

# 自由權と法律の留保

渡邊 宗 太 郎

一

凡そ社会における法秩序の存在は、人の生存の必須的要件を成すものであるが、個人主義的に自由な法秩序は、自己にとつて不可侵の自由の範囲が最大限度に限界づけられねばならないことを当然に要求することができる主権的個人の上に建設せられねばならないのであり、又、個人主義的に自由な法秩序の下においては、社会生活において、自己の意思の無制限な主張が認められ、その拘束を意味する一切の義務的負担から解放せられた個人的存在が、その理想でなければならぬのである。然るに、それにも拘らず、実際上は、個人主義的な法秩序の下においても、常に、ある範囲における個人的自由の制限が要求せられ、個人主義的な世界観の主体でありながら、尙、各個人は、ある程度において義務的法則の支配の下に服しなければならないのである。蓋し、仮りに、純粹に個人主義的な絶対的自由の理念が社会生活の基底を成すときには、いうまでもなく、社会生活は、各個人の無制限な個人的主張のため、人の生存の要件である社会秩序の一体的形態を解体せられる危険と結合せられざるを得ないからである。かくして、社会生活において法秩序の存在するところ、必ず、個人的絶対的自由に対する義務的拘束の存在を免がれ得ないのであるが、しかし、かゝる個人主義的理念の法秩序の下において、各個人に負わされるかかる義務的拘束は、勿論他人との関係において存在する意味において社会的義務ではあるが、しかし、その根柢が専ら自己自身の個人的利益に存する意味において、それは明かに非社会的義務である。それは、いはば、社会公共に対するための義務ではな

くして、むしろ、自己自身に対するための義務である。人は、その個人主義的世界観によつて、専ら自己自身の幸福を欲求すべく余儀なくせられるが故にこそ、却つて、他人との関係における自己の自由の拘束に甘んずることができるのであつて、このような個人主義的義務意識が専ら人の権利的主張を承認することの要因となるのである。各個人は、自己をすべての人に与へることによつて、自己自身を何びとにも与へないことができる、という言葉の意味するように、各個人が自己に不利益なすべての行為を差控へる義務を履行するときに、始めて、社会生活における人の権利の主張は保障せられ得るのである。而して、所謂伝統的本来の意味の自由権の観念は、自己の利益のためには自己の自由の無制限な主張は差控へなければならぬとする、かかる個人主義的義務観念と表裏の関係において、形成せられるものである。

自由権とは、その本来的の意味においては、国家の前に存在し、国家の外に存在する人のもつて生れた自然の自由は、その主張が他人を害しない限り、国家権力との関係においても侵されてはならない、とする国民の憲法上の地位をいう。従つて、かかる自由権の内容として主張せられる自由は、決して、国家生活において公共福祉の増進のために積極的形成的に作用することを意味するものではなくして、唯、他人を害しない限りにおいて、最大限度にその侵害から防禦せられる人の自然の自由を意味するに過ぎない。本来的の自由権の内容は、国家権力に対して、原則として限界づけられないところの人の自然の個人的自由の不可侵の主張であり、それは、専ら、国家権力から個人的自由を防衛しようとすることに根拠づけられるものである。従つて、国家生活との関係においては、それは、人民の単なる消極的地位に関するものであるに止まり、決して積極的な公共的奉仕に関するものではない。それは、各個人の自由な生活範囲に対する国家の侵害若しくは容喙を排斥する意味において、国家の不作為を要求することに止まるものであり、従つて、その目標は、国家権力に対して各個人の自由を防衛することにあつて、それ以外の何ものにも存するものでない。個人主義的自由思想の下においては、自由権の保障は、むしろ個人を国家権力から解放せしめるこ

とに關するものであり、國家の文化団體的完成過程の中に、各個人をその本質的要素として編入することに關するものではない。

本來的自由權を認めることの根底を成す個人主義的思想によれば、人の自然の自由に対するすべての拘束は、原則として、人の本質的發達に対する苛酷な桎梏を意味するものであり、従つて、人の自然の自由は、人の生活のすべての領域において、最大限度に追求せられねばならないのであつて、それに対しては、唯、それが社会生活の秩序を紊し、公共生活の安寧を害する危険をもつときに、始めて、國家權力が、その主張の停止を命じ、その侵害に對す保護を中止するのである。それ故、個人主義的自由主義の理想の下における國家の任務は、他人を害しない人の自由に對する侵害を取締つて、各個人の自由の權利を保護することに尽きるのであり、個人主義的自由主義の理想の下における國家の本質は、所謂夜警的使命をもつ一種の防護組織として、他人を害する人の自然の自由の主張を鎮圧することにゐる。個人主義的自由主義の思想においては、法の本質は、兩者に自然の自由の最大量が保障せられ得るよ  
うに、或る者の自由を他の者の自由によつて制限することであり、個人主義的自由主義の思想によれば、自由權の本質は、社会生活における人の自然の自由の最小限度の制約を例外的要素とするものであり、自由權の制度そのものは、各個人の恣意が他人の恣意と併存し得る條件の一体的觀念を意味するに過ぎないものである。

## 二

純粹な個人主義的理念の下において、人の個人的絶對的自由を認めるときには、いうまでもなく、期せずして、社会的秩序の一体的形態を解体せしめる危険が醸製せられる。而して、國家的秩序若しくは法秩序の存在は、かかる危険に對処しようとする努力の具体化せられたものに外ならないということが出来るから、社会生活における自由權の存在は、必然的に所謂法律の留保 (*Vorbehalt des Gesetzes*) の原則と結合せられる。即ち、國民が社会生活において

自由権の内容として主張することのできる自然の自由は、無条件的にして無制限のものではなくして、社会的秩序との関係において、法律をもつて限界づけられた範囲のものに制限せられる。個人主義的理念の下における茲にいう法律の留保の意義は、既に述べたところから明かであるように、各個人の個人的に自由な解放と、国家的結合のための自由の拘束とを調和せしめることに尽きる。各個人の自由権の保障とその行使にも拘らず、社会的単一体の解體が防止せられて、各個人の国家団体にまでの所屬性が保持せられ、従つて、各個人の自由な解放にも拘らず、国家的単一存在が依然確保せられねばならないとする点に、この場合の法律の留保の憲法的意義が存在する。而して、自由権に関する法律の留保の意義が、かくの如くであるとすれば、立法者は、この点に関するその立法権限の行使において、全然恣意の方法において、又、全然恣意な範囲において、即ち、人の自然の自由の主張が社会的秩序を破壊する程度のものであるか否かに関する検討を忽せにして、無意味にそれを制限したり、完全にそれを抹殺することを敢てしてはならない。立法者は、自由権の保障に関する憲法規定の精神をどこまでも尊重し、憲法原則の無制限な変更を許さないとこの憲法と法律との間の効力的關係を考慮して、決して、自由権に関する憲法的保障を蹂躪するような不当な法律の制定を試みてはならないのである。かかる意味において、具体的な法生活に関するものとして、法律によつて始めて具体化せられる自由権は、尙、原則として、不可侵のものとしての性質をもつことができる。

個人主義的理念の下に保障せられる自由権と雖も、その内容において法律の留保に服するものであり、その具體的の形態において、決して法律から完全に解放せられたものはないが、しかし、かかる本来的自由権に関する法律の留保は、その本質において、個人的自由を積極的に國家的公共福祉の増進に寄与せしめようとする意味のものではなくして、むしろ、個人的恣意的自由を社会秩序と調和せしめようとする意味のものでなければならぬ。個人の自然の自由に対する法律をもつてする國家的制限は、それが社会生活の秩序を害する限度において限界づけられねばならないのであつて、そのことが、自由主義憲法において、國民は法律の範囲内において云々の自由を有すとか、國民は

法律によらなければ云々の自由を害せられない、と規定せられることの意味である。かかる法律の留保の下において、最大限度の個人的自然的自由を主張し得ることが、本来的の意味における自由権の内容である。所謂思想の自由に関する自由権は、かかる本来的意味における自由権の典型的のものに属する。

### 三

自由権が法律の留保をはなれて存在し得るものでないことは、右に述べたところであるが、自由権に対するかかる法律の留保は、しかし、時代の推移につれて、そのあるものについては、ある意味において、次第に消極的性質のものから積極的性質のものに変質する過程をとるに至つたのである。既に述べたように、個人主義の思想の下に個人的自由を最大限度に尊重しなければならぬとする世界観の下においては、自由権の保障は、専ら国家的単一形態を危弱ならしめる危険に備へるためにする法律の留保と結合せられるのであるが、時代が移つて、特に政治と経済とが緊密の関係におかれ、国民の政治生活と経済生活とが融合せられ、少くともその領域において所謂国家生活と社会生活との二元的対立が解消せられるに及んでは、専ら国家権力からの個人的自由の防衛を意味した絶対的自由権は、かかる生活の領域においては、国家生活の發達にまでの個人的自由の協力を意味する相対的自由権としての性質を併せもつことを要求せられるに至るのである。即ち、憲法は特に国民の経済生活の領域においては、所謂法律の社会的留保 (sozialer Vorbehalt des Gesetzes) を認め、その範圍において、過去における経済上の自由理念をすてて、それを法制度化する方向に導かれる。国民の経済的自由を社会的留保の下にをくといふことは、国民の経済活動を、すべての人に対して少くとも人間に値する存在を保障しなければならぬとする経済的秩序の原則に合致せしめることを意味する。従つて、かかる社会的留保の下においては、国民の経済上の自由は、個人本位の自由主義からはなれて、一般的福祉のための法律の尺度に従つて保障せられることとなる。かくして、経済生活に関する国民の自由権は、法律の

定めるところに依じて、積極的に、権利として主張し得る自由の分量と方法とを決定せられるのである。経済生活における権利としての国民の自由は、もつて生れた無制限の自由から公共的に制限せられ、国家的に形成せられた自由に変質するのであつて、かくの如くにして、経済生活の領域においては、憲法の保障する国民の自由権は、その内容と範圍において、積極的に國家生活の發達に協力せしむべく法律がこれを創造することとなるのであり、ここに、本来的絶對的自由権に対して、制度的保障としての相對的自由権をみるに至るのである。所謂財産の自由に関する自由権は、かかる制度的保障としての自由権の典型的のものに屬する。

## 四

本来的の絶對的自由権にあつては、権利としての保障は、憲法による国民各自のもつて生れた自然の自由の承認を意味する。即ち、この場合、自由権の内容を成すものは、原則として限界づけられないところの、國家の前にあり、國家の外にある人の自然の自由の主張である。唯、社会的秩序との關係におけるその濫用を防止するための、法律をもつてする國家的拘束は留保せられるが、しかし、自由権としての権利の内容は、自然に与へられた自由の分量に依じて権利者自身によつて制約せられるに過ぎない。然るに、制度的保障としての相對的自由権にあつては、権利内容としての自由の主張は、始めから法律によつて規制せられ、国民各自による自然の自由の主張は、仮令消極的に秩序を害しないものであつても、それが積極的に公共生活の福祉に寄与するものでない限り、その部分において権利の内容から除外せられる。前者にあつては、自由権の内容として、國家的に承認せられた各個人の自然の自由が存在するのであるが、後者にあつては、自由権の内容として、國家的に形成せられた自由の形態が存在するのである。

本来的絶對的自由権に関する憲法の保障は、内容的にはその存在の要件ではない。それに関する憲法の保障の意味は、國家生活における立法及び行政との關係において、国民各自の自由権が完全に消滅せられることを防止するこ

とにある。又、かかる自由権に関する法律の留保の原則は、単に例外としての、及び単に自然的自由の濫用防止の目的のための、法律による国家的制限が容認せられ得ることを意味するに止まる。然るに、制度的保障としての相対的自由権にあつては、憲法の規定そのものによつて、内容的にその存在を条件づけられるのであり、又、法律の留保の原則は、法律の規定によつて始めてそれが自己の内容と範囲とを決定せられることを意味する。尤も、相対的自由権にあつても、立法者がその内容及び範囲を規定するに当つては、公共福祉との關係におけるその制度としての内在的意義を尊重すべく拘束せられるのであつて、そのことは、制度と無關係な個人的自由を尊重しなければならぬ本来的自由権に関する立法使命と、著しくその性質を異にするところである。立法者は、制度的保障としての自由権の内容を規定するに当つては、保障せられる人の自由を個人的意欲の領域から国家生活に對する直接的有責の領域にまで高揚することによつて、権利としての個人的自由の範囲を積極的に国家的任務の中に融合しなければならぬ任務を課せられる。権利としての自由の内容そのものは、個人的自然のものに放任して、単にその濫用を防止する意味において法律的拘束を加へる本来的自由権に関する立法使命と、著しくその性質を異にするところである。

## 五

自由権に関する憲法の保障は、上述するように、必然的に法律の留保の原則と結合せられる。假令一国の憲法に云々の自由又は云々の権利を制限する法律の制定はこれを許さないと規定することがあつても、例へば、アメリカ合衆國憲法修正第一条は、宗教の自由なる信仰を禁止する法律、言論、出版又は平穩に集会する権利を制限する法律を制定してはならない旨を規定するが、しかし、かかる規定を、社会生活の秩序を害する人の自然の自由の主張を拘束する法律の制定をも禁止する意味のものとして解すべきものではない。蓋し、国家社会の秩序を害する自然の自由の主張が権利として存在し得ないことは、国家生活に関するすべての法規範の前提をなすものであるから、かかる法律の

制定を禁止する法規範は始めから存在しないのである。ある種の自然の自由に対して特にそれを制限する法律の制定を禁止する憲法規定があるとすれば、その規定は、その種の自由に対しては、これを制度的保障としての自由権の内容たらしめるための制限を加へる法律の制定を禁止する意味のものとして、解するの外はない。

これを要するに、憲法の保障する自由の存在は、常に法律の留保の原則と結合せられる。而して、自由権に関する法律の留保の原則には、右に述べたような二様の意味がある。従つて、自由権は常に法律の範疇内において存在するの外はないとすることは正しいとしても、それだけの表現から、国民の自由に関する法律の拘束を常に社会生活の秩序維持のための消極的の自由の制限に関するものであるとして、本来的自由権と並んで制度的保障としての自由権の存在することを否認すべきものでないと同時に、又、国民の自由に関する法律の拘束を常に公共福祉のためにする積極的の自由の規制に関するものであるとして、制度的保障としての自由権以外に、これと並んで本来的自由権の存在することを否認すべきものでないのである。