

論説

「憲法判断の対象」としての《規範》と《行為》

——「義務賦課規範」・「権能付与規範」区別論の観点から——

大石和彦

- 1 本稿の問題意識
- 2 破綻なく一貫しているかに見える連関イメージ
 - (1) 憲法判断対象としての下位《規範》
 - (2) 「規範の規範」としての憲法
 - (3) 両規範のコントロール対象の違い
- 3 上記連関イメージに対する阻害要因
 - (1) 学説
 - (2) 判例の中の現実とどう向き合うか
 - (3) 試論

1 本稿の問題意識

「憲法判断の対象」は何かというテーマを真正面に掲げると、「何をいまさら」と思われるかもしれない。だが果たして、この問題につきこれまで、本当に十分詰めた議論がなされてきたといえるのであろうか。確かに条約や「立法不作為」などが憲法判断対象となりうるかという問題が盛んに議論されてきたことは周知のとおりである。もっとも、これまで盛んに問われてきたのは専ら、それらいわばボーダーライン上の事象の包摂可能性問題に限られ、コア・ケース該当事象としては、法律以下の（憲法という上位規範から見た場合の）下位規範（一般的抽象的規範に加え、裁判判決や行政処分などにより産出される個別具体的規律をも含む）のみならず、それら規範の定立改廃行為（法行為）、さらには事実行為など雑多なものが想定されてきたにとどまり、そこに《規範》と《行為》という本来所属次元の異なるものが混在していること（そもそも混

在可能なかどうか）については十分意識されてこなかった、あるいは専ら立法上の《作為》対《不作為》または（授益的法規定の）《存在》対《不存在》という二項対立図式ばかりに気を取られる一方、《規範》（必要なその不存在含む）対《行為》（規範定立改廃行為〔必要なその不作為含む〕のみならず事実行為をも含む）という、より根本的な対立図式に対しては十分注意が払われてこなかった、または、そうした対立図式の存在にそもそも気づかれないうまでであった、というのが実状なのではないか。本小稿では、この「憲法（違憲）判断の対象（は何か）」という問題につき、その問題が、「憲法とはどのような性質または種類の規範なのか」（憲法規範の特質）という問題と不可分一体であることを意識しつつ、考えてみようと思う¹⁾。この、「憲法判断の対象（は何か）」という問題と、「憲法規範の特質」という問題とが密接不可分であるという認識も、これまでのところ十分広く共有されてきたようには思えない²⁾。だが、「憲法とはどのような規範か」、という問いとは、「憲法とはどのような事象を規律対象とする規範か」、「憲法の規律対象すなわち憲法判断の対象とは、どのような事象か」という問いへとパラフレーズ可能であろう。つまり上記二

1) 本稿筆者は既に拙稿『立法不作為に対する司法審査』・再論—それでも規範は二種なのか？— 立教法学82号（2011）130頁において、これと同様の問題意識からの考察の機会を持った。旧稿執筆当時から本稿執筆時点までの私の勉強の進展は微々たるものに過ぎず、本稿において付け加える部分が乏しいことについては恥じ入るばかりであるが、旧稿には、各構成部分の並べ方や表現方法に事後改善すべき点があることを私自身痛感していたこともあったので、このたび旧稿で述べたかったことを、若干化粧直しを施したり陳列方法を変更して、より伝わりやすいようにと書き直したものが本稿である。こうした事情から、本稿には旧稿と重なる部分が多々あることを最初におことわりしておきたい。

2) 憲法が「授權規範」であって「義務づけ規範」ではないことから、立法不作為の違憲審査対象性を否定した尾吹善人「憲法規範の変性？」新正幸・鈴木法日兄編『憲法制定と変動の法理—菅野喜八郎教授還暦記念—』（木鐸社 1991）383頁以下（尾吹善人『憲法の基礎理論と解釈』（信山社 2007）428頁以下に再録）、あるいは尾吹のような思考法を「消極説」として検討する新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社 2010）305頁以下は稀有な例外であろう。もっとも、そこでの関心対象もまた、立法不作為というボーダーライン上の事象に限定されてはいるのだが。

つの問いは結局のところ、殆ど同じことの違う表現に過ぎないように思われる。

2 破綻なく一貫しているかに見える連関イメージ

(1) 憲法判断対象としての下位《規範》

日本国憲法81条が憲法判断対象としてあげているものは「法律、命令、規則又は処分」であり、また同条と密接不可分の関係にあると考えられている同98条1項の言葉でいえば、それは「法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為」だということになる。後者のうち「及び国務に関するその他の行為」という部分をさしあたり意識しなければ³⁾、「日本国憲法」典が憲法判断対象として想定しているもの（のうちでも主要なもの）は、（形式的意味の）法律以下の、（憲法という上位規範から見た場合の）下位《規範》であることは明らかであろう。なお、ここにいう「下位規範」には、形式的意味の法律や地方議会の定める条例、行政立法または最高裁規則をはじめとする議会以外の機関が定める制定法など、いずれも（「処分的法律」などを除けば通常の場合）一般的抽象的な内容を持つものと想定されている規範の他、行政処分や裁判判決（正確にいうと、そう呼ばれる行為によって産出される規律）などの個別具体的なものも（憲法81条にいう「処分」に）含まれることについても現下特段争いはない。とにかく、憲法の統制対象（のうち少なくともその中核部分を構成すると考えられているの）は、諸々の《規範》であろう⁴⁾。

(2) 「規範の規範」としての憲法

次に「憲法規範の特質」につき、本稿の議論にとって必要最小限のこののみ

3) それを意識する例は後掲注22。

4) 条約と、憲法または法律といった国内法上の法形式との間の上下関係については議論があることもあり、条約が憲法判断対象となりうるかについては議論があることは周知の通りであるが、その条約もまた、規範であるという点においては、本文にあげた国内法上の諸形式と違いはない。

確認をしておこう。

法規範の中でも典型的な類型としてはさしあたり、第1に「『その行為をすると処罰されることになる』ということ」を定めるタイプ、すなわち、ある行為（不作為含む）をした者に対し《制裁》を課すタイプと、第2に「『その行為をすると行為自体が法的に無効になる』ということ」を定めるタイプ、つまり一定の規律を定立（または改廃）しようとする行為につき、当該規律に対して法的効力が付与される条件を定めるタイプ、つまりその条件を満たさなければ当該規律が《無効》となることを定めるタイプ、以上2つをあげることができる⁵⁾。第1タイプの典型例はいうまでもなく刑罰法規であるが、刑罰の他、過料、反則金、追徴課税、（行政上の義務違反者の氏名・法人名等の）公表の他さらに、民事上の債務の履行強制や行政上の強制執行をも、義務の不履行（不法行為から生じた損害賠償義務の不履行含む）に対して科される「制裁」としてさらに広く考えるなら、それにかかわる民法上の規範や、さらには行政上の強制執行の根拠法もまた、刑罰法規と基本的に同じ構造を持つものであるとの説明が可能となり、以上まとめて、「義務賦課規範」、「義務づけ規範」あるいは「行為規範」などと総称されることがある⁶⁾。

これに対し憲法は、国または公共団体の機関（例えば国会）に対し規律（形式的意味の法律）の定立改廃権限を積極的に与えると同時にその権限行使のありかたを制限している、つまり法律以下の下位規範に対して法的効力が付与

5) 本文中「 」内は、「『その行為をすると処罰されることになる』ということと、『その行為をすると行為自体が法的に無効になる』ということと」の間の「ちがいを」「すべての法律学のイロハ」だと述べる藤田宙靖『行政法入門 [第5版]』（有斐閣 2006）98頁からの引用。なおここでは、「その行為」をしたことに対して「処罰」または「無効」いずれの法効果（後者の場合、その不発生？）が結び付けられているのかが、2タイプのうちいずれに該当するかを判別する際のメルクマールになっていることに注意されたい。上記藤田の議論と同じく、義務違反行為に対し「制裁」または「サンクション」を科すことを、第1タイプに属する諸規範の同一性の拠所としてあげるものとして他に、尾吹・前掲論文（注2）、新・前掲書（注2）188頁、田中成明『現代法理論』（有斐閣 1984）58頁、同『法理学講義』（有斐閣 1994）52頁、同『現代法理学』（有斐閣 2011）66頁など。

されるための要件を定めているという側面においては、上記でいうと第2タイプに属する。清宮四郎いわく、「およそ、一つの法規範が適法に存立し、通用するためには、それを定立する権能の所在（定立権者）、定立の手續および様式ならびに定立の内容を定める法規範が、前もって別に存立し、通用していなければならない⁷⁾。そこにいう「法規範」を清宮自身は「授權規範」と呼ぶが、ここで「授權」とは、(法規範を定立改廃する)権能を付与する、という

(前頁よりつづき)

なお、神橋一彦「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求訴訟について—行政救済法における『違法』性に関する予備的考察をかねて—」立教法学75号(2008)67頁以下[78-79頁]は、上記法規範2タイプ論の先駆として美濃部達吉『日本行政法 上巻』(有斐閣 1936)203頁、同『法の本質』(日本評論社 1948)30-32頁における「義務法」・「権利法」2タイプ論をあげる(実際、美濃部『日本行政法 上巻』上掲頁が「義務法」・「権利法」2タイプ論を述べるのは、「命令的行為」・「形成的行為」という行政行為の2分類を説明する前提である点、藤田前掲入門書がやはり同じく上記行政行為2分類論を説明する文脈の中で上記法規範2タイプ論を語っているのとまさに一致する)が、美濃部による「義務法」に関する説明中、制裁につき語るところはない(そもそも美濃部は制裁を法の本質要素とする立場を採らない〔美濃部『法の本質』(上掲)71頁以下])。神橋自身もまた、本稿が念頭に置くような法規範2タイプ論に依拠してはいるものの(神橋前掲論文の他、同「行政救済法における違法性」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』〔2008〕237頁、同「『職務行為基準説』に関する理論的考察—行政救済法における違法性・再論—」立教法学80号〔2010〕1頁)、違反行為に対し制裁を科すことを第1タイプの共通(しかも本質的)属性とするところがなく、むしろ規範の《名宛人》が行政処分根拠法(「権限規範」)の場合、行政庁または機関(という観念上の主体)であるのに対し、国賠違法判断の前提となる「行為規範」の場合、「現実に公務を行う自然人(生身の人間)」(傍点は本稿筆者。傍点部から推測するに、現実界次元に存在する主体ということであろう)であるという違いに、主たる立脚点を置くものであろうかと思われる。第1タイプの法規範を想定するに当たり制裁またはサンクションを必須の属性としてカウントしない神橋の議論については、「義務違反に強制行為(強制執行・刑罰)が規定されているか否かはさしあたり関係がない」とする彼の「義務」観(神橋一彦「行政法における「義務」の概念・再論—「強制行為による実効性確保」の要素との関連を中心に—」稲葉馨・亘理格編『行政法学の思考様式(藤田宙靖博士東北大学退職記念)』(青林書院 2008)3頁、同「法律上の争訟と『義務』の概念—公法学の基礎概念を検討することの意味—」法教377号(2012)96頁)との関係をも視野に入れつつ検討しなくてはならないであろう。

意味であるから、これを「権能付与規範」と呼ぶ例もある⁸⁾。清宮は上掲引用部において、「授権」の要素として、第1に下位規範「定立権者」の指定、第2に下位規範「定立の手続および様式」の指定、第3に下位規範の「内容」に関する制限、以上3つをあげる。国会を「唯一の立法機関」だとする日本国憲法41条や、政令制定権を内閣に与える同73条六号などは第1の要素に当らう。また法律制定改廃手続についていえば、憲法59条が上記第2の要素に当らし、憲法56条および57条1項も、法案審議に適用される限りにおいてその意味を持つであろう。さらに憲法98条1項によれば、憲法上の基本的人権規定等に

6) 田中・前掲3書(注5)では「義務賦課規範」、尾吹善人『日本憲法』(木鐸社1990)5頁以下、同前掲論文(注2)では「義務づけ規範」、新・前掲書(注2)184頁以下では「行為規範」と呼ばれている。

なお制裁の種類については佐伯仁志『制裁論』(有斐閣2009)9頁以下。行政上の不利益処分(典型例としては公務員や生徒・学生に対する懲戒処分)根拠法は、処分権者を主体として見れば処分権能付与規範(授権規範)であろうが、懲戒処分の対象者を主体として見れば、懲戒対象行為をした者に対して懲戒処分という《制裁》を科す義務賦課規範に見えることであろう。

7) 清宮四郎『憲法I〔第三版〕』(有斐閣1979)16頁以下。

8) H・L・A・ハート(矢崎光圀監訳)『法概念』(みすず書房1976)105頁以下では「変更のルール(rule of change)」と呼ばれている。日本の文献では、田中・前掲3書(注5)は「権能付与規範」、尾吹前掲論文(注2)は「授権規範」、新前掲書(注2)は「権限規範」と呼んでいる。

なお松井茂記『日本国憲法(第3版)』(有斐閣2007)が、憲法は「刑法・民法といった行為規範」すなわち「第1次のルール」とは異なり、国会に立法権を授権する面では「変化のルール」であり、裁判所に司法権を授権する面では「裁決のルール」であるが、「とりわけ…ハートのいう認知のルールとしての性格を強くもっている」とするのも、基本的には本文中で述べた法規範2タイプ論と同種であろう(もっともハート[前掲邦訳書106頁]は、民法上の規範のうちの全てを1次ルールだと言っているわけではなく、そのうち私人に対し法律行為により権利義務関係に変更を加える権能を付与するルールを2次ルール[の一つとしてのrule of change]に数えている)。本稿での検討対象たる「授権(権能付与)規範」は、ハートの言葉でいえば「2次ルール」のうち専ら「変更のルール」に限られるであろうが、これはあくまで本稿の目的との関係上、議論対象をさしあたりそのように限定したまでのことであって、憲法(中いくつかの規範)がハートというrule of recognitionやrule of adjudicationに相当するという松井のような見方を否定するつもりは毛頭ない。

反する法令は「効力を有しない」。これは法令等の「内容を定める法規範」（つまり上記第3）の例であろう。つまり憲法は、法律をはじめとする下位規範の定立権者および定立手続を定め、さらに下位規範の内容に縛りをかける規範だという意味で「法の法」、「規範の規範」だということができる⁹⁾。もちろん授権規範（権能付与規範）の例は憲法のみにはとどまらない。行政処分の根拠規定もそれに該当しようし、農地法3条7項は、私人に対し法律行為権能を付与する規範のうち、行政庁から「許可」を受けることを、法律行為発効のための手続的要件の一つとして加重するもの、つまり上記のうち第2の例ということができようし、また民法90条は法律行為の内容に関する縛り、すなわち上記第3の要素の例ということになる。

(1)で確認した、「憲法判断の対象」が《規範》であるというイメージと、「規範の規範」すなわち《規範》定立権限付与規範としての憲法という本項目において確認したイメージとの間の親和性は明らかであろう。

(3) 両規範のコントロール対象の違い

上述の、「『その行為をすると処罰されることになる』ということ」を定める義務賦課規範と、「『その行為をすると行為自体が法的に無効になる』ということ」を定める権能付与規範の区別論に戻る。ここでの「」内の表現は藤田宙靖『行政法入門』¹⁰⁾からの引用であるが、上記区別はもともと、行政行為の分類論において用いられてきた「モデル概念」としての「命令的行為」と「形成的行為」との間の違い—「命令的行為」の一つとしての「許可」を受けないでなされた営業行為は、処罰対象となるものの、無許可業者が締結した契約自体が当然に無効とされるわけでないのに対し、「形成的行為」としての「認可（補充行為）」を得ないでなされた私人間の合意は、当然に処罰対象となるわけではないものの、法律行為としての効力の発生が認められないこと—を説明す

9) 清宮・前掲書（注7）16頁。

10) 藤田・前掲書（注5）98頁。

る文脈において述べられたものである。ここでは、「命令的行為」の一つとしての「許可」という観念の背後に、無「許可」営業行為に対し刑罰等の制裁を結び付ける規範、すなわち、『その行為をすると処罰されることになる』ということ」を定める一般的抽象的規範の存在が想定されているように思われる。むしろ「許可」処分は、本体としてのそのような一般的抽象的規範の、個々具体的場面への投影または表れ、とでも考えるべきものなのかもしれない。さらに言えば、やはり「命令的行為」の例とされる「下命」・「禁止」なるものも、結局のところ、それらの処分によって命じられた、または禁じられた『行為を〔しない、または〕すると処罰されることになる』ということ」を定める規範の、個々具体的場面における表れ、ということになろう。さらにやはり「命令的行為」の一つとされる「免除」についても、作為義務を「免除」されていない者が『その行為を〔しない〕と処罰されることになる』ということ」を定める規範の、個々具体的場面への投影であるという、やはり同様の説明が可能であろう。いずれにせよ、「命令的行為」（「下命」・「禁止」・「許可」・「免除」のいずれも）が語られる場合において、それら個々の行政処分の背後には、《『その行為をする〔またはしない〕と処罰されることになる』ということ」を定める規範》が（あるいは暗黙のうちに）想定されているように思われる。

「形成的行為」としての「認可（補充行為）」の背後にも、ある法規範が存在する。もちろん、「法律による行政の原理」の下、「命令的行為」であろうと「形成的行為」であろうと、処分を行う主体たる行政庁に対して行政処分を行う権能を付与する規範が前提として存在していなければならないことは言うまでもない。ここで行政処分の背後にある規範と言っているのは、そうした行政処分の根拠規定のことではない。本稿が先に述べたのは、「命令的行為」の場合いづれも、行政処分の根拠規定とは別に、処分の名宛人たる私人が『その行為をする〔またはしない〕と処罰されることになる』ということ」を定める規範が、命令的行為（行政処分）という個々具体的場面における事象の背後に存在する、言わば本体として想定される、ということであった。そして、「形成的行為」としての「認可（補充行為）」の背後にもやはり、私人が「その行

為をする [またはしない] と」 どういうことになるのかを定める規範の存在が想定される。もっともそれは、『『その行為をする [またはしない] と処罰されることになる』ということ』を定める規範ではなく、『『その行為をする』と行為自体が法的に無効になる』ということ』を定める規範である。藤田自身があげる例で言えば、農業委員会の（法令上は「許可」と呼んでいるが講学上は）認可（補充行為）を受けないでなされた農地売買の合意は「効力を生じない」とする農地法3条7項が、それに当ろう。「命令的行為」と「形成的行為」の区別につき、藤田はさらに以下のように述べる。

「前者（命令的行為）が、『私人が事実としてある行動をすること（しないこと）』自体を規制の対象とする行政行為であるのに対して、後者（形成的行為）は、私人がおこなう行動の法的効果をコントロールの対象とする行政行為である」¹¹⁾。（傍点原文）

上述の通り、命令的行為が『『その行為をする [またはしない] と処罰されることになる』ということ』を定める義務賦課規範へと、また形成的行為の一つとしての認可（補充行為）が『『その行為を [しない] と行為自体が法的に無効になる』ということ』を定める権能付与規範へと帰着還元可能であるとすれば、上記引用部からさらに以下のように言うことが可能であるように思われる。

①義務賦課規範の中でも刑罰法規の場合、その規律対象は、『『人が事実としてある行動をすること（しないこと）』自体』という「事実」界に属する事象である。もちろんタイムマシンが実用化されていない現下、過去既に行われてしまった行動それ自体をコントロールすることはできないが、同規範は、既に

11) 藤田・前掲書（注5）97頁。同『第四版 行政法Ⅰ（総論）【改訂版】』（青林書院 2005）185頁も同旨。

当該行動をした（または、しなかった）本人を処罰することを通じ、将来本人または他人が「事実」界で同種行動をしない（または、する）ようコントロール（間接強制）しようとしている¹²⁾。また義務賦課規範が、当該義務の内容の実現のため強制執行を認める場合、強制執行行為の向けられる先もまた「事実」界事象であること、言うをまたない。

②権能付与規範のコントロール対象は、人々が「事実として」どのような行動をするか「自体」、すなわち「事実」界に属する事象ではなく、当該行動を通じて表された意思の内容が法的効果を獲得するか否かという、「事実」とは対極の《観念》の世界に属する事象である。

ここで、両規範の《行為》に対するかかわり方について、本稿筆者の理解を示しておきたい。例えば新正幸によれば「行為規範とは、人間に一定の行為、すなわち作為または不作為を命じる規範である」¹³⁾のに対し、「『権限規範』…は、法行為によって法的位置を変更・創出する…法規範である」¹⁴⁾。また、ある不法行為法の教科書によれば、「不法行為の法律的性質は、…意思表示ないし法律行為と対比される意味では『事实现行』的な『行為』であるとされるのが普通であった」とされる¹⁵⁾。ここで、「行為規範」（義務賦課規範）の対象である「行為、すなわち作為または不作為」、あるいは「『事实现行』的な『行

12) もちろんここで義務賦課規範の要件部分において定められている「行動」が《一般性》を持つ（つまり過去既に行われた行動と将来誰かによって行われる行動いずれもが同じ義務賦課規範の要件部において定める「行動」に包摂される）からこそ、こうしたコントロール（既に「行動」した本人が将来同じような「行動」をしないための特別予防および同じ社会の構成員一般が同種「行動」をしないための一般予防）が可能なのである。つまりここでは「法の一般性」は、被治者の自由のために必要なのではなく、むしろ統治する側にとってこそ必要なのである。

13) 新・前掲書（注2）185頁。

14) 新・前掲書（注2）187頁。

15) 幾代通（徳本伸一補訂）『不法行為法』（有斐閣1993）1頁。

為』』と、「権限規範」（権能付与規範）の対象である「法行為」（「法律行為」含む）とを比較してみよう。まず言えるのは、義務賦課規範の要件部分に該当する可能性のある「行為、すなわち作為または不作為」とは——早くも先に引用した「意思表示ないし法律行為」v. 『「事実行為』的な『行為』』対比図式に反して——「意思表示行為」とか「言述行為」などと呼ばれるケース（例えば、農地法64条一号が処罰対象としている、行政庁の「許可」を得ないでなされた農地売買の合意、背任罪の構成要件に該当する法律行為、「取引行為の形式をとってなされる」所有権侵害の不法行為〔「たとえば、他人の所有物を勝手に第三者に売却したり賃貸する場合」¹⁶⁾〕など）もあれば、「物理的行為」とか「非言述の行為」などと呼ばれるケース（例えば飲酒運転）もあるのに対し、権能付与規範の下での要件該当判断対象となる、下位規範を定立せんとして行われる行為（立法、行政処分、法律行為…）は常に「意思表示行為」とか「言述行為」と呼ばれるものだけということである¹⁷⁾。つまり、義務賦課規範の方は「物理的行為」を含め広く全ての行為（不作為含む）を対象としうるが、権能付与規範は常に「意思表示行為」を要件該当判断対象とする（「意思表示行為」を伴わない「物理的行為」のみを対象とすることはない）という限りにおいて、両規範の要件該当判断対象は異なるともいえる。もっとも、例えば農地売買という両規範共通の要件該当判断対象行為もまた、確かに存在する。これをどう考えたらいいか。これにつき藤田・上掲書は以下のようにいう。

「もしここでの（農地法上の）許可が純粋に形成的行為としての『認可』であるとするならば、それを受けないでおこなわれた私人の行為については、それを法的に無効としさえすればすむわけで、それだけですまざさらに処罰をしようというのはつまり、農地法3条の許可が、まさに事実として権利移転行為が

16) 幾代・上掲書65頁。

17) 「言述行為」と「非言述の行為」という用語は、森田寛二『行政機関と内閣府』（良書普及会2000）137頁以下のもの。

おこなわれること自体をも規制の対象としている（つまり『命令的行為』である）からだ、と考えられるのではないでしょうか。」（傍点は本稿筆者）

ここでは、「認可」（の背後にある権能付与規範）の下での要件該当判断対象たる権利移転行為もまた、命令的行為（の背後にある義務賦課規範）の下での要件該当判断対象およびコントロール対象（『人が事実としてある行動をすること（しないこと）』自体）の中へと包摂されている。考えてみれば、義務賦課規範がその要件部分に該当する行為を「違法行為」と《意味づけ》るように、「法行為」というのも要するに権能付与規範を通じての生身の人間のナマの行為に対する《意味づけ》なのであって、つまりは「法行為」なるものも、法を通じた《意味づけ》を取り払ってしまえば、そこにあるのは生身の人間（たち）のナマの行為（の束）でしかない¹⁸⁾。その意味で、「法行為」と呼ばれているものも、『人が事実としてある行動をすること（しないこと）』自体の一つに過ぎないのである。とすれば、両規範の要件該当判断対象行為それ「自体」に両規範の決定的相違点を見出すことは困難である。では両規範の違いはどこに見出すべきか。「命令的行為」の背後には、違反行為に対し刑罰をはじめとする制裁や強制執行を結びつける義務賦課規範があり、一方「形成的行為」としての認可（補充行為）の背後には、私人間の合意が法律行為としての効力を獲得するための要件を加重する権能付与規範があることは先に見た。つまりここでは、権能付与規範が、「事実として」ある「行為がおこなわれること自体」ではなく、その行為を通じて示された意思の内容が法的効果を獲得するか否かという、「事実」とは対極の《観念》の世界に属する事象に関心を向けているのに対し、義務賦課規範の場合、あくまでも《事実》の世界でおこなわれることに関心が向けられている。

「憲法判断対象」だとされる《規範》（それを制定改廃する行為やそれを書い

18) 法を通じての現実の事象に対する意味づけ（Deutung）ということにつき、ケルゼン（横田喜三郎訳）『純粹法学』（岩波書店 1935）13頁以下。

た紙などの事実界の事象ではなく、紙に書かれたことの意味)は言うまでもなく、《事実》界の事象ではなく《観念》界の事象、すなわち権能付与規範の関心対象にはかならないから、「憲法判断の対象」が《規範》であるというイメージと、権限付与規範(規範の規範)としての憲法というイメージとの間の連関関係は、上記①②のうち特に後者を受け、さらに補強されるようにも見える。

3 上記連関イメージに対する阻害要因

(1) 学説

憲法とは、《事実》界の「ナマの」事象ではなく、下位《規範》という《観念》界の事象の変動要件を定める《権能付与規範》であるというイメージと、憲法判断の対象とは下位《規範》という《観念》界の事象であるというイメージとが密接不可分であること、そして「憲法判断の対象は下位規範である」と語られる際の背後にある(暗黙の)想定とは、実はそうしたイメージではなかったか。ここまでで述べたかったことを手短かに要約すると、こういうことになる。

ところが実のところよく見ると、「憲法判断の対象」として語られてきたものは《規範》だけにはとどまらない。例えば先に清宮四郎の概説書の一部を引用したが、同じ本は別の部分で、「審査の対象となる国家行為は、『一切の法律、命令、規則又は処分』である」と述べる¹⁹⁾(傍点は本稿筆者)。また例えば佐藤幸治は、「憲法よりも下位のおよそすべての抽象的ないし個別的・具体的な法規範が違憲審査の対象となると一般に解されてきた」とした上で、憲法81条にいう『「処分」とは、個別的・具体的な国家行為』であるとする²⁰⁾(傍点は本稿筆者)。さらに、憲法判断対象として「政府機関の行う事実行為」(「例えば、内閣総理大臣の靖国神社参拝や玉串料としての金銭支出など」)を明示

19) 清宮・前掲書(注7)374頁。

20) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂2011)634、635頁。

的にカウントに入れている点で注目される渋谷秀樹『憲法』²¹⁾は、「要するに、憲法81条は、法的行為・事実行為を問わず、政府機関のあらゆる行為が違憲審査権の対象となることを定めたものである」と述べている。渋谷が言うように、憲法判断対象は《規範》ではなく、むしろそれを定立改廃する行為、さらには事実行為を含め《行為》と言うべきなのであろうか。

憲法判断対象が違憲である場合、どのような法的帰結が帰属させられるか。日本国憲法98条1項によれば、「その効力を有しない」。《規範》が無効というのはわかりやすい。だが《行為》が無効というのは、すぐには腑に落ちない²²⁾。だが、上位規範により規範定立権を与えられていない者が下位規範を定立しようとする《行為》、上位規範が定める手続に則らないで下位規範を定立しようとする《行為》²³⁾、あるいは上位規範（例えば基本的人権規定）に違反する内容の規範を制定する《行為》が「無効」だというのは、結局のところそれら《行為》が定立しようとした《規範》が無効だということなのだと考えれば、《行為》の中でも規範定立行為と、それが定立しようとした《規範》とを、目くじら立てて区別する必要はない、とも言えそうである。実際「立法」、「行政立法」、「処分」、「判決」いずれの語も、規範定立《行為》と、その産物たる（「一般的抽象的」または「個別具体的」いずれにせよ）《規範》の両方を指し

21) 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣2007）632頁。

22) 佐藤幸治は、憲法81条にいう「法律、命令、規則又は処分」と、同98条1項にいう「法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為」とは、「その範囲において同じもの」としつつ、「おそらく、[憲法81]条では、抽象的に憲法に反するものは無効ということにとどまらず、実際に裁判所によって違憲無効とされる点に鑑み、国法の形式が意識されたものと解され、『国務に関するその他の行為』が『規則又は処分』として表現されているものと解される」としている（樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅳ 第76条～第103条（注解法律学全集4）』（青林書院2004）103頁〔佐藤幸治〕。なお引用文中2箇所傍点は本稿筆者）。

23) 憲法による下位規範定立の「手続」面コントロールにも目配りした記述として前掲書（注22）102頁〔佐藤幸治〕。その問題に特化したものとして畑尻剛「議事手続に対する司法審査・再考」法学新報108巻3号（2001）383頁以下およびそこ〔414頁〕に掲げられた諸文献。

て用いられている。つまり結局のところ、規範定立《行為》の違憲無効なるものも実はその正体は《規範》の違憲無効なのだと考えれば、上記関連イメージに特に破綻はないとも言えそうである。

(2) 判例の中の現実とどう向き合うか

もっとも《行為》の中でも《規範》を産まない「事実行為」については、そのような説明で切り抜けることはできない。

ところで、例えば先に見た佐藤幸治の記述のように、「法律、命令、規則」までは《規範》であるとされるのに対し、「処分」につき語る段になると個別具体的な国家《行為》であるとされる理由は何か。個別具体的な国家行為の場合、行政処分（いわゆる一般処分は除く）や裁判判決のように、個別具体的な《規範》創設に当たる場合もあれば、事実《行為》の場合もありうることが念頭に置かれるから、という一つの推測が可能ではないか。そしてそれら、事実行為を含む個別具体的な国家行為の合憲性は、しばしば国家賠償請求訴訟、すなわち義務賦課規範が語られる場面において争われる²⁴⁾。また例えば「愛媛玉串料訴訟」²⁵⁾では、宗教法人靖国神社の大祭に際して奉納される玉串料等を県の公金から支出した行為が、さらに「砂川市空知太神社事件」²⁶⁾では、市長が市有

24) 先に本稿が藤田の命令的行為と形成的行為（としての認可）の比較対照論から導出した、命令的行為の背後にある義務賦課規範のイメージは、刑罰法規を典型とする、違法行為（例えば無許可営業行為）に制裁を結びつける規範に適合的なそれであって、損害賠償法のそれではない、ということが問題となり得る。「義務賦課規範」という同一のカテゴリーの中に同居させられることが多いものの、加害者に対する制裁を目的とする刑罰法規と、むしろ不利益の公平分配という観点が重要となる不法行為法とでは、目的・機能がかなり異なる（分化している）ため、両者を同じ種類の規範と（あるいは損害賠償義務の履行強制を「制裁」と）見ることには無理が感じられないわけではない。もっとも国家賠償法1条1項の要件該当判断対象には、行政処分等の意思表示行為のみならず物理的行為も含まれており、その限りで、上記の義務賦課規範の要件該当判断対象行為と基本的に変わるところがない、と言うことができよう。また賠償金支払義務の履行強制が《事実》界の事象であることもまた、言うをまたない。

25) 最大判平成9年4月2日・民集51巻4号1673頁。

地上の神社物件の撤去及び同土地の明渡しを請求しないこと（怠る事実）が、それぞれ違憲判断対象とされている。このうち愛媛玉串料訴訟はいわゆる「四号請求」（地方自治法242条の2第1項第四号〔当時〕）であるから、自治体の機関というポストを占めていた者（生身の人間）が「事実としてある行動を〔した〕こと（しな〔かった〕こと）」につき、自治体に対する損害賠償責任を負うか、という義務賦課規範が語られる場面に憲法20条3項および89条が登場していることになる。

これらの、決して狭くはない範囲の現実と、2タイプ規範区別論との間に折り合いをつけるため、新正幸が導入するのは、これら「行政機関ないし司法機関の個別・具体的な行為」については、「基本権規定は、権限規範と行為規範の性格を両有することになる」という説明である（新自身が明示的に述べるところでないが、愛媛玉串料訴訟における政教分離規定も同じように考えることが可能なように思われる）。

(3) 試論

上記現実と2タイプ規範区別論との間に折り合いをつけるため、もう一つ方法があるように思われる。

日本国憲法第三章所定の基本的人権規定（および政教分離規定などの客観法規範）と、それらに違反する下位規範は「効力を有しない」という憲法98条1項が定める帰結とは、常に不可分一体なのだろうか。確かに憲法98条1項に言う「その条規」の中心は第三章所定の基本的人権規定等であろう。だが、それに反する下位規範は「効力を有しない」とあるからといって、人権規定等に照らした審査対象は常に法規範であり、違憲の帰結は常に無効だ、と考えることが妥当でないことは、事実行為に対する違憲審査が実際に行われていることからいえるのではないだろうか。こうして、ひとたび「違憲」ということと「存在する規範の無効」ということとを分離すれば、事実行為に対する違憲審

26) 最大判平成22年1月20日・民集64巻1号1頁。

査も、さらに立法行為（不作為含む）に対する違憲審査（国賠違法審査ではない）も、さらには立法不存在に対する違憲審査すら、2規範峻別論からして直ちに不可能事だといえなくなるのである。

このように「違憲」と「無効」とを分けて考えた場合、日本国憲法第三章所定の諸規定は、2種の規範峻別論から見て、どちらなのか。どちらでもない（ニュートラルだ）と答えるべきであろう。だが、例えば政教分離規定が「四号請求」住民訴訟という場面に導入されれば、同規定は義務賦課規範が語られる場面で機能することになる。これに対し、法律以下の下位規範の違憲無効が争われるという、本来憲法98条1項が想定する場面に基本的人権規定が導入されれば、それは権能付与規範が語られる場面で機能することになる。

違憲であることが誰の目から見ても「明白な」内容の立法を制定する立法行為（または放置する不作為）が国賠違法かどうか争われる場面²⁷⁾でも、憲法上の規定は、義務賦課規範が語られる場面で機能することになる。もっともこの場合、憲法規定が立法行為を直接評価するのではなく、憲法判断自体直接には、規範の内容に対して向けられるが、かように一定の内容の規範を定立する行為（法行為）が義務賦課規範の要件該当判断対象へと包摂されることは、上掲の無「許可」農地売買に対する処罰（農地法64条一号）の場合と基本的には同じ構造である。

以上要するに、日本国憲法第三章所定の諸規定は、それ自体2規範いずれかのカテゴリーへと単純に分別できるものでなく、むしろ義務賦課規範が語られる場面と権能付与規範が語られる場面の両方に導入され、機能する可能性のあるものだ、というのが本稿の試論である。

上記のように基本的人権規定等を、2種の規範峻別論から見てどちらでもない（ニュートラルな）規範だと考えた場合、違憲ならどういう法効果（規範の効力を否定したり国家賠償を命ずること）が結び付けられるのか、ということを含弧に入れた（それを問わない）判断（違憲かどうかの単なる確認）という、

27) 最大判平成17年9月14日・民集59卷7号2087頁。

まさに最高裁が在外邦人投票権訴訟²⁸⁾において用いた手法も、2種の規範峻別論から直ちに否定されるべきものとはいえない。それは2種の規範峻別論という法の一般理論とリンクした問題ではなくむしろ、そうした具体的請求を捨象したところでの憲法判断が付随的審査制を採用したはずの日本国憲法81条の下可能か、という実定憲法解釈論次元の問題であろう。

また、憲法判断の対象というテーマからは外れるが、2規範峻別論に依拠する以上、いわゆる「取消違法」と「国賠違法」の関係如何という問題について一言もしないで済ますわけにはいかないであろう。2規範峻別論からすれば、権能付与規範が語られる場面である前者と、義務賦課規範が語られる場面である後者とは峻別されるべきであろう。だがそれはあくまで議論の出発点であって、結論ではない。つまり、2規範峻別論に立ったからといって、結論として直ちに（少なくともそこから必然的に）「公権力発動要件欠如説」（違法性一元論）を否定しなければならなくなるわけではないように思われる²⁹⁾。確かに2規範峻別論からすれば、処分の「取消違法」直ちに「国賠違法」とはならないだろう。しかしながら、2規範峻別論から出発しつつも、例えば国賠制度もまた、「法律による行政の原理」に仕える制度の一画をなす点で、行政争訟制度と変わりがなく、従って両制度下における違法性は同一でなくてはならないはずである、といった理由付けを媒介にして、結論的には「公権力発動要件欠如説」を支持することは、決して不可能ではないように思われる。ここでもまた、結論を左右するのは実定法解釈レベルの議論であって、2規範峻別論という法の一般理論の一断面ではないように思われる。

（おおいし・かずひこ 筑波大学法科大学院教授）

28) 前掲注27。

29) 新・前掲書（注2）310頁は、同説は「法的様相論からみて問題がある」とする。