

# 憲法概観 note

小嶋和司・大石眞  
noted by Kazuma MATUSDA

2016年8月3日

## 第1章 国家・憲法

### I 憲法

憲法の「憲」は「法」の意味を示して用いられるが、「憲法」は法についての法ではなく、法という意味の字を二つ重ねたに過ぎない。

「憲法」の主要な用法：

- ・ 制定法，即ち成文の法の意味。現在では消滅。  
例：「十七条の憲法」『憲法志料』（1787年，明10）
- ・ 成文・不文を問わず，権威的な法。  
例：「わが家の憲法」「暗黒街の憲法」
- ・ 英仏語の constitution の訳語として，それが示すものを指す。

“constitution”，「憲法」の多義性：

- (a) 成文・不文を問わず，国家や政府の組織原理・組織規範を指して用いる。組織体としての国家がある限り，時と所を問わず存す。「**実質的意味の憲法**」。  
例：「古代ローマ帝国の憲法」「イギリス中世の憲法」
- (b) 成文・不文を問わず，国家の政治組織規範のうち，特に立憲主義を内容とするものを指して用いる。国家があるから必ず存するわけではない。「**立憲的意味の憲法**」。  
例：「イギリスは憲法の母国である」
- (c) 国家によって「憲法」とされる特定の制定法を指して用いる。「イギリスに憲法なし」(A・ド・トクヴィル\*<sup>1</sup>) = 不文憲法国の英国にそのような制定法がない。

---

\*<sup>1</sup> Alexis-Charles-Henri Clérel de Tocqueville

制定法の着目

- ① 当該制定法の 表題 に着目。「大日本国帝国憲法」や「日本国憲法」を「憲法」と略称する。「**形式的意味の憲法**」
- ② 当該制定法の 内容 に着目。表題が「憲法」でなくても「憲法」と呼ぶ。「**実質的意味の憲法**」又は「**立憲的意味の憲法**」
- ③ 当該制定法の法的権威に着目。表題や内容に着目した憲法でなくても、それらと同じ法的権威を認められる制定法に対する法的思考。「**形式的意味の憲法**」

constitution の訳語としての「憲法」は明治初年から用いられ、1882年(明15)3月の伊藤博文への「憲法」取調の勅語で決定的用法へ。

現在の憲法学は constitution の訳語としての憲法を研究対象とし、「実質的意味の憲法」「立憲的意味の憲法」「形式的意味の憲法」の全てを取り上げる。

## II 国家

憲法は国家の存在を前提としての法であるため、国家とは何かがまず重要。

人間は共同生活(全人格没入的なもの、特定の目的のために部分人格的にのみ参加するもの)の中に於いてのみ生存し得る。組織体、即ち共同生活の結合の程度が強いものは、その所属員に対する意識された組織的支配によって統一を確保する。

特定目的のための組織体は、その支配権の範囲はその目的に限定。

全人格没入的な組織体の支配権は、範囲・目的を特に限定されない。ある文化段階に達した人類が必ず形成する全人格没入的な組織体のうち、その支配権が他の上級の組織体からではなく、当該組織の固有の権威によるとされるものを国家と呼ぶ。

現代の国家の特徴：

- ① 国家的支配権は、原則として**単層的**にのみ存在する。  
中世の封建体制：皇帝・国王・諸侯・地方豪族・自由都市等がそれぞれ固有の支配権を持つと称し、国家的支配権が重層的。  
現代：支配権が国家という一層にのみ統一。このような体制における支配権、即ち統治権は「**主権**」(sovereignty)と言われる。  
例外：「連邦」。二つ以上の国家がそれぞれの国家性を留保しつつ形成する国家で、支配権は連邦とその構成邦との間に配分。
- ② 国家は「**領土**」を持つ。  
領土はその支配権を原則として排他的に及ぼし得る区域で、その範囲は当該国家による領有意思を基本とし、それが国際的に承認されることによって決定。
- ③ 国家は「**国民**」を持ち、その所在の如何を問わず支配を及ぼす。  
国民は国家の所属員であり、ある国家の所属員たる身分は個人の意思ではなく国家によって決定される。

このような特徴を持つ現代の国家は、国法により法技術的に権利義務の帰属主体とされる意味で法人とされ、特に財産権の主体を示すとき、国家は「**国庫**」とも呼ばれる。

国家的支配権の範囲には地域的限界があり、この意味で国家は地域的組織であり、地域的組織として国際活動を行うことも多く、この場合に国家は自力を以て自らの地位や権能を維持し、自らの意思に従って活動することが原則。このような能力・地位は、**国際的意味での「主権」**と言われる。

### III 立憲主義

国家の支配活動のあり方…専制主義と立憲主義：

**専制主義** : 支配権の行使が為政者の恣意に委ねられる体制。人民支配の内容は政府の実力によって決定され、その実力の及ぶ限り人民に対していかなる支配をも行う。統治者の生活のあり方が政権担当者の意思と実力によって決定され、生活の自由・財産・幸福・生命も保証の限りでない。

→ 専制主義を不当として立憲主義の成立へ。

**立憲主義** : 人民支配を政府の恣意に委ねず、政府に何らかの抑制を設ける体制。政府に対して見られるのは(1)「**法による行政**」の原理と、(2)「**責任政治**」の原理。

#### 法(法律)による行政の原理, 立法・執行・司法三機能の分離

立憲主義の言う「法による行政」とは：

法を以て政府の支配活動に対する制約とし、政府は法の枠内で、かつ法に違反しない限りにおいてのみ支配活動をなし得る。

法の内容を、被治者の生命・自由・財産・幸福等が不当に侵害されないようにすることによって立憲主義の制度目的を確保する。

≠ 法を手段として人民支配を行う

「法による行政」を行うために立憲主義が要求する特定の政治組織：

#### ① 立法権を持つ国民代表議会

立法を政府になさしめると、「法」が政府に対して人民の生活を保全するような内容となる保障がなく、立憲主義は、国民の生活は国民自身によって守られるべきであるという国民の自己責任原則に立ってこれに対処する。国民の全員が立法にあたる直接民主制が最も合目的的となるが、現実的には国民を代表する議会を設置してこれに立法の権能を与える。

#### ② 独立した裁判機関

法は制定されただけで遵守されるものではなく、法が遵守されないことを防止し、遵守されなかったときの是正の仕組みが必要であるが、国民代表議会の存在もこの目的に仕え得るものの能力上の限界があり、この専任機関としての裁判所の設置が要求される。裁判所が政府行為の法適合性を審査し、違法な行政に対する法的救済を与える。政府当事者となる事件において公正な裁判が行われるために、裁判所は政府から独立したものでなければならない。

①立法に対する国民代表議会の決定関与と、②政府から独立した裁判所という体制は、合わせて「**権力分立**」と言われ、18世紀初頭の英国に体制が成立し、モンテスキュー\*2の『法の精神』(1748年)がそれを立法権・執行権・司法権の分立体制と説いて広く紹介したことによる。ここで「権(力)」とは最高の独立的決定権のことで、フランス人権宣言(1789年)は

「権利の保障が確保されず、権力の分立が決定されていない社会は、全て constitution を持つものではない」(16条)

と述べて、立憲主義の制度目的とその確保のための組織原理とを指示している。

## 責任政治の原理

全ての政治的決定に責任を負うものの存在を要求し、その責任の追求を可能にするという思想について、ここで言う一定の制裁を受忍すべき地位にあるという意味の責任には**法的責任**と**政治的責任**の二種類がある。

### (1) 法的責任

法的責任は「法による行政」の原理の帰結として成立し、その責任の追求は訴えの提起で開始されるため、国民に裁判請求権が保障されることが必要である。

### (2) 政治的責任

政治的責任の追求について、各国に共通する画一的な制度は存在しないが、任期制と公選制とは選挙人による選任の機会を確保するものであるため、一種の政治的責任追及の制度と言える。この問題について最も注目すべき制度は大臣責任制であり、君主制国家で君主に単独の決定権を認めず、君主の補佐をする大臣の同意とその決定について大臣に責任を問うことができるものに始まる。

大臣の責任を問う方法として、議会における大臣の答弁責任で足りるとする立場と、議院内閣制が少なくとも大臣弾劾制がなければならぬとする立場とがあり、議院内閣制もしくは大臣弾劾制の見解に立った場合、大臣答弁責任制度のみの政治制度は「**表見的(外見的)立憲主義**」と批評される。

## IV 憲法秩序

### 成文憲法と不文憲法

国家や政府の組織原理と組織規範である実質的意味の憲法は、不文の慣習・習律に留めておくことができ、従来の秩序に補完・是正の必要が自覚されたときに部分的な制定法で定めることはあるが、不文の慣習・習律を中心として全体の憲法秩序が形成されるとき、この全体秩序を**不文憲法**と言う。

これに対し、まず特定の制定法によって基本秩序を定め、これを中心として成文・不文の法で全体の憲法秩序が形成されるとき、これを**成文憲法**と言う。

専制主義の時代は不文憲法であり、長い歴史の伝統が立憲主義を支えている英国は不文憲法の国である

---

\*2 Charles-Louis de Montesquieu

が、現在ほとんどの立憲国家の秩序は成文憲法であり、その背景には立憲主義採用の際のその国の従来の歴史の切断がある。

## 硬憲法と軟憲法

成文憲法の国において、その基本となる制定法に他の制定法に勝る権威を認め、変更に通常の立法では異なる特別の手続きを要求する場合、この基本秩序を**硬憲法** (rigid constitution), そうでない成文憲法および不文憲法を**軟憲法** (flexible constitution) と呼ぶ。

軟憲法は、事態に柔軟に適合し得る長所を持つ反面、基本秩序が通常立法に対して持つ規範性は乏しい。硬憲法は、基本秩序の安定性や規範性を重視する体制であるが、その変更手続きが基本秩序の恒久的維持を目的として安定的世論によっても変更し得ないものになると、基本秩序そのものの社会的定着性が失われることがある。

## V 憲法典

「法典」(code)とは、特定分野の法規範の多くを組織的体系として網羅的に規範する制定法であり、「憲法典」とは 実質的意味における憲法を内容とする法典のこと である。

### 規制事項

憲法典は、できるだけ実質的意味の憲法に属する諸規範を含むように制定するため、次の二つを内容とする。

#### (1) 政治組織 (統治機構)

憲法典が本来的な規制事項とするのは国の政治組織のあり方であり、憲法典は、一見するだけで政治組織全体の骨格が把握でき、そのていどまで系統立った詳しい規定が設けられてその「法典」性が実現される。立憲主義的な憲法典は権力分立・責任政治といった制度原理を必ず規定し、連邦体制をとる国の憲法典は、連邦と構成邦との間の支配権能の分配について必ず規定を設けている。

#### (2) 国政作用の内容

必要な国政作用の全てを網羅的かつ組織的に予見することは不可能で、時宜に応じる適切な国政のためにも、この国政作用の内容を詳細に定めることは憲法典の本来の使命ではない。憲法典は、国政の作用の具体的内容は「政治組織」の決定すべきものとし、国政の内容については特に選択した重点的事項のみを規定するに留まる。これまで憲法店が重点的事項として取り上げてきた内容としては

- ① 国民の基本的権利の保障 (権利宣言)
- ② 国際関係に関する規定
- ③ 国政のプログラム

①国民の基本的権利の保障は、立憲主義の制度目的とも直接関係するため、1791年フランス憲法等18世紀末の初期憲法典から存し、19世紀前半にはそれを規定することが立憲主義憲法典の典型のようになった。②国際関係に関する規定、③国政のプログラムは、古くからの憲法典ではこれらを

規定しないものもある。

上記の他の内容として、主権の所在(君主主権か国民主権か)を宣言する規定はその代表的な例であるが、憲法典の不可欠な内容とはされない。

法典は実質的意味における憲法の大要を内容としなければ「憲法」典とはされないが、憲法典の内容は当該事項が実質的意味における憲法であることのみを基準として決定されるわけではなく、その内容が常に実質的意味における憲法の範囲と合致するわけではない。即ち、

- ① 憲法典に特別の法的権威が認められる場合に、その権威を享受せしめるべく実質的意味における憲法規範とは言えない規定の不可。

例：スイス連邦憲法典の動物の殺し方の規定

- ② 実質的意味における憲法に属する事項であるが、憲法典の改正手続による変更を適当としないと考えられるため、憲法典はその決定手続に言及するのみで、具体的な制度内容の定めを省略。

例：明治憲法の皇位継承制度・選挙制度、フランス憲法典(1946年・1958年)の選挙制度

ゆえに、憲法典と実質的意味の憲法とは、学問上、厳密に区別されなければならない。

## 規定の態様と特殊性

憲法典の規定のあり方は、他の法典が一般に人民の社会生活を規制すべき法規範の整備と体系的な叙述を目的として法律家が編纂し、そのまま裁判規範としての適用に耐えるのに対し、憲法典の目的は法規範の体系的叙述や整備のみでなく、政治情勢の変動期に、政治体制や政治組織の変更を目的として制定され、主導的役割を果たすのは法律かというより寧ろ政治家である。このことが憲法典の規定のあり方に次のような特色：

- ① 新しい政治組織の大綱は早急に決定されなくてはならないため憲法典の内容はその主要なものの大綱に留める。即ち、憲法典は法令による具体的決定を予定するものとして制定され、その内容は原則宣言的または大綱宣言的なものとなる。
- ② 人民の社会生活の規範は、社会の現実的必要や現実的条件を勘定し、社会において共存すべき諸価値・諸原理を充分尊重し、調整するものとして決定されなければならないが、憲法典の国政作用の内容についての現実には、政治家が、制定時に特に必要と考えた価値・理想を支持するにすぎず、それは特別法による是正を簡単には許さない。
- ③ 憲法典の規定は、新しい政治組織・政治権力への支持と信託を確保する目的にも仕えるべく選定されることが多いため、新しい国家生活の魅力的側面・理想的側面のみが述べられる。国家的支配は直接的には述べられず、憲法典には政治りそうや立憲主義のみが出現する。

を持たず。

憲法典の規定は、その文字にのみ着目し、法として実施するには不完全、即ち、憲法典はその内容においても表現においても実質的意味における憲法の法源としては不完全なものであり、従って、それを解釈して現実的な憲法規範を読み取るためには、国家生活の本質や立件的原則等から導出される不文の法理を考慮に入れるほか、社会の現実的諸条件や現実的必要にも十分な尊重を持たせた勘考が求められる。