

第1章 立憲主義

南野, 森

<https://hdl.handle.net/2324/7432837>

出版情報 : pp.2-14, 2013-07. NIPPON HYORONSHA

バージョン :

権利関係 : The pdf file cannot be copied and printed due to the publisher's policy.



第1章

立憲主義

南野 森

1 立憲主義という語

本書は、憲法学の重要論点に加えて、憲法学の基礎中の基礎とも言えるいくつかの重要概念・基本原理をとりあげ、その背景や歴史に遡りつつ、理論的にも歴史的にも奥深い憲法学の世界へ読者を誘おうとするものであるが、その冒頭にあたる本章では、まず「立憲主義」という概念を取り上げる。本書に登場する基礎概念には、「国民主権」や「権力分立」といった、高校までの学習においても扱われたはずのものも含まれているが——ただし高校までの理解ではいかに不十分であるかを、本書であらためて知ってほしい——、それらに対して、「立憲主義」は、ひょっとすると余り聞き慣れないものであるかもしれない。そこでまず、「立憲主義」とは何か、を説明することから始めるが、法学の主要な概念と同様に、「立憲主義」の概念もまた、論者により、そして文脈に応じて、さまざまな意味で用いられることがあり、つまりは多義的な概念であるから、まずはその意味を整理しておくことが良いであろう。

「国民主権」は「主権」なるものが「国民」なるものにあるということの意味しそうであるとか、「権力分立」は何らかの「権力」を分割なり分散なりすることを意味するはずであるとか、いずれも正確・十分ではないにせよ、これらの概念は、その日本語からして、いわば「中^{あた}らずといえども遠からず」的なある程度のイメージを想像させうるものであるのに対して、「立憲主義」については、それがいったいどのような主義であるのか、ピンと来ないかもしれない。憲法を「立てる」(?)主義とは何なのか。

立憲主義という日本語も、(憲)法学の多くの術語と同様に、*constitu-*

tionalism (英語) や *constitutionnalisme* (フランス語)、あるいは *Konstitutionalismus* (ドイツ語) といった西洋語の翻訳語として、我々の語彙に加わったものである¹⁾。スペルを見れば分かるように、これらの西洋語はいずれも、要するに *constitution* の「イズム」であるから、「憲法主義」と翻訳しても良さそうなものであるが、我が先人たちは、これを「立憲主

1) 幕末から明治初期にかけて、「立憲」という熟語が徐々に用いられるようになるが、おそらくその最初の例が、加藤弘之『立憲政体略』(慶應4[1868]年)である。その「小引」(はしがきに相当)に、「立憲政体とは公明正大確然不拔の国憲を制立し民と政を共にし、以て真の治要を求むる所の政体をいふなり。立憲政体に二類あり。本文に詳なり。」とある。なお、加藤は政体を大きく「君政」と「民政」の2種に分け、前者をさらに①「君主擅制」、②「君主専治」、③「上下同治(君民同治)」の3種に、後者を④「貴顕専治」と⑤「万民共治」に分ける。そのうえで、これらの5つの政体のうち、③「上下同治」と⑤「万民共治」の2つのみが「立憲政体」であるとして、本論をすすめている。『立憲政体略』の本文としては、たとえば『明治文化全集第8巻/政治篇〔復刻版〕』(日本評論社、1992年)15-26頁(吉野作造校閲・解題)がある。

「立憲」という訳語について、のちに加藤は、konstitutionelle Regierungsform や konstitutionelle Monarchie の訳語として「有憲政体」、「有憲君主政体」にすべきか迷った挙げ句、「有憲よりは立憲の方然るべしと決定せしを今日も猶記憶し居る程なれば立憲の熟字は余が始めて作りしものに相違なしと信ずるなり」と述懐している(加藤弘之講演全集、経歴概要)。尾佐竹猛『維新前後に於ける立憲思想』(文化生活研究会、1925〔大正14〕年)210頁による引用。

加藤の『立憲政体略』に2年先立って出版され、海賊版も含め大ベストセラーとなったのが福澤諭吉『西洋事情』(初編、慶應2[1866]年)である。その冒頭部分において福澤は、「政治に三様あり」として、「立君」、「貴族合議」、「共和政治」を挙げ、そのうちの「立君」をさらに2種に分けてつぎのように言う:「立君の政治に二様の区別あり。唯国君一人の意に随て事を行うものを立君独裁デスポットと云う。魯西亞、支那等の如き政治、是なり。国に二王なしと雖も一定の国律ありて君の權威を抑制する者を立君定律コンスチテューショナル・モナルキと云う。現今欧羅巴の諸国この制度を用ゆるもの多し」(『福澤諭吉著作集〔第1巻・西洋事情〕』〔慶應義塾大学出版会、2002年〕14頁)。

当時、「憲法」の語は、江戸期の用語法に倣い「法令」や「成文法」に近い意味で用いられていたようであり、constitution の訳語としては、「国律」または「律例」(福澤諭吉『西洋事情』)、「国憲」(加藤弘之『立憲政体略』)、「根本律法」または「朝綱」(津田真道『泰西国法論』)などがみられ、いまだ一定していなかった。「憲法」という訳語を最初に用いたのは、穂積陳重『法窓夜話』(岩波文庫、1980年〔初出1916年〕)178頁によれば、箕作麟祥(1846-1897)であり、それは明治6(1873)年『フランス六法』の出版に際してであったという(ここで穂積が言っているのは、おそらく明治3年から明治7年にかけて順次出されたフランスの6法典の翻訳のうち、明治6年に出された「憲法」のことであろう)。

義」と訳した。それゆえ、我々にとっては、「立憲主義」という語からただちに憲法を思い浮かべることが必ずしも自然とまでは言えないのに対して、現代の西洋人の感性では、「立憲主義」というのはそのままに「憲法主義」を意味するものであるだろう。それでは、立憲主義＝憲法主義とは、何か。おおまかに言えば、次の3種類の用法を区別することができる。

①最も広い意味（最広義）においては、立憲主義とは、政治権力を制限し、正義を実現しようとする思想を言う（なお、西洋語では、そのような思想のみならず、かかる思想に基づいた政治のあり方をこの語が意味することもある。以下同じ）。

②最も常識的な、少なくとも日本の多くの論者が用いる意味においては、立憲主義とは、近代主権国家の成立を前提として——したがって公私の領域の区別をも前提として——、その国家権力を憲法（とくに形式的意味の憲法）によって制限し、そうすることで国民の権利・自由を確保しようとする思想を言う。

③最も狭い意味（最狭義）においては、上記②の思想に基づいて、それを実効的に担保するために、とくに違憲立法審査の制度・機関を設けるべきであるとする思想を言う。

これら3種の用法のうち、まず①の意味における立憲主義は、近代国家の基本法としての「憲法」とはひとまず固有の関係のない思想であって、古代ギリシアにも、また中世ヨーロッパにもさまざまな形で見いだすことのできるものである²⁾。憲法なるものが特殊近代的なものであるとすると、古代立憲主義とか中世立憲主義、あるいは古典的立憲主義といった言い方は、もちろんことは定義の問題であるとはいえ、権力制限の思想を過大に包摂し、かつ「憲法」（およびそれが前提とする近代国家）がそこでは存在しないにも関わらず「憲法主義」と呼称し、ことさらに近代立憲主義との継続性を示唆するという点において、少なくともミス・リーディングと評すべき用語法である。しかも、古代ギリシアや中世ヨーロッパにおいて、「立憲主義」なる語が用いられていたわけではないということも、また言

2) 教科書・体系書において、近代以前の立憲主義に一定程度の説明を割くもののうち、主要なものとして、佐藤・憲法論4-5頁、高橋・憲法19頁、阪本昌成『憲法理論I〔補訂第3版〕』（成文堂、2000年）59-60頁などがある。

うまでもない³⁾。①の意味における立憲主義は、②（および③）の意味における立憲主義とは、決定的に異なるものであることに注意しなければならない⁴⁾。

②の意味における立憲主義は、たとえばフランス人権宣言（1789年）の有名な第16条が、「権利の保障が確保されず、権力の分立が確立されていないあらゆる社会は、憲法を持たない社会である」と定めていることがしばしば紹介されるように、権力分立による国家権力の制限と、それによって国民の権利を保障することを目的として憲法を定めるという考え方——そしてそのような考え方に基づく憲法を「立憲的意味の憲法」と呼ぶことがある——であり、とくに19世紀以降に西洋を中心に広まったものである。遠く「極東」の日本でも、たとえば大日本帝国憲法（1889年）の草案を審議していた枢密院において、伊藤博文（1841-1909）と森有礼（1847-1889）が、憲法第2章のタイトルを臣民の「権利義務」とするか「分際」とするかで言い争ったときに、伊藤が森に対して言ったとされる、「抑憲法ヲ創設スルノ精神ハ、第一君権ヲ制限シ第二臣民ノ権利ヲ保護スルニアリ」という言葉が示すように、フランス革命から百年を経て、立憲主義の思想は正当に理解されていた⁵⁾。なお、現在の日本の憲法学においては、この意味での立憲主義概念が、おそらく最も広く用いられているものであると思われる。そしてこのような意味での憲法は、イギリスのように必ずしも成典化されていないこともありうるが、ほとんどの国では、日本のように形式的意味の憲法として成典化されている。

これに対して③の意味における立憲主義は、日本ではそれほど明示的に用いられることの多くない用法であるかもしれないが、今日の西洋の憲法学・政治学においては、むしろこの意味での立憲主義概念の方がふつうであると言えるものである⁶⁾。もちろん、この用法の特徴は、そこに違憲審

3) フランスを中心とする中世ヨーロッパにおいて constitution という言葉がどのような意味で用いられていたかについての詳細な概念史的研究として、オリヴィエ・ボー（南野 森訳）「フランスにおける憲法概念の歴史——政治的憲法から国家の法的地位としての憲法へ」山元一＝只野雅人（編訳）『フランス憲政学の動向』（慶應義塾大学出版会、2013年近刊）を参照。

4) 参照、長谷部恭男「立憲主義」新争点6-7頁。

5) 本書第10章注4)及びそれに対応する本文を参照。

査制を求めることにある。違憲審査制とは、主権者である国民を代表するはずの議会が制定した法律でさえ、それが憲法に違反していると判断されれば無効とされるという、実に恐るべき制度であって、アメリカ合衆国の連邦最高裁が1803年の有名な *Marbury v. Madison* 判決⁷⁾において、自らにそのような審査を行う権限があると宣言して以来——ただしその後半世紀ほど違憲審査権は（連邦法に対しては）行使されることがなかった⁸⁾——優に200年を超える歴史を有するものではあるが、アメリカを除くと、西洋諸国にかかる制度が普及するのは、日本と同様に第2次世界大戦後のことであり——ただし、その例外として、1920年のオーストリア憲法をケルゼン（Hans Kelsen, 1881-1973）の名とともに忘れてはならないだろう——、さらに非西洋諸国（旧東欧諸国・旧ソ連構成国やアジア・アフリカの一部）にも違憲審査制が広まるのは、冷戦終結後の1990年代以降のことではしかない。このように、アメリカとオーストリアを除くならばせいぜい「戦後」生まれでしかない違憲審査制を立憲主義のメルクマールに数える場合、日本語では幸か不幸か「近代」と「現代」が別々の言葉であるから、とくに「現代立憲主義」とか「近代立憲主義の現代的変容」⁹⁾などと——実は西洋語には容易に翻訳できない言い回しであるが——言うことがある。

ところで、「立憲主義」という語についての以上のような3種の意味ないし用法は、だいたい時代順にもなっている。ただし、当然のことながら

6) ミシェル・トロベール「立憲主義の概念と現代法理論」南野 森(編訳)『リアリズムの法解釈理論——ミシェル・トロベール論文撰』(勁草書房、2013年)第9章を参照。また、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001年)は、冷戦終結後の旧東側諸国での体制転換にともなう憲法制定ラッシュを経て、「『立憲主義』のグローバル化ということを語りうる時代をわたしたちは生きている」とし、「そこで復権している『立憲主義』とは、『権力は縛られるべきだ』という単純なたぐいのものではなく、「権力=多数者によっても侵しえないものとしての『人権』という観念と、それを担保するための違憲審査制という装置を内容として持ったものである」と述べる(2頁)。

7) さまざまなところで紹介されるこの極めて有名な連邦最高裁判決については、まずは樋口陽一『比較憲法[全訂第3版]』(青林書院、1992年)367-369頁や、樋口範雄『アメリカ憲法』(弘文堂、2011年)19-26頁などを参照。

8) 1803年判決ののち、連邦最高裁が連邦法について違憲判断を下すのは、1857年の *Dred Scott Case* (→第14章)においてである。

その流れは単純でも直線的でもなく、やや錯綜していると言える。そこでつぎに、(近代)立憲主義の歴史を簡単にまとめておくことにしよう。

2 立憲主義の歴史

近代立憲主義の淵源は、ふつうイギリスに求められる。モンテスキュー(Montesquieu, 1689-1755)の『法の精神』(1748年)の有名な第11編第6章「イギリスの国制について」が描くように、「政治的自由」を保障するために「混合政体(gouvernement mixte)」(→第5章)を採るイギリスの国制(コンスティテューション)こそ、権力分立——立法権と執行権・裁判権の分離のみならず、立法権そのものの「分立」も含む——によって権利保障を、というフランス人権宣言第16条のほぼ同時代的な思想的源流をなすものであった(さらに、マグナ・カルタと身分制議会という、身分制を前提とする権利保障と一定の権力分立まで含めれば、13世紀にまでその系譜は遡ることもできるだろう)¹⁰⁾。

とはいえ、イギリスがその後、そして現在に至るまで、形式的意味の憲法をもたない道を行き歩いていることは周知の通りである。立憲主義=憲法主義の思想的母国でありながら、イギリスには「憲法」が存在しないのである。しかも18世紀のイギリスは、その議会について、「女を男にすること、あるいは男を女にすること以外はあらゆることをなしうる」(ド・ロルム)¹¹⁾とまで言われた議会主権の国である。立法権の構造的な分有=分立(*King in Parliament*)によってではなく、外在的に議会(制定法)を成文憲法によって拘束しようとする発想は、イギリスではついに日の目を見ることはなかった(ただし「法の支配」につき、本書第2章を参照)。

硬性憲法を定めることの論理的帰結として憲法の最高法規性が導かれ、

9) たとえば、樋口・前掲注7)『比較憲法』第3篇のタイトルが、「近代立憲主義とその現代的変容」である。近代立憲主義は消極国家を前提としていたが、第一次大戦以降の現代に入り、積極国家観が一般化するのに伴って近代立憲主義も変容を受け、としたうえで、同書は、近代立憲主義における議会中心主義が、一方では行政国家化現象により、他方では裁判国家化現象(その1つのあらわれが違憲審査制である)に伴い、一定程度衰退していくことを説明する。

10) 樋口・憲法27頁以下を参照。

そしてそれを議会の賢慮なり自制なりに信頼して保障しようとする（「潜在的・自律的」な最高法規性の保障）のではなく、議会とは別な第三者的機関の判断によって、いわば「顕在的・他律的」にそれを保障しようとするのが違憲審査制の根底にある発想であると言えよう¹²⁾が、そのような考え方を採り入れた上記③の意味での立憲主義が明確に産み落とされるため

11) Jean Louis de Lolme (1740-1807) は、ジュネーヴ出身の公証人上がりの弁護士で、1760年代後半のジュネーヴでは、ルソー (Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778) の『エミール』や『社会契約論』に対する発禁処分を発端とする政府 (小評議会) と市民との激しい対立のさなか、ルソー支持の (したがって市民支持の) 論陣で政治パンフレットを発表するなどしていた。かかる反政府的言論活動をおそらくいちばんの理由として、1768年ド・ロルムはジュネーヴを離れイギリスへ渡る。そこで、市民の政治的自由を保障するイギリス政体の仕組みを観察しフランス語で著したのが、1771年にオランダで出版された *Constitution de l'Angleterre* である (1775年に英語版出版)。その後、両語版ともに補訂が施され、1781年の英語第4版で新たに付け加えられた章 (のちに1821年の英語版で第1巻第10章となるもの) の脚注にこの有名なフレーズが登場する。1821年版の原文は、"it is a fundamental principle with the English lawyers, that parliament can do every thing, except making a woman a man, or a man a woman" である。

この謂いは、その後トクヴィル (Alexis de Tocqueville, 1805-1859) の『アメリカのデモクラシー』(1835年) やダイシー (A. V. Dicey, 1835-1922) の『憲法序説』(1885年) などにも引用されるなどして、イギリス議会の主権性・万能性を象徴するフレーズとして日本内外でよく知られている。しかしド・ロルムの上記脚注部分は、本文でイギリスの裁判実務において便宜上の理由から法的な擬制が行われていることを論じるに際し、ローマ法においても擬制の手法は存しており、そこでは娘を息子と擬制することすらあったと述べたうえで、「かかる例から、ローマの法律家はイギリス議会よりも大きな権力をもっていたと結論づけることができる。なぜならばこの国 (=イギリス) の法律家にとっての根本原理は、議会は、女を男にすること、あるいは男を女にすること以外……」と註釈しているのに過ぎないことには注意が必要であろう。ただし、トクヴィルもダイシーも、このド・ロルムのフレーズを、イギリス「議会の全能を羨ましげに述べ立てている」(トクヴィル) ものとして、あるいは、「国会の無制限の立法権」や「国会のもつこの至上の立法権」を要約する (ダイシー) ものとして、紹介する。

上述したド・ロルムの略歴等については、1822年フランス語版の最近の復刻版 (Dalloz社、2008年) に付された Jean-Fabien Spitz 파리第1大学教授の解説を参考にした。1860年代のジュネーヴについては、まずは、ほかならぬルソーの『山からの手紙』の訳者解説 (『ルソー全集第8巻』[白水社、1979年] 564-570頁 [川合清隆執筆]) を参照せよ。また、トクヴィルとダイシーによるド・ロルムの引用箇所は、邦訳では、ダイシー (伊藤正己=田島裕訳) 『憲法序説』(学陽書房、1983年) 42頁、トクヴィル (松本礼二訳) 『アメリカのデモクラシー [第1巻(上)]』(岩波文庫、2005年) 316-317頁である。

には、一方で「イギリス最後の革命」とも呼ばれるほどにイギリス流のリベラリズムの思想を受け継ぎながらも、他方でしかしながら議会主権の考え方とはきっぱり手を切ったアメリカ革命を待たねばならなかったのである。そもそも、「代表なければ課税なし (No taxation without representation)」という、アメリカ植民地における反イギリス運動初期のスローガンは、まさに、イギリス本土の議会がアメリカ植民地に膨大な印紙税を負担させる法 (Stamp Act) を制定したこと (1765年) から生じたものであったわけで、その後イギリスからの独立を達成したアメリカが、議会主権の思想を忌避したことは当然といえは当然であった¹³⁾。

ともあれ、こうして新大陸においては、独立宣言 (1776年) 以降の四半世紀のあいだに、硬性憲法典 (1788年) により権力分立を定め、続いて権利章典を定め (1791年の修正10か条)、そして違憲審査制を導入する (1803年の *Marbury v. Madison* 判決) という、順を追うかたちで、最狭義の立憲主義のモデルが誕生した。

同時期にもう1つの革命を経験した旧大陸においては、しかしながら、近代立憲主義の誕生・発展は別な姿をとった。一方で、権力分立と権利保障とを「憲法」のメルクマールであると宣言したフランス人権宣言 (1789年) は、他方で、法律を「一般意思の表明 (l'expression de la volonté gé-

12) 硬性憲法の最高法規性の保障のあり方を、「潜在的・自律的保障」と「顕在的・他律的保障」とに分けて論じることができる点については、南野 森「違憲審査制と国法秩序」南野 (編)・BB 法学入門 112-126 頁を参照。

13) ハミルトン (Alexander Hamilton, 1757-1804)、マディソン (James Madison, 1751-1836)、ジェイ (John Jay, 1745-1829) の3人が、1787年10月に発表された合衆国憲法草案に対するさまざまな反対論を反駁するために、1787年10月末から1788年5月にかけて新聞紙上に発表した合計85本の論文をまとめて出版したものが *The Federalist* であるが、たとえば、その第48論文 (マディソン執筆) は、「立法部が冒険的な野心をもつことがないように、人民はおよそ油断することなく、警戒を怠らないようにしなければならない」とか、「立法部のみが人民の財布に手が届き、また他の部門に従事する人たちの金銭的報酬に対し」裁量権や影響力をもっているから「行政・司法の二部門はどうしても立法部に依存しがちになり、その結果ますます立法部は他の二部門の権限を侵害しやすくなっている」などと述べて、議会権力への警戒を示している。参照、齋藤 眞=中野勝郎(訳)『ザ・フェデラリスト』(岩波文庫、1998年) 228-229頁。なお、同書の全訳としては、齋藤 眞=武則忠見(訳)『ザ・フェデラリスト』(福村出版、1991年)がある(岩波文庫版は、全論文85本のうち31本の全訳と、残りの54本についての簡単な内容紹介にとどまる)。

nerale)』であるとした(第6条)。国家の統治機構をいくつかに分立したうえで、立法権の行使をいかなる機関に担当させるかについては、フランス革命期の構想は必ずしも一様ではなく、議会に加えて執行権の長(国王)にも立法権行使に関与させるやり方が採られた(1791年憲法)こともあれば、議会に立法権を独占させ、他の統治機構は——裁判所さえも——、法律を機械的に適用するに過ぎない従属的な地位にあるものとするやり方が採られた(1793年憲法、1795年憲法)こともあった¹⁴⁾。いずれにせよ、「一般意思の表明」である法律は、フランスでは至高とも言える地位におかれ、革命以降の共和政・帝政・王政という政体の変転に結果として終止符を打つことになった第三共和政(1875-1940)に至って、まさにこのような革命以来の法律中心主義が、徹底した議会中心主義となって開花した。第三共和政期を代表する有力学説のなかには違憲審査制に賛同するものもあった(デュギーやオーリウなど)¹⁵⁾が、フランスは——そしてオーストリアを除く他の欧州諸国も——、第2次大戦後に至るまで、違憲審査制を否定し続けてきたのである。しかし戦後は、上述の通り、フランスでも、ドイツでも、イタリアでも、違憲審査制が導入され、また活発化している(とくに1970年代の活発化を指して「違憲審査制革命 *Judicial Review Revolution*」と言うこともある)。そのような意味では、アメリカにおいてもヨーロッパにおいても、近代立憲主義は、違憲審査制をそのメルクマールとする最狭義の意味におけるそれとして、もはや不可逆的に定着しているかにみえる。

日本においても、大日本帝国憲法が、君主の権力と議会の権力を「分立」して前者を後者から擁護し、国民の権利保障には「法律の留保」¹⁶⁾を

14) ミシェル・トロベール「フランス革命初期における司法権の概念」南野(編訳)・前掲注6)第8章を参照。

15) フランス第三共和政期を代表する公法学者であったデュギー(Léon Duguit, 1859-1928)やオーリウ(Maurice Hauriou, 1856-1929)の違憲審査制についての議論を、ほとんど同時期の日本で紹介・分析していたものとして、宮沢俊義(1899-1976)が国家学会雑誌39巻2号(1925年)に発表した論文「仏国裁判所の法律審査権——『事実』と『学説』の対抗」がある(のちに宮沢の論文集である『憲法と裁判』[有斐閣、1967年]127-146頁に収録)。

16) たとえば、大日本帝国憲法の第22条(居住・移転の自由)、第26条(信書の秘密)、第29条(言論・集会・結社の自由)などの規定を見よ。

定めて相対的な保障にとどめるといふ、19世紀のドイツ立憲君主制を範とした不徹底な「立憲主義」であった（これを「外見的立憲主義 *Scheinkonstitutionalismus*」と言うことがある）のに対して、日本国憲法は、言うまでもなく、徹底した最狭義の立憲主義を採用している。

こうして現時点においては、最狭義の立憲主義は、新大陸にも旧大陸にも、そして西欧にも東欧にも、また日本や韓国などのアジア、あるいは南アフリカといった国にも広がり、盤石の地位を築いている観がある。しかし、実は必ずしもそうではない可能性があり、立憲主義の未来には一抹（以上？）の不安がないとも言い切れないところがある。残された紙幅において、2点だけ指摘しておこう。

3 立憲主義の未来

第1に、そもそも立憲主義で良いのか、という疑問がありうる。立憲主義は、それが「主義」である以上、真理ではない。一方で、世の中には、政治権力を制限して国民の権利を保護するのが憲法の役割であるという考え方を知って知らずか、そしておそらくは憲法が「最高法規」であるという印象論に引きずられて、国民が大切にすべき価値であるとか国民が果たすべき義務であるとか、そういったことがらを憲法に書き込むべきだと考える人もいる¹⁷⁾。憲法とはそもそもどういうものであるのかを理解していないこういう人々に対しては、上述のような、少なくとも2世紀を超える立憲主義の歴史をきちんと勉強して下さいとしか言いようがないが、他方で、そういう歴史も十分に理解したうえで、果たして立憲主義が本当に望ましい、あるいは正当なイデオロギーであるのかという批判が向けられるのであれば、それに対してはまっとうに応答する必要があるかもしれない（が、本章ではこの点をこれ以上語る余裕はとてもない¹⁸⁾）。立憲主義に対する批判にはいろいろな立場からのものがありうるが、古典的で、きわめて単純かつ直截なものは、民主主義のイデオロギーを立憲主義に優越させるべきであるという主張であろう。そしてこのことが典型的に表れているのが、違憲審査制の民主的正統性をめぐり、少なくともアメリカではおなじみの、あの論点である。国民の代表が作った法律を、選挙で直接に選ば

れてはいない9名の裁判官（の過半数）が無効と判断することを果たして正当化できるのか、という難問である¹⁹⁾。

立憲主義の擁護に成功し、そして違憲審査制の正当化にも成功したと仮定してもなお、あるいは、最狭義の立憲主義を採用することが憲法制定者の決断である以上、現行憲法を前提とするのであればそれらの問題はす

17) いくつかの団体や個人の独自色あふれる改憲案・憲法観は措くとしても、発行部数世界一を誇る日刊紙が発表した「読売新聞憲法改正2004年試案」が、たとえばその前文末尾を「この憲法は、日本国の最高法規であり、国民はこれを遵守しなければならない」としていることに象徴されるように、国家権力ではなく国民こそが遵守すべき法として憲法を捉えていることの意味は、小さくないであろう。このことについて、「この憲法理解は、近代立憲主義の歴史を知る者の目から見れば、冒瀆的なまでに明らかな誤りを意味する」として批判するものとして、西原博史「〈国家を縛るルール〉から〈国民支配のための道具〉へ?——『憲法とは何か?』をめぐる改憲論の策略と混乱」現代思想2004年11月号64-73頁がある。

また、関連して、このように近年の改憲論の「最大の問題点が、国民の義務・責任を強調し、その履行を遵守させるための役割を憲法に求めるところにあるという点は、憲法研究者の間ではすでに広く共有された認識である」としたうえで、「権力制限規範としての憲法観を、その沿革から解明し、その意義を明らかにするキーワード」としての「立憲主義」の多様性を分析しつつ、それとの関係で「改憲論」の意味を論じる、宍戸常寿「『憲法改正』とはどういうことか」ラチオ4号(2007年)122-149頁も参照。

2012年4月に当時野党であった自由民主党が発表した「日本国憲法改正草案」は、「国民の憲法尊重義務」を（前文ではなく）本文に定めるなど、上記の読売試案に比しても、よりいっそう「近代立憲主義の歴史を知る者の目から見れば、冒瀆的なまでに明らかな誤りを意味する」と評価されるべきものとなっていた。さらに、2012年12月の総選挙と自民党の政権復帰を経て、ちょうど同草案発表から1年が経過するころから、国会における憲法改正の発議要件（憲法96条）を総議員の3分の2以上から過半数へと緩和する改憲を他の改憲にさきがけて実現しようという主張が、とくに安倍首相らにより声高に繰り広げられるようになっていく。これらの改憲論に対しては、立憲主義を擁護しようとする憲法学説を中心として多くの文献が発表されつつあるが、ここでは、そのうち本書の読者にも是非一読してほしいものとして、樋口陽一『いま、「憲法改正」をどう考えるか——「戦後日本」を「保守」することの意味』と、奥平康弘＝愛敬浩二＝青井未帆(編)『改憲の何が問題か』の2冊のみを挙げておく（いずれも岩波書店より2013年5月刊行）。

18) 「現代の法哲学・政治哲学においてのみならず憲法理論においても、立憲主義に対して先鋭な異議申し立てをし、原理的再考を要請しているのは、『反動勢力』ではなく、民主主義のラディカルな貫徹を要請する論客たちである」として、さまざまな思想的潮流からの根源的な懐疑や批判に応答するため、憲法学や法哲学の論者12名による「立憲主義の原理的・哲学的再検討を主題に据えた」論考を集めた一冊として岩波講座憲法I『立憲主義の哲学的地平』があるので、意欲的な読者は是非挑戦してほしい。

に解決済みであると考えとしてもなお、立憲主義に対する一抹の不安を見いだすことはできる。それがつぎに述べる第2の点である。

日本の違憲審査制は西洋のそれに比べても、また韓国のそれ²⁰⁾に比べても、実に不十分にしか機能していないとか、違憲判断に消極的に過ぎるとか言われることがある。立憲主義が良いとして、違憲審査制が良いとして、しかし——あるいはそうであればなおさら——日本の違憲審査制はもっと活発になるべきではないのか。いっそのこと憲法裁判所を作ってみてはどうか。そういった主張もある。しかしこの主張に対しては、簡単にイエスとは言えないところがあると思われる。最高裁判所裁判官がヘンな人ばかりで占められる可能性はないか。彼らがヘンな判決を出す心配は無用か。仮にまっとうな裁判官がまっとうな判断を出した結果、違憲判断が続出ということになるとすると、今度はそのゆえに国会や内閣といった政治部門との軋轢は生じないか。最高裁の違憲判決はたまにしか出ないからインパクトがあるのであって、それが頻繁に出るようになると政治部門はそのうち無視し始めるのではないか。まさかとは思いますが、万が一にもそんなことになったら法治国家は崩壊するだろう。実は、これらの一見突拍子もない疑問のそれぞれには、日本の内外の違憲審査制をめぐる実話を対応させることができる。要するに、いずれも絵空事ではないのである²¹⁾。

それでも立憲主義は擁護に値するし擁護するべきであるというのが本章筆者の信条ではあるが、具体的な権力分立のあり方、権利保障のあり方、

19) アメリカにおける立憲主義と民主主義の対立を丁寧に検討する好著として阪口・前掲注6)がある。また、関連して、ミシェル・トロペール（長谷部恭男訳）「違憲審査と民主制」日仏法学19号（1995年）1-23頁も参照。

20) 1987年の憲法改正により新設された憲法裁判所が極めて積極的な判断活動を行っている韓国の違憲審査制については、とりあえず、鄭柱白「韓国の違憲審査制度」國分典子=申平=戸波江二（編）『日韓憲法学の対話Ⅰ——総論・統治機構』（尚学社、2012年）210-228頁を参照。

21) 南野・前掲注12)の参照を乞う。また、日本の一時期の最高裁判例が政治部門との緊張を大いに高め、「司法の危機」と呼ばれる一連の、（恐らく現在からすると）驚くような出来事が連続したことについては、是非とも、樋口・比較131頁以下を読んでほしい。そのような歴史的問題状況をふまえて、「司法の独立」をどう考えるべきか、そして「裁判官の良心」（憲法76条3項参照）がそれとどう関わるのかについて原理論的な考察を試みるものとして、南野森「司法の独立と裁判官の良心」ジュリ1400号（2010年）11-18頁をも読んでほしい。

そして違憲審査制のあり方については、まだまだ検討すべきことがたくさん残っていると思う。読者もまた、これから本書を読み進め、憲法の学習を深める過程で、立憲主義の意味や歴史を踏まえたうえで、その理念をどう制度化し運用するかについて、思索を深めていってほしい。