

人権の概念：憲法・憲法学と「人権」

南野， 森

<https://hdl.handle.net/2324/7432838>

出版情報：pp.120-134, 2013-07. 日本評論社

バージョン：

権利関係：The pdf file cannot be copied and printed due to the publisher's policy.



第10章

人権の概念

——憲法・憲法学と「人権」

南野 森

1 日本社会と人権

人権とは、人が人であるがゆえに当然にもつ権利のことを言う。人でありさえすればすべての人に認められるべき権利であるから、国籍にも、人種にも、性別にも、信仰にも、学歴にも、貧富にも関係がない。すべての人が等しくもつ権利、それが人権である。読者はこれまで、そう教わってきたはずである。では、我々の日本社会において、はたしてそのような人権は保障されていると言えるであろうか。

読者の多くにはおそらく想像することすら難しいだろうが、今からほんの20数年前、この日本社会は一種独特の雰囲気にも包まれていた。87歳という高齢であった昭和天皇の病状が、1988年秋以降深刻化していたのである。そして彼は翌1989年1月7日に亡くなり、元号は昭和から平成へと変わる。その頃、天皇が重篤な病に伏しているのだから、コンサートやスポーツ大会、お祭りなどは不謹慎であり、ゆえに主催者の「自主的な判断」で開催をとりやめるということが相次いだ。これが当時の日本社会を覆った「自粛」現象（→第7章2、岩波・終焉も参照）である。ある新型車のテレビCMで、颯爽と運転席の窓を開けた有名歌手が「お元気ですか?」と呼びかけるものも、不謹慎との声があったとかで放送とりやめとなった。本章筆者の知人で茶道をたしなむ数名の婦人が、新年の「初釜」なる行事に出席するためあでやかな和服を着て京都駅で待ち合わせをしていたところ、見知らぬ初老の男性に、こんな時に晴れ着とは不謹慎ではないかと詰め寄られ肝を冷やしたということもあった。

そしてその頃、とりわけ平成になってから、1つの重大な問題が論じら

れることになった。昭和天皇その人の「戦争責任」である。歴史学者を中心に、戦後さまざまに論じられてきた問題ではあったが、それが昭和天皇の死去に際し、あらためて多くの媒体で取り上げられるようになったのである。そのようななかで、市議会において昭和天皇には戦争責任があると思うと答弁した長崎市長が右翼に銃撃されたり、同じく戦争責任があると言い、また大嘗祭の行い方について憂慮の声明を出すなどしていた歴史学者の自宅に何者かにより銃弾が撃ち込まれるなど、いくつかの言論に対するショッキングなテロが生じるに至った¹⁾。

天皇機関説を主張した美濃部達吉(1873-1948)が銃撃されたのは1936年のことであるが、そのような不愉快な現象は、歴史の教科書上の出来事にとどまらず、それから半世紀以上が過ぎた日本社会にも、厳然と存在していたのである。くりかえすが、今からほんの20数年前の話である。

それだけではない。男女差別はもともと古今東西深刻であったが、今日の日本社会でもいまだ解消されたと言うにはほど遠い。欧米のような黒人やユダヤ人に対する差別はないかもしれないが、在日朝鮮・韓国人差別は根強くあるであろう。日本国籍をもっている、部落差別はどうか。最近しばしば言われるようになった「格差社会」という表現は、金持ちと貧乏人、都会と田舎がまるで平等でないことをあらためて我々に突きつける。

1) 長崎市の本島等市長の答弁は1988年12月7日であった。その後右翼団体等による抗議・街宣活動が続くが、答弁から1年が経過し、警察による身辺警護を解除した直後の1990年1月18日、市長は市庁舎前で銃撃された。また1990年秋に予定されていた天皇即位関係の行事のうち、神道の秘儀とされる大嘗祭の実施の仕方をめぐり、キリスト教大学の学長として憂慮の声明を出し、「ひろく自由な検討を訴え」ていた弓削達フェリス女学院大学学長宅に銃弾が撃ち込まれたのは1990年4月22日のことであった。

ちょうどその頃大学に入学した筆者は、1990年2月～3月の春休みに、共産党独裁政権崩壊直後のルーマニアや「東ドイツ」などの東欧を含む欧州を一周した。帰国後、筆者は、1人の凡庸な大学生にも「自由とはなにか」を考えさせずにはおかないこの時期のこれら多様な内外の事象を、憲法の観点から取り上げて分かりやすく論じる1冊の岩波ブックレットに偶然出会い、感動する。そしてその著者が、自分がこれまで余り熱心に参加していなかった憲法の講義の担当教員であることを知り、もう一度感動する(そしてその後の受講態度を改めた)。このブックレットは、現在では残念ながら入手困難であるが、図書館等で是非とも読んで欲しいものとして強く推薦しておきたい。樋口陽一『ほんとうの自由社会とは——憲法にてらして』(岩波ブックレット、1990年)である。

フリーターやニートと言われる人々が俄然増えているが、彼らにははたして勤労の権利が保障されているのであろうか。ワーキングプアと言われる問題も同様であるし、「健康で文化的な最低限度の生活」すら営めない人々は、河川敷や公園や駅構内、そしてネットカフェにあふれている。かろうじて住宅に入居している人のなかにも、そのような生活を営めない人が大勢いるし、信じがたいことに餓死する人さえこの日本社会には存在する。幸福追求の権利があると言っても、およそ何が幸福であるかは人それぞれである以上、なぜ丸刈りにしなければならないのか、なぜピアスや茶髪や入れ墨はダメなのか、なぜ単身赴任や転勤を強いられるのかといった疑問に対する回答は容易に得られそうにない。日本で働き税金も納めているのに国籍がないという理由だけでなぜ選挙権もなく、また子どもが日本で生まれ日本の学校に通い日本語しか話せないにもかかわらずなぜ突如国外退去を命じられなければならないのか。いじめによる悲惨な自殺は、人権侵害の最たるものではないのか――。

要するに、この日本社会には人権の保障されていない不幸な事態があちこちに存在する。憲法は基本的人権の尊重を謳い、詳細な権利のカタログを定めているはずなのに、である。だとするといったい憲法は、憲法学は、そして憲法学者は何をやっているのか。読者はそう疑問に思わないであろうか。至極もつともなこのような疑問に、憲法学としてどのように回答すべきか。

本章では、いわば人権総論の総論として、複雑で錯綜した憲法学の議論に読者が絡め取られてしまわないように、簡単な交通整理を予め行っておくことを目指す。日本の憲法学においては、そもそも人権とは何か、そしてそれが憲法学とどのような関係にあるのか、といった「人権論」の前提にあるべきことがらについてすら完全な一致があるわけではない。そこで本章では、本章の筆者なりの見地になつて、人権という言葉・概念と、憲法・憲法学との関係について、簡単に述べておくこととする。これからさまざまな論文や教科書、さらには専門書を読み考えてゆくことになる読者は、人権なら人権という語を、それぞれの著者がいったいどのような意味で用いているかということに留意しながらそうしてほしいと思う。

2 「人権」という語

「人権」という日本語は、幕末から明治初期にかけて、日本が近代西洋社会と本格的に出逢った際に、*droits de l'homme*（仏語）、*human rights*（英語）といった西洋語の翻訳語として、我々の語彙に新たに加えられたものである。最初期には、現在民法学で「債権」と呼ばれるところのものを指して用いられていた例もあるが、その後、福澤諭吉（1835-1901）や加藤弘之（1836-1916）、津田真道（1829-1903）といった「明六社」のメンバーの著作等により、今日的意味における人権という語と思想とが徐々に定着するようになった²⁾。

人権という語がそれ以前の日本には存在していなかったことが示唆するように、19世紀末までの日本社会には、人が人であるがゆえに一定の権利をもつという思想は、少なくとも一般的には存在していなかった。たとえば明治3（1870）年、新政府は太政官に制度局を置き、そこで民法典編纂のための会議を開催したが、のちに明六社にも参加する箕作麟祥（1846-1897）が、フランス語の *droit(s) civil(s)* という、現在では「民法」とか、「民事上の権利」「私権」と翻訳される語を「民権」と訳したところ、「我邦においては、古来人民に権利があるなどということは夢にも見るものがなかった事であるから、この新熟語に接した会員らは、容易にこの新思想を理会しかね、『民に権があるとは何の事だ』という議論が直ちに起こり、「箕作博士は口を極めてこれを弁明せられたけれども、議論はますます沸騰して、容易に治まら」なかったという³⁾。ことほどさように、こ

2) 今日の意味での「人権」という語の最初期の使用例として、江戸幕府より派遣された留学先のライデン大学（オランダ）のフィッセリング教授（Simon Vissering, 1818-1888）の講義録を翻訳した『泰西国法論』（津田真道訳、1868年）にある、「衆庶同生彼此相対して互に其権あり、之を人権と云ふ」との説明（第1巻第3篇第16章。『明治文化全集第9巻／法律篇〔復刻版〕』（日本評論社、1992年）75頁）があげられることがある（たとえば『日本国語大辞典』）が、ここで津田は、「人権」を「物権」や「約束」（＝契約）、「詞訟法」（＝訴訟法）と並列して「民法の関渉する所」としている。他方、別の箇所で津田は、「法論の本意は人々をして其自律自主の権を保たしむるに在り。彼国に昔時一切の人権を奪ひて生ながら死人に同しする刑ありたれども今は廃したり。是法学の一層高きを加へし一証なり」と述べる（凡例（＝序文）、同書69頁）。むしろこちらの方が今日的意味における「人権」に近い意味での用例と言えるであろう。

の時期の日本では、エリートたちにとってさえ、人（民）に権利があるという発想は異質なものであった。

さて、明治政府はその後実に驚愕すべきスピードで日本の近代化を推し進めるが、上記の民法典編纂のための会議から20年近くが経とうとする明治21(1888)年、今度は憲法典の草案を審議していた枢密院の会議において、1つの有名な論争が生じた。その当事者は、一方が大日本帝国憲法の起草を担い、初代内閣総理大臣を辞して枢密院議長に就任したばかりの伊藤博文(1841-1909)、そして他方が伊藤内閣に続き黒田内閣でも文部大臣を務めていた、やはり明六社出身の森有礼(1847-1889)であった。帝国憲法は、その第二章のタイトルを「臣民権利義務」として、兵役や納税の義務のほか、「法律の留保」という重大な制約つきではあったものの、信教の自由や表現の自由等を列挙していたが、まず森が、そのような帝国憲法案が臣民の「権利」という言葉遣いをしていることにかみついたのである。彼は、「本章ノ臣民権利義務ヲ改メテ臣民ノ分際ト修正セン」と主張した。臣民に権利があるとは何事ぞ、という、先に見た民法編纂会議における「民権」に対する異論反論とよく似た発想であったかのように思えるであろう。そこですかさず、伊藤が反論した。伊藤によれば、そのような森の主張は「憲法学及国法学ニ退去ヲ命ジタルノ説ト云フベシ、抑憲法ヲ創設スルノ精神ハ、第一君権ヲ制限シ第二臣民ノ権利ヲ保護スルニアリ、故ニ若シ憲法ニ於テ臣民ノ権利ヲ列記セズ、只責任ノミヲ記載セバ憲法ヲ設クルノ必要ナシ」、と。憲法を制定するのは、君主の権限を制限し、そして人民の権利を保護することを目的とするのであって、にもかかわらず「権利」を「分際」に改めようという森の主張は、そもそも憲法の何たるかを理解せぬとんでもない主張である、というわけである。伊藤のこの反

3) 穂積陳重『法窓夜話』(岩波文庫、1980年〔初出1916年〕)214頁参照。同書は「雑学」に属する部分も含めて、法学徒が知っておいてまるで損のない「法律小話」に満ちている。なお、同書の著者は、梅謙次郎(1860-1910)、富井政章(1858-1935)とともに、現行民法典の起草者の1人であり、また、東京大学最初の憲法学教授であった穂積八束(「民法出デテ忠孝亡ブ」)の兄でもある。民法典起草トリオについては、たとえば、七戸克彦「現行民法典を創った人々3/起草委員：穂積陳重・富井政章・梅謙次郎」法セ655号(2009年)64-66頁を、また、箕作麟祥については、同「現行民法典を創った人々5/主査委員②：箕作麟祥・村田保」法セ657号(2009年)72-73頁を参照。

論は、近代立憲主義（→第1章）の正当な理解に基づいたものであったと言える。ところが、森の真意は民法編纂会議における「民権」反対派の主張とは似ても似つかぬものであった。伊藤に対する森の再反論では、次のように述べられていたのである。すなわち、「臣民ノ財産及言論ノ自由等ハ人民ノ天然所持スル所ノモノニシテ、法律ノ範囲内ニ於テ之ヲ保護シ又之ヲ制限スル所ノモノタリ、故ニ憲法ニ於テ是等ノ權利始テ生ジタルモノノ如ク唱フルコトハ不可ナルガ如シ」、と。つまり森は、人民には生来的に一定の権利自由があるのであり、まるでそれが憲法によって初めて与えられたかのように考えることは不適切であるとする、近代人権思想の考え方を正当に表明していたのである。20年足らずのうちに、権力の中枢にあった人々に、「近代立憲主義」の思想と「天賦人権」の思想とが、それぞれ正当に理解されるようになっていたことは、我々の先人たちの偉大さを示す一例として、記憶しておきたいものである⁴⁾。

ともあれ、まずは今日的な意味における「人権」という日本語が、せいぜい百数十年の歴史しかもたないものであるということを知っておいてほしい。そして日本の場合は、それが意味する思想もまた、それを表す語と同様の短い歴史しか有していないということが、重要である。

それでは、西洋においてはどうかであったのだろうか。実は、人権という語の西洋における原語の歴史もまた、それほど古いものではない。*human rights* という英語について言えば、それを最初に用いたのは、イギリス人でありながら市民革命期のアメリカやフランスを行き来し、1789年の大革命後のフランスでは市民権を与えられ憲法制定会議のメンバーにさえなったペイン（Thomas Paine, 1737-1809）であるとされる。彼の1791年の著作『人間の権利（*Rights of Man*）』では、1789年フランス人権宣言（『人および市民の権利の宣言』）が英訳して紹介されており、そこで、*droits de l'homme* の翻訳語として *human rights* という語が用いられたのであ

4) 1888年6月22日の枢密院における森と伊藤の論争については、樋口陽一『一語の辞典／人権』（三省堂、1996年）25-26頁を参照。また、森の議論に対する慎重かつ消極的な評価も含めて、より詳細には、大石 眞『日本憲法史〔第2版〕』（有斐閣、2005年）198-201頁を参照。森と伊藤の発言は、『枢密院会議議事録〔第1巻〕』（東京大学出版会、1984年）217-218頁に見える（一部表記を改めた）。

る⁵⁾。フランス語について言えば、その初出を1774年とする辞書⁶⁾もあり、やはり人権宣言から大きく遡ることはないようである。つまり、日本のエリートたちが今から百数十年前に輸入した人権の語は、その本家本元である西洋においても、その時点からさらに百数十年程度遡るものでしかなかったのである。

ところが、日本においては、人権という語がなかったことと人権という思想がなかったことが1枚のコインの表裏をなしていたと言えるのに対して、西洋においては、人権という語がさほど長い歴史をもつものではなかったとはいえ、人権の思想についてはそうとは言えないことに注意が必要である。それは、西洋政治思想史の遙かな流れのなかで、少なく見積もっても数世紀にわたって醸成されてきたものであったのである。

3 人権という思想

それが、自然権 (*droits naturels*, *natural rights*) という語で表現されてきた思想である。人が人であるがゆえに権利をもつという場合、それは国家とか憲法とか法律とかそういった人為的なものとは関係なしに、むしろそれらに先立つものとして存在する、という考え方が前提とされている。国家もなく、憲法も実定法もない、原始的な世界を「自然状態」と呼ぶことがあるが、そのような自然状態においてさえ、人は人であるがゆえに権利をもっている。つまり人は権利を、*natural* に（自然に、当然に）もっている、という意味で「自然権」と表現されたわけである。そのラテン語である *ius naturale* という語は、すでに14世紀半ばには用いられているという⁷⁾。

さて、人が生まれながらにして自然権をもっているとしても、なかには

5) 深田三徳『現代人権論——人権の普遍性と不可譲性』（弘文堂、1999年）3頁を参照。ただし、深田教授によれば、「17世紀半ばの平等派のオーバートンのパンフレットには、'naturall humane rights'の表現がある」そうで、さらに、「『人権』ということばは18世紀後半のイギリスの小市民的急進主義者たちの文献にもあるように思われる」とのことである。

6) Alain REY (sous la dir. de), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1998, p. 1140.

7) 深田・前掲注5)3頁参照。

悪い奴もいて、他人の自然権を侵害する者が現れる。その場合、自己の自然権を守るために、人は自ら侵害者に対して闘わざるをえない。中立的な、第三者的な、権威ある裁定者が存在しない自然状態では、放っておくと「万人の万人に対する闘争」(ホッブズ)に至ってしまう。そこで人々は、このような悲惨な状態から抜け出すために、全員で権威ある第三者(「リヴァイアサン」)を作りだすことを約束し、以後は自分の意思ではなくこの第三者の意思に従い、その判断に全員が従うことで平和を達成しようとした。これが、「社会契約」の物語である。もちろん、歴史的事実としてそのような契約が締結されたというわけではなく、社会契約論というのは、いわゆる啓蒙思想家たちが、気がつけば国家なり君主なりの権威に従って自分たちが生きているという事実を前にして、さてそのような国家なり君主なりの存在をいかにして正当化すべきかを考えたすえ、作り上げた1つの説明の仕方である。ホッブズ(Thomas Hobbes, 1588-1679)やロック(John Locke, 1632-1704)、あるいはその一世紀後に登場するルソー(Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778)などの著作を通して近代西洋社会に多大な影響を与えたものである⁸⁾。

そしてこのような、人の自然権を保障するために国家を作りだしたのだ、という考え方は、現にある国家の権力を正当化すると同時に、そのことの裏返しとして、国家権力の目的は人の自然権を保障することにある、つまり、国家が自然権を侵害することは許されない、という考え方を含むものであって、ゆえに、現にある国家の権力を制限する論拠ともなる(それを突き詰めた1つの典型が、ロックの「抵抗権」の理論である⁹⁾)。

8) ただし、それぞれの論者の社会契約論には固有の特徴があり、異なる部分も大いにあることには注意が必要である。その一例として、ホッブズは自然状態を「万人の万人による闘争」と描いた(たとえば『リヴァイアサン』第1部第13章)が、ルソーによればそれはすでに社会状態であって自然状態ではないということになる(たとえば『人間不平等起源論』本論)。

9) ロックの『統治二論(Two Treatises of Government)』が出版されたのは1690年であり、ちょうど200年後に大日本帝国憲法が施行されたことになる。その10年ほど前の自由民権運動が高揚した時期には、さまざまな立場からさまざまな憲法私案(私擬憲法)が発表されたが、そのなかで、1881年に植木枝盛(1857-1892)が発表した『東洋大日本国憲按』には、「政府恣(ほしいまま)ニ国憲ニ背キ擅(ほしいまま)ニ人民ノ自由權利ヲ残害シ建國ノ旨趣ヲ妨クルトキハ日本国民ハ之ヲ覆滅シテ新政府ヲ建設スルコトヲ得」(第72条)という、まさに抵抗権を認める条項が存在した。

ところが実際の国家なり君主なりは、自然権を保障することにその役割を自己限定しないばかりか、それを侵害さえしてしまう。そこでついに、国王による圧政に対して、新大陸ではアメリカがイギリスより独立し、旧大陸ではフランスで市民革命が勃発した。こうして18世紀末には、ヴァージニアの権利章典（1776年）、アメリカ独立宣言（同）、そしてフランス人権宣言（1789年）のように、人々の自然権を莊嚴に謳いあげる文書が制定されるようになったのである。ヴァージニア権利章典の1条は「すべて人は、生まれながらに等しく自由かつ独立であり、一定の生来の権利を有する」と言うし、アメリカ独立宣言は「我々は、次の事柄を自明の真理であると考え。すなわち、すべての人は平等に造られ、創造主によって一定の奪うことのできない権利を与えられており、その中には、生命、自由および幸福の追求が含まれていること、これらの権利を確固たるものとするために人々のあいだに政府が組織されること…」と言う。またフランス人権宣言の1条は「人は、自由かつ権利において平等なものとして生まれ、かつ、そうあり続ける」と、そして2条は「あらゆる政治的社会形成の目的は、人の時効によって消滅することのない自然権を保全することにある」とする。いずれも、社会契約や自然権の思想を表明したものであることは明らかであろう。18世紀末に相次いで、大西洋の両側で制定されたこれらの諸宣言が、まずは西洋世界に自然権に代わる人権という語と思想を普及せしめ、そしてそれがほぼ一世紀後に極東の日本まで届けられた、ということになる。

ここで注意しておきたいことは、これらの宣言が「宣言」であった、という事実の含意である。すなわち、人権宣言によって人に人権が与えられるのではなく、人が生まれながらにもっている権利を人権宣言が確認した、という発想である。つまり、人権宣言には、権利創設的な、そのような意味で法的な効果はもともとないと考えられていた、というわけである。百年後の日本における、森の伊藤に対する再反論を思い出してほしい。

以上のような米仏両国の市民革命は、いわば社会契約の物語を地で行くものであった。人に人権があることを確認し、それを確固たるものとするために、つまりそれを保障するために、人々が国家権力を *constitute* する。国家の行使すべき権力を定め、それを諸機関に配分し、それが濫用されて

人権を侵害しないように限界を定める。それが、*constitution*である。しかし、その際、人権規定を憲法典に置くことがよいのかどうかは微妙な問題である。先に述べたような人権思想からすれば、それを憲法典に置く必要はないし、置くことによってかえって自然権としての人権の性格が誤解され、あるいは規定されたもののみが人権であるという誤解が生じないとも限らない¹⁰⁾。とはいえ、そもそも社会契約論が市民革命を準備した過程を顧みればわかるように、自然権を保障するために作ったはずの国家権力が自然権を侵害してしまうおそれは十分にある。やはり網羅的とは言わずとも、一定の自然権等を憲法典に列挙して、国家権力の限界を明示するほうが良いとも言えるのではないか。このような両論の対立¹¹⁾を経て、アメリカは統治機構の定めのみからなる憲法典の発効から3年後の1791年に権利のカタログを修正条項として追加した¹²⁾し、フランスは1789年人権宣言をそのまま1791年憲法の冒頭におき、しかし憲法典本体とはひとまず違うものとしていわば祭り上げ、憲法典中には「自然のおよび市民的権利」という折衷的な定式でいくつかの権利を定める、という方法をとった。

10) たとえば、*The Federalist* (→本書第1章注13)を参照)の第84論文(ハミルトン執筆)は、憲法草案に権利章典が含まれていないことについての批判に対して、憲法典に権利のカタログを載せることは「不必要であるのみならず、かえって危険でさえある」とか、人権侵害のような「元来それをなす権限のない事項について、あらためて、それをしてはならないという必要がなぜあろうか」などと述べて、反論していた。参照、齋藤 眞＝武則忠見(訳)『ザ・フェデラリスト』(福村出版、1991年)418頁(岩波文庫版には第84論文の邦訳は収録されていない)。

11) 合衆国憲法制定過程における憲法賛成派(Federalists)と反対派(Anti-federalists, Republicans)の対立および妥協の経緯について、簡単には、田中英夫『英米法総論 上』(東京大学出版会、1980年)226-228頁を参照。

12) 修正10か条を起草しその成立に尽力したのは、ハミルトンの盟友であり憲法典への権利章典の記載にともに反対していたマディソンであった。ただし修正第9条は、「この憲法に一定の権利を列挙したことをもって、人民の保有する他の諸権利を否定しまたは軽視したものと解釈してはならない」と定めている。ちなみに、違憲審査制の歴史を学ぶと必ず登場する1803年の連邦最高裁判決 *Marbury v. Madison* 事件(→第1章、第14章)の被告となったのも、国務長官になったばかりの彼であった。

4 憲法という思想

こうして、人の権利を保障するために権力を構成し制限するものとして憲法典を定めるべきであるという近代立憲主義の思想が18世紀末以降西洋世界に広まっていく。そしてそこでは、「人一般」の自然権としての人権に加えて、「市民」の権利をも含んだ権利条項を置くことが1つの標準的なあり方となる。フランス人権宣言からちょうど100年後に制定された大日本帝国憲法も一応そうであったし、現在の日本国憲法もまたそうである。自然権としての人権は、人が人であるがゆえに当然にもつ権利であるから、それはその侵害主体が誰であれ、それに対抗して主張しうるものと観念される。ところが、いったんそのような自然権のうちのあるものが、憲法典上に定められるやいなや、それは、微妙に、しかし重大に、性質を変えざるをえないことになる。

我々の人権を侵害する悪い奴がまず第1に何者であるかは、社会により、時代により異なりうる。君主なり国家なりが一定程度おとなしくなり、むしろ社会における多数派や強者による少数派や弱者への人権侵害こそが深刻な問題であると考えられるようになれば、自由に対する深刻な脅威は国家権力よりはむしろ「社会による専制」「多数者による専制」であるということが強調されるかもしれない。実際、ミル（John Stuart Mill, 1806–1873）の『自由論』（1859年）は、社会や世論が暴君となることに対する警戒を強調する。そしてこれをいち早く1872年に『自由之理』として邦訳した、やはり翌年明六社に参加することになる中村正直（敬宇）（1832–1891）は、*society* という語を「政府」と誤訳していたとしばしば指摘される¹³⁾が、実は当時の日本社会における自由の敵は、まず第1に政府であるはずだということを考えたうえでの意識であったのかも知れない¹⁴⁾。まさか20世紀末になって日本社会に「自粛」がはびこるとは、さすがの中村も予想だにできなかったことであろう。

たしかに、ミルの生きた19世紀後半の欧州においては、人民の代表が立法権の中心的な担い手となりえ、議会の制定する法律によって人々の権利を制約し保障するという制度が一定限度で機能するようになった。市民社会において権利を侵害するのは他の一般私人や行政権であり、それに対

して法律を用いることで民事裁判官や行政裁判官に侵害の排除や回復を請求するというシステムである。制定法か判例法かの違いはあるとしても、憲法が人権を保障する最後の砦として登場する余地はさほどないということになる。つまり、多くの人権問題は、憲法問題ではなく、法律問題となる。憲法問題とは、権利が保障されるように国制を構想することであった。

19世紀的な議会中心主義、あるいは法律中心主義は、しかしながら、20世紀になって衝撃的な形でその失敗を露呈した。その最たる例が、ナチス政権による議会立法を根拠とする異常なまでの人権侵害であったし、また、大日本帝国末期の翼賛議会も議会に人権保障をまかせてはおけないことを明らかにしたと言える。そのようなあまりに大きい犠牲を払ったうえで、第二次大戦後の諸国の憲法は、主権者である国民を代表する議会の立法権をも含めた国家権力に対抗するものとして、権利規定を定めるようになった。そして、議会が憲法で保障されたはずの権利を侵害するような法律を作ったときに、それを憲法違反で無効とする権限を作り出し、それを裁判所に委ねた。これが違憲審査制である（→第1章、第8章）。人々の

13) その一例として、岡田与好「ミル『自由論』の二つの邦訳」同『自由経済の思想』（東京大学出版会、1979年）1頁以下、とくに4-7頁。同論文は、維新期の中村正直訳から20年以上たった1895年に出版された高橋正次郎（訳）『自由之権利 一名自由之理』という、「わが学界・言論界では黙殺され」また「忘却の彼方に追いやられたまま」とも言うべきミルの別訳を取り上げ、中村の「誤訳」と比較したうえで、憲法制定（1889年）や国会開設（1890年）を経て国家権力の制限が一応成立した後の段階においては、「社会と個人の対立に焦点を合わせて自由の問題を考察したミルの所論」を正確に理解しなければならないという「新たな時代的要請」が生じたのであり、まさにそのような要請に応えようとするものとして「絶讃に値するもの」とする。

14) このような本章筆者の推測と同じように、柳父章『翻訳語成立事情』（岩波新書、1982年）は、中村が *society* を「政府」と訳したのは「当時の日本の状況の中で『自由』に対立するものとして、あえて読みかえ、原文の筋を組みかえつつ翻訳したのだ、と私は考える」とする（14頁）。なお、中村が *society* を『政府即ち仲間会社』としたり、あるいは端的に『政府』とする傾向がいちじるしいことにつき、しかし「おそらく敬字はこのことばを甘くみたわけでもなく、『仲間会社』等々と『政府』とを安易に同一視したわけでもなかったろう」として詳細に分析するものとして、松沢弘陽『『西国立志編』と『自由之理』——幕末儒学・ビクトリア朝急進主義・『文明開化』』日本政治学会年報『日本における西欧政治思想』（岩波書店、1976年）9-53頁、とくに38-41頁を参照。

代表であるはずの議会さえも、人々の敵になるということを想定した制度である。

要するに、憲法を定めるということは、まずは人の自然権を保障するために一種の社会契約として国家権力を作り出し、配分するところから始まって、つぎにその保障を国民代表議会にまかせることとその失敗とを経験したのち、20世紀になって議会立法でさえ侵害してはならない権利を憲法典に列挙してその保障を裁判所に委ねる、という展開を経てきた、近代西洋社会起源の1つの知恵なのである。そしてその過程で、憲法上の権利規定の方は、自然権としての人権に加えて参政権のような「市民の権利」（「第一世代の人権」）、そしてやはり国家の存在を前提とする生存権や教育を受ける権利等のいわゆる社会権（「第二世代の人権」）へと拡大化・豊富化していく¹⁵⁾。その反面、一貫している憲法思想（constitutionalism）は、いずれにせよこれらの権利を保障するために、国家権力を制約し拘束することこそが憲法の役割である、というものである。

もちろん、人権が社会において十分に保障されるようにするためには、さまざまな方法が考えられる。しかしそのなかで憲法が担う役割は、以上のような歴史の流れからすると、実は限定されているということになる。一方で、18世紀以来の近代憲法は、国家権力による、「人権」と「市民の権利」の侵害を防止し、また救済し保障するためのメカニズムを定めることをその役割とする。他方で、20世紀以降の現代憲法は、それに加えて「第二世代の人権」を国民に保障するという役割をも引き受けた。

以上に述べたのは、「人権保障のための役割分担」を想定する考え方である。くりかえすが、憲法は、国家権力を構成する法であるから、人権保障のためのさまざまな役割のうち、国家権力が引き起こす人権問題を引き受けるわけである。国家権力ではない、隣人や宗教団体や労働組合や会社やメディアが引き起こす人権問題は、もともと憲法が引き受けた役割分担には該当しないものなのである（そのような、「私人間」において憲法の権利規定が「効力」を持つのかという問題については、第13章を参照）。

15) さらに、「第三世代の人権」や「国際人権」といった現代的用法もあるが、ここでは立ち入らないので、それらがいかなるものであるのか、読者各自で調べてみてほしい。

5 「人権」と「憲法上の権利」

日本国憲法は、その第三章の標題を「国民の権利及び義務」とするが、そこに置かれた11条では「この憲法が国民に保障する基本的人権」という言い方をする。ところがそれに続く12条では、「この憲法が国民に保障する自由及び権利」という表現になる。これら3種の用語法は、解釈論上実は重要な問題を提起しているはずであるが、これまで十分に論じられてきたとは言えない。いったい人権と基本的人権とは同じものなのか。第三章に置かれた「国民の権利」はすべて「この憲法が国民に保障する基本的人権」なのか。多くの憲法学説は、この点を——なかば意図的に——曖昧にしてきた。旧憲法に定められていた「臣民の権利」が「法律の留保」によっていわばないがしろにされ、しかもそもそも「臣民」の権利でしかなかったこととの対照性を強調するために、日本国憲法の定める権利は「基本的人権」なのであると主張することは、戦略的・実践的な見地から理解しうるところではある。しかしそれは、本章が述べてきた人権という語と思想の歴史からすると、もはやその拡張を通り越して逸脱と評さざるをえないものであった。「人権」と「基本的人権」とに違いはないと考えるとする¹⁶⁾と、先に述べたように、20世紀の憲法は、人権をも定め、人権でないものをも定めているのであり、日本国憲法の一見したところ一貫しない用語法は、そのことをそのままに表現したものとして解釈するべきであるということになるだろう。憲法は、人権と人権でない権利を「憲法上の権利」として、その保障を、国家権力との関係で引き受けるものなのである¹⁷⁾。

16) 講学上「人権論」と呼ばれることの多い分野の数ある教科書のなかで、例外的にこれらの用語法に敏感である、奥平・憲法Ⅲは、この点について、「基本的人権」という語は、「人権」すなわち「人間の権利」のうちの、とくに基本的・本質的なものという意味合いを込めて成立したに違いないが、ひとたび「人間の権利」という言い方をした場合にはたいてい、「人間存在にとって基本的な権利」を含意するから、すべての「人権」が「基本的人権」であるだろう。「人権」のうちに、「基本的人権」と「非基本的人権」との二種類があるわけではあるまいと思う。」と言う(19-20頁)。また、日本の憲法学説における、「人権」「基本的人権」「憲法上の権利」等のさまざまな用語法を的確に整理するものとして、辻村みよ子「人権の観念」講座憲法学Ⅲ11-41頁がある。

日本社会にあふれる深刻かつ不幸な人権問題は、当然のことながら放置してよいはずがない。それが国家権力によって引き起こされているのであれば、それは憲法問題である。人権問題でなくとも、憲法上の権利が国家権力によって侵害されているならば、当然それも憲法問題である。それらに応えることは、もちろん憲法学の任務である。他方で、それらが国家権力によって引き起こされているのでなければ、それらは、たとえ人権問題であっても憲法問題ではない。もちろん憲法学の任務でもない。とはいえ、侵害主体が異なるからといって、侵害されている利益が憲法上の権利と同等のものであるのであれば、憲法学(者)が問題解決のために役にたつことはあるかもしれないし、憲法学(者)がそのために努力することは望ましいことであるかもしれない。そうは言ってもしかし、憲法と憲法学(者)に、その「分際」を超えた過剰な期待をすべきではない。

17) 佐藤・コメは12条の「自由及び権利」は、11条の「この憲法が国民に保障する基本的人権」よりも広い、として、憲法第3章の「各条で保障される自由および権利の中には基本的人権を含むことはもとよりであるが、それ以外のものも存在する」とする(182頁)。また、小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、1987年)は、11条と12条の用語法の差について、「宮澤俊義教授はこの差に注目されたことがあるが、日本の学説は『基本的人権』と『この憲法が国民に保障する自由及び権利』とを同視してこの差を看過するのが大勢である。宮澤教授じしんも後に改説して大勢にしたがわれたが、論理的には、それで良かったかどうか疑問がある」とする(149頁)。小嶋=大石・概観71頁も参照。