

# Die Lehre vom Grundrecht bei Hans Kelsen

|       |   |
|-------|---|
| メタデータ | 言語: jpn<br>出版者:<br>公開日: 2017-10-03<br>キーワード (Ja):<br>キーワード (En):<br>作成者:<br>メールアドレス:<br>所属: |
| URL   | <a href="http://hdl.handle.net/2297/4443">http://hdl.handle.net/2297/4443</a>               |

《研究ノート》

ケルゼンの基本権論（三・完）

目次

はじめに

- 一 「主観的権利」の鳥瞰図式と基本権の概念
  - 二 基本権論の分析（その一）「基本権および自由権」について
  - 三 基本権論の分析（その二）「政治的権利（参政権）」について（以上本誌四五卷二号・四六卷二号）
  - 四 基本権論の特質（以下本号）
    - 一 イェリネックの公権論（地位理論）は克服されたか
    - 二 「国家の義務」とは何か
    - 三 社会権の構造
  - 五 基本権論の問題点と残された課題——法的様相から見た基本権の構造
    - 一 「法的様相論」導入の必要性
    - 二 自由権の二重概念
    - 三 自由権の三層構造
    - 四 基本権規範の法命題定式とその具体化の階層性
    - 五 基本権規範の効力根拠の問題
- むすび

新 正 幸

#### 四 基本権論の特質

一 イエリネツクの公権論（地位理論）は克服されたか

(一) イエリネツク公権論（地位理論）とは何であつたか

ケルゼンの基本権論の狙いは、何よりも、イエリネツク公権論の批判的克服にあつた。ケルゼンが初期の名著『国法学の主要問題』において、イエリネツク公権論の「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（HSL, S. 632）として、それを批判的に検討しているのが、そのことを示している。すなわち、両者は、いずれも法実証主義の立場から自然法論を拒否する点において軌を一にしつつも、ケルゼンは、イエリネツク公権論をさらに押し進め、それを実証主義・経験主義の見地から徹底する（「純粹」化する）ことにあつた。

しかば、イエリネツク公権論のどのような部分を批判的に克服しようとしたのであろうか。そこで、われわれは、イエリネツクの公権論を支えるものは何であつたか、またその本質的な内容が何であつたかを改めて想起しなければならぬ。それは、以下のテーゼに要約されるであろう。

(a) 国家自己拘束のテーゼ イエリネツク公権論の一切の前提は、国家の「自己制限（Selbstbeschränkung）」ないし「自己義務づけ（Selbstverpflichtung）」、すなわち国家自己拘束の理論にある。国家は、本来、全能の権力を有する超法的な存在であるが、自ら創設した法に服し、法によって義務づけられることによって、法的存在、すなわち権利・義務の主体、法人としての国家になる、という理論がそれである。<sup>(1)</sup>これによって、はじめて国家の「義務」が法的に論証されるとともに、それに対応する個人の国家に対する公法上の「権利」（公権）も法的に基礎づけることが可能となる。「国家自身による国家の法義務の承認によってのみ、国家ならびにそれに服する者の公権が可

能である。国家義務の存在によって初めて、個人の権利請求権の存在が与えられるのである」(SoR.S.195)。以下この基本命題を、「国家自己拘束のテーゼ」と呼ぶことにしよう。

(b) *Dürfen* と *Können* 峻別のテーゼ 「公権は、つねに *Können* のみを内容とする」(SoR.S.51) というように、イエリネツクの公権の観念は、この峻別論を前提とする。これについては、やや立ち入ってすでに論じたが、重要な論点なので、ここではそのポイントのみを指摘しよう。

イエリネツクによれば、法は人間相互の関係を規律するものであり、したがって、法がそのような規律をしない限り、法の関知するところではない。かくて、人間の行為は、「法的に關係ある (*rechtlich-relevant*) 行為」と「法的に無關係な (*rechtlich-indifferent*) 行為」に區別される。そして、イエリネツクは、「法的に關係のある、法秩序によって許された行為」の全体を、「法的 *Dürfen*」と呼ぶ。それは、国家の側からいえば、法的「許容 (*Erlauben*)」である。個人は、禁止されていない限り、「自然的自由」を活用する意思が許容され、かつそれに違反するときは制裁の対象になる。これが、その法効果である (SoR, S. 45-6)。

これに対して、法秩序は、自然に保有しないところの「何か (*etwas*)」を個人の「行為能力 (*Handlungsfähigkeit*)」に付加し、もって個人がその「何か」をすることを正当なものとして承認し、したがって、国家の保護を求める請求権を付与することによって、従来は法的に無關係であった行為を「法的に關係ある行為」に高める場合がある。このような「法的に關係のある、法秩序によって付与された能力」の全体を、イエリネツクは「法的 *Können*」と呼ぶ。それは、国家の側からいえば法的「付与 (*Gewähren*)」である。それには、違反ということではなく(禁止されていない)、その法効果は、有効か無効かである (SoR, S. 47-8)。

かかる區別を「*Dürfen* と *Können* 峻別のテーゼ」と呼ぶならば、それは、明らかに、本稿の依拠す「法的様相 (*legal modalities, rechtliche Modalitäten*) 論」における「行為規範の様相」と「権限規範の様相」に合致する。この「法的

様相」の区別は、A・ロスの用語によるが、それによれば、前者は、請求権 (claim) ・義務 (duty) ・無請求権 (no-claim) ・自由 (liberty) の様相、後者は、権限 (competence) ・服従 (subjection) ・無能力 (disability) ・免除 (immunity) の様相である。この法的様相は、ホフフェルドの「法的基本関係」論を理論的基礎として洗練したものであるが、もとのホフフェルドの用語に即していえば、前者は権利 (right) ・義務 ・無権利 (no-right) ・特権 (privilege) の関係、後者は権能 (power) ・責任 (liability) ・無能力 ・免除の関係である。このようなロスの法的様相論を、さらに述語論理学的手法を用いて洗練させたのは、アレクシーであるが、彼はほぼロスの用語を踏襲しつつ、前者の諸様相を「権利の領域 (Bereich der Rechte)」、後者の諸様相を「権限の領域 (Bereich der Kompetenzen)」と呼ぶ。<sup>(3)</sup> イエリネックは、その *Dürfen* と *Können* の峻別論において、実は法的様相論のドイツにおける偉大な先駆者であったことが判明するのである。<sup>(4)</sup>

(c) 私権と公権・峻別のテーゼ　しかし、それだけではない。イエリネックに特徴的なことは、この *Dürfen* と *Können* の峻別論を、私法と公法の二元論を基礎にして、私権と公権の二元論に関係づけたことであつた。そこから導かれる、以下に示される私権と公権の区別を「私権と公権・峻別のテーゼ」と呼ぶことができよう。

イエリネックによれば、*Dürfen* は、「直接には、一者の他者に対する関係」に関わり、これに対して、*Können* は、「直接には、法を創造する全体と、それに組み込まれた者との間の関係、してみれば何よりもまず、国家と個人の関係」に関わる。「対等者に対しては許容され、国家に対しては能力が付与される」(Söör, S. 49)。

かくて、ここから、私権は、*Dürfen* と *Können* が合一したものとされる。「私権は常に承認と保護を求める公法的請求権と結合しており、したがってそこでは *Können* と *Dürfen* は合一されている。さらに、他の個人に対して自法的に活動するために法秩序が個人に付与する *Können* が存在する。しかし、この *Können* も、ただ *Dürfen* に基づく要件においてのみ活動しうるのであるから、この場合にも *Können* と *Dürfen* は相互に合一している。私権はつ

ねに個人に対する個人の関係を前提とする。あらゆる主観的私権は、かくて必然的に *Dritten* を含み、もって必然的に *Können* を含む」(SsöR, s. 51)。私法の対等な私人間の実体法的関係は *Dritten* (行為規範の様相)、その国家的(裁判的) 権利保護は *Können* (権限規範の様相) にあり、私権は両者の法的様相が必然的に結合・合一したものだといふのである。その際、前者の実体法的関係において、私法上の *Können* が存在するが、それもまた *Dritten* の要件に基づくから、そこにおいても両者が合一しているとされる。この合一は、実体法的関係におけるいわばミクロコスモスとしてのそれであつて、その基礎は *Dritten* にあるといふことにならう。

これに対して、「公法の領域における個人の主観的権利は、もっぱら法規範を個人の利益のために活動する能力に存する。それは、国家に対する個人の関係に汲み尽くされるが故に、そこには、直接に、他の人格との関係呼び起こす契機は何も含まれていない」。かくて、そこから冒頭に引用した命題「個人の公権は、つねに *Können* のみを内容とする」が導出されることになる(SsöR, s. 51)。このことは、法的様相論に即していえば、公権はつねに「権限規範の様相」に存することを意味することにならう。<sup>(6)</sup>

そして、イエリネックによれば、このような公権の内容をなす「法的 *Können* は、権利能力 (*Rechtsfähigkeit*) と同一であり」、「*Können* の総体は、人格性 (*Persönlichkeit*) を表わす」。「人格性とは、理論的には、国家に対する個人の資格づけられた関係である。したがって、それは、法学的には、ひとつの状態 (*Zustand*) であり、地位 (*Status*) である」(SsöR, s. 52, 83)。かくて、ここから、かの有名な「地位理論」が展開されることになる。

(d) 地位理論のテーゼ 個人の「公権」は、国家における個人の「地位 (*status*)」から生ずる。国家によって人に「人格性 (*Persönlichkeit*)」が承認されてはじめて人は「人格 (*Person*)」となるが、「人格性」とは、右にみたように国家が「個人に承認するところの諸能力」(国家に対する個人の継続的關係) ないしそれに基礎におく「法的状態」を意味し、「地位」とは、このような「人格性」を承認された個人(「人格」)の国家に対する「一定の位置 (*Pos-*

sition)」であり、そこから公権が生ずるとされる (ASL, S. 418 訳三三五頁。Vgl. SsöR, S. 81f.)。

(e) 四つの地位のテーゼ 国家における個人の地位は、①「受動的地位」②「消極的地位(自由の地位)」③「積極的地位」④「能動的地位」に区別される。そして、それぞれの地位から、①義務、②「違法な強制からの自由」(この「自由は、③と結合することによって、「自由を侵害する一切の国家的措置の廃止を求める請求権」となる)、③積極的公権(受益権)、すなわち「個人の利益のために国家の積極的給付を求める請求権」、④参政権、すなわち「国家活動の行使が許容され、機関たる地位の担当者として承認されることを求める請求権」が生ずる (ASL, S. 418f. 訳三三五頁以下、SsöR, S. 86f. 103f. 121f. 136f. 159f.)。

## (二) 初期ケルゼンの全面的否認論

ケルゼンは、初期の大著『国法学の主要問題』で展開した法命題の理論において、「国家の義務」および「国民(臣民)の義務」を当然の前提としていた。すなわち、狭義の法命題に即していえば、国家は、不法要件が充たされた場合には、刑罰・強制執行という不法効果を課すべき「義務」を負い、国民は、不法要件に該当する行為を差し控えるべき「義務」を負うものとされ、いずれの「義務」も、法命題の「必然的な主観的現象形態」として捉えられていた。そして、国民の「権利」は、法命題において表明された不法効果への国家意思の実現が、不法要件だけでなく、さらに国民の意思表示(アクチオ)によっても制約されている場合、その国民の側(私)という主観的観点から見た法命題として、しかも、すべての法命題に必然的なものでなく、ある法命題に認められるにすぎないものであるから、法命題の「可能的な主観的現象形態」として捉えられていた。<sup>(7)</sup> いずれにせよ、かように一定の要件の下に刑罰・強制執行という不法効果を課すべき国家の「義務」が措定されていた限り、初期においては、国家自己拘束のテーゼは未だ完全に払拭されていなかったといつてよい。ケルゼン自身、後に『国法学の主要問題』第

二版序文で述懐するように、「権利義務を有する法主体としての国家が法秩序と同一物であることの認識」において初めて、「国家自己拘束説の最後の覆いも剥奪された」(HSL, S. IX 訳一七九頁)のである。<sup>(8)</sup>

そして、ケルゼンは、法命題の理論から、「自由権」の法的意義を全面的に否定した。自由権は、憲法に規定された個人の自由を侵害してはならないという「国家の不作为義務」を内容とするが、「国家の不作为義務」なるものは、法命題において既に語られていることの繰り返しであって、法的には無意味なものとされたからである。ケルゼンが憲法典における自由権の宣言をもって憲法制定者の単なる理論的宣言ないし政治的信仰告白にすぎないというのは、この意味においてである。<sup>(9)</sup>そして、かかる認識の前提にあるのは、国家は法命題において明示に語られていることについてののみ行動する義務を負うのであって、それ以外は一切行動を差し控えるべく義務づけられているという特異な「法治国家」の観念であった。<sup>(10)</sup>それによって、「国家の不作为義務」は、いわば法命題の裏面として、すでに法命題において黙示に語られていると捉えられていたのである。

また、国家機関の「不作为義務」についても、「国家は不法をなしえない」という国家不法のテーゼならびに「懲戒法命題」の理論から、一般に無意味なものと捉えられた。すなわち、国家不法のテーゼから、不法（国家義務に違反する国家機関の行為）は、国家自身には帰属されず、あげて国家機関の地位にある人間に帰属される。かかる国家機関の不法を条件として、それに懲戒罰を定めるのが「懲戒法命題」である。しかるに、国家機関が法命題において明示に語られていないことについて行動する場合には、右の法治国家のテーゼによって、直ちに法命題違反となり、懲戒法命題により懲戒上の不法効果の条件となる。つまり、国家機関は、不作为義務を負う。してみれば、国家機関の「不作为義務」なるものは、単なる法命題・懲戒法命題の繰り返しであって一般に法的に無意味である。したがって、国家機関の不作为義務を内容とする自由権も、一般に無意味なものとされたのである。<sup>(11)</sup>

さらに、ケルゼンは、このように自由権の全面的無意味論に加えて、イエリネック公権論のもつ「途方もない」



意義から、その内在的批判をも試みている。既に考察したように、その帰結は、イエリネック公権論の全面的な否定であった。

その否定の論拠の一つは、イエリネックも基本的に依拠する伝統的な私法と公法、したがってまたそれに基づく私権と公権の二元論の否定である。ケルゼンの法命題の理論よりすれば、一切の客観的法は国家の意思として公法的性質をもち、「純形式的な法学的概念構成」よりすれば、公法と私法は対立するのではなくすべての法命題は公法であり、その下位の種類として「私法」的なものがあるにすぎない。<sup>(12)</sup> 個人にアクチオを認めることによって、「権利」として主観化が可能な法命題がそれである。

もう一つの否定の論拠は、イエリネックのいう *Dürfen* と *Können* は、同一に帰するというにあった。<sup>(13)</sup> ケルゼンの法命題の理論が、もっぱら「義務」と「権利」の様相のみを眼中におく「行為規範の様相」論であってみれば、このことは当然の帰結といふべきであろう。無論、ケルゼンは、「権限規範の様相」にある「権利能力」等の問題を全く論じなかったわけではない。しかし、それらはすべて法命題の不法要件の一部として論じられ、いわば、「行為規範の様相」の中に解消されていたのである。<sup>(14)</sup>

かくて、そこでは、もはやそれ以上に「地位理論」の内容について何ら言及されることはなかった。

### (三) 後期ケルゼンの能動的 basic 権一元論

(1) 法と国家の一元論とその帰結 ケルゼンは、その後、国家概念の研究を押し進め、国家の法的性質の不徹底な理解について自ら反省を加え、国家を法秩序と捉える法と国家の一元論に至った。これによって、初期の「法治国家」の概念は、『一般国家学』において、「形式的法治国家」概念と「実質的法治国家」概念に分解され、前者において、法と国家の一元論が徹底された。<sup>(15)</sup> これによつて、イエリネック公権論の大前提をなす「国家自己拘束説」

は、根本から否定された。<sup>(16)</sup>かくて、「国家の義務」、したがって「国家の不作为義務」の法的可能性は否定され、「国家の不作为義務」に相関する個人の「自由権」なるものも否定されるに至った。このことは、「行為規範の様相（権利の領域）」において基本権を構成することの理論的可能性を一切否定するという帰結をもたらした。これについては、本稿において縷々考察したところである。<sup>(17)</sup>

(2) 法動学（法段階説）の導入とその帰結　ケルゼンは、他方では、法動学（法段階説）を純粹法学の本質的内容として新たに導入し、これによって立法過程が法的考察の対象とされるとともに、それを含む国法全体が授權關係に基づく段階的な法創設過程と捉えられるに至った。<sup>(18)</sup>このことは、何よりも、「権限規範の様相（権限の領域）」を正面から純粹法学に導入することを意味した。したがって、「行為規範の様相」で否定された基本権は、新たに「権限規範の様相」で蘇生することになった。すなわち、基本権はすべて、個人が何らの形で法規範の創設に参加する権限、ケルゼンのいえば「法的力」として能動的に捉えられたことは、すでに考察した通りである。<sup>(19)</sup>

(3) 能動的基本権一元論の特質　ケルゼンの基本権論の特質は、このように、基本権が「権限規範の様相（権限の領域）」において理論化されるべきことを論理一貫して押し進めた点にあるが、しかし、このことは、すでに「公権はもっぱら *Können* のみを内容とする」としてイエリネック自身自覚していたところであるから、少なくともこの点に関する限り、いわばイエリネック理論の延長線上にあるといつてよい。しかれば、その相違点はどこにあるか。

第一の相違点は、イエリネックの「公権論」は、「公権」という名が示すように、右にみたように公法と私法、公権と私権の二元論に立脚するが、ケルゼンは、かかる伝統的な二元論に批判的ないし否定的な立場をとっていることである。初期の否定論については、先に一言したが、後期の否定論の特質は、それが新たに法創設の動態理論の見地よりなされ、しかもそれが「イデオロギー批判」と結びついている点にある。

ケルゼンによれば、公法と私法の決定的差異は、「法創設要件」つまり「法創設方法」の相違にある（RRL, II, S. 284ff. Vgl. ASL, S. 80ff. 訳一三六頁以下、RRL, I, S. 109ff. 訳一六九頁以下）。両者の違いは、典型的には行政下命と法律行為（特に契約）によって示されるように、法義務を定める規範創設が、義務づけられる者の参加なしに一方的意思表示によってなされるか、それとも参加（合意）によってなされるかという法創設の方法にあり、したがってまた、かかる法創設要件を定める一般的法規範（行政法と民法）の相違にある。しかるに、いずれも、国法全体を法創設の過程とみる法動学の「普遍主義的」見地よりすれば、一般的法規範の個別化という点において軌を一にし、法律行為（契約）もまた、行政下命と同様に、「国家行為」つまり「法秩序の統一に帰属されうる法創設の要件」に他ならない。この認識によって、「純粹法学は、伝統的法律学が絶対化した公法と私法の対立を相対化し、この対立を体系外のものから、すなわち法と非法、法と国家の区別から、体系内のものへと変化させる」。したがって、ケルゼンが伝統的な公法と私法の二元論を否定するのは、私法は「法律関係」、公法は「権力関係」ないし「支配関係」として、後者に法とは異質の超法的契機を持ち込んで両者の区別を絶対化する二元論であって、法創設の方法という「技術的に異なって形成される法領域」の相違まで否定するものではない。現にケルゼン自身、まさにこのような意味において「技術的意味における私権」を論じていることは、既に考察したところである。<sup>20)</sup>

かようにケルゼンの二元論批判の特質は、私法行為をも含めて一切の規範創設行為を国家に帰属させるという意味において、「公法」（国法）一元論であり、その下位概念として義務者の参加（合意）によって成立する特殊な「私法」的領域が存するという点にあることになるが、そのことは、要するに、初期の学説を動態的見地から新たに捉え直したものとさえいえる。しかし、他方では、後期の学説においては、「この「公法と私法の」対立の絶対化と結びついているイデオロギーも解消させることについて、純粹法学はまさにそれが科学であることを証明する」として、それが「イデオロギー批判」と強烈に結びつけて提起されているところに、大きな特質がある。ケルゼンが

二元論の絶対化にみるイデオロギーは二様の意味をもつ。

一つは、公法の領域に関わる。二元論の絶対化において、私法の領域は、いわば法の本来の領域、「法原理」が妥当する領域であるのに対して、公法の領域においては、前者と同じようには「法原理」が妥当しない領域、法よりもむしろ「国家の利益」「公共の福祉」が支配する領域のように観念され、それ故にまた、私法の領域におけるように具体的事件に対して法律をそのまま適用するのではなく、単に法律の枠内で自由に国家目的を実現し、緊急の場合には、法律に反してもそうすべきものとされる(国家緊急権)。しかし、かかる区別は、「実定法上何らの根拠なく」、「ただイデオロギーの意味を有するだけである」。しからは、そのイデオロギー意味とは何か。ケルゼンによれば、それは、立憲君主制において、政府とその下にある行政機構に、活動の「自由」を保障し、その自由を議会の制定する一般的法規範(法律)によつて拘束することはその機能の本質と矛盾するだけでなく、それにもかかわらず拘束が存するとき、いつでもそれを免れうるといふにある。そして、かかる傾向は、政府と議会が恒常的に対立している場合には、民主共和制においても見られるという。

いま一つのイデオロギーの意味は、私法に関わる。二元論の絶対化において、あたかも公法は「政治的支配の領域」、  
「政治的なもの(das Politische)」の領域であるのに対して、私法は「政治的支配」の全く存在しない「私的なもの(das Private)」の領域であるかの如き観念が生み出されるが、しかしかかる対立は、権利の領域には存在しない。なぜなら、私権もまた、政治的権利と呼ばれる権利(参政権)と同様に、それとは異なった方法であるにしても、「国家意思の形成、つまり政治的支配に参加」という「政治的権利」だからである。したがって、右の観念は、「法律行為たる契約において設定される私法が実際は政治的支配の舞台である」という認識を妨げようとするものである。しかるに、私法は、「それが法全体の構造において有する機能からみれば、資本主義的経済秩序に相応する経済的生産と生産物の分配に関する特殊の法形式」に他ならず、その機能は、「顕著に政治的機能であり、した

がって支配機能」そのものである。<sup>(21)</sup>

かように法学の「科学」性の論拠を「イデオロギーの解消」におき、法学を「イデオロギー批判の学」とする構想は、イエリネックはもとより、伝統的法学のおよそ想定外のことから、否、それに真つ向から反するものであり、その故にこそまた、純粹法学に対する「憎悪に近い反対」(RRL, I, S. V. 訳四頁)が向けられた理由であったとされる。<sup>(22)</sup>

第二の相違点は、イエリネックが公権論を、しばしば「地位理論」と称せられるように、国家における個人の「地位」という概念を基礎に展開したのに対して、ケルゼンは、かかる問題領域を「国法に対する国民の關係」という見地から展開したことにある。

第一に、この「關係」という概念は、イエリネックのいう「地位」とは根本的に異なる。それは、人間そのものを眼中におくのではなく、ただその行動の一片、国法によって規律された限りでの行動、より正確には、法によって定められた要件と効果の集合にすぎない。それは、イエリネックの「地位」の如く、個人が人間として丸ごと国家の中に組み込まれ、そこにおいて一定の「地位」を占め、そこから義務や権利が流出するというような包括的な実体概念ではない。<sup>(23)</sup>この意味において、ケルゼンの「關係理論」は、既に指摘したように、イエリネックの「地位理論」の「修正」ではなく、まさに、その「否認」であった。<sup>(24)</sup>

第二に、ケルゼンの「關係」理論は、本稿で分析装置として用いた「法的位置および法的關係の理論」にいう「法的關係」の概念に近い、ないし、それと本質的に同一の性格をもつ。その故にこそまた、かかる理論からケルゼン学説の分析がおよそ可能となり、有効であることが確認されうるのである。

ケルゼンは、既に考察したように、「国法に対する国民の關係」を、①「受動的關係」②「能動的關係」③「消極的關係」に区別する。①は「法義務」、②は能動的権利(国法の創設に参加する法的力)を表わし、③は「規範からの自由」、広義においては①の不存在としての自由を表わす。これを法的關係の「様相」に即していえば、①

の「法義務」とその不存在（否定）としての③の広義の「自由」は、「行為規範の様相（権利の領域）」にあり、②の「能動的権利」は、「権限規範の様相（権限の領域）」にある。ここから、ケルゼンの権利論、したがってまた基本権も、もっぱら「権限規範の様相（権限の領域）」において能動的権利一元論として徹底され、それが動態的な法段階説と結びついて、一般的法規範から個別的法規範に至る階層におけるそれとして、極めて統一的・体系的に構成されていることは、これまで縷々考察した通りである。ここに、イエリネック公権論の単なる「否認」ではなく、その理論的發展ないし克服の跡を見ることは不可能ではないであろう。しかし、「行為規範の様相（権利の領域）」において、基本権を根底から否定した点についてはどうであろうか。はたして、克服といえるのであろうか。

④ 「行為規範の様相（権利の領域）」における基本権の否認は克服といえるか。

イエリネックの公権論は、右に述べたように、*Können* の領域（「権限規範の様相」）において構想されたものであった。しかし、自由権は、実はその根底に、国家の「義務」と個人の「自由」「権利」という実体的法関係、すなわち「行為規範の様相（権利の領域）」を含んでいた。

われわれは、先に、「国家の不作为義務に相関する個人の自由権」について、三つのグループについて分析し、三層よりなる重層構造をもつことを明らかにした。<sup>(26)</sup> それをやや一般化していえば、次のようになろう。

- ① 「憲法的許容として自由」
- ② 「この自由の不妨害を国家に求める権利」
- ③ 「この権利の侵害を裁判上主張する権限」

右の①は、憲法上国家による命令・禁止の不存在Ⅱ義務の不存在Ⅱ（両面的）許容としての自由、すなわち「行為規範の様相」における「自由」の法的位置を意味する。それは、補強以前の、いわば「裸の自由」である。②は、

その補強として、国家に対してその自由の不妨害を求める個人の「権利」である。この権利は、国家の不侵害の義務に相関する個人の実体的権利であり、「行為規範の様相」における「権利（請求権）」の法的位置を意味する。③は、さらに②の補強として、その実体上の権利が侵害された場合、裁判上その侵害を主張して救済を求める訴訟上の請求権であり、「権限規範の様相」にある。

イエリネックの自由権においては、①には、「消極的地位（自由の地位）」がおかれている。それは、「国家から自由な個人の状態」であり、「違法な強制からの自由（*Freiheit von gesetzwidrigen Zwänge*）」という「単一の自由（*Freiheit im Singular*）」とされる（*SoöR*, S. 103-4）。それはまた、「国家にとって法的に無関係な行為」ともいわれる（*SoöR*, S. 104-5）。そして、イエリネックは、①を「保護」するものとして、②に「消極的地位の承認およびそれに対応して消極的地位に対する妨害の不作為および排除を求める」請求権をおき、それによって「消極的地位は、法的地位へと高められる」とする（*SoöR*, S. 105）。そして、③として、この請求権を「法的手段（*Rechtsmittel*）」によって主張する公法上の「権利保護請求権（*Rechtsschutzansprüche*）」がおかれている。しかし、イエリネックによれば、③は「消極的地位」に属するのではなく、「積極的地位」に属する（*SoöR*, S. 106, 128）。それは、まさにイエリネックのいう「*Können*」の領域、「権限規範の様相」にある。<sup>(27)</sup>

ただし、②の位置づけには、かなり曖昧なところもある。②も③と同様に「積極的地位」に属するかに読めるところもあるからである（*Vgl. SoöR*, S. 105-6）。しかし、①②は、ともに「行為規範の様相（権利の領域）」にあると解するのが正当であろう。というのは、イエリネックは、①②を私法上の権利と類比し、①と②を私権と私法上の請求権（物権と物権的請求権）とパラレルにおき（*SoöR*, S. 105. *Vgl. S.* 58）、後者を保護するのは、公法上の「権利保護請求権」であるとし、それをもって「権利保護請求権」のへ第一の本質的作用✓とするとともに、①②を保護するの、<sup>(28)</sup>「権利保護請求権の第二の本質的作用」である（*SoöR*, S. 124f. 128）<sup>(28)</sup>としているからである。

ともあれ、ここから明らかのように、イエリネックが唯一「基本権」と呼んでいる「自由権」は、このような三層の構造をもち、その核をなす①②は、「行為規範の様相」を含むのである。

しかるに、ケルゼンは、このような「行為規範の様相」における基本権を根底から否定するのである。はたして、かかる否定によってイエリネックの公権論が理論的に克服されたといえるのであろうか。筆者には必ずしもそうとは思えない。

ケルゼンの否定の理論的前提は、遡ればイエリネック「国家自己拘束説」の否定、すなわち、法と国家の一元論にあった。しかし、仮に法と国家の一元論が理論的に正当だとしても、しかしそこから論理必然的に「国家の（不作為）義務」の否定、したがって、それに対応する個人の自由・権利の否定をもたらすのであろうか。

そこで次に、この点を考察にすることにし、然る後に、イエリネックの公権論において殆ど論じられなかった「社会権」について少しく分析することにした。

(1) 拙稿「地位理論の『修正』?——ケルゼンの『国民の国法に対する関係』の理論——」「比較憲法学研究」九号（一九九七年）三九頁以下参照。

(2) 前稿（一）・一六号・一四六頁以下参照。

(3) 前稿（三）・二二号・一八五頁以下参照。

(4) イエリネックのこの *Dürfen* と *Können* の区別は、わが国において美濃部達吉博士により「命令的規律」と「能力的規律」の区別として受け継がれている（『憲法撮要』改訂第五版・昭和七年・四頁以下）。法的様相に即していえば、前者は「行為規範の様相」、後者は「権限規範の様相」にあるが、美濃部博士は、後者（能力的規律）について、それが自己の目的のために認められる場合を「権利」、他の者の目的のために認められる場合（代理意思、機関意思）の場合を「権能」として、両者を区別される。したがって、博士のいう「権利」は、「行為規範の様相」に存する「義務」の相関としての「権利」ではなく、実は「権限規範の様相」に存する権限の一種に他ならない。しかるに、博士は、「能力



的規律ハ常ニ一面ニ於テ他ノ者ニ対シテ其ノ權威ヲ尊重シテ之ヲ侵スベカラザルコトヲ命ズルモノニシテ、同時ニ意思ノ拘束ノ定メヲモ包含ス。一人ニ權利ヲ与フルコトハ即チ他ノ者ニ義務ヲ命ズルコトニ他ナラズ」として、権限の一種たる「權利」に相關するものを「義務」とされる（五頁。なお、『法の本質』昭和二三年（初版・昭和一〇年）三二頁以下、『日本国憲法原論』（宮沢俊義補訂）昭和二七年・三頁以下参照）。しかし、ここで「義務」とされていものは、法的様相論に即していえば、権限の相關としての「服従（subjection）」ないし「責務（liability）」であつて、嚴密な意味において「義務（duty）」ではない。「責務」に何らかの制裁が結びつけられるときに初めて、それが「義務」となるのである。法的様相論からみる限り、ここに博士の用語の混乱がみられるとともに、「権限」の相關としての「責務」の概念の欠如がある。わが国において「權利」と「権限」、「義務」と「責務」の概念が極めて曖昧に用いられているのも、もしかしたらその一斑は、かかる用語の混乱に由来するのかも知れない。

- (5) イエリネックによれば、「私法と公法の対立は、次の基本的思想に還元されうる。すなわち、私法においては、各個人は相互に基本的に並列的なものとして対立し、したがつて、私法は各個人それ自体の諸關係を秩序づけるものであるのに対して、公法は、種々の支配主体間の諸關係、あるいは支配主体の組織と作用および支配主体と被支配者との關係を規律する」(ASTL, S. 384. 訳三一五頁)。したがつて、通例の分類によれば、基本的には「主体説」に立つものといえよう。しかし、そこでは、すでに「支配」主体ということによつて、いわゆる「權力説」的要素も組み込まれているが、「支配権力は、それが制限されることによつて、法的権力となる。權利とは、法的に制限された権力である」(S. 386. 訳三一七頁)とされ、国家自己拘束による法的権力關係（国家と国民の權利義務關係）であることが示されている。そして、主觀的公権は、客觀的公法に基づいてのみ可能であるとするのである (Sorr, S. 8)。因みに、美濃部博士の公法と私法の二元論も基本的にはイエリネックの所説によるが如くである（『日本国法学』上卷上総論・明治四〇年・一八三頁以下、『行政法撮要』上卷・再版・昭和四年・三一頁以下、『公法と私法』昭和一〇年・二三頁以下参照）。
- (6) かかるイエリネックにおける「DürfenとKönnenの峻別論」と「私権と公権」との關係づけは、美濃部博士の場合には、必ずしも明確に示されていないが、その公権論は、基本的にはイエリネックの公権論を基礎にしているが如くである（『憲法撮要』一五四頁以下参照）。『日本国憲法原論』においては、「公権」の総論的論述はないが、しかし参政権は「主動的公権」、受益権は「積極的公権」、自由権は「消極的公権」として論じられている（一五五頁以下参照）。

(7) 前稿（一）・一六号・一二六頁以下・一三二頁以下参照。

(8) 拙著『純粹法学と憲法理論』三八頁以下参照。

- (9) 前稿(二)・一七号・六頁以下参照。
- (10) 同・九頁以下・三〇頁以下参照。
- (11) 同・一七頁以下・二三頁以下参照。
- (12) 前稿(一)・一六号・一四六頁以下参照。
- (13) 同・一五〇頁以下参照。
- (14) 前稿(二)・一七号・四一頁以下参照。
- (15) 同・三七頁以下参照。
- (16) 拙稿「地位理論の『修正』？」前掲誌九号・四三頁以下参照。
- (17) 本稿(一)・本誌四五卷二号・三八八頁以下参照。
- (18) 拙著『憲法と立法過程』二九頁以下、前稿(三)・二一号・一七〇頁以下参照。
- (19) 本稿(二)・本誌四六卷二号・二二六頁以下参照。
- (20) 前稿(四)・二二号・八二頁以下参照。
- (21) 「法義務の反射としての権利」および「技術的意味の私権」のイデオロギー的意味については、同・六一頁および八八頁以下参照。
- (22) 法学を「イデオロギー批判の学」とする構想は、戦前において憲法学の領域において宮沢俊義教授の論文「国民代表の概念」により鋭利な展開をみた(『憲法の原理』所収・昭和四二年・岩波書店・一八五頁以下(初出・昭和九年))。宮沢教授の論文「公法・私法の区別に関する論議について」および「公法と私法」は、まさにここで問題となっているテーマについて、かかる構想からなされたものである(『公法の原理』所収・昭和四二年・有斐閣・一頁以下(初出は、それぞれ昭和一〇年・一一年))。前者の論文は、公法・私法の「理論的な(あるいは本質的な)区別」と「技術的な(あるいは制度的な)区別」との原理的な相違を明らかにしつつ(ケルゼンのそれは、前者に属するとされている)、これまでの論議において両者が方法的無反省によって混淆されてきたことを指摘し、この点に関する「方法的反省の必要」を説いたものであるが、その末尾は、かかる「無反省な思维の所産がどのようなイデオロギー的機能を営むか、という問題を考察することが一そう重要であるとおもうが、これは他日を期することにした」(一六頁)という一文によって閉じられている。しかし、それは陽の目を見ることはなかった。この意味でそれは未完の論文といふべきであろう。戦後、日本国憲法のもとにおいて公法・私法の二元論をめぐって、とりわけ伝統的三元論に対する批判が活発になさ

れたが、この分野において宮沢教授が課題として残された仕事は未だなされていなく見える(塩野宏『公法と私法』有斐閣・一九八九年・一〇九頁以下、藤田宙靖『行政法学の思考形式「増補版」』木鐸社・二〇〇二年・一四五頁以下参照)。今日、憲法学の領域において一般にかかる構想を鮮明に受け継いでおられるのは、いうまでもなく樋口陽一教授の『比較憲法(全訂第三版)』(青林書院・一九九二年)である(五頁以下参照)。

- (23) アレクシーによれば、イエリネックの地位理論は、「多くの不明確性や若干の欠陥にもかかわらず、基本権の領域における分析的な理論形成の大規模な例である」とし、その理論の中心をなす「地位」の概念は、「基礎的な性格をもつ諸位置(Positionen)についての抽象(Abstraktionen)」である捉える。そしてそれは、「強み」と「弱み」をもつという。その弱みは、「基礎的な諸位置と地位との関係ならびに様々な基礎的諸位置間の関係が必ずしも明確になされていない点にある」が、しかしこの弱みは、「地位理論が法的根本位置の理論によって基礎づけられるとき」には、除去される。そして、地位理論が「義務論的な基本様相の理論によって基礎づけられるとき、透徹した明晰性をもつ体系が成立しうる」という(TG, S. 243-4)。しかし、筆者には、イエリネックの「地位」は、アレクシーのいうように基礎的諸位置の「抽象」ではなくて、それらがそこから流出する一つの包括的な実体のように思われる。その故にこそ、右指摘の諸関係の不明確さが存するのである。したがって、もしアレクシーのいうように、地位理論が法的根本位置の理論によって基礎づけられるとれば、それはもはや「地位」理論ではなくなるであろう。

- (24) 拙稿「地位理論の『修正』?」前掲誌九号・四七頁参照。

- (25) 前稿(三)・二二号・一九四頁以下参照。

- (26) 本稿(一)・本誌四五巻二号・三八九頁以下参照。

- (27) イエリネックによれば、「積極的地位」に属する権利は、「個人の利益のために国家の積極的給付を求める請求権」、すなわち国家の「積極的行為(Tun)」を内容とするものである(SöR, S. 121)。しかるに、「消極的地位」と結びついた「積極的地位」に属する権利は、国家の積極的行為を内容とするのではなく、逆に、自由を侵害しないという国家の「不作為」という消極的行為を内容とするものである。もし「積極的地位」のかかる性質を真剣に受けとめるならば、国家に不作為を求める自由権(防禦権)なるものは、イエリネックの体系において「何らの席」も持たないことになりはしないか、とアレクシーは論じ、ここに「イエリネック体系の粗い性格」が露呈しているとして、かかる齟齬は「法的基本位置の理論の光りの下で」解決しうるとする(TG, S. 240f)。その解決方法とは、一方では、イエリネックの消極的地位を「狭義」(右の①)に限定した概念と「広義」(右の①と②を含む概念)に区別し、他方では、積極的地位を

「狭義」(国家の作為を求める請求権)と「広義」(国家の作為のみならず、不作為を求める請求権の双方を含む概念に區別し、「狭義の消極的地位を広義の消極的地位にせしめる(防禦権)のために、前者に付加されるべき権利は、広義の積極的地位の権利の一つの下位種である」(S. 241)とする。

(28) われわれは、先に、ワイマール期において、トーマがイエリネックの公権論を受け継いでワイマール憲法に即して展開していることを指摘したが(本稿(一)本誌四五巻二号・三八三頁参照)、トーマによれば、ドイツ国民の「消極的地位」は、ドイツ国民が、その権利および自由領域への国家の侵害は差し控えられるべきであり、あるいは取消されるべきであることを要求しうる一切の権能(Befugnis)であって、「論理必然性をもって、法律適合的自由に対する一般的な権利請求権」を基礎にする。これをトーマは「一般的自由請求権」ないし「一般的人格権」と呼ぶ。そして、それが独立の裁判所によって保護されるとき、「真正の主観的権利」に高められることになるが、そうあるべきならば、「消極的訴権」「公法上の反作用請求権」が付加されなくてはならないとする(HabDSR, II, S. 619-620)。

ここで、注目されるのは、まず第一に、イエリネックのいう「単一の自由」、包括的な自由の法的状態が、「一般的自由請求権」ないし「一般的人格権」と捉えられていることである。したがって、ここでは、右の①と②が合体されて觀念されている。トーマのこの「一般的人格権」の概念は、今日、ボン基本法二条一項あるいは日本国憲法一三条二文において論じられている「包括的基本権」の觀念を彷彿させるものとして、誠に興味深い。のみならず、第二に、それが、裁判所に対して国家の不作為(不侵害)の保護を求める「消極的訴権」と結びついたとき、「真正の主観的権利」となるとされ、右の③が念頭におかれていることである。その際、注(27)で見たイエリネックの概念的混乱は、回避されている。因みに、トーマは、「積極的地位」に属する請求権を、「実体法上」の請求権と「形式法上」の請求権に區別し、後に見るように社会国家的請求権を前者に位置づけるとともに、後者を広く「市民が自己の実体法的法権能ならびに積極的・消極的および能動的地位の保護のために、裁判官庁・執行官庁を作動せしめうる公権」と捉え、それが独立の裁判所によって保護される場合を「狭義」の権利保護請求権としている(S. 621H)。

## 二 「国家の義務」とは何か

### (一) ケルゼンの「国家の義務」否定の論理

しばしば「国家の義務」ということが、恰も当然の如く語られる。「人権を保障することは、国家の義務である」とか、「人権を侵害するような法律をつくることは、国家（国会）の立法義務に反する」とか、いとも容易に語られる。世間一般においてそうだといいだけでない。憲法学においても、そうである。<sup>(1)</sup>ドイツの憲法（ボン基本法）の如く、「それ「人間の尊厳」を尊重し、かつ保護することは、すべての国家権力の義務である」（一条一項二文）と憲法典自身が語っていることさえある。<sup>(2)</sup>

しかし、ケルゼンによれば、「国家の義務」が語られる場合、その法的意味は極めて不正確であって、大抵そこには、何ら「法義務」は存在せず、単に「道徳的—政治的要請」が存在するにすぎない。ケルゼンは、そのことを、「国家は犯罪者を処罰する義務がある」という命題に即して、次のように論ずる（RRL, II, S. 304f）。

「ある一定の行動への義務が存在するのは、法秩序がその逆の行動に強制行為を結びつけている場合のみである」。これが、ケルゼンのいう「法義務」の概念である。この概念よりすれば、「法義務の主体」とは、「その行動によって義務が違反されるところの人、潜在的な不法行為者」である、ということになる。しかるに、右の犯罪の処罰に関する命題に即していえば、「犯罪者を処罰する」ことが法秩序によって「授権」されているだけならば、実は「法義務」を内容としていない。しかし、「犯罪者を処罰する」べき義務が懲戒法規によって法適用機関（公務員）の職務義務とされているとき、その職務義務に違反する公務員の不法行為が国家に「転属（zuschreiben）」されるならば、「犯罪者を処罰する」べき義務は、「国家の義務」ということになる。しかるに、「普通の用語においては」、「このような公務員の不法行為は、国家（人格）に転属されないで、国家機関の地位にある公務員個人に帰せられる。これによって、義務の「担い手」（主体）の存在は満たされるから、「国家人格への転属は何ら必要でない」。それ故、「世人が国家の刑罰義務によって念頭においているのは、機関の職務義務ではなく、国家の刑罰義務によって法秩序に向けられた道徳的—政治的な要請（*moralsch-politische Postulat*）を表現しているにすぎない。社会的に有

害な行動には、制裁としての刑罰が結びつけられるべしという要請が、それである」。

基本権および自由権に相関する「国家の義務」についても、これと同じ論理により、このような「国家の義務」も「道徳的—政治的な要請 (Forderung)」にすぎないとされる。

憲法適合的に保障されたいわゆる国民の基本権および自由権に対して、通例、それに対応する国家の義務が対置される。この権利の内容をなす平等または自由は、それを法律によって侵害してはならないという義務、換言すれば、保障された個人の領域に対して、その領域を制限したり廃止したりする法律によって侵害してはならないという義務が、それである。このような基本権および自由権の前述（一四五頁以下）の分析において明らかにされたのは、基本権および自由権は、それ自体何ら権利ではないということ、憲法適合的に保障されたある種の平等または自由を侵害する法律を制定することの「禁止」は、何ら立法機関の法義務ではなく、ただ違憲の法律を特定の手続において無効にすることの可能性をつくるにすぎない、ということであった。立法機関の法義務は、憲法適合的に保障され平等または自由を侵害する法律を制定してはならないということにあるのではなく、また、かかる法律に対して裁可、署名または副署に協働してはならないという、もしかしたらありうるどころの元首または内閣構成員の法義務は、これらの機関の義務とみなされ、したがって国家法人への転属の必要がないが故に、国民の平等および自由を尊重すべしという国家の義務は、法秩序に向けられた、右の憲法適合的保障の道徳的—政治的要請にすぎない (S. 305-6)。

しかし、ここには、論理の飛躍があるように思われる。なぜなら、すでに考察したように、「基本権および自由権」を「権限規範の様相」において、憲法で保障された自由または平等を侵害する法律の効力を否認するところの法規範創設に参加する一つの「法的力」と捉える限り、「権限」という法的様相（法位置）には、A・ロスやアレクシーの用語によれば、それに「服すること (subjection)」という法的様相（法位置）が相関しているからである。つまり、個人の「権限」には、それに「従うこと」（服従）という法的様相（法位置）が相関しているのである。ホー

フェルドの用語に即していえば、個人の「権能 (power)」には国家の「責務 (liability)」が相関しているということである。この「責務」という法的様相 (法位置) も一つの法的存在であるから、それを全く無視して「単なる道徳的—政治的要請」とするのは、早計であろう。

この国家の「服従」ないし「責務」という法的様相 (法位置) は、元に翻つて国家の「権限」の側からいえば、憲法上国家は基本権を侵害する権限を有しないという「無権限」の法的位置にあり、これに相関して個人は憲法上かかる違憲の権能行使については「無服従」(「免除」) という法的位置にあるということ、そして、個人のこの法的位置を保障 (補強) するための制度が違憲審査制であり、右の「法的力」とはかかる補強の外皮としての性格を有することは、既に縷々論じたところである。<sup>(4)</sup>

ケルゼンは、「法義務」の概念を厳密に捉え、それを刑罰ないし強制執行という制裁の条件となるような行動を差し控えるべき義務としている。この概念は、もとより、「行為規範の様相 (権利の領域)」においてなされたものであり、「制裁」として刑罰ないし強制執行が念頭に置かれている。この限りにおいて、一般的な理解と共通する (通例は、「強制執行」の代わりに「損害賠償」が語られる。しかし損害賠償が履行されない場合には、最終的には強制執行に至らざるをえないから、強制執行というのが正確であろう)。したがって、そこでも一般に、権限規範に違反する行為の法的効力を否認すること (無効ないし取消)<sup>(5)</sup> は、「制裁」には含まれていない。しかしながら、この「権限規範の様相」に特殊な「無権限」の行為に対して、その法的効力を否認するという反作用の方式も、法技術として極めて重要なものである。この意味において、それは、「制裁」に準じたもの、いわば「権限の様相」における「もうひとつ制裁」、「準制裁」といえるのではないか。そうだとすれば、「国家の義務」は、確かにケルゼンのいうように、厳密な「法義務」ではないが、さりとて、単なる「道徳的・政治的要請」でもなく、正確には「国家の責務 (ability)」<sup>(6)</sup> というべきであろう。違憲の国家行為があった場合、それを条件としてその法的効力を否認するという意

味での「準制裁」が結びつけられるからである。

しかしながら、国家行為のうち立法行為を別にして、個別具体的な国家行為については、それが「無権限」である場合、それに右に述べた意味での「準制裁」が結びつけられるだけでなく、それとは別に、または、それと並んで、厳密な意味での「制裁」つまり刑罰ないし強制執行を結びつけられることも理論的に問題となりうる。もしこれが理論的に是認されるならば、まさに真正の「国家の義務」が存することになる。次に、この点を少しく考察することしよう。

## (二) 国家不法テーゼの動揺

かつてケルゼンは、「国家は不法をなしえず」という命題をもって国法学的認識の「要請」(Postulat)、いわば「公理」とし、そこから国法学が発すべき前提の如く考えていた。これによって、国家意思の無矛盾な統一性が基礎づけられ、それこそが法命題概念の統一性——法義務概念の統一性——権利概念の統一性と順次連なつて、国法学全体の体系的統一性が確保されると考えられていたからである。<sup>(6)</sup>これを「国家不法のテーゼ」と呼ぼう。しかるに、その後、このテーゼは著しく動揺している。先の引用に続けて、ケルゼンはいう。

ある行動をなすべき法義務が存在するのは、法秩序がそれとは逆の行動を制裁の条件としている場合のみである。したがって、ある行動の義務を負う個人は、自らの行動によって、その義務を履行しうるだけでなく、特にその義務を侵害しうる。このことを措定するなら、国家に転属される義務の主体とは、この義務を、国家機関として、自己の行動によって履行することができ、また侵害しうる個人である。社団の法人のところでは分析したように、一般には法人、特殊には国家法人に法義務が転属されるのは、ただ、法人に機関による義務の履行だけでなく、義務違反もまた転属される、すなわち国家は不法をなしうるVということが仮定される場合のみである、というのが首尾一貫している(Konsequent)というものであろう。



しかしながら、転属は、ただ可能な思考操作(Denkenoperation)にとどまり、必然的思考操作ではなく、つねに擬制(Fiktion)を含むものであるから、かつ、法秩序において定められた義務を履行し、または違反するのは、実際において法人としての国家ではなく一定の人間であるから、用語例においては、国家に義務違反が転属されることなしに、国家に義務およびそれを履行する行動が転属されうる。すなわち、国家とその統治の権威の利益において、国家は、確かに義務に適合して法をつくるが、しかし義務に違反して不法はなしえないという觀念が維持されるのである(S. 306)。

かつての「国家は不法をなしえない」という国家不法テーゼとは全く逆に、今や「国家は不法をなしうる」という命題を措定することこそが「首尾一貫している」とされる。<sup>(7)</sup>しかし、それに対して直ちに、国家機関の行動の国家人格への「転属(Zuschreibung)」は「単に可能な思考操作」にとどまり「必然的思考操作」ではないとして、ケルゼンは、依然として「国家は不法をなしえない」という旧来の命題を維持しようとするのである。

ケルゼンによれば、国際法が、国際法に違反する国家行為を不法行為として、それに不法効果として制裁(戦争または復仇等)を結びつけているとき、その不法行為を国家に転属させることは、「伝統的な用語例において何らの疑いも生じない」。しかし、ここで問題となっているのは、それとは論理構造を異にする。なぜなら、ここでは、「国法秩序において定められた不法要件は、この法秩序の擬人化としての国家の人格に転属されるか、そして、国法秩序によって定められた制裁は、国家に対して向けられたものと解しうるか」ということが問題となっているからである。ケルゼンによれば、この間に対して、「国家は不法をなしえない」という命題を措定して、国家法人には、その機関行為のうち、適法行為のみを転属させ、違法行為は、「国家機関に与えられた権限外」の行為として、国家に転属させないこと、つまり国家への転属を適法行為にのみ限定することは可能であり、かつ、このような「傾向が明らかである」という。もし、かかる命題が措定される限り、不法を行う国家は、それ自体「自己矛盾」ということになる( S. 307)。しかし、ケルゼンは、ここでもまたもや反転して、このような限定は、単に可能である

にとどまり、「不法を国家に転属させることは一つの論理的矛盾を意味するという意味において、必然的なものではない」という。かくて、「不法は、法秩序によって定められた一つの要件であるから、この法秩序の擬人化された統一体に関係づけられうるのであり、国家に転属されうる。事実、このことは、或る場合に生ずる。△国家は不法をなしえない▽という原理は、通例の用語において、重大な例外なしには、維持しえない」(S. 307g. △▽は筆者)。

そして、このような「重大な例外」として、ケルゼンは、国家機関の不法行為に刑事制裁ではなく、強制執行が結びつけられる次のような例を示す。

実際、国法秩序によって定められた義務が財産法上の給付を内容とし、国有財産によるその義務の履行と強制執行が国有財産に向けてなされる場合には、法秩序によって定められた義務の違反、したがってその義務も、国家に転属される。法秩序は、以下のことを規定しうる。△裁判手続において、無罪の者に刑罰が執行されたと認定される場合には、その刑事判決は破棄され、よって、強制的になされた自由または生命の剥奪が刑罰とみなされるべきでないだけでなく、それにより当該個人(または、この個人の一族)になされた損害は、国の財産からの給付によって補填されるべし▽。一定の国家機関は、この給付をなすべき義務を負う。この給付がなされない場合には、世人がいうように、国家に対して訴えが提起され、裁判上国家は給付すべきことが判決される。そして実際には殆ど生じないが、しかし可能なこととして、もし判決通りに国家が給付しないならば、強制執行が国家に対してなされる。この場合、世人はいう。△国家は、刑罰執行によって無罪者に与えた損害を補填すべき義務に違反した▽と。すなわち、世人は補填義務ならびにその履行と違反を国家に転属させるのである。そして、当該財産が国家の財産と解される前提の下では、世人は、制裁の甘受も国家に転属させているのである(S. 308g)。

この事例において、刑事補償請求権が念頭におかれているか、あるいは刑事裁判にまつわる国家賠償請求権が念頭におかれているか、右の一文だけからは判然としないが、そもそも何故このような特異な事例を提起しなければならぬのか不可解である。なぜなら、国家賠償請求権の普通の事例においても、原告が勝訴した場合には、まさ

に「実際には殆ど生じないが、しかし可能なこととして、もし判決通り国家が給付しないならば、強制執行が国に對してなされる」可能性は、つねに存しうるからである。それどころか、今日では、実務において、原告が勝訴し、諸般の事情からとりあえず賠償金を確保するために、仮執行宣言付給付判決により国の財産を差押えることは、現にしばしばなされているところである。<sup>(8)</sup> そうだとすれば、それは、「国家は不法をなさない」という原理の「重大な例外」どころか、むしろ逆に、「国家は不法をなしうる」という原理の一斑を示すものといわなければならぬであろう。それに繼いで、ケルゼンは、さらに「重大な例外」として次のように場合を論ずる。

ある個人が、国家機関の属性において、すなわち国家に転属可能な行為によって、ある法律行為をなし、それによって国有財産と解される財産から履行すべき国家の義務が創設される場合にも、右と同じような転属が生じうる。義務の不履行たる不法行為の国家人格への転属は、可能である。なぜなら、不法構成要件は、国法秩序において、制裁の条件として、すなわち国有財産に対する強制執行の条件として定められているからである (S. 309)。

ここでは、国家機関の法律行為によって生ずる国家賠償の例が念頭におかれているが如くであるが、先と同様に、否、それにもまして、決して「例外」とはいえないであろう。しかるに、不可解なことに、ここでも再びケルゼンは反転して、依然として、「国有財産への強制執行」という觀念を回避しようとする。

国有財産への強制執行は、可能としてありうる事態についてのばかげた解釈であるかに見える。・・・しかし、このような解釈は、避けることができる。現実の事態は、△強制執行は、当該国有財産の管理を権限とする国家機関の意思に対してなされるべきあるVということである。この「国有財産管理」機関が国家の執行機関の命令に従って給付することを拒否することは、彼の職務義務の違反のもとで生ずる。強制行為は、もしそれが必ずなされるべきものとするれば、実際はこの個人

に対するものである。転属は、必然的思考操作ではなく、ただ可能な思考操作にとどまるものであるから、強制行為たる害悪を国家に転属させることは、もし世人が国家による国家自身に対する強制行為を避けようと欲するならば、必然的なものではないし、なさなされなくてもよい。その場合には、強制執行は国有財産に対するものであるが、しかし、国家の人格に対するものとは解されない。国有財産に対する強制執行が向けられる個人は、その財産を形成する法の主体でなければならぬわけではない（S. 310.  $\wedge \vee$  は筆者）。

かようにしてケルゼンは、「国家に対する強制執行」という観念を回避しようとするのであるが、「転属」という補助概念なしに事態を記述すれば、「国家機関の法義務」とその義務違反による不法行為に対する「国家の責任」という問題に解消されることになる。

かように、財産法上の国家の給付義務は、転属という補助概念を用いなくて記述すれば、その行動がこの義務の内容をなす国家機関の義務である。それは、国有財産と解される財産から履行されるべき義務である。この義務は、制裁の条定によって、すなわち、国家の人格に対してではなく、国有財産に対するものと解される強制の条定によって構成される。この強制執行は、この財産を管理すべき国家機関の人格に向けられる。この財産が、それを形成する法の主体としての国家に帰属されるならば、国家は、この財産について、ある個人が国家機関として属性においてなすべき義務をなさなかつたことよって生じたところの不法の責任を負う（S. 310）。

ケルゼンによれば、「法義務 (Rechtspflicht)」と「責任 (Haftung)」の概念は、密接に関係するが、明確に区別されるべきものである。制裁は、「法義務」を負う者、不法行為を行った者に向けられるのが普通であるが、しかし、「法義務」者本人とともに、あるいは本人ではなく、しばしば、別の人に向けられることがある。そのとき、別の人は、不法行為の「責任」を負う。その際、別の人は、個人の場合もあるが、しかし個人の集合体、例えば、義務者本人

の所属する家族とか、部族とか、国家というよな「団体」であることもある。後者の場合には、「団体責任 (Kollektivhaftung)」が生ずる (S. 125f)。

国家不法についていえば、法義務に違反して不法行為を行うのは、どこまでも国家機関である。しかし、それに対する制裁が、義務者たる国家機関に向けられるのでなく、それに代わって国家自身に向けられるとき、国家「責任」が生ずる。

法人としての国家は、通説の用語によれば、国法秩序によって課された給付義務を履行せず、その義務に違反することにより不法をなしうるが、国法秩序が制裁としてこの国家不法に結びつける国有財産への強制執行は、国家の人格に対するものとは解されない。すなわち、国家は、国家に帰属された不法の責任を負うのは、その財産に関してであって、人格に關してではない。他方、義務に違反した国家機関は、その人格をもってこの不法の義務を負う。・・・国有財産が国家構成員の共同財産と解されるならば、この国家の責任は、その構成員の団体責任である (S. 310)。

### (三) 小括——憲法保障としての国家の「国家不法解消義務」(憲法秩序回復義務)

以上、ケルゼンの論述に即して「国家不法」の問題を考察したが、論述は晦澁を極め、同じところを何度も反転しているかにみえる。それには、旧来の「国家は不法をなしえない」との国法学の「公理」にどこまでも固執することから生ずるケルゼンの意地のようなのが感じられるが、既に示唆したように、それは、もはや根本において今日の実定法のあり方にそぐわないように思われる。国家賠償請求権が、今日諸国の憲法典に明示に規定され、実定憲法上の権利ないし「基本権」として、その詳細が法律によって定められて国家賠償制度が確立されている現代において、もはやケルゼンの如く、「国家は不法をなしえない」を原則として、不法を国家に帰属させないのが一般的「傾向」であるとか、その下で場合によっては生じうる「国家に対する強制執行」を「重大な例外」と捉える

のは、時代錯誤といふべきものであろう。むしろ、今日の実定法においては、その逆の思考が一般的といふべきであらう。<sup>(9)</sup>既に指摘したように、「国家に対する強制執行」は現にしばしばなされているところである。

確かに、ケルゼンが当初より理論構成しているように、「国家機関の法義務」と「国家の義務」を厳密に区別し、前者の義務違反（不法）は、国家機関たる人間に帰属し、国家に帰属されるのではない。この意味において、それは「国家の義務」ではない。しかし、国家機関の法義務に対して、国家が「責任」を負うことを定めることは実定法上可能であり、そのような場合にのみ「国家は責任を負う」<sup>(10)</sup>。このように考えることは、法理論上可能であり、それとして筋が通っているものといえよう。

しかし、他方では、国家機関に一定の権限を与えて、国家の名において行為することを認めた以上、機関の地位にあるのは、神ならぬ人間であるから、誤りのあることを免れず、そこから生ずる一切の行為は国家に帰属すると理論構成することも、「国家は不法をなしえない」との公理と矛盾することなしに可能である。しかし、その場合、「国家は不法をなしえない」との公理の意味は、ケルゼンの場合とは異なる。すなわち、いったん国家機関によつてなされた違法ないし不法はそれと認めて、そのうえで事後的にその違法行為の効力を否認し、あるいは、不法行為から生じた損害を補填することによつて、いったん破られた国法秩序の統一性を必ず解消・回復すべきものと理解するのである。したがつて、この場合には、「国家は不法をなしえない」との公理は、「国家は、ひとたびなされた違法ないし不法をそのまま放置しておくことは許されず、法上必ずその違法ないし不法を解消すべき責務ないし義務を負う」という意味になる。そして、かかる理解は、憲法保障という見地からも、正当化されうる。なぜなら、近代憲法は、予め国家機関による憲法の侵害が生じないように種々の方策（予防的憲法保障）を講ずるとともに、憲法の侵害が生ずることをまた予想して、かかる侵害を生じた場合には、事後的にそれを解消して、憲法秩序の統一性を回復する種々の方策（匡正的憲法保障）をも講じているからである。<sup>(11)</sup>この意味で、かかる匡正的憲法保障

制度として、憲法直接的な違憲審査制だけでなく、ひろく、行政争訟制度やここで問題とする国家賠償制度、さらには適法行為にかかる損失保障制度なども、ひとたび破られた憲法秩序全体の統一性を回復するための制度と捉えることができる。この意味でまた、後者を広義において憲法保障制度と呼ぶこともできるであろう。<sup>(12)</sup>

(1) かかる用語法は、明らかに伝統的憲法学に由来する。例えば、美濃部博士は、当初よりイエリネックの国家自己拘束説によりつつ、「国家ガ法ニ拠リ拘束セララルルハ即チ国民ニ対シテ此ノ法則ヲ破ルベカラザル義務ヲ負ウナリ」(『日本国法学』上巻・上・一七九頁)とされ、そして、そこにいう「義務」は、「制裁」を不可欠の構成要素とするものではない。なぜなら、「法は強要的規律である」が、そのことは、「法が強制 (Zwang, coercion) 又は制裁 (Sanction) を観念の要素とすることを意味するものではない」(『法の本質』七一頁)からである。「憲法は国家の最高の位置に在る諸機関を定むるもので、仮にそれ等の機関が之に違反する行為を為したとしても、多くの場合にこれを是正して正しい憲法の遵由を強制する手段は全く存しないのが普通であり、若し強制が法の本質の要素であるとするならば、憲法の大部分は法に非ずと為さねばならぬ結果となるを免れない」(七四頁)。「法が強要性を有するというのは、斯ういう意味の強制手段が法の本質に属するというのではなく、法の規律が其の本質に於いて人をして必ずこれに依らしむことを要求するものであり、之に依ると否とを自由な判断に任かさないのであることを意味する。・・・憲法は或は違反せられるかもしれない、併しそれは国法上許されない不法である、此処に法の強要性が存するのである」(七七八頁)。

佐々木惣一博士によれば、法とは、社会が人に強要する行為の規則であるが(『改訂』日本国憲法論』三一頁)、「義務」とは、かかる「法が、人に課した意思活用の拘束をいう」。それには二種ある。一つは、「法は、その義務を有する者に対して、他の者がその意思活用の為されることを主張することを認むる場合」であり、他は、「そうでない」場合である。前者は、他者の「権利」と相關するが、後者はかかる相關をもたないものであるが、博士は、前者を「狭義の義務」、後者を「単なる責務」と呼ばれる(五〇頁)。ここから、知られるように、佐々木博士の場合にも、「義務」の概念は必ずしも「制裁」と結びついておらず、法の「強要」するものは、すべて法的義務とされることになる(尾吹善人『日本憲法』三頁・六頁以下参照)。

(2) めぼしい基本法コンメンタールを見ても、そこにいう国家権力の「義務」それ自体について何の説明も見出されない。

Vgl. H. Mangoldt-F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz* I, 2. Aufl., 1966, S. 151ff.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, 1991, Art. 1 Abs. 1, S. 19ff.; C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz* I, 3. Aufl., 1985, S. 42ff.

- (3) ケルゼンは、かつて『一般国家学』において、「帰属 (Zurechnung)」を「周辺の帰属」(法秩序における二つの要件の規範的結合関係)と「中心的帰属」(要件と法秩序の統一(その擬人化としての「人格」)との規範的結合関係)に区別していたが(ASL, S. 65, 訳一〇頁)、『純粹法学(第二版)』においては、かかる区別を放棄し、前者のみを「帰属」とし、後者を「転属」として、両者を概念的に区別してゐる(RRL, II, S. 79ff., S. 154ff.)。なお、拙著『純粹法学と憲法理論』四二頁以下・六六頁参照。
- (4) 本稿(二)・本誌四六卷二号(二〇〇四年)・二二六頁以下(特に二三二頁)参照。
- (5) 加藤新平『法哲学概論』(有斐閣・昭和五二年)三六五(三七〇)頁以下参照。なお、A・ロスは、「行為規範の様相」と「権限規範の様相」を区別しつつも、後者の様相は前者の様相に還元され、かつ、すべての様相は窮極的には「義務」に還元されるとするから(前稿(三)・二二二号・一八九頁以下・二〇〇頁以下参照)、その場合には、「制裁」の中にはすでに効力の否認(無効ないし取消)も含まれることにならう。
- (6) 前稿(一)・一六号・一六五頁以下参照。
- (7) その論理は、ケルゼンが国家概念を「広義」(全体的法秩序としての国家)と「狭義」(部分法秩序としての国家)官僚機構としての(国家)に区別し、後者を——法人一般と同様に——一国内法人として捉える場合には、その機関の不法行為は、全体法秩序としての国家ではなく、部分法秩序としての国家に転属させるのが「論理一貫」しているというにある(Vgl. RRL, II, S. 270ff.)。なお、長尾龍一『ケルゼン研究I』(信山社・一九九九年)二三八頁以下参照。
- (8) 中野貞一郎「国に対する強制執行」『判例タイムズ』四六六号・一九八二年・六頁以下(『民事手続の現在問題』所収・判例タイムズ社・一九八九年・三八九頁以下)、阿部泰隆「国・地方公共団体に対する強制執行 特に仮執行について」『法曹時報』四二卷八号・一九九〇年・一頁以下参照。
- (9) 代表的なものとして、雄川一郎「行政上の損害賠償」『行政法講座第三卷』(有斐閣・昭和四〇年)三頁(『行政の法理』所収・有斐閣・昭和六一年・三三五頁)、宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣・昭和六三年)一五頁以下、塩野宏『行政法Ⅱ「第三版」』(有斐閣・二〇〇四年)二四六頁以下参照。
- (10) 前稿(一)・一六号・一六三頁以下参照。いわゆる代位責任論は、このように「義務」と「責任」を概念上区別する構成がなされる場合に、最もすつきりするであろう。



(11) 拙著『純粹法学と憲法理論』二〇四頁以下、拙稿「緊急権と抵抗権」樋口陽一編『講座憲法学1』（日本評論社・一九九五年）二一四頁以下参照。

(12) 手島孝『学としての公法』（有斐閣・二〇〇四年）は、それを「公法関係の保障」として、新たな「公法」概念の構想の下に極めて斬新かつ体系的に論じられている（二六二頁以下参照）。

### 三 社会権の構造

#### (一) ケルゼンの理論

国家に積極的行為（作為）を求める基本権には、伝統的に「受益権」ないし「国務請求権」の呼ばれる基本権の他に、とりわけ二〇世紀になって社会国家の理念に基づいて登場した「社会権」と呼ばれるものがある。それが、ワイマール憲法を嚆矢とすることは、よく知られているが、日本国憲法における二五条からは二八条も、思想的・理念的には、それに由来するといえよう。<sup>(1)</sup>しかし、このような国民の憲法上の「主観的権利」としての規定は、必ずしも一般的でない。後に考察するように、ボン基本法におけるが如く、「主観的権利」の形式ではなく、むしろ「社会国家」「社会的法治国家」という憲法の基本原理として規定されていることもあるからである。<sup>(2)</sup>

問題は、「社会権」という問題領域がケルゼンの法理論においていかに捉えられているかにある。それが体系書において登場するのは、『法と国家の一般理論』であるが、そこでは「将来の法律の内容の規定」という項目において、ワイマール憲法の例について、若干言及されている。

諸憲法は、将来の法律を制定すべき諸機関と手続についてだけでなく、これらの法律の内容についても一定の諸規定を包含している。これらの諸規定は、消極的か、あるいは積極的でありうる。消極的規定の一例は、合衆国憲法修正一条である。……「これに対して」憲法は、法律は一定の積極的な内容をもつべしと規定することもできる。かくて、憲法は、も

し一定の事項が法律によって規律されるならば、それらは憲法の定める仕方でも規律されなければならないと要求しうる（これは、それらの事項が規律されるべきかどうかを立法機関の裁量に委ねる）。または、憲法は、立法機関に何らの裁量も残さないで、一定の事項は立法機関によって規律されるべく、かつ憲法が定める仕方でも規律されなければならないと規定しうる。

一九一九年のドイツ国憲法（ワイマール憲法）は、将来の法律に関する諸規定を含んでいる。かくて、例えば、第二二一条は次のように定める。「法律により、嫡出子が享有するのと等しく、非嫡出子の肉体的、精神のおよび社会的養育のための機会が定められなければならない」。あるいは、第一五一条にいわく。「経済生活の組織は、正義の原則に適合し、すべての人に人間に値する生存を保障するものでなければならない。」（p. 261-2. 訳三九六―七）。

ここで、日本国憲法二五一条の「生存権」規定の解釈につよい影響を与えたワイマール憲法一五一条一項が例として引用されているのが注目される。その場合、ケルゼンは、「将来の法律に関する諸規定」というだけで、それが、将来の法律の内容の「消極的規定」か「積極的規定」か明示していないが、文脈の流れからして、またワイマール憲法の当該諸規定の内容からして、「積極的規定」の例として挙げられているのは明白である。また、それが、規律すべきかどうかを立法機関の裁量に委ねる方式か、あるいは何らの裁量を残さない方式のいずれかについても明示していないが、右と同じ理由から前者の例とみることが可能であろう。

ここから知られるように、そのポイントは、将来の法律の内容に関する「消極的規定」が自由権規定に、「積極的規定」が社会権規定に相応し、それぞれを意味するものとされていることである。すなわち、ケルゼンによれば、社会権規定は、立法機関に対して、将来制定されるべき法律が一定の積極的内容をもつべきことを指示する規定である。これに対して、自由権規定は、立法機関に対して、将来制定される法律について一定の内容をもつことを、——既に考察したように「無権限」という意味で——禁止する規定である。すなわち、両者は、将来の法律の内容についての指示が、「権限規範の様相（権限の領域）」において全く逆の方向になっているのである。これが、権限

規範としての自由権規定および社会権規定の性格であるが、ケルゼンは、右の引用に続けて、両者の間には、立法機関に対する法効果において、決定的な違いがあると論ずる。

将来の法律について一定の内容を禁止する憲法規定と、それを指示する憲法規定との間には、顕著な技術的差異 (technical difference) がある。原則として、前者は法的効果 (legal effects) をもつが、後者はもたない。もし、立法機関が憲法の禁止する内容をもつある法律を制定するならば、その憲法に従って違憲の法律に伴う一切の帰結が生ずる。だが、もし、立法機関が単純に憲法の指定する法律の制定を怠るならば、このような不作為に法的帰結 (legal consequences) を結びつけることは、殆ど不可能である (p. 262 訳三九七頁)。

このケルゼンの立論は、違憲の法律の効力を否認する制度、すなわち違憲審査制の確立を前提とする。そうでなければ、将来の法律について一定の内容を禁止する憲法規定、すなわち自由権規定の場合にも、そこで保障された自由権を侵害する違憲の法律の効力が否認されるという法的効果は、そもそも獲得され得ないからである。しかるに、将来の法律について一定の内容を指示する憲法規定、すなわち社会権規定の場合には、違憲審査制が確立されていても、立法機関に対する法的効果を確保することが技術的に困難であるというのである。すなわち、社会権の実現に向けた立法の「不作為に法的帰結を結びつけることは、殆ど不可能である」とされているのである。ただ、そこでは、「原則として」とか、「殆ど不可能」とか、微妙かつ慎重な態度がとられている。

同じような論述は『純粹法学 (第二版)』にもみられるが、原則として社会権規定が法効果を有しないことは、そこでは、「大抵は、制定されるべき法律への約束 (Verheißung) が存在するにすぎず、かかる法律を制定すべきいかなる義務 (keine Verpflichtung) も存在しない」という表現が用いられている。「なぜなら、法技術的諸理由からして既に、命じられた内容をもつ法律が制定されないことに対して、うまく制裁が結びつけられえないからである」

(S. 230)。

このような社会権規定の理解は、「社会権」の権利性、ケルゼンのいえば、法規範の創設に参加する「法的力」としての主観的権利性に重大な影響を及ぼす。なぜなら、自由権は、違憲審査制が確立されている場合には、それを侵害する違憲の法律を廃止をするところの法規範の創設に参加する「法的力」という意味において「主観的権利」と捉えうるが、これに対して、社会権の場合には、そのような「法的力」を個人に付与することが技術的に殆ど不可能であるから、この意味における「主観的権利」としての可能性は殆ど存しないことになるからである。<sup>(3)</sup>

しかし、はたしてそうであろうか。社会権を「権限規範の様相（権限の領域）」において理論構成される場合、それを「法的力」と捉えることが技術的に殆ど不可能であるとの理由から、その権利性を殆ど否定するのは正当であろうか。そこで次に、憲法上社会権の権利性が認められる場合、それがどのように理論構成されているかについて考察し、しかる後にケルゼン理論を検討し、その意義と問題点を抽出することにした。

二 イェリネック公権論の系譜と宮沢教授の社会権の概念

イェリネックの自由権は、先に考察したように、三層の構造をもつものであった。

①個人の「消極的地位（自由の地位）」

②この地位の承認を国家に求める権利

③この権利を法的手段によって（裁判上）主張する「権利保護請求権」

右の①②は、個人と国家との間に成り立つ実体法上の権利・義務関係として「行為規範の様相（権利の領域）」において捉えられていた。このことは、私法関係とパラレルにおかれ、①と「私権」が、②と私法上の請求権がアナロギー的に想定されていたことから、また、かかる私権・私法上の請求権を保護する③が、「積極的地位」に

属する公法上の「権利保護請求権の第一の本質作用」とされ、それとパラレルに、①②を保護する③が「権利保護請求権の第二の本質作用」とされていたことから明らかである。もしかかる自由権の「行為規範の様相（権利の領域）」構成が、いわば不作為から作為を請求するという方向を逆にする形で、社会権の構成にも原理上妥当するとすれば、かかる社会権の構成を「行為規範の様相」構成と呼ぶことができよう。

ワイマール憲法下において、イエリネックの公権論を受け継いで、それを憲法に即して論じたものとしてトーマの公権論をあげることができるが、ここでは、「積極的地位」に属する請求権が「実体法上の請求権」と「形式法上の請求権」に区別され、社会権の基本権が前者に位置づけられる一方、他方、後者はまさにイエリネックのいう「権利保護請求権」に相応する。<sup>(4)</sup>このことは、その「行為規範の様相」構成を示唆するであろう。ボン基本法の下で、例えばシュタルクも、地位論に基づいて基本権を分類し、「積極的地位の基本権」において、その「特別の範疇」として「社会権または社会的基本権」を論じているのが注目される。<sup>(5)</sup>それも「行為規範の様相」においてなされたものと憶測されるが、しかしいずれにしても、その構成について理論的言及はなされていない。<sup>(6)</sup>

この点について、極めて興味深いのは、宮沢教授の見解である。教授は、周知のように、イエリネックの地位理論を基礎としつつケルゼンの関係理論から修正を加え、独自の人権の分類論を提示された。そこでは、一方では、伝統的な受益権ないし国務請求権をケルゼン流に能動的権利へと一元化して、そのうちの個別的法規範の定立に参加する地位と捉えられつつも、他方では、ケルゼンとは異なり、自由権と同様に、社会権についても、「国家の義務」ないし「立法者の義務」に相関するところの国民の権利、この意味でいわば実体的権利として構成される。い<sup>(7)</sup>わく、

憲法上、国民の利益にまで、ある種の国法の定立（処分を含む）が要請される場合がある。たとえば、勤労の意欲ある者

には適当な職を与えるような国法を定立することが、憲法上、立法者の義務とされる場合は、これである。ここでは、国民は、国法に対して、積極的な受益関係に立つことができる。ここでも、国民は、国法の利益を受ける地位にあるが、消極的な受益関係とはちがいが、それは、積極的に国法を定立することが憲法上義務づけられている結果である。国民のこのような地位を社会権と呼ぶことにする。勤労の権利・最低限度の生活を営む権利などは、これに属する(九二頁)。

社会権のこの構成は、明らかに自由権の構成と<sup>(8)</sup>パラレルになされている。社会権における「国法の定立(処分を含む)」の「要請」と「立法者の義務」は、自由権における「国法の定立(処分を含む)」の「禁止」と逆向のパラレルの関係に立ち、前者は「積極的な受益関係」、後者は「消極的な受益関係」として、同じ「受益関係」の「積極的」と「消極的」の相違として位置づけられているからである。

ここから知られるように、このような宮沢教授の社会権の構成は、自由権の構想と同様に、国民と国家の間に実体的な権利・義務関係が成立するとの「行為規範の様相(権利の領域)」において構成されているものと捉えることができる。というのは、そこにおける「立法者の義務」の観念は、自由権における「国法の定立(処分を含む)」の「禁止」の観念と同様、ケルゼンがまさに否定した「行為規範の様相」においてなされているからである。

しかしながら、社会権と自由権との間には、その法的性質において大きな相違がある。その相違を宮沢教授は次のように表現される。

ここにいう社会権は、ときにイエリネツクのいう積極的な関係における権利——受益権とか、積極的公権とか呼ばれることがある——と同じ性質を有すると説かれることがあるが、それは、正しくない。イエリネツクのいう積極的な地位における国民は、国家の具体的な行動に対する請求権を有するのであるが、ここにいう社会権は、かならずしもそういう具体的な請求権を含むものではない(九二頁)。

なぜ社会権は必ずしも具体的請求権を含まないのであるか。宮沢教授によれば、「社会権は、国家または立法者を義務づけることをその内容とし、それについて個人に具体的な請求権を与えないことをその本質としている」（九六頁）からである。この社会権の「本質」は難解であるが、次のように理解することも可能であろう。すなわち、イエリネックのいう自由権は、①自由の地位に、その補強として②の実体法上の請求権、さらに③積極的地位に属する公権（権利保護請求権）が結合したものであるが、しかるに、社会権には、憲法のレベルにおいて、かかる内在的な必然的結合関係は存在しない。憲法上の権利としての社会権は、それ自体ひとえに（社会国家的な）「ある種の国法の定立（処分を含む）」について「国家または立法を義務づけること」のみを内容とし、②③を内容としないことを本質とする、と。

(三) 「法的位置の理論」による「社会的基本権 (soziale Grundrechte)」の構成

(1) 「社会的基本権」の概念  しからば、「行為規範の様相（権利の領域）」にある社会権は、「法的位置の理論」からどのように定式化されるか。アレクシーは、それを広く「給付権 (Leistungsrechte)」として定式化を試みる (TG, S. 180)。

アレクシーによれば、国家に対して「積極的行為」（作為）を求める市民の権利は、二つのグループに分類される。一つは、その対象が「事実上の行為」であり、他は、「規範的な行為」である。

この区別に即していえば、「給付権」が語られる場合、通例念頭におかれているのは、「積極的な事実行為を求める権利」である。それは、原則として、私人も提供しようするような事実上の給付にかかわる権利であって、「狭義の給付権」と呼ばれる。しかし、「積極的な規範的行為を求める権利」、すなわち「国家の規範定立行為を求める権利」

も重要であつて、これを含めた概念は、「広義の給付権」と呼ばれるべきである (S. 180)。

図式32

Ras ( $H_{fs}$ )

「積極的な事実的行為を求める権利」は、一般に、「個人 ( $a$ ) は、国家 ( $s$ ) に対して、国家 ( $s$ ) は積極的な事実的行為 ( $h_s$ ) を行なうことを求める権利を有する」と定式化しうる。そこで、「国家 ( $s$ ) は積極的な事実的行為 ( $h_s$ ) を行なう」を「 $H_{fs}$ 」と記号化するならば、国家に対する個人の権利をあらわす定式「RasG」を用いて、「G」に「 $H_{fs}$ 」を代入すれば、「積極的な事実的行為を求める権利」すなわち「狭義の給付権」は、図式32のように記号化される (S. 181)。

図式33

Ras ( $H_{ns}$ )

これに対して、「積極的な規範的行為を求める権利」は、一般に、「個人 ( $a$ ) は、国家 ( $s$ ) に対して、国家 ( $s$ ) は積極的な規範的行為 ( $h_s$ ) を行なうことを求める権利を有する」と定式化しうる。そこで、「国家 ( $s$ ) は積極的な規範的行為 ( $h_s$ ) を行なう」を「 $H_{ns}$ 」と記号化するならば、国家に対する個人の権利をあらわす定式「RasG」を用いて、「G」に「 $H_{ns}$ 」を代入すれば、「積極的な規範的行為を求める権利」は、図式33のように記号化される (S. 181.原文に、これまでの定式に合わせて若干の付加をした)。

注目すべきは、ここから知られるように、事実的行為であれ規範的行為であれ給付権はいずれも国家に対して積極的行為 (作為) を求める行為として、先に考察した消極的行為 (不作为) を求める自由権 (防禦権) と、その対象において「逆のもの」として対立するが (S. 402)、その構造においては、ともに「RasG」という権利の形をとる点において軌を一にするものとして定式化されていることである。

このような国家に対して積極的な事実的行為および規範的行為を求める権利を含む「広義の給付権」は、アレクシーによれば、次のように大別される (S. 405ff)。

- (1) 保護を求める権利「第三者からの基本権侵害に対して、国家に保護を求める権利」



(2) 組織および手続を求める権利<sup>(10)</sup>

(3) 狭義の給付権（社会的 기본權）

この分類(3)が示すように、「社会的 기본權」が語られる場合、「まず第一に念頭におかれているのは狭義の給付権である」(S. 454)から、したがって、社会權の定式は、実質的には、図式32ということになる。ドイツにおいては、すでに示唆したように、わが国のように必ずしも国民の「權利」として規定されているわけではなく、特殊の場合(基本法六条四項)を除いて、「社会国家」「社会的法治国家」という客観的な憲法原理として規定されているから(基本法二〇条一項・二八条一項)、「社会的 기본權」の概念それ自体の是非が問われるとともに、それが認められるべきだとすれば、それがどのようにして憲法上導出されるかが問題となる(S. 454ff Vgl. S. 395ff)。

アレクシーは、図式32に示された社会的 기본權の法的構造については何ら言及していないが、もし社会權が、自由權の場合と同様、その補強を含めて完全な姿で存在すると仮定するならば、それは、次のような三層の法的構造をもつものと考えることができよう。

① 「国家から一定の事實的給付を受けるべき憲法上の法的地位」(社会国家的地位)

② 「国家に対してその法的地位を求める權利」(請求權)

③ 「この權利の侵害を裁判上主張する權限」

問題は、①の国民の憲法上の法的地位(社会国家的地位)の法的性質であるが、アレクシーは、後にみるように「社会的基本權としての給付權的諸位置」(S. 465)というのみで必ずしも明確でないとはいえ、それが主観的性格をもつことを示唆している。その補強としての②は、その実現化を求める実体法上の請求權として、「行為規範の様相(權利の領域)」にある。③はそれを補強する訴訟法上の權限(訴權)として「權限規範の様相(權限の領域)」に属する。そして、このことは、図式33の「規範的行為を求める權利」についても、原理上妥当するものと考えらるこ

とができよう。

しかしながら、社会権の場合には、自由権とは異なり、憲法上、その補強との即目的・内在的結合関係は存在しない。なぜなら、自由権の場合には、すでに示唆したように、憲法的「自由」の法的位置は、それ自体「原理上無限定」であり、それが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具体的請求権として現われるのに対して、<sup>11)</sup>積極的給付を求める社会権は、原理上無限定ではありえないからである。まさに、シュミットもいうように、「他人の給付を求めるすべての権利は限定されているが、ましてや国家の給付を求める万人の権利は限定されたもの」であり、国家の積極的給付を求める個人の権利は、「権利者たる個人が編入されている国家的組織を前提としている。そのため彼の権利はすでに相対化される。この権利は制約されたもの、しかも個人を把握し、彼の場所を割り振り、彼の請求権を割り当て、配給する組織によって制約されたもの」だからである。シュミットが自由権のみを「真正の基本権」と呼び、国家に対して積極的給付を求める権利を無差別的に「基本権」と呼ぶべきではないとしているのもかかる理由によるが（Vf. S. 20. 訳二一頁）、とまれ社会権が本質的に制度的権利として相対的性質をもつ以上、自由権と同列に論ずるわけにはいかない。ベッケンフェルデが自由権の基本権と社会権の基本権の「構造的差異」と「権利保障の方法」の相違を鮮明に打ち出しているのもその故であるが、<sup>12)</sup>宮沢教授が社会権の「本質」とされたものも、まさにこの論点にかかわるものであった。

しからば、社会権の憲法上の位置①「社会国家的位置」と、その補強（ないし現実化）としての②社会国家的な実体法上の「請求権」および③訴訟法上の権限（訴権）とがどのように関係するであろうか。私見によれば、学説の対立が存するのは、まさに右の関係をどのように捉えるかにかかっているように思われるが、アレクシーは、このような問題領域を、社会的基本権に関する「憲法規定」（主として念頭におかれているのはボン基本法二〇条一項・二

図式34

| 拘束的 [規範] |    |     |    | 非拘束的 [規範] (プログラム規定) |    |     |    |
|----------|----|-----|----|---------------------|----|-----|----|
| 主観的      |    | 客観的 |    | 主観的                 |    | 客観的 |    |
| 最終的      | 一応 | 最終的 | 一応 | 最終的                 | 一応 | 最終的 | 一応 |
| 1        | 2  | 3   | 4  | 5                   | 6  | 7   | 8  |

八条一項の社会国家条項)にいかなる「憲法規範」が解釈論上「整合(Zuordnungen)」するかという問題として論ずる (S. 454ff. Vgl. 396ff)。

アレクシーによれば、「社会的基本権」という標語の下で基本権規定に「整合される規範」は多様であるが、構造論的な観点の下で、次の三つの基準が区別される。第一の基準は、主観的権利を保障する規範か、国家を単に客観的に義務づける規範か、という区別である。第二の基準は、「拘束的 (bindend) 規範」か、それとも「非拘束的規範」、この意味で「プログラム規定 (Programmsätze)」か、という区別である。その際、ある規範が「拘束的」と呼ばれるべきは、その侵害が連邦憲法裁判所によって確定されることが可能である場合である。第三の基準は、規範が、「最終的な (definitiv) 権利・義務を基礎づけるか、あるいは、一応の (prima facie) 権利・義務を基礎づけるか、したがって、ルール (Regeln) か原理 (Prinzipien) か」という区別である。かくて、この三基準の組み合わせによって、「整合」される社会権的憲法規範の可能な「候補」として、全く異なった八つの規範をうるとして、次のような図式34を示す (S. 456)。

第三の基準としての「ルール」と「原理」の区別は、アレクシーの基本権論に特有の区別であるが、ともあれアレクシーは、このような図式を用いて、いくつかの例を示す。

例えば、①ヘッセによれば、「最上級の客観的規範としての基本権の理解」か

ら、「とりわけ、立法者にとって」、「たとえ、それを求める市民の主観的権利が存在しなくても、基本権を現実化するために、すべてをなすことの(積極的)義務が生ずる。<sup>(13)</sup>したがって、ここでは、「拘束的・客観的・一応の義務」(第四領域)が念頭に置かれているという(S. 456)。

②ムティウスは、第一次大学入学定数制判決(BVerfGE 33. 303(331ff))において論じられた本源的分与請求権を、「不完全な法」、「単なるプログラム規定」と捉えられるべき「基本権上の給付請求権」として分類する。<sup>(14)</sup>これは、「非拘束的・最終的・主観的権利」(第五領域)と解される(S. 456-7)。

③連邦憲法裁判所は、その後の大学入学定数制判決(BVerfGE 43.291(314f))において、「自ら選択した研究への入学を求める権利」を語っている。それは、確かに「それ自体」大学に熟した国民に属するが、しかし「可能性の留保」の下にある。よって、この権利は、「拘束的・主観的・一応の権利」(第二領域)とみられる(S. 457. Vgl. S. 399 f. 468f)。

④「生存最低限(Existenzminimum)を求める権利」は、「拘束的・主観的・最終的権利」(第一領域)にある(S. 457. Vgl. S. 397f. BVerfGE 1. 97(104ff.); 40.121(133))。

しかしながら、この図式には、多くの問題点が含まれているように思われる。

第一に、拘束力のある憲法規範とそうでない憲法規範(プログラム規定)の区別が、区別の第一段階(最上位段階)に置かれているが、ある規範がプログラム規定とされるならば、それは法的拘束力をもたないものであるから、それ以下の区別は法的には無意味なものになるのではないか、ということである。そうだとすれば、右図式の第(5)〜(8)領域の区別は、政治的・道徳的な権利・義務としてならともかく、法的には意味のないものとなる。

第二に、しかも、この区別においては、拘束力のいわば範囲・程度は、表現されていない。したがって、拘束力ある規範が「整合」するとされたとしても、例えば裁判所において立法府の政治的裁量が極度に尊重され、裁量権

が逸脱ないし濫用されたことが明白な場合にのみ違憲と判断されると考えるならば、その拘束力は非常に狭く緩いものとならざるをえない。その場合、原則として「プログラム規定」であるが、「明白」なときには拘束力のある裁判規範として機能するといっても、実質的内容においてさほど大きな違いはないであろう。それ故、このような点を考慮するなら、「プログラム規定」という場合には、いかなる意味においても裁判規範として機能することのない「純然たるプログラム規定」と理解するのが合目的であろう。<sup>(15)</sup>

第三に、主観的権利を保護する規範と国家を単に客観的に義務づける規範の区別が必ずしも明確でないということである。そこにいう「主観的権利」とは、裁判上直接に訴求しうる具体的権利が指定されているようであるが (Vgl. S. 406)、「国家を単に客観的に義務づける規範」の意味、とりわけかかる規範のもつ動態的意味が的確に表現されていないように思われる。その理由は、こうである。

ドイツで今日通説的地位を占めているとみられるヘッセの所説は、先にみたように、「拘束的・客観的・一応の義務」(第四領域)に属するものと捉えられている。しかしながら、ヘッセの所説の特質は、何よりも、基本法において「社会的法治国家」として規定された社会国家原理をもって、立法者と執行権に対して社会国家的課題の遂行を義務づけるところの憲法上の「一般的委託 (allgemeiner Auftrag)」、「一般的な社会国家的委託 (allgemeiner Sozialstaatsauftrag)」と捉え、したがってそれは直接に裁判上訴求しうる具体的請求権としての社会的基本権を基礎づけるものではなく、かかる具体的請求権は、社会国家的課題を遂行すべき義務を負った立法者の規律によって初めて生ずるとするにある。<sup>(16)</sup>したがって、「国家を単に客観的に義務づける規範」とは、要するに、「客観的な社会国家的憲法委託」(Vgl. BVerfGE 33:303(331))を意味するが、しかるに右アレクシーの図式には、国民の客観的な社会国家的な憲法上の法位置が、憲法委託による立法の規律によって初めて、具体的請求権となるという動態的構造が表わされていない。<sup>(17)</sup>この意味において、「国家を単に客観的に義務づける規範」という観念は、わが国において憲法二五条

一項をもつて、「抽象的権利」を定めた規範と捉える考え方とある種の類比性を示すといえよう。なぜなら、「抽象的権利」といわれる場合、それはまさに国家の抽象的義務に対応するもので、法律による具体化によって初めて、裁判上訴求しうる具体的権利になるとされるからである。<sup>(18)</sup> 違いは、①の社会国家的法位置が、ドイツにおいては、客観的なものとして捉えられているのに対して、<sup>(19)</sup> わが国では、「抽象的」であれ、それ自体「権利」という主観的なものと捉えられている点にある。

かように、アレクシーの図式には多くの問題点があるが、通説的立場とは異なり、真つ向から①を主観的なものとする興味深い「社会的基本権のモデル」を提示しているから (S. 465ff)、次にそれを少しく考察しておこう。

(2) 社会的基本権のモデル　アレクシーの「社会的基本権のモデル」において何よりもまず注目されるのは、一般に基本権にいかなる憲法規範が解釈論上「整合」するかを考えるにあつての「指導理念 (Leitidee)」として、「一般的な形式的基本権」の観念が基礎におかれていることである。それは、「基本権は、憲法の観点からは、その承認または不承認が議会の単純多数に委ねられない程に重要な諸位置である」と表現される (S. 406f)。かくて、それが社会的基本権に関係づけられるとき、「あらゆる人に属するのは、憲法の立場からは、その承認または不承認が議会の単純多数に委ねられない程に重要であるところの社会的基本権としての給付権的な諸位置 (die Leistungsrechtlichen Positionen) である」 (S. 465) ということになる。

そしてアレクシーは、ここでも先に示唆したように、基本権規範を「原理」と捉える立場から「衡量モデル」を提起する (S. 468)。それによれば、社会的基本権は、それを根拠づける原理とそれに対抗する原理の間の衡量によつて「最終的」に確定されるところの「一応の」権利として措定される。<sup>(20)</sup>

この「原理」理論において、社会的基本権を根拠づける原理は、「事実的自由 (faktische (wirkliche, reale) Freiheit) の原理」である (S. 465, Vgl. S. 458ff)。これは、「自由の論拠」と呼ばれ、二つのテーゼから出発するとされる。第

一のテーゼは、「事実的自由のテーゼ」である。それは、「法的自由は事実的自由の可能性なしには無価値である」という命題によって示される。すなわち、憲法によっていかに法的自由が保障されたとしても、それを現実に行使しうる条件をもたない者にとっては、すなわち、事実的自由をもたない者にとっては、価値がない、ということの意味する。それは、ロレンツ・フォン・シュタインの「自由は、自己決定の前提として物質的・精神的財貨を有する人において初めて、現実的な自由である」という有名な命題に代表されるもので、連邦憲法裁判所は、それを「自由権は、それを請求しうる事実上の前提なしには、無価値である」ということによって表現している(BVerfGE 33:303 (33)). そして第二のテーゼは、それに関連して、現代の産業社会において、個人の事実的自由の多くは、その基盤を個人みずからが支配しえず、本質的に国家の活動に依存せざるをえない、というものである。かかるテーゼは、つとにフォルストホフによって強調されたところであるが、<sup>(22)</sup>ヘッセを初め多くの論者によって認められているところで、<sup>(23)</sup>今日これを最も強調しているのはベッケンフェルデであろう。<sup>(24)</sup>かくて、基本権は、単に自由権として「法的自由」を保障しているだけでなく、その行使が現実的に可能となるための条件、すなわち「事実的自由」そのものをも保障すべきものであつて、基本権の保障は、後者をも含み、それを内容とするのが、まさに社会的根本権であるとされる。そして、さらに、それを基礎づける第二の論拠として、「人間の尊厳」という実質的論拠があげられる(S. 560f)。

他方では、社会的根本権に対抗する原理として、民主的に正統化された立法者の権限という形式的原理および権力分立の原理、ならびに、他者の「法的自由」(自由権)さらにまた他の社会的根本権や集合財に関する実質的諸原理があげられる(S. 462ff)。

かくて、かかる社会的根本権のモデルは、個人はいかなる「最終的」な社会的根本権をもつかは語らないが、しかし、「個人は、いかなるものをもちうるか、そして、その存在と内容についての問において何が重要か」は語る

とされ、この問いに対する詳細な回答は、個々の社会的 basic 権の解釈論の課題であるが、一般的な回答は与えられない。次のように定式化される。すなわち、給付権上の位置が最終的に基本権上保障されているとみなされなくてはならないのは、左の条件を充たす場合である (S. 466)。

(1) 事実的自由がその位置を極めて差し迫ったものとして要求し、かつ

(2) それに対抗する形式的原理、すなわち権力分立および民主制の原理 (立法者の決定権限、議会の予算権限を含む) ならびに実質的原理 (殊に他者の法的自由) が、給付権上の位置の基本権としての保障およびそれ考慮しようとする憲法裁判所の判決によって侵害されるところの程度が、相対的に僅かであること。

そして、これらの諸条件は、いずれにせよ、最小限度の社会的 basic 権の場合には、充たされる。生存の最低限度を求める権利、単純な住居・学校教育・職業教育、医者への配慮の最低水準を求める権利が、それである。

かように、この社会的 basic 権のモデルは、基本的には、先の図式 34 に即していえば、第二領域 (拘束的・主観的・一応の権利) に属するものであり、それが「最終的」権利となるのは、それを根拠づける「事実的自由」の原理とそれに対抗する形式的・実質的原理との「衡量」の結果であるが、しかし、一般的には右の二条件が充たされる場合には、「最終的」な権利が認められるのである。<sup>(25)</sup>

この社会的 basic 権のモデルは、わが日本国憲法二五条と対比するとき、ある種の類比性がみられる点において興味深い。

第一に、このモデルが、ドイツの通説的立場とは異なり、日本国憲法二五条一項と同様に、社会的 basic 権を主観的「権利」として捉え、しかも内容的には「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を一般的に導出しているからである。違いは、わが国において、通説的理解によれば、それが抽象的権利とされ、それを具体化する法律によって初めて具体的権利となるとされているのに対して、右モデルにおいては「一応の権利」とされ、一定の条件



が充たされる場合には、「最終的」権利として憲法上保障される、とされている点にある。もつとも、わが国の通説的立場においても、一定の場合には憲法二五条一項に裁判規範としての拘束力が認められるとする傾向にある。<sup>(26)</sup>

第二に、このモデルがまた、「裁判所の権限は、最終的に当為されたものの限界で終わる。しかし、原理は、この限界の彼方で、立法に対する規範的要請を含む。最終的に当為されたものの領域の彼方で基本権原理を充足する立法者は、最終的に義務づけられない場合でも、したがって憲法裁判所によって強制されない場合でも、基本権規範を充足する」(S. 472)として、立法者が裁判規範となる最小限度の保障を超えて、さらに社会国家原理の実現に向けて行動する要請が強調されている。この点は、日本国憲法に即していえば、二五条二項の国の社会国家的配慮の向上・増進の努力義務に相応するものとも考えることもできるであろう。<sup>(27)</sup>

しかし、このモデルには、根本的な問題点があるように思われる。それは、基本権の保障が、「法的自由」のみならず、「事実的自由」そのものを含むとし、社会的基本権の根拠を「事実的自由」の原理に求めたことにある。確かに、「法的自由」は、それを現実に行使しうる事実上の条件が社会秩序一般に存しない限り、無価値であり、殊に現代国家においてかかる条件整備が大きく国家の積極的活動に依存することは否定しえないが、しかし、まさに憲法上保障された「法的自由」を基礎にして自己の自由な活動によってみずからの幸福を追求することにこそ、自由の本質的意義が認められたのではなかったか。この意味で、憲法が保障する「自由の原理」は、どこまでも「法的自由」の保障であつて、「事実的自由」の保障ではない。国家権力による「事実的自由」の強制的実現は、必然的に「法的自由」の縮減を伴う故に、「自由の原理」の中に、「法的自由」それ自体と矛盾する「事実的自由」を概念内容として含めるのは自己矛盾といわねばならない。「事実的自由」が憲法上認められるのは、「自由の原理」ではなく、それとは異なつた「社会国家」の実現という政策原理としてであり、しかも「自由の原理」と両立しうる限りにおいてのみと考えられるべきであろう。<sup>(28)</sup> ドイツにおいて、かかる批判が根強く存在するものも、<sup>(29)</sup> 十分な理由が

あるものといわねばならない。

この点ついてアレクシーの社会的基本権モデルでは、「法的自由」は、「事実的自由」の原理に対抗する原理のひとつ、実質的原理の重要なものとして考慮されている。そして、原理間の衡量において、社会的基本権が最終的に認められる条件として、一方では「事実的自由」保護の緊急性、他方では、「法的自由」侵害の程度の相対的微小性があげられ、結局、かかる条件を充たしうるのは、「生存最低限度 (Existenzminimum)」、「単純な (einfach)」住居や教育の程度、医療の「最低水準 (Mindeststandard)」とされている。しかし、これは、具体的事件における衡量の結果というよりはむしろ、「法的自由」と両立する限りで、一般的にいかなる「事実的自由」が認められるかという立法段階の問題であり、それ自体、いわば「自由の原理」の例外として、それはそれとまた、一般的・抽象的・平等普遍的な法によって定められるべきものであり、裁判所による「衡量」はまさにかかる法の解釈・適用の場面において初めて問題になるというべきであろう。<sup>30)</sup>

#### 四 小括

(1) 「社会国家的位置」の諸相 以上、社会権ないし社会的基本権を憲法上の「権利」と捉える理論の法的構造を主として「法的位置の理論」に即して考察した。

そこから知られることは、先に措定したた社会的基本権の核にある①「国家から一定の（事実上の）給付を受けらるべき憲法上の法的位置」（社会国家的位置）が、様々に理解されていることである。

わが国においては、先に言及したように、憲法二五条一項が、国民の「権利」として明示していることから、①の「社会国家的位置」それ自体が、抽象的なものであれ、権利という形で主観的に捉えるのが今日では通説であるが（抽象的権利説）が、しかし、当初はむしろ同項を「プログラム規定」と捉え、国家の政治的・道義的義務を定

めたものとして、その法的権利性を否定し、①の「社会国家的位置」を国家の客観的な、しかも政治的・道義的義務の様相において捉えるのが有力であった。<sup>(31)</sup> 両者は、いずれも立法府の法律による具体化によって初めて「具体的権利」となると説く点において軌を一にするが、しかし、プログラム説が、いわゆる自由権的效果を別にして、憲法二五条の裁判規範性を否定するのに対して、抽象的権利説は、法律によって具体化される場合には、両者を一体的に捉えて具体的権利とし、立法措置およびそれに基づく行政措置が不十分な場合には司法審査の対象になるとし、憲法二五条の裁判規範性を認めるところに大きな違いがあるといえよう。<sup>(32)</sup> しかし他方では、①の「社会国家的位置」を権利という形で主観的に捉え、それを直接の根拠として立法不作為の違憲確認訴訟を提起しうると説く見解もある。<sup>(33)</sup> 具体的権利説と呼ばれるが、しかしそれは、裁判所に対する直接的な具体的給付請求権を認めるものではない。<sup>(34)</sup>

ボン基本法において、そこではわが憲法と異なり社会国家の理念が主観的権利ではなく、社会国家ないし社会的法治国家という客観的原理として規定されているにもかかわらず、そこから、「整合された」基本権規範を媒介として、裁判所に対する直接的な具体的給付請求権を導出するのが、アレクシーの見解であった。それは、「一応の」権利として措定されるが、しかし一般に一定の条件が充たされる場合には「最終的」権利として認められるとする。そこでは、先に示唆したように、①が「社会的基本権として給付権的な諸位置」として、国家の客観的義務を超えた国民の主観的な権利の形で捉えられているのは明らかであるが、しかし、その補強ないし具体化としての②との関係が明確でない。ドイツの通説的見解は、これに対して、①の「社会国家的位置」をどこまでも国家の客観的義務という様相において捉え、その主観的権利性は、社会国家的課題の遂行を義務づける憲法委託により立法者が規律することによって初めて生ずるとする。ただし、いわば両者の中間にあるものとして、基本的には後説の論理によりながらも、「社会国家的委託」からさらに一歩進めて「社会権的憲法委託」を措定し、そこから一定の場合に

は、裁判所に直接訴求可能な「最小限度」の給付請求権を認めようとする見解もある。<sup>(35)</sup>

(2) ケルゼン理論の意義と問題点 右の諸学説は、総じて①のレベルであれ、①と②が一体となつたレベルであれ、国民と国家の間に実体的な権利・義務関係を想定する理論構成、この意味で「行為規範の様相(権利の領域)」構成を基本とするものであった。しかるに、ケルゼンの社会権理論は、先に示唆したように、自由権の場合と同様に、かかる「行為規範の様相(権利の領域)」構成を根底から否定し、社会権をもって「権限規範の様相(権限の領域)」構成に立つものであった。

われわれは先に、憲法上の「権限規範の様相(権限の領域)」として図式31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服従(免除)としての自由権」の構造を分析した。<sup>(36)</sup>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、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。<sup>(37)</sup>

かかる設定が理論上成り立つとすれば、まず、社会権は、国民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よう。将来制定されるべき法律の内容は、社会権の場合には、国民への社会国家的給付と考えられるからである。しかし、この憲法上の法的位置は、未だ補強されていない極めて抽象的な「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国民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となるであろう。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、以下の三層の重層構造をもつことになるであろう。

① 国家から一定の社会国家的給付を受けるべき国民の憲法上の権限

② この権限の実現を国家に対して求める権利(請求権)

③この権利の侵害を裁判上主張する権限

この③の法的様相に相關するのは、A・ロスやアレクシー流に言えば、これに「従うこと (subjection)」という国家の法的様相である。ホーフエルドに即して言えば、それに従うべき国家の「責任 (liability)」である。通例の用語でいえば、国家の「責務」である。その補強として、その実現ないし具体化を求める③の国民の「権利 (請求権)」に相關するのは、国家の「義務」であり、③に相關するのは、裁判を求める国民の「権限」(訴権)に相關する裁判所としての国家の「責務」である。

だが、社会権の場合には、自由権の場合における「自由」とは異なり、国家から受けるべき「給付」は原理上無限定なものでありえない。社会権は、先に示唆したように、国家的組織を前提として、その中においてのみ存在しうる「相対的」権利としての性格をもつからである。この限りにおいて、先の「行為規範の様相 (権利の領域)」構成において述べたことが、ここでも妥当すると考えることができるであろう。

そうすると、社会権の「行為規範の様相 (権利の領域)」構成とケルゼンの「権限規範の様相 (権限の領域)」構成との違いは、結局は、その核のなす憲法上の「社会国家的法位置」として、①のように国家の客観的義務ないし国民の主観的権利の様相で捉えるか、それとも、②のように国民の権限の様相で捉えるかの違いに還元され、いづれにせよ、それらが抽象的なものとどまる以上、その具体化のためには②ないし③の補強を必要とするか、いづれにせよ、そのレベルにおいてはいづれも国家に対する請求権として同一になるのではないかとの批判もありえよう。しかしながら、かかる批判は、いささか皮相であるとの譏りは免れない。なぜなら、再三指摘したように、核にある法的様相の相違は、その補強のあり方と本質的に結合しているからである。すなわち、「行為規範の様相 (権利の領域)」においては、その「義務」の不履行(「権利」の侵害)に対して、本来の意味での制裁、つまり刑罰および損害賠償(最終的には強制執行)が結びつけられるのに対して、「権限規範の様相 (権限の領域)」においては、そ

の「責務」の不行使（「権限」の侵害）に対しては、準制裁として、その「責務」の不行使として生じた立法行為がないしそれに基づく行政行為の効力の否認（無効ないし取消）が結びつけられるからである。わが国の付随的違憲制の下で、社会権が憲法訴訟において実際に問題となるのは、行政訴訟か国賠訴訟であるが、理論上厳密に言えば、前者で問題となっているのは「権限規範の様相（権限の領域）」における「権限」と「責務」であり、後者で問題となっているのは「行為規範の様相（権利の領域）」における「権利」と「義務」であるといわねばならない。通例、両者が厳密に区別されることなく、行政訴訟の領域においても、「行為規範の様相（権利の領域）」構成がとられていなくてもである。ケルゼンの法理論の意義は、社会権の領域においても、一貫して「権限規範の様相（権限の領域）」構成を明確にしたところにある。

しかしながら、ケルゼンは、かかる構成において、立法の不作为に法的効果を結びつけることの技術的不可能性を理由に、その主観的権利として構成することの可能性を原則として否定した。しかし、はたしてそうであろうか。

違憲審査制の本来の意義が、違憲の法律、殊に基本権を侵害する違憲の法律に対して、その効力を消極的に否認することにあるとすれば、それに関係する個人がかかる否認の手続を開始する「法的力」をもつとき、ケルゼンによれば「主観的権利」をもつことになるが、しかるに、社会権の場合には、違憲が問題となるのは、何よりもまず、制定されるべき法律が未だ制定されていないことによるのである。未だ法律が存在しないとすれば、存在もしない法律の効力を否認することなどできる筈はないから、したがって、この意味においては、その手続を開始する「法的力」を想定すること自体論理的に不可能であり、それが論理的不可能である以上、技術的にも不可能とならざるをえない。この意味において、ケルゼンの主張は十分理解しうる。むしろ、この場合には、正確には、主観的権利を構成することは、論理的に不可能だから、技術的にも不可能であるというべきであろう。

しかしながら、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国家的立法

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、その法政策的当否は別にして、少なくとも技術的には十分可能であろう。それは、違憲無効判決に対する特殊・例外的な類型であるから、特別の実定法上の制度化が必要であろうが、もしそれが実定化されるなら、かかる判決手続を開始する「法的力」としての権利も存しうることになる。

のみならず、社会権規定をもつ憲法典が制定された後には、それを基礎にしてそれを具体化する法律が社会保障の各分野で制定されることになるのが通例であるから、一応整備された段階では（今日わが国は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不十分さが問題となるといつてよい。ある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技術的に十分可能であり、現にわが国の判例においても認められているところである。<sup>(39)</sup>

したがって、この意味においても、社会権規定に裁判規範としての拘束力を認め、不備ないし不十分な立法措置ないし行政措置に法的効果を結びつけることは十分に可能であるから、ケルゼンのように、技術的不可能性を理由に、社会権の権利性を否定することは、余りに性急に過ぎ、十分な根拠がないものといわなければならないであろう。ここにケルゼン理論の問題点があるように思われる。

- (1) 高柳賢三他編著『日本国憲法制定の過程Ⅱ解説』（有斐閣・一九七二年）一四六頁以下・一六八頁以下、田中英夫『憲法制定過程覚え書』（有斐閣・一九七九年）一三〇頁参照。第九〇回帝国議会の衆議院において追加された憲法二五一条の制定過程については、佐藤達夫著・佐藤功補訂『日本国憲法成立史』第四卷（有斐閣・平成六年）七五二頁以下、森清監訳『憲法改正小委員会秘密議事録』（第一法規・昭和五八年）一六二頁以下・二一四頁以下・二八八頁以下参照。
- (2) わが国でも制定の初期より注目され多くの研究がある。代表的なものとして、高田敏『社会的法治国の構成』（信山社・一九九三年）、田口精一『法治国原理の展開』（信山社・一九九九年）参照。
- (3) これに注目するものとして、尾吹善人「憲法規範の変性？」『憲法制定と変動の法理（菅野喜八郎教授還暦記念）』（木鐸社・一九九一年）四〇四頁、同『憲法教科書』（木鐸社・一九九三年）八三頁参照。
- (4) R.Thoma, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, in: *HdbDSR*, II, 1932, S. 621ff.
- (5) C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, 1.Bd., 3. Aufl., 1985, S. 86ff.
- (6) ドイツにおける社会権の歴史的展開については、内野正幸「社会権の法的性格論の歴史的分析（1）（2・完）——ドイツ基本権論史の一考察」『法律時報』五三卷九号一〇九頁以下・同一〇号一〇五頁以下（一九八一年）、同「ドイツにおける社会権論の展開」同誌・五四卷七号六七頁以下（一九八二年）参照。特に、基本法のもとにおける現代の問題状況については、西原博史「基本権的給付請求権と基本権理論——西ドイツ基本権論ノート——」『早稲田法学会誌』三八卷一三五頁以下（一九八八年）参照。
- (7) 宮沢俊義『憲法Ⅱ——基本的人権（新版）』（有斐閣・昭和四六年）。以下、本書は、本文において単に頁数のみで引用する。なお、ほぼ同旨として、同『憲法（改訂版）』（有斐閣・昭和三七年）八六頁参照。
- (8) 本稿（一）・本誌四五卷二号・三八八頁・四〇六頁（注（1））参照。
- (9) 本稿（一）・本誌四五卷二号・三九〇頁以下参照。
- (10) 拙稿「基本権具体化の階層性について」『関東学園大学法学紀要』一八号（一九九九年）一六〇頁以下参照。
- (11) 本稿（二）・本誌四六卷二号・二二九頁参照。
- (12) E.-W.Böckenförde, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2. Aufl., 1992, S. 150f. 初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社・一九九九年）三一五頁以下参照。それによれば、社会権的基本権を保障するためには、法的保護の以前に、まずはじめに、国家による積極的かつ能動的行為を必要とする。換言すれば、立法者ないし行政の措置によって生活財を獲得するための可能性が開かれ、さらには、生活財の分与が実際に



行われていなければならない。そしてその際、国家による給付の種類、方法、範囲、程度が、適切に定められなければならない。このような状況が成立して初めて、その限りで『先行に存在するもの』としての社会的根本権が保護され、国家的介入からの法的安全が確保されうる」。かくて、それは、自由権的基本権の如く、「憲法レヴェルでそれ自体直接的に具体的請求権として実現できる」ものではない。

(13) K.Hesse, Grundrechte : Bestand und Bedeutung, in : E.Benda, W. Meinhofer, H. Vogel (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungs der Bundesrepublik Deutschland*, 1983, S.95.

(14) A.v.Mutius, Grundrechte als »Teilhaberechte« zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des »numerus clausus« in : *VerwArch* 64 (1973), S.193 (Vgl. TG, S. 456).

(15) 「プログラム規定」という概念は、必ずしも一義的でなく、殊にワイマール憲法とボン基本法とは、微妙な、しかし重要な相違があるように思われる。前者においては、それは、官庁および市民にとって拘束力をもつところの直接に適用可能な主観的権利を規定する命題ではなく、そのためには施行法律による現実化を必要とし、したがって、将来制定されるべき法律の単なる指針のみを含む命題とされたが(本稿(一)・本誌四五巻二号・三七八頁参照)、そこでは、そもそも違憲審査制が憲法上の制度として一般的に確立されていなかったから、基本権規定が国家行為の合憲性を判断する基準として、つまり裁判規範として機能する余地は殆どなかった。これに対して、ボン基本法においては、違憲審査制が確立され、しかも基本権は直接に適用される法として、立法権をも拘束するものとなった(一条三項)から、ここでは、右の意味を受け継ぎながらも、憲法訴訟における裁判規範性という意味が正面におかれるようになった。アレクシーの「プログラム規定」の概念がそれをメルクマールとしているのも、このことを示している。わが国でも、特に憲法二五条一項の解釈をめぐって、ドイツのこの概念を受け継ぎ、当初は、ワイマール憲法的な意味で、①直接に裁判上訴求可能な具体的権利を定めたものではなく、②国家に単に政治的・道徳的義務を課すにすぎないものと観念されたが、朝日訴訟第一審判決(東京地判昭和三五・一〇・一九行集一一・一〇・二九二二)を契機として、憲法訴訟における該規定の裁判規範としての性格が問題となり、むしろそれ以降は、③裁判所が国家行為の合憲性を判断する際に裁判規範としての性格をもたない憲法規定を意味する概念へと重点を移行した。実際、わが国においても、今日では、学説・判例ともに、その裁判規範性を承認した上で(プログラム規定性を否定した上で)、どのような拘束力をもつかが主たる論点となっているといえよう。

なお、「プログラム規定」の意味については、高田敏・前掲書・一四六頁以下、内野正幸・前掲論文・前掲誌・五三

卷九号一八頁以下・同一〇号一〇五頁以下、同『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社・一九九一年）一〇〇頁以下・三六六頁以下、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（一九八六年）六八頁等参照。戸波論文において、上記の三義に即した論点が提示され、「現段階では、むしろ憲法二五条から直接に扶助請求権が導き出されると解釈するのが適當である」（六九頁）との立場から、①の意義に限定すべきことが説かれている（七三―四頁）のが注目される。

(16) K.Hesse, Grundrechte, a.a.O., S. 98ff.; ders, GV, S. 91ff. 訳一〇二頁以下参照。

(17) 「憲法委託 (Verfassungsauftrag)」とは、ベッケンフェルデによれば (a.a.O., S. 155f. 訳三二二頁)、「立法と行政の領域に属する国家機関を名宛人として、そこで定式化された目標やプログラムを適切な措置によって実現するように客観法的に義務づけるものであって、その際、その実現の方法・範囲・態様は、さしあたり行為する機関の政治的裁量に、したがって政治的過程に委ねられている」。そして、それは、次の三点において、法的拘束力をもつとされる。「第一に、憲法委託の定める目標やプログラムは、それ自体、政治機関による自由な選択から免れている。一般的には、政治機関は、目標やプログラムは自由を選択することができるが、しかし憲法委託の定める目標やプログラムについては、政治機関は、規範的所与として拘束される。第二に、憲法委託の定める目標やプログラムに関して、国家機関の不作为ないし明白かつ重大な懈怠は許されない。第三に、憲法委託の実現に向けて一度規制や措置がとられたならば、その措置や規制は、憲法レベルの基礎を獲得し、その結果、憲法委託の実現に向けて活動が開始されれば、代替措置のない廃止や著しい削減から保護されることになる」。ここから、主観的権利との関係も導き出される。「憲法委託がこのような法的拘束力を獲得したならば、さらにそこから、主観的権利の要素を引き出すこともできる。言い換えれば、憲法委託の中に主観的権利を組み込むことができる」とされ、「憲法委託の主観的権利の局面は、憲法委託の遂行にあたっての不作為、著しい懈怠または一度採られた措置の代替のない廃止に対する個人の防禦請求権という形で現れる。かかる防禦請求権は、裁量に対する防禦請求権と類似する。前者は、後者と同様に、大抵の場合、一定の積極的行為を目指すものではなく、憲法委託によって国家機関の政治的活動余地に引かれた限界と拘束の侵害に対する防禦を目指す」という。ただし、ベッケンフェルデのこの「憲法委託」の概念は、「社会権的憲法委託」の構想において述べられたものであって、ヘッセのいう「一般的な社会国家的委託」と同じではなく、それとの違いとして、①憲法委託の内容の特定化と義務づけの強化、②市民への「後ろ盾」の強化、③主観的権利の要素を採り込むことの可能性が強調されている。

(18) 代表的なものとし、芦部信喜・高橋和之補訂『憲法(第三版)』（有斐閣・二〇〇二年）二四四頁、佐藤幸治『憲法(第

三版)』(青林書院・平成七年)六二〇—二頁参照。

- (19) 国家の客観的義務は、アレクシー的表現によれば、OsGと記号化される。ここでは、義務に相関する権利の名宛人は存在しない(未だ定められていない)。それが、(立法等の国家措置によって)定められた場合に初めて、名宛人(個人)の権利に相関する国家の義務となり、OsGと記号化される。それを個人の側からみれば、RasGと表わされる。したがって、あらゆる主観的権利は、客観的義務を含蓄するが、しかし、その逆は妥当しない。すなわち、国家に客観的義務があるということから、直ちにこの義務に相関する権利主体が存在するということは結果しない(S.477)。なお、この点については、拙稿「基本権具体化の階層性について」前掲誌・一八号・一六三頁・一六六頁(注12)参照。
- (20) W. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 1998, S.303も、師アレクシーの所説をほぼ踏襲して、「衡量モデル」を展開しているのが注目される。
- (21) L. v. Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich 1789 bis auf unsere Tage*. Bd. 3, 1921 (Neudr. 1959), S.104(Vgl. TG, S. 458).
- (22) E. Forsthoff, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, in: *Rechtsstaat im Wandel*, 2.Aufl., S. 1976, S.50ff.
- (23) K. Hesse, *Grundrechte, a.a.O.*, S.100f.; ders, *GV*, S. 93f. 訳一〇二頁以下。
- (24) E.-W. Böckenförde, *Die sozialen Grundrechte, a.a.O.*, S. 312ff. 訳三二二頁以下、ders (unter Mitarbeit von Christoph Enders), *Freiheit und Recht, Freiheit und Staat*, in: *Recht, Staat, Freiheit*, 2. Aufl., 1992, S. 49ff. 訳一一五頁以下。
- (25) アレクシーは、この「社会的基本権モデル」に対する批判を予め想定し、それに対して反論を加えている。そのうち、このモデルが「司法判断適合性(Justitiabilität)」を欠いているとの批判に対して、「連邦憲法裁判所の判例が示すように、憲法裁判所は、不活動の立法に対して、決して援けにならないものではない」とし、「その憲法訴訟的可能性のスペクトルは、単なる憲法違反の確認から、合憲的立法がなされるべき期間の設定を経て、憲法によって命じられたものの直接的な裁判上の意見表明にまで至りうる」(S.467-8)として、判決の手法に幅をもたせている。
- (26) 代表的なものとして、佐藤幸治・前掲書・六二三頁参照。
- (27) かかる理解は、憲法二五条の一項と二項の解釈について、筆者の分離論を前提としている。すなわち、一項は、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を抽象的権利として保障したものであり、それが社会保障の各分野において法律によって具体化されることによって具体的権利となる場合には、裁判規範として機能し、かかる立法措置ならびにそれに基づく行政措置が「最低限度」を下回るときは、違憲と判断されることになるが、立法府および行政府に高度な

政治的・技術的裁量が認められ、該機関が裁量権を逸脱ないし濫用したことが明白な場合にのみ司法審査の対象になると考えるから、裁判規範としての拘束力は弱い。これに対して、二項は、最低限度以上の社会国家的配慮にむけて向上・増進の努力すべき国家の政治的責務を規定したものと解される。したがって、それ自体は裁判規範となることはない。しばしば、最低限度を上回る配慮を求める権利が指定され、「人間の生活権」とか、「より快適な生活を求める権利」とか呼ばれることもあるが、憲法上かかる法的権利は存在しない。それ故、法律によってかかる権利が創設されたとしてもただちに違憲ではないが、しかし、それが社会国家原理の「限界」を超え、自由権—ここでは特に経済的基本権が問題になる—を著しく侵害する場合には、憲法二二条・二九条、さらには一三条との関係で違憲と判断されうこともありうる。生存権の自由権の効果とは曖昧な概念であるが、基本的には、このような意味で理解されるべきである。後に述べるように、「自由の原理」は、経済的自由をも内に含む一体不可分の統一な憲法原理であって、社会国家原理がそれと両立しうるのは、「最低限度」の保障にとどまると考えられるからである。ともあれ、アレクシーの「社会的基本権」のモデルがかかる広範な憲法上の要請を含むものすれば、広義において、給付の内容に応じてその性質も異にし、先の図式34で示された八領域のベクトルすべてを含む複合的な法的位置の束と理解されることになるう。

(28) 社会国家という憲法原理は、実質的には「人間の尊厳」に基づき、すべての国民に対して「人間に値する生存」を保障すべき理想をかかげ、その実現をめざすべき「政策原理」と理解されるが、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の保障の実現は憲法上の国家の義務であるから、その限りにおいて、単なる「政策原理」ではなく、「法原理」としての性格をもつといふべきである。しかし、「自由の原理」と両立しうるのは、「最低限度」の保障であるから、それ以上はそうとはいえない。なぜなら、それを上回る場合には、法的基準は存在せず、多かれ少なかれ、経済的活動の自由を制限することになり、ひいては「自由の原理」そのものを蝕むことになるからである。経済的自由と精神的自由を区別する考え方もあるが、本来「自由の原理」は、不可分一体の統一的原理であって、経済的自由権の侵害は必然的に「自由の原理」そのものの侵害に通ずるからである。このことは、歴史に徴して明白であろう。のみならず、法的基準なき国家的配慮は、一方では、現代の「取引民主主義」における選挙得票との格好の取引材料となり、かかる傾向を助長して全体主義的民主制をもたらしとともに、他方では、社会保障制度全体を国家の恣意的な国家権力の行使の体系へと変貌せしめ、とりわけ一般的にはその全体構造が捕捉し難く、ただ一部の官僚のみが精通し、彼らの技術的裁量に委ねられる巨大な官僚扶養国家体制を生み出す可能性を有するからである。

(29) Vgl. TG, S. 463 (Ann.252) で多くのドイツの文献が挙げられている。しかし、このことを、「自由の憲制」の立場か

ら、最も根源的かつ一貫して論証しようとしたのは、ハイエクであろう。F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, 1960, Part III Freedom in the Welfare State. 気賀健三・古賀勝次郎訳『福祉国家における自由—自由の条件Ⅲ』(春秋社・一九九七年)・*Law, Legislation and Liberty*, Vol. 2 The Mirage of Social Justice, 1976. 篠原慎吾訳『社会正義の幻想—法と立法と自由Ⅱ』(春秋社・一九九八年) 参照。本稿は、「自由の原理」および「社会国家原理」の基本的理解において、本書につきい示唆を受けている。

(30) 「事実的平等」の実現も社会権の論拠となるとすれば、「法的平等」の原理との関係で、その例外と考えられるべきことは、「法的自由」の場合と同様である。それについては、本稿(二)・本誌四六卷二号・二四〇頁参照。

(31) 代表的なものとし、我妻栄『新憲法と基本的人権』(国立書院・昭和二三年)一九九頁以下(『民法研究Ⅷ憲法と私法』二二二頁以下)、法学協会編『註解日本国憲法』上卷(有斐閣・昭和二八年)四八一頁以下(四八九頁) 参照。

(32) 前記(注18)の文献参照。中村睦男教授は、今日の課題を、「現在必要なことは、生存権が裁判規範として効力を有することを前提として、いかなる訴訟類型において、いかなる違憲審査基準によって生存権に裁判規範としての性格を認めるかという問題を説明することである」とされる(『論点憲法教室』(有斐閣・一九九〇年)二二五頁。なお、同「生存権」(中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』(法律文化社・一九八九年)一二五頁以下参照)。

(33) 代表的なものとして、高田敏・前掲書(注(2))・一五三頁以下、大須賀明『生存権論』(日本評論社・一九八四年)九〇頁以下参照。

(34) 近時、憲法学の立場からも、このような本来の意味での具体的給付請求権を憲法二五条から直接に導出しているとみられる見解が提唱されている。代表的なものとして、戸波江二・前掲論文(注(15))・六九頁以下、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂・一九九五年)三二〇頁以下参照。ただし、具体的請求権の内容について、戸波説においては、「扶助請求権」、さらには「介護請求権」(同『憲法[新版]』ぎょうせい・平成一〇年・三〇四頁)が念頭におかれているが、阪本説では、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」が想定されている(三二四頁)。

(35) Vgl. E.-W. Böckenförde, *Die sozialen Grundrechte, a.a.O.*, S. 146ff. 訳三二二頁以下。ただし、それは、ボン基本法の解釈論というよりも、むしろ憲法改正論という見地から論じられている。

(36) 本稿(二)・前掲誌四六卷二号・二二七頁参照。

(37)アレクシーも、このような「権限規範の様相(権限の領域)」構成を示唆しているところもあるが(S. 222)・かかる見地から理論構成されるに至っていない。

(38) ドイツにおける実定化については、野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』(有斐閣・一九九五年)二七六頁以下、宍戸常寿「憲法裁判権の動態(六・完)―ドイツ憲法研究ノート―」『国家学会雑誌』一一七巻・三・四号・三五四頁以下参照。

(39) 代表的なものとして、朝日訴訟(最大判昭和四二・五・二四民集二二・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)参照。

## 五 基本権論の問題点と残された課題

以上本稿は、ケルゼンの後期の基本権論を主として『純粹法学(第二版)』の論述に即して、「法的位置の理論」の見地から分析してきた。そして、そこには種々の理論的問題点が存することが明らかになった。本節は、最後に、そこで見出された問題点を大づかみに整理し、あわせて残された課題を大局的にまとめておこうと思う。

問題点を整理すれば、おおよそ五つに大別しうるように思われる。第一は、分析方法に関わり、基本権を分析する理論的基礎として「法的様相 (legal modalities)」論を導入することの必要性である。そのうえで、第二は、「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)」に即した二重の基本権の概念の問題である。第三は、基本権、とりわけ自由権の法的構造、すなわち、その三層構造による複合的性格の問題である。第四は、憲法の基本権規範の一般的定式化とその具体化の階層性の問題に関わる。第五は、憲法の基本権規範の効力根拠の問題である。以下、自由権に即して分説しよう。自由権こそ、シュミットとともに、まさに「真正の基本権」(VL, S. 164 [訳二〇四頁以下])と呼ばれるべきものだからである。

## 一 「法的様相論」導入の必要性

本稿が分析装置として用いた「法的位置の理論」は、再三指摘したように、ホーフエルドが「法的基本関係」として定式化し、A・ロスがそれを「法的様相」論として洗練し、さらにそれをアレクシーが述語論理学的手法を用いて、殊に基本権の分野において精密化したものであった。その分析装置を用いることによって、ケルゼンの基本権論に含まれる問題点が正確に抽出しえたのではないかと考えている。

しかし、翻ってみれば、イエリネックの公権論（地位理論）は、*Dürfen*と*Können*の峻別論に基づくが、かかる区別は、すでに述べたように、法的様相論に即していえば、「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）」の区別に相応し、この意味において実際には本来かかる様相論を基礎に組み立てられていたのである。それを批判的に克服しようとしたケルゼンの場合も、このことが成り立つ。初期の法命題の理論は、もっぱら「行為規範の様相（権利の領域）」におけるものであって、内容的にはそれによる自由権の全面的否認論であった。しかし、後期においては、法動学（法段階説）によって、「権限規範の様相（権限の領域）」もまた純粹法学の本質的構成要素として導入され、「行為規範の様相（権利の領域）」において全面的に否認された基本権は、「権限規範の様相（権限の領域）」において新たに蘇り、法規範の創設に参加する「法的力」、つまり「政治的権利」という能動的権利一元論として体系化されたのであった。この意味において、ケルゼンの基本権論も基本的には法的様相論を前提とするものであったといえることができる。

しかし、そこでは、それぞれの領域における各四つの法位置（行為規範の領域における、権利・義務・無権利・自由（特権）、権限規範の領域における、権限・服従（責務）・無権限（無能力）・無服従（免除）Ⅱ（もう一つの自由））が必ずしも正確に捉えられていなかった。それには、種々の要因が考えられる。一つは、国家を強制秩序と捉える基本的立場から、「義務」の法的位置が専ら強調され、その定式化たる法命題の理論が後期においても維持されたことで

ある。かかる基本的立場は、それはそれとして正当なものであるとしても、かかる法命題の理論では、私法上の権利は的確に捉えることができなかつただけでなく、基本権もそれによつて全面的に否認されることになつた。もう一つは、自然法論に対する徹底したイデオロギー批判の立場が正面に据えられことにより、右の基本的立場から的確に捉えられないことすべては、自然法論として性急に斥けられたことである。しかし、それが自然法論として斥けたものには、そうではなくて、法的様相論からは、一つの法的様相と認められるべき重要なものが含まれていたことは、縷々考察した通りである。

しかしながら、さらに翻つていえば、分析の装置たる「法的位置の理論」そのものは、未だ生成中のものであつて、それ自体必ずしも理論的に完成されたものではない。アレクシーは、それを述語論理学的手法によつて記号化し精緻なものにしたが、はたしてそれが十分に成功しているかどうかについては、彼自身みずから指摘するように、あるいはそれ以上に、多くの未解決の問題が含まれているように思われる。とりわれ、「権限規範の様相（権限の領域）」は極めて不十分のように思われる。実定法上、「権限」は多様・多彩な形で実体法上も手続法上もいろいろな場面において登場するが、それらを的確に把握しうる図式は未だ完成されていないように思える。それには、いわば三次元的ないし動態的な図式を必要とするのではないか。また、「行為規範の様相」と「権限規範の様相」との関係に至つては、ほとんど未解決のままである。

かくて、「法的位置の理論」のさらなる洗練化が残された大きな課題となる。この課題の解決には、義務論理学的の深化と述語論理学的の解明が不可欠にならう。筆者には、それを独自に展開する素養を欠くから、それに秀でた才能を待つ他ない。

## 二 自由権の二重概念



「法的位置の理論」よりすれば、自由権は、法的性格を異にする二つの概念に区別される。一つは、「国家の不作為義務に相関する個人の権利」としての自由権、いま一つは、「国家の無権限に相関する無服従（免除）」としての自由権である。前者は、「行為規範の様相（権利の領域）」にあるのに対して、後者は、「権限規範の様相（権限の領域）」にあり、法的様相を全く異にする。簡略化のために、後者を「憲法的無服従権」と呼ぼう。ハートとともに「憲法的免除権」呼んでも同じことである。

通例、念頭におかれているのは、前者であるが、ケルゼンは、一方では、その実定法上の存在そのものを否定した。その理由は、厳密な「法義務」の観念よりすれば、「国家の義務」は成立しないというある。その論拠とされたのは、「国家は不法をなさない」という国法学の認識論上の「公理」であった。かかる公理よりすれば、単純化していえば、国家不法はあげて国家機関に転属され、懲戒法規により「国家機関の義務」として構成されうるから、「国家の義務」なる概念は国法学上必然的なものではなく、したがって、「国家の不作為義務」なる概念も必然的でなく、概念上必然的でない「国家の不作為義務」に相関する個人の「権利」なるものも存在しない、というに尽きる。ただ、この「国家不法のテーゼ」は、後期において動揺をきたし、「重大な例外」を認めるに至っていることは、先にみた通りである。

しかしケルゼンは、他方では、自由の憲法的保障は、それを侵害する違憲の法律の効力を廃止するところの法規範の創設手続を、違憲の法律に関わる個人が裁判上の訴えによって開始する地位が認められている場合には、かかる法規範の創設に参加する「法的力」という意味において「主観的権利」であり、かようなものとして一つの「政治的権利」として捉えた。このことは、「権限規範の様相（権限の領域）」において、すなわち、国家の無権限（無能力）とそれに相関する無服従（免除）という様相において、自由権を捉えていることを意味する。この「権限規範の様相（権限の領域）」における自由権を理論的に明確にしたのは、ケルゼンの功績であった。

しかし、「国家の不作為義務に相関する個人の自由権」の観念を否定したことは、大いに問題である。「国家は不法をなしえない」という国法上の「公理」も、憲法保障の観点からケルゼンのそれとは異なった意味に理解することによって、「国家の義務」と最終的には矛盾することなく、維持しうると考えられるからである。国家機関の不法行為によって、憲法を最高法規とする国法秩序（憲法秩序）の統一性は破られる。かかる不法行為が国家に転属される限り、「国家の義務」はひとたび成立する。しかし、いったん破られた憲法秩序の無矛盾の統一性は、不法行為から生じた損害を補填することによって、再び回復されなくてはならない。回復されることによって、「国家の義務」は解消される。憲法秩序の無矛盾な統一性の回復も、憲法保障の見地からは憲法自身の重要な任務であり、現にさまざまな憲法保障制度が憲法自身において定められている。このように考えるならば、ケルゼンとは異なり、「国家の不作為義務に相関する個人の自由権」の観念も、憲法上十分に可能となろう。

そうだとすれば、自由権は、一方では「行為規範の様相（権利の領域）」における「国家の不作為義務に相関する個人の自由権」、他方では「権限規範の様相（権限の様相）」における「国家の無権限に相関する個人の憲法的無服従権（憲法的免除権）」として、二重の性格をもつのではないかという理論的可能性が開かれることになる。言葉を変えていえば、自由権規定が、行為規範としての性質と権限規範としての性質という二重の法的性質をもつのではないか、ということである。

この二重の性格の認識は、基本権論において極めて重要な意味をもつ。なぜなら、両者は、その補強（保障）の方法を異にするからである。そこで次に、補強の方法を含めた二つの自由権の法的構造が問題となるのである。

ただ、この自由権ないし自由権規定の二重概念それ自体についていえば、そこには未解決の難問が控えている。というのは、先に述べたように、一般に「行為規範の様相（権利の領域）」と「権限規範の様相（権限の様相）」との理論的關係が必ずしも明確に解明されているわけではなく、殊に後者を前者に還元しうるか（したがって、一切

の様相を「義務」の様相に還元しうるか」という問題が、未解決のまま課題として残されているからである。

### 三 自由権の三層構造論

いま一つ重要なことは、自由権の二重概念は、それぞれの様相において、補強をも含めた完全な姿においては、三層の法的構造をもつということである。

(一) 「国家の不作為義務に相関する自由権」(「行為規範の様相」構成)

- ① 「憲法的許容としての自由」
- ② 「国家に対するその不妨害を求める権利」
- ③ 「この権利の侵害を裁判上主張する権限」

①は「憲法的許容としての自由」という個人の憲法上の一つの「法的位置」である。それは、「自由」という「行為規範の様相」の一つであり、命令および禁止の不存在 $\parallel$ 義務の不存在 $\parallel$ 両面的許容という法的様相を意味し、それが憲法(自由権規定)によって对国家との関係において定められている故に、「憲法的」自由である。②は、この自由の補強として、国家に対してその不妨害(不作為)を求める「権利(請求権)」であり、これ自体もまた、「行為規範の様相(権利の領域)」にある。③は、さらにその補強として、この権利が侵害された場合に、裁判上それを主張し、その救済を求める「権限」、したがって訴訟法上の「権限」である。

重要なことは、この意味での自由権の核にある①の「憲法的許容として自由」が、その補強方法と論理的にも制度的にも独特の結合関係をもつということである。なぜなら、行為規範の様相にある「自由」は、命令も禁止もされていなくという行為の法的位置であるから、その補強は、それに対する侵害行為に制裁を結びつけることによつてのみなされうる。刑罰ないし損害賠償(最終的には強制執行)が、それである。したがって、かかる侵害行為に

対して個人の自由は、刑法および民法（不法行為法）によって、いわゆる「保護的周辺」として間接的に保障されているが、しかしかかる保障は、侵害行為そのものに対する直接的なものではない。直接的な補強として③の裁判上の主張は、刑事制裁について問題とならない。国家訴追主義が採用されているからである。したがって、直接的補強は、国家賠償制度という訴訟形態をとり、違憲の主張は、国家の具体的措置がこの意味での憲法的自由を侵害している故に違法・違憲という形でなされる。

だが、この補強形態は、原則として、立法権に対しては、妥当しない。なぜなら、法律は、原則として一般的・抽象的法規範であるべく、特定個人に対する具体的な「処分」であってはならないことは憲法上の要請であるから、立法機関が立法権の行使について国民に対して負う義務は、国民全体に対する政治的責任であって、個々の国民に対して負う職務上の義務ではないからである。したがって、この補強形態は、原則として、憲法的自由を侵害する行政権・司法権の行使についてのみ妥当するといわねばならない。この意味で、自由権の「行為規範の様相」構成は、立法権に対しては原則として妥当しないという限られた法的性質をもつ点に留意する必要がある。

いずれにせよ、この分析によって、この意味での自由権の内部構造が明確となり、それが三つの階層的に異なった法的位置の束として複合的性格をもつことが明らかとなったのではないかと思われる。その際、①と②については、述語論理学的手法による記号化によって一応精緻に定式化されたが、しかし③の記号化はなされていない。③の記号化による精密化の可能性が今後の課題であろう。それによって、もし例外的に、立法不作為を含めて立法行為に対する国家賠償請求が是認されうる場合もありうるかとすれば、その例外的要件の精密化も可能になるかもしれない。

(二) 「国家の無権限に相関する憲法的無服従としての自由権」（「権限規範の様相」構成）

① 「憲法的無服従（免除）」としての自由の法的位置」

② 「国家に対するそ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」

この三層の構造は、先の(一)と類似するように見えるが、その核にある①の法的位置が、「権限規範の様相（権限の領域）」にある点において、根本的に異なる。すなわち、国家の「憲法的無権限」に相関する個人の「憲法的無服従（免除）」としての自由」という法的様相にある。その補強たる②は、この意味での自由の不侵害を国家に対して求める権利、この意味で、権限(の一様相)を求める請求権であり、それ自体は「行為規範の様相（権利の領域）」にある。③は、②をさらに補強する訴訟法上の「権限」である。

ここでも、核にある①の法的位置とその補強形態は、理論的にも制度的にも、独特の結合関係を示す。なぜなら、ここでは、「権限」の存否、すなわち権限規範によって法的効力をもつ行為のみが問題となり、したがって、補強は、この意味での憲法的自由を侵害する無権限の国家行為に対して、その効力を否認するという形態をとるからである。違憲審査制がそれである。その制度的核心は、立法権の行使としての法律に対して、無権限の立法行為によってこの意味での憲法的自由を侵害した故に違憲であることを理由として、その効力を否認する（無効にする）ことにある。付随的違憲審査制においては、かかる違憲の主張は、刑事事件・民事事件・行政事件においてなされ、かかる違憲の主張がなされる訴訟が憲法訴訟である（ただし、職権で違憲審査もなされうる）。もとより、そこでは、法律のみならず、行政処分等の具体的措置も、違法・違憲を理由として、その無効ないし取消の対象となりうる。いずれにせよ、ここでは、先の(一)とは異なり、憲法的無権限の国家行為の効力の否認が問題となるのである。

この分析によって、憲法的無服従（免除）権としての自由権の内部構造が、かなり明確になり、ここでもそれが三つの法的様相を異にする法的位置の束として複合的性格をもつことが明らかになったのではないかと思われる。

これによって、ケルゼンは、ただその外皮の③のみを捉えて「主観的権利」とし、その核①とその補強たる②を欠落させていることが明確となる（ケルゼンはそれらを自然法として排斥した）。またアレクシーは、①において狭く個人の「権限」に属する「法位置」のみを問題として欠陥があることも明確になる。その際、①と②については、述語論理学的手法による記号化によって一応精緻に定式化されたと考えるが、しかしここでも、③の記号化はなされていない。その記号化による精密化は、先の③と同様に、今後の課題である。

ただこの点に関して、先の(一)をも含めて、そもそもかかる記号化に全く問題がないといい切れるか、あるいは、そのさらなる精緻化が可能か、このような論点が存するように思われるが、遺憾ながら論理学の門外漢である筆者には手に負えないところで、論理学の専門家の援助を期待したい。

このような自由権の二重構造とそれぞれの三層の法的構造は、憲法上の制度的権利たる社会権にも原理上あてはまる。ただ、ここでは、「行為規範の様相（権利の領域）」においても「権限規範の様相（権限の領域）」においても、その核をなす憲法上の「法的位置」とその補強（具体化）として「権利」「権限」のあり方が、自由権の場合と大きく異なる。このことは、違った程度において、参政権とくに選挙権にも当てはまると考えられる。また、伝統的な意味での「受益権」は、実体的基本権の補強としては、第三層の外皮に関わる。このことは、関係個所で考察したところであるが、そこで示唆したように、それぞれ未解決の多くの問題が残されている。それらを洗練することは、今後の課題である。

#### 四 基本権規範の法命題定式とその具体化の階層性

これまでは、いわば基本権それ自体の概念とその構造に関わる問題であったが、それらにいわば論理的には先行する問題として、そもそも、基本権規範はどのような法的構造をもつかという問題がある。基本権がそれとして最

最終的に保障されるのは、つまり最終的な基本権効果が生ずるのは、もとより無条件なものではない。この意味において、基本権の概念や構造論は、このような基本権効果の要件を一応カッコに入れての構成、あるいは、すべてそのような要件が充たされる最終的な効果としての構成と考えるなくてはならない。

憲法の基本権規定は、しばしば、「・・・の自由は、侵されない」というような文言で、簡潔に定言的に規定されることが多い。日本国憲法の場合は、特にそうである。しかし、それが無条件で成立しえないことは、その「内在的制約」や「外在的（政策的）制約」が語られることから明白である。したがって、このような定言的規定も、一定の要件の上に成り立つ仮言的な基本権命題の一種の省略形と考えるてはならない。<sup>(1)</sup>

したがって、このように定言的に表現された基本権規定を、一定の仮言的な基本権命題へと構成することが、憲法学の重要な第一の課題となる。それは、いわば、基本権に関する「法命題の理論」の構築である。

この点について注目すべきは、アレクシーの防禦権（自由権）規範の定式である。

彼はまず、規範を「原理」と「ルール」に大別し、基本権規範がいかる規範かと問う。そして、結論的には、基本権規範は、「原理」を内に含むルールだと捉える（GT.S. 71ff）。そして、最終的法効果をもつ基本権規範をあらわす法命題を以下のような仮言的命題によって定式化している（S. 124）。

図式35  $T$ かつ非 $S \rightarrow R$

この命題における「 $T$ 」は、基本権の構成要件（保護領域）に属する個人の行為への国家の「介入（*Engriff*）」を意味する。「 $S$ 」は、「制約条項」を表わす。「制約条項」とは、「基本権構成要件が一応保護しているところのもの」が、いかに制約されるかを語る基本権規範の一部をいう。したがって「非 $S$ 」とは、この制約条項が満たされ

ないとき、すなわち「介入」が憲法上正当化されないことを意味をする。「R」は、「T」と「非S」の連言を要件として、それに該当する場合には、「介入」たる国家措置が基本権上最終的に禁止されているという法効果を表わす。すなわち、「介入」が違憲だということ、つまりは、「介入」に対して個人の「防禦権」が働くということである（S. 249ff）。

アレクシーの門下ボロウスキーは、この定式を「 $(Sx \wedge Ex)$ 」であり、かつ  $VRx$  でないならば、「 $Rx$ 」と図式化し、述語論理学的手法を用いて義務論理学上、次のように記号化（ $x$ ）は全称記号、 $\wedge$ は連言記号、「 $\neg$ 」は否定記号、 $\downarrow$ は genau dann wenn... dann... (Bikonditional) 二重条件記号）する。<sup>(2)</sup>

$$\text{図式36} \quad (x) (Sx \wedge Ex) \wedge \neg VRx \leftrightarrow ORx$$

それによれば、「 $x$ 」は、ある行為、状態または法位置をあらわす。 $Sx$ は、 $x$ が防禦権の保護法益であることを意味する。 $Ex$ は、国家が保護法益としてのある行為、状態または法位置へ介入するということを語る。そして、 $VRx$ は、この保護法益への介入が憲法上正当化されることを語る。また最後に  $ORx$ は、 $x$ についての防禦権の法効果が生ずることを意味する。全体として、それによって  $\wedge$ ある行為、状態または法位置が防禦権の保護法益であり、国家がこの行為、状態または法位置に介入し、かつ、この保護法益への国家の介入が憲法上正当化されないならば、この防禦権の法的効果が生ずる  $\vee$ となる」。

ここから知られるように、この基本権規範に関する法命題には、いわゆる防禦権審査の三段階がすべて集約的に組み込まれている。それによれば、まず第一段階として、具体的事件において問題となっている個人の行為（正確には、「行為、状態または法位置」であるが、ここでは「行為」で略称する）が、基本権の「保護領域」または「構成要件」



に該当するかが審査される。それに該当する場合には、当該行為には、「一応(*prima facie*)」の保護が与えられるが、しかし「最終的(*definitiv*)」なものではない。そして、それが肯定される場合には、次の第二段階として、当該行為に対する国家の規制措置が、「介入」の性質を有しているか否かが審査される。さらに、それが肯定される場合には、第三段階として、当該「介入」が形式的小および実質的に憲法上正当化されるかどうかを審査される。もしそれが憲法上正当化されないならば、「基本権侵害」として違憲となり、逆に憲法上正当化されるならば、「基本権制約」として合憲となる。いずれにせよ、これによつて初めて「最終的」に基本権上の効果が確定されることになる。

かくて、基本権規範の法命題の定式化と、そこにおける各段階の立ち入った考察が課題となる。後者において、基本権構成要件の理論、基本権制約(介入)の理論、制約の憲法的正当化の理論の検討を必要とする。憲法的正当化の理論は、形式的正当化と実質的正当化に区別されるが、実質的正当化の中心をなすのは広義の「比例原則」である。アレクシーが、基本権規範を「原理」を内に含むルールと定式化したのは、一つには、この「比例原則」が「原理」としての性格を含意すると捉えうるからである(S. 100ff.)<sup>(3)</sup>。

しかし、これらの理論はいずれも、ドイツの防禦権ドグマティクにおいて多々論争点を抱えている。わが国の違憲審査制に、ドイツにおける三段階審査の手續がそのまま妥当するかどうかについては慎重な検討を要するが、それがわが国の違憲審査のあり方を考察するにあたって、示唆するところが多いと考えられる。かかる見地から、基本権の構成要件については、若干の考察を試みたが、未だ入口に入ったところにすぎない。したがって、それをも含めて、このような問題領域の検討は、今後に残された課題である。

かように、「基本権に関する法命題の理論」はそれ自体重要な課題であるが、そこで定式化される仮言的な憲法上の権利としての基本権は、それ自体極めて、一般的・抽象的性格をもつ。それが現実的な権利として最終的に「私」の権利となり、個別的・具体的な定言的権利として実在の世界において顕現するためには、法律により、さらに

は法律に基づく法令により制約され、あるいは内実形成されることによって、具体化されなければならない。そして、最終的には、裁判によって「私」の権利として実在するに至るのである。それは、まさに「基本権に関する法命題の理論」における「最終的」な基本権効果に他ならないが、かかる法命題の理論は違憲審査という事後的な審査手続の理論であり、論理的にも時間的には、政治部門による基本権の現実化・具体化の過程が先行している。この意味において、かかる基本権の具体化過程は、まさに動態的である。この動態的過程については、本稿では、殆ど触れることはできなかった。その一斑を、別稿「基本権具体化の階層性について——「知る権利」を一つの手がかりとして——」<sup>(5)</sup>において検討したが、そこにおいて明示したように、そこでも多くの課題が残されている。

(1) 前稿(四)・前掲誌二二号・一一八頁以下参照。

(2) M. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 1998, S. 186.

(3) 因みに、アレクシーは、法体系のモデルを「ルール／原理モデル」(S. 493ff. Vgl. S. 117ff.)から、その後「ルール／原理／手続モデル」へと進展させているのが注目される (Rechtssystem und praktische Vernunft (1987), in: *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 227f.)。

(4) 拙稿「基本権の構成要件について」藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集(樋口陽一先生古稀記念)』(創文社・二〇〇四年)一七五頁以下参照。

(5) 前掲誌一八号・九九頁以下参照。

## 五 基本権規範の効力根拠の問題

第五の問題領域は、基本権規範の効力根拠に関わる。基本権は、基本権規定によって定められ、法的権利としての法効果をもつ。しからば、基本権を規定する基本権規範が効力をもつ根拠は何か、という問題がそれである。

この間に対して、今日なお最も有力なのは、いうまでもなく、前国家的、超国家的に妥当する自然権ないし道德的権利を想定し、実定憲法はそれを承認して、保障することを宣言したものであるという考え方である。したがって、この考え方によれば、基本権を定める憲法の基本権規定の効力根拠は、それ以前にそれを超えて妥当する自然権ないし道德的権利を定める自然法ないし道德律ということになる。そして、このような内容をもつ思想体系は、通例、自然法論あるいは道德理論と呼ばれる。

今日に至るまで、数々の異なった内容をもつ自然法論ないし道德理論が提示されてきたが、しかし万人が一致しうるものが存在したためしがないといわれる。

わが国においても、人権ないし基本権の基礎づけとして、いろいろな考え方が提起されてきたし、今日では、特に道德理論の立場から、さまざまな基礎づけが提起されている。それは、しばしば、日本国憲法の規定する「個人の尊重」ないし「個人の尊厳」との関わりで、日本国憲法の想定する「人間像」は何かというような形で論じられ、論者により、これぞ日本国憲法の想定する「人間像」だとして、さまざまな「人間像」が提示されているのは、誠に興味深い。

純粹法学は、周知のように、このような自然法論ないし道德理論に憲法の効力根拠を求めることを断固として拒否する。そうすると、一体、憲法の効力根拠は何に求められるのであろうか。

これまたよく知られているように、純粹法学は、法の効力根拠の問題を上位の法規範に求める。そうすると、実定国法体系において、最上位段階に位置する憲法は、国際法秩序を度外視する限り、規範論理的に、その上位にある規範、仮説として想定された規範に遡らざるをえない。ケルゼンは、このような仮説規範を「根本規範」ないし「法論理的意味における憲法」と呼んだ。

一般に法は、創設されるべき法規範の組織と手続を規律する部分（形式法ないし手続法）と、創設されるべき法

規範の内容をあらかじめ規律する部分(実体法)に区別される。かかる区別が実定法の法典化の上でも明確になるのは近代になってからであるが、かかる区別が最上位段階ある憲法においても理論上あてはまるとすれば、そこでも形式法と実体法に区別される。この区別に即していえば、基本権規定は、創設されるべき法規範の内容をあらかじめ規律する(枠づける)規範であるから、実体法の部分に属するのはいうまでもない。

憲法全体の効力根拠が根本規範にあるとすれば、その一部分たる憲法の実体法的構成部分の効力根拠もまた、根本規範ということになる。ケルゼンは、このような憲法の構成部分の区別は認めるが、それぞれの構成部分に妥当する根本規範を想定しているか否かは明確でない。ケルゼンは、授権の本質を形式的側面にみるから、おそらくはこのような考え方に否定的であろうが、しかし、近代憲法がこのような二つの構成部分よりなる以上、その効力根拠たる根本規範も、憲法と同様に、それぞれの構成部分に見合ったものより成る統一の一体と捉えるが妥当であろう。根本規範の内容が、ケルゼンもいうように「素材次第」(AZL, S. 251. 訳四一九頁。Vgl. RRL, I, S. 66. 訳一〇七頁)で、個々の憲法ごとに「特殊の内容」(RRL, I, S. 66. 訳一〇七頁)をもつとすれば、このことは当然であろう。そうだとすれば、近代憲法の根本規範は、一般に、実定憲法の形式法的構成部分において想定される根本規範(形式法としての根本規範)と実体法的構成部分に想定される根本規範(実体法としての根本規範)より成る統一の一体と考えられることになる。したがって、それに相応して、後者においては、憲法上の「基本権」とその効力根拠たる「仮説としての人權」との間に階層的構造が認められることになる。

しかし、他方ではまた、法実証主義の立場から出発しつつも、例えばイエリネックのように、国家的法秩序の効力根拠、とりわけ、ここで問題とする基本権の根拠を、より歴史的に「国家の自己拘束」への「確約(Zusicherung)」に、そして窮極的には社会心理学的「確信(Uberzeugung)」に求める立場もある。ケルゼンは、それを方法論的混同として激しく批判したが、しかし、基本権が問題となるのは、ケルゼンの法理論が志向する「一般法学」の場で

はなく、まさに近代憲法という特殊の歴史類型であり、それを対象とする「特殊憲法学」であるから、そこでは、その成立・確立・変容という歴史的 성격が重要とならざるをえない。また、例えばハートのように、より経験論的に、言語ゲーム理論ないし言語行為論を基礎にしつつ憲法秩序全体の効力根拠を、「内的観点」から「究極の承認のルール」に求める見解もある。あるいはまた強烈なケルゼンの論敵、ハイエクのように、ヒュームやアダム・スミススコットランド啓蒙哲学の経験論に立脚しつつ、「自由の憲制」を、人間の意思や行為から独立して存在するという意味で「自然」ではないが、そうかといって人間が意図して計画的に創り出したという意味で「作為」もなく、言語と慣習や文化と同様に、人間社会の進化のなから人間の行為の結果として生成した「自生的秩序」と捉え、その基本条件を「自由の法（ノモス）」に求める見解もある。<sup>1)</sup>

アレクシーは、根本規範をもって「法的効力」の概念（狭義）に内在する「循環性」を立ち切るための理論と位置づけ、根本規範を「分析的」「規範的」および「経験的」な三種に大別する。<sup>2)</sup>そして、それぞれの種類の重要なものは、ケルゼン、カントおよびハートに見出されるとする。かかる分類が妥当かどうか、とりわれケルゼンの根本規範論が純粹に「分析的」といえるのかどうかについて多くの疑問を感じるが、もしこのような分類がそれなりに正当なものを含むとすれば、例えば、ハイエクの「自生的秩序」論は、第三の「経験的」類型に属することになる。また、イェリネックの国家自己拘束の「確約」「確信」論も、一種の歴史的・社会心理的特質をもつ「経験的」類型に位置づけられるのではないかと考えられる。

このような理論状況の下で、ケルゼンの根本規範によって、真に基本権の効力を根拠づけことができるのだろうか。もし根拠づけようとすれば、それはいかなる規範性質ないし規範構造をもつものとして構成されるか。ケルゼンの根本規範論は、いろいろ改説を重ね、また、それ自体において必ずしも明確とはいえない。このようなことをも含めて、右にあげたような諸見解と対話しつつ、基本権の効力根拠の可能性が探究されなくてはならない。

このような論点についても、本稿では関係個所で「自由の原理」として触れたのみで、立ち入って論ずることはできなかった。現在のところ、筆者は、ハイエクの「自生的秩序」論およびそれに理論的基礎を提供したとみられるM・ポラニーのそれについてよい関心をもつが、未だ定見に至っていない。いずれにせよ、基本権規定の効力根拠の探究が、残された第五の課題である。

- (1) 拙稿「もう一つの議会制像―ハイエクの『一つの憲法モデル』をめぐって―」『比較憲法学研究』一五号（二〇〇三年）二二頁以下参照。なお、本稿（二）・本誌四五卷一四〇三頁以下、本稿（三・完）一四六頁以下参照。
- (2) R.Alexy, *Begriff und Gehung des Rechts*, 2. Aufl., 1994, S. 154ff.

## むすび

本稿は、ケルゼンの権利論・基本権論を初期の学説と後期の学説に区分し、その内在論理に即して法的構造を分析しようとする前稿の基本方針を継承して、そこで残されたその中心をなす後期の基本権論に焦点あて、「法的位置の理論」からその分析を試みたものである。

今日、人権論ないし基本権論が諸国やわが国において理論的にも実務的にも極めて多様・多彩な現代的展開を遂げているなかで、何故に純粹法学の基本権論を分析しなければならないのかと問われるかも知れない。この問いに対しては、前稿の「はじめに」において記したように、次のように答えるしかない。筆者は、かねてよりウィーン法学派の法理論・国法理論を基礎にして憲法理論の構築を念願し、これまでそれに努めてきたが、「統治機構」と「基

本的人権」という二つの構成部分のうち、後者について納得のいく構想をうるに至らなかったからである、と。ケルゼンの権利論・基本権には、種々の問題点が含まれており、それらの問題点を克服しえない限り、現代の人権論に十分に有用なものとはいえないように思われ、その問題点を掴み出し、その解決の途を探るためには、結局は、ケルゼンの初期の学説にまで遡って、まずは出来るだけその内在論理に即して再検討するしかない、そのように考えて思い立ったのが本稿であった。

当初の予定では、このようなケルゼンの基本権論の内在的分析を通して、そこから諸々の問題点を洗い出し、現代の基本権の問題状況にも十分に対処しうる途を探ろうと考えていた。しかし、これまで内在的分析を進めているうちに、そのような途がケルゼンの基本権論の枠内に留まる限り不可能であることを知った。それを最後に集約したのが、本稿第五節の「基本権論の問題点と残された課題」である。

筆者は、このケルゼンの権利論・基本権論の分析をしているうちに、ようやくウィーン法学派による軛から脱出しうる出口のようなものを遠く幽かに感じるようになった。思えば長い道程であったが、それが本当の出口であるかどうかは、本稿で記した「残された課題」の検討によって、みずから確認する他ない。しかし、それは、もはやケルゼンの内在的分析を超えた新たな出発であるから、内在的分析を狙いとした本稿は、これをもってひとまず終えることにしたい。