

## 憲法人権論

— 憲法の人権保障システム

### 第二講 憲法の人権保障システム

#### I 憲法による人権保障

##### 一 「人権」の概念

##### 一 一 「人権」の形式的概念

日本国憲法に即し実定憲法学として人権論を扱う本書では、以下、「人権」の語を、同一二条にいう「この憲法が国民に保障する自由および権利」の意味に用いる。

手島 孝

「人権」の用語は、憲法の全文言中に、独立では見当たらないが、しかし複合語としては、一一條前段のほか、一一條後段と九七條の「この憲法が国民（九七條では、日本国民）」に保障する**基本的人権**（角括弧内および傍点<sup>フレース</sup>は手島付加）という表現で、「基本的」なる形容詞を冠して登場している。

一一條・九七條の表現と、先に引いた一二條の表現とは、外延を同じくする（なぜなら、両者を概念的に区別すべき文脈上の必然性も、解釈運用上の実益も認められないからである）。そこで、本書の「人権」概念と日本国憲法の「基本的人権」概念も同義、ということになる（パラフレーズすれば、後者における「基本的」とは、「人権」にかかると美化的修飾語に過ぎず、後者の方が前者より外延が狭いことを示すための限定詞と解すべきではない、ということである）。

## 一―二 「人権」の実質的概念

形式的には右のような概念規定（すなわち、「自由及び権利」で、「この憲法が国民に保障する」もの）で足りるとして、それでは、なぜわれわれの憲法は「憲法」としてそのような「自由及び権利」を国民に保障し、「基本的人権」なる美称まで賦与しているのか。これを問うことは、「人権」概念の内包を明らかにしようとすることにほかならないが、それは、憲法人権規定の解釈運用に準拠枠組としてきわめて有意であつて、ここに追究しておくに値する。

人権は、日本国憲法の中でどのように性格づけられているか。直接の手がかりになると思われるのは、次の二条文（傍点<sup>フレース</sup>は手島付加）である。

一一條後段「この憲法が国民に保障する基本的人権は、**侵すことのできない永久の権利**として、現在及び将来の国民に与へられる。」

九七條「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、

これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」

前者は第三章「国民の権利及び義務」の総則規定として、後者は第十章「最高法規」の冒頭に、それぞれ置かれるが、明らかに重複の両者があえて別々に条定された（しかも、より詳細な後者の方が、人権そのものの章からは外されている）のは、憲法原案作成過程における連合司司令部と日本政府の間の政治的妥協の結果に過ぎず（当初のマッカーサー草案では、両者は、現九七条と同内容の一〇条として、一本であった）、客観的な意味のあることではない。いずれにせよ、これら两条文から、憲法が人権を実質的にどうとらえているかが、自ずと読める。

すなわち、人権は「侵すことのできない永久の権利」である。これは、疑いもなく、人権が「人為の国家法（憲法であっても）によって左右できない、人間固有の（人間が人間として生まれながらに持っている）権利」、略言すれば「前国家（前憲法）的な自然権」であることを意味している。——条後段が「現在及び将来の国民に与へられる」（傍点は手島付加）といい、九七条が「現在及び将来の国民に対し、……信託されたものである」（同上）とするのは、「（憲法なしの国家によって）確認される「た」の謂い以外の何ものでもない（ことに、後者の「信託」という表現は、前文一項二段における法技術的用法とは異なって単なる文飾と解するほかない）。

人権の実質的概念のこのような把握、すなわち欧米流自然権としての理解は、現憲法のいわば根本規範となった一九四五年七月のポツダム宣言に遡って、そこに「言論、宗教及思想の自由並に基本的人権の尊重は、確立せらるべし」とある（一〇項後段）こと、翌年二月のマッカーサー草案説明書にも、「権利章典」の目的として「民主社会において基本的として承認されている人間の権利」の保障が挙げられている（4a）ことから、裏づけられよう。かくて、アメリカ独立宣言（一七七六年）が「自明」と謳った「すべての人が彼らの造物主から賦与された」「一定の不可譲

の権利」（同宣言二項一段）は、その直系の祖にあたり、フランス憲法にいう「すべての人間存在」<sup>エートル・ユマン</sup>の有する「不可譲かつ神聖な権利」（一九四六年憲法前文一項前段—一九五八年憲法前文一項により現行）や、ドイツ憲法のいわゆる「基本権」<sup>グルントレヒテ</sup>としての「不可侵かつ不可譲の人權」<sup>メンシエンレヒテ</sup>（一九四九年連邦共和国基本法一条二項）は、その同族にはかならない。

もとより、思想としては、わが国にも、すでに十八世紀前半、ルソー（Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778）より早く、<sup>ロシラヘノ</sup>「法世」に先立つ「自然世」（「王道モ立タザル以前ノ活真・自然ノ世」であつて、「王ハ、自然・天地ニ之レ無ケレバ」「王侯、上ニ立ツハ自然ノ道ニ非ズ」を想定、「活真、人ノ身内ニ備ハル」と洞察し、「備道（人間本来の生き方）ハ人ニ備ハル耕道ナリ」（角括弧内は手島付加）として、「直耕」こそ「真人」（「万人誰カ一人、真人ニ非ザル人之レ有ルベケンヤ」）の「自り然ル」<sup>ヒト</sup>「道」と説いた安藤昌益（一七〇三—一七六二年）の所論など、その徹底した男女平等の哲学（「男女ニシテ一人、上無ク下無ク、統ベテ互性」）とともに、欧米流自然権の考え方に優に比肩しえよう（もつとも、「権利」観念の不在ないし未成熟は、良いも悪いも日本的だが）。また、十九世紀後半、明治に入つてからも、『ルソー』という人の説に人の生るるや自由なりとありて人は自由の動物と申すべきもの……：されば人民の自由はたとえ社会の法律を以てこれを全うし得るとは申せ本と天の賜<sup>たまもの</sup>にて人たるもの<sup>たまもの</sup>の必ずなくてはならぬもの」と語り、「自由の権利は誰も持つ／権利張れよや国の人／自由は天の賜<sup>たまもの</sup>じゃ」と歌つた植木枝盛（一八五七—一八九二年）に代表される天賦「民権」論もある（ここでは、すでに欧米流自然権論の影響が顕著だが）。しかし、残念ながら、これらは土着でありながら、ついに日本国憲法人権条章へ直接の血脈を伝ええていない。

### 一—三 「人權」の具体的内容

人權、すなわち形式的に「この憲法が国民に保障する自由及び権利」は、実質的には右に見たように、前憲法的な

人間生来の権利”を意味するとして、具体的にはどのような自由・権利をいうのか。

これは、人権の形式的定義から、当然、日本国憲法において第三章を中心に規定された関係の諸条文を悉皆的に網羅すれば答えの出ることだが、今それらをただ漫然と列挙するだけでは何とも芸がない。そこで、体系的理解に資する一法として、第一講所述の憲法的人間観を座標軸にとつて整理を試みておこう。先ずは予備的に、憲法における人間観と人権保障システムの連動について――

そもそも近代憲法は、近代的人間を前提かつ対象に、その人権（すなわち、人間が生まれながらに持つ、ないし持つべきと考えられた権利）の保障体系を構築した。したがって、その内容はもっぱら、いわゆる自由権であり、かつ参政権であつた。一七七六年六月、独立宣言に先行したアメリカはヴァージニア州の「権利章典」が「すべての人」が、社会状態に入つても、如何なる契約を以てしても彼らの子孫から奪うことのできない、一定の生得の諸権利」（一条）として一六箇条にわたつて挙げたのは、まさにそれら兩者であつた。この古典的人権（十八、九世紀的人権）の嫡流は、十九世紀ヨーロッパの――立憲ないし復古――諸王制における「臣民の権利」（外見のみ人権の如くして、その実、君主の恩恵によつて創設されたに過ぎぬ擬似人権）への分岐・歪曲の試練を乗り越え、正系として今世紀に脈々と伝わる（ちなみに、一八八九年「フランス人権宣言からちようど百年！」の大日本帝国憲法の「臣民権利」もまた、かの――今日ではすでに絶えた――庶流の系譜に連なるものであつた）。ところで現代憲法は、資本主義社会の変質を根本の原因に、一九一七年ロシア革命の「勤労し搾取されている人民の権利の宣言」を直接の衝撃として、近代的伝統の延長線上に――あるいは、あえてそれと断絶してでも――人間像の修正を図らざるをえなかつた。かくて、人間を持つ（べき）基本的権利としての人権も内容が変る（あるいは、新種のものが付け加わる）。ここに於いて新しい二十世紀的人権として登場したのが、一九一九年ドイツ共和国憲法（いわゆるワイマール憲法）の「人たるに値する生存」メンシエンツネルデイグス・ダーザイン

の保障」（二五一条一項前段）を典型とする社会権であつた。一九四六年には、フランス第四共和国憲法がその前文で、「現代に特に必要な」「政治的、経済的および社会的諸原則」（二項）として、労働基本権（五〇八項）をはじめ、「生存にふさわしい諸手段を公共体から受け取る権利」（二二項）を宣言している。

以上の予備的考察を踏まえて当面の課題に戻ると、二十世紀半ばの憲法として、日本国憲法が規範的照準を合わせる人間モデルには、近代的と現代的の両者がダブっており、したがって、この憲法の保障する人権の中身また必然的に、近代的と現代的、兩種人権の重畳・共存によって特徴づけられるということになる。すなわち、ここで具体的に取り上げられているのは、自由権、参政権（および受益権）から社会権にまで及ぶかなり広範な内容である。

ところで、これらのうち、自由権が発生的にも理論的にも最も典型的な「人権」として、そう呼ばれるに値するところ、異論はないが、参政権・受益権・社会権となると必ずしもそうではない。前者がその前国家性を容易に論証できるのに対して、後三者は国家の先在を論理的に前提せざるをえず、この意味で厳密には後国家的ということになって、人権の実質的要件（前国家性！）を欠くと見られうるからである。事実、一七八九年のフランス人権宣言（正確には「人および市民の権利の宣言」！）は、「人の権利」（すなわち、自由権）と「市民の権利」（すなわち、参政権）を区別したし、今日でも、二十世紀生まれの社会権にはなおさら、由緒ある「人権」の名実共に認めようとする学説は、決して珍しくない。

しかし、人間を人間としての基本的あり方においてとらえた規範的人間像が時代とともに変遷するのに伴って、その人間の生まれながらの基本的権利（人権）と考えられるものの中身も流動して当然であろう。今日依然として人権イコール自由権のドグマに固執するのは、現代にありながら近代的人間モデルをのみ視野に置き、琴柱に膠して瑟を鼓するの愚を犯すものではないか。すでに一七七六年のヴァージニア権利章典が「選挙の権利」（六条）をも

「生得の諸権利」(二条)の一つに算えたように、<sup>インヒアレント・ライツ</sup>「およそ人はすべて、自らがその構成員である国家において、自らの人権(自由権)保全のため、国家作用の手續に自ら能動的に参加する民主的権利を生まれながらに(ということとは、国家による承認に先立って)持っている」と論理構成するならば、参政権を人権に含めて一向におかしくない。国家作用の発動を積極的に請求するいわゆる受益権(自由放任国家的な國務請求権)についても、同断である。そして、受益権の延長線上に現代福祉国家の理念の実現を目指して出現した社会権もまた、<sup>ドロー・ド・ロム</sup>「すべて人が、人たるに値する生存」を全うするために有する生来の権利」と把握されるならば、さらにここにもまで人権概念の外延を拡張することは優に許されよう。現に、かのフランスでも、現行の一九五八年憲法の前文は、一七八九年の「人と市民の権利の宣言」のみならず、社会権を謳った一九四六年憲法前文(既述)まで含めて、インシヤル大文字の「人権」について語るし、一九四八年一月には、第三回国連総会が「世界人権宣言」を採択、自由平等(一〇条)と並んで参政権(二二条)と各種社会権(二二〜二七条)をも、「人類社会のすべての構成員の固有の尊厳と平等で譲ることのできない権利とを承認する」(前文二項)一環として、「すべて人」(二二〜二七条参照)に帰属すべきものとする。

なお、日本国憲法所定の人権の具体的内容がこのように自由権・参政権・受益権・社会権の全般にわたることは、この憲法の中で人権にかかわるキー・ワーズが、「自由」(前文一項一段、一二条以下諸所)、「専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永久に除去」(前文二項二段)、「個人として尊重」(二三条前段)、「個人の尊厳」(二四条二項)、「法の下に平等」(二四条一項前段)といった従来の常套句にとどまらず、いとも自然に、「福利」(前文一項二段)、「平和」(同二項一段・二段・三段、九条一項)、「安全」(前文二項一段)、「恐怖と欠乏から免かれ」(同項三段)、「生存」(同項一段・三段)、「生活」(二五条一項・二項)、「健康」(同条一項)、「社会福祉」(同条二項)、「社会保障」(同条項)、「公衆衛生」(同条項)、「両性の本質的平等」(二四条二項)にまで及んでおり、しかもそれらに価値の上下を設けて

いるとは到底解されないところからも、如実にうかがい知ることができよう。

## 二 人権の「保障」

### 二―1 人権の存在レベル

憲法的保障の意味で人権の「保障」を論じようとする場合、上来考察してきた「人権」が規範的概念としてそもそも如何なる存在領域に現象するのか（この際、存在領域の存在とは、もちろん規範としての存在の意であるが）、明らかにしておくことが、きわめて有用、されば先決であろう。この点の把握を俟って初めて、人権の「憲法的保障のレベル」の問題も、その「権利性のレベル」の問題も、的確に解明できるであろうからである。

少しく注意深くありさえすれば、すでに検討してきた形式のおよび実質的両定義そのものに含意されているのに気づくにさして難しくないことだが、人権は、メタ実定法のレベルと、実定法のレベルと、両領域を股にかけて展開する概念である。

①メタ実定法レベル 人権の実質的定義によれば、人権とは前国家的Ⅱ前憲法的な人間固有の権利である。ということは、人権が国家Ⅱ実定法の「創設」にかかるものではなく、それに先立って、先行規範領域にすでに存立するものであること（すなわち、人権の前実定性）、したがって、その権原（権利としての根拠）は国家Ⅱ実定法を超えた高次の規範領域に在ること（すなわち、人権の超実定性）を意味している。この時間的・論理的かつ価値的なメタ実定法を「自然法」と呼ぶも可であろうが、ただ、この呼称は、歴史上種々独特の教説ドクトリンズのキー・ワードである（あった）ことが多いから、使用には無用の誤解を避ける注意が重々必要である。

②実定法レベル しかし、人権が特定憲法の上で（中で）明確に自己主張しうる（換言すれば、国家によるサン

クシヨンを得る)には、当該憲法によって何らかの意味で、「確認」され(てい)なければならぬ。そうではなくてメタ実定法レベルにとどまったままでは、如何に実定法(憲法)に対する先在性を誇称してみても、実定法(憲法)の眼からすれば、存否・内容必ずしも明白・確実ではないからである。かくて、実定憲法によって確認されて初めて、人権は実定法レベルにまで根を下ろす(ということとは、実定法的実効性に与る)こととなる。形式的定義が妥当するのは、直接にはこのレベルの人権についてであり、それはまさにこの意味においてである。

③両レベルの関係 以上は、思想・制度としての人権の成立する(あるいは、成立しうる)二つのレベル、それら相互の関係についての理念的説明である。日本国憲法の場合、すでに一―2で見たように、明文(一一一条と九七条)が人権のメタ実定法的由来とその実定法的保障を「確認」しており、右の図式はそのまま妥当する。

もつとも、両レベルは必ずしもつねにそのようにスムーズに連結するとは限らない。遡って、そもそも人権が思想として普遍性を持たなかった古い時代には、当然、実定憲法がそれを「確認」することもありえなかったし(両レベルそのものの未成熟)、下って、人権思想が広く人心をとらえ始めてからも、実定憲法(大日本帝国憲法はその一例)が頑なにその「確認」を拒んで、せいぜい国家(＝君主)の恩恵による「臣民(ないし国民)の権利」の「創設」とどまったこともある(両レベルの隔絶)。「自然法論」者たちは、「創設」はおろか「確認」の有無にすらかかわらず、人権はそのメタ実定法的権原によって直ちに実定法上の効力を持つと考えるし、逆に「法実証主義」者たちは、およそ法的に有意なのは実定法レベルで確認(彼らの見方では、創設と同義)された人権のみであり、メタ実定法であれ実定法外で人権とされて(いて)も、それだけでは法的には無であると説く(両レベル中いずれか一方の絶対的優位の主張)。

このように問題はなしとしないが、しかし幸い、もっぱら日本国憲法にかかわるわれわれは、人権が存在する両レ

ベルの関係については一応理念型どおりに理解しておいて、先に進むことを許されよう。

## 二―2 人権の憲法的保障レベル

人権が憲法によって保障されるというのは、もとより、右に述べた実定法レベルでの問題であり、かつ、実定憲法による確認の意味においてである。日本国憲法に即して検討してみると、この“人権の憲法的保障”にも、その保障の程度（確認に伴う法的効果）に段階があることがわかる。大別して、単なる宣言的保障の弱レベルと、制度化された保障の強レベルとである。

①宣言的保障のレベル 各種人権を包括的（一三条）かつ個別（一四条以下）に実定憲法の上に挙示し、それらの実質的「人権」性を明認（一一条・九七条）した上で、「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定める（一三条後段）。この保障方法は、歴史上の諸人権宣言がそうであるように、直接には法的効果（違反に対する法的制裁）を生ぜず、国家機関に人権尊重の政治的・道義的責務を課するにとどまる。

しかし、宣言的保障であっても、もちろん、決して法的に無意味なものではない。先ず何よりも、これによって人権は実定憲法レベルに座を占めることが明確になり、憲法的規範意識の裏づけを獲得する。かくて、法的制裁の発動には至らなくても、人権保障規定の違反は憲法上の政治的・道義的責任の問題として憲法所定の問責手段（国会議員に対する選挙を通じての批判、内閣の不信任による総辞職、最高裁判所裁判官の国民審査による罷免など）に連なる。

②制度化された保障のレベル 右の第一段階を踏まえ、人権の憲法的保障は、次いで法的サンクションのレベルへと程度を高めうる。このためには、単なる宣言（遵守の政治的・道義的義務の宣明）の域を超えて、人権保障規定の違反に何らかの消極的法的効果を結びつける制度が憲法上設けられ（てい）なければならぬ。当の制度には、次の二種類がある。

その一は、侵犯機関への对人的な法的制裁である。国によって稀ならず見られる主要国家機関の弾劾の憲法制度（たとえば、ドイツ連邦共和国基本法六一条の連邦大統領「アンクラーゲ訴追」）は、人権保障規定の違反についてのみというわけではないが、それにも有効適切に発動されうるであろう。日本国憲法九九条（「天皇又は摂政及び國務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」）は、これも人権に限らず憲法全般が対象となっており、かつ、この憲法条文自体は宣言的意義を有するに過ぎぬであろうが、これに基づいて具体的な関係法律規定が設けられる（たとえば、国家公務員法による服務の宣誓〔九七条〕ならびに人事官の弾劾〔八条一項二号・二項、九条〕および一般職の国家公務員の懲戒〔八二条〕など）ことによって、そのような法的保障を制度化することになる。

その二は、侵犯行為の無効化である。日本国憲法が右引九九条に先立つ九八条で「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、詔勅及び國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」（同条一項、傍点手島）と謳うのは、もちろん諸人権「条規」にすぐれて妥当する。しかし、この条項も、これだけでは絵に画いた餅（宣言的保障）と選ぶところがない。これを実働させ実効化する手続制度がさらに必要である。いま、わが憲法は、それをも周到に用意している。すなわち、「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〔終審裁判所としての〕権限」を最高裁判所に与えて（八一条、角括弧内は手島）、司法的保障「司法的保障」の体制を整える。もつとも、ここでは、ヨーロッパ大陸法系の憲法裁判所（たとえばドイツの連邦憲法裁判所は、抽象的および具体的「規範統制」〔基本法九三条一項二号、一〇〇条一項〕によって人権侵犯の法律を直接無効とすることができるとは、個別的人権侵害の救済に特有の「憲法異議申立」を管轄する〔同九三条一項四a号〕の設置も認められるのか、あるいはアメリカ流の司法審査制（司法裁判所が、個別の人権侵害に権利侵害としての司法的救済

を与えるほか、通常訴訟に付随的に、先決問題として適用法令の合憲性を——したがって当該法令の人権侵犯に因る違憲性の有無をも——チェックする）にとどまるのか、必ずしも定かでないが、最高裁大法廷の判例に基づいて有権的に後者の解釈・運用が定着していること、周知のとおりである。

この制度化された強保障レベルには、保障が対立法権の關係で相対的か絶対的かによって、さらに上下二つの段階を区分できよう。

② a 最初は相対的保障の段階で、いわゆる「法律の留保」を伴うことによって憲法的保障が立法権による制限の可能性を含む場合である。

② b その上に絶対的保障の段階が来る。ここになると、憲法的保障は執行権はもとより立法権に対しても全面的に妥当する。日本国憲法の場合、すでにこの域にまで達していると見てよい。

このように、旧憲法が擬似人権（本節一—3参照）の賦与、しかも、その上で保障も①の弱水準（上諭三項「朕ハ我カ臣民ノ権利及財産ノ安全ヲ貴重シ及之ヲ保護シ此ノ憲法及法律ノ範圍内ニ於テ其ノ享有ヲ完全ナラシムヘキコトヲ宣言ス」）から、せいぜい② a の相対的保障（それも、裁判所による担保は明文の規定を欠き、法律の實質的審査は判例・通説の否定するところであった）に低迷したのに比べ、わが現憲法は、きわめて強度の保障を定めているといえる。明示はなくとも、ドイツの基本法が一条三項で「以下列挙する基本権は、直接適用される法として、立法、執行権および司法を拘束する」（傍点手島）と規定するのと同レベル、としてよからう。ちなみに、人権宣言発祥の地の一つフランスが、意外にも、この点では日米独の後塵を拝している（憲法的人権保障の法源の不備、保障機能として一九七一年以降漸く積極化し始めたとはいえ「憲法院」の制度上の問題性、などに由来すると考えられるが）ことも、一顧の価値なしとしない。

## 二―3 人権の権利性レベル

人権保障の強弱は、人権の「権利」性の高低と、同じメダルの裏表である。すなわち、人権の保障の程度が強い（または、弱い）ということは、人権の「権利」性が高い（または、低い）ということであり、逆に、人権が「権利」として高度（または、低度）であることは、人権の保障が強力（または、弱体）であることを意味している。そこで、以上述べてきたところを、視点を換え「人権の権利性」の問題として論じておこう。

およそ人権というからには、何らかの意味で、「権利」でなければなるまい。ただ、この「権利」と呼ばれるものの種類、したがって程度があるということである。そもそも「権利」とは、狭義では、「実定法規範によって他者への主張・貫徹を正当化され、最終的には、裁判を通じ、社会的制裁の最たるものとしての国家の物理的強制力によって実現を担保された利益」を指すのであろうが、この定義中の二標識「正当化根拠としての（法）規範」と「実現の究極的担保としての社会的実力」を拡張することによって、広義の「権利」概念も成り立ちうる。狭義の権利を最上位としてここに生ずる「権利」性の諸レベルを、人権の場合に当てはめ、1と2の所論と組み合わせてみると、次のようになる。

①メタ実定法的権利のレベル 先ず、すべて人権は、少なくとも、メタ実定法（典型的には自然法）規範によって正当化され、人びとのそのような集合的規範意識という社会力を究極の担保とする意味において「権利」である（この場合、狭義権利概念の今一つの要素「裁判」に該するのは「理性の法廷」とでもいうべきか）。ここでの権利性は、最広義、すなわち、実定法的な意味での法的色彩・実効性が最も微弱であって、比喻やレトリックの類にすら近い。しかし反面、その政治的衝撃力は往々にして激甚を極め、②③の比ではないことがある。

②実定法的・抽象的権利のレベル メタ実定法レベルの人権が実定憲法レベルへ移行すると、その権利性もまた

実定法、規範を根拠とする水準へと向上する。ただし、「宣言的保障」の域にとどまっている限りは、効果として、狭義の権利たるに不可欠の、裁判による法的な最終的執行力は、直接には伴わない。そうかといって、この効果面でも、①と全く同一なのではないことも勿論で、憲法的規範意識というより明確で強力な社会力を実効性の裏づけとする点、①を上回る。かくて、このレベルにおける人権は、すでに実定法的な意味で権利というを妨げないが、その権利性はなお広義にとどまり、抽象的権利と呼ばれるのがふさわしい。

③ 実定法的「具体的権利のレベル」 最後に、実定憲法に錨を下ろした各種人権は、その性質が許せば、明文の規定によって（たとえばドイツ基本法の場合、先に「2の終り近くで」引いたその一条三項にいう「直接適用される法」[unmittelbar geltendes Recht]とは、同時に「直接妥当する権利」でもある）、あるいは解釈運用を通して（日本国憲法の場合）、狭義の権利としての効力を認められる。これは、2所述の「制度化された保障」のレベル（2の②）に対応する。したがって、その既述二段階の別（2の②のaとb）に即し、ここでも、さらに

- ③ a 「法律の力をもつ」権利（法律形式をもつてすれば制限可能な権利）
  - ③ b 「憲法の力をもつ」権利（法律でも制限できない権利）
- が区分されることになる。

## II 人権分類学

本講の狙いは、いよいよ次講から日本国憲法人権諸規定の微視的考察に入るに先立って、先ず「憲法の人権保障システム」を巨視的に把握しておくにあるが、ここまでIにおいては、「憲法による人権保障」の意味するところを、「人

「権」概念(一)と「保障」形態(二)とに分説して明らかにした。続いて以下Ⅱは、人権保障のための憲法規範の「システム」構造を、人権分類学システムティクスの視角から照射しようとする。

### 一 人権分類の意義なぜと方法どう

すでにⅠでの検討の間に、人権と総括されるものに各種の観点から各様の区分けができることを知った。いま、それらを悉皆的に総合し整理して人権の系統的分類図を作成してみる。

なぜ、この作業が必要か。また、その必要を充たすにはどう分類するのが最も適切か。

#### 一—1 人権分類の必要

人権の分類を「いわば好事家的な机上の空論」視する者もままいるが、それは皮相の見というものだろう。もつとも、その批判に堪えるには分類が最適に行われる——ということとは、文字どおり肯綮に中る基準で捌かれる——のになければならず、これを当然のこととして前提するならば(そして、この条件は直ぐ2で満足されるであろうが)、人権分類は実に人権論の骨格を形作るものにほかならないのである。それは次の意味においてである。

先ず何よりも、あらゆる種類の人権を発生論的および法論的に類型化し系統立てて位置づけることによって、それらの根源・異同・相互関係を一目瞭然、明確に通観でき、この、人権全体像の本質的な体系的把握から、人権に関する正鵠を得た理論と解釈の開発が初めて可能となろう。

同時に、このような「人権体系」が「憲法規範の人権保障システム」と裏表の関係にある——すなわち、同じものを一は人権の側から、他は憲法の方からとらえている——ことは見易い理であろうから、前者の解明は後者の理解へ連なることになる(ここⅡで、前者の言葉をもって後者を語らしめる所以)。

さらに、とくに近時大きく問題のいわゆる「新しい人権」については、そ（れら）の人権性を判定し性格づけるための適確な準拠枠組みが供給されよう。

そして最後に——しかし重要さでは右に述べた所に優るとも劣らず——、すでに明らかなように「開かれた体系」であるこの分類学は、人権（保障）の展開の方向性を展望する強力な手がかりとなること、疑いを容れない。

## 一—2 人権の分類法

そのような高度の需要を充足するには、分類は、何らか単一の基準によるのでは用をなさず、いきおい、複眼的な視点の設定（幾つかの基準の適切な組み合わせ）を求められるであろう。ここで取り上げるに値すると思われるのは次の諸基準である。

①実定的論理の尊重 先ず何よりも留意しなければならないのは、ことを日本国憲法の土俵で論ずる限り、同憲法の実定的な構造に極力即すべきことである。すなわち、

一に、関係諸条文の明文上の配列・構成を最大限重視すること。

二に、学理的に修正やむなしとするときも、それは、必要最小限にとどめるとともに、客観的な実定憲法内在的論理（＝日本国憲法の歴史的沿革・規範的全体構造から明らかな「基本原理」）に依拠すること。

②大分類の指標 その上で日本国憲法の人権カタログの分類学を試みる場合、その第一次的な大分類の指標を何に——何処に——とるかが、最先決の課題である。

② a そうすると、各人権の権利性の実体的か、手続的かこそ、それに相応しい標識の一たるを失わないと思われる。というのも、これを基準とする二分法的大分類が、日本国憲法人権条章の形式的構造の上から最も自然である（少なくとも、人権の章の大部分を占める一八〇条の二三ヶ条は、三〇条と三一条の間を境い目に、この標識で、実体

的人権規定一三ヶ条、手続的人権規定一〇ヶ条と、前後二グループに截然と区分される)し、さらに実質的にも、これによって各人権の保障レベル・態様の本質的差異が両分されうるであろうからである(なお、この所見は、三一条を手続基本権の総則規定として、単に刑事手続に限らず広く国政の執行作用一般につき公正手続原則を要請したものの“と正しくとらえる本書の根本視角からの帰結<sup>\*</sup>でもあるが、それについては第七講が詳述する)。

② b いま一つ別種の大分類の指標として、国民主権(人民主権)を第一原理とする日本国憲法の場合、当該人権の成立する場が基本的に国民、即ち国家の場面か国民対国家の場面か、も無視できない。イエリネク(Georg Jellinek, 1851-1911)の用語を借りて、国民を主体にいえば、前者は「能動的」地位、<sup>スタトゥス</sup>後者は「受動的」スタトゥスである。ただ、イエリネクの用語法では、「受動的スタトゥス」は全面的服従関係すなわち義務関係のみを意味する(G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919 (Anastat. Neudruck d. Ausg. v. 1905), S. 86)が、<sup>\*</sup>こゝでは、彼の用語法を換骨奪胎、人権の方に焦点を合わせて、その成立するベースとしての場が国民と国家の相即関係か対立関係かによって、「能動的」人権と「受動的」人権と呼び分けることにする。この区分は、人権性の「後国家」的(「市民の権利」)か「前国家」的(「人間の権利」)かや、各人権を基礎づける政治原理の違い(能動的な人権は民主主義、受動的な人権は自由主義・福祉主義)など、理論的諸問題から延いて解釈論にまで少なからず意味なしとしないが、これまた実定憲法規定の配置の上でも、かたや一五条・一六条、こなた一七〜四〇条という群別が自ずと成り立っている。

第一次的大分類の基準として、以上 a と b のどちらをとるか。結論的には、いずれも捨てがたく、両者を組み合わせる実質的四分法としたい。その場合、①の基準に従い、諸条文の実定的順序に沿って、先ず能動的と受動的に大別し、次いでそれぞれを実体的と手続的に再分する二段階二分法を採用する。

③ 小分類について それ以下の諸段階の類型化は、ここでも①を前提とすること勿論として、解釈論的有意性(例

えば、人権制約の基準——その延長線上で、人権規制立法の違憲審査の準則——を合理的に細別する準拠枠となる等に十分配慮しつつ、論理と歴史の法則に従って進められる。

二 人権の体系的カタログ

二一 1 人権分類表

これらの基準を用いて日本国憲法における人権の体系的分類を試みれば、次の一覧表が得られよう（なお、括弧内の数字等は関係憲法規定を示す。すなわち、和数字は条番号、洋数字は項番号、前ないし後は前段ないし後段の別）。

◎能動的人権

○能動的実体基本権（国民主権的人権）

□憲法制定権

□憲法改正権

□参政権

□非常人権

△抵抗権

△革命権

○能動的手続基本権（民主制的人権）

□政策発案表決権

△国民提案権 — 請願権 (一六)

△国民表決権 (九六1、九五)

□公務員選定罷免権 (一五1・2)

△選挙権 (一五3・4、四三1、九三2)

△解職権<sup>リコール</sup> (七九2・3)

◎受動的<sup>、</sup>人権

○受動的<sup>、</sup>実体基本権

☆消極的自由権 (＝個人権、狭義「自由権」)

□肉体の自由

△生命の不可侵 (二三)

△人身の不可侵

・人身の不可傷 (二三、三六)

・人身の不拘束 (二三、二二、一八、三三、三四)

□人格の自由

◇内面的精神活動の自由

△思想及び良心の自由 (一九)

△特に宗教の自由 (二〇)

△特に学問の自由 (二三)

◇外面的精神活動の自由

△表現の自由（二二一）

・ 言論・出版の自由

・ 集会・結社の自由

・ その他一切の表現の自由（「知る自由」を含む）

△特に宗教的表現の自由（二二〇）

△特に学問的表現の自由（二二三）

◇私的領域の不可侵

△プライバシーの権利（二三、二二二後）

△「自己決定権」（二三）

△住居等の不可侵（三五）

△人格発展の機会としての居住・移転と職業の自由（二二二）

△人格維持・発展の物的条件としての財産権（二九一）

□社会関係における自由

△平等権（一四）

△集会・結社の自由（二二一前）

△居住・移転の自由（二二一前）

△職業の自由（二二一後）

△婚姻の自由と家庭生活における自由 (二四)

□経済活動の自由

△移動の自由 (二二1前・2)

△営業の自由 (二二1後)

△財産権 (二九、三〇)

☆積極的自由権 (Ⅱ「社会権」)

△生存権 (二五) — 貧困からの自由

△教育を受ける権利 (二六) — 無知からの自由

△勤労権 (二七) — 失業からの自由

△労働基本権 (二八) — 経済的従属からの自由

△その他 — 環境権 (二三、二五)、「知る権利」(二二、二五) など

○受動的、手続基本権

☆消極的、手続基本権

□国政の執行作用全般について

△通則 — 「公正手続」請求権 (三二)

△特に表現の自由について — 検閲の禁止 (二二2前)

△特に財産権について — 制限・剥奪の手続 (二九2・3) および課税手続 (三〇)

△事後補正の手続 — 国家賠償請求権 (一七)

□特に司法について

△裁判を受ける権利 (三二一、八二二)

△特に刑事裁判についての手続基本権

- ・ 刑事前手続についての手続基本権 (三三三、三四、三五、三六前)
- ・ 刑事主手続についての手続基本権 (三六後、三七、三八、三九)
- ・ 事後補正の手続 — 刑事補償請求権 (四〇)

☆積極的手続基本権

△民事事件の裁判請求権 (三二一、八二二)

△その他 — 「知る権利」についての公情報開示請求権など

## 二一 本書の講述プラン

すでにここまで総論的に導入を進めてきた本書は、以下、右一覽表の順序で、先ず五講にわたって各人権類型を分説する。すなわち、

第三講 「政治的自律の保障」は、能動的、人権を、

第四講 「個人的自由の保障」は、受動的実体基本権中、消極的自由権の前半、肉体的自由と人格的自由を、

第五講 「社会的自由の保障」は、受動的実体基本権中、消極的自由権の後半、社会関係における自由と経済活動の自由を、

第六講 「社会的生存の保障」は、受動的実体基本権中、消極的自由権に対する積極的自由権(社会権)を、そして

第七講「公正手続の保障」は、受動的、手続基本権を、それぞれ取り上げて考察する。

ところで、実定条規の構成では、それら各種人権の列举に先立って総則的諸規定の主なもの位置する(一二条、一二条、一三条、一四一条項。なお、その他として、二四二条項、九七条)が、これらは、講学上(学習上)は各論を踏まえたまとめとして扱うを事宜と考え、

第八講「人権保障の総則」を後置、その文脈で、

第九講「人権保障と平和主義」、さらに

第十講「人権保障と憲法改正」に説き及び、締め括りとする。

\* 参照、手島「人権分類の組替え―一二条の正しい解釈を軸に」(芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開 上巻』有斐閣、一九九三年)。