

憲法——その意味・その特色・その目的

南野, 森
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://hdl.handle.net/2324/19567>

出版情報 : 法学セミナー. 56 (4), pp.4-8, 2011-04-01. NIPPON HYORONSHA
バージョン :
権利関係 :

憲法

その意味・その特色・その目的

九州大学准教授

南野 森

法学セミナー 2011/04/no.676

本特集に寄せられた論稿のうち、個別法分野を扱うものは、その冒頭で、まず〇〇法とは何かを説明することになっている。各法分野について知識のない読者でも読み始めることができるようにとの配慮からであるが、一見すると単純に思えるこの問いに答えることは、とりわけ憲法の場合、それほど簡単ではない。憲法学においては、そもそも憲法とは何かという問いが、さまざまな議論の対象となる一つの研究テーマたりるのである。そこで本稿では、憲法とは何かという大きな問いを3つにわけて、①憲法という言葉の意味、②憲法を他の法と比べた場合の特色、③憲法を定める目的、を順に検討することにする。これらはいずれも、憲法を学ぶうえでの前提となることがらであるにもかかわらず、大学の講義では時間的な制約もあり省略されがちである。しかし、以下で述べることがらは、やや迂遠に思われるかもしれないが、憲法をそれなりに理解し苦手意識をもたないためにはきちんと理解しておいた方が良くと筆者は思うし、また上級生にとっても、これまで学んできた憲法を振り返って考え直す一つのきっかけになるはずである。ひょっとすると上級生は、どうも憲法は他の法学とどこか勝手が違うと感じているかもしれないが、そもそも前提的・背景的事実の違いにその一因がある以上、それは当然とも言える。憲法の場合、「条文からスタート」するより前に知っておくべきことが実にたくさんあるのである。

1 憲法とは何か——憲法という語の意味

[1] 憲法という日本語の無意味？

憲法とは何かという問いは、高校までの段階で憲法について一定の教育を受けた読者にとっては、当然のことを聞いているように見えるだろう。たとえば、多くの読者は、憲法と言えばほかならぬ日本国憲法とか、あるいはアメリカ合衆国憲法、大韓民国憲法といった

世界各国の憲法典のことだとも思うかもしれない。ところが、「『憲法』と聞いて憲法典しか考えないようでは、学問は始から無駄である」などと挑発的に言う教科書もある（小嶋和司『憲法学講話』〔有斐閣、1982年〕9頁）。

もともと憲法という語は、聖徳太子の「憲法十七條」のように、日本書紀にも登場する古い漢語であるが、明治時代以降、それを西洋語の *constitution* の訳語として用いることが定着した。我々の先人たちが、幕末から明治初期にかけて *constitution* という概念を知って以来、訳語としては国憲（加藤弘之）や根本律法（津田真道）、律例（福沢諭吉）なども考案されたが、やがて憲法という語に一本化する。この場合、憲法という日本語にさしたる意味が込められているわけではなく（「憲」も「法」も「のり」であり、「温暖」や「柔軟」のごとく同義字を重ねた熟語である）、いわば記号として、西洋語の *constitution* に対応するものとして憲法という日本語を爾後用いるとの約束が成立したと評することができる。いまさらこの翻訳にケチをつけても仕方のないことであるが、それにしてもこの訳語は、この本質をうまく言い表せていない。そもそも、憲法という名称からして、この語は「それが何についての法であるかを示していない。『民法』は市民生活の法、『商法』は商にかんする法、『刑法』は刑罰にかんする法ということで、それらの語は、漠然とではあるが、その規制対象を示している」のに対し、憲法という語は、「法という意味の字を二つ重ねたにすぎないもので、そのため、この語は、いろいろな法を指して用いられてきた」（小嶋和司=大石眞『憲法概説〔第7版〕〕〔有斐閣、2011年〕1頁）と言われるごとくである。

[2] 形式的意味の憲法と実質的意味の憲法

ところで、法学においては、実体と手続、主観と客観、公法と私法、といった二分論や対概念がしばしば

登場する。憲法の意味についても、「形式的意味における憲法」と「実質的意味における憲法」とを区別するのがふつうである。前者は、何らかの形式的標識によって憲法として同定されるものであって、通常は一つの法典が憲法という名称を有することが形式的標識として挙げられ、その結果、現在の日本ではそれは「日本国憲法」であり、戦前の日本ではそれは「大日本帝国憲法」であった、ということになる。また、現在ではほぼ全ての国家がそれぞれの形式的意味の憲法を有しているが、例外的に、イギリスはそれをもたない。これに対して後者は、通常は、国家を国家たらしめるために必要なルール、とか、国家の基本的な構造や権限（国制）を定めるもの、といった標識が用いられ、ゆえに実質的意味の憲法とは国制を定める法のことである、と言われたりする。

形式的意味の憲法が日本国憲法のことであるというのは、いわば定義の話であるから良いとして、では、実質的意味の憲法が国制を定めるものであるということを読者はすぐに理解できるだろうか。さらに、次のやや謎めいた(?)言明はどうか:「国家が存在するということと、実質的意味の憲法が存在するということは、同一のことを異なる言い方で述べているにすぎない。チェスが存在するということと、チェスのルールが存在するということが同じであることと事情は同様である」(長谷部恭男『憲法(第5版)』[新世社,2011年]5頁)。これらを理解するためには、実質的意味の憲法の意味を別な角度から考えてみる必要がある。

[3] 意味体系の最終的根拠としての憲法

唐突に聞こえるかも知れないが、警察に逮捕されたとしてそれを悪党に誘拐されたと考える人や、税務署に隠し財産を持っていかれたとしてそれを白昼強盗にやられたと考える人は、それほど多いとは思えない。しかし考えてみると、警察官による逮捕と誘拐犯による監禁は、外形的にはよく似ている。国税徴収官と強盗犯もそうである。ところが我々はそれを区別する。外形的には同じ行動を我々が区別して考えるのは、それらの行動に対して我々の与える意味が異なっているからであるが、では、それはなぜなのか。

これに対しては、法によってそう決められているから、と答えることが可能である。もちろん具体的に〇〇法の〇〇条にそう決められているということを知っている必要はここではない。ただ抽象的に、法が彼を

警察官とし、特定の場合に人を拘束し監禁する権限を与えているのに対して、誘拐犯にはそのような権限は与えられていない、だから両者は異なるのだ、と説明するわけである(ちなみに、警察官についてのそのような法とは、警察法・警察官職務執行法といった警察法分野の諸法や、公務員としての地位に関して定める国家公務員法・地方公務員法といった公務員法分野の諸法であり、国税徴収官については、国税通則法・国税徴収法・国税犯則取締法といった税法分野の諸法や、やはり公務員法分野の諸法である)。

しかし、それではなぜ、これらの諸法が法律だと言えるのか。それらが国会で制定されたからかもしれないが、それではさらに、千代田区のあの建物はなぜ国会と言えるのか。大勢の男女が集まってわいわいがやがや、演説したりヤジを飛ばしたり居眠りをしたり起立着席拍手拍手などの動きを見せるが、これがどこかの会社の株主総会でも宗教団体の儀式でも切手収集家の大会でもなく、ほかならぬわが国の国会であると言えるのは、なぜなのか。

この根拠こそが、憲法なのである。憲法が、法律を作るのは国会であり、国会を構成するのは国会議員であり、国会議員には誰がどうすればなれるのか、国会議員はどのような手続で法律を作るのか、等々を定めているからこそ、我々は国会を見て、あれは変わった人たちの集まりではなく、わが国の国会議員が立法をしているのだと考えることができるのである。最高裁判所や内閣総理大臣についても同様である。そしてこのような、公権力について定めるルールとしての憲法が、日本という社会の多くの人によって一応は受け入れられているからこそ、我々はいちいち、彼は本当に総理大臣か、あれは本当に国会か、と悩むことなく社会生活を送ることができる。

つまり憲法とは、国家という目に見えない存在を、頭の中の約束事として存在させるために必要不可欠なルールである、と言える。国家権力を国家の名において行使する人間は誰か、国家権力はどのような場合にどのように発動することができるのか、法律を作るのは誰か、それを適用するのは誰か、といった国家の根本的な仕組みや枠組を定めるルールがなければ、我々は、特定の人間や集団を国家の機関として解釈することができなくなる。国家があるところには必ず憲法があるとか、憲法は国家の基本法である、と言われる場合の憲法とは、そのような意味で用いられているのである。これが、実質的意味における憲法であって、国

家が存在する以上それは必ず存在するし、逆に、実質的意味の憲法が存在するからこそ国家が存在するとも言える。だから、「チェスが存在するということと、チェスのルールが存在するということが同じであることと事情は同様」なのである。

なお、実質的意味の憲法のすべてが形式的意味の憲法に書き尽くされているわけではないことには注意が必要である。それは法律に書かれていることもあるし、判例法理や慣習法といった不文法によって定められていることもある。また、実質的意味の憲法のすべてを漏れなく確定することは不可能であり、おそらくそうする実益もなく、そして筆者の知る限りこれまでに誰も実現していない。とはいえ、現代ではほとんどの民主主義国家が形式的意味の憲法をもち、そこに実質的意味の憲法の多くを書き込んでいる。国家を構成するルールという意味での実質的意味の憲法を、なぜ、形式的意味の憲法にまとめて書き込もうとするのだろうか。このことを理解するためには、形式的意味の憲法、つまり憲法典が通常有する特質をまず理解することが必要である。

2 憲法の特徴——他の法律との決定的な違い

憲法には、他の法律にはない特徴がいくつかある。ここでは、そのうちの基本的なもののみを取り上げておこう。

まず、憲法は国の最高法規である、と言われる。日本国憲法自身が、第98条でそのことを定めている（ここで条文を参照せよ）。憲法に反する法律は「その効力を有しない」のであるから、憲法には、他の法律にはない特殊な力が与えられていると言わねばならない。また、第96条1項には、憲法改正の手續が定められているが、それによると、改憲には、各議院で特別多数の賛成を得たうえで、国民投票により過半数の賛成を得なければならない。これに対して憲法以外の法律は、原則として、各議院で過半数の賛成が得られれば改正することができる（憲法56条2項、59条1項参照）。そしてこのように、法律に比べて改正要件が加重されている憲法を硬性憲法と言い、改正の方法が通常の方法と変わらない憲法を軟性憲法と呼ぶ。

以上のような最高法規性と硬性憲法性は、実は同じコインの両面であると言ってもよい。硬性憲法であるということは、法律のように簡単に改正できないということであり、そしてその目的は、憲法に法律より

優越する効力（憲法違反の法律を否定する力）を認めるためである。これに対して、憲法に反する法律がそれにもかかわらず効力を持ち続けるとすると、憲法の改正を法律の改正より困難にしておく意味はない。たとえば、ある硬性憲法が大統領の再選を禁止しているとして、しかし大統領は再選されることを望むようになったとする。仮に硬性憲法が最高法規でなく、したがって、硬性憲法に反する法律も有効であるとすれば、大統領は、硬性憲法の改正より容易な、大統領再選を認める法律の改正ないし制定をすればそれで目的を達成できることになり、つまり硬性憲法の再選禁止規定の意味はなくなる。これを擬人法で言えば、ある憲法が硬性憲法であるならば、当該憲法自身は、自らが法律に対して優越的効力をもつものと考えているはずだ、ということになる。つまり、憲法の最高法規性は、憲法の硬性憲法性に論理的に内包されているのである。

このように、憲法には、他の法律にはない位置づけが与えられており（最高法規性）、そして容易には改正できない仕組みになっている（硬性憲法性）し、加えて、多くの国でそのような憲法の性質（とくに最高法規性）を担保するものとして、違憲審査制が発達している。そこで最後に、これらの特質が憲法に与えられている理由を考えておこう。

3 憲法の目的——なぜ憲法を定めるのか

多くの国家、とりわけ自由主義・民主主義国家が形式的意味の憲法をもち、それに上述のような特色をもたせていることには、一定の共通する理由がある。それは、近代西洋において、憲法典を制定するという知的営みが「発見」されたことに遡る。

[1] 社会契約論

現在の日本社会に生きる我々は、自分の生命や財産が日々誰かに狙われていると感じることはあまりない。そのような平和な社会で暮らすことができるのは、それなりにきちんとした日本という法治国家が存在するからである。我々の財産や生命を奪うような奴がいたら、国家が彼を捕まえ処罰してくれる。多くの人はそれを知っているから、狙いたい財産や生命が仮にあったとしても、ふつうは実行を思いとどまる。しかし、国家が存在せず、したがって警察も裁判所も存在しない原始的な世界（自然状態）では、人は自分の生命や財産を守るため、自ら侵害者に対して闘わざるをえない。

そこに権威ある裁定者は存在しないから、放っておくと「万人の万人に対する闘争」(ホブズ)になってしまう。そこでこのような悲惨な状態から抜け出すために、人々は全員で権威ある第三者を作り出すことを約束し、以降はこの第三者の判断に従うことで平和を達成しようとする。これが、かの有名な社会契約の物語である。

もちろん、歴史的事実として社会契約が結ばれたというわけではない。社会契約論とは、17世紀の啓蒙思想家たちが、国家なり君主なりの権威に従って人々が生きている現実を前にして、そのような国家・君主の存在をいかに正当化すべきかを考えた末に作り上げた一つの説明の仕方である。そして重要なことは、人々が生まれながらにして持つ権利(自然権)を保障するために人々が国家を作り出したのだという社会契約論の考え方は、現存の国家の権威を正当化すると同時に、そのことの裏返しとして、国家権力の「目的外使用」、つまり国家が人々の自然権を侵害することを許さない、という意味で国家権力を限界づける論理をも含んでいるということである。国家権力が不当な権力行使をした場合、人々はそのような国家に対して抵抗する権利をもつという主張(ロック)は、ここから出てくるのである。

以上のような社会契約論の考え方と、その前提にある、人は生まれながらにして一定の奪うことのできない権利を有しているという自然権の思想とに基づいて、実際に新しい国家を作り出したのが18世紀末の米仏の市民革命である。人に自然権があることを確認し(1776年アメリカ独立宣言、1789年フランス人権宣言)、それを確固たるものとするために国家権力を *constitute* する(1788年米憲法、1791年仏憲法)。国家の行使すべき権力を定め、それを諸統治機構に配分する(権力分立)ことで、権力が濫用されて人権を侵害しないようにするための文書が *Constitution* というわけである。そして、このような、憲法によって国家権力を定立し、それを制限することによって人権を保障しようとする考え方が *constitutionalism* であり、これを日本では「立憲主義」と訳してきた。フランス人権宣言の第16条は、「権利が保障されず、権力が分立されていない社会には、憲法は存在しない」と宣言し、この立場を明らかにしている。そして、このような考え方に立つ憲法典のことを、とくに立憲的意味の憲法と呼ぶ。

[2] 立憲主義の工夫

上述のような特色を現代の多くの憲法がもつようになったのは、このような立憲主義の考え方を実現するために、2世紀に及ぶ歴史のなかで人類が工夫を重ねてきた結果であると言える。

まず、立憲的意味の憲法を形式的意味の憲法として作り、それを硬性憲法かつ最高法規とするのは、権力(者)制限のための知恵である。国家権力を制限するためのルールは、国家権力にとっては面白くないルールのはずである(上述の大統領再選禁止規定の例を想起せよ)。ルールに従わなくてはならないという前提が共有されているとしても(それは法治国家たることの最低限の条件である)、そのルールをルールに従って変えることが容易であれば、ルールに従うことの窮屈さ(つまりルールの拘束力)は小さくなる。

つぎに、しかしながら、憲法が硬性憲法であり最高法規であったとしても、違憲審査制が存在しないところでは、憲法違反の法律が制定された場合、諦めるしかない。旧憲法下に違憲審査制はなかったが、当時の通説の見解を代表した美濃部達吉が、「法律ハ憲法ニ違反スル規定ヲ設クルヲ得ズ。是レ憲法変更ノ手続ガ普通ノ立法手続ト區別セラルルコトヨリ生ズル当然ノ結果ナリ」として、本稿の用語法で言うならば硬性憲法性(旧憲法73条2項)から憲法の最高法規性を導きながらも、それに続けて、「然レドモ此点ニ於テモ若シ法律ガ憲法違反ノ規定ヲ設ケタルトキハ其法律ハ憲法違反ナルニ拘ラズ尚有効ニ成立シ、其法律ノ内容ヲ審査シテ之ヲ無効ナラシムベキ権力ヲ有スル機関ナキヲ以テ、實際ニハ憲法ガ法律ニ依リ変更セラルルノ結果アルヲ免レズ」(『憲法撮要』[有斐閣、1923年] 408頁)と述べていた通りである。

これに対して日本国憲法は、違憲審査制を定めてこのような事態が生じることを否定した。つまり、憲法の最高法規性は違憲審査制によって担保され、そうすることによって、憲法の硬性憲法性が有意味なものとなる、というわけである。そして多くの国家で同様の仕組みが採用されている理由は、国家権力を制限し人権を保障するためにはそれが不可欠だからである。

ただし、必要不可欠な条件が十分条件でないことは言うまでもない。これから憲法の学習を進めていけば、必ずしも上述のような単純な図式では語り尽くせない憲法の裏側(?)も見えてくるであろう。そこに学問のおもしろさもある。さらなる学習を進めるにあたって

は、以下の文献ガイドを参考にしてほしい。

4 文献ガイド——「憲法学の世界」は深く広い

[1] まず、入門段階のものとして、憲法には、学生向けのものに限らず市民向けのものなど、多様な入門書がある。現在の憲法学の第一人者のものとして、長谷部恭男『憲法とは何か』（岩波新書、2006年）、同『憲法入門』（羽鳥書店、2010年）を挙げておく。安念潤司ほか（編著）『論点日本国憲法』（東京法令出版、2010年）は、貴重な写真やデータ等が豊富で資料集としても実によく有用である。筆者自身は、本誌で憲法入門特集の企画に携わる機会を2度得たが、いずれも、憲法を学ぶうえで知っておくべき基礎的概念について、その歴史や背景を丁寧に解説する優れた特集であり、「憲法学の世界」に興味をもつ読者には是非お勧めしたい。それぞれに寄せた拙稿は、南野森「憲法学と人権」法学セミナー 641号（2008年）12-17頁と、同「近代立憲主義」法学セミナー 659号（2009年）12-15頁である（いずれも九州大学学術情報リポジトリ〔QIR〕から全文のPDFをダウンロードできる）。さらに同「違憲審査制と国法秩序」南野森（編）『ブリッジブック法学入門』（信山社、2009年）106-119頁は、本稿では十分触れることのできなかった違憲審査制の存在意義について、本稿の記述を補うものである。

[2] そのうえで、教科書を（少なくとも2冊以上）じっくり読んでノートを作りながら勉強を進めてほしい。教科書については、講義の担当教員が良いものを勧めてくれるだろうからそれに従えば良い。それに加えてさらに読んでおきたいものとしては、日本の憲法（学）の前提・背景にある歴史的・文化的な事情をきちんと説明してくれる点がとくに優れた教科書である、樋口陽一『憲法〔第3版〕』（創文社、2007年）を挙げたい。また、表向きは入門的な書籍であるものの、横田耕一＝高見勝利（編）『ブリッジブック憲法』（信山社、2002年）は上級生にも勉強になるだろう。同書の執筆者はいずれも現在活躍する重要な論者であり、誰の何を読めばいいのかわからない段階で知っておいて損のない名前ばかりである。そして両書ともに文献紹介欄があるので、そこからさらに、専門的な論文等に会ってほしい。

[3] 筆者自身の書いたものとしては、本稿にかかわ

る内容のものを4本紹介しておきたい。いずれも、広い意味で「憲法とは何か」を考え論じたものである。まず、本稿では、憲法を国家が国家たりうるための最終的な根拠として捉える見地を採った。しかし、その憲法の根拠は何か。憲法が「日本という社会の多くの人によって一応は受け入れられている」と書いたが、多くの人が受け入れなくなったらどうなるのか。違憲審査制が憲法の最高法規性を担保すると述べたが、違憲判決に多くの人が従わなくなる可能性はないのだろうか。そのような観点から論じたのが、①南野森「憲法慣習論から——ルネ・カピタン再読」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文社、2004年）663-686頁である。同稿では、憲法の条文が裁判官によって解釈されることによって初めて憲法規範が存在することになるという、やや特殊な憲法観・憲法解釈観も紹介した。それを詳しく展開したのが、②「憲法・憲法解釈・憲法学」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点（第2版）』（有斐閣、2009年）3-25頁である。本稿では、このような特殊な憲法（解釈）観の披露は避けたが、このような観念を採ると、本稿の説明がそのままでは維持できなくなる可能性がある。①②の両稿で採った憲法（解釈）観を前提として憲法を再考しようとするのが、③「憲法概念——それを考えることの意味」長谷部恭男（編）『岩波講座憲法6／憲法と時間』（岩波書店、2007年）27-50頁である。なお、以上の3論文は、原理論的研究に徹したもので、何らかの現実の憲法政治にかかわる論及はとくにない。それに対して、以上の3論文で筆者が展開してきた憲法（解釈）観を具体的な問題にあてはめて検討したのが、④「憲法解釈の変更可能性について」法学教室330号（2008年）28-36頁である。集団的自衛権の行使は禁止されているという政府（内閣法制局）による9条解釈（政府見解）を変更すべきとする政治的圧力が高まった時期に考えてものした論文であり、それなりの思い入れのあるものとなった。

どうも筆者のものを紹介しすぎた感があるが、おそらく読者は憲法と言えば基本的人権とか違憲審査制といったテーマを華々しく研究するものだと思っているだろうから、敢えて上記のようにマイナーな(?)テーマを研究した筆者のものを紹介することで、憲法学の（懐の）広さを感じ取ってほしいと思った次第である。「憲法学の世界」は深く広い。どうぞお楽しみに！

（みなみの・しげる）