日本国憲法の人権体系に関する一試論

石　崎　誠　也

はじめに

筆者は行政法を専攻する者であるが、1983年に本学（新潟大学）教養部に採用されてから1994年3月の教養部廃止により法学部に配置換えされるまで、教養科目（当時の大学設置基準では「一般教育科目」であるが、本稿では通常呼ばれていたように「教養科目」と表現する）としての「法学」（4単位）を担当していた。同科目は日本国憲法を2単位以上含むものとされており、筆者の講義は日本国憲法を主な内容とするものであった。

法学部配属後も2004年4月に法科大学院（大学院実務法学研究科）の担当となるまでは、行政法の講義をする傍ら、教養科目（本学における当時の呼称としては「全学共通科目」）の「日本国憲法」（2単位）を約10年にわたって担当した。

法科大学院においても、行政法関係科目の他、司法審査論・公法問題発見演習・公法総合演習等を担当したが、これらは憲法担当の根森健教授・嶋崎健太郎教授と共同で憲法と行政法を扱う科目であり、そのため憲法を扱う回の授業にも一緒に参加し、そこで色々と学ぶことができた。また、2014年度から法学部2年生向け少人数科目である「憲法基礎演習」も担当させてもらっている。

そして、筆者は2017年度に十数年ぶりに教養科目（現在の本学学則の呼称である）としての「日本国憲法」を担当することになった。筆者は、2017年度末をもって本学を定年退職する予定であるが、最終年度に再び

教養科目としての日本国憲法を担当することを大変嬉しく思っており、この機会に、日本国憲法を担当していて感じた点を書きとめたいと思った次第である。

本稿は、その一つとして、日本国憲法の人権体系に関する私見を述べるものである。私見の特徴は、人権体系を、①総則的人権、②自由権的人権、③生存権（社会権）的人権、④参政権的人権に分け、いわゆる国務請求権というグループを設けないことにある。また、筆者は、「社会権」ではなく「生存権」という用語を用いることにしている（この場合の生存権は教育を受ける権利や労働基本権を含む広義の概念である）。そのため、本稿で、筆者の人権体系論を述べる場合は、「社会権」ではなく「生存権」と表現する。

1、人権体系に関する憲法学説[1]

（1）包括的人権と自由権・社会権・参政権に分ける見解

近年の教科書でもっとも多く採用されている人権の体系は、基本的に

1　主に参照した教科書は次の通りである。［　］内は略称であるが、本文・注で示す場合も［　］をつけて記載する。松井茂記『日本国憲法（第3版）』有斐閣（2007年）［松井］。樋口陽一『憲法（第三版）』創文社（2007年）［樋口］。初宿正典『憲法2　基本権（第3版）』成文堂（2010年）［初宿］。辻村みよ子『憲法（第4版）』日本評論社（2012年）［辻村］。野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ（第5版）』有斐閣（2012年）［野中他］。渋谷秀樹『憲法（第2版）』有斐閣（2013年）［渋谷］。毛利透・小泉良幸・淺野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ　人権』有斐閣（2013年）［毛利他］。長谷部恭男『憲法　第6版』新世社（2014年）［長谷部］。戸松秀典『憲法』弘文堂（2015年）［戸松］。芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法　第六版』岩波書店（2015年）［芦部］。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）［渡辺他］。浦部法穂『憲法学教室（第3版）』日本評論社（2016年）［浦部］。

は、イェリネックの三分類（消極的地位・積極的地位・能動的地位）をベースとして、人権を自由権・社会権・参政権に大別する体系であり、また包括的人権（13条）と平等権（14条）をいわば総則的人権としてこれらに前置させ、さらに国務請求権を追加するものである。

［芦部］は、人権を基本的に自由権、社会権、参政権に分類したうえで「以上の基本的な分類を踏まえて日本国憲法における人権を分類すると、①包括的基本権（13条）、②法の下の平等（14条）、③自由権、④受益権（国務請求権）、⑤参政権、⑥社会権、の六つになる。なお、①の包括的基本権、②の平等権は、法秩序の基本原則であり、人権の総則的な権利である。④の受益権は、裁判を受ける権利、請願権などを言い、基本権を確保するための基本権として、古くから自由権と相ともなって保障されてきたものである。」としている[2]。

［野中他］は、人権総論とする章（第5章）で、権利を消極的権利・積極的権利・能動的権利に分類する立場にたって、人権を自由権・社会権・国務請求権・参政権に区別したうえで[3]、各論について次のような章立てをしている。すなわち、「第6章　包括的基本権と平等権」、「第7章　精神的自由権」、「第8章　人身の自由及び刑事手続上の諸権利」、「第9章　経済的自由」、「第10章　社会権」、「第11章　参政権」、「第12章　国務請求権」である。

［渡辺他］も、日本国憲法の規定する基本権の分類として、①総則的規定（包括的基本権、平等権）、②自由権（精神的自由、経済的自由、人身の自由）、③社会権（生存権、教育を受ける権利、労働権・労働基本権）、④参政権（選挙権・被選挙権、請願権、選挙活動の自由）、⑤国務請求権（裁判を受ける権利、国家賠償請求権、刑事補償請求権）に分けるが（丸数字は原文）、イェリネックの分類をそのまま日本国憲法の基本権分類に

2　［芦部］84頁。
3　［野中他］216頁。

当てはめることの問題性を論じている[4]。

また、多くが、これらの三区分と消極性・積極性・能動性との関係が相対的であることに注意を喚起している。例えば、［芦部］は、「人権分類の体系を絶対的なものと考えてはならない」として、表現の自由から導き出される「知る権利」に積極的な情報公開を請求する社会権ないし国務請求権としての性格があることや、社会権にも自由権的側面があることを指摘している[5]。

（2）経済的自由権を自由権から分離し、生存権と統合する分類論

かねてより小林直樹『憲法講義』は、経済的自由を自由権的基本権とは別のカテゴリーに分け、基本権体系を、（Ⅰ）総則的原理（人間尊重の原理・幸福追求権・平等の原則）、（Ⅱ）自由権的基本権（精神の自由・人身の自由）、（Ⅲ）社会経済的基本権（経済＝社会的自由権・生存権）、（Ⅳ）参政権及び請求権的基本権（能動的諸権利・請求権的諸権利）に分けていた。なお、小林直樹は、生存権を広義の意味で使っており、旧版（1967年）では「生存権的基本権（狭義の生存権、労働基本権）」と記しているが、新版（1980年）は「生存権的基本権（狭義の生存権、労働基本権、教育権、

4　［渡辺他］18・19頁。本文掲記の他に、このような分類をとるものとして、［初宿］64頁以下、［長谷部］94頁、［毛利他］17頁。また注1掲記の他、最近の教科書で基本的にこのような人権分類法をとるものとして、石川正人『基本講義　憲法』新世社（2014年）64頁（但し、「国務請求権」ではなく「人権保障のための権利」としている）、古野豊秋・畑尻剛『新・スタンダード憲法（第4版補訂版）』尚学社（2016年）53頁、小泉洋一・倉持孝司・尾形健・福岡久美子・櫻井智章『憲法の基本（第3版）』法律文化社（2016年）44頁などがある。

5　［芦部］85頁。その他にも多くの論者が人権分類の相対性を指摘している。例えば［野中他］216頁、［初宿］65頁、［渡辺他］20頁など。

環境権等)」と拡張している[6]。

［浦部］は、人権体系について特に論じていないが、その章立てにおいて「経済的・社会的人権」をおき、経済的自由権と社会権を論じている[7]。

（3）その他の分類をとるもの

［辻村］は、「権利の性質や本質に忠実な分類を踏まえておくことが必要である」としたうえで、①（最狭義の）「基本的人権」の原則的規定（11条・97条)、②憲法上の権利保障の原則的規定（12条・13条・14条・24条)、③個人尊重と平等原則に基づく幸福追求権と平等権の包括的規定（13条・14条・24条)、④（本来自然権としての本質を有する）精神的自由権（19条～21条・23条）と身体的自由権（18条・31条～39条)、⑤現代憲法的な修正を受けた経済的自由権（22条・29条)、⑥現代憲法の特徴として実質的平等の観点から保障された社会権（25条～28条)、⑦国家や公共団体に対する権利としての受益権（16条・17条・32条・40条)、⑧これらの諸権利の保障を実現するための主権者の権利としての参政権（15条)、という分類を示している（丸数字は筆者）[8]。

［渋谷］は人権を「人権通則」と「個別の人権」に分け、人権通則において①実体保障（13条)・②平等・③手続保障（31条）をあげ、個別の人権は、それを人間の生活領域によって分類するとして、④身体の所在・

6　小林直樹『憲法講義　上』東京大学出版会（1967年）261頁、同新版（1980年）272頁。なお、鵜飼信成『憲法』岩波書店（1956年）88頁以下も、人権を個人的基本権（精神的自由と人身の自由）と社会的基本権（経済的基本権と社会的基本権）に分けており、小林直樹はそれに影響を受けた旨を書いている（新版272頁)。但し、鵜飼・前掲書は、総則的人権ないし包括的人権という人権グループは採用していない。

7　［浦部］221頁以下。また、渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法Ⅰ　人権　（第5版)』有斐閣（2013年）も同様の章立てを行っている。

8　［辻村］113頁。

⑤経済生活・⑥精神生活・⑦共同生活に分け、さらに④身体の所在では移動の自由・人身の自由・刑事手続上の権利を、⑤経済生活においては社会権と経済的自由権を、⑥精神生活では精神的自由権を、⑦共同生活では集う自由・参政権・救済の保障をあげている（丸数字は筆者）[9]。

［松井］は、プロセス的基本的人権観にたって、①平等権、②プロセス的権利（(a)政治参加のプロセスに関する諸権利、(b)政治参加のプロセスに不可欠な諸権利）、③非プロセス的権利に分ける（丸数字は原文）[10]。

2、総則的人権について

筆者は、総則的人権として、平等権、裁判を受ける権利、国家賠償請求権、適正手続への権利をあげているが、後三者は法治主義原理に基づく基本的人権として大括りできるように思われる。これらの人権は、後に述べる自由権・生存権・参政権のいずれの権利分野でも直接妥当する人権である。その意味で総則的人権と表現した。さらに、平和的生存権もあげなければならない。

（1）平等権

総則的人権として、第一に平等権があげられる。平等権は、合理的理由なく法律上の異なった取扱を受けない権利であり、これは、自由権・生存権・参政権のすべてに妥当するものであるので、総則的人権というにふさわしいものである。上記のように、多くの論者が平等権を包括的人権あるいは総則的人権に配列している。

9　［渋谷］103頁以下。
10　［松井］313頁。

（2）法治国家原理より生じる総則的人権

通説は、裁判を受ける権利や憲法17条の国家賠償請求権を国務請求権に位置づけている[11]。しかし、筆者は、総則的人権以外の人権の区分体系において、国務請求権という区分概念を設置することに違和感をぬぐいきれなかった。それは、国民主権原理と自然権思想を踏まえた近代立憲主義に立脚する人権としての自由権及び参政権、並びに現代資本主義型人権としての特徴を持つ生存権の三大区分が現代資本主義憲法としての日本国憲法の特徴を踏まえたものであるのに対し、国務請求権に位置づけられる人権をそれらと同レベルに位置づけることへの違和感である。

むしろ、裁判は人権保障のための基本的な国家制度であって、裁判を受ける権利はすべての人権領域で通用する人権である。そうであるならば、これを総則的人権として位置づけることがより適切ではないかと考えるに至った。

また、憲法17条が保障する公務員の不法行為に対する損害賠償請求権も、明治憲法下に通用していた国家無答責原理を180度転換させるものであって、法治主義原理下での実効的人権救済原理を示すものとして極めて重要な条文である。今日では、同条に基づき国家賠償法が制定されている

11　［芦部］257頁以下、［辻村］287頁以下、［渡辺他］435頁以下等。しかし、［浦部］及び［渋谷］は国務請求権という概念を用いておらず、［浦部］は裁判を受ける権利は独立の章を起こし（331頁）、国家賠償請求権は参政権で論じている（557頁）。［渋谷］479頁以下は、共同生活における「救済の保障」として裁判を受ける権利・国家賠償請求権・刑事補償請求権をあげている。他方、［樋口］は「古典的権利に関する諸条項－その二」として、他の論者が国務請求権としてあげる諸権利を論じている（271頁以下）。なお、［樋口］は、人権規定を大きく「古典的権利に関する諸条項－その一」（平等・精神的自由・経済的自由・身体の自由）、「古典的権利に関する諸条項－その二」、「現代的意義を持つ諸条項」（Ⅰ社会的諸条項、Ⅱ新しい諸権利）、「『市民』の権利」（参政権）に分けている。

が、同法１条による国家賠償責任はあらゆる人権領域に適用されるものとなっており、その意味でも総則的人権というにふさわしいものというべきであろう[12]。

これらを法治国家原理より生じる総則的人権だとすれば、適正手続への権利もこのような総則的人権ということができる[13]。学説では適正手続への権利の根拠として憲法13条と憲法31条があげられていたが[14]、周知のように、成田新法事件最高裁平成４年７月１日判決は、「憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」と述べた[15]。この適正手続への権利は、原理的には国・自治体のすべての作用に及ぶものであって、それは人身の自由だけでなく精神的自由及び財産権に対する作用にも妥当する。その意味で総則的人権と言うにふさわしい。また、これがいわゆる国務請求権という区分概念ではうまく説明できないことも否定できない[16]。

12　筆者も1983年に教養科目としての日本国憲法の講義を始めたときは、通説に従い国務請求権をあげていた。その結果、総則的人権が平等権だけになった。その後、平和的生存権をあげるようになったが、さらに、裁判を受ける権利と国家賠償請求権をあげることによって、総則的人権にとして列挙されるものが四つになり、人権体系上も落ち着いたように思われた（いつ変更したのかは確認できなかったが、1990年度の教養法学の講義資料は本稿で述べる人権体系を採用している）。

13　行政作用における適正手続への権利を法治主義的観点から基礎づけようとするものに、塩野宏『行政法Ⅰ（第六版）』有斐閣（2015年）301頁。

14　塩野・前掲書298頁参照。

15　民集46巻5号437頁、判例時報1425号45頁。

16　［渋谷］は、人権通則を実体保障（13条）・平等（14条）・手続保障（31条）に分けて論じるので、適正手続への権利が通則的人権として位置づけられ、刑事手続だけでなく行政手続にもこの権利が妥当することを無理なく説明している。他の多くは、これを人身の自由ないし刑事手続における人権保障で

（3）平和的生存権

さらに、総則的人権として、憲法前文に規定する平和的生存権をあげるべきであると考えている。この権利は、たしかに原理的権利であって、この権利から直接に具体的権利を導き出せる状況にはないと思われるが、人権保障の側面から国や自治体の政策決定を規制する原理として、あるいは法解釈の指導原理として、その法規範的意味をさらに追究することが必要であると考える。また、筆者は、我が国の行政法の基本原理としても「平和主義を踏まえた行政」の原理が存在すると考えている[17]。

論じているが（例えば［初宿］387頁、［芦部］245頁、［毛利他］309頁以下）、それでは適正手続への権利が正当に位置づけられないように思われる。

17　筆者が我が国の行政法の基本原理と考えているものは次の五つである。以下は、法科大学院講義レジュメからのコピーであるが、同レジュメ（2014年版）は次のwebサイトに公表している。http://www.jura.niigata-u.ac.jp/%7Eishizaki/ls2013/2013verw03.pdfの24頁以下。

（1）法治主義原理（法律による行政の原理）

私は我が国の行政法原理として法治主義原理は次の3つからなると考えている。

①行政は適法に行われなければならない（適法行政の原則）。

ここでいう法には信頼保護原則や平等原則等の法の一般原則も含まれる。

②権力的行政作用は、その作用の根拠が法律や条例に規定されていなければならない（法律の留保の原則）。

③行政活動に対する司法審査が保障されなければならない（司法国家の原則）。

（2）公正・透明な行政（市民に開かれた行政）

①公正・透明な行政手続（行政決定過程への利害関係者及び市民の参加）

②情報公開（市民に開かれた行政）

（3）地方自治を基礎とする行政（国と地方の役割分担と地方自治の尊重）

（4）基本的人権を保障する行政、特に生存権を保障するために積極行政の重要性

（5）平和主義を踏まえた行政

３、自由権的人権

（１）妨害排除請求権としての自由権

①自由権の性質及び自由権に含まれる権利カタログは、一般に論じられているものと基本的に同じである。すなわち、一般的自由権としての幸福追求権（13条）を通則的人権とし、そのうえに精神的自由権、経済的自由権、人身の自由に分けている。さらに、人格権も自由権に配置すべきだと考えるが、これについては後述したい。
②これらの自由権は基本的には防御権（妨害排除請求権）としての性質を持つものである。これらの権利に対する違法な妨害があり、あるいは違法な妨害のおそれがあるならば、誰でもその妨害の排除ないし差止めを求めることができるので、それは具体的権利性を持つと考えられる。我が国の訴訟制度は、その妨害行為が公権力の行使（権力的事実行為を含む行政処分）として行われるならば、抗告訴訟によりその差止めないし取消を求めることができ、公権力の行使としての性質を持たないならば、妨害主体が国・自治体であるか、私人であるかを問わず、民事訴訟による妨害排除の差止め訴訟訴訟が可能である。私人も妨害主体たりうるとしたことは、こ

以上がレジュメの記述である。なお、(1) であげた法治主義原理について、我が国の行政法教科書は今日でも、法律による行政の原理として、①法律の法規創造力、②法律の優位、③法律の留保で説明するものが少なくないが（例えば、櫻井敬子・橋本博之『行政法（第5版）』弘文堂（2016年）15頁）、君主権力の存在を前提とした帝政ドイツ時代の概念をそのまま適用することが適切なのかという疑問があるし、学生にもわかりにくい。また、現憲法における行政権に対する司法審査権が存在しないのも問題であると考える。そのため、筆者は、上記のように若干の修正をして説明している。しかし、「法律の法規創造力」にかかわる国会の立法権独占（独立命令の禁止）も重要な法治主義原則であるので（塩野・前掲書（注13）77頁参照）、国会の立法権独占と独立命令の禁止を加えた４原則とすべきかも知れない。再検討したい。

れらの自由権は公権力に対してだけでなく、私人に対しても主張しうるものと考えるからであるが、これは憲法の私人間効力に関わる問題であるので、別途検討したい。

（2）自由権の一般的保障規定としての憲法13条

①憲法13条については、一般的自由権の保障規定としての意義と人格権の根拠規定としての意義を認める見解が一般的であり、筆者もそのように考えている。上述のように、自由権にカテゴライズされる人権は主に防御権としての性質を持つ（積極権としての性質を持つものもありうるが、それについては後述する）。要するに他者の妨害を排除できる権利であり、その基礎は幸福追求権、すなわち「これが私の生きる道」を自ら決定し、その決定に従って行動する自由の保障にある。その意味では、幸福追求権を保障する憲法13条が自由権の総括的表明であり、かつその一般的な権利保障規定であると同時に、憲法13条は妨害排除請求権の具体的根拠規定となるものである。なお、憲法13条の保障の対象が自由一般であるのか、憲法的に保護される自由（憲法的自由）であるのかの議論があるが、筆者は一般的自由説に親近感を持ちつつも、まだ確定的な解釈論的結論を出すことができないでいる。しかし、憲法に列挙された自由権以外であっても、国民の行動を規制する公権力の行使は法律・条例の根拠規定が必要であるし、そのような立法の違憲性は13条に基づいて判断されるものであろうから、違憲の自由規制に対しては同条に基づく妨害排除請求が可能であると考える。そのため、筆者は憲法13条（幸福追求権）を自由権の保障規定として位置づけている。

②なお、国家が国民の生命・身体の安全やその他の基本的人権を保護する義務を有することは否定すべきでないが、その法的根拠を何に求めるかについては、国家の基本権保護義務をめぐる問題として活発に議論されてい

る[18]。この問題は軽々に結論を出せる問題ではないが、筆者は、国家の人権保護義務は近代立憲主義的な国民主権原理に内在するものではなかろうかと考えている。近代立憲主義の原理的説明に成功し、その後の国民主権国家の理論的基礎を与えたジョン・ロックに立ち返るならば、プロパティを守ることを目的として契約によって政府を樹立し、自然状態において各人が有するプロパティ保全のための力を政府に委ねたというものであるから、国家権力の存在根拠と存在目的は各人のプロパティの保全ということになる[19]。このような近代立憲主義的国民主権国家の考え方は、そこから国家の存立目的としての国家の人権保護義務を導きだすことができるものである。もっとも、高度に組織化された現代国家の各種国家機関は、その保護義務に基づき、実定法（組織法・作用法）によってその任務が割り当てられているので、国家機関の作為義務・不作為義務の多くは実定法の解釈問題となるであろう（場合によっては立法不作為の違憲・違法が問われることもありうる）。

そのうえで、人権保障の役割は、国家機関によるこの権力の濫用防止にこそあると考えたい[20]。すなわち、筆者としては、国家の人権保護義務に

18　小山剛『基本権保護の法理』成文堂（1998年）、同『基本権の内容形成』尚学社（2004年）、同「基本権保護義務論」大石眞・石川健治編『憲法の争点』有斐閣（2008年）86頁、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究第5号（2008年）77頁、最近のものとして、篠原永明「『基本権保護義務』の成否についての若干の検討」甲南法学56巻1・2号（2016年）33頁など。

19　ジョン・ロック（加藤節訳）『完訳　統治二論』岩波文庫（2010年）。特に「後篇　政治的統治について」の第7章から第9章参照（384頁以下）。なお、西原博史・斎藤一久『教職課程のための憲法入門』弘文堂（2016年）195頁（平地秀哉執筆）が社会契約説から国家の自然権確保の役割を述べており、［長谷部］130頁は、「国家は、憲法が国家の侵害から保護する利益を、立法や司法を通じて、私人間においても保護すべき責務を一般的に負っていると考えざるをえない。そして、その理由をたどれば、そもそもの国家の存立の正当化根拠へとさかのぼっていくこととなろう」としている。

20　この問題を検討した松本和彦は、「基本権の私人間効力と日本国憲法」阪

ついては、近代立憲主義的国民主権国家の存立基礎にその根拠を求める一方、その権力に対する統制原理としての人権及び法治国家原理を措定したいと考えている。但し、生存権といわれるものは、上記の論理とは異なるレベルで、その特質において国家の積極的権限行使を求める権利を有しているものである。

（3）生命・身体の安全への権利及び人格権について

①今日の判例は、人格権も憲法13条から導き出せる人権であるとしているが[21]、憲法学説は「人格権」を憲法上の人権としてカテゴライズすることには慎重なようである[22]。人格権としては、名誉・プライバシー権等の社会的評価・個人情報にかかる権利が念頭に置かれているが、生命・身体の不可侵及び健康並びに平穏な生活の形成も当然に憲法13条によって保

大法学53巻3・4号（2003年）899頁で「基本権はなによりもまず防御権でなければならない」と述べる。

21　最高裁判例として、北方ジャーナル事件最高裁昭和61年6月11日判決（民集40巻4号872頁）は「人格権としての個人の名誉の保護（憲法13条）」という表現をしている。また、プライバシー権に関して、外国人登録事件最高裁平成9年11月17日判決（刑集51巻10号855頁）も、「憲法13条により個人の意思に反してみだりにプライバシーに属する情報の開示を公権力により強制されることはないという利益」として言及している。

22　憲法13条が「人格権」を保障しているとするものに、［野中他］273頁、［浦部］170頁。それに対し、［芦部］122頁は、人格権は私法上の権利としつつ、人格権の一つであるプライバシー権については憲法上の権利として確立したとしている。［戸松］98頁は、人格権が私法上の権利として確固たる存在であることは認めるが、憲法上の人権といえるかについては判例上明確でないとしている。他方、［毛利他］、［初宿］、［長谷部］、［辻本］は「人格権」という人権カタログは設けず、プライバシー権、名誉権、自己決定権を個別に検討している。［渋谷］188頁は、人格的価値に関わるプライバシー権や名誉権は情報に関わるものであるとして憲法21条から導出されるとしている。

障される権利であると考える（生命については13条が明記している）[23]。

これらの生命・身体の安全及び健康への権利（本稿において「生命権」と称する）並びに人格権は、公権力に対しても、私人に対しても、その妨害排除を求める権利として現出すると同時に、具体的な妨害行為またはそのおそれがある場合は、行為者に対して、憲法13条を根拠としてその妨害行為の排除を請求できる具体的な権利性を有するものである。このように生命権や人格権も主には妨害排除請求権としての性質を持つものである（生命権と人格権を併せて広義の人格権と観念するならば、民事差止め訴訟における人格権と平仄があう）。

②ところで人格権の一つとしてプライバシーの権利が認められている。プライバシー権を広義に理解して自己決定権（そのうちに自己情報管理を含む）と捉える見解もあるが、我が国ではプライバシー権は自己情報に関する権利という意味で用いられることが多く、筆者もそのように理解している。我が国でプライバシー権を判例上最初に認めたものとして「宴のあと事件」東京地裁昭和39年9月28日判決が著名であるが[24]、そこでのプライバシー権のとらえ方は、「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」というものであって、我が国では、プライバシー権はこのような権利として理解されてきた。しかし、コンピュータ社会の到来によって、プライバシー権を「自己情報コントロール権」と理解する見解が我が国に紹介され、学説上も定着してきた。筆者もプライバシー権を「自己情

23　［芦部］124頁は、私法上の権利としての人格権には、生命・身体・健康のほか、名誉、氏名、肖像、プライバシー、自由及び生活等が含まれるとしているが、［野中他］273頁ように人格権を個人の人格的価値に関わるものとして狭義に捉える見解がある。後者の場合であっても、生命や身体の安全の権利は憲法13条によって当然に保護されるものであり、同書はこれらの権利を幸福追求権で議論している。［渡辺他］117頁以下は、包括的人権のなかに「生命・自由及び幸福追求に対する国民の権利」をおき、その中で「1　生命・身体の権利」と「2　人格権」を分けて議論している。

24　判例時報385号12頁。

報コントロール権」と捉える理解が大切であると考えるが、それはやや包括的な意味ないし原理的な意味であると理解している。筆者は、講義では、プライバシー権を上述のように「自己情報コントロール権」と把握した上で、それには、次の三つの権利が含まれると説明している。すなわち、第一に「自己情報を正当な理由なく収集されない権利」、第二に「自己情報を正当な理由なく公表されない権利」、第三に「他者が取得し管理している自己情報へのコントロール権」である。

このうち、第一のものは盗聴やのぞき見などを防止する権利であって、我が国でも憲法21条2項などで従前より認められてきた権利であるし、盗聴などは、そこで得た個人情報が公表されなくても、個人情報収集自体がプライバシー侵害と認められてきたものである。「宴のあと事件」東京地裁判決のようなプライバシー権のとらえ方だと、正当な理由のない個人情報の収集はそれに含まれないことになるが[25]、プライバシー権を自己情報コントロール権と捉えると、うまくそれに含まれることになる。第二のものは従来のプライバシー権の定義に対応するものである。第三のものが、通常、自己情報コントロール権として理解されているものであるが、筆者は、上述のように「自己情報コントロール権」を包括的に使っているため、第三の意味に相当する狭義の自己情報コントロール権については、「他者が取得し管理している」という限定を付している。

ところで、第一と第二のものは妨害排除請求権であり、自由権としての性質を持つ。また、憲法13条から具体的な権利性を導くことができる。それに対し、第三のものは他者に対する作為請求権としての性質を持つ。その意味では消極的権利でも自由権でもない。また、「他者が取得し管理する自己情報のコントロール権」といっても、それ自体は抽象的であり、権利の具体化のためには個別立法が必要なものである。その際、個人情報

25　但し、上記東京地裁判決は、のぞき見の禁止等もプライバシー権を保護するものであることに言及している。

を保持し管理する者の権利ないし権限との調整も求められるし、請求手続の整備も求められる。個人情報保護法や行政機関保有個人情報保護法はそのような立法例である。この点では、後に述べる生存権との類似性も認められる。そのため、このような積極的権利としての性質を持つプライバシー権を自由権のカテゴリーに入れることの理論的問題は、筆者としてもかねてより感じていたことはたしかであるが、それについては後に触れる。

③既に述べたように、今日の憲法教科書の多くは、憲法13条の幸福追求権及び人格権ないし人格的利益への権利を包括的人権として自由権とは別の位置づけにしている。しかし、これらの権利は、その主たる性質は防御権であるように思われるし、これ自体は人権の主要な構成部分をなすとしても、他方で平等権や裁判を受ける権利のように全ての人権領域に適用される人権とも異なる。また、プライバシー権の承認が比較的最近であるとしても、これらが資本主義的な階級・階層対立の矛盾克服のために生じたものともいえない。生命・身体の安全は近代憲法成立時から自然権として承認されてきたものであろうし、名誉権も早くから認められてきた権利である。プライバシー権や肖像権は、出版等のメディア技術の進展とメディア産業の発達によって認識されてきたものであろうが、その本質は近代人権原理に立脚しうるものであり、その現代的修正を図るというものではないように思われる。それらの理由から、筆者は生命権や人格権も自由権に配置した。

④勿論、近代人権の出発点となった全ての人間の自由かつ平等の承認（バージニア憲法など）、さらには様々な歴史的過程を踏まえて憲法的承認を得た「人間の尊厳」（ドイツ基本法）が人権全体の基礎であることは否定しないし、この人間の尊厳こそがあるゆる法秩序の至高に置かれなければならないとも考える。しかし、このことを留保しつつも、「人格権」という人権グループを設定するとすれば、それは基本的に自由権的性質のものであると考える。また憲法13条が持つ包括性には異論がないが、それは総則的人権ではなく自由権的人権として位置づけられるものであろう。

同条の保障する生命、自由及び幸福追求の権利の持つ防御権的性質を重視すべきように思うからである。

（4）自由権の分類

①自由権としての人権体系は、精神的自由権・人身の自由・経済的自由権に大別しており、これは多くの人権体系と同じである。さらに上述のように人格権をここに配置する。精神的自由権を、良心の自由、信教の自由と政教分離原則、表現の自由・集会結社の自由、学問の自由に分け、人身の自由を意に反する苦役及び奴隷的拘束からの自由、刑事手続における人権に分け、経済的自由権を財産権保障、職業選択の自由、（前二者の結合として）営業の自由、居住移転の自由（これは人身の自由の性質も持つが、その歴史的意味を考えると経済活動の自由としての意義が重要であると思う）に分けることも一般的な教科書の説明とほぼ同じである[26]。

なお、財産権における損失補償請求権及び刑事手続上の権利にかかる刑事補償請求権は、それ自体は妨害排除請求権ではなく積極的請求権であるが、財産権や人身の自由が制約ないし侵害されたときの損失補填規定であるので、あえて国務請求権というジャンルに入れる必要はないと考える。防御権として構成される自由権であっても、それが具体的に侵害されたときは、その妨害排除請求権や損失ないし損害の補填の請求権（損失補償請求権・損害賠償請求権）が侵害行為への反作用として当然に積極的請求権として現出するものであろう。

②自由権については、規制立法の合憲性審査基準が憲法上の重要問題であり、特に精神的自由と経済的自由に対する規制立法の限界が、積極的規制と消極的規制との関係もかかわって活発に議論されている。これについても別稿で改めて検討したいと考えているが、さしあたり次の点について触

26　注1に挙げた諸文献を参照されたい。

れておきたい。

筆者は、高度に発達した現代資本主義社会にあっては、財産権の行使や経済活動に対する法的規制の必要性は高く、合理的理由のある経済活動規制立法は憲法上可能であると考える。他方、精神的自由については、それが個人の人間性の基本に関わる問題であり、かつまた近代立憲主義国家の統治原則である民主主義に不可欠の要素であると考えるので（さらに、真理発見を含め人間全体の知見・思考・表現方法を豊かにし、ひいては人間社会の精神的・技術的発展をもたらしたことも精神的自由の大切な意義であると思う）、原則として必要最小限の規制のみが許されるという見解を支持している。すなわち、二重の基準論は現代資本主義憲法である我が国の憲法に妥当する重要原則であると考えている。そして、精神的自由については消極的規制のみが許されるが、経済的自由については消極的規制の他、積極的規制の余地も存在すると考えている[27]。しかし、消極的規制は必要最小限または厳格な合理性の基準に服し、積極的規制は合理性基準が妥当するという考え方には賛成できない。むしろ、論理が逆であって、基本的人権に対する立法的規制の可否は、規制対象となる権利の保護の必要性の程度によって決まると考えるべきである。上述のように、精神的自由はその保護の必要性の高さから必要最小限の規制のみが許され、その結果、消極的規制のみが存在しうるが、経済的自由は合理的理由のある規制も規制限界として認められ、その結果、消極的規制の他、積極的規制も存

27　消極的規制と積極的規制の意味については、［野中他］478頁以下の積極目的・消極目的の定義を援用する。それによれば、消極目的の規制は「いわゆる自由国家的な見地から、国民の生命および健康に対する危険を防止するために、職業の選択とその遂行に対して加えられる規制であり、通常、警察的規制と呼ばれ、その規制についてはいわゆる警察比例の原則（・・・・）が妥当するものとされる」ものであり、積極目的による規制は、「いわゆる社会国家的見地から、経済の円満な発展をはかり、社会公共の便宜を促進する等のためになされる職業選択の自由に対する経済政策的規制である」ものである。

在しうると立論すべきではないかと思う[28]。あるいは、目的論的に、現代資本主義社会における経済的自由に対する積極的規制の必要性から、経済的自由については合理的理由のある規制を憲法上の規制許容限界と解すべきであるとの立論も可能であろう。そして、消極的規制は主に他者の権利・利益の保護のために存在するものであるので、積極的規制より規制の必要性が高いものであるから、消極的規制の合理性は積極的規制に比してより容易に認められるものであろうと考える[29]。

28　私見を何人かの憲法研究者に述べたときに、職業選択の自由も積極的規制に服するかと問われたことがあるが、タクシーの参入規制はそのようなものであろうし、筆者はタクシーの参入規制は現憲法下で容認されうると考える。なお、合理的規制は規制許容限界であるので、規制対象となる経済的自由や財産権の内容との関係で、その合理性が厳格に審査されなければ場合も当然に想定できる。例えば、個人の生活や生存の基礎となる財産権の制約では、その合理性が特に厳しく審査されなければならないであろう。

29　この点については、高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報61巻12号（2009年）1頁以下の次の指摘が重要であると考える。すなわち、「本件（薬事法距離規制事件最高裁昭和50年4月30日判決のこと：筆者注）を審査基準論を採用した判決と読むことに対するより大きな障碍は別のところにある。それは、規制目的により審査基準の厳格度を振り分けるという発想自体が審査基準論と相容れないということである。審査基準の振り分けは、規制を受ける人権の側を起点として行うものであり、規制目的（政府利益）の側から行うのは人権論を逆立ちさせるものである。」（32頁）、及び「二重の基準的考えは、民主政治の基礎をなす権利についての審査を厳格にする方向にというよりは、経済的自由権の審査を緩和する方向に使われてきたのである。実際、最高裁判例では、経済的自由権の審査においては立法府の判断を尊重すべきことが明瞭に述べられている。それは、消極目的の規制であれ積極目的の規制であれ変わりはない。ところが、精神的自由権の場合には、結果的に法令違憲としたものは存在しないものの、少なくとも立法府の判断を尊重するという態度は原則的には採っていない。その限りで、二重の基準論は審査方法に反映されているのである。」（41頁）という記述である。これらの点については別の機会に検討したいと考えている。

（5）自由権的人権における積極的性質の権利について

①自由権的人権と言われるものの中にも、権利としては積極的請求権としての性質を持つものもある。例えば、憲法29条3項の損失補償請求権や憲法40条の刑事補償請求権である。筆者は、これらを自由権的人権に含めている（損失補償請求権は財産権保障に、刑事補償請求権は人身の自由に）。しかし、上述したように、自由権的性質の権利であったとしても、具体的権利侵害行為あるいはそのおそれがある場合には、それを抑止・排除するために、あるいは損失・損害の補填のために積極的請求権が生じることは当然に認められるわけであって、これは権利保障の意味に他ならない。

このような形で積極的請求権の性質を持つものは、例えば、名誉毀損的表現に対する反論権の承認なども考えられる。また、今日では行政訴訟の一つである抗告訴訟に義務付け訴訟が認められたので、不許可処分に対し義務付け請求が認められることがあるが、許可は国民の自由を立法的に禁止したものを解除する行為であって、許可が問題となるのはまさに自由権においてである[30]。すなわち、許可への権利は、それが積極的権利として現出することがあっても、やはり自由権としての妨害排除請求権として論ずべきものである。

②しかしながら、権利侵害行為に対する反作用としての積極的権利ではなく、本来的な意味での積極的権利が自由権のグループでも意識される場合

30　ここでの許可とは、自然の自由に対する一般的禁止の具体的解除という意味で用いている。運転免許などが典型であるが、道路のように自由使用が認められている場合の特別な利用方法への許可もここに入る。しかし、もともと自由使用が認められていない市民会館等の利用許可等は、自然の自由の回復ではなく一種の利用調整的許可であるから、本文の論理は直ちには使用できない。この場合は、公共施設利用権やパブリックフォーラム等の法理を使う必要が生じる。パブリックフォーラムについては、中林暁生「パブリック・フォーラム」駒村圭吾・鈴木秀美編著『表現の自由Ⅰ』尚学社（2011年）197頁以下等を参照した。

がある。例えば、プライバシー権は妨害排除請求権的性質のものが主要なものであろうが、他者が正当に取得・管理している個人情報の本人開示請求権や訂正請求権等は、違法な権利侵害行為に対する防御権の行使ではなく、正当な状態にある他者への積極的請求権の承認である。あるいは、マスメディアの出現による情報の送り手と受け手の分離を前提としたうえでの、一定の報道等を要求できるとするアクセス権も、もしそれが法的に承認されるとすれば、それは本来的に積極的性質の権利といういうべきであろう。そこには、たしかに従来の自由権の枠をこえる新しい権利が現れている[31]。

この点については、後述するように、生存権にあっても積極的権利性と消極的権利性の複合的性質が認められ、また参政権でも能動的性質と同時に消極的性質を併せもつものが存在しうることを考えると、多くの論者が述べるように（注5参照）、消極的・積極的・能動的という性質で自由権・生存権・参政権を分けたとしても、その相対性は承認しなければならない。それを意識したうえで、筆者が自由権的人権としている人権グループは、その主たる性質が消極権（防御権）であるものである。同時に、自由権は近代憲法成立期に既に承認されていた権利であるという点でも、生存権と区別されるものである。

31　このような徴候が人権体系論に根本的な変革を迫る可能性も捨てきれず、それがケルビンのいう「二つの暗雲」のように感じることもある（彼の講演を元にした論文はPHILOSOPHICAL MAGAZINE AND JOURNAL OF SCIENCE, 6th Series Vol.2（1901）, p.1に掲載されており、新潟大学附属図書館で閲読することができたが、インターネットでも入手できるようである）。［渋谷］の人権体系論はそのような試みの一つであるように思う。しかし、筆者の立場は、自由権・生存権・参政権と消極的権利・積極的権利・能動的権利との対応関係の相対性は承認するが、その基本的なところでの対応関係は否定しないので、比喩的にいえば対応原理的なものである。

4、生存権的人権

（1）広義の生存権

①憲法教科書では、自由権と併存する人権グループとして社会権をあげ、社会権を生存権、教育に関する権利、労働に関する権利をあげ、さらに環境権などの新しい人権を記述することが一般的である[32]。

しかし、筆者は、既述のように、いわゆる社会権全体を生存権（広義の生存権）と呼ぶことにしている[33]。その理由は、これらの権利が「健康で文化的な生活の保障」あるいは「人間に値する生活の保障」のためのものであるとすれば、「社会権」よりは「生存権」の方がその権利の内容を示す言葉としてふさわしいと考えるし、最高裁も、労働基本権を「憲法25条に定めるいわゆる生存権の保障を基本理念」とするものと表現しているように、生存権を広義で使うことがあるからである[34]。

32　例えば、［芦部］267頁・271頁、［野村他］501頁・513頁、［渡辺他］368頁・383頁など。なお、環境権の扱いについては後注38を参照。

33　小林直樹『憲法講義　上』がこのような広義の生存権概念を用いており、それに学んだ。もっとも、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」だけでは生存権の特質が見えてこないので、教養憲法の講義においては、まずは「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」と簡潔に定義し、そのうえで資本主義の発展過程と社会的諸立法の制定及び現代資本主義型憲法での人権化を後づけて、「生存権の再定義」として「経済的自由に対する法的制約と国家の積極的条件整備によって、経済的・社会的弱者がその健康で文化的な生活を保障される権利」と説明した。一見分かりやすい定義から入って、対象物の性質を検討して再定義を試みるという方法は、クラウゼヴィッツの『戦争論』のまねをしようとしたものである。なお、内野正幸は、井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く』日本評論社（2004年）133頁で、社会権を「資本主義経済における社会的・経済的弱者の地位の向上、ないし生存の確保を目的とした権利」と定義している。

34　全逓中郵事件最高裁昭和41年10月26日判決（刑集20巻8号901頁）、全逓名古屋中郵事件最高裁昭和52年5月4日（刑集31巻3号182頁）。なお、杉本判決として著名な第2次教科書訴訟東京地裁昭和45年7月17日判決（判例時

②それに対し、従前の狭義の生存権（憲法25条）は「社会保障を受ける権利」と呼ぶ方が良いと考えている[35]。憲法25条1項と2項の関係をどのように理解するかという問題はあるが、狭義の生存権が意図していたものは、経済的扶助だけでなく、医療や福祉を含む社会保障への権利と言ってよいのではないだろうか。ここでいう社会保障は、一般にいわれているように、公的扶助（生活保護）、社会保険、社会手当（福祉手当）、社会福祉、公衆衛生と理解している。憲法25条1項が「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を保障しているとすれば、2項で「国は・・・・社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」とあたかも努力規定であるかのように書いていたとしても、健康で文化的な最低限度の生活を保障する社会保障制度は、生存権のひとつとしてそれへの権利性が認められるべきものであって、健康で文化的な最低限度の生活を保障しない社会保障の制度設計や運用は憲法違反となるように思われる[36]。狭義の生存権を「社会保障を受ける権利」と理解すると、このような論理をたてやすくなるように思う。

（2）生存権の特質（自由権的性質と生存権的性質の複合的性質）

①したがって、憲法が列挙する生存権は、社会保障を受ける権利、教育を受ける権利、労働権と労働基本権ということになる。そして、これらの

報597号3頁）は、憲法26条1項及び2項を、憲法25条を受けた「いわゆる生存権的基本権のいわば文化的側面」と表現している。

35　［浦部］は「社会保障を受ける権利」という表現は用いてないが、狭義の生存権の実質的意味合いを同様に理解しているように思える。同書は防貧施策こそが中心的施策として位置づけられなければならないと述べている（259頁）。

36　朝日訴訟第一審東京地裁昭和35年10月19日判決（判例時報241号2頁）は今日なお参照されるべき判決ある。

ベースには憲法25条１項の「健康で文化的な生活を営む権利」がある[37]。それはちょうど自由権のベースに憲法13条の「幸福追求権」があるのに相応している。そして、憲法で明記されていなくても、憲法25条１項を根拠に新しい生存権も導かれうると思う（例えば環境権、生活権など）[38]。②これらの生存権は資本主義の成立後に登場したもので、近代憲法成立期より認められていた自由権に比し新しい人権である。その特徴は、一般に言われているように、(a)国家の積極的施策（積極的な条件整備と経済的

37　［初宿］421頁は、「25条を社会権の包括的規定として位置づけることができる」としている。

38　環境権については、狭義の生存権のなかで新しい生存権として語ることが多い。例えば、［芦部］271頁、［野中他］513頁。しかし、［辻本］304頁は狭義の生存権、教育を受ける権利、労働権・労働基本権と環境権を並列においている。［浦部］261頁も同様であるが、教育を受ける権利については、精神的自由権の中で「教育の自由と教育を受ける権利」として論じている(212頁)。なお、これらの論者の多くも、環境権が自由権的性格を併せ有することを認めている。他方、［長谷部］［毛利他］は幸福追求権（13条）のところで環境権を論じており、後者は「今日における環境悪化の直接の原因は民間企業にあることが大半であるので、良好な環境の中で生活する権利を国家に対する具体的権利として認めることはなおさら難しいであろう」と述べている（69頁）。しかし、環境悪化の原因が企業活動にあるのであれば、これらの経済活動を規制することによって自然環境と良好な生活環境を守ることができるのであって、そのような経済活動規制を住民が求めることができるという方向で問題を設定するのであれば、そこには生存権的要素が含まれる。また、環境悪化による被害の大規模性やその原因の高度科学技術性を勘案すれば、個人対個人の対等・相互互換的な紛争解決だけに問題解決を委ねることはできないので、そこに社会的な救済制度が必要になるとすると、ここでも生存権としての環境権を語ることができるように思う。なお、筆者としても、企業や国・自治体の活動によって快適な生活や健康が侵害されるとすれば、加害者に対して妨害排除請求や損害賠償請求ができることは当然であり、このような権利も環境権に含まれるとすれば、そこに環境権の自由権的性質を見ることができ、環境権に他の生存権（広義）と同じように自由権的性質と生存権的性質の複合的性質を認めることができると考えている。

自由への積極的介入）によって保障される権利であること、(b)生存権の中には特定の階級・階層を主体するものがあること（労働基本権はその典型である。但し、全国民を対象に法制度が構築されることもあり、その場合は、権利主体が特定の階級・階層ということにはならない。教育を受ける権利はそのようなものであろう。また我が国では年金保険や医療保険で国民皆保険制度が作られているので同様な状況にあるが、諸外国の多くが採用しているように、公的医療保険を一定の所得以下の者を対象とする制度とすると、権利主体の特定性が残っている。)、(c)憲法の規定は抽象的であり立法等によって権利の内容が具体化されるものが少なくないこと、があげられる。

③しかし、生存権もその根底には各人の「自由に生きる権利＝幸福追求の権利」があるはずであって、各人の自由な営為だけに委ねていてはそれが実現できない社会構造であるため、国家の積極的施策でその条件を整備させようとするものとして生存権が登場したのである。

そのため、生存権はそのすべてにおいて自由権的性質と生存権的性質を併せ持つ複合的性質のものと考えるべきである。その生存権的性質は国家に対する積極的条件整備の要求として現れることもあり、あるいは経済的自由ないし契約自由に対する法的制約への要求という形で現れることもあろう。自由権的性質は、その際の国家介入の限界として現れる[39]。社会保障を受ける権利は、国家の積極的な立法及び行政措置によって保障される

39　生存権（社会権）が積極的権利だけでなく、自由権的性格の権利として存在することを内野正幸教授も強調している（井上典之他編・前掲書（注33）130頁以下の「第6章　社会権の保障」)。また、社会権の多くが自由権的側面を持つことは、例えば中村睦男『社会権の解釈』有斐閣（1983年）でも基本的なモチーフとなっている。筆者は、このような視点を東京都立大学大学院生時代に兼子仁教授・籾井常喜教授に学んだ他、福家俊朗教授（名古屋大学名誉教授）にも教えられるところが多かった（最近の論稿として、「政府が担うべき行政とその守備範囲について―近代の人とその権利から導かれる擬制的論理に基づいて考える」『行財政研究』84号（2012年）2頁など)。

ものであるが、生活保護であっても、それを基礎にする生活保護受給者の生活を規制できるものではない。たしかに、社会保障を受ける権利については、その自由権的側面が議論されることはあまりないが、例えば福祉施設入所者や生活保護受給者に対する過度の生活干渉があるとすれば、それはこの自由権的側面の重要性を顕在化させる。

教育を受ける権利も、公教育制度の立法的構築と教育条件整備によって保障されるという生存権的性質を有するとしても、その根本は各人の発達成長の権利であり、教育を通じて各人がどのような人間として成長し、どのようにその生き方を決めるかは、国家から全く自由な領域である。そのため、教育の内的事項については、国家の権力的介入は原則として排除され、非権力的なものであってもそれが教育内容に関わるものであれば抑制されるべきものと考える[40]。

労働基本権（団結権・団体交渉権・争議権）は、さらにその自由権的性質が顕著である。これらは、国家による積極的な施設整備や給付を必要とするものではない。そもそも団結権は憲法21条1項の集会結社の自由によっても保障されるものである。スト権も、それを自由になしうることに最も重要な意味があるのであって、刑罰からの自由（刑事免責）及び使用者による責任追及からの自由（民事免責）こそが中核的意義を持つ。

しかしながら、これらが自由権でなく生存権と位置づけられる理由は、団結権・団体交渉権・争議権が労働契約関係において保護される（使用者に承諾義務・受忍義務がある）ことであり、そこに契約自由に対する法的介入という性格があるからである。労働者のストライキには、それが正当な組合活動として行われるものであれば、債務不履行責任を追及されない（民事免責・不当労働行為制度）という効果がさらに上積みされているのであり、そこに単に自由権だけにとどまらない生存権としての性質を見ることができるのである。

40　兼子仁『教育法（新版）』有斐閣（1978年）。

しかし、ストライキにも抗議の意思表示としての自由権的性質があり、それはスト権の根源的な意義というべきものである[41]。そこには同じく抗議の意思表示として行われる「座り込み」などとも共通のものがあるし、商店主や開業医や学生等が何かに抗議して行うストライキとも共通する性質を持つであろう。

従って、上記①で生存権のベースには憲法25条1項の健康で文化的な生活を営む権利があると書いたが、その根底にはさらに憲法13条の幸福追求権が横たわっていると考える。ここでの憲法13条の規範目的が、他者、特に国家からの規制・介入の防止にあることはいうまでもない。つまり、ここでの憲法13条は生存権の根拠規定ではなく、国家の積極的施策の限界をなすもの（シュランケ＝柵）である。生存権の基礎となる規定は、やはり憲法25条1項であると考える。

5、参政権的人権

①参政権の中核をなすのは、選挙権であり、被選挙権である。これらは能動的権利である。選挙権・被選挙権については、権利一元説と二元説があるが、これについても、筆者はその解釈論的結論を見いだしえていない。なお、憲法改正・特別法の国民投票権及び最高裁裁判官国民審査権も憲法の保障する能動的権利としての参政権である。また、地方自治法が定める直接民主主義的制度も住民自治の保障（それは地方自治の本旨に含まれる）に基づくものであって、その憲法的基礎付けをすることが求められている。さらには、今日の様々な住民投票制度や市民会議等による政策決定過程への住民参加も、この系で論じられるべき参政権的制度であろう。

41　籾井常喜『ストライキの自由』労働旬報社（1974年）、中山和久『ストライキ権』岩波書店（1977年）。

②請願権については、筆者は参政権の一つにいれている[42]。請願権は、選挙権等と異なり、法的効果をもって決定過程に参与するものではなく、誰もが請願を自由になすことができ、請願権を行使したことによって不利益を受けないという意味において、自由権としての性質を持つものであるが、請願権を保障することの歴史的意義を鑑みるならば、参政権としての機能を重視すべきものと考える。また、①にあげた選挙権・被選挙権も、その権利行使を妨害することは許されないので、自由権的側面を併せ持つことも否定できない。会社の就業規則で公職への立候補を規制することも許されないので[43]、それは私人間効力も有する。

③行政情報公開制度、すなわち行政機関の保有する情報の公開請求権については、憲法学では表現の自由の一つとする見解が有力であるが[44]、筆者は、国民主権原理や住民自治原理に基づく権利であって、参政権の一つとする方が適切ではないかと考えている[45]。たしかに、行政情報公開請求権

42　請願権を参政権に入れるものとして、［初宿］490頁、［長谷部］299頁、［浦部］556頁、［渡辺他］432頁など。［渡辺他］は、通常は表現の自由で論じられる選挙運動の自由も参政権のひとつとして論じている。他方、国務請求権にいれるものとして［芦部］256頁、［野中他］545頁、［毛利他］379頁、［辻村］295頁など。なお、［毛利他］368頁は、選挙運動の自由は参政権（選挙権）の中で論じている。

43　最高裁昭和38年6月21日判決（民集17巻5号754頁、判例時報339号15頁）。また労働組合員の立候補制限の違法性について最高裁昭和43年12月4日判決（刑集22巻13号1425頁、判例時報537号18頁）。

44　［渡辺他］246頁、［毛利他］188頁など。［長谷部］216頁は、政府情報開示への権利としての知る権利を表現の自由において論じているが、この権利が表現の自由の一環であるとしているかどうかは不分明である。他方、［渋谷］は「情報受領の自由」として「精神生活」の「情報の自由」で論じている（399頁）。

45　行政情報開示請求権を国民主権・住民自治に根拠づけるものとして、［初宿］266頁、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』有斐閣（2008年）520頁。これらは「知る権利」といわれるものの一つであるが、知る権利自体は多義的なものであろう。知る権利の一つは、表現物を自由に入手する権利としての知る

は憲法で認められたものではなく、近年になって法律により具体化されたものであるが、行政の透明性の要請や説明責任の要請は民主主義原理にも根拠を持つものとして、行政情報公開請求権の憲法的裏付けの作業が必要であるように思われる。

④このように考えると、参政権は能動的権利を中核とするものであるが、それと並んで、消極権的性質や積極権的性質をもつ権利が存在しうるし、あるいはそれらの性質を併せ持つ権利が存在することとなる。

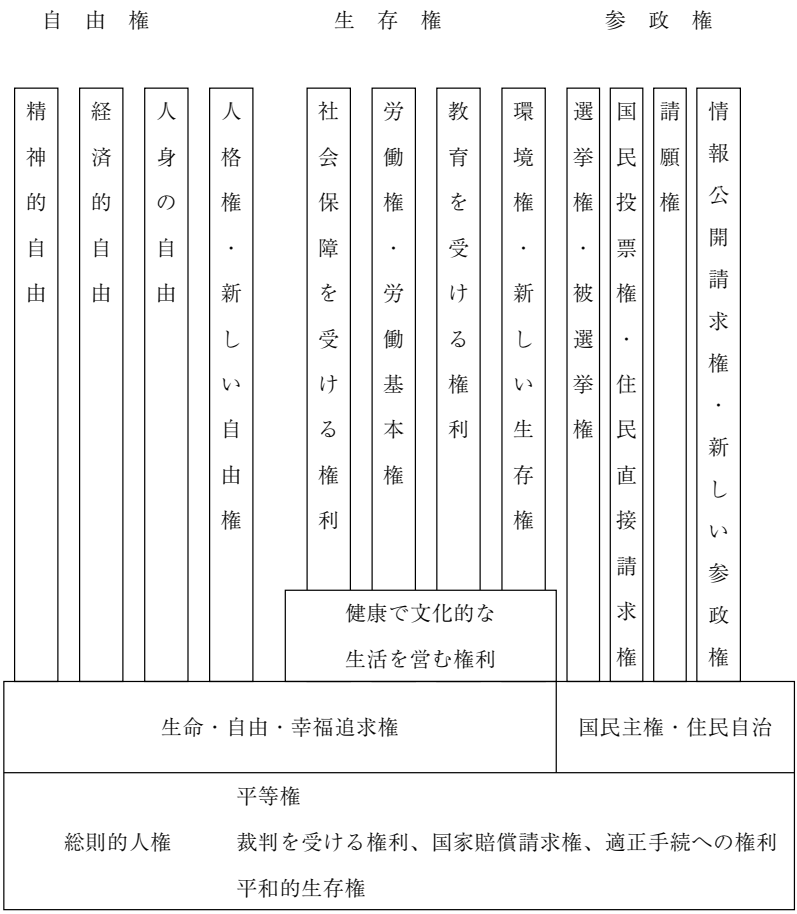
権利であり、これは表現の自由に含まれるものである。我が国の判例で「知る権利」が最初に登場したのは博多駅事件最高裁昭和44年11月26日決定（刑集23巻11号1490頁）であるが、これは報道の自由との関わりで論じられている（但し、最高裁判決は当該知る権利が憲法21条に基づくものとは明言していない）。第二は、ここであげた行政情報（より広く公的情報というべきであろう）を知る権利であり、これは国民主権原理や住民自治原理に基づくものであると考える。第三は、既に述べたとおり、他者が取得管理している本人情報を知る権利であって、これはプライバシー権に基づくものである。第四に、文書閲覧権のように適正手続に基づく知る権利もある。第一のものは自由権としての性質を持ち、憲法21条1項・2項で表現受領妨害行為に対する具体的な妨害排除請求権が認められるが、第二・第三・第四のものは積極的請求権としての性質を持つものであり、個別的事情によって司法的請求が可能な場合は否定しないとしても、その具体化のためには立法的整備が必要なものである。我が国では、情報公開法制・個人情報保護法制・行政手続法制の整備によってその具体化が進んでいる。筆者は、その他にも、生存権に基づく知る権利が存在しうると考えている。すなわち企業等に対し、消費者・住民・労働者等が消費者保護情報や環境安全情報、労働条件・労働環境に関する情報等を求める権利が原理的には存在しうると考えるが、個別的な情報開示制度を除き、法制度が一般的に整備されている状況ではない。なお、阿部泰隆は「知る権利」の曖昧さから情報公開法に「知る権利」を明記しなかったことが正当であるとしているが（上掲書の他、同著『行政法再入門　上（第2版）』信山社（2015年）332頁）、筆者は行政情報公開請求権を国民主権・住民自治に基づく「知る権利」として原理的に肯定したうえで、立法・解釈・運用を統制する規範を構築することが有意義であると考える。

6、まとめに代えて

最後に、筆者が人権を分類する視点について述べておきたい。これまでの既述から分かるように二つの視点が交錯している。一つは消極的権利・積極的権利・能動的権利というイェリネックの三区分から分けようとする視点であり、もう一つは日本国憲法の歴史的段階（筆者の考えでは、近代立憲主義に立脚し、現代資本主義憲法としての積極国家的修正を受けた憲法）を踏まえて、近代立憲主義に基礎を持つ自由権と参政権の体系に新たに生存権を加えるという視点である。この両者の関係を筆者自身十分に自覚せず、これまで、あるときには前者の視点で語り、あるときには後者の視点で体系を論じてきた。

しかし、本稿執筆にあたって改めて検討したところ、我が国憲法の人権体系を考察するにあたっては、後者の視点で捉え直すことでよいのではないかと考えるに至った。すなわち、近代憲法成立期の国民主権原理と人権保障原理に基づく参政権と自由権を主たる構成部分とする人権体系に、資本主義社会成立後に経済的自由権の修正原理として登場してきた生存権が加わったものという理解である。また、このような観点から人権体系を構成することは、日本国憲法の特質を学生が理解するうえでも有効な視点であると考える。

もちろん、これまで述べてきたように、自由権・生存権・参政権が過不足なく消極的権利・積極的権利・能動的権利と重なるものではないことは認めなければならない。しかしながら、現代資本主義憲法の人権という視点から分けた自由権・生存権・参政権のそれぞれの主たる性質を示すものとして、消極性・積極性・能動性を語ることは許されると考える。イエリネックの三区分を出発点にするのではなく、日本国憲法の人権規定の内容分類をした結果、それはイエリネックの三区分と基本的なところで相応したというべきであって、それは日本国憲法の歴史的特質がその背景にあると考えたい。

さらに、自由権・生存権・参政権のいずれの分野にも妥当する人権が存在するので、それを総則的人権と位置づけたことも上述の通りである。最後に、これまでの記述を模式化した図を掲載する。

人権体系（石崎案）