

制度的保障の理論について

戸波江二

- 一 はじめに
- 二 制度的保障の理論の内容
- 三 制度的保障と人権保障との峻別論
- 四 連結的・補充的保障の観念
- 五 制度的保障の法的効力および人権制約性
- 六 制度的保障の理論のイデオロギー性
- 七 おわりに

一 はじめに

ドイツ・ワイマール時代に成立した制度的保障の理論は、我が国においてもこれまで多くの論者によって研究され、それを日本国憲法の解釈論にとり入れるべきか否かについて議論がなされてきた⁽¹⁾。そして、最近の学説は、少なくとも一般的な論述においては、制度的保障の理論を肯定的に説明し、その例として、地方自治制度の保障、財産制度の

保障、大学の自治の保障、政教分離の原則などを挙げるのが通例である。しかし、制度的保障の理論について立ち入って考えてみると、制度的保障とはそもそもいかなる理論か、その法的帰結ないしは理論的意義はどのようなものか、人権保障との関係をどう理解するか、制度的保障の実践的意図は何か等々、その理論の基本的な特質についてさえ必ずしも共通の認識が成立しているとはいえない難い状況にあるように思われる。しかも、最近、特に政教分離原則の解釈にあたって、制度的保障の理論を批判的にとらえる見解が有力に主張されていることも注目⁽³⁾に値することからである。

制度的保障の理論の問題点は多くのところに見出される。制度的保障の概念自体が不明確であることは基本的な問題であるが、それに関連して、制度的保障の理論の概念構成にあたって論者の間に基本的な認識の一致があるとは必ずしもいえず、とりわけ、論者によっては、制度的保障の理論を人権抑圧的、体制維持的な論理として構築し、利用する場合も生じてくる。そして、それに対して、制度的保障の理論の批判論においても、多面的な意味をもつ制度的保障の理論をどのレベルにおいて、どのような論点について批判するかを必ずしも整理しないままに、制度的保障の理論の有用な側面をも無視して、制度的保障の理論を全面的に否定してしまう傾向をみることもできる。

以上のような制度的保障の理論の現状を克服するためには、制度的保障の理論の内容を一般の同意が得られるかたちで確定し、そして理論のもつ基本的な問題を批判的に検討し、それによって制度的保障の理論の現代における理論的な意義を再検討することが必要であると思われる。本稿は、そのような観点から制度的保障をめぐる議論を整理して、その理論的有効性について再度考え直してみることを目的とするものである。

注 (一) 制度的保障の理論に関するこれまでの研究としては、戦前には、森静太郎「ドイツ憲法の制度的保障」法文論叢一五

号二八頁以下（昭九年）、鶴飼信成「制度的保障の理論」法学新報四六卷一四一頁以下（昭和十一年）、渡辺宗太郎「独逸に於ける公用収用制度の変遷（一）」法学論叢四〇卷二二二頁以下（昭和十四年）、大西芳雄「基本権と制度的保障（一）」法学論叢四〇卷六号一三頁以下、四一巻一四一頁以下（昭和十四年）などがあり、戦後のものとしては、岡田紬「西ドイツにおける制度的保障の理論について」公法研究一八号七七頁以下（昭和三十三年）、山下健次「所有権の保障と制度的保障の理論」立命館法学四一号一頁以下（昭和三十三年）、同「制度的保障の法的性格とその問題点」公法研究二六号八一頁以下（昭和三十三年）、川添利幸「制度的保障」芦部ほか編『演習憲法』一六九頁以下（昭和四八年）、石村善治「人権と制度的保障の理論」法学教室（二期）二二二頁以下（昭和四八年）、山下健次「人権と制度的保障の理論」憲法の争点（増補）五〇頁以下（昭和五一年）、同「制度的保障論覚書」立命館法学一五〇～一五四号合併号七七九頁以下（昭和五五年）、齊藤孝『制度的保障論序説』中央大学大学院研究年報一二号I—1三七頁以下（昭和五八年）などがある。また、制度的保障の理論について他の問題との関連で言及している論稿も数多いが、特に重要なものとして、田上穂治「立法権の限界」法哲学年報一九五六年二七頁以下、同「基本権の保障」一橋論叢四五卷三二〇九頁以下（昭和三六年）、同「宗教に関する憲法上の原則」憲法講座二二八頁以下（昭和三八年）、横田耕一「信教の自由」の問題状況」LS四六号四頁以下（昭和五七年）、山下健次「政教分離の原則と制度的保障の理論」LS四六号一五頁以下（昭和五七年）、笹川紀勝「信仰の自由と政教分離の関係」ジュリセ七七号三二頁以下（昭和五七年）、成田頼明「地方自治の保障」日本国憲法体系五卷一三五頁以下（昭和三十九年）、杉原泰雄「地方自治権の本質1」3」法時四八卷三九〇頁以下、三号八八頁以下、四号一三三頁以下（昭和五一年）、成田頼明『地方の時代』における地方自治の法理と改革」公法研究四三号一五一頁以下（昭和五六年）、山下健次「地方自治権の本質・存在理由の検討方法」公法研究四三号一七七頁以下（昭和五六年）、大江正昭「現代財産権論の再検討」九大法学二八号八五頁以下（昭和四九年）、などがある。

(2) 制度的保障の理論を日本国憲法の解釈論として肯定的に評価する見解は、宮沢俊義・憲法Ⅱ（新版）一〇六頁以下（昭和四十六年）、橋本公良・日本国憲法一二六頁以下（昭和五五年）、小林直樹・憲法講義（新版）上三一〇頁以下（昭和五五年）、伊藤正己・憲法一九二頁以下（昭和五七年）、和田英夫・新版憲法体系一五二頁以下（昭和五七年）など数多い。これに対して、佐藤幸治・憲法二八〇頁以下（昭和五六年）は制度的保障の理論の必要性に疑問を呈し、「安易に『制度的保障』の理論に訴えるべきではない」と論じており、注目される。また、芦部信喜・演習憲法七〇頁以下（昭和五七年）も制度的保障の

理論に批判的であり、「制度の保障を認めるとしても、①立法によっても奪うことのできない『制度の核心』の内容が明確で、②制度と個人の基本権との関係も論理的もしくは合目的に密接であるもの、に限定して用いるべきであろう」と説いている。

(3) 政教分離原則を制度的保障とみることに特に明確に反対する学説として、笹川・憲法講義2(大須賀ほか著)九五頁以下(昭和五四年)、横田耕一『信教の自由』と『政教分離原則』判タ三八五号七八頁以下(昭和五四年)参照。

二 制度的保障の理論の内容

制度的保障の理論の問題点を考えるにあたって、まず、制度的保障の理論がいかなる内容のものであるかを明らかにすることが必要であるが、それについては既に詳細な研究が数多く発表されているので、ここでは、それらを参考にしつつ、主としてカール・シュミットの叙述を中心に、制度的保障の理論の基本的特徴を指摘するにとどめることにする。

制度的保障の理論において問題にされる制度的保障とは、定義的に述べれば、組織された既存の制度に対して憲法上の特別の保護を与え、その制度の存在自体ないしはその本質的内容が立法によって廃棄・改変されることを不可能とする保障形式であり、制度的保障の理論は、そのような制度的保障という保障形式が憲法内において、他の人権の保障形式、とりわけ自由権保障とは異なったかたちで規定されていると説く理論である⁽⁴⁾⁽⁵⁾。このような制度的保障の理論の基本的特質を更に敷衍して述べるならば、以下の三点が重要な特質として挙げられる。

第一は、制度的保障と人権保障との関係の問題であり、制度的保障はあくまでも特定の制度を客観的に保障するものであって、それは人権の保障ではないとされることである。シュミットによれば、「本来の意味における基本権は、

本質的には個人の権利であり、しかも個人が国家に対して有する権利⁽⁶⁾であつて、「人間は固有の『自然的権利』をもつて国家と対立しており、個人の前国家的ないしは超国家的権利という思想を完全に排除することは許されない⁽⁶⁾」のに対して、「制度的保障はその本質上限定されている。制度的保障は国家内においてのみ存在しており、それは原理的に無限定な自由領域という觀念に基づくものではなく、法的に承認された制度に関するものである⁽⁷⁾」と説かれる。前国家的で原理的に無限定な「真の基本権」(echte Grundrechte)たる自由権と、国家内において法的に限定された制度的保障との峻別の論理はシュミットの制度的保障の理論の基本的特徴の一つである。また、制度的保障と人権保障との關係に関して、制度的保障と権利保障とが結合している場合には、制度的保障の優位を認めることもシュミット理論の一つの特徴といえよう。シュミットにおいては、「権利の保障は制度の保障に從屬してそれに奉仕するのであり、従つて、個人主義的・利己主義的視點ではなく、制度の視點が決定的なのである⁽⁸⁾」とされ、制度的保障においては権利保障が副次的であると主張される。

第二は、第一の点とも関連して、制度的保障の法的性格ないしは法的効力に関する問題である。制度的保障は「憲法律の規定 (Verfassungsgesetzliche Regelung) によつて特定の制度に特別の保護が与えられ⁽⁹⁾」るものであつて、それはプログラム規定ではなく、立法者を法的に拘束する法原則であり、「憲法的効力」を有するとされる⁽⁹⁾。もつとも、制度的保障の憲法的効力については二つの留保が伴う。一つは、基本権保障と對比した場合に、基本権保障、即ち、シュミットのいう真の基本権たる自由権は市民的法治国家の本質的要素であるから、それを完全に廃止することは憲法改正権によつてもなされ得ない⁽¹⁰⁾のに対して、制度的保障は真の基本権ではなく、特定の制度に特別に憲法的保障を与えるものであるから、それは憲法改正権を拘束するものではなく、その保障は憲法律的保障 (Verfassungsgesetz-

liche Garantie) にとゞまるとされることである。⁽¹¹⁾ もう一つは、制度的保障が立法者に対する保障であるとしても、制度的保障が国家内において法的規律を受けるものである以上、それは法律による制度の形成と規律を容認せざるを得ず、そこで、制度的保障の法的意義は立法者が制度自体を廃棄したり、制度の「実体的内容」や「本質的要素」を奪うことを禁止することに求められ、⁽¹²⁾ 従って「制度的保障は、制度の核心をあらゆる侵害から守り、そして制度の本質を保持し、それを変質から保護する」⁽¹³⁾ものとされることになる。つまり、制度的保障の理論は立法者に対して制度の核心部分の変更を禁止するが、核心とはいえない部分については立法者による形成と規制とを容認する理論であるといえよう。

第三は、制度的保障が保障の対象とする「制度」の概念ないしは内容の問題である。シュミットの場合には、制度とは「それ自体常に何らか限定されたもの (Umschriebenes)」、画定されたもの (Umgrenztes) であり、特定の任務と特定の目的に奉仕するもの⁽¹⁴⁾と定義されたり、あるいは、「形成され、組織された、従って限定され、区別され得る公法上の制度」⁽¹⁵⁾ないしは「伝統的に確立した典型的な規範複合 (Normenkomplexe) をよび法律関係 (Rechtsbeziehungen) という意味での法制度」⁽¹⁶⁾であるとされる。しかし、これらの定義では、何が保障の対象となる「制度」なのかは必ずしも明らかにはならない。また、シュミットは、制度的保障をも含むものであると説明するにあたって、「この種の保障〔制度的保障〕は、現に存在するもの (Gegenwärtiges)」、形成・組織されて存続し (Bestehendes)」、現存するもの (Vorhandenes) に常に関係する。その点において、制度的保障には、存続している状態 (ein bestehender Zustand) をよび現存の法状態 (eine vorhandene Rechtslage) の保障があり、それは常に現状の保障 (Garantie eines Status quo) の要素を含む⁽¹⁷⁾と説いているが、この説明も概して不明確であり、何が制度であるのかはな

お一義的に明らかにはならない。シュミットは、制度概念を確定するために、一方では、前述のように、自由権との相違、立法による保障との相違など、他の類似概念と制度的保障とを対比し、また他方では、ワイマール憲法における制度的保障の例を数多く列挙したとみることができないわけではないが、ともあれ、いかなる憲法規定を制度的保障の規定としてとらえるかという問題は一つの困難な課題として残ることになる。⁽¹⁸⁾

注 (4) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 170ff.; von Mangolt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1957, Bd. 1, S. 79ff.; U. Scheuner, Die Institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Recht-Staat-Wirtschaft IV, S. 93ff.

(5) 制度的保障の理論は多様なレベルの論点を有する複合的・多面的な理論である。制度的保障の理論的枠組みについてなお補足するならば、制度的保障の理論は、特定の法形式を有する憲法規定を「制度的保障」という概念で統一にとらえ、そしてその「制度的保障」の法的性格を包括的に論ずる理論であり、それは、一方では、特定の憲法規定の法的特質を説明する一種の規範的な説明概念であると同時に、他方では、特定の憲法規定を「制度的保障」と規定することによって当該憲法規定に特定の法的意味を与える実践的な解釈概念でもある。そして、「制度的保障の理論」が問題とされる場合には、一方では、「制度的保障」の概念に関して、①保障の対象とされる「制度」とは何かという制度の概念自体の問題、②いかなる憲法規定を制度的保障と解するかという憲法規定の範疇化の問題、③制度的保障とされた憲法規定がどのような法的性格ないしは法的効力を有するかという法的効力の問題があり、そして、他方では、「制度的保障の理論」の意義に関して、④制度的保障という道具概念を設定することによって、具体的にいかなる理論的效果ないしは実践的意味が生ずるのかという制度的保障の理論の有効性の問題が生じることになる。一口に制度的保障の理論といっても、以上のようなさまざまなレベルの多様な問題を含む理論であり、しかも、特に、それが憲法規定の特質を説明する理論としてのみではなく、一種の実践的な解釈理論として主張されてきたことに注意しなければならない。

(6) C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 164.

(7) C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 170f.

- (8) C. Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien* (1932), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S. 149.
- (9) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 170.
- (10) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 177.
- (11) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 154f.
- (12) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 171.
- (13) G. Abel, *Die Bedeutung von der Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, 1961, S. 61.
- (14) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 171.
- (15) C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 149. なお、この定義は公法上の制度的保障 (institutionelle Garantie) に関するものである。
- (16) C. Schmitt, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S. 215. なお、この定義は私法上の制度保障 (Institutsgarantie) に関するものである。制度的保障と制度保障の区別は、一般的に、重要なものとは考えられていない (たとえば、山下・公法研究二六号 (前出注(1)) 八一頁、橋本・前出注(2) 一二六頁参照)。またドイツに関しては Vgl. von Mangoldt/Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, S. 84。確かに、「かかるもの〔特定の制度〕を憲法の中に、客観的法規範として規定することによって、当該制度の本質を通常の立法による廃止もしくは骨抜きから保護しようとする点においては、兩者〔制度的保障と制度保障〕は異ならない」(山下・前掲八一頁)と考えられるので、この区別が制度的保障の理論の解明にとって重要な区分であるとは解されない。しかし、これに対して、デューリッヒは基本権との関係でこの区別に意義を認め、『制度保障』は基本権関係の制度的保障 (Einrichtungsgarantie) である。それは、権利の意味での基本権のうちにもその根拠を有する制度の保障である。『制度的保障』は、あらゆる国家的制度と同様に、究極的には個人のために存在するが、しかし、個人の権利のために存在するのではない制度の保障である」(Dürig in Maunz/Dürig/Herzog, *Grundgesetz*, Art. 1 Abs. III, Rdnr. 97 (1954)) と論じている。制度的保障と制度保障の区分がさして有用とは思われないことには変わりないが、このデューリッヒの見解は、制度的保障とされる憲法

規定のうちにも個人の権利と密接に関連しているものがあることを正当に指摘している点において極めて重要である(なお後述)。

(17) C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 155.

(18) シュミットは、制度的保障の例として、地方自治の保障(ワイマール憲法一二七条)、官吏制度の保障(一二八―一三〇条)、学問の教授の自由の保障(一四二条)、法律上の裁判官を求める権利(*Recht auf den gesetzlichen Richter*)および例外裁判所の禁止(一〇五条)ないしは裁判官の独立(一〇二―一〇五条)、宗教団体の保護(一三七条)、大学神学部の存置(一四九条三項)、日曜日・祭日の保障(二四九条二項三文)を挙げ、また、制度保障の例として、所有権(一五三条一項)、相続権(一五四条)、婚姻(一九九条)を挙げつゝる(C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, SS. 149-153ff.; ders., *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, SS. 213-216ff.)。その外、領土、国旗、共和制、大統領などの統治機構に関する諸規定にまで制度的保障を拡大しようとするレーベンシュタインの見解に対しては、シュミットは、それによって制度的保障の概念が不明確になることなどを理由に反対している(*Id.*, S. 153)。

(19) 特定の憲法規定を制度的保障とみるかどうかが客観的に確定されない場合に生ずる問題点は、もともと制度的保障の規定とみるべきではない憲法規定(たとえば政教分離原則)が制度的保障の規定とされることによって、当該憲法規定の本来の法的意味が制度的保障の理論によつてゆがめられてしまうという点に最も端的に現われるが、他方で、逆に、制度的保障の性格を帯びる憲法規定が制度的保障の規定ではないとされ、それによつて当該憲法規定の正確な法的意味理解が妨げられるという問題も生じよう。たとえば、シュミットは、レーベンシュタインが社会保険制度(ワイマール憲法一六一条)を制度的保障の規定としていることに反対し、一六一条はプログラム規定であると論じてゐる(C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 153)が、しかし、この社会保障制度については、憲法規定が特定の法制度を創設することを命じている場合に、創設された法制度を制度的保障ととらえることは、「既存の」制度の保障という觀念には一致しないとはいへ、制度的保障の理論の意義・目的などからみて十分に成立する見方であるように思われる。

三 制度的保障と人権保障との峻別論

(1) 制度的保障の理論についての疑問点ないしは問題点として指摘される論点は少なくないが、そのうちでも特に重要な論点として、①制度的保障と人権保障との峻別論の妥当性、②制度的保障の理論における連結的・補充的保障の観念の意義、③制度的保障の人権制約性ないしは制度的保障の本質的内容の範囲の問題、④制度的保障の理論のイデオロギー性の問題、などを挙げるができる。そこで、以下順を追ってそれらについて考察していくことにするが、ここでは、まず、制度的保障と人権保障との峻別論の当否について考えてみることにしたい。

前述のように、シュミットは、制度的保障と人権保障との関係について、制度的保障と人権保障との峻別の論理を中心に据えていた。しかし、制度的保障とされる憲法規定を一瞥するだけでも、制度的保障と人権保障とが明確に区別されるものであるのか、むしろ両者は密接に関連しているのではないか、という疑問が生ずる。また、シュミット自身も、制度的保障と人権保障との峻別論と並んで、人権保障のための連結的・補充的保障 (Konnex- und Komplementargarantien) の観念を提唱し、「制度的保障を一般的自由のための連結的・補充的保障としてのみ承認すること(20)が、自由主義的法治国家憲法の精神に適合する」と説いて、制度的保障が自由権の保障を補強するものであることを強調している。そこで、制度的保障が人権保障とどのような関係に立つのか、そして特に、制度的保障と人権保障とを峻別する論理が妥当なものかどうか、が問題となる。

(2) まず、原理的な図式として考えるならば、シュミットが制度的保障の理論を人権保障と切り離して構築したことについては基本的に妥当であったと評価してよいように思われる。それは、ワイマール憲法に限らずにおよそ一般的にみて、人権保障規定をもつ近代憲法において、その人権保障のカタログの中に、必ずしも個人の権利保障とはいえない規定が含まれていることは稀ではなく、そして、そのような規定を人権規定とは異なった範疇でとらえ、その

法的特質を独自に解明することは意味のあることと考えられるからである。⁽²¹⁾ 制度的保障の理論は、その理論的出発点においては、そのような憲法規定の法理論的体系化と法的特質の解明を意図して唱えられたものであり、⁽²²⁾ そうであるとすれば、制度的保障とされる規定の類型化にあたって、その本質的特徴として人権保障との相連を挙げることは必ずしも不当ではなく、そして、憲法規定の法的性格を規範的に確定するにあたっては、むしろ有意義であるといえよう。

しかし、制度的保障が人権保障ではないと安易に断定することには二つの点で問題があると思われる。第一に、一口に制度的保障といっても、その内容および人権保障との関係は、制度的保障とされる憲法規定の特質に応じてさまざまであり、⁽²³⁾ たとえば、地方自治制度の保障などのように個人の人権保障とは解され得ない規定がある一方、大学の自治の保障などのように学問の自由と密接に関連する保障もあり、更には、法律による制度の形成が人権の具体的内容を確定することになる保障も存在する。⁽²⁴⁾ つまり、制度的保障が人権ではないという命題は、制度的保障の概念の一般的・概括的な特徴を示すにとどまるのであって、制度的保障とされる憲法規定のすべてがおよそ人権ではないということになるわけではない。そこで、制度的保障と人権保障との関係を考えるにあたっては、制度的保障とされる憲法規定の意味・目的・内容などを個別的に検討し、それぞれの特質に応じて人権保障との関わりを考察することが必要となるのである。

これに関連して、第二に、制度的保障と人権保障との峻別の論理が、制度的保障と人権保障との関連性をことさらに断ち切る論理として用いられるならば、⁽²⁵⁾ そのような見解は妥当なものとはいえないであろう。制度的保障の規定が論理的には個人の人権保障とは異なった法的保障として位置づけられるにしても、そこから直ちに、制度的保障と人権

保障とがまったく無関係であるという結論を導き出すことはできないのである。両者の規定がどのように関連しているかは、当該規定を個別的に検討した上で判断することが必要であるが、一般的にみて、制度的保障の規定が人権保障と密接に関連している場合もあれば、逆に、人権保障とほとんど関連性をもたないこともあるのであって、従って、制度的保障と人権保障の峻別を過度に強調して、その内的関連性を否定するのはそもそも論理的に誤っているといえよう。そしてまた、解釈論としての制度的保障の理論のとらえかたとしても、制度的保障と人権保障との関連性を断ち切る解釈は、多くの制度的保障とされる憲法規定が人権保障を強化するものと解される以上、決して妥当な解釈とはいえないように思われる。なお、この問題については、制度的保障の人権制約性の問題として、次項で別に論ずることにしたい。

(3) それでは、制度的保障と人権保障との関連性を特に強調して、制度的保障の目的が人権保障の強化にあると説く見解⁽²⁶⁾についてはどのように評価すべきであろうか。これについては、やはり、この見解は基本的に妥当な見解と評してよいと思われる。それは、第一に、一般的にみて、およそ近代立憲主義憲法の究極的目標が個人の自由・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、個人の権利保障と関連させて、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と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。第二に、日本国憲法において制度的保障とされる憲法規定を概観するならば、それらは概して人権保障と密接に関連しており、たとえば、信教の自由と政教分離原則にせよ、学問の自由と大学の自治にせよ、人権保障との内的な結びつきが極めて強い。そこでは、人権保障と制度的保障との相違・分離を過度に強調する見解は、

憲法の人権保障の究極性、制度的保障とされる憲法規定が設けられた趣旨などを看過することとなる。とすれば、制度的保障は、やはり、人権保障を補い、それを側面から支える法的保障であると構成しなければならぬ。

もつとも、制度的保障が人権保障を強化するものと解すべきであるとしても、そのことをあまねく主張することは適当ではなく、前述したところと同じ内容のものではあるが、いくつかの留保が必要とならう。第一に、制度的保障とされる憲法規定といつてもさまざまであり、たとえば地方自治制度や官吏制度の保障は、性質上、個人の人権保障と直接関わらないのであって、従って、それらについては、そもそも人権保障を強化するものと特徴づけることが不可能であることである。つまり、ここでも、制度的保障とされる憲法規定について、どのような人権に対してどのように関係しているかを個別的に検討する必要があるのであり、そして結果的に、人権保障を強化するものかどうかの判断がなされるのである。この意味において、制度的保障が人権保障を強化するものと解すべきであるという立場をとつても、そこから直ちに、制度的保障とされる憲法規定のすべてが人権強化のためのものであることにはならないことに注意する必要がある。

第二に、制度的保障が個人の人権保障を強化・補強するものでなければならぬと主張する場合に、その主張は、制度的保障がいかなるものかという制度的保障の概念内容についての説明ではなく、制度的保障と人権保障との関係をどのように構成し、解釈するかという優れて実践的・解釈論的観点からの主張であることに留意する必要がある。制度的保障が人権保障とは異なるものとして概念構成されたことは前述の通りであるが、そこでは、制度的保障と人権保障との関係について、少なくとも論理的には、両者の相違に重点を置いて説明することも、逆に、両者の関係を重視し、特に制度的保障が人権保障に奉仕するものであると位置づけることも可能である。そして、そのどちらかを

選ぶかといえ、前述のように、制度と人権との過度の峻別論は不適當であり、制度的保障を人権保障と結びつけて把握することが妥當であると思われるが、まさにその主張が、制度的保障についての一つの解釈論的価値判断の問題であることが認識されるべきなのである。そして、このような前提に立つならば、制度的保障が人権保障を強化するためのものであると抽象的に論じているのみでは極めて不十分であり、制度的保障とされる憲法規定がどのような人権をどのようにして強化・補充するものであるか、またその際に、人権保障を規制することにはならないかという諸点を具体的に検討することが必要とならう。

(4) ところで、制度的保障について、それが人権保障と密接に関連し、人権保障を強化するものととらえる見方は、シュミットのいう連結的・補充的保障の觀念とほぼ同様の意図および内容をもつといえよう。そこで、更に項を改めて、シュミットのいう連結的・補充的保障の意義と問題点について検討することにした。そして、その際には、特に、連結的・補充的保障の觀念が、制度的保障と人権保障との峻別論と矛盾するものではないかという批判⁽²⁷⁾についてどのように考えるかが重要な問題とならう。

注 (20) C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 171.

(21) 真の人権規定以外の保障は、概ね、①本来の意味での人権ではない権利についての特別の保障（刑事補償請求権等）、②国家に対する一定の行為の禁止（政教分離原則等）、③国家に対する一定の行為の義務づけ、ないしは特定の対象の保護の命令（社会保障制度等）に分けられよう。

(22) 制度的保障の理論が、少なくとも出発点においては、必ずしも特定のイデオロギー的意図を持たずに、憲法規範の規範的分析理論として生成してきたことは、たとえば、シュミットが制度的保障の理論について論ずるにあたって、ワイマール憲法の基本権規定がしばしば「プログラム規定」と理解され、あるいは「法律の留保」の下に置かれていたという学

説状況を批判的に検討しつつ、一方では、自由権を前国家的・自然権的権利と把握するとともに、他方で、人権保障とは異なった法的性格をもつものとして制度的保障の概念を提示した (Vgl. C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, SS. 140-143)) とに示されているといえよう。また、同様に、シュミットが、「伝統的な、市民的法治国的な基本権と、憲法律の独自規定 (die verfassungsgesetzliche Selbstbestimmungen)」「ワイマール憲法一二三条二項『屋外の集会は、ライヒの法律によって届出の義務あるものとなし、かつ、公共の安全に対して直接の危険があるときは、これを禁止することができる』という規定のように、内容的には他の法律と変わらないが、憲法内に規定されることによって憲法的効力をもつに至った規定―引用者注」との間に、なお他の種類の憲法上の保障が存在する。それらの中でここで興味をひくのが制度的保障および制度保障である」と論じ、そしてまた、「それらの特殊な性質の保障〔制度的保障〕を受け入れようとし、そして、ワイマール憲法第二編の錯綜した多様性の中に、いくらかの秩序と区別可能性をもたらしようとする視点に対して、一連の学者が与してきている」(Id., S. 143) と述べていることも参考になる。後述するように、制度的保障の理論が特定のイデオロギーに率仕する理論ではなかったか、その実践的意図は何か、どのような機能を果たすのか、という問題は残るものの、制度的保障の理論が、その出発点においては、人権規定の規範論理的体系化を試みるための純論理的な概念ととらえられていたことは留意されよう。

(23) 制度的保障と人権保障との関係が多様であることは、シュミット自身が、「権利主体が存在することは制度的保障の要件ではない」(C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 149) と述べて、権利主体の存在する制度的保障と、存在しない制度的保障とを並列的に論じているところに、既に示唆されているところである。なお、シュミットは、権利主体の存在する例として地方自治の保障を挙げ、存在しない例として官吏制度を挙げているが、前者については、「市町村及び市町村連合は、法律の制限内において自治を有する」と規定するワイマール憲法一二七条の文言から地方自治体自身を権利主体ととらえたのであろうが、ここで問題としている制度と人権との関係という観点からすれば、地方自治の保障はむしろ直接に人権保障を目的とするとはいえない種類の保障と解すべきであろう(地方自治制度を人権保障と無関係と断言することには異論もあろうが、ここでは個人の有する具体的な特定の人権との関係を考えていることに注意されたい)。また、後者の官吏制度についても、シュミットは、官吏の俸給請求権が制度に付随するものであり、制度が権利に優越すると理解している (C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 149; ders., *Grundpflichten*, S. 215) のであって、従って、官吏制度を権利主体の

存在しない例として挙げるのは不適當であるようにも思える。しかし、シュミットのここでの説明の主眼が、制度の主体的な担い手の存在の有無の問題にあり、シュミットのいう「真の基本権」たる自由権が問題とされているのではないと解されることにも注意する必要がある。ともかくも、少なくとも、制度が権利関係的であり得ること自体は認められよう。

(24) なお、制度的保障の類型化にとつて重要な示唆を与えるのがマンゴルト・クラインの説く分類論である。そこでは、制度的保障は、①社会関係の(独自の)保障(たとえば、ワイマル憲法一六一条の独立中産階級の保護)、②(法)制度の保障を伴う社会関係の保障(たとえば、基本法五条三項の大学の自治、二八条二項の市町村の自治、三三条五項の職業官吏制度、九二条の裁判官制度(Richtertum)、九条の結社と団体の保護、六条の婚姻と家族の保障)、③基本権を伴う社会状態の保障(たとえば、基本法八条の集会の自由および一三条の住居の不可侵はそれぞれ集会および住居という社会状態をも保障している)、④(法)制度および基本権を伴う社会状態の保障(たとえば、基本法五条三項の芸術、学問、研究、教育の自由、九条の結社の自由は、それぞれ社会状態でも、法制度でも、また権利でもある)、の四類型に分けられている。更に、制度的保障と人権保障との関係についても興味深い分類がなされ、それによれば、制度的保障は、(a)基本権に付属する制度的保障(シュミットの連結的・補充的保障と同義)と、(b)基本権には付属しない制度的保障とに区分され、そして更に、前者は、(a)1) 論理必然的に基本権に付属する制度的保障と、(a)2) 基本権に付属するが論理必然的にそうなるのではない制度的保障とに分けられている。そして、それらの例として、(a)1) では、結社の自由(基本法九条)、所有権および相続権の保障(二四条)、(a)2) では、大学の自治(五条三項、これは目的必然的ではあるが、論理必然的ではない)、(b)では、地方自治の保障(二八条二項)、職業官吏制度の保障(三三条五項)、裁判官制度の保障(九二条)が挙げられている(von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, S. 84ff. なお、このマンゴルト・クラインの分類論を紹介したものととして、石村・前出注(1)二三頁以下参照)。この分類論については、あらゆる社会的状態を制度概念にとりこむことによつて制度化の危険性が生じ、基本権は個人的自由から公的制度的な義務づけへと意味変化することになるのではないかという批判もある(石村・前出注(1)二四頁、Dürig in Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, Art. 1 Abs. III, Rdnr. 98)。確かに、この分類論には、社会状態(Gesellschaftliche Sachverhalte)による広汎で抽象的な概念が用いられ、しかも、十分な理論的検討なくして自由権のうちにも制度的保障を見出しているという点において、問題がないわけではない。しかしながら、この分類論には以下の諸点のようなメリットが認められるので、そ

れを参照とする価値は大きいと思われる。即ち、それは、第二に、そもそも類型化によって、制度的保障とされる憲法規定のそれぞれが有する個別的特質が明らかに成り、それに対応して制度的保障の概念の多様性とその基本的特徴についての認識が深まること、第二に、制度的保障と人権保障との関係についても、制度的保障とされる憲法規定のそれぞれが、その特質に応じてさまざまのかたちで人権保障と関連していることが明らかになること、第三に、殊に制度的保障と人権保障との関係に基づく分類において、(a1)型と(a2)型の制度的保障の類型は、制度と人権との峻別論に対する批判の根拠を提供するものであること、第四に、(a1)型の制度的保障を承認することは、自由権の制度的理解という新しい思想にも連なる重要な示唆を与えてくれること、と思われるからである。

(25) 制度的保障の非人権性を強調して、その人権保障との関連性を消極的に評価する見解としては、たとえば、政教分離規定の解釈に関して、殉職自衛官合祀違憲訴訟における国側の主張がある。それによれば、「政教分離規定は広義の信教の自由にかかわるものであるが、いわゆる制度的保障の規定であり、いずれも直接には国権により個人又は宗教団体の自由を侵すことの禁止ではないから、自由権したがって人権の規定ではない。……右のごとく、政教分離規定が国民個々人の権利に係る規定でない以上、右規定違反の有無は国民個々人の権利侵害とはかわりない問題である、したがって、本件合祀について被告国の所部係官のなした行為が政教分離規定に仮に違反していたとしても、原告は自らの権利侵害を理由として不法行為責任を追求することはできない」(判時九二二号五八頁)と主張されている。

(26) たとえば、川添教授は、「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。制度的保障の直接のねらいが、制度自体の客観的な保障にあるにもかかわらず、それは、究極においては人権保障の強化に役立つのでなければならぬ」(前出注(1)一七二頁)と説かれる。制度的保障が人権保障を強化するものであるとする見解は、制度的保障の理論を肯定的に考える現在の多数の学説においては、むしろ一般的なものであろう。橋本・前出注(2)一二七頁、伊藤・前出注(2)一九二頁など参照。

(27) 連結的・補充的保障の観念と制度的保障と人権保障との峻別論との矛盾を指摘するものとして、石村・前出注(1)二二頁、山下「人権と制度的保障の理論」前出注(1)五〇頁など参照。

四 連結的・補充的保障の觀念

(1) シュミットは、一方では、自由は制度ではないと主張しつつ、他方で、自由を保護し、強化するための制度的保障、つまり、連結的・補充的保障 (Konnex- und Komplementärgarantie) の觀念を提唱した。その觀念について、シュミットは、「個人の自由は残念ながら絶えず脅かされており、従って、保護と安全とを必要としている。そこから、自由を保護するための法的規律と国家的制度の防壁 (Umfaß) が生ずるのであり、それも自由保障と呼ぶことができる。自由権的基本権、即ち国家から自由な領域の基本権は、法制度、特別の法規定、および国家的制度によってとり囲まれており、それらによる保障は自由そのものの保障とは異なっている」と説明している⁽²⁸⁾。そして、その例として、言論の自由 (Freiheit der Meinungsäußerung) と出版の自由 (Pressfreiheit) に関するフランクフルト憲法の規定を挙げている⁽²⁹⁾。それによると、フランクフルト憲法第四節は、言論の自由を一般的に保障するとともに、出版の自由について「出版の自由は、いかなる事情のもとにおいても、かつ、いかなる方法においても、予防的措置によって、特に検閲、許可、担保の設定、国定版、印刷または書籍販売の制限、郵便の禁止または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」と規定していたが、シュミットは、「仮に、フランクフルト憲法の基本権規定第四節が現行憲法となっていたとすれば、出版の自由は、制度類似の連結的保障として、言論の自由という一般的基本権に独立して相対したことになる」と述べ、更に、「ちょうど、その関係は、出版の自由が、現行出版法によって、ライヒ法律上の力しかもたないのではあるが、言論の自由の基本権と今日なお相対しているのと同様である⁽³⁰⁾」と述べている。

このシュミットの論述は、制度的保障と人権保障との関係、および、連結的・補充的保障の觀念の理解にとって非常に微妙な問題を含んでいる。つまり、①連結的・補充的保障の觀念が、制度的保障と人権保障との峻別論とは相容れないものではないか、という原理的な問題のほかに、②出版の自由をそもそも連結的・補充的保障ととらえてよいのか、むしろ、現代の我が国において一般的であるように、出版の自由はそれ自体人権保障とみるべきではないのか、③出版の自由が一個人の人権であるとすれば、シュミットが出版の自由を連結的・補充的保障とみることは、実は、人権そのものが制度的保障たり得ることになるのではないか、とすれば、④連結的・補充的保障の觀念は、むしろ、後述するヘーベルレの説く「制度的自由」の觀念に近似するのではないか、特に、出版法という法律レベルの規定が憲法レベルの人権を強化すると説かれていることをどう解するか、そしてまた、⑤そもそも制度的保障を連結的・補充的保障と解することをどのように評価すべきか、とりわけ、シュミット自身が危惧しているように、自由を防御するための保護制度が、「基本的な自由権そのものよりも強大かつ神聖なものとなってしまう⁽³¹⁾」という、人権に対する制度の優越の危険性の問題、および、「一般的自由から特権への途は、しばしば、とても近い⁽³²⁾」という、制度の特権化の問題をどう考えるか、という疑問が生じてくる。

(2) まず、連結的・補充的保障の觀念と人権と制度の峻別論との関係については、率直にみて、この二つの觀念は原理的に相容れず、基本的に矛盾するものと考えざるを得ないと思われる。シュミットのように、自由権が国家的なものであり、その本質が「個人の原理的に無限定な自由の領域⁽³³⁾」の確保にあるとするならば、そのような自由が、国家内において立法者による法形成と法的規律とを前提とする制度的保障によって補強されることは概念上あり得ないことになるはずである。また、自由の概念の無限定性・無規定性を強調するならば、制度による自由の保護・強化

の試みは、かえって国家による自由への関与と制限の危険性をもたらすものとして、むしろ否定されるほうが論理的に一貫するともいえよう。⁽³⁴⁾そして、その矛盾の根本には、自由が無限定のものであり、国家の干渉を排除するものという観念と、自由が現実⁽³⁵⁾に脅かされており、国家による法的保護が必要であるという観念との矛盾があるといえよう。ところで、この自由の観念についての見解の対立は、最近の西ドイツで議論されている「制度的自由」をめぐる論争と内容的につながるものであると思われる。その論争においては、自由を制度ととらえて、自由が現実的自由たり得るために自由の前提についての国家の配慮を広く求めていこうとする積極的立場と、自由をあくまでも「国家からの自由」ととらえて、自由の制度化は自由の義務化・特権化につながると批判する消極的立場とが基本的に対立している。⁽³⁵⁾

自由権を制度的にとらえようとする積極的立場の代表的論者はヘーベルレであるが、彼によれば、基本権は、伝統的な個人の自由権の側面と並んで、「自由に向けて整理され、形成された生活領域の憲法的保障」としての制度的側面を有し、まさに、個人権的側面と制度的側面との二重の性格を有している、⁽³⁶⁾と主張される。そして、その制度的側面に関しては、自由を形成し、保護するための国家の関与が認められ、自由を現実的自由とするために国家の積極的活動が容認されるべきであると主張されることになる。⁽³⁷⁾このヘーベルレの制度的自由の理論は、立法者に基本権の形成を広く認めて自由を現実的自由たらしめようとするものであり、その基本的立場は、シュミットの説く連結的・補充的保障の観念ときわめて近似していると解することができる。⁽³⁸⁾もともと、ヘーベルレは、シュミットの制度的保障の理論に対して、それが基本権の制度的側面を看過させる原因であったとして批判し、制度的自由の観念と制度的保障とが異なるものであることを強調してはいるが、⁽³⁹⁾その批判の中心点は、シュミットが自由をもっぱら前国家的な自由

ととらえてそれを制度的思考と切り離し、その結果、自由の制度的側面を見失うことになったという点、つまり、自由と制度との峻別論の批判に向けられていることが注意されよう。

これに対して、ヘーベルレの制度的自由の理論を批判する学説は、自由の把握について、それをあくまでも「国家からの自由」と理解すべきであるとして、自由に対する国家の関与を原理的に否定しようとする。それは、シュミットの法治国的配分原理に基づく自由主義的な基本権理解こそが現代においてもなお中心に置かれるべきであると主張し、国家による自由の配慮という観念を基本権の解釈に持ち込むことは危険であると説くのである。⁽⁴⁰⁾この立場の自由観が、シュミットの説く基本権と制度との峻別論に連なるものであることは明らかである。

(3) 基本権に関するこの二つの立場をどのように評価するかは難しい問題であり、基本権をめぐる現実的な社会・政治・経済状況、国家ないしは立法者に対する評価などについて多面的な考察が必要とならう。しかし、それについて検討することは本稿の直接の課題ではないので、ここでは、さしあたり、現代における人権状況の下では、両者の自由観は相矛盾するものではあるが、ともに同時に並立し得るものであり、そして、双方の理念は同時に追求される必要があるが、しかし、決定的なところでは「国家からの自由」が優先する、と解するのが適当ではないかと思われることを指摘するにとどめた。⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

それでは、制度的保障についての峻別論、連結的補充的保障、制度的自由の相互の關係に注意を払いつつ制度的保障の観念について考えてみるならば、それはどのように理解されるべきであろうか。以上で述べてきたことを踏まえて要約すれば、以下のようなにならう。

まず第一に、人権保障と制度的保障の過度の峻別論は妥当ではないにせよ、本稿で問題としている制度的保障の理

論の理論的体系化という観点からすれば、制度的保障を人權保障とは異なった保障、特定の制度に対して特別の憲法的保護を与える保障であることとらえること自体は、法理論的見地からはなお基本的に承認されるべきであると解される。そして、その限りで制度の形成・規律について立法者の関与がある程度認められる余地があることになる。しかし、第二に、制度的保障は、特定の制度の保護を図るものであって人權を直接に保障するものではないにせよ、制度的保障とされる憲法規定の多くがそうであるように、それは人權保障と内的に密接に関連しており、そして、解理論的な理論構成としては、制度的保障とされる憲法規定の性質に依じてできる限り、人權保障を強化する連結的・補充的保障として構成されるべきである。そして、第三に、このような、連結的・補充的保障の側面を強調した制度的保障の理論は、現実の自由が脅かされているという基本的認識に基づいて自由の国家的保護が必要であるとする制度的自由論に、その意図ないしは基本的動機の点において接近することになる。しかし、第四に、制度的保障の理論の内容の構成という視点からすれば、連結的・補充的保障の觀念と制度的自由論とは一応區別して考えるのが適當であろう。というのは、やはり、制度的自由論⁽⁴³⁾においては、自由自体が制度ととらえられ、法律による自由⁽⁴⁴⁾制度の形成と保護が広く認められ、法律レベルでの自由の具体化が特に主張されるのに対して、連結的・補充的保障の觀念においては、自由の保護のための制度的保障という面が強調されるとはいえ、既に憲法において定められている法制度についての理論であるからである。但し、両者の内的関連性⁽⁴⁴⁾について十分留意する必要があることは改めて強調するまでもなからう。

ところで、制度的保障を連結的・補充的保障としてとらえ、自由の強化のための保障であるとする、それによつて自由の特権化、義務化が生じはしないかということが問題となる。西ドイツにおいては、制度的自由論に対する批

判として、この点が常に指摘される⁽⁴⁵⁾ところであるが、連結的・補充的保障の観念においても同様の問題が生じよう。但し、自由一般について制度化を問題とする制度的・自由論とは異なり、連結的・補充的保障の観念においては、制度的保障とされる特定の憲法規定を個別的に考察すればよく、少なくとも特権化についてはそれほど問題とはならぬであろう。しかし、義務化の問題は重大である。そして、およそ一般的にも、制度的保障の理論が、問題とされた憲法規定の保障の強さを弱め、人権抑圧的に動くのではないかという批判はかなり強い。そこで、その点について、次項で改めて考察することにした。

注 (28) C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 167.

(29) C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 169ff.

(30) C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 171. なお、シュミットは、その他に、宗教団体の制度的保障(ワイマール憲法一三七条)と宗教の自由(同一三五条)との関係を連結的・補充的保障の例として挙げてゐる(Id. S. 171)。

(31) C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 169.

(32) C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 171.

(33) C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 164.

(34) シュミットが、峻別論と連結的・補充的保障の観念との矛盾についてどのように考えていたのかは明確ではない。この点に関して、山下「人権と制度的保障の理論」前出注(一)五一頁は、「財産権の絶対性を否定せざるをえない歴史の段階で、なお、何らかの財産権の保障を維持しようとするれば、財産権一般を一般的人権として構成する伝統的人権思想とは訣別せざるをえない必然性が、私有財産制度保障論にはあつた」とし、「この自由権否定にいたる格闘が、峻別論の先にあげた矛盾の第一の要素「制度的保障と人権保障との峻別論」をもたらし、さらに自由権否定にもかかわらず、何らかの財産権、実は結局のところ資本主義的財産権擁護のための制度保障論が、財産的自由一般擁護のための連結的・補充的保障という姿をとつてあらわれ」という見解を示しておられる。しかし、確かに、財産権の制度的保障の把握にシュミ

ットがちゅうちょしたことは、シュミットが峻別論を重視したことと密接に関係する(後述注(74)参照)ものの、連結的・補充的保障の観念は、前述の出版の自由の保障の例にみるように、直接は財産権の制度的保障論とは関わりないのではないかと思われる。シュミットが連結的・補充的保障の観念を提唱したのは、結局のところ、ワイマール憲法の市民の法治国的思想をいわば外在的に検討・批判した結果の一つの現われであつたのではなからうか。

(35) 自由の観念をめぐる西ドイツにおける論争については、拙稿「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向(一)(四)」自治研究 四四卷七号八三頁以下、八号九一頁以下、九号六七頁以下、一〇号七一頁以下、一一号一一一頁以下(昭和五三年)参照。また、この問題について論じている論稿として、塩津徹「社会的法治国家論と基本権理論の再構成」早稻田政治公法研究 八号一一五頁以下(昭和五四年)、前田徹生「社会権概念の再検討(一)(二)」上智法学論集 二二卷一四九頁以下、二二号一六九頁以下(昭和五四年)、青柳幸一「基本権の多次元的機能(一)(三)」慶応大学法学研究 五五卷四号二三頁以下、五号二七頁以下、六号四九頁以下(昭和五七年)などがある。

(36) P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. Aufl., 1972, S. 96ff.

(37) P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie, S. 88ff.; ders, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S. 103ff.

(38) もっとも、シュミットの連結的・補充的保障の観念と、ヘーベルレの制度的自由の観念は、まったく同じものというわけではない。両者の違いとしては、たとえば、連結的・補充的保障の観念は、シュミットにおいては、あくまでも憲法上の保障ととらえられており、立法者に対する信頼が失われるところに連結的・補充的保障が現われる(C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, S. 169)とされているのに対して、制度的自由の観念においては、立法者による自由の内容形成と具体化が容認され、そこでは法律レベルでの自由の実質化が中心となっていること、連結的・補充的保障の観念では、自由と制度的保障とは概念的に一応分けて考えられているが、制度的自由の観念においては自由そのものが制度としてとらえられており、特にヘーベルレによれば、「シュミットに反対して、内容を規定し、形成し、規範複合(Normenkomplexe)を創造し、例外的にはなく許容され、要請される立法者の基本権領域における活動を承認する者のみが、……基本権の制度的側面について語ることができる」(P. Häberle, *Wesensgehaltgarantie*, S. 94)と論じられていること、が指摘されよう。しかしこの違いは決定的なものではなく、やはり両者の関連性は高い。それは、基本的には、自由の現実的保障という意

図、自由の法律的強化という論理構造の同質性がみられるからであるが、更には、シュミットの連結的・補充的保障に関して前述したように、シュミットは、出版の自由と出版法との関係について、それを連結的・補充的保障類似的保障と解していたが、それによれば、出版の自由が法律によって強化されることを承認することになり、従って、シュミット自身も自由を制度的にとらえていたと解されるからである。なお、連結的・補充的保障の観念と制度的自由の観念との近親性・類似性については、ここで述べたところとは必ずしも同一ではないが、山下健次「人権と制度的保障」前出注(1)五二頁、笹川紀勝「信仰の自由と政教分離の関係」前出注(1)三三頁の論述において示唆されている。

(39) P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie, S. 92ff.

(40) 制度的自由論に対する批判は、いわゆるシュミット・シューレによって主張されているが、たとえば、H・クラインは、「民主主義的法治国における自由は、今なおできる限りの国家からの自由なのである。……自由の脅威は国家からは予期されない」という見解は、幻想的であると同時に、ボン基本法の明確な精神とも一致しないであろう」(H. H. Klein, Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, S. 58)と論ずる。

(41) この二つの立場、すなわち、「国家からの自由」を強調する立場と、「制度的自由」を主張する立場の評価については、かつて、拙稿・前出注(35)において、「現代における自由は、前国家的な無限定の自由という側面を有する」とともに、国家関係的な自由であり、国家の配慮・規律を必要としているのであって、そのどちらを否定することも許されないのではなからうか」(自治研究五四卷二一―二二頁)としつつも、その「両者をとともに理論的に追求していく必要があることは確かではあるが、あえてそのどちらをより重視すべきかを考えるならば、現代日本の社会状況の下では、消極説『国家からの自由』を強調する立場」をより基本的なものと重視すべきである」(同二二三頁)と述べた。そして、この点について現在なお同様の考えをもっている。制度的保障の理論との関係では、前述のように、それが人権保障を強化するための保障と解すべきであり、かつ、それは技術的法概念であることを踏まえれば、むしろ、自由の実質化の側面が重視されるべきであると思われる。なお、この見解の対立に関しては、制度的基本権論の立場を強く主張するコントラト・ヘッセ「ドイツ連邦共和国における基本権の展開」公法研究四二号一頁以下(昭和五五年)と、我が国においてはなお「国家からの自由」が基本とされるべきことを説く岸部信喜「現代社会と人権の理論」『司法のあり方と人権』一一九頁以下(昭和五七年)が参考になる。

(42) なお、浜田純一「制度概念における主観性と客観性」『現代国家と憲法の原理』四八五頁以下(昭和五八年)は、制度的自由ないしは制度的基本権論という制度の概念について、E・カウフマンとM・オーリュウの理論を詳細に分析し、そして、制度の概念が、一方では、自然的自由が近代立憲主義の下で実定化されることによって、自由が制度化される、という客観的側面と、他方で、制度化された自由に対して本質的に制度化しつくされることのない自由が絶えず制度化の内容を批判する、という主観的側面という二つの側面を有すると論じている。この見解については、「制度」概念の内容を概念的に探ることが妥当か、それは概念的に不明確で論者によっていかようにも規定され得る「制度」概念の内容確定の方法として適当か、制度とは何かという問題設定ではなく、むしろ「制度的自由」とは何かが問われるべきではないか、あるいは、制度の主観性と客観性の問題ではなく、「自由」の主観性と客観性の問題ではないのか、などの疑問が生じないわけではない。しかし、そこでの考察と提言は示唆に豊んでおり、とりわけ、「近代憲法における基本権の規定は、国法秩序により承認された制度としての自由と、その本質上制度化しつくされることのない個人の自然的な自由との緊張的な存在構造において認識される」という指摘は、注(41)で述べたところにも相通じ、極めて重要であると思われる。

(43) 制度的自由論に関しては、報道の自由と放送法との関係、知る権利と情報公開法との関係、信教の自由と宗教法人法との関係、学問の自由と大学関係諸法との関係など具体的に興味深い問題が数多く存在するが、ここでは論ずることはできない。

(44) 連結的・補充的保障の観念と制度的自由論はともに自由を実質的・現実的に保障しようとする理論的意図の面で共通するが、また同時に、たとえば注(43)の事例にも示されるように、両者の意図を具体化する法制の面でも、両者が重なり合うことが多いであろう。

(45) 特に重要なものとして、H. Steiger, *Institutionalisierung der Freiheit?*, in: *Zur Theorie der Institution*, 1970, S. 115; E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, S. 1533.

五 制度的保障の法的効力および人権制約性

- (1) 制度的保障の理論の問題点として、制度的保障においては、人権に対して制度が優越し、制度的保障の理論が制度的保障の理論について

人権制約的に機能することになるのではないかという問題が多くの論者によって指摘されている。⁽⁴⁶⁾この問題は、更により一般的に、制度的保障の法的効力にも関係しており、即ち、制度的保障によって立法権から保護される制度の本質的内容ないしは核心が何であるのかが必ずしも明確ではなく、そして時として、本質的内容として保護されるべきものの範囲が狭く解されることによって、制度的保障とされる憲法規定の法的効力が減殺されることにならないかという⁽⁴⁷⁾ことも問題とされている。そしてまた、本質的内容の確定にあたって、歴史的に形成されてきた既存の制度に固執するならば、我が国のように憲法価値が転換している場合には、古い価値原理に基づく制度を維持してしまうことになるという問題もある。⁽⁴⁸⁾

確かに、制度的保障の理論においては、制度的保障が人権保障でないことを強調して人権保障を弱化させることになつたり、あるいは、制度的保障が人権保障を強化することを表面的に唱えながらも、かえって人権を制限する理論として機能したりすることは起こり得ることである。そして特に、本質的内容のとらえ方の面では、制度的保障の理論においては制度的本質的内容がいかなるものかは必ずしも一義的に明らかにならず、そのために、論者によっては制度の本質的内容を限定的に解釈して、制度的保障の憲法的意味を著しく縮減する解釈をとることもあり得よう。この意味で、制度的保障の理論は本質的内容の最大限の保障を論理必然的に帰結するものではないといわなければならない。しかし、本質的内容のミニマム化の可能性が存在するという理由によって制度的保障の理論を批判したり、否定したりするのは、制度的保障の理論の核心をついた批判論とはいえないのではなからうか。

(2) まず、制度的保障の人権制約性の問題については、ある憲法規定が制度的保障であることが強調されることによって、その制度の形成・規制が大幅に承認され、その結果、当該制度的保障が奉仕すべき人権規定の保障がかえつ

て弱められてしまうという事態は生じ得るし、また、現に生じている。津地鎮祭最高判決多数意見がその典型であり、つまり、そこでは、政教分離原則は制度的保障の規定であつて、それは間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものであると説明され、それに続いてゆるやかな政教分離論が展開されているのであつて、従つて、そこでは、制度的保障の理論は政教分離の強さを相対化する機能を果たしているとみることができ(49)。しかし、そもそも政教分離を制度的保障と解してよいかという根本問題(50)はさておき、仮に政教分離を制度的保障と解したとしても、最高裁多数意見の制度的保障論についてはさしあたり二つの問題点が指摘される。一つは、最高裁多数意見の制度的保障論がそもそも妥当なものであつたかどうかであり、もう一つは、最高裁多数意見が政教分離を制度的保障と解したことが、どれほど実際に、ゆるやかな分離という結論に寄与したか、である。前者の問題については、やはり、多数意見の制度的保障のとらえ方が不適當であつたといわざるを得ない。政教分離を制度的保障ととらえる学説は現在一般的であるが、そのうちでも政教分離が信教の自由を強化するための制度的保障ととらえ、かつ、分離は徹底的なものでなければならぬとする見解(51)が有力であることが想起されるべきである。現に、政教分離を厳格な分離と解した二審の名古屋高裁判決においても、政教分離が制度的保障であるという論述がみられたところである。また、後者の問題については、最高裁多数意見の結論にとつて、実は、制度的保障の理論は決定的なものとなつていないのではなからうか。つまり、多数意見は、制度的保障の理論の如何にかかわらず政教分離をゆるやかに解したのではないか、そこでは政教分離が制度的保障であるか否かは論理的に不必要な議論だつたのではないか、政教分離が制度的保障であるという論述は実は単なるまくらことばにすぎなかつたのではないか、ということである。このような点を考慮すると、制度的保障の理論が人権抑圧的に動くかどうかは、解釈者の主観的意図に依存するものであり、制度的保障の理

論が論理内在的に人権抑圧的要素をもっているとはいえないようにも思われる。

(3) 次に、本質的内容のミニマム化の危険性の問題についても、基本的に考えることができよう。即ち、ミニマム化は制度的保障の概念自体に内在する基本的属性ではなく、もっぱら制度的保障の実践的解釈のレベルの問題であって、それは、解釈者の主観的判断または評価に依存しているように思われる。つまり、制度的保障の本質的内容をどのように確定するかという問題がそもそも優れて実践的な解釈問題であって、本質的内容の広狭は究極的には解釈者の価値判断によって定まるといふことである。制度的保障が人権保障に奉仕するものと理論構成できるのと同様に、制度的保障の本質的内容を制度維持の強化に資するように広く画定することも十分に可能なのであって、要するに、制度的保障の理論は、論理必然的に本質的内容の保守化・狭隘化をもたらすものとはいえないのである。

このことは、制度的保障とされる憲法規定のすべてについて、制度の本質的内容が広く画定され、憲法上の保障が強められればよいというものではないことを考慮しても明らかであろう。前述のように、制度的保障といっても、その種類、対象はさまざまなものを含んでいるのであるから、制度の本質的内容をどのように構成するかは、問題とされる制度の特質、憲法による保障の趣旨、人権保障との関係などを個別的に考察すべきであって、そして、本質的内容が、ある制度の場合には広く、ある制度の場合には狭く解されなければならないことも生じ得るのである。たとえば、仮に財産権の保障を制度的保障と解した場合に、その本質的内容は、財産権の社会的拘束性が一般的に是認されている現在においては、狭く解すべきなの⁽⁵²⁾に對し、たとえば大学の自治の保障の場合には、本質的内容を限定して考へる必要は全く存在せず、大学の自治を規制する法律は広く大学の自治の保障に反する規定と解すべきこと⁽⁵³⁾になる。なお、更に注意的に述べれば、制度的保障の理論が本質的内容のミニマム化と論理的に結合しないということ、つ

まり、本質的内容の範囲の広狭は制度的保障の理論自体からは明らかにはならないということは、結局のところ、いかなる立法が制度的保障の本質的内容を侵して違憲となるかの判断にあたって、実は、制度的保障の理論は何の役にも立たないということの意味する。たとえば、地方自治の保障が制度的保障であるとして、どのような立法が地方自治の本質的内容を侵害する違憲の法律であるかは、制度的保障の理論からは明らかにはならず、結局、地方自治制度の保障の目的、歴史的沿革、住民の利益保護の必要性などの諸点を総合して合憲・違憲の判断（即ち本質的内容の画定）がなされなければならないのである。⁽⁵⁴⁾このことは、逆にいえば、仮に地方自治の保障を制度的保障と解すべきでないとしても結果的には同じことになる。即ち、憲法によって地方自治が保障されている以上、ある特定の立法は違憲となることになるが、いかなる立法が違憲となるかの判断は解釈者の地方自治についての認識によって異なり得る。そして、論者によっては、地方自治を制度的保障と構成しない場合でも、地方自治を規律する立法の合憲性を広く認めて、結果として地方自治の憲法的保障をミニマムにしてしまうように解釈することがないわけではない。地方自治の憲法的保障の範囲を広く認めるか狭く認めるかは、地方自治の保障を制度的保障ととらえるか否かに直接には関わらないのである。つまりは、制度的保障の理論は、ある憲法上の規定が制度的保障とされることによって、そこから具体的な法的命題が導き出されるという意味での道具概念とはいえず、当該憲法規定の特質を示すという意味での説明概念に過ぎないということになるのである。

注 (46) たとえば、川添教授は「制度的保障の理論が用いられることによって、人権と制度との主従関係は逆転し、人権によって制度が存在するのではなくて、制度によって人権が存在するかのような誤りをおかしがちなのである。その結果、人権は空洞化し、個人の自由のかわりに、制度的義務づけが強調され、はては、制度的保障が、他の規定で保障された人権を崩壊せしめたるための道具として使われる危険すらある」（『制度的保障』前出注（一）一七四頁）と述べられ

る。また、山下「人權と制度的保障の理論」前出注(1)五三頁、成田「地方自治の保障」前出注(1)二四二頁など参照。

(47) 山下教授は、かつて、「本質保障・中核保障はミニマム保障に移行する傾向ない危険性を含んでいる」(「制度保障の法的性格とその問題点」前出注(1)八五頁)と論じられたが、最近の研究でも、制度的保障の「理論は、最低限の保障にまで保障を限定し、それだけ非保障部分を拡大するという結果をもたらす危険をもっている」(「制度的保障論覚書」前出注(1)七九二頁)と述べておられる。また、杉原泰雄教授は、地方自治制度に関して、「本質内容ぎりぎりの線まで自治についての規制を強化しても憲法ではないとする保障を与えることによって、地方自治を現状以上に大幅に制約する口実を与えるおそれがある」(「地方自治権の本質2」前出注(1)三九〇頁)と主張される。

(48) 川添「制度的保障」前出注(1)一七六頁参照。この点についても、杉原教授は、地方自治制度に関連して、「自治制度の歴史的伝統から現行の自治の本質内容を決定しようとする方法は、ときには反憲法原理的にもなりかねない。憲法原理自体が転換している場合には、その方法は旧憲法原理になじむ過去の制度の本質内容を新憲法の内容とし、新憲法の内容を旧憲法のそれに矮小化することにもなりかねない」(前出注(1)九一頁)と説かれる。

(49) 津地鎮祭最高裁判決のゆるやかな政教分離論に対して、制度的保障の理論がそれを補強する役割を果たしたとする見解は極めて有力である。滝沢信彦「政教分離原則に関する一考察(上)」北九州大法政論集六卷一頁一六頁以下(昭和五四年)、横出耕一「信教の自由」の問題状況」前出注(1)七頁、山下「政教分離の原則と制度的保障の理論」前出注(1)二二頁など参照。たとえば、山下教授は、「判決の制度的保障論のポイントは、要するに、信仰の自由にとって政教分離は間接的保障にとどまるところにある。信仰の自由のための間接的保障であるから、その保障自体が自己目的化ないし絶対化されず、したがって目的効果論によってその保障は相対化されうるとつながっていく論理として、ここで制度的保障論は用いられている」と説かれる。

(50) 政教分離を制度的保障とみるべきではないとする見解は、一つは、制度的保障の理論が人權にとって敵対的であるとして批判しつつ、政教分離原則はむしろ人權保障であるとみるべきであるとする見解(前述注(3)の笹川、横田教授の学説参照)であり、他の一つは、制度的保障の理論が本来「制度を積極的に創設することにかかわる」ものであるという立場から否定する見解(佐藤幸治・前出注(2)二八一頁)とがある。佐藤説が基本的に妥当であると思われるが、しか

し、そのように解した場合でも、政教分離原則が国家に対して（消極的ではあるが）義務を課している点で、それは制度的保障類似的法的性格を有する規定であることは否定できないであろう。

(51) 小林孝輔「地鎮祭と政教分離の原則」憲法の判例（三版）三一頁（昭和五三年）、相沢久「日本国憲法下における国家と宗教」ジュリ増刊『現代人と宗教』二二三頁（昭和五四年）、上田勝美「信教の自由の保障」龍谷法学一四卷四号五〇八頁（昭和五七年）など参照。

(52) たとえば、浦部法穂教授は、財産権に関して制度的保障の理論をもちこむことの妥当性に関連して、憲法「二九条二項が、社会権を実現するための財産権の制限を根拠づける規定と解される以上、二九条一項の制度的保障は、社会権の實現を限界づけるものとして機能することになる」（憲法講義と二〇三頁（昭和五四年））と消極的に論じられる。財産権保障における制度的保障の導入に批判的なこの見解の当否についてはさておき、ここでは、前出注(47)で紹介した地方自治制度のミニマム化の危険性を指摘する見解とはまったく逆に、財産権の制度的保障の憲法的効力をむしろ弱めるべきであると主張、つまり本質的内容の範囲を狭めるべきであると主張がなされていることが注目される。

(53) なお、大学の自治を制度的保障と解すると、それは法律による規制に服することになり、結局のところ、大学の自治が国家によって広汎に規制されてしまうのではないかとこの疑問が生じ得るが、ここでは、さしあたり次の二点を指摘しておきたい。第一に、ある憲法規定を制度的保障と解すると、それに対して当然に法律の規制が及ぶと解するのは、抽象的存在としての制度的保障の理論を固定的に考え、それを絶対的な公理としてしまっていることになる。制度的保障とされる憲法規定は、それが制度的保障の範疇に属するといつても、そこから直ちに論理必然的に制度的保障のすべての基本要素を必ずもつことになるとは限らないのであって、従って、制度的保障とされる憲法規定の特質について考えるにあたって、制度的保障の観念に振り回されることのないよう注意しなければならない。第二に、特に大学の自治については、国家の不干涉が強く要請されるとしても、大学における学問教育・研究の維持・発展のためには、国家による条件整備が必要であり、その限りで国家の関与が認められる余地があることである。そして、大学に関する法律も、大学の自治を侵害するものは当然違憲となるが、大学の研究・教育に資するものは、むしろ大学制度を強化させ、ひいては学問の自由という人権保障を強化させることになり得るのである。つまり、それは、前述の連結的・補充的保障の機能も備えていると解されよう。

(54) 成田頼明教授も、地方自治制度の本質的内容の形成が困難であることを指摘され、裁判規範としての「地方自治の本旨」は、……抽象的・一義的基準をたてることは不可能であり、地方自治の存在意義、歴史的背景、地方自治に対する国民の法的価値意識、国家的利益と地方的利益の關係等の要素を比較衡量して、個別の侵害行為が比例原則を逸脱しているかどうか、侵害行為または制限に合理的理由があるかどうか、などを検証した上で個別的・具体的に判定するほかにい」(前出注(一)二六一頁)と説かれる。また、山下教授も、「何を歴史の中から地方自治の本質、存在理由として導き出すかは、極論すれば、論者の任意にまかされるをえず、」それに関して地方自治制度の歴史的、比較法的研究の成果が認められる場合でも、「それは、制度的保障論の立場に立つたからではなく、それとは別の次元での成果である」(「地方自治権の本質・存在理由の検討方法」前出注(一)一八〇頁)とされる。

六 制度的保障の理論のイデオロギー性

(1) 制度的保障の理論が特定のイデオロギーに奉仕する理論であるとする批判は現在でも有力に主張されている。それは、概ね、制度的保障の理論がナチズムに迎合した独裁強化の理論であるとする批判⁽⁵⁵⁾と、特に財産権の保障との関連で、制度的保障の理論が資本主義体制の維持のための理論であるとする批判⁽⁵⁶⁾とに分かれるが、ここでは、まず前者の問題から考察することにした。

制度的保障の理論のナチズム的性格について考えるにあたっては、まず、その基本的前提として、制度的保障の理論が論理内在的に自由主義と対立する契機を含み得るものであることは承認されなければならないであろう。それは、たとえば、シュミットにおいては、無限定の自然的自由とは異なるものとして制度的保障の觀念が構成されており、その限りで、制度的保障は法治国的自由思想からはみだしたところに位置づけられるものであるからであり、また、一般的な内容の点でも、制度的保障の理論は国家内において立法者によって制度が形成されることを是認し、そ

のための立法的関与を肯定する理論であるからである。

そして、特に重要なのは、制度的保障の理論がナチス時代にはナチズムに奉仕する理論として構成され、主張されたことである。その例としては、まず、E・R・フーバーがシュミット理論を批判する際に、制度的保障の理論を反自由主義的に構成していることが挙げられる。フーバーにおいては、シュミットの制度的保障の理論に対する批判は直接にはなされておらず、むしろ、制度的保障の理論の意義が高く評価されている。フーバーは、「ワイマール憲法第二編は、もはや、現実に自由主義的な国家思想の表明とはみなされ得ない」と論じ、自由権についても、ワイマール憲法四八条二項によって「個人の自由は国家的急務に服し、この自由権のうちに確認された価値は国家において具体化する政治的価値の背後に無条件に退かなければならない」のであって、「この自由権はもはや自立的人格の権利とは理解されず、権利のうちには国家を超える個人的自由の理念はもはや刻印されてはいない」のであり、「自由は、国家に帰属することにおいてのみ可能な状態なのである」と論ずる⁽⁵⁸⁾。つまり、フーバーは、伝統的な前国家的な基本権の観念をワイマール憲法の解釈に採用することを拒否し、その代わりに、国家関係的・国家依存的で立法による関与を容認する基本権観を提示することによって、全体主義による基本権の抑圧に途を開いたと考えることができよう。フーバーの制度的保障の理論は内容的にはシュミットの理論とそれほど異ならないが、自由権概念を変質させることによって自由権を制度的保障に近接させるのであり、その点に、間接的であるにせよ、制度的保障の理論と全体主義との親密性をみてとることができる。

同様の傾向がより端的に現われているのがO・ケルロイターの理論である。ケルロイターは、シュミットが制度的保障と基本権とを本質的に異なったものとしながらも両者の密接な関連性を認めていることを批判する。ケルロイター

いによれば、シュミットの「制度的保障の構造は、憲法の法治国家的部分に属するのではなく、政治的部分に属する」のであり、従って、基本権が自由主義的法治国家の産物であるとすれば、「国家民主主義の法治国家(Rechtsstaat der nationalen Demokratie)においては、制度的保障と権利とは相互に結びついているのではなく、本質的に全く分離している」のであり、そして、「シュミットが制度的保障を第一義的なもの(das Primäre)と位置づけ、権利を制度的保障の範囲内においてのみ妥当させようとするならば、それによってシュミットは、その論理必然の結果として、政治的理念の観点からみて疑いなく広汎に自由主義的法治国家に反対することになる。シュミットの制度的保障の構成は、反自由主義(antiliberal)とはいわないにせよ、少なくとも非自由主義的(aliberal)である」と論ずる。⁽⁶⁰⁾ケルロイターのシュミット批判の要点は、制度的保障の理論と基本権との関係に関して、自由主義的法治国家思想と政治的思想とが混在し、論理矛盾が生じているという点であるが、他方で、ケルロイターは制度的保障の概念自体は肯定し、しかも制度的保障が権利に優越するというシュミットの説く論理については同意していることを考えるならば、ケルロイターは、シュミットの基本権論における自由主義的契機を批判しつつ、制度的保障の理論を国家主義的・反自由主義的に理解し、そしてそのような制度的保障の基本権に対する優越を説いているのであって、この点に、制度的保障の理論の全体主義的傾向をみてとることができるのである。

制度的保障の理論がまったくナチス迎合的なものとなってしまった例も、ナチス時代には少なからずみられる。たとえば、フィッシュバッハは、「民族の組織的基礎(憲法)に対する本質的侵害とみなされることなしにはある制度を廃棄することができないほどに、民族共同体のなかで、ある制度が憲法と生命必然的に結合している場合には、いわゆる制度的保障が存在する」と説き、⁽⁶¹⁾ファルクは、制度的保障とは「文化的、社会的、国家政治的発展のどの段階に

においても、ドイツ民族の国法的形成と不可分に結合しているような制度であり、その結合のしかたは、ある制度が、圧倒的な国民の意見に従い、ドイツ民族の永続的な生命必然的存在として、あるいは国家装置および国民の国法的生活の制度的現象形態として現われ、従って、民族の全階層からそのようなものと意識され、それ故に国家の成文法に明示的に規定され、もしくは、自明のこととして前提されるほどのものである⁽⁶²⁾と説いている。これらの見解においては、まさに「彼らの云ふ制度は国家秩序の基礎であり、憲法律従って国家法秩序全体の妥当根拠であると云へる」⁽⁶³⁾のであり、つまりそこでは、制度的保障の理論はナチズムの立場から恣意的に再構成されることになったのである。

以上のように、制度的保障の理論が、ナチス憲法学において、人権理論に対して敵対的なものと再構成され、利用されたことは事実である。しかしながら、そこから直ちに、制度的保障の理論がナチズムの理論であると断定してしまうことは必ずしも正当とはいえないように思われる。まず、E・R・フーバーやケルロイターの場合には、制度的保障の理論の理解のしかたよりも、自由の概念規定により大きな問題があることが指摘されよう。即ち、彼らは、自由主義的基本権理解を全面的に批判し、国家社会主義的な観点から基本権論を再構成するという立場に立ち、そこから、制度的保障の理論の非自由主義的色彩に着目し、そして場合によってはそれを過度に強調したのであって、この意味において、制度的保障論というよりもナチスの自由観そのものにヨリ大きな問題があったとみるべきなのである。なお、この点については、国家に対する義務性を強調するナチスの自由の概念が、近代立憲主義の目標とする自由の観念、個人の尊厳と人格価値の至上性に支えられた自由の観念と相容れないことは明白であろう。そして、制度的保障についても、やはり、人権保障との関連性を重視して理論化を図っていくべきことは、先に述べた通りである。また、フィッシュバッハ等のナチス憲法論信奉者の場合には、彼らの制度的保障の定義が極めて恣意的で制度的

保障を極端に歪曲したものであることはいうまでもない。そして、このような制度的保障の理論の用法がなされてしまふことは制度的保障の理論の弱点ではあるが、しかし、その原因は、むしろ、制度的保障の理論の内容が不明確で論者の主観的な論理化を許してしまうという点にあるのであって、そこから制度的保障の理論がナチズムの理論であると主張するのは妥当ではないと思われる。

また、制度的保障の理論とナチズムとが必ずしも必然的に結びつくものではないことは、第二次大戦後の西ドイツ、および、我が国における制度的保障の理論に対する一般的な評価にも示されている。西ドイツでは、ボン基本法の下で、法制上も学説・判例上もナチズムの徹底的な否定が図られているが、しかし、それでも、制度的保障の理論は一般的に肯定的に解されているが、それらの学説が親ナチズム的であるとは到底思われないのである。制度的保障の理論がナチズムを弁明しているが、⁽⁶⁶⁾それらの学説が親ナチズム的であることはもちろん許されず、両者が結合しないように絶えず注意をはらうとする理論となり、ファシズム容認論となることはもちろん許されず、両者が結合しないように絶えず注意をはらうていかなければならないことは当然である。しかし、制度的保障の理論が論理必然的・論理内在的にナチズムと結合しているとはやはり断定できないであろう。

(2) 制度的保障の理論が資本主義の体制維持のための理論であるという指摘も多くの論者によってなされており、また、現に、体制の防衛を図るために制度的保障の理論を財産権の保障にあてはめ、それに見合った内容に理論構成した者も少なくない。たとえば、ペーマーは、土地所有権、契約の自由、相続権などの権利を「ソヴェィエト的な不確かな権利」へと改変することが財産権の制度的保障に反すると説いて、ソヴェィエト体制からの財産法秩序の防衛の視点を強調しており、⁽⁶⁷⁾更に、クラインも、「〔財産権を保障する〕かのライヒ憲法規定は、現在の社会構造の根本的変革

を拒否し、共產主義ボルシェヴィキ的社会秩序に意識的に対抗しつつ、婚姻、親権、契約の自由、財産権、相続権のうちにつなぎとめられている市民的秩序を維持することを保障するのである⁽⁶⁸⁾と述べている。シュミットも、ワイマール憲法一般に関してではあるが、「第二編において、ポレーミッシュな方向、従って、憲法が見据えている敵が認識されるべきであるとすれば、それは、ボルシェヴィキ的社会主义である」と論ずる⁽⁶⁹⁾。これに関連して、我が国の学説においても、憲法二九条の財産権の制度的保障の本質的内容を資本主義体制ないしは私有財産制ととらえる見解がほぼ通説となつて⁽⁷⁰⁾いることもあわせて指摘されよう。

しかしながら、制度的保障の理論が資本主義体制防衛のための理論であり、特定の政治的イデオロギーに資する理論であると断定することは必ずしも適當ではないと思われる。それは、第一には、制度的保障の理論は、必ずしも体制維持のみに構成されるわけではなく、むしろ、その結論の当否は別として、社会主义を許容する理論として構成されることも論理的に可能であるからである。たとえば、カール・レンナーは、「住居の動産、そして住居そのものも含まれるような、利用の特定したもろもの消費財」が従来の所有制度によって保護されるべきものと説いて⁽⁷¹⁾おり、また、我が国の学説では、今村成和教授が、つとに、制度的保障の本質的内容を「人間としての価値ある生活を営む上に必要な物的手段の享有」を保障したものと解すべきであると主張しておられるのである⁽⁷²⁾。

第二に、制度的保障の理論はそもそも体制維持の目的のために構築されたものとはいえないことが考慮されなければならぬ。前述したように、制度的保障の理論は、第一義的には、ワイマール憲法の規範論的分析の道具概念として考え出された理論であると考え⁽⁷³⁾べきであり、それは、体制維持の意図をもって考案されたものとはいえない。このことは、たとえば、シュミットが、初期においては、財産権規定を制度的保障と解することにちゅうちよしてい

たことに示されている。⁽⁷⁴⁾

第三に、最も重要な問題は、制度的保障の理論が体制維持のイデオロギー的理論であるとしても、それも評価できるのかということである。確かに、財産権保障のうちに制度的保障を認め、立法をもつても侵されない核心の保護を図ることになれば、それは、勢い、体制維持の機能を果たすことになることは否定できない。しかしながら、そのことは、制度的保障の理論の問題ではなく、むしろ、基本的な憲法体制自体の問題であり、制度的保障はむしろ憲法価値に忠実な理論なのではないか、という疑問が生ずる。

ワイマール憲法は、成立史的には、社会主義を拒否したところに成立したものであり、⁽⁷⁵⁾また、内容的にみても、それは、現代的二〇世紀的憲法としての特質を有してはいるものの、基本的には西欧型の資本主義国の憲法であることについては詳述するには及ばないであろう。また、財産権規定についても、「財産権は義務を伴う」旨の条項があり、現代的財産権の現代的な社会拘束性を承認しているが、しかし、それが社会主義へと方向づけるものではないことも明らかである。とすれば、財産権の制度的保障の理論が、その本質的内容として資本主義体制の維持を挙げるとは、むしろ、ワイマール憲法の基本的価値思想に忠実に従うことになる。このように考えるならば、財産権の制度的保障の理論は、社会的事象と理論とのずれが存在するという意味でのイデオロギー的なものであるとは決していることとはできず、むしろ、ワイマール憲法の拠って立つ基本思想をそのまま反映し、それを率直に法的に構成した理論といわなければならないことになろう。

以上述べたことは、日本国憲法の財産権規定の解釈についても基本的に妥当する。日本国憲法もまた、その全体構造からみて、西欧諸国の憲法の系譜に属することは改めて述べるまでもないことである。もちろん、社会主義をどの

ように定義するかという問題はあるものの、憲法二九条が資本主義体制を保障していると解することは、その結論の当否はともかくとして、論理的には十分可能であり、その解釈がイデオロギー的であるとはいえないのではあるまいか。そしてまた、このことを逆にとみると、たとえば、日本国憲法の財産権規定について制度的保障とみるべきではない、と主張したとしても、そこから直ちに、日本国憲法が社会主義を容認しているという結論が出てくることにはならない、ということにも注意する必要がある。

注

(55) 制度的保障の理論がナチズムの思想と密接に関連しており、それ故に制度的保障の理論は否定されなければならないと早くから指摘されておられるのは鶴飼教授である。鶴飼教授は、制度的保障の理論について、それが「ナチスの理論家カール・シュミットが、国民の基本的人権を制約し、ナチス独裁の強力化を図るために構想した理論であつて、日本国憲法のように基本的人権の確立を以てその基本原理としている実定法体系に適用することは不可能である」(新版憲法八五頁(昭和四三年))と説いておられる。そして、最近では、笹川教授も同様の見解を示され、「制度的保障論はワイマール憲法の個人主義的自由権に敵対する性質をもっていたと思う」(前出注(2)九八頁)と主張される。

(56) 制度的保障の理論と財産権との関係について分析した山下「所有権の保障と制度的保障の理論」(前出注(1))は、制度的保障の理論がワイマール憲法時代の社会主義の危機の理論であることを詳細に論じている。また、大江「現代財産権論の再検討」前出注(1)一一六頁も、ドイツにおける制度的保障の「理論は、労働者、農漁民、小生産者、中小資本等の財産権を制約・侵害するための理論あるいはその可能性を有する理論であ(り)」、……総資本の観点から、労働者等の財産権を規制する国独資段階の要求に応える法理論であると言えよう」としている。

(57) E. R. Huber, *Der Bedeutungswandel der Grundrechte*, AöR NF Bd. 23 (1933), S. 79.

(58) E. R. Huber, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, S. 16.

(59) フーバーの場合に、自由権の本質が前国家的な国家からの自由にあるとする点では、シュミットと変わらない。しかし、「ワイマール憲法の基本権には、自由主義的な自由の観念は失われてしまつてゐる」(E. R. Huber, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, S. 80)「それ〔ワイマール憲法における自由〕はもはや自由主義の原理的な無制約の自由で

はなく、規律され、統制された自由 (eine regulierte und kontrollierte Freiheit) である (Id. S. 81) と解する66である。

- (60) O. Koellreuter, Buchbesprechung von Carl Schmitt "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung", AöR NF Bd. 22 (1933), S. 111f.
- (61) Fischbach, Die "subjektiven öffentlichen Rechte" der Beamten, DJZ 1935, S. 842.
- (62) Falck, Die institutionelle Garantie, Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung (1935), S. 74. Zit. von: E. Menzel, Das Ende der institutionellen Garantien, AöR NF 28 (1937), S. 58.
- (63) 大西・前出注(一)九三二頁。なお、ナチズム下での制度的保障の理論の展開・変質過程については、大西・前掲九三二頁以下に詳しい。
- (64) ナチスの自由観が、法治国的自由主義的自由観を否定するものであるとすると、同様の主張をもつ前述の「制度的自由」論との異同が別途問題になる。換言すれば、制度的自由論が親ナチズム的理論ではないかという問題である。ここでは詳しく論ずる余裕はないが、さしあたり、制度的自由論が極度に歪曲されたかたちで理論化されない限り、個人の自由の保障を最高の目標としている制度的自由論は、ナチズムの色彩を帯びていないと考えられるとみてよからう。
- (65) 戦後の学説においては、比較的初期に「制度的保障の理論についての詳細かつ肯定的な研究がみられた。Vgl. U. Scheuner, Institutionelle Garantien, supra note 4; G. Abel, Bedeutung, supra note 13. そして、最近でも、一般的には、「カール・シュミットの制度的保障の理論は、『ワイマール憲法時代においても、ボン基本法の下でも、少数の例外を除いて、ほぼ一致して受容されてくる』(A. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 175)とされている。もっとも、最近の学説においては、シュミットの制度的保障の理論について直接深く検討した研究は見当たらない。その理由としては、第一に、ボン基本法においては、基本権の規定は、「直接に適用される法として、立法、執行権、および裁判を拘束する」(基本法一条三項)とされており、基本権の保障が立法権に対しても保障されることが学説上確立していなかったワイマール憲法時代とは異なっており、立法者への本質的内容の保障を強調する制度的保障の理論の実践的意味が大きくなること (Vgl. A. Bleckmann, Id. S. 174)。第二に、制度的保障の理論についての学問的関心が、シュミットの理論からハーベルレ的な制度的基本権論へと移行していること (一例として、ブレンクマン (Id., SS. 170-

199) 著、E. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, SS. 218-235) の制度的保障の理論についての論述を挙げる。そこでは、シュミットの制度的保障の理論から制度的基本権論へと流れに沿って説明がなされ、しかも後者の議論が圧倒的に多い。そして、第三に、シュミット・シューレの関心の中心もまた、シュミットの自由主義的法治国的基本権論を分析し、擁護することにある、それとは異種の制度的保障の理論について関心を示していないこと、などの諸点を挙げる。が、更にその背後には、制度的保障の理論が、理論的にみて、憲法規範の特質を一般的に説明するにすぎない概念であり、従って、制度的保障の理論の考察は、それ自体では、あまり重要ではないと考えられるようになってきているという事情があるのではないかと推測される。

(66) 前出注(2)参照。

(67) G. Boehmer, "Artikel 154, Erbrecht", in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung Bd. III, 1930, S. 257.

(68) F. Klein, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, 1934, S. 110.

(69) C. Schmitt, Grundpflichten, 198. なお、制度的保障の理論の資本主義体制防衛を主眼としたドイツ学説については、山下「所有権の保障と制度的保障の理論」前出注(1)七頁以下、一〇頁以下、大江・前出注(1)八八頁、九七頁以下で詳しく論じられている。

(70) 宮沢・前出注(2)四〇六頁、橋本・前出注(2)三五九頁、小林・前出注(2)五二三頁など参照。

(71) K. Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts, 1929, S. 178. カール・レンナー・加藤正男訳「私法制度の社会的機能」一九七頁。なお、レンナーは、マルクス経済学の立場から所有概念の分析を行なったのであり、制度的保障の理論自体を研究したのではない。但し、レンナーの研究に対して、シュミットは、そのような消費財が財産権の制度的保障の核心とされるならば、極端な共産主義まで容認されてしまうことになるとして批判している(C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 162)。

(72) 今村「財産権の保障」憲法講座2一八八頁以下(昭和三八年)参照。

(73) 前述注(2)参照。

(74) Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 161f. シュミットが財産権保障を制度的保障ととらえることにちゅうちょ

制度的保障の理論について

したものは、「基本権は制度ではない」という命題、つまり、人権保障と制度的保障との峻別論という基本的立場との関係で財産権の保障のうちに権利(真の基本権)と制度的保障とを同時に読み取ることが矛盾であると考えたからにはかならない。それ故に、のちに、財産権保障の権利性の部分を切り捨てることによって、財産権の制度的保障の把握が可能となるのである(Vgl. C. Schmitt, *Frühjahrssprache*, S. 207)。シュミットは「前国家的な基本権としての所有権観念に訣別することによって、制度の意味を中心に私的所有の保障を構成するに至った」(山下「所有権の保障と制度的保障の理論」前出注(一)二〇頁)のである。とすれば、シュミットの制度的保障の理論においては、制度的保障と人権保障との峻別論という法理論的視点が優先していたことになり、財産権の制度的保障の構成によって資本主義体制を防衛するという意図は二の次であったといわなければならない。

(75) 樋口陽一・比較憲法一五六頁は、「ワイマール憲法の制定過程とその背景から見ても、ロシア革命の衝撃のもとで、しかし当初の社会主義革命への方向が阻止され、資本主義という大枠のなかにふみとどまることが大前提となった時点で、この憲法が制定された」と説く。

七 おわりに

以上、制度的保障の理論について、その意義と問題点を概観してきたが、全体的に制度的保障の理論の弁護論が中心となってしまったきらいがないわけではない。しかし、これまでのところでも言及してきたように、制度的保障の理論が非常に有用で優れた理論であると論ずることが本稿の目的ないしは結論というわけではない。むしろ、制度的保障の理論が、その理論的有用性に賛成するにせよ反対するにせよ、過大に評価され過ぎてきたのではないかと思うのである。

制度的保障の理論は、一方では、その提唱者・支持者によって過大な意義づけを与えられ、しかも、ときとしてあまりにも論者の恣意的イデオロギーの正当化に適するかたちで理論化されたが、しかし、他方では、制度的保障の理

論のそのような意義づけに批判する論者は、その批判を徹底して、制度的保障の理論そのものを根本的に否定すべきであると主張することになった。しかしながら、これらの見解においては、制度的保障の理論はその実体と切り離され、いわば概念だけが一人歩きしてしまった感がある。つまり、制度的保障の理論自体は、それを特別の憲法規定についての概括的説明概念として理解する限りで、実は、過大評価にも否定的評価にも親しまないごく一般的な概念なのではないかと思われるのである。そのような観点から、制度的保障の理論についてこれまで述べてきたことを簡潔に要約するならば、以下のようなになるろう。

(1) 憲法規定のうちには、個人の人権保障ではない、特定の制度を客観的に保障した規定があり、そのような規定を制度的保障という法概念でとらえて、その意義や法的性格を独自に検討することには意味がないわけではない。そして、制度的保障の理論の一般的特質として、①それは、人権保障規定ではなく、特定の制度を客観的に保障する規定に関する理論であること、②それによると、特定の制度に憲法上の特別の保護が与えられ、そして法律による制度の形成と規制が容認されること、③しかし、制度の本質的内容については法律による改変は許されず、憲法改正が必要となること、などを挙げることで、そして、制度的保障とされる憲法規定はこれらの諸特徴を有すると推定されることになるといえよう。

(2) もっとも、制度的保障とされる憲法規定はそれぞれ異なった目的・保護対象をもち、人権保障との関係のしかたもさまざまである。従って、前記の諸特徴についても、ある憲法規定が制度的保障とされる以上は当該憲法規定は当然にそれらの諸特徴を有しなければならない、ということになるわけではない。即ち、ある特定の憲法規定が制度的保障とされた場合であっても、それは当該憲法規定の一般的特質を基本的に指摘するにとどまり、そこから法律に

よる規制の可能性、本質的内容の保障などの上記の諸特徴が論理的必然的に導き出されるわけではない。そのため、制度的保障とされる憲法規定のそれぞれについて個別的にその特徴を検討することが必要となるのである。

(3) 以上のように考えるならば、制度的保障の観念は、特定の憲法規定について一般的な特質を概括的に示すにすぎない一種の説明概念であって、そこから何らかの具体的な法的帰結が導き出されるという意味での解釈論的道具概念ではないと解すべきことになる。即ち、ある憲法規定が制度的保障とされるか否かは、当該憲法規定の法的性格の特殊性に由来するものである。従って、第一義的に重要なのは、当該憲法規定が制度的保障か否かということではなく、当該規定がどのような法的性格を有するのかを個別的・具体的に検討することなのである。⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾

それでは最後に、今後の制度的保障の理論の課題は何か。最も重要なことが、制度的保障とされる憲法規定を個別に検討し、それぞれの法的性格をその規定の特質に応じて確定することであることは既に何度も強調してきた。⁽⁷⁸⁾そして、それに関連して、制度的保障の側でもその形態をいくつかに類型化することは、制度的保障の理論の多義性・不明確性を除去して制度的保障の理論の硬直化を防ぐために重要であろう。⁽⁷⁹⁾そして、それらの作業を通じて憲法規定の意味・法的性格などがより明らかになり、憲法規定の規範的認識がより深められ、憲法解釈の論理的基礎づけが確実になれば、そこに制度的保障の理論を検討する学問的意義が見出されることになると思われる。

注 (76) 比喩的に述べるならば、制度的保障の理論は、ともにドイツ公法学において発展した法概念として、特別権力関係の

理論と類似の法的意義と問題点を有しているように思われる。特別権力関係論は、国家と国民との特殊な権力服従関係を一括して「特別権力関係」としてまとめ、そこにおいては法治主義が排除されると説くなど、権力主体の包括的支配権を肯定する理論であった。しかし、まったく異なった法関係をひとまとめにすることの問題性、包括的支配を肯定することの理論的不当性などが批判され、現在では、その解釈理論・道具理論としての意義は否定されるようになってきている。

もつとも、他方で、伝統的な「特別権力関係の理論」は否定されるべきであるとしても、「特別権力関係」の存在自体は否定できず、そこでは、多かれ少なかれ特殊な人権制限の可能性は残り、従って、事実概念としての特別権力関係は否定されるには及ばないことになる。制度的保障の理論についても、ほぼ以上のような説明が妥当するのではあるまいか。

(77) 制度的保障の理論を各憲法規定に応じて、個別的・具体的に考察すべきであるという主張は、既に多くの論者によってなされている。たとえば、石村教授は、制度的保障について「個別的な基本的人権の特性として具体的に解釈論を構成すべきであると思う。その意味では、個々の人権論を抜きにした地方自治の制度的保障や大学の自治のそれを、家庭生活の保障や財産権の制度的保障などと『統一的』に把握することは意味があるまい」(「人権と制度的保障の理論」前出注(1)(二六頁))と主張される。また、山下教授も、制度的保障が最低限の保障となる危険性、保守的な機能を営みがちな傾向という問題点を指摘したのち、「一般理論としての制度的保障論のもつような問題性が、個々の条項の解釈のレベルで解決されるとすれば、実は、それは制度的保障論の『正しい』適用によるというより、むしろ、政教分離規定や大学自治原則の立法趣旨、あるいは立法事実の正当な把握によるのではないか」(「制度的保障論覚書」前出注(1)七九二頁)と論じられる。

(78) なお、制度的保障の類型の問題に関して、山下教授は、制度的保障の類型として、真の基本権保障のための連結的・補充的保障型、私有財産制度のように自然権の性格を失った権利を制度的に確保しようとする意味変化型、地方自治制度のように特定の権利と必ずしも結びつかない団体保障型の三型の区分を提示しておられる(「制度的保障論覚書」前出注(1)七八〇頁等)。制度的保障の理論の成立・展開過程において財産権保障条項をめぐる論争が極めて重要な役割を果たしたことは確かに否定できないが、しかし、制度的保障をそれぞれの特質に応じて分類するにあたっては、「意味変化型」の類型を独自に立てる必要性は乏しいように思われる。やはり、分類の視点を明らかにすることがまず必要であろう。(79) 制度的保障の分類はさまざまな観点からなされ得るが、ここでは最も重要な観点である人権保障との関係に基づく分類の試案を、メモ程度に掲げるとどめる。

①人権保障と直接関係しない制度的保障——地方自治の保障、官吏制度の保障、婚姻および家族の保護(基本法六条、財産権の保障(人権規定から導き出されるが、それとは直接には結びつかない))。

②人権をより保護するために形成される制度的保障(連結的・補充的保障)——学問の自由と大学の自治、裁判を受ける

制度的保障の理論について

- 権利と公正な裁判制度の保障、信教の自由と政教分離原則（制度の積極的な創設ではないが、一応ここに含めておく）。
- ③自由・人権保障の法律レベルでの制度的強化（自由の制度的強化）——知る権利と情報公開法、報道の自由と放送法、プライバシーの権利とプライバシー保護法等々。
- ④自由・人権の内容の法律による具体的形成（制度的自由の一面）——財産権（内容の法定」の部分）、契約法秩序、生存権と社会保障法制。

* 本稿は、当初、小林直樹先生の還暦記念論文集『現代国家と憲法の原理』に寄稿するために準備したものであった。しかし、私の怠慢のために期日までに書き上げることができず、小林先生をはじめ、諸先輩、同僚の方々に多大の御迷惑をおかけすることになってしまった。小林先生にはもちろんのこと、関係諸氏に改めておわび申しあげたい。

そして、誠に拙ない拙文で心苦しい限りではあるが、ここに、小林直樹先生の御還暦をお祝いし、謹んで本稿を小林先生に献呈させていただきたいと思う。あわせて、小林先生の今後一層の御活躍をお祈りする次第である。