

## いわゆる「三つの意味の憲法」の問題点

——渡辺教授の憲法論の或る側面に対する批判として——

田 畑 忍

### 一

渡辺洋三教授は、いわゆる憲法学者ではない。しかし私法学的研究・法社会学研究等の立場から、最近しきりに憲法についての論策を発表されている。その憲法論は、いわば一種の私法学的・法社会学的憲法論と言うこともできよう。例えば教授は、「憲法問題の基本的理解のために」という論稿（以下、この論稿引用の場合には「——」を示すだけにする）に於て、そのような憲法論の基礎理論を展開されている。<sup>（註一）</sup>そして、そこには、主として憲法とは何か、と言う問題が取り扱われている。

教授は先ず冒頭で「憲法は、いうまでもなく、一国の法秩序の頂点にある根本法である。したがって、法をめぐる一切の問題は、憲法問題の中に集約されている。……したがって、法および法学の問題は、当然のことながら、憲法から出発し、憲法にかえらなければならない」と言われ、しかも憲法が何であるかが明らかでないという問題の提起をされて、「進歩的」なポーズに於て、また進歩的な主観に於て、教授独自の見解を示されているのである。私は、

その進歩的な主観と姿勢を疑うものではなく、むしろ評価をおしまない。

しかし其の誤謬の点を放置することはできない。第一、「憲法が何であるか」は事実明らかであるにもかかわらず、故意に「明らかでない」という教授の問題提起は、其れ自体明瞭を欠き誤解に陥っているのみならず、教授自身が憲法の何たるかを解されていないといふこと、それは告白である、とも見られなくはない。<sup>(註二)</sup>

(註一) 其のような著書の一つに、「憲法と現代法学」があり、この小稿の批判的対象たる「憲法問題の基本的理解のために」は、其の第一部「憲法問題の理論的課題」中の第二章である。其の第二部「憲法問題の現実的課題」の第二章「憲法と裁判」の中にも同じ問題に触れて、特に我が国に於ける憲法意識の分裂を論じている。その他「政治と法の間」(第一部「憲法と法治主義」、第二部「危機に立つ憲法」、第三部「生活の中の憲法」)の全部が憲法問題に終始している。教授が、このように憲法問題に熱心に取組んでをられることは、もちろん評価すべきで敬意を表したい。

(註二) それは、「三つの意味に於ての憲法」という成心に含むための提言のようにも見えるのである、即ち「これまで、人々は、「憲法」という同一のことばによって、何とちがった現象を指してきたことか。そして、ちがった現象を同一のことばで呼ぶために、何と混乱した憲法談議をうみだしてきたか」という渡辺教授のことばではあるが、支配者側の人は別として人々は普通、憲法についてちがった現象としては把えていない。ただ教授が、そのように錯覚しているだけにすぎないのである。またそれは、教授が、憲法の何たるかを理解していない証拠と言ふほかはない。

なお私は、この問題について昨年(昭和三十八年十一月十二日)「立命館学園新聞」に「憲法と憲法意識を区別せよ」という一文を書いている。

## 二

渡辺教授に従えば、法はこれを三つの意味に於て区別しなければならぬ。このような観点に於て、教授は、「法」という社会現象の出発点となっている」として「法律の条文という形において、表現されている」ところの「法源と

しての法」、解釈によってこれに「意味づけを与え」ている「イデオロギーとしての法」、なかんづく政府等の権力によって有権的に意味づけられて現に実施されている「制度としての法」を大別される。かくして教授は、「法源としての憲法・イデオロギーとしての憲法・制度としての憲法」の三つを同様同意味において分類されるのである。<sup>(註一)</sup>

即ち第一の意味の「法源としての憲法」は、教授に従えば、ことばとして存在する憲法典であり、「六法全書に書いてあるとおり、ただ一つしかない。そしてその意味の憲法の何たるかは、「制定当時の歴史的諸事情の分析に照らして決定しなければならぬ。今日われわれがみるような「ことば的構成」をもつ憲法は、そういうことば的構成をもたざるをえない歴史的理由があつてつくられたものであるから、そのことばの意味もまた、その歴史的理由との関係において理解されねばならない」のだ、とされるのである。しかも、ことばが変れば法源的憲法もまた変る。教授は、このように考えながら、結局、「法源としての憲法が何であるかは、過去の事実が何であつたかに帰着するのであり、憲法の意味内容についての理解の争いは、つまるところ、事実認識の争いにほかならない」と言われる。すなわち憲法を、「歴史的事実にほかならなかつた」ものとして、つまり過去の出来事として軽く葬り去っているのである。のみならず、現に効力を有している憲法の正しい意味把握の問題、規範認識の争いの問題を、まるで手品師の如くに、過去の「事実認識の争い」の問題にすり変えてしまつていのである。もとより、規範認識の問題と事実認識の問題は無関係ではないが、やはりこれを区別する必要があるのである。

教授が、規範と事実との問題を重視され、また「法源としての憲法」はただ一つだとされている点はまことに正しい。しかしながら、その一つの憲法が、過去から現在にかけて存続する歴史的な現実としての制度的イデオロギー的な規範現象である、ということを見却されているところに、その致命的な誤謬があるのである。<sup>(註二)</sup>

(註一) この教授の筆法に従うと、憲法の場合のみならず、すべての法について、すなわち例えば、刑法には「法源としての刑法」、「イデオロギーとしての刑法」、「制度としての刑法」があることになり、また民法には、「法源としての民法」、「イデオロギーとしての民法」、「制度としての民法」というものがあることになる。商法の場合にも、民・刑の訴訟法の場合にも、そして其の他のすべての法について同じことが言えることになるのであるが、このように考えることは、何かきわめてナチュラルでないものを感じさせる、それは事実には反した抽象的観念である、と言わざるを得ないのである。

(註二) 例えば、このような考え方をする場合には、安保条約の締結によって、憲法第九条は無効だと言う反動的な理論につながってゆく可能性をもつことにならざるを得ない。これがまた違憲の「イデオロギーの憲法」、違憲の「制度としての憲法」という誤認のジャスティフィケーションをすることにもなつて、違憲の法政治体制の強化を授けることになつてゆくのである。従つて、このような危険を孕んだ渡辺教授の見解の正しくないことは明らかである、と言うことができよう。

### 三

次に渡辺教授は、憲法の価値判断的作用にもとづく解釈を、第二の意味に於ての憲法、すなわち「イデオロギーとしての憲法」であり、「イデオロギー活動の所産」としての憲法であるとされている。しかもそれは一つではなく沢山ある、とされる。即ち教授は、解釈の相異によつて無数に多くのイデオロギー憲法が存在する、<sup>(註二)</sup>つまり各人それぞれに於て、「私が解釈し、私の考える憲法」が存在するのであると考え、それは「法源としての憲法」でなく、また「現実の世界の中に制度として存在する憲法ではない」が、やはり憲法と言うのであるとされる。すなわち教授は無数の「私的憲法」の存在することを、汎神論者でもあるかの如くに認められるのである。

そして、「イデオロギー」として観念の世界のうえにある「憲法」が沢山存在する理由として、「法源としての憲法のことばが抽象的意味しか語つておらず」、「解釈者のもっている価値判断」それぞれによつて、「法源のことばが本

来もつていた意味と異なる意味を、あたらしく「付与せられるためである」と言っている。即ち教授は、「イデオロギーとしての憲法」は、かくて、解釈者の法意識、それを基礎とした解釈活動に媒介されつつ、無数に存在する。その内容は、制定法のことばをもとにして、めいめいが頭の中で考ええたものである」として、<sup>(註三)</sup> 解釈者の憲法意識をそのとおりに憲法意識だとすることに満足せず、進んでこれを「イデオロギーとしての憲法」だとされ、そして、「イデオロギーとしての憲法」は、頭の中でつくられたものであるから、制定当時の歴史的事情の認識を必ずしも必要としない」と言われているのである。いわば、遙かに言葉の約束を超え、また認識の法則を無視して、敢てこのような事実<sup>(註三)</sup>に反した異った見解を立てているのである。

(註一) 教授は、「ここで、解釈とは、人が一定の価値判断にもとずいて、法文のことばに一定の意味を付与する実践行動すなわち価値判断作用であるとおこう」と定義されている。教授の名著『法社会学と法解釈学』に於ても、法解釈が価値判断による「法創造作用であり、「現在の全体意思とは何かを確定すること」が其のさい大切だとされている。しかし、この解釈の定義は正しくない。法の解釈とは、法に固有している意味を其のままに理解して説明するものだからである(拙著『憲法主要問題の研究』『憲法学の基本問題』等参照)。教授の立場は要するに解釈の問題についても現象主義的であって本質主義的ではないのである。

(註二) 教授は次ぎのように言われている。曰く「学者の考える憲法と、裁判所(それも裁判官によってちがいうる)の考える憲法とは同じではない。同様に、自民党の考える「憲法」、社会党の考える「憲法」、共産党の考える「憲法」は、それぞれ異なる。それぞれの人にとっては、自分の解釈するところの「憲法が唯一の「憲法」であり、したがって、その意味での「憲法」はこの世の中に無数にある」と。しかし、そのような考えが、教授の幻想にしかすぎないことは言を俟たない。憲法典と其の憲法体制は一国には一つしかないからである。

(註三) 教授は、他のところでも憲法と憲法意識とを混同されることかくの如くであるが、今日の日本ほど、「イデオロギーとしての憲法」の多様に分裂している国は他にはないのである、と言われている。そして、「各人の憲法意識には、千差万別のちが

いがみられ、それらは相互に対立し、しかも、しばしば正、反対でさえある」と言い、この千差万別の憲法意識の存在を、直ちに千差万別の憲法の存在だとされている(渡辺「憲法と現代法学」一八三頁参照)。しかし憲法意識の千差万別の分裂は全く教授の指摘のとおりであるが、これを憲法の多様な存在と見ることは、明らかにまちがっているのである。

#### 四

更に渡辺教授は、イデオロギー活動の所産としての「イデオロギー的憲法」のうち、「権力の解釈活動の所産たる憲法」のみが、「制度としての憲法」であるとされる。そして「制度としての憲法」とは、「権力の認証のもとに、現実に、強制力をもって通用しているところの憲法秩序をいうことにする」として、国家権力の解釈し、考えるところの憲法のみが、現実の世界では強制力をもって通用する「制度としての憲法」であり、国家権力をもたない人々・階級・政党の解釈する「憲法」はいかなる意味でも「制度としての憲法」を、直接には、構成しないと云うのである。そこで、教授のいわゆる「制度としての憲法」は、一種のイデオロギーとしての憲法であり、いわば権力主義的又は違憲主義的なイデオロギー憲法にはかならない、と云うことになる。そして教授は、これを「権力をもつ人たちの解釈において、その権力の故に、イデオロギーとしての憲法」は、「制度としての憲法にまで高められる」と言うように、これを仰視されているかに見えるのであり、われわれは権力の権威が憲法以上に教授の頭を占領しているかの如き印象を与えられるのである。逆に、そこに、われわれは一片の人権主義——(もちろん教授は他のところでは人権の尊重されるべきことを説いているが)——を感じ得ないのである。教授が、「憲法の問題は、つねに権力をめぐ(註)る問題としてあらわれる」、と云われているのも、従って教授の本意に反して、そのようにしかサウンドしないのである。

また、このような教授のいわゆる「制度としての憲法」も、教授によれば、唯だ一つしかない」とされながら、他のところで（「憲法問題の基本的理解のために」の後半のところ及び「憲法と裁判」）は、「公務員や裁判官」の憲法意識の相異によって、無数に分裂的に存在せざるを得ないことに論及されている。すなわち権力が分裂して憲法が分裂するという論法である。すなわち、例えば教授は、「裁判官の憲法意識」の分裂は、当然に、「判決の分裂を結果する」（渡辺『憲法と現代法学一八六頁』）と言われているのであるから、判決の分裂によって憲法の分裂を当然に結果するということになってくるのである。まことに奇妙な非法的論理であると言わねばならない。しかし事實は、憲法の分裂ではなく、憲法実施についての政治の分裂にすぎないものである。もともと「憲法と裁判」についての教授の所論中には、裁判官の憲法意識即ち憲法というようには必ずしも論じられていたのではないが、教授の「制度としての憲法」の論理は結局そのようなものになる、と言わねばならない。

（註） 拙著『政治学』中の権力論のところ参照。

## 五

しかしながら、憲法の問題も、広く言って法の問題も、教授の言われているような「権力をめぐる問題」としてあらわれると言うよりも、権力を制約する問題として考えるべきものである。すなわち普通ならば、権力は憲法どおりに行われなければならないものだからである。<sup>（註一）</sup>しかし事實をそのままに認識すれば、権力をもつ者のイデオロギーによる解釈によって、政治（立法・司法・行政）が運用されていることは、教授の言われているとおり<sup>（註一）</sup>に事實である。それは憲法に合致した政治になっていることもあり、また憲法に違反した政治であることもある。この後者を目して、

「制度としての憲法」なりとすることは許されない。前者にしても制度たる憲法自体ではないのである。とにかく、憲法と、憲法に合致した憲法政治と違憲の制度または違憲の政治、すなわち言い換えれば政治を律する憲法と、憲法によって律せられているまたは憲法に違反している政治とは、律するものと律せられまたは違反せられるものとして、分明に峻別されるべきものであるからである。

教授のいわゆる「制度としての憲法」は、教授のいわゆる「イデオロギーとしての憲法」と同様に、また全く異つた意味に於て、実は憲法でないものを勝手に憲法と言われているのにすぎないのであつて、言葉の濫用でしかない。すくなくとも言葉の濫用の容認でしかない、と言えよう。実は、教授のいわゆる「法源としての憲法」だけが、「制度としての憲法」なのでもあつて、教授の言われるこの二つのものは実は一つのものでしかなく、区別ができないのである。従つて区別することのできない、また区別すべきでないものを勝手に区別されるところに、その正しい主観に反して権力主義に追隨することにならざるを得ない其の誤謬があるのである。<sup>(註二)</sup>そして、そのような誤謬は、違憲を事とする権力者にとつては、まことに好都合であらう。けれども、そのような誤謬は事実を曲げて、国民とその人権の犠牲を国民に向つて、学問の名に於て説教することになる可能性を許さざるを得ない惧れがある。のみならずまた、決して科学的な憲法学の理論である、と云うことはできないのである。

それは具体的には、違憲の安保体制を「制度としての憲法」として押しつけることに加担する非科学的な思考操作に利用されることになり、またそのような高柳的な「法の支配」<sup>(註三)</sup>の権力主義的学説に墮することになつて、「なしくずしの憲法改悪」の法と政治を合理化する反動的な高柳理論に結びつく側面を有せざるを得ないものである。

真理はしかし事実と正義とを離れて存在するものではない。「法源としての憲法」と「制度としての憲法」とを区



別することは、一見科学的分析に似て非なるものであるゆえんは、そのような皮相な區別づけに見られるその抽象的機械的な思索は、権力主義に眩惑されて事実を無視し、正義（憲法的正義と歴史的正義）を無視していることに由来する。換言すれば、それは、憲法を直視せずして、傍若無人の違憲の悪法体制と違憲的権力行使とを、「憲法秩序」と誤解し、これを余りにも重視して、これに教授が圧倒されているためである、と言わねばならない。違憲的法体制の事実を実証的に研究して、これに対決することの必要なことは言を俟たない。しかしてたいせつなことは、違憲的法体制を憲法だと諦めてしまわないことである。すなわち、生存権の問題にしても、第九条の問題にしても、蹂躪されている憲法の規定をそのとおりに実現するための不断の努力をすることを怠ってはならないことである。

(註一) 拙著『憲法重要問題の研究』『憲法学原理』『憲法学の基本問題』等参照。

(註二) 渡辺教授が、「憲法第九条についていえば、権力の側からみた場合、もちろん「イデオロギーとしての憲法」と「制度としての憲法」との間には、根本的に差異、矛盾はない。権力のイデオロギー活動の所産として解釈された憲法がすなわち「制度としての憲法」にはかならないからである」と言われている場合に、そのような見解が、科学的な外観に反して、権力主義的誤謬の片鱗を示していることは明らかだと言えよう。つまり教授は現象の皮相だけを見て、其の本質を洞察されていないからであり、そのため政府権力の解釈を「制度としての憲法」だとされる結果を来しているのである。しかし、それは違憲の法制にすぎないのである。教授のこのような誤謬は、教授の次ぎのような言葉が一層疑いなきものになっている。日く「憲法は空文化している、ところが、アメリカ占領軍や自衛隊の存在をみとめるような憲法こそが、今日、法として現実に存在している唯一の憲法である」と。しかし事實は、憲法がアメリカ占領軍や自衛隊の存在を認めているのではなく、政府、国会、裁判所等の権力が、憲法を蹂躪しているだけである。従ってこれを憲法だと考えてしまうことは、政府権力の悪姿勢を認めることであり、またそれへの追隨的姿勢である。教授のこのような追隨的姿勢は、「国民に錯覚を生ぜしめ、思考を混乱にみちびく」（教授のことば）だけでなく、それ以上に悪い、と言わねばならない。

(註三) 拙稿「高柳意見」の保守性（同志社法学八十二号）参照。高柳賢三氏は、国会、裁判所によって憲法を歪めてしまった

法体制等の権力的支配等を以て「法の支配」と呼ばれているが、その権力主義は否定され得ない。「法の支配」は本当は「憲法の支配」でなければならぬからである。「憲法の支配」の主張はもちろん憲法主義にほかならない。そうして憲法主義は、もちろん権力主義に対立するものである。

## 六

渡辺教授が、「イデオロギーとしての憲法」の無数の存在を云々されていることは上述の如くであるが、教授のいわゆる無数の「イデオロギー」としての憲法などというものは、「制度としての憲法」などというものと同様に、もっぱら言葉の濫用と概念の不整理に由来するものである。すなわち、教授のいわゆる「イデオロギー」としての憲法は実は憲法ではなく、前にも触れたように、憲法にかんする意識、すなわち「憲法意識」<sup>(註一)</sup>にすぎない。従ってこれを混同してはならない。憲法と、憲法についての憲法意識とは、本質的に区別せられるべきものであらねばならないからである。一つは法そのものであり、他は法そのものではないのである。

のみならず、憲法（教授のいわゆる「法源としての憲法」）そのものが、一つのイデオロギーであることを知らねばならぬ<sup>(註二)</sup>。憲法が一つのイデオロギーだと言うのは、イデオロギーには、社会規範・学問・宗教及び芸術があり、しかし憲法は法もその一つである社会規範に属するものだからである。しかるに、憲法意識はイデオロギーたる学問としての憲法学のほかに、イデオロギー形成の程度にまではいたらない憲法知識と、そして憲法感情及び憲法意思が類別されるわけである<sup>(註三)</sup>。従って、これらのものが憲法でなく、一つは憲法にかんする知識的イデオロギーであり、他の二

つはまた憲法にかんする諸々の社会意識にすぎないものであって、憲法知識を中心に憲法思想を形成しているものであることを認識しなければならない。

しかして、これらの憲法意識は、教授の言われるように無数にあることはもちろんであるが、しかしながらそれらのものは断じて憲法ではない。憲法は国家別に存在する法体系の根本法として、一国家・一国民に必ず一つしか存在しないのである。もっともその一つの憲法は、憲法典を中心に、それに合致した憲法律・憲法令及び不文憲法（慣習憲法と条理憲法）とより成るものであるが、そのような一つの憲法体系はあくまでも憲法典を中心として考えられなければならない。のみならず、憲法典に矛盾しまたは違背する法令は、これを嚴格には憲法体系の中のものとして考えられるべきものではなく、反憲法体系のものとして区別しなければならない。すなわち憲法体制と、違憲の法体制との峻別を必要とするのである。それは憲法と憲法意識との相異に基いて然うであるのである。われわれは、この相異を十分に認識することによってのみ、憲法と反憲法体制との矛盾を弁別し、あらゆる憲法改悪に反対して、改悪に反対する憲法意識を固め、かつ更に護憲の学としての憲法学を打ち建てることを可能とするのである。

護憲の学としての科学的な憲法学に於ては、教授のいわゆる「三つの意味の憲法」などというナンセンスは許され得ない。否、教授の言う「三つの意味の憲法の相互の矛盾」などという背北主義が許されてはならないのである。また「三つの意味の憲法の相互関係」などと言う非現実的な幻想によって、憲法体制と反憲法体制との「矛盾の実態および法則をあますところなく明るみに出」（教授のことば）すことなどできるものではない。むしろその反対に、それはただ「権力の側からの解消」（教授のことば）、即ち権力主義的な憲法体制のために、現実と法則とを隠蔽することになるだけである。

思うに、真理はきわめて素朴なものである。教授の如き「三つの意味の憲法の相互関係とその矛盾の実態」などと  
言つて、現実を客観的に把握しない言葉や概念のプレイをすることは百害あって一利さえもない。教授のいわゆる  
「三つの意味に於ての憲法」という憲法論は、結局は現実を主観的に見て本質を直視せず、そのため悪しき違憲現象  
に負けているものである、と評されよう。もちろん教授も「法源としての憲法」が国民に与えるイデオロギー的影響  
の大きいことを認めている。<sup>(註四)</sup>しかし、政府・権力を拘束することもまた決して小さくないことを認める必要がある。  
このことは、明治憲法の時代と日本国憲法の時代とを較べて見れば、まことに明らかなことである。また教授はこの  
ことを認められないわけではないであろう。

しかし教授も憂慮されているとおり、形式的な憲法改悪を阻止するだけでなく、なしくずしの憲法改悪を阻止しな  
ければならないことは言うまでもない。そうであればあるほど、憲法違反の政治や法体制を、わざわざこれも憲法だ  
と誤認したり、この誤認を科学的な扮装を以て教え込んだりしてはならないのである。違憲の政治や法体制を明確に  
する必要から言つても、その弁別の基準たる憲法の意味を曖昧にすることは許されないのである。更に憲法を存在せ  
しめている歴史的必然を十二分に把握する必要があるのである。

(註一) 拙著『憲法学の基本問題』『憲法学原論』等参照。なお佐々木惣一『日本憲法要論』及び恒藤恭『法的人格者の理論』等参  
照。私は、法と法意識の峻別、憲法と憲法意識の峻別すべきことについて、佐々木先生と恒藤恭先生の卓見に負ふところ最も大  
であるが、拙著『憲法学の基本問題』の第五章「憲法と憲法意識」のところ、その点についての詳論をしている。殊に私は、  
其の四のところ(一六三頁—一七五頁参照)で、「憲法→憲法意識、憲法意識→憲法」の関係を論じている。参看されたい。  
しかし、ここでは、それを繰り返さないことにする。

(註二・三) 前掲拙著及び拙著『政治学の基本問題』等参照。

(註四) しかも教授は、「憲法に平和思想があるから、国民が平和思想をもつようになるのではなく、逆に国民に平和思想があるから、平和主義憲法が支持されるのである」と言われている。その後半は全くそのとおりである。しかし国民が平和思想を今日ほど強い程度にもつようになったのは明らかに平和主義憲法がつくられたためであるという一面を否定することはできない。例えば大山郁夫教授の平和運動についてもこのことが言えるのではなからうか。私なども平和憲法に強く教えられたのである。それにもかかわらず、一部の国民と政府権力によってこの平和主義憲法が破壊されつつある違憲的事実を正確にキャッチするためにも、違憲の安保体制を「制度としての憲法」などと言うことはできないのである。それは「国民に平和思想がある」以上むしろ当然のことではなからうか。科学もまた権力主義的現象に負けてしまつては、真理は曇つてしまうのである。