

憲法概観 note

小嶋和司・大石眞

noted by Kazuma MATUSDA

2016年8月3日

第3章 日本国憲法の基本性格

I 民定憲法制

日本国憲法全文は、「日本国民は……ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する」と述べて、日本国憲法が国民主権を国政の原理とし、民定憲法とされることを示している。以下、民定憲法と国民主権の意味について見ていく。

民定憲法の意味と効果

一般に、成分憲法体制における基本法は、その制定の権威の所在を基準として、次の三種類に分類される：

- (a) 君主憲法 君主の権威を根拠として制定されたとするもので、欽定憲法とも言う。
例：1814年仏憲法、わが明治憲法
- (b) 協約憲法 君主と被治者の代表組織（議会）との合意に制定の根拠たる権威が求められるもの。
例：1819年 ヴェルテンベルク憲法、1830年仏憲法
- (c) 民定憲法 「国民」の権威を根拠として制定されたとするもの。
例：1791年仏憲法、1831年ベルギー憲法、20世紀以降制定の各国憲法の殆ど

成文憲法に於ける憲法典の制定は、当該国家の政治体制を決定し得る権威によってのみされ得るため、上の分類は、当該国家に於けるその権威、即ち憲法設定権力 (*pouvoir constitution*) の所在の別をも示しているが、ここで権威の所在先とされるのは、(a) 君主憲法・(b) 協約憲法と (c) 民定憲法とは質的に異なる。(a)、(b) に於ける君主及び被治者の代表組織は、活動能力を備える社会的存在であるため、現実の憲法体制中に機関となって活動の場を留保するのが普通であるのに対し、(c) に云う「国民」とは個々具体的な個人という意味での国民ではなく、集合的に捉えた観念上の統一体に過ぎず、そのまま機関として社会活動をなし得る存在ではなく、何らかの組織法的決定を通してその代表期間を形成し得るのみで、代表機関の権能はその組織法的決定によって限界づけられることになる。このことから、憲法典（基本法）制定の分類における (a)、(b) と (c) との間には次のような相違が現れる：

- ① 憲法設定権力は、いつでもその権能を再行使し得ると考えられるとき、君定憲法に於いては君主、協約憲法に於いては君主と被治者の代表機関との合意によって、いつでも憲法典の撤回を決定できるが、民定憲法に於いては特にその権能が法定されていない限り、具体的な「国民」代表機関がこの権威を持つことは当然ではない。
- ② 基本法の規定に^{けんけつ}欠缺がある場合、それが憲法設定権力の不行使、つまり留保と考えられるとき、あるいは基本法が意味不明であることを理由とする憲法争議の場合、君定憲法では君主が、協約憲法では君主と被治者代表組織との合意で欠缺部分の決定、あるいはそれらがその意味の決定権者となるのに対し、民定憲法に於いては、特定の規定が存しない限り、何らかの機関がそうした欠缺や意味不明部分についての決定権者として登場するということは当然ではない。

日本国憲法が民定憲法とされることの法的効果も上述のところに尽きる。

日本国憲法制定の法理

日本国憲法が民定憲法とされることと、その制定手続きとの関係について、形式上、欽定憲法である明治憲法の改正手続に従って制定された日本国憲法はあくまで欽定憲法であるべきで、欽定憲法から民定憲法が成立し得ると考えるのは理に反するため、ここに問題が無いではない。

しかし、このために現行憲法は無効であると考えすることはできず、現実の憲法は、それを支持する意思と社会的諸力が国家に存することによって効力を維持するものであり、その生誕事情によって効力を決せられるものではなく、実定憲法学では、あくまで現行憲法が有効とされ、しかも民定憲法とされることを出発点として考えるべきである。そうすると、明治憲法所定の改正手続による制定という形式の手続は、新しい憲法典がその正当性を獲得するためのものではなく、新しい憲法設定権力が諸般の考慮からその手続を借りたに過ぎない、と考えるべきものとなる。

国民主権

「主権」(sovereignty, souveraineté) という語は色々な意味に用いられ、その主要な用法として以下のものがある：

- (a) 国の統治権の正当性の根拠の所在を示して用いられる。「君主主権」「国民主権」と言う場合。
- (b) 国の統治権自身のことを指して用いられる。ポツダム宣言第8項「日本国の主権は本州、北海道、九州及四国並に吾等の決定する諸小島に局限せらるべし」。
- (c) 国際社会に於ける国家の独立性を指して用いられる。日本国憲法前文第3段「自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする各国の責務」。
- (d) 政治組織に於ける最高の決定権の所在を示して用いられる。イギリス憲法に「国会主権」の原理があると言われる場合。

日本国憲法前文が「主権が国民に存すことを宣言」と云うときの主権は、上の(a)の意味のものであり、この国民主権の原理の下では、全ての国家機関は、国民による権威付けを受けて公的権能を行使し、その意味で「国民の代表者」とみることができ、憲法前文に於ける次の叙述は、その考え方を表す：

「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。」(1段)

これについて注意すべきこととして、第一に、君主主義の原理のもとでは、公務員は治者により選任され、専ら治者に仕えるべき存在とされるが、国民主権の理論に於いては、公務員は国民のために職務を行い、国民による権威付けを受けてその地位にあると考えられ、次の規定はこのような公務員観を示す：

「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である。
すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。」(15条1項・2項)

第1項に云う「国民」は、統一的観念体としての国民を示し、従って同項は個々の具体的国民が公務員の専任・罷免について決定権を持つという意味ではあり得ない。他方、第2項が公務員を「全体の奉仕者」と述べるのは、主権が国民全体に存すとされるからで、この規定は公職就任者の職務倫理を要求している。

第二に、(a)の意味の国民主権が、ときに(d)の意味の国民主権を要求すると説かれることがあるが、それは「国民」の語の多義性を利用した一種の政論であり純理ではない。(a)の意味での、単なる観念上の統一体としての「国民」が(d)が問題とするような政治組織に於いて、具体的な機関として登場し得る存在ではない。実際、「君主主権」の原理は君主制国家に於いて登場し、即ち君主制と結合しているが、「国民主権」の原理は君主制・共和制のいずれの国家形態をも採用し得るのであり、特定の政治組織を要求するものではなく、歴史的に見ても、独裁制には(a)の意味の国民主権を根拠としたものが多い。

II 最高法規性

最高法規の意味

「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」(98条1項)

日本国憲法は「法規」とされ、即ち、自ら「立法」の手續や機関について規定しており、20世紀の西欧諸国の憲法典と同じくそのままで効力を有する「法規」とされる。つまり、19世紀の西欧諸国で元々考えられていた憲法典はそのまま法的効果を有するものではなく、政治の組織や作用についての原則宣言に過ぎないというものは異なる。

日本国憲法は「国の最高法規」とされるが、その意味は原型となった米合衆国憲法の「最高法規」条項^{*1}と異なり、即ち、国に存する法律・命令など種々の形式の法規に基づく処分も行われるが、その中で憲法典には最高の形式的効力が認められ、従ってその条規の要求に抵触する他の法令や処分は、原則としてその効力を否認されるべきものとなる。

なお、第98条1項に云う「国務に関するその他の行為」とは、国の行為のうち、公権力を行使して抽象的・具体的な法規範を定立するものとされ、私法上の行為は当たらないとされる。

^{*1} 連邦法の優位を定めたもの

合憲性審査制度

法令中のある規定が憲法典の「条規に反する」かどうかの認定は何人が行うのか。全て独立的地位にある機関は、自らの権限や権限行使の態様について第一次的な認定権を有し、その認定は他の公的認定権者による公式の否認が無い限り有効とされ、これは憲法との関係についても同様で、全ての法令や処分は、その制定者・処分者による合憲の認定を基礎とすると推定され、私人や他の国家機関の解釈によって直ちにその効力が否認されるとは解せない。従って、憲法典の最高法規性の現実的效果は、法令や処分の憲法適合性に関する実効的な公的審査制度の設定によって持つことができる。

合憲性についての他律的審査制度には、大別して二種類：

- (a) 「憲法裁判」制度。政治的機関または特別に設けられた組織を審査機関とする(例：憲法裁判所)。
- (b) 「憲法訴訟」における司法的違憲審査制。通常のカリ判所を審査機関とする。

がある。(a)は憲法適合性の判断を法的判断であるよりも政治的判断であると把握し、(b)は法的判断として処理するものである。これについて、日本国憲法は次のように規定：

「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」(81条)

し、最高裁判所をその決定機関としている。

ここに於いて、憲法を「最高法規」と言う場合の「法規」は、裁判規範であることとなるが、憲法典の規制事項や裁判所の地位の特殊性から、その審査権の範囲について例外は存する。

法律解釈の態度

憲法典は立法機関をも拘束し、立法機関は憲法典に違反しない限りで有効に立法する権能を有し、その権能は尊重されなければならない、法律の解釈について「合憲解釈の原則」と言われる次の二つの態度：

① 「選択的合憲解釈」

法律の解釈では、憲法に適合する意味のものが選択されなければならない。

法律の文言が二様の解釈を合理的に成立せしめ、一つの解釈では違憲、他の解釈では合憲となる場合、法律の解釈は憲法の要求を考慮してなされるべきゆえ、後者を正当な解釈として選択すべきという原則。

② 「制限的合憲解釈(合憲限定解釈)」

法律の一部に違憲がある場合は、その部分のみ効力を有しないと解釈しなければならない。

法律は普通、多数の条項から成り、その一部に意見があるとしても当該法律全体の効力が否認されるべきでないことは当然である。ここで問題となるのは、法律の特定条項に於ける文言が含む意味で、法の規定を成す一般的文言が所定要件に該当する一部の適用にのみ意見の疑いが存するとき、それへの適用可能性を理由に当該条項の効力を否認するのではなく、条項の文言は単一不可分であっても、その意味は憲法の要求を考慮して解釈すべきであり、適用が違憲とされ得る可能性がある部分のみを効力無きものとして、他の部分の効力を維持すべきであるとされる原則。

を要求し、これを裁判所による合憲審査権の行使のあり方として見るとき、特に「違憲判断回避」原則と呼ばれることがある。

III 憲法改正と国法の諸形式

法律問題が起こった場合に、それを解釈すべき法を発見する根拠とされ得るものを「法源」と言い、一般に国法の法源は成文法源及び不文法源に大別され、現行憲法下の我が国では以下のような種類がある。

不文法源

不文法源としては以下の慣習・判例・条理の三つがあるが、これらの不文法源が憲法典で明示されているわけではなく、法源とされる範囲にも限りがある。

(1) 慣習

慣習の全てに法源としての効果が認められるわけではない。

(2) 判例

法源となる「判例」とは、単なる判決例のことではなく、判決の基礎とされた一般法理のことであり、成文法・不文法の意味内容を明確にするほか、条理の要求という理論構成により、成文法・慣習法の欠缺を補充する機能を果たす。特に最終審の裁判所の判例は、法の内容を最終的に決定し、「法の下での平等」の原則は、それが他の事件にも適用されることを要求するはずであり、国法の重要な法源となる。効果に関しては、ある制定法の解釈についての判例は、当該制定法に準ずる効果を持つが、一般に不文法源は成文法源によって改廃される。

(3) 条理

ものごとの道理を表す「条理」は、制定法や不文法の解釈の指針となるほか、制定法も不文法も存しない場合の民事裁判や行政処分の判断基準となるべきものである。

成文法源

(1) 憲法典と憲法改正

「この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする。憲法改正について前項の承認を経たときは、天皇は、国民の名で、この憲法と一体を成すものとして直ちにこれを公布する。」(96条)

この規定によれば、憲法典の改正は、①国会による「発議」「提案」、②国民投票による「承認」によってその内容が決定され、③天皇によって「公布」されるが、改正規定について幾つか重要な論点がある。まず、第1項の「発議」は国会の意思決定と国民投票との関係であり、いかなる機関が国会に憲法改正案を提出し得るかは、これと無関係である。国会議員がその初案件を持つことは当然と

して、内閣(内閣総理大臣)もそれを有するかについて、内閣にも提出権はあると考えられる。第二に、「発議」要件の「総議員」の意味について、議員定数とする見解と議員実人員とする見解があり、この点について合理性を失わない限りで各議院が定めるべきものと解される。第三に、国民投票のあり方として、数件にわたる改正案が一括して一つの賛否の投票の対象とされるか、各別の賛否投票の対象とされるかは、實際上重大な意味を持っている。第四に、憲法改正手続きに関連して、改正行為に法理上の限界が存するかが論じられることがある。それは

- ・ 憲法典に云う改正を、基本的な同一性を失わない程度の部分改正と考えるか、一切の改変と考えるか
- ・ 憲法改正作用を「憲法設定権力」の一態様と見るか、憲法典レベルの権限と見るか

に於いてそれぞれ結論は分かれるが、基本的同一性については、何がそれを示すかについて一致した見方が存在するわけではなく、また「国民主権」の原理に立つ限り、この原理そのものの変更以外に限界があるとするのは理に反する。

尤も、上記の議論は、改変され成立したものの効力とは関わりが無いことに注意を要する。

(2) 法律

主要な成文法源であり、「国の唯一の立法機関」(41条)とされる国会両議院の議決によって制定・改廃され、天皇により公布される。ここに云う「立法」とは、国民の権利・義務生活を創制的に規制する実質的意味の立法を意味し、従って、それは法律の独占的所管とされるが、憲法典によって特に法律の定めるべきことが明示された「法律事項」も存する。

成文憲法体制に於ける法律は、憲法典の下の法令で最も強い形式的効力を持つ。

(3) 政令

内閣が閣議決定を経て制定するもので、天皇によって公布される。所管は内閣の権能を列記する憲法第73条に明示されて

「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。」(6号)

この規定及び憲法の他の条項から、国宝体系に於ける政令の位置づけは次のようになる：

- ① 実施されるべき「規定」の存在することが政令制定権の前提となり、政令の主要な任務は「法律の規定」の実施に仕えることである。
- ② 実施される対象である「規定」の内容に改廃があると、原則、政令はその所管の前提を失い、失効する。
- ③ 政令の内容が「実施」をはみ出るとは許されない。ここに「実施」とは、抽象的・一般的な規範を具体的・個別的な処分として実行すること、及びその条規の指示する職務を行うことである。
- ④ 「立法の委任」が無い限り、国会が「国の唯一の立法機関」とされる趣旨を侵すことは許されない。
- ⑤ 憲法・法律に反することはできない。

(4) 内閣府令・省令

日本国憲法は、行政部の制定する成文法を総称して「命令」と述べているが(81条・98条)、その

種類は政令以外に具体的に指すところが無く、内閣府例及び省令は、法律によって具体的に設定されたもので、「府令」は内閣総理大臣が、「省令」は国务大臣がそれを制定し、公布する。これらの所管の規定*2から、内閣府令・省令の所管目的は「法律若しくは政令」の規定を実施することであり、その形式的効力は法律及び政令に劣る。

(5) 条例

国の法と異なり、地方公共団体が制定するものであり、日本国憲法は、地方公共団体が「法律の範囲内で条例を制定することができる」(94条)として、条例の書簡を法律の定めに委ね、地方自治法でその所管が述べられている。条例は、地方公共団体の議事機関である議会の議決により制定・改廃され、地方自治体の長がそれを公布し、その形式的効力は、法律・政令・内閣府令・省令に劣るが、その地域的効力は属地的に生じ、当該地域の住民に限らず、そこに居る何人に対しても効力が及ぶ。

(6) 条約

元々国際法の形式であり、憲法は「日本国が締結した条約」を誠実に遵守すべきことを定めており(98条2項)、これが条約自体を国内法として一般に受容する趣旨か明らかでないが、わが国では国会の承認を条件として内閣が締結し、天皇によって公布された条約について国内法としての効力を認めている。その形式的効力、特に憲法との関係は問題となる。

同一法形式間の効力の関係

法律・政令・府省令・条例など、法としての形式を異にする成文法の間では、その制定主体と手続きに応じて法形式自身にこの順で効力上の優劣が存する。これに対し、同一形式に属する制定法の規定の間に内容上の抵触が存する場合に優先的に適用すべき法の認定の仕方について、次の二つの制定法解釈原理があり、反対の明文が無い限り、これにより解決される。

① 特別法優先の原理

抵触する法の規定の間に一般法・特別法という関係が存する場合には、両者とも有効で、両者を適用する必要があるときは「特別法は一般法を破る」との原理により、特別法が優先的に適用される。

② 後法優位の原理

両者に一般法・特別法の関係が無く抵触が存する場合、「後法は前法を排除する」との原理により、後に成立した法のみが有効とされ、適用される。従って、この原理は前法についての「黙示的廃止」の法理でもある。

*2 内閣府設置法 7 条 3 項・4 項、国家行政組織法 12 条 1 項・3 項