

# 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 (2)

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 (44 卷 3・4 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 (以上本号)

### 3－3 帝国憲法下における一般的自由の意義

以上検討してきた帝国憲法下における主要学説は、自由権規定をあくまでも「客観法・組織法」<sup>76)</sup>として位置付けていた。自由権規定は、国民に対して権利

---

76) 奥平・前掲注 14) 80 頁。

を付与したのではなく、権力行使が法律に基づかなければならないということを保証するものであった<sup>77)</sup>この点において、美濃部の解釈と上杉の解釈には大きな違いがあった。美濃部は帝国憲法第二章で保障された自由権以外にも自由権が保障されるという立場をとった<sup>78)</sup>美濃部は、自由権規定で保障された個々の自由は「天然の自由」<sup>79)</sup>の例示であるとした。美濃部は、自由権についてそれは単なる反射上の利益としてではなくその権利性を肯定し、法律の留保を妥当させ、さらに、独立命名を消極的警察作用のために許容されるとしつつも、法律の支配を浸透させ、「非法治主義的な制度をせまい範囲」<sup>80)</sup>にとどめようとしたのである。美濃部の主眼は臣民の有する自由一般に対する法治主義の原則を確立することにあつた<sup>81)</sup>（ただ、この美濃部の学説は支配的にはならなかった）。これに対して、上杉は個別的自由権を重視する説を採用した。もっとも、それにより憲法上規定されていない自由を無視するものではなかった。自由権は統治の目的のために認められるという上杉の立場からすれば、統治の目的に反する場合にはこうした自由の制限は許容されないことになるのである<sup>82)</sup>しかも、上杉は美濃部と同様に自由権が単なる反射的利益ではないとしていた<sup>83)</sup>。

77) 奥平・前掲注 14) 81 頁。

78) 長谷部恭男「大日本帝国憲法の制定」長谷部恭男編『論究憲法 憲法の過去から未来へ』（有斐閣、2017 年）9 頁。憲法上の権利の意義は、臣民の自由一般が一体として法律の留保による保護の対象にあるために、権利のカタログにさしたる意味はないことになる。

79) 美濃部・前掲注 14) 174 頁。例えば、穂積八束は、自由権規定を「之ヲ権利ト謂フ実ハ当ラス、法律ノ反射タル」としていた。穂積八束『憲法提要』（有斐閣、1910 年）748 頁。

80) 奥平・前掲注 14) 83 頁。要するに、この立場は、国民の代表機関である議会の権限を限定し、行政機関の権限を拡大する立場を批判して、議会により制定された法律により行政の規律を主張するものであった。西村・前掲注 13) 223 頁。

81) 奥平・前掲注 14) 84 頁。穂積によれば、第二章は立法事項を規定したものとするが（要するに、自由権規定を大権との関係において、立法の専属事項を指定したものとする）、他方で、美濃部は第二章の自由権カタログ以外にも自由権が存在し、しかも、第二章には法律のほか独立命令としての警察命令が有効に侵入するという意味で、穂積の説を否定しているという。

82) 西村・前掲注 13) 224 頁。

83) 奥平・前掲注 14) 85 頁。

このように、帝国憲法で保障された自由権はわずかであったために<sup>84)</sup>学説の主眼はそうした欠陥を埋めるべく、憲法で規定されていない自由に「多かれ少なかれ憲法上の自由権と同等の保障」を与えることにあった<sup>85)</sup>美濃部は、臣民の自由一般に対する法治主義の原則の確立を強調し、ここに自由権の核心を求めたといえよう（ただ、ここでの関心事は権力の分配の仕方であり、自由権はあくまでも客観法として捉えられていた）<sup>86)</sup>

#### 4 戦後初期の学説

日本国憲法制定に伴い、13条の解釈も大きく変容することになった。先にもみたように、戦前の自由権をめぐる議論の重点は、憲法上の自由権の規定の有無にかかわらず、自由を侵害する行政活動に対して法律の留保を要求することの当否にあった。この点について、美濃部は天然の自由を主張し、この天然の自由は、法律に依拠することなく国家の権力により天然の自由を制限されないことが、自由権の唯一の内容であり、違法に天然の自由が侵害されたとき、侵害を受けた者がその違法を主張することを可能にするというものである。その意味で、天然の自由とは、憲法に規定された自由権を包含するものであり、それらは法の付与した能力でなく、自然に放任され法に無関係な行為であり、自由権は、天然の自由に対する国家の侵害を主張できる不作為請求権であるとされたのである<sup>87)</sup>しかし、日本国憲法制定に伴い、法律の留保自体が消滅した<sup>88)</sup>国会が唯一の立法機関とされたために、一般的自由を主張して法律の留保なき侵害を防ぐ必要はなくなったのである<sup>89)</sup>では、戦後の初期の学説は列举されていない権利の保障をいかに考えたのであろうか。以下では、この点につい

84) 西村・前掲注13) 234頁。

85) 奥平・前掲注14) 81頁。

86) 奥平・前掲注14) 84頁。

87) 田上穰治「美濃部達吉先生の憲法学」一橋論叢49巻4号(1963年)43頁。

88) 西村・前掲注13) 233頁。

89) 西村・前掲注13) 225～226頁。

て、主要学説を見ていくことにする。

#### 4-1 宮沢俊義

宮沢俊義は、イェリネックの基本権論を参照し、「単なる自由」と「自由権」を区別する<sup>90)</sup>。自由権とは「人が所属する（または、その関連する）国家に対する関係において有する権利」であるという<sup>91)</sup>。そこで、自由権について、宮沢は、イェリネックの基本権の類型を手掛かりに<sup>92)</sup>以下の類型化を行う。国民は、①国法によって義務づけられる関係<sup>93)</sup>②国法に対して無関係な関係<sup>94)</sup>③国法に対して消極的に受益的な関係<sup>95)</sup>④国法に対して積極的に受益的な関係<sup>96)</sup>⑤能動的な関係<sup>97)</sup>であるとする。憲法上規定されていない自由の保障において問題となるのは、②と③である。宮沢は、②を以下のように説明する。「国民は、国法に対していわば無関係な関係に立ちうる。これは、国法によってなんら義務づけられていない関係である。この関係における国民の地位を単に一次の自由権と区別して-自由と呼ぶことにしよう。だれでも、国法の禁止しない行動をする自由をもつ。人は、たとえば、国法によって禁止されない限り、散歩する自由があり、旅行する自由がある。この意味の『自由』はまったく国法の禁止の不在の反射にすぎないから、国民がどの範囲まで、この意味で『自由』であるかは、ひとえに国法の規定の結果として定まることであり、そこには憲法上の限界というようなものはない」とする<sup>98)</sup>。これに対して、③については、「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）が禁止される場合がある。たとえば、言論の自由を制限する国法の定立が憲法によって禁止さ

90) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣、1945年）89頁。

91) 宮沢・前掲注90）86頁。

92) 宮沢・前掲注90）87頁。

93) 宮沢・前掲注90）88頁。

94) 宮沢・前掲注90）89頁。

95) 宮沢・前掲注90）89頁。

96) 宮沢・前掲注90）90頁。

97) 宮沢・前掲注90）90頁。

98) 宮沢・前掲注90）87頁。

れる場合がこれである。この場合、国民は、国法に対して、消極的に受益関係に立つということが出来る。国法の定立が禁止される結果として、国民は、国法から利益を受ける関係にあるからである。この関係における国民の地位を－単なる自由と区別して、－自由権と呼ぶことにする」という<sup>99)</sup>そして、「この意味での自由権と右にのべた自由のちがいは、前者においては、その自由を制限することが憲法上（国民の利益にまで）禁止されているのに対し、後者においては、そこになんらの憲法上の制限がなく、その意味で、イェリネックの言葉でいえば、*rechtlich irrelevant*であり、したがって、国法と無関係であることにある」というのである<sup>100)</sup>

宮沢によれば、憲法で保障された権利の根源には人間の尊厳が存在し<sup>101)</sup>その意味を憲法学上個人主義であるとする<sup>102)</sup>個人主義と密接に関係するのが13条である。13条について、前段では個人主義の原理を表明しているという。ここにいう個人主義とは、「人間社会における価値の根元が個人にあるとし、何よりも先に個人を尊重しようとする原理」であるとする。個人主義は一方でエゴイズムに反対し、他方で、個人を超えた価値のために個人を犠牲にする全体主義に反するものであり、「人間を自主的な人格として平等に尊重しようとする」西ドイツ憲法1条と同趣旨であるという<sup>103)</sup>後段の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は、アメリカ独立宣言の「生命、自由および幸福の追求 (*pursuit of happiness*)」および「ロックの生命、自由および財産 (*life, liberty and property*)」に由来するものであるという。「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は、自由権だけでなくひろく基本的人権の内容を表現しているという。そして、「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」という規定は、基本的人権の尊重がすべての国家の活動の「指導原理」であるとする<sup>104)</sup>その上で、13条の役割は、国民と国家機関が守るべき「心がまえ」

99) 宮沢・前掲注90) 87頁。

100) 宮沢・前掲注90) 89頁。

101) 宮沢・前掲注90) 95頁。

102) 宮沢・前掲注90) 76頁。

103) 宮沢・前掲注90) 211頁。

であり、抽象的な法義務あるいは法原理を宣言しているものであるが、「純然たるプログラムの規定ないし法的マニフェスト」ではなく、「それらの規定との関係においても、違憲の法令というものも、考えられないわけではない。憲法の条項で具体的に保障されている人権と同じ性質をもつ権利について、それについての特別な条項がないとき、解釈上、憲法のこれらの規定を根拠とすることが要請される場合」があることを指摘する<sup>105)</sup>。このように、宮沢は条文に規定されていない自由を一般的自由として保障することを否定する<sup>106)</sup>。

#### 4-2 佐々木惣一

佐々木惣一は、宮沢とは異なり、列挙されていない権利の権利性を認める<sup>107)</sup>。佐々木によれば、憲法の保障する基本的人権は、国民の生活利益に応じて、存在権、自由権、国務請求権、参政権に分類することができるという<sup>108)</sup>。

佐々木によれば、人間の生活する立場には2種類あり、1つは他の者に従属して行動する場合であり（これを従属的立場という）、今1つは生来の人間として独立して行動する場合であるという（これを独自の立場という）。帝国憲法のもとでは支配する者に対して、国民は従属立場に置かれることが多かった

---

104) 宮沢・前掲注90) 212頁。

105) 宮沢・前掲注90) 211～212頁。

106) こうした見解は他にも見られる。法学協会編『註解日本国憲法 上巻』（有斐閣、1953年）338～339頁。

107) なお、最高裁も当初から、13条の具体的権利性に着目してきた。旅券発給拒否事件（最大判昭和33年9月10日民集12巻13号1969頁）における田中・下飯坂裁判官の補足意見は、旅行の自由について以下のように説明する。「憲法の人権と自由の保障リストは歴史的に認められた重要性のあるものだけを拾ったもので、網羅的ではない。従ってその以外に権利や自由が存せず、またそれらが保障されていないというわけではない。我々が日常生活において享有している権利や自由は数かぎりなく存在している。それらはとくに名称が附されていないだけである。それらは一般的な自由または幸福追求の権利の一部分をなしている」。また、第90帝国議会では憲法で保障される権利は憲法の条文に列挙された権利に限られないという理解が示されていた。土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義—幸福追求権解釈への予備的考察をかねて（四）・完」法学論叢131巻6号（1992年）14頁。

108) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣、1952年）400頁。

が、日本国憲法のもとでは独自の立場が尊重されているというのである<sup>109)</sup>

13条の「国民は、個人として尊重される」という規定は、国民が「独自の立場において、人間としての存在を認められ、国家に対して、その存在を主張し得ることを定める」ものであり、これを「存在権」という<sup>110)</sup>存在権は人間の存在の内容と関わっており、「生命を愛し、自由を有し、幸福を追求すること」ことが人間の存在の内容であり、「これらの意欲を有し、これを実現することを、国家に対して主張する」権利なのである。自由権については、「人が、その意欲するところに随て、いろいろの不特定の行動を為す」一般的自由権と、「人が或る特定の行動を、その意欲するところに随て為す」個別自由権がある<sup>111)</sup>まず、一般的自由権とは、国民は憲法の規定するところにより、国家に対して一般的に自由を主張できるというものである。そして、国家は憲法の規定なくしてこの自由を拘束することはできないという。この国家に対する拘束は、国民の側からこれを主張することができるものであり、国民の権利である。自由に関する権利である自由権は国民が有する自由を拘束されないという意味で、消極的な権利である<sup>112)</sup>一般的自由権は憲法により直接規定されるものではないが、13条の規定する「自由」は一般的自由権を指すという。一般的自由は、「個々の場合に、個別的自由として発想するものであるから、或る特定の自由について何等規定がないならば、一般的自由の内にふくまれて存する」というのである<sup>113)</sup>次に、個別的自由権についてである。それは、個々の行動の自由について、憲法の規定によらなくては束縛されないという国民の権利である<sup>114)</sup>個別の行動の自由について、束縛の条件を設定する場合には公共の福祉との関係を憲法は規定している。個別的自由権は種々の生活利益を保護する

---

109) 佐々木・前掲注108) 400～401頁。

110) 佐々木・前掲注108) 401～402頁。なお、存在権は国家だけではなく、私人の関係においても主張されるとする。

111) 佐々木・前掲注108) 402頁。

112) 佐々木・前掲注108) 403頁。

113) 佐々木・前掲注108) 403頁。

114) 佐々木・前掲注108) 403～404頁。

ものであり、これを大別すると、活動に関する自由（精神的自由と行動的活動に関する自由）と支配に関する自由に分類される<sup>115)</sup>

### 4-3 田上讓治

以上、宮沢と佐々木の見解を見てきたが、宮沢の提示した解釈は、日本国憲法に規定された自由権について権利性を認めるものの、美濃部のように天然の自由を認めるものではなかった。憲法上列挙されていない自由は単に「反射利益」に過ぎないとされたのである<sup>116)</sup>これに対して、佐々木は憲法で保障された個別の権利に加えて、一般的自由を明示的に認めた<sup>117)</sup>それが13条により保障されるとした。一般的自由を内容とする存在権が、憲法で規定されていない自由の保障根拠になるとしたのである。

こうした展開とは別に、戦後、美濃部の自由権を發展させ、一般的自由と比例原則との結びつきを明確に指摘したのが田上讓治である<sup>118)</sup>まず、比例原則について、田上は以下のように説明する。比例原則とは、法治国家原理でもあり、行政が具体的目的の実現のために必要とされる手段を超えて一層厳しい手段をとることを禁止するというものである<sup>119)</sup>これは必要性の原則であるという。必要性の判断は具体的な行政目的との関係で決定され、関係者の利益はこの目的の実現に妨げない範囲で考慮されるに過ぎないから、僅かな公益のために重大な取締りを行なっても、必要性の原理に反しない場合がある。そして、規制される不利益との比較衡量を行い、後者が著しく大きいとき、その作用を違法とするのが、狭義の比例原則である。狭義の比例原則は、必要性の原理に適合する行政作用について、さらに対立する利益の比較衡量によって適否を決定するものである。ただ、比例原則のもとの利益の衡量は、裁判所の審査に

115) 佐々木・前掲注108) 404頁。

116) 西村・前掲注13) 226頁。

117) 西村・前掲注13) 226頁。

118) 田上讓治「行政作用法における比例原則」田中二郎・原竜之助・柳瀬良幹編『行政法講座 第6巻』（有斐閣、1966年）1頁。

119) 田上・前掲注118) 1頁。



適しない自由裁量の範囲であって、明白または重大な不均衡の認められるとき違法となるに止まる。<sup>120)</sup>

ところで、従来、比例原則は、主として警察法の領域で論じられてきたものである。比例原則は自然法の影響のもとに18世紀末から生じたものであり、公共の安全と秩序を維持するために必要な限度においてのみ、国権により個人の自由を制限できるというものであった。警察権の限界に関する比例原則は一般の権力的行政に関する法理として主張されたものといえる。比例原則は、権力的行政のほかにも、刑の量定、正当防衛の限界等にも適用されることになった。特に、福祉国家、社会国家となって行政権の範囲が拡大し、また、国民の人権が保障される日本国憲法のもとでは、比例原則を警察作用にかぎって適用されることはなくなった。この点について、美濃部は、警察権により人民の自由を拘束することについて、その拘束は社会公共の秩序を維持するために必要な程度に止まらなければならないとする。警察上の比例原則のほか、憲法が国民の自由および財産の安全を保障していることから、行政権による侵害は公益上の必要に基づくべきのみならず、その侵害の程度も公益上の必要の程度と適当な均衡を保たなければならないとして、超過差押の禁止その他、警察法以外においても広く比例原則が適用されることを認めている。<sup>121)</sup>

次に、田上は、日本国憲法のもとで13条が比例原則を実体化したことを示唆する。日本国憲法は、民主主義的多数者の支配に対して人権の不可侵と法律の司法審査を含む法治国原理を基本原則として、13条において国民の基本権が立法その他国政の上で最大の尊重を要するものと定め、「基本権保障に役だつ原則は普遍妥当性があるものとみななければならない」という。帝国憲法下における一般的自由の法理によれば、「個人は国家から法律に反するいかなる給付をも強制されることがなく、したがってその自由の承認に基づき、この法規の限界を超えた公権的下命の停止および廃止を求める権利がある」とされた<sup>122)</sup> もっとも、帝国憲法下において、比例原則は行政の法律適合性に含まれ

120) 田上・前掲注118) 1～2頁。

121) 田上・前掲注118) 2～3頁。

るのみであり、立法権を拘束するものでなかった。しかし、日本国憲法下において、行政権と司法権は、国会の制定する法律のみならず、憲法に拘束されることになる。日本国憲法のもとでは、司法審査によって違憲と判断された法律には拘束されないと規定されている。また、内閣は法律を誠実に執行すべきと規定されているが、裁判所が違憲と判断した法律は国会による廃止をまたず効力を失うものであるから、単純に法律に適合することで足りるものではない。この点は、基本権が立法、執行および裁判を拘束するとするボン基本法と同様であり、その意味で、日本国憲法は、法治国原理を採用したものとす<sup>123)</sup>

田上によれば、日本国憲法のもとで、比例原則が単純な法律適合性の原則から、立法権まで拘束する憲法上の原則となり、平等原則とならび、「基本権に関する憲法上の保障」になったというのである。ただ、13条が、生命、自由および幸福追求に対する国民の権利について、公共の福祉に反しないかぎり、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とすると規定するということは、自由権のほか積極的な公権にも適用され、国権発動を制限する効果をもつかどうか明らかでない。しかし、ボン基本法11条は、「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に違反しないかぎり、その人格の自由な発展に対する権利を有する」と規定し、「消極的な不作為請求権としての一般的自由権を含むもの」とされているので、日本国憲法においても、生命、自由および幸福追求に対する権利のうちに一般的自由権が含まれることは明らかであるとする。ただ、公共の福祉は不確定概念であるが、憲法11条に定める人権が自然法的根拠をもち、必ずしも第13条以下の個別的な自由権の規定によって列挙されることを要しないのと同様に、人権の内在的制約としての公共の福祉は、その内容の明確な規定をまたず、自然法的に説明できるものである<sup>124)</sup> 第1に、国民の権利が積極的または主動的公権であって、自然権でない場合には、

122) 田上讓治「自由権の本質」『美濃部達吉教授還暦記念公法学の諸問題』（有斐閣、1934年）13～14頁。

123) 田上・前掲注118) 4頁。関連して、田上讓治「基本権の保障」一橋論叢45巻3号(1961年) 215頁。

124) 田上・前掲注118) 4～5頁。

これを制限する公共の福祉の実質は、これらの権利を付与する憲法の条項および制度的保障その他の憲法規定に違反しないかぎり、立法府の公益的、政治的裁量に委ねられるが、法律の目的として具体化された公共の福祉を実現するための権力的行政であっても、一層軽微な権利の規制で足りる場合には、公共の福祉に反しないかぎり最大の尊重を必要とする、という憲法の要請と矛盾する。第2に、自然の自由が最大限度に尊重されることは、それが自然法の原理であるから、この場合に公共の福祉に基づく国権の発動は、立法権であるか否かを問わず、人権の内在的制約に従わなければならない。この意味の公共の福祉は、「社会生活において各人にひとしく自由が保障さるべきことから、一部の者が不特定多数の者の自由を、しかし、それが社会生活において受忍できない程度になるとき、または特定の者の自由に重大な侵害を加え、関係者が正当防衛、訴訟その他の合法的手段によってこれを排除することが困難なときに、国権の発動によって関係者の自由を保障する場合に認められる」というものである。警察法第2条に規定する公共の安全と秩序の維持は、これに該当するものである。そして、この場合にも国権の発動は、具体的に関係者の自由を規制する程度が、公共の安全と秩序を維持するために必要な最小限度に止めるというものである。<sup>125)</sup>

#### 4-4 一般的自由と比例原則の関係

以上検討してきたように、日本国憲法の制定とその後の学説の展開のなかで、日本国憲法下で憲法上の権利をいかに理解するかが問題となった。法律があれば人権を制限できるという意味での法律の留保は日本国憲法下では消滅したが、憲法上の権利の制約について、いかなる場合にも法律が必要なのか、また、法律は権利制約の内容・程度をどこまで行政に委ねてよいのか、という問題が取り残された<sup>126)</sup> 戦後憲法学は憲法上の権利について公共の福祉の内容に関する「制約内容」の議論に終始し、法律の留保の消滅により「制約の方法」を憲

125) 田上・前掲注118) 5～6頁。

法上の権利の解釈として論じなくなったのである<sup>127)</sup> この問題について、田上は、13条に一般的自由が含まれ、比例原則が立法権をも拘束する憲法上の原則となったと説明したのである<sup>128)</sup> こうした観点からすれば、13条の役割は、どのような自由であっても個人の自由に国家の規制を課すことが不合理にならないように、国家の側に法律の留保と比例原則を遵守させることにある<sup>129)</sup> この点は、戦前の議論との連続性を見出すことができる。美濃部の説は、憲法の規定の有無にかかわらず、あらゆる自由に対して法律の留保を妥当させるものであった。それは国家と個人の関係を「相互に独立した意思を主体同士の法関係」として設定するものであった。こうした法関係が成立するならば、国家が不当に自由を制限すれば、国民の側からすれば、違法性を追求するための請求権が認められる。その意味で、一般的自由は自由に対する国家の制限の違憲性の追求の手段として機能するということになる<sup>130)</sup> この点について、田上は、比例原則、法律の留保を法治国家原則として明確に位置づけたのである<sup>131)</sup> 田上は、13条の保障する一般的自由権と法治国家原理の関係を整理し、一般的自由が「国権発動の制限の効果」<sup>132)</sup>を有し国家を拘束するという側面を有していることを明らかにしたのである<sup>133)</sup>

---

126) 六戸・前掲注3) 18頁。「憲法上の権利の外側にある自由一般の制限に関しても、憲法学は、法律の留保や比例原則といった古典的な一般的自由権説の遺産に適切な位置づけを与えないまま放置してき」と指摘する。

127) 西村・前掲注13) 232頁。

128) 六戸・前掲注3) 17頁。

129) 松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法第2版』(弘文堂、2013年) 113頁。

130) 西村・前掲注13) 233頁。

131) 六戸・前掲注3) 18頁。

132) 田上・前掲注118) 5頁。

133) ここで認められる比例原則は、その前提とする公共の福祉が、憲法上において一定の内容を有し、立法府の裁量によっても動かすことのできないという特色があるという。田上・前掲注118) 6頁。

## 5 むすびー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

戦前そして戦後初期の一般的自由は、現在の13条解釈にも多大な影響を及ぼしている。例えば、芦部信喜は、人格的自律に関連しない自由・利益（一般的自由）の制限について、「十分に実質的合理性」がなければならないことを指摘する<sup>134)</sup>。また、佐藤幸治も13条の保障からこぼれ落ちた自由についても憲法上の問題になることを認めている<sup>135)</sup>。これらの学説は直接的に13条を客観法として明示したわけではないが<sup>136)</sup>、一般的自由の制限に際して政府に対して正当な根拠を求めることで<sup>137)</sup>、13条には政府の権限行使を規律する機能があることを認めている<sup>138)</sup>（それは要するに、13条には主観的権利に還元することのできない、客観法的側面が存在するということでもある<sup>139)</sup>）。その意味で、政府が権限を行使するに際して、個人の自由の問題は常に一体であり両者を分離することはできないのである<sup>140)</sup>。

さらに、こうした解釈は発展を遂げて、近年、13条は政府の活動を正当な範囲（公共の福祉の適切な実現）に収めるために、公共の福祉に反する政府の活動を違憲として攻撃する *standing* を国民に付与するという解釈が提示されている<sup>141)</sup>。この説を提示する長谷部恭男によれば、一般的自由権は、政府の違憲の行為を追求する手段として捉えられており<sup>142)</sup>、さらに、そこに切り札として

134) 芦部・前掲注2) 117頁。

135) 佐藤・前掲注6) (『現代国家と人権』) 109頁。

136) 柴田憲司「かわいいは正義」宍戸常寿編『憲法演習ノート』(弘文堂、2015年) 67頁。

137) 木村草太『憲法の急所 権利論を組み立てる』(羽鳥書店、2017年) 65頁、木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』(日本評論社、2015年) 154頁(木下智史執筆)、中山茂樹「生命・自由・自己決定権」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008年) 94頁、棟居快行『憲法講義I [理論演習]』(信山社、1992年) 11頁。

138) 柴田・前掲注136) 66頁。

139) 千葉邦史「日本国憲法における個人主義とプライバシー」法律時報84巻3号(2012年) 100頁。

140) 西村・前掲注13) 235頁。

141) 長谷部恭男『憲法の境界』(羽鳥書店、2009年) 124頁。

の権利を付け加えている<sup>143)</sup>切り札としての権利は、個別の権利を保障するというよりも「政治的社会的多数派の決定に対抗する正統性を探るところにあり、いかなる個人であっても、もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障」されるべき権利であり、その核心は「個人の人格の根源的平等」に求められるという<sup>144)</sup>切り札としての権利の特色は、「人権が絶対的に保障される範囲・程度を人権の側から画定し、いかなる理由であれ国家権力の立ち入ることのできない人権領域を確立しようというのではなく、人権領域への介入の可否を国家権力の掲げる『理由』に依拠させた点にある」<sup>145)</sup>それは「公権力が国民の生活に介入しようとする際の理由を問題とし、絶対に理由としてはならない理由をもって介入する場合を『人権』侵害と観念しようとするもの」<sup>146)</sup>なのである。要するに、切り札としての権利は、国家権力の正当性に焦点を当て、「絶対的に禁止される規制目的、すなわち国家権力の限界」<sup>147)</sup>を枠付けることにその意義が見出されるのである。

以上検討から明らかのように、戦前、そして、戦後初期において展開された一般的自由権は、現在の13条解釈における基盤として生き続け、しかも進展を遂げている<sup>148)</sup>列挙されていない権利の保障に際して、法律の留保、比例原則を適用させ<sup>149)</sup>戦前、戦後初期の議論は現在の解釈においても妥当している<sup>150)</sup>

142) 西村・前掲注13) 236頁。

143) 西村・前掲注13) 236頁。

144) 長谷部・前掲注141) 79頁。

145) 高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」塩野宏先生古希祝賀『行政法の発展と変革』(有斐閣, 2001年) 295~296頁。

146) 佐藤・前掲注6) (『現代国家と人権』) 114頁。

147) 卷美矢紀「個人としての尊重と公共性」安西文雄・青井未帆・淺野博宣・岩切紀史・齊藤愛・佐々木弘通・宍戸常寿・林知更・卷美矢紀・南野森『憲法学の現代的論点第2版』(有斐閣, 2009年) 289頁。

148) 西村・前掲注13) 240頁。

149) 13条前段の「個人の尊重」を主観的権利として捉えるのか、あるいは、客観原則として捉えるのかについては、論争がある。しかし、個人の尊重は法原則であることは前提であり、諸々の人権解釈基準、あるいは、一般法の解釈への関与が挙げられるとする。芹沢齊・市川正人・阪口正二郎編『別冊法学セミナー新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社, 2011年) 102頁(押久保倫夫担当)。

そのために、今後も列举されていない権利について検討することの意義は十分存在するように思われる。

※本稿では敬称を略させていただいた。

---

150) 長谷部は、すべて社会全体の利益のために保障されているにすぎない権利を公共の福祉に基づく権利とし、それは「公共財としての性格のゆえに保障されるべき権利」であり、「判例を見ると、しばしば公共の福祉に適合するか否かという観点から、憲法上の権利が侵害されているか否かが判定されてきた」という。長谷部恭男 『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）80頁。その意味で、公共の福祉に基づく権利は、一般的自由と近い考えである。そのために、この長谷部の人権論においては、すべての人権に「公共の福祉の留保」が貫徹されており、その構造上、古典的な一般的自由権説の受け皿としての要素がある。宍戸・前掲注3）19頁。