

はしがき

あらゆる人が平等に享受すべき人権を実効的に保障するためには、いかなる制度の構築が必要か。構築された制度の中で、権利はどのように捉えられ、いかに実現されていくべきか。本巻が扱うのは具体的な制度に関わる諸問題である。

人権 human rights [英] droits de l'homme [仏] は、あらゆる人が生まれながらにして享受し得る権利である。それが具体的にどのような内容のものであるかについて争いが無いわけではないが、核心的な人権が何かについては、フランス人権宣言をはじめとする各国の憲法典、人権宣言等のカタログに示されるように、共通の判断の土俵があると考えてよいであろう。生命への権利、幸福追求の権利、奴隷的拘束からの自由、表現の自由、財産権、法の下での平等などがその典型である。

人権は、人が人として生きる上で、最低限保障されるべき権利であり、体制やイデオロギーの違いを超えて、普遍的に妥当するものと想定されている [Rawls 1999 : 551-555]。他国の政府がその支配地域で人権侵害を行っている場合に、その停止と損害の回復を求める「人権外交」が、筋の通った政策として成り立ち得るのもそのためである。人権が保障されるために、議会制民主主義のような特定の政治体制の樹立やキリスト教文化のような特定の文化的伝統の浸透が必要なのだとしたら、「人権外交」と「人権侵略」との相違は、程度の違いに過ぎなくなる。

人権は、人とはどのように生きるものか、そして政府を典型とする権威はどのように行動するものか等についての、一定の経験的な前提に立脚している [Scanlon 2003 : 115]。信教の自由が保障されるべきなのは、第1に、各人にとって信奉する宗教が、生きる上でしばしば核心的な意味をもつからであり、そして、だからこそ、他者も自己の奉ずる宗教を信ずるべきだと考えがちだからである。特定宗派を信奉する社会勢力が政治権力を掌握したとき、他の宗派を

抑圧し、自己の宗教を押しつけるために、政治権力が行使されがちである。こうした人の生き方、考え方の傾向を前提としたとき、多様な宗派、信仰が公平に共存し、宗教の違いに関わりなく、公平に社会生活のコストと便宜を分かち合う仕組みの一環として、信教の自由を平等に保障することが必要であるという判断が導かれる。これが、信教の自由が人権として保障されるべき理由である。

これでは、多様な価値観、世界観の公平な共存を善しとする政治体制であることが前提ではないか、という疑問が浮かぶかも知れない。その通りである。特定の世界観の正当性を出発点とし、社会の全構成員がその世界観を信奉すべきだとする政治体制で、人権を保障する理由はない。バチカン市国では、カトリック以外の信教の自由を保障する理由はない。しかし、バチカン市国はカトリック信者の自発的結社としての性格を色濃くもつ。通常の家国はそうではない。宗派、イデオロギー、世界観の違いにかかわらず、その地に生まれた以上は従わざるを得ない非自発的な結社の典型が国家である。そこには、多様な宗派、信仰を抱く人々が生活しているものと想定されている。信教の自由が普遍的に妥当するといわれるのは、こうした人や社会や政治権力に関する一定の経験的想定が広くあてはまると考えられるからである。

政治体制や文化的伝統の違いにかかわらず、普遍的に妥当する最低限の権利を意味する人権は、各国憲法がその国民に対して保障する憲法上の権利 constitutional rights とは、大きく重なり合うところはあるものの、理論的には、区別される。政府が税金を投入してどの程度の社会扶助を行うべきか、普通教育制度を設営すべきか、団体や法人にも、生身の個人と同様の権利を保障すべきか。かりに保障されるとして、そうした権利が侵害されたとき、いかなる救済を制度的に用意すべきか。これらは、人権の観念自体からは自動的には答が出ず、各国の法制度、法解釈実務の中で解決されるべきことがらである [cf. Finnis 1980 : 214-215, Rawls 1999 : 554, n. 45]。また、単なる理念としての人権では、人々の社会生活の指針を示すことはできない。すべての人に平等に付与されるべき権利の具体的内容は、実際には、個々の社会の構成員に平等に権利を付与する実定法規を通じて定まる。実定法規によって構成された平等な権利

を互いに尊重する義務と裏腹である「市民の権利」となってはじめて、人権は現実的な存在となる [Goyard-Fabre 1988]。

人権を侵害する主体は、政府とは限らない。中間団体による侵害も問題となりうる。たとえば、大学は国公立・私立を問わず、政府を含めた外部の権威とは独立に、自律的に運営されるべき制度である。いくつかの少数の大学が特定の人種を排除する入学政策を採ったとする。この場合、当該人種の入学を認める大学が他に多数ある場合には、競争の圧力が差別の行き過ぎを抑制するであろうし、たとえ大学卒業が当該社会で活躍するための必須の条件であるとしても、その人種に属する人々に直ちに大きな不利益を与えることにはならぬであろう (ごく少数の大学が女性のみを入学を認めるとき、男性に深刻な不利益を与えるであろうか)。しかし、それが多くの大学に共通する慣行となると、話は別となる。ある大学の入学政策を人権侵害と認めるべきか否かは、大学教育がその社会で生きる上でもつ意味や当該政策がどの程度行き渡ったものといえるかなど、様々な経験的論点に依存する [Scanlon 2003 : 57-61]。これは、ある大企業が特定の信条を有する者を従業員として採用しない政策を採る事例についても、あてはまる。ごく少数の「傾向企業」のみがそうした政策を採るのであれば、裁判所が介入すべき理由は乏しい。

以上で描いてきた人権(自然権)は、歴史的に見ると比較的最近になって生まれたものである。古典古代のギリシャ、ローマには、われわれが考えるような「権利」の観念はなかったといわれる [Villey 2003 : 244-248]。ラテン語の ius は、現在における right と同義ではなく、むしろ「正当な法」という客観的意義を有していた [Tuck 1979 : 7-13, Finnis 1980 : 205-210]。また、人権は、その順調な発展と受容が将来に向けて保証されているわけでもない¹⁾。「人権の世紀」と言われた20世紀は、同時に前例のない大規模な人権侵害が行われた世紀でもあった。

近代的な意味での人権は、宗教戦争のさなか、大航海時代のヨーロッパで、

1) 人権の観念に対する主要な批判とそれへの可能な応答については、長谷部 1991 第3章、同 1999 第4章・5章等参照。

近代主権国家と手に手を携えて生まれた〔長谷部 2004：第Ⅱ部〕。教会の分裂によって一元的な世界観が崩壊し、多元的な世界観がせめぎ合うこの世に、個人にその世界観に従って生きる自由を保障するとともに、社会全体に共通する利益の実現をになう公共の場を切り拓く装置として、近代主権国家は生まれた。その創設の鍵となったのが、いかなる世界観を抱こうとも人として生きるからには必ず平等に保障されるべき人権（自然権）という観念である。善き生を自ら選択・構想し、その判断に従って生きる自律的な個人と、国内的に最高であり対外的に独立の主権を備えた国民国家は、互いの鏡像である〔Tuck²⁾ 1999：9, 226-234〕。

グローバル化が進行し、活動領域を縮減する主権国家が対外的にも対内的にも権限の委譲を迫られ、中心なきネットワークたる市場国家（market state）と化していくとき〔Bobbitt 2002：Book II, Part 3〕、個人はなお自主独立の判断・行為の主体であり得るのか。その主体性は誰が保障（保証）するのか。権利の制約はいかなる論拠に基づき、誰によって、どこまで正当化され得るのか。こうした難問は、そのまま現在の憲法学が直面する苦境でもある。

本巻に取められた論考は、人権および憲法上の権利について、その概念、主体、適用範囲、効果等を各執筆者の問題意識に即して論じている。

木村草太「平等権——誰の何に関する何のための平等か」は、平等権が「区別されない権利」として理解されるべきこと、そして、国家行為の合理性という客観的価値を担保するために、不合理な区別を受けたものに、その不合理性を攻撃する主張適格を認めるのが、「区別されない権利」としての平等権の機能であるとする。この主張適格を基礎づけているのは、「あらゆる人間は等しく扱われなければならない」という規範であり、この規範の基礎は人間の共感作用の帰結である。さらに、この共感作用をもたらすのは、他者によって構成される存在でしかあり得ない人格の「根源的な偶有性」だと、木村は主張す

る。

穴戸常寿「私人間効力論の現在と未来——どこへ行くのか」は、「人権規定の私人間適用」と呼ばれてきた問題に関する近年の学説を、間接適用説、新無効力説、さらには「私人間効力」という問題設定自体を否定する説に区分して整理・分析した上で、この問題においては、人権が「権利」としてではなく「価値」として理解されている点に特色があり、このため、憲法13条の保障する個人の尊厳が私人間に妥当すると考えるならば、他の個別の基本権規定の私人間効力を検討する必要が大幅に縮減する一方、民主主義社会の基本的前提が侵害された場合には、個人の尊厳とは別の「憲法的公序」が問題となる可能性があるとの展望を示す。

小島慎司「制度と人権」は、旭川学テ訴訟最高裁判決を素材として、そこに見られる比較衡量の手法の問題——侵害抑制準則の不在——と判決の立脚する枠組みのその後の揺らぎを分析する。制度という日本語は静態的なイメージを与えがちで、そのため制度と自由とは対立する概念として捉えられる傾向がある。公法学において独特の含意をもって用いられる制度概念はフランスを起源とするもので、彼の地では institution は、多様な主体の参与と均衡を通じて法状態を形成し、かつ、自身を再生産する継続のプロセスという動態的イメージを持つ（事情の一端については、小島 2008の描くモリス・オーリウの法理論を参照）。学校教育をも含む民主政のプロセスもその一例である。小島論文は、制度概念の含意の濃密さを示すものでもある。

村山健太郎「統治のありようと人権——どちらが基底か」は、アメリカ合衆国の手続的デュー・プロセスに関する近年の判例を素材として、憲法上保障されるべき権利が何かにつき、合衆国最高裁がどのような態度をとるかを分析する。村山によると、最高裁は憲法上の権利の実体的価値の軽重に関する判断をできる限り避けようとしており、むしろ、法執行権者の裁量の広狭という「統治のありよう」を梃子に保障されるべき権利の範囲を判定するアプローチをとる。もともと、こうしたある種の逆転現象が看取されるのは、とりあげられた素材が後国家的権利の典型たる手続的デュー・プロセスに関するものに限られていることに起因する可能性も指摘される。

2) 近代主権国家の成立と人一般の権利の保障との緊密な関係を封建的身分秩序の否定（中間団体の否定）という観点から描く〔樋口 2007：7-21参照〕。

長谷部恭男「多元的民主政観と違憲審査——オルソン流集合行為論再考」は、人権保障における違憲審査制の役割を検討する。この問題は、従来、公益の確保および人権の保障に関する民主的政治過程の機能から逆算される形で議論が展開されることが多かった。アメリカ連邦最高裁の Carolene Products 判決の脚注4を素材とする議論はその典型である。長谷部は、民主的政治過程の機能（不全）によって違憲審査の役割を説明する議論に対するブルース・アッカーマンの批判を紹介し、それが立脚するオルソン流集合行為論の限界とともに、憲法理論にとっての含意を指摘する。

江島晶子「『テロとの戦い』と人権保障——『9/11』以前に戻れるのか」は、現在の立憲主義にとって最も喫緊であり、かつ、その正当性を根底から揺るがしかねない問題、すなわち立憲主義諸国は9・11テロ発生以前の、本来の人権保障のベースラインに立ち戻って、改めて安全の確保と人権保障とのバランスを判断する余地がまだあるのか、そしてその実現手段は何かという問題を取り上げる。イギリスの国内法システムとヨーロッパ・レベルの国際的な人権保障システムの対話と調整の関係を素材として検討する本論考は、一国のみの人権保障システムでは、原状への復帰手段として不十分であり、国際的システムとの対話を含む重層的なシステムが、より効果的な人権保障を実現しうるとする。

山本龍彦「プライバシー——核心はあるのか」は、プライバシーに関する日米の捉え方の推移を辿り、当初はもっぱら各個人の利益として把握されていたかみえるこの概念について、90年代以降のアメリカの学説においては、その社会的な意義に関心が注がれていることを指摘する。プライバシーの保障は、個人がその選択に基づいて親密な関係を構成する（あるいは構成しない）ことに役立つだけでなく、人々の社会生活を可能とする「礼節のルール」を合理的な通常人の感覚に照らして維持・管理する機能や、各自が自律的に選択すべき事項への政府や社会的多数派の全体主義的干渉を防ぐことで、多様な価値観の共存と公益を審議・決定する民主主義的政治過程の運営自体を支える機能など、個人の利益には還元し得ない重要な社会的機能をはたす。したがって、プライバシーの保障根拠は多元的に捉えられねばならず、プライバ

シー概念が用いられる個別の文脈に応じて、いかなる利益・機能が問題となるかに即した分析が必要となることを山本は指摘する。

齊藤愛「表現の自由——核心はあるのか」は、ロナルド・ドゥオーキンの表現の自由論が、エミール・デュルケムの近代社会の分析を勘案することで、さらにその説得力を増すことを示した上で、(1)ドゥオーキンの「3ルール」が表現の自由の核心を構成し、社会公共の利益を理由とする制約を排除する side constraint としての力を持つこと、(2)それ以外の表現の自由の周縁部分については、社会公共の利益の増大という観点からの制約が認められることを論証する。こうした分析からは、多メディア・多チャンネル時代においても、なお基幹的な放送メディアに特有の規制を課す根拠の存在することが導かれる。

松田浩「『パブリック』『フォーラム』——ケネディー裁判官の2つの闘争」は、「落日」を迎えたと評されることもあるアメリカ連邦最高裁のパブリック・フォーラム法理の展開を、保守派とリベラル派の媒介者とされるケネディー裁判官の見解に着目して分析する。公有財産を公共空間として一般市民に開くというそもそものパブリック・フォーラム法理の意図が最高裁の保守的多数派によっても、また、公園や街頭から人影が消えたという歴史の趨勢によっても封じられたとき、ケネディーが目指したのは、財政支援プロジェクトをはじめとする非物理的なアリーナへとパブリック・フォーラム法理を展開していくことであった。財政支援が「卓越性」を目指す専門家の自律的判断を経由するものか、それとも「多様性」を目指し、先着順に公平な発言を許すものかにより、政府の中立性が要求される程度に差異が生ずることを松田は指摘する。

新村とわ「流動する『市民』の権利」は、市民概念の発展の系譜およびフランス、ドイツ、日本の憲法判例を参照しつつ、近代国民国家のパラダイムと対立する形で、国籍と切り離された政治参加の権利が生み出されつつある状況を分析する。新村によれば、日本の現状が国籍保持者以外の者へ政治参加の機会を拡大する方向に向うか、あるいは政治参加の権利を国民と密着させる方向に向うかは、予断を許さない。

西村枝美「一般的行為の自由——それは何か」は、一般的自由権という概念

が、近代国家成立時において、国家と国民との間の法関係を設定するために決定的な役割を果たしたこと、そのため、国家の役割、国民（個人）の位置づけの変化に伴い、その機能も変化せざるを得ないことを、イェリネックの「国民の地位」論、大日本帝国憲法下での論争、日本国憲法下での学説の変遷等を素材として明らかにする。国民の防御を中核とする法治国原理が、一般的自由権の読み替えを通じて、国家にこそ防御を強いる装置となり、さらには、国家の命令に「従わない権利」をも定礎しうる可能性が示される。

尾形健「『生活への権利』はいかなる意味で権利か」は、憲法25条の成立からその後の学説・判例の展開を跡づけた上で、従来の学説が憲法25条の実体的権利性の論証とその司法的執行の実現に力を傾けていたのに対し、むしろ、憲法25条の裁判規範性を前提としつつも、社会保障にかかわる実定法制度の多面性・多様性を包括的に考慮した上で、政治部門の裁量統制をいかに図るべきかに、論点の重心を移すべきであるとする。憲法25条は、各人が現実の社会状況下において、自己の生を自律的・主体的に構想し、かつ、達成しようとする営みを支援することを目的とするものであり、各人の生活状況の多様性、価値判断の複雑性等を考慮した具体的で柔軟な対応が求められるとの認識が、その前提にある。

【参考文献】

《邦文文献》

小島慎司 2008 「近代国家の確立と制度体の自由（一）～（五）」国家学会雑誌121巻3・4号～11・12号

長谷部恭男 1991 「権力への懐疑」日本評論社

—— 1999 「比較不能な価値の迷路」東京大学出版会

—— 2004 「憲法と平和を問いなおす」ちくま新書

樋口陽一 2007 「国法学—人権原論【補訂版】」有斐閣

《欧文文献》

Bobbitt, Philip 2002 *The Shield of Achilles: War, Peace, and the Course of History*. Anchor.

Finnis, John 1980 *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Press.

Goyard-Fabre, Simone 1988 'La déclaration des droits ou le devoir d'humanité: une philosophie de l'espérance', *Droits* 8.

Rawls, John 1999 *Collected Papers*, ed. Samuel Freeman. Harvard University Press.

Scanlon, Thomas 2003 *The Difficulty of Tolerance*, Cambridge University Press.

Tuck, Richard 1979 *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*, Cambridge University Press.

—— 1999 *The Rights of War and Peace*. Oxford University Press.

Villey, Michel 2003 *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses Universitaires de France.

2010年7月

長谷部 恭男