

〈社会権〉の保障と個人の自律

——〈社会権〉理論の五〇年における〈抽象的権利説〉的思考の功罪^x——

西原 博史

一 問題としての社会国家のあり方

「法律は、生活のすべての面につき、社会の福祉並びに自由、正義および民主主義の増進と伸長を目指すべきである」。これは、現行の憲法二五条二項の元になった、マッカーサー草案二四条一項である。しかし、この文脈で〈正義〉はともかく〈民主主義〉や〈自由〉が出てくる必然性を、当時の日本政府はついに理解しなかった。その結果、もともとの発想でここに〈自由〉が関係していたことは、憲法学の記憶からも忘れ去られていく。

それに代わって帝国議會は、〈健康で文化的な最低限度の生活を営む権利〉を国民の主観的権利として保障する二五条一項を付け加えた。憲法九条と並び、生存権を国民の主観的権利として保障するこの条文により、日本国憲法は世界憲法史のトップに躍り出る。⁽¹⁾ただ、社会国家のあり方として〈民主主義〉と〈自由〉を切り捨て、権利としての〈生存権〉を盛り込んだことによって我々が歩き始めた道は、決して平坦ではなかった。

日本の憲法学は、この生存権を典型に、〈社会権〉と呼ばれる権利類型を作り出す。教育を受ける権利、勤労権、労働基本権などを包括するこの〈社会権〉は、国家の積極的な保護や給付に向けた、作為請求権的な性格を有する。早い時期に〈自由権の基本権〉と対置される〈生存権の基本権〉という範疇を唱えた我妻榮は、後者の特徴を「国家権力の積極的な配慮・関与を要請する」点に見ていた（我妻〔1948〕一一一頁）。そして、生存権が〈社会権〉の総則的規定とされ、〈社会権〉全体が〈健康で文化的な最低限度の生活〉——あるいはその指導的定式と認められた、ヴァイマル憲法一五一条が経済秩序の目標とする〈人間たるに価する生存〉——を指向するものと理解されていく。

ここで問題になるのは、我が国でこの〈人間たるに価する生存〉の内容がどう理解されてきたかである。〈人間らしい生活〉とはどんな生活か。

事は社会国家における国家介入の照準点に関わる。確かに、国家は現代の社会状況の下、基本的には私的自治に委ねられている経済秩序・社会秩序に部分的に介入し、私的権力の手任されたままでは十分に確保できない人間の基本的な権利・利益を積極的に保障する。これが、介入主義に転じた現代国家の、社会国家としての活動である。その背景には、現代の社会的分業体制の進展と、それに基づく生活関係の複雑化が、近代における自由権思想が前提としていたような自給自足的な生活関係を掘り崩し、人間個人の生活を、自らのコントロールの及ばない様々な前提に依存させている状況がある。そこから生じるリスクを管理し、また、社会的権力の手から個人の権利を守るには、国民が自ら組織した権力である国家権力の介入が必要になる。

その社会国家が実現すべき基本的な権利・利益とは、どんな内容だろうか。近代の自由放任主義の下では、最小

限度に限定された国家権力の発動に関して立憲的な〈条件プログラム〉が問題になっていたのに対し、国家権力が積極的に利益実現の任務を担う場合、〈利益〉の具体的な内容となる〈目的プログラム〉が議論の対象になる。その場合、〈目的プログラム〉決定過程への参加をめぐる〈民主主義〉と並び、社会国家を組織する構成単位である個人の〈自由〉が、公正な〈目的プログラム〉決定過程の前提的権利として、憲法上保障されてくる。社会国家が一方で介入主義でありながら、他方で市場原理や人間の精神の自由に正当性の源を求めため、〈自由〉への指向性は欠かせないはずだった（西原〔1995b〕五三頁以下。参照、大須賀〔1992〕三八頁）。その意味で、冒頭のマッカーサー草案は、社会国家のある側面を鋭く捉えていた。

社会国家のこうした〈自由〉への指向性は、〈社会的法治国家〉という国家のあり方に関する記述だけを基本法に取り込み、個別における社会的な権利保障を憲法レヴェルでは断念したドイツとの対比において一層明らかになる。それでも、生存権、「人間たるに備する生存の最低限の前提を確保」（BVerfGE 40, 121）するよう国家に求める権利は認められる。ただ、「社会的共同体の中で自由に展開する人間の人格とその尊厳を中心とする価値体系」を基本法が設定すると述べた一九五八年の連邦憲法裁判所判決（BVerfGE 7, 198—Lüh-Urt.）以来の構図に現れるように、自由が人間の尊厳と結び付き、〈自由の実質化〉という論理がドイツでの社会国家的な権利論の機軸をなす⁽³⁾（典型的に、BVerfGE 33, 303. 参照、戸波〔1978〕、西原〔1983〕）。自由行使のための最低限度の物質的前提を保障する任務、社会的権力の前に押し潰されようとする個人の自由を実質化する任務、国家が独占的にコントロールする資源の配分に関して自由が確保される制度を維持する任務。ドイツで社会国家の使命と理解されるこうした点において、個人の自由と自律への関心は中心的な位置を占める（西原〔1995b〕五五頁）。

それに対し、日本国憲法の歴史は、個人の自由を否定する論理として「福祉国家」観念が用いられた例すら提供する（後述、四二）。憲法学はこれに、「福祉国家論」批判という形で対抗した。ただ、「自由権」と「社会権」をカテゴリーカルに区分する憲法学の態度は、底流において、社会国家の任務の中で「自由」の要素が前面に出にくい構図を作り上げていた。そのことは、すでに初期の憲法理論研究会が克服しようとした課題でもあった（憲法理論研究会〔1971〕）。その課題を我々はどこまで遂行できたのだろうか。

この点の評価は、憲法学が「人間たるに価する生存」の内容をどう構成してきたかに関わる。日本で「生存権理念」や「人間の尊厳」が語られる場合、その内容にどこまで個人の自主性・自律性が盛り込まれてきたのか。むしろ、そうした理念とは微妙に、しかし決定的に異なる方向性を、憲法学は前提にしてきたのではないか。そして、護送船団方式の業界保護体制を作り上げ、挙げ句に葉害エイズを典型とする国民無視の姿勢を顕にし、独善的でパターナリスティックと批判される官僚による規制と行政指導の体系に、実は憲法学が裏から理念的な下支えを提供していた可能性はないのか。

個人の自律との間に存在する緊張関係という観点から社会国家を扱うなら、現代の社会国家という国家類型一般に共通する傾向を問題にする方法があり得、それなりの成果が期待できそうな気がする。しかし本稿は、社会国家一般でなく、日本における社会国家のあり方を問題にする。現代において国家との関係で譲れぬ一線をなす国民個人の権利に、我々はどんな内容を盛り込んできたのか。

この考察を進める上で、ここではいくつかの「社会権」に関する解釈論的営為を個別に検討する。始めに、労働法学で自己決定という観点から理論の見直しが進んでいる労働基本権（二）、次に子ども・親の視点から「国民の

教育権〕論を克服する動きが確認される教育を受ける権利(三)、そして最後に、そうした動向を包括する形で生存権(四)の各分野を、順に扱っていきたい。

* 本稿は、憲法理論研究会一九九六年七月研究会における同名の報告を基礎にしている。報告の機会を与えてくれた憲法理論研究会、および、積極的な討論の中で数多くの有意義な指摘を頂いた当日の参加者に感謝している。なお、報告の記録は『憲法理論叢書⑤』(敬文堂・一九九七年秋発行予定)に収録予定。

(1) 憲法二五条一項の比較憲法史的な淵源として、ヴァイマル憲法一五一条一項がよく挙げられる。しかし、「経済生活の秩序は、すべての人に、人間たるに値する生存を保障することを目指す正義の諸原則に適合するものでなければならぬ。各人の経済的自由は、この限界内においてこれを保障するものである」と規定するこの条文は、プログラム規定と理解する通説の他に直接的な法的効力を引き出すとする解釈があったとしても(参照、高田[1984]一四七頁、内野[1982]五四頁以下)、もともとの立法技術の上では、客観的な原則規定に留まる。内野正幸は、「権利非明示型」であることを踏まえるし(内野[1992]一四頁)、影山日出弥は、一五一条が万人の権利を「推定させる」関係を指摘しながら、「主観的権利の規定では、実はない」ことを確認する(影山[1988]一九二頁以下)。ヴァイマル憲法における様々な権利の位置づけに関しては、基本権が立法府を直接に拘束するという意識が確立していなかったことも注意を要する。

(2) 社会国家を、社会主義思想に基づくもの、あるいはそれとの妥協の産物と捉える必然性は、必ずしもない。本文のように、生活関係の複雑化に直接根拠を置いて社会国家を説明するものとして、ヘッセ[1983]七頁。参照、西原[1985]五九頁以下。

(3) もっとも、広い範囲で給付請求権を引き出すことにより、この枠組みを最も直接的に実現すべきものとして追求された、〈配分参加権〉への基本権の〈解釈変更〉という方向は、七・八〇年代の批判により理論的に行き詰まり、社会国家的な国家の活動に対する憲法上の統制に関する主な土俵は、客観的な国家目標規定に置かれる傾向が強まる。参照、西原[1988]。ただ、特に国家が独占的にコントロールする資源の配分に関して自由が確保される制度を維持する任務を中心に、自由の実質化に対する国家の関与は、判例上確立している。BVerfGE 75, 40, 90, 107。

(4) 本稿では、〈社会国家〉観念と〈福祉国家〉観念を特に区別しない。私は、〈社会国家〉の本質を、一方で個人と社会の自律性を描定しながら、他方で人間の社会的依存性に鑑みて社会的過程に積極的介入する国家というイメージで捉えており(参

照、西原〔1955〕五六頁）、その限りで社会福祉をメルクマールとする（福祉国家）観念よりも包括的な枠組みで問題を捉えた方が便利ではないかと考えているが、少なくともここ五〇年という歴史段階で、また（社会権）問題を中心に置く本稿の問題設定の下では、両者は実質的に相当程度で重なり合う。

二 労働基本権論における労働者個人の自由

1 〈生存権的基本権〉としての団結権

国家による保護を求める〈社会権〉に位置づけられながら、最も早くにその位置づけに対する問題提起がなされたのが、労働基本権である。憲法学の分野では、中村睦男が〈下からの社会権〉論を提唱するにあたり、その機軸に据えたのが、「労働者を中心とする利害関係者の集团的権利・自由」と把握された労働基本権であった（中村〔1971〕九頁、〔1973〕二九四頁）。彼が批判の対象としたのは、我妻の〈生存権的基本権〉論であり、それを受けて労働基本権を〈国家による権利〉（法学協会〔1963〕五三六頁）とした『註解日本国憲法』の立場である。

生存権実現の手段としての労働基本権の位置づけは、我妻に由来する。

「国民が健康で文化的な生活を営む権利を保障されるためには、困窮のときや非常災害の際に援助を受けるだけでは足りない。日常不断に、みずからの力で生存を維持するだけの経済的手段を保障されなければならない。そして、新憲法は、この経済的手段の保障として、財産を有する者のためには適当な内容における財産権を保障し（二一九条、営業をなそうとする者のためには職業選択の自由を保障する（二二二条）とともに、勤労によって生活する者のためには、労働の権利を保障したと考へなければならない」（我妻〔1948〕三三三頁）。

経済的な自由権と同列に置くなら、労働権・労働基本権を「労働力に対して国が特別の保護を与える」(同一七九頁)ものと把握する必然性はない。だが我妻は、この〈労働の権利〉が基本的人権のターニング・ポイントとなる点を強調する。

『労働の権利』を保障することは、社会的に有意義な労働はそれにふさわしい成果を収めることができ、労働の能力と意欲とを有する者はすべてそれによって幸福な生存を保つことができるように、国家が特別の配慮をするということであるから、生命・自由・幸福の追求の物質的手段として『労働の権利』を保障する二十世紀の憲法の基本的人権の内容は、『生存』という色彩にいろどられている(同一〇九頁)。

目標は〈幸福な生存〉、それを実現する手段が〈国家による積極的関与〉というのが、我妻のいう〈生存権的基本権〉の意味であった。そこでは〈生存〉は、〈経済的手段の保障〉へと矮小化される。

この構図を直接に受け継ぎ、労働基本権を「生存権の一形態」(法学協会[1953]五二七頁)と捉えるのが、『註解日本国憲法』である。この本は一方で団結権を、労働者が契約の自由を実質的な意味で享受するために労働力を独占するものと説明する(同五二八頁)。この論理は、日本労働法学の道を切り拓いた末弘太郎の思想では、「真に労働者の救はるべき途は国家に依頼することではない」という認識の下、「労働者は自力によって自ら救ふことができる」その方法として唱えられていた(末弘[1926]四三頁以下)。にもかかわらず『註解』は、契約自由の実質的回復を目指す労働基本権を、「国家の積極的な関与、助力によって実現される権利」とする(法学協会[1953]五三七頁)。

その後、労働者が〈生存〉を確保するために〈国家による積極的関与〉を通じて労働基本権を保障されるという

位置づけは、労働法学の支配的な理解を形造る。野村平爾は、団結権・団体行動権が「人間らしい生活に對しての追求の手段」たる「手段的權利」であることを確認し⁽⁵⁾（野村〔1957〕二頁）、同様の理解から石井照久は、労働三権が「いずれも労働者の生存確保のための手段（基本的手段ではあるが）」としての性格のものであって、それ自体目的たるものではない」（石井〔1957b〕三二〇頁）とする。そして〈社会権〉としての労働基本権の分類は、憲法学でも疑う余地のないものとなっていく。

2 最高裁の労働基本権理解

憲法学も労働法学もこぞって批判の対象としている全農林警職法事件最高裁判決（一九七三年四月二五日刑集二七卷四号五四七頁）も、こうした生存権実現の手段とする労働基本権理解からの直線的な帰結に他ならない。

この手段的理解は、全通東京中郵事件最高裁判決（一九六六年一〇月二八日刑集二〇卷八号九〇一頁）でも確立していた。

「労働基本権の保障の狙いは、憲法二五条に定めたいわゆる生存権の保障を基本理念とし、勤労者に対して人間に値する生存を保障すべきものとする見地に立ち、一方で、憲法二七条の定めるところによって、勤労の權利および勤労条件を保障するとともに、他方で、経済上劣位に立つ勤労者に対して実質的な自由と平等とを確保するための手段として、その団結権、団体交渉権、争議権等を保障しようとするものである」。

それでもここではまだ「自由と平等」への言及があった。それが全農林判決では、端的に「労働者の経済的地位の向上を目的とするもの」に矮小化される。ただ、それを批判する枠組みは、通説の構図の中にはなかった。

そこから、最高裁の採る代償措置論に対しても憲法学・労働法学は無抵抗に陥る。全農林判決は、公務員の労働基本権は「これに代わる相応の措置」があれば制限できると考え、勤務条件の法的な保障や人事院制度を十分な埋め合わせと評価する。単なる手段なら、別の手段があれば必要ないという論理である。これに対して、「それ（ストライキ権）は人間に根ざす権利であるから、かねで買えるわけではない。表現の自由や政治的自由が代償にしたしまないのと同じ理由で、ストライキ権は代償にしたしまない」（中山〔1977〕一三三頁。〔内西原注〕）と言い得るには、手段的把握を克服する必要があった（中山〔1991〕二四頁）。

同じ問題は、公務員や現業職員に対する団体交渉権制限・否認の論理にも潜む。全農林判決で公務員の争議権制限の正当化理由として指摘された勤務条件法定主義は、名古屋中郵事件最高裁判決（一九七七年五月四日刑集三二卷三号一八二頁）で財政民主主義と合流し、公務員については憲法上の争議権否定の論理となる。

「公務員の場合、その勤務条件は、憲法上、国民全体の意思を代表する国会において法律、予算の形で決定すべきものとされており……私企業の労働者の場合のような劣使による勤務条件の共同決定を内容とする団体交渉権の保障はなく、右の共同決定のための団体交渉過程の一環として予定されている争議権もまた、憲法上、当然に保障されているものとはいえない」。

それに基づき、公共企業体等労働関係法（現、国营企業労働関係法）に規定される団体交渉は、憲法二八条の要請によるものではなく、単なる立法上の配慮と解された。⁶⁾

この立場に明らかなように、国家による積極的関与の中に生存権実現の方策を探る論理と結びついた場合、労働基本権の保障自体も、上位の目的との関係で決まる立法政策上の問題と位置づけられる。「もろもろの社会権を同

一視することは、労働者の団結権・団体行動権の重要性・具体性を無視し、これを抽象的な労働権やプログラムのな生存権、社会保障を受ける権利なみに引き下げるといふ役割を果たしている」（長谷川〔1957〕一六頁）という危惧が、ここで具体化する。生存権の法的性格には後に触れるが、名古屋中郵判決の論理は、手段的把握によって労働基本権が相対化される典型的なモデルを提供する。

3 自由権的側面の強調

これらの判例で問題になった公務員の争議権に対する法律上の制約は、単純な自由権の問題であった（藤井〔1979〕二七一頁以下）。そこから一九七〇年代には、労働基本権が自由権的側面をも有する、あるいはそちらを主眼とするとの主張が展開される。

比較的早い時期から、沼田稲次郎が「労働者仲間の団結そのものの根源的自由の承認という契機」（沼田〔1969〕三五九頁）を強調していた。そこに合流する形で、中山和久が前述の代償措置論批判を導く中で、ストライキ権を一応は「生存権的基本権」と扱いながら、なおも「弾圧からの自由とその本質があるような権利」と捉えていく（中山〔1977〕一三二頁）。また榎井常喜は、ストライキの自由に関して、「生存権的基本権」としての意義と並び、取引上のかけひきとしての性格を基調に据えた——末弘の見解を甦らせる——「取引の自由の実質的具現としての意義」と、いやな条件では働かないという根源的な「人間の尊厳性にねざす自由としての意義」を認める（榎井〔1974〕六七頁以下）。

これらの見解も、生存権実現の手段という位置づけを基盤に置き続ける。それに対し、自由権と異質な論理で国

家の役割を強調する考え方をへ上からの社会権論として批判した憲法学からの見直し論が、中村のへ下からの社会権論であった。

「労働基本権も、わが国の通説的見解のように労働者の生存権の確保の手段を国家が保障するということに基本的な意味があるのではなく、あくまでも、これらの権利が、国家および使用者に対抗する労働者の武器として、そして、労働者階級の連帯および自律の表現であることに意味があったし、現在もそれは基本的に変わらない」(中村[1971]一〇頁、[1973]一九五頁)。

この意識から彼は〈社会権〉を、①労働者を中心とする利害関係者の集团的権利・自由、②労働者を中心とする利害関係者の個人的権利・自由を保障するための国家の積極的給付義務、という二つの構成要素から捉え、①を中心に据える(中村[1973]一九五頁)。

もつとも中村の立論も、指導原理と宣言された〈自由〉の要素を解釈論レヴェルで直接には反映しない。彼は労働基本権やストライキ権の具体的な内容を、自由権として説明できる刑事免責と並び、民事免責と不当労働行為制度を支柱に三本柱で捉えるが、「契約自由の原則を労働者に有利に修正」するものと把握される民事免責の制度は、再び生存権実現の手段という枠組みで捉え直される(中村[1981]四六四頁、[1983]二二八頁、二四四頁、[1984]六三四頁)。自由を基底に据えたことは、公務員関係で代償措置論を排除する役割を果たすに過ぎず、労働基本権の理念を把握する上で〈労働者の生活向上〉という色彩を越えた準拠点を設定するわけではない。中村が批判した、国家の関与によって上から労働者の生活を確保するへ上からの社会権の要素は、〈自由〉を基底にしたへ下からの社会権によっても克服されず、単に舞台上に二人の主役が並び立つだけのことになる。

4 自己決定の権利としての労働基本権

このような「社会権」的側面と「自由権」的側面の「複合」では問題が解決しないという認識の下、労働基本権を生存権理念なるものとの関係から切り離し、自己決定の理念に結びつけるのが、西谷敏の理論である（西谷〔1989〕七八頁以下、〔1992〕七七頁以下）。

「労働基本権が、労働者の集団的自己決定権、すなわち労働条件決定過程への関与の権利を中核とする基本権であることを立論の基礎に据えるべきだと考えられる」（西谷〔1992〕八三―四頁）。

その場合に、労働基本権の意義は、労働者にとって個人的次元では形骸化した契約自由を集団的次元で回復する団結・団体交渉・争議行為を、まずは一般的自由として放任した上で、部分的に市民的自由の次元を越えて実質的に保障する点に見い出される。ここで言う「実質的保障」は、国家に積極的介入を要求する権利ではない。自由権を越える「プラスアルファ」としての使用者による団結権侵害の違法性や、ストライキの民事免責は、自由権としての労働基本権が直接に私人間で効力を持ち、公序を設定するものと説明される（西谷〔1989〕七九頁以下、〔1992〕三二―七頁）。

この西谷理論の特色は、二重の意味での「生存権的基本権」からの解放にある。第一に労働基本権の基礎理念は、生存権ではなく自己決定権であり、第二に労働基本権のありようは、国家による積極的介入を求める権利でなく、自由権とその付随的な要素から成る。第一点により、労働者の経済的・物質的な生活向上の手段という原理論を克服して、個人の自由・自律との関係で労働基本権の意義を探る手がかりが設定された。

この構図に対し、団結権における実質的自由の要素が「生存権理念との結合を介してはじめて現実化する」とする片岡昇の批判がある（片岡〔96〕四七頁）。これが西谷理論の第二の特色との関係で、自由権の付随的要素の法的保障がすでに市民的自由の論理ではないと指摘するのなら——西谷も意識してはいるが——正しい部分を含む。「公序」を実現するための介入や私人間効力の保障こそ、社会的権力に脅かされた個人の自由・平等を確保する、典型的な社会国家の介入である。しかし、だから自由権ではなく生存権の論理だと即断するには、状況は複雑すぎる。

西谷の論理を憲法学の——特にドイツ基本権理論の影響で成立している人権の多元的機能という——枠組みで整理し直すと、民事免責等の〈実質的保障〉は、自由権たる労働基本権の〈客観法的な価値設定の原則規範〉⁽⁷⁾としての意義を立法者が具体化したものと位置づけられる。これは、社会国家段階に対応した自由の保障のしかたであつて、必ずしも何らかの意味の〈生存権〉と結びつく必然性はない。内野正幸も、民事免責を使用者に対する憲法二八条の直接的効果と捉えることにより、労働基本権に給付請求権の要素を否定した（内野〔96〕九頁）。自由権の価値設定の効力の問題と捉えても、立法府と裁判所が実現する法的義務を負うような規範的命令を導き出すことは不可能ではない。⁽⁸⁾

ただ、片岡の批判が西谷の第一の特色をターゲットに、自己決定が労働基本権の準拠点たり得ないと説くのであれば、原理的な平行線ができあがる。片岡はすでに、叔井との論争の中で、〈自由〉がストライキ権の理念的基盤になり得るとすれば、その自由は個人主義的な市民的自由ではなく、理念的転換を経た、市民的自由のさらに根底にある「人間の本来の権利としての自由」、「人間の尊厳性」に通じる「自由」でしかあり得ないとしていた（片岡

[1976]六四頁)。それを前提にすれば、片岡にあつては〈生存権理念〉に含まれる〈人間の尊厳〉の中に〈自由〉——それも個人主義を越えた「社会的自由」(片岡[1981]五〇頁)——が組み込まれる。これを憲法学の次元で表現したのが、ストライキ権が内在的に含む「人間たるに値する労働の自由」を拾い上げる山下健次の定式である(山下[1989]九二頁)。ここでは、〈生存権理念〉を物質的な生活向上と捉えて、それと違つた自己決定権の論理を労働基本権の準拠点に据えようとした西谷の立場に対して、〈生存権理念〉自体の中に新たな自己決定の要素を組み込む選択肢が提示されている。

それに対しては西谷は、憲法二五条を拡大解釈して多様な内容を含ませることは、解釈論上無理であり、また「本来の生存権の地位の確立という観点からしても、必ずしも好ましいといえない」と切り返す(西谷[1992]七三頁)。ここでは、二つの点を切り離すべきであろう。生存権が物質的な生活水準だけに關わるものなのかという論点——これについては後で触れる——と、労働基本権の基礎として個人の自由・自律・自己決定以外の要素がどこまで必要なのかという論点。後者の点は、個人的自己決定の要素を排する、片岡のいう「個人の自由に対して強力な外的制約の契機となる団結それ自体」(片岡[1976]六四頁)としての要素を労働基本権の根底にどこまで認めるかに關わる。

5 組織強制と個人の自律

労働基本権の理念に含まれる〈自由〉が、個人主義的な〈自由〉と異質な、〈集团的自治〉を指向する〈社会的自由〉であるという片岡の命題は、論理必然的に組織強制の肯定、消極的団結権の否定につながる⁹⁾(片岡[1971]七

七頁)。それに対して西谷が「自己決定」——それも憲法一二条に遡る、出発点としては個人を主体とする「自己決定」——の要素を労働基本権の基礎理念に据える際には、加入強制に基づいて多数の無関心組合員を作り上げ、結局は団結の発展を阻害する役割しか果たせないユニオン・ショップ協定に対する否定的評価がある(西谷[1992]一五三頁以下)。

労働基本権を生存権実現の手段と捉える通説は、団結強化に資すると考えられた組織強制を高く見積もつてきた。代表的な記述は、『註解』に見られる。

「もはや一人一人では使用者と対等の交渉を行い得ない労働者が、消極的結社の自由を侵害されたとしても、それは、より高次の自由・利益を獲得する為であつて、受忍されなければならない」(法学協会[1953]五四一頁)。

この前提から通説は、団結権は結社の自由とは異なり消極的団結権を保障しないと考え、ユニオン・ショップ協定の効力を認める(野村[1957]三三頁)。ユニオン・ショップ協定に消極的な立場も、別組合への団結との関係で問題視していたに過ぎず、一般的な組織化への強制は肯定していた⁽¹⁰⁾(石井[1957a]一八二頁)。これに対し、団結権の承認が組織強制を含むという命題を根本的に再吟味するには、〈社会権〉の基底における「自由権」の意義を強調し、労働組合の組織原理が結社の自由と異ならないと考える中村の主張を待たねばならなかった(中村[1973]三〇六頁以下)。

西谷の立場は、中村の延長線上にある。西谷自身、「労働者の真の自由あるいは人間らしい生活の保障は、基本的には労働組合を通じてしか実現し得ない」というテーゼには固執する。ただ、団結強制が許されるか否かは、それと別次元の問題となる。

「労働者の真の自由のための強制というパラドクシカルな命題は、受動的な人間像を前提としてのみ成り立ちうる。それは、自らの経済的地位を自らの努力で改善しようとするのでなく、他人から強制されなければ自分の利益の擁護の仕方もわからない人間である。しかし、それは憲法二八条の想定する人間像に合致しないのではあるまいか」(西谷 [1992] 一三四頁)。

このパターンリズムの指摘は重要である。組織強制による団結強化の発想は、労働者を自己決定能力ある独立の個人として尊重せず、単に上から降ってくる「生存権」の実現手段を受動的にありがたがる、支配の客体としてしか捉えていない。その図式では、労働者個人の自律における多様な方向性は、最大公約数としての経済課題¹¹賃金上昇の要求へと切り詰められる。この状態で片岡が「社会的自由」を云々しても、それが空虚に響くのはやむを得まい。

そもそも、労働基本権も一人ひとりの労働者個人を主体とする基本的人権だと考えるならば、他者に対して同調を強制する基本的人権という構図は日本国憲法の人権体系と相容れない。ユニオン・ショップ協定を通じて統制権を強化し、批判を封じ込めて自らの特権を維持する既存組合指導部の既得権など、基本的人権とは何の縁もない。むしろユニオン・ショップ協定を典型とする組織強制は、日本の企業別組合の下では、使用者側とタイ・アップして労働者の「会社」への忠誠を確保する「会社主義」構築の重要な構成要素となってきた。それでも、「団結強化」↓「生存権実現」と流れる正当化の中で組織強制を原則的に許容して不思議を感じないこれまでの憲法学の支配的な立場は、自らが労働者個人の自律性を圧殺してパターンリズムを唱える側に与してきたことを認識する必要がある¹²(大久保 [1994] 参照)。

6 小括

ここまで、労働基本権の解釈において、この人権を〈生存権的基本権〉と把握し、〈生存権〉実現の手段と捉える考え方——初期の憲法学・労働法学で圧倒的に承認され、現在でも自覚的に切り離さない限り通奏低音としての意味を果たし続ける考え方——の帰結を検討してきた。意識されないまでも、この考え方は、団結権・団体交渉権・争議権の具体的な実現を国家に委ね、法律上実現された限りで権利性を認める、抽象的権利説の思考様式に由来する。労働基本権の権利性が最初から前提とされ、使用者との関係で私人間効力が認められた限りで（法学協会[1963]五三七頁以下）、プログラム規定としての意義を早くに脱却できたこの人権も、結局は抽象的権利とされ、生活上の手段に貶められることで相対化されてきた。これは典型的には、公務員・公共企業体職員の団体交渉権・争議権を立法政策によって承認される対象にまで相対化する最高裁の論理に確認できる。

そして、組織強制の場面に見られるように、団結権の手段的把握を基礎にするパターナリズムな理解は、労働者個人の自律性を必然的に踏みにじる。労働環境に関する自律的決定を確保するために団結しないことを選択する権利は、そこでは意識的に排除される。結局は、労働者個人の労働基本権は、組織を拡大する労働組合それ自体の権利に転化し、その組合の統制に服する労働者個人の義務へと変容していく。抽象的権利という構図を踏まえることにより、憲法学が、個人を結局は支配の客体として位置づけ、自己決定能力のある独立の個人として承認してこなかった一つの事例と言えよう。

そのようなパターナリズムを克服するためには、労働基本権が基本的には——価値原理としての意味をも伴う

—自由権であり、国家の給付による保護を求める権利ではない点に注目が必要であろう。そして、集団的な行使のされ方が一般的であるとしても、この権利の主体はあくまで一人ひとりの労働者個人と考へなければならぬ。まさに、一人ひとりでは使用者と対等な地位に立てない労働者個人に対し、使用者の決定を他律的に受け容れるのではなく、自らの勤労関係に関する決定に主体的に関われる基盤を保障するための権利という位置づけが必要になる(参照、西谷[1992]七七頁以下)。

〈社会権〉と分類する場合に内容的準拠点を曖昧にすることの危険は、この労働基本権の例で十分に明らかになった。この確認を踏まえ、他の〈社会権〉の領域で、同様なパターンリズムを憲法学が唱道してこなかったかどうかの検討を続けよう。次に、教育内容の上からの決定への対抗が問題になる、教育を受ける権利に関する議論を扱おう。

(5) もっとも野村は同時に、手段的権利だからといって立法上制限されてもいいわけではないと強調していた(野村[1957]一一頁)。

(6) 名古屋中郵判決の論理は、『註解』や石井が唱えた団体交渉中心主義、団体交渉権こそが生存権実現の手段であり、団結権や争議権は団体交渉権の手段であるという把握を踏まえる(法学協会[1953]五二九頁、石井[1957b]三二〇頁)。それに基づく勤務条件法定主義の強調を批判して、全農林判決における五裁判官の意見は、立法による労働条件の決定へのストライキを通じた影響力行使を認める余地があると同時に、法律で大綱的基準を定めて細目の決定を団体交渉に委ねる可能性があつて、団体交渉権・団体行動権が否定されたとは言いきれないと指摘していた。それでも名古屋中郵判決で団体交渉権否定論を確立できる背景として、生存権実現の手段としての要素を主眼に置いて経済課題を中心に据え、職場環境等の問題を排除する理解が成り立っていたと仮定すれば、ここに表れる生存権中心主義からの一貫した帰結が浮き彫りになる。参照、山下[1989]八六頁以下、清水敏[1989]一三三頁以下。

(7) この点につき、栗城〔1987〕参照。客観法的内容を具体化する際の過小禁止という枠組みは、〈基本権的保護義務〉につながる。小山〔1990a〕〔1990b〕〔1995〕参照。ここで「客観法的」というのは、もともとの防禦権としての意義を離れるという意味でしかなく、裁判上の救済が不可能であるという趣旨は伴っていない。なおここで、〈価値設定の原則規範〉から実質的保障の要請と並んで防禦権が出てくると考えるか、先行する防禦権としての基本権が付随的に〈価値設定の原則規範〉としての意義を伴うと理解するかの違いは、鶏と卵の關係に見えて、実は本質的な相違を生む。前者の枠組みを前提とした場合、〈価値〉実現の論理の中で防禦権としての意義も相対化する。

(8) 西谷や内野が指摘するように、不当労働行為制度は、団結権実現の手段ではあっても、団結権からの必然的帰結とは言えず、憲法上の権利内容を構成するものではないと考えられる。西谷〔1989〕七九頁、内野〔1992〕五頁。ただ、使用者による団結権侵害の非合法化は、団体交渉権に対応した使用者側の団交応諾義務、ストライキ権に基づく民事免責と並び、労働基本権の直接的帰結と言える。その意味で、プラスチックファとしての〈実質的保障〉の部分が生じることが否定できない。ただ、この実質的保障の部分を、使用者に対する労働基本権の直接的な私人間効力と捉えるならば、なぜ二八条の人権のみに直接効力が認められるかを体系的に明らかにするといふ隘路を乗り越える必要が生じる。むしろ、自由権としての権利内容が確立している労働基本権の場合、西谷のように〈公序〉＝自由権の客観法的効果で考えることの方が一貫するであろう。

また、民事免責における市民法に対する修正としての意義も、過度に強調すべきではない。使用者側の解雇権や損害賠償請求権は、確かに市民法の論理で導き出されやすいが、だからといって自然権としての財産権に基づく前国家的権利ではない。長谷部恭男が強調するように、財産権は「人為的なルールの体系にしたがって」はじめて観念しようという意味で、あくまでコンヴェンショナルなものであり（長谷部〔1993〕四三頁）、その内容は憲法に実定化された理念や価値基準との關係で変化する。裁判所が私法制度を通じて使用者側に一方的に有利な損害賠償請求の貫徹を見合わせ、労使間の問題に不介入の立場を採るからといって、市民法の「論理」自体が転換したと見る必然性はない。渡辺洋三が、「公共財産に対する個々人の分け前に対する、非経済的な社会生活上の権利」という〈社会権〉概念を前提に、根本的に商品交換法則という経済の論理によって規定される労働基本権を〈社会権〉から追放した際には（渡辺〔1982〕一〇七頁、同様の考慮があった）。

(9) 片岡も、ユニオン・ショップ協定の効力をそのまま認めるわけではないが、この協定について法的制約が生じてくるのは、消極的団結権との衝突が生じるからではなく、単に解雇制限法理との關係に過ぎない。片岡〔1981〕七八頁。

(10) ユニオン・ショップ協定が労働者の組合選択の自由および他の労働組合の団結権を侵害することは許されないとする最高裁判決（三井倉庫港運事件、一九八九年一月一日民集四三卷一〇二五頁）に結実した判例の流れも、消極的団結権の論理というより、むしろ石井流の積極的団結権の衝突という理解を採る。

(11) といえ、ユニオン・ショップ協定を認めながら、①現状における過半数の組織率、②既雇用者への不適用、③組合の統制権の限界、④脱退の自由、という限界を設定した「註解」（法学協会[1983]五四二頁以下）を受け、憲法学では、ユニオン・ショップ協定そのものは肯定しながら、一定の限界があると指摘する立場（宮沢[1974]四三九頁、小林[1980]五八五頁、佐藤幸治[1995]六三三頁など）が一般的である。この理解が注（10）の判例につながる。しかしこうした限界設定の論理では、御用組合の統制権を通じて会社への忠誠を確保するという現在の典型的な事例において、ユニオン・ショップ協定の効力は揺るぎなく確立している。

(12) 〈会社主義〉との関係では、勤労権から導き出された解雇権制限の法理が、終身雇用制神話の維持に貢献し、そこからドロップ・アウトする者を異常視する思考を支える。そしてこの終身雇用制神話が、健全な労働市場の形成を妨げ、大企業に属する者を中心とする企業内福祉によって国家の福祉政策の代わりとみなすような意識を形造ってきた。ただ、勤労権の客観法的効果としての解雇権制限には現実の法的正当性があるため、この点は指摘するに留めたい。

二 〈国民の教育権〉論における教育の受け手の権利と自由

1 教育の機会均等を実現する責務

労働基本権の権利性が早い時期から当然視されたのに対し、教育を受ける権利に関しては、プログラム規定としての性格がまず定着する。我妻は、一九四八年に憲法二六条が「空文に等しい」とまで確認した（我妻[1948]三三六頁）。このプログラムは、教育の機会均等を目標とする。

「本条は教育を受ける『権利』といているが、ここにいう権利とは、国家が教育の機会均等につき配慮すべきことを国民の側から権利として把握したものであって、国家は立法及び政策を決定するにあたってこうした点を十分配慮しなければならぬということ、更に一步進んでその趣旨を実現するために適当な手段を講ずる責任があるということを中心とする」(法学協会[1953]五〇頁以下)。

国民各層に幅広く教育機会を開く教育を受ける権利は、国家の積極的な配慮によって実現されるものと受け取られる。後に問題となる教育内容に関しても、当初は、勅令主義を廃して法律主義を採ったという形の説明で十分とされた(同五〇三頁)。戦時中の軍国主義教育に対する反省にもかかわらず、学校教育を支配する権力からの自由という要素は意識されない。

ここには、ある種の楽天的な教育観が潜む。それを端的に表すのが、同じくプログラム規定性を強調する——憲法制定過程で憲法二六条によって国家が「政治的義務」しか負わないと答弁した(清水伸[1962]五九四頁) 文部大臣その人——田中耕太郎の理論である。

「教育の目的は人格の完成であり、その内容として個人は道徳や知識技能に関し必要な教授をうけるのである。ところがこの個人的な教育目的の実現が国家の要請にもかなうものであるから、教育に関して、従って学校教育に関しては国家と個人との間の利害の一致こそ存在するが、その衝突ということはない」(田中[1961]六四八頁)。

この対立隠蔽的な文も、子を教育する両親の根源的な権利と義務を基礎に置き(同一五四頁以下)、国家により課された学校教育を受けさせる義務を自然法上の義務の具体化と捉える(同二二四頁) 田中の自然法論を前提とすれば、自然な論理と受け取られていた。そこでは、両親の自然法的・本源的な教育権が中心に置かれるが、他方で他の教

育主体と並んで国家にも——義務教育に関する憲法二六条二項の反面として——教育権があり、補充的に親による教育の委託を受ける（同一四五頁以下）。

「官僚的命令系統の外」に教師の活動を位置づける田中の〈教育の独立〉論（同八六五頁）にもかかわらず、学校教育における国家の役割に対するこうした樂觀論は、一九五〇年代に文部省側が学校教育への管理統制を強めていく中で、統制のイデオロギーたる〈国家の教育権〉論の先駆と理解されていく（例、平原春好〔1968〕一四〇頁）¹⁴。だが、文部官僚を担い手とする〈国家の教育権〉論は、教師の授業における活動をも職務命令の対象と捉える形に純化していく（高石〔1960〕五七頁、木田〔1983〕二八八頁）。そして、教育という人間的相互作用を単なる上意下達関係へと解体するこの〈国家の教育権〉論に対抗することを使命に、〈国民の教育権〉論という——憲法学において学校教育をめぐる国民の権利を読み解く鍵とされた——大掛かりな理論装置が生み出される。

2 〈国民の教育権〉論

〈国民の教育権〉論の代表的な論者である堀尾輝久は、「註解」における教育を受ける権利の理解に対し、権利としての教育を憲法が保障した意味を十分に捉えていないと批判する。それによれば、国家が教育に配慮するという論理は、容易に就学強制を国家の権利とする思想にすり替えられるため、〈教育権の所在〉の差異に関する認識がなければ、〈人権としての教育〉という思想の下で義務教育の意味づけが変化した点が理解できないとされる（堀尾〔1971〕一五六頁、二八九頁）。このように〈国民の教育権〉論は、憲法二六条のプログラム規定的な意味を乗り越え、教育の目指すべき方向を設定することを通じ、教育を受ける権利の権利性を——抽象的なレヴェルで——基礎

づけようとしていた。

この〈国民の教育権〉論は、次のような論理を踏む。

①国民の〈学習権〉——「将来においてその人間性を十分に開花させるべく自ら学習し、物事を知り、これによって自らを成長させることが子どもの生来的権利」（第二次家永教科書訴訟一審判決〔杉本判决〕、東京地判一九七〇年七月一七日行集二卷七号別冊一号）とする考え方が出発点に置かれる。これは、早い時期には「本人の現在と将来にとって利益となる」教育を受ける権利と定式化されたが（星野〔1961〕二五頁）、次第に、「発達の段階にふさわしい発達と学習の権利」という形で具体化される（堀尾〔1975〕三三五頁）。

②親の教育権・教育義務——子どもの学習権は、他者による積極的保障に依存する。第一次的な親の教育権が想定されるが、この点に対する〈国民の教育権〉論の対応はアンビヴァレンツを示す。宗像誠也が当初道徳教育や〈君が代〉の強制に対抗する「親の教育への発言権」を指摘したし（宗像〔1961〕四六頁、〔1968〕二〇頁以下）、後には兼子仁も、親の教育要求権、学校教育選択権を強調する（兼子〔1976〕三三頁以下、〔1978〕三〇〇頁以下）。ただ、〈親の教育権〉の強調は、〈国民の教育権〉論の中では傍流に位置づき、むしろ教育の私事性を克服する方向が前面に立つ。「子どもによる親への教育権の授権」が語られ（兼子〔1971〕五一頁）、子どもに対する親の義務が中心に置かれる（堀尾〔1971〕一七二頁、平原〔1969〕二六二頁、小林〔1976〕三三〇頁、兼子〔1978〕二〇七頁）。子どもの〈教育を受ける権利〉の観点から親の軍国主義教育は禁止されるとする、思想統制に道を開く立論までもが展開されていた（星野〔1961〕三二頁）。

③親義務の共同化としての公教育——子どもの学習権を実現する親の義務は、教師に委託され、公教育を通じて

実現される。ここでは、「私事の組織化」(堀尾[1971]100頁)が行われる。同時に公教育は、教育義務を持ち続ける親たちによって監視され続け、その限りで親たち、ひいては国民に支えられることになる(同100頁)。その場合に、組織化された私事は、「国民全体の公共事」に変容する(小林[1976]327頁)。

④〈教師の教育権〉——親義務が委託される先は、国家ではなく、子どもへの発達についての専門知識を持つ(堀尾[1971]326頁)、「真理の代理者」(宗像[1961]94頁)としての教師である。ここから、「真理を決定するのは行政ではない……権力は真理にかかわるものではない」(宗像[1961]98頁)という論理で、〈教師の教育の自由〉が導き出される⁽¹⁵⁾。国家≡教育行政は、教育内容、いわゆる内的事務に立ち入れず、もっぱら外的条件整備を義務づけられる。

⑤主権者教育——〈主権者教育を求める権利〉(永井[1970]259頁、[1978]36頁以下、[1985]66頁以下、[1991]226頁、229頁以下)も、このような〈国民の教育権〉論の論理の核心に属する。公教育の内容決定は私事ではなく、自由を認められるべき教師の専門職能が「新しく社会に形成されつつある人間的価値観、思想を子どもらに伝達する」ことを狙う(荒井[1993]253頁)ため、主権者教育という特定の教育内容の伝達も、教師への委託の内実⁽¹⁶⁾に位置づく。〈教育の自由〉の論理が〈教育内容要求権〉と対立するという論理的には一貫した批判(有倉[1970]16頁、大須賀[1971]24頁、[1984]239頁以下)にもかかわらず、当時の議論において〈教師の教育権〉は無拘束の自由ではなく、特定の教育内容を伝達する運動論的な権利であった。ただ、憲法の設定する価値観と調和的な運動主体を想定する理論が、教師の権威を利用した反立憲的・反民主的な価値の宣伝にも同様に適用される可能性を考慮しない点は、理論としての欠陥となる。

3 〈国民の教育権〉論批判

旭川学テ事件最高裁判決（一九七六年五月二二日刑集三〇巻五号六一五頁）は、この〈国民の教育権〉論と〈国家の教育権〉論の争いを、「いずれも極端かつ一方的」として退け、教育に関する権能が教師、親、私学、国家といった教育関係者にそれぞれの範囲で帰属するという構図を採った。判決は、国家にも「必要かつ相当と認められる範囲」で教育内容の決定権能を認めつつ、政治的影響が入り込む危険を意識して、その抑制的な行使を要請し、「子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制する」ことが憲法二六条・一三条から許されないとする。

〈国民の教育権〉論が〈教師の教育権〉のみを強調し、教師の権限濫用による子どもへの発達に対する妨害の問題を視野から意図的に排除したことを考えれば、⁽¹⁶⁾「極端かつ一方的」との評価には合理性があった。従ってこの時点から後、その点に反省を加えない〈国民の教育権〉論は、最高裁が教育内容の〈公正・中立〉を確保する国家の権限との関係で学習指導要領の法的拘束力を認め（伝習館高校事件 最判一九九〇年一月一八日民集四四巻一号一頁）、教科書検定制度を合憲とする（第一次家水教科書訴訟、最判一九九三年三月一六日民集四七巻五号三四八三頁）ことに、対し、批判の手がかりを失う。

教師の活動を憲法二三条に基づく自由の行使と見て権力性を否定する〈国民の教育権〉論の危険性は、一九八〇年代に入り、ようやく憲法学・教育法学の内部から批判され始める。校則や体罰の問題など、権力を笠に着た教師

の手による児童・生徒の人権侵害が目により始めた状況がその背景にある。

〈国民の教育権〉が「権利主体および権利（権限）内容を異にした混合体」でしかなく、そのような観念が「有用でも必要でもない」と指摘し、理論的見直しの必要を説いたのは、奥平康弘だった（奥平「1981」四一五頁）。彼は、〈教師の教育権〉も、教育の受け手である子どもとの関係では、実定法上の権限に過ぎないと論じていく（同四一七頁）。

これを受け、〈国民の教育権〉論のイデオロギー性を析出したのが、今橋盛勝である。彼は、教育関係をめぐる法的過程に関し、第一の法関係Ⅱ「国・自治体、教育行政機関・学校、教員・社会教育職員という教育関係諸機関内部の権能・権限と責任・義務をめぐる法関係」と、第二の法関係Ⅱ「国・自治体、教育行政機関、教育機関と子ども・生徒・学生・父母・住民・研究者・出版社等との法関係」を区別し、〈国民の教育権〉を基盤とする教育法理論が「第一の教育機関内部の法関係に対して構築されたもの」であり、第二の法関係に関しては無力であることを確認する（今橋「1983」二四頁以下）。その中で、親から教師への〈委託〉という観念が果たす虚偽表象としての役割が指摘される。

「学校教育の具体的活動との関係で、『父母の教育権』が何の法的意味ももたないとすれば、それは『教師の教育権』を導き出し、正当化するためのたんなることは、名目にすぎないということであるし、また、『教師の教育権』に吸収・解消されるとすれば、『国の教育権』か『国民・教師の教育権』かの父母にとつての違いは、結局のところ、国家と教師・学校のいずれに、名目的な教育権を全面的に白紙委任したと考えるのか、という観念上の違いでしかないことになるだろう。それらは、いずれも『父母の教育権』の名に値しない」（同「二一九頁」）。

ここに典型的に現れる〈国民の教育権〉論の危険な欺瞞性の指摘は、遅きに失した憾さえある。〈親の教育権〉を委託した先では、〈国家の教育権〉論でも〈国民の教育権〉論でも、親や子どもは無権利状態に置かれる。親の教育参加という契機が〈国民の教育権〉論にはあるが、親義務の組織化がすでに私事性を捨象している以上、これは親としての権利ではなく、国民としての監督権でしかない。教師が〈真理〉を独占的に代理するという傲慢な命題は、権力と権威を背景にした教師のあらゆる言明が常に政治性を持ち、子どもの自律的な発達に対する援助であると同時に妨害でもある点を覆い隠してきた。

4 学校の画一性と親の選択の自由

このような議論の前提には、子どもにも与えられるべき教育内容は一つであるとの観念がある。その〈正しい〉教育内容をめぐって国家と教師集団が綱引きを演じていたに過ぎない。この点を確認したのが、樋口陽一である。

「日本の多くの教育関係訴訟では、『国民の教育権』＝親や教師の教育の自由は、国家からの自由を本気で主張するというよりは、『国家の教育権』の内実を国民によって充填しようという論理構造をもつものだった。そこでは、親が自身の価値に従って本当に公教育の理念から『自由』に子女に教育を施すべきかどうか、が争点となっているのではなく、戦後公教育の理念から離れてゆく国にかわって、親や教師がそれに代位しようとする構図がえがかれている」(樋口 [1994a] 一三四頁)。

学校教育が私事性を捨象して国民に画一的な教育を施す点に関し、〈国家の教育権〉論も〈国民の教育権〉論も一致を見ていた。この構図の打破を試みたのが、中曽根総理の下で一九八四年に設置された臨時教育審議会(臨教

審)であった。

〈教育の自由化〉を打ち出した臨教審第一次答申(ぎょうせい編「臨教審と教育改革第二集」(ぎょうせい・一九八五年)一二七頁以下)は、学校教育の画一性に根本的な問題を見ていた。

「記憶力中心で、自ら考え判断する能力や想像力の伸長が妨げられ個性のない同じような型の人間をつくりすぎていること……などの問題を内包し、制度やその運用の画一性、硬直性による弊害が生じていることを認めなければならぬ」。

こうした〈画一性・硬直性〉は、明治以降の「キャッチアップ型」教育制度、「欧米先進国の進んだ科学技術、制度などの導入、普及を急速に推進するための効率性を重視」し、その結果として画一的にならざるを得なかった教育制度のあり方との関係で説明される。これを克服する処方箋として、個性重視の原則と選択機会の拡大が提案される。多様な個性を画一的な枠にはめ込むことから教育の荒廃が起こるという認識の下、個性を重視し、選択機会を拡大することに活路を見い出す発想である。

これに対し、文部省側は徹底抗戦の姿勢を採る。その使命感を支えるのが、教育の平等主義であった。

「教育の機会均等の理念は、単に学校教育を受ける機会の均等の確保だけを意味するのではなく、受けるべき教育内容についてもその均質性、同質性を保障することが大切である」(文部省初等中等教育局長見解「わが国の初等中等教育」ぎょうせい編「臨教審と教育改革第一集」(ぎょうせい・一九八五年)一七二頁)。

「均質性、同質性を保障する」教育内容が、現場では〈落ちこぼし教育〉を常態化させ、同時に学校では欲求を満たせない層を中心に進学塾こそが学習の場であるという意識を生んでいるにもかかわらず、である。そして〈国民

の教育権」論も、〈自由化〉論をもって子どもを「親の私有物視する」(堀尾[1985]二九頁以下)議論と評価し、これを葬り去るために文部省と共闘を組む⁽¹⁸⁾。

臨教審における自由化論のイデオログ香山健一は、画一性擁護論を批判して言う。

「戦後は日教組は『自由とは差別なり、落ちこぼれなり、資本主義のイデオロギーなり』として反対して、左翼全体主義の画一主義を煽り、文部省は文部省で『自由とは日教組の支配なり、無秩序、混乱、アナキーなり』として国家統制、規格、画一、配給型教育の維持に汲々とし、結局、文部省と日教組は反対方向からそれぞれに自由を拒否し、画一主義の助長に努力してきた」(香山[1985]①一八一頁)。

自由に対する「挾撃」を強調するこの議論には、憲法学の上からも無視できない指摘がある。〈教育の機会均等〉から出発し、教育の私事性を切り捨てて学校教育を〈国民全体の公共事〉と位置づけながら、素人の関与を排して〈真理の代理者〉たる教師集団の全権を基礎づけた〈国民の教育権〉論は、戦後教育において画一主義を支えるイデオロギーとしての機能を担っていた。〈国家の教育権〉論との違いは、すべてを画一化するための全権を誰が握るかに関する争いに過ぎない。

確かに、臨教審の〈自由化〉論は、偏差値一元主義を維持したままで、学校の運営を経済合理性だけに基づく自由競争に委ねる方向性を持ち、真の意味での選択機会の拡大につながる見通しを伴わなかった。その点が、この〈自由化〉論が一過性の議論に終わった原因の一つになる。それでも、画一主義の病弊を指摘し、親の選択という方向性を模索した点で、憲法学がこの議論から学ぶべき点は皆無とは言えなからう。

5 小括

ここまで検討してきた正統的な〈国民の教育権〉論では、教育内容は教育の受け手が自ら主体的に作り上げ、要求し、選択するものとは考えられていない。あくまで科学的で客観的な〈真理〉——と教師が一方的に決めたもの——を文部省による歪曲から守って次の世代に正確に伝達することだけが課題であった。そこには、子どもや親を独立の判断能力をもった主体とは捉えず、あくまで上から一定の教育内容を保障してやる客体の位置に貶めるパターンリズムがある。教育を受ける権利を生存権の文化的側面と捉えれば（法学協会〔1953〕四九五頁、小林〔1980〕五六九頁、大須賀〔1981〕一六九頁）、労働基本権に即して提示したモデルとの近似性が一層明らかになる。基本的な方向性は、社会的進歩の恩恵を上から供与される権利という点に向かう。

だが、無権利状態を強制される子どもと親の側から見れば、教師や学校は明らかに権力的な権利侵害主体である。これに対抗するには、まず第一に、教師まで含む意味での公権力が現実に教育内容決定権その他の学校運営上の権限を持つことを認識し、就学義務に基づく学校教育の権力性を認めたと上で、子どもと親の思想・良心の自由という観点からイデオロギー的教化を防ぎ、教育の中立性を確保する道を探る必要がある⁽¹⁹⁾（詳しくは、西原〔1995a〕第二部）。また、学校教育が、必ずしも教育を受ける権利に対する援助とはかりは評価できず、意欲と特性にに応じた学習の機会が保障されないなら、この基本的人権に対する妨害要因にさえなり得る点を踏まえる必要がある（参照、西原〔1996a〕二一五頁）。就学義務も、憲法に規定された〈教育を受けさせる義務〉の必然的帰結ではない（中村〔1976〕一九〇頁以下）。教育を受ける権利は、〈意欲と特性に応じた学習機会の整備〉を指向し、それに反した壁のない牢獄を排除する限りで、自由を基調に置いた権利である⁽²⁰⁾（参照、「公教育からの自由」留意説Ⅱ内野〔1994〕一四七

（頁以下、水島〔1995〕一七三頁）。教育内容の画一性よりも生徒個人の信仰に基づく義務を優先させた神戸高専事件最
高裁判決（一九九六年三月八日判時一五六四号三頁）の意義は、この点でも評価できる。

それでも教育を受ける権利は、純粹に自由の論理では説明できず、経済的障壁を除去して教育の機会均等を実現
するための給付請求権を内実として含む。その際には、子どもと親の教育要求に対する支援が鍵になる。この点
で、中村が〈社会権〉一般に関して指摘した、利害関係人の自主管理的な集团的権利としての意義を想起する必要
がある（中村〔1993〕二九五頁）。彼自身は、それをもとに「教師を中心とした利害関係者（父母、学生団体、労資の
団体など）の集团的権利・自由」という形で教育権を位置づけ、〈国民の教育権〉論に迎合する（中村〔1993〕一〇三
頁）。しかし、中心になるのは教師でなく、子どもと親でしかあり得ない。それを踏まえれば、親の委託を——法的
擬制を越えて——いかに実質化するかに課題があることが明らかになる。⁽²¹⁾利害関係人による自己組織化と、それに
対する補足的な、たとえば教育ヴァウチャーなどの要素を取り込んだ、国家の給付という構図が必要になろう（参
照、長谷部〔1993〕七八頁）。

〈国民の教育権〉論に関しては、すでに「歴史的使命を終えている」（水島〔1995〕一七二頁）との評価が定着しつ
つある。ただ、〈教育権〉論争を支配した土俵としてのパターンリズムを克服し、独立の判断能力を持った自律的
個人として子ども・親の側から、自らの選択と要求を通じて子どもの〈意欲と特性に応じた学習機会の整備〉を
追求する権利を理論的に構築する作業は、まだ緒についたばかりとも言える。

(13) もっとも、裁判官とのアナロジーで理論化されるこの教師の独立性は、政治的中立性を義務づけられることを代償とし、教
員組合の活動を中立を脅かす〈不当な支配〉と評価する文脈に位置づけられていた。だが、裁判官と教師が共有する専門職と

しての職務権限の独立性は、まさに「官僚的命令系統の外」に位置づく点に本旨を有し、必ずしも個々の教員に政治活動を否定する根拠にはならない。なお、兼子仁もこの時期には、子どもの「中立な教育を受ける権利」の一環として教師集団が「教育権限の独立」を認められるとする構図を採っていた。兼子〔961〕五一頁。

(14) 制度に反映した代表的なものに限定しても、文部大臣の教科書検定権限を作り上げた一九五三年の学校教育法一部改正、教師の政治活動を禁止し、学校教育の政治的中立性を確保する一九五四年の教育二法、公選制教育委員会を廃止して任命制を導入する一九五五年の地教法、そして一九五八年の《道德》の時間特設と学習指導要領の官報告示化、等々を意識しなければならぬ。

(15) この点に関連して、《教育の自由》という観念が成立し、法的根拠をめぐって憲法三三条説（有倉〔970〕五頁、兼子〔971〕一〇四頁）、憲法二六条説（永井〔974〕九八頁、〔985〕六一頁）、憲法的自由説（高柳〔969〕五六頁以下）の議論が展開されたが、この観念も、結局は教育に関する教師の権力独占を基礎づける道具になっていく。

(16) 《国民の教育権》論は、授業内容に対する他者の介入を招くことを恐れて、授業中における教師によるイデオロギー的教化（インドクトリネイション）の危険を意識的に等閑視した。にもかかわらず、これが人権侵害であることは、違法な体罰の場合と変わらない。この問題連関につき、西原〔965a〕二二二頁以下参照。

(17) 引用文中で中略の部分には、現状における問題点の並列的な指摘の中で、「日本人としての在り方の自覚に欠けていること」などの要素がおかれている。この部分は、《自由化》と並ぶ臨教審のもう一つのキャッチフレーズであった《国際化》との関係で、海外（主に資本進出先としてのアジア）における新たな《皇民化教育》の担い手を育てるべく《君が代》・《日の丸》教育を徹底し、それを伝統的な《徳育の重視》による国内の道德的再統合と結びつけようとする、反動的な中曾根臨教審としてのもう一つの顔を反映したものであった。自由化の論理と、この道德強制による再統合の論理は、明らかに矛盾する。後者はむしろ、保守層へのリップサービスとしての意味で受け取るべきだったろう。以下では、臨教審のこうした側面は一切無視する。

(18) 堀尾は、一方で「子どもの存在というものが、自由化論では親の私有物視されかねない」と主張して、選択機会の拡大という方向性そのものを否定し、あくまでも「公共的なもの」としての教育にこだわりながら、他方では、教師の研究と教育の自由が初めて「本当の意味での自由化」なのだと言い続ける（堀尾〔985〕二九頁以下）。個別的な教師の教育の自由を認

めれば、公教育内部において授業内容がばらばらになり、子どもと親の主体的選択を導入しない限りは教育の内容的な違いを正当化できないにもかかわらず、堀尾の論理では、「本当の意味での自由化」に一人ひとりの子どもが受けるべき教育の内容を決めるのは誰か? という論点は含まれていない。この矛盾を解く鍵は、やはり、特定の教育内容を伝達するための自由という、自由の主体になれる教師に関する内容指向的な基準による差別を含んだ〈国民の教育権〉論の運動論的性格に見い出されよう。

(19) その際、専門的な知識に依存するために子どもの教育を受ける権利を保障する目的で国家の補充的介入が正当化される余地が広い知識教育、教科教育の領域と、憲法に手がかりを求める以外には国民個人の行為に関する〈正しさ〉の基準を持ち得ない国家には介入権限が認められる可能性のない道徳教育、人格教育の領域の、質的な差にも注意が必要になる。参照、西原〔1965a〕一九〇頁以下。

(20) ただ、教育の多元性を認めればすべてが解決するという問題でもない。ドイツでも、私立学校・公立学校両者を含み込みながら、学校制度の多様性を保障し、多元的な勢力が策定する教育プログラムが花開く条件を保障することを国家に義務づける見解があるが、個別の閉じたグループごとに価値実現を保障することで満足する多元主義は、国民国家の成員となる〈個人〉を養成するという近代公教育の枠組全体を最終的に断念する。そのため、独立の判断能力をもつ成熟した市民に教育するという一般的教育目標から派生する、教育の受け手個人の自由の要素は、教育を担う多元的勢力に対抗してでも、国家によって貫徹される必要がある、多元性の保障がイデオロギー的教化の口実にされてはならなからう。これらの点につき、西原〔1965b〕七二頁。その意味で、長谷部が教育をめぐる〈共和主義〉に對置させる〈多元的自由主義〉のモデル（長谷部〔1963〕七七頁）は、問題の所在を正しく把握するとはいえず、若干の分節化を必要とする。

(21) この点、〈国民の教育権〉論を基盤にしながら教育の〈公共性〉を改めて強調する流れの中では、「文化的自治のルート」による「教育価値の選択」を構成しようという努力がなされている（成嶋〔1991〕二二〇頁）。ただそうした立論を採る場合にも、教育価値の問題が単なるコミュニティ内部の多数決で決まるものではないことを意識する必要がある、私事性に留保された領域の画定が先行するべきであろう。

四 〈生存権理念〉の理念と現実

1 労働基本権・教育を受ける権利と生存権理念

会社と学校——今の日本人に自律的な生き方を断念させる同調圧力の、二つの代表的な媒介項。憲法学は——一方で自律的個人待望論を唱えながらも——この二つの場面で、個人がパターナリスティックな上からの介入の客体となり、独立の判断能力を前提とした自律性を否定される構図を作り上げている。だとすれば、我々の責任は小さくない。

労働基本権にあつては〈労働者の生活向上の手段〉が国家によつて保障され、教育を受ける権利にあつては〈子どもの発達にふさわしい平等で画一的な教育〉が国家または教師集団によつて提供される。〈社会権〉を給付の受け手の権利として捉えながら、権利の具体化を法律に委ね、受け手一人ひとりの自律的な判断能力を暗黙理に否定することを通じて給付内容の決定を給付提供者の側に委ねる〈抽象的権利説〉的思考がそこにある。この理念的構図で必要とされるのは、均質な集団的存在と把握される国民・労働者・子どもに対する積極的な保護であつた。⁽²²⁾その際、均質性が主要な要素とされれば、個別的な自由・自律・自己決定の要素は必然的に排斥される。給付請求権を構成する場合、受け手の要求するものが決定的な指針を提供する枠組みを意識的に確立しない限り、必要な保護の内容が上から一方的に認定され、保護の受け手の自由と自律性は切り詰められる。

この給付請求権の位置づけをめぐる憲法学上の議論の主戦場が、〈社会権〉の総則として生存権を保障する憲法

二五条である。ただ、この条文は、二重の役割を担わされてきた。一つは、〈生存権理念〉を設定することによって、社会国家任務全体に対して包括的な方向性と正当化を与える機能であり、もう一つは、〈健康で文化的な最低限度の生活〉の確保を求める具体的な権利を保障する法的な役割である。前節までで確認された〈抽象的権利説〉の思考は、その出生地である生存権の領域で、この二つの働きをどう交錯させてきたのだろうか。

2 〈福祉国家〉の自由抑圧構造

ここでもう一度、我妻の理論に戻ってみよう。彼が〈生存権的基本権〉を組み込んだ二〇世紀型の憲法の背景に、「協同体主義」の思想を見、その視点から自由を〈公共の福祉〉に適合する範囲に限定して捉えていたことはよく知られている。

「国民を現実の社会に生活する人間と見て、そのすべての者のために実質的な自由と平等と幸福の追求の理想を実現することのできるように国家が積極的な関与をする」という思想は、国家を一の「協同体」(Gemeinschaft)と見るものだと私は考える」(我妻[1948]一七二頁)。

ここでは、自由権も恣意の自由とは理解されず、「全体のために、文化的価値の発揚のために、『自己の能力を活用する責任』を課せられた自由」として現れる。目標はあくまで、相互依存した国家と個人の「文化的発展」にある(同一七三頁)。後の論文で明らかにされるように、〈生存権的基本権〉の保障も、この「文化的発展」の道具であった。

「『生存権的基本権』を保障するのは、ことごとく現実の社会において協同体の一員たる実を具える力なき者を保護し

助成することを目的とする。然しかくの如き国家の配慮があつても、配慮される各員みずから協同体の一員たる責務を自覚し、これを完遂することに努めるのでなければ、協同体の理想は決して実現しうるものではあるまい」(我妻 [1954] 七四頁)。

恣意の自由ではなく、〈文化的発展〉という目的のために保障される権利は、目的となる〈文化的なもの〉の中に人間の自由という要素が含まれていても、個人の自律的な自由を掘り崩す危険を伴⁽²³⁾。協同体に奉仕する自由、その自由を行使するための生存権保障への限定。我妻が国家介入の目標とする「実質的な自由と平等と幸福の追求の理想」も、〈協同体理念〉の下、特定の社会的観点で有用なものに限定された自由を内実とする。

この我妻の構図が示唆するのは、介入主義国家が有する自由に対する潜在的な抑圧構造である。それでも、我妻のように、人間の自由をも含み込める〈文化的発展〉を究極的な〈協同体的〉観点とすれば、介入の準拠点に自由の要素を組み込む理論構築は可能になる。しかし、〈協同体主義〉の構図は、意図的に自由の要素を排除した介入主義にもつながり得る。その代表例が、一九六〇年代改憲論の集大成、一九六四年七月に提出された『憲法調査会報告書』(法律時報三六卷九号臨時増刊)における〈福祉国家論〉であつた。

「現代の民主主義憲法においては、人間の尊厳の確立とともに、国家協同体の一員としての国民各自の責任が要求される。すなわち国家と個人とは対立抗争の関係にあるのではなく、渾然一体の関係において民主主義の実質的価値である国民の福祉を確保増進すべきである。また福祉国家においては国民相互の協力と国家の施策によつてはじめて全うせられるから、国民の社会連帯的な義務とともに、福祉国家実現のための国家の責任の原則が憲法に明らかにされなければならない」(広瀬久忠委員)。

こうした論理から、日本国憲法における人権保障が「個人の権利を尊重するに急なあまり、義務および国家を軽視している」ものとされ、「国民全体の福祉を目的とする福祉国家」の観点から「現行憲法第三章の改正を要する」という主張が導き出される（第四編第三章第四節（二））。

この〈福祉国家論〉の原型を、明治期に「国家全能の主義」を唱えた穂積八束の思想に見たのは、樋口の慧眼であった（樋口〔1984〕六一頁、〔1994b〕一三三頁）。穂積は言う。

「幼稚なる社会は自己真正の需要を悟らざるが故にみだらに『国家よ我に自由を与へよ』と呼べり。ここをもって立憲派の政理論は政権を分配してその希望に副はんと欲すといえども社会真正の需要は衣食に在るをもつて民衆は早晩『君主よ国会よ我に一碗の飯を与へよ』と云うの声を發するなるべし。これ主権の社会と關係せむことを促すものにして国家全能の力をもつてこれに当たるにあらざれば恐らくは社会の平和を維持すること難しからん」（穂積〔1890〕二一〇頁。原文カタカナ。副詞は一部ひらがなに改めた）。

このように、国民の福利の増進という国家目的が、国家・君主に対する立憲的統制を排する理由として利用される。こうした形で、〈天皇の赤子〉である〈臣民〉に対する天皇の〈大御心〉による配慮、という大日本帝国憲法下の〈天皇による福祉〉イデオロギーが形成された。だとしたら、我妻の〈国家協同体〉思想が、こうした天皇制イデオロギーをへ生存権的基本権〉という理念と差し替えただけで、国民を配慮の対象という客体的地位に置いたままの〈国民福利増進〉体制を温存したのではないかという疑惑が生じる。その場合、我妻から〈社会権〉観念を受け継ぐ今の憲法学が、その構図を克服できているのかどうかは、深刻な問題となる。

改憲イデオロギーとしての〈福祉国家論〉は、日本社会が高度経済成長の時代に突入し、憲法論争それ自体が退

潮する中で、発表後すぐに色あせていく。だが、この経済成長の魔力の元となった一九六〇年の『国民所得倍増計画』（二月一日経済審議会答申、二月二七日閣議決定、経済企画庁編『国民所得倍増計画』（大蔵省印刷局、一九六一年））の中にも、「国民生活水準の顕著な向上」を達成しようとする方向で、国家の力による国民福利増進というイデオロギーは重要な働きをなしていた。

3 〈福祉国家論〉批判

『憲法調査会報告書』の〈福祉国家論〉は、改憲論の側が自由主義を越えた新しい理念としての〈福祉〉を標榜したことで、憲法学に一定の危機感を醸成する。それに対する解答が、一九六〇年代後半に盛り上がる〈福祉国家論批判〉である。

ただ、マルクス主義法学のグループが〈福祉国家論批判〉を担ったことで、自由主義擁護という方向性は表に出にくくなる。もちろん、社会的法治国家のメカニズムの中に、国家が「巨大な『怪物』」として社会全体を隷属のもとにおいている「状況を見出し、現状を怪物ビヒモスの「懐胎期」と捉える影山日出弥の分析（影山[1967]二〇五頁以下）のように、自由への脅威は認識されていた。だが〈福祉国家論批判〉の主流は、社会国家的修正を施されても自由主義・資本主義であれば克服の対象と位置づける。

これを代表するのが、渡辺洋三の福祉国家分析であろう。

「国家権力が民主化されれば福祉国家が展開するのではなく、逆に、国家権力が民主化されれば、帝国主義的権力は消滅するのであり、その消滅と同時に、これと不可分にむすびつく福祉国家もなくなる」（渡辺[1964]一一二頁）。

そこでは福祉国家は、行政権の拡大強化や国民の権利制限政策と不可分一体の関係にあり、国家権力の反民主主義化を歴史的条件とするものと捉えられる(同一二頁以下)。〈福祉国家〉理念を肯定的に捉えつつ現実態としての〈福祉国家〉の反自由主義的・反民主主義的要素だけを問題視する構図が拒否され、真の解放は共産主義革命に求められる。

その前提を共有しながら、憲法解釈論的な視点を同居させ、憲法二五条の生存権の理念を「普遍的に実現されようべき規範」(鈴木[96]三〇頁)と位置づける分析の中では、〈福祉国家〉の欺瞞性に対する批判は、低福祉状態という現状に結びつく。〈福祉国家〉を基本的には「国家独占資本主義」の産物と位置づけつつ、現状が資本の論理にさえ満たない水準に留まり、「資本の効率と採算を国民の生活と安全より重視する従来の福祉国家論の欺瞞的性質が、かえって資本効率の悪化となつてはね返り、経済成長自体の制約となつた」状況では「福祉国家の欺瞞性は決してマルクス主義者においてのみ問題になつてゐるのではない」と確認する文脈では(針生[96]四九頁)、〈福祉国家〉の本質と現状の双方が批判の対象となる。その場合、憲法解釈上の短期的な目標をも追求する都合上、現状の改善という量的な変化がどの点で本質の変化という質的な改革に転化するかは意識的に曖昧にされる。その結果、六〇年代後半の〈福祉国家論批判〉は、あまりに遠い「革命」待望論として現実的なインパクトを失うか、あるいは経済成長の魔力に捕らえられ、短期的な若干の福祉水準の改善をもつて政治的なインパクトを失うかのどちらかしか選べないという袋小路に陥る。

4 〈抽象的権利説〉と〈保護を受ける権利〉

そして実際に、経済成長が進展する中で、福祉水準は若干の改善を見る⁽²⁴⁾。確かに松井茂記も指摘するように、この時期における福祉の向上は、「パイの大きさを拡大することにより個々の分け前の拡大を図るという方策」であつて、それ自体として「パイの分け前の平等化を図る」ものではなかった(松井[1993]七一頁)。それでも、平等化、権利としての福祉の確立を追求する中では、生存権の実現に向けた裁判闘争と、それを支援する理論的基盤を提供しようとした憲法学の営為は、一定の役割を果たしてきた。

憲法二五条の解釈を深める上で決定的な刺激を与えたのが、生活保護の給付額が健康で文化的な最低限度の生活に不十分であるとの訴えに対し、生活保護法を憲法二五条の具体化と捉え、その生活保護法に基づいて厚生大臣が設定した保護基準が憲法二五条の「健康で文化的な最低限度の生活」基準を維持できる程度の保障に欠けるならば、その保護基準は違法・違憲であると判示した朝日訴訟の一番判決(東京地判一九六〇年一月一九日行集一一巻一〇号二九二頁)だった。この画期的と評される判決を期に、従来のプログラム規定説を克服する試みが憲法学内部で積み重ねられていく。

〈抽象的権利説〉も、この文脈で生み出された。実際にはこの説も、論者により微妙に食い違う。ここでは、①生存権は法的権利である。②憲法二五条は生存権を、抽象的権利として保障しているに過ぎない。③生存権を具体化する法律がない場合には、具体的な給付を裁判上請求することはできない。④法律が不十分な場合も、違憲性を主張して裁判を提起することはできない。⑤国家は法律を制定した範囲内において拘束を受け、国民はその法律に基づいて権利の実現を要求できる、という一連の規範的内容を包括する見解として〈抽象的権利説〉を理解しておく(典型に、佐藤功[1959]六二頁、池田[1961]三五頁以下、[1964]一七四頁、[1965]三八頁以下、横川博[1963]一三〇

頁。

このような「抽象的権利説」は、その代表的論者である池田政章が、二五条から二八条までの条文に限定されない一般性を持つ「包括的社会権」の可能性を示唆するように（池田〔1971〕二〇頁）、拡大傾向を持つ。法律によって具体化される範囲だけ、権利性を有する生存権を広めていく理解が可能だからである。こうした傾向の一つの例は、堀木訴訟控訴審判決（大阪高判一九七五年一月一〇日行集二六卷一〇・一一号二二六八頁）に対する批判の中に見られる。この判決は、障害福祉年金と児童扶養手当との併給禁止規定を正当化する文脈で、二五条の一項と二項を分離して、後者を国が事前に積極的防貧施策をなすべき努力義務、前者をその防貧施策にもかかわらず落ちこぼれた者に対して事後的・補足的・個別的な救貧施策をなすべき責務を宣言したものと位置づけ、「最低限度」を越えた部分をすべて立法府の広範な裁量に委ねていた。それに対してたとえば浦部法穂は、「生存権は、『最低限度』までの権利ではなく、より健康でより文化的な生活水準の向上を不断に追求する権利である」とのテーゼに基づき、「どんな場合にも、すべての国民が最低限度の生活を下回ることのないようにすること」、つまり防貧施策こそが「権利性を持つ生存権の中心的内容になると考える」（浦部〔1988〕二九二頁、二九六頁）。

ここで出てくるような生活事故防止を国家の義務と考える論理は、二つの意味で大きな危険をはらむ。第一に、ここで国家に義務づけられる防貧義務を完全に達成しようと思つたら、国家は一人ひとりの国民の生活を管理し、パターンリスティックに干渉することを通じて生活事故の防止を徹底する以外に道がなく、そこまで国家に義務づけることは個人の自由を根本的に脅かす。そして第二に、権利性を認められた生存権は、再び単なる目標観念に転落し、相対化される（内野〔1991〕三七四頁）。実際、堀木訴訟の最高裁判決（一九八二年七月七日民集三六卷七号一二

三五頁）は、一項二項分離論を採用せず、〈健康で文化的な最低限度の生活〉概念が明確な内容を欠き、経済的・社会的条件の他に国の財政事情等まで考慮しなければ決定できないとする〈相対的確定説〉に立ち戻り、生存権の実現をすべて立法裁量の下に置いた。一定の具体的な請求内容を構成できる〈最低限度〉に限定せず、茫漠とした期待を含めて生存権概念を用いる浦部のような論法は、結局は生存権の権利性を掘り崩す。

にもかかわらず、このような形で生活水準の向上まで含めた様々な内容を生存権に含める考え方は、少なくとも右肩上がりの経済成長が前提にできた時期まで、ある程度の広がりを見せていく。そもそも労働基本権の解釈に際して〈生活向上〉と結びつく〈生存権理念〉は、すでに最低限度とは何の関係もなかった（参照、中山〔1971〕一五頁）。こうした状況の結果、生存権に様々な主観的希望を盛り込み、国家によって自らの利益を実現してもらうとする構想が提起される。最も極端な例として、国家の力によってレジジャーを保障してもらおうとする「余暇権」なる観念まで提唱された（越路〔1974〕）。そうした主張がなされる際には、国家がその要求を満たすべく個人の生活世界に介入する場合、個人は単なるお仕着せの〈保護〉の提供を受ける客体の地位に転落し、保護の論理が個人の自由を押しつぶす点には、反省が加えられていなかった。

5 具体的権利性と憲法委託

このような拡大傾向で理解された〈抽象的権利説〉は、実質上はプログラム規定説と変わる所がない。しかし、憲法二五条一項の〈健康で文化的な最低限度の生活〉に関して、それが「固定的なものではなく通常は絶えず進展向上しつつある」と見ながら、「特定の国における特定の時点においては一応客観的に決定すべきものであり、ま

たしうるものである」という絶対的確定説の立場を採った朝日訴訟一審判決は、〈抽象的権利説〉の枠組みで捉えられるものではなかった。

早い時期からその点を指摘していたのが、〈具体的権利説〉である。その代表的な論者、大須賀明は、憲法二五条が立法権に対して直接に妥当する法であることを論証した。

「憲法二五条は、その権利主体、権利内容、規範の名宛人において合理的かつ客観的に確定可能で明確な規範内容をもっている。この諸要素は行政権がこの規範を直接に執行できるほどに十分なものではないにしても、立法権と司法権がこの規範の命令内容を実現するための要件つまり立法義務の要件としては十分である」（大須賀[1984]一〇一頁。同旨、大須賀[1968]一八〇頁）。

こうした推論の結果、生存権は〈健康で文化的な最低限度の生活〉を実現するための立法を要求する具体的な権利として構成され、立法の義務不履行によって生ずる侵害に対しては、不作為の違憲性確認を裁判所に求められるとされる（大須賀[1968]一七一頁以下、[1969]七九頁、[1972]一一五頁以下、[1984]九三頁以下、高田[1964]一五三頁以下、藤井[1979]二四〇頁以下、内野[1991]二二三頁以下、棟居[1995]一六七頁）。こうした結論は、国家賠償請求訴訟などの訴訟類型をも考慮に入れて幅広く承認されている（参照、中村[1981]三五八頁、[1983]七九頁、[1984]五八三頁）。⁽²⁵⁾ したがって生存権を具体的な権利と考えるには、権利内容を特定する必要があった。そこから生存権の規範内容は、〈健康で文化的な最低限度の保障に限定される。その点を深めるのが、やはり憲法二五条の一項と二項を分離する萩井の見解である。彼は、一項を〈健康で文化的な最低限度の生活〉水準を保障する「緊急的生存権」の具体的な保障、二項を国家の努力義務としての「生活権」を、それぞれ規定するものと理解する。ここでの狙いは、

「人間としてのぎりぎりの値切れない『最低限度』の生活確保」に関わる部分の権利性を、〈最低限度〉を上回る条件の維持・向上に関わる要請と同視されることによる法的な相対化から守ることにある（梶井〔1972〕九四頁）。健康で文化的な最低限度がすべて金で賄える生活保護の問題に解消するか否かに問題は残るが、⁽²⁶⁾権利性を確保するには、対象の限定は必要なステップと思われる。

その場合に、最低限度を上回る部分は、オリジナルな権利の問題ではない。〈社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上および増進〉については、立法者が客観的に義務づけられる立法委託の問題となり、憲法上の権利が生じるとしても、制度を創設する法律によって具体化された権利——〈派生的〉生存権——が、憲法二五条二項の裏面として憲法上の質を獲得する限りでしかない。ただ、この派生的生存権も、平等権による厳格な統制に服することには注意が必要である。

このような理解のしかたは、最近では定着しつつある。〈健康で文化的な最低限度〉を越えた次元では、「権利の形成・発展に資する全体としての社会保障法システムは、二五条二項がそうであるように直接には権利設定の契機をふくまないところの、そしてより広い任務分担にあずかる客観的な制度と連繋し、この領域におけるよきガヴァナンスを目指している」という奥平の位置づけに、典型的な表現を見い出せる（奥平〔1993〕二五〇頁）。「政治的プロセスによって十分実現可能なもの」（松井〔1993〕七三頁）との位置づけ。長谷部の用語法を使えば、これは「切り札」としての人権の問題ではなく、公共財の提供に関わる次元である（長谷部〔1994〕）。しかし、〈健康で文化的な最低限度〉に関してはそうではない。この部分については、「社会的弱者による社会的強者への掣肘」（大須賀〔1996〕一〇一頁）として、具体的権利の内容と射程を見据えていくことこそが、今の段階で必要となつてこよう

（参照、棟居〔1995〕一六七頁）。

6 小括

生存権の射程をどう捉えるかについては、立場の違いがあり得る。社会国家的活動の包括的授權としての性格を表に出し、その中に主観的に保護が必要と考えられる内容を盛り込み、生存権の規範内容を拡大する方向性も、理論的には成立する。このような拡大傾向の下で捉えれば、生存権は〈経済成長の恩恵に与かる権利〉という内実を獲得する。だが、そんな内容の基本的人權を、個人の自由と衝突しない形で理論化することは、恐らく不可能な課題となろう。

生活事故を防止して、様々な意味で〈安全〉を確保するという意味で〈抽象的権利説〉的生存権理解から積極的に捉えられる国家の活動は、部分的には標準的範型を想定した管理を行政機構に求めることを通じて必然的に、部分的には日本における官僚制のあり方に規定されて、パターンリスティックな現れ方をする。これまでの日本の行政実務の中では、欧米諸国で前提にされるような、錯綜する社会関係に依存する個人にきちんと情報を提供し、自己決定が可能になるような現実的な条件整備を行っていくという方向性が希薄²⁷⁾だった。この点も、安全の問題を保護の論理で捉え、実現を国家に委ねる議論を蓄積してきたことの帰結と考えられる。

国家による保護の論理は、政府が特定グループの選挙民の支持を維持するために社会国家的介入を用いる場合や、特定産業に対する保護育成、あるいは業界保護といった場面を含む。ただ、このような要求には――〈経済成長の恩恵に与かる権利〉という意味で誤って拡大された生存権理念の中核に位置づく可能性はあるが――憲法上の

質は認められず、単なる政策上の問題に位置づく。

そこからも、最近の議論が二五條二項を権利の問題と捉えず、権利としての生存権を最低限度に限定する方向性を打ち出していることは、生存権の権利性を確立する上で必要な道筋だと思われる。そして、最低限度という線に引き戻したへ健康で文化的な最低限度の生活の準拠点に、単なる生存ではない、人間としての主体的で自律的な生き方に対する支援という要素をどれだけ含み込めるかが、現在の日本における社会国家の在り方を支えるパターナリズムを克服する鍵になるのではなからうか。⁽²⁸⁾

(22) このへ均質な集団的存在と把握される国民に対して浜田純一は、マス・メディアが戦後において自らに引き受けた「啓蒙的」な任務の対象としての側面から、「end dog」としての国民」という名称を与えた。浜田〔1966〕五二頁以下。そこで指摘された問題構造にも見られるように、第二次世界大戦後かなりの期間再生産され続けた、一元的な集団と把握された「国民」というイデオロギーが果たしてきた機能を分析する作業は、相当の射程に及ぶ。本稿も、そうした分析作業を憲法解釈論の場面で追究しているつもりである。

(23) 確かに、我妻が参照するヴァイマル憲法の下では、国家と個人の相互作用を強調する「精神科学的方法」が優勢を占めていた。私は、そうした学派の代表的な一人R・スメントの統合理論に照らして、本文で指摘した危険性の確認を試みたことがある。参照、西原〔1955b〕。

(24) 生活保護基準が朝日訴訟一審判決を受けて「大幅」に引き上げられたと言われるが、長い期間で均してみれば、特に突出していたわけでもない。次頁に、生活保護基準の年次推移（改定次の間に入る米価補正等を省略）を表してみた。

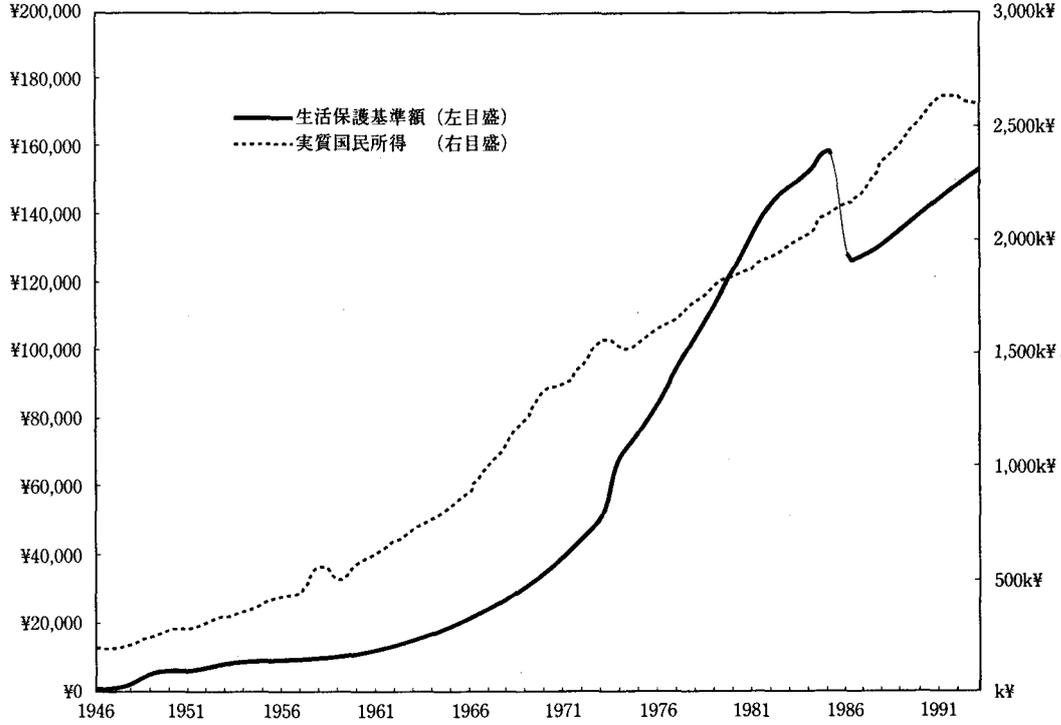
(25) 中村は、「具体的権利」といっても積極的給付の具体的な請求権を意味するわけではないとして、この用語が適切かどうかを疑い、「プログラム規定説」と「法的権利説」の二分説を提唱する（中村〔1988〕七三頁、〔1991〕六〇頁以下）。にもかかわらず本稿では、「具体的権利」という概念を、特定の生活水準が保障されないことが権利の侵害となり、違憲という法的評価を直接に導き出すだけの具体性を具備した権利という意味で用いたい。その場合に具体的権利説の特色は、立法が不十分な場合

生活保護基準額の推移（単位：円、％）

1 級地標準 5 人世帯*				1 級地標準 4 人世帯*				1 級地標準 3 人世帯*			
改定次	実施年月日	基準額	対前回比	改定次	実施年月日	基準額	対前回比	改定次	実施年月日	基準額	対前回比
第 1 回	1946. 2. 13	199	—	第18次	1962. 4. 1	12, 213	118. 7	第41次	1985. 4. 1	124, 487	102. 9
第 1 次	1946. 5. 1	252	126. 6	第19次	1963. 4. 1	14, 289	117. 0	第42次	1986. 4. 1	126, 977	102. 0
第 2 次	1946. 7. 1	303	120. 2	第20次	1964. 4. 1	16, 147	113. 0	第43次	1987. 4. 1	129, 136	101. 7
第 3 次	1946. 12. 1	456	150. 5	第21次	1965. 4. 1	18, 204	112. 7	第44次	1988. 4. 1	130, 944	101. 4
第 4 次	1947. 3. 1	630	138. 2	第22次	1966. 4. 1	20, 662	113. 5	第45次	1989. 4. 1	136, 444	104. 2
第 5 次	1947. 7. 1	912	146. 2	第23次	1967. 4. 1	23, 451	113. 5	第46次	1990. 4. 1	140, 674	103. 1
第 6 次	1947. 11. 1	1, 326	145. 4	第24次	1968. 4. 1	26, 500	113. 0	第47次	1991. 4. 1	145, 457	103. 4
第 7 次	1947. 11. 1	1, 500	113. 1	第25次	1969. 4. 1	29, 945	113. 0	第48次	1992. 4. 1	149, 966	103. 1
第 8 次	1948. 8. 1	4, 100	273. 3	第26次	1970. 4. 1	34, 137	114. 0	第49次	1993. 4. 1	153, 265	102. 2
第 9 次	1948. 11. 1	4, 535	110. 6	第27次	1971. 4. 1	38, 916	114. 0	第50次	1994. 4. 1	155, 717	101. 6
第10次	1949. 5. 1	5, 200	114. 7	第28次	1972. 4. 1	44, 364	114. 0	第51次	1995. 4. 1	157, 274	101. 0
第11次	1951. 5. 1	5, 826	112. 0	第29次	1973. 4. 1	50, 575	114. 0	* 標準 5 人世帯 = 64歳男、30歳女、9歳男、5歳女、1歳男 標準 4 人世帯 = 35歳男、30歳女、9歳男、4歳女 標準 3 人世帯 = 33歳男、29歳女、4歳子 算定方法 1946—1960 マーケットバスケット方式 1961—1964 エンゲル方式 1965—1983 格差縮小方式 1984— 水準均衡方式			
第12次	1952. 5. 1	7, 200	123. 6	第30次	1974. 4. 1	69, 690	120. 0				
第13次	1953. 7. 1	8, 000	111. 1	第31次	1975. 4. 1	74, 952	123. 5				
第14次	1957. 4. 1	8, 850	110. 6	第32次	1976. 4. 1	84, 321	112. 5				
第15次	1959. 4. 1	9, 346	105. 6	第33次	1977. 4. 1	95, 114	112. 8				
第16次	1960. 4. 1	9, 621	102. 9	第34次	1978. 4. 1	105, 577	111. 0				
第17次	1961. 4. 1	11, 352	118. 0	第35次	1979. 4. 1	114, 340	108. 3				
第18次	1962. 4. 1	13, 470	118. 7	第36次	1980. 4. 1	124, 173	108. 6				
				第37次	1981. 4. 1	134, 976	108. 7				
				第38次	1982. 4. 1	143, 345	106. 2				
				第39次	1983. 4. 1	148, 649	103. 7				
				第40次	1984. 4. 1	152, 960	102. 9				
				第41次	1985. 4. 1	157, 396	102. 9				

出典：健康保険組合連合会編『社会保障年鑑』1965年版、1985年版、1986—1996年版〔東洋経済新報社〕。

伸び率の比較：生活保護基準と実質国民所得



に、立法不作為が違憲であるという実体的評価が憲法上可能であるかどうかという、実体法的な論点におかれることになる。
参照、藤井〔979〕二四二頁。

(26) 堀木訴訟控訴審判決への批判には、上で指摘した防貧中心論と並び、特に障害者との関係で、二五条一項の問題を生活保護法の対象に限定することを問題視する視点があった。参照、大須賀〔288〕二五七頁。また阪本昌成は、危険相当額の範囲を越えない少額に関する最小限度の社会保険給付請求権を含めることによって、二五条一項の中に防貧の要素を取り込む（阪本〔1995〕一四頁）。

(27) ここでは、本来の生存権からかなりかけ離れた、〈安全〉確保の問題を例に挙げたい。日本の行政実務で採用される考え方は、この〈安全性〉の問題も、個人の自律的選択の問題としてではなく、上からの〈保護〉の問題として現れる。運輸省の管轄する自動車安全基準は、所詮は安全ではあり得ないものに一定の基準を与え、安全性のお墨付きを与えているに過ぎない。アメリカでは一九七八年から行われている安全性評価テストの結果公表が一部分でも実現されたのは、日本では一九九六年になって初めてのことであった。厚生省が管轄する化粧品品の安全基準に関しても、禁止される成分は皮膚障害の顕著なものに限られ、皮膚障害の可能性のある成分が許されているにもかかわらず、厚生大臣の指定する範囲までしか成分表示が義務づけられておらず（薬事法六一条四号）、危険な物質が用いられても消費者には判断できない状態にある。このような状況の結果、消費者が商品情報にアクセスして安全性を自ら判断する道が閉ざされ、誤った安全性神話を信じさせられる。その前提として、国民の自己決定能力を過小評価する姿勢が見て取れるだろう。

(28) 生活保護の現状がもたらしている問題として、人間としてのプライドを破壊する屈辱的なミーンズ・テストの運用が指摘されて久しい。特に八〇年代における生活保護の「適正実施」運動における申請・受給開始抑圧政策の下で、事態は深刻さを増している。生活保護を受けるくらいなら餓死を選ぶ国民が現実にいることこそが、その何よりの証拠と言えよう。〈健康で文化的な最低限度の生活〉を、経済的な条件だけでは満たされない、人間としての自律性・主体性を基礎とした生活として理論化する努力がなお必要になる。

五 規制緩和と個人の自律可能性

これまで我が国の憲法学で広く採用されていた〈抽象的権利説〉的思考が、パターンリズムの要素を受け入れやすい構造を持つことを、様々な場面で浮き彫りにしようとしてきた。しかし、〈福祉〉が何らかの意味で「人権」の原理と関係し、人間らしい生活を可能にするものと捉えるなら、そこでの目標は、上から保護されることにとりあえずの物質的豊かさではなく、自己決定を支援するという方向性をもつはずのものである。自由、自律、自己決定といった原理が社会構造の中で重要な役割を果たすために何が必要なかが問題になる。

現実として、この理念を組み替える動きは進んでいる。八〇年代以降、国民の「責任」を求める傾向が強まっていることは、いろいろな方面で確認できる。福祉の見直し、規制緩和といった現象がそれにあたる。

ただ、こうした動きの中には、二つの要素がある。一つは、たとえば様々な規制緩和の中にあるような、日本社会が成熟することによって、国民がお上に頼らずに自ら担えるようになり、それが国民個人の手に戻ってきたような事項である。そうした要素は、自律の原理からポジティブに捉えることもできるだろう。しかし反対に、福祉の見直しの中には、国家の側の責任放棄によって、本来国家が保障すべきものが切り捨てられている側面があることも確認できる。この両者を見分ける基準が必要になってくる。

ここでは、三つの次元に国家の任務を整理することで、方向だけ示唆しておきたい。第一は、生存権のもともとの形である最低限の基準による自律のための物質的・教育的基盤の保障である。ただ、こうした意味における生存

権や教育を受ける権利の保障は、国民生活に対する国家のパターンリステイックな介入権限を本来含まず、あくまで自律の基盤を確保することを目標とする。したがって、どんな生活を営むかの決定、あるいは必要とする教育の内容に関する決定は、基本的には個人の問題であり、本来的な国家の任務の外にある。

その先の問題として、国民の自己組織化に対する支援とも呼べる公権力の任務領域がある。国民が下からネットワークを作り、処理できる問題に関しては、国家が上から強制するのではなく、下から構築されるネットワークを育て、それが働くための基盤を整備することによって、解決する問題がある。そのように国民の組織化を援助することによって、公権力としての責任が十分に果たせる領域があることを、強調する必要がある。⁽²⁹⁾

第三に、特定集団を保護することを目的にしてきた規制との関係で、規制緩和が自己の責任で選択できる範囲の拡大と捉えられる場面は少なくない。国家の規制が、規制によって自由を制限される潜在的当事者だけでなく、その規制が保護しようとしていた人たちにとっても不合理なコストを伴うことが確認されている現在、保護の論理ではなくて自由と個人の自律の論理を基調に据えた社会国家のあり方を模索する必要があるだろう。

ただ、国民の責任を語る場合、責任を求め得る、自律の条件となる基盤が確保されていることが前提として要請される。様々な領域での情報公開の法的な確保も、この文脈に位置づく。規制緩和のキータムは、単なる弱肉強食ではなく、個人レヴェルにおける自己決定可能性の拡大であり、確保である。

(29) 一九九二年に埼玉県庄和町で学校給食廃止の方針が打ち出されたことから、給食のあり方をめぐる論争が起こった。その中で、給食が家事負担軽減という側面で社会福祉的機能を営む点が確認されたが、同時に、食事の画一化の孕む問題も認識される中、弁当持参に立ち戻らないにしても、親のコントロールと選択の余地を広げる方策も模索された。親によって組織された

母体が運営する学校食堂に対する公的な経費補助などを通じて、へ自己組織化に対する支援」という枠組みが成り立つ可能性はあったろう。ただこの論争は、廃止派の町長の死去により、立ち消えになった。

参考文献

- 荒井誠一郎 1993: 『教育の自由』(日本評論社)。
有倉 遼吉 1970: 『憲法と教育』公法研究三二号一頁。
石井 照久 1957a: 『労働基本権』(有信堂)。
1957b: 『労働法総論』(有斐閣)。
池田 政章 1961: 『プログラム規定における消極性と積極性(一)』立教法学三号三〇頁。
1964: 『現代型福祉国家と生存権』ジュリスト二八九号一七〇頁。
1965: 『プログラム規定における消極性と積極性(二)』立教法学七号二五頁。
今橋 盛勝 1971: 『「社会権」と人権論の再検討』法律時報四三卷一号一五頁。
1983: 『教育法と法社会学』(三省堂)。
内野 正幸 1991: 『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社)。
1992: 『社会権の歴史的展開』(信山社)。
1994: 『教育の権利と自由』(有斐閣)。
浦部 法穂 1988: 『憲法学教室I』(日本評論社)。
大久保史郎 1994: 『労働と人権』樋口陽一編『講座憲法学4』(日本評論社)一三二頁。
大須賀 明 1968: 『憲法上の不作為』早稲田法学四四卷一・二号一四五頁。
1969: 『生存権』法律時報四一巻五号七二頁。
1971: 『「社会権」の権利性』法律時報四三巻一号二二頁。
1972: 『社会権の法理』公法研究三四号一一三頁以下。
1984: 『生存権論』(日本評論社)。

- 1992: 『社会国家と憲法』(弘文堂)。
- 1996: 『福祉裁判と憲法学』法律時報六八卷六号九八頁。
- 奥平 康弘
1981: 『教育を受ける権利』芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』(有斐閣)三六一頁。
1993: 『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』(有斐閣)。
- 影山日出弥
1967: 『西ドイツにおける社会的法治国家』鈴木安蔵編『現代福祉国家論批判』(法律文化社)一七五頁。
1968: 『ヴァイマル憲法における「社会権」』東大社会科学研究所編『基本的人権3歴史Ⅱ』(東京大学出版会)。
- 片岡 昇
1976: 『ストライキ権論』法律時報四八卷八号(臨時増刊「ストライキ権」)六一頁。
1991: 『片岡昇/大沼邦博「労働団体法上巻」』(青林書院)。
- 兼子 仁
1961: 『教師の「教育権の独立」と教育行政権』有倉遼吉編『教育と法律』(新評論)三六頁。
1971: 『国民の教育権』(岩波書店)。
1976: 『教育権の理論』(勁草書房)。
1978: 『教育法(新版)』(有斐閣)。
- 木田 宏
1983: 『教育行政法』(良書普及会)。
1994: 『最近のドイツの基本権論について』憲法理論研究会編『人権理論の新展開』(敬文堂)九三頁。
- 栗城 壽夫
憲法理論研究会 1971: 『「社会権」の再検討』法律時報四三卷一号三四頁。
- 香山 健一
1985: 『文部省解体論』文藝春秋一九八五年四月号一七〇頁、五月号一八六頁、六月号二六六頁。
越路 正巳
1974: 『余暇権序説』有倉遼吉先生還暦記念『現代憲法の基本問題』(早稲田大学出版部)一一一頁。
- 小林 直樹
1976: 『現代基本権の展開』(岩波書店)。
1980: 『憲法講義上(新版)』(東京大学出版会)。
1990a: 『西ドイツにおける国の基本権保護義務』法学研究六三卷七号五四頁。
1990b: 『ドイツ基本権解釈論における国の保護義務』法学政治学論究七号四一頁。
- 小山 剛
1995: 『国の「基本権保護義務」』憲法理論研究会編『人権保障と現代国家』(敬文堂)五一頁。
1995: 『憲法理論Ⅲ』(成文堂)。
- 阪本 昌成

- 佐藤 功 1959: 『生存権の保障・法律と予算』清宮四郎／佐藤功編『演習憲法』〔有斐閣〕五三頁。
- 佐藤 幸治 1995: 『憲法(第三版)』〔青林書院〕。
- 清水 敏 1989: 『地方公務員の団体交渉権』法律時報六一卷一一号(臨時増刊『労働基本権』)一三三頁。
- 清水 伸 1962: 『逐条日本国憲法審議録第二卷』〔有斐閣〕。
- 末弘嚴太郎 1926: 『労働法研究』〔改造社〕。
- 鈴木 安藏 1967: 『社会国家・福祉国家の理論と実態』同編『現代福祉国家論批判』〔法律文化社〕三頁。
- 高石 邦男 1960: 『教師の職務』学校経営五卷一号五三頁。
- 高田 敏 1964: 『生存権保障規定の法的性格』同『社会的法治国の構成』〔信山社・一九九三年〕一四五頁。
- 高柳 信一 1969: 『憲法的自由と教科書裁判』四一巻一〇号(臨時増刊『教科書裁判』)五六頁。
- 田中耕太郎 1961: 『教育基本法の理論』〔有斐閣〕。
- 戸波 江二 1978: 『西ドイツにおける基本権解釈の新傾向』自治研究五四巻七号八三頁、八号九一頁、九号六七頁、一〇号七一頁、一一号一一頁。
- 永井 憲一 1970: 『憲法と教育基本権』〔勁草書房〕。
- 1974: 『教育法学の目的と任務』〔勁草書房〕。
- 1978: 『教育法学の展開と課題』〔学陽書房〕。
- 1985: 『憲法と教育基本権(新版)』〔勁草書房〕。
- 1991: 『主権者教育権の展開』〔三省堂〕。
- 中村 睦男 1971: 『歴史的・思想的に見た『社会権』の再検討』法律時報四三巻一号八頁。
- 1973: 『社会権法理の形成』〔有斐閣〕。
- 1976: 『教育の自由』奥平康弘／杉原泰雄編『憲法学2』〔有斐閣〕一七四頁。
- 1981: 『生存権』・『労働基本権』芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』〔有斐閣〕四四五頁。
- 1983: 『社会権の解釈』〔有斐閣〕。
- 1984: 樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂『注釈日本国憲法 上巻』〔青林書院〕。

- 1994: 「生存と憲法」樋口陽一編『講座憲法学4』（日本評論社）。
1977: 『ストライキ権』（岩波書店）。
- 中山 和久
1991: 「労働基本権の基礎構造をめぐって」日本労働法学会誌七七号一—四頁。
1994: 「教育と憲法」樋口陽一編『講座憲法学4』（日本評論社）。
- 成嶋 隆
1989: 「労働基本権保障の意義」法律時報六一卷一—号（臨時増刊『労働基本権』）七三頁。
1992: 「労働法における個人と集団」（有斐閣）。
- 西谷 敏
1988: 「基本権的給付請求権と基本権理論」早稲田法学会誌三八卷一—三五頁。
1995a: 『良心の自由』（成文堂）。
- 西原 博史
1995b: 「ドイツにおける社会国家的基本権解釈の源流」大須賀明編『社会国家的憲法理論』五三頁（敬文堂）。
1996a: 「社会権」大須賀明編『憲法』（青林書院）二〇四頁。
1996b: 「最近のドイツ教育法制における参加と選択」日本教育法学会年報二五号六四頁。
- 沼田稲次郎
1969: 『労働基本権論』（勁草書房）。
- 野村 平爾
1957: 『日本労働法の形成過程と理論』（岩波書店）。
- 長谷川正安
1957: 「近代憲法における社会的権利」思想三九二号一—五頁。
1993: 「私事としての教育と教育の公共性」ジュリスト一〇二二号七六頁。
1994: 「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学3』（日本評論社）四三頁。
1995: 「それでも基準は二重である」憲法理論研究会編『人権保障と現代国家』（敬文堂）三七頁。
- 長谷部恭男
1996: 「戦後憲法の中のマス・メディアと『国民』憲法問題七号五〇頁。
- 浜田 純一
1967: 「福祉国家の本質」鈴木安蔵編『現代福祉国家論批判』（法律文化社）三五頁。
1984: 「日本憲法学と『福祉』問題」東大社会科学研究所編『福祉国家4』（東京大学出版会）五九頁。
- 針生 誠吉
1994a: 「近代国民国家の憲法構造」〔東京大学出版会〕。
1994b: 『近代憲法学としての論理と価値』（日本評論社）。
- 樋口 陽一
1968: 「国家の教育統制を支える論理」国民教育研究所編『全書*国民教育1国民と教師の教育権』（明治図書）一—三
- 平原 春好

- 藤井 俊夫 1969: 「公教育と親の発言権」鈴木安蔵／星野安三郎編『学問の自由と教育権』（成文堂）二四七頁。
1979: 「生存と人権」大須賀明ほか『憲法講義？ 基本的人権』（有斐閣）。
- コンラート・クッセ 1983: 阿部照哉ほか訳『西ドイツ憲法綱要』（日本評論社）。
- 法学協会 1953: 『註解日本国憲法上巻』（有斐閣）。
- 星野安三郎 1961: 「子どもの「教育を受ける権利」」有倉遼吉編『教育と法律』（新評論）一六頁。
1980: 「国家全能主義」上杉慎吉編『穂積八束博士論文集』（有斐閣、一九一三年）二一〇頁。
- 堀尾 輝久 1971: 『現代教育の思想と構造』（岩波書店）。
1975: 『教育の自由と権利』（青木書店）。
- 松井 茂記 1985: 『現代社会と教育改革』教育四五六号一八頁。
1993: 『福祉国家の憲法学』ジュリスト一〇二二号六九頁。
- 水島 朝穂 1995: 『戦後教育と憲法・憲法学』樋口陽一編『講座憲法学別巻』（日本評論社）一五五頁。
- 宮沢 俊義 1974: 『憲法II（新版）』（有斐閣）。
1961: 『教育と教育行政』（岩波書店）。
- 宗像 誠也 1968: 『教育権論の発生と発展』国民教育研究所編『全書＊国民教育Ⅰ国民と教師の教育権』（明治図書）一五頁。
- 棟居 快行 1995: 『生存権の具体的権利性』長谷部恭男編『リーディングス現代の憲法』（日本評論社）一五五頁。
- 梶井 常喜 1972: 『社会保障法』（総合労働研究所）。
1974: 『ストライキの自由』（労働旬報社）。
- 山下 健次 1989: 『財政民主主義・議会制民主主義と公務労働者の争議権』法律時報六一卷一一号（臨時増刊『労働基本権』）八四頁。
- 横川 博 1963: 『生存権の保障』清宮四郎／佐藤功編『憲法講座2』（有斐閣）二一九頁。
- 我妻 榮 1948: 『新憲法と基本的人権』同『民法研究Ⅷ』（有斐閣、一九七〇年）八九頁。
1954: 『基本的人権』同右書五七頁。

渡辺 洋三 1984: 「現代福祉国家の法学的検討」同「現代国家と行政権」〔東京大学出版会、一九七二年〕一一七頁。

1982: 「福祉についての権利論」法の科学一〇号一〇三頁。