

憲法が想定する国家、社会、そして自由

——立憲主義と憲法の関係にもふれながら

榎 透

こんにちは。専修大学法学部の榎と申します。憲法学を専門に研究しておりまして、大学の科目では憲法および比較憲法を担当しております。本日は、「憲法が想定する国家、社会、そして自由」というテーマで報告をさせていただきます。

1. はじめに

今年は、安保法制をめぐる国民の強い関心にあられたように、国民が憲法或いは立憲主義に注目した1年でした。そこでは、憲法9条そして平和という問題がもちろんクローズアップされましたけれども、それにとどまらず、憲法とは何か、立憲主義の意義とは何かを問う視点があったように思います。それでは、憲法とはどのような法でしょうか。このような質問をすれば、人権や平和、国民主権について定められている法だという答えが出るかもしれませんが。確かにこの答えは間違いではありません。しかし、憲法を理解するには、もう少し深く考えてみる必要があります。

2. 「立憲」と「法治」——多義的な概念

立憲主義とは何でしょうか。詳しくは後で述べることにしまして、ここでは、国家権力を制限して、国民の権利や自由を保障するという考え方としておきます。そして、そのための法が憲法です。言い方を変えますと、立憲主義とは、国民の権利や自由を守るために、国家権力を行使する公務員は、憲法が定めた枠の中で仕事をしなければならない、というものです。

(1) 立憲主義の歴史①：ヨーロッパにおける立憲主義の確立

法によって権力を制限するという発想は、すでに中世ヨーロッパには存在しておりまして、王様が絶対的な権力を振るう絶対王政からたびたび挑戦を受けてきました。これを中

世立憲主義といいます。この中世立憲主義は、「人は生まれながらにして自由で平等」というのではなく、身分制社会を前提とし、貴族の特権を擁護するなど封建的性格が強い点で、近代の立憲主義とは異なります。この中世立憲主義が近代立憲主義へと変わる上で重要な役割を果たしたのは、絶対王政を打倒した市民革命と、その当時の重要な政治学説であるロックやルソーの社会契約説です。人権一般の理論となるには、社会契約説の登場を待たなければなりませんでした。

この社会契約説について、ロックは次のように言っています。「人は生まれながらに自由かつ平等であって、生命・自由・財産を守る権利など生来の自然権をもっている。この自然権を確実なものとするために、人々は自然状態をやめ、契約によって国家（政府）をつくり、その政府に権力を信託する。政府は人民の自由・権利を保障するために存在するものであるから、もし政府が人民の自由・権利を恣意的に侵害する場合には、人民は政府に対する抵抗権を有する。」と。この社会契約論が登場して始めて、身分制度を前提とした権利論・憲法理論から、身分制度から解放された人一般の人権理論・憲法理論へと変わるのである。

次に、イギリスとアメリカを例に、立憲主義の歴史を簡単に見てみましょう。近代立憲主義の源流をたどると、イギリスのマグナ・カルタに行き着きます。国王であるジョン王の専制に反発した多くの貴族は、王権の濫用を抑制すべく、マグナ・カルタを出して国王に受け入れさせます。マグナ・カルタは法の支配の伝統を確認し、議会の同意のない課税を禁止するなど国王の権力を制約するとともに、国王が与えるさまざまな自由を定めました。しかし、それはそもそも貴族が国王に約束を取り付ける封建文書ですから、ここでいう「自由」は、封建制度を前提に貴族が国王の恣意的な介入なく行動できるという意味での自由にすぎません。それでも、王権の濫用を抑止するという発想は、近代立憲主義の萌芽といえます。

その後、イギリスでも絶対王政が確立し、17世紀、王権神授説の信奉者であるジェームズ1世とチャールズ1世は、法の支配の伝統や議会の意思を無視した政治を行いました。そこで、1628年、庶民院はエドワード・クックの主導で権利請願を起草し、チャールズ1世に対して議会の承諾のない課税を禁止することや人身の自由・適正手続の保障を求めました。チャールズ1世はこの権利請願をいったん受け入れましたが、その後、議会を解散して絶対王政を続行します。これがきっかけで、清教徒革命（ピューリタン革命）が起こり、王制が崩壊します。しかし、共和制になった後、クロムウェルが独裁政治を行ったこ

とから、王政が復活します。しかし、王政復古後に即位した国王が王権を強化し絶対王政へ逆行を企てたため、議会はジェームズ2世を退位に追い込み、名誉革命を成就しました。その際に、作られた権利章典が有名です。王権の制約を実際の目的として、議会主権を明確にして立憲君主制を打ち立てるとともに、イギリス人の古来の権利を確認する手法で種々の権利を明記しました。このように、イギリス立憲政治の原点とも言える、マグナ・カルタ、権利請願、権利章典は、イギリスの憲法の歴史を語るうえでは必要なものですが、「人は生まれながらにして自由で平等だ」という意味での個人を出発点とした人権概念・権利概念はありません。ただ、権利なるものがあって、その権利を保障するために、王権を縛らなければならない、という意味では立憲主義の一種です。近代立憲主義そのものとは言えませんが、中世立憲主義から近代立憲主義へと架橋するものであったと言えます。

では、近代立憲主義、人一般に関する人権概念はどこで登場するのかということを考えるには、アメリカ合衆国を見るのがいいと思います。ご承知の通り、アメリカはイギリスの元植民地です。イギリス国教会を信仰しないピューリタンの信者に対する宗教弾圧から逃れた人が、メイフラワー号に乗ってアメリカにたどり着き植民地を形成しました。その植民地には、自治があったものの、イギリス本国による圧政が行われました。とりわけ、イギリスが戦争を行うための財源を確保するために税金をかける法、例えば印紙法——雑誌などの出版物や、遺言書、契約書といった法律文書に、政府が発行する印紙を貼り付けなくてはならないというルールを定めた法律——などを制定し、植民地の人びとを苦しめました。イギリスの議会が決めることをアメリカ植民地の人は守らなければならないのですが、イギリス本国の議会に、アメリカ植民地から選出された議員はいませんでした。それで、「代表なくして課税なし」という言葉でアメリカ植民地の人々は抵抗したと言われています。その後、ボストン茶会事件をきっかけに、アメリカは独立戦争に突入します。

アメリカの独立を宣言した、独立宣言は自然権思想が実定化された最初の文書といわれるように、自然権思想（とりわけロックのそれ）がアメリカ独立の発想の根底にあります。アメリカは、独立革命を通して近代立憲主義を成立・発展させ、立憲的意味の憲法を持つ最初の社会になりました。

なお、フランスでも、絶対王政に苦しめられた人々がフランス革命を通じて、人権宣言に見られるように、人の権利（自然的権利）と市民の権利（政治的権利）を獲得しました。フランスは、アメリカについて、近代立憲主義を現実化して立憲的意味の憲法を持つ社会

になったとされています。

ここまでイギリス、アメリカ、フランスの例を見てきましたが、そこから分かることは、最初から今あるような立憲主義のかたちではなかったということです。イギリスでまず権力を縛るという発想が出てくる。そこでは「人は生まれながらにして自由で平等」という発想はなかった。そして、アメリカ、フランスにおいて、そういう発想に根差した人権の概念が生まれ、確立しました。

(2) 立憲主義の歴史②：立憲主義の日本への継受

日本では、幕末から西欧の政治思想が流入し、明治政府の最初の課題は西欧近代法、立憲主義の導入であったと言えます。1889年に公布された大日本帝国憲法は、たしかに権利保障と権力分立らしき統治の仕組みが定められていました。ドイツのプロイセン憲法の影響を受け、万世一系による天皇の支配を認めた憲法でした。天皇は元首で統治権の総覧者の地位にあり、立法・司法・行政などすべての国の作用を究極的に掌握し、統括する権限を持ちました。たしかに大日本帝国憲法は権力分立制を採用していたるのように見えます。しかし、天皇がいずれの国家権能も究極的に掌握し統括する権限を持っていたわけですから、国家作用の性質に応じてそれを複数に分けて、それらを別々の機関に担当させることで、国家権力の濫用を防止するという権力分立制とは、異なるものと理解できます。また、大日本帝国憲法第2章には、さまざまな権利規定がありますが、それらは「人は生まれながらにして自由で平等だ」ということを前提とした人権ではなく、「臣民権利義務」という章のタイトルが示すとおり、臣民の権利でした。しかも、それには法律の留保があり、法律を作りさえすれば、憲法上の臣民の権利は簡単に制限されてしまうものでした。

このように大日本帝国憲法は、権利保障と権力分立を一応取り込んでいたという点で、立憲主義に基づいた憲法と言えるかもしれません。しかし、大日本帝国憲法には、権力を法によって制限するという発想が希薄でした。そもそも大日本帝国憲法は、憲法じしんが天皇という絶対的権力によって国民に与えられたものですから、大日本帝国憲法は立憲主義のもっとも大切なポイントである「国家権力を縛るもの」としての役割は強くありませんでした。本来の立憲主義に基づいた、「個人の尊重」という視点に立脚した「人権」観や、それを支える統治システムが、この憲法になかったのです。このように考えれば、大日本帝国憲法は、立憲主義の見せかけにすぎないという意味で「外見的立憲主義」の性格の強いものだったと評価できます。近代的立憲主義は西洋から移入されたものですが、良

く言えば、それを日本流にアレンジしたということになります。

戦後、日本では戦争に負けたことをきっかけに、大日本帝国憲法に変わる憲法として、新たに日本国憲法が制定されました。ご承知の通り、日本国憲法は、天皇を中心とする国の体制を改めて国民主権を採用し、人一般の権利としての基本的人権を保障する規定を設けました。また、憲法制定後、常に論争的であり続けたとも言える、平和主義も規定されました。この憲法は、近代立憲主義に基づく憲法と言えます。

(3) 立憲主義の歴史③：立憲主義と違憲審査

立憲主義の問題を考える場合に、もう一つおさえておかなければならないのは違憲審査制度です。違憲審査制度とは、議会在が制定した法律について、憲法を基準として無効にできる制度のことです。この制度は、アメリカ合衆国の連邦最高裁判所が1803年に出した、*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137において登場します。これは、非民主的機関である裁判所——ご存じの通り、我々は裁判官を選挙で選んでいませんから、その意味で裁判所は非民主的機関です——が、民主的機関である議会の制定した法律に対して、憲法を根拠にNOを突きつける制度です。ですから、当初はアメリカ以外の国にはあまり存在しませんでした。ヨーロッパでも第二次大戦後から導入する国が出始めます。特に、冷戦が終結した後の1980年代末から1990年代にかけて、冷戦終結に伴い旧ソ連や東欧諸国が体制を転換する際に、西欧法を導入し立憲国家の仲間入りをしますが、そこでは違憲審査制を導入する国が多かったのです。東欧にばかり注目しているわけでもないのですが、イタリアの憲法学者カペレッティは、1980年代に違憲審査を導入する国々が増えた現象を「違憲審査革命」と言っています。今では、裁判所のこうした力を認めることも、立憲主義の一要素として理解することがあります。立憲主義は権力を制限することを意味しますから、議会の制定した法律が違憲かどうかを判断する力を裁判所に与えることも、この観点から立憲主義の一要素とされるのです。

(4) 立憲主義のいろいろ

ここで、立憲主義という言葉を整理しておきましょう。これまで見てきましたように、立憲主義は権力制限という意味では共通点がありますが、少し詳しく言いますと、以下の3つの意味で使われています。これは、南野森という九州大学の先生が学生向けに書かれた『憲法学の世界』（日本評論社、2013年、4頁）の整理を参照したものです。

広義：政治権力を制限し、正義を実現する思想。

狭義：国家権力を憲法によって制限し、それによって国民の権利・自由を確保しようとする思想。

最狭義： に基づき、それを実効的に担保するために、特に違憲立法審査の制度・機関を設けるべきであるという思想。

憲法学では、多くの場合、 の意味で使用することが多いと思います。 が想定している世界は、次のようなものです。この世の中にはいろいろな人がいて、いろいろな考え方が存在しています。そこで、いろいろな考え方が共存できるように「みんな」が関わる公的な領域と、個人の生き方に関わる私的な領域とに分けて考えます。公的な領域については、理性的な議論を通じて、多様な価値から必要な施策にまとめることが必要となります。このように、国家権力が仕事をする場面と国家権力が仕事をしてはいけない場面とを分けて考える、というのが の発想です。

(5) 法治主義のいろいろ

では、法治という言葉はどういう意味で使われているかをみてみましょう。英米法でいわれる「法の支配」(rule of law)という言葉があります。法の支配とは、専断的な国家権力の支配(人の支配)を排斥し、権力を法で拘束することで、国民の自由の擁護を目的とする原理です。この原理には、 憲法の最高法規性の観念、 権力によって侵されない人権、 法の内容・手続の公正を要求する適正手続、 権力の恣意的行使——公権力を行使するのは実際には公務員と考えられます——を制御する裁判所の役割の尊重という特徴があります。この法の支配は、民主主義と結びついた観念です。すなわち、法の支配は、立憲主義の発展とともに、市民階級が立法過程へ参加・関与することによって自らの権利・自由の防衛を図ること、したがって権利・自由を制約する法律の内容は国民自身が——自らが選挙した議員を通じて——決定すること、この2つのことを建前とする原理であるからです。これに対して、戦前のドイツの法治国家は、そのような民主主義との結びつきはありませんでした。戦前のドイツでは、市民階級が立憲君主制の下で議会の制定した法律をただ与えられたものとして受け取り、自由の確保にはその法律の解釈に重点を置いていたからです。また、「法の支配」に言う「法」は、自由を保障するような内容の「法」ですが、「法治国家」に言う「法」は、内容とは関係ない形式的な法律にすぎませんでした。そこでは、議会の制定する法律の中身の合理性は問題とされませんでした。ただ

し、戦後のドイツでは、ナチズムの苦い経験とその反省から、法律の内容の正当性を要求し、違憲審査制を導入し不当な内容の法律を憲法に照らして排除しています。その意味で、現在のドイツでは、実質的法治国家となっており、ここで言う法治主義・法治国家は、法の支配とほぼ同じ意味を持つに至っています。

(6) まとめ

これまで欧米の憲法史を簡単に振り返りながら、立憲主義や法治主義の意味を見てきましたが、憲法を支える思想には、「立憲」と「法治」、すなわち立憲主義や法治主義があります。これらの概念は歴史的な産物と言えますし、多義的な概念です。しかし、少なくとも今使われている概念は、政府の力を制限する、また、国民の権利・自由を保障するという点で共通点があります。

3. 憲法を作ること

憲法は、コンスティテュート (constitute) する法、つまり国の基本的構造を定めています。このため憲法は人権を保障し、これを確実にするための統治機構を定めています。そして、統治機構の基本は権力分立です。フランス人権宣言16条が「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていないすべての社会は、憲法をもたない」と述べるのも、この趣旨の現れです。この人権保障と統治機構の具体的な内容は、各国の憲法によって異なります。

(1) 例 1 連邦制の採用：アメリカ合衆国憲法

憲法の内容が国によって異なる例を見てみましょう。まず、国の中央と地方との関係をどうするかという点で、連邦制を採用している国とそうでない国があります。ご承知の通り、日本国憲法はこの制度を採用していません。その一方で、アメリカ合衆国憲法はこの国の成立の経緯もあり、連邦制を採用しました。アメリカの連邦制では、簡単に言えば、連邦政府は連邦憲法に列挙された仕事しかできません。そして、それ以外の仕事は基本的に州に任せられます。この州にも、州の憲法があり、州の政府は州憲法を頂点とする州法の体系に基づいて、州の中の仕事をします。ですから、アメリカ合衆国の中には、連邦レベルの憲法であるアメリカ合衆国憲法と、それぞれの州にそれぞれの州の憲法があります。

例えば、ハワイ州には、ハワイ州の憲法があり、ハワイ州の立法府・行政府・裁判所は、このハワイ州憲法に従って与えられた仕事をしなければなりません。他の州は、この州憲法には何ら拘束されません。

この州憲法は、18条 (Article) から成ります。1条は人権、2条は投票権及び選挙、3条は議会、4条は選挙区平等・定数は正、5条は行政、6条は司法、7条は税及び財政、8条は地方自治、9条は公衆衛生及び福祉、10条は教育、11条は資源保護及び使用、12条はハワイアン関係、13条は労働権、14条は公務倫理規則、15条は州諸事、16条は雑則、17条は改正、18条は施行等です。そして、それぞれに多くの節 (Section) があります。このように、日本国憲法を見慣れている人にとって、ハワイ州憲法は非常に多くの、しかも様々な規定を設けていることが分かります。

面白い条文を1つ挙げますと、合衆国憲法には無い規定ですが、ハワイ州憲法には環境に関する諸規定が盛り込まれています。11条です。この11条では、「全ての公共天然資源は人民の利益のために州に信託されている」とした上で (1節)、「何人も清潔で健康的な環境への権利を有する」として憲法上の環境権を定めています (9節)。とりわけ日本との関係で興味深いのは、原子力発電を設置するには特別法が必要であって、そのためには議会の3分の2の賛成が必要であるという規定でしょう (8節)。この仕組みは、州の憲法を作る際に、ハワイ州民がした選択の結果といえます。ちなみに現在ハワイには原発はありません。

このように、アメリカの連邦制は、日本の統治構造と異なり、中央政府が国全体の仕事を何でも行うわけではありません。もちろん、日本でも地方公共団体が地方行政を担いますが、州が独自の憲法を持ち、連邦とは異なる州の裁判所を含む統治機構を整備し、州が州内のことを行うというのは、日本と異なるスタイルです。憲法をつくるということは、「社会」において合意を形成するためにどのような制度が適切であるのか、また、どのような内容のものをその制度にゆだねるのか、ということを示します。

ちなみに、同性婚の話に触れておきます。法律上の結婚をしたいカップルがいるとしましょう。この場合に、日本では国会が制定した民法等の法律にかかれた条件を満たす必要があります。アメリカの場合は、婚姻に関して規定するのは州の議会が定めた州の法律ですから、その内容は州によって異なります。そして州法の規定は州憲法と連邦憲法の規定に違反することができません。

最近、日本でもアメリカでも同性婚の是非が話題になっています。アメリカ合衆国では、

今年の6月、連邦最高裁判所が同性婚の権利を認める判決（*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015)）を出しましたが、これによって同性婚を認める州とそうでない州に分かれていたアメリカ国内では、どの州でも同性婚が認められるようになりました。これは、婚姻のあり方、家族のあり方をどう考えるか、それを誰がどのように決めるか、ということの興味深い例だと思います。関心のある方はカリフォルニアの例をご覧になると、面白いことがいろいろ出てきます。

(2) 例2 人権もいろいろ：憲法——表現の自由

もう一つ例をあげます。多くの国の憲法は、人権保障の規定の中に、表現の自由を保障する規定を持っています。例えば、日本国憲法21条1項は「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。」と定めています。アメリカ合衆国憲法修正1条は「連邦議会は……言論又は出版の自由を制限する法律、並びに人民が平穩に集会する権利……を侵害する法律を制定してはならない。」と定め、また、ドイツのボン基本法5条1項は「各人は、言語、文書、図画によって自己の意見を自由に表明し流布する権利、並びに、一般に近づくことのできる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。……」と定めています。

それでは、表現の自由が重要な人権として憲法典の中に定められているのは、どうしてでしょうか。アメリカの憲法学者エマースンによれば、表現の自由が果たす価値・機能には、個人の自己実現、真理への到達、政策決定への参加、安定と変化の間の均衡という4つがあります。

については、表現は思想の発達、知的探求や自己確認の不可欠なものですから、全ての人は自己の信念や意見を形成する権利を持つことが必要になりますし、については、最も健全かつ合理的な判断は、ある命題を支持したり反対したりするために提出されるあらゆる事実と議論を考慮することで達成できると考えられるのであって、このため表現の自由は知識の増大と真理の発見にとって最良の方法であると考えられています。については、表現の自由は、共同社会の全構成員が、利用できる公開の討論の過程を通して政策決定に参加するために必要不可欠ですし、については、表現の自由は、健全な分裂と必要な同意との間の不安定な均衡を維持することで、より順応性があり、より安定した共同社会をつくりあげる方法であるといえます。表現の自由については、このような機能ないし価値があり、このため表現の自由は重要な権利として考えられるのです。

しかし、表現の自由が重要な人権であっても、「すべての表現が絶対的に保障され、制限されることなどあり得ない」と言うわけではありません。場合によっては、表現の自由といえども制限されることがあり得ます。例えば、日本でも最近問題になっている、ヘイトスピーチ規制について考えてみましょう。ヘイトスピーチは、憎悪表現とか、差別的表現などと言われるように、人種や宗教などを理由にしたもので、とりわけ少数者集団に対して行われるものです。日本以外の他の国々でも、ヘイトスピーチが存在し、それへの対応に迫られています。その対処方法の有力な手段として考えられるのは、法による規制（例えば、刑事罰を科する）でしょう。しかし、法によるヘイトスピーチ規制については、国によって考え方が分かれています。

例えば、アメリカでは、ヘイトスピーチ規制は憲法に定められている表現の自由に抵触すると考えられています。しかし、その一方で、ドイツでは、ヘイトスピーチ規制は表現の自由に抵触しないと考えられています。アメリカでは、問題の規制は表現の自由に関わる問題ですから、表現の善し悪しについては、思想の自由市場（様々な意見が自由に発表され、人びとがそれらを自由に批判したりする場のこと）に任せ、不適切だと思われる表現に対してはその思想の自由市場の中で対抗言論によって応じるべきだと考えられています。国家権力は、個人の行った表現の内容に中立の立場をとるべき存在ですから、特定の表現に対して善悪の判断や評価を行うことは基本的には許されません。

これに対して、ドイツは、第二次世界大戦時のナチスが行った非人道的な行為に対する反省から、基本法と呼ばれる憲法は「人間の尊厳」を定め、それを否定しようとすることの無いよう、「闘う民主主義」という考え方、すなわち「民主主義の敵には民主主義を与えない」、「自由の敵には自由を与えない」という考え方を定めています。ヘイトスピーチは、まさに「民主主義の敵」「自由の敵」ということで、そもそも憲法上の表現の自由で保障される「表現」ではないとされ、したがって国家による規制も許されることになりません。このようにアメリカ合衆国憲法とドイツのボン基本法とでは、それぞれが想定している憲法・国家・社会・自由に異なるところがあると言えます。

「社会」で起きた問題に対して、中立を基本とする「国家」、それとも、積極的に介入する「国家」のどちらが適切であると考えなのか。市民が「社会」で活動するとき、われわれが持っているのは「闘う民主主義」のような考え方に縛られた「自由」であるのか、そのような縛りが無い「自由」なのか。この「国家」「社会」「自由」のあり方を決めているのが、法の世界で言うならば、憲法と言うことになります。従って、憲法を作ることは、

われわれの「自由」、われわれが活動する「社会」がどのようなものなのか、「国家」はそれらに対してどのような行為ができるのか、を決めることになります。

(3) 例3 平和主義

もう1つ別の例を出しましょう。多くの憲法は、その国の平和や安全保障のあり方を定めています。ほとんど場合は軍事力を伴う平和でしょうから、憲法の中に軍隊の組織と活動について定める規定が設けられています。日本国憲法は、その条文を眺めてみると、軍隊に関する規定はありませんし、9条2項で「戦力」を保持しないことと、交戦権を持たないことを規定しています。ですから、軍事力を伴わない平和を考えていたと言えるでしょう。細かい解釈論を説明しませんが、憲法学界の通説は、自衛隊は憲法が持つことを禁止する「戦力」に該当し憲法に違反すると考えています。通説、あるいは憲法学者の解釈論に違和感や抵抗感がある人もいることでしょう。ここでは、個人の「自由」も「平和」な「社会」であって意味のあるものになりますから、憲法がどのような方法で平和を構築するかは、国家の役割、社会や個人の「自由」のあり方に大きな影響を及ぼしているとだけ指摘しておきます。

ところで、安保法制の議論の中で注目を浴びた長谷部恭男先生はこのような議論をしておられます。「絶対平和主義に基づく9条理解は、それ自体が近代立憲主義と矛盾する。憲法典の規定は、多様な価値観の公平な共存という立憲主義の究極の目的に照らしてその意味を確定すべきであり、手段であるはずの憲法典の文字面にこだわって、それを自己目的化する解釈をとるべきではなかろう。硬直的に憲法典を解釈すれば摩滅してしまうが、その解釈はそもそも立憲主義に反している」(『憲法のimagination』羽鳥書店、2010年、174頁)。こういう面白い見解を出されています。この見解に基づくと、自衛隊は憲法9条に反しないようですし、反するという解釈は立憲主義に反するそうです。ここでは、9条の解釈の当否ではなくて、立憲主義と憲法との関係について注目したいと思います。長谷部先生は9条の解釈と立憲主義の問題を分けて考えている点に特徴があります。

それでは、憲法学では立憲主義と憲法との関係をどう考えているのか、ということが問題になります。1つ目は——これは長谷部先生がこれに属すると思いますが——立憲主義の射程と憲法の射程とは異なるとするものです。立憲主義と憲法が矛盾した場合には立憲主義が優先すると考えます。2つ目は、立憲主義と憲法は別のものではあるが、憲法で定められていればよい(立憲主義が優先するわけではない)というもの。3つ目は立憲主

義を体系化したのが憲法であって、この両者は分けられないとするものです。どれが適切かは悩ましいですが、少なくとも1つ目は、公私の区分を確実なものとするとか、公権力を縛るといって、抽象的に考えている分は良いのですが、具体的な問題を検討する際には、憲法典の定める条文とは関係なく、論者の考える「立憲主義」に振り回される危険性があるように思います。また、立憲主義で解決が図られるのですから、そもそも憲法の出番はないようにも思います。果たしてそれでいいのか、疑問です。我々は、立憲主義だけでなく、そのための法規範である憲法についても、しっかりと学ぶ必要があると思います。

(4) まとめ

以上、簡単に見てきましたように、「憲法を作るということ」は、国家のあり方、社会のあり方、そして個人の「自由」のあり方について決めることです。ですから、憲法には、その決めた結果が定められています。

4. 憲法を変えるということ

それでは、憲法を変えるというのはどういうことかについて、少し触れておきたいとします。

(1) 憲法改正の意味

憲法といえども、不磨の大典ではありませんから、憲法が改正されることはあり得ます。それは、国家のあり方、社会のあり方、そして個人の「自由」のあり方を変えることにつながります。例えば、憲法9条を改正して自衛隊を正面から認めることは、平和を巡るこの国のあり方を大きく変える可能性があります。また、「闘う民主制」を採用して人権論を再構築すると、ヘイトスピーチに対する規制は正当化されやすくなるでしょうが、我々の「自由」の意味や、「社会」のあり方はおそらく変わるでしょう。いろいろなものが変わってくるのです。変えることが果たしていいのかどうか。いい部分もあるでしょうし、「どうかな」と思う部分もあるでしょう。憲法を変えるということは、条文の字面を変えるということだけではありません。我々が具体的に生きていくうえで関わる自由であるとか、また社会のあり方だとかを根本的に変えるということなのだとは自覚しなくてはなりません。

(2) 憲法尊重擁護義務

ところで、近年の憲法改正論議の中で最大の論点と私が考えるものは、憲法99条の憲法尊重擁護義務です。99条は「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」と定めています。この憲法尊重擁護義務は、公権力の担当者である公務員をその名宛人としており、そこには「国民」がありません。この点について、国民も憲法を守る義務を負うのは当然のことである、という見解も過去にはありました。しかし、現在では、憲法尊重擁護義務の名宛人に「国民」がないことは、国民から権力の行使を任された人が権力行使の際に遵守しなければならない法規範として憲法を捉えることを示しているのであって、立憲主義の帰結であると考えられています。ですから、この99条の定める憲法尊重擁護義務を負う存在として「国民」が登場しないのは当然のことなのです。国民は、権力行使の担当者（具体的には公務員）に対して憲法を遵守させる立場にあります。

近年の改正論議は、こうした憲法のアイデンティティとも言える99条に根本的な変更を迫るものです。国民もこの憲法尊重義務を負うとする改正案が出されています。これは近代立憲主義に反する可能性があります。憲法は、国民にとって、権利や自由を保障するための法典から、国民が守るべき内容が書かれている義務の法典へと、その性格が変わってしまう危険性があります。憲法に書かれていることを守らない国民は、例えば、警察に捕まり、裁判にかけられる社会がくるでしょうし、われわれの持っている「自由」は、憲法が定めた枠内でしか認められないものになります。しかも国家が国民に対して「憲法を守れ」と権力を行使することでしょう。これは、我々と憲法との関係のあり方を根本的に変えることに繋がります。

このように、憲法を変えるということは、国家のあり方、社会のあり方、そして個人の「自由」のあり方を変えることにつながるのです。

5. おわりに

2015年を経験した私たちは、「自由なる主体となった日本国民」がこの国の「自由」や「立憲主義」「民主主義」について不断に考えなければならないことを再確認したはずですが。憲法や立憲主義については、今後も様々な議論が出てくることでしょう。日本における憲

法改正の議論で面白いところは、「伝統」とか「文化」といったものを重視する憲法論が登場することです。こうした憲法論については、「個人」を中核に据えた近代立憲主義とは衝突する可能性があります。これでいいのかどうか、近代立憲主義を放棄してよいのかどうかということは、憲法を改正する場合には、よく考えなければいけないことでしょう。そして、どのような議論をする場合でも、国家が精神の領域においても価値の決定者になることの危うさや、国家がそれを超える道義的規準に服しないことの恐ろしさを、我々は決して忘れてはならないと考えます。憲法改正は憲法の条文だけ弄るということではありません。結局、我々の自由がどうあるべきなのか、我々が社会に対してどう関わるのか、社会の中で我々はどうあるべきなのか、或いは、国家権力はどこまでどのようなかたちで仕事をするのか。そういったことを一つずつ考えることになります。これらをキチンと考えていかなければ、憲法の改正が我々の意図したものとは違うものになってしまうかも知れない。その点は、もし憲法を変えるという機会があるならば、気をつけなければならぬと思います。

以上で私の報告を終わらせて頂きます。ありがとうございました。

司会：榎先生のご報告によって、ヨーロッパにおいて立憲主義が登場してくる歴史的な経緯がよく理解出来ました。また、一言で立憲主義というけれども、イギリス、アメリカ、日本といったそれぞれの文化の違いに応じて、実は多様な形態を取るものだという事も分かりました。憲法改正という場合、どうしても具体的な条文をどうするかという方面に議論が収斂してしまい、一部の専門家に委ねることになりかねないのですが、決してそうではない、憲法を作るということは、まさにどのような社会を我々が作っていくのかの選択であるのですね。

では、引き続き、今度は日本に照準を合わせて、立憲と法治という概念がどのように歴史的に形成されて来たのか、菅原先生にご報告をお願い致します。