

法律の「一般性」に関する一考察

——「措置法」概念に関連して——

小山正善

はしがき

一 法律の「一般性」についての法的論議

- 1 議論の若干の背景
- 2 後期立憲主義国法学における論議
- 3 ヴァイマル期公法学における論議

二 法律の「一般性」——その形式面と実質面

- 1 「allgemeines Gesetz」の理念史的分析——K・フーバーの所説に
みる

- 2 形式的「一般性」と実質的「一般性」

むすび

はしがき

別稿において、筆者は、「西ドイツにおける措置法論争の概観」を試みた¹⁾ことがある。しかしながら、そこでは学説・若干の判例の紹介に終始し検討を加えるを果しえなかった。本稿では、基本的にこの論争の概観との関連において、法律の「一般性」の問題をとりあげる。それというのも、「措置法」という概念構成の当否の問題が多くの部分において法律の「一般性」の把握と不可分の関係にある、と考えるからである。

1) 拙稿・「西ドイツにおける措置法 (Maßnahmegesetz) 論争の概観」(一)・(二) (阪大法学115号45頁以下, 同120号73頁以下)。

なお、問題を取りあげるにあたり、つぎのように限定したい。まずはじめに、一九世紀後半の後期立憲主義国法学およびヴァイマル憲法期の若干の公法学説における法律の「一般性」についての議論を取りあげる(一)。というのは、すぐあとにみるように、法律の「一般性」は時期的にかの期以降ごろから実際の法的意義を伴って議論されたように思われるからである。他方、戦後の基本法下での議論をとくにとりあげることがをしないのは、同じような問題が「措置法」に関連して論ぜられており、それについては多少なりとも既に別稿で触れるところがあった²⁾からである。つづいて、法律の「一般性」の構造にかかわる問題を考慮する(二)。ここでは、いくらか理念的に、「一般性」の形式面と実質面の二つから問題を扱うこととする。「措置法」の概念構成の如何はこのような検討を不可避的なものと思わせるからである。

一 法律の「一般性」についての法的論議

1 議論の若干の背景

(イ) 法律をもって一般的法規範とする法律の「一般性」思想または原理は時期的に古く、ギリシア・ローマの時代に遡り、また近代ドイツに限ってみれば、カントに行き着くことになる!¹⁾しかしながら、この原理に何らかの実際的法的意義が与えられるようになるのは一九世紀の立憲期以降のことで、なかんずく後期立憲主義国法学においてである、と思われる。すなわち、それまでは恰も自明のことのようによ説かれてきた「一般性」原理は、ラーバントがそれに正面きって異を唱えたことから、一躍、国法学におけるもっとも中心的テーマすなわち法律概念をめぐる争点の一つにと高められていった。

2) とくに、前掲拙稿(二)・76頁以下。

1) 参照, Georg Meyer, Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats, in : Grünhuts Zeitschrift, Bd. VIII, 1881, S. 15f. ; Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928(1970), S. 139. ; Christian Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970, S.72 ; Konrad Huber, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963, S.133 ; Thomas Ellwein=Axel Görlitz, Parlament und Verwaltung, 1. Teil. Gesetzgebung und politische Kontrolle, 1967, S.66f. など。

(ロ) ところで、今日のわが国における実定法解釈にまでその余影を残す法律概念の問題は、きわめて概括的にいえば、一九世紀ドイツの憲法状況、なかでも規範的な権力二元主義、権力分立原理に依拠する法治国的制度に関連して明らかにされるべき歴史的性格を帯びるものであろうが²⁾、ここではただ、法律の「一般性」原理が特殊に国法(学)的意味を有するに至ったと考えられる、若干の理論的背景の意味で、以下のことに触れるだけにとどめる。

第一は、国家作用の理論 (Staatsfunktionenlehre) が一先ず整理されて登場してくるのが、つぎに述べるような意味において、一九世紀の後半であったと考えられる、ということである³⁾。国家作用理論、つまり国家活動の形式それ自体 (= 国家作用) を形式的小および実質的の標識をもって区分する近代的理論が形成されるにあたり、論者が指摘するところによれば⁴⁾、二つの萌芽が必要とされた。その一つは、君主の有した大権の分類をモンテスキュー的権力の分類に結びつけるところから生じた国家活動における体系的二元論であり、他の一つは二重法律概念の理論である。もっとも、前者は主として理論的な性格をもって国家形態の変遷から相対的な独自性をもちうる一方、後者は立憲君主制憲法に由来し国家形態の変遷に服せしめられるちがいをもち、後者の有する作用理論にとっての意義は、すべての作用の二元論に途を拓くため、それが立法以外の作用にも容易に転用されたところに認められる。それはともかく、一九世紀後半におけるラーバント、G・イエリネクらによる二重法律概念理論の確立・通説化は、さしあたり、つぎのような結果をもたらすこととなったといえる。つまり、ここに至り、実質的法律の概念が議会の法定立権限の基準としても用いられ、形式的小および実質的國家作用の理論 (Lehre von den formellen und materiellen Staatsfunktionen) との関連

2) Vgl. Hermann Heller, Schlußwort, in: VVDStRL Heft 4, 1928, S. 201.

3) もっとも、国家作用理論は二重法律概念を論じるにさいし、明示に述べられるのではないが、「しかし、その基礎になってい」た (Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., S. 21 Anm. 57), といえる。なお、二重法律概念の意義について Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887 (1964), S. 254.

4) Norbert Achterberg, Probleme der Funktionenlehre, 1970, S. 8ff. (insb. S. 12).

において、実質的立法の領域は二重理論によって引かれた個々の境界のなかで議会の管轄領域とされた。この結果、そのような領域を越える「議会の立法権限のすべてが、いわば議会に本来的に帰属している固有の (naturgegeben) 領域を越えるものとみなされ、それらの諸行為には『純粹に』もしくは『単に』形式的な法律の指称が与えられ、かくて、「純粹に形式的な法律」という概念は立法府の越境 (Grenzüberschreitung) を記す意義をもつこととなった⁵⁾と。そこで、このようなことからすれば、国家作用理論が整序されるに従い、二重法律概念理論はその区別の体系的足場を諸作用の区分のなかに見い出して行くこととなった。具体的には、実質的な概念領域において法律をもって執行(とりわけ行政)から立法を画する基準へと仕立て上げることになり⁶⁾、その分だけ、法律が概念的に「一般性」を内容とするか否かの問題も実際の法的意義を伴って議論されるようになった、と思われる。

第二に留意すべきこととして、この期において「法律の留保」概(観)念が明瞭に説かれるようになった、ということがある⁷⁾。いったい、法律の内容的な規定にとって、国家作用の画定と並んで「法律の留保」の視点が決定的に重要であることが指摘される⁸⁾が、そうしたことは、既にアンシュッツにおいて端的にうかがえる。つまり、彼によれば、「実質的意味の法律即ち法規を創造する権限は、完全かつ排他的に立法府に委ねられる。形式的な立法領域には個々の法規に非ずして一切の法規の発布が入る。」「惟うに、立法領域が領邦君主に帰属する所と領邦議会の協賛に制約せられる所とに分離せられるべきに非ず、実質的意味に於ける立法領域の全てが立憲的立法府に委ねられ」るのであり、「『自由及び財産』の定式は実質的意味における法律概念を限定する

5) Jesch, aaO., S.21f. Vgl. auch Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., Nachwort (Gesetzesbegriff und Gesetzesvorbehalt), 1981, S. 378.

6) ここには当時の控除法による行政の概念規定からの影響が明らかなように思われる。このことについて、参照, Achterberg, aaO., S.14. 18. 23usw.

7) 但し、概念それ自体は、周知のとおり、オットー・マイヤーに由来する (Jesch, aaO., S.30).

8) さしあたって、Böckenförde, aaO., S.382 参照。

に非ずして定義するにあり、一定の法規に非ずして一切の法規を包摂」し、「『自由及び財産に係る法律』は、故に、今日学問用語にいう『実質的意味の法律』、法規範、法規と呼ばれる所の今一の表現にすぎぬ⁹⁾」、となる。このような叙述は、法律の概念規定のための決定的な契機が「法律の留保」定式としての自由・財産条項から得られたただけでなく、それらを同一視したことをも明らかにするのであり、同様の志向は本来ラーバントやG・イエリネクにもみられるところ¹⁰⁾といてよい。とはいえ、「法律の留保」は、そもそも、法律の枠内で本来的に自由なる行政の独自の作用を一定の事項に限って排斥することを意味し、¹¹⁾ 直接に法律を定義するわけではない。しかしながら、「法律の留保」は法律の概念を前提にしつつ立法事項を表示するともいえる¹²⁾ とすれば、以下においても考慮されることになる。

その三として、概念法学的方法を挙げることができる。以前トマは、G・マイヤーとラーバント等の中で戦わされた（実質的）法律の「一般性」をめぐる争いを顧みて、問題がそこでは「まさしく概念法学によって (begriffsjuristisch) 扱われ」と批判し、「主たる問題は今や明らかなことに〔法律の形式の——引用者〕個別行為 (Individualakte) の概念整理のそれではなく、「憲法が、『法規』の留保をもって、直接且つ即座に……国王の個別命令権 (Einzelanordnungsgewalt) を領邦議会の同意（または法律の授權）で拘束せんと

9) Gerhart Anschütz, Art., „Gesetz“, in : Stengel=Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd.2, 2. Aufl., 1913, S.212ff. (214).

10) この点をシュタルクはつぎのように述べる。すなわち、立憲的立法と政府の命令・処分との画定の問題は、G・イエリネクのいう形式的小よび実質的法律の区別によってではなく、第一次的には政治的理由に基づいた。そのため、「実質的法律の概念からは予めそれに入れられている以上のものが取り出されえなかった。その概念は法律の一般留保 (allgemeiner Gesetzesvorbehalt) の第二の表現以上でなかった」のであり、「……実質的意味の法律概念は、侵害もしくは枠条項をもって画された法律の一般留保 (allgemeiner Gesetzesvorbehalt) を定義するために用いられた。」と。Starck, aaO., S. 88f. なお、一般に、自由・財産権規定をもって法律の定義となすことが誤解に負っていることについて、Jesch, aaO., S.111f. ; Böckenförde, aaO., S.75f. ; Huber, aaO., S.163f. ; Starck, aaO., S.77ff. など参照。

11) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1924(1969), S.69f.

12) Vgl. Starck, aaO., S.16.

欲したか否か」にあって、「『概念的に』演繹できるのではない¹³⁾」,と述べた。ここにおいて、トマは、O・マイヤーに従い、法規と「法律の留保」とを概念的に区別するとともに、法規範たる法規の発布を法律の形式に留保しながら、まさにそのことが処分 (Verfügungen) とはいかなる関係にあるべきか、をより実質的に思料するのである。¹⁴⁾ が、今はそれを措き、かかる実質的な考慮の欠如が根本において概念法学的方法に起因することの指摘に、むしろ注目し、そうしてこのような意味において、法律の「一般性」に実際の法的意義をあらしめた概念法学的基盤の存在に触れておきたい。

2 後期立憲主義国法学における論議

(1) 後期立憲主義国法学にあって法律の「一般性」に固執したものとして、とりわけG・マイヤーを挙げねばならない。マイヤーによれば¹⁵⁾ 形式的小よび実質的法律の区別の実際的・法的意義は国家機関の権限を画定することであり、国家作用はその実質において一般的・抽象的な規定 (=法規) の発布としての立法と、個別的・具体的な事項を規律する広義の行政 (司法および狭義の行政) に分れる。このように、「一般的規範 (Regel) を含むということは法規の本質、従って、実質的意味に於ける法律の本質に帰属」するが、このさい「一般的」とは、法律が「唯一の又は個々に特定せられたる若干の要件事実に係るのみに非ざる」ことの意味に解される。そして、個々に特定される要件事実にかかわる限り、形式において法律である法拘束的規律もその実質においては処分 (Verfügung) であって、原則的に行政権限に帰属する。他方、一般的規定のなかでも「市民の法状態 (Rechtszustand) に係る」もののみが法律形式に留保される。かくて、法規の「習俗的」制限が受容され、

13) Richard Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, in : Festgabe für Otto Mayer, 1916(1974), S.167ff. (179f.)

14) Vgl. ebenda, S.181. ; dens., Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit, in : HdbchStR II, 1932, S.227.

15) Georg Meyer, aaO., S.15. 25ff. ; Georg Meyer=Gerhard Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., 1905, S.25f. 551ff. 560ff. 参照。

しかしその場合でも、「法律の留保」をもって実質的法律（＝法規）が規定されるのではなく、実質的国家作用の理論を用いて留保の問題が解決されるのである¹⁶⁾したがって、このゆえにも、立法権限は何故原則として一般的規律をなしうるのみか、重ねて問題にされねばならない。

このような見解に対し、ラーバント、G・イエリネク等の通説的見解¹⁷⁾は、法規の概念要素としての「一般性」に否定的である。つまり、かかる見解をはじめて明確にした¹⁸⁾ラーバントによれば、法規の定立ということは実質的意味での法律の概念に属し、ただ「この法規が多くの又は数の定まらぬ事案のみに適用ありう」べきはこれに属するに非ず、となる。彼においても、実質的法律は確かに一般的法規を含むのを通例とする。しかしながら、「このことは法律概念の *Naturale* にこそすぎず、*Essentiale* には非ず。ただ一要件事実にのみ適用があり又は一法律関係のみを規律する法規を定立するは、法律の概念に合致するるのである¹⁹⁾。それゆえ、彼は、現に「特定クラスの人又は狭く限定せられた領域のみに適用がある無数の法律が存し、加之、一具体の法律関係を法律で規律するにいかなる概念上の障害も蔽に存せずして、これただ一事案にのみ適用あり²⁰⁾」とした。かくして、ラーバントは、法律の実質的な概念を定めるにさいして、拠るべき基準を他に求め、「一般性」の標識を抛擲したのである。

(ロ) 以上のような対立的議論に関連して、ここでは、法律の「一般性」の問題に限って、二・三のことを指摘する。

まずその一は、法律の「一般性」ということの意味ないし内容についてで

16) Vgl. Starck, aaO., S.91.

17) 後期立憲主義国法学において法規の意味での法律の「一般性」を否定するのが通説であったことについて、さしあたり参照, Hermann Heller, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, in : VVDStRL Heft4, 1928, S.98ff. (107).

18) Huber, aaO., S.161.

19) Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 2, 5. Aufl., 1911(1964), S.2.

20) Laband, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde*, 1871, S.3. (但し, Joseph Bückler, *Die Zulässigkeit von Individualgesetzen nach dem Grundgesetz*, 1965, S.9 による)。

ある。しかし、それが多義的にして一義的確定を困難としていることは、多くの指摘するところである²¹⁾とはいえ、それにもかかわらず、ラーバントが概念要素としては否認した「一般性」は、法律が「多くの」・「数の定まらぬ」事案に適用されることを指し、別に、「特定クラスの」人、「狭く限定せられた」領域または「一具体の」法律関係のみを規律しないことの意味であり、またG・マイヤーが、法律が「ただ一つの」、「個々の的に特定せられた」若干の要件事実にかかわるのではなく、「ある数の『予知せられぬ事案』」にかかわることを理解することに鑑みれば、これらの間に一応の諒解を認めることができる。すなわち、そのような「一般性」を公約数的に表わせば、法律によって規律されうる事案(Fälle)または受範者(Adressaten)が数量的に特定されえないことであって、必ずしも常にすべての人(=すべての国民)に適用されねばならないのではない。換言すれば、法律が少なくともある範囲の不特定数の事案または受範者すべてに等しく適用されうることであり、通常にいう法律の一般的通用力もしくは一般的拘束力と同義とみてよい²²⁾。

その二は、「一般性」を肯定し、あるいは否認する論拠についてである。この点では、一般的規律としての法律に立法作用に対する限定機能を与えるG・マイヤーが、まず注目されてよい。しかし、彼はそれまでの諸文献を引き合いに出すほかには格別の論拠に欠ける。しかも、典拠とされた諸文献と

21) さしあたり、Jesch, aaO., S.13f.; Bückner, aaO., S.22ff.

22) なお、「一般性」と同じように法律の「抽象性」も不明確な概念である。この点ラーバントは、「立法の本質は……抽象的な法規の定立にあり」として、具体的な法規定立作用としての司法との差異を指摘する。彼がここにおいて説こうとしたのは、立法が「責任を伴わない」・「自由な意思決定に基づく」・「法秩序それ自体に対しても自由な」作用である、ということである(Laband, Das Staatsrecht ……, S.176ff.)。したがって、この場合の「抽象性」は、「法定立は『あらゆる関係において諸事実を随意に(frei)処理する』」(Bückner, aaO., S.10f) ことの意味に解されるが、そのことはまた、「一般性」の否定という彼の立場に相応しいように思われる(なお、G・イエリネクも立法は「抽象的な」法規範を定立するという。Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1928(1976), S.610)。他方、「抽象性」を法律の抽象的成文の意味に用いることがある。このような見解に対してフーバーは、「抽象性は法律の一般性(Generalität)の必然の標識ではあるが、決して十分なそれではない」とし、「抽象的でない法律は一般的(generell)でありえず、しかし、抽象的である法律が一般的(generell)でならなければならないのでもない。」(Huber, aaO., S.167)という。これらのことから明らかなことは、「一般性」と「抽象性」

彼の所説とのレベルのちがいに批判の余地がある²³⁾ 他方、ラーバントもまたその否定的論拠を詳細にしたわけではない。彼は、「ただ一度のみ具体的となりうる単個の要件事実」について法規の定立を要請する、「格別の異例の事情²⁴⁾」を挙げることにより、法規の「一般性」を否定したにすぎないのである。とはいえ、それは、ラーバントの考えを基本的に追認し²⁵⁾ 「生活諸関係の恒常性」(Constanz) から法規の「一般性」を説く G・イエリネクによれば、つぎのようにいえる。すなわち、多くの法規が示す一般性は、人間社会で形成される類型的諸関係にみられる恒常的性格に由来する。しかしながら、現実の社会秩序にあっては、未だそのような類型性に欠ける個別的な生活関係も存在する。そこで、かかる個別的諸関係を一様に既存の一般的規範に押し遣るのではなく、むしろ既存の枠を廃棄し、新たな枠が設けられねばならない。しかして、これらの行為は法定立行為としてのみ可能である²⁶⁾ と。こうして、通説的見解における否定的論拠は法律の「一般性」を、原理的ないし価値的要請から無関係に、一定の社会的事実の所産として理解することとなる。そのことはまた、実際の社会的強制の下では「一般性」の要請が放棄されねばならないことを意味する。かくして、このようなことから、端的に、「個別命令 (Individualgeboten) のみから成る法秩序を有する国家」もまた法をもつ国家として甘受された²⁷⁾ のである。

との間には何らかのかかわりがあり、しかし截然とは区別しかねるということで、以下においては両者をあえて区別しないでおく。なお参照、清宮四郎・「行政行為における一般性」(『国家作用の理論』・1968年) 109頁。

23) たとえばトマによれば、法律を一般的な規範とし個別命令 (Individualanordnung) に法律の名称を拒んだ古い著作者たちが、「こうして、立法府には法律形式の個別行為 (Individualakten) を発することが許されない、と主張せんとしたか否か」、は「疑わしく、また、こうした一般性においては確かに誤っている」、となる。Richard Thoma, Die Funktionen der Staatsgewalt, in : HdbchStR II, 1932, S.148 Anm. 94. 同じように、Starck, aaO., S.91.

24) Laband, Das Staatsrecht ……S.3.

25) すなわち、「……法規は多数の場合一般的規範を含むとせば、一般性の契機はたかだか実質の意味における法律の Naturale ではあるが、決してその Essential には非ず。」 Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887(1964), S.239.

26) Ebenda, S.238ff.

27) Ebenda, S.238.

結局、通説的見解が法律の「一般性」原理を否定するのに、なお、以下のような事情も顧慮されてよい。それは行政の法律による拘束の強化、殊に行政による個別的侵害行為と「法律の留保」にかかわる問題²⁸⁾ といつてよい。つまり、立憲君主制憲法の当初は、法定立の領域における国民代表の関与をもって立憲的要請を充しながら、個別行為の領域にあつては伝統的・前立憲的君主および行政権限を温存せしめる傾向にあつたため、その結果、留保条項は一先ず法定立領域においての権限分配を規律するものとして観念されることになった。したがって、G・マイヤーは、領邦君主の個別処分権は法律（＝一般的法律）の留保には直接かかわりをもたない、という見解を容れることができた²⁹⁾ 一方通説的見解の側では、法定立の領域における国民代表の関与という立憲的要請を個別行為にも波及することが主張され、法定立領域での留保の思想を個別的侵害行為の領域にも拡張することが志向されるようになった³⁰⁾ ここにおいて、権利・自由を侵害する個別行為について法律の根拠・授權が求められるようになるのであれば、マイヤーのような議論をそのままの形で維持することは適切を欠くと考えられるようになった、ということができる。

3 ヴァイマル期公法学における論議

(イ) 既述のように、後期立憲主義国法学においては法律の「一般性」を否定する見解が通説的であつたが、以下にとりあげるヴァイマル期の有力な公法学説においては再び異なる状況を垣間見ることになる。

ところで、この期における法律概念に関する議論の特徴の一つに、後期立憲主義国法学以来の伝統的な法律二元論がその内実において次第に色褪せて

28) この問題について、参照、Jesch, aaO., S.156ff.

29) Thoma, Der Vorbehalt ……S.181. による。なお、田上教授は、「マイヤーの所説の重点も実にもここに存し、君主の個別的処分権は法律の留保に直接抵触せざるものとするにある。」とされる。田上稔治・「憲法に於ける法律の意義」(『法律による行政』・1942年) 10頁。

30) Vgl. G. Jellinek, aaO., S.255ff.

いったことがある³¹⁾。それは一つに、国民主権原理に基づき国家権力を国民のうえに一元的に基礎づける共和制憲法の要請 (Art. 1 Abs. II. W. R. V.) に由来し³²⁾、他の一つは、法律概念にとって権利付与行為を侵害行為同様に重要たらしめるヴァイマルの社会的・経済的な状況に由来する³³⁾。ただ、いずれにしても、そうしたことが法律概念に関する議論を多様なものとし³⁴⁾、また当面の「一般性」の問題に対してもいくばくかの影響を与えることが予想される。というのは、後期立憲主義国法学と結びついた法律概念の問題は、確かに、法規性を伴う法律とそれを伴わない法律との区別の可能性と並んで「一般性」の概念が法規の本質要素をなしうるか否かをめぐって争われた³⁵⁾からでもある³⁶⁾。

(ロ) さて、ここにおいてまず第一に注目されるのは、法律の「一般性」が肯定的に説かれていることである。

すなわち、法律概念の統一的把握において伝統的見解と明らかに異なる³⁷⁾。O・マイヤーは、「法規とは、一般的な標識によって指示された要件事実が充足されるすべての人に対し、何が法 (Rechtens) たるべきかを定めるもの」であって、この法規を宣言することは「今や議会のみによって発せられる法律

31) さしあたって、Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. VI, Die Weimarer Reichsverfassung, 1981, S.404 参照。

32) もっとも、同じヴァイマル憲法がその22条、41条でライヒ議会とライヒ大統領の国民による直接の選出を規定したところから、以前に比べ緩やかな、しかし新たな二元主義が生じ、それが二重法律概念の維持にとって決定的役割を果しえたことも指摘される。Vgl. Starck, aaO., S.94.

33) E. R. Huber, aaO., S.404f.

34) ヴァイマル期の法律概念の議論については、堀内健志・「国家諸機能・法規・法律・命令・法律の留保——ワイマール期学説の諸傾向(一)——」(盛岡短大研究報告23号) 19頁以下参照。

35) Vgl. Karl Zeidler, *Maßnahmegesetz und klassisches Gesetz*, 1961, S.78f.

36) 因みに、今日の西ドイツにおいて一般的・抽象的法規としての法律が有力に説かれ、そのさい、法規が内容的に空にされていることについて、Norbert Achterberg, *Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz*, in: DÖV. 1973, S.289ff. (291).

37) 参照、Böckenförde, aaO., S.322.; Starck, aaO., S.92; 塩野宏・『オットー・マイヤー行政法学の構造』(1962年) 113頁註(3)。

固有の力」である³⁸⁾という。したがって、法規としての一般的規律にはなお双面的効力が伴わなければならないとしても³⁹⁾法規の内容に「一般性」が要請されるのは否定できない。また、ヴァイマルにおける伝統的見解の確定者⁴⁰⁾とされるトマは、内容と形式に基づいて法律概念を分割する。しかしそのさい、実質的法律(=法規)の一般性(・抽象性)を説き、それは市民の自由・財産にかかわる一般的な規範のみであって、「ある一定の要件事実にかんがる法規範(規範)が適用されるべきかを、抽象的に(それゆえ一般的かつ当分の間 *bis auf weiteres*) 定め」なければならない⁴¹⁾という。更にW・イエリネクによれば、「法規は受範者の抽象的な一般性によりその他の国家的表示 (*staatlichen Äußerungen*) から区別される。それは、つまり、かかわりあるすべてのものに適用され、特定の個人にのみ、また国家およびその機関のみに適用されるのではない⁴²⁾」ということになる。

これらの例から明らかになるのは、法規ないしはそれと同一の意味での実質的法律が「一般性」を内容にもつ、ということである。他方、「一般性」の下で何が解されるべきか、はこれらにおいても必ずしも一義的であるわけではない。しかしながら、トマは措くとしても⁴³⁾ O・マイヤーやW・イエリネクの見解をもって既述の意味における法律の一般的通用力を理解することには、恐らく異論もなからう。

第二に、法律の「一般性」を要請することの根拠についてである。

O・マイヤーは、直接にそれ自体として述べたわけではないが、「法規は効力及び本質からして自ずと常に不変 (*gleichbleiben*) であ」とし、つぎのよ

38) O. Mayer, aaO., S.66.

39) というのは、マイヤーの場合、公権力と臣民の関係について法規を内容とする行政命令(=法命令)のほか、法規たる性格をもたないがそれでもなお「一種の一般的な規程」(=行政規則)が存するからである (*ebenda*, S.84)。

40) Starck, aaO., S.95.

41) Thoma, Die Funktionen ……., S.124f.

42) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931(1966), S.117 (auch S.4.6. 120usw.)

43) トマのいう「一般性」が、法の具体化過程における、個別性に対する論理的優越を意味することについて、田上・前掲書10—11頁参照。なお、トマへの段階説の影響につき、Achterberg, Probleme ……., S.40.

うにつづける。法規においては、臣民に対する公権力の形式の正義 (formale Gerechtigkeit) が現われる。法規はすべてのものが平等に存する一般的服従の関係に基づき直ちに拘束力を生じ、その効果は予め一般的に規定された標識に結びつく⁴⁴⁾と。それゆえ、マイヤーは、当初からその効果を特定の一要件事実に限る法規は、何が法秩序たるべきかを語らないとし、G・イエリネクやアンシュッツのいう個別命令 (Individualgebote) のみから成る国家を、法秩序なきものとみなしたのである⁴⁵⁾ともかくも、彼はこうして法規の「一般性」の背後により原理的・価値的なものを予期させることになる。そして、あるいはそれを明らかにするのがフライナーのように思われる。彼によれば、立憲国家における「法律による行政」原理は、法律が一般的な規定すなわち個別事案の規律において行政の恣意を排除する一般的通用力をもった (allgemeingültig) 法規の定立、という観念を前提とする。そして、そのような法治国的法律概念にはすべての市民に平等な法の要請が結びつき、立法は一般的通用力をもった (allgemeingültig) 規範の定立により法の平等 (Rechtsgleichheit) を実現することができる。したがって、「法の平等 (Rechtsgleichheit) は抽象的・一般的規律によってのみ保障される⁴⁶⁾」ことになる。

上のように、法律に「一般性」を要請する論者のなかには法治国原理一般にその根拠を見い出し、より具体的に「法の平等」要請を引き合いに出すものがある。しかしながら、平等原則に依拠することについては、既に「一般性」を認めないG・イエリネク⁴⁷⁾によってのみならず、それを首肯する論者からも異議が唱えられる。このような論者によれば、立法者を拘束することが仮定される平等原則でさえ事物に即しない (unsachgemäß) 区別を禁止す

44) O. Mayer, aaO., S.74.

45) Ebenda, S.74 Anm. 1.

46) Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.130. 134f. なお、フライナーの平等原則理解およびそれとC・シュミットとの類似性については、柳瀬良幹・「平等の原則に就て」(『行政法の基礎理論』・1967年) 133頁, 136頁以下参照。

47) G. Jellinek, aaO., S.239.

るにすぎず、他方、個別法律 (Einzelgesetz) はよく事物に適合し (sachgemäß) 恣意の吟味にも耐えうる⁴⁸⁾ となる。それゆえ、ここでは平等の把握における差異が決定的なちがいとなって現われる。ただ、それとの関連において、以下のことが軽視されてはならない、と思われる。すなわち、論者の指摘によれば⁴⁹⁾ 一般に基本権はヴァイマルに至り立法に対する旧来のプログラム・指針としての性格を払拭し、立法をも拘束する直接に適用される法へと変質された。殊に平等原則にあっては、二十年代半ば、行政府のみならず立法府をも拘束することが認められ、あらゆる実質的な法の不平等の禁止を含むとされた。法秩序は等しい事実を等しく取扱うこととなり、立法府による個々の身分・階級もしくは個人への授益はこの原則の違背をもたらすことになった。このような、それまでの通説的見解⁵⁰⁾ に比べれば顕著な変遷は、根本において、基本権が一元的国民主権原理の下にかつての君主に代わる国民統合機能を獲得したことに起因し、これまで基本権による行政権の制約が主に論ぜられたのに対し、今や立法権による基本権の確保・平等の実現が問題とされた⁵¹⁾ ことを意味する。かくして、基本権なかでも平等権規定に立法権の制約原理としての重要性が与えられ、そのことが一般的通用力の意味における法律の「一般性」を要請する側面をもつことになった。しかしながら、これに対する既述のような実質的平等の立場からの批判は、既にそうした論拠における形式合理主義⁵²⁾ の問題性を明らかにするものであるということができる。

第三は立法権限にかかわることであり、具体的には、かつてのG・マイヤー

48) W. Jellinek, aaO., S.9. 同じように、Thoma, Die Funktionen……, S.151.

49) Willibalt Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, 2. Aufl., 1964, 297ff. 301ff (304). なお参照, 柳瀬・前掲書63頁以下。

50) アンシュッツが著わしたヴァイマル憲法の代表的註釈書によれば、109条1項の「法の前の平等」規定は法適用機関のみに向けられており、法律の内容については何らの指図もせず、それゆえ、立法権の不公正・不平等・恣意的な行使を禁ぜず、「総じて、それは立法者にとっての規範では決してない。」のである。Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs von 11. August 1919, 14. Aufl., 1933(1968), S.522ff.

51) 田上・前掲書123頁。

52) 前註書137頁参照。

のように、法律の「一般性」が立法領域からの個別行為排除の原則を帰結することになるのか否か、ということである。

ところで、このような問題は主として法規、実質的法律および「法律の留保」の等置ならびに概念法学的手法に関連すると思われることについては既に述べたが、この点で法規と「法律の留保」とを区別するO・マイヤーは、臣民の自由・財産を適法に侵害しうるという「法規の本質に置き換えられた力 (Fähigkeit) は……真実この法規にではなく、それ自体必然に法規であるわけではない合憲的 (verfassungsmässig) 法律の留保に帰属する⁵³⁾」という。したがって、一般的法規から区別されるべき (合憲的) 「法律は、留保された領域においても個別事案 (Einzelfall) について随意に規定できねばならず、ただ法律がここにあって一般的規範 (=法規) を含むべきことはその本質からみて望ましいにはちがいない⁵⁴⁾」それゆえ、一見G・マイヤーに一致するO・マイヤーは、実質において、むしろラーバントやG・イエリネクの見解に近似する⁵⁵⁾ つぎに、個別法律 (Einzelgesetz) の憲法適合性をはじめて明確に提起するW・イエリネクの見解である。彼の所説は、同時に一般的法規定立としての立法を説くがゆえに、いつそう注目することができる。彼によれば、法律の一般性にかかわるもっとも緊要な課題は、立法者が厳に特定される一個人の権利および義務を法律をもって規律しうるか否かにある。もっとも、授益的法律が問題とすれば、それはいかなる疑念も生じないとし、侵益的個別法律について述べる。問題の解決は権力分立原理や平等原則によってもたらされるわけではない。唯一決定的なことは、基本権侵害法律を容認した憲法が「法律」をどう理解するかであり、それについては三つの可能性が考えられる。「法律」をもって議会の発する法規に限る狭義説は市民に

53) O. Mayer, in : AÖR Bd. 17 (1902), S.467ff. (468f.). Vgl. auch dens., Deutsches Verwaltungsrecht, S. 73 Anm. 20.

54) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S.73.

55) というのは、ラーバント等の実質的法律の概念によって表わされるところはO・マイヤーにおいては「法律の留保」下に入り、この場合の「法律」は一般的規範である必要はなく、またラーバント等の実質的法律は一般的でなければならないのではなく、通常一般的であるにすぎないから。このことについて、Starck, aaO., S.93.

とつてもっとも有益な解釈である。逆に、法規のみならず法律形式の個別侵害行為も「法律」とみなす広義説はもっとも不利に働くことになる。にもかかわらず、人は後者を容認すべきである。なぜならば、憲法は「法律」をもって法規に解する根拠に欠け、かえって「法律」の成立様式を規定することによって、形式的法律概念を知るからである。⁵⁶⁾ イェリネクはこうしてO・マイヤーと同様の「法律の留保」理解に立って、侵益をも含む個別(=非一般的)法律の憲法適合性の原則を明らかにした。

(イ) 以上、ヴァイマル期の若干の有力な公法学説において一般的法規範としての法律(法規)が説かれ、その論拠の一端に法治国原理や平等原則が見出されること、更に、それにもかかわらず、侵益を含む非一般的=個別法律すら直ちに違憲の法律とみなされたのではないことを中心にみてきた。ここでは、今一人C・シュミットをとりあげる。ヴァイマル憲法の下で法律の「一般性」をもっとも強く主張したのがシュミットその人だからであり、その所説がフォルストホフの「措置法」に及ぼした影響は無視できないからでもある。一先ず、シュミットは大略つぎのように述べる。⁵⁷⁾

人間支配を拒絶し「法律国家」たらんとする「法治国」では、立法者もまた自らの法律に拘束されねばならない。この拘束は、法律が「正しさ、合理性、正義等の一定の属性」をもった規範である場合にのみ、可能である。とはいえ、それらの属性は自然法の衰微につれて失われて行くことになった。しかし、それにもかかわらず、「法治国そのものが消滅することなしには、ひとつの属性だけは放棄されえない。それはつまり、法規範の一般的という性格であり、そこに「市民的法治国一般の思想的基礎の最後の残存物がある。」「一般的な、予め定立され、すべての人々を拘束し、例外なくかつ原則としてすべての時期に妥当する法律」と場合に依じて特別の具体的な諸関係を考慮して発せられる個別命令との区別は、すべて法治

56) W. Jellinek, aaO., S.9f.

57) シュミットについては、Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928(1970), S.138ff. 157ff.

(本文での引用は尾吹善人訳・『憲法理論』(1972年)からのものである)を主に、その他拙稿・阪大法学115号56—57頁部分を利用した。

国的諸原理の出発点をなすものである。権力分立原理、一般的法律とその個別的適用の区別に基づく法治国的保護の体系、連邦国家的憲法体系、自由や平等の概念、その他一切の法治国的保障は、法律を一般的規範の意味に解してはじめて機能する。したがって、法律の前の平等は「法律の法治国的概念に内在的」であり、「平等は、少なくとも複数の事件に関連をもちうる場合、すなわち、一般的な規律が行なわれる場合にのみ、可能である。」同様に、原理的に無限的な個人自由と原理的に限定的な国家権能という「法治国的配分原理」に対応する「法律の留保」は、「基本権として保障された自由の制限は、もっぱら、法律、すなわち一般的規範の根拠に基づき、法律適用の行為により、これを行なうことができる」と規定されねばならない。なぜならば、無限定な個人自由の侵害は「例外として、しかも予見可能な・前提と内容の点で、可測的でコントロール可能な例外」として、「法律の根拠に基づいてのみ許され、この場合、法律とは、一般的な規範」の意味に解されなければならないからである。

さて、法律の「一般性」はここにおいてもその一般的通用力を意味する。すなわち、「一般的な、予め定立され、すべての人々を拘束し、例外なくかつ原則としてすべての時期に妥当する」法律のみが、法治国における法律の一般的という性格を充すのである。ところで、シュミットの場合、立法手続は原則としてかかる一般的規範としての法律についてのみ問題となる⁵⁸⁾とすれば、非一般的法律の発布は原則として立法権限を越え、憲法によって排斥されることになるだろうか。いかにも、「一般性」についての彼の根拠は多く権力分立原理に帰着し⁵⁹⁾またその法治国体系にとりもつとも肝心なことは「議会の過重を均らす」ことにある⁶⁰⁾ゆえに、非一般的法律は立法領域を逸脱し、憲法の禁止に抵触することになる。ところが、「措置」の概念はシュミットをこの一貫した帰結から回避させる。よくよく、彼の立法国家体系においては、

58) Ebenda, S.146.

59) Vgl. Starck, aaO., S.137.

60) シュミットによれば、「今日の法治国家において、この体系についてもっとも大事なことは、立法府すなわち議会の過重を均らすことである。」(尾吹・前掲訳書243頁から)。

非常の行動を授權される機関の措置は法律の効力をもたないまでも違法ではない⁶¹⁾ その「内容、手続および効果が事物の状況に応じて場合ごとに定まる⁶²⁾」措置は、「政治的法律⁶³⁾」である。しかして、「政治的法律概念」は法治国的法律概念(=一般的規範)に並ぶ憲法のあと一つの構成要素であるだけでなく、現実においてはより強力である⁶⁴⁾にちがいない。かくして、シュミットにおいてすら「一般性」に欠ける法律の憲法違反は帰結できないのである。とすれば、むしろ法律は何故一般的でなければならないのであろうか。その理由の多くは権力分立の伝統に委ねられる。しかし、ここでは、「一般的なものと個別的なものとのあの合理主義的区別に立脚」し、「一般的なもの自体に直ちにいつそう高い価値を認める⁶⁵⁾」その法治国観が、むしろ、問題にされるべきである⁶⁶⁾ 彼にとって、法治国は「法律の支配」に立脚し、個人に対し原理的に無限定な個人主義的基本権(=自由権)を前国家的・超国家的権利として保障し、国家権能は原理的に限定されたとする配分原理に基礎を置く国家⁶⁷⁾を意味する。この配分原理の例外は、前述のように、一般的法律の根拠に基づいて、「予見可能な・前提と内容の点で、可測的でコントロール可能な例外」としてのみ許されるにすぎない。そこで、このような「予見可能」にして「可測性」を備え、もって「コントロールを可能」とする一般的規範を要請する、彼の法治国なる根拠は、一般的規範のみが照応するとされる平等の根拠とともに、それ自体同質的(homonogen)であり、いかなる危機

61) Vgl. Starck, aaO., S.137.

62) Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, in: VVDStRL Heft 1, 1924, S.97.

63) 「政治的法律概念」については、尾吹・前掲訳書183頁以下。

64) すなわち、法治国の理想は一切の国家行為を余すところなく規範によって把握することにあるが、実際の現実においては補遺的な主権行為が生じ、そのことは「法治国的法律概念に対して政治的法律概念がより強いことを実証する」(尾吹・前掲訳書187頁から)。

65) カール・シュミット・『現代議会主義の精神史的地位』(稲葉素之訳・1972年) 57頁。

66) というのは、権力分立は「一切の国家権能の可測性とコントロール可能性を保障する」組織原理の意味で、近代市民憲法の「法治国の構成部分」をなすものであるから。(尾吹・前掲訳書227頁から。)

67) 尾吹・前掲訳書218頁参照。

も非常の事態も知らない、自立的な諸個人のみから構成される小所有 (Kleineigentum) の社会秩序に適合的であって⁶⁸⁾ 形式合理主義と自由主義思想に属するものである、といてよい。

既述のように、一九世紀後半の後期立憲主義国法学に定着した二重法律概念理論は、通説的見解にあつては、法律の本質を法規によって定める一方、法規の標識を「一般性」以外のところに求めたため、法律の「一般性」に関する議論には争われたほどの深化がみられない。しかしながら、とりわけヴァイマルにおける若干の有力な公法学説は、あるいは二重法律概念理論とは異なる立場から、「一般性」を法律に本質的な要素とみなすようになった。このような変遷は、基本的に、二重法律概念理論が第一次的に立法と行政との既存の権限を画定することを目的としつつ、「法律の留保」との等置の下で基本権規定を通じて行政の制約に向けられたのに対し、法律の「一般性」原理が改めて注目されたのは、基本権規定が国民統合機能を獲得し、立法者もまたその規範性から逃れえなくなったことによる。換言すれば、「全て国家的生活の対象にて、否、思想にて法律の内容とされ得ないものは決して存在するに非ず⁶⁹⁾」とする立法者全能の観念が、「法治国」思想の深化に伴って見直されるに至ったといえる。したがって、実質的法律概念の本来の機能が権限領域の画定にあつた一方、一般的規範としての法治国の意味における法律の概念は、法律概念を法治国的諸原則に一致させるため、立法者に一定の制約を課すことを目的とする、という指摘がなされる⁷⁰⁾。しかしながら、後者においても、「一般性」を欠いた立法府の所産が、基本権を侵すそれをも含め、憲法の下から直ちに排除されたのではないことにも注意すべきであろう。

ひるがえって、そもそも、法律の「一般性」に関しては明確な観念が欠け

68) Vgl. Starck, aaO., S.141. なお、シュミットが「市民的法治国における基本権」(=「真正の基本権」)として憲法上の諸権利のうちの「自由権」に狭く限定していることについては、尾吹・前掲訳書203頁以下参照。

69) Laband, aaO., S.63.

70) Jesch, aaO., S.24ff.

と思われる。したがって、立法者拘束原理としての法律の「一般性」は、その構造上、具体の法律についての一義的法的评价を可能とするのか否かが問題となる。そこで、以下において、法律の「一般性」原理の意味を探ることによって、こうしたことについて考えることとする。

二 法律の「一般性」——その形式面と実質面

1 「allgemeines Gesetz」の理念史的分析——K・フーバーの所説にみる

(i) 法律の「一般性」原理は、理念的には、二つの側面を区別することができる。このような想定は既述のところから暗に示されるばかりでなく、以下にみるフーバーの分析もそれを明らかにしようが、ここでは一先ず、近代ドイツにおいて法律の「一般性」を基礎づけることになったカントについて、つぎのように指摘されることに注目しよう。

カントは法律の一般性についての理論的前提（自然法論）と実践的前提（公衆の理性的論議）とを結合せんとして、始源的な自然状態において想定された All-Gemeinheit としての一般性（一般意思）への自発的服従という構成によって、法律の Allgemein-Gültigkeit を論証するとともに、「法律の一般的通用力からその内容的真理性（一般意思）を導き出すという、逆の関係をも念頭に置いた。「ここでは、一般的混乱の社会としての市民社会が一般的通用力をもつ法律を必要とし、この一般的通用力の意味における一般性が、……すべての個人にとっての共通性、すなわち真理性の意味における法律の一般性を基礎づけることになる。!」

この「二重の意味における法律の一般性の概念」が、果して、またいかにして現実社会においてその妥当性を確保することになるのか否か、興味のあるところであるが、以下に関連してとりあえず、「一般性」概念についての前提を設けるにとどめる。すなわち、うえの、しかもこれまで念頭に置いてき

1) 村上淳一・「法律の『一般性』について——近代法律概念の成立と変質——」（鈴木禄弥他編・『概観ドイツ法』・1971年）106頁。

た法律の「一般的通用力」の意味における「一般性」を、後述のように、それが法律の形式構造の問題にかかわるがゆえに、形式的な一般性と呼ぶとすれば、同じく叙上の「内容的真理性（一般意思）」に対応するとき意味の「一般性」は実質的一般性と呼ばれる、ということである²⁾

(ロ) さて、はじめに、上のような二つの一般性の概念がどのようなかわりをもって展開してきたのか、をフーバーの理念史的な分析に従って考えることとする。自らによって基本法19条1項の「思想的」(geistgeschichtlich) 解釈と呼ばれる「allgemeines Gesetz」に関する分析は、基本法の解釈を離れての問題にとっても参考になりうる、と思われるからである。それは近代以降、すなわちカント、カント後の観念論、とくにヘーゲル、および実証主義国法学において「allgemeines Gesetz」の下に何が理解されたか、を理念的に叙述するものであって、要旨つぎのとおりである³⁾

人間の即時的自由をその出発点にもち、この自由に普遍法則 (allgemeines Gesetz——以下同じ) を認める観念論哲学の法則論 (Gesetzeslehre) は、更に、その法則が理性の法則にしてすべてに平等のそれであり、人間自由の究極目的であるところから、それを「普遍的」 (allgemein) と呼ぶことでも一致した。しかしながら、他方で、このような普遍法則がいかにして社会において現実のものとなるか、をめぐって争いが存し続けた。すなわち、他律的・強制的でありえない普遍法則が諸個人の自発的必然としてのみ現実性を獲得し、同時にすべてに現に平等なものとなるには、そ

2) 以下でとりあげるフーバーは、本文のような区別を「Generalität」と「Allgemeinheit」との使い分けによって試みる。同じように、Christian Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970, S.201ff.。しかし、このような使い分けが一般的であるわけでは決してない。なお、F・クラインは、法律の適用のみを問題とする *allgemein geltend* 法律と内容のみを問題とする *allgemein* 法律の区別を行なったが、そのさい彼は二つを全く異なる概念とするのみならず、*allgemein geltend* 法律を新たな概念と特徴づける点で誤りを犯したが、これを別とすれば、本文の区別は彼の区別にも対応することにもなる。クラインにつき、拙稿・阪大法学120号78頁以下。

3) Konrad Huber, *Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz*, 1963, S.133ff. 因みに、本文要約部分は、§ 21・法治国的観念論における *allgemeines Gesetz* の概念(カント)、§ 22・続(カント以後の観念論)、§ 23・続(ヘーゲル)、§ 24・国法学の法律概念(実証主義の国家学)という構成になっている。

れが同一のもの (dasselbe) としてすべてに妥当することが前提であって、それゆえ、ここでは諸個人の道徳的格率における一致を無条件に保証するメカニズムを欠かしえなかったからである。そうして、この点に関し、人間すべてに共通の論理というルールにその保証を見い出したカントの自然法的解決、およびそれへの批判が、カントと彼以降の観念論を決定的に分ける分岐点をなすのである。ヘーゲルの「方向転換」は、そうした状況下であって、かの争いの最終結着の意味をもった。彼は、倫理的自由とは、国家という共同体の現に行なわれる (geltend) ところとして見い出される法律を引き受ける自律的責任である、とすることで、「平等状態にある各人の格率は同一のもの (dieselbe) である」ことをいっそう確実に保障した。が、その一方、観念論哲学が古典的自然法に背を向ける法律学の土台へと変えられるということをももたらすことになった。

こうして、ヘーゲルに護送されつつ、一九世紀なかごろ、自然法的解決を抛擲し、論理の法則 (das logische Gesetz) に代わる現実のそれ (das wirkliche Gesetz) に普遍法則をみる実証主義が形成される。普遍法則という観念論的概念は、ここにおいて、ヘーゲルがかつてそれに与えたところの尖鋭化を再び体験することになった。つまりそれは、すべて法には人間の自然的自由が先在し、法それ自身は自由の保証のみならず自由の姿態・あらわれであって、この法の外にはいかなる自由も存在しえず、また、公共体における自由の唯一のあらわれはそこで現に行なわれる (geltend) 法である、ということである。したがって、法律をもって意思領域の枠づけとみる古典的実証主義の観念は、実定法 (positives Gesetz) は先在的 (vorgegeben) 自由に内在する必然の枠を引く、ということに帰着する。かくして、自由とは国家の法律に採り入れられることでのみ可能である、とする法律実証主義は、実質的な自由は国家公共体の法律を自己の自由の法則 (Gesetz) とすることにおいてはじめて存在する、という命題をもって終焉する。

さて、このように一般的法律 (allgemeines Gesetz) が自由の枠として直接

に自由の実体 (Substanz) になるという展開は、フーバーによれば、倫理的自由の導出における論証の単純化のみならず、なお重大な変化すなわち法律概念の形式化 (Formalisierung) をもたらし、「今やはじめて、国家は、何がその市民の倫理的自由として妥当すべきか、についての処分権を獲得する⁴⁾」ところとなった。

しかし、このような危険に対する枠はそれ自体もまた形式的であった。自由の究極目的・理性法則としての一般的法律 (allgemeines Gesetz) がどこまで平等の法律を意味するか、が依然として不明瞭のままに置かれたからである。むしろ、自由の枠すなわち法律はすべてに同一 (dieselbe) でなければならない。「Das allgemeine sei das generelle Gesetz」の定義は、まさにかかる考慮のための新しい有益な定義と思われた。なぜならば、自由の究極目的・一般理性としての法律がいかなる法学的定義 (juristische Bestimmung) も許さない形而上学的テーゼを意味する一方、一般的な法定立 (generelle Rechtssetzung) としての法律は一義的な法学的 (juristisch) 標識と立法の恣意に対する有効な枠を提供しうる、と考えられたからである。果して、その後の展開のなかでこの定義はかなりの重きを獲得した。しかして、実証主義国法学はそれをめぐって再び分裂することになった。ラーバントの個別法規 (Individualrechtssatz) の学説は、全体の自由と各成員の自由とが実質的に同一 (dieselbe) であるという、実証主義における法律概念の観念論的基礎を覆す意義をもった。それは、一個人のみの自由を制限し伸張する法律がすべての人に向って、自らを彼らの自由における構成要素にすべく要請しうるとは、もはや考えられなかったからである。

(ハ) 「allgemeines Gesetz」概念についてのフーバーの理念史的分析は、なお慎重な取扱いが必要としても⁵⁾、いくつかの点で有益である⁶⁾ととりわけ、一

4) Ebenda, S.160.

5) フーバーの議論に対しては、さしあたって、いわゆる法治国的法律概念でもって法律概念論議を統一的に説明し切ることには異議が唱えられる。この点については、一九世紀を通じて理論においても実務でも統一的な法律概念が形成されたわけではなく、少なくとも一般的法律のみが法治国の意味における法律とはみなされなかった、ということ

般的法律 (allgemeines Gesetz) の概念を二つの側面で捉え、自由の究極目的・理性法則・平等法則の意味で実質的・内容的に、普遍的・一般的通用力ある法律の意味で形式的に観念し、それぞれの展開を一応分明なものとしており、また、一九世紀後半の国法学における論争が形式的な一般性を照準としてのそれであって、既にそこでは実質的な側面が法律の形式構造の問題へと移し変えられていることを明らかにするのであるが、ここでは、形式的な一般性についての確認がより重要である。つまり、形式的な般的法律 (= 法律の形式的な一般性) 概念は国家による市民自由についての処分権獲得という事態に対応する、有益かつ一義的な抑止を目指す法学的志向の所産である、ということである。したがって、それは本来的に立法者の恣意への枠づけと表裏をなし、またその展開過程は普遍法則としての実質的な般的法律 (= 法律の実質的な一般性) 概念の衰微のそれに符号する。後者における観念的・形而上学的性格が立法者の実践的な枠づけと馴染まない、と考えられたからである。それゆえ、立法者に対する枠としての法律の形式的な一般性と法律の実質的な一般性の今日的意味をつぎでとりあげることにする。

2 形式的な一般性と実質的な一般性

(イ) 法律の一般的通用力としての形式的な一般性がそれ自体立法者拘束原理として機能しうるか否かの考慮にあたり、まず、その構造的把握が求められる。そもそも、一般的通用力の下に何が理解されるべきか。およそ国民一般を指向する法律は一般的通用力を持ち、そうして形式的な一般性の要請を充す

説得的に明らかにしたツァイトラーが想起されよう。Karl Zeidler, *Massnahmegesetz und* klassisches *Gesetz*, 1961, S.120ff. (insb. S.134f. 143f.). (参照、拙稿・阪大法学 120号95—96頁) 同様の指摘として、Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S.63f. ; Peter Badura, *Buchbesprechung*, in : *AÖR* Bd. 91 (1966), S.135ff. (138) ; Starck, aaO., S.211. なお、かかる批判は、基本法19条1項1文が法治国的法律概念を採り入れたとしたうえで、それを一般的規範に理解しつつ同条項を解釈することに対して意味をもとう。したがって、法律の「一般性」ということはそもそもいかなることか、というここでの関心にとって直ちに影響するところではない、と思われる。

6) なお序に言えば、シュミット (J. R. Schmidt) の書評 (*DÖV* 1966, S.582ff) はフーバーの分析を高く評価している。

ことになる。問題は、この要請はそのような法律によってのみ充されうるか否かにある。そして、かかる問題について詳細にするのがフォルクマールである。

すなわち、高権行為の「一般性」と「抽象性」の概念を解明せんとする彼の試みは、規律対象としての「受範者」(Adressat)および「事案」(Fall)を概念的に区別し、これら二つの要素が数量的に特定されうるか否か、を基準とする。そうして、その事案および受範者のそれぞれが数量的に特定されない高権行為のことを抽象的・一般的とし、不特定数の受範者にかかわる一事案のみを規律する高権行為を具体的・一般的、その逆の場合を抽象的・個別的と規定し、いずれもが数量的に特定する高権行為をもって具体的・個別的となすにある⁷⁾

ところで、かかる整理は確かに伝統に即したものだといえる⁸⁾一方、かえってそのゆえに、根本の批判がなされうる⁹⁾したがって、ここで留意してよいと思われるのは、むしろ、フォルクマールがその整理の前提として確定するところである。それによれば、一般的—個別的、抽象的—具体的の概念において、「法律の受範者における数量の多少 (große oder geringe Zahl) それ自体が概念・画定にとっての基準として用いることはできない」のであって、「特定された数の人または事案が関係づけられるか、あるいは不特定数の人または事案か、という事情」こそ決定的でなければならない¹⁰⁾ことになる¹¹⁾

7) Vgl. Dieter Volkmar, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, 1962, S.119ff., 258.

8) というのは、「抽象性」は法律によって規律されるべき事案に、「一般性」は人的範囲にかかわるというのが、伝統的用語法とされるからである。Vgl. Maunz, in: Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., 1974, Art. 20. Rd. 94. Anm. 1; Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., 1968, S.13; Ellwein=Görlitz, Parlament und Verwaltung, 1. Teil, 1967, S.143.

9) すなわち、「フォルクマールによって用いられた用語法は、事案も受範者も類(Gattung)か individuell かのいずれかとして表示されうるということを糊塗する。それゆえ、一般的—個別的の段階づけは『事案』についてもいいえなければならない。」Starck, aaO., S.202. Anm. 8.

10) Volkmar, aaO., S.227, 220. ほぼ同様に、Joseph Bückler, Die Zulässigkeit von Individualgesetzen nach dem Grundgesetz, 1965, S.28.

このようなことは、法律が形式的な一般性を充しうるには、それが「すべての人を指向しなければならないのではなく、受範者の範囲を類基準 (Gattungsmerkmalen) に従って定めさえすればよ」く¹²⁾ あるいはそれが「常に一つの類 (eine Gattung), すなわち一種属 (ein genus) のみにかかわり、決して単個のもの (Individuum) にかかわってはならない¹³⁾」ことを意味する。このさい、二つのことが注意されるべきであって、一つは、個々の特定可能な受範者や事案にのみ向けられる類概念の存在¹⁴⁾ が否定できないことである。そこで、このような類概念は「特定された数の事案または受範者についての、より安直な (bequemer) 指称にすぎない」のであって、それを基準とする法律はもはや一般的ではありえない、とする見解が唱えられる¹⁵⁾ ことになる。他の一つは類概念の存在様式に関連することであって、立法者には自ら随意に類基準を形成することが許されるのか、あるいは社会的に所与の類から選択することができるにすぎないのか、というより困難な問題である。ただ、少なくとも、形式的な一般性の要請でもって立法者の拘束を念頭に置く見解にあつては類概念は常に社会的な所与として前提され、その形成および画定は立法者によって随意に処分されてはならないことが、当然のこととし

11) というのは、「いずれの境界から関係者の数の点で、もはや『わずか』 (gering) ではなく、それゆえ当該法律がもはや Einzelpersonengesetz でなく、『一般的に適用される』法律であるのか——5人、10人あるいは50人、はたまた100人までか——の問題は、総じて実質的根拠ある答えに親しまず、全くの恣意で定められうるにすぎないであろう」から。Ebenda, S.227. なお、連邦憲法裁判所の、以上のような裁判例については、Starck, aaO., S.58.

12) Starck, aaO., S.201.

13) Huber, aaO., S.165.

14) シュタルクの一例を挙げておく。

ある法律が弁護士を、その許可が弁護士法の発効以前か以後かによって分け、それらに異なる規律を結びつけるとき、最初のグループはそれ自体完結した特定数の諸個人であるのに対し、第二のグループは数的に予め決まっておらず、また決めることもできない。このように将来に向けて開かれていない類概念は、事案および受範者を数的に特定させることができる。したがって、二つの類概念は質的に異なる。Starck, aaO., S.203.

15) Starck, aaO., S.203. 同様の指摘として、Volkmar, aaO., S.233. なお、補足しておけば、このことは類概念のなかでも二種の質的に異なるものがあり、類概念によりさえすれば直ちに形式的な一般性の要請を充すとは必ずしもいえないことの指摘にとどまる。

て説かれるであろう。¹⁶⁾

(ロ) ところで、法律が上述の意味において一般的でなければならないとする要請は、なかんずく法律概念を個人領域に狭める伝統的観念と結びついて、¹⁷⁾ 以下のような機能を営んできた、¹⁸⁾ といってよい。

すなわち、法律の形式的な一般性の要請は、それがすべての人もしくは一類の人々のいずれかのみに向けられ、その受範者が予め数量的に特定されないことによって、彼らに自由をもたらすことができる。つまりそのような自由は、執行ないし個別化の一般的前提としての一般的法律がそのことのゆえに諸個人との間に確かな隔たり (Distanz) を保つ一方、彼らはそれのみをもって自らの行動の指針となすところから生じる。また、こうして法的予測性も可能となる。同様に、形式的な一般的法律は少なくとも予め特定されえない一類の人すべてに向けられることによって、彼らにおいては法律の前の平等が保障されることになる。更には、社会的に所与の類基準に基づく法律が要請されることから、社会的に所与である事物の保証がもたらされる。すなわち、形式的な一般的法律の概念は、立法者による所与の類概念の選択ということを通じて、既存の社会的諸関係を固定化し立法の侵入に対して現状 (status quo) を擁護する機能を営むことができるのである。

上のような形式的な一般性が営みうる機能は、要するに、それ自体が自由なるもの・平等なるものを根底に据えることによってはじめて十全なものになる、¹⁹⁾ という制約を併せもつ。換言すれば、それは「自由」と「平等」をもってして実質における自由を毀損し不平等を招来することもできる。²⁰⁾ そもそも

16) Vgl. Huber, aaO., S.165. かかる見解に対し、シュタルクは、「法律がかかわるべき多くの様ざまなもの (viele Unterschiede) は純粹に社会的に所与であるのでは全くなく、社会生活のなかで法的諸規範に基づいてはじめて生成してきた。」とし、職業とか前科とかがその例だという。Starck, aaO., S.207.

17) したがって、個人の権利領域を侵害せず、独立の法人格者間の法律関係を規律しない法律、たとえば予算法や組織法が一般的でなければならないか否かは論外に置かれてきた。

18) 以下について、Starck, aaO., S.205f. 参照。なお、この問題一般について、フランツ・ノイマン・『政治権力と人間の自由』(内山秀夫他訳・1971年) 239—243頁参照。

19) Huber, aaO., S.166.

も構造的には、法律はいつすべての人に向けられ、いかなる場合に一類の人々にのみ向けられるのか、またいかなる類が選ばれるのか、という問題は、形式的・一般性の要請のみによっては解決されず、更に、適切に選ばれた要件事実としての類と意図される法的効果の結合における内的適合性が類の所与性 (Vorgegebenheit) からのみ導かれることはないのである。²¹⁾

このように法律の形式的・一般性の要請は、その内容の如何を問うことなくして、法律がただすべての人もしくは立法者によって選ばれた社会的に所与の類基準で画される範囲の人々のいずれかに等しく適用されることを求めるにすぎない。そのかかる形式主義的構造は、かくして、法律はいつすべての人に妥当し、いつ一類の人々にのみ向けられるべきか、またいかなる類の人々にいかなる法的効果をもって向けられるべきか、の根本問題を未解決へと至らしめる。それゆえ、立法者拘束原理としての形式的・一般性の要請は、これらの問題について決定する基準を前提してはじめて機能しうる余地がある。しかして、このような基準は更に、必要に応じて立法者をして新たな類の形成へと向かわせ、あるいは法律によるあらゆる形式的な一般的規律を回避させることができるであろう。それはそうした意味において、形式的・一般性の要

20) このことを示すには、「生存に値しない」(lebensunwert) 生命を一般的それゆえ「平等」に否定する法律は、いかなる意味において自由を保障するのか、というバレルシュテットの一例で十分であろう。Kurt Ballerstedt, Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S.381. また、ノイマンによれば、「一般法による自由の擁護は法の内容を考慮していない。」たとえばあらゆる些細な犯罪に死刑を課すこともありえる。むしろ、これによって確保されるのは最小限の自由のみである。そうして、その最小限は伸縮しうるが、そのことは「非法律的な性質の要素に依存している」。内山他・前掲訳書255頁。

21) Vgl. Starck, aaO., S.206f. なお、これに関連して、正義を平等の要請の意味に理解して述べるツァイトラーの見解も、同様の指摘を含むものと思われる。曰く、平等の概念は等しきは等しく、等しくなきは差等をもって取扱うことを要請する。しかしながら問題は、「いつ等しきものが存在し、いつ等しくなきものが存在するのか」、「いつ平均的 (ausgleichend) 正義を基準とし、いつ配分的 (austeilend) 正義を基準として取扱われるべきか」にあり、それは正義の理念をもってのみでは答えられず、正義の外で決せられる。それゆえ、「何が等しきものであり、何が等しくなきものであるのか」という問題への解答が、正義の原理を基準とする取扱いに先行しなければならない」と。Zeidler, aaO., S.148ff.

請に上位する公準であるにちがいない²²⁾

(イ) 法律の実質的一般性の要請はこのようにして取り戻されるが、しかし、「正義・理性もしくはより高次の価値なるもの (Höherwertigkeit) の意味における法律の実質的一般性 (materiale Allgemeinheit) が形式的な一般性 (formale Allgemeinheit) を必須とするのでは決してなく、——個別事案 (Einzelfall) を正当に評価するため——部分的にそれを排除する²³⁾」ことになるのであろうか。というのは、そのような実質的一般性はそれ自体原理的・前実定的に過ぎ、それゆえ、些かの規範論的仕上げを必要としているように思われるのである。

法律の実質的一般性は、今日、憲法における基本権規定・平等保障規定によって充されるべきである。このような理解にとっては、基本権・平等原則による立法者の拘束という視角が一般的にのみ重要である。すなわち、かかる一般的確認をもってしてはじめて、法律の実質的一般性は実定憲法秩序においてその足場を固めることができるのである。したがって、法律の実質的一般性はこのような意味で、基本権・平等原則による立法者拘束制度を容れる憲法体制の下においては、法律の基本権・平等原則志向にこそ見いだされる、といえる²⁴⁾

それゆえに、法律が一般的通用力を備え、あるいはこのような一般的規律形式を免れるべきか否か、前者において、法律はいつすべての人に向けられいつ一類の人々にのみ向けられるべきか、立法者はいかなる類を選択しもしくは新たに形成すべきか、それらにはいかなる法的効果を結合しなければならないのか、ということについては、法律の基本権・平等原則志向の意味における実質的一般性の要請が決定的でなければならない²⁵⁾

(ニ) 以上に述べたところから、ここでは以下のことが確認されるべきである。

22) Starck, aaO., S.208.

23) Ehmke, aaO., S.63.

24) 以上についてより詳しくは、Starck, S.210ff. 参照。

25) Vgl., ebenda, S.234.

一つに、少なくとも近代的な法律の「一般性」原理は二つの側面において捉えられるべきである。このような理解は「*allgemeines Gesetz*」概念の展開からも明らかになる。

二つに、「一般性」原理の形式的側面としての形式的一般性は法律の一般的通用力の意味に解せられる。それは、法律がすべての人もしくは社会的に所与の一類の人々のいずれかに向られることを要請する。しかし、それはまた立法者拘束原理としては完結を欠く。このような形式主義的構造は、かかる形式的側面への過度の拘泥を厳に戒めるにちがいない。

三つに、「一般性」原理の実質的側面としての実質的一般性は今日、基本権・平等原則による立法者の拘束を一般的に宣言する憲法体制の下では、法律の基本権・平等原則志向性の意味に解せられる。それは形式的一般性の要請に上位し、法律を内容にわたって制約する公準である。

四つに、実質的一般性は、人の権利・自由にかかわる場合には、法律が可能な限りで形式的一般性の要請を充すことを要求するが、しかしながらこのことは絶対的に考えられるべきでもない²⁶⁾ 形式的一般性の要請はこのような意味において実質的一般性の要請を支持し補完するものである²⁷⁾

もっとも、法律の実質的一般性をもって立法者拘束原理に理解する場合、その拘束の一義性に欠けることは否めない。更に、法律の基本権・平等原則志向としての実質的一般性は、憲法における基本権・平等権規定による立法者拘束のための説明の便宜にすぎないこともある。すなわち、ここに至れば、問題は法律概念論という枠を越えるにちがいない²⁸⁾ とはいえ、それでもな

26) たとえば、基本法19条1項1文（基本権制限法律は、「一般的に適用されるものでなければならず、個々の場合にのみ適用されるものであってはならない。」）は、基本権の制限が問題である限り、形式的一般性を充さない法律は常に実質的一般性の要請に違背する、と推測する。かかる推測がほとんどの基本権について当たっていること、しかしそれにもかかわらず、いかなる例外も認めないものでないことについては、ebenda, S.236ff. 参照。

27) Vgl., ebenda, S.235.

28) Vgl., Ehmke, aaO., S.64. なお、ループは伝統的法規がその一般性・抽象性を本質とするか否かは「見せかけの問題」(Scheinproblem)である、とする。Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S.116 Anm. 30.

お、一般的法律概念を国家と自律的社会の分離において捉え、それゆえそれは現代国家の諸条件の下で妥当力を失うとし、法律の「一般性」原理そのものを抛擲せんとする主張²⁹⁾の誤りは、既述のところから明らかになるであろう。

むすび

結局、これまでに述べたところを「措置法」について敷衍すれば、つぎのようになる¹⁾

まず、概念標識においては、目的に規定され現実の規律事象に密接にかかわる措置とそれ自身で価値をもつ公正な秩序を組成する法規範の区別に基づき、措置法をRechtsgesetzが「正義」志向性によって規定されるのに対応して、その「合目的性」志向によって規定することが問題である。そもそも実践的な法律概念を論じる場合に直接に「正義」を引き合いに出すことは避けられるべきとすれば、Rechtsgesetzは基本権・平等志向によって規定されるべきである。他方、措置法における「合目的性」志向は法律の事態依存性に置き換えられるべきである。しかしながら、ある具体の事態を法律でどのように規律するのか、換言すれば、いかなる事態を（類基準の選択・形成の問題）、いかなる規律形式において（一般的通用力を伴う規律形式か否か）、またいかなる規律効果を伴って（要件事実としての類と法的効果の結合における妥当性の問題）規律するのか、は法律の実質的一般性の問題であり、法律によって志向されるべき基本権・平等原則が決定的でなければならない。このような視角にとって有益な区別が存在しうるとすれば、それは人の権利（自由）・平等に直接にかかわる法律（例えば、義務賦課的法律、資金補助法律、職業

29) たとえば、フーバーの見解がかかる主張をなす。Huber, aaO., S.166ff.

1) 以下の「措置法」については、フォルストホフのそれを前提とする。造語者でもある彼のみが法的な概念としても「措置法」を跡づけているからである。彼の所説については、拙稿・阪大法学115号51頁以下。

規制法など)といわば間接的にそれにかかわる法律(例えば、いわゆる組織法、手続規定の一部など)の区別であろう。しかし、措置法の概念はかかる視角にとって有益でないばかりか、法律の「一般性」原理における二つの側面の完全な混淆²⁾に基づくものである、と行ってよい。

つぎに、法的道具概念としての措置法が問題である。この点では、あらゆる措置法を排除する「法治国的法律概念」がまずもって疑問に思われる。すなわち、それは形式的な一般的法律として観念され、措置法はもっぱらこのような意味での権力分立に違背するとして規定される。しかしながら、既述の理解によれば、形式的な一般的法律概念はそれ自体としての完結を欠き、制約された範囲においてのみ実際の法的機能をもちうるにすぎない。したがって、非一般的な侵益的法律ですら、学説によって憲法から直ちに排除されたのではなかった。措置法はその出発点においてこのような不当前提に負っている。更に、措置法について要請される司法統制の「拡張」が問題である。つまり、措置法の事態依存性はその目的を可視的となすがゆえに、目的自身および手段のそれとの適合性について「拡張された統制」が要請されるとする議論の当否である。この問題についても、再び既述の理解によれば、人の権利・平等にかかわる措置法の目的およびそのための手段の適否は、法律が志向しなければならない基本権・平等原則が直接の基準である、といわなければならない。しかも、そのことはなにも措置法にのみ固有なことでは決してない。ともかくも人の権利(自由)・平等にかかわる法律はすべて法律の基本権・平等原則の意味における実質的一般性の要請を充さなければならず、また司法的統制にとって、そのかわりの直接か間接かの差異が相対的な重要性をもちうるとしても、措置法概念にそのような意義を認めることは決してできないからである。

結局、形式的な一般的法規範としての「法治国的法律概念」から措置法の問題を説き起こす、既述のような前提が不当である。根本において法律を「法

2) この点は学説における「措置法」の把握においてもしばしばみうけられる。さまざまな角度からの「措置法」批判については、拙稿・阪大法学120号74頁以下。

治国的法律概念」の外延に制限せんとするこの試みは、法律の「一般性」(=「allgemeines Gesetz」概念)の把握において一面的、非歴史的であるのみならず、一般に今日の基本権・平等原則の置かれている状況を正しく認識するものでも決してないであろう。なぜならば、法律は唯一のありうべく事象や予期し得ない事態においてもそれらを実現しなければならないからであり、いずれにせよ、かかる法律を挙げて「合目的性」に委ねることは現代の諸条件の下における基本権・平等原則から少なからぬ重要な機能を奪い去るにちがいないからでもある。