

と言えるのか、といった問いに対しては、これまでほとんど顧慮する余裕がなかった。この点、基本的人権なる観念が、歴史上近代市民革命を勝ち取った市民階級の支配を正当化すべく成立し、機能してきたという、その特殊なイデオロギー的性格に目をむけるなら、また、今日にあってもなお人権というものが、国家さらには権力に対抗していくことにその本質的意義を有する点に鑑みるなら⁴³⁾、「前国家的」基本的人権という想定自体とんでもない絵空事のようにもみえる。しかし最初に述べたように、前国家的人権なる観念が、国家や憲法による人権の不可侵性というすぐれて実践的主張を含意する点を考えるなら、かかる「前国家性」の可能な解釈を探るのも、なお意義あることではなかろうか。確かにこうした想定は、実証的でもなければ科学的でもない⁴⁴⁾。しかしこの非科学性は、およそ権利論とよばれるものに多かれ少なかれついてまわる性質であろう。思うに、権利という「観念」をもつということは、事実として科学の対象となるにしても、法哲学にいう「権利」自体は、ある論者の言葉を借りれば「神秘的、精神的、形而上的性質の力」⁴⁵⁾とも言えるからである。従って、「前国家的」基本的人権の存在をめぐる探求も、もしなされるとすれば、科学的視点とは別のメタ法理論的観点から試みられるべきものであろう⁴⁶⁾。

43) 浦部法穂『憲法学教室Ⅰ』5-13頁、45-49頁(1988)。

44) 高柳信一「近代国家における基本的人権」東京大学社会科学研究所編『基本的人権1：総論』8頁(1968)。

45) 佐藤節子「権利は科学的概念か——千葉正士教授に対する二、三の疑問」原秀男＝ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣編『法の理論2』158頁(1982)。ただし、こうした「神秘的、精神的、形而上的」という表現が厳密な意味で正しいか否かは、疑問なしとしない。なお、参照、千葉正士「法哲学と法社会学」原秀男＝ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣編『法の理論1』25頁以下(1981)。

46) 最後に付言するなら、基本的人権の「前国家性」の原理的考察を意図する本稿にあっては、日本国憲法のもとでの学説や関連問題に充分説き及ぶことができなかった。この点、例えば人権の「基礎づけ」については、日本の憲法学者によってもその理論的考察が試みられつつあるほか(例えば、参照、佐藤幸治「人権の観念——その基礎づけについての覚書」ジュリスト884号145頁(1987))、とりわけ人権の「射程」に関して、少なからぬ有力な論者が、「前国家的」な人権がいわゆる「自由権」を中心とした自然権的権利のみに限定される旨を示唆する点に鑑みるなら(例えば、参照、芦部信喜「人権の観念」法学教室94号21頁(1988)、佐藤幸治『憲法』360頁(新版、1990)など)、従来より説かれてきた人権一般の「前国家性」が、現在どの程度承認されているかについても、なお一考が必要であろう。さらに、日本国憲法の権利条項なかんなく基本的人権の性質に関する11条・97条の解釈、人権の「前国家性」を語る場合の「国家」の概念、「前国家的」人権と憲法で保障された「法的」権利との厳密な意味での異同や関係等、なお論ずべき点は多いであろうが、ここでは問題の指摘にとどめ、こうした事項の立ち入った考察は今後の検討課題としたい。

なく、国家的段階でも——ノズィックのいうように前国家状態と全く同一かどうかは議論の余地があるにしても——なお保持されるべき個人的権利である。この点、日本国憲法の下での人権論は、この段階での人権を、主として国家と国民の「関係」として論じ、そのため例えば「法人の人権」論にみられるように、人権の「主体」や「客体」を相対化してしまう傾向にあったのではないか。さらに言うなら、かかる人権理解の背後には、「個人の国家への関係に尽きる」⁴¹⁾とされる、公権の観念を掲げるドイツ国法学的発想が、意識的ないし無意識的に存しているのではあるまいか。しかし、基本的人権の「前国家性」の意義を探ろうとするなら、そもそも人権の思想と公権の理論とが相容れるものなのか、その場合両者の関係はいかにして整合的に理解しうるのかといった点は、避けて通れない問題であるように思われる。

第四に、基本的人権の「前国家性」を以上のように理解しても、それはいかなる意味で「前国家的」な権利から「国家的」な権利に移行するのか、従来の社会契約論にいう「契約」を日本国憲法の下ではどう評価するのかという問題は依然残る。まず事實的「契約」モデルについては、そのフィクショナルな性格は否定しえない以上、その非現実性もまた否定しえない。前国家的権利と国家的権利の関係を説明する整合的理論を、いまここで展開する余裕はないが、これまでの考察をもとに、さしあたり考え得る可能な方向性を2点ほど示しておきたい。すなわちひとつは、カントの理論に倣い、前国家的状態たる「社会」と、「国家」とを時間的先後関係にたつものとしてではなく、共時的な構造としてとらえ、国家への移行をもっぱら「理念」的に把握していくことにより、「契約」という構成に付随する不自然さを回避する方法である。もうひとつは、社会契約論者のいう「契約」モデルの、さらに根底にある「合意」という契機に着目して、これを「契約」とは異なった解釈により再構成することにより、「契約」モデルの限界を克服しようとする方法である⁴²⁾。どちらの方法によった場合も、「社会契約」論の主要部分を換骨奪胎することになるが、なお「前国家的」基本的人権の可能な解釈たりうるのではないか。

最後に、以上のような考察にもかかわらず、基本的人権の「前国家性」をめぐる根源的な問題は、全く未解決のままであることを認めなければならない。実際、かかる権利が本当にあるのか、あるとするならいかなる意味において「ある」

41) G. JELLINEK, SYSTEM DER SUBJEKTIVEN ÖFFENTLICHEN RECHTE 51 (2. Aufl., 1919).

42) 参照、井上、前出注10, 186頁。

すなわち第一に、基本的人権は、前国家的段階において、すでに規範的制約を含んだ権利である。それは、ホッブズ流の無制約な機械的権利ではなく、ロック流の規範的権利に類するものである。そしてこのことは、前国家的段階とは何かを理解する助けにもなるであろう。ホッブズの機械的権利概念は、社会や法が存せずそれゆえ正邪の観念もない、独特の自然状態観によるものであった。逆に言うなら、規範的権利概念にいう前国家的段階は、ある種の「社会」が存する段階と言えるのではないか。この点、ロックは自然状態をいまだ社会と対置させるが、カントにおいては、自然状態が私法の妥当する社会状態であることがはっきり認められている。しかもこうした「私から公へ」というかたちをとるカントの社会契約論は、明らかに歴史的概念ではなく、一種の「構造概念」と目されるべきものである⁴⁰⁾。かかる示唆をもとに、われわれは、前国家的段階を、ルソーから連想するような未開の状態ではなく、各人共通の規範の存する社会状態として理解しうるであろう。従って、「前国家的」基本的人権は、「規範的制約」を含んだ「社会的」権利である。

第二に、基本的人権は、前国家的段階において、消極的自由のみならず積極的請求をも含む、この意味ですでに豊富な内実を有する権利である。かかる考えは、先にみた人権の前国家的段階での社会的・規範的性質、ロック流契約論の現代的解釈の可能性、およびロールズやノズィックにいう権利ないし自由の概念の検討などから得た示唆に基づく。すなわち、ロック流の自然権が現代においても、論理必然的に消極的自由のみを意味するわけではなく、またロックの現代的解釈のひとつたるノズィックの理論等にみられた難点を想起するなら、さらに前国家的段階でなんらかの「社会」というものを観念しうるとするなら、前国家的権利の射程も、消極的自由だけでなく積極的請求権にまで及ぶものと解しうるのである。この点、日本国憲法の下での人権理解は、「前国家的人権」として、国家の介入を禁じる消極的自由のみを念頭におく傾向があったのではないであろうか。しかし今述べたところからすれば、「前国家的」基本的人権は、いわゆる「自由権」だけでなく、「社会権」等をも包含する、より豊富な内実を備えた権利である。

第三に、基本的人権は、国家的段階においても、原則として本質的部分は、前国家的段階におけると同様なものとして保障されるべき、個人的権利である。それは、ホッブズに典型的にみられるように譲渡ないし放棄されるべきものでは

40) 三島淑臣『法思想史』284頁(1980)。

彼が示唆する「別々の生 (life) をもった……個人」(Id.33・訳52) という事由にしても、それからいかにして権利が、それも事実上無制約な権利が導かれるのか疑問である³⁹⁾。ノズニックの説く権利も、結局は彼自身の直観の所産以上のものではないのではないか。総じて、そのドラスティックな主張とは裏腹に、ノズニックのいう所有権ないし権利の概念には幾多の難点が存しており、従って最大限の「自由」を標榜する彼の最小国家も、その理論的基盤がいまだ危弱であるとの感は否定できない。

V. 基本的人権の「前国家性」に関する一試論

最初に述べた通り、本稿の目的は、社会契約論的議論における権利概念の分析を通して、基本的人権の「前国家性」の意義を考察する手がかりを探ることにある。われわれは、ひとまずその最終段階に達したようである。むろん、なんらかの結論を下そうとするうえで、これまでの分析はいまだ不十分なものにすぎないが、それでもかかる分析を通して得られた示唆をもとに、基本的人権の「前国家性」の意義を問うてみることは可能であろう。以下、ひとつの試論的作業として、考えられうる「前国家的」基本的人権の像を提示してみたい。

それでは、「前国家的」な基本的人権とはいかなる権利か。前節までの社会契約論的権利概念の分析を踏まえ、さらに、基本的人権が、国家によって根拠づけられる権利ではなく、国家以前にその正当性を有するという定式を維持するならば、原則的には、それは、前国家段階における「規範的権利概念」の、国家段階への「権利連続的移行」という線に沿って把握されるべきものであろう。より厳密には、それは、ロック流社会契約論の権利を土台に据え、他の社会契約論的議論から得られる洞察も加味しつつ、現代的な解釈を経て再構成された権利概念である。このように解した場合、「前国家的」性格を有するものとして我々が理解する「基本的人権」とは、前国家的段階においてすでに規範的制約を含み、かつ消極的自由のみならず積極的請求をも含む個人的権利であり、国家段階においても原則として前国家段階におけると同様のものとして、国家ないし憲法によって保障されるべき権利として把握することができるように思われる。

39) Nagel, *Libertarianism Without Foundations*, in READING NOZICK, supra note 11, at 193-98.

く、当事者が平等に立脚して協働する互恵的経済体制の理念を根底に据えたものとして、積極的に評価する見解もある³⁵⁾。こうした議論をみる限り、ロールズの理論の難点はむしろ、そこにいう優先的「自由」の概念と機能に起因しているように思われる。

ロールズ以上に「自由」を強調するのはノズィックである。ノズィックの主張してやまない、最大限の自由を保障する最小国家の理論の中核をなすのは、彼の解釈するロック流の「所有権」であり、それは単に、他者の状況を悪化することなく獲得されたという歴史的事実のみにより正当化されるだけでなく (ASU.153・訳260)、目標追及のための権利侵害を禁じた「側面的制約」によって最大限に保護される (Id.29・訳45)、極めて強力な権利である。そしてかかる権利概念は、多くの批判を惹起することになった。第一に、所有権はノズィックのいうように、権原理論により一切の再配分を禁じるほどの絶対不可侵性を要求するものか否かが問題である。例えば、個人の生存維持のために所有物を提供する例にみられるように、個人の必要 (needs) の充足のためには、所有権の制限が許される場合もあるのではないかという疑問³⁶⁾、あるいは、そもそも権利とは意義ある生活を送るための必要条件を提供するものであり、このことは自由だけでなく福祉への権利をも含意するのではないかという主張などにみるように³⁷⁾、あくまで権利を目的論的に理解し、結果としてノズィックの広範な権利概念に異を唱える論者は、決して少なくないように思われる。第二に、ノズィックの権利論自体の整合性が問われる。この点に関してはとりわけ、ノズィックが例外的に認める、補償を条件とした「非生産的活動」禁止に関して (Id.86・訳135)、その補償の評価をめぐる必然的に功利主義的観点を伴うことになり、そのためノズィックの反対する目的志向の考慮が、彼自身の理論に入ってこざるを得ないのではないかという指摘が注目されよう³⁸⁾。第三に、権利の基礎づけをめぐる問題がある。ノズィックの道徳的権利の基礎づけは不十分であり、これに関して

34) Daniels, *Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty*, in *READING RAWLS*, supra note 11, at 279-81.

35) Scanlon, *Rawls' Theory of Justice*, in *READING RAWLS*, supra note 11, at 199.

36) Thomson, *Some Ruminations on Rights*, in *READING NOZICK*, supra note 11, at 142-46.

37) Scheffler, *Natural Rights, Equality, and the Minimal State*, in *READING NOZICK*, supra note 11, at 152-57.

38) Mack, *Nozick on Unproductivity : The Unintended Consequences*, in *READING NOZICK*, supra note 11, at 184-87.

およびロック理論の現代版を自ら任じるノズィック (ASU.9・訳12) の理論にみられる、後合意・移行段階での権利概念を考察することは、古典的社会契約論者の説く国家の下での権利概念の、可能な現代的解釈を検討するという意味をなしてお有していると思われるのである。以下の検討は、個別具体的権利概念の詳細な分析というより、大まかな原理的考察の域を出ないが、それでも、社会契約論的権利概念を模索するうえでの示唆をなお含むものであろう。

まず、ロールズの正義の二原理に含意された権利概念はいかに評価できるであろうか。先にみたように、社会の基本構造に適用される正義の二原理においては、第一原理にいう、「基本的諸自由に対する平等な権利」により、「自由」の優先が強調されると共に、権利という語は用いられていないが、第二原理のとりわけ格差原理ともあいまって、「平等」に対する配慮がみてとれる(TJ.302・訳232)。そこで、問題を、ロールズの「自由」とはいかなるものか、それはいかにして「平等」と相容れるのか、という点に限ってみよう。この場合まず、ロールズのいう「自由」は、結局のところかなり限定的なものにすぎないのではないかという疑問が生じる。すなわち、当初最大限の尊重を意図していた「自由」一般を「基本的自由」に限定し、しかもかかる自由の「価値」の平等を要請することにより、ロールズは私的所有権の平等や経済体制の選択をめぐる難問を回避し得たものの、そのため理論の整合性を損ねたばかりでなく、そこでカバーされない自由をいかに理解するべきかという問題を残すことになったのではないか³²⁾。第二に、「自由」相互の調整のあり方も問題である。ロールズによると、自由はただ他の広範な自由の体系のためにのみ規制され得るというが(eg,Id.204・訳159)、そこには相異なる自由の価値を評価するための規準が示されておらず、従ってとりわけ相対立する自由の価値に関して人々が意見を異にする場合、満足な解答は事実上不可能な場合も考えられる³³⁾。第三に、「自由」と「平等」に関連して、第一原理の「平等な自由」と第二原理で許容される「不平等」が、そもそも相容れるかも疑問である。第二原理における富と権力の重大な不平等は、第一原理において平等であるはずの「自由の価値」にも必然的に不平等をもたらすものであり、もし二原理間の整合性を維持しようとするなら、ロールズは第二原理の不平等を解消し、より徹底した平等主義者たることを余儀なくされるのではないか³⁴⁾。もっとも格差原理に関しては、それは弱者重視の偏向を示すものではない

32) Hart, *Rawls on Liberty and its Priority*, in *READING RAWLS*, supra note 11, at 234-39.

33) *Id.*, at 239-44.

3. 後合意・移行段階における権利概念——特に「自由」との関連で

社会契約論的議論において、後合意・移行段階として通常理解される「国家」——ロールズの場合は正義の二原理の妥当する「社会」——についても、論者間で見解の相違がみられ、当然、後合意・移行段階での権利概念の理解も一様ではない。理論的には、権利連続的移行の立場をとる論者にとっては、移行前の権利の主要部分は移行後もほぼそのまま各人によって保持される。こうして、ロックの描く国家像は、各人の所有権保護を実効あるものにするための、信託を受けた立法権を最高権力とする国家 (STG.84-85・§149) であり、ノズィックのそれは、やはり自然状態における権利をそのまま保護するための、機能を限定された最小国家である (ASU.113・訳179)。他方、権利非連続的移行の理論によった場合は、移行前の権利を、移行後そのままのかたちで見い出すことはできないが、このことはかかる立場にあって移行後に、まったく権利概念が消失することを意味するものではなく、例えば、ホッブズの絶対主義的国家においても、法の沈黙しているところに自由——そこでは規範的自由への意味転換がみられる³⁰⁾——は存在している (L.199・ch.21)。さらに連続と非連続の要素を備えたカントの理論では、いわば生得的自由の展開したかたちとしての、国家状態における法的自由が観念されるなど (MAR.316・§47)、後合意・移行段階の権利概念の理解も一様ではない。詳細に分析すれば、むしろ後合意・移行段階に至って、社会契約論的権利概念は、より複雑・多岐にわたる形態をとって現れるとさえ言い得るであろう。

以下では、様々な理論のうちでも、特に現代におけるロールズの正義の二原理、およびノズィックの最小国家における権利概念を、特に両者が重視する「自由」を中心として批判的に考察することにより、後合意・移行段階の権利概念の検討に代えることとしたい。古典的社会契約論者の説く国家における権利概念は、むしろ興味深い分析対象を提供するものではあるが、それらは現代の人権論の見地からすれば必ずしも明瞭な権利論として提示されてはおらず、実際的にも、そのままのかたちでは現代権利論の問題状況に——「抵抗権」の問題は別にして³¹⁾——沿ったものとは言い難い。のみならず、ロック・ルソー・カントの社会契約論の系譜にたった理論の現代的構築を意図するロールズ (TJ.11・訳9)、

30) 小池, 前出注12, 109頁。

31) 「抵抗権」は重要な問題を含むが、これは人権固有の論点ではなく、主権論的な考察をも必要とする問題である。そこで、本稿のテーマとの関係も考え、ここでの考察の対象からははずすことにする。

認めるように「用語法の問題」(Id.106・訳167)であり、ロックに倣って、国家移行段階における法執行権の放棄を容認することにより回避しうる難点ではある。しかしそうすることにより、ノズィック流最小国家の正当化も、大幅な譲歩を余儀なくされるのも確かであろう。

最後に、これまでほとんど触れることのできなかつたロールズの契約的理論について、簡単に言及しておこう。一定の制約下にある仮説の原初状態で、合理的な当事者が正義の二原理を選択するというロールズの推論は、そこに明確に権利概念は打ち出されていないものの、ひとつの洗練された社会契約論的議論の可能性を示している。だがかかる理論構成に対しては、幾多の批判も寄せられている。それは例えば、手続的公正を確保する場であるはずの原初状態において、ある種の偏向ないし歪曲が存するのではないかという疑問²⁵⁾、原初状態で選択されるのが何故に正義の原理であるのかという選択の必然性に関する問題²⁶⁾、あるいは複数の当事者による選択という設定も、課せられる様々な制約故に実際上は一個の主体による選択と変わらないのではないかといった指摘となって現れる²⁷⁾。こうした批判をみる限り、ロールズの社会契約モデルも、彼の先行者らのそれとはちがった意味で、なお問題を抱えていると言わざるをえないであろう。他方、以上の批判とは別の観点から、ロールズの契約的理論のうちに、権利論的発想を見い出す論者もいる。例えば、現代における道徳的権利論の旗手ドゥオーキン²⁸⁾は、ロールズのいう契約論の前提としてのより深い理論が、基本的権利の行使としての拒否権という契機を含んでいる点に注目し、それゆえかかる深層理論が、権利に基礎をおく理論であるとした上で²⁸⁾、「平等な配慮と尊重への権利」という各人の自然権的権利を描出する²⁹⁾。このようなドゥオーキンの議論は、ここでくわしく検討する余裕はないが、権利論の観点からする、ロールズ理論のひとつの可能な解釈として、注目に値する見解であることを指摘しておきたい。

24) *Id.*, at 65.

25) *See, e.g.,* Nagel, *Rawls on Justice*, in *READING RAWLS*, supra note 11, 1 ; Fisk, *History and Reason in Rawls' Moral Theory*, in *READING RAWLS*, 53.

26) *See, e.g.,* Lyons, *Nature and Soundness of the Contract and Coherence Arguments*, in *READING RAWLS*, supra note 11, 141 ; Barber, *Justifying Justice : Problems of Psychology, Politics and Measurement in Rawls*, in *READING RAWLS*, 292.

27) 井上, 前出注10, 178-79頁。

28) R. DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 176 (1977). [なお, 参照, ロナルド・ドゥオーキン (木下毅=小林公=野坂泰司訳)『権利論』232-33頁 (1986)]

29) *Id.*, at 180-82. [邦訳, 238-40頁]

変質することにより、後合意・移行段階ではもはや保持されないようなかたちでの移行である。ホッブズの社会契約は、あきらかにこの形態をとる。すなわち、ホッブズ流の契約締結に際して、各人は、自然法の要請により自身の安全のため、権利を相互に放棄ないし譲渡するのである (L.117-18・ch.14)。この点、カントのいう契約は、微妙な問題を含んでおり、自由を一旦放棄する点では非連続的であるが、かかる自由を法的状態で、減少されることなく受け取る——それは結局自己展開した外的自由である——ことからすれば (MAR.316・§47)、連続的とも言える。カントのこうした契約理論の背景には、一般意思の観念によってたつルソーの社会契約論の影響を見い出すことができるであろう²²⁾。

それでは、権利連続的移行はどのようにして行われるのであろうか、また、厳密な意味でのかかる移行は、本当に可能なのであろうか。ここでは、徹底した権利連続的移行の立場をとるノズィックの所説と、それに対する批判に焦点を当てて、問題の一端を検討してみよう。先にみたように、ノズィックによれば、自然状態における支配的保護協会から、誰の権利も侵害することなく超最小国家、さらに最小国家への移行がなされるという (ASU.113・訳179)。だがこの過程では特に、支配的保護協会の顧客により何らかの侵害を被った独立人が、その顧客を罰し得ないのはなぜなのか、それは独立人の権利侵害になるのではないかが問題になる。これについて、ノズィックは、権利の保持と行使を分け、「権利を有してはいるが、一定の事実を知らない限り、それを行使するのは不正」であるとする見解にたったうえで (Id.106・訳167)、公正を欠く手続により顧客を処罰した者については、その顧客が実際に有罪であっても、保護協会は相手方を処罰し得ると述べる (Id.107-08・訳170)。しかしこれに対しては、ノズィックが、処罰のための手続——とりわけ支配的保護協会のそれ——の明確な基準を満足のいくかたちで示していないのは問題であり、それでいて保護協会の処罰手続を認めるのは、単なる力による支配を認めるのと同じことになるのではないかといった疑問が生じる²³⁾。さらに、「ある権利を有すること」と「その権利を行使する権利を有すること」の区別を、ノズィックは首尾よく用いているようであるが、ある事を行なう権利を有しているのに、実際にはその事を行ない得ないといった事態は、やはり奇妙な発想と言わざるを得ないのではないかも問題である²⁴⁾。こうした批判を生ぜしめる、権利の保持と行使の区別は、ノズィック自身

22) ROUSSEAU, *supra* note 4, 361. 参照, 恒藤武二「法思想史の観点から見たルソーの社会契約説」年報, 前出注11, 45頁。

23) Holmes, *Nozick on Anarchism*, READING NOZICK, *supra* note 11, at 63-64.

2. 合意・移行段階と権利概念——権利の連続性と非連続性

前合意・移行段階の典型的なものが「自然状態」であるとすれば、合意ないし移行段階を特徴づけるメルクマールとして通常あげられるのは「契約」である。もともと、両者の間には決して論理必然的結合関係があるわけではなく、とりわけ理論的有用性という見地からすれば、契約モデルのもつ意義がかなり疑わしいことは否定できない²⁰⁾。それはなによりも「契約」のもつフィクショナルな性格からくる不自然さに起因している。むろんホップズやロックにいう「契約」も、当事者が一堂に会しての明示的契約のみを指すのではなく、黙示の合意や (L.121-22・ch.14；STG.68・§119)、個別順次の同意 (STG.67・§117) も認められるのであるが、こうした立論が成功しているとは言い難い²¹⁾。そこで、このような難点を回避すべく、後にいたっては「契約」の理念的ないし仮説的性格が強調される傾向が強い。こうして、カントにあっては歴史的事実としての契約の観念が明白に否定されると共に (MAR.339・§52)、根源的契約なる観念の理念的性格が強調されるのである (Id.315・§47)。同様にロールズの「正義原理選択」やノズィックの「自然な移行」も、単に仮説的なものにすぎない。以下、かかる契約による (あるいはよらぬ) 移行について、権利論との関わりを中心に考察しよう。

さて、合意・移行段階の理解の仕方は、論者によって様々であるが、権利論的観点からは、これらを大きく、「権利連続的移行」と「権利非連続的移行」とに分けることができるように思われる。すなわち、まず「権利連続的移行」とは、前合意・移行段階における各人の権利の全てないし本質的部分が、後合意・移行段階でもそのまま保持されるかたちでなされる移行である。こうした移行形態は、ロックの社会契約に見い出すことができる。ロック流の契約によれば、自然状態から社会状態に入るに際して、各人は自然法執行権を——処罰権も含めて (STG.72・§130) ——放棄するが (Id.50・§89)、その目的は所有権の享有と一層確実な安全の確保にあるのであって (Id.54・§95)、自然状態における権利の中核はなお各人の手にあるのである。さらにかかる権利連続的移行は、何人の権利も侵害しない自然な移行という、ノズィックの説く移行のなかに、より徹底したかたちで示されている。他方「権利非連続的移行」とは、前合意・移行段階における各人の権利が、合意・移行段階で、放棄ないし譲渡され、あるいは大幅に

20) 井上, 前出注10, 185頁。

21) 小池, 前出注12, 104頁〔ホップズのいう沈黙による契約のしるしにつき, 「論点のすりかえであり, 彼の論理の破綻」と批判〕。井上, 前出注10, 170頁〔ロックのいう黙示の同意につき, 「かなり無理な議論」と評価〕。

をめぐる議論としてはいわゆる意思説と利益説がよく知られているが、現代権利論における議論はもっと錯綜しており、例えばある論者によれば、権利の根拠として①権利 ②(利益等も含めた)善 (good) ③必要 (need) ④義務 (duty) ⑤選択 (choice) ⑥請求 (claim) ⑦準則 (rule) ⑧権原 (title) が考えられ¹⁶⁾、また別の論者は、人権 (human rights) の正当化として主張されてきたものとして、①直観 (intuition) ②社会契約③習律 (convention) ④幸福のための必要条件を挙げるなど¹⁷⁾、そもそも権利の「根拠」(grounds), 「基礎」(basis) あるいは「正当化」(justification) の意味するところ自体必ずしも明らかでない。そしてこのことゆえに、社会契約論的権利概念の根拠づけをめぐる議論にも、ある種の曖昧さがつきまとう。例えばロックの権利概念にしても、一方では、その根拠を造物主たる神の意志 (あるいは神によって与えられた理性) に求めているかのようなのであるが (STG.5・§6), 他方、所有権を語る文脈では権原理論的発想がみてとれる (Id.17・§27)。またカントにおいても、その法論の根底に据えられる生得的権利としての (外的) 自由は、実践理性の自己実現にほかならないのであるが、他面でカントにあっては、道徳的命法の命ずる義務を基礎として権利を観念されることに鑑みれば (MAR.239), その権利論の根底は義務論であるかにもみれる。同じく、みずから道徳的権利の基礎づけの失敗を認めるノズィックについても、よく知られた権原理論のほか、目標追及に対する「側面的制約」のうちにカント的義務論の示唆をみる見解¹⁸⁾、さらにはノズィックの権利論は直観主義的だとする指摘さえある¹⁹⁾。いずれにせよ、社会契約それ自体は、道徳的権利ないし人権の根拠とはなりえず、かかる根拠づけをめぐる困難な問題は、社会契約論にも同様についてまわるのである。ここでは一点だけ、ホッブズやロックが自然権を観念する根底に、「各人の生存あるいは生活の便益に対する配慮」があったこと (L.116・ch.14; STG.17・§26) に注意を喚起しておきたい。このことは、これまでみてきた議論とはまた別に、前国家的権利の根拠づけを理解するひとつのを示唆を提供するものとも解されるのである。

16) A. WHITE, RIGHTS 93-114 (1984).

17) Pennock, *Rights, Natural Rights, and Human Rights : A General View*, in HUMAN RIGHTS : NOMOS XXIII 9-12 (J. Pennock & J. Chapman ed. 1981).

18) Paul, *Introduction*, in READING NOZICK, supra note 11, at 8.

19) A. GEWIRTH, HUMAN RIGHTS : ESSAYS ON JUSTIFICATION AND APPLICATIONS 43 (1982).

利概念の対比もからめながら考えてみたい。その際、絶対無制約なホップズ流の機械的権利概念はひとまず置くとしよう。規範的権利概念を採ったとして、かかる権利はいかなる対象にまで及ぶと理解され、ないし含意されるのか。例えばロックは、自然状態における権利の中核として、生命・自由・財産等を総称する広義の「所有(権)」(property)なる概念をもって来る(STG.70・§123)。これは理解の仕方によれば、他者の侵害を禁じるだけの消極的権利概念であるようにもみえ、事実ロック流の社会契約論を標榜するノズィックが、積極国家を拒否するための強力な権利概念——ノズィックの権利概念の是非をめぐっては後合意・移行段階での検討に譲るが——をたてるうえでの論拠を提供するものでもあった。しかしある論者の分析を借りれば、ロックのいうpropertyは、①生命②四肢・身体③健康・活動④自由⑤平和(平和的生活)⑥安全⑦財産⑧宗教等を包摂する極めて広範な概念である¹⁴⁾。のみならず、ロックの自由概念のうちに積極的側面を見出し、ロックを祖とする西欧リベラリズムにおける権利概念の現代的解釈としては、他者による一定の作為を要求する積極的権利としての、経済的・社会的権利も含意されると説く見解にも留意する必要がある¹⁵⁾。カントにあってはこの問題は微妙かつ複雑であり、ここで深く立ち入ることはできない。ただ、カントのいう生得的自由は、平等・独立性および諸々の行為をなす権能等をも含む原理であること(MAR.237-38)、また私法的権利の一環として語られる外的取得の対象としての土地に関して、人類全体による「土地の根源的占有」が想定され(Id.262・§13)、個人による土地占有も「万人の統合された意志」の働きに合致するよう法理念によって要請されること等から、そこにいう権利は、必ずしも他者の侵害排除としての消極的自由のみを含意するものでないことを指摘しておきたい。いまだ不十分ながら以上の考察から、権利の射程に関してひとつの示唆が得られると思う。すなわち、前国家的な権利は、所有権とか自由とか称されつつも、その射程は広範にわたり、従って機能面でも、単に他者の侵害を排除するという消極的側面に留まらず、積極的権利をも含む豊富な内実を備えた権利として理解する可能性を有しているのではないか、という点である。

最後に、こうした権利の根拠ないし基礎づけについても検討しておこう。ただこの点に関する我々の探求の見通しは、むしろ悲観的である。一般に権利の基礎

14) 種谷春洋『近代自然法学と権利宣言の成立』149頁(1980)。

15) J. DONNELLY, UNIVERSAL HUMAN RIGHTS IN THEORY AND PRACTICE 101-02 (1989)。

てるロールズにおいても (TJ.12・訳9), 可能な潜在説明として自然状態を觀念するノズィックにおいても (ASU.8-9・訳12), 自然状態は事実の世界から放逐されてしまっている。それでは, このような前合意・移行段階で語られる権利概念とは, いかなるものであろうか。

まず権利の性質に関連して, 法的ないし内在的制約という規範的契機の有無により, 「機械的権利概念」と「規範的権利概念」とに分けることができるように思う。前者にあたるのが, ホッブズの自然権の概念である。すなわちホッブズ流の自然権は, 法不在のもとで, したがって正邪の觀念を全く離れて語られる権利概念であり, あらゆるものに対してあらゆることを——「自己の生命維持のために」という留保つきとはいえ——なす自由 (cf.L.116・ch.14), 単に外的障害の不在を意味する自由 (Id.) であって, 本質上, 規範的制約を有しない物理的・機械的権利概念である。これは, 生命をも一種の機械とみなし (Id.iv-v・Int.), 「権力衝動を内に秘めた情念の力学の磁場」¹²⁾と形容される自然状態をたてるホッブズにおいては自然な論理的帰結であろう。他方これに対して, ロックの自然権は「規範的権利概念」をとる。すなわち, ロックの自然状態における権利として觀念される所有権は, 理性たる自然法によってその限界を画される権利であり (STG.5・§6), この意味で法的・規範的権利概念である。自然法の妥当するロック流自然状態は, 「自由の状態ではあるが放縱 (license) の状態ではない」 (Id.) のである。そしてかかる規範的契機はカントにもみてとれる。確かにカントにいう唯一の生得的権利たる「自由」は, 「実践理性の自己実現としての自由, あるいは『普遍的意志』の現実化」という独特の意味合を有している。しかし, 「各人の意思の自由が何びとの自由とも普遍的法則に従って両立しうるような, そういう行為であるならば, その行為は正しい (recht)」 (MAR.230・§C) という言明からも明らかなように, そこにいう自由 (外的自由) は, 「それ自体一つの倫理的価値を帯有した社会制度」¹³⁾としての法の自己原理に他ならない。このように, 社会契約論にいう前国家的権利は, 前国家的であるがゆえに無制約であるとは限らず, むしろロックやカントの理論によれば, なんらかの規範的制約の付随した権利概念として理解されるのである。

次に, 前合意・移行段階での権利の射程について, 消極的権利概念と積極的権

12) 小池正行「法と国家の理論の近代的転換——トマス・ホッブズの法思想について」長尾龍一＝田中成明編『現代法哲学第2巻：法思想』101頁 (1983)。

13) 三島淑臣「カントの法哲学——その現代との関わりを中心に」廣松渉＝坂部恵＝加藤尚武編『講座ドイツ觀念論2：カント哲学の現代性』252頁 (1990)。

	前合意・移行段階	合意・移行段階	後合意・移行段階
ホッブズ	自然状態(戦争状態) ○自然権=自由(無制約)	→契約 ○自然権の相互全面放棄；主権者への譲渡	→国家(万能の主権者存在) ○主権に反しない範囲の自由 ○身体侵害への不服従
ロック	自然状態(自然法妥当) ○所有権(生命・自由・財産等) ○自然法の執行権	→合意 ○自然法の執行権放棄	→国家(市民政府) ○所有権の保持 ○抵抗権
カント	自然状態(私法の領域) ○生得的権利=自由； ○取得の権利	→契約 ○自由の放棄と回復	→国家(公民状態の一つ) ○法的自由 ○抵抗権の否定
ロールズ	原初状態(仮説状態) [形式的制約・無知のヴェール・合理的当事者]	→合意による正義原理選択 [マキシミン・ルール]	→正義の二原理 ○平等な自由=自然権的 ○格差原理・機会の平等原理
ノズィック	自然状態(潜在説明として) ○個人的権利(ロッキ的?)	→自然な移行 ○権利侵害を伴わない [支配的保護協会台頭]	→国家(最小国家) ○権利保持；再分配禁止 [権原理論][側面的制約]

1. 前合意・移行段階における権利概念——権利の性質・射程・根拠

社会契約論的な構成をとる理論にあって、前合意・移行段階として通常念頭に置かれるのは、「自然状態」の観念である。もっとも前述のように、それがいかなる状態かに関する理解は論者によって決して一様でない。こうした点は、自然状態を共に「自由かつ平等の状態」としながらも、それを無法な戦争状態として提示するホッブズ(L.113・ch.13)と、自然法が妥当し道徳的拘束の課せられる状態として理解するロック(STG.5・§6)を対比させた場合明らかであるが、さらにカントに至っては、自然状態は私法の妥当する「社会状態」であることが明言される(MAR.242)。またかかる「自然状態」が占める理論上の位置についても、困難な問題がある。この点、例えばロックはその歴史的実在性を示唆するが(STG.56-・§§99-)、現代版の理論では、仮説の場としての「原初状態」をた

他人により手段・道具・方便・資源等として一定の方法で使われえないものとして扱う。……国家や個人の集団は、どうしてこれ以上のことを取えてするのか」と (Id.333-34・訳540)。

IV. 社会契約論における権利概念の諸相

前節までの探求を通じて、極めて概括的ではあるが、5つの可能な社会契約論のモデルが得られた。本節では、これら社会契約論——より正確には社会契約論的議論——を、とりわけそこに現れた権利概念を中心にもう少し掘り下げて分析・検討してみたい。もっともかかる分析に際しては、そもそもいかなる分析枠組をもってくるべきかが問題になる。古典的理論としてのホッブズ、ロック、およびカントの所説からして、先にみただけでも、社会契約の性格、あるいはそれに付随する権利概念等につき、それぞれ特徴を有するものであった。さらに、一方で「自然状態なき社会契約説」と呼ばれるロールズの理論、他方で「社会契約なき自然状態論」と称されるノズィックの理論までも分析対象にしようとするれば¹⁰⁾、自然状態→契約→国家といった、典型的な(?)社会契約論の図式さえも維持できないことは明らかであろう。そこで以下では、いわば最大公約数的な指標として、典型的には「自然状態」という語で表される段階としての「前合意・移行段階」、典型的には「契約」という語が用いられる段階としての「合意(ないし)・移行段階」、および典型的には契約により創設された「国家」に該当する段階としての「後合意・移行段階」という枠組をたてることにする。いままでみてきた諸理論をこの枠組にしたがって、過度の単純化・形式化をおそれずに敢えて整理するなら、次頁の表のようになるであろう。以下、ここに示された理論を適宜比較対照させながら、またそれらに対してよせられる批判的議論等も随時参照しつつ¹¹⁾、社会契約論にみられる権利概念について検討してみよう。

10) 井上達夫「リベラリズムと国家——社会契約説の可能性と限界」同『共生の作法——会話としての正義』178頁(1986)。

11) 文献は多いが、ここでは、『法哲学年報1983：社会契約論』〔以下、年報、と略記して引用〕、およびとりわけロールズとノズィックをめぐる議論に関する、READING RAWLS: CRITICAL STUDIES ON RAWLS' *A THEORY OF JUSTICE* (N. Daniels 2d. ed. 1989) [hereinafter cited as READING RAWLS]、およびREADING NOZICK: *ESSAYS ON ANARCHY, STATE AND UTOPIA*, (J. Paul ed. 1981) [hereinafter cited as READING NOZICK] を挙げるにとどめたい。

的私利などに促されて、ひとつの最小国家に極めて類似したものが生じてくる」(Id.16-17・訳25)。支配的保護協会は、その実力により、自らの定める手続に従って個人を処罰する権利を事実として独占し、各人の自力救済を——協会に所属していない独立人 (independents) に対しても——禁止する (Id.108-09・訳170-72)。さらに、ある危険な活動を禁止されたために差別的不利益を蒙った者は賠償されるべきであるという、道徳的要請としての賠償原理 (principle of compensation) により (Id.81・訳127; 87・訳136)、支配的保護協会は、独立人たちに保護サービスの提供というかたちで賠償を行なう (Id.110・訳174)。こうして自然状態から、実力独占の要素のみ備えた超最小国家 (ultraminimal state) への移行、およびこれに賠償の要素を加味した最小国家への移行が行なわれ、しかもその際に誰の権利も侵害されることはない (Id.113・訳179)。ノズィックは、こうした保護協会もなお「国家」と結論づける (Id.118・訳186)。

したがって自然状態から現出する国家は、法の執行・損害の賠償に役割を限定された最小国家であり、それ以上の積極国家は、必然的に個人の権利の侵害を伴うものとして退けられる。そしてかかる最大限の自由の中核をなすのが、強力な保障を与えられた所有権である。これは、「権原理論」(entitlement theory) と呼ばれる、ノズィックの正義理論により導かれる。かかる権原理論は、「歴史的であり、[それによれば] ある配分が正しいか否かは、その配分がいかんして成立したかに依存する」(Id.153・訳260)。配分的正義に関する非歴史的原理である「結果状態原理」(end-state principles) や「パタン化された原理」と対照的に、「正義の歴史原理は、人々の過去の環境や行為が、様々な事物に対する異なった権原や、異なった資格を生み出しうるという立場にたつ」のである (Id.155・訳263)。そして、ある物の原始的取得のあり方が、ロックの理論に沿うかたちで論じられるが、ノズィックによれば、かかる取得が制限されるのは、「他者の状況をその基底的状况よりも悪くする」場合、いわゆるロック流但書 (Lockean proviso) に反する場合に限られる (Id.180・訳302)。いずれにせよ、歴史上正当に獲得された保有物 (holding) は、権原理論により正義にかなった分配とみなされるのであり、ある社会的目的のためにさらに再配分されてはならない。それは、「目的追求に際して、他者の権利を侵害してはならない」という側面的制約 (side constraint) の理論の帰結であり (Id.29・訳45)、その根底にあるとされる「個々人は目的なのであって、単なる手段ではない」というカント的原理の要請である (Id.30・訳48)。こうして「ユートピア」たる最小国家を描きながら、ノズィックは問いかける。「最小国家は我々を、侵すことのできない個人として、

であったのに対し、ノズィックのそれは、19世紀的な最小国家を標榜するリバタリアニズム (libertarianism) を正面から擁護する点で極めてドラスティックな主張を含んでいる。

ノズィックは、ロック流の「自然状態」(state-of-nature) の観念を採用する。国家は個人の権利を侵害する反道徳的存在である、というアナーキストの主張を真剣に取りあげるノズィックにとって (ASU.xi・訳iv)、政治的問題の領域を自然状態の理論で説明することは、たとえそれが現実の歴史に合致していなくとも、「この領域の根本的潜在説明 (fundamental potential explanation) であり、説明上の効果と解明力を包蔵している」(Id.8-9・訳12) ののである。そしてかかる説明的議論は、「ロックの自然状態とある面で十分類似した状態の諸個人から出発」する (Id.9・訳12)。すなわちそれは「人々が概ね道徳的制約を守り、概ねあるべきかたちで行動する非国家状態」(Id.5・訳5) である。従ってこうした自然状態においても、個人の権利は認められる。「諸個人は権利を有しており、いかなる人や集団もかれらに対して行ないえないことがある」(Id.ix・訳i) という冒頭のテーゼは、自然状態においてもあてはまるであろう。その内容に関しては、ロックに倣い、生命・健康・自由・財産に対する権利、および権利侵害者に対する防衛・処罰の権利の存在が示唆される。しかしながらノズィック自身も認めるように (Id.xiv；訳ix)、そこでは個人的権利の道徳的基礎に関する理論は厳格なかたちで提示されておらず、そのため自然状態で個人が有するとされる権利とはいかなるものかに関して、必ずしも十分な説明はなされていない。

こうした自然状態から国家への移行は、ノズィックによれば、明示的契約ないし合意ではなく、自己の権利を確保しようとする各人の努力の自然の結果として、何人の権利も侵害することなく行なわれる。かかる経緯は、「誰かの意図的企画の産物にみえるものを、誰の意図によって生まれたのでもない」と説明する」いわゆる「見えざる手説明」(invisible-hand explanation) によって示される (Id.19・訳29)。すなわち自然状態では個人による権利執行が許されるため、際限なく報復・賠償取立が生じる可能性や、個人が権利執行の力を欠く場合等の不都合があるので (Id.11-12・訳17-18)、それに対処すべく複数の者が相互に助け合う保護協会 (protective association) が形成され (Id.12・訳19)、そうした中から支配的保護協会 (dominant protective association) が、最小国家 (minimal state) として台頭してくるといっているのである。「アナキーから始まり、自発的グループ形成・相互保護協会・分業・市場の圧力・規模の経済・合理

いような選択肢に賭けたりはしないというのである (Id.176・訳133)。

こうして合意により選択されるのが、社会の基本構造に適用される「正義の二原理」(two principles of justice)である。すなわち、「第一原理——各人は、すべての者の同様な自由の体系と合致する、平等な基本的諸自由の最も広範な全体系に対する平等の権利を有すべきである；第二原理——社会的および経済的不平等は、それが、(a)正当な貯蓄原理と一貫するかたちで、最も不利な状況にある者の利益の最大化のために、かつ(b)機会の公正な平等という条件のもと、すべての者に開かれた職務と地位に伴うように、配置されるべきである」とする2つの原理である (Id.302・訳232)。そして優先順位のルールにより、かかる二原理は辞書的順序 (lexical order) でその順位が定まり、第一原理は第二原理に優先する (Id.)。ロールズによれば、第1原理にいう基本的自由に対する平等な権利は、自然権的性格を有するものであり (Id.505-06.n.30・訳402)、ここに「基本的自由」(basic liberties)とは、「大まかに言って」、政治的自由・言論集会の自由・良心の自由・思想の自由・身体の自由・財産保有の権利・恣意的な逮捕や押収からの自由等である (Id.61・訳48)。かかる自由は、「全体として、つまりひとつの体系として評価されるべきもの」であって (Id.203・訳158)、その制限は「同様の自由あるいは異なる基本的自由が適切に保護されることを確保するため、および自由の一体系を最善の方法で調整するためにのみ」認められる (Id.204・訳159)。また第二原理は、前の部分——格差原理 (difference principle) と呼ばれる——と後の機会の公正な平等原理とが結びついて、民主的平等を表明するものであり (Id.75・訳58)、また政治経済学の領域でも望ましい規範を提供するものでもある (Id.258・訳203)。総じてロールズの理論においては、自由を優先させながらも、同時に平等に対する強い志向がみてとれる。

2. 何人の権利も侵害することなく現出する最小国家——ノズィック

同じく社会契約論的議論を用いて、理想的国家像を模索したのは、ノズィックである。その著『アナーキー・国家・ユートピア』(Anarchy, State and Utopia)の中に、ロールズとは異なる独自の社会契約論の現代版が見いだせる⁹⁾。とりわけ、ロールズの理論が結果的に英米法学界の主流リベラリズムに接近するもの

9) R. NOZICK, ANARCHY STATE AND UTOPIA (1974)。〔以下、本文中に、ASU.と略記し、原文の頁と、邦訳、ロバート・ノズィック (嶋津格訳)『アナーキー・国家・ユートピア (上・下)』(1985・89)の対応頁を併記して引用する。ただし、訳文は筆者がつけたものである。〕

は明示されない。ただ、手続的正義を確保すべく原初状態には幾多の条件が課せられる。その主なものはまず、「正の観念の形式的制約」と呼ばれる、原初状態での選択肢に関する条件である。それによると、原初状態で合意・選択される原理は、一般的・普遍的・公共的・命令的かつ最終的なものでなければならない (Id.131-35・訳102-05)。次に、原初状態に置かれた当事者が、社会における一定の事実を知らないという、いわゆる「無知のヴェール」(veil of ignorance)の想定がある (Id.12・訳9；136-37・訳105-06)。これは「[[正義の] 諸原理選択に際して、自然的偶然や社会状況の偶発事の結果により、誰も有利もしくは不利にならぬよう保証する」ためのものである (Id.12・訳9)。こうして当事者は、自分たちの社会的地位、財産、能力、善 (good) の概念、気質、さらには社会の特殊事情や自分たちの属する世代について何も知らず、特定の事実としてはただ「正義の環境およびそれが含意するすべてのことに彼らの社会が服する」ことを知るのみである (Id.137・訳106)。第三の条件として、かかる当事者は合理的であり相互に無関心であるとされる (Id.13・訳10；142・訳110)。すなわち、彼らはねたみなどには動かされず、自分の目的を達成するため、できるだけ多くの主要善 (primary goods) を獲得しようとする (Id.144・訳111)。このように原初状態は、正義の原理導出に最も望ましい場として案出された虚構の場である。

このような条件のもと、原初状態での合意による社会正義の原理の決定は、いくつかの可能な原理のうちからの選択というかたちをとる。そこで選択されるのがロールズの主張する正義原理にほかならない。ロールズによれば、かかる選択はわれわれの常識に合致するものであるが、それをより体系的に立証するのがいわゆるマキシミン・ルール (maximin rule) を用いての推論である。このルールに従った場合、原理の選択に際して当事者は「その最悪の結果が、別の最悪の結果よりは優っている選択肢を採用する」(Id.153・訳117)。将来生じうる見込みの判断ができない環境にあり、必要最小限度以上はさほど関心が払われないような財の概念があり、そして拒否される選択肢は受け入れ難い結果をもっているという事情のもとでは、かかるマキシミン・ルールこそ最もふさわしい判断の尺度を提供するとされるのである (Id.154・118)。この点「効用原理その他によって得られるかもしれない一層の利点は、極めて疑問の多いものであり、他方、事がうまくいかなかった場合の困難は耐え難い」(Id.175・訳132)。当事者たちは基本的権利を守るだけでなく、最悪の事態を避けようとするのであり、他者の利益のために自分の自由を犠牲にしなければならないかもしれな

III. 社会契約論の現代的展開と道徳的権利

社会契約論的手法をとる現代の政治哲学の代表的論客としては、ロールズとノズィックをあげることができる。あるべき社会制度ないし国家を探求するにあたって、両者とも、社会契約論の現代版とでも称すべき興味深い方法を、それぞれ採用している。それはまた、英米法哲学界を中心とした道徳的権利をめぐる議論にも共通のフォーラムを提供するものでもあった。むろん彼らの理論にあっても、自然状態から契約による国家への移行という、古典的社会契約論の素朴な定式がそのまま維持されているわけではない。神とか理性とかの権威が失墜し、自律的意思を有する個人像が維持できなくなった今日にあって、さらにまた、主として実証主義的見地からなされる、自然権観念のあいまいさに対する批判や、社会契約というフィクショナルな構成に対して寄せられる懐疑などを経た現代において、社会契約論の系譜にたつ論者たちはいかなる主張を展開するのであろうか。前節にひきつづき権利論の観点から、現代の社会契約論的議論を以下にみていこう。

1. 仮説的原初状態から生じる正義の二原理——ロールズ

社会契約論的発想にたつ議論は、1970年代に至り、ロールズの『正義論』(A Theory of Justice) のなかで劇的に再現された⁸⁾。多くの論議を呼んだこの大著のなかで、功利主義に代わる社会正義の原理を樹立しようとするロールズは、仮説の場として想定された「原初状態」におかれた人々が、一定の条件のもと合意により選択するであろう原理として、よく知られた彼の「正義の二原理」を提示する。そこには、現代的に再構成された社会契約論的議論の、ひとつのタイプがみてとれる。

ロールズの議論において、社会契約論の自然状態にあたるのは、「原初状態」(original position) である。もっともそれは、現実存在する状態ではなく、「一定の正義の概念に導くよう性格づけられた、純粹に仮説的な状況」であり、「そこでなされた基本的合意が公正であるよう」——この意味で彼のいう「公正としての正義」(justice as fairness) を担保すべく——想定された状態である (TJ.12・訳9)。したがって当然のことながら、この段階では現実的な権利概念

8) J. RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971). [以下、本文中に TJ. と略記し、原文の頁と、邦訳、ジョン・ロールズ(矢島釣次監訳)『正義論』(1979)の対応頁を併記して引用する。ただし、訳文は筆者がつけたものである。]

に一定の行いをさせる対人権 (Id.271・§18), および夫婦・親子等の家族関係において生じる物権的対人権 (Id.276・§22) といった取得権も認められている (Id.258・§10)。

こうした自然状態から公民状態への移行が要請され、国家は国民の契約により外的自由の放棄と回復というかたちで構成される。カントによれば、自然状態から公民的状态へ移行すべしとの要請は、経験的事実によるものではなく、自然状態における理性よりア・プリオリに生じてくる (Id.312・§44)。自然状態は不正の状態とは言えぬまでもやはり無法状態であり、配分的正義のもとにたつ公民的状态に移行しない限り、そこで取得されたものは暫定的であるにすぎないからである (Id.)。そして「国民そのものがみずからを国家へと構成する行為」が根源的契約 (ursprüngliche[r] Kontrakt) である (Id.315・§47)。この契約により、各人はその外的自由を全面放棄すると同時に、それを再び国家のなかで受け取る。「彼は、野蛮で無法則な自由を全面的に放棄することによって、彼の自由一般を或る法則への従属において、すなわち或る法的状態において、減少させられることなく再び見出すのである」 (Id.316・§47)。

したがってカントによれば、国家における国民の自由は、法に従属した自由であるが、生得的自由から何ら減ずるところはない。というのも、立法権は——国家の権力としては他に執行権と司法権がある (Id.313・§45) —— 「ただ国民の結合した意思にだけ帰属することができる」のであり (Id.313・§46)、したがって「こうした法則への従属は彼みずからの立法的意思から生ずるものにほかならないからである」 (Id.316・§47)。そして、このような立法のために結合して国家成員となる国民の法的属性としては、同意しない法には服さないという法律的自由、国民間の公民的平等、および自己の生存・保持を他者の意思に依存させないという公民的独立性がある (Id.314・§46)。カントにあっては、国家における国民の個別・具体的権利は必ずしも明らかではないが、先のロックとの対比ではとりわけ、抵抗権の否定が注目されよう。カントによれば、「最高の立法[権]に対する国民の抵抗は、それ自体として法則 (Gesetz) に反するもの……としか考えられない」のであり (Id.320)、国家体制の変更が必要な場合は、主権者——それは理念的には結合した国民そのものである——自身により、革命ではなく改革を通じて、しかも執行権に関してのみなされるべきものとされるのである (Id.321-23)。

り改造したりする最高の権力は、いぜんとして国民のうちにある」(Id.)。これから生じてくるのが、有名な「抵抗権」(right of resistance)の理論である。立法部が背信行為にでるときはその権力は国民の手に復歸する。なぜなら「国民はその根源的な自由を回復する権利をもち、[自分たちで適當と思うような]新しい立法部を樹立することによって、……自分たち自身の安全と保障のために備える権利をもっているからである」(Id.124・§222)。そしてかかる抵抗権は、最高の行政者にも同様に向けられるのである (Id.)。

3. 実践理性の要請による公民状態への移行——カント

ホッブズやロックと異なり、カントの『人倫の形而上学』の第一部「法論の形而上学的基础」(Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre)にみられる社会契約は、当事者が自発的に締結するものではなく、実践理性の要請によるものである⁷⁾。そこには前二者とはまた別の、興味深い社会契約論と権利のモデルをみてとることができる。

カントにあっては、自然状態に対応した権利を一義的に特定はできない。まず注目されるのは、唯一の生得的権利としての自由の観念である。すなわちまず法論の序論部分で、権利の一般的区分として、生得的権利(angeborene[s] Recht)と取得的权利(erborbene[s] Recht)が区別されるが(MAR.237)、カントによれば、生得的権利は「他人の強要的意思からの独立性」としての「自由」(Freiheit)のみである (Id.)。かかる自由は、「それが普遍的法則に従ってあらゆる他人の自由と調和するものであるかぎりにおいて、この唯一・根源的な、その、人間性のゆえに万人誰しにも帰属するところの権利である」(Id.)。もっとも、こうした生得的権利たる自由が、自然状態における権利の全てではない。カントのいう自然状態(Naturzustand)は、社会状態に対立するものではなく——それに対立するのは公民的状态(Bürgerliche Zustand)である——社会が十分に存立しうる、私法の妥当する状態であって (Id.242)、そこでは外的対象に関する実践理性の要請として、ある物件に対する権利たる物権 (Id.260・§11)、他者

7) Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, in DIE METAPHYSIK DER SITTEN [1797], KANT'S GESAMMELTE SCHRIFTEN Bd. VI, 203 (v. Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1907) [以下、本文中にMAR.と略記し、頁と、ある場合は対応節を併記して引用する。なお、訳文は原則として、加藤新平=三島淑臣訳「人倫の形而上学〈法論〉」野田又夫編『世界の名著39：カント』323頁以下(1979)に従った。]

ものに対しては、彼以外のだれも権利をもつことができない」(Id.17・§27)。こうして生活の便宜に使用できる限り、何人も自分の労働によって所有権を定めうるが、他方「これを超過するものはすべて彼の分け前以上のものであり、他人のものである」(Id.19・§31)。そしてこうした状態を保つため、自分自身および他者を保全すべきであり、自然法の違反者に対してはそれに見合った処罰をなす権利が各人に認められ、この意味で各人は自然法を執行する権利もまた有しているのである (Id.5-6・§§6-7；72・§128)。

このような自然状態における権利の享受をより確実なものにするため、各人は他者との合意により、結合して政治社会ないし市民社会をつくり、自然法の執行権を放棄してそれを公権力の手に委ねる。ロックによれば、「大部分の人間が公正と正義を厳格に守ろうとしないので、自然状態のもとでの財産の享受はきわめて不安定であり、きわめて不確実である」ために、人は「どんなに自由であっても、恐怖とたえざる危険に満ちているこの状態をすすんで放棄しようとする」(Id.70-71・§123)。そして「人々が一つの社会あるいは政府をつくることに同意したならば、そのことによって彼らは直ちに結合し、一つの政治体をつくることになる」(Id.54-55・§95)。その際、「自分自身と他の人々の保全のために適当と思われることは、たとえ何でもこれを行なうという権力を放棄し法の規制に服することによって、各人の自然状態における自由は制限され (Id.72・§129)、さらに自然法違反者の処罰権も完全に放棄される (Id.72・130)。だが、それはあくまでも「所有物の保全」ないし「国民の平和、安全、および公共の福祉」といった、政治社会の主たる目的に資するためのものである (Id.71・§124；73・§131)。

こうして生じてきたロック流の政治社会においては、各人は自然状態における主要な権利をなお保持し、さらに政府に対する抵抗権も留保している。政治社会の統治形態は、その設立の目的に規定される。人々がその所有物を安全に享受するためにまず必要なのは、確立された法であり、そのため立法権の確立が要請される (Id.75・§134)。立法権は、国家における最高権力であり、他の国家権力——行政権と連合権 (Id.82-83・§144；77-78・§136) ——はこれに従属する (Id.84-85・§149)。しかしかかる立法権も、国民の生命・財産に対し恣意的なものではありえず (Id.76・§135)、恣意的な法令も制定しえず (Id.77・§136)、同意によらずして何人の所有物も剥奪しえず (Id.§138)、そして法作成権を他者に委譲しえない (Id.81・§141)。「立法権も一定の目的のために行動すべき一つの信託権力にすぎない」(Id.84-85・§149) のである。だから、「立法部がそれに寄せられた信託に反する行動をとっていることがわかれば、立法部を移転した

外の自由は、主権者が不問に付したことがらのみについて存する。すなわち、具体的には「売買もしくは互いに契約を結ぶ自由、あるいは自分自身の住居や食事、生業の選択、さらに子供を……教育すること、およびそれに類する自由」(Id.199・ch.21)である。しかしこれらの自由も、主権者の全能の権力と矛盾しない。主権者の行為の本人は国民のひとりひとりであり、その行為が「不正とか権利侵害とか呼ばれることは本来ありえない」からである (Id.199-200・ch.21)。だがこうした強大な権力も、ホッブズによれば、主権が全く存しない状態と比べれば決して有害ではないというのである (Id.170・ch.18)。

2. 所有権確保を目的とした市民政府——ロック

近代立憲主義の成立に、ルソーと並んで最も大きな思想的影響を与えた社会契約の論者は、ロックである。主著『市民政府二論』の第二論文(Second Treatise of Government)には、自然状態における広く所有権と称される諸権利の享受をより確実なものにするため、各人が合意によって市民的統治形態を生ぜしめるといふ、よく知られた社会契約論が示されている⁶⁾。それは多くの点で、ホッブズの理論と好対照をなすものでもある。

ロックの説く自然状態においては、各人は、広く所有権と総称される生命・健康・自由あるいは財産等に対する権利を保持し、さらにこうした権利を確保するため、自ら自然の法を執行する権利を有している。ロックの自然状態 (state of nature) も「完全に自由な状態」かつ「平等な状態」とされるが (STG.4・§4)、ホッブズのそれと異なり、そこでは自然法 (law of nature) として神の与えた理性が万人を拘束し他者の権利の侵害を禁じている。「理性にちょっとたずねてみさえすれば、すべての人は万人が平等で独立しているのだから、だれも他人の生命、健康、自由あるいは財産をそこねるべきではないことがわかるのである」(Id.5・§6)。こうした自然状態の諸権利つまり広義の「所有権」(property) は、各人の生存を維持し快適にするためのものであり (Id.17・§26)、自然法がその内容と限界を画する (Id.19・§31)。すなわち、神によって被造物はすべて人間の共有物として与えられたが、人間は自分の身体に対する所有権を有しており、その身体による労働も所有物なのであるから、「ひとたび労働がつけ加えられた

6) J. LOCK, THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT [1690] (T. Peardon ed. 1952) [以下、本文中に STG.と略記し、頁と対応節を併記して引用する。なお、訳文は原則として、宮川透訳「統治論」大槻春彦編『世界の名著32：ロック・ヒューム』189頁以下 (1976) に従った。]

こと」(Id.116・ch.14；196・ch.21)として理解される。ホッブズの自然状態(natural condition)——各人を畏怖させる共通の権力が存しない状態——は人間相互の戦争状態である(Id.113・ch.13)。ホッブズによれば、人間は、事実として本来的に平等なのであり、体力・知力・技術などの諸能力の総合は、個人間においてほとんど差異はないため、競争、相互不信および自負の念が生じ、争いが生じる(Id.111・ch.13)。そこでは勤労の占める場所はなく、技術・文字・社会等も存在せず、「そして何よりも悪いことに、絶えざる恐怖と、暴力による死の危険がある」(Id.113・ch.13)。このように「共通の権力が存在しないところに法はなく、法が存在しないところに不正はない」(Id.115・ch.13)のであるから、自然状態にあっては、「人はだれでもあらゆるものにたいして、おたがいに相手の身体にたいしてまで権利を持つ」(Id.117・ch.14)というのである。

平和を志向する人々は、このような自然状態を脱すべく契約により権利を相互に譲渡し、これによりコモンウェルス(国家)が成立する。その契機となるのは「理性によって発見された戒律または一般法則」(Id.116・ch.14)たる自然法(law of nature；lex naturalis)である。すなわち「平和を求め、それに従え」という基本的な自然法、およびそれから派生する、平和もしくは自己防衛に必要なかぎり、他者も同意するならば、万物にたいする権利を放棄すべき旨を要請する第二の自然法が、各人に権利の相互放棄ないし譲渡を促す(Id.117-18・ch.14)。だがこれら一連の自然法は、各人の安全保障が存する場合にのみ拘束力を有するのであり(Id.145・ch.15)、かかる安全保障は、各人の一致した判断に基づくコモンウェルスの共通の権力をまっぴらしてはじめて可能となる。こうして各人がみずからを統治する権利を、契約によりある個人ないし合議体に完全に譲渡することを——他者も同様の譲渡を行なうことを条件に——認めることにより、「すべての人間が一個の同じ人格に真に結合され」、ここに「平和と防衛とを人間に保障する地上の神」であるコモンウェルスが誕生するのである(Id.158・ch.17)。

コモンウェルス設立に際して権利を譲渡された個人ないし合議体は、万能の主権を保持し行使する。こうした主権者(Sovereign Power)は、国民(Subject)の平和・防衛に関する判断、国民に許された財産・活動に関する規則の制定、裁判による紛争処理等の広範な権限を有しており、その行為を国民は非難したり処罰することはできない(Id.ch.18)。もっともコモンウェルスにおいても、国民は一定の自由を有している。まず、契約の目的に反しない限り、身体の侵害・拘束に対しては主権者への服従をも拒否する自由がある(Id.204・ch.21)。それ以

うした考察は、極めて部分的かつ断片的なものにすぎない。広い意味での「社会契約論」的発想は西洋思想において決して珍しいものではなく、古代から中世にかけても見いだすことができる³⁾。のみならず本節でとりあげる論者によって主張された社会契約論にしても、いずれもよく知られたものであるが、それらを厳密に理解するためには広い視点に立った詳細な考察を必要とするであろう。しかし近代憲法に具現された人権観念を探求するための素材を求める本稿の目的からすれば、分析の対象を近代以降の論者の幾人かに限定し、とりわけその権利概念に着目しながら、後の考察に必要な限りで彼らの社会契約論の骨子を確認しておくことも意義あることだと考えられるのである⁴⁾。

1. 無制約な自然権の譲渡——ホッブズ

近代社会契約論の先駆とされるホッブズの社会契約論は、その主著『リヴァイアサン』(Leviathan)の中で詳しく展開されている⁵⁾。そこでは、「万人の万人に対する戦争状態」たる自然状態を脱するため、各人の自然権が契約により相互に全面的に譲渡され、それにより万能の主権を備えた絶対国家、別名「リヴァイアサン」が出現するさまが描出されている。

ホッブズのいう自然状態におかれた人間は、いわば絶対的自由とでもいべき自然権を有することによって特徴づけられる。ここに「自然権」(right of nature ; jus naturale)とは、「各人が自分自身の自然すなわち生命を維持するために、自分の力を自分が欲するように用いるよう各人が持っている自由」(L.116・ch.14)であり、「自由」(liberty)とは端的に「外的障害の存在しない

3) 例えば参照、ホセ・ヨンパルト「古代・中世社会契約論——ストアレスの思想を中心に」『法哲学年報1983：社会契約論』1頁以下。

4) 本来なら、ホッブズやロックと並んで、近代社会契約論のチャンピオンともいえる、ルソーもとりあげるべきであろう。しかし、筆者のみるところ、ルソーの社会契約論は、「身体とあらゆる力を共同にして、一般意志の最高の指揮のもとにおく」という言明からもうかがえるように、一般意志(volonté générale)を中心とした主権論的色彩の濃いものであり、人権論の考察対象からはさしあたりはずすことにする。J. J. ROUSSEAU. DU CONTRAT SOCIAL [1762] in OEUVRES COMPLÊTES. tome III 361 (Gallimard, éd, 1964). [井上幸治訳「社会契約論」平岡昇編『世界の名著36：ルソー』342頁(1978)]。もっとも、ルソーにあって人権の観念がみてとれるかどうかは微妙な問題である。参照、結城洋一郎「ロックとルソーとモンテスキュー」杉原泰雄編『講座・憲法学の基礎4：憲法思想』45頁(1989)。

5) T. HOBBS, LEVIATHAN [1651], in THE ENGLISH WORKS OF THOMAS HOBBS, vol III. (W. Molesworth ed. 1839). [以下、本文中にL.と略記し、頁と対応章を併記して引用する。なお、訳文は原則として、永井道雄＝宗片邦義訳「リヴァイアサン」永井道雄編『世界の名著23：ホッブズ』43頁以下(1976)に従った。]

的権利は本当にあるのか、その場合いかなる意味において「ある」と言えるのか。それとも、「前国家性」なるものは、人権の重要性を象徴的に示すための一種のレトリックにすぎず、われわれは憲法解釈の場におけるそれ以上の探求を、放棄してしまわなければならないのであろうか。

前国家的権利としての人権の理念は、思想的には自然権論の流れを汲むものであり、近代自然権論との関連でまず想起されるのは社会契約論である。本稿では、人権の「前国家性」の問題を考えるためのひとつの試みとして、近代から現代にいたる社会契約論——この場合なんらかの社会契約論的手法をとる議論も含む——で展開された権利論の中にてがかりを求め、なんらかの解決の糸口を探ってみたい。人間相互の合意による国家ないし政治社会を説く社会契約論は、近代的人権観念の成立・展開にも、理論面でも実際面でも大きく寄与してきた。例えばホッブズやロックらに代表される17世紀の社会契約論は、本来は国家権力の正当化に向けられた議論であったが、国家の成立を自由かつ平等な個人相互の契約に求める点で、国家に先立つ個人の権利を標榜する近代的人権観念と密接な関係にたつものでもあった。それはまた、社会契約論の現代版と言われるロールズやノズニックの正義論・国家論が、英米の法理学界における道徳的権利論の興隆と軌を一にし、憲法論にもさまざまなインパクトを与えている点からも明らかであろう。こうした理論に現れた権利概念を分析・検討することにより、人権の「前国家性」を考えるうえでのなんらかの視座が得られるのではないかと思われるのである。

したがって、もっぱら思想史的観点から、社会契約によってたつ理論を網羅し、そうした理論の客観的記述に努めることは、本稿の直接意図するところではない。本稿の目的はあくまでも人権の「前国家性」の意義を考察する端緒として、様々なかたちで提示された社会契約論のモデルを分析・検討する点にある。以下では、主として権利論的観点から、近代以降の社会契約論的手法をとる理論のいくつかを概観し（II・III）、そこにみられる権利概念の検討をふまえて（IV）、最後に憲法学において「前国家的」人権をいかに理解しうるか、その可能性を探ってみたいと思う（V）。

II. 17・18世紀の社会契約論と自然権ないし生得的権利

権利論的視点からの社会契約論の分析に際して、まず近代立憲主義成立期に展開されたホッブズ、ロックおよびカントの理論に焦点を当てることにする。こ

基本的人権の「前国家性」に関する一試論

——社会契約論における権利概念によせて——

門 田 孝

I. 本稿の意図

日本国憲法で保障された基本的人権が、前国家的ないし前憲法的性格を有する権利であることについては、今日ほぼ異論のないところであるように見える。すなわち、基本的人権ないし人権は、「人間がただ人間であるということにのみとづいて当然にもっている権利」¹⁾であり、したがってそれは、「国家以前に存在し、国家の意思に論理的に先立つものというべき」²⁾だとする理解は、現在の人権論の共通の出発点と言えよう。こうした理解はまた、前国家的権利たる基本的人権が、憲法や国家によっても剝奪されることはないという論理的帰結を生じる点において、きわめて実践的な主張を含むものでもある。従って、かかる人権は、国家や憲法によって与えられる類のものではなく、逆に人権の理念が、憲法の内容や国政のあり方を拘束することになるのである。

しかし、こうしたいわば総論段階で広く承認された基本的人権の「前国家性」は、個別具体的な人権理論のなかでは、必ずしも十分に顧みられていないように思われる。そしてこのことは、「人権は前国家的である」という定式をあくまでも維持・貫徹することの困難さを、如実に物語るものであろう。実際、人権の「前国家性」の意味するところを少し立ち入って考えるなら、われわれは即座にいくつかの疑問に直面する。前国家的権利としての人権とはいかなるものであり、それはどのようなかたちで憲法によって保障されるのか。そもそもかかる前国家

* 本稿では欧文献の引用に際して、原則として英米法文献に関する、A UNIFORM SYSTEM OF CITATION (13th ed. 1981) に従ったため、特に独仏文献については、従来の引用の体裁と異なる場合がある。

1) 宮沢俊義『憲法II』77頁（新版，1971）。

2) 佐藤功『日本国憲法概説』120頁（全訂第3版，1985）。