

一般的自由権説の歴史的展開 －列挙されていない権利の淵源を探る(1)

中 曾 久 雄

目 次

- 1 はじめに
- 2 憲法13条をめぐる現在の議論－13条解釈の到達点
- 3 帝国憲法下における自由権規定の性質と一般的自由との関係をめぐる学説の展開－帝国憲法下において一般的自由は存在するのか？
 - 3-1 美濃部達吉
 - 3-2 上杉慎吉 (以上本号)
 - 3-3 帝国憲法下における一般的自由の意義
- 4 戦後初期の学説
 - 4-1 宮沢俊義
 - 4-2 佐々木惣一
 - 4-3 田上讓治
 - 4-4 一般的自由と比例原則の関係
- 5 むすび－一般的自由権の発展と列挙されていない権利の保障の意義

1 は じ め に

これまで、私は憲法上列挙されてない権利の保障の在り方に関する問題を取り上げ検討してきた。そこでは、列挙されていない権利を、列挙されている実体的権利とは異なり、実体のない、いわば非実体的な権利として位置づけた。

そして、列挙されていない権利の保障において問われるのは、権利・自由を制限する側、政府の側の行為が公共の福祉に適合しているか否かであり、その意味で、列挙されていない権利の保障と政府の行為に対する合理性の要求はコインの裏表の関係をなしていると指摘した¹⁾ところで、こうした考えは、直接的にはアメリカにおける列挙されていない権利に関する議論にヒントを得たものであるが、列挙されていない権利のこうした客観法の性質に着目すること自体については、必ずしも目新しいものではない。人格的自律権説を支持する立場からも一般的行為の自由について、それを制限するに際して十分な実質的な合理的理由がなくてはならず、比例原則との関連で憲法上の問題となるとされてきた²⁾従来、一般的自由に対してなぜ比例原則が妥当するのか決して明確な説明が加えられてきたわけではないが、近年、こうした議論は、戦前の日本における一般的自由権の議論の中に見出すことができるとされている³⁾そこで、本稿では、列挙されていない権利の保障の淵源となる戦前、および、戦後初期において展開された一般的自由権説を振り返ることで、改めて、列挙されていない権利の保障の意義を考察することにする。

2 憲法 13 条をめぐる現在の議論－13 条解釈の到達点

すでに、前稿において指摘したように、憲法 13 条の解釈について、従来の学説は、様々な観点から、「ある権利自由が憲法 13 条の保護範囲に含まれるかどうか、含まれるものと含まれないものをどうやって切り分けるか⁴⁾」ということに焦点を当ててきた。それは、13 条に質的な限定を加える人格的自律権

1) 中曾久雄「列挙されていない権利の保障の意義」愛媛法学会雑誌 39 卷 3・4 号 (2013 年) 130～131 頁。

2) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第六版』(岩波書店, 2015 年) 121 頁。ただ、後に見るように、そのアプローチに差異がある。君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法 [第二版]』(法律文化社, 2017 年) 74 頁 (丸山敦裕担当)。

3) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第 2 版』(日本評論社, 2014 年) 17 頁。

4) 早瀬勝明『憲法 13 条解釈をどうやって客観化するか』(大学教育出版会, 2011 年) 20 頁。

説⁵⁾ と量的拡張を行う一般的自由権説の対立でもあった。しかし、13条の保障範囲の広狭については、人格的自律権説が「事柄それ自体を正面から個別的権利・自由(13条によって補充的保障対象となる独自の権利を含む)の問題と捉えないとしても、規制の趣旨・強度如何によっては結果的に個別的権利・自由の侵害というべき場合がありうる」⁶⁾として、13条の保障からこぼれ落ちた自由についても、その制約態様如何によっては憲法上の問題になることを認めたことにより⁷⁾、一般的自由権説との理論的差異はほぼ消滅したことになる⁸⁾。

そして、近年、保障範囲の広狭の問題から離れて、政府の行為の合憲性の観点から、列举されていない権利を再構成しようとするいくつかの試みが有力に主張されている。例えば、13条が違憲の強制あるいは違憲の侵害からの自由を保障しているという小山剛の見解⁹⁾あるいは、「13条後段が『客観法』として、およそ国民の自由の制限が法治国家原理に服すべきことを定めている」とする宍戸常寿の見解¹⁰⁾である。要するに、これらの見解は、人格的自律権説自体を肯定しつつも、一般的自由を法制度の客観的合理性の検討に還元する客観法の観点から捉え直すというものである。そのために、一般的自由説と人格的自律権説という従来 of 学説間で生じていた競合関係は解消されることになる¹¹⁾より厳密に言えば、13条は一般的自由か人格的自律のどちらか一方を保障し

5) 人格的自律権の理解については、駒村圭吾「人格的自律権構想を振り返る－憲法とその外部－」公法研究78号(2016年)19～22頁。

6) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2011年)177頁、佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣, 2008年)109頁。

7) こうした見解は他にも見られる。松井茂記「自己決定権について(二)」阪大法学45巻5号(1995年)44頁。

8) 中曾・前掲注1)123頁。

9) 小山剛『「憲法上の権利」の作法[新版]』(尚学社, 2011年)95～97頁。

10) 小山・前掲注9)24頁。

11) 新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ人権』(日本評論社, 2016年)45頁(横大道聡担当)、山本龍彦「幸福追求権」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法増補版』(信山社, 2014年)33頁。近年では、この対立図式から離脱を図るべきであるとする主張が有力になされている。渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ基本権』(日本評論社, 2016年)115頁(松本和彦担当)。

ているものではなくて、その双方を同時に保障していることになる。

ところで、こうした見解は突如として登場したのではなく、宍戸によれば、戦前の一般的自由権に見られたものであり、近年の有力学説がそれを再生し応用したものだと言及する¹²⁾以下では、この宍戸の指摘を手掛かりにして、大日本帝国憲法下（以下、帝国憲法とする）、そして、その後の日本国憲法の制定初期の段階において、一般的自由権はどのように捉えられていたかを、戦前、戦後の代表的な学説を通して、検討する。

3 帝国憲法下における自由権規定の性質と一般的自由との関係をめぐる学説の展開—帝国憲法下において一般的自由は存在するのか？

帝国憲法下における一般的自由に関する議論は、日本国憲法下における議論とは全く異なっていた¹³⁾帝国憲法における自由権規定をめぐる解釈の重点は、第一章における天皇の大権事項といかに線引きを図るかであった。自由権規定は権力の分配に関する規定として位置付けられていたのである¹⁴⁾以下で検討する帝国憲法下の主要学説の主眼もまさにこの点にあった。個別的自由権は憲法に規定されたものに限られ、帝国憲法第二章に規定された自由権以外の自由一般（一般的自由）に対して、それを侵害する行政活動に法律の留保（法律なくして自由を侵害してはならないという意味での法律の留保）を要求するかどうか議論されてきた¹⁵⁾臣民の自由・権利一般を重視し、第二章に規定された自由権以外の自由一般について、憲法上の自由と同等の保障を与えるのが美濃部達吉であり、それを否定するのが上杉慎吉である¹⁶⁾以下では、美濃部と上杉の

12) 宍戸・前掲注3) 17頁。

13) 西村枝美「一般的行為の自由—それは何か」長谷部恭男編『人権の射程』（法律文化社、2010年）224頁。

14) 奥平康弘「明治憲法における自由権法制—その若干の考察—」東京大学社会科学研究会編『基本的人権2 歴史I』（東京大学出版会、1968年）80頁。

15) 宍戸・前掲注3) 18頁、西村・前掲注13) 224頁。

見解を概観することにする。

3-1 美濃部達吉

美濃部達吉は、帝国憲法下の自由権の性質について、臣民の国法上の地位との関係で、臣民の本質、臣民の公義務、臣民の公権に分けて考察する¹⁷⁾

まず、臣民の本質である。臣民は国家を構成する一分子であり、社会における一員であり、個体とした独自の生存目的の主体であるとする¹⁸⁾ 国家の構成する一分子としての臣民は、国家の運命を「負擔シ、其ノ存立ヲ保持シ其ノ進運ヲ扶翼スル」責務を有している¹⁹⁾ そして、国民がいかなる限度において、権利と義務を有するかは、各時代の国法により定められることになる。臣民の社会の一員としては、社会の平和を保ち秩序を乱すことなく、自己の利益を主張して他人の利益を尊重してこれを侵害してはならないという。社会の安全を保護してその秩序を維持することは国家目的の重要な一部であり、この目的のために国家はその統治権により社会を統制し、国民は社会の一員として国家の統治権に服する義務を負い、同時に国家に対して保護を求め、国家の許容する範囲内において社会的利益を享受する権利を有する²⁰⁾ 国民各個人は自己の独自の生存目的を有している。また、各人の人格を尊重して各人を奴隷的生活から解放することが立憲政治の「倫理的な要求」である。そのために、この目的のために、国法は各人の自由及び財産の安全を保障し、社会の安全を妨げず各人の利益を害しない程度において、国家権力を以て自由及び財産を侵害されない権利を有している²¹⁾

次に、臣民の公義務である。臣民は国家の構成分子として、あるいは、社会の一員として国家の統制に服して、国家の命令・強制に対しては無条件に服従

16) 西村・前掲注13) 224頁。

17) 美濃部達吉『憲法撮要』(有斐閣, 1923年) 137頁。

18) 美濃部・前掲注17) 137～138頁。

19) 美濃部・前掲注17) 138頁。

20) 美濃部・前掲注17) 138頁。

21) 美濃部・前掲注17) 138～139頁。

する義務を負う²²⁾これが臣民の公義務である。臣民の国家に対する義務は服従義務の1つに属し、それは国家の命令に服従しその強制を受忍する義務である。この臣民の負う服従義務は、国家の統治権と相対するものである。国家の統治権は、国家のすべての支配的権利を包含するものであり、臣民の義務も統括するものである。もっとも、国家が臣民に課する義務は、国法の認める範囲内において存在するものである。近代の立憲国家は、臣民に新たな義務を課すことを立法権に専属させている。そして、司法権、行政権も法律の規定に従って、国民に命令を強制することができる。これが法治主義の原則であり、我が国もこうした原則を採用している²³⁾

最後に、臣民の公権である²⁴⁾臣民は国家に対して、単に義務の主体にとどまるのではなく、権利主体たる地位を有している。臣民が国家に対して有する権利を臣民の公権という。臣民の公権は3種類存在している²⁵⁾

まず、自由権である。自由権とは国法に基づかず、国家の命令及び強制を受けない権利である。これは消極的な公権である。消極的公権の特色は積極的な効果を有していないことである²⁶⁾臣民の自由権は国法上の制限があるところに生じるものである。もし、国家が無制限に臣民に対して命令し強制する権利を有するとすれば、臣民は国家のいかなる命令・強制に対しても絶対に服従する義務を有することになり、自由権は全く存在する余地がなくなる。国家は国法の規定する範囲内においてのみ国民に命令し強制する権利を有するために、国民は国法の範囲外において国家の命令・強制を受けない権利を有している。国民が国家権力によっても侵害することのできない自由権を有しているという思想は近代立憲制度の「根本思想」²⁷⁾である。そして、政府の専制的権力を抑制することにより、国民の自由を保障することは立憲制度を発達させる「最大ノ

22) 美濃部・前掲注17) 139頁。

23) 美濃部・前掲注17) 139～140頁。

24) 美濃部・前掲注17) 140頁。

25) 美濃部・前掲注17) 140～141頁。

26) 美濃部・前掲注17) 141頁。

27) 美濃部・前掲注17) 141頁。

原因」であるという²⁸⁾世界最初の成文憲法であるアメリカ合衆国憲法は人民の権利保障に関する規定を設け、国家権力の限界を規定している。それ以来、諸外国の憲法も自由権に関する規定を設けている²⁹⁾

なお、自由権の法的性質をめぐっては、見解が分かれているという。自由権を権利としての性質を有していないとする見解、あるいは、自由権を個々の権利の集合とする見解が存在している。言論、集会、居住に関する権利は単に「天然ノ自由」に止まるものではない³⁰⁾もっとも、睡眠、飲食、散歩、談笑することは権利ではないものの、法律はこれらの行為を禁止することはできない。これらは法律上の無関係な行為であるが、他方で、自由権が権利でないとすると、権利は行政機関の職務上の反射的利益となり正当ではない。そうすると、自由権は違法にその自由が侵害された場合に、侵害を受けた者は違法を主張することができる効果を有しているものである。自己の利益に関する主張を国法上正当なものとして認められるということが、権利が認められるということである。このように、自由権の内容は積極的に何かを行うというものではなく、単に消極的に国家による違法な命令・強制を受けないということに止まる。自由権とは国法に依拠することなく、国家権力により「各人ノ天然ノ自由ヲ拘束」されないことをその内容とするものであり、その結果として、自由権は個々の自由の集合ではなく包括的で単一の権利である³¹⁾天然の自由は単一の権利ではあるが、「各種ノ方面ニ應ジテ」現れるものである³²⁾

次に、受益権である³³⁾受益権とは、臣民が自己の利益のために国家に対して積極的に特定の利益を受け取ることをその内容とするものである（積極的公権）。自由権が積極的な内容を伴うものではなく単に消極的な禁止に止まるのに対して、受益権は国家から積極的利益を受けるという点で、相違がある。

28) 美濃部・前掲注17) 141頁。

29) 美濃部・前掲注17) 141～142頁。

30) 美濃部・前掲注17) 142頁。

31) 美濃部・前掲注17) 142～143頁。

32) 美濃部・前掲注17) 143頁。

33) 美濃部・前掲注17) 143頁。

受益権は法の反射利益とは区別され、受益権の種類は国法により定められることになる。受益権は、自由権のように包括的で単一のものではなく、法律の規定により個々の権利が国民に対して享受されることになる。例えば、自己の利益のために特定の司法行為あるいは行政行為を要求する権利、国家に対して金銭給付を要求する権利、榮譽を享受する権利などである³⁴⁾

最後に、参政権である³⁵⁾参政権とは国民が国家の機関として国家の公務を行う権利である。これは「主動的公権」³⁶⁾と呼ばれている。国民は被治者として国家に対して相対立する地位として存在するものではないが、国民は国家の統治権を組織する一員であり、国家の活動力を構成する地位に在る。参政権は公務を行うために認められるものであり、それは国家の公益のためであり、個人の利益のためのものではない³⁷⁾参政権は同時に義務としての側面も有しており、参政権を有する者は同時に権利行使する義務を負う。そのために、参政権は権利行使と同時に参政する義務を伴うものであり、二重の性質を有している³⁸⁾もっとも、法律が参政することを義務として規定する場合、その程度は種類により異なるものである。例えば、選挙権における義務は「思想上」の義務にとどまり、それを行使しなかったからといって制裁を加えられるものではない³⁹⁾選挙権の行使は国家の利益のための公務であると同時に、臣民は忠実に自己の良心に従い選挙権を行使する義務を負うのである。これとは反対に、法律が臣民の義務であることを認めこれを強制するのが兵役であるが、これは国家の活動力に参加することであり臣民の権利である⁴⁰⁾

34) 美濃部・前掲注17) 143～144頁。

35) 美濃部・前掲注17) 144頁。

36) 美濃部・前掲注17) 144頁。

37) 美濃部・前掲注17) 145頁。

38) 美濃部・前掲注17) 144～145頁。

39) 美濃部・前掲注17) 146頁。

40) 美濃部・前掲注17) 145～146頁。

3-2 上杉慎吉

上杉慎吉は、臣民の権利の意義を統治権と関係において考察する⁴¹⁾上杉は、そもそも、臣民が統治権に対して権利を有しているという見解を否定する⁴²⁾臣民が有しているのは統治権に対して服従する義務のみであり、統治権に対して一定の行為・不行為を要求することはできないとする⁴³⁾しかし、統治権が一定の統治の目的を達成するために、臣民に対して公法上の権利を付与することがあり(それは、統治権がその目的を達成するために、「一定ノ行使ヲ為サシメ」、または、一定の行為を「避止」する「意志ノ力」が臣民に対して付与されているものであるという)、臣民の統治権に対する権利はこの場合において存在することになる。ただ、臣民の権利は国法が付与するものであり、国法が付与する以前に権利が存在するというものではない。統治権が臣民に権利を付与する理由は正義道徳的な理由、あるいは、利害得失、あるいは、歴史的沿革によるものである⁴⁴⁾そして、統治権が臣民に付与し、統治権に対して一定の行為を要求する権利を「要求権」という。その最たる例は訴権である⁴⁵⁾

そして、憲法の規定する自由権は、統治権が臣民に対してあることを為さないとすることを規定するものである⁴⁶⁾要するに、自由権は、臣民の側からすれば、統治権が或ることを為さないとという意味で消極的なものである。本来、統治権は無制限のものであり、臣民はそれに絶対的に服従する義務を有している⁴⁷⁾しかし、他方で、憲法は法律に依拠することなく一定の条件に該当しなければ、禁止し命令することを禁止するという意味での自由権を規定している⁴⁸⁾自由権を保障する趣旨は、「各人ノ本性」を発展させるものであり⁴⁹⁾自由権と

41) 上杉慎吉『新稿憲法述義』(有斐閣, 1928年) 266頁。

42) 上杉・前掲注 41) 266頁。

43) 上杉・前掲注 41) 266～267頁。

44) 上杉・前掲注 41) 267頁。

45) 上杉・前掲注 41) 268頁。

46) 上杉・前掲注 41) 268頁。

47) 上杉・前掲注 41) 269頁。

48) 上杉・前掲注 41) 269～270頁。

49) 上杉・前掲注 41) 270頁。

して認められるのは人類の進歩、文化発展のための必要なものである⁵⁰⁾ もっとも、自由権の綱領である天賦人権の思想は、そのまま帝国憲法下において維持することはできないという。天賦人権の思想が登場したのは国王の専制が行われた時代であり、帝国憲法下ではその必要性を見出すことができないとする⁵¹⁾

もっとも、上杉は、天賦人権の思想の趣旨を理解することは必要であることを指摘する。中世の国王は自己の私利私欲のために人間の基礎的な活動を阻害し人類文化の発展を阻害してきた⁵²⁾ こうしたことをふまえて、天賦人権の思想は、自然の自由と法的権利を同視するものであったが、国家本来の理想を実現するために自由を保障しそれを憲法の「主要部分」としたのである⁵³⁾ 天賦人権の思想に基づき制定されたのが1789年のフランス人権宣言であり、人間の自由平等の主義のもとに、侵すことのできない権利を列挙した。また、アメリカ合衆国憲法は侵すことのできない権利を規定すると同時に⁵⁴⁾ 国王が不当不正な行為を行わない国王の権限を客観的に規定し⁵⁵⁾ さらに、権利を侵害する法律を違憲とする裁判所が存在している⁵⁶⁾ このように、諸外国では、憲法に列挙した権利を国民権、あるいは、国民の基本的権利として、「先天絶対」の権利として認めている⁵⁷⁾ こうした諸外国における自由権思想は18世紀の個人主義に由来するものであるが⁵⁸⁾ 帝国憲法下における自由権は天賦人権とは異なり、あくまでも統治の本義を完成させるために保障されるものであるという⁵⁹⁾

上杉のいう自由権は、自然法上の権利とは異なり、国家と法を超越した権利ではないのである⁶⁰⁾ 自由権は憲法が一定の形式、法律によるか、あるいは、一

50) 上杉・前掲注41) 270～271頁。

51) 上杉・前掲注41) 271頁。

52) 上杉・前掲注41) 271頁。

53) 上杉・前掲注41) 272頁。

54) 上杉・前掲注41) 272頁。

55) 上杉・前掲注41) 273頁。

56) 上杉・前掲注41) 274頁。

57) 上杉・前掲注41) 275頁。

58) 上杉・前掲注41) 276頁。

59) 上杉・前掲注41) 276～277頁。

60) 上杉・前掲注41) 277頁。

定の条件がなければ臣民の一定の行為を禁止、命令、制限することができないというものである。その意味で、自由権は一定の行為を為すための消極的権利なのである⁶¹⁾したがって、言論著作の自由、集会結社の自由、信教の自由、居住移転の自由は天賦人權の思想のもとではそれらは直ちに人權として保障されるが、帝国憲法のもとで自由権として保障される以上、一定の形式によるか、または、一定の条件に該当しなければ禁止、制限されないというものである⁶²⁾そして、これらの自由権について、統治権は統治目的のために制限することは可能である⁶³⁾自由権は権利の制限を禁止するというものでなく、自由権を制限する必要がある場合に、一定の形式あるいは一定の条件に該当することを要求する規定なのである⁶⁴⁾(そのために、自由権は先天的にして不可侵の自由ではない⁶⁵⁾)。なお、自由権については、言論出版の自由や信教の自由といった列举された自由と列举されていない自由、例えば、飲食、睡眠、美術・音楽の自由がある⁶⁶⁾憲法上列举された自由権については、それが「人生ノ必要」ということではなく、歴史的な専制を将来にわたり除去するために存在しており⁶⁷⁾それを単に反射的利益とするのは誤りであるが⁶⁸⁾自由権と同様に、一定の形式あるいは一定の条件に該当しなければ制限することができないというものではない⁶⁹⁾

要するに、上杉は、自由権の保障は天然の自由を保障するものではないとする。自由権が保障しているのは、統治が、一定の形式によるか、あるいは、一定の条件に該当しなければ臣民の一定の行為を制限してはならない、ということである⁷⁰⁾そして、臣民には違法に自由権が制限された場合に、その違法性

61) 上杉・前掲注41) 277頁。

62) 上杉・前掲注41) 277～278頁。

63) 上杉・前掲注41) 278頁。

64) 上杉・前掲注41) 278～279頁。

65) 上杉・前掲注41) 279頁。

66) 上杉・前掲注41) 279～280頁。

67) 上杉・前掲注41) 280頁。

68) 上杉・前掲注41) 280頁。

69) 上杉・前掲注41) 280～281頁。

を主張することが認められているのである⁷¹⁾また、上杉は、憲法上規定されていない自由の存在を認めるものの、憲法上列挙された自由権は歴史的に不当に制限されてきたものであり⁷²⁾憲法上規定されていない自由はそうした制限がなかったという違いがあるという⁷³⁾(ただ、上杉は、憲法上規定されていない自由の中に、「人生ノ根本ヲ為シ」重大な「自然ノ自由」も含まれていることを認める⁷⁴⁾)。もっとも、憲法上規定されていない自由の制限も正義の利益に反してはならず、統治目的のために適合するものでなくてはならないのである⁷⁵⁾

70) 上杉・前掲注 41) 282 頁。

71) 上杉・前掲注 41) 281 頁。

72) 上杉・前掲注 41) 283 頁。

73) 上杉・前掲注 41) 283～284 頁。

74) 上杉・前掲注 41) 283 頁。

75) 上杉・前掲注 41) 284 頁。