

第29回 近畿弁護士会連合会人権擁護大会

シンポジウム 第1分科会

立憲主義とは何か

—市民とともに日本国憲法の明日をつくる—

日 時 2016年（平成28年）11月25日

場 所 ANAクラウンプラザホテル京都

近畿弁護士会連合会 人権擁護委員会

第29回 近畿弁護士会連合会人権擁護大会シンポジウム 第1分科会

立憲主義とは何か

—市民とともに日本国憲法の明日をつくる—

報 告 書

.....

発 行	2016年11月25日（第1刷発行450部） 近 畿 弁 護 士 会 連 合 会 〒530-0047 大阪市北区西天満 1-12-5 T E L (06) 6364-1227
編 集	近畿弁護士会連合会 人権擁護委員会
印 刷 所	しんこう印刷株式会社 〒534-0027 大阪市都島区中野町 4-10-3 T E L (06) 6351-0368代表

.....

乱丁落丁は、お取り替えいたします。

第29回近畿弁護士会連合会人権擁護大会
第1分科会（人権擁護部門）実行委員会委員名簿

実行委員長 藤木 邦頭
事務局長 七堂 眞紀

大阪（20名）

市村 和也 植木 和彦 上田 絢子 大槻 和夫 大橋さゆり 越智 信哉
河野 豊 七堂 眞紀 田中 俊 豊芦 弘 豊永 泰雄 中平 史
畠田 健治 藤木 邦頭 藤下 祥子 船岡 浩 真鍋 直樹 結城 圭一
吉原 裕樹 和田 信也

京都（12名）

大江 智子 小笠原伸児 黒澤 誠司 上瀧 浩子 佐野 就平 高木 野衣
谷 文彰 津島 理恵 森田 基彦 諸富 健 吉田 薫 吉山 裕基

兵庫県（8名）

大多和優子 川元 志穂 國富さとみ 後藤 玲子 村上 英樹 八木 和也
安原 浩 吉田 維一

奈良（2名）

安藤 昌司 菊地 倫巨

滋賀（2名）

稲田 智昭 清水 脩

和歌山（1名）

浅野 美穂

目 次

序 章 一人称の立憲主義	1
第1章 立憲主義とは何か	3
第1 はじめに	3
第2 立憲主義の比較憲法史	4
第3 立憲主義と民主主義・平和主義の相克と調和	11
第4 小括	20
第2章 立憲主義の危機・国家緊急権	23
第1 はじめに	23
第2 国家緊急権（緊急事態条項）必要論の検証	23
第3 自民党憲法改正草案の検証	27
第4 結論	29
第2章の2 国家緊急権（緊急事態条項）をめぐる議論状況（補論）	30
第1 緊急事態条項についての議論状況	30
第2 学説の状況	30
第3 世界の緊急事態条項	33
第3章 立憲主義の危機・特定秘密保護法	37
第1 はじめに～特定秘密保護法は、憲法原理に対する侵害である～	37
第2 基本的人権尊重原理に対する侵害	37
第3 国民主権原理に対する侵害	42
第4 権力分立原理に対する侵害	43
第5 平和主義原理に対する侵害	47
第6 結び	49
第4章 立憲主義の危機・安全保障関連法制	50
第1 はじめに	50
第2 武力攻撃に至らない侵害への対処	50
第3 周辺事態対処法から重要影響事態対処法へ	53

第4章 国際平和共同対処事態に際して我が国が実施する諸外国の軍隊等に対する協力支援活動に関する法律（国際平和支援法）	55
第5章 国際平和協力法（PKO協力法）の範囲拡大	58
第6章 存立危機事態の設定	59
第7章 安保関連法制の問題点	61
第5章 立憲主義の危機・精神的自由	62
第1章 立憲主義と人権保障	62
第2章 内心の自由(思想良心の自由)の危機	62
第3章 表現の自由の危機	66
第4章 小括	69
第6章 市民が求める立憲主義・民主主義	70
第1章 はじめに	70
第2章 戦後の平和・民主主義運動～敗戦直後から1970年代頃まで	71
第3章 動き出した市民たち	75
第4章 市民が紡ぎだす立憲民主主義	76
第5章 立憲主義と弁護士会、弁護士の諸活動とその役割	79
第7章 法教育・主権者教育・政治教育	82
第1章 法教育を取り巻く状況	82
第2章 法教育・主権者教育・政治教育	83
第3章 主権者教育の実施	85
第4章 今後の展望	86
第8章 まとめと提言	87
第1章 なぜ「立憲主義」とは何かを問いかけるのか	87
第2章 立憲主義の定義をめぐって	88
第3章 立憲主義の現代的意味	88
第4章 立憲主義は世界に通ずる	90
巻末資料	93
実行委員会委員名簿	210

第1章 立憲主義とは何か

第1 はじめに

1 問題状況

(1) 日本の状況

近時の日本では、とりわけ市民社会において、「立憲主義 (Constitutionalism)」という概念が、にわかに脚光を浴びている。

「立憲主義」は、憲法学の術語であるが、日本の伝統的な憲法学説において、「立憲主義」概念は、さほど脚光を浴びていたわけではない。すなわち、1999年（平成11年）ころから始まったいわゆる司法制度改革論において、これを主導した佐藤幸治は、「法の支配」と「法治主義（ないし法治国家）」とを対抗的に捉え、前者の視座から司法制度改革論の正当化を企図し（佐藤2002年）、これを支持する見解も表明されたが（土井1998年：79頁以下）、これらの論議の段階では、「立憲主義」が注目を集めることはほとんどなかった。

日本の憲法学界において、「立憲主義」が本格的に鍵概念として浮上した契機は、長谷部恭男が2004年（平成16年）に、その著書（長谷部2004年）において、ジョン・ロールズの政治哲学を背景として、「立憲主義」概念の下に、特徴的な憲法9条解釈を展開し、これが憲法学界において広範な反響を呼んだことにある。長谷部の問題意識は、憲法学界のみならず、憲法9条解釈に関心を有する一定の市民にも共有されたが、いまだこの時点では、「立憲主義」概念が、憲法学界の枠を超え、一般市民社会において幅広い社会的認知を獲得したとはいえなかった。

「立憲主義」概念が、日本の一般市民社会において注目されるようになったきっかけは、2013年（平成25年）に成立した「特定秘密の保護に関する法律」（いわゆる秘密保護法）の立法論議であろう。その後、2015年（平成27年）に成立した「我が国及び国際社会の平和及び安全の確保に資するための自衛隊法等の一部を改正する法律」・「国際平和共同対処事態に際して我が国が実施する諸外国の軍隊等に対する協力支援活動等に関する法律」（あわせていわゆる安全保障法制）の立法論議のなかで、「立憲主義」概念は、一般市民社会において、さらに幅広く共有されるに至った。

これらの立法論議において、「立憲主義」概念は、主として立法に反対する立場から、憲法政策論の基底的理念として使用された。

このように、最近の日本における「立憲主義」概念の隆盛は、主として市民社会の憲法政策論において見られる点に特徴がある。

(2) 世界的状況

他方、世界に目を転じてみると、これとは異なった情景が広がっている。

すなわち、近時、諸外国の憲法学界でも、「立憲主義」がきわめて重要な概念として理解されている。この状況を「立憲主義」のグローバル化」と呼称する見解もある（阪口2001年：2頁）。

第1章 立憲主義とは何か

もっとも、かような「立憲主義」概念の世界的興隆は、主として憲法理論の見地から、議会から司法機関への権力移行のための具体的な憲法制度改革を背景として語られることが多い。したがって、そこでは、「立憲主義」の内実として、「違憲審査制による人権保障」が重視されることになる。それゆえ、諸外国では、必然的に、立憲主義と（多数決主義の）民主主義との緊張関係が意識されることになる（以上につき、愛敬 2012年：2頁）。

(3) 日本と世界の対照

以上のとおり、「立憲主義」概念の隆盛の様相に関しては、日本では、市民社会の憲法政策論においてこれが見られるのに対し、世界的には、具体的な憲法制度改革を背景として、主として学理的見地から注目が集まっていることが分かる。

2 課題

そもそも「立憲主義」は非常に多義的な概念である。したがって、「立憲主義」概念は、市民社会の憲法政策論において、憲法理論の視座からの検討が不十分なまま、融通無碍なbuzzwordとして使用されてしまう危険性が少なくない。

法律専門職たる弁護士が、かような事態を座視したままでは、その社会的責務を果たしているとは到底いうことができない。

そのため、近畿弁護士会連合会は、本書において、法律専門職集団としての見地から、「立憲主義」の内実を探究しようとするものである。

本書が、法律専門職集団としての社会的責務を果たし、憲法学界及び市民社会における「立憲主義」に関する論議の一助となれば幸甚である。

第2 立憲主義の比較憲法史

1 中世立憲主義

(1) 中世法優位の思想とは

近代立憲主義は、中世法優位の思想ないし中世根本法（*lex fundamentalis*）の観念に由来するといわれる（以下の詳細は、芦部 1983年：3-61頁参照）。

中世法優位の思想とは、絶対的で無答責な君主の権力も、「旧き慣習（*immemorial custom*）」に由来する「あるもの（*something*）」によって制約されており、この「あるもの」とは、特に臣民の「権利」（*property*。なお、ここにいる *property* とは、近代憲法における財産権ではなく、より広義の概念である。）と未分離の状態にあった「法秩序」であって、君主がこの意味の「法」に拘束される、という思想を指す。

法優位の思想によれば、君主は、臣民の「権利」を侵害する専断的行為を行えば、自己の支配権（これも「法秩序」の重要な構成要素であった。）を失う。この場合、臣民が、君主に対する恭順を撤回し、君主に対して集団的反抗ないし個々の抗争を行うことが、「法」に適合することとなる。

また、君主が臣民の「権利」に干渉するためには、それに関係するすべての人、少なくともその代表者の自由な同意を得なければならない。もし君主がこの同意なしに臣民の「権利」に専断的に干渉すれば、君主は圧制者（tyrant）になり、臣民に服従を要求することができなくなる。

以上のような法優位の思想に基づき、君主と有力な等族（貴族、聖職者などの諸身分）との間に、数多くの協定や契約が締結され、君主はそれを等族会議の同意なしに変更することができないこととされた。

(2) 中世法優位の思想の具体的展開

中世法優位の思想は、イギリスとヨーロッパ大陸とでは、異なる展開を示した（芦部 1992年：26頁以下）。

ア イギリス

イギリスでは、「旧き慣習」である「法」がコモン・ローという「実定的」なものへと高められた。このコモン・ローは、自然法思想から影響を受けて、「司法的な正しい理性（judicial right reason）」を具体化したものと考えられた。そのため、コモン・ローは、裁判所によって執行・実現されることとなった。

やがて、コモン・ローは、エドワード3世治下の14世紀ころから、王権を制約する高次法（higher law）、すなわち根本法（fundamental law）の観念と急速に結び付いていった。

イ ヨーロッパ大陸

これに対してヨーロッパ大陸では、「旧き慣習」である「法」が、直接に自然法思想により裏打ちされて、根本法が成立した。そのため、それは抽象的で倫理的性格の強いものであった。

たとえば、中世フランスの「王国の根本法（lois fondamentales du royaume）」は、国王の世襲、領土の不可譲、国王はカトリック信徒であること、フランスの独立教会の自由、租税に対する臣民の同意、といった慣習からなり、国王を拘束する唯一の法的制限であって、等族会議の同意がなければ変更することができないものとされた。しかし、その尊重を実効的に確保する手段が伴わず、その意味で王権に対する倫理的制限に過ぎなかった。

ヨーロッパ大陸の中世法優位の思想は、そのような限界はあったが、イギリスの「高次法」とともに、近代立憲主義を準備した点において、重要な意義を有するものであった。

(3) 中世法優位の思想の限界

中世法優位の思想は、等族、特に貴族の特権の擁護を内容とする封建的性格の強いものであった。

そのため、これが、広く国民の権利・自由の保障とそのため統治の基本原則を内容とする近代立憲主義に発展するためには、ジョン・ロックやジャン＝ジャック・ルソーが説いた「自然権」思想の洗礼を受けなければならなかった（以上のとおり、「自然法」思想は、歴史的には「自然権」思想に先行した。）。

(4) 「法の支配」への展開

第1章 立憲主義とは何か

中世においては、法優位の思想から、「法の支配」の原理が誕生し、以来、英米法の根幹としてこれを基礎付けている。「法の支配」原理も、中世立憲主義の重要な構成要素である。

「法の支配」は、専断的な国家権力の支配（人の支配）を排斥し、権力を法で拘束することによって、国民の権利・自由を擁護しようとする原理である。

「法の支配」原理の典型的な言明として、エドワード・クックが、ジェイムズ1世に対して、ヘンリー・ブラクトンの「国王は何人の下にもあるべきではない。しかし神と法の下にあるべきである。」という言葉を引き対抗したことは、よく知られている。当時、新たに創設された行政的裁判所である「高等委員会」と伝統的なコモン・ロー裁判所との管轄権をめぐる紛争が生じていた。国王は、裁判官といえども他の官吏と同じく国王の代理人なのだから、国王は、国王大権に基づき、場合によっては事件を裁判官から取り上げて自ら処理することができる考えた。これに対し、クックは、国王はいかなる場合も自ら裁判しえず、訴訟事件は民事であろうと刑事であろうと、すべてイギリスの国法と慣習にしたがって裁判所によって審理されると主張した。この際、クックが依拠したのが、ブラクトンの上記古語であった（佐藤 2015年：50頁以下）。

「法の支配」の内容は、国・時代によって必ずしも同一ではないが、現在その最重要の内容と考えられているものは、①憲法の最高法規性、②権力によって侵害されない個人の人権（特に人身の自由や表現の自由などの基本的自由）、③法の内容・手続の公正を要求する適正手続（due process of law）、④権力の恣意的行使を制御する裁判所の役割に対する尊重、などである。

2 近代立憲主義

(1) はじめに

近代立憲主義思想は、アメリカ合衆国におけるヴァージニア権利章典（1776年）、独立宣言（1776年）、合衆国憲法、フランスにおける人権宣言（1789年）、1791年フランス憲法などに実定化された。

以下では、近代立憲主義の特色を、内容、形式及び性質の3点から検討する（以下の詳細については、芦部 1992年：28頁以下参照）。

(2) 内容——人権保障と権力分立

近代立憲主義は、人間の権利・自由の保障、及び、そのための国家組織の基本（権力分立）の制度化を企図する思想である。近代立憲主義に対しては、ロックやルソー、シャルル＝ルイ・ド・モンテスキューらの自然権思想及び権力分立論が、決定的な影響を及ぼした。

その要点は、第一に、権利宣言・権利章典が目的、統治機構が手段という関係に立つことである。換言すれば、統治機構は権利宣言・権利章典に奉仕するかぎりにおいて、真の存在理由を有する。

これは、もともと自由主義の国家観に基づく発想であるが、戦後の西欧型民主制国家の憲法論においても、基本原則として確認されている。

近代立憲主義の第二の要点は、個人の権利を実体的なものと捉えた点である。すなわち、中世

法優位の思想において、臣民の権利は手続的なものと理解された。たとえば、イギリスのクックは、国家権力、特に国王の権力に永続的な制約を加えるために、コモン・ローの伝統的な「手続」を強調した。これに対し、近代市民革命期以降、個人権は、人間が生まれながらに有する不可侵かつ不可譲なものと理解されるとともに、「実体的」な権利としての側面が重視されるようになった。

なお、フランス人権宣言16条は、「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていない社会は、すべて憲法をもつものではない。」として、立憲的憲法における権力分立の重要性を説いたが、権力分立が立憲主義にとって不可欠の要素と評価しうるかについては、大きな論議がある。チャールズ・ハワード・マッキルウェイン（マクウルワイン）は、立憲主義に関する研究で世界的に著名であるが、彼の所説によれば、立憲主義にとっての統治機構の要点は、司法の独立確保にあるところ、この司法の独立は、市民革命期に説かれた権力分立論とは関係がなく、権力分立自体、立憲主義にとって無関係であるとされる。

(3) 形式——成文法

ア 成文による立憲的憲法

立憲的憲法は、ほとんどすべて、成文の形式をとる。近代立憲主義が、アメリカ合衆国憲法、1791年フランス憲法など重要な成文憲法を生み出したのを端緒として、成文の立憲的憲法は世界中に普遍化していった。

イ 成文憲法の普遍化の要因

この普遍化を推進した要因として、以下の3点を挙げることができる。

第一に、成文法は慣習法に優るといって近代合理主義である。フランスでは、革命後、憲法が制定される際に、「慣習は不明確で変わりやすいので、統治者の逃げ道に便利である。また、慣習は国により時代により統一性がない。そのため、国家の根本的制度を明確にし、強固にし、慣習を統一するためには、成文憲法が必要である。」という合理主義思想が強い影響力を及ぼした。

第二に、これも合理主義といってよいが、古い権力関係を打破し、新しい権力関係を樹立して再出発を始める際に、新しい政治機構の少なくとも骨組みを文書に書き留める必要があったという点である。

第三に、最も重要な点として、近代自然法学によって説かれた社会契約説の影響が挙げられる。

社会契約説によれば、国家は自由な国民の社会契約によって組織され、その社会契約を具体化したものが憲法（根本契約）である。この根本契約は、契約である以上、文書の形式にすることが望ましいし、そうすることによって契約条項の権威も高まる。

社会契約説が憲法の成文化を促進した例として、次の例が挙げられる。すなわち、清教徒らは、イギリスの長期国会による宗教の自由に対する圧迫を逃れて、アメリカ大陸にニューイン

グラントを建設する際、メイフラワー号の船上で契約書を作成し、将来の国家組織の大綱を定めた。さらに、清教徒らがアメリカ各州の憲法を制定する際にも、同様に文書が作成された。このように、社会契約説は、抽象的な理論ではなく、ニューイングランドにおいて実際に機能した理論であり、移住者らの日常の思想そのものであったといわれている。

ウ イギリス不文憲法の意味

(ア) 以上のような成文憲法の普遍化にもかかわらず、立憲主義が発祥したイギリスは、現在もなお単一の成文憲法典を有しない。この経緯は、以下の2点に求められる。

第一に、オリバー・クロムウェルは、1653年に統治典範を發布し、すべて統治の憲章には、「マグナカルタのような永久不変の根本的なものが存在しなくてはならない」として、「根本的なもの」として信仰の自由などを挙げ、きわめて不完全ながら近代的意味の成文憲法に近いものを制定した。しかし、これが1660年の王政復古とともに消滅し、イギリスが再び慣習憲法システムをとることになったため、クロムウェル革命による「新しい権力関係」は、成文憲法典を結実させるまでに至らなかった。

第二に、「国会主権」の原理の確立である。イギリス国民は、1688年の名誉革命により、「権利章典」を国王と国民との協約というかたちで勝ち取ったが、この時、「法の支配」と並んでイギリス憲法の基底をなす「国会主権」の原理が同時に確立した。これにより、国会は、従来の君主主権の建前を否定するとともに、「男を女にし女を男にすること以外は、何事をもなしうる」ことになったため、根本法（高次法）思想が、国会の制定する法律に優位する、成文憲法典の制定へと発展する途が閉ざされた。

(イ) しかし、イギリスが成文憲法典をもたないからといって、同国に立憲主義が根付いていないと評価するのは誤りである。

なぜならば、イギリスでは、実質的意味の憲法が、憲法的法律と判例法、慣習ないし慣習法（日本では「習律」といわれる。）によって定められているからである。

イギリスの習律は、君主の存在、その法律裁可権をはじめ、「国王は悪をなしえない」の原則（大臣責任制度）、議会制の諸原則、議事手続など広範な事項に及ぶ。習律は、アルバート・ヴェン・ダイシーによれば、理論的には議会制定法によって廃止することのできるもので、裁判所を拘束しないが、明らかに時代遅れか不適切なものでないかぎり、廃止されることはない。

また、イギリスは、実質的に憲法の内容をなすと考えられる事項の成文化をいっそう進めている。

以上のとおり、イギリスにおいても、立憲主義が確実に定着しているというべきである。マッキルウェインによれば、「近代ヨーロッパ諸国民中恐らく最も立憲的であったイギリスが、憲法が公式文書に具体化されることのない唯一の国であったことの本当の理由は……恣意的な支配に対する諸制約がしっかりと国民的伝統の内に定着していて、正式の法典を採択

することを必要とする程にこれらの制約に対する脅威が重大ではなかったからであった。」
 (マクウルワイン 1966年：21頁)。

(4) 性質——硬性

立憲的憲法は、すべてなんらかのかたちで硬性、すなわち法律よりもその改正手続が困難になっている。その理由は、立憲的憲法が、国家権力、特に立法権を法的に制限することによって、不可侵かつ不可譲の自由を保障することを目的としているからである。

この発想の淵源も、社会契約説に求められる。すなわち、国家権力は自由な国民の社会契約に基づき成立するところ、この社会契約を具体化するのが憲法（根本契約）である。憲法によってつくられ、憲法に存立の基盤をもつ、立法権その他の国家権力は、憲法をつくったり修正したりする資格・権限をもたない。このようにして、立法権その他の国家権力は、根本法である憲法に制約される。

このような思想を主導したのが、アベ・シェイエスによる憲法制定権力 (pouvoir constituant) の理論である。シェイエスの『第三階級とは何か』によれば、「いかなる委任された権力も、決して委任の条件を変えることはできない。ただ国民だけが、立法権と区別された憲法制定権力を行使することができる。この意味において憲法は根本法である。」「政府は憲法に従う場合にのみ権力を行使できる」。この思想は、革命期のフランス憲法の基礎となった。

3 現代立憲主義

(1) 近代立憲主義の帰結

立憲主義が開花したのは、19世紀の自由国家の下であった。そこでは、自由で平等な個人の競争を通じて調和が実現されると考えられ、国家は個人に対して経済的干渉も政治的干渉も行わず、「競争場の秩序を維持して、反則行為を防ぎ、悪人の手から所有権を守る」(カー 1953年：32頁) という警察的機能だけにその任務を限定すべきであるとされた。

しかし、この自由国家を支える自由放任の論理は、資本主義の高度化に伴って、大きな矛盾を露呈するに至った。その矛盾とは、世襲的な利益によって新しい支配階級が作り出され、各個人が平等の条件で平等にスタートする社会という観念が崩壊したこと、及び、自由競争が存在しなくなり、競争し合う個人の代わりに独占的利潤を追求する独占（ないし寡占）集団が経済単位として現れてきたことである（カー 1953年：34頁以下）。

この結果、貧富の差が拡大し、憲法の定める自由が有名無実化し、社会的弱者にとって自由は「貧乏の自由」「空腹の自由」でしかなくなったので、人間の自由と生存を確保するためには、国家がむしろ、従来自律に委ねられていた市民社会の領域に介入する責務を負うようになった。

具体的には、経済恐慌の続発を背景として、労使間の闘争を緩和するための工場立法・社会保険・給与制度・ストライキ禁止法、消費者を保護するための価格統制・品質検査が行われるようになった。

ここに至って、19世紀の自由国家は、国家的干渉・計画を必要とする福祉国家（社会国家、積

極国家ともいわれる。)に変貌を遂げた。

(2) 現代立憲主義の内容

ア 現代立憲主義の誕生

もともと立憲主義は、国家は警察的機能以外には国民生活の領域に介入すべきではない、という基本的に消極的な権力観念を前提としていた。

しかし、立憲主義の本来の目的は、個人の権利・自由の保障にあるところ、国家権力による支援なくして、個人の権利・自由を実質的に保障することができなくなったため、同支援も立憲主義の本質の一つをなすこと、換言すれば、立憲主義の積極的側面（積極的立憲主義。affirmative constitutionalism）が主張されるようになった。

イ 積極的立憲主義の展開すべき局面

もともと積極的立憲主義は、主として、弱者に対する経済的支援の必要性を背景にして説かれたが、積極的立憲主義が要請される局面は、それにとどまらない。

たとえば、表現の自由は、本来、「国家からの自由」（消極的自由）としての性格を有するが、思想・情報の送り手と受け手が分離して、マスメディアが巨大化した現代国家においては、個人が思想を「表明する」ことを妨げられない自由という側面のみならず、多様な思想・情報を「求め、受ける」自由、すなわち「知る権利」という側面をも重視しなければ、表現の自由の価値を十分に実現することができない。

ウ 立憲主義と福祉国家の融合の典型例

このような、立憲主義と福祉国家との融合は、ドイツ連邦共和国基本法28条1項の「ラントにおける憲法的秩序は、この基本法の意味における共和制的、民主的及び社会的法治国家の原則に合致しなければならない」という規定に、典型的に見出すことができる。

もっとも、コンラート・ヘッセが「自由を廃棄するような包括的な国家扶助は、もはや社会的法治国家の原理に適合しない。」と説くように（ヘッセ 1983年：104-105頁）、福祉国家と古典的立憲主義との両立も、きわめて重要である。換言すれば、福祉国家による自由の抑圧には、常に警戒の目を向けていなければならない。

エ 現代立憲主義の福祉国家以外の側面

なお、現代立憲主義の枢要を、福祉国家思想との結合に見出すのが一般的といえるが、このほかに、憲法裁判制度（裁判所による違憲審査制度）の導入や平和国家への志向を現代立憲主義の要点と捉える見解も有力である（佐藤 2015年：184頁以下）。

憲法裁判制度（裁判所による違憲審査制度）は、従来のヨーロッパ大陸諸国においては、特殊アメリカ的制度と捉えられ、旧来の閉鎖的・独善的な司法府への警戒心から、これらの諸国に導入されることはなかった。しかし、第一次・第二次世界大戦を経て、「憲法の優位」の確保により政治に対する法的統制を強化するため、憲法裁判制度導入の必要性が痛感され、戦後のヨーロッパ大陸諸国において、憲法裁判制度が拡大するようになった。

平和国家への志向については、いうまでもなく、第一次・第二次世界大戦の悲惨な経験を経て、個人の自由と生存のために、平和の基底価値があらためて認識されたことによる。

第3 立憲主義と民主主義・平和主義の相克と調和

1 立憲主義と民主主義

(1) 問題の所在

ア はじめに

現代における立憲主義の核心は、人権保障のための、裁判所による違憲審査権行使にある(阪口 2001年: 2頁)。

もっとも、多数者の権利・自由は、通常の民主過程を通じて実現することが容易であるから、裁判所による違憲審査権行使が意味をもつのは、主として、少数者の意思が多数者の意思と相違し、少数者が通常の民主過程を通じて自己の権利・自由を実現することが困難な場合である。

この場合、裁判所は、少数者の権利・自由を保障するために、違憲審査権行使により、多数者の意思が結実した法律の効力を覆滅させることとなる。

裁判所の違憲審査権行使の基礎にある価値は立憲主義で、法律の基礎にある価値は民主主義であるから、この局面では、立憲主義による民主主義の部分否定が生じており、立憲主義と民主主義とは緊張関係にあるように思われる。

また、裁判官は、その圧倒的多数が、選挙によって選出されないという意味で、非民主的機関である(換言すれば、民主主義的正統性を有しない)。このような非民主的機関が、立憲主義の名の下に、法律・民主主義を覆滅させるのであるから、立憲主義と民主主義の緊張関係は、大きな問題となる。

イ アメリカ合衆国

特に、アメリカ合衆国では、合衆国憲法上、裁判所の違憲審査権が明記されておらず、合衆国最高裁判所自身による判例(Marbury v. Madison, 1 Cranch (5 U.S.) 137, (1803))上、裁判所の違憲審査権が認められてきたにすぎない。そのため、立憲主義を根拠とする裁判所による違憲審査権行使は、非民主的であるとの批判が強い(「反多数決主義という難点(counter-majoritarian difficulty)」)。

そのため、アメリカ合衆国では、しばしば、裁判所による違憲審査権行使は、政治部門に対して敬讓的であるべきだと説かれる(「司法消極主義(judicial passivism)」)。

ウ 日本

日本では、たとえば元最高裁判所長官の横田喜三郎が、すでに1968年(昭和43年)に、民主主義との関係で、司法消極主義の必要性を説いていた。すなわち、「違憲審査権を慎重に行行使すべきことは、民主主義の理論からも基礎づけられる。……民主主義と国民と法律との関係を見ると、民主主義のもとで、法律はどこまでも尊重されなければならない。……〔法律〕を無

効とすることは、国民の意思を無視し、否定することであって、本来ならば、決して許されないことである。ただ、憲法も国民の意志を表現するものであり、しかも法として最高のものであるから、それに違反するふつうの法律は、効力を認めることができない。それにしても、ふつうの法律も、国民の意志を表現するものであるから、それを無効にすることは、民主主義のもとで、つとめて慎重にしなければならない。」(横田 1968年：12頁以下)。

もっとも、日本では、憲法81条に裁判所の違憲審査権が明記されているうえ、従前、最高裁判所による違憲審査権行使は非常に消極的であったため、立憲主義と民主主義との緊張関係はさほど顕在化しなかった。

しかし、仮に今後、日本の最高裁判所が、政治的論争の主題に関して、次々と法律を違憲無効と判断すれば、最高裁は「民意を無視している」すなわち反民主主義的であるとの批判が、当然に予想される。

実際、日本の最高裁判所が発足して以来、約半世紀間、最高裁による法令違憲判断はわずか3件しかなかったが、2002年の郵便法違憲判決から2015年の再婚禁止期間違憲判決までの約13年間に、5件の法令違憲判断がなされ、最高裁による司法積極主義(judicial activism)の兆しが指摘されるようになってきている(最近のものとして、大林 2016年：66頁)。

とりわけ、最高裁の司法積極主義的傾向が継続するとすれば、日本においても、立憲主義と民主主義の関係、両者を調和しうるかを探究することは、重要な課題となる。

(2) 立憲主義と民主主義を調和させる試み

これまで、立憲主義と民主主義とを調和させるため、様々な理論的努力が積み重ねられてきた。以下では、それらの理論のうち、代表的なものを概観する。

ア アメリカ合衆国憲法制定当時の見解——『ザ・フェデラリスト』

(ア) 概要

アレクサンダー・ハミルトン、ジェームズ・マディソン及びジョン・ジェイは、アメリカ合衆国憲法の批准を推進するために、『ザ・フェデラリスト』と題する連作論文を公表した。

同論文には、すでに、裁判所が違憲審査権をもつべきことが明記されている。彼らが裁判所の違憲審査権を正当化するために展開した議論は、裁判所が違憲審査権を行使して法律を無効にしても、裁判所が最高法規である憲法に従った結果であって、この場合、憲法=人民(制憲者)が立法府に優越しているにすぎず、裁判所が立法府に優越しているわけではない、というものであった。

すなわち、「憲法とは、事実、根本法であり、かつ判事たちによって根本法とみなされるべきものにほかならない。したがって、憲法の意味を確定し、また立法機関の判定する特定の法律の意味を確定することは、判事の権限に属することなのである。もし憲法と法律との間に調停しがたい矛盾が生じたとすれば、優越する契約上の義務と効力とが優先すべきことは当然である。いいかえれば、憲法が議会制定法に優先し、人民の意思がその代理人の意思

に優先すべきなのである。／しかし、こう結論したからとて、それは司法権が立法権に優位していることを意味するものでは決してない。ただ、人民の権力こそ司法権に対しても立法権に対しても、優位に立つべきことを意味しているにすぎない。すなわち、制定法の形で表明された立法部の意思が、憲法の形で表明された人民の意思に反する時には、判事は、制定法によってではなく、憲法によって支配されるべきであるということの意味するにすぎない。判事は、根本法ならざる法によってではなく、根本法そのものによって、その判決を下すべきなのである」(ハミルトンほか 1970年：418頁)。

ハミルトンらの議論は、「裁判所による違憲審査権行使(=立憲主義)は、法律(=低次の民主主義)に対し、これに優位する憲法(=高次の民主主義)を実現するものであって、それ以上に、裁判所が法律ないし立法府に優越するという意味をもたない。」として、立憲主義と民主主義の対立構造自体を否定しようとするものであった。

(イ) 批判

仮に、憲法の意味(解釈)が客観的に一つに定まるのであれば、ハミルトンらの立論も可能であろう。しかし、憲法を含め、法の意味(解釈)は客観的に一つに定まるとは限らない(来栖 2004年：75頁以下)。そのため、裁判官が憲法を解釈するに際して、裁判官は、複数ありうる解釈のうちから一つを選択する場合が少なくない。

この場合、裁判官は、単純に憲法に従属しているのではなく、憲法を(一部)創造している。裁判所は、自ら(一部)創造した憲法に従って違憲審査権を行使し、立法府の制定した法律を無効にするのである。

そうすると、少なくとも一定程度、裁判所の立法府に対する優越の契機は存在するのであって、立憲主義と民主主義との緊張関係自体を否定しようとするハミルトンらの議論は、成功していないこととなる。

イ 原意主義

(ア) 概要

『ザ・フェデラリスト』に対する上記批判を前提として、なお、『ザ・フェデラリスト』の議論を貫徹させようとするのが、原意主義(originalism)である。

原意主義の内容については、多様な理解があるが(学説の整理として、野坂 1989年：63頁)、「一般に、法解釈においては起草者の意図に従うことが要請されるとする解釈方法論のことを指すと言われている」(大河内 2010年：7-8頁)。

『ザ・フェデラリスト』におけるハミルトンらの主張の核心は、裁判所による違憲審査権行使は、立憲主義の裏付けのみならず、憲法という高次の民主主義の裏付けがあるから、法律という低次の民主主義を否定しても、民主主義の理念に反するところはないというものであった。しかし、ハミルトンらの議論には、違憲審査権行使の局面における、裁判所による憲法創造の契機を否定することはできず、そのかぎり、裁判所による違憲審査権行使は、

反民主主義的性格を否定しることができない、という弱点があった。

原意主義は、憲法解釈が複数ありえても、裁判所が起草者＝制憲者の意思（「原意」）に従って憲法を解釈することによって、この問題を解決することができる論ずる。すなわち、裁判所が違憲審査権行使に際して採用する憲法解釈を、制憲者の意思に従ったものにするので、根拠法規となる憲法が民主的に成立したものであるうえ、その解釈も民主的なものとなるので、違憲審査権行使の民主的正統性に欠けることなく、立憲主義と民主主義とを調和させることができるというのである。

(イ) 批判

原意主義に対しては、さまざまな批判がなされている（大河内 2010年：34頁以下）。

たとえば、制憲者とは誰を指すのか。起草者集団に属する特定の個人を指すのか、起草者集団自体を指すのか。起草者集団だとして、「集団」の意思を歴史的・客観的に確定することができるのか。確定できたとして、制憲者の意思は具体的なものから抽象的なものまで多様でありえ、裁判所による憲法解釈を十分に拘束することができるのか、などの批判が寄せられている。

特に大きな問題は、原意主義の理論的基礎は主として民主主義にあるところ、「原意」は過去の起草者の意思にすぎず、現在の多数者の意思ではないから、原意主義は、民主主義ではなく「死者による支配」を企図しているに過ぎない、という点である（大河内 2010年：38頁参照）。「仮に原意主義が「原意」によって裁判官の裁量を拘束することに成功したところで、そもそも、百年もしくは二百年も前の制憲者の理解である「原意」によって現在の世代が拘束され支配されることが、民主主義の観点から見てもなぜ正当化されるのかという問題点が残る」（阪口 2001年：64頁以下）。

ウ 立憲民主主義論

(ア) 概要

芦部信喜は、裁判所による違憲審査権行使の非民主主義的性格を強調して司法の自制を説く見解に対して、その民主主義理解が「19世紀型の民主過程を基礎とする」多数決主義の民主主義論であって不当であり、あるべき民主主義とは、立憲民主主義であると論ずる。

すなわち、「司法自制論の前提とする民主主義の観念は、政治的現実から遊離しているのみならず、さらにmajoritarianであるという点で決定的な弱点を露呈しよう。この多数決主義の民主主義の立場に立てば、民主政は「主権的な多数意思による政治」であり、民主政が何よりも精神的自由（とくに表現の自由）の確立した社会にはじめて成立する政治形態であることは、看過もしくは軽視される。しかしながら、かりに多数決が民主政の中核的な原理だとしても、多数決原理は当然に少数の存在を予定しているのであるから、いうまでもなく「言論の自由、とくに少数意見の発表の自由、が必要不可欠である」。したがって「少数者の政治的権利の保護は、多数決原理の反対物ではなく、むしろその基礎そのものになる」と

いわねばならぬ。」(芦部 1973年：36頁以下)。

芦部の立論は、裁判所による違憲審査権行使は、民主主義にとってきわめて重要な精神的自由(特に表現の自由)に関して積極的になされる(べきである)ため、同違憲審査権行使は、立憲主義の裏付けを有するのみならず、(立憲)民主主義をも促進するものであって、(立憲)民主主義の理念になんら反するところはないというものである。

(イ) 批判

たしかに、裁判所が、少数者の表現の自由等に関して積極的に違憲審査権を行使する局面においては、同行使は、立憲主義のみならず、民主主義の裏付けを有すると評価しうる。

しかし、裁判所による違憲審査権行使は、民主主義とはまったく、あるいはほとんど関係しない人権についてもなされうる。この場合の同違憲審査権行使は、民主主義の裏付けが乏しいから、多数者の意思が結実した法律の効力を覆滅させる点において、反民主主義的性格が顕在化する。

したがって、芦部のように、違憲審査権行使＝立憲主義につき、民主主義を補完・促進するものと捉えたとしても、立憲主義と民主主義との緊張関係は、全面的に解消されるわけではない。

エ プロセス理論(プロセス法学)

(ア) 概要

芦部の立憲民主主義論の弱点は、裁判所による違憲審査権行使＝立憲主義を、民主主義を促進するものと捉えたとしても、表現の自由など精神的自由について積極的に違憲審査権を行使すべきであると論ずるだけでは、裁判所の違憲審査権行使を、全面的に民主主義に適合的なものと理解するのは困難である、という点にあった。

これに対して、プロセス理論(プロセス法学)は、発想を転換し、裁判所による違憲審査権行使は、いずれも民主主義プロセスを保障するためのものであるから、民主主義の価値に完全に適合的であると論ずる。

プロセス理論のアメリカ合衆国における代表的論者はジョン・ハート・イリィであり、以下では、彼の理論を概観する。

まず、イリィは、民主主義・政治プロセスについて、プリュラリスト的民主主義観(プリュラリズム)を採用する。プリュラリスト的民主主義観とは、1950年代以降、アメリカ合衆国で広く支持されるに至った理論である。「そこでは、国家は、様々な対立する利益を持った諸個人の集合と見られる。国家や政府は独自の存在を否定される。そして政治的プロセスは、諸個人の諸利益が、利益集団を通して調整され妥協を見出す場として理解される。」(松井 1991年：459頁)。

そのうえで、イリィは、裁判所による違憲審査権行使は、実体的な価値ではなく、政治への参加のプロセスを保障することによって正当化されると論ずる(イリィ 1990年：126-127

頁、142頁)。イリィによれば、アメリカ合衆国憲法は、実体的価値の選択調整をほとんどもっぱら政治的プロセスに委ねており、政府の諸プロセスと配分における、広範な参加確保を目的としている。そのような目的を達成するための裁判所の違憲審査権行使であれば、アメリカ合衆国の代表民主主義制度の根底にある前提と矛盾しないばかりか、それを全面的に支えるものとなる。したがって、「司法府の役割は、「代表プロセスの秩序維持」、つまり「政治的变化の経路の障害除去」と「少数者の代表の促進」に限定される」ことになる（松井1991年：260-261頁）。

(イ) 批判

プロセス理論に対しては、さまざまな批判がなされているが、そのなかでも最重要のものは、日本国憲法はプロセス理論に適合的でない（換言すれば、日本国憲法解釈において、プロセス理論を採用する必然性がない）という点であろう。

日本におけるプロセス理論の代表的論者は松井茂記であるところ、彼は、プロセス理論に基づき、基本的人権を①平等権、②プロセス的権利、③非プロセス的権利に分類する（松井2007年：309頁以下）。松井によれば、基本的人権の中心になるのは、選挙権、表現の自由等の②プロセス的権利であり（松井2007年：311頁以下）、他方、生存権、勤労の権利、財産権、職業選択の自由等の③非プロセス的権利は、「本来憲法の中で基本的人権として保障する必要のなかった権利である」（松井1998年：94頁）。

しかし、日本国憲法が生存権、勤労の権利、財産権、職業選択の自由等を保障しているのは、同憲法が、それらの人権を重要な人権と捉えた結果であるというべきである。プロセス理論は、これらの人権が日本国憲法に規定されていることを十分正当化することができず、少なくとも日本国憲法にとって適合的であるとはいえない。

市川正人も、松井の議論において、「非プロセス的権利を憲法が規定していることの意義」が明確でないとする。市川によれば、「生存権について典型的に伺われるように、松井教授のプリアリズム的パラダイムからすれば、非プロセス的権利はよけいなものとして捉えられない」。しかし、生存権の保障には、資本主義の発展に伴う国家の役割の変化を反映した積極的な意味があるのであって、それを「よけいなものとする捉え方」は妥当ではない。憲法の人権規定は、やはり実体的価値としての権利を保障したものと捉えるべきである（市川1996年：9頁以下）。

また、プロセス理論は、民主主義・政治プロセスについて、もっぱら諸個人の諸利益の調整の場として把握するが（プリアリズム）、民主主義・政治プロセスは、自己実現の場や公益のための協働の場でもありうるので、プロセス理論が前提とする民主主義・政治プロセスの理解は、狭隘に過ぎる。

オ プリコミットメント論

(ア) 概要

プリコミットメント論は、憲法制定行為（＝立憲主義）を、将来時点における民主主義に対する合理的自己拘束と理解する。この議論は、立憲主義はその目的からして、民主主義の一部否定を包含すると理解したうえで、同一部否定の合理性を問題とするものである。

すなわち、人間はしばしば、ある時点で、あらかじめ将来における選択肢を減らしておくことで、将来の出来事をコントロールしようとする。

たとえば、Aは、飲酒運転で事故を起こしたばかりなのに、酒を飲むと気が大きくなって車を運転したくなるとする。Aは、パーティーで酒を口にする前に、車の鍵を妻Bに渡して、酒に酔ったAがどんなに命令や懇願をしようとも、鍵を返さないようにBに依頼しておく。こうすることで、Aは飲酒運転を回避しつつ、酒を楽しむことができる。

酒に酔ったAが車を運転することができないことは、自らの合理的選択に基づく自己拘束であり、これはAの自律性を阻害するどころか、Aの自律性を最大化するものである。

かような自己拘束を正当化する議論が、プリコミットメント論である。

憲法制定という行為も、制憲者が将来の通常政治の選択肢を減らすことで（一定の事項を通常政治の決定から「聖域化」することで）、将来の出来事をコントロールする営為と理解することができる（愛敬 2006年：102頁以下、愛敬 2012年：121頁以下。なお、愛敬のいう「通常政治」とは、基本的に、ブルース・アッカーマンのいう「通常政治」・「憲法政治」の区別を前提としている。愛敬 2012年：122頁）。

たとえば、憲法制定時点で、（合理的な判断に基づき）憲法にて一定の人権条項を保障しておくことで（＝立憲主義）、その後、（一時的な不合理な判断により）通常政治の民主過程においてその人権が侵害されそうになった場合に、これを（合理的に）防止することができる（＝民主主義の一部制約）。

この議論は、立憲主義と民主主義との緊張関係を正面から認めつつ、プリコミットメントとして正当化される限度で、立憲主義による（通常政治の範囲での）民主主義の制約を肯認することができるものであり、卓見である。

なお、日本にプリコミットメント論を紹介した代表的論者は愛敬浩二であるところ、彼は「私自身はプリコミットメント論の利用にさほど積極的ではない。」（愛敬 2004年：371頁）とも述べ、憲法におけるプリコミットメント論の活用に対して、両義的な評価を行っている。

(4) 批判

プリコミットメント論に対しては、大要以下のような批判が寄せられている（愛敬 2012年：122頁参照。以下、制憲期の世代をX、憲法制定から20年後の世代をY、50年後の世代をZとする。）。

- ① 素面の上記Aと酒に酔ったAとは同一人格であるから、AがBに車の鍵を渡す行為は「自己」拘束と解釈することができる。しかし、XとZを同一集団と見ることができるか。XとZとが同一集団でないならば、憲法の内容がいかに優れたものであろうと、それは

「自己」拘束ではなく「他者」拘束であり、プリコミットメント論によって正当化することができない。

- ② ①に対して、YもZも憲法改正をしていない以上、既存の憲法に対する「黙示の合意」をしており、「自己」拘束として説明可能であるという反論がありうるが、日本国憲法のように厳格な改正手続を採用している場合、説得力が乏しい。
- ③ X・Y・Zの選択について、Xの選択のほうが合理的であるという想定は恣意的である。

(ウ) 反論

上記の批判に対しては、プリコミットメント論を支持するキャス・サンスティンから、次のような反論がなされている（愛敬 2012年：122頁以下参照）。

すなわち、Xによる自己拘束の当否を判断するのは、結局、Y・Zである。Y・Zは、憲法規定が現時点における持続的で討議的な自己統治を促進する装置・技術として説明ないし正当化が可能かという観点から、当該憲法規定が合理的自己拘束かを判断し、それに従って、憲法典を整合的に解釈する。

かような見解は、憲法及び裁判所の違憲審査権行使につき、政治プロセスを保障するための装置と理解するプロセス理論と近似性がある。

しかし、サンスティンのいう「持続的で討議的な自己統治」は、プロセス理論がきわめて限定的に理解する民主主義観＝プレュラリスト的民主主義とは、大きく異なる。彼がプリコミットメントにより防止しようとするのは、継続的な党派的闘争や、不当に強力で専制的な公共領域の出現によって、憲法制度枠内での「通常政治」における討議と妥協が困難になる事態である。

このような理解からは、アメリカ合衆国及び日本における相当数の憲法規定が、プリコミットメント論により正当化されることとなる。たとえば、前述のとおり、プロセス理論は、財産権を非プロセス的権利と位置付けたが、サンスティンは、私有財産制により、富の配分に対する継続的な党派的闘争を防止し、不当に強力で専制的な公共領域に対する防波堤が創設されると論ずる（愛敬 2012年：127頁参照）。したがって、この議論によれば、憲法における財産権保障は、プリコミットメント論により正当化されることとなる。

2 立憲主義と平和主義

(1) 長谷部説の概観

ア はじめに

近時、長谷部恭男は、立憲主義と（一定の形態をとった）平和主義との矛盾を論じた。これに対しては、現在に至るまで、おびただしい数の反響が寄せられている（最近のものとして、麻生 2016年：65頁以下）。

イ 立憲主義

長谷部によれば、「立憲主義は、近世ヨーロッパにおいて、宗教戦争の経験から生まれた考

え方である」。「宗教は、人の生き方や宇宙の存在に意味を与えてくれる根底的な価値観の典型である」。宗教をはじめとして、人が根底的な価値観を完全に実現しようとするれば、血みどろの殺し合いが起こる。「立憲主義は、根底的に異なる価値観を抱く人々が、それでもなお平和に共存し、公平に社会生活のコストと便益を分かち合う枠組みを築き上げていくための考え方である。そのための基本的な手立ては、人の生活領域を公と私の場合に人為的に区分することである。私の場合では、人は自らの信ずる根底的な価値観にしたがって、その生を生きる。これに対して、公の場合では、人は自らの信ずる根底的な価値観を脇において、異なる価値観を抱く人々を含めた、社会全体の利益に貢献する政策や制度は何かに関する、理性的な討議と決定に参加する。憲法典の規定の多くは、公と私の場合を切り分け、それぞれの場が十全に機能するために定められたものである。」(長谷部 2016年：11-12頁)。たとえば、「日本国憲法をはじめとする現代諸国の憲法は、思想の自由、信条の自由、プライバシー等の個人の権利を保障する。また、政治と宗教との分離を定める憲法も少なからずある。」(長谷部 2006年：11頁)。

長谷部においては、立憲主義の本質は公私二元論にあるところ、その公私区分は、特に個人の根底的価値観をめぐってなされる。

ウ 平和主義

そのうえで、長谷部は、日本で有力な、実力による自衛を否定する絶対平和主義と立憲主義とは整合しないと論ずる。

すなわち、立憲主義のプロジェクトと、「結果に関わりなく絶対平和主義をとるべきだという立場とは容易に整合しないはずである。それは、特定の「善き生」の観念でもって、公の政策決定の場を占拠しようとする企てのように見える。立憲主義と両立する形で自衛のための実力の保持禁止を唱導しようとするのであれば、この議論を、そうした根底的な価値観をともにしない人にとっても了解しうる議論で基礎づける必要がある。……そうした議論は成り立ちにくい」(長谷部 2016年：12-13頁)。

結論として、長谷部は、日本国憲法9条の解釈として、絶対平和主義を排斥し、「各国が自衛のための何らかの実力組織を保持することを完全には否定しない」穏和な平和主義を支持する(長谷部 2004年：160-164頁、171頁以下)。

(2) 批判

長谷部説に対しては、以下のような批判が可能である。

ア 立憲主義にとっての公私二元論の本質性

まず、そもそも立憲主義にとって、公私二元論が本質的であるかという疑問がある。

すなわち、長谷部は、(近代)立憲主義の誕生の契機として、宗教戦争の経験を重視し、ここから、立憲主義の本質を公私二元論に見出す。しかし、(近代)立憲主義の誕生に当たっては、宗教戦争のみならず、旧体制(Ancien regime)打破(及びこれによる特権階級の特権剥奪)が大きな影響を与えたところ、旧体制打破は、公私二元論、とりわけ価値観をめぐる公私

第1章 立憲主義とは何か

二元論とは直接の関係がない。長谷部においては、(近代)立憲主義誕生における宗教戦争の契機が、過度に重視されているといわざるをえない。

また、立憲主義の最も伝統的な定義は、国家権力が個人の権利・自由を侵害しないよう、憲法を制定して国家権力の暴走を防止する、というものであろうが、かような定義と公私二元論とは、直接の関係がない。長谷部による立憲主義理解は、少なくとも、伝統的な定義とは大きく相違しており、この相違について合理的説明が必要であると思われるところ、同説明は必ずしも成功しているとはいえない。

さらに、憲法における核心的価値の一つが人格の尊厳であるところ、公の領域における個人の根底的価値観の表出を禁止すると、個人の人格の発露は大きく制限され、個人の人格に大きな負荷を課することになる(巻 2007年:154-155頁参照)。そのため、長谷部における立憲主義理解は、立憲主義憲法の核心たる人格の尊厳原理と矛盾する契機を含んでおり、これらを整合させる必要があると思われるところ、長谷部は必ずしもこれに成功しているとはいえない。

イ 現実的困難性

長谷部による立憲主義のプロジェクトは、現実にも大きな問題に直面するであろう。

まず、長谷部の立憲主義理解によれば、根底的価値観を異にする他者が受容可能な議論か否かによって、それを公の場に表出させることができるかが決定される。しかし、少なからぬ人々は、自己が支持できない他者の見解に対して、それは(他者が受容可能な議論ではなく)根底的価値観に基づくものに過ぎないと考えるであろう。そうすると、公の場への表出が許容される見解が極小化し、かえって、長谷部が立憲主義の重要な目的の一つと位置付ける「公共の事柄に対する理性的な解決」(長谷部 2016年:12頁)は実現困難となるおそれがある。

また、長谷部において、ある見解が根底的価値観か否かを判定する主体は明示されていない。しかし、現実の問題解決にあたっては、その主体を特定する必要があるところ、仮にこれが裁判所であるとすれば、裁判所の機能に適合的かという疑問がある。

ウ 結論

以上のとおり、日本国憲法9条の解釈として絶対平和主義を採用することが立憲主義に反するとまではいえない。

もっとも、同条の解釈として、絶対平和主義、穏和な平和主義等、いかなる平和主義理解が適切かは、別論である。

第4 小括

以上のとおり、立憲主義に関しては、歴史的に多様な理解が存在し、現在も、特に民主主義や平和主義との関係をめぐって、活発な論議が行われている。

次章以下では、現在あるべき立憲主義理解について、具体的主題に基づいて検討する。

参考文献

- ・愛敬浩二「プリコミットメント論と憲法学」長谷部恭男・金泰昌編『公共哲学 12 法律から考える公共性』（東京大学出版会、2004年）363頁以下。
- ・愛敬浩二『改憲問題』（筑摩書房、2006年）。
- ・愛敬浩二『立憲主義の復権と憲法理論』（日本評論社、2012年）。
- ・芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）。
- ・芦部信喜『憲法制定権力』（東京大学出版会、1983年）。
- ・芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、1992年）。
- ・麻生多聞「絶対平和主義」とは異なる「非武装平和主義」の可能性」憲法問題27号（2016年）65頁以下。
- ・市川正人「最近の「二重の基準論」論争をめぐって」立命館大学政策科学3巻3号（1996年）3頁以下。
- ・J・H・イリィ（佐藤幸治・松井茂記訳）『民主主義と司法審査』（成文堂、1990年）。
- ・大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成——合衆国における原意主義論争を素材として』（日本評論社、2010年）。
- ・大林啓吾「憲法訴訟の転機と司法積極主義の兆し——契機としての再婚禁止期間違憲訴訟と夫婦別姓訴訟」法律時報88巻7号（2016年6月号）66頁以下。
- ・E・H・カー（清水幾太郎訳）『新しい社会』（岩波書店、1953年）。
- ・来栖三郎『来栖三郎著作集Ⅰ 法律家・法の解釈・財産法』（信山社、2004年）。
- ・阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）。
- ・佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002年）。
- ・佐藤幸治『立憲主義について——成立過程と現代』（左右社、2015年）。
- ・土井真一「法の支配と司法権——自由と自律的秩序形成のトポス」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望 2 自由と秩序』（有斐閣、1998年）79頁以下。
- ・野坂泰司「憲法解釈における原意主義（上）」ジュリスト926号（1989年2月1日号）61頁以下。
- ・長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』（筑摩書房、2004年）。
- ・長谷部恭男『憲法とは何か』（岩波書店、2006年）。
- ・長谷部恭男『憲法の理性（増補新装版）』（東京大学出版会、2016年）。
- ・A・ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン（斎藤真訳）「ザ・フェデラリスト」松本重治責任編集『世界の名著33 フランクリン ジェファソン ハミルトン ジェイ マディソン トクヴィル』（中央公論社、1970年）307頁以下。
- ・コンラート・ヘッセ（阿部照哉ほか訳）『西ドイツ憲法綱要』（日本評論社、1983年）。
- ・巻美矢紀「公私区分批判はリベラルな立憲主義を超えうるのか」井上達夫編『岩波講座憲法1 立憲主義の哲学的問題地平』（岩波書店、2007年）151頁以下。

第1章 立憲主義とは何か

- ・ C・H・マクウルワイン（森岡敬一郎訳）『立憲主義——その成立過程』（慶応通信、1966年）。
- ・ 松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、1991年）。
- ・ 松井茂記「プロセス的司法審査理論 再論」米沢広一・松井茂記・土井真一刊行代表『現代立憲主義と司法権（佐藤幸治先生還暦記念）』（青林書院、1998年）67頁以下。
- ・ 松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣、2007年）。
- ・ 横田喜三郎『違憲審査』（有斐閣、1968年）。

以 上