公法と経済法の諸問題 上

今村成和教授退官記念

今村成和教授退官記念

公法と経済法の諸問題

上

公法と経済法の諸問題　上

昭和56年 9 月20日　初版第1刷印刷
昭和56年 9 月30日　初版第1刷発行　　定価6,800円

編集代表　遠藤博也（えんどうひろや）

発行者　江草忠允（えぐさただあつ）

東京都千代田区神田神保町 2〜17

発行所　株式会社 有斐閣

電話 東京 (264) 1311 (大代表)
郵便番号〔101〕 振替口座東京 6-370 番
本郷支店〔113〕 文京区東京大学正門前
京都支店〔606〕 左京区田中門前町 44

印刷・大日本法令印刷　　製本・高陽堂
© 1981, 遠藤博也. Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取り替えいたします。

ISBN 4-641-02999-7

目次

憲法と憲法典について……小嶋和司……一

統治行為論の一論点……佐藤功……二九
——「一見極めて明白……」の留保の意味——

憲法的観点からみた西ドイツ政党法の基本的諸問題……竹内重年……三三
——政党法の諸規定に関する連邦憲法裁判所の判例を中心として——

自動車検問に関するフランス憲法評議院判決……野村敬造……九七

フランスにおける私学助成をめぐる憲法問題……中村睦男……一二九

学校事故法制と教育法学……永井憲一……一四一

思想・良心の自由の意義……笹川紀勝……一八一
——職場に憲法を！——

西ドイツにおける違憲確認判決の効力……阿部照哉……一九七

ヨーロッパ共同体議会の憲法的・国際法的側面の一考察……深瀬忠一……二三七

行政過程に関する判例の検討……遠藤博也…二六一
国賠法一条一項をめぐる若干の理論的課題について……下山瑛二…二九五
——さいきんの論議をめぐって——
法治国家的国家責任論……秋山義昭…三三三
——国家賠償責任における無過失責任化の傾向とその一論拠——
フランスにおける「公役務の一時協力者の理論」……広岡隆…三四七
——その歴史的発展の流れ——
平均的日本人と行政争訟……阿部泰隆…三八三
——出訴期間、教示を中心として——
《公平審査法》試論……和田英夫…四一一
制裁的処分における「回復すべき法律上の利益」……園部逸夫…四四三
民法と税法における債権者取消権……白井皓喜…四六五

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

憲法と憲法典について

小嶋和司

憲法というと、世人は、制定法「日本国憲法」のことを考えるようである。けれども、法学生に憲法とはとたずねて、そう答えられると、複雑な気持になってしまう。専門の学者の論議にも、憲法と、制定法たる「憲法」とを混同するものがなくはないからである。

昭和四一年、学友二人とともに「憲法の基礎知識」と題する書を出した。そのとき、筆者にあたえられた問題の中に、次のものがあった。

「自衛隊法およびそれにもとづく自衛隊の存在によって、憲法九条は変遷したと解する説がある。憲法の変遷とは、いかなる現象をいうのか。」

この問題に接したときの当惑を忘れることはできない。ゲオルグ・イェリネクの有名な論文「憲法改正と憲法変遷」のことは知っている。が、そこで変遷するといわれる「憲法」は、日本では、憲法典の条規の効力のことと解されているのか。それから一四年を経た今年、憲法第九条は変遷したとなす著書（橋本公亘『日本国憲法』昭五五）が話題になっている。

かねての所懐について記すことも、無駄ではあるまい。

一

現在、法学において「憲法」の語は、英仏語の constitution（ドイツ語では Verfassung）が示すものをあらわすべく用いられる。この語は、幕末から明治初年にかけては「国憲」と訳されることが多かったが[1]、明治六年頃から「憲法」と訳す例があらわれ、明治一五年に訳語として定着した。同年三月、立憲制度導入取調べのため伊藤博文を欧洲に派遣するに際し、それを命ずる勅諭に付けられた訓条にこの語が使われたからである。いわく

「一　欧洲各立憲国ノ憲法ニ就キ其淵源ヲ兼ネ其治革ヲ考ヘ其現行ノ実況ヲ視利害得失ノ在ル所ヲ研究スヘキ事」

伊藤は、やがて「憲法」起草の中心人物となり、この語を実定制度にも用いた。「大日本帝国憲法」がそれである。

(1)　明治九年九月七日、元老院に賜わった勅語はいわく「朕爰ニ我カ建国ノ體ニ基キ広ク海外ノ成法ヲ斟酌シ以テ国憲ヲ定メントス　汝等ソレ宜ク之カ草案ヲ起創シ以テ聞セヨ　朕将ニ之ヲ撰ントス」

英米語の constitution（ドイツ語 Verfassung はその訳語）は、語源的には、集合的に組立てること、または集合的に組立てられた状態を意味するから、一口に構造・構成・組織ということができる。そのため、肉体や骨骼の constitution、会社その他の団体の constitution といった使い方もされる。けれども、法学において限定なくこの語が用いられる場合には、国家または政府のそれをさすとされる。

しかし、この語は、国家または政府の構造・構成・組織をさしつつ、なお多義的に用いられ、主要な例として次のごときがある。

(ア)　国家や政府の組織原理・組織規範をさして用いられる。規範が成文とされるか不文であるかは問わない。歴史的には不文であることがむしろ普通で、法制史家が古代ローマの constitution、中世イギリスの constitution というのがこれで、この意味の constitution は「国家あるところ、constitution あり」といわれる。学者はこれを、本来的意味の constitution、または実質的意味の constitution という。

(イ)　国家や政府の組織規範の中、とくに立憲主義を内容とするものをさして用いる。規範が成文とされるか、不文であるかは問わない。この意味の constitution は、国家あるところ必ず存するわけではなく「英国は constitution の母国である」といわれる場合の constitution は、これである。学者はこれを、立憲的意味の constitution とよぶ。

(ウ)　ある種の制定法をさして用いられる。どのような制定法が constitution とされるかの基準には、次の三つがある。

(a) 制定法が 'constitution' という表題をもつことを基準とするもの。国法じしん、そう述べるのであるから、法学はそれにしたがうわけである。アメリカ合衆国において 'The Constitution' という表題をもつ制定法、フランスにおいて 'Constitution du 4 octobre 1958' の表題をもつ制定法が constitution とされるのは、その例である。

(b) 制定法の内容を基準とするもの。すなわち、国の政治組織の大綱を網羅的・組織的に規定する制定法であれば、その表題の如何をとわず constitution とされる。一九四九年当時、西ドイツにおいては、東西二分状態、外国軍隊の占領下において Verfassung を制定すべきでないと考えられた。そのため、諸国で憲法典とされる内容をもつ制定法に、Verfassung の語を避けて、Grundgesetz (基本法) の表題をあたえた。けれども、それが、その内容に着目して「西ドイツ constitution」「ボン Verfassung」といわれるのは、その例である。

(c) 制定法がもつ法的権威を基準とするもの。右の(a)、(b)の基準による constitution には、通常の立法に優る法的権威の認められることが多い。その改正手続を通常の立法から区別したり、それと抵触する制定法の効力を否認すべきものとしたりするごとくで、そのため、逆に、制定法がこのような権威を認められる場合に、当該制定法を constitution, Verfassung と観念されることがある。たとえばドイツでは、制定法たる Verfassung の改正は、Verfassung 改正法律 (Verfassungändernde Gesetz) の制定という形式でなされるが、この法律も、この意味での Verfassung である。

これら(a)(b)(c)のいずれの基準によって constitution とされる場合にも、学者はこれを形式的意味の constitution とよぶ。「英国に constitution はない」といわれるのは、このような制定法がないということである。

もちろん、constitution の語の用法は右で尽きるわけでない。そして、日本語の「憲法」は constitution の訳語とされるから、そのすべての意義を継承せしめられる。実際、constitution の語は、語源的に「法」の意味を必ずしも含んでいないから、憲法学の名著にも次のような表題のものがある。

A. V. Dicey, Introduction to the study of the Law of the Constitution, 1885.

R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928.

この Constitution, Verfassung を「憲法」と訳すと、the Law of the Constitution, Verfassungsrecht は、もはや訳しえないものとなるが、このように翻訳不能となるまで、それらは「憲法」と訳される。[1] ということは、日本語の「憲法」には法の意がふくまれているが、ときに、法でなく、状態としての構造・構成・組織も「憲法」の語で示されることがあるということである。

一の語が多義的に用いられる場合、それぞれのコンテクストにおいて、それが、どの意味に使用されているかを正確に把握するを要し、混同してはならない。

右の(ウ)にいう形式的意味の「憲法」についていえば、わが「大日本帝国憲法」や「日本国憲法」は、(a) 表題、(b) 内容、(c) 法的権威のいずれの基準をとっても、「憲法」とされる。けれども、ある基準によって「憲法」とされる制定法は、常に他の基準でも「憲法」とされるわけではない。一八四八年にサルジニア憲法として制定され、一八六一年にイタリア憲法とされた制定法は、(b)の基準では「憲法」であるが、通常の立法と異なる特別の法的権威を認められなかった。(c)の基準では「憲法」ではないのである。また、一八〇九年に制定され一九七四年まで施行されたスエーデン「憲法」は、「憲法」と、国会法・王位継承法・出版の自由にかんする法律を「基本法」として、通常の立法とは異る特別の法的権威をみとめた。この王位継承法以下は、(a) (b)の基準では憲法でないが、(c)の基準では憲法である。

「英国に、憲法なし」ときいて、英国に憲法学もないと考える者は、「憲法」の語の多義性を知らぬ者である。「英国憲法」の語をきいて、英国にも制定法たる「憲法」があると考える者も、救いがたい混同を侵している。

(1) W. Bagehot, English Constitution, 1867. が「英国憲法論」(明一六、高橋達郎訳)、F. Lassalle, Das Wesen der Verfassung, 1862 が

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

「憲法の本質」（昭五、淡徳三郎訳）と訳されるのは、その例。

けれども、日本では、維新以来、制定法によって社会改革が遂げられ、法といえば制定法が観念されてしまう。「民法」ときいて、制定法たる「民法」典が思われるごとくに、「憲法」の語に制定法たる「憲法」がおもわれ、その混同は往々、学問的業績にすら現れる。その例をいおう。

「権利の保障が確保されず、かつ諸権力の分立の決定されていないすべての社会は、およそ constitution をもつものではない。」有名な一七八九年のフランスの「人および市民の権利の宣言」の第一六条で、ここにいう constitution は、右の(ア)の意味ではありえない。(ウ)の意味のものでもなく、(イ)の意味のものである。[1] これは、社会が constitution をもつとなしうる条件として、(一) 社会構成員の権利の保障の確保、(二) 政治体制における諸権力の分立の決定を指示するが、イギリスのごとく、社会に、これら二つが確保、決定されていれば足り、その宣示の形式のごときは問うていないからである。この constitution が、ある実質をいうもので、制定法といった形式をいうものでないことは、右の原文が n'a point de constitution（針の先ほどの constitution をもたない）と述べることからも明らかであろう。けれども、宮沢俊義教授は、憲法典の規制事項について述べて、次のように言われた。

「権利宣言の原型は古くまでさかのぼることができるが、それが、権利宣言としてととのった形であらわれたのは、一八世紀のおわり、アメリカ諸州で、憲法が制定されたときのことであった。そこでは、統治機構に関する諸規定に先立って、権利宣言または権利章典と題する一群の規定が置かれる例であった。……

これらの権利宣言の影響の下に生まれ、その後の世界諸国の権利宣言のモデルとなったのが、一七八九年八月二六日のフランスの「人および市民の権利の宣言」（……）である。これは後に、一七九一年九月のフランス憲法のはじめに置かれた。

ここで、成文憲法は、かならず権利宣言を伴うという慣行が成立した。右に引かれた一七九一年のフランスの「宣言」が、「すべて権利の保障が確保されず、権力分立が定められていない社会は、憲法をもつということができない」（同一六条）といっているのは、これを示す。」（『憲法』第五版、昭三一、一一四―五頁）

この見事な誤解と混用が、以後の教科書作者たちによって、どれほど多く追随されたことか。

（1）不思議なことに、宮沢・前掲書一三頁には、この旨の釈義がある。

もうひとつ。憲法思想・憲法学における有名な基本的考え方のひとつに、pouvoir constituant（憲法を組織する権力）と pouvoir constitué（憲法で組織された権力）を別ける考え方がある。[1] たとえば、立法権は憲法によって成立した権力であるにすぎないから、それを認められるからといって、憲法をつくる権力まで当然に有するわけではない、と説かれるごとくにである。そして、これを明確に指摘した論者として、フランス革命期のシエース（J. E. Sieyes）の名があげられるが、シエースのいう constitution とは、どのようなものか。いわく、

「ある目的のための団体をつくるには、われわれがそれに充当しようとする機能を果させるに適当な組織や形態や権能を、それに賦与することなしには不可能である。これこそ、われわれがその団体の constitution とよぶものだ。その団体が constitution なしに存在することができないのは明瞭である。それ故に、委託をうけたすべての政府が、その constitution をもたなければならないことも、同様に明瞭である。」（『第三身分とは何か』五十嵐豊作訳、七八―七九頁）

これは、固有の意味のそれで、成文・不文たるを問わない。[2] けれども、日本の研究者たちは、pouvoir constituant に「憲法制定権力」の訳語をあたえてしまう。「憲法」として、制定法たるそれを考えてなら、それだけで誤りである。そうでないとしても、法といえば制定法が考えられるところで、そのような訳語を選択すれば、初学者は、それを制定法たる「憲法」と考えてしまう。本稿筆者は、その誤解を避けるべく、著書に「憲法設定権力」の語をもちいた

（『憲法概観』新版、昭五〇、三一頁）。すると、誤字ではないかと質された。

(1) ここにいうconstituer なる動詞が、法たる「憲法」にかかわるものか、事実としての構成・組織なのかも問題である。が、ここでは一般の訳語にしたがって「憲法」とする。

(2) もちろん、シェースも、この権力の発動が「憲法的諸法律（lois constitutionelles）」の制定という形でなされることは考えていた（五十嵐・前掲訳書、八〇頁）。が、constitution の本質を制定法としたわけではない。

二

しかし、形式的意味の憲法（とくに、(ｳ)の(a)(b)の意味のもの、以下、便宜[1]「憲法典」という。）の規制範囲が、実質的意味の憲法とかならずしも一致しないことは、憲法学の講義の始めに、かならず言及されるところである。というのは、憲法典に何を規定するかは、事柄が実質的に憲法事項であるか否かによってのみ決せられるのではなく、他の考慮をも払って決せられるからである。憲法典には、他の制定法に優る法的権威を認められることが多いから、その権威を藉りるべく、そこに「抱きあわせ規定」がもうけられることがすくなくない。その最も有名な例は、一八九三年にスキス連邦憲法典に挿入された、動物の殺し方についての次の規定である。

「出血せしめる前に麻酔せしめることなく動物を屠殺することは、どのような屠殺方法、どのような動物種類についても、例外なく禁止される。」（第二五条b）

が、逆に、実質的に憲法事項たるものが、意識的に憲法典の規制事項から外されることもある。わが明治憲法典は、その改正を「帝国議会ノ議ニ付スヘ」きことを定めた。そこで、皇位継承や摂政設置についての法が憲法典の内容とされると、将来、それらは「帝国議会ノ議」によって決せられることとなる。明治憲法典起草者たちは、これを不当として、皇位継承や摂政設置の規制を憲法典の内容から除いた。また、明治憲法典は「衆議院ハ選挙法ノ定ムル所ニ

依リ公選セラレタル議員ヲ以テ組織ス」（第三五条）と規定するのみで、選挙権その他選挙制度について規定しなかったが、その趣旨は次のように説かれている。

「本条議員選挙ノ制規ヲ以テ之ヲ別法ニ譲ル者ハ蓋選挙ノ方法ハ時宜ノ必要ヲ将来ニ見ルニ従ヒ之ヲ補修スルノ別ヲ取ルコトアラムトス　故ニ憲法ハ其ノ細節ニ渉ルコトヲ欲セサルナリ」（伊藤博文『憲法義解』）

また、実質的憲法に関心をもつかぎり無視しがたいものが、憲法典の外に成立することがある。一九世紀ヨーロッパの君主制諸国の憲法典は、大臣副署制・大臣責任制との関係で大臣には言及したが、大臣たちの合議体たる「内閣」には言及しなかった。けれども、内閣は、ほとんどの国に成立し、現実政治においては君主の権能を実質的に吸収して、国政の指導的地位を占めるものとなった。が、それに合致させるよう憲法典が改正されることはなかった。

（1）「憲法典」の正確な意味については、小嶋「憲法典について」（法学教室一九八〇年一一月号）参照。

憲法典の内容についての右のような事情は、「憲法」学のあり方を指示してくれる。

もし、憲法学が憲法典のみを対象として形成されたら、どうなるか。憲法典が抱き合わせ規定を多くもつ国では、憲法学は、実質的に憲法でない事項を、「憲法」として語らなければならない。そこでは、憲法典の諸規定が内容による質的区別なく語られるから、その「憲法」体系は歪められたものとなる。逆に、重要な実質的憲法事項について規定を欠く国では、憲法学は、内容的に欠陥をもつこととなる。

ということは、憲法学は、実質的憲法を対象の中心に据えて形成さるべきであるということである。一九世紀のヨーロッパ君主制諸国の憲法学が内閣制度に言及したのは、この態度の表明であって、「憲法」[1]と聞いて憲法典しか考えないようでは、学問は始から駄目である。

(1) ただし、ドイツでは、この意味の憲法学を、国法（Staatsrecht）論の名でよんだ。その国の特色である。

「憲法」を実質的に観念し、憲法典の内容の不完全さや限界を正視するならば、「憲法」は、成文・不文のさまざまな法源の綜合によって成立するとしなければならない。そして、このような実質的「憲法」に成文憲法（written constitution）と不文憲法（unwritten constitution）とがあると言われるとき、それが絶対的な区分でありえないことも明らかであろう。一八八四年、イギリスのブライス（J. Bryce）卿は flexible constitution, rigid constitution という有名な分類を述べたが、その論旨の発端は、㈠ 成文・不文憲法という伝統的分類が「明確で尖鋭なライン」による分類でないこと、㈡ それが表面的な区分にすぎず、もっと本質的なものを看過している、というにあった。(1)

しかし、日本には、この区分にかんして、奇妙な学説状況が存する。

「憲法（注、固有の意味の憲法）は、あるいは成文法の形式をとり、あるいは不文法の形式をとる。それが成文法の形式をとる場合は、これを成文憲法といい、……」（宮沢・前掲書、一四頁）

「まず、成文憲法および不文憲法という概念が、実質的意味の憲法のうち成文の形式をとっているものとそうでないものとを区別するために用いられる」（樋口陽一、阿部・池田編『憲法㈠』四九頁）

ここでは、成文憲法は、成文法源のみで形成されると説かれている。そのような実質的憲法はありえないから、ブライス以前の学説レベルのごとくである。が、実は、もっと問題がある。論者は、実質的憲法の分類と述べるが、制定憲法、またはその規制事項のみを「憲法」となす日頃の習性を無意識的に登場せしめて、その規制事項を「実質的憲法」としての立言である。実質的憲法と制定憲法との同視である。

けれども、日本の多くの論者は、成文憲法・不文憲法を、実質的憲法の分類概念とも考えてはいない。「憲法」の

語に制定憲法を考え、「成文憲法」を、その形式指示的別名とするのである。たとえば、いわく、

「……各国ハ新ニ立憲制度ヲ採ルト共ニ何レモ文書ヲ以テ国家ノ基礎法ヲ定メ、之ヲ其ノ国ノ憲法トシテ公布シ、而シテ形式上之ヲ普通ノ法律ト区別スルニ至レリ。此ノ如ク形式的ニ憲法トシテ定メラレ、普通ノ法律ト区別セラルルモノヲ形式ノ意義ニ於ケル憲法又ハ成文憲法ト謂フ」（美濃部達吉『憲法提要』改訂第五版、昭七、七一頁）

「成文憲法（特に憲法典）を形式的意味の憲法といい、これに対して、成文憲法をはじめ多くの成文法および不文法の内容となっている国家の基礎法の全体を、実質的意味の憲法という。」（宮沢・前掲頁）(2)

「形式的意味の憲法とは、特別の形式で成文化された法規範、すなわち成文憲法をいう。たとえば、日本国憲法やアメリカ合衆国憲法などがそれである。」（橋本・前掲書、三三頁）

では、「不文憲法」はどう説かれるのか。「不文憲法」という場合の「憲法」の概念に正面から対決するならば、それが実質的憲法であることに気付き、遡って「成文憲法」の語にあたえた定義の不当さにも気付く筈である。が、この論者のほとんどは、「不文憲法」に言及しない。例外的に言及する論者も、ここに問題を感じて、「憲法」の概念に対決しない。かくて、「成文憲法・不文憲法」概念は、日本では、その伝統的概念とは別の、分類ともいえないものに変貌してしまった。

右のような概念変貌は、憲法学が「憲法」概念の多義性を忘れないか、その関心を実質的憲法に集中するものであったとすれば、生起しなかった筈である。その意味で、それは、日本における「憲法」観の歪みの一帰結といえるが、それを拡大的に示すのが、市村光恵『帝国憲法論』（改訂版・大一二）の次の叙述である。いわく、

「憲法トハ何ソヤ　此問題ノ解決ハ頗フル困難ニシテ学者各々自己ノ独断ヲ以テ之レカ答案ヲ作リ従テ今日ニ於テモ未タ意見ノ一致セサル所ナリ、余ハ問題ヲ減殺スル為メニ先ツ成文ノ憲法ヲ有スル国ト成文憲法ヲ有セサル国トヲ区別シテ憲法ノ意義ヲ定メントス

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com