

現代国家における「法律の留保」について — 立憲主義理解の変容との関わりにおいて —

"Vorbehalt des Gesetzes"

und die Wechselung der Rechtsstaatsidee

木原 淳¹ (Jun KIHARA)

Der vorliegende Aufsatz behandelt den "Vorbehalt des Gesetzes (VG)" im Bereich öffentlicher Rechtslehre nach dem 2. Weltkrieg. Nach dem 2. Weltkrieg in Japan ist VG zweideutig verstanden. Einerseits ist VG als Eingriff in die Menschenrechte betrachtet, deshalb ist das im Bereich der Verfassungsrechtslehre verboten. Andererseits ist VG im Bereich der Verwaltungsrechtslehre als Voraussetzung der "Gesetzmässigkeit der Verwaltung" anerkannt.

Die Ursache dieses Widerspruch stammt davon, dass der heutige moderne Verfassungsstaat zwei verschiedene Staatsidee enthält. Nämlich erfordert moderne Sozialstaatsidee zahlreiche Eingriffe in die Freiheit. Und es darf nur auf Grund eines Gesetzes (d.h. VG) erlaubt werden. Aber die neugeborene japanische Verfassungsrechtslehre und Naturrechtsstaatsidee, die nach der Erlebnis Totalismus wieder eingeschätzt wurde, kritisiert Eingriff in die Freiheit.

Diese Arbeit erörtert die Entsprechung von zweideutigen VG und zwei Staatsidee moderner Konstitutionalismus. Und es lässt sich erklären, dass dieser Widerspruch in der japanischen öffentlichen Rechtslehre vom unklaren Gesetzesbegriff stammt.

1. はじめに

法治国家における憲法構造を認識・構想する上で、国家と社会との関係把握、また公法私法二元論への態度決定は、不可欠の前提をなしている。とりわけ二〇世紀以降の立憲主義思想が福祉主義を一つの憲法理念として採用したことで、国家と社会の関係、公法私法の関係は大幅な

見直しの対象となり、伝統的な法治国家理解は揺らぐことになった。これに加え、第二次大戦後に再評価を受けて復活した自然法論的な人権理解は、十九世紀までの大陸型立憲主義と法実証主義の背後にあった「法律の支配」の観念を変質させてきた。

本稿は法治国家の現代的変容を理解する上で、特に日本における「法律の留保」概念の変遷に着目し、現代法治国家の規

範的構造を解明する一助とすることを目的としたものである。

2. 立憲主義の意味変化と

法律の留保

(1) 「法治主義から法の支配へ」

の図式

近代以降の立憲主義の歴史において、第二次大戦は、その内容理解の変容をもたらした大きな機縁となった。憲法の「現代化」といわれる事態は、第一次大戦というヨーロッパ的旧秩序の崩壊の頃より進行してきたにせよ、ドイツにおけるボン基本法の制定や、わが国における憲法の全面的改正は、一九世紀までの実証主義的国法学の方法からの全面的な転換を余儀なくするものであった。そうした変化を示す、時代の中心的な認識枠組みとなるものが、「法治主義から法の支配へ」という構図であった。

この問題を考察する上で無視できないのは辻一柳瀬論争である。辻清明は、新憲法の制定を契機として公法学における伝統的な「法治主義」が英米流の「法の支配」へと転換したことを説き、いまだ伝統的な理論に立脚している行政法学を批判したのである。

問題はそこでいわれる「法の支配」と

は、何を意味しているのかである。辻の場合、その立場はダイシーの「法の支配」理解に立脚するものであった。しかし柳瀬良幹は、辻清明の立脚するダイシー流の「法の支配」は雑多な内容の寄せ集めであることを指摘した上で、わが国の憲法に妥当する「法の支配」原理とは、ダイシーのいう「法の優位」だけであり、その他の原理、つまり刑事と民事との区別なき「同一の裁判所による裁判」、「裁判判決の結果としての法形成」という側面は採用しえないとした。その上で残りの「法の優位」の側面だけを以て法治主義を排斥する必要はないと反論した¹。

日本国憲法が「法の支配」原理を採用しているのか否かの問いは、「法の支配」理念に何を盛り込むかに依存するもので、少なくともイギリス流の判決の集積としてのコモンロー体系を日本法が採用していないことは明らかである。またダイシーの理解のみが必ずしも「法の支配」のすべてというわけではない²。結局問題は何を以て「法」とするのか、という実質論が重要となるが、その完全な一致はみられない。この意味で「法の支配」とは、わが国の新たな立憲主義が、これまでのドイツ的法治主義からの転換を象徴的に示すものではあるが、その内実は従来の形式的な法治行政原理だけでは不十分であるという最大公約数的な認識を示すに

とどまっている。

この意味で本稿においては「法の支配」の語を使用することはせず、ここでは「実質的法治国家」ないし「実質的法治主義」の語を用いて検討を進めることにしたい⁴。またもう一つの理由として「法治主義から法の支配へ」という構図自体が、大陸型の法思想を継受した日本とその母国たるドイツが敗戦を経験したという特有の環境でのみ妥当する、ローカルな認識枠組みと考えられるからである。福祉国家理念や自然法論的人権論の再評価という世界的な潮流が立憲主義の意味変換の背景にあるとすれば、そこでいう変化とは、大陸法圏のみならず、「法の支配」理念を採用してきた英米法圏においても免れ得ないはずである。アメリカ法においても「ニューディール」がアメリカ法史上の一つの画期的な転換点となっているように、「法の支配」もまた（大陸法系諸国とは異なる経緯を持つにせよ）現代的な諸問題を反映した意味変容が起きている点で事情は変わらない⁵。

こうした理由から本稿では、わが国において伝統的な概念枠組みを提供してきた法治主義ないし法治国家原理に立脚した上で、同概念が形式的なものから実質的なものへと変容していったといわれる背景を具体的に検討することとする。

(2) 現代立憲主義における

二重の正当化根拠

それでは法治主義ないし法治国家原理が、第二次大戦後に形式的なものから、実質的なものへと転換した、という認識はそもそも何を意味しているのか。

「実質的法治国家」とは、一般に従来型の「形式的法治国家」から移行した形態として理解されている⁶。芦部信喜はこの転換を、戦後における「立憲主義の意味変化」と理解している。すなわち実質的法治国家の理念はボン基本法に定める基本権が、立法、執行、裁判権力を拘束すること（一条三項）、また憲法裁判所による違憲審査制度の導入（九三条）等の規定から見出されるとし、この変化の背景を以下のように説明している。

「これは、残虐なナチズムの苦い経験の結果、法律による権利・自由の保護を信じるよりも、法律からの保護の必要性を感じて、戦前は一般に民主主義ないし権力分立原理に反すると考えられていた法律の合憲性審査の制度を受け入れるようになった戦後西ドイツの法治主義が質的に変化したこと、すなわち、英米法という『法の支配』原理とほぼ同じ意味をもつようになったこと、を意味すると言いうことができる⁷」。

ここでの芦部の理解は次のようにまとめられる。実質的法治国家とは、基本権ないし基本的人権を実質的に保障する法治国家であること、その背景にあるのは全体主義国家が法律を通じて自由を侵害したことに對する反省であること、実質的法治国家とはその意味で「法律からの自由」保障を重要な核心部分としており、その保障のために司法権による違憲審査制度の導入が図られていること、である。

違憲審査制度への言及を別とすれば、この認識は第二次大戦後に超実定的な(自然)法的価値を再評価し、かつて自らが依拠した法実証主義批判を展開したラートブルフの認識と共通したものであり、啓蒙主義自然法論に基づく国家観への回帰がここでは表明されている⁹。つまりたとえ国家が存在せずとも、不完全ながら諸個人は前国家的な(自然的)権利を享有すること、したがって国家の役割とは紛争解決のルールを定め、紛争を仲裁し、これによって自然権を確定的に保障することに限定される、こうしたロック的意味での自然法論的国家観が前提とされている。自由とは、権力からの自由であり、「法律からの自由」の欠如は全体主義をも生み出すという二〇世紀前半の歴史経験に裏付けられた認識がここにある。

実質的法治国家原理がこうした形で把

握されるならば、わが国の憲法も、明治以来の立憲主義とは異なる、新たな(啓蒙主義自然法論の再生という意味では復古主義的な)内容を備えている。

しかし同時に現代における立憲主義の意味変化は、ロック的な国家観と法律観への回帰に尽きるわけではなく、伝統的な自由主義的(市民的)法治国家に対する「社会国家」への転換という、もう一つの方向性をもっている。「社会国家」の概念は多義的だが、大きく区分すれば、市場経済秩序への国家的介入、累進課税や土地利用の制約など個人の財産権に対する制約、財の再分配を通じた給付行政・生存配慮といった契機を指摘できるが、この意味での現代国家の役割は、先に述べた実質的法治国家理念に比較して、より早くから意識されてきた。実質的法治国家への転換は、全体主義の経験とそれに続く、戦勝国アメリカの憲法が世界化したという政治的な契機が強く指摘できるのに対し、「社会国家」原理は、そもそも産業革命と都市化の進展した一九世紀以来の課題であり続けてきた。たとえばウェーバーの法社会学においては、市民革命期以来の「形式法」によっては人権は十分に保障されないことが主張され、「実質的」に保障する「実質法」への転換傾向が記述されている¹⁰。この指摘は社会的諸立法による個別的な対処を述べた

ものだが、この流れはワイマール憲法以後、生存配慮を国家に要求する社会権の承認と社会国家理念の宣言として結実していく。ただここで、そもそも行政上の措置や配慮を不可欠とする社会国家理念は、法律による形式性を重視する法治国家理念と両立するものかどうか、という疑問がフォルストホフ等によって早くから提起されてきた¹⁰。しかし社会国家の理念は、一般的には伝統的な法治国家の論理と両立する「社会的法治国家」として理解されている。

しかしそれならば国家からの自由を想定する消極的権利と、国家による自由を想定する積極的権利はどのように調和させられるのか。ここに人権の「実質的保障」概念が登場する背景を見ることが出来る。社会国家は、形式的な自由や平等を確保するのみであった市民法を批判し、社会への積極的な介入を図る点で、別の意味での実質的法治国家でもある¹¹。わが国の憲法もまた、財産権に対する制約条項に見られる通り、この意味での社会国家原理を採用しつつ、市民的法治国家との融和が図られている。

現代国家は、この意味で人権保障に関して二重の配慮を求められている。前者の実質的法治国家論の立脚する国家観は、法律からの自由保障を主眼に置くのに対し、後者の実質的法治国家論の立脚する

国家観は、自由のもたらす弊害除去のために、「法律による」自由確保を国家権力の正当化根拠とする。この意味で現代の立憲国家は、自然法論的な国家理念と社会国家理念との混合形態を作り出している。だが正反対の方向性をもつ権力正当化根拠が同居するということは許されることなのか。相対立する理念が共存するということは、それらのいずれも正当化根拠としては最終的でも最高のもでもない、ということになるのではないか。

こうした混乱の結果、現代の立憲主義国家では実定的「法律」の形も非常に不安定なものにならざるをえない。法律は人権の守り手と位置づけられているのか、それとも人権を侵害しうるものとして憲法は考えているのか。現代の公法理論はこれにいかに対応するべきなのかが問題となる。そこで伝統的な法治国家の枠組みを維持しつつ、実定的法律の不安定な地位を整合的に説明する上で編み出されたのが法律の留保理論の二重化であったと考えられる。

3. 法律の留保理論の変容

(1) 宮沢俊義による区分

「法律の留保 (Vorbekalt des Gesetzes)」は、ドイツ行政法学上の「法律の優位」原則と共に、法治行政を実現する上で定式化

された概念である。この概念の前提となっているのは、国民の「自由と財産(Freiheit und Eigentum)」を制約する特定タイプの行政活動に限り「法律」形式による議会の事前承認を要求する、つまり自立的に活動しうる行政権の存在と、それを抑制する議会とを対置させた統治構造である。この構造が侵害留保理論としての法律の留保理論に対応する¹²⁾。

君主制を維持しつつ、立憲主義への移行を図ったドイツや「王政復古」としての君主制を基盤とした明治国家において、法律の留保理論は、(数々の例外が認められていたにせよ)自由主義的な意義を備えていた。だが自然法思想の再生を背景とした第二次大戦後の日本憲法学において、法律の留保理論は一転して批判の対象となる。先に引用した芦部の指摘やラートブルフの認識にもみられるように、法律の留保理論は、法律実証主義の支配の中で、法律によりさえすれば、行政権による基本権制約も許容する理論として克服の対象とされていくことになる。

こうした認識の背景には、人権を専ら前国家的な自然権的性質のものと把握する、現行憲法特有のイデオロギー性が絡んでいることは疑いない。とはいうものの、行政法学の問題意識からすれば、行政権の活動に際して法律の根拠を不要とするわけにはいかない。憲法学と行政法

学は同じ公法学に属しながらも、それぞれ自ら注目する側面から法律の留保を理解し、それぞれの立場で正反対の評価を下すという分裂を生み出した。官澤俊義の論文「『法律の留保』について」は、こうした乖離を埋め、「法律の留保」を統一的に把握しようとする試みであったといえる¹³⁾。

官澤によれば、法律の留保は二つの意味に区分されるべきである。一つは人権保障のために憲法上禁止される法律の留保であり、もう一つは法治行政の必須条件としての、遵守されるべき法律の留保である。官澤は法律の留保理論のもつ諸刃の剣的な機能を指摘しつつ、この危険を回避するために、法治行政としての法律の留保を *Vorbehalt des Gesetzes* とし、基本権を侵害する法律の留保を *Gesetzesvorbehalt* というドイツ語に対応させた¹⁴⁾。こうした区分は官澤憲法学の権威のもとで、とりわけ憲法学の中では広く受容されていくことになる¹⁵⁾。

(2) 留保の不可避性

しかしこの二つの意味の「法律の留保」を現実的にはいかに区分するかという大きな問題がある。区分の基準として、二重の基準論を援用することも考えられる。つまり経済的自由に対する法律の留保は

遵守されるべき法律の留保だが、精神的自由に対する規制は禁止される法律の留保である、といった形で設定する方法である。たしかに日本国憲法の条文は、経済的自由権に対しては法律による制約を承認する一方で（二十二条、二十九条）、信教の自由（二十条）や言論の自由（二十一条）といった精神的自由権の保障規定では、明治憲法のような「法律の範囲内」といった留保を附していない。この意味で二つの法律の留保は、二重の基準論に依拠しつつ区分することも可能であるかに思われる。しかしそもそも実態として、刑法典をはじめとする、多くの法律は精神的自由に対しても規制を加えているし、公共の福祉との調和を図る上で、精神的自由に対しても規制が必要であることは実際には認めざるをえない。結局のところ、精神的自由に関わる諸権利のうちでも、何が禁止されるべき法律の留保なのかは個別に検討せざるをえない。少なくとも人権を制約する法律の留保は許されない、といった言明だけでは何も言及しないに等しい。保護されるべき自由と、規制されるべき自由とは、具体的な社会状況の中ではじめて確定される以上、これだけでは区分の基準としては機能しない¹⁶。

この区分をさらに困難にするのは、社会国家ないし福祉国家理念による国家介

入の要請である。社会的・経済的に安定した市民生活を促進させる上で、現代国家は全体主義体制の過去を否認するにもかかわらず、かつて以上の国家的規制が存在する（「規制緩和」の掛け声はそれを逆に裏付けている）。しかもそうした介入は必ずしも市場への介入や財産的自由への制約といった古典的な領域にとどまるものでもない。マスメディアの発達によって、個人のプライバシーや名誉保護のための国家的規制は現行憲法の制定された半世紀前の想像をはるかに超えるものに変容している。携帯電話やサイバーネット空間を利用した大規模化・組織化した犯罪行為は、一九世紀の市民法秩序のみならず、二〇世紀以降の古典的「現代」像にとっても想像を超えたものである。一般化された「禁止されるべき法律の留保」といった範疇が存在するとしても、その領域は法社会学的実態を反映させた具体的な考慮によることが不可欠である。

しかし官澤の念頭にあるのは（少なくとも同論文においては）、昭和初期の旧憲法下でみられた法律による基本権侵害であり、それは今日からみれば古典的な想定で旧憲法体制の批判に立脚した官澤の処方箋は、法律の存在以前に自由が存在し、国家が手出しさえしなければ自由は大枠において維持されるという先に述

べたような（ロック流の）自然法的秩序観の採用という点でのみである。しかしこれは「法律」を通じて自由や平等を実質的に確保することをめざす社会国家としての「実質的法治国家」とは、逆の方向を志向しているといわねばならない。

むしろロック的な権利観を採用するからといって、法律はすべて自由と人権の敵となるわけではない。実定憲法典の人権カタログにみられるように、具体的な経済・社会的環境を捨象して記述されている抽象的な人権規定は、法律を通じて、その外延部分が「禁止」されることによって、その具体的な保障内容が明らかになるという性質をもっている¹⁶。ロックが前国家的・自然的な所有秩序を想定しつつ、共通の立法権力や裁判権を求めたのは、自然権の認定が個人の主観や恣意に流れるが故であり、人権の確定的な保障にとって法律の規制は不可欠である（いうまでもなくロックは法律による規制を否定しているわけではない）。宮澤の想定する実質的法治国家論のみる法律観は、全体主義体制下でみられた、法律の形態を取った人権侵害事例に目を奪われる余り、人権が法律の留保下に置かれることではじめて確定的に保障される、というごく当然のことすら認められなくなった奇形的な議論というほかない。要するにロック的な自然法論国家観に依拠すると

しても、人権が法律の留保下に置かれるという論理構成をとりたてて排除する必要は本来ないのであって¹⁸、当該法律が不当な人権制約に該当するかどうかは、個々の事例に応じた判断をしていけばよいはずである。

このように宮澤の説いた法律の留保区分は、実際的な法理論としては有効に機能しないといわざるをえない。しかし法律の留保の二重化理論が戦後日本の憲法学の中で広く受容された背景には、現代国家の「実質的法治国家」と「社会国家」という二つの相矛盾する国家理念の同居という事情があった。つまり同一の憲法典内で承認された二つの国家理念の共存は、自由を制約する規範としての法律と、自由の保護者としての法律という、異なる法律観を不可避的に生み出す。許される法律の留保と、許されざる法律の留保の区分はまさにこの区分にそれぞれ対応させられることで、国家観の二重化に由来する法律概念の混乱を矛盾なく説明することに成功したかにみえたのである。

とりわけ現代国家はその実態として、無数の「社会的」規制に覆い尽くされている。このような中で説かれる法律の留保の禁止は、際限なき法化（*Verrechtlichung*）と行政国家化に対抗する、自然法論に依拠した理念的な歯止めとして、一ちよどわが国の自衛隊が実態において世界有

数の「戦力」を備えるにもかかわらず「戦力放棄」の建前を維持することで、軍事力の増大や暴走に歯止めが掛けられるかのように感じ、国民世論は自衛隊と憲法九条のいずれをも、その矛盾を感じつつ支持してきたかのような形で、受容されているといえるのではないか。

4. むすびに代えて

以上、立憲主義の意味変化を背景とするわが国における「法律の留保」論の変遷について辿ってきた。「法律の留保」は講学上の概念としてわが国の公法学において一般的であるにもかかわらず、その内容理解は論者によって大きく異なっている。本稿はこの混乱を整理することを試みたものだが、この論点はもう一つのより根源的な論点にも関わっている。すなわち「法律の留保」理解の変遷と、行政国家的現実の中での「法律の留保」の氾濫は、公法と私法の二元論を前提とする古典的な近代市民法理解や国家社会二元論に立脚してきた憲法理解の転換を反映するものであると同時に、転換の要因でもあるということである。

現代のこうした流れを理論的に追認し、また追求する議論として、たとえばイェッシュによって典型的に説かれる全部留保理論の存在を指摘することができる¹⁹⁾。

全部留保理論は行政実務や行政法学において通説的地位を占めるものではないが、この理論は、伝統的な「法治国家的法律概念」や「二重法律概念」への批判を、国民主権を強調する憲法構造から説いており、国家社会二元論に対する批判的視座に由来している。その意味で全部留保説は、国民主権理念を重視する憲法学においてなじむものとして意識的、無意識的な形で受容されている²⁰⁾。ただこうした理論枠組みは、法律と命令との区分を設けた伝統的な法治国家理解を崩壊に導くことも考えられる。ナチス体制の成立が、総統の立法権を承認し、法律と命令の区分を否定した授權法の成立に求められるとすれば、全部留保理論の構造には同様の危険が潜むことは十分に認識されなければならない。この危惧は、「鉄の檻」としてウェーバーが灰色に描いた「合理化過程としての西欧近代」ともそのまま重なるものとなろう。この危惧をウェーバーと共有するならば、「法律の留保」論の検討は、現代国家の形そのものを問い直す契機になると思われる。

註

- 1 福島工業高等専門学校 一般教科専任講師 (いわき市平上荒川字長尾 30)
- 2 辻清明「法治行政と法の支配」(『思想』三三七号、一九五二年所収)。柳瀬良幹「法治行政と法の支配—辻教授の所説について」(『法律時報』二四卷九号所収)
- 3 アメリカ法において「法の支配」は違憲立法審査制度を通じた「憲法の支配」として結実している。
- 4 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣、二〇〇二年、五九頁)は、「法の支配」論が一時期下火になった背景として、ダイシーの意味で法の支配を理解すれば、十九世紀型の消極国家観を容認するものとなり、日本国憲法と適合しなくなると考えられた点に求めている。
- 5 佐藤幸治、前掲書、六四頁。
- 6 例えば Christian-Friedrich Menger, "Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz", in: hrsg. v. Ernst Forsthoff, "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit", S.58, 1968.での「ボン基本法における法治国家概念は、従来の行政法理論におけるような形式的なものではない。ドイツ連邦共和国は、むしろ実質的法治国家として組織されている」といった表現にその典型をみることが出来る。
- 7 芦部信喜『憲法学 I 憲法総論』、一一〇頁、有斐閣、一九九二年。
- 8 「五分間の法哲学」(『実定法と自然法』東京大学出版会、一九六一年、二二八頁)においてラートブルフは、人権宣言中の諸原則の若干のものは、「自然法または理性とよばれ」、「ことさらにする懐疑のみが疑問を維持しうる」とし、自然法上の諸原則への回帰を表明している。
- 9 マックス・ウェーバーはこの流れを近代法の「脱形式化傾向」と捉えている(世良訳『法社会学』創文社、一九七四年、五一六頁)。ここでは契約自由の原則に対して正義、人間の尊厳に依拠した社会法の要請が描かれている。
- 10 Ernst Forsthoff, "Das Wesen des Rechtsstaats", in: hrsg. v. Forsthoff, "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit", 1968.
- 11 たとえば Reinhold Zippelius, "Allgemeine Staatslehre", 12. Auf., 1994, S. 288 は、実質的法治国家の特徴を、社会国家思想を通じた自由と平等との内容的な豊かさ、社会的正義の実現、人格展開のための現実的条件の整備や機会の平等の保障といった点に求めている。
- 12 大橋洋一『行政法』有斐閣、二〇〇二年、二四頁、三二頁。ここでは旧憲法は緊急勅令や独立命令等、法律の根拠なき行政権の行為を認めていたが故に、

「当時の日本には侵害留保理論を展開する憲法的基盤が欠けていた」（三三頁）とする。しかしこれらは憲法で規定された法律の留保原則の例外と位置づけられるものであり、「憲法的基盤が欠けていた」とはいえまい。

- 13 官澤俊義『憲法の原理』（岩波書店、一九六七年、三五七頁以下）所収。
- 14 たとえば佐藤幸治『憲法（第三版）』は官澤以来の区分をそのまま踏襲している。この区別は、ドイツにおいてもワイマール期からリヒャルト・トーマによって説かれてきたが、今日でも十分に区別されているわけではないようである。たとえば Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 14. Auflage, S. 537 も *Gesetzesvorbehalt* を *Vorbehalt des Gesetzes* の意味であるとし、*Vorbehalt des Gesetzes* の項目は設けていない（これに対し Rudolf Weber-Fas, "*Wörterbuch zum Grundgesetz*", 1995 では VdG を法律による行政とし、GV は基本法八条二項が屋外での集会規制を法律に授權するがごとき、基本権への制約を認める留保としている。カール・シュミットはワイマール憲法一一八条が表現の自由を「一般的な法律の範囲内で」認めていることにつき、「はじめから制限された権利を示すように見え」「不明瞭」であるとしつつ、このことは意見表明の権利が絶対的な基本権とみなされないわ

けではないとし、基本権への法律の留保が基本権侵害を正当化するわけではないと説いている (Carl Schmitt, "*Verfassungslehre*, 8. Auflage", S.167, 1993)。また Peter Badura, "*Staatsrecht*, 2. Auflage", S. 276ff., 1996 は、VdG と GV の二つの表現を使用しているが、内容的な区別を設けていない。長尾一紘『日本国憲法（第三版）』（世界思想社、一二九頁、一九九八年）は、この区別を支持しつつ、GV について次のように述べている。「『法律の留保』は、憲法に規定された権利・自由についても法律によるのであれば制限できるということを説明する原理として機能するようになった（傍点本稿筆者）。これをとくに『法律留保』というときもある」とする。この説明が示すように、区分は結果的に果たしている機能の違いに着目されて設定されており、理論的区分ではないことを示している。同様の記述として野中・中村・高橋・高見『憲法Ⅰ』（有斐閣、二〇〇〇年、三二頁）にもみられる。

- 15 ただし憲法学においても、そもそも法律の留保概念そのものを使用しない場合も見られる。松井茂記『日本国憲法（第二版）』（有斐閣、二〇〇二年、二一二頁）は、「およそすべての行政権は法律に基づいてのみ行使されうると考えなければならない」以上、法律

事項以外の領域での行政権の自由な活動を許容する法律の留保理論は、「日本国憲法の趣旨には適合しない」とする。ただこれは法律の留保理論を専ら侵害留保と理解する立場からの否定論で、法治行政の側面を否定するわけではないことはいうまでもない。

- 16 権利の制約の可能性について、精神的自由と経済的自由とを区分するような書き方をボン基本法ではしていないため、こうした議論を展開する意義はドイツでは存在しない。たとえば（意見表明の自由・知る）「権利は、一般的法律の規定…によって制限を受ける」（基本法五条二項）とし、法律の留保の可能性を率直に承認している。その意味でも宮澤の区分論はドイツ法学的な装飾を施しつつも、きわめて特殊日本的な議論を展開していたといえよう。
- 17 「この抽象的権利は必然的に、この権利が抽象的であるというまさにその理由から、人格性およびそれから生じてくるものを毀損しないことという消極的なものに制限される。それゆえ抽象的権利の領域では権利の禁止のみが存（する）」（Hegel, "Grundlinien der Philosophie des Rechts", § 38, Suhrkamp STW, S.96f.）という言葉も、抽象的理念が否定的規定により具体化していく論理を示している。要するに具体的な自由の内容を確定

し、享受する上での抽象的権利規定への制約の必然性を説く。

- 18 その点、美濃部『日本国憲法原論』（有斐閣、一九四八年、一六三頁）が、「新憲法が斯かる法律萬能主義の思想を排斥し、自然法學の哲理を認め…、人間には天賦の不可侵の権利が有るといふ思想をその根底として居る」という言及は、『憲法撮要（第五版）』（有斐閣、一九三五年）の「國家契約説ノ支持スベカラザルコトハ今日ニ於イテハ一般ニ承認セラルル所」（七七頁）としていた立場からの大きな転換といえる。しかしこうした実証主義的法律学者の誰もが、直ちに宮澤や美濃部のごとき法哲学的基礎の転換を見せたわけではない。たとえば佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣、一九五二年）は「憲法の基本的人権といものは、法的権利である。苟も法において権利という以上、それが法的権利であること、當然である」（三九二頁）とし、「國家は、基本的人権の行使が公共の福祉に反するの事態を來すことのないよう、必要な制限を定め得る。法律によるべきこと勿論である」（四〇〇頁）とする。また民法では我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、一九六五年、三二頁）が「すべての私権は法によって認められるものであり、…法ないし国家より

木原：現代国家における「法律の留保」について—立憲主義理解の変容との関わりにおいて—

も以前の、あるいは以上の、私権なるものはあり得ない。従って私権はその成立のそもそもから社会全体の福祉と調和する限りにおいてだけ、存在するものである」とし、新憲法制定後も宮澤や美濃部の議論とは一線を画している。これは我妻の統制経済ないしは福祉国家を志向する民法理論からすれば当然の表明であろう。

19 Dietrich Jesch, "Gesetz und Verwaltung",

2. Auflage, 1968, S. 180ff.など。これについては遠藤博也「イエッシュにおける憲法構造論」(『北大法学論集』一八巻三号)参照。日本では戸波江二『憲法』(ぎょうせい、一九九八年)、三六四頁。

20 たとえば今村成和「『法律による行政』と『法の支配』」(別冊ジュリスト『行政法の争点』有斐閣、一九九〇年)、一五頁は、「法律の留保」の理解についても、伝統的な侵害留保理論を批判し、行政はすべて、常に法律に基づかねばならぬとする全部留保説を説く。そしてこれが「法の支配」に即した、あるべき日本国憲法の理解であるとする。