

新思想の流れをくむものであること、またそれに基づいて如是閑が国家主義やファシズムに抵抗しえた事情を「長谷川如是閑の国家観——同時代史的考察——」（岩波書店）というタイトルで書き上げた。当時、如是閑の研究は一、二の論文を除きほとんど皆無に近かったし、またかれの全体像を網羅した論文もなかったので、随分と苦勞して取り組んだことを思いだす。

如是閑の研究を通じて、私はますます民主主義思想の形成・発展史上におけるイギリス思想の重要性を実感しえたし、また如是閑が、戦前日本の思想と歴史を「イギリス思想」と「ドイツ思想」の対抗として捉え、結局、イギリス思想が敗北したプロセスとして画く手法に共感をおぼえるようになった。そうした関心から、私は現在、近代日本の思想を、リベラリズム、^{ステイティズム}国家主義、社会主義の三つの思想的側面から捉え直してみたいと考え、そのためにも、開国・維新期における福沢や加藤らの^{ネーション・ビルディング}国家構想の違い、あるいは明治2・30年代の日本主義者・陸羯南や「日本のアダム・スミス」・田口卯吉らの自由国民主義による富国強兵策・藩閥政府批判、大正デモクラシー期の政治・社会思想の諸相などを明らかにする作業を進めている。こうしたわけで、当分の間、私は日本思想研究と縁が切れそうにない状況にある。実は第4ラウンドとして現代国民国家の比較研究というテーマを考えているのだが、それに取り掛かれるのはいつのことだろうか。

紙数も盡きた。最後に比較研究の効用について一言すれば、たとえ現代世界の研究をするにしても、少なくとも近代以降の思想と歴史の研究を抜きにしてはとういて現代世界の諸相を深みのあるものとして捉えることはできないであろう、ということである。その意味で古典研究は、決して現代離れた迂遠な問題ではなく、社会科学の研究者にとって無限の指針を与える「理論の宝庫」であるといえよう。

（一橋大学社会学部教授）

「公的自由」の観念とフランス的人権保障のありかた

“Libertés publiques” and the human rights in France

浦田 一郎

Urata Ichiro

1 1789年宣言における人権

フランス的人権保障のありかたを日本で考えるとき、まず1789年宣言が頭に浮かぶ。フランスにおいても、人権宣言や憲法における人権保障のありかたは、常に1789年宣言を出発点にして考察される。

その前提となる思想を見ると、ロックは自然法思想を基礎において、一部譲渡論を展開する。このような思想においては、人権は国家や法律に先行して存在すると観念されるのであり、法律によって初めて保障されるものとは考えられない。それに対して、ルソーの場合には、各人の自己保存の回復のために、社会契約による全部譲渡が主張される。その結果成立する「市民的（社会的）自由」は、一般意思の表明である法律によって保障された自由ということになるであろう⁽¹⁾。

1789年宣言は自然法思想を表明し（前文、2条）、したがって人権、特にその中核となる自由権は、法律によって保障されるものではなく、「法律によって禁止されないすべてのこと」（5条後段）を行う権利である。また、自然法思想を前提とずる以上、この法律の内容は人権宣言自身に

よって限定され、その基本は、自由の限界に関する4条を受けて、5条前段が明らかにしている。すなわち、「法律は社会に有害な行為のみを禁止する権利をもつ。」ここには、人権宣言や憲法による立法権の制限の態度が見られ、現代の人権思想につながるものがある⁽²⁾。しかし、1789年宣言を冒頭においた1791年憲法は、その裁判的保障を認めていない。

「法律は一般思想の表明である」(6条)とする1789年宣言は、ルソーの思想の影響を受けていると一般的に言われ、人権保障における法律の役割が強調されることがある。しかしながら、宣言の論理構造としては、宣言はその17条で所有権を「神聖不可侵の権利」とすることによって、ルソー型の人権思想を明確に排除している。ルソーは、生存確保のために所有権の再編成を構想し、その実現のためにこそ一般意思論を展開していたからである。また、法律を一般意思の表明とする定式は、フランス実定法のなかに定着していくが、このような定式に基づく法律の権威づけは、ルソー的一般意思論の実質的放棄と結合していた。すなわち、制限選挙制の採用などによって、法律の形成における一般性が排除され、そのことによって法律が積極的な所有権制限のために機能しない保障を前提としていた。

2 「公的自由」観念の成立と構造

19世紀に入ると、実証主義的思想傾向が一般的に強まり、法学界では「註釈学派」が登場する。この学派は法律重視の点で革命期の自然法論と共通するものを持っているが、革命期の自然法論が実定法超越的・批判的な性格を持っていたのに対して、この学派では、法律は自然法を成文化・内在化したものと観念される。

実証主義の一般的思想傾向のもとで、既に実定法によって具体的に保障されたものとして人権を考える態度は、特に、19世紀始めに王政復古期の伝統主義者が「公的自由」(les libertés publiques)と言うときに見られる。そのようなものとして、シャトーブリアンは君主制とともに公的自由を賛美する⁽³⁾。19世紀中頃に活動した法律家ラフリエールも、公的自由という言葉でもって、実定法によって具体的に保障された自由を表現しているが、彼はその基礎に抽象的な「自然の自由」において考察を進めている。しかし、その抽象的自由は権利制限を正当化するために考えられ、具体的には、「自然の自由」における平等と「自然の能力」における不平等の対置によって、制限選挙が正当化される⁽⁴⁾。第三共和制期に入って、法律によって保障された人権としての公的自由の観念が確立する。憲法は人権条項を含まず、実定法の中心的役割は、男子普通選挙の基礎をもつ議会制定法律に期待される。実際にも、19世紀末から20世紀始めにかけて、集会の自由に関する1881年法を始めとして、一定の人権保障立法がなされ、この時期は「公的自由の黄金時代」と呼ばれることもある。

人権を法律によって保障されたものにとらえる公的自由の論理形式は、同じ時期のドイツ公権論と異ならない。異なる点は、思想的背景として自然法思想の洗礼を受けたかどうかということである。フランスの公的自由論は、自然法思想を歴史的経験としてもっており、その成立過程においても自然法思想が完全に消滅することはなかった。また、ルソーの人権論と公的自由論は自然法思想の内在化・実定化の点で外見的に似ているが、所有論を中心にして見れば、ルソーが自然法思想を批判的に内在化していると言うことができるのに対して、公的自由論は固定的に内在化している。

第三共和制期に確立した公的自由論によれば、それは法律によって保障された自由であり、その規制も原則として法律によらなければならない、命令による規制は許されない。しかし、その原

則のうえで、法律に反しない範囲で、公序のための警察独立命令による自由規制が認められている。以上のことを具体化して、命令による自由に対する全面的禁止、許可制、届出制は許されないが、部分的規制、制限、停止なら認められると言われることもある⁽⁶⁾。

それに対して、法律によって保障されていない自由は、自由の行使について法律が何も定めていない場合であって、それは公的自由ではなく、「無名の自由」、「単なる寛容」であると説明される。このような自由に関する国家の法的義務は存在せず、法律による制約なしに、警察機関は独立命令による規制を加えることができる。このような考えかたの最も良い例は、オリヴィエ師事件に関するコンセユ・デタ判決⁽⁶⁾によって示されている。この判決は、規制の対象になった自由について、「伝統的行列」と「非伝統的行列」を区別する。前者は、政教分離に関する1905年法の規律を受けるものであり、法律によって保障された自由である。これも警察規制を受けるが、この場合には警察の任務と自由の尊重を調和させる必要がある。このような要求から、伝統的行列に対する規制は比較的厳しく制限を受ける。他方、非伝統的行列のほうは、1905年法の規律の対象外であり、法律によって保障されていない自由である。そこで、判決は全面的な禁止を簡単に合法化している。しかし、無名の自由を公的自由に近づける傾向が、後に判例の変化の中に見られるようになる。

法律によって保障された自由とされていない自由の区別は、このように相対化する傾向があり、また区別のありかたは具体的な自由の種類、典型的には精神的自由か経済的自由かによって当然異なる。それでも、このような区別は現在まで原則としてなされてきた。このような公的自由論によれば、裁判所による統制を考慮に入れるにしても、実体法の論理としては、法律に違反しないという条件のもとで、自由に対する規制は命令によって独立してなされると言うこともできる。その意味では、法律によって保障された自由論のもとで、自由を規制する原則的な国家機関は、逆説的に行政権になっているということさえ不可能ではない。

第三共和制前半期に公的自由論が確立し、19世紀を通じて進行した実定化が人権の分野で完成した。他方で、同じ時期に政府の警察独立命令の慣行が確立し、警察権を行政権固有の権限と見る見かたが強化された⁽⁷⁾。すなわち、人権の実定化が完成するとともに、警察の超実定化が進行したということができる。このような人権論は、一定の人権保障を可能にする資本主義の確立を前提とするとともに、行政権が積極的に活動する介入主義的傾向へ対応できる基本的な論理を備えている。

3 第五共和制憲法下における人権保障

第三共和制憲法が人権条項を持たなかったのに対して、第四共和制憲法は前文に人権宣言を置いていたが、違憲審査制を採用しなかった。そして、第五共和制憲法は、「1789年宣言によって定められ、1946年憲法によって確認・補完された、人権と国民主権の原則に対する愛着を、フランス人民は厳粛に宣言する」とする規定を前文冒頭におきつつ、憲法院を設置した(7章)。この機関は、結社の自由に関する1971年判決を転機として、人権分野で違憲審査を積極的に行うようになり、1974年の憲法改正で上下両院各60名以上の議員に申立権が認められて(61条2項)から、違憲審査を活発化させてきた。

第五共和制憲法34条1項1号は、「公的自由の行使について市民に認められる基本的保障」を法律事項とし、法律による人権保障の基本的な立場を示している。しかし一方で、憲法前文の人権宣言の拘束は立法者にも及び、政治的・思想的観点ばかりではなく実定法的観点からも、法律は

人権について自由に定めることは許されていない。特に、前文が言及する1789年宣言に含まれる一般的自由（4、5条）が、文字通り憲法上保障されていると考えるとすれば、論理的には法律の役割は強く限定されることになろう。また、同様に前文が言及する第四共和制憲法前文は、「共和国の諸法律によって承認された基本原則」を含む。その「諸法律」として念頭に置かれているものは、まさに公的自由論の確立と結びついた第三共和制期の自由主義立法である。しかし、そこに含まれる「基本原則」は、人権立法を拘束し、法律による人権保障という従来の公的自由論を打ち破っているはずである。

他方で、法律事項を限定しない伝統的な形式的法律概念が放棄され、法律事項以外のことは命令事項とされる（37条1項）。したがって、公的自由に関することでも、「基本的保障」以外のことは命令事項である。このように、第五共和制憲法における人権保障のありかたは、法律による人権保障論としての公的自由論の伝統に、非常に重大な変更を加えたことは確かである⁽⁸⁾。

しかしながら、第五共和制憲法は本格的な人権条項を持たず、前文で極めて簡単に過去の人権宣言に言及しているにすぎない。このような人権の扱いは公的自由論の伝統を引き継いだものである。学説上も、公的自由と無名の自由の区別が基本的なものとして維持され、法律によって保障されていない自由は、法律による制約なしに、公序のための独立命令による規制を受ける⁽⁹⁾。憲法によって一般的に自由が保障され、その規制は、憲法上許されるものについて、法律によってなされなければならないとする考えかたはとられていない。憲法院による違憲立法審査も、法律の審署前に限られ、六十名の議員をどちらかの議院に送ることができない少数者による提訴は認められず、極めて限定されたものである。

34条の法律と37条の命令は規律事項が異なり、従来の法律と命令の間にあった効力の上下関係はそこにはない。この変化は大きい。しかし、既にみたように、従来から独立命令による人権規制は広く認められてきており、この伝統の上に37条による独立命令制度の設置は理解されるべきであろう。しかも、公的自由に関する「基本的保障」は、従来の実際の立法のやりかたを元にして、原則についての規律として憲法院によって広く解釈され、実際の立法事項が従来と大きく変わっているわけではない。コンセーユ・デタは、無名の自由に関するものも含めて、必要性の原則などによって警察命令に対する適法性審査を行ってきた。とりわけ、平等原則などを含む「法の一般原則」を1945年以来発展させることによって、適法性審査を強化し、これを37条の独立命令にも適用している。

結局、公的自由論の伝統の基礎のうえに、現在の人権保障のありかたの変化が見られると言うことができる。したがって、フランスの人権保障を理解するためには、「公的自由」観念の検討が必要である⁽¹⁰⁾。人権とは何かを広く考える場合にも、このことは有益であろう。立ち入った検討は別の機会に行いたい。（カルティエ・ラタンの古いアパートから。）

(1) Stéphane RIALS, *Ouverture: généalogie des droits de l'homme*, *Droits*, t. 2, 1985, p. 8 のように、「ルソーは、……法の理念を内在化することによって、意思主義と自然主義を和解させあるいは乗り越えようとしている」と言うこともできる。

(2) François LUCHIARE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 76.

(3) François René CHATEAUBRIAND, *Oeuvres complètes*, Paris, Pourrat, 1826, t. 1, *Préface*, p. xxxj.

- (4) Louis-Firmin Julien LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, Rennes, Joubert, 5^e éd., 1860, t. 1, pp. 33-36.
- (5) C.E., 2 juin 1851, *Daudignac*, D. 1951. J. 589.
- (6) C.E., 19 févr. 1909, *Abbé Olivier*, D. 1910. 3. 121.
- (7) 拙稿「憲法的公共性とフランス警察法における【公序】観念について(3)」『山形大学紀要(社会科学)』13巻2号、1983年、41頁以下。
- (8) Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, Paris, P.U.F., t. 1, p. 189 は、「憲法院の判例は、……1875年
以来の伝統である、立法者の絶対主権に終止符を打ち、……1789年の伝統に戻った」と言う。
- (9) *Ibid.*, pp. 183, 184. そのような自由が憲法上保障されたものかどうかによって、命令による規制
が制限的か全面的かの違いがあるにすぎない。
- (10) 近代立憲主義における、法律による権利保障の意義を強調するものとして、樋口陽一『現代民主主義の憲法思想』、創文社、1977年、41頁以下参照。

(一橋大学法学部教授)

シェイクスピアの時代の「政治」観 The View on 'Politics' in the Age of Shakespeare

塚田 富治
Tsukada Tomiharu

わたしがここで問題にしたいのは「政治思想史研究の対象としてのシェイクスピアの時代の魅力と可能性」である。シェイクスピアの時代は、それまでのどの時代にも優って「政治」が人々の関心や思考を支配する時代であった。「政治」は人々が熱中して見物するペイジェントにおいて重要な主役の一人として登場した。たとえば1579年、青年王ジェイムズをエディンバラに迎えるペイジェントにおいて、正装した徳高い貴婦人の姿をとった「政治」Policie は、「平和」Peax、「正義」Justice、「豊穡」Plentieと共に王を迎え、祝福の言葉を述べた、と伝えられる⁽¹⁾。他方で「政治」は当代の人気劇作家の手によって、観客の失笑や批判を引き出す格好的として舞台上で論じられもした。シェイクスピアは劇中の人物に「政治なんか大嫌いだ。政治家なんかになるよりは、過激派の坊主になる方がまだましだ。for policy I hate: I had as lief be a Brownist as a politician」⁽²⁾と語らせ、またキッドは「政治」を陰謀家が暗殺のために雇った者を口封じのために始末する策略として描く⁽³⁾。このように「政治」はときに人々の期待を浴び、またときに強い反感を誘いながら、あらゆる階層に属する多数の人々の前に現われたのである。

「政治」に対する関心は世俗の領域に限られることはなかった。いまだ社会の中で大きな影響力をもっていた教会人や神学者によって、宗教が「政治」の影響下に置かれるという危機感に支配された数多くの説教や論争書がこの時期に著わされた。たとえばカソリックの国教忌避者は「キリスト教信仰が政治に役立つ限りにおいてだけ認められる」⁽⁴⁾状態を厳しく批判し、また危機感の裏返しとしてプロテスタントの聖職者は、「政治」が女主人である宗教に仕える侍女であり、忠実な召使いであるべき⁽⁵⁾、と執拗に説いた。このようにプロテスタント、カソリックの区別なく