

# 行政国家の現代憲法

松 尾 直

## I 近代憲法から現代憲法へ

近代憲法は、一八世紀後半にアメリカおよびフランスをはじめとして成立し、「成文憲法の普遍化<sup>1)</sup>」といわれるように各国憲法に多くの影響を与えたものと認められる。しかし、欧米各国における近代憲法は、その後歴史の進展に伴い様々の制定および改廃の経過をたどることになるのであり、「近代憲法も、独占資本主義の段階になると、現代資本主義型憲法へと変容していく。<sup>2)</sup>」とされ、二〇世紀後半までの近代憲法成立以降二百年位を經過して現代憲法へいたることになるのである。

すなわち、近代憲法は、欧米各国における近代市民革命の成果として成立してきたものであり、「歴史的意味における憲法<sup>3)</sup>」として「近代市民革命を契機として登場してきた国家の基本法、いいかえれば、中世封建末期の絶対主義 (absolutism) に対抗して、近代ブルジョアジーが、イニシアチブをとって君主の絶対権力を打倒し新しい国家の首途にあたり定めた基本法<sup>4)</sup>」と解されている。とりわけ、アメリカおよびフランスについては、「民主主義的立憲主義の厳粛な承認としての決定的な勝利は、新世界で始まった。まず、イギリス王権から絶縁し主権国家として独立しつつあったアメリカ植民地の諸憲法、ついで一七八七年の連邦憲法がそれである。またフランスの政

---

注1) カール・レーヴェンシュタイン著、阿部照哉・山川雄己共訳『現代憲法論』有信堂、1967年、170頁。

2) 吉田善明『現代憲法の構造』勁草書房、1979年、426頁。

3) 清水 睦「憲法総論」、『憲法講義1』有斐閣、1981年、3頁。

4) 同上。

治理論家たちは、ひさしく社会契約および人民主権の観念を踏まえて成文憲法を擁護してきたが、この要求がフランス革命において猛烈な勢いで噴出した。<sup>5)</sup>とされて「成文憲法の普遍化<sup>6)</sup>」が示されている。なかでも、フランス大革命に際して定められ人権宣言として知られる一七八九年の人および市民の権利宣言は、各国の近代憲法にもかなり多くの影響を与えたものとみられるが、その第一条の規定に「権利の保障が確保されず権力の分立が定められないすべての社会は、なんら憲法を有しない。」と定めたのである。このフランスにおける一七八九年人権宣言第一条の規定は、「権利の保障」と「権力の分立」とを憲法に不可欠の原理であるとして定めたものである。そこで、近代憲法のいわば支柱となるべき原理は、権力分立による政治制度または統治機構と人および市民の人権としての基本的人権の保障を定めたものであるとみられる。なお、フランスにおける一七八九年の人権宣言は、二〇世紀においても第四および第五共和制憲法において追認され、現在もその普遍性が認められるところである。

わが国では、いわゆる明治憲法で知られる一八八九年（明治二二年）の大日本帝国憲法において政治制度および臣民の権利が定められ、近代憲法としての二大原理を備えたのであるが、「国民の権利の保障と権力分立の外装をまとった、君主に主要な権力が集中している憲法による支配のたてまえを、《外見的立憲主義》(Schein-Konstitutionalismus)と呼び、ドイツ・プロイセン憲法、明治憲法の場合がそれにあたる。<sup>7)</sup>」とされている。すなわち、「近代立憲主義<sup>8)</sup>」に立脚するところの近代憲法は、絶対君主制に対抗した人民が自由・平等の人権を要求した市民革命の成果であるから、人民の人権保障が主要な目的であり、それらの目的を保持すべき手段として権力分立による政治制度が認められるところであろう。

---

5) カール・レーヴェンシュタイン、前掲。

6) 同上。

7) 清水 睦、前掲、4頁。

8) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』勁草書房、1973年、148頁。

このような人権保障と政治制度との関係については、アメリカにおける一七七六年の独立宣言に「全ての人は、平等につくられている。そこで、彼等は、彼等の造物主により不可譲の諸権利を授けられているのである。そのなかには、生命、自由および幸福の追求が存している。また、これらの権利を確保するため、人類間に政府が組織され、その正当な権力は、被治者の同意に由来するものと信ずる。」と定められたことからもうかがわれるところである。加えて、アメリカ独立宣言には、「いかなる政治形態であってもその目的を毀損する場合には、人民は、それを改廃し人民の安全と幸福とをもたらすべきものと認められる主義を基礎として、かつ権限機関を有する新たな政府を組織する権利を有するものと信ずる。」として、人民の政府に対する「抵抗権」が定められていることも注目されるところである。そこで、欧米各国における近代憲法は、アメリカおよびフランスに示されるように、人権保障と権力分立の政治制度を認めるものとして展開するところから、「君主に主要な権力が集中している憲法<sup>9)</sup>」と異なる立場の憲法であると認められるであろう。つまり、近代憲法に定められた権力分立は、君主の権力集中と対比されるところのものであるといえるし、権力集中に伴う国家権力の恣意的な行使による人権侵害を排除すべき建前とみることができるであろう。

一方、近代立憲主義については、「基本的に、産業資本主義段階の経済が論理的に想定する消極国家という国家のありかたに対応する法原理<sup>10)</sup>」として、「近代立憲主義が法による国家権力の拘束にほかならない<sup>11)</sup>」とされるが、近代立憲主義における当時の国家をもって、現代憲法下の積極国家に対する消極国家として位置づけられているものとみられる。すなわち、近代憲法の存立する消極国家は、欧米各国における市民革命が絶対君主制国家に対する「国家からの解放」を主張するところとなり、また自由と平等とを求めて「国家権力の拘束」を実現するところにおいて成立したものと認められる

---

9) 清水 睦, 前掲。

10) 樋口陽一, 前掲。

11) 同上。

であろう。さらに、近代憲法は、その立憲主義たることにおいて君主に主要な国家権力が集中している「外見的立憲主義<sup>12)</sup>」と対比され、「近代憲法の原理としては、国家における主権は国民にあるとされ、それは現代にもひきつがれる。<sup>13)</sup>」ものとして認められるところである。そこで、外見的立憲主義の国家においては、憲法が君主主権の下に欽定憲法として定められるのであるが、近代立憲国家においては、憲法が国民主権の下に民定憲法として定められる。しかし、近代憲法の原理である国民主権は、市民革命の時代においてブルジョワといわれる有産市民階級を中心に選挙権を有するところの制限選挙制にとどまるものであったが、「国民主権の具体化たる選挙においても、いままでの制限選挙から普通選挙への移行がはかられ、その選挙民の意思が、近代化された政党を媒介にした議会制民主主義の確立に転換させていくのである。<sup>14)</sup>」とされる。また、フランスにおいては、「のちに、普通選挙が確立し、また、選挙民意思とのあいだに類似性が存すべきだという意味で議会の『代表』性が語られる『半代表制』の段階で、第三共和制のもとで近代憲法の原理体系のなかに実質上定着し、そのような国民=people主権の観念は、現代にはいっても第四、五共和制憲法によってひきつがれる。<sup>15)</sup>」といわれることも注目される。

次に、近代憲法では、消極国家として国家権力の拘束が認められていた。そこで、近代憲法の建前である近代立憲主義は、「レッセ・フェールの維持=市民の自由な活動の保障であり、そこに、市民の社会的経済的生活への国家の原則的不介入を核心とする、自由権中心の人権体系が成立する<sup>16)</sup>」とされ、自由主義憲法を予定するものであり、いわゆる形式的自由の保障が主眼となるであろう。その結果、近代憲法の下では、財産権の自由が保障され、国民の経済生活において国家権力の自由放任主義により経済活動の自由が認めら

---

12) 清水 睦, 前掲。

13) 樋口陽一, 前掲, 149頁。

14) 吉田善明, 前掲, 427頁。

15) 樋口陽一, 前掲, 150頁。

16) 同上, 152頁。

れ、経済的強者による支配の実状を生ずるところとなったものとうかがわれる。財産権の自由に関しては、フランスのばあいにつき「人権宣言の実定法制度上の保障とプログラムの性格がつねに混在することになり、人権宣言はかならずしも、制度的に確保されたものとして確認されえず、かえって、下級規範によってそれが著しく制約される場合が生じてくる。その例として出版の自由があげられることもよく知られている。これに反して、経済活動の自由および財産の自由は、一貫してその自由権が拡大され保障されてくる。象徴的な表現を用いるならば、憲法は変わるけれども、ナポレオン民法典は変わらなかったのである。<sup>17)</sup>」とされており、精神的自由の制約との対比から経済的自由に対する消極国家の側面をうかがうことができるのである。

ところが、「産業資本主義段階に論理的に対応する国家のありかたである消極国家は、第一次大戦を境にして、積極国家に転換し、それにともなって、近代立憲主義の法原理は現代の変容をこうむる。<sup>18)</sup>」とされ、二〇世紀になるにおよびドイツのワイマール憲法に新たな人権保障の規定が定められるところとなり、そこには近代憲法から現代憲法への移行が認められるのである。また、日本国憲法については、権力分立の政治制度および基本的人権の保障、国民主権を定めており、基本的立場として近代憲法の原理が認められるところである。しかし、日本国憲法には、基本的人権の保障において、自由権および平等権に加え新たに社会権が定められ、また参政権、国務請求権における人権の拡大が定められ、さらに人権保障のための国家の責務が定められているところより、消極国家から積極国家への移行、したがって現代憲法としての内容がうかがわれる。

さらに、人権の拡大と積極国家については、憲法に「経済的弱者である労働者の生活保障が社会権として規定されると同時に、強者の財産権と営業の自由に一定の制限をはかる方法がとられている。とくに、生存権、教育を受ける権利、労働者の結社・団結権、交渉権、母性・子供・老人・疾病者の保

---

17) 下山英二『人権の歴史と展望〔増補版〕』法律文化社、1980年、66頁。

18) 樋口陽一、前掲。

護は、もっとも端的な例であるといえる。<sup>19)</sup>」として積極国家における現代憲法が示されているのである。すなわち、近代憲法と対比される現代憲法においては、自由権および平等権に加え、主として社会権の保障が重要性を帯びているのであって、ここに行政国家として、かつ積極国家としての現代憲法の側面をうかがうことができるように考えられるのである。

## II 行政国家の展開

現代憲法の下では、一八世紀から一九世紀にかけての市民社会における議会万能により示された立法国家の時代が過ぎ去り、二〇世紀前半より生じた議会政治の危機を経て現代国家の行政権が一層肥大化の傾向にあるものと認められるであろう。このような歴史的背景の下に、現代の立憲国家は、「憲法現実としての行政国家<sup>20)</sup>」と示される。すなわち、現代憲法下の行政国家は、「政府が国家の基本的な政策形成に関して中心的かつ決定的な役割をいとなむ国家<sup>21)</sup>」とされ、また「行政国家とは、機能構造面からする現代国家の特性把握の試みとして、本来統治の出力過程（執行）の公式担い手たる行政が同時に入力過程すなわち政治（国家基本政策の形成決定）にも進出して中心的かつ決定的役割を営む類の国家を意味せしむべきであろう。……立法国家・司法国家・執政国家と区別して行政国家と呼ぶのが、ここで最も妥当な用語法と思われるのである。<sup>22)</sup>」とされる。

そこで、現代国家を憲法の歴史的側面をふまえてみるならば、おそらく一般的形態としては立法国家に対比される行政国家が中心となるように見受けられる。すなわち、アメリカでは、すでに一九三〇年代におけるフランクリン・ルーズヴェルト大統領時代において、連邦議会と大統領との関係より

19) 吉田善明, 前掲, 426-427頁。

20) 手島 孝「行政国家の憲法問題」、『公法研究第三十六号』日本公法学会, 1974年, 1頁。

21) 芦部信喜『憲法の焦点 PART3 統治機構』有斐閣, 1985年, 60頁。

22) 手島 孝, 前掲, 4頁。

「行政国家 (the Administrative State)<sup>23)</sup>」として示されているのである。

行政国家の概念について、「行政国家を憲法規範上の概念（憲法原理）として構成することも不可能ではない。しかし、そのように構成してみても、それは、それと対概念をなす立法国家や司法国家（これらは、憲法規範的概念＝憲法原理としても、たとえば日本国憲法四一条および八一条に出現する）とは異なり、実定憲法規範の上に登場することは現在ではほとんど稀有といつてよい（フランスの一九五八年憲法が問題となりうるが、これも正確には執政国家の憲法原理に立脚するものと見るべきであろう）。<sup>24)</sup>」とされている。つまり、行政国家は、実定憲法規範よりただちに概念規定した実例がみられないものとうかがわれるし、フランスの第五共和制のばあいを執政国家とみられていることから、行政国家をより厳格に、つまり狭義に解されているものとみられる。また、日本国憲法の規定よりみるならば、第四一条に定める国会の最高機関性より立法国家と解することも一応は可能であろう。しかし、日本はもとより、アメリカおよびフランスのばあいにおいても、実定憲法下における国家のいわゆる憲法現実、すでに国政上の主導権が現代国家において立法部より行政部へ移行しているものと認められるから、現代国家をより広義に解して、現代憲法下で行政権が強大化した国家を行政国家とみることが可能であろうと思われるのである。

現代憲法下における行政国家について、「消極国家を前提とする近代立憲主義は、統治機構の原理として『弱い政府』をたてまえとし、積極国家への転換に見あう近代立憲主義の現代的変容は、『強い政府』を要求する。<sup>25)</sup>」といわれることから、政府または行政部の権限が、現代憲法下では近代憲法のばあいにおける立法国家に対して、強大化の傾向にあるとみられる。そこで、政府と他の国家機関との権限関係では、「とりわけ、国会との関係でみ

---

23) Donald G. Morgan, *Congress and the Constitution*, Harvard University Press, 1966, p. 184.

24) 手島 孝, 前掲, 5頁。

25) 樋口陽一, 前掲, 160頁。

れば、それは政府による法律提案権、委任立法の増大という現象である。<sup>26)</sup>」とし、また国会における財政議決主義の形骸化の状況を「現代（行政）国家の諸傾向<sup>27)</sup>」として示されることから、行政と立法との機関相互の関係上において行政権が強大化または肥大化する傾向が認められるであろう。また、行政部と国民との関係では、行政作用の肥大化における側面として、近代憲法下における消極行政作用から、現代憲法下における積極行政作用への移行が認められる。すなわち、行政部による国民への積極行政作用としては、その内容を見るならば従来からの侵害行政作用および規制行政作用といった権力行政作用に加えて、給付行政作用を中心とする非権力行政作用が増加する傾向をもたらすであろう。

つまり、行政国家では、行政部の権限が立法部に対して強大化し、また行政部による積極行政が国民に対して拡大することになるであろう。このなかで、行政部からの国民に対する行政作用には、一方に国民の権利を侵害または規制するところの権力行政作用を重視する行政政策があらうし、他方に国民の権利を助成および救済するところの非権力行政を重視する行政政策があらう。なお、これらの現代における行政国家の行政作用は、その重点の置きどころにより単純に区分することが、現実の国政においてなかなか困難であろう。しかし、現代憲法下の国政でみるならば、それらの行政作用のいずれかに片寄っているばあいにおいて、行政国家としての権力行政作用が中心の軍事または警察国家と、行政国家としての非権力行政作用が中心の平和または福祉国家とに区分してみることも一応可能であろう。

二〇世紀前半の第一次世界大戦後における現代憲法下では、ワイマール憲法下のドイツにおいて、行政国家のなかでもとりわけ行政独裁国家ともいうべき極端に「強い政府」の全体主義国家が生じたのである。すなわち、当時のドイツでは、第一次世界大戦後の一九一九年にワイマール憲法として知られるドイツ国憲法が制定され、その第四八条第二項の規定により、大統領は、

26) 吉田善明, 前掲, 427頁。

27) 同上, 278頁。

公共の安全および秩序が著しく脅かされたばあいに、それを回復するために必要とみなされる措置をとれるとして、「大統領の緊急命令権」が定められたのである。これに関して、カール・シュミットは、「ライヒ大統領およびライヒ政府による第四八条第二項の実際上の運用では、現実には、第四八条第二項第二文に挙示されている以外の憲法条項をも侵害しているのであって、けっして、ふつうに行なわれている解釈の想定する枠内にとどまるものではない。事実また、とうていその枠内にはとどまりえないのである。<sup>28)</sup>」としている。また、行政国家との関係で当時のドイツについて、「執行権 (die Exekutive) をにぎる者は、固有の行政そのものを行うとともに、命令と措置の形式において立法権をも手中にしたのである。<sup>29)</sup>」として「このようにして創りだされた国家のタイプに、シュミットは新たな名称をつけ、このタイプの国家を『統治・行政国家』(Regierungs und Verwaltungsstaat)と呼んで、従来の議会中心の立法国家と対置したのである。今や、すべての国家が統治・行政国家であるけれども、シュミットは議会中心の立法国家とこの国家とを今述べたように区別する<sup>30)</sup>」とされている。また、カール・シュミットの見解については、「憲法第四八条第二項の拡大解釈によって、大統領の権限の無制約性を主張すること、つまり、大統領の行為を合法性のヴェールでまといつつ、事実上、大統領の独裁体制——議会制や政党制の存在を否定する全体国家——を理論的に構築すること、にあったといえよう。<sup>31)</sup>」として「このドイツに特有な大統領の緊急命令権は、結局のところ、共和国を擁護するどころか、かえってそれを崩壊に導く要因となったのである。<sup>32)</sup>」とされている。

---

28) C. シュミット著、田中 浩・原田武雄訳『大統領の独裁』未来社、1980年、11頁。

29) カール・シュルテス著、服部平治・宮本盛太郎訳『ナチスとシュミット』木鐸社、1976年、193頁。

30) 同上。

31) 田中 浩「大統領の独裁とワイマール共和国の崩壊」、『大統領の独裁』未来社、1980年、213頁。

32) 同上。

その当時、ドイツでは、一九三三年三月二四日の国民および国家の困難を除去するための法律という名称のいわゆる授権法が定められた。なお、「本当はこの『授権法』は、新しいドイツの暫定憲法なのである。<sup>33)</sup>」ともいわれる。この授権法は、第一条の規定により包括的に立法権を政府へ授権し、また第二条の規定により憲法改正権を政府へ授権したものであり、「憲法改正は、ここに法律の管轄から命令の管轄に移行したのである。しかも、実際、ヒットラー政府は命令で次々とワイマール憲法の民主的諸原則を改め独裁体制を確立するに至る。ヒットラー政府のこの命令が、ナチスドイツの憲法なのである。<sup>34)</sup>」とされている。

一方、二〇世紀前半のアメリカでは、第一次世界大戦後におけるフランクリン・D・ルーズヴェルト大統領のニュー・ディール政策に行政国家としての状態が認められ、「一九三九年の再編成法 (The Reorganization Act)<sup>35)</sup>」が示されている。すなわち、アメリカ合衆国憲法第一条第一節第三項の規定には、「上院および下院の同意を必要とする一切の命令、決定または表決 (休会の議案を除く) は、これを合衆国大統領に提出しなければならない。また、その効力を生ずるためには、大統領の承認を得ることを要し、もし大統領の承認がないときは、上院および下院の三分の二の多数によって、法案のばあいと同様の規則および制限に従って、再可決されなければならない。」と定められた。この規定は、同節第二項の規定に定める大統領の法案拒否権が、上・下両院の同意を要する命令、決定等のばあいも認められることを意味しており、「大統領の拒否権は、合衆国の政治上における法律制定の機構についての『調整機能』である。<sup>36)</sup>」といわれるものである。また、大統領に対して委任された立法上の権限を、連邦議会は、監督または回復することができるのであり、委任立法を留保付で認めているのである。なお、

33) カール・シュルテス、前掲、13頁。

34) 豊田悦夫『議會論』有信堂、1968年、199頁。

35) Donald G. Morgan, *ibid.*

36) Bruce Allyn Findlay & Esther Blair Findlay, *Your Rugged Constitution*, Stanford University Press, 1950, p. 63.

「一九三九年四月三日の再編成法は、或る執行機関及びその機能を再編成する権限を、そのための大統領の命令は六〇日以内に合同決議で拒否され得るという条件つきで、大統領に委任した。<sup>37)</sup>」とされている。また、この再編成法について、「広範囲の権限委任の下における行政作用についての立法拒否の問題は、権力分立上の基本的論争に議会が直面する結果をもたらした。現代の地方および産業社会は、それらに対する行政作用からの広範囲にわたる補助金の決定を求めており、多様な統治計画 (government programs) を必要とした。<sup>38)</sup>」といわれる。また、統治計画に関しては、「行政国家は“法の支配”をもとみに形骸化し、やがて“計画の支配”を代置する方向へ強く働く。<sup>39)</sup>」ともいわれている。そこで、アメリカにおける二〇世紀前半の連邦政府による統治計画は、行政国家の一面を示すものとして現在もなお重要性を示しているものとうかがわれるのである。さらに、当時のアメリカにおけるニュー・ディール政策について、「今日では、諸条件は変化した。国家は、よかれあしかれ、経済、社会生活に介入しなければならぬ。それは巨大な軍隊を保持し発展させねばならぬ。それは対外政策を決定し履行しなければならぬ。数年間、ルーズヴェルト大統領の例外的天才が不都合をかくしていたのであるが、彼の死とともに、その欠陥は突然白日の光のもとにさらけ出された。<sup>40)</sup>」との指摘もある。このように、アメリカ合衆国憲法下における行政国家は、ルーズヴェルト大統領の強大な指導力による積極行政により実現されたものとうかがわれるのである。

また、アメリカにおける統治形態の二類型を大統領制または連邦議会政治としてみたばあいには、「アメリカの統治形態が、この二つの類型のどちらに傾くかは全く大統領のパーソナリティによって左右されるのである。ウッド

---

37) エドワード・S・コーウィン著、村上義弘・畑 博行・中山健男・宮田 豊訳『アメリカ合衆国憲法』有信堂、1962年、34頁。

38) Donald G. Morgan, *ibid.*, p. 201.

39) 手島 孝, 前掲, 10頁。

40) モーリス・デュヴェルジュ著、田口富久治・田口英治共訳『政治体制』白水社、1967年、100頁。

ロウ・ウィルソンは、前世紀の八〇年代に、南北戦争後の政治体制を適切にも連邦議会政治と特徴づけた。立法部の優越は、当時、共和制フランスの状況に近似していたのである。アメリカの体系は、たとえば一九世紀のジャクソンやリンカーン、今世紀のセオドア・ルーズヴェルトや、ウィルソンやフランクリン・D・ルーズヴェルトのような、強力なパーソナリティの指導のもとでのみ真の大統領制になる。<sup>41)</sup>とされている。これらより、アメリカにおける行政国家の傾向は、強大な指導力のある大統領によって拡大されてきたものと、憲政史上からも認められるようにみられる。

次に、第二次世界大戦後の二〇世紀後半における現代憲法の下では、第五共和制憲法のフランスにおいて、大統領の権限強化を規定するところの「オルレアン派<sup>42)</sup>」ともいわれる「強い政府」の国家が生じてきたのである。この第五共和制については、「フランスの一九五八年憲法が問題となりうるが、これも正確には執政国家の憲法原理に立脚するものと見るべきであろう。<sup>43)</sup>」として、「立法国家・司法国家・執政国家と區別して“行政国家”と呼ぶのが、ここで最も妥当な用語法と思われる。<sup>44)</sup>」とされ、行政国家と異なるものとして示されているのである。ところで、フランスの第五共和制憲法については、その制定経過よりみるならば、ド・ゴール大統領の指導を中心とした大統領の権限強化により、強い政府を目指したものと認められる。

また、その歴史的背景としては、第三共和制から第四共和制にかけての弱い政府と強い議会の関係がみられるのであり、「内閣の不安定性が、古典的なフランス議会主義の最も顕著な特色——同時に欠陥——だと思われるかも知れない。第三共和制は、六五年間に一〇〇以上の違った政府をもち、第四共和制のもとでは、一三年間に二五の政府が交替した。しかし、その原因は、機能的なものというよりは、むしろ心理的・イデオロギー的なものである。<sup>45)</sup>」

41) カール・レーヴェンシュタイン、前掲、145頁。

42) Maurice Duverger, *Les constitutions de la France*, 1959, p. 121.

43) 手島 孝、前掲、5頁。

44) 同上、4頁。

45) カール・レーヴェンシュタイン、前掲、111頁。

といわれるところである。さらに、「第三共和制の下で、共和国大統領は、主として名誉上の職務に対し適応するところの実際上の弱い権能が定められ、また議会制度における儀礼的な国家元首として定められていた。<sup>46)</sup>」とされる。同様に、「第四共和制の下で、共和国大統領の権能は、余り進展しなかったのである。<sup>47)</sup>」とされている。また、「外見上、第五共和国の政治制度は、第三または第四共和国のそれと、基本的に異なったものとして現れたのである。<sup>48)</sup>」といわれる。

一方、フランスでは、第四共和制から第五共和制への移行において、「一九五八年一〇月四日の憲法は、議会制度の基本原則を維持している。<sup>49)</sup>」としながらも、「第五共和国の制度は、古典的議会主義よりも、かなり以前のものである。<sup>50)</sup>」としたうえで、「第五共和制は、『オルレアン派』の議会制であり、この専門的用語が示すように、議会制度の発達における一定の用語として、制限君主制または古典的議会制への復帰として理解する。したがって、一八三〇年の憲章とオルレアン家のルイ・フィリップは、とくにその適例を示すものである。<sup>51)</sup>」とされる。また、フランスのばあいについては、「二元主義型の議院内閣制が再登場してくるとき（ワイマール憲法、第五共和制フランス憲法）<sup>52)</sup>」と位置づけられるし、基本的にみると議会制または議院内閣制の政治制度を第五共和制憲法においても採用しているとみることができであろう。

ところが、フランスの第五共和制では、第四共和制憲法より、大統領の権限がきわめて強大であるものと認められる。すなわち、第四共和制のばあいに対して、第五共和制の大統領につき、「大統領の特権はそのような規定

---

46) Dmitri-Georges Lavroff, *le système politique français*, Dalloz, 1979, p. 360.

47) *ibid.*

48) Ph. Georges, *notions essentielles de droit public*, Sirey, 1975, p. 35.

49) Maurice Duverger, *ibid.*, p. 120.

50) *ibid.*

51) *ibid.*, p. 121.

52) 樋口陽一, 前掲, 166頁。

をこえるほどの重要性を有する。かれは、その自由裁量で首相を任命し、また、首相の提案に基づき他の閣僚を任命する（第八三条）。大統領が首相を罷免できるかは、憲法の文言上はあきらかではないが、諸般の事情からしてそれは可能だと解釈される。大統領は一定の案件については、これを国民投票に付することができる（第一一条）。最後に、一段と重要なのは大統領の議会解散権である（第一二条）。それは大統領の判断に基づいて自由に行使され、これに対して加えられる真の機関間コントロールは事実上皆無である。<sup>53)</sup>とされる。

つまり、フランスの第五共和制憲法は、基本的には第三・第四共和制のばあいと同様に、行政部が一元主義型のアメリカ大統領制と異なるわけで、行政部が「二元主義型の議院内閣制<sup>54)</sup>」を採用しながらも、国民議会に対して大統領の権限を強大化したところの「強い政府と弱い議会」または「執行権の強化<sup>55)</sup>」といった図式が示されるものとみられ、現代憲法下における行政国家への傾向が認められるように思われるのである。

### III 権力分立の変容

権力分立または三権分立の原理は、「立憲主義と権力分立との等置の教説<sup>56)</sup>」として、一七八九年のフランス人権宣言第一条の規定に「権利の保障が確保されず権力の分立が定められないすべての社会は、なんら憲法を有しない。」と定められて以来、近代憲法の根本原理として認められてきた。つまり、権力分立は、欧米における近代市民革命によって成立した近代憲法の原理として位置づけられる。これに対して、近代市民革命以前においては、絶対君主制下で権力集中が存していたのであり、「当初は国王が法の定立者

53) カール・レーヴェンシュタイン、前掲、121-122頁。

54) 樋口陽一、前掲。

55) 宮沢俊義『憲法と政治制度』岩波書店、1968年、220頁。

56) カール・レーヴェンシュタイン、前掲、48頁。

であり、法の執行者であり、また裁判官であった。しかるに君主制下におけるこれらの権限を委任する風潮が不可避免的に醸成され、その結果として三部門の類別が生じた。この過程は主権の分割を意味するものでなく、たんに国家の事務の増大に対処する便宜的方便にすぎない。<sup>57)</sup>」として、「国王の権限が抑制されるようになり、立憲の観念が顕著になって、この単純な事実が理論と化したのである。すなわち自由の基礎がこれらの構能の便宜的特殊化に存するばかりでなく、これらを別々の手に委ね絶対的に区分することにある、という理論を生じたのである。<sup>58)</sup>」とされている。

つまり、近代立憲主義国家においては、主として国民の自由を保障するために、権力分立が理論づけられたものとみられ、「権力分立主義というのは、国家の統治権の作用を立法、行政、司法に分ち、これを各々別個の機関をして独立にその権限を行なわしめようとする原理である。その目的とするところは、三機関の独立と相互の抑制均衡によって、権力の濫用を防止し、もって人民の自由を確保しようとするにある。<sup>59)</sup>」といわれるところでもある。

また、権力分立の理論からは、ストロングにより議会型執行府と非議会型執行府との差異<sup>60)</sup>が示されているところから、立法と行政との関係が重視されるものとみられる。そこで、権力分立を立法・行政の関係でみるならば、近代憲法下のイギリスにおける「議会万能」またはフランス第三共和制以来の「強い議会と弱い政府」として、それらが立憲主義国家の原理を構成してきたものと認められる。さらに、権力分立は、現代憲法においても、なお承認されている原理であり、日本国憲法第四一条、第六五条および第七六条の規定により権力分立主義をとるものとみられている。<sup>61)</sup>

ところが、「権力分立は立憲主義国家の標準的装備になった。第二次大戦後に生まれた最新種の諸憲法すら、昂然と権力分立原理を掲げ続けているあ

---

57) C. F. ストロング著、新田隆信訳『近代憲法論』コロナ社、1966年、286頁。

58) 同上、286-287頁。

59) 橋本公巨『日本国憲法』有斐閣、1980年、94頁。

60) C. F. ストロング、前掲、287頁。

61) 橋本公巨、前掲、96頁。

りさまであるが、そのさい、二〇世紀の現実からいえば、すでにこの教説は古臭く現実遊離的になっているのだ、ということが見逃されているのである。今日最も一般的な統治形態である議会主義を一瞥しただけでも、立法権力保持者と執行権力保持者は、もはや人的にも機能的にも分離されていない、ということが憲法起草者たちにわかったはずである。政府の構成員は議会の構成員である。政府と議会の統合がおこなわれているのである。<sup>62)</sup>」と、レーヴェンシュタインによって指摘されている。これは、ストロングによる「議会型執行府」またはイギリスに代表される「議院内閣制」のばあいを指すものであり、日本のばあいもこれに含まれ、政府と議会の統合を憲法が認めたことが注目される。

政府と議会との関係は、これを合議体としてみるならば、中世イギリスにおけるノルマン王朝の小会議と大会議との関係よりみることもできるが、政治学において示される少数支配の原則からもうかがわれるように、政府が議会に対する主導権をもつ方向が含まれるものといえるであろう。とくに、現代憲法下にあっては、「立法・執行・司法という統治の三部門の存在は、機能の特殊化という正常な過程に由来する。それは文明が進歩するにつれ、その活動領域が増大するのに応じ、さらにその機関がますます複雑化する<sup>63)</sup>」とされ、複雑化した社会に対応するためには、近代憲法下における「強い議会」から、現代憲法下の「強い政府」へ逆転する要因が増加しているものとみられるであろう。

議会の万年会期制を採用するイギリス以外の世界各国は、議会の活動期間を制限するところの会期制を採用しているが、この点からも政府の機能が議会に対して優先する余地を与えているものと認められるであろう。また、万年会期制のイギリスにおいても、「議会制度は、イギリスのヴィクトリア時代、すなわち前世紀後半に典型的な資本主義の正常な発展段階、自由主義の開花期において適切な政治体制であって、そこにおけるような支配階級の側

62) カール・レーヴェンシュタイン、前掲、49頁。

63) C. F. ストロング、前掲、286頁。

における経済的また政治的の譲歩が可能な時期，被治者大衆もその譲歩，妥協のもとでその生活および権利の一定程度の保障を享受しえて満足しえた時期に，有効な役割をはたしえたにとどまるのであって，現代においては，もはやそうした条件は消滅し，議会制度は対立的諸利益の調整の機能ははたしえなくなったとする根本的な批判がある。<sup>64)</sup>とされる。また，「下院は，内閣を準備する登記所にすぎない。そして，つまらない討論をおこない，人の注意をひかない批判や調査に明け暮れる雑多な素人からなる機関にほかならない。<sup>65)</sup>」として，「下院の高い地位は，もはや失われてしまったというように考えねばならないといわれている。<sup>66)</sup>」と，ラスキが二〇世紀におけるイギリスの議会へ重大な警鐘を発していることも注目される。

次に，議会と政府との関係は，第一次世界大戦前より，議会政治の危機を招いたことの結果として，議会の機能が低下したことが示されており，「近代の大衆民主制の発展が，弁論を闘わず公開の討論を一つの空虚な形式と化してしまったために，今日，議会主義の地位は極めて危機的となっている。したがって，今日の議会法の多くの規定，殊に代議士の独立と会議の公開に関する規定は，ほとんど無用の装飾物のごとくなり，何らの実益もない<sup>67)</sup>」として，「諸政党は（成文憲法の条文に従えば，公式には全く存在しないのだが），今日，もはや討論を行う諸意見としてではなく，社会的ないし経済的な権力集団として相互に対立し，双方の利害と権力関係を商量し，そして，こうした事実的基礎の上に妥協したり，結合したりしている。<sup>68)</sup>」とされ，議会主義への批判が示されている。

さらに，欧米における議会政治の危機については，第二次世界大戦後においても，「民主主義は，現在，その理論と実践において，ともに異なった立

---

64) 鈴木安蔵『現代議会批判』至誠堂，1959年，5頁。

65) H. J. ラスキ著，辻 清明・渡辺保男訳『議会・内閣・公務員制』岩波書店，1966年，3頁。

66) 同上。

67) カール・シュミット著，稲葉素之訳『現代議会主義の精神的地位』みすず書房，1972年，10頁。

68) 同上，10-11頁。

場によって挑戦されている。それは、動態的特質を有するものであり、彼らをして危険な競争者となしている。一方は、ファシズムであり、他方は、コミニズムである。双方共、民主主義の根本教義について確実に否認している。すなわち、双方共、思想の自由な議場で論じ合うことや、多数によってより良い方に決するための投票する思想を否認し、また双方共、権威主義的である。また、異議や反対は、寛大に扱われることがない。<sup>69)</sup>とし、「さし当り、ファシズムは、世界の舞台で活動するところの自己の主権国家を有していない。しかしながら、ファシズムは、特殊の地位を有し、またエリートの一員として、彼ら自身を守る多くの個人や団体の力を有する。このような個人や団体は、将来において、かつて現実の危機があったように、彼らの利益を再び主張し、また民主主義体制に挑戦するための新しい機会を見出そうとしている。<sup>70)</sup>とされている。第二次世界大戦前におけるファシズム体制は、欧州における資本主義体制のなかで成長してきたものであるが、独裁政治によって一党支配制を確立し、権力を行政部に集中した強力な行政国家を実現したものとみられるであろう。

しかし、現代憲法下の自由主義国においても、二大政党政治を中心として、数年間を経た適当な時期に政権交代がなされる欧米各国に対して、政権交代がほとんどなされず事実上の一党支配を維持しているのは、わが国のばあいも含めて、より一層に行政部の強大化を推進し、これに伴い「議会政治を、官僚政治へと歪曲する。<sup>71)</sup>」とともに「“法の支配”をもとみに形骸化し、やがてこれに“計画の支配”を代置する方向へ強く働く。<sup>72)</sup>」とされるところの強力な行政国家への傾向が認められるであろう。

現代憲法下では、議会と政府との関係における議会権限の制限が指摘されており、「全体として民主主義的な憲法においてすら、支配階級は、先進資

69) Robert K. Carr, *American Democracy in Theory and Practice*, The Riberside Press Cambridge, 1961, p. 42.

70) *ibid.*, p. 43.

71) 手島 孝, 前掲, 9頁。

72) 同上, 10頁。

本主義国のかつての国法にはみられない、新しい反民主主義的規定、すなわち議会の政府に対する統制を弱め、政府の独立を強めようとする規定を巧みに包含している事実を指摘しておく必要がある。例えば政府不信任決議を行うことを困難かつ複雑なものにしている手続が、これである。<sup>73)</sup>」として、イタリア憲法、フランスの第四・第五共和制憲法および西独のボン憲法がその実例として示されている。議会による政府の不信任決議を困難化していることは、政府または行政部が一方的に議会（下院、国民会議）を解散する傾向の高まることにより、一層政府の議会に対する優位を強化することになるであろう。

とくに、フランスの第五共和制憲法については、「第三共和制において、『五・一六事件』の後、解散が行われない慣習が確立していたこと。および第四共和制においても、解散権に対しては各種の制約が置かれたことは、人の知るところである。新憲法は、従来よりはるかに強力な解散権をみとめた。<sup>74)</sup>」との指摘がある。また、フランス第五共和制の大統領については、「一九五八年憲法によって、国家元首の役割は、著しく増大した。ここでは、無答責の大統領が、権力機関体系における主要人物に変えられたのであった。彼は、議会に諮問することなく政府を任命する権利をもち、議会の解散権や非常事態の場合の独占的権能をえた。フランスにおいては、事実上大統領の個人的権力体制が確立されたのである。<sup>75)</sup>」とされている。さらに、フランスの第五共和制における大統領権限の強化については、「国会権限の縮小とうらはらに、行政権の権限、ことに大統領の権限は大幅に強化された。第三共和制時代の慣行によって確立し、第四共和制憲法にひきつがれた名目的な大統領という伝統は、完全に逆転されたわけである。<sup>76)</sup>」とされる。これらより、フランスにおいては、すでに「近代立憲主義の要請は具体的には行政

---

73) イ・テ・レービン著、中山研一・畑中和夫訳『現代憲法と福祉国家』法律文化社、1966年、10頁。

74) 宮沢俊義『憲法と政治制度』岩波書店、1968年、222頁。

75) イ・テ・レービン、前掲、11-12頁。

76) 樋口陽一『現代法律学全集36 比較憲法』青林書院新社、1977年、220頁。

権を議会制定法によって拘束することであったから、権力分立も、抽象的な厳格分立ではなく、行政権を統制するための議会優位の構造をとった。<sup>77)</sup>」とされる近代憲法より、現代憲法における権力分立への変容が認められることになるであろう。

これらのほかに、議会と政府との関係については、「議会の会期を短縮し、委任立法を適法とする等々の、一九五八年のフランス憲法は、とくに深くたちいっていたものである。<sup>78)</sup>」とされているが、とくに議会の臨時会について注目すべきことが認められる。すなわち、議会の臨時会は、その召集権がわが国も含めて多くの国家で行政部の手中に置かれているから、政府主導型の議会召集とみられるのである。そこで、各国憲法に議会の臨時会を定めた国のうち、他律集会主義として行政部が議会の召集権を有する国は、第二次世界大戦後においても六割以上に達しているのであり、自由主義体制諸国がこれにあたる。一方、自律集会主義を採用する国は、割合では三割未満であるが、第二次世界大戦後に増加し、社会主義体制諸国およびアフリカの新興独立諸国にみられるのである。<sup>79)</sup> もっとも、議会の臨時会については、臨時会の召集要求権を規定する各国憲法が増しているから、その側面より行政部による召集権に対し、議会の自律集会主義の立場が補完されることにもなろうと考えられる。

次に、議会の臨時会に対する制限は、行政部の優位を高めることになり、行政国家へ向わせる要因を含むものとみられる。すなわち、議会における臨時会の会期、召集事由、議案などの三者中において一以上に対し何らかの制

---

77) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』165-166頁。

78) イ・テ・レービン、前掲、10-11頁。

79) 各国憲法で議会の臨時会を規定した国を調査した結果は、次の通りである。一、他律集会主義国は、一八八九年時で三二カ国中の三〇カ国(九四%)、一九二七年時で五四カ国中の四六カ国(八五%)、一九六六年時で八六カ国中の五六カ国(六五%)となっている。二、自律集会主義国は、一八八九年時ではなく、一九二七年時で五四カ国中の四カ国(七%)、一九六六年時で八六カ国中の二三カ国(二七%)となっている。三、他律集会主義・自律集会主義の併用国は、一八八九年時で三二カ国中の二カ国(六%)、一九二七年時で五四カ国中の四カ国(七%)、一九六六年時で八六カ国中の七カ国(八%)となっている。

限を憲法に明記したものは、各国憲法の五割近くまでとなっており、<sup>80)</sup> 第二次世界大戦後に増加の傾向にあるようにみられる。

#### IV 基本的人権の拡大

欧米では、アメリカおよびフランスにおける一八世紀後半の市民革命により、自由権を中心とした人権は、独立宣言、人権宣言、成文憲法などに定められ、それらの人権が近代憲法の根幹を構成するところとなったのである。近代憲法における人権は、その理論的背景にロック、モンテスキュー、ルソーによる近代政治・自然法思想が認められ、永年にわたる絶対君主制下の自由に対する抑圧から、市民革命における「自由か死か」または「国家からの自由（解放）」の主張となって現われたものである。

国家からの自由は、近代立憲国家が消極国家として国民の自由に干渉または介入すべきでないとする自由放任に合致するものであり、「権力を集中した国家と私人との対抗関係を前提としたうえで、国家権力の不介入＝国家からの自由を要求するものにほかならない。<sup>81)</sup>」とされる。なお、近代国家における自由には、基本的人権として「国家からの自由」に、経済的自由または所有権の自由、宗教的自由、思想およびその交換の自由があげられている。<sup>82)</sup> また、「国家への自由」としては、参政権があげられ、一九世紀的な自由主義国家が、自由権と参政権を柱としていたといわれる。<sup>83)</sup> このうち、参政権

---

80) 各国憲法で議会の臨時会を規定した国では、その会期、召集事由、議案などの三者中において一以上に対し何らかの制限を憲法に明記したものが、一八八九年時で三二カ国中の一七カ国（三八％）、一九二七年時で五四カ国中の二二カ国（四一％）、一九六六年時で八六カ国の四〇カ国（四七％）となっている。なお、一九六六年時で制限の内訳をみるならば、八六カ国中で多い順に列挙すると（一）議案が三六カ国（四二％）、（二）会期が二二カ国（二六％）、（三）召集事由が七カ国（八％）となっている。拙著『現代行政の法制と人権』高文堂出版社、1982年、22-23頁。

81) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』169-170頁。

82) 高柳信一「近代国家における基本的人権」、『基本的人権 1 総論』東京大学出版会、1978年、52頁。

83) 芦部信喜『憲法の焦点 PART 1 基本的人権』有斐閣、1984年、4頁。

については、近代憲法が、近代市民革命を実現した市民階級の政治力により定められたところから、有産市民階級を中心とした制限選挙制として認められ、無産労働者階級については、一八・一九世紀に参政権が認められなかったのである。

このほか、一八・一九世紀の自由主義国家においては、かつての絶対君主国家の封建遺制であった特権階級に対して、市民階級による身分差別からの解放が主張された。これは、国家からの自由または解放に通ずるものであり、身分差別のいわゆるタテ型社会に対比されるべき、対等な契約の自由により示されるところのいわゆるヨコ型社会を志向するものであり、また「すべてのものが法人格を承認される。かようにして法のもとの平等と人身の自由（身体拘束や刑罰についての法定主義、無罪推定の原則など）が基礎づけられる<sup>84)</sup>」ことにもなるとみられる。さらに、近代憲法には、人権を擁護または救済するための権利として、国務請求権または受益権を定めたものがある。これらより、近代憲法における人権は、一、自由権、二、平等権、三、参政権、四、国務請求権などがあげられ、欧米各国の宣言・憲法上でみれば、すでに一八世紀後半より注目すべき代表例<sup>85)</sup>をみることができる。

---

84) 樋口陽一、前掲、170頁。

85) 一、自由権では、財産権につき、一七七六年のヴァージニア権利章典第一条、一七八九年のフランス人権宣言第二条、第一七条、一七九一年のアメリカ合衆国憲法修正箇条第五条の規定に定められた。また、宗教的自由につき、一七七六年のヴァージニア権利章典第一条、一七八九年のフランス人権宣言第一〇条、一七九一年のアメリカ合衆国憲法修正箇条第一条の規定に定められた。さらに、思想・言論の自由につき、一七七六年のヴァージニア権利章典第一二条、一七八九年のフランス人権宣言第一一条、一七九一年のアメリカ合衆国憲法修正箇条第一条の規定に定められた。

二、平等権では、生来的平等につき、一七七六年のヴァージニア権利章典第一条、一七八九年のアメリカ独立宣言、一七八九年のフランス人権宣言第一条の規定に定められた。また、一七八九年のフランス人権宣言には、第六条法の目からの平等、第一三条租税の平等負担が定められた。

三、参政権では、一七七六年のヴァージニア権利章典第六条、一七八〇年のマサチューセッツ州憲法第九条に定められた。

四、国務請求権では、財産補償請求権につき、一七八〇年のマサチューセッツ州憲法第一〇

(次頁脚注へ続く)

次に、現代憲法下では、「私経営を行政が併呑する社会主義国家はいうに及ばず、“福祉国家”（“社会国家”）たることを憲法規範上標榜する現代資本主義国家もまた、行政国家的憲法現実と手を結ばずには、自らのイデオロギー的正当化根拠としての憲法理念、さらには国家体制そのものまでも維持することができない。<sup>86)</sup>」とされ、行政国家が社会・福祉国家と関連づけられるように、近代憲法における「国家からの自由」と対比することのできる「国家による自由<sup>87)</sup>」としての社会権が重視される傾向にあるものとみられる。すなわち、近代国家では、消極国家として近代憲法上自由権が中心に展開されてきたが、「経済的に抑圧された大衆は、自由主義憲法とその基本権のカタログが提供する自由と平等のたんなる理論ではもはや満足しなかった。大衆にとって、それらは無価値な抽象物にすぎなかった。実際には金権政治的な階級が権力過程を支配していたからである。<sup>88)</sup>」ときびしく指摘されるころである。すでに、フランスでは、一七九三年の人権宣言において社会権と認められる人権が、公の救済および生存の手段の確保（第二一条）、教育（第二二条）、社会保障（第二三条、第二四条）などの規定として定められたことも注目されるが、革命の進行過程であるところよりその実効性は確かでないものとみられる。

そこで、二〇世紀の現代憲法では、「国家による自由」として社会権が重視されることとなり、また同時に「国家からの自由」といわれた自由権のなかで経済的自由への国家による介入が必要となり、「現代資本主義国家における基本的人権は、古典的なりベラリズムの退潮と裏腹をなす経済的自由権に対する制約の増大と、いわゆる社会権（生存権的基本権）の承認によつ

---

条、一七八九年のフランス人権宣言第一七条の規定に定められた。また、請願権につき、一七八〇年のマサチューセッツ州憲法第一九条、一七九一年のアメリカ合衆国憲法修正箇条第一一条の規定に定められた。さらに、裁判を受ける権利につき、一七八〇年のマサチューセッツ州憲法第一五条、一七九一年のアメリカ合衆国憲法修正箇条第六条の規定に定められた。

86) 手島 孝，前掲，8頁。

87) 芦部信喜，前掲。

88) カール・レーヴェンシュタイン，前掲，398頁。

て特徴づけられる。<sup>89)</sup>」とされ、また「現代においては、経済過程への国家の介入ということに対応して、経済的自由への制約規定、制約の論理として『公共の福祉』などの一般条項が、憲法上あらわれる。<sup>90)</sup>」とされるのである。

これらの経済的自由と社会権との関係については、「経済法的領域における経済的自由への制約の楯の裏がわは、社会的諸権利の登場であり、これまたワイマール憲法を原型とし、第二次世界大戦後の憲法で全面化した。社会保障法的領域については、社会保険と公的扶助の制度が生存権の観念のもとに包括される。<sup>91)</sup>」とされ、国家行政作用の形態よりみるならば権力的行政作用および非権力的行政作用の双方により実現されることになり「国家権力・公権の市民生活への介入がそれだけ増大する危険があると思われる<sup>92)</sup>」との側面も含むものであろう。また、現代憲法による社会権の保障は、非権力的行政作用として国民生活における弱者保護・救済の助長・給付行政を推進せしめることになり、積極国家としての行政国家に位置づけられるべきものといえるであろう。

また、行政国家としての積極国家では、権力的行政作用と非権力的行政作用の双方が展開されることになるが、「現代憲法現象の諸特徴は、現代資本主義自体が要求する積極国家という国家のありかたに対応しており、そのような意味において支配層のがわの要求にこたえるものであるが、他面、被支配層のがわからの要求もそこに交錯する。被支配層のがわは、たとえば、自由放任でなく国家の介入による生活条件の回復・維持・向上を要求し<sup>93)</sup>」として、「そのような要求ないし要求をになう運動の可能性自体がどれだけ保障されているか（とりわけ労働運動にかかわる諸権利、精神的自由と参政権の実質性）の程度におうじて、積極国家——したがって現代憲法現象——は、

---

89) 小林直樹「現代国家と人権」、『基本的人権 1 総論』東京大学出版会、1978年、138頁。

90) 樋口陽一、前掲、171頁。

91) 同上、172頁。

92) 芦部信喜、前掲、12頁。

93) 樋口陽一、前掲、177頁。

ファシズム国家型と現代福祉国家型（その原型としては、ナチズムとニュー・ディール）とに類別される。<sup>94)</sup>」と示される。

すなわち、現代資本主義体制におけるファシズム国家型においては、かつてのドイツにおけるナチス政権が、ワイマール憲法に定められたところの自由権、平等権および社会権を権力的行政作用によって侵害・規制し、これに反して非権力的行政作用が極度に抑制されたものとうかがわれる。しかし、現代憲法において一応現代福祉国家型と認められるばあいであっても、名目的には、福祉国家を目指す非権力的行政作用を中心に位置づけながら、実質的には、権力的行政作用を進展させる行政部中心の国家権力もありうることになる。そこで、「軍事や行政その他の面で巨大な権力経営体となった国家とその権力が、けっして『中立的』ではないということである。<sup>95)</sup>」との指摘もあり、権力的行政作用を優先して国家の総予算における軍事予算の比率を急増させる行政部のありかたは、その典型的な実例となろうし、現代福祉国家型の看板をかかげるファシズム国家型の行政国家へ進む可能性を含むことが危険視されるべきであろう。

現代憲法における人権については、「労働権や生存権の承認が、ロシア革命直後の時期にドイツで作られたヴァイマール憲法に始まること、第二次大戦後に多数の人民民主主義国の出現に対応して、西側の憲法に社会＝福祉国家的条項がそろって規定されたことは、体制競争のあらわれとってよいだろう。<sup>96)</sup>」とされ、いかなる国家体制においても社会権を重視すべき傾向がうかがわれる。

とくに、第一次世界大戦後のドイツでは、ワイマール憲法に注目すべき規定がみられ、「経済的自由に対する現代的制約の古典的表現は、『財産権は義務をともなう。その行使は同時に公共の福祉に役立つべきである』というワイマール憲法の定式、具体的には、とりわけいわゆる公有化条項（一五六条）

---

94) 同上。

95) 小林直樹，前掲，139頁。

96) 同上，138頁。

のなかに見出される。<sup>97)</sup>』とされるし、また、社会権として、教育（第一四三条，第一四五条，第一四六条），生存権（第一五一条），労働（第一五八条，第一五九条）などの規定が定められた。なお，社会権については，一九四六年（昭和二十一年）の日本国憲法においても，生存権（第二五条），教育（第二六条），勤労（第二七条），勤労者（第二八条）などの規定が定められており，ワイマル憲法と同様に現代福祉国家としての形態を備えているが，「現代福祉国家とファシズムとの境界は流動的なものである<sup>98)</sup>」との指摘が注目されるところである。

そこで，現代憲法現象または憲法現実を積極国家として行政国家に合致させてみるならば，「行政国家はこのように現代憲法規範の形式原理すなわちデモクラシー＝議会主義＝法治主義をテクノクラシー＝ビューロクラシー＝プラノクラシーへと変質せしめるにとどまらず，デモクラシーに並び或いはそれに上位してそこでの統治目的ないし内容の最高規範とされてきた自由主義の蚕食をも招来せずにはおかない。計画化を究極兵器とする行政国家の論理は，自由——人権の絶対保障に代えて，むしろそのいよいよ強まる制約と拘束を必然化し，ここに自由主義は一転して統制主義（dirigisme）へと変性するのである。<sup>99)</sup>』とされていることから，議会主義が統制主義へと変性していく傾向がみられる。その結果，現代福祉国家は，ファシズムとの境界が流動的なものとして，「現代議会主義と呼ばれるものなしにでも民主主義は存在し得るし，議会主義は民主主義なしにでも存在しうる。そして独裁は，民主主義に対する決定的な対立物ではないし，また民主主義は独裁に対する対立物でもないのである。<sup>100)</sup>』とする議会主義の否定に通ずる危険性を内包するよううかがわれる。したがって，現代憲法下における行政国家では，憲法に定められた諸々の人権を，いかなる実体において保障しているか

---

97) 樋口陽一，前掲，172頁。

98) 同上，178頁。

99) 手島 孝，前掲，11頁。

100) カール・シュミット著，稲葉素之訳，前掲，44頁。

または制限しているかといった国家権力とくに行政部の対応により、現代福祉国家の現実面をみきわめるべきであろう。

これらのほかに、現代憲法においては、すでに近代憲法において定められた参政権が、市民社会より大衆社会へ進展するに伴い、制限選挙制より普通選挙制へと拡大してきたことが、各国共通の傾向であるものとみられる。また、現代憲法では、すでに近代憲法に定められた国務請求権が多様化して新たな規定が加えられ、各種の人権が拡大したことも注目されるべきことである。すなわち、現代憲法には、すでに近代憲法に定められた請願権、財産補償請求権、裁判請求権などに加えて、国家賠償請求権および刑事補償請求権が定められた。わが国では、前世紀の大日本帝国憲法の規定に裁判を受ける権利（第二四条）、請願権（第三〇条）が定められたにとどまる。しかし、今世紀の日本国憲法の規定には、裁判を受ける権利（第三二条）、請願権（第一六条）に加えて国家賠償請求権（第一七条）、財産補償請求権（第二九条三項）、刑事補償請求権（第四〇条）などが定められるところとなった。これら国務請求権のなかでは、とくに国家賠償請求権の展開が、現代憲法下において期待されるところであろう。すでに、フランスでは、一九世紀以降にコンセイユ・デタにより国家賠償を認め国民の人権救済が実現の方向へ進展し、各国憲法への影響は、今後も注目されるべきところであろう。