

近代立憲主義

南野, 森
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://hdl.handle.net/2324/16164>

出版情報 : 法学セミナー. 54 (11), pp.12-15, 2009-11-01. NIPPON HYORONSHA
バージョン :
権利関係 :



近代立憲主義

九州大学准教授 南野 森



1 憲法学の基礎概念

本特集は、憲法学のなかでも主として「統治機構論」と呼ばれる分野で扱われることの多い、憲法学にとって基礎的な原理・概念を六つとりあげる。いずれも、読者が憲法を学ぶ過程で頻出するものであるし、何より、実定法学と呼ばれるほかの諸法（たとえば民法や商法）とは異なり、憲法の場合、条文の解釈に際してこれらの諸原理の理解が重要な役割を果たすことが多いことには注意してほしい。逆に言うと、これらについての理解が十分でなければ、憲法解釈や憲法政策を「誤って」しまう可能性が大きくなるということである。このように、基礎概念・基本原理の理解が重視されるところは、法学の諸分野のなかでも憲法学に際立った特色であると言え、本特集は、「統治機構論」入門と題してはいるものの、憲法学全般に関わる重要な基礎的概念を扱っているという意味では、「憲法総論」に分類すべきものも含まれているかもしれない。いずれにせよ、憲法を学ぶうえでしっかり理解しておくべきものばかりを本特集には集めているから、読者は本稿に続く各論文を熟読してほしい（なお、「人権論」の分野での同様の特集として、本誌641〔2008年5月〕号掲載のものも参照してほしい）。

さて、本稿は、憲法学のそのような基礎概念のうち、「近代立憲主義」を扱う。本特集が扱う基礎概念には、「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、本特集であらためて知ってほしい——、それらに対して、「(近代)立憲主義」は、比較的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、また文脈に応じて、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する

が必要となる。

2 立憲主義という語

「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を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せしめるものであるのに対して、「立憲主義」については、それがいったいいかなる主義であるのか、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、*constitutionalism* (英語)とか*constitutionnalisme* (仏語)、あるいは*Konstitutionalismus* (独語)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。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であるが、我が先人たちは、これを「立憲主義」と訳した。ただし、西洋人の感性では、おそらくこれはそのままに「憲法主義」を意味するものであると理解して良いだろう。それでは、立憲主義＝憲法主義とは、何か。おおまかに言えば、次の三種類の用法を区別することができる。

①もっとも広い意味(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もっとも常識的な、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もっとも狭い意味(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。

これら三種の用法のうち、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、古代アテネにも、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。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」と呼称するという点において、現代では少なくともミス・リーディングと評すべき用語法である。①の意味における立憲主義は、以下に述べる②および③の意味における立憲主義——それこそが「近代」立憲主義である——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。

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「立憲の意味における憲法」と呼ぶことがある——であり、18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、伊藤博文と森有礼が、憲法第二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、^{「抑憲法を創設するの精神は第一君権を制限し第二臣民の権利を保護するにあり」}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（南野〔2008〕）。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、おそらくもっとも広く用いられているものであると思われる。

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、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。もちろん、この用法の特徴は、そこに違憲審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行使されることがなかった——優に200年を超える歴史を一応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、日本と同様に第二次世界大戦後のことであり——ただし例外として1920年のオーストリア憲法を、ハンス・ケルゼンの名とともに忘れてはならない！——、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」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——言うことができる。

ところで、「立憲主義」という語についての以上のような三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。そこで次に、立憲主義の歴史を簡単にまとめておくことにしよう。

3 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」（本特集赤坂論文を参照）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。参照、樋口〔2007〕27頁以下）。

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歩んで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すうる」(ド・ロルム)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、本特集小林論文を参照)。

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、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であると言えよう(南野「2009」)が、そのような考え方を採り入れた上記③の意味での近代立憲主義が明確に産み落とされるためには、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」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ことを決定したこと(1775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ば当然であった。

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、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箇条)、そして違憲審査制を導入する(1803年)という、順を追うかたちで、最狭義の近代立憲主義のモデルが誕生した。

同時期にもう一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は、他方で、法律を「一般意思の表明」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(トロペール「1993」)。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)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——、第二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」を定めて相対的な保障にとどめるという、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、徹底した最狭義の近代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、もはや盤石の地位を築いているかの観がある。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の不安がないとも言いきれないところがある。残された紙幅において、二点だけ指摘しておこう。

4 立憲主義の未来

第一に、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か知らずか、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（らしい）。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、本稿にはこの点をこれ以上語る余裕はとてもない。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」論攷を集めた一冊として井上〔2007〕があるので、意欲的な読者は是非挑戦してほしい）。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、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る、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（これまたここではこれ以上扱えないが、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〔2001〕があるので、一読をお勧めする）。

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でに解決済みであると考えたとしてもなお、立憲主義に対する一抹の不安を見いだすことはできる。それが次に述べる第二の点である。

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（南野〔2009〕）。

それでも近代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稿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、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、憲法を学習する過程で、近代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。

【参考文献】

①本文中で参照したものは次の通り。

井上達夫〔2007〕（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）

阪口正二郎〔2001〕『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）

トロペール〔1993〕 南野 森（訳）「ミシェル・トロペール論文撰11〈フランス革命初期における司法権の概念〉」法政研究75巻3号（2008年）77頁以下

樋口陽一〔2007〕『憲法〔第3版〕』（創文社、2007年）

南野 森〔2008〕「憲法学と人権」法学セミナー641号（2008年）12頁以下

南野 森〔2009〕「違憲審査制と国法秩序」南野 森（編）『ブリッジブック法学入門』（信山社、2009年）106頁以下

②本文中で述べた通り、立憲主義というのは一つの主義・思想・イデオロギーであるから、厳格な法実証主義の立場とは必ずしも容易に両立するものではない可能性がある。この点に興味のある読者は、南野 森（訳）「ミシェル・トロペール論文撰12〈立憲主義の概念と現代法理論〉」法政研究76巻1＝2合併号（2009年）77頁以下を読んでほしい。なお、同論文は、立憲主義概念の歴史研究にも多くを割いており、筆者も本稿を執筆するうえで大いに参考にした。

（みなみの・しげる）