

## 憲法の概念について

赤坂 正浩

- 一 はじめに
- 二 伝統的な用語法
- 三 佐々木惣一説とその影響
- 四 佐々木説・芦部説・佐藤説の問題点
- 五 日本国憲法の解釈論と「実質的意味の憲法」概念
- 六 日本憲法史・ドイツ憲法理論研究と「実質的意味の憲法」概念
- 七 おわりに

### 一 はじめに

二〇一〇年九月に、文部科学省の「専門職大学院等における高度専門職業人養成推進プログラム」の調査研究班が、「共通的到達目標（コア・カリキュラム）モデル」の第二次案修正案を公表した。コア・カリキュラムは、法科大学院教育の質の確保を目的として、法律基本科目について法科大学院修了時に学生が修得しているべき最低限の

内容の目安を示すものとされている。

そのうち憲法のコア・カリキュラムの「第一章 憲法総論 一― 憲法の観念及び立憲主義」には九つの項目が列挙されている。その第一項目では「『形式的意味の憲法』及び『実質的意味の憲法』の意味及びその異同について理解していること」、第二項目では「『立憲的意味の憲法』（近代的意味の憲法）の意義について、『固有の意味の憲法』と対比して理解しているとともに、それと関連付けて、憲法の制限規範性及び憲法典の硬性規範性について理解していること」が法科大学院生に求められている。

これを読んで私が違和感を覚えたのは、「立憲的意味の憲法（近代的意味の憲法）」の意義について、「固有の意味の憲法」と「対比して理解」するというくだりである。「対比する」とはどのようなことなのか必ずしも明瞭ではないが、対立概念であるような印象も受ける。こういう用語法の由来に興味をもって、まず参照すべき芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法・第四版』をひもといてみると、そこに次のような記述があった。長文になるが、全体を引用してみる。

「憲法の概念は多義的であるが、重要なものとして三つ挙げることができる。

(一) 形式的意味 これは、憲法という名前で呼ばれる成文の法典（憲法典）を意味する場合である。形式的意味の憲法と呼ばれる。たとえば、現代日本においては『日本国憲法』がそれにあたる。この意味の憲法は、その内容がどのようなものであるかには関わらない。

(二) 実質的意味 これは、ある特定の内容をもった法を憲法と呼ぶ場合である。成文であると不文であるかを問わない。実質的意味の憲法と呼ばれる。この実質的意味の憲法には二つのものがある。

(1) 固有の意味 国家の統治の基本を定めた法としての憲法であり、通常「固有の意味の憲法」と呼ばれる。国家

は、いかなる社会・経済構造をとる場合でも、必ず政治権力とそれを行使する機関が存在しなければならないが、この機関、権力の組織と作用および相互の関係を規律する規範が、固有の意味の憲法である。この意味の憲法はいかなる時代のいかなる国家にも存在する。

(2) 立憲の意味 実質的意味の憲法の第二は、自由主義に基づいて定められた国家の基礎法である。一般に『立憲的意味の憲法』あるいは『近代的意味の憲法』と言われる。一八世紀末の近代市民革命期に主張された、専断的な権力を制限して広く国民の権利を保障するという立憲主義の思想に基づく憲法である。……この意味の憲法は、固有の意味の憲法とは異なり、歴史的な観念であり、その最も重要なねらいは、政治権力の組織化というよりも権力を制限して人権を保障することにあり。

以上の三つの憲法の観念のうち、憲法の最もすぐれた特徴は、その立憲的意味にあると考えるべきである。したがって、憲法学の対象とする憲法とは、近代に至って一定の政治的理念に基づいて制定された憲法であり、国家権力を制限して国民の権利・自由を守ることを目的とする憲法である<sup>(1)</sup>。

この説明で「実質的意味の憲法」「固有の意味の憲法」「立憲的意味の憲法」の相互関係がどのように理解されているのかは、必ずしも明確でない面もあると思うが、一見したところでは、「実質的意味の憲法」には「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」の二種類があり、両者は対立概念であるという理解に立っているように読める。コア・カリキュラムの「対比して理解」せよとの要請も、この記述に由来するものと推測される。長年憲法教育をなりわいとしながら、学部教科書の冒頭部分をうっかり読み飛ばしていたことに恥じ入るが、同時に「立憲的意味の憲法」と「固有の意味の憲法」を対立概念、あるいは少なくとも対概念とする理解には従えないものを感じるので、あらためて「憲法概念」について振り返っておきたい気持ちになった<sup>(2)</sup>。

本稿の私見を、あらかじめ「テーゼ風」に（すなわち、あえて「断定調」で）掲げてみると、次のようなことであ

る。

- ① 「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」とは対立概念ではない。
- ② 「実質的意味の憲法」と「固有の意味の憲法」（本来の意味の憲法）とは同義である。
- ③ 「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」とは対立概念ではない。「立憲的意味の憲法」は「固有の意味の憲法」すなわち「実質的意味の憲法」の一種である。

- ④ 日本国憲法の解釈論には「実質的意味の憲法」（固有の意味の憲法）という概念は不要である。
- ⑤ 日本憲法史やドイツ憲法理論の研究には「実質的意味の憲法」の概念が有用ないし不可欠の場合がある。

- (1) 若部信喜（高橋和之補訂）『憲法・第四版』岩波書店二〇〇七年四～五頁。
- (2) 憲法の概念をテーマとする近年の研究としては、堀内健志「『近代憲法』と『憲法』概念の多義性、そして『実質的意味の憲法』——『憲法』概念と憲法学（その一）」弘前大学人文学部紀要・社会科学篇一二号二〇〇四年三二頁以下、同「『憲法』概念と憲法学（その二）」——ドイッ憲法（学）史を背景とする『日本憲法学』弘前大学人文学部紀要・社会科学篇一〇号二〇〇八年六三頁以下、古野豊秋「ハンス・ケルゼンの憲法概念とその現代的意義」DAS研究会編『山下威士先生還暦記念・ドイッ公法理論の受容と展開』尚学社二〇〇四年五九頁以下、南野森「『憲法』の概念——それを考えることの意味」岩波講座憲法6『憲法と時間』岩波書店二〇〇七年二七頁以下がある。

## 二 伝統的な用語法

(1) 「実質的意味の憲法」「固有の意味の憲法」「形式的意味の憲法」という概念は、戦前の憲法学によってドイツの公法学から輸入されたと推測される。そこで、まず、今日のドイツ語圏の憲法学・一般国家学では、これらの

概念がどのように継承され理解されているのか、代表的な概説書の解説を拾ってみよう。

(2) 一九五一年にテオドル・マウンツが初版を公刊して以来、ツイベリウスによる補訂を経て、現在はツイベリウス・ヴルテンベルガーという形で版を重ねているドイツ基本法の定評ある教科書『ドイツ国法』は、「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」の概念を次のように説明している。

「憲法は、国家の支配を樹立し、組織し、制限する。つまり、憲法は、支配を樹立するとともに制限する。憲法は、法的基本秩序として、国家の業務（つまり、最高国家諸機関の形成・任務・権限・手続）に関する基本準則、共同体秩序のその他の基本的政治構造（たとえば権力分立と連邦制）に関する基本準則、さらには国家における市民の地位（特に彼らの政治的権利と基本的自由）に関する基本準則、そして最後にこれらの組織規定と権利保障の根底にある本質的な法原則および目標に関する基本準則の全体を包括する。これが、実質的意味の憲法である」。

「また、憲法典にとりまとめられた制定法が憲法とよばれる。この憲法典という制定法は、憲法制定権力によって制定され、単純法律よりも高次のランク……と高次の存続保障を認められ、その結果、安定性の保障が強化されている。適法な改正は、憲法が定めた特別の手続によってのみ（たとえば、基本法七九条二項のように、議会の特別多数によってのみ）とか、あるいは国民投票によってのみ）許される。最初にあげた「実質的」意味と区別して、この場合には形式的意味の憲法について語ることができる。形式的意味の憲法の内容と、実質的意味の憲法の内容は、広範に一致するが、必然的にびつたり一致するわけではない」<sup>(3)</sup>。

(3) 多少の相違はあっても、ドイツ語圏ではこうした説明が一般的だと思われる。ここではさらに、ドイツ基本法に関する記念碑的ともいえる壮大な体系書、シュテルン『ドイツ連邦共和国国法第一巻』の記述を紹介しておく。シュテルンは次のように述べている。

「G・イエリネックは、憲法律の『本質的な法的メルクマール』を、憲法律が「加重された形式的な法律的効力」を有することに見出した。憲法が、単に瞬間的な存在に甘んずるのではなく、継続的な秩序の基盤となるために、通常は加重された存続保護によって特徴づけられていることは確かである。特にそれが示されるのは改正の場合である。憲法改正には特別多数が必要とされるか……、たとえば連邦構成国家の承認といった別の効力発生要件の充足が必要とされる（アメリカ合衆国憲法第五条）。しかしながら、こうした形式的観点で、憲法の概念が捉え尽されるわけではない。こうした形式的観点で、憲法の本質が十分に記述されるわけではない。とりわけ、この種の『加重された形式的法律的効力』をもたない憲法典は、法的意味で憲法たりえないのかという疑問がさらに残ることになる。

したがって、G・イエリネックは、憲法概念の純粹に形式的意義では満足しなかった。イエリネックにとつて、実質的意味の憲法は、『国家の最高機関を名指しし、それらの創設方法、それらの相互関係およびそれらの行動範囲を確定し、さらに国家権力に対する個人の基本的な関係を確定する法規』であった。この実質的憲法概念は、ささいな変形はあるものの、「今日でも」支配的と称することができる。実質的憲法概念は、形式的意味の憲法とびつたり一致する必要はない。実質的意味の憲法の内容をなすすべての法規が、憲法典に受容されるわけではないからである。実質的意味の憲法の範囲如何という争いのある問いが、これと結びついている。「憲法」という名称をもつか、あるいは単に語の慣用上そうよばれている法的文書のすべてが、……実質的意味の憲法に属するわけではない<sup>4</sup>」。

- (4) 例としてもうひとつ、ドイツ語圏でもドイツとは肌合いの異なるスイスの憲法学者の著作から、ヴァルター・ハラーとアルフレート・ケルツの共著『一般国法』の説明をあげておく（傍線は原文イタリック）。

「形式的意味の憲法。この憲法概念は、法規範が表明される形式にもつばら焦点を当てるものである。形式的意味の憲法は、通常は、単純立法と対比して加重された改正要件を保障された特別の手續で成立する（たとえば、議会または義務

的国民投票の特別多数)。憲法はこれによって高められた安定性を獲得する。憲法規範は、他のすべての法規範に優先し（高められた妥当力）、通常は特別の憲法典に内包される」。

「実質的意味の憲法には、国家に関する基本的な諸規範、および国家と市民の関係に関する基本的な諸規範が含まれる。つまり、ここで問題となっているのは、形式ではなくて内容である。ある規範が実際に基本的か否かは憲法の理解に依存しているの……、「実質的意味の憲法の範囲を」概念的に明確に境界づけることは、もちろん不可能である。とはいえ、一般には以下のようなテーマ領域に関する諸規範が、実質的意味の憲法と性格づけられる。

- ・ 最高国家機関（国民、議会、政府、最高裁判所）の組織および権限
- ・ 基本権
- ・ 憲法改正および立法の手續
- ・（連邦国家の場合）連邦と支邦の権限<sup>(5)</sup>。

(5) 以上例示したように、現代ドイツ語圏の憲法理論では、「実質的意味の憲法」とは、法形式の如何を問わず、最高国家諸機関の種類・組織・権限等の基本事項に関する法規範、および国家と市民の關係に関する基本的な法規範を意味し、「形式的意味の憲法」とは、一般には改正要件が通常法律と比べて加重された、憲法という標題をもつ制定法を意味すると説明されている。

このこと自体は、別に目新しいことではない。ただし、三つの点に注意を喚起しておきたい。第一は、とりわけツイペリウス＝ヴュルテンベルガーが簡潔に述べているように（「憲法は、国家の支配を樹立し、組織し、制限する。つまり、憲法は、支配を樹立するとともに制限する。」）、憲法は、国家権力を制限する法規範であるのみならず、まずは国家権力組織を樹立する法規範でもあるという（私見では）自明の点が明確に認識されていることである。あとで論ずるように、「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」の「対比論」は、これとは異なる理解に立つよう

に思われる。

第二は、なお丹念な調査を要することではあるが、ドイツ語圏の憲法理論の場合、「固有の意味の憲法（本来の意味の憲法）」という用語は使用されていないように見受けられることである。「固有の意味の憲法」または「本来の意味の憲法」という日本語が、*Verfassung im eigentlichen Sinne* というドイツ語の翻訳であろうことは容易に想像されるので、これは意外なことである。しかし、（探索のかぎり）今日のドイツ語圏の憲法学では一般的な用語ではない。<sup>(6)</sup> 例外的なケルゼンの記述をすぐあとで紹介する。

第三は、ドイツ語圏では *Konstitutionalismus* の語が日本でいう「立憲主義」とはやや異なる意味合いや文脈で使用されてきたからだと推測されるが、「立憲的意味の憲法」という用語も見受けられない点である。<sup>(7)</sup>

(6) いま述べたように、ドイツ語圏の文献では、「固有の意味の憲法」という用語は一般には使用されない。ケルゼンが「国事裁判権の本質と発展」という論文で憲法概念を検討した部分は、管見に属するまれな例である。やはり該箇所を逐語的に訳しておく（傍線は本稿筆者）。

「憲法の概念が経験してきたさまざまな変形のなから、つねに手を触れられることなく続いてきた確固たる核心をかむとするならば、法秩序・国家秩序の全体を規定し（この秩序によって形成された）共同体の本質を決定する最上級の原則という観念にいきつく。憲法の概念をどのように定義するとしても、その定義は、その余の秩序がその上に建設される国家の基盤を把握するという要請に直面する。仔細に見ると、憲法の概念はこの文脈では国家形態の概念と重なり合っている、とりわけ状況によっては政治的権力の現状が、そこにその法的表現を見出すひとつの原則が想定されている。この原則とは、法律、すなわち、裁判所や行政官庁のような国家机关の活動がその執行であるところの一般的規範の成立を決定する準則のことである。とりわけ国家秩序を形成する法規範の産出に関する準則、すなわち立法の機関と手続に関する準

則、これが固有の、始原的な、狭義の憲法概念である。この基本準則の定立は、国家という共同体を形成する人間の相互行為を規律する法規範の成立にとって不可欠の条件であり、この準則の適用と執行に必要な機関とその行動を規定する法規範にとつても不可欠の条件である。憲法の基本準則はすべての国家秩序の確固とした、したがって可能な限り永続的な基盤を成すという考え方から、憲法規範と法律規範との区別の必要性という観念が生ずる。憲法規範は法律規範と同じ簡単に改正することはできない。通常の法律形式から区別された憲法形式という概念が成立する。すなわち、立法手続とは異なる、加重された要件と結びついた憲法制定（憲法改正）手続「の概念である」。理想的なケースでは、「加重された制定・改正手続という」特殊な形式は、この狭義かつ固有の意味における憲法だけに限定されるので、あまりよい言い方ではないがふつうはそう言い慣わされている実質的意味の憲法が形式的意味の憲法でもあり、実質的意味の憲法だけが形式的意味の憲法でもあるのである」。

(7) 右の訳のうち、傍線を付した第一の文章からわかるように、ケルゼンの「実質的意味の憲法」の概念内容は通説的理解よりも狭く、「立法の機関および手続の準則」を意味し、これをケルゼンは「固有の、始原的な、狭義の憲法概念」とよんでいる。その上で、ケルゼンによれば、理想的にはこの「固有の意味の憲法」だけが加重された特別の法典の形式で守られるべきであり、そうなっていれば、「固有の意味の憲法」と「形式的意味の憲法」の規範内容は完全に一致することになる。この趣旨を述べた二番目の傍線を引いた文章の末尾でケルゼンは、「固有の意味の憲法」は、「あまりよい言い方ではないがふつうは」「実質的意味の憲法」と「言い慣わされている」としている。ここから、「固有の意味の憲法」と「実質的意味の憲法」は同義であるが、ドイツ語圏では一般に「実質的意味の憲法」という用語が使用されているというのがケルゼンの理解であることがわかる。

(8) 日本の学界でもドイツ語圏の伝統に忠実な用語法をとる例は多い。<sup>10)</sup>ここでは、その例証として、第二次大戦前では美濃部達吉、戦後については小嶋和司をあげておきたい。

美濃部『憲法撮要』の憲法概念の説明は以下のとおりである（漢字カタカナ混じり旧字体の原文を漢字ひらがな混じり新字体に改めた）。

「憲法といふ語は種々の意義に用ゐらる。第一に其の實質的意義と形式的意義とを區別することを要す。實質的の意義においては、憲法とは国家の組織及作用に関する基礎法を意味す。詳言すれば国家の領土の範圍、國民たる資格要件、国家の統治組織の大綱、国家と國民との關係に関する基礎法則は此の意義に於ける憲法に屬す。……」

實質の意義に於ける憲法は、其の形式より謂へば、總ての国法と同じく、或は成文法を以て定めらるるものあり、或は不文の慣習法又は理法として存するに止まるものあり。第十八世紀の米國及仏國の革命に至る迄は諸國の憲法は大部分は不文法より成るを普通と爲したるに反して、米國及仏國の革命後立憲制度が各國に普及するに随ひ、此の趨勢は全く一變して、各國は新に立憲制度を採ると共に何れも文書を以て國家の基礎法を定め、之を其の國の憲法として公布し、而して形式上之を普通の法律と區別するに至れり。此の如く形式的に憲法として定められ、普通の法律と區別せらるるものを形式的意義に於ける憲法又は成文憲法と謂ふ<sup>(1)</sup>」

(9) 第二次大戦後の日本の学界において、憲法の概念に関する最も詳細な考察を展開し、伝統的用語法を整理確認した憲法学者の代表としては、小嶋和司をあげることができる。その体系書の解説を引いておく（傍線は本稿筆者）。

〔ア〕 constitution の語義さながらに、国家または政府の構造・組織の秩序をさして用いられる。秩序が成文であると不文であるをとわずにもちいられ、『国家あるところ、憲法あり』といわれる場合の『憲法』はこの意味のものである。

歴史家が『古代アテネの憲法』『古代ローマの憲法』という場合の『憲法』はこの意味で、法学者はこれを『本来の意味

の憲法』または『実質的意味の憲法』とよんでいる。

(イ) (ア)の意味での憲法の中、とくに立憲主義を内容とするものをさして『憲法』とされることがある。この場合も、その秩序が成文であるか不文であるかは問わない。『英国は憲法の母国である』という場合の憲法がこれで、学者はこれを『立憲的意味の憲法』とよんでいる。

(ウ) 国家構造・政府組織を規定する、ある種の制定法が『憲法』とよばれることがある。どのような制定法が『憲法』とされるか、その基準のとり方は一様ではなく、次のごときがある。

(a) 制定法の「表題」に着目するもの。……

(b) 制定法の「内容」に着目するもの。すなわち、『本来の意味の憲法』の概要の叙述を内容とする場合、当該制定法は『憲法』とよばれる。一九四九年の『ドイツ連邦共和国基本法 (Grundgesetz)』は、実は意識的に『憲法 (Verfassung)』の名称を避けての命名であったが、『西ドイツ憲法』とか『ボン憲法』と俗称されるのは、この例である。

(c) 制定法がもつ『法的権威』に着目するもの。すなわち、第三共和制フランスの政治組織の基本は複数の憲法的法律 (lois constitutionnelles) によって定められ、それらは通常の法律に優る法的権威をもつとされた。……わが『大日本帝国憲法』『日本国憲法』は右のどの基準によっても『憲法』とされる。けれども、一八一四年のフランス『憲法』は(a)、(b)の意味では『憲法』であったが、(c)の意味ではそうではなかった。一八四八年のサルジニア憲法(一八六二年イタリヤ憲法とされる)は(b)の意味でのみ『憲法』で、(a)、(c)の意味ではそうではない。そのため、学者は右(a)、(b)、(c)いずれの基準によるかを明示した上で、これらによって『憲法』とする場合に『形式的意味の憲法』とよんでいる<sup>(12)</sup>。

- (10) 日本国憲法の体系的解説書としては、最も詳細といつてよい小嶋の以上の解説には、本稿冒頭の「テーゼ」①～⑤のうち①～③がすべて含まれている。

すなわち、第一に、成文・不文を問わず、国家の構造・組織の秩序に関する法規範が、「本来の意味の憲法また

は実質的意味の憲法」とよばれる。「本来的意味の憲法」は「固有の意味の憲法」と同じであるから、ここには「実質的意味の憲法」と「固有の意味の憲法」とは同義だという理解が示されている。

第二に、「実質的意味の憲法」（本来的意味≠固有の意味の憲法）のうち、「立憲主義を内容とするもの」が「立憲的意味の憲法」である。「立憲的意味の憲法」は、「固有の意味の憲法」の一種であり、下位概念である。

第三に、「形式的意味の憲法」とは、次の三つの要件を and/or で充足する制定法を意味する。すなわち、(i) 「憲法」という標題をもつ、(ii) 「実質的意味の憲法」を内容としている、(iii) (改正要件が加重されるなど) 「特別の法的権威」をもつという三要件である。したがって、小嶋の理解を敷衍すれば、「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」は、一方は法形式の如何を問わず特定の内容の法規範、他方は特定の形式・内容の制定法という、異なる観点から選択された法規範の集合であって、対立概念ではない。

- (3) R. Zippelius/Th. Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., 2008, S. 41f.
- (4) K. Stern, Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 72f.
- (5) W. Haller/A. Kötz, Allgemeine Staatsrecht, 3. Aufl., 2004, S. 97-99.
- (6) 教科書類では Ch. Degenhart, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 24. Aufl., 2008, S. 5; E. Stein/G. Frank, Staatsrecht, 18. Aufl., 2002, S. 11f. も「実質的意味の憲法」「形式的意味の憲法」にいろいろ説明するが、「固有の意味の憲法」という用語には触れていない。また、代表的な個別研究を例にすると P. Badura, Verfassung, in: Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl., Bd. II, 1987, Sp. 3737ff.; J. Isensee, Staat und Verfassung, in: HbSStR II, 3. Aufl., 2004, S. 3ff. でも「固有の意味の憲法」という用語は使用されていない。
- (7) 参照: 赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』信山社二〇〇八年二六―二八頁、七五頁、一三三―一三五頁。
- (8) 例外的に、マウンツの初版の憲法の分類には、「自由主義的意味の憲法」があげられている。これは、日本の学説にいう立憲的意味の憲法にあたる。Th. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1. Aufl., 1951, S. 31.
- (9) H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, 1929, in: WRS, S. 1819; 菅野喜八郎『国権の限界問題』木鐸社一九七八年七〇―七一頁、古野・前掲注(2) 論文六三―六五頁参照。

(10) 明治憲法下の憲法解説書でも、国家の組織・作用の基本法を広義の憲法、そのうちで立憲政体をとるものを狭義の憲法と称するとして、「立憲の意味の憲法」を「実質の意味の憲法」の一種と捉え、他方、成文憲法典を「形式的意味の憲法」とも呼ぶとして、伝統的用語法に忠実な説明をおこなうのが一般的だったように思われる。たとえば、穂積八束『憲法提要・上巻』有斐閣書房一九〇一年一三六―一三七頁、市村光恵『憲法要論』有斐閣書房一九〇四年一七―二二〇頁、上杉慎吉『新編憲法述義』有斐閣一九三三年二三四―二三八頁、金森徳次郎『帝國憲法要綱』巖松堂一九二五年五二頁。

日本国憲法の主要な解説書では、小嶋・概説のほかにも、たとえば、清宮四郎『憲法Ⅰ・第三版』有斐閣一九七九年六―七頁、伊藤正己『憲法・第三版』弘文堂一九九五年七―八頁が、「実質の意味の憲法」と「形式的意味の憲法」について伝統的な用語法に従った説明をしている。

(11) 美濃部達吉『憲法撮要』(第五版第三刷) 有斐閣一九三二年七〇―七一頁。

(12) 小嶋和司『憲法概説』良書普及会一九八七年、信山社による復刻版二〇〇四年二―三頁。

### 三 佐々木惣一説とその影響

(1) 以上のような用語法が、ドイツおよび日本の憲法学の伝統的な言葉遣いであるとすれば、「はじめに」で挙げた『憲法・第四版』に示された芦部説は、明らかに伝統的用語法とは異なる。この点をもう一度確認するため、憲法概念についていっそう詳細な考察を展開している『憲法学Ⅰ』もみておこう。そこには次のような記述がある。

「実質的憲法概念のうち、……国の統治の基本に関するルール(国家の基礎法)としての憲法を、通常『固有の意味の憲法』と呼ぶ。」「これに対して、実質的憲法概念のうち、……立憲的な(constitutional) 諸制度に関するルールとしての憲法は、市民革命期に、政治権力を制限する規範体系・規範秩序として説かれた……。」「実質的憲法概念の①と②、すなわち、『すべての国に憲法は存する』という命題「固有の意味の憲法」と、『憲法は自由国家の基本法である』という命題「立憲の意味の憲法」は、論理的には結びつかないものである。それが同じ実質的憲法というカテゴリーに一括して分類されたのは、……法実証主義の憲法理論では、一般に、法の内容は法概念に非本質的なものと考えられ、憲法の場合

も、実質よりも成文ないし硬性……という形式こそが重視されたからである<sup>(13)</sup>。

また『憲法学Ⅰ』では、「実質的意味の憲法」を「固有の意味の憲法」……に限定し、『近代的意味の憲法』……を実質的概念・形式的概念の区別とは別のカテゴリーの概念として説く学説も有力<sup>(14)</sup>だとして、佐々木惣一、清宮四郎、小嶋和司の著作があげられ、苜部自身はそれには従えないことも示唆されている<sup>(14)</sup>。

こうした理解は、ドイツの実証主義公法学が「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」を「実質的意味の憲法」の低位概念と捉えているという認識においても、小嶋説が「立憲的意味の憲法」を「実質的意味の憲法」と独立の概念として位置づけているという認識においても、到底正確とはいえないだろう。私見によれば、むしろ苜部説こそ、その注であげられた佐々木惣一の用語法の影響を色濃く受けているように思われる。そこで次に佐々木惣一の見解をみてみることにしたい。

(2) 佐々木の明治憲法時代の体系的解説書『日本憲法要論』は、憲法の概念を以下のように整理していた。ここでも煩を厭わずに原文を引用する（漢字カタカナ混じり旧字体の原文を漢字ひらがな混じり新字体に改めた）。

「憲法」の概念に就ては其の本来の概念と近代の国家論に於て用ゐらるる概念とを區別するを要す。今後者を前者に対して憲法の近代的概念と云ふ。

第一 憲法の本来の概念。憲法の本来の概念に就ても亦実質的概念と形式的概念とを區別するを要す。

一 憲法の実質的概念。実質的概念として、憲法とは国家の根本法即ち国家に関する根本規範を定むる法を謂ふ。之を  
実質憲法と名く。……

実質的概念たる憲法は国として之を有せざるはなし。但是れ国家前に成立して而して後に国家が必ず憲法を定むと云ふ

に非ず。国家の成立と共に必ず憲法あり。憲法なくして国家あるを得ざるなり。

二 憲法の形式的概念。形式的概念として、憲法とは憲法なりしとて制定発布せられたる法を謂ふ。之を形式憲法と名く。即ち、国家が特に其の法を以て国家に関する根本規範を定め他の法と区別することを示したるものなり。……

第二 憲法の近代的概念。近代の国家論に於て憲法と云ふときは、特殊の意義を有し、特に国家の根本法にして立憲政体を定むるもののみを指すの慣例とす。此の意義に於ける憲法は立憲国のみ之を有す。其の形式憲法即ち所謂成文憲法たとえ実質憲法即ち不文憲法たるとは問ふ所に非ざるなり<sup>(15)</sup>。

(3) 他方、佐々木の日本国憲法の体系的解説書『日本国憲法論』では、以下のような説明になっている。

「法の中特に憲法と呼ばれる特別のものがある。憲法の内容についてはその概念を構成する場合の着眼点を定めなくてはならぬ。

第一 規定の性質に着眼する概念 これに本来の概念と近代的概念との区別がある。

一 憲法の本来の概念 本来の概念として、憲法とは国家の根本法をいう。即ち根本的の見地で国家に関して規律する法をいう。……

かかる意味の憲法はいかなる国家においても存在する。憲法なき国家というものは論理的に考えられないのである。

……

二 憲法の近代的概念 ここに憲法の近代的概念とは、憲法の内容として近代に至つて成立したものである。近代の国家論において憲法というときは、国家の根本法であつて立憲政体を定めるもののみを指しているの例である。……

第二 存在の形態に着眼する概念 これに実質的概念と形式的概念との区別がある。

一 憲法の実質的概念 実質的概念として、憲法とは国家の根本法たる性質を有する法を指して、国家がこれを根本法とする意思を表示すると否とに因せず、称する。略して実質憲法という。

二 憲法の形式的概念　形式的概念として、憲法とは国家の根本法であるとして制定公布した法をいう。略して形式憲法という。……右の形式的概念としての憲法は、法そのものとしては、前述の本来の意味の憲法と一致する。併しこれを見る着眼点が異なる。然しながら、前述の近代的概念としての憲法とは一致しない。立憲政体を認めない根本法であつても、形式憲法たる根本法であることを妨げないからである<sup>(16)</sup>。

(4) このようにみても、佐々木の憲法概念論には、戦前と戦後で看過できない相違がある。そこでまず、戦前の憲法概念論の特色とその問題点をみておきたい。

戦前期佐々木説の第一の特色と（私見によれば）同時に問題点は、「憲法の本来の概念」と「憲法の近代的概念」とを、まず区別しなければならぬ点である。もし、佐々木が、これによって、伝統的用語法と同じく「憲法の近代的概念」は「憲法の本来の概念」の一種であるという趣旨を述べたのだとすれば、両者を並列的に掲げてその区別を強調する表現形式はミスリードだということになるだろう。また、もし、佐々木が、「憲法の本来の概念」と「憲法の近代的概念」とを対置しているのであれば、佐々木のいう「憲法の近代的概念」とは、立憲政体をとる国家の根本法であるから、これと対置される「憲法の本来の概念」とは、「立憲政体をとらない国家の根本法」を意味することになるはずで、「憲法の本来の概念」のさらに下位区分とされる「憲法の実質的概念」が、立憲的たる非立憲的たるを問わず「国家の根本法」の意味だとされていることと平仄が合わない。

戦前期佐々木説の第二の特色と問題点は、「憲法の本来の概念」と「憲法の実質的概念」を区別し、「憲法の本来の概念」を「憲法の実質的概念」および「憲法の形式的概念」の上位概念と位置づけていることである。引用した箇所を確認すればわかるように、この位置づけの結果、佐々木のいう「憲法の本来の概念」は、奇妙なことに定義を欠いたものとなっている。「憲法の本来の概念」は、その下位概念であるはずの「憲法の実質的概念」と實際は

同義のようにもみえるし、また「憲法の近代的概念」との対置からすると、上述のように「非立憲的憲法」を指すようでもあって、はなはだ明確を欠く。

戦前期佐々木説の第三の特色と問題点は、「憲法の実質的概念」と「憲法の形式的概念」の区別の仕方、特に「憲法の実質的概念」の理解の仕方にある。佐々木という「憲法の本来の概念」が、さらに「憲法の実質的概念」と「憲法の形式的概念」とに区別されることから、「憲法の近代的概念」のほうも、それが「憲法の本来の概念」の低位概念であるにせよ、対立概念であるにせよ、「実質的概念」と「形式的概念」に区別されることになると思われる。現に佐々木は、「近代的概念の憲法」とは「特に国家の根本法にして立憲政体を定むるもののみを指すの慣例とし」、「其の形式憲法即ち所謂成文憲法たと実質憲法即ち不文憲法たるとは問ふ所に非ざるなり」としている（傍線は本稿筆者）。ここでは、「形式的意味の憲法」は成文憲法、「実質的意味の憲法」は不文憲法と等置され、「形式的意味の憲法」と「実質的意味の憲法」とが対立概念と考えられている。しかし、伝統的用語法では、「実質的意味の憲法」とは、その内容が国家の最高諸機関の種類・組織・権限の基本事項等に関する法規範のことであるから、それは不文憲法と同義ではない。憲法典にまとめられていても、複数の法的文書に分散していても、ある部分は法典化され、ある部分は不文の慣習であつても、そうした形式とはまったくかわりなく、内容的に最高国家諸機関の種類・組織・権限の基本事項等に関する法規範であれば「憲法」とよぶ、という趣旨なのである。つまり、「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」は、法規範に関する異なる次元の分類基準なのであって、対立概念ではない。戦前期佐々木説には、この点の誤解があるように見受けられる。

(5) 憶測を逞しくすれば、これらの不都合に気づいたのか、戦後の佐々木説は、「性質」に着眼する分類と「存在の形態」に着眼する分類との区別という新たな観点を導入し、「憲法の本来の概念」と「憲法の近代的概念」を「性質」に着眼した分類、「憲法の実質的概念」と「憲法の形式的概念」を「存在の形態」に着眼した分類と位置づ

けなおした。

「憲法の本来の概念」と「憲法の近代的概念」が対になるような書きぶりはおミスリードではあるものの、この新たな構成の結果、「憲法の本来の概念」と「憲法の実質的概念」「憲法の形式的概念」とが切り離されることによって、「憲法の本来の概念」に「国家の根本法」という定義を与えることが可能になり、「憲法の近代的概念」が「憲法の本来の概念」の一種であること、すなわち、国家の根本法のうち、立憲政体をとるものが「憲法の近代的概念」であることが明確になった。

しかし、私見によれば、戦後の佐々木説も、「憲法の実質的概念」と「憲法の形式的概念」については、戦前期と同様の誤解を引きずっているように思われる。上述のように、「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」は、けっして対立概念ではない。たとえば、「存在の形態」といった、あるメルクマールを基準として、憲法規範が「形式的意味の憲法」か、でなければ「実質的意味の憲法」に択一的に分類されるわけではない。「実質的意味の憲法」「形式的意味の憲法」は、一国の法規範の分類の結果でもあるが、むしろそれ自体が分類の基準ともいえるべきものである。すなわち、一国の法規範の全体から、内容（実質）を基準として取り出された憲法規範が「実質的意味の憲法」であり、形式を基準として取り出された憲法規範が「形式的意味の憲法」である。したがって、「実質的意味の憲法」の対立概念をあえて言語化するれば、それは「実質的意味の非憲法」（内容的にみて憲法とはいえない法規範）であり、同じく「形式的意味の憲法」の対立概念をあえて言語化するれば、それは「形式的意味の非憲法」（形式からみて憲法とはいえない法規範）である。これに対して、「存在の形態」という基準によって「憲法の実質的概念」と「憲法の形式的概念」とが区別されるとする戦後期佐々木説は、戦前期と同様、「実質的意味の憲法」≠不文憲法という誤解から脱していないように思われるのである。

- (6) こうした戦後期佐々木説を踏襲する代表的論者は佐藤幸治である。佐藤『憲法』の該当部分を引用する（傍

線は本稿筆者)。

〔1〕実質憲法と形式憲法 既に述べたように、憲法は国家の根本法の意であるが、委細に言えば、憲法は様々な意味で用いられる。まず、憲法の存在様式に関連して、形式的意味における憲法ないし形式憲法と実質の意味における憲法ないし実質憲法との別が生ずる。前者の形式憲法とは、軟性・硬性を問わず憲法典という特別の形式で存在する憲法……または通常の法律よりも高い形式的効力をもつ法規範を指す。これに対して実質憲法とは、そのような成文形式で存在するか否かを問わず、およそ国家の構造・組織および作用の基本に関する規範一般を指す。実質憲法は、およそ国家あるところすべてに存在する。形式憲法の内容のすべてが必ずしも実質憲法とは限らず……、また、実質憲法がすべて形式憲法に取り込まれるとは限らない……。

〔2〕固有の意味の憲法と立憲的・近代的意味の憲法 上述のように、およそ国家は、その組織や構造の基本に関する法の存在を前提とするが、これを固有の意味での憲法ないし本来の意味での憲法という。この固有の意味での憲法と先の実質憲法とは、結局同一の事柄を指しているのであるが、固有の意味での憲法は事柄の性質に着眼してのものであり、実質憲法は事柄の存在様式に着眼してのものであって、着眼点の違いによるものである。

この固有の意味での憲法に対して、とくに権力保持者による権力濫用を意識的に阻止し、権力名宛人の利益保護を終局の目的とする憲法を立憲的意味における憲法といい、この種の憲法の体系的展開が近代国家に至ってみられるようになったことから近代的意味における憲法と呼ばれることが多い……。上述のように、近代的意味における憲法は一般に形式憲法として登場し存在しているが、イギリスのような例外……もある。なお、実質憲法について、広狭二義を区別し、広義においては『国家の根本法』を、狭義においては『立憲政の国家に於ける国家の根本法のみ』を意味すると解する立場もある(美濃部達吉<sup>17</sup>)。

私見によれば、このような佐藤説も、戦後期佐々木説の問題点を継承していることになる。すなわち、「実質的

意味の憲法」と「固有の意味の憲法」は、その定義がまったく同一でありながら、前者が憲法の存在様式にもとづき、後者が性質にもとづく次元の異なる分類であるとされていること、「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」が対立概念と捉えられていることである。ただし、上述のように佐々木説が、「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」を不文憲法・成文憲法と同義の対立概念とみなしているのに対して、佐藤説はそうは理解していない。

- (13) 芦部信喜『憲法学Ⅰ』有斐閣一九九二年九―一〇頁。
- (14) 芦部・憲法学Ⅰ五―六頁、八頁注(2)。実質的意味の憲法を固有の意味の憲法に限定している」という批判の仕方にも、「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」の二分法的発想が投影しているように思われる。
- (15) 佐々木惣一『日本憲法要論(第二版)』金刺芳流堂一九三二年一〇五―一〇九頁。
- (16) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』有斐閣一九五二年五九―六四頁。
- (17) 佐藤幸治『憲法・第三版』青林書院一九九五年一五―一六頁。

#### 四 佐々木説・芦部説・佐藤説の問題点

(1) 以上、「実質的意味の憲法」「固有の意味(本来の意味)の憲法」「立憲的意味(近代的意思)の憲法」「形式的意味の憲法」という用語は、ドイツ・日本の伝統的用語法に従って使用するのが適切だというのが、本稿の趣旨である。すなわち、「実質的意味の憲法」は法規範の内容にもとづく分類、「形式的意味の憲法」は法規範の(存在)形式にもとづく分類(制定法の種類)であるから、両者は分類の観点が異なるのであって、対立概念ではない。「実質的意味の憲法」と「固有の意味(本来の意味)の憲法」は同義である。「立憲的意味(近代的意思)の憲法」は

「実質的意味の憲法」の一種である。このような伝統的用語法の立場に立った場合に生ずる佐々木説・芦部説・佐藤説に対する疑問を、もう一度以下にまとめておこう。

(2) 第一に、「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」は対概念ではあるが、けっして対立概念ではない。「実質的意味の憲法」の対立概念は「実質的意味の非憲法」（その内容上、憲法とはいえない法規範）であり、「形式的意味の憲法」の対立概念は「形式的意味の非憲法」（その形式上、憲法とはいえない法規範）である。いうまでもないことだが、日本国憲法は、形式的意味でも実質的意味でも憲法である。

(3) 第二に、戦前期佐々木説、戦後期佐々木説および佐藤説、芦部説は、概念相互の関係についてはそれぞれ異なる理解に立ちながら、いずれも「実質的意味の憲法」と「固有の意味の憲法」を別物と理解している点では共通しているが、私見によれば、三説ともこの区別を貫徹できていない。

すでに確認したように、戦前期佐々木説は、「固有の意味の憲法」（憲法の本来の概念）を「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」の上位概念と位置づけていながら、「固有の意味の憲法」自体には定義を与えることができなかった。

そこで、戦後期佐々木説（および佐藤説）は、「実質的意味の憲法」と「固有の意味の憲法」を、一方は「存在形態による区別」、他方は「性質による区別」だとして再構成している。しかし、その定義は、いずれも「国家の根本法」であってまったく同一である上に、「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」の対立という不適切な理解を伴ったり、「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」の対立といふこれも不適切な理解を伴っている。したがって、同一の定義をもつ一つの概念が、「性質」による区別と「存在形態」による区別という二つの異なる次元で対立概念をもつという、この技巧的な分類にも従うことができない。

また、本稿冒頭の『憲法・第四版』の引用から確認できるように、芦部説では、「実質的意味の憲法」は、「固有

の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」の上位概念であるようにみえるが、「実質的意味の憲法」自体の定義はみあたらない。ちょうど、戦前期佐々木説に「憲法の実質的概念」と「憲法の形式的概念」の上位に置かれた「憲法の本来の概念」の定義がみあたらないのと同様である。

(4) 第三に、佐々木・芦部・佐藤の言説には、「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」とを対立概念とする見解、あるいはそう誤読される表現形式が含まれているが、これにも従うことができない。

その理由の第一は、「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」の対置は、二で確認した伝統的用語法と異なるということである。伝統的用語法では、「実質的意味の憲法」＝「固有の意味の憲法」＝「最高国家諸機関の種類・組織・権限の基本事項等に関する法規範」とされるので、「固有の意味の憲法」の対立概念は、「立憲的意味の憲法」ではなく、あえていえば「固有の意味の非憲法」である。また、「立憲的意味の憲法」とは、「立憲主義的な内容をもった最高国家諸機関の種類・組織・権限の基本事項等に関する法規範」であるから、その対立概念は「固有の意味の憲法」ではなく、あえていえば「非立憲的意味の憲法」である。誰でも伝統的用語法とは異なる用語法を選択する自由をもっているが、その場合には、少なくとも違いを明示する必要があるだろう。

理由の第二は、「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」の対置が立憲主義憲法の誤解につながると思われることである。戦後期佐々木説・芦部説・佐藤説は、「固有の意味の憲法」を「国家の根本法」「国家統治の基本ルール」「国家の組織・構造の基本法」と定義する点では共通している。そこで、もし、「立憲的意味の憲法」が、この意味の「固有の意味の憲法」の対立物であって、もっぱら「専断的な権力を制限して広く国民の権利を保障する」<sup>(18)</sup>法規範のみを指すと理解されるのだとすれば、(イ)立憲民主主義思想に立脚しているはずの日本国憲法の条文テキストが表明している法規範は、すべて「立憲的意味の憲法」であるから、そこには「固有の意味の憲法」は含まれていない、ということになるか、でなければ、(イ)日本国憲法の条文テキストが表明している法規範には、内容

的には「立憲的意味の憲法」の部分と「固有の意味の憲法」の部分とが存在する、ということになるだろう。

もし、前者と解するならば、日本国憲法は現在の日本国家の「根本法」「国家の組織・構造の基本法」ではないことになり、これこそ立憲民主主義思想とまったく相容れない見解といわざるをえない。また、後者のように解しても、憲法典の条文に表明されている法規範を「立憲的意味の憲法の部分」と「固有の意味の憲法の部分」に腑分けすることは、不可能であるとともに不必要だと思われる。たとえば、憲法四一条が表明する法規範は、国会を「国権の最高機関」「国の唯一の立法機関」と定める国家組織の基本に関する法規範であり、その意味ではもちろん「固有の意味の憲法」規範であるが、同時に国会（議会）という立憲民主主義的国家機関を設置し、国会には行政権・司法権を付与しないことを含意する点では、専断的権力を制限する「立憲的意味の憲法」規範でもある。これは、日本国憲法の内容が、立憲主義的な実質的意味の憲法であることの当然の表現である。

要するに、日本国憲法（の条文が表明する法規範）は、立憲民主主義の政治思想に立脚しており、国家権力機構を樹立すると同時に、人権保障を目的としてこれを制限する法規範でもあるという、ドイツ憲法についてツイペリウス・ヴュルテンベルガーが述べているような常識論こそ、「立憲的意味の憲法」の適切な説明なのである。

(18) 菅部・憲法五頁。

## 五 日本国憲法の解釈論と「実質的意味の憲法」概念

(1) このようにみえてくると、そもそも、日本国憲法の解釈論にとっては、「実質的意味の憲法」（固有の意味の憲法）という概念は不要ではないかという思いに囚われる。

その理由をあげると、まず第一に、これまでの検討の流れから理解できる（と期待される）ように、日本国憲法下の学界をリードしてきた高名な憲法学者の言説によって、「実質的意味の憲法」「固有の意味の憲法」の用語法には、遺憾ながらもなほだしい混乱が生じていると思われるからである。

しかも、第二に、日本国憲法の解釈学と学習においては、（教科書冒頭の説明を除いて）「実質的意味の憲法」「固有の意味の憲法」の概念が、みずからの主張を根拠づけ結論を導く鍵概念とされた例は管見するかぎり存在せず、私見によれば（とりわけ学生が）難解で混乱した用語法につき合う必要もないと考えられるからである。

第三の、もう少し理論的な理由は、法令の違憲審査制度を伴う成文硬性憲法典が存在する現代日本のような国家では、形式上、憲法典の条文の意味として表示される法規範には他の法規範の合憲性を量る尺度という、実務上も重要な特殊な意義がある以上、かつて樋口陽一が説いたように、<sup>(19)</sup>憲法といえは日本国憲法を意味するという用語法には、制度上の合理性が存在するからである。

そして、第四の、さらに本質的な理由は、「実質的意味の憲法」（「固有の意味の憲法」）は、定義上、その外延を画することが困難なため、有用な解釈的形象 *Auslegungsfigur* となることが難しいからである。「実質的意味の憲法」の外延を画することの困難は、古くからしばしば指摘されてきた。<sup>(20)</sup>その根本的な理由は、「実質的意味の憲法」（「固有の意味の憲法」）が、（最も一般的な定義によれば）「国家の組織と作用の」あるいは「最高国家諸機関の種類・組織・権限」の「基本的な」法規範とされることにある。「基本的」か否かは、論者の価値判断に依存する不確定な識別基準だからである。

(2) 現代日本の憲法学者のなかで、憲法解釈学が「実質的意味の憲法」を重視すべきことを力説するまれば論者は大石真であろう。大石の趣旨は、憲法典に考察の視野を局限すると、近年の「憲法秩序」の大きな変動を正當に考慮することができなくなるとい点にある。このこと自体は傾聴すべき見解であろう。しかし、私見によれば、

大石も、考察対象とされるべき「憲法秩序」の範囲を理論的に提示したとはいえないように思われる。

大石は、「憲法秩序」と「実質的意味の憲法」とをほぼ同義に用い、「成文憲法体制の場合、憲法秩序は、通常、単一の憲法典に盛り込まれた各種の条規だけでなく、憲法典に準ずる効力を有する司法的先例又は憲法判例や、それらに劣位する通常の法令又は憲法附属法などから形づくられている」とした上で、「国家机关の組織・構成などに関する統治構造の分野については、主として憲法典と憲法附属法とが……重要となる」と述べて、憲法附属法重視論を展開する<sup>(21)</sup>。

では、「憲法附属法」とは何か。大石によれば、「内容からすると等しく国政の組織と運営に必要な基本的規範ではあるが、形式上は憲法典に盛り込まれることなく、むしろ通常の議会制定法その他の法令に委ねられたものを、とくに『憲法附属法』とよぶことができる(傍線は本稿筆者)。しかし、この論文における大石の実質的な考察は議会制定法に集中し、これに即して「憲法附属法」の理解にもすぐに変更が加えられている。すなわち、「憲法附属法とは、国政の組織と運営に必要な規範、すなわち実質的意味の憲法に属する法規範であって、憲法典を補充する意味をもつ規範又はそれを内容とする議会制定法をいう<sup>(22)</sup>」。先の定義と下線部が異なるこの変更は、私見によれば、「憲法附属法」概念を議会制定法に限定する趣旨と解されるので、けつして小さくない意味をもつ。いずれにせよ、ここでは「実質的意味の憲法」のうちで憲法典に盛り込まれていないものなから、さらに「国政の組織と運営に必要な」「議会制定法」が、「憲法附属法」として重視されるわけである。

さらに大石は、「憲法典の立案と並行して検討され、かつ憲法典の施行と同時に施行された」という事実を「主要な」憲法附属法の目安とし、明治憲法体制に関しては「議院法・衆議院議員選挙法・貴族院令・會計法」、日本国憲法体制に関しては「皇室典範・内閣法・財政法・裁判所法・地方自治法・国会法など」をこれにあげている(傍線は本稿筆者)<sup>(23)</sup>。

このように、「実質的意味の憲法」の理論的画定を棚上げして、「実質的意味の憲法」中、憲法典には盛り込まれていないものなから、考察の視野を「憲法附属法」＝「国政の組織と運営に必要な議会制定法」に限定し、「憲法典と並行して検討された」議会制定法をさらにその主要なものと捉えることは、考察の戦略としては実際の合理性をもつてであろう。しかし、「国政の組織と運営に必要」であるか否かをメルクマールとする「憲法附属法」も、外延を画定できない概念であることに変わりはない。「国政の組織と運営」の範囲に含まれるか否かの判断と、「必要」か否かの判断は、いずれも目分量的な解釈問題とならざるをえないからである。現に大石論文では、司法制度改革を「憲法改革」の一環と捉えた上で、関連法令として知的財産高等裁判所設置法・裁判員法・労働審判法をはじめ、行政事件訴訟法・民事訴訟法・刑事訴訟法の改正も掲げられている<sup>24</sup>。大石の論旨では、司法制度改革は、憲法典の改正こそ伴わないものの、「実質的意味の憲法」の改革であり、したがって、これらの関連法律はすべて「実質的意味の憲法」の構成要素、あるいは「憲法附属法」の一部だということになると思われる。しかし、もしそうだとすれば、「憲法附属法」も容易にその範囲を画定できない無数の法律群からなることを、大石も認めていることになるだろう。

(3) 以上の考察を踏まえて本稿では、日本国憲法の解釈学においては、「憲法」といえば「日本国憲法」のことを指すこととし、混乱を生ずる上に外延の画定も難しい「実質的意味の憲法」「固有の意味の憲法」という用語は使用せず、その代わりに「憲法関連法令」という概念を用いることを提唱したい。

「憲法関連法令」とは、文字どおり、日本国憲法と関連する法規範を指す。制定法が中心であることを想定している。「法令」としておくが、もちろん慣習法は除外されるという趣旨ではない。日本の国内法は、すべて日本国憲法と関連する法令とみなすこともできるわけで、定義に含まれる「憲法と関連する」というメルクマールを理論的に確定することは困難なので、「憲法関連法令」も、「実質的意味の憲法」「固有の意味の憲法」「憲法附属法」

と同様、その外延を画することは難しい。しかし、「憲法関連法令」の具体的なリストは、経験的にはじつはかなり明確である。近年出版され、版を重ねているような主な憲法解説書には、「事項索引」「判例索引」と別に「法令索引」が付されている例はないようだが、仮に「法令索引」を作成すれば、各種の憲法教科書に共通して掲げられることになる法令が、「憲法関連法令」である。

すなわち、「憲法関連法令」とは、日本国憲法の内容を学習し、研究し、あるいは、日本国憲法の内容をめぐって訴訟等で争う場合に、個々のテーマや問題ごとに自然に取り上げられることになるはずの現行日本法である。これには、日本国憲法との関係に応じて、二種類の法令が含まれる。一つは、日本国憲法との抵触が問題となる法令（いわば「逆接的關係」の憲法関連法令）、もう一つは、日本国憲法の内容の具体化と位置づけられる法令（いわば「順接的關係」の憲法関連法令）である。たとえば、刑法一七五条は、憲法二一条に違反しないかが争われてきた規定であるから前者にあたり、同じ刑法でも二三〇条の二は、表現と名譽という、いずれも憲法に由来する二つの利益を調整するための規定であると解され、違憲論もないようであるから、後者にあたる。このように、本稿が「憲法関連法令」という場合、必ずしも一本の制定法の全体が一つのユニットであるわけではなく、条項ごとに問題となる場合もある。

いま提案した用語法には、新奇な点はひとつもない。これまでも、日本国憲法の解釈の文脈で「憲法」といえる「日本国憲法」が念頭に置かれ、テーマや論点ごとに、関連する国内法令の諸規定が検討の対象とされてきた。この実態をそのまま受け入れて、これまでどおり研究し学習し議論すればよく、混乱に満ちた「実質的意味の憲法」「固有の意味の憲法」の概念を教科書の冒頭（だけ）で取り上げる必要はないというのが本稿の提案である。

(19) 樋口陽一「『憲法学』の対象としての『憲法』」(初出一九八三年。のちに樋口『権力・個人・憲法学』学陽書房一九八九年二〇〇頁以下に

再録。とりわけ同書三〇頁以下、二三七頁注（10）参照。

（20）たとえば、長谷部恭男『憲法・第四版』新世社二〇〇八年三頁。

（21）大石眞「憲法典と憲法附屬法」（同『憲法秩序への展望』有斐閣二〇〇八年所収）三頁、六〜七頁。

（22）大石・前掲注（21）六頁、九頁。

（23）大石・前掲注（21）一四頁。

（24）大石・前掲注（21）三〇頁。

## 六 日本憲法史・ドイツ憲法理論研究と「実質的意味の憲法」概念

（1）では、憲法学にとって、「実質的意味の憲法」の概念がまったく不要かといえは、必ずしもそうではない。学問的営為にとつて「実質的意味の憲法」概念が必要となる二つの領域として、日本憲法史の研究とドイツ憲法理論の研究があげられる。

（2）日本憲法史の研究と叙述には、その時間的な記述範囲の設定の仕方によっては、事項的な記述対象を画定する上で「実質的意味の憲法」概念が不可欠となる。

もし、日本憲法史の叙述を前近代から説き起こすとすれば、すなわち、たとえば江戸時代の日本国家の憲法を記述対象としようとするならば、江戸時代の「実質的意味の憲法」を画定する作業、つまり、幕藩体制を基礎づける法規範を内容的に識別し、抽出し、体系立てて解説する作業が不可避となる。憲法学は伝統的に前近代を準備範囲外としてきたため、これまでこうした作業に頭を悩ます必要がなかっただけである。<sup>(25)</sup>

しかし、「実質的意味の憲法」の観念は、近代日本憲法史の叙述にも、じつは不可欠である。明治維新が起った一八六八年から大日本帝国憲法が施行される一八九〇年までの足かけ二三年間、日本には「形式的意味の憲法」は

存在せず、立憲主義的体制も成立していなかった。しかし、近代日本の出発点は明治維新に求められるのが通常であるから、この二三年間は、本来、近代日本憲法史の研究・叙述の対象のはずである。したがって、一般に憲法教科書が、「日本憲法史」の章を設けながら、明治維新から第二次大戦の敗戦に至る七八年間のほぼ三〇%を占める期間の「憲法」に関する考察を欠いているのは、制定法主義の感覚にあまりにも慣れ親しんだ思考の盲点というところになるだろう。<sup>(26)</sup>

近代日本憲法史研究における明治前期二三年間の「憲法叙述の不在」に比べれば規模は小さいが、一九四五年八月一四日のポツダム宣言受諾から、一九四七年五月三日の日本国憲法施行まで、さらには一九五二年の占領解除までの日本国家の「憲法」についても同様の問題がある。通説的見解である八月革命説は、憲法改正限界説をとって、ポツダム宣言の受諾により主権原理が君主主権から国民主権に転換し、明治憲法のこれと矛盾する規定は失効したと主張する。しかし、ポツダム宣言受諾によって、明治憲法の改正では許されない主権原理の転換が生じたと解するのであれば、明治憲法はこれによって失効したとみなすほうが自然であろう。そう解するならば、少なくとも日本国憲法の施行までの日本においては、明治憲法も日本国憲法も適用されていなかったことになり、その間の「実質的意味の憲法」を論ずることが、憲法史学の課題となるはずである。

(3) 「実質的意味の憲法」という発想は、ドイツ憲法理論の理解にとつてもやはり不可欠であると考えられる。ドイツ基本法の解釈学では、Wirtschaftsverfassung、Finanzverfassung、Kulturverfassung、Bildungsverfassung、Religionsverfassung、Wehrverfassung といった用語がしばしば現れる。<sup>(28)</sup> これらを機械的に翻訳すれば、「経済憲法」「財政憲法」「文化憲法」「教育憲法」「宗教憲法」「防衛憲法」ということになるが、問題はその内容である。ここでは、こうした用例の嚆矢と考えられる Wirtschaftsverfassung の意味について、不十分ながらごく簡単な確認をおきたい。

(4) Wirtschaftsverwaltungsrecht (経済行政法) という法分野をドイツではじめて確立したとされるエルンスト・ルードルフ・フーバーによれば、Wirtschaftsverfassung という用語はすでに一九世紀後半に一般化しているが、それは歴史学・経済学・社会学の領域で、一国の経済、一時代の経済または世界経済の事実的秩序構造全体を類型的に把握し表現するために、経済構造・経済体制といった言葉と同義に使用された。<sup>(30)</sup>

しかし、法的意味の経済憲法 Wirtschaftsverfassungsrecht は、こうした事実構造としての経済憲法とは区別され、フーバーによれば、「経済的な財貨・労働力・事業の全体連関に関する限りでの、国家として組織された団体の法的基本秩序である」<sup>(31)</sup>。法的な経済憲法は「法的基本秩序に示された法命題・法制度の全体連関であり、政治的憲法にも『成長してきた』基本秩序と『制定された』基本秩序があるように、経済憲法にも長期にわたる『暗黙裡の』伝統によって形成されるものと、……自覚的な法定立の意思によって形成されるものがある」<sup>(32)</sup>。

他方、フーバーのいう経済行政法 Wirtschaftsverwaltungsrecht とは、「公行政が、行政的措施によって、私経済秩序に内容形成的な作用を及ぼすか（「行政に規定された私経済」）、みずからが経済的に活動する（「行政自身の経済活動」）ための、法制度および法的措置の総体」、別な表現では、「国家行政ないし自治行政が、それにもとづき、あるいはその助けを借り、あるいはその執行を通じて、私経済に内容形成的に介入するか、または直接経済的な活動をおこなう法規範・法制度・法行為の総体」<sup>(33)</sup>である。

法的意味の経済憲法が「経済的な財貨・労働力・事業の全体連関に関する……国家……の法的基本秩序」と定義されていること、また経済憲法には自然発生的なものや制定されたものがあること、そして経済憲法と対比され関連づけられる経済行政法が、法形式ではなく法内容によって識別されるもっぱら内容的な概念であること、これらの点から考えても、フーバーの経済憲法が「実質的概念」であることは疑いない。現にフーバー自身が「実質的意味の経済憲法」と「形式的意味の経済憲法」に言及している。

「実質的意味の経済憲法」について、フーバーはこう述べている。

「基本法的ランクにある規範の体系を、近代的なスタイルの憲法典によって創設され保障された法規の構造体と理解する必要はない。憲法規範が憲法典に統合されていない国家や、経済の基本秩序が既存の憲法典において規律されていない国家でも、経済生活の諸原則が、憲法のランクにある基本的な諸制定法によって規定されていることはありうる。換言すれば、法的意味の『経済憲法』について語るができるか否かを確定しようとする場合に問題となるのは『形式的』憲法ではなく、『実質的』憲法なのである。

実質的経済的憲法とは、経済的な財貨・労働力・事業の秩序を、統一的な、あるいはいずれにせよお互い同士が相互に規定しあう最上級の法規によって、自覚的かつ明瞭に規律するひとつのシステムである。このようなシステムが形成されるのは、とりわけ、政治的・社会的有機体の内部で、経済の本来的・機能的意義が把握され、経済が合理的な格率に従う相対的には自律的なまとまりとして、一定の法的基本形態で規律づけられる場合である。こうした『経済国家』においては、所有権秩序、財貨の生産・分配システム、生産力・生産手段の投入システム、企業の経済的な処分能力の範囲・限界、経済的な集団および団体の種類・構造・有効性、従属労働に従事する人々の法的地位、経済活動に対する国家の作用の程度と限界といった諸事項が、実質的経済憲法でカバーされる本質的な領域である<sup>(34)</sup>。

フーバーのいう「形式的意味の経済憲法」とは、以上のような「実質的意味の経済憲法」が「形式的意味の憲法」のなかに盛り込まれたもの、すなわち、憲法典中の経済原則に関する諸規定である。「憲法典が、経済的な財貨・労働力・事業の法的秩序を規定する諸原則を完全に受容すること、あるいはその主要なものを受容することはありうる。その場合には、それによって、形式的経済憲法が成立する<sup>(35)</sup>」。

(5) 法の内容に着目した「経済憲法」の観念は、今日のドイツの実定法学にも受け継がれている。その例示とし

て、標準的な教科書の一つとして版を重ねているフロツチャーの『経済憲法および経済行政法・第五版』の冒頭部分にある概念の説明をみてみよう。<sup>(36)</sup>

フロツチャーによれば、出発点となる上位概念は「経済法」Wirtschaftsrechtである。「経済法は、経済過程の全体および個人の経済活動に直接作用する法規を包括する」。「経済法」は、さらに「公経済法」öffentliches Wirtschaftsrechtと「私経済法」privates Wirtschaftsrechtに分類される。そのうち「公経済法は、経済過程および個人の経済活動に直接作用を及ぼし、その際に、すべての人に対してではなく、高権の権力の担当者に対してのみ権利を付与し義務を課す法規を包括する」。フロツチャーによれば、「公経済法」には憲法と行政法が含まれること、すなわち、「公経済法」が「経済憲法」と「経済行政法」から構成されることには広く見解の一致がある。しかし、個別的にいかなる法素材が「経済憲法」に属し、いかなる法素材が「経済行政法」に属するかを明確に識別することはできない。「他の多くの法分野とは異なって、経済憲法と経済行政法の基本知については、これまで両者の確固たる序列 Kanon が提示されることはなかった」。フロツチャー自身は、入門書の性質上、核心問題に焦点をしばらくとして、「経済憲法」としては、国家と経済との関係、ならびに基本法とヨーロッパ共同体設立条約に規定された経済活動の保護を取り扱い、経済行政法としては、広義の営業法、ならびに（国内とヨーロッパの）補助金法を取り扱う」と述べている。

(6) このように、「経済憲法」は、まずは内容によって他の法規範から識別される「実質的概念」である。しかし、ヴァイマル憲法は、「ドイツ人の基本権および基本義務」と題する憲法第二篇の第六章「経済生活」の章において、一五一条から一六五条まで、経済原則関係の諸規定に実に一五六条を割いていたため、ヴァイマル憲法時代に「経済憲法」として念頭に置かれていたのは、「形式的意味の憲法」に盛り込まれた「実質的意味の経済憲法」としてのヴァイマル憲法一五一条以下であった。<sup>(38)</sup> ドイツ基本法の場合にも、その制定当初は、そもそも基本法には

「経済憲法」が含まれるかという問題提起がなされ、また今日では、基本法およびEU法の経済活動関係の諸条項が、「経済憲法」の名称で一括されるのが一般的なのである。

たとえば、上述のようにフロッチャーもそうであるが、シュミット・アスマンとショッホを編者とする『行政法各論・第一四版』で「公経済法」の章を担当するペーター・ミヒヤエル・フーバーも、次のように述べて、「経済憲法」とは、ドイツ基本法とEU法に含まれる経済原則に関する諸規範であるとしている（傍線は本稿筆者）。

「したがって、公権力の担当者に対して、経済生活を形成しこれに影響を及ぼす観点から、特別の権利義務を認める法規の総体を、公経済法とよぶことができる。これには、EUとドイツの経済憲法および経済行政法という部分領域が包括される。経済憲法と経済行政法を厳密に区別することはできないとしても、経済憲法が、EUの第一次法レベルまたはドイツ基本法レベルで、経済政策および経済行政の基盤を規律するものであるのに対して、経済行政法は、行政の任務と権限、および経済過程に参加する人の公法上の権利義務を設定し、制限し、廃棄することによって、公的機関が危険の防止や経済過程の分配・指導・促進を目的として作用を及ぼす諸法規を包括する」<sup>(39)</sup>。

このように、現代ドイツの法学では、「形式的意味の憲法」の一部分が「経済憲法」と理解されているといつてよい。しかし、憲法典やEU法の諸規定のどれを「経済憲法」として識別し一括するかは、個々の条項の内容解釈抜きには定まらない。その意味では、「経済憲法」の概念は依然として「実質的」なのである。<sup>(40)</sup>

(25) これに対して、ドイツの法学部の講義科目である「ドイツ憲法史」の叙述は、少なくとも一六四八年のウエストファリア条約による領邦制対主義の確立期以降を対象とするから、「実質的意味の憲法」概念を不可避としている。ドイツ憲法史研究は、歴史学系の研究者のみならず、むしろ憲法学者によって遂行されてきたので、ドイツの憲法学者にとっては実際的な問題である。翻訳のあるものを例にとると、F. Hartung,

Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert Bis zur Gegenwart. 9. Aufl. 1969. ハルトトゥング／成瀬治・坂井栄八郎訳『ドイツ国制史』岩波書店一九八〇年は、表題どおり一五世紀以降の「憲法史」を叙述対象とし、Ch. F. Menger: Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 5. Aufl. 1986. メンガー／石川敏行他訳『ドイツ憲法思想史』世界思想社一九八八年も同様である。

- (26) 主要な憲法解説書は、明治維新から明治憲法制定までの期間を、まがりなりにも立憲主義的な成文憲法である明治憲法の制定前史と位置づけて、明治政府の動きや自由民権運動についてごく簡単にふれるのを通例としており、この期間の(実質的意味の)憲法を叙述するという発想には欠けている。芦部・憲法一八頁、伊藤正己『憲法・第三版』弘文堂一九九五年三七～四〇頁、佐藤幸・憲法六五～六七頁、樋口陽一『憲法・第三版』創文社二〇〇七年五一～五三頁、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I・第四版』有斐閣二〇〇六年四五～四六頁(高見)、戸波江二『憲法・新版』ぎょうせい一九九八年一九～二二頁、辻村みよ子『憲法・第三版』日本評論社二〇〇九年三三～三五頁、長谷部・前掲注(20) 四七頁参照。

これまでのところ日本憲法史を対象とする唯一の通史的叙述である大石眞『日本憲法史・第二版』有斐閣二〇〇五年は、「実質的意味の憲法を中心とする日本憲法史」を構想するが(同書八頁)、全一〇章中、第一章から第六章までを占める明治憲法制定前の時期の叙述は、「憲法体制成立史」(同書六頁)の観点に立って明治憲法と附属法令の制定の経過を追うもので、やはり必ずしもこの時期の「実質的意味の憲法」を叙述するという発想には立っていないように思われる。ちなみに大石眞との対談のなかで山室信一は、中国には日本の明治維新から明治二三年までの期間について、「予備立憲期」という呼称があることを紹介している。大石眞・高見勝利・長尾龍一編『対談集・憲法史の面白さ』信山社一九九八年三八頁。注(2)に掲げた堀内健志『憲法』概念と憲法学(その二)七二頁、八〇頁注(40)参照。

- (27) 森田寛二「宮沢俊義とケルゼン」(長尾龍一・新正幸・高橋広次・土屋恵一郎編『新ケルゼン研究』木鐸社一九八二年)二五七～二五八頁。  
 (28) 基本権と国家組織の双方を一冊で取り扱ったドイツ基本法の定評ある教科書として長い寿命を保っている Zippelius/Wurtenberger: Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008. v. P. Badura, Staatsrecht, 4. Aufl. 2010 を例とする。v. P. 前者の事項索引には「経済憲法」「財政憲法」「文化憲法」「宗教憲法」「防衛憲法」が掲げられており、後者の事項索引にも「経済憲法」「財政憲法」「宗教憲法」「防衛憲法」の語があげられている。パットーラの国法の索引には Kulturverfassung はないが、Kulturstaat「文化国家」の語が掲げられている。

- (29) P. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 3. Aufl. 2008, S. 6.  
 (30) Vgl. E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1, 2. Aufl. 1953, S. 21.  
 (31) E. R. Huber, aaO, S. 23.  
 (32) E. R. Huber, aaO, S. 23f.  
 (33) E. R. Huber, aaO, S. 18, S. 48.  
 (34) E. R. Huber, aaO, S. 27f.  
 (35) E. R. Huber, aaO, S. 28.

- (36) W. Frotscher/U. Kramer, *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 5. Aufl., 2008, S. 1-5.
- (37) ヴァイマル憲法のテキストにこころは「E. R. Huber (Hrsg.) *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 4, 3. Aufl., 1991, S. 151ff. 翻訳として、高田敏「初稿正典編訳」『ドイツ憲法集・第六版』信山社二〇一〇年一二三頁以下参照。
- (38) Vgl. E. R. Huber, aaO., S. 29.
- (39) P. M. Huber, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, in: E. Schmidt-Assmann/F. Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., 2008, S. 314.
- (40) たとえば、やはり代表的な教科書である P. Baidura, aaO., S. 12f. は、ヴァイマル憲法とは異なって、ボン基本法は経済体制の明示的な確定を断念しているが、一連の基本権規定や国家目標規定が「経済憲法的な射程」を有することは否定できないとして、基本法二条一項の「私的自治」「契約自由」の保障、一二条一項の「職業および企業の自由」、一四条の「所有権の保障」、九条の「結社の自由」、二〇条一項等の「社会国家原理」、一〇九条二項等の「経済全体の均衡」の要請、八八条二文の「価格安定」の要請、七四条一項一・二・三・四号の「経済法と経済権力の濫用防止に関する立法委託」、二〇 a 条の「自然環境の保護」をあげている。このように、「形式的意味の憲法」のなかから「実質的意味の経済憲法」を抽出してくるのが、現代ドイツの学説に共通の発想であろう。

## 七 おわりに

本稿の「テーゼ」を繰り返すことで、むしろに考えたいと思う。

① 伝統的用語法では、「形式的意味の憲法」と「実質的意味の憲法」は、一国の法規範の全体から憲法規範を選び出すためのそれぞれ別個の基準であり、またこの選択の結果である。したがって、両者は法の「存在形態」にもとづく区別ではなく、対立概念でもない。「形式的意味の憲法」の対立概念をあえて言語化するれば「形式的意味の非憲法」であり、「実質的意味の憲法」の対立概念は、あえていえば「実質的意味の非憲法」である。

② 伝統的用語法では、「実質的意味の憲法」と「固有の意味の憲法」は同義である。両者は異なるとする学説も、両者に異なる定義を与えてはいない。

③ 伝統的用語法では、「立憲的意味の憲法」は「固有の意味の憲法（＝実質的意味の憲法）」の一種であり、下

位概念である。したがって、「固有の意味の憲法」と「立憲の意味の憲法」は対概念ではなく、まして対立概念ではない。「固有の意味の憲法」の対立概念をあえて言語化すれば、それは上記のように「固有の意味の非憲法」（「実質的意味の非憲法」）であり、「立憲の意味の憲法」の対立概念は、あえていえば「非立憲の意味の憲法」である。日本国憲法は、立憲民主主義思想に立脚する国家組織・作用の基本的法規範を法典化したものであるから、形式的意味においても、実質的意味（固有の意味）においても、立憲の意味においても憲法である。

④ 日本国憲法の解釈にとつて、「実質的意味の憲法」の概念は不要である。日本国憲法の解釈において考察対象となってきた憲法下位法を一括して表象するためには、「憲法関連法令」という発想と名称が実用的である。

⑤ 明治前半期の日本憲法の記述や、ドイツ憲法学における *Wirtschaftsverfassung* の概念理解のように、研究領域によっては「実質的意味の憲法」の概念が不可欠となる場合がある。