

シリーズ憲法
の論点⑧「人
権総論の論点
」 国立国会
図書館調査及
び立法考査局
2005年3月

ISBN
4-87582-612-5

調査資料
2004-1-h

人権総論の論点

高橋 和之*

2005年3月

現在、両議院に設置された憲法調査会では、日本国憲法についての調査が継続しており、平成17年には最終報告書が提出される予定である。シリーズ「憲法の論点」は、憲法調査会の論議に資するため、国立国会図書館調査及び立法考査局において、多岐にわたる憲法論議の中から幾つかの論点を取り上げ、争点、主要学説及び諸外国の動向等を簡潔にとりまとめたものである。

*東京大学法学部教授

目次

はじめに

I 立憲主義と自由の観念

- 1 「近代人」の自由
- 2 「権力からの自由」の優越

II 人権の観念

- 1 国民主権型憲法と権利保障
- 2 立憲君主制型憲法と権利保障

III 日本における人権論の展開

- 1 立憲君主制型から国民主権型への転換
- 2 個人主義の選択
- 3 幸福追求権
- 4 「新しい人権」の根拠

IV 人権の主体

V 人権の私人間効力論

- 1 憲法の尊重・遵守義務
- 2 私的自治の修正と裁判所による介入
- 3 ドイツの第三者効力論
- 4 日本への影響
- 5 立憲主義の原型の再評価
- 6 アメリカのステイト・アクション論

VI 人権の制限と公共の福祉

- 1 学説の変遷
- 2 国民の義務

おわりに

要旨

- ① 近代立憲主義は「権力からの自由」と「権力への自由」の二つの自由観の対抗の中で前者を選択した。ゆえに、自由権を中核とした人権の体系となっている。
- ② 憲法が保障する権利の基礎に関する理論には、立憲君主制型と国民主権型の二つがあるが、明治憲法が前者に依拠したのに対し、日本国憲法は後者に依拠している。両者の根本的違いは、憲法上の権利を憲法により創設されたと考えるか、憲法以前の権利を確認したものと考えるかという論理構造の違いにある。
- ③ 日本国憲法は、「個人の尊厳」を基本価値とする個人主義にコミットした。個人を「個人として尊重」するために「幸福追求権」を認め、その具体化として個別の人権を列挙するとともに、列挙しなかった「新しい人権」を判例を通じて形成していくことも認めている。
- ④ 外国人は自然権としての人権はもつが、「社会契約」の参加者ではないから国家に「憲法上の人権」の保護を要求しうる立場にはない。しかし、誰が社会契約の参加者かを法律上の制度である国籍により決定することに十分な理由があるわけではない。
- ⑤ 私人間には「憲法上の権利」は適用されない。私人間における自然権の調整は法律により行われるというのが立憲主義憲法理論の論理であり、民法はそれを1つの重要な役割として制定されている。ゆえに、私人間においては、自然権は民法に取り込まれ「法律上の権利」として保障される。
- ⑥ 人権は公共の福祉により制限されうるが、公共の福祉とは、すべての国民を平等に「個人として尊重」するために要請されるものであり、その具体的内容は、一般に、人権規制立法の目的が正当か、その目的に手段が適合しているかという目的審査・手段審査を経て決定される。

はじめに

日常会話で「人権」侵害が語られるとき、隣人や会社の同僚などによる、相手の人格を無視したような言動が問題とされていることが多い。人権の観念が我々個々人を人間として扱って欲しいという切実な希求に発するものであることを考えれば、この日常的用語法には理由がある。ところが、法律家にとっては、この用語法は「誤り」である。人権は国家に対抗する権利であり、隣人などのいわゆる「私人」に対し主張しうる権利ではないのである。

なぜこうなるかと言えば、一般人が人権という言葉を用いる以前の観念、あるいは、自然法領域に属する観念として用いているのに対し、法律家は実定法領域に属する観念として使っているからである。もともと歴史的には、人権（人としての権利）は自然権として成立したから、実定法を離れて用いることに問題はない。しかし、自然権としての人権は、その確実な保障を求めて実定法領域に取り込まれた。実定法は、自然権を実定的権利として保障しようとし、そのための実定法システムを作り上げるのである。実定法システムは、一定の論理をもって構成される。ゆえに、人権が実定法システムに取り込まれると、実定法システムの論理に拘束されることになる。ここから、憲法に規定された人権は国家を名宛人とし、私人は名宛人としないうことになる。なぜなら、実定憲法は、国家を名宛人とする法体系だからである。

以下に、実定法システムに取り込まれた人権論の基本構造を説明する。

I 立憲主義と自由の観念

1 「近代人」の自由

19世紀前半にフランス自由主義を代表したバンジャマン・コンスタンは、近代がコミットした自由の観念を、「古代人の自由」と「近代人の自由」を区別することにより析出してみせた。コンスタンによれば、古代都市国家においては、自由は「共同的自由」として存在した。個人の自由は、共同体に対置しうる個人的権利として観念されたのではなく、共同体の決定過程に直接参加することに存するのだと観念された。そこには、近代人が「自由」という言葉により理解する、権力の干渉を受けることなく好むことをなすうる私的領域、といった観念は存在しなかった。個人は、共同体の構成員、つまり市民として、主権者であったが、私人としては共同体の決定に全面的に服従したのである。

近代人の自由観はこれと対極をなす。近代人は、権力に参加する政治的権利より、権力からの独立を保障する個人的権利を重視する。「古代人の目的は、同一祖国の全市民の間での社会的権力の分有であった。それこそが、彼らが自由と呼んだものであった。近代人の目的は、私的な享受における安心である。彼らは、その享受に対し制度が与える保障を、自由と呼ぶのである¹。」

コンスタンが区別した二つの自由観は、「権力からの自由」と「権力への自由」とよぶことができよう。近代人にとって、権力は「他者」として存在しており、自由はこの他者としての権力に対置され、権力による介入を阻止する私的領域として観念されたのであり、その意味で「権力からの自由」であった。ここでは権力が

1 Benjamin Constant, *De la Liberté des Anciens Comparée à celle des Modernes, Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819, dans: Cours de Politique Constitutionnelle ou Collection des Ouvrages Publiés sur le Gouvernement Représentatif par Benjamin Constant, avec une introduction et des notes par M. Edouard Laboulaye*, deuxième édition, Paris : Guillaumin, 1872, t.II, pp. 539 ets.

行動する「公」の領域と、権力が立ち入ることの許されない「私」の領域が分離される。

これに対し、古代人にとっては、自由は自らが権力主体に融合することに存した。そこでは権力は「他者」ではない。個々人は権力主体としての共同体（都市国家）に融合しており、共同体から分離し、共同体と対置する個人性を確立していない。自由は、共同体と対抗する個人の自由としてではなく、共同体の自由としてしか存在せず、共同体に融合し、共同体のメンバーとして共同体の権力行使に参加することにより、共同体の自由を享受する。他者たる権力に対抗するのではなく、自らが権力主体になることの中に自由を見ているのである。その意味で「権力への自由」なのである。ここでは、権力が立ち入ることのできない私的領域というものは、原理上認められない。

2 「権力からの自由」の優越

この二つの自由観は、私的領域の位置づけにおいて、決定的に対立する。ゆえに、いずれを採るかの選択を避けられない。そして、ルソーに代表されるような「権力への自由」論の潮流に対抗しつつ、コンスタンの主張したのが、「権力からの自由」の選択であった。古代都市国家とは規模を異にする近代国家においては、市民による直接民主政治は不可能である。また、かりに分権的制度設計を貫徹させて参加民主主義を実現したとしても、近代自我にめざめた市民を前提にするかぎり、全員一致の共同決定は不可能で、多数決に破れた少数派にとっての「権力の他者性」を完全に止揚することなど、できようはずがない。近代立憲主義の選択は、まさ

にコンスタンの主張通り、「権力からの自由」を核心に展開される。近代人権論が、かかる自由観の法的表現として、自由権を中心に構成されることになるのは、周知のとおりである。

しかし、「権力からの自由」を選択したということは、「権力への自由」を完全に捨て去ることを意味したわけではなかった。自由権の保障を確実にするには、参政権も不可欠であり、代表制の下で参政権が認められた。たしかに最初は制限選挙であったが、やがて次第に普通選挙へと拡大され、さらに直接制的諸制度も徐々に導入されていく。デモクラシーの理念があまねく浸透した現代においては、「権力への自由」はますます強調されるようになってきている。しかし、それがどれだけ重要視されるにいたろうとも、権力の他者性が存在するかぎり、憲法構造を「権力からの自由」から「権力への自由」に転換することは許されない。あくまでも自由権が基本であり、民主主義の名において自由権を制約するならば、それは立憲主義の死を意味する。今日多くの自由主義的体制が、民主政治に立憲主義を冠して「立憲民主制」と呼んでいるのは、このためである²。

II 人権の観念

立憲主義の憲法には、立憲君主制型と国民主権型の二つの型がある。いずれも国民の権利を「憲法上の権利」として保障するが、それぞれが依拠する論理の違いが、権利保障のあり方に大きな違いをもたらすことになる。

2 「権力からの自由」、「権力への自由」の他に「権力（あるいは国家）による自由」が語られることがある。たとえば、棟居快行成城大学法学部教授（当時）は、衆議院憲法調査会において、「国家による自由としての積極的自由」について語っている。『154回国会衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会議録』第1号（平成14年2月14日）参照。注意が必要なのは、「国家からの自由」は自由の第3の観念ではなく、本来の自由の前提条件等を整備・提供する国家の義務を指していることである。そのような義務は、法律により実現されるのであり、「国家による自由」に対応する権利は「法律上の権利」なのである。ただし、現代憲法においては、社会権・生存権が「憲法上の権利」に高められている。

1 国民主権型憲法と権利保障

通常、人権の基礎には自然権思想があると言われる。自然権思想の論理（あるいは物語）によれば、人々は政治社会（国家）成立以前の自然状態において自然権を有していた。しかし、自然状態においては、自然権を保護するための機構が存在しないために、自然権侵害に対する救済が保障されない。そこで、自然権保障をより確実なものとするために、社会契約*により国家を形成し、政府を設立するのである。ここでの国家・政府の役割は、各人が生まれながらにして持つ自然権の保護である。私人間で自然権をめぐる争いが生じたとき、国家は私人の自力救済を禁じ、裁判役務を提供する。また、裁判で適用するルールを予め明確にしておくために、法律の制定を行う。さらに、自然権侵害を犯罪として処罰するために、法律により処罰すべき犯罪を規定し、それに基づき犯罪行為を捜査し裁判にかける。

*社会契約論には、政治社会（国家）の形成のための契約と政府の設立のための契約を同時に行う構成と2段階に分けて行う構成がある。ホブズやルソーが前者の、ロックが後者の例である。しかし、政府設立の契約は、すでに近代以前に統治契約・服従契約論として存在していたことを考えれば、近代理論の特徴は政治社会（とその権力）を契約により創設する人為的構成物と観念した点にあった。意思に基づく人為的構成物であるから、そこには契約当事者が設定する「目的」が存在する。国家は目的によって限定された存在となるのである。もちろん、アメリカ大陸の植民社会を除けば、社会契約などフィクションにすぎなかった。社会契約論の出現以前に国家は存在したのである。しかし、社会契約論は、国家の事実的な起源を説明するものではない。いわば規範的な起源を問題としているのであり、何のために生み出されたものか

を「物語」ることにより、国家の存在理由を限定しようとしているのである。もし構成員個々人に先行する国家の存在という「事実」を強調するなら（そのような傾向を感じさせる論調として、たとえば参議院憲法調査会において表明された百地章日本大学法学部教授の見解を参照：『第154回国会参議院憲法調査会議事録』第7号（平成14年5月29日）、国家は構成員個々人から超越した独自の存在理由をもって構成員個々人を飲み込むことも可能になろう。事実、国家は構成員個々人を超越する存在である。少なくとも、我々は、日常、そのような観念に慣れ親しんでいる。国家に限らず一般に団体というものは、個々のメンバーとは独立の存在を（我々の観念において）獲得するとき、「実在」すると考えられている。個々のメンバーが変遷しても団体は同一性を維持し、あるメンバーの意思が団体の意思として妥当するとき、団体は「実在」し、構成員に先行する存在として構成員を拘束し始めるのである。ゆえに、団体が加入・脱退の自由な任意団体ではなく、国家、地縁・地域共同体、家族などのような非任意団体の場合には、その支配から脱出することの困難な構成員を押しつぶしてしまうという危険も生ずる。このような危険を阻止し、事実として非任意的な性格をもつ団体についても、それを規範論としてあえて任意団体的に構成し、団体の目的が構成員個々人の福祉にあることを説明しようとした物語が社会契約論なのであり、それこそが立憲主義の核心的精神なのである。

国家は、自然権を保護するために、上記のような様々な活動を展開するが、その際に国家が採るべき手続は憲法により定められている。自然状態からの国家への移行と政府の設立は憲法制定を通じて行われるが、そのプロセスにはすべての契約当事者が参加するから、国民主権（正

確には、「国民」の成立以前であるから、「人民主権」ということになろう)が出发点に置かれており、主権者国民が制定した憲法には、権利の保障と権力分立が書き込まれる³。憲法とは、自然権を保護するために必要な諸活動を国家が展開するために必要な諸権力を設立・組織し、権力を授けるとともに制限することを目的とする。ゆえに、憲法の名宛人は、権力を担う者、国家の諸機関であり、憲法は主権者国民が国家権力の担い手に向けて発した命令なのである。したがって、その憲法に書き込まれた国民の権利は、国家権力に向けられている。国家は、自然権保護のために様々な活動を展開することが期待されているが、その際憲法の定める手続きに従うことが要請されているのであり、その最も重要なものが「憲法上の権利」を侵害してはならないというものである。国民に保障された「憲法上の権利」は、自然権ではない。自然権は自然法上の権利であり、誰に対しても主張しうるものである。これに対し、「憲法上の権利」は、国家を名宛人とした権利であり、私人に対して主張しうるものではないのである。もちろん、「憲法上の権利」も起源を自然権にもつから、内容的には自然権と類似しているはずである。しかし、実定法たる憲法のなかに書き込まれることにより、「憲法の論理」に服することになる。

上のような説明に対し、今日では自然権など信ずる者は極めて少数であり、そんな思想に依拠した人権論などナンセンスではないか、と反論する者もいるかもしれない。しかし、誤解しないでほしい。これは人権論を支えている論理(物語)を説明しているのであって、事実を叙述しているのではない。そもそも自然権は法領域の観念であって事実概念ではないから、自然権など事実として存在しないと反論すること自体がナンセンスであるし、また、存在しようと

しなかりとここでの議論に影響はない。重要なのは、人権は国家以前に承認されるべきものとして設定されており、国家の役割は人権を保障することであり、憲法上の権利の名宛人は国家であるという、この論理構造なのである。この論理構造を維持するならば、自然権思想に依拠しなくても少しもかまわない。後に見るように、日本国憲法は「個人の尊厳」を国家に先行する価値として承認しているものであり、これにより自然権論と同様の論理構造を維持しているのである。

2 立憲君主制型憲法と権利保障

アメリカやフランスで成立した近代人権論が自然権思想を基礎にしたものであったのに対し、ドイツでは立憲君主制型の論理が形成される。ここでは既存の君主が正統な支配者であるというアンシャン・レジームの論理から出発する。主権論で言えば、君主主権が前提であり、主権者君主が憲法を制定して国民に与えるのである。ゆえに、その憲法において保障された「憲法上の権利」は、自然権論におけるように国家以前に存在する権利の承認ではなく、君主(あるいは国家)によって与えられた権利にすぎない。憲法以前に権利は存在しないのであり、かつ、憲法に定められた権利以外に権利は存在しないのである。ここでは、人権論の出发点は、憲法に先行する自然権ではなく、「憲法上の権利」であり、かつ、議論は憲法が何をどう定めているかに終始する。そして、通常は、与えられた権利には「法律の留保」が伴っていたから、法律によりさえすれば権利の内容はいかようにも制限しえた。

もっとも、自然権論においても、法律の留保がなかったわけではない。国家の活動は法律の制定と法律の執行という「法のプロセス」を通

3 フランス人権宣言(1789年8月26日人及び市民の権利宣言)第16条は、「権利の保障が確保されておらず、権力の分立が定められていないような社会には、決して憲法は存在しない」と述べるが、権利保障と権力分立が立憲的意味での憲法の存在のメルクーマールであることが宣言されているのである。

じて展開されることになっていたので、人権の制限が必要な場合、まず法律制定が要求された。しかし、これはあらゆる行政活動を法律の支配の下においたことからの帰結であり、人権の制限を目的とした論理ではなかった。立憲君主制が法律の支配の適用されない行政領域を広範に認めると同時に、法律の支配を承認した領域において法律による人権制約を広範に認めたのは、その論理構造を異にするのである。

ここでイギリスにおける権利保障の特質につき触れておくべきであろう。イギリスは立憲主義の母国といわれるが、自然権思想には依拠しなかった。むしろ、構造的には立憲君主制である。しかし、イギリス臣民が獲得した権利保障は、国王により与えられたものではない。中世法思想の伝統の中で徐々に凝結してきた諸権利を国王に承認させるという展開をたどったのであり、ここでも保障されるべき権利が国王権力に先行する位置づけを与えられている。「記憶のかなたの古からイギリス国民が享受してきた権利」なのである。たしかに、この権利は歴史のなかで生まれ、権利として成立してきたものであるから、内容は具体性をもち、その点で、現実社会を括弧に入れ、自然状態という抽象論理によって構成した自然権のような抽象的権利とは性格を異にするが、実定法を超越するという論理構造の点では共通しているのである。自然権論の批判者は、人権を人が人ということだけに基いて承認される権利だと説明する自然権論に対して、根拠が薄弱だと批判し、権利の歴史的・伝統的形成というイギリスの権利観に立つべきだと主張する⁴が、権利の根拠論自体としては、イギリス的観念がより説得的だとする理由は何もない。たしかに歴史的・伝統的形成に依拠する議論は、権利の内容を具体的にイメージすることができるというメリットをもとう。しか

し、逆にそのイメージに拘束されて、時代の要請に対応しながら迅速に内容を豊富化していくことにはマイナスに働く。それに、権利のイギリス的観念とフランス的観念は、歴史的位相・文脈を異にしており、それを抜きに比較するのは無理な話である。ここで詳しく立ち入ることはできないが、イギリスでは17世紀末以降に封建的な特権の享有を全国民に拡張していくという展開をたどって国民の権利を確立するのに対し、フランスでは18世紀末に封建的な特権の排除を課題とする中から国民の権利が形成されるのである。特権を排除するには、権利を身分的拘束から切り離し、人一般の権利として構成する必要があったのである。「人が人としてもつ権利」という定式は、アンシャン・レジームにおける身分制的・職業団体的な権利制限を否定するために考案されたものであり、それ以上でもそれ以下でもない。後になって、この定式が労働者階級の抑圧の論理だと非難されることになるが、それは、また、別の歴史的・文脈で生じる機能の問題である。イギリス的権利観の下においても労働者の事実上の無権利状態は出現するのであり、権利観に責任があるわけではない。要は、ある国のある時点における課題に一定の権利観がどう答えるかという問題であり、課題の同定とそれに答える権利観の同定を綿密に行うことが重要なのである。

III 日本における人権論の展開

1 立憲君主制型から国民権型への転換

明治憲法はドイツ諸邦就中プロイセンの憲法に学んで作られた。ゆえに、基本的には立憲君主制型の権利論を採用していた。天皇統治（天皇主権）が前提であり、国民は権力に参加する主体としての「市民」ではなく、権力に服する

4 たとえば、衆議院憲法調査会において表明された伊藤哲夫日本政策研究センター所長の見解を参照。『第154回国会衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会議録』第4号（平成14年5月23日）。

「臣民」と規定され、この臣民に天皇が憲法により一定の権利を与えるという論理に立っていた。与えるものであるから、それにどのような条件をつけようと自由である。ゆえに、第2章「臣民ノ権利義務」に規定された諸権利のほとんどに「法律の留保」がついている。つまり、法律の範囲内での保障であり、法律によりいかなる制約も付しえたのである。その結果として制定された権利制約立法の典型が治安維持法であったのは、誰もが知るところであろう。

日本国憲法は国民主権型憲法に転換した。国民主権型だというのは、日本国憲法が前文で「主権が国民に存する」と宣言し、第1条で天皇の地位の根拠を「主権の存する日本国民の総意」に基づかせているからというだけではない。むしろ、それ以上に重要なのは、第97条が「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、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。」と規定している中に典型的に読みとれるように、人権が日本国憲法に先行する権利であるという論理を採用していることである。日本国憲法が保障する基本的人権は、日本国憲法が創設して与えたものではなく、日本国憲法に先行して承認される権利を「憲法上の権利」として保障したものだという論理に立っているのである。これこそが国民主権型人権保障の特徴であった。したがって、日本国憲法の人権論は、自然権思想と同一の構造をもつのである。

自然権論を強調する立場からは、時として、自由権以外は真の人権ではないと主張されることがある。なぜなら、参政権や社会権は国家を前提にした権利であり、国家に先行する権利という性格をもたないからである。しかし、日本国憲法が自然権思想に依拠しているというとき、18世紀の啓蒙思想が唱えた自然権論をそのまま導入したと理解すべきではない。ポイント

は論理構造にあるのであって、憲法の保障する基本的人権、すなわち、「憲法上の権利」は、憲法により初めて創設されたのではなく、憲法以前に承認された権利に憲法的保護を約束したものだという論理を問題にしているのである。そう捉えれば、参政権や社会権に憲法以前の性格、憲法先行的性格を認めることに何の問題もない。そのような論理構造で「憲法上の権利」を理解すべきだというにすぎない。そして、そのような論理で理解することが、これから説明していくように、極めて重要な意味をもつのである。

2 個人主義の選択

まず、日本国憲法の保障する人権の根拠を同定することから、議論を始めよう。国民になぜ人権を保障するのか。なぜなら、日本国憲法は政治社会（国家）の構成原理として、「個人の尊厳」という基本価値にコミットするからである。憲法第13条を見てみよう。そこには、「すべて国民は、個人として尊重される」と規定されている。「個人として尊重」とは、どういうことか。通常、それは個人主義の原理を宣言したものと解されている。

個人主義とは全体主義に対立する概念で、個人と全体との関係につき、価値の根元を個人に置く原理を個人主義、全体に置く原理を全体主義という。個人主義は全体（社会、国家）を構成する部分たる個人に目的価値を置き、全体を個人のための手段と位置づける。全体に個人とは離れた独自の価値があるという考えを否定し、個人的価値の実現に奉仕するかぎりでのみ効用を認めるという立場である。

全体主義はこの逆で、価値の本源を全体の側に置き、個人は全体に奉仕するかぎりにおいて価値を認められるとする。ナチズムやファシズムがその典型例とされるが、この立場からすると、個人主義は利己主義と変わりなく、全体の利益を犠牲にして自己の利益のみを追求するも

のと批判される。しかし、個人主義は利己主義と異なり、全体の利益を否定するわけではない。そうではなくて、個々人が個性をもった存在であることに価値を認め、個々人がその個性を最大限に発揮し実現できるような環境を提供することこそが「全体」の存在理由であり、公益だとするのである。

全体主義と区別すべき立場として共同体主義（コミュニタリアニズム）がある⁵。これは自由主義（リベラリズム）と対立する概念で、主としては体制が前提とする「人間観」の違いというレベルで議論されているものである。個人と全体の関係というレベルでは、両者とも個人主義を標榜するが、そこでの「個人」としてどのような人間を想定するかにつき対立するのである。共同体主義者に言わせると、リベラリズムが議論の出発点におく個人は、自己の生まれ育った環境による規定を受けていない、いわば白紙の個人（「負荷なき個人」）であり、そうした個人を前提にして個人のための国家の役割を考えようとするが、現実にはそのような個人は存在せず、どの個人も自己の属する共同体（家、地域、国家等）の伝統的価値に規定され、その価値を自己のアイデンティティの一部として生きている。ゆえに、そうした「負荷された個人」を出発点において個人のための国家の役割を考えるべきだということのである。結果として、共同体主義は、共同体の伝統的価値を強調し、それと対立する個人の行動の規制をより広く認めることになる。

リベラリズムと共同体主義の対立は、多分に程度の問題であろう。リベラリズムといえども、個人が共同体による負荷を受けていないと考えているわけではない。いかなる個人も、ものごころがついたときには既に共同体の価値を教え込まれているのであり、それから自由に発想す

ることなどありえない。そもそも思考の道具としての言語の習得自体が一定の負荷を意味するのであり、個人が自己の個性を発展させ自己実現を行うのは、常に負荷されたものを前提にしている。しかし、個人は負荷されたものを基礎としつつも、その上に負荷されたものではない何かを創造することが可能であるし、また、負荷されたものの一部を「反省」し変化をもたらすこともできる。負荷されたものは共同体構成員の同質性を構成しており、個性はそれを越えるところで展開するものである。ゆえに、個性を尊重しようというならば、「同質性＝共同体の伝統的価値」の強制を避けるべきだということになる。リベラリズムが「負荷なき個人」を前提にするのは、「負荷なき部分＝個性」を重視するからであって、人間のトータルなあり方を「負荷なき個人」と捉えているからではない。とはいえ、個性の発展は負荷部分を踏み台（基礎）にして初めて可能となるのであるから、踏み台を破壊してしまうような個人の行為は、リベラリズムにおいても許容されないであろう。問題は、何がそのような行為に当たるかであり、その点の判断においてリベラリズムとコミュニタリアニズムが微妙に対立することになる。程度の問題と言ったのはそういう意味である。「負荷された個人」を現時点に据え、リベラリズムが視線を未来に向け新たなものの創造を重視するのに対し、コミュニタリアニズムは視線を過去に向け「今」を作り出した「伝統」を慈しむのであろう。両視線が必要であり、視線の往復とバランスの問題であると思われる。

「個人として尊重」とするとは、個々人の個性の発展を価値あるものと認め、国家の役割をそれに適した環境整備に置くことを意味する。なぜ「個人として尊重」するのか、なぜ個性に価値を認めるのか。それは、個人を至高の価値の

5 コミュニタリアニズム(communitarianism)については、衆議院憲法調査会における小林正弥千葉大学法経学部助教授（当時）の説明を参照。『第156回国会衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会議録』第4号（平成15年6月5日）。

担い手とするからであり、日本国憲法は、それを「個人の尊厳」と表現している。この言葉は第24条第2項で用いられているが、そこでは家族のあり方につき「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚」すべきことを規定している。戦前の「家制度」が、家族構成員個々人の福祉というより、「家」そのものに価値を置き、家を代表する家長（戸主）に大きな権限を与えて階層的な内部構造を規定していたのに対し、それが戦前の天皇制国家の支柱となっていたのを反省し、個人に価値の根元をおく新しい家族制度を制定するよう命じたのである。

一般に、個人と団体の関係を考える場合、最も重要なのは、個人と、家、血族・地縁共同体、国家などの「非任意団体」との関係をどうするかである。というのは、非任意団体は個人が自己の選択と関係なくそこに「生まれ落ちる」場であり、個人はそこで知らない間に「負荷」を受け、特定の類型に「造型」されるからである。個人主義は、個性を強調するから、非任意団体のもつ個性圧殺の側面を警戒し、それを最小限にとどめるために非任意団体を個人の発展のための手段として位置づけようとする。実際には、非任意団体は任意団体のように個人の選択の対象ではないが、個人にとっての手段と捉えることにより、その役割を限定しようとするのである。限定することにより、非任意団体が個人を飲み込み、自己の道具に貶めてしまう危険を回避しようとしているのである。

3 幸福追求権

「個人の尊厳」こそが、日本国憲法の究極の価値であり、第13条前段は、それゆえに国民を「個人として尊重」すべきことを国家に客観法的に義務づけたが、それに続けて、第13条後段は、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、…立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定した。これは、前段の「個人として尊重」されるということの

意味を、もう一步具体化したものである。つまり、個人は「個人として尊重される」結果、「生命、自由及び幸福追求に対する権利」（略して「幸福追求権」と呼んでいる）を最大限に尊重されるのであり、要するに、幸福追求権という主観的権利を尊重するというのである。

この幸福追求権の性格をどのように理解するかについて、学説は対立している。幸福追求権が、第14条以下に規定された個別の人権を包括するものであることについては、対立はない。その意味で、この幸福追求権を包括的基本権と呼ぶのが一般である。さらに、それが個別的基本権の総和（総称）につきるものではなく、個別的基本権として列挙されていない人権をも包括するものであると理解する点でも、ほとんど異論はない。この点は、かりに日本国憲法を立憲君主制型で理解するならば、憲法に規定のない人権を認めることは困難になるはずであるから、国民主権型の理解でコンセンサスが成立していることを意味しよう。人権は「憲法上の権利」に尽きるわけではなく、憲法で列挙しているのは憲法制定者が制定時点で重要・不可欠と考えたものにすぎないという理解である。問題は、列挙された個別人権ではカバーされていない、ゆえに「幸福追求権」としてしか捉えることのできない権利の性格をどう理解するかであり、この点で「人格的利益説」と「一般的行為自由説」が対立するのである。

人格的利益説は、幸福追求権を「個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体」と解する。これに対し、一般的行為自由説は、他者の利益を害しないあらゆる行為の自由が幸福追求権の保護対象となると解する。この対立は、人権論の想定する人間観の側面と人権保障の担い手として誰に期待するかという側面における対立を含んでおり、それぞれの側面のもつ意味を理解しておく必要がある。

まず人間観の側面であるが、人格的利益説は、人権の主体としての個人を、自らが最善と考え

る自己の生き方を自ら選択して生きていく人格的・自律的主体と想定し、人権をそのような人格的・自律的生のために必要不可欠な利益と解する。ここでは、個々人が自ら自由に最善と思う生き方を選び取って生きていくという「生」のあり方が重視されており、個々人にそれを判断する能力があることが前提とされている⁶。

これに対し、一般的行為自由説は、個人をごく限られた能力しかもたない存在と考え、何が最善かを予め選択して生きていくというよりは、何か善い生き方を探り出そうとして行動し、失敗を繰り返す経験の中から少しずつ学び取っていく存在と考える⁷。人権とは、そのような試行錯誤を可能とする手段であり、ゆえに人格的・自律的生を生きようとする者からみればつまらないと思われるようなことも、自由に行うことを許すものであるべきだと考えるのである。両者の具体的な違いは、髪型とかバイク運転とかの自由が幸福追求権によりカバーされると考えるかどうかといった点に現れることになる。

対立のもう一つの側面は、幸福追求権の保護に際して裁判所にどの程度の役割を期待するのが適切かという問題に関係する。両説ともに幸福追求権を具体的権利と解するから、幸福追求権の侵害が問題となれば、裁判所が介入するということになる。したがって、一般行為自由説のように幸福追求権を広く採れば、裁判所の介入しうる範囲が広がり、人格的利益説のように幸福追求権を限定すれば、裁判所の介入も限定されるのである。要するに、たとえば髪型が規制されたとき、その是非を裁判の場で争うのが適切か、それとも政治的なプロセスで争うのが適切かという問題なのである。

4 「新しい人権」の根拠

幸福追求権に関する人格的利益説と一般的行為自由説のどちらがよいかは難しい問題であるが、両説の共通の弱点も指摘しておくべきであろう。両説とも、幸福追求権を個人人権を包括する「一つの具体的権利」と理解している。しかし、そうだとすると、個人人権規定は無用となってしまうのであろうか。具体的権利である以上、人権侵害を主張するときには、常に幸福追求権だけを援用すれば十分のはずで、どの個人人権の問題とするのがよいか、などと迷う必要もなくなる。しかし、憲法の明示する個人人権規定を無用とするような解釈は、どこかおかしい。そこで、両説とも、幸福追求権と個人人権の関係は一般法と特別法の関係なのであり、特別法の地位にある個人人権規定がまず援用されねばならず、それが無いときに初めて幸福追求権の援用が許されるのだと説く。

しかし、一般法と特別法の関係という理解は、疑わしい。「特別法が一般法に優先する」という法原則は、両方が抵触するときに適用されるものである。ところが、包括的人権と個人人権は抵触などしていない。したがって、この原則の適用される場面ではないのである。包括的人権と個人人権の関係は、むしろ基本法と個別法の関係に似ており、基本法が一般原則を抽象的に定め、個別法がそれを具体化するというように、包括的人権が人権の基本原則を定め、個人人権規定が具体化しているのである。ゆえに、幸福追求権は、人権の基本原則を定めた抽象的権利規定と理解すべきであろう。それは、すべての個人人権を包括し、かつ、それ以外の潜在的な人権をも包括した抽象的権利規定であり、個人人権の源泉、母胎となる権利であるが、「一つの具体的権利」ではない。個人人権を生み出

6 人格的利益説あるいは人格的自律説については、佐藤孝治『憲法（第3版）』青林書院、1995、p.443以下；芦部信喜『憲法（第3版）』（高橋補訂）岩波書店、2002、p.114以下参照。

7 一般的行為自由説については、衆議院憲法調査会で表明された阪本昌成広島大学法学部長（当時）の見解を参照。『第154回国会衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会議録』第3号（平成14年4月11日）。

す根拠となるもので、現実にそこからいくつかの個人人権が生み出され、第14条以下に規定されているのである。しかし、個人人権はそれに尽きるのではなく、時代の進展の中で「新たな個人人権」がそこから生み出されていく。個人人権規定は、憲法制定時点で制憲者が「憲法上の権利」として保障すべきだと判断した重要な権利を定めたものであるが、その時点では、重要でないわけではないが「憲法上の権利」として保障しなければならないほど侵害の緊迫性が意識されなかったものもあろう。たとえば、個人情報保護という問題がそれで、傍受、盗撮、情報の大量蓄積・操作などを可能とする技術が発展した結果、今日重大な侵害の危険に直面することになったのである。こうして新しい人権を保障する必要が生じたとき、それに対処する典型的な方法は、憲法改正により個人人権として憲法に書き込むことである。しかし、憲法改正にいたる前段階として、解釈と裁判所の判例を通じて新しい人権を形成していくという方法も、憲法は承認していると解すべきではなかろうか。「憲法上の人権」は憲法によって与えられたものではなく、憲法以前に存在する権利に憲法的保障を付加したにすぎないという人権理解は、かかる解釈に適合的であろう⁸。

このように考えるとすると、幸福追求権を根拠にして形成される「新しい人権」は、憲法の明示する個人人権に匹敵するほどの重要性と個別具体性を、今日の諸状況のもとで確立しうるものに限定されねばならない。したがって、考え方としては、人格的利益説に近づくことにな

る。しかし、人格的利益説が、幸福追求権を「一つの具体的権利」と考えていることからして、おそらくプライバシーや人格権、自己決定権などを幸福追求権の「適用事例」と考えるのに対し、この見解はプライバシーや人格権等をそれぞれ「新たな個別的人権」と考える点で異なる。また、一般的行為自由説との関係では、この見解は抽象的な権利としての幸福追求権がそれに対応していると理解する。一般的行為自由説のように幸福追求権を「一つの具体的権利」とは解さないから、それに違反する国家の行為に対し裁判所が介入して救済を与えるということはないが、違反してはならないという規範が国家に対し向けられている点では同じである。

IV 人権の主体

人権が、人が人であるということだけで認められる権利であるとすれば、すべての人が人権の主体となるはずである。ところが、人権の観念が成立して以降も、人権が認められなかった「人」が存在した。奴隷、外国人、子ども、女性である⁹。

①奴隷 奴隷は生物学的には人であっても、法的には「人」ではないとされた。それを認めてしまえば、奴隷が人権を享有しないことに矛盾はなくなる。しかし、今日では、このような議論は通用しない。奴隷の存在自体がもはや許されない。しかし、偏見は依然として続いており、実態において差別がなくなったわけではない。

8 高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」塩野宏先生古稀祝賀『行政法の発展と変革 上巻』有斐閣、2001、p.269参照。

9 人権の主体に関しては、一方で、天皇・皇族は人権の主体かという問題、他方で、法人が人権を享有しうるかという問題もある。天皇・皇族も人であることは疑いない。にもかかわらず、なぜこのような問題設定が生じるかと言えば、近代の人権が身分を払拭した「人一般」の権利として成立したという事情があるからである。身分制的地位を受け入れる限り、近代人権の観念を曖昧化させないために、人権の主体と考えるべきではないという立場と、人である以上基本的には人権を承認すべきだという立場が対立している。他方、法人は「人」ではないが、社会に実在し一定の役割を果たしているから、性質の許す限り人権の主張を認めようというのが、通説・判例の立場であるが、最近では、法人に人権主張を認めるべきでないという反対説が有力に唱えられている。ここでは立ち入る余裕はないので、興味のある方は、高橋和之「団体の人権主張適格」樋口陽一教授古稀記念『憲法論集』創文社、2004、p.5以下参照。

②外国人¹⁰ 外国人も人であり、その資格で人権の主体である。しかし、「憲法上の権利」の主体かと問えば、理論的には難しい問題を含んでいる。自然権論の「物語」からすると、外国人とは社会契約に参加しなかった者である。社会契約の参加者に対しては、国家は「憲法上の権利」を尊重することを約束している。外国人に対しては、そのような約束はない。いわば自然状態のままである。自然権はもつから、この侵害に対しては自力救済が許されるが、力で負けてしまえばそれまで、国家の保護を求めることはできない。「憲法上の権利」の享有主体ではないのである。

しかし、社会契約などフィクションにすぎず、現実には存在しない。にもかかわらず、どうやってその参加者を確定するのであろうか。通常、国籍を区別指標として持ち出すが、しかし、なぜ国籍が社会契約参加者を確定する指標となりうるのか。国家が領域的団体という性格をもつとすれば、その領域上に定住する者を社会契約の参加者と擬制することも十分ありうることであろう。国籍と定住が一致しないとき、どちらを擬制の指標とするのが合理的かは簡単には決められない。しかし、日本国憲法が国籍を法律で定めることにしている（第10条）ことを考えると、憲法上の権利の主体を国籍により決めるという議論は、憲法上の権利主体性を法律に依存させることになり、逆立ちした議論の感を否めない。憲法上の権利の主体性は、前憲法的論理、あるいは、少なくとも憲法上の論理により決定されるべきものであろう。そうだとすれば、国籍以外を指標にするか、あるいは、国籍を使うなら国籍を法律により決められるものではなく、憲法以前の決まっているものを法律が確認するにすぎないと解する以外にないであろう。憲法以前の決まっているとする場合、何によって決まると考えたらよいであろうか。こ

こでも、おそらく定住が重要な指標となると思われる。したがって、憲法上の権利の主体性を決める最有力の指標は、領域上の定住の事実を求めるのがよいということになる。日本の領土上に定住する外国人は、憲法上の権利を享有すると考えるべきなのである。もちろん、外国人であるということから日本人と異なる規制に服しうることが否定されるわけではない。その規制が権利の制約として正当化されるかどうかの問題なのである。

外国人には、社会契約の論理からは「憲法上の権利」主体性がないと考えるにしても、日本国憲法の解釈論としては、憲法自体が何らかの理由で特に外国人にも主体性を認めていると解釈ができないかが問題となりうる。憲法がそれを認めていると解釈できれば、憲法論としてそれが禁止されることはないから、それで決着のつくことである。その場合、手がかりとなりうるのは、日本国憲法が採用している国際協調主義である。憲法第98条第2項は、条約や確立された国際法規の遵守を命じている。外国人に人権を認めることを条約で約束した場合はもちろんのこと、外国人に人権を認めることが「確立された国際法規」となっているなら、日本国憲法がそれを認めたことになるはずである。もちろん、その場合にも、日本人とまったく同様に扱うことが要求されるわけではない。

さらに、国際協調主義による解釈が困難だとしても、憲法は外国人に人権を認めることを禁止しているわけではない。憲法上要求はしていないが、禁止もしていないから、法律で認めることは可能である。特に参政権や公務就任権については、法律で認めることも禁止されているという解釈もあるが、日本人による自律的統治が確保されているかぎり、日本にとって有用な能力を持つ外国人の参入に異を唱える必要はないと思われる。

10 外国人の人権については、安念潤司成蹊大学教授が衆議院憲法調査会で興味深い見解を開陳している。『第154回国会衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会議録』第2号（平成14年3月14日）参照。

③女性 女性が人権主体であることにまったく疑問はない。にもかかわらず、実際には完全な主体として扱われてこなかった。それを正当化するためのさまざまな論拠が案出されてきた。たとえば、近代初期には、女性は子どもとともに保護の対象とされ、家長の保護下におかれた。今日の最も有力な口実は、性役割分担というイデオロギーである。しかし、事実として存在する身体的性差と「権力」により構成された文化的性差を明確に腑分けし、区別的取り扱いの合理性を厳密に再検討するとともに、暫定的な差別是正措置をより積極的に展開する必要がある。

④子ども 子どもも人権主体であることに疑問はない。ただ、成熟した判断能力に欠けることから、成熟度に応じた保護が必要であり、その観点から子どもの人権行使に制約を課すことは許される。

V 人権の私人間効力論

1 憲法の尊重・遵守義務

憲法第99条が「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」と定めているように、憲法の名宛人（義務主体）は公権力の担い手（略して「国家」という）であった。ゆえに、「憲法上の権利」の名宛人も国家であり、国民は名宛人になっていない。第99条が「国民」を挙げていないのは、うっかり書き落としたわけでも、あまりに当然のことなのでわざわざ書かなかったわけでもなく、立憲主義の論理に忠実に従ったからである。憲法は公権力の担い手に対し国民が命令した文書なのである。

立憲主義の論理からは、憲法上の権利が適用されるのは、国家と国民（私人の立場における国民）の関係に対してであって、私人間ではな

い。私人間を規整するのは法律の役割であり、その中心となるのは民法である。私人間に法的規整を必要とする問題が生ずれば、法律を定めて対処する。法律の制定手続は憲法に定められており、それに反する手続で制定すれば、その法律は憲法違反の法律となり、裁判所による違憲審査制の下で原則として裁判所による審査を受ける。しかし、手続さえ守れば、どのような内容も定めうるというわけではない。法律の内容も憲法に反してはならないのであって、ここで重要となるのが「憲法上の権利」である。法律の内容が憲法上の権利を侵害するものであれば、裁判所による審査により適用が排除される。ゆえに、私人間の関係を規整する法律の内容が、ある私人の憲法上の権利（たとえば、財産権や職業選択の自由）を侵害するものであれば、その私人は法律が憲法違反であること、あるいは、その法律を自己に適用することが憲法違反であることを主張して争うことができる。こうして私人間に適用される法律の内容が憲法上の権利を侵害するものでないことが担保されるのである。

ここで注意を要するのは、いま問題としているのは、国家が法律によってある私人の憲法上の権利を侵害していないかどうかということであり、あくまで国家と私人の関係を問題としているということである。その法律自体は私人間を規整する法律、したがって私人間に適用される法律ではあるが、かりにその内容が一方の私人に不利に定められているような場合に、その法律は、国家と私人の関係において、その私人の財産権を侵害することになるのではないか、あるいは、生存権を侵害することになるのではないか、という問題であり、有利な私人が不利な私人の権利を侵害しているのではないかという問題ではない。私人間の規整をどのように行うかは、ある程度までは立法裁量の問題であり、多少の有利・不利は避けえない。しかし、立法者に対して憲法上の権利の尊重という拘束を課

すことにより、結果として私人間に極端な有利・不利が生じないような仕組みとなっているのである。憲法は、それを、直接私人に対し他の私人の権利を侵害しないよう命令することにより実現するのではなく（それを行うのは憲法ではなく法律の役割である）、立法者に対して私人の権利を侵害しないよう命令することにより実現しようとしているのである。憲法は国家を名宛人とし、私人を名宛人とするものではないということは、そういう意味なのである。私人を名宛人として命令を発しうるのは法律であり、法律がどのような命令を発しうるかにつき、憲法が立法者に「憲法上の権利」という制限を課しているのである。

2 私的自治の修正と裁判所による介入

私人間を規律する基本原理は、諸個人が平等な立場で自由意思に基づき諸関係を形成するというものであり、私的自治の原理と言われる。したがって、民法なども基本的にはそうした前提で作られている。しかし、現実には、諸個人は決して平等な立場にあるわけではなく、様々な意味で強者・弱者が分化してくる。そうなれば、強者と弱者が法的関係を取り結ぶ場合、形の上では自由意思により同意したと言われても、実際は強者の意思を押しつけられるということも起こりえよう。真に平等な私人間の間での取り決めなら、たとえその内容が一方当事者の「人権」を制約するものであっても、本人が自由な意思で受け入れた以上、それなりの理由があってのことであろうから、その取り決めを尊重すべきであり、他人（国家を含めて）がとやかく言うことではない。しかし、強者による押しつけとして弱者の「人権」が制約されるとすれば、同意した以上やむを得ないという形式論で放置するわけにはいなくなる。実際、19世紀末以降、社会のなかに強大な団体（巨大企業や労働組合など）が生み出され、その「事実上の権力」によって私人の「人権」を制約す

るようになると、これを何とかしなければならぬという意識が徐々に形成されてくる。しかし、立憲主義の論理に従えば、その解決は立法者の役割であり、法律を定めて対処するのが筋だということになる。実際、そうした社会問題に答える立法もいくつかなされた。しかし、法律制定の政治プロセスには、社会内の力関係が反映されるから、弱者の「人権」保護立法は、どうしてもテンポが遅れるし、また、制定されても内容が不十分ということが多いため、弱者の「人権」侵害が放置されがちとなり、社会的緊張が高まることもあったのである。

ところが、第二次世界大戦後、裁判所による違憲審査制度が各国で導入されるようになると、立法以外による問題への対処の可能性が見えるようになってきた。裁判所による救済という方法である。裁判所が介入するには、法的根拠が必要である。私人間を規整するのは法律であるから、本来は法律がなければ介入できない。しかし、もし何らかの形で私人間に憲法が適用できるなら、法律がなくとも、あるいは、不十分でも、憲法を根拠に裁判所の介入が可能となる。そこで「憲法上の権利」規定を私人間に適用する解釈理論が模索されることになった。これに先鞭をつけたのが、ドイツの「基本権の第三者効力論」だったのである。

3 ドイツの第三者効力論

基本権は、客観法的に機能する場合であれ、主観的権利として機能する場合であれ、それが適用されるのは国家と私人の関係である。この関係を憲法規定の当事者関係とすれば、私人間関係は第三者関係だということで、この関係における基本権の効力の問題を第三者効力論という。ドイツでも、基本権規定は私人間には適用されないというのが出発点である。それを前提にして、私人間を規律する民法の一般条項の中に基本権規定を読み込んでいこうというのが第三者効力論の発想である。ドイツ民法の一般条

項の規定の仕方は日本の民法とは若干異なるので、わかりやすくするために日本の民法規定を使ってその思考法を説明しよう。

日本の民法で通常用いられる一般条項は、民法第90条の公序良俗に関する規定である。そこには、「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス」と規定されている。したがって、公序良俗に反する契約は、これにより無効となる。そこで、強者が弱者の「人権」を侵害するような内容を契約で押しつけている場合には、公序良俗違反の契約で無効としたらどうか考えるのである。こうすれば、私人間に直接適用しているのは民法であり、憲法規定を適用しているわけではないが、憲法規定の趣旨は公序良俗という言葉の中に読み込まれ、憲法規定を間接的に適用したのと同様の効果が得られるのである。そこで、このような解釈論構成を「間接適用説」とも呼ぶ。

しかし、ここで一つの疑問が生じる。憲法規定は国家と私人の関係に対してのみ効力をもつ。これは、いわば「縦の関係」である。これに対して、民法の公序良俗規定は、私人間を規律するものであり、これは「横の関係」である。では、なぜ縦の関係でしか効力をもたないはずの憲法規定が、横の関係を律する公序良俗規定の意味内容を充填しうるのだろうか。その説明がきちんとなされなければ、安易に基本権規定が民法の一般条項の中に充填されるのだという説明を受け入れるわけにはいかない。

ドイツでは、それをどのように説明したかという、論者の様々なニュアンスを捨象して単純化すれば、基本権規定のあるもの（典型的には、人間の尊厳を定めた第1条と、人格の自由な発展を定めた第2条である）は、単に国家と私人の関係だけでなく、私人間も含めて全方位的に、全法秩序に対して客観法的効力を有するものであり、したがって、そういった規定は民法の一般条項の意味を充填しうるのだという。要するに、基本権規定のあるものは、当初から

私人間をも規律する客観法的効力を有しているというのである。そうだとすれば、民法規定の意味内容がそれに制約を受けても不思議はない。しかし、その結果、ドイツ憲法の基本権規定は、あるものは国家のみを拘束するが、あるものは私人をも客観法的に拘束するというように、一貫性を欠く複雑な法体系となってしまった。

4 日本への影響

ドイツのこの理論は、日本にも影響を与えることになったが、日本では、興味深いことに、「縦の関係」がどうして「横の関係」に読み込みうるのかという問題は、ほとんど意識されることなく、憲法規定は上位規範であるから下位規範たる民法第90条に読み込みうるのは当然のことと前提にされてしまった。たしかに、憲法は最高規範であり、下位規範を拘束するが、全法秩序を全方位的に規律しているわけではない。憲法の守備範囲は限定されているのである。憲法は、国家の諸権力を創設・組織し、それに一定の権限を授けるとともに制限することを目的とする法規範である。私人間を規律することを目的とはしていない。私人間の規律・規整は法律の役割であり、憲法は法律制定の組織・権限・手続等を定めているにすぎない。憲法は最高規範であるから、法律が憲法に違反すれば無効となるが、憲法が直接規律していない私人間の関係につき、法律が憲法に反するということがありえないし、ゆえに、法律を憲法に反しないように解釈する必要も生じない。これが、立憲主義の本来の構造なのである。ゆえに、この構造に忠実であろうとすれば、憲法規定を民法に読み込むというような解釈論は成立しえないはずである。それを可能にしようとするれば、ドイツの第三者効力論のように、まず憲法構造の理解の修正が必要となる。つまり、基本権条項の少なくともあるものは、私人間にまで（客観法的な）効力を及ぼすものだという憲法理解である。

たしかに、それにより解釈の論理は一貫するが、同時に憲法観の変更が生じ、私人も憲法の名宛人となる。憲法は国家を拘束するのみならず、私人をも拘束することになり、立憲主義的憲法観の変更が生ずるのである。

立憲主義憲法観の変更をきたさずに第三者効力を説明する新たな理論として、国家の基本権保護義務論に依拠する理論が、近時有力に唱えられてきている。私人A、B間でAの「人権」侵害が生ずる場合、国家は、Aの基本権を保護する義務と同時に、Bの基本権を尊重する義務を負うのであり、この保護義務と尊重義務の調整が国家（裁判所）においてなされるのだと説明される。しかし、この説明を受け入れるには、AがBに対して基本権を主張し得ないとき、国家に対しなぜ基本権保護義務を主張しうるかの説明がさらに必要となろう¹¹。

5 立憲主義の原型の再評価

では、立憲主義の憲法観を維持しつつ、私人間における権利救済を実現するにはどうしたらよいのか。答えは簡単である。「人権」価値は前法秩序的なものであり、法秩序は人権価値の実現を目指して構成されると考えればよい。日本国憲法の基本価値理念は、「個人の尊厳」であった。この理念は、前憲法的な価値であり、憲法によってのみならず、憲法の下におけるあらゆる法領域において実現が目指されるべきものである。だからこそ、最高規範としての憲法が自らのなかにそれを宣言しているのである。しかし、憲法の中に取り込まれた規定は、憲法の論理に拘束される。ゆえに、憲法上の「個人の尊厳」は、国家のみを拘束するし、個人の尊厳から流出する「憲法上の権利」も同様である。しかし、私人間の法律関係も前法秩序的な「個人の尊厳」価値の実現を目指す。だからこそ、民法第1条の2は「本法ハ個人ノ尊厳ト両性ノ

本質的平等トヲ旨トシテ之ヲ解釈スヘシ」と規定しているのであり、これにより「個人の尊厳」は横の関係にも法的に組み込まれたことになる。ゆえに、第90条の公序良俗の解釈に、個人の尊厳とそこから私法関係の特性を伴いつつ流出するはずの人権価値を読み込むことは、当然に可能なのである。この解釈操作は、憲法上の権利規定を読み込むものではない。憲法規定は、前憲法的な社会の基本価値が何かを推測する重要な手がかりではあるが、それが憲法規定のまま私人間に効力を及ぼすわけではないのである。

このように解することができれば、憲法規定を民法第90条に読み込むのだという無理な解釈をする必要はまったくなくなる。要は、純粋に民法の解釈問題であり、憲法の権威(?)に頼る必要など、ないのである。必要なことは、民法が個人の尊厳という、憲法もコミットした価値原理にコミットしていること、より一般的に言えば、全法秩序が同一の価値原理を基礎とし、それを各法領域の特性にしたがって実現するものであるということを確認することだけである。後は、民法がコミットした個人の尊厳から、民法関係の特性との関連でどのような「民法上の人権」が派生するのかを、憲法上の権利類型を参照しながら解釈していけばよい。したがって、結論的には、立憲主義の原点にもどって、私人間には「憲法上の人権規定」は直接にも間接にも適用されないというのが正しい。しかし、より重要なことは、私人間で「個人の尊厳」の観点から解決が必要な問題が生じたなら、立法者が迅速に適切な法律を制定して対処することである。それが何らかの理由でなされないとき、裁判所による救済という問題が生ずるのである。

では、判例はこの問題につき、どのような立場を採っているのだろうか。最高裁判所が私

11 高橋和之「『憲法上の権利』は私人間に効力をもたない」『ジュリスト』1245号, 2003.6.1, pp.137-146参照。

人間効力の問題に初めて答えたのは、三菱樹脂判決（最高裁昭和48年12月12日大法廷判決）であった。そこでは入社試験の際に学生運動歴等を秘匿して採用された者に対し、その後事実を知った会社が試用期間終了後に本採用を拒否しうるかが争われた。憲法上の論点としては、本採用拒否は思想の自由の侵害、信条に基づく差別とならないかが提起されたが、その前提として、私人間に憲法の人権規定が適用されるのが問題となった。最高裁は、基本的には、私人間は私的自治に委ねられるのであり、問題が生ずれば立法措置により是正を図るのが原則であって憲法の適用はないとしたが、論述の過程で、「場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法第1条、第90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対して基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存する」と述べた。通説は、この点を捉えて、この判決を間接適用説を採用したものと理解している。しかし、おそらく私人間には適用なしとした判決と解するほうが無理のない理解であろう。民法第90条等に言及しているのは、それを通じて憲法規定を間接的に適用しうると述べているのではなく、憲法など持ち込まなくとも民法解釈として救済は可能だと論じていると思われるからである。

6 アメリカのステイト・アクション論

アメリカの判例理論として生み出された「ステイト・アクション」(state action)の法理といわれるものが、ドイツの第三者効力論に対応する機能を果たしていると指摘されることがある。これは、アメリカの連邦制という特殊な憲法構造から生じた理論で、連邦制をとらない日本で参照するときには、注意が必要である。

アメリカ合衆国憲法は、原則的には連邦政府を名宛人としており、したがって修正条項で規

定された権利章典も、もともとは州政府を拘束するものではなかった。ところが南北戦争のあと入れられた修正第14条が、州(state)に対して平等原則や適正手続に反する一定の行為(action)を禁止した。その後、修正第1条から第10条に規定されていた諸権利が、この第14条を介して州の行為(state action)を拘束するようになっていく。しかし、それは、あくまでも「州の行為」が対象であり、州内の私人の行為には適用されなかった。したがって、州が人種差別を行えば、連邦憲法が適用されるが、州内の私人が他の私人を差別しても、連邦憲法の関与すべきことではないのである。州内の私人間の問題を解決する権限は、原則的には州政府にあり、州のその権限行使が連邦憲法に反するときには、「州の行為」による権利侵害として連邦憲法を適用できるが、州が私人間における差別を放置するなら、「州の行為」がないのであるから、連邦としては口出しできない。しかし、私人による人権侵害に州が何らかの形で関与している場合はどうか。州自らは人権侵害行為を行っているわけではないが、たとえばそういう私人の行為を直接・間接に援助していたとしたらどうなのか。そういう場合には、その私人の行為を「州の行為」と捉えて、連邦憲法を適用しようというのが、ステイト・アクションの法理である。

この場合、私人と州との間に一定の関係があるときには、私人の行為に連邦憲法が適用されるから、たしかに、機能的には間接適用説と同じことをしているように見える。しかし、この理論の本質的な争点は、連邦（裁判所）が州内の問題にどこまで介入できるかという点にあり、私人の行為を憲法によりどこまで規制するかという問題は、あえて言えば二次的である。そう言うのが言い過ぎだとしても、少なくともステイト・アクション論は、連邦と州の権限分配という問題を重要な構成要素としており、それに関する判例を私人間適用問題の先例として

参照することは誤解のもととなろう。しかし、一定の場合に私人の行為を州の行為とみなすという発想そのものは参考に値する。というのは、この発想は、憲法がステイト（国家）の行為以外には適用されないことを前提にして、その上で憲法の適用される「国家の行為」の範囲を拡大しようという試みだからである。ゆえに、「一定の場合」としてどのような場合を考えるのか、連邦制とは異なる日本の憲法構造に即して検討していくのがこれからの課題であろう。

VI 人権の制限と公共の福祉

人権保障は絶対的ではない。第12条が規定するように、「これを濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。」のであるし、第13条が規定するように、「公共の福祉に反しない限り」で尊重されるにすぎない。第12、第13条は人権の総則的規定であり、ここから、憲法が、人権の行使は公共の福祉に反してはならないと考えていることが窺えるが、さらに個別的人権に関しては、憲法第22条第1項が「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。」と規定し、第29条第2項が「財産権は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」と規定している。憲法が「公共の福祉」を語るのは、以上の4か所であるが、いずれもが公共の福祉が人権の限界となることを示唆している¹²。そこで、憲法の考えている公共の福祉とは何か、が問題となる。それが明らかにされてはじめて、人権がいかなる限界をもつかが

明らかになるのである¹³。

1 学説の変遷

①一元的外在制約説 第12条、第13条が人権の一般的な規定であり、やや抽象的に「心構え」を規定したような響きがあるのに対し、第22条と第29条は職業選択・居住・移転の自由あるいは財産権といった個別的人権につき規定しているのに着目すると、第22条・第29条こそが公共の福祉の意味を解釈するのに出発点となるべき条文のように思われる。しかも、この二つの条文は、ともに経済的権利を定めた条文という共通点をもっている。個別人権の規定につき公共の福祉の限界を規定しているのは、経済的自由権だけだということに着目すれば、経済的自由権を制限すべき特別の理由に誰もがすぐに思いつくだろう。近代憲法における経済的自由権の行き過ぎた保障が労働者階級の生存権を脅かしたために、19世紀末以降、経済的自由権の広範な制限が行われるようになった。第22条と第29条は、そのことを踏まえた規定であり、ゆえに、そこにいう「公共の福祉」とは、資本主義の弊害を修正し労働者の生存権を保障するという政策目標を表現するものなのである。このような社会経済的な政策目標により人権を制限することは、経済的自由権についてのみ認められるものであり、他の人権については妥当しない。第12条、第13条は、特に経済的自由権に限定した規定にはなっていないが、これは訓辞的規定であって法的効力をもたないと解すべきであるから、公共の福祉のこのような理解の障害にはならない。しかし、このように解すると、

12 憲法解釈論における「公共の福祉」は、人権の制限に関する議論であり、公共哲学や公共空間などで論じられる公共善・公益等の問題とは、文脈を異にするから、混同してはならない。前者が問題とするのは、人権を制約する「公益」とはいかなるものかであるのに対し、後者が問題とするのは、公益の内容というよりは公的決定過程をどう構想するかという問題であろう。国家による「公」の独占を否定し、公私二分論にかわる第3の領域として公私の間、あるいは、国家と個人の間、「公共空間」あるいは「市民社会」などを設定し、公的な決定過程を多元的に再構成しようという議論である。どのような「空間」において決定されようと、その「公益」が人権制約を正当化しうるかどうかは、別個の問題として残るのである。この問題に関しては、『第154回国会参議院憲法調査会会議録』第7号（平成14年5月29日）における中島茂樹立命館大学法学部教授の見解を参照。

13 詳しくは、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣、1994、p.186以下参照。

第22条・第29条以外の個人人権は、無制約ということにならないか。そうではない。ある人の人権は他の人の人権を侵害してはならないのであって、すべての人権は、当然、かかる「内在的制約」をもつのであり、わざわざそう規定するまでもないことなのだ。つまり、公共の福祉は「外在的制約」をいい、内在的制約はとくに規定されていなくても、当然に存在するのである。これが、憲法制定後いち早く唱えられた見解であった。人権保障の歴史と整合的なわかりやすい解釈であった。一元的外在制約説と呼ばれている。

②内在・外在二元的制約説 一元的外在制約説は、やがて重大な困難に遭遇する。「新しい人権」を憲法解釈論上認めることができるかどうか、という問題が登場するからである。きっかけはプライバシーの権利をめぐるものであった。プライバシーの権利は、人権の個別規定には見あたらない。しかし、現代社会においては、「新しい人権」として保障すべき重大な価値ではないか。憲法に規定のない「新しい人権」を認めようとする場合、憲法上の根拠となる適切な規定は、第13条をおいてはない。ところが、先の解釈は、第13条を訓示規定と解していた。訓示規定を新しい人権の法的根拠とするわけにはいかない。かといって、第13条に法的効力を認めれば、すべての人権が公共の福祉＝「外在的制約」（社会政策的政策目標による制約）に服することになり、人権保障の意味がほとんどなくなってしまう。

そこで唱えられたのが、第12条・第13条の公共の福祉と第22条・第29条の公共の福祉は意味が違う、前者は内在的制約であるが、後者は外在的制約を意味するという説である。こうすれば、すべての人権は前者の規定により内在的制約に服するが、外在的制約に服するのは経済的自由権のみであることになり、かつ第13条を法的規定として新しい人権の根拠規定に使う

というわけである。同じ「公共の福祉」という言葉に異なる意味を与えるという弱点をもつが、同じ言葉が文脈により意味を異にするのは、よくあることだと強弁された。しかし、最後に、第13条に法的効力を認めつつ、公共の福祉を統一的に説明する説（一元的内在制約説）が現れ、これが通説となって現在に至っている。

③一元的内在制約説とその後の展開 一元的内在制約説は、公共の福祉を人権間の矛盾・衝突を調整する原理として統一的に捉えた上で、衝突する人権の性質の違いにより公共の福祉の具体的内容は変わりうると考える。つまり、自由権同士の場合と自由権と社会権の場合では、衝突の調整という点では原理的な違いはないが、調整の具体的内容は当然に異なってくるのである。ここから「自由国家的公共の福祉」と「社会国家的公共の福祉」が区別されることになる。

一元的内在制約説が今日の通説であるが、最近、これに対する批判が唱えられてきている。何が問題かという点、公共の福祉を人権間の矛盾・衝突の調整原理だとする点である。たしかに、人権という重大な権利を制限しうる対抗利益としては、他の人権しかありえないはずではないか、というこの説の言い分もよく分かる。それに、戦前、全体主義的な公益概念により「滅私奉公」を強要されたことを考えれば、公共の福祉を不用意に漠然とした「公益」と捉えると、同じ轍を踏みかねないから、人権間の矛盾・衝突と厳格に捉えておくのがよい、と考えたのも納得できる。しかし、そのために、他方で、人権の規制を正当化する際には、対立する人権を明示することが必要となり、人権とはいらいような対抗利益を無理矢理人権に結びつけるという弊害を生み、かえって人権の重大性を希薄化させることになっているのではないだろうか。たとえば、わいせつ規制の正当化として、わいせつ本を公刊する「表現の自由」は「decent

な社会生活への権利」という「他人の人権」と衝突するのだと言われるとき、そのような他人の「人権」が憲法上のどの規定により認められているのだろうか、との疑問がわく。そのような利益を人権だと言い出したら、人権ははてしなくインフレ化し、人権に対する尊重の念が希薄化してしまわないであろうか。それを避けるには、人権を規制する目的は、必ずしも他人の人権との調整に限定されず、人権とは言えなくとも重大な公益と認められれば、それと調整する場合も含まれると解するのがよいのではないか、というのである。その場合、公共の福祉とは、すべての国民を平等に「個人として尊重」するために必要となる調整原理あるいは公益とぐらいに捉えておけばよいであろう。もちろん、その場合の「公益」は、戦前のような個人を超越した全体の利益であってはならないが、すべての個人が具体的に享受しうるような公益なら、人権とまで言えなくても、人権制約が可能であると考え、その公益がどの程度重要な公益であり、それを理由にどこまで人権の制約が可能かを、具体的に考えていくべきだという考えになってきているのである。その場合の議論の一般的枠組みが、目的審査と手段審査と言われるもので、目的審査では人権規制の目的が規制される人権の重大さに見合っているのか、つまり、釣り合うだけの公益保護が目的となっているのかが、人権の性質に応じて設定された基準に従って審査され、手段審査では、その目的の実現のために採用された方法・手段が目的と適合しているのかどうか、その目的の達成が人権を制約することがより少ない方法で可能ではないか、などが審査されるのである¹⁴。このようなアプローチで公共の福祉の内容を詰めていけば、おそらく結果的には自由国家的公共の福祉と社会国家的公共の福祉の違いが識別されるに

いたり、そこで一元的内在制約説と合流することになると予想される。

④判例 判例は、当初より公共の福祉を人権制約の根拠と理解してきたが、公共の福祉とは何かを一般的に明示することはなかった。そのため、当初は、十分な説明もないまま抽象的な言葉の操作だけで公共の福祉の範囲内と断定するような判決が多く、学説の批判を受けたが、その後1960年代に入ると立法事実を基礎に理由を説明する判決が次第に出てくるようになり、70年代以降には目的審査・手段審査の枠組みを意識的に採用するようになる。そして、経済的自由権の規制に関してのみではあるが、規制目的の区別として消極目的と積極目的を区別し、それぞれにつき審査の厳格度が異なることを明らかにするが、この区別は自由国家的公共の福祉と社会国家的公共の福祉の区別に対応するものと理解することが可能であろう。

2 国民の義務

日本国憲法には、義務規定がない、あるいは少なすぎる、そのために人権の濫用が横行するようになったという主張が、時としてなされることがある。現在の日本で人権の濫用が重大な問題となっているのか、もしそうだとすると、その原因は憲法に義務規定がないからなのかは、論証のしようのない問題である。しかし、日本国憲法がわずかの義務規定しかもたないことは、理由のないことでもないし、正当化しえないことでもない。まず第1に、国民の義務という観念は、立憲主義憲法の「物語」と折り合いが悪い。憲法が、為政者を名宛人に、国民が制定したものとすれば、そこに国民の義務を規定するのは落ち着きが悪いのである。だからこそ、アメリカでもフランスでも、当初の憲法には義

14 公共の福祉の理解の仕方の変遷については、衆議院憲法調査会における松本和彦大阪大学大学院高等司法研究科教授の説明を参照。『159回国会衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会議録』第3号（平成16年4月1日）。

務規定を置かなかった。立憲君主制型憲法の場合、君主が国民に権利を付与すると同時に義務を課しても問題はない。国民主権型は、それとは異なるのである。だから、自然権論を背景に制定された憲法には、義務規定のないことが普通である。法的には、それで困ることは何もない。義務規定がないから、国民に義務を課すことは許されない、というわけではなく、必要な義務は法律を制定することによりいつでも課しうる。ただ、その場合に、法律で行わねばならないし、かつ、その法律が人権規定を侵害してはならないというにすぎない。人権を侵害するかどうかは、公共の福祉により正当化しうるかどうか依存する。それは、理論上は、義務規定があろうとなかろうと、変わりがない。ただ、義務規定があれば、公共の福祉による正当化がしやすくなるとの錯覚(?)があるのかもしれない。

もっとも、憲法に義務規定を置くことが論理的矛盾を犯すというわけではないから、国民主権型憲法でも、自然権思想が衰弱すれば、義務規定をもつ憲法が出てくるようになる。しかし、義務規定を置いたからと言って、国民が自己自身を義務づけるということであるから、直ちに法的意味をもつわけではなく、道徳的意味しか持ち得ない。それを法的義務にするには、やはり法律が必要であり、その法律が人権を侵害する内容であれば、義務規定の具体化だから当然に公共の福祉となるとは言えないだろう。法的議論として、公共の福祉と言えるかどうかの論証が必要だと思われる。

義務規定を増やすことは、今日では別の問題も提起する。現代の立憲主義においては、違憲審査制がかかってないほど重要となってきた。その結果、人権規定は裁判所で主張しうる法的規範という性格を強めている。つまり、憲法は、かつての法的性格を欠く理想の宣言といった性格から、サンクションを伴った法的規範へと性格を変えてきている。それが、「法の

支配」を強化しようとする、今日の普遍的な動向と言ってよい。そのとき、法的性格をもたない宣言的規定である義務規定を入れるというのは、この動向に逆行しているのである。

義務規定をもっと入れるべきだという議論が、もしかりに「国民は権利主張の前に、まず自己の義務、自己の本分をはたすべきだ」という趣旨だとすれば、まさに立憲主義の思想とは相容れない議論と言わねばならないだろう。

おわりに

憲法をめぐる最近の議論には、憲法に過大な期待をもつものが多く見受けられる。憲法をあたかも国民の道徳規範の宣言文書であるかのように考えて、あるべき道徳規範をそこに書き込むべきだといった議論がある。しかし、憲法に高邁な理念を書き込めば、国民の公共心が向上するとは考えがたい。たしかに、当初は憲法も法的サンクションを欠く理想の宣言的文書にすぎないものが見られたが、違憲審査制度の普及した今日では、法的サンクションを伴った実定法規範としての性格を強くしてきている。理想は個々人により異なる。それは私的領域の議論に委ねよう。どうしても公共決定が必要なものについては、それを行うに必要な最低限のルールを憲法で実定法的ルールとして決めておこう。それが、今日、憲法に期待される役割なのである。公共心の向上は、法による強制にはなじまない。まさに、公共的議論を通じて行っていく以外にない。憲法はそのためのルールなのである。

(たかはし かずゆき 政治議会調査室客員調査員)

調査資料2004-1-h

シリーズ憲法の論点

⑧

「人権総論の論点」

平成17年3月25日発行

ISBN 4-87582-612-5

国立国会図書館

調査及び立法考査局

〒100-8924

東京都千代田区永田町1-10-1

電話03(3581)2331

bureau@ndl.go.jp



Research
Materials
2004-1-h
March
2005

Series :
Constitutional
Issues
Arguments
on
Human Rights

Research and
Legislative
Reference Bureau
National Diet
Library
Tokyo 100-8924
Japan
bureau@ndl.go.jp

Art: Kenji Saito