる「難民」「庇護民」については、ドイツ連邦共和国基本法を除いて、憲法典による、あるいは実質的な憲法的保障は期待できない⁶³⁾。国際人権法の視点が重要であることは指摘されている⁶⁴⁾。しかしあくまで人権保障の主体として国民、外国人、法人、未成年…については論じられてきているが、難民については言及されていない。そういう意味では、人権の性質論そのものには影響しないものとも考えられる⁶⁵⁾。

第3章3で若干詳細に紹介したホーフエルトの権利性質論に基づくラトナパーラおよび新の検討を踏まえれば、本来、人権の性質論については、日本国憲法解釈の視点からしても、一つの条文が一つの性質をもつというわけですらないのであって、その点が従来の類型論に最も欠けている視点ではないかと解される。

ここで、改めて佐々木惣一の整理を想起すべきである⁶⁶⁾。

国民は、憲法第3章の定めるところにより、國家に對して、種々の權利を有する。憲法は、國民に、右の權利の對象たる特定の生活利益を獲得することについて、自己の意思を

62) 中川剛『基本的人権の考え方』(有斐閣, 1991年)。

63) もちろん条文がある(16a条1項「政治的に迫害された者は、庇護権を有する。」2項以下略)だけでは権利保障が十分なものとなるわけではない(ごく簡単には例えば、本間浩「ドイツにおける難民保護と難民庇護手続法」『外国の立法: 立法情報・翻訳・解説』(国立国会図書館, 2003年5月)216号66-114頁を参照)。

64) 例えば、山本哲史「国際人権法の観点から見た日本の難民保護制度の現状と課題」『移民政策研究』第8号26-41頁。

65) 佐藤註12前掲「憲法総論の再検討」第3章第4節(同165頁以下)で人権主体について検討した際にも難民についての検討はしていない。

66) 佐々木註49前掲書第4編第3章第2款第1項第1目「基本的人権の性質」389-392頁。原則として漢字・仮名遣いは原文のままである(表記ゆれがあり、若干不自然さはあるがそのまま引用した)が、いくつかの漢字については環境依存文字の関係で新字体となっている。段落を落として引用している部分はコメントを挟むがすべてここからの引用。なお下線部は引用者による。

主張する、という力を与えている。如何なるものが国民の生活利益とされているかは、憲法の規定に就て見るべきである。日本國憲法は、第3章に、右の権利として種々のものを定め、その定める権利を包括的に基本的人権と稱する。日本國憲法を離れて考えると、基本的人権というのはいろいろの意味に用いられ得る言葉であるが、併し、日本國憲法がこれを用いるのは、同法第3章の定める種々の国民の権利のことである。憲法がその第3章に定める国民の権利を、憲法自身が特に国民の基本的人権と呼んでいるのである。國家が、憲法第3章において或る事項について国民の國家に對する権利を定めるのは、國家が、國民を人間であるとして取扱うのに、必要なものとして、その事項について國家に對して自己の意思を主張することを認めるのである。別の言葉でいえば、國民は、憲法の認める権利を有することにより、國家に對する關係において、人間として取扱われる (1-a)、とするのである。かかる性質を有する権利という意味で、憲法第3章の定める種々の権利を基本的人権という (1-b)。

基本的人権は、右の説明で明かな通り、他の権利と同じく、法により定められたものである。即ち、國家が定める社会生活の規範により成立するものである。然るに、社会生活については、社会生活に關する当然の道理として人の行動を規律する規範が存する。これを自然規範という。これを自然法というてもよいが、その本來の性質は、正確な意味の法ではないから、混同を避けるために法の語を用いないがよい。自然規範にてらしても社会生活において人が自分の意思を主張し得る立場に在ることがある。この場合に、人は自然規範による権利を有する、という。権利というも本來の法により定められる権利ではない。ここにも混同を生ずることを避けるために、これを自然権という。法による権利を特に自然権に對していうときは、これを法的権利という。憲法の定める基本的人権は決して自然権ではない。法的権利である。

然るに、自然規範にてらしても、國民が、國家に對する關係において、人間たるに必要なものとして、自己の意思を主張する、という立場を有することが、当然の道理と考えられる。この自然権も基本的人権と呼ばれる。自然権としての基本的人権である。法的権利としての基本的人権ではない。

佐々木は、本人が自認する通り⁶⁷⁾、論理の展開がくどく、意味が掴みにくいところはあるが、上記引用部分に付した下線部 (1-a) (1-b) は、通常言われるような表現でいうと、人間の尊厳に基づいて認められる法的権利を基本的人権という、ということであろう。

67) 佐々木註49前掲書の凡例三で「文章は、著者の不得手なものの一つである」(7頁)と述べている。

自然権としての基本的人権が存する、とする見地では、更に、國家がこれに對して如何なる態度を取るか、ということを考えなくてはならぬ。或は、國家が、自然権としての基本的人権の成立する生活關係を自然規範の對象として放任し、法の對象としないこともあろう。この場合には、自然権としての基本的人権は自然権として存するに止まり、法的權利としては存しない。或は、國家が、自然権としての基本的人権の成立する生活關係を、法の對象として取扱うこともあろう。この場合には、從來自然権としてのみ存していたものが、法的權利としても存することとなる⁽²⁾。法的權利としての基本的人権が成立する。これを稱して、自然権としての基本的人権の、國家による、法的權利としての基本的人権への導入という。故に、法的權利としての基本的人権は自然的の權利とか生來の權利とかいうものではない。かかる言葉は自然権としての基本的人権にのみあてはまるのである。

次いでここでの引用にある下線部(2)の主張は、現在多くの憲法解釈論で見落とされている。単に自然権としての基本的人権が重要である、という思考法よりも説得力があるのではないか。

これを日本國憲法の基本的人権というものについて見るときは、次の如くなる。憲法の基本的人権というものは、法的權利である。苟も法において權利という以上、それが法的權利であること、当然である。自然権としての基本的人権ではない。併し、自然権としての基本的人権そのものでないというても、憲法がこれについていかなる見地を取るかは、別に考えなくてはならぬ^(3-a)。自然規範による自然権としての基本的人権なるものを認めない見地においては、憲法は自然権としての基本的人権と何等の關係をもたぬ、というの外ない。自然権としての基本的人権を認める見地、即ち私の取る見地においては、憲法は、前に述べた、自然権としての基本的人権の法的權利としての基本的人権への導入を、為すものと、解すべきである。基本的人権は公権である。國民が、國家を成すという立場においてする生活について、有するものだからである^(3-b)。

ここで、自然権としての基本的人権を認める見地においては、日本國憲法は、自然権としての基本的人権の法的權利としての基本的人権への導入をなすもので、そういった意味での基本的人権を公権として認めるものである、という下線部(3-a)(3-b)の視点は、イエリネックと全く同じようである。しかし、イエリネック等ドイツ流の解釈で言われる

「公権」は、単に国家生活において主張される、という趣旨で理解される⁶⁸⁾。佐々木の主張は、こういった主張とは実は根本から異なっているのではないかと解される。

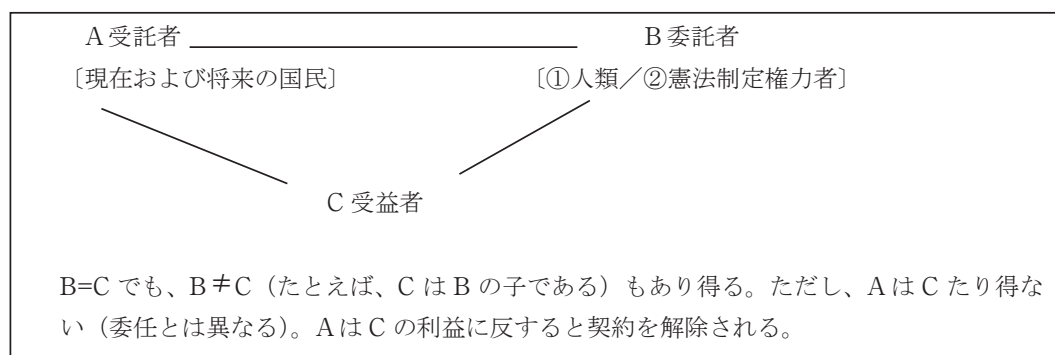
第2章冒頭で、憲法11条や97条は、「基本的人権」が人類多年に亘る努力の成果であること、現在及び将来の国民に「信託」されたものであることを示しているのに対し、12条は「この憲法が国民に保障する自由及び権利」は、国民の「不断の努力」によって保持すべきものであって、「公共の福祉のために利用する責任を負う」ものであるという。つまり、基本的人権と、憲法が保障する権利は別だ、という読み方は可能ではないか、という主張がある、と述べた。それは田上説のような自然権としての基本的人権という捉え方を踏まえてのものであった。

2. 自説——日本国憲法における人権体系を中心とする序論的考察

日本国憲法は97条で信託思想を表明している。この思想は、J.ロックが、主著『統治二論』（*Two treaties of government*）において主張した信託理論と、密接に関わると解される。ロックは、金銭等に関する民事的な信託理論を国政に応用した。この信託理論を日本国憲法解釈へ適用した説がある⁶⁹⁾。

68) もちろんイェリネック自身は、註15で触れた『公権論』においても、また註16で触れた『人権宣言論争』においても、フランス人権宣言とアメリカ独立宣言、アメリカ合衆国憲法の人権規定に触れており、ここで佐々木が主張するような趣旨は踏まえていたであろうが、日本へのその理論の導入時に必ずしも十分に意識されていたとは思われない。それは、註25前掲清水澄の『國法學第一編 憲法篇』がイェリネックの説を「意思力ノ差異ニヨリテ區別スル説」として「是レイエリネック氏ノ唱フル所ニシテ其説ノ要旨ヲ挙クレハ法律上ノ意思力ニハ『欲シ得ル力』（*Rechtliches Dürfen*）ト『欲シ能フ力』（*Rechtliches Können*）トアリ『欲シ得ル力』ハ人カ自然ニ有スル意思力ヲ認メテ法律上ノ意思力ト為セルモノヲ云ヒ『欲シ能フ力』ハ人カ自然ニハ有セサル所ニシテ法ニヨリテ新ニ附與セラレタル意思力ヲ云フ而シテ欲シ得ル意思力ハ私権ノ特徴ニシテ欲シ能フ意思力ハ公権ノ特徴ナリト謂フニ在リ然レトモ『欲シ得ル力』ト『欲シ能フ力』トノ差異判然セサル場合アルノミナラズゲオルグ、マイヤー氏カ云ヘルカ如ク公権ノ一種タル自由権ノ如キハ意思力ノ法律ニ依リテ認メラレタルモノナルカ故ニ此説ハ之ヲ正当ナルモノト云フコトヲ得ス」との紹介の仕方をしていたことから感得される。

69) 隅野註26前掲論文参照。



上の図で委託者というのは、憲法第97条でいう「過去幾多の試練に堪へ」てきた「人類の歴史的成果を継承した憲法制定権者としての日本国民」、あるいは憲法前文の「人類」であると解される。そして受益者は、上記の図だけから考えるとわかりにくいかもしれないが、憲法第97条の構造からして、人権を、人類一般に還元していく、「現在及び将来の〔日本〕国民」は、もちろん自分自身のために使う場面もあるが、人類一般に還元していくという側面があると考えられるのであって、憲法前文にいう「平和のうちに生存する権利」は、このような意味で「権利」であると解されるという主張である。

通常、人権について議論される際に、それが重要であること、人間の尊厳とかかわりがあることは自明の理とされる。国際連合憲章がなんらの定義も説明も行うことなく、人間の尊厳を守られるべきものと規定していることからそういった思考方法はうかがわれる。人権がもし仮に人権侵害を主張する個人だけのためにあるものであれば、それはたとえば日本の民法典が定める私権と区別できないことになるだろう。

戦後初期の学説では、憲法第97条は不要であるとの主張が有力であったが、むしろ人権を保障している規範であるからこそその最高法規であるとの解釈が近年は有力であり、ここで紹介した信託理論は、体系的に最も優れた憲法解釈であると解される。人権が公権であることをイエリネックはそもそも国家が「臣民」に対して負う義務の反射と説明することから自明とし、佐々木は「國民が、國家を成すという立場においてする生活について、有するものだから」(上記引用(3-b))だというのが、これではやはり私権との相違が明確であるとは言い難い。権利の主張は人類からの受託者として、受益者に対して将来的に還元されることをも意味するからこそ公権といえるのだ、ということがこのような理解から読み取れることを意味するからである。このように解することで、歴史的にキリスト教思想の影響をそれはそれとして認めつつ、いかなる宗教的立場を有していようと、憲法の規範的拘束力を認めざるを得ないことになるだろう。

このような信託理論を踏まえ、本節1で紹介検討した佐々木の説も考慮すると、従来の

学説では日本国憲法の解釈の前提としての人権の捉え方が必ずしも明確ではなかったのではないかと思われるのである。

第一に、美濃部説・宮澤説は、あまりにもイエリネックの分類に強く影響を受けており、人権の性質について、その自然権性を承認するにも拘わらず、そのことを十分に反映しない人権観念の説明と分類をしていたのではないか。これはイエリネックを超えようとしたケルゼンにも別の観点から当てはまる面があろう。権利の性質論の純化を図ろうとするあまり、自由権や社会権は権利ではないかのような主張をしているからである(第1章第2節2)。

第二に、一つの条文で示される権利の性質は、原則として一つが中心的なものである、という素朴実証主義的な側面が強すぎたのではないかという点である(新による批判)。

第三に、権利の説明としてはむしろ古典に属するホーフエルトの主張を十分に反映できていなかったのではないか。すくなくとも、私権と共通する面と、異なる面を明確化することに、ホーフエルトの主張は大きな貢献をする(第2章第3節1)。異なる面については、本稿はラトナパーラの議論を紹介検討した(第2章第3節2)。

そこで、以下、さしあたって、日本国憲法に即しつつ、人権観念の捉え方と分類・類型化が前提しなければならない点について、簡潔に自説を示しておきたい。

日本国憲法は、11条及び97条で、「基本的人権」を「侵すことのできない永久の権利」であるとす一方、12条では国民が「この憲法が保障する自由及び権利」が「公共の福祉のために利用する責任を負う」とする。13条は「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定めており、ここでいう「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は広く「法的権利として憲法が定めた自然権としての基本的人権」である。

13条の基本的人権には、11条・97条の基本的人権と、12条の憲法が定めた自由及び権利が含まれており、かつ、すべての日本国憲法が定める人権規定は、13条が言う意味での基本的人権である。このように解することが出来るとすれば、人権とは本来個人の権利であるが(13条)、それは実際には、全ての人が生まれながらにして自由かつ平等であるという自然権思想に基づいた基本的人権(11条・97条)と、憲法がその重要性に鑑みて規定を置いた自由及び権利(12条)を含むものである。

ここで初めて、例えば自由権について「本来、核となる憲法的自由の法的位置は原理上無限定な、消極的性質のものであって、憲法上の実体的請求権と結合することで具体的請求権が発生するのである。憲法上の実体的請求権は直ちに憲法上の裁判請求権と結合する。そういう意味では、核となる憲法的自由が本質的な権利の性質であり、以後の『請求

権』は実際には核となる憲法的自由と密接に結びつきそれを補強する派生的な性質を持つという」とまとめていた新(あたらし)説を紹介しておいたことの意味が明確になる。このような11条～13条および97条の関係を含むのが「核となる憲法的自由」と関係することになるからである。

このように解すると、13条の「公共の福祉」は人権の「内在的制約根拠」であり、12条の「公共の福祉」は(この点通説と異なる)内在的制約では説明できない「公共の福祉のための権利」の(一種の外在的)制約根拠である、ということになる。いわゆる経済的自由を定めたものと言われる22条及び29条にいう「公共の福祉」は、12条でいう「公共の福祉のための権利」に対する制約が明らかに適用されることを示しているものと解される。

換言すれば、日本国憲法の人権規定は、性質として自然権思想の法的権利化であり、その人権の性質は個々の権利について、それぞれ性質論を論じる必要があると解する。

このことは、例えば表現の自由の規定(21条)について、しばしば「自由権」という側面と、表現行為の前提としての知る権利、知る自由、すなわち請求権的側面が論じられ、また民主主義的側面(多数決で決定する政治的な言論における少数意見の尊重)と、人格権的側面の重視(内心の発露)とが社会的側面と個人的側面という形で論じられたりすることについて、実際には、これは個人権的側面(13条)と、公共の福祉のための権利(12条)の表れと解すべきではないかということなのである。そしてこういう側面は、すべての権利規定において生じ得る。

これを要するに、従来人権規定の相対性といわれていたことが、ホーフエルトの主張を踏まえた新のような整理によって明確化されたといえるのである。人権規定の類型化、分類は、このような視点を踏まえて初めて意味を持つ。

以下、もう少し敷衍しておこう。

第一に、各国の憲法や人権に関する条約が〇〇権というとき、その権利の一側面しか示していないことが多い。それ自体が議論を呼ぶ理由を明確化できるであろう。

たとえば、成文憲法典としては最古に属するアメリカ合衆国憲法の権利章典(修正条項)は第1修正で表現の自由について、それを規制する法律を作ってはならない旨定める。しかし判例でプライバシー侵害表現の一定の規制が語られる。これは日本国憲法21条が表現の自由を規定し、同時に当該条項それ自体には一切規制根拠といえるような文言が含まれていないことと同趣旨であるともいえる。けれどもすでに示したように、表現の自由をも含む一般条項に規制根拠となる「公共の福祉」概念が示されている。これに対して人権に関する条約は、比較的詳細に人権の内容それ自体についても、また規制根拠についても、列挙することがほとんどである。たとえば自由権規約19条を見る(外務省による公定訳)と

「口頭、手書き若しくは印刷、芸術の形態又は自ら選択する他の方法により、国境とのかかわりなく、あらゆる種類の情報及び考えを求め、受け及び伝える自由を含む」(19条2項)は、表現の自由の内容についての説明であり、「権利の行使には、特別の義務及び責任を伴う。したがって、この権利の行使については、一定の制限を課することができる。ただし、その制限は、法律によって定められ、かつ、次の目的のために必要とされるものに限る。／(a) 他の者の権利又は信用の尊重／(b) 国の安全、公の秩序又は公衆の健康若しくは道徳の保護」(／は段落・改行を示す)(19条3項)は、表現の自由の制限根拠についての説明である。明らかに各国憲法よりも詳細である。これは、ある意味当然ではあるが、歴史的な背景を持たない条約の新たな批准国に対して当該規定で定められている権利を、当該批准国の責任で実効性を以て保障させるために、暗黙の前提とされていた権利の性質を言語化したものといえる。もちろん、その言語化の手法そのものについて異論は生じ得る。ヘイト・スピーチ規制、漫画やアニメーションなど実在の人物ではないものの表現に対する「不快であること」を理由とする規制(「不快」であることはそれ自体がジェンダー不平等であるとの主張も含む)などは、表現の自由が例外なく強く保障されるべきであるという立場と対立し、多くの議論を呼んでいる(これらの問題の検討は別稿で行う)。

第二に、本稿は紙幅の関係もあり、日本国憲法における人権の性質理解を中心としたが、自由権以外の権利(参政権や社会権、受益権)について、大まかにいえば次のような理解ができる点である。

すなわち、人が生まれながらに持つ基本的人権(日本国憲法では11条や97条で示されるもの)と公共の福祉実現のための権利(日本国憲法では12条で示されるもの)の何れも、生命・自由・幸福追求のための権利(日本国憲法では13条で示されるもの)を構成するものであり、自由権以外の権利についても、あくまで権利によって歴史的に重要視された部分だけが規定の文言として表れているのであって、そのような視点を持つことによって、各国の憲法や法律で定められている人権と、国際的な人権条約規定が条文で規定する人権とを、統一的に理解することが可能となるはずである。

本稿はさしあたっての結論としてこのように主張したい。

結語——人権総論体系のあり方

本稿は、「人権総論体系再考」と題して検討を進めてきたが、「体系化」に最も重要な実際の類型化、分類の提示には至らなかった。「人権」を理解するための枠組みの提示にとどまっている。そういう意味では羊頭狗肉と批判されるであろう。さらにいえば、仮説的

に提示した，《人権は、一人ひとりの個人的属性、社会的地位等を捨象して、自由かつ平等な個人を確立するための手段といえるが、国際人権法は、むしろこのようなそれぞれの「属性」「社会的地位」に着目して規定を置き、最終的に独立した個人の「人権」を確保しようとするものだといってもよい》との主張について、結局その前提について検討したところで紙幅が尽きた。「問題の所在」においても示しておいたように、① 人権が観念としてどのように理解されるべきか、② 国際人権法理解のための「人権観念」の整理、③ ①②の関係、④ 両者を包摂するような分類・類型化の提唱が本研究の課題であるが、①の検討のみを行ってきた。

本稿での検討を踏まえて次の課題は、不十分であった歴史的視点をさらに検討し、分類の提示を行うことであろう。しかし、本来行うべき②③の課題に対する研究は極めて不十分であるため、これらの研究を並行して行う必要がある。本稿においても日本に影響を与えた学説を中心に分類論は不十分ながら行ったが、国際人権法理解のための「人権観念」の整理には、国際人権規約自由権規約をほぼそのまま国内法化しているオーストラリアやニュー・ジーランドが、またその比較憲法学的位置づけは自由権規約に影響を与えたヨーロッパ人権条約を国内法化しているイギリスとの比較が重要となる⁷⁰⁾。これらについては将来の課題としたい。

70) 第1章で本稿筆者の従来の研究については言及したが、それらの研究との関係について明示的に整理することも、合わせて今後の課題としたい。なお、本研究は、佐藤潤一研究代表「コモンウェルス諸国における立憲主義」(研究課題/領域番号・18K01266) 基盤研究(C) および大阪産業大学産業研究所学内研究助成分野別研究「ブレグジットの憲法状況への直接的影響の研究(コモンウェルス立憲主義研究の基礎)」による研究成果の一部である。