

憲法が想定する人間像

堀内 健志

- 1 序・「21世紀の立憲主義像」にちなんで
- 2 自立した理性的人間像を前提とした憲法論
- 3 古典的自由主義の立場
- 4 若干の学問的考察
- 5 結び

1 序・「21世紀の立憲主義像」にちなんで

平成14年度の日本公法学会は「世紀転換期の公法（憲法、行政法）」、そして比較憲法学会は「21世紀の立憲主義像」という統一テーマが設定されて、この時代における公法学、憲法学を展望することが課題とされた。今回、私は図らずも後者の学会の司会を仰せつかった関係で自分でも少し考えてみることにした。

折しも、私の研究が特に「法律による行政」の原理に関する最近の学説動向の把握というあたりに来ていたので、公法学でもこの行政法学に関連する分野について、別稿「世紀転換期における公法学研究の複合性・管見」をまとめているので、かかる分野についてはそれを参照いただきたく思う。¹

ここでは、従ってその他の諸問題について「21世紀の立憲主義像」のテーマで多少なりとも議論されたことをもとにして、私の感想を述べようと思う。²そして、実はそのことが本稿の書評を試みる視点ともなっているのである。

比較憲法学会における報告は次のようなものであった。1 石田光義「21世紀立憲主義展望」、2 新正幸「一つの議会制像 ケルゼンとハイエクの論争を素材として」、3 風間規男「ガバナンス時代における行政と憲法」、4 大沢秀介「司法による公共政策形成」、5 西修「世界の憲法トレンドと立憲主義—おもに日本国憲法に規定のない若干の項目を素材にして」³

つぎに、これらの「21世紀の立憲主義像」として、世紀の転換を意識して共通テーマを組むことの意義について、若干の感想を述べておこう。

まず第一に、「21世紀の」とか「世紀転換期の」とか言う場合に、かかる時代設定がいかなる意味を有するのかがである。2000年という区切りを記念して立憲主義を考えてみようということは一つありうる。憲法・公法学会で意図したものもおそらくこのようなことではなかったであろうか、

そうであればこの限定語は「現在の」ということと同じで、特別の意味はないことになる。しかし、新しい世紀への突入、世紀の転換が、従来の伝統的立憲主義とは異なる何らかの新たな局面を迎えているのだ、ということこそが含意しているのならば、では一体いかなる新・旧の局面が対峙されるのかということが大いなる意義を持つてくることになる。

そこで、第二にうえの報告者において、テーマじしんはそれぞれ各人自由であり持ち味を生かしたものとなっているが、やはり伝統的立憲主義に対する再検討というような意図がそこには通底していたのではなからうかということである。

石田報告にはその点が最もはっきりと現れている。報告は1「20世紀末の大きな転換と新立憲主義への期待」、2「新立憲主義の理念と意識改革」、3「J・ローズ・正義理論(1971)の問題提起」、4「グローバル化とアイデンティティの確立」という項目からなりなっていた。

新報告は、1「はじめに」、2「ハイエクの『一つの憲法モデル』」、3「『二つの議会』構想」、4「モデル・構想の狙い」、5「構想の評価ー我々はいかに受けとめるべきか」、6「構想のインパクトわが国の統治機構論ないし国会論にいかなるインパクトをもちうるか」、7「むすび」という構成である。

風間報告は、1「ガバメント(政府)による問題解決」、2「ガバナンス(統治・共治)論の登場」、3「日本における行政改革・公務員制度改革」、4「日本の行政改革におけるガバナンス志向ガバナンス志向」、5「むすびにかえて ガバナンスの時代における憲法」という項目から成り立っている。

大沢報告は、1「はじめに」、2「刑務所訴訟の現状」、3「刑務所訴訟改革法の成立」、4「ミラー対フレンチ事件判決」、5「制度改革訴訟をめぐる最近の状況」、6「まとめに代えて」という構成である。

西報告は、1「世界の憲法トレンド」、2「立憲主義の発展・変容」という構成である。

これらのすべてのテーマに対して十分なコメントをなし得るわけではなく、特に風間報告、大沢報告については、ある程度理解できるもののそれ以上にでない。が、全体としてみると先に述べた伝統的立憲主義の理念の変化、そして個々には議会、行政、司法におけるそこからの離反ないし克服の試み、並びに近年の新憲法制定に見られる新たな動向が取り扱われている(西教授はポスト現代立憲主義まで思考する)と言い得よう。

しかし、なかんずく第三に、石田、新報告の中には、本稿が関心を持つところの「近代立憲主義」の理念とその今日的吟味をどのようになすべきかという真摯なる問いかけが含まれているごとくである。

まず、石田報告によれば、「近代国家における立憲主義」が政府権力の制限・法治主義・基本権保障を掲げるが、それは自然状態を出発点とし、「人間の尊厳」を道徳的基準として、演繹的に一般的・普遍的価値の存在を想定するという。また、国家・社会、公・私、政治と経済、或いは目的(平等・正義)と手段を峻別したうえで相互の関係を整える二元主義があり、こうした一般性や二元性

は「新立憲主義」のもと行き詰まっている。目的と手段、全体と個などの関係はすべて相対的なものとなり、「最低限受け入れられる基準」としての「正義」にとどまる。多元主義などの見地から「法の支配」の徹底が必要である。が、石田報告はかかる変化についての見方として、「法治主義が抛りどころとした実証主義の硬直化」と「自由主義が抛りどころとした功利主義の見直し」を指摘し、「ポストモダン」はモダンの原点への回帰、先祖帰りがそこからの活性化・実質化のために必要と言えるかと問っている。

新報告は、ハイエクのユニークな「一つの憲法モデル」を紹介するが、その意図としては背後に「近代立憲主義」(そしてここには二つの近代立憲主義ということも含まれる)から「現代立憲主義」への変化をいかに理解すべきかという問題を巡るハイエクとケルゼンの論争、そして戦後わが国の憲法学の評価如何というところまで左右する極めて重大な問題点への展望が織り込まれている。無制約な民主的議会制に対する評価が分かれる原因がそこに潜んでいるであろう。

いましがたみたごとく、近代立憲主義の新・旧の展開をどのように把握すべきかという問題が今日21世紀の、世紀転換期における憲法学、公法学の最大の論点であり、かつ難解な問題であるということが言えるように思われるのである。

そして、かかる関心を維持しながら、本稿は以下、佐藤教授の「法の支配」論を少しく考えてみることにしたい。

2 自立した理性的人間像を前提とした憲法論

さて、この度公刊された佐藤幸治著『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣、2002年)は、近年すでに発表されてきた作品を纏めたものではあるが、改めて通読してみて、さすがに一貫性があり、かつ説得力がある見事な憲法論が展開されていることに感銘を覚えた。

本書の構成は次のようになっている。第一章「日本国憲法と『法の支配』」(「『法の支配』の意義を再考する」、「自由の法秩序」)第二章「『法の支配』と自律的個人」(「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」、「人権の観念と主体」)第三章「行政権と行政改革」(「行政改革と『この国のかたち』」、「日本国憲法と行政権」)第四章「司法権と司法改革」(「わが国の違憲審査制の特徴と課題 制度的基盤の整備に向けて」、「法曹養成と法学教育の将来」)「補論 司法制度改革の展望と課題」。

そして、今日の通説的憲法論が「自己決定権」や「人間の尊厳」そして「法の支配」といった原理をその基本に据えていることを考えるとこれらの諸原理を体系的に織り込んだ本書の立場は、まさに通説的憲法論を見事に組み立てて見せたものといっても過言ではないだろう。

本稿では、このことはこのこととして認めた上で、本書に見られる立場、即ち“人間が尊厳な存在である”ことから“生命を愛し、自由を有し、幸福を追求する人格的自己自律の権利が生ずる”(本書135頁以下)の“自己決定権”をベースにして、ここから憲法の人権も統治組織論も説明される、という立場を少し吟味しようとするに過ぎない。

というも、我々は他方においてかかる近代立憲主義の理念に対しては、うえの石田報告、新報告のなかに瞥見されたごとく今日これと異なる見解がありうることやこれを絶対的・普遍的なものとしてよいかという問題も存するからである。

つまり、後にもみるように近代立憲主義をそのような完全なる理性ある人間を出発点として構築するのではなく、混乱に満ちたありのままの人間の存在を基点とすべしとの主張があり、また現代立憲主義をどのように理解するのかといった問題があり、そう簡単ではないごとくである。

本書は、司法制度改革に関連する論稿も少なくないがここではそれには直接立ち入らない。本書の著者において「法の支配」論に深く関わっているということだけ確認しておく。

そこで、少し具体的に見ていこう。

まず、「憲法学において『自己決定権』ということの意味」について、それが人間の尊厳を出発点とするものでありこれは先にも少し見たごとく、次のようなものであると述べる。

「人間を尊厳をもった存在と考えようとするれば、人間を人格的自律性 (personal autonomy) をもった存在と考えなければならない、という前提から出発したいと思います。」(135頁)

そして、「人格とは、人間の人格的自律 (personal autonomy) に基礎をおき、そうした自律を全うせしめるためのものである、という素朴な前提から出発しては、というように考えています。」(130頁)

その「人間の存在の内容は、生命を愛し、自由を有し、幸福を追求することである。」(138頁)

「近代立憲主義成立時にみられる人間像は、自信にあふれる合理的に行為する人間像、いわば『完全な個人』といったものではなかったかと思われるのです。」(133頁)

このような意味での自律権は、いわゆる消極的自由論からは導かれない。「何故に消極的自由がそれ程大事なのか充分説明しえないように思えますし、また、消極的自由を大事にして行くためには何をしなければならないかを説明しえないのではないかと思います。」(136頁)

また、内容的制約のない形式的な政治的自由とも異なる。

「ケルゼンの思考においては、各人の自然的自由は留保なしに政治的自由(デモクラシー)の理念へと変容することになるのではないかと、言い換えると、自由の理念は、秩序創設の『形式』であるデモクラシーを『内容』的に何ら制約するものではないということになるのではないかと、という疑問」に「抗し難いものがあります。」「...この点、私は、日本国憲法の解釈の基点をもっと具体的な人間のあり方に求める必要があるのではないかと、国民が「政治における自らの運命の決定者」である前に、まず何よりも「人間個人として自らの運命の決定者」であるということをも「重視すべきものではないか、と考えるのです。」(127 - 8 頁)

もちろん、「多くの権利が個人の自由の名において唱道され、闘われてきたけれども、実は、それは、それがなければそれら個人の権利が目的を達しえないような共同善を確保しようとするものであった...。」「不幸にして、そうした共同善の存在はあまりに自然な背景であったので、権利の目的を達成する上での共同善の存在の意義が曖昧になった...。」(141頁)「最近、アメリカで、『共和主

義の再生』というようなことがいわれているようです。…リベリズムに批判的立場をとり、政治への積極的参加と討論を通じての公民的徳性の高揚と公共善の推進を期するところに特徴があるようです。」「自己決定権」も「共同善といったものと不可欠の関係にあることは先に少し触れたことです」。

が、「自己決定権」を「重視する立場からは、政治がすべての人間に決定的比重を占めるのはむしろ問題で、政治的参加が基本的に個人の任意的意思に委ねられること、しかし、政治参加へのいろいろなチャンネルが開かれ、意欲する場合に容易に参加できる場が確保されていること、などが大事なことかと思われます。」(145頁)

具体的問題としての宗教的理由からの輸血拒否に対しては、次のように述べられる。

「…人格的自律そのものを回復不可能な程、永続的に害する場合には、例外的に介入する可能性を否定し切れなれないと思われるのです。」例えば、「自己の生命・身体の処分」にかかわる「権利」の行使として「強い宗教的信条等に基づいて輸血を拒否するというようなことは尊重されるべきだと思いますが、『自殺する権利』まで無限定に認めるというわけには行きません。『家族の形成・維持』にかかわる『権利』、例えば、子どもを養育し、宗教的・道徳的価値観を伝える権利の行使として、自分の子どもに輸血を拒否することまで認めうるかどうか疑問に思われます もっとも、この場合は、『他者加害』の要素も認めうるかと思いますが。」(150頁)

以上のごとき立場が、佐藤教授のいわば「基本的人権」論の基本的認識となっている。かかる基本的認識は、さらに統治組織論へも及ぼされる。

司法制度の改革との関連で、憲法裁判所の導入の問題点を指摘する際に、これが「法の支配」的秩序形成観に適合しないとされている。

「…『法治国家』的秩序形成観とは何であろうか。土井真一教授によれば、『法治国家』は多様かつ無秩序な人間の集合に対し、単一にして不可分の超越的統治主体が、強大な意思力に基づいて実現する理性的・統一的な秩序体であり、そこでは演繹的に実現すべき理念的原理の論理的体系と能動的で画一的な執行組織が前提とされているという。」(259頁)

「このように体系的・演繹的思考傾向の産物である『法治国家』的秩序形成観と、超越的観念論に懐疑的で経験主義的思考の産物である『法の支配』的秩序形成観とは、それぞれ長所・短所をもち、総体的にどちらかが優れているかをここで論ずる積りはない。…」もし日本国憲法の立脚する秩序形成観が、…『法の支配』であるとすれば、そして、日本国憲法下での制度改革がその前提の下でなされたものであるとすれば、憲法裁判所型の憲法裁判への転回を図ることは、再び『百八十度の転回』を図ることではないか。…筆者が、『憲法裁判所』の行き方にはもちろん利点はあるが、ここでまたドイツ法的行き方との新たな“接ぎ木”を試みるよりも、具体的事実関係に即して憲法問題も判断するという付随的違憲審査制の長所を活かしながら、憲法問題により本格的に取り組むことのできる体制を整える方向が追求さるべきではないかと思われる」と述べたのは、まさにその趣旨であった。」(261頁)

その言われる「法の支配」の理念は、「超越論的な上からの法秩序形成観とは異質なものであり、...関係する国民が対等の立場で参加する司法の場において具体的事実関係に基づいて経験主義的に形成される法に対する信頼性に依拠するものである...。」(93頁)

「司法権」については、「憲法上独自の内実をもち、法律によってはじめて充填されるというものではないことをかねて強調してきた。」(94頁)

他方では、国民主権、行政権の把握については、次のようである。

まず、「主権」という語の意味について、「ここでは、およそ政治社会には唯一の究極的で絶対的な権威ないし権力がなければならないという考え方を表わすもの」(18頁)として、「国家を作っているのは国民自身だという意識が薄れつつあるとしたら、それもまた民主主義にとっては危険なことなのではないか」という毛利教授のコメントを引用される(24頁)。

この「主権が国民にあるということことから、何か特定の政治制度が自動的に帰結されるわけではありません」とする一方で、しかし、「無限定的な行政控除説によって『行政権』を捉えるべきではないということは、...『国会は国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である』(四一条)この意味をもっと重大に受けとめなければならないということを意味します」(31頁)と言われる。但し、この具体的意味が、「内閣は『国務を総理する』立場にあるが、国家の意思としての最終的決定は基本的に国会における審議を通じて行われることになる。」「このことを憲法は『国権の最高機関』という言葉で表現しているものと解されるのである」(114頁)ということであるならば、結局これはつまるところ「法律の留保」ではなく「法律の優位」を含むということであり、それは伝統学説からも導かれうるものであるが、それだけで充分ということであろうか。⁴

他方において、「行政権」について次のように言う。

「...結論からいえば、憲法六五条にいう『行政権 (executive power)』には、国法 (法律) を執行する作用と政治・統治の作用の両者が含まれていることを正面から認めるべきである。このことはいわゆる制憲者意思からも、また、憲法の文言・構造からも導出できるところである。」(74頁)

「内閣がこのような役割を果たそうとすれば、国政の運営に関する総合戦略・総合政策的発想の基づく総合調整力を発揮しなければならない。それはまさに高度の統治作用であり、...ここでは、法律の誠実な執行と国務の総理 (高度の統治作用) が憲法六五条にいう『行政権』の内実をなすということを確認しておきたい。」(75頁)

うへの国会の「最終的決定権」とこの「行政権」の「統治」との関連は首尾良く調整して理解されなくてはならないのである。⁵

以上のようにして、本書は、自己決定権に始まり、人権論、そして統治組織論に至るまで一貫した憲法理論が展開されているのである。人間の自律に始まり、さらに組織原理としても「法の支配」論を徹底させて、絶えず国民の意思決定・参加に基づいた司法制度、議会決定が意識されている。

3 古典的自由主義の立場

うえに見たごとく佐藤教授の憲法論は、その出発点に人間が尊厳をもつ存在であることを前提としていた。そこから人格的自律が保障されねばならず人権論がここに基点を持つ。また、そのような国民が対等の立場で参加するシステムを通じて具体的経験的に法が形成されるように司法制度が組織され、行政は国会による国家の意思としての最終的決定に服するという「法の支配」原理が要請される。これが佐藤教授の「法の支配」論の再興である。

その憲法論的思考の出発点として前提される人間の人格的自律ある理性的存在に疑問を提起するのが阪本教授の『憲法理論』⁶である。

阪本教授によると、「本書は、人間を道徳的・人格的・理性的である、とはみていない。」
「…人権の基盤を、理想的な公民にとっての必要な利益に求める超越論を避けて、『ありのままの人間』の特性に求めたのである。」

「…自分の自己愛を最大化しようとする人間を『利己的だ』、『反倫理的だ』と否定的にみることなく、ある原理に反しない限り、各自の自己愛追求に対して強制を加えないことこそ、個々人にとって、また、個々人の総和にとって、望ましいことでもあり、必要なことでもある…」⁷

そして、教授の言う「古典的自由主義」(真のリベラリズム)とは、「理性や、自律(実践理性が自分で与えた法則に従うこと)といった人間の合理的能力に期待せず、『ありのままの人間』、すなわち、自分の自己愛を増進しようとする傾向をもった人間が、国家から強制されない保護領域をもつことの重要性を説く思想体系である。それは、自己愛に満ちた個々の人間の自由な行為の反復が、最も望ましい秩序を確立する(意図せざる帰結をもたらす) とみるのである。」³

その場合の「国家の役割」は「個人に最大限の自由を保障し、そこから生まれ出る秩序の条件整備に従事することにある。国家の役割は、人為的に平等を生み出すことにもなく、私的道徳の望ましさを決定することにもない。」⁹

ただ「国家機関の行為をいかにして『法のもとに置く』かを問うなかで、法の一般性・抽象性・普遍平等性という形式的属性を強調したが」、この属性は「普遍化可能性原理と結びついていることが本書によって論拠づけられた…」とされる。¹⁰

このような基本的立場に立って、まず「民主制」の理解につき、つぎのごとき注意が喚起される。

「『民主』なる用語の濫用の典型例が、『実体的民主主義』とでもいべき民主主義観である。この立場は、実体価値として、特に『自由で平等なる市民(シティズン=傍注)としての価値』を重視し、市民を自由で平等な道徳的・自律的存在として処遇することこそ民主主義である、とみるのである。」「たしかに、民主制を専制と対比しながら、前者の特徴が『自律』による統治または『自己統治』にあり、後者のそれは『他律』による統治にある、と説くことは、専制に対するプロパガンダとしては有効であった。ところが、個人の尊厳保障を民主制の条件と説いて、自由または平等にまで言及することは、あまりに実体的価値を吹き込んだ誤用である。また、利益・選好を異にす

る多数者国民による政治的決定を『自己決定』と呼ぶことはできない。『自己決定』は、あくまで個人についていいうるだけである。」¹¹

「...ケルゼンは、民主制が自由な個人意思と国家秩序との間のギャップを最小限にするシステムである、と説く。それは、民主制とは、誰もが一票を等しくもって、いつでも多数派となる自由をもつ政体である、とする実体と形式とを合一しようとする民主主義観である。」「しかし、これも誤用である。自由が守られるかどうかは、多数者の意思次第であって、民主主義は自由にとって脆弱な防護壁にすぎない。多数決原理は、単なる便宜である。基本権はその便宜を破るのである。」¹²

ここでは、個人の自由ないし基本権を保障する制度として、多数決原理からもたらされる民主制は万全でないことが指摘されている。国会による「立法」も個人の自己決定権と同一視出来ないことになる。

つぎに、ダイシーの「法の支配」原理について、つぎのように言う。

「彼の理論は、大陸における法の支配が不完全であるという誤った前提に立っていた。ダイシーは、大陸法上の欠陥が行政権の行使につき司法審査（適法性審査）の及ばない点にあるとみた。そのために、行政行為を通常裁判所によって審査する点こそ法の支配にとっての鍵であるとみたのだった。ところが、実際には、フランスにおいても、ドイツ（プロイセン）においても、法の支配と同じ観念から『法治主義』が説かれていたのである。もっとも、フランス第三共和制やプロイセンにおいては、その理論が実践に取り込まれないまま、通常裁判所とは系列を異にする、行政機関のための行政裁判所が設置されてしまう（...）。これを契機に、R・グナイスト（1816 - 95）によって理論的に（政治的に）歪められた法治主義の考え方が1860年以降、支配的となる。そして、その後は、ドイツ的法治主義、すなわち議会の定めたものをもって法とする形式的法治主義と、英米的法の支配とは、あたかも、水と油であるかのように今日まで語り継がれているのである。」¹³

ここでは、法の支配と法治主義の本来の意義はそんなに異なるものではなかったことが述べられていて、この点は佐藤教授の認識と大きな相違があるようである。この問題は、すでにも学界でこれまでも何度か議論がなされてきたことであるが、改めて、もう少し吟味の余地がある。

「権力分立」についての阪本教授の理解はつぎのようである。

「モンテスキューは三権を『法』のもとに置こうと考えていた。」「ところが、その後の思想家たち、なかでも法実証主義的公法学者たちは、その『法』を立法府の制定する『立法、制定法』と等置してしまった。」¹⁴

「...イギリスの法的伝統は、行政権には還元できない『国王の大権』を知っていた（...）。その伝統を一部受け継ぐアメリカも、大統領の執政権限（Executive Power）と行政機関のなす行政（administration）との区別を知っていた（...）。わが国の明治憲法典下の天皇の宮務大権や統帥権等も『権力分立』概念では説明できなかった。複雑な国家作用を三権の類型で論じ尽くすことが、もともと不可能だったのである（...）。」「『権力分立』論はインフォーマルな政治過程を説明しきれない。」「この現代国家における権力抑制構造は、『立法府 対 執行府』といった公式に制度

化された権力組織相互間の抑制にあるというよりも、『議会内部の与党 対 野党』の抑制、そして『(政党によって組織化された)国民 対 政治部門』の抑制、という非公式で流動的なかたちをとる。そして、その主たる抑制対象も、フォーマルな統治過程(たとえば、法律案の成立の阻止)であるよりも、官僚による政策立案過程に向けられなければならない。官僚による政策立案領域は、今日では、法律案の作成といった立法の準備にとどまらず、経済政策、文化政策、外交・防衛政策等国家や国民生活にとって極めて重要な分野にまで及び、しかも、それらは『法令から自由な活動領域』として実行されているのが実情である。この領域をいかに有効にコントロールするかという側面こそ、現代立憲主義の直面する課題である。」「『法令から自由な活動領域』の典型例が戦争の遂行である。たしかに、軍隊の組織や経費負担等を定め、戦争権限を手続的に拘束する例は多くの国の憲法典にみられるものの、展開予想の不可能な戦争遂行に当たって具体的個別的な確固たる規律を与えられることはない(戦争権限は、…執行行為または統治行為の領域に属する)。古典的な『権力分立』論は、この古くて新しい現象に対して、ほとんど何の解答も与えていないようにみえる。」¹⁵

「権力分立」論につき、「わが国の古典的理解のように(…)同技術をもって自由主義的でもあり民主主義的でもあるとすることは誤りだということがわかる。このことを誤りだといわないためには、《古典的な権力分立論は、国民主権原理が採用された段階で、大きな変更を受けた》という説明を介在させることを要する。つまり、古典的な権力分立論は、主権者・国民という要素を知らなかったのに対して、一九世紀以降の国制には有権者団という国家機関が不可欠の要素となった、という視野をもつことである。この視野をもったとき、議院内閣制における議会と執政府との均衡は最終的には国民の選挙によってもたらされるに至る、という展開が理解できるようになる(…)」¹⁶

そして、「立法の一般性」については、つぎのように無視出来ない属性ということになる。

「…議会を民主的と位置づけてよいのは、何が立法となるかを決定する手続までであり、法律の内容に『一般意思』が組み込まれるが故に成立した法律が『民主的』と考えたとすれば、それは薄慮か楽観主義の産物である。実は、『民主主義』が立法の本来有すべき一般性・抽象性等を減殺してきたのである。」「自由のために、立法は、公然性・一般性・抽象性・平等性という法の属性を満たしていなければならない。…現代自由主義国家は、一方では、自由経済体制を維持して、企業と資本の利益を充足しなければならず、他方では、自由経済体制のもたらす機能障害を治癒し予防すべく、いわゆる『弱者』保護の名のもとに、市場に介入しなければならない。一度国家が、法律というかたちで、弱者保護のために、特定集団の利益のために介入すれば、『弱者』概念の曖昧さもあって、他の集団からの国家関与(法律制定)の要求は、さらに強力になる。こうした一部の領域への法律による特定の国家関与は、一般性・抽象性に欠ける法律の氾濫現象をもたらすばかりでなく、他の分野における国家の正当性に不備をもたらしてくる。特定集団を念頭に置いた法律の制定は、処分法律または個別法律と同質の問題点を抱えることとなろう。『弱者保護』とか『社会的正義実現』の美名のもとに、国家が自由領域をパターン付き社会へと適合させようとするところこそ、『現代立憲主義』の病理である(…)」¹⁷「議会意思の全能性を歴史の潮流と解して、議会が定めるものが

法律である、と形式と実質との融合説を説く見解があるが、これは、議会の『民主的性格』への過剰な期待の産物である。」¹⁷

「…彼（ハイエク＝堀内注）は、理性によって社会を意図的に改革する『設計主義・合理主義』に反対し、自由な人びとの営為の積み重ねによって生まれでる『自生的秩序』の価値を説いた。市場の秩序は、まさに、個々人の行動の結果ではあるが、誰によっても事前に設計されたものではない、自生的なものである、というのである。」¹⁸

「法の支配」については、つぎのようである。

阪本教授も「国制を『法の支配』に定位させ」ることを企図するが、それに当たっては、前述の「人格的自律」に依拠する佐藤教授のものとは同じではない。

「混乱した自由主義を真正の自由主義に回帰させる」「その目的にとっての私の最大の関心事は、人の倫理的・人格的特性に依拠しなくても通用する憲法理論の体系を構築することにあった。そのために、全書を通して私は、人間行動の道德上の実体的価値判断を、可能な限り、憲法学から排除するよう試みたつもりである。『法の支配』、『正義』、『自由』、『人格』等を形式的に捉えて、それらの実体的価値を本書が追究しないのは、そのためである。」¹⁹

「わが国の伝統的憲法学は、ヘーゲルからT・H・グリーンとその後継者たちに至る観念論者に親しまれてきた自由の見方に深く浸潤されてきたといつてよい。彼らは、自由とは、道德的確信と結びつけられた、発展した人格の表現である、と理解した。かくして、自由の淵源は、人の道德的人格に求められがちとなった。自然的因果から独立した道德法則に従う人間こそ自由である、といわれたり、道德的存在にとって不可欠な利益が人権として保障される、といわれたりするのには、この点に起因している。そのため、自由について、わが国の伝統的憲法学は、『消極的自由／積極的自由』の違いを真剣に分析することなく、さかんに、人に値する自由としての『実質的自由』の保障の必要性を説いてきた。」「その実質的自由論は、『自由／実質的平等』の違い、『自由／結果の平等』の違いをぼかした。その灰色の領域は、『人間の尊厳』という壮大な理念に言及することによって埋められた。上位概念に訴えながら、自由は、人間の尊厳にとって、必要不可欠である、といわれれば、その命題が結論を内包していることもあって、それに反論を加えることは困難である（反対論者が批判しうることは、せいぜい、その提唱者の任務は、人間の尊厳にとって必要不可欠である点を論証することにあり、その論証に欠ける立論は空論である、という程度に終わるかもしれない。ところが、その論証すら、厳しく求められてこなかった。）」²⁰

「本書は、伝統的憲法学とは違って、一貫して、平等よりも自由を、民主主義よりも自由主義を重視する理論体系を打ち立てようとしている。」

「自由が一つの体系として重視されるべきことは、自由な社会秩序の本質的条件である。個別的自由の削減を許す理論は、『法の支配』の意味あいを真剣に受けとめておらず、必ず他の種類の自由の喪失をもたらすであろう。」「（現在のごとき『大きな政府』は、軍事国家化や国家独占資本主義によってではなく、所得再配分のための社会保障制度の肥大化によってもたらされたのである。）」²¹

ここにみる阪本教授の憲法論は、自由の意味、民主制への評価、国家の役割、「法律の一般性」、「法の支配」の内容、憲法が想定する人間像などにおいて、佐藤教授の憲法論と大きく異なるものであったことはや誰の目にも明らかであろう。

一方では、人間が尊厳ある存在であり、これを保障するために人格的自律を認める必要がある。またその理性ある決定によって社会秩序を形成していくことが、民主制のあり方であり、これによって「法の支配」も実現することになるとする。が、他方では、人間の理性、自律、尊厳といった価値を前提とする憲法論はしない。「ありのままの人間」から出発する。また、できるだけ国家は個人の自由を侵害・拘束しないことが要請される。多数者意思によって形成される民主制は個人の自由を制約する恐れがあるので法律には一般性・抽象性・平等性が要求される。このような要件を満たす「法の支配」でなくてはならないとする。

しかし、このような二つの憲法論の関係をどのように受けとめるべきかとなると、そう簡単ではない。

佐藤説においても、人間を理性のあるものと抽象的に捉えてはいないという。

「法律学を勉強するにあたって、心や魂をもった人間の具体的な生の有(あ)り様(よう)への深い関心が不可欠である...。」²²

むしろ、「司法審査とデモクラシー」という国家制度の形成・運用に関わる場面では、「個人の存在の在り方が、当事者主義の下で、理性的な公開の場で真剣に問われ、それぞれの主張の法的な是非が有機的に決定されるということに注目し、そのことがデモクラシーと矛盾するものでないこと、むしろデモクラシーの健全な運営にとってこういった場が確保されていることが極めて重要」であるとして、現実にも目を向けた経験主義的な民主制観に立っている。²³

その立場は「法の支配」の理解に最もはっきり現れる。「あくまで個人から出発して秩序の在り方を考えようとする『法の支配』と、国家から出発して秩序の在り方を考えようとする『法治国家』とは、なお無視しえない違いがあるのではないか...。」²⁴

人権による公権力の恣意的行使に対する「防壁としての機能の実効性は決して所与のものではなく、究極的には『善き社会』に向けての人の積極的な不断の営みの中で確保されていくものである...。」²⁵

「人格的自律権」についても、「これを狭く捉えれば、専ら外部(国家やその他の組織あるいは個人)からの独立ということになるかもしれない。いわば消極的自由モデルに基づく自律観である。しかし自律は、社会的文脈の中で、現実にも即して、もう少し広く、自己支配ないし自己決定といったより積極的なものとして捉える必要がある。人が自己の生活を方向づける程度が高くなればなるほど、その人の自律の程度は高いといえる。そのためには、『自律的生の条件』といったもの考える必要がある。」²⁶

民主制の決定と結合した「自律」という理解である。が、これは「自由」の視点から「立法」に限界を課そうとする阪本教授の見解とは相容れないことになる。

ただ、佐藤教授にあっても、「人格的自律権は『人間本来の本能』を大事にし、情念とか欲求も重視するものであり、自由を政治的次元に解消しようとする発想と対極に立つものである」という。²⁷ このところは、つぎのように説明されている。すなわち、「人格的自律」の二つの次元のものが区別される。「そのときそのときの自律」と「人の人生設計全般にわたる包括的ないし設計的な自律」がそれである。

「前者は、それぞれの特定の状況の下で自律的に行動するといういい方をする場合のものであり、後者は、人の人生に統一性と秩序を与える類の自律であって、そこでは当然に計画とか目標といったものが重要な意味をもつ。自律を考える場合、前者の自律も重要であるが、後者の自律を基礎に据えて考えなければならない。」

そして、このような考え方は、自由の観念について、「随意的自由 (occurrent freedom)」と「配剤的ないし長期的自由」(dispositional or long-range freedom)とを区別して説く A・ゲワースの見解と類似するものだという。

この後者の自律ないし自由というものは、しかし結局刹那的のものでない理性的判断に依拠せざるをえないのではなかろうか。曰く、「『理性』万能は警戒しなければならないが、また、『理性』の役割を無視しては『人権』を基礎づけ、その保障体系や保障方法を構想しえないことも確かなことであろう。」²⁸

従って、この「人格的自律」からもたらされるものは、いずれにしても、国家ないし「立法」に制限を求める阪本教授のいう、ハイエク流「自生的秩序」と同じことにはならないであろう。

こうしたゲワース流の自由論やハイエクの「自生的秩序」論の吟味はしかし、それぞれについての哲学的研究を必要とするものであって、その道に暗い稿者のよくなし得るところではなく、これ以上の追究はできない。²⁹

もう一つ、「法の支配」論の「立法」概念論への影響について、疑問点を述べておきたい。というのは、前述したところからすると、阪本教授にあつて、個人の自由を守るために、「民主制」を抑制し「法律の一般性」を要請するのは容易に理解されるのであるが、佐藤教授の立場からは、国家から出発するのではなく、個人から出発して積極的に社会秩序の形成に携わることが「民主制」のあり方でありこれが「法の支配」の実現になるとすると、必ずしもその結果である「立法」へ外から形式的に抑制されることは望ましくないことになるはずである。³⁰ところが、このような「法の支配」論を展開されたそれ³¹と同年に第三版改訂出版された教科書³²におけるこの「法の支配」の扱いは、思いの外さりげなく従来のわが国の従来の通説的説明に終始されているのが認められるのである。

『憲法 [第三版]』において、「法の支配」は二カ所で説明されている。

まず第一箇所³³においてであるが、ここでは「日本国憲法の内容と特質」という「日本国憲法成立の法理」につづく項目(章や節でもない)のなかのさらに「(3)自由主義」のなかの(八)というところで「『法の支配』の原理」がでてくる。内容としては、この観念が、古代ギリシャにその起源があり、17世紀のイギリスにおいて近代的な個人の観念と結びついたものであること。ロックの自

由の考え方、アメリカ独立革命期の邦の憲法が、「法による統治であって、人間による統治ではないこと」を力説したことが述べられる。そこでは、「自らの意思に従って行動できるということが自由の意味するところであること」にロックが関心を向けたこと。「法」とは「自由な主体たる人間の秩序の中で自ら発生してくるような『法』、換言すれば、自由な主体たる人間の共存を可能ならしめる上で必要とされる『法』」ということになるとする。そして、ここにカッコを付し、「因みに、ハイエクは、人間社会の秩序を、「自生的秩序 (spontaneous order)」と「組織 (organisation)」とに分ち、それぞれを古典古代のギリシャの kosmos [本来『国家ないし共同体における正しい秩序』を意味する発生的秩序] と taxis [例えば、軍隊の秩序のような人為的秩序] とに対応させている。『自生的秩序』は多くの人間の行為の所産ではあるが、人間の意図・企画によって作られたものではないのであり、そのような『自生的秩序』の法はノモス [nomos] と呼ばれ、『組織』の規則であるテシス [thesis] と対比される。そして、このように捉えられた『法』の支配と自由との不可分の結びつきが示唆されている」と説明される。が、これは佐藤教授も「法の支配」でいう「法」が「自ら発生してくる法」というハイエク流のものを意図しているかのごとき説明であり、前述したところとはかなり違ったものになっているといわざるをえない。

そして、この「法」観念との結びつきで「権力分立」も「法の支配」も理解されるとして、前者については「立法府の力といえども無制限とは観念されず」「一般的ルール」の定立に限定されるとし、後者については「国家機能とりわけ行政権の拡大・裁量権の増大の不可避性を前提とした上で」「個人の権利保障」という性格は積極的に評価さるべきだとする。これらの説明も前述したところとかなりトーンが異なっている。³⁴

つぎに第二箇所³⁵において、「法規の一般性」についてつぎのようにいう。

「先に『法の支配』に関連して、ロックは立法をもって一般的ルールの定立と捉えていたことを示唆したが (...) 立法の一般的性格は『法の支配』と重要なかわり合いをもっている。つまり、国民が人による恣意的な支配意思の対象とされないこと、すなわち、人間を予見可能な規範の下に、かつ平等の配慮と尊重をもって扱うという要請、にかかわっている。」かかる視点から、アメリカにおける事後法禁止・私権剥奪法条項禁止条項や憲法95条の地方特別法なども理解されうるといふ。

このような佐藤教授の説明は、稿者の読み方が誤っていなければ、やはりそこで述べられていることは「法律の一般性」という従来通説的見解そのものであり、またこれを強調する阪本教授の見解と異ならないことになる。これらをどのように理解すればよいのであろうか。一つには、この教科書は従来通説的見解であり、その後最近「人格の自律」と「法の支配」を再構成されて前述したごとき体系的展開として完成したものであると理解すべきであらうか。或いはまた、今日においても「民主制」を重視した「法の支配」論を採りつつも「法律」の濫用を抑制すべきものと考えられているのであろうか。どう理解すべきがよくわからないのである。^{36 37}

4 若干の学問的考察

佐藤教授によって展開された「人格的自律」に基礎を置く「法の支配」論は、国家や社会秩序を所与のものとして固定化するのではなく、人間存在のために積極的に作り出していき、形成していくものとして捉える。そのために、憲法論に今までになかった「活力」を吹き込み、「元気の出る」画期的な憲法論となっているように感じられる。従来、少なくとも稿者などが建前としてきた憲法の学問的構築とは憲法規範の客観的な理論の究明を意図するものであった。憲法規範はもちろん所与のものであった。法実証主義ともいわれるものであった。この意味では、法規範の中味としての「人間」を吟味してこなかった。そこへ新しい境地を開くものになっている。

いまこの違いを例えていえば、従来の憲法学がある一つのお茶の茶碗を手に持ち左右上下、また横からそして前から後ろから観察してこれがどのような形象をしているかを客観的に認識することを任務とした。このようなある対象に目を凝らす一種傍観者の学問に対して、いま提示されているものは、考察対象は置かれている茶碗ではなくて、それを手にする「人間」、生きた人間のほうである。この人間がどのような茶碗を自らの存立のために選び、作り出したらよいかの態度決定を問われる。この関与者の一連の有様が憲法学であるということになる。³⁸

佐藤教授じしんの著書のカバーにも、この点はつぎのように自覚的にのべられている。

『『個人の尊重』の実現手段としての『法の支配』理念の再考・再興を試みるとともに、『統治客体意識から脱却した自律的個人』を基軸に据えて、近代の一連の改革を捉える視座を提供する。』³⁹

しからば、かかる二つの憲法学のあり方において、ではそのいずれが正しい学問的方法であるか。この点は、結論から言えばその両者が憲法学にとって必要であるということになるのではなからうか。

「個人の尊重」保障のためにどんなにか主体的に法制度実現に向けて関与者になるにしても、所与の法規範、実定法を観察者としてまったく無視するわけにはいかない。後者の作業のない憲法学は、もはや実定法学を超えたものになる。前者は立法論に留まる。

つぎに、そもそも「人格的自律」そして、「人間の尊厳」に始まる「基本的人権」論は、佐藤教授によれば、佐々木惣一博士の国民の存在権にならないこれは「自然法論」ではないとされるが、この点はどうかであろうか。

佐々木博士の「自然権としての基本的人権の、国家による、法的権利としての基本的人権への導入」とする理解を、佐藤教授も「基本的に正しいと考える」⁴⁰

が、導入されたこの法的権利としての基本的人権の中味は、どういうものであるのか、それだけで明確になるのであろうか。そして、制度論的な帰結をこれだけから一義的に導くことが出来るのだろうか。憲法上の基本的人権は、法律などの国法によっては侵害されず、違反に対しては違憲審査権によって救済されるべきだ、といったことは導かれるうるとして、その場合具体的にどのような内容の人権が、どの程度に保障されることが「人間の尊厳」に適合することになるのか、また、「法の支配」の内容がどのようになるのか、「法律の一般性」が求められるのかどうか。この

ようなことが「法的権利としての基本的人権」とすることからそれこそ「自然権」を「当然の道理」とする前提に立って導かれるうのか。そうは言いえまい。

そのようなことを個別実定憲法規範に即して検討するのが、実定憲法論というべく、そうではなく、もし、これらがそれぞれの場面で、「人間の尊厳」という概念から一定の帰結がもたらされるのであれば、それは実定憲法論は不要となろう。そしてまた、そうであるならば、すでに見たごとく、つぎのような阪本教授の疑念も理由なしとしなくなるだろう。

「自由は、人間の尊厳にとって、必要不可欠である、といわれれば、その命題が結論を内包していることもあって、それに反論を加えることは困難である（反対論者が批判しうことは、せいぜい、その提唱者の任務は、の利益が人間の尊厳にとって必要不可欠である点を論証することにあり、その論証に欠ける立論は空論であるという程度に終わるかもしれない。ところが、その論証すら、厳しく求められてこなかった）」⁴¹

「人格的自律」とその実現手段としての「法の支配」の要請を、いま具体的制度論として、例えば、(1)「立法」につき直接民主制的国民投票制は認められるか。(2)「立法」概念として「一般性」が不要となるのか。(3)伝統的な「組織法・行態法」といった区別はもはや否定すべきか、という問題に当てはめて、これらいずれも“しかり”といった答えが一義的に帰結するのだろうか。これらの帰結は、個人の自由よりもまず議会主義的民主制を徹底し、さらにそのうえで直接民主制的要素を加えていくという国家制度を意味するが、こうした制度が「人間の尊厳」と「法の支配」から導かれる帰結ということになるのだろうか。もしそうだとすると、しかし、日本国憲法上、(1)については、憲法41条が「国会」が「唯一の立法機関」であるとしていることからそれが満たされていないことになる。(2)については、これは国民の一般意思を「立法」に読み込んだ「民主主義的法律概念」からのものであるが、その際につまり「議会支配」後にその議会による多数者支配の権力を抑制する役割をもつ「立法の一般性」の要請⁴²が配慮されていることが重要であり、上にみたごとく今日の学説はこの要請を放棄していない。また、今日の開かれた社会、討議による政策決定が正義とみなされる社会において、ともするとその手続によったことを正当化する決定主義に陥る恐れがなきにしもあらずであるから、それから「自由」「公平」「正義」を守るなんらかの原理を必要とし、また放棄しえない。(3)については、論者によって必ずしも明示的に意識されていなくとも、暗黙の前提としてこの区別は用いられているのではないか。「基本的人権」の実現のための「法の支配」論という言い方にすでにそれが含まれている。

このような憲法論上の論争的諸問題について、これらを「人格的自律」「人間の尊厳」というような基点から特定の結論を導くことができるのだろうか。かりにそうだとすると憲法論としては強引すぎる。いずれにしてもやはり、普遍的な自然権を当然の道理とする一種の道徳的自然法論に近づくことになる。

佐藤教授が、「法の支配」論の視点から、「無限定的な行政控除説によって『行政権』を捉えるべきではないということは、...『国会は国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である』(四一

条)この意味をもっと重大に受けとめなければならないということを意味します」と言われたが、⁴³この「行政控除説」批判という点は、阪本教授にあって同じである。⁴⁴が、後者が「法律から自由に形成される領域」を認める⁴⁵に対して、前者の意味は、むしろ「行政権」は「基本的には、国会の制定する法律によって具体的内実を付与されるものであり」、⁴⁶憲法73条1号の「国務を総理すること」は「行政に限らず、国務全体のあり方について、国家全体の立場から調整し非決定権的なサービス措置をなす地位・権能を意味する」と解する。⁴⁷「その具体的活動内容を与えるのは、『国権の最高機関』にして『国の唯一の立法機関』である国会である」⁴⁸ということに力点が置かれる。両者の相違は大きい。

「人格的自律」に発して「法の支配」論を展開して、これを憲法論だとする場合、国家の基本秩序としての「憲法」や統治権の所在をめぐる「行政権」の概念の問題は、どこに位置づけられることになるのであろうか。「人間の尊厳」のためにはこれらはどうにでもなるものとされているのだろうか。しかし、これも国家学や行政法学がかかる国家や行政が所与のものとして認識されてこそ、学問として成り立つのではないか。その国家や行政の現実態をまったく度外視してはなんのための、なにについての研究がありうるだろうか。究極的にはこうした問題が問われなくてはなるまい。⁴⁹

以上、いささか極端な議論も含まれたかもしれないが、近年ともすると目先の問題に対する「処方箋」はなにか、といったような議論が多く、より根本的な問いを発する論者が少なくなっているような観があり、ここにやや雑然としたものになったが、伏在すると思われる疑問点を提示してみることになったのである。

5 結び

近代憲法である日本国憲法がどのような人間像を想定したものであるか。理性的な自律する人格を持つものか、或いは利得に弱い矛盾に満ちた自己愛を求めるありのままの人間であるのか。すでにみてきたように、この人間像の問題は、論者においてそれぞれ根本的な対立点となる核心的問題であり、そのいずれであるかはその後の国家観や人権論並びに制度論に大きく響いてくるものなのである。

前者であれば、人格的自律を持つところの人間の尊厳が保障される価値を有し、またそのためにこのような人間によって社会が形成されるべきものとなる。これに対して、後者においては自己愛を求める人間の自由を拘束する国家的制限は最小限に留めるべきであり、民主的「立法」といっても限定される。

前者の論者であっても、もちろん「多様で、ある意味では矛盾に満ちたわれわれの日常的な現実の“生”の有(あ)り様(よう)」を認めるが、しかし、「人間の何に着目し、どのような筋道で推論しなければならないかを問題とし」、「人格的自律」にその手がかりを求めた」とし、「理性」万能は「警戒しなければならないが、また『理性』の役割を無視しては『人格』を基礎づけ、その保障体

系や保障方法を構想しえない」のだということであった。⁵⁰そして、後者がというような「個人の自由」といえども、無条件に成立するのではない。「多くの権利が個人の自由の名において唱道され、闘われてきたけれども、実は、それは、それがなければそれら個人の権利が目的を達しえないような共同善を確保しようとするものであった...」。「...そうした共同善の存在はあまりに自然な背景であったので、権利の目的を達成する上での共同善の存在の意義が曖昧になったのだ...」⁵¹

そして、国家に対しての単なる「消極的自由」をいう論については「何故に消極的自由がそれ程大事なのか充分説明しえないように思われますし、また、消極的自由を大事にして行くためには何をしなければならぬかを説明しえないのではないか」という。⁵²

〔自由主義の貴重さ〕このような説明はかなり説得力に富むものであることは、認めなくてはなるまい。ただ、そうであってもなおしかし、後者のような立論がまったく適切ではないとまで断言できない。もし、いわれるように人格的に自律せる人間が憲法的構築に際して想定されているとするならば、しかし、現実にはそのような理性を持つ人間がどれ程いるのか、多くの人間はむしろ充分にはそのような自律的存在ではないのではないか。いや、逆にそのような理性的な意思形成の結果であるとして、つまり多数者が自らの意思をそのようにして少数者に強制する危険が十分に考えられよう。であるからして、その拘束から保護されるべき個人の自由を設定する意義がやはり必要である。

〔法律の洪水現象への警鐘〕現代国家であるわが国においても、諸外国におけると同様に「法律」の洪水現象が指摘されている。⁵³この「法律」が社会的規律を細かくすればするほどにその法的性質が行政の「命令」に接近し、いわゆる措置法律は「命令」とともに「法」「理性」から遠ざかり国家の意思実現の手段と化し、これらに対する司法的統制が要請されるのだ、というのが、かつてのF・フォルストホフやC・シュミットの図式にあったが、⁵⁴いまこれにならって考えるならば、「議会意思の全能性を歴史の潮流と解して、議会が定めるものが法律である、と形式と実質との融合説を説く見解があるが、これは、議会の『民主的性格』への過剰な期待の産物である」という阪本教授の懸念も決して杞憂ではないことになる。

〔自由と平等の調整〕もちろん、「自由」主義といっても、まったくこれを「自生的秩序」に任せきりにしておいてよいと断言できないであろう。限られた資源のなかで既成の秩序を温存している国民全体が共生していくことができないという状況においては、その持てる財を平等に全体的視点からまかなわなくてはなるまい。⁵⁵ここに自由と平等との調整問題が生じうる。そして、かかる問題は、理論的には簡単には解決しない性格のものである。

〔実定憲法論のたわめうる nachgiebig 枠組み〕当初から予想されたことではあるが、そもそも近代憲法としての日本国憲法がいかなる人間像を想定したものであるかという問い、そして自由主義か平等主義か、自由主義か民主主義かという問いは、一義的には答えがたい問題であった。そこにはもちろん憲法思想、法哲学上の基本的立場の対立が控えている。そして、そうであるだけにそれらのいずれかに決断すべきかという問題が提起されているのであろうが、本稿はこれに対する準備

はなされていない。逆に、憲法思想上の問題の決着をそもそもつけうるものか、またつけなくてはならないものかどうかという疑問を持っている。個々には自由主義者も平等主義者も一つの国家において共に存在してよいのである。そのどちらかのためにのみ憲法が存在するわけではないだろう。稿者は、かねがね一つの実定憲法制度は複数の憲法思想、憲法モデルを包含しうるものと考えている。論者によって、同時に複数の構図が提案されうるし、時代によりその変遷も存しうる。月並みな結論であるが、憲法が想定する人間像も必ずしも特定されうるものでなく、かなり多様なものであつてかまわず、そのなかで自由・平等が個々の状況の下で調整が図られざるをえないのではないかと考えられる。

- 1 弘前大学『人文社会論叢』(社会科学篇)8号(2002年8月)71 - 104頁。
- 2 報告論文及び討議の要旨については、『公法研究』65号(2003年)、『比較憲法学研究』15号(2003年)に掲載されている。
- 3 日本公法学会の報告についてはここでは扱い得ない。ただ、特に阪本昌成「世紀転換期の憲法理論 モンテスキューカルソーか」で展開されている問題はこの小稿にも関係の深いものである。
- 4 堀内健志『統立憲理論の主要問題』211 - 2頁を参照。佐藤教授は、別のところでつぎのように述べられている。「日本国憲法は、それがよって立つ自由主義を守るため、明確な権力分立制を採用した。しかし、憲法は、同時に国会をもって『唯一の立法機関』とともに『国権の最高機関』であると定めて、国会に統合的機能を期待した。つまり、国会が『公共的討論の場』の中心にあつて、統一的な国家意思形成機能を発揮することを期待したのである」(佐藤幸治『憲法とその“物語”性』(有斐閣、2003年)68 - 9頁)。
- 5 佐藤教授はこの「行政権」の具体的活動内容を与えるのは「国会」であるという(佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(226 - 7頁)。厳密にはしかし、これは国会の「最終的決定権」の理解の仕方によって微妙な違いが生じ得ることを指摘しておく。
- 6 阪本昌成『憲法理論』(成文堂、補訂第三版・2000年、・1993年、・1995年)。
- 7 阪本・前掲書 まえがきiv頁。
- 8 前掲書 5頁。
- 9 前掲書 8頁。
- 10 前掲書 まえがきv頁。
- 11 前掲書 51 - 2頁。
- 12 前掲書 52頁。
- 13 前掲書 66頁。
- 14 前掲書 172 - 2頁。
- 15 前掲書 173 - 4頁。
- 16 前掲書 175頁。
- 17 前掲書 174 - 9頁。
- 18 前掲書 516頁。
- 19 前掲書 まえがきi頁。
- 20 前掲書 まえがきii頁。
- 21 前掲書 まえがきiii - iv頁。

- 22 佐藤幸治『憲法とその“物語”性』(有斐閣、2003年)2頁。
- 23 前掲書12頁。
- 24 前掲書24頁。
- 25 前掲書30頁。
- 26 前掲書93頁。
- 27 前掲書102頁。「ルソー流に考えれば、情念とか欲求は、人間にとって障害あるいは拘束を意味し、人間がそれを克服してはじめて真に自由になれる、ということ」であり、「そのためには、合理的な意思と、共同生活への積極的参加が必要とされ」ということであるとすれば、佐藤教授の立場は、かかる「ルソー流の考え方」と明白に異なる、といわれる。
- 28 前掲書107頁。
- 29 「人格的自律」の成否にかかる法哲学者の最近の議論については、法律時報75巻8号(2003年7月)所収の濱真一郎「自律への権利は存在するか」(6-12頁)、長谷部恭男「法哲学の襲来 全般的コメント」(41-42頁)、愛敬浩二「『自律的生』と憲法学 演論文へのコメント」などをさしあたり参照。
- 30 佐藤教授によると、「『法の支配』にいう『法』とは、…独立自尊の人間の自律的生にかかわるものであり、また、そうした人間によって形成維持されて行くものだと思います。権力分立制に存在意理由があるとすれば、それはまさにこうした『法の支配』の維持発展に寄与するからであって、自己目的ではない」(佐藤・日本国憲法と「法の支配」27頁)。
- 31 佐藤幸治「『法の支配』の意義を再考する」法学教室182号(1995年)(これは佐藤・日本国憲法と「法の支配」前掲書3頁以下に所収)。
- 32 佐藤幸治『憲法[第三版]』(青林書院、1995年)。
- 33 前掲書80-83頁。
- 34 前掲書81-2頁。佐藤教授によれば、ダイシーは「法の支配」をもって「種々の見地からみてイギリス憲法の下で個人の権利に与えられた保障」としてその性格を把握し、その具体的内容を次のように説明している。1「専断的権力に対立するものとしての通常の法の絶対的優位ということ、すなわち、国の通常裁判所において通常の法的な方法で確立された方に明白に違反する場合を除いて何人も処罰されず、または合法的に身体もしくは財産を侵害されえないという命題」、2「法の前での平等、すなわち、地位または身分を問わずあらゆる人が国の通常の法に服しかつ通常裁判所の裁判に服するという命題」、3「憲法の一般的法原則(人身の自由の権利や公の集会の権利など)は個々の事件において私人の権利を決定する判決の結果であるという命題」。そして、このダイシーの指摘は「当時のイギリス法をどれ程忠実に描写するものであるか疑問の余地があり、また、自由放任主義的な消極国家を基盤としていることは否定し難く、現代積極国家段階においてそのままではもはや妥当しない」という。が、これを「前提とした上で、公権力の恣意を具体的にいかにコントロールするかの観点から…再構成し、一層展開せしめて行くことが必要」(82頁)とする。
- 35 前掲書145頁。
- 36 ちなみに、樋口教授は、「実質的法律」が「立法」を抑制することになる点を批判的に考察するにあたり、「法の支配」論をまったく持ち出していない(樋口『憲法』(創文社、1992年)322-3頁、樋口『憲法』(青林書院、1998年)207-220頁、樋口ほか『注解法律学全集憲法』12-29頁[樋口執筆])。「司法裁判所による一元的管轄が『法の支配』の内容とされてきた」という理解である(樋口・憲法前掲書164頁)。
- 37 その他の最近の代表的憲法書において、憲法41条の「立法」に「実質的法律」概念が含まれるとする見解が、個々にはニュアンスがあるものの、基本的にはなお定着している(野中ほか『憲法 第3版』(有斐閣、2001年)70-74頁[高見勝利執筆]、長谷部恭男『憲法第2版』(新世社、2001年)323-326頁、辻村みよ子『憲法』(日本評論社、2000年)410-413頁、戸波江二『憲法[新版]』(ぎょうせい、1997年)363-366頁など)。

- 38 この観察者の視点と関与者の視点の区別について簡略ながら言及するものとして、R.Alexy, Zur Kritik des Rechtspositivismus, in; Archiv fuer Rechts-u. Sozialphilosophie Beiheft 37 .(1990) S.9-S.26 (S.12f.) 堀内訳「R・アレクシー『法実証主義批判』」弘前大学『人文社会論叢(社会科学篇)』3号(1999年) 31 - 47(34)頁。
- 39 佐藤・日本国憲法と「法の支配」前掲書外カバー。
- 40 佐藤・憲法とその“物語”性前掲書87 - 8頁。しかし、ここで例えば「人間生まれながらにしての権利を持っていた」との自然権を法的に導入したからといって、実定憲法上そのままに「人間が生まれながらにして法的権利を持っていた」ということになるのではない。実定法上どのような意味を具体的にもつのか吟味されなくてはならない。
- 41 阪本・憲法理論前掲書 まえがき ii 頁。
- 42 C・シュミットのいう議会絶対主義に対する抑制機能としての「法治国的法律」概念の「一般性」については、堀内『ドイツ「法律」概念の研究序説』(多賀出版、1984年)371頁、376頁以下などを参照。
- 43 佐藤・日本国憲法と「法の支配」前掲書31頁。
- 44 阪本・憲法理論前掲書 序vii、366頁以下。
- 45 阪本・憲法理論前掲書 369頁。「防衛・外交や国家の基本方針に関する政策決定を指す執政は、法律から自由に形成される領域ということになる(たとえば、内閣として、所得増進政策とか列島改造論を進めるが如し。この政策を実現するに当たっては、国会が個別法や予算審議によって参加し統制することもあるが、政策立案権限そのものと、全体としてのその政策を実行し、修正する権限は、内閣にあるものと思われる。郵便貯金目減り訴訟に関する最判昭57・7・15判時1053号93頁がいうように、田中内閣時代の列島改造論以降、急激な物価上昇によって郵便貯金の実質的価値が減少したとしても、経済政策のあり方は『事の性質上専ら政府の裁量的な政策的判断に委ねられている事項』といわざるをえない。)」
- 46 佐藤・日本国憲法と「法の支配」前掲書217頁。
- 47 佐藤・日本国憲法と「法の支配」前掲書222頁(小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、1987年)370頁の引用)。
- 48 佐藤・日本国憲法と「法の支配」前掲書226 - 7頁。「行政権まずありき」という思考を随所で批判している(10、31頁)
- 49 近時、「法の支配」の再興を機会に、この憲法原理をもとに伝統的行政法理論、就中「法律による行政の原理」を捨て去り、新たに「法律に基づく行政の原理」を提唱して、そこでは、1委任立法禁止の原則、2実体的デュー・プロセスの法理、3手続的デュー・プロセスの法理、4裁判救済の法理が展開される(大浜啓吉「法律による行政の原理」『法学教室』275号(有斐閣、2003年8月)4頁以下)。また、これに言及するものとして竹中勲「演習『憲法1』」『法学教室』276号(2003年9月)。一つの画期的な伝統学説批判であろう。が、これらの内容が伝統学説にまったく含まれていなかったものとは言えない。もちろん伝統的「法律による行政の原理」のみでこんにちの行政法学は万全ではなく、基本的人権を保障する違憲審査制や行政手続法理の採用などが戦後わが国にも導入されている。こうした伝統学説プラス新制度の補充がこんにちの行政法学の現状であると思われるが(これについては堀内「世紀転換期における公法学の複合性・管見」『人文社会論叢(社会科学篇)』8号(弘前大学、2002年)71頁以下参照) これらすべてをこれまた歴史的産物である憲法学史上の「法の支配」がカバーしきれていたものかどうかはなお確認を要しよう。
- 50 佐藤・日本国憲法と「法の支配」前掲書107頁。
- 51 前掲書141頁。
- 52 前掲書136頁。
- 53 これについては、堀内『統立憲理論の主要問題』(信山社、1997年)169頁以下(初出は「立法と国会」樋口編『講座憲法学』第5巻(日本評論社、1994年)所収)を参照されたい。

-
- ⁵⁴ このシュミット・シューレの論理については、堀内『ドイツ「法律」概念の研究序説』(多賀出版、1984年)379 - 382頁。
- ⁵⁵ 平等論における資源アプローチについて、藤岡大助「分配的正義における平等論の検討 資源アプローチの擁護」『国家学会雑誌』115巻11・12号(2002年)131頁以下(ドウォーキン説167頁以下)を参照した。