

人権総論

圓谷勝男

目次

- 一 人権概念と思想的系譜
- 二 人権の史的変遷
- 三 我が国の人権思想史
- 四 人権の現代的問題状況

一 人権概念と思想的系譜

基本的人権は、通常、「人権」と呼称されるが、その言葉が歴史的に重要な意義を持って提唱された、最初の公的揭示は、フランス革命（一七八九年）の「人権宣言」といえよう。同宣言は、「人及び市民の権利の宣言」(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)と表示されているように、「人の権利」と「市民の権利」とに区別されている。

前者が、人間が人間として備えている権利であるのに対して、後者は、共同社会の市民に妥当する権利（例えば参政権等）である。そして、前者は自然法思想の系譜のなかで語られた権利であり、具体的には、宗教、思想、表現等の自由権は、国家権力によって侵害されてはならない当為性を持った概念で、いわば生来固有の「人の自由」と理解されていた。

その後「人権」は、トーマス・ペインによって、*The Rights of man*と訳され、一般的には、*Human Rights*と呼ばれる。また、ジョン・ロックは、その実態の本質から、自然権 (*Natural Rights*) といひ、ブラックストンは、個人の絶対権 (*Absolute rights of individuals*) の語を用いている。⁽¹⁾そして、歴史的には、「人権」という言葉が一般化したのは、第二次世界大戦後といえよう。すなわち、国際的文書の「国際連合憲章」(一九四五年)では、「人権及び基本的自由」(*Human Rights and Fundamental freedoms*) が提示され、その理念を普遍化するために「世界人権宣言」(一九四八年) が採択されて、文字通りに国際人権法の出発点となって、「人権」の国際化が進行したことは周知の通りである。その点で日本の場合には、ポツダム宣言(一九四五年)で、「基本的人権」と使用された経由から、現行憲法では、例えば九七条で、「基本的人権」(*Fundamental human rights*) は「侵すことのできない永久の権利として信託されたものである」と規定されているところである。尚、ドイツのボン基本法では、「基本権」(*Grundrechte*) と「人権」(*Menchenrechte*) が併用されているが、用語の使用の歴史的経過から、必ずしも同一概念でないように思われる。⁽²⁾

このように「人権」を表現する仕方には、多少の相違がみられるところである。しかし、どの用語にも共通して流

れる観念は、自然法思想に裏づけられて、いわば生来固有の天賦の権利で、侵すことのできない人間の本質に附属する権利という認識であろう。一個の人間は、何ものにも代替化することができない尊厳性をもち、それ故に人間の属性として、自律性や自己目的を内蔵しているという、個人的人格権を支える諸権利を総称しているといえよう。換言すれば「人間性から論理必然的に派生する前国家的、前憲法的性格を有する権利」⁽³⁾で、その権利は性格上「不可譲」(unalienable)、「不可侵」(inviolable)を有する、いわば「無効化不可能性」(indefeasibility)を持つものと、総括することができよう。

国家社会の成立以前、すなわち人類の自然状態において、自然法が支配し、人間はその帰結として自然権(人権)を享有するという観念は普遍性を持っている、と今日的には当然の如く語られているが、その歴史はここ二世紀前後といえよう。例えば、世界最古の法として有名なハムラビ法典(紀元前四千年)では、「奴隷を逃亡せしめた者または逃亡した奴隷を庇護した者」は死刑と定められているが、ここでは「奴隷は物」であり、人の生命の尊厳性が欠落していたことは明白といえよう。また、奴隷制を基礎にした古代ギリシア社会でも人権の観念は萌芽しなかったといえよう。正義論を論じたアリストテレスは、他方で、人間には奴隷に適する者と、そうでない者とが本来的に存在すると語っていることは端的にそれを象徴している⁽⁴⁾。さらに、ローマ時代に入って、法の普遍性と權威性が語られて「万民法をもって、自然(ius naturale)の影像であり、さらに自然法そのものである」⁽⁵⁾と説かれているが、しかし、それはあくまで帝制支配の国家や都市の別なく共通する法という認識であって、自然法に近似しているが、今日でいう自然法と次元の異なる概念といえよう。

そして、ローマ帝制支配の辺境で信仰されたキリスト教の教父達が、自然法のひとつの系譜を発芽させたことは注目されよう。アウグスティヌス（五世紀）に始まり、その思想を継受した、トマス・アクイナス（一三世紀）等のスコラ哲学者は、神こそ一切の原因であり認識生活の根拠であるという発想を展開し、とりわけ法の実態は、永久法、自然法、人定法という、いわば段階的構造によって成立していると考えた。すなわち永久法は神の理性ないし意思そのものであり、自然法は永久法の発露と考え、人定法は現実に人間を制約する人間が定めた法律と解した。⁽⁶⁾そして法の根源を神の摂理と同一視して理解し、「神の国」と「地の国」の連続的体系性を説いているが、それは一言でいうと善（神）と存在（法）との一体化ともいえよう。しかし、やがてデカルト、パスカル等によって自然的世界が、自然法則の因果関係によって動くという、いわば機械論的世界が説かれ、その理論を基礎にして、「地の国」を対象として、いわゆる「世俗的自然法論」が啓蒙思想家達によって解明されるようになる。一方、現実的には封建性体制から個人を解放するために絶対君主制を崩壊させる必要がある、その意味で「天賦の自然権の思想および規定は、近代市民の利益と価値感情が生んだ現実的な主張であり、近代という一定の歴史的段階に生じた政治的価値体系である、⁽⁸⁾」という歴史的命題がなり立つといえよう。

ここでは年代順に、ホップス、ロック、ルソーという代表的思想家の説をみる。この三者に共通していることは、法も含めた国家正当性の論理として、人間の自然状態では自由、平等（自然権）であったと理解し、しかし人間の欲望対立から平和は維持されず、それを調整機能する観念として自然法を論じた上で、人間相互の理性的発露としての、いわゆる社会形成契約を説き、それ故に統治権力の正当性があることを、構想化していることといえよう。

最初に、ホップス（一五八八—一六七九年）であるが、彼の著『リヴァイアサン』に於て、自然状態は人へに對して狼のように争う状態、すなわち「万人に對する万人の闘争」と整理したことは有名であるが、他方、自然状態における人間は本質的に自由、平等を維持するために自己保存欲を所有するとも理解している。「自己保存」のために自らの判断に従っていかなることもなしうる自由、すなわち自己保存権は最高の価値を有する自然権と命名した。各自が所有するこの権利も同時に、競争、猜疑等が含まれるので平和が保証されない可能性も所有する。従つて各人の、「理性は、つごうのよい平和の諸条項を示唆し、人びとはそれによつて協定へとみちびかれる。これらの条項は、別に自然の諸法ともよばれる」と説く。ここでいう自然の諸法（自然法）とは、一言でいうと闘争状況を脱出して平和の状態に入るための理性能力を有する人間が見出した、いわば道徳的觀念に裏づけられた一般的法則で、例えば「平和を求め、それにしたがえ」ということである。第二の部分は自然権の要約であつて、それは『われわれがなしうるすべての手段によつて、われわれ自身を防衛』する権利^⑩等でこれらを含めて一九の自然法を示している。可能な限り平和を求むべしを最高原理とする自然法体系で、一種の「理性によつて発見された戒律すなわち一般法則であつて」、別の視点から見るとそれ自体がすべてかれら自身の保存の手段を与えるところの同意と解することができる^⑪。また、それは自己防衛上必要という限度内で相互に自然権を互譲する社会契約を締結して、国家Ⅱコモン—ウエルスを設立する過程ともいえる。そして国家は自然法のなかにある正義（有効な信約をまもること）によつて運営されて安定化が保障されると説く。従つて主権者は、君主、議會にかかわらず「信約の破棄を禁ずる自然法によつてのみ義務づけられている」ので、自然法はいわば主権の自然的基本法ともいえよう^⑫。

次にジョン・ロック（一六三二—一七〇四年）もホッブスと同様に国家に先立つ自然状態から考察しているが、ホッブスと異なって自然状態では、「これを支配する一つの自然法があり、何人もそれに従わねばならぬ。この法たる理性は、それに聞こうとしさえずるならば、すべての人類に、一切は平等かつ独立であるから、何人も他人の生命、健康、自由または財産を傷つけるべきではない」と説いている¹³。しかし、現実には無智や利欲のために自然法を聞かないために敵意や破壊の状態が発生する。立法権、裁判権、執行権が欠如しているので状況は不安定化する。この状態を克服するために、悟性と言葉を通じて、人々は相互に共同生活を営む自然法に添って、暗黙（同意）の社会契約を結ぶ。すなわち各自が自然状態で持っていた自然法を執行する権利を政治社会に譲渡して、いわば一つの共通の政治権力を設定（国家）する。従って成立した「一切の国家の第一の、かつ、基礎的な実定法は、立法権の樹立にある」。そして「立法権自身をも支配すべき第一の、かつ、基礎的な自然法は、社会および（公共の福祉と両立し得る限り）その内部の各個人の維持にあるのである。この立法権は、ただに国家の最高権であるばかりでなく、また協同体が一度それを委ねた者の手中で神聖不易である¹⁴」と解した。このように統治は自然法によって制約されるばかりか、自然法（権）を侵害する場合には、人民の意思によって、「政府を解体」する自衛権として、いわゆる革命権の行使が可能であると¹⁵して、当時の王権神授説を批判して、一連の市民革命を擁護したことは周知の通りである。

最後にルソー（一七一二—一七七八年）であるが、その思想は多面的要素を含んでいるので、一言で語れないが、人権確立の影響力から考えると彼の著わした二つの著作、すなわち、『人平等起原論』と『社会契約論』に言及しなければなるまい。前書で「自然法をどのように定義するとしても、子供が老人に命令したり、愚か者が賢明な人間を

指導したり、また多数の人々が餓えて必要なものにも事欠いているのに、ほんの一握りの人たちには余分な物がありあまっている、ということは、明らかに自然法に反しているからである¹⁷と現実社会の矛盾性を指摘している。彼によると本来、自然状態では、人間（自然人）は孤立しながらも、各々が自由かつ平等で平和な自足生活を満たしていたと想定した。そして、ここでは「自己愛」（自己保存）と「憐憫の情」という二つの本性が働いて、自由と平等な状況が保たれていた。しかし、「ある土地に困いをして『これはおれのものだ』と宣言することを思いつき……政治社会（国家）の眞の創立者¹⁸」が出現することによって、私的所有と社会的矛盾性が発生し、しかも、その後技術や経営の発展、さらに貨幣の使用等で増々矛盾性は進行したと考えた。そして国家の制定する法律は「弱い者には新たなくびきを、富める者には新たな力を与え、自然の自由を永久に破壊してしまい、私有と不平等の法律を永久に固定¹⁹」化したと考え、この合法的象徴が、アンシャン・レジームと考えた²⁰。

このような認識に立つて、後書では、自然法に反する現実的解答の再建を提示している。同書の冒頭で「人間は自由なものとして生まれた。しかもいたるところで鎖につながれている。自分が他人の主人であると思っっているようなものも、実はその人々以上にドレイなのだ²¹。」と語って、本来の自由な状態に帰ることの必要性を説く。ホップス以来説かれた政治社会設定の「契約観念」を導入するが、しかしそれは結局のところ富者の利益に終った反省から、新たに理性と良心に従って、「各構成員の身体と財産を、共同の力のすべてをあげて守り保護するような、結合の一形式を見出すこと。そうしてそれによって各人が、すべての人々と結びつきながら、しかも自分自身にしか服従せず、以前と同じように自由である²²」こと、すなわち論理的には、自己が他者であり、他者が自己であるような結合の形式とい

う、いわば結合契約という社会契約の上に国家を建設することを提示する。換言すれば「各構成をそのすべての権利とともに共同体の全体にたいして全面的に譲渡すること」によって平等性、相互性が保障され、しかも国家という共同体のものとした以上、共同体全体の意思は、共同の自我としての、いわゆる「一般意思の最高の指導」²³の下におくということになる。主権は国家に帰属するが、国家は構成員の国民であるので、当然に国民が主権者でありそれを行使する。この意味で、「一般意思」とは、一種の広い意味の「法」であるから、最終的には、主権者である国民の意思に支えられた「法の支配」の確立であったと見ることもできよう。また主権とは一般意思の行使にはかならないとよく語っているが、そこでの一般意思とは具体的には、「主権の保持者である人民の意志であると同時に、理念的には、共同の利益乃至は公共の利益を追求するような指導的意味を持った意志である」²⁵ともいえよう。現代的に一言でいえば多数決理論の基礎づけであり、さらに国民主権の正しい在り方、そして正しい立法の指針の在り方を示唆しているともいえよう。

いずれにしろ自然法思想家が提示したのは、前国家的な自然状況では、人間の本性として自然法のもとに自然権（人権）が黙示的に存在しているという認識であり、そしてその権利が文字通りに実定法上の権利として保障する理性的試みとして、相互契約による政治的設定（国家主権）がなされたという理解である。それ故に国家契約説では不可譲の権利である「人権」（自然権）を確かなものにするための手法的思想として、立憲主義、民主主義、権力分立制、司法審査制等が創設されたといえよう。²⁶

(注)

- (1) 竹澤喜代治『人權の思想』二頁以下参照。
- (2) 検討した論文として、初宿正典「人權概念史」長尾・田中編『現代法哲学―2―法思想』四二頁以下参照。一方、日本の学説の一部では憲法に根拠を要するのが「基本権」で「人權」は人間の理性に根拠を持つ性格故に憲法改正によっても左右されない権利と解するものもある(田上穰治『入門憲法』三七頁以下)。
- (3) 宮沢俊義『憲法II』一九七頁。次のように整理することも妥当であろう。すなわち(1)「人權とは、すべての人間が単に人間であるというだけでも持っている権利」(2)「人權とは、人間が人間としての本性そのものによってもっている権利」(3)「人權とは、(道徳的行為者として)人間がそのもとで活躍することができ、また必要ならば力によって確保されなければならないミニマルな諸条件を意味する」(佐々木允臣『人權の創出』二〇二頁)。
- (4) アリストテレス『政治学』(岩波文庫)四〇頁。ただし、アリストテレスの場合、自然的正義は「書かれた成文法の根底にあつて、その欠陥を補う書かれざる法・正義とみられていたようである。その具体的内容についてはどこでも触れられていないけれども、この自然的正義の觀念を後の自然法論の萌芽だとする見解もある」(田中成明「ギリシアの法思想」田中・竹下編『法思想史』一八頁)ことは注目されよう。
- (5) 船田亨二「ローマの法思想」尾高朝雄他編『法哲学講座第二卷』七三頁以下参照。
- (6) 竹下賢「自然法論の成立と展開」田中・竹下他編前掲(4)三二頁以下参照。
- (7) 同時にルネサンス、宗教改革運動も影響していることは、よく語られるところである。とりわけジャン・カルヴァン(一六世紀)の説いた「預定説」が、自由と平等の概念化を促進したことは重い(三島淑臣『現代法律学講座3法思想史』二〇六頁以下参照)。
- (8) 小林直樹「基本権への原理的視角」『宮沢俊義退官記念論文日本国憲法体系』一三三頁。
- (9) ホップス・水田洋訳『リヴァイアンサン(一)』二二四頁。
- (10) ホップス前掲(9)二一七―二一八頁。

- (11) ホッパス前掲(9)二一六頁。次のように解することもできよう。すなわち、ホッパスは「恐怖の情念のパラドックスから情念力学のプレーキ装置としての理性を推理し、さらに理性の戒律としての自然法を推理し、そこから自然状態のアナーキーを克服する主権国家設立の論理的必然性と正当性を論証しようとする。かれにとつて、『自由と必然は両立する』のである」(小池正行「法と国家の理論の近代的転換―トマス・ホッパスの法思想について―」長尾・田中編前掲(2)一〇二頁)。
- (12) 井上茂「近世イギリス自然法思想」尾高朝雄他編『法哲学講座第三卷』六四頁以下参照。
- (13) ロック、鶴飼信成訳『市民政府論』一一二頁。
- (14) ここでいう自然法は次のように集約するのが妥当であろう。「一、自然の法、すなわち、理性の法、二、神の法、という二つのグループにわかれる」結局、「ロックは、自然法論の展開において、古典的な、キリスト教的自然法論の伝統のなかに、ふかく根ざしていると結論することができよう」、福山仙樹「ジョン・ロックの自然法論」日本法哲学編『現代自然法の理論と諸問題』(法哲学年報一九七二)。
- (15) ロック前掲(13)一三五頁。
- (16) ロック前掲(13)一五一頁。
- (17) ルソー、本田喜代治・平岡昇訳『人間不平等起原論』一三一頁。
- (18) ルソー前掲(17)八五頁。
- (19) ルソー前掲(17)一〇六頁。
- (20) 深田三徳「自然法、自然権、社会契約論」田中・竹下前掲(4)六七頁。
- (21) ルソー、桑原武夫・前川貞次郎訳『社会契約論』一五頁。
- (22) ルソー前掲(21)二九頁。
- (23) ルソー前掲(21)四二頁以下参照。
- (24) 結城洋一郎「ロックとルソーとモンテスキュー」、杉原泰雄編『憲法思想―講座・憲法学の基礎(4)』二八頁参照。

(25) 恒藤武二「近世フランス法思想」尾高朝雄他編『法哲学講座第三卷』一三九頁。次のように換言することも可能であろう。すなわち「法の真の基礎……まさに『良識』に満ちた市民の心性のうちに……この意味で市民の心こそが国家の最良の守り手となる。それ故ルソーは市民の心に刻まれた法として、習俗、慣習とりわけ世論も重視し、それを『国家の真の憲法』と呼ぶのである」(西嶋法友「ルソーの自然法思想」三島・阿南・栗城・高見編『法と国家の基礎に在るもの』一四八頁)。

(26) 深田三徳「人權概念の生成、発展についての覚え書」同志社法学四二卷一号一九四頁。

二 人權の史的変遷

基本的人權という觀念の底流には、人間の尊嚴に立つて、自由と平等が車の両輪として存在することが自明のこととして考えられたが、同時にその權利が社会的權利として実定化するためには、いわゆる「法の支配」として確立することが要請されたといえよう。前者は主として、法哲学の対象として論じられたが、後者は経験と伝統を重視するイギリス中世にその源流を求めることができよう。すなわち文書によって権力から權利を保障しようとする「法の支配」の第一歩は、イギリスのマグナ・カルタ(一二一五年)であることは、よく語られるところである。

「自由大憲章」(Magna Carta Libertatum)は、国王の恣意的な課税、投獄、処罰等の専断に対して、当時の貴族等は、国王の上に法があるという伝統の確認とともに、旧来の權利、自由を回復して将来に向つて保障させるために交わした誓約書(全文六三条)である。その内容は封建領主(貴族等)の權利を守るといふ、いわば時代的限界性を

もつていたが、しかしその後、新たな権利・自由を付加する等をして、文書によって権力から権利・自由を保障しようとする制度は定着していったことは注目されよう。⁽¹⁾

特に注目しなければならないのは、チャールズ一世と議会指導者コーク（一五五二―一六三四年）との抗争といえよう。コークは、コモン・ロー（Common Law）の基本原則である「先例拘束性の原則」を主張するとともに、マグナ・カルタ以来のイギリス王制の伝統的在り方として「王は何人の下にも立つことはない。しかし、神と法の下には立たなければならない」と語って、イギリス伝来のコモン・ローを含めた法と慣習を尊重することをあらためて承認させる。⁽²⁾ このことの意義はマグナ・カルタは元来、国王と貴族との契約にすぎなかったが、それを「自由人」という概念を操作しながら、国法レベルに昇格させて、いわば国民の自由の保障書としての性格に変化させたといえよう。⁽³⁾ 換言すれば、封建社会の法理であるマグナ・カルタから自由を権利として創設したというよりも、近代の法の在り方としての法理、すなわち「法の支配」をイギリス統治の原理として抽出し、その結果として自由権が確保されるという、いわばイギリス憲法の創造がなされたのであり、その点でマグナ・カルタは記念すべき法典といえよう。⁽⁴⁾

その後、いわゆるコモン・ロー裁判では、「マグナ・カルタをデュー・プロセス保護法」と読み替えて、いわば近代的に再解釈と拡充がはかられるなかで、特権階級の権利から人民一般の権利へとその保障が拡大していった。⁽⁵⁾ しかしそこでの権利の理解は、近代憲法でいう、人間の属性としての固有の権利（人権）という觀念に立脚するものでなく、あくまでも古来からの伝統的なコモン・ローに「法の支配」を根拠づけたもので、いわば一種の「臣民権ないし国民権」ということができよう。⁽⁶⁾ しかし、二度の革命（清教徒・名誉）のなかで出された「権利請願」（Petition of Right

一六二八年)と「権利章典」(Bill of Rights 一六八九年)は、伝統的権利を確認するとともに、人民の自由に深い配慮がはかられているところから、一八世紀に始まる近代諸国の人権宣言の萌芽ないし原型として重要な意義をもつばかりでなく、マグナ・カルタと合せてこの三者はイギリス憲法の聖典と称されていることは周知の通りである。とりわけ「権利章典」においては、他の二者と異なり、議会の優位に基づいて近代立憲君主制が確立した文書としての意義が語られるところである。すなわち従来の「法の支配」は、議会が制定法を通じて支配するという、いわば「議会制定法の支配」に発展し、その結果、憲法上、王権に対する議会の優位が確立されたことは注目されよう。それと同時に、「法の支配」の内容である自由と権利が、一七世紀にイギリスから移民によって形成されたアメリカ植民地で、新しい発想のもとに「人権」の創設が試みられたことは特筆すべきであらう。

すなわち、イギリス伝来の権利と自由は、植民地にも及ぶものであったが、それに加えて、信仰、言論、集会、居移移転の自由等を確認して、史上最初の人権宣言であるヴァージニア権利宣言(一七七六年)が制定(後に制定された「統治機構」と一体化して、ヴァージニア憲法となる)される。その後次々と各州の植民地で権利宣言が行われ、ついに州の結合によってアメリカ合衆国憲法(一七八八年)が制定され、その後修正条項で八ヶ条の人権宣言の規定が設けられる。特にイギリス本国の圧政対立のなかで、自治精神を發揮し、しかも、その権利、自由の観念はロックの自然法論の強い影響のもとに制定されたと考えられている。しかし、その思想をただ新規な理念として輸入したものでなく、独力で未開地を開拓した人々には本来的に、独立、自由、平等という観念が身についており、その意味では、ごく自然にそれを受入れる精神的土壌があったことは見逃すことはできまい。

ロッキ的な自然法思想を媒介とした例は、ヴァージニア憲法一条に端的に表われている。すなわち「すべて人は、生来ひとしく自由かつ独立しており、一定の生来の権利を有するものである。これらの権利は、人民が社会を組織するに当たり、いかなる契約によっても、その子孫からこれを奪うことのできないものである。かかる権利とは、すなわち財産を取得所有し、幸福と安全とを追求獲得する手段を伴って、生命と自由とを享受する権利である」。ここでは、自然法論者の提唱した自然権や契約説の観念を素直に文言化しているが、更にこの権利を担保する権利として、国民主権(二条)や革命権(三条)、そして権力分立制等を併せて規定していることが注目される。いずれにしろ、各州から開始されて、アメリカ独立宣言(一七七六年)に終る一連の人権宣言は、権利(人権)が天賦のもので、しかも不可譲で人間の属性として欠かせない事実を文書で示した歴史上はじめての成文憲法であり、また思想的系譜からいえば、自然法思想を国家樹立の基本とする宣言ともいえる。その意味からすると、歴史的には、法の支配による自由の確保というアングロ・サクソンの法的思惟に啓蒙思想が形を与えた¹⁰いわば、哲学的思惟の所産ということもできよう。

その典型的例証は、アメリカ合衆国憲法制定後に発展した、いわゆる司法審査制といえよう。憲法上それを示す規定はないが、人権規定の時代に対応した解釈と確保に重要な役割を果たしてきたことは周知の通りである。いみじくも、ヒューズ判事が「憲法とは、最高裁判所の裁判官が、これが憲法であるといったものにほかならない」と語ったことは有名であるが、いわゆる「マーシャル・コート」にはじまる司法審査制の発展は、人権規定の解釈と進化に決定的役割を果たした、一例といえよう。とりわけ一九三〇年代からの、いわゆる「ウォーレン・コート」時代は、リ

ベラル的な司法積極主義の進行のなかで、基本的人権の保障が深化したことは注目されるところである。一方、アメリカ合衆国憲法では、南北戦争、第一次世界大戦、第二次世界大戦等の歴史的節目のなかで、時代に対応した、新しい人権を、いわゆる修正箇条として付加することも、人権の前進に結びついているといえよう。¹²

新大陸のうねりが、ヨーロッパ大陸を動かし、仏革命（一七八九年）のなかで、「人権宣言」がなされたことは前述したところである。特に、同宣言は啓蒙思想家であるルソーの影響が強かったことは、よく語られるところである。第一に、自然法思想に立脚し、「人は自由かつ権利において平等なものとして出生」（一条）したことを、高々と宣言し、そして第二に、あらゆる政治的結合（国家）の目的は、「人の自然の時効にかかることのない権利の保全することにある」として、いわば生来固有の天賦の人権を確保することにその目的があることを確認し、その内容は、自然的権利（自由、所有、安全、圧政への抵抗）である（二条）。そうである故に第三に、この自然権を実現する手段として、国民主権や三権分立制の原則を採用することを宣言して、いわば三段階の論理で貫かれている。特に第三にいう、国民主権や法律は、ルソーのいう「一般意思」の観念を動入していることは注目されよう。すなわち、第六条前段では、「法は、一般意思の表明である。すべての市民は、自らあるいはその代表者を通じて、その制定に参与する権利をもつ」と規定され、しかも「明示的に国民に由来するものではない権威を行使することはできない」（三条）として、いわば一種の民主的ラジカル性を採用する等、アメリカ人権宣言とは性格の異なる面を含んでいる。この宣言は、制定の目的、理由等を示す前文と一七条の本文から構成されているが、一言でいうと、「権利保障と権力分立制」（二六条）の国家樹立の理念的宣言といえるし、そうである故に、近代の政治と社会のあり方に関する重要な命題を提起したと

いえよう。後世「近代立憲主義のシンボル」としての歴史的役割が評価されるが、しかし、仏本国ではその後、政治的分派の争いが継続するなかで、人権認識の捉え方も一部変質していったことも見逃すことはできない。

いずれにしろ、アメリカ独立革命とフランス革命は、啓蒙思想家達の主張した自然法論を思想的基盤にして、人権の歴史に、重くかつ動かし難い刻印を残したが、しかし、両者は目的において多少の相違があつたところから、その性格も異なるといえよう。すなわち前者では、本国から独立して、自由主義と立憲主義を自らの手で確立することが主たる目的であつたのに対して、後者では、旧体制（封建性）を打破して、近代立憲主義のもとに自由主義、とりわけ資本主義経済体制をもたらす目的があつたので、その人権宣言にも相違がみられる。すなわち、前者は本国イギリスの伝統的な自由と権利を、自然法に根拠を求めて、自らの国家社会樹立の前提としての人権だと確認したのに対して、後者では、人権は「新しい綱領的な性格をもつもの、いわば死を宣告された伝統の彼岸において一般意思（*ボレン・ジェラル* Gemeinville）の新しい創造物として現われたもの」と語られ、それ故に前者では行政権のみならず立法権をも拘束すると考えられているが、後者では、例えば、表現の自由について、「法律により規定された場合におけるこの自由の濫用については、責任を負わねばならない」（二一条）等、法律の留保を認めて人権にも一定の限界があること等を認めて、人権は、いわば行政権の恣意を抑制するもの、さらには、人権はむしろ法律によって保障されるものと捉えていたといえよう。四条の「自由は、他人を害しないすべてをなし得ることに存する。したがって、各人の自然権の行使は、社会の他の構成員にそれと同じ権利の享有を確保すること以外の限界をもたない。それらの限界は、法律によつてのみ定めることができる」はそれを端的に語つていよう。

一方、人権宣言の思想は、一九世紀の前半に、ドイツ諸法の憲法やベルギー憲法等にも強い影響を及ぼす。しかし、封建勢力の残存や国家意識の高揚等から、自然権を国家以前の権利というより、後国家的権利という觀念に変質していったといえよう。憲法によって人権を揭示しても、立憲主義の本来的機能である、国家権力に対する防御権の位置づけの意義は語られず、いわば一種の外見的人権宣言に終る例が多かったことはそれを物語っていよう。¹⁷⁾

その典型的例は、一九世紀におけるドイツの諸憲法といえよう。すなわち、ドイツは、三〇年戦争の敗戦等で、近代産業の進展が遅れて市民階級の形成がなされなかつたばかりか、さらに、ナポレオンの侵入等でナシヨナリズムに大きな刺激を与える。このような状況下で、他方ナポレオンによって仏革命の自由民権思想がもたらされて、諸邦の憲法が制定される。一部民権思想も受け入れられたが、しかし、多くはドイツ的伝統觀念によって変容され、特に、指導的立場にあつたプロイセンの憲法（一八五〇年）に、そのことを見ることができよう。同憲法では、支配者の権限が強く、しかも憲法上の権利や自由（基本権）は、一種のプログラム宣言と理解されていた。また、その権利は、どこまでも「プロイセン人の権利」として付与され、行政の法治主義の立場から、その実証化は法律によって発生するという一種の法的反射的性格と考えられ、いわば「法律の留保」による保障という形式が採用されていた。¹⁸⁾このように人権觀念が変容した理由は、後進性を克服するための権力の集中化という政治的要因との妥協を見逃すこととはできないが、それと同時に、それに対応した法学の対象を実定法に限定して考えようとする、いわゆる法実証主義の台頭も忘れてはなるまい。すなわち、実定法のみから出発するという方法を採用することは、同時に「万能の国家権力を前提とすることになり、それは客観的には、君主制原理の貫徹に、結果的に力をかす役割を果たした」と評価されると²⁰⁾

ころである。

そして、二〇世紀に入って、いわゆる人権の社会化が図られたことも注目されよう。一九一七年の「ロシア革命」に見られる「勤労し搾取されている人民の権利の宣言」は一つの動きといえよう。近代憲法の伝統とする自然権という觀念に乏しく、しかも、皮肉にも近代憲法の自由主義原理を根本的に否定し、人権の基礎をなす「社会諸関係の総体の社会主義的変革のなかにまさに勤労者の権利の根本的契機が存する²¹⁾」という、一種の政治的変革による、労働権を基本にした人権の社会化の動きである。他方、伝統的な自由権を維持しつつ、多くの社会権を設けることによって、人権の社会化を図ったのは、ドイツのワイマル憲法（一九一九年）であることは周知の通りである。すなわち伝統的な平等・自由権の保障に加えて「経済生活の秩序は、すべての者に人間たるに値する生活を保障する目的をもつ正義の原則に適合しなければならない」（二五一条）と謳って、生存権を経済生活秩序の基本原則にすることを確認するとともに、財産権についても「その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである」（二五三条）と定めて、財産権により強い社会的義務性を明示した。このことは、言うまでもなく、自由主義の矛盾性を克服しようとする、福祉国家を標榜する憲法の出現といえる。この憲法自体は、三〇年代のナチス党による全体主義的政治体制によって短命で終っているが、²²⁾そこで示された、経済活動の社会的規制、そして生存権、教育権、労働基本権などの社会権的人権は、その後の憲法に大きな影響を及ぼしたことは記憶に新しいところである。

(1) 杉原泰雄『人権の歴史』九頁以下参照。

- (2) F・W・メイトランド、小山貞夫訳『イングランド憲法史』三五七頁以下参照。
- (3) 次のように言うこともできよう。すなわち「通常法の優位を核心とする『法の支配』が、イギリス憲法史において、実質的にいかなる効果をあげたかを眺めるならば、それは一貫して行政権の抑制という面におけるものであることに気づくのである。絶対王政に対して、コーク(Sir Edward Coke)が、『法の支配』を楯として抵抗した歴史的事件のごときは、その端的な表現である」(伊藤正己『イギリス法研究』二六二頁)。
- (4) 小谷鶴次編『基本的人権と国際平和』五四頁参照。
- (5) 戒能通厚『イギリスの社会と法』戒能・広渡編『外国法』四二頁。
- (6) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』三頁。次のように整理することが妥当であろう。すなわち『イギリスには権利の宣言は存在しない。しかしイギリスほど真に権利が保障されている国はない』と言われるように成文形式の権利宣言はないが、伝統的に実定法上の権利として存在し、保障されているものを再確認する、いわば実質的な人権保障の制度的基盤をなしているものが、いわゆる『法の支配』というイギリス的原理にほかならない』(伊藤正己『英米法における基本的人権の本質』比較法五号二頁)。
- (7) 児玉誠『イギリス憲法の研究』八三頁。
- (8) 憲法制定当初は、統治機構に関する条項のみで人権宣言規定を設けなかった。その理由は「権利章典を設けることは、不必要であるばかりか、一定の権利を列挙して保障すると、他の権利はすべて排除されているという意味をもつので危険でもある、と考えたからである」(芦部前掲(6)六頁)とされて設けなかったが、必要性を認めて、修正条項として八カ条の人権保障規定を設けている。このような経過から、「本憲法中に特定の権利を列挙した事実をもって、人民の保有する他の諸権利を否定し又は軽視したものと解釈することはできない」(九条)、さらに「本憲法によって合衆国に委任されず、また各州に対して禁止されなかった権限は、各州それぞれに又は人民に保留される」(一〇条)の二ヶ条を加えて権利章典(一七九一年)として制定している。
- (9) 佐藤幸治編『憲法Ⅱ―基本的人権』一九頁。

- (10) 小谷前掲(4)五五頁。
- (11) その歴史と論争を分析評価した労作として、松井茂記『司法審査と民主主義』。
- (12) 例えば、修正一三条―一五条の黒人解放と人種差別の禁止や平等な投票権(一五条、一九条、二六条)の保障規定等がある。
- (13) 辻村みよ子「ブルジョア革命と憲法」杉原泰雄編『市民憲法史―講座・憲法学の基礎』三四頁参照。
- (14) 樋口陽一『比較憲法』五三頁。しかし次の問題を併存していたことも忘れてはなるまい。すなわち「人権宣言の文言に反して、権利の主体から排除され差別された少数者たち(ユダヤ人、有色自由人、奴隸、僕婢たち)は、革命以後の法制のなかで、部分的ないし一時的にその権利の享受を認められ、概ね一九世紀中葉には、少なくとも法制上は、権利の平等化が確立されることになった。しかし、彼等と同様に少数者(minorities)として扱われながら、実際には決して少数者ではなかった女性の権利については、一七八九年人権宣言の直後から世界最初の『女権宣言』などによって要求され続けたにも拘わらず、その実現には革命後一五〇年という長い年月を必要とした。」(辻村みよ子『人権の普遍性と歴史性』一一一頁)。
- (15) この動向を分析した労作として、辻村みよ子『フランス革命と憲法原理』があるが、特に「いわゆる『社会権』の概念はフランス革命期には未だ認められていないが、一七九三年宣言のなかにその萌芽を認めることができると解するのが一般的である。一七九三年宣言は、公的救済を社会の神聖な義務として宣言したにとどまらず、『社会は、不幸な市民に対して労働を確保することにより、または労働しえない者に生活手段を保障することにより、その生存について責務をおう』(第二一条)と表明したからである。」(同書二八六頁)は注目されよう。
- (16) 芦部前掲(6)八頁。
- (17) 次の指摘はそれを語ってしよう。すなわち「基本権 Objektive Rechtsnormen 論とは、すべての法は国家の主権によって国家から発するものであり、そのため、国家によって発布された法秩序を変更したり置き換えたりするのは国家の自由であるとの立場にたち、実定された基本権を、国家の法が行政官庁に特定の課題を指示するかその職権に制

限をくわえ、その反射として個人の自由が成立したにすぎないもの、換言すれば基本権とは、行政庁または個人にたいする国家の指示の *negative* にすぎず、したがって個人にのみ実現をもとめるような権利が当然とみとめられるような性質のものではない」(小島和司「欧州大陸における基本権の保障——ドイツを中心として比較法史的に——」比較法五号二九頁)。

(18) 奥平康弘「ドイツの『基本権』」東大社研編『基本的人権——3——歴史II』一五六頁以下参照。中川義明『ドイツ公権理論の展開と課題』四一頁以下参照。

(19) 次の指摘は的を射ていよう。すなわち「法実証主義のもとでは、法をあたえられたものとしてうけとり、その形式面の考察のみに終始する。法実証主義がもつとも非難されるのはこの態度であった。なぜなら、これに応じて法的目的、法の本質、法の内容に関する考察はいちおう拾象される。ことばをかえていえば、法を成立させ、法を動かし、法を実質的な不法に転化させる諸契機は別問題とされる。法実証主義は不当な権力に、不当な法に無力だから、と。この態度が法実証主義にとつとも特徴的であり、もつとも基本的な問題をなげかけていることはたしかである」

(矢崎三圈「法実証主義」尾高朝雄他編『法哲学講座第四卷』二四七頁)。

(20) 奥平前掲(18)一八〇頁。

(21) 藤田勇「ロシア革命と基本的人権」東大社研編前掲(18)三〇七頁。

(22) 小林孝輔『ドイツ憲法史』一六九頁以下参照。

三 我が国の人権思想史

人権の觀念が、我が国で萌芽したのは、幕末から明治維新にかけて、西洋人権思想が輸入されたのが一つの契機で

あることは一般的に語られているところである。しかし、封建性社会が固定化されたなかで、人権という言葉は使用されなかったが、人間や社会の在り方として、同一の内容をなす思想が、一部であるが点在したことは注目されよう。⁽¹⁾

本格的な人権思想の広がりには、いわゆる明治維新以後であることには異論のないところである。しかし、長期的な封建性体制のもと、とりわけ儒教的生き方を模範とした国民にとつては、人権の前提である、個人主義や自然権思想の受容は、模倣的かつスローガンので、その定着が容易でなかったことも、歴史の実像といえよう。また、明治維新そのものが、外圧に対する国権伸張を目的として、中央集権制の確立を要請されていたので、それを素直に受け入れる社会的土壌にも欠けていたといえよう。例えば政体は、西欧思想を導入する方針のもと、「五箇条の御誓文」によって公議輿論思想をとり入り、また「政体書」によって、いわゆる三権分立制度を採用することが示されたが、現実には、政府自体の実権が、藩閥専制の色が濃いところから、前者の公議尊重が生かされず、後者にいたっては、単なる形式上の権力組織の区別に終っている。このことは、西欧思想の立憲主義が目的とする、人権確立のための、民主的統治の理解に乏しかったとともに、国権伸張という時代的要請による限界性を示すものと解することができよう。しかしながら、これ等を含めた、⁽²⁾西欧政体思想の理念導入は、他方で、いわば、近代的国家建設の思想的啓蒙の刺激的意味に結びついていったことは、見逃すことはできない。

政府の立憲政治採用が、統治組織に重点が置かれて、人権の保障については制度化されなかったが、学問上の主張として、欧米に留学した人達によって明治初年頃より言及されていることは注目されよう。例えば、福沢諭吉は、四

民平等や一身上の自由と独立尊重を中心として、天賦人權を説いているのは一例といえよう。しかし、西欧の自然法学者が説く、自由、平等、人權などの言葉をそれなりに識者の心を動かして主張されてはいるが、この言葉の法的概念の前提としての論理、すなわち契約説の一環として語られたのではなく、いわば部分的紹介という限界性をもっていた^③。また、これ等の人權思想は、国家伸張とともに容認発展してきた、天皇支配体制の國權思想と相容れないものとして、一部で変質していき^④、さらに政府によって排斥されることになったことは注目されよう。

一方、天賦人權説に依拠して、政治運動として、自由民権運動が展開されたことは見逃すことはできない。この運動は、文字通りに自由権の確立の要求で、その手段として民権、すなわち参政権を獲得して国会を開設しようとした運動である。その中心者である、板垣退助等は、明治六年に「愛国公党」という政党を結成するとともに、翌年に「民権院設立の書白書」を政府に提出する。この要請に対して、「国会開設の勅諭」(明治一四年)が出されるまでの間、この運動のもっとも高まった時期といえよう。この動きに対応して政府も、「立憲正体の詔書」(明治八年)を宣言し、「日本國憲按」(同一一年)、「國憲」(同一三年)が起草されるが、しかし、その内容が「君民共治」の原則に立っていると、わが国の國体と整合性に欠けるとして、草案のまま終る^⑥。

これ等政府の、起草案が挫折する前後に、自由民権運動の中心者等によって「私擬憲法」が発表され、しかも政府の草案が保守的で、いわゆる「欽定憲法」的色彩が強いのに対して、その多くは「民約憲法」で人權の確立を強調しているのは画期的といえよう。特に、人權について、「民権」と題して、三十箇条を設けている、立志社の「日本國憲法見込案」^⑦等があるが、とりわけ植木枝盛の「日本國憲法」と「日本國憲案」は、「人權の保障を憲法の眼目とし

て、極めて徹底した趣旨の規定を設けている⁽⁸⁾と高い評価を受けているところである。

すなわち、「日本国憲法」では、「日本人民が日本国ヲ立ツルハ法度ヲ作りテ各其自由権ヲ保全センガ為メトスル」とし、さらに「日本ノ国家ハ日本人民ノ自由権ヲ保護シ其財産ヲ保護スルヲ主トスベシ」としている。この二ヶ条は、立憲主義が人権確保にあることを、端的に示したものと見えよう。また、第三章の「国家ノ権限」について、「日本ノ国家ハ日本各人ノ自由権利ヲ殺滅スル規則ヲ作りテ之ヲ行フヲ得ズ」という規定を設けている。すなわち、立法によつても、憲法上の人権は制限できないということであり、いわば自覚的な人権意識の水準の高さを示しているといえよう。勿論ここでいう自由も無制約でなく、内存的制約があること、すなわち「日本国憲法案」では「日本人民ノ自由権ハ総テ各人相互同等ノ自由権ヲ犯サザルニ止マル」(二四条)としている。そして、憲法上の人権を担保するものとして、抵抗権と革命権を設定していることは重要といえよう⁽⁹⁾。

これ等の動きのなかで、人権確立の第一歩が進められたが、前述したように「人権」に対する啓蒙識者等の受けとめ方の不統一性、そして民権論と国権論が混在化するなかで、前者の要求が後者の拡張のため、「国民統合の手段として位置づけられ、民権論はもっぱら国家的要請にこたえうる自主自治の精神論⁽¹⁰⁾」化されて、いわば民権が国権に埋没する傾向があつたこと、さらに、「権利張れよや自由を伸べよ民撰議院を早く立て」と民権運動で歌われたように、当初の「人権」が「民権」に表現が変化して、一種の政府に対抗する「人民」という集団全体の権利としての「民権」に変質して、専ら専制政府打倒の参政権を中心とした「政権」に重点が置かれるようになったこと⁽¹¹⁾、等から、人権思想の社会的定着は必ずしも前進しなかつた。とりわけ、政府との力関係によって伸張される「民権」という、いわば

一種の集团的實力傾向は、政府の弾圧とともに、「他方では明治憲法によって、制限された形であるにせよ参政権の實現をはかったとき、實力説的指向をもち、しかも『政權偏重』の傾向をもつていた『自由民権』運動の思想的影響が急速に減退したことはけつして偶然ではない¹²⁾」と総括することができよう。

一方政府は、民権思想の排斥とともに、国会開設の時期が確定した以上、従来の絶対主義的な専制支配体制を維持するために、立憲制を導入することに転換する。この起草の重大を受けた伊藤博文等は、ヨーロッパに派遣され、ドイツ系の憲法を学ぶ。自由民権論者は「英米仏の自由過激論者の著述のみを金科玉条のごとく誤信し殆んど國家を傾ける」と認識した伊藤等は、そこに「帝室ノ威權ヲ損セス帝權ヲ熾盛ナラシムルヲ得ル」、いわゆる「大權不墜の大眼目」に合致したプロシア憲法を知るに至つて、帰国後、それを模範に秘密理に明治憲法草案が起草され、二二年に欽定憲法として公布されたことは周知の通りである。

同憲法上論の第三段に、「朕ハ我カ臣民ノ權利及財産ノ安全ヲ貴重シ及之ヲ保障シ此ノ憲法及法律ノ範圍内ニ於テ其ノ享有ヲ完全ナラシムヘキコトヲ宣言ス」と謳つて、臣民の權利を本文第二章で保障しようとしている。しかし、ここに列挙された諸權利は、自然法に基づく、「天賦人權説」に裏づけられたものでなく、主權者（二条）天皇の「親愛なる臣民」に恩惠的に与えられたという、いわば「国賦人權説」に基づくものであつた¹⁴⁾。上論の「法律ノ範圍内ニ於テ」は、本文条項にも規定され、各權利は、いわゆる「法律の留保」つきの性格を持っていたので、法律によって、個人の自由の伸縮自存ができる、外観的人權であつたことは、治安維持法の制定・運用が示すように、その後の憲法史が証明するところである¹⁵⁾。すなわち、ここでの權利宣言は、前述したプロシア憲法と同様に「行政權に対する保障

であり、立法権を拘束するものではない」という性格のものであったといえよう。

そして「法律の留保」も、独立命令の存在、すなわち「天皇ハ……公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ必要ナル命令ヲ発シ又ハ発セシム但シ命令ヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ得ス」（九条）によって、さらに滅殺形骸化する要因を内包していた。人権規定のなかで、法律の留保のない「宗教の自由」が、命令で制限された等は代表的一例といえよう。また、憲法上の権利は、非常事態時には、広く制限、排除される道を開いたことも見逃すことはできない（緊急勅命（八条）や非常大権（三二条））。さらに権利を担保する、救済手続や違憲審査制度も憲法上で規定がなく、権利保障の空洞化をまねいたといえよう。いずれにしろ、明治憲法は、形式的には西洋法を継受しているが、その内容は、日本固有の伝統的観念である天皇制を支柱とした、「外観的権利宣言」ということができよう。

この憲法の権利の理解について大正期に入ると、従来の立法事項説のいう法律の反射性に加えて、自由権を権利として把握する「権利説」が有力になった¹⁶が、憲法公布の翌年に示された「教育勅語」（明治三三年）の教育で浸透、固定化した神権的国体観、さらには昭和に入って内外の厳しい情況のもとに、その観念が次第に強化されて軍国主義的ファシズム体制が展開されて、人権史にピリオドが打たれた（例えば、国家総動員法）ことは、記憶に新しいところである。

第二次大戦後の、「ポツダム宣言」の受諾によって、我が国の人権史は、新たな歩みを開始したといえよう。すなわち同宣言では「言論・宗教及思想の自由並に基本的人権の尊重は、確立せらるべし」（二〇条）と謳って、これまでの外見的人権の打破を要請し、その法制化が現行憲法の第三章人権規定として結実する。すなわち現行憲法では、「すべ

て国民は個人として尊重される」(二三条)という、いわば「個人尊重主義」を法的シンボルと位置づけて、「人権の宣言」が示されたことは周知の通りである。そして、そこに示された「人権」は、自然法に裏づけられた人権であるところから、法律の留保のない権利であり、しかも、具体的には古典的人権に加えて、社会権の人権や参政権等、二〇世紀の憲法にふさわしい人権が保障されているところである。そして、人権の実質的保障を担保する、違憲審査制(八一条)が設けられるとともに、憲法自体が「この憲法は、国の最高法規」(九八条)であることを宣言して、いわゆる「法の支配」を確認している。

(1) 親鸞、道元、日蓮、さらには安藤昌益等の信仰思想や社会思想に「人権の精神が日本の歴史にも潜在的に内部に含まれていたことを物語り、西洋諸国のみならず特有といえない、普通人類的性格を有することを証明するに足りよう。」と解説している(家永三郎『歴史のなかの憲法上』四―一二頁)は注目される。

(2) 福島正夫編『日本近代法体制の形成』(上巻)一四頁。

(3) 例えば福沢諭吉は「政府は法令を設け悪人を制し善人を保護す是即ち政府の商売なりこの商売を為すには莫大の費なれども政府には米もなく金もなきゆへ百姓町人より年貢運上を出して政府の勝手方を賄はんと双方一致の上相談を取極めたり是即ち政府と人民との約束なり」(福沢諭吉全集第三巻 一三頁)として、一種の統治契約が見られるが、その前提として、自然法学者が説く、自然状態やそれを克服する社会契約説が示されていない。

(4) 明治初期に人権論を説き、後に「人権新説」(明治一五年)を著わして、前説の誤りを認めた「加藤弘之」の転向は、よく語られるところであるが、その理由が、政府からの圧力が思想的変化をもたらした一つの要因であったとされる(松岡八郎「加藤弘之の転向と天賦人権論争」『近代日本の政治と法の理論』一六七頁以下参照)。

(5) 天賦人權の確立を目的とした政党にもかかわらず、他方で「君主人民の間融然一体ならしめ、其の禍福緩急を分ち、以て我日本帝國を維持し昌盛ならしむる」(愛国公党本誓)を示して、いわゆる國權伸張論と強力國家論を示していることは注目されよう。

(6) 小林昭三『明治憲法史論・序説』九八頁以下参照。

(7) 君民共治説が多いなかで、この案では「國帝ハ他國ニ輻籍寄留スル事ニ由テ其ノ位ヲ失フ」(第八二条)「國帝ハ叛逆罪に因テ其位ヲ失ス」(第八三条)と規定して、君主を法の下に従属させていることは注目されよう。

(8) 家永三郎・松永昌三・江村栄一編『明治前期の憲法構想』二七頁。二二六頁以下参照。

(9) すなわち「日本國憲案」では、「政府官吏压制ヲ為ストキハ日本人民ハ之ヲ排斥スルヲ得。政府威力ヲ以テ擅恣暴虐ヲ逞スルトキハ日本人ハ兵器ヲ以テ之ニ抗スルコトヲ得」(七一条)と規定し、さらに「政府恣ニ國憲ニ背キ擅ニ人民ノ自由權利ヲ殘害シ建國ノ旨趣ヲ妨グルトキハ日本人民ハ之ヲ覆滅シテ新政府ヲ建設スルコトヲ得」(七二条)と明記している。他方、皇帝制や「皇帝ハ國政ヲ施行スル為メニ必要ナル命令ヲ発スルヲ得」(八六条)と、いわゆる獨立命令權制度を設けているのも注目される。

(10) 大石嘉一郎「自由民權運動の『基本的人權』論とその基盤」東大社研編『基本的人權—2—歴史1—』九七頁。

(11) 次の指摘はそれを示しているよう。すなわち「民權を『個人』の人權の基礎の上に原理的に捉えることが弱く、『人民』の公權として集団的、實在的に捉えていた……そこには個人としての私權は、集団としての人民の公權の獲得のために犠牲にされても仕方がないという既成觀念があつた。つまり、よくいう『志士仁人は身を殺して仁を為す』という志士仁人型の意識である。多くの自由民權家はこのかたちを美しいものと感じ、この既成觀念を克服することを怠つた」(色川大吉『自由民權』二二八頁)。

(12) 石田勝「日本における法的思考の發展と基本的人權」東大社研編前掲(10)二〇頁。

(13) 歴史科学協議会編『史料日本近現代史1』一四二頁参照。

(14) 例えば、有力公法学者の穂積八束は、「臣民ノ國ニ從屬シテ其ノ權力ニ服從スルハ絶対ナリ、無限ナリ」(『憲法提要』

一九四頁)とした上で、自由権は前国家的な天賦人権ではなく、「法律以上ニ自由権ナシ、法律以外ニ自由権ナシ、自由権ハ即チ法律ノ下ニ存立スルモノナリ」(同上書二二頁)と解説している。

(15) 奥平康弘「明治憲法における自由権法制―その若干の考察―」東大社研編前掲(10)七六頁では、法律とその運用を次のように整理しているのは妥当であろう。すなわち「国安」Ⅱ『安寧秩序』概念は、個別具体的な権利のためとしての市民的な秩序とは異なつて、内容上無限定であり、したがつて当該社会の特定階級の特殊利益をもつて、内容を充足することができるし、なによりも、特定階級の『秩序』観Ⅱイデオロギーが、それ自体無媒介に『安寧秩序』でありうる。この間において重要な役割を果たしたものが、天皇イデオロギーであることはいうまでもない」。

(16) 佐藤幸治『憲法(新版)』三五六頁。

四 人権の現代的問題状況

現行憲法が施行されて、約半世紀が経過した。憲法が規定した、自由と平等等の人権規定も市民生活に浸透し、人権的感觉も少しずつではあるが、高揚、定着したという評価がなされている。経済、社会の発展のなかで、列挙されている「人権」でカバーできない事態に対応して、「新しい人権」の創造活動は、その証しとも思われる。一方、国際的には、現行憲法と同様の「人権」を憲法上で採用する国が増加しているが、途上国に見られるように必ずしも、人権の普遍化がなされているとはいえない。ここでは、国内問題として伝統的人権体系を再構築しようとする「新しい人権」の動向と、国際的な人権の現状を追つて見たい。

新しい人権が主張されるようになったのは、一九六〇年代以降といえよう。すなわち、高度経済成長を支えたテクノロジーの発展は、物質的繁栄と生活上の利便性を高めて、生活レベルの向上化が図られた。しかし、反面人間らしい生活の根底からゆり動かす、暗い状況も同時に出現させた。産業公害の発生による環境悪化や情報の進行のなかでの、私的情報の商品、管理化問題、さらには核開発による、それからの脅威等が、その例といえよう。そして、これ等の状況を打開する、いわば「人間的疎外の進行の逆説的表現」^①として、伝統的人権解釈を克服するために新しい人権の提唱がなされたことは、周知の通りである。

今日までに、提起された新しい人権としては、プライバシー権、自己決定権、知る権利、アクセス権、学習権、平和的生存権、環境権などであり、さらに環境権の一種として、日照権、眺望権、静穏権、入浜権、嫌煙権等が主張されている。これ等の権利は、いずれも憲法典の文言上のカタログには存在しない権利であるが、一部の判例、学説上では承認されて、一定の市民権をもって語られているところである。

すなわち、これ等の新しい人権は、憲法上の人権として、「法的権利性」が明確で特定化できること、さらに権利として実現可能性があること等の法的理論の深化がはかられたところである。換言すれば、語られている人権が、「人権」として、人間に無条件かつ普遍的に具備しているかどうか等の検討^④である。それ等の検討の結果、確固たる定説には至っていないが、主観的判断による人権創設のインフレを回避する客観的基準として、芦部教授が示す「①長期間国民生活において基本的なものと考えられてきたという歴史的な正当性に裏づけられ、②多数の国民がしばしば行使し若しくは行使できるといふ普遍性を有し、③他人の基本権を侵害する恐れがない（若しくはきわめて少ない）」という

公共性のあるもの」という見解、が有力といえよう。

それと同時に、その権利が憲法上のいずれかの条文によって、法的根拠が示されているかの、模索がなされている。とりわけ、検討、模索のなかで、憲法上列举されている個別的人権の空き間を補充すると解されている、憲法一三条の「個人の尊厳と幸福追求権」を、いわば包括的人権と認識して、法的権利性を樹立しようとするのが、一つの動きというよう。いずれにしろ、新しい人権が、人間の希求する、幸福な生涯を支える人格的尊厳性に、いわば個別のかつ独自の存在として、基本的に不可欠だという限定で語られていることは、注目されよう。

一方、国際社会に目を転ずると、人権の普遍化は、容易に前進していない、厳しい状況が、余りにも多い。

国際化の歴史を根拠すると、二〇世紀前半は、戦争の半世紀と呼ばれているように、国際的な人権思想の伸展には限界性があった。しかし、第二次大戦を契機として、国家間が緊密化し、しかも国際連合を核とした国際的活動が、人権の国際化を前進させたといえよう。すなわち、第二次大戦中、連合国の目的は、ファシズム・ナチズム等を解体して個人の自由を解放することを掲げたことは、周知の通りである。その中心者であった、ルーズベルト（アメリカ大統領）が、念頭教書（一九四一年）で四つの自由（言論と表現の自由、信教の自由、欠乏からの自由、恐怖からの自由）を示したのが、その証といえる。その理念は、連合国宣言（一九四二年）で確認されただけでなく、国際的文書として、国際連合憲章（一九四五年）、世界人権宣言（一九四八年）として結実する。いわゆる国連憲章は、言うまでもなく、国家主権と内政不干渉の原則を維持しながら、他方、基本的人権と人間の尊厳性を確認（前文）し、国際連合の最終的目的の一つは、「人権、性、言語又は宗教による差別をなくし、すべての者のために人権及び基本的自由

を尊重するように助長奨励することについて、国際協力を達成すること」（一条三項）にあることを、高々と嘔っている。そして加盟国は、この目的達成に協力することを誓約（五六条）し、若しも、加盟国の人権侵害行為が、他国との友好関係を害する恐れがある場合には、総会は勧告を行うことができる（一四条）と規定した。また、経済社会理事会の補助機関として、「人権の伸長に関する委員会」が設置（六八条）され、そこで具体的検討が集積されて、その後、加盟国に法的拘束力を有しない「国際人権宣言」と、国際的な人権確立のために、加盟国に法的義務を課す「国際人権規約」に分類されて、いずれも国連総会で採択（一九四八年）される。

前者は、「世界人権宣言」という名称で採択されたが、一条で「すべて人間は、生まれながらにして自由であり、尊厳と権利において平等である。人間は、理性と良心とを授けられており、同胞の精神をもって互に行動しなければならない」としていわば天賦の権利を宣明した上で、平等権、自由権、参政権、社会権等、三〇ヶ条にわたって規定し、これ等は「すべての人民とすべての国とが達成すべき共通の基準（前文）」として布告している。この宣言は、性格上、周知のように国際法上の条約でなく、従って、各国に対して法拘束力のないものである。しかしながら、各国は将来的には、その理念を実証化するための立法する責務が課せられていることは、人権促進のシンボルの役割を果たしているといえよう。

これに対して後者、すなわち「国際人権規約」は、加盟国を法的に拘束する、いわば前者の条約版といえるが、その内容は、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」（社会権的権利の『A規約』）と「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（古典的権利と参政権の『B規約』）、さらに「B規約」の「選択議定書」から構成されている。

本規約の分類については、人権を異なったカテゴリのなかで分けることは、その性格上本来的でなく、一括した規約にすぎたという意見もあったが、歴史的に前者の権利は、国家が、その実現化のために積極的行動が要請されるという側面があるのに対して、後者は国家からの自由という、いわば国家の違法、不当な行動に対抗する性格を有するが故に、別個の規約にすることが望ましいという意向で分類されたという経過がある。⁽⁷⁾

A・B両規約は、本文において、すべての人民に「自決の権利」(第一部一条)があることを確認した上で、締約国の人権実現の義務(二条)を課しているばかりか、その人権は男女ともに同権に享有する(三条)こと、さらには、人権の破壊または不当な制限を禁止(五条)している。また、両規約ともに締約国の実施権措置に関する報告義務(四条)を課し、「B規約」では「人権委員会」を設けて、締約国による申告と個人からの通報を受けつけるものとしている。⁽⁸⁾

我が国も、国際社会の一員として、「人権規約」を批准(一九七九年)したが、周知のように、現行憲法で「B規約」の権利は保障されているので、国内法上で実現している。しかし、「A規約」の定める権利保障については、必ずしも充分ではなく、漸進的にその整合化のための立法化が要請されよう。⁽⁹⁾とりわけ「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」を批准(一九八五年)して、性差別の解消が一步前進したことは注目されよう。⁽¹⁰⁾

いずれにしろ、人権の国際化の歴史を、一言で概観すると、国際連合を核として進められた、人権の宣言化と、その規約化による伸長、深化への展開といえよう。しかしながら、世界人権宣言六条が、「すべての人は、この宣言に掲げる権利及び自由が完全に実現される社会的及び国際的秩序に対する権利を有する」と規定して、いわば権利の現実的享有が、国内外の社会構造と深く関わっているところから、国際社会の現実を目を転ずると、高く険しい国境の壁

が、人権の普遍化をさえぎっていることも事実である。膨大な数の難民をはじめ、人種、宗教、文化等の相違から生ずる、人種、民族間の差別、さらには国内法の保護、享有を受けられない外国人の問題等が点在している。これまでも、人権の国際化のために、亡命権、避難権、民族自決権、さらには外国人の権利等が強調され、諸条約によつて人権実現の努力が重ねられてきたが、その前進も容易でなかったのも歴史の経過である。しかしながら、「普遍的な人格の保持者としての人間の権利の保護する法は、本来的に国境を shouldn't しない」¹²が故に、深く広く潜在化しながら浸透化していくともいえる。各国政府の人権確立の努力もさることながら、とりわけ最近、人権思想の浸透化こそ共有時代の良心的在り方として、国家の行動に關して、常に市民の立場から監視の目を光らせて活動する政府以外の団体・個人などの国境を越えた人権保護のいわゆる「トランスナショナル」な關係による、活躍も見逃すことはできない。¹³それとともに、近年の人権確立の内容が、伝統的な人権概念に加えて、発展途上国を視野に入れた、いわゆる第三世代の人権が説かれ、いわば個人の人権と密接に關わる、社会的集団としての人権が語られていることは注目されよう。¹⁴かつての国際關係が、軍事力を背景にして語られた時代から、人権が、一種の外交上の新たな手法として登場する時代¹⁵に入り、さらなる人権の普遍化が深化するものと考えられるので、その推移をみまもりたい。

- (1) 小林直樹「新しい基本権の展開」ジュリスト六〇六号二七頁。この人権を解説したものととして、野中俊彦「新しい人権」杉原泰雄編『講座・憲法学の基礎—2—』一九五頁以下。小林直樹『現代基本権の展開』
- (2) 上田勝美「『新しい人権』の憲法的考察」公法研究四〇号一〇頁以下で、その動向を解説している。

- (3) ただし最高裁判所が、判例上で正式に認めた人権は、プライバシーの権利ないし肖像権のみである。
- (4) 田中成明『現代法理論』二七頁以下参照。
- (5) 芦部信喜『演習憲法(新版)』五六―五七頁。
- (6) 竹中勲『新しい人権』の承認と要件』法学教室一〇三号三二頁以下参照。
- (7) 宮崎繁樹『国際人権規約の意義とその背景』国際人権規約翻訳編『国際人権規約先例集』五頁。
- (8) もっとも、一方加盟国が「人権侵害の事実の存否を客観的に確認するためには国内問題不介入の国際法上の原則を危す危険があると主張する場合、そもそもB規約及び選択議定書の成立はないものであり、世界人権宣言からも一歩も前進しないことになる」(野村敬造『国際人権規約と憲法』ジュリスト七八一号二〇頁)。
- (9) 例えば、A規約で、①七条(a)に規定されている「公の休日についての報酬」、②八条1(a)の「同盟罷業をする権利について」、③二二条2(b)および(c)に規定されている「特に無償教育の漸進的な導入により」等。動向を検討した論文として、小和田恒「条約法における留保と宣言に関する一考察」大沼保昭編『国際法、国際連合と日本』四七頁以下参照。
- (10) 例えば、国籍法の父系優先血統主義が父母両系主義に改正され、さらに、いわゆる男女雇用均等法も制定される。
- (11) 萩野芳夫「基本権・基本的人権」杉原泰雄編『講座・憲法学の基礎概念II』一七頁参照。
- (12) 斉藤恵彦『世界人権宣言と現代―新国際人道秩序の展望』一〇頁。
- (13) 江橋崇「国内的人権から国際的人権へ」ジュリスト九三三七号二〇頁以下で、「トランスナショナルな関係(民際交流、脱国家的関係、『国境を越えた』関係)」の活躍を評価している。
- (14) ここでいう「第三世代」の人権とは、「第二次大戦後顕著になった非植民地過程の中で、具体的にいうならば、植民地から独立して発展途上国が多数参加した『国際社会の構造変化を反映したもの』として、新しく主張されはじめた一群の人権」(田畑茂二郎『国際化時代の人権問題』一九四頁)で、具体的には、「発展の権利」「平和への権利」「環境権」「人類の共同財産に関する所有権」「情報伝達の権利」等である(岡田信弘「古典的人権から第三世代の人権へ」

ジュリスト九三七号二七頁以下参照。

(15) 江橋崇「人権外交の憲法理論」宮崎繁樹編『現代国際人権の課題』二二二頁以下参照。