

韓国の立憲主義談論についての一考察 (一)

金 英 民

はじめに

第一章 韓国における立憲主義と民主主義

第一節 違憲審査制革命、そして韓国

第二節 八七年体制の宿命…立憲主義と民主主義、その原理的緊張関係と韓国における含意

一 運動の伝統…強力な国家と強力な市民の対決

二 構造の問題…分割政府

三 帝王的憲法裁判所論

第二章 民主主義論者の攻撃と動揺する立憲主義

第一節 法治国家の神話と現実

一 法治国家原理無用論

二 八人の寡頭集団による司法専制

三 憲法か暴力章典か

四 憲法教父神学の完成…戦う民主主義の野蛮的暴力性と上からのファシズム

五 実質的法治国家と憲法裁判

第二節 立憲主義と多数に対する不信

一 アメリカモデル再考

二 民衆的民主主義とマディソンの民主主義

三 マディソンの民主主義は民主的か (以上、本号)

四 立憲民主主義への可能性

第三節 市民議会

一 憲法闘争と市民議会

二 市民議会の制度化

第三章 代案としての対話理論

第一節 対話・法・国家

第二節 法学における最適化

一 法治国家と民主主義

二 法体系の規則―原則―手続モデル

第三節 利益衡量をめぐる闘争

第四章 立憲主義のための弁明

第一節 憲法裁判権力の脆弱性

第二節 相互矯正の過程としての立憲民主主義

おわりに

はじめに

韓国において憲法裁判、特に違憲審査に関する観念は米軍政期にも見られる。この時期「現下の国是」「生成中の国家朝鮮の実質的憲法」に基づき、事実上違憲審査を行ったことがある。もちろん、憲法裁判は実定憲法を前提として成立するがゆえに、本格的な憲法裁判制度の始まりは、一九四八年憲法下の憲法委員会制度といえよう。^①それ以降、韓国は、ドイツ型憲法裁判所制度（一九六〇年憲法）^②、アメリカ型司法審査制度（一九六二年憲法）^③、憲法裁判制度の多様な変化を経験してきたが、憲法裁判制度それ自体が排除されたことはただ一度もなく、「八七年度制」^④の登場以前までは、立憲主義と民主主義の衝突という問題はほぼ意識されていなかったと考えられる。

しかし、「八七年度制」の成立以後、憲政史上前例のない強力な憲法裁判所の登場とともに状況は一変し、近年の韓国の理論状況を見ると、「八七年度制」全般に対する評価が巨大談論を形成している中で、立憲主義とりわけ憲法裁判の正当性及びその存在意義が根底から問われている。こうした「韓国的状況」を前にして「韓国的対応」はどうであるべきか。

この韓国的対応についての検討は、日本にとっても少なからぬ示唆を与えてくれると考えられる。日本の立憲主義における最大の問題点は、何よりも過度な司法消極主義にあるといえよう。^⑤ 実際、戦後今まで日本の最高裁が下した違憲判決はごく稀である。この点については、かねてから、①政治部門による司法部門の統制、②最高裁の裁判官の資質や姿勢に関する問題（和の文化、顔のない裁判官、法的安定性の重視等）、③最高裁の事件担当の重さ、④内閣法制局による厳格な事前審査等の原因が指摘されてきており、^⑥ 最高裁に憲法部を設置する方案や大陸型憲法裁判所制度の導入等、^⑦ 違憲審査の活性化のための多様な代案が模索されている。^⑧ ところが、こうした状況の下で、

日本においても近年立憲主義と民主主義の原理的緊張に関する問題が議論され始めたのは、注目に値する。¹⁰⁰

このように、日韓両国は、同じく欧米から立憲主義と民主主義を受容したアジアの後発走者として戦後間もなく違憲審査制を導入したという共通点を有しながらも、その運用においては、極端に対照的な様相を呈しており、両国ともにそれぞれ問題点を抱えているといえよう。すなわち、韓国においては「司法の政治化」、「政治の司法化」が問題視されている反面、日本においては「過度な司法消極主義」が批判されている。もちろん、韓国政治における司法府の存在が過度であるのか、あるいは、日本政治における司法府の不在が問題であるかは一概には決着のつけられない難しい問題ではあるが、そのためにもまず、「両国の憲法政治における司法府の役割とそれに対する評価、ひいては、立憲主義と民主主義の関係についての議論状況を比較・検討する必要がある。

今まで日韓比較を通じてこの問題を正面から取り扱った例はさして多くない。¹⁰¹それだけ、今や両国の立憲主義と民主主義に対する位置づけを通じてそれぞれの問題点を解決するための代案を模索すべき時期と考えられる。こうした作業は、終局的に、立憲主義と民主主義の関係を設定することにおいて普遍的原理というものは存在するのか、立憲主義と民主主義の理想的なあり方は何か、そして、日韓両国の立憲主義と民主主義はどの方向へ行くべきかを明らかにしてくれるであろう。

本論文は、そうした作業の一環として韓国におけるいくつかの代表的な議論を紹介し検討を加えることで問題解決への寄与を目指す。具体的には以下の構成で論じていくことにする。まずは第一章において、いわゆる「帝王的憲法裁判所論」の登場背景及びその原因について分析した上、第二章においては、ドイツの憲法裁判制度の問題点を指摘しその韓国的受容を批判する鞠淳玉教授の所説及び代表的な民主主義論者としてアメリカ型立憲主義の再検討を促す崔章集教授の所説、そして「帝王的憲法裁判所論」に対する民主主義論者の応答として登場した「市民議

会論」を紹介し、それぞれに対する批判的検討を行う。つづく第三章においては、李準一教授の対話理論を紹介し、それが立憲主義擁護論として有効な代案となるかどうかを検証する。そして最後に、第四章において、立憲主義と民主主義の建設的調和への可能性を模索しむすびにかえることにしたい。

第一章 韓国における立憲主義と民主主義

第一節 違憲審査制革命、そして韓国

第二次世界大戦後のヨーロッパ諸国の違憲審査制の導入から端を発したいわゆる「違憲審査制革命」は、その世界的拡散と普遍化を経て、今や満開の時代を迎えている。立憲主義の基本原理を示すものとしてしばしば援用される人権宣言の国でありながら、「法律」一般意思の表明」という定式の下、議会による人権保障を憲法原理としてきたフランスにおいても、一九七一年以後、憲法院による人権の裁判的保障が機能し始めた。さらに、一九八九年の東欧革命以後の旧社会主義諸国における違憲審査制の導入によって、「違憲審査制革命」は加速した。「近代立憲主義の母国」と呼ばれてきたにもかかわらず、議会主権の伝統ゆえに「違憲審査制革命」に乗り遅れていたイギリスにおいてさえ、近年では成文憲法による議会の立法形成権の制限がうたわれている。¹⁰⁾

東アジアもまたこういう世界的な潮流の例外ではない。特に、韓国の憲法裁判所は司法積極主義的な面目を發揮し、ここ二〇年間で一六三五七件の事件を受け付け一五五三五件を処理しており、その中、違憲ないし認容決定は

およそ七九〇件に達する。こうした憲法裁判所の積極的な取り組みは、当然ながら学術研究分野にも反映され、もっとも最近の例を見ても「韓国憲法学会」は二〇〇五年五月「憲法裁判」を学術大会のテーマとしており、「韓国公法学会」もまた、ここ一九九一年で一回にわたってこれをテーマとした国内外の学術行事を主催する等、膨大な研究成果を蓄積してきた。その結果、規範統制・違憲審査・憲法訴訟の全体系にわたって取り扱われなかった論点と領域は皆無といっても過言ではないレベルに到達しており、もはや憲法裁判は学術的にも実務的にも研究と談論の出発点であると同時に終着点となっている。これは当初の予想を上回る実績であり、これら成果をうけ、韓国は、この地域そしてこの法文化圏において憲法裁判に関する限り、主導的な位置を占めていると評価されている。¹⁰⁰

第二節 八七年体制の宿命…立憲主義と民主主義、 その原理的緊張関係と韓国における合意

建国初期の最初の違憲審査制の導入以降、一九七一年の「第一次司法波動」¹⁰¹等を経験し、いわゆる「八七年体制」の成立及びその強化にいたるまでの韓国憲政史は、立憲主義と民主主義の同居と要約でき、その典型的な例ともいえよう。とりわけ、「八七年体制」の成立以後の民主化の進展において憲法裁判所の活躍は目覚ましいものがある。設立とほぼ同時に積極的な活動を展開し「帝王的大統領制」に代表される強力な行政権力を統制し、人権保障機関として憲法上の人権の内容を具体化することで国民の人権擁護意識を鼓吹させる等、民主主義の安定に多大なる貢献をしてきたのである。¹⁰² もちろん、こうした憲法裁判制度の成功には国民の支持があり、人権派弁護士と市民団体による積極的な憲法裁判の請求という人権運動的な要素も大きく寄与した。¹⁰³

しかし、「八七年度体制」が定着するにつれて、韓国政治における立憲主義と民主主義の同居関係に亀裂が生じ、両者の間の原理的対立・緊張が徐々にその全貌を現し始め、「八七年度体制の完成」ともいわれる盧武鉉政権にいたり、絶頂を迎える。そして、その結果として憲法裁判それ自体に対する疑義、ひいては立憲主義に対する疑義が深まり始める²³⁾。このことについて憲法学者の消極的評価とは異なり、政治学界では積極的な問題提起が行われている。

この問題、すなわち、韓国においての立憲主義と民主主義の対立・緊張関係の露呈及びその様態を検討するにあたっては、まず「韓国的問題状況」についての分析が先決である。立憲主義と民主主義の原理的対立・緊張関係に加えてこういう「韓国的問題状況」を勘案するならば、両原理の対立・緊張関係の露呈は必至の問題であり、「八七年度体制の宿命」ともいえよう。

一 運動の伝統：強力な国家と強力な市民の対決

戦後韓国の憲政史は、「強力な国家と強力な市民社会の衝突・対決の歴史」といえる。李承晩政権・朴正熙政権・全斗煥政権という三回にわたる権威主義体制を、いずれも広範な市民抵抗・運動を通じて、すなわち一九六〇年四・一九革命、一九七九年釜馬抗争、一九八七年六月抗争を通じて転覆してきた、世界民主化歴史上非常に稀なケースに属する²⁴⁾。特に、一九八七年の六月抗争が一般に「護憲撤廃運動」と呼ばれているのは、注目に値する。当時「憲法に対する不信任」がはびこっていたが、政府は「護憲宣言」を行っていた反面、市民は「護憲撤廃」を唱えていた。結局、市民抵抗により第五共和国憲法体制は崩壊し、現行の一九八七年憲法体制が誕生した。

こうして韓国の民主化において「下からの運動」は強力な伝統として根付くようになったのであり、この「運動の伝統」は「八七年度体制」の成立以後も受け継がれ、今日韓国の市民団体は、世界に類がないほど多様かつ活発な

活動を展開しており、環境、消費者保護、労働、福祉、人権等の諸分野においてこれら市民団体の専門性は、議会のそれを上回り、エリート職業政治家の役割を代替するに至ったといわれることもある。²³⁾

注目すべきは、民主化闘争時代の主役達は、民主主義を一つの政治体制として、すなわち民主主義原理に基づいた一連の手続き的の制度を通じて実現する過程と受け止めるよりは、社会全体を彼ら自身の理想と価値に合わせさせて変革していく過程ととらえがちであり、その結果としていわゆる「最大綱領的民主主義」を標榜していたという事実である。こうした「最大綱領的民主主義」への追求は、「八七年体制」の成立後も続き、依然としてその影響力を発揮しており、民主化運動の延長線上に立ち民主主義の実践に接近しようという試みは、その表れといえる。²⁴⁾

韓国社会におけるこの「最大綱領的民主主義」への傾向及び市民運動の力動性が、憲法上の諸原理、たとえば代議民主主義・政党国家原理や憲法裁判制度、とりわけ憲法裁判所の違憲審査と如何なる関係にあるのかについては、慎重に吟味してみる必要があるであろう。

二 構造の問題…分割政府

権力分立の下における憲法裁判所の機能と役割についての多くの分析的・経験的研究が明らかにしたとおり、議会、政府そして憲法裁判所がそれぞれ戦略的な行為者として政策決定ゲームに参加し、政策決定が最終的にこれら三者の関係によって決定されるとする時、統一政府の状況（議会多数党と大統領の所属政党の一致）とは異なり、分割政府の状況（議会多数党と大統領の所属政党の不一致）の下では、政府と議会の理念的志向点がかけ離れているため、その間で憲法裁判所がキャスティングボートを握り、政策の方向を左右することができるようになる。²⁵⁾したがって、この場合、憲法裁判所が司法積極主義に転じ、政策決定により深くかかわる可能性が大きくなる。

このことは、韓国の状況を検討する上で少なからぬ示唆点を提供してくれる。韓国の大統領の任期は五年（五年単任制）、国会議員の任期は四年であり、大統領選挙と総選挙の周期は不一致しているがゆえに、分割政府の登場は必至である。現行の一九八七年憲法体制の誕生以降、分割政府現象はほぼ常態化されたといっても過言ではない。こうした分割政府の下では、政府と議会が激しく対立するおそれがあり、結局、敏感かつごく重要な政治的判断の場が、議会から憲法裁判所に移る可能性が高い。実際、国家保安法をはじめイラク派兵、良心的兵役拒否、行政首都移転、大統領弾劾等、政治的・社会的核心議題は、ほとんど憲法的決定に直面した。⁸⁰

三 帝王的憲法裁判所論

一九八七年憲法の最も重要な特徴は、憲法裁判所の設置に代表される違憲審査制の強化にある。憲法裁判所には、法律に対する違憲審査、弾劾、政党の解散、中央政府と地方自治団体間そして地方自治団体相互間の権限争議、ひいては憲法訴訟に関する広範な法的・政治的問題を審判する権限が与えられた。

そして、既述の通り、現行憲法の統治構造上、政治的判断の場が、議会から憲法裁判所にかわる可能性は高く、いわゆる「民主主義及び政治の司法化現象」「司法による政治の代替現象」は、この「拡大した憲法裁判所の権限」とあいまって一層強化されるはずである。

さらに、韓国社会における「最大綱領的民主主義」への傾向及び市民運動の力動性をも勘案するならば、憲法裁判所の判断、とりわけ違憲法律決定が市民社会の批判的になるおそれは決して少ないとはいえず、こうした現象が憲法裁判ないし憲法裁判所の存在それ自体に対する重大な威嚇になる可能性もまた十分考えられるであろう。

実際、大統領弾劾事件と首都移転違憲決定があった二〇〇四年には、ついに「帝王的司法府」、「帝王的憲法裁判

「所」という用語が登場するに至り、韓国社会において「立憲主義と民主主義の対立・緊張」という難問は、既に避けては通れない道となっている。⁸⁰⁾

第二章 民主主義論者の攻撃と動揺する立憲主義

周知の通り、アメリカは最初の近代的な成文憲法典を制定した国であり、一八〇三年のマーベリー対マディソン事件におけるマーシャル判決は、違憲審査の制度的嚆矢とされる。それ以降の違憲審査の制度的実践は、アメリカ的立憲主義を特徴づける最も重要な要素ともいえ、全世界にその影響を与えるに至る。

一方、イタリアとスペインが採択し、後日韓国もまた現行憲法裁判制度のモデルとした「オーストリア・ドイツ型憲法裁判所制度」は「もう一つの嚆矢」と言え、実際、東欧・アジア・アフリカの体制転換国ないし新生民主国家のほとんどが「オーストリア・ドイツ型憲法裁判所制度」を導入したのは、注目を引く。⁸¹⁾

このように、憲法裁判において、アメリカとドイツは全世界に影響を及ぼしており、韓国もその例外ではなく、憲法裁判の理論と実践の両部門にわたってこの二カ国から影響されたところが多い。このことを受けて憲法裁判の正当性を問い直すにあたり、アメリカやドイツの憲法裁判制度及び理論についての疑義を提起し、その韓国的受容に批判を与える類の説が多く見られる。なかでも、憲法裁判だけではなく、憲法体制の全般において韓国に圧倒的な影響を与えた「ドイツ基本法体制」を正面から批判する鞠淳玉教授の説は非常に注目に値する。第一節では、鞠淳玉教授の所説を紹介し、若干の検討をすることにする。

第一節 法治国家の神話と現実

一 法治国家原理無用論

ボン基本法体制の下において憲法文化を主導したのは、法治国家の神話である²⁸⁾。もちろん、ここでいう法治国家は、ヴァイマル憲法体制下における形式的法治国家に対するアンチテーゼとしての意味を有する。いわゆる「実質的法治国家」がそれである。

しかし、鞠淳玉教授は、形式的法治国家、すなわち、議会主権に立脚したヴァイマル憲法体制下における法治国家の有する民主主義的潜在力が否定されてはならないと指摘する²⁹⁾。ヴァイマル憲法体制下の民主主義的法治国家が前提とする民主主義は、価値相対主義に則した開かれた民主主義だからである。そういう意味において、形式的法治国家は、純粹な意味における民主主義的法治国家の選好する法治国家の唯一の形態といえる³⁰⁾。それだけ、形式的法治国家に対する不信と誤解は正されなければならず、これを放置する場合、決して看過できない深刻な事態もたらされうる。とりわけ注目すべきは、形式的法治国家に対する歪曲が、それと親和関係にある議会主義原理に対する否定的な認識を生み、議会主義原理に対する否定的な認識は、結果的に国民主権と民主主義を根こそぎ揺るがすこともできるということである³¹⁾。

鞠淳玉教授によれば、戦後ドイツを支配してきた、法治国家の神話は、高度の論理操作の産物である。それもそのはず、ボン基本法自身は、法治国家という表現を極めて自制している。こうした状況の下において、法治国家がボン基本法の構造原理に身分上昇をする上で決定的な貢献をしたのは、連邦憲法裁判所である。連邦憲法裁判所は、法治国家の居所をボン基本法の枠内で探すことを諦め、抽象的思弁の道を選ぶ。その結果、一種の現象学的本質直

観が憲法解釈に取って代わるようになる。連邦憲法裁判所によれば、憲法は個別条項の単純集合ではない。それは、個別条項を総括する原理と指導理念も併せて盛り込んでいる。これら原理と指導理念は、憲法以前の先験的法命題であるため、明文化する必要もない。その中の一つが法治国家原理である。このように現象学的本質直観の方法によってボン基本法から法治国家原理を導き出すにあたり、特に連邦憲法裁判所の強調するところが、ボン基本法の全体構造である。連邦憲法裁判所がボン基本法上の根拠も提示せず、法治国家をその時々が必要によって「憲法上の基本決断」や「根本原理」あるいは「憲法上の指導理念」と位置付けるのもそのためである。⁸³

さらに、社会的法治国家が即ち正義国家であり、正義国家が即ち実質的法治国家であるという等式が普遍化されて以降、法治国家は、イデオロギーの地平を拡張していく帝国主義的自己膨張の過程を経てより多様な内容を含むようになり、その概念の実態が一層模糊になる。⁸⁴

実際、法治国家原理の我田引水の歪曲は深刻である。それは、時には政治的な概念として使われることもあり、宣伝目的の常套的文句として動員されることもある。また、特定の内容表現するための略称や不特定の内容を総体的に示すための集合概念として使われ、ひいては憲法教義学のいけにえとなることもある。たとえば、ボン基本法第一条一項の人間尊厳の規定や同法第二条以下の基本権規定は、守備領域が比較的に明らかであるにもかかわらず、これら規定が憲法解釈の場に登場するたびに、当然のように法治国家原理が動員される。このように法治国家原理が恣意的に乱用されると、支配体制への絶対的帰依を強要する一種の遵法論理へと変質される可能性も十分考えられる。⁸⁵

それでは、連邦憲法裁判所が法治国家原理と関連して憲法解釈の基本的枠組みとして提示したボン基本法の「全体構図」は如何なる姿をしているのか。鞠淳玉教授によれば、ボン基本法の第一の構造的特徴は、民主主義の縮減

と法治国家の拡張にある。

もちろん、これはヴァイマル憲法についての否定的な評価の結果である。周知の通り、ヴァイマル憲法は直接民主主義的な要素を積極的に受け入れている。これに引き換え、ボン基本法はヴァイマル憲法と同様国民民主主義に基づきながらも事実上直接民主主義の制度的な足場を完全に無くしてしまった。唯一の例外はラントの領土変更の際の国民投票制である。しかし、直接民主主義の問題は枝葉の問題に過ぎない。実質的法治国家が形式的法治国家を追い出し、法治国家の基本形態と位置づけられた、この誇大成長した法治国家においては、民主主義それ自体の質的变化が不可避となる。形式的民主主義から実質的民主主義へ、より具体的にいうと、価値相対主義的民主主義から価値党派的・価値絶対的民主主義への移行がそれである。価値党派的民主主義への移行は、すなわち民主主義のイデオロギー的道具化を意味する。いわゆる「自由な民主主義的基本秩序」の定式は、その代表的事例である。⁸⁸⁾ 何より深刻な問題は、憲法国家化への傾向である。形式的法治国家は基本的に法律国家である。したがって、法律国家すなわち形式的法治国家の対抗概念である実質的法治国家は、憲法国家の形態を帯びる。ボン基本法体制において、法治国家の拡張が、憲法の最高規範性を確認し、違憲法律審査を制度化する形で行われたのもそのためである。とりわけ、違憲法律審査の制度化は実質的法治国家に対する形式的民主主義の投降といっても過言ではない。⁸⁹⁾ 違憲法律審査こそが議会親和的な形式的法治国家に致命的な打撃を与え、民主主義を攻撃する先端兵器として機能する可能性が高いからである。⁹⁰⁾

二 八人の寡頭集団による司法専制

八人寡頭集団の司法専制は、仮想の現実ではない。それは、ドイツ連邦共和国が歩んできた誇大成長した憲法裁

判国家の具体的現実である。鞠淳玉教授によれば、連邦憲法裁判所は、ボン基本法体制下においてドイツ連邦共和国が憲法裁判国家に誇大成長する上で牽引車としての役割を果たすように、はじめから構造的に位置付けられていたといっても過言ではない。

これと関連して、まず注目すべきは、第二次世界大戦以後、労働者階級の体制内化が急速に進むことにより政治的階級均衡がとられ、二大政党を中心とした政治運営が定着して以来、連邦憲法裁判所がこれら二大政党の駆け込み寺となったということである。こうした政治部門の自己疎外現象は、ボン基本法体制において連邦憲法裁判所が事実上最高の憲法機関として君臨する上で決定的な貢献をした。

さらに、ボン基本法体制は、連邦憲法裁判所に前例なく幅広い権限を与えた。鞠淳玉教授は、これを法曹物神主義のあらわれと断ずる。まず、連邦憲法裁判所法上の審判の種類だけを見ても抽象的規範統制と具体的規範統制として憲法所願を含めて総一五種に達し、社会生活のほぼ全ての領域にわたって憲法裁判という名の司法的統制が及んでいる。もちろん、審判の種類の数、連邦憲法裁判所の莫大な権力を象徴的に示してくれる一つの指標に過ぎない。連邦憲法裁判所が有する巨大な権力の源は、憲法解釈に対する独占的地位にある。

鞠淳玉教授によれば、憲法解釈は、よく言われるように、憲法規定の客観的意味内容を明らかにする価値中立的認識行為ではない。それは、解釈主体の主観的価値判断が論理の隙間に絶え間なく入り込む高度の政治的実践行為である。にもかかわらず、連邦憲法裁判所がサヴィニー以後の伝統的な法解釈方法に触れるのは、あくまでも欺瞞的司法戦略に過ぎない。実際、連邦憲法裁判所が実践している憲法解釈方法は伝統的な法解釈方法とは程遠い。彼らは伝統的な法解釈方法が論理操作の道具として限界を呈するたびごとに超実定的な高次法や政治的合目的性等、憲法外的な観点を導入し憲法解釈の新たな方法を試す。

連邦憲法裁判所のこうした方法上の混沌と矛盾は恣意的な憲法解釈技法においても現れる。連邦憲法裁判所の解釈においてその真価を認められた利益衡量の原則はさておいても、憲法適合的解釈の原則、実践的調和の原則等、一括りでは論じられない多様な解釈技法が恣意的な選択により随時出没する⁴⁰。

利益衡量の原則はもちろん、憲法適合的解釈の原則や実践的調和の原則は、「憲法は自己完結的価値体系」という観念を前提とする。憲法がこのように自己完結的価値体系と捉えられると、連邦憲法裁判所が法律の客観的意味内容を歪曲し、体制友好的な憲法判断をする上で白紙委任状を手にしたに他ならなく、この際体制友好的な憲法判断を合理化するために動員されるのが、これら憲法解釈技法である。

八人寡頭集団の司法専制は、決定形式の多様化現象においても明確に現れる。これと関連して、鞠淳玉教授は、とりわけ、立法催促決定、限定無効決定等、いわゆる変形決定（*Entscheidungsvariante*）形式の問題点を指摘する。もちろん、これら変形決定形式は違憲決定の効力が一般的であることからくる法的混乱を最小化するための苦肉の策の側面がなくもない。しかし、同教授によれば、変形決定方式は、ボン基本法が掲げている民主主義の基本枠組みさえ否定する違憲的決定方式といっても過言ではない。主に憲法所願事件で採択される立法催促決定は、軌道逸脱の代表的な例といえる。それは、制度改革や法制改革と関連して法律の改正を促すための変形決定の一方式である。この場合、決定本文においては憲法所願を棄却し形式的に合憲の形をしているが、決定理由において法律の違憲性に対する疑義を表明し法律改正の期限はもちろん、法律改正の原則さえも提示する。こうなってくると、連邦議会と連邦憲法裁判所の関係が逆転され、連邦議会が立法過程において連邦憲法裁判所の下手人に転落する最悪の事態が現れる。

問題はこれだけではない。鞠淳玉教授は、何より連邦憲法裁判所の決定の拘束力及び効力に注目する。連邦憲法

裁判所法第三一条一項によれば、連邦憲法裁判所の決定は、連邦議会はもちろん、裁判所と行政官庁も拘束する。しかし、連邦憲法裁判所の決定が連邦議회를拘束すれば、これはボン基本法第二〇条一項の民主主義原理に悖るのである。そして、連邦憲法裁判所以外の全ての裁判所が連邦憲法裁判所に拘束されれば、これもまたボン基本法第九七条一項に違背するといえる。連邦憲法裁判所法第三一条二項に至れば、問題はより深刻になる。

連邦憲法裁判所法第三一条二項によれば、抽象的規範統制や具体的規範統制の場合、そして法律を審査対象とする憲法所願の場合、連邦憲法裁判所の決定は法律の効力を有する。連邦憲法裁判所の決定が法律の効力を有するならば、連邦議会は法律の制定や改正を通じて連邦憲法裁判所の決定を改めて破棄出来なければならない。さもないと連邦議会の国民代表性はもちろん、新法優先の原則も足場を失うからである。にもかかわらず、連邦議会在ただ単に連邦憲法裁判所の決定に従い法律の手入れしやすきではなければ、連邦憲法裁判所の決定は、法律の効力ではなく超法律的な効力を有するに他ならない。さらに、決定正文はもちろん主要決定理由さえも拘束力が認められ、事実上超法律的な効力を有するようになれば、連邦憲法裁判所の裁判官の口が憲法に他ならない反民主主義的背理現象は避けられなくなる。⁴³

三 憲法が暴力章典か

鞠淳玉教授によれば、ボン基本法体制下における法治国家は、一言でいうと、権威主義的法治国家である。それは、価値哲学で武装した連邦憲法裁判所が、憲法の名で憲法独裁の刀を振り回す反法治国家的法治国家である。⁴⁴

連邦憲法裁判所は、本来反議会主義の産物である。価値哲学の信奉者である彼らにとって、形式的法治国家は議会絶対主義の亡霊に他ならず、したがって、形式的法治国家は、消極的否定の対象ではなく、積極的排除の対象で

ある。このように積極的排除の対象である形式的法治国家を武装解除させるために何より必要なのは、反議会主義的憲法教父神学の構築である。そして、その中心にあるのが、実質的法治国家である。

少なからぬ規範論理上の誤謬にもかかわらず、連邦憲法裁判所が、ボン基本法第二〇条三項後段の「法」が超実定的高次法を念頭においたものであると執拗に主張するのにもそれなりの理由がある。連邦憲法裁判所の反議会主義的憲法教父神学の最終目標が実質的法治国家を介して憲法という名の自己完結的意味体系を築き上げることにあるからである。⁴⁵

これと関連して、まず注目の対象になるのは、一九五二年の社会主義国家党判決である。この判決において連邦憲法裁判所は、ボン基本法の「自由な民主主義的基本秩序」を「価値被制約的秩序」と規定する。次いで連邦憲法裁判所は一九五八年の判決でボン基本法の基本権規定を「客観的価値秩序」又は「価値体系」と描写する。そして一九五九年の判決では「憲法の普遍的価値秩序」という表現が登場する。のみならず、一九六〇年の判決で連邦憲法裁判所は、ボン基本法自体を「価値被制約的秩序」と観念化する。「自由な民主主義的基本秩序」に限定されていた「価値被制約的秩序」の観念がボン基本法全体に拡大されたのである。それから一年後ボン基本法は「価値秩序」という簡潔な表現で称されるに至る。ひいて一九七〇年以後の連邦憲法裁判所の判決で目立つのは、ボン基本法の有機的統一性を強調しはじめたことである。たとえば、一九七一年には「基本的価値体系の統一性」という注目に値する表現が登場する。ところが、その一年前の連邦憲法裁判所の判決は、ボン基本法を「意味連関」と称している。そして一九七三年連邦憲法裁判所は、遂に「自己完結的意味体系」という用語を使うに至る。⁴⁶

このように憲法を政治的妥協の産物と見なす開かれた憲法観が追い出され、憲法を、イデオロギー的対決構図を前提とする自己完結的価値秩序と理解する、閉ざされた憲法観が全面に登場すれば、物理的暴力より恐るべき抽象

的価値の横暴はもはや予告されたことに他ならない。さらに、憲法が価値党派的立場に立ち、自己完結的価値秩序の真ん中におかれていた基本権にさえも制約を課し、憲法に対する全人格的忠誠を押し付けると、憲法は支配体制を正当化するための政治的行動綱領に過ぎなくなる。こういう状況の下では、政治的価値相対主義に基づいた寛容の憲法文化は期待できず、憲法は暴力章典に他ならなくなる。

よく言われる通り、価値は本来閉鎖的である。憲法が自己完結的価値秩序を固執する限り、議会の時代は去り、憲法裁判所の時代が到来するようになるのも、そのためである。憲法観念のこうした質的变化を契機に統治機構の中心が議会から憲法裁判所へと移り変わると、憲法裁判所は、憲法の守護者から憲法の支配者になり、八人の司法寡頭集団は国民に代わり、現代の君主の座に上るようになる。⁴⁰⁾

四 憲法教父神学の完成…戦う民主主義の野蛮的暴力性と上からのファシズム

鞠淳玉教授は、連邦憲法裁判所を、体制防衛イデオロギーの調達と反体制異端者の膺懲を体系的に果たす優れたイデオロギー的国家機構と批判し⁴¹⁾、連邦憲法裁判所がそのようにボン基本法を自身の価値哲学を包装するためのイデオロギーの道具として取り扱えば、憲法は教父神学の独断の体系、言い換えれば価値哲学的信仰改造の目録に他ならなくなると警告する⁴²⁾。

鞠淳玉教授によれば、連邦憲法裁判所が担当しているイデオロギー的機能の核心の一つとして支配体制正当化機能あげられる。これと関連して、同教授が注目するのは、ボン基本法の所有権規定に対する連邦憲法裁判所の態度である。連邦憲法裁判所は、所有権規定についての自身の立場を最初に明かした、煙突清掃員判決においてボン基本法の所有権が伝統的な意味の所有権と変わらなさと確認して以後、ボン基本法第一五条の社会化規定の拘束力

を事実上否定することでこの規定を梃子にして資本主義的所有秩序の変革を目指す学者の理論的努力に歯止めをかけ、M・ウォルフ以後の制度的保障論を復活させることで資本主義的所有権イデオロギーの基盤を固める。

社会国家イデオロギーもまた連邦憲法裁判所の支配体制維持作業の一環に過ぎない。連邦憲法裁判所の社会国家関連決定を分析してみると、連邦憲法裁判所が社会国家の実践的課題である社会正義の実現のために特別に関心を注いでいる部分は、主に社会保障領域と社会法領域であるということが分かる。こうした態度は、ボン基本法第一五条の社会化規定を媒介にして同法第二〇条一項及び第二八条一項の社会国家規定を資本主義変革の突破口としようという民主主義的社会国家論とは程遠い。鞠淳玉教授によれば、民主主義的社会国家論が提起している構造改革や体制変革等の問題は、連邦憲法裁判所の関心外のことといっても過言ではなく、連邦憲法裁判所が想定している社会国家は体制離脱の防止に必要な物質的保障体系が体制維持の潤滑油としての役割を果たす一種の官僚主義的行政国家といえる。そして、まさにここに支配体制に対する一般国民の忠誠心を誘導するために連邦憲法裁判所が掲げている社会国家イデオロギーの虚構性があると鞠淳玉教授は指摘する⁹⁰。

連邦憲法裁判所が担当しているもう一つのイデオロギー的機能として鞠淳玉教授の最も強調するのが、イデオロギー的抑圧機能である。言うまでもなく、このイデオロギー的抑圧機能自体を正当化する観念の体系の中心には、連邦憲法裁判所の伝家の宝刀といえる、戦う民主主義がある⁹¹。

鞠淳玉教授によれば、戦う民主主義はブルジョア民主主義の反動的形態として抑圧と排除を基本動力とする反革命体制防衛イデオロギーである。それゆえ、戦う民主主義は本質的に教条主義的・価値絶対主義的であり、その論理的帰結点は、シュミット流の決断主義的友敵論である。そしてこの際、友敵を識別する唯一の基準は、憲法忠誠である。ここでいう憲法忠誠は、ボン基本法が憲法の名で支えている支配体制に対する実存的介入、つまり支配体

制の公正イデオロギーへの献身的服務・無条件的な帰依を意味する。したがって、支配体制を否定するかあるいは支配体制に異議を提起する反体制異端者は憲法の敵として社会的破門の対象となる。⁶³⁾

周知の通り、戦う民主主義が体制防衛イデオロギーとして最初に登場したのは、ドイツ共産党判決においてである。この判決で連邦憲法裁判所は、ボン基本法第二一条二項を戦う民主主義への信仰告白条項に変質させることで反体制政党や異議提起政党に対する予防的先制攻撃を正当化する。⁶⁴⁾ それ以降、しばらくの間、支配イデオロギーの後列で待機状態にあった戦う民主主義は、一九六七年以後の経済不況そして集団的異議提起と反体制運動を契機に本格的に稼動され始める。一九六八年の緊急事態憲法は、こうしたボン基本法体制の危機にあたっての戦う民主主義の制度的表現といえる。⁶⁵⁾ この緊急事態憲法の目的は、それまで憲法の枠外で機能してきた超憲法的国家緊急権を憲法の枠内に引き込むことで合法的抑圧の体系を構築することであり、これにより、ボン基本法は、第一〇二章を新設しそこに国家緊急権の牙城を築造し防衛事態に関する詳細な規定を布陣させるに至る。

緊急事態法体制と関連して特に注目すべきは、抵抗権の機能の転換である。緊急事態憲法制定当事、院外異議提起集団の強力な要求で設けられた、ボン基本法第二〇条四項の抵抗権は、一見国家権力に対する国民の抵抗権を規定した条項のように見えるが、実のところ、国民に対する国家権力の抵抗権を念頭においた本末転倒の反民主主義的な規定といっても過言ではない。この規定の第一の関心事は緊急事態法体制の実効性確保にあり、民主主義と基本的人権は副次的なことに過ぎず、国家暴力に対する最後の防波堤どころか国家権力や反民主主義的不法集団に合法的クーデターの道を開いてあげる危険性さえある。

戦う民主主義においては排除もまた合法的な形態を帯びる。合法的排除は、抑圧の機制が実効性をあげられない最悪の場合に備え、国家権力が保持している最後の手段といえる。代表的な例が連邦憲法裁判所による司法的排除

である。

反体制異端者の基本権喪失を規定しているボン基本法第一八条は、違憲政党の解散を規定している同法第二二条二項とともに自由な民主主義的基本秩序を防御するために特別に設けられた予防的憲法保障規定として憲法防御戦線の最先端にある憲法反動のとりでといえる。本規定によれば、憲法忠誠の義務に背き、出版等意思表示の自由、教授の自由、集会の自由、郵便及び電信電話の秘密、所有権又は庇護権等を乱用する者に対してはこれら自由と権利の喪失を宣告し、彼を政治的禁治産者とする権限をドイツ連邦憲法裁判所は有している⁵⁵。

緊急事態憲法の登場以後の連邦憲法裁判所の判例の中、特に注目を引くのは、一九七〇年二月一八日の兵士決定である。この判決で連邦憲法裁判所は、自由な民主主義的基本秩序に対する忠誠の義務を正当化するにあたり、闘う民主主義を単なる信仰告白の次元から憲法上の原理へと格上げする。これにより戦う民主主義は体制防御イデオロギーを超えて体制担保イデオロギーとしてその位相を高める⁵⁶。

戦う民主主義が、体制担保イデオロギーとして基盤を固める上で決定的に寄与したのが、一九七〇年一月五日の盗聴判決である。この決定において違憲審査の俎上に載せられたのは、第一次憲法改正によりいくつかの内容が追加されたボン基本法第一〇条二項及び同法第一九条四項である。これら増補条項によれば、自由な民主主義的基本秩序を守護するために必要な場合には、通信の自由を被害当事者に知らせずに法律をもって制限でき、法律の規定によって通信の自由が制限された時にもこれに対する司法的救済手段は源泉的に排除される。ボン基本法第一〇条二項及び第一九条四項の増補内容が、このように法治国家の基本原則を徹底的に否定しているにもかかわらず、連邦憲法裁判所は、いわゆる事物自然論と伝家の宝刀である戦う民主主義をもって、盗聴許容及び出訴排除規定に免罪符を与える。この決定で戦う民主主義は、憲法上の原理からボン基本法の基本決断へとその格が一層高ま

り、違憲性についての問題提起を事前に遮断し、ボン基本法上の全ての増補条項を正当化することができる魔術の公式に変わっている。⁵⁰⁾

鞠淳玉教授によれば、連邦憲法裁判所が想定している憲法秩序は、戦う民主主義に代表される反民主主義的秩序としてそれ以上でもそれ以下でもないものであり、その帰結点は憲法全体主義である。既述の通り、抑圧と排除を基本動力とするという点において、戦う民主主義は、ドイツのナチズムやイタリアのファシズムのような古典的ファシズムと歴史的本質を一にするといえる。あえて両者の異なる点を挙げるとすれば、何より統治方式の相違が挙げられる。古典的ファシズムの場合、抑圧と排除が大衆動員力を掌握したファシズム政党によって憲法の枠内で暴力的に行われる。反面、戦う民主主義の特質は、連邦憲法裁判所を中心とする国家権力が抑圧と排除を憲法の枠内で合法的に組織することにある。そういう意味において、古典的ファシズムが下からのファシズムであれば、戦う民主主義は上からの、新しいファシズムといえる。⁵¹⁾

五 実質的法治国家と憲法裁判

ドイツ連邦憲法裁判所の判決による戦う民主主義の形成・発展は、いくつかの重要な判決に現れる立場の変化を基準に三時期に分けられる。こうした区分によれば、ドイツ共産党判決 (BVerfGE 2,1) を前後した第一期、兵士判決 (BVerfGE 28,36) と盗聴判決 (BVerfGE 30,1) を中心とする第二期、そして急進主義者判決 (BVerfGE 39,334) 以後の時期が第三期にあたる。ここで注目を引くのは、第三期である。第三期に至ると、ボン基本法体制が安定するとともに政府によって政党解散や基本権喪失等が提起されること自体が稀となるからである。時の経つにつれて全体主義に対する初期の生き生きとした印象が薄れ、断固とした決断も弱化されるのは、不可避なことで

あろう。⁶⁰⁰

しかし、これが戦う民主主義自体の後退や弱化を意味するかどうかについては議論の余地があり、さらに、ドイツ連邦憲法裁判所は、依然としていわゆる「非常立法者」⁶⁰¹ ないしは「代替立法者」⁶⁰² としての権限を事実上有しており、利益衡量を通じて政策的影響力を及ぼし、法治国家ではなく「利益衡量国家」と批判されている。⁶⁰³ ひいては、連邦憲法裁判所が国民から直接民主的正当性を獲得した議会より優位に立ち、憲法的根拠が脆弱な法律に議会を拘束させることで立法者の自由を制限することもある。⁶⁰⁴

このことを勘案する時、憲法の相対化による法律優位の現象、すなわち「憲法が価値中立的な競技規則に過ぎない場合、憲法と法律の違いは、事実上法改正上の議決定足数だけであり、両者の本質的差異は解消される。したがって基本権の保障も法律的保障の形態を帯びるようになり、その結果、法制定の主体である議会の権威も相対的に高まる」と指摘し、形式的法治国家の民主的潜在力を強調する鞠淳玉教授の所説は、注目に値する。

韓国の現行一九八七年憲法もまた第四条で「自由民主的基本秩序に基づいた平和的統一政策を樹立し、これを推進する」と規定し、第八条四項では「政党の目的や活動が民主的基本秩序に違背する時には、解散される」と規定しており、これは戦う民主主義の具現と捉えられる。もちろん、韓国の場合、具体的な法律で政党や公職者の憲法忠実を要求しておらず、一九八七年憲法が価値相対的憲法か価値志向的ないし価値拘束的憲法かは明文上不明確であり、憲法上の自由民主的基本秩序を実現すべき法律においてもこれといった具体化が行われず、国家機関の憲法解釈においても戦う民主主義や自由民主的基本秩序についての一貫した解釈結果や行動が見られない。⁶⁰⁵ しかし、鞠淳玉教授の所説の核心は、憲法裁判が本質的に価値判断である以上、憲法裁判所による特定価値の強制は必ずあり、したがって、民主主義の観点から形式的法治国家を擁護するというところにある。当然ながら、結論は憲法裁

判に対するごく消極的な評価に帰結され、こうした主張は韓国の状況においても有意義である。

鞠淳玉教授の主張を検討するにあたっての主要な論点は、①実質的法治国家と形式的法治国家、②憲法解釈における恣意性の介入、③憲法裁判の正当性の三点に要約できる。まず検討すべきは論点①、すなわち価値相対主義に基づいた形式的法治国家が議会親和的だからといって果たしてそれが有効な代案となるかという問題である。ここで注目すべきは、形式的法治国家は法実証主義を前提とするということである。こうした立場は、法と道徳を厳格に分離し、法概念を捉えるにあたって実効性と制定性のみを考慮し、したがって法体系の原則 (Prinzip) — 規則 (Prinzip) モデルを認めない⁸⁶⁾。立法者の認識能力・予測能力には限界があるがゆえに、法規範の欠缺そして法規範間の衝突は避けられず、如何なる解釈カノンを動員しても法規範の意味内容を確定することのできない場合も数多くある⁸⁷⁾。法体系の規則モデルしか認めない法実証主義の立場に立つ限り、この法の空白の問題は解決できず、この場合、裁判官は裁量による判断を下すしかなくなり、それだけ、法解釈における恣意性の介入はより拡大される⁸⁸⁾。のみならず、法の空白は否めない事実であるにもかかわらず、法実証主義が完璧な法体系を想定し、規則モデルのみを認めるということをお案する時、場合によっては、法実証主義論が裁判官の恣意を正当化するかあるいはこれを隠蔽することで、既存の支配秩序を維持・強化する役割を果たすことも十分考えられる⁸⁹⁾。また、確証不可能性を根拠として価値判断の客観的妥当性を否定する価値相対主義は、それ自体、確証可能性を持たないため自己論駁性を免れず、逆に客観的真理の確証可能性をも含意しているため、価値絶対主義と根本的に同一の基盤に立脚しているといえる⁹⁰⁾。したがって、これら難題に対する説明がない限り、形式的法治国家は支持し難い。もちろん、これだけでは、鞠淳玉教授に対する批判にならない。詳しくは後述するが、同教授は、議会盲信主義者でもなければ、憲法解釈における価値判断的要素をも認めており、少なくとも厳格な意味における価値相対主義を支持してはいない

と考えられるからである³³⁾。

論点②と関連して鞠淳玉教授は、憲法適合的解釈、変形決定、利益衡量等の憲法解釈技法に批判を与えているが、これについても議論の余地はある。たとえば、民主主義の観点から変形決定の活性化を主張する見解も存在するからである。変形決定の問題について権寧高教授は、「法律の言語は、その一般性と抽象性のため、いつも多様な意味の幅、適用の幅あるいは規律の幅を持たざるを得ない。すなわち、一定の範囲の行為類型を規律する法律には数多くの規律の糸が一束に括られており、この規律の束は個々の糸の規律に分離され得るものではない。」と指摘し、「合憲的法律解釈・憲法適合的解釈の作業過程において、裁判所が全知全能ならまだしも、具体的な紛争で問題となった一行為に法的評価を与える司法作用の本質上、法律の中に盛り込まれた他の数多くの規律の糸を余すところなく全て憲法的観点から評価するのは、事実上不可能なことである。∴ 具体的規範統制としての違憲法律審判とは、具体的事件と関連した特定の個別行為を法律（条項）の規律範囲に含めて解釈・適用するのが、憲法解釈を通じて再照明して妥当かどうかを判断することであり、違憲法律審判の対象は、原則として法律（条項）の規律全体ではなく、当該事件と密接に関連した規律部分である。したがって、違憲法律審判において基本的な決定形式は、その限定された審判対象に対する判断、つまり限定違憲又は限定合憲でしかない。」と述べる。同教授によれば、特に民主主義原理とのかかわりで違憲法律審判の本質を理解する時、限定違憲決定こそが最も基本的な決定類型であり、民主的多数が決定した法律を丸ごと無効化する単純違憲決定は例外的なものでなければならぬ³⁴⁾。

もちろん、これは論点②の核心的事項ではない。論点②において、とりわけ問題となるのは、利益衡量である。利益衡量は、相衝突する価値を比較し優先順位を決定する作業だからである。こうした意味において、憲法裁判は本質的に価値判断であるという鞠淳玉教授の主張には妥当な側面がある。それだけ、衡量過程の合理性は、必ず論

証されなければならない。これについては、三章で検討することにする。そして、この問題をクリアーするとしても、なぜ民主的正当性において劣位にある憲法裁判所がそうした価値判断に対する最終的権限・独占的地位を有するべきかという問いに答えなければならない。これは論点③にかかわり、別途の論証が必要な問題である。この問題については、以下で民主主義の観点から憲法裁判を批判する多様な議論を紹介しながら詳細に検討していくことにする。

第二節 立憲主義と多数に対する不信

戦う民主主義は、憲法裁判所の裁判的保障を通じて多数決民主主義から憲法の基本価値を強力に保護しようという試みであり、その結果として、司法国家化・憲法裁判国家化の現象は不可避となる⁷⁶⁾。程度の差はあるものの、こうした現象はボン基本法体制に限ったものではない。これと関連してアメリカ憲法体制に対する鞠淳玉教授の反応は非常に興味深い。同教授は、ボン基本法体制批判論を展開するにあたり、アメリカの司法審査として一九四九年のスミス法をはじめ、一九五〇年のマッカラン法から一九五四年の共産主義者取締法へと繋がる一連の共産主義弾圧法の問題点に触れる等、アメリカの憲法体制に対しても非常に否定的な評価を下し、とりわけ、連邦最高裁に対しては「その他の先進資本主義国家が：抑圧と排除を体系的に組織する上で先導的な役割を果たした」とその反民主性を断罪している⁷⁷⁾。

韓国においてアメリカ憲法体制に対するこの種の批判は、多くの示唆を与えてくれる。韓国の場合、一九六〇年の四・一九革命、一九七九年の釜馬抗争、一九八〇年の光州民主化闘争、一九八七年の六月抗争等、自己省察を通

じる、立憲民主主義の能動的な内部化ないしは土着化の過程を経たとはいえ、戦後建国の過程において、民主主義の理念は事実上アメリカにより移植されたといっても過言ではなく、特にその制度的枠組みとしての立憲主義におけるアメリカの影響は依然として非常に大きいからである。^{m)}

周知の通り、アメリカの憲法体制は、長年にわたって世界の民主国家のモデルのように見做されてきたばかりではなく、唯一の覇権国家としての地位ないしその強大さといまって神秘化されてきた側面さえある。それだけ、アメリカ憲法体制への疑義は、この神秘化されたモデルとしてのアメリカ型立憲主義が、アメリカ国内にしろ国外にしろ脱神秘化の圧迫にさらされるとともに韓国においてもアメリカの憲法体制の真相を冷静に見極める契機として作用した。ⁿ⁾

とりわけ、八七年体制の強化以後「民主主義とは何か」「立憲主義は民主主義と如何なる関係にあるか」という根本的な問いにぶつかった韓国人にとってアメリカの憲法体制及び理論状況は、いわゆる「八七年体制への疑義」といまって重要な検討事項にならざるを得なかったわけであり、こうした状況の下で、崔章集教授をはじめ、これに同調する進歩的学者が持ち込んだアメリカモデル再考論は、大きな反響を呼び起こしている。

一 アメリカモデル再考

アメリカの立憲民主主義を論ずる上で、近年の事件として、二〇〇〇年のアメリカ大統領選挙は注目を引くものがある。時代遅れの選挙人団制度もさることながら、大統領選挙の結果が人民多数の意思ではなく連邦最高裁の九人の裁判官により決定され、事実上司法府が政治過程の最終決定者として登場したからである。これと類似した事態は二〇〇四年にも繰り返され、アメリカ民主主義の危機として認識されるに至る。^{m)} 特に、二〇〇四年五月と一

○月わずか五ヶ月の時差をおき、憲法裁判所が大統領の弾劾と首都移転の違憲性を判断すること⁸⁰⁾で立憲主義と民主主義の原理的対立が現実の問題として訪れた韓国においては、アメリカモデルへの懐疑が一層深まり、「アメリカ憲法は非民主的要素を含め、大きな欠陥を抱えており、多くの人々の考えのようにモデルとして適切ではない」という主張が説得力を増していくようになる。

しばしば指摘される通り、アメリカ憲法は、多数の支配を強く牽制する機制として作動している。たとえば、連邦制、上院における各州平等の投票権、人口比例によらずの選挙人団の構成等が垂直的な構造による牽制であれば、司法府による違憲審査は水平的な牽制に該当する⁸¹⁾。

ここで注目すべきは、司法府の違憲審査権である⁸²⁾。民主的観点からすれば、「プラトンの哲人王」的思考が反映された司法府の違憲審査権には問題が多い。違憲審査という美名の下、結果的には行政府の政策に影響を与えるかあるいは立法府の立法権を制約することで、選出されなかった九人が政策決定機能と立法機能を果たすようになるからである。もちろん、牽制と均衡の原理により議会と大統領は、憲法改正や裁判官の弾劾等の方法を通じて司法権力を牽制することができる。しかしながら、司法権力に対する制限よりは、違憲審査と法令解釈を通じて司法権力の影響力拡大の傾向が著しいと指摘されている⁸³⁾。特にアメリカの場合、違憲審査を世界で最も攻勢的な形態として受容しているだけ、問題はより深刻であるといえる⁸⁴⁾。

こうした問題を打開するために、ダールは連邦最高裁の民主的な役割を強調する。すなわち、今まで主に法律学者に任せてきたこの問題を公的論争と討論に開放することで民主国家において重要な位相を占める司法府の「適切な権限行使」を誘導することができるということである⁸⁵⁾。これに対して、呉スジョン教授は、「根本的な憲法改正の可能性が、憲法自体によって事実上封鎖されたアメリカの状況の下で憲法と憲政体系の非民主性を克服するため

の提案は「ごく制限的でない」と消極的に評価し、問題の核心は、民主的正当性に欠けた司法府が違憲審査を通じて立法・行政に影響することではなく、司法府にそういう権限を許した憲法自体にあると指摘する。そして、憲法の正当性はただ民主政府の手段としての有用性にあるだけであるというダールの主張を引用し、この命題が妥当だとすれば、憲法が民主政府の手段としての有用性を失った場合には、新しい憲法を考慮することが可能でなければならぬと述べる。こうした立場において、人民多数の意思の貫徹が権威主義や全体主義をもたらすというトクヴィル流の主張は棄却される。実際、民主主義が成熟するほど、権威主義政権が登場する可能性はなくなることとは経験的事実が立証する⁸⁰⁾。もちろん、民主主義は憲法によって自動的に保障されるわけでもなければ、体制を作動させる基本原理なしに維持されるわけでもない。同教授によれば、大事なものは、体制の非民主性とこれを作動させる基本原理を変革させようという民主的闘争である⁸¹⁾。

二 民衆的民主主義とマディソンの民主主義

崔章集教授によれば、民主主義は、民衆的民主主義とマディソンの民主主義という二つの理念型に区別できる。この中、前者の民衆的民主主義の原理と精神は、フランス革命の理念的基礎として近代フランスの共和主義理念に具現された。ルソーの一般意思は、この共和主義の理論を最も抽象的に集約したものであって、人民主権、平等な政治参与、多数による支配をその理念の実践的要素として包括する。こうした立場においては、民主主義の持続のための必要条件として、民主主義の形態ないし制度的様態よりは民衆的動力の持続的投入が重視される。崔章集教授の観点からすれば、民主主義の制度や形態は、それが作動する土台であると同時に実質的効果の内容である社会的基盤を絶え間なく再生産しない限り、言い換えれば、民衆的動力を欠如した場合、遠からずその本来の目的を失

い急速に衰退するものであり、したがって、民衆的動力は非常に重要な意味を有する⁸⁰⁾。

崔章集教授は、民衆的民主主義の立場からその価値を最も積極的に追求した理論家の例としてシエルドン・ウォリンをあげ、民主主義は一種の永久革命を通じてのみ可能であるという観点に基づいた、その種の急進的な民衆的民主主義観は、日常性の中で持続し難いと指摘しながらも、だからといって民衆的民主主義の意義が完全に否定されてはならないと述べる。確かに、人民権力の実現、一般意思の実現は、現実的に成就できる目標ではなく、架空の理想である場合が多いが、それは現実社会が如何なる理想と価値をもつ共同体を志向すべきかについての社会的想像を創出する動力となるからである。同教授によれば、これが欠如した社会において民主主義は不可能である⁸¹⁾。

一方、後者のマディソンの民主主義は、一七・八世紀以来の自由主義の発展と直接的なかわりを有する。今日憲法で制度化された民主主義を指す立憲主義ないし立憲的民主主義は、この自由主義の理念と実践を考慮せずには理解できない。それは、ジェームス・マディソン等によりアメリカ憲法として制度化され、立憲的民主主義の原型となった⁸²⁾。こうした立場における民主主義は、民衆的民主主義の対蹠点に立つといえる。それは、民主主義の過多さを憂慮し多数の支配を牽制することを核心とし、そして民主主義という政治競争のゲームの本質的属性である結果の不確実性を問題視し体制を持続させる制度の効果を重視する。それだけ、民衆的民主主義とは異なり、日常性の中で民主主義を運営することができるといふメリットを有する⁸³⁾。

しかし、崔章集教授は、体制の日常的作動を可能にする制度化を長所とするマディソンの民主主義は、安定化と日常性をもたらす体制の硬直性の問題に直面すると述べる。多数の支配に対する牽制は、一般大衆の政治参与のチャネルを梗塞させ、社会的葛藤が代表され民衆の要求が体制に投入される機会を縮小する結果をもたらすからである。そして、その結果として社会は、上層エリート、既得利益の支配へと変質され、マディソンが、多数の結集を

防止するための社会的構造として発展すると期待した多元主義は、少数の強力な利益集団の退嬰的多元主義へと転換されると崔章集教授は警告する。

崔章集教授によれば、民主主義は、相衝突する矛盾的な要素の結合とこれを通じての動態的な均衡の上に存立する。それは、民主主義の規範と形式、体制が作動する規則としての手続的側面と政策産出はもちろん、体制が作動する効果としての実質的変化、民衆の動力の投入とその力の制度的調節間の均衡的結合をも含む。したがって、民衆的民主主義とマディソンの民主主義の二つの理念型の間の中間地点、そのスペクトラムのどこに位置するかという問題は重要である。このように両者の間で代案を模索するにあたり、崔章集教授が特に強調するのは、合理性を基準にしようが効率性を基準にしようが、現実政治において人民多数の決定より優越なものは、存在し得ないということである。したがって、プラトンの意味のエリート主義、すなわち一切の後見主義、専門家主義、技術官僚的経営主義は否定されなければならない。

結局、崔章集教授のいう民主主義のあるべき姿は、ダールの多頭的民主主義（polyarchy）がそうであるように、基本的に人民多数の権力が実現される体制として、理想主義的かつ抽象的な人民総意の概念が除去された民衆的民主主義であるといえる。⁹⁴

三 マディソンの民主主義は民主的か

しばしば指摘されるように、一九八七年憲法体制は、二つの側面において深刻な問題を露呈している。一つは、立法府と行政府の相互牽制と葛藤により、政治と政府の機能が膠着と麻痺状態に陥ることである。その結果は、政府の無能力を深化すると同時に政治の脱政治化を加速化することである。もう一つは、憲法裁判所の過度な肥大化

である。これもまた政治の範囲を大きく狭め、いわゆる別の手段による政治への傾向を強め、民主主義に制約を与える結果をもたらす⁸⁵。前者の問題は後者の問題をより深刻化させ、結局民主主義の縮小と憲法裁判権力の強化という悪循環に陥る。ところが、崔章集教授によれば、こうした現象は、韓国政治本来の特徴ではなく、立法府と行政府の牽制と均衡そして憲法解釈権に基づいた強力な司法府の存在を前提とするマディソンの憲法がもたらした結果である。

アメリカ憲法体制における牽制と均衡の原理は、崔章集教授の表現を借りれば、結果的に「牽制と均衡の不均衡」を生み出した。同教授によれば、アメリカ型三権分立は、分割政府への考慮を一切せずに権力を分離した最悪の構造的配列をもっており、アメリカの憲法体制は、「憲法のため」ではなく、「憲法にもかかわらず」作動しており、制度の効果ではなく政治家の決意によって、より正確に言えば、非民主的な談合の政治と腐敗によって作動されているといえる⁸⁶。

アメリカ型三権分立において最も注目を引くのは、連邦裁判所に制度化された司法府の地位である。これと関連して崔章集教授は、民主的統制とは程遠い司法府に最も強力な権限、すなわち憲法解釈権を中心とする憲法守護者としての役割を与えたことこそがマディソンの民主主義の最も大きな特徴であり、制度的欠陥であると述べ、特に「司法府の立法行為」、「司法的政策決定」に対しては、民主主義の原理と正面から衝突すると言わざるを得ないと批判する⁸⁷。

より深刻な問題は、アメリカ憲法は以上の欠陥を抱えているにもかかわらず、その全面的な改正が事実上不可能に近いということにある。これは、憲法制定当時の価値観の固定化を意味する。ここで注目される事実、未だに民主主義が理念や価値として実践されていなかった当時の状況において、憲法が、三権分立の原理に基づいた政府

の構造から個人の人権が中心となった権利章典に至るまで自由主義の理念と価値をほぼ動かさない原理として絶対化したということである。しかし、崔章集教授によれば、それ以後発展した民主主義は、市民の個人生活に影響する共同体の公的問題に市民自ら参与し（代表を通じてでも）決定する体制である。それゆえ、政治的参与の平等こそが民主主義の最も重要な内容であり、その最も基本的な手段が一人一票の普通選挙権であり、多数決原理は、その決定の原理となる。したがって、体制の実体的内容の決定は、人民自らの統治体制としての民主主義という手続的決定方法によらなければならない、そうでない限り、民主主義体制とは言い難い。⁸⁸⁾

このことから派生する重要な問題としていわゆる「過去意思の支配」ないし「死者による支配」があげられる。これと関連して、立憲主義を擁護する根拠としてよく引用される「プリコミットメント論」は、自己拘束をする権力者との拘束に影響される対象としての人民が同一ではない限り、正当化され得ない。⁸⁹⁾そして、市民権の累積的發展を阻害するという問題も指摘される。時代精神の変化、政治的・経済的・社会的変化とともに市民権の概念もまた変化し発展してきた。この市民権概念の発展は、累積的であり、排他的ではない。たとえば、民主的な政治参与権は、従来の自由主義的市民権を代替するものではなく、それが発展した結果である。しかし、アメリカ憲法の基本精神は、後の時期の市民権概念及びこれを実現する制度的・実践的原理を包括することができない。⁹⁰⁾

もちろん、少なからぬ学者の主張する通り、憲法が広範な解釈と審議の空間を提供してくれるだけに、こうした問題はある程度解決することができる余地もある。⁹¹⁾しかしながら、崔章集教授は、憲法解釈の空間が広く開かれているとしても、ワルドロンのいうように、いわゆる「権利中の権利」、すなわち民主的参与の権利の問題は解決できないと指摘する。

憲法の不変性を制度化するのは、次の世代の人民に対して全ての権利の上にある最優先的権利といえる民主的参

与の権利を認めない結果をもたらす。実体的権利は、利害関係を異にする「不一致」を特徴とするものであって、多かれ少なかれ集団間の葛藤があるという事実を意味し、政治は、こうした葛藤を中心に発生するものである。したがって、実体的権利にかかわる問題を決定する上で政治的参与の権利の重要性は如何に強調しても強調し過ぎることはない。政治的参与の権利が充実に保障されない限り、実体的権利にかかわる決定は社会の一集団・一部門の一方的な決定にならざるを得ない。

崔章集教授にとって、ホームズの「さるぐつわの規則 (sag rules)」に代表される、重要な葛藤イシューを政治から排除する戦略は、マディソンの民主主義の最も保守的な論理として批判の対象となる。こうした戦略は、その短期的な効果は別として、終局的に急速な体制硬直化を誘発し、政治を内部から弱体化させ、民主主義の発展に否定的な影響を与えるからである。良かれ悪しかれ、これは既に現実の問題となっている。たとえば、連邦最高裁は、財産権の問題を司法的判断の最も重要な対象の一つとし、これは根本的に政治的な問題ではなく、法的な問題という主張を裏付けるためにコモンローの伝統を援用する。

民主主義体制が既得利益を保護する安定的なメカニズムを持たない場合、既得利益の挑戦によって体制が威嚇されるかも知れない。しかし、崔章集教授によれば、憲法、選挙、政党間の競争が現状維持と体制の安定だけをはかる方向へと機能するならば、体制全体がより大きな崩壊の危険にさらされう。④

注

(1) 詳しくは、鄭宗燮『憲法訴訟法(第四版)』(博英社、二〇〇六年) (중종헌법소송법 (제4판), 박영사, 2006) 五三頁以下参照。以下、韓国語文献の引用時は、日本語と韓国語を併記して出所を明示する。

- (2) 韓国の憲政史においてとりわけ、注目を引くのは、一九六〇年憲法体制下の憲法裁判制度である。当時の憲法裁判所法は、一種の「民衆訴訟的規範統制制度」を規定しているが、これは比較法的にも類例を見出し難い非常にユニークな制度であって、四・一九革命期の民主主義への熱望が貫徹された結果と思える。鄭宗燮・前掲註(1) 五九一六四頁、許營『憲法訴訟法論(第二版)』(博英社、二〇〇七年) (한영, 2007) 七七一八二頁参照。
- (3) 韓国における憲法裁判制度の変遷及びその運用については、韓泰淵他五人共著『韓国憲法史(上)』(韓国精神文化研究院、一九八八年) (한태원 외 5인, 한국헌법연구원, 1988)、韓泰淵他四人共著『韓国憲法史(下)』(韓国精神文化研究院、一九九一年) (한태원 외 4인, 한국헌법연구원, 1991) 参照。一九八八年憲法裁判所の設立以後の事情については、憲法裁判所『憲法裁判所一九八八年』(憲法裁判所、一九八八年) (헌법재판소, 1988) 参照。『憲法』(新山社、二〇〇五年) 八九一九一頁、金哲洙『韓国憲法の五〇年―分断の現実と統一への展望』(敬文堂、一九九八年)、同『韓国の憲法裁判制度』(日本国士院紀要六六一巻三三三号(二〇〇七年)、朴鍾普『韓国憲法裁判所の成果と課題』(南山法学二八巻二号(二〇〇四年) 参照。
- (4) 「八七年体制」とは、一九八七年の「六月抗争」とその結果としての一九八七年憲法の誕生以降、およそ二〇年間韓国社会を規定してきた政治的・社会的枠組みを意味する。ちなみに、戦後韓国憲政史の分岐点として、①「四八年体制・建国」、②「六三年体制・産業化、経済成長」、③「八七年体制・民主化、立憲民主主義の強固化」があげられ、ここ数年來「八七年体制」に対する評価及び「ポスト八七年体制」への展望は、韓国社会における知的談論の中心となっている。
- (5) 厳密に言えば、「違憲判決はごく消極的に、合憲判決は積極的に」行われてきたといえよう。樋口陽一『憲法(改訂版)』(創文社、二〇〇六年) 四四六―四四八頁、辻村みよ子『比較憲法』(岩波書店、二〇〇三年) 二〇七頁。また、下級審判決においては、注目に値する違憲判断が少なからず見られる。
- (6) 宮澤節生『法過程のリアリティ』(信山社、一九九九年) 一九二―一九九頁、戸松秀典『憲法訴訟』(有斐閣、二〇〇五年) 四〇八―四一〇頁、四三三―四三四頁、四五〇頁、伊藤正巳『裁判官と学者の間』(有斐閣、一九九三年) 一一六頁以下、中村明『戦後政治にゆれた憲法九条―内閣法制局の自信と強さ(第二版)』(中央経済社、二〇〇一年)、西川伸一『立法の中枢―知られざる官庁・内閣法制局』(五月書房、二〇〇〇年) 二七頁、佐藤岩夫『違憲審査制と内閣法制局』(社会科学研究所五六巻五・六号(二〇〇五年) 一二四頁。これと関連して、崔大権教授は、日本は社会的調和(ソーシヤル・ハーモニー)を重視する反面、韓国においては社会的動態現象(ソーシヤル・ダイナミズム)が著しいと述べ、「こうした日本社会の…構造的特徴は…社会的少数者に非常に不利に作用し兼ねない」と評価している。詳しくは、崔大権『比較社会・文化的文脈からみた司法積極主義と司法消極主義―一つの探索』(ソウル大学法学四六巻一号(二〇〇五年) (최대권, 2005) 105-124頁参照。

- 요하리의 법학 저술과 학과 편입 46권 1호, 2005) 参照。井上達夫教授もまた「コンセンサス社会日本」の問題点を指摘している。井上達夫『現代の貧困』(岩波新書、二〇〇一年) Ⅲ部五章参照。
- (7) 戸波江二『憲法(新版)』(ぎょうせい、一九九八年) 四四〇―四四一頁、同「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」法曹時報五一巻五号(一九九九年) 二二―二三頁、三五―三六頁。
- (8) 伊藤正巳・前掲註(6) 一三三―一三七頁。
- (9) ちなみに、こうした状況は、行政訴訟においてもかわりはない。一九九五年の統計によれば、日本の裁判所が、人口百万人当たり処理した行政訴訟は七・六件に過ぎない反面、韓国の場合は二一・九件に達しており、国側の敗訴率においても、日本は七・〇パーセントに止まり、韓国は三三・九パーセントに達している。違憲審査の場合と同様、日本における行政訴訟の不振についても、制度的側面を含め、多方面にわたって代案模索が行われているが、その主な原因としては、自民党長期政権、日本社会の構造・文化的特徴(中間組織の社会、巨大化した官僚等があげられる。趙弘植「原告適格の政治経済学」韓国両国の行政(事件)訴訟法改正案についての比較・分析を中心に」ソウル大学法学四六巻二号(二〇〇五年) 117-121頁、池田信彦「行政訴訟의 原告適格의 행정(사건) 소송법 개정안에 대한 비교·연구」법학 46권 2호, 2005)、平井宜雄『法政策学』(有斐閣、一九九五年) 二八一―二〇頁。
- (10) 代表的な例として、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、二〇〇四年) 参照。
- (11) 韓国における立憲主義と民主主義を検討した日本語文献としては、国分典子「韓国憲法における民主主義と立憲主義」全国憲法研究会編『憲法問題一一号』(三省堂、二〇〇〇年) 参照。
- (12) 愛敬浩二『近代立憲主義思想の原像―ジョン・ロック政治思想と現代憲法学』(法律文化社、二〇〇三年) 一―二頁、金鐘鉄「イギリス立憲主義の本質と特色」公法研究三〇巻一号(韓国公法学会、二〇〇一年) 12-17頁、鄭宗燮教授の「憲法의 本질과 特色」법학 30권 1호, 2001 11-17頁。
- (13) 憲法裁判所制度の導入は、司法積極主義への転換の決定的な契機として働いた。一九八七年憲法により一九八八年憲法裁判所が組織されてからわずか一年間の違憲決定が、一九四八年から一九八七年までの違憲決定より多い。一九八八年九月一日から二〇〇八年六月三〇日までの統計によれば、違憲決定三二〇件、憲法不合法一〇九件、限定違憲四九件、限定合憲二八件に至る。詳しくは、韓国憲法裁判所ホームページ <http://www.court.go.kr/> 参照。
- (14) 権章高『憲法理論と憲法談論』(法文社、二〇〇六年) 121-122頁、同「憲法裁判運営上の争点と批判的分析」憲法研究二巻一号(韓国憲法学会、二〇〇六年) 121-122頁、鄭宗燮教授は、「アジア憲法裁判の宗主国」と高く評価しているが、これは民主主義の強化及び憲法裁判制度の成功に対する自信感のあらわれといえよう。鄭宗燮・前掲註(1) V頁、東亜日報二

- 〇〇五年二月一日(同教授のコラム)。韓国の憲法裁判制度及び憲法判例がアジア・欧米諸国に及ぼした影響については、朝鮮日報二〇〇七年五月九日、SBS ニュース二〇〇七年六月二五日、ヘラルド経済二〇〇五年七月一日等参照。
- (15) 朴正熙政権による司法府弾圧に反発し、司法府の独立の名分の下、少壮の裁判官を中心に全国各地のおよそ一五〇人の裁判官が辞表を提出した事件である。市民社会の成熟及び裁判官の意識の進展の産物と評価されている。詳しくは、李憲煥「韓国憲法史に照らしてみた一九七一年の司法波動」法と社会一五号(法と社会理論学会、一九九七年) (이헌환, 2007) 197-200頁。1971년의 재판관직, 판관사퇴 15호, 법과사회이론학회, 1997) 参照。
- (16) 詳しくは、鄭宗燮「憲法研究・四」(博英社、二〇〇三年) (정종섭, 2003) 二一一-二一三頁、同(徐勝訳)「韓国の民主化過程における憲法裁判所と基本権の實現」立命館法学二六六号(一九九九年) 参照。
- (17) 民主化の過渡期であった盧泰愚政権から本格的な民主主義の時代の金泳三政権へと移行する過程で憲法裁判所はより積極的な態度を見せ始める。これは、立憲主義と民主主義の同居関係を語ってくれる一例といつてよいであろう。鄭宗燮・前掲註(16) (博英社、二〇〇三年) 二六六頁、三〇三頁以下。
- (18) これについての崔章集教授の発言は注目に値する。「憲法は民主主義を定礎する制度的な土台であるが、民主主義が憲法に依存すればするほど、否定的な効果は大きくなる。民主主義の代表制と民主主義的価値を制約するのが、憲法の基本目的という事実を多くの人々が軽視しているようである。それで私は立憲主義という言葉自体に拒否感を持っている。」ハンギョレ新聞二〇〇七年一月二日。
- (19) とりあえず、鄭宗燮教授の見解を簡単に紹介しておく。「政治学者の中で…民主主義を多数意思の支配…と捉える観点とは、憲法上の人権保障、手続きの民主主義、簡単な権力間の均衡と統制、少数の保護等の重要な価値を没却しやすい。…(このような見解は)民主主義という名の下、議會制定法は万能という観点に陥り、違憲法律審査を否定するに至る。」「立憲主義自体を攻撃し、立憲主義を實現する憲法裁判所の存在と機能を無力化しようという企て」鄭宗燮・前掲註(1) i-iii頁、「…崔章集教授や朴明林教授等政治学者がこうした批判をしているが、これは憲法裁判所の機能に関する無知のせいであり、…司法積極主義を發揮すべきである。」教授新聞二〇〇六年五月二〇日。
- (20) 朴明林「憲法、憲法主義、そして韓国民主主義」二〇〇四年盧武鉉大統領弾劾事態を中心に「韓国政治学会報三九卷一号(韓國政治学会、二〇〇五年) (박명림, 2005) 1-11頁。
- (21) 韓国の民主化における「運動の伝統」については、崔章集「運動の伝統と民主主義モデル」アジア研究二〇三号(高麗大学アジア問題研究所、二〇〇〇年) (최장집, 운동의 전통과 민주주의 모델, 아시아연구 103호, 고려대학교 아시아문제연구소, 2000) 39頁1호, 한국정치학회, 2005) 二六九頁。

参照。

(22) 権章高「代議民主主義と直接民主主義―その緊張と調和の課題」『公法研究』三三卷一号（韓国公法学会、二〇〇四年）（권영고, 권영고의 대의적민주주의와 직접민주주의의 긴장관계의 문제, 공법연구 33 권 1호, 한국공법학회, 2004）一五頁、一三二頁以下。「七年体制」の成立以後の市民運動及び市民団体における憲法解釈闘争については、河承彰「市民運動と憲法読み直し」共にする市民行動編『憲法読み直し―一七七年憲法何が問題か』（チャンビン、二〇〇七年）（하승창, 시민운동과 헌법다시보기, 한국헌법학회, 2007）87頁以下。同教授の「憲法읽기」문제인가, 참피, 2007）参照。

(23) 崔章集教授によれば、「民主主義と政党に關する理解の理念的モデルは、運動中心・最大綱領的民主主義観と政党中心・現実主義的民主主義観とに大別でき、この中、運動中心・最大綱領的民主主義の特徴として①全体利益をめぐる陣営間の対立、②中心手段としての運動（運動を媒介し市民と国家を直接連結しようという傾向）、③熱い情熱・問題の總体的解決、④政治に対する道徳的な接近、別の手段による政治等があげられる。同教授は、韓国の場合、最大綱領的民主主義の要素が強く、こうした傾向は、新自由主義的政治観及び党政分離、院内政党論、オーブンブライマリー等のアメリカ型政党制度の無分別な導入とあいまって政党政治の領域の縮小をもたらし、悪循環に陥っていると指摘している。また、住民召還制、住民投票制、住民發議制等の直接民主主義的制度の導入は、裁判所の権力強化に繋がりがかねないと述べ、否定的な反応をみせている。崔章集・朴燦杓・朴常勲『どんな民主主義か』（フマニタス、二〇〇七年）（최장집·박찬교·박상훈, 어떤 민주주의인가, 휴머니티, 2007）一六一―二七頁、一一八頁以下参照。もちろん、これについてはさらなる検討の余地があると考えられる。同教授に対する反論としては、鄭鎮民『後期産業社会の政党政治と韓国の政党發展』（ハンウルアカデミー、一九九八年）（정진민, 후기자본 사회의 정연정자와 한국의 정당발전, 한울아카데미, 1998）同「民主化以降の政治制度：院内政党化を中心に」『国家戰略』三卷二号（二〇〇七年）（김주환이후의 정치제도: 원내정당화론 중심으로, 국가전략 13 권 2호, 2007）参照。

(24) 車東昱教授は、空間分析モデル・戰略的接近理論に基づき、韓国憲法裁判所の役割と機能について分析している。詳しくは、車東昱「空間分析モデルを通じてみた憲法裁判所の戰略的判決過程」『韓國政治学会報』四〇卷二号（韓國政治学会、二〇〇六年）（차동욱, 공간분석모델을 통해 본 헌법재판소의 전략적판결과정, 한국정치학회보 40 권 2호, 한국정치학회, 2006）一一三頁以下参照。

(25) この分割政府の問題をうけて、盧武鉉大統領は、「大統領の独裁を阻止するための五年単任制は、既にその歴史的使命を果たし終え、民主主義が飛躍的に成熟した今日の韓国の現実においては副作用をもたらすだけ」と指摘し、「国政運営の安定性と責任性の実現のため」大統領職の四年連任制及び大統領選挙と総選挙の周期の一致を骨子とする改憲を提案している。（二〇〇七年一月一九日対国民談話）

(26) これについて、朴明林教授は、「政治の失敗」「少数の決定による多数決定の無力化」と規定し、「民主主義の復元」「憲法的民

主義ではなく民主的憲法主義」を主張している。朴明林・前掲註(20)二六一頁以下。

- (27) 憲法裁判所に対するマスコミの反応を簡略に紹介する。週刊韓国二〇〇四年一〇月二八日付記事「憲法裁判所の力、政権を揺るがす」、韓国日報二〇〇五年一月一八日「政治の司法化、司法の政治化」、ハンギョレ新聞二〇〇六年一〇月九日付コラム「誰が政治の司法化を主導するのか?」、韓国日報二〇〇七年六月八日付記事「憲法裁判所の変身、二等司法府から莫大な司法権力へ」、ハンギョレ新聞二〇〇七年七月一〇日付コラム「司法統治社会」、Peseian 二〇〇八年一月一七日付コラム「帝王的憲法裁判所の誕生」。このように憲法裁判所の莫大な影響力を警戒する声があがっている中、憲法裁判所設立二〇周年を迎え行われた総合評価は、国民の基本権の保障と社会的弱者の権利拡大への寄与等、概して肯定的であると見える。MBC ニュース二〇〇八年九月二日参照。

- (28) 憲法裁判は、立法・行政・司法とは区別される第四権として独立した憲法裁判機関が担当することが望ましいという見解も見られる。司法審査制に対する憲法裁判所制度の優秀性を主張する見解としては、鄭宗燮『憲法裁判研究一(第二版)』(博英社、二〇〇五年)(영유권 헌법재판연구 1 (제2판), 박영사, 2005) 三四三—三四八頁、同『韓国の司法制度と発展モデル』(集文堂、一九九八年)(헌법의 거두어들이는 법제도, 박영사, 1998) 四八—四九頁、六七—六九頁、李相京「集中型憲法裁判に対する擁護論—集中型憲法裁判が分権型憲法裁判より選好されるべきではないか?」法学研究一七卷四号(延世大学法学研究所、二〇〇七年)(이상경, 집중형 헌법재판에 대한 옹호론: 집중형 헌법재판이 분권형 헌법재판보다 선호되어야 하는가?, 판학연구 17 권 4 호, 연세대학교 법학연구소, 2007) 参照。

- (29) 鞠淳玉「法治国家の神話と現実—ボン基本法体制下における法治国家イデオロギー—」民主法学一八号(民主主義法学研究会、二〇〇〇年)(구순우, 법치국가의 신화와 현실: 본 기본법 체제 아래의 법치국가의 이데올로기, 민주법학 18 호, 민주주의법학연구회, 2000) 九九頁。

- (30) 同教授は、政治的公共領域の創出を通じての法治国家と民主主義の接合への試みについては、「新たな形の法治国家」「市民社会が民主主義の中心軸となる法治国家」と評価し、肯定的な反応をみせている。鞠淳玉・前掲註(29)一一三—一四頁。

- (31) 鞠淳玉・前掲註(29)一一二—一一六頁。

- (32) 鞠淳玉・前掲註(29)一〇五—一〇六頁。

- (33) 鞠淳玉・前掲註(29)九九—一〇〇頁。

- (34) 鞠淳玉・前掲註(29)一〇三頁。

- (35) 鞠淳玉・前掲註(29)九七—九八頁。

- (36) 鞠淳玉「憲法学の立場から見た自由民主主義の二つの顔 民主法学一三号(民主主義法学研究会、一九九七年)(구순우, 헌법학의 양면에서 본 자유민주주의의 두 얼굴, 민주법학 12 호, 민주주의법학연구회, 1997) 七四頁以下。

- (37) 鞠淳玉・前掲註(29)一〇〇—一〇二頁。
- (38) 鞠淳玉「反主流憲法學理論」・代案憲法理論(二)「民主法學」二七号(民主主義法學研究会、二〇〇五年)(대한법률학회, 2005)三三三頁。
- (39) 鞠淳玉「憲法裁判の本質と機能」民主法學一一号(民主主義法學研究会、一九九六年)(대한법률학회, 1996)三〇—三二頁。
- (40) 鞠淳玉・前掲註(39)三〇—三三頁、同・前掲註(36)八六—八七頁。
- (41) 鞠淳玉・前掲註(29)一〇七—一〇八頁、鞠淳玉・前掲註(39)三三—三五頁。
- (42) 違憲決定と解釈変更による合憲決定とのいずれが議會をより強く拘束するかについては検討の余地があり、場合によっては後者がより強く議會を拘束することもある。これについては、長谷部恭男教授の「第一篇第七節ゲーム」が有用な参考になる。長谷部恭男『憲法學のプロントティア』(岩波書店、二〇〇五年)七一—七五頁、同『憲法の理性』(東京大學出版會、二〇〇六年)一九四—二〇一頁。
- (43) 鞠淳玉・前掲註(39)三五—三八頁。
- (44) 鞠淳玉・前掲註(29)一一六頁。
- (45) 鞠淳玉・前掲註(29)一〇六—一〇八頁。
- (46) 鞠淳玉・前掲註(29)一一七—一一八頁。
- (47) 鞠淳玉・前掲註(36)八六頁。
- (48) 鞠淳玉・前掲註(39)三八頁。
- (49) 鞠淳玉・前掲註(29)一一七頁。
- (50) 鞠淳玉・前掲註(39)三八—四二頁。
- (51) 民主主義の生存のためには民主主義それ自体を制限すべきという価値拘束的民主主義の発想は、戦前にも見られる。たとえば、カール・レーベンシュタインは、既に一九三七年に「軍事的民主主義」をうたっており、一九四一年にはカール・マンハイムも全体主義と対立している民主主義の活路として「軍事的民主主義」を認めている。張永洙「防衛的民主主義の理論」考試研究一九九二年七月号(중앙학술연구회, 1992)八〇頁参照。
- (52) 鞠淳玉「自由民主的基本秩序とは何か」民主法學八号(民主主義法學研究会、一九九四年)(대한법률학회, 1994)一五四—一五六頁、同・前掲註(39)四三—四四頁。
- (53) 鞠淳玉・前掲註(39)四四—四五頁。
- (54) 鞠淳玉・前掲註(29)一〇九頁。

- (55) ちなみに、鞠淳玉教授は、連邦憲法裁判所による司法的排除のほかにも、議会の介入による立法的排除として変革政党の議会進出を遮断する五パーセント条項、そして執行府による行政的排除として憲法敵対的活動をした公務員志願者の任用拒否及び現職公務員の公務員身分剥奪を規定した就業・任用禁止等をあげ、これら立法府及び執行府による排除にも注目を払うべきと主張している。とりわけ、過激主義者決定又は急進主義者決定と呼ばれる就業・任用禁止について、同教授は、戦う民主主義の野蠻的暴力性を遺憾なく見せてくれた事例と述べ、憲法忠誠の調達者及び法的ヘゲモニーの組織者としての二重のイデオロギー的機能を果たしている連邦憲法裁判所は、執行府及び連邦犯罪捜査庁、憲法擁護庁、連邦情報局、軍防諜局等の外郭装置とともに戦う民主主義の物質的土台である安保複合体を構成していると指摘している。鞠淳玉・前掲註(52) 民主法学八号(民主主義法学研究会、一九九四年)一五六―一六三頁。
- (56) 鞠淳玉・前掲註(29) 一〇一―一頁、同・前掲註(38) 四五―四六頁。
- (57) 鞠淳玉・前掲註(39) 四六―四七頁。
- (58) 鞠淳玉・前掲註(52) 民主法学八号(民主主義法学研究会、一九九四年)一六二―一六五頁。
- (59) 張永洙・前掲註(51) 八一―八六頁。
- (60) 張永洙・前掲註(51) 九〇―九一頁。
- (61) 鄭然宙「非常立法者としての憲法裁判所」憲法学研究一三卷三号(韓国憲法学会、二〇〇七年)(정인식, 피상인판사민사회의 헌법재판소, 헌법학연구 13 권 3 호, 한국헌법학회, 2007)
- (62) 朴真完「立法者と憲法裁判所」憲法学研究五卷二号(韓国憲法学会、一九九九年)(朴正현, 인민주주의 헌법재판소, 헌법학연구 5 권 2 호, 한국헌법학회, 1999) 五三六―五三八頁。
- (63) 朴真完・前掲註(62) 五一―五一四頁。
- (64) これは、規範統制を通じる裁判所の審査の密度を強化し、立法者の権限縮小及び司法府の権力増大と結合する。詳しくは、文ジョンヒョ「法と政治の間での憲法裁判所」ドイツ連邦憲法裁判所の財政法・税法に関連した二つの事例を中心に「民主法学二九号(民主主義法学研究会、二〇〇五年)(申원호, 판사회의 헌법재판소, 헌법학연구 29 호, 한국헌법학회, 2005) 三三八―三九九頁、三五五―三五六頁参照。
- (65) 鞠淳玉・前掲註(36) 八五頁。
- (66) 李富夏「ドイツ基本法上の憲法忠実と憲法裁判」世界憲法研究一三卷二号(国際憲法学会韓国学会、二〇〇七年)(이부하, 독일기본법의 헌법충실과 헌법재판, 세계헌법연구 13 권 2 호, 국제헌법학회 한국학회, 2007) 一一六頁。ただし、これは国家保安法の捉え方等によって違ってくる問題でもある。韓国の国家保安法についての日本語文献としては、関炳老「韓国の国家保安法の過去、現在、そして未来」早稲田大学比較法学三三卷一号(一九九九年)参照。

- (75) 金敏培「支配イデオロギーとしての戦う民主主義の論理とその批判」民主法学四号(民主主義法学研究会、一九九〇年)一四九頁。『기백의 대안』(민중주의적 민주주의의 위그리만, 민주평화4호, 민주주의평화연구회, 1990)二二六―二七頁、四八―四九頁。
- (76) 鞠淳玉・前掲註(39)三八頁、同・前掲註(52)民主法学八号(民主主義法学研究会、一九九四年)一五三―一五四頁。
- (77) アメリカ憲法が韓国に及ぼした影響については、李相敦「アメリカの憲法制度が我が国の憲法発展に及ぼした影響」公法研究一四号(韓国公法学会、一九八六年)(오승중, 『공법연구』14권, 공법연구회, 1986)、李鳴九「アメリカ憲法上違憲法律審査に関する研究―アメリカの違憲法律審査が我が国に及ぼした影響を中心に」憲法学研究五巻二号(韓国憲法学会、一九九二年)(이명구, 『헌법연구』5권2호, 헌법연구회, 1992) 參照。
- (78) 崔章集「民主主義と憲政主義：アメリカと韓国」ロバート・ダール(朴常勲・朴スヒョン訳)『アメリカ憲法と民主主義』(프린스턴, 2004)一一一―一二頁。アメリカにおける議論を紹介・検討した文献として、尹明善「司法審査制と多数決主義―イリュのプロセス理論に対する批判的接近」公法研究一八巻(韓国公法学会、一九九〇年)(이명선, 『공법연구』18권, 공법연구회, 1990) 同「米国の司法審査制と人権」米國憲法研究三号(米國憲法学会、一九九二年)(김보의, 『사법연구』3호, 『공법연구』1992) 參照。アメリカをはじめとする各国の状況を紹介し、韓国との比較・検討をした文献としては、金ヨンジョン外七人「二世紀憲政主義と民主主義」(人間愛、二〇〇七年)(김영민외 7인, 『21세기 헌정주의와 민주주의』, 인간사랑, 2007) 參照。
- (79) 「第三世界的政治様相」という表現さえ見られる。吳スジョン「アメリカ憲法はどれほど民主的か?」ロバート・ダールのアメリカ民主主義に対する省察「政治批評」三巻(韓國政治研究会、二〇〇四年)(이승영, 『민주주의연구』3권, 민주주의연구회, 2004)二九頁。これとは異なる見方として、孫秉権外三人「二〇〇〇年アメリカ大統領選挙―民主主義の危機か」(オルム、二〇〇一年)(이승권외 3인, 2000년 미국대선연구회의 위키인기, 오름, 2001) 參照。
- (80) 鞠淳玉教授は、これを「憲法裁判官による司法クォーター」「憲法学的認識地平の低級さ」と評価している。鞠淳玉「憲法裁判官の司法クォーター」民主法学二七号(民主主義法学研究会、二〇〇五年)(박수영, 『헌법연구』27호, 민주주의연구회, 2005)「ハンギョレ新聞」二〇〇四年一月二六日同教授のコラム。
- (81) 崔章集・前掲註(8)一四頁。
- (82) 姜慶善「民主主義と立憲主義のディレンマ」民主法学二八号(民主主義法学研究会、二〇〇五年)(강정선, 『민주주의연구』28호, 민주주의연구회, 2005) 參照。

- 의 의된데마, 민주헌법 28호, 민주주의의원한(국회, 2005) 二四九頁。
- (83) 吳スンヨン教授によれば、ダールの指摘とは異なり、アメリカ憲法の起草者、なかでもマディソンは、多数支配を牽制するという明確な理由と目的をもって司法府に違憲審査権を与えた。吳スンヨン・前掲註(79)三〇六一三〇八頁、より詳しくは、趙志衡「司法審査の歴史的起源—マーベリー対マディソン事件以前を中心に—」西洋史論五三卷(韓国西洋史学会、一九九七年) (한영, 서평순사의 역사적 기원 Marbury v. Madison 사건 이전의 마디슨 사건을 중심으로) (岩波書店、二〇〇三年) ロバート・ダールの所説については、ロバート・ダール(杉田敦訳)『アメリカ憲法は民主的か』(岩波書店、二〇〇四年) (로버트 달 / 杉田敦 訳) (岩波書店、二〇〇四年) 参照。マールベリー対マディソン判決は、厳密にいつて無から有を創造したのではなく、アメリカ憲法三条二項一節、五条、六条二項に基づいたものといえる。許營・前掲註(2) 二二二頁参照。
- (84) 尹明善・前掲註(78)米國憲法研究三号(米國憲法学会、一九九二年) 一五八—一六八頁参照。これについては、議論の余地がある。裁判所の法律解釈に対する政治過程からの反作用については、許盛旭「政治と法—ソウル大学法学四六卷二号(二〇〇五年) (허성욱, 정치과정, 사법해석의 정치과정 46권 2호, 2005) 参照。裁判官弾劾の場合、明らかに政治的に利用されてきており、依然としてこの問題は解決されていない。李承祐・鄭万喜・陰善澤『弾劾審判制度に関する研究』憲法裁判研究一二卷(韓國憲法裁判所、二〇〇一年) (이승우, 정만희, 음선택, 탄핵심판제도에 관한 연구 12권, 헌법재판소, 2001) 一一二—一二六頁。その他詳しくは、四章一節参照。
- (85) 吳スンヨン教授は、民主主義諸国の違憲審査権の強度を比較している。これによれば、①強力な違憲審査権：韓国、ドイツ、アメリカ、カナダ、インド、②中間水準の違憲審査権：フランス、オーストラリア、オーストラリア、スペイン、イタリア、ベルギー等、③弱い違憲審査権：日本、ポルトガル、ギリシャ、アイルランド、アイスランド、コスタリカ等、④違憲審査権無し：イギリス、イスラエル、オランダ、フィンランド等、と分類される。吳スンヨン・前掲註(79) 三三三—三三四頁。
- ロバート・ダール(朴常勳・朴スヒョン訳)・前掲註(83) 一三三—一三八頁。
- ロバート・ダール(朴常勳・朴スヒョン訳)・前掲註(83) 一一四頁。
- ロバート・ダール(朴常勳・朴スヒョン訳)・前掲註(83) 二二七—二三三頁、吳スンヨン・前掲註(79) 三二二頁、三二五頁。
- 吳スンヨン・前掲註(79) 三二二頁、三二四—三二七頁。
- 崔章集・前掲註(78) 一五一—一六頁。
- 崔章集・前掲註(78) 一九—二〇頁、姜慶善・前掲註(82) 二四八—二四九頁。
- 崔章集・前掲註(78) 一五一—一九頁。
- 姜慶善・前掲註(82) 二四八頁、二五四頁。

- (95)(94) 崔章集・前掲註(78)二〇—二四頁。
 金鐘鉄「政治の司法化の意義と限界—盧武鉉政府前半期の状況を中心に—」公法研究三三卷三号(韓国公法学会、二〇〇五年) (김종철, 정치의 사법화의 의미와 한계—盧武鉉 정부 전반기의 상황과 중심을 중심으로—, 公法연구 33 권 3 호, 한국법학회, 2005) 参照。
 ちなみに、憲法裁判官を大統領・議會・大法院長(最高裁の長)が各3人ずつ任命する、現行の憲法裁判官任命制度の非民主性が批判されることもある。金相謙「憲法裁判所法の問題点と改善方案」公法研究六卷一号(韓国公法学会、二〇〇五年) (김상겸, 헌법재판소법의 문제점과 개선방안, 公法연구 6 권 1 호, 한국법학회, 2005) 一三八—一四〇頁参照。これに対して車東昱教授は、二元的な民主的正当性の問題等を指摘し現制度を擁護している。詳しくは、車東昱「違憲法律審査制度の民主的正當性に關する考察：代議制民主主義下における憲法裁判制度の正當性」政府学研究二卷二号(高麗大學政府學研究所、二〇〇六年) (차동昱, 의정민주주의의 민주적 정당성에 관한 고찰: 대의제 민주주의 하에서의 헌법재판 제도의 정당성, 정부연구 12 권 2 호, 고려대학교 정부학연구소, 2006) 一八八—一九〇頁参照。
- (96) 崔章集教授は、アメリカの場合、膠着と停滞に陥る政治を動かす要諦は、「政府予算の地方配分政治 (pork-barrel politics)」にあると指摘する。詳しくは、崔章集・前掲註(78)四三一—四三六頁。
- (97) 崔章集・前掲註(78)三〇—三二頁、趙志衡・前掲註(83)一四九—一五〇頁、同『憲法に映し出された歴史』(青き歴史、二〇〇七年) (한편의 과거 역사, 현재 역사, 2007) 一三四—一三五頁、郭峻赫「司法的検討の再検討：憲法裁判と非支配的相互性」韓國政治學會報四〇卷五号(韓國政治學會、二〇〇六年) (곽준혁, 사법적 검토의 재검토: 헌법재판과 피지배적 상호성, 한국정치학회보 40 권 5 호, 한국정치학회, 2006) 八二頁、八五頁以下。
- (98) 崔章集・前掲註(78)三三—三五頁。
 崔章集・前掲註(78)三三—三五頁。
 照。プリコミットメント論について、詳しくは、阪口正二郎・前掲註(10)一七一—一七六頁、二二二頁以下参照。プリコミットメント論の有用性については、愛敬浩「憲法によるプリコミットメント」ジュリスト二二八九号(二〇〇五年)参照。
- (101)(100) 崔章集・前掲註(78)三五頁。
 金雲龍「違憲審査制」(三知社、一九九八年) (김운룡, 초헌헌사각제 연구자, 1998) 四一四—四一六頁、同「アメリカの違憲審査制度—米國憲法研究八号(米國憲法學會、一九九七年) (미국의 헌법사각제, 미법연구 8 호, 미법학회, 1997) 二九一頁参照。
- (102) 崔章集・前掲註(78)三五—三八頁。