

# 最近の憲法学の動向と問題点（二・完）

## 伝統的公法学者からの弁明

堀 内 健 志

### [目次]

#### 第一章「立法」・雑感

第一節 英米法流個別法律の存在はわが国憲法論での「立法」権理解に直接影響するものではない。

第二節 「法律事項」と法律条文スタイル

#### 第二章 組織法・再々論－組織法と行態（勤務）法の結合・合同劇（Verschachtelung und Zusammenspiel von Organisations-und Verhaltens (Dienst-) -recht）（以下、本号）

第一節 組織法・行態法の区別

第二節 個別的点検

第三節 立憲主義の合理的形式（有用性）

第四節 実定法論的合同劇（権限についての権利、機関としての行為を行う人間の義務違反）

#### 第二章 組織法・再々論－組織法と行態法（勤務）法の結合・合同劇（Verschachtelung und Zusammenspiel von Organisations-und Verhaltens (Dienst-) -recht）

##### 第一節 組織法・行態法の区別

1 一つの公法学上の概念は、つねに同じ次元で議論されているとはかぎらない。「組織法」をめぐる事情にもこのことが当てはまるようである。例えば、一般法学の次元において、法規範は、AはXをなすべしという場合、これは直接人間の行態（行為）を規律する。行態法と称される。これに対して、行政権は内閣に属するというごとき規定は、一国家組織・機関に一国家権限が帰属すると規律する。こちらは組織法と呼ばれる。

こうした概念の区別は、それじしん一般的に成り立つ議論であるかどうかは問われ得ようし、吟味の対象となし得る。が、かかる両概念のそれぞれの意味については、イデオロギー的な賛成反対を別として理解できるものといえるだろう。一方が法的義務づけ規定、他方が権限規定であると理解されている<sup>(1)</sup>。

2 ところで、わが国の伝統的公法学は、この組織法・行態法概念を用いてつぎのように説いてきている。そして、稿者の採ってきている立場でもある。

すなわち、日本国憲法41条の「立法」の実質的意味は、すべての、「私人に対して向けられる一

般拘束的な行態法」のことである<sup>(1)a</sup>。そして、この「行態法」の一種たるいわゆる「権利命題」が「いかに、すなわち誰を通じて、どのような手続で定立され、適用・執行されるべきかを言明する」法命題、まさしく「憲法」「組織法」から区別される<sup>(2)</sup>。

かかる立論については、今日異論・批判もあるが、一つの立憲主義的構成を提示するものであるといえよう<sup>(3)</sup>。

3 さらに、「組織法の行態法に対する先行性」という性質から「国家の組織あつての権利保障」、「前者の方がより基本的価値」であることが語られる反面において、「実際には、民法や行政法は、憲法が変わってもなお、存続する」とか、旧憲法下の法令の効力は、新しい憲法に抵触しない限りその制定と無関係に効力を維持することが説かれる<sup>(4)</sup>。こうした議論も、もちろん立憲主義的構成を背景にしたものだと思はれるが、しかし、そこには新憲法での立法手続の変更は、法内容でなく旧手続により成立したことをその法令に責任を問ひ得ないという論理が含まれている<sup>(5)</sup>。また、法生活の継続性が失われ人間の社会生活も収拾がつかない混乱におちいることが指摘される<sup>(6)</sup>。実定法論的な説明である。

このようにして、「組織法」が語られる場面は、様々であるし、そこでの組織法・行態法の関係も一様ではないごとくである。そこでこの小稿では、かかる問題意識をもって、より最近の「組織法」論の状況について、以下少しく検討しようとするものである<sup>(7)</sup>。

## 第二節 個別的点検

1 まずはじめに、組織法・行態法が実定法上どのように用いられているかを見ておこう。国家行政組織法14条2項はつぎのように規定している。

《各省大臣、各委員会及び各庁の長官は、その機関の所掌事務について、命令又は示達するため、所管の諸機関及び職員に対し、訓令又は通達を発することができる。》

また、国家公務員法98条1項は、

《職員は、その職務を遂行するについて、法令に従い、且つ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない。》

と規定する。学理上の職務命令と訓令との相違点として、前者は公務員に対する義務づけであるとされるが、後者は機関に対する命令であるから職員の配置換えなどで当該公務員が交代するとそこまでは及ばないことになる。新任の職員が就任する機関への命令として意味がある、とされるわけである。ここには、組織法・行態法の区別が認められるが、しかし、実際には、両者がつねに分明であるとはかぎらないことは、上記行政組織法14条2項の定めからすでに伺われる。法律学事典でも、そのような説明になっている。職務命令について、曰く。

《上司が部下公務員の職務を指揮するために発する命令。上級機関の下級機関に対する訓令・通達には、職務命令が含まれている。》<sup>(8)</sup>

訓令については、

《上級官庁が下級官庁の権限行使を指揮するために発する命令。国家行政組織法14条2項は、訓令と通達を使い分けて規定しているが、両者は相排斥する概念ではなく、実質的意味の訓令が文書

によって示達された場合、これを通達というのが一般的理解である。》<sup>(9)</sup>という。“訓令・通達には、職務命令が含まれている”とはいえ、学理上の概念じしんを否定するものではなからう。が、そのうえで両者が複合する場合が存するという事も否定されない。

そして、このような両者の概念を峻別しつつ、それらが複合する場合があり得ることは、すでにこの「組織法・行態法の区別」の先駆的理論家W・ブルクハルトも表明するところであったわけである。「組織法」の義務に関連して、つぎのように言うところがある。

《この権限規範、この管轄秩序は、ところで、とにかく行態の義務であらねばならぬようないかなる義務をも基礎づけるものではない。…官庁が規則どおりに設置されず、その権限に違反し、あるいは形式に反して行動するとき、そのかぎりでは、いかなる義務にも違反したことにはならず、その結果は、義務の違反のごとく、その実現のための強制もしくは刑罰ではなく、その権限違反の行為の無効なのである。…この確認は、告訴した第三者の国家に対する関係、たとえば、建築者の建築警察とに対する関係に関するもので、公務員の国家に対する関係にはない。官職にあるものが、その官職遂行義務に違反したということはありうる。しかし、それは別個の問題であって、これは、かの権限規範に従ってのみでは、決せられえない問題なのである。》《もちろん、この権限規範が機能すべきとき、…自然人 (physische Personen) が規範に従って、行動しなければならぬ、ということ正しい。》が、ある人々を義務づける規範は、《第二次的なものである。それらは、たとえば、法律がそれらを一つの (傍点) 規定のなかで、一つの (傍点) 用語で表現しようとも、権限規範から区別されねばならない。…組織規範は、それらが同時に勤務上の義務を確立せず、それゆえ、行態規範を共有しないかぎり、確かに、いかなる義務をも基礎づけないのである。》<sup>(10)</sup>

そして、権限規範が《機関に割りあてる権限は、機関の (傍点) 主観的権利でも、機関の (傍点) 主観的義務でもない。そして、機関は権利あるいは義務の主体ではないのである。その権限が帰属する非人格的制度としての機関 (官庁、公務所) は義務も権利も有しない。また、機関として行動し、その官職すなわちこの機関の権限を行使すべく召されている自然人は、彼らの (傍点) 権限を行使しているのではない。》<sup>(11)</sup>

2 さて、かかる視点から、行政法学上つぎのような警察法2条の解釈・法的性格が問題とされる<sup>(12)</sup>。

第1項《警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもつてその責務とする。》

第2項《警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるべきものであつて、その責務の遂行に当つては、不偏不党且つ公平中正を旨とし、いやくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあつてはならない。》

この規定については、警察組織法であるとの学説が存したが、いわゆる警察実務家の立場からは、それだけでなく“警察官が具体的に任務を遂行するためとるべき警察手段の一般的な根拠規定である”とする“一般的根拠規範説”が主張され、また裁判例においても、例えばこの警察法2条を根拠に、新島漂着砲弾爆発事故判決にみられるように“警察官”が“砲弾類の爆発による人身事故等の発生を未然に防止することは、その職務上の義務であると解する”判例も出されている。いわゆ

る裁量権零収縮の理論を採用したとも言われる。が、さらに根拠規範ではなく、“一定の場合にはそれを行使することを義務づけられる”とする“責務規範説”も主張されうる。

しかも、かかる構成の結果としては、この規定が機関相互間においてのみに留まらず、対私人との関係においても法的拘束力を持つのであるという。この「個人の生命、身体及び財産の保護」等に関し、警察官はそもそも権限不行使の完全な自由を持たないことが警察法2条より導かれるとすることは、その必要性という結論の当否とは別に、上述した警察官の義務は、組織法上の権限の有無としてではなく、行態法上の義務として述べられているとすれば、この警察組織法との関係をいかに理解すべきかという問題が潜んでいるということになる。けだし、これも上述したごとく、ある法律がそれらを“一つの規定のなかで、一つの用語で表現すること”はあり得るけれども、“組織規範は、それらが同時に勤務上の義務を確立せず、それゆえ、行態規範を共有しないかぎり、確かに、いかなる義務をも基礎づけない”からである。したがって、警察法じしんが組織法であると同時に行態法でもあるとするのか、そうでないとすると、行態法については、別の箇所（例えば警察官職務執行法等）にそれを求めるかしくはななるまい。他方、先の議論が組織法上の権限の有無ということにあるとするならば、それだけでは行態法上の義務違反ということとはあり得ない。そうすると、上述の一般的根拠規範説や責務規範説として語られるところのものは行態法上の義務を可能とするまえに権限法上の管轄を広く設定しておく必要があるということなのであろうか。

3 最近、行政庁の権限不行使の違法を根拠づける（「裁量権零収縮論」に関する）議論との関連で、大石和彦教授は、つぎのように言及しているのが注目される。

《…国に対する賠償支払義務の賦課という《制裁》はいかなる規範に由来するかといえ、それは、もともと「授権規範」であった根拠規範が「義務づけ規範」へと「変性」することによってもたらされたのではなく、根拠規範とは別の、国賠法1条1項という、国家機関による権限不行使をも包摂するほど極めて射程の広い構成要件を持つ（つまり一般的・抽象的な）「義務づけ規範」に由来するというべきであろう。》<sup>(13)</sup>

国家賠償法上の責任を、「授権規範」であった根拠規範が「義務づけ規範」へと「変性」することによってもたらされたのではなく、根拠規範とは別の“要件に基づくものとする”ことは、その通りと言わなくてはなるまい。<sup>(14)</sup> が、その要件のなかに、そもそも「授権規範」の範囲外のものも含まれるのかどうか、また、国家機関の権限不行使を要件とする「義務づけ規範」とはどのようなものなのか、についてさらに吟味を要することになる。

4 このような問題との相似関係は、近年ますます隆盛となってきた立法不作為の違憲論においても認められる。

《法律の「内容違憲」に帰属せられる法効果は、その法律の効力の否定（憲法98条1項がいうところの「その効力を有しない」）である。これは《権限規範としての憲法》に対する違反に帰属する効果である。これに対して国賠違法とは、国賠法1条1項という一般的抽象的《行為規範》に照らしたマイナス評価である。》<sup>(15)</sup>

かかる二元的把握のもとで、

《…《現に存在する法律による権利具体化の不十分さ》の問題なるものが、《国賠法上違法》か



という「行為規範の様相」において語られる場合には、不十分な保障しかしていない法律を制定した《立法行為》を対象にすることも可能かもしれないし、あるいはその不十分さを改善しない《立法不作為》という形で構成も可能であろう。これに対し、同じ問題が現に存在する法律の《内容違憲》およびその効果としての効力の否認という「権限規範の様相」において語られる場合には、《現にある法律の内容の合憲性》の問題という形で争えばよく、あえてこれを無理に《必要な法律の不存在》問題として構成する必要はない》という。<sup>(16)</sup>

そして、このなかで“不十分さを改善しない《立法不作為》”について、これを“立法者の事後改善義務”の違反と構成しようとする。ここに“違憲無効”が帰結するが、はっきりしないが、これに加えて、“国賠法上の違法”ももたらされうることになるのであろうか。つぎに述べられている“違憲の主観化”というものの意義が明らかにされなくてはなるまい。

《…法律制定後の事情変更による改廃不作為を憲法41条（の趣旨）に照らして審査対象とすることは、法律という国会の判断過程の《結果》から、国会の判断過程そのもの（「立法者」または立法《行態》）へと審査対象を移行させること（「違憲の主観化」）を意味する。》<sup>(17)</sup>

いずれにもせよ、“立法による権利制約状況の放置”につき“基本的人権条項に照らした実体的違憲性（の疑い）”ばかりでなく、“憲法41条（のコロラリー）に照らした権利制約《手続》面での違憲性（の疑い）”までが加わる“立法者の事後改善義務”が成立する“臨界点”は、<sup>(18)</sup> 文字どおりの極限状態に置かれている場合ということになる。

5 「権限」と「行為」、「根拠規範」と「義務づけ規範」という対置を意識した場合には、違憲審査制と国賠判決との相違・峻別がさらにつぎの論述のなかにも認められる。

《本来、違憲審査制で問題となる自由権は、権限規範の様相における「国家の無権限に相関する個人の自由権」であり、正確には、「憲法的無従属権」ないし「憲法的免除権」である。しかるに、通常、「自由権」のもとで念頭に置かれているのは、先に見た行為規範の様相における「国家の不作為義務に相関する個人の自由権」であり、これについて違憲審査制が語られている。しかし、これは、概念の混乱以外の何ものでもないであろう。なぜなら、すでに示唆したように、行為規範の様相においては、理論上厳密に言えば、法行為の効力はおよそ問題とはなりえず、ただ行為規範違反の不法行為に対する刑事制裁ないし民事制裁が問題となりうるにすぎないからである。》<sup>(19)</sup>

《…行政庁に権限を与える「根拠規範」からは（これはいうまでもなく「授權規範」であって「義務づけ規範」でないから）、違法処分をなすことを禁ずる不作為《義務》も出てこないはずであるから、なされた処分の違法を理由とする、ごく普通の国賠判決すらできないはずだということになりはしないか。》<sup>(20)</sup>

こうした基本的構成については、稿者はすでにかねて提示してきたところである。選挙権の構造に関連してのべるところを繰り返し指摘しておく。

《…憲法15条の選挙権規定は国家及び立法など国家機関に対して消極的な権限規範としての機能も果たしうることを看過できない。つまり、諸々の国家組織は憲法15条の内容に反する権限を行使しえぬ。無権限である。また、国民はこれに従属しない。“組織法としての人権”と称されるのは純粹にはこのような「法関係」のことである。が、これと異なり国民は憲法内容に反する国家活動が

行われぬことについての権利を有し、国家への禁止がそれに対応しうる。一見パラレルを成すこれら消極的権限規範と禁止規範とは各々別系統の「法関係」を規律しているのである。》《後者の憲法上の権利侵害に対してはわが原稿違憲審査制のもと国民に争訟地位が認められようが、立法の瑕疵ある権限行使、無権限いかんについての前者に関する司法審査は当然には導出されず、法制上の特別の根拠を必要とするだろう。ちなみに、裁判請求権は実体的な人権の分類・体系上国務請求権に属せしめられるが、それじしん個別的法規範定立の権限に関わる権利という構造をやはり有して、選挙権の構造に類似するところがある。それ故に、現実手続的には諸々の権利の侵害救済手段となる権利補強制度・権限の存在を前提となすものであることをここに確認しておきたい。》<sup>(21)</sup>

ただ、国家機関の権限を規定する規範と国民の権利を規定する規範との訴訟法上の取り扱いの区別について、両者が別である、ということは明らかになっているが、その確認だけで留まって良いのか、ということがあるだろう。すなわち、確かに国家機関・国家機関間における「法関係」と国家・国民間における「法関係」とでは、訴訟法上の扱いが異なるということは、明らかであるとして、しかし、国民の国務請求権の一つである裁判請求権は、どのようなものであるのかを吟味する必要があるのではないかと。<sup>(22)</sup>

選挙権の構造と相似するようにして、裁判請求権は個別的法規範についてであるが、法規範定立に参加する権限についての権利である。従って、権限あつての権利であるが、公正な裁判所で裁判を受ける権利があり、かつその際には、権限行使について違法がないことを求めることもその内容となりうる。その結果として、この権限行使が無効とされるべきことと、そこからもたらされる違法な行為に対する損害賠償を請求する権利も認められる。こうした憲法上保障された権利には、違憲審査制も対応していると考えなくてはならない。<sup>(22) a</sup>

「法関係」論は、法規範によって規定される法内容を明確化、個別化するために役立つものである。<sup>(23)</sup> つまり、“区別すること”に意義がある。が、現実の法制度は、様々の法規範の複合体として構成され、かつ相互間が密接に結びつけられて運用されている。憲法に違反する権限行使について、それが国民の慰謝料請求という形で訴訟が提起されたり、逆に刑事法上の違反事件において、自衛隊という国家組織が憲法に違反するのではないかとということが争点とされたりしている。

別の法制度で一つ例を示そう。地方自治法176条は、周知のごとく地方公共団体の長と議会との関係において、機関としての見解が対立するときの手続きを規定していて、最終的には裁判で決着をつけるようになっている。いわゆる機関訴訟の典型的一制度である。同条4項は「議会の議決又は選挙がその権限を超え又は法令若しくは会議規則に違反すると認めるときは、都道府県知事にあっては総務大臣、市町村長にあっては都道府県知事に対し、当該議決又は選挙があつた日から21日以内に、審査を申し立てることができる」と規定する。かかる機関訴訟として争われる対象は、機関としての権限いかんが想定されていて、例えば知事や市町村長の基本的人権など個人権侵害が問題ではないと解される。さて、いまある議員が議場外において起こした刑事事件を理由に議会が会議規則違反であり、地方自治法135条1項4号に該当するものとして除名処分としたが、当該議員がこの懲罰を訴訟で争い、最高裁は懲戒事由には当たらないと判示した。<sup>(24)</sup> この訴訟は議員たる身分に関するものであるが、除名といういわゆる一般市民の関係にも及ぶと解される限り懲戒処分の違

法を争う個人権侵害救済訴訟といってよい。問題は、かかる処分につき上記機関訴訟として長がこれを争うことはどうか。制度目的としてはこれは本来適合しないと思われるが、しかし、状況によってはこの長による審査申し立てなどの処置はなくはない。<sup>(25)</sup>ここに、機関相互間の「法関係」と機関・機関担当者の「法関係」との間に諸規範の結合・合同劇とでも言うしかないような規範複合体が認められる。<sup>(25) a</sup>

6 “行政指導の法的根拠”論のなかにも、組織法・行態法の問題が含まれているが、<sup>(26)</sup>最近の松戸浩教授の論稿の結びの箇所ではつぎのような所見が述べられている。

《…行政指導の法的根拠に関する従来の議論に於ては、そこでの法的根拠とは何かということに就いての理論的整理が必ずしも明確ではなかったと思われる。行政活動の法的根拠に就いて語られる場合には、法治主義的保護乃至民主的正当化の要請を伴う法律の留保原則の見地から、私人に対して行政活動がなされる際に一定の要件を課する場合と、同原則とは無関係に、また私人に対するものであるか否かを問わず、およそ行政機関が行政活動を行なう際に要求される要件一般が問題となる場合とが区別されると考えられる。従来行政指導に法律の根拠が不要であると述べられるとき、それは右の第一の場合を念頭に置いていたものといえる。ドイツの判例に於てインフォーマルな行政活動の法的根拠として任務規定が挙げられるときも同様である。これに対して収賄罪との関係で行政指導が問題となった我国の判例で各省設置法の所掌事務規定が挙げられるときは、右の第二の場合が念頭に置かれていたものといえよう。この場合には行政機関は所掌事務規定があつてはじめて行政指導をなしうるのであるから、同規定が行政指導の根拠規定となつてみるとみることが出来る。同規定を単なる枠規定とみる場合には、行政機関は何故行政指導をなしうるのかという問いに答えることが出来ないと思われる。》<sup>(26) a</sup>

“法律の留保原則の見地から、私人に対して行政活動がなされる際に一定の要件を課する場合”といっているのは、国民の権利・義務を規律する、つまり国家・国民の「法関係」において、私人に向けられる一般拘束的行態法が定められる場合には、「法律の根拠」が必要であるということ、かかる視点から、反対に、それに当たらない「行政指導」の場合にはそのような「法律の根拠」が不要であるということになる。しかし、そうではなくおよそ一般的に「行政指導」といった「行政の活動」が合法的になされるからには、それなりの要件というものが当然必要なものであり、その場合にはなによりもまずそのような活動のための個々の組織法上の権限の根拠があるはずである。もっと言えば、かかる権限が存することを前提として、はじめて行態法上の職員としての勤務上の義務・責任も伴うものである。ここにも、実定法上は様々の組織法・行態法との間の結合・合同劇という規範複合体の態様がありえよう。松戸教授もつぎのように指摘する。

《…このような見地からするならば、行政機関が行政指導を行なう為の要件は、行政組織の対内的権限を規律するものと同様の原理によって規律されているということが出来る。例えば我国の場合行政指導は屡々局長や課長といった名義によってなされているが、これは、行政作用法の見地からは行政の内部に留まり対外的に表われるものではない行政機関も、対内的権限を行使する場合と同様の活動主体として対外的に登場していることを意味するものである。またそこでは行政規則の法形式をもつ組織規範も権限を規律している。》<sup>(27)</sup>

こうした分析の結果として、松戸教授は、“行政の内部・外部関係の区別”に基づく法原理支配に対して“再検討を迫る”ものとの認識に至っている。

《行政指導は私人に対しても行なわれる事実行為であり、これは外部関係に属するものが、行政の内部関係に於ける法原理もこれを規律しているからである。》<sup>(28)</sup>

この点については、まず、組織法・行憲法の区別の他に行政の内部・外部関係の区別が関わっている。今日の有力説によれば、この両対置関係は連結しているごとくでもある。組織法は行政内部法であり、行憲法、例えば公務員法などは行政作用法つまり、行政外部法であるとされる。<sup>(29)</sup> かかる理解からすると、“私人に対しても行なわれる事実行為”は行憲法にあたり、作用法、外部法ということになり、これと内部組織法が関わることがちぐはぐに映ることになるだろう。が、例えば“公の機関がその決定した事項を一般に知らせる”告示は、法律で定められているものを除き、これじしんには法的拘束力はない。通常これは内部法として行政規則のなかで扱われる。これはもちろん組織法上の権限に基づき、しかるべき勤務法上の命令によって内部・外部へ向けて発せられ、行憲法ではあるが、「法律の根拠」を必要とする行政作用法上の処分ではない。また、組織法上の権限と公務員の勤務法上の義務づけとの間の結合ということを考えるとこれらを行政内部法として位置付けることも合理性を有するのではなかろうか。<sup>(30)</sup> 他方、行政内部に留まらない憲法組織法のほうは組織法ではあっても行政の内部法とは言えない。こうして、稿者は、上記組織法・行憲法の区別と内部法・外部法の区別を分離して公法学を構成している。<sup>(31)</sup>

### 第三節 立憲主義の合理的形式（有用性）

1 以上みたように個別的分析において、「組織法」論を語ることはそれなりに意味のあることは明らかであろう。今日の憲法学及び行政法学においては、法制度が重層的多極的に複雑に入り組んでいてそれらの全体像を把握するのは並大抵のことではない。そうした高度に発展した現代国家の法制度を体系的に展望する上で、これらを「組織法・行憲法」といった異なる性格を持つ法規範を頼りに分解してみることは、個々の「法関係」の特質を理解することに役立つものである。

2 が、問題はなくてはなかった。一つは、我々が有益だとして用いてきたこの「組織法・行憲法」、又は権限規範・権利付与乃至義務づけ規範の区別といった道具概念じしん果たして絶対的概念であり得るか、ということ。もう一つは、この道具概念と憲法学上基本的人権保障を目標としてそのための手段たる統治組織論という近代立憲主義の構図との関係如何、ということ。これらについては、すでに稿者は別の箇所やや詳しく論じているので、<sup>(32)</sup> そちらを参看願いたく、ここでそれを繰り返すことはできないが、簡略化して結論的にのみ言及、確認しておきたい。

第一点については、まず、“AはXを行うべし”という法規範は、ある人間を名宛人としてある行為をなすことを命じているとすると、究極的にはどのような規範も人間の行為を規定しているということになる。組織法も行憲法も法規範である以上は、例外ではない。そうすると、例えば、憲法20条1項で「信教の自由は、何人にもこれを保障する」というとき、すべての人間に対してこの自由が保障される。この場合、もちろん国家がこれを阻止してはならないという禁止の意味もあるが、同時に何人に対しても保障される。通常行憲法を含むと解される。また、国家公務員法100条



1項は「職務上知ることのできた秘密を漏らしてはならない。」というときも、公務員に対して宛てられている。勤務法上の義務づけ規範とされる。これも行態法とされる。他方、憲法65条は「行政権は内閣に属する。」と規定するが、これは国家機関への権限分配規定であり、組織法である。内閣は人間ではない。さて、こうした区別はしかし絶対的であろうか。確かに、最初の「何人」は人間以外になく、直接的である。これ以上になかを分けることはできない。つぎの「公務員」も人間である。職員でなくてはならないが、義務づけの名宛人となりうる。違反者には懲戒や刑罰という制裁が科せられる。最後の「内閣」はどうか。直接は国家機関であるが、合議体である内閣は総理大臣をはじめ各閣僚から構成され、そのメンバーはそれぞれ国家公務員により占められている。こうした勤務法上の規範などにより内部分化を経て最後には人間にたどり着く。そこには、様々の複合的規範群の径庭を経てではあるが人間に対するある行為を命ずる内容を持つことになる。それ故に、組織法も法規範である。こうしてみると、組織法と行態法との間には多層の中間項がありうることになる。概念としては区別しえても、実際にはこうした相対的性格を有していることになる。<sup>(32) a</sup>

第二点については、かかる概念じしんの性格を理解しつつ、しかしながら、これを立憲主義理論の構成のなかで有効に役立てられないかということである。立憲主義憲法は、基本的的人権規定と統治組織法とから構成される。が、理論上は憲法は国家組織法である。そして、とくに「立法」手続だけは必ず憲法典に規定される。人権は憲法典に規定されるが、これはこの法典の権威と通用力に鑑みてのことであり、むしろ権利・義務規定は「立法」で規定されうるものである。これが「私人に向けられる一般拘束的行態法」を内容とする。「実質的意義の立法」と称される。W・ブルクハルトの見解は大略このようなものであったが、<sup>(33)</sup> まさしくこの内容は立憲理論としての「憲法（典）と法律」の関係をいわば合理的に定式化するものであると理解されるのである。<sup>(34)</sup>

#### 第四節 実定法論的合同劇（権限についての権利、機関としての行為を行う人間の義務違反）

1 本章第一節でも言及したごとく、組織法・行態法の区別は、W・ブルクハルトにあって「国家の存立」の他の「権利」に対する優越を“組織法の行態法に対する先行性”の確認であるということにも用いている。が、これとは逆に、旧憲法下の法令の効力いかなの問題においては、憲法の改変にかかわらず、“「実際には」民法、行政法の「実質法」はつねに変革されるわけではなく、存続する”ことが説かれていた。これは、「憲法と法律」という国法形式間の立憲主義的な構成を前提としながらも、「実際には」という現実機能的な実定法論的配慮の必要性を、組織法・行態法の区別を用いて説示するものと理解できる。

2 いま実定法論的配慮と言った。これは、論理や歴史的観念の法理論じしん誤りはないが、その現実の法制度的現れ方は必ずしもその通りにはならないという場合のあることを意味する。<sup>(35)</sup>

a 選挙権の法的性質については、かねて資格説と権利説とが存するが、もともと「立法権」を担う国家機関たる国会の組織構成、つまりいかにして両院を組織するのかという問題は組織法に関するものであり、そのための選出方法たる「選挙人の資格」（憲法44条）は、権限法上の次元のものである。しかし、実定憲法上は、さらに憲法15条では、3項で「成年者による普通選挙」を保障し、

4項で「投票の秘密は、これを犯してはならない」とされている。これは、明らかに個人権としての選挙権を保障するものであり、結局選挙権は実定法論上この両者の性格を複合的に併せ持ったものであるということになる。

裁判請求権は、国務請求権の一種として個人権のなかに位置づけられるが、裁判、判決を個別的法規創設段階とみてそれに参加する権限を内容としていて、さきの選挙権に相似する性格を有している。憲法32条は「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」と規定する。人権保障規定である。

b 憲法81条において違憲審査制が制度づけられ、ある“法律の内容”が最高法規たる憲法（憲法98条1項）に違反する場合にこれを無効となす権限が裁判所に与えられている。従って、この規定は確かに国家機関たる裁判所の権限を規定する組織法である。裁判所の権限は、“基本的人権を含む憲法の法律に対する優位”を前提とし、憲法に抵触する法律を無効とする（制限規範）。が、「立法権」じしんを否定するものではない。「立法権」を権限づけているものは憲法組織法である。人権規定ではない。<sup>(36)</sup> もっとも、訴訟のなかで、人権侵害に関連づけて、法律成立についての形式的諸条件を満たしているかどうかという憲法上の組織法的授權に関しても違憲審査制は機能する。<sup>(37)</sup> 本稿でも言及された立法不作為の“立法者の事後改善義務”はこのなかの特殊事例になるのであろうか。

周知のごとく、違憲審査制には比較憲法学的にみて抽象的審査制と民事・刑事の具体的な個人権侵害救済訴訟のなかで行われる付随的審査制とが存し、後者にもさらに客観・主観訴訟の類型がみられる。従って、こうした権利補強制度の有り様によって、実定法論上の組織法・行憲法の間の合同劇もまた様々に展開されることになる。

3 最後に、組織法・行憲法概念を用いる公法学は、実定法制度論において、一つは、法規範により規定される諸「法関係」のうち人間に直結するものを行憲法としてあえて別扱いすることの意味を考えさせること。国家組織体は究極的に人間を通じてのみ実現される。もう一つは、その国家は面々と連なる諸々の機関、権限、官職、そして現実に行動する人間の複合体についての一短縮表現様式であることを想起させるものである。

---

(1) 「権限」という語は、最広義では、《ある規範がある個人の行為を法的条件または法的帰結として資格づけるとき、このことは、もっぱらその個人だけがその行為を行ないまたは行なわないことが「できる」、つまり、彼のみが...「権限をもつ」ことを意味》し、《人はいかなる人間個人にも》、かかる《彼の資格》は認められるが、通常はより狭義に、《行動の権限のみを語り、不作為の権限については語らない。さらに、この語は、違法行為以外の、それによって法規範を創設する行動をとる法的能力のみを指す》とされる（H.Kelsen, General Theory of Law and State 1945, S.90-91、尾吹善人訳『法と国家の一般理論』（木鐸社、1991年）165-166頁。が、本稿では、主として、さらに狭く、実定法上の「機関の権限」を「その機関の行為が、法律上、国又は公共団体の行為として効力を生ずる範囲」というような意味に用いている（金子宏ほか編『法律学小辞典』（第3版）（有斐閣、1999年）

- 282頁)。
- (1) a 堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』(多賀出版、1984年)357頁などを参照。
  - (2) 堀内『立憲理論の主要問題』(多賀出版、1987年)197頁などを参照。
  - (3) 憲法と法律(立法)との関連については、堀内・立憲理論の主要問題前掲書182頁以下を参照。
  - (4) W.Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1936, S.168, Anm.62, S.135.
  - (5) この点については、堀内『明治憲法前の法令の効力』『憲法判例百選 〔第5版〕』(有斐閣、2007年)472頁。
  - (6) 小嶋和司教授や川添利幸教授の見解などについても、堀内・立憲理論の主要問題前掲書193頁参照。
  - (7) 本稿を「再々論」としたのは、堀内・立憲理論の主要問題前掲書139頁以下及び堀内「行政改革論議にみられる『組織法』について一組織法と内部・外部法理・再論」『青森法政論叢』1号(青森法学会、2000年)53頁以下に続くものということによる。
  - (8) 金子宏ほか編『法学小辞典 〔第3版〕』(有斐閣、1999年)606頁。
  - (9) 金子ほか・前掲書254頁。
  - (10) W.Burckhardt, a.a.O.S.238f.
  - (11) a.a.O.S.240.
  - (12) この問題についての詳細は、藤田宙靖「警察法二条の意義に関する若干の考察」『行政法の基礎理論上巻』(有斐閣、2005年)351頁以下(初出は『法学』52巻5号(1988年)、53巻2号(1989年))を参照。
  - (13) 大石和彦「立法不作為に対する司法審査」『白鷗法学』14巻1号(2007年)183頁。
  - (14) この点について、堀内『公法2 〔新版〕行政法』(信山社、2005年)67-9頁参照。
  - (15) 大石・前掲184頁。かかる立論については、さらに新正幸「立法の不作為に対する違憲訴訟(1)」『憲法判例百選 〔第5版〕』438-9頁、尾吹善人「憲法規範の変性?」『憲法の基礎理論と解釈』(信山社、2007年)428頁以下(初出、菅野還暦『憲法制定と変動の法理』(木鐸社、1991年)など参照。
  - (16) 大石・前掲185-6頁。
  - (17) 大石・前掲191頁。
  - (18) 大石・前掲190頁。
  - (19) 新正幸「基本権の構造 - 「法的様相の理論」の見地から - 」『日本法学』73巻2号(平成19年)225頁。
  - (20) 大石・前掲183頁。
  - (21) 堀内『続立憲理論の主要問題 - 人権論と立法・違憲審査制 - 』(信山社、平成9年)70頁(初出は、弘前大学文化紀要36号(平成4年))、同趣旨のものとして、堀内『公法1 〔第3版〕憲法』(信山社、2005年)221頁。
  - (22) 堀内・行政法前掲書99頁、堀内・続立憲理論の主要問題68頁など参照。
  - (22) a H. ケルゼンに《もしは、機関の違法な行為によって権利が侵害されるならば、訴訟の目的は、違法な行為を無効化してもらうことでありうる。もし法の規定する国家の行為の違法な不作為によって権利が侵害されるならば、訴訟の目的はその適法な行為をもたらすことでありうる。この両方の場合とも、訴訟の目的は違法に引き起こされた損害につき補填を入手することでありうる。国家に対するこのような私人の権利は、民法においてのみならず、憲法および行政法、いわゆる「公」法でも存在する。》というところがある(H.Kelsen, a.a.O., S.201、尾吹・前掲書318-319頁)。
  - (23) N・アハターベルクの「法関係」論について、堀内・立憲理論の主要問題前掲書201頁以下。特に、233頁。また、堀内『憲法学の「立法」をめぐる最近事情について』『比較憲法学研究』15号(比較憲法学会、平成15年)128頁。
  - (24) 最2小判昭和28年11月20日(民集7巻11号1246頁、行集4巻11号2730頁)。
  - (25) 堀内「議場外の議員の個人的行為と懲罰事由」『地方自治判例百選 〔第3版〕』(有斐閣、2003年)118-9頁、松本英昭『新版逐条地方自治法』(ぎょうせい、2001年)、成田頼明ほか『注釈地方自治法(全訂版)』(第一法規、2000年)[菊井康郎]など参照。
  - (25) a 国家任務充足のための諸法規範の結合・合同劇に関するF・E・シュナップの説明について、堀内・立憲理論の主要問題200頁。

- (26) これまでの拙見について、註(7)引用文献を参照。
- (26) a 松戸浩「行政指導の法的根拠」(3・完)『広島法学』30巻3号(平成19年)70-1頁。
- (27) 松戸・前掲71頁。
- (28) 松戸・前掲71頁。
- (29) 藤田宙靖教授の『第四版行政法 〔改訂版〕』(青林書院、2005年)16頁には、「行政の内部関係に属する場合(例えば公務員の勤務関係)」という箇所が認められるが、他方、『行政法入門 [第4版]』(有斐閣、2005年)29頁では、「従来、この公務員法上の法関係は、行政の内部関係について定める行政組織法の分野に含まれるものと考えられてきたのですが、私はこういう考え方には反対で、むしろ、現在の国家公務員法・地方公務員法のもとでは、公務員の勤務関係も、基本的には外部関係に属することになっており、行政作用法の分野に含まれている、と考えた方がよいと思っています」と述べている。
- (30) もっとも、公務員法関係のすべてが内部法だというのではなく、市民として国家と裁判で争う関係などは外部法関係であることにつき、堀内・立憲理論の主要問題前掲書31頁など参照。
- (31) 堀内・行政法前掲書51頁以下。
- (32) 堀内・立憲理論の主要問題前掲書全般、とくに167頁以下、179頁以下、201頁以下、124頁など参照。
- (32) a 但し、新・前掲213頁は「還元テーゼ」は少数説に留まるという。
- (33) 堀内・立憲理論の主要問題前掲書153頁、182頁以下。
- (34) 従ってまた、私人の自由も存しない法社会においてはかかる構成も存続しえなくなるだろうことについては、堀内「憲法学上の『立法』をめぐる最近事情について」『比較憲法学研究』15号(比較憲法学会、平成15年)138頁など参照。
- (35) 直接「組織法」論ではないが、例えば、ある権限行使が無権限ゆえに無効の場合と上位規範の委任の趣旨に違反して違法である場合とが論理としては別の問題であるが、行政訴訟法上は、同様の法違反として取消し訴訟の対象になったり、併せてここにそれを理由として損害賠償請求がなされたりする。また、行政法上の「法律の優位」と「法律の留保」とは、それぞれ本来は前者が競合的所管を、後者は排他的所管を前提とするものであるが、後者の領域においても「法律の優位」が語られたり、既に法律が存在する場合には前者が実際には「法律の留保」と同様の機能を果たしていると言えるが、これらにおいても実定法制度上の現実機能的配慮、言明が認められる。これらについては、堀内・ドイツ「法律」概念の研究序説前掲書359-360頁、同・立憲理論の主要問題前掲書135-6頁などを参照。
- (36) 堀内・憲法前掲書51頁、同・立憲理論の主要問題前掲書8頁。
- (37) 堀内・立憲理論の主要問題前掲書8頁。