

最高法規としての日本国憲法典の確保

— 憲法法源の節約 —

加 藤 一 彦

《目 次》

- 一、はじめに
- 二、憲法 98 条 1 項の制定過程
- 三、不文憲法に関する法源論の稜線
- 四、不文憲法論の陰影
- 五、小結

一、はじめに

本稿を起こすきっかけは、拙著『非常時法の憲法作用』において「不文の国家緊急権」の論理を解き明かし、筆者が「不文の国家緊急権」を憲法解釈者による「魔術」と判断したことに関連している¹⁾。そこでの議論は、「不文の国家緊急権」を日本国憲法典により封じ込めることが不可能であることを論証し、「不文の国家緊急権」を否定することに焦点をあてていた。ただ、国家緊急権論に議論を集中した結果、「日本国憲法の法源としての不文憲法」が、そもそも存在し得るのかという論点については、少ししか言及していなかった。筆者自身、執筆当時、研究がそこまで進んでいなかったからである。

そこで今回、改めて日本国憲法の規範空間において「法源としての不文憲法」が成立し得るのか否かについて、論を進めることにした。その議論の仕方として、第 1 に、憲法 98 条 1 項の最高法規規定の制定過程とその規範的意味、第 2 に、「法源としての不文憲法」がどういう文脈で登場し、これまでいかなる法規範的

1) 加藤一彦『非常時法の憲法作用』(敬文堂、2022 年) 138 頁参照。

意義をもつと捉えられてきたのかについて、日本の憲法学説を通観してみた。第3に、憲法解釈論として「不文憲法」が用いられれば、何が生じるのかを論じてみた。特に、実質的意味における憲法の捉え方について、再考をしてみた。これらの作業を通じて、日本国憲法の法源論は、法学通論における法源論とは異なり、一種独特な法世界において構成した方がよいのではないか、との見解を表明できればと考えている。

二、憲法 98 条 1 項の制定過程

1. 憲法草案から枢密院諮詢までの経緯

まず、GHQ 内で討議された最初の「Drafts of the Revised Constitution」(1946 年 2 月上旬)²⁾では、現行憲法 98 条 1 項に対応する規定は、次のように定められていた。

CHAPTER X Supreme Law of Land

Article I

This Constitution shall be the Supreme Law of the Land, and all laws, ordinances, treaties and other governmental Acts shall be subject to the provisions and limitations thereof.

Article II

All laws, ordinances, treaties and other governmental enactment, whatever description or source of authority, promulgated prior to the ratification of this Constitution, or those particular provisions thereof, which are contrary to the provisions of this Constitution, shall be automatically invalid from the instant of ratification.

「この憲法は、国の最高法規であつて、すべての法律、命令、条約および国務に関するその他の行為は、この憲法の定めおよび制限に服する。

この憲法の承認以前に公布されたすべての法律、命令、詔勅、条約および国務

2) 国立国会図書館 HP 「日本国憲法の誕生」サイトにおける資料名「Drafts of the Revised Constitution」の 171 頁。

に関するその他の行為またはそのうちの特定条項で、この憲法の条規に反するものは、どのようなものにせよ、またどのような権限に基づくものにせよ、憲法の承認された時から当然にその効力を失う」。

この「草稿」を下に GHQ 内において 2 月 10 日に取りまとめられた「Original drafts of committee reports」では、最高法規の規定は、次のように修正されている。

SUPREME LAW OF LAND

Article

This Constitution shall be the Supreme Law of the Land, and no law, ordinance, treaty or other governmental act contrary to the provisions thereof shall have legal force or validity.

Article

All laws, ordinances, rescripts, treaties and other governmental enactments, of whatever description or source of authority, promulgated prior to the ratification of this Constitution, or those particular provisions thereof, which are contrary to the provisions of this Constitution, shall be automatically invalid from the instant of ratification.³⁾

「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、条約および国務に関するその他の行為は、その効力を有しない。

この憲法の承認 [= 成立] 以前に公布された法律、命令、詔勅、条約および国務に関するその他の行為またはそのうちの特定条項で、この憲法の条規に反するものは、どのようなものにせよ、またどのような権限に基づくものにせよ、憲法の承認された時から当然にその効力を失う」⁴⁾。

その後、GHQ 内において再度検討がされ、草稿が「Constitution of Japan」

3) 手書きの修正前の原文である。

4) この部分の訳は、高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程 I』(有斐閣、1972 年) 149 頁による。

として確定したのは2月12日である。このいわゆる GHQ 草案は、最高法規規定について、大幅な修正が施されている。

GHQ 草案 (1946 年 2 月 12 日)

CHAPTER X Supreme Law

Article XC.

This Constitution and the laws and treaties made in pursuance hereof shall be the supreme law of the nation, and no public law or ordinance and no imperial rescript or other governmental act, or part thereof, contrary to the provisions hereof shall have legal force or validity.

第十章 至上法

第九十条

「此ノ憲法並ニ之ニ基キ制定セラルル法律及条約ハ国民ノ至上法ニシテ其ノ規定ニ反スル公ノ法律若ハ命令及詔勅若ハ其ノ他ノ政府ノ行為又ハ其ノ部分ハ法律上ノ効力ヲ有セサルヘシ」⁵⁾

注目すべきは、この GHQ 草案策定の段階で、初めて憲法のほかに、「法律及条約」が挿入され、これを「至上法」として憲法と同列に置いた点である。この文言が導入された経緯は不明であるが、ただこの修正が後に議論を呼び起こすこととなる。もともと、この修正は、アメリカ合衆国憲法第 6 条 2 項を明らかに意識して導入されたと推察できる。同条項は、州法に対する連邦法の優越を定めた規定であるが、これは次のように定めている。

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land;

第六章 最高法規

5) 2月25日に閣議に提出された仮訳である。国立国会図書館 HP 「日本国憲法の誕生」サイトにおける「日本国憲法」資料名「入江俊郎文書 15」(「三月六日発表憲法改正草案要綱」)。

「この憲法、これに準拠して制定される合衆国の法律、及び合衆国の権限に基づいて締結されまたは将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である」⁶⁾。

その後、1946年3月2日、日本政府はGHQ草案に基づいて訳文を確定させ、同4日、GHQに「日本国憲法」を提出する。そこでの法文は、次のように訳出されている。

第九章 補則

第一百七条

「此ノ憲法並ニ之ニ基キ制定セラレタル法律及条約ハ国ノ最高ノ法規ニシテ、之ニ反スル法令、詔勅又ハ行政行為ハ其ノ効ナシ」。

これ以降、1946年6月20日に「帝国憲法改正案」として帝国議会に提出されるまでの修正履歴をみると、文言と条文位置の微修正はあるが、大きな変更点はみられない。以下に「憲法改正草案要綱」(3月6日／閣議決定)、「憲法改正草案」(4月16日／閣議決定、翌17日／枢密院諮詢；発表)、「帝国憲法改正案」(6月20日／帝国議会提出)の最高法規規定をあげておく⁷⁾。

「憲法改正草案要綱」

第十 最高法規

第九十三

「此ノ憲法並ニ之ニ基キテ制定セラレタル法律及条約ハ国ノ最高法規トシ、其ノ法規ニ矛盾スル法律、命令、詔勅及其ノ他ノ政府ノ行為ノ全部又ハ一部ハ其ノ効力ヲ失フコト」。

6) 条文訳は、初宿正典 辻村みよ子『新解説 世界憲法集〔第5版〕』(三省堂、2020年)〔野坂泰司翻訳〕

7) 改正履歴と原文については、憲法調査会事務局『憲資・総第38号 日本国憲法各篇章の沿革』(1959年)178-179頁参照。

「憲法改正草案」

第十章 最高法規

第九十四条

「この憲法並びにこれに基いて制定された法律及び条約は、国の最高法規とし、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」。

「帝国憲法改正案」

第十章 最高法規

第九十四条

「この憲法並びにこれに基いて制定された法律及び条約は、国の最高法規とし、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」。

先にあげた「憲法改正草案」は、旧憲法 73 条 1 項に基づく公式な改正案であり、これ以降、この法文を下に議論が進められていく。それでは、日本側は当該条項につきどのような問題点と修正を求め、現行 98 条 1 項が確定したのであろうか。

II. 日本側の修正要求

まず、最初に枢密院の議論について、概観しておこう。旧憲法を改正するには、枢密院官制第 1 条によれば、「枢密院ハ天皇親臨シテ重要ノ国務ヲ諮詢スル所トス」とされ、同 6 条 2 号に基づき「帝国憲法ノ條項ニ関する草案及疑義」は、枢密院が第一次的に「職掌」とされている。

国会図書館の「日本国憲法の誕生」によれば、「枢密院の会議は秘密会議であり、枢密院事務官による要領筆記が唯一の公式記録である」とされている⁸⁾。そこで、以下では同資料名「4-1 枢密院委員会記録 1946 年 4 月～5 月」において確認できた最高法規に関する部分を紹介しておこう。

8) 部分的には「国立公文書館デジタルアーカイブ」の「枢密院会議筆記」にて公開されているが、憲法改正の審議は全て公開資料とはなっていない。

先の94条について、佐藤達夫は次の指摘をしている。最高法規の部分に関し、「枢密院委員会記録」／「入江（極秘）昭和二一、四一五 憲法改正草案枢密院審査委員会審査記録（未定稿）」における「第八日（昭和二一、五、一五、午前十時半より）」の記録によれば、枢密顧問官／美濃部達吉は、最高法規の部分について、次のように発言している⁹⁾。

「美濃部 第十章の中、九三条は法律的に無意味であり（現97条のこと——引用者）、九四条は、憲法、法律、条約を等しく最高法規としてゐるが、最高は憲法のみである。程度を異にする三つを等しく最高とし従つて法律に違反する法律は無効と云ふ変なことになる。又命令に違反する行政行為に付規定がない。又九五条には公務員を憲法尊重の義務あるものとしてゐるが、国民全部が義務を負ふと考へねばならぬ。従つて第十章は全部削るべし。これを存置する理由如何」。

これに対し松本烝治／國務大臣は次のように答えている。「御尤もと思ふ。全部削つても何等支障ないと思ふ。しかし強いて弁護すれば、九三条はこの憲法の本質を更に強く云ふ主旨であり、九四条についてはこの憲法が法律条約の上にあることは『これに基いて』とあることから判り、手続内容共それに基いて作られるものが国の最高法規であることを示す。法律に反する法律とは憲法に基かざる法律といふことも考へられぬはわけでないから、解釈によつては全然アブサードなものと思はれない」。

枢密院審議の過程において、美濃部達吉が94条につき「憲法、法律、条約を等しく最高法規としてゐるが、最高は憲法のみである」と修正を求めたが、その修正は認められなかった¹⁰⁾。したがつて、第90回帝国議会（開院日／6月20日）に提出され、同25日に衆議院本会議に上程された先の「帝国憲法改正案」では、94条の原文はそのまま維持された。

帝国議会における「帝国憲法改正案」は、当初、衆議院内の帝国憲法改正委員会に付託された（6月28日）¹¹⁾。ただその逐条的審議と修正は、主に帝国憲法改

9) 枢密院における美濃部の指摘は、佐藤達夫佐藤功補訂『日本国憲法成立史第3巻』（有斐閣、1994年）415-416頁にも記載されている。

10) 枢密院での修正は、主に法文の微修正に止まる。修正箇所については、佐藤・同上・430-432頁に掲載されている。枢密院の最終議決は、1946年6月8日である。美濃部達吉を除いて起立多数である（同442頁）。

11) 『第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録（速記）第1回』1946年〔昭

正案委員小委員会¹²⁾において行われ、同小委員会は1946年7月25日から8月20日まで13回の会議を開き、共同修正案を帝国憲法改正委員会に報告した¹³⁾。この共同修正案は、同委員会において即日議決された。8月24日に衆議院本会議において、帝国憲法改正案は、共同修正案に修正を加えることなく可決され¹⁴⁾、即日、貴族院に送付された¹⁵⁾。

では、この一連の過程の中で、第10章最高法規の規定は、どのような経緯により現行条文に修正されたのであろうか。

III. 帝国議会における問題点の指摘と修正過程

帝国憲法改正案委員小委員会が発足する前に、帝国憲法改正委員会において94条の最高法規規定について、すでに問題点が指摘されている。すなわち、第19回帝国憲法改正委員会（1946年7月22日）において、武田信之助衆議院議員は、次のような質問をしている。

「此の第九十四條に於きましては、此の憲法は國の最高法規である、斯う云ふ所までは能く分りますが其の次の文章としまして『その條規に反する法律、命令、詔勅及び國務に關する』云々、それは『その效力を有しない』此の條規に反するものは效力を有しないと云ふことになつて居りますが、此の解釋は、偶偶過つて

和21年]6月29日1頁。本委員会は、6月28日に議長の指名により72名が選出された。なお、ここで引用する日付は議事録の日付である。したがって、実際の審議日とは1日の誤差が生じる場合がある。

12) 『第90回帝国議会 衆議院帝国憲法改正案委員小委員会速記録第1回』1946年〔昭和21年〕6月29日3頁。芦田均委員長より13名が委員に指名され、総計14名で本小委員会は構成されている。なお、この小委員会は、「懇談会」として位置づけられている。『第90回帝国議会 衆議院帝国憲法改正案委員会議録（速記）第21回』1946年〔昭和21年〕8月21日391頁。小委員会の議事録は、衆議院事務局編集『第90回帝国議会 衆議院帝国憲法改正案委員小委員会速記録』（衆栄会、1995年）として出版されている。

13) 『第90回帝国議会 衆議院帝国憲法改正案委員会議録（速記）第21回』1946年〔昭和21年〕8月21日391頁。

14) 『第90回帝国議会 衆議院議事速記録第35号』1946年〔昭和21年〕8月25日525頁。白票〔可〕421票、青票〔否〕8票である。

15) 『第90回帝国議会 貴族院議事速記録第23号』1946年〔昭和21年〕8月27日245頁。一連の経緯に関しては、古関彰一『日本国憲法の誕生〔増補改訂版〕』（岩波現代文庫、2017年）323-324頁参照。

今後の國會に於きまして此の憲法の精神に相反する法律を作つた、さう云ふやうな場合には是はいけないぞと云ふのであるか、或は又此の憲法に相反するやうな既に行はれて居る法律命令、詔勅等は、此の憲法が制定されたならば、それは效力を有しないものである、斯う云ふことを規定したものであるか、此の點極めて明瞭を缺くやうに感ずるのであります、御説明を願ひたいのであります」。これに対し金森徳次郎國務大臣は、「起案を致しました趣旨は其の双方を含む積りで規定をしたのであります、併し出来上つた結果から言ふと、何となく分りにくい、今仰しやる所も了解が出来るやうな氣が致します」と答弁している¹⁶⁾。

また大島多蔵衆議院議員は、「私等の從來持つて居つた法律的の觀念から致しますと、さう云ふ總ての法律及び條約と云ふものが最高法規であると云ふことは、どうも私達の是までの通念と反するやうな所がございますが、是から出来る所の法律は全部最高法規でございますか」と最高法規の範圍について問題提起をしている。これに対し金森の答弁は、次のようになり苦しい説明をしている。「九十四條の規定は幾分讀みにくい點があるのであります、それは文字の使ひ方が悪いと云ふことに恐らくは歸着すると思ひますが、最高法規の最高と云ふことは、何に對して最高であるかと云ふことが、先づはつきり決まらなければなりません……《中略》……憲法と法律と條約と云ふものを竝べて置いて、之を最高のその種類の如き言葉を以て言つて居る所に、多少の不十分なる點があると思ひます、憲法と法律とはどつちが強いか分つて居ります、其の分つて居るものを二つ竝べて置いて、共に最高法規と云ふことで言表はしたと云ふ所には、今日として考へて見ますと、此の文字の使ひ方に不完全な點があるやうに考へて居ります」¹⁷⁾。

帝国憲法改正案 94 条における「この憲法並びにこれに基いて制定された法律及び條約は、国の最高法規とし」との規定に関し、最初の審議で意味不明と指摘された点が確認できる。これは、枢密院での美濃部の指摘と同様である。この指摘は、帝国憲法改正案委員小委員会で改めて問題とされていく。

第 1 回帝国憲法改正案委員小委員会（7 月 25 日）において、政府の側から最高法規の規定につき、修正が提示されている。芦田均委員長は、次のように説明

16) 『第 90 回帝國議會 衆議院帝國憲法改正案委員會議録（速記）第 19 回』1946 年 7 月 22 日 384 頁。旧字体のまま引用。以下、同じ。

17) 同上・385 頁。

をしている。「是は私の方で九十四條の修正をした理由は、私は餘り深く研究しないが、此の文章は『アメリカ』合衆國憲法第六條の第二項を直接其の儘ここに入れてある、所が日本では、『アメリカ』のやうに合衆國の法律とか各州の法律とか云ふ區別がない、『アメリカ』のやうな國では、各州とそれから聯邦との立法があるから、さう云ふものを入れる必要があるが、日本には其の必要がない、それを取纏めて斯う云ふ風にした譯です、そこで自由黨の修正で、『竝びにこれに基いて制定された法律及び條約』と云ふのを削つたのは、さう云ふ理由で削つた譯です、それですから、あなたの修正は此の『最高法規』と云ふ字を取らうと云ふのだが、是が一番此の章の眼目である、殘して置くとすれば憲法が國の最高法規であると云ふ點です、それに反するものは效力がない、斯う云ふ規定なのです」¹⁸⁾。

この修正は、第 6 回帝國憲法改正案委員小委員会（7 月 31 日）において、再度取り上げられるが、この場で修正が確定する。この点につき、同小委員会に政府委員として出席し続けていた佐藤達夫は、次のように説明を加えている。

「原案者の立場として申上げるのは少し變かも知れませぬが、虚心坦懷に申しまして、我々の一應の氣持は、是は此の間委員會でも金森大臣から御説明があつたと思ひますが、例へば最高裁判所なり何なり、新しい裁判所の機構を定める法律がある、さうすると、其の法律が、昔あつた——例へば現在の裁判所構成法と云ふものが假に其の儘残つて居るとすれば、新しい憲法に基く裁判所構成法と勿論矛盾抵觸する場合があります譯です、其の場合には、其の古いものは此の條規に反する法律として效力を失ふと云ふ氣持が主でありましたけれども、今色々御批判を伺つて考へて見ますと、『竝びに』以下がなくても、今委員長の御批判のやうに『アメリカ』の眞似そこないなんだと云ふやうな面が目立ちまして、何等實際の實益がないのぢやないかと云ふ氣が致します」¹⁹⁾。

これによって、憲法 94 条の原文は定まつたといえる。その後の展開をみると、小委員会の議を経た帝國憲法改正案につき、芦田均は第 22 回帝國憲法改正委員

18) 『第 90 回帝國議會 衆議院帝國憲法改正案委員小委員会第 1 号』1946 年 7 月 25 日 11 頁。

19) 『第 90 回帝國議會 衆議院帝國憲法改正案委員小委員会第 6 号』1946 年 7 月 31 日 180 頁。

会（8月21日）において次のような説明をしている。「第九十四條の規定に付ては曩に報告致しました通りの理由に依つて憲法が國の最高法規たることは認めるけれども、之に附隨する法律までも最高法規とする必要なきものとして原文の中より『これに基いて制定された法律及び條約』なる文字を削除したのであります、然るに諸外國との條約は今後誠實に之を履行して、日本國民が國際生活に於ける法則と約定とを遵守する精神は憲法の何れかの箇所に表示することが當然であるとの意向を以て、之を第九十四條の二項に新しく挿入することと致しました、即ち「日本國が締結した條約及び確立された國際法規は、これを誠實に遵守することを必要とする。」との一項をここに挿入せんとする理由であります」²⁰⁾。

その後、当該条文の文言には修正は加えられず、条文の位置のみが「九十八條」に変更された²¹⁾。衆議院本會議（8月24日）において小委員会修正の法文である「第98条 この憲法は國の最高法規であつて、その條規に反する法律、命令、詔勅及び國務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」が議決された²²⁾。

なお、憲法修正にはGHQの許可が必要であつた。そこで1946年7月17日のケーディス大佐と金森國務大臣、入江法制局長官、佐藤法制局次長、加藤終戦連絡官が会談を行い、ケーディスは、最高法規の規定は残しつつも「並びにこれに基いて制定された法律及び條約」は削つても良い、との言質を取つたことが記録されている²³⁾。

帝国憲法改正案は、1946年8月24日に議院法54条に基づき貴族院に送付され、8月26日に同改正案は本會議に上程された。同改正案は8月30日に帝国憲法改正案特別委員会に付託された²⁴⁾。貴族院は10月6日、本會議において帝国憲法改正案を可決するが、貴族院での修正は、衆議院送付案に文言の修正を施し、また条文の位置を変更した程度である²⁵⁾。したがって、最高法規の98条

20) 『第90回帝國議會 衆議院帝國憲法改正案委員會議録（速記）第21回』1946年8月21日393頁。

21) 条文の位置が変更になつたのは、現在の憲法典における第10条、第17条、第30条、第40条の規定が新規に挿入されたからである。

22) 『第90回帝國議會 衆議院議事速記録第35号』1946年8月25日499頁。

23) 佐藤達夫 佐藤功補訂『日本國憲法成立史第4卷』（有斐閣、1994年）695頁参照。

24) 同上・883頁参照。

の法文には修正は加えられていない。

貴族院において帝国憲法改正案は修正の上、議決されたため10月6日貴族院から衆議院へ回付され、衆議院は翌7日、帝国憲法改正案を本会議に上程し、即日、貴族院の修正の同意を求めて起立採決を行い、可決した²⁶⁾。帝国憲法改正案は帝国議会において修正議決されたため、再度、枢密院に諮詢され、10月29日、枢密院は出席者全会一致により議決した²⁷⁾。

IV. まとめ

憲法98条1項成立過程を通観すると、次の各点が確認できる。第1に、憲法の最高規範性は、GHQ草案作成に先立つ「Drafts of the Revised Constitution」(1946年2月上旬)及び「Original drafts of committee reports」(2月10日)の段階において挿入され、現在の憲法98条1項の原型を表していたこと。第2に、先の2つの文書は、その後のGHQ草案の段階で修正され、合衆国憲法第6条2項をまねて憲法の他に憲法に基づいて制定された「法律及び条約」も最高法規であるとして修正されたこと。第3に、第90回帝国議会の衆議院審議過程において、その修正が不適切と判断され、憲法典のみが最高法規とするように改められたこと。つまり、期せずして先の2文書と同様に憲法のみが最高法規としたことが重要である。

日本側の修正要求は、枢密院における美濃部達吉の見解に収斂されているように思われる。すなわち、「九四条は、憲法、法律、条約を等しく最高法規として

25) 『第90回帝国議会 貴族院議事速記録第39号』1946年10月6日493-494頁及び佐藤・同上・959-961頁に貴族院による修正が表記されている。但し、「文民」(civilians)条項が、極東委員会の要請に基づくGHQの意向によって、貴族院憲法改正案特別委員会において挿入されたのは重要な修正である。この点については、『第90回帝国議会 貴族院帝国憲法改正案特別委員小委員会筆記要旨第1号』1946年9月28日及び『第90回帝国議会 貴族院 帝国憲法改正案特別委員会第24号』1946年10月3日167頁参照。「文民」の訳語は、牧野英一のアイデアと推察できる。『第90回帝国議会 貴族院帝国憲法改正案特別委員小委員会筆記要旨第3号』1946年10月1日16頁。

26) 『第90回帝国議会 衆議院議事速記録第54号』1946年10月8日871頁。

27) 佐藤・前掲書(註21)985-1004頁において枢密院の議事記録が掲載されている。また国立国会図書館HP「日本国憲法の誕生」サイトにおける「4-13 第90議会議決後に於ける帝国憲法改正案枢密院審査委員会記録1946年10月19日」には、枢密院の2回にわたる審査委員会の速記録が所収されている。

みるが、最高は憲法のみである。程度を異にする三つを等しく最高とし従つて法律に違反する法律は無効と云ふ変なことになる」との指摘である。すなわち、新たな日本国憲法典において最高裁判所に法令審査権が付与された結果、必然的に憲法典の優位性が、承認されざるを得ない。この日本国憲法典が、そのほかの法令に優位するとの言説は多義的ではあるが、日本国憲法典だけが、法令審査の基準となるのは決定的である。問題は、当時の憲法制定者にせよ、現在の憲法解釈者にせよ、その意味を明確に自覚していたのか、というところにある²⁸⁾。「『この憲法』に『国の最高法規』としての形式的効力をあたえたこと²⁹⁾にこだわり続けること、そのことが、憲法解釈者に共有されていたのか、そして今でも共有されているのか、という課題である。

三、不文憲法に関する法源論の稜線

1. 大日本帝国憲法時代の議論

法規範が、そもそも存立する基盤は何か、という課題は法源論と呼ばれる。この法源 (Rechtsquellen) の第一義的意味は、「法が如何なる形態をとりて存在して居るか、如何なる材料に依りて法の存在が認識せられ得るか³⁰⁾にある。この定義は、「形式的法源」を表し³¹⁾、したがって「法の形式³²⁾ (Rechtsformen) のことを意味する。あるいは法の「存在する形式³³⁾または「法の存在形式」といえる。

では、憲法の「存在する形式」としての法源とは何を指すのであろうか。美濃部達吉の最初の著作³⁴⁾を通観すると、「日本国法ノ淵源」は、制定法と非制定法

28) 最初期に憲法の最高法規の規定を問題視したのは、高木八東である。同「最高法規」国家学会編『新憲法の研究』(有斐閣、1952年) 341頁以下参照。

29) 樋口陽一『憲法〔第4版〕』(勁草書房、2021年) 86頁。

30) 中島重 項目「法源」末弘厳太郎 田中耕太郎責任編集『法律学辞典第4巻』(岩波書店、1936年) 2448頁。

31) 団藤重光『法学の基礎〔第2版〕』(有斐閣、2007年) 164頁。

32) 穂積重遠『法理学大綱〔再版〕』(岩波書店、1917年) 160頁、高柳賢三『英米法源理論〔全訂版〕』(有斐閣、1956年) 2頁。

33) 我妻栄『〔新訂〕民法総則』(岩波書店、1965年) 7頁参照。

34) 長谷川正安『日本憲法学の系譜』(勁草書房、1993年) 120頁参照。

の2つがあるという³⁵⁾。前者は成文法、後者は不文法に相当する。制定法の内、「最高ノ効カヲ有スル法規トシテ憲法及ヒ皇室典範」がある。この下位に属するものとして、美濃部は、憲法施行前の法令、憲法施行後の法令、条約、地方団体の法規を列挙している³⁶⁾。他方、美濃部は、非制定法も国法の淵源にあると指摘し、これに慣習法と理法をあげている³⁷⁾。美濃部は、慣習法が私法の場合とは違って、公法においては広汎に成立しないことを承認しつつも、「慣習法ハ単ニ私法ノ区域ニ於テ法ノ淵源タルノミナラス公法ノ区域ニ於テモ亦等シク法ノ淵源タリ」、「公法ニ付テ慣習法ヲ生スルニハ其ノ慣習カ国家機関ニ依リテ行ハルルモノナラサルヘカラス」³⁸⁾と述べる。また、理法については、制定法と慣習法が存在しない場合に、「自然ノ条理ニ依リテ其ノ法律関係ヲ判断」せざるを得ず、「余ハ之ヲ称シテ理法ト謂ハント欲ス」。この理法は「事物当然ノ性質ニ基キテ法タルカヲ有スルモノヲ謂フナリ」と捉えている³⁹⁾。

美濃部がそうした立場にあったのは、イエリネクの『一般国家学』からの影響による⁴⁰⁾。すなわち、イエリネクは、ドイツ私法学の成果を公法学に導入し、法実証主義を純化してきたゲルバー／ラーバント学派の法学一元的国家把握に抗し、法学・社会学二元的アプローチを構築した。イエリネクにあっては、国家認識に関して法学的方法と社会学的方法を唱え、国家における社会的事実関係が、規範的なるものと連携することを強調した⁴¹⁾。そこで美濃部は、自身の憲法学の土台

35) 美濃部達吉『日本国法学 上巻上総論』(有斐閣、1907年) 289頁参照。但し、美濃部は同書に先立ち、「(再ヒ) 法律ノ裁可ヲ論ス」論文において、次のように述べている。「近時吾国ノ法学ヲ論スルモノ動モスレバ法律ノ文字ヲ以テ法ノ唯一ノ淵源ト為シ法学ヲ以テ法文ノ解釈学ト為シ、法律ノ文字ヲ解釈スレハ以テ法学ノ能事レリト為スノ傾向アリ、最モ甚シキハ国家ノ法学上ノ觀念ヲスラモ憲法ノ文字ニ依リテ定ムルヲ得ヘシトスル者アルニ至レリ。余輩ハ此ノ如キ傾向ヲ以テ吾国法学ノ進歩ノ為メニ甚ク悲ムヘキノ現象ナリト信ス」。美濃部達吉『憲法及憲法史研究 全』(有斐閣、1908年) 156-157頁。同論文の初出は、『法学協会雑誌』22巻12号(1904年) 1642頁以下である。

36) 同上・293-294頁参照。

37) 同上・333頁参照。

38) 同上・336頁。

39) 同上・337頁。

40) 奥平康弘「美濃部達吉」潮見俊隆 利谷信義『法学セミナー増刊 日本の法学者』(日本評論社、1974年) 155-156頁参照。

41) 小林孝輔「国法学における法と政治」同『憲法における法と政治』(三省堂、1980

にイェリネク流の「社会的なるもの」を含ませ、自身の憲法学の構成を試みてきた⁴²⁾。

その姿勢は、美濃部に一貫しており、後の大日本帝国憲法の解釈学の集大成と目される『憲法撮要〔改訂第5版〕』⁴³⁾においても維持されている。特に法源論に関していえば、美濃部は次のように記述している。すなわち、美濃部は「日本憲法ノ法源」の節において、憲法法源として、1. 大日本帝国憲法、2. 皇室法、3. 国の法令、4. 不文憲法を列挙している。そして、不文憲法の意義をこう記述している。「唯帝国憲法ノ制定ノ後ニ於テハ、不文法ハ憲法ノ法源トシテ従前ニ比シ遙ニ其ノ重要ノ度ヲ失ヒ、成文法ニ対シ単ニ補充的ノ意義ヲ有スルニ過ギザルニ至レリ……不文法ハ主トシテハ唯其ノ欠漏ヲ補充シ解釈ノ軌準ト為ルニ止マル」⁴⁴⁾。このように美濃部は不文法の補充的意義を捉えた上で、不文憲法をさらに「憲法的慣習法」と「憲法的理法」に分類している。この「憲法的慣習法」の存在意義は、「制定法規ノ缺ケタル場合ニ於テ欠漏ヲ補ヒ、及制定法規ノ文字ガ解釈ノ余地アル場合ニ於テ其ノ解釈ヲ動かスカアルニ止マル」⁴⁵⁾点にある。また、「憲法的理法」とは、「理法ハ立法者ノ制定ニ依ラズ、事実上ノ慣行ニモ依ラズ、人類ノ推理心ニ基キ自ラ法タルカヲ有スルモノヲ謂フ」⁴⁶⁾。「憲法的理法」の存在理由は、「理法ガ法タルカヲ有スルコトヲ認メズトセバ、同一ノ制定法ニシテ時ヲ経ルニ從ヒ解釈ヲ変更スルコトヲ正当トスベキ理由ハ全ク之ヲ見出スヲ得ザルベシ」⁴⁷⁾。

そうした美濃部の見解は、立憲学派に属する佐々木惣一にもみられる。佐々木は、『日本憲法要論〔訂正第4版〕』において、「日本憲法ノ淵源」として、「制定法タル日本憲法」、「慣習法タル日本憲法」、「条理法タル日本憲法」の3つを列挙している⁴⁸⁾。佐々木は、「慣習タル日本憲法」を「憲法的慣習法」と名づけ

年) 11-13 頁参照。

42) そのことは美濃部自身認めていることである。美濃部・前掲書(註35)の『日本国法学 上巻上総論』「序文」5頁参照。

43) 美濃部達吉『憲法撮要〔改訂第5版〕』(有斐閣、1932年)。

44) 同上・114頁。

45) 同上・116-117頁。

46) 同上・117頁。

47) 同上・118頁。

つつ、理論上、この「憲法的慣習法」が成立する可能性を指摘している。もつとも佐々木は、「憲法的慣習法」は「憲法的習律タルニ止マリ、憲法ナル法タルコト稀ナルナリ」⁴⁹⁾とも述べ、慎重な見方をとっている。加えて、「条理法タル日本憲法」に関しても、「条理法ハ制定法及ビ慣習法ノ規定ノ存セザル場合ニ成立ス……殊ニ帝国憲法ノ規定ニ抵触スルノ条理法ナルモノ存スルヲ得ザルナリ」⁵⁰⁾と指摘している。このことから、佐々木は美濃部と同じように非制定法——佐々木は「不文憲法」という用語は使わないが——の憲法法源を認めつつも、美濃部とは異なりその存在余地の最小化を試みているといえる。佐々木にあつては、憲法法源の厳格性を維持することによって、大日本帝国憲法の維持が可能であると捉えたからである——美濃部が憲法法源を最大化し、逆に佐々木はこれを最小化するという法学方法論の差は、美濃部と佐々木の「憲法法源」の見方と同様、大日本帝国憲法下の「憲法変遷」という憲法変動現象への見方と関連していることに留意が必要である⁵¹⁾。美濃部は、イェリネクの国家・社会二側面説に準拠し、社会変動が法としての憲法の意味を変遷 (Wandlung) させる点に、憲法の発展を読み込んでいた。つまり、「社会なるもの」からアプローチしていけば、必然的に社会の中の法的確信の課題に直面せざるを得ない。そこでは、国体概念よりも社会化された法を用いて日本国の法を説明することとなる。換言すれば、解釈者が法の範囲を拡大し、しかも解釈者が依拠できる増やされた法を解釈の対象とすることによって、日本憲法学が——神話ではなく——法律学として留まり続けられると判断したこと、そこに美濃部の到達点がある。

II. 日本国憲法における「法源としての不文憲法」の出発点

日本国憲法に関する最初の本格的体系書は、美濃部達吉の『日本国憲法原論』⁵²⁾であろう。同書第2章第4節「日本憲法の法源」において、美濃部は旧著

48) 佐々木惣一『日本憲法要論〔訂正第4版〕』(金刺芳流堂、1933年) 116-117頁参照。

49) 同上・123頁。

50) 同上・124頁。

51) 川添利幸「『憲法変遷』Verfassungswandlungの法的性格」同『憲法保障の理論』(尚学社、1986年) 72-74頁参照。

52) 美濃部達吉『日本国憲法原論』(有斐閣、1948年)。なお、同書には宮沢俊義補訂版

『憲法撮要』を引き継ぎながら、改めて憲法法源を論じている。美濃部は次のように言う。「日本憲法の最も重要な法源たるものは、言うまでもなく……《中略》……『日本国憲法』であるが、併し実質の意義に於ける日本憲法即ち日本の国家の基礎法として見るべき総ての法的規律が、それに依り漏なく規定せられて居るのではないことは勿論で、其の規定に漏れて居るものは、或は法律を以て規定せられて居るものも有り、或は旧憲法時代から伝来して居る法令に依つて定められて居るものも有り、或は全然成文法の定なく政治慣習や先例や其の他条理に依る判断に依つてのみ知られ得べきものも有る。それが如何なる形態であるにもせよ実質上に日本の国家の基礎法の定に該当するものは、即ちここに所謂『日本憲法』の法源に外ならない⁵³⁾。その上で、美濃部は、憲法法源として日本国憲法、憲法附属法律、条約・国際法規を列挙している。もっとも、旧憲法時代に憲法法源とされた皇室法は、皇室の自律が日本国憲法の下では認められないため憲法法源から除外され、憲法附属法律の一つとして数え上げられている⁵⁴⁾。

また、美濃部は同書において不文憲法も憲法法源であると言明する。すなわち「憲法の法源としては我が国に於いても成文法規の外に不文憲法の存在を認めねばならぬ。勿論それは唯補充的意義を有するのみで、原則としては成文法主義を取り、唯成文法の解釈を補ひ又は其の解釈の標準として不文憲法が存在するのである⁵⁵⁾。この点について、美濃部は、日本国憲法の法的空間において、何が不文憲法であるかに関し、明言しておらず、もっぱら憲法解釈の補充的機能と解釈基準として設定している。その意味からすると、不文法を「法の形式」、「法の存在形式」と厳格に把握すれば、先の言説はこれとは異なる意義において不文法を捉えているようにもみえる。ただ、美濃部にあっては、日本国憲法典が施行されたばかりの段階では、不文憲法が成立するに必要な憲法慣行が未だ存在していないがために、不文法としての憲法法源を列挙することが困難であったのであろう。何が不文憲法であるのかは、将来の課題と把握したのであろう。ただ、ここで確

(1952年)もある。同書の初版を入手することが困難な場合もあるので、引用にあたっては両書の頁数を併記することにした(前者が初版、後者は補訂版)。

53) 同上・131頁／116頁。

54) 同上・139頁／123頁。

55) 同上・141頁／125頁。

認すべきは、大日本帝国憲法から日本国憲法への転換があったにもかかわらず、美濃部自身の解釈態度が、一貫していた点である。そしてこの美濃部の日本国憲法典への解釈態度が、その後の研究者に継受されていった。

美濃部の後継者である宮沢俊義は、日本国憲法施行後、僅か2年後に出版した『憲法大意』⁵⁶⁾において、不文憲法が成立する場合があることを認めている。宮沢は次のように述べる。「憲法についても、日本国憲法以下多くの成文法があるにもかかわらず、不文法が成立する余地は決してなくなっていない。ただ、何が憲法に関する不文法であるかを具体的に認識することはむずかしい。ことに、これを単なる憲法的な習律と区別することは容易ではない。憲法的な習律とは、政治のやり方について行われる慣行である。どこの政治においても、その実際において、各種の習律が生まれる。これらの習律が法の効力をもつとせられるときに、不文法（慣習法）となる。法の効力をもつかどうかは、結局は、多くの場合、裁判所の意見で済む」⁵⁷⁾。また、宮沢は憲法に関する判例法も不文法となり得ることも指摘している⁵⁸⁾。

この宮沢の言説を引き継いだのが、清宮四郎である。美濃部の直系の弟子である清宮四郎は、その著作『憲法 I』⁵⁹⁾において、法源論を「立法の主要形式」の表題の下に置き、「法規範の発現形式」⁶⁰⁾の中に不文法を入れ、不文法が不文憲法として存在し得る可能性を指摘している⁶¹⁾。清宮によれば、当時、成文化されていなかった領土や国旗の法的根拠が、当時の法例2条に基づく慣習法として存在することを認めている。加えて、判例法が、憲法的判例法として成立する場合があることも、宮沢同様に認めている⁶²⁾。

以上のように最高法規としての日本国憲法典があるにもかかわらず、それと併

56) 宮沢俊義『憲法大意』（有斐閣、1949年）。もっとも宮沢は、大日本帝国憲法の下でも、美濃部同様に「日本の不文憲法」を認めている。同『憲法略説』（岩波書店、1942年）24頁以下参照。

57) 同上・68頁。

58) 同上・70頁参照。

59) 清宮四郎『憲法 I』（有斐閣、1957年）。

60) 同上・307頁。

61) 同上・308頁参照。

62) 同上・308-309頁参照。

存する「法源としての不文憲法」の存在は、日本国憲法施行直後から有力な研究者によって承認されていた。その法状況は、いわば日本国憲法の法的空間を横に広げることで、日本国憲法の法解釈を格段に豊かにできると考えたのであろう。そして、この傾向は、次世代の憲法研究者によって疑問視されることなく継受されていくが、そこには大きな落とし穴があったのも事実である。

四、不文憲法論の陰影

1. 前景としての法状況

日本が近代法整備の最中の時代、1875年の太政官布告「裁判事務心得」⁶³⁾において、同第3条は、「民事ノ裁判ニ成文ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」と定め、私法領域において「慣習」が法源として把握され、同時に「条理」が裁判官の法適用標準として法の補充的解釈機能をもつことが定められた。その一方で、同4条は、「裁判官ノ裁判シタル言渡ヲ以テ将来ニ例行スル一般ノ定規トスルコトヲ得ス」と規定していたため、明示的に判例法の存在を否定していた⁶⁴⁾。

「慣習」の実定法化は、私法領域では、1890年に公布された商法の第1条⁶⁵⁾に典型的にみられる。この最初の商法1条は、「商事ニ於テ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習及ヒ民法ノ成規ヲ適用ス」と定めていたからである。また1896年に施行された旧民法92条は、「法令中ノ公ノ秩序ニ関セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ当事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ従フ」⁶⁶⁾と定め、慣習の法源性を認めていた。加えて、1898年

63) 明治八年太政官布告第103号。内閣官報局『明治八年 法令全書』（1889年〔明治22年〕出版）127-128頁。

64) 但し、団藤は、判例の第二次的法源性を認め、本条項が「判例の法源性を否定するものとは考えられない」と指摘している。団藤・前掲書（註31）170頁の脚註6。

65) 『官報号外』1890年〔明治23年〕4月26日1頁以下。法律第32号。なお、1899年〔明治32年〕公布の商法では、同1条は「商事ニ関シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」と規定し、「商慣習法」を明記している。『官報号外』1899年〔明治31年〕3月9日1頁以下。法律第48号。

66) 『官報号外』1896年〔明治29年〕4月27日1頁以下。法律第89号。

公布の法例⁶⁷⁾2条は、「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」と定め、一定程度——法の一般的世界ではなく——「慣習」が法源として「法律」の代替的な「法の形式」を備えていることが、実定法上、承認された。

もちろんこれらの諸規定は現在では改正され、法例は「法の適用に関する通則法」（法適用通則法）に代わり、同第3条は、「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに関し、法律と同一の効力を有する」とされている。現民法は口語体に変更され、同92条は「法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う」とされている。また現在の商法も第1条2項は、「商事に関し、この法律に定めがない事項については商慣習に従い、商慣習がないときは、民法の定めるところによる」と改正されている。しかし新旧の両規定に慣習の適用場面について相違があるものの、慣習が法的拘束力のある慣習法たる法規範として存在し、慣習が「法の形式」を備えた不文法として実定法規の上で認定されていることは同一である。おそらく法の合目的性を指向したことから、私法分野では違和感なく慣習法を受容することができたのであろう。

日本が成文法主義を基本としながらも、そうした不文法を受容する古層が深くある中で、旧憲法から新憲法への転換があつたとしても、法解釈者の法解釈のスタイルがそう簡単には転換することは困難だったのであろう。本来であれば、最高法規たる日本国憲法典の優位性を強調していけば行くほど、憲法学の領域では私法学とは異なり不文法に対しては、懐疑の視点をもっと注ぐべきだった。しかし、先にあげた美濃部、宮沢、清宮という戦後最初の憲法解釈を展開した解釈論の枠組みとその影響力は、決定的であつた。

67) 『官報号外』1898年〔明治31年〕6月21日22-24頁。法律第10号。なお、最初の法例（『官報号外』1890年〔明治23年〕10月7日21-22頁／法律97号）には、これに対応する規定はない。この法例は未施行のまま当時の法例に置き換わつた。

II. 小嶋和司の立場

このような憲法法源論の状況の下、小林直樹が1980年代になっても、その著作『〔新版〕憲法講義 上』⁶⁸⁾において、慣習法、判例法を「憲法上の不文法源」⁶⁹⁾として認識していたのは、当然であったろう。小林は、当時、不文憲法論にさほど興味がなかったせいか、「緊急権」論文⁷⁰⁾、また国家緊急権に関する包括的研究『国家緊急権』⁷¹⁾においても、国家緊急権を憲法法源としての不文憲法との関連性の中で扱うことはなかったように見える。つまり、「不文の国家緊急権」の課題よりも、実定法上、国家緊急権を基礎づけることの意味を——これを否定しつつ——比較憲法的視点から分析したのが、小林の先の論攷であった。

しかし、多くの研究者が不文法の法源性を承認している中で、それを逆手にとって、最高法規たる日本国憲法典の意味を相対化する見解が提示された。その嚆矢は、小嶋和司である。

小嶋は、そのテキストにおいて、「憲法学が対象の中心に据えるべきは、形式的憲法ではなく、実質的憲法であるということである。一九世紀ヨーロッパの君主制諸国の憲法学が内閣制度に言及したのは、この態度の表明であって、『憲法』と聞いて憲法典しか考えないようでは、学問は始から駄目である」⁷²⁾と断言する。この小嶋の意図は、形式的意味における日本国憲法典よりも実質的意味における憲法を上位概念に設定する点にある。そこで小嶋は、実質的意味における憲法には、成文憲法と不文憲法の2つが並列すると捉えるため、当然、次の結論に至る。「憲法学は、憲法典のみを対象とするものであってはならない……憲法と憲法典とを混同して、そこに国家生活の基本にかんするすべての規範が指示されていると考えてはならない」⁷³⁾。「実質的意味の憲法は、不文の慣習・習律にとどめておくこともできる」⁷⁴⁾。そうした上で、成文憲法と不文憲法とを比較し、「時代

68) 小林直樹『〔新版〕憲法講義 上』(東京大学出版会、1980年)

69) 同上・142頁。

70) 小林直樹「緊急権」田中二郎責任編集『宮沢俊義先生還暦記念 日本国憲法体系 第1巻総論I』(有斐閣、1961年)211-266頁。

71) 小林直樹『国家緊急権』(学陽書房、1979年)。

72) 小嶋和司『憲法学講話』(有斐閣、1982年)9頁。

73) 同上・26頁。

74) 同上・30頁。

の淘汰に耐えて存続した不文憲法」⁷⁵⁾の存在価値にその優位性を認めていた⁷⁶⁾。

小嶋が、その立場を宣明したのは、先の二著に先立つ「法源としての憲法典の価値について」⁷⁷⁾論文においてである。小嶋は、同論文の中で憲法典の最高法規としての法源を次のように相対化する。「国家および主権は、憲法典をして有効ならしめる根拠で、これに、憲法典に付随する副次的な地位しかみとめないことは、度を過ぎた成文法源偏重で、正当ではない。これには、成文憲法から独立した法源——不文の——としての地位をみとめるべきである。その法源としての権威は、憲法典の効力の基礎であるのみならず、憲法典の規定を修正して法的効果を指示するものとして、憲法典に優越することを認めなければならない」⁷⁸⁾。

この言説から小嶋は、「憲法法源として、憲法典をこえる権威をみとむべき不文のものがあることの認識は、憲法学に、多くの重要な帰結をもたらす」と述べ、8個の結論を引き出す。簡単にまとめれば、次の通りである。第1に、憲法典は、国家生活にとって最高の法ではない。「国の最高法規」の規定は、実定法の効力関係において、そのほかの「法規」と抵触があるときに最高の権威あるものとしての待遇を受ける意味である。第2に、憲法典は、国の根本法ではない。憲法典は、国家に生命原理の存することを前提としており、国家の組織と国政の内容について常態の場合における行使のあり方を制約するだけである。第3に、憲法典は、ケルゼン学派の法段階説がいう憲法とは異なる。第4に、憲法典の実定法上の効果は、その規定とその規定から合理的に推測しうる範囲に限定される。憲法典施行前の旧法が効力をもつのは、国家・主権または憲法典をこえる不文の法に法的権威を受けているからである。第5に、憲法改正の限界論の議論には誤りがある。そもそも、「憲法をこえる法がないという捉え方に問題がある」。第6に、司法裁判所の裁判権能の限界論の仕方も、「憲法典をこえる不文法の検討

75) 小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、1987年)13頁参照。

76) 同書の「国法の諸形式」の項目で「不文法源」として、慣習、判例、条理を列挙している。87-92頁参照。

77) 小嶋和司「法源としての憲法典の価値について」雄川一郎編集代表『田中二郎先生古稀記念 公法の理論 下I』(有斐閣、1977年)1455-1473頁。同論文は、小嶋和司『小嶋和司憲法論集三 憲法解釈の諸問題』(木鐸社、1989年)485頁以下に所収されている。引用は同書からである。

78) 同上・508頁。

なくしては周到な結論」を引き出すことはできない。第7に、憲法典と国際法との効力関係に関しても、憲法典の「最高法規」性を根拠に論じることは意味がない。不文の法が検討課題とされなければならない。第8に、成文憲法と不文憲法との区別は、従前の学説以上に相対的である。優劣の課題ではない⁷⁹⁾。そして、小嶋は、大日本帝国憲法時代に憲法典の枠の外にある「国体論」に対し、立憲学派が「憲法典をこえるものの強調を警戒した」⁸⁰⁾ことを評価しつつも、戦後憲法学がこの憲法解釈手法を継受した点に批判を向け、自身の立場をこう表明する。「現行憲法典の規定のあり方は、明治憲法典とは異なり、不文のものを考慮することなく実定規範をとらえることはできない。憲法学は、昔日の自戒と法実証主義の形骸をまもって、この不文のものに正当な地位を認めることをしていないが、今後は、その主要関心を、この不文のものに注ぐべきではなかろうか」⁸¹⁾。

こうした小嶋の独自の学説は、国家と憲法典との関係性において、国家の方が優先し、国家性から不文憲法を引き出すことにある。そのことは、次の言説に明確に現れている。「国家の存立と憲法典との遵守とでは、前者の方がより基本的な価値とされ、いわゆる『国家緊急権』の理論が成立する……憲法典の保障を停止して、国家の存立をはかるべく、そのような権能は、憲法典をこえる不文の法によって認められる」⁸²⁾。この小嶋の立場は、一貫している。後の小嶋の体系書でも、次のように記述しているからである。「憲法典の規定にしたがうなら国家の存立さえ失われると判断される場合、政権担当者はどうすべきか。ここに『国家緊急権』とよばれる考え方があり、国家にとって最も重要な価値にしたがうべきものとする。これについて、憲法典は『国の基本法』であるから、憲法典がそれを容認しないかぎり、それをなしえないと考えることは、憲法典の本質的性格を誤認している」⁸³⁾。

しかし小嶋による憲法典の最高法規性を否定し、不文法としての実質的意味における憲法の設定は、直ちに反論を受けることになる。一人は国家緊急権を論究

79) 同上・510-512頁参照。

80) 同上・513頁。

81) 同上・513-514頁。

82) 同上・504-505頁。

83) 小嶋・前掲書(註75)34頁。

してきた小林直樹であり、もう一人は清宮学説による憲法規範の制限規範の意味を正当に評価していた樋口陽一である。

III. 小林直樹の批判的視座

『法学協会百周年記念論文集』には、小林直樹と樋口陽一による小嶋説への批判論文が掲載されている。小林は、小嶋が憲法 98 条に定める憲法の最高法規性を否定し、憲法典「より高い地位にある法」があるとの主張に対し、「成文憲法の上にある「書かれざる法」を無証明のまま主張することは、特別な『自然法』（より正確には実定法外のイデオロギー）の唱道以外の何かでありうるだろうか⁸⁴⁾と疑問を呈する。また小林は、成文憲法を超える「不文の法」とは何かと問い、小嶋が「国家」の観念を引き合いに出した点を『『国家と主権』を成文憲法の上に位する（つまり“最高の”）憲法法源とせよ、という主張は、法学に無知な国粋主義の政治家のデマゴギーならばとにかく、憲法学者のそれとしては驚くべき発言だといわざるをえない⁸⁵⁾と厳しく批判する。

小林がこのような厳しい評価を下したのは、小嶋が国家を最高の不文憲法の源泉と設定し、国家の実在性が「無媒介に法的当為」に立脚するとの主張を「無検証で不用意な仕方による断定⁸⁶⁾とみたからにほかならない。小嶋が不文憲法として国家緊急権をあげているが、確かに小嶋説は、日本国憲法典に記述されていない何かしらのモノに、自身があって欲しい願望を不文憲法だと語る、いわば願望思考の正当化論でしかない。小林論文は、この小嶋の憲法学のあり方自体を批判対象としたのである。

しかし、小林にもウイーク・ポイントがある。小林自身も不文憲法の存在自体は否定していないからである。すなわち「実質的意味の憲法の重要部分が憲法典外に置かれることも少なくない。そのような場合でも、憲法典の基本の精神に基いて『不文の憲法』の意味を確定していく必要があることはいうまでもない⁸⁷⁾

84) 小林直樹「憲法概念の考察」法学協会編『法学協会百周年記念論文集』第2巻（有斐閣、1983年）22頁。

85) 同上・23頁。

86) 同上。

87) 同上・23頁。

と不文憲法の実在性を承認している。この小林の言説は、その体系書において、不文憲法を否定していないことと関連している。すなわち、小林は、法源を「法を具体的に知る場合の手がかりとなる法の存在形式」⁸⁸⁾と定義し、「国法の成文の諸形式のほか、不文法も法源となる」⁸⁹⁾ことを前提にしている。そこで小林にあっては、不文法が法源となるならば、理論上は、「不文の憲法」も成立する理論的可能性を認めていたといえる。だが小林は、実質的意味における憲法の場面で、「法源としての不文憲法」が示す方向性に関しては、自身認識していなかったと思われる。加えて、日本国憲法典を超える不文憲法を否定的に把握したとしても、不文憲法が実在するというのであれば、憲法典の「最高法規」の意味はやはり相対化せざるを得ない。そこで、憲法法源の方向性と憲法法源の相対化の課題が問題となる。

IV. 樋口陽一の憲法法源論

樋口陽一の『憲法学』の対象としての『憲法』⁹⁰⁾論文は、小林論文とは異なり直接的には小嶋論文への批判という形とはっていない。だが、樋口が『憲法』と聞いて憲法典しか考えないようでは、学問は始めから駄目である⁹¹⁾との小嶋の言説に敏感に反応して、同論文において憲法学の対象それ自体を主題にしたことは確かである。同論文の中で樋口は、「(1) もし、もつばら、ひとの知的関心を十分に充たすために憲法学はどのような意味での『憲法』を対象としなければならないか、という問いであるとすれば、それは、実質的意味の憲法をひろく包括しなければならないであろう」⁹²⁾といい、小嶋が実質的意味における憲法にこだわる姿勢に配慮をみせている。ただ「(2) しかし、憲法学が違憲審査制——その制度がない場合でも、最高法規として立法以下の国家行為を規律する基準——として何を提示すべきか、というかたちで問が明確に定式されるならば、答えは、(1) に対するものとはちがってくるであろう」⁹³⁾と指摘する。樋口によ

88) 小林・前掲書(註68)139頁。

89) 同上。

90) 樋口陽一「『憲法学』の対象としての『憲法』」法学協会編『法学協会百周年記念論文集』第2巻(有斐閣、1983年)225-256頁。

91) 小嶋・前掲書(註72)9頁。

92) 樋口・前掲論文(註90)251頁。

れば、(1) は科学学説としての憲法学の対象範囲、(2) は解釈学説としての憲法学にとっての問題、としている。その上で、「形式的意味の憲法という場合、成文あるいは成典の憲法をさしてそういうときと、硬性の——したがって最高法規性を有する——憲法をさすときとがあり、普通は、成文かつ成典で硬性の——したがって最高法規性を有する——憲法のことを、念頭におかれるようである。アメリカおよびフランスの市民革命期における憲法思想は、実質的意味の憲法の内容として特定の原則を掲げ（立憲的意味の憲法）、それを成文かつ成典の憲法に網羅したうえで、憲法典に最高法規としての性格をあたえた。そのことに今日なおあえて執着しようとする立場は、解釈学説として十分に成立しうるし、さらに存在理由をももちうるというべきである」⁹⁴⁾と語り、形式的意味の憲法典が最高法規であることにこだわる憲法解釈者の姿勢が、「駄目」ではないことを論証している。

この樋口論文を敷衍したのが、自身の体系著『憲法 I』⁹⁵⁾である。そこでは「憲法の法源」の扱い方に関し、研究者の講学上の知的関心に従ってその範囲が変動的であることに注意を向けている。まず樋口は、実定憲法解釈論として「憲法の法源」を論ずるときには、「『法源』の範囲への言及は、日本国憲法の場合でいえば、九八条が『この憲法は、国の最高法規であ（る）』とする、その『憲法』の範囲——従って、八一条によって司法権が違憲審査を及ぼす基準としての『憲法』の範囲——を定めるための提言という意味を持つ」⁹⁶⁾と指摘する。この指摘は、憲法解釈者による憲法法源論の射程の広狭の取捨選択が、憲法解釈者の知的関心以上に解釈者自身の主体的価値判断と関連することをいい表している。その上で、樋口は「憲法の法源」論の取り扱い方に2つの視点があるという。

第1に、最高法規たる日本国憲法典のみこそが、「法源」とする主張は、「多くの場合、憲法制定者の意図に即して公権力を抑制するのに役立つ」⁹⁷⁾とみる。第2に、憲法の「法源」を実質的意味の憲法に拡大する場合、その指向性によ

93) 同上・252頁。

94) 同上・253頁。

95) 樋口陽一『憲法 I』（青林書院、1998年）。

96) 同上・19頁。

97) 同上・20頁。

っては、さらに2つの別の道を歩むことになる。一つは、「権利条項を全く含んでいなかった第三共和制フランス憲法（一八七五年）のもとで、一七八九年宣言をも憲法の『法源』のなかにひき入れようとした主張」があったように、実質的の意味の憲法を憲法法源とした場合には、「政治部門への憲法の名によるコントロールを強め」ることが、その法源論の実践的意義である。もう一つは、「憲法典の運用によってつくられる実例について『憲法変遷』ないし『憲法慣習』の成立を主張し、それに憲法の『法源』としての性格を与えようとした主張」がなされた場合、「政治部門への形式的意味の憲法によるコントロールを弱める」⁹⁸⁾道である。

V. 憲法法源としての形式的意味における憲法の優位性

先の樋口の指摘を受けて、ここでの関心事に照らしていえば、こういえるであろう。第1に、実質的意味における憲法と形式的意味における憲法とを区分するとき、実質的意味における憲法の中に何の法源を含ませるかが重要である。形式的意味における憲法＝憲法典に依拠し、憲法典の中に記述されていなかった国家組織法・作用法をいわゆる憲法附属法律として「法の存在形式」とみるのは妥当であろう——法律が、憲法典の授権規範と制限規範に服している限り。ただ、第2に、実質的意味における憲法の中に、不文法を含ませるとき、そこでは緊張関係が生まれる。というのも、その緊張関係の中では、形式的意味における憲法が有する最高規範性——日本国憲法では98条1項の最高法規の規範的意味——は、どのみち相対化されるからである。換言すれば、憲法98条1項に定める「この憲法は、国の最高法規であ（る）」ことが、「あの不文憲法」の「法源」と出会わざるを得ないからである。第3に、「法源」たる「不文法」としての実質的意味における憲法が、その機能を果たしていこうとするとき、その作動が形式的意味における憲法の解釈論として、補充的・補完的機能であれば、憲法典の最高規範性は維持できる。というのも、その「不文法の法源」が、「憲法典の法源」と同列あるいは優越することは許されず、憲法的効力の優劣関係において形式的意味における憲法の前では「不文法の法源」を沈黙させることができるから

98) 同上。

である。いわば、形式的意味における憲法を起点にすれば、下降垂直的關係性が生じ、憲法典の制限規範は担保される。第4に、しかし、「法源」たる「不文法」として「不文の憲法」を設定したときには、形式的意味における憲法は、最大限その最高規範性は相対化され、同時に、形式的意味における憲法と「不文の憲法」は同列あるいは、後者の優位性が説かれる可能性は最大化される。そこでは「不文憲法」が最高法規となり、形式的意味における憲法の最高法規性は、第2位の地位まで降格される。いわば「不文憲法」を頂点とし、これを起点とした下降垂直關係性が生じる結果、憲法典の制限規範性は喪失する。

かつて美濃部が旧憲法時代、不文憲法を憲法法源として設定した意図は、形式的意味における憲法たる大日本帝国憲法に足らざる部分を——美濃部の立憲的姿勢からみれば——不文法によって補い、あるいは「成文法規ノ解釈ノ標準」⁹⁹⁾とすることによって、大日本帝国憲法を「近代立憲制度ノ基礎精神」¹⁰⁰⁾の上に築こうとしたところにある。それ故、美濃部は、憲法法源として憲法的理法という不確定概念まで動員して、大日本帝国憲法体系の水平的拡張を主張したのである——「国法の法源が何に在るかは、私法の領域に於いては自由法学説の勃興以来、多くの有益なる研究を見た問題であるが、著者の信ずる所を以てすれば立法者の権威は決して国法を作る唯一の原因ではなく、法源としての制定法規の価値は比較的限られたもので、其の外に尚歴史的の事情と社会の条理意識が之と相並んで等しく国法の法源を構成するものである」¹⁰¹⁾。

だが日本国憲法の時代は、事情が異なる。日本国憲法では裁判所に法令審査権が付与され（憲法81条）——違憲審査制、小嶋の言葉でいえば、「合憲性審査制」——しかも98条1項において憲法典が「最高法規」と定められている。つまり、日本国憲法典が全法令の審査基準であり、裁判官はこの基準によって一切の国家行為の憲法適合性を判断しなければならない。これを前提にいえば、日本国憲法典の外に「+ α 法源」に何を入れるかは、格別の意味がある。そして先の第3の意味における「+ α 法源」を求める憲法解釈者の政治的意図は、日本国憲法典よりも上位にある「不文憲法」から自身の願望を当為の世界に導入する点

99) 美濃部・前掲書（註43）114頁。

100) 同上・119頁。

101) 同上・4頁。

にある¹⁰²⁾。

五、小結

最後にまとめとして、私見を交えながら、次の点を指摘しておきたい。

第1に、憲法の最高規範性の意味に関してである。日本国憲法98条1項の最高法規の定めは、憲法典が日本国の法的空間において最高規範であること、最高の法的効力と法的拘束性を保持していることを明示している。本条項成立の歴史的由来と憲法制定過程における審議をみても、憲法典の最高法規の意味を阻害する議論は見あたらず、むしろ裁判所による法令審査権の導入と相まって、「一切の法律」などが「この憲法」を基準にして測定されることが求められている¹⁰³⁾。憲法98条1項のスタートラインは、そこに立つ。

第2に、そうはいつても、憲法解釈者と憲法との向かい方が次の課題として残る。いわば、法典解釈の作法によっては、「最高法規」の「法の意味」を改変させることができるからである。憲法解釈者が、憲法の解釈をするとき、憲法典が出发点となる。その際、憲法解釈者は、文理解釈を基軸にしながら、多様なアプローチで自身の解釈の結果を著す。同じことが法律以下の法令・国家行為に対しても行われ、憲法解釈者は、主体的判断として当該法令等の憲法適合性を論じていく。そのときに、憲法解釈者が法源としての憲法典に依拠しつつも、自己の解釈論の正当性を主張するために、何かしらの法源を探し出し、あるいはある種の法源を作り出すこともある。「これも法源だ」との主張である。その手法には、実質の意味における憲法概念において、成文憲法＝憲法典に明示されていない不文憲法を利用することも含まれている。この仕方は、確かに一概に否定はできないが、そこに2つの方向性、しかもベクトルが逆に向かう方向性がある。一つ

102) 小嶋和司の系列につながる大石眞の立場が典型的である。大石眞『憲法概説Ⅰ』（有斐閣、2021年）50頁における「国家の不文憲法上の権能」としての国家緊急権の承認。また佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）62頁における「不文の法理」としての国家緊急権の存在価値の評価。

103) 「この憲法」の最高規範性にこだわり続けるのが、樋口の見解である。樋口・前掲書（註29）21頁参照。またこの樋口の立場からは、「法源」の意味を節約して使うことが求められる。樋口は判例の法源性を否定的に理解している。同438頁参照。

は、憲法典における最高法規性を尊重し、いわば憲法典の最高の法的効力を強化する方向性である。その方向性は、憲法の制限規範の実質化を目的としている。もう一つは、小嶋和司に典型的にみられるように、憲法典の最高法規性を否定し、実質的意味における憲法概念から憲法典を超える「法源としての不文憲法」を設定する方向性である。ただこの後者の手法は極端であり、憲法解釈のイデオロギー性が如実に前面に現れ、独断論との差は紙一重といえるだろう。

第3に、では、前者の場合でも、何かしらの「不文の憲法法源」を設定し、「真の憲法解釈」に接近することは可能なのかという課題がある。一つ参考例をあげて考えてみよう。深瀬忠一は、憲法 69 条に基づく内閣による衆議院解散権に関し、政治実態として憲法 7 条に基づく首相判断による自由な衆議院解散に疑問を呈している。その際に、深瀬が設定したのが「憲法習律」(constitutional conventions) であり、内閣による自由な衆議院解散権に対する「法的規範上の制約」論を深瀬が展開したことがある¹⁰⁴⁾。深瀬の意図は、「憲法習律の性質をもつ明文ないし不文の規範に目を行きとどかせる必要」¹⁰⁵⁾にあり、憲法 7 条解散の法的制約根拠を提示するところにあつた。筆者は、憲法 7 条による内閣の自由な衆議院解散を否定する深瀬説に同意するが¹⁰⁶⁾、ここで問題としたいのは、不文法を引用する深瀬の解釈手法である。

確かに深瀬の不文法としての憲法習律の援用は、憲法 7 条の厳格解釈に資し、同時に憲法 69 条の積極的規範意義を論証する点で、憲法典の最高法規性を強める方向性を示している。その意味で深瀬による「法源としての憲法典」に付加される「法源としての不文憲法」、「法源としての憲法習律」は、日本国憲法典の解釈論の場面でその憲法典の最高法規としての規範力と衝突する危険は減退している——憲法 98 条 1 項の規範意義の相対化の課題。だが同じく憲法 7 条に基づく内閣による衆議院解散を憲法慣習という不文の論理を用いて、憲法解釈の場面で扱う場合には、逆の結論も生まれる。高橋和之が、憲法 69 条以外の衆議院解散

104) 深瀬忠一「衆議院の解散」田中二郎編集代表『日本国憲法体系 宮沢俊義先生還暦記念 第4巻』(有斐閣、1962年) 206頁。

105) 深瀬忠一「解散権問題と定数違憲判決」『ジュリスト』830号(1985年) 59頁。

106) 深瀬論文については、言及したことがある。加藤一彦『議会政治の憲法学』(日本評論社、2009年) 150頁以下。なお筆者の衆議院解散に関する立場は69条限定説である。加藤一彦『憲法〔第4版〕』(法律文化社、2023年) 230-231頁参照。

が常態化している現況を踏まえ、憲法解釈論としてこの課題は、憲法 69 条の「憲法変遷の問題となりうる」¹⁰⁷⁾と指摘しているが、正にこの指摘が生まれることの意味である。高橋は、小嶋のように実質の意味における憲法を用いて憲法典の最高規範性を傷害し、あるいは実質の意味における憲法の場面で「不文憲法」を援用はしていない。その高橋が、最高法規たる憲法 69 条と併存する新たな憲法法源を生み出す「憲法変遷」¹⁰⁸⁾にふれざるを得なかった局面があること、そのことがなによりも「法源としての憲法典」以外の法理に頼ることの怖さなのである。

第 4 に、憲法学においては、「法源」を節約し、憲法典の「最高法規」を確保することが重要なのだという私見の立場である。法学通論における法源論をそのまま憲法法源論に移し替えたとき、形式的意味における法典の優位性が、憲法学では重大な問題を醸し出す——私法学では決して生じない課題。たとえば、私法学においては、私法の基本法である民法典以外の実に多くの——実質の意味における民法としての——個別私法群、慣習法があるが、私法領域における法源の対立がある場合には、その法的効力は、「特別法は一般法に優先する」(Lex specialis derogat legi generali)、「後法が前法を廃止する」(Lex posterior derogat priori) との法命題によって、法源同士の対立は処理できる¹⁰⁹⁾。

しかし、憲法典と実質の意味における憲法の一つである「法源としての不文憲法」との関係性においては、その処理はできないし、またしてもならない。日本国憲法の総論的説明において、憲法の法源は、成文法と不文法に大別されると語った瞬間に、憲法典の優位性はどこに根拠を置くのか、憲法 98 条 1 項の最高法規性はどこから生まれ、何によって担保され、逆に何によって阻害されるのか、そしてどこへ行くのか、という問題が想起されなければならないからである。

「憲法法源」の節約は、「法の存在形式」の範囲を厳格に捉えることを意味する。「国法の諸形式」という表題の下、憲法附属法律群の外に憲法判例や憲法習律、憲法慣習などを列挙し、それらも「憲法法源」とするのは、「憲法法源」と「法

107) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第 6 版〕』(有斐閣、2024 年) 15 頁。

108) 高橋の憲法変遷論については、高橋和之「憲法変遷論にみられる混乱の若干の整理(下)」『ジュリスト』974 号(1991 年) 50-51 頁参照。

109) 団藤・前掲書(註 31) 86 頁参照。

の種類」とを混同しているように筆者にはみえる。「憲法法源」というのであれば、憲法典の「最高法規」に畏怖し、この「最高法規」の法的効力（Geltung／法的拘束性）を敷衍する論理が内在していなければならない。本来であれば、憲法解釈者は、「形式的意味における憲法」と「実質的意味における憲法」との緊張関係にもっと敏感でもよかった。そもそも「法源」は、「解釈者の欲する解釈」のために資格づけられ、その後に「所与の『法源』を『認識』するという形式で実は自分の解釈を主張するという解釈技術の手段」¹¹⁰⁾であることが、自覚されていたのであろうか。解釈者にその自覚があれば、「実質的意味における憲法」の構成要素と捉えがちな不文憲法、憲法判例、憲法習律、憲法慣習が、「法の存在形式」としての憲法法源であることに違和感あるいはためらいを感じていたはずである。日本国憲法典が最高法規としての憲法法源であるという言説には、規範の頂点において「効力と実効性」がワンセットで内在していることを含意している。そうだからこそ「法」の「存在形式」として、日本国憲法典の憲法法源にこだわり続ける必要がある。

本稿は、日本国憲法典の「最高法規」が、政治の力だけではなく、自分たち同僚からも不躰な扱いを受けている現状に違和感を感じ、安易に「不文憲法」論を成立させてはならない論理に少しくふれてみた。憲法変遷論、憲法附属法律（ことに基本法群）による憲法の授權規範と制限規範への浸食の課題に言及するには、別稿が必要である。これらについては、後日の宿題としておきたい。

〔追記〕

本稿は、2023年度個人研究助成費 23-06 による研究成果の一部である。

110) 樋口陽一「『憲法習律』の観念についての再論・3完」『法律時報』47巻9号（1975年）140頁。