

自由の理念の変化と憲法第一条の解釈

伊地知 大 介

目 次

- 一 課 題
- 二 憲法第一条に関する宮澤学説の分析
- 三 自由の理念の変化と憲法第一条の解釈
- 四 関連する若干の問題
- 五 結 語

一 課 題

基本的人権に関する文献はおびただしく存在するが、学者が好んで論ずるテーマは、「基本的人権と公共の福祉」であって、憲法第一条について論ずるものは殆ど見当らない。第一条については、宮澤俊義教授の見解が定説になっているようで、その見解に対して異論をたてる学者はいないようである。それでは、第一条は疑う余地もなく自明な規定で、教授の解釈には全く問題がないかと云うに、そうではない。問題はあがるが、あまりに深刻な問題なので、誰もが黙っているのではないかと思う。

私は、ケルゼンが「法と国家の一般理論」のなかで、自由の理念の変化について述べている一節を読んで、かねて宮澤学説についてもっていた疑を越えて、一つの体系的な理論構成に到達したので、それをこの小論で述べてみたいと思うのである。あからさまにいうなら、教授の第一条の解釈については、到底賛成することができない。その解釈を基礎にしては、基本的人権に関する憲法の諸規範を、統一的体系的に解釈することができないからである。それは宮澤学説に限った問題ではなく、わが国の憲法学説の多くを通じていい得ることのように思われるが、一応、同教授の学説を代表に選ぶわけである。

諸家の見解は、宮澤教授による第一条の解釈を動かぬものとして踏襲はするが、これを基礎として他の諸規範を解釈するというのではなく、第一条を孤立させて問題にしないという態度をとる。殊に第一三条及び第三一条の解釈についてそうである。私説はそうではなく、第一条に対する教授の解釈を排して、同条に新しい解釈を与え、これを基礎として、他の諸規範を一つの体系に構成しようとするのである。おもいもよらぬ異説を述べることになるかもしれぬが、私説のつよみは、法実証主義による法規範の認識にあるので、大方の御批判を仰ぎたいと思う。

二 憲法第一条に関する宮澤学説の分析

憲法第一条の解釈について、私説を述べるまえに、宮澤教授の見解を分析することから始めたい。教授の見解は判例もこれを支持するものの如くで、わが国の代表的な憲法学説とされているので、私説を述べるに当たっても、これを避けて通ることができないのである。

(一) 憲法第一条を解釈するについて、問題となるのは「この憲法が国民に保障する基本的人権」とは何かということであるが、教授の説明されるところによると、それは、生命、自由及び幸福追求に対する権利をいうのであって、憲法以

前に既に成立している天賦の人権をそのまま承認したものである。天賦の人権は、生得の権利であり、一身専属的な権利であって、人が人間であることにもとづき、当然に享受するもので論理的に憲法に先立つものゆえ、法律をもって制限できないものである。従って基本的人権は「侵すことのできない」国民の永久の権利として保障されるのである。「基本的人権は、法律によっても侵すことができないばかりでなく、憲法改正によつてすら侵すことのできないものと解される」といわれる。⁽¹⁾

自由主義の最も極端な形式は、無政府主義に終るとは、⁽²⁾ラートブルフの指摘するところであるが、教授の解釈に従えば、日本国憲法第一条はまさにその無政府主義に終る自由主義を宣言していることになる。生得の生命、自由に対する国民の権利が、法律によつても侵すことのできないものであるならば、そもそも刑務所という国家施設は、存在し得ない筈であるから。

第一条の背後にあるものが、アメリカの独立宣言(一九七六年)であり、その独立宣言は、直接にはジョン・ロック(一六三二—一七〇四)の「国政二論」にもとづいて書かれているのであるから、われわれは、これについて、いわゆる天賦の人権(教授のいわれる憲法以前に既に成立している「基本的人権」)が、奪うことのできないものであるかどうか、法律によつても侵すことのできないものかどうかを検討してみなければならぬ。そこでまず、教授が訳された独立宣言の前文にある有名な一節を次に引用する。

「われわれは、次のような諸原理を自明だと考える。すなわち、すべての人間は平等に造られ、おのおの造物主によつて、他人に譲り渡すことのできない一定の権利を与えられている。そうした権利のうちには生命、自由および幸福の追求が含まれている。これらの権利を確保するために、人間のあいだに政府が作られる」(「憲法Ⅱ」新版一

三頁)

右の独立宣言を一読して判るように、天賦の人権は、譲り渡すことのできない権利 (unalienable Rights) であって、奪うことのできない権利とはされていない。人間は、自らの立場を放棄するのではない限り、自分の生命や自由を他に譲り渡すことができない。もし私が、他人の奴隷になることを、承諾したとすれば、私の自由を他に譲り渡したことになるであろうが、それでは私自身の人間としての価値が否定される。欧米の学者によると、自己の生命や自由を放棄してはならないということは、神に対する義務として前提されると解されている。⁽³⁾ところで、他人の生命や自由は、自己の生命や自由を放棄しなくても、奪うことができるのである。むしろ生命や自由は、奪われ易いもの、侵され易いものであるから、これを確保するために、人間の間政府がつけられるようになったというのである。

他に譲り渡すことのできない天賦の人権という言葉のなかには、自我の自覚が含まれている。この生命は神から与えられた、自分自身の生命であるから、貴重にしなければならないという自覚は、「己が生命を鴻毛の軽きに比する」という思想とは反対のものであり、そこから、自由の要請が生れる。

宮澤教授は、この天賦の人権を、奪うことのできないものとされるのであるが、それは譲り渡すことのできないものにはあるが、奪うことのできないものではない。それは、奪うことのできるもの、奪われ易いものである。それ故、天賦の人権を確保するために政府がつけられたというのであるから、独立宣言の立場は、勿論無政府主義ではない。

注 宮澤教授は、「憲法Ⅱ新版」八〇頁に示される、独立宣言の訳文では、「譲り渡すことができない」天賦の人権 (unalienable Rights) という部分を、「奪うことのできない」と訳語を改めたいえ、「人権は生来の権利である。生来の権利であるということ(4)は、奪うことのできない権利、または譲りわたすことのできない権利であることを意味する」⁽⁴⁾「人権はすべての人間に生来的に、一身専属的に附着するものであり、実定法で制限することができない⁽⁵⁾」といわれる。思うに、人間が生命をもち、身体や精神の自由をもっていることは、自然の事実であるが、それだけでは人権にはならないので、人間に尊厳性を認めて、始めて人権の觀念が生れる。人の生命、自由を奪い得ることは、自然の事実としていうまでもないが、人間に尊厳性を認めることから、奪うべきではない、

侵してはならないという当為命題が生れるので、奪うことができないという存在判断は、決して生れてはこない。この区別は、方法二元主義の本質とされている。⁽⁶⁾ ある個人の人権が、彼の生命や自由をぬきにして、別個に存在するわけではないから、彼の生命や自由が奪われれば、人権も奪われたことになるので、人間の生命、自由を奪うことができるかどうかは、自然を観察する認識によって決せらるべきことで、論理によって決し得ることではない。教授は第一条の「侵すことのできない」という文言を、「侵してはならない」という当為命題を示すものではなくて、「侵すことが不可能である」という存在判断を示す文言と解され、これと台致させるために、独立宣言の訳文を改訂されたのであろうが、人間の生命や自由は、奪うことができるという自然の事実が論理に先ついで、この訳文の改訂並び教授の説明は、論理的に成立しない。なお、独立宣言の原文は英文の百科事典をみれば容易に参照することができるが、念のため、次に掲げておく。

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their creator with certain unalienable Rights, that among these there are Life, Liberty, and pursuit of Happiness.

(二) 次に「国政二論」に於ては、天賦の人権が、奪うことのできないものと考えられているかどうか、法律の規定をもつてしても、奪うことができないものと考えられているかどうかを、検討しなければならない。ロックの統治論によると、社会は自然状態を経て、政治状態に移るので、自然状態とは人間が既に社会を形成し、理性の法である自然法の下で生活している状態である。それは彼によって想定せられた理念型であつて、歴史の上に存在したある時代をさしているのではない。然し、自然状態における例話として、カインがアベルを殺し、エデンの東に逃れ住んだという創世紀の物語が引用されているから、自然状態の想定年代は、大變に古いことが判る。それ故、今日われわれが憲法をつくるとすれば、この政府がつくられる以前の自然状態における自由を、そのまま承認するのではなく、政府がつくられた後の統治の組織について、ロックから学ぶべき点がある筈である。

自然状態に続く政治状態では、人間は政府をつくり政治権力の下で生活しているが、その政治権力について、彼は次のように述べているので、法律の規定をもってすれば、人の生命や自由を、奪うことも許されると考えていたことは、疑う

余地もなく明らかである。

「そこで私は政治的権力とは、つぎのようなものだと考える。すなわち、所有権（生命・自由・財産）を調整し保全するために、死刑およびそれ以下の刑罰をふくむ法律をつくり、このような法律を執行し、あるいは、外敵から国家を防衛するにあたって共同社会の力を使用する権力のことであり、しかもおしなべてこのようなことを公共の福祉のためにのみ行なう権力である、と考えるのである⁽⁷⁾」。

それでは、社会が政治的権力をもつ以前の、つまり政府がつけられる以前の、自然状態においては、どうであったか。そこでは、人を拘束する権力が存在せず、各人は相互に平等であったから、従属や服従はあり得ないので、完全に自由であったといわれる。自然状態においては、各人が、他人の所有物を侵す者を処罰する権利をもっていたので、必要な場合にはこれを殺すこともできたのである。然し、自然状態における人の所有物に対する権利の享受はきわめて不確定で、たえず他からの侵害の危険にさらされている。「したがって、人々が結合して国家をつくり、統治に服そうとする場合の大きなそして主な目的は、彼らの所有物の保全ということである⁽⁸⁾」。

ロックにおける人権の思想は、およそ右のようなものであって、宮澤教授のいわれるような「奪うことのできない」天賦の人権という見解は、みることもできない。それとは反対に、基本的人権（彼のいう所有物^{プロパティ}）は、奪われ易いもの、侵され易いものであるから、政府をつくってこれを確保しなければならない、というのが、彼の主張である。彼は新らしくつくられた政府の下で、社会の法がつけられたならば、自然状態でもっていた自由は多くの点で制限されるといつているので、宮澤教授が第一条の基本的人権とは、奪うことのできない天賦の人権をそのまま承認し、尊重し、保障するもの⁽⁹⁾だといわれるのとは、反対の見解として注目される。

(三) 教授は、第一条を解釈した結論として、「基本的人権は、法律によっても侵すことができないばかりでなく、憲

法改正によってすら侵すことができないもの⁽¹⁰⁾といわれる。教授は存在と当為を混淆されることがあるので、ここにいう、侵すことのできないとは、侵すことが不可能だという意味なのか、侵してはならないという意味なのか、判然しないが、いずれにしても、この結論には深刻な問題がひそんでいる。というのは、憲法を改正するまでもなく、第三条には、法律の定める手続によれば、人の生命もしくは自由を奪うことができる旨が、規定されているからである。人間の生命は、基本的人権にとって最後のものであるから、これを奪うことができる以上、奪うことのできない基本的人権というものは、もう何も残ってはいないのである。教授がこのような解釈をされることよりも、教授の右の解釈が、殆ど定説となつて維持されていることの方が、むしろ不思議である。

教授の解釈に従えば、第一条の基本的人権は、憲法以前に既に成立していた天賦の人権を、そのまま承認したもので、奪うことのできないものであり、従つて、国家権力から独立した権利である。ところで、第一三条の解説においては、全条の規定する、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利は、第一条にいう「基本的人権」をさすものされる⁽¹¹⁾のであるが、全条の規定する国民の権利は、公共の福祉を理由とする国家権力に服する権利で、国家権力から独立した権利ではない。この異質の権利を、同じ基本的人権という概念で理解される結果、そこに矛盾を生ずる。この矛盾は、第一条の解釈を改めない限り、第一三条の公共の福祉という理念を、どのように説明しても、解消するものではない。

宮澤教授は、公共の福祉の理念について、これを自由国家的公共の福祉と、社会国家的公共の福祉とに区別しつつ、それは、基本的人権の公平な保障を狙いとする調整原理であつて、その調整原理の故に、たとえば名誉毀損行為を犯罪として処罰することはやむを得ないことであるとされる。この説明は一応理解できるとして、その結果、調整原理の限度では、基本的人権は奪うことができるということが、はっきりしたことになる。それ故、このことによつて、第一条と第一三条との間の矛盾が解消されたのではなく、その矛盾が新たに生起することを見落してはならない。もし教授の解釈の

意味が、公共の福祉という調整原理によって、自然犯と行政犯とを通じ、刑罰一般を基礎づけようとされるのであれば、第一条と第一三条との間には、名誉毀損罪その他をめぐって、例外が認められるという程度のもではなく、この二つの憲法規範は、両立することができない全く反対の趣旨を規定していることになって、憲法の体系的理解はここで放棄せざる得ないであろう。

公共の福祉は、それが個人主義・民主主義に立つ理念であることを、ふまえていけば、あとは学者の価値判断によって、その内容を如何ようにでも規定し得るであろう。然し、学問として大切なことは、法規範を体系的に認識することであって、基本的人権に関する憲法の諸規範を、矛盾のない統一体として構成することである。そうして、その体系のなかへ、正確にはめこむことのできるような内容を、公共の福祉に与えなければならぬ。公共の福祉の理念を解釈すると、新たな矛盾が生起するというのでは、本末が転倒する。

教授は第三条の説明に当って、法定の手續によれば、人の生命、自由を奪い得るとすることが、第一条とどういう関係に立つかということについては、全然説明されていない。また説明することができないのである。第一条が基本的人権を、侵すことのできない国民の権利として、保障しているのは、絶対的な無条件保障であるから、宮澤憲法学は、第一三条の解釈において潜在的に破綻しており、第三条においてその破綻が露呈されるとみるべきであろう。その原因は明らかで、第一条の解釈が誤っているからである、と考える。

三 自由の理念の変化と憲法第一条の解釈

(一) 憲法第一条を、どう解釈すればよいかということについて、ケルゼンの言葉から示唆を受けることができる。彼はその著者「法と国家の一般理論」のなかで、自由の理念の変化を論じて次のようにいう。

「自由の思想は、本来は純粹に否定的意味をもつものであった。それは如何なる拘束も存在しないこと、如何なる義務を課する権力も存在しないことを意味した。(然しひとたび政府が形成されると) 社会は秩序を意味し、秩序は法を意味した。国家は社会秩序であり、個人は秩序によって特定の行為に結びつけられるのである。それ故に、自由の語源の意味では、彼が社会、国家の外に住む場合にのみ、自由であることができた。Freedomは語源の意味においては「自然状態」においてのみ見られるものであり、十八世紀の自然法思想において「社会状態」に対比させられたもので、そのような自由は無政府状態である。それ故に、自由主義という言葉をも、他の国家形態と区別する基準として使用するためには、その語源的な内包とは異なる意味をもたなければならなかった。自然の自由は、統治的な自由に変化したのであって、自由の理念のこのような変化は、われわれの政治的思考にとって、きわめて重要である⁽¹²⁾」。(なお、ケルゼンによれば Libertyは「社会状態」における自由である。)

彼がいう自由の理念の変化とは、今日われわれがいう自由主義国家の自由は、独立宣言やロックの説いた自然状態における自由とは異なる意味をもっているということである。ケルゼンによれば、統治的な自由とは、われわれが国会を通して法律をつくり、その法律に従って行動することだとされている。然し変化した新しい自由をそれに限定することはないので、これから提案しようとする第一条の「基本的人権」に対する解釈のうちにも、新しい自由を見出すことができるであろう。

人間が生命をもつこと、身体や精神の自由をもつこと、自らの意思にもとづいて行動すること、これだけのことなら、それは自然の事実であるから、如何なる憲法も、論理に先立つものとして、そのまま承認するであろう。然し、天賦の人権もしくは基本的人権という言葉には、一つの政治思想、一つの宗教的信念が含まれているので、憲法がそれをそのまま承認するかどうかは、憲法が自ら選ぶべき問題であって、それは憲法以前に既に成立しており、論理的に先立つ問題だと

いふのはおかしい。

自由主義は個人主義の政治的表現であるが、個人主義は本来、キリスト教的信仰に基礎をもつと考へられ、ルネッサンスにおける「人間発見」、殊にマルチン・ルター（一四八三—一五四六）による宗教改革にその源泉をみる事ができる。ルターは、罪に対する許しは、人と神との間に介在する教権制度や僧侶団に依存するのではなく、人と神とが直接に対話することによって、神から直接に与えられることを説いたので、そこに人間による「我」の自覚がある。また、彼は、人は神にのみ仕えるものだと言っているので、窮極的には国家権力よりも神に従うという宗教的信念がある。信仰の自由は自由権のうちでも、最も古いものといわれるが、この宗教的信念が、一八世紀に至る間に、政治的思想に転化して、人間は、国家権力をもつてしても、侵してはならない権利の一定領域をもつという、自由主義の主張を生むのである。然しこのような自由主義が、憲法にそのままとり入れられることはない。というのは、かかる自由主義の下では、国家は刑罰制度をもつことができないからである。このことは、第一条を解釈するについては是非理解されなければならない。

そうであるから、憲法のなかでは、自由主義はその本来の形で存在するのではなく、民主主義と結合して存在する。民主主義は古代アテネに既に存在し、始めは人民の権力を意味したが、後に人民による政治の意味に転化したといわれる。自由主義は民主主義と結合することによって、その人間観に修正を受ける面がある。すなわち、ラートブルフがいうように、自由主義によれば、個人の価値は無量大のものであり、多数の価値によっても凌駕できないものである。民主主義によれば、個人の価値は有限のものと考えられ、且つ、各人の価値は平等とされる。従って、「個人の多数の価値は、その少数の価値より高い」⁽¹³⁾。ここに個人の人権が公共の福祉によって制約されることの根拠、並びに多数決原理の妥当する理由がある。自由主義を極限までおしすすめれば、無政府主義になるが、民主主義が自由主義と結合し、これを制約している限り、無政府主義に墮する危険はない。民主主義は、個人の価値を無限のもの絶対的なものとは、考えないが、なおす

すべての国民を、個人として尊重するのである。

さて、右のような、自由民主主義に並んで、社会的個人主義が、日本国憲法における個人主義に包摂される。それは、いわゆる法の下の平等が、形式的な平等であって、社会的、経済的不平等を深刻化することに対する批判として生れた。いわゆる契約の自由とは、形式的な自由に過ぎず、無産階級にとっては、資本への隷属を意味することになる。それ故に、自由放任の経済の終焉が叫ばれ、国家が積極的に国民経済に介入し、所得格差を是正して、すべての国民が平均的な文化的生活を営み得るような政策が推進される。

日本国憲法は、右のようないくつかの政治的価値観を基礎として実現しようとする社会秩序を、公共の福祉という言葉で表現するものと解せられるが、このことについてはなお後に論じよう。

(二) さて問題は、第一条のいう「基本的人権」とは何かということであるが、われわれはそれを、自然状態における天賦の人権をそのまま承認したものと考へない。天賦の人権は、政府がつくられる以前の、あるいは憲法がつくられる以前の、いわば無政府状態の自由であるから、そこで行なわれていた各人の自由を、そのまま承認したのでは、政府自体、憲法自体が成立し得ないであろう。たとえば、自然状態においては、親が殺されれば、子がその復讐をしたので、復讐は私人の手で行なわれる刑罰であった。またわが国では、年老いた母親を姥捨山に捨てる古い風習があったといわれる。それ故、自然状態を脱して始めて制定される憲法が、憲法以前に成立している自由を、そのまま承認することはできない筈である。もっとも日本国憲法は、今日において自然状態を脱して、始めて制定される憲法ではないから、自然状態における各人の行動の自由が、どのようなものであったかを、吟味する必要はないので、明治憲法の下で成立していた国民の権利について、それが新憲法のもつ理念に照らして、公共の福祉に反するかどうかを審査し、反するものはこれを捨て、公共の福祉に反しないものだけを残して、これに個人主義の精神、人間尊重の精神による新しい息吹きを与えて、

「基本的人権」を構成しようとするのである。このことを、憲法の条文に即していえば、第一三条において、公共の福祉に反しないものとして、立法その他の国政の上で、最大の尊重をうける国民の権利が、第一一条にいう基本的人権を意味している。

公共の福祉とは、個人主義に立つ日本国憲法がもつ相対的な理念である。それは、相対的な理念であるから、絶対的な法の理念である正義とは区別される。それは、平和主義、自由民主主義、社会的個人主義を包摂するところの、個人主義の理念であつて、ひとことでいえば、公共の福祉とは、この憲法の目的である。従つて、公共の福祉に反する行為は、法に反する行為であることが想定される。ある特定の法律によつて、国民の権利として認められた行為は、違憲立法でない限り、公共の福祉に反するということはない筈であるが、明治憲法の下で成立している国民の権利を、日本国憲法における法の理念に照せば、公共の福祉に反するものもあり得るであろう。たとえば、公共の福祉に反するものとして、国民の権利を現実に排除した法律として、私的独占禁止法を挙げることができる。また個人主義にもとづく、法の下での平等の原理に反するものとして、家の制度にもとづく戸主権、長子単独相続等が否認されたことは人の知るところである。また権利を濫用することによつて、公共の福祉に反することも生じ得るであろう。このようにして公共の福祉に反しない行為は、法にも反しない行為と考えられる。

基本的人権が、憲法以前に既に成立していた、自然状態における天賦の人権を、そのまま承認したものと解すること、宮澤教授の独断である。独断であるというのは、そう解釈するについて、実定法上の根拠がないということである。それとは反対に、基本的人権が、公共の福祉に反しない国民の権利だけで、構成されていることは、第一三条の規定と、第一一条との規定を対比することによつていうことができる。つまり、第一三条において、「立法その他国政の上で、最大の尊重をうける権利が、」第一一条においては、「侵すことのできない」国民の権利とされるので、このように解する

ことによつて、基本的人権の範疇が、矛盾なく確定するのである。そうしてこの基本的人権を尊重することが、日本国憲法における自由主義であつて、それは法の下での自由を保障するものにほかならない。

宮澤学説と私見との相違は、すべて「基本的人権」という概念に対する理解の相違に基くものといふことができる、教授によれば、第一三条にいう、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利が、無審査のまま、第一条にいう「基本的人権」を構成するものとされる。その結果、基本的人権は違法行為をなす自由をふくむことになるので、第一三条においては、教授の解釈によると、公共の福祉という調整原理にしたがつて処罰されることがあり得るし、第三条においては、法律の定める手続に従つて、基本的人権の最後のよりどころである生命までも奪い得るものとされているが然しこのことは、「基本的人権」が第一条において「侵すことのできない」国民の永久の権利とされていることと矛盾することになる。宮澤憲法学はこの矛盾を解決し得ないで終つてゐるのである。

私見によると、第一三条の、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利のうち、公共の福祉に反しないものとして、立法その他の国政の上で、最大の尊重を受けるものだけが、第一条の「基本的人権」の構成に参加する。その結果、宮澤学説にみられるような矛盾は生じないのである。

右に述べた私の解釈によれば、第一三条は第一条の規定する「基本的人権」を説明してゐることになるので、この二つの憲法規範は統一的な一体をなし、その間に矛盾は存在しない。もし第一三条が第一条の解釈規定でないとしたら、第一三条は、何を規定する規範かといふことが、問われなければならない。国民に刑罰を科することについては、別に第三条に規定が存在するので特に調整原理による処罰を規定する必要はないし、民事訴訟を提起して、相手方の不法行為に対する制裁つまり損害賠償を請求し、権利の保護をもとめ得ることについては、第三二条が存在するので、第一三条を必要とせぬのである。

第一三条に関する問題として、公共の福祉に反することを理由として、基本的人権を制限することは立法上可能かというところが一般に論議される。私見によれば、これは問題の提出の仕方を誤っていることになる。基本的人権とは、公共の福祉に反しない、法律の限界内で成立する自由を意味するので、公共の福祉に反するという理由で、基本的人権を制限するということはあり得ない。従ってまた、他人の名誉を毀損する基本的人権というものを考えることができない。言論の自由が、適法とされる限界を越えたとしたら、それはもはや基本的人権の領域ではなく、違法行為として法律に照して制裁を受けるのである。このことは権利の行使が限界を越えて、権利の濫用とみなされる場合(第二二条)も、全く同じである。このように違法行為は基本的人権には関係なく、基本的人権の外で行なわれるので、名誉毀損行為が犯罪として処罰されることが、第一一条における、基本的人権に対する不可侵性の保障の、やむを得ない例外と考える必要もない。

基本的人権は、公共の福祉に反しない、法律の限界内の自由であり、いわば適法行為だけで構成されているのであるから、第一三条はこれに対して、立法その他の国政の上で、最大の尊重を約束するのであり、第一一条はこれに対して、侵してはならない国民の永久の権利として、無条件に保障を与えることができるのである。またこれを保障したからといって、第三一条と矛盾する危険もない。すなわち、第一一条は適法行為の不可侵性を保障するものであり、第三一条は、違法行為の可罰性を規定するものであるから。

いうまでもなく、第一一条の「侵すことのできない」という文言は、「侵すことが不可能だ」という意味ではなく、「侵してはならない」「侵すべきではない」という当為を示しているので、すぐ前にある「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない」というのも同じ意味である。それ故、もし基本的人権が、事実上侵されたならば、補償が与えられる。

人権は存在の事実としては、侵すことができるが、当為としては、侵すべきではないのである。宮澤教授は、第一一条

の「侵すことのできない」という文言を「奪うことの不可能な」という意味に解され、これを独立宣言で基礎づけようとして、原典は改訂できないから、訳文だけを改訂されたのであろう。然しそれは方法を誤るもので、改むべきは教授の解釈であつて、独立宣言ではなかつたと思われる。

四 関連する若干の問題

(一) 学者の間で、第一三条の解釈として、公共の福祉は個別的な基本的人権に対する一般的制約原理かどうかという問題が論議される。発言は活発に行なわれているが、憲法第一条の解釈を放置しておいて、従つて、基本的人権の概念が明確にならないままで論議しても、実りある結論は得られないであらう。

問題は、憲法の例示する個別的な基本的人権の保障は、第二二条及び第二九条の場合を除いては、公共の福祉に反しない限りという条件が付されていない無条件保障である。そこで、このような条件が付されていない場合にも、第一三条の一般的規定にもとづいて、公共の福祉に反しない限りという条件は、すべての自由権の保障に当然に及ぶという見解と、基本的人権が公共の福祉によって制約を受けるのは、そのことが明記されている第二二条と第二九条の場合に限るという見解が対立する。

この問題を解決するためには、憲法が何故に第二二条と第二九条の基本的人権に対してだけ、公共の福祉による制約を規定し、他の場合にはそれを規定しなかつたかという理由を考えてみる必要がある。その理由は、ロックの説いた基本権は、生命・自由・財産権から構成されているが、その財産権は、人が自己の労働によって得た財物に対する権利をいうので、私有財産制度もしくは資本主義経済成立以後における、職業選択の自由とか、株式配当諸求権といったような経済的権利とは区別されるということにあると思われる。つまり、自然法的な自由権については、第一三条において、公共の福

祉に反するかどうかを、まとめて審査しているので、その自由権を個別的に保障するに当って、いちいち公共の福祉に反しない限りという条件をつける必要はない。然し、私有財産制度成立以後における経済的権利の保障については、この条件をつける必要があると、憲法立案者の誰れかが考えたのであろう。然しながら、ロックにおける財産権という表現は、幸福追求に対する権利という表現に改められて、意味の広いものになっているし、殊に日本国憲法は、ロックのいう自然状態を脱して始めてつくられる憲法ではないから、このような区別をする必要はなかったと思われる。さて、立法論はともかくとして、解釈論としての結論をいえば、公共の福祉に反する行為が、基本的人権を構成し得ないことは、公共の福祉に反しない限りという条件が付されているか否かによって変りはない。ここでも、国家権力をもってしても、奪うべきではない国民の権利の一定領域があるという、無政府主義に通ずる自由主義の意味が変化していることと、更に基本的人権は公共の福祉に反しない行為だけで構成されるということが、認識されなければならない。そうであるから、実質的にみて、国家権力から独立した自由の保障というものは、法治国家においては存在しない。ただ法律が、すべての国民を個人として尊重するということが、立法その他の国政の上で、公共の福祉に反しない基本的人権について、最大の尊重が払われるということが、現代の自由主義であると考えられる。

五 結 語

法規範A・Bの間の矛盾を解消するためには、AをBに従わせるか、BをAに従わせるかの何れかであるという、ケルゼンの方法論をたよりに、憲法第一条と第一三条とを並べて考えていたら、第一三条が第一条の解釈規定であることに気がつくに至った。矛盾があると信ぜられていたのは、解釈の誤りであって、法規範自体には矛盾は存在しないのである。これはこの憲法の立案者がわが国の法学者になげかけた一つの謎であったかも知れないし、あるいは、アメリカの法

律学者や政治学者の間では、憲法上の自由主義が、法の下の自由を保障するもので、国家権力から独立した自由を保障するものではないことは、至極当然のことと考えられ、別段謎をかけるつもりはなく、そのことは第一三条の規定から、極めて自然に理解されるものと、期待したのかも知れない。もっとも、ここに述べられた私の解釈が正しいということは、いまのところ私ひとりの見解であるから、大方の御批判にさらされる必要がある。最近一部の政治家の間で、憲法改正の論議が行なわれているようであるが、もし私の解釈が正しいとすれば、第一条と第一三条とは、改正する必要のないものである。

本居宣長が「玉勝間」のなかで、次のようにいっている。「大かた新たなる説は、いかによくとも、すみやかに用ふる人まれなるものなれど、よきは年をへても、おのづからついに世の人のしたがるものにて……」⁽¹⁴⁾と。そうであるならば、私もまた、年をへた後の、次の世代へ期待をかけたいと考える。

(一九八〇年一〇月)

参考文献

- (1) 宮澤俊義著 芦部信喜補訂「全訂日本国憲法」一一四頁
- (2) 田中耕太郎訳 ライトブルフ著「法哲学」一九六頁
- (3) 石上良平訳 ハロウェル著「イデオロギーとしての自由主義の没落」七〇頁
- (4) 宮澤俊義著「憲法Ⅱ新版」七七頁
- (5) 同書七八頁
- (6) 前出「法哲学」一一四頁
- (7) 宮川透訳 ジョン・ロック著「統治論」一九四頁(世界の名著)
- (8) 同書二七一頁
- (9) 同書二七三頁

- (10) 前出「全訂日本国憲法」一一四頁
- (11) 同書一九八頁
- (12) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Part Two, The State, P284.
- (13) 前出「法哲学」一九八頁
- (14) 本居宣長著松岡典嗣校訂「玉勝間」七四頁(岩波文庫)