

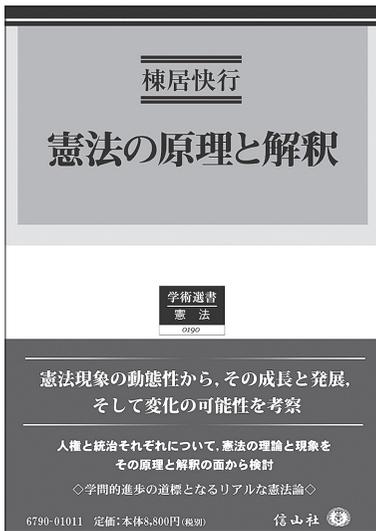
## 【自著紹介】

### 『憲法の原理と解釈』

(A5変・580頁 信山社, 2020年)

棟居 快行 (専修大学法務研究科教授)

## 1 本書の成り立ち



2020年といえば、新型コロナなる新しいウィルスが社会に大きな影響を及ぼした時期であったが、奇しくもその病が流行り始める直前の同年1月末日に、本書は出版された。この書物は論文集として、筆者が未だ専修大学法務研究科の教授職を得る前の国立国会図書館専門調査員の時期の論稿を含み、そのうち同館の著作物である「レファレンス」に掲載した5本の論文については、本書はしがきに掲載のとおり、同館の許諾を得て本書に掲載した。

とはいえ、今日の筆者が24の相互に独立する論文を集積した本書全体を改めてながめると、専修大学の教員としての授業のはざまに成し遂げた作品が、やはりこれまでの筆者の研究のまとめりといえそうである。つまり、本書のタイトル「憲法の原理と解釈」のうち、前半を形作った「憲法の原理」としては、「立憲主義の条件」(本書第7章。初出「専修ロージャーナル12号」2016年)が、後半を形作った「憲法の解釈」としては、「基本権としての人権」(同第13章。初出「専修法学論集128号」2016年)が、筆者にとっての主題をなしている。本稿は、このうち前者を中心に、筆者が「憲法の原理」という基本的な学究方針について、再現してみたい。

## 2 本書の集成に至る経由

今思えば、研究といっても筆者の場合には、時代や社会の流動的な現象を観察しな

がら、そこから根拠となる法則を発見することを願いつつも、その都度の目の前の現象に流されずに長い目で研究するという事は、至難でありほぼ不可能であった。

もとより、理想的な学者の在り方としては、統一的なテーマを予め知ったうえで、そのための準備作をいくつもの小問に分解し、それぞれの研究を一応成し遂げれば、それをその都度効率的に公表しつづけ、下から上へと高い山を登りつめるような作業を営むことが理想とされよう。

しかしながら、筆者のように観察者のつもりが観察対象に引き込まれ、あるいは「でこぼこ道」に流される類の研究者にとっては、一つの高い山を登りつづけるという自覚自体が困難であった。

このような個人的な体験を、あえて学問の風土の一つの特徴として前向きに捉えなおすとすれば、少なくとも筆者の研究対象とする憲法学にとっては、「高い山」は一つなどではありえない。

憲法学には人権と統治という二つの面があり、それぞれについて、本書でも整序したように原理論と解釈論という二つの研究方法がある。だからといって、それらをバラバラに捉えていたのでは、憲法学者が日本国憲法なり憲法全体を観察する態度としても、もとより不十分である。

したがって、学問の常道としては、いくつものテーマを熟しながらも、それらをやがては統一的な一つの「憲法(学)」に集成しようとする。もとより筆者も、こうした一つの「高い山」を目指すつもりで、人権の原理論および解釈論、統治の原理論および解釈論という、4大テーマのそれぞれについて、全体の集成を意識しつつ研究を続けてきた。

こうした筆者なりの作業の仕上がりだが、前掲のように、本書第7章「立憲主義の条件」、および第12章「基本権としての人権」であり、これらを専修大学での筆者の研究論文として公表したことは、筆者なりの区切りであった。

しかし、こうした「高い山」を目指した研究者の区切り自体が、憲法(学)にとっての頂点はさらに高い山であり、しかもそれは連山のようにいくつもの「高い山々」があることを知らしめる。帰着は始点であって、終点ではない。

こうした学問的な高い山々の頂までは、筆者はたどることはもとより、見すえてすらいないのであるが、そのような連山を眺めるかのような感想めいた作品が、本学で作成しえた前述の二つの論文、とりわけ「憲法の原理」を論じた論文である。そこで本稿では、自著「立憲主義の条件」を再読することにより、文字通りの「自著紹介」を

行おうとしてみる。

### 3 「憲法の原理と解釈」のはしがき

ここで、本書成立に際しての筆者「はしがき」を顧みることにより、2020年1月時期の（まだ新型コロナなるものに襲いこまれることも知らぬ）筆者の思いを再現させていただきたい。以下が、当時の筆者なりの過去の整理とこれからの学問態度の再認識であった。

「本書は、筆者が40年におよぶ憲法研究のうちの最近の成果として、学術雑誌等に既出のものを集大成する。思えば2012年に『憲法学の可能性』と題する主に大阪大学時代の書物を世に問うた時点では、憲法学という学問分野において筆者は、善かれ悪しかれ少数の関心や方法、成果物を得たのみであると自覚し、その時点での将来に向けた『もう一つの』方向性を示そうとしていた。

しかしながら、この足掛け7年におよぶ最近の憲法学内外の動きは、筆者を含む憲法学者が、汲めども尽きぬ外国憲法の研究と紹介で終わらせることをもはや当然とはしないほどに、わが国の現状を生き生きとした憲法学として再生するかのようである。

こうした憲法学の活性化は、政治的意味での憲法論への、学者からのさまざまな関心事項だけが、その原因となるわけではない。

一例をあげれば、最高裁の判例法理においても、憲法典の条文解釈に尽きない高度の技術論は以前から形成されてきたが、政治と法とのより原理的で根本的な関係までもが実務的に見なされるようになってきた。さらに言えば、わが国の政治の諸現象が、最終的にいかに『法化』され、その間にはむしろ『法化』されなかった事項もあるのか、という国政の現実論もまた、憲法学にとりリアルな関心事となってきている。

仮に、長い間の憲法論の中心事項が、出来上がった憲法条文とその静態的な条文解釈を見守るものであったとすれば、今日の憲法論は、学問的なそれをも含め、憲法現象の動態性、その成長と発展、場合により変化の可能性にも視点を向けさせる。

その意味で、いわば学者による閉じた学問の自由としての憲法学は、今日の筆者の理解からすれば、すでに時代に通らざれた現象であろうか。

少なくとも筆者としては、人権と統治という憲法学の2大テーマにつき、それぞれ原理論と解釈論の課題によって学問的な責を負いながら、なお未完の憲法学をいわば肯定的な課題として、今回一冊の論文集にまとめあげたいのである。」

「このように、長い憲法研究の結果として、筆者自身も意図したわけではなかったが、

人権および統治のそれぞれについて、憲法の理論と現象を、その原理および解釈の面から筆者なりに探ることができた。……」

#### 4 動態的な憲法現象を原理と解釈の両面から見る

前項に引用したように本書「はしがき」において筆者は、「今日の憲法論は、学問的なそれをも含め、憲法現象の動態性、その成長と発展、場合により変化の可能性にも視点を向けさせる。」と述べたが、このような認識が本書の研究方向の主観的な基礎であった。

もっとも、憲法ないし憲法典は、「高い山」として時代や社会の頂点に立ち続けるべきである、したがって、「憲法現象の動態性」などという筆者のここでの言い回しだけであると、時代に流されるという学問的不十分さの現れに他ならない、などと批判的に読まれるかもしれない。

しかしながら、「はしがき」末尾には、「人権および統治のそれぞれについて、憲法の理論と現象を、その原理および解釈の面から筆者なりに探ることができた。」とも述べており、要するに、筆者としては、不動の憲法理論を構築ないし発見し、その道具を用いて日々変動する憲法現象を発見しつづける、ということが、憲法学の主題であると信じてきた。

以下では、筆者が認識している憲法現象、およびその基礎としている憲法理論の両面からの主題として、主観的には代表作と信じているところの本書第7章の「立憲主義の条件」を、引用しながら再現してみることにしたい。

#### 5 「立憲主義の条件」による現状分析

同書は「立憲主義とは何か」という難解な論点につき、一応は正確な概念操作をそれなりに平易化すべく、いろいろな論点整理を行った。以下に一部分をさらに要約する。

まず、「I 立憲主義という企て」というイントロのうちの、第一章の冒頭の「1 立憲主義と規範の無欠缺性」は、以下のように述べている(126頁以下)。

「……このような企図が成功するためには、規範は個別具体の先例の集積という複数形の規範ではなく、一見個別のさまざまな規範群が存在するようでありながらも、その全体が一つの規範体系を形成し、欠缺のない規範の網によって、異物としての政治権力を統制する必要がある。政治が規範の生みの親であるとしても、政治が規範を

代理人として政治自身を自己統制するというのではなく、政治から自立した規範が政治を統制するという建前を貫徹しようとするかぎり、こうした規範の側の無欠缺性が用意されていなくてはならない。この規範体系の無欠缺性、すなわち完全性を実現するために、あり得べき欠缺を補うためのいくつかの仕掛けを法学と法実務は用意してきた。」(126頁)

「この下位法から上位法への権限確認の遡行が行き着く果てが、憲法である。それは不文のものであっても構わないが、規範でなければならず、事実的なものであってはならない。その内容は、あるべき国家機関を憲法が創設したうえで、その機関に特定の権限を授権する(「機関Aは権限Pを行使すべきである。」)というスタイルをとる。憲法は、その上位法がない(上位法からの授権によって特定の機関が特定の権限を行使した結果が憲法なのではない)という意味で規範の頂点に立つ。」(127頁)

## 6 「立憲主義の条件」を踏まえた憲法改正の分析

以上のような立憲主義の捉え方から入った本章は、「II 立憲主義と憲法改正」(128頁以下)において、憲法改正についての概念的な考察をさまざまに行っている。

たとえば、その「8 改正条項を特権化することの問題点」(136頁以下)では、次のように述べた。

「立憲主義の意義として、授権の連鎖の始点に憲法を置き、タテの授権の遡行が保障されていること、授権に切れ目がないこと、始点としての憲法はあくまで規範であり政治的な力にその最上位性を依存しているものではないこと、などをその指標とするのは、立憲主義の本来の意義の正しい咀嚼であろう。」

「しかしながら、……立憲主義をどう定義づけるにせよ、規範によって政治権力という力を統制しようとする企てである以上、真の意味での最上位の規範が憲法改正条項だけになってしまうと、統制しうる政治権力が憲法改正権者のみとなる。」

「またかりに、憲法改正権者による憲法改正権限の行使はやむを得ないと割り切るとしても、今度は憲法改正条項という唯一の真の最上位規範にだけは憲法改正権限の魔手を伸ばさせないという一点に、立憲主義の最後の防衛ラインを設定することになる。」

「しかしながら、そうした主張は、現状の96条でも簡単に国会による発議と国民投票をクリアしてしまう、事実のレベルで強すぎる政治権力が登場したあかつきには、憲法の諸原理を歪めるような新规定を含む憲法改正が目指されるという、本来『立憲

主義』が最も活躍しなければならない場面において、およそ実効的に政治権力をコントロールし得ないのである。」

こうした概念分析からの現状把握は、一見するといかにも（過剰な）概念論にすぎないであろう。

しかし、上記の最後の文章など、まさに単なる概念分析の繰り返しにすぎないはずの論証の結果が、たとえば、当該文の一節を再現すれば、「現状の96条でも簡単に国会による発議と国民投票をクリアしてしまう、事実のレベルで強すぎる政治権力が登場したあかつきには、憲法の諸原理を歪めるような新规定を含む憲法改正が目指される」、という現状分析につながっている。

本章は、単なる学説の概念操作に留まるものではなく、客観的に起きうる現実の可能性を計算している、というのが本来の狙いなのである。

## 7 「立憲主義の条件」の日常化の可能性

以上のような指摘を踏まえ、本章の「14 立憲主義の『日常化』に向けて」（141頁以下）では、以下のように述べている。

「このような、代表的な憲法改正草案を管見すれば得られる教訓——憲法改正とは憲法そのものの限りなき日常化=劣化であるという——からは、逆に立憲主義の今日的な課題も見えてくる。」

「立憲主義の要求範囲を縮減するくらいであれば、立憲主義の別の姿もありうるのではないか。」

「すなわち、むしろ憲法規範の妥当領域を政治や市民生活の日常性のレベルへと降ろし、個別事案ごとに憲法規範の直接ないし間接の妥当力（これは関係当事者や国民のその都度の明示的ないし黙示的な「承認」によるしかない）を追求することで、その実効性を高める方向を模索できないか。そのような場の設計思想とそこでの国家諸機関の作動の制御プログラムとして、もう一つの『立憲主義』を構想できないかということである。」

「立憲主義を国政の運用のなかに日常化し常在させるためには、授權のタテの連鎖の最上位の天界から権限遵守を監視する（「タテの立憲主義」と呼びうる）よりも、地上の国家諸機関の権限の帰属をめぐる緊張と均衡、および個人の実効的な人権保障のゲームのなかでフェアなルールを構築し、反則には警笛を鳴らす（「ヨコの立憲主義」

と呼ぶる)やり方が、言うまでもなく勝っている。」

このように、立憲主義にも「タテの立憲主義」と言いうるものと、「ヨコの立憲主義」と言いうるものがありえ、現状の立憲主義はほぼ前者(タテ)であるが、むしろ日常化するという意味での後者(ヨコ)にも、それなりの説得力があるというのが、本章である。

この点を敷衍するものとして、「16 憲法と立憲主義の『日常化』時代における憲法学の課題」(143頁以下)では、次のように述べた。

「憲法の『日常化』は、超日常的現象である憲法制定から時間が経過すれば、当然に生起する。それは授權の最上位規範としての形式論理的な憲法規範が、法律以下の国家行為を具体的に制御する実り多い『最高法規』へと変貌する過程でもある。われわれは憲法(学)の『超越性』を放棄する代わりに、経験的で漸進的な実定法(学)としての憲法(学)へと向かう宿命を受け入れることにより、はじめて立憲主義のゲームにながしかの寄与をなしうるであろう。」

この最後の引用部分の、「経験的で漸進的な実定法(学)としての憲法(学)へと向かう宿命を受け入れることにより、はじめて立憲主義のゲームにながしかの寄与をなしうる」とする箇所が、憲法学を実定法学の一種としての日常的な法解釈論へと誘導することを、筆者なりに狙っている。

なお、これは個人的な希望ではない。この文章の直前の「憲法(学)の『超越性』を放棄する」という必然性こそが、いわゆる戦後憲法学の過剰な政治性(さまざまな意味においてであるが、要するに非法学的性格)からの脱却を、われわれに可能とすると、私は信じている。日常的な政治や裁判の現場における個別の憲法解釈へ、という変動こそが、憲法と憲法学の柔軟であり、かつバネのある躍動性を可能とするように思われるからである。

## 8 「立憲主義の自律化のための条件——憲法制定権力と個人の尊厳のはざままで」

このタイトルは、本書の「立憲主義の条件」という章の最終の部分(144頁以下)そのものである。

同部分はそのはじめに、「1 『授權の始点としての憲法』とその蹉跌」と題して、以下のように述べている。

「すでに、立憲主義は授権規範の連鎖により政治権力を法的に羈束しようとする企てであること、授権の連鎖の頂点に屹立するのが最上位規範たる憲法であることを確認した。そこでの『憲法』は、始点をなす授権規範であるから、自らはさらに上位の授権規範により特定の憲法制定機関が特定の制定権限を与えられた結果として登場したわけではない。ただし、憲法改正条項は、自らは機関と権限が未分化である最上位規範に含まれながら、憲法改正機関を指定し、これに憲法改正権限を授権する。」

「したがって、たえざる憲法改正の可能性の下に置かれた憲法は、それ自体も憲法改正機関による憲法改正権限の発動（および不発動）の結果となり、いわばその始源性は色褪せる。憲法制定権力によって造られた、という憲法の創造神話は事実としては確かめようもなく、また規範的な意味で憲法制定権力を把握するとすれば、そちらが端的に憲法となってさらにその創造神話が必要となる。」

「のみならず、仮に信憑性のある創造神話を伴った由緒ある憲法であっても、そこに憲法改正条項が含まれ、さらにはその現実の行使により、憲法改正権者という目に見える存在（しかもそれらは憲法によって作られ授権された存在にすぎない）の手の届く規範にまで成り下がる。いわば、最上位規範であるはずの憲法が、憲法改正条項の存在によって、『作られた権限によって作られた規範』（それでも相対的には『最高法規』であるのだが）という水準まで降りてくることになる。」

## 9 「もうひとつの立憲主義」に向かおうとしたこと

このようなイントロダクションを経て、同じ144頁以下において、筆者としては渾身の学術目的から、「2 『もうひとつの立憲主義』の可能性」と題する検討を行った。

「憲法改正条項の存在によって引き起こされるところの、以上のような憲法の脱神話化・日常化を踏まえると、『授権の始点』として憲法を最上位規範の地位に戴冠することで、果たして立憲主義が成立し得るのかは、大きな理論的問題であるように思われる。」

「憲法制定権力が制憲時に実在したか、もしくは論理的にそれを仮設するかはともかく、いずれにしてもこれまで述べてきた『タテの立憲主義』は、憲法制定権力という力の極点にいわば引っ張り上げられる格好で、憲法規範以下の全法体系が上から下への授権によって直立させられた垂直的な一極構造であった。これに対して、立法・行政・司法という国家諸機関、さらにそれに国民も加わって相互に抑制と均衡のゲーム

を平面上で繰り広げることによって生起する、権力分立と人権保障の動的なプロセスという意味での『ヨコの立憲主義』を、もう一つの立憲主義として構想しうるのではないか。」

「『タテの立憲主義』といっても、授権構造の始点であるはずの最上位規範としての憲法が、実は憲法改正権限という下位の権限のレベルにまで下降することは必然であった。そして、それを忌避するあまり憲法改正権限そのものの発動を封印してしまうと、逆に憲法秩序のカオスに至りうることも前述した。そうであればむしろ、日常化し法律よりやや上位の位置にまで降りてきているところの改正可能な憲法を前提とした、それでも——あるいはむしろ、であればこそ——政治権力を実効的に統御しうる理念型としての、『もうひとつの立憲主義』を考案すべきであろう。」

このような認識を具体的に立証するために、筆者は本書147頁以下では、「3 『もうひとつの立憲主義』の成立条件」などのタイトルの下に、ドイツ流のいわゆる三段階審査という憲法裁判所の憲法判断の手法からもヒントを得るべきである、などの指摘を諸論点を見据えながら行った。

## 10 「『もう一つの立憲主義』のために」

そして本書152頁以下で、いわんとするテーマを「もう一つの立憲主義」というタイトルで述べた。以下にこの部分を再現することで、「立憲主義の条件」、ひいては「憲法の原理と解釈」と銘打つ本書物全体の方向性の主な部分を示しておきたい。

「日々の立憲主義のゲームにおいては、国家はその諸権力を機能的に分業させ競争させながら、国民の人権と公益の最適解を得ようと努める。公益側の権力構造を絶えず改変しながら支えているのがメタ統治機構としての『憲法制定権力』であり、人権側の価値の目盛り役を担うのがメタ人権保障としての『個人の尊厳』である。……」

「こうしたメタ的な存在は、普段は個別事案を解決する際に主役として持ち出されることはなく、その意味で奥の院に収まっているため、なくてもかまわないかのような思い違いをしがちである。しかし、ヨコの立憲主義のゲームのフィールドが、まさにこの二つのメタ的な存在を両極として設営されていることは、およそヨコの立憲主義なるものが成立し持続可能であることを示すうえで、一度は確認される必要がある。」

「このようにして、統治の側と人権の側のそれぞれの構成原理の支点と言うべき概

念が抽出されれば、あとは権力の均衡および人権保障の最大化を目指して日常の政治や人権裁判が展開され、経験値が蓄えられればそれでよい。企業統治の絶えざる再編や、消費者保護のための『公序良俗』の相場の継続的形成といった、隣接の法領域ではどうになされている試行錯誤のタフな営みに、わが憲法学もようやく加わり——生まれて初めて——額に汗して働くというだけのことなのである。」

以上で、本書全体の核心部分と信じる箇所の紹介を終える。この直近の「……日常の政治や人権裁判が展開され、経験値が蓄えられればそれでよい。……隣接の法領域ではどうになされている試行錯誤のタフな営みに、わが憲法学もようやく加わり——生まれて初めて——額に汗して働く……」，といった表現は、憲法学にとってはおよそ容易な物言いではない。

本書の中心的テーマを今回再現しつつ、筆者自身の「憲法(学)の日常化」という当たり前の思いを、今後もさまざまな論点に対して実践してゆくべきであると信じている。