

憲法解釋の自然法的色彩

特に法治國の理論について

田上 穰 治

- 一 序言
- 二 法治國の觀念
- 三 主權の基礎及び限界
- 四 臣民の基本權に依る立法權の制約
- 五 結語

一 序言

私は本稿に於いて自然法自體を研究するものではなく、唯憲法の解釋に當つて、これが如何に必要であり、又如何なる結論を導くかを明かにしたいと思ふ。

自然法的國家論は本來國家と法との關係を説明するものである。中世に於いては教會の權力が單なる法秩序の彼方

にその基礎と目的とを有して法に對し獨立であつたと同じく、國家も亦法的基礎の外倫理的若くは自然的必然性に據るものでそれは自ら法を創造するものと解された。併しながらこれと同時に國家より獨立な法を主張するゲルマン思想が認められたが、これは國家が法の理念に奉仕すべく、國權に法的限界ありとするものであつた。^(註一)ここに國家と法と何れが先行するかの問題が提出されたのである。

此の問題は以後今日に至るまで絶えず論争されて來た。法が國家に先行するとの學說^(註二)に對しては、國家概念の不明確なことが擧げられる。近代的國家のみならず、すべて人類が組織せる團體であつて他の支配を受けないものを國家とすれば、それが法の前提たるは疑を容れない。又反對に國家が法に先行するとの學說は國家現象を法現象と觀る要求に矛盾する。法規が國民のみを拘束し國家を拘束せざるや否やは各時代の社會心意によつて異なる。法的進化の進んだ國家はその意思の發動が法的價值判斷を加へられるのみならず、臣民の權利を保障する憲法規定は立法權の主體としての國家を制約するからである。^(註三)

けれども更に考へるのに國家が法の前提なりとしても、それは後述する如く法の理念がその素材に規定されるに過ぎず、兩者の關係は因果關係であつてこれと基礎付ける論理關係とは區別しなければならぬ。又法の妥當性を社會心意に求めることは、規範と實在とを混同せざるやの虞がある。私は結局中世に既に試みられた自然法による説明が正當であると信ずる。以下にその素描を試みよう。

(註一) Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, S. 264.

(註二) Haenel, Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne, S. 217; Rehm, Die ältesten Rechte der

Dynastien, S. 29 ff.

(註三) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1920, S. 364 ff.

二 法治國の觀念

國家と法との關係即ち法治國の問題を検討するに當り、順序として先づ相對主義 (Relativismus) の學說を擧げ、その後に自然法に依る考察を述べる。

一 ケルゼンは因果的考察に依る國家と規範的考察に依る國家とを截然と分離せしめ、法律學的認識に於いては國家と法とを同一に解して居る (Identität von Staat und Recht)。その結果違法の國家は國家たり得ず、隨つて國權が法的拘束を蒙むるや否やの問題は當然に消滅するに至る。^(註一) けれども國家は之を法律價値の概念の他に法律實在の概念 (Rechtswirklichkeitsbegriff) として、換言すれば法律價値と關係せしめたる概念として論じなければならぬ。それは價値を實現せんとする意味ある世界であつて、文化事實としての法及び國家は之に屬する。^(註二) かくて初めて國家が法に拘束されるや否やの問題を生ずる。殊にこの問題は法の理念たる法的安全と正義とが國家目的と屢、衝突する爲に一層明瞭となるのである。

(註一) Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 91, 100. 立法 (Gesetzgebung) なる語は意欲する過程と意欲せられたる結果とを意味する。そして前者即ち規定する秩序としての立法は國家を意味し、後者即ち規定せられたる秩序としては法を指すのである。

憲法解釋の自然法的色彩 (田上)

vgl. Derselle, Hauptprobleme, S. 395 ff.

(註二) Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, S. 1 ff. 彼に依れば自然科学的思惟に屬する、價值との没交渉の世界 (wertblind) 論理學・倫理學・美學等の價值哲學に於ける價值判斷を爲す世界 (bewertend)、眞理に奉仕する學問、善に奉仕する道德、美に對して努力する藝術の如く、價值に係らしめられたる世界 (wertbezielend) 及び價值を超越する宗教の世界 (wertüberwindend) が區別される。此の理論は、價值と實在とを區別し、歴史的所與は抽象的價值形式より導き出す能はずとするラスクの方法論 (Emil Lask, Gesamelte Schriften, I, S. 280) に従ふものであるが、それは後述する内容的な自然法に反對する理論である。

二 エリネックは國家の優先 (Priorität) を認めつつ、しかも法が國家を拘束することを説明せんとして、國家の自律的制限 (staatliche Selbstverpflichtung) を主張する^(註三)。國際法を自由なる國家意思に基礎付けることは之を放棄と廢棄とに陥れるものとする説があるが、彼は法の哲學的基礎を超法學的問題とし、法學的構成に於いては、自由なる國家意思の他には法の形式的根據を求むるを得ないと解する^(註四)。けれども私法に於いて一方的意思表示が表示した者を拘束するのは實證法の規定がある爲である。そして實證法主義は國家以上の法秩序を認めないから、契約の法理を以て國法及び國際法の妥當性の淵源を説明するのは不充分たるを免れない。

蓋し後述する如く契約は自然法論の重要な基礎である。すべて他律的規範は之に依つて自律性を與へられ、個人を拘束する法は同時に個人の利益に奉仕するものと看做される。けれども意欲は當爲を生ぜしめず、必然を生ずるに過ぎない。契約の拘束力も契約締結の意思に基づかず法律に據るものと解しなければならぬ^(註五)。自由意思がその一旦下せる決定を自由に破り得るのは謂ふまでもなく、それは決して法及び道德を否認することにならない^(註七)。

(註三) Georg Jellinek, Die rechtliche Natur der Staatenverträge 國家の定立した規範に依つて臣民及び國家機關が義務付

けられることは謂ふまでもないが、國家自身の意味が拘束せらるるや否やは問題である。彼はこれを國權の自律的制限と解して、ここに國際法の基礎を求めた(註一)。そしてそれは同時に國法が主權を拘束する根據である(註二)。國家が他の法人格と異なる特色は、それが外部に對して最高の權力たるのみならず、その拘束に服する法を自ら定立する權能 (Selbstherrlichkeit) に存する(註三)。(註四)。(註五)。(註六)。

(註四) R. v. Mohl, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, I, S. 382.

(註五) Georg Jellinek, a. a. O. S. 3 Anm. 3. ヘーゲルも少實證的國際法の前提として國家を拘束する法は一般的な國家の上位に構成されたる意思に非ずして、各國家の特別意思に基づくものとし、國家聯合に依つて永遠の平和を齎すカントの觀念は各國家の同意を前提とし、それは倫理的宗教的理由等の他、常に特別の主權的意思に基づき、隨つて偶然性を負はさるべきものと解した (Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, S. 333)。

(註六) ライトブルフに依れば、所謂自律的制限に於いて、拘束する意思是拘束せらるる意思と異なる。前者は純然たる理性的存在としての人であり後者は經驗的な個人である。國家に就いても同様で、其の自律的制限は法秩序としての國家が現實の經驗的な國家を拘束するものに他ならぬ (Rechtbruch a. a. O. S. 142, 151)。

(註七) vgl. Jellinek, a. a. O. S. 16; Derselbe, Allgemeine Staatslehre, S. 308 Anm. 1.

三 ライトブルフの如く實在と價值若くは規範とを峻別するとき、法の妥當性はそれが、永き慣行による法的確信に支持さるるや否や、或は強制・刑罰を以て強行さるるや否やは論理的に無關係である。(註八) 法を強行する力は畢竟心理的に歸するから實力説 (Machttheorie) よりも承認説 (Anerkennungstheorie) の方が法の妥當性を説明するのに適してゐるが、後者も亦個人の眞の利益は當然にその欲する所たることを擬制するものであり、隨つて歴史的社會學的な妥當性の理論は維持することが出來ない。(註九)。

實定法及び國家が實現せんとする價值は實在の世界ではなく自然法の領域に屬する。第一に法の目的・自然法が明瞭だと假定すれば、これと抵觸する實定法は當然に效力を失ふ筈である。けれども自然法が明瞭を缺き、しかも何が法なりやは超個人的地位を通して明確に規定する必要あり、ここに實定法の妥當性が基礎付けられる。單なる理性學問の力を以ては法的安全を實現することが出来ないから、主權的意思・權力によつて平和と秩序とを維持するのである。^(註10) 第二に國家も亦實定法と同じく自然法に制約される。蓋し國權が實定法を定立するのは法的安全に基づくのであるが、それは國權がその定立せる實定法の拘束を受くることを前提とするからである。^(註11) 故にエリネックの所謂「事實の規範力」(normative Kraft des Faktischen)^(註12) は法の妥當性が事實的權力に基づくことを意味せず、法を定立する國權が法的安全の目的に奉仕する結果、自然法からその規範力を與へられるものと解しなければならぬ。

(註八) 隨つて規範を現實・過去の事實・將來の事實より求める實證主義・歴史主義若くは進化論は誤謬を含む (Radbruch, a. a. O. S. 6.)

(註九) 法律に違背せる者は意思に於いては明かに之を否認したのであるが、しかも感情に於いては、之を否定せんとするも否定し得ない。即ち心理的な承認の事實は問題でなく、當然承認せざるを得ぬ所は間接に承認せるものと看做すのである (Hald, S. 79, 80)。

(註一〇) 新憲法に依つて舊憲法が廢止されることは成文憲法の上に根本原則あることを示す。憲法がその遵守されざるに至るや消滅し又新たな權力が人々に服従されるに至るや直ちに新憲法が成立する事實はスピノザの「服従は命令者を作る」(Oboediencia Facit Imperantem) の原理「凡ソの上にある權威に服ス」(R. mer, XIII, 1) を證明するものである (Walter Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, S. 15 ff.)。ケルゼンの根本規範も亦大體に於いて服従されることを要し、茲に權力が

法に變形するものと解される(Kelsen, *Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, S. 65)°。vgl. auch Wälz, im Arch Öst R. LVIII S. 1 ff.

(註一一) 法が國家を拘束するや否やの問題では國家の實體を究明する必要はない。我等は唯國權の發動、即ち意欲し行動する國家を論ずれば足りる (vgl. Jellinek, *Staatenverträge*, S. 10)°。

(註一二) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 338.

四 ラートブルフは價值判斷を認識の問題ではなく信仰の問題だと論斷する。然るときは法理學は唯法的規範を他の法的規範に依つて基礎付けるに止まつて、對立する窮極の規範は何れも公理・前提として與へられ、之を選択することは専ら世界觀に委ねられる。最高の法的規範としての憲法は *causa sui* として前提され、その所謂自然法は單に個人と國家との關係に法概念を適用したものに他ならぬ。法の目的たる正義と合目的性とは法的安全の背後に隠れ、裁判官の實質的な法律審査權は簡單に否定される。その相對主義の故に、上述の如き差異あるにも拘はらずケルゼン・エリネック・ラートブルフ等は齊しく内容的な本來の自然法を拒否するのである。(註一三)

(註一三) *Kubbrueh, a. a. O.* S. 38, 18; 故に彼自身も認めるやうに習俗的規律・倫理的規範と法的規範との軋觸、不文法と成文法、國內法と外國法との軋觸の如きは解決することが困難である (Ibid., S. 77)°。

(註一四) *Ibid.*, S. 11 Anm. 2.

之に反して本來の法治國の思想は國家に先だつ人權及び國家以上の内容的な自然法を認める。それは第十二世紀以來採用された羅馬法の原則「主權者は法律に拘束せらるることなし」(*Princeps legibus solutus est*) に對するもの(註一五)であつた。主權者はそれが君主なると人民なるとを問はず必要に應じてその定立した法を破毀し又人民の權利を侵害(註一六)

することが出來た。之に對して超國家的な自然法は國家自體の法的基礎を與ふるものと解され、隨つて自然法に基づく人民の權利は單なる實定法上の權利 (*jus mere positivum*) と異り實定法の侵すべからざる所であつた。^(註一七) 主權が自然法の限界を超越した場合には如何なる效果を生ずるか。中世に於いては當初かかる場合、主權の行動は無効であつて法律と雖も何等拘束力を生ぜず、裁判所行政廳も之を適用することを得ず、若し臣民が服従を強要されるならば之に反抗權を認めたのである。^(註一八) 然るに初めて近世の意義に於ける主權の本質を論述した Aeneas Sylvius (1405—1464) は主權無制約の原則を大體認めなければども、それは地上 (*temporalia*) に限られ、主權者の不正が常に違法とならなすとする結論に達せず、主權者の支配の外的法律名義は其の法律 (*lex regia*) に表はれる羅馬市民の同意 (*consensus populi*) に存し、その内的根據は君主政が正義及び平和を保障すること民主政若くは貴族政に優る爲なりと論じた。^(註一九) かくて主權の發動に對して強行手段或は取消の途なきときであつても實質上の違法が可能とされ、神法及び自然法による主權の法的拘束が一般に承認されたのである。^(註二〇)

(註一五) ボーダンは *lex* なる語を廣狹二義に用ひた。狹義では國家が定立する法規であり (vgl. Georg Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, S. 43) 廣義では凡べて國權の發動をこふ。そして *legibus solutio* はすべて支配權力より獨立なることを意味す (Rehm, *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, S. 223 Anm. 6)。

(註一六) ヘラーに依ればボーダンは必ずしも主權擁護者ではなく彼の所謂主權者は *princeps* と同様 *populus* を示すものであ
る (Heller, *Souveränität*, S. 15)。

(註一七) 天賦不可侵の人權は直接自然法及び神法の最高原理から絶對的客觀的效力を認められることに由來する。中世の國家論乃至法律論は古代の夫れと異り、基督教に依つて世界に啓示され、ゲルマン民族に依つて鋭く感受された思想、即ち個人の價値

の絶対不滅の信仰を各方面に發展させた。各個人は其の永遠の使命に依り、國家に對しても其の本質は神聖不可侵たること、極めて瑣細な部分も全體に對してのみならず夫れ自身獨立に價值を有すること、個人は全體の單なる手段に止まらず同時に目的として考察されること等はこれである (Gierke, a. a. O. S. 275 Anm. 29)°。

(註一八) Ibid., S. 276.

(註一九) エーネアス・シルウィウス以前で彼の說に影響を與へた者は、法王の至上權を論じた *Martinus von Padua* の定義である (Rehm, a. a. O. S. 197 Anm. 1)°。

(註二〇) Ibid., S. 198, 201 ff.

(註二一) Gierke, a. a. O. S. 278 Anm. 37.

翻つて法の目的から自然法を論究しよう。法の目的が善なる倫理的價值にあることはいふまでもないが、その地盤に就きラートブルフは次の三種を區別する。(a) 個人の人格を地盤とする個人價值 (Individualwerte) を最高目的とするときは、法の窮極目的は自由であり、國家は契約の法理を以て説明される。但しこの契約説は次の有機體説と同じく現實の國家を説明するものではなく、國家の目的・使命を示すものに過ぎない。又ここに所謂個人は經驗的な個性を具備する人間自體ではなく倫理的・理性的な人格を意味する。蓋し社會主義の如く前者の價值を強調するときは千差萬別なる個性によつて平等の取扱を前提とする法及び國家は結局否定されることとなる。隨つてこの立場に於ける法律及び國家觀は自由主義と民主主義とに歸する。(b) 團體の人格を地盤とする團體價值 (Kollektivwerte) を最高目的とすれば、法の窮極目的は國民 (Nation) 自體であり、國家は有機體であつて恰も人體に於ける如く全體が部分の爲に存するに非ずして一部が全體の爲に存するものと解される。(c) 人の作物を地盤とする作物價值 (Werkwerte) を

最高目的とするときは、個人の人格或は團體の人格は文化に奉仕すべきものとなる。但しこの立場は實踐的には主張されてゐない。^(註二二)

右の立場の何れを選択すべきやは相對主義の能く決する所ではない。上述の如く主權の概念は本來自然法の基礎を前提とする。ここに於いて法及び國家は個人とは獨立の目的・價值を與へられ、個人も亦國家に對して獨立の價值を認められる。この意味に於ける自然法は上より與へられるもので個人若くは團體に基礎を有するものではない。^(註二三)

これを我が憲法に就いて觀れば純粹なる個人主義は否定される。それは國家を経験的な個人の利益に從屬せしむるもので遂には無政府主義・國家否定に導くから、我が憲法の精神と矛盾する。次に團體價值を窮極的價值とし法及び國家をそれ自身目的とする世界觀に立つときは個人の自由は國家の中に止揚される。然るに憲法上論には「我カ臣民ノ權利及財産ノ安全ヲ貴重シ及之ヲ保護シ此ノ憲法及法律ノ範圍内ニ於テ其ノ享有ヲ完全ナラシムヘキコト」を宣言せられ給ひし外、憲法の條項就第二章の規定は臣民各個人の人格尊重を前提とするから、我が憲法上之を採るを得ない。則ち自然法は制定法・慣習法と相並んで我が憲法上重要な法源であるのみならず、この兩者の存立の基礎であり又正當なる解釋の標準といはなければならぬ。^(註二四)

(註二二) Radbruch, a. a. O. S. 50 ff., 58 ff.

(註二三) vgl. Thomas Aquinas, *Summa theologiae*, 1^a, quæst. 90——中世では神のみ憲法制定權 (potestas constituens) を有すと信ぜられた。カルヴィン派の反暴君論者の理論も同様である (C. Schmidt, *Verfassungslhre* S. 77)。

(註二四) 憲法義解第二十二條の註に曰く「以下各條ハ臣民各個ノ自由及財産ノ安全ヲ保明ス蓋シ法律上ノ自由ハ臣民ノ權利ニシ

テ其ノ生活及智識ノ發達ノ本源タリ自由ノ民ハ文明ノ良民トシテ以テ國家ノ昌榮ヲ翼贊スルコトヲ得ル者ナリ故ニ立憲ノ國ハ皆臣民各個ノ自由及財産ノ安全ヲ以テ貴重ナル權利トシテ之ヲ確保セサルハナシ(三十四頁)。即ち社會上有害ならざる限り臣民をして天賦の能力を發揮せしむるは我が憲法の精神であり、換言すれば警察命令の大權を留保の下に、第二章は法治主義の原則を例示するものである(拙稿、法學研究第二卷四二八頁以下参照)。

以下に私は右の如き自然法が憲法の解釋に如何なる影響を及ぼすか、殊に法治國の理論について考察を試みる。それは第一に立憲制度の批判と憲法改正權の限界であつて、立法權に表はれる主權が他律的拘束に服することである。第二は所謂自由權(或は基本權)に關する具體的な規定が行政權のみならず立法權をも制約することである。

三 主權の基礎及び限界

大戰以前の公法學に著しい實證主義的國法論は法に獨自の存在・價值を否定してこれを國家が定立し若くは承認する規範と解し(註一)、又國家の統治權は法の外に存する社會學的實力として前提する(註二)。それは夙に實證法に關して論ぜられた所である。自然法が超國家的なのに反して實證法は人類の團體の自由な所産に過ぎず、合目的性の見地より自由に変更を蒙むる手段に他ならない。この實證主義の下に、法の理念の内容は功利主義を以て、又その效力は實力觀念を以て置換へられ、法の目的たる正義と法的安全とはその背後に退くに至る(註三)。

このラーバント・ケルゼン流の論理的形式主義は從來強く公法學界を風靡したのであつて、エリネックによる目的

概念の主張もこの大勢を左右するものではなかつた。然るにミュンステルに於ける獨逸國法學會の會議(一九二六(一九二六)年三月)以來この實證主義が批判せられ、殊にワイマール憲法第二篇の基本權の規定に關して新なる精神科學的概念構成が強調されるに至つた。^(註七)

(註一) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 366.

(註二) Gerber, Grundzüge, S. 21 ff.; Laband, Staatsrecht II, S. 4; Seydel, Grundzüge, S. 12.

(註三) 此の實證主義は世界觀の對立には何等觸れる所なく、且つ概念構成を専ら實證法の範圍に限局するものである(Schwinge, Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, S. 12 ff.)。それは、國家が法に據り且つ法の爲に存すると主張する古代ゲルマンの觀念を根本的に修正したものであつた(Gierke, a. a. O. S. 266)。後第十九世紀の初頭歴史法學派が擡頭して自然法と實定法との區別を止揚した。即ち法と國家とは相共に發達し、相互に規定せられ、且つ拘束されると説明する。けれども此の哲學的基礎は薄弱であつて、次第に本文述ぶる如き實證主義に推移し、自然法を否定するに至つたのである(Ibid., S. 317)。(註四) 例へば Erich Kaufmann, Veröff. D. St. R. Lehrert, III, S. 3; Triepel, Arch. Öff. R. Bd. 40 S. 364 ff.; Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts I, S. 4 ff.; Anschutz, Der Verfassung des Deutschen Reichs, 12 Aufl. S. 569.

一 私はこの新しい傾向を示す者としてスメントとカール・シュミットを引用しよう。

スメントは國家の本質を流動する生命に求める。この生命は個々の生活現象を惹起する全體ではなく、綜合關係に立つ個々の生活現象中のみ存し、且つこの綜合を絶えず更新し構成する過程にのみ存するのである。彼の所謂統整(Integration)が國家の本質よりも寧ろその作用・心理的過程を意味することは謂ふまでもないが、國家を意思ある團體(Willensverband)とその統整を意思の活動(Willensakte)とする以上は、必然に本質的な目的・職分を前提する

もので國家は自己に課せられた超經驗的な意味關係 (Sinnzusammenhänge) を實現するに存する。^(註五) この目的に對する活動の法則性が超個人的な團體を構成するのであつて、後述する國民の同質 (Homogenität) は必要ではない。この超國家的目的に依る統整は自然法を想起せしむるもので、それは法治國に至る途の他、國家至上主義に發展する傾向をも含むとはいへ、從來の形式的な實證主義とは明かに區別しなければならぬ。^(註六) 更に彼は憲法を觀念的な意味體系としつつ、猶之を理解する爲には成文憲法典の他、社會學的な諸種の力を援用するを要するものとした。國家はその統整過程の中にその生活事實を有するが、憲法はこの過程の個々の部分を規定する——正確にいへば刺戟する——に過ぎない。併しながら對象を生活事實と意味秩序との両面から把握することは上述の如く價值を超克する (wertüberwindend) 信仰の世界を前提して初めて可能なりといはなければならぬ。^(註七)

(註五) Smeud, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 18, 56 故に彼の所論はリットの現象學を基礎とするに拘はらず、之と異なるものと謂はねばならぬ。リットの geschlossener Kreis (Theodor Litt, Individuum und Gemeinschaft, 3 Aufl., S. 279) は超個人的な團體の本質を構成せず、そこには唯各個人の本質のみ存在するに止まり、各人は他人を辨證法的對象として自己の手中に受納するのである。vgl. Hanel, Das Wesen des Staatsgebietes, S. 149 ff.

(註六) vgl. Gierke, a. a. O. S. 279. 元來國家を有機體と観ることは之に神祕的な生命の力を認めるもので、歴史的乃至は宗教的な非合理主義を含む。統治者を承認するものは國民の意思ではなく、歴史と宗教、正當性と神の恩寵或は統治者の受くる特別恩寵 (Charisma) 等總べて上より來る。そしてラートブルフに依ればスメントの統整理論は靜的な國家有機體説を動的理論に變じたるものである (Radbruch, a. a. O. S. 66 Anm. 2)。

(註七) Smeud, a. a. O. S. 77, 78 彼はウィーン學派の法律學が意味秩序としての法秩序のみを考察し生活事實としての半面を

全く看過せるものとし、對象を兩面より認識するは避くべからざる思考の振動 (Oszillationen des Gedankens) (Litf. n. n. O. S. 375ff.) と斷定した。けれども實在と價值との對立を止揚するは宗教の世界に於いて初めて可能である。宗教は總べて存在するものの最終の肯定總べてのものの上に肯定とアーメンとを云ふ微笑する實證主義である (Radbruch, a. n. O. S. 3)。此の世界に立たざる限り彼の立場は方法的に非難さるべく、其の統整は本質の認識 (Wesenskenntnis) と價值判斷 (Werturteil) とを混同するものとなる (Kelsen, Der Staat als Integration, S. 51)

スメントと相並んで注目すべきはカール・シュミットである。彼は先づ近世の諸憲法に共通の理想をブルジョア法治國 (der bürgerliche Rechtsstaat) と解し、その特色として、國權の濫用に對し個人の自由を保障すること、之が爲に國家的生命のあらゆる表示を規範化の系列中に限局し、又國家活動の悉くを權限に變ぜんとすることに之を求めらる。この法治國の原理には自然法が極めて明瞭に表はれるが、その詳細は後に譲る。(註八)

次に彼は憲法 (Verfassung) の概念を憲法的法律 (Verfassungsgesetz) から區別する。前者は憲法制定權者 (Träger der verfassungsgebenden Gewalt) を通して政治團體たる國家が決定した自己の形式態様をいひ、直接憲法を創造した政治團體の意思に基づいて效力を保有するものである。之に反して後者はこの憲法を前提とするもので、その内容が憲法の執行規定なるか或は變更手續を特に加重した場合である。(註九) かくて一般の法律のみならず憲法的法律も亦上位の憲法に規範の基礎を得たのであるが、然らば憲法自體の妥當性は何處に求むべきか。すべて政治團體 (politische Einheit) の價值・存在理由はその規範の正當なりや若くは效用ありやに存せず、團體の存立自體に認められる。憲法はこの政治的實在より生じた政治的決定に基づき、その妥當性の根據は本質的に實在性 (das wesentlich Existenzielle) を有する。(註一〇) 併しながら彼の所謂憲法制定權者たる君主又は國民には夫々自己を正當ならしむる價值 (正當性 Legitimi-

ist) が豫定される。(a) 君主は連綿たる王朝 (Kontinuität der Dynastie) に基づいて國家を表現する。それは人格化せる神若くは家父の觀念を以て説明され、隨つて本質上政治的なものに非ず、神學的・世界觀的なものに屬する。^(註一)

(b) 國民が國家概念を規定する地位に立つのは、それが政治活動の能力ある統一體たる外に各個人が本質的に共通な要素ある爲である。或は物理的・倫理的に共通性が意識せられ、或は宗教上の信仰を共通にし、或は歴史的・政治的に同質性を帯びる等の如し。^(註二) 従つて憲法制定權者の無制約が主張されるのに拘はらず、ここに於いても國民は特定の實質的價値を前提とするのである。^(註三)

(註八) Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 36 ff. ボルシェヴィスムの露國及びファシスムの伊太利が例外たるは謂ふまで
なる (Ibid., S. 40)。

(註九) C. Schmitt, a. n. O. S. 20 ff., 76 此の理論は Sieyes が *pouvoir constituant* を *pouvoirs constitués* より區別するの
と同一思想である (Vgl. Ibid., S. 77 ff., 98) 即ち憲法は前者に依つて創造せらるるのに反して後者は憲法及び憲法的法律に規
律されるものである。尙ここに所謂憲法に屬すべきものはワイマール憲法に於いては民主主義・共和政・聯邦制・議院内閣制及び
ブルジョア法治國の特色たる基本權・權力分立制である (Ibid., S. 23, 24)。

(註一〇) Ibid., S. 22, 76.

(註一一) Ibid., S. 87 ff., 282 ff. 固より君主を人格化せる神若は之に類似せるものと見るときは世界國家の色彩を有し、國家の
多數存在することは説明に困難を感じる。けれども君主を *premier magistrat* と観ることは君主政の正當なることを基礎付け
るものに非ず、又 *pouvoir neutre* の説明は共和政の大統領にも適用されるもので何れも正當ではない (Ibid., S. 286, 287) 君
主が政治的の自己規定の完全なる自由を缺き、少くとも一定の王朝・王位繼承の順位等に拘束せらるることは、シュミット自身も
認める如く本來の無制約なる憲法制定權者と異り、特定の價値を前提とすることを示すものである (Vgl. Ibid., S. 81) 尙此の

點に關してスメントは君主の本質を其の歴史的傳統的價値に依り國家を統整する人格に求める (Smend, a. a. O. S. 28, 29)。

(註一二) Ibid., S. 79, 228 ff. 彼に依れば選舉權兵役義務公務に就く條件等の平等は民主主義に於ける平等の内容を構成するものではなく、反對に民主主義に於いては國民各個人が同質なる結果としてこれ等の平等なる法制を生ずるのである (Ibid., S. 227)。

(註一三) 近世初期の自然法論では主權が法的原因に基づいて存する場合に限り之に主權者としての權利を認めた。而して主權が法的限界を超越せるとき、何に依りて之を正當ならしむるやは説が分かれて居る。國民主權論者は憲法變更に對して國民が同意せるときに之を認める。就中ロックは此の同意が強制されたるに非ざること及び現實に明示されることを要すと主張した。統治者の主權を主張する學説では適法なる統治者が主權を抛棄せることに求める。然るにグロチウス以後次第に、主權を完全に把持する者には直ちに其の正當なる權利行使を認むべしとする思想が自然法上樹立されるに至つた。シュミットの所説も亦之と同一である (vgl. Gierke, a. a. O. S. 305 ff.)

二 右のやうな憲法學說の傾向から次の法理が演繹される。第一は立憲制度の批判であつて奔放な形式主義若しくは機能主義 (Funktionalismus) の拒否である。

從來法律の支配 (Trennung des Gesetzes) 即ち法治國主義の論據として、法律が權力分立の機構を通して自由を保障する手段たること及び國民が現實若くは觀念上之に同意を與へるから、その内容が自律的理性を満足せしめ、以て自由平等の理想に一致することが擧げられる。(註一四) けれども立憲制度が單に政治的・經濟的權力の専制に對して個人の自由を擁護する消極的機能に過ぎずとすれば、それ自體は何等自己を正當たらしむる固有の力 (Im eigentümliche legitimierende Kraft) なきものである。(註一五) 立憲制度の有する統整原理即ち合法性 (Legalität) は價值と唯相對的に無關係なのであつて、換言すれば自然法と一面に於いて獨立し、一面に於いて關聯する。それは本來全國民が同質なる

ことを豫定し、之により議會の單純な多數決に基づく法律の中にすべての法制に於ける正義の最終の保障を認める。多數決は少數者を壓迫するものではなく、潜在する一致が之によつて表現されるのに過ぎず、法律の核心たる正義はその制定手續に伴ふのである。^(註一六)即ち法律が同質なる國民の自律的理性を満足せしむることは各人の理性の光に自明なる自然法に合致することを意味する。

立憲制度に對するこの認識は法律の支配に一定の限界を豫想せしむると共に、^(註一七)この機能主義若くは機能的統整の他に實質的價值に依る國家の統整の必要を明かにする。蓋し合法性にはすべての見解動向に對して議會の多數を制する機會が無條件に均等たることを要し、然らざるときは少數者は無條件に違法として壓迫され、合法性の名による反抗權 (jus resistendi)^(註一八)の否定が著しき背理となる。^(註一九)然るにこの信念は現在かなり動搖して居る。これ憲法上君主の獨裁大權・國民の基本權の規定が設けられ、又裁判所に依る法律の實質的審査が論ぜらるる所以である。自己に固有な價值内容により國家を統整することを合法性に對して正當性 (Legitimität) の原則といふ。自然法に窮極の基礎を有して國家を統整する價值は、合法性の原理を通して間接に作用するのみならず、これとは別個に直接發動し、その結果法律の支配を制限するに至るのである。

(註一四) ヘラーに依ればクラシカルな法治國概念は二個の思想に胚胎する。其の一は自然法に内在する自律の理想であつて、彼は之を實質的な法治國思想と稱する。ここに法律の優勝性の理由があり、法律の形式と内容とは不可分の關係に立つ。其の二は組織技術上 (Organisationstechnisch) の法治國主義であつて、之が權力分立主義である。それは法的安全を保障する技術的手段に過ぎなく (Heller, Veroff D. St. R. Lehrer IV, S. 102 ff.)。尙ここに所謂自由が身體の自由・所有權の不可侵の如き自然法

極的に綜合することを目的とするからである。随つて上述した社會學的な事實の規範力は憲法の領域に於いて特に著(註三)しい。併しながら意味秩序としての憲法とその對象たる政治的實在とは因果關係はあるが論理關係は認められない。

憲法の理念は必然に國家現象なる素材に規定されるけれども、後者によつて前者が基礎付けられるのではない。

憲法改正権の限界の問題は實證主義の下に立法權萬能の時代に於いては容易に看過される所である。(註三)けれども第一

に憲法自體の同一性連續性は常に維持されなければならぬ。憲法は國家を統整する基礎・目的を與へるものであり、

又憲法改正権は畢竟憲法に基づく權限に過ぎないから、これを以ては憲法の同一性を害することを(註三)得ない。

次に直接憲法の正文に變更を加へる場合は、右の限界の下にすべて適法である。(註四)それが内容の追加 (Verf. Ergän-

zung) 削除 (Verf. Aufhebung) 修正 (Verf. Substitution) 效力の一時若くは部分的停止 (Verf. Suspension) の

何れたるを問はない。これに反して憲法の正文に變更を加へない憲法改正法律が憲法規定と牴觸する内容を有し、そ

の一般的效力を例外的に阻却せんとする場合即ち憲法の破毀 (Verf. Durchbrechung) は憲法違反といはなければな

らぬ。かかる法律は性質上規範ではなく具體的内容ある處分 (Massnahmen) に他ならない。そしてシュミットのい

ふやうに、規範に對して實在の優越を主張し得る者は主權者である。主權者は上述のやうに法律には拘束されず、

contra legem の處分を行ふことが出來た。然るに法治主義の徹底するに及び處分は常に規範に拘束せられ、法規命

令の先占區域では praeter legem の處分すら否認される。故に憲法の破毀も亦主權者たる憲法制定權の發動によら

ざる限り不可能事に屬する。(註五)更に憲法の正文に變更を加へない憲法改正法律が、その制定手續に於いて憲法の定める

立法院の權限を超えたる場合即ち憲法の踰越 (Verf. Überschreitung) も亦違憲である。蓋し憲法の定める權限の分

配は憲法自身の改正なくしては動かし得ない爲に、^(註二六)憲法改正手續を經た法律を以てするも適法とならない。例へば憲法が規定する獨立命令の授權の範圍を逸脱した場合には、その獨立命令をこの種の憲法改正法律を以て適法ならしむることを得ない。^(註二七)又我が憲法第七十三條の手續による法律を以て、直ちに皇室制度を規定するときは憲法の踰越である。

憲法の改正には必ず帝國議會の議を経ることを要し、そして皇室典範の改正は帝國議會に付すべからざるものであるから第七十四條の規定自身を先づ第七十三條の手續を以て改正するに非ざれば不可能である。尙憲法が法現象の全般に互つて之を規定事項とする爲に憲法の踰越は通常憲法の破毀を伴ふけれども兩者は概念上區別される。^(註二八)

固より君主政に於いては立法權の中に君主の強大なる統整價値が包含されるから、立法權殊に憲法改正權の限界は通常問題とならない。^(註二九)併しながら憲法の同一性が憲法改正權を拘束することは憲法が國權に對する法的規範たる以上は明瞭であらう。ブライスの示す硬憲法と軟憲法との區別は、前者については憲法の變遷を認め、後者につき社會心意に基づく固定性を認めるとしても猶ここに意義を有する。之を我が憲法に觀るに、上諭には第七十三條の改正手續を以てするの外は「朕カ子孫及臣民ハ敢テ之カ紛更ヲ試ミルコトヲ得サルヘシ」と宣示せられ、之は明かに憲法が規範たることを認め給ふたのである。美濃部博士が憲法上諭に「將來若此ノ憲法ノ或ル條章ヲ改定スルノ必要ナル時宜云々」とあり、又憲法第七十三條に「將來此ノ憲法ノ條項ヲ改正」とあることから、憲法全體の廢止又は停止を絕對に違憲と論定せられ、更に萬世一系の直接君主政も亦憲法の改正を以ては動かし得ざる所とされるのは、この意味に解されるのである。^(註三〇)

(註二〇) 行政法が技術法なるに對して憲法は統整法である。總べて憲法に關する問題は夫々他の部分と獨立に理解すべきではな

く、其の實現せんとする意味關係、即ち統整機能の體系の一要素として考察しなければならぬ (Smead, a. a. O. S. 130 ff.)。

(註二一) 殊に元老・議院内閣制の如き習俗的規律と慣習法との區別は幾分不明瞭たるを免れない。更に憲法の規定が甚だ簡潔なる爲に、法律命令に依る補充及び種々なる解釋の餘地が多く、憲法の變遷は一層著しくなる。例へば軍統帥大權・榮典授與の大權が國務大臣の輔弼に依らざることとは内閣官制七條・公式令一六條乃至二一條等の定むる所であり、帝國議會の權限・國務大臣・樞密顧問の地位は議院法及び官制の改正に依つて左右することが出来る。

(註二二) 獨逸帝政時代に於いて帝國憲法四條に列擧する立法事項の他に聯邦は憲法改正手續を經た法律を以て任意の事項を規律することを得るやが問題となつた。レンネ・ツァハリエ・ヘーゼラーの如き反對説は同條を改正して新に追加した事項に限り聯邦の立法が可能なりとしたが、實際の容れる所とならず、ラーベントの示す通説は憲法改正の要件を具ふる場合には直接憲法の改正を爲さざるも憲法規定と抵觸する規律が適法なりと論じた (Laband, Staatsrecht II, S. 93 ff.)。

(註二三) O. Schmidt, a. a. O. S. 102 ナチスマットは憲法の改正 (Verf. Änderung) と區別すべきものとして國家の同一性を失ふ場合 (Verf. Verletzung) 憲法の同一性を害する場合 (Verf. Beseitigung) を擧げる。前者は革命であつて、憲法と共に憲法制定權力をも廢止することを謂ふ (Ibid., S. 94)。後者は憲法制定權力を保有しつゝ憲法を除去するものである (Ibid., S. 99 ff.)。

(註二四) Karl Loewenstein, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, S. 114, 141, 146, 157. かゝる如く變更が憲法の正文に就いて明示される場合を直接的憲法改正法律 (unmittelbare Verf. Änderungsgesetze) と謂ひ、憲法の正文に直接變更を加へず、而も實質上之と抵觸するものを間接的憲法改正法律と稱する (Ibid., S. 34)。

(註二五) O. Schmidt, a. a. O. S. 107 ff. 尙此の法治主義の發展に關しては拙稿「憲法に於ける法律の意義」國家學會雜誌四六卷二號一〇八頁以下。

(註二六) 此の法理は立法權の行使に當つて命令の授權と個別的委任とを區別する公法理論である (拙稿、前掲、一〇〇頁以下)。

(註二七) レーヴェンシュタインは此の場合を適法とし (Ibid., S. 124) 憲法が暗黙に規定することを拋棄せる事項例へばワイマ

「ル憲法に於ける司法的憲法保障制の如きと同様 (Hind, S. 127) 憲法規定の間接的追加 (Verf. Erweiterung) として説明するが賛成出来ない。

(註二八) 例へば憲法改正法律に依らざれば變更するを得ずと規定する法律は、憲法第四十七條の破毀たると同時に第五條の立法權行使の規定の踰越となる。vgl. Loewenstein, a. a. O. S. 206, 218.

(註二九) 殊に憲法制定權者としての君主は、憲法を欽定せる場合は勿論、之を發布するに先だち議會の協贊を経た場合と雖も、依然として主權を保有し、國民に主權を認むるものではない。隨つて君主の行使する憲法改正權も亦無制約なるかの如き外觀を呈するのである (vgl. O. Schmitt, a. a. O. S. 82)。

(註三〇) 所謂憲法制定權者は我が憲法上認められない概念である。憲法義解第七十三條の註に曰く「國體ノ大綱ハ萬世ニ互リ永遠恆久ニシテ移動スヘカラスト雖云々」又曰く「改正ノ權既ニ天皇ニ屬ス而シテ仍之ヲ議會ニ付スルハ何ソヤ一タヒ定マルノ大典ハ臣民ト俱ニ之ヲ守リ王室ノ專意ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ欲セサルナリ」(百八頁)。更に第四條の註に曰く「君主ハ憲法ノ條規ニ依リテ其ノ天職ヲ行フ者ナリ故ニ彼ノ羅馬ニ行ハレタル無限權勢ノ說ハ固ヨリ立憲ノ主義ニ非ス……是ノ說ハ我カ憲法ノ主義ト相發揮スルニ足ル者アルヲ以テ茲ニ之ヲ附記シテ以テ參考ニ當ツ」(六頁)と。

四 臣民の基本權に依る立法權の制約

個人の自由を國家權力に對して保障する法治國の思想は前節に述べた主權乃至憲法制定權の思想とは本來反對の傾向に屬する。それは *droite de l'état* に對して *liberté du citoyen* を主張し、國家の政治的存立よりも現存の法秩序及び個人團體の既得權を尊重する思想である。(註一)

(註一) Montesquieu, *Esprit des lois*, XI, *exp.* 5 et 7. その結果、本文述ぶる所の外に法律の支配即ち法律の留保及び優勝性(拙稿、前掲、國家學會雜誌四五卷一二號一〇七頁以下)。司法權の獨立・行政裁判制度等は此の要請である。之に反して主權の法理は實定法上の權利を主權者が自由に侵犯し得るものと解する。之に依れば自然法も亦主權に對しては何等強行性なく、主權者と臣民との間に權利義務の關係を否定する(Gierke, a. a. O. S. 263, 283 ff., 293)。

一 その一は權力分立に示される組織原理 (Organisationsprinzip) であつて、それは就中法律が一般的法規たることを要求する。ここに本來異なる原理たる自由と平等とが關聯する。この法理の根據は法律の支配が權力による恣意の支配を排斥するもので、隨つて法律が規範即ち普遍的内容あるを要すとするに在る。けれどもこの voluntas に對して ratio を主張する根據は上述した憲法の破毀の場合とは異なる。後者が contra legem の處分に類似するに反して前者は Praeter legem の處分に類似する。故に個別的な處分を内容とする法律も亦適法といはなければならぬ。(註二)。

茲に注意すべきはこの要求が殊に國民の基本權の規定に留保された法律について主張されることである。(註三)これによつて基本權の規定には後述する制度及び組織の保障の外に更に有力な保障を認められるに至つた。蓋し國家組織・外交・軍政・財政の如き國家の維持・存立を直接の目的とする作用にあつては、法律の一般性は國家統整の原理の背後に隠れるのであるが、(註四)法目的・刑罰目的及び内政の作用はこれと異り、法の理念及び法の定型性に支配せられ、隨つて合理主義的な法律概念が是認されるからである。(註五)法律内容の變化の無制約 (unbeschränkte Variabilität des Gesetzesinhalts) を主張される美濃部博士も亦民事刑事に關して一般準則を現實に適用するのは司法權の任務とし、この場合に法律内容の永續普遍性を容認される。(註六)法律に定むる裁判官の裁判を受くる權利(憲法第二十四條)に所謂法律

が一般的法規たることを要するの同一法理である。^(註七) 所有權を制限する法律も一般的法規を意味し、個々の人のみに適用される法律は公用徵收として相當の補償を與ふべきものと解される。權力分立の原則が立法と司法・行政との混同に反對し隨つて自由及び財産に對する侵害が直接法律を以て行はれず、法律に基づきて他の機關により實現されることを要求するから、公用徵收の法律は具體的な公用徵收に非ずして、その要件・手續を一般的に規定するのみ。^(註八) 更に罪刑法定主義は刑罰法の法律主義とその遡及效の禁止とを包含し、後者は憲法第二十三條の前提と解されるけれども、それは同條に留保された法律の内容が普遍性あることを要求する。然らざればこの原則の本質たる法治國の意義は全く喪失するからである。^(註九)

(註二) 形式的法律の内容が一般的法則たるべしとする理論は夙にゲオルグ・マイヤーの主張した所であるが(拙稿、前掲、國家學會雜誌四五卷一二號九〇頁以下)、比較的最近まで所謂自由及び財産の形式(Freiheits- und Eigentumsformel)に依つて驅逐されて居た。此の形式は具體的に實在する主權の代りに法律の支配を以てせんとするものではなく、君主の主權に對して國民の主權を主張するものである。故に此の思想の下では法律の普遍性は問題とならず、且つ容易に法律内容の無制約を認むる傾向を生ずる。(vgl. O. Schmitty, a. a. O. S. 148, 149)。

(註三) O. Schmitty, a. a. O. S. 138 ff.; Thoma, in "Nipperkneys Grundrechte und Grundpflichten", I, S. 34 ff.

(註四) vgl. Smend, a. a. O. S. 83.

(註五) Smend, a. a. O. S. 150. 之はワイマール憲法四八條の處分(Massnahmen)の概念に關聯して論ぜられた所である(O. Schmitty, Veröff. D St R Lehrer, I, S. 101 auch 96 ff.)。

(註六) 美濃部博士、憲法撮要四九四頁、司法權行使の獨立は訓令職務命令等に對して裁判官が拘束されざることを意味するが、若し個別的な指揮が法律の形式を以て與へられるとすれば、いはば立法者の訓令(??)に服することとなる(O. Schmitty, Veröff.

assungslehre, S. 155)。尙此の點に關して宮澤教授、法律による裁判（寛教授還曆祝賀論文集所載）参照

（註七）美濃部博士、憲法精義三七一頁、佐々木博士、日本憲法要論二五三頁、尙拙稿、前掲、國家學會雜誌四六卷三號七四頁以下。

（註八）ワイマール新憲法の起草に當り公用徴收（第百五十三條二項）を廣義に解することが強く主張された。即ち從來の公用徴收の概念に該當せざる場合にも立法者が行政行爲を介入せしめず直接に私權を侵害すること、及び此の法律が特定の個人若くは比較的狭き範圍の人に限られ平等の原則に反することの二要件を具ふるときは、公用徴收と認められるに至つた（Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1930. S. 611, 612）。

（註九）刑法に於いては構成要件の充足（Tatbestandsmäßigkeit）が一般に承認される所である。vgl. Gerland, in Nipperdeys Grundrechte, I, S. 381.

二 その二は個人の天然の自由が原則として無制約であり、これを侵害する國家の機能は制限を蒙むるとする分配の原理（Verteilungsprinzip）であつて、それは殊に臣民の基本權を強調して立法權の限界を要求する（註一〇）。基本權の憲法的意義は近年注目されて來た所で、ここに立法權の動かすべからざる國民の實質的身分（materialer Status）を保障するに在る。スメントによればそれは國民各自の自由平等を保障し以て國家の文化體系と國民の統整價值とを憲法上定立する。隨つて基本權の規定が單に法原理に止まる場合にも立法權も拘束し、裁判所に於ける利益較量の標準たり、又法律が明かに之と牴觸するときは違憲の效果を生ずる。又カール・シュミットは基本權を超國家的な人權と解する。之によれば民主主義の國家を前提とする參政權及び國家組織を前提とする受益權は除外せられ、又基本權が憲法の同一性を構成する爲に、憲法改正の法律を以てするも動かすことが出來ない。その大要は別稿に譲り以下には主

として組織及び法制の保障 (institutionelle und Instituts-Garantie) を述べらる。

(註一〇) 元來基本權の憲法規定は君主の強大なる統整機能の下に於いては主として行政權を羈束する行政法的意義あるに止まる。

ここに於いて個人は行政權の主體としての國家に對し公權を與へられると共に、行政權の命令及び處分は原則として法規に基づくことが要求される (拙稿、前掲、國雜四六卷二號一〇八頁以下)。

(註一一) 拙稿、前掲、國雜四六卷三號六三頁以下。

基本權の規定が組織に關する憲法の規定と異り技術的性質乏しく精神的内容を主とする爲にその歴史的考察は殊に必要である。中世の英國に於ける民權は等族の權利であり構成的憲法原理 (konstituierendes Verfassungsprinzip)

であつたが、近世の合理主義的自然法と宗教的解放との要求を實現した自由權は個人主義的法概念であつて、國權の干渉を拒否する消極的身分 (negativer Status) ^(註一二) であつた。故に個人の主動的身分 (aktiver Status) ^(註一三) を要求する民

主主義とは本質上異なる。この矛盾は立法權萬能の實證主義的法制の下にあつては殆んど問題とならない。けれども上

述の如く立法權も亦他律的制約を蒙むるとする自然法的法律觀に於いて、自由權は行政權の法律による羈束の原則か

ら再び本來の超國家的人權に復歸したのであるが、同時にそれは民主主義の制約を受け、茲に法制の保障及び組織の保障の基本權が發展するに至る。即ち立法權に對する信頼が減じ且つ社會的留保が認められると共に、自由權を保護

する法制及び組織 (Schutznormen und Schutzrichtungen) ^(註一四) 自體が保障されることになる。それは個人の自由を

直接保障するものではなく、個人の權利は唯組織の保障の限界内で保護を與へられるのに過ぎない。獨逸國新憲法に

於いて從來の自由主義の基本權が單なる綱領の宣言若くは單純な法律の留保に止まるに反して、^(註一六) 本來個々の法律を以

て規定さるべき明瞭な法規が數多く包含され、しかもそれが憲法改正手續を経た法律に非ざれば侵し得ざるもの（ト
マの所謂 *verfassungskräftige Grundrechte*）なることは一見して著しき矛盾である。それは個人主義に立つ基本權
の保障がその重要性を減じて、基本權の規定がその意義に變遷を蒙れることを示すものに他ならぬ。（註一七）
（註一八）

〔註一四〕 *Magna Charta Libertatum* (12 Juni 1215), *Petition of Rights* (1627), *Habeas-Corpus-Acts* (1675), *Bill of Rights*
(1688)等の規定する所は個々の國民の權利ではなく全人民に對する國王の義務であつて、國王と全人民とは之に依り國家機構に
於りて結合されたのであつた (Ernst Rudolf Huber, *Arch. Öftr. N. F.* XXIII, S. 3, 4)。然るに近世の個人的自由權は全く之と
異り (G. Schmitt, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, II S. 576)。良心及び信教の自由の主張に基づき (Jellinek, *Die*
Erklärung der Menschen-u. Bürgerrechte, 1927, S. 42 ff.)、米國より佛革命を経て大陸の諸憲法に繼受された。

〔註一三〕 ワイマル新憲法の起草に當りプロイスは基本權の規定を削除する意向あり。フリードリヒ・ナウマンは民主主義を以
て徹底的に之を修正せる提案をした (Vgl. Smend, *a. a. O.* S. 166 Anm. 1; G. Schmitt, *a. a. O.* S. 162)。之に反して君主の
下、官僚政治の強大なる場合には、民主主義は下院議員の公選・國務大臣の政治責任を認むるに止まり、又自由權も唯行政權の
獨立なる活動を阻却するのみ。

〔註一四〕 例へば公法人たる宗教團體の組織的保障 (獨逸國新憲法一三七條)、労働者及び企業者の組織・聯合 (同上 一六五條)
は自由主義的憲法の本來夫々宗教及び良心の自由 (同上 一三五條) 労働條件及び取引條件の爲の結社の自由 (同
一五九條) の附加補充的保障 (*Konnex- und Komplementärgründen*) に過ぎないけれども、それは國家に對して其の組織・自體
を保障するもので個人の一般的自由權とは獨立の保障と解しなければならぬ (G. Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle*
Garantien, S. 29 ff.)。

〔註一五〕 例へば「官吏ハ其ノ既得ノ權利ヲ侵サルルコトナシ」 (獨逸國憲法一二九條) に於いて個々の官吏に減俸されざる權利

を認むるは極端なる個人主義的見解である。それは専務職官吏 (Berufsbeamten) の制度的保障の結果、個々の官吏に其の組織内の地位に相應しき俸給、恩給を保障するに他ならぬ。(G. Schmidt, *Wohlerworbene Beamtenrechte*, DJZ, 1931, Juli 917 ff.)。

(註一六) 我が憲法も亦第二十四條第二十八條の基本権には立法權の制約を認めるが(美濃部博士、憲法撮要一八一頁)。第二十三條第二十七條の如き根本的な規定は單純な法律の留保と解され、トムの表現に従へば(Thoma, *Grundrechte und Polizeigewalt*, S. 191 ff.) *Lehrbuch* で行政の法律に依る羈束を示すものに他ならぬ。

(註一七) Thoma, *a. a. O.* S. 191 ff. かかる憲法規定に屬するものは、獨逸國新憲法一二三條二項・一二四條二項・一二九條三項等である。

(註一八) 純然たる個人主義的基本權は夙に否定されて來た。第一に自由權と雖も警察命令若くは獨裁權を以て制限され、國家的必要・國家に表現される政治的價値の前には無條件に讓歩する外、第二にそれは容觀化されて個人の權利よりも寧ろ一般的法律原則を示すに至つた。所謂自由權は包括的且つ消極的内容を有し一般の權利とは著しく性質を異にする。

(a) 組織の保障 (institutionelle Garantie) ここに組織 (Institution) とは具體的且つ歴史的に決定された組織をいひ、それが獨立の人格ありや否やは問題でない。(註一九) 我が憲法について觀れば裁判組織の保障を認めてゐる。即ち裁判官の職務上の獨立(第五十七條)、終身官たる地位(第五十八條)及び法定裁判官の剝奪の禁止(第二十四條)は憲法の保障する所である。それには特別裁判所・刑事の假處分等法律を以て例外を設けることが出来るけれども、單に行政權に對して司法權の獨立を保障するのみではなく立法權を拘束する。(註二〇) 併しなからこれによつて憲法實施當時の法律狀態 (status quo) が維持されるのではなく、(註二一) 陪審法・判事停年法が違憲ならざるはいふまでもない。更に又之により裁判官個人の權利が絶対に保障されるのではない。依願免官の他、法律に依る轉職・解職(裁構法七三條二)が

憲法第五十八條二項に牴觸せざることは同條の一項及び三項と比較するも疑を容れない。判事及び檢事中二百三十二人を限つて休職を命ずる權限を司法大臣に與へる法律(大正二年法律七號)も亦同様である。ここに示される組織の保障は最近

シニミットが明かにした所であるが、(註二二)從來の傳統的學說を代表するアンシュッツは立法者が組織自體を制限し得るも

之を廢棄し得ずとする說に三點から反對する。(註二三)第一は組織の構成及び作用に關して立法者を拘束するものなしとする

に在る。けれども裁判組織に關する上述の諸點は歴史的發展に於いてその本質を構成する。憲法の保障規定が何等かの

内容を有する限り、立法權に對してもこの維持を要求するものと解しなければならぬ。(註二四)第二は組織の制限と廢棄との

限界が不明瞭な爲である。けれども憲法改正權・警察命令等の限界と同様にこの場合にも限界設定の困難なること

から直にその限界の不存在を論斷するのは誤である。第三に組織自體の廢棄は從來も又將來も立法者の企圖せざる所

と斷定するが、事實と規範とは別問題である。裁判組織の保障は裁判所及び裁判官が一般の國家機關・官吏と異つて

専ら法の理念に奉仕し國家の統整をその職分とせざるに基づく。(註二五)尙終身官たる地位の保障は裁判官の權利を、又法定

裁判官の剝奪の禁止は一般人民の權利を發生せしめるが、それは純粹な個人主義的權利ではない。殊に憲法第二十四

條は本來純然たる自由權に屬すべく、隨つて沿革的に當然憲法第二章の規定たるものであるが、現在は裁判組織の保

障の一要素として寧ろ憲法第五章の規定就中第六十條と密接に關聯するものである。(註二六)

(註一九) U. schmitt, Freiheitsrechte S. 10. 然るにフーバーは之を國家組織の一部が獨自の政治的・文化的・社會的性質に因

りて一般の組織と或種の對立を示す場合 (Gewühleiste Organisationsprinzipien) 及び特定の團體を保障する場合 (Gewährleistete Korporationen) に區別する。前者は專務職官吏の保障 (獨憲一二八條乃至一二九條) 裁判官の保障 (同一〇二條乃至一

〇五條)の如く獨立の人格なきもの、後者は宗教團體の保障(同一三七條)公共團體の自治權の保障(同一二七條)の如く、歴史的に成立せる團體を承認して國家に包容し、多元的な國家分裂の傾向を阻止するものである(Huber, a. a. O. S. 51 ff., 62 ff.)。

(註二〇) Graf zu Dolna, bei "Nipperdey, Grundrechte", I, S. III.

(註二一) それは我が憲法第七十六條一項の規定する所である。

(註二二) C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 170 ff. 但しここでは未だ組織の保障と法制の保障との區別は論ぜられなかつた。その後此の理論は多くの學者に依つて承認された。例へば獨逸憲法第一二七條「公共團體及公共團體ノ聯合ハ法律ノ制限内ニ於テ自治ノ權利ヲ有ス」に就き之を認むるは Anschütz, a. a. O. S. 510; Thoma, bei "Nipperdey", I S. 21, 33; Loewenstein, a. a. O. S. 280 ff. 又教育の自由の規定(同一四二條)に就きローランブマヘルとメンデルを認むる(Veröff. DSRLehrer, IV, S. 37, 71)。

(註二三) vgl. Anschütz a. a. O. S. 510, 511.

(註二四) 例へば裁判官が行政官廳の命令を審査し得ざるものとし、或は裁判官が上級官廳の指揮に服すべきものとするが如きは絶対に憲法違反である。又官廳事務の都合に依り裁判官に休職を命じ、或は非常裁判所を設けて通常裁判所に代へることも立法權の爲し得ざる所である。

(註二五) Shneid, a. a. O. S. 97 ff.; E. Kaufmann, Veröff. D St R Lehrer, III S. 18 ff.

(註二六) 特別裁判所を設くるに就いては二の制限がある。第一は訴訟手續に依つて裁判を爲すことを要し、刑事の假處分の如きものと異なる。第二は之を設くるに就き已むを得ざる必要がなければならぬ。それは特別裁判所が原則に對する例外たることから明かであつて、憲法第二十四條は此の限界を示すものと解される。

(b) 法制の保障 (Institutsgarantie) 法制 (Rechtsinstitute) とは傳統的に確立された典型的な規範の結合若く

は法律關係 (Normenkomplexe und Rechtsbeziehungen) で、具體的法律關係が包攝される抽象的形式である。^(註二七) その内容・範圍は専ら法律を以て定められるが (Vorbehalt der inhaltlichen Normierung)、制度の内在的意味は廢棄するを得ず、唯本質的ならざる内容を變更し或は之に制限を加へるに止まる。この點で自由權に於ける法律の留保と法論理的構成を異にする。^(註二八) 自由權は個人の自然の自由を國家が承認したものであるから、法律は極めて外部的な限界を設定するに過ぎない。^(註二九)

法制の保障として最も著しきは所有權の不可侵 (憲法第二十七條) である。^(註三〇) 本條はフランス人權宣言第十七條の示すやうに元來純然たる個人の自由の保障であつた。^(註三一) 民法の規定も亦「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス」^(二〇) 六條) とし、その法令が單に外部的な限界に過ぎぬことは明かである。併しながら所有權社會化の法理と共に各種の法令は次第に所有權の核心に觸れ、ここに憲法の規定は自由權の保障から法制の保障に推移するに至つた。^(註三二) 所有權は既に獨自の絶對的價値を喪ひ、本質上社會公共の利益に拘束される新概念に變じたのである。物を支配する自由はその内容が法律に依つて決定され、その目的が社會公共の利益に依存するに至つてその法律的意義を變ずる。アンシュッツによれば法制としての所有權は法律を以て廢止するを得ない。^(註三三) 之に反して物を使用収益し處分する個人の權利は、具體的な場合に公用徵收を以て奪ふことが出来る。^(註三四)

然らば憲法に所謂所有權は廣く財産權の意義なるか、將た民法上の物の所有權に限られるか。この規定の沿革を遡れば最初は狹義に解されたが、法治國の要請の徹底するに伴つて次第に擴大されて、廣く私法上の財産權をいふこととなつた。^(註三五) 公用徵收を意味した第二項の規定も亦同様である。併しながら、かくては個別的特色ある法制は茲に求め

ることが出来ない。法制の保障としては憲法第二十七條は嚴格に物の所有權 (Sacheigentumsbegriff) に限定されなければならぬ。^(註三六) 換言すればその所有權は一方に於いて本條が行政權の法律による羈束を示すものとしては廣く財産權と解すべく、他方に於いて法制の保障を示すものとしては民法上の概念と同一なのである。^(註三七)

(註二七) Carl Schmitt, bei Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, S. 596; Huber, a. a. O. S. 37.

(註二八) G. Schmitt a. a. O. S. 600 ff. 向上述せる憲法改正法律の留保は從來の見解 (zB. Anschütz, a. a. O. S. 349) では總ての基本權寧ろ憲法全體に就いて認められた。即ち無批判的に法律の優勝性から、更に一段高き憲法的法律の優勝性を主張するのであるが、實は主權的な國家意思の絶對的な留保を此の場合と混同せるものである。之に反對する學説は同所參照。

(註二九) 故に法律に依る制限規定は自由權に關しては特別の理由を必要とするけれども、法制の保障の場合には當然と推定される (Huber, a. a. O. S. 37 Anm. 68)。

(註三〇) 獨逸國新憲法には此の他法制の保障の規定が多く。例へば第一一九條の婚姻制度 (Wieruszowski, bei Nipperdey II, S. 76) 第一五四條の相續制度 (Boehner, bei Nipperdey III S. 257 ff.)。

(註三一) 上述の如く中世では實定法上の權利は主權者に對抗が出来ず、之が例外は唯自然法に基礎付けられる場合にのみ認められた。而して之が爲には、國家以前の自然法より演繹される *ius gentium* の所有權の法制と、直接自然法上の原理たる契約の拘束力とが援用された。後 Ulrich Huber (1674) は憲法に明文なくとも身體・財産・意見發表・信教等の自由は常に保障されるものと論じた (Gierke, a. a. O. S. 270, 290, 295)。

(註三二) 所有權の最終目的に關しては自由主義・民主主義に立脚する個人主義的所有權説と保守主義・社會主義に立脚する社會的所有權説とが存する。前者と雖も自己の爲に物を利用・支配することが公共の福利と一致調和することであることを發達せる資本主義的經濟の下では破られることが多い。故に社會目的の爲に所有權の行使を統制する必要を生じ、而して最

近は此の趣旨の立法が行はれるのである (Rudbruch, a. a. O. S. 134 ff.)°

(註三三) Anschütz, a. a. O. 608. 尚所有權の制度的保障は夙にウァルムが指摘して居る (M. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, bei Kahls Festschrift, S. 5)°。ハルムは當初不明瞭であつたが (Verfassungslehre, S. 171 ff.) 後此之を認めた

(Freiheitsrechte, S. 20 ff.)°。其の他 Schelcher, Arch. Off. R. 18, S. 344.

(註三四) 法律に依る所有權の限界の規定と公用徵收との區別は一般的な侵害なりや個別的侵害なりやに存せず (vgl. B. G. Z. 124 Anh. 19)°。前者は所有權の制度に觸れず、唯其の内容を詳細に規定するのみ、後者は個人の所有權自體に侵害を加ふるに在る

(vgl. Schelcher, a. a. O. S. 321 ff.)°

(註三五) 拙稿・前掲「國家學會雜誌」四六卷二號一二二頁以下。

(註三六) G. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 23; Wolff, a. a. O. S. 6.

(註三七) G. Schmitt, a. a. O. S. 24. 之アムシマツが舊普國憲法第九條の註釋に於いて所有權を廣義に解し公用徵收を嚴格に解したのと正に反對である (vgl. Anschütz, Kommentar, S. 155)°。之に反して獨逸新憲法が私法上の財産權の本質的要素を保障し、隨つて所有權の他、賣買・貸借・消費貸借等の法制をも含むと解するのは Hulser, a. a. O. S. 46.

五 結 語

憲法の解釋に現はれる自然法の法理は古くから國家と法との關係を説明するに當つて認められた所である。それは近年實證主義の衰退と共に再び注目されて來た。

國家と法との關係は所謂法治國の觀念の問題として絶えず公法學の根本的な對象であるが、その個人主義なると國

家の價值を強調するとの何れなるを問はずこれを正當に理解する爲には常に超實定的な自然法を認めざるを得ない。ここに國家主權の基礎及び限界があり又臣民の基本權が立法權を制約する所以が存するのである。終りにワルテル・エリネックの言葉を借りよう。憲法の限界の自律化は同時に憲法の理想化を意味し、人が無意識的に如何に高い價值を國家の根本法に對して認むるかを證明するものである。^(註)

(註) Walter Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, S. 27.

(一九三四年四月五日脱稿)