

制度保障について

高橋正俊

目次

- 一 はじめに
- 二 制度保障論の内容
 - (一) 制度保障の趣旨
 - (二) 制度の概念
 - (三) 保障対象としての制度
 - (四) 制度保障の効果―政治的統制
 - (五) 制度保障の効果―裁判統制
- 三 制度保障の限界
- 四
 - (一) 基本権への限定
 - (二) 自由権と制度保障
 - (三) 権利と制度保障
 - (四) プログラム規定と制度保障
 - (五) 日本国憲法における制度保障
- 五 制度保障論採用の条件
- 六 制度保障条項の一般的論点
- 七 制度保障の限界

一 はじめに

制度保障論は、日本の憲法解釈において通説として受容されて⁽¹⁾いるだけでなく、今日では、最高裁の判例にも採用されるにいたっている⁽²⁾。しかも、その概念内容については、細部はともかく、「制度的保障の理論の骨格そのものについては、ほぼ共通の見解が見られる⁽³⁾」といわれている。

しかしながら、その共通の見解とされるものを検討しても、何故そのような見解がとられるのか判然としない部分が多い。また、その理論展開も、十分煮詰められてのものではないように思われる。制度保障論には、創唱者であるC・シュミット以来、曖昧・漠然たる点が、今日でも多々残っている⁽⁴⁾のである。

それにもかかわらず共通理解が存するようには、結局、シュミットがそうだとするところのものが制度的保障規定である、と評される⁽⁵⁾状況から生じたものである懸念が残る。すなわち、そこぶる逆説的であるが、明確に理論を確立しえないゆえに、権威にたよった共通見解を持っているだけではないかという疑いである。もしそうであるなら、これは、権威による受容といわねばならず、学問にとつて極めて不幸なことであり、危険なことでもある。

そもそも、ある理論を受容するためには、その理論を相応に理解したうえでなくてはかなうまい。本稿は、制度保障と呼ばれる⁽⁶⁾理論を、明確で理解可能なものにするための一試論である。

(1) 戸波江二「制度的保障の理論について」筑波法政七号六六―七頁参照。

(2) 最判(大)昭五二・七・一三民集三一巻四号五三三頁以下。

- (3) 川添利幸「制度的保障」（菅部他編『演習 憲法』（昭五九）所収）一六七頁。
- (4) 例えば、戸波・前掲に不明な諸論点の指摘が、散見する。
- (5) 柳瀬良幹「地方自治の制度的保障」（『地方自治論文集』（昭四七）所収）三三一―三五頁。
- (6) 一般には、制度、保障と呼ばれる。しかし、その内容は制度を憲法保障の対象とすることであるから、端的に「制度保障」という用語を採用する。この点について、赤坂正浩「二つの制度的保障論」法学四九卷一号八三頁参照。

二 制度保障論の内容

(一) 制度保障の趣旨

制度保障 (Institutionelle Garantie, Institutsgarantie) 論とは、憲法典の所謂人権保障とされる条項中に、通常個人や団体の権利・自由とならんで、制度が保障されていると見るべき場合があることを指摘するものである。⁽¹⁾

したがって、制度保障論とは、本来憲法条文の解釈に際しての、着眼点の指摘にすぎない。それは、憲法上の必須的理論といったものではない。憲法は、その必要的構成要素としての人権条項には、個人ないし団体の権利・自由が規定されれば足りるとされるからである。

では、シュミットは、いかなる状況のもとで、制度保障という現象を見出したのであろうか。⁽²⁾ それは、第一に、ワイマール憲法の人権保障部分たる基本権の体系的理解、および第二に、基本権へできるだけ対立法部効力を賦与しようとする努力の相互作用の中で見出したのであった。制度保障の前提を検討するためには、この事情をすこし詳細に述べる必要があるであろう。

(一) 第一の状況。ワイマール憲法は、周知のように、政治的混乱のなかで、政治・経済・社会的対立を抱えたまま制定されたため、特に第二編「ドイツ人の基本権および基本義務」中に、従来の人権ないし個人権とならんで、伝統的な概念では理解しえない雑多な保障規定が混在することとなった⁽³⁾。例えば、政治原則や綱領が規定され、はては統治機構の条文が迷いこんだ場合さえあったのである。したがって、その体系的理解をえるためには、基本権の合理的分類整理が、ひとつの課題となったのである。その分類のためのカテゴリーの一つとして新たに設定されたのが制度保障であり、従来の権利・自由保障観では説明できぬ若干の条文が制度保障とされ、一括して位置づけがなされることになった。

すなわち、シュミットは、以上の点を考慮しつつ第二編の規定を分類して、①自由権、②公民の政治的権利、③社会的・文化的な積極的給付に対する個人の権利、④公的団体それ自体の国家に対する権利および請求権、⑤制度保障、⑥現状保障とした。そして、各条項はそれらのカテゴリーに分類整理されたとしたのであった⁽⁴⁾。

ここでは、まず、ある条項が制度保障にあたりとされるためには、どのような要件が満たされている必要があるかが明らかにされねばならないであろう。また、次に、制度保障とされた場合その他のカテゴリーとどんな関係が生じるかが検討されねばならない。蓋し、これらの各カテゴリーは、必ずしも相互に排他的なものであるとは保障されていないからである。

(二) 第二の状況。さらに問題は、基本権の効力にあった。第二編の基本権は、ヨーロッパ諸国の伝統的人権理論にしたがって、「法律留保」であるか、ないしは「プログラム」にすぎないものと考えられていた⁽⁵⁾。前述の、基本権力タログの混乱も、基本権がこのような効力しかないのであれば、理論上も実際上も不都合はなかったのである。蓋し、いずれも立法部によって現実化さるべきものにすぎないからである。

しかしながら、当時、立法部に対する不信に起因する、基本権にできるだけ対立法部効力を与えて立法部を拘束できるとは、政治的要請が強力に存在した⁽⁶⁾。また、理論的にも、「法律による行政」観が法の一般原理として確立し、立法者に対する拘束を含め法律留保型の権利保障は「空まわり (leerlaufend)」であるという認識⁽⁷⁾が一般的となり、法律留保型では、人権保障にとって不十分とされるにいたったのである。かくして、それに答えるべく、法律に対しても直接適用のなしうる憲法上の規範を見出そうとする努力が始まり、平等権、財産権をはじめとするワイマール憲法の人権規定における解釈の変更が行われるにいたったのである⁽⁸⁾。

右の要請にしたがって、基本権の条文の形式に基づいて、対立法部効力のある規範を見出そうするとき、法治国家の基本的在り方からして真の基本権として強く保障されるべき自由権が、法律留保の条文形式をとっていたため、対立法部効力を認めえないという場合も生じた。また、逆に偶然的に第二編にとりこまれた特別規定（例えば、一二三条二項、一二四条二項、一二九条三項）が、留保なしに立法部に対しても保障される結果になるという矛盾が生じたのであった。したがって、そこでは、なんらかの方法をこうじてこれらの不整合を調整する必要が生じたのである⁽⁹⁾。そして、この調整のテクニックとして、制度保障がとりあげられたのである。

すなわち、一方で、「留保なしに立法部に対しても権利が保障されているようであるが、実は制度が保障されているにすぎない。そこで保障されるのは、制度の本質ないし制度そのものにすぎず、権利の完全な保障ではない」と主張し、あるいは逆に、「法律留保の規定にすぎないような形式であるが、それは制度を保障するものであるから、制度の本質ないし制度そのものは法律によっても制限できない」と主張するわけである。

(二) 制度の概念

制度保障については、まずなによりも制度概念の内包・外延が明らかにされていなければなるまい。ところが、こ

の制度という概念が一筋なわでは捉え切れない⁽¹⁰⁾。このことは、ワイマール憲法においてどの条文が制度保障かについて論者により様々であったことを顧みれば、明らかであろう⁽¹¹⁾。そこでの問題点は、制度とは何であるかについて、合理的にフォローできる形で提示されてこなかったことにある。本稿では、特にこの点に意をもちつつ、制度をどう考えるべきかについて検討してみたい。

制度保障論者は、制度について一見して理解可能な形で定義を与えないのが普通である。シュミットも、制度について、次のような断片的定義を与えるに止まっている。公法的制度について曰く、①制度 (Institution) とは、「形成され・組織され、したがって境界画定可能・区別可能な、公法的性質を有する Einrichtung である」⁽¹²⁾。また、私法的制度について曰く、②「伝統的に確立している典型的な規範複合および法関係である」⁽¹³⁾。これらの謎めいた定義は、どのように分析されるべきであろうか。

まず、この定義が、(私法・公法の区別は重要性がないとして)⁽¹⁴⁾ 同一の概念を異なった仕方ですしたものとすると、結局、制度とは「形成され・組織され、(したがって境界画定可能・区別可能な) 法的性質を有する Einrichtung 確立された伝統的かつ典型的規範複合および法関係」とまとめることができそうである⁽¹⁵⁾。これでも制度概念の不可解さは一向に減じないであろう。これをさらに理解するためには、シュミット自身が影響されたと認める M・オーリュウの制度論を参照する必要がある⁽¹⁶⁾。

オーリュウの有名な制度の一般的定義は、「制度とは、社会的環境下で、法的に、実現され持続する、仕事または事業の理念である」⁽¹⁷⁾ というものである。そして、制度には、人的制度と物的制度があり、「社会的に確立された規範 (règle) は、物的制度である。それは、理念として社会環境のなかに伝播し、生存するがゆえに一の制度である」⁽¹⁸⁾ という。

このオーリュウの制度も、神秘的なものであるが、要するに、制度とは、仕事ないし事業の理念が、社会的存在と

して自己実現することをいうのであろう。しかし、個人の意思をこえるとされる理念(ideal)なるものは、認識対象たりえないものであり、直観によつてのみ知りうるとされるであらう。⁽¹⁹⁾したがって、我々普通人の認識にとつては、制度は、具体的観察の対象となりうる具現された仕事ないし事業そのものに止まらざるをえない。また、その場合、仕事ないし事業の理念の超越界における存在は、推認しうるとすれば、現実界における定型的行態の存在を通して知りうるにすぎないであらう。蓋し、我々は、反復・持続・常態・組織等の定型的行態を認識して、その背後の理念を推知する他ないからである。

以上のごときものであるとすれば、オーリュウの制度も、反復・持続・常態・組織等といった定型的行態自体ないしそれを導くものを制度とする常識的制度概念と結びつくであらう。オーリュウの制度概念は、実は、かかる常識的制度概念を、プラトニズムやベルグソン等の影響を受けつつ精練した結果であると推測できるのではなからうか。⁽²⁰⁾

ところで、制度の普通人むけの定義としては、ある問題解決に向けて形成された人間の定型的行態ないし定型的行態を導くもの、という作業仮説から議論を始めることができよう。⁽²¹⁾その際に注意すべきは、第一に、制度には、本来はある問題解決に向けて形成されたものであろうが、その意識が失われ、単に定型的行態ないしそれを導くものという意味での制度も存在することである。第二には、問題解決に相応しくなくなった制度が存在しうるということである。すなわち、時代に適応しない滅びゆく制度、はては滅ぶべき制度も存在するのである。かくして、制度とは、人間の定型的行態ないしそれを導くものというしかないこととならう。

以上の作業仮説にてらしてオーリュウの制度を再考すると、まず、彼の制度は仮説のようなザツハリツヒなものは次元が違ふことが興味を引く。すなわち、オーリュウの「制度理論」は、なによりもまず自然法理論⁽²²⁾なのである。

第一に、制度が法的に、実現され持続される理念であるという点である。ここで法的とは、理念と結びつき、実現

され維持されるという点からみて、実定法を指すものとは理解し難く、正当性と結合した自然法体系を前提する法体系に属するものと考えられる。

第二に、制度としては、滅びゆく制度、単なる遺制、滅ぶべき制度について、一切考慮されていない。それらは、何故に制度ではないのか。また、制度たる理念の間に矛盾は存在しえないのであろうか。⁽²³⁾これらの点も、自然法という前提をおいてはじめて矛盾・齟齬が排除しうる。すなわち、自然法は滅びつつある、あるいは滅ぶべき制度を支持せず、また制度たる理念間の矛盾も自然法が支配する以上思考しえないからである。このようなことは、単なる実定法レベルで解決できるとは、考え難いのである。

次に注目すべきは、法規が物的制度として挙げられているが、これはいったいいかなる意義を持つかということである。まず、オーリュウが法規を制度とするのは、それが、「社会環境のなかに伝播し、生存する」として、純粹の理念とその実現たる仕事ないし事業の中間に位置づけられたためと思われる。そうであるとすれば、この法規なるものも、自然法の一環としての位置づけがなされる必要がある。それが実定法である場合にも、それは自然法に合するものとして存在しなければならぬであろう。

また、あらゆる法規が制度とみられるのではなく、「社会的に確立」されることが必要であるとされることに着目すべきである。すなわち、仕事ないし事業の理念の現象界における表現たる定型的行態を導きうるのは、「社会的に確立」されている規範に限られるからである。

シュミットの制度概念は、基本的にオーリュウのそれを下敷きとするものと認められる。このことは前述の「形成され・組織され、(したがって境界画定可能・区別可能な) 法的性質を有する *Einrichtung* || 確立された伝統的かつ典型的規範複合および法関係」というシュミットの制度の定義が、まさにオーリュウの制度概念の一般的制度・物的制

度と顕著に一致することで知られるであろう。

そうであるなら、「形成され・組織され」とは、オーリュウの「実現され、持続する」という理念の具現の様相に関する規定と理解しうるであろうし、Einrichtungの意義も、einrichten（設立する・設備する）という言葉の含意から想起せしめようとしたのかもしれない。このこともまた、「仕事または事業の理念」と対比するとき、ありうる推測ではなからうか。⁽²⁴⁾

しかしまた、決定的な相違もある。それは、シュミットにおいては、「法的」といい「規範複合および法関係」とする場合の法・規範が、実定法を目したものと考えられる点である。このことは、制度があくまで後国家的なものときられている点からも明らかといわねばなるまい。⁽²⁵⁾ これはまた、彼の制度の定義が、理念的部分を欠いている点にも関連しているであろう。かくして、彼の定義は、自然法的側面を欠くことにより、制度の正当化ないしそれらの整序に困難が生じることになる。

さて、シュミットにおける制度保障は、所謂物的制度たる法的制度の保障であるが、制度には、事実的制度もあるから、それらも制度保障の対象となりうるかが検討されなければならない。この点については、事実としての制度を含むとの主張が、F・クライン以来強力に存在する。⁽²⁶⁾ むしろ、制度保障というなら、事実としての制度を含むというほうが自然で、逆にシュミットにおいては、何故に法的制度だけが問題となるかが問われねばなるまい。⁽²⁷⁾ これに対する答えは、シュミットの制度が自然法体系に支持されるものではない点にもとめることができそうである。すなわち、シュミットの場合事実上の制度は、正当性を保障されない。消滅すべき遺制でさえ制度たりうること前述のとおりである。それに対し法的制度は、民主的過程に支えられる限り、合法性・一定の正当性が認められる。例えば、一夫多妻が法的制度である場合と、事実的制度である場合の合法性・正当性を比較すれば明らかであろう。また、憲法によ

る家族制度の保障という場合、法的制度としては一夫一婦であり、事実としては一夫多妻である家族制度を考えてみる時、保障対象は法的制度というレベルに止まらざるをえないであろう。このように、事実としての制度と、法的制度の両者が矛盾しうると考える以上、法的制度のみを対象とすべきことは、必然というべきであろう。⁽²⁸⁾

(三) 保障対象としての制度

制度保障の対象となる制度は、一般的に制度といわれるものではない。それは、まず事実的制度を含まず、物的制度に限られることは叙上のごとくであるが、シュミットの議論においては、さらに限定されたものであることが注目されなければならない。

それは、あらゆる憲法規定は、なんらかの規範複合ないし法関係に関連しており、その関連規範を保障し、あるいは否認するのである。そのような関連規範は、一般的に制度といえる。したがって、広い意味でいえば、ほとんどの憲法規範は、制度保障であるということになってしま⁽²⁹⁾う。それでは、制度保障はその観念としての明白性、ひいては有用性が失われるであら⁽³⁰⁾う。したがって、保障対象としての制度は、なんらかの意味で区別された制度であることを要する。すなわち、制度保障の対象たる制度は、狭義の制度でなければならぬのである。

では、いったいかなる制度であるか。それは、実は制度保障の立論趣旨によって制約を受ける。シュミットによれば、制度保障論においては、憲法による「様々な保障 (Schutz) ・保護 (Sicherung) ・確保 (Festlegung) ・保全 (Gewährleistung) な⁽³¹⁾るし不可侵宣言 (Unverletzlichkeitserklärung) のあるなかで、保護の態様と対象を、より適切に区別できるようにすることが問題なのである」。したがって「憲法規定による保存的・固定的作用が現れるあらゆる場合に、等しく制度的保障が存すると考える」のは、誤りであると明白に指摘している⁽³¹⁾。

このことは、制度よりも、むしろ「保障」の意味が、制度保障か否かの判別にとって重要であることを示している。

この点の認識は、シュミットの制度保障論の理解においては、決定的要点であると考えられる。そして、この論点は、前述（二）（一）の基本権の保障体系論と連動させて考えるとき、制度保障とよぶべき「保障」は、従来の権利・自由の体系では理解しえないような規定に割り振られることを知りうるであろう。すなわち、①②③④⑥に編入できぬものを、性質上許される限り、制度保障と分類するのである。かかる意味で、制度保障とは保障体系上、消極的カテゴリーであり、そのようなものとして扱われるべきものである。

次に、シュミットが論文で、「保障」対象としての制度に明示的に与えた限定である、制度の現存性およびその伝統・典型性について言及したい。

（１） 第一に、制度保障の対象とされる制度は、「既存のもの」、「存続しているもの」、「現存するもの」であることが要求されている。⁽³²⁾

この条件がなぜ要求されるかについては、必ずしも明確でない。しかし推測するに、制度が現在しないならば、それを「保障」する憲法規定はプログラム規定とされるであろう。制度保障とプログラム規定を相互に排除するものとするれば、この要求は、論理上の要請として理解しうるであろう。

また、この現存性の要求は、時間的にいかなる範囲の要求であるのかが問題となる。すなわち、従前の憲法時代から存続する制度だけが現存の制度といえるか、あるいは、現在時点からして既存の制度といえれば良いのか明らかでない。これらの問題点については、プログラム規定との関係の箇所後述する。

（２） 第二に「伝統的に確立した典型的な」制度であることが要求されているが、これはいかなる意義であり、どんな根拠にもとづくのであろうか（確立の要求については既述）。

伝統的・典型的という限定の意味がまず不明確である。いったい、伝統とは当該国におけるものか、またヨーロッパ

パでのものであるのか、あるいは広く国際的なものである必要があるのか。これについては、制度本体たる規範複合および法関係が、実定法であることを重視すれば、一応、当該国ということになると推測できるかと思われる。

問題は、典型的ということである。これもいかなる範囲を想定するのか画定が困難である。当該国における典型的制度というものを、考ええないわけではないが、それでは伝統的という限定と重複する。むしろ、国際的な広がりを持つ、すなわち、制度が典型的であるとは、当該制度が非典型的で当該国だけで通用するものであつてはならないことと理解するのが適当ではなからうか。⁽³³⁾

この限定の根拠については、ほとんど論及するものがない。おそらく、制度は各国において無限の多様性を持ちうるから、このような限定を与えねば極めて恣意的な制度が保障対象として主張されかねないとの配慮によるのである。

(四) 制度保障の効果—政治的統制

憲法典中のある条項が、制度を保障すると解釈されると、①当該制度の、中核ないし本質⁽³⁴⁾が、②単純立法に対して、保障されることになる⁽³⁵⁾。

まず、なぜ制度の中核・本質が保障されるにすぎないのかが問題となる。それは、制度の細目まで保障するのは所謂現状(Status-quo)保障と違わなくなってしまう、現状保障という基本権の別のカテゴリーと衝突するからと考えられる。また、それは「怒りを引き起こす特権⁽³⁶⁾」となってしまう恐れもあるからである。

また、単純立法に対してのみ対抗しうるとされるが、制度保障の消極的カテゴリー性から考えて、制度の憲法価値は、基本権とされるべきほどのものではなく、ただ憲法上基本権部分に規定されたゆえに、最小限の対立法部効力が与えられたものと推測される。いわば、外見上の基本権なのであり、⁽³⁷⁾憲法改正法律には抗しうべくもないと考えられ

たのであろう。

さて、制度保障の最も基本的で、かつ難点の一つは、何が制度の中核・本質かが漠然としている点である。実際、これが明らかでない限り、理論的にはともかく、現実的には制度保障論自体の採用が危ぶまれるであろうという批判がある⁽³⁸⁾。

ところで、そもそも中核・本質の画定を、客観的かつ厳密にしなければならぬ所以はなんであろうか。それは、制度保障が、裁判規範となり、裁判所がその中核ないし本質を定め、法律もその範囲を侵害するときは違憲・無効とされるということのためである。

制度保障に、裁判規範としての意義が与えられるためには、裁判所による抽象的規範統制が不可欠である⁽³⁹⁾。これは、現在の西ドイツのような国家においては現実となったが、ワイマール憲法の当時にあつては問題とはされなかつた。シュミットにとっては、制度が裁判レベルの保障をうけることまでは本来期待しえなかつたはずである。とすれば、制度保障は、立法部に対する、当該制度の中核・本質の高次の政治的保障の要求として構想されたものである。すなわち、例えば法律留保の場合ように、それへの侵害が、立法部にもともと合憲的ないし合法的に受任されているというものではなく、その中核・本質の侵害は違憲となる。ただ、そこに生じた違憲行為の評価は、選挙その他の政治責任追求という形式で問われるのであつて、裁判所の統制下にはないのである。

裁判による立法部の統制が確保されない場合、憲法規範が「空回り」であるというなら、制度保障規定もまた「空回り」といわざるをえない。しかし、前述のように、政治的統制という場面においては、法律留保ないしプログラム規定に比すれば、立法部に対する統制強化がなされたといえるであろう。このような状況下では、制度の中核・本質の論議は、客観的・厳密なものというより、政治的価値判断の対象となりうれば十分なのであり、曖昧とはいえ、そ

の程度の判定はなしうるであろう。

(五) 制度保障の効果—裁判統制

制度保障論者は、本来その裁判規範性までは予想しなかったが、それは制度保障の本質論上そうだったのではない。したがって、裁判制度が拡張され、客観訴訟が認められ、ないしは権利保障との関連で裁判統制が可能となった場合、制度保障条項を裁判規範として構成しうるであろうかという問題が更に発生するのである。

いったい、制度保障条項は、裁判規範としての要求を満たしうるであろうか。それを考える場合、次の二段階の要件を満たしうるとすれば、資格を備えると考えられる。

(1) 第一に、保障さるべき「伝統的に確立した典型的な」制度が、当該国家の規範複合・法関係として現存することが、まず証明されなければならない。この点については、既に述べた。

(2) 第二に、制度を侵害すると主張される法律による侵害部分が、実際その制度の中核・本質部分であることが示されねばならない。この点の曖昧・漠然性は、叙上のように、政治的統制であるならばともかく、客観的・厳密な画定を要する裁判規範として条件に欠けるのではないかと疑われてきたのである。

それは、制度の中核・本質というものを、全く価値的なものであるとする見方に由来する。確かに、そのように扱うことができ、それは終局的には政治的価値判断になじみ、裁判所の認識的・客観的判断としては扱い難いであろう。しかし、そのことは、裁判規範となりうる部分を含まないことまで意味しない。ある部分までは、裁判規範としての役割を持ちうるのではなからうか。その例として、当該制度が跡形もなく排除されたとしたならば、価値判断を待つまでもなく、それを排除した法律は中核・本質を侵害するものとして違憲となしえよう。このように、認識的・客観的に判断が下しうる限りでは、裁判規範たりうるといわなければなるまい。

筆者は、ある部分が欠けたら、当該制度と評価しえなくなる部分、すなわち、その制度のアイデンティティを形成する部分は、認知的・客観的に確定しうる制度の中核・本質部分ではないかと考える。さらに価値判断を加えれば、制度の中核・本質という部分があるであろう。しかし、そこまでは、裁判規範性は及ばない。その部分は、前述の政治的保障を期待するに止まるべきである。したがって、確かに、制度の中核・本質はその全容において明らかにし難いとはいえ、裁判規範としての要件は備えているといえよう。以上の限界内で、裁判所は制度を保障しうると思われるのである。

また筆者には、制度保障の中核・本質の探究につき、一般にいわれる、中核⇨憲法改正法律でのみ改変可、外縁部⇨単純法律で改変可、という図式は、いささか誤解を招くように思われる。蓋し、自由権におけると異なり、制度保障においては、その中核・本質が外縁部にないという保障はないからである。制度のアイデンティティの維持ないし喪失という基準をたよりに、個別的に検討する他ないであろう。

- (1) 戸波・前掲六九頁参照。
- (2) vgl. C. Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), in *Verfassungsgeschichtliche Aufsätze* (1958), S. 140ff. (以下 *Freiheitsrechte* として引用)
- (3) a.a.O., S. 140.
- (4) vgl. Schmitt, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in *Verfassungsgeschichtliche Aufsätze*, SS. 207-16. (以下 *Grundrechte* として引用) 赤坂・前掲一〇七頁参照。実際には、⑤制度保障を、シュミットは、公法上の制度保障 (*Institutionelle Garantie*) と私法上の制度保障 (*Institutsgarantie*) に更に分類する。しかし、今日この区別は重要なものとはみられないので、一括して論ずることが許されるであろう (山下健次「制度保障の法的性格とその問題点」公法研究二六号八一頁参照)。
- (5) vgl. Schmitt, *Freiheitsrechte*, SS. 140-141. 岡田祐「ドイツにおける制度的保障の理論について」公法研究一八号七八頁参照。

- (6) 例えば、山下健次「所有権の保障と制度保障の理論」立命館法学四一号六一七頁参照。
- (7) Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 141.
- (8) 小嶋和司「欧州大陸における基本権の保障」比較法研究五号三二頁以下参照。
- (9) Schmitt, *Freiheitsrechte*, SS. 142-3.
- (10) vgl. A. Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehren* (1979), S. 170.
- (11) vgl. E. Menzel, *Das Ende der institutionellen Garantien*, AöR 28 (1937), S. 48.
- (12) Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 149.
- (13) Schmitt, *Grundrechte*, S. 215.
- (14) 前掲注(4)参照。
- (15) 赤坂・前掲八四頁における制度保障の概念化の試みを参照した。
- (16) M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, en *Cahiers de la nouvelle journée*, t. 23 (1933)
- (17) a.a.O., S. 96.
- (18) a.a.O., S. 97.
- (19) a.a.O., S. 101.
- (20) G. Gurvitch, *Die Hauptideen Maurice Haurious*, in *Institution und Recht*, Hrsg. von R. Schnur (1968) S. 23.
(昭五八)所収)四九五―六頁参照。
- (21) 制度(Institution)の通常の用法について、浜田純一「制度概念における主観性と客観性」(小林還暦記念『現代国家と憲法の原理』(昭五八)所収)四九五―六頁参照。
- (22) W. I. Jennings, *Die Theorie der Institution*, in *Institution und Recht*, Hrsg. von R. Schnur, S. 111.
- (23) vgl. a.a.O., S. 110.
- (24) この点の推測については、シュミットとオーリュウの制度概念の類似性を強いて求めすぎたのかもしれない。しかし、両者の同性としては、かかる推測が許されると考える。
- (25) vgl. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), S. 170.
- (26) vgl. v. Mangoldt/Klein, *Das Bonner Grundgesetz* (1955), Bd. I, S. 84f.
- (27) この制度保障の制度は法的なものに限るかという問題は、従来明確な解決をみていない。若干の論及はあるが、法的制度と事実的

制度の関係が不明であるとか、疑問が多いとの消極的否定に止まる。例えば、Bleckmann, a.a.O., S. 177.

- (28) すなわち、違法な事実的制度も概念上制度たりうるが、それを憲法が保障するとすれば、一種の矛盾が生じるからである。
- (29) vgl. Bleckmann, a.a.O., S. 171.
- (30) vgl. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 153.
- (31) a.a.O., S. 153.
- (32) vgl. a.a.O., S. 155.
- (33) 川添・前掲一七二頁は、近代立憲国家の共有財として認められるものとする。
- (34) vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 171.
- (35) vgl. a.a.O., S. 170.
- (36) Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 159.
- (37) vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 170.
- (38) vgl. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 146.
- (39) 赤坂・前掲九七頁以下参照。

三 制度保障の限界

(一) 基本権への限定

シュミットの制度保障は、その趣旨の検討において述べたように、①所謂人権保障とされる諸規定を整理すること、それと共に②できるだけ基本権の規範性を強化し、特に立法部に対する対抗力を与えることを目的としたものである。したがって、彼が制度保障と目する規定は、本来第二編の基本権条項中に位置すべきものであった。

しかしながら、それに限らず統治機構部分の規定も制度的保障たることを主張する説が生じた。この例としては、領土・国旗・共和国・大統領等に関する憲法規定も制度保障たることを認めようとするK・レーベンシュタインの主張が、典型的である。⁽¹⁾この主張に対してシュミットは、まず①それではあらゆる憲法規範は、制度保障とみうることになり、制度保障という明白かつ有用な概念を危うくするとした。また、②憲法第二編の基本権部分と第一編の政治的意思形成部分の「独特な分離 (Distanzierung)」を台無しにするものであるとする。更に、③制度保障論の目的が、様々な憲法による保障 (Schutz)・保護 (Sicherung)・確保 (Festlegung)・保障 (Gewährleistung) ないし「不可侵宣言 (Unverletzlichkeitserklärung)」のあるなかで、保護の態様と対象を、より適切に区別するためのものであることを説いて、第二編の基本権部分にのみ制度保障が認められるべきことを主張した。⁽²⁾

しかし、この点についてはどこまで貫徹されるのかについて、疑問がある。それは、シュミット自身が、統治機構部分から、法律の規定する裁判官を求める権利・例外裁判所の禁止(一〇五条)、裁判官の独立(一〇二―五条)を制度保障の例として挙げて⁽³⁾いるからである。そうであれば、場合によっては統治機構部分にも制度保障が存在しうるという結論も引き出しえよう。

筆者は、彼の一般論からみて原則はやはり基本権部分に止めるべきものと考え。また実は、統治機構部分にも制度保障をみる説は、シュミットの強い見解であるか疑わしい。「以下のような制度保障が文献では認められている⁽⁴⁾として、紹介しているにすぎないようにも読めるからである。⁽⁵⁾

(二) 自由権と制度保障

シュミットは、自由は制度たりえないことを強調する。曰く「自由は、法制度ではない。⁽⁶⁾」したがって、自由を保障する自由権は制度保障と相いれないことになる。これは、自由権と制度保障の峻別論とよばれる。しかしながら、

これに対しては従来から有力な反対説があり、自由権も制度保障たりうる主張する。あるいは、①シュミット自身の制度論を展開することにより、かかる結論を導き、またあるいは、②独自の制度論・自由権論にもとづいて、そう主張する。②については、特にP・ヘーベルレの主張が有名であるが、本稿では前者についてのみ言及する。

問題はまず、なぜ自由権は制度保障ではありえないとされるのか。自由を指示する法も法規範の複合および法関係である以上、制度でありうるのではないかという疑問が生じるからである。第一に、これに対しては、制度の意義から自由は制度でないというのである。すなわち、保障対象である制度とは定型的行態誘導を行なう規範・法関係であらねばならない。それに対し、自由を指示する法規範の内実は、随意(Beliebigkeit)の確保にある。⁽⁸⁾ その領域においては、行態を本人の意思にゆだね、定型行為を強制しないというのが、その当為内容である。このような領域は、むしろ制度を否定する点に特色があるのであって、制度というのは当をえたものとはいえないであろう。

しかし第二に、この領域も消極的には制度といえるのでないかという疑問も生じうるであろう。それは、より大きな制度の一部として当該自由が存在する場合に、明らかである。例えば、自由権は、国家の制度の一部としてみることもできることは否定し難いであろう。ここでは、自由は他の制度との関係から制度の一部として意識されるに止まる。それ自体は、制度保障の対象としての、制度とは考えがたいといわなければならない。⁽⁹⁾

ところで、シュミットは、制度保障について連結・補充保障という観念を展開したが、それは一部論者によれば、自由権が制度でありうる可能性へ導くとされる。すなわち、シュミットは自由権と制度保障の関係について「このよきな自由、特に個人の自由は、遺憾ながら絶えず脅かされており、保障と確保が必要である。そこから、自由を保障するための法的規律と国家制度たる防壁が生ずるのであり、それも同じく自由保障と呼ぶことができる。自由権たる基本権すなわち国家から自由な領域の基本権は、法制度、類型的法規定、および国家制度によって取り囲まれてい

るが、それらの保障は、自由そのものの保障とはちよつと異なる」とし、この場合の保障を連結・補充的な制度保障であるとするのである。⁽¹⁰⁾ また、その例として、フランクフルト憲法草案に規定されたような出版の自由は、「制度類似の連結保障として、言論の自由という一般的基本権に独立して対する」とし、当時の出版法も同じような関係にたつと述べたのである。⁽¹¹⁾

一部論者はこの叙述から、連結・補充保障としての制度観念は、自由権保障は制度保障たりえないという主張に矛盾するとする。また、例とされる出版の自由についても、出版の自由は一個の人権とみるべきであり、出版の自由は、制度保障であるとともに自由権保障規定であると解しようと主張するのである。⁽¹²⁾ この見解は、どう考えるべきか。

筆者は、この見解に左袒しえない。まず、一般論のほうからみよう。連結・補充的制度保障論がなぜ自由権と制度の峻別論に矛盾するかについて最も明快な説明を与えたのは戸波論文である。第一に、自由権が、前国家的で原理的に無限定な自由領域の確保にあるならば、後国家的な法形成・法的規律を前提する制度保障で補強されることは、概念上ありえないとする。⁽¹³⁾ しかし、ここは概念上の問題ではなく、自由権がたとえ前国家的であれ原理的に無限定であれ、それは実定法界、ないし現実界において自らを確保する手段を持たない点が問題とされているのである。シュミットが、「遺憾ながら絶えず脅かされており」と述べているのは、このことをいうのであろう。したがって制度もその手段として仕えうるであらう。

第二は、制度による自由の保護・強化は、国家による自由への関与と制限の危険をもたらすものとして、むしろ否定されるべしとする。⁽¹⁴⁾ しかしながら、自由権は、それ自体としては理念の力しか持たない。それが、現実的な力を持つ存在によって保護される必要があるとすれば、危険ではあるが力ある存在を利用するか、危険を避けあくまで理念の力のみ依存するかの選択がありうる。もちろん、危険をいかにして減ずるかということは別にして、前者の選択の

方が通常であろう。

このように、峻別論に連結・補充制度保障が矛盾するというのは、論理のしからしむるところとはいえないであろう。実は制度保障で、しかもそのような機能をもたない場合もあり、本質論とはいえないのである。連結・補充保障とは、ある種の制度保障の機能を指示するにすぎないと考える⁽¹⁵⁾。

次に、出版の自由であるが、これを制度の連結的保障の例と解する説にはやや不審を感じる。それは、シュミットの主張は、①フランクフルト憲法草案四節の「出版の自由は、……予防的措施によって、特に検閲・許可・担保の設定……その他の自由な取引の阻止によって、これを制限し、停止し、または廃止してはならない」という規定について述べたものであり、②それが「制度類似の連結的保障」であるといったにすぎないのである。すなわち、ここでの出版の自由は、一般的なものではなく、検閲以下の事前統制制度を排除するという意味で（否定的に）制度保障に類似した役割をはたし、それが言論の自由という一般的基本権の連結的保障をなすという意味であると考えられる。実際には、赤坂論文の指摘するように、制度保障と主張したわけではないというのが本当ではなからうか⁽¹⁶⁾。

(三) 権利と制度保障

(一) 権利と制度保障に関する第二の問題は、ある条項から、同時に真の基本権と制度保障を、解釈上導出できないかというものである。この点については、できないと考えるべきであろう。すなわち、真の基本権は前国家的権利であって、憲法規定はそれを確認するにすぎないとされるがゆえに、「国家内においてのみ存在」する制度保障とは、同一条項中に併存しえないはずである。したがって、解釈上その両者の併存を主張し、両者を同時に導出するのは矛盾であると考えられる⁽¹⁷⁾。

この問題については、シュミットによるワイマール憲法一五三条の考察が参考となる。まず、『憲法理論』の段階で

は、所有権を前国家的な基本権たる自由権とみることでもできるし、単なる制度保障とみることでもできるという曖昧さを認めた。そして、その共存不可能性を前提としつつ、その択一において「私的所有権を欠いた市民的法治国は存在しえず、ワイマール憲法は市民的法治国的憲法たらんとしている⁽¹⁸⁾」という判断から、真の基本権たることを承認し、制度保障を否認したと考えられる。

これに対して、論文「基本権と基本義務」で改説して次のように論じた。すなわち、所有権保障は、①『経済生活』という真の基本権たる自由権とは異質の部に位置づけられており、②「所有権は、義務をとまなう」という補足条項を付加され、③その収用に対しても、場合によってはライヒ法律による補償の排除が認められている、ことを根拠に、その真の基本権性を失っていると判断されたのである。そこで制度保障が認められることになる。⁽¹⁹⁾このいずれの答えも、この両者は共存できないことを前提するものと思われるのである。

(二) では、次に、真の基本権でない権利なら制度保障と、併存できるであろうか。この問題は、①ある条項から、同時に真の基本権でない権利と制度保障を導出できるかという場合と、②ある条文上に、真の基本権でない権利保障条項と制度保障条項が併存する一組の法的複合を認めうるかという場合に分けて考える必要がある。

①の場合は、シュミットは論じていないが、これについても認めるのは難しいように考えられる。蓋し、ある条文ないし一組の条項の趣旨が、権利の保障であって、かつ制度保障でもあるというのは、普通の場合不自然だからである。特に、制度保障の消極的カテゴリー説からすれば、特別の事情なしには認め難いといわねばなるまい。

②の場合について、シュミットは「権利の保障は、それが制度自体の担い手のものである、個々の関係者の個人的権利であれ、制度保障に属するか」という問題がある」という形で問題を提出した。そして「この問題は、憲法規定の在り方により、様々に答える」とし、⁽²⁰⁾実定法の在り方いかんとした。すなわち、理論的には併存しようと認め

のである。

この論点は、ワイマール憲法一二九条の公務員制度の保障について、明らかにされた。すなわち、彼は公務員制度の保障の中に「公務員は、その正当な既得権を侵されない」という権利条項の併存を容認し、更に「制度保障と権利保障は、相互に結びつきうるものであるが、権利の保障は、制度の保障に従属し、それに奉仕するのであって、したがって個人主義的・利己主義的権利の観点ではなく、制度の観点が決定的なのである」とした。⁽²¹⁾

一般には、この権利の保障は、制度の保障に従属するという主張をとらえて、権利と制度の関係が問題になるときは、権利は、制度保障部分について保障されるにすぎないと解されているようである。制度保障に対する権利保障従属説である。⁽²²⁾この場合では、公務員の制度保障される部分についてのみ、すなわち、中核・本質に関する部分のみで既得権が保障されるにすぎないとされるのである。

しかしながら、このような解釈は、疑わしい。第一に、この主張の midpoint たる「権利の保障は、制度の保障に従属し、それに奉仕する」という部分が、一般論ならば、その根拠はいったどこにあるかが、全く不明であり、御託宣と評する他ないであろう。また、第二に、この主張は、前述の連結・補充的制度保障論に低触するであろう〔三三〕し、消極的カテゴリー説と正面から衝突する。第三に、権利を一般的に「利己的」と性格づけるのは、理解し難い。筆者は、この記述は、一二九条の制度保障と権利保障の関係をめぐるものであると、限定的に解すべきであると考えている。その限りならば、妥当な見解と評しえよう。一般論としては、併存する場合の関連についても、やはり「この問題は、憲法規定の在り方により、様々に答える」という他ないのではなからうか。

(四) プログラム規定と制度保障

プログラムとされる規定は、シュミットによれば制度保障とはされない。本来プログラム規定であるかどうかは、

憲法規定の効力の問題であつて、制度を保障するという制度保障とは無関係とみうるはずのものである。しかし、制度保障はまた、制度に対立法部効力を与えようとしたものであるから、その定義上プログラム規定は制度保障たりえないのである。すなわち、プログラム規定は、立法の指針にすぎず、制度が現存しないからである。その意味では制度の保障は、論理的にありえないことになる。しかしながら、その立法指針にしたがい、立法部が「伝統的かつ典型的な規範複合および法関係」たる制度を現実に形成するにいたつた場合には、プログラム規定が、制度保障規定として再解釈される可能性があるであろうか。これについて、E・R・フーバーは肯定的に考えており、シュミットは否定する。⁽²⁴⁾

この見解の相違は、「現存する」、および「伝統的」という制度の時間的契機の解釈の違いに由来する。それらを、現実の解釈の瞬間を基準とすれば、フーバーのように新たな制度保障条項の成立を主張しうることになるであろう。それに対して、憲法規範の意義の決定時を、憲法実施時とするなら、制度として保障されるのは、前憲法以来の既存の制度に限られるであろう。

このように、これについての見解は、解釈の基準時という極めて本質的で困難な問題に逢着する。筆者は、プログラム規定がプログラムと明示されている場合を除き、一般に現実との関係でプログラムと評価された規範をいうのだから、その現実との関係が変化したならば、そこに下される評価も変わりうると思える。したがって、そのような条件さえとのえば、制度保障であるとの再解釈も可能となるのではなからうか。

(1) K. Loewenstein, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung* (1931), S. 290.

(2) Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 153.

- (3) a.a.O., S. 150.
- (4) a.a.O., S. 150.
- (5) Menzel, a.a.O., S. 48. も統治機構部分について括弧で括っている。
- (6) Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 167.
- (7) ヘーベルレの主張については、浜田・前掲、赤坂・前掲が詳しい。シュミット型の制度保障とは全くタイプの違うものと考えべきである。
- (8) P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz* (1972), 2. Aufl., S. 152.
- (9) この現象をいかに解すべきかは問題である。無色も色に取り囲まれるときは、色の一部として意識されうるに似ていると同じことであろうか。
- (10) Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 167.
- (11) a.a.O., S. 170-1.
- (12) 例えば、戸波・前掲八三頁以下参照。
- (13) 戸波・前掲八四頁。
- (14) 戸波・前掲八五―六頁参照。
- (15) 筆者のように、連結・補充的保障ということを機能的意義として理解するなら、制度の概念論と矛盾するはずはないのである。
- (16) 赤坂・前掲一〇五頁注一五参照。
- (17) 小嶋和司「財産権の保障を制度的保障とみる説があるが、それはいかなる意味をもつか」、『憲法の基礎知識』（昭四一）所収）九三頁参照。
- (18) Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 172.
- (19) Schmitt, *Grundrechte*, S. 207.
- (20) Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 149.
- (21) a.a.O., S. 149.
- (22) 小嶋・前掲九二―三頁参照。
- (23) vgl. F. Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien* (1934), S. 283.

(24) Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 153.

四 日本国憲法における制度保障

(一) 制度保障論採用の条件

現行日本国憲法において制度保障論は必要であろうか。必要というためには制度保障条項が存在することが証明されなければならないが、いかなる憲法条項が制度保障の候補範囲となりうるであろうか。

制度保障ということが、広い意味で制度を憲法上保障するということであるなら、日本国憲法のいたるところに制度保障を認めうるであろう。しかしながら、それがシュミット流の狭義のものであるときは、相当に狭いものとなる。日本国憲法において注目すべき一般的論点は以下のごときである。

第一に、それが実質的に権利等の「保障」条項の一部に属している場合にのみ問題になるとすれば、原則的に第三章「国民の権利及び義務」の章内の条項にかぎられ、その他の場合には実質的に権利の「保障」であると明示的に示される等、特別の理由がある場合にのみ制度保障たりうることになる。しかしながら、このような限定を付して制度保障論を構成する論者は稀である。¹⁾

第二に、制度保障の「限界」にあたるような場合には、制度保障を認めることはできないであろう。しかしながら、日本の学会は、この点においてもほとんど限界を認めず、はなはだしい場合は、同一条文を、前国家的権利であると共に制度保障であるとし、または自由権であると共に制度保障であるとする論者もあるという状況である。この点に

関する再検討が望まれる⁽²⁾。

第三は、日本の学会では、制度保障の概念上の限界という側面があまり強調されず、むしろ人権・自由権と制度保障の交錯から生じる効果・機能の面から制度保障の存在範囲を限定しようとする。すなわち、広く人権・自由権と制度保障の併存可能性を認めたくうえて、その併存範囲の価値論的調整という場面を問題にするのである。

例えば、川添論文は「制度的保障の究極目的は、あくまでも人権の保障の強化にある⁽³⁾」ことを強調する。この帰結は、人権の保障の強化に資しない場合には、ある条項を制度保障と解することはしない、ないしするべきでないということであろう。この主張は、おそらくシュミットの、制度保障には自由権の連結的・補充的保障たる場合があるという主張を、効果・機能の問題としてではなく、概念的な関係として、一般化したのであろう。筆者の理解はこれと異なることは既に述べたが、それにしても人権保障の強化となるか否かを限界とするのは、一般化のしすぎではないであろうか。

この点についてより原理的な観点から提言するのは、戸波論文である。曰く、「一般的にみて、およそ近代立憲主義憲法の究極的目的が個人の自由・人権を確保することにある以上、制度的保障の解釈にあたっては、個人の人権保障と関連させて、それに奉仕するように理論構成すべきことは憲法解釈においては当然のことと解されるからである。日本国憲法の解釈に制度的保障の理論をとりこむ場合も同様であり、制度的保障は人権保障に奉仕し、それを強化するものと位置づけることが根本的態度として要請されよう⁽⁴⁾」。この主張は、極めて高次な近代立憲主義の究極目的の議論を含むため、全面的に検討する余裕はない。しかし、もしこの主張が、制度保障と解することが、条文の認識上妥当である場合にまで、個人の人権・自由確保に反するとして、制度保障なりとの解釈を排除するというのなら、それには同意しえないであろう。制度保障はたしかに漠然・曖昧さがつきまといているが、その中心認識たる、憲法条

文には制度を保障する場合があるということは、決して全くのイデオロギーのないし実践的なものであるとは信じられないからである。

また、「制度的保障は人権保障に奉仕し、それを強化すべき」ものとの主張には、にわかには従いがたい。蓋し、現代の憲法の目的は、近代憲法のそれとは相当に乖離しているのではないか。かかる時代において、近代憲法の一般的目的を直接もちだして、具体的な制度保障解釈を限定しようとするのは、あまり内容のある主張ではないであろう。現代国家の存在様式と目的の在り方を具体的に探究し、現代の人権の在り方を探るといのが今日の最乗要課題ではないか。それを既に既知とし、それに制度保障を制約させるというのは、一般論として受け入れがたいであろう。

もし、その制度保障なりとの条文解釈が認識的なものであるならば、学問的態度としては、その実践的・価値的側面のいかにかわらずそれを受け入れなければならないのではなからうか。解釈上完全に一貫した認識によるものではないとしても、やはり認識部分については、認識として受容すべきであろう。その部分を実践的・価値的に処理するのには賛成しえない。

第四に、日本ではあまり重視されないが、制度保障と規範の効力との関係も考慮される必要がある。すなわち、①裁判規範たる権利規定、②法律留保型保障規定、③プログラム規定との各関係について考える必要がある。

まず裁判規範たる権利については、制度保障との併存可能性やその限界については既に述べた。しかしながら、日本国憲法の場合に特に注意すべきは、ワイマール憲法とは事情が違い、消極的カテゴリーとしての制度保障を呼び出す必要がどれだけあるか疑わしいことである。蓋し、この種の権利規定の整序は比較的簡単にでき、どうしても制度を保障するとしかいいえないという条文は稀だからである。

これと関連して、併存するとされる場合、その保障効果が、権利は本質内容を、制度保障も制度の中核・本質を保

障する効果があるとされるから、それらは一般に重複し、制度保障という実益が疑われることがある。⁽⁵⁾しかし、制度の中核・本質は、当該権利の本質内容と独自である可能性もあるのである。特に筆者のように、制度の中核・本質を制度のアイデンティティに求めるならそうなるであろう。具体的条文において、個別に考察する他ない。

次に法律留保型保障規定についてであるが、実は制度保障は、前述したように、実践的な狙いとしては、議会に留保されている法律による制度の廃止ないし、その中核・本質の改革を阻もうとするものであった。すなわち、法律留保部分に実質的な憲法上の保護を持ち込もうとするものであり、法律留保部分こそ制度保障がその意義を十分に発揮しうる分野であつたと考えられる。⁽⁶⁾しかしながら、現行憲法の解釈によればそもそも法律留保とされる条文は少ないため、この意義は十分に認識されていない。

また、プログラム規定は、将来の政治目標の宣言であるから、本来現存する制度を保障する制度保障とは関係がない。ただそのプログラムのもとで、法規範が整備された場合には、前述のようにその規定が制度保障規定に变じうるのではないか、が問題になり、理論的にはその可能性は否定できない。ただ、注意せねばならないのは、特に社会国家的規定については、それが規範化されたとしても、かならずしも継続を予定していない規範であることがあることである。財政的裏付けが必要な規範は原則的にそのような範疇に入ろう。いずれにせよ、伝統的・典型的規範として、その安定性が確立しなければ、制度保障の制度とはいえないことに注意しなければなるまい。

(二) 制度保障条項の一般的論点

現在日本国憲法の解釈においてもいくつかの条項が、制度的保障であるとされている。例えば、①地方自治の保障（九二条）、②政教分離（二〇条二項・八九条）、③出版の自由（二二条）、④財産権の不可侵（二九条）、⑤大学の自治（二三条）などがそれである。それらは、以上で述べてきた制度保障論の問題点に様々な形で関わっている。それらの

結論的な検討は、それぞれの条文の特殊性にもかかつているのであるから、個別的に論ぜられるべきものであり、本稿のよくするところではない。しかしながら、以上に理解した限りでの制度保障の一般論からみて、その持っている問題点と、それに対する一応の見解を示しておくのもこれまでの検討の理解を便ならしめるであろう。

① 地方自治の保障

地方自治の保障が制度の保障でないかというのは、シュミット以来の思考のように考えられよう。しかしながら、第一に本条は、ワイマール憲法におけると違い人権部分に属するものでもないし、またそれが制度の「保障」と解さなければ不自然なわけでもない。なにゆえに、歴とした統治機構の規定が制度保障とみられねばならないかは論証される必要がある。

第二に、地方自治を制度保障とみる場合、必要条件たる既存・現在する伝統的・典型的地方自治制度とは何を指すのであろうか。明治憲法下に形成された地方自治制度を「典型的」と主張し、その中核・本質を維持しようとするものとは考えられない。⁽⁷⁾とすれば、現憲法制定後の英米流の地方自治制度が本条の制度ということになる。すなわち、制度保障説をとれるのは、制度形成後それが伝統的といいうる段階になった以後であることになる。憲法制定当初より制度保障と主張するためには、ここでもシュミットの制度保障論をはなれ、伝統という要素を否認する必要が生じよう。

② 政教分離

政教分離の制度的保障論については、まず第一に、それが宗教の自由との関係が問題となるであろう。その場合、通説のように制度優越論をとると厄介な問題が生じよう。すなわち、権利たる宗教の自由は、制度的保障に制約されて制度の限度で権利性が認められることになるからである。⁽⁸⁾この点において、制度保障論に疑義を呈する見解がある。

筆者は、前述のようにケースバイケースと解するが〔三二〕、この場合は別に優劣は問題にならないと考える。これは、あるいは一定の宗教を国教とすることの禁止であり、または資金援助することの禁止であり、宗教の自由のおよばぬ領域をカバーする。この機能が、宗教の自由の連結的・補充的保障であるのは明白であろう。

しかしながら、政教分離を国教制度がない状態とする場合、これは制度を排除することであつて、制度を保障することとは異なるという見解がある⁽⁹⁾。政教分離の意味をどのように定めるかにより制度といえるかどうかに影響が生じるであろう。

また、日本の政教分離制度が、既存・現存する伝統的・典型的なものといえるかは、やはり問題となるであろうが、重ねては論じない。

③ 出版の自由

出版の自由が制度保障であるという主張は、シュミットに由来するとされ、今日のドイツ学会の論点の一つになっていること周知のとおりである⁽¹⁰⁾。しかし実は彼は、前述のように、フランクフルト憲法草案の基本権規定第四節が現行規定になったとすれば、出版の自由は、制度類似の連結的保障となると主張したにすぎない。特定の条文の在り方を前提とし、かつ制度保障そのものであると認めたのではない。今日の我が国の学説は、出版の自由を一の独立した自由権とし、連結・補充的制度保障たることに消極的であるようだが、条文の在り方などからして妥当であろう。

④ 財産権の不可侵

財産権の不可侵条項が、権利保障規定であるとともに制度的保障であることは通説となっている。しかし、前述のように、財産権を前国家的権利ないし自由権とみると、制度保障と併存すると主張するのは困難であると思われる。通説は、この困難を克服した上でのものとは到底思われない。財産権には社会国家的制約が課せられていることを

強調してはいるが、相変わらず財産権を、本来的に前国家的自由権たる人権であるとみているからである。

一部に、財産権の不可侵規定を、法実証主義的解釈態度にもとづき二項との関係を重要視して法律留保型保障とする学説や、あるいは構造的特性から法律留保型の保障とならざるをえないとする説がある。本説によれば、制度的保障が矛盾なく成立するであろう。

⑤ 大学の自治

学問の自由(二三条)から導出される大学の自治についても、制度保障であると主張される。たしかに、シュミットもドイツの大学の神学部についてのワイマール憲法の規定につき、それが制度保障であるとの解釈を主張している⁽¹⁾ので、大学全体の自治を制度保障と解するのも自然であろう。日本国憲法での問題は、自治と自由の関係という根本的議論は別とすれば、それが学問の自由から導出された点にある。学問の自由という自由権と大学の自治という制度保障が併存できるかが問われなければならないからである。

この点についての詳細な議論はなされていない。しかし、本稿のように両者の導出は無理とする場合、どう考えるべきなのであろうか。それに対しては、①大学の自治を制度保障でないとするか、あるいは②学問の自由からは論理的には大学の自治を導けず、両者は別である、とする選択がありうる。筆者は、むしろ②が適当なのであって、大学の自治の保障は、学問の自由とはレベルを異にするものであるが、歴史的由来から別に慣習法として認められてきたもので、ただ便宜上学問の自由の条文からの導出という外観を与えられたにすぎないと考える。

(1) 日本の制度保障論は、この点につき一応触れながら、この制限を緩めうるかという問題は、極めて重要であるにもかかわらず、実際には真剣に検討することなしに拡大しているように思われる。

- (2) これはおそらく、権利・自由であると同時に制度保障であるとしても、個人の権利・自由は不利にならないから、認めてさしつかえないという実際的な考慮によるものと思われる。前述のごとく、かかる思考態度は、学問的に適切なものか再検討の必要があるのではなからうか。
- (3) 川添・前掲一六八頁。
- (4) 戸波・前掲七七頁。
- (5) 阿部照哉「憲法における制度的保障」(『法学演習講座①憲法』(昭四七)所収)二八六頁参照。
- (6) 佐藤幸治『憲法』(昭五六)二八〇頁参照。
- (7) 川添・前掲一七二頁。
- (8) 戸波・前掲七八頁および八二頁注二五参照。
- (9) 佐藤・前掲二八一頁参照。
- (10) 浜田純一「プレススの自由の『制度的理解』について(1・2)」東京大学新聞研究所紀要二七―八号参照。
- (11) vgl. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 151.

五 五 五 五 五

制度保障は、本来きわめて単純に、憲法条項中に、制度が保障されている場合があるとの指摘が出発点となる。しかし、制度は広く規範複合・法関係を含み、その字義どうり解するとき、あらゆる憲法規範は制度保障規範といわなければならない(広義の制度保障)。シュミットの制度保障は、もとよりかかるものではありえず、より狭義のもので、基本権保障条項中、従来の権利・自由の保障カテゴリーに配分しえない憲法による規範複合・法関係の「保障」

を、制度保障として理解しようとしたものと考えられる。この意味で、制度保障は、そもそも消極的なカテゴリーである。それが過大評価されるのは、制度論の神秘性と、機能として対立法部効力を持つとの主張が時流に合したからにすぎない。

したがって、我々の制度保障に対する態度としては、憲法が、積極的に保障するある法的規範複合・法関係が、通常の権利・自由の保障のカテゴリーによっては理解しえない場合に、制度保障に繰り入れることが適切か否かを検討すれば足りることになる。

シュミットの制度保障論が、かかるものであるとすれば、今日の我が国の憲法学界ないし判例の展開する制度保障論は、これとは相当異なったものであるといわざるをえないであろう。