

Die Struktur der Grundrechte -aus dem Gesichtspunkt von "Theorie der rechtlichen Modalitäten"-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-02 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/11964

基本権の構造

——「法的様相の理論」の見地から——

新 正 幸

はじめに

本稿の目的とするところは、基本権を「法的様相 (legal modalities) の理論」の見地から分析し、もって基本権の構造を明らかにするにある。

ここに「法的様相の理論」とは、ホーフェルドが法的基本概念と基本関係を定式化した¹⁾のを基礎にして、A・ロスが、義務論 (deontology) の見地から、それを「法的様相 (legal modalities)」と捉え直し、「法的位置 (legal positions) と法的関係 (legal relations)」の理論として再構成²⁾し、さらにその法的様相の図式を基礎にしつつ、アレクシーが、それを特に基本権の領域において、その後の論理学の成果を踏まえて展開し、記号論理学的手法により洗練した理論を主として念頭においたものである。³⁾

かかるアレクシーの理論による記号化は、後に見るように例えば、権利(請求権)は「RabG」、それに相関する義務は「ObaG」というように述語論理学的手法を用いてなされるから、それ自体いさか術学的(pedantic)な印象は避け難く、記号化それ自体に対する拒絶反応をもたらす虞が懸念されるので、この点についてあらかじめ一言しておきたい。実際、しばしば、このような記号化に対して次のような批判もきく。A権利や義務は日常的な出来事であるから、それらはどこまでも日常言語によって語られ、説明されるべきものである。現に、裁判もそのようにしてなされ、法律も日常言語によって規定してはいないか。それを、記号化によって説明しようとするのは、邪道であり、無用の技である、と。確かに、そうかもしれない。否、窮極的には、おそらくそうあるべきであらう。

今日、わが国の憲法学ないし法哲学の分野で最も注目されている理論家の一人としてアレクシーが挙げられるのではないかと思われるほど、彼の理論は、「法的議論の理論、基本権規範の構造論、私人間効力論、比較衡量論、比例原則、法と道徳の関係、基本権体系論、人権の基礎づけ論など、さまざまな論点に関して、紹介・検討され⁴⁾、すでに優れた多くの研究がある。が、そのような中で、基本権の構造、とりわけ記号論理学的手法による概念化については、言及されること自体が殆ど稀である。このことは、当のドイツにおいても異ならないが、かかる状況には、右のような法の領域における記号化に対する術学視、タブーが根強く潜んでいるのではないかと臆測される。

だが、権利・義務といっても、単純ではなく極めて多様な形であられ、また、その保障(補強)のあり方をも考慮するならば、多層的な、それ自体極めて複雑な構造をもつと考えられる。そして、その構造を学問上正確に分析するために、もし記号化が何らかの意味で有用であるならば、学問の世界においてそれを頭から無碍に否定する必要はないのではないか、むしろ、学問的正確さという点において極めて有効な方法たりうるのではないか。

本稿は、かような見地から、右のような法の領域における記号論に対するタブーに敢えて挑戦しようとするものであるが、それはどこまでも学問的正確化のためであるから、この点についてあらかじめご宥恕をお願いしたいと思う。

第一節 法的様相の理論

一 法的様相の図式

基本権の構造を分析するためには、その分析の基礎理論として、まず法的様相の理論を明らかにしておくかなければならない。法的様相の理論とは、先に示唆したように、ホーフェルトが定式化した法的基本概念と基本関係の理論を基礎にして、A・ロスが、義務論(deontology)の見地から、それを「法的様相(legal modalities)」と捉えなおし、法的位置と法的関係の理論として再構成したものである。その図式は次の如し(図式I)。

これは、法的相関(Jural Correlatives)を示す記号。両者は、「等値(equivalent)」の関係に立つ。論理学的には「逆(converse)」の関係である。

例えば、権利・義務の関係のように、ある一定の行為に関するXとYの関係が、Xの側からも、Yの側からも記述することができる関係である。

図式I 法的様相の図式

行為規範の様相 (権利の領域)		権限規範の様相 (権限の領域)	
権利 (請求権) (right, claim)	～ 義務 (duty)	権能 (権限) (power) (competence)	～ 責務 (従属) (liability) (subjection)
↓	↓	↓	↓
無権利 (no-right)	～ 特権 (privilege) =自由 (liberty)	無能力 (disability)	～ 免除 (immunity) =もう一つの自由 (liberty)

「Xは、Yに対して、金一万元の返還を求める権利(請求権)をもつ」と「Yは、Xに対して、金一万元の返還の義務をもつ(負う)」とは、同じ内容を有し、「等値」である。

また、XがYのある法関係Zを変更しようするとき、「Xは、Yに対して法関係Zについて法的権能をもつ」であり、これを逆にYの側からいえば、「Yは、Xに対して法関係Zについて(それに従う)法的責務をもつ(負う)」である。

↓は、法的反対 (Urteil Opposites) を示す記号。一方が他方の否定となりその逆の関係も成り立つという関係である。論理的には、「反対対当 (contrary opposition)」の関係である。

例えば、「Yは、Xに対して、金一万元の返還の義務をもつ(負う)」の法的反対は、「Yは、Xに対して、金一万元の返還をしないでおく特権をもつ」であるが、義務の否定が両面であるときには、返還することも返還しないことも義務づけられていないこと、すなわち返還するもしないも「自由」であることを意味する。そのとき、「特権」は、「自由」を表わすことになる。

また、「Yは、Xに対して法関係Zについて(それに従う)法的責務をもつ(負う)」の法的反対は、「Yは、Xに対して法関係Zについて(それに従わない)法的免除をもつ」である。

この「免除(無従属)」は、一定の法関係について、他人の法的権能の「統制」に従わない、即ち「統制」から「自由」であるということであるから、右の「特権」との類比において、それもまた「自由」と呼ばれることがある。しかし、この場合の「自由」は、「特権」とは異なり、権限規範の領域にあるから、「もう一つの自由」である。

二 述語論理学による記号化

この法的様相の図式を述語論理学的手法によって記号化し、さらに洗練化したのは、アレクシーであった(図式II)。先に「はじめに」で指摘したように、いささか術学的印象は避け難いが、どこまでも正確化のためであるから、宥恕を願いたい。

Rは「権利」、Oは「義務」、Kは「権限(権能)」、Sは「従属(責務)」の法的様相を、それぞれ表わす「演算子 (operator)」により記号化したものである。

権利の命題「RabG」は、「個人(a)は、個人(b)に対して、あること(G)を求める権利(R)をもつ」を述語論理学的手法により記号化したものである。

先の例の金員の返還の請求であれば、「G」は、「bはaに対して金一万元を返還する」であり、権利の対象(G)は、つねに権利の名宛人||義務者(b)の義務づけられた行為を表わす。この権利の命題の相関は、「個人(b)は、個人(a)に対して、あること(G)について義務(O)をもつ(負う)」という義務の命題であり、「ObaG」は、それを記号化したものである。以下、同じ。

権限の命題「Kab(RPb)」は、「個人(a)は、個人(b)に対して、bの法位置(RPb)を変更しよう(創出しよう)権限をもつ」を記号化したものである。「RPb」は、「Rechtliche Position b」を表わし、この場合には、権限の名宛人(b)の行為(同意)を必要としない場合が想定されている。この権利の命題の相関は、「個人(b)は、個人(a)に対して、bの法位置

図式II 法的様相の図式の記号化 (Vgl. TG, S, 191ff., S.219.)

行為規範の様相 (権利の領域)		権限規範の様相 (権限の領域)	
RabG	~	ObaG	Kab(RPb) ~ Sba(RPb)
↓		↓	↓
¬RabG	~	¬ObaG	¬Kab(RPb) ~ ¬Sba(RPb)
		¬Oba¬G	

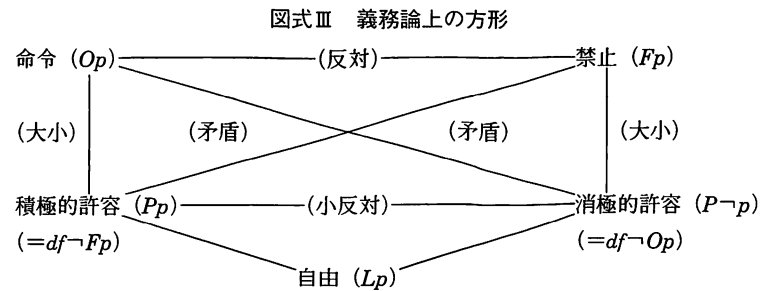
(Rpb) の変更(創出)に従う責務をもつ(負う)という責務(従属)の命題であり、「Sba (Rpb)」は、それを記号化したものである。以下、同じ。

三 行為規範と権限規範の特質

法的様相の理論は、そこから知られるように、行為規範と権限規範の区別に基づくが、それぞれの特質を一瞥しておこう。

(一) 行為規範の特質 行為規範とは、人間に一定の行為、すなわち作為または不作為を命じる規範である。

ある行為が「命令」されているということは、それをすることが「義務」づけられているということの意味し、また、ある行為が禁止されているということは、それをしないことが義務づけられていることを意味するから、命令・禁止および許容と自由の関係を、「義務論上の方形 (das deontische Quadrat)」を用いて図式化すれば、次の如くなる(図式III)。



この方形におけるO、F、Pは、義務論上の様相を、それぞれ演算子により記号化したものであって、Oは命令、Fは禁止、Pは許容のそれを示す。また、pは、義務論上の同一の記述内容を意味する「命題根」ないし「名詞句」といわれる。

例えば、「意見を表明する」をpとすれば、Opは、「意見を表明することは、命令

されている」、Fpは、「意見を表明することは、禁止されている」、Ppは、「意見を表明することは、許容されている」を、それぞれ記号化したものである。

この義務論上の三つの様相は、相互に定義可能である。「意見を表明することは、命令されている」(Op)は、「意見を表明しないことは、許容されていない」(¬P¬p)と記号化される。また、「意見を表明することは、禁止されている」(Fp)は、「意見を表明することは、許容されていない」(¬Pp)と記号化される。

問題は、「許容」の概念であるが、この方形において二つ登場する。一つは、禁止の否定(Pp)、一つは、命令の否定(P¬p)である。前者は作為の許容、後者は不作為の許容として、それぞれ、「積極的許容」、「消極的許容」と呼ぶことができる。そして、この両者の連言から、一つの合成された法的位置が生ずる。それが、「自由」の法的位置であり、Lpと記号化される。連言記号「∧」を用いれば、それは、次のように定義される(図式IV)。ここに、「自由の「両面性」が明確に示される。

図式IV 自由の定義
 $Lp = df Pp \wedge P\neg p$

この方形において、命令は、「Op」と記号化されている。この命題は、命令の対象「意見を表明すること」(p)のみを内容とする一項命題であって、行為(p)をなすべく命じられている主体(x)およびその名宛人(y)は示されていない。そこで、これらを内容とする二項命題の形に変形すれば、「xは、yに對して、p(意見を表明すること)が命令されている」という命題になる。

しかるに、先に述べたように、ある行為が「命令」されているとは、その行為が「義務」づけられていることを意味するから、右の命題は、実は、「xは、yに對して、p(意見を表明すること)が義務づけられている」という命題と同義になるのである。このことは、p(意見を表明すること)では、やや分かり難

いが、先のGの例のように、「金一万円を返済する」を当てはめれば、直ちに理解されるであろう。

われわれは、先に図式Ⅱにおいて、権利に関する命題を「RabG」、それに相関する義務に関する命題を「ObaG」と定式化した。それは、義務の主体(b)、義務の名宛人Ⅱ権利の主体(a)、義務の主体の一定の行為Ⅱ権利の対象(G)の間の三項関係の命題である。この義務の三項命題は、したがって、右のように、命令(Op)を、三項命題の形(Ox&y)に変形したものに他ならないのである。

かようにして、図式Ⅰないし図式Ⅱの行為規範の「権利」「義務」「無権利」「自由」の四つの様相は、そのうちのいずれの一樣相によっても、他の三つの様相を記述しうることになる(相互に論理的に還元可能である)。しかし、法の本質は、強制秩序として、人間の行為を「義務」づけるところにあるとする立場からは、四つの様相のうち、最も根源的な様相は「義務」にあるとされ、他の様相は、すべて「義務」に還元される。それ故に、「義務」が定義されるならば、他の一切の行為規範の様相は、それとの「相関」ないし「反対」の関係において、すべて定義されることになる。

そこで、「義務」をどのように定義するかが問題となるが、そのうち、有力な見解は、法秩序によって、ある一定の行為に強制行為(制裁)、即ち刑罰または損害賠償(窮極的には強制執行)が結び付けられているとき、その行為をしないように「義務」づけられていると捉える理論である。すなわち、この理論によれば、その行為と逆の行為が法秩序によって「義務」づけられている、ということになる。一般的にいえば、強制行為(制裁)を回避する行為が「義務」づけられているのである。¹⁰⁾

(二) 権限規範の特質 権限(権能)は、権限規範によって付与され、それに一致する行為(権限の行使)によっ

て、一定の法的関係、すなわち権限規範のもとにある権限の名宛人の法的位置を変更し、創出する。それは、個別的法規範および一般的法規範の定立という二つの方法によってなされる。契約や裁判判決・行政処分は前者の例であり、議会の立法行為は後者の例である。かかる行為は、つねに権限規範によって成り立つ制度(契約制度や、裁判制度、行政組織、議会制度)を前提とし、この意味で制度的行為である。

かようにして、「権限規範」は、「行為規範」から区別される。前者は、法行為によって法的位置を変更・創出する「創設的」な法規範である。これに対して、「行為規範」は、そのような法的能力を創出するのではなく、ただ、義務、権利および自由を定めることによって、行為を資格づけるだけである。¹¹⁾

四 行為規範と権限規範の相違

右の行為規範と権限規範の特質から、両者の以下の相違が導かれる。¹²⁾

第一に、両者の領域は、右のことから知られるように、全く異なった法的様相よりなる。すなわち、行為規範の領域は、権利・義務・無権利・特権(自由)の四つの様相よりなるのに対して、権限規範の領域は、権限・責務(従属)・無能力・免除(無従属Ⅱ)もう一つの自由)という四つの様相よりなるのである。

第二に、両者に属する諸様相は、右にみたように、法的に全く異なった性質をもつ。行為規範は、単に、ある行為を「権利」「義務」「自由」と資格づけるだけであるのに対して、権限規範は、法行為の可能性、したがって法行為によって一定の法的状態(権限規範のもとにある権限の主体と名宛人の間の法的位置と法的関係)を変更する法的能力を創出するのである。それ故、権限の行使は、権限規範に基づく法行為であり、権限規範により構成される制度を前提とす

る制度的行為である。

第三に、このような両者の法的性格の違いに相応して、両者における自由の「補強」の形態も根本的に異なる。すなわち、法的様相の相違は、その法的保障(補強)の方法と、理論的にも、制度的にも、密接不可分に結びついているのである。

すなわち、「行為規範の様相」においては、法的自由は、法秩序によって命令も禁止されていない法的空間、「法的許容としての自由」として現れるから、その補強は、法的に許容された自由の尊重を命じ、この自由に対する介入を禁止することによって、すなわち、かかる介入に制裁を結びつけることによってなされる。その場合、制裁には、刑事制裁(刑罰)と民事制裁がありうる。後者の制度的表現が民事上の不法行為に関する損害賠償制度であり、公務員の不法行為による場合には、その制度的表現は、国家賠償制度である(憲法一七条)。そしてそれらの背後にある最終の制裁は債務不履行に対する強制執行にある。適法な公権力の行使によって生じる損失の補填としての損失補償制度も、これに属する(憲法一九条三項)。

これに対して、「権限規範の様相」においては、法的自由は、他者の無権限に相関する法的様相として、他者の無権限による統制に服することはないという「無従属」免除としての自由」として現れるから、その補強は、何よりもこのような自由への無権限の侵害行為に対して、その法的効力を否認することによってなされる。かかる補強形態は、右の制裁による不侵害の義務づけによる補強形態から、明確に区別しなければならぬ。なぜなら、ここでは、権限規範による法行為の法的効力の存否が問題となっているからである。このような法的効力の否認は、例えば契約のような私人間の行為においても問題となるが(民法九〇条参照)、もとより立法行為を初め、法規範を創設する一切の国家行為も問題となりうる。憲法によって保障された自由を侵害する無権限の国家行為、とりわけかかる法律の効力を事後的に否認する制度が違憲審査制に他ならない(憲法八一条)。また、違法な行政行為の効力の否認(取消ないし無効)に関する行政争訟制度も、このような補強制度に属することは明らかである。

かかる無権限の違法な侵害行為に対して、制裁を結びつけることも、もとより可能である。その場合には、無権限の違法な行為をしないことが義務づけられた行為となるが、しかしそれによって、かかる行為の法的効力が当然に否認されるわけではない。

かくて、ある行為が、権限規範違反の違法行為としてその効力の否認が問題になると同時に、行為規範違反の不法行為として、損害賠償が問題となる可能性が生ずる。その場合、それが、異なった法規によって生ずることも、同一の規範に基づいて生ずることもありうる。違憲の主張が、同じ基本権規定に基づいて、双方が問題とされうる限り、基本権規定は、権限規範と行為規範の性格を両有することになる。これについては、後にみる。

五 行為規範と権限規範の関係

しからば、行為規範と権限規範はどのような関係に立つか。論者によつては、権限規範は、それに合致して出現する規範は行為規範と見なされるべしという指令を含むから、間接的に表現された行為規範に他ならず、したがって、権限規範は行為規範に還元しうる(それ故、一切の法的様相は「義務」に還元しうる)との見解が提示されている。しかし、かかる「還元テーゼ」は、右にみた両規範の本質的な相違からみて、疑問であり、現にそれを認める理論は少数にとどまっている¹³⁾。

むしろ、個人の行為を直接に規律し、それを「権利」「義務」「特権(自由)」と資格つける行為規範は、第一次規範としての性格を有し、かかる「権利」「義務」「特権(自由)」そのものを創設・変更するところの法的能力を授権する権限規範は、第二次規範としての性格を有し、法秩序とは、かかる第一次規範と第二次規範との結合によって成り立っているとみるのが、妥当であろう。その際、次の三点に留意する必要がある。

第一に、権限規範は、既に示唆したように、契約制度のように私法上のものもあれば、裁判制度・行政制度・立法制度のように公法上のものもある。このうち、私法上のそれは、行為規範と相俟って、全体として私法秩序をなすものと考えられる。その場合にも、規範の性質上、次に述べるような第一次規範と第二次規範の結合がみられるが、しかしそれは、どこまでも私的自治の原則が支配する私法秩序内部のものと考えられるべきであろう。

第二に、右の第一次規範と第二次規範の結合は、平面的なものではなく、立体的である。その意味は、個人の行動を規律する第一次規範が何であるかは、第一次規範それ自体の内的観点(それに従って行動している人々の観点)からは不可視で、裁判官による外的観点(第一次規範から抜け出て外部から判定者としてそれを観察し言及する観点)から具体的事件においてそれが言葉において権威をもつて確認、宣言されることによつて初めて可視のものとなるのである。それを可能にするのが、第二次規範に他ならない。しかし翻つて、第二次規範もまた、さしあたっては、それ自体の内的観点からは不可視であつて、さらに外的観点から言及されることによつて初めて可視のものとなるのである。¹⁵

第三に、かようにして第二次規範も多様に分化し、法秩序は進化して複雑なものとなるが、近代国家においては、第二次規範それ自体が授権規範の体系として、憲法から法律・命令・規則、さらに裁判判決または行政行為を経て、最終的には事実上の執行行為に至る多段階的な階層構造をもつのである。¹⁶

第二節 自由権の構造

一 基本権の一般的図式と自由権

(一) 基本権の一般的図式 一般に、基本権は、国家に対する個人の権利と觀念されている。したがつて、先の権利の図式「 $RabG$ 」における、権利の主体(a)を個人とし、権利の名宛人||義務の主体(b)に国家(s)を代入すれば、行為規範の様相における基本権の一般的図式がえられる。このことは、権限規範の様相においても原理上当てはまるであろう(ただし、ここでは、基本権の性質に応じて、権限規範の様相は異なりうる)。そこでとりあえず、二つの規範領域における基本権の一般的図式を示しておこう(図式V)。

(二) 二つの自由権とその一般的図式 基本権は、本来、国家以前に国家によつても侵しえない個人の自由な領域があり、それを憲法が保障することによつて個人の自由を確保しようとする自由権を核とするものであつた。信教の自由や表現の自由等の精神的活動の自由、職業選択の自由や財産権の不可侵等の経済的活動の自由、さらに人身の自由がそれである。それは、人間が人間たるが故に必然的に認められる人一般の権利として、自由権こそが真に基本権の名に値する「真正の基本権」¹⁶としての性質をもち、国家的制度を前提として市民という地位において憲法上認められる権利(参政権)、さらには社会生活上の一定の資格をもつ者にのみ認められる憲法上の権利(社会権)と区別されなければならない。そこで、何よりもまず、自由権を考

図式V 基本権の一般的図式

行為規範の様相 (権利の領域)		権限規範の様相 (権限の領域)	
RasG	~ OsaG	Ksb(RPb)	~ Sbs(RPb)
↓	↓	↓	↓
¬RasG	~ ¬OsaG	¬Ksb(RPb)	~ ¬Sbs(RPb)
	~ ¬Osa¬G		

察し、しかる後に、自由権以外の憲法上の権利を考察することによつて。

さて、法的「自由」は、先に見たように、法的様相の理論において、様相を異にする二つの観念が可能である。一つは、行為規範の様相における「義務の不存在 \parallel 両面的許容としての自由」、いま一つは、権限規範の様相における「免除 \parallel 無従属としての自由」である。かくて、自由権も、異なった二つの様相において現れる可能性があり、実際、後に見るように、二つの自由権が構成されている。

そこでまず、行為規範の様相における自由「LasG」(個人(a)は、国家(s)に対して、Gについて自由である)、次いで、権限規範の様相における自由「Sbs (Rpb)」(個人(b)は、国家(s)に対して、国家によるbの法的位置(Rpb)の統制から免除されている(統制に従属しない))の構造を分析することによつて¹⁷⁾。

二 行為規範の様相における自由権(国家の不作為義務に相関する個人の自由権)

一口に自由権といっても、例えば、信教の自由や表現の自由のように「行為」の自由が問題となる場合(自由権の基本型ないし第一群)もあれば、個人の身体というような一定の「固有性」(生命・健康・身体そのもの)または住居という一定の「状態」が問題となる場合(自由権の第二群)もあり、さらには、財産権ないし所有権というような、それ自体一定の制度上の「法位置」が問題となる場合(自由権の第三群)も、ある。以下、簡単に分説しよう。

(一) 自由権の基本型ないし第一群(行為の不妨害を求める権利)

行為規範の様相において問題となるのは、一般に、一定の行為(作為・不作為)の自由である。「自由」とは、意見表明の自由を例にとれば、意見を表明することもしないことも自由である。すなわち、意見を表明することを禁止さ

れていないし命令もされていないこと、義務論理学上、「積極的許容」(禁止の否定)と「消極的許容」(命令の否定)の連言として定式化しうること、記号化すれば、「 $Lp = df Pp \wedge P \neg p$ 」と定義されることについては、すでに述べた(図式IV)。

しかしここで問題となるのは、憲法的自由、すなわち国家に対する個人の自由である。したがって、それは、図式IVに、個人 \parallel 自由の主体(a)、自由の名宛人 \parallel 国家(s)、自由の対象(G)を組み入れて、次の三項命題の形で表わされるであろう(図式V)。

それは、「個人(a)は、国家(s)に対して、Gについて自由である」ことを表わす。この場合、Gはaの作為(H)、 $\neg G$ はaの不作為($\neg H$)を内容とし、aの自由は、その行為選択の自由を意味するから、それは、「 $Ha/\neg Ha$ 」と記号化される。したがって、右の憲法的自由は、単純化して、次のように記号化される(図式VI)。

この憲法的自由の定式「Las (Ha/ $\neg Ha$)」は、単に憲法上許容されているという意味での自由であつて、それ自体は、ヘンサム流にいえは「裸の自由」、アレクシー流にいえは、「補強されていない自由」である。したがって、それが実効的な意味をもつためには、「補強」されなくてはならない。かかる補強は、何よりもまず、「裸の自由」が、「国家に対する権利(請求権)」と結びつくことによつてなされる。この権利(請求権)こそ、先に図式Vで示した、国家に対する個人の権利の図式「RasG」に他ならない。

いま問題となっている裸の憲法的自由は、aの行為選択の自由(Ha/ $\neg Ha$)であり、その

図式VI 憲法的自由の定義

$$LasG = df PasG \wedge Pas \neg G$$

図式VII 憲法的自由の定式

Las (Ha/ $\neg Ha$)

図式Ⅶ 憲法的自由を求める権利(請求権)

$$Ras (\neg hindert s (Ha/\neg Ha))$$

図式Ⅸ 憲法的自由およびそれを国家に求める権利(請求権)

$$Las (Ha/\neg Ha) \wedge Ras (\neg hindert s (Ha/\neg Ha))$$

補強は、それを国家が妨げないこと ($\neg hindert s (Ha/\neg Ha)$) を確保するにあるから、その補強としての権利(請求権)は、 a は、 a の行為選択の自由を国家が妨げない ($\neg hindert s (Ha/\neg Ha)$)、 \neg とを、国家に求める権利として定式化される。したがって、右の「 $RasG$ 」に即して、 G に「 $\neg hindert s (Ha/\neg Ha)$ 」を代入すれば、憲法的自由を求める権利は、次のように記号化される(図式Ⅷ)。

かくて、憲法的自由の権利は、裸の「憲法的許容としての自由」と、それを補強する「国家に対してその不妨害を求める権利」との連言(\wedge)として定式化されることになる(図式Ⅸ)。国家に対して憲法的自由の不妨害を求める権利「 $Ras (\neg hindert s (Ha/\neg Ha))$ 」は、この憲法的自由を妨害しないという消極的行為(不作為)を求める権利であり、この権利が、右の憲法的自由を妨害しないという国家の不作為義務「 $Osa (\neg hindert s (Ha/\neg Ha))$ 」すなわち妨害の禁止と相関し、「等値」の関係に立つのは、いふまでもない。このような禁止による補強は、「消極的補強」と呼ばれるべきものである。

しかし、それだけでは、憲法的自由の補強は、十分でない。右の憲法的自由の権利が侵害された場合には、その侵害を主張して裁判上の救済を求める権限(裁判請求権または訴権)——イェリネックのいう「権利保護請求権」の「第二の本質的作用」——が与えられることによつて、さらに補強されなくてはならない。かくて、それは、次の三層構造をもつことになる。

①「憲法的許容としての行為選択の自由」($Las (Ha/\neg Ha)$)

②「国家に対してその自由の不妨害を求める権利」($Ras (\neg hindert s (Ha/\neg Ha))$)

③「この権利の侵害を裁判上主張する権限」(裁判請求権または訴権)

一般的に自由権が「防禦権(Abwehrrechte)」といわれる場合、①と②が一体となったものが念頭に置かれているのが普通であるが、しかし、その完全な形態においては、③をも含めて、三つの法的位置が一体となったものと考えなくてはならない。なぜなら、自由権の場合には、①の憲法的「自由」の法的位置は、本来国家に先行し、对国家的に原理上無限定で消極的性質をもつから、それが国家権力によつて侵害されるや否や、それによつて直ちに自由の侵害が特定化されて現実化し、その補強として、それに対して防禦するための②が憲法のレベルで直接に具体的請求権として現われ、それが直ちに③の裁判請求権と結びつくからである。ここに、後に見るように、社会権との大きな違いがある。

このような見地から、例えば、学問の自由とか表現の自由というような実定憲法上の個別の自由権をみるとき、それらはそれぞれ、何よりも先ず、右のように異なった三層の法的位置から成り立つという意味において、複合的性質をもつことが明らかとなる。しかし、②の補強のあり方は、必ずしも右のように「不妨害」という消極的行為(不作為)を求める「消極的補強」に限定されるわけではない。例えば、学問の自由についていえば、国家は単に個人の自由を妨げてはならないということにとどまらず、大学や研究所の創設・拡充というような積極的行為(作為)による「積極的補強」(vgl. TG, S. 210)も要請されるであろう。この意味においてもまた、個別の憲法上の自由権は、複合的である。第一の右の三層の複合性を、核になる①の法的様相からみて自由権に「本質的」なものとするれば、第二の複合性は、法的自由の置かれた歴史的・社会的諸条件に関係し、その事実上の諸前提を補強しようとするものであるから、

「派生的」と呼ばれるべきものである。わが国において、このような基本権の複合性は、通例、人權の分類ないし種別の「相対性」として論じられるところであるが、何が「本質的」で、何が「派生的」かは、核となる①の法的位置が何かによって定まる。アレクシーが実定憲法上の個別の基本権を「全体としての基本権 (Grundrecht als Ganzes)」と呼び、それを「基本権上の諸位置の束 (Bündel von grundrechtlichen Positionen)」と捉えているのも、このような二つの複合性を含意するものである (Vgl. TG, S. 224ff)。このようなアレクシーの見解に触発されて、K・シュテルンが「基本権上の権利複合体 (Grundrechtliche Berechtigungskomplexe)」を論じているのにも注目されるであろう⁽²⁾。

(二) 自由権の第二群 (個人の固有性をいし状態の不侵害を求める権利)

自由権の第二群の場合には、①の核となる自由の法的位置は、個人の一定の固有性または状態であるから、②のその不侵害を求める権利は、「個人 (a) は、国家 (s) に対して、国家 (s) は個人 (a) の固有性 (A) または状態 (B) を侵害しない (nicht beeinträchtigt) ことを求める権利を有する」と一般的に定式化される。「a は固有性 (A) をもつ」または「a は状態 (B) にある」という命題を「Sa」で表わすならば、それは次のように記号化される (図式X)。

かくて、この第二群の自由権も、完全な形においては、二つの法位置が合一した三層構造をもつと考えることができる。

① 「憲法的許容としての固有性または状態の自由」 (Las (Sa))

② 「国家に対してその自由の不侵害を求める権利」 (Ras (¬beeinträchtigt (Sa)))

③ 「この権利の侵害を裁判上主張する権限」 (裁判請求権または訴権)

図式 X

Ras (¬beeinträchtigt (Sa))

ここでもまた、このような三層の複合性を「本質的」なものとし、さらに先に述べた意味での「派生的」複合性についても語りうるであろう。

(三) 自由権の第三群 (財産権の不可侵を求める権利)

第三群の財産権の保障の場合には、その核となる法的位置は、やや複雑となる。なぜなら、財産権の保障は、しばしば指摘されるように、一方では、現に保有する個々の具体的な財産権の行使の自由を国家権力によって侵害されないという個人の主観的権利を保障するとともに、他方では、その前提となる私有財産制度そのものを制度として保障し、したがって、私有財産制度の「根幹」ないし「本質」を廃棄することはできない (いわゆる「制度的保障」) という二つの保障を含むと説かれるからである (通説)。

わが国の判例も、基本的には、このような立場に立つものとみられる (最大判昭和六二・四・二二民集四一・三・四〇八)。したがって、この二つを分けて考察する必要がある。

(1) 具体的財産権の保障 この場合には、その核となる①の法的位置は、第一群の自由権の場合のよ

うに単なる「行為」ではなく、現に保有する個々の具体的な財産権または所有権の行使という制度上の「法行為 (Rechtsakte = RA)」の選択自由 (RAa/¬RAa) が問題となるから、したがって、その不可侵を求める権利は、「個人 (a) は、国家 (s) に対して、国家 (s) は個人 (a) の法行為選択の自由を侵害しない (nicht verletzt (RAa/¬RAa)) ことを求める権利を有する」と定式化される。記号化すれば、次の如し (図式XI)。

Ras (¬verletzt (RAa/¬RAa))

図式 XI

かくて、この第三群の自由権も、完全な形においては、二つの法位置が合一した三層構造をもつと考え

ることができる。

- ① 「憲法的許容としての法行為選択の自由」 ($Las (RaA/\neg RaA)$)
- ② 「国家に対してその自由の不侵害を求める権利」 ($Ras (\neg verletzts (RaA/\neg RaA))$)
- ③ 「この権利の侵害を裁判上主張する権限」 (裁判請求権または訴権)

ここでも、このような二層の複合性が「本質的」なものと捉えられるべきであるが、しかし他方では、二〇世紀になって、社会国家の見地から義務を伴うものとされ、それを強調する立場からは、むしろ先に述べた意味での「派生的」補強が重視される傾向にある。

(2) 制度的保障 私有財産制度それ自体を制度として保障するとは、個人が財産権の主体となりうる能力それ自体、すなわち個人が財産権の主体となりうる「抽象的な法位置」を除去する (beseitigen) ことの禁止を意味するから、もしそれが単に客観的制度的保障であるとするならば、国家は個人にかかる抽象的法位置を除去してはならないという不作為の義務を負うことになろう。かかる個人の抽象的な法位置を「RP」で表わすならば、かかる国家の不作為義務は、次の如くなる(図式Ⅷ)。

これは、単に国家の義務と義務の対象のみを表わす二項命題である。これは、義務の名宛人Ⅱ権利の主体をもたない非相関的なものであり、その故に、単なる国家の客観的義務を表わす。しかし、制度的保障が単なる客観的保障でなく、同時に、個人の主観的権利としての意義をもつべきならば、右のⅧ図は、義務の名宛人Ⅱ権利の主体 (a) をもつ相関的な三項命題「 $Osa (\neg beseitigt s (RPa))$ 」となる。これを個人の権利の側から表わせば、次のように記号化される(図式Ⅸ)。

図式Ⅷ

$Os (\neg beseitigt s (RP))$

このような制度的保障の主観化は、例えば、私有財産制度の根幹を否定するような社会化あるいは社会主義的変革がなされようとした場合に、その違憲を主張する主観的権利として意義をもつ。かかる主観化は、これまで理論的に必ずしも明確にされてこなかったが、この定式化によって、明らかになる。

問題は、私有財産制度の「制度的保障」といわれる場合、その「制度」の正確な意味が必ずしも十分に理解されていない点である。殆どの論者は、恰も私有財産制度を人間が理性によって計画的に自由自在に改造・変革しうる「組織的秩序(タクシス)」観に立つが、それは全くの幻想であって、人間の行為の結果として生じた「自生的秩序(コスモス)」として性格をもつこと、したがって、それを支える法(ノモス)を計画的に改造しようとすることは、私有財産制度そのものの破壊に繋がることを銘記すべきである。なぜなら、何千万・何億という個人に分散した「個人的知識」の全体、しかも相互の調整によって刻々と変化する知識全体を、誰も知りえないし、まして国家が中央集権的な計画経済により集中的に管理することなど、できる筈がないからである。

図式Ⅸ

$Ras (\neg beseitigt s (RPa))$

三 権限規範の様相における自由権 (国家の無権限に相関する個人の自由権)

この様相における自由権は、国家の無権限による統制からの自由、図式化すれば、「 $Sbs (RPb)$ 」(個人 (b) は、国家 (s) に対して、国家による b の法位置 (RPb) の統制から免除されている(統制に従属しない))である。すなわち、それは、個人の法位置の変更・創出について国家は権限をもたないという国家の無権限の様相「 $Ksb (RPb)$ 」に相関して、かかる無権限の国家による統制から免除されている、つまり統制に従属しないという様相である。

しかし、この個人の憲法的無従属(免除)としての自由の法的位置も、未だ補強されていない裸の法的状態であるから、それが実効性をもつには、法的に補強されなくてはならない。その補強の第一は、国家に対してかかる自由の不侵害を求める権利を認めることによって、さらに第二に、かかる権利を裁判上主張し、無権限の国家行為の効力の否認を求める権限を個人に付与することによって、なされうる。

この第二の補強のための制度が違憲審査制に他ならない。日本国憲法は、九八条一項において、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と憲法の最高法規性を謳い、憲法に違反する一切の効力の否認を規定するとともに、それを実効的に確保するための制度として、八一条において、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と規定し、違憲審査制を明示した。これにより、憲法で保障された自由を侵害する法律を初め一切の国家行為は、無権限の権限行使として、その効力が否認されることになるのである。

かくて、それもまた、法上完全にもものとして理論構成すれば、次の三つの法的位置が合一した三層の法的構造をもつものと考えることができる。

①「憲法的無従属(免除)としての自由」(権限規範の様相において核となる憲法的自由)

②「国家に対してその自由の不侵害を求める権利」(憲法上の実体請求権)

③「この権利侵害を裁判上主張し侵害行為の効力の否認を求める権限」(裁判請求権ないし訴権)

このような補強された個人の憲法的無従属の法的地位も、通例、「自由権」といわれる。しかし、この場合には、それに相関するのは、先に考察した行為規範の様相における「自由権」のように、国家の不作為義務ではなく、国家の「無権限」である。したがって、それは、「国家の無権限に相関する個人の自由権」であり、正確には、「憲法的無従属権」ないしH・L・A・ハートとともに「憲法的免除権」と呼ばれるべきものである。かかる理論構成を正面から打ち出したのは、ヨーロッパ大陸における違憲審査制(憲法裁判所型)の生みの親となつた国法学者H・ケルゼンであるが、その他にも、A・ロスやハートなどにも見られ、わが国でも夙に菅野喜八郎、尾吹善人教授によりかかる理論構成がとられている。阪本昌成教授のいう「憲法的免除権」は、右ハートの法理論の流れを汲むものである。²²⁾

ここから知られるように、本来、違憲審査制で問題となる自由権は、権限規範の様相における「国家の無権限に相関する個人の自由権」であり、正確には、「憲法的無従属権」ないし「憲法的免除権」である。しかるに、通常、「自由権」のもとで念頭に置かれているのは、先に見た行為規範の様相における「国家の不作為義務に相関する個人の自由権」であり、それについて違憲審査制が語られている。しかし、これは、概念の混乱以外の何ものでもないであろう。なぜなら、すでに示唆したように、行為規範の様相においては、理論上厳密に言えば、法行為の効力はおよそ問題とはなりえず、ただ行為規範違反の不法行為に対する刑事制裁ないし民事制裁が問題となりうるにすぎないからである。

しかも、その場合には、立法行為は、原則として、かかる制裁の対象にはなりえない。国家の不作為義務に違反して個人の自由を侵害する法律を制定したことによって、国会議員全員に刑罰を科すことは、考えてみるだに不合理であつて、実際、かかる例は寡聞にして未だ聞いたことがない。国会議員に対して、賠償責任を問うことも考えられるが、法律は原則として一般的・抽象的法規範であるべく、特定個人に対する個別・具体的な「処分」であつてはなら

ないことは憲法四一条の要請するところであることからしてすでに、国会議員は、立法に関して、原則として、国民全体に対して政治的責任を負うにとどまり、個々の国民に対して法的義務を負うものではないと解されなくてはならない。判例上も、国会議員の立法行為（立法不作為を含む）は、原則として国家賠償法一条一項の適用上違法性の評価を受けないものとされ、ただ極めて例外的な場合にのみ適用あるものとされる（最一小判昭和六〇・一一・二二民集三九・七・一五二二、最大判平成一七・九・一四民集五九・七・二〇八七）²³。

かようにして、行為規範の様相における自由権は、立法行為については、原則として問題とはなりえず、行政機関ないし司法機関の個別・具体的な行為が問題となりうるにすぎない。この意味においても、かかる自由権の構成は、その適用の射程が限られている。

四 法の下の平等について

憲法の保障する「法の下の平等」もまた、それが、国家による差別的な法的取り扱いを受けない権利（平等権）、この意味で、法的な差別的取り扱いからの自由を求める権利として、「一種の自由権」と捉えられる場合には、右に見た「自由権」の場合と同様に、法的様相を異にする二つの概念が生ずる。そして、いずれも三層の構造を有する。

(一) 行為規範の様相における平等権

- ① 「憲法的許容としての平等」
- ② 「国家に対してその平等の不侵害を求める権利」
- ③ 「この権利の侵害を裁判上主張する権限」

右の①は、差別待遇をしてはならないという国家の不作為義務に相関する個人の憲法的位置であり、個人の行動が不平等な処遇によって「命令」されたり「禁止」されたりしない、すなわち「許容」されているという憲法的位置であり、②は①の補強、③は②の補強である。それらが合一して、平等権をなすことは、自由権の場合と原理上同じである。

(二) 権限規範の様相における平等権

- a) 「憲法的無従（免除）としての平等」
- b) 「国家に対してその平等の不侵害を求める権利」
- c) 「この権利侵害を裁判上主張し侵害行為の効力の否認を求める権限」

この場合にも、その構造は、原理的には、先に見た「憲法無従属（免除）権」としての自由権と同様である。

このような「法の下の平等」の自由権的理解は、法上差別されないという消極的な「機会の平等」を本質とするが、社会国家的原理から、それに「条件の平等」、さらには「結果の平等」への積極的請求権をも盛り込もうとする見解もあり、その場合には、「自由の原理」との両立可能性とその限界が重要な問題となる。

第三節 広義の基本権の構造

基本権のうち、真に基本権の名に値する「真正の基本権」は、右に述べたように自由権（防禦権）であるが、憲法は、それ以外にも諸権利を定めている。それらを、ここでは、「広義の基本権」と呼ぼう。自由権以外の憲法上の権

利である。

それらのうち、人権宣言が成立して以来、つねにそこに規定されてきたのは、市民の参政権である。この意味でそれは、古典的である。

しかし、二〇世紀になって、「社会権」と呼ばれる一群の権利を保障する憲法上の規定が、憲法典に登場するに至った。その嚆矢が、一九一九年のワイマール憲法であることはよく知られている。社会権は、自由権を否定しようとするものではない。それは、どこまでも自由権の保障を前提とし、その「法的自由」「法的平等」の保障により現実の自由主義的経済体制の中で必然的にもたらされた実質的な「事実上の不自由」「事実上の不平等」を「社会的正義」の名において是正し、「個人を尊重する立場から、国民一人一人に対して、人間たるに値いする生活をさせることが、国家の使命であり、責任である」と自覚する社会国家観に立脚するものである。かかる国家観に立つ憲法原理を社会国家原理と呼ぶならば、社会権は、このような社会国家原理のもとに憲法上認められるに至った基本権である。

そこでまず参政権、次いで社会権の構造を「法的様相の理論」の見地から素描しよう。⁽²⁵⁾

一 参政権の構造

参政権とは、ひろく国民が国政に参加する権利をいうが、ここでは、その中心をなす選挙権に焦点をあて検討しよう。

選挙権は、国政レベルにおいては、国会議員の選挙に参加しうる法的能力であるが、かかる法的能力は、もとより

天然自然に個人が保有するものでなく、必然的に一定の制度を前提とする法行為、それ自体、権限規範によって一定の資格を有するもののみ付与される一つの権限である。そして、それが、憲法上規定されている限り、何よりもまず、憲法上の「権限」である。⁽²⁶⁾

しかし、通例「選挙権」の下に念頭に置かれているのは、補強を伴わない裸の権限ではない。それを補強するための権利、すなわち国家に対してこの権限を求める権利も、一体的に念頭に置かれている。このことは、国民のこの権利に対応して、国家は、国民がこの権限(選挙)を行使しうるよう法律によって選挙制度を整え、それに従って具体的に選挙の管理を行う義務を負うことを意味する。しかしさらに、この権利は、それが侵害された場合には、その侵害を裁判上主張しうる権限によって補強されなければならない。かかる補強は、近代諸国においては、選挙に関する争訟制度によって制度化されている。

かようにして、選挙権は、その補強をも含めて完全な形で定式化すれば、次の三つの法的位置が合一した三層の法的構造をもつ複合体と考えられる。

①「議員の選挙という国政に参加する国民の憲法的権限」

②「国家に対してその権限を求める権利」(実体的請求権)

③「この権利の侵害を裁判上主張する権限」(裁判請求権ないし訴権)

この①の法的位置は、あらゆる権限と同様に、無限定ではありえず、しかも民主制の本質的な構成要素をなす選挙制度を前提とし、それによって具体化されるべき民主主義な「抽象的」位置である。

右の②の権利は、この抽象的な「憲法的権限」そのものではなく、その補強としての「権限を求める権利」であり、

それ自体は「行為規範の様相」にある。今日、普通・平等選挙は憲法上の原則とされているから、この権利は、かかる選挙制度の法律による確立とその現実的施行(管理運営)を国に対して積極的に求める権利であり、この意味において、参政権の場合には「積極的補強」が「本質的」である。かつ、それは、立法段階から法律の執行段階にわたる多段階的な国家に対する行為の要求を含むから、諸々の諸権利よりなる複合体としての性質をもち、かかる多段階的な積極的な国家行為によって次第に具体的・現実的権利となるのである。そして、そこにはまた、例えば選挙の秘密を妨害されないというような国家に対して消極的行為(不作為)を求める「消極的補強」も含まれている。このような意味においてもまた、それは複合的性質をもつ。

イェリネックは、選挙権は「選挙する権利」ではなく、国家机关として選挙に参加する「機関たる地位をも求める請求権」であるとしたが、②の位置は、そうではない。それは、右のことから明らかのように、かかる請求権をも当然内に含むところの、選挙という国政に参加するという①「憲法上の権限」を積極的に補強することを本質とする国民の具体的諸権利の複合体であり、まさに「選挙する権利」である。

選挙権の法的性質をめぐっては、「選挙人は、一面において、選挙を通して、国政について自己の意志を主張する機会を与えられると同時に、他面において、選挙人団という機関を構成して、公務員の選挙という公務に参加するものであり、前者の意味では参政の権利をもち、後者の意味では公務執行の義務をもつから、選挙権には、権利と義務との二重の性質があるものと認められる」とする、いわゆる二元説が通説とされる。しかし、「公務執行の義務」というのは、正確でない。なぜなら、①から知られるように、それは公務執行の「権限」であって、それが「義務」となるのはかかる権限の不行使に一定の制裁が結びつけられる場合であって、「権限」そのものとはレベルを異にする

もう一つ先の次元の問題である。

ともあれ、二元説にいう「公務的性質」は右の①に注目したもので、「権利的性質」は②に注目したものと捉えることができ、このように捉えることによって二元説も正当に理解されうるであろう。最高裁は、当初より選挙権をもつて「国民の最も重要な基本的権利の一つである」(最大判昭和三〇・二・九刑集九・二・二二七)としつつも、選挙制度の具体的なあり方については、普通・平等選挙という憲法上の枠内においてかなり広い立法院の裁量を認めているが(最大判昭和五一・四・一民集三〇・三・二三三、最大判平成一一・一一・一〇民集五三・八・一四四一等参照)、かかる立場も、選挙権のこのような憲法上の抽象的な法的位置と法律上の選挙制度によるその具体的権利という法的性質に配慮したものと見ることもできるであろう。

その補強としての②は、法的様相としては、一つの「権限」であるが、①の権限とはレベルを異にする。すなわち、①は、国民と国家との間のいわば実体法上の「権限」であるのに対して、②は、②を介してそれを補強するための訴訟上の「権限」である。これによって、選挙権は、いわば完全な形となり、全体として三層構造を有することになる。

かように、選挙権は、憲法上認められた一つの法的能力、「権限」であるから、①の理論構成において、「行為規範の様相(権利の領域)」は問題とはなりえない。このことは、選挙権のみならず、被選挙権等、すべての参政権にあてはまるであろう。

二 社会権の構造

(一) 行為規範の様相における社会権(国家の作為義務に相関する国民の社会権)

社会権も、通例、自由権と同様に、個人と国家の間に実体的な権利・義務の関係を想定する「行為規範の様相(権利の領域)」において構成される。すなわち、自由権が自由の不侵害という国家の不作為義務に相関し、国家に対してかかる不作為を求める消極的権利であるのに対して、社会権は、社会的給付をなすべき国家の作為義務に相関し、国家に対する社会的給付という作為を求める積極的権利であると構成される。

したがって、自由権と社会権とは、それに相関する国家の義務が、不作為と作為という逆方向となり、権利の性質も消極的と積極的という逆向きとなるが、しかしいずれも、先に示した「行為規範の様相」における基本権の図式「 $RasG$ 」を用いることができ、ただ、社会権の場合には、「 G 」の内容が、自由権の場合とは異なり、国家の社会的給付という積極的行為(作為)となり、したがって、社会権は、「個人(a)は、国家(s)に対して、国家(s)が社会的給付という積極的行為(G)を行うことを求める権利」と定式化される。

一般に、国家の積極的行為を求める権利を「給付権(Leistungsrechte)」(通例「給付請求権」と訳されている)と呼ぶとすれば、その場合に国家がなすべき積極的行為は、一定の法規範の制定という規範的行為と、一定の事実上の給付(金銭ないし現物やサービスの提供)という事実的行為に区別される。アレクシー流に、前者を「 Hns 」、後者を「 Hs 」と図式化すれば、給付権は、次のように(図式XVおよび図式IV)記号化される($TG, S.181$)。

$Ras (Hns)$

図式XV 規範的行為を求める給付権

$Ras (Hs)$

図式XV 事実的行為を求める給付権

通例、主観的権利として社会権が問題となるのは、事実的行為の給付を求める権利であるから、社会権には図式XVが当てはまることになる。

さて、社会権の保障は、例えばドイツの憲法のように「社会的法治国家」というように客観的な憲法原理で規定されている場合もあれば(二〇条一項・二八条一項)、日本国憲法二五条一項の生存権のように「権利」という形で保障されている場合もあり、いずれの場合にも、まずはその核となる「行為規範の様相」における個人の法的地位(社会的法的地位)が問題となる。かくて、社会権の場合にも、その完全な形においては、以下の三つの法的地位が合一した三層構造をなすものと考えられる。

- ① 「国家から一定の事実的給付を受けるべき憲法上の法的地位」(社会国家的法的地位)
- ② 「国家に対してその法的地位ないし給付を求める権利」(実体的請求権)
- ③ 「この権利の侵害を裁判上主張する権限」(裁判請求権または訴権)

社会権における①の憲法上の法的地位とその補強としての②との関係は、しかしながら、自由権の場合と同じではない。なぜなら、自由権の場合には、既に示唆したように、憲法的「自由」の法的地位は、本来国家に先行し、国家的に原理上無限定で消極的性質をもつから、国家権力によって侵害されるや否や、それによって直ちに自由の侵害が特定化されて現実化し、それに対して防禦するための補強②は憲法のレベルで直接に具体的請求権として現れるのに対して、社会権の場合には、積極的「給付」を求める憲法上の法的地位は、原理上無限定ではありえず、国民が組み込まれている国家的制度を前提とし、それによって必然的にその配分や内容が制約されざるをえない相対的性質を

もつからである。かようにして、社会権の場合には、②の補強は国家に対して積極的行為(作為)を求める「積極的補強」が本質的なものとなるが、しかし、それによる権利の性格をどのように捉えるべきかについては、学説の対立がある。

日本国憲法二五条一項の生存権の規定に即していえば、初期には、それを「プログラム規定」と捉え、国家の政治的・道徳的義務を定めるものであり、法的権利を保障したのではないとの解釈が有力に主張された³¹⁾。いわゆるプログラム説が、それである。右の図式でいえば、補強として②が、単なる国家の客観的な義務、しかも、政治的・道徳的義務を定めるものと捉えられたのである。

しかし、それに対して、②を、単なる国家の政治的・道徳的義務を定めたものではなく、国家ないし立法者を法的に義務づける「法的義務」を定めたもの、しかも単なる国家の客観的義務ではなく、個人の主観的権利を定めた規定と捉える見解、いわゆる「法的権利説」が次第に有力となった。しかし、その場合にも、学説は二つに大別される。

一つは、憲法の保障する生存権は、いわゆる自由権的效果を別にすれば、それ自体は抽象的権利にすぎず、それを具体化する法律によって初めて具体的権利となり、その場合には、憲法と法律とを一体的に捉えて、具体的権利性を主張しようとの見解、いわゆる「抽象的権利」説であり、今日、通説的地位を占めており³²⁾といつてよい。

他方は、憲法二五条を直接の根拠として、国が憲法二五条を具体化する立法をしない場合には、立法不作為の違憲確認訴訟を提起しようとの見解、いわゆる「具体的権利説」であり、少数説にとどまっている。しかし、「具体的権利」というからには、憲法二五条を直接の根拠として、裁判所に給付判決を請求しようと観念するのが本来の筋であろう。現に本条を直接の根拠として、具体的請求権、例えば「扶助請求権」さらには「介護請求権」³³⁾を、あるいは所

得保障としての「社会保険給付請求権」と「公的扶助給付請求権」³⁵⁾を、導出しているとみられる見解もある。

右の三層の図式に即していえば、抽象的権利説は、①の憲法上の社会国家的な法的位置を積極的に実現するための補強としての権利②を、憲法上は「抽象的権利」であると捉え、それが法律の具体化によって具体的権利となると捉えているのに対して、本来の意味の具体的権利説は、権利②は、給付の内容如何によって(例えば生存最低限の緊急的給付)、法律の具体化をまたず具体的権利としての性質をもつとの理論構成をとるものと考えられる³⁶⁾。

しかし、この「行為規範の様相」の構成は、その裁判的救済方法③として、再三指摘しているように、理論的には、刑事制裁および民事制裁(損害賠償)と結びつくだけである。しかし、社会権が実際に訴訟で争われる事件は、刑事事件(例えば、食糧管理法違反事件(最大判昭和二三・九・二九刑集一・一〇・一二三五))や国家賠償事件(例えば、清水・損害賠償訴訟(東京地判昭和六一・九・三〇判時一二八・九三、東京高判平成元年三・二八東民四〇・一一四・三一、最判平成四・六・二三判決集未登載))は極めて稀で、その大半はむしろ、行政庁の裁決や処分取消しを求める事件(朝日訴訟(最大判昭和四二・五・二四民集二一・五・一〇四三)、堀木訴訟(最大判昭和五七・七・七民集三六・七・一二三五)等々)である。

このことは、社会権が、多くの場合、論者の意図に反して理論的には、「行為規範の様相」ではなく、実は「権限規範の様相」において構成されていることを推測せしめるであろう。そこで、次に、その構成を素描しよう。実際、それによって初めて、右の構成の核心をなす①「国家から一定の事実的給付を受けるべき憲法上の法的位置(社会国家的位置)」が何であるかが解明されることになるからである。

(二) 権限規範の様相における社会権(国家の積極的義務に相関する国民の社会権)

われわれは先に、憲法上の「権限規範の様相」として図式Vを提示し、それによって「国家の無権限に相関する個人の無従属(免除)としての自由権」を分析した。自由権と社会権の場合とは、国家の権限の内容は全く逆であるから、社会権の場合には、国民の側に「権限」の法的位置を設定するのが妥当であるように思われる。³⁷⁾

かかる理論設定のもとでは、社会権は、まず、個人が国家から一定の給付を受けるべき憲法的権限と構成される(この個人の憲法上の「権限」は、かかる給付を行うべき国家の憲法上の「責務」に相関する)。しかし、この憲法上の権限という法的位置は、未だ補強されていない抽象的な「裸の」憲法上の権限である。したがって、それが実効性をもって個人に具体的に保障されるためには、さらに補強されなくてはならない。

この補強は、まず第一に、この憲法上の権限の実現を国家に対して求める権利(請求権)を認めることによってなされる。それは、さらに、この権利が侵害された場合、裁判所に対してその救済を求める権限(訴権)を認めることによって完全なものになるであろう。かくて、社会権も、かかる補強を含むとすれば、その完全な形においては、左の三層の重層構造をもつものと考えられる。

①「国家から一定の給付を受けるべき憲法的権限」(社会国家的地位)

②「この権限の実現を国家に対して求める権利」(実体的請求権)

③「この権利の侵害を裁判上主張する権限」(裁判請求権ないし訴権)

ここで重要なことは、この「権限規範の様相」の構成の場合には、社会権の①憲法上の法的地位が「権限」だということ、そして、それに相関する国家の憲法上の法的地位が「責務」だということ、また、この場合にも、先に

示唆したように、それが国家的制度を前提とする相対的性格の故に、それ自体抽象的な性質をもち、それを表現するには法律による具体化を必要とすること、それによって、①のための「積極的補強」としての権利②も具体的権利となること、しかし、その裁判的補強・救済③は、「権限規範の様相」にあつては、国家の「責務」の不行使ないし不十分な行使(権限の消極的侵害)が問題となり、それに対する「準制裁」(本来の「制裁」すなわち行為規範の様相における「義務」の不履行に結び付けられる刑事・民事制裁から区別する意味で「準制裁」という)として、それをもたらし立法不行使(不作為)の違憲確認、不備ないし不十分な立法行為およびそれに基づく行政行為の効力の否認(無効ないし取消)が、結びつけられうるということである。

純粹な立法不作為の場合には、効力を否認すべき法律が未だ存在しないのであるから、効力の否認ということとは、原理上問題となりえない。しかし、違憲審査制において、違憲判決の特殊な類型として、立法者が憲法上定められた社会的立法の「責務」を果たさない場合に、かかる立法不作為を違憲と確認する違憲確認判決ないし違憲宣言判決を構想することも、その政策的当否は別にして、少なくとも技術的には可能である。それは、違憲無効判決という原則に対する特殊・例外的な判決類型であるから、特別の実定法上の制度化を必要とすると解すべく、もしそれが実定法化されるなら(ドイツでは法律によって実定法化されている)、社会権は、かかる法的手続を開始しうる法的能力という意味において、主観的権利の性質を有するといえよう。

しかし、憲法典において社会国家原理が、ドイツのように「社会的法治国家」という客観的な基本原理として、あるいは、わが国のように社会権条項として明示に規定される場合には、その後はそれを基礎にしてそれを具体化する法律が社会保障等の各分野で制定されるのが普通であるから、それらが一応整備された段階においては(今日わが国

もすでにかかる状態にある)、立法の不作為そのものよりも、むしろその具体化として制定された法律の不備ないし十分が問題となるといってよい。ある種の社会国家的立法措置あるいはそれに基づく行政措置が憲法の社会権規定に照らして不備ないし不十分である場合には、行政訴訟において、かかる措置の合憲性を争い、違憲・違法なものとしてその無効ないし取消しを求めることは十分に可能であり、現にわが国の判例においてかかる訴訟が認められ、実際社会権をめぐる事件の大半がこのような訴訟であることは、既に述べた通りである。

以上の意味において、憲法の家社会権条項は、それを具体化する法律とあいまって、裁判規範としての拘束力をもつと解される。³⁹⁾

むすび

本稿は、基本権を「法的様相の理論」の見地から分析し、基本権の構造を素描した。それによる「行為規範の様相(権利の領域)」と「権限規範の様相(権限の領域)」の区別における基本権の二重概念とそれぞれにおける三層構造の分析により、基本権の構造がかなりの程度において理論上明確にされたものと信するが、しかしかかる分析自体は、ドイツ公権論と異質のものではない。むしろ、それと本質的に軌を一にするものである。なぜなら、一九世紀ドイツ公権論の集大成といわれるG・イエリネックの公権論(国家における国民の「地位理論」)は、よく知られるようにDürfenとKönnenの峻別論に基づくが、かかる区別こそ、法的様相の理論に即していえば、まさしく「行為規範の様相(権利の領域)」と「権限規範の様相(権限の領域)」の区別にぴったりと対応し、地位理論それ自体がかかる様相の区別を

基礎に組み立てられているからである。この意味で、イエリネックこそ、実は、「法的様相の理論」の偉大な先駆者というべきであるが、さらにまた、イエリネックの公権論の「途方もない意義」に鑑みるなら、それとの「原理的対決」は不可避であるとして、純粹法学の立場から、その批判的克服を目指して構築されたケルゼンの権利論・基本権論(国法に対する国民の「関係理論」)も、原理的には法的様相論を前提するものであり、それによって初めてケルゼンの基本権の特質も抽出されるのである。⁴⁰⁾

アレクシーの基本権論は、このようなことを踏まえながら、その現代的展開を述語論理的な記号化の手法により定式化しようとするものであるが、かかる試みは始められたばかりで、述語論理的にはおそらくは未だ極めて初歩的な段階にあるものとみられる。したがって、それが、今後さらに発展し、より以上の優れた理論的成果をうるには、述語論理学による「法的様相の理論」のさらなる洗練化を必要とし、その深化が大きな課題となろう。それに秀でた若い才能の出現が待たれるところである。⁴¹⁾

(一) W.N.Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, edited by W.W.Cook, 1964, p.23ff.以下「FLCと略記」
それとわかる
とわけるは単に頁数を引用する。

(二) A.Ross, *On Law and Justice*, 1959, p.161ff. *Directives and Norms*, 1968, p.106ff.以下「前者はLJ、後DN略記」
それ
とわけるは単に頁数を引用する。

(三) R.Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3.Aufl., 1996, S.171ff.以下「TGと略記」
それとわかるは単に頁数を引用する。
なお、ロスの「[legal position]」(LJ, p.162ff.)、ハントマンの「[rechtliche Position, Rechtsposition]」(TC, S.163ff, 218ff)
は、本来なら「法的地位」「法地位」と訳すべきであらうが、イエリネックの「地位」(Status)理論」(Georg Jellinek,

System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2.Aufl., 1905, Nachdruck, 1963.) と紛らわしいので、あえて「法的位置」と訳すことにした。この点については、拙稿「憲法的自由の構造——二つの自由権」新正幸・早坂穂子・赤坂正浩編「公法の思想と制度(菅野喜八郎先生古稀記念論文集)」(信山社・一九九九年)六一頁以下、「ケルゼンの権利論・基本権論(三)」(関東学園大学法学紀要)二二号(二〇〇〇年)一八六頁参照。

(4) 渡辺康行「憲法学における『ルール』と『原理』区別論の意義——R・アレクシーをめぐる論争を素材として——」樋口陽一・上村貞見・戸波江二編集代表「日独憲法学の想像力(栗城壽夫先生古稀記念) 上巻」(信山社・二〇〇三年)一頁。先行業績については、この論文をも含めて、その二頁以下に周到な指摘があり、ここではそれによる。

(5) 稀な例として、松原光宏「基本権の多元的理解をめぐって(三)」『法学新報』一〇三巻八号(一九九七年)九三頁以下、藤井樹也「権利」の発想転換』(成文堂・一九九八年)二三—三六頁・二二六—三〇頁、長尾一紘「憲法上の利益衡量について——R・アレクシーにおける、個人的権利と公共の利益の衡量論——」『法学新報』一〇四巻二二号(一九九八年)二二二頁参照。

(6) 筆者の知る限り、稀な例外は、アレクシーの門下、M.Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 1998 である。

(7) A・ロスは、ホーフエルトの「liability(責務)」に相当する用語として「subjection」を用いる。筆者は、訳に苦慮しかつては「服従」と訳していたが、「憲法的自由の構造」前掲注③(六六頁以下)、「ケルゼンの権利論・基本権論(三)」前掲注③(一八九頁以下参照)、語感として強すぎるように思われるので、「 \rightarrow 」では「従う」(反対は「従わない」(従わなくてもよい))という意味に即して「従属」(反対は「無従属」と改めることにした。なお、後にみるように、アレクシーも、「Subjektion」[Nicht-Subjektion] という用語を用いているので、同じことが当てはまる。

(8) 以下の記号化については、述語論理学に関する次の記述が参考になる(近藤洋逸・好並英司「論理学入門」(岩波書店・一九七九年・五七—八頁)。

単称命題「プラトンは哲学者である」において「プラトンは主語、「哲学者」は述語であり、主語は特殊な固体を、述語は個体の性質を示す。個体は、個人でも個物でも、集団でも、とにかく議論世界の成員であればよい。特定の個体

を小文字 a, b, c, \dots で、そのもつ性質を大文字 A, B, C, \dots で示し、「プラトンは哲学者である」を $P(a)$ と書く。これは無論、単称命題である。 a はプラトンの記号、 P は哲学者の記号であり、左側に性質を示す記号、その右側に固体を示す記号を () で囲んで記すのである。哲学者は多数存在するから $P(b), P(c), \dots$ もあるが、 a, b, c, \dots は個体変数である。ここで任意の個体を示す固体変項の記号として x を導入し $P(x)$ と書く。これは「 x は哲学者である」という記号であり、その x に或る個体を代入すると一定の真または偽な命題となるから、 $P(x)$ は命題型であるが、数学の函数の形と似ているので命題関数 (propositional function) ともいう。 x に特定の個体を代入して生ずる命題をその命題「函数の代入例と呼ぶ。 $P(x)$ の x にカントを代入すれば真であるが、豊臣秀吉を代入すれば偽となる。

ただし、右の例は「項命題」についてのもので、以下の記号化は、 a, b, G よりなる三項命題である。

(9) 拙稿「憲法的自由の構造」前掲注③(六二頁、同「ケルゼンの権利論・基本権論(三)」前掲注③(一九二頁参照)。

(10) Vgl. H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 60f. 清宮四郎訳『一般国家学』(改版・岩波書店・昭和四六年)一〇一頁以下 (ASL, 訳と略記(二)引用)。⁹ Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 46ff. 横田喜三郎『純粹法学』(岩波書店・昭和四八年)七八頁以下 (RRL, I, 訳と略記(二)引用)。¹⁰ General Theory of Law and State, 1945, p. 58ff. 尾吹善人訳『法と国家の一般理論』(木鐸社・一九九一年)一一九頁以下 (GTL, 訳と略記(二)引用)。¹¹ Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 120ff. (RRL II と略記(二)引用)。

(11) 拙稿「憲法的自由の構造——二つの自由権」前掲注③(六七頁)、「ケルゼンの権利論・基本権論(三)」前掲注③(一九九頁)。

(12) 拙稿「ケルゼンの基本権論(二)」金沢法学四六巻二号(二〇〇四年)二二三頁以下。

(13) 拙稿「ケルゼンの権利論・基本権論(三)」前掲注③(一九九頁以下参照)。

(14) HLA Hart, The Concept of Law, 1961, p. 77ff. 矢崎光圀監訳『法の概念』(みすず書房・一九七六年)八八頁以下の示唆による。なお、阪本昌成『憲法理論Ⅰ(補訂第三版)』(成文堂・二〇〇〇年)三七頁以下・八六頁以下参照。

(15) Vgl. H. Kelsen, ASL, S. 229f. 訳三八一頁以下、RRL I, S. 62f. 訳一〇一頁以下、GTL, S. 123f. 訳一一三頁以下、RRL II,

S.196ff.

- (16) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S.163ff. 尾吹善人訳『憲法理論』(創文社・昭和四七年)二〇三頁以下参照。阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂・一九九三年)七四頁・一一三頁以下参照。
- (17) 以上の論述および以下の論述は、ケルゼンの基本権論によるところもあるが、直接には概ねアレクシーの基本権論に基づく。しかし、そのままではなく、幾多の修正部分がある。本稿では、その修正部分や修正の理由を逐一説明する余裕はないので、それに関する文献をも含めて、拙稿「ケルゼンの基本権論(一)(二)(三・完)」『金沢法学』四五巻二号三〇五頁、四六巻二号二二二頁、四七巻二号九七頁参照。
- (18) G.Jellinek (Ann.3), S.124f.128.
- (19) 代表的なものとして、芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法(第四版)』(岩波書店・二〇〇七年)八二頁以下、佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院・一九九五年)四〇八頁以下参照。佐藤教授が、そこで各種基本的人権の「本質的属性」(四〇九—四一〇頁)と呼んでおられるのは、本稿の立場からいえば、核となる法的位①が何であるかを意味することになる。
- (20) K.Siem, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, 1988, S.587f.
- (21) この点については、拙稿「ケルゼンの基本権論(一)」前掲注(17)四〇三頁以下、同「二」の自生的秩序——市場システムと知的秩序のシステム」『金沢法学』四九巻二号(二〇〇七年)一四二頁以下、一六二頁参照。
- (22) 菅野喜八郎『統・国権の限界問題』(木鐸社・一九八八年)一一四頁以下、尾吹善人『日本憲法——学説と判例』(木鐸社・一九九〇年)五一九頁・三五八—三六〇頁・三六六—八頁、同『憲法教科書』(木鐸社・一九九三年)八一—三頁、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂・一九九三年)七二頁・一〇〇—四頁参照。
- (23) 拙稿「立法不作为に対する憲法訴訟(一)——在宅投票制度廃止事件上告審」高橋和之Ⅱ長谷部恭男Ⅱ石川健治編『憲法判例百選Ⅱ(第五版)』(有斐閣・二〇〇七年)四三八—九頁。
- (24) 宮沢俊義『憲法(改訂版)』(有斐閣・一九六二年)七二頁、宮沢俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』(日本評論社・一九七八年)一八六頁。
- (25) 以下の論述も、基本的にはケルゼンの基本権論やアレクシーの基本権論に負うが、修正したところも多い。本稿の性質上、その詳細については、ここで逐一説明する余裕はないので、それに関する文献をも含めて、拙稿「ケルゼンの基本権論(一)(二)(三・完)」前掲注(17)参照。
- (26) われわれは先に、憲法上の権限に関する図式Vを提示したが、それに用いて参政権を表わしうるとすれば、個人は、権限の様相「Kas (RPs)」において、権限の主体(e)の位置を占めるのではないかと考えられる。したがって、それに相関する国家の「責務」は「Ssa (RPs)」と表わされることになるが、その場合「(RPs)」は「国家(e)」は個人(e)の選挙という国政に参加する憲法的位置を承認するという法的位置を意味し、したがって、「Ssa (RPs)」は「国家(e)」はその権限に従って、その具体化に適った行動をとる責務を負うことになる。なお、アレクシーのいう「権限」による選挙権の分析を含むものとして、長尾一紘「選挙の法的性質(一)」『法学新報』九九巻五・六号(一九九三年)五六頁以下参照。
- (27) G.Jellinek (Ann.3), S.136ff., 160f.
- (28) 清宮四郎『憲法Ⅰ(第三版)』(有斐閣・一九七九年)一三七頁。
- (29) この点ついて、前記の在外日本国民選挙権行使制限違憲訴訟の最高裁判決(最大判平成一七・九・一四民集五九・七・二〇八七)は、極めて異例であり、先例との整合性が問題となる。
- (30) この点についても、前掲注(29)の最高裁判例は、異例である。
- (31) 代表的なものとして、我妻栄『新憲法と基本的人権』国立書院・昭和三年)一九九頁以下(『民法研究』憲法と民法)二二二頁以下)、法学協会編『註解日本国憲法 上巻』(有斐閣・一九五三年)四八一頁以下(四八九頁)参照。宮沢説も、基本的に、この立場に属すると見ることができよう(『憲法』八六—七頁・一四七—八頁、『憲法Ⅱ(新版)』(有斐閣・一九七三年・九二—八頁・四三—四—五頁)。
- (32) 代表的なものとし、芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法(第四版)』(岩波書店・二〇〇七年)二五四頁、佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院・一九九五年)六二〇—一頁、中村睦男『論点憲法教室』(有斐閣・一九九〇年)二二五頁等参照。
- (33) 代表的なものとして、大須賀明『生存権論』(日本評論社・一九八四年)九〇頁以下、高田敏『社会的法治国の構成』(信

山社・一九九三年)一五三頁以下等参照

(34) 戸波江二「生存権訴訟における判例と学説」『公法研究』四八号六九頁以下(一九八六年)、同『憲法(新版)』(ぎょうせい・一九九八年)三〇四頁。

(35) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂・一九九三年)三二四頁。

(36) 以上の三層図式と各所説の位置づけについては、拙稿「ケルゼンの基本権論(三・完)」には①と②の関係の理解においてやや不正確な説明があるので(前掲注(17)一四五頁以下)、本稿のように修正した。

(37) 「権限規範の領域」における自由権の理論構成の場合には、個人の「憲法的無服従(免除)としての自由」の法的位置として、「Sbs (RPs)」という「様相を用いたが、社会権の場合には、個人(a)が「権限」の主体となるから、その場合には、権限の様相「Kas (RPs)」が用いられることができないのではないかと考えられる。そうすると、それは、参政権の場合と同じ図式ということになるが、しかし、その場合、国が責務を負うべき(RPs)の内容は、両者において異なるのはいうまでもない。しかし、遺憾ながら、両者の違いを述語論理学的に表現しうる定式を未だうに至っていない。権限の領域は、極めて複雑かつ立体的・動態的であって、一筋縄ではいかないからである。

(38) 以上の論述は、憲法二五条一項の法的構造を念頭においたものである。なお、日本国憲法は、社会権として、二五条の他に、二六条(教育を受ける権利)・二七条(勤労の権利)・二八条(労働基本権)を規定しているが、それらについても、その基本構造においては、ここで述べたことが原理上妥当するものと考えられる。しかし、もとより、それぞれは内容を異にするから、それに応じた個別的考察を必要とするのはいうまでもなく、それは、基本権の各論に委ねられることになる。

(39) 拙稿「ケルゼンの基本権論(三・完)」前掲注(17)九八頁以下、一五八頁以下参照。

(40) 本稿は、金沢大学大学院法務研究科の二年次の「憲法演習」のために作成したプリント『憲法訴訟Ⅰ(前論) 司法権と裁判所』(金沢大学生協書籍部・二〇〇五年)の第七章「基本権の構造」をベースにしたものである。

(後記) この度、小林宏農先生の古稀記念論文集の慶賀に参加の機会を与えられたとき、できれば安全保障法の領域でテーマを設定しえたらと考えた。何よりも、その領域において先生のお考えに接してきたからである。しかし、準備時間の関係等から結局はかなわなかった。この点、遺憾であるが、しかしともあれ、慶賀に際し、年来抱懐していた基本権論の一斑を示しえたのは、誠に幸いであった。記して、これまでご著書を通して、また殊に比較憲法学会において先生からいただいた学恩とご厚情を謝するとともに、先生の益々のご健勝、ご健筆をお祈りする次第である。

二〇〇七年(平成一九年)六月二一日