【24】

氏　　名	齊藤芳浩（さいとう よしひろ）
学位(専攻分野)	博　士　（法　学）
学位記番号	法　博　第　25　号
学位授与の日付	平成11年5月24日
学位授与の要件	学位規則第4条第1項該当
研究科・専攻	法学研究科公法専攻
学位論文題目	憲　法　の　法　源
論文調査委員	(主査)教授 初宿正典　教授 佐藤幸治　教授 大石　眞

論　文　内　容　の　要　旨

本論文は，「憲法解釈の法源」の問題を総論的に検討する第一編と，この問題がもっとも直接に現われる局面である「憲法慣習（変遷）論」を検討する第二編とで構成されている。

「憲法解釈の法源」と題する第一編では，まず，憲法典に依拠するのみでは憲法の妥当な解釈を導くことはできないような具体的事実を例示し，憲法典の法源としての限界を補うためになされる憲法解釈の方法論が検討される。その際著者は，解釈方法論を，制憲者の意思とする説（原意主義），解釈者の主観的意思だとする説，および「社会的な客観的価値」に基礎を置く説に分け，社会的な価値変動に対応できない第一説や，解釈の社会的妥当性を必ずしも保証しない第二説ではなく，社会的な客観的価値に基礎を置く「正義」に依拠する第三説を基本的に支持する。

この意味での「正義」は，社会的価値に基づく集団構成員各人への具体的配分により実現される。社会的な客観的価値に依拠して行われるべき「各人への配分を決定する基準」としての正義という古典的問題について，主としてフランスのトミズム法哲学者M.ヴィレイに依りながらアリストテレスの正義論を概括した上で，著者は，「各人に各人のものを帰す」という意味での正義の実現は，国家機関によって承認された法に機械的に従った配分ではなく，国家機関によって承認された法がなければなしえないことでもないことを指摘し，「各人のもの」は，結局，社会において認められる「価値」で決まるものであるとする。ここでいう社会的価値とは，表層的な意識とは区別された，共同体構成員のもつ「基底的な意識」に由来するものである。この基底的な意識は，人間のもつ傾向性・習慣に根拠をもち，従来，コモン・センスないし社会通念と言われてきたものにほぼ相当する。

このように，社会的な客観的価値に依拠する解釈方法をとった場合，憲法典以外に，慣習，判例，条理などの不文のものも，正義を確認し，又はこれを積極的に確定しうる限り，また正義を発見する「手がかり」になりうる限り，法源として承認されることになる。もとより憲法典は，慣習，判例，条理などの法源とは異なった，それ自体独自の存在意義をもっている。憲法典は制憲者による正義の慎重な認識の結果であり，「法秩序の維持という価値の保障機能」をもっているからである。しかし同時に著者は，解釈者が憲法典の権威を借りて自らの解釈に説得力をもたせるために，制憲者の意図に反するにもかかわらず憲法典から引き出すような操作を行うことによって，憲法典が解釈者の「隠れ蓑」としての機能をも果たすが，この機能は憲法典が制憲者の予見できなかった事態もカバーしうるというポジティブな面をもっていることも指摘する。

憲法解釈のプロセスは，法源としては必ずしも絶対的ではないが独自のメリットをもつ憲法典を，どのようにして補っていくかの問題となる。憲法解釈は，著者によれば，制憲者の正義認識の結果としての憲法典，憲法典が保障する法秩序の維持という価値，法律家の隠れ蓑としての憲法典，解釈者の正義認識に役立ちうる不文のものも含めた憲法典以外の法源，解釈者と立法府・司法府などの解釈者との間の正義認識能力の差といった，基本的な諸要素を結合して，正義を探求し実現する作業にほかならない。もとよりこの解釈が客観的であるためには，その社会において承認されている方法を尊重する必要があり，著者はこれを「解釈ルール」と呼ぶ。つまり憲法解釈は，解釈共同体（interpretative community）の構成員によって共有され，実践知の結晶という性格をもつ解釈ルールに拘束されると考えるのであるが，ここにいう解釈ルールとは，解

釈者があらかじめ意識的にまたは暗黙裡にもつ背景的な知識，情報，「ノウハウ」「こつ」といったものの総体であり，その内容は，憲法典，起草資料，判例，慣習，条理などの中から，それぞれをどの程度重視し，相互にどのように関連づけて解釈するかを決定するための法源の扱いに関するものと，法源の一つである制定法のテクストに関連づけうる意味の範囲を決定するためのものとに大別される。この意味での解釈ルールは，国や時代，あるいは法の種類によって異なりうるが，それを最終的に支えるものは社会の構成員一般の基底的意識であるとされる。

著者によれば，この「解釈ルール」という考えは，従来，解釈を支配する準則の一部として扱われてきた解釈の「わく」の問題をより明確に理解する手がかりをも与える。すなわち解釈の「わく」は，解釈ルールに従った解釈の可能な範囲としての広義の「わく」と，憲法典のテクストに関連づけて解釈することが可能な意味の範囲としての狭義の「わく」との二種類に分けられ，これらを解釈ルールの一側面，つまり解釈ルールの適用の結果として生じる解釈の許容範囲として捉えることができるとする。

以上の憲法解釈の法源という問題を総論とすれば，本論文の約三分の二を占める第二編は，その各論に相当し，憲法慣習（ないし変遷）の解明に当てられる。すなわち，憲法解釈が「正義」の実現であるとする著者の立場からすれば，憲法典は絶対的なものではなく，正義の実現の補助物の一つの地位にとどまり，場合によっては，憲法典に根拠づけられない事態が解釈によって許容される余地もあることを認めざるをえない。これが憲法慣習論ないし憲法変遷論といわれるものである。従来，憲法変遷については，すでにわが国でも相当の議論がなされてはいるが，いわゆる憲法典の「わく」を越えたもののみを憲法の変遷と考える場合と，「わく」の内部の変化も憲法の変遷として捉える場合とがあるなど，曖昧なところがあったとし，憲法慣習（変遷）を憲法典に反するものに限定せず，憲法典を補充するものや憲法典解釈上のものも含めて広く捉える。その上で，明治憲法成立以来の日本と第三共和政以降のフランスにおける学説および憲法慣習（変遷）の実例を素材として，主として以下の2点に検討が加えられる。

まず，憲法慣習を憲法解釈において認めうるという立場をとった場合に，その根拠をどこに求めるかという問題について，第三共和政下のフランスにおいて憲法慣習論が成立してきた背景を概観し，法の存在根拠に関するフランスの学説を，国家にあるとする系列（カレ・ド・マルベール，ラフェリエール等），社会的意識の集合にあるとする系列（デュギー等），国民の服従にあるとする系列（カピタン等），および制度理論の系列（オーリウ，ビュルドー等）に大別して検討する。その上で，わが国の学説における憲法慣習論についても概観し，共同体構成員の「基底的意識」に注目しつつ権力にも正当な評価を与えている制度理論を支持する。こうして憲法慣習とは，憲法典として成文化されていないが，国民の「法的確信」すなわち「基底的意識」に支えられた，実質的憲法の領域に成立した法規範の一形態として捉えられる。

第二に，憲法慣習の法的効力の有無の問題および憲法慣習と他の種類の法規範との効力関係の問題の検討がなされ，まず前者については，法的効力のある法とは，規範内容が現実に実現される可能性のあるものであり，その可能性はその法が国民の「基底的意識」に支えられていることによってもたらされるとの前提から，憲法典に反する慣習であっても，次の場合には法的効力をもつとする。すなわち，憲法典の当該条項の担っている「規範の意味内容」が，その条項自体のもつ「法秩序の維持」という価値を考慮しても，その考慮を圧倒するほどに国民の「基底的意識」と合政しえなくなり，その結果，その「規範の意味内容」が事実として行われるという「実効性」をもつ「可能性」が失われる一方で，国民の「基底的意識」に支えられた「規範の意味内容」を実現しようとする国家機関の行為ないし「慣行」が，事実として行われる可能性をもつに至るときである，とする。また，憲法慣習と他の種類の法規範との効力関係については，憲法慣習の法形式からみた効力関係と，憲法慣習が国民に同意されている場合の効力関係，および，裁判所の活動がどのようなものであるかによって決まる効力関係という3つの観点に分けて，それぞれに検討を加えている。

最終章では，フランスおよび日本において，どのような「解釈ルール」が承認されているかの問題，また，憲法慣習の法的効力関係の実態を知るために，第三共和政以降のフランスおよび日本国憲法下のわが国の実例が検討される。すなわち，フランスにおける大統領の独立命令・完全授権法律や，日本国憲法下における衆議院の解散と第9条解釈などを例に挙げて，憲法慣習の実例が，憲法典を補充する慣習，ないし憲法典解釈上の慣習として成立していることを示し，他方，憲法典のもつ法秩序の維持機能が考慮されている結果，憲法典に明らかに反する慣習の成立例は確認できないとする。これらの事実は，現実に存在する解釈ルールにおいて，法解釈者が国民の「基底的意識」に基づくと考えるものが憲法典とともに解釈の対象として認められていることを意味するが，憲法慣習の法的効力関係については，国民の法的確信に支えられた憲法慣

習は憲法典と同位の法的効力をもつし，裁判所によってもたらされる効力関係についても，憲法慣習のタイプによっては，法律や行政の命令等より優越した法的効力をもつものを確認できるとする。

論文審査の結果の要旨

本論文は，憲法の法源は何かという古典的問題を，主にフランスおよび日本の学説・判例を素材にして検討するとともに，これを踏まえて，従来余り正面からは取り上げられなかった憲法慣習（ないし変遷）論という問題を理論的に解明しようとする意欲的な試みである。その際，著者は，処女論文以来関心を示しているオーリウの制度理論の基本的な枠組みを踏まえつつ論を進めている。

憲法解釈において，憲法制定時の起草資料や最高裁判所の判例，あるいは実務上の慣習など，憲法典の文言以外の種々の要素が考慮に入れられるのが普通であり，憲法典の文言のみに依拠するのでは妥当な解釈を導くことができないことは一般に認められるところである。この点に関し著者は，「制憲者による正義の慎重な認識の結果」たる憲法典それ自体のもつ法秩序維持機能という意義を承認しながらも，憲法典自体の法源としての意義を意識的に限定し，むしろ判例，慣習，条理など，憲法典以外の諸要素を憲法の法源として積極的に承認すべきことを主張する。著者によれば，憲法解釈は，共同体構成員が人間としてもっている本性的な傾向性・習慣に根拠するところの「基底的意識」に由来する社会的な客観的価値に基づいて，集団構成員各人への具体的配分という意味での「正義」を実現することであり，この意味の正義を確認ないし確定し，正義を発見する「手がかり」となりうるものは，すべて憲法の法源に含まれると解される。憲法解釈のプロセスは，解釈共同体によって共有され，「実践知の結晶」という性格をもつ一連の「解釈ルール」に拘束されており，これらの解釈ルールを最終的に支えているものは，共同体構成員一般の「基底的意識」であるとされる。こうした論述には，アリストテレス以来の人間論を受け継いだトミズム的な認識論・正義論の影響が窺われる。

本論文の後半を占める憲法慣習（ないし変遷）論の解明は，以上の総論的検討を踏まえた上での，いわば各論にあたるものであり，わが国およびフランスにおける学説および実例を素材としてその詳細な検討が加えられる。著者は，憲法慣習とは，憲法典として成文化されていないが，国民の「法的確信」，すなわち「基底的意識」に支えられた，実質的憲法の領域に成立する法規範の一形態と捉え，そうした憲法慣習は憲法典と同位の法的効力をもつことを積極的に肯定するとともに，フランスの第三共和政以来の実例やそれに対する学説の評価を紹介し，また，日本国憲法下での実例として，憲法69条の事由の存在しない場合における7条三号のみに基づく衆議院の解散という「慣習」や，憲法9条の解釈にまつわる「変遷」を例にとって，こうした憲法慣習が憲法典を補充する慣習，ないし憲法典解釈上の慣習として成立していると主張する。その際，オーリウ，デュギー，カレ・ド・マルベール，カピタン等の学説や判例が，本論文のテーマに即して綿密に分析されており，それ自体わが国の憲法学に寄与するところが大きい。

従来のわが国の学説上，衆議院の解散に関しては，理論的筋道には諸説があるものの，7条三号解散が一種の慣行として成立していると一般に解されているが，9条解釈に関しては，周知のように激しい論争が展開されてきたところ，著者は，上記の分析枠組みに依拠しつつ，自衛力の保持が憲法上認められるとの見解はすでに憲法解釈上の慣習となっていると断定している。このことは，時代の推移を窺わせるとともに理論的にも興味深い。

もっとも，本論文にはいくつかの問題点を指摘しうる。たとえば，憲法解釈をもって，国民の「基底的意識」に支えられて「各人への具体的な配分」という意味での正義を実現していくプロセスだとする際，議会，内閣，裁判所等の国家機関の権限に関する憲法規定について，はたして本論文のいう「解釈ルール」がどこまで妥当しうるのかは，十分に説明し切れていない。また，憲法の法源を論じる際に，憲法典以外の不文の法源の重要性が強調されてはいるが，国会法・内閣法・裁判所法等をはじめとする憲法附属法が法源としてどういう位置を占めることになるのかの検討も，必ずしも十分でない。さらに，憲法慣習と憲法変遷の語を，著者は同義に解しているようであるが，それでいいのかどうか疑問がないわけではない。

こうした検討を要する課題も残されているが，本論文は，独自の一貫した視点から憲法慣習論を取り上げることによって，憲法解釈の在り方に新たな地平を切り開いたものとしで価値を有している。ここで示された憲法解釈方法論や憲法慣習論を具体的な問題の解決に際してどう生かして憲法解釈学を進めていくのか，今後の展開が大いに期待されるところである。

よって本論文は，博士（法学）の学位を授与するに相応しいものと判断する。

なお，平成10年6月11日に調査委員3名が論文内容とそれに関連した試問を行った結果，合格と認めた。