

# 憲法学で「国家」を問題にすることの意味

—— 実定憲法の下での「国家」像の探求・序論

井上典之

- 一 はじめに
- 二 憲法学における「国家」の不在
- 三 「憲法」に対する「国家」の先行性？
- 四 「国家」から「憲法」へのパラダイム転換
- 五 まとめ

## 一 はじめに

「二世紀を前にして、『国家』は、あるいは『国』という枠組みのなかでの思考は、人類の未来を奪いかねないものになろうとしている」との指摘が、「二世紀憲法学へのキーワード」としてなされている。地球規模での人口問題や、地球環境問題、資源・エネルギー問題、食糧問題といった現在我々が直面しているすべての問題は、

「自国の利益、あるいは自国の経済・産業の発展というような『国』の枠組みにとらわれた考え方」によって「解決できないばかりか、ますます深刻化し、そんなに遠くない時期に、私たち自身の生存を脅かすことになる」から、『国』の枠組みを離れて考えることが、いま、緊急に求められている<sup>1)</sup>との見解が主張される。すなわち、我々は、「なにか国家の存在が当然のことにように考えているところ」があり、「国家というものが普遍的な存在であるかのように錯覚して、したがって、国家という枠組みに、無意識的にせよ、縛られた発想しかできないで来た」が、「国家という枠組み、つまり『口』のなかでしか発想できない人は『囚』でしかない<sup>2)</sup>」ということである。そこには、『国』というものを何か所与の存在のように考えがち<sup>3)</sup>であるが、一般的に観念されるような「国家」というものは、歴史の産物であり、また、人為的に作られたものでしかなく、それは「自然的な実体として存在するものではなく、人為的に作られた『イメージ』にすぎない、という「国家」像が示されている<sup>3)</sup>。

憲法学の議論は、「国家という統治団体の存在を基礎づける基本法、それが通常、憲法と呼ばれてきた法である」<sup>4)</sup>との説明から出発する。しかし、第二次世界大戦後の二〇世紀憲法学は、国家についての立ち入った検討をすることなしに、前記の「憲法とは国家の基本法である」との命題から直ちに実定憲法典に規定された規範の内容理解を展開しようとしていた。憲法の一般的な教科書では、一応、領土・国民・統治権という三つの要素を備えた社会状態を「国家」ととらえ（国家三要素説）、そのような（社会学的・歴史的）国家を法的にどのようなとらえるかという観点から「国家法人説」に触れつつも、「憲法」によって構成される国家権力の内容を問題として、日本国憲法が立脚すると考えられる社会契約論の理念的内容を前提に、個人の人権を中心にして憲法の規範内容が展開されるのである<sup>5)</sup>。その結果、「憲法」の規律対象に「国家」というものを想定しておきながら、憲法学において考察すべきは個人の尊重を中核にした立憲主義の理念の実現方法であり、『国家』は、挨拶しておくべき概念ではある

が、それ以上のものではない<sup>(6)</sup>と指摘されることになる。すなわち、「国家」というものへの言及があれば、それを正面から問題にする実益はなく、憲法学はそこで示される一定の普遍的な基本価値の実現を学問対象として展開することが重要と考えられたのであった。そうだとすれば、憲法学において「国家」というものについてとりえず何らかの形で説明を与えておけば、それで十分ということになるのだろうか。

日本国憲法を基礎にして民主的法治国家の確立が今日なお課題であり続けていることに鑑みれば、戦前の明治憲法下での国家主義的潮流からの決別のために「国家」研究が低迷になったことにはそれなりの理由があるろう。ところが、二一世紀に入って、前記の「キーワード」とは異なり、憲法学に「国家」に関連する新たな研究の潮流が生ずる兆しが現れている。その背景には、二〇世紀末から二一世紀初頭の自然災害の発生や環境保護に対する世論の昂揚、いわゆる九・一一以降の世界的規模での国際テロリズムの活動とその被攻撃可能性、世紀の転換点から二一世紀にかけてのグローバル化による経済領域での国境を越えた相互依存性から発生する様々な問題や、近年とみに増えている企業倫理の崩壊とコプライアンスの欠如からの食に対する安全性への疑問に直面し、市民生活における安全・安心への関心が高まるにつれて、危険発生に対処するための国家・公権力の役割が強く意識されるようになった現状がある。また、九〇年代以降の国家財政の破綻の危機を契機にした国家機能の民営化・民間委託が政治課題として登場すると共に、二一世紀になってそれが推進されるようになり、国家の機能・役割を再検討する機運が高まったという事情も否定できない<sup>(7)</sup>。そこには、従来の「国家」の枠組みを超えようとする傾向と、「国家」の役割を縮減しようとする傾向の、二つの内容が混合的に入り乱れて「国家」についての議論が展開されている<sup>(8)</sup>。

本稿は、以上のような現状に照らして、現代国家の役割について、現実分析を踏まえた上で憲法規範との関係を整理し、あるべき国家像を探求するための準備作業を行うことを目的とする。そのために、本稿では、日本におい

てと同じように二一世紀に入って国家論のルネッサンスが指摘されているドイツの議論を参考にしつつ、日本の憲法学において「国家」というものをどのように取り上げていたのかについての従来の一般的な研究内容を簡単に整理すると共に、なぜ「国家」を論ずることなく「憲法」論が展開されているのか、それはどのような意味を持つものとして展開されていたのかのささやかな検討を行うことにする。

## 二 憲法学における「国家」の不在

憲法学・憲法の存在意義は、国家権力を制限・コントロールすることによって、個人の自由・財産を守るところにあるというのが、二〇世紀憲法学の一般的な通念であった。<sup>90</sup> すなわち、「国家権力の制限・コントロールによる市民の自由実現」、これが憲法学のテーマとされていたのである。ここでは、国家の不在が市民の自由な状態とされる結果、市民の自由保障・実現は、「国家」が存在しないことをもって達成されると考えられる。すなわち、「国家」の存在をできるだけ消し去ることが憲法によって保障される自由・財産の実現に必要とされていたのである。このような考え方によれば、個人の私的領域に「国家」が表だって登場しないことが「良いこと」とされ、「国家」を前面に出す議論は憲法学にとってタブー視されることになる。たとえ「国家」が登場するとしても、必要最小限の場面にとどめておく必要がある。つまり、ここでは、憲法上国民に対して保障される人権としての自由・財産は「国家」の介入が原則として禁止される個人の私的領域であり、「国家」の行為が当該自由・財産に対する侵害として現れる場合にのみ憲法・憲法学と「国家」との接点が登場するにすぎないということである。そのために、「国

「家」は、自己の行為による憲法上の自由・財産への介入を侵害ではなく許された例外的な活動としていかに正当化し得るのかという文脈において、人権保障の裏側から「陰面」として描かれてきたとの指摘がなされる。結局、市民の自由実現を主たる使命とする「憲法学の論証において国家を積極的に定義する必要がなかった」ということであり、憲法学において「国家」の不在こそがあるべき理想型と考えられるのであった。

このような憲法学における「国家」の不在の背景は、いわゆる「憲法の概念」の説明において、「国家の統治の基本を定めた法」としての憲法（固有の意味の憲法）よりも、「憲法学の対象とする憲法」とは「国家権力を制限して国民の権利・自由を守ることを目的とする憲法」、すなわち「立憲の意味の憲法」になることを重視する点にある。そして、この「立憲の意味の憲法」となる近代憲法の特徴は、「何よりもまず、自由の基礎法」であり、自由の観念を「実定化した人権規定は、憲法の中核を構成する『根本規範』であり、この根本規範を支える核心的価値が人間の人格不可侵の原則（個人の尊厳の原理）」になる。そのうえで、確かに「憲法は国家の機関を定め、それぞれの機関に国家作用を授権」し、「通常は立法権、司法権、行政権、および憲法改正手続等についての規定が設けられ」、そのような「国家権力の組織を定め、かつ授権する規範が憲法に不可欠なものであることは言うまでもない」が、「この組織規範・授権規範は憲法の中核をなすものではなく、「それは、より根本的な規範、すなわち自由の規範である人権規範に奉仕するものとして存在する」だけのものにとらえられる。この点は、現代国家において「国家の不在が自由の最大化であるというのは、単なる擬制にすぎなくなっている」との認識が共有され、「国家権力の制限が個人の現実的自由の実現になるという、従来の枠組みを考え直す」必要性が生じてきても、「憲法学の通説は、従来の枠組みを原則として維持すべきものと考え」ており、「国家」の存在を正面から取り上げる必要性までは認識されていない。というのも、「国家権力の制限が、個人の自由の実現であるためには、基本的人

権の享有主体である個人が、国家の助けがなくとも自律的生活を営む意思と能力を有する」との前提が崩れている場合には、「国家」が正面から登場・出動して積極的に個人を保護すべきという考え方ではなく、立憲主義の本来の目的が個人の権利・自由の保障にあるのであるから、まさにこのような場合にこそ「人權規範に奉仕する」ための「組織規範・授權規範」によって現実的自由を実現するための方策が執られるべきものと考えられることになるからである。

以上の日本における二〇世紀憲法学の通念は、特に「憲法の基底にあるものへの問い」に対する一つの特徴的な姿勢に影響されていると考えられる。すなわち、「日本の憲法学が、欧米を発祥の地とする近代憲法をこれとは大きく異なる政治的・社会的・文化的背景のわが国に移植することによって始まったのだとすれば、ここでは憲法典の背後への問いかけは、一層不可避のものとならざるをえない」が、ここでの問いの方向は、「いかにすれば、各国の特殊な文脈に起因する種類の差異を超えて、この中から普遍的な何ものかをつかみ出し、これをわが国の土壌に根づかせることができるのか」という関心になり、「ここに見られるのは、憲法典の背後に何らかの普遍的な理念や原理を見出し、立憲主義諸国の憲法をこの共通の普遍的理念の多様な現れとして理解しようとする試み」であって、「憲法の基底にあるものを問う理論的試みもまた、『国家』の理論であるよりも、むしろ超国家的に妥当し国家の権力に制約と指針を与える『立憲主義』の理論というかたちをとることになる」という姿勢が一つの前提になる。そのために、「憲法典がかような立憲主義を体現した文書であるとすれば、この限りで憲法学の主要な課題は、実定憲法典の解釈・運用などを通じてかかる普遍的な諸原理を現実化する点に求められ」、その結果として、「国家」を問題にするのではなく、「立憲主義」に関する理論的考察が深められ、それは「憲法の総論部分で展開されるのみでなく、主権論や人權総論からより個別的な論点にまでしばしば深く浸透するに至っている」<sup>100</sup>のであった。

憲法を「国家の基本法」とすると同時に、「国家の権力を制限して国民の自由を実現する」ことを基本思想とする立憲主義に立脚する「一定の理想的な内容を備えた場合にのみ、それを真に『憲法』の名に値するものとして扱う」という憲法理解の下で、二〇世紀憲法学は、「最高法規としての憲法」の確立のみではなく、これを通じた立憲主義の実現こそを最大の目的」として、「立憲主義の諸原理を究明することによって、日本国憲法のより良き理解と実現を試みる」こととなり、「我々の関心を『国家』から『憲法典』という特定の法形式へと引きつけることによって、憲法学の思考を根本的に変容させてしまった」といわれる。すなわち、「最高法規としての憲法典が、立憲主義の原理を基礎として国家の基礎法の基本的な部分を自ら規律し、これによって現実の政治的基本秩序を規範的に統制するべく試みる」ということが「近代憲法の理念的な基本モデル」とされ、そのモデルに従い、日本国憲法の下でも立憲主義の諸原理・概念の解明に向けた理論が展開されるということである。

以上のような「憲法論は、個人の自由に対する潜在的抑圧者としてのステートを当面の対象にしている」が、「これは、政府とあまり差異のない国家組織（三権を含む）のことだと考えてよく」、「ただ語感としては政府……とは異なり、ステートは末端の国家機構として国民を含んでいる」から、「憲法は、その組織構成を決め、権限を割り振り、権利を特定することで国民と政府の関係を規定する」のであって、「意思決定機関を持たない集合はただの烏合の衆だから、国民が集合的に何事かを行うにはステートが必要」となるにすぎないということである。もちろん、立憲主義が前提にする近代国家はネーション・ステートであるから、ステートだけでなくネーションの存在も忘れてはならない。そして、ネーションをステートを構成する人的範囲だとすれば、もちろん「日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法一四条一項違反の問題を生ずる」として立憲主義の理念である人権保障の内容たる平等原則との関係での問題が提起されるとし

ても、「国家の構成員」は、ステートとの合理的な一定の結び付きを持つ者ととらえればよいだけで、それ以上の説明は必要とされない。結局、このような流れの中で展開される憲法学の下での議論において、もはや「国家」それ自体の出番はない。

「憲法は、一方では、国家の基本的な組織を定め、各機関に権限を授けるとともに（固有の意味の憲法）、他方では、国家権力の発動を制限しコントロールすることによって、国民の自由を守る法である（近代的意味の憲法）」<sup>201</sup>。前者の場合、憲法は「個人の自由に対する潜在的抑圧者」たる政府の創造という役割を演じるために、個人からみれば権力行使に根拠と理由を提供する敵役の一つになる。ところが、後者の場合、憲法は自らが主役となって自由を保障する存在であることから、「抑圧者」と戦うための最も偉大な個人の味方の役割を果たす。二〇世紀憲法学は、後者に重点を置いて「国家の不在」をもたらしした。どちらに重点を置くにしても、憲法が二つの役割を演じるならば、そして、この「二重の役割は憲法の観念自体に内在」するものであることを否定し得ないならば、「国家は憲法の規律対象であり、国家が存在しなければ憲法は不要」になる。そのうえで、「憲法は国家を否定するものではなく、『正しい』国家を創りあげようとするもの」<sup>202</sup>であるとすれば、「国家」論を無視した形での「憲法」論は意味を持たないのではないかという疑問が提起されることになる。

### 三 「憲法」に対する「国家」の先行性？

二〇世紀憲法学は、確かに「国家の不在」を立憲主義の理念から導いてはいるが、「国家」そのものの存在を否

定しているわけではない。たとえ「陰画」としてであれ、憲法学の議論には「国家」それ自体の存在が暗黙のうちに予定されていた。但し、ここでの「国家」は、いわゆる「国（くに）」とイコールではなく、いわばその「国（くに）」の持つ権力を念頭に置いていられる。すなわち、国家権力が個人にとつては潜在的抑圧者となり、当該権力の不在が個人の自由な状態だということである。ところが、この国家権力を創造し、それを行使する機関を定めるのも憲法になる。そのために、二〇世紀憲法学では、「立憲的意味の憲法」を前提にする「立憲国家」は確かに「憲法」と「国家」を結び付けているが、その関係はお互いに規定されてはおらず、ただ「憲法」が構成するような「国家」だけが存在する、<sup>283</sup>というとならえ方が一般的になったという背景も認められる。但し、ここでの「国家」は、それが立憲国家である以上、歴史上普遍的に存在するあらゆる「国家」であるかどうかは検討を要する。

もちろん「固有の意味の憲法」を出発点にすれば、「この意味での『憲法』は、およそ『国家』といえるものが存在するところには、なんらかの形で存在する」<sup>284</sup>のであって、「国家」が存在するということと「憲法」が存在するということとは、同じことを異なる言い方で示しているにすぎないことになる。<sup>285</sup>しかし、「立憲国家」とは、そのように「固有の意味の憲法」と同じものとなる「国家」すべてを指しているわけではない。権力を制限して自由を実現するという立憲主義の基本理念に支えられた「憲法」によって構成されたものが「立憲国家」であるとすれば、それは、「封建的な構造を徐々に解体し、領土と国民に直接的支配権を及ぼす中央集権的な最高・独立の統治権（主権）を確立していく」ことから成立した人間の共同体であり、「一定の領土を基礎に統治権を備えた国民の団体」<sup>286</sup>になる。すなわち、それは、古代のレス・プブリカ（res publica）やキピタス（civitas）に代わり用いられるようになった用語としての国家（State）であって、およそ一六・一七世紀から発展し始め、一九世紀にヨーロッパで完成をみた「近代の主権国家」だとされるのである。<sup>287</sup>そして、このような「国家」は、国内的には最高の権力

を、対外的には法的独立性を主張することになり、そこには国境線で囲まれた領土というものの概念が必要になる。しかし、中世の封建制社会では「国王の支配権が直接的に及ぶ領域」という意味での『領土』の概念も、国王の支配権に直接に服する臣民の集合としての『国民』の概念も、なかった<sup>8)</sup>といわれている。ここで、人的集団に支配権を行使する支配者の存在が中世、あるいはそれに先行する古代においても存在していたとすれば、「固有の意味の憲法」と同義とされる「国家」と「立憲国家」とを区別するものは、「領土」と「国民」という概念になる。

現代における「国家」というものの考え得る源は、様々な対立・脅威というものの存在が認識できても、何が支配にとつて真の脅威になるのかが必ずしも明確ではないということから始まり、ヨーロッパ大陸で四〇〇年以上も前から政治的秩序の基盤として展開されてきた領域国家 (Territorialstaat) の形成にあるとされる。

それは、非常に複雑で現代的視点からはなかなか理解しづらい支配構造を持つ領邦 (Land) や都市 (Stadt) を外敵の攻撃から守る必要性によって、国法上の単位 (staatsrechtliche Einheit) として登場することになる。そこでは、国法上の政治的な単位形成は地理的な境界内で行われ、その結果、支配の範囲は領域的な意味でのものになり、政治的結合体の問題は領域的な分割の問題となっていた。そのために、それが共同体 (Gemeinschaft) として独立しているためには一定の地理的な領域を排他的に自らのものとして主張し得なければならず、そのように領域的境界内での政治的単位の形成によって国家性 (Staathöheit) が確立されると、当該政治領域と個々人の結び付きは、中世における領主や君主といった支配者との人的結合関係に代わり、地理的な領域に関連する国家そのものとの関係に求められることになる。この段階での領域国家は、政治的支配・結合構造の変遷として登場したにすぎないが、その後の発展によって、公の領域の秩序は、そのような変遷を超えて、個々人がそこに取り込まれる種々の統合要因の総体として認識されるようになる。その結果、その形態や約束事を憲法上整序するために「国家」というもの

の理論的な説明が問題になるならば、考察の出発点として、この政治的結合体の基本的形式としての「国家」という観念が用いられなければならない<sup>80)</sup>、といわれることになるのであった。

ここに、政治的結合体の基本的形式として領土・国民・統治権という三要素からなる「国家」が登場し、その形式的な組織構造を「憲法」が規定するということになるが、これでは「固有の意味の憲法」の場合と変わらなくなる。ただ、この段階では、領土と国民という要素の存在から、「国家」の支配権の及ぶ地理的・人的範囲が明らかになる。そして、そのような地理的範囲は人為的に国境という形で線引きが行われることになり、「一般に、何らかの意味での同質性を持つと想定される人々の群れがネーション<sup>81)</sup>」としての国民という人的範囲とされることになる。そこでは、中世の拡散した支配形式がいったん解消されて、「国家」と呼ばれる団体が権力の独占を主張するようになり、国民は、その様々な機能において、様々な国家機関と直面するようになる。もちろん、そのような「国家」の現実には、それが政治的結合体の基本的形式であることから政治の問題でもあり、通常、政治を担当する者は、多かれ少なかれ自己の行為を行うに際して、自己に権限を付与する法に依拠することになる。その結果、「国家」は、人間の共同生活を規律し、その間の、あるいは人間と「国家」との間の紛争をコントロールし、それらを可能な限り仲裁する一つの法秩序を持つことになり、「国家」と法は、相互に条件づけあう関係に立つと考えられる<sup>82)</sup>。というのも、一定の地理的領域内の一定の人的集団が一つの「団体」として存在するという「点では、国家は、他のあらゆる組織とかわりはない<sup>83)</sup>」く、「個々の現実の国家は一定の方法で必ず構成されており、その国家性はメタ憲法的な原型としてではなく、憲法上刻印づけられたものとして示される<sup>84)</sup>」ことになり、「広い意味での憲法が、その行為や意思形成の条件を規定するルール (Regeln) の総体」となり、ここに「憲法」と「国家」の結び付きが確定されることになる<sup>85)</sup>。

支配権の及ぶ地理的領域が人為的にせよ確定されるならば、「国家」が構成される際に考慮しなければならないのは人間になる。そこには、誰を支配の及ぶ「国民」とするのかについての問題<sup>80</sup>とは別に、もし「国家」が権力の問題としてのみ構成されれば、その秩序は非人間的になってしまふ可能性を持ったために、「国家」も当然人間の集合体であるという点を考慮した形でその構成が行われなければならない<sup>81</sup>という事情が存在する。そして、「国家」を構成し、その権力を条件づけるものが「憲法」であるならば、「国家」を構成するための「憲法」は、人間を中心に据えて、「国家」の構成要素となる国民の権利・自由を保障し、「憲法」によって構成される「国家」によって侵害されないような仕組みを規定しておくことになるのであった。ここに、単なる領土と国民、統治権を要素とする「国家」と近代の「立憲的意味の憲法」によって構成される「立憲国家」の違いが生ずることになる。

このような歴史的な展開を背景にして、「立憲国家」を社会学的・経験的に眺めれば、「国家」は、共通の目的（個人の自由・権利の保障）を追求することから生ずる現実の集合体ととらえられる。そして、ここでは、通常、人間の集合体である団体はまず団体構成員に共通する団体結成の目的があり、それを出発点に形成されるものであるから、「憲法」に先行してその存立目的が確定され、それを「憲法」が体现するものとのとらえ方が登場する。同時に、団体は人間が集合することによって形成されるという当然の特徴から、「憲法」に先立って「国家」の構成員たる国民は存在するし、集合体形成に際しての共通の目標となる前憲法的な理念としての公共の福祉も問題とされるようになる<sup>82</sup>。ここに、「固有の意味の憲法」においては表裏一体と考えられていた「憲法」と「国家」の関係が、今日、世界的規模で承認されている政治的支配体制のモデルとしての「立憲国家」は、確かに一般的・現実の意味での「国家」ではあるが、その概念は歴史的背景を有しており、その国家性の今日的形式は、すべての時代のあらゆる国民に妥当するものではなく、まさに一定の歴史的な時代によって刻印づけられたものとして成立して

おり、「国家」は前憲法的な類型にとらえられることになる。<sup>55)</sup>

確かに、「人が社会を形成してはじめて社会のルール（規範）としての法が必要となるという意味では、社会の存在が法の前提である」ということは否定できない。しかし、事実としてまず人間の集合体（すなわち社会）が形成されているとしても、それを一つの団体としてとらえるためには、団体を団体として存立させるための根拠となる法的基盤が必要になり、「国家」もその点で「他のあらゆる組織とかわりない」のであれば、それが「国家」として存立するためには「憲法」が必要とされる。すなわち、「憲法」によってある社会状態を一つの政治的結合体とすることで、当該結合体が「国家」になるのではないのか、という問題は提起され得る。その結果、『国家』そのものが存在するのか、それとも、国家は憲法とともに、あるいは憲法を通じて初めて現実性を獲得するのか」という問いが「立憲国家」の下でも理論的に追求されることになる。<sup>56)</sup>

#### 四 「国家」から「憲法」へのパラダイム転換

「国家」が「憲法」に先行するものならば、実在する「国家」の実体を学問的に解明することで「憲法」の内容も決まってくる。すなわち、「国家」の実体を解明することでそこに見出される「国家」の存立目的が確認され、それを「憲法」が具体化するものとして国民の前に登場することになるのである。「もし国家目的が、憲法に先行するのであれば、憲法の意義は、実体として先行する国家に対して国家目的論が課したしほりを具体化・可視化する」だけであって、「憲法の規定は、単に確認的か、先行する国家目的の具体化」にすぎなくなる<sup>57)</sup>ということであ

る。このように考えれば、「国家」は「憲法」の前提要件であると同時に、その内容を規定する根本的な論拠となるということになる。「国家」学の展開は、まさに「憲法」を制定し、その内容を決定するために必要な理論とされる点に見出される。ここでは、「国家」学と「憲法」学は基本的に同じものとなり、一般的な「国家」論の探求こそが、二〇世紀後半において世界的規模で承認されるようになった「立憲国家」の「憲法」論を展開することになる。しかし、一般的な「国家」論が少なくとも隆盛であるとの状況は、現在のところ憲法学において必ずしも確認できない。むしろ、二〇世紀では、一般的国家論の周辺化 (Marginalisierung) が起っていると指摘されるようになる。<sup>41)</sup>

この傾向は、特に第二次世界大戦後のドイツ国法学の展開に顕著とされる。<sup>42)</sup> すなわち、「用語、概念およびテーマとしての国家は、ますますその姿を消し」ており、「国家なしの国家法 (Staatsrecht ohne Staat)」が展開され、「国法学 (Staatsrechtslehre) は、その名称が期待させることをもはや果たしていない」状況が現れたということである。ここでは、「国家法は憲法に還元され」、他方、「立憲国家」という言葉は残ったが、その「国家」という言葉は「憲法」を乗せるための意味論的な土台として用いられるだけで、「国家」という用語の重要性の衰退が進めばそれだけ「憲法」の重要性が高まり、「国家に認められる諸機能は憲法に帰属する」ものと考えられ、「国家機関」は「憲法機関」として機能するだけとなって、ここに「国家」から「憲法」へのパラダイム転換が起こったと指摘される。<sup>43)</sup> 「国家は、人間が意識的に創り出した制度であって、自然的な所与ではな」く、「目的のための手段」であるならば、「国家は人間のために存在するのであり、国家のために人間が存在するのではない」ということが確認されるべきであり、「そうであれば、国家はそれ自体として正当化される自己目的のではなく、まさに人間（の尊厳）に奉仕すべき存在として肯定される」ものになり、その理解から「憲法のみが国家に具体的な像を与える」と

考え」られ、「憲法に先行して固有の目的を持つ国家という実体を観念することはでき」ず、「国家を構成（verfassen）する憲法が、同時に国家に正当性を与え、その活動の限界を定める」ことになる。

しかし、このような「国家」論から「憲法」論への転換は、必ずしも戦後のドイツ国法学においてのみ見られる傾向ではないことも指摘される。というのも、「国家」という名の下に呼び起こされる事実世界の現象を単に法学的な視点での考察で片付けられるものではなかったという理由から、そもそもその出発点である国家論は、「国家」というものを、二元的法論に依拠して法人としての国家と独自の目的を追求する社会的に形成された集合体としての国家ととらえようと、純粹法学的に規範論理的な体系としての法秩序そのものととらえようと、あるいは、決断主義的に事実としての存在ととらえようと、そこに一定の実在性を認識しようとすれば、社会学や国家哲学、政治学、憲法史や憲法理論の間でばやけたものになってしまっていたからである。そして、普遍性・一般性をもって法学的な論拠として展開できる「国家」論の展開に対する疑問から、一般性を放棄した「国家」論の導入は、「憲法」によって民主的に構成される立憲国家の歴史的・政治的そして理念的な正当性の理論にならざるを得ず、立憲国家の規範的土台を強調することで「国家」論そのものが「憲法」論へと転換していった、といわれることになる。ここでは、「国家」という概念それ自体が、疑いなく有効な中心的概念として機能しないことが示されていたということになる。

では、「国家」論にはどのような難点があったのが問題になる。ドイツで展開された一般国家学は、ドイツ独自の事情によって展開された特殊ドイツ的なものであったという点で、その「普遍性・一般性」を持たなかったという事情を別にしても、社会秩序は法を通じて形成され維持されるという点を考慮すれば、個々の政治共同体・政治的結合体の現実的な課題についての回答はその都度の憲法の中に見出されなければならず、この従来一般国家学

が引き受けるべきと考えられてきた課題は「憲法」学によって継承可能と考えられる。そして、最も重大と考えられるのは、一般国家学には適切な方法論が欠如しているという問題である。すなわち、前記の通り、一般国家学が社会学や国家哲学、政治学、憲法史や憲法理論の間でばやけたものになってしまっているということは、政治共同体の現実的な問題を国法学の研究領域に取り込んだとしても、それは、結局、国家論による方法論ではなく、前述の諸学問に備わる方法論的な取扱いを受けるだけになってしまおう、ということである。その結果、一般国家学は、形式の理論としても、国家の経験的知識としても必要ないとされることになる。<sup>88)</sup>

さらに、現代の立憲国家における中心的課題である個人の権利・自由保障を考えても、その理念的・思想的内容に鑑みて、もはや「国家」論の不要性は明らかになる。すなわち、前国家的権利としての人權保障は、「国家」によって承認される権利を国民に保障するという内容とは矛盾するということである。もちろん、現代国家において憲法上の権利として保障される基本権には多機能性・多次元性が承認されるとしても、その前提となる人權の理念は、「国家」に先立って存在する人間の権利として承認される。それは、実在する存在としての「国家」によって初めて承認されるものではなく、前国家的なものとして承認されているが故に「憲法」によって創造される「国家」によっても侵害され得ないものとして保障される。ここに、近代立憲主義の中心的要請となる個人の人權保障にとつて、「憲法」に先行にする実在としての「国家」の理論は不要とされることになる。<sup>89)</sup>

学問は、その方法についてだけでなく、その対象によっても区別され得る。確かに、国家法は、国家とその機関、国民との間の、そして国家の意思形成と国民を含めた諸機関の決定との間の法的関係に関連するものであった。そして、その限りで「国家」それ自体は国法学の対象であった。しかし、規制緩和・民営化という「国家」内部の変化、さらにグローバル化・国際化という「国家」の外側での変化に鑑みて、はたして本当に「国家」が国法学、あ

るいは「憲法」学の対象領域であるのかという点についての疑問が、二一世紀の今日、再び提起される<sup>50</sup>。もちろん、これまでの「国家」論の蓄積を詳細に再考し、そこで「国家」論が念頭に置いていた基本的関心を見直すことによつて、共同体の基礎的な秩序の問題を考察するため学際的な熟慮の枠組みとして、一般国家学を再生しようとする試みもみられる<sup>51</sup>。しかし、そこでの問題は、従来潜在的には存在していたが、必ずしも意識の上で十分認識されていたとはいえない予期せぬ危険が顕在化したことから、個人の自己決定・自己責任の強調の裏側に、少なくとも一定の範囲で国家・公権力が市民生活において発生する可能性を持つ危険に対して、事前にそれに対処する仕組みを、「国家」の撤退として備えておくのか、第二次世界大戦後、意識的に考慮の外に置かれていた「国家」の危機管理として準備するののかという点にあり、その必要性を市民一人ひとりが意識し始め、結果として、「国家の基本法」である憲法規範の内容を、その観点からとらえ直すことが「憲法」学に課せられるようになったということである。すなわち、市民の不安を惹起するような危険に対処する「国家」権限を、消極的にせよ積極的せよ無視した形で「憲法」論を展開することがもはやできない状況が目の前に現れているといえる。このような状況に鑑みて、一般的な「国家」論の再生で対処するよりも、むしろ人間の政治的結合体を「立憲国家」として成り立たせている「憲法」論の展開が有効であるならば、そこに「国家」の登場する必要はないということになる。但し、重要なポイントは、現に存在する「立憲国家」の国家・公権力を問題にすることから、ここでの「憲法」とは、一般的・抽象的な、その意味で「固有の意味の憲法」ではなく、成文化された「立憲の意味の憲法」であり、その点で「形式的意味の憲法」になる<sup>52</sup>ということである。

## 五 まとめ

「国家の概念は、もはや体系形成的な効力を失っている。勝者は憲法の概念である。『憲法パトリオティズム』<sup>53</sup>が国家理性を克服し、母国愛に取って代わっている」。二〇世紀末に指摘されたこのような状況に理由がないわけではない。「国家」を法学的に眺めた場合、「法学が想定してきた団体は、原則として社团——それ自体が独立の法人格たり得る——か組合——あくまで構成員間の法関係に過ぎない——かのいずれか」であるから、「国家特有の支配命令権を伴う組合……を想定することは、必ずしも容易なことではな」く、「法関係でしかない組合には、法人格は原則として認められないのではないか、との疑問」も提起できるために、「社团法人としての国家法人説」<sup>54</sup>が一般的に承認されてきた結果、そのイデオロギー性を別にしても、また、「その法技術的必要性とこれを反映する実定法のあり方からみて、国家の法人的構成を否定することには現実性がない」としても、憲法および憲法学の対象である「国家」が「けっして法人としての国（くに）に限定されるものではな」く、現状は、「国家の法人的構成の相対化」が進んでいる<sup>55</sup>。憲法学がその自由に対する潜在的抑圧者として個人と対置してきた「国家」は、一者としての政治的結合体としての「国（くに）」ではなく、法技術的単位としての公法人としての「国（くに）」や、それと独立・対等な存在である公法人としての地方公共団体等であった<sup>56</sup>。そうだとすれば、もはや「国家」を一者としての法人としてとらえているだけでは、憲法学の対象たる政治的結合体としての公の領域は説明できないことになる<sup>58</sup>。

他方、近代の立憲主義を出発点として、その核心的価値である「個人の尊厳」の実現を現実存在する実定憲法の諸規範に求めることが何を意味するのかを検討する必要がある。すなわち、「国家」論に代わり普遍的なもの

としての立憲主義の根底に、近代の人権思想として「個人に価値の根源を置き、集団（全体）を個人（部分）の福祉を実現する手段」とみる「個人の尊厳」（日本国憲法ではこれを「個人の尊重」（一三条）と示しているとすれば）があるとするれば、それが何を意味するのかということである。もし集団（すなわち「国家」）を個人の自己責任を伴う自己決定を実現するための手段だととらえれば、極端な場合、全体として想定される内容は個人の私的利益の集合体となる。これでは、「公的領域は諸個人の利益に還元できる」ということになり、それを特に「公的領域」ととらえなくても「私益の集積」としておけばよいということになる。しかし、立憲主義を基底に個人の権利・自由の保障・実現を目指した「憲法学はこれまで、公的領域の存在を前提として、その過剰な拡張を阻止すべく人権論を構築してきた」といわれている。そうだとすれば、この「公的領域」とはいかなるものかがここでもやはり問題となる。「『国家』の観点からではなく、徹底的に『個人』の観点に立脚した憲法論を展開すべきだ」としても、そして、「徹底的に『個人』の観点に立脚した憲法論というのは、そういう一人ひとりの『人』の幸福のための憲法論だ」としても、人間は一人では生きていけないという前提から社会、あるいは「国家」が創造されているとするならば、人間のために存在する「国家」とはどのようなもので、どのようなあるべきかを考えることなしには、立憲主義の基本理念の実現には辿り着けないのではないだろうか。

結局、「国家」を無視した「憲法」論は成り立たず、「憲法」を無視した「国家」論も無意味だとすれば、抽象的な議論ではなく、より具体的に、実定憲法典の下で、それにより構成されている「国家」とはいかなる顔をしているのかの探求が必要となろう。その際、「国家」を自然的な所与のものではなく、「人為的に作られた『イメージ』」だととらえても、どのように、そして、どのようなものとしてその「イメージ」を思い描くのかの手懸かりを提供するのが「憲法」であることから、二一世紀に入って国境を越え、世界的規模で承認されているといわれる「立憲

主義」の普遍的内容を、「国家」が具体的にどのようなように示しているのかの探求も実定憲法典の内容の中で示されているということになるのであろう。

注

- (1) 浦部法穂『憲法学教室〔全訂第二版〕』（二〇〇六年・日本評論社）三〇四頁参照。
- (2) 浦部法穂「個人と国家」法学セミナー五九三号三四頁（二〇〇四年）三五〇―三五六頁参照。なお、浦部・前掲注(1)五頁でも、「二〇世紀、『国』は、ある意味で『解放』のシンボルともみられてきた」が、「『国』の枠組み（『口』くがまえ）にとらわれているかぎり、人は、その文字が示すとおり、じつは『囚』（とらわれ人）でしかない」く、「『国』の枠組み（『口』）を取り払ってはじめて、人は人として解放される」と同種の指摘を行っている。
- (3) 浦部・前掲注(1)九頁および同・前掲注(2)三五頁参照。
- (4) 若部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第四版〕』（二〇〇七年・岩波書店）三三頁参照。なお、浦部・前掲注(1)八頁でも、「憲法は、国家の基本的な組織作用を定める法、つまり、国の基本法である、とされる」ことを出発点にしていることは否定されていない。
- (5) 例えば、赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』（二〇〇八年・信山社）三頁では、「憲法は『国家の基本法』だとされるが、一般に憲法教科書にはいわゆる『国家三要素説』への簡単な言及があるのみで、国家についての立ち入った検討はみあたらず」、「その取扱いはまちまちである」が、「憲法教科書では、国家三要素説も、国家法人説も、日本国憲法の解釈という本題に入る前の、ほんの前置き程度の扱いしかうけていない」としている。なお、この点に関連して、渋谷秀樹『憲法』（二〇〇七年・有斐閣）七頁では、「憲法は国における統治組織と統治のあり方に関する基本的な法規範」であり、憲法を叙述対象にする以

- 上、「国（国家）、政府、統治とはそもそも何かを問うことから始められなければならない」が、「国家とは何か、という問い」については、「基本的アプローチとして、社会学的国家論と法学的国家論の二つのアプローチがあることを知るだけでとりあえず十分である」としている。
- (6) この点について、小山剛「陰画としての国家」法学研究八〇巻二二号一四三頁（二〇〇七年）一四四頁では、「最近の教科書等を見る限り、一部の例外を除けば、イエリネックの三要素説（および国家法人説）の紹介にとどまるものが多く、」この社会学的国家概念が、その後の本論において活用されることはない」と指摘する。
- (7) これらの問題や理論状況については、「特集・国家は撤退したか？——『規制緩和』と『リスク社会』」ジュリスト一三五六号（二〇〇八年）二頁以下に所収の各論稿を参照。
- (8) 例えば、樋口陽一「撤退してゆく国家と、押し出してくる『国家』——近代憲法の原点から考える」憲法問題一四号一八二頁（二〇〇三年）一八三頁以下でも、「民間で出来ることは民間で」という形で「国家がいろんな所から手を引いていく」一方で、「安全」というような大義名分を掲げて「国家が身を押し出してくる、国家の過剰ともいうべき傾向」が見えている、との指摘がなされる。
- (9) この指摘は、例えば、Andreas Volkmar, Die Renaissance der "Allgemeine Staatslehre" im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, JuS 2004, S. 2のタイトルからも窺えるところである。そこでは、「二一世紀の日本の状況とも似た国際化によって国内の法秩序が受ける方法的・テーマ的な挑戦に直面して、何のために「一般国家学」が研究されるのかを問題にすることになる。
- (10) この指摘は、工藤達朗「自然災害からの保護を求める憲法上の権利」公法研究六一号二〇六頁（一九九九年）二〇六頁参照。ここでは、「国家と自由は対立的に把握され」、そのために「国家は自由の制限であり、自由は国家の不在である」との図式が示されている。

- (11) 小山・前掲注(6)一四四～一四五頁参照。
- (12) 芦部・前掲注(4)四～五頁参照。
- (13) 芦部・前掲注(4)一〇頁参照。この点に関して、工藤・前掲注(10)二〇六頁でも、憲法の教科書の冒頭での「憲法の観念」と「憲法規範の特質」の説明の中で、「最も重視されるべきなのは、権力を組織する固有の意味の憲法ではなく、権力を制限し自由を確保する近代的(立憲的)意味の憲法であり、したがって制限規範としての憲法なのである」と指摘している。
- (14) 工藤・前掲注(10)二〇七頁参照。
- (15) 工藤・前掲注(10)二〇六～二〇七頁参照。ここでは、「国家による保護は、例外的な場合を除けば、民主的政治過程にゆだねられた立法政策の問題である」と憲法学は考えている点が指摘される。
- (16) 林知更「立憲主義と憲法の保障」安西文雄・青井未帆・浅野博宣・岩切紀史・齋藤愛・穴戸常寿・林知更・巻美矢紀・南野森『憲法学の現代的論点』五九頁(二〇〇六年・有斐閣)六二～六四頁参照。
- (17) 林・前掲注(16)六九～七一頁参照。
- (18) 嶋津格「規制緩和・民営化は何のためか——国家の位置を考える」ジュリスト一三五六号五頁(二〇〇八年)一〇頁参照。
- (19) 最大判平成二〇年六月四日民集六二巻六号一三六七頁(国籍法違憲判決)を参照。
- (20) 最高裁は、日本国憲法一〇条の規定について、「国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものである」とし、「国籍法三条一項は、同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後ににおける日本国籍の取得を認めることとしたもの」であって、「このような目的を達成するため準正その他の要件が設けられ、これにより本件区別が生じたのであるが、本件区別を生

じさせた上記の立法目的自体には、合理的な根拠があるといふべきである」として、日本国との「密接な結び付き」を国籍取得の要件を定める目的にすること自体は憲法上問題なしとしている。

(21) 工藤達朗『憲法の勉強』（一九九九年・尚学社）四頁参照。

(22) ここでの叙述・引用は、工藤・前掲注(2)三〇四頁参照。この点、「国家」論の母国ともいふべきドイツでは、「立憲国家も国家である」とし、「憲法は、国家なしでは理解できません、国家は、憲法の対象であり、その前提である」として、「国家の構造が壊れれば、憲法は空転する」とする見解がある。Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: Josef Isensee & Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band II, 3. Aufl., 2004, S. 3 (4).

(23) Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, S. 620. *やふんじ* Hasso Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, JZ 1999, S. 1065 (1066) では、「現代の国法学は、国家を憲法に基づき立憲国家と規定する。それは、国家や国家行為を組織化するだけでなく、国家を創造し、その行為をアプリアリに法的に決定する憲法の内容を主張する」としている。

(24) 浦部・前掲注(1)一九頁参照。

(25) 長谷部恭男『憲法』第四版（二〇〇八年・新世社）三頁では、「実質的意味の憲法とは、国家の根本秩序についての規律とされ、すべての国家にかならず伴うものであって、これを持たない国はない」とし、同五頁では、「国家という約束事ごとを成立させるための最終的なよりどころが実質的意味の憲法であるならば、およそ、すべての国家にそれが伴っているということは当然」であって、「国家が存在するということ、実質的意味の憲法が存在するということは、同一のことを異なる言い方で述べているにすぎない」としている。

(26) 芦部・前掲注(4)五頁では、「立憲的意味の憲法」を「自由主義に基づいて定められた国家の基礎法」であるとし、「この意味での憲法は、固有の意味の憲法とは異なり、歴史的な観念であり、その最も重要なねらいは、政治権力の組織化というよりも

権力を制限して人権を保障することである」として、「いかなる時代のいかなる国家にも存在する」固有の意味の憲法との區別を示している。

- (27) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(二〇〇五年・有斐閣) 三〇四頁、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ [第四版]』(二〇〇六年・有斐閣) 三〇四頁(高橋和之執筆) 参照。
- (28) Walter Schmitt Glaeser, *Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes*, 2008, S. 16. なお、ここでは、その理論的基盤をジャン・ボーダン、トーマス・ホブズ、ジョン・ロックに見出している。
- (29) 高橋・前掲注⑳三頁参照。
- (30) Stefan Haack, *Verlust der Staatlichkeit*, 2008, S. 1f.
- (31) 杉田敦「憲法とナショナリズム」杉田敦(責任編集)『岩波講座・憲法3 ネーションと市民』五九頁(二〇〇七年・岩波書店) 五九頁参照。
- (32) Schmitt Glaeser (Anm. 28), S. 16ff. 但し、ここでは、「その境界づけは非常に困難であるが、国家と政治が同一であるという評価を下すことはできない」としている。
- (33) Isensee (Anm. 22), S. 4.
- (34) この点からの「国民」の問題を取りあげるものとして、井上典之「立憲主義と憲法パトリオティズム——多元主義とコンセンサスの調和をめざして——」公法研究七〇号(二〇〇八年) 八四〜八七頁参照。
- (35) Schmitt Glaeser (Anm. 28), S. 29.
- (36) この点に関連して、Hofmann (Anm. 23), S. 1066 及び Josef Isensee & Paul Kirchhof の編集による九巻にわたる著作が *Handbuch des Verfassungsrechts* ではなく *Handbuch des Staatsrechts* と名付けられることにより、編者による今日のドイツ国法学 (Staatsrecht) における「国家喪失性」に反対する姿勢が示され、憲法に先行する国家の存在からのプログラムが取り扱われ

ているとの指摘がなされている。

- (37) Isensee (Anm. 22), S. 41.
- (38) 辻村みよ子『憲法「第三版」』（二〇〇八年・日本評論社）八頁参照。
- (39) この問いは、小山・前掲注(6)一五〇～一五四頁において、「国家目的という問いは成立しうるのか」という理論的問題において、「立憲国家における国家目的論」の下での「憲法と国家」の関係をめぐって提起されることになる点を指摘している。なお、本文中で引用した問いについては、同一五二～一五三頁参照。
- (40) 小山・前掲注(6)一五一頁参照。
- (41) Volkühle (Anm. 9), S. 2. なお、ここではその証拠として、ドイツの大学で展開される講義プランからの一般国家学の削除や教科書としての Allgemeine Staatslehre の減少が挙げられている。
- (42) このドイツ国法学における国家論の衰退を論じるものとして、林知更「国家論の時代の終焉? ——戦後ドイツ憲法学史に關する若干の覚え書き」法律時報七七卷一〇号一—三頁（二〇〇五年）、同七七卷一—号六二頁（二〇〇五年）参照。ここでは、戦後ドイツ国法学における国家論の衰退を概観した上で、『国家からの思考』から『憲法からの思考』への転換は「しばしば戦後のドイツ憲法学における重要な転換点ともみなされている」との指摘がなされている（引用は七七卷一—号六一頁参照）。
- (43) Isensee (Anm. 22), S. 7f.
- (44) 工藤・前掲注(2)六頁参照。
- (45) 小山・前掲注(2)一五一頁参照。
- (46) Hofmann (Anm. 23), S. 106ff. 以下は、Georg Jellinek の一般国家学、Hermann Heller の国家学、Hans Kelsen の一般国家学、Carl Schmitt の憲法理論、Rudolf Smend の憲法と憲法法を取り上げて、これらの議論の展開の中に、すでに「国家」論

- から「憲法」論への転換が生じていたと論じている。なお、これら一連の国家学の内容とそれらに対する個別的な問題を指摘し、「国家」論と「国家法」の議論を論ずるものとして、Christoph Möllers, *Staat als Argument*, 2000, bes. S. 9ff.
- (47) Hofmann (Ann. 23), S. 1068. なお、Möllers (Ann. 46), S. 122 では、国家は、その解釈を問題にするところの論者の自己理解に依拠して憲法上の論拠になり得る可能性はあるが、そうでなければならぬ必要性はなく、ヴァイマル時代の論者の国家概念による法学的論拠は少なくとも恣意的であった、と指摘している。
- (48) このような一般国家学に対する異議の内容については、Voßkuhle (Ann. 9), S. 2. 以下では、一見するところのような異議は確かにもっともらしく思われると指摘する。
- (49) この人権の前国家性についての検討として、Möllers (Ann. 46), S. 270.
- (50) この点の指摘として、Helmut Schulze-Fielitz, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft : Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung*, ders. (Hrsg.) ; *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, S. 11 (38ff.).
- (51) Voßkuhle (Ann. 9), S. 2f.
- (52) したがって、ドイツでは「憲法」という場合、「基本法」の中に見出される「憲法規範」ということになる。例えば、Schmitt (Ann. 28), S. 30ff. では、「基本法による自由な国家の構造的な内容形成」を論じているし、Hofmann (Ann. 23), S. 1074 では、主権国家を超えて展開しているEUのために「ヨーロッパのための憲法」の必要性・可能性を問題にする。また、小山・前掲注②一五四頁では、特称問題としての国家目的論において『憲法』という言葉が用いられている場合、そこで念頭に置かれているのは、「形式的意味の憲法である」と指摘している。
- (53) 「国家の所与性」を幻想と考え、「人為的で想像上の存在として」国家をとらえた場合に登場するこの「憲法」パトリオティズム」の内容およびその可能性については、井上・前掲注④八七頁以下参照。
- (54) Hofmann (Ann. 23), S. 1065.

- (55) 法学的国家論についてのこのような説明として、石川健治「憲法学における一者と他者」公法研究六五号一二七頁（二〇〇三年）一三五～一三六頁参照。
- (56) 赤坂・前掲注(5)一七頁参照。
- (57) この点については、三菱樹脂事件最高裁判決（最大判昭和四八年二月二日民集二七卷一一号一五三六頁）でも、憲法一九条や一四条の各規定は「他の自由権の基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たものであって、もっぱら国または公共団体と個人との関係を規律するもの」であるとして、個人の自由に対する潜在的抑圧者を「国または公共団体の統治行動」としている。
- (58) 赤坂・前掲注(5)一七頁では、この点について、「日本国家は、憲法の地方自治規定や種々の政治的・法技術的理由から、国（くに）、地方公共団体など、複数の法人に分割されており、この傾向は、独立行政法人の設立に代表される近年の行政改革によってますます進行している。組織体としての日本国家は『国』（くに）と同義ではない」としている。
- (59) 高橋・前掲注(7)六八頁参照。
- (60) 憲法による財産権保障と関連づけてこの点を指摘するものとしては、中島徹「財産権の自然性と実定性」ジュリスト一三五六号一二頁（二〇〇八年）一四～一五頁、一九頁参照。
- (61) 浦部・前掲注(2)三四、三九頁参照。