

憲法解釈論の構造 (2)

千國 亮介*

要 旨 「国家」が「個人」の「人権」を侵害したかどうかの判断基準〔違憲審査基準〕は、次のことを踏まえて、形成されなければならない。すなわち、「公共」は、個々人が互いに「人権」を尊重し合う空間であり、「公共」と「人権」は、いわば対立せず表裏の関係にある、ということである。そのような関係において捉えられる（「公共の福祉」が内在化した）「人権」は、互いの自由を尊重し合うことができる（規範にコミットした）主体の有する権利であり、その中身としての「自由」は、「自由の自己同一性」とでもいうことのできる自由の存立と矛盾しない自由である。「自由な公共社会」「近代国家」は、そのような「自由」を引き受けた主体の「理性」によって支えられており、そこにあるのは、「衡量判断」である。それゆえ、「衡量判断」の〔による／に対する〕審査を厳格に行なうことができる基準が求められる。

キーワード 人権、公共、自由、理性、衡量

1. はじめに¹⁾

前稿（「憲法解釈論の構造 (1)」）の終わりで述べた通り、新たな基準論の形成のためには、前稿（前稿の図1）において「私人Bの人権」に代表させてきた、私人Aと衝突する「他の利益」の捉え方をまず検討しておく必要がある。

2. 私人Bの人権と公序

ここでいう「他の利益」とは、結局、人権が制約される根拠として挙げられるはずのところ、人権が制約される根拠としては、通常、①他人の人権、②社会生活の公共性保持（＝公序）の二つが挙げられている²⁾。

①については特に問題はないと思われる³⁾が、②については、少し考えてみなければならない。②の例として考えられているのは、例えば、町の美観維持のための建築規制、文化財保護のための規制などである。他にも、交通ルールなどがこれ

に含まれるであろう⁴⁾。では、②の社会全体の利益は、①の個人の人権に解消・還元されえないものであろうか。

公共の福祉論において通説である一元的内在制約説は、「公共の福祉＝人権相互間に生じる矛盾・衝突の調整を図るための実質的公平の原理」と考えており、それも、日本国憲法下において「人権は、何よりも高い価値をみとめられている」以上、「…人権…に対して何らかの制約が要請されるとすれば、それはつねに他の人権との関係においてでなければならない」というのがその理由とされている⁵⁾のであるから、②は①に解消される、ないし、①に解消・還元されない②は違憲なもの、と考えているはずである。しかし、長谷部恭男教授は、これに対して明確に異論を唱えている。

長谷部教授の一元的内在制約説に対する疑問は、次のようなことである⁶⁾。すなわち、(1) 前述の②のような、町の美観維持等を根拠とする人

* 岩手県立大学総合政策学部 〒020-0693 岩手県滝沢市菓子152-52

権制約は、やはり個人の人権に還元されえないということ、および、(2) 人権の衝突を人権制約の根拠とするなら、そこでは、人権=殺人の自由をも含むような無制限な権利・自由が想定されているはずであるが、i それは、われわれの直観に反するし、ii そのように人間を邪悪な存在と想定すれば、公共の福祉を名目とした国家介入も無制限になる危険があるということである。とすれば、本来、個人の人権にそもそも内在している限界の問題(=「個人の人権の限界」の問題[例えば、殺人の自由は最初からないということ])と、社会全体の利益のために生じる個人の人権の外在的制約の問題(=「公共の福祉」の問題[例えば、町の美観維持のための規制によって生じる人権制約])とは、次元を異にする問題であり、分けて論じられるべきだとし、従来公共の福祉論で論じられていたのは、この前者を後者に混ぜ込んだものだったと問題視するのである。(その上で、長谷部教授は、後者の「公共の福祉」を「国家権力の正当化根拠」として正面から捉えなおし、その「根拠」を法哲学的に検討することを通して、「根拠」と表裏の関係にある“国家権力の「限界」”を画定する作業を行ない、さらに、“「切り札」としての人権”によっても、国家権力は制約される、との自説を展開する。国家権力の正当性根拠による限界はいわば国家権力の内在的制約であり、人権による限界はいわば国家権力の外在的制約と考えられるので、このことから分かるように、この議論は、視点ないし問題の土俵を、「個人」から「国家」に移したものと考えることもできる。)

しかし、②が個人の人権に還元されえないという点について、必ずしも明確に論証されているようには思われず、高橋和之教授が批判するように⁷⁾、宮沢教授が殺人の自由を含むような無制限な自由を人権として想定していたとは考えられない。むしろ、仮に、長谷部教授が論じるような、個人の人権の(内在的)限界の問題と、社会的利益のための(外在的)人権制約[公共の福祉]との二つの問題が本来分かれているとして、宮沢教授は、(その言葉の用い方による誤解が生じたと

はいえ、真意としては、) その後者の問題を前者の問題に混ぜ込んだ(その際、「公共の福祉」という言葉も持ち込んだ)。つまり、長谷部教授が国家権力の役割と考えた領域を、宮沢教授は個人の問題と考えたのではなからうか。それは、人権に(一元的 [=外在的制約の不存在] に)内在する制約としての公共の福祉のなかに、自由国家的公共の福祉と社会国家的公共の福祉の二種類があることが想定されている⁸⁾ ことから明らかなように思える⁹⁾。とすれば、宮沢教授は、本来の「公共の福祉」(外在的制約)こそを消滅させ、自由国家的なもの(=他者加害)だけでなく、社会国家的なもの(=社会政策的、福祉的なもの)まで、個人が内在的制約として引き受けることとしているので、殺人をしてはならないどころか、福祉的な規範をも個人個人の責任として想定しているのだ、と考えることができ、人権相互間の「衝突」というのは、言葉の綾であって、“その衝突を各主体が意識すべき規範としての権利=人権”を各人が有しているものと考えべき、と思われる¹⁰⁾。そのような人権主体が民主的に創設し、操っている「国家」は、当然「人権」(ここでは自由権と社会権は融和されている)が十全に保障されている空間を創出し続けているはずである。というのも、ここでは、ルソー(J=J. Rousseau)のいう「一般意思」が存在し¹¹⁾、それと国家機関(特に「立法府」が想定されている)が乖離せず、いわば「客観的精神としての国家」が成立しているからである(図1における(i)(ii)に対応)。

そうだとすると、長谷部教授の(2)の批判は、(その前提において)あたらないことになる。(1)についても、理論上、①と②を分けることもできれば、一体化させることもできる¹²⁾。問題は、人権保障にとって分けた方がよいか一体化させた方がよいか、ということであるが、一体化させたとしても、長谷部教授の指摘するように、①を②に吸収するようなやり方は人権侵害の可能性を高めることになると思われるが、②を①に吸収するなら、その点問題は生じない。むしろ、①と②を分けて②を完全に国家権力に渡してしまうよりは、①と

一体化させながら②を個人の手元に残しておいた方が、人権保障にとってプラスなのではないかと思われるのである¹³⁾。それゆえ、②は①に解消されると解するのがよいと考える¹⁴⁾。(その際、長谷部教授の展開される「国家権力の正当化根拠」をめぐる議論は、そのなかの一部の問題として位置づけられることになる。)

3. 人権の内実と「公共の福祉」

それでは、このように考えたとき、「人権」と呼ばれるものの中身は、どう捉えられることになるのか。

図1に即していえば、先ほど、私人 A の人権制約の前提となる「他の利益」は、「私人 B の人権」に解消されると述べたことになるが、これを正確に言えば、私人 A の人権を「私人 B の人権」によって外在的に制約されるのではなく、他の人権主体の存在を考慮し、その複数性のなかでの調和を意識した「人権」なるものにコミットした主体こそが、私人 A なのであり、図1における A と B は常に入れ替わりうるという想像力を持った主体が有する権利が、「人権」なのである¹⁵⁾。

そして、この想像力こそが、例えば交通ルールの創設およびその遵守につながる(不遵守も、'当該ルールの不都合性の指摘=他者の想像力の喚起'のための不遵守は、新たな「創設」(ないし改正)に向けられたもの[市民的不服従]なのでここに含まれる(ただし、単なる想像力の欠如による不遵守[迷惑行為]とは当然区別されるが、その区別の境界線については後述))のであるから、「公序」と「人権」は表裏のものなのである¹⁶⁾。

では、これを、解釈論上の議論状況・議論枠組みのなかで/を用いて、分析的に検討することにしたい。

まず、①「幸福追求権」(13条後段)の内容 [=幸福追求権から導き出される人権の範囲]について、人格的利益説[人格的生存に不可欠な利益に限られる]¹⁷⁾と一般的自由説[広く生活領域に関する一般的行為の自由を保障している]¹⁸⁾が対立しているが、本稿は一般的自由説が妥当と解する。

たしかに、私はここまで、「人権」に関して規範的な語り口をしてきたし、規範的なものであると考えている。しかし、憲法上保障される「自由」が、「人格的」といえるものに限るのかどうか、という問題は、また別である。というのも、例えば、必ずしも「人格的」とはいえない、髪型の自由や散歩の自由が、憲法上保障されていないとすれば、それらの自由を制約する立法に対しては、一切違憲審査が及ばないということになり、結論的に極めて不当である¹⁹⁾。また、三極関係で考える私見からすると、(先ほど述べた通り、)私人 A の「人権」の内容は、私人 B の「人権」との調和のなかで捉えられるものであるので、必ずしも「人格的」とはいえない自由も「人権」として考えておかなければ、「調和」を図ることができないのである。(その意味で、人権の範囲を広げることで人権のインフレ化が起き、人権保障が相対的に弱められる[人権がパンチ力を失う]という批判は、私見からすれば、私人 A の「人権」を強力に保障するあまり、私人 B の「利益[自由](人格的利益説からは「人権」とは捉えられないもの)」を害する可能性を放置する危険を看過したものと思われるのである。)

もっとも、それでは、「殺人の自由」などをいったん「人権」として認めるのか、といった批判がありうる²⁰⁾。しかし、一般的自由説は、「殺人の自由」などを憲法上保障される自由として想定していない(一般的自由の外延)²¹⁾。この説が狙っているのは、あくまで「必ずしも「人格的」とはいえない「自由」が憲法上の保障から外されないようにすることであって、「非人間的な「自由」を保障するためではないのである。だとしても、「必ずしも「人格的」とはいえない「自由」と「非人間的な「自由」との区別は問題になる。この問題は、次の②との関係で論じることにした。

次に、①と関連して、②「公共の福祉」概念の射程 [=人権の画定方法] について、一段階画定説と二段階画定説が対立している²²⁾。これは、①の人格的利益説が一段階画定説に、一般的自由説が二段階画定説に、基本的には対応している。とい

うのは、人格的利益説は、「人権」自体を狭く認めるので、一段階の画定で済む（済ませるべき＝樋口説）（もちろん、さらに「公共の福祉」による画定（基準論）を考えることはできる＝芦部説）が、一般的自由説は、「人権」をいったん広く認めたとすえて、その後「公共の福祉」によって合憲的な制約を差し引くので、二段階の画定作業を経る（こちらは、「公共の福祉」による画定がないと考えることは論理上可能であるが、社会の存立可能性の観点から事実上はありえない）からである。それゆえ、①で一般的自由説を採った以上、二段階画定説を採ることになるのであるが、これも積極的に妥当なものと考えられる。なぜなら、“（実は背後に衡量問題があったとしても²³⁾）社会契約に基づいて「国家」を創設したときにあったはずの（時代が変わっても動かない（これが動いたら「革命」である））基本合意”と“時代状況が変われば変動する（すべき）規範”とがあるはずであり²⁴⁾、後者については、衡量問題を表に出して、社会全体での討議のなかで決定してゆくべきだからである。（その決定とは、大枠で立法（法律）、個別具体的などところでその法律の解釈を通して司法（判決）によってなされるもの＝二段階目の「公共の福祉」＝解釈論²⁵⁾によって画定されるものであり、そのような決定にさらされる手前でもそもそも存在する制約が一段階目の画定（一般的自由の外延）という論理をとる。）もし、前者の“基本合意”以外の微妙な（人によって考え方の異なりうる、かつ、異なった見解のどちらをとっても「社会＝国家」形成の上で特に支障の生じない）ところ〔つまり、後者〕の事柄が、個々人の討議の過程に開かれぬ形で決定されるなら、それ自体、「国民権」という（憲法で定められた）基本合意に反する²⁶⁾。そして、その討議のなかで次第に決まってゆき、「社会＝国家」における強固なコンセンサスが形成されれば、前者の基本合意の方へ編入されると解釈されるに至る場合もあろうし、再び疑問視され、後者へ戻されて、再考されることになる場合もあろう。しかし、後者へと溶解することはない“基本合意”というものは

確実にあるはずである。

4. 人権の核心と、憲法という基本合意

こう考えてみたとき、やはりここで、“基本合意”と“変動する規範”との区別が問題になる。これは、①で述べた“「非人間的」な「自由」と“必ずしも「人格的」とはいえない「自由」との区別の問題と対応関係にあるものである。つまり、“基本合意”に反した行為は“「非人間的」な「自由」に基づいた行為とされ、そもそも「人権」として保障されないが、一方、とりあえず“基本合意”に反していない行為は「人格的」なものでもなくとも、“必ずしも「人格的」とはいえない「自由」としていったん「人権」の保護領域にあるものとされ、その後“変動する規範”に照らして、保障の有無が判断される。また、同時に、“必ずしも「人格的」とはいえない「自由」のなかにも、“変動する規範”に委ねず、“基本合意”に含まれるものとして保障されるべきものがあるのではないか、という問題も存在しているのである。

この問題は、次のように整理できよう。すなわち、 α 「基本合意として保障されるべき自由」とは何であり、 β 「変動する＝表立った衡量問題の下で保障される自由」とは何か、という問題設定である。そして、（社会契約＝社会形成の基本契約であり、人格の契約ではないとすれば、）その答えとして、 α ＝人格的な自由、 β ＝必ずしも人格的とはいえない自由、とは決してならず、むしろ、 α ＝社会生活の本質からみた制約（注24参照）と表裏の関係にある自由、 β ＝時代状況や文化的多様性ないし制度構成に伴う諸調整と表裏の関係にある自由、と考えられるべきものであることになる。

とするならば、人権の画定①＝ α 、②＝ β に対応するところ、①の段階で人権として保障されないとされるものは、社会生活の本質に反するもの＝「非人間的」自由であり、②の段階では、新しい問題状況に対応するための衡量判断で、立法によって枠づけられ、司法で具体的に判断される。その際、国民の公共的討議や当事者として訴訟に参加することで、国民の意見が反映される。また、

そこでは「衡量」と切り離された判断が採用されることがないようにすべく、「違憲審査基準」が厳格に用意されねばならず、単なる「多数決」であってはならない。

このように考えてみると、人権の核心は、社会生活の本質に反しない自由であり、憲法における基本合意は、社会生活の本質の各人の受容にあるといえる。

5. 人権の核心としての「自由」と「理性」

“社会生活の本質に反しない”というの、たしかに、一定の「理性」的主体を想定している。しかし、このような消極的定義は、散歩などの、積極的に「人格」的であるわけではない自由をも、国家機関などの誰かの恣意的行為によって奪われない権利として、憲法上保障することができるものである²⁷⁾。そしてこの定義は同時に、「社会生活の本質」という強固な内実を持っている。例えば、「社会生活の本質」からみて、他人の家の敷地を所有者の許可なく立ち入って散歩することは許されないし、反対に、誰かひとりが資本主義経済制度をうまく使って、日本中の土地を買占め、各人が散歩する土地・公道を奪ってもならない（「公」が「私」に収奪されると、「自由」がなくなる）、ということができる。

さて、ここまでで、解釈論上、「自由」を奪われない工夫として、二段階画定の妥当を主張しつつ、一段階と二段階双方の背後にあるのは、「社会生活の本質」=「近代」社会契約=「理性」（衡量から切り離された価値としての「人格」ではない²⁸⁾）であることを確認することができたと思われる。では、ここで「理性」とは何か、ということであるが、やはり、前述した「互いに想像力を持った主体」へと戻ってこざるをえない²⁹⁾。これを、ここでの解釈論上の文脈に置きなおせば、「衡量判断」を引き受けた主体、ということになる。

具体的に考えてみると、例えば、いわゆるフリーライダーは容認される。たしかに、フリーライダーは「乗るべき本体」があってはじめて成立するのであり、自由な公共社会の維持に無関心な人ばか

りになれば、「自由な公共社会」そのものが成り立たない。しかし、それも含めての「自由」であるはずである³⁰⁾。ただし、国政に参加する権利を有しているにもかかわらず、それを行使しないという自由意思に基づいた選択の結果について不満を言う権利は持たない、ということは「衡量判断」として重要である。（（制限選挙の時代のように）国政に参加する権利がない社会は、「不自由な社会」であるが、不参加の意思決定をできない社会も「不自由な社会」である。）

その一方で、「自由な公共社会」を破壊する行為は許されない。それは、「自由」の基礎を掘り崩すからである。したがって、「自由」を掘り崩す「自由」は、「自由」とはいえない。例えば、AがBを殺すことは、Bの生命をAという他者によって、Bの「自由」意思に反して奪われることを意味し、「自由な公共社会」の破壊に向けられている。それゆえ、人を殺す自由は、そもそも「自由」と矛盾し（形容矛盾）、「自由」とはいえないのである。

このように考えてみれば、自分の自由意思に基づいた選択の結果を引き受けるということや、「自由」を破壊しないということなどが、「自由」を存立せしめる、いわば“「自由」の自己同一性”とでもいうべきものであり、それを個々の主体が維持し守るということがやはり求められ、それが（通常使われる言葉としての）「理性」と呼ばれる（／呼ばれるべき）ものなのだと思う。

この「理性」こそが、近代啓蒙主義の産物とされており、「近代国家」「近代法」を支えているものである（**図1**参照）が、（まさに「自由」と表裏の関係にある）「平和」の存立というものを考えた場合、一定の普遍性を持っているものだと考えられるのである³¹⁾。

【注】

- 1) 本稿は、拙稿「憲法解釈論の構造（1）」（『総合政策19巻』掲載。以下、「前稿」。）の続篇であり、2006年度早稲田大学に提出した修士論文の一部である。前稿と同様の方針と趣旨の下、公にするものである（前稿・

注1 参照)。憲法学説の多様性を示し、憲法学の学問としての進展(脱構築的(前稿・注5 参照))に寄与することができれば幸いである。

- 2) 戸波江二『憲法[新版]』(ぎょうせい、1998年)157頁参照。通常、このように二つに分けて考えられているのであるが、内野正幸教授は、この②をさらに細分化させて、「自由制約正当化事由」のリストを(さしあたっての便宜的なものとしながらも)提示している。②の具体的内容の例示として、参考までに挙げておきたい。すなわち、(1 他者の権利・利益)、2 本人の客観的利益の保護、3 公共道徳の保護、4 経済取引秩序の確保、5 自然的文化的環境の保護、6 国家の正当な統治・行政機能の確保、7 社会政策的・経済政策的目的の実現、である(内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社、1991年)340-352頁参照)。ただし、これら(2~7)がすべて②を構成しているかは議論の余地があり、このなかに②を構成していないものがあると考えたとすれば、①②とならんで、新たな人権制約類型を想定することになる。本稿の見解は、後述するように、(内野教授の考え方と異なり、)②は①に還元される、というものであり、②の具体である上述のリストの2~7はすべて①に還元される、と考えることになるので、ひとつひとつ具体的に検証していく必要があるが、ここではひとまず抽象・大枠としての②というものを前提に議論し、以後の別の論点等を通して私見を明確にしていく過程でいくつか具体例を取り上げるという形で、これらの検討を加えることにしたい。
- 3) 周知のように、この①の「他者加害禁止」原理(harm principle)は、ミル(J. S. Mill)(see John Stuart Mill, *On Liberty*, 1985 [1859] [塩尻公明 他訳『自由論』(岩波文庫、1971年)])や1789年フランス人権宣言[人と市民の権利宣言]4条等にすでにみられ、現在理論上、自由制約原理としてこれ自体は争いのないところとなっているものである。
- 4) この点、交通ルールを、長谷部教授は②に含める(長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座 憲法学 3』(日本評論社、1994年)51頁等参照)が、宮沢教授は「自由国家的公共の福祉」のひとつ=(ここでの分類に従えば)①に含めるもの(宮沢俊義『憲法Ⅱ[新版<再版>]』(有斐閣、1974年)236頁参照)

とされ、この後展開する議論にとって極めて示唆的である。つまり、「人権」概念の捉え方によって、①の意味するものは、harm principle に限定されないことになる。「②が①に解消される」(後述)と言うとき、①はharm principleより広い概念として想定されている。

- 5) 宮沢俊義『憲法Ⅱ[新版<再版>]』(有斐閣、1974年)228-240頁参照。
- 6) 長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座 憲法学 3』(日本評論社、1994年)参照。

この議論は、長谷部教授自身認めている(長谷部恭男「『公共の福祉』と『切り札』としての人権」法律時報74巻4号(2002年)83頁)ように、樋口陽一教授の議論(樋口陽一「公共の福祉」法律時報41巻7号(1969年)、同「『公共の福祉』論の現状とゆくえ」ジュリスト500号(1972年)等参照)に強く影響を受けていると思われる。樋口教授は、宮沢教授のいうところの「自由国家的公共の福祉」は、歴史的にみてももと近代国家が成立するときに当然の原理とされているもので、この言葉自体“形容矛盾”であるとされる。(ここでいう「当然の原理」とされているものにつき、具体的には、山本桂一「公共の福祉」宮沢俊義先生還暦記念『日本国憲法体系8 基本的人権 2』(有斐閣、1965年)24-34頁参照。山本教授は、「公共の福祉」から「当然の原理」を具体的にひとつひとつ挙げて取り除く作業を、同論文で“公共の福祉の純化作業”として行っている。(例えば、刑法犯の処罰は「公共の福祉」から除かれる。その結果、殺人の自由や窃盗の自由は、「公共の福祉」で制約される以前に、そもそも人権(ないし自由)として認められていない、という論理になる。)) それゆえ、「公共の福祉」は、本来、社会政策的なもの(宮沢教授のいうところの「社会国家的公共の福祉」)に限定されたものであるはずで、しかも、判例上「公共の福祉」が無限定に使われ、人権制約の危険にさらされている現状からみて、このような「公共の福祉」概念の限定化は実際上の利点もある、と論じていた。

樋口教授は、この考え方を別の議論枠組みにおいて、現在も維持されている。それは、①「幸福追求権」の内容として、一般的自由説を採らず人格的利益説を採り、それと対応して、②「公共の福祉」概念の射程=人権の画定方法として、二段階画定ではなく一段階画定を採

る、ということによってである（樋口陽一「“Human Rights”と“droits de l’homme”の含意をめぐって」日本学士院紀要57巻2号（2002年）57-59頁、同『憲法と国家』（岩波新書、1999年）121-125頁、同『国法学』（有斐閣、2004年）190-197頁 等参照）。この①②の論点については、後述。

- 7) 高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣、2001年）292-294頁 参照。

この点、長谷部教授は、高橋教授からのこの批判に反論している（長谷部恭男「『公共の福祉』と『切り札』としての人権」法律時報74巻4号（2002年）83-85頁 参照）。反論のひとつは、宮沢教授が無制限の自由を人権として想定していない根拠としてあげている記述は、「公共の福祉」についてではなく、「人権の概念」に関する場所に存在し、しかもその相互の關係に触れられていない、とするものであるが、宮沢教授が体系的に無責任な議論〔論点ごとの場当たりの議論〕をしていたとは考えがたいので、相互に当然關係していたものの、特に明示しなかっただけと考えた方が自然である。とはいえ、反論のもうひとつの部分をなす、自由権と区別される、国法の不在の単なる反射としての「単なる自由」（宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版<再版>〕』（有斐閣、1974年）91-92頁 参照）は、人権でないので、人権間の衝突として想定されていなかった、（そして、殺人の自由などはその「単なる自由」に含まれるとの想定を推測）とする高橋教授の推測した議論・論理そのものが、公共の福祉論ひいては人権論としてうまくいっていない、という主張は説得的である（この点、後述）。その意味で、高橋教授の宮沢説の推測にはやはり疑問が残る。

しかし、それでもなお、宮沢教授は、無制限な自由を人権（ないし自由）として想定していなかった、と考えることはできる。というのは、当時の時代状況にあっては、現在のように、「殺人の自由」をいわゆる自由として仮定することはなかったと思われるからである。例えば、戦前の名著といわれる、尾高朝雄『国家構造論』（岩波書店、1936年）からも窺われるように、当時の議論の前提として、国家ないし国法の存在の当然性＝国家から議論が発する、ということがあり、

現在のように、個人から議論が発することは基本的になかった。それが戦後になって転換したのであるが、思考方法にどうしてもその名残が見出されるのである。（戦後民主主義の議論は、その名残を（自らのなかから）消滅させるために躍起になっていたものだったと考えると、納得できることが多い。そのような議論（社会に拘束されているがゆえのラディカルな個人主義の主張）を、個人からの思考をむしろ当然としている世代が聞いたとき、（その主張の趣旨に反して、）はじめて「殺人の自由」なる概念が生まれる。）そのために、自由権でさえも（イェリネック流に（vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905, S. 94 ff. [美濃部達吉 監訳『公権論』（有斐閣、1906年）130頁以下]）国法との關係で捉えられたのであり、そのような論理構成自体が、「殺人の自由」をそもそも仮定しなかったということを潜在的に論証している。したがって、高橋教授が「単なる自由」（宮沢教授は、散歩の自由、読書の自由のみを例として挙げていた）に「殺人の自由」も含まれると推測したのは、やはり宮沢教授の意図に反していると思われる。よって、高橋教授の批判の結論に賛成し、理由において反対である。（ただ、「殺人の自由」という問題が生じた現代において、「単なる自由」について理論的に検討なく放置すべきではないので、前述した長谷部教授の指摘について、後述する。）

- 8) 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版<再版>〕』（有斐閣、1974年）235-236頁 参照。
- 9) このあたりは、中島茂樹「憲法学と公共性」立命館大学政策科学11巻3号（2004年）165-167頁における宮沢説の分析も参照。
- 10) 宮沢教授の次の記述を参照されたい。「それ〔注：公共の福祉〕は人権の対立衝突を法的に收拾する原理を指すと考えざるをえません。」「…問題は公共の福祉を根拠として人権を制約することが出来るかどうかではなくて、どういう場合に於いて公共の福祉の名の下に人権を制約出来るかということでありまして、従ってこの場合、人権衝突を治める原理としての公共の福祉の中身…。」「こういう人権の衝突をまとめることは非常に難かしい、その原則をはっきりつかむことは難かしいということに関連して、私が申したいことは、

人権の衝突は、結局において、各種利益の衝突である、そのまともは各種の利益の妥協でなければならない、ということです。そして、それに関連して、特に人権、共存の感覚ということをお願いしたいのであります。」「私は、…ある講演で『人権の感覚』という言葉を使いまして、…結局人権が人権として社会的に守られるためには、その社会の人間全体が人権の感覚とでもいうべきものを身につける必要があるのではないか、その意味は頭で人権というものを理解するより、身体で人権というものを体得すると申しますか、…そういった感覚がだんだん広まって一人でも多くの人間が生理的にそういう感覚をもつようになれば、その社会は人権を守ることが十分出来るのではないか、こういう意味で人権の感覚ということばを使いました。今でもその言葉を使いたいと思いますが、特に現在は、人権共存の感覚という言葉を使いたいと思うのであります。人権の感覚は当然人権共存の感覚を伴うべきものであると考えます。」「人権共存の感覚とはどんなことかと申しますと、まず私のみところでは、人権の複数性を承認することでありましょう。第二にそれと同じことですが、我の人権のほかには他の人権が存在することを承認することです。そして第三に、人間の価値が平等であること、我の人権と彼の人権、他の人権とが同じ価値をもつことを承認することです。従ってまた、第四に我の人権を主張する権利は他の人権を尊重する義務と論理的に結びついていることを承認することです。」(宮沢俊義「人権の共存」『憲法論集』(有斐閣、1978年)365-367頁。下線および[]による注記は筆者。)

- 11) ジャン = ジャック・ルソー (J=J. Rousseau) (作田啓一 訳)「社会契約論」『社会契約論／政治経済論』(白水社、1986年 [1762年]) 28頁以下 参照。
- 12) 前述したように、内在・外在二元的制約説の正当性を主張され、長谷部説に影響を与えた樋口教授も、「現代段階になって経済的自由権が特殊現代的に枠づけられるのも、論理的にいえば、現代的権利の『内在的』制約といえないことはないが、現代憲法におけるフォーミュレーションが近代立憲主義以来の伝統ののっついているため、現代段階においてはじめてつけくわわった枠は、『内在的』制約としてではなく、いわば『外からの』制約としてフォーミュレートされたのである。」

(樋口陽一「公共の福祉」法律時報41巻7号(1969年)54頁)と述べており、「自由国家的公共の福祉=内在」、「社会国家的公共の福祉=外在」の区別は、理論形成のひとつの歴史的必然であったとしても、論理的必然ではないので、必要性があれば、議論枠組みの組み換えは可能である。そして、前者・後者とも外在とする(戦前を引きずった)一元的外在制約説化することは、人権保障にとってマイナスだが、その逆(内在説化すること)はプラスになるのである(ただし、新たな議論枠組みの真剣な構築を伴わなければ危険であるといえる)。

- 13) そして、この“人権主体が国家を構成する規範を担う”という論理は、近年樋口教授も、「<citoyen>の可能性」として、いわばあるべき姿として、日本の現況における問題性への警鐘およびその克服への途を示す意味を込めて自覚的に論じられていることなのだと思うのである。樋口教授は次のように述べている。「もともと、『市民』(citoyen)とは、『人および市民の諸権利の宣言』(1789年)の構造のなかでは、キヴィタス=ポリス=国家を構成するひとつとなっており、そのようなものとして、<république>の担い手にほかならなかった。他方、アメリカ的文脈のなかで、『市民』は、古典古代以来のその原義(公事への参加=「への自由」)を離れて、国家から自由な市場への参加(私益の確保=「からの自由」)のシンボルとなる場合であっても、それは、<state of nature>への復帰ではないはずであった。」…「それでは、戦後日本の『市民社会』の解放は、何を意味したであろうか。日本国憲法の国民主権は、主権者として公事に参加する『市民』を創出したはずであった。その前提のもとではじめて、『国家からの自由』は、談合取引の自由、土地ころがしと地揚げの自由、独占形成の自由、私事暴露の商品化としての言論の自由、そういった『自由』を超えたものを意味することができずであった。総じて、『人欲の解放としての自由』から『規範創造的な自由』への転換が可能となるはずであった。そして、それは今日なお、課題であり続けている。」(樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』(東京大学出版会、1994年)160-161頁)と。ここで想定されている<state of nature>は、古典的な意味での、不条理な(肉体的)殺し合いや財産の盗み合いの状態だけを指してはいない。仁義なき経済戦争や現代

社会の構造やツールを悪用した行為が放置された状態にも拡大している。（しかし、これは必然なのである。なぜなら、現代の社会では、例えば一見ルールに則った経済戦争で（北の資本の集積によって南の貧困を生むように）人を殺すことさえできるのであるから（see, e.g., Amartya Sen, *Poverty and Famines*, 1981 [黒崎卓 他訳『貧困と飢饉』（岩波書店、2000年）]）。）それが①に②も吸収させる根拠である。近代国家設立の「趣旨」に鑑みて、「形式」は変容する。その「趣旨」をあらためて見極めるのが、「人権」概念の中身をあらためて検討することと表裏の関係にあるのである。

- 14) 宮沢教授の依拠していたイエリネック (G. Jellinek) も、「すべての社会的利益も、それゆえ国家的利益も、個人的利益から全く切り離されて考えられることはできない。すべての社会的行為および国家的行為は、結局は、諸個人の役に立つのであり、あるいは、少なくとも、そう行われなければならない。」(Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3.Auflage, 1960 [1913], S. 384 [芦部信喜 他訳『一般国家学』（学陽書房、1976年）316頁]) と述べているが、この問題において—これは本稿の全体の基調でもあるのだが—主張したいことは、つまりそういうことなのである。この言葉を解釈学的に言い換えるなら、諸個人の利益と切り離された国家的行為はいわば違憲なのであり、その意味で違憲でない国家行為は、正当化されてしかるべきものなのである。そして、そうだとするなら、諸個人は国家・社会の担い手でなければならない。そして、その（個人と国家の）いわば「円環」を支えるのは何か、と問われたときにあらわれるのが、「人権」の規範的核心”の問題なのである。

- 15) この「入れ替わりうることへの想像力」を、リベラルな社会の統合の支点としようとして構想されたのが、ロールズ (J. Rawls) の「無知のヴェール (the veil of ignorance)」だったと考えられる。

とすれば、この一点だけからでも、ロールズの議論が、功利主義者の用いる道具立てによって構築されているにもかかわらず、きわめて「規範的」なものであると考えられる。

この点につき、岩田靖夫教授による次の記述を参照されたい。「さて、このように見てくるとき、ロール

ズの語る正義の共同体が、おそらくは無意識にはあろうが家族的共同体をその理念の究極にしていることが、おぼろげに見えてくる。優れた者の力は共同体の共有財産であり、その力は共同体の成員のために、しかも成員のうちでもっとも弱者のためにもっとも大きく用いられねばならない、という第二原理の潜在的な前提は、すべて家族的共同体を性格づけている原理である、と言える。しかも、家族的共同体は、力のある者が力の弱者を一方向的に保護するという関係として成立するわけではない。力のある者の活動もまた、力の弱者の裏方的活動に支えられて成立するのであり、とりわけこのような位置にある人々の是認と感謝がなければ、十全の力を発揮することはできないであろう。つまり、ここには力の強い者は力の弱い者によって、弱い者は強い者によって支えられるという相互承認の関係があるのである。ロールズは、家族的共同体のこの本質的構造をあらゆる共同体の基本的構造へと拡大しようとしているのだ、と言ってもよい。そして、家族的共同体が愛の結合力によってこのような相互承認の関係を可能にしているとすれば、ロールズは正義という力のぶつかり合う関係の中に愛の原理を導入しようとしているのだ、と言うこともできる。ロールズ自身も、差異の原理 [注：格差原理 (the difference principle)] は愛 (fraternity) の基本的な意味を表わすものである、と言っている。 [=ここまでを“前段”とする] 「人間が本質的に社会的動物である」ということは、プラトンやアリストテレスの昔からくり返し語られてきた。それは、人間が、生きるために一人では自足していないからであり、相互に欠けたところを補い合わなければならないからである。この状況を、すなわち人間が一人ではすべてを為しえず相互の補完を必要とするという状況を、ロールズは視点を変えて次のように眺め直そうとしているのである。すなわち、われわれの一人一人はそれぞれに異なった可能性 (potentiality) をもっているが、これらの諸可能性の協同によって人間に共通の本性を実現しようとしているのである、と。たとえば、オーケストラは或る人がヴァイオリンを、或る人がピアノを、或る人がフルートを演奏することによって成立する。あるいは、野球ならば投手がおり、捕手がおり、外野手がいることに

よってゲームが成立する。すべての人が投手になろうと望めば、野球は成立しない。この場合、それぞれの異なった位置にある人々は自分に与えられた役割を果しながら、もしくは果すことによって、全体の活動を可能にしているのであり、同時に全体の成果を享受しているのである。それ故、われわれは様々の共同体に参加することによって、他者のもつ自然的な能力、優秀性、個性の実現に参与しているのであり、それらを相互に享受しているのである。そして、この共同体は同時代的に横に広がっているばかりではなく、時間的にも過去と未来へ伸びている。われわれが現在享受している多くの善は、過去に生きた人々の成就した人間の優秀性の遺産であり、これを受けてわれわれの一人一人もまた、ほんの僅かな寄与を同時代ならびに未来の人々に残すならば、それによって人間のもつ普遍的な可能性、すなわち人間の普遍的な善の実現に参与している、ということになるのである。[=これを“後段”とする] (岩田靖夫「正義論の基底—ロールズとアリストテレス—」思想746号 (1986年) 37-38頁。[] による注記は筆者。)

この記述について、私なりの注釈ないし解釈を施しておきたい。この記述の前段と後段の関係であるが、前段では、力の強い者と弱い者との関係について書かれており、後段では、社会構成上必要な多様な個性について論じられている。これを表面的に受け取って、前段と後段を分離させて読むべきではない。というのも、力の強い／弱いというのは、たしかに、あるひとつのスケール [尺度] にあてはめるときには絶対的に存在するものではあるが、そもそも (文明の存在していない「大自然」だったとしても) 複雑に形成されているこの世の中には、(本来スケール自体、人為的なものであり、自然には存在しないものであるが、言語や文明が生まれるのに伴ってスケールというものを人間が持ってしまっていることを前提にしたとしても、) 極めて多様な複数のスケールが入り組んで存在している (といてよい) のであり、そのことによって、前段と後段は融和し、一体化するのだからである。もっとも、「原初状態 (the original position)」から導かれるロールズの「正義の二原理 (two principles of justice)」(最終形として see John Rawls, *Justice as Fairness*

Restatement, 2001, pp. 42-43 [田中成明 他訳『公正としての正義 再説』(岩波書店、2004年) 75頁]) は、素直に考えれば、この前段しか意味していないものとも思える。しかし、それは、功利主義的 [さらにはゲーム理論的] 考え方との対決において、それらの考え方の想定する土俵 (=社会経済) および前提とする価値 (=“資本主義的なもの”) の上で議論しているからであって、むしろ、そういった土俵および価値が、(功利主義の論者の想定とは違って、) 社会の唯一の存在ではなく、多様な土俵および価値の存在によって (複雑な相互依存関係のなかで) 支えられているということ、彼らの議論枠組みの上に乗っかりながら、「格差原理」の提示によって論証しようとしたのである。したがって、「正義の二原理」は、やはり、前段と後段が一体化されたところのものを表現しているのである。このことは、功利主義的論者の側から、「格差原理」が方法的にうまくいっていないという批判 (例えば、OP曲線 (see Rawls, *ibid.*, pp. 62-63 [邦訳: 106-107頁]) が現実的に本当に成立しているのかといった疑問や、「正義の二原理」(特に「格差原理」) を正当化する根底には「互惠性 (reciprocity)」の観念があるが、その観念を反対に、マキシミン解釈的説明としての「格差原理」によって説明できなければ理論として成立しないという批判 (亀本洋『『公正としての正義・再説』における格差原理の正当化』樋口陽一 他編『国家と自由』(日本評論社、2004年) 等 参照) があることにより、逆に証明される。おそらく、ロールズが守りたかったものは、功利主義的方法論で掬い取ることはそもそもできないものだったのではないと思われる。(近年、これまで通常なされてきた「格差原理」のマキシミン解釈 [ここでの岩田教授の (規範的) 読み方とは対立する通説的解釈 (亀本・前掲論文、佐伯胖『『きめ方』の論理—社会的決定理論への招待』(東京大学出版会、1980年) 232頁以下 等参照) の問題性が、本稿の以下の論述とは異なる視点ではあるが、本質を同じくしつつ、より分析的な形で指摘されるようになってきているように思われ (盛山和夫『リベラリズムとは何か—ロールズと正義の論理』(勁草書房、2006年) 73-139頁 等参照)、このことを強く裏づけている。) そして、この功利主義的方法論の限界については、例えば、竹

田茂夫『ゲーム理論を読みとく—戦略的理性の批判』（2004年、ちくま新書）や、Amartya Sen, *Reason before Identity*, 1999, p. 3-4[細見和志 訳『アイデンティティに先行する理性』（関西学院大学出版会、2003年）5-6頁]等を参照されたい。“資本主義的なもの”そのもの（平板な「資本主義社会」ではなく）を前提とする思考は、そもそも「人間」が疎外されたところにある。（“制度化された無政府状態（ヘーゲル(G. W. F. Hegel)）”という言葉が丁度あてはまるであろう。）このことが少なくとも意味するのは、資本主義的な社会も、「人間」がつくりあげているものである以上、資本主義の論理だけでは存立しえない、ということである。例えば、資本主義の論理（すべての価値は金銭評価が伴う）によれば、家事は価値がないが、それが欠落した生活はありえず、資本主義社会は運営されない。欠落したらそれ自体成り立たないものを無価値と評価するのは、論理矛盾である。これが、どうにも否定しがたく「人間」にとって現実に「存在」している「互恵性」であって「愛」と呼ぶべき「規範」なのである。

ここで、通説の見解[マキシミン解釈]からの批判に対する岩田教授の反論をみておきたい。「筆者[注：岩田教授]は『原初状態』（original position）の仮定を倫理的決断として論じているが、これは正義の二原理を導出するための論理的な前提として提出されているのではないか」（下線および[]による注記は筆者）との質問に対し、「そもそも、『原初状態』という仮定は、公平な社会契約を可能にするための前提条件として、ロールズによって考案されたものである。すなわち、もし人々が自然的ないしは社会的な差異を身につけたまま正義の原理について討議するとすれば、各人は自分の立場（自分の身についた差異）に有利な原則を立てようと躍起になることは必定である。そこで公平な判断を可能にするために、一切の差異を除去した状態を仮定せねばならない、というのである。」「だが、それならば、なぜ公平な状況を正義の原理を定立するための前提として仮定せねばならないのか、換言すれば、なぜ差異を考慮の外におかねばならないのか、と更にロールズを問いつめることができるであろう。その時、かれは差異が偶然(contingent)だから、すなわち不当(undeserved)だから、と言うのである。そして、単

なる事実として偶然ならば、人はそれを最後の事実であると言って、そこに居直れるのに、ロールズはそこに居直ってはならない、と言うのであるから、この最後の飛躍は倫理的決断である他はない。」（岩田・前掲論文41-42頁）と岩田教授は述べている。これは、ドゥオーキン(R. Dworkin)のロールズ理論分析とも整合的である。ドゥオーキンは、「原初状態は、彼の議論を基礎づけるものあるいは均衡の技術の説明装置では全くなく、理論全体の主要な本質的産物のひとつ」と分析し、「平等に尊重されることへの権利は、彼の説明では、契約の産物ではなく、原初状態に入ることが許される条件である」以上、「ロールズの最も基本的な想定は、人々が、ロックやミルが重要と考えた一定の自由への権利を有するというのではなく、人々が、政治制度を設計する際、平等に尊重され配慮を受けることへの権利を有する、ということなのである」と結論づける(Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978, p. 158, 181, 182[木下毅 他訳『権利論[増補版]』（木鐸社、2002年）208, 239, 241頁]）。ただし、その際、「人々は、[他者の]羨望から他者に自己を犠牲にすることは他者への服従の一種だと、当然思っているがゆえに、人々は実質的平等よりも第二原理を受け入れる」とロールズが述べていることを指摘するのを忘れない(*ibid.*, p. 183[邦訳：241頁])。これは、「平等」の内容が形式的なものではない、すなわち、社会のスケールは単一ではなく、複数のものが入り組んで、相互依存の関係にある、ということに対応するものである。というのも、森村進教授は、いわゆる「囚人のディレンマ(=利己主義者のディレンマ)」と同様に「利他主義者のディレンマ」が成立することを提示されている(森村進『権利と人格』（創文社、1989年）61-69頁)が、ロールズの「規範」は、いうなればまさに、そのどちらのディレンマにも陥らない利己と利他が調和した地点に立っており、その調和はスケールの複数性に基づいているからである。とすると、逆にいえば、功利主義的議論に席卷されていた当時のアメリカの理論状況において、規範論を復興させるために、ロールズは規範的内実に功利主義的衣装を身にまとわせ、「正義論」を完成させたのだと考えるのが妥当である。そして、その理論が結果的に（上述した意味で）功利主義的議

論がその論理循環のなかだけでは存立しえないという矛盾に気づかせるきっかけをつくったことで、大きな論争を巻き起こしたのだと考えられるのである。ハーバーマス (J. Habermas) は述べている。「理性法的規範主義の社会科学による破壊は、70年代初め以降、驚くべき反応を引き起こした。というのも、実践哲学の問題設定が一般的に復権される潮流のなかで、法哲学は、いささか突然に、再び、理性法の伝統を尊重するよう転回したのである。遅くともジョン・ロールズの『正義論』(1971年)以降、振り子は反対側に振れている。」(Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 78-79 [河上倫逸 他訳『事実性と妥当性(上)』(未来社、2002年) 78-79頁])と。

なお、最後に、『正義論 [A Theory of Justice]』ではそうだったかもしれないが、『政治的リベラリズム [Political Liberalism]』(1993年)に至って変更されているのではないか、というありうべき疑問について、触れておきたい。たしかに、ロールズは、『政治的リベラリズム』で当初の戦線を縮小した。しかし、(上述したことから考えれば)それは、“社会全体=「正義の共同体」から“社会=多様な価値観を持つ諸共同体の集まりで、それを政治的に統合することに限定されたところが「正義論」の射程”へと変更しただけである。つまり、当初の『正義論』では、サンデル (M. J. Sandel) が批判した (see, e.g., Michael J. Sandel, *Democracy's Discontent*, 1996; and *Liberalism and the Limits of Justice*, 2.edition, 1998 [1982] [菊池理夫 訳『自由主義と正義の限界』(三嶺書房、1992年)]) ような「負荷なき自己 (unencumbered self)」が想定されていたわけではなく、社会全体におけるリベラル的価値で形成された単一の理想的共同体に「位置づけられた自己 (situated self)」を想定していた。(だからこそ、ロールズ自身、自らの理論を、理想化された社会にのみ適用されるもの、と当時は断っていた。) いわば、正義論は包括的教説であったのである。それを、個人を二つの側面を持つものとして組み替えた。すなわち、社会において複数ある共同体のなかで、自身の所属する「共同体」の一員としての自分と、その諸共同体が統合されている「社会全体」の一員としての自分と、である。これにより、「共同体主義」と「普遍主義」の

綱引きは解消する。というのも、個人は「ひとつの共同体」と「社会全体」の双方に位置づけられている存在と考えることになるので、どちらも正しいことになるからである。とはいえ、このとき、「共同体」において浸透している価値は、そこに所属する個人にとって包括的教説であるが、「社会全体」を統合する価値は、個々人にとっても、諸共同体を平和・共存させるための道具的観念=政治的なものでしかない。それゆえ、「社会全体」を統合する価値を扱う「正義論」は、「包括的教説」から「政治的なもの」に格下げされることになる。しかし、「争いを生じさせる政治的対立と秩序問題を解決する必要とから生じる実践的役割」こそが政治哲学の根本的役割 (Rawls, *ibid.*, p. 1 [邦訳: 3頁]) と規定するロールズにとって、それは気にするに値することではなかったはずである。むしろ、諸共同体を平和・共存させるためには、固定しきれない共同体相互の関係ではなく、これ以上分割不可能な「個人」が、「政治的」とはいえ「正義論 (リベラリズム)」にコミットしなくてはならない、ということ¹を明らかにした一明らかにしようとした一という点で、見方を変えれば、戦線の拡大=あらゆる包括的教説を平和的に包摂する=「包括的教説」から「政治的なもの」への格上げだったのである。このことは、ハーバーマスが『道徳意識とコミュニケーション行為 [Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln]』や『道徳の発達と自我同一性 [Moralentwicklung und Ich-Identität]』などで依拠している、コールバーグ (L. Kohlberg) の「道徳的発達段階」[I プレ慣習的レベル: 1 罰と服従志向 2 道具主義的相対主義志向 → II 慣習的レベル: 3 対人関係の調和あるいは<よい子>志向 4 <法と秩序>志向 → III ポスト慣習的レベル: 5 社会契約的遵法志向 6 普遍的倫理的原理志向] (vgl. Jürgen Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, 3. Auflage, 1982 [1976], S. 71-73, 75 [清水多吉 監訳『史的唯物論の再構成』(法政大学出版局、2000年) 77-79, 82頁]) に即して考えてみると理解できる。人間は、その成長過程において、平和・共存のためのいわば個人主義的「正義論 (リベラリズム)」へと一気に跳躍できるものではない。もし跳躍して獲得したと感ぜられるものだとしたら、それは (「リベラリズムの共同

体」における)慣習としてのリベラリズム、すなわち、包括的教説としてのリベラリズムを受容しているにすぎない。そうではなく、道徳的発達段階の段階6の意味でのリベラリズムに個人が到達するためには、まず自分の所属する「共同体」の受容と葛藤、すなわち、「共同体」におけるdisciplineを通過する必要がある。(そして、通過し切ることではできず、個人は「共同体」と「普遍」の双方を持った存在となるであろう。)それゆえに、現実的に考えたとき、ロールズの「正義論」は、包括的教説ではなく、社会の平和を実現する「原理」としての「人間理性」の「抽象的定式」として、(その核心を変えることなく)位置づけなおされたのである。

このように考えてくれば、社会の平和構築を目指す人権論の解釈として、「人権」の内実を本稿のように捉えることは、現実的に理に適ったものである。この概念に曖昧さが残る、という問題が指摘されるかもしれないが、あくまでこの場所にとどまりながら、理論的明確化の努力をしなくてはならない(反対に、明確性のためにこの場所を離れることは許されない)、ということが理解されると思われる。

- 16) Rudolf von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, 6. Auflage, 1981 [1872] [村上淳一 訳「権利のための闘争」(岩波文庫、1982年)]は、まさに「公序」と「人権」「法」と「権利」表裏のものとする議論である。

同書の本文は、「Recht (法=権利)の目標は平和であり、そのための手段は闘争である。」(ders., aa.O., S. 5 [邦訳:29頁])という言葉からはじまるが、その意味するところは、平和は Recht (主観的には「権利」、客観的には「法」)の実現するところに宿り、その Recht を維持するためには、自身の権利感覚に基づいた自己の「人格」を侵害されたとき、その侵害に対して闘争(主に「訴訟」が想定されている(ders., aa.O., S. 13 [邦訳:43頁]))する必要があるということである。それゆえ、Recht のための闘争は、「権利者の自分自身に対する(主観的)義務」であると同時に、「国家共同体(Gemeinwesen)に対する(客観的)義務」なのである(ders., aa.O., S. 17 [邦訳:49頁])。そして、この Recht は、あくまで権利感覚によって把握されるものとされる。(この点イエーリングは、「自分あるいは他人に対する(権利侵害の)痛みを経験したことの

ない者は、たとえ、法典すべてを覚えていたとしても、Recht とは何かを分かっていない。悟性(Verstand)ではなく感覚だけが、我々にこの問い[Recht とは何か]に答えることができるのである。」「Recht の力は愛の力と全く同様に、感覚にかかっている。」(ders., aa.O., S. 23 [邦訳:74頁])と述べ、法律家や哲学者にとって、権利感覚の病理学が不可欠であるべきと説いている。権利感覚は決して計算問題ではないのである。)そして、「権利者は自分の権利を守ることによって同時に法律を守り、法律を守ることによって同時に国家共同体の不可欠の秩序を守るのだ」とすれば、「権利者は国家共同体に対する義務として権利を守らなければならない」といえるわけであるから、主観的 Recht は、客観的 Recht に従属するのではなく、「相互的關係」にあるのである(ders., aa.O., S. 28-29 [邦訳:85-86頁])。

したがって、「法」と「権利」すなわち「公序」と「人権」は表裏のもので、「権利感覚」(本稿でいえば「想像力」)に基づいた権利主張のなかで、例えば交通ルールが創設され、その反射としてそれを遵守する。最初から「公序」があり、それに従属した形で「人権」があるとすれば、それはもうすでに「人権」ではない。これが(法律の存在およびその正しさを前提とした)「法律上の権利」と、「人権」の違いでもある。実定法は常に、この論理に支えられながら、この論理によって変動する。(民法などに「公序良俗」規定があり、条文を大きく変えることなく解釈で変動させることができるようになっていることに誤魔化され、実定法の本質を見取るべきではない。)それゆえ、このことは同時に、「市民的不服従」を正当化しているのである。というのも、例えば、ある交通ルールが、ある特定の人に不利になるような不公正なものだった場合、その人はそれを遵守せず、訴えなければならない。そのようなルールは「法」を実現しているとはいえず、自ら「権利」を侵害されている権利者が闘争する(訴訟を提起する=法律の違憲審査へとつながってゆく(前稿・注27参照))ことによって、「権利」実現=「法」実現していかななくてはならないからである。(ただし、抽象的にはそのようにいっても、実際に「権利感覚」に適った判断ができるかが問題になりうる。しかし、そのた

めにこそ憲法理論上の解釈論が存在するのであり、本稿の解釈論的試みは、そこに向けられている。

- 17) 芦部信喜教授(芦部信喜『憲法[新版補訂版]』(岩波書店、1999年)115-116頁、同『憲法学Ⅱ』(有斐閣、1997年)344頁等参照)、佐藤幸治教授(佐藤幸治『憲法[第三版]』(青林書院、1995年)413-415、445-449頁等参照)をはじめとして、日本において通説的立場である。

- 18) 戸波江二教授(戸波江二『憲法[新版]』(ぎょうせい、1998年)176-178頁、同「丸刈り校則と自己決定の自由」法律時報58巻4号(1986年)、同「自己決定権の意義と範囲」法学教室158号(1993年)、同「幸福追求権の構造」公法研究58号(1996年)、戸波江二、小山剛「幸福追求権と自己決定権」井上典之 他編『憲法学説に聞く』(日本評論社、2004年)7-23頁等参照)をはじめとして、日本では少数有力説であるが、ドイツでは判例・通説である(ドイツにおける議論の詳細については、戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部信喜先生古稀記念『現代立憲主義の展開(上)』(有斐閣、1993年)、Bodo Pieroth u. Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 19. Auflage, 2003, S. 85 ff. [永田秀樹 他訳『現代ドイツ基本権』(法律文化社、2001年)123頁以下]等参照)。

この説を前提にすれば、「幸福追求権」から「プライバシー権」や「自己決定権」が導出され、「自己決定権」の一内容として一般的自由[一般的行為自由]が保障される、と考えられる。したがって、事実上結論的に、人格的利益説と対立するのは、「自己決定権」の内容についてである。例えば、一般的自由説によれば、「自己決定権」に“髪型の自由”なども含まれる(「自己決定権」の「保護領域」の問題として)と解されるが、人格的利益説は、含まれないと解する。(もっとも、一般的自由説からも「自己決定権」を人格的なものに限定し、それとは別に一般的自由が保障される、と考えることもできるので、そのときは「自己決定権」の内容において人格的利益説と対立せず、「幸福追求権」から一般的自由が導出されるか否かで対立することになる。)

- 19) もっとも、人格的利益説を採っても、例えば、「髪型の自由」は、いわば髪型を通じて自己の個性を実現させ人格を形成するためのものであり、人格的生存に不

可欠な自由といえる(芦部信喜『憲法学Ⅱ』(有斐閣、1997年)404頁参照)と解する立場や、そういった自由を「正面きって人権かと問われると、肯定するのは困難」であるが、それが「人格の核を取り囲み、全体としてそれぞれの人のその人らしさを形成している」ので、「人格的自律を全うさせるために手段的に一定の憲法上の保護を及ぼす必要がある」(佐藤幸治『憲法[第三版]』(青林書院、1995年)461頁、同「日本国憲法と『自己決定権』」法学教室98号(1988年)参照)と解する見解によれば、著しく不当な結論は回避できる。しかし、後者の見解は、理論的にも曖昧に思われ、もし同見解がこれらの保障の程度を弱めたいという趣旨だとすれば、むしろ、(一般的自由説のように)、いったん「人権」と認めて、緩やかな審査基準に服させた方が、論理的に明快であると思われる。(また、この見解は、“取材の自由を端的に表現の自由に含めず、「憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値する」として一定の保障を及ぼす判例の考え方」とパラレルであるとしているが、このことは逆に、自己決定権以外のそれぞれの人権についても、「保護領域」論を駆使して基準論に反映させる方法を用いることが、人権論の理論的体系化に資するというを示唆しているといえる。)前者に関して、この立場は「喫煙の自由」や「バイクに乗る自由」をやはり「人権」とは認めず、それらの自由を規制する必要性や合理性(例えば、バイクの免許取得を禁止する高校の校則の必要性・合理性)を判断する、つまり、人権[憲法]問題と考えず、高校等の裁量権の範囲内か否かの判断で事案処理する(芦部・前掲書405-409頁参照)としていて、「人格的」か否かの判断が恣意的となる恐れがあるし(「殺人の自由」のように明確に保障されるべきでないものとは違い慎重でなければならぬ(もっとも、明確に保障されるべきでないもの(の切り分け方)については後述))、もし後者の見解と同様にこれらの自由の保障の程度を弱めたいという趣旨であるとすれば、上と同じことが当てはまる。

- 20) 樋口陽一『転換期の憲法?』(敬文堂、1996年)111-112頁、同『憲法と国家』(岩波新書、1999年)121-125頁、同「“Human Rights”と“droits de l'homme”の含意をめぐって」日本学士院紀要57巻2号(2002年)57-59頁、同『国法学』(有斐閣、2004年)190-197頁

等参照。

- 21) 戸波江二『憲法 [新版]』（ぎょうせい、1998年）178頁 参照。
- 22) この、一段階画定、二段階画定という用語法は、内野正幸教授と樋口陽一教授とで異なっている。内野教授の場合、「一応の自由」に限定を加える考え方と限定を加えない考え方を想定し、そのどちらを採るにしても、そこから「公共の福祉」による合憲的制約を差し引いた残りが「憲法上の自由」である、という説明法を設定する。そして、「一応の自由」に限定を加える説に立つ場合を、「一応の自由」の範囲画定と「公共の福祉」による画定の二段階の画定作業があるので、二段階画定論と呼び、「一応の自由」に限定を加えない説に立つ場合を、「公共の福祉」による画定しかないので、一段階画定論と呼んだ。（内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991年）323-327頁参照。）それに対して、樋口教授は、（注6 で触れたように）「公共の福祉」は社会政策的なものに限定された概念なので、それ以外については、人権制約原理として働くことはなく、「公共の福祉」以前に「人権」に内在した制約がある、すなわち、「人権」と名指しできる「自由」はそもそも限定されたものである、と考えている。そのため、「人権」と言う段階での画定（内野教授でいえば、「一応の自由」の範囲画定）に尽きると考える立場を一段階画定説（樋口説）と呼び、無限定な自由をいったん「人権」と認め、その後「公共の福祉」で画定していく立場を二段階画定説と呼ぶ。（樋口陽一『転換期の憲法?』（敬文堂、1996年）111-112頁、同『憲法と国家』（岩波新書、1999年）121-125頁、同「“Human Rights”と“droits de l'homme”の含意をめぐって」日本学士院紀要57巻2号（2002年）57-59頁、同『国法学』（有斐閣、2004年）190-197頁等参照。）その結果、いわば「一応の自由」に限定を加える見解を、内野教授は二段階画定論といい、樋口教授は一段階画定説と呼ぶ、という逆転現象が生じている。一段階画定、二段階画定という用語自体を最初に用いたのは内野教授であるが、本稿では文脈上、樋口教授の用語法に即して論じる。
- 23) 「殺人」でさえも、刑法上、違法性阻却事由や責任阻却事由があることが注目される。例えば、正当防衛

や緊急避難によって、違法性が阻却され、殺人罪が成立しない、という刑法上の解釈・判断がなされるときには、必ず当該法令・解釈が合憲であることが要され、実際にそのように裁判実務が動いているのだとすれば、それ自体憲法の価値判断ということになる。とすれば、例えば、ある状況における正当防衛による殺人は、憲法上容認されているのである。ここに見出されるのは、社会的共同生活の本質（注24 参照）に基づく衡量判断（注26 参照）なのではなからうか。（ただし、その衡量判断の仕方として、殺人は、原則禁止で、そこから例外を考えていくのに対し、散歩は、原則自由で、そこから禁止の例外を考えていく、というように、規範設定に違いがあるということは、もちろん非常に重要な意味を持っている。また、酌量の余地のまったくない殺人者に対して、死刑判決が下されないということがあった場合、冤罪のおそれという手続的理由ならいざしらず、「人間的」「人道的」といった実体的理由に基づいて正当化されることは、やはりこの観点〔衡量〕からみれば、ありえないはずである。（死刑の問題については、拙稿「死刑・被害者・基本権—基本権ドグマティックにおける生命の絶対性とその意味—」憲法理論研究会 編『対話と憲法理論』（敬文堂、2015年）で正面から論じたので、参照されたい。なお、注31 参照。))

- 24) 佐藤功教授によれば、「公共の福祉」には、内在的制約と外在的制約の二種類あるが、その前者は、人間の社会的共同生活の本質に由来する当然のものであり、1789年フランス人権宣言〔人と市民の権利宣言〕4条（注3 参照）に代表される、いわば各人の内部的な道徳的自制あるいは心構えとしての制約の理念とされる。しかし、人間の社会生活が発達し複雑になるにつれて、内在的制約つまり各人の道徳的自制だけで、社会共同生活を調整・維持することができなくなってくる。すなわち、様々な制度や資本主義経済組織等によって複雑に社会が形成されている以上、立法等による諸制度によって各人の自由は調整されるのである。これにより、外在的制約（社会国家的公共の福祉）も、「国家機関」のためではなく個々人の社会生活のために必要になるわけである。（佐藤功「公共の福祉」法学セミナー8号（1956年）10-12頁 参照。）ここでいう「内

在的制約」と「外在的制約」が、本稿での“基本合意”と“時代によって変動する規範”に対応する。前者は、社会的共同生活の約束＝社会契約をした以上、絶対的に動かしえないが、その一方で、新しい技術が導入されたり新しい制度が創設されるたびに（さらには、未知の文化と接触し、共存・共同生活することになるたびに）考えるべき規範はあるはずで、そこでは一種の民主的討議は欠かせない。しかも、この後者をめぐる討議の結果、前者の基本合意（＝社会契約＝社会共同生活の本質）と矛盾するものであってはならない。そのために「社会全体の討議」が要請され、そのためにこそ、前者の確保＝前者と後者の明確な区別＝二段階画定（この三つがなぜ等式でつながるのかについては、この後の議論のなかで、問題の立て方を変えながら論証される（注29等））が要請されるのである。

25) 本稿の立場では、立法も、憲法の（合憲的）解釈に基づいてなされると考えているからである（前稿・注27等参照）。

26) 西原博史教授は、一段階画定的に人権を捉える考え方（樋口説・長谷部説（注27参照）が念頭に置かれている）を《人権絶対主義》と呼び、それに対して批判をされているが、それは、個人人権があらゆる調整・衡量を排する絶対的権利であるとすると、権利の外延を画定する作業のみが要請され、保障される人権が《価値ある行為》の自由に限定される危険があるからである。しかし、理論的に「殺人の自由」にまで及ぶ人権を《制約》する枠組みがやはり必要であるとして、あらゆる衡量の要素を取り込んだドイツの《比例原則》（前稿・注28参照）に可能性を見出す。（西原博史「ポスト社会国家の人権制約理論」法律時報72巻5号（2000年）90-91頁参照。）つまり、権利の外延画定作業だけに人権画定を担わせれば、誰かの恣意的な《価値ある行為》の設定になりかねないのである。

なお、この見解からすれば、衡量判断によって制約されない自由はすべて憲法上保障されることになるが、なおも「衡量判断」というものにコミットすることからは逃れられない。この「衡量判断」を「価値」と呼ぶことはできるであろうが、《価値ある行為》を要求するものではないのである。この「価値」と《価値》の区別が重要である（注31の議論も参照）。本稿の主

張の文脈では、「衡量判断」へのコミットを“基本合意”と呼び、「衡量判断」すること（およびその結果）を“変動する規範”としている。前者は動かしえないが、後者は常に議論の余地がある。もっとも、後者は単なる多数決で決まるということではない。衡量判断なのである。

27) 長谷部教授の、先に紹介した長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座 憲法学 3』（日本評論社、1994年）における議論は、従来の「公共の福祉」の議論を、「国家権力の限界」の問題と「個人の人権の限界」の問題という二つの方向から検討しなおすものであったが、実際には、国家の正当性の議論を中心に展開し、その国家の活動範囲を人権によって外在的に制約を加えるという論法をとったため、（既に述べたように）議論の土俵を「人権」から「国家」に移し変えたものであった。（従来の「公共の福祉」論の枠組みは、人権と国家権力の対立関係を人権と公共の福祉の対立関係の背後に隠しておくことができ、適切であった、との理由で長谷部説を批判している高橋教授の考え方（高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣、2001年）294-295頁参照）に反して、「国家」の問題を正面から扱うこと自体、（むしろ私は）重要なものであったと考えるが、「国家」を中心に考えた結果、「人権の限界」の問題を結局論じなかったことが問題であるように思われる。長谷部教授が「人権」という方向で論じたのは、「国家の人権による限界」であった。つまり、「殺人の自由」が「人権」ではないという意味での「人権の限界」を意識していないという理由で宮沢説を批判していたにもかかわらず、そういう意味での「人権」それ自体にあるはずの内在的な制約を検討することなく、その逆に向かう議論〔国家に対しいかなる介入を人権として拒絶できるか〕をされている。そのため、国民個人々が国家を運営するという民主主義（ルソーの国民主権）のモデルとは反対に、個人から切り離された官僚主義的国家機関が国家を運営し、そのなかで暮らす個人が、ぎりぎりのところで人権を主張し自らの利益を守る、という受身的人間像が浮かび上がる。（それゆえ、社会契約の見方としては、長谷部教授の場合、ホップズ（T.

Hobbes) ないしロック (J. Locke) どまりで、ルソーのモデルは採りえないはずであるが、その基本書において、ホブズ、ロックの後、ルソーではなくヘーゲルを挙げ、共同体主義であるとして退けていることは、一貫した憲法観が示されているものと受け止めることができると思われる(長谷部恭男『憲法 [第2版]』(新世社、2001年) 6-8頁 参照。) このような文脈で論じられる「切り札」としての人権」という考え方は、樋口教授がそこに「人格的なもの」を見出し理解を示される「切り札」(樋口陽一「*Human Rights*」と「*droits de l'homme*」の含意をめぐって」日本学士院紀要57巻2号 (2002年) 59頁 等参照) とは実は違うものだと考えられる。また、もともとのドゥオーキンが提唱した「切り札」としての人権」も、ある側面からみれば、むしろこちら[人格的]であったと考えられる。というのも、ドゥオーキンが「切り札」として対抗しようとしたのは、いわば「社会生活の本質」から切り離されたところで、いわば国家機関の都合で決定される「政策判断」だったからである (see, e.g. Ronald Dworkin, 'Rights as Trumps', in Waldron (ed.), *Theories of Rights*, 1984)。つまり、そのような「政策判断」に対してだけの「切り札」なのであり、そこには「社会生活の本質」として埋め込まれた「平等への価値」への志向が明確に見出されるのである。

長谷部教授が、「他人の権利や利益を侵害しているからという『結果』に着目した理由ではなく、自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという理由にもとづいて否定され、干渉されるとき、そうした権利が侵害されているという。」(長谷部・同論文 57-58頁) と述べ、そのような権利を「切り札」と言うとき、まさに、人格的利益説によって切り落とされる「自由」を憲法上保障しようとした。(ここにおいては、一般的自由説の問題意識と同じであり、また、この限りでは、ドゥオーキンの「切り札」とも同じであると思われる。)

しかし、そのような「切り札」といえる権利は、長谷部教授自身、例として挙げる「鼻の頭を搔く自由」(長谷部恭男「『公共の福祉』と『切り札』としての人権」法律時報74巻4号 (2002年) 84頁 参照) といった、「人格」とは無関係な自由の方がよりあてはまりやすい(な

ぜなら、信教の自由や思想・良心の自由など通常想定されるケースよりも、他の人権等と衝突しにくい[あるいは、衝突の想定がしにくい])と思われるし、(そうであるとはいえ、やはり)「散歩」や「ピアノ演奏」といった例でさえ、他人の家のなかを無許可で散歩してはならないし、防音設備のない部屋で夜遅くにピアノを弾くことは許されないように、それ自体として「切り札」という絶対性を持った自由とは考えられない。(もし、人権制約の理由として「結果」に着目しないものという制約理由・態様によって内容的に限定された「自由」についてのみ「切り札」として認める、という反論があるとすれば、結局衡量判断であり、宮沢説[一元的内在制約説]からも同じ結論が導かれるはずである。) また、長谷部教授は、このような「切り札」にあたるものだけが「人権」であり、それ以外の「公共の福祉」のための権利は「憲法上の権利」とされているが、「公共の福祉」のための権利こそ、従来「人格的」=「人権」とされてきたものであり、(「国家」について考える視点と「人権」について考える視点でいう「人権」の視点からみれば、)「人権」の重要性の認識が逆転している。(これにおいては、一般的自由説の想定[人格的とはいえ自由には緩やかな違憲審査基準が適用される]からみても違和感が生じるものと思われる。一般的自由説は、「人格的」なものを依然中心に据えながら、「人権」の範囲を広げたにすぎない。) このような問題性は、本稿でいうところの「社会生活の本質」という強固な内実が、(国家運営を個人から官僚的国家機関へ吸い上げた理論構成のなかで) 抜け落ちたためだと考えられる。

このような議論の混迷がみられる原因は、おそらく、「多元社会の統合」の困難さにあるのではないかとと思われる。石川健治教授は、現代社会における最先端の人権問題として dignity harm の存在を指摘されているが、それは、「人間」存在にとつての「承認」の重要性ないし本質性を浮き上がらせるのと同時に、その「承認」を国家によって一元的に独占された文脈の上に乗せられたものであってはならず、現代において、社会の多元的文脈に解放されつつ確保されなければならないということを物語るものである。石川教授は、そこで、「『自己の status の承認を国家に求める権利』

という古典的な定式を組み替えることによって、現代社会における最先端の人権問題としての dignitary harm に対して、公法学が対応できるかどうかという主題を設定する。(石川健治「人格と権利」ジュリスト 1244号 (2003年) 等 参照。) そもそもヘーゲルが描き出した「国家」は、国民全員の(承認の闘争を通じての)精神的結合であり、国家(単なる国家機関ではないので)が自立して国民を独占するようなものではない。しかし、それが固定化し、市民社会における個人間の水平的相互承認を国家による垂直的な一括承認に置き換えたイェリネック流の status 論を前提にして考えてみると、一元的独占が成立してしまう(前稿・注14 参照)。もっとも、問題は、「国家」の固定化であり、固定化していなければ、承認の闘争を通じての精神的結合の反射的效果として、その結合において個人は status を平等に獲得する、という当然の帰結であるにすぎない。しかし、固定化した「国家」に対して status を求めるというのは、個人が「国家」の支配に服するという従属的存在ということであらわすものなのである。先の主題に答えを必ずしも用意していないようにも思われる石川教授が、「自己の status の承認を国家に求める権利」という定式のなかで困惑を示されているように思われるのは、その定式自体が、固定化した国家を前提にしているからではないか、と思われる。

いずれにしても、この問題は、「国家」を常に脱構築していく過程にあるものと捉えることによってしか克服されえないのだと、本稿は考えている。多元的文脈の上にあっては、「承認」は安定せず、それを安定させるためには少なくとも、「多元性」という「一元的」な文脈を必要とする。そして、そのような文脈は、「多元性」を内包しているがゆえに、決して「独占」されるものではないので、様々な新しい承認の闘争に解放されながらも、その闘争は、緩やかなものになるであろう。もしそういった文脈さえもないならば、闘争もない(できない)かわりに「承認」もない。石川教授の議論の前提(承認論)からすれば、そういった「承認」なき社会=「社会」(「国家」とはいえない状態は、「人間」にとって「存在」できない状態である。(これが、敗戦により日本固有の承認の文脈を根こそぎ奪い去ら

れた当時の日本人の「痛み」への感性として、尾高朝雄教授のノモス主権論の問題意識を石川教授が再評価されたときに、根底にあったものだと思われ(石川健治「制度伝説—『自由と特権の距離』補遺—」樋口陽一 他編『国家と自由』(日本評論社、2004年) 289頁以下 参照)、深く共感している。)そして、現代の多元性のなかで人間がもう一度「存在」するための格闘こそ、ハーバーマスの「法哲学」だったはずである(vgl. Jürgen Habermas, Die Einbeziehung des Anderen, 1996, S. 11 ff. [高野昌行 訳『他者の受容』(法政大学出版局、2004年) 6頁以下])。

したがって、「常に脱構築していく過程にある国家=承認の闘争に解放された精神的結合=多元性という一元的な文脈」という根本的枠組みの維持と、その枠組みにコミットしていこうとする承認の闘争、という二段階の考え方が、人間存在およびそれと表裏の社会生活の本質を(この(新たな技術によってもたらされる)多様化する現代において)維持する上で重要であり、本稿の論じる人権についての二段階画定説もこれに対応するものとして主張しようとするものである。(この二段階の考え方については、注29も参照された。二段階目の必要性を強調する議論がこの注であり、一段階目の画定自体の必要性および二段階目の背後にもあるものを強調する議論が注29でなされる。また、この文脈において、(前稿でも触れた)本稿を潜在的に貫く「脱構築」という考え方(注1、前稿・注5 等参照)が、いわゆる「価値相対主義」ではない(絶対主義でももちろんない)ということが、理解されうるのではないと思われる。それは、「批判的普遍主義」と呼ばれるもの(樋口陽一『国法学』(有斐閣、2004年) 69頁以下 等参照)とも重なり合い、ポスト・モダンと近代がともに、その根底において抱えているものであろう。)

28) ただし、衡量から切り離されない価値として「人格」を定義しなおすことはできるであろう。反対に、「理性」こそ、衡量から切り離された価値だと捉える論者もいるかもしれない。しかし、憲法学説上「人格」に附着している意味を前提にした上で、本稿はそれをいったん相対化する試みである、ということと理解されたいと思う。

29) 樋口教授は、前述したように一段階画定のアプローチを採られるが、それは引き算の思考を拒否して、人権そのものを積極的に定義・根拠づける意図を持つものであった。すなわち、何をしてもよい自由ではなくて、最初から、何らかの意味で公共の関心事として主張できる内容を持った自由とは何か、を問うのである。樋口教授は、この問いに答えるものとして、ロールズを代表する「規範的正義論」に期待を寄せている(樋口陽一『憲法 [改訂版]』(創文社、1998年) 199-200頁 参照)。

一方で、二段階画定のアプローチを採る私見からも、一段階目の画定作業を行なう以上、やはり「規範的正義論」を必要とし(注15 参照)、しかも、二段階目の画定においても(注24等で述べたような「社会生活の本質」という意味で)背後で必要としている。しかし、私見は、この「規範的正義論」の積極的な根拠づけを、「自由」画定のための消極的な定義として扱うところに、一段階画定説との違いがある。

積極的な根拠づけを消極的な定義として扱う、というのは、一見矛盾し成立していないようにみえる。しかし、注27でも触れた問題[多元性という一元的な文脈]や、その文脈の上で、実はロールズの『正義論』から『政治的リベラリズム』への変更は同理論の(同じ内実を維持しながらの)その位置づけの「積極」から「消極」への移行だったと捉えるならば、理解されるのではないかと思われる。それはつまり、次のようなことである。

すなわち、注15でも述べたロールズの理論は、例えば、ムフ(C. Mouffe)から、『政治的なるものの再興 [The Return of the Political]』や『民主主義の逆説 [The Democratic Paradox]』等において、「政治なき政治哲学」であるという批判を受けているが、それは、「政治において公共の利益は常に論争の対象であり、最終的な合意には、決して到達しえないものである」(Chantal Mouffe, *The Return of the Political*, 1993, p. 50 [千葉真 他訳『政治的なるものの再興』(日本経済評論社、1998年) 100頁]) [=「政治」についてのシュミット的前提]にもかかわらず、公的に固定的な「合意」を構想するのは、不都合は私的な領域[宗教的、哲学的問題など]でしか起こらないという非現実的な想定

をしているからで、そうした場合、現実には必要なはずの「熟議のプロセスは、余計なこととなる」(*ibid.*, p. 51 [邦訳:101頁]) というものである。これは、ロールズの「政治的リベラリズム」が、「自律」という概念を“カント的なもの”から“自らの生の作者=自律”(注31 参照)へとずらすことによって、私的自律を守るための手段として公的自律を捉え、その結果、公的領域と私的領域の区別に重点が置かれることになるが、本来、公的自律と私的自律は相互依存関係にあり、常に私的と公的の境界が民主的プロセスによって定義しなおされるべきものであること(注27 参照)が看過されている、というハーバーマスの批判(vgl. Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, S. 125-127 [高野昌行 訳『他者の受容』(法政大学出版局、2004年) 24-126頁])ともある意味で重なり合う。しかし、ここで最終的な合意獲得が不可能な政治といわれているものが、ロールズが「偏見と愚かさ」に扇動されて、支配欲と抑圧的な残虐行為が不可避に蔓延せざるをえない世界が、絶望的なほど敵意に満ちていると思う必要は、もはやない。仮りに、我々が墜落した社会に置かれているとするなら、そのことが、我々の悲しみを取り除いてくれることはないかもしれない。しかし、我々は、世界がそれ自体、政治的正義とその善を受け入れないわけではないことを、思い起こしてよいのではないだろうか。(Rawls, *ibid.*, 2001, p. 38 [邦訳: 65頁])と述べるときの、「絶望的に敵意に満ちた世界」を意味しているわけではない(少なくともハーバーマスの場合—ムフの場合は、むしろそもそもそのような状態[絶望的に敵意に満ちた世界]を一切想定することなく議論している(=「近代」を所与のものとしている)と思われる—)はずである。「コミュニケーションの理性」は、対立を reasonable に融和していくために練り上げられた概念(Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981 [河上倫逸 他訳『コミュニケーション的行為の理論(上・中・下)』(未来社、1985年、1986年、1987年)])だったはずであり、それが道徳的発達段階の段階6(注15 参照)との関連のなかで定位される(vgl. Jürgen Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, 1991 [清水多吉 他訳『討議倫理』(法政大学出版局、2005年)])

とき、多様な価値に分断された現代の人々が、互いに理解し合い、平和共存する公共的社会を形成してゆくための鍵となる「理性」として、「コミュニケーション的理性」を提唱している、ということが明確に理解される。それは、カント哲学の包括的教説性（実践理性の主観性）のヘーゲル的〔間主観的〕克服である。一方で、ロールズの構想する「政治的リベラリズム」（いわば「公共的理性社会」）も、多様な価値に分断された現代の人々が、互いに理解し合い、平和共存する公共的社会を形成してゆくための支えとしての「理性」を基礎づけようとしている。ただ、ハーバーマスが、「理性」が埋め込まれた主体という視点で論じているのに対して、ロールズは、「理性」に主体がコミットする視点で論じているところに違いがある。ハーバーマスは、ロールズが「重なり合う合意（an overlapping consensus）」という観念を導入した（正義論→政治的リベラリズム）ことで、「自律」を“自らの生の作者”へとずらしたと評した（vgl. Jürgen Habermas, Die Einbeziehung des Anderen, 1996, S. 125 [高野昌行 訳『他者の受容』（法政大学出版局、2004年）124頁]）が、必ずしもそうではなく、それぞれの教説がカント的に普遍性を目指したものであったとしても、完全に一致することは種々の要因（それぞれの人の持つ人生経験の違いなど（see Rawls, *ibid.*, 2001, p. 35-36 [邦訳：60-62頁]））からありえないが、（それぞれが普遍性を目指している〔つまり悪意がない〕以上は、）社会が安定する〔平和共存できる〕程度の合意形成は可能である、という考えを示したものであり、そのような不一致の余地は互いに認めながらということを経験から許容する「コミュニケーション的理性」を持つ主体同士が合意を形成していくモデルを描くハーバーマスと（それぞれの主体の納得によりコミットされる「理性的公共」を描くロールズと）の視点の違いが出ているのだと思われる。つまり、ロールズは“普遍性への志向”（公的自律と私的自律の相互依存性）を決して手放しているわけではなく、一方で、“普遍性への志向”を内包した「討議理論」も、理性的討議手法にコミットしなければ、そのような「理性」が埋め込まれた主体自体想定できないので、「重なり合う合意」の概念と同様の問題を抱えているのである（つまり、たしか

に、こちら〔討議理論〕は、互いの完全承認の夢をあきらめないものであるが、それは、ロールズの「重なり合う合意」を互いに求め続けるということを描いているのであり、裏を返せば、あらゆるものを reasonable な論証にのせようとし、のらないものは「合意」できないものとしてあきらめる（しかし、合意以外のものとして認め合う〔という形で合意する〕）ということをも含めて納得した主体〔段階6の主体〕を描いているはずなのである。（このこと〔コミットした討議によって導出されたものへのコミットという、「理性」内部での論理円環〕は、ロールズもハーバーマスも、その核心はどこまでいってもカント哲学の“核心”なのだ（注31参照）、ということをも語っている。）したがって、本稿でいう「社会生活の本質」=「理性的公共」=「理性」の積極的根拠づけは、多元的現代社会にあっては、「理性」の消極的定義と表裏の関係にある。それゆえに、ロールズやハーバーマスによっても積極的に根拠づけられる「理性」の核心の消極的定義に基づいて、人権の外延を一段階目で画定し（「理性」へのコミット〔ロールズの視点〕）、その核心に基づいて新たな問題に対処すべく、二段階目の画定がある（コミットした「理性」に基づく討議〔ハーバーマスの視点〕）、と考えるわけなのである。

- 30) 樋口教授は、フリーライダーの自由を認めるのが「自由社会」であると述べ、フリーライダーの自由自体は容認する。しかし、乗るべき本体としての「自由社会」をもっぱらそのような自由だけで根拠づけることはできない、という理由から、阪本昌成教授を代表とする“〔脱道徳論的〕自由観”（阪本昌成「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座 憲法学3』（日本評論社、1994年）、同『近代』立憲主義を読み直す—フランス革命の神話』（成文堂、2000年）等参照）への懐疑を示される。つまり、「ただ乗りの自由」への容認と「公共秩序としての自由」という前提をともに含むのが「近代」だとされるのである。（樋口陽一『ただ乗りの自由』と『脱道徳論的〕自由観のはざま』同他編『国家と自由』（日本評論社、2004年）9-10頁参照。）もっとも、この論理・結論を、注29で論じた文脈において、深く引き受けつつも、単なる「ただ乗りの自由」を越えて「転回」していく〔注29、31で主張される

意味での「理性」へのコミットから離脱する]契機を持つ、(あくまで戯画化された)「脱道徳論的」自由観」に対しては、もっと積極的に否定していく論理があってもよいのではないかと、とも思われる。それが、「自由な公共社会」を破壊する行為」は許されない、とする本稿の主張である。もっとも、樋口教授は、その後の論考で、①国家からの自由=自由な競争の確保、③競争促進型規制=自由な競争の維持・促進(独占禁止法など)、そして、②競争制限型規制(たたく民主制など)、という類型を意識的に設定されている(樋口陽一「憲法論にとって『競争』とは」厚谷襄児先生古稀記念『競争法の現代的諸相(上)』(信山社、2005年))。もともと、自由(①)と規制(②)とを単純に対置させ、規制を忌避してきた憲法学の議論は、「営業の自由論争」(岡田与好『独占と営業の自由』(木鐸社、1975年)の問題提起を参照)を経て、自由を促進するための規制(③)の存在を認識することになるのであるが、近年のグローバリゼーションの流れを受けて、②そのものの必要性を正面から検討しなおすことを迫られている。樋口教授がそのことをはやくから敏感に感じ提起されてきたその問題意識(樋口陽一「撤退してゆく国家と、押し出してくる『国家』」憲法問題14号(2002年)、同『個人と国家』(集英社新書、2000年)56-67頁等参照)をあらためて理論的に具体化されたのが、上述の三つの類型に基づいた議論なのだと考えられる。そのような議論のなかで、やはり「脱道徳論的」自由観」を否定する道筋を探っているようにみえる。張り詰めた緊張感と警戒のなかで、②の可能性を手探りで求める筆致は、デリダ(J. Derrida)が「社会主義そのものではない、社会主義の“精神”」[社会主義そのものは、ケインズ(J. M. Keynes)が批判している文脈(ジョン・メイナード・ケインズ(J. M. Keynes)(宮崎義一他訳)『貨幣改革論／若き日の信条』(中公クラシックス、2005年)80-81頁等参照)において、「脱道徳論的」自由観」と等しく否定されなければならない。というのも、どちらも「公」なき自由=主体性(「理性」)を奪われた人間像」を前提にしているからである。(この点、注31で示す論理と相互関係にある。)を掬い取るうとした姿とどこか重なり合う。それは、思想としての①を根底に、②と③が調和して混じり合い、①(思

想)と②③(技術)が一体化する感覚なのかもしれない。

- 31) この「理性」は、具体的にどう捉えられており、捉えるべきものなのであろうか。これは、どのような「人間像」を想定するかという問題と表裏の関係にあるところ、例えば、長谷部恭男教授は、次のように述べている。「近代立憲主義は、この世に比較不能で多様な価値観が並存する事実を認め、その上で、異なる価値観を奉ずる人々が社会生活の便宜とコストを公平に分ち合う枠組みを作り上げようとするプロジェクトである。そのための主要な手立てとして、人の生活空間は公と私に区分される。私的領域においては、各自がそのコミットする究極の価値を構想・探求し、それにもとづいて生きる権利が保障される。その反面、公的領域においては、人々は各自の究極の価値を脇に置き、社会生活を営む人々に共通する利益について理性的に話し合い、決定し、その執行に協力することが期待される。こうして人々は、価値観の違いにもかかわらず、社会生活の便宜とコストを公平に分ち合うことができる。」「近代立憲主義が以上のようなものであるとすると、そこで想定されている『個人』とは、私的空間では自己の生について構想し、反省し、志を共にする人々とそれを生きるとともに、公共空間では、社会全体の利益について理性的な討議と決定のプロセスに参加しようとする存在である。つまり、憲法によって尊重される『個人』とは、そうした能力を持つ存在であり、そうした能力を持つ限りにおいて『自律的個人』として尊重される。」「こうした能力を備えているためには、まずは思考し、判断し、コミュニケーションする能力が備わっている必要がある。そして、そのためには、少なくとも『機能する脳』が必要である。したがって、憲法上尊重される個人が存在するか否かは、生物学的な意味でのヒトの生命が存在するか否かとは必ずしも一致しない。脳の機能が不可逆的に停止した場合には、もはや憲法上尊重される『個人』が存在するとはいえない。」(長谷部恭男「憲法学から見た生命倫理」樋口陽一他編『国家と自由』(日本評論社、2004年)350頁)と。そして、長谷部教授は、このような人間像(自律的個人)は、カントが『人倫の形而上学の基礎づけ』で提唱する人間像に比べれば弱い自律性と合理性しか想定していない、と述べる(長谷部・同論文359頁)。同時に、

このような人間像でさえあまりに高尚であって、何の考えもなく無為に日々を過ごす多くの通常人が排除されるのではないか、という疑問に対し、「とくに高尚に人生を送る必要はなく、多くの人々も、深く考えはしないものの、日々さまざまな選択と決断を行い、それを通じて自分が何者かを形作っている」あるいは、「仮に、まったく無価値の人生だといえるほどまったく何も考えず無為に暮らす人々がいるとしても、そのことから生ずる社会的コストは無視するに足るものであり、他方、無為に日々を過ごす人々から憲法上の権利を剥奪しようとするれば膨大なモニタリングのコストがかかるので(…)、結局は普遍的に人を個人として尊重する方が安上がりであろう」といった応答が考えられる、としている(長谷部・同論文 359頁)。しかし、このような人間像・人間観は、本当にカント(I. Kant)の人間像よりも弱い自律性と合理性しか想定していないものなのであろうか。

たしかに、(ドイツ連邦憲法裁判所の判決にもその強い影響を見て取れる(根森健「人間の尊厳の具体化としての人格権」小林孝輔 編『ドイツ公法の理論』(一粒社、1992年) 309頁 等参照))カントの人間像は、きわめて「強い個人」を提唱するものであると一般的に理解されており、それは一面においてあたっていると思われる。それは、いうなれば、「平和」(=普遍性)に向けて個々人が「自律」していく様を義務論的に展開しているからであり、そこにひとつの「強さ」が求められているからである。しかし、それは、人間がエゴイズム(=「戦争」状態をもたらすもの)に陥る「弱さ」を強く意識するがゆえに提唱されたものであったはずであるし(だからといって、ホブズのように、強力な国家(機関)をいわば人間の外に求めて統制を与えられることが必要と考えるような、「人間」に対する絶望を前提とすることなく、「人間」は、自らが内在的に「自律」できると考え、だからこそ「尊厳」を見出し、統制されるべきでない存在、と考えたことから帰結したのが、カント哲学だったはずである。逆にいえば、カントのいう意味での「自律」が人間にとって一切不可能であるとすれば、カント哲学は成立せず、人間が疎外された「強力な国家(機関)」の存在が人間にとって必然ないし必要不可欠のもの、ということ

になる。しかし、(いわゆる国家機関なき)未開社会が「社会」として成立しているという文化人類学的観察からみて、不可能ではないと考えるのが自然である。)、カントの「善」は、決して「結果」を求めたものではなかった。カントは『人倫の形而上学の基礎づけ』のなかで、「善なる意志(der gute Wille)は、それが引き起こしあるいは成し遂げることによってではなく、ある予め置かれた目的の達成に適しているということによってでもなく、ただ、その意志作用(das Wollen)のみによって、すなわち、それ自体、善(gut)なのである。…たとえ、運命のとりわけのいたずらにより、あるいは、無慈悲な自然がわずかなものしか与えてくれなかったことにより、この意志に、その意図を実現する能力が全く欠けているとしても、それゆえ、その最大の努力にもかかわらず、この意志により、何も成し遂げられることはなく、善なる意志のみ(…)が残るだけだとしても、それ[善なる意志]は、それ自体、全価値を有するものとして、それだけで、ひとつの宝石のように光り輝く。有益であるあるいは無益であるということは、この価値に、何も付け加えることも取り去ることもできない。」(Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Kritik der praktischen Vernunft / Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1974 [1785], S. 19 [野田又男訳「人倫の形而上学の基礎づけ」『プロレゴメナ／人倫の形而上学の基礎づけ』(中公クラシックス、2005年) 241-242頁])と述べている。つまり、カントの描く「自律した人間」は、例えば、「障害者や寝たきり老人のように人格的に生きることが困難な人々」(戸波江二『憲法[新版]』(ぎょうせい、1998年) 122頁)を外においてしまうような概念ではない。その意味で、これらの人々が人権主体として想定されていないと考えられる「人格的自律説」[人間一人ひとりが“自らの生の作者である”ことに本質的価値を認める考え方](佐藤幸治「人間の具体的生活の中の憲法」佐藤幸治、初宿正典 編『人権の現代的諸相』(有斐閣、1990年)、同「日本国憲法と『自己決定権』」法学教室98号(1988年)、同『憲法[第三版]』(青林書院、1995年) 448頁 等参照)とも異なる思想であり、戸波教授が同説を批判されていることには一定の理由がある。というのは、

カントが描く「善なる意志」は、「普遍性」(＝平和)への意志であり、それ以上でもそれ以下でもないのであるから、例えば、障害者が自らの障害に絶望せず前向きに「生きている」こと自体、(例えば障害のある子を産んだ親に対して温かな「承認」(注27 参照)を与え、)「生命の尊さ」という普遍性に向けての「善なる意志」の輝きを持っているのである。その輝きに照らされた人はきつと、自分の“いのち”も他人の“いのち”も大切にすることであろう(“いのち”という言葉には、単に「生命」という以上の意味[「尊さ」というものと一体化した実質としての「命」]が込められている)。胎児も、懸命に生きて、成長しようとしている“いのち”なのであり、それゆえ、「尊厳」を有する「善なる意志」を持つ「自律」主体である。(したがって、カント哲学に基づく「人間の尊厳」では対象が限られるとして、人間ならみな尊厳を有すると考える「種としての人間の尊厳論」(グリム(D. Grimm) (vgl. Dieter Grimm, *Das Grundgesetz nach vierzig Jahren*, NJW 1989, S. 1310))などが登場しているが(戸波江二「胎児の人権、死者の人権」他『生命と法』(成文堂、2005年)25-26頁等参照)、カント哲学の“核心”から考えれば、そのような論理は必要ないし、あるいは、前者と後者は必ずしも矛盾していない。ただ、後述するように、カントによれば、「尊厳」を有するためには、種として人間であればよいということではなく、「衡量判断」と切り離されないうところに「尊厳」が宿るので、その点、後者と異なっている。しかし、すべての「生命」に(前述のように胎児にはもちろん、殺人者にも後述するように「責任」を媒介して)「尊厳」が開かれている。)そういう人間像である。

さらに、カントの「善」の構想は、多元的な価値の「統合」という現代的問題に対しても、「非暴力的」に解決する道筋を与える。というのは、カントの「善」もたしかに「価値」なのであるが、しかし、(『永遠平和のために [Zum ewigen Frieden]』もカント哲学体系の内的連関[客観(平和=自由)と主観(意志=自由)はともに、その相互関係のなかで維持される]のなかに位置づけられることから分かるように、)“平和”への意志”としての「価値」なのであり、「連帯」すなわち「非暴力的な融和」にどこまでも向けられた「価

値」へのコミット＝意志を求めるものだからである。しかも、それを個々人の自由意思に依拠させ、すなわち、「強制」の代わりに「責任」を付与するので、例えば、「他者を殺す」という行為をした者は、自ら“他者を殺す”という立法を行なったわけであるから、自分も他者に殺される＝死刑に処せられる、という形で、あくまで自由意思に基づいた「責任」として完結する論理[つまり、責任とは普遍である]が成立している、ということが重要である(本稿の言葉でいえば、“衡量判断”の引き受け”が「責任」を意味する)。この、自らが自らの立法者である個人こそが、「尊厳」を認められた「人間」という理解なのであり、これは(ペットとして飼われることない[ドイツでは、犬小屋の広さまで法律で定められており、ペットショップ(というシステム)は禁止されている])野生の動植物にも「尊厳」を見出す論理である(ただし、現在では、例えば心神喪失が「責任阻却事由」とされているように、「通常人」の持つ意思力が「責任」の条件と考えられているが、これは「通常人」でなければ「尊厳」が認められないということであるから、カント哲学の“核心”からみれば妥当でないし、これから再検討されてゆくのではないかと思われる(この点、前田雅英『刑法入門講義—新しい刑法の世界』(成文堂、2000年)153頁以下、佐藤直樹『刑法39条はもういらぬ』(青弓社、2006年)等参照。特に佐藤教授が同書で、ヒューマンズの名の下、精神障害者の責任能力を認めないことが、むしろ彼らを社会から排除することになる、という矛盾を主張している点、注目される)。言い換えれば、デリダの「来たるべき民主主義」へ向けて行なわれる限りなき「脱構築」の過程(デリダは「フランス人権宣言」や「奴隷解放」をこのような脱構築の例として挙げている(ジャック・デリダ(J. Derrida) (堅田研一 訳)『法の力』(法政大学出版局、1999年[1994年])74頁参照))を最後まで貫く柱となる論理・思想といえる。また、ロールズは、このようなカント的考え方から包括的教説性を取り除いた(とされている)自らの理論を、rationalと対比される、reasonableな[理に適った]もの(ロールズは、この用語に積極的な定義を与えていないが(see Rawls, *ibid.*, 2001, pp. 6-7 [邦訳: 12-13頁]))と考えていた(注15等参照)。(この

ように考えてみると、功利主義的なものといえる「資本主義」(自由)の対抗軸としての「社会主義」(平等)が崩壊した後、新たな対抗軸として「カント哲学」(友愛)が注目されているのには理由がある、というべきである。(なお、この点に関連して、カント哲学を上述のような現代的問題に対して有効な論理を提供する理論たりえるものとして読み込む、牧野英二『カントを読む—ポストモダニズム以降の批判哲学』(岩波書店、2003年)等を参照されたい。)

とすれば、最初の問い、すなわち、人権主体が持っているべき「理性」の内実、長谷部教授によれば、「私的領域で自己の生について構想でき、公的領域で、社会全体の利益について理性的な討議と決定のプロセスに参加できる」能力であり、一方、「自由」の自己同一性を論じる私見は、上述のようなカント的な考え方に依拠しており、すなわち、上述した意味での「善なる意志」を「理性」の内実と考えている。(図1)のなかで、「理性」のところに「感情を内包するものとしての」という但書をつけたのは、この文脈で理解されると思う。誤解を恐れずにいえば、カントが「悟性 (Verstand)」(rationalなもの)と区別するところの「理性 (Vernunft)」である (なお、坂部恵『坂部恵集1 生成するカント像』(岩波書店、2006年)203頁以下等参照)。前者は、自らの生の構想すなわち価値観を抜き取られた形で、社会全体の利益についての討議に参加するわけであるから、そこで要求されているのは結局、功利主義的コスト計算能力に集約され、“アメリカン・グローバリズム”が基礎とし、かつ、求める人間像に一致する。この論理は、現在一戦争の形態をいわば(今では風当たりの強い)武力から(今のところ風当たりの弱い)金銭に少しずつ移行させながら—「平和」を壊していったのではないだろうか。