

『憲法の変遷』にかんする

清宮教授の見解について

田 畑 忍

(一)

「憲法変遷」を、「憲法改正」から区別して有名なものは、周知のごとく、イエリネックであるが、清宮教授が「世界」の六月号に発表された憲法変遷論の発想も、先ずイエリネックに起因しているものと言ってよいであろう。

ところで教授は、「憲法の変遷」に関連して、第一に「憲法の崩壊」があるとされる。シュミットの言う、革命による「憲法の廃棄」と、クーデターによる「憲法の排除」がこれに含まれるとされ、例えば日本国憲法は、明治憲法の「廃棄」によって制定されたもので、「改正」でないと「見るのが正しい」と言われている。しかし、当時の日本には、「革命」という事實はなかった、また日本国憲法はクーデターによって「排除」されたものでもないのである。従って、右の教授の見解は、その点で、法論としても、また政治論としても誤っている、と言わねばならない。

現に教授は第二に「憲法を意識的に変改すること」が改正で、

例えば日本国憲法九六条による場合がそうだ、と言われているが、明治憲法の場合、それに相当するものが七三条の規定であり、そして日本国憲法は明らかに、この規定によって「改正」されたものであって、前示の如く革命憲法ではない。しかも第七三条の明治憲法の場合でも、また第九六条の日本国憲法の場合でも、歴史に逆行した「改悪」を「改正」から峻別する「解釈」が、「科学的」な解釈として要請されるのであるが、教授の改正論には、この科学的に大事なポイントが全然欠缺しているのである（清宮『憲法改正行為の限界』等参照）。このことを、教授のために惜しまねばならない、と思う。

第三に教授は、「憲法の停止」（―教授は、これを、憲法の規定にもとづいて憲法の個々の規定を一時的に停止すること―だとされる―）について、明治憲法三一条の非常大権がそれに該当する規定である、とされる。しかし教授は、この規定が「臣民ノ権利」を一時的に停止する制限の規定であって、憲法「停止の規定」でないことを看過されているようである。

また第四に「憲法の破棄」（―教授は、これを「憲法の規定と異なる措置をとること―だとされる―）について、例えば、それが日本国憲法上認められるかどうか問題だと言われる。しかし認められない、と断言されてはいない。けれども、憲法は、非憲法的に憲法の運用をストップするところの「停止」も、非憲法的に憲法そのものを侵す「破毀」も、もちろん、これを認めるものではない。そのような事実が、ただ違憲の問題として、政治的に生じることがあるだけにすぎないのである。すなわち

教授は、その点で、事実と法理とを混同されているのである。

(二)

教授は、第五に「憲法の変遷」について、それは、憲法を「意識的に変える」ところの「改正・停止・破壊」等とは、「一応区別される」。しかも、広義では、そのすべてが、「変遷」ということになるとし、イエリネックに従って、変遷(狭義)は、「意識的に憲法を変更しようという行為によらないで、暗黙のうちに憲法に変化が生ずるといふ現象のこのようである」と定義される。そして、変遷(狭義)にもまた種々の場合があって、ブライスの言う解釈及び慣行による憲法の進化については、慣習憲法の問題で、むつかしいから、省略するといひ、ダイシーの慣習憲法と憲法的習律の峻別論と、それにかんするイエリネック及びハチエックの見解を簡単に紹介されているわけだが、結局は、イエリネックの『憲法の改正と憲法の変遷』(一九〇六年)という小著に展開されている所論を、抛りどころにされる。そして、イエリネックの言う憲法の変遷には、第一には「議會・政府・裁判所というような国家機関の解釈による憲法の変化」で、これに立法の際の解釈による違憲の法律・議事規則と、行政と判決による解釈による変遷があり、第二には政治上の必要にもとづく変化、第三には憲法上の慣習による変化、第四には国家権力の不行使による変化、第五には憲法の精神における根本的な変化等がある、と説いている。次で、シュ・ドーリン『憲法の変遷』の内容について、形式的に憲法を侵さない行為

による変遷(一)、国権行使の不能による変遷(二)、違憲の行為による変遷(三)、解釈による変遷(四)、の四種の場合の指摘されていることを概説されている。

(三)

教授が、その説明の最後に於て、イエリネックとシュ・ドーリンが、「変遷」でない場合をも変遷だとしていることを一言批判されているが、それは正しい、と言えよう。また、「変遷の問題を解釈による変遷という問題だけにしぼって」、話をすすめられていのもよろしい。しかし、「解釈によって憲法が変わるといふことは一般的には認めなければならない」と言われているところは、そのままではどうしても受け容れ難い。と言うのは、憲法典は、その異った(又は違憲の)解釈によって、それとは異なる(又は違憲の)憲法律の存在を伴って異った(又は違憲の)実質的憲法の発生することを如何ともし得ないにかかわらず、それ(憲法典)自体が改められているとはいえないからである。このように、「解釈によって憲法が変わる」ことを前提として、認める教授は、先ず「解釈は変遷の手段だ」と言われ、「解釈を手段にして憲法が変えられる」(一)、「解釈が変遷を確定する」(二)、「解釈は変遷を軌道に乗せる」(三)といふことを、ドイツのハイテとともに肯定されるわけである。そして、解釈は「合理的、客観的な意味の把握」でなければならぬ、としても、「実際には解釈をする者の態度によって違う結果が生れる。すなわち「憲法の安定性」を重んずる態度によって、解釈は

厳格になり、「憲法の発展性」を重んじると「解釈はゆるやかな」と説き、しかも、そこには自ら「限界」がある、として、この「解釈の限界内で行われる場合に本来の解釈による変遷」があり、これは「本解釈」又は「正解釈」による変遷で、「正道」だが、限界を越えてなされる変遷は、「邪道」だとし、区別されるのである。そこで、教授が、「正しい解釈」と、「にせの解釈」とを区別されている点は、従来の態度を一步進められたわけで、賛成できるのだが、「憲法の発展性」を重んじることによって、「ゆるやかな解釈になり」、そして憲法(典)が発展する、と考えられていることは実は可笑しい、と言わねばならない。第一、「憲法の発展性」を重んじることによって必ずしも解釈がゆるやかなものではなく、また、憲法(典)は解釈によって発展するものではないからである。即ち、憲法どおりの厳格な解釈に基づきつつ、憲法典以上の進んだ政治(立法・行政・司法)が実践せられることによって、実質憲法(律・令)と政治を発展せしめることができるのであり、憲法典はそれに追隨して、やがて「改正」される契機を把むことを得るものである。これに反し、憲法以下の政治のなされる場合には、全くそれと反対の現象を生起することになる。とにかく、憲法(典)の「ゆるやかな解釈」によって、憲法(典)が発展するということは事実ではないのである。また「ゆるやかなる解釈」は、「憲法の発展性」の見地からでなく、むしろ「憲法を改悪しようとする意思」に基いてなされることが多いのであるから、それは教授のいわゆる「にせの解釈」に結びつかざる

を得ないことが多いのである。教授は、せっかく、「正しい解釈」と、「にせの解釈」とを区別されながら、「憲法の発展」と「逆行」との峻別をされていいために、何が「正しい解釈」で、何が「にせの解釈」であるのかを、的確には把むことができず、「ゆるやかなる解釈」という偏見にふりまわされている、としか思えないのである。

また教授は、「解釈による憲法の変遷ということが大がかりに行なわれているのはアメリカで、アメリカの憲法は裁判所の解釈によって進化発展した」と、いわれている。しかし、アメリカの憲法典は、歴史の発展に即してなされてきた、その正しい解釈によって、それを補足する実質的憲法の発展を伴ったのにすぎず、いわゆる「ゆるやかなる解釈」、や「にせ」の解釈によって、憲法典そのものの変遷を結果してきたものではなく、この点の認識がたいせつなのである。

(四)

更に教授は、「わくを越えた」「にせの解釈」について、これを「仮装の解釈」であり、「この場合は、定立された行為は憲法に矛盾する」と言い、「そこには憲法の規範と現実とが一致しないという関係が生じる」とされる。

そして、シュ・ドーリンを引いて、「規範と現実とが一致する場合」に、現実が規範に従う場合と、規範が現実に従う場合の二を分ち、後者の場合が「改正」の場合だと言明される。しかし、そのさい、教授は、事実上「正・悪」、「合憲・違憲」の別の

あることと、「改正」と「改悪」との区別のあることを無視し、従ってこれを区別されていない。そのみならず、「規範が現実に従う場合」は、その「現実」が「正」しい場合には、それは「規範以上の現実」であり、その「現実」が「悪」しき場合には、それは規範の蹂躪以外のものではない、ということを見捨てられているのである。

またシュ・ドーリンが、「規範と事実との一致しない場合」に四ありとし、規範のない現実(一)、現実なき規範(二)、憲法の規定に矛盾する現実(三)、規範をまげる現実(四)を挙げているのに対して、大体に於てこれを肯定され、さらにレーヴェンシュタインが、「ノルマティブな憲法」(「生きている憲法」)(1)と「ノミナルな憲法」(2)と「セマティックな憲法」(3)の三とし、また国家机关の不心得による憲法の適用上の死滅を問題とし、(2)と(3)の場合は規範と現実が不一致の場合で、殊に(3)の場合は、憲法が積極的に権力的手段になっている場合であることを説いているのを引用されている。そして教授は、「にせの解釈による規範と現実の不一致の場合」について、そこには「憲法違反の事実があるだけ」だとするドイツのケルゼンやヒルデスハイマー、日本の佐々木惣一博士等の「事実説」と、ドイツのシュ・ドーリン、イエリネック、ラーバンド、ハチエック及び日本の美濃部達吉博士等の憲法の変遷を認める学説との対立のあることを叙述して、教授自身の立場の美濃部説であることを明らかにされている。かくして教授は、「そこには憲法の異変が生じていると見なければならぬ、従ってこれを佐々木

『憲法の変遷』にかんする清宮教授の見解について

博士の言われる憲法の「休止」と見ることはできない、「違憲の事実」というものもある段階になると法的性格を備えてくるというふうなことを認めないわけにはいかないのではないか。：そこに憲法の変遷の問題が生じてくる」のだとされるのである。そして、「憲法の変遷」というのは適当ではなく、「憲法の崩壊」という方がよいと言う人もあるが、言葉の当否は別として、その事実(変遷)は認めないわけにはゆかない、と言いつつ、ただ変遷に、「解釈のわくの中で行われる……好ましい変遷」と、「解釈のわくをはずれた好ましくない変遷」とを区別されるのである。その辺に、教授の憲法変遷論の特色がある、と言えよ。そして、「解釈のわくをはずれた」変遷の例に日本国憲法九条と八九条とを取り上げているのである。が、教授の八九条の「公けの支配」云々にかんする解釈として、私学を省いてをられるのは、明らかに「官僚主義的に好ましい」主観的な誤謬、又は逆行的な誤謬である、と言わねばならない。これについては、むしろ国の有権解釈の方が客観的に正しいのであり、また「国民にとって好ましい解釈」であるが、佐々木博士はそのような正しい解釈を明確にされており、私もまたそれによっているのである。

つまり、教授の誤謬は、教授が、個人的主観的に、「好ましい」とするか、「好ましくない」とするかによって解釈される主観主義に基因しているのであって、教授は、「憲法及び国民にとって好ましい」客観的な解釈を考えられてはいないのである。そして第八九条解釈の場合、第二六条一項の正しい解釈が

『憲法の変遷』にかんする清宮教授の見解について

併せて必要であるのに、教授は、そのことについては全然関知されていないようである。九条については、もちろん、教授の主観が、幸いにして客観的解釈に合致しているので、その点問題は無い、と言えよう。

最後に、教授は、「好ましくない変遷」に対する防止策としての名案は別がないが、「根本的に重要なことは、国家機関及び国民の憲法に対する態度」だとして、特に「内閣、国会、裁判所」が正しい解釈をする必要を説き、裁判所については憲法の保障制度を完全にすべきことに論及し、また国民の「憲法への意思」を強調されている。また政治家と法律家・法律学者の自覚を要請されている。それらの点は、教授の意見に私も全く同感の意を表しなければならぬ。だがしかし、その前に先ず大事なことは、法律学者、殊に進歩的と言われている法律学者が、案外に主観的で、恣意的で、また非良識的で、派閥的で、そして時としては、官僚主義的または権力追隨的な解釈をしていることを猛省することではなからうか、と私は思う。すなわち、法律学者こそは、挙って卒先して、真理に方向づけられた、客観的で進歩的な解釈をする必要のあることを強調したいのである。