

「法律の留保」と人権保障の方式

上 村 貞 美

- 一 はじめに
- 二 「法律の留保」の再検討に対する批判
- 三 人権保障の方式と「法律の留保」
- 四 おわりに

一 はじめに

憲法の体系書や教科書の中で「法律の留保」という概念が用いられるのは、明治憲法の解説の部分で人権保障の特色について言及する場合か、もしくは日本国憲法の保障する人権の特色を明治憲法のそれと対比させる場合に用いら

れるのが通例である。そして日本国憲法の下では「法律の留保」という概念は、その有用性を失い、それを論じる実益はない、というのがほぼ学界の一致した認識であろう。⁽¹⁾

それに対して、行政法学においては事情は異なっている。行政法学で用いられる「法律の留保」の意味は、憲法学のそれとは異なるが、行政法の基本原理である「法律による行政の原理」や「法治主義」について述べる際に、「法律の留保」について必ず言及されるといってよい。そしてそれに関する学説として侵害留保説、全部留保説、権力留保説等々について説明が加えられている。したがって、憲法学とは異なり行政法学においては、「法律の留保」概念は、従前と同じようにその重要性を失ってはいない。ジュリストの争点シリーズの『行政法の争点(旧版)』には「法律の留保」の項目は取り上げられているが、『憲法の争点』には取り上げられていないのは、行政法学と憲法学におけるその差異を端的に示しているものといえよう。

ところが、最近、若干の憲法研究者が日本国憲法下においても、「法律の留保」原則が妥当するとか、「法律の留保」概念が有用であると主張し、その再検討を試みている。しかし、彼らの論文を一読した際、言いようのない違和感をおぼえると同時に、彼らの主張には同調できないと考えた。この違和感は、彼らが日本の憲法学における「法律の留保」という概念それ自体について根本的な誤解をしているのではないか、という疑問から生まれたのであろう。そこで本稿は、このような「法律の留保」に関する再検討について批判的な考察を加えることにした。とりわけ次の四つの点に絞って考察を加えることにした。

第一に、今、なぜ、「法律の留保」なのか、それを論じる問題意識を問いたい。

第二に、日本国憲法の人権規定は「法律の留保」をとまなっているとする解釈は誤りではないのか。

第三に、「法律の留保」という概念について、混同もしくは誤解しているのではないか。

第四に、ドイツ連邦共和国基本法の下における「法律の留保」についての学説を、人権保障の方式が異なる日本国憲法の解釈に輸入しようとする主張は誤っているのではないのか、の諸点である。

(1) 最近の憲法の体系書や教科書には、「法律の留保」に関する記述が全く見られないものがあるのは、その証左であろう。たとえば、樋口陽一『憲法』（創文社、一九九二年）、辻村みよ子『日本国憲法』（日本評論社、二〇〇〇年）が、その代表的な例である。

なお、筆者が調べた限りでは、「法律の留保」に関して最も詳しい記述をしているのは、芦部信喜『憲法学II人権総論』（有斐閣、一九九四年）と阪本昌成『憲法理論II』（成文堂、一九九三年）である。

二 「法律の留保」の再検討に対する批判

「法律の留保」という概念に二つの意味があることについては、約半世紀前の清宮・宮沢論争を想起するまでもない。⁽¹⁾ 伊藤・阿部・尾吹編『憲法小辞典』によれば、「法律の留保」には二つの意味がある。すなわち、「①行政権は一定の重要な事項（個人の自由と財産）については法律による根拠づけなくして行動できないという、『法律による行政』の中心的な原理」と、「②国家権力が原則として侵しえない基本的人権に関し、憲法自体が法律で例外を定めることを規定していること。……この場合、憲法による人権保障は『からまわり』で、結局法律の効力しかもたないともいわれたが、立法権による制限といえどもあくまで例外としての範囲に限定されるとみることが出来る。日本国憲法はこのような法律の留保を知らない」と。⁽²⁾ 本稿では、前者を行政法学上の「法律の留保」、後者を憲法学上の「法律の留保」

と呼ぶことにする。

エルクハルト・シュタインは、この二つを「混同してはならない。この混同の危険は、両者の間に緊密な連関が存するために、特に大きい」と指摘している。⁽³⁾ 連関というのは、宮沢俊義氏が、「……両者は、本来たがいにならずしも無関係な概念ではない。一定の事項——ことに『自由と財産』の制限——を法律の所管事項として確保する、という点では、両者同じである。ただ、両者の背景は、たがいに大いにちがう」と、指摘していたことである。⁽⁴⁾ 本稿が批判の対象にしている論文の中では、右の二つの意味が混同して用いられているのではないか、あるいは、明確に区別して用いられていないのではないか、と危惧するので、初歩的かつ基本的なこととはいえ、ここで今一度確認しておくこととする。

ところで、本稿でいうところの行政法学上の「法律の留保」を「法律の留保」とし、それに対して、憲法学上の法律の留保を「法律留保」と区別する研究者が数人いるが、このような新しい概念を使用することは、本人の好みとはいえ、はなはだ疑問である。というのは、「法律の留保」という概念は、先に引用した辞典にも掲載されているように、公法学上、かなり長期にわたって定着しているといえるからである。

長尾一紘氏は「法律留保」という概念をより限定して使用する。「法律の留保」には、本稿でいう憲法学上の意味と行政法学上の意味とがあり、「……このようにまったく異なる内容のものとして用いられる傾向にあるので、両者の区別に留意する必要がある。そこで、この相違を明示するために、『法律がなければ制限できない』との原則を『法律の留保』といい、『法律さえあれば制限できる』との原則を『法律留保』という場合がある。本書においても、この用語法によることにしたい。」と述べている。⁽⁵⁾ 筆者は寡聞にしてこれまでこのような用語法にお目にかかったことはない。この馴染みのない用語法に続いて、長尾一紘氏は次のように述べている。「日本国憲法が『法律の留保』の原則に立脚

し、『法律留保』の原則を排していることは明らかである。

(4) 日本国憲法における基本権各規定は、このような意味において、すべて『法律の留保』を規範的要請とするものである。たとえば、二二条一項も、二三条も、『法律の留保』を内在しているものとみることができるのである。それでは、日本国憲法においては、『法律留保』原則の存立の余地はないと見るべきであろうか。

二九条は、この点において、特異な構造を示している。同条一項は、他の基本権規定と同じく『法律の留保』を内在しているが、二項は、『法律留保』を——明治憲法規定のように徹底したものでないにせよ——示しているのである。⁽⁶⁾

右のような主張は全く異色であると思われるが、賛同することはできない。

まず第一に、「法律がなければ制限できない」という「法律の留保」と、「法律さえあれば制限できる」という「法律留保」とを分けているが、このように区分することは憲法運用の実際においては可能かもしれないが、法技術的な構成としては同じであり、区分することはできないのである。

第二に、日本国憲法は、「法律がなければ人権を制限できない」という「法律の留保」の原則に立脚しているといえるのであろうか。そもそも、日本国憲法の保障する人権は、原則として法律による制限を許さないのではないのか。たしかに人権といえども無制約ではないのであるから、制限する必要がある場合には、命令ではなく、法律という法形式が必要なことはいうまでもない。しかしそのことは、人権規定が、「すべて『法律の留保』を規範的要請とするものである」とはいえないのである。表現の自由を定めた二二条一項も、学問の自由を保障した二三条も、「法律の範囲内において」という限定はされていないのであるから、通説によれば、「法律の留保」は伴っていない。とはいえ、表現の自由も学問の自由も、公共の福祉による制約か、内在的制約によるかはともかくも、制約をうけるのであるから、

その場合には、法律によらなければならない。しかし、そのことを「法律の留保」というのは、いかなるものであろうか。法律によらなければ人権を制限できないのは自明のことであるので、それを従来の用法とは違った意味で「法律の留保」と呼ぶことは、適切ではなく、無用な誤解を招くだけである。

第三に、憲法二九条二項の「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める」という規定は、「法律さえあれば制限できる」という「法律留保」を示したものといえるのか。

二九条二項を含めて日本国憲法には「法律でこれを定める」とか、「法律の定めるところにより」等の規定が十箇所ある。これらの規定をどのように解釈するべきであろうか。

通説は、憲法の保障する人権は法律による制限も許されないという原則が確立されているから、これらの規定は「法律の留保」を認めたものではない、と解釈する。ところが一部の学説は、右の「法律」という文言に着目して、これらの人権規定は「法律の留保」を伴ったものであると解釈しているし、長尾一紘氏は二九条二項については、「法律留保」だと解釈している。しかし、これらの解釈は、——「法律の留保」を本来の意味とは違う意味で用いているならばともかくも——正しくない。憲法学上の「法律の留保」というのは、「憲法の力を有する」人権保障規定が、憲法が例外的に「法律の範囲内において」という留保を付している場合に、「法律の力を有する」ものに弱められることを意味するのである。

とはいえ、これらの正しくない解釈が主張されるには、それなりの理由がある。というのは、(西)ドイツの学説では、本稿の第三章において詳述するように、ボン基本法の下では、「法律の範囲内において」保障された基本権があり、それを制限する場合には法律によらなければならないという意味の留保と、人権の内容形成——たとえば、日本国憲法でいえば、二九条二項——については法律で定めなければならないという意味の留保、の二つの類型が、ともに「法

律の留保」として論じられてきたからである。しかし、日本国憲法の下では、前者のように法律による制限を予定した規定は憲法上存在しないし、後者の場合は「法律の留保」とは呼んでこなかった——憲法付属法律を予定している——ということ、いま一度確認する必要がある。

(西) ドイツでは、一部の学説は、前者を「制限留保」、後者を「規制留保」と名づけていることを付言しておく。次に取り上げるのは、高橋正俊氏の『法律留保型基本権考』と題する論文である。⁽⁷⁾この論文では、「法律の留保」ではなく、「法律留保」という概念を用いる理由については、なんら説明がなされていない。

それはともかく、今、何故、「法律留保」について再検討を加えるのか、ということについて、この論文は次のように述べている。

まず最初に、通説を代表するものとして「法律の留保」に関する鶴飼信成氏の教科書の記述を引用する。そして、「法律留保」に対する不人気、否定的評価、拒否的態度は、「ほぼ学会共通のものとなっており、現行憲法の基本権は法律留保型ではなく、『立法への制約をふくむ保障』すなわち対立法部効力があるとの前提で議論がなされ」と。それに対してこの論文は、「この法律留保といわれる保障方式について、従来の評価に再検討を加え、あわせて現行憲法における法律留保の意義と法的性質について若干の考察を試みようとするものである」（傍点引用者）とその問題意識を述べている。

右の斜述には強い違和感をおぼえる。日本国憲法の人権保障規定に「法律の留保」が伴っていないことは自明ではないのか。なにを根拠にして「法律の留保」を伴っていると解釈しているのだろうか。それを説明するためには「法律の留保」の定義が鍵となる。この点について、高橋論文は次のように述べている。

「法律留保は、一般に二種類の定義がなされる。第一は、憲法上の基本権を法律に授權するというもの。第二は、憲

法において憲法の効力をもつ (verfassungskäftig) 規定が、単に法律の効力をもつ (gesetzskäftig) 規定に弱められている場合をいうとする。この二つの定義は、別に矛盾するものではないが、後者は効力の帰結のみに着目するものであるから、以下の議論では前者の定義によることにする。

ここで法律留保は、このように限定して使用するが、実際にはこのような典型的場合に限られずに法律留保と呼ばれる場合がある。まず、基本権が他の基本権によって制約をうける場合にも法律留保とされる。つまり、当該基本権間の調整は、権利、義務に関する事柄であるから、法律によって明らかにされなければならないためである。これと関連して、基本権が『公共の福祉』によって制限・規制される場合、法律留保と呼べるかが問題となる。『公共の福祉』は、基本権ではないが、憲法の認める保障された利益であるから、法律留保と呼ぶことも不可能ではないであろう。」と。

この引用文を読めば、「法律の留保」の理解が通説と全く異なっていることが分かる。「憲法上の基本権を法律に授権するもの」という表現はわかりにくいだが、別の箇所で、「憲法上の権利・自由の保障を憲法上完結させず、法律に授権する形式を法律留保という」と定義しているので、こちらの方がよく分かる。この理解によれば、日本国憲法が「法律でこれを定める」とか、「法律の定めるところにより」等の規定をおいているのは、「法律の留保」を定めたものである、ということになる。仮にこれが——いつのころからかは別として——現在のドイツの憲法学上の用語法で、前述したように「規制留保」と呼ばれているとしても、日本の憲法学ではこの概念をこのように用いてこなかったことは断言できる。

高橋氏のように理解するならば、アメリカ合衆国憲法さえも「法律の留保」を採用していることになる。たとえば、軍隊の舎営に対する制限を定めた修正三条は、「法律に定める方法による場合のほか」、迅速な公開裁判を定めた修正

六条は、「あらかじめ法律によって定められた」、黒人の選挙権を定めた修正一五条は、「適当な方法によって」という保障の仕方をしているからである。それはなにもアメリカ合衆国に限らず、世界中のほとんどの憲法が採用している方式でもある。ということは、世界中の憲法が「法律の留保」を採用していることになり、「法律留保型基本権」という類型以外の基本権は存在しないことになるのではないか。

高橋論文は右の前提から出発して、「現代憲法における法律留保」について叙述を進める。そして、「一 法律留保の意義」においては、「その現代基本権論における有用性はすでにドイツ・オーストリアの憲法学会では周知に属」するとする。次いで、「二 法律留保の一般理論」においては、「(一) 法律留保の概念 (二) 留保の内容 (三) 必要的法律留保と選択的法律留保 (四) 法律留保の効果 (五) 法律留保の限界」という項目を立て、Korinek, Thoma, Maunz, Bettermann, Schmitt等のドイツの憲法学説に依拠して論述している。そして最後に、「四 むすび」として次のように述べている。

「法律留保は基本権保障のひとつのテクニクであり、現行憲法下でも、その法的構造にもとづいて意義づけられるべきものである。これが、本稿の基本的立場である。このような当然と思われる方針のもとに到達した結論は、今日の通説における法律留保の認識・評価とは、ほぼ完全に相反するものになった。

このことは、いかなることを意味するのだろうか。筆者の結論は偏った前提と思考の産物なのであるか。戦後の憲法学会の法律留保に関する思考態度には、何らかのバイアスがかかっていたのか。後考を待つ所以である」と。憲法で保障された人権を具体化する上で、法律がどのような役割を果たすべきであるとか、どのような意義を有するのか、を研究するのは、勿論重要なことである。だからこそ、ドイツではその研究が後述するようになされているのであろう。しかし、それがドイツの憲法上「法律の留保」という概念で把握されているから、日本の憲法上も

「法律の留保」に該当するとし、さらに明治憲法のような人権保障の方式としての「法律の留保」と同一視して、通説を批判することは、的外れとしか評しようがない。決して「戦後の憲法学会の法律留保に関する思考態度には、何らかのバイアスがかかっていた」のではなく、明らかに「偏った前提と思考の産物なので」あるとしかいいようがない。

次に、松本和彦氏の論文を取り上げる。松本氏が法律の留保について言及した論文は二本あるが、ここでは主として、「法律による基本権の保障——法律の留保原則に関する憲法学的考察——」を批判の対象とする。⁽⁸⁾

この論文のサブ・タイトルが示すように、今、何故、法律の留保を憲法学の課題として検討する必要があるのだろうか。この疑問に対して、「時代遅れの古いドグマと思われる法律の留保原則に、基本権保障にとっての現代的意義を見出そうとする試み」を意図したと。それでは、何故、法律の留保は、「時代遅れの古いドグマ」であると思われるに、と考えたのか。その理由について、「明治憲法の基本権は『法律ノ範圍内ニ於テ』しか認められず、法律による基本権侵害には無力であったのに対して、日本国憲法の基本権は法律の留保を伴っておらず、それゆえ法律によっても侵害し得ない、といった形の議論がその典型である。そこには、基本権保障に関する限り、日本国憲法は法律の留保原則を克服したというニュアンスも感じられる」と、述べている。この指摘は正しい。だからこそ、現在の憲法学界では「法律の留保」について論じられることはほとんどないのである。

ところが、松本氏は、別の論文で「しかしだからといって、日本国憲法下では法律の留保原則は妥当しないとか、基本権制約に法律の形式は必要ないとまではいえないであろう。むしろ法律の留保原則は日本国憲法にも妥当するといふべきである」と主張する。⁽⁹⁾この主張には大いに当惑させられる。というのは、右に引用したように、日本国憲法の基本権は法律の留保を伴っていないとされているにもかかわらず、法律の留保原則は妥当するといふべきであると

述べているからである。では妥当すべきであるとする根拠ないし理由とは一体何なのか。

それについては、松本氏が、自己の論文の課題として次のように述べていることからうかがい知ることができる。「明治憲法に定められていた法律の留保が日本国憲法において採用されなかったのは、法律によりさえすれば基本権も制限できるという考え方を排除するためであって、法律によらなければ基本権の制限はできないという考え方を否定するためではなかった。法律の留保は、基本権の制限を認めるための十分条件ではないが、必要条件ではあると理解されなければならない。」

問題は、基本権の制限の際に法律が要求される理由である。なぜ基本権の制限に法律の根拠が必要とされるのだろうか。……近代立憲主義の原理からそれが導かれるというのなら、近代立憲主義では何故そう考えられているのか。基本権の制限を正当化する必要条件として法律の形式を要求することに、どのような現代的意味があるのか。」

このような課題設定を憲法研究者は共有できるであろうか。

前述したように高橋論文は日本国憲法の人権保障が「法律の留保」を伴っているという誤った前提で立論しているのに対し、松本氏は「法律の留保」を伴っていないという正しい前提に立っている。にもかかわらず、法律の留保原則は妥当すべきであると主張している。この矛盾はなにが原因で生じているのか。それは「法律の留保」という概念を異なる意味で用いていることに起因している。いうまでもないことであるが、明治憲法が規定し、日本国憲法が採用していない「法律の留保」というのは、人権保障の方式のことである。すなわち、憲法において「法律の範囲内において」のみ人権を保障することである。トーマスの言い方をすれば、「憲法の力を有する」人権保障ではなく、「法律の力を有する」人権保障の方式のことである。

それに対して、日本国憲法下においても妥当すべきだとされている「法律の留保」というのは、右の意味ではなく、

基本権を制限するのには法律が必要である、という意味で用いられている。ここに脱線の出発点がある。

松本氏は別の箇所において、右の意味とは違う意味で「法律の留保」概念を用いている。すなわち、「法律の留保原則とは、国家が一定の措置をとろうとする場合に、当該措置の根拠が法律に存在しなければならないという法原則を意味する」と定義している。これは本稿でいう行政法学上の「法律の留保」であって、これが歴史上、「法律の留保」概念が誕生したときの意味であった。この定義と、松本氏が論文で強調しているように、基本権の制限は法律によらなければならないということとは一致しない、ということに松本氏は気づいていないのではないだろうか。

要約すれば、行政は法律に基づいて行われなければならないということと、人権が「法律ノ範囲内ニ於テ」しか保障されていないことと、人権を制約するには法律の形式が必要であることとは別である。第一のものが行政法学上の法律の留保であり、第二のものが憲法学上の法律の留保である。第三のものは、ドイツの憲法学ではともかくも、日本の憲法学では法律の留保とは直接関係はない。人権を制約するのに、何故、法律の形式が要求されるかは、たとえば罪刑法定主義の存在理由を想起するだけで十分である。

憲法で保障されている人権は、ワイマール憲法下や明治憲法下のように、法律の留保をともなっている場合はもとよりのこと、ともなっていない場合であっても無制約ではないのであるから、必ず限界がある。それを限界づけるために法律の形式が必要とされるのは自明のことではないのか。そこに「どのような現代的意味があるのか」を探索することに、どのような憲法学上の意味があるのか分からない。

松本氏の立論の前提と高橋氏の立論の前提には共通するものがある。松本氏は基本権の制約には法律の形式を必要とすることを「法律の留保」だと解釈している。高橋氏の場合は基本権の制限や（内容）形成等を法律の形式で行うことを「法律の留保」だと解釈している。松本氏は、高橋論文は「基本権保障の観点から、法律の留保原則の意義を

再評価しようという試みであり、本稿とは問題意識を共有する」と考えている。また「法律の留保」に関する憲法学界の議論が低調の中で、「高橋正俊の主張は異彩を放っていると評し得よう」と高く評価している。両者は同じ陥穽にはまってしまうのである。

松本論文では「法律の留保」という概念が正しく用いられていないために、立論が的外れの方角に進んでしまっているように思える。そのことを松本論文の構成に沿って検証することにしよう。

「第一章 ドイツにおける法律の留保原則の史的展開」の章においては、「一九世紀前半の諸邦における議会と法律」、「一九世紀後半のプロイセンにおける議会と法律」、「ドイツ帝国憲法下における議会と法律」とに分けて叙述して、結局、オットー・マイヤーによって定式化された法律の留保（侵害留保説）原則が成立したとする。

右の叙述の部分は行政法学上の法律留保概念の成立に関する歴史であって、人権保障の方式としての法律の留保に関するものではなく、はじめから立論が焦点を外れている。そもそもドイツ帝国憲法（ビスマルク憲法）には人権規定がなかったことも付言しておく。

「第二章 法律の留保原則の現代的意義」と題する章においては、「(1) 問題の所在」に次いで、「(2) 留保原則とその前提条件の変化」の節では、ワイマール憲法下の法律の留保とボン基本法下の「法律の留保」について論じている。そして、「基本法が明文で定める法律の留保は、多種多彩である」として、オッセンビュールによる整理を引用して、法律の留保を五つに分類している。ここでの法律の留保概念の用いられ方は、日本の憲法学界の用法とはかなり異なっているし、ドイツの学界における論点も日本とはかなり違っている。そのためか、叙述に分かりにくいところがある。それはさておき、「基本権上の法律の留保は、国家による基本権の制限に当たって、法律の根拠を要求しており、国民の自由・財産への国家の介入行為に法律の根拠を要求した法律の留保原則と大幅に重なっている」という件を読

むと、「法律の留保」についてここでも混同していることがよく分かる。繰り返すが、人権を制限するためには法律という法形式が必要であることと、国民の自由・財産への国家の介介入行為には法律の根拠が必要である、ということとは次元を異にする問題である。

前の節を承けて、「(3) 本質性理論の展開」と題する節においては、(西) ドイツ連邦憲法裁判所の採用したいわゆる本質性理論と呼ばれている判例理論について紹介している。本質性理論(Wesentlichkeits theorie)というのは、行政法研究者の大橋洋一氏によれば、「『立法者は、法治国及び民主主義原則から、本質的決定を自ら行い、行政に委ねてはならないよう義務づけられる』と表現されるものである。かかる理論は、留保学説と基本権との関連性を強調し、従来の侵害留保学説を新たに発展に導いた、今日では確立された判例理論である。」(傍点引用者)¹⁰ この叙述だけで明らかのように、法律の留保に関する本質性理論は行政法学上のものであって、人権保障の方式としてのそれではない。松本氏は「基本権の制限と本質性理論」との関係について、中間総括として次のように述べている。

「本質性理論は、基本権制限の際の法律の留保についても、妥当する。したがって、本質的な基本権制限に対しては、立法者は単に法律の規定をおくだけでは不十分で、そこに実質的なことを書き込まなければならぬ。委任立法や一般条項・不確定概念の採用によって、本質的決定を回避することは許されない。」

本質性理論は、議会が行政とは異なる特性を持つていることに鑑みて、打ち立てられた理論である。これにより、法律の留保原則は現代民主主義国家における存在意義を獲得したのである。」と。

憲法が「法律の範囲内において」人権を保障するという方式が「法律の留保」であり、後述するように、ボン基本法は一部の人権についてこの方式を採用している。このことと、その場合に人権を制限する法律は、本質的な(内容についての)決定を行わなければならない、ということとは別のことである。後者は「法律の留保」とは直接関係が

なく、「法律の留保」を採用していない日本国憲法にも妥当する。だからといって、「現代民主主義国家における存在意義を獲得したのである」とはいえない。近代民主主義国家においても、そのことは必要であったのである。そのことは「法律の留保」方式を採用した明治憲法下においても、たとえば、出版法は全三六条、新聞紙法は全四五条にわたって詳細に規定していたことを想起すれば十分である。

「第三章 日本国憲法と法律の留保原則」と題する章において、ドイツの「法律の留保」に関する本質性理論を参考にして、わが国の憲法の下における法律の留保原則の検討が試みられている。

第一節の「現状の分析」においては、「①通達による行政？」の現象を批判する。「②最高裁の姿勢」においては、委任立法の限界については人事院規則の一四―七が問題となった猿払事件判決を、不確定概念については徳島市公安条例判決を取り上げている。これら二つの判決は表現の自由に関する重要な判例ではあるが、「法律の留保」とは直接関係がないはずなのに、この文脈の中でこれら二つの判決が取り上げられていることに違和感を抱くのは筆者だけではないであろう。

「③学説の状況」において、「最近の行政法学では、ドイツ法にならって、本質性理論を導入しようとする論者が多く見受けられる」として、阿部泰隆、宮田三郎、塩野宏、成田頼明の学説が取り上げられている。そして、「本質性理論の評価をめぐって議論が交わされている行政法学と比べると……憲法学の議論ははなはだ低調である。その中において、高橋正俊の主張は異彩を放っていると評し得よう」（傍点引用者）と指摘している。しかし、本質性理論は行政法学上の理論であって憲法学上の理論ではないのであるから、憲法学の議論が低調であるのは当然であって、なんら異とするには当たらない。

第二節の「基本権保障と法律の留保原則」において、「①わが国における法律の留保原則の意義」と題して、基本権

の制限は本質的事項であるから法律の根拠が必要である旨が述べられている。それを承けて、法律を制定する「②議会の改革」とそれをチェックする「③裁判所の役割」について言及している。

何度も繰り返すようであるが、わが国の憲法の人権規定には「法律の留保」はないのであるから、それを論じる意義などあるはずがない。

以上が松本論文の主な内容である。この松本論文も前述した高橋論文も、「法律の留保」の基本的なことについて誤解をしていると考えられる。その誤解がどこから生じているかを、以下において説明することにする。

- (1) 宮沢俊義『憲法の原理』三五七頁以下。
- (2) 伊藤正己・阿部照哉・尾吹善人『憲法小辞典』三一四頁。
- (3) エクハルト・シュタイン著、訳者代表浦田賢治『ドイツ憲法』七四頁。
- (4) 宮沢俊義・前掲書三六九―三七〇頁。
- (5) 長尾一紘『日本国憲法(第三版)』一二九頁。
- (6) 長尾一紘・前掲書一二九―一三〇頁。藤田宙靖『新版 行政法Ⅰ(総論)』五五―五六頁も同じような意味で、「法律留保」という概念を用いている。
- (7) 高橋正俊「法律留保型基本権考」香川法学二一卷三・四号、六九―九二頁。以下、煩雑さを避けるために、引用の頁数は省略する。
- (8) 松本和彦「法律による基本権の保障(一)——法律の留保原則に関する憲法学的考察——」大阪学院大学法学研究二三卷一号、二号。以下、煩雑さを避けるために、引用の頁数を省略する。
- (9) 松本和彦「基本権の保障と制約に関する一考察(二・完)」民商法雑誌一一一卷二号五四頁。
- (10) 大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」国家学会雑誌九八卷三・四号五三頁。

三 人権保障の方式と「法律の留保」

憲法学上の「法律の留保」というのは、人権保障の方式のことなのであるから、人権保障にはどのような方式があるのかを前提として述べる必要があるであろう。それには大きく分けて、「法律による保障」と「憲法による保障」の二つがある。

「法律による保障」または「人権の法律的保障」方式は、イギリスとフランスで採用されたものである。

成文憲法典のないイギリスでは、人権は議会制定法¹法律によって保障されてきていることは言及するまでもない。

近代立憲主義の母国であるフランスの一七八七年の人権宣言の採用する方式について、樋口陽一氏は次のように述べている。⁽¹⁾

「一七八九年宣言は、理念的根拠としては『人の自然権』から出発するのであるが、実定的構造としては、『法律による保障』を中心にくみたてられているといつてよい。国民の権利を『法律による保障』として構成するシステムは、しばしば『法律の留保』と呼ばれて立憲主義の不徹底を示すものと見られ、それに対して、『法律でもってしても侵すことのできない権利』『法律に対する保障』こそが人権尊重主義の法制度だとされることが多い。しかし、一七八九年宣言は、理念的には、不可譲の自然権という思想にあきらかに依拠しながらも、実定的構造としては、これまたあきらかに『法律の留保』的方式を採用した。」

同じ「法律による保障」であっても自由権の種類によって、その内容を異にする。稲本洋之助氏は、人身的自由または財産的自由に伴う法律の留保を「法律の市民的留保」、精神的自由に伴う法律の留保を「法律の国家的留保」と呼

び、次のように述べる。⁽²⁾

「人身的自由または財産的自由に関しては、たとえば恣意的処罰にたいする罪刑法定主義の原則や法定手続の原則などによる保障、または所有権の侵害に対する民事上の補償および制裁などにみられるように、自由の侵害の予防と救済のための法律的諸手段の存在が法律的保障の内容である。これにたいして、精神的自由については、思想、信条、意見などのさまざまな表現・伝達方法が個別的な法律によって制限・禁止されないという法律からの自由を、実定法秩序の全体構造のなかで保障することに法律的保障の重要な意義が存在する。」(傍点原文)

次に、「憲法による保障」の方式は、これを二つに分けることができる。

一つはアメリカ合衆国憲法の方式で、憲法の人権規定が、立法の内容を規律することによって人権を保障しようとするものである。この人権保障規定は、トーマの言葉を借りれば、「憲法の力を有する」ものである。

もう一つは、ワイマール憲法や明治憲法のような「法律の留保」方式で、憲法の人権規定が立法の内容を直接に規律せずに、法律に委ねるやり方である。トーマの言葉を借りれば、この人権規定は「法律の力を有する」ものである。この「法律の留保」方式の具体的な内容については、次の人権保障の方式の分類と関連するので、そこで述べることにする。

宮沢俊義氏と芦部信喜氏は、右の分類とは異なる分類にもとづいて、人権保障の方式を前者は二つに、後者は三つに分類している。

宮沢俊義氏は次のように述べている。⁽³⁾

「第一は、いわば絶対的に保障する方式である。たとえば、ワイマール憲法の例でいうと、『何人も法定の裁判官の裁判をうける権利を奪われてはならない』という規定(一〇五条)は、これである。『芸術および学問、研究および教

授は、自由である」というボン憲法の規定（五条三項）も、これに属するであろう。これらの場合には、その権利は、憲法自身によって保障されているのであり、したがって、形式的効力において憲法の下位にある法律——単純な法律によってこれを制限したり、その例外を定めたりすることは許されない。それは憲法の改正によってのみ、制限されることができるといえる。この種の人権を、トーマスは「憲法の力を持つ」（verfassungskräftig）基本権と呼んでいる。」

「第二は、いわば相対的に保障する方式である。その最も通常の方式は、憲法がある人権を保障しつつ、そこに「法律の定めるところにより」とか、「法律の範囲内において」とかの留保をつける場合である。ここでは、人権は憲法で保障されるが、法律——単純な法律——でそれについて制限的規定を設ける可能性がみとめられている。この種の留保を「法律の留保」（Vorbehalt des Gesetzes, Gesetzesvorbehalt）という。この場合は、単純な法律でその制限を定めることができるという意味で、トーマスは、その人権は「法律の力を持つ」（gesetzskräftig）と呼んでいる。」

この分類は憲法の個々の人権条項に着目したものであって、憲法の人権条項の全体としての特色に着目したのではない。この分類による絶対的保障は「憲法による保障」に、相対的保障は「法律による保障」に対応するものといえよう。

次の芦部信喜氏の分類は宮沢俊義氏と同じ用語法ではあるが、内容は異なる。

人権保障の方式として絶対的保障方式と相対的保障方式に二分し、次のように述べる。⁽⁴⁾

1 絶対的保障型（アメリカ憲法型）

「絶対的に保障された人権とは、憲法自身によって保障され、単純な法律で制限を加えたり例外を定めたりすることは許されず、これに当該人権に内在すると考えられる制約以上の制約を加えるためには憲法改正を必要とする人権をいう。」トーマのいう「憲法の力を持つ」基本権がこれに当たる。「……個別の条文もさることながら、憲法の人権条

項全体の考え方から言えば、絶対的保障の典型的な例はアメリカ合衆国憲法の人権宣言であろう。」

2 相対的保障型（ワイマール憲法型）

これに対して、「相対的に保障された人権とは、憲法で保障されてはいるものの、法律によってそれを制限する可能性が認められている人権である。」トーマのいう「法律の力を持つ」基本権がこれに当たる。これが「法律の留保」方式である。

3 折衷型保障方式

「伝統的に『法律による人権保障』という人権思想の強かったヨーロッパ大陸諸国の立憲主義は、第二次世界大戦後、『法律からの人権保障』という新しい方向に大きく質的に転換した。その結果、人権保障の方式も原則的に絶対保障型の考え方を採ることになった。」「ドイツ連邦共和国基本法の定める保障方式は、アメリカ憲法型を基調としながらも、それにドイツに伝統的なワイマール憲法型の考え方を加味した、第三の、いわば折衷型（ドイツ基本法型）とも言えるもの」である。（傍点原文）

高橋論文と松本論文が依拠しているドイツの学説は、ドイツ基本法型の人権保障規定を前提にして提唱されたものである。すなわち、一部の人権規定については、「法律の留保」をともなった「折衷型保障方式」の憲法下における学説であるということを確認しておく必要がある。そのドイツの「法律の留保」に関する学説を、「法律の留保」をともなっていない日本国憲法の人権規定の解釈論に輸入するのは、前提を無視した誤りをおかしていることになる。

そのことを確認した上で、ドイツ基本法型の人権保障の方式を解明することにする。

ドイツ基本法の保障する基本権には、「法律の留保をともなわない基本権」と「法律の留保付きの基本権」の二種類がある。⁽⁵⁾ コンラート・ヘッセによれば、「基本権の保障にこれらの留保が全く付されていない場合には、基本権内在的

な限界と、憲法自体によって設定された限界が存在するだけであり、この場合には基本権を法律によって制限することとは許されない。⁽⁶⁾

「法律の留保」の「基本権」には二つの類型があるとされている。一つは「規制留保」(Regelungsvorbehalt)であり、⁽⁷⁾他の一つは「制限留保」(Beschränkungsvorbehalt)である。⁽⁸⁾前者は、「人権の内容やその保障のあり方などの詳細は法律で定めなければならない」という意味の留保」である。ヘッセは、これを「憲法委任」と名づけている。具体的には、たとえば、四条三項の「何人も、その良心に反して、武器をもってする軍務を強制されるはならない。詳細は、連邦法律でこれを規律する」という良心的兵役拒否の自由の規定、一二条一項の「すべてのドイツ人は、職業、職場および養成所を自由に選択する権利を有する。職業の遂行については、法律によって、または法律の根拠にもとづいて、これを規律することができる」という職業選択の自由の規定などである。

「詳細は、連邦法律でこれを規律する」という規定のように、その内容の形成を法律に委ねている場合には、これを「規制留保」とは別の形式の留保に分類する人もいる。

後者の「制限留保」は、「人権に制約を課するには法律によらなければならない」という意味の留保」である。具体的には、八条二項の「屋外の集会については、この権利は法律により、または法律の根拠に基づいて、これを制限することができる」という屋外集会の自由の規定、九条二項の「団体のうちで、その目的もしくはその活動が刑事法律に違反するもの、または憲法的秩序もしくは諸国民の間の協調の思想に反するものは禁止される」という結社の自由の規定などである。

この「制限留保」には次の二種類があるとされている。前者のような「制限留保」は「法律により」とか、「法律の根拠に基づいて」のように、単に制限のために法律の形式のみを要求している場合である。これは「単純な法律の留

保」と呼ばれている。それに対して、後者のように、一定の条件の下でのみ、あるいは、特定の目的のためにのみ、法律の形式による制限が認められる場合がある。これは「特別な法律の留保」と呼ばれている。

この制限留保については、一九条一項が、「この基本法によって基本権が法律により、または法律の根拠に基づいて制限されうる限度において、その法律は一般的に適用されるものでなければならず、単に個々の場合にのみ適用されるものであってはならない。さらにその法律は、条項を示して「制限する」基本権をあげなければならない」と規定し、さらに同条二項が、「いかなる場合でも、基本権はその本質的内容において侵害されてはならない」という条件をつけている。これらの規定が設けられたのは、栗城寿夫氏によれば、人権を制限する法律について、一定の質の保障・維持をはかることによつて、「法律によりさえすれば、人権を制限できる」とする「法律の留保」に陥ることをさけるためである。ヘッセもまた、文字通り、「法律による基本権の侵害と骨抜きとを不可能ならしめて」いる規定である、⁽¹⁰⁾としている。

それでは、何故、「法律の留保」に陥ったのか、いい換えれば、「法律がなければ制限できない」という最低限の要件が、最高限の要件として理解され、「法律さえあれば制限できる」という意味をもたされるに至ったのであろうか。この点について、浜田純一氏は、「法律の留保という考え方が人間の自然権への信仰告白と立法機関の民主性という要素と結びついていない場合には、立法権の行為（法律）による自由侵害の可能性を排除できず、国民の権利保障の上で本質的な限界をもたざるをえない」⁽¹¹⁾からである、と指摘している。

一八五〇年のプロイセン憲法においては、「プロイセンの権利」が保障されていたが、それは自然権としてではなく国家によつて与えられた権利であつたし、法律を制定する議会も、不平等な等級選挙の下では民主主義的性格を有しているとはいえなかつた。またワイマール憲法下においては、そもそも、「立法者自身の基本権への拘束は、圧倒的

多数が否定していた。立法者にとって、基本権は単なる指針、『プログラム規定』として妥当したのである⁽¹²⁾。

日本の明治憲法の人権も自然権としてではなく「臣民の権利」として保障されたにすぎず、また貴族院と衆議院から構成された帝国議会もきわめて非民主主義的な性格を有していた。

以上の叙述から、人権保障の方式と「法律の留保」の関係をまとめれば、次のようになる。

明治憲法の人権規定は「法律の留保」をともなっていた。しかも議会が非民主主義的性格を有していた等の事情のため、憲法で保障された人権を制約（侵害）する多数の法律が制定された。

日本国憲法の人権規定は、通説によれば、「法律の留保」をともなっていない。また、日本国憲法が用いている「法律でこれを定める」とか、「法律の定めるところにより」等の規定は、日本の憲法学界では「法律の留保」とはいわない。ただし、ドイツの憲法学界では、これを「規制（規律）留保」と呼ぶ人もいる。

ドイツ連邦共和国基本法の人権規定には「法律の留保」をともなっているものと、ともなっていないものが折衷されている。右の「規制留保」とは別に、「人権を制約するには法律によらなければならない」とする「制限留保」の規定がおかれている。

「法律の留保」の規定、とくに「制限留保」の規定がおかれているドイツ連邦共和国基本法の下で展開されている「法律の留保」に関する学説を、「制限留保」の規定がおかれない日本国憲法下に輸入することは、いかに「法律の留保」の現代的意義やその有用性を力説してみても、学問上意味のある営為とはおよそ考えられないといわざるをえない。

- (1) 樋口陽一『比較憲法・改訂版』五六頁。
- (2) 稲本洋之助「一九世紀フランスにおける出版の自由 (*liberté de la press*)」東大社研編『基本的人権4各論I』所収三二八―三二九頁。
- (3) 宮沢俊義『憲法II (新版)』一一三―一二四頁。
- (4) 芦部信喜『憲法学II 人權総論』一七九―一八四頁。
- (5) ベッケンフェルデ著・鈴木秀美訳「基本法制定四〇周年を経た基本権解釈の現在(一)」北陸法学二巻一号九〇―九二頁。これが通説・判例の立場だそうである。(松本第二論文四四頁)
- (6) コンラート・ヘッセ著・阿部照哉ほか訳『西ドイツ憲法綱要』一六二―一六三頁。
- (7) 芦部信喜・前掲書一八二頁は、「規律留保」と訳しているが、本文のように「規制留保」と訳した。
- (8) 本文のように、「法律の留保」を「規制留保」と「制限留保」に分けるのが、一般的かどうかについては筆者は知らない。ただ、ヘッセの前掲書一九五頁及びコンラート・ヘッセ著・栗城寿夫訳「ドイツ連邦共和国における基本権の展開」公法研究四二号一〇頁、W. Schaumann, *Freiheitsrechte und Vorbehalt des Gesetzes im Bonner Grundgesetz*, in *Mélanges Marcel Bridel*, S. 491 における二分法を採用している。
- (9) 田上穰治編『体系憲法事典』(栗城寿夫執筆) 一一二頁。
- (10) ヘッセ・前掲論文七一八頁。
- (11) 浜田純一「基本権の限界」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念II』所収二五九頁。
- (12) ベッケンフェルデ・前掲論文八六頁。

四 おわりに

憲法の体系書の中で、「法律の留保」について最も詳しく言及している阪本昌成氏は、「ある憲法典が『法律の留保』を採用しているか否かは、条文のスタイルに表れるのが通例である。『法律の留保』が採用されている場合には、『○』については、法律でこれを定める」、「○○』については、法律の範囲内で、保障する」と表現される。これに対して、日本国憲法はこれに類する規定をもたない」と、明快に説明している。⁽¹⁾

「法律の留保」の再検討を提唱する論者の脱線は、ここから始まる。日本国憲法は「法律の留保」の規定がないにもかかわらず、規定が存在することを立論の前提にしているからである。それだけではない。それに加えて、そのような明示的な規定がない場合にも、「法律の留保」原則が妥当するとされているのである。⁽²⁾ これでは脱線はますます大きくなつていくことになる。

このような「法律の留保」を日本国憲法の下においても再検討すべきであるとする主張は、意義がないだけでなく、有害ですらある。

「法律の留保」をともなっていない日本国憲法の人権も、例外的に限界はあるのであり、決して無制約ではない。阪本昌成氏は、人権を「制約するにあたっては、法律という形式を満たすだけではならず、憲法に正当な根拠をもつ法律であることを求めているのである。……憲法典による基本的人権保障の狙いが、立法に優位し、立法を拘束することにある以上、基本的人権を制約する法令は制約の基礎を憲法にもつていなければならぬはずである。このことを日本国憲法は『公共の福祉』と表現」している、と説得力のある説明をしている。⁽³⁾

日本国憲法の下でも「法律の留保」に関する原則が妥当すべきであるとする主張は、その主観的意図はともかくも、人権を制約する根拠を憲法に求めることが必ずしも必要とされないだけでなく、「憲法の力を有する」人権規定を「法律の力を有する」ものに切り下げてしまう効果をもたらしてしまうことになる。

もとより法律は人権を制約する場面だけではなく、社会権、平等権、経済的自由、身体的自由、場合によっては精神的自由の実現や具体化の場面においても、極めて重要な役割を果たすことはいうまでもない。したがって、その場面における法律に関する様々な問題を研究することは重要ではあるが、それを本稿が批判したように、人権保障の方式としての「法律の留保」というテーマ設定の下で行うことは適切ではなく、学界からの評価も得られないであろう。

(1) 阪本昌成・前掲書一四八頁。

(2) 高橋正俊・前掲論文八四頁、松本和彦・前掲第二論文二九—三〇頁。

(3) 阪本昌成・前掲書一四八—一四九頁。