

## 基本権の意味の変遷

田 上 穰 治

一  
憲法の規定のうち、統治組織に関するものは技術的性格が強く、国民の思想的変遷が著しい時代にあっても固有の価値を失わないのに反して、基本権の保障の正しい評価には、憲法の前史的(1)前提を考慮に入れなければならない。

英国の憲章から発展した基本権の保障は、元来は国民全体の名において君主の統治に介入する等族の特権を認めたものであって、君主の統治を法的に拘束する構成的な憲法原理であるが、各個人が国権の発動に対して自己を防衛する消極的な不可侵権ではなかった。それが個人

主義的な自然権の意味をもつに至ったのは、英国教会に対する独立派の信仰闘争、クロムウエルの軍隊による人民契約にみられる特殊な歴史事情や急迫した政治的動機と、合理主義的な自然法、さらに宗教改革における信仰の論理とによって、国権をもつても個人の自由を侵すことができないとする原理が確立され、これが一八世紀の北米諸州およびフランスの人権宣言にみられるように、伝統を求める人類の普遍的努力により、等族の権利に関する英国憲章と思想体系的に結合したためである。

ところで明治憲法においては、欽定憲法の性格から天皇が臣民の権利を付与したものと解され、君主の統治権に対立し抗争した沿革はない。基本権は天皇が裁可する

立法権を拘束せず、天皇の委任による行政庁と裁判所に對抗できる権利として保障されるに過ぎなかった。また当初は、欽定憲法の条項により創設された権利であるから、基本権の規定は制限的列挙であり、そこでは法律の留保が独立命令を排除するものと解された。けれども民主政治の進展に伴ない、判例および学説は次第に、憲法の列挙に洩れた国民の生活範囲においても国権の発動に法律の根拠を要するものとする個人主義的自由主義的原理を採った結果、憲法の規定を包括的な自由権の例示的列挙と解するに至ったが、君主の統治権、殊に法律に対しては基本権を主張することを許さず、また公共の安寧秩序を保持するために発する警察上の独立命令（旧憲法九条）は、憲法の列挙する自由を規制できるものと解され、さらに法律の合憲性は、明白な形式的瑕疵のある場合を除き、裁判所の審査権の及ばないところとされた。

元来の自由権は、初期の立憲君主制、すなわち背景に無制約な権力をもつ前世紀の高権的国家を前提とするもので、古い高権の思想と新たな自由の主張が緊張関係に立つ政治を特色づける。<sup>(3)</sup> 反対に、民主政治によって国の統治組織と国民との同質性が確立されると、参政権が自

由権に代って基本権の王座を占めることになる。ルウソオの社会契約論が不可侵の自由を認めない全部委任説であり、またワイマール憲法の制定にあたりプロイスが基本権の保障を必要なしと主張したことは、これを示している。けれども明治憲法のように、民主政治が進展しても国権の基礎が限られた社会階層におかれる場合には、これに防衛的な姿勢をとる自由権が相対化されるのである。この場合には多くの自由権が、行政権および司法権の発動を法律によらしめる法律の留保、殊に法治行政の原則の例示規定に変質し、法律をもって侵すことのできない自由権は例外とされ、現実の侵害に対して訴訟上の救済が与えられないプログラムの規定は基本権から区別される。例えばアンシュッツは、前世紀のプロイセン憲法につき主張した三分説をワイマール憲法の基本権に適用して、法治行政を例示する形式的な規定のほか、実効性ある実質的な規定と立法の指針として具体化のため法律を要する法原理とを区別する。法治行政の例示規定は、本来の自由権が民主政の進展に伴ない客観的な法原理に転化したものであり、実質的な規定は二〇世紀においてなお自由権としての保障を定めるものであって、単

純な法原理に止まるものは、基本権の実質を欠くと解するのである。<sup>(4)</sup>

次に日本国憲法は、第一三条で生命・自由および幸福追求に対する国民の権利につき包括的な保障を定めるから、個別的な自由権の規定が例示的列挙であるのは明らかであるのみならず、第一一条と第九七条で基本的人権を侵すことのできない永久の権利と定め、第八一条で法令の合憲性につき司法審査権を認めるから、基本権は立法権に対しても保障されることになった。こうして基本権の保障は、国民の総意または多数者の支配を意味する民主政の論理を制約し、これに併立または優位するに至る。けれどもこのような憲法の変更によって基本権の意味がどのように変ったかは、精神的考察を要する。

ポツダム宣言の受諾に伴ない、幣原内閣の憲法問題調査委員会が作成した憲法改正草案では、天皇制に関する明治憲法の原則が維持されたが、日本国憲法はマッカーサー草案を参考として、総司令部との折衝により起草されたものであるから、民主主義・責任政治を基本方針とし基本的人権の尊重を要求するポツダム宣言と、これに基づく降伏条項の実施を使命とする総司令部の占領政策

とは、今日の基本権の意味を理解するにあたり看過できない事実である。総司令部、殊に民政局は戦時中の政治家、官僚に極端な不信を抱き、追放令を適用したほか、国会の法律に基づき内閣の行政権により総司令部の指令または承認なく国民に権力的規制を加えることを、原則として許さず、また地方公共団体に対する国の監督権を否認し、行政権を大幅に地方に委譲させた。昭和二〇年一〇月四日覚書は、治安警察法、宗教団体法、出版法、新聞紙法等を廃止または停止せしめ、団体等規正令、物価統制令、公益事業令等は総司令部の指令に基づくポツダム政令であり、保安警察は人口五千以上の市町村による自治体警察を原則とし、国家地方警察も都道府県公安委員会の運営管理に服せしめた。その結果、憲法の保障する自由および権利が濫用される場合にも、超憲法的な総司令部による規制は格別として、わが憲法上は無制限の自由が保障され、個別的な自由権の規定に条件を明示する場合(三三、二九)を除けば、基本権を規制する法律・条例等は一般に違憲とする学説を生じた。例えば、集団行動につき届出義務を課する公安条例は、集会等の自由を一般に認めるものであるから、当初から合憲と解され

たのに反して、許可制の条例は、その対象を当時の治安情勢に照らしやむを得ないと認められる範囲に限定し、かつ不許可の事由を必要の最小限度に制限して、許可権の濫用を防止するに足る立法措置が講ぜられる場合に過ぎり、合憲とされた。ただこれに関する法制局の意見にも二三年七月二二日の意見と二五年六月二九日の意見とで微妙な相違があり、前者には許可制の条例の違憲性を強調する表現があるが、これは当初、集団行動の規制につき消極的であった総司令部が、二五年朝鮮事変の勃発、国内の治安情勢の悪化等によって占領政策を転換したことに影響されたことは明らかである。

占領政策のほか注意すべきことは、占領下に始まる保守政権が現在まで二〇年間継続し、このため基本権を規制する国の立法は、保守党の政策に基づくもので、行政権を濫用する虞れがあるものと考え、政府と対立する革新的な立場から違憲論を展開する傾向である。例えば、権力的行政の根拠となる法律は、具体的明確に要件を規定しないかぎり、基本権の保障の趣旨に反して違憲と解する主張があり、また法律に基づく具体的な取締りは、原則として裁判官の令状、判決等の司法権によるべきも

ので、行政処分または行政上の即時強制によることを違憲とする見解がある。国会議員の過半数が保守政党に属し、保守政党の単独政権である現状から、近い将来においても革新政党との間に政権交代が期待されないとすれば、国の立法および行政を敵視し、政治的中立が保障される司法権の判断に大きく期待することは、当然であろう。ただそれは憲法の論理から当然の帰結ではなく、議院内閣制を認めるわが憲法に政権交代を阻む条項がないのはいうまでもない。国民主権の原則は、正当に選挙された国会を通じて国政が行なわれることを意味し、保守政権たる革新政権たるを問わないのである。国民が選挙した国会の多数勢力を国民の真の代表でないとするには、選挙制度に欠陥があるか、選挙権者の無自覚によって現実の投票の結果に誤りがあることを指摘できないればならず、選挙の公正、選挙制度の改革にふれないで議会政治を軽視し、政治問題の最終的解決を司法権の判断に求めようとする態度は、国民主権の原則に反する。ただ政局の硬直化が近年のわが国の憲法論に多くの影響を与えていることは、無視できない。国会においては国民全体の利益に適合する政策を論議すべきであるに拘わ

(23) 基本権の意味の変遷

らず、合憲・違憲の論争が多い近年の異常な事態には、多数決の結果が当初から予測できるため、少数意見を法廷で主張し多数決を違憲として争う含みが感じられる。また高度の政治問題につき、司法審査に親しまないとする統治行為の法理にならう判例に、一部の強い不満が示されることも、このためである。

(1) Ule, Über die Auslegung der Grundrechte, Archiv für NF, 21, S. 117ff.; Ernst Rudolf Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, Archiv für NF, 23, S. 1ff.

(2) 田上穰治, 法律による行政五二頁以下。

(3) Huber, a. a. O. S. 6ff.

(4) Anschütz, Verfassung des Deutschen Reichs, 1930, S. 449ff.; Derselbe, Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat, S. 91ff.

二

日本国憲法の基本権の保障において自由権の規定が大半を占めていることは、マッカーサー草案にならったためとはいえ、まだ民主政治がわが国に充分定著せず、政局の硬直した現状では意味がある。けれども明治憲法の

基本権の規定に法律の留保があったのと異なり、現行憲法の個別的自由権の規定に法律の留保がないことから、無条件の保障を主張する学説があるが、賛成できない。

沿革的にわが憲法の模範とみられる合衆国憲法修正第一条以下においても、無条件の保障が規定されるが、修正第一四条は州の法律が人の生命・自由または財産を規制する場合に、法律の定める正当な手続によることを要するものとし、わが憲法第三一条はこれと同趣旨の規定と解される。わが憲法には正当という字句がないが、これは第一三条の公共の福祉の条項で補うことができる。合衆国憲法の財産の字句がわが憲法で、その他の刑罰におきかえられたのは、一九三七年合衆国判例の変更が示すように、資本主義を修正する社会国家的原理の下では、もはや財産権の保障を過大視することができないからである。したがって基本権として保障される自由にも法的限界がある。ただ自由の本質が自然法的に決定される結果、これを規制する実定法はその限界を確認し宣言する意味をもつ。いかえれば自由権の憲法規定が立法権の発動を拘束するのであって、明治憲法の法律の留保が行政権と司法権を拘束するに止まり、民主政の立法国家的

原理により基本権が相対化されていたのと、異なる。

自由権の保障は、立法権および行政権による侵害から個人の自由を保護するものであるから、国会が国の唯一の立法機関であって、行政権の行使を統制できる国民民主権の下では、民主的多数者の支配に対して少数者の権利を保障するものといえる。したがって民主政の論理と異なる憲法の論理、すなわち法の支配に基づくもので、司法権の優位と本質的に関連する。<sup>(6)</sup>ただ憲法第八一条が合衆国の普通法における違憲立法審査権を明文化した根拠は、必ずしも明らかでなく、マッカアサア草案では、最高裁判所の違憲判断に対して国会に再審を申し立てられる旨を定め、民主政の論理を貫いていたが、人権の保障に反する意味の違憲判断については、現行第八一条と同じく最高裁判所を終審としていた。また行政権に対する不信を前提とする学説が、議院内閣制をとらないこととわが国と異なる合衆国の伝統にならない、一般に個人の自由の規制につき司法権の判断を要するものとするのは、理解しがたい。憲法第三三条および第三五条は、逮捕、住居の強制立入り、捜索、書類および所持品の押収について裁判官の発する令状を必要ならしめている。このよ

うな重大な自由の規制につき、その必要性の有無と規制の程度を行政当局の判断に委ねることは、基本権の保障に適しないものとし、政治的中立が保障される裁判官の判断を権威づけたものとみるならば、令状主義の規定は広く他の条項における自由の規制にも類推すべきものとなる。けれども裁判官の判断が比較的公正と認められる根拠は、訴訟手続と職権の独立にあり、対審において審理をつくし、訴訟当事者に対する関係で確定力があるに止まるからである。行政機関についても、その判断が政府与党によって政治的に歪曲される虞れがあれば、公安委員会その他の合議制を採り、訴訟に類する行政手続を定めることによって、その適正を維持できる。また憲法第三三条が犯罪を理由とする逮捕の規定であるのに対し、第三五条が犯罪の捜査に関するものかどうかは、明らかでない。けれども前後の規定がいずれも刑事手続に関するものであるのみならず、食品衛生法・薬事法・消防法・警職法等は令状なく強制立入りができる旨を定め、国税徴収法の認める家宅捜索、差押えの権限もまた令状を要せず、銃刀法もまた令状なく、拳銃等の提示を求め、一時保管する権限を定めている。それは刑事手続

が司法権の固有の範囲に属するからであって、その処罰は自然犯に対する道義的非難を要素とし、かつ秩序罰に比較して被告人の人格に加える侵害が重大であるから、民主政の論理に親しまないためである。これに反して、精神錯乱者の保護または強制的な入院措置、租税滞納処分による財産の差押のような、行政目的のためにする規制までも裁判官の令状を要するものとすれば、裁判所が積極的に行政権に介入することになって、行政に関する民主的責任と監督を著しく困難ならしめ、民主政の論理に反する。

なお行政庁による自由の規制を裁判所による規制との関係で、一種の仮処分と解するならば、立法にあたり両者のいずれを選ぶかは大差がないことになる。もとより取消訴訟の提起には出訴期間を遵守しなければならず、また取消し、無効確認等の判決が確定するまでは処分効力・執行等が停止されないのを原則とするから、行政庁による規制は、判決による場合に比して迅速であり、かつ裁判による救済を不可能ならしめる虞れがある。このように両者のいずれを選ぶかは、規制される人民の権利を保護する観点からすれば、立法府の裁量が比例原則

により拘束されるようであるが、規制によって保護される公衆の利益と民主政の論理からすれば、立法政策の問題である。

(5) Kägi, *Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, S. 152 ff.; Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 125 ff.

### 三

基本権の通則として、憲法第一二条は、国民が基本権を濫用してはならず、常に公共の福祉のために利用する責任を負う、と定める。権利の濫用は権利の根拠となる法の目的に反する行使であるから、違法となるのに反して、公共の福祉のため積極的に権利を利用する責任は、同条前段の基本権保持の義務と同じく、法的に強制できるものではない。公共の福祉を増進する義務を強制することは、警察国の原理であって、人権を尊重する法治国原理と相容れない。次に憲法第一三条は、公共の福祉に反しないかぎり、立法その他の国政の上で、基本権を最大限度に尊重すべきものと定める。基本権の行使が公共の福祉に反する場合には、権利の濫用ある場合および権

利が法的限界を超えた場合が含まれるから、公権力によって規制することが当然に違憲であるとはいえず、ただ最大の尊重の原理は規制を受ける者の権利についても認められるから、規制は公共の福祉のために必要な限度を超えてはならない。ここで、基本権の保障の限界を示す公共の福祉の意味が問題となる。

ポツダム宣言の受諾による終戦の変革を通じて制定された現行憲法では、人権の保障は、民主政の論理と明確に対比される憲法の論理に属するから、その限界として公共の福祉もまた憲法の論理により決定さるべき概念であって、立法政策により左右されるものではない。立法に示される民主的多数者の利益が当然に公共の福祉に該当するものとすれば、公共の福祉による限界は、旧憲法の基本権における法律の留保と異ならないが、それは誤りであって、公共の福祉の概念は合衆国憲法の正当手続の条項と同じく、実定法の合憲性に関する司法審査の基準となるのである。ただ国会に不信を抱く学説では、公共の福祉が不確定な価値概念であるため、立法権の濫用を防止する機能を果たすには不十分であると、これに代えて、自然の自由内に在する制約を主張する。立法権

の発動は、自由がこの内在的制約を超えて濫用されたとき、社会秩序を回復し維持するために必要な限度で許されるのである。けれども人権につきこのような自然法的限界を認めながら、公共の福祉の概念を単純に法実証主義的に解釈することは、方法的に矛盾である。公共の福祉は実証的には多義的概念であるが、憲法の論理からすれば、普遍的な人権の法理と不可分の関係にあると解される。

公共の福祉を狭義に解して市民的法治国の概念とするときは、基本権についての最大尊重の要請から演繹される。第一に、基本権はすべての国民に平等に保障されるべきもので、最大尊重の要請は、特定の国民の権利に限定して考えるべきではない。一部の国民が権利を濫用し、周辺の多数の国民の権利と自由を妨げる場合には、多数者の権利と自由を保護するため、権利の濫用を規制し地元社会における国民相互の権利の調整をはかることが、最大尊重の要請であり、公共の福祉の意味であるといえる。これは立法権を拘束する平等の原理が、個人主義的な自由の理念に優位することを示している。<sup>(6)</sup>第二に、最大の尊重の直接の意味は、国権により一般国民の基本権



(27) 基本権の意味の変遷

を規制してはならない意味の消極的身分をあらわすが、このほか基本権が第三者または自然力により侵害される虞れがあり、または現実には侵害されたとき、国権によって妨害排除その他の保護を加えるべきことを意味する。第一の理論において、権利の衝突が関係者の自主的調整により解決される場合には、国権による規制が比例原則に反することになるように、第二の理論においても、正当防衛または緊急避難によって自己または第三者の権利を防衛することができる場合には、公共の福祉による規制は許されない。けれども現実には権利の防衛ができない場合があり、それが抽象的に予想されるかぎり、第三者の侵害に対して法的規制を加えることは、最大尊重の要請である。ワイマール憲法第一一二条は、すべての国民が国の内外にあるを問わず外国に対する関係で本国の保護を求める権利があることを保障する。わが国では旅券法が、在留邦人に国の保護を請求する権利があることを前提としており、また国内においても裁判権、警察権その他によって基本権の保護を求めることが保障されなければ、最大尊重の原理に反する。裁判所において裁判を受ける権利は、單純に本案裁判を請求する権利と解する

ならば、参政権とともに主働的身分に加えることができ、請願権とともに人権と不可分の性質がある。

右のような公共の福祉の概念は、一七九四年のプロイセン一般州法典の警察の責務に関する規定に示される公共の安全、公共の秩序と本質を同じくする。この法典第二篇第一七章第一〇条は一八八二年プロイセン高等行政裁判所のいわゆるクロイツベルク判決により慣習法的効力が与えられ、一九三一年プロイセン警察行政法第一四条で再び成文法となり、第二次大戦でプロイセンが東西に分割された後も、なお普通法として認められている。ここで公共の秩序とは、広く社会生活の秩序一般を示すが、公共の安全とは、この秩序の前提となる最小限度の法秩序が維持されることであって、人の生命・身体・名誉または財産に加えられる侵害から、関係者および一般公衆が保護されることを意味する。この場合の侵害は人為によると自然力によるとを問わないが、具体的現実的でないければならず、また侵害からの保護は、切迫した侵害を予防し、発生した侵害を除去することを意味する。<sup>(7)</sup>とところで広義における公共の福祉は、次の二点で問題となる。

第一に、憲法第二二条で、居住移転および職業選択の自由は公共の福祉に反しないかぎり保障するものとし、第二九条で、財産権の内容は公共の福祉に適合するように法律で定める、とすることである。職業選択の自由と私有財産制が国民の経済生活における基本的な自由であるために、資本主義経済を修正する必要を認める現代の憲法に共通な性格として、総合的な計画によって経済政策、社会政策をすすめ、経済統制法、労働立法、社会立法等によって基本権に規制を加えることが許されなければならぬ。わが憲法は社会権の規定により、経済的な弱者の階層に国が援助を与える法制を保障しているが、その実施を可能ならしめるためにも、一般の経済生活につき積極的な福祉の増進のための規制を要する。憲法第二二条および第二九条の公共の福祉は、このような特別な意味に解される。

第二に、経済的自由におけるような広い範囲ではないが、一般に公共の福祉の概念に、基本権の保障と民主政の論理との調整が含まれることである。社会権および経済的自由権が民主政の論理と結合し、民主的多数者の決定する政策的考慮によって規制されるのに反して、一般

の自由権は、私生活の自治に基づき、消極的な公安の維持のため規制されるに止まるのが、原則である。けれども国民主権の原則によって政治団体としての国家の組織と運営に関する法秩序の維持は、基本権の保障の前提となるのであり、公共の福祉に含まれると解しなければならぬ。もとより民主政の論理は、反政府的な活動に対しても法的規制を許さず、自由な討論による多数決の結果を尊重すべきものとするが、直接実力によって国の機能を妨害し、暴力によって政府の存立を脅すことは、公共の福祉に反する。例えば、法廷等の秩序を維持し、裁判の威信を保持するために、裁判所の命令に従わない者または不穏当な行動で裁判所の職務の執行を妨害し、裁判の威信を著しく害した者に制裁を加え、あるいは公の選挙が選挙人の自由に表明する意思によって公明かつ適正に行なわれることを確保するために、選挙運動を規制することは、訴訟当事者の裁判を受ける権利または選挙における表現の自由とその他の国民の基本権との調整をはかることを目的とせず、司法権の行使または国会の組織が公正に行なわれるためであり、国の機関の正常な組織と運営を維持するための民主政の論理に基づく。公共

(29) 基本権の意味の変遷

の福祉に代え基本権の内在的制約を主張する学説には、裁判によって民事責任または刑事責任を問うことが内在的制約を意味するものとする解釈があるが、刑法の規定をみても、公務執行妨害罪は、公務員の個人的法益を保護するためでなく、全体の奉仕者としての公務の執行を確保するもので、現行憲法では民主主義の原則により規制を合憲と解する場合である。内乱・外患に関する罪も、政府を顛覆し、国の独立を侵害する行為を規制するものであって、国内社会において人民相互の衝突を調整する公共の福祉ではない。公共の福祉による規制を、法の下の平等または正当防衛等の法理によって理解するに止まるならば、右に挙げた刑法の規定、法廷等秩序維持法、公選法等の規定は違憲となり、人権の保障は民主政と相容れない原理となる。

基本権が公共の福祉に反するときは、行政庁または裁判所が規制する前提として、法律または条例でその要件を明確に規定し、かつ加えるべき規制の内容を定めなければならぬ。憲法第三一条が合衆国憲法の正当条項と同趣旨であると解するならば、法律の留保は明らかであるが、権力分立の原則からも法律の根拠を要するといえ

る。地方公共団体の条例は、当該地方公共団体の区域内の公共の福祉の実現を目的とし、かつ地方自治が司法権を含まないため民事法または刑事法の特例を定めてはならないが、行政権による規制の根拠を定立できるのは、条例が地方自治法の範囲内で地方議会の行なう民主的立法だからである。

ところで刑事犯の罰則に罪刑法定主義が適用されるのと異なり、行政目的のため基本権を規制する法規にあっては、罰則を伴なう場合にも、規制の要件を明確に定める要なく、不確定概念を用いても違憲ではない。行政法規の直接の目的は、国または地方公共の利益のために義務を課し、または違法状態を排除するために強制を加えることにある。したがって自然犯の構成要件を規定する場合と異なり、現実の政治的社会的事情によって判断することを要し、関係行政庁に責任と裁量権の余地を残すべきである。例えば、道路交通法によれば、交差点、横断歩道で駐車してはならず、その違反を処罰するが(四二条)、違反車両が道路交通の危険を生じさせ、または著しく交通の妨害となる虞れがあるときは、警察官が運転者に対し駐車の方法を変更し、または他の場所に移動す

べきことを命ずることができ、この命令の違反にも罰則がある(五一條二)。ここで駐車禁止の規定は、処罰の要件を定めることを直接の目的とせず、道路交通の安全と円滑をはかるため不作為義務を課し、また違反者に車両を移動することを命ずる要件となるものである。不作為義務の違反に対して執行罰と直接強制の一般的規定を欠くため、処罰にはこれらの強制執行に代わる効果が期待されるが、直接に交通障害を排除する効果はない。公安条例についても、集団行動に許可を要するものとし、公安委員会が許可に条件をつけ、または許可を取り消し、条件を変更することができる旨の規定があり、これらの違反には罰則が適用されるが、直接の目的は犯罪構成要件を定めることではなく、不確定概念の使用を妨げない。

けれども上述のように公安条例に関する法制局の意見では、要許可の対象と不許可の事由とを必要の最小限度に制限しないかぎり、違憲の立法であるとし、新潟県条例に関する大法廷判決(二九年一月二四日)もまた、特定の場所または方法による集団行動につき、合理的かつ明確な基準を定める場合にかぎり、許可制を合憲としている。けれども立法の段階で許可権の濫用を防止する

に足る規定を設けなければ、これを適用した具体的事件において濫用の事実が認定されなくても、違憲の立法であると判断し、その結果当然に係争処分を無効とし、処罰できないものとするには、賛成できない。法令を違憲とする最高裁判所の判断が一般的効力をもち、法令を当然に無効ならしめるとすれば、将来における行政権の濫用を防止するために法令を違憲と認定する余地があるとしても、個別的効力説における立法の司法審査は、具体的事件において不許可の無効または免訴の言渡を理由づける効果があるに過ぎないのであるから、法令の目的にしたがって処分が行なわれ、または法令に基づいて公共の福祉に反する事実が認定されたのに拘わらず、なお将来に濫用の余地を残すものとして、当該法令を違憲とし、その適用を許さないとするのは、誤りである。司法審査の直接の目的は、立法権を監督し、または消極的立法権を行使することではなく、具体的事件を離れて立法の抽象的な統制に及ぶべきではないのである。法廷等秩序維持法による制裁について、裁判官の職権濫用を防止するに足る立法的措置がとられているかどうかは、問題の余地があり、また猥褻物頒布罪における猥褻の概念が多

義的であつて、裁判官によつて具体的な適用における判断を異にする場合が予想されるに拘わらず、これらの規定を違憲としないのは、恐らく裁判官の判断が公正であつて、行政庁におけるような濫用の虞れがないと解するからであるが、それならば行政権の不信を前提とする解釈にはかならない。なお合衆国の判例における明白かつ現在の危険という法理は、表現の自由が民主政治の基本原理であるため要請されるのであつて、政治的意味のない営利的出版物の規制はこの限りでなく、わが国での法理を一般の行政法規に類推することはできない。

上述した二九年の判決は、特定の場所または方法につき合理的かつ明確な基準を示すものとは必ずしも認められない新潟県条例を、合憲として適用しており、さらに東京都公安条例に関する大法廷判決（三五年七月二〇日）は、集団行動の行なわれる場所を包括的にかかげ、一般的に近い規制を加える条例であつても、集団行動の実施が公共の安寧を保持する上に直接危険を及ぼすと明らかに認められる場合は、許可しなければならぬといとして、許可が厳格に義務づけられるならば、合憲と判断している。この条例が許可権の濫用を防止するに足

る立法措置を講じているかは、条例の文言から簡単に肯定することはできず、むしろ条例が憲法の基本権と公共の福祉の法理にしたがつて定立されたものとする解釈により、これを基準として具体的事件における司法審査により行政権の濫用を効果的に抑制できる意味において肯定されるのである。新潟県条例に関する判例も、結論において賛成できる。

このほか、東京都公安条例に基づく集団示威運動の許可に付された進路AをBに変更する条件につき、執行停止を決定した事例がある（四二年七月九日東京地裁）。

この場合の条件は許可の重要な要素であるから、条件が違法ならば許可そのものが取消しとなるのであつて、条件のみの取消しを訴求できないのである。進路Bに変更することを条件とする許可は、実質的に進路Aに関する不許可を含むが、Aの不許可の取消は不許可になる前の状態を回復するに止まり、許可された状態を直ちに発生させるものではないから、不許可の取消訴訟においては、執行停止の決定ができない。したがつて本件の決定は、許可制を届出制と読みかえ、Aに関する禁止処分の取消しの訴において、執行停止の決定をしたと解するほかは

ない。けれども公安条例が実質上届出制でなければ違憲と解する論拠は、理解できない。

- (6) 宮沢俊義、憲法Ⅱ、法律学全集四卷二二五頁以下。
- (7) 田上穰治、警察法、法律学全集一二卷三頁、三〇頁。
- (8) 昭和三三年一〇月一五日最高裁、大法院決定参照。
- (9) 昭和三〇年四月六日最高裁、大法院判決参照。

#### 四

本来の人権と異なるものとして、参政権と憲法上の法原理に触れてみたい。

選挙権を中心とする参政権は、民主主義の原則に基づくもので、性質上国民に限られ、民主的多数者の支配から少数者の権利を保護するための、人権の保障と区別される。それは、国または地方公共団体の機関としての権限の行使すなわち公務の執行を中心とし、個人的利益は国等の機関たる地位の承認を求めらるることにあり、その限度で個人の権利が成立する。したがって平等選挙制は、選挙権者たる地位を人種、性別、財産等によって差別しないことで足りる。選挙区毎に人口と議員定数の比率が不均衡となることにより、一票の価値に差を生ずること

となっても、権限の不平等に過ぎず、個人の参政権に差別があるとはいえない。選挙の権限の実質的な差異は、選挙制度の選択に関する立法政策によって決定されるもので、憲法第一四条の平等の原則に違反しない<sup>10)</sup>。選挙の権限の行使は民主的多数者の支配に服するものである、国民の各階層の実勢力に比例して議席を配分するための比例代表法は、国会を批判の府たらしめるには適するが、小党分立の促進と政策の極端な対立を招くから、国会の多数派が単独で組閣する民主政の論理に適せず、多数代表法が多く<sup>11)</sup>の国で採用されている。

当初民主政の論理と鋭く対立した自由権の規定は、民主政の進展に伴ない、客観化されて、国政の一般的な法原理となった。明治憲法の下でみられる法治行政の原則がこれである。それは具体的な場合に違法な行政から個人の自由を防衛する基本権というよりは、一般的に法律に基づかない行政を違法とするもので、その行政が特定人の自由を侵害したかどうかは、必ずしも問われない。けれどもこの法治行政が憲法上の法原理として認められるには、単純に行政が国会の制定法に適合することでは足りず、さらにその法律が憲法の規定に適合することを要

する。基本権を規制する制定法の根拠が憲法上、公共の福祉にある結果、法治行政の原則はこの概念と結合することによって憲法上の法原理となり、行政権のみならず立法権をも拘束するのである。<sup>(11)</sup>ところで主として警察法分野で認められてきた比例原則 (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) は、公共の福祉のため必要とされる限度を超えた厳しい規制を加えることを許さない意味のほか、規制によって保護さるべき公共の福祉と規制により関係者が被むる不利益とを比較して後者が著しく大であってはならない意味を含むものである。前者は必要性の原理、後者は狭義の比例性の原理といえよう。行政処分のほか行政法規もまた公共の福祉の実現のために必要な限度に止まるべきことは、必要性の原理であり、憲法第一三条の最大尊重の要請から、規制にあたり対立する利益の比較衡量によって明白な不均衡があるときは、狭義の比例性に反する。したがって公共の福祉と結合した法治行政の原則は、憲法上の比例原則といえることができる。<sup>(12)</sup>

次に法律が不特定多数の人民に対して平等な規定を設け、立法上不合理な差別をしないことは、包括的自由権

の保障の前提であるから、ここに憲法上、平等の原則と比例原則が関連する。法の下での平等が立法権を拘束する原理であるか、また自由権とは異なる特別な基本権であるかは、問題である。平等の原則は当初、宗教改革と合理主義的自然法の影響の下に伝統的な階級秩序を打破することを目的としたもので、立法権をも拘束する意味があった。ただ民主政の進展に伴ない、司法権と行政権によって法律を平等に適用すべきものとする原則に変わり、その結果、違法な行政に対し国民の自由を保障する法治行政の原則に吸収されるに至った。けれども基本権の尊重が強調され、司法権の優越が成文化されることになって、平等の原則が再び立法権を拘束するようになる。平等の理念が自由のそれに優位し、比例原則とならんで憲法上の法原理となったのである。<sup>(13)</sup>わが憲法第一四条は法の下での平等と明記するが、それは国会制定法の下での平等に止まらず、憲法または自然法の下において立法が不合理な差別規定をおくことの禁止を含むものと解することができる。憲法上の法原理としての平等の概念は、必ずしも人民の自由または権利を保護する基本権的性格をもたず、むしろ社会権の保障が経済的自由に対する幅の広

い公共の福祉の規制を伴なうことで明らかかなように、本質を等しくするものを同様に、異にするものを差別して規定することを要請するもので、形式的な法理念に頼らず、実質的に正当な価値秩序に立法を従わしめる。憲法第一四条は経済的關係においても差別されないとあり、前世紀的な表現を用いているが、これは実質的平等を實現する社会権の規定によって修正されたものと解しなければならぬ。

(10) 昭和三九年二月五日最高裁、大法院判決参照。

(11) 西ドイツ基本法第二〇条三項は、執行権と裁判が法律と法に拘束される (an Gesetz und Recht gebunden) として、第一条三項に基本権が立法、執行および裁判を拘束すると定めたことに対応させている。

(12) Rupprecht v. Krauss, Grundsatz der Verhältnismässigkeit, S. 14 ff. 田上穰治、行政作用法における比例原則、行政法講座六卷一頁以下。

(13) 田上穰治、法律による行政、一三四頁以下。

(一橋大学教授)