

## 国益による人権制約と「人権の基礎」(2・完)

—進化生物学的人間観・人間集団論に基づく人権制約基準の考察—

内 藤 淳<sup>※</sup>

- I はじめに
- II 「前国家的」人権観と国家による人権制限の不可
- III 国益による「表現の自由」制約（以上4巻3号）
- IV 「国益による人権制約」と内在制約説・自律性基底的人権観との不調和
- V 繁殖機会配分説と「国益による人権制約」の根拠づけ
- VI まとめと今後の課題（以上本号）

### IV 「国益による人権制約」と内在制約説・自律性基底的人権観との不調和

#### 1 一元的内在制約説からの「国益による人権制約」の説明

以上見てきたように、国家機密や外国国章損壊罪の存在から、「表現の自由」に対して「国益」を根拠にした制約が存在し是認されていることが示される。前述のように、「表現の自由」は、人権の基礎たる「人格的自律性」と密接に関連し、諸権利の中でも厳格保護が認められる権利だから、それが「国益」によって制約されるということは、他の「劣位」的権利を含め人権全般とその概念的な中核を制約する要素として「国益」があることを意味する。このことは、人権を「前国家的」に捉えその制約を「人権相互の調整」に限定する考え方と矛盾するというのが筆者の見解だが、これに対しては、「前国家的」人権観と一元的内在制約説から次のような反論が想定できる。

前出（II章(1)）宮沢の説明にもあるように、そもそも国家とは、「各人が生来的に持つ人権を確実に保障するために設立された」もので、「個々の国民が人権を十分に享受しうるよう、立法や行政を通じて図る」存在である。とすると、国家の存立と機能を確保するのも、究極的には「人権を安定的に保障するため」と

---

【一橋法学】（一橋大学大学院法学研究科）第5巻第1号2006年3月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学法学研究科講師（ジュニア・フェロー）

考えることができる。であれば、国家機密の存在も外国国章損壊の禁止も、それによって国家の外交機能や対外関係の安定を確保し、国家の存立と機能を保全することを通じて、最終的には、国民の権利を保障するためのものと言える。よって、これらを定めた実定法の規定と「表現の自由」との対立・衝突も、「国益対人権」ではなく、「人権保障のための一部人権の制約」という枠組みで、「人権相互の調整」として捉えられる。

こうした考え方は、外務省機密漏洩事件や（外国国章損壊罪を含めた）「国家法益に対する罪」に関する論評の中に実際見出すことができる。外務省機密漏洩事件を取り上げた室井力の論考では、公務員の秘密保守義務の「存在」が（国民の「知る権利」との対抗関係の中で）是認されるべきことが述べられているが、それは、「国民全体の利益のため」であることが何度も強調されている<sup>59)</sup>。室井によれば「国家が秘密を設けるのは、国家が人権を確保実現する国家行為を遂行する上において、機能的に不可欠な限りにおいて」である<sup>60)</sup>。ここには、「国民の権利保障のための国家、そうした機能を遂行するために必要であるがゆえの秘密保持（一部人権への制約）」という論理がはっきり打ち出されている。

「国家法益に対する罪」についても同様で、その憲法的基礎を論じた前出宮崎の議論においては、この種の罪の憲法的基礎が「憲法的秩序の維持」にあるとされていたが、そこで「憲法的秩序」すなわち国家の存立と機能を維持することは、それを通じて「自由国家的公共の福祉や社会国家的公共の福祉の現実化」を図り、「基本的人権の社会的・公共的保障を志すもの」と意義づけられている<sup>61)</sup>。同じように大谷實も、「国家法益に対する罪」の意義を、「国家法益は、国家の機構・作用が国民の総意に由来し、また、個人は国政の保護を受けて初めて幸福を追求できるとの観点から保護に値するのであるから、国家法益もまた社会法益と同様に個人の『生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利』（憲法13条）を保障するために必要であり、かつ不可欠であるという限りにおいてその侵害は犯罪となる」<sup>62)</sup>と言い、こうした罪を規定することで国家の利益を守ることが国民の人権

59) 室井「公務員の秘密保守義務について」前掲注30)。

60) 室井「公務員の機密保持義務について」前掲注30) 42頁。

61) 宮崎「国家法益に対する犯罪処罰の憲法的基礎」前掲注55) 16頁。

保障のためであることを強調している。こうした見方に従えば、「国家法益に対する罪」のひとつである外国国章損壊罪も、それによって国家の存立・機能の安定を図ることで、最終的には、国民の権利を確保するための規定であって、そこでの「表現の自由」制約も国家のための権利制約ではなく、権利のための権利制約、すなわち内在制約の一環と捉えられる。

## 2 「国益による人権制約」と自律性基底的人権観との不調和

### (i) 「自律」とは？

こうした説明は一見筋が通るようだが、しかし、そのさらなる前提である自律性基底的人権観と照らし合わせてよく考えると、根本的なところで矛盾を孕んでいる。

このことを明らかにするため、自律性基底的人権観において言われる「人格的自律」がどういう意味か、改めて詳しく見てみよう。佐藤幸治によると、「自律」とは、個々人が自分の考えや価値観に依拠して意志決定・行動し、自らの生活を自分で方向づけることとされるのは前述の通りである。そしてそれは単に「外部の干渉からの独立」であるにとどまらず、「自己支配 (self-government) ないし自己決定 (self-determination)」といった「より積極的なもの」を意味しており、しかも、「それぞれの特定の状況の下で人が自律的に行動する」だけでなく、「人の人生設計全般にわたる包括的ないし設計的な自律」、「人の人生に統一性と秩序を与える類の自律」であることが強調される<sup>63)</sup>。「自律の根本観念は、他者の意思に服することなく自己の世界の作者であることができるということ」だと佐藤は言っているが<sup>64)</sup>、つまり、その本質は、自分の行動や生き方を、外的要因に拠らずして自らの考えや価値観に照らして自分で決めることにあり、すべての人に対してそれを行う、行える条件を整備し保障するところに人権の基礎が見出される。

62) 大谷『新版 刑法講義各論』前掲注46) 549頁、同『刑法各論』前掲注46) 下巻517頁。

63) 佐藤「日本国憲法と『自己決定権』」前掲注5) 11頁。

64) 佐藤「日本国憲法と『自己決定権』」前掲注5) 11-12頁。

「自律と人権」についての詳しい説明は長谷部恭男にも見られる。長谷部は、「朝食の献立やテレビ番組は何を見るかという趣味や好みの問題から始まって、自分の進路の如何や尊厳死を選ぶか否かという世界観や人生の目標の問題にいたるまで」の「個人が決めるべき事柄に、社会や政府を含めた他者は介入しえないはずだという考え方」が、人権を支える考え方だとする<sup>65)</sup>。人権の根拠は、この意味での「個人の自律およびそれにもとづく人格的發展」に求められる。

ここで長谷部は、「自律」と、単なる「人格的發展や自己実現」とは異なることを強調する。例えば、『巨人の星』の主人公、星飛雄馬は野球選手として驚くべき自己実現を遂げたが、それは特異な性格の父親に強制された結果であり、彼の自律的選択にもとづくものではなかった。「人格的發展や自己実現」にも「自律」に基づくものとそうでないものがあり、「自律した個人といえるためには、何よりも自分で『考える』ことが必要」であって、「他人の考えを無批判で受け入れ、独自の判断を行おうとしない人に、自律的な生き方は不可能である」と長谷部は言う<sup>66)</sup>。このような「自己決定」的要素の重視は、上述の通り佐藤も強調するところで、誰かの意見や何かの価値通念にそのまま依拠するのではなく、自分の考え、「独自の判断」で自らの行動やライフスタイルを決めるということが「自律性」の不可欠の要素とされる。その上で、長谷部は、「人は根源的に平等であり、自分の生き方を決めるのは自分自身でしかない。その決断を通じて、人はその人生に自ら意味を与えていく」と言って<sup>67)</sup>、そうした「自律性」を人が意味ある生を送る基盤と捉えると共に、誰もがそのように生きられる点に人間存在の根源的な平等性を見て取る。換言すれば、誰もが平等に持つ有意義な生を送る基盤であるからこそ、「自律性」は誰にとっても人として生きる上で不可欠な、侵されてはいけないものなのであって、それを保障する人権は「誰にも侵害することはできない」ことになる<sup>68)</sup>。

このように、「自律」の本質は「自らの考えに従い自分の行動や人生を自分で

---

65) 長谷部『憲法』前掲注10) 10頁。

66) 以上の引用は、長谷部『テレビの憲法理論』前掲注18) 5頁。

67) 長谷部『憲法』前掲注10) 10頁。

68) 長谷部『憲法』前掲注10) 104頁。

決める」ところにあり、これを人間の存在と生にとって等しく認められる本質的な価値として、その実現のための条件をすべての人に保障するところに人権の基礎を見出すのが、自律性基底的人権観の骨子である。それに基づき、「後人権的」な国家の利益などを根拠にした人権制約は認めず、人権を制約しうるのは「人権相互の調整」においてのみだという一元的内在制約説の考え方が必然的に導かれる。その上で、国家とは人権の安定的保障のために設けられた機関であって、国家の存立・機能の維持は人権の安定的保障につながっているという理解から、「機密」保持などの「国益」による人権制約も、人権を（総体的に）保障するための一部人権への制約という内在制約の枠内で考えられるというのが前節で挙げた反論の趣旨であった。

#### (ii) 「自律的アナーキスト」問題

こうした考え方の難点を明らかにするため、ここで、「自らの考えや価値観に基づいて国家は不要と考える人」というのを想定してみよう。国家が存在し、対外的な安全確保や秩序維持を行うことで、国民の生命や財産は確かに総体的に守られるかもしれない。しかし、国家の存在を認め、それを通じた人権保障を図る限り、その国家を維持するために個々の国民にはさまざまなコストがかかるし、前章で見たように、一部の人の「表現の自由」などが制約される場面が必然的に生じる。これに対して、国家のない無秩序な状態——いわばホッブズの「自然状態」——は、各人の生命・財産がつねに脅かされる、誰にとっても不安定な状態かもしれないが、こと「個人の自律性」という観点からは、自分の生命・財産に対する防衛策を自分で立てることを含め、生きることに関するすべてを自分で考え実行する世界であり、各人が完全に「自律」した世界と言える。とすると、「自律性」を保障するという意味では、国家による総体的に安定した人権保障がなされる状態より、無秩序な「自然状態」の方が望ましいという考え方もありうる。

これら2つの状態のどちらがいいかを人々に問えば、実際のところ、筆者を含め多く人は国家による安定的な人権保障を選ぶだろう。が、だとしても、上述の考え方に立って、国家などない方がいい、なくなってしまうという判断をし、それがために国家機密の公開を求めたり外国国旗を「損壊」「除去」したりする、

言うなれば「自律的アナーキスト」や「自律的ナチュラリスト」がいることも十分想定できる。そうした人のそうした行動を禁じるのは、彼らの「自律的」判断とそれに基づく「自律的」行動を制約することであり、彼らの「自律性」への侵害である。そうした人にとっては、「国家は（自律性の具体化としての）人権保障のためにある」という位置づけ自体が、自らの「自律的」価値観とぶつかるのであり、かかる位置づけに基づいて自分の行動が「国益」を根拠に制約されるなら、それはまぎれもなくその人の「自律性」への侵害にあたる。

そして、この場合の「自律性」侵害は、実は、「自律的アナーキスト」や「自律的ナチュラリスト」にとってだけの問題なのではない。（そのように解釈するなら、ここでの話は、「国家の存在を是認してそれによる安定的な人権保障を望む人」の人権を保障するための国家機構・機能の維持と、これら「アナーキスト」や「ナチュラリスト」の行動の自由との調整の問題、すなわち、前者の人の人権と後者の人の人権との調整の問題に還元されて、一元的内在制約説の枠内で解釈可能である。）人権保障のための国家の存在を認める人にとっては、「国益による人権制約」があってもそれは「人権相互の調整」だと自分の判断に照らして解釈できるから、一見すると、ここで問題になる「自律性」侵害は、上述「アナーキスト」などにとってだけの問題のようである。しかし、ここでは、（人権保障のために）国家を肯定する価値観を持っているならその人の「自律性」は守られ、そうでないならその人の「自律性」は守られないというように、「人権保障のための国家」を是認していることが「自律性」保障の前提になっている。これだと、結局、国家を是認する人も含めて、誰にとっても「自律性」なるものは認められていないことになる。

「こういう考えを持っている人であればその自律性は尊重します」というのは、根本的に「自律性」尊重という言葉の意味に反する。「自律性」とは、佐藤や長谷部の説明にあるように、外から与えられたり押し付けられたりする価値観に拠るのでなく、自分の価値観と判断で自分の行動や生き方を決めることを指すのであり、「その人が独自で考え、決定したものである限り、どういう考えや価値観であれそれを尊重します」というのが「自律性の尊重」である。「自律性を尊重」して各人に自由な判断をさせたら、結果的にみんなが国家の存在を是認した、

そこには「アナーキスト」や「ナチュラリスト」はいなかったという場合はあるかもしれないが、しかし、そのときも、仮にそれで「アナーキスト」や「ナチュラリスト」が出てきたとしても、その人の判断やそれに基づく行動は承認されるというのが「自律性」尊重の大前提である。しかし、ここでの考え方では、「人権保障のための国家」を是認するという判断や価値観の方が前提にきてしまい、「アナーキスト」や「ナチュラリスト」の「国家を否定する自律的判断・行動」が原則的に保護の範疇から外されてしまう。ここでは各人の判断や行動にはじめから枠がはめられているわけで、自分「独自の判断」で価値観を形成し行動することが一元的に制約されている。つまりここでは、もともと誰にとっても「自律性」は認められていない。

このように見てくると、国家を「人権保障のため」の存在と位置づけ、「国益による人権制約」を「人権相互の調整」と捉えることは、人権の基礎を「自律性」に置き、その「自律性」を価値とし保障することと根本的なところで衝突する考え方であることが分かる。

### (iii) 自律性基底的人権観から想定しうる反論

以上の筆者の主張に対しては、次の2つの反論が想定できる。

#### ①ここでは国家に参加する「国民」だけを対象として想定すれば十分という反論

その第一は、憲法とは、国家の存在を前提にそのあり方や機構を定めるものだから、その中で想定され、また権利保障の対象とされるのは、国家に参加している「国民」であって、国家を否定する「アナーキスト」や「ナチュラリスト」まで念頭に置く必要はないという反論である。自然法思想における「社会契約に基づく国家の設立」という説明に典型的に表れているように、国家とはそもそもその設置に同意した人々によって設立されているのであり、一国の憲法で要請されているのは、そうした人たちへの権利保障である。実際、日本国憲法にも「国籍離脱の自由」が定められており、国家を否定する人はそこから出て行けばいいのだから、国家を否定する人まで念頭に置いた「自律性」の保障はそもそも憲法には想定されない、という主張がここから出てくると予想される。

この反論はもっともなようだが、筆者としては納得しがたい。憲法が想定するのは国家を肯定する人のみとするなら、憲法が保障する「思想・良心の自由」や

「表現の自由」においても、国家の存在を肯定する思想や表現のみを保護すればいいということになって、「アナーキスト」的、反国家的な主張や言説を禁じることが憲法上認められることになりかねない。また、「国籍離脱の自由」があるからといって、では現実には、今の地球上でいかなる国家の支配・作用も受けず、「自然状態」的に生きられる場があるかということとでもそうは考えられない。「アナーキスト」や「ナチュラリスト」が日本を出て行ったとしても、結局はいずれかの国家の国民として生きざるをえないわけで、彼らの「自律」が達成される場は現実にはない。つまり、「国籍離脱の自由」は、彼らにとって現実的には機能していない有名無実な規定であって、それを根拠に「君たちの自律性の保障は憲法の対象外だ」と言うのは説得力がない。

さらに何より、ここでの反論の通り、国家がその設置に同意する人々によって作られ、その構成員はみんな国家の存在を肯定しているとしても、憲法そのものが、自由や権利を保護する対象を「国家を肯定している人」に限定し、「国家を否定する自律的判断（をする人）」を保護の対象にしないということに変わりはなく、前項で述べた議論はこの反論に対してそのまま有効である。すなわち、この反論は、憲法が保護するのは、国家を肯定しそれに基づいた価値判断や行動をする人、すなわち「一定の価値判断に従う人」のみであることを認め、それを「是」とするものに他ならない。そうした考え方自体は可能だとしても、この場合やはり、なんの前提条件もないところから「独自の判断」で一定の価値観を持ちそれに従って行動することは保護されないのであって、つまり、憲法は「個人の自律性」は保護しないわけである。人権の本質的基礎たる「自律性」を保護しないのだから、この反論のような留保をもって国家を人権保障のための機関と位置づけるには無理があり、これをもって「国家は人権保障のための機関、よって『公益による人権制約』は『人権相互の調整』」という論理を成り立たせることはできない。

## ②人権の総体的基礎としての「自律性」と憲法の具体的な保護対象とを区別する 反論

もうひとつ考えられる反論は、憲法がその保護を目指す一般的概念としての人

権及びその根源にある「自律性」と、憲法が具体的に保護の対象とするものとを区別する考え方で、その例は長谷部恭男に見られる。自律性基底の人権観を支持する長谷部は、憲法が個人の「自律性」の尊重を一般的な目標とすることを認めつつ、かといって自律的に選択した行動すべてに「自由」が保障されるわけではなく、それを選択した本人にとってのみ価値のある行為は「自由」としての保障の対象にない、それにあたるのは「誰にとっても価値のある行為」のみだと言っている。「『切り札』として働く権利(筆者註:すなわち「人権」)であるためには、いかなる個人であつても、もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障してほしいと思うであろうような、そうした権利でなければならない」(傍点筆者)<sup>69)</sup>というのが長谷部の見解である。ここで言う「そうした権利」の核心は「個人の人格の根源的な平等性」に求められ、それを保障することこそが憲法による人権保障の本質とされる。憲法が国家に要請するのはこの意味での「平等性」の保障、すなわち、個人の「平等性」に反するような立法や行政措置がなされないようにすることである。それがなされるなら、個々人が自律的に判断した具体的行動のすべてに「自由」を保障することまでは国家に求められず、「本人にとってのみ価値のある行為」はそこでの保護の対象にならないと長谷部は言う<sup>70)</sup>。

こうした考え方に立つなら、たとえ自律的判断に基づくものであっても、国家不要論に基づいて国家機密を暴露しようとする人や外国国旗を損壊する人の行動は、その本人にとっては価値があるかもしれないが、国家とそれによる秩序維持が必要と考える人にとっては価値のない、むしろ迷惑な行為であるから、憲法が「自由」として保護する対象ではないと考えられる。国家としては、こうした行

69) 長谷部『憲法』前掲注10) 121頁。

70) 具体的に「個人の人格の根源的な平等性」の侵害例として長谷部が挙げるのは、ポルノの禁止とマルクス主義学説の禁止である。長谷部によれば、ポルノは道徳的に墮落したものであるから、マルクス主義は誤った理論であるから、といった理由でこれらの出版や発表が禁止されるとき、その論理はポルノやマルクス主義を支持する人の選択と判断を否定しており、「その人を他の個人と同等の、自分の選択に基づいて自分の人生を理性的に構想し、行動しうる人間として見なしていないことを意味する」から、「個人の根源的な平等性」への否定になる。長谷部『憲法』前掲注10) 121-122頁。

為を禁じても、それ以外の「個人の根源的平等性」を侵す立法や行政措置をなさずにいけば、人権とその基礎たる「個人の自律性」を保障する役割を十分果たしていることになり、人権（及び「自律性」）保障機関として国家が存在し機能することと国家機密漏洩や外国国旗損壊などが禁止されることとが両立する。

しかし、こうした主張は、人権の基礎を個人の「自律性」に見出すことと基本的なところで矛盾するものだと言わざるをえない。長谷部は、憲法が具体的に保護する行為の範疇を「誰にとっても価値ある行為」、「いかなる個人であっても保障してほしいと思う権利」に限定するが、それは結局、「自律的に」選択しうる行動のうち誰もが保障してほしいと思う行為のみが、すなわち、多くの人の価値観や考えと合致する態度や行動、社会の中で共有された価値観やそれに基づく行動のみが保護されることを意味する。しかし、この点、すでに前項で示したように、そもそも「自律性」とは、他人が価値だと思ふか、重要だと思ふかに関わりなく、自分の考えや価値観に従って意志決定・行動することを指すのであり、自分が考え、決めたことである限りいかなる価値観や行動も認められるというのが「自律性の尊重」である。他人と共通する判断だけが保護され、それ以外のものが保護されないのであれば、それは「自律性の尊重」に正面から反する。

さらに長谷部は、人権保障の本質を「個人の人格の根源的な平等性」の保障に求め、その「平等性」を侵す立法などを禁止することを憲法の要請としているが、「自律的」判断に基づいてなされる国家機密の漏洩・暴露や外国国章の損壊等を禁じることは、この「平等性」の保障とも衝突する。というのは、これにより、「自律的に」判断して国家を不要と考える人が行うこれらの行為は制約を受けるが、「自律的に」判断して国家による人権保障を望む人にはその種の制約が生じないことになり、前者と後者の扱いに差が生じて、両者の「人格」や価値観が「不平等」に扱われることになるからである<sup>71)</sup>。長谷部は、個々具体的な行動のレベルではその一部が制約されても「根源的な平等性」は保障される状態があると考えているようだが、保護される行動とそうでない行動とが、「自律的」判断によるか否かという基準ならまだしも「本人にとってのみ価値のある」行為か「誰にとっても価値のある」行為かという基準で区別されるのでは、自律的な判断の結果がたまたま他の多くの人の判断と合致する人の「自律性」は保護される

一方で、そうでない人の「自律性」は保護されないことになって、両者の間に「根源的な不平等」が生まれる。よって、国家機密の漏洩や外国国章の損壊といった「本人にとってのみ価値のある行為」を（国家が実定法で）禁じることは、長谷部の言う「人権保障の核心」たる「個人の人格の平等性」に反しており、人権保障の本質に抵触する<sup>71)</sup>。

こうしたことを考えると、人権の総体的基礎としての「自律性」と憲法の具体的な保護対象とを区別する考え方にも無理があり、これに依拠して国家機密漏洩や外国国章損壊の禁止（すなわち「国益による人権制約」）を「人権保障のための国家」という位置づけと整合させて説明しようとするのもうまくいかない。

### 3 国家と人権

以上のことから、人権の基礎を「自律性」に求めることと、国家をその人権を保障するための機関と位置づけることとは、説明しがたい矛盾が存在していることが分かる。「自律性」とは、他からのいかなる強制もなく、自分の価値観や判断に従って行動することを意味するが、国民の人権保障のためであれ何であれ、国家という存在が承認された時点で、国民にとっては国家の存在と調和した価値観や行動しか認められなくなり、国家を否定し、国家によらない人権（自律性）

71) さらに言えば、自律性の尊重の根源に「個人の人格の根源的な平等性」を置くことは、そもそも、自律性を尊重することと矛盾している。先に引用したように、自律性を尊重するということは、長谷部自身が挙げる星飛雄馬のような非自律的な生き方を、自律的な生き方より価値が低いものと見るわけであるから、その点で、非自律的な生き方を志向する人（非自律的な生き方を自分ではっきり「自律的に」志向している人のみならず、それを自分でよいと思っているという自覚すらなくなんとなくそれを受け入れて生きている人も含む）と自律的な生き方を志向する人の「個人の人格」を根源的に不平等に見ている。

72) ここでの議論に関し、長谷部自身が「本人にとってのみ価値のある行為」として国家機密漏洩行為や外国国旗損壊行為を挙げているわけではなく、本文での記述は、憲法上保護を受ける行為に関して長谷部が示した基準をこれらの行為に当てはめて筆者が考えた解釈である。ここでの議論は、「人権保障のための国家」という見方と「国益による人権制約」の存在とを調和的に解釈する説明として、人権の基礎たる「自律性」を尊重することと憲法の人権保障における具体的な保護対象とを区別する長谷部の考え方を適用すればこのような回答がありうる（が、そこには無理がある）ことを示すためのもので、長谷部がこうした趣旨のことを直接述べているわけではない。

保障を「自律的」判断から支持する余地がなくなってしまう。つまり、国家が成立した時点で国民の「自律性」に対する侵害が不可避免的に生じている。そして、その「自律性」を人権の基礎と見る以上、国家を人権保障のための機関と見て、国家の対外的地位や外交上の利益といった「国益」を根拠にした人権制約を、人権に内在する「人権相互の調整」と捉えることはできない<sup>73)</sup>。

であれば、「国益」による制約は人権に「外在」する制約ということになるが、先に見たように、自律性基底的人権観に立つと人権への制約は「人権相互の調整」のみとなって、人権に対抗する他の価値や外在制約は認められない。いわんやそれが国家の利益という人権に「後行」する要因によって制約されるのは筋が通らない。しかるに、こうした外在制約が現に存在するという事は、このような人権理解そのものに問題があり、それを見直す必要があるということである。とりわけ、「国益」という人権制約要因の存在に基づいて、人権に対する国家の位置づけ、人権と国家との関係がここで再考されねばならない<sup>74)</sup>。

そもそも、人権とは、国家に向けてそれが侵犯してはならない個人の領域を画定し、その保障を義務づける国家「宛」の概念として元々発達したものである。人身の自由、表現の自由、経済活動の自由、財産権など人権として挙げられる具体的諸権利は、いずれもそれを侵害・制約する存在として国家を想定するからこそ、それに向けて不可侵が言われるのであって、そうした制約・侵害主体がないのでは概念自体が成り立たない。同時にこのことは、誰かの人権が脅かされる事態が生じたとき、それを止めてその人の人権を確保する役割を国家が担っていることを意味しており、その点で、人権の概念にはその保障主体としての国家が不可欠に想定されている。こうしたことを考えると、人権が国家と不可分のもので、国家の存在と結びついて成立する観念であることが分かる。自律性基底的人権観のような「前国家的」な「人権の基礎づけ」では、この「人権と国家との不可分

---

73) 念のために付言すれば、ここでの筆者の議論には、国家の存在は「自律性の尊重」に反するからよくないとか、国家は反国家的行為も含めて国民のあらゆる自由を保護すべきだといった（規範的）主張は全く含まれていない。ここで言っているのは、国家を「自律性基底的人権」を保護するための機関と位置づけ、「国益による人権制約」を「人権相互の調整」と捉えるという考え方は論理的・観念的に矛盾し、成立しないという「指摘」である。

性」が、人権を成り立たしめる要素としてすっぱり抜け落ちてしまう。

他方で、人権は国家に「対して」不可侵の領域を示すものであり、国家との「対立性」を本質的に含んだ概念でもある。そうでありながらも、ここまで述べてきたように、その「国家による不可侵」は絶対ではなく、人権には「国益による制約」が伴っている。このように、人権と国家との関係は、「不可分性」「対立性」「制約可能性」という矛盾に富んだ要素を含んでおり、「人権とはいかなるものか」という理解は、これら諸要素を踏まえて、それに対して調和的な説明を提示できるものでなくてはならない。自律性基底の人権観のような従来の人権理解がそれにかなうものでないことはここまで示してきた通りである。

## V 繁殖機会配分説と「国益による人権制約」の根拠づけ

### 1 「人権の基礎」理解としての繁殖機会配分説

では、人権の基礎は、それと国家との関係は、どのように捉えられるべきなのか。人権の基礎をいかに理解すれば、「国益による制約」を含めて人権制約を整合的に説明しうるのか。これについて、本来なら、自律性基底的人権観以外の諸

- 
- 74) 「国益」という外在制約の存在から、人権観にまでは遡らず、「前国家的」・自律性基底的人権観は保持しながら一元的内在制約説のみを廃棄して、二元的制約説に依拠してそれを整合的に説明しようとすることも想定は可能である。しかし、その場合、「自律性」という価値との対比で、「国益」という外在制約を基礎づける価値や根拠は何かという難問に答えなくてはならない。自律性基底的人権観では「人格的自律性」が人間の本質に関わる根源的価値と想定され、その保障が国家の役割とされるわけだから、そうした「自律性」の保障を制約するほど重要な価値とは何で、それと国家はどうつながるのかなど、「自律性」という価値とそれを制約する「国益」を支える価値との比較・対比がそこでの議論の焦点になる。こうした問題を深く検討することにも意義はあると思うが、仮になんらかの根拠で「国益」とそれを支える価値の必要性と正当性を示したとしても、「自律性」を絶対至上視する立場から、「国益を損ずることではいかなる不便やデメリットがあろうが、人間の自律性はいささかなりとも制約されてはいけない」という反論は可能だから、これは結局それを論ずる人の価値観の問題に集約され、議論は袋小路に陥るように筆者には思われる。なお、先に取り上げた長谷部の議論では、ラズの議論に拠りつつ、「調整問題」や「公共財の供給」といった面で「公共の福祉」に資するというメリットに国家の正当性の根拠が求められ、それにかなう範囲で国家による権利制約が認められるという議論が示されている。しかし、これは憲法に規定された人権を「自律性の価値」に基づく「人権」とそうでない「憲法上の権利」とに区分した上で、後者に対して適用される制約で、「自律性」に基礎づけられる「人権」への制約とは考えられていない。長谷部「国家権力の限界と人権」前掲注10)。

説を含め、従来の「人権の基礎」論の各々を取り上げ、そこでの人権と国家との関わりを検討するのが望ましい。しかし、ここでそれを個々に行う余裕はないため<sup>75)</sup>、以下では、上の問題に調和的な説明を提示しうる「人権の基礎」論として筆者が推したい理論を示すことで、本稿で提起した問題への筆者なりの答えとしたい。それは、人権を「国家集団内の全メンバーに対して最低限の繁殖資源獲得機会を配分・保障する」原理として捉える考え方で、本稿ではこれを便宜的に「繁殖機会配分説」と呼ぶことにする。その詳細はすでに別のところで述べたので<sup>76)</sup>、以下では、その概要を述べた後、その中で人権と国家の関係がいかに捉えられるか、そこからどういう人権制約基準が導かれるかを検討し、それによると、「国益による制約」を含めて人権制約を整合的に説明できることを示したい。

(i) 前提となる人間観

繁殖機会配分説とは、一言で言えば、進化生物学的観点に立った人間と人間社会の分析に基づき、人間集団が存立するには、その中の全てのメンバーに対して最低限の繁殖資源獲得機会が保障・配分されることが普遍的な条件であることを指摘し、その条件が国家という集団にあてはまったところに人権という概念の究極的基礎を見出すものである。

この理論は、人間とは自らの「適応度向上」、すなわち自分（と近縁者）の生存と繁殖、及びそのための利益獲得に向けて行動する、言わば「利己的な」存在だという前提から始まる<sup>77)</sup>。従来の法学、あるいは人文・社会科学一般においては、ここまで扱ってきた自律性基底の人間観に典型的に表れているように、人間とは、自らの主体的・合理的な思考や判断に従って動く存在、あるいは個々に独自の価値観や嗜好を持ちそれに基づいて行動する存在と捉えられ、そうした人間観を前提に、人間の行動や社会的事象が論じられることが多かった。が、そうし

---

75) 従来の法哲学、憲法学において提示された「人権の基礎」論のうち、主要なものについて、その「基礎づけ」の中身を筆者が批判的に検討した内容は、拙稿『「人権の基礎」の生物学的追究」前掲注1）第1部参照。

76) 拙稿『「人権の基礎」の生物学的追究」前掲注1）特にその第3部。また、Mark Grady and Michael T. McGuire, "A Theory of the Origin of Natural Law," *Journal of Contemporary Legal Issues* 8 (1997) : 87-129; *idem*, "The Nature of Constitutions," *Journal of Bioeconomics* 1 (1999) : 227-240.

た自律性や合理性、あるいは多様性に土台を置いた考え方は、人間の捉え方として必ずしも正確とは言えない。むしろ、進化生物学的な観点をとると、人間の内面は、(特に感情・感覚の働きを核として) 自らの生存・繁殖に資するものを志向し、そうでないものを忌避する行動を生むためのメカニズムと見ることができる<sup>79)</sup>。少し具体的に言えば、おいしいものを食べる、暖かい部屋で寝る、セックスをするといったことに「快」を感じ、何日も食事しない、寒空の下で寝る、自分の子供が死ぬといったことに「不快」を感じるといった具合に、人間(に限らず他の動物も)は、基本的に、自分の生存・繁殖にプラスになることに対して「快」、マイナスのものに対して「不快」を感じる感情・感覚作用を進化の中で発達させている。この「快」「不快」が個々人の意志決定や行動に大きく関与し、前者が志向され後者が回避されることで、人間は、基本的に自らの生存と繁殖に向けて行動する。

こうしたメカニズムは、個々の行動決定場面ごとに単発的に働くのではなく、経験の記憶を通じて通時的に作用している。各人が一生の中で出遭う生活場面は千差万別であるから、それに対応して「適応行動」をとるには、固定的な「快」「不快」反応に基づいて行動を導出するよりも、過去の経験とそこでの「快」「不

---

77) ここで言う「適応度」とは正確には「包括適応度」を言う。これは、遺伝子を共有する血縁子孫をどれくらい残せるかを示す生物学の用語だが、そのためのプラス/マイナスを指して使われることが多い。ここでは人間を念頭に、食糧、住处、配偶者といった直接の生存・繁殖資源に加え、地位や名誉など無形の資源を獲得すること、そのための機会を得ること等を「適応度の向上」の要素と考えている。こうした繁殖上の利益への志向を指して「利己的」と最初に表現したのは、言うまでもなくリチャード・ドーキンスだが、ドーキンスも強調しているように、ここにはそれを「いい」「悪い」と評価する規範的な含意はない。Richard Dawkins, *The Selfish Gene* (邦訳:リチャード・ドーキンス『利己的な遺伝子』、日高敏隆ほか訳、紀伊国屋書店、1991年)、Oxford University Press, 1976。

78) と言っても、人間の行動には自覚的な合理的判断はまったく関与していないとか、個々人の間に多様性がないというわけではない。行動や意志を導出するにあたって自覚的な「合理的判断」が作用するのは我々の経験上明らかだが、それは行動・意思決定の一過程であり、またその「合理的判断」自体が、生存・繁殖に向けた内面的メカニズムの作用の一部に位置づけられるというのがここでの理解である。他方、個々の人間の考え方や嗜好が多様なのも確かだが、それはいわば「ディテール」の差であって、そうした差異も含め、よりマクロな観点で人間の内面作用を見れば、それは基本的に「適応度向上」に向けて作用しているというのがここでの趣旨である。

快」を「データベース」として記憶し、類似の場面に遭遇したときはその「データ」を参照して「快」に向かい「不快」を回避するよう行動する方が効果的である。従って、例えば、子供のときに葬式で騒いで親に叱られた、入学式でしゃべって先生に怒られたといった「不快」経験を重ねることで、大人になって入社式や友人の結婚式に出るときはおとなしくスピーチを聞いているという態度が導出される<sup>79)</sup>。(社会的な儀式や集会において規律に従って行儀よくするというのは、周囲の人との人間関係、信頼関係を築く上で大きなプラスであり、生存と繁殖に資する。)このような仕組みのゆえに、経験を反映して個々人の行動は多様化し、個別の行動としては時に「反-適応的」な行動が導出される「エラー」さえ生じるが<sup>80)</sup>、基本的には、人間の内面は、個人が遭遇する多様な生活場面に対応して「適応行動」を導出する一種の情報処理メカニズムを成している<sup>81)</sup>。そして、それに基づいて動いている人間は、究極のところ、自らの生存と繁殖、そのための利益獲得に向けて生きる「利己的」存在と捉えることができる<sup>82)</sup>。

(ii) 集団存立の条件と「人権の基礎」

- 
- 79) もちろん、人間の「心」はもっともっと複雑であって、葬式や入学式で叱られた経験をしても、親や社会に対する反抗心や自己顕示欲などのためにその後も「…式」で暴れ続けるような人もいる。ここでは説明を分かりやすくするために、きわめて単純化した話をしている。
- 80) これも極端に単純化した説明をすれば、学校や会社で失敗したり人間関係を悩んだりしている中で「死後の世界は楽園だ」といった本を読むなど、後天的な経験の中で、生存と繁殖に反する行為が「快」につながるものとしてその人にインプットされる場合は頻繁にある。その結果、本人が自殺してしまったというように、もともと「適応行動」導出に向けてできているメカニズムが作用した結果として「反-適応行動」が導出される場合もある。が、そうした「エラー」がありつつも、基本的には、人間の内面は生存と繁殖のための利益獲得に向けて作用しており(それに向けて進化したもので)、実際、人間が行う個々の行動の多くは、生存・繁殖上の利益獲得につながっているというのがここでの趣旨である。人間の内面についてのこうした分析の詳細と根拠は、拙稿「『人権の基礎』の生物学的追究」前掲注1)第2部、同「自然法の自然科学的根拠(1)~(3・完)」(『一橋法学』2巻2号369-384頁、2巻3号213-254頁、3巻1号151-189頁、2003~2004年)参照。
- 81) 正確には「情報処理メカニズム」ではなく「情報処理アルゴリズム」と言うべき(人間の内面は、特定の決まった行動を導出するよう作用する「メカニズム」ではなく、場面に応じた「適応行動」を導出するための一種の演算機構を成すものだから)だが、「アルゴリズム」は一般的な単語ではないので、その機械論的なイメージを念頭に置いてあえて「メカニズム」という表現を使っている。

さて、その人間の基本的生態は、集団生活である。ヒトは、集団を作って生きる動物であって、原始以来、血縁小集団・部族集団から首長集団、民族集団、国家に至るまで、人間は集団を作り拡大させ、その中で生きてきた。先にも触れたが、集団に属さずに個人でばらばらに生活する状態は、特定の環境条件の規定を受けて（未開の地に開拓者として暮らすなど）生じる以外は原則としてないし、それは人間の「自然状態」ではない<sup>83)</sup>。しかし、その集団生活も、何かに強制されてなされるわけではなく、集団を作ることが（人間という生物の特徴・特性に照らして）各個体の「適応度向上」にかなうがゆえになされる。集団を作るとは、多くの動物にとって「捕食者回避」や「食糧の確保」などの点で大きなメリットがあり、ヒトの集団形成もそうした要因に基づくと考えられる。が、人間の場合、知性の発達により生存・繁殖に対する自然的脅威を多々克服した結果、同じようにそれを克服した同種他個体（の集団）が生存・繁殖とそのための資源確保にとって最大のライバルとなる。ひとりでいたり、少人数で暮らしていたりすると、より規模の大きな近隣の他集団によって狩り場から閉め出され、水の確保に便利な住処を奪われ、あるいはもっと直接的に、襲撃されて食べ物その他の資源を奪われるといった事態が起こる。これに対抗して食糧や住処その他の資源を確保するために、集団形成の必要性が高まり、またそれが大規模化したと考えられる<sup>84)</sup>。他の動物でも集団同士の争いは見られるが、それがとりわけ資源獲得

82) 環境からの情報を感知し、それに応じて「適応行動」を導出するという行動・意思決定の仕組みは、人間に限らず動物一般にあてはまる。「適応行動導出」という生物全般に通じる観点で人間を見るこの視点が、ここでの議論を「進化生物学的観点」によるものと筆者が言っている意味である。他方で、それぞれの生物の形質や生態はさまざまだから、「適応行動導出」に向けたメカニズムの中身は生物の種類によって多様且つ独特である。よって、人間と他の動物を同一視し、他の動物の生態や行動を単純に人間にあてはめて人間行動を解釈する（そうした傾向は「人間を生物学的に見る」といった場合にしばしば見られる）ことは誤りの元だし、「進化生物学的観点」の本質ではないと筆者は考えている。詳しくは、拙稿『「人権の基礎」の生物学的追求」前掲注1）第6章第5節参照。

83) 近年の分子系統進化学の成果から、集団生活という生態は、類人猿の進化の中で、ゴリラとヒト、チンパンジー、ボノボの共通祖先がそれ以外の種（オランウータンやテナガザルなど）の共通祖先と分岐したときに発達したものと考えられている。拙稿『「人権の基礎」の生物学的追求」前掲注1）第8章第4節、山極寿一『父という余分なもの——猿に探る文明の起源』（新書館、1997年）29頁、長谷川寿一・長谷川眞理子『進化と人間行動』（東京大学出版会、2000年）89頁。

上大きな意味を持つ人間の場合は、集団形成とその規模の維持・拡大が、各個体の生存・繁殖にとってきわめて重要な要件になる。

さてこのとき、集団を作ることが各個体にとって「適応度向上」につながるとしても、その集団の中ですべてのメンバーが同じように生存・繁殖資源を享受できるわけではない。先に述べたように、人間（この点、他の動物もだが）は自分の「適応度向上」を志向する存在であるから、集団の中で力が強い者や知恵のまわる者は、他のメンバーに比して「実力で」多くの資源を確保しようとする。しかし、だからといってそうした者たち（これを便宜的に集団内の「上位者」と呼ぶ）が思うにまかせて集団の中で資源を独占してしまい、それ以外の者（これを「下位者」と呼ぶ）が十分な資源を得られなくなると、下位者が、上位者に抵抗したり（狩りや戦争など）集団での活動に非協力的になったり、さらには、集団から出て行ってしまったりする可能性が出てくる。そうなると、集団全体で確保する資源量が減少したり浪費されたりするし、集団が不安定化することで他集団に対する攻撃力・防衛力も低下してしまう。これは集団内でもともと十分な資源を確保していた上位者にとってもマイナスの事態である。

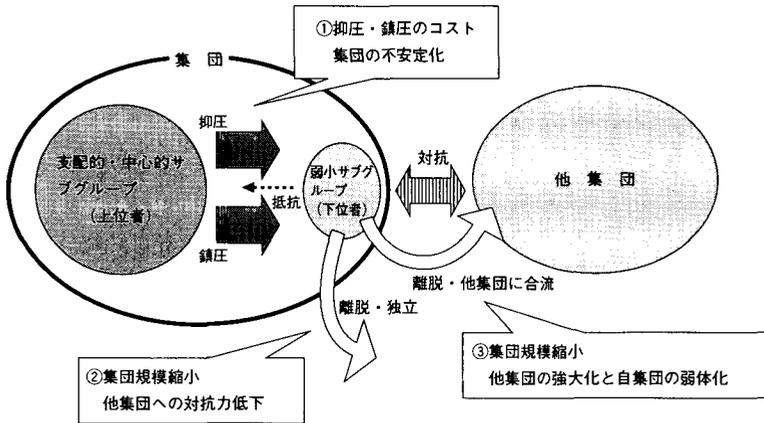
であれば、集団内の上位者にとっても、あらかじめ資源の専有を抑えて、全メンバーにある程度の資源獲得機会が行き渡るように、少なくとも「最低限の繁殖資源獲得機会」は誰もが得られるようにして下位者の非協力と抵抗を少なくし、集団の規模の維持と安定を図る方が、自らの生存・繁殖上プラスになる、すなわち「適応度」の向上になる<sup>84)</sup>。これはもちろん下位者にとっても「適応度向上」になるから、集団内で「最低限の繁殖資源獲得機会」が全員に配分されることが、集団内の全員にとっての「適応度向上」の条件となる。こうして、集団を作り（他集団との対抗を背景に）その中で生存・繁殖とそのための資源確保を図る人

---

84) これについての詳しい分析は、Richard D. Alexander, *Darwinism and Human Affairs* (邦訳：リチャード・D・アレグザンダー『ダーウィニズムと人間の諸問題』、山根正気・牧野俊一訳、思索社、1988年)、Univ. of Washington Press, 1979; *idem*, *The Biology of Moral Systems*, Aldine de Gruyter, 1987; Jared Diamond, *Guns, Germs, and Steel: The Fates of Human Societies* (邦訳：ジャレド・ダイアモンド『銃・病原菌・鉄——1万3000年にわたる人類史の謎(上)(下)』、倉骨彰訳、草思社、2000年)、W. W. Norton, 1997などを参照。

間という生物種にとって、「集団内の全メンバーへの最低限の繁殖資源獲得機会の配分・保障」がなされることが、その集団の存立・維持、そしてそれを通じた各人の「適応度向上」のための普遍的な条件となる(図1参照)<sup>85)</sup>。

図1：集団内での「資源獲得機会の偏り」のデメリット



集団内の「上位者」が資源獲得機会を過度に専有してしまうと、それに不満を持つ「下位者」の抵抗を防いだり鎮圧したりするのにコストがかかり(上位者の、あるいは集団全体での)資源が浪費されると共に、集団が不安定化し、他集団への対抗力が弱くなる

85) ここで言う「繁殖資源獲得機会」とは、食糧、配偶者、快適な住処といった生存と繁殖に資する有形無形の資源を獲得する機会を指す。それは、食糧をはじめとする資源を自分で採る、作る、他者と交換するといった直接的な機会に限らず、そのための他者との関係構築、あるいは、集団の中でそうした資源の配分を受ける(獲得を妨げられない)だけの地位などの間接的なものも含む。これに関して、下位者の抵抗や離脱を抑えるには、食糧や配偶者などの資源が直接与えられなければ意味がないのであって、なぜ「最低限の繁殖資源獲得機会」の配分が問題なのかという疑問があるかもしれない。もちろん、各人が希求するのは食糧その他の資源であるが、そうした資源の確保は、特に原始古代の厳しい生活条件下では集団全体でもなかなか難しかったはずである。そうした中で、たとえ最低限であっても生存・繁殖のための資源そのものが確保できる状態はきわめて「ぜいたく」な話であって、集団内での配分としては、その資源を得るための機会や条件が行き渡るといのが、より「最低限」だと考えられる。よって、集団存立の条件としては、「最低限の繁殖資源獲得機会」を想定するのが妥当である。

(図中①)。さらに事態が進んで「下位者」の離脱を招けば、集団規模が縮小し、他集団への対抗力は大きく低下する(図中②、③)。こうした事態は「上位者」にとっても「損」なので、資源獲得機会の過度の専有を避け、一定の「機会」が集団内の全メンバーに行き渡るようにして集団の安定化を図ることが、「上位者」「下位者」を含め「全員の適応度向上」につながる。

こうした条件は、個々のメンバーに意識されるわけではないし、そうした「機会」が計算された上でメンバーに配分されるわけでもない。そもそも人間は自分の「適応度」など自覚していないし、それを意識して行動するわけでもない。しかし、そうした自覚や意識がなくても、自分の生存・繁殖が脅かされる、「適応度」の低下につながる事態が起きれば、人間はそれに対し、怒り、抵抗する。凶作で食べ物に困っている折にお殿様が「年貢」でぜいたくしていたり、特定の出自の人ばかりが高い地位や特権的役職を占めたりするのを見れば、他のメンバーは反発する<sup>87)</sup>。それが一時的・単発的であれば問題なく治まることもあろうが、程度がひどかったり恒常化したりすれば、それに対する抵抗や反乱が生じ、ひど

---

86) 下位者の抵抗・非協力を防ぐために上位者が繁殖資源獲得機会を配分するなら、それは抵抗力のある有力な下位者に対してなされるだけで、そこから「全メンバーへの配分」を導くのは飛躍ではないかとの疑問があるかもしれない。もちろん、実際にはこうした「配分」は、現実の力関係を反映して促進されたり阻害されたり、一部メンバーにはなされなかったりするが(それに関する詳細は、拙稿『「人権の基礎」の生物学的追究」、前掲注1)、第8章参照)、基本的にはここから導かれるのは「全メンバーへの配分」である。というのは、抵抗力のある／なしによって「配分」がなされたりなされなかったりするのでは、多くのメンバーは自分がいつどういうきっかけで「弱者」の立場に立たされるか分からないから「最低限の」繁殖資源獲得活動の基盤が整っていることにはならず、そうした状態にはメンバーの多くが反発し、「配分」を受けていない「弱者」に肩入れすると考えられるからである。(実際、我々は「権力による弱者への抑圧」自体を悪と見て、これに反発するし、そうした事態に対する反対運動や是正要求をししばし行う。)よって、集団を不安定化させないために必要なのは、「抵抗力のある下位者への『配分』」ではなく、「いかなる者であってもその集団のメンバーである限り最低限の繁殖資源獲得機会は得られる」という「原則」なのであって、「最低限の繁殖資源獲得機会」が全メンバーに一元的に保障されるべきことがここで理論から導かれる。

87) 原始古代の人間の集団に、有力メンバーの支配的行動を抑え、メンバー間の資源配分の平準化を図る構造や動きが普遍的に見られたことを示唆する研究がある。Christopher Boehm, "Egalitarian Behavior and Reverse Dominance Hierarchy," *Current Anthropology* 34 (1993): 227-254.

い場合には集団が分裂したり、他集団につけこまれて滅ぼされたりして、上述の「原理」は「自然に」作用していたと考えられる。

そうした中で、人間の集団は、他集団との対抗を通じて合併や分裂、吸収・併合、滅ぼしたり滅ぼされたりを繰り返しながら、次第に大規模化していく。そして、その最たる形である国家において、上述「繁殖機会配分」原理が作用し、規範原理として具現化したのが人権の概念である。大規模集団としての国家は古来より世界の多くの地域で見られたが、版図とメンバーを相当程度確定させた上で、個々のメンバーを直接的に支配する形態が生じたのは、近代国家においてである。それまでの国家の多くは、国民を直接支配するというより、地域的・民族的・身分的その他の要素に基づく小集団の結合的色彩が強く、個々のメンバーの繁殖資源獲得機会は、むしろその人が属する小集団や身分関係の枠の中で問題になっていたと考えられる。ヨーロッパの封建国家において見られた重層的な身分関係に基づく支配体制はその典型だが、しかし、そうした体制が崩れ、地域的・身分的共同体から脱け出た個々のメンバーに向けて、国家による直接支配がなされるようになると、国家という枠の下で個々のメンバーが「繁殖資源獲得機会」を得られるか否かが各人にとって重要な問題になる。つまり、上述「最低限の繁殖資源獲得機会の配分」が、国家という大集団において直に、それと国民との関係で作用してくる。

近代西洋では、そうした統合的集団としての国家が発達する過程で、絶対王政として国王の専制とその下での一部階級の身分的特権の確保が図られ、それによって、その他のメンバー・サブグループとの間で「繁殖資源獲得機会」が「偏る」状況が生じた。そこで起こった「市民革命」は、国によって固有の背景と経緯を伴っているが、究極的には、かかる状況下での「資源獲得機会の偏り」に不満なメンバー（「市民」）がその是正を求め、自分たちの適応度向上を図った運動と捉えることができる<sup>88)</sup>。そこで「市民」が要求し、革命を通じて実現したこと——自分たちの生命や財産が任意に奪われず、任意に身体を拘束されないことなど——は、「最低限の繁殖資源獲得機会」のうちのごくごく「最低限」が具体的に意識化されたものと考えられる。

ある集団に属していて、王族なり貴族なりの支配的サブグループの任意によっ

て重い税や労役が科される、家や持ち物をいつ徴用されるか分からない、逆らうと投獄される、という状況は、メンバーにとって生存・繁殖活動上、著しい障害である。食べ物などの資源が少ない、乏しいといったことであればどうしようもない部分もあるし、また米麦でなく粟を食べるとか遠くまで木の実を探しに行くとか各自で対応の余地があるが、身体の自由がない、所有が安定しないということは、その集団において資源獲得活動をする条件が阻害されている、活動の前提が整わないことを意味する。先に述べたように、人間は生存・繁殖に向けて生きる存在だから、そのための活動が阻害されるのは生物としての存在意義に関わる問題で、(本人はそのように意識していなくとも) それには怒るし、抵抗する。しかも、こうした怒りや不満は同じ境遇にある他のメンバーと共感されるから、それに対する是正の要求は自分だけでなく他人のためでもある、是正される「べき」ものとしての性質を持つ<sup>88)</sup>。この、確保されるべき「最低限の繁殖資源獲得活動のための条件」が意識化され規範概念として提示されたのが、「生命・自由・財産への権利」であり「自然権」である。自然権の概念は、言うまでもなくロックなどの自然法思想家によって提示されたもので、そのネーミングとそれを正当化する(「自然状態」を想定した)「理屈」は彼らの「創造」だが、そこで示される内容は、国家という大集団において個々のメンバーたる国民に向けて繁殖資源獲得活動を行う条件を保障する、「最低限の繁殖資源獲得機会の全メンバーへの保障」に相当するものである<sup>90)</sup>。

ここから発達した個々の人権——精神的自由、経済的自由、参政権、社会権など——は、「全メンバー」に保障されるべき「最低限の繁殖資源獲得機会」の基準が、時代的・社会的状況に応じて具体化した変遷したものと考えられる。こ

---

88) イギリスでは、国王の専制、課税の強化に対し、ジェントルマン層やピューリタンなどのサブグループが議会を通じて対抗するという「繁殖資源獲得機会をめぐるサブグループ間の綱引き」が革命につながった。同様に、フランス革命も、課税をめぐる身分間の対立から始まり、各種封建的特権の廃止、市民の権利宣言という「繁殖資源獲得機会の配分」を生んだ。アメリカの独立は、本国による課税や貿易・産業規制に抵抗して、植民地サブグループが「繁殖資源獲得機会」の確保のために集団離脱した事例と言える。

89) 「べき」という規範性は、利益を背景にした人間の欲求や要求が他者と共感されることから生じるというのがここでの記述の背景にある筆者の見解であるが、この点の詳しい説明は、拙稿『「人権の基礎」の生物学的追究」前掲注1) 第7章参照。

のうち経済的自由は文字通り繁殖資源獲得活動を各人が自由にできることを意味するし、生存・繁殖のために各人が望む物やそれを得るための手段はさまざまだから、繁殖資源獲得活動をする前提として、思想・信条(すなわちどういう資源をいかなる手段で得ようとするかという「繁殖資源獲得活動の方針」)やその「表現」が自由であることも「最低限の繁殖資源獲得機会の保障」として重要な要素である。他方、参政権は、各人の繁殖資源獲得活動に直接関わるのではなく、集団内の全メンバーに集団の運営やルールの設定に関与する機会を保障することで、一部メンバーが他のメンバーの繁殖資源獲得機会を抑圧する制度やルールを作ることを防ぐ意味を持った、いわば手段的な面での「最低限の繁殖資源獲得機会の保障」にあたる。また社会権は、近代以降の社会経済状況の中で、自由権や財産権の保障のような「繁殖資源獲得活動のための条件整備」だけでは実質的な「最低限の繁殖資源獲得機会の保障」にならない状態が生じたことに対して(財産所有が認められ活動の自由があっても、貧富の格差が拡大し実質的にそれが固定化した社会になると、貧しい階層の人は、十分な教育を受けたりよい仕事に就いたりしにくくなり、現実には「最低限の繁殖資源獲得」が見込めなくなってしまうといった状況において)資源獲得に向けた機会や条件にとどまらず、資源そのものを一定程度保障することで実質的な「最低限の繁殖資源獲得機会の保障」を図る概念である<sup>91)</sup>。

## 2 人権と国家の不可分性・対立性と繁殖機会配分説

以上の繁殖機会配分説のポイントを、自律性基底的人権観と対比しつつ挙げれば、まず、人間存在の本質を自律性などではなく「利己性」と見ること、すなわ

90) そうであるからこそ、これを起源とする人権の観念や理念は、近代西洋の時代的・文化的背景の中で生まれたにもかかわらず、その後、世界中に浸透したのだと筆者は考える。なお、この繁殖機会配分説は、人権の生成をいわばその「究極要因」に着目して説明するものである。人権の誕生・発達には、ここで挙げた自然法思想をはじめ、各国の社会的・経済的・政治的要因や「個人概念」の発達といった文化的要因が複雑に絡んでいる。「人権の基礎」理論として同説を提示することは、これら「至近要因」による人権の説明を否定するものでは決してない。

91) 繁殖機会配分説に基づく、人権のさまざまな特徴についての詳しい説明は、拙稿「『人権の基礎』の生物学的追究」前掲注1)第8章。

ち、人間一般を生存・繁殖上の利益（資源）獲得に向けて生きる存在と捉えることが第一の特徴である。そして、この「利己的」人間観に基づいて、人権の本質は各人の自律性の確保ではなく、各人が集団の中において利益獲得のための活動をする条件保障と捉えられる。つまり、この説では、人権とは、自分の生存・繁殖上の利益を志向して生きる人間がそれを得るための活動をする（最低限の）条件を、集団、特に国家という統合的大集団の中で保障するためのものと「基礎づけ」られる。

ここで重要なのは、前章の終わりで指摘したように、国家との関係で人権がどのように理解されるかである。特に、そこで挙げた人権と国家との「不可分性」「対立性」（「制約可能性」については次節で扱う）が、繁殖機会配分説での人権理解ではどう捉えられるかが問題である。

この説では、人権の基礎が「最低限の繁殖資源獲得機会配分」という人間集団存立の普遍的条件に求められつつも、それが人権として規範概念化するには、国家——一定の版図を統一的に治め、メンバーと直接的な支配関係を持つ近代国家——の出現が重要な契機とされている。この「配分」原理は、小集団やそれが大規模化する過程では多分に無意識的、「結果論」的に作用していた。大規模な集団ができて、メンバーへの支配がそれほど徹底せず、内部の個々の小集団に相当程度の自律性があるメンバーの実質的な生活領域がその範囲にとどまるなら、この原理はその大集団全体で作用するのではなく、事実上は内部の小集団レベルで問題になるにとどまる。しかし、近代国家という、メンバーと直接の支配関係を持つ大集団ができると、この「配分」原理がその大集団を直接の単位として、その中の個々のメンバーを対象に作用する。そのきっかけが西洋絶対主義国家の成立とその下での市民革命であり、その中で同原理が規範概念として結実したのが人権だと捉えられる。つまり、人権概念の生成は、メンバーと直接的な支配関係を持つ国家大集団の成立に基づくのであって、ここでは、人権は、国家と同時成立（もしくは若干「後国家的」）と考えられており、人権と国家は不可分の関係で理解されている。この点、自律性基底の人権観などの「前国家的」人権理解では、人権と国家との不可分性が十分説明できないことは先に述べた通りだが、このように、繁殖機会配分説では、（統合的大集団としての）国家の存在が人

権成立の前提として措定されており、その不可分性が説明の中に包摂されている。

その一方で、これも先に指摘したように、人権の概念は国家との対立的な関係をも含んでいる。人権の基礎は、国家との不可分性と共に、この「国家との対立性」も踏まえて捉えられねばならない。この点、「前国家的」な人権理解は、先行する人権と後からできた国家との関係でこの対立性がうまく説明できるところに特長があった。しかし、国家と人権が対立するとは言っても、国家という独自の意志を持った生き物が国民の財産を腕力で取り上げようとするわけではない。国家とは認識的枠組みあるいは制度的形式であって、国家が国民の人権を侵害するというとき、実際には、国家の名の下で、国王なり貴族なり官僚なりの中心的・支配的メンバー・サブグループが、他の下位メンバー・サブグループの権利を侵す行為を行うのである。とすると、国家と人権の対立性は、国という集団の中でのメンバー（サブグループ）間の関係として把握されなければならない。しかしながら、これに関して、後から（社会契約により）できた国家はそれに先行する人権を制限できないという説明では、あたかも人権主体である個々の人間とは別の、国家という超越的怪物が出てきて人々から何かを奪うかのようで、国家として行為しているのは誰で、それが誰の権利を制限しているのか、みんなが同意して作ったはずの国家がそのうち誰かの権利を侵害するとはどういうことなのか、国家の中でのメンバー（サブグループ）の関係が説明に反映されないのが不明瞭である。

この点でも、繁殖機会配分説は、同「機会」をめぐるメンバー（サブグループ）間の綱引きに基づいて人権が説明され、人権保障・侵害の背景となるメンバー（サブグループ）間の関係がその理解の中に踏まえられる。ここでは、「国家が人権を侵害する」ということが、具体的には、その中の中心的メンバー（サブグループ）による下位メンバー（サブグループ）への権利侵害・抑圧を表し、また「国家による人権保障」が、中心的メンバー・サブグループによる資源獲得機会の専有を止め、下位メンバーにそれを享受させる意味であることが説明として組み込まれており、国家と人権との「対立」性の意義がより明確になる。

以上のように、繁殖機会配分説では、人権と国家との関係として踏まえらるべき2つの特徴——人権と国家の不可分性・対立性——の両方が包摂された「人

権の基礎づけ」がなされる。自律性基底の人権観のような「前国家的」人権理解では、このうち前者の不可分性への視点が抜け落ち、後者の対立性についても国家集団内のメンバー（サブグループ）間の関係が説明に十分反映されない点で、「人権の基礎」論として難がある。国家との関係をより明確に、人権概念の含意と整合的に説明するこの部分に、繁殖機会配分説の「人権の基礎」論としての特徴と意義が見出せる。

### 3 繁殖機会配分説と「国益による人権制約」

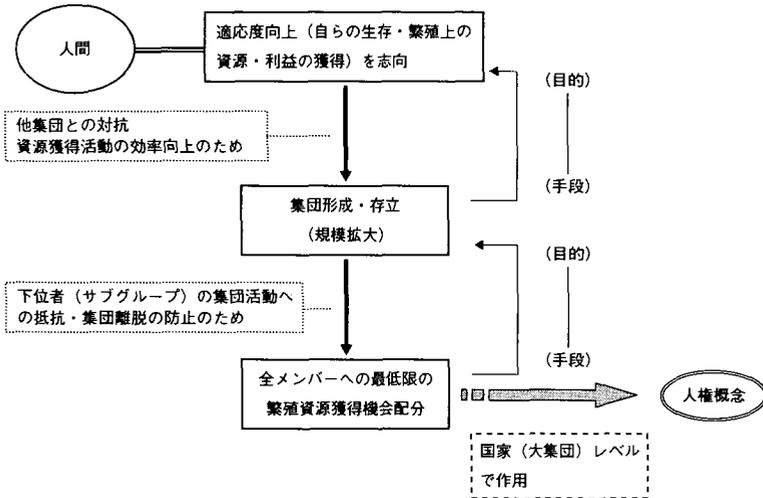
では、この繁殖機会配分説からは、人権への制約、特に、人権に「国益」という制約要因が伴うことはどのように説明されるだろうか。

既述のように、同説に拠れば、人権は、国家という大集団の成立を契機として、普遍的集団存立原理たる「繁殖機会配分」がその中で作用し規範原理化したもの、すなわち国家と同時成立か若干それに後行するものと捉えられる。その前提は、人間が「適応度向上」すなわち生存・繁殖上の利益獲得に向けて生きる存在と理解されることにあり、その「適応度向上」に資するがゆえに集団が作られ、その集団を存立させるための普遍的条件として「繁殖機会配分」が出てくる。この関係は、言ってみれば、各人の「適応度向上」という目的に対する手段が集団形成であり、その集団を存立・維持させるための手段が「最低限の繁殖資源獲得機会配分」だということ、それが国家集団にあてはまったものが人権ということである（次頁図2参照）。

だとすると、「最低限の繁殖資源獲得機会配分」がなされなければならないのは、それが人間の目的である「適応度向上」の普遍的手段たる「集団形成・存立」の、そのまた普遍的手段であるが故であって、「最低限の繁殖資源獲得機会」が配分されるべきことの前提には「集団の存立」がある。言い換えれば、「最低限の繁殖資源獲得機会の配分」は、そもそも集団が存立する中で、そのために想定されるのであるから、その「配分」は「集団存立」という条件によって規定を受ける。同「配分」が想定されるのは集団が存立してのことであって、集団の存立に抵触するような形での同「機会の配分」まで求められるわけではない。

この原理が国家集団を対象に作用したのが人権であるから、人権を考える上で

図2：個人の適応度向上、集団形成・維持、集団内の繁殖機会配分の関係



はここでの「集団」に「国家」が当てはまる。すなわち、人権は、その性質上、国家という集団の存立によって規定を受けるもので、国家の存立に抵触するような形で人権の行使は自ずと制約されることになる。それは、人権保障の「宛先」であり、人権そのものが成立する基盤である国家「集団」を崩すことにつながるからで、こうした制約は、「人権の基礎」たる「繁殖資源獲得機会の配分」が集団存立のための手段であることから来る必然的・一般的制約である。こうして、人権は、それ同士が対立・衝突する場合にその「調整」として生じる内在的な制約と共に、それを一元的・外在的に制約する「国家存立への非抵触」という制約要因を伴うことになる。

このように考えると、「国益」によって人権が制約されうることが人権そのものの理解と調和的に説明できる。「国益」といってもさまざまなものがあるのでそれを一律に扱うことはできないが、その中には国としての機能や他国に伍しての存立を左右する「重大な」ものがあり、その保全のために、それを脅かす形での個人の人権の行使を制約することは、人権のそもそもの意義に照らして可能だし是認される。とすると、国家機密保持義務や外国国章損壊罪のような人権制約

の存在も、この「基準」に則って解釈できる。前述のように、国家機密の保持は、国の外交機能に関わる問題で、他集団との（対抗・協調）関係の中で自集団の独立と資源確保を図ることが国家集団の意義でありその機能であることを踏まえると、これは「国家存立」を左右する問題である。また、外国国章損壊罪に相当する行為も、相手国やその国民からの不信や敵意を無根拠に喚起し対外関係を不安定化させかねないもので、「国家の存立」を脅かすものと言える。よって、これらの行為は、「人権相互の調整」には当てはまらないが、人権を制約する一般的要因たる「国家存立」基準に抵触するものとして、「国益」を根拠に制約することが是認される<sup>92)</sup>。

#### 4 繁殖機会配分説に基づく人権制約基準に対する批判と回答

このように、人権の基礎を、「前国家的」な人間の人格的自律性に求めるのではなく、「繁殖機会配分」という集団存立の条件に見出すことで、人権制約原理としては、「人権相互の調整」以外に、「国家の存立を脅かすような権利の行使は抑制可」という「国家存立」基準が導かれ、それに基づいて「(重大な) 国益による制約」が人権に伴うことが説明できる。この「国家存立」基準は、人権制約を考える上でかなり有効と筆者には思われ、「国益」に限らずとも、従来「公共の福祉」概念を通じて説明されてきた人権制約要因を明確化する上で相当程度有力な「基準」たりうるように思う<sup>93)</sup>。が、それを詳しく検討するのは今後の課題とし、ここでは「国益による人権制約」に即した問題に話を集約して、次に、こうした考え方に対して想定しうる疑問や反論を検討してみよう。

ここで真っ先に思い浮かぶのは、「国益による人権制約」を「人権の基礎」に

---

92) もっとも、こうした考え方に立つとしても、外国国章損壊罪については、「国家の存立」を脅かすほどではないとしてこれを「不当な人権制約」と考える余地は残る。本文で述べているのは、(先の検討で示されたように) こうした罪の規定が実際に存在しそれが違憲視されていないことを前提として、かかる「人権制約」が是認される原理的根拠としては繁殖機会配分説に基づく人権理解が有効だという趣旨である。

93) 例えば、ここでの考え方に拠るなら、内乱罪、外患援助罪など、外国国章損壊罪以外の「国家法益に対する罪」(特に「国家の存立に対する罪」)も、国家集団の存立を脅かす行為として「国家存立基準に基づく人権制約」と理解されよう。

遡って是認するここでの主張は、さまざまな形の国益や「全体の利益」、「多数者の利益」を根拠にした人権への幅広い制限につながり、明治憲法下の「法律の留保」の如く、人権保障を骨抜きにしかねない、という批判であろう。しかし決してそうではない。ここで人権制約要因となるのはあくまで「国家存立への脅威」であって、「単なる国益」や集団内の「多数者の利益」とは異なる。

前節での説明から伺えるように、集団において「最低限の繁殖資源獲得機会配分」が必要なのは、集団内の「下位者」の「繁殖資源獲得機会」が「上位者」などそれ以外のメンバーの利益や都合によって奪われるのを防ぐためである。時によっては一部「下位者」に我慢を強いても集団全体や多数者の利益になるからよいと思われるような状況があっても、それが当該メンバーの「最低限の繁殖資源獲得機会」を侵害する場合、そのメンバーの受忍範囲を超えるのであって、それを許すことは「下位者」の抵抗・非協力そして集団の不安定化の要因となる。それは誰にとっても望ましくないからその基準は侵してはならない、というのが「最低限の繁殖資源獲得機会の保障」が集団存立の条件たることの意味である。言い換えれば、この理論に依拠して人権制約に「国家存立」基準を用いることは、むしろ、「国家存立」を脅かすには至らない「国益」や「多数者の利益」を根拠に一部メンバーの人権が制約されることを防ぐ意義がある。国家は人権が成立する前提でありその保障主体でもあるから、その存立を脅かすような権利行使は認められず、その意味での「国家存立」基準によって、国家機密の漏洩・暴露などは国家の外交機能を危うくする行為として規制される。他方、例えば、ある人の所有地を道路にしたらみんな便利になるからそれを取り上げて道路にしてしまうといったことは、「多数者の利益」もしくは「国の（単なる）利益」ではあるかもしれないが、国家の存立までは左右しないので、同基準によって認められる人権制約には該当しない。仮にこうした「所有地の強制収用」を可能とし、それに抵抗したら処罰されることになると、財産所有という、メンバーが繁殖資源獲得活動をする重要な条件が阻害され、きわめて基本的なレベルでその「繁殖資源獲得機会」が侵されることになる。それをされた人には不満が根強く残るし、道路ができてそのときはみんなの福祉が向上したように見えても、次は誰がその人と同様の立場に立たされて財産を没収されるか分からない。そうした集団では誰も

安心して「繁殖資源獲得活動」を行うことができなくなり、集団としてきわめて不安定な状態になる。こうした状況を防ぎ、集団とメンバーの活動とを安定させるところに「繁殖機会配分」としての人権保障の意義があるのであって、従って、ここでの議論は、国家や多数者の利益に資するからといって人権を制約してよいという論を導くものではないし、「国益」を理由に幅広く人権を制約できるという意味でも決してない<sup>94)</sup>。

もうひとつ考えられる批判は、人権制約要因として「国家存立」基準を認めるなら、国家の存在を危うくするような反体制的言論の規制が可能になってしまい、それは民主主義の理念や「表現の自由」保障の意義に反するというものである。これも決してそうではないのだが、それを示すには前節で示した理論の一部を若干詳細に説明しなくてはならない。

そこで述べたように、人間の場合、資源獲得活動の効率化と他集団への対抗を主要因として集団形成とその規模拡大が進んだわけだが、その集団の拡大というのは、通常、出自や文化を同一にしていた小集団が、異民族・異文化の他集団と合併したり、これを取り込んだりすることで進んでいく。小集団でも個々のメンバーの間に考え方や利害の相違は相応にあらうが、より規模の大きな集団では、それより相当大きな範囲でメンバーやサブグループの間に血縁・慣習・伝統・考え方その他の差異があるのが普通である。このように考え方や利害を異にする人たち（サブグループ）の間で、特定の資源を欲する人、特定の資源獲得手段を志向する人（つまり特定のサブグループ、普通は中心的・支配的サブグループ）だけがそれを獲得するのではなく、いかなる資源を欲し、そのためにいかなる手段を志向するメンバーやサブグループにとっても「最低限の資源獲得機会」は開かれていなければならないというのが「最低限の繁殖機会配分」の趣旨である。従って、そこでは多様な考え方（繁殖資源獲得の方針）とその表現が当然認められなければならないのであって、集団の中で支配的な考え方、主流派の人が持つ考え

---

94) もちろん、「国家存立」を脅かす「国益」とそうでない「国益」との判断が難しい場合は多々あらう。それは個々のケースに応じて具体的且つ実質的に判断するしかない。が、その判断が難しいからといって、「国家存立」基準を提示することが無意味になるわけではなく、相応の「基礎」づけを伴う「基準」を提示することには相応の意義が認められよう。

方に反するものであっても、そうした考えを持つことやそれを表現することが決して抑圧されてはいけない。精神的自由としての「思想・良心の自由」や「表現の自由」を保障する意義はまさにここにあり、むしろ、主流派の考え方に反する言論表現を取り締まったり規制したりする方が、メンバーの「最低限の繁殖資源獲得機会」を奪い集団存立を危うくする、「国家存立」基準に反する行為なのである。

そもそも「国家存立」を脅かす営為というのは、その国の「現体制」に反対する行動や言説とは異なる。事実、自由な言論や表現が保障される中で、選挙を通じて従来の政権とは違う考え方をする別のグループが政権を取ることは、民主主義国家の想定「内」のことであり、体制や政権が変わっても国家集団は変わらず存立しうる。ここから分かるように、「国家存立」を脅かす行為が規制可能だからといって、反体制的言論を取り締まれることにはまったくならず、逆に、ここでの理論からは、「最低限の繁殖資源獲得機会保障」の一環として、自由な言論を規制することの禁止の方が根拠づけられる<sup>95)</sup>。

このように、人権の基礎を「繁殖機会配分」に見出し、そこから人権制約原理として「国家存立」基準を導くことは、「国益(一般)」や「多数者の利益」に基づく広汎な人権制約を許容することにも、反体制的言論を抑圧することにも結びつかない。逆に、こうした考え方を採ることで、国家機密の保持義務など、従来の人権観からは説明が困難であった人権への不可避的な制約を「人権の基礎」と整合的に説明しつつ、人権保障の意義に照らして「不当」と考えられる人権制約を排除できる。その判断基準を提示するところに、繁殖機会配分説と本稿の主張の要点がある。

## VI まとめと今後の課題

### 1 本稿の議論のまとめとその法学的意義

以上本稿では、まず、外務省秘密電文漏洩事件と外国国章損壊罪の検討を通じて、「表現の自由」への制約要因として「国益」が存在すること、その存在は(規範的に)妥当と考えられることを示した。人権諸権利の中で中核的・優越的地位を占める「表現の自由」にこうした制約が伴うということは、人権を本質的

に制約しうる要因として「国益」があることを意味するが、これは、人権への制約を「人権相互の調整」に限る一元的内在制約説、及びその前提となる（自律性基底の人権観のような）「前国家的」人権理解と矛盾する。このことから、人権理解をその「基礎」に遡って見直す必要性を指摘し、その際、人権は「前国家的」にではなく、国家との不可分性と対立関係の両面を踏まえて理解されねばならないことを言うのが本稿の主張のポイントである。そして、それにかなう有力な理論として、本稿後半では、進化生物学的な人間観・集団論に基づく繁殖機会配分説を提示した。この繁殖機会配分説は、人間集団存立の普遍的条件たる「全メンバーへの最低限の繁殖資源獲得機会配分」が国家という大集団において作用したことに人権の基礎を求めるもので、これに拠れば、人権は国家の存在と同時

---

95) では、先に本稿でも触れた「アナキー」やホップズ的「自然状態」を支持する（すなわち国家そのものを否定する）言説や行動は、ここでの考え方からするとどのように扱われるだろうか。筆者の考えでは、原則として、そうした主張をするのは「自由」の範疇だが、それに沿った行動あるいは行動を煽動する表現は規制可能である。本文で述べたように、各人の「思想・良心」や「表現」は、その人の生き方（繁殖資源獲得方針）を表すもので、集団内の主流派を含めて他の人の考えとどれだけ合わないものだろうと、それは「最低限の繁殖資源獲得機会の保障」の一環として全員に保障される。その中で、「アナキー」的な思想や主張は、単純に見れば「国家存立」と衝突するかのようだが、現実の「国家の存立」やそれに対する脅威と、特定の思想や主張がどの程度関連するかは誰にも判断できないから（そうした主張を踏まえて様々な議論がなされる中で、例えば、社会科学の中で新しい学説が生まれるとか、政治理論や国家体制についてジャーナリズムや世論の関心が高まるといった国家発展への「プラス」が生じるかもしれない、どういう言論だから「国家存立」を脅かす／脅かさないといった判断は不可能である）、主張の内容に照らしてそれが「国家存立」基準にかなう／抵触するといった議論はあまり意味がない。よって、思想やその表現は、あくまで各人の繁殖資源獲得方針として、原則として全面的に保護されるべきと筆者は考える。他方、それによって実際的な問題が生じる場合、すなわち、「アナキー」的狀態を支持するがゆえに実力で他人の財産を奪うとか、秩序の転覆を目論んで暴動を起こす、あるいはそれを煽動するといった行為は、国家の存立に対する現実のマイナス効果を発生させるものだから、「国家存立」基準に抵触するものとして制約可能となる。この点、自律性基底的人権観に立つて、国家は各人の「自律性」尊重として人権保障を行うと考え、**「自律的」判断からなされたこれらの行為自体は制約できず、それが「他人の権利侵害」につながることを根拠に制約するしかなくなる。**が、アナキストの暴動やその煽動から具体的な被害・権利侵害が生じないうちにそれが鎮圧されることもあるだろうから、それだと暴動や煽動自体は禁じられないことになる。他方、繁殖機会配分説に基づけば、「国家存立」基準に基づいて、具体的な被害がなくとも、その意図や態様に照らして暴動や煽動の制約可能性が判断できるところに「自律」説との相違（筆者に言わせればメリット）がある。

的・不可分に理解され、また人権と国家との対立関係も集団内のサブグループ間の対立関係として明瞭に説明される。同時に、同説からは、人権制約の基準として、「人権相互の調整」以外に、国家の存立を脅かす人権の行使は制約されるという「国家存立」基準が提示され、それに従えば、国家機密漏洩・暴露の禁止や外国国章損壊行為の禁止のような「国益による人権制約」が存在することが人権そのものの理解と整合的に説明される。

以上の本稿の議論は、従来の憲法学や法哲学にない新しい主張を提示するもので、そこに本稿の法学的意義が見出せるが、裏を返して繁殖機会配分説を提唱することの法学的意義という観点で本稿の主張を考えれば、従来の「前国家的」人権理解では、国家との不可分性など人権と国家との関係性が十分説明できないのに対し、その点を組み込んだ「人権の基礎」理論が提示できること、そして、そこから「人権相互の調整」と「国家存立」という2つの人権制約基準が導かれることで人権制約原理が明確化すること<sup>96)</sup>、さらに、この原理に依拠すれば、「人権相互の調整」には還元しえない「国益による人権制約」の存在を、人権そのものの捉え方と調和的に説明することができること、などを挙げることができる。

こうした形で人権制約基準を明確化することは、人権保障を安定化させることにも結びつく。従来の「前国家的」人権観に基づく考え方では、人権を一見厳格に保障するようだが、「国益による人権制約」の存在がうまく説明できず、それを「例外」視するばかりで、それが人権を制約する場合とその考え方を十分示せない。それは人権制約要因を限定できないということである。実際、「国益による人権制約」について、従来の自律性基底的人権観支持者から明確な可否の基準が示される例は少ない<sup>97)</sup>。これに対し、ここでの議論からは、人権制約要因が

96) ここでの人権制約基準の提示は、見方を変えれば、人権制約要因としての「公共の福祉」の中身の明確化と考えることができる。従来の人権制約論の立場の相違は「公共の福祉」概念をめぐる解釈の違いと見ることができ、一元的外在制約説は、そこに文字通りの「公の利益」を含めてそれによる「外在的な」人権制約を認める考え方、一元的内在制約説はそれを「人権相互の調整」のみに限定して解釈する考え方と言える。そのいずれにも難点が見出せることは本稿でも述べた通りだが、これに対して、繁殖機会配分説に拠るなら、本文で挙げた2つの基準が、人権を制約しうる「公共の福祉」の中身に相当する。つまり、人権制約要因たる「公共の福祉」の内容は、人権に内在する「人権相互の調整」と、それを外在的・一般的に制約する要因たる「国家存立」基準の2つとして明確且つ限定的に示される。

上述2つの基準ではっきり示される。もちろん、こうした基準の提示だけで、人権への制約の可否があらゆるケースで判断可能になるわけではなく、実際には具体的事例に即した検討が必要になるのは言うまでもないが、少なくとも一定の基準が提示されることで、人権の限界や制約要因がより明確化するという意義は見出せる。

加えて、ここで提示した繁殖機会配分説は、人間と人間集団に関する進化生物学的・自然科学的知見を基盤としており、それに依拠して「人権の基礎」や人権制約を考察した本稿の議論は、科学と法学、事実に基づく議論と規範的議論を架橋する意義を含んでいる。本稿の最初で触れたように、「事実と規範との峻別」に基づいて、これらの議論・領域はこれまで切り離されがちであったが、事実に基づく議論と規範的議論の性質の違いを認めた上で、我々が「基本的価値」とするものの「基礎」を人間と人間社会に関する事実に基づく知見に拠って分析すること、そこでの特徴づけに基づいて当該価値から派生する規範的原則（下位規則）を考えることは可能である<sup>97)</sup>。本稿の議論はそれを行った具体例であり、こうした形で科学的・事実に基づく議論と法学的・規範的議論とが関連する道筋を示したところに大きな特徴がある。

## 2 今後の課題

このように、本稿の議論にはいくつかの重要な意義が見出せるが、当然ながらそこには問題点や課題も多々含まれている。ここでの主張は、「人権とは何か」という根源的な問題について繁殖機会配分説という従来とは異なる理解を持ち出し、それに基づいて人権制約の基準や要因を導き出すものだが、この繁殖機会配分説自体、まだまだ仮説の域を出ず、こうした考え方が人権理解として適当か否か、多様な観点から検証の必要がある。その前提となる人間理解も含め、ここで

---

97) 先に触れたように、長谷部恭男は、憲法に規定された人権を「人権」と「公共の福祉にもとづく憲法上の権利」とに区別し、前者のうち「個人の根源的な平等性」に関わる権利は制約不可、それ以外のものを制約可とし、また後者の「憲法上の権利」は正当な根拠の下で制約可という「基準」を提示している。前出注74)。これに対し、本稿の議論は、長谷部が制約不可とするものも含め、「人権」一般を制約する基準を示している。

の集団理解、国家理解が歴史学的・社会的にどの程度妥当か、それが実際に人権が生まれ発達してきた詳細な経緯やその概念的含意などに照らしてどのぐらい適切か、学際的観点に立った多角的な検討が求められる。先に触れたように、この説は、人権をいわばその「究極要因」に着目して説明するものだが、人権概念の誕生・発展に伴う歴史的・社会的・文化的な「至近要因」との関連も踏まえて、ここでの説明は詳しく検証されなければならない。また、そうした事実的な検証に加えて、法哲学や憲法学での従来の「人権の基礎づけ」諸説の中で、本稿で扱った自律性基底の人権論以外の人権理論と繁殖機会配分説との比較対照も興味深い課題である。特に、同説では「全員の適応度向上」が人権を価値として成立させる上で重要な指標になっているところ、この点などは「最大多数の最大幸福」に依拠して人権の基礎づけを図る功利主義（特にルール功利主義）の考え方と類似性が見られ、両者を詳しく比較し、その異同を明らかにすることは重要であろう。こうした検討を通じて、同説の人権理解としての有効性（無効性？）と意義とをより明確化することがここでの第一の課題である。

他方、この繁殖機会配分説に依拠して人権を理解したときに、人権に関わる諸々の具体的問題がどのように考えられるのかも大きな課題領域である。本稿で

- 
- 98) 事実から規範を直接導出すること、規範の正当化根拠を事実を求めることは確かに「誤謬」である。(例えば、「男性は女性に比べて権力を強く志向する傾向にある」という事実が実証的に示されたとして、それを根拠に「男性は権力を志向すべき」という規範的規則を導くことはできない。) その一方で、価値・規範の正当化根拠を遡って考えていくと、ある価値・規範命題の根拠はそれと別の価値・規範に求められ、その根拠はさらに別の価値・規範に求められといった具合に議論が無限循環に陥るか、正当化不能な究極的価値に行き着くかのいずれかになり、規範的議論の枠内では解決が難しくなる。これに関して、ある価値の正当性を規範的に考えるのではなく、それが「基本的価値」とされている事実に着目し、当該価値が、いかに、どういう事情で価値として成立したか、それを我々はなにゆえ「価値」であり「正当なもの」と思うのかを事実に分析することで当該価値の基礎を明らかにすることは「誤謬」ではない。人権という価値の基礎をそのように「事実に」分析した例がここでの繁殖機会配分説である。その上で、その分析を通じて示された当該価値の特徴や性質を基に、そこから派生する規範的下位規則や規範的含意を導くことも可能であり「誤謬」ではない。(「国家に先んじる」という人権の特徴づけから、「後からできた国家は人権を制約できない」という規範的規則を導いた宮沢はじめ従来の人権制約の立論もこれを行っている。) 繁殖機会配分説による人権の特徴づけに基づいて人権を制約する「国家存立」基準を導出したのは、それを具体的にを行ったものである。

は人権制約論に焦点を当てて「人権相互の調整」と「国家存立」基準という2つの人権制約原理を提示したが、これに即して、個別具体的な人権制約要因がいか位置づけられ正当化されるか、ここでの人権制約基準が従来の議論とどういう関係になるか、詳しく考察する余地と必要がある。例えば、国家の存立を左右する「国益」と単なる「国益」には具体的にどのような要素があるか、従来の説明で「人権相互の調整」には分類しにくかった性道徳や街の静穏、美観などによる人権制約は同説の下で正当化可能か、従来「二重の基準」論として提示されてきた「人権相互の調整」基準は同説に依拠するとどうなるのかといった問題が、これに関連する具体的テーマとして挙げられよう。

それと同時に、人権制約以外で、人権をめぐる様々な概念的・具体的問題、解釈上の問題に対して同説から何が言え、どういう示唆が得られるかを明らかにすることも大きな課題である。個々に挙げればそれこそきりがないが、ごく一例を挙げれば、「集団(国家)」を重視する同説から「外国人の人権」はどう考えられるのか、「新しい人権」はどの程度導けるのかといった問題がすぐ思い浮かぶ。本稿でも触れた、人権として想定されるのは「何をしてもよい自由」か、それとも一定範囲で「外延を持つ自由」かという「人権の量的拡張説」「質的限定説」に関わる問題なども、その一環として検討の価値がある。

それ以外にも、「応用問題」的な課題として、集団存立を重視する繁殖機会配分説から、集団(国家)に対するメンバーの積極的義務——徴兵に応じる義務や納税・勤労の義務など——の導出もできるのか、胎児・老人や障害者など、繁殖活動の主体たりえない者や特別な事情のある者などの権利も基礎づけ・正当化が可能か、国際的な人権保障の制度や取り組みはこの理論からどう説明されるかといった問題も、本稿の主張の有効性に関わる重要な課題として指摘できるだろう。これら諸課題を個別に検討した結果、繁殖機会配分説に基づく人権論は有用でないという結論が出るかもしれないが、少なくとも現時点では、この理論によって新しい説明や議論を提示できる可能性があるように見受けられ、その実例が人権制約論の領域にあることを筆者は本稿で示したつもりである。その意味で、人権理解の根本に遡ったここで問題提起には、憲法学をはじめ法学全般にとって一定の意義が認められると筆者は思っている。本稿を通じて、「人権の基礎」論と

しての繁殖機会配分説が考察・批判の対象となり、併せて、人権をめぐる個々の問題と「人権の基礎」理解との関連・整合性が検討される機会が提示できれば幸いである<sup>99)</sup>。

---

99) これらの課題の抽出にあたっては、2005年5月の東京法哲学研究会にて研究報告した際、参加者からいただいたコメントが参考になった。ここに記して感謝したい。