

憲法の観念

池田政章

はじめに

- 一 憲法という言葉
- 二 “constitution”の由来
- 三 憲法の意義
- 四 憲法動態の構造概念
おわりに

はじめに

ここしばらく、「日本人にとって憲法とは何か」ということが筆者を思い煩わせてきた。

憲法とは、いわずと知れた *constitution*, *Verfassung* の訳語である。他方、憲法の語は古代の昔から日本語として存在する。そうすると、*constitution* と憲法という二つの言葉の出会いが気がかりとなり、いきおい、これら二つの言葉・観念の由来に関心が向く。

すべての憲法概説書・体系書に敷衍されている憲法の意義ないし観念、したがって憲法研究者なら誰でもが熟知している主題である。しかしながら、関心の向くままに、憲法・*constitution* の語のルーツ、その観念の源を遡り、

そしてその歴史的な流れを辿ってみると、これまで概説書などの記述では全く見えなかった事柄が明らかになってくることに気付く。たとえば、ほとんど係わりがないとされた *constitutio* と *constitution* の微妙なつながり、また法的な憲法概念に拮抗する事実的なそのの諸相、そこに由来する憲法動態の構造的な性格などなどである。

この研究の最終目標は、「日本人にとって欧米流の憲法はいかに解されるべきか」という点にあるが、とりあえず、この問題の基盤に係わる「憲法とは何か」というテーマについて、考ええたことをまとめてみたのが本稿である。その点で、本稿は、筆者のいわば『憲法理論』(verfassungslehre) の導入部を構成するものといつてよい。

一 憲法という言葉

(一) 憲法の語　　こんにち、単に憲法といわれれば、日本国憲法か、せいぜい大日本帝国憲法を思い浮かべるのがふつうである。近代以後の憲法だけが憲法だと思いついて入っているせいであるが、日本古代史の専門家だったら、むしろ十七条憲法のことを考えるに違いない。そのとき、「十七条憲法は憲法じゃない」といわれたら、歴史家は戸惑いながら、憲法の語は法律家だけの専門語じゃないと言い張るだろう。

十七条憲法は、わが国における憲法という語の初見である。が、それ以後も、法令文や史書などにこの語をひんばんに見出すことができるから、この語は古い昔からずっと、日本人にとって馴染みのある言葉だったといえる。そうすると、この歴史的用語としての憲法の語義如何に興味を引かれるが、この語が古代中国からの継受語であることに鑑みると、憲法の語義如何は、まず中国に求めねばならない。

さて、諸橋『大漢和』によれば、史書『国語』(普語九)、政治論書『管子』(七法)、哲学書『淮南子』(脩務訓)における「憲法」の引用文をもって「国家のおきて。国法。」の解釈をあて、それに照応するかのようによ、古注に「憲、法也」とある古文獻が数多く紹介されている。他方、注目すべきは、広く中国・日本の古典の用例を検討した

穂積陳重の場合であつて、彼は中国の例を省察した部分で、①憲は法と同義、したがつて憲法は法に同じ、②憲は懸のこと、したがつて憲法とは懸け示された法、つまり揭示法をさす、③憲は頭のこと、したがつて憲法とは明らかな法をさすと、以上のように説いている。⁽¹⁾

▽ある字源研究によれば、憲は、金文(鐘鼎などに記された古代文字)にある憲がもとの字で、⁽²⁾ 字は大きな把手のある辛、これで見ると墨を入れることを表わしており、刑罰のことを指したが、のち法の意味になったという。また字源に詳しい『大字典』には、憲は「曰く縣となすと。縣は懸にて懸け示す義。転じて法規表式の義とす」とある。それぞれ①②に対応する。

わが国の場合はどうか。その初見、十七条憲法は「イツクシキノリ」(『日本書紀』岩崎本)と訓む。憲はイツクシ(厳)という形容詞で、万葉集「そらみつ大和の国は皇神の伊都久志吉国」(山上憶良)を想起すれば、それが神や天皇の威力の靈妙を表わすことが解るから、単なる法の美称を超えた、厳しき法、つまり尊い法、重要な法というほどの意味が憲法の語に込められていることがわかる(③の用法)。もつとも、この種の用例はこれだけで、律令(儀制令)においては、国の定めた法令を指し(『令義解』『令集解』、なお『続日本紀』天平二年九月条も同例)、当然のことながら中国の古典例と一致する。

▽十七条憲法の内容が政治道徳的教訓を述べたものが大半なので、法と呼ぶにふさわしくないという見解をのべるものが多い。しかし宗教、道徳、法が未分化の当時において、仏教に帰依する太子が統治の根本方針を宗教、道徳に見出したという点において、それは統治経綸の規範に外ならないから、やはり憲法(固有の意味の)と考えてよいのではないか。

中世において、幕府の法令が「式目」あるいは「式条」といわれたことは広く知られている。その場合、式が法と同義であることは、現存する中国最古の字書『説文解字』や『詩経』(毛亨伝)にある「式、法也」によって明らかである。他方、憲法の語も用いられ(『御成敗式目』三十條、『吾妻鏡』文治元年二月五日程、『東寺百合文書』)、

これは当時の法観念でもある「理」に適用することという意味を表わしていた。⁽³⁾ 江戸時代に入ってから、近年よく紹介される私撰法規集『憲法部類』『憲法類集』の表題に例を見る如く、法令一般を指すようになり、この用語法は、やがて西欧法がわが国に紹介されたのちにおいても、しばらく続いて用いられる。例えば、加藤弘之は議会制定法を憲法の語で紹介し（『立憲政体略』慶応四年）、明治に入って明法寮の編纂した『憲法類編』、司法省から刊行された『憲法志料』が現われ、さらに公用語としても「議院憲法領布の詔」（明治七年五月二日）にみるように、議院法を議院憲法と称した。

こうしてみると、明治初期までは、憲法という語も、中国同様に、かなりさまざまの意味に使われていたことがわかる。しかし主としては、これも中国同様、その制定主体を別にすれば、法もしくは法令を指していたと総括してもいいだろう。それにしても、単に法といわず憲法と重ねたのは何故か。推測するに、古代以来日本文化の主流を占めた仏教において、さとりを表わすダルマ (dharma) に法の字をあてたことから、世俗の法については、それと区別する意味で憲法の語を用いたとも考えられよう。

▽仏教においては、とくに十一世紀以降、仏教の法と世俗の法を対比するとき、仏法と王法というように使いわけた。

因みに、法律という語の初出は、徳川吉宗が大岡忠相に編纂させた『法律類寄』（一七二四年）であるといわれる。

今日われわれが一般に使用する憲法の語には、いうまでもなく、根本法、基本法、基礎法という特別の意味が込められている。この意味の憲法の語が初めて使われたのは、欧米の立憲政治がわが国に紹介されたさい、米英仏の constitution の訳語として民間レベルで採用されたことによる。それは明治六年、村上正明訳『合衆国憲法』『英国憲法』、箕作麟祥訳『仏蘭西法律書憲法』だといわれる。おそらく、民族のアイデンティティはその根源にという経験則にしたがって、十七条憲法が想起されたか、憲のなかの法の意味で、この語が当てられたものであろう。しかし、それが公用語となるについては、しばらくの紆余曲折があった。

(二) 憲法のさまざまな語法 幕末から明治にかけて西欧文化を導入したさい、それをどのような日本語で紹介するかについて、先人が腐心した話は枚挙にいとまがないが、constitution の場合も例外ではなく、その訳語としてさまざまな言葉が使われている。

▽当時、外国書の翻訳に努めたのは開成所（一八五五年に幕府の独立機関として洋学所が設置され、翌年蕃書調所、六二年洋書調所、六三年開成所と改称された。のち東京帝国大学の一部となる）の教官たちであり、箕作麟祥、津田真一郎、加藤弘之、西周などが、はじめは蘭語、のち英・独・仏語により、西欧の学問研究をおこなった。

まず、福沢諭吉は『西洋事情』（慶応二年）に合衆国「律例」として紹介したが、津田真一郎訳・ヒツセリング『泰西国法論』（慶応四年）には「根本律法。即所謂朝綱又国憲にして国家経綸の基礎なり」（巻一第三篇第一四章）、「根本律法即国憲に住民本権の大綱を明記確立す。是各国の通例なり」（巻二第六篇第五章）とある。また加藤弘之は、『立憲政体略』（慶応四年）のなかで「国憲」の語をあて、ブルンチュリ『国法汎論』（明治五年）においても同様の訳を用いた。

他方、おおよけ筋では、五箇条の御誓文の具体的施行法で、わが国最初の憲法にあたる成文法は『政体』（明治元年四月）と称されたが、翌年の山階宮晃親王の御誓文に対する内奏文には「国憲ヲ御創立被為在候ハゞ……」とある。その後、在ロンドンの木戸孝允の囑をうけて青木周蔵が草したものは『大日本政規』（明治六年、のちの修正案は『大日本国政典』⁽²⁾）と命名された。そして帰朝後呈出された木戸の意見書（同年九月）には、青木に従って「政規」とあり、大久保利通の意見書（同年十一月）でも「君民共議以テ不拔ノ国憲ヲ制定シ、万機決ヲ之レニ取ル、之レヲ根源律法ト謂ヒ、又之レヲ政規ト謂フ」⁽⁵⁾とのべられている。

公用文では、明治六年の左院事務章程に「本院ノ事務ハ会議及国憲民法ノ編纂或ハ命ニ應シテ法案ヲ草スルコトヲ掌ル所ナリ」と掲げられ、左院内の国憲編纂の要望をになって、副議長伊知地正治は正院に「謹テ按スルニ憲法

ハ邦家ノ基礎ニシテ治国ノ要領タリ……所謂根元律法ナル国憲御確定被為在度奉存候」なる伺書を呈出している
(同七年二月)⁽⁶⁾。

▽政体書の主たる起草者副島二郎が、その立案に当って直接参考にした書は『連邦志略』『万国公法』であり、そのなかでアメリカの *constitution* を政体と指称していたことが、命名の由来であろう。したがって、近代憲法の意味が当時は十分に理解されていたとは考えられないにしても、起草者が政体書をもって政府組織を定める基本法と認識していたことは確かである。因みに政体書には、立法、行法、司法の三権分立が定められており、当時のイギリス公使館員サトーは、政体書を六月憲法(四月は陰暦で陽暦の六月にあたる)とよんでいた。

明治初期において、*constitution* をどのように表現するか、先人の苦心のほどがこれらの諸例からもうかがえるというもの、その性格を示す根本(源・元)律法、内容を表わす政規、形式を把えた国憲などなどである。が、そのなかで国憲の語が、その語呂の良さとともに、国体に基づく憲法(II法)の意味を持ち合わせているところから、普通名詞としても多用されていたことがわかる。それが公用語として決定的になったのは、元老院議長有栖川宮熾仁親王に賜わった詔勅「朕爰に我力建国ノ体ニ基キ広ク海外各国ノ成法ヲ斟酌シ以テ国憲ヲ定メントス」「国憲創定ハ国家ノ重典千載ノ偉業タリ」(同九年九月七日)によってである。翌日、国憲取調委員が任命され、一ヶ月後に作成された第一次草案は『日本国憲按』(第二次草案は同十一年、同名)、第三次草案は『国憲』(同十三年)と名付けられた。

▽国憲の語は、古く中国の『漢書』にみえるが、わが国での初見は平安前期の漢詞文集『経国集』、史書『続日本後紀』である。なお、明治憲法の施行とともに発布された教育勅語にも「国憲」の語がみえる。

したがって、憲法の語が公用語として使われるようになったのは、これらの諸例以後のことであり、明治一五年三月三日、立憲制度取調べのため伊藤博文を欧州に派遣する詔勅に付せられた「訓条」第一項に「欧州各立憲君治

国ノ憲法ニ就キ、其ノ淵源ヲ尋ネ、其治革ヲ考エ、其現行ノ実況ヲ視、利害得失ノ在ル所ヲ研究スベキ事」とあるのが最初である。ともかく、このころから憲法の語が広く使われるようになったのであろう。

- (1) 穂積陳重『続法窓夜話』（岩波文庫本）二四頁以下。
- (2) 白川静『字統』二六三頁、小林博『漢字類編』九二頁。
- (3) 穂積・前掲三二頁以下。「理」については池田「憲法社会体系について」『日本国憲法の理論』二二頁以下。
- (4) 稲田正次『明治憲法成立史上巻』一九七頁以下。なお、意見書の主旨を明らかにした木戸自身の手記（明治六年九月）には「速ニ憲法ノ制定アランコトヲ陳述セリ」とある。
- (5) 筒井若水ほか『日本憲法史』五五頁。
- (6) 稲田・前掲一四九頁。

II “constitution” の由来

(1) *constitutio* *constitution* はラテン語の *constitutio* に由来する。が、*constitutio* が近代の *constitution* に辿りつくまでの経緯を考えると、憲法の語の場合と同様に、ここにも紆余曲折があったことを認めざるをえない。それは、いわば近代立憲主義誕生までの多難なみちのりそのものであり、したがってこの語の史的経緯の考察を欠かすことはできない。

一口にギリシャ・ローマという。しかし、ラテン語の *constitutio* に当るギリシャ語はない。そのためか「アテネに憲法はなかった」（P・ヴィノグラドフ⁽⁷⁾）などといわれもするが、*polis* の組織・統治形態を表わす *politeia* はそれに近い。プラトンの書いた “*Politeia*”（『国家篇』と訳される）には、彼が理想と考える国家形態が対話形式で描かれており、そしてアリストテレスは、この言葉に、同じように、多数が支配する健全な統治形態の意味を込めて「ポリスに住む人々を組織し秩序づける一定の仕方」（『政治学』第三卷一）と観念した。つまり、この語は国家の政

治的・社会的構造を表わす広い概念として、現在、国制と訳される。

これに対し、constitutionのルーツとみられる *constitutio* の用例は、ローマ共和制末期におけるキケロの『*De Re Publica*』（『国家論』）に見出すことができる。彼は、この語によって、当時の *status publicus*、つまり平民の権力が全ローマ人統合の源泉となつてゐる国家の状態を観念したのであつて、ここには明らかに *politeia* の投影がみられる。しかも、それよりは狭く、今の憲法により近い観念といえる。いずれにしても、そこに広狭の違いはあるにせよ、ギリシヤ、ローマにおいて、国家の事実状態という、いまだ法的でない概念の存在が知られており、近代における非法的憲法概念の源流として注目される。近代立憲主義に対する古典的立憲主義と称される所以である。

▽アリストテレスは、*politeia* を敷衍し、*nomoi*（法律）との区別を論じて「*politeia* というのは、国家におけるさまざまの支配と統治の役職に関して、これらを秩序づける一定の仕方であり、それら役職がどのようにに人々の間に配分されるか、何がその国制のなかで最高権力を握るものか、またそれぞれの共同体の目的は何であるかを定めるのに対し、*nomoi* は国制を明らかにする原理とは別のものであつて、統治と支配の役職についたものが、いかにして役目を果すのか、またいかにしてこの法律に背くものがでないように防ぐかを定めるものである」（『政治学』第四卷一）といひ、キケロは *constitutio* を特徴付けて「この *constitutio* は大いなる均一性をもつており、それがなければ、人はいかなる時間たりともほとんど自由ではいられない」（『国家論』第一卷）とのべている。

しかし、*constitutio* がこの意味で用いられたのは共和制ローマまでであり、以後中世までを通じて、もっぱら法的概念として用いられることになる。すなわち、共和制における平民の権力が元老院からやがて皇帝にとつて代わられると、この語は、立法を独占する皇帝の勅法を表わす言葉となつた。帝政時代の *constitutio* は、*lex*（法律）、*senatum consultum*（元老院議決）、*edictum*（告示）、学説とともに、ローマ法の法源であつた。

① *constitutio* から *constitution* へ *constitution* の語は、中世においても生き続ける。が、そこには有為転

変があり、ローマ・カトリック教会が世俗的権力をもつに伴い、それはまず、教会の規則を表わす言葉となった。ただそのために、反つてヨーロッパ全体に広まるといふ幸運にめぐまれ、やがてイギリスにおいて、それをきつかけにヨーロッパにおいて、再び国王の制定法を表わすようになった。

われわれは、その著名な例として、一六四四年、ヘンリー二世によつて制定されたクラレンドン法 (Constitutions of Clarendon) を想起すればよい。この法は、法王・教会の権限、僧侶の特権を制限し、それに対する関係で国王裁判所の管轄権を拡大するため制定された一連の法の総称である。したがつて、教会に関する規定であるという点で *constitution* と称したと考えられる一方で、他方、国王によつて制定された特定の法であるという理由で、*consuetudo* (慣習) と區別して *constitutio* = *constitution* と称せられたという、いわば前者から後者への轉換を物語る恰好の証人として位置付けられる。もう一人の証人は、同じころ、国王裁判所首席判事を務めた R・ドゥ・グランビルの場合であり、彼は、国王の勅令を表わすのにしばしば *constitutio* の語を用いたとされる。⁽⁸⁾ *constitutio* がようやく特定の制定法を指すようになったのである。

それがほとんど決定的となつたのはヘンリー三世のころで、中世英法の大家 H・ドゥ・ブラックトンは、再公布されたマグナ・カルタ (一二二五年) のある条項を *constitutio libertatis* とよんでいる。またフランスでも、同じころに、フランス古法に明るい P・ドゥ・ボーマンワールは、国王によつて設けられた新しい制度を *une nouvelle constitution* とよんでいるから、ヨーロッパにおける中世立憲主義の概念装置が一二世紀ごろには確かに整えられたことがわかる。

▽近年、法制史家の間で、近代を準備した中世の見直し機運が高まっているが、その一環として、近代立憲主義の制度装置の準備は一二世紀ごろまで遡りうるという指摘がなされている。⁽⁹⁾

しかし *constitutio* は、その後も長い間、国王が制定した特定の法をさすという中世的觀念のうちに低迷せざる

をえない。その理由は、立憲制の先進国イギリスにおいて、全ての公的関係を私法の用語で定義するという法律家の習慣があったからである。したがって「統治が私権であると考えられなくなったとき……初めて、われわれは近代的な非封建的意味での政治思想と憲法とについて語ることができる」(イギリス法制史家T・F・プラクネット)⁽¹⁰⁾のであって、近代的 constitution 観念の成立という問題に限っていえば、イギリスにおいても、その時期は一七世紀以前になることはない。たとえば、ブラックトン以後にもしばしば現われる constitution の語も、一七世紀まではキケロの *constitutio* の如き意味に用いられた痕跡はない。

他方、フランスにおいては、一五世紀初めごろから、国王の絶対的権力をコントロールしようという理論が提唱され、一七世紀まで続く。それがフランス立憲主義の伝統をつくることになるのであるが、それらの論者のなかにも、未だ近代的 constitution 観念の呈示をしたものはいない。たとえば、王権による統治に対しての諸制約を *constitutions* の語で表わしたB・G・S・エラン(一五七一年)の場合、それは、これまでの国王が発した特定の制定法を意味する中世的用法に従ったまでといわれ、⁽¹¹⁾ また、ピエル・グレゴワール(トゥールーズの)(一五七八年)の場合も、憲法という語が今日伝える政治的意味よりは、より広くかつ一般的な *constitutio* の感じを表わしている⁽¹²⁾ という。

▽「国家の在り方 (*status publicus regni*) について既に定められていることを、国王が変更することは許されない」と論じたJ・T・ルーシュ(一四一八年ごろ)は、キケロの *constitutio* に当る言葉として *status publicus* を用い、その一世紀のち「フランス国王の絶対的権力を制限する三つの枷」についてのべたC・セイセル(一五一九年)が、*la religion, la justice* とともにあげた第三の枷は *la police* (統治組織)であった。彼の、この *la police* に言及し、それを *constitutions* の語で表現したのが、エランであった。

(三) 近代的 constitution 観念の成立 われわれが constitution の近代的用法に初めて出あうのは、一六一〇

年、ジェームス・ホワイトロックの庶民院における演説である。即ち、彼がジェームズ一世による議会の同意なき課税を駁して、それは「この王国の統治に関する本来の枠組と構造 (the natural frame and constitution of the policy of this kingdom)」、即ち *ius publicum regni* に反し、⁽¹³⁾ それ故に王国の基本法 (the fundamental law) をくつがえし、国家と政府の新しい形態をつくり出すことになる」とのべたのが、それである。ここには、国家の統治構造という意味での *constitution* と、臣民の諸権利の保障を意味する基本法の観念が、密接な関連をもつものとして呈示されていることが注目される。

▽国家の全法的構造という意味での *constitution* の用法がオックスフォード辞典に採録された最初の例は、同じく、一六一〇年の *The Constitution of the Commonwealth of Israel* というホルの句であるという。⁽¹⁴⁾

まもなく、イギリスでは、内乱と革命によって中世的立憲主義からの脱皮の機運が盛り上がるが、性格の異なる二つの概念、*constitution* と基本法はまだまだ結びつかない。例えば、チャールズ一世の有罪を宣告した法廷は *the fundamental constitutions of this kingdom* と表現し (一六四九年)、また革命後成立した成文憲法が *Instrument of Government* と題されたことは広く知られている。

しかし、前者の例にみる如く、国家の全法的構造を表わす *constitution* の観念は、このころから広く使われるようになり、とくにその植民地、北アメリカにおいて定着したかの感がある。即ち、J・ロックがキャロライナのために起草した *Fundamental Constitutions of Carolina* (一六六九年) の例があり、またペンシルヴェニアの総督 W・ペンに与えられた *Frame of Government of the Province of Pennsylvania* (一六八二年) は、それより以前にペンが起草した *Fundamental Constitutions of Pennsylvania* を改訂したものであった。

▽*constitution* に関する古典的見解としてしばしば引用されるのは、イギリスの政治家 H・ボーリングブルックの言葉であり、それによれば「われわれが *constitution* というのは、理性の一定の原則から導かれ、公益の一定の目的にむけられ

る法律、制度、慣習の全体、それが一般的体系を構成し、その体系にしたがって社会が統治されることに同意した、そのことを意味する⁽¹⁵⁾」(『政党論』一七三三年)とある。

かくして、constitution が基本法と確かに結びつくのは一七世紀を過ぎてからということになるが、そのような憲法の定義を用意したのは、アメリカ革命にも影響を与えたスイスの法学者E・ドウ・ヴァッテルであった。彼は『諸国民の法もしくは自然法の諸原則』(一七五八年)のなかで「公権力の用い方を決定する基本法は国家の constitution を形造るものである。そこには、国家がどのような方法で政治主体として行動するのか、国民がいかにまた誰によって統治されるべきであるのか、また支配する人たちの権利と義務は何かという構造がみられる。この constitution は、国民が、政治社会を形成した理由としての諸利益を、協働してえようと意図してつくった組織を根底から確立することに外ならぬ⁽¹⁶⁾」と、いみじくもべている。

ここまでくれば、近代的 constitution 観念の成立は時間の問題である。それは、このしばらく後、二つの著名な政治的実践の場、即ちアメリカ独立革命とフランス革命においてなされたのである。

- (7) C.H. McIlwain, *Constitutionalism: ancient and modern*, p. 27.
- (8) *ibid.*, pp. 23-24.
- (9) B. Tierney, *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought 1150-1650*.
- (10) McIlwain, *op. cit.*, p. 155.
- (11) *ibid.*, p. 154.
- (12) *ibid.*, p. 24
- (13) G. Casper, *Constitutionalism*, *Encyclopedia of the American Constitution*, p. 474.
- (14) McIlwain, *op. cit.*, p. 25.
- (15) *ibid.*, p. 3.
- (16) G. Casper, *op. cit.*, p. 473.

三 憲法の意義

(一) constitution の多義性　すでにみたように、constitution の語は、時代によりさまざまな意味に使われてきた。しかも近代以降においても、当該国家における単一基本法典の存否、基本法典の名称のあり方、あるいは基本法典のカタログに掲載された各条項の法的性格などを因由とする、各論者の基本法に対する理解の仕方の違いによつて、その多義性がまた多様化するというのが現状である。たとえば西ドイツの標準的概説書の一つ、T・マウンツ『ドイツ国法』には、初版で七義、二二版に一〇義と、多数にわたる憲法概念がしかも流動しながらあげられており、この一例によつても、その多義性とその多様性を窺い知ることができる。このような憲法概念の多面性を、憲法の意義のテーマのなかでどのように考えていったらよいのか。

まず、英語辞典の constitution をみる。やはりそこには、さまざまな意味の説明が与えられている。原義は物の組織とか構造をいう。そこから人の体格・気質なども表わすが、この人間の有機体的構造との類比から、社会、民族、国家などについて、その組織、構造を指すようになり、慣行、慣習、国家体制などの意味が与えられる。そこで、憲法の概念についても、公権力にかかわる政治的憲法 (la constitution politique) のほかに、社会的憲法 (la constitution sociale) を観念して「市民の毎日の生活のなかで市民と多くの関係をもつ」憲法の重要性を強調する学説 (A・オーリユー)⁽¹⁷⁾ がある。もつとも、これと類似の憲法観は、わが国でも「家族の憲法」とか「企業の憲法」という言い方で用いられるが、この場合は日常語として比喩的にいわれているにすぎない。これまでのわが国の憲法学では、あくまでも国家にかかわる場合に限定して用いられてきたという経緯があり、オーリユー流の憲法観には違和感を覚える向きが多いだろう。しかし、後に述べる憲法社会体系に思いついたると、「すべての人間社会は経済的・社会的憲法をもっている」(G・ビュルドル)⁽¹⁸⁾ という定言について再考すべき時期に来ているのかも知れない。

とりあえずは、国家にかかわる憲法概念に限定し、すでに本書でも、その歴史的語義から出発した。すべての事物には曰く因縁があるという理由からであるが、この角度から問題を追ってみよう。

(二) constitution における「事実的なもの」と「法的なもの」 (1) 近代はギリシャ・ローマ文化の価値の再発見に始まると一般にいわれるが、憲法の場合も例外ではない。いや、単に再発見に止まらず、むしろそれを吟味して、現代にまで引きずっているといった方がよい。いうまでもなく、それはギリシャの *politeia*、キケロの *constitutio* についてであり、近代憲法が成立したのちも、統一体としての国家の存在状態もしくは政治秩序を表わす *constitution* 概念が存在するという点である。この意味の *constitution* は、近代国家に収斂する政治の具体的状態という意味で、古代よりは圧縮されたものであるが、法的な観念ではなく、いわば「事実的なもの」ということができる。

W・バジヨットの有名な著作 “The English Constitution” (一八六七年) には、公刊直前の一八六五・六年ごろにおけるイギリス議会政治の運用の実際が描かれているだけで、法規の説明はただの一ヶ条もでてこない。イギリスではピュリタン革命以後、憲法闘争の成果を単一の基本法典に総括するという経験をもたず、そのため *constitution* と名付けられた法典がないということも理由であるかも知れない。しかし彼は、法規の説明より国家の具体的な政治状況を明らかにする方が憲法を語るにふさわしいと考えたに相違なく、それは取りも直さず、事実としての *constitution* の概念を提示したということにもなる。それが古い例だというなら、I・ジェニングス “The British Constitution” (一九四一年) という例もある。これも歴史をふまえた生きたイギリス民主政治の説明に終始しているのである。

ことはイギリスの場合に止まらない。ヨーロッパで最初の憲法典をもったフランスでも、第三共和制以降に始まる本格的な憲法学において、そこで対象とされたものは政治制度とその現実態のことであつたし、あの法実証主義

の伝統の色濃いドイツにおいても、国家の制度的現実態を対象とした国家学は、長い間憲法学と同義のものとして扱われてきたのである。かの有名なC・シュミット『憲法理論』の冒頭には、「政治的統一と社会的秩序の全体的状態を *Verfassung* とよぶ」と、「事実として現存する状態」の憲法概念がとりあげられている。

▽「事実的なもの」としての *constitution*, *Verfassung* と区別して、とくに「法的なもの」を指す場合、*constitutional law*, *droit constitutionnel*, *Verfassungsrecht* とよぶ。

(2) これに対して、帝制ローマの *constitutio* を引継ぎ、中世を経て近世初頭に結実した古典的 *constitution* の観念がある。すなわち、国家の法秩序の全体系という「法的なもの」の観念である。この観念は、奇しくも江戸時代の憲法の語に一致する。が、それは決して偶然の所産ではなく、いずれにおいても、いまだ基本法の観念が成立していなかったからに外ならない。現在、わが国でこの観念が全く使われていないのに対して、西欧では *constitutional history* (*Verfassungsgeschichte*) の表題の下に、近代以前を含む国法史が論ぜられ、またドイツで公権力に限定した形で国法学の対象とされる。

▽近代以降の憲法史と区別する意味で、わが国では、この語は国制史と訳されるのが近年の例となっている。

ついで、近代憲法の成立はるか以前、ホワイトロックがいみじくも指摘したように、国家の全法秩序のなかに基本的なものとして評価され、また根本秩序だと強調されることによって生まれた憲法概念が成立する。この概念は論理的に析出された自己完結的な当為の体系を意味するもので、成文化された現実の体系とは異なる。つまり、前者は論理的憲法概念、後者は実定的憲法概念として区別しうる。

この点について、現実に成立した憲法典をみると、論理的な根本秩序の体系のすべてが憲法典に採用されているとは限らないし、また法典に採用された規範がすべて根本秩序を構成するとは限らないことに気付く。したがって、論理的な根本秩序の実定法、つまり実定的憲法と成文憲法とは明らかに区別して認識しうる。この区別は、ふ

つう、後者が形式的に憲法典に採用された法規範の全体という意味で形式的な意味の憲法といわれるのに対し、前者を実質的意味の憲法とよぶ。

以上、憲法概念の諸類型を対比的に区分すると、まず「事実としての憲法」と「法としての憲法」に大別され、法としての憲法は「全法体系としての憲法」と「根本秩序としての憲法」に、根本秩序としての憲法は「論理的意味の憲法」と「実定的意味の憲法」に、実定的意味の憲法は「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」に仕分けされることになる。

▽憲法概念の論理的区分は、一九二〇年代に、H・ケルゼン、C・シュミットによって行われた。ケルゼンは、実定法としての憲法を妥当せしめている最高かつ究極の根本規範を法論理的意味の憲法と観念して、実定法的意味における憲法と区別し、⁽¹⁹⁾シュミットは、最高・究極の諸規範の統一的・完結的体系を意味する絶対的意味における憲法、憲法制定権力によって成立する政治的統一の態様と形式に関する全体決定としての実定法的意味における憲法、およびそれに基づいて妥当せしめられる個々の憲法律を意味する相対的意味における憲法を区別した。⁽²⁰⁾

これに関して参照に値するのは、H・ヘラーが提示した憲法概念である。彼によれば、(A)社会学的概念 ①(広義) 国家的統一の自然および文化の諸条件の全部(ただしその広義性のゆえに科学的にはほとんど役にたたない、と彼はいう)、②(狭義) 国家的統一の根本構造を強調することによって成立する憲法概念、(B)法学的憲法概念 ①(広義の実質的憲法概念) 国家の全体的な法状態、②(狭義の実質的憲法概念) 国家の根本的法秩序、③(形式的憲法概念) 憲法典に確立された法規の全体、の五つがあるという。⁽²¹⁾ 前述の対比的区分に見合う点に注目したいのである。

わが国で語られる憲法概念は「法的なもの」、それも実定的意味に限られることがほとんどである。しかしすでにその重要性が明らか「事実的なもの」にも留意し、その実体の諸相と構造上の諸概念を検討しておきたい。

(三) 憲法の法的意義 憲法の概念史から抽出された論理的概念は、正に当為のものであつて、現実の存在形態としては、実定法的憲法概念に取り込まれざるをえない。したがつて実定法の視座からみる限りでは、根本秩序としての憲法、実質的意味の憲法、形式的意味の憲法の三義が憲法概念として成立しよう。

ところでいち早く、憲法を概念的意味と形式的意味に整理したのは、他ならぬG・イエリネックであつた。彼は、アリストテレスによつて祖述された概念を実質的意味の憲法とよび、近代に成立した成文憲法は他の法律より高次の効力をもつ *lex fundamentalis* であるという点で区別しようとして、それを形式的意味の憲法とよんだ。⁽²²⁾

この区別には、歴史的区分と法性格的区分が混在していることが明らかである。そこで、わが国ではこの概念論をとり入れるさいに、両区分を視座に入れた形で三分化された。もつとも、その仕方には論者によつて若干の違いがみられ、美濃部達吉は、実質的意味の憲法(国家の基礎法)のうちには、狭義のそれ(立憲国の基礎法)を觀念した上で、形式的意義の憲法(憲法の名でよばれる特別法)と対置させたが、佐々木惣一は、「本来ノ概念」(国家の根本法)と「近代的概念」(立憲政体を定める根本法)を区別し、前者のなかに実質的概念(国家の根本法)と形式的概念(憲法の名でよばれる特別法)を対置させた⁽²⁴⁾(のちに前二者を規定の性質、後二者を存在の形態による區別に改めた⁽²⁵⁾)。

この両学説をみると、国固有の基礎法と立憲国家の基礎法との區別、実質的意義と形式的意義による區別、という点について共通した認識のあることがわかる。そこで、この点に配慮して四分説をたてたのが宮沢俊義で、彼は、固有の意味(国家の基礎法)と立憲の意味(多かれ少なかれ自由主義に立脚する基礎法)、形式的意味(成文憲法)と実質的意味(成文憲法および成文・不文の国家の基礎法の全体)と概念規定する⁽²⁶⁾。多義的な憲法概念を、三義で説明するか四義で説明するかは恐らく論議のわかれるところであろう⁽²⁷⁾。が、本稿における視座はすでに自明、それは歴史的な性格および法源的性格による区分にほかならない。

(1) 歴史的範疇によつて、固有の意味・立憲的意味の憲法を区別する。成文・不文などの法の形式は問わない。国家があれば時・処をとわず、政治権力とそれを行使する組織がある。そういう組織と権力行使に関する基礎法を、固有の意味もしくは本来の意味の憲法という。古い時代にみられる宗教的・倫理的規範を含む広義の場合と、法規範に限る狭義の場合とが区別されるが、「いかなる国家も必ず憲法をもつ」(G・イエリネック)⁽²⁸⁾のであり、「すべての国家は一つの憲法をもつ」(G・ビュルドー)⁽²⁹⁾のである。国家に憲法は付き物ということであるが、この点について留意すべきは、国家があるから憲法があるというのではなく、憲法があつて初めて国家だといえるという点である。何故なら、支配に関するルールが存在して初めて統治が成立し、国家という共同体の基礎が築かれることになるからである。つまり、憲法なき国家はアナーキーであり、『十七条憲法』は、この意味で、やはり憲法に外ならない。

これに対し、近代以降に限定して、そこで成立した立憲主義に基づく国家の組織と権力行使に関する基礎法を、立憲の意味もしくは歴史的意味の憲法という。固有の意味に対して立憲の意味という区別を設ける理由は、前者が単に国の政治秩序に関するものを意味するのに対し、後者はそれ以上のもの、たとえば、一七八九年フランス人権宣言一六条(「すべて権利の保障が確保されず、権力分立が定められていない社会は憲法をもつということができない」)が、その典型的な表現としてしばしば引用される如く、国民の権利を保障するという特別の秩序を表わさんがためである。

▽わが国で憲法史を語る場合、当然のように立憲の意味に限定される。しかしこのことは日本人の法文化を考える上で大きな阻害要因となっており、西欧なみの国制史研究がまたれる。

(2) 現在妥当する憲法について、その法源の存在形態により、形式的意味・実質的意味の憲法を区別する。

まず、その国において憲法と称される統一な制定法を指す場合に形式的意味の憲法とよぶ。ほとんどの場合、

単一法典としてまとめられ、憲法の名称が付されるため、このように定義されるが、なかには、フランス第三共和制憲法のように三つの『憲法的法律』の総称であったり、『ドイツ連邦共和国基本法』のようによばれることもある。

これに対し、右の憲法のほか、成文・不文をとわず、国の組織・作用、および国民の基本的権利を定める基礎法の全体を指すことがあり、これを実質的意味の憲法という。「一八世紀において憲法をもっていたのはイギリスだけであった。しかし一九世紀の文明諸国で憲法をもたないのはイギリスだけである」という言葉には、この両義の憲法概念がみごとに使いわけている。すなわち、イギリスには成文憲法はないが、マグナ・カルタ(一二一五年)、権利請願(一六二八年)、人身保護法(一六九七年)、権利章典(一六八九年)、王位継承法(一七〇一年)、裁判所法(一八七三—五年)、議会法(一九一一年)などの実質的意味の憲法があるからである。

マイエリネックの祖述に従って、実質的意味の憲法を立憲的意味の憲法の枠を越えて観念すると——近年の例ではK・レーベンシュタインがある——結果的に固有の意味の憲法との区別があいまいになるといふ問題がある。

このような区別を設ける理由は、論理的意味の憲法がすべて憲法典のうちにとりこまれるわけではなく、法律などの下位法に規定されたり、また憲法の運用のなかで慣習として成立したりするなど、憲法の法源と考えられるものが、憲法典以外にも存在するという事実があるからである。他方、必ずしも論理的意味の憲法と考えられない、ふつうの法律で定めてもよさそうな事項が憲法典に規定されることがある。よく引用される例は、スイス連邦憲法二五条b「出血の前に、前もって麻酔せずに動物を殺すことは、どんな屠殺方法でも、どんな種類の家畜についてもこれを禁ずる」、インド憲法四八条「国家は……牛、子牛その他の搾乳用および農作用家畜の屠殺を禁止する措置をとらなければならない」などであるが、これらの規定が特別の扱いをうけるということになると、基礎法という憲法の特質が不分明にもなる。マウンツなどが憲法の定義を、シュミットが基礎法の定義を精密に試みざるを

えなかつたのも無理はない。

▽仏教では仏を牛にたとえて牛王といい、成仏の道を牛車にたとえるなど、牡牛は聖なるものとされる。インド憲法には、このようなかつての宗教的背景が含まれており、特別扱いも不合理ではないという考え方もできる。規定の背景にある文化の違いに目をむけなければ、その国の憲法の真意も理解できぬという一例である。

constitution という言葉や概念を尋ねるといふ一事から、多くの憲法義を抽出したが、「法的なもの」の研究一般にとっては、この四義で十分なことは先人の苦悩からも明らかである。しかし、この四義から引き出される研究課題はまた極めて多面的である。近代憲法の価値や理論、現代憲法の理念や目的の検討は当然のこととして、とくに文化の一形態としての憲法系譜の掘り起こしという難題を突きつけており、「憲法学者は、法学者であると同時に、歴史学者、政治学者、社会学者、哲学者、倫理学者等々でなければならない」(清宮四郎)⁽³⁰⁾のである。

- (17) A. Hauriou, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, pp. 280-281.
- (18) G. Burdeau, *Traité de science politique*, tom III, p. 8.
- (19) H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, §. 1, 2, 3.
- (21) H. Heller, *Staatslehre*, s. 274-275.
- (22) G. Jelinek, *Allgemeine Staatslehre*, s. 506, 508.
- (23) 美濃部達吉『憲法撮要』七一頁。同『日本国憲法原論』五五―六頁。
- (24) 佐々木惣一『日本憲法要論』一〇五―九頁。
- (25) 同『改訂・日本国憲法論』五九―六四頁。
- (26) 宮沢俊義『憲法』改訂版一三―四頁。
- (27) 憲法の多義性からくる混乱を論じたものとして、小島和司『憲法学講話』一頁以下。なお、実質的憲法と形式的憲法の区別に重要な問題点のあることを論じたものとして、芦部信喜『憲法講義ノートI』八―九頁。
- (28) G. Jelinek, *op. cit.*, s. 505.
- (29) G. Burdeau, *op. cit.*, s. 16.
- (30) 清宮四郎『全訂・憲法要論』二三頁。

四 憲法動態の構造概念

(一) 「事実的なもの」の変相 近代以前、憲法は「事実的なもの」としても存在した。しかし成文憲法が成立してみると、それは成文憲法の具体相とも事実上重なり合ってしまう。そのため、ほとんどの国が成文憲法をもつ現在にあって、わが国の憲法学では、「事実的なもの」の概念は、成文憲法の具体相の意味にとつてかわられるか、そのなかに解体されて、成文憲法の現実に変相し、これまでの「法的なもの」と「事実的なもの」という異次元の対比的概念は、いま、憲法の規範と現実という同次元の問題として論議される。つまりは、近代憲法以前の「事実的なもの」も、現在、国制の観念で論ぜられているから、その結果、近代以前・以後何れの場合においても、「事実的なもの」は憲法概念として論ぜられることはない。

ところで、憲法の現実に対する関心はといえ、すでに戦前において、美濃部達吉が「憲法学の主たる任務は何が現実の憲法であるかを見出すことに在る⁽³¹⁾」と指摘していた(ここでいう現実の憲法が、憲法の現実をさすのかいかわる実効憲法なのかは判然としない)。そして、戦後における「社会科学としての憲法学」という立場からは、科学が自然・社会現象の客観的認識にある以上、そこにおける対象は憲法に関する社会現象^{II}憲法現象にあるとして、憲法解釈よりも憲法現象の検討に重要性を認めてきたといういきさつさえあるほどである。しかしその問題関心のあり方は、成文憲法の具体化過程を検討して、憲法保障の立場から規範と現実の一致・不一致を論じようというのであって、憲法現象に憲法の本質をみようとしているのではないことは明らかである。

他方、「憲法は人間の行動を通じて、かつそのなかで現実化されて初めて、歴史的現実を形成し構築する生きた秩序としての現実性を獲得する⁽³²⁾」(K・ヘッセ)から、規範と現実との間に緊張関係が生まれると、紙の憲法と生きた憲法と何れが正しく憲法かという論議がおこり、「事実的なもの」は生きた憲法という言葉を挺子として復活し、

それを踏み台に、憲法現実が憲法だと言い張ることになる。その如実な例がドイツ憲法思想史にみられ、そこには、憲法の本質を現実にもる場合と規範にもる場合とが、時代思潮を背景として、交互にあるいは拮抗して現われるという興味ある事実がある。フランクフルト憲法の流産をみて、『憲法の本質』（一八六二年）を「事実上の権力関係」と捉えたF・ラッサールの場合や、ワイマール憲法が党派争いの対象となった時代のC・シュミットなどは、さしずめ前者の例であり、ビスマルク憲法の安定期におけるP・ラーバントや、シュミットに対抗したH・ケルゼンの場合などは後者の例といえる。さらに注目すべきはR・スメントであり、彼は規範と現実の緊張関係から生まれる憲法の状態に憲法の本質をみて、周知の、いわゆる統合理論 (Integrationslehre) を説いた。すなわち、憲法とは国家の統合過程の法秩序であり、したがって「憲法は実定法として規範であるだけでなく、現実でもあり、憲法としての現実⁽³³⁾は統合された現実である」という。

ここには、憲法は単に觀念として静態的に存在するに止まらず、事実として動態的にも実在するという観点が顕わに示されており、この観点こそ、「事実的なもの」という憲法概念の存在を示唆しているといえる。が、それと同時に、「事実的なもの」とその変相としての憲法現実との癒着からくる、何が憲法かと苦悩する姿がみてとれよう。もつとも、憲法現実と「事実的なもの」との差異は、憲法の具体相という同じ対象物を、前者は規範との関係から後者は形相そのものを、観察しようという視角の相違にすぎないという批判もあろう。しかし、その対象の範囲の点において、前者では視野に入ることの少ない現象、たとえば世論、社会意識、政党(？)、官僚制、政治参加(運動)など、非定型的で機能的な、法的考察になじみ難いものが、後者においては問題とされるという違いがあることに注目してほしい。

ところでドイツにおいては、国家の政治現象や政治制度を扱う研究は、一九世紀終りから二〇世紀にかけて大成された国家学の体系のなかに吸収され、政治学という形では発達しなかった。それが、ドイツで「事実的なもの」

が温存された理由であろうが、他方、ドイツ国家学の影響を強く受けながら、その後、国家学から憲法学が独立したわが国では、政治学・社会学の発達と相まって、叙上の研究はそれらの対象とされ、「事実的なもの」の研究は「生ける憲法」という角度から概念内容の一端が論ぜられてにすぎない⁽³⁴⁾。

しかし、ドイツ、フランス⁽³⁵⁾（わが国が影響をうけることは少なかつたが）などに平仄を合わせるならば、憲法の観念の考察にとつて、「事実的なもの」の検討は欠かすことのできない課題となる。

▽ドイツにおける国家学は、G・イエリネック『一般国家学』（一九〇〇年）において大成した。彼は国家の研究について両面説（国家社会学と国法学）をたてたが、H・ケルゼンは国家の社会的実在性を批判し、その本質を規範関係の体系^{II}法秩序にみて、国家学は国法学からのみなるとした。他方、H・ヘラーは非政治家であつたゲルバー、ラーバント、イエリネック、ケルゼン、およびファッツシズムに傾斜したスメント、シュミットを批判し、政治家であつたダールマン、シュタール、シュタイン、モールの系譜のもとで国家学を政治学に転換させようと試み、ドイツ政治学の基礎をつくつた。なおイエリネック流の国家学は、戦後においてH・ナヴィアスキーによって引きつがれている。

(二) 動態の諸相 戦後、いち早く、西欧世界における憲法の危機状況を打開を意図したスイスのW・ケーギは、

法的根本秩序としての憲法思想の確立のため、シュミットを批判して、憲法は「決定」ではなく、「決定」の帰結であつて、「一定の政治的意欲を法規範的に表現し、それによつて客観化したものである」と説き、またスメントの統合理論は憲法の規範性を解体し、その政治化に拍車をかけると批判した⁽³⁶⁾。このような憲法規範論は、やがて戦後の主潮となり、とくに西ドイツにおける憲法裁判所を頂点とする裁判国家体制に結実したが、その下にあつて、なお、スメント流の憲法観にも魅力を感じずるK・ヘッセの例が現われる⁽³⁷⁾。このことは、憲法のもつ「動的なもの」を否定し切れぬことの証左であるが、動態へのアプローチは、現実の分析や政策批判だけでは、全くその前途は拓けない。動態を構成する基本概念を抽出してその構造的性格を明らかにし、方法論上の枠組みを提示しなければ

事はおさまらない。そこで、その要因を構成する時代思潮、政治、国民生活などのなかで憲法の示す動態の様相を観察することがまず必要である。

(1) 歴史のなかの憲法　およそ憲法には、どこの国の場合でも、厳しい歴史のなかで培われた思想的背景が存し、そこにはその国なりにこれまでの知恵と努力が凝縮されているといえる。その意味で、現在の憲法は歴史上の一つの結着点を示すといえるが、現代というかつてない激しい変化の時代相をふまえると、その結着点も歴史社会的に相対的であることを認めざるをえない。

わが国についてみれば、加えて重要な問題は、憲法という概念から始まって、その法原理のすべてが西欧世界の歴史的所産であり、したがって、憲法を文化の視角から捉えた場合、民衆のなかに「生ける憲法意識」(後述)は、憲法の基本原理といわれているものすらも、憲法の動態のなかで相対化せずにはおかないという点である。その当否は格別、現に、日本国憲法にいう「人類普遍の原理」は、日本人固有の政治感覚からみて自己の論理・感覚として具体化されておらず、日本人はアメリカが押しつけた偶像に跪拝しているにすぎないと批判するものがあるほどである。⁽³⁸⁾

生々流転する歴史のなかの憲法を考える場合、成文憲法にいう普遍性と憲法動態における相対性はどのように係わるのか、また固有の意味の憲法における普遍性と立憲の意味の憲法における普遍性との間に共通項はないのかを模索することが、この問題における課題であろう。

(2) 政治のなかの憲法　「国法が対象とするのは、まさに政治的なるもの以外の何ものでもない」⁽³⁹⁾とH・トリーパーはいう。小林直樹はまた、それに起因する憲法の政治性Ⅱ憲法における「政治的なもの」の性格を、「規範的なもの」に對置させて明らかにしたが、⁽⁴⁰⁾双方相荷うこのような憲法の特性は、成文憲法にとって、未来永劫に政治のなかで生き続けなければならぬという宿命を負わせ、憲法規範と憲法現実の緊張関係は、日常的にも必然の事

態と化する。ここにおいて憲法の動態は日常的形相となり、「憲法にのべられていることと、実際上現実によっていることとは全く別の事項である」⁽⁴¹⁾（K・C・ウィーア）と指摘されることにもなる。憲法現実には憲法の本質をみるという視点は、とくにこのような政治のなかの憲法の姿に負うていることは確かである。

しかし、ここで特記すべきは、憲法のこの形相は、憲法の規範力をいささかも否定するものではないという観点であろう。憲法のもつ動的モメントに惹かれてスメントの憲法観に魅力を感じながらも、ケージに接近したK・ヘッセは「憲法に反する憲法現実というものは存在しない……違憲の現実を憲法現実と称することは規範的な憲法に反する選択である」⁽⁴²⁾と断言している。「事実的なもの」は憲法現実と異質な概念であるから、観念上こんな問題は生じないが、実際面で「事実的なもの」とその変相としての憲法現実が癒着し易いということは否定しえず、「事実的なもの」の概念内容の設定に当っては、最高規範という憲法の特質が、「事実的なもの」に対する「法的なもの」の優位を示唆していることに鑑みて、違憲の憲法現実をとりこむことのないよう十分の注意が必要であることとはいうまでもない。

(3) 生活のなかの憲法 近年、政府も、憲法は国民の間に定着しその共有物になったと評価する。たしかに、昨今、男女の平等とか環境権などの、日常生活レベルでの権利主張が随所にみられることを考えると、憲法の発布を絹布の法被の下賜と取り違えたという明治憲法についての笑うに笑えない話に比べ、そこには天と地ほどの差があるろう。しかしながら、憲法が国民の法倫理として浸透しているかと問われれば、ノーと答えざるをえないことに異論はあるまい。

葵の紋の入った印籠を振りかざして権威で圧伏する水戸黄門や、義理・人情をふまえた大岡裁判が人気があるという。このような話を別にしても、日本人の法感情について、日本人は法的思考の馴染み難い国民であり、その法観念は法外の法にあるなどと語られることが多い⁽⁴³⁾。憲法に則していえば、国民の「生ける憲法意識」と憲法典との

間には大きなギャップがあることになる。この「生ける憲法意識」が憲法現実を支えていることも確かであるから、動態の要因を探るについては、「生ける憲法意識」の検討が必要である。

ところで、「生ける憲法意識」が、その国家社会に属する成員の社会生活の諸条件によって規定されることはいうをまたない。そして、これら諸条件の総体は「文化」の観念として捉えられるから、「生ける憲法意識」は文化の型として存在することになり、したがって、わが国の法に関する文化⁴⁶法文化を解明することが、ここでの課題となろう。

(三) 「法的なもの」の具体化 成文憲法はその内容が具体化されなければ、その現実性を獲得することはできないが、規範がよくその具体化を秩序付けていると考えられるときに、通用する規範の総体は実効憲法 (Wirksame Verfassung) とよばれ、単なる憲法現実 (Verfassungswirklichkeit) とは区別される。では成文憲法の実効憲法への具体化過程はどうか。この動態構造を明らかにしないことには、憲法現実が実効憲法を易々と僭称し、何れが憲法かという無益な論議を惹き起すことになるのである。

ところで、このような具体化過程を明かす概念上の装置は、いわば説明のための道具立てにすぎないから、たった一つしかないというわけではなく、これまでも幾つかの提案がなされている。しかし、それによって憲法の動態がどこまで旨く説明できるかによって優劣が決まるということも確かであり、この点、渡辺洋三が提言した三つの概念的キー・ワード——「法源としての憲法」⁴⁴「イデオロギーとしての憲法」⁴⁵「制度としての憲法」⁴⁶——は参考に値する。

▽長谷川正安は、憲法現象の論理的構造を、憲法意識、憲法規範、憲法制度、憲法関係の四要素に分解し⁽⁴⁵⁾ (影山日出弥も同じ)、樋口陽一は憲法現象を制定憲法、実効的憲法、憲法意識、憲法制的社会過程全般の論理的四範疇に整理する。⁽⁴⁷⁾

まず憲法は、通常、憲法典という形で存在する。このような憲法の存在形態は「法源としての憲法」とよばれ

る。そこには、立法者が意味付けた内容が条文の文言として表現されているが、条文はそのままでは紙に印刷された文字にすぎない。そこで文言の内容を具体化するために憲法解釈が行われる。すなわち、憲法解釈は実効憲法への具体化のための手段であり、それによって規範の内容は初めて自己完結する。

この憲法解釈においては、まず立法者意思が語られるが、その行為はそもそも政治や社会の合理的認識を前提にした精神活動であるから、多かれ少なかれ、そこには解釈者の世界観や政治的立場などが付きまとい、立法者意思による解釈も同様というわけにはいかない。むしろ、憲法解釈は規範による制約の限りではあるが、創造的性格を帯びるといつてもよく、そのため解釈は多様化するのが通例である。現実が規範を映し出しているかどうかについて絶えず争いがおこるのもこのためであり、まして、政治・社会変動が生ずれば、立法者意思は軽視され、しばしば解釈相互の決定的対立を生むことにもなる。つまり憲法解釈とは、解釈者の意識の所産としての憲法観であるから、それは「意識としての憲法」とよばれよう。

▽アメリカ合衆国最高裁判所長官ヒューズは「われわれは憲法の下にある。しかし憲法とは、最高裁判所の裁判官が、これが憲法だというものに外ならない」とのべた話はこの例である。

では、どのような憲法意識が実効憲法をつくりだすのか。K・ヘッセは「憲法の規範力は、憲法生活に關与する者の、憲法の内容を實現しようというそれぞれの現実的意思によつて条件付けられている」という⁽⁴⁸⁾。その現実的意思は、抽象的・最終的には国民の憲法意識に相違ないが、具体的・個別的には公権力の行使に携わるもののそれであることは否めない。しかし、それによつて規範の具体化が社会一般に通用する憲法秩序になったとき、その憲法現実には「制度としての憲法」として具体化する。

▽法源は一つであるが、意識は解釈者の数だけあるといつてもよい。したがつて制度も解釈の数だけ成立する可能性があり、実効憲法のありようも一つの法源のもとで複数成立する可能性がある。しかし、違憲の制度は実効憲法たりえず、単

なる憲法事実すぎない。規範と現実の一致・不一致の問題に占める憲法意識の圧倒的重さに留意すべしという教訓が、この動態構造の説明概念に含まれている。

ここに提示された法源、意識、制度という三つの基本的憲法概念は、いわば憲法現象を構成する憲法規範、憲法意識、憲法制度という論理的範疇を示しているともいえる。彼此いずれが説明方法として妥当か——前者については憲法概念の多用が無用の混同を招くという批判がある⁽⁴⁹⁾——にわかに断じ難いが、「法的なもの」の具体化という動態構造を説明する概念上のキー・ワードとして説得性のあることは確かである。

(四) 「事実的なもの」の動態構造 「事実的なもの」が、憲法規範の単なる具体化である憲法事実とも異なり、憲法規範によつて秩序付けられ異論なしに通用する規範の総体としての実効憲法とも異なることはすでに明らかであろう。すでにのべたように、その内容的特徴は、世論、官僚制、政治参加、政治運動などの例にみられるように、制度として非定型的で機能的な、法的考察にはなじみ難い社会・政治現象をも対象にするという点にある。このような流動する「事実的なもの」の動態に、どのような構造的性格が発見できるのか。

憲法の動態一般を規定する諸要因として、時代思潮、政治、国民生活などが存在することはすでにのべた。しかも、そのさい、これらの諸要因は無原則的に作用するのではなく、それぞれの価値関心に基づいて動態化の要因となるという点に留意しなければならない。憲法の時代思潮を考えれば、自由国家から社会国家へという発展、政治についてみれば、憲法政策の指標として一定の価値体系がスローガンとして表明される。また見えざる大衆は、時に愚かな選択をすることはあつても、大局的には賢明な道を選びとることを歴史が証明してくれる。その意味で、この価値関心は動態化の準則ともいえるもので、「事実的なもの」は、この準則に基づいて動態化する。

しかし、準則は独り歩きはしない。それが社会に承認された価値となるには、その構成員が準則を共有しなければならぬ。そのために準則の宣伝が行われ、伝達がすすめられ、時に、それを認識する組織によつて実践的に担

われもする。このような社会現象は、一般に運動といわれる。しかしまた、運動があれば準則の共有化が齎らされ価値が実現するというわけのものでもなく、それが受容される状況がつかられなければならないだろう。状況化が進行しなければ、運動は進展しないからである。つまりは、「事実的なもの」の動態構造は、準則、運動、状況を論理的範疇として成りたつていえるといえる。

制度上不定型なものの実例として、住民参加という政治参加の場合を考えてみよう。政治参加についての真理、それは「世論による政治」である。この言葉はあらゆる形態の政治に、たとえば独裁政治であろうとあてはまる。レーニンにしろ、ヒットラーにしろ、いかに世論に留意したことか。彼らはそのために、政治宣伝を広くかつ深く行った。古来、「民の声は神の声」(vox populi, vox dei)といわれたのはそのためで、これこそ、準則の最も普遍的なものに価する⁽⁵⁰⁾。

ところで、近代民主政治は、その理念に基づく現実的プロセスとして、大衆—選挙—政党—議会という政治参加のメイン・ルートをつくりあげたが、ときに議会内政党間の同質性の喪失により、ときに国民的利害の多様化による物とり主義により、それが世論の導管として十分に機能しえなくなったとき、新しい導管の模索が唱えられる。住民参加はそのような導管の一つとして、個人の政治的自発性に根ざす政治参加の一方式として成立したものにほかならない⁽⁵¹⁾。そこで成立要因として指摘されているのは、公害などの環境問題を契機として行政需要に対する住民要求が運動として顕在化したこと、多様な住民要求に応えるために住民自らによる選択と調整が必要とされたこと、議会政治に対する不信感からくる地方自治権を指標とした直接民主政志向という現代の風潮にのつたことなどであるが、これらを考えると、地方自治という端的な憲法的価値を準則として、歴史的必然性をもつという意味で状況の整った運動だということがよくわかる。

この例において、準則—憲法的価値は運動の指標・スローガンとして提唱され、しかも住民要求は運動上の権利

として主張されているから、手続上は不定型な、ときに法定外の形態をもとることになる。そのため、訴訟上の権利としてなじみ難く、法技術的錬磨を必要とするという特徴をもつ。「事実的なもの」と考えられる所以である。が、ときに法技術的錬磨に成功し制度化されれば、定型的なものとして実効憲法に変相することになる。つまりは、住民参加は「事実的なもの」とはいえ、実効憲法の予備軍として憲法学の射程距離内にあるといわざるをえないのである。

ここで「事実的なもの」が実効憲法化する条件といえ、そのことの必要度・緊急性はいうまでもないが、さらに制度化になじむかとか、既存の制度との整合性はどうかなどの問題があるが、かりに定型的な形で制度化されないにしても、それは「生ける憲法」として一定の政治的機能を果すことは疑う余地がない。この意味で「事実的なもの」を支える基盤には「生ける憲法」があるといつていい。

(五) 憲法社会体系⁽⁵²⁾　すでに明らかなように、規範と現実の一致・不一致、あるいは「生ける憲法」に大きくかわるのは、公権力の、民衆の、憲法意識であるから、憲法の動態研究にとって憲法意識の研究は不可欠である。

ところが、憲法意識という概念は、これまでの用例でみる限り、相当に多義的で曖昧な部分が多い。しかし、憲法意識が社会意識の一種であるということから、社会意識論を参考にして考えると、そこに二様のものを観察することができる。一つは、社会的性格に基づいて自然に形成される社会心理的なもの、憲法に則していえば、法一般に対する心情を前提とした憲法感情、憲法感覚などによばれるものであり、他は、それが知識によって論理化され合理的認識によって深められたイデオロギー、つまりは憲法典に関する体系的思考としての憲法知識、憲法理論などによばれるものである。「日本人の憲法意識」という使われ方が前者の例であり、「裁判官の憲法意識」という場合が後者の例である。

ところで、一般に社会的存在の様式——たとえば年令、階層、職業、地域、民族など——を共有する人々の間に

あつては、それぞれが属する社会に特有の文化の型があることが早くから観察されている。それは法に関する文化についても同様であり、この場合は、その社会構成員に共通した宗教・道徳規範、そして文芸思想などによって長い間に培われた法に対する感じ方、考え方についてのパターンが形成されているからである。そのさい、憲法感情とか憲法感覚といったプリミティヴな法意識が、とりわけ法文化によって規定されるということは否定すべくもなく、そこに日本人固有のものがあるなら、それは日本人の「生ける憲法意識」ともよばれるべきものである。

T・パーソンズは社会的性格に基づく人々の行動の体系を社会体系とよんだ。これになぞらえていえば、人々の憲法に対する社会的行動のメカニズムは、さしずめ、それを憲法社会体系とよぶことができる。ところで、わが国の生ける憲法意識を支える法文化が、欧米のそれとは異質なものがあることがすでに示唆されており、そうだとすれば、そこには、わが国固有の憲法社会体系の存在が推測されえよう。

憲法規範の具体化が公権力に多くを負っていることは前述した。その具体化が憲法社会体系と矛盾するならば、憲法現実には社会的に適用する実効憲法たりえないはずである。この意味で、わが国固有の憲法社会体系はわが国の欧米流成文憲法の命運を握っているといつてよい。この点について書かれるべき立案書は、憲法社会体系をふまえた憲法理論でなければならず、また憲法解釈でなければならぬ。憲法社会体系の構造的な性格の解明は、憲法学における第一級の課題であるということがわかる。

- (31) 美濃部達吉『日本憲法』第一卷五四三頁。
- (32) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11Auf., s. 17.
- (33) R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, s. 192.
- (34) 小林直樹「憲法概念の考察」『法学協会百周年記念論文集第二卷』四五頁以下。
- (35) 「フランスにおける憲法学の政治学的傾向」については、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』一二頁以下。
- (36) W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, s. 129, 145ff.
- (37) K. Hesse, op. cit., s. 4.

- (38) 中川剛『日本国憲法への質問状』一〇三頁以下。
- (39) H. Triepel, *Staatsrecht und Politik*, s. 12.
- (40) 小林直樹『憲法の構成原理』七三頁以下。
- (41) K. C. Wheare, *Modern Constitutions*, p. 5.
- (42) K. Hesse, *op. cit.*, s. 20.
- (43) 神島一郎ほか編『日本人と法』をみよ。
- (44) 渡辺洋三『憲法と現代法学』一六頁以下。
- (45) 長谷川正安『新版・憲法学の方法』四八頁以下。
- (46) 影山日出弥『現代憲法学の理論』六一頁以下。
- (47) 樋口陽一・前掲一〇一頁。
- (48) K. Hesse, *op. cit.*, s. 18.
- (49) 小林直樹『新版・憲法講義上』二〇頁。
- (50) 「世論による政治」が憲法秩序のなかにどのように位置付けられるかを論じたものとして、池田「憲法における世論の地位」『憲法の現代の課題』四七一頁以下。
- (51) 「住民参加」の憲法学的考察を行ったものとして、池田「憲法における住民参加の地位」『公法の理論下I』一四九七頁以下。
- (52) 池田・前掲『憲法社会体系について』をみよ。

おわりに

思いのたけを書いてみると、意外に未消化の部分があることに気付いた。が、それにも拘らず本稿を公けにした趣旨として、つぎの二点があつたことを付記しておきたい。

① 日本国憲法が日本社会にどのようなに定着するのかという問題は、憲法研究者ならば誰でもが抱く関心事である。が、それにアプローチするためには、どうしても日本の法文化が理解されなければならない。このような問題意識からは、近代以降の憲法の観察だけでは不十分で、それ以前の生ける憲法からみた歴史的連続性・断絶性を見極める必要があることに思ひいたつたこと。憲法の言葉や概念について、まずそのルーツを辿ろうとした理由はこ

こにある。

② 他方、生ける憲法が、現在する政治的事実のなかに存在することを考えると、西欧に温存された「事実的なもの」という憲法概念をも視野に入れざるをえないこと。筆者がこれまで論じてきた「世論」「住民参加」などの研究も、それによって、憲法体系のなかでの位置付けが与えられたと思う。これらの当然の結果が、憲法の動態構造に目をむけなければならぬということであった。

本稿特有の問題関心は以上の通りであるが、それがどこまで整理しきれたか、暗中摸索の現状においては、すべてが、まだ闇のなかである。当該事項以外の叙述は体系化のための繕いにすぎない。