

資料

法規についての一試論

——いわゆる訓示規定にかんする磯崎教授の見解について——

田 畑 忍

一

本稿は、「いわゆる訓示規定について」磯崎辰五郎教授の展開された見解を紹介しつつ、これを拠りどころとして、法規にかんする私見を開陳することを目的とする「一試論」である。

二

磯崎教授は、先ず、其の論稿の中で、法律はすべて訓示規定ではない、従って行政機関や裁判所が法律中の或る規定を訓示規定と看做し、これに違反しても違法ではないとすることを不当だとされる。そして「国会で制定せられた法律というものは、単に国民を拘束するだけではなく、国家自身、従って国家機関をも拘束し、苟くも法律に違反する以上、それが国民であれ、国家機関であれ、違法といわねばならない、と思われる。然るに奇妙なことに、同じように法律に違反しても、国家機関の場

合には、違法でないとせられることがある。もちろん、どんな法律に違反してもというのではなく、法律が国家機関の或る行動を行うについての手続的な規定(方法・期間などの指定)を設けているときの話である。それはひとり行政機関についてだけではない。裁判所が民事訴訟法、刑事訴訟法の定める或る種の規定に違反しても違法とはならないとせられるようである。そしてそういう場合の説明として、その法律の規定は訓示(的)規定であるから、といわれるのを常とすると、言われている。

三

かくして教授は、「行政機関が、異議の決定又は訴願の裁決をなす期間を指定する法律の規定を訓示規定と解する行政判例」十余例を検討して、判例に示されている謬見を鋭く批判される。すなわち、「右諸判例によると、決定・裁決期間を定める規定に違反して期間経過後に決定、裁決をなしてもそれは違

法ではない、というところからすると、いわゆる訓示規定は訓令を指しているという点において、決定・裁決期間の規定は訓令であると解しているかの如くでもある。しかし、その然らざることは、決定・裁決期間規定が法律の規定である、という一事からしても明瞭である。法律は、国会の制定にかかる。国会は、立法機関であり、……異議の決定・裁決をなす機関は行政機関であって、両者は同一の組織系統に属するものではない。法律で右期間を指定するのは、国会が上級行政機関として、下級行政機関に対しその権限行使を指揮するために命令を発することではない。また、法律である限り、その規定も官報を以て公布される必要があるであって、単に決定、裁決機関だけに告知されていればよい、というものではない。このように見て来ると、期間規定が訓令でないことはあまりにも明らかであるから、判例に訓示規定と云って、一見訓令を指すものの如く見えるけれども、それが訓令を指しているものでないことは間違いない。果して然らば、訓令（訓示）でないところのものを、これとまぎれやすい訓示（的）規定と呼ぶことは適当でない。それは、旧憲法時代から判例において慣用され来たった用語であるとはいえず、適当でない以上、速かにこれを改めるがよい、と主張されるのである。

すなわち教授が、右の主張に於て、法律の規定を訓令と峻別され、すべての法律違反を違法とされ、しからざる判旨の判例を批判されている点はまことに正しい、と思う。しかし、訓示

規定と呼ぶことが訓令とまぎらわしいと言う理由で、この呼び方を非難されている点には些か賛成しがたい。それは、この問題の所在は、訓示規定という呼び方にあるのではなく、訓示規定たる法律の条項に対する違反を、違法でないとする判旨に誤りがあるのだからである。のみならずまた、訓令違反にしても、その訓令が憲法と憲法に合致した法律に即した訓令の場合には、訓令違反に違法性ありとすべきではなからうか。逆に、法律が違憲の場合には、必ずしも違憲の法律に反することに違法性ありとすべきではなく、むしろ違憲の法律に従うことに違法性があるとすべきではなからうか。私は、憲法主義の立場に於て、そのように考えざるを得ないのである。

四

また教授は、法令の規定の中、国民の権利・義務に關係を有するもののみを特に法規といい、これに違反する場合に限って違法と云うことがある。このように特に法規概念を立てる場合に、法規でない法令の規定、即ちもっぱら国家机关の行動を指定する規定が何と呼ばれるかは必ずしも明らかでないが、仮に処務規定と呼ぶことにする。処務規定は法規でないものであるから、これに違反しても違法ではない、といわれる訳である」と言い、判例に言う「訓示規定とは処務規定のことであり、期間規定は法規でなく、処務規定のことであり、期間規定は法規でなく、処務規定であるからこれに違反しても違法ではない、と

しているものの如くである。しかし、右法規と処務規定との区別の仕方は違当でなく、たとい国家机关の行動を指定する規定であっても、それが法律で定められている以上は法規たるもので、これに違反するときは違法とせざる得ないのである。このことを特に明確に考察した研究としては、佐々木博士の「法律・命令と法規」という、公法雑誌一卷一号巻頭の論文がある」として、その要点を引用紹介されている。また美濃部達吉博士の同趣旨の判例評釈をも評価して引用されている。

第三に、教授は、法律の規定の一部たる「期間規定を命令的(制限的)規定と見て、これを訓示規定と呼ぶことについてその当を得ないことを述べ」、せめて「命令的(制限的)規定とも呼んだ方がよいと言ひ、さらに「期間規定を形成的(能力的)規定と考えることはできないものであろうか」として、昭和二十八年九月十一日第二小法廷判決にかかる訴願裁決取消請求事件における上告理由第八点を引用しつつ議論のため押しをされ、「問題の期間規定は命令的規定ではなく、形成的規定なのであるから、これを指して訓示規定ということは、いよいよ以て当を得ない訳である、」と結論されている。

この後の点はさて置き、その前に述べられているところを見れば、教授の主張されるとおり、判例が訓示規定と呼ぶ法律の規定に対する違反を違法でないとする趣旨の取るべからざることはもちろんであって、すべての法律違反は違法と言うべきものである。そのかぎりに於て、私は、教授の見解に賛成である。

しかし、法律のみを法規たとする説には賛成することができない。蓋し、政令も条例も規則も、日本国憲法の場合、すべて主権者国民の法意思に源流するものなる点に於て法律と異なるべきではなく、その意味で国家を主体とするそれらの法規範は、たとい制定手続機関を異にし、また体系的序列があるとしても、すべてこれを法規たとしなければならぬからである。すなわち、法律たる法規とともに、政令たる法規、条例たる法規、規則たる法規が、憲法を頂点として法規範体系を形成しているのであって、その他名称の如何を問わず、またその効力の大小如何にかかわらず、すべての法令はすべてこれを法規たるものと見なければならぬのである。しかしてまた、その規範内容が権利義務に関わるものたるは、はたまた処務規範たるものによつて、一は法規であり、他は法規でないとすることはできないのである。従つて、それらのすべての法規範に対する違反は、すなわち法規違反であり、違法だと言うことになる。ただ法規・法規範に段階のある如く、違法にもまた段階ありと言わなければならぬ。従つて、法律違反と政令違反と省令違反(等々)とは次元を異にして考える必要がある。

言うまでもなく違法の最たるものは、憲法違反または違憲である。従つて、違憲性をもつ法律に対する違法は、違憲性をもつた其の他の法令に対する法違反とともに、違法性ありとするとは困難である。違法を論じる場合、この観点に立つことなくして、正鵠を得ることは不可能である。磯崎教授はもとより、

この観点に立つ学者であるが、件の論文では特にこのことには触れられてはいない。

五

しかし教授は、前示の論旨を進めてきて、法律中に訓示規定または処務規定のカテゴリを勝手に設けて国家機関の違法行為を脱法しようとする一般的傾向の原因を鋭く追及されるさい、そのような憲法主義の片鱗をきらりと示されている。すなわち教授は、「それは、佐々木博士も指摘される如く、法規と処務規定との差異は、その規定が国民の行動を規律すると国家の行動を規律するとの差異ではなく、その規定が国家と国民との関係において意味を有すると否との差異であること。而して法律・命令を以てする規定は、それが国家独自の行動を規律するものであっても国家と国民との関係において意味を有することを正確に認識しないところからして生じた、いわば立憲法治国家観念の不徹底からして生じたのである。……も一つ遡って、何故そのような不正確な認識に止まったのであるか、不徹底な立憲法治国家観念しか持たなかったのであろうか。その原因として考えられるものに二つある。(一)一は、当時の官尊民卑の思想である……(二)二は、法律軽視、帝国議会軽視の思想である。」と論断される。

しかのみならず教授は、「それは、旧憲法の下において辛うじて認められ得たことで、日本国憲法の今日において認められ

べきことではない。(一)今日は国民主権の時代であり、国民が主権者である。国政は国民の厳粛な信託によるものであって、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という建前になっているのであるから、官尊民卑の思想を容れるべき余地はもはや全くない。(二)国会は、主権者たる国民を第一次に代表する国権の最高機関である。立法機関としても唯一のものである。国会を外にしては、当然に立法をなし得る機関は他にないのである。かかる国会が憲法に基いて制定する法律は国民をも拘束することができるのであるから、それが内閣や裁判所を拘束することは勿論でなければならない。ただ、最高裁判所は法律の合憲性を審査決定することができるが、それも法律の重要性に鑑み、違憲の法律を排除しようとする目的で憲法が特に認めた権限であって、この故に最高裁判所が一般に法律の拘束を受けないなどと誤解すべきではない。かくの如く考えてくると、佐々木博士のいわゆる立憲法治国の思想は、今日においてこそ撤底したものとなっておる」。

以上の論旨には、官僚主義と法律軽視と国民軽視とに対する静かなる正義の怒りがひそんでおり、同教授の統治行為説否定の理論に相通じるものがあって、私は全く同感を禁じ得ない。ただ、日本国憲法下の今日に於ては、同教授の法規論をさらに徹底させるべきであり、これこそ佐々木博士の憲法主義の発展の展開ではなからうか、と私は考える次第である。