

# 一行政法研究者からの憲法学への問題提起

——竹内章郎・吉崎祥司『社会権』を契機として——

晴山 一穂

## 目 次

- I 本稿の課題
- II 私の行政法上の問題意識と憲法学への疑問
  - 1 これまでの行政法研究における私の問題意識
  - 2 憲法学への疑問
    - (1) 憲法は時代の要請に込えているか？
    - (2) 「日本国憲法は経済政策に中立」か？
- III 竹内章郎・吉崎祥司『社会権』における憲法学批判
  - 1 はじめに
  - 2 本書の構成
  - 3 本書の基本的問題意識——憲法との関係を中心に
  - 4 人権論に関する憲法学批判
- IV 今後に向けた公法学の課題——憲法学と行政法学の共同作業に向けて
  - 1 はじめに
  - 2 人権論の深化と具体化
  - 3 国家の役割と国家・行政の民主化

## I 本稿の課題

私は、2018年1月23日、専修大学を定年退職するに当たって、専修大学法学研究所主催の講演会において、「研究生活50年を繰り返って」と題する話題提供の機会をいただいた。その場で、私は、学生時代以降の個人的体験も織り交ぜながら、どのような時代状況のもとで自分の問題意識が形成されてきたか、そして、そのことがどのようにして私の専門分野である行政法の研究に反映されるようになったかについて、これまでの研究経過を振り返りながら、かなり率直に自分なりの思いを披露させていただくとともに、当日参加いただいた先生方からも、様々な意見や感想をいただき、今後の研究にとって貴重な機会ともなった<sup>(1)</sup>。

その際に、国内でも世界的にも国民国家というものに対する様々な立場からの懐疑や批判が大きな潮流になっているなかで、「憲法を規範的根拠とする国家・行政の公共的役割は否定できない<sup>(2)</sup>」という立場から、国家・行政の公共的役割、とりわけ憲法に基づく基本的人権の保障における国家・行政の役割を強調する論文を書いてきたことを紹介した。本稿は、そこで話した内容を敷衍する形で、いま私が考えている問題意識を改めて整理しようとするものであるが、そう思い立ったきっかけのひとつは、上記の講演会の末尾でも紹介した竹内章郎・吉崎祥司『社会権』（大月書店、2017年）に接したことにある。

同書は、社会権というテーマを切り口としながら、これまでの憲法学の在り方に対して、かなり根源的といってもよい批判と問題提起を行っており、その内容は、私がこれまで行政法学の立場から様々な問題に接近しようと

---

(1) その内容は、当日の質疑応答も含めて、専修大学法学研究所紀要57号（2018年9月）に掲載されている。

(2) 注1・64頁。

てきた際に抱いてきた問題意識と、かなりの部分で重なり合うところがある。そこで、本稿では、最初に私がこれまで憲法学に対して抱いてきた疑問や批判を提示したうえで（Ⅱ）、つづいて、同書が憲法学に対して加えている批判の内容を紹介し（Ⅲ）、最後に、Ⅰ・Ⅱを踏まえて、今後の憲法学と行政法学を含む公法学の課題について、若干の問題提起を試みることにしたい（Ⅳ）。

以上の考察は、世界と日本を席卷しつつある新型コロナウイルス感染症によるパンデミックの下で、これまでの国家と社会の在り方が大きく問われつつある事態を前にして、ポスト・コロナ、ウィズ・コロナ時代の公法学の在り方を展望するうえでも、少なからぬ示唆を与えうるのではないかと思われる。

もとより、私は憲法を専門とする者ではないので、以下に述べる憲法学の在り方に対する私見は、憲法研究者の目から見ると一面的な誤解や根拠なき論難と評される恐れもあるが、今後の公法学の発展を願っての一行政法研究者のささやかな問題提起として、ご海容願えれば幸いである。

## Ⅱ 私の行政法学上の問題意識と憲法学への疑問

### Ⅰ これまでの行政法研究における私の問題意識

これまでの私の研究は、主に、①『行政法の変容と行政の公共性』（法律文化社、2004年）、②『現代国家と行政法学の課題——新自由主義・国家・法』（日本評論社、2012年）の2冊にまとめられている。最初に、これらのなかの文章を引用する形で、私の行政法研究上の問題意識を簡潔に紹介しておきたい。

まず、①の時点での私の問題意識については、②の「はしがき」1頁において、次のように要約されている。

「前著を公刊した2004年という年は、ちょうど2001年に発足した小泉内閣による新自由主義的構造改革の文字通り真っただなかに当たる時期であった。そのことを踏まえたうえで、前著においては、市場原理に至上の価値を置く新自由主義的構造改革路線が、国民の福利と基本的人権の実現を第一義的任務とすべき行政および行政法の本来の意義を根底から脅かすものであるとの認識に立って、第2次臨調に端を発する一連の新自由主義改革の具体的動きを法的観点に立って批判しつつ、あわせて、憲法にもとづく行政の本来の役割（＝行政の公共性）の実現に向けた行政法理論のあり方の探究を試みた。」

以上の問題意識に立って、①の第1編「新自由主義の展開と行政法」では、1980年代以降の新自由主義改革の展開が、「行政の役割が国民の『福利』（憲法前文）や権利利益の実現」にあり、そのために「行政は社会経済に介入しながら『積極的な活動』を多面的に展開しなければならない」という「伝統的行政法学を含む戦後行政法学の共通の前提認識」を根底から覆し、『官から民へ』、『民でできることは民で』のスローガンのもとで、行政の役割を『国民の福利の実現』から『民間活動の補完』へと転換させ、一方で、『自立（自律）』『自助』『自己決定』の名のもとで、福祉・教育・労働など国民生活に密接に関連する行政領域を大幅に縮小しながら、他方で、民営化・民間委託・規制緩和などを通して、民間企業の活動の自由を保障するための諸方策を限りなくおし進めようとするものにほかならない」（①4頁）という観点に立って、1980年代以降の行政法の著しい変容を概観したうえで、第2編「民間活力の活用と規制緩和」、第3編「行政の公共性の法理論的考察」、第4編「行政の公共性論と行政法学」において、それぞれのテーマに即して、上記の問題意識に基づいて考察した論文を収録した。

つづいて、①から10年近くたって公刊した②においては、①と基本的に同

様の問題意識に立ったうえで、「前著においていくつかの柱を設定しながら分析した新自由主義改革の問題点は、小泉構造改革とそれを引き継いだ安倍・福田・麻生内閣、さらには政権交代後の民主党政権へと続く一連の新自由主義的政策の展開を経るなかで、一層明確な形をとって現れてきたといつてよい」との観点に立って、新自由主義的国家再編の具体的内容をより明確に提示したうえで、「新自由主義改革に対抗する民主的改革の課題と改革方向を提示」し、「それを支えるべき国家の役割＝国家の公共性に関する理論的な考察を試みた」(②1頁)。

## 2 憲法学への疑問

以上のような問題意識に基づきながら、これまで行政法(学)の在り方に関する論考を重ねてきたが、その過程で、私が一貫して依拠しようと考えてきた憲法原理、とりわけ基本的人権に関するこれまでの憲法学の議論に対して、少なからぬ不満ないし疑問を感じるものがたびたびあった。もっとも、専門外の憲法学の議論を本格的に論じる準備もなかったため、折に触れて随想という形でそれを表明するにとどまらざるをえなかったが、いま改めて読み返してみると、随想であるがゆえにかえってその時点における私の思いが率直に語られている面があるので、以下、原文のままそれを紹介しておきたい。

### (1) 憲法学は時代の要請に込えているか？

ひとつは、ある雑誌の巻頭言として、「憲法学は時代の要請に込えているか？」と題して載せた以下の小文<sup>(3)</sup>である。

「ある専門分野の学問のあり方を専門外の者が批判することには、慎

---

(3) 晴山一穂「〈巻頭言〉憲法学は時代の要請に込えているか？」行財政研究81号(2011年)。なお、再録するに当たって、原文にあった脱字等の誤記を訂正した〔次項(2)で引用する文章についても同様〕。

重でなければならない。このことを十分に自覚したうえで、ここではあえて憲法学の現状について最近感じている疑問を述べてみたい。それは、一言でいえば、果たして憲法学は現在という時代の要請に答えているのかという率直な疑問である。その理由のひとつは、『官から民へ』『小さな政府』の名のもとでこの間急ピッチで進められてきた際限なき民間化・規制緩和路線に対して憲法上の限界を果たしてどのように画しうるのか、また、『国民主権』の名のもとで強化されてきたこの間の内閣主導・政治主導の政治・行政体制を憲法上どのように評価し批判するのか、といった重要な問題に対して、現在の憲法学には有効な理論的対応が見られないのではないか、ということである。私はこの間、これらの問題に対して専門である行政法学の立場から接近を試み、その理論的手がかりを憲法に見出すことができないか模索してきたが、この種の問題に対する憲法学の関心の低さに驚かされ続けてきた。

もう一つの理由は、『9条の会』運動はもとよりのこと、格差と貧困、福祉の解体に抗して生存をかけて闘っている『弱者』の運動、東日本大震災からの人間的復興を希求する被災地住民の運動など、国民各層の運動がかつてないほど強く日本国憲法をその拠り所として必要としているこの時点において、憲法アカデミズムの現状は、こうした社会運動の要請とあまりにもかけ離れているのではないかと感じている。いま、これらの運動の中から憲法13条や憲法25条の重要性を指摘する声がかつてないほどの高まりを見せているが、一部の憲法学者を除き、これに対する憲法学の対応は、総じてあまりに冷淡ではないかと感じざるをえない。

『日本の憲法学は、憲法訴訟論に収れんするなかで、憲法科学を衰退させ、国家論・民主主義論・経済財政論も弱め、「危機」に対処する意欲も弱めているかに見える』<sup>(4)</sup>(杉原泰雄)。(『官から民へ』『小さな政府』

(4) 杉原泰雄「長谷川憲法学について思う」法律時報82巻9号(2010年)57頁。なお、

のスローガンのもとで国家の公共性の否定が進んでいるという現状は—  
晴山)『憲法論の見地から見ていくと、実は、19世紀の末から20世紀の  
70年代までかけて積み上げてきた憲法史の逆転がここで起こった、とい  
うことです。そのような経済社会の一大転換に当面して、およそ憲法論  
議が出てこなかったというのは、不思議なことだったというべきでしょ  
う<sup>(5)</sup>』(樋口陽一)。『「小さな憲法論」に満足することなく、また敢えてい  
えば、解釈技術やプロセスの重視から法実証主義に陥り人権の実体的価  
値を損なうことのないように留意しつつ、憲法学の基本的課題である人  
権保障と権力の民主的統制の現代理論を追求すべく近代憲法原理を再編  
……することが必要であろう<sup>(6)</sup>』(辻村みよ子)。

憲法学の内側から発せられているこれらの深刻な問いかけに対して、  
現在の憲法学は果たしてどのように答えるのであろうか。」

この小文は、私がかねてから抱いていた憲法学への疑問や不満を率直に提  
示し、憲法学の内部からも私とほぼ同様の問題意識に立った批判的指摘がな  
されていることを紹介し、私が上記2つの著作で描いた1980年代以降の日本  
の置かれた状況を前にして、現在の憲法学が、総体として求められている時  
代の要請に応えられていないのではないかと、との疑問を提示したものである。

## (2)「日本国憲法は経済政策に中立」か？

同じく、上記の雑誌に載せたもうひとつの憲法学への疑問を紹介しておき

---

原文では、引用部分は執筆者名のみ記し出典は明示していなかったが、以下、注5、注  
6を含めて出典を記すこととする。

(5) 樋口陽一『いま、憲法は「時代遅れ」か——〈主権〉と〈人権〉のための弁明<sup>アポロギア</sup>』(平  
凡社、2011年)39頁。なお、私の引用では原文の「積み上げてきた」の部分が「積み上  
げられてきた」となっていたので、ここで訂正しておきたい。

(6) 辻村みよ子「近代憲法理論の再編と憲法学の課題」公法研究65号(2003年)45頁。



(7)  
たい。

「先に強行採決された安保関連諸法をめぐって、その違憲性に警鐘を鳴らし法案反対の国民世論を大きく喚起する上で憲法学者が果たした重要な役割は、記憶に新しいところである。しかし、ここでは、安保・平和と憲法の関係ではなく、経済と憲法の関係について考えてみたい。というのは、最近、ある憲法学者の、『日本国憲法は経済政策の是非については中立的で、原則として立法府や行政府の裁量判断を尊重すると考えるのが、法律家の思考方法である。実際、多くの憲法研究者はそのように解しているし、裁判所も同様だ』（中島徹「憲法からみた『国家戦略特区』」世界2014年6月号70頁）とする一文に接したからである。

私は憲法学者ではないが、この一文は、私に強い違和感を覚えさせた。小泉構造改革以降『小さな政府』の名のもとで進められてきた規制緩和、公共部門の民間化、そして社会保障の削減など一連の新自由主義政策のもとで、格差と貧困がかつてないほど深刻化し、社会のセーフティネットから脱落した多くの人々が、最低限度の生活どころか自らの生存さえ脅かされかねない状況に追い込まれるという現実を前にして、このような不条理な事態に歯止めをかけ、人間の尊厳を守るための最後の、そして最大の拠り所は日本国憲法ではないのか。このような思いから、私は、専門の行政法学の立場に立って、規制緩和と民間化を柱とする新自由主義政策のもとで進められてきた国家・公共部門の役割の後退・放棄、そしてその帰結である格差と貧困の拡大に対して、生存権を中核とする憲法の基本的人権に依拠しながら、なんとか憲法上の限界を画することができないか、と考えてきたからである〔晴山『現代国家と行政法学の課題』（日本評論社、2012年）第Ⅲ部参照〕。

---

(7) 晴山一穂「〈巻頭言〉『憲法学は経済政策に中立』か？」行財政研究94号（2015年）。

『世界で一番企業が活躍しやすい国』づくりをめざして、派遣労働の自由化、医療・農業の規制緩和、TPPの推進、大企業減税と大衆課税の強化などにひた走る安倍政権の際限なき新自由主義的経済政策（アベノミクス）を前にして、その強行に対して憲法に基づく法的歯止めをかける必要性はますます強まっているのではないか。このような状況をただ経済政策の問題に還元し、それに対する法的コントロールを断念することは、法学者に課せられた社会的使命を放棄することにならないのか。国民から発せられるこうした問いかけを前にして、上に引いた憲法学者自身、上記論文において、国家戦略特区の内容をなす混合診療について『生存権や平等権侵害を問う余地がある』（74頁）とし、また、株式会社の医療参入や企業の農地所有、さらには法人税減税についても憲法問題になりうることを指摘している（75頁以下）。このような指摘が憲法学者から発せられること自体国民にとって大いに心強いことではあるが、こうした試みを積み重ねていくならば、『日本国憲法は経済政策に中立』という憲法学者と裁判所の『常識』（？）そのものの根本的見直しに進まざるを得ないことになるであろう。』

際限なき新自由主義政策の強行による異常な格差と貧困の拡大、そしてその帰結である社会的弱者の増大という現実に対して、何とか憲法上の歯止めをかけることができないう問題意識に立って、私は、国家の生存権・社会権保障義務という人権論の視点、行政に対する民主的統制という民主主義論の視点、そして公務員の憲法上の存在意義という公務員法の視点、の3つの視点に立って憲法上の限界を画することの可能性を追究してきたが、この課題こそ、本来であれば憲法学に期待すべき現下における最も重要な課題

---

(8) 晴山『現代国家と行政法学の課題——新自由主義・国家・法』第8章「公務の縮小・民間化とその法的限界」、特に136頁以下参照。

のひとつではないのか。こうしたさなかに接した上記憲法学者の一文への強い違和感から、率直に憲法学への疑問を呈したのが上記の小論であった。

### Ⅲ 竹内章郎・吉崎祥司『社会権』による憲法学批判

#### 1 はじめに

竹内章郎および吉崎祥司の両氏の手になる『社会権』は、2人の哲学者が、基本的人権としての「社会権」をテーマとして、多くの憲法学者の社会権に関わる論述をとりあげながら、そのとらえ方に対して鋭い理論的批判を加えた労作である。その内容は、社会権に関する憲法解釈論にも当然関係はするが、批判の主な矛先は、憲法学における社会権そのもののとらえ方、人権論における社会権の位置づけ（特に自由権との関係）、社会権保障における国家の役割、ひいては憲法学における国家そのものの位置づけ、といったすぐれて原理的な次元での戦後憲法理論の在り方自体に向けられており、社会権の問題を超えて、戦後憲法学批判といってもよい性格をもつものとなっている。

各章で引かれている文献や末尾の文献一覧を見ると、法学の分野だけでも、憲法学者のほかに、社会保障法学者、労働法学者、民法学者、法哲学者らの著作があげられているほか、マルクス、アーレント、ハーバーマス等の思想家・哲学者の著作も参照されており、その学問的視野は、相当広範にわたっている。また、とりあげられている論点も多岐にわたっており、この小論で本書の全体を要約的に紹介することは困難であるが、本書の構成によって社会権がいかなる角度から扱われているかがある程度推察できると思われるので、最初にそれを示したうえで（2）、つづけて、社会権に関する憲法学批判の主な内容を紹介することとしたい（3）。

## 2 本書の構成

本書は2人の共著によるものであるが、「はじめに」が共同執筆となっているほかは、各章はどちらか一方の単独執筆となっているので、以下、( ) 内で執筆者名を示しながら、本書の問題意識がよく示されていると思われる章を中心に全体の構成を紹介しておこう。

はじめに——社会権とは何か、なぜ再構築が必要か？(吉崎・竹内)

- 1 社会権とは何か
- 2 日本における異様なまでの社会権の蹂躪
- 3 福祉国家の事実上の不在

第I部 近代主義的な権利思想の問題性——自由権・市民権の偏重と社会権の相対化

第1章 近代主義的な人権論の限界——社会的自由主義からの問い(吉崎)

- 1 人権論の近代主義的構成
- 2 人権論の近代主義的構成への批判的対置
- 3 「社会的自由主義」——福祉国家の基礎思想

第2章 市民権に呪縛された法思想の困難(竹内)

はじめに——市民権の基礎づけの不備に関する論点

- 1 近年の市民権主義的傾向
- 2 市民権／法主義<sup>(9)</sup>と商品交換論および私的所有論
- 3 《市民権／社会権論》における私的所有の看過

---

(9) 本書で著者(竹内)が使っている「市民権／法」「社会権／法」という表現は、「権利が法——実定法(law)の基底としての法——をも意味する西欧語(英語のrightなど)を意識して、権利と法の一体性に留意したいからである」(60頁)と説明されている。通常であれば、「市民権・市民法」「社会権・社会法」と表記されるであろう。

- 4 市民権／法自体における私的所有の絶対視
  - 5 社会権／法の独自性の無視と市民権／法への還元
- おわりに——社会権／法の新たな位置づけのために

補論 ハーバーマス思想の市民権／法依存（竹内）（細目次は略）

### 第3章 近代主義的な社会権論の隘路（吉崎）

- 1 〈社会権は必ず義務を伴う〉のか？
- 2 社会権保障の主体としての自律的個人？
- 3 「自立基底的」社会保障法論・人権論のもたらすもの
- 4 〈働いて一人前・稼いで一人前〉か？

## 第Ⅱ部 社会権思想の歴史的・現代的意義

第4章 自立・自律の再定義——社会的自由主義から社会権思想へ（吉崎）（細目次は略）

### 第5章 格差・差別・不平等への対抗——人権論の再興に向けて（竹内）

はじめに——人権論の脆弱さの克服のために

- 1 人権思想における人間の共通性・均質性
- 2 格差・差別・不平等への馴化と鈍化
- 3 社会権／法思想と市民権／法思想との関係

おわりに——三つの論点の確認

第6章 将来社会の展望と社会権（竹内）（細目次は略）

## 第Ⅲ部 社会権の新たな基礎づけに向けて——社会権再生の核心

第7章 社会権の歴史的・現実的根拠（竹内）（細目次は略）

第8章 社会権の再構築へ（吉崎）

- 1 社会権の人間学的—存在論的な根拠
- 2 社会権の歴史的・現実的な根拠
- 3 社会権の普遍主義的根拠と理念的根拠

おわりに——社会権の再構築のために

### 3 本書の基本的問題意識——憲法との関係を中心に

本書の基本的な問題意識は、2人の共同執筆による「はじめに」に要約的に提示されているので、まずはそれを紹介しておくこととしたい。

著者は、最初に、1990年代後半からの「新自由主義の経済・政治支配のもとでの雇用保障と社会保障への破壊的なまでの打撃」(11頁)の様相を具体的にあげたうえで、その主要な要因が、社会権の未確立・衰退、「福祉国家的基盤の脆弱さ」(12頁)にあるとする。

つづいて、「1 社会権とは何か」において、社会権とは何か、自由権(市民権的自由権)とは何かを述べたうえで(その内容は従来の憲法学の説明と大きく異なるところはない)、「市民権的自由権の問題性の核心と社会権の本質」のタイトルの下で、以下のように続ける。

「市民権的自由権の『不備』の核心は、この権利が、財産であれ能力であれ、『私的所有』の有無・程度に依存していることによって、それだけではすべての人の自由を保障しないということにある。つまり市民権的自由権は、私的所有を基礎に据えるという本質的制約性をもっているのである。言い換えれば、この権利は、『私的所有』を前提としたうえで自由を権利として保障したもの、つまり、自由の侵害・抑圧は禁止するが、自由が実現されるか否か、その実現の程度などは各人の私的所有の有無・多寡にゆだねた(放置した)ものとして、『私的所有に基礎を置く権利』なのである。

それゆえ、自由の実現のためには、所有の有無・多少に左右されない社会権の介在が不可欠となる。社会権がなければ自由権は自由を担保せず、真正の市民権的自由権は社会権なしでは実質化されえない。そのようなものとして、社会権は市民権的自由権のたんなる補完物ではなく、また、市民権的自由権を一般的前提とする二義的なものでもない。すな

わち、社会権は、たんに市民権的自由権の『不備』を『補い、修正する』ものであるというよりも、その全体を媒介するものである。

こうして、社会権の核心は、市民的自由権によっては保障されない私的所有（財と能力）の不備・不足の補填、および所有権の力（契約の実質的強制など）の規制・制御にある。つまり、市民権的自由権の一部（しかし、基軸となる部分）を社会権が制限することではじめて、平等な自由の実現が可能になる。」(17-18頁)

つぎに、「2 日本における異様なまでの社会権の蹂躪」において、近時の社会権の毀損がいかに甚だしいものかを具体的事例をあげながら告発したうえで(19-22頁)、「3 福祉国家の事実上の不在」の冒頭で、このような現状に対する社会的批判や抵抗が日本ではあまりにも弱いことを指摘し、その中心的理由が、「雇用と生活の保障に関しては国家が責任をもつ、という政治制度と社会的合意の未成立」(22頁)に求められる、とする。そして、いう。

「社会のこのような意識状況はまた、日本の知的世界に特有の福祉国家忌避、ひいては国家一般の忌避感とも言うべきものによってもたらされた。基本的人権とは国家権力に対抗するものとしての市民権的自由権にはかならないという伝統的観念が、国家権力の行使による（自由の前提・条件としての）社会保障の実現（福祉国家）という命題の承認をいまだにためらわせていると言えよいだらうか。この種の感覚が、社会保障権や労働権などの社会権に対する低い評価や無関心、事実上の無視を導き、貧困・生活苦の急増や雇用の破壊・労働苦への思想的・理論的批判を極端に鈍いものになっているように思われる。」(24頁)

さらに続ける。

「現在の日本社会の問題性をもっぱら自由の侵害に見出し、社会保障をはじめとする福祉国家的施策を相対化ないし軽視するこうした傾向は、社会権を人権として確保・確立すべき法学者たちの間でも目立つようになっている。一方で、鋭い社会批判で知られるリベラリスト法学者が、『保護か自由か』という誤った二項対立を設定して、『国家による保護』を内実とする福祉国家は自由を抑圧するとまで主張し、他方で、社会保障における『有責な主体』とか『貢献』原則（受益は負担を伴う）を広言する憲法学者や社会保障法学者が輩出する、とって体たらくである。趨勢であろうか、生存権や労働権などの社会権のこれほどの蹂躪・毀損に対しても、憲法学や人権論からの批判はあまり聞こえてこない。日本でとくに強い知的世界の国家忌避感も、福祉国家的合意の成立と社会権の確立を阻んできたように思われるしだいである。」(24-25頁)

著者は、このような日本の現状を前にして、「依然として福祉国家の構築、福祉国家的合意の形成が、日本社会の今日の深刻な危機を切り拓く最重要の課題」であるとしたうえで、この福祉国家は、「さまざまな重要な問題性をはらむ既存の福祉国家の再建」ではなく、「既存の福祉国家に刻印されたジェンダー・バイアスや管理主義的・官僚主義的傾向、一国主義ないし先進国中心主義、経済成長主義」を克服した「新しい福祉国家」が展望されなければならない、とする。(25頁)

#### 4 人権論に関する憲法学批判

以上の基本的観点に立って、第1章以下では、それぞれの章のタイトルに示されたテーマについての理論的考察が加えられている。その内容は多岐にわたっているが、ここでは、3で紹介した観点に立って従来の憲法学の在り方に対して批判的考察を試みている部分に絞ってとりあげることにする。憲法学への言及は、濃淡はあれ各章に見られるが、以下では、それを主要な



テーマとして扱っている第1章（吉崎）を中心にとりあげ、それに関連するその他の章の指摘を補足的に付け加える形で紹介することとしたい。

第1章の「はじめに」は、次のような書き出しから始まる。

「日本の憲法学なかんづく人権論の領域では、人権論の近代主義的構成とも言うべき思潮が有力である。この傾向は、他の社会諸科学や全般的な思想動向から見ればいささか奇異にも映るものだが、近年はとくにその影響力を増しているようにさえ見受けられる。しかし、人権論の近代主義的構成は、結論的には、すべての人間の人権の実現・確保という、人権理念の根元を危うくしかねないものと言わざるを得ない。」(28頁)

「ここで人権論の近代主義的構成とは、さしあたり、第一に、人権の根拠をもっぱら個人の人格的自律性ないし人格的自律能力（理性）に求める立場であり、第二に、人権を（実質的に）自由権に限定する、あるいは、もっぱら自由権の優越を主張する立場である。そして、これらの立論を背景としあるいは触発されて、第三に、社会権を自由主義的に解釈しようとする傾向が目につくようになっている。前者は、社会的弱者・少数者の人権の無視ないし軽視に結果する可能性があり、後二者は合して、現に進行しつつある、生存権や社会権一般の相対化ないし軽視と、福祉国家の否認につうじている。

人権論において近年顕著なこうした傾向の震源は、おそらく、国家や社会の権力のいっそうの強大化と、そのための閉塞状況の絶望的なまでの深化という日本の現況のもとで、個人の自由をいかに確保するかという問題意識にあらう。だがそれはたんに、理論的な典拠としての古典的な個人主義的自由主義の再現とその啓蒙ということにはとどまらず、現実的な帰結として、今や現代の支配的イデオロギーとして君臨している『新自由主義Neo Liberalism』への（いささか）安易な同調という機能をさえ果たすようになっている。」(28-29頁)

この書き出しに続いて、著者は、「1 人権論の近代主義的構成」の「(1) 『人権』の基礎としての『人格的自律性』」において、1980年代以降有力になってきた「人権の基礎を個人の人格的自律に置く見解」(30頁)の代表的論者として、佐藤幸治、奥平康弘、樋口陽一の3氏をあげ、「彼らにとって本来の(厳密な意味での)人権とは、もっぱら近代の初頭にその範型を見る自然権的自由権にほかならず、その主体は国家権力に対抗して屹立する、理性ある『一人前の人間』あるいは『強い個人』でなければならない」(31頁)と指摘する。著者は、3氏の著作の関連部分を引きながら以上の評価を下しているが(30-33頁)、ここではその内容を詳しく紹介する余裕はないので、引用されている3氏の文献を注記するにとどめたい<sup>(10)</sup>。

以上のように3氏の人権観を紹介しながら、彼らの「人権の基礎を個人の人格的自律に置く見解」を批判したうえで、著者は、さらに以下のように付け加える。

「もちろん、リベラリスト法学者として、戦前日本への痛切な反省から思想や表現の自由の確立を主張し、また九条改憲の動きに対して理論的にも実践的にも大きな影響を与えてきた奥平・樋口らの貴重な業績は尊敬すべきものである。しかし、だからこそ佐藤理論などと合して、『自律能力基底的人権論』の影響力の拡大と通説化に寄与するところが大き

---

(10) ここで直接引かれている3氏の文献は、佐藤幸治「憲法学における『自己決定権』ということの意味」日本法哲学会編『現代国家における〈個人—共同体—国家〉』(有斐閣、1989年)、奥平康弘「“ヒューマン・ライツ”考」和田英夫教授古稀記念論集編集委員会編『戦後憲法学の展開』(日本評論社、1998年)、樋口陽一「人権主体としての個人」憲法理論研究会編『人権論の新展開』(啓文堂、1994年)(ちなみに、ここで著者(吉崎)が引いている本論文の引用個所の頁数の表記に誤りがあるのではないと思われる)、同『国法学——人権原論』(有斐閣、2004年)である。このほか、末尾の文献一覧には3氏の他の文献も掲載されているので、3氏の人権論の評価に当たってはそれらの文献もあわせて参照されていることがうかがわれる。

かったように思われる。」(33頁)

つぎに、著者は、1の「(2)『人権』の『自由権』への限定」において、このような「人権の基礎を個人の人格的自律に置く見解」において、自由権以外の権利、とりわけ社会権がどのように位置づけられているかに言及する。以下、結論的な指摘のみ紹介する。

「奥平や樋口などの人権理解が、社会権や参政権を位置づけがたい点は容易に推測される。」(33頁)

「こうして、人権の『自然権的自由権』への理論的限定を核としつつ、人権としての生存権・社会権の相対化や否認が進んだ。一方で、戦後日本の社会状況への関与においてもてはやされた『自由権から社会権へ』というスローガンのいわば一人歩きにより、人権としての根拠づけが不十分なまま肥大化した社会権は、個人の自由を確保する『切り札』たるべき人権の意義と効果を減殺してしまった、と論難される。他方で、人びとを国家による保護の受動的な受益者化するので、自律的主体の自己形成を妨げている、と難詰されたりもする。」(35頁)

さらに、それに続く「(3)『人権』の自由主義的解釈」においては、上記のような風潮のなかで新たに登場してきた「社会権の自由主義的解釈、『リベラリズム社会権論』」がとりあげられる。これは、「社会権をいわば自由権そのものとして解釈し直そうとする」試みで、「社会保障法領域でも、この法の主体を、保護の客体ではなく、『自律した個人』とみなすべきであり、またその目的をたんに国民の『生活保障』というより、『個人の自律の支援』におくべきだとする主張」(36頁)とされ、その代表的論者として、社会保障法学者の菊池馨実と「憲法学・人権論におけるこの種の立場の典型」である西原博史の両氏があげられたうえで(36頁)、以下のように評される。

「これら一連の理論傾向は、第一義的に個人の人格的自律の確立という自由主義の古典的課題の再措定を人権論に要求するものとして、そして、『近代のアポリア』（自律・自己決定と人間の尊厳との間の矛盾）に面して『現代』が施した修正・付加である『人権としての社会権』を相対化・軽視ないし否定するものとして、『人権論の近代主義的構成』と言わなければならない。『近代主義』は、いくつかの（だが重大な）留保を除けば、抽象的には、正当性の外見をもつものではある。しかし、たとえば近代の人権の主体は「財産」と「教養」そして「家父長制＝家産制」を基盤とする成人の男子でしかなく、そこからは労働者・貧民、女性と子ども、植民地住民と召使等々は排除されていた、という（樋口らもたしかに承知している）決定的な事実とその構造的な要因が、近代主義において原理的ないし根底的に吟味されたことがはたしてあっただろうか。さしあたりここでは、近代主義の啓蒙主義的課題の成否はその点に（つまりは、『平等』についての感受性の有無に）かかっている、ということだけ指摘しておきたい。（39頁）

そして、著者は、このような憲法学の全体状況に対して「全面的な批判と理論的オルタナティブ」(39頁)を提起している憲法学者として笹沼弘志氏をあげ、その主張を紹介しているが、その内容は著者の上記の主張と大きく異なるところはないので、ここでは準拠されている笹沼氏の文献を注記するにとどめ、内容の紹介は省略することとしたい。

以上、憲法学における人権論に関する著者の問題意識が端的に表明されて

---

(11) 「日本国憲法の哲学と戦後人権論のプロブレマティック」『月刊フォーラム』51号（1994年）、「人権論における近代主義」法の科学24号（1996年）、「現代福祉国家における自律への権利」法の科学28号（1999年）、「『自立』とは何か」賃金と社会保障1433・1434号（2007年）、「『人間の尊厳』と憲法学の課題」法学セミナー629号（2007年）。いずれも笹沼氏の単独論文。

いる「はじめに」と第1章の内容を紹介してきたが、最後に、第2章以下で、それに関わる重要な指摘を行っていると思われる文章を紹介しておきたい。

「人権をもっぱら個人の『人格的自律性』に基礎づける（佐藤幸治に代表される）議論も、人権の本義からは隔たっていると言わざるをえない。そこでは人権の担い手の意識や要求、運動などとは没交渉に、あるいはそれらへの無関心（または軽視や諦念）により、もっぱら国家や集団に対抗して『個人の自由』を確保すべく、いつの時代にも強力に通用する、いわば『切り札』としての人権を基礎づける原理が探求される（カッコ内略）。『人間の尊厳』を人権の根拠とするのは、あまりに抽象的・無力だから、より強力な規範性をもつ原理が必要といった思弁の帰結が、人権の究極の根拠は個人の『人格的自律性』であり、その核心が『個人の自己決定』だ、というわけである。あえて言えば、仮にそうした論究が何ほどか有意味であっても（人格的自律も自己決定もそれ自体は重要な価値である）、また樋口陽一が、いかに『強者であろうとする弱者という擬制の上に初めて人権主体は成り立つ』と強弁しようが、しかしそうしたことによって、日本の法的現実において（精神的）自由権がより強固に確保されてきたとも思われず、他方ではもちろん、憲法の社会権諸規定が確立され拡充されているわけでもない。むしろこの種の議論が、『一人ひとり人間が独立自尊の自由な自律的存在として最大限尊重されねばならない』という『個人の尊重』を理念として、『自律的な個人の生、すなわち個人の尊厳と幸福に重きを置く社会』を築く（一九九七年行政改革会議最終報告）と、見事なまでに政策言語的に活用され、そのもとで多くの人びとの生活と“自己実現”がいつそう浸食されているというのが現実の文脈であろう。そのことこそが、目下は注視されねばならないはずである。」<sup>(12)</sup>（134-135頁）（吉崎）

(12) ここで著者（吉崎）は、佐藤幸治氏の「人権をもっぱら個人の『人格的自律性』に

『自己労働に基づく自己所有』という論理、およびこの論理によって担保される『自立』はイデオロギーでしかない。『自立』観のこの近代的制約性が批判的に対象化されないままに、<sup>ネオリベラリズム</sup>新自由主義イデオロギーの喧伝のもとで、『自立』はいよいよ孤立的なものとして観念されていく。しかも、『自立』を一定程度公共的・制度的に支える福祉国家がきわめて未成熟なままに、その解体的再編に入った日本ではとくに、『自立』の共同性を認知しうる場面は少ない。」(194頁) (吉崎)

全体で360頁に及ぶ本書の紹介としては、憲法論と人権論に絞ったとしても十分とはいえないが、本書の核心部分については、以上の紹介でも大きく的を外してはいないと思われる。これまで紹介してきたような議論が、(一部の論者を除く)憲法学の内部からではなく、学問分野としていえば憲法学のみならず法学全体からも相当の距離のある哲学の側から提起されたという事実は、現在置かれている憲法学の状況、また行政法学を含む公法学、さらにいえば法学アカデミズム全体が置かれている状況を象徴しているようにも思われる。

---

基礎づける議論」が、行政改革会議最終報告において政策的に利用された旨の指摘を行っているが、私も、同様の視角から同報告の批判的考察を行ったことがある。晴山『行政法の変容と行政の公共性』第2章「新自由主義的行政改革の論理と問題点——行政改革会議最終報告の批判的検討——」、第3章「今日の行政改革の特徴と論理」参照。ここでは、佐藤氏は、同報告に利用されたというよりも、むしろ、氏が、同会議の委員として積極的に議論を主導する立場にあったこと、そして、同会議最終報告に見られる憲法論、とりわけ憲法13条論が佐藤氏のそれとほぼ同じものであることを指摘しておいた。同書57頁、75頁注(3)参照。

## Ⅳ 今後に向けた公法学の課題——憲法学と行政法学の共同作業に向けて

### 1 はじめに

以上見てきた竹内・吉崎両氏による社会権の位置づけを中心とする憲法学批判の視角は、Ⅱで紹介した私がこの間抱いてきた憲法学に対する率直な疑問や批判とかなり通じるものがあり、二人の論述は、私が行政法学の立場から抱いてきた問題意識を、哲学的観点に立って理論的に裏づけてくれるものといえる。

もっとも、両者による憲法学批判は、主としてその人権論、とりわけ社会権の位置づけに関わる論点に焦点を当てたものであり、その原理的批判には教えられるところ大であるが、多分野にわたる業績を有する佐藤、奥平、樋口の各氏の憲法論の全体像を考察の対象とするものではない。もとより専門外の私もそれをなしうる立場にはないが、たとえば、本書で批判の対象とされている樋口氏についていえば、Ⅱで紹介した最初の随想であげた新自由主義に対する批判的言及も見られ、また、別稿でも触れたことがあるが、「公共」——国家干渉によってでも創出・維持・回復されるべき自由<sup>(14)</sup>にも周到に目を向けていること、さらに、樋口氏以外にも、本書でとりあげられている笹沼氏はもとより、上記随想であげた幾人かの憲法学者が現在の憲法学の潮流への批判的言及を行っていることも、念のため付言しておきたい。

以上のことを確認したうえで、以下、憲法と行政法を通じる今後の公法学の課題として、2つの点を簡潔に述べて本稿を閉じることとしたい。

---

(13) 晴山『現代国家と行政法学の課題』189頁参照。

(14) 樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』（東京大学出版会、1994年）177頁。

## 2 人権論の深化と具体化

その第1は、人権論の理論的深化と具体化という課題である。

まず、理論的深化の課題は、主として憲法学に期待すべきものであるが、あえて一言するならば、現代の人権は、文字通り現代という歴史段階における人権でしかありえないことから、近代以降の人権に関する歴史的・理論的考察を踏まえたうえで、まさに“現代人権論”として展開され、具体化されなければならないということである。そこでは、当然、“現代”という時代をどう見るかという課題の究明が求められ、さらに、ここ数十年に及ぶグローバル化と結びついた国内外の新自由主義の席卷という時代状況を前にして、そこでの人権の位置づけとその具体的な在り方がどのようなものであるべきか問われなければならないであろう。自由権と社会権の関係、社会権の特殊現代的な意義とその重要性、自由権自体の古典的市民的自由権から現代的自由権への展開、知る権利などいわゆる新しい人権の位置づけ、などがそこでの主要な理論的テーマとなると思われる。

このうち、まず社会権についていえば、現代におけるそれは決して自由権に比して二次的・副次的なものではありえず、新自由主義による理不尽な支配を前にして、真に人間たるにふさわしい生存と生活を万人が享受できることを可能とするような根源的権利として構想されなければならない、そのことを保障するためには、現代の社会権が、竹内・吉崎両氏のいう官僚的・管理主義的性格を克服したジェンダー・フリーで、かつ国際的視野を踏まえた“民主的な福祉国家”の建設を展望できるようなものでなければならないであろう。

また、自由権、とりわけ精神的自由権についていえば、国家権力によって弾圧の対象とされた戦前の経験、そして憲法による保障にもかかわらず権力による蹂躪が跡を絶たない戦後日本の現実を前にして、その重要性はいくら強調してもしすぎることはない。しかし、そのことが、自由権の社会権から



の優位性を導くものであってはならないことは、上記の通りである。他方で、従来の自由権は、個人の自律、国家による干渉の排除の観点に立って「国家からの自由」を主として念頭に置いたものであるが、今日においては、「国家による自由」をも同時に視野に入れた新たな現代的自由権を構想する必要があると思われる。たとえば、公園や公の施設における集会などの表現の自由が外部からの暴力的侵害にされされるような場合、あるいは「表現の自由」の名を騙る過激なヘイトスピーチによって特定の人の人権（表現の自由を含む）が脅威にさらされるような場合には、警察力を含む行政権による表現の自由の確保が不可欠であり、このことを可能とするような内容の自由権の理論的構築が求められることになる。当然、この場合、警察の民主的統制のための法理の彫琢と具体化があわせて求められることになる。

人権論の第2の課題は、憲法学と行政法学にまたがる共通の課題としての人権論の解釈論的具体化の課題である。いま、生活保護や年金の給付水準の引下げによる“生活と生存の危機”、教育費の著しい高騰、教員の過重労働、教育内容への権力的統制などの“教育の危機”、低賃金、過労死、非正規雇用の激増など雇用と労働の著しい劣化による“労働の危機”に象徴されるように、憲法25条（生存権）、26条（教育権）、27条（労働権）を根底から脅かす事態が急速に進行しつつあり、それに関わる裁判も数多く提起されている。ここで最大の障害となるのが“行政の裁量権”であり、この点を突破しない限りこれら社会権の実現も現実的には保障されがたいという現状にある。憲法学からの社会権の具体化・実効化に向けた理論的営為と行政法学からの裁量統制論の深化とが結びつくことによって、その展望を切り開くことが切に求められている。

### 3 国家の役割と国家・行政の民主化

自由権にせよ社会権にせよ、それをどのような性格のものにとらえるかは、国家の役割の評価と密接に結びついている。この点で、「人権の基礎を

個人の人格的自律に置く見解」、そこから派生する社会権よりも自由権を優位と見る見解、さらには社会権自体を自由権的に構成しようとする見解は、いずれも福祉国家の忌避、ひいては国家一般の忌避と結びついていることは、竹内・吉崎両氏が指摘する通りであろう。

一般に、憲法学に限らず、国家への忌避、極端に言えば近代国民国家を諸悪の根源と見る見解は、わが国の思想界における有力な潮流のひとつをなしているが、<sup>(15)</sup>国家がこれまでの歴史において幾多の害悪をもたらしてきた事実は否定すべくもないとしても、市民革命によって絶対主義を打倒し民主主義と人権を確立したのも近代国民国家である、ということもまた歴史的事実である。そして、「国家の死滅」を展望できる時代の到来を少なくともここしばらくの間は見通せない現代という時代にあって、人権の多く、とりわけ社会権は、究極的には権力の担い手である国家の手を通してしか実現されえないこともまた、何人も否定することはできないであろう。<sup>(16)</sup>ここにこそ国家の重要な役割があるのであって、このことを踏まえて、国家に対して、そのような役割、ひとことでいえば“憲法に基づく社会権を中核とする基本的人権の保障”という役割を果たさせるように義務づけること、そしてそのための法理を構築し実効化させることが、公法学に課せられた大きな課題ということになる。

同時に、以上のような国民国家次元の課題は、現代のグローバリゼーションの下では、一国内だけで完結的に遂行しうるものでないことはいうまでもない。上記の課題は、国際的な枠組みのなかで、市民社会の国際的な連帯と

---

(15) 私は、『現代国家と行政法学の課題』第10章「いま、国家の役割をどう考えるか」において、国民国家が果たすべき役割を否定したり、それを消極的に評価するいくつかの見解をとりあげて批判的考察を加えたことがある。

(16) このことは、さまざまな非国家的セクターによる「共助」、および可能な限りでの自立・自律に向けた「自助」努力の重要性と必要性を否定するものでないことはいうまでもない。

それに支えられた国家間の協力によって新自由主義の世界的横行に歯止めをかけ、公正で持続可能な新たな国際秩序を建設する課題と一体のものとして進めなければならないこともまた、付け加えておく必要がある。

さらに、この課題の遂行において不可欠となるのは、いうまでもなく、国家および行政の民主化ないし民主的統制という課題である。この課題の実現なしには、国家の手による社会権保障も、市民生活に対する官僚的・管理主義的な国家介入に帰結しないという保証はないからである。そして、この課題は、これまで、憲法学の側からは、国民主権、議会制民主主義、国会の地位と役割、議院内閣制、裁判所・司法、地方自治、財政などのテーマの下で取り組まれてきた課題であり、また、行政法学の側からは、法治主義、行政組織・公務員制度、行政活動の司法統制（とりわけ行政裁量の法的統制）などのテーマの下で取り組まれてきた課題にほかならない。

憲法・行政法の共同の営為として、これまでの蓄積を踏まえて、これらの具体的諸課題を通した国家と行政の民主的統制、ひいては国家・行政の民主化に向けた法理論的取組みを強化していくことこそ、今後の公法学に課せられた最大の課題ではないかと思われる。