

ドイツ憲法史における法律の留保の意義

渡 邊 互

目次

1. はじめに
2. 法律による基本権理念の実現：Gerhard Anschütz の基本権論
3. 基本権の絶対的保障と制度的保障：Carl Schmitt の基本権論
4. ボン基本法下の議論の検討 憲法史的視点から
5. おわりに

1. はじめに

日本国憲法が大日本帝国憲法（明治憲法）において採用されていた法律の留保の原則を排除したとする見解は、ほぼ異論のない通説といってよい。この見解は、法律の留保のもとでは、法律によるならば人権を無条件に制限することができるという理解を前提としたものであるが¹、明治憲法制定時の理解や同憲法下の支配的見解によれば、「法律の範囲内において」や「法律に定めたる場合を除くほか」といった臣民の権利規定の文言に、必ずしもこうした意図が込められていたわけではない。それは、むしろ、

1 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法1（第5版）』（有斐閣、2012年）50頁。また、赤坂正浩・渋谷秀樹『憲法1人権（第5版）』（有斐閣、2013年）139頁も同旨。なお、これとはやや異なる観点から法律の留保を分析するものとして、参照、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）231-259頁。

臣民の権利の内容形成および行政権の制限を主旨とする 19 世紀のドイツ憲法の用法に基づくものであり、今日の理解は戦後に作りだされた独特のものであることは、筆者が別稿で指摘したとおりである²。このことは、「法律の留保」ということばで表現される憲法上の権利と法律との関係には、通説的見解の理解にとどまらない多様な側面があり得ることに思いを至らせる。本稿は、こうした意味での「法律の留保」のありようをドイツ憲法史の展開のなかに位置づけて明らかにすることを試みるものである。

ドイツでは、立憲主義の導入以降、憲法の基本権規定の意義や機能は大きな変化を経て今日に至っている。その歴史的変遷を考察した論考は少なからず見られるが³、たとえば、元連邦憲法裁判所判事 D. Grimm は、18 世紀末から 19 世紀末のドイツにおける人権ないし基本権と法律の関係を次のように要約している。ここには本稿の問題意識との関係でも重要な展開が描かれており、少々長いが引用する価値があるう。

「18 世紀末、人権は、ドイツの自然法理論の大きなテーマであった。人権は、各人がもつ生来かつ不可譲の利益 (Gut) として現れた。国家は、その根拠と

-
- 2 渡邊互「ふたつの法律の留保について」憲法論叢 15 号 (2008 年) 31 頁以下。
3 Ulrich Scheuner, Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung der 19. Jahrhunderts, in: FS E. R. Huber, 1973, S. 139 ff.; Rainer Wahl, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, in: Der Staat 18. Band, 1979, S. 321 ff.; Hartmut Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, S. 43 ff.; Dieter Grimm, Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, in Günter Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechtliche von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 234 ff.; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, 1992; Thomas Würtenberger, Der Konstitutionalismus des Vormärz als Verfassungsbewegung in: Der Staat 37. Bd., 1998, S. 165 ff.; Judith Hilker, Grundrechte im deutschen Frühkonstitutionalismus, 2005, Werner Heun, Die Struktur des deutschen Konstitutionalismus des 19. JH im verfassungsgeschichtlichen Vergleich, in: Der Staat 45. Band, 2006, S. 365 ff.

正当性を人権の保護から導いた。したがって、国家の公権力は、これら人権の前で終わるのであり、国家は人権を保障するために不可欠である場合に限り、それを制限できるのである。こうした根拠に基づいて、国家と個人の関係は新たに構成されるべきである。その方法として、成文憲法が用いられるようになったが、それが当然もつべき内容に、人権のカatalogとその尊重の保障が含まれる。19世紀末、ドイツ国家学では、基本権は国家によって守られており、国家の法律の範囲内においてのみ有効とする見解が支配的となった。憲法上の自由の保障は、このような方法で、個々の基本権、すなわち法律に依らない強制からの自由へと縮減した。基本権カatalogは、そうすると、個別的に行政の法律適合性の原則を定式化したものとして現れざるを得なくなる。(中略)

このふたつの極のあいだに、 - 1808年にバイエルンで始まり、1848年の革命の後に終了し、オーストリアでのみ更に遅れて1867年までかかった - ドイツ諸国の憲法における段階的な基本権の実定化がある。」⁴

ドイツ憲法史は、周知のとおり19世紀初頭における諸邦の憲法以降、パウ教会憲法、ドイツ帝国憲法、ヴァイマル憲法、ボン基本法といったように実定憲法を基準として区分することができる。しかし、いま引用したような人権ないし基本権と法律の関係の変化という観点から見た場合には、実定憲法による区分とは別の意味における憲法史的な展開というものを考えることができよう。上記の引用は、ドイツ立憲主義の最初の1世紀における基本権規定の理解ないし役割について、その変化を「ふたつの極のあいだ」に位置づけて把握しようとするものといえるが、それ以降も、人権ないし基本権と法律との関係をめぐる見解は、今日に至るまで変化し続けており、もはや単に「ふたつの極のあいだ」の動きとしては位置付けることのできない側面を有するようになってきているということができる。こうした展開を検討することにより、憲法上の法律の留保の意義をめぐって、これまで必ずしも十分に意識されていなかった側面を明らかにすること、

4 Grimm (Fn. 3), S. 234 f.

これが本稿の目的である。

以下では、こうした観点から、まず、ドイツ憲法における法律の留保の位置づけに関する議論の歴史的展開を素描する。具体的には、19世紀の立憲主義導入以来の実証主義的憲法学の到達点を示すと考えられる G. Anschütz の憲法の基本権条項に関する見解を、その背景も含めて明らかにする (2)。その後、この議論に対する根本的な批判としての意味をもつ C. Schmitt の基本権論を法律の留保という観点から理解することを試みる (3)。そのうえで、憲法史的観点から、今日における憲法上の権利と法律との関係をめぐる議論に検討を加え (4)、わが国の憲法学への示唆を得ることにしたい。

2. 法律による基本権理念の実現：Gerhard Anschütz の基本権論

上記の Grimm の説明にも示唆されているように、18世紀末の自然法思想を別にすれば、ドイツに立憲主義が導入されて以降の人権と法律の間には、基本的に親和的な関係があった。この関係は、理念的にはヨーロッパにおいて伝統をもつものであり、すでに、モンテスキュー『法の精神』(1748)における「自由とは法律の許すすべてをなす権利である」という一節に定式化されているといえよう⁵。ここでは、法律は自由を制約するものではなく、自由の内容を形づくるものと理解されている。この法律ということばを近代風に議会制定法という意味で理解するなら、それは、今日という制度的基本権理論の考え方と類似したものになるが、議論の背景には大きな違いがあることはいうまでもない。この点については後に考察を加えることとして (4)、以下では、このような意味で憲法 (とくに人権規定) と法律の留保が親和的な関係にあった初期立憲主義からドイツ帝国

5 Montesquieu, De L'Esprit des Lois, 1748, Livre XI, Chapitre III. モンテスキュー (野田良之ほか訳)『法の精神 (上)』(岩波文庫、1989年)第11篇第3章。また参照、H. J. ラスキ『近代国家における自由』(岩波文庫、1974年)61頁。

時代の背景を明らかにすることにしたい。

ドイツの立憲主義は、1818年のバイエルン王国憲法、同年のバーデン大公国憲法等の南ドイツ諸国における憲法によってもたらされた⁶。これら初期立憲主義の憲法は、わが国でも知られるように、君主の自発的な承認によって成立した欽定憲法である⁷。ここで憲法は政治的宣言とみなされ、人権宣言は、必ずしも法的効力をもつものとは考えられていなかった。こうした憲法のもとではもちろんのこと、有力な論者の指摘によれば19世紀全般にわたって、基本権規定それ自体がもった法的意義は極めて限られたものであり、社会に直接、根本的な変化をもたらす力は存在しなかったとされる⁸。もっとも、基本権規定は、そこに表現されている社会モデルを実現する政治への期待を根拠づけるものであった。こうした状況のもとで市民に自由をもたらし、あるいはそれを拡大したのは、基本権の保障そのものではなく、法律の制定そして内容の拡充であった。この点を R. Wahl は、次のように整理している。

「理念型的にみると、19世紀の法改正および法律制定の役割は、2つの段階に区別することができる。ひとつは、壊す作業 (Abbauarbeit)、すなわち等族的・封建的権利および警察国家的な自由制約の除去であり、もうひとつは、作り、そして仕上げる作業 (Aufbau- und Ausgestaltungsarbeit)、すなわち基本的な法律により市民的秩序を形成し、そして自由な経済および社会政策ともなう問題、その結果として発生する問題を解決することである。」⁹

19世紀にドイツの諸憲法が制定された当初、民法、刑事法、行政法等

6 高田敏・初宿正典 (編訳) 『ドイツ憲法集 (第7版)』 (信山社、2016年) 2頁以下参照。バーデン憲法について参照、栗城壽夫 『ドイツ初期立憲主義の研究』 (有斐閣、1965年)。

7 Vgl. Grimm (Fn. 3), S. 237. 参照、高田・初宿 (註6) 2頁。

8 Vgl. Scheuner (Fn. 3), S. 139 ff., Wahl (Fn. 3), S. 328, Württenberger (Fn. 3) S. 165 f., Hilker (Fn. 3), S. 24, Heun (Fn. 3), S. 369 ff.

9 Wahl (Fn. 3), S. 334.

の法律は、基本的に前時代の伝統的な内容のままであり、憲法に規定された基本権の理念とは異なる法現実が存在していた。ここで基本権の理念を実現するためには、中世以来の伝統をもつ「旧き法」を廃するとともに、憲法の人権規定に見合う内容の法律が制定される必要があった。このように、Wahl のことばを借りれば、「すべては - 新たな - 法律の内容次第であった状況」¹⁰ のもとでは、基本権の規定が行政権の制限という目的にとって「空回り」してしまう、という R. Thoma の広く知られる指摘が当てはまることは確かであろう¹¹。

もっとも、そうであったとしても、基本権規定における法律の留保の文言（例えば、「基本権の制限は法律によって定められる」）は、行政権の行使が法律の根拠をもたなくてはならないという、行政の法律適合性の原則を保障する意味をもつことには注意が必要である。たとえば、プロイセン憲法の「個人の自由 (persönliche Freiheit) は保障される。その制限、とくに逮捕が認められる要件および形式は、法律によって定められる。」(5 条) という規定について、当時の代表的コンメンタールの著者 Anschütz は、以下のような解説を加えている。

「5 条の重点は、原則を規定した第 1 文よりは、むしろ、その帰結を述べた第 2 文にある。[そうすると] 原則の意味するところは、法律だけが、許されていることを禁じられていることにできる、つまり個人の自由を制限することができる、ということである。このことから、次のことがいえる。すなわち、そうであれば、つまり、自由を制限することが立法権に留保されているのであれば、他のすべての国家権力、とくに執行権、行政権は、その権限を法律に基づいてのみ、法律の授権によってのみみることができるのである [以下略]」¹²

10 Wahl (Fn. 3), S. 329.

11 Richard Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt, in: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für das Preußische Oberverwaltungsgericht, 1923, S. 196.

12 Gerhard Anschütz, Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat

Anschütz は、プロイセン憲法 5 条にいう「個人の自由」の制限について、これを逮捕などの人身の自由の制限であるとみる見解に対して、一般的な行動の自由の制限として広く解釈すべきことを、憲法制定過程などを参照しながら主張している。その結果、同法 5 条にいう「個人の自由」は、法律の根拠なく個人の行動の自由を制約する行政行為すべてについて、それを行わないことを主張する権利を保障したものだということになる。同条は、「文言と意味からみて一般的に規定されており、基本的にすべての個別的『自由』は、その後の条項のなかで念のために、そして憲法の伝統に従って、なお特別に保障されているが、すでに本条のなかに含まれているのである。」¹³。

この結論の妥当性を検討することは本稿の目的ではないが、「複数の基本権があるのではなく、ただひとつ適法な行政への権利のみがある」と要約される Anschütz の基本権論には¹⁴、基本権規定に法的意義が認められなかったという当時の法的状況が、もっとも徹底したかたちで反映されているとみることができよう。こうした法的状況のもとで、法律の留保による行政権の制約に一定の意義が認められた背景には、Grimm が指摘するように、基本権規定に「法律の留保が存在しないことは、人権が無制約であったということではない。人権は、法律の根拠なしでも制約できたのである」という状況がある¹⁵。すなわち、法律の留保は、当初、原則として自由な行政権に対する民主的な統制原理としての意義をもったのである。

法律の留保規定には、さらに、基本権の実現を図る法律制定を促すという意義があったことが指摘されている。すなわち、「個別の法律の基準に従って」という文言をもつ基本権規定には、Anschütz も指摘するように、

vom 31. Januar 1850, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 1. Band, 1912, S. 134.

13 Anschütz (Fn. 12), S. 135. なお、高田・初宿 (註 6) は、persönliche Freiheit を「人身の自由」と訳しているが、本文で見た Anschütz の議論にかんがみて、本稿で「個人の自由」と訳したことは許されるであろう。

14 Wahl (Fn. 3), S. 330.

15 Grimm, (Fn. 3), S. 244.

「命令的ではないものの勧告的な指示であり、憲法が立法府に与えた作業プログラム」であるという意図が読み取られた¹⁶。すなわち、立法府は「精力的な作業によって、古い法秩序全体を、すべての新たな理念の基準に従って組み替え」なければならないのである¹⁷。彼は、こうした理解をプロイセン憲法5条に当てはめて、次のような説明を加えている。

「5条2項は、第2に、制定されるべき法律の予告およびプログラムである。『要件は……法律で定められる』は、さらに次のようなことでもあった。すなわち、逮捕や個人の自由と同様の制約を加えることが許される要件と形式は、法律によって新たに定められるべきなのである。」¹⁸

こうした解釈が支配的となった背景には、「フランスでは、革命後の改憲立法により新たな理念が速やかに通常の法律のなかに実現されたのに対して、ドイツの諸地域では、広い範囲で絶対主義から引き継がれた法が、長い間、生き続けた。ようやく19世紀後半になって、市民的自由は、『上からの改革』によって、あまねく広く実現されたのである」¹⁹と要約される事情が指摘できよう。

以上に見た Anschütz の基本権論を代表とする基本権と法律の関係に関する理解は、執行権への不信と立法権への信頼を背景とする「法律（の留保）による基本権の理念の実現」という構図をもったものと要約することができよう。また、「すべてのプロイセン人は法の前に平等である。」と規定するプロイセン憲法4条1文は、立法者を拘束したのではなく、法の適用のみを規律するものだという彼の見解も²⁰、こうした信頼を前提とし

16 Gerhard Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der Gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des Königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Standrecht, 2. Aufl. 1901, S. 51.

17 Anschütz (Fn. 16) S. 53.

18 Anschütz (Fn. 12) S. 138.

19 Bauer (Fn. 3), S. 61.

20 Anschütz (Fn. 12), S. 109.

て成立していたと考えられる。もっとも、ここで前提とされている、憲法と法律がある意味で同格の法規範とみられていることに対しては、すでに19世紀前半の F. Bülow や R. von Mohl の著作に憲法の優位という観念が見られるという指摘もあるが、これらの論者にそれを支える憲法上のドグマティックの十全な展開が見られるわけではない²¹。それは、次に見るヴァイマル時代における Schmitt の憲法論に現れることになるのである。

3. 基本権の絶対的保障と制度的保障：Carl Schmitt の基本権論

ヴァイマル憲法（1919年）第2編「ドイツ人の基本権及び基本義務」（109条から162条）は、「個人」、「共同生活」、「宗教及び宗教団体」、「教育及び学校」、「経済生活」という5章から構成され、そこには、現代の基本権規定には見られない多種多様な権利も規定されている。そして、本編には、人身の自由の侵害は「法律の根拠に基づいてのみ許される」（114条1項）、住居の不可侵に対する例外は「法律の根拠に基づいてのみ許される」（115条）、親書等の秘密の不可侵に対する例外は「ライヒ法律によってのみ許容することができる」（117条）、意見表明の自由は「一般的法律の範囲内で」認められる（118条1項）、市町村および市町村組合は「法律の制限内で」自治権を有する（127条）など、法律の留保が規定された条項が多く含まれている。

すでに19世紀後半には市民的自由を保障する法律が整備されていたにもかかわらず、ドイツ憲法理論史の代表的研究者 M. Stolleis によれば、ヴァイマル時代の当初においても基本権規定に関する学説の傾向には、先に見たそれと大きな変化がなかったという²²。たとえば、上記のヴァイマ

21 Grimm (Fn. 3), S. 240 unter Heranziehung von Friedrich Bülow, Verfassung und Verfassungsrecht des Königreiches Sachsen, 1833, S. 229; Robert von Mohl, Württembergisches Staatsrecht, Bd. I, S. 324, 393.

22 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, Staatsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1915, S. 110 unter Heranziehung von W. Hosacker, Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen, 1926.

ル憲法 114 条の規定について Anschütz は、「すでに以前から妥当している憲法・行政法上の原則とまったく同じく [中略] 立法者のみが、個人の自由の剥奪または制限を命じまたは許す権限を有している」²³ として、プロイセン憲法 5 条と同様、もっぱら行政の法律適合性の原則を表現したものとすゝる立場を守っている。

しかし、基本権の理念が実現して、それ自体に一定の法的意義があると観念されるようになったことにより、基本権の実現をもっぱら立法者の手に委ねる意味をもつ法律の留保には、その法的内実を掘り崩す危険があることが意識されるようになる。こうした問題意識のもと、基本権の高められた効力を説く見解が、Stolleis によれば、危機の年 1923 年を乗り越えた後から有力に主張されるようになる²⁴。そのなかでも現代に至るまで影響の大きい憲法上のドグマティックを展開したのが Schmitt であった。とくに、彼の創案といってよい制度的保障論はわが国の判例にも受容され、学説では、その「制度」概念について多くの検討が加えられている²⁵。以下では、これらの先行業績に学びつつ、基本権と法律の留保との「接点」を確認するという目的に必要な範囲で Schmitt のドグマティックをテキストに忠実に確認したい。

(1) 基本権の絶対的保障

Schmitt は、基本権を他の憲法上の諸権利から区別して、「本質的に自

23 Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 1965 (Nachdruck), S. 543.

24 Stolleis (Fn. 22), S. 110.

25 代表的なものとして、山下健次「制度的保障の法的性格とその問題点」公法研究 26 号 (1964 年) 81 頁以下、同「人権と制度的保障の理論」憲法の争点 (増補版、1976 年) 50 頁以下、戸波江二「制度的保障の理論について」筑波法政 7 号 (1984 年) 66 頁以下、赤坂正浩「二つの制度的保障論 - C・シュミットと P・ヘーベルレ」法学 49 巻 1 号 (1985 年) 82 頁以下、同「人権と制度的保障の理論」憲法の争点 (2008 年) 70 頁以下、石川健治『自由と特権の距離 - カール・シュミット「制度体保障論」・再考 [増補版]』(2007 年) など。

由な個人の権利」であると捉える²⁶。こうした「真正」の基本権は、原理的に無制約なものであり、法律の定めるところにより保障されるのではないという意味で、「絶対的」な基本権である。この意味の基本権に含まれるのは、良心の自由・人身の自由・私的所有権・住居の不可侵といった「孤立した個人の自由権」であるが、自由な意見発表、言論・出版・礼拝・集会・結社の自由といった「他の個人と結びついた個人の自由権」も、個人主義的な自由権にとどまり非政治的な性格を失わない限り、真正の基本権である。これに対して、法の前での平等、請願権、平等の選挙権と投票権、公職への平等な就任権といった「国家における公民としての個人の権利」は、個々の自由な人間ではなく、国家において生活する公民 (Staatsbürger, citizen) を前提とするゆえに真正の基本権ではなく、労働の権利、生活配慮と生活扶助を受ける権利、教育を受ける権利といった「国家の給付を求める個人の権利」も、その性質上、無制約であることはあり得ず、真正の基本権ということとはできない²⁷。

Schmittによれば、真正な基本権は上記の意味で絶対的なものである結果、法律による制限は例外、しかも原理的に限定され、予測可能な、一般的に規律された例外として現れる。この「市民的法治国の配分原理に内包されている」とされる事理は、ヴァイマル憲法の規定にも確認することができる。すなわち、人身の自由、住居の不可侵、信書等の秘密といった基本権を保障した条文では、その制限ないし侵害が許されるのは、「法律の根拠がある場合に限り」、「法律の根拠に基づいてのみ」、「ライヒ法律によつてのみ」と規定されている。これらは、例外的な、法律による制限のみを認めたものであるのに対し、営業の自由、契約の自由といった他の憲法上の権利は、「法律の範囲内で」または「法律の定めるところにより」保障されており、換言すれば、法律に依拠するものにすぎない²⁸。この解釈は、

26 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 165.

27 Schmitt (Fn. 26), S. 168 ff.

28 Schmitt (Fn. 26), S. 166.

憲法上の権利から真正の基本権を腑分けすることにより、後者を法律の留保から除き、そこに Anschütz のいう行政の法律適合性の原則を超える意義を見出そうとするものということができる。

以上の議論は、当時の支配的な基本権論に対して漠然と憲法の優位を説く見解とは異なり、市民的法治国というフランス大革命以来の憲法原理に基づく体系性を備えた、ドグマティックと呼ぶにふさわしいものであるといえよう。もっとも、本稿のテーマとの関連では、さらに説明を必要とする点がいくつかある。まず、真正の基本権が法律の留保の下には置かれまいといっても、法律により制限され得るという点では他の憲法上の権利と選ぶところはないが、その保障の方法は、まだ明らかにされていない。また、その他の憲法上の権利は、引き続き Anschütz のいうように法律の留保のもとに置かれるのかという点についても、ここで言及されていない。これらの点を説明する鍵となる概念が「制度的保障」であり、こうした観点から Schmitt の議論に検討を加えるのが次の課題である。

(2) 「制度的保障は基本権から区別されなければならない」

制度的保障の概念が初めて現れる『憲法理論』は、上記の基本権の体系を示した後、「制度的保障は基本権から区別されなければならない」という見出しのもとで、この概念について次のような説明を加えている。

「憲法上の規定により、特定の制度に特別な保護を与えることができる。憲法上の規定がそのとき目的とするのは、通常法律の制定という方法での廃止をできなくすることである。ここでもしばしば、不正確な言い方ながら、やはり基本権が語られることがある。このような保障の構造は、論理的にも法的にも自由権の保障の構造とまったく異なるにもかかわらず、である。制度的保障に個人や団体の権利が [中略] 結びついている場合があっても、基本権があるわけではない。制度的保障は、その本質上、限定されている。それは国家のなかにだけ存在し、原則として無制限な自由の領域という理解のもとづくものではなく、法的に認められた制度に関わるものである。その制度は、それ自体が常に画定、限定されたものであり、[中略] 特定の任務と特

定の目的に仕えるものである。」²⁹

ここで制度的保障に属するものとして最初に言及されているのが自治体の基本権であり、上記のヴァイマル憲法 127 条について、「自治行政の制度はライヒ憲法によって保障されており、そのため自治体の自治行政の制度そのものを廃止することは許されず、実質的な内容において自治体の自治行政を消滅させ、あるいはその本質的な存立を奪うような法律は、すべてライヒ憲法に違反する」という説明がある³⁰。この説明は、自治行政の権利は「ドイツ人の基本権」として位置づけられているが、真正の基本権ではないゆえに、支配的見解によれば法律の留保のもとに置かれることになるという理解を前提に、それにもかかわらず、自治行政の権利 = 制度が一定の範囲で憲法上の保障を享受しているという解釈を示したものである。こうした意味をもつ制度的保障の例として、さらに例外裁判所の禁止、婚姻、安息日が挙げられているが、所有権、相続権については、「所有権は、憲法により保障される。その内容及び限界は、法律から明らかとなる」と規定する 153 条の微妙な表現ゆえに、基本権として承認されているのか、あるいは制度的保障が意図されているのかが判然としないところがある、という³¹。

これに対して、「制度的保障の真正の例」を含むのが公務員法に関する規定であるとされ、ここには、制度的保障の理解に資する次のような記述がある。

「これらの規定は、『一党派ではなく、全体の奉仕者である』（ヴァイマル憲法 130 条）、すなわち、議会のような獵官制が国家を分裂させるという結果から守られる職業公務員制の維持を保障している。たしかに、公務員の既得権

29 Schmitt (Fn. 26), S. 170 f.

30 Schmitt (Fn. 26), S. 171.

31 Schmitt (Fn. 26), S. 171 f.

の保障は、個々の公務員の利益となり、公務員の権利をも根拠付けている。
[中略：さまざまな権利の説明] しかし、これらすべてのことは、公務員の私
的利便のためではなく、職業公務員制の制度それ自体のためなのである。³²

したがって、公務員の権利は、ヴァイマル憲法において「ドイツ人の基本権」のもとに位置づけられているにもかかわらず、真正の基本権ではない。それは、あくまでも制度的保障の下にあり、その一環として理解されるべき筋合いのものだからである。同様に、Schmittによれば、学問と教授の自由の憲法による保障、すなわち R. Smend のいう「ドイツの大学の基本権」、そして、学校の正規の教科としての宗教教育および大学における神学部の存置を定める 149 条の保障も、立法者による廃止に対する保護である制度的保障の一環として理解すべきであるという³³。

以上の『憲法理論』における説明の概観によれば、Schmitt の基本権論における憲法上の権利は、立法者（法律の留保）からの保障の程度という観点から次の 3 つに分類できよう。

真正の基本権：立法者による制限からの絶対的な保障を受ける。

制度的保障の下にある憲法上の権利：立法者による制限からの本質的な存立の保障を受ける。

制度的保障の下にない憲法上の権利：立法者による制限からの保障を受けない。

Anschütz に代表される基本権論が のカテゴリーのみを認めるものであったのに対し、Schmitt の基本権論には、それ以外に保障の程度を異にする 2 つのカテゴリーが存在していることが特徴といえよう。このうち、
制度的保障の下にある憲法上の権利は、せいぜい本質的な存立を否定されないということとどまり、絶対的な保障を享受する 真正の基本権に比べ

32 Schmitt (Fn. 26), S. 172.

33 Schmitt (Fn. 26), S. 173.

ると、その保障の程度が低いことはよく指摘されるとおりである³⁴。もっとも、これのみを指摘するのは皮相な観察であり、制度的保障にはヴァイマル憲法が置かれた当時の問題状況を克服するための、様々な狙いが込められていたと見ることができる。その狙いは、『憲法理論』における制度的保障論を補完する意味をもつ論文「ライヒ憲法の自由権と制度的保障」に示されているが、その検討を通じて、先に指摘した真正の基本権の保障のあり方という点も明らかにされよう。

(3) 「ライヒ憲法の自由権と制度的保障」

「ライヒ憲法の自由権と制度的保障」(1931年)は、当時の基本権論に対する次のような問題提起からはじまっている。すなわち、ヴァイマル憲法には、起草者 H. Preuß の意図に反して、基本権が統治機構から独立した章に規定されるとともに、そこにきわめて多種多様な内容が盛り込まれた³⁵。その結果、基本権を学問的に論じるにあたり、従来の定式やカテゴリーでは解決することができない困難な課題が生じることになった。この課題に対する従来典型的な対応は、憲法における基本権の列挙は「単なるプログラム」であるため実定法上は意味がないとするもの、あるいは、基本権は「法律の留保」のもとにあり、憲法ではなく通常法律によって実現されるとするものであった、と³⁶。

Schmittによれば、このように人身の自由や財産権といった重要な基本権の保障が無意味あるいは空回りとなってしまおうというジレンマは、ヴァイマル憲法にも引き継がれている。その例は、平等原則は立法者を拘束し

34 参照、石川(註25)2-3頁。

35 Vgl. Hugo Preuß, Deutschlands Republikanische Reichsverfassung (1923), in: Detlef Lehnert/Christoph Müller (Hrsg.), Hugo Preuß, Gesammelte Schriften, 4. Band: Politik und Verfassung in der Weimarer Republik, 2008, S. 351.

36 Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954, 4. Aufl. (Unveränderte Nachdruck), 2003, S. 140 f.

ないという Anschütz に代表される議論にみることができるほか、人身の自由や住居の不可侵に関する憲法規定の解説では、刑法、刑事訴訟法、警察法などの法領域の法律が取扱われるのみで、基本権保障の憲法的側面は、しばしば完全に後退していることにも現れている³⁷。

一方、Schmitt は、「ドイツ人の基本権と基本的義務」の章には、普通であれば通常の法律にみられる規定が、真の基本権よりも多く列挙されていると指摘する。その例として、ヴァイマル憲法 123 条 2 項（屋外の集会については、ライヒ法律により、届出を義務づけることができ、公共の安全に対し直接の危険がある場合には、これを禁止することができる）、124 条 2 項（いかなる社団も、民法の規定に従い、自由に権利能力を取得することができる。その社団が何らかの政治上、社会政策上または宗教上の目的を追求するものであることを理由として、その社団に権利能力の取得を拒むことは許されない）および 129 条 3 項 1 文（いかなる [公務員の] 職務上の懲罰に対しても、訴願の途が開かれ、かつ再審手続の可能性が開かれていなければならない）の規定があげられ、これらの規定が憲法に設けられたことにより、制定当初には予想されなかった逆説的な結果が生じることになったという。すなわち、その規定の性格上、これらの規定は法律で制限されることはなく、Thoma の表現によれば「憲法の効力をもつ (verfassungsgesetzeskräftig)」ため、実定法上、最も強力な保障を受ける最高の意味をもつものとなった。これに対して、基本的かつ中心的な自由権、人権は、先に述べたジレンマのために、無意味、あるいは空回りとなってしまふ。その結果、公務員の自己の身分証明書を閲覧する機会 (129 条 3 項 3 文) が、人身の自由、住居の不可侵、意見表明の自由などの基本権よりも強力、確実、神聖なものになってしまう。「これは、わたしの見るところ、逆説的というだけでなく、まったくあり得ない結論である」³⁸。

37 Schmitt (Fn. 36), S. 141 f.

38 Schmitt (Fn. 36), S. 142 f.

以上のような問題状況を示した後、Schmitt は、さきに示した「伝統的な、すなわち市民的・法治国の種類の基本権および憲法上の独自の規定の間に [中略] さらに別の種類の憲法上の保障がある」と述べ、その例として、公法上の「制度的保障」(institutionelle Garantie) と私法上の「制度保障」(Institutsgarantie) をあげる。そして、制度的保障の概念が受容されている代表的な例として、先に見た自治行政権を保障したヴァイマル憲法 127 条に関する見解やライヒ国事裁判所の判決を紹介している³⁹。

その後 Schmitt は、制度的保障について『憲法理論』では見られなかった説明を加えている。「制度」の意義については、それは、私法上のそれと同様の伝統的かつ典型的な規範複合体であるのか、あるいは「制度体」というべきものであるのかという論点があるが⁴⁰、それはここでの関心事ではない。本稿が目指すのは、「制度的保障か、あるいは権利か」という考え方は誤りである、という注意が促されている点である。すなわち、「両者は互いに結びつき得るが、[その場合に] 解釈にとって見失ってはならないのは、権利の保障は制度の保障の下におかれ、それに仕えなければならないということ、したがって、権利をもつ者の個人主義的・利己的な利益ではなく、制度的な観点が決定するのだ、ということである。」⁴¹。この説示で念頭に置かれているのは、その文脈からみて、先に確認した『憲法理論』における職業公務員制の保障と公務員の権利との関係、すな

39 Schmitt (Fn. 36), S. 143 f.

40 参照、石川 (註 25) 2 3 頁。なお、赤坂「二つの制度的保障論 C・シュミットと P・ヘーベルレ」(註 25) の正確な読解によれば、「伝統的」とは、憲法典制定発効に先行するという意味、「典型的」とは、単なる現状 (Status quo) と区別されるという意味である。なお、Schmitt は、制度的保障は「真の保障」、すなわち Anschütz 的な法律に依拠する基本権の保障と異なり、その侵害が「憲法それ自体」の侵害となるような保障であるとする。その意味で、この保障は単に実定憲法に規定されているものとは異なる。また、それはある時点での現状 (Status-quo) を保障するものとも異なる点について詳細に説明を加えている (Schmitt (Fn. 36), 155f.)。

41 Schmitt (Fn. 36), S. 149 f.

わち、制度的保障の下にある憲法上の権利のことであると考えられるが、その意図については後に明らかにされることになる。

さて、法律の留保との関係でもう一つ注目されるのは、こうした内容をもつ制度的保障を説く際に示された、次のような指摘である。

「制度的保障との非常に密接な関連およびその枠づけがなければ、財産権上の主張、あるいは財産権の現状ですら、それを憲法上保障することは、すべて、少なくとも民主的共和国においては、挑発的な特権ということになるであろう。」⁴²

ここで Schmitt が、この観点からとくに興味深いとしているのが、「多くの鑑定書と文献において支配的な 129 条 1 項 3 文（公務員の既得権の不可侵）の解釈が導入しようとしている、独特な現状保障」である。その解釈によれば、この規定は、公務員の給与について一定の基準日におけるそれではなく、それぞれの公務員のもっとも高額な給与を保障しているという。「この見解は、職業公務員制の制度的保障によって、公務員に等族的な生計の維持と適切な扶助が保障されることに満足せず、過去に到達した給与法上の水準の数値的な保障を導入するものである」⁴³。シュミットによれば、これは制度的保障の枠を逸脱した特権の要求ということになるが、彼は、これを次のように批判するのである。

「個人主義的な権利が憲法典で特権化されることは、民主的な国制 (demokratische Verfassung) においてはあり得ない。個人の権利の憲法上の保障は、すべて制度的保障の枠内、そして、その限度内でしか考えることができないのである。」⁴⁴

42 Schmitt (Fn. 36), S. 159.

43 Schmitt (Fn. 36), S. 159.

44 Schmitt (Fn. 36), S. 160.

以上のような批判は、ヴァイマル憲法上の多種多様な権利から特権を取り除き、それを立法者による決定に委ねるべきという主張としての意味をもつ。それが、「特権国家ではないこと」と定義されることすらある現代民主制の帰結だからである⁴⁵。こうしてみると制度的保障には、憲法上の特権の否定、換言すれば、当該権利の立法者による形成の範囲を確保する機能を与えられていた、ということになる。

制度的保障について法律の留保の観点から注目すべき点は、やや意外なことに、「真正な基本権」との関係においても現れる。すでに見たように Schmitt によれば、自由の保障によって法制度が保障されるわけではない。しかし、同時にそれは、単なるプログラムとして無意味、あるいは法律の留保のために空回りとなるわけではなく、自由への侵害の伝統的、典型的な程度 (Maß) を保障するという意味をもつ⁴⁶。ここで自由とは、先に見たように原理的に無制約なそれを意味するが、その保障について Schmitt は、次のような認識と戦略を示している。

「この自由は、残念ながら、継続的に脅かされており、それゆえ保護と保障を必要としている。そこから、自由の保護のために法的規範化と国家の制度の組み換えが起こるが、それもまた自由の保障と呼ぶことができる。自由、すなわち国家から自由な領域という基本権は、法制度、典型的な規範化、さらに国家の制度によって周りを囲まれるが、それらの保障は、自由そのものの保障とは、やや異なる意味をもつ。」⁴⁷

ここでは自由の保障のための戦略についてやや抽象的な説明しか加えられていないが、法律の留保との関係は、その少し後で次のように明らかにされている。

45 Schmitt (Fn. 36), S. 169.

46 Schmitt (Fn. 36), S. 166.

47 Schmitt (Fn. 36), S. 167.

「立法者と立法国家への信頼が存在する限り、人は一般的な自由の保障それ自体に満足し、その他を（通常の）法律の留保に委ねることができる。この信頼が失われるや否や、新たな保障が現れる。それは、自由そのものを直接保障するのではなく、自由を防衛し、その周りを囲むために保護規範と保護制度を保障するのである。」⁴⁸

さきにも述べたように、基本権 = 自由の実現をもっぱら立法者の手に委ねる意味をもつ法律の留保には、その法的内実を掘り崩す危険があることが意識されるようになるが、その対策は、いわば自由の防壁となる（それ自体は自由とは異なる）制度を保障することであるというのが、ここでの論旨であろう。

さて、Schmittによれば、上記の保護規範と保護制度は、憲法理論上の問題が明確に意識されない限り、非体系的に位置づけられ、最後には、基本的な自由権それ自体よりも強力かつ神聖なものとなる⁴⁹。ここには、先に見た問題状況が再び現れることになる、というわけである。その例は、報道の自由（Pressefreiheit）の保障に見ることができるという。その過程は、報道の自由を例に次のように説かれている。

すなわち、無制約な意見表明の自由は、無制約な報道の自由となりうるが、両者は決して同じものではない。それにもかかわらず、「印刷報道は特権化された業務となった」。この特権化は、とくに、ニュース、株価、為替のような事実の伝達や広告といった報道機関によるあらゆる表明が、それが意見の表明とは異なるにもかかわらず、報道の自由の利益に含まれるということに現れている。報道の自由は「警察を拘束する」とされているため、通常であれば適法に自由を制限できる警察の権限が報道機関には及ばないほか、法制度上さまざまな保護を受けている。報道の自由の法的根拠は、ライヒ報道法（Reichspressegesetz）であるが、支配的見解によ

48 Schmitt (Fn. 36), S. 169.

49 Schmitt (Fn. 36), S. 169.

れば、同法による保障は憲法の効力をもつものではない。もしも、報道の自由が憲法上の保障を受けるようになったとしても、それは自由な意見表明という一般的な基本権に対し、制度に似た連結的な保障として位置づけられることになる。それが、制度的保障を一般的な自由に対する連結的・補充的保障に過ぎないものとする、自由主義的、法治国的な憲法の精神に合致する⁵⁰。

ここにいう連結的・補充的保障とは、真の基本権そのものではないが、その保護に仕える制度の保障という意味で用いられている概念である。上記の説示は、こうした保障を受ける、それ自体は真の基本権ではない自由が独立・肥大化し、真の基本権と同等かそれ以上の保障を受けるようになるという展開を示したものである。しかし、真の基本権はない以上、こうした自由は、あくまでも基本権のもとに位置づけられなければならないというのが、ここでの趣旨である。そうしなければ、こうした自由は、先に見た制度的保障のもとに位置づけられない公務員の既得権等同様、特権となってしまう、と Schmitt は指摘する。こうしたことは、必ずしも計画的に行われているわけではないが、「頻繁に起こる展開の弁証法」に合致している、という。こうした意味で、「一般的自由から特権への道は、しばしばとても短い。その道は、自由の特別な保障と保護を通っている」のである⁵¹。

(4) 小括

以上の検討からは、Schmitt の基本権論は、基本権を全面的な法律の留保のもとにおく Anschütz にみられる基本権論への批判という側面を持っているが、その全体的な内容は、憲法の優位を説くといった単純な要約を許すものではなく、市民的法治国の概念を基礎とする精巧なドグマティクを有していることが分かるであろう。本稿のテーマの観点から、その要点

50 Schmitt (Fn. 36), S. 169 ff.

51 Schmitt (Fn. 36), S. 171.

を改めて示すなら、次のようになる。

ヴァイマル憲法が規定する多種多様な基本権には、市民的法治国の概念から導かれる「真の基本権」とその他の憲法上の権利がある。その憲法のもとで、真の基本権が法律の留保のもとに置かれる一方、その他の憲法上の権利のなかには、普通であれば通常法律で規定されるにすぎないものがあるにもかかわらず、それを法律で制限することができないという逆説的な現象が生じている。この現象に対応する鍵となる概念が制度的保障である。制度的保障は、一定の憲法上の権利が規定する制度の本質的な存立を保護する意味をもつが、上記の逆説的な現象に対応する機能をもつことができる。第一に、真の基本権ではない憲法上の権利を制度的保障のもとに位置づけることによって、その範囲を限定することができる。これにより、たとえば公務員の既得権の一部が法律の留保の下に置かれることになり、その特権化を防ぐことができる。第二に、制度的保障やある種の憲法上の権利は、真の基本権とは異なるが、そのいわば防壁としての機能を果たすことがある。その場合において、制度的保障は、あくまでも真の基本権の保障に仕えるものとして限定的に認められるべきであり、それが特権となってはならない。

以上のような Schmitt の基本権論における法律の留保は、「真正の基本権」と対立的な関係にある一方、その他の憲法上の権利との関係のなかで、その特権化を阻止するという民主制の理念を担保する機能をもつことが分かる。ここには、本稿冒頭に述べた、憲法上の権利と法律との関係の多様な側面の一端が示されているということができよう。こうした論理は、Anschütz のそれと同様、当時の憲法典およびそれをめぐる独特の問題状況を前提として組み立てられたものであることは言うまでもない。もっとも、その影響は大きく、例えば制度的保障の概念は、後述のように現在のドイツ公法学においても用いられているが、その現行憲法のもとにおける意義については議論がある。このように今日の憲法学の議論は、これまで見てきたような憲法理論史の展開を踏まえたうえで行われていることには、注意が必要である。次節では、こうした観点からボン基本法（以下、単に

「基本法」ということもある) 下におけるいくつかの議論に検討を加えてみることにしたい。

4. ボン基本法下の議論の検討 憲法史的視点から

(1) 制度的保障の必要性をめぐる議論

基本法は、「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する」(1条3項)、「いかなる場合でも、基本権は、その本質内容を侵害されてはならない」(19条2項)、「立法は、憲法的秩序に……拘束される」と(20条3項)といった規定を置き、基本権を法律からも保護する趣旨を明確にしている。基本法制定の当初、Schmittの制度的保障論の構成を踏襲する見解もあったが⁵²、現在では、それを無批判に受容することについては、少なからぬ疑問が示されるようになっている⁵³。

その疑問とは、制度的保障がもつ「一定の憲法上の権利が規定する制度を保護する」という機能は、基本権を法律からも保護する旨を規定する基本法のもとでは不要なものとなった、というものである。たとえば、こうした問題意識から、「ドグマ上の化石としての制度的保障」と銘打った論考は、次のように述べている。すなわち、ヴァイマル憲法下における基本権が無意味あるいは空回りとなるという「基本権の不足は、基本法の基本権理解によれば、もはや存在しない。基本法1条3項は、基本権が単なるプログラムの性格しかもたないことを否定している。基本法19条2項は、

52 Ulrich Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes (1953), in ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 671 ff. なお、赤坂「二つの制度的保障論 C・シュミットとP・ヘーベルレ」(註25)108頁は、この見解を「過渡的」なものとして表現している。

53 Stellvertretend Kay Waechter, Einrichtungsgarantien als dogmatische Fossilien, in: Die Verwaltung 29, 1996, S. 47 f; Harmut Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl., 2010, § 6 Rn. 21; Michael Kloepfer, Verfassungsrecht II, 2010, § 48 Rn. 53. 日本国憲法の解釈にとって制度的保障の概念を不要とする見解として赤坂正浩「制度保障と人権」長谷部恭男編『リーディングス現代の憲法』(日本評論社、1995年)32頁以下参照。

基本権の中核部分を立法者が廃止ないし空洞化することから保護している。したがって、制度的保障の考え方は、国家に対する基本権の保護作用に関する限り、基本権の領域において機能的に見て不要である」、と⁵⁴。

もっとも、こうした認識に立ちながらも、基本法の下で制度的保障の概念を何らかのかたちで用いることを主張する見解は少なくない。たとえば、基本法の下では自治体の自治行政権（28条2項）や職業公務員制（33条5条）の保障規定が基本権の章には置かれていないことから、1条3項や19条2項による立法者の拘束が及ばないことを懸念し、制度的保障をこれらの規定のために用いることを提案する見解がある⁵⁵。この見解にいう制度的保障は、基本権のもとに位置づけられていないという点で、もはやSchmitt的意味のそれではないが、これを基本法のもとでいわば換骨奪胎するかたちで利用しようというものといえよう。また、「制度的保障」をテーマとした近年の教授資格論文は、今日における制度的保障の機能が、「第一に、自由の行使または特定の任務の法的小および／または事実上の前提条件をつくり出すよう国家を義務づけることにある」という見方に立つ⁵⁶。この見解は、制度的保障の意義を立法者の拘束よりも、むしろ、立法者を義務づけ、その際の指針を提供することに見出すものであろう⁵⁷。これは、自由の行使の前提条件を語る点で、Schmittの議論における制度的保障の連結的・補充的機能を、立法者の義務づけという現代的な観点から捉え直したものと考えられるが、この論点については後に改めて触れることにしたい。

54 Waechter (Fn. 53), S. 49 f.

55 Edzard Schmidt-Jortzig, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung - Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur, 1979. S. 61 f.

56 Ute Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 481.

57 Vgl. Klaus Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2001, § 185 Rn. 75. 日本国憲法のもとで制度的保障に関する理論の再構成を試みる論考として参照、海野敦史「制度的保障論の再構成」長崎大学経済学部研究年報27巻（2011年）57頁以下。

こうした諸見解は、いずれもヴァイマル憲法とボン基本法における規範構造の相違を弁えたうえで、新たな制度的保障論を構築しようとするものと考えられる。しかし、だからといって、Schmittの指摘が、意味を失ってしまったわけではもちろんないだろう。それは、論者が制度的保障の概念をいわば批判的に継承していること自体にも現れているが、それだけではない。とくに、そこにおける「民主制国家においては憲法上の特権は認められない」という思考は、そこに例としてあげられた報道の自由を基本権として保障し、また、「一般的人格発展の権利」という不確定な輪郭をもつ基本権を規定するボン基本法に対する鋭い問題提起の意味をもっていると考えられる。が、これについては本稿のテーマとの関係上、ここで検討する余裕はない。

(2) 制度的基本権理論とその批判

本稿で検討を加えてきた法律の留保をめぐる議論の展開からみて、恐らくもっとも興味深いボン基本法下の議論が、P. Häberleの制度的基本権理論であろう⁵⁸。この考え方は、基本権の内容がすべて法律によって形成され(てい)ることを主張するという点で、法律による基本権の保障を説いたAnschützの基本権論との共通性をもつことは、ドイツでも指摘のあるところである⁵⁹。もっとも、Anschützの見解が、法律によって新たな市民の秩序が形成されることで基本権の理念が実現するという過程のなかで形成されたのに対して、Häberleが基本法の解釈から制度的基本権論を導いている点において、両者に直接的な関係があるわけではない。すなわち、Häberleは、基本法の社会国家原則の下における基本権は、基本権理念が法律によって社会のなかで実現している状態であると理解したうえで、

58 Peter Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Auflage, 1983. わが国における紹介としては、小山剛『基本権の内容形成 立法による憲法価値の実現』(尚学社、2004年)45頁以下、および46頁註3の文献を参照。

59 Vgl. Bauer (Fn. 3), S. 61 (Fn. 59).

「基本権を制限する立法者は、それが同価値あるいはより高い価値の法益の保護のために命じられる限り、基本権の本質的な限界を具体化し、そして、基本権の本質内容の一部を実現するのである」⁶⁰ という結論に達しているのである。

法律の留保という観点から見た場合、制度的基本権理論は、基本権に対する法律の留保を全面的に認めるとともに、それが基本権の実現にほかならないとする意味をもつ。このように基本権と法律の緊張関係を原則として認めない立場には、さまざまな批判が加えられており、これを全面的に支持する者は見られないが、一定の範囲で基本権の内容が法律により形成されることは広く認められているといつてよい⁶¹。こうした考え方に対する有力な批判が、Schmitt 的な基本権論にもとづくものであることは、憲法史的な観点からは、やはり興味深い展開といえよう。

基本法の自由を Schmitt と同様に法治国家的な配分原理に立脚したものとす E.-W. Böckenförde は、制度的自由に対して批判を加えているが、その論考を翻訳した小山剛の的確な解説によれば、その批判は次のように要約される。

「ベッケンフェルデは、制度的自由の帰結として、『一見すると正反対だが、しかし実際には相互に対となった』二つの傾向があることを指摘している。その一つは、既存の単純法律上の規定の不可侵を求めるという傾向、つまり、基本権との関係では単なる偶然にすぎない既存の法制度が、事物が必然的に要求する基本権の『制度的形成』と捉えられ、その全体または核心部分が憲法レベルの保障の対象であると主張される、という傾向である。これをベッケンフェルデは、『自由から制度的自由を経て特権 そのつどの現状 (Status quo) の保全 へと至る道程』と呼んでいる。他の一つは、各人の主観的自由

60 Häberle (Fn. 58), S. 181, vgl. S. 230.

61 参照、小山 (註 58) 第 4 章から第 6 章。Vgl. Matthias Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, 2005, S. 17 ff.

を制度の中に囲い込むという傾向である。これは『自由から自由の制度的意義履行をへて義務へと至る道程』であり、制度を形成する秩序がもはや自由の制限とは観念されず、各人の基本権は、制度的秩序に対抗する権利ではなくなる、ということである。⁶²

この批判では先に見た Schmitt による特権批判の議論の枠組みが、さながらに用いられていることが分かる。つまり、Böckenförde は Schmitt の論法を用いて制度的基本権理論を批判しているのであるが、その対象が異なるために、当然のことながら議論の内容には違いが生じている。そこには、基本権の内容形成において生じる問題がよく示されていると考えられるので、Schmitt の議論との比較を通じて、その意味するところを確認しておきたい。

まず、Schmitt は、「制度的保障は真の基本権の防壁として機能することがあるが、あくまでも真の基本権の保障に仕えるものとして限定的に認められるべきであり、そこから独立した特権となってはならない」という旨の指摘をしていた。Böckenförde の一つめの指摘は、これと基本的に同様の趣旨をもつと考えられる。もっとも、Häberle の制度的基本権論において制度は自由を形成するものであるために、それに対する批判は、「基本権の制度的形成とは関係のない法制度により保障された権利が特権化する」という現れ方をしている。次に、Schmitt は、「真の基本権ではない憲法上の権利を制度的保障のもとに位置づけることによって、その範囲を限定し、その特権化を防ぐことができる」ことを指摘している。Böckenförde の二つめの指摘は、これに対応するものである。もっとも、Häberle の制度的基本権論では、自由 = 制度という関係にあるため、自由が制度として取り扱われるという (Schmitt の理論ではあり得ない) 事態

62 小山 (註 58) 64 頁。参照、ベッケンフェルデ (小山剛訳) 「基本権理論と基本権解釈」 同 (初宿正典監訳) 『現代国家と憲法・自由・民主制』(1999 年) 279 頁以下。

が生じることになる。Böckenförde は、そのことにより原理的に無制約なはずの自由に過剰な規制が加えられる危険を指摘しているのである。

以上の市民的法治国の立場からの指摘は、限定された範囲にせよ、法律による基本権の内容形成を認める議論にもあてはまると考えられる。そうした観点から Böckenförde の戒めを筆者なりに要約するなら、法律による自由の内容形成という構成は採るべきではなく、かりにそれを採る場合であっても、その法律が真に自由を形成するものであるのかを慎重に見極める必要があり、また、自由は法律によって与えられたものではないという点を忘れないことにより、法律による制度形成が、その範囲及び内容においていわば過剰に行われないように注意しなければならない、ということになる。連邦憲法裁判所が述べたところの、基本権がもつ主観的および客観的側面の位置づけに関する次の説示は、これと軌を一にしていると考えられよう。すなわち、「その歴史および今日の内容からして、それ [基本権] は第一次的には個人の権利、すなわち人権及び市民権であり、具体的な、とくに危険にさらされた人間の自由の領域をその対象とするものである。客観原理としての基本権の機能は、原則として基本権の作用を強化することにあるが [中略]、その根源は、この第一次的意義にある [中略]。それゆえ、客観原理としての基本権の機能は、この本来の核心から解き放たれて、基本権の本来的かつ永続的な意義が後退するような客観的規範という形へと独立してはならない」⁶³、と。

(3) 重要性留保説と議会留保の概念

本稿のテーマからやや離れた検討が続いたが、最後に、法律の留保に関するドイツの判例理論である重要性留保説 (Wesentlichkeitslehre) について、やはり憲法史的な観点から検討を加えておこう。

連邦憲法裁判所を代表とする支配的な見解によると、重要性留保説の内

63 BVerfGE 50, 290 (337). 参照、小山 (註 58) 107 頁。

容は、「基本法の法治国原則および民主制原則により、立法者は、重要な決定をみずから下し、行政に委ねることのないよう義務づけられる」と要約される⁶⁴。ここで述べられている、立法者が行政に委ねてはならない権限の領域を、今日のドイツ公法学は一般に「議会留保に属するもの」、と呼んでいる。重要性理論は、憲法の基本原則の要求を実現するために各国家機関の組織や手続に適合した権限分配を考えるという、権力分立の見方を前提として、公開かつ多様な諸利益が考量される意思決定過程を担保するために、議会に重要な決定を行うよう義務づけるという意味をもつ⁶⁵。

重要性留保説における議会の見方は、かつて Schmitt が 1923 年に発表した「現代議会の精神的状況」⁶⁶ のなかで診断したように、もはや絶対的な真理や理性を追求する場所ではなくなり、すでに確定した立場と変更の余地のない個別的利益が衝突する場所となったという認識に近いといえるであろう。それにもかかわらず、19 世紀の議論はもちろん、1936 年に発表された Schmitt の「立法者による授権（立法の委任）問題の最新の展開に関する比較的概観」⁶⁷ でも、議会留保の概念は見ることができない。これは、当時すでに、議会制民主主義そのものが終焉を迎えており、その再検討を行う状況にはもはやなかったという事情があると考えられよう。

ボン基本法の下で重要性留保説が成立したのは、連邦憲法裁判所により「公開かつ多様な諸利益が考量される意思決定過程」が、民主制の要求そのものと捉えられるようになったことにあると考えられる。今日の代表民主制は、国民の国政への効率的な参加を実現する、という課題をもつが、

64 BVerfGE 49, 89 (127 ff.).

65 詳細については、渡邊互「議会留保の概念と議会 執行府間の権限配分の原理」憲法政治学研究会編『憲法における東西事情』（2000 年）91 頁以下を参照。

66 Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1923.

67 Carl Schmitt, Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen), Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 6, 1936, S. 252 ff.

そのためには、議会における意思決定過程が国民に公開されていることが必要である。議会留保は、議会に自ら決定することを義務づけることにより、この意思決定過程を確保するという機能をもつというわけである⁶⁸。

重要性留保説によって議会留保の概念が、一般的な権限分配の原理として導入された結果、法律の留保をめぐる問題状況には質的な変化が生じたと考えられる。すなわち、従来の問題は、その対象こそ様々であれ常に、例えば「基本権について法律によって規定することは、どの程度、許されるか」というかたちで、立法者の権限の限界ないし範囲を問うものとして設定されていた。これに対して重要性留保理論は、例えば「基本権の制約に関する決定は、立法者自らが下さなければならない」というように、立法者の権限行使の際の義務の範囲を語るものである。こうして今日、法律の留保の問題は、ドイツ立憲主義の初めの1世紀における「ふたつの極」の間の動きとは次元を異にする側面をもつに至っている、といえよう。

5. おわりに

以上、本稿では法律の留保に関連する理論の展開を、その憲法的な前提条件の変化に焦点を当てて、歴史的観点から検討を加えてきた。そこから得られるわが国の憲法学への示唆としては、次の諸点をあげることができよう。

第一に、Anschützの議論に明確に現れていたように、基本権に対する法律の留保には、「法律によらなければ基本権を制限することができない」という、行政の法律適合性の原則が含まれていると考えられる。憲法上の基本権の保障は、そのみに留まるべきではないというのが、その後のSchmittをはじめとする憲法理論の基本的な問題意識のひとつであった。これに対して、わが国の憲法学は、冒頭に示したように、法律の留保を明治憲法に特有の原理であるとして、日本国憲法のもとでその概念自体を拒

68 参照、渡邊（註65）107-109頁。

否する態度をとる。その趣旨は、基本権の法律による無制約な制限を認めないという、それ自体は、正当なものであると考えられる。しかし、法律の留保を否定することにより、それに含まれている行政の法律適合性の原則をも憲法学の対象から、いわば産湯とともに流してしまったとすれば、それは問題であろう。というのも、行政の法律適合性の原則は、行政権の民主的統制という近代立憲主義において中核的な役割を果たすものであると考えられるからである⁶⁹。それにもかかわらず、わが国の憲法概説書においても、この原理への言及は少なく、行政法の基本原則としての位置づけを与えられているに過ぎない⁷⁰。このことは、行政権の民主的統制に関わる議論が、憲法学において十分に展開されていない主因となっているように思われる。

第二に、したがって、法律の留保の原理は、通説的理解とは異なる形で、行政権の統制原理として再構成されたとうえで、憲法上の原理に位置づけられるべきであると思われる。もっとも、日本国憲法にはボン基本法 20 条 3 項のように「執行権は……法律と法に拘束される」と規定する条文は存在しないが、本稿でみたような歴史的展開を考慮に入れれば、それは今日では基本的人権の保障のなかに内蔵されたものと解釈することは十分に可能であろう。また、「国会は唯一の立法機関である」という 41 条における「立法」を国民の権利義務を規律する法規であるとする通説の見解に立てば、法律に基づかない国民の基本的人権の侵害はあり得ないというように、やや迂遠ではあるが、解釈することもできよう⁷¹。

また、「再構成」された法律の留保の妥当範囲を考える際には、現代憲法における民主制のあり方も憲法上の要請として考慮に入れるべきことを、

69 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）124頁参照。

70 たとえば、佐藤（註69）は、法律の留保を二義に分けて、行政は議会制定法に準拠して行われなければならないという意義のそれを「近代立憲主義」の原理としている。この説明自体は、本稿の理解とも完全に合致している。その一方、同書で、この意義の「法律の留保」の法理について全く説明が加わっていないのは、そこには憲法上の論点が存在しないという趣旨であろうか。

71 参照、大石真『憲法講義（第3版）』（有斐閣、2014年）146頁。

本稿の検討は教えている。実際、近年におけるわが国憲法学の展開を特徴づけることのひとつに、いわゆる民主制論の視点からテーマをとらえる傾向をあげることができる。たとえば、従来、議会と政府という両国家機関のみを視野に入れて論じられてきた議院内閣制論を、議会、政府および国民から成る図式のなかで捉え直すという動向がみられるが、これは、民意の政府（国政）への直接的反映が日本国憲法の要請であるという認識を基礎に、その要請を実現するための手段として議院内閣制を位置づけ、分析を加えるものである⁷²。重要性留保理論は、民主制論の観点から議会と政府（執行府）の権限上の関係を考え、国政に民意を反映させるためのしくみとして取り扱うことが憲法上の要請であることを示していると考えられる。

第三に、本稿の検討からは、諸外国の憲法上の議論を参照する際に、その歴史的背景を含めて理解すべきことの大切さが知られよう。Schmittの制度的保障論がそうであったように、多くのドグマティックは、現実に存在する具体的な問題に対応するために編み出されたという側面をもつ。こうした背景を忘れた比較法的検討には、対象の本質を捉えきれない恐れがある。もちろん、今日のドイツやわが国における制度的保障の概念がそうであるように、あるドグマティックが憲法の違いを超えて用いられるということはある得えよう。しかし、その際には、いわば憲法的環境の変化への対応があるのであって、こうしたダイナミズムのなかに位置づけてドグマティックを理解する必要がある。これらの点に十分な注意を払わない限り、比較法研究は、それを通じて正しく自国の法の理解を深めるという本来の目的を達することはできないであろう。本稿が、こうした陥穽に陥っていないか自信がある訳ではないが、以上、自戒を込めてまともに代えることにしたい。

72 参照、大石（註71）116頁以下。