

# 自由権の起源

## 法の適正過程による市民的自由権保障のローマ法起源説

幡 新 大 実

### The Roman Origins of Due Process of Law Guaranteeing Civil Liberties

Omi Hatashin

#### 抄 録

「何人も実践的現象の始まりを見れば〔中略〕その最善の知見を得る」というアリストテレスの方法論に従い、本稿は人権の始まりを13世紀イギリス最古の自由権規定の起源に求め、比較法制史的手法で分析し、自由権を整理し、人権教育のための示唆を得ようとする。明治憲法第23条の直接の範となったマグナ・カルタ自由権規定から1354年の法の適正過程の用語の発明まで、その高度な法文技術は、当時急速に活発化していたローマ法の範、とくに前17年頃の公的暴行に関するユリウス法の研究によると考える方が、他のいかなる仮説よりも説得力がある。その範は、まず聖書の中で使徒パウロが訴えたローマ市民権として知られていた。

**キーワード：**市民的自由権、法の適正過程、ローマ法、使徒パウロ、人権教育

(2021年9月19日受理)

#### Abstract

Following Aristotelian methodology that ‘anyone who sees the beginning of pragmatic phenomena, ..., she would attain the fairest view of it’, this paper examines a hypothesis that the origin of the earliest English liberty clause asserted in and after 1215, in increasing sophistication leading to the coinage of the term, due process of law, in Norman French in 1354, can be traced back to the rapidly developing study at that time of Roman law sources, including *ius Iulia de vi publica* of circa 17 BCE, the gist of which had already been known by Apostle Paul’s assertion of his Roman citizenship in the Acts. The time-honoured view puts that the origin of Magna Carta is ‘lost in the mists of antiquity’, suggesting that it is traceable back to Roman Britain. This paper offers historical and comparative law perspectives and tries to draw some useful suggestions for human rights education.

**Keywords:** civil liberties, due process of law, Roman law, Apostle Paul, human rights education

(Received September 19, 2021)

## 1. はじめに

本稿は、人権の中でも最も古典的な自由権の起源を法制史的に探り、管見ながらそこから得られる知見と、大阪女学院短期大学及び大学の教養課程における人権教育に携わってきた細やかな経験に基づき、後者にとって何が大切なのか、建設的な対話の土台を提供することを目的とする。アリストテレス曰く「何人も実践的現象をその始まりから観察するならば、他の事柄と同様に、その現象についても最善の知見を得るであろう<sup>1)</sup>」(Aristotle, *Politica*, 1252a24-25)。なお、本稿における文献引用の和訳は断りのない限り筆者による。

## 2. 自由権のローマ法的起源

### 2.1 マグナ・カルタ(大憲章)の自由権規定の起源

日本国憲法第31条の「何人も、法律の定める手続きによらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」という規定が、アメリカ合衆国憲法第5修正(連邦)と第14修正(州)の法の適正過程によらない生命、自由、財産の剥奪の禁止<sup>2)</sup>を継受したものであることに異論はないであろう。但し、既に日本では大日本帝国憲法第23条が「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」と定めていた。帝国憲法の三大起草者の1人であった井上毅(1890年)は、明治23年法律84号の制定に当たり「立憲ノ祖國タル英國ノ『マグナカルタ』ハ之ヲ憲法主義ノ一大原則トシテ宇内各國及各學士ノ公同ニ是認スル所ナリ」と、マグナ・カルタ(magna carta liberatum = 「自由の大憲章」)が世界に遍(公同)く立憲主義の大原則として受け容れているとの認識を披露した。特にその自由権規定「自由人たる者は、何人も同輩の適法裁判又は国法によるに非ざれば、逮捕、監禁、身分財産の剥奪、法的保護の剥奪、追放その他の方法で破滅させられることなし<sup>3)</sup>」(現行立法集に残る1297年にエドワード1世が承認した1225年の大憲章第29条<sup>4)</sup>)を大憲章の「脳髓骨子」に位置付け、「比較的ニ我カ憲法ヲ觀察スルトキハ我カ憲法第二十三條ハ即チ憲法ノ最大緊要」であると論じて、井上毅は当時伊東巳代治の推進する法案「命令ノ條項違犯ニ關スル罰則ノ件」つまり法律より下の命令で刑罰を科す法案を「憲法ノ大主義ヲ破壊スル者」つまり違憲だと言って批判したのである。従って、帝国憲法の起草者の1人が同第23条を近代憲法の真髓としての大憲章の自由権規定の継受規定として解釈していたことは明かであろう。

一方、合衆国憲法の規定は、大憲章のラテン語による自由権規定をノルマン・フランス語で敷衍したといえるエドワード3世の治世第28年の立法第3号(1354年)の「何人も身分財産を問わず法の適正過程において責任を問われることなく土地や保有地から追われ速

捕監禁され身分財産の相続権や生命を剥奪されない<sup>5</sup>』という規定や、同王の治世第42年の立法第3号（1368年）の「古来の国法により何人も判事の面前に出廷するか訴訟物（罪過）の記録か適正過程と訴訟開始令状がなければ責任を問われることなし。今後、これに反することがあれば、法的に無効であり、誤審とされる<sup>6</sup>」の規定の方を、英語で近代化して整理したものと思われる。

13世紀の4版の大憲章（1215年ジョン王版、1216年ヘンリー3世初版、1217年ヘンリー3世再版、1225年ヘンリー3世第三版）であれ、14世紀の「法の適正過程」（*due proces de lei* ; *due processe de leye*）に関する2つの立法であれ、その当時から随分と専門法律的な条文になっていたことに驚かされる。これほど専門的な条文がいきなり何の前触れもなく突然天から降ったり地から湧いたりはしない。つまり、何かしらの手本があったと考えるのが合理的であろう。

そこで大憲章の起源を探ると、幾多の先行研究があり、本稿で網羅することは不可能なので、加藤紘捷（2015年）による日本語によるまとめを挙げる。即ち、1215年の封建領主たち（*barons*）は、ジョン王が戴冠する99年前の1100年に戴冠したヘンリー1世の戴冠憲章のような新国王の約束を連ねた憲章を、ジョン王自身に出すように迫ったのであり、ヘンリー1世の戴冠憲章とは、1066年のノルマンディー公ウィリアムによるイングランド征服後にウィリアム自身が遵守すると約束したアングロ・サクソン王朝最後の王、エドワード懺悔王の時代の法を遵守するという内容であったという（23-24頁）。加藤の典拠を見ると、マケックニ（McKechnie, 1914, p. 93）は大憲章の直接の祖先であるヘンリー1世の戴冠憲章の条文はウィリアムが「アングロ・サクソンの歴代王から借りてきたもの」で「その起源をたどれば古代の霧の中に消える」というのが「伝統な」「昔ながらの由緒ある見方」であるとしており<sup>7</sup>、ブラックストーン（Blackstone, 1759, p. 97）は「大陸のお手本、多分、あるノルマンの自治都市憲章にもとづいている」（加藤訳2015年25頁注17）と記している。

## 2.2 聖書を介したローマ法起源仮説

本稿は、ここで、ブラックストーンが「お手本」を「大陸」に求め、マケックニのいう「伝統」が「古代の霧の中」（*in the mists of antiquity*）まで大憲章の起源を遡らせていることに鑑みて、イギリス現地に古くから伝わる伝統的見解は大憲章の起源が実は古代ローマまで遡ることを暗示しており、それを敢えて明示すれば、聖書『使徒行伝』16章37節と22章25節の伝える使徒パウロによるローマ市民の自由権の主張を範にしたのではないかとこの仮説を立てる。

この仮説は、ジョン王の大憲章であれ、ヘンリー1世の戴冠憲章であれ、すべてラテン語で書かれていたこと、その当時、ラテン語で書かれた書物といえ、教会の年代記や聖書があったこと、ラテン語の読み書きをする人は基本的に教会の聖職者たちであり、大憲章の原写本も1215年6月24日にリンカーン司教に2巻、ウスター司教に1巻、カンタベリー大司教の執事だったダーラム主事に4巻が贈られたように教会に宛てられ、現存写本

もリンカーン大聖堂蔵とソールズベリー大聖堂蔵と現大英図書館蔵の元カンタベリー大聖堂蔵写本などの教会に伝わっていたこと (The British Library, n.d.)、ラテン語とはローマ帝国の公用語であり、大ブリテン島も北はハドリアヌス帝の長城までローマ帝国の支配下にあったことを踏まえている。

さらに、1080年代以降にはボローニャ大学でイルネリウスが『ローマ法大全』のうち『学説彙纂』のフローレンツ写本を基本書にして註釈をつけながら法学教育を始め、同学はその後300年にわたりイングランドを含めヨーロッパ各地から人材を集めた(河上2001年37-39頁; Bellomo, 1995, p. 114)。時はまさに十字軍の時代でヨーロッパ域内の人材交流も活発で、12世紀にはパリやオックスフォードにまで大学ができ、イングランドでも1150年までにヴァカリウスがローマ法を講じ (Birks, 1987, p. 7)、それからジョン王の13世紀を迎えた。当時、西ローマ帝国は減んで久しかったが、ローマ公同教会は健在で、霊的なローマ帝国を維持するという使命感を持ち、ヨーロッパを包囲するイスラム教徒との戦いの中でイングランドのキリスト教徒の間にも「霊的なローマ市民」としてのアイデンティティがなかったなどと考える方が時代錯誤だといえるだろう。当時のヨーロッパはまだ今日のイギリス、フランス、ドイツ、イタリアなどの国民国家には分かれていなかったからである。むしろ11世紀末の『ローマ法大全』の再発見からラテン語キリスト教圏に共通のカノン法 (ius canonicum) と普通法 (ius commune) が生まれたことで、「キリスト教徒の霊的ローマ帝国」の緩やかな一体性が従来以上に強く自覚され始めた時代であったといえよう。各地各種団体の固有法 (iura propria) にも普通法を意識する機会が提供された。だから、1215年のイングランドの封建領主たちにとっても、聖書に普通法が書いてあるならば、他の固有法 (内容の定かならぬアングロ・サクソン王朝早期の戴冠宣誓やノルマンの自由都市憲章など) を参考にするよりも、前者の方を参考にする可能性の方がはるかに高かったとさえいえるだろう。

では、なぜイギリス現地に古くから伝わる「伝統的見解」は1215年の大憲章の起源が「古代の霧の中」にまで遡るとその古代ローマ法起源を暗示しながら、敢えて明示を避けてきたのだろうか。それは、今のイギリスとフランスにまたがる領土をめぐる (同じフランス語を話す兄弟のような) フランス王との長い戦いの中で1236年にヘンリー3世がマートンで招集した最初の議会でイングランド法の変更を望まずにローマ法の継受を拒否したからで (三成2014年)、後の世に大憲章が正式に立法集に掲載されるためには、まず1297年のエドワード1世の議会で承認されるのを待たなければならなかったために、そのローマ法起源を明示することが政治的に憚れて、その政治的な憚りが伝統となったのではないかと推測する。

ここで『使徒行伝』の記述を詳しく見てみよう。

・使徒行伝16章37節 (於フィリピ投獄事件)

Δείραντες ἡμᾶς δημοσίᾳ ἀκατακρίτους, ἀνθρώπους Ῥωμαίους ὑπάρχοντας, ἔβαλαν εἰς φυλακὴν: καὶ νῦν λάθρα ἡμᾶς ἐκβάλλουσιν; οὐ γάρ, ἀλλὰ ἐλθόντες αὐτοὶ ἡμᾶς ἐξαγαγέτωσαν.<sup>8</sup>

「高官（οἱ στρατηγοὶ, magistratus）たちは、我々ローマ市民を裁判にもかけずに公衆の面前で鞭打ち投獄しておいて、今、我々を密かに釈放するというのか？それはいけない。そうではなく、高官たち自身が我々のところへやってきて連れて出なさい。<sup>9</sup>」

- 使徒行伝 22 章 25 節と同 29 節（於エルサレム捕縛事件）

ὡς δὲ προέτειναν αὐτὸν τοῖς ἰμᾶσιν εἶπεν πρὸς τὸν ἐστῶτα ἐκατόνταρχον ὁ Παῦλος· εἰ ἄνθρωπον Ῥωμαῖον καὶ ἀκατάκριτον ἔξεστιν ὑμῖν μαστίζειν, [...] εὐθέως οὖν ἀπέστησαν ἀπ' αὐτοῦ οἱ μέλλοντες αὐτὸν ἀνετάζειν· καὶ ὁ χλῖαρχος δὲ ἐφοβήθη ἐπιγνοὺς ὅτι Ῥωμαῖός ἐστιν καὶ ὅτι αὐτὸν ἦν δεδεκώς.

「パウロはそばに立っていた百人隊長に尋ねた。ローマ市民を裁判にもかけずに縛ってもよいのですか。」中略「そこで、パウロを取り調べようとしていた者たちは直ちに手を引いた。千人隊長はパウロがローマ市民だと知って、その市民を縛ってしまったことが恐ろしくなった。」

なお、以上の引用で、「裁判にもかけずに」という新共同訳の元のギリシャ語 ἀκατάκριτος は直訳すれば「決めずに」いわば「判決も待たないで」という語感を持つ。ラテン語では indemnatus で「(裁判で) 断罪されていない」ということなので、総じて「まだ有罪と決まったわけでもない間に」ローマ市民を鞭で打ったり、縛ったりしてはいけないというルールが浮かび上がる。そうすると、何人も裁判で有罪と決まるまでは無罪と推定される現代の基本的人権（例、フランス人権宣言 9 条）を、聖書の中で使徒パウロの主張するところのローマ法に見出すことができる。さらに、「法の適正過程」という 1354 年の立法上の概念も「有罪と決まったわけでもない間に」という使徒パウロの発言から導き出し得るといって過言ではないだろう。

確かに当時のイングランドにどれくらいローマ法の詳細な内容が知られていたかは分からないが、聖書に記されたローマ法の片鱗が 13 世紀の大憲章や 14 世紀の 2 つの「法の適正過程」立法の範を提供した可能性は低くないと考えられる。

## 2. 3 聖書から独立したローマ法源

では、パウロのいうローマ市民の自由権を、聖書から独立して、証拠立てる史料は何かあるだろうか？

これについても先行研究は数多あるが、それを本稿で網羅することは不可能である。この点、エックハート・ウェーバー（Weber, 2012）は、使徒パウロの逸話について近年の神学者の間に比較的多い虚構説と実話説が互いに拮抗しているもの（p. 193n）、歴史的には実話説の方がより実証的で整合的であると論じている（pp. 193-207）。なお、仮にキリスト教そのものがパウロの捏造した迷信だったとしても、13 世紀イングランドにおいて、そのような視点で聖書を読む聖職者はいなかったことにほぼ疑いはないので、本稿の目的のためには、その点の神学論争に注意を払う意味はあまりない。ここで関心があるのは、実際、パウロが言っているような権利をローマ市民が持っていたのかどうかを証明する、聖

書から独立した史料があるかどうかである。結論から言えば、以下のような証拠がある。

- 『学説彙纂』48編6章7節（ウルピアヌス『属州総督職』第8編）

lege Iulia de vi publica tenetur, qui, cum imperium potestatemve haberet, civem Romanum adversus provocationem necaverit verberaverit iusseritve quid fieri aut quid in collum iniecerit, ut torqueatur. Item quod ad legatos oratores comitesve attinebit, si quis eorum pulsasse et sive iniuriam fecisse arguetur.<sup>10</sup>

「公的暴行に関するユリウス法によれば、命令権又は権力を持ち、ローマ市民をその上訴権に反して殺害し、鞭で打ち、または以上のことを命令し、拷問にかけるために首枷をつけた者は、やはり責任を問われる。外交使節、嘆願者、その従者を殴りまたは害を加えたことが証明された者も同様とする。」

- 『学説彙纂』48編6章8節（マエキアヌス『公訴手続』第5編）

lege Iulia de vi publica cavetur, ne quis reum vinciat impediatur, quo minus Romae intra certum tempus adsit.

「公的暴行に関するユリウス法には、何人も被告人を所定の期間内にローマに出訴できないように捕縛または妨害してはならないと規定されている」

- 『断案録』（Pauli Sententiae）5編26章1節（伝パウルス<sup>11</sup>）

lege Iulia de vi publica damnatur, qui aliqua potestate praeditus civem Romanum antea ad populum, nunc imperatorem appellentem necaverit necaveritve iusserit, torserit verberaverit condemnaverit inve publica vincula duci iusserit. Cuius rei poena in humiliores capitibus in honestiores insulae deportatione coercetur.<sup>12</sup>

「ローマ市民は、昔は民会に、今は皇帝に訴えるが、何らかの権力を付与された者が、その市民を殺害し又は殺害を命じ、拷問し、鞭で打ち、断罪し又は公衆の面前で鎖につなぐように命じたときは、公的暴行に関するユリウス法により有罪とされる。被告人の訴訟物（罪）は、下層階級に対しては死刑、上層階級に対しては島流しによって罰せられる。」

公的暴行に関するユリウス法は『学説彙纂』48編6章の1節から12節にわたって規定されており、内容も内乱罪など多岐にわたるが、特にローマ市民の「上訴権」に関わる7節のウルピアヌスと8節のマエキアヌス、そして『断案録』の関連部分を挙げた。ウルピアヌスや断案録に記されたユリウス法の側面は、まさに今でいう警察官などの公務員による犯罪、日本刑法でいう特別公務員暴行陵虐罪（195-196条）に近く見えるが、マエキアヌスと断案録を読むと、それにはローマ市民のローマ（昔は民会、後に皇帝）への出訴権（上訴権）の保障という側面があったように思われる。

使徒パウロは、フィリピ投獄では高官がローマ市民である自分を「公衆の面前で鞭打った」こと、エルサレム捕縛では「縛ったこと」を訴えており、ウルピアヌスや断案録の伝えるユリウス法の内容と微妙な食い違いが見えないわけではないが、いずれも本質的な矛

盾とは思われない。パウロを縛ってしまったことを千人隊長が「恐れた」という聖書の記述は、ローマ市民を縛ることが死刑や島流しといった重い刑の対象とされていたこととよく符合する。

## 2.4 ローマ市民の上訴権について

では、そもそも「上訴権」とは何だったのか。まずキケロの紀元前100年頃の弁護演説を見てみよう。

- キケロ『反逆罪に問われたラビリウスのために民会に宛てた演説』4章12節

popularis vero tribunus pl. custos defensorque iuris et libertatis! Porcia lex virgas ab omnium civium Romanorum corpore amovit, hic misericors flagella rettulit; Porcia lex libertatem civium lictori eripuit, Labienus, homo popularis, carnifici tradidit; C. Gracchus legem tulit ne de capite civium Romanorum iniussu vestro iudicaretur, hic popularis a iiviris iniussu vestro non iudicari de cive Romano sed indicta causa civem Romanum capitis condemnari coegit.<sup>13</sup>

「平民のための護民官はまことに法と自由の監視者であり擁護者であることよ(皮肉)。ポルキウス法は鞭をあらゆるローマ市民の肉体からは排除した。そうしつつ慈悲深いことに鞭打ちそのものは復活してしまった。ポルキウス法は市民的自由(への干渉権)を高官の手から取り上げたが、平民のための人(皮肉)ラビエヌスがそれを刑務官に引き渡してしまった。ガイウス・グラックス(前123-121年)の立法は、あなた方(民会の人民)の決断なくローマ市民に死刑判決を出してはならないと定めた。ここでも、この平民のための人(皮肉)が強制したのは、ローマ市民はあなた方の判断なしに二人官によって裁かれるべきだということではなく、ローマ市民が死刑宣告を受けるには(人民に)公に宣明された法律上の原因によらなければならないということであった。」

キケロの演説は皮肉たっぷりでやや分かりにくい丸括弧内に筆者が注記したが、この演説をみるとローマ市民を恣意的な鞭打ちや死刑から保護しようとする民会を中心とする法的な試みが紀元前17年頃のユリウス法<sup>14</sup>以前からあり、古代ローマの市民的自由とはある種の「法の適正過程」に対する権利であったことが伺える。例えば、グラックス法は、キケロの解説によれば、市民を死刑に処すための法律上の原因とその公的宣明を要求しており、言い換えれば刑と刑の原因たる罪の構成要件はあらかじめ法律で公に定められていなければならず(罪刑法定主義)、具体的な罪の起訴もまず公に宣明してから行わなければならない(正式起訴 indictment)を示している。権力者の気に入らない人を闇に葬ることは許さないということである。

Roselaar (2017)によれば、ユリウス法のいうローマ市民の民会への「上訴権」(provocatio ad populum)は古くから存在し、基本、命令権(imperium)を持つ政務官(magistratus)

の決定の強制権 (coercitio) に対し市民は護民官を通じて民会に上訴することができたようである。紀元前 300 年のヴァレリウス法は、政務官に対しローマ市民が民会に上訴するならば護民官の介入がなくとも上訴を許すように命じた。紀元前 2 世紀のボルキウス法は、リヴィウス 10 章 9 節によれば、上訴するローマ市民を鞭打ち又は殺害した者に重い刑罰を科して、上訴権を保障した。前 132 年のセンプロニウス法は民会の決定なき死刑を禁止したが、前 120 年代に元老院が国の安全を脅かす者を死刑に処す無制限の権限を主張し、上訴を許さない常設審問所 (quaestiones perpetuae) もできたという。前 17 年頃のユリウス法は、上記のマエキアヌスによれば、ローマ市民の上訴権の行使を阻止するための捕縛や妨害を禁止しており、断案録によれば民会の権限を皇帝が引き継いだ。そうすると、使徒パウロの主張には少なくとも「(上訴を経て) 有罪が確定した訳でもないのに」という意味を見出すことができる。

実は、断案録によれば、ユリウス法はローマ市民を断罪すること (condemnare) まで犯罪として抑止していたことからすれば、そうなると上訴以前に、そもそもローマ市民を裁判にかけること自体がローマ民会ないし皇帝の「専属管轄権」だったときえ解釈できるかもしれない。但し、その場合でも、使徒パウロの主張の意味は、「(皇帝の裁判管轄権の行使によって) 有罪が確定した訳でもないのに」となって、やはり矛盾しない。

## 2.5 異説に対する回答

さて、この使徒パウロの主張を裏返すと、裁判で有罪が確定するまでは無罪と推定されることは、既に述べた。実は、この無罪の推定の起源を次のローマ法諺 (ことわざ) に求める俗説も広く流布している (例、米オハイオ州の弁護士サイト Dayton DUI, n.d.)、ここで付言しよう。

- 『学説彙纂』22 編 3 章 2 節 (パウルス『法務官告示』69 編)

Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.

「挙証責任は主張する者であって否認する者にはない」

ただ、この法諺をローマ市民の民会ないし皇帝に対する上訴ないし出訴の手続き (provocatio) に即して考えると、高官 (執政官、法務官) といえどもローマ市民の権利行使を妨害すれば断罪されることになるが、その場合、パウルスの法務官告示に出てくる挙証責任は、高官から暴行その他の権利侵害を被ったと主張する当事者 (ローマ市民) が負うことになるため、決してローマ市民に有利とはいえない。そのため、挙証責任から、使徒パウロが主張している「裁判で決まった訳ではないのに」という意味を引き出すのは難しいように思われる。

なお、キケロがエドワード 3 世の治世 28 年の立法 3 号の「法の適正過程」の用語 (due proces de lei) に影響を与えた可能性はあるだろうか。ペトラルカがキケロ書簡をヴェローナ大聖堂の書庫の塵芥の中から発掘したのは 1345 年のことで、その後、キケロを含むそ



他の古典再発見に熱が入り、文芸復興と人文主義の興隆の契機となったという。とはいえ、「法の適正過程」が立法された1354年当時にキケロの『ラビリウス弁護演説』が再発見されていた証拠はないので、キケロ書簡の貢献はあまりないのではないかとと思われる。

しかし、本稿の仮説の立証のためには、イングランドの1215年の大憲章や1354年の立法の当時に、これまで見てきたようなローマ法源がイングランドにおいて細部まで知られていたことを立証する必要はない。ここまでは、単に、使徒行伝16章37節や同22章25節の使徒パウロのローマ市民の自由権の主張を裏付ける、聖書以外の客観的な証拠があるかどうかを確認しただけである。その確認は十分にできたと思われる。もちろん、その当時には現在可能な限りの検証ができなかったとしても、聖書に記されたローマ法の内容だけでも、当時のキリスト教徒にとっての「霊的ローマ市民」としての自由権の本来のあり方を証明するには十分であっただろうと思われる。

ここで注意すべきなのは、本稿の仮説の立証のためには、聖書にあるローマ市民の自由権の内容とイングランドの13世紀の大憲章や14世紀の立法上の自由権の内容が同一である必要性もないということである。つまり、聖書その他に記されたローマ法は、あくまでも古代ローマの市民的自由の本来の姿（普通法）の証拠であって、中世イングランドの固有法は、その時代、その土地固有の制約の中における普通法の光の投影と考えられれば、それで十分だったと考えられるからである。実際、14世紀のことではあるが、バルトルスは普通法と固有法の関係をそれぞれ太陽と惑星に例えて説明している（Bellomo, 1995, p. 192）。

## 2. 6 まとめ

上記のように使徒パウロのローマ市民の自由権の主張は、前17年頃の公的暴行に関するユリウス法と矛盾せず、細部までよく合致している。そして、1215年の大憲章から1354年の立法までの間に、12世紀末からボローニャ大学法学部を中心に急激に進んでいたローマ法の原典研究はさらに進んでいたと考えられる。総合的に見ると、この事実は、13世紀の大憲章にせよ、1354年と1368年の立法にせよ、その自由権の内容が既に驚くほど専門法律的に規定されていただけでなく、1354年と1368年の立法が「法の適正過程」という近現代に通じる用語まで生み出していたことを、最も合理的に、無理なく説明すると思われる。つまり、ローマ法という高度な模範がすでにあったからである。

## 3. 市民的自由権の法制史的起源の探求から導き出される自由権の整理

### 3. 1 古典的な市民的自由権の性格

ここで古典的な市民的自由権の性格を列举してみる。

- ①市民的自由権は、最初から命令権（imperium）を持つ権力者、公務員に対する命令として生まれ、決して私人に対する命令などではない。従って法の支配の原型といつてよい。日本国憲法もあくまでも公務員に対する命令である（第99条）。

- ②市民的自由権は、最初から実効性のある法律として生まれたのであって、決して道徳や思想のような頼りないものではなく、嫌がる相手（権力者）にも無理やり力づくで押し付けることができる。使徒パウロがローマ市民だと知って、これを縛らせた千人隊長が震えあがったように。法律とは本来的に道具であり武器であって理想ではない。理想ではないから現実によって否定されたりはしない。但し、どんな道具でも下手に使えば悪い結果が出るのは当然で、どんなときにも上手に使うよう鍛錬が必要である。
- ③市民的自由権は、法の適正過程という概念でまとめられる前から、ある種の法の適正過程に対する権利として生まれたので、従って、それは特定の結果を保障するものではない。権力は悪ではない。権力とはむしろ行使する必要があるもので、法の適正過程とは、権力行使の適正さを確保するために踏まなければならない必要最小限の手順を定めたものである。そこから派生するのは無罪の推定、拷問の禁止、罪刑法定主義、家宅捜査や押収などの強制的証拠収集の令状主義などで、技術革新とともに取調べの可視化もこれに入るだろう。法の適正過程に違反して人を断罪、処罰すれば、それは訴追 *prosecution* ではなく迫害 *persecution* になる。

### 3. 2 自由権一般の整理

次いで、自由権一般を整理すると、次のこともいえるだろう。

- ④黙秘権（自己負罪拒否特権）、信教、言論、出版（報道）、集会、結社の自由、法の前の平等などは古代ローマ法には遡らず、近代、キリスト教の宗教改革に帰すべきもので、その基礎には「皇帝のものは皇帝に、神のものは神に返しなさい」（マタイ 22 章 21 節、マルコ 12 章 17 節、ルカ 20 章 25 節）があると考えられる。とくに人の魂（懺悔と救済）が神と本人に属して他人には属さないと考えて、はじめて神ならぬ警察や裁判所や国会に対する自己負罪拒否特権（黙秘権）や信教の自由は説明できる。言論出版集会結社の自由（まとめて表現の自由）や信書の秘密は、元来、宣教に対する迫害の禁止であって、魔女狩りや他人をツイートで自殺に追い込む自由などはない。法の前の平等は神の前の平等の投影と考えられ、その系として職業選択の自由、営業の自由、居住移転の自由は封建的身分制の桎梏からの解放を意味する。
- ⑤以上を踏まえて、より広く人権一般を定義しようとすれば、多数の個人が集まって法の合意と利益の共有によって団結して市民国家的組合（*association politique*）を作ったときに、組合に譲らず、各個人に留保した権利が人権であり、その組合契約（ローマ法の *societas*）いわば定款を憲法という（キケロ『国家論』1 章 38 節、社会契約説、1789 年フランス人権宣言第 2 条、1791 年アメリカ合衆国憲法第 9 修正）。
- ⑥請願権や参政権は市民が能動的に国を作る契約から説明できる。

### 3. 3 人権教育にとっての示唆

そして人権教育にとっての示唆は、次のようになるだろう。

- ⑦市民的自由権の教育が最も必要なのは実際に権力を行使する公務員である。従って、

最も効果的な自由権教育とは、市民自身が権力を行使する公務員に交代でなることであろう。大事なのは公民指導者教育（リーダーシップ・トレーニング）である。この教育の反対は、日本社会に根強い政治・公務に対する絶対的な不信と無関心と受動性と現実逃避であろう。

- ⑧仮にキリスト教教育が人権教育と交差する部分があるとすれば、近代的自由権や法の前の平等の基礎、つまり人の魂は神のものという一点ではなからうか。そして神ならぬ人の身で重視されるべきなのは、客観的な証拠に基づくメディア・リテラシーと情報の理解と活用の教育となるだろう。それは、古典的な自由権のいう法の適正過程の要請にも連なる。
- ⑨人権は道徳ではなく命令権者に対する命令であるから、少なくとも社会契約説を習う前の人権教育は早過ぎて、「分かりやすくするため」に人権を「思いやり」や「人に優しい」道徳に歪めて私人の心の中の問題として根本的に誤解させる傾向がある。短期大学又は大学の教養課程における人権教育であっても、人権が権利である以上、その学問分野は法学であり、法学のディシプリンを無視して教科を組み立てるべきではない。学際的というのはディシプリンを持たないという意味ではない。以上のことは、例えば法学部以外の学生に人権を教えた経験に基づいて憲法学者、横藤田誠と中坂恵美子が『人権入門』を執筆し、「日本人の人権意識」が単なる私人間の道徳に置き換わっていることに言及し（2021年25-26頁）、「憲法の名宛人」は「統治者」であることを強調していることから支持されよう（12頁）。

### 3.4 市民的自由権は人権ではないのか

最後に、「市民的自由権は人権とは違う」という紛らわしい言説が存在するので（例えば greelane.com, 2019）、これに付言する。その意味には、次の3通りが考えられる。

- ①「10億人を食わすことが人権だ」と主張して国際社会権規約のみに加入する一方、国際自由権規約には加入せず、天安門事件の追悼集会などを弾圧してやまない中華人民共和国の、経済を下部構造、政治を上部構造と見て上部構造は下部構造に従うという共産主義イデオロギーからくる偏見。
- ②市民的自由権は実定法であるが人権は自然法だという主張。
- ③人権を公権力対私人の垂直関係においてのみ捉えず、私人間に水平適用すべきであると主張する論拠としての自然法。

②について、確かに市民的自由を含めた人権が実定法として適用されていない所では、それは自然法として主張される。自然法と実定法の違いは、1で論じた普通法と固有法の違いに似て、実定法は特定の時と場所の固有法として実際に適用されるが、自然法は、ちょうど普通法が固有法を照らしてその改善を促す可能性を持っていたように、実定法を照らして改善することができるし、もし、どこかの実効支配権力がそれを受け容れればその範囲で効果を生むが、そうでない限りは、実効性のない民間の道徳や思想にとどまる。後者は、国によっては情け容赦のない取り締まりと苛烈な弾圧の対象になるだけである。従っ

て、市民的自由を弾圧してやまない国ならいざ知らず、現在の日本のように憲法の中に市民的自由を含む人権が詳細に実定され、裁判所がその内容に照らして憲法に違反する国会立法（憲法第41条の定める「国権の最高機関」の立法）の方を排除するほど実効性が高い国では（同第81条と98条）、研究や海外支援を別として、人権を自然権として主張すべき実践の必要は乏しく、憲法に従い権力者に対して市民的自由権を含む人権の遵守を要求（同第99条）すれば足りる。

③の人権の私人間適用の根拠として自然法を挙げるのは立法過程で有意義かも知れないが、すでに日本民法2条に解釈基準として実定されている個人の尊厳や両性の本質的平等だけでなく、市民的自由権も私人間への類推適用ができない理由はない。つまり個人が集まって会社を作るときに命令権者に譲り渡していない基本権はあり、とくに不利益処分に対しては法の適正過程が要請され、それも民法709条に実定されている「権利又は法律上保護される利益」に当たると考えられる。

もし、今の日本で人権を自然法思想として教える意義があるとすれば、人権の国際化（世界の人権問題）という特定の文脈を除けば、法律といえは「かたくるしい」「こわい」と感じて敬遠してしまう初学生を安心させるための教育上の配慮かも知れない。その場合でも、日本国憲法第13条を念頭に置き、人権とは「自分なりの幸せを求めるときに、できるだけ国や公権力に邪魔されないようにするための道具」だと言え、それが市民的自由権の古典的意味だけでなく、次のカントによる「自由」の解説にも沿った教え方になるだろう。つまり「幸福」というと各人各様であるから、一般的な憲法や法律の定め方としては、個人の「自由」を他人の自由と共存する範囲で最大化できるようにすべきである。そうすることによって「幸福」も自ずと最大化できる（カント『純粹理性批判』第I巻「先験的原理論」第2編「先験的論理学」第2章「先験的弁証論」第1節「純粹理性の概念について」第1款「観念一般について」第7目第2文<sup>15</sup>）。幸福が各人各様で法的判断になじまない点は、尊厳にも当てはまるので、結論として、幸福や尊厳ではなく、自由こそが人権の本意となる。

## 注

- 1 *εἰ δὴ τις ἐξ ἀρχῆς τὰ πράγματα φερόμενα βλέψειεν, [25] ὡς περ ἐν τοῖς ἄλλοις, καὶ ἐν τούτοις κάλλιστ' ἂν οὕτω θεωρήσειεν.* 1252a 24-25.
- 2 The Fifth Amendment: 'No person shall [...] be deprived of life, liberty or property, without due process of law; [...]' The Fourteenth Amendment: 'No State shall [...] deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; [...]'
- 3 *Nullus liber homo capiatur, vel inprisonetur, aut dissaisiatur, aut utlaghetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, [...] nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre. [...]*
- 4 <https://www.legislation.gov.uk/aep/Edw1cc1929/25/9/section/XXIX> <accessed 1 September 2021> The British Library (2014) Magna Carta: Timeline of Magna Carta and its legacy, 12 October 1297 -Edward I confirms Magna Carta: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/timeline-of-magna-carta> <accessed 16 September 2021>

- 5 'Item, que nul home, de quel estate ou condicion qil soit, ne soit oste de terre ne de tenement, ne pris, nemprisone, ne desinherite, ne mis a la mort, saunz estre mesne en respons per due proces de lei.' <https://www.legislation.gov.uk/aep/Edw3/28/3> <accessed 1 September 2021>
- 6 '[...] que nul home soit mis a respondre sanz presentement devant Justices, ou chose de record, ou per due processe & brief original, solonc launcien leye de la terre; et si rien desore enavant soit fail al encontre soit voide en leye & tenuz per erreur.' <https://www.legislation.gov.uk/aep/Edw3/42/3/section/III> <accessed 1 September 2021>
- 7 'The traditional view makes Magna Carta the direct descendant of Henry Beaucleark's Coronation Charter, which is in turn, regarded as merely an amplification of the old coronation oath sworn by the Conqueror and his sons, in terms borrowed from a long line of Anglo-Saxon kings, stretching back from Edward Confessor to Edgar, Alfred and Egbert, until its origin is lost in the mists of antiquity. According to this time-honoured view, [...].'
- 8 The Greek text revised by Brooke Foss Westcott, D. D., Fenton John Anthony Hort, D. D., New York: Harper & Brothers, 1885. 以下同様。
- 9 訳は筆者。以下同様。ἐβαλαν や ἐκβάλλουσιν は三人称複数の動詞であるが、その主語は使徒行伝 16 章 36 節から借用して訳に挿入した。ラテン語はブルガタを用いた。
- 10 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm> 以下『学説彙纂』は同じ典拠。
- 11 ドイツ語圏では Sententiae Receptiae (容認された意見集) くらいの名で知られる。邦訳として早稲田大学ローマ法研究会「翻訳パウルス『意見集』(V)」2020 年早稲田法学 95 巻 2 号 333-395 頁のうち 386-387 頁。
- 12 Riccobono, S. et al. (1940) *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, vol. II, p. 412. なお <http://www.ancientrome.ru/ius/library/paul/paul5.htm#26> には praeditur とあるが文法的に誤り。
- 13 <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/Porcial.html>
- 14 Lex Iulia de Vi Publica et Privata in M. H. Crawford, et al. (1996), *Roman Statutes*, II, London, pp. 789-92, n. 62. [https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/iulia\\_vi\\_crawford.html](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/iulia_vi_crawford.html) <accessed 14 September 2021>
- 15 Eine Verfassung von der größten menschlichen Freiheit nach Gesetzen, welche machen, daß jedes Freiheit mit der anderen ihrer zusammen bestehen kann, (nicht von der größten Glückseligkeit, denn diese wird schon von selbst folgen;) ist doch wenigstens eine notwendige Idee, die man nicht bloß im ersten Entwurfe einer Staatsverfassung, sondern auch bei allen Gesetzen zum Grunde legen muß, [...].

#### 引用文献

- Bellomo, M. (1995) *The Common Legal Past of Europe 1000-1800*, Washington D.C. The Catholic University of America Press.
- Birks, P. (1987) *Justinian's Institutes* translated with an introduction by Peter Birks and Grant McLeod with the Latin text of Paul Krueger, London: Duckworth.
- Blackstone, W. (1759) *The Great Charter and Charter of the Forest, with other authentic instruments: to which is prefixed an introductory discourse, containing the history of the charters*. Oxford at the Clarendon Press.
- The British Library (n.d.) *Magna Carta, Memorandum of the distribution of copies of Magna Carta*.

- <https://www.bl.uk/collection-items/memorandum-of-the-distribution-of-copies-of-magna-carta>  
<accessed 16 September 2021>
- The British Library (2014) *Magna Carta: Timeline of Magna Carta and its legacy*, 12 October 1297  
-Edward I confirms Magna Carta. <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/timeline-of-magna-carta> <accessed 16 September 2021>
- Crawford, M. H. et al. (1996) *Roman Statutes*, II, London, pp. 789-92, n. 62. [https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/iulia\\_vi\\_crawford.html](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/iulia_vi_crawford.html) <accessed 14 September 2021>
- Dayton DUI (n.d.), 'Presumption of Innocence? Not For OVI'. <https://daytondui.com/presumption-of-innocence/> <accessed 14 September 2021>
- greelane.com (2019, 1 February) 市民的自由の歴史と現代的意味 <https://www.greelane.com/ja/%E6%96%87%E7%B3%BB/%E5%95%8F%E9%A1%8C/civil-liberties-definition-amp-examples-721642/> <accessed 16 September 2021>
- Kant, I. (1787) *Kritik der reinen Vernunft*. <https://www.gutenberg.org/cache/epub/6343/pg6343.html> <accessed 14 September 2021>
- McKechnie, W. S. (1914) *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction*, Glasgow: Maclehose.
- Riccobono, S. et al. (1940) *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, II, p. 412.
- Roselaar, Saskia (2017, 24 May) 'lex Valeria de provocatione' in Oxford Classical Dictionary. <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780199381135.013.8191>
- Weber, E. (2012) Das römische Bürgerrecht des Apostels Paulus, *TYCHE Beiträge zur Alten Geschichte, Papyrologie und Epigraphik*, Band 27, Seite 193-207.
- 芦部信喜 (2011 年) 『憲法第五版』岩波書店
- 伊藤博文 (1889 年) 国立国会図書館憲政資料室所蔵『伊東巳代治関係文書』109「伊藤博文公憲法演説 大津共楽亭ニ於ケル憲法演説」
- 伊東巳代治 (1890 年) 国立国会図書館憲政資料室所蔵『伊東巳代治関係文書』168-1「辨妄第一」
- 井上毅 (1890 年) 国立国会図書館憲政資料室所蔵『伊東巳代治関係文書』58「命令ニ刑條ヲ付スルヲ得ル乎否カニ関スル井上毅ノ意見 第一、第二、第三意見」
- 加藤紘捷 (2015 年) 『イギリス憲法－その由来・展開そして改革へ－』第2版勁草書房
- 河上正二 (2001 年) 『歴史の中の民法－ローマ法との対話』日本評論社
- 禿氏好文訳 (マケックニ著) (1993 年) 『マグナ・カルタ』ミネルヴァ書房
- 三成美保 (2014 年) 【法制史】ローマ法継受とその影響 [https://ch-gender.jp/wp/?page\\_id=1808](https://ch-gender.jp/wp/?page_id=1808)  
<accessed 16 September 2021>
- 横藤田誠・中坂恵美子 (2021 年) 『人権入門』第4版法律文化社