



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「日本国憲法のアイデンティティ」についてのコメント（オリジナル版）
Author(s)	尾崎， 一郎
Description	『論究ジュリスト』の連載企画「日本国憲法のアイデンティティ」の一環として2021年秋号（第37号）の同誌に掲載された座談会「憲法の危機と日本社会法社会学との対話」における「基調報告」のオリジナル版に、軽微な字句の修正をほどこしたもの。『論究ジュリスト』誌には本稿を縮約し座談内容をふまえて補正を加えた内容が掲載されている。
Issue Date	2021-09-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/82572
Type	other
File Information	Ozaki_202111(org)rev.pdf



「日本国憲法のアイデンティティ」についてのコメント (オリジナル版)

北海道大学 尾崎一郎

(本稿は、『論究ジュリスト』の連載企画「日本国憲法のアイデンティティ」の一環として 2021 年秋号 (第 37 号) の同誌に掲載された座談会「憲法の危機と日本社会—法社会学との対話」における「基調報告」のオリジナル版に、軽微な字句の修正をほどこしたものである。座談会の参加者 (憲法学者) には事前に本稿が配布された。『論究ジュリスト』誌には本稿を縮約し座談内容をふまえて補正を加えた内容が掲載されている。)

0 はじめに

のっけから不躰な問いかけで恐縮ですが、日本の学界において憲法学者であることを自他共に認める人々 (しかも全員日本人) が集まって「日本国憲法のアイデンティティ」を議論しているというのはいかなる事態でしょうか? 日本 (人) の憲法学者であるがゆえに暗黙のうちに共有している問題関心があり、かつそれは専門や国籍を異にすると容易には共有できない感覚のようなものであれば、文字通り門外漢の (しかも「共同住宅の住民紛争」や「隣人紛争」などを通じて法的コミュニケーションの意味と機能をちまちまと考え続けてきた法社会学者にすぎない) 私の付け焼き刃なコメントは必ず的外れになる運命にあります。そうではなくて何かより一般的・普遍的な問いへと議論が開かれているのであれば、私のコメントも無意味ではないかもしれません。いずれにせよ一見ナイーブなこの問いは、法社会的には一定の意味を有しますので、後に戻ってることになります。

1 アイデンティティ問題 1: 憲法の危機

さて、そもそも何らかの対象についてその単なる「特徴」ではなくて「アイデンティティ」が議論に値する問いとして浮上してくるのはどのような時かといえ、それは、当該対象の「レジティマシー」や「存在理由」や「自他を識別する境界」が自明性を喪失しつつある (と当事者ないし関係者が無意識のうちに考え始めている) 時であるに違いありません。「日本国憲法」もまたそのような危機に直面しているのでしょうか。

確かに、近年の日本を眺めれば公然と憲法のルール (例えば臨時国会の召集をめぐる第 53 条) や理念 (公文書の保管、開示) を踏みにじって恥じることのない政府があり、しかもそれを支持する (少なくとも大した問題だとは考えない) 世論が確実に存在します¹。宍戸教授が指摘するように—時代により熱量に変化はあるにせよ—改憲を党是とする党による長期政権が憲法典と奇妙な共存を続けてもいます。その中で憲法典は表向き変わらないまま、政治改革、行政改革、司法制度改革などにより実質的な統治機構の変容が実現されてもきました。日本の国家統治では、赤坂教授が言うように、公権力の活動における理由提示や透明性の希薄さというのが顕著な特徴としてあったわけですが、それがむしろ強ま

¹ 戦後の日本における人々の憲法に関する一般的な関心の低さと時代状況に応じた偶発的な変遷については、境家史郎『憲法と世論—戦後日本人は憲法とどう向き合ってきたのか—』(筑摩書房、2017 年)。先行研究として、上野裕久『国民の憲法意識』(勁草書房、1970 年)。

りつつあるかもしれません。少し前のことですが、多くの批判の声があがったにも拘わらず、集団的自衛権をめぐる解釈変更の「閣議決定」が、(改憲派の支持するイデオロギーによってというよりは)国際政治の地政学的なりアリズムに押される形で、強行されました。一部の(多くの?)憲法学者も参加しての「立憲主義を守れ」との声は一時的にせよ高まりましたが、具体的な成果はどうだったのでしょうか。むしろ憲法学(者)の言説は公然と無視されたようにさえ見えました²。あるいは、情報工学・金融工学の急速な進展、巨大プラットフォーム企業の出現、国際的な人・物・情報・金の移動の爆発的な増加により文字通り国境の意味と機能が変容し、国家法もまた相対化されつつあります。硬(ハード)軟(ソフト)とりまぜた多様な規範が legal pluralism の名のもとに国際法秩序を形成しているという認識が広まりつつあります。

日本国憲法は、国家のガバナンスにおけるその機能的プレゼンスや(当初から多様な議論が続いている)正統性基盤に関して重大な岐路に立っている(あるいはいよいよ進退窮まった)がゆえにそのアイデンティティが問われなければならないくなっているのだと若き憲法学者の皆さんが直感しているというのがこの連載企画の意味だと私は理解しました³。

以上の理解をふまえるなら、日本国憲法の「アイデンティティ」と銘打たれた共同研究は、単なる外形的特徴ないし特殊性を外国の同等物との比較において明らかにするというようなものではありません。外国(とりわけ憲法学における参照項であり続けてきた欧米諸国)との比較は、仮に行うとしても単なる博物学的な分類や static な特徴ないし同一性⁴の把握のためではなく、日本国憲法が現に対峙している危機の本質を理解するためのものでなければならないでしょう。日本国憲法典の条文数の有意な少なさという外形的特徴

² 憲法の「学説」と9条解釈の関係については、鈴木敦「9条学説史から見た「憲法学説」の規整力」法律時報2020年3月号が興味深い。

³ 私に示されていた企画趣旨は以下の通り。

「日本国憲法施行70年を契機に、「そもそも日本国憲法とは何であるのか」を追求する。戦後の憲法学においては、憲法理論や比較憲法の研究が常に盛んであり、またこの10年ぐらいは法科大学院制度の設置に伴い、憲法判例の研究も蓄積されてきた。ただ、憲法学の研究の方向性とは別に、憲法の現実を見てみたときに、普遍的な立憲主義思想が日本でも定着しつつあるのではないかと思われる一面で、個性ある歴史的な「日本国憲法」という憲法典と普遍的な立憲主義との間の緊張関係(例えば、天皇の生前退位、集団的自衛権をめぐる議論)も見受けられるようになってきた。そこで、この研究会では、日本国憲法のアイデンティティを、ポジティブな側面・ネガティブな側面を含め、各研究者がそれぞれの視点から描き出し、日本における立憲主義の発展可能性を探る。」(改行略)。

問題は、第3文(憲法の現実)から第4文(アイデンティティの探究)への展開が「そこで」でなぜ繋がるのかということである。むしろ本文でいま述べたこと(憲法が多様な危機に直面していること)と、日本の憲法学が(判例の蓄積と相俟って)法解釈学としてその技術的洗練(ないし脱イデオロギー化、脱社会運動化)を進めてきたこととは矛盾しない。むしろ、民法学とのアナロジーで言うなら、憲法学が「概念法学」の度を増してきたからこそ、憲法の「アイデンティティ」や「規整力」があらためて問題化されているという面もあるかもしれない。

⁴ 例えば法人類学者千葉正士教授が説いた「法文化の文化的同一性を基礎づける最終原理」としての「アイデンティティ法原理(identity postulate of a legal culture)」(千葉「アイデンティティ法原理の探究—とく韓国と日本を比較して—」北大法学論集46巻1号(1995)176頁。「アイデンティティ」という言葉がここでも使われていることに注意。

も、本連載ですでに何度も論じられてきたように、規律密度の低さ⁵とそれに伴う解釈の政治過程への丸投げ⁶というあり方、つまりは、憲法典（ならびに附属法規群）の「法」ないし「法源」としての—とりわけ国家ガバナンスにおいて依拠されるべき規範としての—機能的・構造的特性を象徴的に示すものであって、しかもそのようなあり方自体が現代の社会変動においてレジティマシーや実効性に関する疑義を生じさせつつあるからこそ、有意義な問題として照射されるのではないのでしょうか。

この例に限らず、憲法（典）という法が政治過程をはじめとする法以外の社会領域との間でどのような関わり合い方を示しているか、それはいかなる意味と機能を有しているか、もっと端的に言えばどのような機能不全に陥りつつあるか、というのは、まさに現代日本社会における憲法の「アイデンティティ」を考える上で核となる問いです。特に憲法と政治の関係は林教授の本企画における論考⁷などでも明示的に触れられているように、公法ないし「政治の法」としての憲法について考える上で避けて通れないでしょう。近代化を法・経済・政治・科学・宗教といった相互に自律的で自己準拠的なコミュニケーション・システムへの機能分化の過程と捉えたルーマンは憲法を法システムと政治システムの構造カップリングにおいて成立するもの—その関係の形式—であるとししました。要するに国家のガバナンスにおける法と政治のインターフェースにおいて成立し両者を関係づけるもの（法と政治の融合や積集合ではないことに注意）だということでしょう。この指摘そのものは一見変哲もないように聞こえますが、ここから読み取るべき重要な（もしかしたら深刻な）示唆は、そのような意味での「憲法」の解釈や運用は法システム内部では他ならぬ法解釈であると同時に、政治システムにとっては政治過程（政治的コミュニケーション）と位置づけられ得るということです。そもそも憲法の内容の確定と修正（とりわけ統治機構に関する制度設計）は、川人貞史教授や小熊英二教授が参加された本企画の座談でも明瞭に示されていたように政治的決定そのものであり、歴史的な径路・文脈や多元的なアクター間の権力配置に大きく左右されます⁸。近時では、狭義の立法（憲法改正）にとどまらず、「憲法尊重擁護義務」を課されている「公権力担当者」による「憲法解釈」そのものが、「政治過

⁵ あるいは、倉持麟太郎『リベラルの敵はリベラルにあり』（ちくま新書、2020 年）270 頁が言うような、条文の形骸化。

⁶ 本企画では、下位法による柔軟でプラグマティックな改変による手当て、すなわち憲法典を簡短概括なものにとどめ附属法や一般法律や運用やインフォーマルなやりとり等で社会の変動にプラグマティックに対応するやり方が、繰り返し確認されてきた。山本教授のいう「主権者なき憲法変動」や「エリート・プラグマティズム」はこれに関わる。

⁷ 林知更「書き割りの背後へ—日本憲法学と「法の自律性」に関する試論—」論究ジュリスト 32 号 (2020)。以下「林論考」。

⁸ 逆に、林論考が指摘するように (136-137 頁)、「憲法学自身が「権力分立」、すなわち実質的な国制構造の一部として組み込まれて」おり、「本来合法性を主戦場とする法学としての憲法学」において「正統性論への傾斜」が生じていること、すなわち、公共的・政治的討議に憲法学（者）が積極的に参画してきたことが、日本の憲法学の特徴である。関連して同「規範・理論・理想—日本憲法学の構造に関する一視角」論究ジュリスト 36 号 (2021) III 2. なお、以上のことは、憲法以外の法が政治と無関係であるということは意味しない。立法過程が政治過程でもあることは無論であるが、司法もまた権力作用である以上、いかなる領域の法についての司法判断もまた政治的関心の対象になり得るし、実際時として政治闘争を惹起する。

程全般にわたって姿を現わす「憲法解釈権力」(ある国家機関が自らの解釈に他の国家機関を従わせることができる権力)の行使であるがゆえに、「それぞれの権力者の憲法解釈権力が如何に制限されているかは、権力の制限を目的とする立憲主義の実是最底辺のメルクマールである。」という憲法学からの悲痛とさえ言える指摘もあります(圏点引用者)⁹。いずれにしても、法学的バイアスからいったん自由になって眺めてみれば、憲法とは法と政治の狭間で成立するヌエ的存在です。法システム内部で整合的な憲法解釈がどれほど洗練されたとしても、政治システム内部では公然とそれを無視し法学的には支離滅裂と捉えられるような「解釈」ないし「援用」ないし「運用」、あるいは実質的な「改正」、も(事実としては)行いうるわけで、それは政治過程にとっては致命的ではありません。集团的自衛権をめぐる解釈変更はまさにその好例でした。もちろん理屈の上でも制度的にもそれに対する掣肘を違憲審査によって法システムが行うことはできるわけですし、河野有理教授が座談会で注目しておられたように違憲審査制のなかった戦前であれば憲法学者による憲政評論という形で、あるいは今であれば知識人としての憲法学者の公的言論を通じて、クギを刺すことができるわけですが、それ自体が常に政治的論争を惹起し、すなわち政治過程に再び取り込まれ、論争の結果時に無視されたり蹂躪されたり無効化されたりしかねないことは、いまの日本に限った話ではありません¹⁰。法学(者)が法学的に構成され制度化された理念や価値をどれほど熱心に弁証しても、あるいは米国よろしく司法による憲法判断の最終性を強弁しても¹¹、その自己完結性(あるいはその背後に見え隠れするイデオロギー性)を嘲笑いながら、あるいは、ほとんどノンシャランにと言ってよい鈍感さで、乗り越えていこうとする力が法の外に(潜在的に、しかし現実的に)あるということ、そうした力を担う人々のことを徒党を組み文明を破壊する野蛮人とか悪しきポピュリズムとかいった言葉で罵倒しても彼らはおそらく痛痒を感じないであろうこと、は、忘れてはならないでしょう。もちろん、そうだとすると、今までのように政治的論点に深く関わる問題、つまりは憲法問題について、司法(法システム)が判断を加えることについては極端なまでに謙抑的なままでよいはずがなかろうという常識的な危機感は私も共有しています。「規律密度の低さ」が政治家・政党その他関係アクターの恣意的で不透明でインフォーマルなやりとりへの丸投げという事態にもつながっているのであるならなおさらです。

そして今や憲法(学)という「法(学)」がその「アイデンティティ」を賭して対峙しなければならないのは、政治だけではないこともつとに指摘があるところです。すなわち、societal constitutionalism(社会的立憲主義)として論じられている問題です¹²。その主唱

⁹ 蟻川恒正『憲法解釈権力』(勁草書房、2020年) ii, 4, 206, 265頁。

¹⁰ もちろん、それはそもそも本来の意味での政治、すなわち近代主権国家体制では憲法により枠づけられ憲法を実質化するはずの政治、ではないのだと批判することは可能だが、それは言わば結論先取りにすぎないとも言え、ここではそのような立場はとらない。

¹¹ 憲法解釈権限の配分をめぐる米国で議論が続いているディパートメンタリズムと司法優越主義の対抗については、本企画における大河内教授の論考のほか、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義—憲法解釈の最終的権威をめぐる—」帝京法学 25 巻 2 号(2008年)、鈴木繁元「憲法解釈の最終性をめぐって—動態的憲法秩序形成に関する序論的考察—」北大法政ジャーナル 26 号(2019年)など。

¹² シウリとトイブナーの社会的立憲主義の理論を概観する近時の研究として、見崎史拓「憲法的機能は国家のみに見出せるのか?—シウリ、トイブナーの社会的立憲主義(1)(2・完)」名古屋大学法政論集 281, 282 号(2019年)。トイブナーの「社会的立憲主義」論におけ

者であるグンター・トイブナーが指摘するように、経済（市場）や科学・技術、あるいは宗教といった、今や国家の枠組（国家の「法と政治」による統御）をやすやすと乗り越えて脱境界的・超国家的なレジームを構築しつつある各システム（あるいはその作動を媒介する多種多様な組織）との関係でも、法（学）としての憲法（学）に何ができるのか（どのような限界に直面しているのか）は予断を許さない問いだと思います。データ産業や ICT の急速な進展と憲法の関わりは、本企画の提唱者である山本教授がまさに継続的に取り組まれてきたテーマであることは存じておりますが、であるならこの問題についての議論ももっとなされてもよかったかな、とは思います。いずれにせよ、日本国憲法の「アイデンティティ」を揺るがすファクターは、政治以外にも多様にあるということをここではまずは確認しておきたいと思えます¹³。

以上述べたことは、見方を変えると、林教授が一貫して関心を持たれてきた法学としての憲法学の位置づけ、つまりは法の「自律性」に関わる問題であることはすでに明らかかと思えます¹⁴。本連載での林先生の議論は政治システムとの関係における自律性を探究するオーソドックスなものでしたが、私が述べたのは、法（学）としての憲法（学）が関係を問われている対象は、科学や技術、経済、宗教などにまで拡張して議論しなければならないだろうということです。本連載ではいまのところこの点が少し弱いかなと感じました。

2 アイデンティティ問題 2： 根源的欠落

さきほど、日本国憲法のアイデンティティの探究は、諸外国の同等物との平板な比較による特徴把握にとどまるべきではないと述べました。その舌の根も乾かぬうちに自らそれに反するようなのですが、今見た「アイデンティティ問題 1」—すなわち憲法の危機—に応答するにあたって、とりわけ日本の憲法（学（者））が何らかの（おそらく欧米にはない）根源的なファクターによって手足を縛られているように見えることも確かです。日本の国家ガバナンスにおける憲法なるものの位置を根源から問い直す必要があるように思われます。それはつまりところ日本の法文化の問題であります。別に「この国のかたち」と呼んでもよいのかもしれませんが、後述するようにこの言葉は憲法（学（者））が語る（法学的

る暗黙の「法の優位」を批判的に考察したものとして、拙稿「「トイブナーの社会理論と法律学」（瀬川信久編『システム複合時代の法』（信山社）所収、2012 年）。見崎論文を読む限り、拙稿が指摘した問題は、その後一定程度克服されているようでもあるが、逆に法的色彩を脱色されることで constitution という概念の希薄化が進んでいるような印象も受ける。

¹³ 経済学的・社会的知の勃興を前にした私法学のアイデンティティ・クライシスと法（学）の存在理由については、かつて拙稿「「トートロジーとしての法（学）？-法のインテグリティと多元分散型統御-」『新世代法政策学研究』Vol.3（2009 年）で論じた。

¹⁴ ちなみに元同僚の林教授の著書『現代憲法学の位相』（岩波書店、2016 年）について、私は学部向け「法社会学」の授業でいつも、ワイマール期に一気に開花したドイツの憲法学（シュミット、ケルゼン、スメントなど）が、ゲルバーやラーバントなどビスマルク期に法律学化を徹底した国法学への批判を端緒として、立場は異なるにせよ政治や社会なるものと憲法なる「法」との関係づけを 1 つの重要な問題意識として共有したこと（時期的にエールリッヒやウェーバーと重なる）、その結果国家なる枠組みの正統性自体にもメスが入ったこと、しかし、戦後は彼らへのさらに反動として「憲法解釈学」からの「国家概念の退却」と「一般国家学への衰退」（73 頁）とが起きたこと、をたどる研究、と紹介している。

バイアスのかかった) 自画像にすぎないことも多いので、より一般的な表現を用います。もちろん文化という概念はいかにも曖昧で包括的にすぎ、それを持ち出しても何も説明したことにはならないです¹⁵、下手をすると欧米対日本の法文化といったかつてのような議論に陥ってしまいますので、ここでは、「憲法というなにもものかがその(先に論じたような意味での) アイデンティティを云々できるほど確かな実在として語られ得るために満たされるべき条件は何か」ということを一から考えることを通じて、日本の法文化の一側面を考えたいという趣旨だと述べておきます。そもそも先に見たような意味での「アイデンティティ」を語れるほどのものが「日本国憲法」にあったのか? 日本の社会の基本的な仕組み・原理として憲法なるものが確かに組み込まれており、それが何であるのかについて社会に基本的な理解があり、だからこそその「アイデンティティ」(おそらく多くの場合は他の国々における「憲法」との比較において見出される特性) が語られ得るというのは本当なのか? 幻想のアイデンティティが危機に瀕しているという錯覚に囚われているだけではないのか? あえて挑発的に言うならばそういう問いを良い機会なので皆さんに投げかけてみたいわけです。政治の急速な変化や経済等のグローバル化への応答が単なる憲法(学)の「課題」ではなく憲法の「アイデンティティ」に関わる問題であるとただちに観念されてしまう法文化とはどのようなものか、言わば、憲法アイデンティティ問題のアイデンティティがここでの関心事です。

そこでいきなり仮説的な議論に移行しますが、近代以降の国家のガバナンスにおいて、憲法がまさに憲法(統治の基本を定める法的ルール)として存立し(=「アイデンティティ」を確立し)作動していると言えるのは、以下に挙げるような諸条件が全て満たされているときであると考えます。ちなみにこれは憲法なる概念に関する史的考察によるものでも、特定の国の憲法(典)の観察に基づくものでもなく、あくまで論理的ないし理念型的に考えたときに抽出される条件と私が考えているものにすぎません。過不足はいろいろあると思いますので御教示頂けたらありがたいです¹⁶。

¹⁵ 実はそれこそが「文化」概念の持ち味であり存在理由であることについては、拙稿「紛争行動/法使用行動と法文化について」(松本尚子編『法文化(歴史・比較・情報)叢書 17 法を使う/紛争文化』(国際書院、2019 年)所収で論じた。

¹⁶ ここで私が「憲法」と呼んでいるものは、大石眞『日本憲法史』(講談社学術文庫、2020 年)19~21 頁にいう「実質的意味の憲法」(「国家や政府の組織・運営にかかわる基本的な原理や規範」)よりは「立憲的意味の憲法」(「とくに立憲主義という政治思想を内容とする—その意味で「実質的意味の憲法」よりも限定される—国政上の基本的原理や規範」)に近いと言えるが、しかし、後者についての同書の説明、すなわち「制度上、国民の権利や自由を守るために権力分立の原理を採用し、国民を国政(とくに立法)に参加させることを重要な標識とする」(21 頁)にあるような(フランス人権宣言第 16 条を継承した、近代憲法学的なバイアスがかかった)強い限定(権力分立、国民の国政への参画)を必ずしも含意していない。後掲注 21 にも関わりますが、憲法が「基本的な原理や規範」とどまらず「法」として定式化されることには一種の飛躍を伴うとは言え、その「法」の内容が権力分立など一定のものを必然的に含むとまでの限定はかけたくないからである。さらに言えば、実質的にせよ立憲的にせよ「国家」を「憲法」の不可欠な要素としては含めていない。これは先述した societal constitutionalism の議論を念頭においてのことである。

1. 社会秩序を成立させる上で再帰的な関係にある 2 つの要素、すなわち、(a)利害対立を調整し集合的・公共的な決定を行うための適正な手続・制度と、(b)それらの設計および作動において依拠すべき価値とに関し、最も**基本的なものが人知**によって、すなわち「神」を排除した人間同士の協約ないし共通認識として、**一義的かつ普遍的に同定可能**であると考えられており¹⁷、かつ（常にではないとしても少なくともその必要があるときには）同定されなければならないと考えられている。
2. それは意味的に同定されるだけでなく、明晰に分節された概念群によって整合的かつ明示的に、かつ**操作可能な形で、言語化し構造化し得る**と考えられている。
3. 加えてそれは「法」という**規範言語**によって（すなわち、抗事実に一般化・抽象化された概念のレベルで）構成され得ると思われている。その際には、特に、実体的にも手続的にも権利/義務の概念による構成が主軸となる¹⁸。また、しばしば法についての法として（とりわけ—政治過程と表裏一体である—立法・司法・行政の作動、および、各種の法が依拠すべき基本的価値について規定する法として）構成される¹⁹。「違憲審査」という仕組みが（他ならぬ「裁判＝法の適用」として）—必然ではないが²⁰—最上位の法規範としての憲法の拘束力の現れとしてしばしば統治過程において分出する²¹。
4. 以上の条件を満たし、実際に法の言語によって**最上位規範（最高法規ないしメタ規**

¹⁷ おそらく林論考にいう「秩序構想」「秩序モデル」（133 頁）「社会の構造原理」（134 頁）と関係している。比喩的に「設計図」と呼んでもよい。あるいは、石川健治「解説 Nomos Basileus: —『国民主権と天皇制』に対する一つの評注」（尾高朝雄『国民主権と天皇制』講談社学術文庫（1954=2019 年）所収）による再構成に従うならば、現象学的社会学の視点を国家学に接合した性格を持つ尾高法哲学における—「具体的な秩序であると同時に、普遍性に開かれた」—「国家存立の根本義」としての「政治の矩」（「国家存立の基礎たる実践的理念」）、すなわち後に「普遍的な理念」としての「ノモス」として概念化されたもの、がこれにあたるということもできるかもしれない。

¹⁸ ただし仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007 年）が指摘するように（318 頁）、「・・・種々の一体的法律状態の層によって、多元的・重層的に多元的・重層的に構成されて」いる「わが法制」を理解するためには、主観的権利概念に立脚した＜権利関係としての法＞にとどまることは許されず、＜秩序構造としての法＞という視点が不可欠であるかもしれないことには注意が必要である。

¹⁹ そこに、憲法が有するメタ・ルール性、あるいは、自省性ないし再帰性（Reflexivity）を見出すことは容易なことである。

²⁰ 日本国憲法の最高法規性（98 条 1 項）とそれを保障する制度的装置としての違憲審査権（81 条）との一筋縄ではいかない関係について、「実体法」思考（意味論的アプローチ）と「手続法」思考（語用論的アプローチ）の架橋という視点から論じるものとして、山崎友也『憲法の最高法規性と基本権』（信山社、2019 年）第 1～4 章。

²¹ だからこそ、前節で述べたように、（実定）法として自律化し社会の部分システムの一部として位置づけられることになった憲法の社会に対する応答性や規制力の限界という問題が露わになり自覚化されてくる。林論考に加えて同前掲注 8（「規範・理論・理想—日本憲法学の構造に関する一視角」論究ジュリスト 36 号(2021)）、同「憲法・国制・土壌」（樋口陽一他編『憲法の土壌を培養する』（日本評論社、近刊））参照。「憲法・国制・土壌」では「秩序構想としての憲法」と「法規範としての憲法」の間の「一定のズレと緊張関係」が鋭く指摘される。これは本コメントにおける条件 1～2 と 3 の間の緊張関係ということでもある。

範)として規範化された(a)+(b) (以下便宜的に「基本法」)は、それ自体、法によって一義的に規定された境界線とメンバーシップからなる共同体に一般的に妥当する(拘束力を持つ)規範として構成される。つまり基本法は**基本法自身がその範囲を定めた共同体(さしあたりは「国家」²²⁾に妥当する規範として自己定位される**。同時に当該共同体の基本的な統治の仕組みや依拠すべき価値は他ならぬ憲法に書き込まれている、あるいは書き込まれねばならない、と理解されている。

5. 基本法の拘束力は、法の外部の超越的な存在によって正統化されるのではなく(そのような存在は信憑性を喪っている)、法自身が構成する概念である「主権者」ないし「主体」の契約ないし意思決定として内部化されるか、さもなければ事実妥当するものとして存在する convention として事実の問題に括り出される。いずれにしても**共同体に内在する循環**(＜拘束力があると決めたから拘束力がある、もしくは、現に拘束力があるから拘束力がある＞、と同時に、＜主体があるから国家があり国家があるから主体がある＞²³⁾)によって支えられる²⁴⁾。

かつて、日本社会に残存する伝統的な秩序原理と国家法に書かれた(とされた)近代的な秩序原理との間の齟齬が盛んに語られ、そこから日本人の(前近代的な)法意識というような議論が生まれ一定の説得力を持って読まれました。代表例である川島武宜『日本人の法意識』では、契約とか所有権や民事紛争のような私法的な問題が主として念頭に置かれていたわけですが(草稿には刑事法もある)、ここでのポイントは私法か公法かではなく、法的な枠組(その背後にある市民社会)を基準にしてそこからの偏差として社会の秩序原理が捉えられていたということです。概念法学を舌鋒鋭く批判する自由法論者でもあったエールリッヒのいう「生ける法」の概念が、社会に多様に存在する規範を捉えるものとして(多様な含意で)人口に膾炙したことはよく知られていますが、この視点は現在もソフトロー論、あるいは(現代版の)「法多元主義」論などに受け継がれています。大河内教授のいう憲法解釈主体の多元性ないし憲法解釈のダイナミズムという問題(「多元的・多層的憲法解釈」の自覚化)もこれに関係するのでしょうか。いずれも狭義の法に該当しない多様な規範的営為を「法」に準えて捉えるところ(つまりは法学の眼鏡をかけ法学の諸概念を投影しながら世界を眺めていること、従って法学的バイアスがかかっていること)にその理論的特質があります。このような視点は、おそらく憲法(典)と広義の憲法秩序との関係とか、「フォーマルな秩序」と「インフォーマルな秩序」の関係(赤坂)とか、「見える憲法」と「見えない憲法」(棟居)の関係等々、この連載でも言及されてきた問題構成において用いられているものであると言え、実はこれがまさに、前節で見た憲法のアイデンティティ問題1における基本的視点であります。すなわち、急速な政治変動や経済のグローバル化、多様な自生的レジームの創発を前にして、憲法という法にはどのような可能性が残されているのか、その存在理由や実効性はどのようなものか、それら非・法的な社会領域やレジームやインフォーマルなコミュニケーションと憲法(典)とはどのような関係に立ち得るかを法の側から眺め自省しているというわけです。冒頭で専ら憲法学者が集まっ

²² 前掲注 16 参照。

²³ 村上淳一『＜法＞の歴史』(東京大学出版会、1997 年) 126-128 頁。

²⁴ 「憲法の自働正当化」について長谷部恭男「憲法制定権力の消去可能性について」(長谷部＝土井＝井上＝杉田＝西原＝坂口編『岩波講座 憲法 6 憲法と時間』(岩波書店、2007 年) 所収) 60-62 頁参照。

て憲法のアイデンティティを論じ合っているのはどういう事態なのかと質問しましたが、まさに法（学）がその内部から自らを省みているという思考のモードに皆さんが自覚的なのかどうかを問いかけたのでした。

さて、本研究会の通奏低音になっている、こうした一法（学）のアイデンティティを法（学）が自省するという本来の意味での—「法社会学」的な営み²⁵は、上で仮説的に整理した諸条件のうちの3に主として関わっています。法（ここでは「憲法」）が法として構成されていること、実際に作動していること、が出发点として措定されているからです。その上で法との偏差の測定によって多様な現象を把捉し、法の作動を規定する外的諸因子を考察するということがそこではなされます。

さらに、経済や科学、情報のグローバル化に伴い国家が相対化され国家法の役割も再考が求められているという前節で触れたもう1つの問題は、上記諸条件の4にも関わっているでしょう。つまり自ら境界線とメンバーシップを構成した共同体に妥当する規範としての法が、そのような循環的で自足的な論理に立てこもることの有効性が薄れてきているということです。ここでも3の条件がさしあたり満たされていることは前提となっています。

さらに、本連載で西村先生が語られたような、社会に内在する循環を打破し、天皇（≡神）という存在によって規範や価値（「普遍的な価値や正しさ」）をあらためて基礎づけようとする（「前近代的」な）思考が日本に色濃く残っているという問題²⁶は、上記諸条件の

²⁵ 興味深いのは、第1回目の座談で宍戸教授の憲法と政党の関係という問題提起を承けて、林教授が「誰が機関の担い手になっても機能する法的な仕組み・守らなければいけないルール、いわば肉を削ぎ落とした骨格を打ち立てる」ところの「テキストとして、法規範としての憲法」に対して、「その制度が実際にどう動くかということになると、その機関の担い手となる具体的な個人の特性や考え方に依存する部分が、どうしても出てこざるをえない。」というように述べている（187頁-188頁）ことで、これは米国流の法社会学の古典的な枠組である law on the books と law in action という対比の踏襲に他ならない。山本教授が久野収の議論に触発されつつ提示する「憲法典の物語（顕教）」と「憲法の物語（密教）」の対比もこれにあたる。憲法に関する「法社会学」的考察の必要性はこれに限らず本企画の通奏低音となっているが、そのことは、小熊氏が参加した座談では、「憲法典」とその「余白」の関係という形で、「法社会学」に言及した田中英夫教授の過去の論文を参照しつつ、自覚化されている。戦前戦後を通じて日本の憲法学において「実定法の背後にある現実の政治的秩序への関心」が一貫して見られたことについては、林論考 134-135 頁参照。他方、憲法についての法社会学の考察を標榜する先駆的例として、例えば渡辺洋三『憲法と法社会学』（東大出版会、1974年）は、「はしがき」にあるように「反憲法的国家政策に対決」して「憲法を守るという実践的立場に身を置」いて運動の中で提起されてきた問題」を扱った論考を集めたものであり、ここでの議論とは主軸がずれている。同様に、『国民の憲法意識』（勁草書房、1970年）、『憲法社会学』（勁草書房、1981年）などを著した上野裕久教授の一連の「法社会学」的研究は、「法意識」や「生ける法」といった概念も援用しているが、やはり護憲という実践的関心が勝ったものであり、本企画の先行研究としては挙げにくい。小林直樹『日本における憲法動態の分析』（岩波書店、1963年）も、「憲法における規範と事実のギャップ」（4頁）という法社会学の視点に自覚的だが、内容自体はおおむね時代の実践的関心に従ったものである。

²⁶ 「人々の中には「正しくありたい」という欲望がやはりあるのではないか。ところが、そういう欲望は民主制のプロセスではうまく掬いきれないところがあって、現代の君主には、そのような「正義への欲望」を充たす存在として人々の支持を得ているという一面があるの

5 に関わっていると言えるでしょう。これは一見すると根源的な憲法否定のように見えますが、天皇主権を定める大日本帝国憲法がそうだったように、3, 4 の条件と形式的には抵触しないで「法的」に構成することもある程度可能であり、—だからこそ改憲圧力に晒されている現行憲法にとっても危険だと言うことができるしその危機感は一人的市民として共有します²⁷が—、こと「憲法」という形式面から見れば破綻はしていないということもできるのではないかと考えています。

さて、些か迂回しましたが、先に述べた法文化の問題に論を進めたいと思います。そもそもなぜ「基本法」としての憲法を専門とする方々が、政治や経済の変動を前にして、単なる憲法社会学（憲法典の実効性とか「規整力」（法律時報）とか「生ける憲法(lebendes Verfassungsrecht)」とか）にとどまらず憲法の「アイデンティティ」を論じなければならないと考えたのか。どのような「存在論的不安(ontological insecurity)」がそこにあるのか、きちんと考えなければなりません。

私見ではこれは上に整理した条件の 1, および 2 に関わっています。確かに明治以来、形の上では 3, 4 の体裁をなす「憲法典」（および関連・「附属法」規群）がありました。その解釈を行う法学の一分野としての憲法学も発展してきました。あるいは憲法に基づく政治、すなわち「憲政」もありました。しかし、実はこの社会は、1, や 2 の条件を十分に満たしておらず（そのような条件を満たさない法文化が維持されてきた）、その意味で、根源的な欠落を最初から抱え込んでいる。少なくとも 1 や 2 に関わる基盤が脆弱な社会である。だからこそ、政治や経済の変化を前に、単に法としての憲法の実効性や作動条件にとどまらない「アイデンティティ」の問題が露わになってしまう（と日本の憲法学者は直感してしまうことになる）ように私には映るのです。

ではないか、と思うことがあります。もちろんこのことは、一步間違えれば、現実の不正義を隠蔽することに対する共犯関係を君主とデモスとの間に作りかねないわけですが、ただ、普遍的な正しさや価値を体現する存在が民主的に正統化された権力の一元化を緩和し得ることは確かでしょう。このようにして、近代立憲主義の支柱である権力分立に資するという機能を民主国家における君主制が果たしていることは、そのことへの賛否は別として、否定できないのではないかと思います。」（「座談会 憲法と憲法学 日本政治思想史との対話」論ジュリ 33 号(2020 年)117 頁)

²⁷ 西村教授が本企画の論考（「近代日本憲法思想史序説—「内なる天皇制」の観点から—」論究ジュリスト 26 号 (2018 年)）で指摘しているように、天皇制イデオロギーは明治維新後の政治的権力の正統化という「消極的機能」にとどまらない、道義的、倫理的、「魔術的」な力（丸山眞男）を確かにもってしまっていたのであり、それは「教育勅語」によって「国民道徳」化され学校教育を通じて「教化」されもした。それは内心の思いとは異なる「外形的」で同調圧力的な皇室尊崇の体裁維持（「外面におけるタブー」の創出）を帰結し、やがて自壊したわけだが、戦後もなお、外形的な秩序維持を内面的な思想良心信仰に優位させるというあり方や発想は日本社会にも判例にも色濃く残存しており、それは依然として天皇制によって象徴されているものでもある。なお、この同調圧力は、西村教授自身示唆するように必ずしも単一の基点に発する上（国家）からの圧力ではなく社会の構成員の相互牽制・自己検閲でもあり、その意味では一義的で普遍的な根拠は実は必要ではないかもしれない。これはいわゆる「憧れの中心」としての天皇の「憧れ」と「中心」の意味に関わる。横の相互監視・相互介入が重要性を持つという日本社会理解についてはすぐ後で論じる。

そもそも、1 と 2 に挙げた条件は、最も基本的な、しかし極めて強い要請であると言わざるを得ません。社会を成立させる適正な手続や普遍的な価値が人知により一義的に同定可能であると想定し、実際必要に応じて同定されなければならないと考え、かつ一貫した概念を媒介に整合的に言語化され得るはずであるし、言語化が実際に試みられる、という幾重もの前提をクリアしなければならない²⁸うに、その一つ一つの条件がある意味でとても不自然で人工的な思考を強いていると思われるからです。近代の体系化された法学の教育を受けたものであれば、これらは、文字通り言うまでもない前提であり、あえて問題にすることではないかもしれません（だからこそ逆に十分に反省化されていないとも言えます）。しかし、「法」（ないし市民社会）があることの自明性を疑う視線から一度眺めてみれば、違うふうに見えるのではないのでしょうか。エリートとして西洋から学び法や政治の制度設計を行った先哲ですら、真の意味で 1, 2 の条件に根差した感覚を内面的・内発的に備えていたかどうかは疑わしいのではないかと私は考えています。それは所詮輸入された形を通じて（まさに憲法典や「附属法」一式や議会制度、司法制度等の根底にあるものとして）学び取るものであった²⁹。つまり「憲法」はその最も根源的な意味で外来知であったということではないのでしょうか。

問題は憲法（典）なるものについても無知や無関心、あるいは憲法の作動を支える人民の主権者意識の希薄さ（とそれと裏腹の「憲法典」の「原理性・完全性・絶対性」の信奉³⁰）そのものではなく（法意識や法知識に着目するこれらもまたいかにも「法社会学」的な指摘です）、そうした（法があることを前提に法の側から観察したことで把握できる）表面的な特徴のさらに根源にある、社会の成り立ちについての基本的な理解の問題であります。法と政治のカップリングの狭間に成立する「憲法」を対象にすることは単なる法社会学にとどまらない根源的問題をどうしても露わにしてしまう。法社会学の主戦場だった民事法では財の取引や損害の責任の帰属などに関する一般の社会規範に立脚した自生的秩序をイメージしやすいのに対し、国家（近代国家）の基本的設計図のような幾重にも人為的な想定に関わる社会規範はイメージしづらく、つまりは、法と社会の gap はより根深いものがあると思われます。しかも、なまじ「国家」とか「国」という一見馴染みやすい語が介在する³¹だけ

²⁸ このことは、「社会秩序をみずから責任をもって形成してゆくという意識」を有した自律した個人からなる市民社会が存在するということの意味するであろう（村上淳一『＜法＞の歴史』（東京大学出版会、1997 年）14-17 頁参照）。

²⁹ しかも西村教授が指摘するように、国家統合の「基軸」として西洋における宗教に代えて（江戸期において決してそのような位置を占めていなかった）天皇制を（ある意味）恣意的に選取り取り作為的に（つまり西洋式の作法で）その正統性言説を構築するという、言わば木に竹を接ぐようなことさえた。この点、村上淳一は「伊藤博文が明治憲法制定に当たって、西洋ではキリスト教が立憲政治の「基軸」を成していると考え、日本では宗教に代えて皇室を基軸たらしめることにより憲法の実定化に歯止めをかけようとした」のは、西洋（ドイツ）において神学と法学は「実定化の方向で相互に影響し合ったのであって、法学が神学に宗教的正当化を求めたわけではなかった」という点で、「西洋近代法についてキリスト教神学がもった意味〔教会法自体が非合理的な信仰の域を脱し無矛盾性・法的明確性という実定的な性格を有していたこと〕についての不正確な認識に基づくものであった」と指摘する（村上前掲書 118-119 頁、圈点引用者）。

³⁰ 山本教授のいう「ポピュラー・ファンダメンタリズム」。

³¹ だからこそ、晩年の加藤弘之や穂積八束の所論のように、天皇という「超実定法的」な根

にかえて gap の自覚が難しい。

渡辺浩教授の『日本政治思想史 [十七～十九世紀]』(東京大学出版会、2010 年) 12-14 頁に、「人類がこれまでに築いた、おそらく最強の体系的政治イデオロギー」である「儒学」の発想を簡潔に整理している一節があります(12-14 頁)。むろん日本の政治思想に大きな影響をもたらしたイデオロギーとしての儒学です。それによると、「確かに、間違いなく、天・地・人からなるこの世が、この世のみが、存在する」という「確かな実感」から儒学者は出発します。天とは、現代日本語でいう「大自然」「大宇宙」に近いものであり、「人為を超えた一切の現象は、天の動きであり、働きである。」と捉えられます。人はそのような「天の大いなる働き」によって「生かされて」おり、かつ生来の本質として最低限の社会性・倫理性を備えた動物と理解されます。このように儒学では、「人類普遍の人らしい自然な(本性に即した)生き方があり、そこには、ある社会性・倫理性・文化性が含まれる」と考えます。「儒学者は、超越的人格神など無しで、欧州の急進的啓蒙哲学者のように何よりも nature に依拠して、壮大な倫理と政治の哲学体系を構築しようとするのである。」とも指摘されます³²。このような思想においては、「天の大いなる働き」についての実感はあり、人たるにふさわしい振る舞い方(それが破られたとき—とりわけ仁政徳治をなすべき君主の暴虐—に出現する天人相関的異常現象の数々)についての個別具体的な考察は出て来るものの、いずれにしても自然にしていれば調和の取れたよき秩序が生まれるはずなのであって、普遍的で最も基本的な価値や手続が人知によって一義的に同定できるはずである(同定されなければならない)という想定や、実際にそれを基本ルールとして同定し言語化し吟味するという志向は希薄にしか成立しないのではないかと推測します³³。

儒学はそれでも「倫理と政治の哲学体系」ですから言語による対象化と再構成に親和的なものかもしれませんが、日本社会にとっては外来の学であるのは近代法学と同様ですから、日本社会を理解するにはなお隔靴搔痒かもしれません。私自身は、日本社会の一般的特性として、不定形で流動的な関係の推移の中で(あるいは推移そのものとして)秩序を捉えその場/時限りでの適正な手続や拠るべき価値を具体的に、しかし受動的に考えるということがあると考えています。もしそうであるなら、普遍のかつ超時間的に妥当すべき秩序

拠によって正当化された有機体的「国体」観に容易に結合してしまう(村上前掲書 35-40 頁)。

³² 関連して、黒住真「自然と人為」(苅部直他編『岩波講座 日本の思想 第四巻 自然と人為』岩波書店(2013 年)所収)、「人為に先立つ・またそれ以後の・またその周囲の、物事のあり方」としての「自然」概念(すなわち人為と断絶せず人為を包摂するような自然概念)が、「日本では少なくとも近代以前・近世までは、残り続けた」とする(13 頁)。また、社会進化論に転向する前の加藤弘之の天賦人權論が儒教的な「天」の概念に影響された受動的な「天賦の生命」を基調とするものであったことにつき、村上前掲書 24-27 頁。統治機構に関しては、例えば佐々木惣一『立憲非立憲』(講談社学術文庫、1918=2016 年)が、巻頭論文「立憲非立憲」の六において、儒学者元田永孚の進講録を引きつつ、立憲制度を東洋の古来からの「君主道」と連続的に捉えている(37-40 頁)ことも、想起される。

³³ ダヴィッド・メルヴァルト「経済の思想」(苅部直他編『岩波講座 日本の思想 第六巻 秩序と規範』岩波書店(2013 年)所収)でも、江戸時代の堂島米会所の相場取引の象徴される投機的で非実体的な取引の是非をめぐる論争の中で、「世の中の人間の意図と理解を超えてあらゆる秩序と規則性の最終的起源をなしている「天」という「儒学の古典的概念」がしばしば用いられていたことを指摘する(196 頁、圈点引用者)。

原理を、手続と価値の両方について抽出し言語化し判断の基準とするという動機付けは、少なくとも自然には生まれないでしょう。ここで思い出すのは、六本佳平教授が日本の「基底的な秩序観念」としての義理について、次のような説明をしていることです(『法社会学』221-231 頁)。すなわち、義理においては、個別具体的な人間関係、権力関係の中で「規範遵守を監視する側が規範の具体的な内容を明確に特定し、また規範遵守を明示的に要求するということ」が回避され、行為者の側は「規範の監視者ないし受益者が遵守を要求する必要にせまられないように配慮し、先手をとって義務を履行しなければならない」ことを指摘したうえで、「日本における伝統的な秩序原理」においては、「共生する社会成員の間に利害の対立が存しうることを直截に認識することが回避されている。社会規範は、そのような利害対立を調整し、秩序ある共生を可能ならしめるためのルールを作り上げるといふ主体的・能動的な活動の産物として眺められるのではなく、本質的に不条理な所与として、受動的に適応すべき障害物として眺められる。・・・社会的共生は、共通で一義的な一般的な準則への依存よりは、個々の状況における当事者の配慮や好意や力関係といった事実的な要素によるアド・ホックな調整にゆだねられる。」というのです。私は日本社会になお根強く残存する秩序原理についてのこの見立ては正しいと考えており³⁴、このような秩序原理からは普遍妥当性を有する価値や手続についての一般的定式化という発想は出にくいだろうと思います。六本先生も論じているように、通常、義理に代表されるこのような個別主義的な秩序は、形式的で合理的で一般的な準則に依拠して行為者が闊達に権利主張しあうことで成り立つ社会(いわゆる権利概念を軸とする近代的法秩序)と対比的に語られます。つまり法的秩序と非法的秩序の対比です。しかし、私はそのような対比もさることながら、普遍的に妥当する一般原理を対象化して抽出し言語によって一義的に同定するという発想(先に挙げた条件の 1, 2)の欠落というより根源的な社会の特性としてこれを捉えられるのではないかと考えています。

このような根源的特性は、法があることを前提にそこからの偏差で社会を眺めるという古典的な法社会学的視点で必ずしもうまく捉えられません。本来「憲政」を担うべき政治家の重鎮たち(かつては森喜朗、最近(2021 年 2 月)では亀井静香)が依然として「日本は天皇を中心とする神の国」だと(おそらく本気で)述べ立てます。これは憲法や立憲主義に対する無知や無理解(あるいは開き直りの否定)以前に、彼らの理解(というよりは実感)する「国家」に基本設計図が要素として含まれていないことを示唆していると思います。国家を成立させている人知によって同定可能な普遍的な基盤の存在とそれの明示化・言語化という発想が希薄(そのようなものが必要であるという実感が無い)であり、一見(イデオロギー的に)それに代わり対抗するかのような天皇制イデオロギーについても、天皇が「万世一系」で連なるとされる始原の神々(皇祖皇宗)と観念上明確に分節されておらず³⁵、だからこそ「天皇を中心とする神の国」に私たちは生きているのだというような

³⁴ 関連して、村上前掲書 57 頁が紹介する、来栖三郎が民法の契約法の規定に見出した「協同体関係と協同体思想」、すなわち、「[上位の第三者がもつと期待される]＜世間と人間についての知識＞に基づく漠然たる＜理非＞によって紛争の解決が図られる日本の伝統秩序」。

³⁵ 「天皇は、日本人全体の祖先神たる天照大神の、直系の「血族」であるがゆえに、尊貴な存在なのだ。」という、現代にまで根深く残存する非合理的な擬制的論理について、荻部直「「血」と「君徳」—天皇制をめぐるデッサン—」(『岩波講座 憲法 4 変容する統治システム』(岩波書店、2007) 所収) 61-65 頁参照。

曖昧な物言い（天皇は神なのか人間なのか不分明なままあえて観念されている）で満足してしまう³⁶。個々人に割り当てられている義務を非限定的・非言語的に（水平的には「空気」を読み、垂直的には「分」をわきまえるという要領で³⁷）示唆すれば事足りてしまう³⁸。西村教授が1回目の座談で言われたように「公共理性(public reason)を遮断」してしまう))文化ということです³⁹。

先に、「(この) 国のかたち」という言い方が憲法学者の描く自画像になりがちだと申しました。これは、この国家に一義的で明示的なかたちがあって、それは憲法に代表される

³⁶ 尾高朝雄が指摘したように、そこで想定されているのは「理念」としての「常に正しい大御心」を持つ天皇であり、それはつまり「一点の私心もない公共性の極致」として天皇の「理念化」＝「神化」である（尾高朝雄前掲書 140-142 頁）。尾高によれば、「理念としての天皇の大御心」とは、「天皇という具象に結びつけて考えられてはいても、実は、永遠に変わるべからざる正しさへの志念であり、「ノモスの主権」の民族的な把握の仕方以外ならぬ」ものであるが、それは「純粋な理念」にとどまる限りでは確かに「ノモス」たり得るにしても、神ならぬ人間が繰り広げる「現実の政治」によって天皇の神性が悪用されたこともまた確かなのであり（同 146-155 頁）、近代社会における「法」が統治から「神」を排除しそのような悪用を制御するものでなければならないという規範的前提に立つのならば、神と分節されない天皇という観念はやはり相容れないと言わざるを得ない。「民族的な把握の仕方」では済まされないのではなからうか。

³⁷ その裏腹として、統治における情報や理由の開示は「恩恵」として観念される。前近代の日本に一貫して存在する「法の直接の受範者が人々ではなく官であり、官の作動の効果が人々に及ぶ、という構造」を指摘する新田一郎教授は、中世後期から近世にかけての「訴願社会」の成立に関し、「ここで法に沿って指し示される人々のステイタスは、例えば近代法に於ける権利と義務が対になって私法的関係を構築するような、水平的な遣り取りのバランスシートによって計量される測度ではない。この構造上で権利らしきものを敢えて構想するとすれば、それは公方を座標原点として人々の位置を措定する測度、ということになる。」と指摘し（『日本人の法意識—その歴史的背景』荻部直他編『岩波講座 日本の思想 第六巻 秩序と規範』（岩波書店、2013 年）所収、168-170 頁）、「近世以降に多く用いられる「分」という概念は、そうした測度としての性質を持つかもしれない。」と注記する（同 175 頁）。民法典に残存した同様の特色について、村上前掲書 45-65 頁。

³⁸ 水島教授が参加した座談において、21 世紀の「憲政」のアクターとしてのデモスと君主／天皇の円環の前面化（政党・官僚・司法という 20 世紀の主役の衰退）が指摘されている。現代の君主がその支配の正統性をデモスによる支持によってしか担保できないのであるなら円環を観念することもできようが、少なからぬ国民の意識において神と分節されていない恐れがある「天皇」のような「君主」がいる社会においては、デモスは結局「大御心」の一方向的で宗教的な恩寵に服属する文字通りの臣民として受動的に徳治に期待するしかないというかつて経験した事態に退行するというのが、論理的な帰結であるように思われる。

³⁹ 現代日本のジャーナリズムや政治家や「世間一般」の言説において、「憲法」という用語が、「国のかたち」という表現を媒介に、厳密な意味での法規範（あるいは「国家の制度を決め、権力の運用を規制するルール」）からずれた「崇高な理想を表現した一種の国民道徳規範」（「美しい自然」などとも連動する）と混同されていること、同様に「国家」も近代的な「主権国家」の概念からずれた意味で用いられ続けていることにつき、荻部直「『国家』像の変遷」（荻部他編『岩波講座 日本の思想 第六巻 秩序と規範』（岩波書店、2013 年）所収）参照。

法言語によって記述されうるという発想が暗黙のうちに前提となっているからです。それは本当に存在するのでしょうか？ そもそも「かたち」はあるのか？ 同じように、社会の他の領域の変動をふまえて *societal constitutionalism* と無造作に法学的タームで呼んでしまう法学者が囚われている *implicit bias* がないのでしょうか？⁴⁰

以上はある種の解釈にすぎず、厳密にはなんらかの操作概念を媒介に経験的に検証しなければならないのかもしれませんが、コメントに過ぎない本稿では措きます。私が申し上げたい傍証は、日本国憲法典をめぐる、一方で押し付けられた邪魔もの、あるいは形骸化したお飾り、単なるトークンと捉える一群の人々がおり、それと対抗する形で、法典を金科玉条化し物神崇拜しているかのような別の一群が他方でいるというこの分極的状况は、単に近代立憲主義を支持するかしないか（そのネガとして天皇制イデオロギーに帰依するか否か）という「国のかたち」をめぐる信念の対立によってではなく（従って懸命に立憲主義を擁護することが憲法という観念（存在）の頑健化を必ずしももたらしておらず）、憲法というものを社会が内生的に成立させる最も根源的な条件である 1, 2 が満たされていないということによって、ある程度説明できると思われるということです。なにかとても不自然で外在的な異物（しかも舶来品）として憲法（なる思考枠組み、ないし憲法が前提とする思考枠組み）があるからこそ、それをもてあまし、憲法（典）に対する毛嫌いと崇拜という両極への分極（それらはいずれにしても憲法なる概念の誤読にもとづく）が生じているのではないか⁴¹。

3. 外来性とトートロジー

前節で見た 5 条件のうちの 1 と 2 が欠落している文化の下、明治維新、そして戦後改革という二度の constitutional moments（アッカマン）において、憲法という概念とその内実が輸入され道具として整備されたということは、つまるところ、「私たちににとっての物事の正しい決め方と価値が確かにあり、私たち自身で言語化できる」という発想自体を、外部からの示唆により学び取ったということであります。そこで正しいとされている決め方や価値は普遍的に正しいから学ばねばならないのだ、と信じることもできますが、学ばねばならないから普遍的に正しいと思い込まれてきたという面も確かにあるでしょう⁴²。

⁴⁰ この問題については拙稿前掲注 12 で論じた。

⁴¹ 比喩的にいうと、昔から地域（村）の生活の一部として存在し徘徊していた犬や猫についてその限りではとりたてて議論は起きないのに、「ペット」に代表されるように人間と動物を明確に分節する概念の到来とともに、人間と非人間の差異が自覚化され（「日本（≡人間がおりなす社会としての）における動物のアイデンティティ」というような問いが成立する）、主体的な好悪の対象として反省化/異化され、当該感情が分極化するというのに似ている。最も緩やかな意味での「公共的」な意思決定はそのつどなされてきたが、そのやり方や依拠すべき価値が constitution という概念/法典によって包括的かつ一義的に指示されるべきであると指示されたとともに、違和と（だからこそ）強い好悪の対象として反省化されるということである。

⁴² いずれの constitutional moments も、片や不平等条約の改正のための「憲法制定を始めとする国内法制の整備」（大石前掲書 34 頁）、片やポツダム宣言・降伏文書・連合国による統治への対応として余儀なくされた憲法改正作業（同 329–352 頁）というように、政治的文脈における受動性に彩られた制憲過程であればなおのこと、受け入れねばならない以上正しいも

それは、「正しい決め方と価値があり、それは言語化できる」ということ自体についても同様です。なぜそれを学び受入れねばならないのか、それは学び受入れねばならないからだ、というトートロジーが、「日本国憲法のアイデンティティ」の根幹につきまといてきたと言いうこともできます⁴³。

これまで日本の法社会学者が民事法を中心に法の自律性や応答性、あるいは内在するトートロジーについて論じつつ、憲法におけるこの問題をきちんと考えてこなかった理由は、もしかしたら、憲法が民法を始めとする他の法律群の上に立つ最高法規として位置づけられており、言わば法についての法という側面を有する法として、社会との乖離・gap などと安易に語り得ない敷居の高さを持っていたからかもしれません。戦後の日本国憲法は普遍的で正統な手続と原理を定めた崇高な法であり、日本国憲法に定められた国民主権や平和主義や基本的人権の尊重は、まさに議論の前提であって議論の対象ではない（すべきではない）ということだったのかもしれない。あるいは逆にあまりにも憲法をめぐる諸議論が党派性の垢にまみれていたためか……。いずれにせよ、戦後すぐの川島武宣や渡辺洋三の論考を見ると、ある普遍性へ確かに歴史が向かっているという素朴な喜びを行間を感じることもあり、それ自体は共感を覚えるのも確かです。それから半世紀余りがすぎて『岩波講座 憲法 1～6』（2007）では、「立憲主義」「国民主権」「基本的人権」といった基本概念を根源から問い直す論考が並び、さらに 10 数年過ぎた今、「日本国憲法のアイデンティティ」が気鋭の憲法学者たちにより論じられているという状況には感慨深いものがあります。

以上まとめますと、第 1 に、日本国憲法のアイデンティティを皆さんが鳩首凝議しているのは憲法の危機を察知した憲法学者が最もオーソドックスな意味での憲法の法社会学を行っているということであること、第 2 に、そうであるならば、現代社会のコンテクストにおいては、政治以外の自律的領域との関連でも憲法の実効性やレジティマシーを論じなければ十分とは言えないだろうということ、第 3 に、そもそも今日本の憲法学者の中で最も敏感で鋭利な人々が憲法のアイデンティティの再認識という形で存在論的不安の解消を図ろうとしていることの根底には日本の法文化における根本的欠落があると思われること、というのが私のさしあたりのコメントということになります。なんだか、皆さんの商売道具を根源から否定するみたいな話に聞こえたかもしれませんが、We either swim together or sink together. だということは自覚しております。

のであると見なす、という逆転によって支えられざるを得ない。ちなみに柄谷行人『憲法の無意識』（岩波新書、2016 年）は、後期フロイトの理論を参照しつつ、歴史的・社会的諸条件の中で成立し外発的に強制された「憲法 9 条」の理念が、国民の無意識の罪悪感を克服する集合的超自我として定着し強固な存在となったという解釈を提示する。

⁴³ 佐々木惣一前掲（『立憲非立憲』）における以下の記述は、普遍と受容の因果の逆転を象徴的に物語る。「日本を中心として世界の憲法の連絡を考えると、日・独・白・仏・米・英と云う関係が現れてくる。それ故に若し、立憲制度が我が国でも人類の性情に適したものだとするならば、更に進んで、立憲制度は一般に人類の性情に適したものだといえるだろう。乃ち、我が国に於て立憲制度が円満に行われるや否やの問題は、実は立憲制度なるものが一般に人類の性情に適したものなるや否やの問題である。比喩的に云うと、立憲制度なる巨人が我が日本に渡来したのは、其の巨人が世界の人類を支配せんとする最後の努力を、我が日本に託したのである。」（17-18 頁）