
ポスト福祉国家における経済的自由の憲法理論的研究

(課題番号 17530020)

平成17年度～平成18年度科学研究費補助金(基盤研究(C))

研究成果報告書

平成19年3月

研究代表者 愛敬 浩二

(名古屋大学大学院法学研究科教授)

はしがき

「ポスト福祉国家における経済的自由の憲法理論的研究」と題する本研究の目的は、現代日本の政治経済状況の転換と、政治理論・法哲学における経済的自由に関する理論状況の動向の分析・検討を踏まえて、経済的自由に関する日本憲法学の従来の学説を、原理論と解釈論の二つのレベルで再検討することにある。

当初の計画では、具体的な研究課題として、(1)経済的自由の保障を強調するリバタリアニズムの権利論を批判的に検討すること、(2)討議民主主義や共和主義等の研究動向を調査・検討し、経済的自由主義の保障を相対化する理論の意義と問題点を検証すること、解釈論のレベルでは、(3)現代日本の政治経済状況の変動を踏まえて、経済的自由に関する従来の憲法学説の意義と問題点を明らかにすること、以上の3点を挙げていた。

上記の研究課題との関係でいうと、(1)の課題が第1章から第3章で主に検討されている。なお、第4章は(1)の課題を憲法思想史にひきつけた形で検討したものであり、第3章までの研究成果に対する補論としての性格をもつものである。(3)の課題は、憲法学説のレベルでの検討が第5章で、現代の改憲動向との関係での考察が第6章で行われる。第7章では、以上の考察を踏まえて、(3)の課題について若干の考察が行われ、今後の課題が明らかにされる。では、各章の概要を述べていこう。

第1章「社会契約と憲法理論」では、近代憲法の説明概念として使われる社会契約論が今なお、有意義な理念であるかを検討した。社会契約論の規定にある自律的個人像や「方法論的个人主義」が結局は、「連帯」よりも「個人」を重視することで、規制緩和政策を正当化するイデオロギーになっているとの批判を踏まえて、本当にそのように単純な評価の仕方でのいのかを検討するべく、現代憲法理論における社会契約論の意義を考察した。また、その考察をする過程で、政治理論・法哲学と憲法理論の関係に関する方法論的な考察をした。

第2章「『法の支配』と憲法理論」では、イギリス憲法理論の最近の動向、特にT. R. S. Allan教授の「法の支配」の再解釈によるリベラルな立憲主義擁護論を素材にして、政治理論や法哲学の業績との間で真摯な理論的対話をしないまま、「法の支配」という多義的な概念に基づいて憲法学説を構築すると、その学説はリバタリアニズム的な性格をもつ可能性が高いことを明らかにした。なお、同章は既に公刊した拙稿、「立憲主義、法の支配、コモン・ロー——T. R. S. アラン憲法学説の批判的検討」（愛敬浩二・水島朝穂・諸根貞夫編『現代立憲主義の認識と実践』日本評論社、2005年、9-28頁）を採録したものである。

第3章「リバタリアニズムと憲法理論」は、第一に、日本国憲法という実定憲法の下では、政治道徳哲学レベルの考察を踏まえても、リバタリアニズムを受け容れるべき理由は弱いこと、第二に、経済的自由に対する国家規制を広く容認する憲法判例・学説が法哲学者からの批判の対象になっているが、この批判に対して憲法学はどんな応答ができるのか、そして、この批判から憲法学は何を学ぶことができるのか、という問題を検討した。なお、同章は既に公刊した拙稿、「憲法学はなぜリバタリアニズムをシリアスに受け止めないのか？」（日本法哲学会編『リバタリアニズムと法理論（法哲学年報2004）』有斐閣、2005年、76-87頁）を採録したものである。

第4章「ジョン・ロック『自然法論』をめぐる諸考察」は、リバタリアニズムが「古典」と

して援用するジョン・ロックの自然法（自然権）思想を、憲法思想史の観点から検討したものである。ロックの『自然法論』をキリスト教自然法の伝統に位置づけ、その解釈を『統治二論』の理解にも及ぼす立場が有力であるが、綿密なテキスト批判に基づく研究を参考にしながら、そのような通説的理解の問題点を明らかにした。本章は「ポスト福祉国家の経済的自由」という問題に直接関わるものではないが、リバタリアニズムの思想を批判的に検討するためには、その「古典」であるロックの自然法（自然権）にまで立ち戻って研究する必要があるとの認識に基づくものである。なお、同章は既に公開した拙稿、「ジョン・ロック『自然法論』をめぐる諸考察」（名古屋大学法政論集 213 号、2006 年、603-630 頁）を採録したものである。

第 5 章「憲法と独占禁止法」は、「競争」を重視する独占禁止法の考え方を援用して、市場に対する政府規制を広く認める憲法判例・憲法学説を批判する議論が、憲法学の内部にも現れてきていることに鑑みて、憲法学と経済法学の問題関心・方法論の違いを明らかにしつつ、「ポスト福祉国家における経済的自由」の問題を具体的に考察したものである。具体的には、営業の自由に関する「規制目的二分論」と新聞特殊指定制度の問題を取り上げて検討した。なお、同章は既に公開した拙稿、「憲法と独占禁止法——序論的考察」土田和博・須網隆夫編著『政府規制と経済法——規制改革時代の独禁法と事業法』日本評論社、2006 年、364 頁、17-37 頁）を採録したものである。

第 6 章「規制緩和政策と改憲問題」では、現代の改憲論を規制緩和政策（新自由主義政策）との関係で考えることによって、「ポスト福祉国家」の時代における憲法理論の課題を提示した。同章の前半では、経済界の改憲論を検討した。経済界の改憲論は社会権を弱体化することで、「ポスト福祉国家」状況の下で、経済的自由の保障を強化しようとするものであることが明らかになった。同章の後半では、自民党「新憲法草案」を主な素材としながら、「護憲派」の議論でも十分に問題にされていない地方自治関係の改憲案が新自由主義的改革を密接に関わるものであることを明らかにした。なお、同章の後半部分は既に公開した拙稿、「地方自治と改憲問題」（信州自治研 172 号、2006 年、2-5 頁）を採録したものである。

第 7 章「立憲主義と民主主義」では、「立憲主義と民主主義」という問題設定の意義を明らかにしたうえで、既存の民主主義憲法学の有力説である松井茂記の「プロセス的司法審査理論」の問題点を検討した。その理由は、「ポスト福祉国家」という現在の政治社会状況の下で、「どんな民主主義か、何のための民主主義か」を現実の政治社会状況を踏まえて理論的に考察することが、経済的自由の保障をあり方や保障のレベルを議論するうえでも、最も重要であると考えからである。

本研究の成果を現時点で自己評価するならば、上記の研究課題のうち、(1)のリバタリアニズムの権利論を批判するために必要な憲法理論的・憲法思想史的研究を十分に深めることができたし、(3)の解釈論のレベルの課題についても、「規制目的二分論」の再構成や新聞特殊指定制度をめぐる憲法と独占禁止法の相克の検討を通じて、一定の成果を出すことができたと考える。他方、(2)の経済的自由を相対化する理論の意義と問題点の検証を十分に行うことができず、各章の末尾において民主主義の再検討が必要であることを示唆した上で、第 7 章において、今後検討されるべき論点のうち、若干のものを提示したに止まる。よって、(2)の論点を深めることが今後の課題となる。

研究組織

研究代表者： 愛敬 浩二（名古屋大学大学院法学研究科教授）

交付決定額（配分額）

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合 計
平成17年度	1,000,000	0	1,000,000
平成18年度	800,000	0	800,000
総 計	1,800,000	0	1,800,000

研究発表

(1)学会誌等

愛敬浩二「憲法学はなぜリバタリアニズムをシリアスに受け止めないのか？」日本法哲学会編『リバタリアニズムと法理論（法哲学年報2004）』（有斐閣，2005年9月）76-87頁。

愛敬浩二「地方自治と改憲問題」信州自治研172号(2006年6月)2-5頁。

愛敬浩二「憲法からみる“独占禁止法と規制緩和”」法学セミナー619号(2006年7月)22-25頁。

愛敬浩二「ジョン・ロック『自然法論』をめぐる諸考察」名古屋大学法政論集213号(2006年9月)603-630頁。

(2)口頭発表

な し

(3)出版物

愛敬浩二「立憲主義，法の支配，コモン・ロー——T. R. S. アラン憲法学説の批判的検討」

愛敬浩二・水島朝穂・諸根貞夫編『現代立憲主義の認識と実践』（日本評論社，2005年11月，総頁数596頁）9-28頁。

愛敬浩二「憲法と独占禁止法——序論的考察」土田和博・須網隆夫編著『政府規制と経済法——規制改革時代の独禁法と事業法』（日本評論社，2006年12月，総頁数364頁）17-37頁。

研究成果に成果による工業所有権の出願・取得状況

な し

目 次

第1章	社会契約と憲法理論	1 頁
第2章	「法の支配」と憲法理論	19 頁
第3章	リバタリアニズムと憲法理論	36 頁
第4章	ジョン・ロック『自然法論』をめぐる諸考察	45 頁
第5章	憲法と独占禁止法	67 頁
第6章	規制緩和政策と改憲問題	85 頁
第7章	立憲主義と民主主義	99 頁

第1章 社会契約と憲法理論

1 社会契約論と憲法学

「近代政治理論は特有な物語とともに始まった。社会契約である」とポール・W・カーンは述べている(Kahn, 2006, p. 260)。マーティン・ラフリンは、「社会契約の観念はそれゆえ、近代的な憲法観念の発展と権利の政治理論の形成の両方にとって中心的である」と論ずる(Loughlin, 2000, p. 162)。この二人の評価にあえて反対しようとする政治学者・憲法学者の数は、決して多くないだろう。改めて指摘するまでもないことだが、イギリスの名誉革命を理論的に正当化し、アメリカ独立革命にも絶大な影響を及ぼしたとされる『統治二論 *Two Treatises of Government*』の中で、ジョン・ロックが制限政府(立憲政体)を規範的に正当化するために駆使したのが社会契約論だった⁽¹⁾。憲法学者が社会契約論に言及する場合、その内容や特徴は、ホブズでも、ルソーでもなく、ロックの社会契約論であることが一般的である。一例として、現在、最もポピュラーな概説書から引用してみよう。

「この思想によれば、①人間は生まれながらにして自由かつ平等であり、生来の権利(自然権)をもっている、②その自然権を確実なものとするために社会契約(social contract)を結び、政府に権力の行使を委任する、そして、③政府が権力を恣意的に行使して人民の権利を不当に制限する場合には、人民は政府に抵抗する権利を有する。(原文改行)このような思想に支えられて、一七七六年から八九年にかけてのアメリカ諸州の憲法、一七八八年のアメリカ合衆国憲法、一七八九年のフランス人権宣言、九一年のフランス第一共和制憲法などが制定された」(芦部、二〇〇二、六頁)。

飯島昇蔵は「社会契約論の二つの黄金時代」として、一七世紀と一八世紀の古典的契約論者たち(ホブズ、ロック、ルソー、カント)に代表される自然権思想・自然法思想の全盛の時代と、ロールズやノージックに代表される一九七〇年代以降のアメリカ合衆国を中心にした規範理論の展開を挙げる(飯島、二〇〇一、七一九頁)。飯島のいう「第一期黄金時代」は、社会契約論が「近代的な憲法観念の発展」に対して決定的な影響を与えた時代であった。だからこそ、憲法学者の多くが概説書を書くときでさえ、わざわざ社会契約論に言及するわけだ。ともあれ、社会契約論は当時、立憲主義にとって文字通り「生ける理念」であった⁽²⁾。

ここで、近代の社会契約論の特徴を挙げておこう。カーンによれば、近代以前の社会契

約論（たとえばプラトンのそれ）と比べて、近代の社会契約論の特徴は、①政治的組織化が有機体的なものであることを拒絶する、②(制度や規範の説明に関して)内的視点を採用する⁽³⁾、③方法論的個人主義を前提とする、④現実の政治を評価する規範的基準の導出を目的とする点にある(Kahn, 2006, pp. 260-262)。

関連して、用語上の問題にも触れておこう。ラッセル・ハーディンは、現在の社会契約の用法は「契約」の意味を不当に拡張し、合意の要素をもつ行為をすべて含むようになっていたことを批判する(Hardin, 1999, p. 114)。ジェーン・ハンプトンも、「契約」という語は政府設立のために人々が相互に約束を交わすイメージを喚起するから、「社会契約」という用語はその点でミスリーディングだと述べる(Hampton, 1993, p. 382)。しかし、そもそも近代社会契約論の元祖の一人であるロック自身、「契約」という語を厳密に法的な意味で使っているわけではない⁽⁴⁾。本稿でも、「契約」という語の法的意味には拘泥せず、政治社会の形成と政府の設立の双方を個人の同意の結果として説明する議論を広く、「社会契約論」と呼ぶことにする。

2 「立憲主義の復権」と社会契約論

それでは、「社会契約の第二期黄金時代」における憲法学と社会契約論の関係をみてみよう。第二次大戦以後、とりわけ一九七〇年代以降、「違憲審査制革命」(マウロ・カペレッティ)と呼ばれる状況が世界的に広がってくる。一九八九年の東欧革命以降の旧社会主義諸国における違憲審査制の導入によって、この動向は加速する。その結果、多数者支配として理解された「民主主義」と緊張関係にある理念としての「立憲主義」が脚光を浴びるようになった。近代立憲主義は元来、議会による権利保障を課題としていたが(イギリスの「国会主権」、フランスの「一般意思の表明としての法律の優位」)、現代の立憲主義は人権の裁判的保障を中心的課題とする(樋口、二〇〇四、二一三頁)。

この「立憲主義の復権」が進行する過程と、ロールズ『正義論』が幕を開けた「社会契約論の第二期黄金時代」の時期はほぼ重なっている。その結果として生じたのが、政治哲学・法哲学と憲法理論の相互浸透である。たとえば、イギリス憲法の文脈での指摘だが、「権力の分立、法の支配、および基本権の特別保障に基づく立憲主義の政治理論は、この二五年の間に前例のない地位を獲得した。その結果として、法と政治のより濃密な相互交渉が生じ、そして、法律家一般の政治権力と特に司法部の政治権力が高められた。その結果、憲法的コントロールの諸技術が洗練された分析の対象となり、違憲審査の方法が研究

調査の対象として顕在化し、そして、憲法解釈の理論が今や、主要な学問産業を成すに至っている」とされる(Loughlin, 2005, p. 192)。この指摘は、国会主権の伝統ゆえに「違憲審査制革命」に乗り遅れたイギリス憲法の文脈にのみ限定されるものではあるまい。たとえば、ハーバーマスは「法と民主的法治国家の討議理論に関する研究」という副題を持つ書物の中で、不相当なほどの紙幅を割いて、「司法審査と民主主義」の問題に関わるアメリカ憲法理論の動向を検討している(ハーバーマス、二〇〇二、二八〇頁以下)⁽⁵⁾。

政治哲学や法哲学が違憲審査(憲法裁判)の問題を重視するようになる一方、憲法学は規範理論としてのリベラリズムの考え方をさまざまな形で、憲法理論や憲法解釈に導入するようになった。このように憲法学と政治哲学・法哲学の融合が進んだ「社会契約論の第二期黄金時代」において、憲法学が社会契約をなお「生ける理念」だと考えるのならば、政治哲学や法哲学のレベルで社会契約論に投げかけられる批判に対して、それ相応の応答をしておく必要があるだろう。ただし、その検討に入る前に、憲法理論と政治哲学の差異を明らかにしておきたい。憲法理論とは一般的な正義論ではなく、特定の国家の具体的な憲法制度を前提にした規範理論である、というのが私の理解である。憲法理論と政治哲学の接近傾向を認めた上でラフリンは、「憲法理論は理念的形態の探求を含まない。さもなければ、それは完全に政治哲学に埋没してしまう。もし憲法理論が別個の研究であるべきならば、現実に存在する憲法制度の特徴を明らかにすることを目指すべきである」(Loughlin, 2005, pp. 185-186)と論じているが、同感である。本稿の課題は、政治哲学や法哲学の議論を参考にしながらも、あくまでも憲法理論の観点から、立憲主義における社会契約論の意義と問題点を考察することにある⁽⁶⁾。

3 「国民」観念の二義性と社会契約論

樋口陽一は、「国民国家 nation state」の nation の二義性、すなわち、「国民 Nation」が自然の所与としての「民族 ethnos」を指すのか、「社会契約という擬制によって説明されるような、構成されたもの」としての「国民 demos」を指すのか、という問題への注意を喚起する(樋口、二〇〇二、一七七―一八五頁)。そして、憲法学が主題とする「国民国家」の nation とは、「民族という自然の所与(エトノス[ethnos])をまるごと前提にしたものではなく、その反対に、自然の帰属集合体からいったん解放された諸個人がとりむすぶ社会契約という人為のフィクションによって説明されるもの(デモス[demos])である」と樋口は論ずる(樋口、二〇〇四、一〇四頁)。

このように国家の所与性・前政治性（＝民族国家）を否定し、国家が人為的な目的団体であることを強調する文脈で援用される社会契約論は、日本の有力な政治家が現在もなお、「民族国家」に固執する状況がある以上、憲法学的にみて、重要な意義を有している。たとえば、「国家論なき憲法論の横行」を批判する中曽根康弘は、「言語や文化を同じくし運命を同じくする共同体」が憲法の基底に置かれるべき国家論であると主張する（中曽根・宮沢，二〇〇〇，二四頁）。現首相の安倍晋三も国家を語る際、「統治機構としての国」ではなく、「悠久の歴史をもった日本という土地柄」という言い方をする。そして、「土地としての国」への帰属意識が、「愛国心」の基礎になると論じる（安倍，二〇〇六，九〇―一九七頁）。

憲法学説のレベルでも、中曽根や安倍の議論ほどには露骨でないにせよ、憲法学の対象としての「日本国」のエトノス性を強調する議論がある。高橋正俊は、日本国憲法第一条の文言は、「天皇という同一の存在によって日本国および日本国民の統合が象徴されていて、国民の自己組織化の様相を示唆して」おり、「日本国は政治的・文化的意味においても国民国家であることの一つの証拠になる」と論ずる。そして、天皇の国民統合機能は、「憲法的前提する『われら』国民という集合体に、天皇によって統合を象徴される共同体という性格づけを提供する」と結論する（高橋，一九九八，五二八―五三五頁）。政治家の放言に止まらず、憲法学説のレベルでも、「日本国」のエトノス性を強調する議論が存在する以上、国民国家のデモス性を強調する文脈で援用される社会契約論の効用は、今なお失われているといえるだろう。

4 社会契約論における同意の意味

盛山正夫のいうとおり、「契約論の原型は、われわれもしくはわれわれの仲間が実際に契約したという事実に基づいて、その契約内容がわれわれを拘束する、というもの」である（盛山，二〇〇六，八七頁）。そのため、「自然的自由にある人間の自由な同意」という原理は歴史的に証明することが不可能であると論じたヒュームの議論が、古典的な社会契約論批判となる（Hume, 1987, pp. 470-471）。もちろん、蟻川恒正がいうとおり、社会契約論は「その成立の原初より、専ら言説上の経験として在った」のだから、「その言説上の仮構性を言いたてることが、有効な批判を構成するといえるだろうか」と反論することはできる（蟻川，一九九四，一〇三頁）。そもそもカント自身、社会契約は市民的体制の下での「単なる理性

の理念」であり、契約が事実として存在する必要はまったくないし、そもそも不可能であると論じていた(カント、二〇〇〇、一九七―一九八頁)。

仮想の社会契約論が現実の同意を必要としないのであれば、ヒュームの批判をシリアスに受け止める必要はないのだろうか。そうは考えない論者もいる。たとえば、ロナルド・ドウォーキン¹は、仮想の社会契約は現実の契約の単なる弱い形式なのではなく、そもそも契約ではないと批判する(Dworkin, 1978, p. 151)。一般の契約が当事者を拘束するのは、当事者が現実²に合意をしたからである。どんなに有利な取引内容であっても、「私」が実際に同意しなければ、契約は成立せず、「私」は当該契約に拘束されない。よって、誰も現実の同意をしない仮想の社会契約は、誰も拘束しないことになる。

この現実の同意という問題を重視するのが、A・ジョン・シモンズ³である。シモンズによれば、ロック政治思想の特徴は、政府の正当化(justification)と政府の正統性(legitimacy)を峻別した点にあり、諸個人との関係で政治権力が正統性をもつのは、彼・彼女が自由な同意を現実に行った場合だけである。たとえどんなに「善き国家」であるとしても、そこへの参加を望まない個人に参加を強制することはできない。この理屈を否定するのは、個人の自然的自由という考え方の否定である、とシモンズは論ずる(Simmons, 2001, pp. 128-136)。もちろん、彼も現実の同意が存在したなどと考えてはいない。シモンズは、ロックに従って政治的義務の根拠を個人の同意に置く一方、ヒュームに従って既存の国家についてそのような同意が存在しないことを認めるのであれば、私たちは「哲学的アナーキズム」を受け入れるほかないと論ずる(Simmons, 1993, p. 201)。そして、個人の同意のみが政治権力を正統化すると考えるかぎり、既存の国家はすべて正統性をもたないことになると彼は結論する(Simmons, 2001, pp. 155-156)。

この一見ラディカルな結論も、実践的にはごく穏健なものである。シモンズによれば、哲学的アナーキストは、非正統な国家への抵抗を道徳的な義務とは考えない。また、非正統な国家の下、個人は法律に従う一般的義務を負わないが、現存するほとんどすべての法制度の下で重大な犯罪とされる行為を控える道徳的義務を負う(Simmons, 1993, p. 262)。政府は正当性と正統性の両方を欠く場合にも、一定の場合、一定の方法で行動することが正当化される。なぜなら、そのような場合には、誰でもそのように行動することが正当化されるからである。ドイツ第三帝国がどれほど正当性と正統性を欠いていようとも、レイプを法律で禁止し、レイプ犯を処罰することが正当化されるのは、この理由に基づく(Simmons, 2001, p. 156)。

シモンズの議論の問題点は、国家の正統性をラディカルに否定しておきながら、安易に国家権力の行使を正当化する点にある(7)。彼の議論では、累進課税は正義に反すると考える個人(国家への現実の同意はしていない)に対して、累進制を取る所得税法に基づく課税をすることが許されるのだろうか。もし「許されない」と答えるならば、政治論としては著しく非現実的だろう。他方、「許される」と答えれば、正当性も正統性も欠く国家が正当に行える権力行使は存外に広い、ということになるだろう。ならば、このような議論をするに、どんな実践的意味があるのか疑問である。ジョナサン・ウォルフもいうとおり、法律に従う一般的義務を認めたからといって、どんな場合にも、どんな内容であっても、必ず法律に従うべき義務がある、と結論しなければならないわけではない。そんなことを考えるのは、ある種の不愉快な狂信者だけだと彼は述べるが(Wolff, 1996, p. 42)、私も同感である。

現実の同意を厳格に要求するシモンズの議論が受け入れがたいのであれば、私たちは社会契約論における同意の意義を弱めるべきだろうか。長谷部恭男は国家の正当化論として、①国家が人々の自発的な合意によって成立するから正当とする「発生論的正当化」と、②国家は自然状態の困難を解決し、人々の効用を増大させるから正当とする「帰結主義的正当化」があるとした上で、社会契約論は①の試みを放棄した方が賢明であると主張する。長谷部によれば、ホブズ、ロック、ルソーの社会契約論は②として説明されうるし、ロールズの仮想の社会契約には独自の正当化能力はないから、②の変種とされる(長谷部、二〇〇〇、一一二頁)。社会契約論を「帰結主義的正当化」に純化して理解するならば、長谷部は、ヒュームと同様に、政府への服従義務を個人の同意に求めることはできないだろう。したがって、社会契約によって成立する政治社会が自然状態よりも自己の効用を増大させないと考える個人には、「逃亡の自由＝退出の自由」が保障されることになる(長谷部、二〇〇〇、二一一二三頁)。

しかし、社会契約論者は国家の基本原則を問題とする場合、個人の「退出の自由」を安易には承認しないように思われる。たとえば、ロックは、社会契約参加者が自己の判断で自然状態に戻ることを認めない(Locke, 1988, p. 349)。また、ロールズも、「閉じられた社会」と「世代間の協同」を前提にした個人の合意を扱う点で、国家の基本原則が問題となっている場合には、「退出の自由」を制限していると解することができる(Rawls, 1996, pp. 11-18)。この「退出の禁止」をいかに理解すべきか。ロックにおける「退出の禁止」は、ロバート・フィルマーの原始契約批判を前にして、個人の「自然的自由」を擁護するため

の理論的装置であった(愛敬, 二〇〇三, 一六〇—一六二頁)。また, ロールズにおいては, 原初状態の個人を「ホモ・エコノミクス」から「公共的市民」に転換する機能を果たしていると評価できる。ともあれ, 社会契約論には, 長谷部のいう「帰結主義的正当化」には回収しきれない機能と効用があるように思われる。

ところで, シモンズは, ①自発的結社に近づけば近づくほど, 国家は正統性を獲得すると論じ, そのための具体策として, ②多様な内容の市民権を用意することや, 移民や移住を現実的な選択肢とするための施策が必要だと主張する(Simmons, 2001, pp. 146-147, 156)。具体的な施策の是非を論ずるつもりはない。私が賛成できないのは, ①の点である。諸個人にとって国家は強制加入団体であるにもかかわらず, 国家は諸個人の同意によって正統化(正当化)されねばならないという点が決定的に重要であると考え。ここで, 現実の同意を重視するシモンズの議論の帰結が奇妙なことに, 同意の意義を極小化する長谷部のそれと似ている点に注目したい。議論の出発点を正反対にしながら, シモンズと長谷部の議論の帰結が似てしまうのは, 「退出の禁止」というロックやロールズの社会契約論にとっては決定的に重要な問題を, 両者が共に軽視しているからであろう。

5 「国民」と「市民」——社会契約の境界

杉田敦によれば, 「合意が成立した」といえるためには, あらかじめ合意の母集団が定まっていなければならない。それなのに, 社会契約は契約の母集団としての「群れ」がどのように区切られたのかを語ってこなかった。しかし, この沈黙は, 「群れ」に対して加えられた「国民化」の権力の重大性を過小評価することになる(杉田, 二〇〇五, 一〇—一二, 三一—三三頁)。杉田は, 「国民という単位の特権化という選択肢は, 二〇世紀における国民化権力の歴史を知るわれわれにとって, そして長期にわたる国民化を経てなお残る多様性や, さまざまなマイノリティ集団の自己主張を知るわれわれにとって, もはや無邪気に採用できるものではない」と論ずる(杉田, 二〇〇五, 五〇頁)。また, 契約原理主義者は「純粋な同意による国家」という理念を示すことで, 国家形成の暴力性を結果的に隠蔽しているとも批判する(杉田, 二〇〇五, 一二五頁)。ここで強調しておきたいのは, 「三」で論じた「デモスとしての国民国家」であっても, 深刻な問題があると杉田が論じている点である。

同様の議論をする者は少なくない。ジェームズ・タリーは, 近代立憲主義は多元主義の下での文化的承認要求にとって, もはや桎梏であると論ずる。国民国家における唯一の主

権を前提とし、その主権主体に同質的な「国民」を設定する近代立憲主義の論理は、文化的多元性に適合的な統治形態（たとえば連邦制）を例外扱いするばかりか、「国民国家」の名の下に少数民族の文化等を同化しがちであると彼は批判する(Tully, 1995, pp. 14-15, 37, 52-57)。また、シェルドン・ウォーリンによれば、社会契約論は人々の間の集合的記憶(特に集合的不法行為の記憶)を忘却させる装置である。なぜなら、社会契約論の参加者は理性的な権利主体という抽象化された存在であり、彼は人種・肌の色・ジェンダー・共同体・信条といった個別的なアイデンティティを備えていないからである(Wolin, 1989, pp. 33-37)。

「国民国家形成の暴力性」を隠蔽する（とされる）社会契約論は批判され、克服されるべきものなのか。ピエール・ロザンヴァロンは、「予測医学」によってリスクの個人化が進むならば、保険可能なリスクという観念そのものが消滅するだろうと述べる。これは「社会契約に伴っていた無知のヴェールが、今や修復しがたいまでに引き裂かれる」事態である。このような状況の下、「共通の世界への帰属感覚という意味での公民精神の再建」、すなわち「国民の再創造」なしには、「連帯主義的福祉国家の存在は不可能」である。そこで、「社会契約にドラマを与える」ことが必要だと彼は論ずる(ロザンヴァロン, 二〇〇六, 三〇一三四, 七二一七五頁)。また、ミラーも、私たちが累進課税や機会均等法に賛成するのは、国民国家(national communities)が提供する絆の感覚が、正義の条件の下で他者と共存することへの関心を人々の間にもたらすからであると述べている (Miller, 2003, pp. 117-119)。ここでは、二人とも、福祉国家的な再配分政策を正当化しようとするならば、「国民」の観念が必要だと論じている点に注目しておこう。

社会契約論が設定した「境界」は「国民」だけではない。「市民」という境界もまた、特定の属性を持つ人々を社会契約の主体から排除してきた。カントが「市民」から女性と子どもを当然に排除し、さらに「市民」を「自分自身の支配者である」人々、すなわち、生計を立てるための何らかの財産の持ち主に限定したことは周知のとおりである(カント, 二〇〇〇, 一九四一一九五頁)。カントによる「市民の境界設定」の問題性は、単なる歴史的限界として説明すれば、それで足りるのかもしれない⁽⁸⁾。しかし、ロールズも、正義の第一の問題は、社会への完全かつ積極的な参加者の関係に関わるとして、一定程度以上の身体障害者や精神障害者を「市民」から排除している(Rawls, 1999, pp. 83-84)。このロールズの境界設定を歴史的限界として弁護することはできまい。また、奥平康弘は人権の原理論のレベルで、ロールズと同様に「人権」主体の境界設定を行う。奥平によれば、実定憲

法の人権規定の背景にある哲学レベルの「人権」を考える場合、人権の主体は「一人前の人間」、すなわち、「最小限の程度において理性的な判断能力を具えている者」に限定される。よって、「こども、ある種の老人、精神障害者、脳疾患患者」などは含まれないことになる(奥平、一九八八、一三七—一三八頁)。このように論ずる奥平が、「人権」論は社会契約論を前提にすると述べていることは、本稿の課題との関係で興味深い(奥平、一九九三、二五頁)。

社会契約の境界設定の恣意性を告発する議論には、傾聴すべき問題提起が少なくない。しかし、ロザンヴァロンが指摘するように、実際に「無知のヴェール」が修復不可能なほどまでに切り裂かれてしまったとすれば、「国民」という共同性の回復なしに、グローバル市場経済の激流に抗して、福祉国家的な再配分政策を実行していくことは可能なのだろうか。ならば、「退出の自由」を安易に認めないロックやロールズが、原理論のレベルで「(デモスとしての)国民」の観念を前提にしているからといって、当然に彼らの議論が批判され、克服されるべきということになるのだろうか。

また、一定の老人や障害者を社会契約の主体から排除する議論が酷薄というわけでもない。利害・価値観を異にする諸個人が同意できる制度や規範の基本事項を記述する上で、必要不可欠な理論的操作と評価することも可能である(長谷部、二〇〇六、一五〇—一五一頁)。「立憲主義は少数者や社会的弱者の人権を保障するものだ」という常套句に迷わされてはならない。立憲主義とは本来、「普遍的に承認されるべき権利要求を多数者の意思に反してでも各人に保障する」という規範的議論であったはずだ。少数者の主観的な利害・価値観がいきなり「人権」という普遍性を纏うのはやはりおかしいというべきだろう。ならば、社会契約論や人権の原理論のレベルで、特定の属性を持つ人々を除外しているからといって、当然に彼らの議論が排斥されるべきとはいえないのではないか。

ロールズや奥平が擁護したのは、「リベラルな市民権」という観念だった。それは社会の構成員各自が平等に享受する一連の権利として理解される。しかし、ミラーによれば、急進的な多元主義の出現とともに、それは困難に陥る。社会の構成員に共通する「市民」の観念自体が維持できなくなるからである(Miller, 2000, pp. 43-46)。この場合、リベラリズムにとっての選択肢は二つある。第一の方法は、リベラルな制度のプラグマティックな正当化への退却、すなわち、集団間の紛争を回避するための唯一の選択肢はリベラルな制度の採用であると論ずるやり方である(Miller, 2000, p. 48)。日本の憲法学者の中では、長谷部恭男が自覚的にこの立場を採っている(長谷部、二〇〇四、四八一—四八二頁)。第二の方法

は、もっと攻撃的なものである。リベラリズムが道徳的に異議申立ての対象となりうることを承認しつつも、それは政治的・道徳的に擁護するに値すると主張する立場である。この「戦闘的リベラリズム」は、非強制的な方法で人々のアイデンティティをリベラルな方向に誘導することを容認する(Miller, 2000, pp. 48-49)。日本国憲法の規定とその背景にある西欧立憲主義の理念を具体化することで、日本社会のあり方を変容させようとした戦後憲法学の主流は、この戦闘的リベラリズムと論理構造を同じくするといえるだろう⁽⁹⁾。

戦闘的リベラリズムは、盛山和夫が批判する「包括的リベラリズム」と内容をほぼ同じくする。包括的リベラリズムは包括的教説として自らが「真」であることを主張するものであり、自らと対立する他の包括的教説（たとえば宗教や伝統文化の規範）を「偽」と考える。この立場からすれば、世界のどの場所においても可能なかぎり、個人は文化的伝統や宗教的信念から解放されて、各自の自己決定が尊重されるべきことになる。このような普遍主義を標榜する包括的リベラリズムはその性質上、客観的で究極の価値基準を求める「基礎づけ主義」のプロジェクトとなるが、盛山によれば、現代の多元主義の下では、それは失敗する運命にある(盛山、二〇〇六、二五三―二五八、三〇六―三二五頁)。ならば、「戦闘的リベラリズム」として解釈できる戦後憲法学の主流的立場も、同様に失敗する運命にあるのだろうか。

6 憲法制定と社会契約

しかし、憲法理論の観点から考える場合、盛山和夫が指摘する「普遍主義の困難」は軽減される可能性がある。カーンによれば、近代の民主政体は自己啓示という先験的行為——革命——に基礎付けられている。近代立憲主義（権力の制約）を生み出したのは人民主権(絶対的権力)であるという逆説がある。よって、憲法の設計という場面では「理性」が重要な役割を果たすが、憲法の究極的権威はあくまでも「意思＝主権」に由来する。憲法制定という行為は、主権者意思の革命的行為を保存する営為である。カーンによれば、「理性」は普遍主義へと向かうが、「意思」は個々の共同体の「自己創造の物語 narrative of self-creation」を特権化する。憲法学者は（たとえ「原意主義者」でなくとも）、固有の来歴をもつテキスト(＝憲法典)の内容を具体化させるのが立憲主義だという主張をシリアスに受け止める(Kahn, 2006, pp. 268-271)。カーンの指摘にあるとおり、政治理論と対照した場合の憲法理論の特徴は、それが「制憲者意思」への忠誠(少なくとも配慮)を共通の前提としている点にある。「理性」の範囲で「基礎付け」を行おうとするから、包括的リベラ

リズムは失敗する運命にある。ならば、憲法学は制憲者の「意思」を持ち出すことで、包括的リベラリズム（普遍的真理のごとくに擁護される立憲主義）の基礎付けという（失敗する運命にある）理論的考察を回避することができるかもしれない。

杉田敦は、戦後日本で社会契約論が愛好されたことには理由があったとしながらも、日本国憲法の成立過程には合意の自発性の点で問題があるといわざるをえず、そのため、社会契約論者は、社会契約を完全なものにするために、憲法を「選び直そう」と主張する議論（加藤典洋）に対して正面から反論しにくいとの認識を示す。そして、「契約という特権的な瞬間」を重視する社会契約論は、日本国憲法の下での様々な法律・判例・学説・実務の積み重ね（政治的プラクティスの蓄積）の意義を軽視する結果になりかねないと批判する（杉田、二〇〇五、一二一—一二三頁）。杉田はまた、「憲法典をつくる瞬間を特権化する考え方は、必然的に、すべての政治問題を憲法政治（ここでは、憲法の改正ないし再制定の動き）に結びつける傾向を助長する」から、社会契約的な理論構成を取ることは今や、決して生産的ではないと論じて、蓄積された政治的プラクティスの定着化を憲法学は課題にすべきとの提案を行う（杉田、二〇〇四、一二—一六頁）。

杉田の議論が重要な問題提起であることは承認するが、ただし、彼の議論には過度の一般化があるように思われる。たとえば、前述したように、人権の原理論のレベルでは社会契約論を重視する奥平康弘はそれにもかかわらず、プラクティスを重視する憲法論を展開している。奥平が擁護する「憲法」とは、「解釈と実践をつうじて現実のコンテクストに適合的なものとして、新しく鋳直された『憲法』」である。そして、「法の発展ということがもしあるとすれば、それは、ほとんど常に特殊・具体性を帯びたケースを切り口として『想像力』をはたらかせて橋頭堡を築き、それがやがて一般化され普遍化されるという性格のものである」と考える奥平が、加藤典洋の議論を厳しく批判する理由は、加藤が表現の自由の場面ではこのような意味での「憲法」（「世代間の共同作業プロジェクト」としての憲法）に便乗しておきながら、憲法九条の場面では「世代間の共同」を「他人事として語る」、その態度の非一貫性にある（奥平、二〇〇三、一四、三八—四三、七五—七六頁）。

とはいえ、憲法制定という「社会契約の瞬間」を特権化できなければ、硬性憲法の正当化には失敗するのではないか、という疑問は残るだろう。実際、戦後日本の憲法学は、日本国憲法の制定を「八月革命説」で説明することによって、カーンのいう「自己創造の物語」を捏造してきた（あえて「捏造」という言葉を使おう）。奥平と同様に、人民が世代を超えて自らの基本的な法的・政治的コミットメントを記憶・堅持する努力を行うための道

具として、憲法を捉えるジェド・ルーベンフェルドによれば、このようなコミットメントに基づく自己統治は、人民の政治闘争や民主的な憲法制定という歴史的事実(憲法制定時における「我ら人民」の感情と情熱)を必要とする。そして、このような歴史的事実を欠くがゆえに不安定な憲法として、彼が例示するのが、日本国憲法である(Rubinfeld, 2001, pp. 12-13, 129-130)。「社会契約の瞬間」を特権化する歴史的条件を欠く日本国憲法の下では、社会契約論とプラクティス重視の憲法論を和解させる試みも失敗に終わるのだろうか。

ただし、私のみるところ、この試みが失敗するか否かはかなりの程度、社会契約の内容をどれくらい濃密に考えるか、ということに依存する。たとえば、表現の自由や政教分離を憲法で保障することは、「制憲者たちが契約した内容だから、後世の私たちをも拘束する」という論理に訴えなくとも、規範的に正当化可能である(愛敬, 二〇〇四, 三六四—三六九頁)。また、社会契約論の内容がすべて、違憲審査制や憲法裁判所によって通常の民主過程における決定から「聖域化」されるべきと考えるから、社会契約と政治的プラクティスの対立が深刻にみえるのかもしれない。しかし、人権の問題に関する最終決定権(last word)を立法府に留保しておきながら、制定法が権利保障規定に違反するか否かを裁判所が審査することを認める「ハイブリッド型」の権利保障システム(たとえば、国会の判断で制定法を違憲審査から「適用除外」することを認めるカナダ人権憲章や、裁判所に「不適合宣言」をさせるに止まるイギリスの一九九八年人権法)という制度設計も可能である(Goldsworthy, 2003, pp. 483-484, 504-505)。この場合、社会契約にかかる理論的負荷は相当地に軽減されよう。ともあれ、「二」でも論じたとおり、憲法理論において社会契約を論ずる場合、具体的な憲法制度や憲法実践との関係において、その是非が議論されるべきである。

日本国憲法に引き付けて考えると、憲法九条を社会契約の論理で正当化すれば、その内容は濃密なものにならざるをえないという問題がある。この場合、社会契約は政治的プラクティスを裁断する規範として援用されるからこそ、それに反対する政治勢力は「契約破棄の誘惑」に駆られることになる、という杉田の説明が説得力をもつ。ただし、「護憲派は社会契約の論理で憲法九条を擁護してきた」という理解にも、過度の単純化があるように思われる。たとえば、私自身は憲法九条をGHQによる「押しつけ」と認めたうえで、その改正の是非は具体的な政治的文脈において議論すべき事柄に過ぎないことを一貫して主張している。私が「押しつけ憲法論」を批判するのは、この「具体的な政治的文脈」を捨象して、九条改正の政治的意図を隠蔽するために利用される方便に過ぎない考えるから

である(愛敬, 二〇〇六, 四二一四三, 六二一六八, 一九一一二一二頁)。よって, 私も, 「憲法九条は日本国民の原始契約だから, これを放棄すべきではない」という議論は, 実践的な議論としてはともかく, 理論的にはさまざまな難点があると考える⁽¹⁰⁾。

7 小括

憲法学は自らの営為を既存の憲法典の解釈に限定することで, 社会契約の内容は何か, なぜ私たちは社会契約に拘束されるのか, といった厄介な問題の考察を回避できる。しかし, このような原理的問いを回避して, 成文憲法に逃げ込むのであれば, 憲法という社会契約の内容に不満な党派は, 憲法そのものに対する粗野な攻撃を繰り返すだろう。よって, 憲法学にとっての選択肢は二つあるように思われる。一つは, 杉田敦の助言を受け入れて, 社会契約論の利用を止めることである。もう一つは, 立憲主義にとって社会契約が今なお「生ける理念」だと考えるならば, 社会契約をめぐる原理的考察を回避しないことである。本稿は第二の立場に立って, 若干の考察を試みたものである。

しかし, ヒュームの原始契約批判を嚆矢として, 社会契約論にはさまざまな理論的批判が投げかけられてきた⁽¹¹⁾。日本国憲法の場合, その制定過程を社会契約で説明することは, たとえフィクションのレベルでも, 著しく困難だという事情もある。それにもかかわらず, 第二の選択肢を選ぶのはなぜか。ジェレミー・ウォルドロン⁽¹²⁾の議論が示唆的である。現代リベラリズムの基礎にあるのは, すべての社会組織は構成員全員に理解可能な形での正当化を必要とするという考え方である。すべての社会関係から孤立した個人など想定しがたいにしても, 自らの来歴を成すさまざまな社会関係から距離を置き, 反省をし, そして批判する能力を各人が持つことは好ましいし, 政治理論はこの可能性を掘り崩すべきではない(Waldron, 1993, pp. 41-44, 389)。憲法理論についても同じことがいえるだろう。ならば, 憲法学は——その理論的困難にもかかわらず——社会契約論をめぐる原理的考察を回避すべきではないということになる。社会契約は立憲主義にとって, そして立憲主義を奉ずる憲法学にとって, 今なお「生ける理念」である。私はそう考える。

(1) 『統治二論』の執筆時期の再確定(名誉革命の約一〇年前に執筆された)と, アメリカ独立革命における共和主義の再発見以来, 政治思想史の分野では, 『統治二論』が本当に名誉革命を正当化するものなのか, アメリカ独立革命への影響は本当に絶大だったのか等々の

問題が議論されてきた。この問題に関してはとりあえず、愛敬、二〇〇三、二七一三六、二一三一―二一四頁を参照。

(2) 日本の憲法学に引き付けて考える場合、「社会契約論の黄金時代」は一九四五年以降の「戦後日本」にも特有な形で存在したというべきだろう。「王権神授説」的な大日本帝国憲法から、基本的人権の尊重と国民の信託に基づく統治を定めた日本国憲法への転換の画期的意義を説明する上で、ロック政治思想の重要性が強調された事実がある。たとえば、日本国憲法施行の翌年(一九四八年)、清宮四郎が「日本国憲法とロックの政治思想」と題する論文を公表し、日本国憲法の思想的背景にはロック政治思想があると論じたのは、その一例である(清宮、一九六九、三一三頁)。また、清宮と同様、日本国憲法とロック政治思想の原理的な同一性を指摘した長谷川正安は、戦前のロック研究が不振であった事実は、明治国家におけるブルジョア民主主義の脆弱性を物語っていると評していた(長谷川、一九七九、二七一―三二頁)。

(3) 「内的視点」の説明としては、長谷部、一九九一、一五三―一六二頁が分かりやすい。

(4) ロックは政治社会の形成や政府の設立を説明する際、*contract* ではなく、*compact* や *agreement* という語を主に使用する(Locke, 1988, pp. 276, 332, 335, 382)。編者のラスレットによれば、このロックの用語法は意図的なものであり、自分の議論を厳密に法学的観点から読まれないようにするための工夫であったとされる(Locke, 1988, p. 113-114)。

(5) マイケル・サンデルは、憲法論議から導き出された諸前提(「切り札としての権利」や「国家の中立性」など)が、アメリカにおける政治論議のあり方をますます規定するようになったことを問題視する(Sandel, 1989, p. 538)。

(6) ハーディンとは、個人間の契約とは異なり、憲法はその内容を執行する第三者が存在しないから、憲法を契約の比喻で語ることを止めるべきと主張する(Hardin, 1999, pp. 10, 86-89, 98)。彼の主張が妥当ならば、「憲法学における社会契約論の意義」という本稿の問題設定自体が誤りということになるだろう。ただし、ハーディンは、自分の議論がプラグマティックで実証的なものであり、国家の正統性のような規範的議論に立ち入るつもりはないことを明言している(Hardin, 1999, pp. 38-39, 109)。よって、彼の議論は、カーンの挙げる社会契約論の特徴のうち、②と④を欠いていることになる。憲法学の問題関心からすれば、④の特徴が特に重要だと私は考えるので、本稿ではハーディンの議論を検討の対象としない。

(7) 人々がアナキズムを受け入れないのは、国家に従う義務を正当化する議論の哲学的妥当性を確信しているからではなく、国家のようなものなしでもうまくやっていると誰も信じていないからである(Geuss, 2001, p. 68)。この指摘が妥当ならば、シモンズの議論に困惑するのは、政治的義務論の専門家だけなのかもしれない。

(8) ロールズや奥平のような現代の社会契約論者は、カントとは異なり、女性を「市民」から排除はしない。しかし、女性の包摂によって問題が片付くわけではない。キャロル・ペイトマンが批判したとおり、古典的な社会契約論は、家族内における男女の権力関係の問題(sexual contract)を政治の領域から放擲し、家長による社会秩序を形成した。そして、「社会契約論の第二期黄金時代」においても、この「性的契約」の問題は無視されていると彼女は批判する(Pateman, 1988, pp. ix-x, 1-7)。これはいうまでもなく、現代におけるフェミニズムとリベラリズムの主戦場、「公私二元論」の問題である。詳しくは、本書所収の巻美矢紀による論考を参照。

(9) 「戦後憲法学」がリベラリズム（そして近代立憲主義）の核心である「個人の尊重」にどれだけこだわってきたのかは疑わしいが、ここで注目しているのはあくまでも、「論理構造」の類似性である。樋口陽一は戦後憲法学における「立憲主義の過少」を、井上達夫は「リベラリズムの弱さ(パターナリズムの優位)」を論ずる（樋口，二〇〇二，七一―七五頁，井上，二〇〇三，二〇九―二一一頁）が、基本的には私も同感である。

(10) 千葉眞は憲法九条を「戦後日本の社会契約」と呼び、「九・一一事件」以後の自衛隊海外派兵体制の構築を「契約破棄」と捉える(千葉，二〇〇三，一九九―二〇七頁)。このような論じ方の実践的意義は私も認める。九条の価値を信じる人々の間での確信を強める機能はあるだろう。しかし、九条が社会契約であるというためには、政治理論・憲法理論の厳密さの追求をある程度、放棄する覚悟も必要であろう。

(11) ウォルフは、「合理的な法制度の下では決して、ある世代が後の世代を拘束する契約を結ぶことは許されない」と述べる(Wolff, 1996, p. 44)。また、ラフリンも、社会契約論が憲法理論としては説得力を欠く一番の理由は、歴史のある時点で制定された憲法の諸ルールが、制憲過程に参加できなかった後の世代をも拘束するのはなぜかを説明できないからだと述べる(Loughlin, 2005, p. 193)。この疑問に対しては、いわゆる「プリコミットメント論」による応答が可能だが(愛敬，二〇〇四)，プリコミットメント論は必ずしも社会契約論を必要としない点にも留意すべきである(Elster, 1984, p. 103)。この「社会契約と

世代間の公平」という問題は憲法理論にとっても重要な論点だと考えるが、紙幅の都合上、本稿では立ち入ることができない。

【文献リスト】

- 愛敬浩二，二〇〇三年，『近代立憲主義思想の原像』法律文化社。
- 愛敬浩二，二〇〇四年，「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。
- 愛敬浩二，二〇〇六年，『改憲問題』ちくま新書。
- 芦部信喜（高橋和之補訂），二〇〇二年，『憲法 第三版』岩波書店。
- 安倍晋三，二〇〇六年，『美しい国へ』文春新書。
- 蟻川恒正，一九九四年，『憲法的思惟』創文社。
- 飯島昇藏，二〇〇一年，『社会契約』東京大学出版会。
- 井上達夫，二〇〇三年，『法という企て』東京大学出版会。
- 奥平康弘，一九八八年，「"ヒューマン・ライツ"考」和田英夫教授古稀記念『戦後憲法学の展開』日本評論社。
- 奥平康弘，一九九三年，『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』有斐閣。
- 奥平康弘，二〇〇三年，『憲法の想像力』日本評論社。
- カント（北尾宏之訳），二〇〇〇年，「理論と実践」『カント全集 14 歴史哲学論集』岩波書店。
- 清宮四郎，一九六九年，『憲法の理論』有斐閣。
- 杉田敦，二〇〇四年，「憲法と政治」『憲法問題』一五号。
- 杉田敦，二〇〇五年，『境界線の政治学』岩波書店。
- 盛山和夫，二〇〇六年，『リベラリズムとは何か』勁草書房。
- 高橋正俊，一九九八年，「日本国民の観念」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』青林書院。
- 千葉眞，二〇〇三年，「戦後日本の社会契約は破棄されたのか」公共哲学ネットワーク編『地球的平和の公共哲学』東京大学出版会。
- 中曽根康弘・宮澤喜一，二〇〇〇年，『憲法大論争 改憲 vs. 護憲』朝日文庫。
- 長谷川正安，一九七九年，『入門法学全集Ⅰ 憲法(Ⅰ)』日本評論社。

長谷部恭男，一九九一年，『権力への懷疑』日本評論社。

長谷部恭男，二〇〇〇年，『比較不能な価値の迷路』東京大学出版会。

長谷部恭男，二〇〇四年，『憲法と平和を問いなおす』ちくま新書。

長谷部恭男，二〇〇六年，『憲法の理性』東京大学出版会。

ハーバーマス，ユルゲン（河上倫逸・耳野健二訳），二〇〇二年，『事実性と妥当性(上)』未来社。

樋口陽一，二〇〇二年，『憲法 近代知の復権へ』東京大学出版会。

樋口陽一，二〇〇四年，『国法学 人権原論』有斐閣。

ロザンヴァロン，ピエール（北垣徹訳），二〇〇六年，『連帯の新たな哲学』勁草書房。

Dworkin, Ronald, 1978, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press.

Elster, Jon, 1984, *Ulysses and the Sirens*, revised edition, Cambridge University Press.

Geuss, Raymond, 2001, *History and Illusion in Politics*, Cambridge University Press.

Goldsworthy, Jeffrey, 2003, "Homogenizing Constitution" *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23.

Hampton, Jean, 1993, "Contract and Consent" in *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, eds. by Robert E. Goodin & Philip Pettit, Blackwell Publishers.

Hardin, Russell, 1999, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford University Press.

Hume, David, 1987, *Essays Moral, Political, and Literary*, ed. by Eugene F. Miller, Liberty Classics.

Kahn, Pawl W., 2006, "Political Time: Sovereignty and the Transtemporal Community" *Cardozo Law Review*, vol. 28.

Locke, John, 1988, *Two Treatises of Government*, student edition, ed. by Peter Laslett, Cambridge University Press.

Loughlin, Martin, 2000, *Sword & Scales*, Hart Publishing.

Loughlin, Martin, 2005, "Constitutional Theory: A 25th Anniversary Essay" *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25.

Miller, David, 2000, *Citizenship and National Identity*, Polity Press.

-
- Miller, David, 2003, *Political Philosophy: A Very Short Introduction*, Oxford University Press.
- Pateman, Carole, 1988, *Sexual Contract*, Stanford University Press.
- Rawls, John, 1996, *Political Liberalism*, paperback edition, Columbia University Press.
- Rawls, John, 1999, *A Theory of Justice*, revised edition, Harvard University Press.
- Rubinfeld, Jed, 2001, *Freedom and Time*, Yale University Press.
- Sandel, Michael J., 1989, "Moral Argument and Liberal Tolerance: Abortion and Homosexuality" *California Law Review*, vol. 77.
- Simmons, A. John, 1993, *On the Edge of Anarchy*, Princeton University Press.
- Simmons, A. John, 2001, *Justification and Legitimacy*, Cambridge University Press.
- Tully, James, 1995, *Strange Multiplicity*, Cambridge University Press.
- Waldron, Jeremy, 1993, *Liberal Rights*, Cambridge University Press.
- Wolff, Jonathan, 1996, *An Introduction to Political Philosophy*, Oxford University Press.
- Wolin, Sheldon S., 1989, *The Presence of the Past*, The John Hopkins University Press.

第2章 「法の支配」と憲法理論

1 現代イギリス憲法理論の一潮流

「近代憲法の母国」と呼ばれてきたにもかかわらず、国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、近年では立憲主義「復権」の動きがある¹。サッチャー政権による国会制定法を利用した強権政治を前にして、従来の「市民的自由」という権利保障システムや国会主権原理への疑問が噴出し始めたからだ。このような「国会主権批判＝立憲主義擁護論」は一九九八年人権法へと結実し、イギリス憲法学においても立憲主義が共通言語となりつつある²。法の支配の復権もまた顕著である。「法学者や裁判官は近年、法の支配を再び真摯に受け止めるようになった。貶され、無視された何十年間の後でその概念への関心が復活したことは喜ばしい」とある公法学者は述べている³。

トムキンスによれば、政治制度（たとえば国会）を通じて統治者の責任を追及する「政治憲法 *political constitution*」と、政府が責任を負う主要な手段・制度を法と裁判所に求める「法的憲法 *legal constitution*」を区別する場合、伝統的にイギリス公法は政治憲法に基づいてきたが、一九七〇年代以後、政治憲法の伝統に対する法的憲法からの圧力は増大してきた。七〇年代から九〇年代において顕著であった政治憲法から法的憲法への移行は、一七世紀の二つの革命以来の憲法秩序の再編成だとトムキンスは評価する⁴。彼は今や政治憲法こそ「弁護と賞賛」の両方を必要にしていると主張するが⁵、それほど、現代イギリス憲法理論において、立憲主義や法の支配という規範的概念の復権は目覚ましい。

とはいえ、イギリス憲法を立憲主義や法の支配の観点から整合的に説明するうえで障碍となるのが、「高次の法としての憲法」という観念の不在である。イギリスでは憲法的性格を有する法律（たとえば権利章典や王位継承法）さえも、形式的には通常の国会制定法に過ぎないことは周知のとおりである。そのため、イギリス憲法の伝統と制度の下では、行政活動の適法性審査を超えて、国会制定法自体の違憲性を審査する裁判所の権限を正当化することはすこぶる難しい⁶。もちろん、ドゥオーキンやバレントのように憲法規範化された(特別保障された *entrenched*)権利章典の導入を唱えるならば、話は簡単である⁷。しかし、特別保障された権利章典や基本権を保障する硬性憲法の制定という手間を経ずに、現在進行中の司法積極主義を正当化し、さらには違憲審査をも視野に収める憲法論を展開することも不可能ではない。その秘策とは、国会制定法に対するコモン・ロー (*judge-made law*) の優位をイギリス憲法の伝統と裁判所の先例に訴えて正当化する手法である。

その第一の候補は、トマス・プールが「コモン・ロー立憲主義」と呼ぶ考え方であろう。プールによれば、コモン・ロー立憲主義は現代イギリス公法理論において有力な潮流を形成している。細部に違いがあるにせよ、この見解においてコモン・ローは基本的な価値を反映する諸々の道德原理のネットワークであり、政府活動の合法性を審査する一連の高次の価値を組み込んでいるものとされる。そのため、裁判所が重大な役割を引き受けることになる。コモン・ロー憲法の理論は今や新しい正統理論を形成しつつあるとプールは評価するが、この評価は法的憲法と政治憲法の盛衰に関するトムキンスの認識と一致している⁸。

2 なぜアラン憲法学説を検討するのか

このような現代イギリス憲法理論の一潮流を代表する論者の一人が、T・R・S・アランである。本稿では彼の憲法学説を批判的に検討してみたい。アランの学説がコモン・ロー立憲主義の最も洗練された説明を提供していると評価され、彼の著作・論文が法の支配の研究に対する重大な貢献として高い評価を受けていることはもちろん、彼の議論を取り上げる理由の一つではある⁹。前節で触れた現代イギリス憲法理論の動向を分析するうえで、アラン憲法学説は精密な検討に値する素材といえるだろう。しかし、私の問題関心はそこに止まらない。イギリス憲法理論の変容を分析するという純粋に比較憲法的関心とは別に、日本憲法学の基礎理論と関わる問題との関係でも、アラン憲法学説は批判的な検討に値すると私は考える。

言うまでもなく、立憲主義や法の支配という理念・概念は曖昧で多義的である¹⁰。たとえば、法の支配の多義性については、二〇〇〇年アメリカ大統領選でのフロリダ州における票の再集計問題について、両陣営が共に法の支配を盾にした事実を想起すれば足りよう¹¹。シュクラーの評言を借りれば、「イデオロギー的に濫用され、広く過剰に利用されたおかげで、『法の支配』というフレーズが無意味になってしまったことを示すのは少しも難しいことではない」¹²。それにもかかわらず、日本でも司法制度改革の指導理念に法の支配が使われたし、二〇〇四年七月の参議院通常選挙を前にして民主党が公表した「憲法提案中間報告」においても、法の支配が改憲構想のキーワードになっている。現在の日本では、法の支配が憲法（＝国家構造 constitution）を変更してまでも、達成すべき政治理念であるかのように語られている。

しかし、法哲学や政治哲学に関心のある憲法理論家であれば、「法の支配に関する最もあ

りがちな過ちは、それを善き法の支配と勘違いすることだ」という注意を無視することはできないだろう¹³。ジョゼフ・ラズもいうとおり、もし法の支配が善き法の支配ならば、その本質の説明は完全な社会哲学の提示を意味することになるが、その場合、法の支配という用語を使う実用的意義は何もないことになる¹⁴。そればかりか、クレイグが忠告するとおり、その場合、法の支配という用語を安易に使うことには問題がある。なぜなら、法の支配という用語は長年の利用によってそれ自体に一定の力があるから、それを利用する実体的な主張に分不相応の説得力を与え、結果として憲法論議を混乱させるからである¹⁵。以上の議論は、少なくとも一九八九年以後の憲法状況の下では、立憲主義という概念についても当てはまるといえよう。

ところが、アランはそれぞれに多義的で論争的な概念である「立憲主義、法の支配、コモン・ロー」の統一的把握を通じて、成文憲法（硬性憲法）の不在という不利な条件にもかかわらず、特定の社会哲学・政治哲学に訴えることを回避しながら、国会制定法に対する違憲審査を憲法理論的に正当化できると考えている(LLS: 4, 21, 77; CJ: 4, 20, 160)。また、近年のアランは、自説はリベラル・デモクラシー一般に通用する普遍的議論であるとさえ主張する(CJ: Preface)。よって、アラン憲法学説は、立憲主義や法の支配といった概念が憲法理論に対して果たしうる機能・効用を測定するうえで、最適の素材を提供しているということができよう。

3 『法・自由・正義』の批判的検討

本節では、アランの最初の著作、『法・自由・正義——英国立憲主義の法的基礎 *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitution*』（一九九三年）を主な検討素材として、アラン憲法学説の内容を明らかにしたい。ところで、私は先ほど、憲法理論レベルの問題に関心を持つ憲法学者であれば、「法の支配 *the rule of law*」と「善き法の支配 *the rule of good law*」を安易に混交しないはずだと述べた。しかし、同書におけるアランの基本的戦略は、ダイシー憲法学説の再構成を通じて、法の支配と善き法の支配を憲法理論のレベルで同一視することにある。そして、厄介なことにイギリス憲法の文脈では、アランの議論をそう軽々には斥けられない事情がある。

クレイグは法の支配を(a)形式的概念と(b)実質的概念に分類する。(a)は法が定立される方法・手続を問題とするものであり、法の実体的内容に関する判断はしない。法実証主義が採用する概念である。他方、(b)は法の支配という概念から一定の実体的権利を導出する。

すなわち、(b)は法の実体的内容に関する判断を含む。クレイグによれば、(b)にいう法の支配は特定の規範的正義論自体と同内容であり、法の解釈と理論において法の支配に独立した役割はない。前述のとおり、このような場合、法の支配という用語の使用は特定の正義論に対して不当な説得力を付加することになるから、その使用を禁欲すべきであると彼は論ずる。クレイグの議論の趣旨は、(b)の利用を諫めることではなく、(b)を利用するならば、自説の依拠する特定の正義論を批判者にも理解可能な形で理論的に明確化せよ、という点にある¹⁶。私は彼の提言に賛成するが、ダイシー学説を準拠枠組とするイギリス憲法学の理論状況は、クレイグが期待するほど明晰ではない¹⁷。ダイシーが法の支配に関して三つの原則を示したことは周知のとおりだが、ここで特に問題になるのは第三の原則、すなわち、「憲法の一般原則が具体的な争訟における裁判所の判決の結果であること」である¹⁸。ダイシーの法実証主義に基づく国会主権論を尊重するならば、これも(a)の観点から理解すべきといえよう¹⁹。しかし、イギリスの法制度の下では、第三原則はコモン・ローという実体的内容をもった実定法を想起させるため、(b)の観点からも理解される余地がある。

このような法の支配の理解を敢然と主張したのがアランの『法・自由・正義』である。もちろん、アランに対しては、そのような理解はダイシーの国会主権論と調和しないという批判が可能である。しかし、アランにも言い分がある。アランによれば、憲法理論家は法実務で利用できる実践的な法の支配の観念を必要とするから、実践性を犠牲にして理論的な明確性と一貫性を獲得しているにすぎない(a)を受入れることはできない(LLJ: 26)。アランはダイシーを法実証主義の悪影響から解放し、国会主権をダイシー憲法学説の「異物」へと転換させることで、「英国立憲主義＝法の支配＝コモン・ロー」を統一的に理解する憲法学上の古典としてダイシー学説を再定位しようと目論んでいる(LLJ: 2-16)。

本稿の問題関心との関係で、違憲審査に関するアランの議論をみてみよう。アランはドゥオーキン『法の帝国 Law's Empire』の議論を援用しつつ、「国会制定法＝準則＝公正」と「コモン・ロー＝原理＝正義」という二項対立を提示し、イギリスという政治体の基底的政治道德の貯蔵庫としてコモン・ローを描出する(LLJ: 11, 93, 99)。そして、コモン・ローを解釈する裁判官は、一定の限界事例においては制定法の効力を否定できるとアランは論ずる。この違憲審査の正当性は成文憲法の有無に依存しない。なぜなら、国会主権といえどもイギリスという政治体の基底的政治道德に依存するので、そのような政治道德の根本的内容を重大に侵害する邪悪な法律は、自らを支える政治道德から効力を引き出せないからである(LLJ: 130, 282-283)。とはいえ、裁判官が政治道德の問題に関する決定権

(last word)を持つのはなぜかという問題は残るだろう。アランは全ての制定法は「解釈」が必要であることを前提に、ドゥオーキンの議論にも依拠しながら、制定法の効力を決めるのは結局、裁判官の解釈であると論ずる。そして、政治道德の重要な原理を尊重しながら制定法を解釈する裁判官は、ある制定法があまりにも邪悪である場合、その制定法の適用を排除できると彼は述べる(LLJ: 266-267)²⁰。さらに、ボナム医師事件(Bonham's Case (1609) 8 Co. Rep. 107)におけるクックの意見を援用したアランは、無制約の立法主権という考え方はイギリス憲法史の誤解に基づくと主張して、憲法史の観点からも自説を補強している(LLJ: 269)。以上のとおり、違憲審査の正当性は成文憲法の有無に依存しないと考えるアランは、コモン・ローによる基本権保護とヨーロッパ人権条約によるそれとの間に基本的な構造的差異はなく、権利章典の導入は確立された法原理を再確認するに止まると論じて、権利章典導入の意義をミニマムに評価する。憲法的文書に基本権が書き込まれれば、それがよりよく保障されると考えるのは誤りであり、権利章典の導入には象徴的意味があるだけだとアランは論じる(LLJ: 143-154)。ちなみに、一九九八年人権法の制定以後も、アランはこのような見方を変えていない²¹。

ところで、『法・自由・正義』におけるアランは、「普遍的に妥当する法の支配の理論を定式化することが可能かどうかはたいへんに疑わしい」としながらも、「英国の政治体の文脈において法の支配の意味と内容を明らかにすること」は不可能ではないと論じていた(LLJ: 21)。あえていえば、『法・自由・正義』におけるアランの議論は、ドゥオーキン法哲学の援用によってダイシー学説を法実証主義の呪縛から解放し、イギリス固有の文脈に限定した形で法の支配の実質的概念を構築する、という「ささやかな試み」だったと評することもできよう²²。しかし、そうなると問題になるのは、アランの法の支配論をイギリス憲法に適用することの困難性である。国会主権の長い伝統を持ち、その法理が二〇世紀を通じて裁判官によって何度も確認されてきたイギリス憲法は、アランの議論にとって最も厳しいテストを課すものだとゴールズワージーは述べる²³。また、たとえ邪悪な制定法であっても、それを無効にする権限を裁判官は持たないという慣習的理解を法執行に携わる公務員（裁判官に限らない）は共有しているが、この慣習的理解に何らかの変化が生じたことをアランは全く証明していないとゴールズワージーは批判する。もしイギリスの裁判官がそのような理由で制定法を違憲無効とすれば、立法府と行政府から怒りの抵抗を受けるだろうと彼は述べるが、要するに、ゴールズワージーの批判のポイントは、イギリスの法執行に携わる公務員の慣行はアランの議論を支持しないという点にある²⁴。

「我々がコモン・ローを基本権の源泉と見なすことに慣れてないとすれば、その理由の一部は、我々の法的分析が不十分であったことに求められる」(LLJ: 136)と応ずることで、アランは自説を擁護することができるだろうか。憲法史に訴える議論には見込みが少ないといえよう。ボナム医師事件を違憲審査の正当化に援用する議論は、かつて田中英夫が批判したとおり、非歴史的な議論である²⁵。また、一七世紀イギリスの政治争点は、「国会における国王＝国会主権」と「国会の外の国王＝国王大権」の対立だったのであり、「国会主権」と「司法＝違憲審査」の対立であったわけではない²⁶。百歩譲って、ボナム医師事件を違憲審査の先例と解釈できるとしても、現在では国会主権を民主主義の観点から擁護する議論も有力である以上²⁷、選挙に基づく庶民院が優位する現代の国会が制定した法律と、民主主義とは無縁な市民革命以前の国会が制定した法律を同一視して、いずれの場合にも裁判所は国会制定法を違憲無効にできるとする論法は、憲法の歴史と理論を軽視した乱暴な議論というべきだろう。

よって、アランとすれば、イギリス憲法の伝統に過度に訴えることなく、法の支配の一般理論を通じて違憲審査を正当化することが必要になる。ただし、クレイグの批判を前提にすると、法の支配（論）は特定の正義論（政治哲学・道徳哲学）から独立して正当化される規範的議論でなければならない。このような難題を抱えたアランが二冊目の著書、『憲法的正義——法の支配の自由主義理論 *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*』（二〇〇一年）で頼ったのが、ロン・フラーの「法の内在道徳 *internal morality of law*」の議論だった。その目論見が成功したか否かの検討は次節に譲るとして、ここでは別の問題点を指摘しておきたい。アランの議論はリバタリアニズムとの親和性が著しく高いという点である。司法積極主義や違憲審査を批判する民主主義派の憲法学者はイギリスの裁判官の出自の偏りを問題にし、彼らが労働運動等に対して敵対的であったことを批判する²⁸。ならば、アランが自説をリバタリアニズムと差別化できない場合、彼は自説に対する猛攻撃を覚悟して然るべきである。

しかし、『法・自由・正義』の時点のアランはこの問題について、さほど自覚的ではなかったようだ。同書の特徴の一つは、リバタリアニズムと平等主義的リベラリズムの区別が見事なほど曖昧な点にある。アランは「英国立憲主義＝法の支配＝コモン・ロー」という統一的把握の観点から、ダイシーとドゥオーキン、そしてハイエクの法理論の共通性を論ずる(LLJ: 2-7)。また、ドゥオーキンが議会制定法による所有権のルールの変更を積極的に容認するにもかかわらず²⁹、(必ずしも財産権擁護の文脈ではないが)アランはドゥオーキ

ンが公正を尊重しすぎると批判して、ドゥオーキンよりも議会制定法の役割を限定する(LLJ: 11-12, 99-101)。問題は抽象レベルの話に止まらない。労働争議のために行われるストライキの民事免責を広く認める一九七四年労働組合・労働関係法は、私的利益を追求するだけの公法上特別の地位を有さない特定の集団に例外的な特権を付与するものであり、法の支配に違反すると——ハイエクを好意的に引用しつつ——アランは論ずる(LLS: 62-63)。他方、ユーイングは完全雇用政策とコーポラティズムを特徴とする戦後イギリス福祉国家の政治体制を「社会的憲法 the Social constitution」と呼び、一九七四年に労働党政権と労働組合会議(TUC: Trade Union Congress)の間に結ばれた「社会契約 Social Contract」にその頂点を見出す³⁰。サッチャー政権はこの社会的憲法を破壊したのであり、その主要イデオロギーはハイエク流の法の支配だったとユーイングは論じている³¹。一九七四年当時の労働党の労働政策の当否はともあれ、憲法理論のレベルにおけるアランとユーイングの見解の対立は、アランがリバタリアニズムに傾斜していることの十分な傍証となろう³²。

4 『憲法的正義』の批判的検討

では、アランの二冊目の著書、『憲法的正義』は、以上の問題点を克服したのだろうか³³。前述したとおり、イギリス憲法の伝統や先例に頼ることなく、特定の正義論にも訴えずに、実体的内容を持つ法の支配（＝善き法の支配）を正当化しようとするアランが頼ったのがフラーの法の内在道德の議論であった。長谷部恭男の簡潔な整理を引用するならば、フラーの議論は、「法が人々の行動を規制しうるために必要な条件は何かを検討する」ものである³⁴。その分析を通じて、フラーは遡及処罰の禁止や法の明確性等の実体的な規範的要求を特定の正義論に訴えることなく、法の支配の内容に読む込むことに成功した³⁵。フラーの法の内在道德を使えば、アランはイギリス憲法の伝統や先例に訴えることなく、同時に特定の正義論にも依拠せずに、善き法の支配を正当化できるかもしれない。

しかし、問題なのは、フラーが法の内在道德で描き出した実質的価値の内容は、現在の一般的な立憲主義に含まれる諸価値と比べてかなり見劣りがする点だろう³⁶。また、アランも述べるように、支配の実行性の観点から法の支配を理解する道具的な見方では、支配者が一定の条件の下で法の支配そのものを捨て去る危険性を排除できない(CJ: 55)。そこで、アランはフラーの議論を適切な文脈において理解すべきと主張する。その「適切な文脈」とは、「人間の自由と尊厳という基底的价值」が尊重される社会である。アランによれ

ば、フラーの真の目的は、正義の追求が政府の第一の目的とされる西欧民主社会における法の手続に哲学的基礎を与えることだった(CJ: 56-57, 66-67)。よって、リベラル・デモクラシーを採用する政治社会一般において、善き法の支配を語ることが可能であるとアランは考える(CJ: 1-3)。実際、『憲法的正義』の序言でアランは述べている。「この書物の内容はいくつかのコモン・ロー法域の憲法に多くを依っているけれども、主に一般的な憲法理論の書として提示されている。私は通常の西欧型のリベラル・デモクラシーに広く適用可能な、リベラルな立憲主義の基本原則を特定し、描出しようとした」(CJ: Preface)。

アランの自負にもかかわらず、ちょっと拍子抜けした気がしないだろうか。ダイゼンハウスも指摘するとおり、フラーの議論は包括的なリベラリズムを持ち出さずに、法の支配に内在するリベラルな諸価値を導き出したところにこそ価値がある³⁷。それなのに、リベラル・デモクラシーの諸価値に対するフラーのコミットメントは過度に自制的だと批判するようでは(CJ: 73)、せっかく法の内在道徳を援用した意味が失われてしまうのではないか。どうやら、コモン・ローは基本的諸原理と結び付いたユニークな正義のシステムを提供するという「コモン・ロー例外主義」なしに、アランの見解を理解することは難しいようだ³⁸。しかし、フラーはもっと慎重な法理論家だった。彼はコモン・ロー裁判が遡及的立法を行う事実を率直に認め、その問題点を検討している³⁹。ウォルドロンによれば、フラーのこの論述には、裁判官の裁量の統制も法の支配の一内容であるという、モンテスキュー以来の思考の跡を見ることができる⁴⁰。他方、アランの著作・論文の中に、このような問題意識は見当たらない。アメリカの法律家と比べて、従来のイギリスの法律家は司法裁量（裁判官による政策形成）の問題に無頓着だったと指摘されるが⁴¹、違憲審査の問題を考える憲法理論家が同じように無頓着であっていいはずはない。

次にリバタリアニズムの問題について考えみよう。アランはハイエクの法の支配論は民主過程における正当な政治討議の余地を残さないとしてハイエクの議論と一線を画したうえで、経済活動への政府介入に対するダイシーやハイエクの敵意を本書は共有しないと述べる(CJ: 15, 21)。しかし、アランはハイエクと距離を取ろうとするが、それに失敗しているとダイゼンハウスは診断する。というのも、公正のような公的価値の貯蔵庫としてのコモン・ローと、C・B・マクファーソンが「所有的個人主義」と呼んだ諸権利の貯蔵庫としてのコモン・ローとの区別をアランが十分にしていないからである⁴²。この区別をしない場合、裁判官の社会的出自が極めて偏っているという「お決まりの批判」も、かなりの説得力を持つことになる。もちろん、サンドラ・フレッドマンのように、一九九八年人

権法によって裁判官の判決行動の民主的正当性を問う条件が整ったと考えて、裁判官の選出過程の改革等を提唱するのであれば、この問題に対する一応の対処となろう⁴³。しかし、アランは裁判官が民意に反応することについて、すこぶる消極的である(LLJ: 101-108)。裁判官の民主的正当性が問題にされない条件を維持するべく、裁判所がすでに着手している司法審査の原告適格の拡大傾向さえ批判するほどだ(CJ: 195-199)⁴⁴。『憲法的正義』においてアランは自説とリバタリアニズムとの差別化の必要性を自覚はしたが、その差別化に成功していないと私も評価する。

5 「法の外部」への視線

『憲法的正義』においてアランは、邪悪な法律に対する（極限事例における）裁判所の違憲審査権を西欧リベラル・デモクラシー一般に通用する憲法理論によって正当化したと自負している。そこで、ゴールズワージーは批判する。アメリカ型違憲審査制とイギリスの従来国会主権の間にある「ハイブリッド型」の人権保障システムをいくつかの西欧民主国家が導入し、憲法理論家も重大な関心を示しているというのに、アランは権利保障のための唯一の基本モデルがあると主張するのか、と⁴⁵。逆にクレイグは、アランがアメリカ型の違憲審査制を求めているのかどうか不明確である点を批判する。アランは「裁判官は邪悪な法律の適用を排除できる」と述べるばかりで、具体的にどのような権利保障システムを構想するのかについて、ひどく曖昧である。クレイグは、政府活動に対する権利規定的な制約の存在可能性さえ論証すれば、違憲審査が正当化されと考えている節があるとアランを批判する⁴⁶。私も同感である。

クレイグも指摘するとおり、アランは自説と異なる理論的論争を全て非実践的な形式主義として斥ける傾向がある⁴⁷。たとえば、アランはラズの法の支配に関する議論を非実践的と斥け、憲法理論家は裁判や立法の際に利用できる法の支配の概念を必要とすると述べる(LLJ: 25)。しかし、現代法理論に対するドゥオーキン『法の帝国』の貢献度がどうであれ、少なくとも、どのような権利保障システムを採用するのかという制度設計に関わる問題を考える場合に、「法の外部」の問題を無視してよいとは思えない⁴⁸。

ウォルドロンが権利章典の導入に反対したのは、価値観が多分化した現代社会において、もし我々が「個人の自由」に本気でコミットするのならば、第一になすべきことは裁判所に権利章典を執行してもらうことではなく、我々の間に自由の文化を発展させることだ、と考えるからである⁴⁹。もちろん、サッチャー政権の下でイギリスの自由の文化は衰えて

しまった。だからこそ、権利章典の導入が必要だという意見もあるだろう⁵⁰。他方で、国会主権の効用はその政治的中立性にあり、国会主権はいかなる社会変革も阻害しないが、リベラルな立憲主義（法的憲法）はラディカルな社会変革に対する障碍になりうるという見方もあるだろう⁵¹。その一方で、アメリカ型違憲審査制には反対しながらも、人権問題に関する「last word」を国会に留保した一九九八年人権法のシステムは、立法過程に権利の言説を導入すると同時に、裁判官の民主的正当性の問題を顕在化させたことで、より討議的な参加民主主義を可能にすると期待する論者もいる⁵²。中には、イギリスの旧式な裁判制度が人権法のもたらす新たな挑戦に対応できる見込みは少ないから、特別な憲法裁判所を設置して、コモン・ローの伝統と決定的に決別することが必要だと論ずる者さえいる⁵³。アランはこれらの議論を全て、「裁判に利用できない非実践的な形式主義の議論」として斥けるつもりなのだろうか⁵⁴。一つだけ確認しておきたいのは、ここで挙げた論者の多くが「法の外部」を見据えつつ、それぞれの憲法理論を構築している点である。

立憲主義や法の支配という概念は多義的で論争的な概念である。これらの概念に何か一義的で明快な実体的内容があるかのように論じて、制度改革を正当化しようとする議論には十分な警戒が必要である。特に私が問題だと思うのは、アランが現代市民社会における利害・価値観の多様性と相克を真摯に受け止めていないと思われる点である。ダイゼンハウスによれば、ラートブルフの「転向」をハートが批判した際、彼には西欧リベラル・デモクラシーがファシズムに勝利したとの確信があった。しかし、西欧リベラル・デモクラシーは現在、理論のレベルでも（フェミニズムや共同体主義からの批判）、実践のレベルでも（社会的マイノリティーの権利要求やエスニシティに基づく主張など）、重大な挑戦を受けている⁵⁵。このような時代であるにもかかわらず、アランは法の支配の意味と重要性についてコンセンサスが存在すると楽観的に論じている(CJ: 222)⁵⁶。憲法理論家の間にさえコンセンサスは存在しないように私には思えるのだが、ともあれ、アランがこのようにコンセンサスを語れるのは、彼が「裁判官の視点」を特権化し、「法の外部」を消し去った憲法理論を提示しているからではないのか。

このような憲法理論の意義と効用について、私はすこぶる懐疑的である。

* T・R・S・アラン(T.R.S. Allan)の二つの著書は次の略号で引用する。「LLS:10」は *Law, Liberty and Justice* の一〇頁を指示する。

LLS: *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, (Clarendon Press, 1993)

CJ: *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, (Oxford University Press, 2001)

¹ この問題に関しては、元山健「イギリスにおける統治状況の変容と憲法学」憲法問題一三号（二〇〇二年）九八頁以下を参照。

² ほんの一〇年前までイギリスでは立憲主義の価値にほとんど関心がなかったとバレントは述べている。Eric Barendt, *An Introduction to Constitutional Law* (Oxford University Press, 1998) p. 6. 他方、最近のイギリス憲法学の教科書の中には、その冒頭で「法の支配」や「憲法の観念」、あるいは「権力分立」など立憲主義と関連する概念の説明をするものが少なくない。たとえば、バレントは憲法学の入門書においてフランス人権宣言一六条で立憲主義を定義したうえで、違憲審査制は現代自由主義国家一般の基本的特徴であると説明している。Ibid., pp. 6-7, 14-21. 他の例として、Ian Loveland, *Constitutional Law*, 2nd. (Butterworths, 2000) pp. 1-18; Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, 3rd ed. (Cavendish Publishing, 2000) pp. 5-8.

³ Eric Barendt, “Review: Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law, by T.R.S. Allan” *Law Quarterly Review*, vol. 118, p. 161 (2002). 同様に「法の支配の復権」を指摘するものとして、David Dyzenhaus, “Form and Substance in the Rule of Law” in *Judicial Review & the Constitution*, ed. By Christopher Forsyth (Hart Publishing, 2000) p. 141.

⁴ Adam Tomkins, *Public Law* (Oxford University Press, 2003) pp. 18-24. トムキンスの認識は、七〇年代以後（特に九〇年代に入って）裁判官が司法審査(judicial review)の行使に積極的になったこと、そして、その傾向を支持する憲法理論が有力になってきたことを反映している。この問題については、岡村周一「イギリスにおける司法審査と裁判官」『京都大学法学部創立百周年記念論文集・第二巻』（有斐閣、一九九九年）一四三頁以下を参照。

⁵ Adam Tomkins, “In Defence of the Political Constitution” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, p. 157 (2002).

⁶ 本稿では叙述の便宜上、行政活動の適法性を審査するためにイギリスの裁判所が発展させてきた *judicial review* を「司法審査」と呼び、議会制定法をも違憲無効とするアメリカ型の *judicial review* を「違憲審査」と呼ぶことにする。

⁷ Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain* (Chatto & Windus) pp. 14, 23-28; Barendt, *supra* note 2, pp. 26-32; Barendt, *supra* note 3, p. 164. なお、ドゥオーキン の議論を紹介・検討する邦語文献として、植村勝慶「ドゥオーキンのイギリス権利章典論」*國學院法学*三〇巻四号（一九九三年）七五頁以下。

⁸ Thomas Poole, “Dogmatic Liberalism?: T.R.S. Allan and the Common Law Constitution” *Modern Law Review*, vol. 65, pp. 463-464 (2002).

⁹ *Ibid.*, p. 464; David Dyzenhaus, “Book Review: Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law, by T.R.S. Allan” [2002] *Public Law*, p. 379; Paul Craig, “Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy” [2003] *Public Law*, p. 97.

¹⁰ たとえば、日本憲法学においては現在のところ、立憲主義の名の下に「新自由主義的改革」を正当化することもできれば、それを批判することもできるし、立憲主義と絶対平和主義との緊張関係を主張することもできれば、「立憲民主平和主義」の三位一体の観点から絶対平和主義の普遍性を主張することもできる、と指摘したことがある。愛敬浩二『近代立憲主義思想の原像』（法律文化社、二〇〇三年）三頁。

¹¹ Jeremy Waldron, “Is Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?” *Law and Philosophy*, vol. 21, pp. 137-138 (2002).

¹² Judith N. Shklar, “Political Theory and the Rule of Law” in *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, eds. by Allan C. Hutcheson & Patrick Monahan, (Carswell, 1987) p. 1

¹³ Andrei Marmor, “The Rule of Law and Its Limits” *Law and Philosophy*, vol. 23, p. 1 (2004).

¹⁴ Joseph Raz, *The Authority of Law* (Clarendon Press, 1979) p. 211.

¹⁵ Paul Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law” [1997] *Public Law*, p. 480.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 467, 480, 487.

¹⁷ 植村勝慶「現代イギリスにおける『法の支配』論」憲法理論研究会編『憲法理論叢書⑩ 法の支配の現代的課題』（敬文堂，二〇〇二年）所収は，法の支配に関わる現代イギリス憲法学の議論状況を概観する。

¹⁸ A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (10th ed. By E.C.S. Wade, Macmillan, 1959) pp. 187-196. A・V・ダイシー（伊藤正己・田島裕訳）『憲法序説』（学陽書房，一九八三年）一七九―一八六頁。

¹⁹ Craig, *supra* note 15, pp. 473-474; 長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会，二〇〇〇年）一五一―一五二頁。

²⁰ イギリスに固有の法の支配の理論化を目指した『法・自由・正義』と比べて，リベラル・デモクラシー一般に通用する法の支配の理論化を目指す『憲法的正義』においては，制定法も必ず裁判官の「解釈」を必要とするし，具体的事案において last word を持つのは裁判官である，という主張への依存度が顕著に高まっている(LJ: 13, 202-207, 241)。T.R.S. Allan, “Constitutional Dialogue and the Justification of Judicial Review” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, p. 576 も参照。

²¹ T.R.S. Allan, “The Politics of the British Constitution: A Response to Professor Ewing’s Paper” [2000] *Public Law*, p. 380.

²² ダイシーとドゥオーキンの法理論の関係をアランが論じた論稿として参照，T.R.S. Allan, “Dworkin and Dicey: The Rule of Law as Integrity” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 8, pp. 266-277 (1988).

²³ Jeffrey Goldsworthy, “Homogenizing Constitutions” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, p. 497 (2003).

²⁴ Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament* (Oxford University Press, 1999) pp. 248-253. ちなみに，この批判は，H・L・A・ハートの「認識のルール rule of recognition」に基づく議論である。*Ibid.*, pp. 237-241.

²⁵ 田中英夫「クックと『法の支配』」同著『デュー・プロセス』（東京大学出版会，一九八七年）所収を参照。

²⁶ とりあえず，愛敬・前掲注(10)3章を参照。若干視点は異なるが，Tomkins, *supra* note 4, pp. 39-46.も併せて参照。

²⁷ たとえば，K.D. Ewing, “The Unbalanced Constitution” in *Sceptical Essays on*

Human Rights, eds. by Tom Campbell *et al.* (Oxford University Press, 2001) p. 104; Tomkins, *supra* note 4, pp. 210-211.を参照。

²⁸ J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, 5th ed. (Fontana Press, 1997) pp. 8-24; Sandra Fredman, “Scepticism under Scrutiny” in Campbell *et al.*, *supra* note 27, pp. 198-199; Ewing, *supra* note 27, pp. 105-107; Tomkins, *supra* note 4, pp. 21, 209-210.

²⁹ ロナルド・ドゥウオーキン(小林公訳)『法の帝国』(未来社, 一九九五年)四七六頁以下

³⁰ K.D. Ewing, “The Politics of the British Constitution” [2000] *Public Law*, pp. 418-428.

³¹ Keith Ewing, “Trade Unions and the Constitution” in *Waiving the Rules: The Constitution under Thatcherism*, eds. by Cosmo Graham & Tony Prosser (Open University Press, 1988) pp. 144-152. なお、「社会契約」の詳細とその政治的・経済的背景については、小野塚知二「労使関係政策」毛利健三編著『現代イギリス社会政策史』(ミネルヴァ書房, 一九九九年)三六三頁以下を参照。また、「社会契約」に対するイギリス憲法研究者の評価の一例として、元山健「歴史のせめぎ合いの中のイギリス『憲法改革』」法律時報七三卷六号(二〇〇一年)五六頁。

³² 一九七四年二月の総選挙で保守党の示した争点は「誰が国を治めているのか?」, すなわち、「インフレ抑止のために労使の協力を求める政府か, セクト的賃上げのために国益を危機に曝している労働組合か」というものだった。小野塚・前掲注(31)三六六頁。TUC側に賃金抑制を飲ませる一方, 労働者・労働組合の権利拡張や産業民主主義の促進を約束した労働党の「社会契約」は, 保守党の示した「二者択一」とは別の選択肢を示そうとするものだった。七四年選挙の争点について, アランがどちらの側に立っているかは明快である。問題は, アランがその政治的立場を法の支配の名の下に正当化する点にある。それも, あのハイエクを好意的に援用して。

³³ 違憲審査を市民的不服従の観点から正当化する議論や(CJ: 100-112, 160), 立憲主義と民主主義の調和を安易に語る点など(CJ: 210; Allan, *supra* note 20, pp. 566, 571), 理論的に批判すべき論点は多々あるが, 紙幅の関係上, これらの論点には立ち入らない。ただし, 前者の論点については一言だけ述べておきたい。法律に対する市民の服従は常に条件的であるという過激な議論に依拠して, 邪悪な法律に対する違憲審査を正当化しておきながら,

裁判所の判決に対する市民の抵抗を認めない議論は安易に過ぎないか(CJ: 222)。

³⁴ 長谷部・前掲注(19)一五三―一五四頁。

³⁵ Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, 1964) pp. 33-94. 中山竜一『二十世紀の法思想』(岩波書店, 二〇〇〇年)五七一六二頁はフラー説の特徴を簡潔に整理する。

³⁶ 井上達夫『法という企て』(東京大学出版会, 二〇〇三年)四六頁。

³⁷ Dyzenhaus, *supra* note 9, p. 381.

³⁸ Poole, *supra* note 8, p. 470. アランによれば, コモン・ローは社会に共有された価値と伝統に従って, 共通善の内容を明らかにするものであり, イギリスのように基本法としての地位を有する成文憲法がない社会においては, コモン・ローこそが, 社会の基本価値を具現する憲法的枠組として機能する。T.R.S. Allan, “The Rule of Law as the Rule of Reason: Consent and Constitutionalism” *Law Quarterly Review*, vol. 115, pp. 239-241 (1999). コモン・ローに関するアランの議論の特徴と問題点を的確に検討する論述として参照, Thomas Poole, “Back to the Future?: Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, pp. 445-453 (2003).

³⁹ Fuller, *supra* note 34, pp. 55-62.

⁴⁰ Waldron, *supra* note 11, pp. 142-143.

⁴¹ Martin Laughlin, *Sword & Scales* (Hart Publishing, 2000) p. 81; Carol Harlow, “Disposing of Dicey” *Political Studies*, vol. 48, p. 357 (2000).

⁴² Dyzenhaus, *supra* note 9, p. 380.

⁴³ Sandra Fredman, “Judging Democracy: The Role of the Judiciary under the HRA 1998” *Current Legal Problems*, vol. 53, pp. 126-129 (2000).

⁴⁴ フレッドマンは反対に, 原告適格の拡大を通じて, 国会とは性格の異なる参加民主主義の一形態として, 裁判が機能する可能性に期待する。Fredman, *supra* note 28, pp. 206, 212.

⁴⁵ Goldsworthy, *supra* note 23, pp. 483-484, 504-505. なお, 「ハイブリッド型」とは, 立法府に最終的決定権(last word)を留保しておきながら, 制定法が権利保障規定に違反するか否かを裁判所が審査することを認める権利保障システムのことを指す。たとえば, 国会の判断で制定法を違憲審査から「適用除外」することを認めるカナダ人権憲章や, 裁判

所に「不適合宣言」をさせるに止まるイギリスの一九九八年人権法などがその例である。

ちなみに、人権法の制定前は権利章典の導入に批判的だったギアティーが、施行後に支持者へと「転向」したのは、人権法が「ハイブリッド型」だからである。Conor Gearty, *Principles of Human Rights Adjudication* (Oxford University Press, 2004) pp. 21-30, 205-214.

⁴⁶ Paul Craig, “The Common Law, Shared Power and Judicial Review” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, p. 254-255 (2004).

⁴⁷ たとえば、T.R.S. Allan, “The Constitutional Foundations of Judicial Review” *Cambridge Law Journal*, vol. 61, pp. 123-125 (2002). クレイグの批判は、Craig, *supra* note 45, pp. 256-257; Craig, *supra* note 9, pp. 92-93.を参照。

⁴⁸ 中山・前掲注(35)九八—一〇一頁におけるドウオーキン批判を参照。「法の外部」という言い方も、中山の表現を援用したものである。関連して、森村進「法概念論は何を問題にしているのか、またすべきなのか？」一橋大学法学部創立五十周年記念論文集『変動期における法と国際関係』(有斐閣、二〇〇一年)四二頁以下も参照。

⁴⁹ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford University Press, 1999) pp. 310-311.

⁵⁰ Dworkin, *supra* note 7, pp.1-14.

⁵¹ Ewing, *supra* note 27, pp. 104, 108-112.

⁵² Fredman, *supra* note 43, pp. 100-109.

⁵³ Martin Laughlin, “Rights, Democracy, and Law” in Campbell *et al.*, *supra* note 27, pp. 59-60.

⁵⁴ この点、H.W.R. Wade等の伝統的な学説は「国会主権がなぜ正当化されるのか」という論点を回避していたことを批判しながらも、他方でウォルドロン等の国会主権擁護論は国会主権の正当性に関する政治哲学的考察を回避してない以上、その議論を批判はできても無視はできないはずだと論ずるクレイグの立場に共感する。Paul Craig, “Public Law, Political Theory and Legal Theory” [2000] *Public Law*, pp. 223-224, 227-228. なお、管見に属するかぎり、アランはウォルドロンの研究に一切言及していない。一九九八年人権法の導入に批判的なスタンスを取る論者の多くが好意的にウォルドロンを援用することを思うと(たとえば、Poole, *supra* note 8, p. 468; Tomkins, *supra* note 5, p.46; Fredman,

supra note 43, p. 101), このアランの「無視」は異様である。

⁵⁵ David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy* (Oxford University Press, 1997) p. 16.
愛敬・前掲注(10)の終章も参照。

⁵⁶ 多元主義の時代において、強固な社会的同質性を前提にするアランの政治理論は脆弱な哲学的根拠に基づいているとプールは批判している。Poole, *supra* note 8, p. 468. なお、アランは「討議民主主義」の議論を参照するが、法の支配に関する自説の正当化のために利用するだけなので、討議民主主義の理論が一般に前提とする、市民の間の利害・価値観の多様性という問題をシリアスに受け止めることはしない(CJ: 287-301)。

第3章 リバタリアニズムと憲法理論

1 憲法学とリバタリアニズム

日本の憲法学において、リバタリアンには希少価値がある。ハイエク流の「古典的自由主義」をも包含する広義の意味でリバタリアニズムを用いる場合でも、リバタリアンに該当する憲法学者はほんの数人であろう¹。しかし、本稿が注目したいのは、リバタリアニズムを支持する憲法学者が僅かであることではなく、リバタリアニズムの問題提起をシリアスに受け止める憲法学者が僅かであることの方である。後者の点は、日本の法哲学の研究動向・理論状況と対照する場合、憲法学の際立った特徴といえよう。

憲法学がリバタリアニズムをシリアスに受け止めない理由を思いつくままに挙げるならば、①制限を念頭に置いた財産権条項と明文で社会権を保障する日本国憲法の存在、②日本国憲法の内容と制定時期を手がかりにして、「自由国家から社会国家へ」という憲法史的枠組の中で日本国憲法の歴史的意味が把握されたこと²、③日本国憲法の制定に関わったのが、Lockner 時代を消極的に評価するニューディーラーだった事実、④戦後憲法学の財産権理論において有力な潮流を成した「財産権二分論」の発想方法³、⑤大陸法系(特にドイツ)の研究者の数が多いこと⁴、⑥アメリカ憲法への関心も憲法訴訟論との関係が強かったため、アメリカ連邦最高裁の二重の基準論が「定説」として受容されたこと、⑦立憲主義を政治道徳哲学のレベルで把握せず、「憲法に従った政治」レベルで把握する「立憲主義の実定法的理解」を採る論者が多いこと⁵、⑧リバタリアニズムが「新自由主義」のイデオロギーと解釈され、「現存する新自由主義国家（レーガン政権やサッチャー政権）」や90年代日本の「新自由主義的改革」を正当化する議論として理解されたこと、などの点を挙げることができよう。

本稿では、紙幅の都合上、次の2点を考察したい。第1に、日本国憲法という実定憲法の下では、政治道徳哲学レベルの考察を踏まえても、リバタリアニズムを受け容れるべき理由は弱いことを明らかにする。第2に、二重の基準論や「規制目的二分論」のように、経済的自由に対する国家規制を安易に容認する憲法判例・学説が法哲学者からの批判の対象になっているが、この批判に対して憲法学はどんな応答ができるのか、そして、この批判から憲法学は何を学ぶことができるのか、という問題を検討する。

2 政治道徳哲学と実定憲法

憲法理論に対するリバタリアニズムのインパクトを測定する際に、前提とされるべき事柄を2点だけ提示しておきたい。紙幅の都合上、細かい論証は省き、結論のみを示す。

第1に、本稿で扱う「市場」とは、貨幣発行権を有する政府が変動相場制の下で財政金融政策を行う現代の市場経済を念頭に置いている。物々交換を中心にするローカルな市場が政府介入とは無縁に成立することもあるのかもしれないが、このような市場は本稿の関心の外にある⁶。市場は「自然現象」ではなく、政府等の介入があって維持される制度である⁷。

第2に、「国家の正統性」という問題との関係で、普通選挙制度の下、諸個人は「国家公民(=citizenshipの主体)」として相互承認する。この点は立憲民主政(Liberal Democracy)において不可逆的である。他方、先進諸国においても、完全雇用を回復する経済成長は当面、実現不可能であると予想されるので、国家の正統性の問題を考える際には、「失業者=持たざる者」の観点(=利害・価値観)も視野に入れる必要がある⁸。

以上の前提を受け容れると、私たちが考えるべき問題とは、現存する特定の社会を念頭に置きつつ、自由で公正な社会の枠組を構想し、作動させるのに適合的な政府と市場の役割分担はいかなるものか、というものになる⁹。したがって、「自由市場 vs. 政府」という構図の中で一方を選ぶべきという問題設定は、ミスリーディングである¹⁰。また、「現存する特定の社会」に現代日本社会を代入する場合、森村進の(牧歌的な?)「民間社会」よりも、「生の分断=社会の脱統合化」を懸念する斎藤純一の社会認識の方に私は説得力を感じる¹¹。そして、後者の社会認識を共有する場合には、政府と市場の役割分担に関する考察は——リバタリアンが期待するよりもずっと——複雑で微妙なものになるだろう。

ところで、ハイエクのように帰結主義的な観点から私有財産制と市場を擁護する議論の帰趨は、「大きく経験に開かれている」といえよう¹²。したがって、前述した「複雑で微妙な考察」をどの場面(裁判所か、立法過程か)で行うか、という論点が成立するだろう。他方、ノージック流の「自己所有権テーゼ」に基づいて「市場主義財産権」を自然権として正当化することに成功すれば、政府と市場の役割分担はほぼ一義的に決まっていることになるので、「複雑で微妙な考察」は不要となろう。

とはいえ、ノージックも、森村進も、「自己所有権テーゼ」に基づく市場主義財産権の正当化には成功していないと私は評価している¹³。また、「両立可能な権利のセット」が「第2の知識問題(→正義に関する情報伝達の問題)」を最も効率的に処理するという観点から、「自由の権利 Liberty Rights」の優越性を論じるランディ・バーネットの議論に対し

ては、「なぜ基本的な権利の内容について、論争を継続することが好ましくないのか」という疑問を提示することができよう¹⁴。この問いに対するバーネットの応答は、彼の著作を読む限り、「アメリカ憲法の制憲者も、善きアメリカ人も、そのような論争を不要と考えているから」という応答を超えるものではないようだ¹⁵。

もちろん、刑務所の民営化のように局地的・部分的にリバタリアンな政策を採るか否かは政策上の問題である。しかし、民営化された刑務所は「公的機能 **public function**」を担うものとして、基本的に憲法の適用を受けると解すべきである(憲法の私人間効力の問題)。よって、「公有地は憲法的制約があるので危険人物を排除できないから、公有地を減らすべき」というバーネットの議論は転倒している¹⁶。私有地の所有者がホームレスを排除できるのは、公有地が存在するからである。公有地が消滅した「リバタリアンの楽園」においては、消極的自由の論理のみでホームレスの権利を擁護することも可能である¹⁷。イグナティエフの用語を借用するならば、われわれは国家という非人格化された装置を通じて、**strangers** の **needs** に応えている。国家が **needs** を充足しなければ、われわれ自身がその **needs** の充足を果たさなければならない。「特定の場所を占める」という人間存在にとって不可欠の **needs** の充足を他者の善意のみに委ねるわけにはいくまい¹⁸。

以上のとおり、自然権的な発想に基づくリバタリアニズムの正当化論は様々な理論的難点を抱えていると私は評価するが、仮にその正当化に成功したとしても、憲法理論としてみる場合、次に問題となるのが、特定の国家における成文憲法との整合性である。たとえば、カナダ人権憲章に財産権条項が欠如しているのは、隣国の **Lockner** 時代を意識した意図的選択であるといわれる¹⁹。このようにリバタリアニズムとの相性が悪い実定憲法を持つ国においても、市場主義財産権は正当化されるのだろうか。すなわち、リバタリアンな財産権を正当化する上で、憲法のテキストや制憲者意思はレレバントではないのかという疑問である²⁰。

日本国憲法についていえば、「1930年代ルーズベルト政権下で当初連邦最高裁が示した抵抗に手を焼いたニューディーラーたちが、日本で同様の事態が再燃しないように、あらかじめ自国の財産権保障の方式とは異なる、はじめから制限を念頭に置いた財産権条項を29条に結実させていた」と評されるし²¹、憲法31条から「財産権」という言葉が削られた理由も、アメリカの **Due Process Clause** の下での経験に鑑みたものであると推測されている²²。日本国憲法というリバタリアニズムとは相性の悪い憲法の下で、市場主義財産権を正当化するためには、原理論のレベルで相当に強力な正当化論が必要であるといえよ

う。

3 経済的自由の憲法理論

以上のとおり、日本国憲法の下で憲法理論を構築する場合、リバタリアニズムを受け容れるべき理由は乏しいと考える。よって、憲法学者がリバタリアニズムをシリアスに受け止めないことにも一応の理由がある。しかし、これで満足するならば、やや安易にすぎる。

井上達夫は「自由国家から社会国家へ」という図式がドグマ化したため、パターンリズムの問題性を自覚させる思想的基盤を風化させたと論じて、従来の憲法学のあり方を批判する。そして、「いわゆる経済的自由の規制には、パターンリスティックな規制にあたるものも多いから、経済的自由一般をドグマティックに精神的自由の劣位に置く二重の基準論は見直しを要する」と論ずる²³。リバタリアニズムを擁護する森村進も、井上による二重の基準批判に共感しつつ、「精神的自由・経済的自由両方の規制について厳格な審査基準を採用することを望む」と論じる²⁴。バーネットも、アメリカ憲法の「原意」を回復することによって、ニューディール以降の連邦最高裁の憲法解釈をひっくり返そうと試みている点において、彼も二重の基準の批判者といえる²⁵。

リバタリアニズムの目的の核心が、「経済的自由放任主義ではなく、私生活自由放任主義」にあるとすれば²⁶、パターンリズム批判の文脈で提起される二重の基準批判を憲法学は一応、シリアスに受け止める必要があるとはいえまいか²⁷。そして、二重の基準の妥当性が疑わしいのであれば、営業の自由に対する「規制目的二分論」の妥当性はずっと疑わしいことになるだろう。たとえば、森村進は、二重の基準論には賛成できないとはいえ一応の理由付けがあるが、規制目的二分論にはそういった理由もなく、「全くおかしい議論だ」と批判している²⁸。ただし、規制目的二分論の当否を人権の原理論のレベルでのみ考えると、問題の本質を見失う恐れがあると私は考える。

第1に、司法消極主義の問題を考えておく必要がある。積極目的規制を裁判所が安易に合憲とするのは、別に裁判所が「見えない憲法」²⁹を支持しているからではなく、単に違憲審査権の行使に消極的だからという説明も可能である。小売市場判決(最大判 1972・11・22 刑集 26 巻 9 号 586 頁)において、最高裁は二重の基準に対するリップサービスを行ってはいるが、実際の判例の流れをみる限り、最高裁が二重の基準に基づいて憲法判断をしてきたとは思えない。裁判所は精神的自由・経済的自由を問わず、立法・行政の裁量を尊重してきただけの話ではないか。ならば、「見えない憲法」を変えたければ、裁判所や憲法学

説を非難するよりも、立法・行政という政治過程を通じた規制緩和政策の実現を目指すべきである。この政策が実現しても、裁判所はたぶん文句をいわないだろう。

第2に、配置規制自体がそもそも憲法論的には擁護しがたい規制手法であったにもかかわらず、この問題から、憲法訴訟を講ずる上で便利な（学生の暗記にも最適な？）「規制目的二分論」が編み出されてしまった「不幸」に注意を促したい。公衆浴場の配置規制を最高裁が合憲と判示すると（最大判 1955・1・26 刑集 9 卷 1 号 89 頁）、様々な業界で距離制限の導入を目指す立法運動が生まれた。1959-60 年に薬品の大廉売競争が始まった頃、日本薬剤師会会長の自民党議員（高野一夫）が参議院社会労働委員会での質問の中で、公衆浴場と同様の配置規制の導入を主張したが、内閣法制局と政府は難色を示した。しかし、薬局の配置規制は 1963 年に 20 名の自民党議員の議員立法として参議院に提案され、実質的な審議・討論を経ずに成立した³⁰。

薬局の配置規制が合憲ならば、配置規制が違憲となる業界は想定しがたい。小売市場は大規模店舗との関係で「経済的弱者」という位置付けも可能であろうが、薬局は誰との関係で「経済的弱者」なのか。フィクションのレベルでも「経済的弱者」に位置付けえない業界での配置規制が合憲とされれば、様々な業界における距離制限立法に有効な歯止めをかけることは不可能になる。奥平康弘もいうとおり、薬事法判決で合憲判決を出すことはあまりにコストが高かった³¹。薬局の配置規制を違憲無効とするために規制目的二分論を案出した最高裁判決（最大判 1975・4・30 民集 29 卷 4 号 572 頁）は、「豆腐を切るのに牛刀を使った判決」と評することもできよう³²。

規制目的二分論を正当化する憲法理論として最も優れているのが、長谷部恭男の議論であると私は考える。長谷部は次のように論じる。民主過程を多様な利益集団の抗争と妥協の過程として捉えるならば、そこでの裁判所の任務は、多様な集団の政治活動が透明・公正に行われる環境を整えることにある。小売市場のケースのように国会が正面から特定の業界の保護を謳って立法した場合、それは国会が本来果たすべき交渉と妥協の利害調整の結果であるから、裁判所が立ち入った審査を行う必要はない。よって、緩やかな審査が正当化される。他方、薬事法事件のケースのように、特定の業界の保護立法をあたかも国民一般の福祉に貢献する消極的警察的規制であるかのように装って制定された法律の場合、裁判所は「厳格な合理性の基準」を採用すべきである。なぜなら、裁判所が規制目的二分論を採用していれば、業界利益を追求する集団は裁判所の厳格な審査を免れるべく、積極目的の立法を選択するので、特定の業界保護という本来の立法目的が立法過程において明

示されるから、特殊権益の保護立法に反対する勢力にとって正確な情報を得るためのコストは低下し、透明で公正な環境の下で利益集団相互の競争が行われることになるからである³³。

長谷部の議論の特徴は、違憲判断の方法が民主過程における「議論の質」に影響を与える可能性に注目している点にある。よって、長谷部の議論は、「民主的政治過程についての楽観的すぎる見方に依存している」わけではない。もちろん、長谷部のように民主過程を政治的多元主義で理解するのであれば、「利益団体の力のために立法が国民の自由を不当に制約する」こともありえよう。だからといって、当然のように裁判所の違憲審査に期待するというのでは、「司法の役割に対する楽観的すぎる見方に依存している」とはいえないだろうか³⁴。

4 小括

「1」で述べたとおり、私たちが考えるべき問題とは、現存する特定の社会を念頭に置きつつ、自由で公正な社会の枠組を構想し、作動させるのに適合的な政府と市場の役割分担はいかなるものか、という点にある。日本における現実の民主過程や単なる多数決主義、あるいは長谷部説が前提とする政治的多元主義は、このような問題を考える「場」として適当ではないという批判は傾聴に値する。だからといって、「民主過程がダメなら、裁判所に期待しよう」という考え方も、この問題の複雑さを十分に配慮しているとは思えない。

結局のところ、リバタリアニズムの衝撃を憲法学が正当に評価するとすれば、「人権の前国家性」に訴えて国家権力による侵害を跳ね返す、憲法学のルーティーン化した発想方法を反省して、利害・価値観を異にする諸個人の共生を可能にする民主政のあり方とそれを補完する違憲審査のあり方の両方を理論的に考察することの重要性を、憲法学に再確認させた点にあると私は考える³⁵。よって、憲法学者はリバタリアニズムの問題提起をシリアスに受け止めた上で、それを排斥すべきであるというのが、本稿の結論である。

¹ 著名な憲法学者の中では、「古典的自由主義」の立場を採ることを公言している阪本昌成が、その稀有な例といえるだろう。たとえば、同著『リベラリズム／デモクラシー』（有信堂、1998年）を参照。

² たとえば参照、宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』（有斐閣、1971年）30-40、202頁、芦部信

喜（高橋和之補訂）『憲法 第3版』（岩波書店，2002年）75-76, 204-14 頁。

³ 財産を「人権としての財産＝生存権的財産」（小さな財産）と「独占財産」（大きな財産）とに区別し、後者の人権性を否定ないし限定する議論。独占禁止法や農地改革の違憲性が争点となる一方、大規模開発や米軍基地のための土地収用が行われた、財産権をめぐる戦後日本の状況を勘案すると、その意図については一定の共感ができる学説である。しかし、リバタリアニズムと正反対の発想に立つ財産権論ともいえよう。

⁴ 各国の市場観の差異を概観する上で、須藤修「市場の機能変容」法律時報 75 巻 1 号(2003 年)30 頁以下が便利。須網隆夫ほか「座談会：国家の役割・市場の役割」法律時報 75 巻 1 号(2003 年)7-10 頁の神野直彦と須網隆夫の発言も参照。

⁵ この論点に関して参照、愛敬浩二『近代立憲主義思想の原像』（法律文化社，2003 年）6-9 頁。

⁶ 森村進は、歴史的に市場や財産権が近代国家成立以前から存在したことを強調する（同著『財産権の理論』（弘文堂，1995 年）4-5, 157 頁）が、仮にそうだとすると、この「歴史的経緯」がなぜ、現代における財産権の地位を考える上でレバントなのか、私には理解できない。

⁷ たとえば、Liam Murphy & Thomas Nagel, *The Myth of Ownership* (Oxford University Press, 2002) pp. 32-33; ジョン・グレイ（石塚雅彦訳）『グローバリズムという妄想』（日本経済新聞社，1999 年）8 頁以下。

⁸ Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights* (Norton & Co., 1999) pp. 48, 179, 189-203.

⁹ Murphy & Nagel, *supra* note 7, p. 190.

¹⁰ Holmes & Sunstein, *supra* note 8, p. 69; David Miller, *Political Philosophy: A Very Short Introduction* (Oxford University Press, 2003) pp. 29-30; 長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会，2000 年）104-07 頁。

¹¹ 「民間社会が相互扶助のためにどのくらいの創意工夫を生み出すかは、一哲学者にすぎない私の想像を超えているかもしれない」と森村は述べる。森村進「リバタリアンが福祉国家を批判する理由」塩野谷祐一ほか編『福祉の公共哲学』（東京大学出版会，2004 年）145-46 頁。他方、斎藤は、私たちの生きる空間は物理的にも精神的にも「隔離」の様相を呈し、「社会全体」や「われわれ」という集合的アイデンティティの基盤は脆弱なものにな

ってきているからこそ、空想的かつ抑圧的な「国民共同体」が再想像(re-imagination)されると論ずる。斎藤純一「分断化する社会と生の保障」法社会学 56 号(2002 年)116 頁以下。

¹² 嶋津格「ハイエクと社会福祉」塩野谷ほか・前掲注(11)116-18 頁。なお、「自生的秩序」の意図的な移入は自己破壊的でありうる点にも留意が必要である。長谷部・前掲注(10)161 頁の注 35 を参照。

¹³ 愛敬浩二「市場主義財産権の批判的検討」法の科学 29 号(2000 年)50 頁以下。

¹⁴ ランディ・E. バーネット (嶋津格・森村進監訳)『自由の構造』(木鐸社, 2000 年)第 5 章。なお、「権利の論争性」を強調する議論として参照, Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Clarendon Press, 1999)。

¹⁵ バーネット・前掲注(15)116-17 頁, Randy E. Barnett, *Restoring the Lost Constitution* (Princeton University Press, 2004) pp. 54-68, 78-80. バーネットがこのような応答で満足しているとすれば、税金問題・小さな政府論と人種偏見を結合する共和党のイデオロギー戦略が、ミドルクラスのリバタリアニズム受容をもたらしたとの指摘を軽視することはできまい。T.B. エドソールほか『争うアメリカ』(みすず書房, 1995 年) 228 頁以下。Holmes & Sunstein, *supra* note 8, p. 216. も同様の指摘をする。

¹⁶ バーネット・前掲注(11)254 頁以下。

¹⁷ Jeremy Waldron, *Liberal Rights* (Cambridge University Press, 1993) pp. 309-38.

¹⁸ M. イグナティエフ(添谷育志ほか訳)『ニーズ・オブ・ストレンジャーズ』(風行社, 1999 年)。嶋津は「ノージックの方がロールズ以上に道徳的な個人を想定している」と評するが、同感である。嶋津・前掲注(12)119 頁の注 14。

¹⁹ 中島徹「カナダ憲法における財産権条項の欠如」比較法学 32 巻 1 号(1998 年)165-71 頁, Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (Carswell, 1997) pp. 1070-71.

²⁰ バーネットはアメリカ連邦憲法の「原意」がリバタリアニズムと親和的だと論じている。Barnett, *supra* note 15, pp. 53-68, 354-57. よって、彼の議論は「地域限定的」なものである。

²¹ 中島・前掲注(19)137 頁。

²² 高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程Ⅱ』(有斐閣, 1972 年) 185 頁。

²³ 井上達夫『法という企て』(東京大学出版会, 2003 年) 209-11 頁。

²⁴ 森村・前掲注(6)155-65 頁。

²⁵ Barnett, *supra* note 15, pp. 107-09, 356-57.

²⁶ アスキュー・ディヴィッド「リバタリアニズム研究序説(1)」法学論叢 135 巻 6 号(1994 年)46 頁。

²⁷ 中島徹が、『『小さな政府』に代表される現状批判やそれを支える原理論を無視し、『日本国憲法の理念』を呪文のごとく唱えるだけでは、怠慢の誹りを免れない』との厳しい憲法学批判を行うのは、最近の憲法学が「自己決定権」を重視するからである。中島によれば、「自己決定権は二重の基準にとって両刃の剣でありうる」。同著「市場、規制、憲法」憲法理論研究会編『現代行財政と憲法』（敬文堂，1999 年）33 頁以下。

²⁸ 森村・前掲注(6)164 頁。

²⁹ 「見えない憲法」とは棟居快行の定式で、日本国憲法とは別の、戦後日本社会に受け入れられてきた普遍的な規範（＝不文憲法）を表す言葉。その基本命題は、①競争制限的な社会経済秩序、②完全雇用の要請、③教育目標としての標準化、④国家の保護義務である。同著『憲法学再論』（信山社，2001 年）52 頁以下。

³⁰ 薬事法改正の経緯について参照，中村睦男・常本照樹『憲法裁判 50 年』（悠々社，1997 年）253-55 頁。

³¹ 奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店，1995 年）123-24 頁。

³² 人権や民主主義の実体的価値に関する議論を省いた規制類型論の問題点については、奥平・前掲注(31)50-53 頁。憲法学説の状況に対する井上達夫の「苛立ち」の多くも、この点と関わるのではないか。井上・前掲注(23)182-87，209-18 頁。

³³ 長谷部恭男『憲法 第3版』（新世社，2004 年）250 頁以下。

³⁴ 森村・前掲注(6)154 頁。

³⁵ 中島徹「財産権の領分」法律時報 75 巻 1 号(2003 年)40 頁以下。

第4章 ジョン・ロック『自然法論』をめぐる諸考察

1 問題関心

二〇〇三年に上梓した『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』における私の問題関心は、「憲法思想の古典」と称されることの多いロック(John Locke)の『統治二論 *Two Treatises of Government*』が、いかなる意味で「憲法思想の古典」であるのかということ、近年の思想史研究の成果を踏まえつつ、憲法思想史的に明らかにすることにあつた⁽¹⁾。そのため、同書には、ロック政治思想研究という観点から評価する場合、重大な「欠陥」があつたことを自認している。それは、ロックの名著ともいふべき『人間知性論 *An Essay Concerning Human Understanding*』の検討をほとんど行っていない点である⁽²⁾。もちろん、この「欠陥」の最大の原因は、私の能力不足にある。しかし、拙著の問題意識は、あくまでも『統治二論』というテキストを憲法思想史の観点から理解することにあつた。決して、ロックの思索・思考の全体像を明らかにすることにはなかつたのである。そのため、ロック政治思想の全体像を明らかにする上で必要不可欠な、『統治二論』と『人間知性論』を統一的に理解するための考察を放棄する一方、『統治二論』を一七世紀イギリスの憲法論争に位置付ける作業や、ジョージ・ロウソン(George Lawson)の『聖俗政治論 *Politica Sacra et Civilis*』と『統治二論』の比較検討といった問題に多くの紙幅を費やした⁽³⁾。ともあれ、私の能力の乏しさと問題関心の限定性を勘案すると、『人間知性論』の検討を省いたのは、合理的な選択であつたと現在も考えている。

他方、拙著がいわゆる『自然法論 *Essay on the Law of Nature*』の検討を省いたことは、いかに私の能力が乏しく、私の問題関心が限定的であるとしても、その是非を問われて然るべき問題といえる⁽⁴⁾。なぜなら、『自然法論』は『統治二論』をより深く理解する上で、必要不可欠なテキストとして一般には評価されているからである。『自然法論』とは、ロックの手稿や書簡を集めた『ラブレース・コレクション *Lovelace Collection*』の中から、一六六〇年から六四年にかけてロックが執筆したものと推定される自然法に関する一連の手稿をフォン・ライデン(W. von Leyden)が整理し、一九五四年に『自然法論』と題して公刊した書物のことである⁽⁵⁾。たとえば、ハーファム(E.J. Harpham)によれば、『自然法論』は単に若きロックが直面していた知的問題への洞察を与えるだけではなく、『統治二論』の中に見出されてきた様々な問題、矛盾、および緊張関係の解明にも役立つと評価される⁽⁶⁾。また、日本においても、たとえば田中正司は、『自然法論』は『統治二論』の根幹を成す自

然法に関するロックの見解が具体的に展開されていたばかりか、『自然法論』こそ、彼の全著作の全ての問題意識の出発点を成すものとして、『人間知性論』の認識論と『統治二論』の政治論の共通の基盤を成すものであったと評価している⁽⁷⁾。

『自然法論』に対する以上のような評価を知りながら、それにもかかわらず、その検討を省いたとすれば、その理由が示されて然るべきであろう。私は、『自然法論』をロック政治思想形成史の基点に置くことに慎重である方が、『統治二論』の歴史的意味内容を明らかにするという拙著の課題との関係で、合目的なアプローチであると判断した。その理由を「二」と「三」で明らかにしたい。さらに、『自然法論』から『統治二論』へのロック自然法思想の「形成・発展」を論ずる研究が少なくないことから、『自然法論』と『統治二論』におけるロックの政治論や社会観の差異を検証することによって、『統治二論』を理解する上で『自然法論』を併読することが必須とはいえないことを明らかにする。これは「四」と「五」の課題である。

本稿の問題関心の出発点は、拙著を執筆する過程で、綿密なテキスト・クリティークを踏まえてフォン・ライデン版『自然法論』の問題点を指摘した、ロバート・ホーヴィツ(Robert Horwitz)等による新訳を読んだことにある⁽⁸⁾。管見に属するかぎり、ホーヴィツ版の意義を踏まえて、『自然法論』と『統治二論』の関係を問い直した日本語文献はほとんど存在しないので、本稿を公表する意義も多少はあることを期待したい。ただし、本稿は、私の本来のフィールドである(はずの)憲法思想史研究の「余滴」として執筆されたため、憲法学の問題関心とは縁遠い考察が叙述の大部分を占める。この点はあらかじめお断りしておきたい。

2 ロック政治思想における『自然法論』の地位

ロック政治思想の形成過程に『自然法論』を位置付けるに当たっては、ロックが『自然法論』を書いたのはなぜかという問題を考察しておく必要があるだろう。この場合、ロックの最初期の政治思想が示された『世俗権力論 *Two Tracts on Government*』と『自然法論』の関係がまず問われねばなるまい⁽⁹⁾。では、この問題に関して最初に、『自然法論』の編者であるフォン・ライデン自身の説明をみてみよう。

フォン・ライデンによれば、『世俗権力論』はロックが自然法研究に取り組んだ条件を照射するものである。ロックは「英語論文」の冒頭において、法は究極的には神の権威からのみその拘束力を引き出していること、神は自然法と啓示によって自己の意志を知らし

めるがその場合、人間は服従と従順以外の選択肢を有さないことを論じている⁽¹⁰⁾。このロックの発言に注目して、フォン・ライデンは、ロックは「自然法」の観念によってバグショーによる「自然権」への訴えを掘り崩したのだと論ずる。礼拝における非本質的事項に対する世俗的為政者の絶対的権力をロックが擁護しようとするならば、その世俗的為政者への服従が神の意志したものであることを論証しなければなるまい。そこで、政治権力の基礎にある正統性根拠としての自然法に対する理論的考察が必要となる⁽¹¹⁾。

しかしながら、「英語論文」はバグショウ論文への論駁に終始しており、その結果、世俗政府の起源や政治義務の本質といった理論的問題に立ち入ることがなかった。フォン・ライデンによれば、ロックは「ラテン語論文」において、「英語論文」に示された自らの主張を一般的な観点から学問的に整序したものとされ、その知的営為の延長線上に『自然法論』が位置付けられる⁽¹²⁾。フォン・ライデンは、『自然法論』に展開されたロックの自然法論は、後期の著作において詳しく検討されることがなかったけれども、その自然法論はロックの成熟期の政治理論・哲学の重要な前提となつたのであり、『自然法論』での論証、観念、描写等が後期の著作の中でも利用されていることから見ても分かるとおおり、『自然法論』はロックが思想形成をしていく上でのインスピレーションを与え続けたのだと論じている⁽¹³⁾。また、『自然法論』に対する積極的な評価をする上で、フォン・ライデンがロックの自然法理解をキリスト教自然法論の伝統に明確に位置付けていることも併せて確認しておきたい⁽¹⁴⁾。

ダン(John Dunn)は、『自然法論』の執筆によって生じたのは、知的能力のプラグマティックな利用(『世俗権力論』を指す)から、真の知的営為への転換、すなわち政治論議から哲学への移動であると論じる。特に注目されるのは、ロックが自分自身の思想的・理論的問題関心に解決を与えるために『世俗権力論』を執筆したとは考えがたいが、『自然法論』はまさにそのような性格の著作として理解できるとの指摘である⁽¹⁵⁾。『自然法論』には一貫性を欠く叙述が散見され、理論的整合性という観点からは問題の少なくない著作なのだが⁽¹⁶⁾、ダンのように『自然法論』を評価するのであれば、その非一貫性は、それが思考の結果ではなく、思考の過程そのものを記述したものだから、と説明できることになる⁽¹⁷⁾。ロック政治思想の形成過程を分析するという観点からみれば、『自然法論』の非一貫性はかえって、同書の価値を高める理由にもなりうる⁽¹⁸⁾。

ガフ(J.W. Gough)は『人間知性論』における快樂主義的用語の使用に注目して、『自然法論』と後期ロック思想の間の不一致の程度を強調することは誤りだと論ずる。本稿の関心

からして注目されるのは、『自然法論』と後期ロック思想における自然法論の関連性・継承性が強調されることによって、ロック政治思想の総体における「宗教的契機」の重要性が論証されていることである。「基本的には、ロックは、自然法は神の意志の表現であるがゆえに、自然法を義務的なものと考えた。かれの倫理学は、快楽主義的なものとして現われるけれども、かれの快楽主義そのものは、かれの宗教的信念と一致するように適合されている」とガフは論じている。したがって、ロックは徹底的な快楽主義者でも、合理主義者でもなかったし、『統治二論』における自然法思想も、個人主義的なものではなくて社会的なものであった⁽¹⁹⁾。ガフの理解によれば、ロックは近代的な自然権思想家ではなくて、キリスト教自然法の伝統に属する自然法思想家ということになる⁽²⁰⁾。

『自然法論』をロック政治思想形成の「基点」と捉え、『自然法論』と『統治二論』の関連性を説く論者の多くが、ロック政治思想における「宗教的（＝キリスト教的）契機」を重視する点に注目しておこう。たとえば、アシュクラフト(Richard Ashcraft)は、マクファーソン(C.B. Macpherson)やシュトラウス(Leo Strauss)はロックとホブズ(Thomas Hobbes)の共通性やロック政治思想の世俗性を論じてきたが、彼らが都合よく無視した著作が『自然法論』であり、その中にはホブズの見解への批判やロックの宗教的信念が含まれていると論ずる⁽²¹⁾。また、タリー(James Tully)は、『自然法論』と『統治二論』におけるロック自然法論の「一貫性」を理由にして、「神の作品としての人間」という理解をロック所有論の基礎に置いた。この前提に立ってタリーは、ロック所有論の「原意」はイギリスの「共同体的所有」を政治社会の実定法で保障することで各人の生存権を保障することにあるという、相当にユニークなロック所有論を展開したのであった⁽²²⁾。

3 『自然法論』の地位の再検討

以上のような『自然法論』の評価・理解に対して、ホーヴィッツ版は根本的な問題提起をしていると私は評価する。まず注目されるのは、フォン・ライデンが、自然法に関するロックの手稿に“Essay”という題名を付したのに対して、ホーヴィッツ等が意図的に“Essay”の語を避け、“Question”という題名を付した点であろう。なぜ“Question”なのか。それは、ロックが自然法に関する様々な問題点を書き留めてみた、という意味において“Question”なのである⁽²³⁾。すなわち、当時のオクスフォード大学の教育の中でなお支配的であった後期スコラ学の伝統における“Question”であり、それは大学教育における討論演習(disputation)のためのものであった。ホーヴィッツによれば、ロック自身がこの

ような討論演習に精通していたことは疑いないし、自然法に関する彼の手稿には討論演習の全ての要素が示されている⁽²⁴⁾。

それでは、“Essay”が“Question”に変わることによって、『自然法論』（ホーヴィッツ等の主張に従えば、『自然法に関する諸問題』と訳すべきかもしれないが、叙述の便宜上、『自然法論』という題名を以下でも利用する）がロック思想形成史において有する意味も変わるのだろうか。ホーヴィッツは次のように論じている。「一つだけ確かなことがある。すなわち、もし、自然法に関するロックの考察が、若き著作家によって完成されないままに終わった異質の学者ぶった『論文』としてではなく、技術的に高度に組織化された討論演習へと統合された討論演習のための諸問題を丁寧述べたものからなる著作として分析されるならば、自然法に関するロックの考察は顕著に異なった意味をもってくる」⁽²⁵⁾。たとえば、『自然法論』の中に存在する「非一貫性」も、それが討論演習のために書かれたと考えるならば、容易に納得がいくとホーヴィッツは述べる⁽²⁶⁾。そして、『自然法論』がロック自身の問題に対する彼の熟考の過程とその成果を示す著作ではないとすれば、そこで示された自然法の叙述と、『統治二論』におけるそれとを直ちに連結することについて、私たちは十分に慎重であるべきだといえよう⁽²⁷⁾。

ホーヴィッツの問題提起において特に注目される点は、フォン・ライデンが“Essay”と名付けることによって、ロックをキリスト教自然法の伝統の嫡流に位置付けてしまったことに対する彼の批判である⁽²⁸⁾。このことが如実に示されるのは、ロック自身が“deus”と小文字で書いたものをフォン・ライデンが全て“Deus”と大文字に書き換え、英訳においては“God”と表記した点である⁽²⁹⁾。極端な例を挙げれば、ロック本人がわざわざ筆者の“Dei”を“dei”に書き直した部分を、フォン・ライデンが再び“Dei”へと改めている部分さえある⁽³⁰⁾。フォン・ライデンは、“dei”を“Dei”に書き替えることによって、ロックにおける“god”が聖書の“God”であること、すなわち、「キリスト教自然法の伝統における神」であると私たちが理解することを求めていたのだ⁽³¹⁾。

しかし、『人間知性論』を素材としてロックとティレル(James Tyrrell)の間で交わされた書簡を分析しつつ、ホーヴィッツは次のような興味深い指摘をする。すなわち、ロックは批判者への再批判を行ないつつも、最も重要な論点を適切な形で明確化しようとしなかった。その論点とは、神法と自然法の関係、超自然的啓示の地位、魂の不滅性といった問題であったが、このような基本的問題を未解決のままにすることによって、ロックは自己の自然法理解が相互に対立する解釈を可能とする余地を残したのである。ロックの自然法

理解は、キリスト教的自然法として理解することも、非キリスト教的なそれとして理解することも可能であったのだが、ロックは意図的にどちらの解釈も可能なままに放置したとホーヴィッツは考える⁽³²⁾。

同時代の批判者たちが、ロックに対して神法と聖書を明確に同定するように求めたにもかかわらず、ロックはその要求を拒絶した⁽³³⁾。この点でも興味深いのは、前述した文通の過程でロックがティレルに送った書簡である。その中でロックは、神が超自然的啓示によって示した言葉・規範は、聖書の叙述（モーゼやキリストの法）のみに限られるわけではなく、コーランやサンスクリットも排除されるべきではないと論ずる。『人間知性論』におけるロックの目的からすれば、人々が神法と理解されているものによって自らの行為の是非を判断しており、そのことによって道德の観念が彼らに与えられていれば、それで十分なのである。また、自然法と聖書の関係を明らかにせよとする批判に対しては、「福音以前の人間は人間ではないのか」と問い返すことによって、自然法と聖書に示された神法との関係を分離しておくことは必要かつ正しいとロックは論じた⁽³⁴⁾。このティレル宛ての書簡を重視する場合、ホーヴィッツの指摘にはかなりの説得力がある⁽³⁵⁾。

本稿における『自然法論』の理解・評価が妥当であるならば、『自然法論』の叙述を過剰に『統治二論』の中に読む込むことには、大きな落とし穴があるといえそうである。拙著において、私が『自然法論』の検討を省いたのは、『自然法論』から『統治二論』へと向かう「ロック自然法思想の発展過程」という見方に対して懐疑的である方が、『統治二論』の歴史的意味内容を明らかにできると考えたからである⁽³⁶⁾。

4 アメリカ先住民観の転換とその意味

本章と次章の課題は、『自然法論』と『統治二論』に示されたロックの政治論・社会観における重大な差異を明らかにすることによって、『統治二論』を理解する際に、『自然法論』を参照することは、かえって『統治二論』の理解を妨げる恐れがあることを指摘することにある。

この問題関心からみてまず注目されるのが、非ヨーロッパ地域の人々、特にアメリカ大陸の先住民に対する認識の根本的転換である。『自然法論』では、自然法は生得観念ではないと論証する際に、もし自然法が生得観念であるとすれば、「幼児や無学な人々や、制度もなく法もなく何らの知識ないし文化もなく、自然に従って生活しているとされる、野蛮な諸部族」こそ自然法をよく理解しているはずなのに、そういう事実は存在しないとロック

は論じていた⁽³⁷⁾。その上で、ロックは述べる。

「しかし、なんとこれらの人々の道徳は美德からかけ離れたものであり、人間性の感覚とは無縁なものであることか。彼らのように移り気な信仰、余りに頻繁な背信、かくも恐ろしき残忍さは、他には見られないものである。そして彼らは人を殺害し、同族を殺すことによって、自分たちの神と自分自身の守護霊のために、それらを犠牲として捧げるのである。旧世界と新世界の歴史や旅行者の物語を調べる者は誰であれ、以上のことを容易に知ることができる。また、これらの野蛮で粗野な人々のほとんどの間には、敬虔や寛大や誠実や純潔やその他の美德はひとかけらもなく、彼らは掠奪や窃盗や淫乱や殺害をやりながら悲惨な生活をしているのだから、このような人々の間で自然法が最もよく知られ守られているとは、何人も信じることはできないであろう」⁽³⁸⁾。

一方、『統治二論』においてアメリカ先住民はいかに描写されていたか。たとえば、ロックは政治社会と政府が「自然的自由」にあった人間によって自発的に形成された場合があることを論証するために、アメリカの事例を引く⁽³⁹⁾。よって、アメリカ先住民は『統治二論』に示された自然法が支配する自然状態において生活していたことになる。また、対外戦争に対する防衛の必要性から、戦闘を指揮する人間に政治的権威が与えられていく場合を論じるにあたって、ロックはアメリカ先住民の王を具体例として挙げつつ、そのように対外戦争に対する防衛の必要性から支配権が一人の人間に委ねられる時代を「貧しいけれども、正直な時代」、「黄金時代」と呼んでいる⁽⁴⁰⁾。このようなロックの立場に一種の「原始信仰」を見る者さえいるが⁽⁴¹⁾、ともあれ、アメリカ先住民に対する評価が一変していることに注目したい。

次に注目されるのは、『自然法論』においては、「実際、全人類の相続財産は常に同一であり、人口の増加に比例してふえるものではない」とロックが論じていた点である。ロックによれば、世界内に存在する財産の総量は人間の必要や欲望に見合って増大するものではないから、一方で誰かが富裕になるということは、他方で別の誰かが犠牲にされていることになる。このような前提から、自然法の基礎を個人の利益に求める見解は、必然的に財産の侵害という自然法違反を惹起させることになるので、自然法の基礎たりえないとロックは論じている。ロックは、自然法の基礎が個人の利益にあるとするならば、必然的に「戦争状態」を招来せざるをえず、人間の共同生活は失われるであろうと主張する⁽⁴²⁾。

一方、『統治二論』でロックが人間労働による財産の増大を論じたことは、周知の事柄に属する。有名な一節を引用しておこう。

「あるいはまた労働に基づく所有が土地の共有に優越するということは、よく考えてみればそれほど不思議なことではない。というのも、全てのものに価値の差を与えるのは実に労働にほかならないからである。誰でも、煙草あるいは砂糖が植栽され、また小麦あるいは大麦が播かれている一エーカーの土地と、全く耕作されず共有のままにされている同じ一エーカーの土地の間に、どんな相違があるかを考えてみるがいい。そうすれば、労働による改良が価値の大部分を作るものであることが分かるであろう。人間の生存に有用な土地の生産物のうち、十分の九は労働の結果であると断定しても、それは非常に控えめな算定であろうと私は思う」(強調は原文)⁽⁴³⁾。

『統治二論』においては、自然に対する自己労働の投下による自然の征服を通じて自己のパースンを拡大することによって、「自立・自律」する人間類型が論証され、全ての議論の前提とされる。このような「自律的人間類型」を自然状態の主体に設定したからこそ、ロックはホッブズ的な「ゼロ・サム社会的な自然状態＝戦争状態」という前提を取らずに済んだ⁽⁴⁴⁾。よって、労働に基づく所有の増大に関する『自然法論』と『統治二論』の差異は、決定的な差異として評価されるべきといえよう。ところで、『自然法論』におけるロックのアメリカ先住民観と、『統治二論』のそれが全く異なるものであることはすでに指摘したが、この先住民観の転換と「労働による所有」の問題を相互連関させて考える場合、次のロックの言明は興味深い問題を提起しているように思われる。

「この点については、アメリカの諸部族(Nations)が示している例ほど、明瞭な証明はないだろう。彼らは土地を豊富に持っているが、その生活を快適にするものについては全てにわたって貧弱である。自然は彼らに、食料、衣服および嗜好品として役立つものを豊富に生産するのに適した肥沃な土地を他の人々と比べても気前よく与えたのである。しかし、その土地を労働によって改良することをしなかったため、われわれが享受している利便の百分の一も持っていない。したがって、その広大で豊穡な領地の王は、イングランドの日雇労働者よりも衣食住において劣っているのである」(強調は原文)⁽⁴⁵⁾。

この叙述を「同意なしの所有」の合理化としてのみならず、「同意なしの植民」の合理化として解釈する立場が近年、有力になってきている(46)。たとえば、タリーによれば、イギリスの植民者たちは、植民が進むにつれて、彼らが先住民の土地を無断で（先住民の同意なしに）領有できるのは、先住民が土地を適切な方法で利用・領有することなく荒地のままに放置してあるからだと論じるようになった。そして、ロックが「所有について」の章で示した論理は、まさにこの植民者たちの主張を支持するものだった(47)。土地を適切に利用・領有することをしないアメリカ先住民が、自らの先祖伝来の土地に対する所有権を主張し、植民者は先住民に対して相当な代価を支払うことによって土地を取得すべきと要求することは、ロックの論理に従えば、許されざる手段に基づいて自らの所有を拡大しようとする悪行と評価される(48)。したがって、もし先住民がこのような権利主張をした場合、彼ら先住民は「争い好きな人々」として非難されることになる(49)。

『統治二論』における先住民観が『自然法論』のそれとは一変している事実に注目したのは、まさにこの文脈においてなのである。『自然法論』では、先住民は道徳的生活を行なう能力を完全に欠如する存在として描きだされた。他方、『統治二論』では、生来的には自然法に従った道徳的な生活を営む能力を有する人間として先住民が描きだされた。しかし、彼らはヨーロッパ世界との交渉の中で貨幣を知ることにより、必要以上に所有を拡大する術を覚え、欲望を不自然に拡大させた。欲望の拡大自体が悪なのではない。欲望の実現のされ方に問題があるのだ(50)。ロックの論理に従えば、この先住民の拡大した欲望は、労働を投下されずに荒地のまま放置された彼らの先祖伝来の土地全体に対する所有権を主張して、その土地を植民者に売却することで獲得される貨幣によって充足されるべきではなく、イギリス植民者に倣い、市場向けの農業経営に自ら従事すること（勤勉な労働）によって充足されなければならない。換言すれば、先住民といえども、伝統的な生活習慣を清算し、市場社会の論理に順応することによって、自己の自然権を具体化しなければならない(51)。『自然法論』とは異なり、『統治二論』における先住民は、潜在的能力があるにもかかわらず、「勤勉な労働」を怠って、法外な要求をしていることになる。先住民に対する非難の意味も変わってこざるをえない。

タリーと同様に、ロック所有論を「同意なしの植民」の正当化論に位置付けたアーニール(Barbara Arneil)は、以上の論理を「同化の論理」と読んで、先住民の文化・伝統・共同体を擁護する立場から、リベラリズムとコロニアリズムの生来的な共犯関係を告発する(52)。私は彼女のリベラリズム批判に同調するつもりはないが、それにしても、現代政治

理論の文脈で『統治二論』が痛烈に批判される「榮譽」を得るのは、それが『自然法論』とは対照的な政治論・社会観を提示しているからであるという事実は、記憶しておく価値がありそうである⁽⁵³⁾。

5 「個別的服従義務」と近代主権国家

『自然法論』と『統治二論』を比較検討することで出てくるのが、ロック政治思想における「近代主権国家」観念の形成という問題である。『自然法論』においてロックは、世俗的為政者の権威は究極的には自然法に基礎付けられており、したがって、われわれは国王の実力による強制によって服従するのではなくて、自然法が自己の上位者に従うべきことを命令するので良心に基づいて服従するのだと論ずる。全ての為政者の権力の正統性の根拠が自然法にあると論じるロックは、「もし自然法を廃してしまうなら、人類のあいだには同時に、一切の政治体も権威も秩序も社会もなくなってしまうであろう」と述べる⁽⁵⁴⁾。一方、『統治二論』においてロックは、統治権力への服従が全ての人間の義務であるとは認めるにせよ、どの権力に自分は服従すべきなのかという問題が残るはずだと論ずる。世界の中に合法的権力が存在することを論証するだけでは、人間を「臣民(=政治社会の一員)」とするには不十分であり、その正統な権力が帰属する主体を明確化し、そのことを私たちが明晰に知覚する方法が存在しなければならない。ロックによれば、世界の平和を破壊する原因となった論争点とは、「権力は存在するか」とか、「権力の正統性はどこに由来するか」というものではなくて、「誰が権力を持つべきなのか」というものであった⁽⁵⁵⁾。『統治二論』で問われていた問題は「個人は権力に服従すべきか」という「一般的服従義務」ではなくて、「誰に服従すべきか」という「個別的服従義務」であったのである。

ライリー(Patrick Riley)によれば、既知の政府が複数存在する場合に、任意の個人がどちらの政府に服従すべきかを自然法は教えない。ロックにとって社会契約という論理が不可欠であった理由は、自然法のみでは領域的な支配を行なう国家(=政治社会)を創出できないからであった。このような主張をするライリーは、『自然法論』におけるロックの叙述は、世俗的為政者の正統な権威を神の権力の委託という観点から定義するのみであって、これは社会契約論とは呼べず、パウロ的な世俗的国家観であるとする。一方、『統治二論』においては、ロックが自然法論者としての一面を失っていないにせよ、人間の自発的行為である社会契約論を媒介として成立する政府と政治的義務が重要性を有することになる。『自然法論』と『統治二論』では、ロックが想定する世俗的権力観(=国家観)においても、

重要な差異が存在していたのである⁽⁵⁶⁾。

もちろん、ライリーの指摘する国家観の差異が、ロック政治思想にとって周縁的な意味しか持たないのであれば、『統治二論』を研究する際に『自然法論』の参照を禁欲する必要はないといえよう。しかし、私の理解では、前述した「個別的服従義務」の論点は、『統治二論』の執筆目的との関係で決定的な重要性を有していた。以下、簡単に説明してみよう。

『統治二論』の論駁対象であるフィルマー(Robert Filmer)は、個人の同意に基づく政府は脆弱でアナーキーをもたらすと批判する一方(自由な個人の同意は自由に撤回できるはずだから)、「黙示的同意」の論法は実効的支配を行っている統治者を全て「黙示的同意」の対象として説明できることになるので、結局はデ・ファクトな服従理論に過ぎないことを看破した⁽⁵⁷⁾。このようなフィルマーの「原始契約」批判に対して、ロックは自分があえて「自然的自由」の立場に立つことを明言し、フィルマーの議論こそ、実はデ・ファクトな服従理論に過ぎないことを論証したのであった。特にロックが周到に説き明かしたのは、フィルマーの議論に依拠する場合、現在のヨーロッパ(＝領邦国家が割拠する状態)においては、誰の権力に服すべきかが明らかにされないということであった⁽⁵⁸⁾。前述したとおり、ロックによれば、個人が何らかの統治に服従すべきであること(＝一般的服従義務)の論証は、特定の統治に服従する義務(＝個別的服従義務)の論証まで含むものではなく、そのため、特定の個人を特定の政治社会の一員とするためには不十分なのである。フィルマー批判を敢行するロックがもし『自然法論』を再読したらならば、その国家観の致命的な欠陥に気づいたことだろう。

「自然的自由」に基づく議論はアナーキーを招くとするフィルマーの批判に対して、ロックが自らの政治的立場を擁護するためには、各人の同意が恣意的には撤回しえないことを論証しつつ、それが「自然的自由」の原理と抵触しないことを明らかにしなければならなかった。この問題を解決するためには、正統な政治権力と非正統な政治権力を峻別した上で、自然法に照らして正統な政治権力に対して自ら「明示的同意」を与えた者は、その政治権力が非正統なものへと墮落しないかぎり、自己の与えた同意を恣意的には撤回することが許されないと論ずることが有効であろう。ロックは述べる。

「ひとたび現実の合意および何らかの明示の宣言によって、いずれかの国家の一員となることに同意した者は、無期限かつ必然的にその国家の臣民であらねばならず、変わることもなしにそうであり続けなければならないのであって、決して再び自然状態の自由に復す

することはできないのである。ただし、何かの災難によって彼の服する政府が解体するに到るか、あるいは何かの公的な行為によって、彼がその国家の構成員であることをもはや認めないとされるか、そのいずれかの場合はこの限りではない」(59)。

グラント(Ruth Grant)もいうとおり、正統的な政治権力と非正統的な政治権力の峻別が維持されるべきであるとすれば、「政府解体論」とそれに基づく抵抗権行使の擁護論は、正統的な統治に対して服従する義務の正当化を含むことになる(60)。拙著の2章で検討したが、宗教的に敵対するイギリス人を「国民国家」へと統合することが、ロック寛容思想の課題であったとすれば、ある特定領域を主権的に支配する政府(換言すれば、「神の国」ではなく、領邦国家としての近代主権国家)に対して、信仰を異にする人々(=国民)が服従する義務を負うことの論証は、ロック政治理論にとって必要不可欠な作業であったといえよう(61)。よって、『自然法論』と『統治二論』における国家観の差異は決定的であると私は評価する。そして、少なくとも、憲法学・憲法思想史の観点からみる場合、『自然法論』と『統治二論』の継承性・共通性を過度に強調すべきでないとはいえるだろう。

6 小括

以上のとおり、『自然法論』と『統治二論』のそれぞれにおけるロックの政治論・社会観には、憲法学・憲法思想史の問題関心からみる場合、決定的ともいうべき差異が存在する。また、「二」と「三」での考察を踏まえると、『自然法論』から『統治二論』へと向かう「ロック自然法思想の発展過程」という見方に対して懐疑的である方が、『統治二論』の歴史的意味内容を明らかにできるように思われる。自然法に関する抽象的・一般的なレベルでの共通性を強調することによって、『自然法論』におけるロックの政治思想・倫理感と『統治二論』におけるそれとの類似性・継承性を論じる見解も少なくはないが、『統治二論』に示されたロック立憲主義思想の歴史的意味内容を明らかにするという課題を設定する場合には、そのような見解や評価を批判的に吟味した上で、参考にすべきところは参考にする、という態度が必要であろう。

では、なぜ、『統治二論』においてロックは、それまでの自分の見解とは決定的に異なる政治理論を開陳したのだろうか。このことを明らかにするためには、排斥法案闘争期における『統治二論』の執筆過程を歴史的に検証し、さらに『統治二論』が名誉革命期に公刊されたことの意味を歴史的に解明することが必要であると私は考えた。拙著の中核を成

す4章と5章はこの作業に費やされている。他方、「一」でも述べたとおり、拙著は、『自然法論』に全く言及するところがない。もちろん、拙著における「『自然法論』の不在」という事態の最大の原因は、私の能力不足にある。しかし、私の乏しい能力は、『自然法論』の検討にではなく、もっと別な問題に振り向ける方が有意義であると当時の私は考えた。そして、私がそのように判断した理由を明らかにすることが、本稿の目的であったといえる。ならば、本稿は、私のロック研究の「余滴」というよりも、拙著への「補遺」といった方が正確なのかもしれない。

(1) 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)。以下では、「拙著」と略す。

(2) 偶然、拙著と同時期に公刊された若手の政治思想研究者の著作においても、ロック政治思想を理解する上での必須の文献として『人間知性論』が検討されている。関谷昇『近代社会契約説の原理』(東京大学出版会、二〇〇三年)、中神由美子『実践としての政治、アートとしての政治』(創文社、二〇〇三年)。

(3) 拙著の3章「ロック立憲主義思想の憲法史的前提」と7章「立憲主義思想史におけるロック政治思想の意義」を参照。この二章は特に、私が現代憲法学の理論的課題や問題関心を踏まえて『統治二論』にアプローチしたからこそ、取り上げる必要性が生じた論点を検討したものであり、そのため、従来のロック研究が十分な関心を払ってこなかった(あるいは、少なくとも重要視してこなかった)諸問題を考察の対象としている。

(4) 拙著では必要な範囲で『人間知性論』を参照してはいるが、『自然法論』は一切参照していない。この選択は意図的なものである。

(5) John Locke, *Essays on the Law of Nature*, ed. by W. von Leyden (Clarendon Press, 1954). 同版を引用する場合、以下では、「ELN」と略す。日本語訳として、浜林正夫訳「自然法論」『世界大思想全集 社会・宗教・科学思想篇2』(河出書房新社、一九六二年)所収がある。以下では、「浜林訳」と略す。なお、本稿の訳文は浜林訳を参考にしているが、適宜訳文を変更している。

(6) Edward J. Harpham, "Locke's *Two Treatises* in Perspective" in *John Locke's Two Treatises of Government*, ed. by E. J. Harpham (University Press of Kansas, 1992) p. 5.

(7) 田中正司『増補 ジョン・ロック研究』(未来社、一九七五年) 一一～一二頁。浜林正

夫『ロック』(研究社出版、一九九六年) 三二～三七頁も併せて参照。

(⁸) John Locke, *Questions Concerning the Law of Nature*, eds. by Robert Horwitz *et. al.* (Cornell University Press, 1990). 以下、「QCLN」と略す。同版の研究史上の意義を知るためには、中村恒矩「ジョン・ロック自然法思想再考」経済志林五九巻一号(一九九一年)を参照。

(⁹) 『世俗権力論』とは、王政復古の時期に公刊されたエドワード・バグショウ(Edward Bugshow)の論文「宗教上の礼拝における非本質的事項に関する大問題」を論駁するべく、ロックが執筆した二つの論稿の総称である。バグショウ論文を直接批判する英語論文(一六六〇年)と、その主張を理論的に展開したラテン語論文(一六六二年頃)から成る。John Locke, *Two Tracts on Government*, ed. by Philip Abrams (Cambridge University Press, 1967). 日本語訳として、友岡敏明訳『世俗権力二論』(未来社、一九七六年)がある。ちなみに、『世俗権力論』の方は、拙著においても検討の対象とされている(2章)。

(¹⁰) Locke, *supra* note 9, p. 124. 邦訳・二四頁。

(¹¹) W. von Leyden, "Introduction" in ELN, pp. 25-28.

(¹²) *Ibid.*, pp. 29-30.

(¹³) *Ibid.*, p. 82.

(¹⁴) *Ibid.*, pp. 30-43, 50-54.

(¹⁵) John Dunn, *The Political Thought of John Locke* (Cambridge University Press, 1969) pp. 19-21.

(¹⁶) 二つだけ、例を挙げておこう。

①第一論文の始めのパラグラフにおいて、ロックは自然法の生得観念性に肯定的な叙述をしている。すなわち、ロックは全ての被造物が神の意志に従って生誕と生命の法則を持っているのであって、この全宇宙の構成の内に、それぞれの本質にかなった適切な運動法則を持たないものは存在しないと論じる。その上でロックは、人間だけがそのような法則を持たずに生まれてくるとは考えられないと述べる。一見この叙述は自然法則を論じているように見えるが、ロックはそのような法則がいかなる名称で呼ばれてきたかをすぐに検討し、その名称の一つとして「自然法」を挙げている。ELN, pp. 108-111.; QCLN, pp. 94-101. 浜林訳・一三九～一四〇頁。この叙述からすると、ロックは自然法の生得観念性を承認していたように思われる。他方、「自然法は人々の心の中に刻み付けられているか」

という問いを立てたロックは、自然法が生得観念ではないことを詳細に論証している。

ELN, pp. 136-145; QCLN, pp. 138-151. 浜林訳・一五一頁以下。

②「自然法は自然の光によって知ることができるか」を考察する部分の冒頭において、善悪の原則は全ての人々が承認するところであり、野蛮人でさえも美德についてのある種の感覚があることは、自然法の存在を推測させるものであると論じておきながら (ELN, pp. 122-123; QCLN, pp. 118-119. 浜林訳・一四五頁)、その後で制度も法も知識もなく最も自然に生きている野蛮人たちのモラルは全く美德とはかけ離れたものであり、人間的感情と無縁のものであって、彼らの存在を思えば、自然法の生得性を論じることはできないとしている。ELN, pp. 140-141; QCLN, pp. 144-145. 浜林訳・一五三頁。

(¹⁷) Dunn, *supra* note 15, p. 21.

(¹⁸) 他方、ホーヴィッツによれば、『自然法論』でロックが多用する論述の方法は、まず一定の立場を明言し、それに権威性を付与しておきながら、徐々にその立場への疑問を提示して、時には最初の立場に矛盾する議論を行うというものである。そのため、『自然法論』でのロックの主張は本質的に暫定的なものであって、彼の持論を公言したものとは理解しない方が賢明だとホーヴィッツは論ずる。Robert Horwitz, “John Locke’s *Questions Concerning the Law of Nature: A Commentary*” in *Interpretation*, vol. 19, no. 3, pp. 253, 255 (1992). 彼の主張に従うならば、前掲注(16)で例示した「非一貫性」は、ロックの叙述方法の現れに過ぎないことになる。

(¹⁹) J・W・ガフ (宮下輝雄訳) 『ジョン・ロックの政治哲学』(人間の科学社、一九七六年) 一三～二五頁。

(²⁰) この叙述は、ロック政治思想の近代性・世俗性を批判したレオ・シュトラウスが、「ロックに自然法は存在しない」と断じたことを念頭に置いたものである。同著 (塚崎智・石崎嘉彦訳) 『自然権と歴史』(昭和堂、一九八八年) 二三三～二三八頁を参照。

(²¹) Richard Ashcraft, “The Politics of John Locke’s *Two Treatises of Government*” in *John Locke’s Two Treatises of Government*, ed. by E. J. Harpham (University Press of Kansas, 1992) pp. 15-16. アシュクラフトが念頭においているのは、シュトラウス・前掲注(20)と、C・B・マクファーソン (藤野渉ほか訳) 『所有的個人主義の政治理論』(合同出版、一九八〇年) である。

(²²) James Tully, *A Discourse on Property* (Cambridge University Press, 1980) pp.

33-37, 46-47, 101-110, 122-127. 同書に示されたタリーの見解を、拙著・四六～四九頁で批判的に検討しておいた。

(²³) Robert Horwitz, “Introduction” in QCLN, pp. 50-52. フォン・ライデンとホーヴィッツの見解の差異は「論文」の数にも示されている。フォン・ライデンは“Essay”としての体裁を整えたものだけを取り上げているので、全部で八本の「論文」があることになるのだが、ホーヴィッツ版は“Question”を全て掲載しているので、一個の「問題」があることになる。

(²⁴) Horwitz, *supra* note 23, pp. 53-55. 大学における討論演習については、ジャック・ヴェルジェ（大高順雄訳）『中世の大学』（みすず書房、一九七九年）六三～六六頁を参照。当時のロックは若き大学教師だった。彼はオクスフォード大学クライスト・チャーチのギリシア語講師、修辞学講師を経て、一六六三年から一年間、道德哲学監督官を務めた。浜林・前掲注(7)二三九頁以下に掲載された年表を参照。

(²⁵) Horwitz, *supra* note 23, p. 55.

(²⁶) *Ibid.*, p. 61. 前掲注(18)も参照。

(²⁷) Diskin Clay, “Translator’s Introduction” in QCLN, pp. 79-81. は『自然法論』には「ロックの二つの声」があると論ずる。一つは聖書を援用する「キリスト教徒の声」であり、もう一つがギリシア哲学を援用する「異教徒の声」である。「多数の神的存在が存在することも、その存在を認めることも、神的存在が全く存在しないこと、存在しないと認めることと同様に、不可能である」(ELN, pp. 174-175; QCLN, 194-195)というロックの言明は、一神教であるキリスト教だけを認める趣旨に聞こえるが、クレイの指摘に従えば、これは「二つの声」の一方が示されたに過ぎず、ロック自身の信条（真情）を提示したものかどうかは直ちには分からないことになろう。ただし、この引用部分をロックの信条（真情）の吐露と解釈して、ロックを「キリスト教思想家」に位置付けるものとして、たとえば参照、友岡敏明「初期ロックの思想形成」田中正司・平野耿編『ジョン・ロック研究』（御茶の水書房、一九八〇年）一二三頁以下。

(²⁸) Horwitz, *supra* note 23, pp. 46-50. フォン・ライデンの操作によって、自然法に関するロックの手稿は完全に一神教的なトーンを持ってしまい、討論演習で提起される生き生きとした問いは神学的ドグマの陳述へと転換されてしまったとホーヴィッツは批判する。

Ibid., p. 59.

(²⁹) *Ibid.*, p. 55. フォン・ライデンは“deity”が非キリスト教の神を示している場合を除いて、全て大文字にしたと述べている。von Leyden, *supra* note 11, p. 90. 他方、ロックがエジプト神話のアヌビス(Anubis 頭がジャッカル形の神で死者の案内役)を念頭において、「犬」を意味するラテン語 “Canis” を大文字にしたところ、フォン・ライデンはこれを小文字に変更している。ELN, p. 174. ホーヴィッツ版は大文字で表記されている。QCLN, p. 194. フォン・ライデン版において、非キリスト教の神々からは「神性」が剥奪されることの一例である。

(³⁰) Horwitz, *supra* note 23, pp. 57-58. ホーヴィッツが特に問題とするのは、「自然法は一般的同意によって知られうるか」という「論文」の冒頭の“Vox Populi vox dei”を“Vox Populi vox Dei”に変えた点である。ELN, pp. 160-161. 本文を読んでみれば、ロックはギリシア、ローマ等々の異教の「神」について論じているのだから、冒頭の部分だけはキリスト教の「神」にのみ言及したと考える方が不合理である。

(³¹) Horwitz, *supra* note 23, p. 58.

(³²) *Ibid.*, pp. 20-28. ホーヴィッツの問題提起を肯定的に受け止める藤原保信は、ロックにおける「神」は異教の神をも含めたより広いコンテクストにおいて理解されるべきと論ずる。同著『自由主義の政治理論』（早稲田大学出版部，一九九七年）一〇八頁。

(³³) Horwitz, *supra* note 23, p. 22.

(³⁴) Locke to James Tyrrell, 4 August 1690, in *The Correspondence of John Locke*, vol. 4, ed. by E.S. de Beer, Clarendon Press, pp. 110-113. ロックの皮肉な口調が最高にいい。「新約聖書において啓示された神の意志——これはモーゼの律法から二千年、天地創造から四千年後の人々に対して与えられた啓示であります——に関して述べさせて頂けば、福音以前に出生した人間は人類の一部ではなかったか、あるいは、福音はそれが啓示される以前に実はすでに啓示されていたかのいずれかでないかぎり、どうして新約聖書における神の啓示を人類に与えられた法と呼ぶことができるのか、理解しがたいところです」。自然法は「人類に与えられた法」だから、もし「自然法の内容＝新約聖書における神の啓示」と考えるのであれば、新約聖書成立以前の時代に生きていた人々は人類の一部でないことになる。他方、彼らも人類の一部だというのであれば、実際に啓示が行われる以前に彼らは福音の内容を知っていたことになる。「いずれにしても馬鹿げた話だ」というのがロックの応答である。「論争家ロック」の面目躍如といえよう。なお、ロックはモーゼの律法につい

でも、それはイスラエルの人々に向けられたものであって、人類一般に対して与えられた法とは理解しえないと論ずる。

(³⁵) 下川潔『ジョン・ロックの自由主義政治哲学』(名古屋大学出版会、二〇〇〇年)六四頁は、「一神教のキリスト教神学を取り入れながら、多神教を明確に位置づけないロックの議論の曖昧さ」を批判する。他方、本稿の理解が妥当ならば、多神教を容認していながらも、キリスト教神学との緊張関係が露骨にならないように、ロックは慎重な態度を取っていたと評することができよう。

(³⁶) ただし、Michael P. Zuckert, *Natural Rights and the New Republic* (Princeton University Press, 1994) pp. 187-216. はホーヴィッツ版を利用しつつも、『自然法』の叙述に自然法に関するロック自身の思想を読み取り、『人間知性論』や『統治二論』へとつながるロックの思想に特有なテーマ(グロチウス自然法への批判)を見出している。『統治二論』の冒頭に示された自然法論は、『自然法論』で明確に述べられた自然法を単純化したものだとして彼は述べる。*Ibid.*, p. 217. とはいえ、ザッカーは単に新しいからホーヴィッツ版を利用したとのことなので(*Ibid.*, p. 358. note 4), ホーヴィッツの問題提起を然るべく受け止めた上で、彼らの版を利用したわけではなさそうだ。また、J. B. Schneewind, “Locke’s Moral Philosophy” in *The Cambridge Companion to Locke*, ed. by Vere Chappell (Cambridge University Press, 1994) p. 224, note 19. は『自然法論』が討論演習の形式を取っているというホーヴィッツの指摘を受け容れておきながらも、そのことが『自然法論』を解釈する上で重大な意味を持つとは考えないと、特に理由も付さずに断言する。確かに、この気持ちは分からないではない。『統治二論』における簡単な自然法の記述から、たとえば、義務の本質に関するロック道徳哲学の詳細を読み取ることは難しいからだ。*Ibid.*, p. 216.

ところで、ロック自身は『自然法論』を公刊する意思を持っていたのだろうか。換言すれば、いつか世に問うことを念頭においた、彼の思索の跡として同書を読むことは——多くの研究者はそう読みたがるわけだが——正当化されるのだろうか。ホーヴィッツの指摘するところによれば、自然法に関する手稿をロックは様々なノートやその他の書類の中へ上手に隠したので、それらは今世紀に至るまで知られることがなかった。Horwitz, *supra* note 23, pp. 28-29. この事実を重視する場合、思想家本人が意図的に隠蔽しようとした手稿を利用して、その思想家の思想の歴史的意味を回復しようとするアプローチの是非につ

いて、一筋縄ではいかない方法論的な問題が生じよう。ただし、ガフやライデンは、ロックが『自然法論』を公刊する意図を後年まで持っていたと推測しているので、彼らの『自然法論』の利用の仕方には一応の整合性がある。ガフ・前掲注(19)一四頁, von Leyden *supra* note 11, p. 13. 一方、ホーヴィッツは、自然法に関する考察の目的が何であれ、生前のいかなる時期においても、ロックにそれを出版する意図があったとは考えられないと論ずる。Horwitz, *supra* note 23, p. 33.

(³⁷) ELN, pp. 138-141; QCLN, pp. 144-145. 浜林訳・一五三頁。なお、フォン・ライデン版は“babarae illae nationes”を、“those primitive races”と英訳しており、浜林訳もそれに従って「原始人」と訳している。しかし、この部分の叙述は、アリストテレスの「野蛮人」の叙述（正確に言えば、ヨーロッパに受容されたアリストテレス哲学）と関連させて理解する方が、歴史的に正確であると思われる。この点について、J・H・エリオット（越智武臣・川北稔訳）『旧世界と新世界』（岩波書店、一九七五年）六七～七〇頁, Anthony Pagden, “Dispossessing the Barbarian” in *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*, ed. by A. Pagden (Cambridge University Press, 1987) pp. 90-92. を参照。ホーヴィッツ版においては、“those barbarian nations”と英訳されている。

(³⁸) ELN, pp. 140-141; QCLN, pp. 144-147. 浜林訳・一五三頁。

(³⁹) ST: 102, 105, pp. 335, 337. 邦訳・二二六～二二八頁。ロックは「原初的に全世界はアメリカであった」とも述べている。ST: 49, p. 301. 邦訳・一九〇頁。なお、『統治二論』からの引用は、第一論文を「FT」、第二論文を「ST」と略し、節の番号と本書が参照したテキストの頁を示す。たとえば、「ST: 49, p. 301.」は第二論文の第四九節、テキストの三〇一頁を指示する。本稿が参照したテキストは、John Locke, *Two Treatises of Government*, student edition, ed. by Peter Laslett (Cambridge University Press, 1988) である。また、本稿の訳文は概ね、鵜飼信成訳『市民政府論』（岩波文庫、一九六八年）の訳文に手を加えたものだが、読者の便宜のため（鵜飼訳は第二論文のみ訳出）、伊藤宏之訳『全訳 統治論』（柏書房、一九九七年）の該当頁を示す。以下では、「伊藤訳」と略す。

(⁴⁰) ST: 108-111, pp. 339-343. 伊藤訳・二三〇～二三三頁。

(⁴¹) Dunn, *supra* note 15, p. 119. ただし、私はこのような理解に賛成しない。当時の政治言説状況におけるロック政治思想の「個性」は、歴史を発展的に捉える点にあったのだから。拙著・一二六～一三一頁。

(⁴²) ELN, pp. 210-213; QCLN, pp. 244-249. 浜林訳・一八一～一八二頁。関連して、田中・前掲注(7)九二～九四頁を参照。

(⁴³) ST: 40, p. 296. 伊藤訳・一八四～一八五頁。

(⁴⁴) この点を強調するものとして、田中・前掲注(7)九三頁、石井幸三「ロック『政府二論(第二部)』における法的権利について」阪大法学九七・九八号(一九七六年)二〇六頁、中村恒矩「政治思想から経済思想へ」宮崎犀一・山中隆次編『市民的世界の思想圏』(新評論, 一九八二年)二四頁。併せて参照, Andrzej Rapaczynski, *Nature and Politics* (Cornell University Press, 1987) pp. 171-180.

(⁴⁵) ST: 41, pp. 296-297. 伊藤訳・一八五頁。

(⁴⁶) James Tully, *An Approach to Political Philosophy* (Cambridge University Press, 1993); Barbara Arneil, *John Locke and America* (Clarendon Press, 1996); 三浦永光『ジョン・ロックの市民的世界』(未来社, 一九九七年)。Mark Goldie, “Introduction” in *The Reception of Locke’s Politics*, vol. 1, ed. by Mark Goldie (Pickering & Chatto, 1999) p. lviii.によれば、この問題は、ポーコック(J.G.A. Pocock)等の研究によって一八世紀政治思想に対するロック政治思想の影響力が減殺された後、改めてロック政治思想の影響力が語られるようになった論点の一つである。なお、國方敬司「ロック『所有』論とアメリカ・ピューリタニズム」山形大学紀要(社会科学)二五巻一号(一九九四年)六五頁以下は、植民者の土地所有論がロック所有論に及ぼした影響の方を分析する。

(⁴⁷) Tully, *supra* note 46, pp. 145-149, 169. Arneil, *supra* note 46, esp. pp. 16-19, 61-64, 169-170.も同様の指摘をする。ただし、ポーコックは、ロックの叙述と植民者の主張が一致していることは確かだとしても、植民者の主張がロックの著作に依拠するものであるという点については疑問としている。J.G.A. Pocock, “A Discourse of Sovereignty” in *Political Discourse in Early Modern Britain*, eds. by N. Phillipson & Q. Skinner (Cambridge University Press, 1993) p. 419. ポーコックは周知のとおり、「共和主義的伝統」に着目することで、一八世紀英米政治思想におけるロックの存在感を劇的に失わせた張本人である。ポーコックらしい感想だといえよう。とはいえ、アメリカ独立革命期において、ロック政治思想の影響力はやはり圧倒的だったことを改めて実証的に明らかにした研究もある。大森雄太郎『アメリカ革命とジョン・ロック』(慶應義塾大学出版会, 二〇〇五年)。

(⁴⁸) Tully, *supra* note 46, pp. 158-159. 同様の指摘をするものとして参照, Ruth Grant, *John Locke's Liberalism* (University of Chicago Press, 1987) p. 160. 先住民の権利主張をロック所有論がどのように「制約」するのかを詳しく分析するものとして参照, Arneil, *supra* note 46, pp. 143-152.

(⁴⁹) Tully, *supra* note 46, pp. 158-159. タリーが引用した「争い好きな人々」という言葉は、ロックの次の叙述からの援用である。「神は世界を人類共有のものとして与えた。けれども、神はそれを彼らの利益のために、そして、彼らがそこから最大限の生活の便益を引き出しうるように与えたのであるから、世界がいつまでも共有で耕作されないままであるべきと神が考えていたとは想像されない。神は、それを勤勉で理性的な人々の利用に任せた(そして労働がそれに対する彼の権原となるべきであった)のであって、争い好きな人々の気紛れや貪欲に任せたのではない」(強調は原文)。ST: 34, p. 291. 伊藤訳・一八〇頁。「争い好きな人々」が「勤勉で理性的な人々」と対置されていることに注意したい。ロックの思想体系において、「勤勉で理性的な人々」と対置されるということは、最大級の非難を浴びていることを意味する。

(⁵⁰) 当時の植民者は、彼らに土地を売ることによって利益を得ることができることを知るまで、先住民は土地に対する欲望を持っていなかったと主張した。Tully, *supra* note 46, p. 159. ポーコックは、アメリカ先住民の社会が土地に対する強い結合意識を持っている事実を認識することを、ヨーロッパ人はずっと拒絶してきたと述べている。Pocock, *supra* note 47, p. 419.

(⁵¹) Tully, *supra* note 46, p. 170; Arneil, *supra* note 46, pp. 138-141, 148-150, 165-167.

(⁵²) *Ibid.*, pp. 208-210.

(⁵³) タリーも似たような観点からの近代立憲主義(=近代リベラリズム)批判を行う。ロック所有論を「同意なしの植民」と読む論者が二人とも、ポスト・コロニアリズム的立場からのリベラリズム批判を展開する点は興味深い。James Tully, *Strange Multiplicity* (Cambridge University Press, 1995) pp. 14-15, 52-57, 82. なお、拙著・二一六～二二〇頁でタリーの議論を批判的に検討しておいた。そこで展開された私の議論は、アーニールの著書の結論部分への批判としても有効であると考えられる。

(⁵⁴) ELN, pp. 188-189; QCLN, pp. 212-213. 浜林訳・一七二頁。

(⁵⁵) FT: 81, 106, pp. 202-203, 218-219. 伊藤訳・八八～八九, 一〇七頁。

(⁵⁶) Patrick Riley, “On Finding Equilibrium between Consent and Natural Law in Locke’s Political Philosophy” *Political Studies*, vol. 22, pp. 436-439 (1974).

(⁵⁷) Sir Robert Filmer, *Patriarcha and Other Political Works*, ed. by Peter Laslett (Basil Blackwell, 1949) pp. 53, 82, 217-218, 225-226.

(⁵⁸) FT: 78-80, pp. 199-202. 伊藤訳・八五～八七頁。

(⁵⁹) ST: 121, p. 349. 伊藤訳・二四〇頁。

(⁶⁰) Grant, *supra* note 48, p. 54.

(⁶¹) この問題が、現代憲法理論の関心対象としての立憲主義にとっても重要な意味を持つことを論ずるものとして、長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』（ちくま新書、二〇〇四年）四四頁以下を参照。

第5章 憲法と独占禁止法

1 「二つの憲法」の現在

日本国憲法の改正が現在、重要な政治的争点の一つになっている。2005年11月22日には、自由民主党（自民党）が結党50年を記念して、条文の形式をとった「新憲法草案」を公表した。憲法改正国民投票を実施するための法律の制定も具体的に検討され始めている。言うまでもなく、現代改憲の目的は、憲法九条を改定して、自衛隊を「正真正銘の軍隊」に位置づけ、さらに海外での軍事行動を可能にすることにある¹。日本国憲法は「平和憲法」とも呼ばれてきた。ならば、現代改憲は日本国憲法のコアを捨て去るための改憲といえよう。憲法は「冬の時代」を迎えているのかもしれない。

改憲問題ほど巷を騒がせていたわけではないかもしれないが、「経済憲法」と呼ばれる独占禁止法（以下、「独禁法」と略す）は2005年4月、大幅に改正され、課徴金算定率の引き上げ、課徴金対象行為の拡大、課徴金減免制度及び犯則調査権限の導入などによって、同法の執行体制は抜本的に強化された²、新聞報道によれば、課徴金算定率の引き上げに経団連が反対していたようで、各論部分ではシビアな対立もあったようだが、憲法学者の私からみて印象的なのは、独禁法の改正による競争政策の強化という総論部分では、政府・財界・メディアも含めて一応のコンセンサスがあるようにみえる点だ。「構造改革」や「規制改革」を謳う政府の下、独禁法の強力な執行は日本経済の構造的改革の柱のひとつに位置づけられている³。独禁法は「わが世の春」を迎えつつあるようだ。

憲法と独禁法を取り巻く現在の政治状況の対照性は、制定当初におけるその共通性と比べると、とても興味深い。日本国憲法がGHQ草案に基づいて制定されたこと、そして、サンフランシスコ講和条約の発効によって日本に主権が回復した1950年代、「憲法は占領中にアメリカが押し付けた憲法だから無効である」と主張して、日本国憲法の全面改正を正当化する「押しつけ憲法論」が盛んに唱えられたことは周知のとおりである。そこで、憲法の話はこれくらいにして、独禁法の話しよう。

GHQによる対日経済管理の基本三原則は、①経済の非軍事化、②平和的経済の確立、③経済の民主化にあった。主に③との関係で、財閥解体、農地解放、労働運動の解放という戦後三大改革が遂行されたのであった。独禁法は財閥解体と独占企業の分割によって形成された民主的な経済秩序と競争的な市場経済を維持することを目的として、1947年に制定・施行された。制定時期はもちろん、その精神においても、憲法と独禁法は「双子」の

ような存在だった。だから、独禁法も嫌われる。戦前以来の国家主導型・官民協調型の経済運営と相容れない独禁法は、「戦勝国が敗戦国に押し付けた懲罰的措置」とさえ言われた。1953年改正によって独禁法は大幅に緩和され、独禁法の執行も消極化していった⁴。

憲法と独禁法は出自においても、悪口の言われ方においても、まるで双子の兄弟のようだ。しかし、私が注目したいのは、出自の類似性にもかかわらず、憲法と独禁法をめぐる現在の政治状況の見事なまでの対照性の方なのである。

2 憲法と独禁法

先ほど、憲法と独禁法は「双子の兄弟」のようだと述べたが、面白いのは、独禁法くらい違憲論が続出した法律もないという事実である⁵。さしずめ「仲の悪い兄弟」というところか。そして、「憲法と独禁法」というテーマについて、まず思い浮かぶのは、この独禁法の合憲性に関する解釈論上の問題であろう⁶。

内閣から相対的に独立して活動する公正取引委員会(以下、「公取委」と略す)のような独立行政委員会は、「行政権は内閣に属する」と定める憲法 65 条に違反するか、あるいは、「公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的な証拠があるときには、裁判所を拘束する」と定める独禁法 80 条 1 項が、特別裁判所を禁止し、行政機関が終審として裁判を行うことも禁止する憲法 76 条 2 項に違反するか、といった論点がある。今回の独禁法改正の際にも、「行政上の制裁」としての課徴金と刑事罰とを併科することが、憲法 39 条の二重処罰の禁止に違反するか否かが問題となった⁷。

とはいえ、独禁法の合憲性を論ずることが、経済法学にとっては実践上、一定の意味があるとしても、憲法学の立場からすると、これは独禁法の合憲性をいかに手際よく説明するかという問題にすぎず、その検討から憲法学が得るものは少ない。他方、「営業の自由論争」は、「憲法と独禁法」というテーマとも関連しながら、憲法学に対して重大な問題提起を行うものだった。周知のとおり、経済史学者・岡田与好教授の法律学批判を契機として⁸、独禁法は「自由規制立法」なのか、それとも「自由促進立法」なのかが議論されたのが、「営業の自由論争」である。

この論争は単に独禁法の憲法的理解という問題を超えて、「国家による自由」一般を憲法学がいかに理解・評価するかという議論をも誘発した。そして、この問題をシリアスに受け止め、人権総論の再構成へと接続したのが樋口陽一教授である。樋口教授は、近代憲法の諸原理が確立した 19 世紀段階の「国家からの自由」の歴史的・論理的前提として、

国家権力が中間団体から諸個人を解放する「国家による自由」が存在したという議論を展開することで、従来の憲法学における人権(史)理解の再構成を求めている。そして、独禁法が「公正且つ自由な競争を促進」(1条)することを立法目的に掲げていることに樋口教授は注目して、独禁法を「自由促進立法」位置づけ、「自由競争確保のための独占規制を『公共の福祉』の名による現代型経済規制一般の中に無自覚的に含めてしまうことなく、二つの『自由』の対抗図式のなかで、その実質的意義を読み取ることが必要である」との問題提起を行う⁹。

「憲法と独禁法」の関係を考える本稿において、「営業の自由論争」を取り上げることは、正攻法といえるだろう。ただし、この問題に関しては、憲法学の立場からも一定の整理と検討、そして評価がなされており¹⁰、現在の私の能力では、それらの論考に何か新しい知見を付加する自信はない。そこで、本稿では、本書全体の研究テーマを意識しながら、規制緩和政策の中で憲法と独禁法関係を憲法学の立場から考察することで、憲法学と経済法学の両方に跨る(と私自身は考える)理論的な課題を提示してみたい。具体的には、次の二つの問題を取り上げる。第一に、最近、独禁法の考え方を参考にしながら、いわゆる「規制目的二分論」を批判する学説が現れている事実に着目し、この問題を憲法学の立場から考察する。第二に、独禁法の競争政策を強化する観点から、公取委は新聞の再販制度と特殊指定の廃止を進めたが、この政策の可否を憲法学の立場から検討する。

3 規制目的二分論とその問題点

営業の自由に対する規制の方法として、「適正配置規制(距離制限)」というものがある。簡単にいえば、既存業者から一定の距離が離れていない場合、営業を許可しないというものである。この適正配置規制の合憲性については、①小売市場事件(最大判 1972・11・22 刑集 26 卷 9 号 586 頁)や②薬事法事件(最大判 1975・4・30 民集 29 卷 4 号 572 頁)によって、次のような判例法理が最高裁によって示されている。すなわち、国民の生命・健康に対する危険の防止等を目的とする消極的・警察的規制(＝消極目的規制)については、「厳格な合理性の基準」を、国民経済の調和的発展や経済的弱者保護のために行われる積極的・政策的規制(積極目的規制)については、「明白の原則」を用いるというように、規制目的との関係で審査基準を変更する考え方である。これを「規制目的二分論」と呼ぶ。

「明白の原則」とは、当該規制が「著しく不合理であることの明白である場合に限り、これを違憲とする」という方法であり、もっとも緩やかな審査方法といえる。そのため、

①判決では、距離制限規制は合憲とされた。他方、「厳格な合理性の基準」の場合、裁判所は規制の必要性・合理性および「同じ目的を達成できるよりゆるやかな規制手段」の有無を立法事実に基づいて審査する。②判決はこの基準を適用して、薬局の適正配置規制を違憲と判断した。

この規制目的二分論に対しては様々な批判がある。財産権規制立法の違憲性が争点となった森林法事件(最大判 1987・4・22 民集 41 卷 3 号 408 頁)や、酒税法に基づく酒類販売業免許制の合憲性が争点となった事件(最判 1992・12・15 民集 46 卷 9 号 2829 頁)は必ずしも規制目的二分論を採用しておらず、そもそも規制目的二分論によって、経済的自由に関する判例の流れを整合的に説明できるのか疑問である。また、公衆浴場の適正配置規制について、当初はその規制目的を消極目的と捉えて合憲としていたが(最大判 1955・1・26 刑集 9 卷 1 号 89 頁)、近年では積極目的と捉えて同規制を合憲とした判決もある(最判 1989・1・20 刑集 43 卷 1 号 1 頁)。規制目的二分論は、目的が消極的か積極的かによって審査基準を変える考え方なのだから、規制目的の認定自体を変更できるのであれば、そもそも解釈「理論」と呼ぶに値するのかさえ疑問とされよう。

以上の批判は、判例は一貫して規制目的二分論を取っているのか、その運用は恣意的でないのかといった批判であり、必ずしも規制目的二分論という考え方そのものに対する根本的な批判ではない。そこで次に、根本的な批判を取り上げてみよう。

戸波江二教授は「積極目的・消極目的区分論はむしろ不合理で不必要な議論とみるべきではないか」と問題を提起する。たとえば、各種の公害規制立法による経済規制は通例は消極目的の規制と解されるが、その規制は国民の生命・健康の維持のために必要不可欠な規制であり、その規制は必要最小限度に止まらず、広汎で強力な規制が要請・許容されると教授は論ずる¹¹。狂牛病や鳥インフルエンザの問題をみると、これらの問題について行政が必要最小限度の営業規制しかできないとすれば、それは問題であろう。戸波教授の批判は、消極目的規制についても緩やかな審査を行うべきというものである。このように考えるのであれば、規制目的二分論という考え方そのものが不合理ということになる。

戸波教授による規制目的二分論批判と関連して、土田和博教授の議論を紹介しておきたい。土田教授は「憲法と経済法」と題する論考において、審査基準を一元化したうえで、規制を受ける営業の自由の主体・内容・性質・態様や財産権の類型・性格等に考慮した新たな違憲審査の体系化を図るべきとの戸波教授の提言を、いわゆる「財産権二分論」に関する憲法学の蓄積と連結することによって、憲法の観点から「規制改革の公準」を導き出

そうとする、注目すべき問題提起を行っている。

その「公準」によれば、政府が経済法の立案・執行・実現に当たっては、次の辞書的順序において保障を確保しなければならない、とされる。(a)人間の生命、健康、安全に対する権利(基底的人権)、(b)小零細の農林漁業従事者および商工自営業者、一般消費者の基本的人権としての財産権、営業の自由、(c)他人の労働の成果を取得する側面をもつ中小企業家、中小企業法人の財産権、営業の自由、(d)資本主義の制度的保障にとどまる資本家の資本としての財産、大規模な株式会社の財産、営業の自由、(e)企業集団、企業系列を構成する大規模な株式会社の財産、営業の自由、である¹²。

土田教授の問題提起の是非を議論する前提として、そもそも「人権としての財産権」と「人権でない財産権」(独占財産)を区別しようとする「財産権二分論」が、憲法 29 条の解釈論として維持できるのかが問題となろう。たとえば、浦部法穂教授は、憲法解釈論として利用可能な程度に「人権としての財産権」と「人権でない財産権」の概念確定をすることは困難なので、積極目的規制を社会権保障・弱者保護に限定する規制目的二分論を提唱することで、「財産権二分論」の課題を実質的に達成しようとしたと論じている¹³。

土田教授の議論の当否に関する検討は別の機会に譲るとして、ここで確認しておきたいのは、この土田教授の議論が、次節で取り上げる馬川千里教授や平松毅教授とは発想のベクトルが逆になっている点である¹⁴。両教授は、経済法の考え方を憲法学説に導入し、積極目的規制にも厳格な審査を行うべきだという立場から、規制目的二分論を批判する。次節では、最近の規制改革の流れに位置付けて、このような議論をみてみよう。

4 規制緩和論と規制目的二分論

経済法学者の馬川千里教授は、「極論すれば、憲法の解釈理論は、政府の競争制限的規制に対して極めて寛大であり、批判の対象になっている政府規制は、憲法の解釈理論によって正当化される嫌いがある。時代錯誤ではないかと思われるが、過去において独占禁止法の弱体化のために使われてきた口実が、現在の憲法の解釈理論の上では大勢を占めているのではないかという感じさえすることである」と論ずる¹⁵。憲法と独禁法は再び「兄弟げんか」を始めたのだろうか。

しかし、経済法における競争政策の考え方を憲法の解釈理論に取り入れることで、「兄弟げんかを和解させる」試みもある。たとえば、平松毅教授は、経済法学の分野で採用されている経済的規制と社会的規制の分類を憲法学に導入しようと試みる。経済的規制とは、

「自由市場経済を前提にした上で、その市場原理である自由競争を妨げる規制」であり、参入規制、需給制限、価格規制などがこれに当る。この規制は市場原理を妨げるので、例外でなければならないとされる。社会的規制とは、「市場において是正されることが期待できない外部性をもつ事業者の経済活動による弊害を是正するための規制」であり、生命身体の安全、公安風俗の維持、公衆衛生、危険防止、環境保全などを目的とする規制がこれに当る。この規制は、私的自治の原則を尊重し、必要最小限度でなければならないとされる。

社会的規制は消極目的規制に、経済的規制は積極目的規制に相当するものと解釈しうる。すると、特に問題となるのは積極目的規制である。経済法学の立場からすれば、このタイプの規制が正当化されるのは例外的な場合に限定されるからだ。平松教授は、憲法も市場原理に矛盾する中小企業の保護を予定しているとは解されず、自由競争における敗者の救済は憲法 25 条に基づく社会保障等によるべきと論ずる。中小企業の保護政策が正当化されるのは、①それが大企業との有効な競争を促進するか、②消費者の利益を害しない場合に限定されるので、小売市場事件で問題となった適正配置規制は①も②も充足しないから、違憲と解するべきとされる¹⁶。

この平松教授の議論の背景には、憲法が保護する「社会的経済的弱者」とは第一義的に消費者であり、適正配置規制のような競争制限的規制は、消費者の犠牲の下に中小企業を保護するものであり、容認しえないという考え方がある。この考え方を規制緩和論との関係で明快に論じているのが、棟居快行教授である。

棟居教授によれば、「規制緩和論がプラスの効果として強調するのは、営業機会の増大に加えて、自由競争によって消費者のニーズに合った商品が市場に出回り、物価も低減するという事柄である。このように規制二分論においては度外視されていた消費者の経済的利益が、規制緩和論では前面に押し出されている」。また、「積極規制は、物価の上昇と購買機会の減少を通じて消費者の市場アクセス権を制約し、特定の生産・流通業者を保護するものであるから、間接税形式の隠れた目的税が、しかも逆進的に課されている」のであり、「競争関係に立つ経済的強者から経済的弱者への富の移転をはかるとものというより、実際には弱い消費者から弱い生産者へ富を移転するものなのである」と教授は論ずる。そして、「積極規制の規制緩和は当然として、そもそも積極規制なるカテゴリーの許容性自体を検討することが必要」と結論している¹⁷。

5 規制目的二分論と民主政

以上のとおり、近年では、憲法学・経済法学それぞれの立場から、規制目的二分論を批判する学説が現れてきている。しかし、そのような批判をする前に確認しておくべき、いくつかの注意点がある。

第一に、司法消極主義との関係である。積極目的規制を裁判所が安易に合憲とするのは、別に裁判所が「見えない憲法」¹⁸を支持しているからではなく、単に違憲審査権の行使に消極的だからという説明も可能である。規制緩和論者の中には、「二重の基準論のようなものの考え方が官僚主導の規制行政を許してきた」と論難する者もいるが、この批判は、最高裁が精神的自由の規制に対する厳格な審査を行ってきた実績がないかぎり、的外れといえよう¹⁹。小売市場判決において、最高裁は二重の基準に対するリップサービスを行ってはいるが、実際の判例の流れをみる限り、最高裁が二重の基準に基づいて憲法判断をしてきたとは思えない。裁判所は精神的自由・経済的自由を問わず、立法・行政の裁量を尊重してきただけの話ではないか。ならば、「見えない憲法」を変えたければ、裁判所や憲法学説を非難するよりも、立法・行政という政治過程を通じた規制緩和政策の実現を目指すべきである。この政策が実現しても、裁判所はたぶん文句をいわないだろう。

この議論は第二の問題と接合する。民主過程との関係である。規制緩和の可否については国民の間でも賛否の対立があるから、規制緩和の推進は民主過程（立法・行政）を通じて行われるべきであり、このような問題において裁判所の積極的な違憲審査権の行使を期待すべきではない、と論ずることができる。たとえば、松井茂記教授は、適正配置規制などが「積極目的の例として挙げられるが、端的に競争制限目的での規制であり、中小の業者を保護することは社会国家とは何の関係もない」としながらも、「民主主義に立脚する日本国憲法の下では、このような経済的自由の制約については、裁判所が立法府の判断に口出しすることを正当化する理由はなさそうである」と論じている²⁰。

規制目的二分論と民主過程との関係について、注目されるのが長谷部恭男教授の見解である。長谷部教授は次のように論じる。民主過程を多様な利益集団の抗争と妥協の過程として捉えるならば、そこでの裁判所の任務は、多様な集団の政治活動が透明・公正に行われる環境を整えることにある。小売市場のケースのように国会が正面から特定の業界の保護を謳って立法した場合、それは国会が本来果たすべき交渉と妥協の利害調整の結果であるから、裁判所が立ち入った審査を行う必要はない。よって、緩やかな審査が正当化される。他方、薬事法事件のケースのように、特定の業界の保護立法をあたかも国民一般の福

社に貢献する消極的警察的規制であるかのように装って制定された法律の場合、裁判所は「厳格な合理性の基準」を採用すべきである。なぜなら、裁判所が規制目的二分論を採用していれば、業界利益を追求する集団は裁判所の厳格な審査を免れるべく、積極目的の立法を選択するので、特定の業界保護という本来の立法目的が立法過程において明示されるから、特殊権益の保護立法に反対する勢力にとって正確な情報を得るためのコストは低下し、透明で公正な環境の下で利益集団相互の競争が行われることになるからである²¹。

長谷部教授の議論は、様々な批判から規制目的二分論を擁護する議論としてはかなりよくできている。しかし、なぜ民主過程を「利益集団の抗争と妥協の過程」とみななければならないのだろうか。市民が自ら公的討議に参加し、よりよい政治・経済のあり方を決めていく過程というように、民主過程をもう少し魅力的に描き出すことはできないのだろうか。

他方、規制緩和論に現れる「消費者」は、憲法の想定する「個人＝市民」と同じなのだろうか。アメリカの「反トラスト法が守ろうとしたのは、市場の参加者であると同時に市場取引によって実現され得ない公共的価値の担い手でもある『市民』である」との傾聴すべき指摘がある²²。ならば、現在進行中の規制緩和政策がこのような「公共的価値」との関係で正負いずれのインパクトを持つのかを判定することなしに、規制緩和論を憲法学説に取り入れることの可否も問題となろう。樋口陽一教授が断言するとおり、「憲法論にとって、しかし、『競争』が唯一最大の価値であるわけではない」のだから²³。

6 憲法 vs. 独禁法？——新聞再販制度をめぐる

では次に、新聞再販制度(及び新聞特殊指定)の存廃をめぐる、憲法的発想と独禁法的発想の相克を検討してみよう。

メーカーが自己の商品を取り扱う卸売業者や小売業者に対して、商品の販売価格を指示して、これを維持させる行為を「再販売価格の拘束」(以下、再販行為)と呼ぶ。独禁法は同法が禁止する「不公正な取引方法」(1条)の一つとして「相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもつて取引すること」(2条9項4号)を定め、その具体的な内容を公取委の指定に委ねているが(2条9項)、一般指定(1982年公取委告示15号「不公正な取引方法」)12項は再販行為を禁止している。ところが、独禁法23条4項は「著作物」の再販行為には同法の適用が除外される旨を定めている。当然、新聞も「著作物」に含まれる。

特殊指定とは、「特定の事業分野における特定の取引方法」(独禁法71条)についての指定である。新聞業に関する特殊指定(1999年公取委告示9号「新聞業における特定の不公

正な取引方法」)は、①新聞発行本社が行う地域又は相手方による異なる定価設定や値引行為の禁止（学校教材用や大量一括購入の場合は例外）、②販売店が行う地域又は相手方による値引行為の禁止、③発行本社による販売店への押し紙行為（注文部数を超えて供給することなど）の禁止を定めている。

以上のとおり、日刊新聞に関しては、単に再販行為が許容されるだけではなく、特殊指定によって、新聞発行本社の定める定価が全国的に維持されるシステムが用意されている。消費者は現在のところ、販売店の競争によって少しでも安く新聞を読む利益を奪われていることになるが、それは独禁法(よって、立法者たる国会)と公取委の政策選択の結果であると説明できる。

公取委事務局の私的研究機関である「政府規制等と競争政策に関する研究会・再販問題検討小委員会」は 1995 年 7 月、「再販適用除外が認められる著作物の取扱いについて(中間報告)」を公表した(以下、「中間報告」と呼ぶ)²⁴。同報告は、政府の規制緩和政策をさらに進めるために、政府規制の緩和と併せて、独禁法適用除外制度の見直しが必要であるとする。再販行為は価格競争を阻害し、必然的に消費者の利益を損なうものなので、再販制度を例外的に維持するためには、「国民各層が納得し得るような明確かつ具体的な理由が必要」であると論ずる。以上の前提に立って同報告は、再販制度全廃の方向で議論を整理した。

注目したいのは、「中間報告」の論調は、再販制度は独禁法上、本来は違法なのだから、再販制度を維持するためには「明確かつ具体的な理由が必要」であるとの前提から、再販制度を正当化する理由を厳しく吟味して(他方、再販制度の弊害の方はわりと簡単に認める)、再販制度が書籍等の店頭陳列の充実や新聞の戸別配達の維持など消費者の商品購入機会を確保することにより、文化の普及等の効果をもたらすとは考えられないと切り捨てている点である。同報告の特徴は、著作物についても再販制度は「当然に違法」と考えていること²⁵、再販制度の意義に関して憲法学の観点からの検討がなされていないこと、の二点にある。

「中間報告」に対して、新聞協会が研究を依頼した外部専門家で作る「新聞再販問題研究会」は 1997 年 4 月、「新聞再販制度の見直しは必要か」と題する報告書を公表した(以下、「研究会報告」と呼ぶ)²⁶。同報告は新聞が報道の自由の中核的担い手として、日本の民主政治の運営に重要な役割を果たすことが期待されているとした上で、この観点から必要とされるのが、①新聞の多様性の維持と、②新聞があまねく国民に入手・購読される合

理的な流通システムの維持であると論ずる。

国民の生活に必要な情報が、いつでも、どこでも合理的な手段と価格で入手できる体制を整備するという「情報に関するユニバーサル・サービス」を新聞の分野で実現してきたのが、新聞の戸別配達制度(新聞が各家庭まで配達されるシステム)であり、このシステムは表現の自由の重要な局面を構成するものとして、憲法 21 条の保障を受けると同報告は主張する。よって、国がこの制度の維持・存続に不利益な影響を及ぼす法改正をする場合、「その合憲性について重い挙証責任を負う」と同報告は論じ、「中間報告」が再販制度の存続を求める側に重い挙証責任を課すのは、「憲法 21 条の通説的考え方からしても、誤っている」と批判する²⁷。

では、なぜ再販制度の廃止が戸別配達制度に影響するのか。「研究会報告」は、再販制度の撤廃は短期的には同一ブランド内の価格競争を引き起こす可能性が高いことを指摘する。なぜなら、ある販売店にとって、同一地域内の他ブランド顧客を獲得することに比して、隣接地域の同一ブランド顧客を価格競争によって獲得することの方が容易であると考えられているからである、と同報告は述べる。こうした販売競争に入ると、同一商品である以上、価格でしか勝負ができず、他方、販売店には独立自営の小規模店が多いため、販売店の倒産や集中が進み、大型販売店による地域独占化が予想される。また、再販制の撤廃と特殊指定の見直しが実現すれば、配達コストが購読料に反映されるようになるので、過疎地など配達条件の悪い地域にあっては、値上げや別途配達手数料を徴収するなどの弊害も予測される。その結果、同一紙・同価格での戸別配達は維持できなくなり、新聞のユニバーサル・サービス性が損なわれるおそれが強いと同報告は主張する²⁸。

7 憲法から考える新聞再販制度

ところで、「研究会報告」が、憲法 21 条の通説的考え方からしても、新聞再販制度を廃止する側がその合憲性に重い立証責任を負うと論じたため、挙証責任の問題は「憲法訴訟において扱われるものであり、実体法上の理論的な問題を取り扱っている」場合には、「完全な挙証責任の転換を主張することには疑問を感じ」との批判が、経済法者の側からなされている。そして、この批判を行った論者は、日本の新聞販売の現状と憲法学説を前提にすると、新聞の再販制度の維持というやり方で新聞に対する保護を行うことが、「憲法上当然に要請されるとの結論は、到底容認できない」と結論している²⁹。

しかし、そもそも「研究会報告」自体、「日本の言論・表現の自由に関する考え方からは、

新聞に対する保護的措置について憲法上の要請であるとする考え方を直ちに導き出すことはできない」ことを認めていたのだから、「新聞再販制度は憲法の当然の要請ではない」という結論は、「研究会報告」に対する決定的な批判とはなりえない。重要なのは、ある制度の必要性を憲法から直接導き出せないとしても、その制度を廃止することのメリットとデメリットを憲法論的に議論することは可能である、という点だ。

たとえば、憲法 21 条が当然にNHKと民間放送の二本立て体制を要請しているとは決していえまい。政策的な是非は別にしても、「NHKの民営化は憲法違反である」と論ずることは著しく困難であろう。しかしながら、憲法論としてNHKと民間放送の二本立て体制を擁護することは可能だし、個々の視聴者がNHKを視聴するか否かにかかわらず、受信設備を設置した者すべてに受信契約義務を課す現在の法制の合理性を、憲法論的に論証することも可能である³⁰。

確かに「研究会報告」の「挙証責任云々」の部分は、立法政策を語る場面では、法律論的にみて正確な用語方法ではないのかもしれない。しかし、「研究会報告」の主張は、憲法学の見地からみて新聞再販制を維持すべき理由がある以上、軽々しく制度改革をするべきではないというものだった。憲法論を一切顧慮することなく、競争政策の観点からのみ新聞再販制度の是非を問題にする「中間報告」の立場があまりに極端だったからこそ、「研究会報告」も「挙証責任」という(やや不正確かもしれないが)強烈的な言葉を使わざるをえなかったのだろう³¹。

では、新聞が顧客のニーズに対応できなくなれば、顧客は他のメディアに移るだけであり、日本の現状を鑑みれば、他のメディアは豊富に存在し、代替性もあるから、新聞再販制を撤廃しても、実質的な意味で国民の知る権利が侵害されるわけではない、との指摘をどう考えるべきだろうか³²。

長谷部恭男教授は、「現代の民主社会が人生の意味や価値についてさまざまな考え方を持つ人々によって構成されていることを考えると、このような社会全体に共有されるにふさわしいメタ・レベルの情報……が社会全体に公平にしかも可能な限り低廉に提供される体制を整えることは、個人の自律を実質的に保障するうえできわめて重要である」と論じている³³。長谷部教授は放送メディアについて語っているが、この理屈はある程度、新聞にも当てはまるものと考えられる。すなわち、比較的低廉な費用で、新聞の戸別配達を利用できるシステムである³⁴。

日本では世界に類を見ないほど、大規模に新聞が発行され、その上、高い普及率を示し

ているが、そのことを可能にしているのが、完備された新聞配達網である。外国にも宅配制度はあるが、日本ほど完備されている国はないといわれる³⁵。国民の知る権利に奉仕する主要メディアとして新聞と放送を比較する場合、新聞は速報性や映像・音響等の表現力において放送に劣る反面、一覧性、詳報性、保存性や任意の時間・場所において閲読可能であることが長所といえる³⁶。

このように異なった特性を有する複数のメディアによって、「社会全体に共有されるにふさわしいメタ・レベルの情報」がユニバーサルにサービスされる制度を持っていることは、立憲民主主義体制にとって好ましい状況と評価することが可能である。よって、新聞の発行部数や世帯普及率の低下に示される国民の「新聞離れ」という現象があるとしても³⁷、そのことから直ちに、新聞の役割をテレビ等の放送メディアで代替できるということにはならないだろう。

新聞の役割をインターネットで代替できるかという問題を考えるに当たっては、キャス・サンスティン教授の議論が参考になる。サンスティン教授は、テクノロジーが発達して情報に対して徹底的なフィルタリングをかけることが可能になる時代を想像する。情報が氾濫している状況の下、自分にとって必要な情報を選別するのは難しい。そこで、人々は自分の見たい(知りたい)情報を指定して、その情報だけが届くように設定(カスタマイズ)しておく。このような情報メディア(Daily Me)の発展の結果、一般紙や一般週刊誌といった出版メディアはおおかた過去の遺物となり、テレビやラジオといった放送メディアも退場を余儀なくされている。その結果、人々は自分が欲しない話題に出会わなくて済むようになる³⁸。しかし、このような状況は、民主政との関係で、望ましいものなのだろうか。

サンスティン教授は、同じ価値観・利害を持つ集団内部で討議を重ねれば重ねるほど、その討議の結論が先鋭化する「集団偏向 group polarization」という事態を問題視する³⁹。

「討議を通じた合意形成」という「討議民主主義」の理念からすれば、「集団偏向」という事態は、「討議のトラブル」と呼ぶべきスキャンダラスな現象である。サンスティン教授も、インターネットへの依存が必然的に「集団偏向」を引き起こすと考えているわけではない⁴⁰。しかし、情報をあくまでも「商品」と考える「消費者主権」の発想に立って、インターネットによって既存のメディアを代替できると論ずる人は、民主的自己統治の前提条件を十分に配慮していない、とはいえるはずである⁴¹。

もちろん、多様な新聞を容易かつ廉価で取得できるという状況が、民主的自己統治の前提条件であるとしても、このことから当然に、現在の新聞再販制度が正当化されるわけで

はない。新聞再販制度の下での様々な弊害の存在は、この制度を擁護する論者でさえ認めている⁴²。とはいえ、新聞再販制度の弊害を理由としてこれを廃止するのであれば、それと同時に、別のやり方で「新聞のユニバーサル・サービス性」を維持する方途を検討すべきだろう⁴³。結局のところ、「研究会報告」の主張は、上に示したような憲法学的考察から導き出される諸論点を一切考慮に入れず、競争政策の観点からのみ新聞再販制度の是非を議論する「中間報告」の検討方法は根本的に間違っている、ということに尽きると思う。私も同感である。

なお、公取委は2001年3月に「著作物再販制度の取扱いについて」と題する文書を公表し、「現段階において独占禁止法の改正に向けた措置を講じて著作物再販制度を廃止することは行わず、当面同制度を存置することが相当である」との見解を明らかにした⁴⁴。それにもかかわらず、公取委は現在、再販制度さえ維持すれば、特殊指定を廃止しても戸別配達システムには重大な影響を与えないという「再販制度・特殊指定分離論」ともいべき論法を駆使して、新聞特殊指定の見直しを進めている⁴⁵。公取委は今回も、新聞特殊指定は独禁法の考え方（公正競争の促進）と相反するとだけ論じて、見直しのメリットとデメリットを憲法学の観点も踏まえて議論する態度を示そうとしない。

うがった見方をすれば、公取委は「再販制度・特殊指定分離論」によって新聞再販制度に関する憲法学的考察を封印する一方、利益団体からの影響がある法改正という手法を回避して（再販制度を廃止するためには独禁法の改正が必要）⁴⁶、公取委の指定によって制度改革ができる特殊指定の見直しという方法で、新聞再販制度を骨抜きにしようとしているのではないかと疑われる。他方、その動きに対応して、新聞業界は国会議員への働きかけを強めている。2006年4月19日、日本新聞協会は東京都内で国会議員約230人と「意見交換」をし、その際、山岡賢次・民主党副代表は超党派での議員立法の検討を示唆した。中川秀直・自民党政調会長、神崎武法・公明党代表、福島瑞穂・社民党党首、石井郁子・共産党副委員長からも、公取委の「見直し」に対する反対の声が上がったという⁴⁷。文字通りの「超党派」である。

しかし、公取委の「論理なき新聞特殊指定の見直し」（私はそう評価する）を議員立法で止めることは、将来に思わぬ禍根を残すことになりかねないと、私は憂慮している。桂敬一教授は、新聞の再販制度と特殊指定の廃止は戸別配達システムを崩壊させるおそれがあり、新聞産業は前例のない危機的状況にあるとしたうえで、「制度改変をめぐり、新聞が政治や行政に弱みを握られる、別の危険をも伴っている」点に注意を促す⁴⁸。公取委の憲法

学的考察を欠いた新聞特殊指定の見直しは、桂教授の懸念を現実化させる危険性を孕んでいないだろうか。

8 小括

現代日本において強力に進められている規制緩和政策を背景としながら、憲法と独禁法との関係を考えるという観点から、本稿は規制目的二分論の問題と新聞再販制度の問題を取り上げたわけだが、いずれの検討も、最終的には民主政の問題に行き着いてしまった。しかし、私たちは「消費者」であると同時に「市民＝公民」でもあるのだから、これは当然というべきなのかもしれない。

政治学者のジェームズ・タリーによれば、グローバル市場経済のもとでの普遍的な同化の形態は「消費者的ライフ・スタイル」という支配的なアイデンティティへの同化である。このような状況のもと、市民に民主的自由（政治参加の自由）の経験がなければ、資本主義的消費パターンを防衛する者（マックワールド）と、排除された宗教的・文化的アイデンティティを防衛する者（ジハード）という両極へと市民が分裂する恐れがあることをタリーは懸念する⁴⁹。

このタリーの診断への賛否はともあれ、憲法学は「消費者の主権」と「市民の主権＝政治的主権」との差異を抹消するべきではないだろう。サンスティンのいうとおり、多様な利害・価値観が相克する「heterogeneous な社会」においては、人々が予期せぬ議論・事実に出会い、自分の理解・価値観を相対化していくプロセスが不可欠である⁵⁰。憲法学は「市民」を「消費者」に解消するべきではないように思われる。

¹ 現代の改憲問題については、一般向けの読み物であるが、とりあえず参照、愛敬浩二『改憲問題』（ちくま新書、2006年）。

² 改正内容の概要は、諏訪園貞明「改正独占禁止法の概要」ジュリスト 1294号(2005年)2頁以下を参照。

³ 宮本信彦「規制改革と競争政策」ジュリスト 1250号(2003年)26頁。

⁴ 根岸哲「経済法の歴史的展開」『経済法講座第1巻 経済法の理論と展開』（三省堂、2002年）を参考にした。

⁵ 厚谷襄児教授は「独占禁止法と憲法」と題する北海道大学での最終講義において、「一

つの法律で、これだけ憲法違反論が続出した法律はほかにはないでしょう」と述べたうえで、違憲性を問題にされた点はいずれも独禁法特有のものであり。もしこれらが違憲ならば、独禁法は欠陥商品ということになるから、アメリカに製造物責任を負ってもらう必要がある、とユーモラスに語っている。同著『独占禁止法論集』（有斐閣、1999年）267頁。

⁶ この問題に関しては、厚谷・前掲注(5)266頁以下、向井久了「憲法と独占禁止法」厚谷襄児先生古稀記念論集『競争法の現代的諸相(上)』（信山社、2005年）11頁以下を参照。

⁷ 郷原信郎「課徴金と刑事罰の関係をめぐる問題と今後の課題」ジュリスト 1270号(2004年)27頁。

⁸ 岡田与好『経済的自由主義』（東京大学出版会、1987年）に収められた論文を参照。

⁹ 樋口陽一『国法学』（有斐閣、2004年）133頁以下。

¹⁰ 「営業の自由論争」については、森英樹「経済活動と憲法」樋口陽一編『講座憲法学 4 権利の保障(2)』（日本評論社、1994年）35頁以下、藤井俊夫「営業の自由論争の意義と課題」丹宗暁信・厚谷襄児編『新現代経済法入門（第2版）』（法律文化社、2002年）191頁以下、石川健治「営業の自由とその規制」高橋和之・大石眞編『憲法の争点（第3版）』（有斐閣、1999年）128頁以下を参照。また、私法や経済法からの取組みが乏しかったため、「営業の自由論争」において、「公序」としての「取引の自由」の解明が不十分だったと指摘する、川濱昇「取引の自由と契約の自由——営業の自由論争再訪」田中成明編『現代法の展望』（有斐閣、2004年）所収は、憲法学が理論的・歴史的に経済的自由の問題を考えるうえでも、特に示唆的な論考である。

¹¹ 戸波江二「職業の自由」芦部信喜編『憲法の基本問題』（有斐閣、1988年）242頁以下。

¹² 土田和博「憲法と経済法」『経済法講座第1巻 経済法の理論と展開』（三省堂、2002年）所収。

¹³ 浦部法穂「財産権制限の法理」公法研究 51号(1989年)102-106頁。財産権二分論については、鳥居喜代和「財産権二分論の到達点と課題」山下建次編『都市の環境管理と財産権』（法律文化社、1993年）169頁以下も参照。

¹⁴ 土田教授は現代日本の規制緩和政策を好意的にはみていない。たとえば参照、土田和博「規制緩和と新自由主義的競争論」法政研究（静岡大学）1巻 2=3=4号(1997年)131頁。

-
- ¹⁵ 馬川千里「憲法と経済活動の自由」駿河台法学 16 卷 2 号 (2003 年) 4 頁以下。
- ¹⁶ 平松毅「経済活動の規制緩和の基準と違憲審査の基準 (上)」ジュリスト 1078 号 (1995 年) 57 頁以下。藤井俊夫『経済規制と違憲審査』(成文堂, 1996 年) も参照。
- ¹⁷ 棟居快行『憲法学再論』(信山社, 2001 年) 337 頁以下。
- ¹⁸ 「見えない憲法」とは棟居教授の定式で、日本国憲法とは別の、戦後日本社会に受け入れられてきた普遍的な規範 (= 不文憲法) を表す言葉。その基本命題は、①競争制限的な社会経済秩序、②完全雇用の要請、③教育目標としての標準化、④国家の保護義務である。棟居・前掲注(18)52 頁以下。
- ¹⁹ 芹川洋一『憲法改革』(日本経済新聞社, 2000 年) 57 頁。
- ²⁰ 松井茂記『日本国憲法 第 2 版』(有斐閣, 2002 年) 551 頁以下。
- ²¹ 長谷部恭男『憲法 第 3 版』(新世社, 2004 年) 250 頁以下。
- ²² 宮井雅明「反トラスト法の原点」正田彬先生古稀祝賀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』(三省堂, 1999 年) 103 頁。
- ²³ 樋口陽一「憲法論にとって『競争』とは」厚谷襄児先生古稀記念論集『競争法の現代的諸相(上)』(信山社, 2005 年) 9 頁
- ²⁴ 同報告書は、石岡克俊『著作物流通と独占禁止法』(慶應義塾大学出版会, 2001 年) 139 頁以下に所収。
- ²⁵ 元公取委事務局長の伊従寛弁護士はこのような考え方を「再販制絶対違法論」と呼び、この議論は独禁法の解釈としても、比較法的な観点からも、誤りだと批判する。同編『著作物再販制と消費者』(岩波書店, 2000 年) 第 1 章。
- ²⁶ 新聞研究 549 号(1997 年)10 頁以下。同研究会のメンバーは、山川洋一郎 (弁護士)、高橋和之 (憲法)、村上政博 (経済法)、濱田純一 (情報法)、鈴木秀美 (憲法) である。なお、同報告書は、石岡・前掲注(24)206 頁以下にも収録されている。
- ²⁷ 新聞研究 549 号 12 頁。
- ²⁸ 同上 15 頁。新聞業界の立場から再販制度の必要性を網羅的に論じるものとして参照、深澤亘「再販価格維持制度」ジュリスト増刊『新世紀の展望 1 変革期のメディア』(有斐閣, 1997 年)205 頁以下。
- ²⁹ 石岡・前掲注(24)52, 63 頁。
- ³⁰ 長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂, 1992 年)148 頁以下。

³¹ 新聞の月極購読料金は高コストの宅配サービスを含めるとかなり割安だし、購読料金は同調的に低位安定しているとの指摘は、私自身の生活実感としても納得できるものである。伊従・前掲注(25)15-16頁。ならば、価格競争が起きたところで、消費者が得る利益は僅かなのではないか。この僅かな利益のために、低廉な新聞宅配サービスを崩壊させかねない制度改革をわざわざ行う合理的な理由を私は見出せないでいる。関連して、月極契約による戸別販売の下では、日々のニュースの派手さによって販売部数が左右されないの
で、新聞社は読者におもねらず、センセーショナルな紙面作りをする必要もなくなるという
メリットもある。藤竹暁編著『図説日本のマスメディア(第2版)』(日本放送出版協会、
2005年)63頁。

³² 石岡・前掲注(24)62頁。

³³ 長谷部・前掲注(30)94頁。

³⁴ 日本では世界に類を見ないほど、大規模に新聞が発行され、その上、高い普及率を示しているが、そのことを可能にしているのが、完備された新聞配達網である。外国にも宅配制度はあるが、日本ほど完備されている国はない、といわれる。なお、日本の新聞の発行部数のうち約94%が戸別配達によって販売されている。藤竹・前掲注(31)62頁。

³⁵ 藤竹・前掲注(31)62頁。日本の2002年における日刊紙発行部数は7,081万部で世界2位。成人1,000人あたりの日刊紙発行部数(地域普及率)は647部で世界3位である。しかし、日本を除いて地域普及率の高い国の多くは人口の少ない国(アイスランドや北欧諸国)なので、日本ほど大規模な発行部数を持ちながら、地域普及率の高い国は珍しい。藤竹・前掲注(31)22-23頁。

³⁶ 浜田純一「憲法が『規制緩和』に優越するとき」新聞研究534号(1996年)15頁。

³⁷ 藤竹・前掲注(31)24頁以下。特に若者の間で「新聞離れ」が顕著である。世帯主が24歳以下の世帯の普及率は、1984年に90.4%だったが、1999年には53.4%まで急落した。中馬清福『新聞は生き残れるか』(岩波新書、2003年)31頁。

³⁸ Cass Sunstein, *Republic.com* (Princeton University Press, 2001) pp. 7-50. キャス・サンステイン(石川幸憲訳)『インターネットは民主主義の敵か』毎日新聞社、2003年)23-25頁。

³⁹ *Ibid.*, pp. 70-80. 邦訳80-97頁。この「集団偏向」の問題とそれへの対策をより広く議論する文献として参照、Cass Sunstein, *Why Society Needs Dissent* (Harvard

University Press,2003).

40 サンステイーン・前掲注(38)の「日本版への序文」を参照。その中で、サンステイーン教授は「新聞の読者は、自身では選択しなかったであろう多数の話題や意見に出会っている」と述べている。

41 Sunstein, *supra* note 38, pp. 30-40. 邦訳 42-66 頁。

42 中馬・前掲注(37)168-169 頁, 池田龍夫『崖っぷちの新聞』(花伝社, 2005 年)197-202 頁。

43 たとえば, フランスでは新聞に対する国家助成が行われている。曾我部真裕「フランスに見る国家助成の考え方」新聞研究 657 号(2006 年)22 頁以下。

44 石岡・前掲注(24)65 頁。

45 公正取引委員会「特殊指定の見直しについて」(2006 年 3 月 27 日)。なお, 同文書は公取委のホームページ(<http://www.jftc.go.jp/tokusyusitei/index.html>)から入手できる。

46 新聞再販制度廃止派は, 立法過程に対する利益団体(この場合はメディア)の影響を厳しく批判する。石岡・前掲注(24)66 頁, 三輪芳朗『政府の能力』(有斐閣, 1998 年) 275 頁以下。

47 朝日新聞 2006 年 4 月 20 日朝刊。

48 桂敬一「新聞の現状と将来」ジュリスト増刊『新世紀の展望 1 変革期のメディア』(有斐閣, 1997 年)185 頁。

49 James Tully, “The Unfreedom of the Moderns in Comparison to Their Ideas of Constitutional Democracy” *Modern Law Review*, vol. 65, p.225 (2002).

50 Sunstein, *supra* note 38, pp. 28-30, 60-64. 邦訳 28-30, 60-64 頁。

第6章 規制緩和政策と改憲問題

1 現代改憲と経済界

現代改憲の特徴の一つとして、経済界が改憲にすこぶる熱心な点を挙げることができる。日本経済団体連合会、経済同友会、日本商工会議所の財界3団体もそれぞれ憲法改正に積極的な態度を示している。財界3団体のうち、改憲に最も熱心なのが同友会であろう。同友会は2001年4月の時点で早くも、「平和と繁栄の21世紀を目指して」という提言を発表し、集团的自衛権の行使に関する政府解釈の再検討を求めている。また、国会両院に設置された憲法調査会の審議のペースが遅いことに不満を述べ、遅くとも2005年までに憲法改正に必要な手続きをとれるように、調査期間を3年程度に短縮すべきと提言をしていた¹。その同友会は2003年3月に「憲法問題調査会意見書」を公表している(以下、「意見書」と呼ぶ)²。日本商工会議所が2004年12月に「憲法改正についての意見」を公表し、改憲論議に一役買う意欲を示すと³、「真打ち登場」とばかりに日本経団連は2005年1月、「集团的自衛権の明確化、行使に関する規定の整備」まで踏み込んだ改憲提言「国の基本法制問題検討委員会報告書」を出した⁴。

経済界の意向・要求を政治的提言へと変換する役割を果たしていると評価できる、「新しい日本をつくる国民会議」(以下、「21世紀臨調」と呼ぶ)の「国の基本法制検討会議」は2002年の2月から3月にかけて、改憲問題に関わる3つの提言を矢継ぎ早に公表した。すなわち、「国の外交・安全保障・危機管理に関する基本法制上の課題」(2月22日。「報告①」と呼ぶ)、「国の統治機構に関する基本法制上の課題」(2月28日。「報告②」と呼ぶ)、そして、「国民の権利・義務に関する基本法制上の課題」(3月20日。「報告③」と呼ぶ)である⁵。

以上のとおり、憲法改正に対する経済界のコミットメントの強さには目を見張るものがある。2003年11月の総選挙に向けて民主党が「マニフェスト(第一次集約)」を取りまとめたところ、同友会は直ちにそれを評価する一方、改憲に関する民主党の立場が不明確であると注文を付ける声明を出した(2003年10月1日)。また、日本商工会議所の意見書などは内容的にはさして新味のないものだが、「現在、どうも憲法改正に関して、各政党にやや及び腰なところがあります」と改憲派が憂慮する状況の下⁶、改憲派にとっては心強い「援軍」といえよう。

ところで、2002年5月3日の朝日新聞朝刊は「憲法論議を国民の手に」と題する社説を

掲げた。社説の内容にもいろいろと文句を言いたいところだが（たとえば、「民意貫徹」という観点から、憲法改正国民投票法の制定を推奨している）、ここでは、社説の隣に掲載された「論憲の『体力』ない貧困」という記事に注目してみたい。

1999年7月の国会法改正によって両院に憲法調査会の設置が決まった頃から、論壇で改憲論議が沸騰し始めた。しかし、2000年1月に活動を開始した両院憲法調査会の議論のレベルはかなり低いものだった。「押しつけ憲法論」が堂々と語られ（半世紀も効力のあった憲法なのに！）、制憲過程の再調査を求める声も上がった（1960年代の政府憲法調査会の活動をご存知ないようだ）。改憲問題に関する政党状況と国民意識の変化に棹をさして、「改憲オタク」が「わが世の春」とばかりに「放談」を始めたからなのかもしれない。「論憲の『体力』ない貧困」と題された記事は、この手の改憲論議のレベルの低さを指摘した上で、21世紀臨調の報告③には、「古い改憲派が目をむきそうな」項目が並ぶと持ち上げている。さて、この記事は現代改憲の目論見と動向を読み切れているのだろうか。経済界の改憲論の診断を通じて、この問題を考えることが本章の課題である。紙幅の関係上、21世紀臨調と経済同友会の改憲論を取り上げる。

2 経済界の改憲論を読む

まず、朝日新聞の記事が持ち上げた21世紀臨調の改憲論からみてみよう。確かに報告③は、18歳選挙権の実現や戸別訪問の解禁、あるいは夫婦別姓制度の早期導入など、復古的改憲論者からは出てきにくい提案をしている。また、憲法14条の「すべて国民は」という文言を「何人も」に変更して、外国人にも「法の下での平等」の保障が及ぶことを明らかにすべきとか、夫婦というものを基本とした従来型の家族の観念に捉われず、高齢者同士、同性同士など価値観を同じくする共同生活世帯などを包含する「新たな家族の定義＝約束事としての家族」を社会に組入れるための検討をすべきといった、「古い改憲派が目をむきそうな」提案もしている。しかし、これらの提言が、21世紀臨調の改憲構想の核心なのだろうか。どうもそうとは思えない。

報告①は日本の安全保障政策の「負の遺産」として、憲法との関係で自衛隊は軍隊ではないと説明してきたため、自衛隊が領域外において武力行使を行いうる一切の活動ができないこと、同盟国である米国との集団的自衛権行使に当る一切の活動ができないこと、国家緊急権に関する憲法上の規定がないことを挙げる。そして、安全保障改革を成し遂げなければ、21世紀の日本はないという意識改革が必要だと論ずる。21世紀臨調が、彼らの言

うところの「負の遺産」の精算を、改憲問題の最重要テーマとみていることが分かる。そして、同報告は、「日本が取り組むべき最優先の安全保障上の課題は、まず、憲法の枠内で行いうる諸改革を実行に移すことであり、さらには、従来までの基本政策の与件となってきた憲法をはじめとする法的・政治的な制約について国民的な議論を促し、その見直しを始めることである」と主張している。要するに、国連の平和維持活動や人道支援活動への自衛隊の参加や日米安保条約に基づく米軍への後方支援を、憲法解釈上可能な限り、ぎりぎりまで押し進めたうえで、それでも実現できない安全保障政策上の課題（たとえば集団的自衛権の行使）があれば、明文改憲をしようというのが 21 世紀臨調のスタンスである。しかし、明文改憲をするためには、戦後政治の特徴である「小国主義」を予め克服しておく必要がある⁷。だからこそ、「意識改革」の必要性が強調されるわけだ⁸。

21 世紀臨調の改憲論の第二の特徴は、その新自由主義的な性格である。報告③によれば、日本では、企業経営における終身雇用と年功序列賃金体系、税制における急傾斜の累進課税制が、「平等の社会」を築き上げきたが、その結果、「自律意識」が希薄化し、「革新力」が停滞してきた。しかし、「結果の平等」から「機会の平等」に軸足を移し、「努力した人が報われる社会システムに移行する必要がある」と同報告は論じて、さらなる規制緩和の推進と所得税の累進性の緩和等を提言する。また、同報告が、個人の自己責任の確立と政府依存意識の払拭を説いている点にも注目したい。

経済同友会の意見書の副題は「自立した個人、自立した国たるために」である。意見書によれば、戦後日本社会は、国防・安全保障を外国に依存したまま、国を挙げて官主導の経済発展に邁進してきたことにより、「お上依存」の社会風潮が醸成されてしまった。そこで、「自立した個人」を主体とする社会秩序の確立が課題とされる。しかし、意見書は、「戦後日本社会独特の歪み」が、自由や権利の名の下に個人の放縦な利益追求を最優先する一方、「公」の概念を否定的に捉える風潮を生み出してきたとの認識に立って、個人が「公」の担い手であることを強調する人権論を抽象度の高いレベルで展開するばかりで、具体的には、「公共の福祉」という概念を明確化するために、国連や欧州連合の人権規約に倣って、権利が制限される条件等を明記することを提言するに止まっている。とはいえ、「小さな政府と民間主体の活力ある経済社会の確立」という副題を持つ「行財政抜本改革と公平・公正な税制の構築」（2004 年 4 月 28 日）において、企業のグローバルな事業展開をバックアップする税制という名の下、北米・アジア諸国と競争可能な程度に法人税の負担水準を低下させる必要性等を論じる一方、間接税中心の税体系への移行と所得税の累進性の緩和を

提言している。同友会も 21 世紀臨調と同様に、個人の自立を強調しながら、競争主義的な社会（→不平等な社会）へと日本を変革しようとしていることが窺える。

安全保障については、「自らの国益と価値を守る自立した日本」を目指すことが課題とされる。その際に重要なのは、日本が国益と国民の安全を守るために国家として何をすべきかを正面から議論することであると意見書は主張する。そして、外交・安全保障に関わる喫緊の課題として、集団的自衛権の行使に関する政府解釈の変更、有事法制の整備、情報収集・分析体制の整備を挙げている。なお、これらは本来、現憲法の枠内でも十分に改めることができると付言して、明文改憲による課題の達成と解釈改憲による課題の達成の両方を追求するスタンスを示している。

3 経済界の改憲論の読み方

現代改憲の特徴は、グローバル市場経済への対応としての、新自由主義的改革の推進と自衛隊海外派兵体制の構築（集団的自衛権の行使）の組み合わせにこそある。21 世紀臨調と同友会の改憲論はいずれも、この課題に十分答える内容を持っている。朝日新聞の記事のように、「改憲に憑かれたピエロ」たちの妄言（現代改憲の表層）に愛想を尽かして、経済界の改憲論を好意的に評価するのは、現代改憲の深層を見誤った態度といえる。では、現代改憲の深層とは何か。この問題を考える際には、渡辺治の「現代帝国主義」という議論が参考になる。

渡辺の明快な定式によれば、「現代帝国主義」とは、「旧来のそのように植民地や勢力圏という領域的支配権に区切られた世界ではなく、グローバルな自由市場の拡大・維持を望むという特徴」を持っており、「こうした変化に伴って、現代帝国主義は、列強帝国主義の時代と異なり、大国間の協調と同盟を特徴とし、また現代帝国主義の戦争も帝国主義間戦争ではなく、自由な市場秩序を攪乱する『ならず者国家』に対する共同の戦争という形をとる⁹。この渡辺の認識が正しいとすれば、軍事法制の整備に関する日本の支配層の「思惑」は主に、次の二点になろう。①グローバルな自由市場の拡大・維持のための米国の軍事行動に対する軍事的支援の実施とその円滑化、②日本企業が特殊な権益を持つ地域の安定のための軍事的プレゼンスの確保（究極的にはアジア地域への自衛隊単独派兵）である。①との関係で課題とされるのは、まず、海外での軍事行動（武力行使）を可能にすることであり、集団的自衛権の行使に関する政府解釈の変更である。②との関係では、大日本帝国が侵略した地域にいきなり自衛隊の単独派兵を実現することは、国際的にはもちろん、

国内世論との関係でも困難なので、米軍の驥尾に付して海外での武力行使の実績を積み重ねる必要がある。よって、この点からも、集団的自衛権の行使に関する政府解釈の変更が追求される。

以上の「思惑」を率直に語ったのが、同友会意見書のまとめ役を務めた高坂節三(栗田工業顧問)である。高坂は集団的自衛権の行使を熱烈に擁護するが、注目すべきなのは、「グローバル化とは、日本の資本や人材が世界中に広がっていくこと。これを守るためには何らかの方策が必要だ。だから米国と提携するのだが、ここだけは自分がやる、というところがないといざというときも言いたいことが言えない」と述べている点だ¹⁰。「ここだけは自分がやる」というのは、将来、自衛隊をアジア諸国に単独派兵させることの含みさえ疑わせる発言である。

ところで、「9・11事件」以後の急速な軍事法制の展開によって、上にみた支配層の「思惑」のかなりの部分が達成されつつある。それでもなお、明文改憲が必要とされるのはなぜか。支配層の「思惑」からみて、今なお不満足なのは次の二点である。第一に、テロ特措法やイラク特措法のように事案ごとに個別法を制定するやり方では、自衛隊の海外派兵を円滑に進めることができない。いわゆる「恒久法」が追求される所以である。第二に、集団的自衛権の行使に関する政府解釈を変更しないまま、自衛隊の海外派兵を続けるかぎり、「危険な地域」への派遣ができず、海外での武力行使の実績を積み重ねることが難しい¹¹。この問題は政府にとって「痛し痒し」の問題だろう。自衛隊が大規模な戦闘に巻き込まれて、多数の戦死者が出た場合には、国民の世論が「動揺」して、自衛隊の撤退という問題が生じる恐れがある。他方、「安全な地域」でのみ活動が続けるのであれば、支配層の「思惑」はなかなか実現しないことになる。

この「隘路」を突破する方法は二つある。第一の方法は、集団的自衛権の行使に関する政府解釈の変更である。これは一見、手っ取り早い方法に思えるが、必ずしもそうとはいえない。たとえば、内閣法制局長官の阪田雅裕は、「仮に日本が集団的自衛権を行使できるとすれば、わざわざ9条があるのは何のためだろうか」とまで述べて、9条の下で集団的自衛権の行使を認めることはできないと論ずる¹²。当然といえよう。長年積み重ねてきた憲法解釈を一夜にして変更すれば、法解釈機関としての内閣法制局の権威（正統性）が問われかねないからだ。そこで、政党状況や国民意識との関係で実現可能ならば、明文改憲が追求されることになる。21世紀臨調が現憲法の枠内で可能な限りぎりぎりまで、自衛隊の海外派兵体制の構築を求めつつ、その限度を超えるものについて改憲を議論すべきと論

じたり、同友会が明文改憲と解釈改憲を両天秤にかけるような提言をするのも、この文脈で理解できる。集团的自衛権の行使に対する経済界の欲求がこれほど強いという事実を確認しておきたい。

4 「不平等社会」のための改憲？

他方、新自由主義的な改革のために明文改憲が必要なのはなぜか。生存権を保障する憲法 25 条は最高裁によって、政府に政策上の責務を課すに止まる「プログラム規定」と理解されている(朝日訴訟。最大判 1967・5・24 民集 21 卷 5 号 1043 頁)。よって、社会保障のレベルを低下させて日本で「小さな政府」を実現する上で、残念ながら憲法はたいした障碍とはならないはずだ。実際、日本の社会保障のレベルは低い。社会保障給付費と国民所得費の国際比較をみると、日本の社会保障のレベルはスウェーデンの 3 分の 1、英独仏の 2 分の 1 で、国民共通の社会保険さえないアメリカとほぼ同じという状況にある。また、国民所得に対する税金・社会保険料の比率(国民負担率)も、高負担で有名なスウェーデン(70.2%)は別格としても、フランス(65.3%)、ドイツ(55.9%)、イギリス(48.3%)といったヨーロッパ諸国と比べて、日本は 37.0%とかなり低い¹³。課税を通じた所得再配分政策の緩和も、改憲とはかかわりなくどんどん進められている¹⁴。それにもかかわらず、どうして改憲が必要なのか。

それは、戦後日本社会の特徴と関わっている。戦後日本は、「機軸」部分では、財政・行政を経済成長のための社会資本投資と企業競争力喚起のための施策に振り向ける一方、その国家主導の経済成長によって増大する税収を、公共事業という形で農村や都市自営業層に還元することで「周辺」部分の統合を実現した。渡辺治はこのような国家のあり方を「開発主義国家」と呼ぶ¹⁵。ところで、国内で生産される工業製品の多くが国内で消費されるのであれば、企業の立場からみても、社会保障には「経済効率」があるといえる。しかし、海外輸出の割合が高くなればなるほど(企業の多国籍化が進めば進むほど)、社会保障の「経済効率」は低くなる。そこで、企業はグローバルな競争に勝つために、企業の社会保障負担の軽減を強く求めることになる¹⁶。

税制改革と同様に、社会保障の問題も、企業優先か、国民各人の生活の「安心・安全」を優先するのかという、日本社会の根本的あり方が問われる問題である。しかし、この根本的な問いを回避して、企業優先の方向へと議論を誘導する便法がある。それは、国民の多くがもはや時代遅れと評価している「開発主義国家」と、日本国憲法が前提とする国家・

社会のあり方をイコールで結び、憲法の平等主義的性格が官主導の「開発主義国家」を形成したと論じて、「開発主義国家」批判をいきなり「新自由主義的な競争社会」の擁護へと結び付ける論法である。日本経済新聞政治部長の芹川洋一は、「21 世紀が競争原理を働かせた自己決定・自己責任型の自由な社会が望ましいと考えるのなら、足かせになっている福祉国家目標の根拠となっている 25 条のとらえ直しも迫られることになる」とか、「福祉国家のためだからと言って、官が民を規制できるものではないことを明確にする仕組みを、憲法の中に組み込むことさえ考えていいのかもしれない」と述べるが、この論法などがその典型である¹⁷。

経済のグローバル化に伴う産業構造と雇用形態の変化にともなって、フリーターのような不安定雇用が増大した結果、年収 300 万円を稼ぐことさえ難しい人々が増加していると指摘される。また、自殺者も激増しており、1998 年以前は年間 2 万人台前半で推移していたのが、98 年に 3 万人を超え、2003 年は 3 万 4000 人という過去最多の数字を記録した。社会学者の山田昌弘は、「日本社会は、将来に希望がもてる人と将来に絶望している人に分裂していくプロセスに入っているのではないか」と論じている¹⁸。一見したところ、日本は物質的に豊かにみえるが、将来の希望に対する格差は急速に広がっている、という山田の分析には説得力がある。こんな状況の下で経済界の改憲構想が実現した場合、国民各人が本当に「幸福」になれるのか。ぜひ真剣に考えてみて欲しい。「官から民へ」などという空虚な標語を鵜呑みにしてはならない。改憲の是非は現実を踏まえて、理性的に考察されるべきである。ちなみにアメリカでは、過去 20 年の間に一般労働者の給与はインフレ率を差し引いて約 15% 上がったが、同じ期間にトップ経営者(CEO)の給与は 600% の伸びを示した。1980 年に平均時給労働者の 42 倍だったトップ経営者の所得が 1990 年には 85 倍になり、現在では 280 倍になっている¹⁹。このような社会が 21 世紀臨調のいう「努力した人が報われる社会システム」でないという保証がどこにあるのか。ともあれ、上の数字は、経済界の改憲論が「日本国憲法は結果の平等に偏っている」と難ずる以上、国民が記憶に止めておいてよい数字である。

経済界の改憲論を評価するに当っては、本章で考察した諸問題を考慮に入れる必要がある。朝日新聞の記事のように経済界の改憲論の一部分に注目してそれを持ち上げるならば、「改憲論を診る知力のない貧困」と評されても仕方がないのではないかと。

5 自民党「新憲法草案」後の改憲動向

憲法改正の問題が現在、重要な政治的争点の一つになっている。2005年10月28日には、自民党が条文の形式をとった「新憲法草案」を公表した。憲法改正国民投票を実施するための法律についても、すでに与党案と民主党案がそれぞれ国会に提出されており（2006年5月26日）、明文改憲が一定の現実味を帯びてきている状況にある。

ここで、国民投票法案の提出の政治的意味を確認しておこう。憲法96条1項は改憲案の発議の要件として、「両議院の総議員の3分の2以上の賛成」を定めている。昨年の「9・11総選挙」によって、自公連立与党は衆議院の3分の2以上の議席を獲得したが、参議院はそのような状況にはない。よって、明文改憲を実現するためには、民主党を抱き込む必要がある。国民投票法案の策定のプロセスでも、自公連立与党側が、民主党を含めた三党による共同提案を実現するべく、メディア規制の削除などの妥協を早々に行った理由は、以上の文脈で理解できる。

他方、「9・11総選挙」で大敗した民主党は、次回の参院選(2007年)を「政権交代のためのステップ」に位置付け、これに勝利しなければ、「ジリ貧」になりかねない。しかし、憲法改正については自民党と協力しながら、その一方で政権交代のために自民党政権を批判するというのでは、とても「責任ある野党」とはいえまい。国民投票法案に関しても、与党との対決姿勢を強める小沢一郎・民主党代表が共同提案に反対したため、別々の提案になったと報じられているが（朝日新聞2006年5月26日夕刊）、これも、以上の政治状況を反映したものだと理解できる。

とはいえ、民主党が改憲に消極的なスタンスを示せば、財界から「政権党失格」の烙印を押されかねない事情がある。実際、2003年11月の総選挙に向けて民主党が「マニフェスト（第一次集約）」を取りまとめたところ、経済同友会は直ちにそれを評定し、改憲に関する民主党の立場が不明確であると注文を付けたことがある。よって、民主党とすれば、自民党との安易な協力は回避しつつも、改憲そのものには積極的な態度を示し続ける必要がある。自民党の「新憲法草案」が公表された直後に、民主党が「憲法提言」を公表したこと(2005年10月31日)、国民投票法案についても、民主党が独自に法案を提出したことの意味は、以上の文脈で理解する必要がある。

以上のとおり、国会議員の9割近くを改憲派が占める状況の下、明文改憲の可能性がかなりの現実味を帯びてきたにもかかわらず、改憲実現のための必要不可欠の「パートナー」である民主党が「政権交代」を旗印にせざるをえないために、自民党がいまだ民主党を「抱き込めない」でいるのが、憲法改正をめぐる現在の政治状況といえる。

しかし、忘れてはならないのは、もし改憲問題が重要な政治的争点でなくなってしまうと、すなわち、市民社会のレベルで改憲に反対する声が弱まってしまえば、民主党が自民党と握手することはずっと容易になることだ。4月の衆院千葉補選の際、小沢民主党代表が「格差社会」を告発したのは、市民社会のレベルでその問題が重要な関心事となっており、その問題に関して小泉自民党との対照性を際立たせることが、選挙に勝つ方法だと小沢が考えたからにほかならない。よって、市民社会のレベルで「改憲反対」、「9条擁護」の気運を高め、運動を盛り上げていくことが今、決定的に重要な意味を持つ。

改憲の行方について、過度に悲観的になる必要はないが、あまりに楽観的になることも禁物である。現実の政治状況を冷静に分析しつつ、運動を組織してゆくことが必要である。本稿では、地方自治の分野を中心にして、自民党「新憲法草案」の問題点を検証する。「草案」は今後の改憲論議において、与党・野党が調整する際の「たたき台」になる可能性が高いので、慎重な吟味に値するものと考えられる。

6 「新憲法草案」における地方自治

言うまでもなく、自民党「新憲法草案」の目的の核心は、憲法9条2項を削除して「真正銘の軍隊」の海外派遣を可能にすることと、改憲要件を緩和すること（改憲案の発議要件を「各議員の総議員の過半数の賛成」に変更）の二点にある²⁰。しかし、他の章と比べて、「第8章 地方自治」が大幅な改正の対象とされている点も、看過できない。

まず、注目されるのは、「地方自治の本旨」に関して、現行憲法の「……地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める」（92条）という規定を、「地方自治は、住民の参画を基本とし、住民に身近な行政を自主的、自立的かつ総合的に実施することを旨として行う」（「草案」91条の2、1項）に改めた点である。また、国と地方自治体の関係について条文を新設し、「国及び地方自治体は、地方自治の本旨に基づき、適切な役割分担を踏まえて、相互に協力しなければならない」（「草案」92条）と規定した点も注目される。

この規定は、地方分権一括法によって地方自治法に追加された同法1条の2を、「憲法レベルに格上げした」もののようである。しかし、この「改正」は現行の「地方自治の本旨」（その内容は周知のとおり、住民自治と団体自治から成る）を、単に明確化・具体化したわけではない。私のみるところ、この「改正」には二つの意味がある。

第一の意味は、国と地方自治体の役割分担を明確化することによって、安全保障や外交といった「国の役割」に関わる事項について、地方自治体の役割を限定することである。

思い出して欲しい。周辺事態法が国会で審議中のまさにそのとき、高知県が「非核神戸方式」(外国軍艦が入港する際に核兵器を搭載していない旨の証明書を要求する)の条例化を目論んだところ、外務省や自治省を中心に政府はこの動きを牽制した事実を。また、武力攻撃事態法 15 条は「武力攻撃の排除に支障がある」場合にも、地方公共団体の長に対する内閣総理大臣の指示権や代執行権を認めている。核兵器を搭載した米国戦艦の寄港を知事や市長が拒否した場合、「武力攻撃の排除に支障がある」と認定しうる。実際、佐久間一(元元統合幕僚会議議長)は「米軍の行動に関する法制」の早期整備の必要性を論ずる際、「非核神戸方式」をやり玉に挙げていた(読売新聞 2002 年 4 月 19 日朝刊)。

神戸市議会の「核兵器積載艦艇の神戸入港拒否に関する決議」(1975 年 3 月 18 日)がいうとおり、「……港に核兵器が持ち込まれることがあるとすれば、港湾機能の阻害はもとより、市民の不安と混乱は想像に難くない」以上、地方自治体が港湾管理権を行使して、住民の「安心と安全」を確保することは、当然の責務である。しかし、「草案」92 条のいう「適切な役割分担」の下、このような地方自治体の権限は縮小・剥奪されるおそれがある。

以上のとおり、「草案」が「地方自治の本旨」に関して、地方自治法 1 条の 2 の内容を「憲法レベルに格上げ」することは、現行憲法が保障する地方自治の質を「格下げ」することにほかならないと私は考える。

7 「新自由主義改革の受け皿」としての地方分権

では、「地方自治の本旨」に関する「改正」の第二の意味(問題点)を考えてみよう。前述したとおり、「草案」91 条の 2 は「住民に身近な行政を自主的、自立のかつ総合的に実施すること」を「地方自治の本旨」としている。この規定を、「公的部門が負うべき責務は、原則として、最も市民に身近な公共団体が優先的に執行するものとする」と定めるヨーロッパ自治憲章の「補完性の原理」として解釈するならば、それは現代日本の政治的文脈を無視した、あまりにも好意的な解釈である。

「身近な行政」の部分が、前述した「国と地方自治の適切な役割分担」を「地方自治の本旨」であるかのように語る機能を有していることにまず注意を促しておこう。ただし、ここで注目したいのは、「自主的・自立の」な行政の実施の方である。

現代改憲の特徴は、グローバル市場経済に対する対応としての、「新自由主義的改革」と海外派兵体制の構築(集団的自衛権の行使)の組み合わせにある²¹。たとえば、自民党・憲法改正草案大綱(以下、「大綱」と略す)は、生存権等の社会権から基本的人権としての性

格を奪って、「社会目的（プログラム規定）としての権利及び責務」に位置づけ直そうとしていた²²。「草案」の方は、社会権についてこのようにドラスティックな改変を加えていないが、改憲要件が緩和された暁には、改憲派がこのような「弱者切捨て」の改憲に手を染めないという保証はない。なぜなら、前述したとおり、財界は社会権保障を弱体化させるための改憲にすこぶる熱心だからである。

本稿と同様に、政党・財界の改憲構想に共通する二つの柱として、海外派兵体制の構築と新自由主義型国家戦略を挙げる進藤兵氏によれば、改憲派の国家戦略は、軍事化と自由主義化を強力に推進する「強い首相・内閣」と、社会保障・義務教育費・地方公共事業・地方財政調整などの福祉国家型ナショナルミニマムを廃止する「小さな政府」化からなっている。そして、「小さな政府」化を実現する最も重要な鍵が、福祉国家型ナショナルミニマムを地方自治体の自由裁量へと放任する「分権型国家」構想である²³。

以上の進藤氏の指摘には説得力がある。小泉政権が構造改革の一環として推進した市町村合併も、新自由主義的改革の「受け皿」を作ることを目的としていたことは、しばしば指摘されるところである。実際、2001年6月の経済財政諮問会議「骨太の方針」は、「自助と自律に基づく新たな国・地方の実現には、まず受け皿となる自治体の行財政基盤の拡充と自立能力の向上を促し、国に依存しなくても『自立し得る自治体』を確立しなければならない」と主張していた²⁴。

「草案」自身は、地方自治体の規模については明確には何も語っておらず、単に「地方自治体は、基礎自治体及びこれを包括し、補完する広域地方自治体とする」（91条の3）と定めるのみである。しかし、「大綱」の段階では、道州制の導入を前提にして、道州と市町村の二層制を提言しており、さらに、市町村合併の結果、市町村が地域住民から遠い存在になることを前提にして、「自治区」の設置をも提案している。このように、「大綱」段階では、「新自由主義改革の受け皿」を作るための地方分権という考え方が、露骨に示されていた。

「草案」は論議になりそうな項目は基本的に棚上げし、海外派兵のための9条改憲と改憲要件の緩和に重点を絞った改憲案である。そのため、道州制の導入のように論議の余地のありそうな改憲案を明示的には採用していない。それにもかかわらず、地方自治の章について大幅な改正を目論んでいるのは、新自由主義型国家を完成させるうえで、人々の人間らしい生存を保障する責務から国を「解放」し、それを地方自治体に「丸投げ」することが決定的に重要だからだと考えられる²⁵。

以上のとおり、地方自治に関する憲法規定の改定は、海外派兵体制の構築と新自由主義的改革の強力な推進をしていくうえで、決定的に重要な意味をもっている。「地方分権」という誰でもが賛成する政治理念を悪用して、改憲派は住民の「安全・安心」を守るために必要な地方自治体の権限を縮小し（「適切な役割分担」の問題）、地方自治体の「自主的・自立的」判断を通じて福祉国家的政策を弱体化させることを目論んでいる。

ならば、私たちはこう考えるべきであろう。憲法9条の「改悪」と社会権の弱体化、そして「地方分権」は、改憲派の「思惑」において、相互に密接に関連する事柄である、と。よって、「9条改憲には反対だけど、地方分権には賛成だ」などと論ずるのは、完全に状況を見誤った発言であると私は考える。

繰り返すが、現代改憲の目的の核心は憲法9条の改定にある。決して、この点を曖昧にすべきではない。「改憲問題」というと、すぐに9条問題だと考えるのは発想が古い」と論ずる人は、現代改憲をめぐる政治状況について、自らの無知を告白しているようなものだ。とはいえ、9条改憲が中心的な争点だからといって、地方自治をめぐる改憲問題を軽視してよいことにはならないはずである。

¹ 渡辺治編『憲法「改正」の争点』（旬報社、2002年）339頁以下に掲載。

² 経済同友会のホームページ(<http://www.doyukai.or.jp/policyproposals/articles/2002/030421a.html>)から入手できる。

³ 日本商工会議所のホームページ（<http://www.jcci.or.jp/nissyo/iken/iken.html>）から入手できる。

⁴ 朝日新聞 2005年1月13日朝刊。

⁵ 財団法人社会経済生産性本部のホームページから入手できる。<http://www.jpc-sed.or.jp/teigen/index.html> にアクセスし、発表日順に並べられた各種提言の2002年2月～3月の場所を参照のこと。

⁶ 秋山収・葛西敬之・御厨貴「座談会 もはや民意を問う段階である」中央公論 2005年1月号 183頁の御厨発言。

⁷ 「小国主義」とは、9条とそれを支持する政党や社会勢力との対抗において、戦後自民党政権が余儀なく採用してきた外交防衛政策を表すために、渡辺治等が利用する用語である。渡辺治「高度成長と企業社会」同編『日本の時代史 27 高度成長と企業社会』（吉川弘

文堂、2004 年) 10～11, 80～82 頁。自衛隊の海外出動の禁止や、非核 3 原則、防衛費の GNP 1 % 枠、武器輸出禁止 3 原則などの政策がその例である。これらの多くが近年の軍政法制の展開の下、なし崩しにされているのは確かだが、それにもかかわらず、戦後日本の保守政治が、「経済大国」に相応しい「軍事大国」となることに一定の政策上の歯止めを設けてきた事実を軽視するべきではない。もちろん、だからこそ、21 世紀臨調もこのような歯止めを「負の遺産」と呼ぶわけだが。

⁸ 神谷万丈『『軍事力』の拒否反応を克服するのが先決だ』中央公論 2003 年 7 月号 54 頁が(題名のとおりに)強く訴える点である。なお、神谷は防衛大学校助教授である。

⁹ 渡辺治「総論・アメリカ帝国の自由市場形成戦略と現代の戦争」渡辺治・後藤道夫編『「新しい戦争」の時代と日本』(大月書店、2003 年)26～27, 120 頁。

¹⁰ 朝日新聞 2003 年 5 月 27 日朝刊記事「資本・人材守れぬ 9 条」

¹¹ 同友会の「イラク問題研究会意見書」(2004 年 11 月)はこの論理に基づいて、恒久法制定の必要性を主張する。

¹² 朝日新聞 2004 年 10 月 2 日朝刊。前内閣法制局長官の秋山収の発言も参照。秋山ほか・前掲論文(注 5)177～182 頁。

¹³ 唐鎌直義「直視すべき 12 の指標③社会保障」世界 2004 年 8 月号 128～129 頁。

¹⁴ 所得税の累進構造は 20 年前は最高税率 70% で 15 段階あったが、1999 年改正で最高税率 37% の 4 段階となり、高額所得者の税負担は大幅に軽減された。

¹⁵ 渡辺・前掲論文(注 7)114～115 頁。

¹⁶ 後藤道夫『反「構造改革」』(青木書店、2002 年) 62～64 頁。

¹⁷ 芹川洋一『憲法改革』(日本経済新聞社、2000 年) 64 頁。

¹⁸ 山田昌弘『希望格差社会』(筑摩書房、2004 年) 6 頁。

¹⁹ ロバート・B・ライシュ(石塚雅彦訳)『アメリカは正気を取り戻せるか』(東洋経済新報社、2004 年)114～124 頁。

²⁰ 自民党「新憲法草案」の内容とその問題点については、愛敬浩二『改憲問題』(ちくま新書、2006 年) 第 7 章を参照。念のため、9 条改憲の内容を示しておくと、「草案」9 条の 2 第 1 項は、「我が国の平和と独立並びに国及び国民の安寧を確保するため、内閣総理大臣を最高指揮権者とする自衛軍を保持する」と定め、3 項において、その「自衛軍」を「国際社会の平和と安全を確保するために国際的に協調して行われる活動」に投入する旨を定

める。この規定は、国連決議の有無にかかわらず、アメリカの戦争に「正真正銘の軍隊」である「自衛軍」を海外派兵することを可能にするものである。なお、軍事裁判所の設置を定めた 76 条 3 項は、「正真正銘の軍隊」として軍事行動をする覚悟の現れとみるべきである。

²¹ 詳しくは、愛敬・前掲注(20)の第 3 章、渡辺治『憲法「改正」』（旬報社、2005 年）を参照。

²² 表現の自由等の「基本的な権利・自由」と社会権の間に、わざわざ「国民の責務」を挟み込んで、社会権が基本的人権ではなく、政策的に配慮すべき権利に過ぎないことを強調する条文の構造になっていた。

²³ 進藤兵「地方自治条項改憲論批判」ポリティーク 11 号(旬報社、2006 年)156 頁以下。同論文は地方自治と改憲問題を考える上で特に参考になる。

²⁴ 二宮厚美「小泉構造改革と自治体の新自由主義的再編」室井力編『現代自治体再編論』（日本評論社、2002 年）7 頁。

²⁵ 関連して、「財政健全化条項」の新設に注目すべきである（「草案」83 条 2 項）。この規定により、国は福祉コストを地方に押付ける強いインセンティブを持つ。なお、この規定は地方自治体にも準用されるので（94 条の 2）、各自治体は「自主的・自立的」な政策判断を通じて、自らの責任で福祉サービスを削減せざるをえなくなる。似たような事態は、独立法人化後の国立大学においてすでに発生しており、国立大学における研究・教育を荒廃させつつあると私自身は評価している。

第7章 立憲主義と民主主義

1 立憲主義の復権と民主主義からの反撃

「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、一九九八年人権法（以下、「人権法」と略す）制定の前後から、「立憲主義の復権」が急速に進んでいる¹。たとえば、マーティン・ラフリンは、イギリス憲法理論において、「権力の分立、法の支配、および基本権の特別保障に基づく立憲主義の政治理論は、この二五年の間に前例のない地位を獲得した。そのため、法と政治のより濃密な相互交渉が生じ、そして、法律家一般の政治権力と特に司法部の政治権力が高められることとなった。その結果、憲法的コントロールの諸技術が洗練された分析の対象となり、違憲審査の方法が研究調査の対象として顕在化し、そして、憲法解釈の理論が今や、主要な学問産業を成すに至っている」と論じている²。

ラン・ハーシュルによれば、世界では近年、八〇以上の国々が代表機関から司法部へと権力を移すための憲法改革を実施しており、これらの国々の政治的討議において、アメリカ型の権利に基づくディスコースが支配的になったとされる。ハーシュルはこの事態を「司法支配制 *jusritocracy*」と呼ぶが、「司法支配制」へと向かう世界的傾向は、学者、法律家、政治運動家の間での立憲主義への明確な支持によって強化されていると論ずる³。阪口正二郎もいうとおり、「『立憲主義』のグローバル化ということを語りうる時代を私たちは生きている」のかもしれない⁴。復権した「立憲主義」の特徴は、「権力＝多数派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」点にある⁵。

グローバルな規模で「立憲主義の復権」が進む一方、「立憲主義の輸出国」であるはずのアメリカにおいて、「立憲主義が民主主義と矛盾するのであれば、立憲主義よりも民主主義を選択すべきではないのか、というラディカルな立憲主義批判が登場してきている」ことを阪口は指摘する⁶。ロナルド・ドゥオーキンも、保守化した連邦最高裁が州の権力を拡張するために連邦法を積極的に違憲無効とする状況の下、リベラルは多数決民主主義の価値を再発見するようになったと述べる⁷。イギリス憲法の文脈でも、人権法の制定と前後して、アメリカ型司法審査制に対するオルタナティブとして「立法の復権」を提唱したジェレミー・ウォルドロン⁸の議論や、政治哲学の分野で復権した「共和主義」の理論を援用しながら、「政治的憲法」を規範論として再定位しようとアダム・トムキンスの議論など⁹、「立憲主義の復権」を前にして、あえて「民主主義」を選択する理論的潮流が存在する¹⁰。

日本では、より実践的なレベルの問題として、「民主主義からの反撃」がある。谷澤正嗣によれば、「憲法は政治の営みを妨げるものだという考えが、現代日本の政治的言説空間のなかでひとつの潮流になっている」¹¹。改憲構想のほとんどが、憲法九六条を改定して改憲のハードルを低くすることを目論んでいるが、これも憲法を「障害」とみる憲法観の反映といえよう¹²。そんな中、「半世紀以上も憲法を改正しないでいるのは非民主的である」との批判を改憲派が展開するようになった¹³。この手の議論を真面目に受け止める意味はないのかもしれないが、憲法を政治に対する「障害」としてのみ捉える憲法観が蔓延する一方、改憲派が憲法改正の正当化に国民主権を援用する状況の下では¹⁴、一定の理論的応答が必要であろう¹⁵。しかし、本稿では、現代改憲動向との関係で、実践的には一定の意味があるが、理論的には低次元のレベルで「立憲主義と民主主義」の問題を考察するのではなく、この問題に関する従来研究成果の再読を通じて、将来に向けた理論的課題を展望してみたい。

2 「立憲主義と民主主義」という問題設定の意味

「立憲主義と民主主義」という問題設定は、二つの理念の緊張関係を前提にしている。両者を調和的に理解するのであれば、「立憲民主主義」という用語を使えばよい。だからなのだろう。「立憲主義と民主主義」という問題設定には批判も少なくない。たとえば戸波江二は、「近代立憲主義のヨーロッパ的伝統からすれば、議会による権力統制は立憲主義の最重要の要素であったはず」だから、「立憲主義を違憲審査と解して民主主義と対置させる立憲主義理解は、立憲主義の観念を混乱させる」と論じて、「立憲主義と民主主義」を対峙させた阪口正二郎の議論を批判する¹⁶。しかし、戸波の議論は、立憲主義という観念の歴史的発展の記述としてはともかく、「議会による立憲主義」を持ち出して「立憲主義と民主主義」という問題自体を無効化しようとする議論であるとすれば、「一」で瞥見した現代の世界憲法理論の動向との関係では、問題があるといえよう¹⁷。

また、立憲主義の現代的発展を具体化した日本国憲法の下では、立憲主義と民主主義を調和的に理解できると論じたところで、「立憲主義と民主主義」という問題を無効化できるわけではない¹⁸。たとえば、現代の英米憲法学や法哲学において、個人の自律や私的領域の保護を一切無価値と考える民主主義理論がほとんど存在しない一方、個人の自律の至上性や私的領域の不可侵性を信奉する——この意味では「立憲主義の極北」と評しうる——リバタリアニズムでさえ一般には民主的決定を完全に排除するわけではない¹⁹。だからとい

って、リバタリアニズムもポピュリズムも「立憲民主主義」の一バージョンであり、両者を対立的に理解する必要はないと論ずる者はおるまい。日本国憲法の解釈として一義的な「立憲民主主義」を導き出せるのであれば格別、そうでないかぎり、日本国憲法の下でも、「立憲主義と民主主義」という問題は成立するはずである。

ところで、「司法審査と民主主義」という問題と、「立憲主義と民主主義」という問題は、同じなのだろうか²⁰。たとえば、金澤孝は「立憲主義と民主主義の関係を、司法審査と民主主義のそれとパラレルに観念しうる」ことを前提にして、立憲主義と民主主義の間での「どぎつい選択」を要求する阪口の議論を斥ける。金沢によれば、「司法審査と民主主義」という問題設定の前提にある「反多数決主義という困難」(Alexander Bickel)が表しているのは、「憲法研究者における実証研究の過少と、規範理論の過剰という、病理」であり、実証的研究によれば、ウォーレン・コートの時期でさえ、連邦最高裁は反多数決主義的ではなかったと論じて、「司法審査と民主主義」という問題設定そのものを乗り越えようとしている²¹。

金澤の提言に対しては、「制度主義」等の実証研究による連邦最高裁研究は結局のところ、常に「後知恵 hindsight」たらざるをえないのではないか、憲法学説の主要な課題が裁判官の判断に影響を与えることにあるのだとすれば、裁判官の役割に対する規範論を放擲することが本当に可能なのか、といった疑問が湧く²²。また、金澤は、「反多数決主義という困難」の問題はアメリカの政治的文脈における「歴史的偶然の産物」であり、憲法研究者の「幻想」だと述べるが²³、「一」で瞥見したグローバルな「立憲主義の復権」を勘案すると、「司法審査と民主主義」という問題を「アメリカ政治の歴史的偶然」に解消してよいのかも疑問である。ただし、ここでは、「司法審査と民主主義」と「立憲主義と民主主義」という二つの問題を同一視する見方のほうを検討したい。

「司法審査と民主主義」のレベルの問題であれば、憲法典を援用することである程度、司法審査の民主的正当性という問題の困難さを緩和できる。土井真一は、違憲審査制を明文で定める日本国憲法八一条に触れつつ、従来の憲法学説が「司法審査と民主主義」の問題をシリアスに受け止めてこなかったのは、「日本国憲法がそう定めているからである、という極めて平凡な、しかし極めて明快な答えを掌中に納めていたから」であることを指摘する。もちろん、だからといって、「司法審査と民主主義」の問題を無効化できるわけではないが、「憲法八一条が生み出す地平においては、憲法問題に関して司法審査が及ぶことが原則であり、それに対する例外を承認する場合にこそ、特別の正当化根拠が必要とされ

る」と論ずることはできる²⁴。

棟居快行の的確な表現を借りれば、「司法審査と民主主義」における諸理論は、「なぜ司法審査が可能か」という問いに対して、「ゼロから出発して理論的に答えているのではない」²⁵。司法審査制の存在を前提にして、裁判所（特に連邦最高裁）の現実の司法審査権の行使を、民主主義との関係で手際よく説明しようとする営みであることは否めない。しかし、イギリスの権利章典論議の中での立憲主義派と民主主義派の対立は、国会主権の原理を修正して何らかの司法審査制を導入するか否かという点にあった。そこで争われていたのは、「司法審査の必要性和正当性」そのものであったといえる²⁶。また、司法審査制は「卸売り」なので、ブラウン判決だけを買って、近年の保守的な判決は買わないというわけにはゆかないと論ずるマーク・トゥシュネットが、「憲法を最高裁から遠ざけよう」と提唱するとき、彼の議論は「司法審査の必要性和正当性」の問題にまで踏み込んでいる²⁷。

以上のとおり、「立憲主義と民主主義」という問題は、「司法審査と民主主義」と重なる部分が多いけれども、後者には解消できない部分がある。たとえば、「世代ごとの憲法改正」を論じたトマス・ジェファースンの議論は、前者の文脈においてアポリアとなる²⁸。長谷部恭男は、「むしろ、われわれは憲法典による権力の制限が民主主義と衝突しうることを直視したうえで、なぜそれが正当化されるかをあらためて問うべきである」と述べるが、立憲主義の正当性を問う長谷部の刃は、返す刀で民主主義の正当性にも向けられている点に注意を促したい²⁹。「立憲主義と民主主義」という問題構成は、「どんな民主主義か、何のための民主主義か」という問題をも問う点において、「司法審査と民主主義」という従来の問題設定を超える意味を持っている³⁰。

3 「プロセス的司法審査理論」とその論拠

市川正人もいうとおり、「司法審査と民主主義」という問題を「過剰なほど意識し、それに正面から取り組んできた」のが松井茂記である³¹。そして、彼がジョン・ハート・イリーの「プロセス理論」から示唆を受けて展開した「プロセス的司法審査理論」が、「司法審査と民主主義」、さらには「立憲主義と民主主義」をめぐる刺激的な論争を誘発したことは周知のとおりである。松井理論のエッセンスは、「国民主権＝民主主義原理に立脚する日本国憲法」の下での「司法府の固有の役割は、政治プロセスの変化の経路が閉ざされないように確保すること、即ち民主主義プロセスないし政治参加のプロセスの不可欠の構成要素である選挙権、思想・良心の自由、信教の自由、集会・結社の自由、言論・出版その他一

切の表現の自由、学問の自由などの諸権利が不当に制限されないように監視すること」にあるが、『切り離され孤立した』少数者に対する偏見が政治的プロセスのメカニズムに機能障害を起こしている場合にも、積極的に司法審査権を行使すべきである」という記述に示されている³²。

前述したとおり、「司法審査と民主主義」をめぐる諸理論の良し悪しを図る基準の一つとして、裁判所（特に最高裁）の現実の司法審査権の行使を、民主主義との関係でどれだけ手際よく説明できるか、という基準を挙げることができる。イリイのプロセス理論も、アメリカ連邦最高裁の主要な判決を、アメリカ政治学において有力な民主主義理解である多元主義(プリュラリズム)との関係で、手際よく説明する理論であると評価できよう³³。他方、日本の憲法学者は、「多数決主義の困難」との関係で手際よく説明すべき判決を持たないから、この第一の基準は学説の良し悪しを判断する基準とはなりにくい。少なくとも、従来の判例・学説の論理のみならず、結論までも批判する松井理論の優位性を論証するものではない。すると松井が依拠できるのは、①日本国憲法の規定する民主主義の解釈として、多元主義による理解が最も妥当であると論ずるか、②多元主義が魅力的な民主政観であることを規範論（道徳哲学・政治哲学）のレベルで正当化するか、いずれかの方法であろう。

一見したところ、松井は②のレベルでの応答を拒否して、あくまでも日本国憲法の解釈の問題（①の問題）であると応答しているように見える³⁴。たとえば、松井は、多元主義が魅力的な政治のあり方かどうかは問題ではなく、日本国憲法がプラグマティックな判断から、多元主義に基づく民主過程のメカニズムを採用したのだから、ほかに魅力的な政治のあり方があれば、憲法を改正すればよいと論じている³⁵。これはかなり強い主張である。日本国憲法がほぼ一義的に多元主義的民主政観に立っていると理解できないかぎり、このような強い主張をすることは難しいのではないか。しかし、①に関して、日本国憲法が多元主義的民主政観に立っていると理解するのは困難であるとするのが、大方の意見であるように思われる³⁶。

もしかしたら、この「強い主張」は松井の本意ではないのかもしれない。松井は別の箇所で、「筆者は、プロセス的司法審査観が憲法から論理必然的に導かれると主張してはいない。日本国憲法をそのように解釈する方が妥当であると主張している」と論じ、「プロセス的憲法観はしょせん一つの憲法解釈である。しかし、憲法を実体的価値の序列と見る支配的な憲法観も、しょせんは一つの解釈にすぎない」と述べる³⁷。この松井の「弱い主張」によれば、別に日本国憲法を改正しなくとも、多元主義とは別の民主政観を採用すること

ができよう。しかし、松井の議論が「弱い主張」ならば、憲法典を引用することで自説の妥当性を主張することはできないはずである。前述した②のレベルでの論証が必要になるはずだ。

この問題と関連して興味深いのは、一九九三年に公刊された論文において松井は、多元主義に対する近年の批判に触れたうえで、「様々な問題点はあるものの、プリュラリズムの考え方にはなお魅力が残されている」と論じていたのに³⁸、その一年後に公刊された著作では、同じ議論を展開する箇所において、多元主義の魅力には触れないまま、要は憲法解釈の問題であり、どのような統治システムが優れているかは問題ではないと論ずる点である³⁹。一九九四年の著作以降、日本国憲法は一義的に多元主義的民主政観を採用していると解釈できるので、もはや多元主義の魅力を語る必要はないと考えるに至ったのだろうか。ならば、松井の議論はやはり、「強い主張」として解釈すべきだろう。

4 多元主義と共和主義——どんな民主主義か？

ところで、松井茂記が多元主義と共和主義の親近性を論じ、近年は共和主義へと議論をシフトさせたように理解できること、そして、このような松井の「共和主義への転向」を長谷部恭男や阪口正二郎が厳しく批判したことは周知のとおりである⁴⁰。しかし、松井自身は、「著者はいまなおプリュラリズムと共和主義とは異なるパラダイムであり、日本国憲法は、合衆国憲法と同様、なおプリュラリズムのパラダイムにあると考えている。それゆえ、筆者はなお共和主義への転向宣言を行うつもりはない」と述べている⁴¹。とはいえ、松井は「日本国憲法を共和主義にたつ憲法と読み直す可能性」も認めており、自己のプロセス理論も共和主義的憲法観と整合するように再構成する余地はあるとも論じているから分かりにくい⁴²。松井理論において多元主義と共和主義は、「パラダイム」という術語で論ずるほどの違いが本当にあるのだろうか。

松井理論に対する批判としては、多元主義から共和主義への「転向」が「松井にとってあまり重要とみなされていない点にこそ問題がある」とする毛利透の議論が重要である⁴³。松井がかつて主権論から民主政論への視座転換（パラダイム・シフト）の必要を提唱したにもかかわらず⁴⁴、松井の問題関心が正当な司法審査の範囲の確定にあるため、本来ならば決定的に重要な問題であるはずの多元主義と共和主義との間の選択が、重要な問題と意識されない点を毛利は批判するが、私も同感である⁴⁵。

毛利によれば、現代において可能な共和主義は「熟議の民主政 deliberative democracy」

である⁴⁶。民主過程を私益の集積と調整のプロセスとしてではなく、市民の熟議を通じて集合的な意思形成をする場として理解するのが、現代の共和主義である⁴⁷。現代の共和主義者は一般に、熟議を通じて各人の選好が形成・変更されるように民主過程を制度設計することの必要性を論じる⁴⁸。現代の共和主義を以上のように理解できるならば、「お金も言論である」として、選挙の際、個人・団体が特定候補者の当選・落選のために、候補者との連絡なしに支出する額の上限を設定する規制を第一修正違反としたバックリー判決(Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976))をそう簡単には容認できまい⁴⁹。ドゥオーキンもいうとおり、「政治においてお金は公正の敵であるのみならず、真の議論の敵でもある」からである⁵⁰。

共和主義憲法学の代表的論者であるキャス・サンスティンは、バックリー判決は政治的平等の達成が憲法の正当な目的であることを否定した点で覆されるべきであり、第二次世界大戦後の判決の中では、覆されるべき判決の最右翼であると述べる⁵¹。ドゥオーキンも、多くの憲法学者がバックリー判決は誤りであると信じており、将来的に覆されることを望んでいると述べる⁵²。イギリス憲法の文脈でも、リベラルな立憲主義を熱烈に擁護して、権利章典の導入や成文憲法の制定による違憲審査制の導入という徹底的な制度改革を提唱した(象徴的な言い方をすれば、イギリス憲法の「アメリカ化」を提唱した)エリック・バレントでさえ⁵³、バックリー判決は数人の大富豪が国政選挙を支配する効果をもたらしたと否定的に評価している⁵⁴。サンドラ・フレッドマンによれば、人権法制定の是非をめぐる議論において、反対派が批判の好餌としたのが、バックリー判決だったという⁵⁵。

英米の憲法学説におけるバックリー判決の評価を勘案すると、松井が同判決の法理を支持する点は、彼の学説の際立った特徴というべきだろう。「一定の政治目的のために政治献金をしたり、みずから支出することは、二一条の表現の自由の行使である。従って、政治資金の規制を手放して認めるわけにはいかない。あくまでも、やむにやまれない政府利益を達成するために必要不可欠な限度でのみ許されるというべきであろう。その意味では、合衆国最高裁判所が、寄附金制限の場合には比較的広く規制を認めながらも、支出制限については厳格な基準を適用していることには理由はある」と松井は述べる⁵⁶。この叙述を読むかぎり、本人の宣言どおり、松井が共和主義者に「転向」したと評価することは難しい⁵⁷。

松井は「みんなで一緒にやろうよ」の憲法学への転換を提唱するが、近年の政治学や憲法学における「熟議の民主政＝討議民主主義」への関心の高まりと比べて特徴的なのは、

市民自らが討議することの意義に対する関心の低さである⁵⁸。松井がバックリー判決を支持する理由も、その辺りに求められるのだろう。「一般国民は政治的自由を行使することはできるが、それが国家の進路に実際に影響を与える可能性は極めて小さい」という現実を受け入れつつ、「コミュニケーションの力」に期待をかける毛利の民主政論と比較するとき⁵⁹、「筆者は依然として市民は自分の一票で政治をいくらかでも変えることができると信じて投票していると思う」と論ずる松井の議論は、楽天的に過ぎるようにみえる⁶⁰。

ところで、長谷部が、「多元主義によれば、政治過程とは多様な利益集団がそれぞれにとって有利な政策決定を獲得すべく抗争し取引する過程であって、私的利害の抗争と妥協の結果こそが『公益』にほかならず、その他に『公益』を決定する独立の判断基準が存在するわけではない」と論じたところ⁶¹、松井は、「少なくとも、ジェームズ・マディソンが想定していたようなメカニズム——筆者は、基本的にその考え方をプリュラリズムだと考えているが——においても、代表者は選挙民の利益を代弁するのではなく独自の公益を追求すべきことが想定されている」と応じた⁶²。この松井の応答に対して長谷部は、「マディソン解釈の二面性を利用して、表玄関で追い払った共和主義を裏口から招き入れることは、結論だけからすれば分別のあることかも知れないが、論理としては一貫していない」と批判したが⁶³、実は私も同様に、松井はマディソン解釈の二面性を利用して、多元主義と共和主義を意図的に相対化しているものと理解していた⁶⁴。

しかし、私は（そして長谷部も）、松井の議論を誤解していたようである。松井自身は「現在のところマディソンは共和主義者ではなく、なおプリュラリストだったのではないかと考えている」と述べ、「共和主義の立場により近い考え方を主張していたのは、むしろ反フェデラリストの方であった」と付言する。この松井の発言を額面どおりに受け取るならば、松井が擁護する共和主義は、討議民主主義と置換可能な共和主義ではなく、ジョン・ロールズが否定的に言及したタイプの古典的な公民的共和主義であることになる⁶⁵。だとすれば、松井理論における「市民」は、多元主義が前提とする「個人＝消費者」からは隔絶した「公民」ということになるのではないか。ともあれ、松井が擁護するのはどんな民主主義なのか、必ずしも明らかではないように思われる。

5 小括

「立憲主義と民主主義」をめぐる松井茂記と阪口正二郎の論争について、金澤孝は、「憲法の状況が異なり、本来同一には論じられないはずの日本においても、一時期アメリカの

議論を後追いする形で、論争が起こった。……結果として議論はさして深まりを見せることはなく、単に平行線を辿ったように思われる。全く憲法状況の違うアメリカの議論を直輸入しようとしたことがその一因かもしれない」と総括している⁶⁶。両者の議論が「平行線を辿った」というのは、そのとおりかもしれない。しかし、松井と阪口（そして長谷部恭男）の間での真剣な応酬が、「立憲主義と民主主義」という問題を深める役割を果たした点を過小評価すべきでないと考える。たとえば私自身がこの論争から学んだのは、個人の利害・価値観の多様性を前提にしつつ、政治過程を通じた平等主義的な社会改革を実現しようとするのであれば、「どんな民主主義か、何のための民主主義か」という問題を、憲法理論のレベルで真摯に考えることの必要性であった⁶⁷。

「立憲主義と民主主義」問題以後の民主主義に関する憲法理論の行方を考える場合、ハーバーマスの「公共圏論」とそれを取り巻く政治哲学等の議論状況を咀嚼したうえで、リベラルな立憲主義には包摂されない独自の憲法学説を展開する、毛利透と本秀紀の議論が重要である⁶⁸。また、「憲法の主要な役割も、政治に瑣末なことのみに処理させるためにある」⁶⁹と述べた長谷部が最近、「討議の日は、国政選挙の方向づけを世論調査やテレビのワイドショーから、的確な情報にもとづいて真剣な討議を行う一般市民の手に取り戻す実現可能なアイデアとして考慮にあたいする」と論じて、「民主主義の質の向上」についても発言している点も注目される⁷⁰。

元山健もいうとおり、「立憲主義と民主主義」の間の「せめぎ合い」は今後も続くであろう⁷¹。その「せめぎ合い」を意義あるものにするために必要なのは、各論者が「どんな立憲主義か、何のための立憲主義か」、「どんな民主主義か、何のための民主主義か」という点について自らの立場を明らかにしたうえで、日本の政治・社会の現状を踏まえた議論を行うことではないだろうか。本稿での考察を出発点として、微力ながら私もその論争に参加していきたい。

¹ 元山健「イギリスにおける統治状況の変容と憲法学」憲法問題一三号九八頁以下(二〇〇二年)、愛敬浩二「立憲主義、法の支配、コモン・ロー」浦田賢治先生古稀記念『現代立憲主義における認識と実践』九頁以下（日本評論社、二〇〇五年）を参照。

² Martin Loughlin, “Constitutional Theory: A 25th Anniversary Essay” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25. p. 102 (2005).

-
- ³ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, (Harvard University Press, 2004) p. 1.
- ⁴ 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』二頁（日本評論社，二〇〇一年）。
- ⁵ 同上書・二頁。樋口陽一『国家学 人権総論』二～三頁（有斐閣，二〇〇四年）も参照。
- ⁶ 阪口・前掲注(4)一二頁。
- ⁷ Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, (Princeton University Press, 2006) p. 138. ドゥオーキンによれば，アメリカの法学者が抱いていた連邦最高裁への信念は，「右翼積極主義の冷たい雨」の下で挫かれてしまった。それにもかかわらず，自分がまだ違憲審査制を熱狂的に支持していることを知ったら，読者は驚くかもしれないと彼は述べている。*Ibid.*, p. 157.
- ⁸ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, (Oxford University Press, 1999). ウォルドロン自身，アメリカ型違憲審査制に対する消極的評価は，イギリスの「憲法改革」を視野に収めたものであると述べる。*Ibid.*, pp. 15-16. 関連して，一九九八年人権法を消極的に評価する論者の多くが，ウォルドロンの議論を好意的に援用する。たとえば参照，Thomas Poole, “Dogmatic Liberalism?: T.R.S. Allan and the Common Law Constitution” *Modern Law Review*, vol. 65, p. 468 (2002); Sandra Fredman, “Judging Democracy: The Role of the Judiciary under the HRA 1998” *Current Legal Problems*, vol. 53, p. 101 (2000).
- ⁹ Adam Tokins, *Our Republican Constitution*, (Hart Publishing, 2005) p. 40. トムキンスは Ivor Jennings や J.A.G. Griffith の「政治的憲法」は経験的で記述的な議論に止まり，「政治的憲法」を規範的に正当化できていなかった点を問題視する。*Ibid.*, pp. 37-39. 「政治的憲法」については，元山健「英国憲法における憲法理論の二つの潮流」比較憲法史研究会編『憲法の歴史と比較』八一頁以下（日本評論社，一九九八年）を参照。
- ¹⁰ この問題に関しては，愛敬浩二「イギリス『憲法改革』と憲法理論の動向」松井幸夫編著『変化するイギリス憲法』五八頁以下（敬文堂，二〇〇五年）を参照。
- ¹¹ 谷澤正嗣「現代リベラリズムにおける立憲主義とデモクラシー」飯島昇蔵・川岸令和編『憲法と政治思想の対話』二九四頁（新評論，二〇〇二年）。
- ¹² たとえば，二〇〇四年読売改憲試案では，①両院の過半数の賛成による改憲案の発議の場合は国民投票が必要だが，②両院の三分の二以上の賛成があれば，国民投票は不要という規定になっている（一一六条）。自民党「新憲法草案」（二〇〇五年一月二二日）は読売試案の①のみ採用している。前者については，全国憲法研究会編『憲法改正問題』三九〇

頁（日本評論社，二〇〇五年），後者については，同編『続・憲法改正問題』一〇六頁（日本評論社，二〇〇六年）を参照。

¹³ 英正道・山崎拓・保岡興治「鼎談 自国の伝統・文化・歴史に立脚した新しい憲法を」月間自由民主二〇〇四年五月号三四頁。

¹⁴ たとえば，経済同友会の「憲法問題調査会意見書」（二〇〇三年四月。前掲注(12)『憲法改正問題』四〇七頁）や民主党「憲法提言中間報告」（二〇〇四年六月。同上書・三七一頁）を参照。

¹⁵ 一つの試みとして参照，愛敬浩二『改憲問題』第4章（ちくま新書，二〇〇六年）。

¹⁶ 戸波江二「戦後憲法学における立憲主義」憲法問題一四号八二頁（二〇〇三年）。

¹⁷ なお，戸波は「アメリカの特殊性を前提に立憲主義の概念をつくるべきではない」と述べるが（戸波・前掲注(16)八二頁），ドイツを代表する社会哲学者のハーバーマスが，「法と民主的法治国家の討議理論に関する研究」という副題をもつ書物の中で，不相当なほどの紙幅を割いて，「司法審査と民主主義」の問題に関わるアメリカ憲法理論の動向を検討していることにも留意すべきである。ユルゲン・ハーバーマス（河上倫逸・耳野健二訳）『事実性と妥当性(上)』二八〇頁以下（未来社，二〇〇二年）。

¹⁸ 立憲主義の歴史的発展を重視して，日本国憲法の下での「立憲主義・民主主義・平和主義」の調和的理解を重視するのが，浦田賢治「立憲主義・民主主義・平和主義の諸相」同編『立憲主義・民主主義・平和主義』八頁以下（三省堂，二〇〇一年），上田勝美「日本の立憲平和主義に関する理論と課題」杉原泰雄先生古稀記念『二一世紀の立憲主義』二〇一頁以下（勁草書房，二〇〇〇年）。

¹⁹ David Dyzenhaus, “Form and Substance in the Rule of Law” in *Judicial Review and the Constitution*, ed. by Christopher Forsyth, (Hart Publishing, 2000) pp. 142-144. も同旨のことを述べる。

²⁰ 「司法審査と民主主義」の問題については，佐藤幸治「司法審査とデモクラシー（その一）」法学論叢七四巻三号一頁（一九六三年），「同（その二）」法学論叢七四巻五・六号（一九六四年）という先駆的な業績のほか，重要な研究成果として，松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣，一九九一年），野坂泰司「『司法審査と民主制』の一考察（一）～(四)」国家学会雑誌九五巻七・八号一頁（一九八二年），九六巻九・一〇号一一六頁（一九八三年），九七巻五・六号六八頁（一九八四年），九七巻九・一〇号七〇頁（一九八四年）等がある。

²¹ 金澤孝「憲法理論の新局面」法律時報七九卷四号八三～八六頁（二〇〇七年）。本文で言及した阪口の議論は、阪口・前掲注(4)二七八頁以下を参照。

²² アメリカの法伝統と法制度の下では、憲法学者も潜在的な裁判官として思考するため、規範的な理論から距離を置くのが難しいとの指摘がある。Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law*, (Chicago University Press, 1999) pp. 7-30. もちろん、「司法審査に関するわが国の経験からみて、裁判所は何をすべきかという議論が実際の裁判官の行動に実質的な影響を与えると信じる理由はない」と論ずる冷静な立場もある。Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, (Princeton University Press, 2000) p. 155.

²³ 金澤・前掲注(21)八六頁。

²⁴ 土井真一「司法審査の民主主義的正当性と『憲法』の観念」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』一四三～一四四頁（青林書院，一九九八年）。市川正人も、「違憲審査制も憲法によって採用された制度であるから、民主主義的正当性が不十分な違憲審査を、何か憲法の基本原理から逸脱した制度のように捉えるべき」ではなく、司法審査と民主主義の緊張関係は残るとしても、両者の衝突が、「後者に圧倒的に有利な形で解決されなければならないわけではないことは、確かである」と述べる。市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ 自由と秩序』三一四～三一五頁（有斐閣，一九九八年）。

²⁵ 棟居快行『憲法学再論』四〇四頁（信山社，二〇〇一年）。

²⁶ コモン・ローの再解釈によってアメリカ型の違憲審査制をも正当化する（ように読める）、T・R・S・アランの議論をゴールズワージーが批判するのは、制度の選択というこの問題と関わっている。Jeffrey Goldsworthy, "Homogenizing Constitution" *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, pp. 483-484, 504-505 (2003). 愛敬・前掲注(1)二〇頁以下も参照。

²⁷ Tushnet, *supra* note 22, pp. 141, 163-166.

²⁸ この問題に関して参照，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』三六三頁以下（東京大学出版会，二〇〇四年）。

²⁹ 長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』一四頁（ちくま新書，二〇〇四年）。

³⁰ 立憲主義を「司法的立憲主義」（違憲審査制を重視）と「政治的立憲主義」（政治過程を重視）に分けて、後者を擁護するリチャード・ベラミーのような議論を（Richard Bellamy, "Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights" in *Sceptical Essays on Human*

Rights, eds. By Tom Campbell, *et al.*, (Oxford University Press, 2001) pp. 22-30), 立憲主義と民主主義のどちらの陣営に帰属させるかは, 論者の問題関心や問題設定に依存するといえよう。たとえば, 谷澤・前掲注(11)二九四頁以下は, 憲法を政治の「足かせ」とみる憲法観を克服するために, ベラミーの「政治的立憲主義」に注目する。また, 金澤孝「人民立憲主義論 (Popular Constitutionalism) と反多数派支配主義の難題 (The Counter-Majoritarian Difficulty) への示唆」早稲田法学会誌五七号 (二〇〇七年) は, トウシュネットやウォルドロン³¹の議論を「人民立憲主義」に位置付ける。

しかし, 私自身は, 現代の憲法理論の状況を明快に整理する観点からすれば, リベラリズムを背景にしつつ, 裁判所による人権保障を擁護する議論を立憲主義, そのような「法的リベラリズム」を批判して, 民主過程による政治決定を重視する議論を民主主義と称するのが便宜であると考えている。よって, 私見では, トウシュネットやウォルドロンは民主主義の陣営に属することになる。

³¹ 市川・前掲注(24)二九七頁。

³² 松井茂記『二重の基準』三〇九頁 (有斐閣, 一九九四年)。

³³ 長谷部恭男「政治取引のバザールと司法審査」法律時報六七巻四号六三頁 (一九九五年)。

³⁴ この点を最も厳しく批判したのが, 長谷部恭男「憲法典というフェティッシュ」国家学会雑誌一一一巻一一・一二号一六七頁以下 (一九九八年) である。

³⁵ 松井茂記「プロセス的司法審査理論 再論」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』七七頁 (青林書院, 一九九八年)。

³⁶ 市川・前掲注(24)三〇〇～三〇二頁, 土井・前掲注(24)一三七～一四二頁, 長谷部・前掲注(33)六六頁。

³⁷ 松井・前掲注(35)八〇, 一〇〇頁。

³⁸ 松井茂記「国民主権原理と憲法学」『岩波講座社会科学の方法VI 社会変動のなかの法』三三頁 (岩波書店, 一九九三年)。

³⁹ 松井・前掲注(32)三三七頁。

⁴⁰ 同上書・三四四～三四七頁, 阪口・前掲注(4)二〇七～二一九頁, 長谷部・前掲注(34)一六六～一六七頁。

⁴¹ 松井茂記「なぜ立憲主義は正当化されるのか・下」法律時報七三巻八号 (二〇〇一年) 六六頁。

-
- 4² 同上論文六七頁。
- 4³ 毛利透『民主政の規範理論』二三三頁（勁草書房，二〇〇二年）。
- 4⁴ 松井・前掲注(38)一八～二四頁。
- 4⁵ 毛利・前掲注(43)二三二頁。
- 4⁶ 同上書・八〇～八七，二三三頁。
- 4⁷ Cass Sunstein, *The Partial Constitution*, (Harvard University Press, 1993) pp. 253-254.
- 4⁸ Martin Loughlin, “Rights, Democracy, and Law” in Campbell, *supra* note 30, pp. 48-49.
- 4⁹ 毛利・前掲注(43)一八四～一九六頁。川岸令和「言論の自由と熟慮に基づく討議デモクラシー」早稲田政治経済学雑誌三三四号二四二頁以下（一九九五年）も参照。
- 5⁰ Dworkin, *supra* note 7, p. 129. ドウオーキンは，選挙運動費が巨額になった結果，大統領や政治家は裕福な寄附者に頭が上がらなくなる一方，集められた資金は，原理や政策には関心がなく，消費者を誘惑するしか能のない世論調査会社やコンサルタント会社の指揮の下で費やされており，その結果，アメリカの政治的言説は墮落し，中傷合戦になったと述べている。Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, (Harvard University Press, 2000) p. 369. 邦訳（小林公ほか訳）『平等とは何か』（木鐸社，二〇〇二年）四八四～四八五頁。
- 5¹ Cass Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, (Oxford University Press, 1997) p. 230.
- 5² Dworkin, *supra* note 50, p. 352. 邦訳・四六六頁。
- 5³ Eric Barendt, *An Introduction to Constitutional Law* (Oxford U.P., 1998) p. 25; Eric Barendt, “Review: Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law by T.R.S. Allan” *Law Quarterly Review*, vol. 118, pp. 163-164 (2002).
- 5⁴ Eric Barendt, “The Importation of United States Free Speech Jurisprudence” in *A Special Relationship?*, ed. by Ian Loveland, (Clarendon Press, 1995) pp. 229-230.
- 5⁵ Sandra Fredman, “Scepticism under Scrutiny” in Campbell, *supra* note 30, pp. 210-211.
- 5⁶ 松井茂記『日本国憲法』一四三～一四四頁（有斐閣，第二版，二〇〇二年）。
- 5⁷ アメリカでは，トップ企業三六七社の経営者が得る報酬平均は一九八〇年には労働者平

均の四二倍だったが、一九九〇年には一〇七倍に、二〇〇四年には四三一倍になっている(朝日新聞二〇〇五年一月九日朝刊)。ドゥオーキンはこの数字を引いて、「合衆国における富と収入の配分は衝撃的である」と述べている。Dworkin, *supra* note 7, p. 91. このような状況の下で本当に民主主義は可能なのか。ドゥオーキンの法理論への賛否は別にして、あるいは、共和主義者であるかどうかも別にして、民主主義を信奉する者ならば真剣に考えるべき問題である。

⁵⁸ 松井茂記『『ほっといてくれ』の憲法学から『みんなで一緒にやろうよ』の憲法学へ』紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』一〇〇～一〇五頁(日本経済新聞社、二〇〇〇年)。

「討議民主主義の興隆」に関しては、篠原一『市民の政治学』一五二頁以下(岩波新書、二〇〇四年)を参照。

⁵⁹ 毛利・前掲注(43)五三～八七、二八九～二九〇頁、

⁶⁰ 松井・前掲注(35)七六頁。

⁶¹ 長谷部・前掲注(33)六二頁。

⁶² 松井・前掲注(35)七五頁。

⁶³ 長谷部・前掲注(34)一六四頁、

⁶⁴ 愛敬浩二『近代立憲主義思想の原像』二五頁(法律文化社、二〇〇三年)。

⁶⁵ John Rawls, *Political Liberalism*, paperback edition, (Colombia University Press, 1996) p. 206.

⁶⁶ 金澤・前掲注(30)九二頁注(1)

⁶⁷ たとえば、愛敬浩二「リベラリズム憲法学における『公共』」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性』五八頁以下(日本評論社、二〇〇三年)、「立憲主義における市民と公共圏」憲法問題一四号九二頁以下(二〇〇三年)等は、そのような問題関心に基づいて書かれた論稿である。

⁶⁸ 毛利・前掲注(43)、毛利透「自由な世論形成と民主主義」憲法問題一五号(二〇〇四年)、本秀紀「『市民的公共圏』と憲法学・序説」法律時報七三卷一号(二〇〇一年)、「民主主義の展望」前掲注(12)『続・憲法改正問題』所収など。

⁶⁹ 長谷部恭男「民主主義国家は生きる意味を教えない」紙野・前掲注(58)五一頁。

⁷⁰ 長谷部恭男『憲法とは何か』一二〇～一二一頁(岩波新書、二〇〇六年)。長谷部恭男「民主主義の質の向上」ジュリスト一三一一号九〇～九一頁(二〇〇六年)も併せて参照。

なお、長谷部が論及する「討議の日」については、Bruce Ackerman & James S. Fishkin, *Deliberation Day*, (Yale University Press, 2004)を参照。

⁷¹ 元山健「立憲主義と民主主義」山内敏弘編『新現代憲法入門』三九頁（法律文化社，二〇〇四年）。