

立憲主義と二重の基準論

——諸学問の知恵を踏まえて考え直す
——『司法権・憲法訴訟論』補遺(3)——

君 塚 正 臣

はじめに

筆者は最近、司法審査基準について、比較的総合的に考える機会を得た。そこでの結論は、まさに「二重の基準」を文字通り貫徹することを求めるといふものである。端的に言えば、精神的自由などについては厳格審査が妥当し、経済的自由については合理性の基準が妥当し、基本的に中間審査基準というものはないといふものであった¹⁾。

これには幾つかの批判があろう。だが、司法審査基準論の母国アメリカでも司法審査基準は「二重の基準」で始まり、中間審査基準は狭い分野の例外であったほか、その基準は現在、実質的に、やや緩和されてきた厳格審査基準と大差ないものとなっている。アメリカでは、過酷を極めた人種差別を他の差別と同じ基準で処理できない事情が、両基準を同一化できない究極の理由のように思える。だとすれば、このアメリカ的事情を捨象すれば、別段、中間審査基準なるものを立てる必要はない。少なくとも、別の、理論的に正当な理由が示されるべきである。しかも、判断が疑わしいときに、憲法裁判所ではない、通常司法裁判所の審理で行われている立証責任が、法律判断についても緩やかな意味では存在するであろうところ、中間審査基準にはそれが存在しない点も疑問である。あるとすれば、それは真性「中間」審査ではない。よっ

て、司法審査基準は、厳格審査基準（あるとすれば、それに準ずるもの）と合理性の基準（あるとすれば、それに準ずるもの）に大別されるということ述べてきたのである。そして、端的に言えば、民主主義的な政治過程に委ねるべき人権等と、それでは人権保障がおよそ不十分となるため、法の支配の御旗を掲げて司法機関が介入して保護を徹底すべき人権や制度的保障があると思われる。これが結論であった。

ところが、これに対しては、まず、全ての人権は手厚く保障されるべきであり、裁判所は同じように丁寧な裁判を試みるべきであり、この種の格付けはできないのではないかと、この批判が生じよう。逆に、民主主義社会において民主的決定は優位するのであり、選挙で選ばれたわけでもない裁判官が、民主的多数決の末に成立した法令を覆すことはおよそ疑問だとする主張もあろう。これらはそれぞれ、古い有力者の経済的既得権擁護に加担する理屈と、多数者の理由なき横暴に加担する論理と換言できるかもしれない。両極の議論を感覚的に忌避しても、妥当な線が、憲法学の既存の議論の当然の如き予定調和となるのは何故か、という更なる疑問もあるのかもしれない。

筆者は、この議論を、多分に、憲法訴訟論もしくは憲法解釈学の枠内で決しようとしてきたきらいがあるのかもしれない。別角度の視座も必要なのではないか。より広い学問的成果を踏

まえて、二重の基準論を再考して、その妥当性の補強を行う必要を感じるころでもある。日本国憲法の主要原理である平和主義について、考察が不足していた面もあろう。また、二重の基準論のネガ像となる、現実の民主的決定の絶対的尊重あるいは少数者の既得権の過大な擁護が何を齎すのかをよく検討する必要がある。そうして、その中でも、民主主義が暴走してしまい、これを修正することが手遅れとなった例を検討することは、裁判所の憲法判断行使の在り方を決める、背景的理由を強く与えよう。本稿は、あくまでも日本国憲法の解釈を前提しつつ、以上につき、やや原理的な再検討を加え、二重の基準論の論拠を補強することを目的とするものである。

1 民主主義と司法審査

20世紀の初め、世界は君主制と多くの植民地に覆われていた²⁾。それまでの「王たちは一度の戦争に負けたぐらいで王座を追われるようなことはなかった。」³⁾だが、「国家総動員」「で死力を尽くさなければ勝てない」もの(総力戦)となった「第一次世界大戦がすべてを変えてしま」い、「『大衆民主政治』の時代へと移り変わっていくなかで、「戦勝国の君主たちも新たに政治に加わった国民たちと積極的に関わり、その支持を得なければ、君主制を維持することが難しくなっ」た⁴⁾。イギリスでも、1906年設立の労働党は、1913年には410万人となった労働組合員数や全ての男性世帯主までに拡大していた選挙権を背景に、二大政党の一翼を狙うに至り⁵⁾、王は新たな階級の声を聞かざるを得なくなった。また、アジア・アフリカ諸国でも、君主は、「自国の進める近代化」に伴い「民主主義が発展を遂げるようになると、かえってその地位を脅かされ」、イラン、エチオピア、リビア、アフガニスタン、ネパールでは君主制が倒された⁶⁾。残された君主や「象徴」も、もし、懐古趣味が高じて民心が離れば一発退場の憂き目に遭う時代となった。そしてこれに代わる開発

独裁政権や軍事政権も、20世紀後半から21世紀初頭にかけて倒れた例も多く、民主主義や法の支配、権力分立の複合体である近代立憲主義の地球大での広がり、明らかとなっている⁷⁾。

そのような時代の近代デモクラシーには、法の支配や個人的自由の尊重、議会制などを通じた権力抑制を重視する「立憲主義的解釈」(自由主義的解釈)と、人民の意思を重視し、統治者と被治者の一致、直接民主主義に親和的な「ポピュリズム的解釈」があり、前者は無論、ポピュリズムに警戒的である⁸⁾。ポピュリズムには、人民多数者の意思の実現を重視するあまり、いわゆる反知性主義⁹⁾傾向を帯び、議会や裁判所という制度を飛び越えて(国民)投票での決着を望み、敵味方を鮮明にして、妥協や合意を困難にするばかりか、弱者やマイノリティの権利を軽視する傾向がある¹⁰⁾。そもそも、「自由と民主主義とを結合させようとしたフランス革命は」「恐怖政治をもたらした¹¹⁾」ではないかというわけである。他方、ポピュリズム的なものの中の「新しい社会運動」や多文化主義、参加民主主義、討論デモクラシーなどを求めるラディカル・デモクラシーは総じて左翼的主張であるが、代議制民主主義の機能不全を批判し、人々の直接参加を求める点で、現在では右翼的傾向の強いポピュリズムと共通し¹²⁾、「上」を批判する「下」の運動という点で接近する¹³⁾。両者は、ロック的社會契約モデルとルソー的社會契約モデルの違いと言い換えることもでき、憲法学における国民主権論と人民主権論の対立にはほぼ一致する。

人民主権論の主張者である杉原泰雄は、通説的な「国民主権論は、」第1に、「国籍保持者の総体としての国民(「全国民」)が、統治権の権利主体(以下、所有者と表記する)ではなく、国家意思の最終または最高の決定権の主体であること、立法権や行政権など諸々の権限としての統治権の淵源であること、または憲法制定権の主体であること」とする説、第2に、「社会契約参加者(普通選挙権者、市民)の総体として

の国民（以下「人民」と表記する）が、統治権の所有者ではなく、国家意思の最終または最高の決定権の主体であること、立法権や行政権などの諸々の諸権限の淵源であること、または憲法制定権の主体であることを意味する」とする説が「日本の憲法学界では」「外見的にはなお支配的」だ¹⁴⁾と整理する。しかし、この下での「『人民主権』を排除する『国民主権』は、『人民』が『国民代表』となることまでは排除してはいはずであり、「『国民代表』は主権（統治権）の所有者ではないから、憲法改正によっていつでも『国民代表』の地位や条件等を変更される存在」にしてしまう¹⁵⁾し、これらの立場は「主権原理の問題をめぐる憲法史とのかかわりあい」が、総体的に希薄で、憲法科学の問題としては近現代の憲法史の各段階における主権原理をめぐる問題状況をどのように認識するか、また憲法解釈論の問題としてはどのような歴史的社会的担い手とどのような統治権の行使のあり方（民主主義と立憲主義）の実現とを想定して働きかけようとしているか、かならずしも分明ではない」と批判する¹⁶⁾。

そして、杉原は、「権力を担当するものは、つねに権力を濫用しがちである」として、「国民（人民）の多数の利害にかんする基本的諸課題の的確な解決は、『人民の、人民による、人民のための政治』の徹底を求める『人民主権』を原理とし、国民が立法と行政を厳格に統制する諸制度（知る権利、半代表制や比例代表制、「充実した地方自治」体制など）を具体化するほかはない」¹⁷⁾と主張する。「人民主権」とは、「『国民』(nation)とは異なる『人民』(People)を主権（統治権）の所有者とする原理で、統治権の所有者を国家というならば、『人民』即国家の原理である」¹⁸⁾。そして、「このような『人民』は、『国民』とは異なって、みずから主権（統治権）を行使して、国家（『人民』）意思を決定し、それを思考できる」ものであり、この下では「『人民』の意思や利益は、その構成員（市民）の意思や利益の集積と考えられている。したがって、

そこでは、『人民』を構成する各市民が主権の行使に参加する固有の権利をもち（『参政権権利説』）、直接民主制が政治の理念となる。全体としての『人民』が統治権の権利主体（国家）であり、その成員としての市民がその行使に参加する総有団体的国家である」¹⁹⁾とするのである。「民衆が、政治権力の行使から排除され、反民衆的な権力によって直接間接に抑圧される状況が存在するかぎり、権力を民衆のものにしようとする『人民主権』は、民衆解放原理としての歴史的意義と、その歴史的担い手としての民衆を失うはずがない」²⁰⁾とされる。この下で、「なんらかの理由で代議制をとる場合にも、それは直接民主制の代替物でなければならず、その代議員は直接普通選挙で選ばれ、それらは、それぞれ『人民』またはその単位の意味に拘束され、政治責任を負う」²¹⁾のであって、「『人民代表』は、『国民代表』と異なって、『人民』の意思を法律として自由に形成表示することができず、実在する『人民』の意思を確認して法律にしなければならない」²²⁾とするのである。「民意を反映しない国民代表制」²³⁾は非難され、こういった人民主権への志向は、アメリカでもフランスでも模索されており²⁴⁾、男女直接普通選挙制度の導入、例外的な直接民主制の導入、重要問題が発生すれば「人民」の判断を問うために議会を解散することが一般化したことなどに表れている²⁵⁾と主張するのである。

だが、人民主権論については、何よりも、民主主義の核心的な原則である「人民のための政治」を担う有権者以外の者が、国民から排除されるという疑問がある²⁶⁾。国民に主権があるとは、日本では、天皇を除く国民全体が国家権力の源泉であり、正当性の契機であると解すればよいのではなからうか²⁷⁾。この点、通説的な国民主権論が権力性の契機の確保に無神経であるとの懸念に対しては、「国民主権に言う主権を制憲権と言いかえてもよい」²⁸⁾のであり、そうすることで「主権の保持者が『全国民』であるかぎりにおいて、主権は権力の正当性の究極の

根拠を示す原理であるが、同時にその原理には、国民自身——実際には『有権者の総体』——が主権の最終的な行使者（具体的には憲法改正の決定権者）だという権力的契機が不可分の形で結合していると言うこと、を意味する²⁹⁾と解すれば足りる。「憲法15条1項は具体的な選定罷免権を国民に与えたものではないので、立法措置がない以上は、国会議員に対する選出母体の具体的・個別的な訓令権ないし罷免権は事実上存在しない、といわざるをえない³⁰⁾。比例代表制を想定したとき、多数者により少数派の代表を罷免できることを容認することになるため、リコール制は馴染み難い。これに対し、「現実に公務を担当するものについて公務の兼任（統治権限の担当の集中）を禁止し、『創設される全機関の間に明確な分離を設けるべきである』³¹⁾」として、「主権論の母国フランスにおいては、ボーダン以来、主権原理における主権は一貫して権利としての統治権の意味で用いられてきた³²⁾」との反論もなされるが、アメリカ独立宣言などの言う「被治者」(the governed)とは「老若男女を問わずすべての市民を含む」のであって、「積極的市民 (active citizens) である有権者の総体の意ではな³³⁾」いなど、他国の主権論は必ずしもそうではない。このため、そのことが日本国憲法の解釈論を決定付けるものでもない³⁴⁾。そもそも、フランス憲法を専攻する研究者の間でも、主権概念については争いがあるところである³⁵⁾。

次に、「国民主権と並んで市民革命期に国家権力の組織形態の態様を定めたものは、何よりも権力分立原理である³⁶⁾。現憲法下の国会は、比較的対等に近い二院制である。併せて、選挙されない裁判官の独立は日本国憲法上保障されており、政治的多数の横暴を排する法の支配も重要な憲法原理である。ピュアな人民主権論はこれらと矛盾し、その下では、民主的な立法を非民主的な裁判官が違憲と宣言することなどできないのではないか、との疑問がある。フランス革命当時、貴族の一角であった裁

判官はあまり信用されず、司法権の独立性の担保は課題でなかったというフランス特殊事情も影響している。こういったことから、仮に国民主権論の人民主権論寄りの運用はあり得ても、純粋な人民主権論は、日本国憲法の解釈論としては無理なのではないかと思われた。

杉原は、『人民主権』が社会の多数者に対する人権保障の手段としての機能をもっている³⁷⁾のであり、「多数決の限界となる人権の保障はなお必要である」として、ルソーの立場を修正する³⁷⁾。さすがに、基本的人権の尊重や権力分立に配慮しないわけではない、ということのようである。「国民代表たる議会の制定した法律の効力を問題にすることによって国民代表制に関連をもつというだけではなく、具体的な国政の基準となる一般意思を表示するものが国民代表であるところからすれば、その一般意思の存否を憲法との関係においてではあれ問題とすることによって、違憲立法審査機関自体がシェイエスのいうように国民代表の地位についている」と説明する³⁸⁾。しかし、人民主権論を理論的に突き詰めても、公選されない裁判官を国民代表そのものとするのは難しからう。このためか、『人民』による統制制度を設ける³⁹⁾が必要が説かれる³⁹⁾が、『人民主権』の原理に従属する権力分立制（公務分担制）を想定する⁴⁰⁾のであれば、それは裁判所等の議会への従属を想定しているのであって、権力分立とは言い難く、日本国憲法の解釈論とはなり難いであろう。杉原は続けて、「違憲立法審査制度は、国民の多数の意思や利益が法律に反映され、その意味で国民の多数の権利・利益が法律によって保護されていることを前提とする」とし、「国民—国会のルートを制度閉鎖的状况におき、社会的多数者が違憲立法審査の手に訴えていくことは、民主主義の観点からみて病理的でありまた非能率的でもある」と述べる⁴¹⁾が、ここには、議会の多数派である「人民」代表が同時に人権の擁護者たり得るという楽観の見通しがあるように思われる。もし、「立憲主義」が「国民主

権（人民主権）の下においては、当然のこと」⁴²⁾とされ、多数派の横暴が阻止されるべきであるとすれば、民主的でない、あるいは議会よりは民主的正統性の劣る機関により議会の権能が制限されることを容認せねばならず、人民主権論の人民主権論たる所以が減退するのであり、ジレンマに悩まされよう。

結局、日本国憲法解釈論としての杉原説は、裁判所が、どのような法令や政府行為を違憲と判断するのかにつき、人民の意思が何であるかの暗黙の了解を超えた、理論的で明快な根拠、特に訴訟法的根拠を示すことができない点で疑問である。杉原は、「国民の意思の分布状態を公平に写し出す選挙制度が必要不可欠」⁴³⁾であるべきであると当然のように主張するが、「議員定数配分の不平等、それに由来する一票の価値の不平等が」保守「長期単独政権の鍵であ」った⁴⁴⁾と批判しながら、意外にも、その基準は「1対2以上の格差は認められない」⁴⁵⁾という緩やかなものであるのは、代議制をやむなき代替物と考える純粋な人民主権論とは相容れない主張に見える。このようなことからすると、一般的世界史的展開や理念・哲学としての人民主権論の当否は兎も角、日本国憲法解釈論として適切な理論であるとするのは難しいと思われる。

近代デモクラシーの「立憲主義的解釈」（自由主義的解釈）の下では、スターリニズムであれ、ファシズムであれ、人民の熱狂に支えられた独裁を最大限警戒すべきだということが、自由民主主義社会における最大の教訓となろう。この意味でも人民主権論の採用は躊躇される。杉原は、「1936年のソ連憲法（「スターリン憲法」）を不動のモデルとする」体制は、「その運用の現実においては、」⁴⁶⁾「『ついに発見された政治形態』と評された1871年パリ・コミューンの憲法構想とは、原理を大きく異にし、「非民主的な政治・経済制度、民主主義に不可欠な表現の自由をはじめとする市民の基本権についての政治的恣意的制限の制度、戦争の違法化原則と効果的軍縮に対する消極的な憲法構造」などを

有する「社会主義時憲法体制については、20世紀末にそのモデルを失うことになるが、それは誤った社会主義モデルからの解放を意味する」⁴⁷⁾としている。しかし、ソ連崩壊は、純粋に、主体が「民衆」であれ「人民」であれ、全体主義政治体制を永久的に忌避すべきことを教訓とすべきであり、ゴルバチョフ大統領⁴⁸⁾が平和理にその実験を終わらせた勇気を純粋に賞賛するべきであろう。基本的人権の尊重、権力分立、法の支配を指導原理の一部とする日本国憲法もまた、それに同意するものと言えよう。

そして、ならば、ソ連型社会主義よりも先に、そのずっと以前に失敗したファシズムを問題にするのがフェアである。ファシズムは、第一次世界大戦後に全ヨーロッパに拡散した。「政治化した在郷軍人会」のような流れを汲む人々も多く、第一次世界大戦の「落し子」であった⁴⁹⁾。ドイツ労働者党（Deutsche Arbeiterpartei）の結成は1919年1月5日、イタリアにおける「参戦兵士のファッシ」（fasci di combattimento）の結成は同年3月23日である⁵⁰⁾。ドイツは共和制で、イタリアは君主制であり、そのことはメルクマールにはなりそうもない⁵¹⁾。それまでヨーロッパに存在した保守主義、自由主義、共産主義とは異なり、この時期のヨーロッパの一部に「新奇」に生まれたものである⁵²⁾。その証拠に、ドイツでもイタリアでもスペインでも、最高指導者を呼ぶ特別の称号が生じた⁵³⁾。総じて、反社会主義、反自由主義、反議会主義、反国際主義、一般的な資本主義にも反対という姿勢が採られた⁵⁴⁾。先進的な資本主義国中心の世界秩序に対する、後発的帝国主義諸国の実力による挑戦（かつ、共産主義を排除しながら）という観方がこれまで有力であったように思われる。何れにせよ、1942年秋には、ファシズム勢力は欧州の大半を支配するに至ったのである⁵⁵⁾。

よく、典型的なファシズムとされるのは、ドイツ労働者党が1920年に改称したナチス（国家社会主義ドイツ労働者党 = Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei）によるものである。「1929

年の世界大恐慌により」「議会は立法能力を失い、大統領の緊急命令による立法が常態化していく。」⁵⁶⁾そこにヒトラーがやってくる。1930年時点で、ナチスの党員の33.9%が新中間層であるが、それ以上に、農民・手工業者・商人からなる旧中間層が34.7%を占め、労働者層が28.1%と少ないのが特徴である⁵⁷⁾。ナチスは選挙闘争での勝利を中軸に据え、ある種の議会主義の形を採る⁵⁸⁾。100万を超える党員、35%の得票率、党付属の各種大衆団体のネットワークを構築した⁵⁹⁾。これを基に1933年に政権を樹立したものである。政権は、連立パートナーを脅し、直後に全権授権法を成立させ、ワイマール憲法48条の国家緊急権を悪用して独裁体制を敷く⁶⁰⁾。ナチスには官吏や一般公務員を中心に入党が殺到し、1943年時点で党員は760万人にまで膨れ上がった⁶¹⁾。街頭で他党派の集会やデモを粉砕するために出動する政治的暴力装置であるナチス突撃隊は1934年時点で450万人、「第三帝国」の管理暴力の中核組織となるナチス親衛隊は1937年末時点で20万人を数えた⁶²⁾。社会統合の危機に指導者崇拜によって克服しようとする試みであるが、これは、伝統的支配体制の再編成を、没落の危機に瀕した中間層が求めた結果であると言えようか⁶³⁾。

ナチスの政治・社会思想は「民族共同体」(Volksgemeinschaft)であったが、実際にはアリア「人種」共同体となった⁶⁴⁾。強制収容所に入れられた者は公式記録でも1933年7月末時点で2万7000人、1934年から10年余の人民裁判所(Volksgerichtshof=人民法廷、民族裁判所、民族法廷)の死刑判決数は5214人であり⁶⁵⁾、統制の過酷さは日伊と比べても突出していた。「中間層問題を国内で解決できなかったことは、ナチスの対外進出に独特の社会的性格を与え」⁶⁶⁾、「農民や職人の植民のための『生存圏』政策の具体的な必要性に裏付けられ、」「東方大帝国の建設」という主張が再登場する⁶⁷⁾。再軍備やポーランド侵攻など、電撃的で、目的のためには(手段合理的ならば)手段を選ばない印象が強い。

しかし、1944年までドイツのGNPは増大し続け、労働者の所得総額も、超過勤務分だけ増えていた⁶⁸⁾。この「経済の活性化」が「国民のヒトラー支持の大きな基盤となった」⁶⁹⁾。ドイツ人がそれに先んじて気づき、ナチスに抵抗する具体的な行動を何れかの時点で起こさなかったことが、残虐な結末を招いたのである⁷⁰⁾。

ただ、ファシズムとは元々、第一次世界大戦後に登場したイタリアの国家ファシスト党(Partito Nazionale Fascista)の政治運動や思想であり、ナチズムとは一線を画し⁷¹⁾、日本での、両者を同一視する一般的理解に警告を発する見解もある⁷²⁾。それは、「場当たりの多数派形成の政治が常道にな」った⁷³⁾が第一次世界大戦戦勝の成果を十分に得られず、「未回収のイタリア」問題を残したイタリアにおいて、元は社会党員ながら参戦により民族主義に目覚めたムッソリーニが、「プロレタリアートの国際的な連帯とは異なる革命思想」⁷⁴⁾を生み出し、1920年頃から期待が強まったものである。直接行動による街頭支配を運動の特徴とする⁷⁵⁾。運動の基盤は、下級官吏、知識人、学生などの新中間層であり、それが1921年時点で党員の35.3%を占めたほか、ドイツと異なり、労働者層も40.8%と多く、逆に旧中間層は21.2%と少なかった⁷⁶⁾。1925年、ムッソリーニは議会での演説をきっかけに独裁体制を樹立する。組合組織を国家の基礎とし、1926年には協同体省を設立、1933年には産業復興公社を設立し、金融や工場を半国営化した⁷⁷⁾。しかし、「イタリアの経済成長が、主要には体制自らの政策の帰結として、国内の大衆消費市場の急速な拡大の基盤をほとんど、あるいはまったくもたらさなかった」ため、「ファシズムの唯一の自発的支持基盤たる下層中産階級の要求はほとんど満たされなかった」⁷⁸⁾。マス・メディアを備えることが急務であり、ラジオの普及、映画の大衆化、演劇の「民主化」、巡回演劇、それを通じての党幹部の演説が行われた⁷⁹⁾。「起立・服従・闘争というファシズム固有の徳を教え込むため」⁸⁰⁾、「組織化」が「努

方の中心課題となった」のである⁸¹⁾。こうして、「スポーツや娯楽から子育てのあり方に至るまで」、「イタリアの政治・経済エリートによる政治的操作の過程にある公的領域のなかに、否応なしにひきずり込まれていった」のである⁸²⁾が、ナチス異なり、その「支配にいかなる明白な脅威も及ぼさないようなグループを規制するために、余分なエネルギーを浪費しようとは思わなかった⁸³⁾」ので、「全体主義的と公言された組織の外側に膨大な数の多様なグループが残っていた」のだ⁸⁴⁾。

ナチズムに比べ、イタリアのファシズムは「多元主義的」で、「自分とは違う意見を持つ者や、異なる民族に対して一定の理解を示す点で、『寛容性』との親和性も高」かった⁸⁵⁾。「人間は、社会のため、国家のために能動的に生きなければならない。能力は異なるのだから、平等主義は忌避するし、一人一票の原則は認め難いことになり、エリート主義、「官僚主義との相性が非常にいい」のである⁸⁶⁾。「こうした人生観にもとづいて、ファシズムの社会観は組み立てられている⁸⁷⁾」のであった。このため、イタリア・ファシズムにおいては、「親がイタリア人だから、子どももイタリア人」なのではなく、「イタリアのために働く人間がイタリア人」となった⁸⁸⁾。そこでは、「国民」の全体性・有機性が強調された⁸⁹⁾。反ユダヤ主義は、失脚したムッソリーニがナチスの傀儡政権として登場する1943年のサロ共和国まで登場しない⁹⁰⁾。全体の立場に反する個を認めないため、自由主義とは相容れないが、「個々人が自らの権利を議員に委任できるという擬制（フィクション）」である議会制民主主義とは親和性がある⁹¹⁾。このため、「民主主義原理はそのなかにファシズムへとつながる潜在的可能性を常に孕んでいる⁹²⁾」と言えよう。そして、「自分たちの利害を議会で反映してくれる候補者や政党が存在しない」とき、「私たちは外部に『敵』をつくり出すことで、自分の不安定な生活や境遇を覆い隠そうとし」、「排外主義が忍び込んで」、「そこから外

れていく人たちを非国民として排除していく運動にな」ったのである⁹³⁾。

対して、日本で「ファシズム」を行うことについて、佐藤優は、天皇制のために無理だと述べる⁹⁴⁾。一方、中途半端なファシズムには「本来のファシズムとは別種の危機や脅威が存在する」とも指摘する⁹⁵⁾。戦前日本の「ファシズム」とはそういうものであった。大日本帝国（明治）憲法体制には権力分散と多元化の仕組みがあったため、「徹底的な縦割りシステムが存在するので、国民を束ねるようなファシズムは未完に終わ」ったが、「日本では本来のファシズム以上に危険な、排外主義や精神主義として表出した」のであり、現在でも、「嫌韓や反中という形で、根拠のない排外主義的な言説が広がっている」ことから見ても、これを警戒せねばならないと言う⁹⁶⁾。日本の戦前の体制をファシズムと呼ぶべきか否かは別として、そうなった経緯については歴史的検証が必要である。

日本では、「よく攻める側が勝つ⁹⁷⁾」「日本陸軍の新哲学の成果⁹⁸⁾」である日露戦争⁹⁹⁾後のポーツマス条約の評価を巡る1905年の日比谷焼き討ち事件を政治的大衆の登場と捉えてよく¹⁰⁰⁾、それまでの自由民権運動や初期社会主義運動における民衆・労働者があくまでも観衆であり、見物する存在に過ぎなかったのとは一線を画する¹⁰¹⁾。1913年の第一次護憲運動では、国会議事堂周辺に集った群衆は第3次桂太郎内閣を倒す。明治憲法が欽定憲法とはいえ、「近代憲法に共通する実質を備えており、それに基づく立憲主義の根拠」があった¹⁰²⁾。この頃、「明治天皇という国民の偉大な厳父が去ったところで」生じた第一次世界大戦で、日本は、「遊び暮らしても構わないのだという感覚を国民が味わってしまった¹⁰³⁾」。1925年、加藤高明首班のいわゆる護憲三派内閣により普通選挙法が制定され、今に続く選挙運動の規制強化もなされる¹⁰⁴⁾。併せて治安維持法が制定されたことも肝要である¹⁰⁵⁾。1926年発生 of 松島遊郭事件は、憲政会の箕浦勝人の収監・起訴に至り、翌々年に無罪

が確定するも、政党政治家への不信感¹⁰⁶⁾を植え付けた¹⁰⁷⁾。

1927年、前年の張作霖爆殺事件の処理に対する昭和天皇の叱責のため、田中義一内閣は総辞職する。天皇のみならず宮中の力が大きくなっていったこと¹⁰⁸⁾、天皇型ポピュリズムを導き出してしまっていることに政党人の自覚が足らなかったこと、マス・メディアも既成政党の批判ばかりに熱心で、その健全な育成に意を注がなかったこと¹⁰⁹⁾が要点である。吉野作造も、衆議院における「一政党の横暴」と攻撃したが、普通選挙である以上、その議会構成は有権者・大衆の責任であるにも拘らず、その自覚を欠いていた¹¹⁰⁾。1930年、民政党の浜口雄幸内閣が統帥権干犯問題を抱えると、政友会の犬養毅、鳩山一郎らはこれを攻撃し、浜口が「不答弁主義」を取ったことで、浜口が「非立憲的」と批判され、犬養が軍令部の味方をする事態に陥った¹¹¹⁾。海軍は緒方竹虎ら新聞社の代表と会合を持ち、多くの新聞は軍縮の成功を望みつつも、ワシントン会議では主力艦の比率を対米7割とすべきとの論調となる¹¹²⁾。この時期、1922年・23年の山梨軍縮、1925年の宇垣軍縮により、将校3400名、准下士官以下9万3000人が失業し、軍人志願者も激減、軍人の社会的地位が大幅に低下していた¹¹³⁾。他方、「勇気と決断さえあれば物的・数的にはどんなに不利でも必ず勝てる」という『タンネンベルグ神話』が、大正末期から日本陸軍にどんどんはびこりはじめる¹¹⁴⁾のである。また、「来るべき総力戦にむけて企業を軍の統制下に置き、産業構造を軍事的に再編成する」「ための統制経済が実行されるには、政党政治が後退し、政治勢力として軍そして官僚組織が前面に出てこなければならなかった¹¹⁵⁾」という側面もある。この中で生じた、1931年6月頃からの陸軍軍制改革問題でも、新聞は軍部を強く批判した¹¹⁶⁾が、同年9月、満洲事変が発生すると、対外関係の緊張の中で軍部は寧ろ肥大化していく¹¹⁷⁾。そして、新聞各紙もこれを誇らしげに報道する¹¹⁸⁾。対外危

機を掲げて「劇場型政治」が展開されると、世論はそれに急速に傾斜し、政党人もそれを追認するばかりとなった¹¹⁹⁾。1932年の5・15事件の裁判報道は政党に厳しく、被告軍人に甘く、4万にも及ぶ減刑嘆願の結果、最も刑の重い者でも禁錮4年に留まった¹²⁰⁾。政党優位への不満もあり、1933年の国際連盟脱退の際には新聞も大衆も熱狂し、これを抑える指導者はいなくなつた¹²¹⁾。1936年の2・26事件で、統制経済に批判的な高橋是清が暗殺されると、国家総動員に対する財界の抵抗も消滅した¹²²⁾。そして、直後の広田弘毅内閣で軍部大臣現役武官制が復活し、体制は完成段階に向かう¹²³⁾。多くの知識人は既成政党＝ブルジョア政党に失望すると無産政党に期待をかけ、それも広範な支持が得られないと知ると、「軍部」、そして1937年以降の「近衛文磨」と「新体制」に期待をかけてしまったのである¹²⁴⁾。

近衛には、インテリ人気のほか、女性人気、大衆人気もあった¹²⁵⁾。1940年、第2次近衛内閣は大政翼賛会を作り上げる。ここには、新党結成以外に目的はなかった¹²⁶⁾。ナチス・ドイツの特派公使の「ドイツは日ソ親善の『正直な仲買人』になる」との誘導とポピュリズムに乗って日独伊三国同盟が調印され、ヒトラーの対ソ戦略に騙される¹²⁷⁾。南部仏印進駐に進んだ時点で、日米関係は後戻りできなくなった¹²⁸⁾。最後には、東條英機が「ひとり何役もする」ことで「国体を護持しつつ総力戦」に臨む¹²⁹⁾ことになる。「法外の仕組みをたくみに運用」した「非正規の検閲が要請され」、「自主検閲・自主規制」が促されていく恐さがあった¹³⁰⁾。これは、「独裁したくても」「困り果て」、「兼職でなんとかしよう」としたが、「職域のしきりが高くてなかなか上手く行かない」のに比べれば、「言論統制や思想統制くらいは法的にもやりやすかった」のであり、日本の戦前は「一元的な全体主義」を達成できなかったのである¹³¹⁾。

戦前の日本もファシズム勢力の一角と捉えられがちであるが、巨大な大衆運動の指導者はな

く、寧ろその敗北の後にそのような体制が出来上がっている点で、ドイツやイタリアとは異なる¹³²⁾。明治憲法の一方向の解釈である「国体」中心主義が、「昭和恐慌のなかで新たな苦悩を背負わされた農村と都市底辺層の窮迫状況」を背景に「急進化」し、「中間エリートの危機意識に見合う共同体イデオロギーとして機能した」¹³³⁾のかもしれない。空気に流される集団主義、過剰な「忖度」と無責任体制が、日本の問題点として浮かび上がろう。

以上のような経過があり、第二次世界大戦の後に生まれた日本国憲法や（西）ドイツ基本法が、軍国主義やファシズムを忌避し、「『人権』観念の再生復活」¹³⁴⁾を基本とするのは当然であった。そこには自然権思想の復活という意味もあった。そして、「主権ないし強力な権力・権威をもつ君主（制）と立憲主義（その主要内容をなす議会制）とを調和させることの難しさ」を認識し¹³⁵⁾、それぞれの直前の憲法が有していた、「政府の安定性・活動力の確保という面でも、権力の行き過ぎ・暴走に対する抑制という面でも、深刻な課題を抱えていた」¹³⁶⁾ことへの反省を踏まえ、立法・行政に対する司法権の強化を備えていたのである¹³⁷⁾。そしてまた、「『ポツダム宣言』の受諾は、日本の政治・国民が自ら取り組むべき課題（立憲主義の復活強化という課題）を遂行することを自らに誓い、かつ、国際社会に向かってそのことを約束したという意味をもつ」¹³⁸⁾のだとすれば、民主主義だから民衆の意思をただ尊重すればよい、というような日本国憲法解釈は困難な筈であり、立憲主義的解釈（自由主義的解釈）が基本となるべきであり、権力分立や法の支配、個人の基本的人権の尊重を重視すべきであろう。

だが、現在の日本で、「3.11以降に『絆』という言葉が氾濫したことは、ファシズムへの傾斜が強まっていることを示している」として、「合理主義、個人主義、生命至上主義」のような「啓蒙主義的な価値観では危機を克服することができない」とする「思想が求められるよ

うになって」きているとする警戒感もある¹³⁹⁾。「政治の横暴・暴走の悲劇に痛切な思いをした国・国民は、憲法による政治に対する確かな法的統制の不可欠性を認識するに至った」¹⁴⁰⁾筈であったが、人間は忘却する生き物で、日本人は特に忘れ易いということなのであろうか。特に、ソ連型社会主義が否定されるよりずっと以前、いわば現代¹⁴¹⁾の冒頭で、「日独伊の三国にとって、全体主義体制を払拭する根本的な立憲主義体制作りが喫緊の課題となった」¹⁴²⁾ことを忘れていたのではないか¹⁴³⁾と危惧される。日本に、そのような全体主義、就中ファシズムが再来する危険はないのであろうか。

「一億総中流」と言われた日本の階級格差は拡大している。「平成24年就業構造基本調査」より算出される場所では、資本家階級（規模5人以上の経営者・役員・自営業者・家族従業者）は総人口の4.1%、旧中間階級（規模5人未満の同）、が12.9%新中間階級（専門・管理・事務に属する被雇用者）は20.6%、正規労働者が35.1%、パート主婦が12.6%、非正規労働者¹⁴⁴⁾が14.9%と分類できるという¹⁴⁵⁾。現在の非正規労働者の増大は、膨大な貧困層の形成の原因となっている。1985年には1400万人であったそれは、2012年には2050万人にもなり¹⁴⁶⁾、貧困率は日本全体では16.3%でOECD平均を超える¹⁴⁷⁾。結果、「資本主義社会には『資本家階級』対『他の3つの階級』という対立関係がある」¹⁴⁸⁾と言われてきたが、「いまや資本家階級から正規労働者までが、お互いの利害の対立と格差は保ちながら、一体となってアンダークラスの上に立ち、アンダークラスを支配・抑圧しているといえないだろうか」¹⁴⁹⁾と、社会学者の橋本健二は斬り込む。「生存権を保障されない、そればかりか結婚して（あるいはパートナーを得て）家族を形成する機会すら、主に経済的な理由から得ることのできない人々が、人口の無視できない部分を占めている」¹⁵⁰⁾。そして、「非正規労働者は『階級以下』の存在、つまり『アンダークラス』と呼ぶのがふさわしい」¹⁵¹⁾し、「もはや

『格差社会』などという生ぬるい言葉で形容すべきものではない。それは明らかに、『階級社会』だと断じた¹⁵²⁾。そればかりか、少子化の下、正規労働者以上のクラスは、誰かをアンダークラスに突き落とさねば自分は居残れない状況に突入しよう。

橋本が「階級」という語を用いたのには、それが固定化されてきた意味も含まれている¹⁵³⁾。「学歴の違いを媒介として、格差が世代から世代へと継承されている可能性は高い」¹⁵⁴⁾のである。格差の拡大は、アンダークラスだけではなく、社会全体の平均寿命を押し下げる。経済格差が大きいと、多くの人が公共心や連帯感を失う。貧困層が多くなると犯罪率も高まる¹⁵⁵⁾。税金を払えない人が増え、社会保障支出が増大する¹⁵⁶⁾。子どもや自分の能力を高めることができなくなり、生産性も低下する¹⁵⁷⁾。だから、「階級社会」なのである。

階層別の政治行動を橋本が分析すると、まず、旧中間階級は2012年時点で自民党支持率が35.5%と高く、資本家階級と共に保守的である¹⁵⁸⁾。新中間階級は自民党支持率が27.5%と低く、「豊かな生活を送っている」割に「政治的には必ずしも保守的ではな」い¹⁵⁹⁾。正規労働者は支持政党なしが多いのが特徴で、労働組合加入率38.9%にも拘らず、当時の民主党支持率4.7%など、現在の野党支持率が低いのが特徴である¹⁶⁰⁾。労働者が革新政党を支持するのは過去の話である。これに対し、アンダークラスの自民党支持率は15.3%と最低で、それ以外の政党の支持率合計が16.8%とそれを上回っている¹⁶¹⁾。多分に、このようなことの継続が、戦後長く、「政治的・社会経済的にみて少数者・弱者にあたる階層の要求が、立法・行政レベルでの政策形成に必ずしも公正かつき細かに汲みあげられているとは言えない状況」¹⁶²⁾を固定化させてきたのだろう¹⁶³⁾。よく言われる、アンダークラスと排外主義の結び付きは抽出されず¹⁶⁴⁾、若年層の保守化も、自民党支持率が下がらなかったという程度である¹⁶⁵⁾。アンダー

クラスでは、格差是正と排外主義の組合せを支持する意見が36.2%とはっきり高く、格差容認と多文化主義の組合せを支持する意見が19.0%とはっきり低い¹⁶⁶⁾。

旧中間階級に次いで正規労働者が相対的に自民党支持に回る率が高く、これを挟む新中間層とアンダークラスとは政治的指向が異なっている。2005年の小泉郵政選挙以降、しばしば首都圏などで自民党の得票率が高い理由の一つの説明となろう。格差拡大の認識は自民党支持者で少ない¹⁶⁷⁾。また、所得再分配を求める度合いは、アンダークラスで際立って高く、自民党支持者で少ない¹⁶⁸⁾。自民党支持の数的な支柱は、旧中間階級のほか、現状から転落したくないという正規労働者層に見える。排外主義と軍備重視は自民党支持者で高く、橋本は、これらを「凝り固まったカルト集団のように思えてくる」とまで表現する¹⁶⁹⁾。『『中の下』の反乱』¹⁷⁰⁾の構図だ。長く存在してきた、格差是正と多文化主義の組合せが左派を形成し、右派はその逆という「構図はかなり崩壊している」¹⁷¹⁾。伝統的な自民党ではない、より極端な排外的主張に雪崩れ込む危険が潜在的にある。他方、アンダークラスは、「格差に対する不満と格差縮小の要求が、平和への要求に結びつかず、排外主義と結びつきやすく」、「誤った方向に向けて誤爆」¹⁷²⁾しかねない。「追い詰められたアンダークラス内部に、ファシズムの基盤が芽生え始めているとっては言いすぎだろうか」¹⁷³⁾と思える状況にある¹⁷⁴⁾。

政治改革・行政改革が進行し、中でも衆議院の選挙制度を小選挙区比例代表並立制に転換したことにより、派閥の力が弱まり、選挙の顔としての首相のリーダーシップが強まった¹⁷⁵⁾。各省庁の幹部人事についても、内閣人事局の設置を通じて、首相官邸の介入が深まっている¹⁷⁶⁾。小選挙区中心の選挙制度は、「少数派の横暴な特殊権益」を淘汰する機能もあるが、「基本的人権と言っていいものまで切り捨ててしまうことになりかねない」危険がある¹⁷⁷⁾。世論の支

持は必要であり、加えて、日本の二院制には「強い参議院」¹⁷⁸⁾があるため、参議院議員通常選挙も勝利し、「ねじれ国会」を避けることが大事である¹⁷⁹⁾。「首相は、政権を維持するためには、自らが意図する政策を何としても実現しよう」とし、「その障害となる独立性の高い機関に対して、合法的に行使できる人事権を駆使して、自らに従わせようとすることは必然であるし、統治機構改革は、そのことを可能にするための改革であった」¹⁸⁰⁾。一言で言えば、首相への権力集中であり、独裁が近付いている。国際的に連帯できない貧しき「人民」は共産主義を目指すことはなく、身近な「敵」である、外国人や中間層（中の上）の排除に向かい、しばしばファシズムに傾斜し易いというのが、歴史的経験を踏まえた示唆であるように思われてならない。幾つかの偶然の組合せにより、日本国憲法の保障する立憲主義が排除され、ファシズムに向かう危険がある。

この民主主義の暴走の危険を突き詰めれば、究極には一切の民主主義の否定となる。西部邁は、「民衆が愚かならばデモクラシーは衆愚政治に転落する」のであり、「衆愚政治はオリガキー（寡頭政治）やプルトクラシー（金権政治）などを通じて最後にはタイラント（専制君主）をもたらすに至る、つまり独裁政治に帰着する」ことを、古代アテネを例に強調する¹⁸¹⁾。「すべて民衆の拍手喝采によって、ということはデモクラシーが頂点に達したことの結果として、独裁制へと（民主主義的な手続きを通じて）転化」するのだと指摘する¹⁸²⁾。現在の「米欧日などの大統領選や首相選とて、それらがポピュリズム（人気主義）に依拠している点では、独裁制と大差ない」¹⁸³⁾と言う。そして、「未来が、新模型の新流行によってますます不確実性を強め、その不確実性が、（確率的予測の可能な）リスクから（それが不可能な）クライシスへと移行しているというのに、その危機を乗り越える模型を誰かが提示してくれるはずと思い込み、そうなればその模型へ向けて大挙して流れ込も

うと、マスは身構えているのである。その結果は、むしろ、デマゴギー（民衆煽動）のためのフェイク・モデル（贋の模型）が政治のプラットフォームに掲げられるだけに終わる」¹⁸⁴⁾と言う。確かに、過剰な民主主義は近代立憲主義国家の、延いては市井の市民の害となろう。

だが、西部の議論には、民主主義の行き過ぎを是正する仕組みが、通常の近代立憲主義憲法には用意されているという視角が抜けている。戦後、「現行憲法の制定過程で日本側は、むしろ占領国側に抗して、貴族院の温存につながる二院制の確保に努め」¹⁸⁵⁾、権力分立制を擁護したのである。「バビロン法典」が「『犯すなかれ騙すなかれ』と法律で規定するのは人間性のうちにそうした罪業を為す可能性がたっぷり含まれているからに他ならない」¹⁸⁶⁾として、憲法が国民の義務を殆ど語らないことを非難する¹⁸⁷⁾西部は、立憲主義について、「立憲主義を本気でいうのなら、『現憲法の重大な欠陥ありと判明すれば、できるだけ速やかに改正する』というのが立憲の本意のはず」だとして、現状の立憲主義は「『既存の憲法の上に立つ』ばかりで『真つ当な憲法を見出す』という作業がなごりにされ」ていると批判した¹⁸⁸⁾が、まさに、日本国憲法には民主主義の行き過ぎを抑止する装置がある。歴史的考察を経ても、中核なき統治構造の明治憲法（君主制）の方が、ポピュリズムを産み易かったのではあるまいか。立憲主義の本旨は、君主制であれ民主制であれ、権力の抑制にある。西部は、「自由」「民主」に加え、「進歩」も嫌い、「始末すべきは維新後150年の日本列島における紋切型の学と化してしまった近代主義と大衆主義」¹⁸⁹⁾だとして、「現代において可能な進歩は、『イノベーションの質と量に国家が法律的、政治的かつ文化的に制限を加えることによって文明の破壊と退歩を遅らせる』ということしかない」と述べる¹⁹⁰⁾のであるが、近代への進歩も否定し、君主制（もしくは軍国主義）への回帰を「真つ当」とするのであれば、それこそまさに民衆煽動と言うべき

ものであろう。

結局のところ、西部流の、近代立憲主義さえ押し流す民主主義批判は、現行日本国憲法どころか多くの自由民主主義国家の憲法解釈の指針になるまい。人民主権論とは全く逆の立場に立っており、仮に民主主義の大なる限界という想いに一定の親近感があるとしても、国民主権原理に立つと誰もが認める日本国憲法の解釈としては、これまた受け容れ難いのである。民主主義の成熟までは「良き統治」(グッド・ガバナンス)に委ねればよいという、よくあるアジア政治の議論もまた、シンガポールは幸運だったがフィリピンは長く不運だったというような指導者運に委ねるばかりである¹⁹¹⁾。イエス・マンに取り巻かれた独裁者が典型的であるが、専制的な指導者の下、いかに官僚が優秀であるとしても、民主制に比べて情報収集能力に限界があろう¹⁹²⁾。少なくとも、先進国に属する日本の、既存の憲法の解釈として、このような議論を参考にはできまい。

阪本昌成が、「立憲主義とは、民主的な権力であれ、専制的なそれであれ、その発現形式に歯止めをかける制度」だと述べ¹⁹³⁾、「実体のない国民が人民として実体化され、ひとつの声をもつかのように論じられるとき、全体主義が生まれ出る¹⁹⁴⁾」し、「どのタイプの自由主義であれ、民主主義が巻き起こす弊害に対して十分な理論体系を準備してこなかった¹⁹⁵⁾」と指摘する点は、まさに民主主義の限界と思われるものであるが、他面、「デモクラシーを正当とする主要な論拠は、」「多数人の意見の不一致を解決する方法としてデモクラシーは武装闘争よりもよいものであり、人間が発見した唯一の平和的変化の手法である¹⁹⁶⁾」から、民主主義をやめるものでもないとする点は首肯できる。そして、「古代ギリシャに由来する『公的決定への市民の参加』と、中世以来の立憲主義に由来する『権力の分割と法の支配』というふたつの系譜を異にする理念」のうち「選択する道は後者である¹⁹⁷⁾」とする阪本が「人民主権原理と直接民主制に警

戒的であるほうがいい¹⁹⁸⁾」と述べるに至ることは、その論理からして当然であり、この点は、総じて妥当な線に思える。

民主主義は基本的に肯定されるが、限界もある。絶対ではないが、全否定もされない。そして、何よりも、日本国憲法がその暴走を排除する仕組みを有しているとよく理解することが賢明であろう。このため、議会に対し、裁判所は、民主的に制定された立法をおよそ肯定することも、およそ否定することも任務とすべきでない。裁判所が、民主主義の過剰を、いかなる場合に慎重に、厳密に審査すべきかを検討することが憲法学の課題となる。特に、少数意見を切り捨て、将来の不幸を考えずに政治が暴走するのを前に、裁判所による政治的権利の擁護は志向されるべきである。表現の自由や参政権などの侵害が厳格審査されることは、ますます当然のことと考えざるを得まい。

2 平和主義と司法審査

立憲主義、あるいは裁判所の判断を通じた法の支配を考えるとき、日本国憲法の場合は、その徹底した平和主義との関係も問われなければならない。不戦条約と国際連盟が第二次世界大戦を防止できなかったことで、戦後、「マッカーサーは、日本の防衛は今後、国連の集団安全保障によって確保することにすれば問題はないと考えた」と思われる¹⁹⁹⁾。この理解は、有力な学説を経て、砂川事件一審判決²⁰⁰⁾に至っていると考えてよい。政治学者の苅部直は、「そういう態度を道徳的に正当化するのはむずかしい」、「人権の普遍性をあれほど強調するにもかかわらず、生命と安全の保障について重い責任をひきうける対象を自国民のみに限る解釈は、一貫性を欠くのではないか」、憲法前文の「国際協調の原理とのあいだに、自己矛盾が生じている」、と疑問を呈している²⁰¹⁾。米ソにとって一利なき国連軍は組織されず、それによる安保管構は、理念通りにはいかなかったことは明らかであった²⁰²⁾。情勢は変わり、日本の安保管

政策の選択肢は、その分一つ横滑りしたということであろう。

日本における「護憲派」の中心的課題は長く、立憲主義そのものというよりも、ピンポイントに憲法9条の擁護であったと言えよう。憲法学界でも、9条「1項部分的放棄説＝2項全面的放棄説」「の正当性は、否定しがたい」²⁰³⁾などとするのが多数であり、通説と呼ばれた芦部説もこの立場であって²⁰⁴⁾、現在でも、有力か否かはさて置き、多数説であるように思われる²⁰⁵⁾。他方、今日、非武装中立しか憲法政策的に取り得ないとする有力学説はほぼ皆無と言ってよい²⁰⁶⁾。そして、裁判所による違憲判断がないことにも、総じて批判的である。問題は、仮に、それが正当な立場だとして、その解釈を裁判所が示すべきなのか、あるいは、どのような事案において示すべきなのかである。「護憲派」の多くは、政府が創設した自衛隊を裁判所が違憲としてくれると期待した。「その間に自衛隊の既成事実化が進み、国民意識においても、また、政党の立場においても、自衛隊を合憲とする立場が圧倒的に有力となった」²⁰⁷⁾。しかし、一般の安保防衛論議は、「軍隊が自国民を殺戮する事例に満ちている」のに、例えば、「『腐敗した政党政治』を打破するために首相を暗殺し軍事政権を樹立して、批判的な国民を銃殺する」ように、「『自衛隊が日本国民を攻める危険』への考慮がすっぽり抜け落ちている」²⁰⁸⁾のである。加えて、政府は非武装中立主義なのに、裁判所が自衛軍の創設こそ正しき憲法9条解釈だと宣言する事態も、反実仮想ながら、想定できる²⁰⁹⁾。このため、「武力組織という重大な問題については、権力の統制を何より重視する立憲主義の観点からして、憲法上根拠があやふやなものを簡単に承認してしまうことはできないという立場を貫くべきではなかろうか」²¹⁰⁾とする明快な主張に首肯できる面がある。それでもなお、平和主義に関する司法判断を望ましいと言えるかが、立憲主義憲法下では重い課題である。

政治学者の松元雅和は、「平和主義とは、平和的手段をもって目的を達成しようとする主義主張のことであり」²¹¹⁾として、その議論を始める。そして、この場合の平和主義とは、「個人的信条としての非暴力の教え」である「絶対的平和主義（パシフィズム）」²¹²⁾ではなく、「政治的選択としての非暴力の教え」である「平和優先主義（パシフィシズム）」²¹³⁾の方であるとする。そして、「多くの平和優先主義者は同時に、この原則に何らかの例外があることも認識している」²¹⁴⁾のである。「帰結主義者は」「帰結の善が帰結の悪を上回るなら、」「はっきりと特定の戦争を許容し、推奨し、要求しさえする」²¹⁵⁾。日本国憲法9条も、「部分的には戦争の放棄や武力の不保持がもたらす帰結の合理的考量に基づいていたといえる。なぜなら、戦後憲法の制定段階では、武器をもつよりもたない方が、長い目で見てより有利だとの実利的判断も働いていたからだ」²¹⁶⁾とする。それに固執すれば、「そうすることが有利でないならば、戦争を放棄しなくても良い、ということにもなりそうだ。そこで決定的に重要なことは、暴力に訴える場合の費用と便益、逆に非暴力を貫く場合の費用と便益に関して、れいり 恻然な損得勘定をしてみることであり」²¹⁷⁾。「中長期的な帰結を予測すれば、」「戦後和平がほとんど定義的に、敗者にとって強制的なものとなり、それゆえ不平不満の種になる」ことから、「あらゆる戦争は、次の戦争の遠因となりうる」²¹⁸⁾ので、特に「現実の経済的取引相手」との戦争は、「自国の経済にとって相手国が重要であればあるほど、戦争による損失は大きくなる」²¹⁹⁾のであって、戦争は割に合わない筈である。だが、「近現代戦においてますます」「戦争の被害」は「一般国民に、しかも大規模に降りかかってくる」²²⁰⁾ようになっており、特に「核兵器の登場とその拡散」が、「全部が使い切られる前に、人類は間違いなく絶滅するから」、 「今日の戦争を割に合わないものにしていく」²²¹⁾。 そうなれば、最大多数の幸福という点から、戦争はおよそ止めるべきものと

なっているのであるが、そうならない。「わが国の改憲論者は概して、近代国家が自衛権を保持し、それゆえ自衛軍を備えるのは当然だとの前提から話を進める」が、「軍隊をもつことの費用対効果、逆に軍隊をもたないことの費用対効果が真剣に考慮された形跡は薄い」²²²⁾。但し、「同じことは、もし護憲論が一切の議論の可能性を排して現行憲法に原理的に固執するならば、それにも当てはまるかもしれない」とも指摘する²²³⁾。

では、あらゆる国家が民主主義的な政治体制になれば、戦争はなくなるのか。松元は、確かに、「帰結主義者の平和主義を実現するためには、国民一般の声を政治に反映させる仕組みが必要である」²²⁴⁾としつつも、それに懐疑的である。実際、第二次世界大戦において、イギリスでも、「戦争とはもっぱら資本主義的利権や帝国主義的野心のためになされるもの」²²⁵⁾と考えていた筈の「多くの社会主義者」ですらも「国際的連帯を捨て、自国の資本家階級と協力していった」²²⁶⁾。思い起こせば、日本でも、2・26事件直後、社会大衆党は陸軍統制派と連携した²²⁷⁾のであった。この党の「二大政策は、国民生活の向上と国防の充実であったから、社会主義に向かうのか軍国主義に走るのかは、」満蒙開拓の推進などに見られるように「定かではなかった」²²⁸⁾のである。

加えて、侵略か自衛かの二分論により、後者を許容するなど、「戦争においても正不正の道徳判断を行うことができるという前提のもと、現実の戦争をより正しいものとより不正なものに選り分ける一連の基準を示すことで、戦争そのものの強度と範囲に制約を設けようとする」²²⁹⁾正戦論の立場も根強い。国連憲章もこの立場と言える²³⁰⁾。そして、自然権思想を展開し、「国家がその身を守ろうとするのは、ひとえに個人の身を守るためである」²³¹⁾とするのである。しかし、そもそも、「いつどの戦争が自衛戦争であり、それゆえ正しい戦争であるかを、誰がどのようにして知りうる」かが不明である²³²⁾。

「防衛的に用いられる予定のパワーと、攻撃用に用いられる予定のパワーが、他国から見れば事実上区別できない」²³³⁾。

今でも、「相変わらず、政府の決定と市民の意識のあいだには決定的な断絶があるのではないか」²³⁴⁾と松元は言う。そして、「現実世界には、ヒトラーのような危険人物が潜んでおり、かれらは相手の非暴力を自分の好機としてしか捉えない」、「延々と非暴力の形式的理想に固執する平和主義は、現実を知らない無知な教えか、現実を見ない欺瞞の教えにすぎない」²³⁵⁾が、「市民を主体として、侵略に対して」、「パレードや監視のような非暴力的プロテクト、ボイコットやストライキのような非協力、非暴力的占拠や第二政府の樹立のような非暴力的介入」など、「集団行動として行う非暴力抵抗」である「市民的防衛」²³⁶⁾の途もあったと述べる。「論理的にも、暴力の例外的使用の余地を残しつつ、非暴力手段をあくまで原則とすべきだとの首尾一貫した理由を挙げ」、「実践的にも、市民的防衛や非軍事介入といった、具体的な非暴力戦略を提案する余地を備え」た主張²³⁷⁾を展開するのである。

そして、松元は、「キーポイントは、『国内の変革が国際的な協調に繋がる』という平和優先主義のアイデアにある」と述べる²³⁸⁾。「私たちは、たとえ必ずしも十分な民主制度を備えていなくても、国内政治に向けて発言し、討論し、批判し、賛成し、投票することができる。これらの一つひとつが、国際的な平和を達成するための一歩だ」として、「民主的平和主義」を提唱する²³⁹⁾。「『民主国同士は戦争をしない』という民主的平和論の主張」もある²⁴⁰⁾。そして、「民主主義と平和主義を一体的に結合させることこそ、まさに戦後憲法が目指してきたこと」²⁴¹⁾である。「しかも、民主主義を取り巻く環境は、昨今大きく変化している」として、「インターネット」などにより「市民相互の情報伝達や情報共有が技術的に容易になり、草の根レベルでの政治参加の新回路が形成されつつある」²⁴²⁾。

そこで、「対外政策について、政府の言動を民主的に管理する、国境をも越えた21世紀型の大同盟の誕生を期待できるかもしれない」²⁴³⁾などとする。但し、他方、「対外政策への民意の反映は、戦争を抑止しないどころか、場合によっては促進する可能性すらある。実際、民主主義がナショナリズムとセットになって、好戦性を強めた事例は数多くある」として、フランス革命後のフランスや、第二次世界大戦後のアメリカを例に挙げる²⁴⁴⁾。それでも、「この『最悪の政体』に希望の光を託す以外にない」²⁴⁵⁾と断ずる。「最後には民意に決定の責任と覚悟を委ねるといのが、単なる手続き上の理由のみならず、理念的理由からも望ましい。というのも、戦争と平和の問題は、他の誰でもない国民自身の問題なのである」²⁴⁶⁾と言いつつのである。

松元の議論を憲法論に引き寄せれば、平和主義の擁護には、まずは第一義的に、民主的な体制や運用、何よりも民主的な議論、表現の自由が守られていることが大事であることになろう。尚且つ、図式的に見ると、戦争が政治の採る究極の形であるため、大量の兵力を必要とする近代戦において、健康保険や社会保険などの社会保障制度の充実という福祉国家と普通選挙制度が必要となった²⁴⁷⁾という方向性は、民主的政治体制が、戦争を止める要因をより多く保有していることを示唆する。この点で、民主主義と平和主義のベクトルは並行する。しかし、民主主義がナショナリズムとセットになることも危惧され、特に、国内で経済格差や差別が大きくなると、決して、平等を求める運動や、「上」の階層を引き摺り下ろす動きにはならず、排外主義などに進む懸念があるのだとすれば、そこではまず実質的平等の理念が強調されるべきことを踏まえても、民主主義によって平和が崩れる危険があること、民主主義と平和主義が完全に一致したベクトルではないことには注意すべきである。実際、圧倒的に「共和国による世界連合」が実現したと言っても過言ではない現在であるが、これによって世界平和が生まれ出

されたとは言い難い²⁴⁸⁾。ゴルバチョフ時代のソ連と、プーチン政権下のロシアの何れが世界平和に寄与しているかの答えは、ほぼ明らかである。民主主義は、選挙権を有する者の利害を調整するが、そうではない者の利害を調整する機能は原則として有さないため、内政の失敗を外交で処理することになり易い。戦前の日本による満洲国設立のほか、アメリカのベトナム戦争、イラク戦争、イギリスとアルゼンチンとの間のフォークランド紛争など、例を挙げればきりがなく、平和主義も掲げる以上、民主主義の限界、両者の相克の存在を認めるものであることは確認できよう。民主的多数決に抗しても平和を擁護する仕組みが、日本国憲法の少なくともどこかにはある、と考えざるを得ないであろう。要は、平和の問題は、まずは各国の民主政治の問題であるということである。これらについて、裁判所が積極的に関わるべきであるという主張は一般的でなく、あるとしても特殊な場面であると言わざるを得ないであろう。

平和の問題は、まずは民主的に決するしかないであろうことであり、統治機構の一部に丸投げできないことも示唆している。逆に、憲法9条の問題が憲法論の中で突出して議論されるようになったため、政治過程における交渉と妥協を通じて、多くの国民の意思を擦り合わせていく時間的な営みがなかったことが、立憲主義の成長を阻害してきた感が強かった²⁴⁹⁾。平和主義が日本国憲法の下で重い原則であるとしても、これを裁判所の主課題とすることは難しいことを示そう。憲法9条の積極的活用を司法権に期待する見解は、裁判所が政府より好戦的である危険に無警戒である。かつ、およそ究極的な政策判断を行う能力は、一般的に裁判官に付与されていない。そこで、日本国憲法下においても、平和主義の問題、特に、然るべき専門家の間でも意見の割れていた自衛隊の合憲性などについては、基本的に司法権は回答しないのが原則だと思われる。

芦部信喜は、自衛隊が定着した1962年当時の「憲法状態を憲法の変遷として説明すべきではない」、「憲法解釈上疑いのある多くの最高裁判所判決によって憲法規範が変更されたわけでもない」²⁵⁰⁾として、自衛隊合憲論に与することはなかったように思われる。しかしながら、「平和主義は、民主主義とならんで、わが憲法の基本原理である」²⁵¹⁾としつつ、「国民主権原理の中に、さらに、平和主義の原則が法論理的に包含されているとは考えられない。いいかえれば、再軍備のための憲法改正が『憲法によって作られた権力』たる憲法改正権によるその根拠の否定とか、憲法の同一性の破壊、憲法の自殺行為とか、ということにはなら」ないとして、「平和主義が憲法の基本原理であるという論拠だけから、改正の不可能を理由づけることはむずかしい」²⁵²⁾と述べている。自衛隊がいくら定着しても違憲なのではないかと示唆し続けた芦部でも、まさに民主的な決断であれば、少なくとも自衛隊を認めることは、許容していたということである。況してや、安保健衛問題に関しては、国民の殆どが合憲と考えても、8人の最高裁の裁判官が違憲と考えれば違憲である、ということにはなり難い。統治行為論²⁵³⁾の是非は兎も角、「仮に、防衛庁（現在、防衛省）設置法、自衛隊法などが違憲とされた場合、防衛庁（省）・自衛隊は直ちに全面的に解体されなければならないのか」「等々の課題が直ちに生ずることになる」が、「それは、例えば、尊属殺重罰規定²⁵⁴⁾、薬事法距離制限規定²⁵⁵⁾」「などを違憲（無効）とする場合は、相当異なった事態にかかわることは確かである」²⁵⁶⁾とすべきである。「武力は自衛のための必要最小限度のものに限る、という意思を貫くには、真剣な思考と積極的な努力が必要」²⁵⁷⁾であるのは、偏に最高裁でなく、全国民と考えるべきである。即ち、安全保障問題については、一見明らかに違憲でない限り、裁判所は憲法判断すべきではなからう。自衛隊に関する憲法判断は、その違憲性が明確でない状況に鑑み、裁判所が行うべきではなからう。

有力な憲法学説の多数、内閣法制局の伝統的見解とも、自衛隊と非戦闘地域へのPKO派遣までは合憲としており²⁵⁸⁾、最高裁も、合憲説が成り立ちうる中で、安全保障に関する民意を覆す判断を安易に行うべきでもなく、これらを違憲と判示することは想像できない安定した状況にある。ならば、これらを争うべき事情はない。自衛隊の合憲性に関して憲法学者多数の意見を聞くこともほぼ意味がない。平和主義と民主主義との問題は、これで終わる筈であった。

ところが、近年、集団的自衛権（安全保障）の主張²⁵⁹⁾が、冷戦時代の「ソ連の脅威」に成り代わって、中国の軍事的プレゼンスなどを根拠に強く主張されてきている。これを行行使すると、「日本がベトナム（フィリピン）に向かう中国の艦船を阻止する行動をとる場合はもちろん、ベトナム（フィリピン）に軍事物資を送る行為に出ただけでも、中国からすれば日本は『敵国』となり、日本と中国は戦争状態に入る」²⁶⁰⁾危険があるのに、である。そして、それは国連憲章51条が許容したものであるが、国家の国際法上の義務ではないのに、である。日本国憲法の許容する自衛権とは古典的な個別的自衛権であって、9条の文言からも、軍国主義の反省という立憲の経緯からしても、日本と敵対していない国に対して、「味方の敵は敵」という論理で当該国を攻撃してもよいという集団的自衛権は、ここに含まないというのが一般的理解である。集団的自衛権を遂行するためには、宣戦布告や軍法会議の規定が必要だが、何れも違憲であるとしつつ、集団的自衛権だけは憲法上許容されているという説明に陥っている²⁶¹⁾。だが、上記の事態は「あつたら大変」なものであり、現在では「戦争があったとしても、」短いイラク戦争と長い占領に見られるような、『限定された戦争』であり、『低度の戦争』であらう²⁶²⁾。当面の間、「米国が中心でない戦争、あるいは加わらない戦争もまずなく、」²⁶³⁾「国家と国家、なかでも先進国同士の戦争もまずない」²⁶³⁾、武力紛争の大半は戦争ではなく小規模紛争²⁶⁴⁾という

状況になりつつある。また、安倍政権の歴史認識などが起因して、「韓国は韓米同盟を堅持しつつ中国に接近し、かつてない“中韓蜜月”が生み出されている」²⁶⁵⁾ばかりか、以前から、北朝鮮「の本音は米国との直接交渉によって、現在の休戦状態から脱して平和協定を締結するところにある」²⁶⁶⁾とされていたところ、2018年に入っての南北朝鮮の和解ムード、以前はおおよそ考え難かった米朝会談開始、米・トランプ政権の日本冷遇となると、集団的自衛権の是非以前に、この国の安全を害しかねない安倍イデオロギー外交の桎梏さえ感じるほどである。

2015年の安保法制の制定の際、政府・与党の説明するところは、「集団的自衛権の行使を容認することが、抑止力を高める」ということであったが、「抑止力を高めるには、いかなる場合に集団的自衛権を新たに行使するかを周辺国に対して明確に示す必要がある」にも拘らず、「与党の政治家の間では、今回の安保法制はこれまで以上の武力の行使を認めていないと主張する者もいれば（だとすれば、抑止力は高まらない）、地球の裏側まで武力行使の範囲が広がるかのような言説も見られ」た²⁶⁷⁾。だが、「後者の主張をする者も、いかなる場合に新たな武力が行使されるかを明確に述べようとはせず、最後は総合的に判断して決めるというだけである」が、「これでは、抑止力は高まりようがない」²⁶⁸⁾のである。加えて、「相手国はさらに軍備を強化し、安全保障環境は悪化する可能性も少なくとも同じ程度に存在する」ため、「結局のところ、安保関連法制が日本の安全に資すると考えるべき理由はきわめて乏し」かったのである²⁶⁹⁾。そして、立憲主義の観点からも、「最高裁が9条について機能する解釈を示す役割を放棄してきたこともあり、内閣法制局による有権解釈は『機能する憲法』の重要な要素であった」ところ、「そうである以上、十分な理由がない限り、それを変更すべきでない、しかも、変更後の『新解釈』が、従前の解釈との論理的関係も不明確で、政府の行動の外延を明確

に指示することもないのであれば、なおさらであ」った²⁷⁰⁾。にも拘らず、「何故カテゴリー的に集団的自衛権でなければならないのか、この運び方や説明の仕方の問題ともからんで、まさに『国のかたち』にかかわる深刻な事態が現出」してしまった²⁷¹⁾のである。元最高裁判官、元内閣法制局長官、有力な憲法研究者の殆どと元国会議員・閣僚多数が、平和主義以上に立憲主義の危機として、集団的自衛権を認めず、安保法制に反対したのは当然であった。集団的自衛権否定もこれまた安定した状況にあるのである。砂川事件最高裁判決²⁷²⁾も、当該事案の司法的解決の中で、個別的自衛権を承認したものである²⁷³⁾。国際政治学者がよく、集団的自衛権推進論を示しているが、国内法の専門家ではない²⁷⁴⁾。世論の相当多数は自衛隊合憲論を採る一方、多くの日本人も、そして世界も、「強い日本兵」を望んでいない²⁷⁵⁾。そんな中での安保法制制定は「憲法クーデター」と呼ばれるべき²⁷⁶⁾ものかもしれない。

もし、自衛隊合憲・集団的自衛権違憲という解釈から動く必要がなければ、憲法9条改正も無用である。かつ、仮に自衛隊の存在を記す「加憲」が成就したとき、世論の総意と関係なく、政権が、集団的自衛権を認める先鋭的解釈が進む危険がある。逆に、平和主義の理想が共感を呼んで改正が失敗したときに、改正失敗が自衛隊違憲論の解釈根拠となることも考えられる。つまり、このような「加憲」的9条改正発議は、国民を分断し、安保問題を不安定にしかねず、無用以上に有害であろう。しかも、従来、自衛隊違憲論は9条1項までで違憲とする説と、2項で違憲とする説に割れていた²⁷⁷⁾。もし、これらの解釈をどうしても断ち切りたいならば、少なくとも2項の改正が必要である筈である。2項と「加憲」的条項は矛盾し、後法は前法を破るという公理に基づいて自衛隊合憲論を漸く引き出すこととなるであろうが、解釈の複雑さは改善されない。しかも、憲法前文や憲法9条2項の方が高次の原則であり、「加憲」

の条項は憲法改正限界を超えて無効だとする解釈や、2項の目的の範囲での自衛隊の活動までが合憲だとする限定解釈などが成り立たないわけではなく、自衛隊の合憲性が明確になるわけでもない。明確にするためには、憲法前文と9条全部の改正なら「安全」であろうが、憲法改正限界を超えるものと解され、あまりにも大胆過ぎる、現時点では安全保障を脅かすほど挑発的に過ぎる、と言わざるを得ない。他方、現行9条の下でも自衛隊は合憲であるとする説によれば、憲法改正は必要ない。つまりは、「加憲」的9条改正の発議は、労多くして益のないものである。これを求めるのは、9条が非武装中立を規定していることを確定させ、自衛隊を廃止したい者か、集団的自衛権の全面展開を欲する者かのほぼ何れかであろう（政権主導の提案は、後者含みに見える）。地球の裏側でも中東でも、日本をおよそ攻撃しない国や勢力に対しても集団的自衛権の行使ができるとするのは、さすがに9条解釈として無理があり²⁷⁸、外交上も失敗する危険性がある、現時点での9条改正には賛成できない²⁷⁹。

長谷部恭男は、自衛隊「合憲論者」が「、さしたる積極の意味もなく、むしろ日本の外交・防衛政策上、大きなマイナスをもたらしかねない憲法改正へと向おうとしているかのようである」²⁸⁰ことを危惧している。そして、「万人の万人に対する争いを引き起こしかねない『善き生』とは何かに関する対立を私的領域に封じ込めることで、公共の事柄に関する理性的な解決と比較不能で多様な価値観の共存を両立させようとする立憲主義のプロジェクトと、ある特定の『善き生』の観念を貫くために、結果に関わりなく絶対平和主義をとるべきだという立場とは容易には整合しない」²⁸¹のであり、「自衛のための実力の保持の全面禁止という立場は、準拠として理解された憲法9条の文言を遵守することにはなっても、立憲主義に従うことにはならない」²⁸²であろう。仮に、「アドホックな警察活動を越えた立憲主義的世界国家、つまり

『帝国』が成立可能だとしても、」そこでは「『人権の尊重』という単一のイデオロギーが権力の行使を一元的に正当化する」危険が生じてしまう²⁸³。「民主政治の前提となる理性的な議論の場を確保しえなかった日本の歴史にかんがみれば、『軍備』といえる存在の正統性を予め封じておくことの意義は大きい」²⁸⁴。体制は違えど、「ソ連＝東欧型社会主義憲法」の国々が「総力戦的軍拡による経済・財政の破綻を直接の引き金として、また現代の基本的諸課題を解決できない体制の国として、崩壊した」²⁸⁵と杉原泰雄が語ることから実感できる。

そもそも憲法改正は恒久的なものであり、時期を区切って急ぐべきものでもない²⁸⁶。また、国民主権、権力分立と基本的人権尊重主義、理念としての平和主義などの基本原理の全面的改正は、改正限界を超えるため改正すべきでないし、実際に改正すれば（それは、新憲法の制定と言えるかもしれない）、立憲主義から外れ、日本が国際社会から逸脱して戦前の体制に回帰したと受け取られるであろうから、近年の日本及び諸外国の国際協調主義の緩み全般を考慮しても、極めて危険で無理無謀と悟るべきである²⁸⁷。

度々言及されることであるが、平成時代の天皇・皇后は明らかに護憲派²⁸⁸、それも「憲法9条の庇護者」であった²⁸⁹。天皇の政治利用への自戒から、公言はしないが、飛躍的に増えた訪問先²⁹⁰の選定や記念日の会見での発言から明らかであると言ってよかろう。アメリカでも、オバマ政権は、安倍政権の「歴史修正主義」に否定的であった²⁹¹。そもそも、憲法1条と9条はセットであった。連合軍総司令部が日本を平和裡に間接統治するため、天皇制を維持する必要がある、それを極東委員会に納得させるためには平和主義が必要だったからである²⁹²が、この関係は、昭和天皇から見ても同じである。戦前の体制の復活を望む者は天皇に従うであろうから、天皇制を維持すれば、結果としてそれを阻止できるということであった²⁹³。哲学者の柄谷行人は、ヘゲモニー国家の交代に世

界戦争を阻止するためにも、「日本人は憲法9条によって護られてきた」²⁹⁴⁾ことに徹すべきだと述べている。集团的自衛権容認論者は天皇制廃止論者なのだろうか。

このように考えると、法令に集团的自衛権を盛り込むことはかなり明らかに違憲であるというべきである。或いは、事案や当事者の訴訟戦略によっては、裁判所が違憲と判断し得るものなのではないか。文言解釈としても、制憲者意思説としても、「憲法全体の趣旨」から考えても、無理がある。裁判所も、条文解釈上微妙である、自衛隊そのものの合憲性が争われているときは異なり、もしも、具体的争訟が生じ、憲法判断により結論が異なるときに限定してではあるが、憲法9条に基づいて違憲とすることは可能であると考えられる。これには、民主的多数が集团的自衛権の行使に賛成であればどうなるのかとの反対もあろうが、立憲主義の限界であり、もし、どうしても必要であれば、憲法前文の一部と9条の全部の改正運動に進み、つまりは憲法改正限界を超えて、日本国憲法体制をある意味終わらせ、日本がファシズムや軍国主義から脱した立憲主義国家ではないことを世界に披露するしかないであろう。

3 市場主義と司法審査

憲法の基本的な人権尊重主義を担保する機関・装置は、現代では、専ら議会ではなく、何よりも裁判所であるというのが一般的な解答であろう。しかし、憲法学が現在一般的に提唱する、二重の基準論によれば、精神的自由侵害の場合と経済的自由侵害の場合では、当該法令を疑う程度、即ち司法審査基準が異なるということになる。だが、人権・自由は一つであり、人権の種類によってそのような司法審査基準の違いを設定することが許されないとする指摘も多い。最後に、その主張群の是非について論じたい。

この議論の火付け役は、法哲学者の井上達夫²⁹⁵⁾である。井上は、まず、二重の基準論「の基本前提をなすのは、精神的自由を人権体系

上最優先的地位に置くという、実体的憲法価値上の優先基準である」と指摘する²⁹⁶⁾。しかし、この考えには、「精神的自由が経済的自由よりも内在的価値において優越しているという前提が必要」であるが、こういった考えに陥るのは、「物質主義的な欲望追求」を軽んじ、「老舗の信用や地域社会との絆を保持するために良心的な営業を続ける人や、過疎地域の信仰のために自らリスクを負ってヴェンチャー・ビジネスを始める人の経済活動が、富や名声を求めて『売れる』小説を書く人の表現活動よりも、物質主義的であると断定する」ような「『知識人』特有の偏見ではないか」と断ずる²⁹⁷⁾。井上は続けて、「仮に、経済活動が一般的に物質主義的であるとしても、だから経済的自由は精神的自由に劣るとするのは」、「何を自由かによって自由の価値を序列化する発想が、そこにはあり」、「善き生の自律的欲求としての自由そのものに価値がある」という「内在的価値」に反し、「自由を行使して選択された活動の価値に還元する」ものであって、「受容できない」と批判する²⁹⁸⁾。「自由の行使の社会的帰結という点では、精神的自由と経済的自由とでは、いずれがより有益であるとか、より有害であるとか一般的に断定することは困難である」とするのである²⁹⁹⁾。

井上は更に、「二重の基準論は、精神的自由の経済的自由への依存について、リアリスティックな認識を欠いている」とも批判し、「社会主義計画指令経済体制の下で、表現の自由が存在しうるか、という問題を考えてみれば、明らか」だと述べる³⁰⁰⁾。「紙の生産」から「放送事業」まで「すべて国家が管理している所に、体制を批判する言論や出版の自由などがありうるだろうか」とも言う³⁰¹⁾。その帰結は、人権・自由による司法審査基準の区別の否定になるであろう。

同じく法哲学者の森村進も、政府や議会と異なり、「市場は国家なしにも存在しうる」³⁰²⁾のであり、「市場的取引から生ずる財産権も、規

範的な意味では生命や身体への権利のように国家に先行するものだとさえ主張³⁰³⁾する。「私的財産権の多くは自然権」である³⁰⁴⁾。そして、その根拠として判例は「漠然たる『福祉国家的理想』」程度のことしか挙げておらず、憲法学説は、「社会経済政策に関する裁判所の判断能力の不足と、精神的自由の優越性という2つの根拠をあげてきた」と言う³⁰⁵⁾。しかし、裁判所の能力論は、もし、「経済的自由が精神的自由に劣らず重要ならば、社会経済政策の合理性を判断するまでもなく、経済的自由の規制は違憲であると判断すればよい」のだから、「第2の〈精神的自由の優越性〉論なしには成立しない」と批判する³⁰⁶⁾。よって、「『二重の基準』論の基本にあるのは〈精神的自由の優越性〉の想定である」と断じる³⁰⁷⁾。それが「伝統的に支持されてきた理由は、精神的自由は民主的政治過程にとって不可欠だというものである」³⁰⁸⁾として、芦部信喜を引用する³⁰⁹⁾。

ところが、森村は、芦部通説について、「精神的自由の行使者、つまり情報の送り手の利益よりも、情報の受け手の利益に訴えかけて」おり、「〈精神的自由の優越性〉を擁護する議論としては随分まわりくどいもののように思われる」と批評する³¹⁰⁾。そして、「第1に、この議論によると、」「厳格な基準で審査されるべき精神的自由の範囲は政治的な思想——それも、民主制に反対しない思想——や表現の自由だけになってしまい、非政治的な精神的自由は取り残されてしまう」点、「第2に、」「生存権などの社会権の制約も、この議論では緩やかな基準に服することになってしまう」点、「第3に、この説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」おり、「たとえ民主制が正常に機能しても、多数者の意思によって少数者の権利が侵害されたり、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ということはありうる」のであって、「裁判所は民主主義的な専制に対して基本的自由を守らなければならない」³¹¹⁾が、「このような自由侵害のおそれ

は、その「規制」が「ただちに利権の創造・保護になり、「規制を求める声は強力になりやすい」とされる「経済的自由」「について一層大きいとさえいえる」³¹²⁾点などから、2つの自由の間に格差はないと批判するのである。芦部は「憲法は『人間の尊厳』の原則を中核とする実態的な価値の体系であること、また表現の自由を支える価値は、民主政の過程を基礎づけ維持するために不可欠な機能を営むという価値だけでなく、それと並んで（というよりも、その前提にあるものとして）、各個人が多様な情報を受領して自己の知見を広め、自己の人格の発展と可能性の伸長を確保するという価値から成り、前者を『自己統治』の価値、後者を『自己実現』の価値と呼べば、両者は密接に結び合っるとともに表現の自由の保障の意義を基礎づける原則であること、を考えると、民主政の過程に直接関わる思想や表現の自由（政治的表現の自由）のみ厚く保障され厳格審査による司法審査が求められる、と解することは、許されない」³¹³⁾とするが、森村は、「『自己実現』のためには、精神的自由だけでなく、経済的自由も必要ではないか」との疑問を示している³¹⁴⁾。

森村は、井上の議論のうち、「精神的自由の経済的自由への依存の程度を誇張しているように思われる」点には、「経済的自由の不当な規制がすべて精神的自由の抑圧になるわけではない」ことから賛同しないが³¹⁵⁾、基本的に二重の基準論は「反市場経済的メンタリティの押しつけであって、」「個人的自由の尊重とは矛盾する」し、何れの自由とも「自己所有権の要素」なのだと考えている³¹⁶⁾。そして、財産権は法律あつてのものだとの反論には、「国家の保護を受けていない経済活動は広範に見られる」し、それは「精神的自由に対する刑法（新聞法や出版法ではなくて）の関係とパラレル」に捉えられると再反論する³¹⁷⁾。経済的自由には制度や規制が必要との反論にも、「自然な経済的自由を規制してまで創出された職業の選択肢がそれほど価値あるものかどうかを疑う」と再反論す

る³¹⁸⁾。また、個人の自律性の確保とは特定の選択肢を保障することではない³¹⁹⁾とする反論に対しては、「特定の選択肢の保護は人々の自立性にとって必要ではない」と言うことはなく、「禁じられたまさにその行動を生きがいにしている人がいるかもしれない」し、「精神的自由の領域における政府の行動の方が経済的自由の領域よりも恣意的になりがち」とは思えないと言うのである³²⁰⁾。この結果、森村は、「政府が個人の自律を恣意的に侵害することを妨げようとするならば、精神的自由の規制だけでなく経済的自由の規制も厳格に審査すべきである」との結論を明言するのである³²¹⁾。森村は、判例が経済的自由の内在的・自由国家的規制の司法審査基準の方が政策的・社会国家的規制よりも上であるように解しているのは、後者が「基本的人権」を「規制できるとする理由がもともとあやふやである」ため、寧ろ「判例とは逆に考える方が自然である」くらいであり、規制「二分論には」正当化する特段の「理由もなく、全くおかしい議論」であるとして、これを否定するのである³²²⁾。

「護憲の思想」に「彩られた」「嫡流憲法学」に批判的³²³⁾だった憲法学者の阪本昌成は、「人間の道徳的人格の能力は、公共的・普遍的というよりもむしろ、個人的・個別的なものだ」、「個々人は、類としての特性を超えて、個人的・個別的な違い（それぞれの個性）をもって活動する主体なのだ」から「普遍的な善や正を実践する道徳的能力など、人間はもたない」と述べ³²⁴⁾、「『人は生まれながらも自由・平等だ』といったナイーブな善意の花を飾り立てるがごとき言説を繰り返してきた憲法学の（護憲派の）思想は、予想以上に弱々しい³²⁵⁾と斬り捨てる。「自然状態、自然権、自然法、社会契約、市民、市民社会という憲法学における基本概念は、」「思想家によって大いに異なる」ことすらも黙殺してきたと批判する³²⁶⁾。

阪本は哲学的分析に進むが、ジョン・ロック³²⁷⁾については、「政治哲学者として」は「二流の

作家だった」と断定し、「人間の良心は不可侵だ」という論拠をあげながら、宗教的寛容論を説いた」のは「自由主義を支えたようにみえますが、その実、宗教的共同体に負う個々人の義務を強調するもの」だと述べ³²⁸⁾、明らかにロックに批判的である。「公共の利益を私利私欲に優越させようとした点で、ロックの理論は、J・ルソーまで、あと一歩だった³²⁹⁾」というのが評価の集約点であるらしい。そして、アメリカ独立宣言も、「ロック理論を急進主義的に再構成した」ものであり、トマス・ペインやトマス・ジェファソンらの「作品」であると評価するのである³³⁰⁾。

阪本は、かといって、「一般意志」をその思想の代名詞とするルソーを称賛するわけでもない。「第1段階の社会契約が人民というひとつの人格を創設してはじめてこの人民は第2段階において統治契約を締結できるはず」であり、「この第2段階において人民は、国家の主権を法によって統制し、もって国家に対する自由を確保する、という手順を踏むはずで」あるところ、「ルソー理論はその視点に欠けている」と断じ³³¹⁾、「人民の『自己決定』を標榜するように見せながら神のごとき立法者による統治を説く奇怪な理論は、社会契約によって成立した政治社会での自由の法則を解明することに失敗し」たと斬り捨てる³³²⁾。そして、「人民は、人民自身を専制的に支配しないだろうから、権力基盤の拡大は自動的に権力の削減になるはずだ」となるところ、「その実態は、単純多数派が、社会の少数派、独創的エリートその他の少数集団に対し、自己の専制的意思を押しつけるという新しい形の独裁となることでしょう」と批判し、「自己以外に抑制するものをもたない人民主権論は、立憲主義にとって最も警戒されるべき思想」である³³³⁾などとして、阪本は、ルソー理論が、「立憲主義にとって必要な憲法（国制）への見通しに欠ける道徳理論だった³³⁴⁾」と評するのである。阪本はこの間、「フランス革命は、民主主義革命でもなければ、下部構造の

変化に対応する社会法則を体現したものでもない³³⁵⁾、「フランス人権宣言は体系的な法文書というよりも、政治的なPR用文書だと見る方がよい³³⁶⁾」、「アメリカ独立革命はもともと革命としての性質をもっておらず、「独立宣言の革命性は強調されるべきではな」と論評もする³³⁷⁾。

阪本は、社会主義ばかりでなく、「人びとに明るい夢を与えてきた『福祉国家』も行き詰まってきております（私の勝手な予想では、「これも失敗だった」と明言される日が来ることでしょう。もっとも、社会主義の失敗と同じように、「理念としては間違っていないが、制度設計の段階でうまくいかなかった」といわれることでしょ³³⁸⁾と、福祉国家ビジョン、ケインズ（ケイジニアン）政策をも斬り捨てる。「社会民主主義者もケイジニアンも、自由と平等との対立を真剣に考え」ず³³⁹⁾、「福祉国家は、もろもろの政治哲学（個々人の自由を最優先の価値と考えるリベタリアニズムからだけではなく、共同体のもつ道徳的価値を重視するコミュニタリアニズム）からも、さらには、経済学・財政学におけるマネタリストからも挑戦を受けております³⁴⁰⁾として、その旗色の悪さを強調する。その際、「嫡流の憲法学が「『自由と平等の実現』、『富の実現と平等の達成』を立憲民主制の目標であるかのように捉えて」きた³⁴¹⁾ことも批判する³⁴²⁾。そして、「社会主義についてはもちろんのこと、福祉国家に対しても、ケイジニアン政策に対しても、さらには、社会民主主義に対しても、常に異議申し立てをしてきたのが古典的リベラリズムでした³⁴³⁾としてこれを擁護し、「市場経済の自律的な動きに期待してきたリベラリズムは、修正リベラリズムを産んだ後に、今また源流に立ち戻ろうとしているかのようで³⁴⁴⁾あり、アダム・スミス理論は、日常的で局所的な人間の経済市場での行動を通して、自然的自由のパターンを発見しようとした³⁴⁵⁾と評価するのである。要約すれば、古典的リベラリズムだけが正しいということのようである。

同様の主張を行う憲法学者は、ほかにもある。新正幸も、芦部流二重の基準論を「一言で表現すれば、『自由の原理』と整合しない」と批判する³⁴⁶⁾。「自由を精神的自由と経済的自由に区別して、いずれが価値が高いとか、低いとかいうようなものではない。いずれもが、体系的に不可分に結びついており、いずれが損なわれても、一体不可分のものとして、自由そのものが損なわれてしまう」「ことは、歴史に徴しても明らかである³⁴⁷⁾と述べる。その理由は、「第1に、『自由』とか『権利』の観念そのものが、人類の進化の歴史において、個人に『固有のもの（property, Eigentum）』を、すなわち、『所有権』ないし『財産権』という観念とともに成立したこと」と、「第2に、近代市民社会は、経済的自由の保障による私有財産制と自由市場経済体制を基盤としつつ、それが精神的自由と結びついて、発展してきたこと³⁴⁸⁾、「第3に、これまでの歴史的経験に照らして経済的自由なしに精神的自由が実効的に保障された例がないこと」だとして「ソ連崩壊と東欧革命を想起するだけでも明白であろう」こと³⁴⁹⁾を挙げる。「個人の『自由』は」「一般的・抽象的・平等普遍的な『正しい行動のルール』によってのみ、保障される」のであり、そのルールは、ハイエクとともに、「自由の法（ノモス）」と呼べるのであり、「法の支配」というときの「法」もそれであり、「『自由の憲政（自由な国のかたち）』が維持されるべきなら、」「その全体的な体系的統一性を確保するに努める他な」く、「まさにその任務を担うのが、『法維持部門』としての裁判所で」ある³⁵⁰⁾として、およそ精神的自由権と経済的自由権の別位取扱いを否定する。

新の主張が、そうなれば、二重の基準論を否定するところに至ることは、火を見るより明らかである。「第1に、全体として一体不可分な自由の体系において、精神的自由と経済的自由との間に価値の序列を認め、精神的自由に『優越的地位』を認め、したがって経済的自由を『劣位的地位』におくのは、『自由の原理』そのも

のと両立しない³⁵¹⁾とする。「第2に、経済的自由もまた、民主主義的政治過程にとって不可性の前提となっていることを看過」できず、「経済的自由によって、法的には万人に財産権が分散され、分業と交換の経済市場が、自由な政治過程の前提となっていることは、それが否定され国家権力による中央集権的な統制経済のもとでは、経済も、一度破壊されるならば、計画化経済の『奈落のような失敗』と『粉飾』の歴史が、そして自由主義社会に復帰した後も、その修復が極めて困難なことは、加えて、ソ連と今日ロシアの経験が示している³⁵²⁾と述べる。「人間の歴史の中で行為の結果として成長してきた自生的秩序（「コスモス」）だとすれば、それが一度人為によって破壊されるならば、人為によってはもはや修復不可能なのである³⁵³⁾と言う。そして、「第3に、民主主義のもとでの民主制にとって、何よりも重要なことは、それが無制約なもの、『全体主義的民主主義』になるのを防止することであるが、それを阻止し制約するのは、いうまでもなく『自由の原理』である³⁵⁴⁾と指摘する。更に、「第4に、『二重の基準』論において、精神的自由の『優越的地位』に退避して、経済的自由は『劣位』におかれ、『社会国家原理』による政策的制約に服するということが含意されて」おり、それは、「すなわち、『自由国家』原理よりも、こと経済的自由については、『社会国家』原理が優位するというのである³⁵⁵⁾が、新は、『自由の原理』が維持されるべきなら、『生存』もまた、『自由』と両立しうる限度のものでなければならず、「社会国家の理想の名の下にその内容を無限定に膨らませ、『自由の原理』と両立しない社会保障・福祉政策を盛り込む主張が世の喝采を浴び、」やがて自由な社会、『自由の憲制』を縮減させ、官僚による中央集権的な扶養全体国家をもたらす³⁵⁶⁾危惧があり、人権の種類によって「司法審査の方法や基準に違いが生ずることもありえよう」が、それは人権の「価値の高低によるものではない」とする³⁵⁷⁾。結局、二重の

基準の基本構図は新の立場では否定され、最終的な枠組みの明示的な提示は避けつつも、「いかに民主主義的正統性をもつ議会といえども、その多数決によって憲法的自由を侵害することはできない³⁵⁸⁾」のであるから、人権侵害一般に「『違憲性推定の原則』が成り立つ³⁵⁹⁾」のであり、「『比例原則』適用の結果として、具体的な審査基準は、『事の性質上おのずから』厳しい基準から緩い基準にいわば带状に連なる連続的形態をとること、そして、少なくとも憲法的自由に関する限り、経済的自由を含めて、必ずしもその殆どが『中間的審査基準』を占めることにはならず、むしろ比較的厳格な基準となることは、確かなよう」だと主張するのである³⁶⁰⁾。

このほか、杉原泰雄も、プープル主権論の立場から、「日本国憲法が、経済的自由権についてのみ特別の規制根拠を定め（22条1項・29条3項）、かつすべての人権につき国政上最大限の尊重を義務づけているところからすれば、それらについても憲法上厳格な審査が要求されていると解すべきである³⁶¹⁾と述べ、実は、人民主権論の立場から「一つの自由」に与した主張をし、結果として、新自由主義的な主張と結果同意意見となっていることも見落とすべきではなからう。

まず、冒頭、法哲学の一部もしくは法哲学的憲法学に誤解があると思われるのは、経済的自由にも厳格度の高い審査基準を設定せよと主張が強いが、憲法学での司法審査基準の厳格度とは法令を裁判所が疑ってかかる度合いと、多くの論者にとってはその立証責任の分担の問題である、ということであって、事案を詳細に吟味すること自体ではない、という点である³⁶²⁾。もし、全ての憲法上の人権侵害を疑われる事件に文字通りに厳格審査を施すとなれば、およそ民主的な立法機関の存在意味はなくなるであろう。「違憲立法審査権を有する最高裁は、その権限を勇敢に行使して、国会・政府の強力な批判者でなければならない³⁶³⁾と単純に言うことはできない。また、多くの主張の実質的意味で

ある、丁寧な審査を施すべきだというのは中間審査基準程度の審査を全面展開することを意味しているようであるが、そうすると、民主的に選出されない裁判官に、法令の有効性に関する相当弾力的で裁量の広い最終判断権を与えることになる。無論、人権規制に普く緩やかな合理性の基準とすることはまた、憲法81条が明示し、それ以前に76条の解釈から当然に生じる違憲審査権の実質的否定を意味してしまう。何れも適切でない。このため、人権・自由は皆同じなのだから司法審査基準も同じだという立場は、議会もしくは民主主義と裁判所もしくは法の支配との関係を説明できず、崩壊しよう。次に、人権や規制場面、規制目的を細分化し、スライディング・スケール化することは、その序列を困難にするほか、実際の事案での個別の判断を悉く司法審査基準に格上げし、無意味に複雑化させよう。同じ自由の中に規制目的により異なる司法審査基準があるという、積極目的・消極目的などによる司法審査基準の大別は、結局のところ、区別理由が適切でないか、人権の重要性や有無の問題ですらなくなり、規制する側の論理になってしまう点で適切でない。規制手段の区別も難しい。

結局、民主主義国家においては、基本的に、立法を信用することを基盤とする合理性の基準と、一部において、その原理が疑われる場面、民主的討論と多数決などを信用できない場面について裁判所が一見頑なに法令を厳しく判断することの二本立てとすることが適切であろう。二重の基準論は、日本においては、『公共の福祉』によって安易に合憲とする判例の当初の動向に立ち向かう理論として、大きな意義をもつもの³⁶⁴⁾である。各種の「一つの自由」論は、司法判断をアバウトで、妥当な結論のために「厳格」や「合理性」の意味すらも裁判官の恣意に委ねるところへ戻す危険があり、実践的にも賛同し難い。

問題は、精神的自由と経済的自由とがそれぞれ何れの司法審査基準に分類されるかである。

精神的自由が侵害されると、議論のプロセスが歪み、本来は選挙や討論によって決定がなされるべきところ、それが不可能になり、しかも、多数者はその永続化を狙って少数者のそれを差別的に規制し続ける傾向にあり、政治のアリーナでは是正し難いため、裁判所が厳しく監視する必要が生じるのである。精神的自由が民主主義、自由主義(多元主義)、個人主義を支えることからしても、参政権も同様の理由でこの範疇に含まれることは明らかであるほか、これら原理の本質的否定となるような包括的基本権(幸福追求権、平等権)の制約もそうであると言ってよからう。これに対し、経済的自由の規制立法については、その前提としての民主的プロセスが健全であれば適切な財の配分が期待できるほか、そもそも有限な財の配分は、不合理でない範囲であれば政治的に決定するので十分であり、著しく不合理であって違法・違憲と評価できるときにのみ、裁判所が法的に介入すればよく、逆にしばしば介入すれば、民主的な議会の存在意味が疑われるため、合理性の基準をベースとすることを妥当とすべきである。二院制議会のうち、庶民院起源の下院が予算の先議権など、財政支出に関する優先議決権を持つこともパラレルに理解したい。司法審査基準の違いは、両者の価値の上下の問題ではない。そして、後は、その行使が国民の基本的権利を侵害するかそのおそれが強い場合に、国がこの「自由を制約することは正当である」と考えればよい³⁶⁵⁾。財を巡る社会権一般の司法審査も、日本国憲法が社会国家原理を受け入れていることを解釈指針とはしつつも、同様の議論を展開できよう。

阪本に対しては、フランス革命やアメリカ独立革命の「革命」性をそこまで否定してよいのか、との疑問がある³⁶⁶⁾。阪本も認める立憲主義を成り立たせた近代はどのようにして誕生したのであろうか。逆に、近代市民革命すら否定的に捉える阪本の理想が、いつ、どこで、どのような形で成立したのか。絶対王政も共和政体も、相対的な違いに過ぎないのであろうか。民

主義の弊害を語る阪本が、その民主主義が跋扈し始める時代の大まかな区切りすら語れないとすれば、「近代」「立憲主義」を「読み直す」ことは困難に漂着しよう。そして、市民革命を否定しては、そこで高く宣言されたとする所有権の絶対の影は霞み、その「一つの自由」の主張の説得力は減殺されよう。

更に、日本国憲法は25条以下に社会権規定を有しており、社会国家もしくは福祉国家を標榜する憲法であることは明確である。井上や森村、阪本や新の哲学がそれぞれア・プリオリに成立するとしても、日本国憲法の解釈哲学として妥当かどうかは、また別である。専らある種の経済理論に従えばよいと言った政治思想家や法律家がいたとすれば、政治や法の放棄、その独自性の否定であり、正論とする証明は困難であろう³⁶⁷⁾。しかも、経済・財政政策そのものとしても、福祉国家ビジョンの失敗との主張もあるが、そもそもそれは、古典的自由主義経済の失敗への代案として生まれたものであるし、新自由主義が富の公平な分配という点では失敗することもほぼ明らかな状況にある。サプライサイド経済学を基盤とし、経済的上位層を潤せば、余剰の貨幣は段階的に下に降りて行き、結局、国民全体を潤すとする、シャンパンタワーにも喩えられるトリクルダウン理論が有効だという実証はなく、近時、企業は内部留保を高めており、好況も給与や預金利子に反映されることはなく、非正規雇用が広がって雇用環境は不安定となり、要するに「政策」の名に値しないのではないかと疑問もよく示されるほどである。資本主義国家では、それが分配の不備なのか、そもそも労働力の再生産以上の賃金が支払われないからなのかは議論が分かるとしても、貧富の格差は拡大する宿命にある³⁶⁸⁾。貧富の差の解消が現代の課題であるとするれば、資本主義をやめるか、修正するかである。資本主義（多分に、原理的な市場主義を想定すると）であることが絶対であり、修正には応じられないとの立場もあろうが、社会権があるだけでなく、

幸福追求権を人権の筆頭に掲げる日本国憲法の立場と相容れず、また、憲法が何を定めようと市場主義は勝利するとの説明はあり得まい。

傍論ながら、国連の持続可能開発ソリューションネットワークが発行する「世界幸福度調査」で、福祉国家である北欧諸国が上位を占めている³⁶⁹⁾ことも、それが被験者の主観的な答えに基づくため、絶対ではないとは言え、少なくとも新自由主義の絶対的正当性を否定するには十分であろう。古典派経済学への回帰が、日本国憲法の解釈として正しいとは言いがたい。日本国憲法と調和的なのは、政府が累進課税などにより所得の再分配を行うことであろうが、そのためには「強力な国家と多大な権限を持つ官僚群が、資本家を抑え込」まねばならず、気が付くとそれは「イタリア・ファシズムに親和的なモデルに近づいてい」く³⁷⁰⁾ということである。このため、こういった現象を回避するため、立憲主義的な憲法解釈を行うべきであり、政治的権利の制限などこそ、裁判所は厳格な審査を施すことになろうかと思える。「一つの自由」という発想には、この点でも疑問がある。

杉原の立場である人民主権論からすれば、およそ「人民」代表による社会的有力者の自由の制限は認められるが、社会的有力者が議会の握っているのだとすれば、「人民」の人権は裁判所が普く手厚く保護する必要があるから、何れにせよ、人権の種類による司法審査基準の差異は生じないと考えるのが、確かに自然な展開であるように思える。だが、既に述べたように、修正資本主義段階を予定しているであろう日本国憲法の解釈原理として、人民主権論が正当化できるか疑問であるほか、実際、裁判所が「憲法上厳格な審査」を満遍なく行えば、「人民」の代理人が行った立法が悉く違憲無効となりかねず、内在的な問題もあるように思われる。阪本ほかへの反論とは別の意味で、それは説明困難に思える。

「二重の基準論」の根拠は、芦部信喜によれば、「精神的自由の保障こそ、人間人格の発展

を確保し、かつそのような個人々の自由実現を前提条件とする代表民主政を確立する上に、不可欠のものであるという点に求められる³⁷¹⁾ということであった。「経済的自由に関する不当な立法は、選挙や議会の審議など民主政の過程が正常に機能しているかぎり、議会では是正することが可能であり、それがまた適当である」のに「対して、民主政の過程を支える精神的自由が不当に制限されている場合は、民主政の過程そのものが傷つけられているために、議会による是正はむずかしく、裁判所が積極的に介入して民主政の過程の正常な運営を回復する必要がある³⁷²⁾」という違いがあるというのである。また、「経済的自由の規制については、社会・経済政策の問題が関係することが多く、政策の当否について審査する能力に乏しい裁判所としては、特に明白に違憲と認められないかぎり、立法府の判断を尊重する態度が望まれる」が、「これに対して、精神的自由の規制については、裁判所の審査能力の問題はそれほど大きくない³⁷³⁾」ことも正当化根拠として挙げられてきた。そして加えて、「日本国憲法が職業選択の自由と財産権は『公共の福祉』の要請に基づく国の積極的な規制を受けることを明文で明らかにしている³⁷⁴⁾」ということも、文言上の根拠となっている。近代市民（ブルジョア）革命の成果である近代憲法が「経済的自由権の保障に力点をおく³⁷⁵⁾」ものであったところからの転換を示したいという意図も、感じないではない。

なお、森村の言うように、営利的表現は「情報提供という側面だけでなく、人間生活を豊かにする芸術としての側面をもっている³⁷⁶⁾」のであるから、政治的・非政治的、非営利的・営利的のような表現のカテゴリー区分により司法審査基準を異ならせる立場には疑問がある。「大学の機関誌にはなかなか論文の寄稿者がいないが、商業誌が執筆を注文すると、たいいていの学者が進んで執筆する³⁷⁷⁾」ことからして、表現活動が営利性を有するから司法審査基準を下げるという立場も不可思議に思える。多くの憲法学

説は、「営利活動を卑しめる道徳を前提³⁷⁸⁾」にしていない。また、井上達夫による、「精神的自由は精神的自由によってのみ制約され³⁷⁹⁾」というのは憲法学説の端的な誤解である。多くの学説は、人命や国家存亡の危機などについても「やむにやまれぬ目的」と認めるであろうし、やや疑念もあるが、美観も表現規制の目的になり得るとする説も多い³⁸⁰⁾。但し、これらは、二重の基準論を肯定した上での各論的論点に過ぎないように思われる。

芦部は、この「2つの根拠だけで『二重の基準』のすべてを説明しつくすことはできない」としながら、「精神的自由と経済的自由の実体的価値そのものに優劣がある」という説明に対しては、「経済的自由も人が自律的な個人として自由と生存を享受するうえで、精神的自由に劣らず必要不可欠であるという見解も十分に成り立つので、」「やはり民主政の過程との関連の違いが『二重の基準』の理論を支える最も重要な論拠だと考えるのが妥当であろう³⁸¹⁾」と述べている。「優越的地位理論ないし実態的・価値序列の正当化の方は、支持し難い³⁸²⁾」とのプロセス法学からの批判もあるのだが、経済的自由より精神的自由の価値が高いという、価値序列は現在ではおよそ憲法学の通説・有力説の主な根拠となっていないのである。

芦部は更に、「立憲民主政の憲法には個人の権利・自由の保障に関わる『司法過程』および各種の選挙を中心とする『代表過程』など、多数の手續に関する条項があるけれども、手續規定であるということは、その意味や目的まで単に手續的なものにすぎないということを意味するわけでないこと、つまり、それらの『過程』に関する部分を解釈する場合に不可避免的に『実体的』価値に依拠しなければならない³⁸³⁾」という反論で十分ではなからうか。プロセス法学に従うと各人権の司法審査基準が決定的に変動するのかが不明であり、過剰な論争は避けたい³⁸⁴⁾。

『『二重の基準論』の根底には、人間の精神生活が脅かされたときの悲劇（アメリカについて

例えばマッカーシー旋風、日本についていえば戦前における『国体』に反する思想弾圧、に象徴される事態）、およびトクビルのいう民主制における精神の画一化傾向の病理、にいかに対処するかという問題意識があるもの」ではなかろうか³⁸⁵⁾。端的に言って、上述の通り、全体主義の危険は大きく、それが、クーデタではなく民主的な多数決を経て生じることを経験した後では、何よりも精神的自由を保護することが現行憲法体制を保持することに直結することは明らかであろう。また、一般的な理解では、経済的自由が相当程度制約され、金利が固定化され、主要産業や一定の職業が国家独占であり、経済活動の管理を独立行政委員会のガイドラインに委ねることは何ら問題ないとされているのに対し、同様のことを精神的自由について実施することは違憲と思うのが通常感覚である。尚且つ、「一つの自由」支持者の多くが指摘するソ連型社会主義の失敗についても、その日本における矛先は経済計画の失敗にあるのではなく、反対派に政治的自由がなかったことなどに向けられている筈であり、その矛先は、同様にファシズム体制であるとか、それ以外の国営産業の富を国民に振り撒きながら市民的自由を厳しく拘束している諸国にも向けられている。そもそも、日本国憲法が戦前の反省の上に成り立ち、その直接的批判対象が軍国主義・ファシズムであったことを忘却すべきでない。国の一定層が経済的困窮にあるとき、民主的な選挙制度が維持されているのであれば、指導者の変更を求め得るが、一定層の政治的自由が剥奪されているとき、多くの人は政治体制の変更を求めず、一部の人についてその自由が欠けた状態を容認してしまう。ナチスが、かなりの末期まで支持があったことや、ソ連・東欧諸国も、市場に食料が十分に配給されないことが体制崩壊の決定打であったことなどを見ても、人権の復旧を民主的プロセスに委ねてよいかは、人権の性質による、というのが実感である。無論、政治的自由の不十分な体制の打倒を戦争や内乱に頼るわけ

にはいかない。

以上のことから考えても、裁判所が法により厳格に保護すべき自由とは精神的自由などであるべきである。精神的自由や参政権に厳格審査、経済的自由に合理性の基準という区別は、適切なものである。社会権についても、芦部説のように、これを抽象的権利説としながら中間審査基準の適用を考える³⁸⁶⁾のではなく、プログラム規定と考えて無審査とすることも妥当でなく、正面から具体的権利と認めつつ、合理性の基準による審査とし、著しく不合理、つまりは生存に関わるような最低限度を下回る支給等については違憲と判断すれば足りるのではないかと思われる³⁸⁷⁾。

おわりに

井上達夫の主張するように、55年体制時代、「少数者」は「権力装置」の内部で保護され、「政治が少数者保護を取り込んだ結果としての司法消極主義が、更に少数者の政治権力への寄生を促すという悪循環がある」³⁸⁸⁾のだとすれば、「真の政治的弱者の人権を保護する司法審査性の活性化と込み」の司法改革が、政治改革と連動して必要だった筈であった³⁸⁹⁾。道半ばである。まさに、政治のアリーナで救済できない問題を救済する範囲で、憲法判断の積極化は必須なのであり、「少数派のため」の「人権保障」を「擁護してくれる裁判所」があり、それは併せて「権力一般の肥大化を抑制するための自由主義に基づく制度」である³⁹⁰⁾ことを思い起こさせた。井上は、「違憲」「審査制が機能することによって、逆に民主的な政治過程は多数者支配でいける、全員一致原則の持っている様々な問題、少数意見の隠蔽・抑圧とか、accountabilityの曖昧化といった問題を避けられる」³⁹¹⁾と述べている。そうではない。この国に「周りの人がひとつの気持ちになっているのに、わざわざそれに反対してみんなと一緒だと言わないやつはけしからんやつである、という価値観がある」³⁹²⁾のであれば、精神的自由のよ

り強い保護は、^{なおさら}尚更なのである。

経済的利益を巡り、その憲法上の権利に関わる争いの際は、まず、その利益が過半数となるように結集することが望まれる。財源や不動産などの配分ルールは、民主的討論の末の多数決で決することはほぼやむを得ず、その合憲性が争われても、明らかに不合理でなければ、民主的決定を尊重すべきである。国防に関する決定なども、外交政策が一つに決せざるを得ない以上、基本的には民主的に決定すべきものである。これに対し、精神的価値の多くは有限財であることは稀であり、身体や生命は本人のものであって他者が干渉できないのが大原則であるから、個人主義を尊重し、自由であることが原則であって、規制することは疑わしい。生来的異端な生き方を禁ずることも同じである。このほか、民主主義であれば、当然の如く、参政権などの政治的権利の平等な保障は当然のことである。ところが、これらの人権は、民主的多数派によって少数派が欲する自由や権利を制限し、或いは差別的に配分する危険があり、歴史的経験的に見ても民主主義の暴走が生じ易い分野なのである。このことから、二重の基準論は正当化できる。多分に、包括的基本権の司法審査基準も、その何れに分類されるかで決するのではないかと予測できよう。結局、司法審査基準は2つだという原則は動かすべきではない。複雑な司法審査基準体系は、原理的な批判に耐えられない。「積極的な司法審査権行使が許される理由は、同時に、それ以外の場合には政治的プロセスの判断について干渉すべきではない」³⁹³⁾のであり、やはり、司法審査基準は2つをもって原則だと、固く考えるべきなのである。

第2次以降の安倍政権では、初期に憲法96条の改正が模索され³⁹⁴⁾、日本維新の会との連携のために高等教育の無償化を保障する憲法改正が打ち上げられた³⁹⁵⁾。官邸の優位が顕著であり、総裁直属機関を多用され³⁹⁶⁾、首相と官房長官が官邸と各省の官僚に強い影響力を直接的に与えるのが、それまでの政権との大きな違

いである³⁹⁷⁾。このような状況下、2018年初頭の森友学園問題を巡る国会周辺デモから、官僚はしっかり頑張れという声が出たそうである。官僚は民衆や民主主義の敵であるとの方向を向いてきたベクトルが、「官僚たたきだけではダメで、やる気のある官僚にいい仕事を与えろ」³⁹⁸⁾へ変わりつつある。行政官僚の劣化が問題の根本なのではなく、制度改革の結果、政権の意向を「忖度」することが官僚の習性になってしまったことに制度的・構造的問題がある。「権力は腐敗する、絶対的権力は絶対に腐敗する」ことをいかに押し留めるかに関心が移りつつあるのである。守るべきは何か。「日本国憲法の根底にあるのは、」「立憲主義、近代立憲主義である」³⁹⁹⁾し、日本の安全保障は「現在の日本の政治体制、つまり立憲主義に基づくリベラル・デモクラシーの体制を維持することに意味があるはず」⁴⁰⁰⁾であった。利害調整のための民主制ではなく、民衆自身が「決定を不断に自己批判し、修正、吟味して行く」「批判的民主主義」⁴⁰¹⁾でありたい。それを維持するためにあるのが司法審査制度である。法の支配、裁判官の独立などは立憲主義の高い価値を有すること、「日本国」の要素であることへと理解が進んできたと言えようが、ないものねだりや総取りはできないことも我々は学習すべきものなのではなかろうか。明快な二重の基準といういかにもシンプルな結論は、そのことの延長線上にあるものである。

注

- 1) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論下巻』第18章(法律文化社、2018)参照。
- 2) 君塚正臣『『18・19世紀の人権』再考—参政権の獲得過程を題材に』東海大学文明研究所紀要19号51頁、52頁及び52頁図1(1999)など参照。
- 3) 君塚直隆『立憲君主制の現在—日本人は「象徴天皇」を維持できるか』50頁(新潮社、2018)。
- 4) 同上50-51頁。補足すれば、アメリカの南北戦争が最初の総力戦と言われているのに対し、

- 「当時の最先端の高度な科学技術が全面的に戦争に使われたこと」と「科学者自身が戦争において重要な役割をはたした」ことにより、第一次世界大戦は「最初の科学戦と言われている。」山本義隆『近代日本の150年—科学技術総力戦体制の破綻』120頁（岩波書店、2018）。
- 5) 君塚同上 80-81頁。
 - 6) 同上 216頁。ところで、君主制に傾倒しがちな同書が、立憲君主国の例を引きながら、現行皇室典範が天皇を男系・男子に限っていることにやや懐疑的なことは注目してよい。同書 264頁以下参照。
 - 7) 君塚正臣「立憲主義と司法審査—記憶されていない近現代史も含めて」判例時報 2344号臨時増刊 249頁、258頁以下（2017）参照。
 - 8) 水鳥治郎『ポピュリズムとは何か』16頁（中央公論新社、2016）。
 - 9) 詳細は、森本あんり『反知性主義—アメリカが生んだ「熱病」の正体』（新潮社、2015）参照。端的に言えば、それは、近代しかないアメリカにおけるキリスト教の歴史と結び付いた、アメリカらしい平等主義に基づく反エリート主義とも言えようか。
 - 10) 水鳥前掲註 8) 書 21-22頁。
 - 11) 阪本昌成『新・近代立憲主義を読み直す』197-198頁（成文堂、2008）。
 - 12) 水鳥前掲註 8) 書 18頁。
 - 13) 同上 19頁。
 - 14) 杉原泰雄『憲法と国家論—民主主義と立憲主義の国家を求めて』127頁（有斐閣、2006）。
 - 15) 同上 141頁。
 - 16) 同上 175頁。
 - 17) 杉原泰雄『憲法と資本主義』15頁（勁草書房、2008）。
 - 18) 同上 102頁。
 - 19) 同上同頁。
 - 20) 杉原泰雄『国民代表の政治責任』137頁（岩波書店、1977）。
 - 21) 杉原前掲註 17) 書 102-103頁。
 - 22) 同上 103頁。
 - 23) 杉原泰雄『憲法と資本主義の現在—「100年に一度の危機」のなかで』195頁（勁草書房、2010）。
 - 24) 杉原前掲註 14) 書 251頁以下。
 - 25) 杉原前掲註 17) 書 227頁以下。
 - 26) 芦部信喜『憲法学 I』241頁（有斐閣、1992）。
 - 27) 同上同頁。
 - 28) 同上 242頁。
 - 29) 同上 243頁。
 - 30) 芦部信喜『憲法叢説 2—人権と統治』246頁（信山社、1995）。
 - 31) 杉原前掲註 17) 書 106頁。
 - 32) 杉原前掲註 14) 書 182頁。
 - 33) 芦部前掲註 26) 書 247頁。
 - 34) この点、アメリカ連邦最高裁の司法審査基準の展開が、日本国憲法の解釈を拘束するものでもないこととパラレルである。「『最高法規』としての憲法を頂点に戴く憲法秩序は、主権国家に固有の法秩序である以上は、国際社会に対して高度の自律性を保持しているべきことが当然であって、主権国家の同意が存在しないところで国家が法的に拘束されることがあってはならない」とする一般的理解を「国憲的思惟」と非難し、「憲法・国際人権法・比較法の連携・協働作業の必要性・重要性」を強調し、外国法の一般的なルールや国際法の自国憲法に対する法的優位を示唆する、山元一「『国憲的思惟』vs『トランスナショナル人権法源論』」ジェンダーと法 13号 23頁、26-27頁及び 31頁（2016）の立場は、法理論的にも勿論、比較憲法学の意味からも疑問である。
 - 35) 芦部前掲註 26) 書 239頁。
 - 36) 芦部信喜『憲法叢説 1—憲法と憲法学』84頁（信山社、1994）。
 - 37) 杉原前掲註 17) 書 104頁。
 - 38) 杉原泰雄『憲法 I』279頁（有斐閣、1987）。
 - 39) 同上 330頁。
 - 40) 杉原前掲註 17) 書 106-107頁。
 - 41) 杉原前掲註 38) 書 331頁。
 - 42) 杉原前掲註 17) 書 407頁。
 - 43) 杉原泰雄『平和憲法』175頁（岩波書店、1987）。
 - 44) 同上 176頁。
 - 45) 同上同頁。
 - 46) 杉原泰雄『憲法 II』186頁**（有斐閣、1989）。
 - 47) 杉原前掲註 17) 書 300頁。
 - 48) ゴルバチョフはソ連国内では人気がなく、この頃、外で人気があるが家庭で嫌われている夫を示す「ゴルビー亭主」なる流行語も、1990年頃、日本では生まれたほどであった。
 - 49) 山口定『ファシズム』75頁（有斐閣、1979）。
 - 50) 日本における、北一輝『国家改造案原理大綱』の脱稿も1919年である（『国家改造法案大綱』の出版は1923年である）。同上 2頁。
 - 51) 君塚前掲註 3) 書 27頁同旨か。
 - 52) 山口前掲註 49) 書 10-11頁。
 - 53) 同上 71頁。
 - 54) 同上 25頁。
 - 55) 同上 6頁。
 - 56) 佐藤幸治『立憲主義について—成立過程と現代』140頁（左右社、2015）。
 - 57) 山口前掲註 49) 書 92頁表。
 - 58) 同上 20-21頁。
 - 59) 同上 21頁。
 - 60) 憲法を改正して、政府の責務や権限を条文で明記すべきとの主張もあるが、このように危険である。緊急事態でも、個別立法の束によって

対応は十分可能である。寧ろ、東日本大震災を経て、原子力規制委員会設置法の運用に疑問があるなど、震災予防・事後処理の立法は足りていない。財産権の制限、移動の自由の制限などは現行憲法下でも可能である。放射能汚染など危険地域への立入り禁止措置は、根拠法令がある限り、違憲とするのは難しいであろう。逆に、簡易な手続での刑罰・保安処分のようなものは、緊急事態であっても認めるべきものではない。あるべき政府の行為のうち、現行憲法下で難しいものは少ない。緊急時なりのリーダーシップの問題である（自衛隊合憲論の一角は国家緊急権を根拠にしており、真つ当な緊急対応は可能である）。平時であるにもかかわらず、政府が緊急事態だと宣言して権限を集中することこそが非立憲的であり、ナチスを筆頭に、発展途上国の開発独裁政権（権威主義体制）や社会主義国においてよく見られた光景であって、危険である。

併せて、大災害などで国政選挙を実施できない緊急事態の際、選挙を延期して、それまでの間は国会議員の任期を延長できるよう、憲法に特例規定を追加すべきとの主張もあるが、適切でない。未曾有の大災害であった東日本大震災後ですら、法令に従って一部地方の自治体首長・議員の選挙を遅らすことで対応した。同時期に衆参いずれかが任期満了となっても、多少の空白はあろうが、選挙の時期を若干遅らすことで対応可能である。国政選挙ができない期間が3年を超えることは稀であろうが、それを予期し、準備すべきものがあるとするれば、現議員全員の任期延長ではなく、衆議院議員「総」選挙の例外として、選挙の可能な地域は普通に選挙を行い、できない地域も可能な限り補欠選挙に当たる選挙を行うことや、参議院の比例区（旧全国区）選挙の定員（もしくは当選者の）留保などである。これらを詳細に検討したことはないが、憲法改正を要するものがそれほど多いとは思えない。政府が緊急事態だと宣言すれば、全議員が長期間議員として居座れ、結果、緊急時だからとして強権を得た、時の政権も永続できる制度を憲法に入れることは、権力の濫用に警戒的な立憲主義の本旨に反し、危険である。

- 61) 山口前掲註 49) 書 57 頁.
- 62) 同上 58-59 頁.
- 63) 同上 24-25 頁.
- 64) 同上 131 頁.
- 65) 同上 215-216 頁.
- 66) 同上 229 頁.
- 67) 同上 229-230 頁.
- 68) 同上 247 頁.
- 69) 佐藤幸治『世界史の中の日本国憲法—立憲主義の史的展開を踏まえて』46 頁 (左右社, 2015).

- 70) 中澤渉『日本の公教育—学力・コスト・民主主義』12 頁 (中央公論新社, 2018).
- 71) 佐藤優『ファシズムの正体』10 頁 (集英社, 2018).
- 72) 1979 年時点でも、「ドイツとイタリアの差自体が認識されて、ファシズムについては、その言葉自体の発生の地であるイタリアの状況をモデルと考えるべきであるという主張が広がりつつあ」った。山口前掲註 49) 書 217 頁.
- 73) 佐藤前掲註 71) 書 33 頁.
- 74) 同上 45 頁.
- 75) 山口前掲註 49) 書 18 頁.
- 76) 同上 92 頁表.
- 77) 佐藤前掲註 71) 書 57-59 頁など参照.
- 78) ヴィクトリア・デ・グラツィア (豊下楯彦ほか訳)『柔らかいファシズム—イタリア・ファシズムと余暇の組織化』8 頁 (有斐閣, 1989).
- 79) 同上 263 頁以下参照.
- 80) 同上 8 頁.
- 81) 同上 9 頁.
- 82) 同上同頁.
- 83) 同上 35 頁.
- 84) 同上 34 頁.
- 85) 佐藤前掲註 71) 書 73 頁.
- 86) 同上 117 頁.
- 87) 同上 82 頁.
- 88) 同上 95 頁.
- 89) 山口前掲註 49) 書 129 頁.
- 90) 同上 133-134 頁. 本来のファシズムがイタリアのものであると考えれば、それはソ連の北朝鮮化に等しい.
- 91) 佐藤前掲註 71) 書 101-102 頁.
- 92) 同上 102 頁.
- 93) 同上 104 頁.
- 94) 同上 154 頁.
- 95) 同上 157 頁.
- 96) 同上 182 頁.
- 97) 片山杜秀『未完のファシズム—「持たざる国」日本の運命』112 頁 (新潮社, 2012).
- 98) 同上 113 頁.
- 99) 加藤陽子「戦争の記憶と国家の位置づけ」長谷部恭男編『「この国のかたち」を考える』25 頁, 57 頁 (岩波書店, 2014) は、「広く信じられ、説明されてきたものとは、随分違ったもの」であったにも拘らず、「ロシアに占有された満州を中国に取り戻すために日本は日露戦争を戦ったとの説明は、現在においても、無視しがたいレベルで国民の中に影響力をもっていると感じることが多くなりました」と述べている.
- 100) 筒井清忠『戦前日本のポピュリズム—日米戦争への道』3 頁 (中央公論新社, 2018).
- 101) 同上 5 頁.
- 102) 三谷太一郎『日本の近代とは何であったか

- 一問題史的考察』37頁（岩波書店，2017）。
- 103) 片山前掲註97) 書25頁。
- 104) 「中でも目につくのは、選挙運動の手段としての戸別訪問が禁止された点である。」村瀬信一『帝国議会—〈戦前民主主義〉の57年』42頁（講談社，2015）。ただ、1911年当時、「自己紹介と出馬の挨拶をする際に、名刺とともにちょっとした品物を置いてくる」といったことは、贈答文化の発達した日本の精神風土のことで、普通に行われていたらしい。」同書43頁。
- 105) 金子勝『現代日本ファシズム論—『安保』ファシズムの暴政』立正大法制研究所研究年報23号17頁、28頁第3表（2018）によると、「警察署での拷問による虐殺者」93、「服役中・未決勾留中の獄死者」128、「服役中、未決勾留中の暴行・虐待、劣悪な環境などによる発病で出獄・釈放後に死亡した者（獄死者に準ずる者）」208、「弾圧、周囲の圧力で再起できず自死した者」25、「宗教弾圧での虐殺・獄死者・準獄死者」60であるから、同法による刑死者は0であっても、同法を根拠に落命した者は百の単位で存在すると考え得る。起訴された者は約6000だという。山口前掲註49) 書216頁。
- 106) 村瀬前掲註104) 書120頁以下によると、戦前の政党にとって資金問題は「宿痾」であったようである。それは「おそろしく金を使う、しかも経理内容のまったく不透明な経営体」なのであった。同書127頁。社会的地位も官僚や「医学博士」より低かった。同書101-102頁。歳費も少なく、選挙費用もかからず、「井戸堀」議員となる危険も大きく、普通に考えれば割に合わない稼業であった。同書131頁以下。
- 107) 筒井前掲註100) 書69頁。1934年に発覚し、やはり無罪判決に至った帝人事件でも同様の問題があった。同書211頁以下参照。
- 108) 同上108頁。
- 109) 同上109頁。
- 110) 同上同頁。補足すれば、佐藤前掲註69) 書15頁には、西田幾太郎が満州事変から5・15事件の時期の「時局に強い違和感・危機感」を抱いたとの記述もあるが、菅原潤『京都学派』233頁（講談社，2018）は、彼ら「知識人」には「日本文化を中国文化から際立たせようとする傾向が根強く存在するようである」と指摘しており、排外的な感情は、ファシズムを生む主力階層ばかりの問題でないのかもしれない。「京都学派の哲学者たちの戦争協力から、今日われわれが学ぶべきことは、彼らが主張した、時流に乗った日本精神の正当化の論理は、端から破綻していたということである。」同書163頁。「靖国問題を語るさいに、南北朝時代の天龍寺をもちだす「京都的な語り口」（井上章一『京都ざらい』209頁（朝日新聞出版，2015））、「京都人の中華思想」（同書27頁）はなお残っている。また、半藤一利『歴史と戦争』25頁（幻冬舎，2018）は、やや強引ながら、新潟県長岡の「祖父母は、」明治維新側の山県有朋らの軍を「“官軍” などとは金輪際言わなかった。あくまでもそれは西軍でしかない。……この西軍の末裔が太平洋戦争をはじめ、国を滅びる寸前にまでしてしまったが、東軍の末裔が辛うじてこれを救ったのである」との感情があることを記している。
- 111) 筒井同上118-119頁。
- 112) 同上123-125頁。
- 113) 同上132-133頁。
- 114) 片山前掲註97) 書98頁。
- 115) 山本前掲註4) 書135頁。
- 116) 筒井前掲註100) 書135-137頁。
- 117) 同上140頁。
- 118) 同上143頁以下。
- 119) 同上148頁。佐藤前掲註69) 書15頁も、「多くの国民は、犬養の殺害をむしろいわば『義挙』として肯認し」ていたと指摘する。
- 120) 筒井同上149頁以下。
- 121) 同上194頁以下。
- 122) 山本前掲註4) 書154頁。
- 123) 山口前掲註49) 書178頁。
- 124) 筒井前掲註100) 書110頁。
- 125) 同上252-259頁。
- 126) 同上275頁。
- 127) 同上276-277頁。
- 128) 同上278頁。
- 129) 片山前掲註97) 書226頁。
- 130) 辻田真佐憲『空気の検閲』288頁（光文社，2018）。同書290頁は、この方法により「帝国日本の検閲実務者」を1000人以下に抑え込むことができ、GHQ民間検閲局（CCD）の8137名（1947年1月1日）と雲泥の差があることを指摘している。
- 131) 片山前掲註97) 書227頁。
- 132) 山口前掲註49) 書134頁。
- 133) 同上138頁。
- 134) 佐藤前掲註69) 書54頁。
- 135) 同上57頁。
- 136) 同上59頁。
- 137) 同上59-60頁参照。
- 138) 同上28頁。
- 139) 佐藤前掲註71) 書126頁。
- 140) 佐藤前掲註69) 書64頁。
- 141) 因みに、杉原前掲註17) 書5頁は、「第一次世界大戦期以降を現代という」とし、それは、「近代資本主義憲法と大きくまた全面的に原理を異にする憲法の体制が第一次世界大戦後に登場し始めているから」だとする。
- 142) 佐藤前掲註56) 書7頁。
- 143) 2018年5月6日に発生した、いわゆる「日

本大学アメリカンフットボール部悪質タックル問題」とその後の対応を巡り、朝日新聞2018年5月31日朝刊1面の天声人語は、15年戦争当時「学徒兵」だった「キリスト者」が、「度胸をつけるため」「捕虜を殺させてやる」との「上官」の命令を拒んだ話と「重なる部分を感じ」と論じ、「私たちの抱える闇が、ふっと表れただけかもしれない」と指摘している。前後して、女子レスリング、女子水球日本代表、日本ボクシング連盟、女子体操日本代表、日本ウエイトリフティング協会、日本体育大学陸上部駅伝ブロックなどで体質の問題が次々と噴出した。大相撲の横綱が暴力問題で引退に追い込まれた。カヌー選手がライバル選手に禁止薬物を混入させた。プロゴルファーがプロ・アマ大会でアマチュア選手に不適切な対応をした。プロ野球選手が同僚のグラブなどを盗んで転売した。バスケットの外国人高校生選手が試合中に審判を殴打した。バスケットの日本代表選手がアジア大会で不適切な性的行為をしたなど、スポーツ界は個別の問題も多い。事は一私学の一運動部の問題だけではない。

- 144) 1987年度に筆者は大阪大学法学部生として「労働法Ⅱ」(2単位)の授業を受講した。印象深いことが2つある。一つは、担当の野田進助教授(当時、のち、九州大学副学長)が、「労働法Ⅰ」(4単位)と「Ⅱ」の内容を引っくり返したいと言われたことである。労働法の基軸が、労働組合法などの集团的労働関係法から、労働基準法などの個別的労働関係法に移っていたことがその理由である。もう一つは、中曽根内閣の下で前年7月に施行された労働者派遣法の解説のウエイトが大きかったことである。印象論ではあるが、両者は弱き労働者の団結促進を錦の御旗としてきたであろう労働法体系の転換点のように感じられた。派遣事業は当初様々な限定があったが、その後の改正により範囲が拡大し、一般化していく。この意味でも、バブル崩壊前のこの時期が、いわゆる「格差社会」の原点であったように感じられる。因みにもう一つおまけとしては、野田先生が稀にも事件名(会社名)を忘却され、「民法やった人、出てきた筈なんです。なんか変な名前の会社じゃありませんでしたか」と聞かれ、「そうです」で答えると、「それです」で片付けられたことで、法律学に必要な暗記力がその程度で十分であることを筆者に実感させたことである。
- 145) 橋本健二『新・日本の階級社会』66頁図表2-4(講談社、2018)など参照。
- 146) 同上8頁。
- 147) 大人一人の世帯では54.6%に達した。中澤前掲註70)書92頁。2015年、男性・正規労働者の年収は428.1万円であるのに対し、男性・

非正規労働者のそれは213.0万円、女性・非正規では163.9万円しかなく、貧困率は男性・正規では6.0%に過ぎないが、男性・非正規では28.6%、女性・非正規では48.5%に達している。橋本同上75頁図表2-7。男性・非正規の有配偶者率は25.7%に過ぎない。同書91頁。それ以上に、女性・非正規は、離死別などにより、「もっとも深刻な問題をかかえ」といえる。同書190頁。更に、非正規労働者(アンダークラス)については、最終学歴が「中退」である人が12.0%と飛び抜けて高く、卒業直ちに就職した率が66.7%と飛び抜けて低い。同書103-104頁。そればかりか、身長や抑うつ傾向の割合なども異なる。例えば、資本家階級とアンダークラスでは平均身長が3.8cm異なり、体重も7.1kg異なるほか、「定期的に運動やスポーツを行っている」率も資本家階級では30.6%なのに対し、アンダークラスでは9.9%である。「うつ病やその他の心の病気」の診断や治療を受けた人の割合も、他では7-8%台だがアンダークラスでは20.0%と突出している。同書104-108頁。このほか、同窓会の参加、頼りにしている人の数、団体の活動への参加なども他と格差がある。同書108-111頁。

- 148) 橋本同上112頁。
- 149) 同上113頁。
- 150) 同上263頁。
- 151) 同上77頁。
- 152) 同上11頁。
- 153) 父と同じ階級に属する率が資本家階級で28.5%、旧中間階級で58.2%、新中間階級で37.5%であるほか、正規労働者の43.8%、アンダークラスの47.2%は父も、両者を併せたものである労働者階級なのである。新中間階級では30.8%に留まる。同上100-101頁図表3-5及び102頁。親が新中間階級の男性では、大学進学率がどの世代でも60%以上であるのに対し、労働者階級では40%以下であるなどの差がある。同書117頁図表4-1。
- 154) 同上118頁。そして、「金さえ出せば好きな教育が受けさせられるという風潮が蔓延すれば、教育を通じた民主的平等どころか、教育を通じた社会の分断が進むリスクすらあるかもしれない」。中澤前掲註70)書102頁。
- 155) 橋本同上264頁。
- 156) 同上265頁。
- 157) 同上267頁。
- 158) 同上94頁。
- 159) 同上87頁。
- 160) 同上88-89頁。
- 161) 同上92頁。
- 162) 田中成明『裁判をめぐる法と政治』393頁(有斐閣、1979)。

- 163) 「暮らしに『余裕がある』」, 「平成は『明るい』」
『安定した』時代と答える」内閣や自民党を支持する人と、「苦しい」, 「平成は『沈滞した』」『暗い』と答える」内閣を支持しない無党派とのあいだでは、「見えている世界がまったく違う」ようになった。小熊英二「生活の現状で国民が二分」朝日新聞 2018 年 2 月 2 日朝刊 6 面。
- 164) 橋本前掲註 145) 書 219 頁。
- 165) 同上 211 頁図表 6-1。
- 166) 同上 240 頁図 6-11。
- 167) 同上 228 頁。また、自己責任論が拡大し、アンダークラスも最近では格差拡大にあまり反対しなくなっている。同書 48 頁。
- 168) 同上 231 頁図 6-6。
- 169) 同上 235 頁。同書 235 頁図 6-8 を見ると、特に「軍備重視」の強い意見は自民党支持者では 35.8% で、支持政党なしの 10.9%、民進党支持者の 5.8% などと比べ、極めて突出している。そして、格差是正と軍備増強は、新中間階級、パート主婦、旧中間階級では負の相関であるが、資本家階級、正規労働者、アンダークラスでは相関が殆どない。同書 238-239 頁。
- 170) 井出英策「中の下の反乱 食い止めよ」朝日新聞 2016 年 12 月 22 日朝刊 15 面参照。三浦展『下流社会』（光文社、2005）が「下流」と形容したのは、今にして思えば、この「中の下」のことであろう。
- 171) 橋本前掲註 145) 書 241 頁。
- 172) 同上 246-247 頁。
- 173) 同上 242 頁。
- 174) 橋本の立場は、格差のない社会を作るべきというところに要約される。同上 250 頁参照。新中間階級のうち 46.8% を構成する「リベラル派」が鍵となり、これと「弱者」を「結集する政治勢力の形成」が「格差社会の克服は、したがって日本社会の未来は、ここにかかっている」と結ぶ。同書 302 頁。これに対して、日本には「水戸学」に源流のある「右翼」の滔々たる流れがあり、こちらに陥る危険が継続していることにも留意が必要である。ネトウヨとの差がなくなり、背広を着て庶民に入り込み、「政府の本音をストレートに伝えるだけの拡声器となって」きた。安田浩一『「右翼」の戦後史』278 頁（講談社、2018）など参照。
- 175) 上川龍之進『「安倍一強」の制度分析（1）』阪大法学 64 巻 5 号 17 頁、21-22 頁（2018）。
- 176) 上川龍之進『「安倍一強」の制度分析（2・完）』阪大法学 64 巻 6 号 63 頁、68 頁（2018）。
- 177) 井上達夫＝嶋津格「民主主義にとってリベラリズムとは何か」現代思想 22 巻 5 号 330 頁、349 頁（1994）[井上]。
- 178) 関連して、参議院議員選挙の選挙区では、今後も必要に応じてより大きな合区を作ればよ

い。合区解消は、判例に反する重大な違憲行為である。「県」代表を確保するための憲法改正提案にも反対である。提案は、西日本の保守的な小県の意見を強く保護するばかりか、「日本国」の「統合」を分解し「県」による連邦制に改編する端緒となり、禍根を残そう。

人口に比例して代表が送り出されることは民主主義の根本である。この意味で、基本的には衆議院と参議院に区別はなく、参議院に大きな一票の価値の較差が特に許容される理由は希薄である。この問題では、しばしば、アメリカなどの上院の例が示されるが、連邦国家は参考にはならない。疎開も引揚げも終わらぬ終戦直後、「県」により今ほどの人口差はなく、選挙区（旧地方区）の半数改選分の 74 議席（沖縄復帰前）を配分するのに都道府県が適度な大きさだったに過ぎず、かつ、参議院が政党政治に巻き込まれる認識がなかっただけである。以上、君塚前掲註 1) 書第 19 章参照。「県」は日本国憲法になく、かつ、国会議員はあくまでも国民代表であり「県」代表などではない。また、1 人区と複数区とでは政治学的意味が異なる。もはや、合区を大胆に進め、「中国・四国」「北関東」などのブロック以上のものを単位にしなければ、一票の価値の違憲状態を是正し、全国民的合意によって国政を運営するには無理がある。諸外国には、上院にあたる院で、人口の少ない州などに余分な議席を与える例があるが、下院が人口比例であり、過疎地切り捨てにせず、全国的合意により政治を進める工夫として許されるときである。日本では、下院である衆議院で議員定数不均衡が継続しており、該当しない。

なお、自民党から、参議院比例区について、合区対象県への配慮から、各政党 4 議席分を拘束名簿式として議席増とし、併せて、埼玉選挙区に 2 議席増を行って、議員定数不均衡を 3 倍以内とする旨の提案がなされ、同改正案は、7 月 11 日に参議院本会議、18 日に衆議院本会議で強行可決され、成立した。全国一区の拘束名簿式比例代表制が許された以上、また、他党がマイノリティの声を国会に伝える形で活用できるという意味で、この案が実施されても違憲ではないとも思われるが、あまり立憲的対応ではない。既に、県を単位とする選挙区に無理があるのであり、ブロック単位への移行が望ましい。

- 179) 上川前掲註 175) 論文 25-26 頁。
- 180) 上川前掲註 176) 論文 87 頁。
- 181) 西部邁『保守の遺言』25 頁（平凡社、2017）。
- 182) 「シーザーやナポレオンに始まりヒットラーやスターリンを経て習近平や D・トランプに至るまで」そうだとする。同上 25-26 頁。
- 183) 同上 101 頁。
- 184) 同上同頁。

- 185) 三谷前掲註102) 書38頁.
 186) 西部前掲註180) 書21頁.
 187) 同上20頁.
 188) 同上124頁.
 189) 同上202頁.
 190) 同上152頁.
 191) 井上=嶋津前掲註177) 文献342-343頁 [井上].
 192) 同上343頁 [井上].
 193) 阪本前掲註11) 書185頁.
 194) 同上198頁.
 195) 同上210頁.
 196) 阪本昌成『リベラリズム/デモクラシー』〔第2版〕226頁 (成文堂, 2004).
 197) 同上90頁.
 198) 阪本前掲註11) 書212頁.
 199) 荻部直「戦後の平和思想と憲法」長谷部編前掲註99) 書163頁, 180頁.
 200) 東京地判昭和34年3月30日下刑集1巻3号776頁. 本件評釈は君塚正臣『司法権・憲法訴訟論上巻』第8章(法律文化社, 2018)参照.
 201) 荻部前掲註199) 文献182頁.
 202) 同上183頁. 荻部の日本国憲法理解については, 荻部直『日本思想史の名著30』242-250頁(筑摩書房, 2018)も参照. 同書245頁は, 「皮肉な言い方をすれば, 戦後の日本社会において憲法第9条は, 教育勅語に代わる一種の国民道徳として根づいている」と述べている.
 203) 杉原前掲註46) 書142頁.
 204) 芦部前掲註26) 書241頁.
 205) 朝日新聞2015年6月30日付アンケートの回答によると, 同社が憲法学者209人に行い, 122人が回答したうち, 自衛隊について「憲法違反にあたる」50人, 「憲法違反の可能性がある」27名, 「憲法違反にあたらぬ可能性がある」13人, 「憲法違反にあたらぬ」28人, 無回答4人である. 但し, 「憲法違反にあたらぬ」との実名回答19人の中には東大系が長谷部恭男など4名, 大石眞の影響の大きい京大系研究者9名が含まれている(しかも, その中に大石, 時本義昭, 土井真一の名はない). <http://www.asahi.com/topics/word/安保法案学者アンケート.html>
 206) 長尾一紘『世界一非常識な日本国憲法』24頁以下(扶桑社, 2017)は, 長谷部恭男説がそうであるかのような指摘をし, 独裁国家の餌食だと主張するが, 明らかな曲解である.
 207) 市川正人『基本講義憲法』53頁(新世社, 2014).
 208) 君塚正臣=藤井樹也=毛利透『VIRTUAL 憲法』120-121頁(悠々社, 2005) [毛利].
 209) 君塚前掲註7) 論文255頁は, 「仮に, 抽象的違憲審査を有する機関が誕生したとしても,」
 「その機関は,」 「憲法判断をしないか, 合憲判断を重ねる危惧もあり, そのお墨付きはむしろ重い」と指摘する.
 210) 君塚=藤井=毛利前掲註208) 書121頁 [毛利].
 211) 松元雅和『平和主義とは何か』6頁(中央公論新社, 2013).
 212) 同上26頁.
 213) 同上27頁.
 214) 同上33頁.
 215) 同上96頁.
 216) 同上70頁.
 217) 同上71頁.
 218) 同上81頁.
 219) 同上82頁.
 220) 同上85頁.
 221) 同上86頁.
 222) 同上99頁.
 223) 同上同頁.
 224) 同上90頁.
 225) 同上88頁.
 226) 同上84頁.
 227) 坂野潤治『日本近代史』423-425頁(筑摩書房, 2012).
 228) 同上419頁.
 229) 松元前掲註211) 書104頁.
 230) 同上108頁.
 231) 同上113頁.
 232) 同上118-119頁.
 233) 同上155頁.
 234) 同上93頁.
 235) 同上163頁.
 236) 同上166頁.
 237) 同上211頁.
 238) 同上同頁.
 239) 同上同頁211頁. 「一冊を割いて明らかにしてきたわりには, ずいぶんと平凡で見慣れた主張だと思われるかもしれない」(同書213頁)と自嘲しながらも.
 240) 同上214頁.
 241) 同上同頁.
 242) 同上215頁.
 243) 同上同頁.
 244) 同上215-216頁.
 245) 同上216頁.
 246) 同上217頁.
 247) 長谷部恭男『憲法の良識』175頁(朝日新聞出版, 2018)参照.
 248) 君塚前掲註3) 書5頁.
 249) 江藤祥平「立憲主義」宍戸常寿=林知更編『総点検日本国憲法の70年』17頁, 21頁(岩波書店, 2018)同旨.
 250) 芦部前掲註36) 書25頁.

- 251) 同上 9 頁。
252) 同上 9-10 頁。
253) 詳細は、君塚前掲註 200) 書第 8 章参照。
254) 最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁。本件評釈は同上第 1 章参照。
255) 最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁。本件評釈は同上第 9 章参照。
256) 佐藤幸治『日本国憲法論』101 頁（成文堂、2011）。
257) 同上 647-648 頁。
258) この意味で、自衛隊イラク派遣訴訟二審判決 = 名古屋高判平成 20 年 4 月 17 日判時 2056 号 74 頁は、平時の PKO について判断した限りで、行き過ぎと評価できる。本件評釈は君塚前掲註 200) 書第 2 章参照。なお、戦闘地域での活動についての司法判断の是非は、ときに容認される。
259) とところで、長尾前掲註 206) 書 11 頁は「集団的自衛権の行使は違憲とするのは、日本だけにみられる特殊な現象です」と語るが、日本国憲法 9 条が徹底した平和主義を希求している以上、そういうものである。
260) 豊下楯彦 = 古関彰一『集団的自衛権と安全保障』5 頁（岩波書店、2014）[豊下]。
261) 同上 6-7 頁 [豊下]。
262) 同上 133 頁 [古関]。
263) 同上 133-134 頁 [古関]。
264) 同上 221 頁表 [古関] 参照。
265) 同上 48 頁 [豊下]。
266) 同上 66 頁 [豊下]。
267) 長谷部恭男『憲法の理性』[増補新装版] 225 頁（東京大学出版会、2016）。
268) 同上 225-226 頁。
269) 同上 226 頁。
270) 同上 240 頁。
271) 佐藤前掲註 69) 書 70 頁。
272) 最大判昭和 34 年 12 月 16 日刑集 13 卷 13 号 3225 頁。本件評釈は君塚前掲註 200) 書第 6 章参照。
273) 長谷部恭男「憲法学から見た国家—『この国』を守るとは、何を意味するか」長谷部編前掲註 99) 書 189 頁、211 頁など参照。本判決が、当該事案の解決を超えて、集団的自衛権を認めたとする安保法制制定時の政府の議論は、事案に反し、誤りである。
274) 国際政治学者の多くが、安保問題のプロは我々だ、我々の専門性を尊重せよ、と言うのであれば、憲法解釈のプロは憲法学者か内閣法制局などであろうから、その投げたブーメランは自らのアキレス腱にきっと戻ってくるだろう。また、憲法学者の多くが偏っているというのであれば、国際政治学者の多くもまた日米安保条約に傾斜してアメリカに依存している印象も拭い難く、水掛け論に終わろう。
275) 君塚前掲註 7) 論文 263 頁。
276) 金子前掲註 105) 論文 19 頁。
277) 川岸令和ほか『憲法』[第 4 版] 38 頁以下（青林書院、2016）[君塚正臣] など参照。
278) 君塚前掲註 7) 論文 253 頁。
279) 近時、ミサイルが日本上空の大気圏外を通過する際に、自衛隊はこれに攻撃を加えることはなかった。他方、ミサイルが日本領土に向かってくれば、いかなる政権でも撃ち落とす判断をする筈である。多くの人が考える選択の幅は実は狭く、個別的自衛権の行使は 9 条改正を要する問題ではない。
280) 長谷部前掲註 267) 書 1 頁。
281) 同上 12 頁。
282) 同上 13 頁。
283) 同上 14 頁。
284) 同上 20 頁。
285) 杉原前掲註 17) 書 7 頁。
286) 憲法上、憲法改正の発議は国会によるものと定められており、内閣や内閣総理大臣、行政権の主導は適切ではない。憲法改正について、国民的世論の盛り上がりもおよそない。1964 年の東京オリンピックが成功したのは、日本が、民主的な憲法を守って発展を続けていることへの国際的信頼があったからだこそと読め（1940 年の中止は、その逆とも読める）、今日、オリンピック開催を期限とする憲法の非立憲的修正などは逆効果と知るべきであろう。結局、国の基本法である憲法の改正とは、その時点での中道的政治勢力を軸に、幅広い政党の発意と国民的実感を踏まえて議論が進められ、必要最小限の些細な修正に留まるべきものである。
287) このほか、いわゆる「新しい人権」の追加は、憲法 13 条の解釈の変化により相当程度認められるようになっており、あまり加筆の必要を感じない。これについては、君塚正臣「幸福追求権と司法審査基準—『私事と自己決定』の憲法的保障範囲と程度—『司法権・憲法訴訟論』補遺 (4)」横浜法学 26 卷 1 号 61 頁（2018）参照。寧ろ、そのことによって、従来からの人権の一部が萎縮する予期せぬ効果も考えられる。よって、憲法を改正して最も意味があるのは、統治機構部分であろう。この点、衆議院と参議院の関限の修正、内閣の権限の制限と幾つかの独立機関（いわゆる行政委員会など）の必要的設置、憲法裁判所の設置、地方公共団体へ現在より大きな権限の委譲の保障などは、議論の余地がある（但し、憲法裁判所の設置については、様々な理由から反対である。君塚前掲註 200) 書第 3 章など参照）。一言で言えば、民主主義と官僚統治の対決から、より多様な権力分立と法の支配への関心の移行である。これらについて、

- 現行制度に問題があるとして多くの国民が改善を望み、現行憲法の条項がその障害と認識してその改正をすべしとの議論が高まるならば、憲法改正ができるであろう。何れの先進国でも、一般的な憲法改正とはそのごく一部の改正であるということを、日本でも共通認識としたいものである。
- 288) 荊部直「日本の思想と憲法—皇室制度を巡って」長谷部編前掲註99) 書1頁, 22-23頁は、例えば、美智子皇后が、自由民権運動期の五日市憲法草案に想いを寄せ、現行憲法は「押しつけ憲法」であるという安倍政権主導の憲法改正の動きに「鋭い問題提起を行っているとも読め」と評する。
- 289) 柄谷行人『憲法の無意識』41頁(岩波書店, 2016)。
- 290) 荊部前掲註288) 文献20頁。
- 291) 豊下=古岡前掲註260) 書9頁[豊下]。
- 292) 柄谷前掲註289) 書42頁同旨。
- 293) 1948年12月23日の「A級戦犯の処刑」から「2日において、19人の戦犯容疑者釈放の報道があった。」「冷戦の激化のなかで、私は、鮮明にその意味を理解した。児玉」菅士夫「、笹川」良一「、岸」信介「は、釈放されるべくして釈放された。つまり釈放するほうが、アメリカの世界戦略の本筋だったのである。」「岸らの釈放」「は、のちに大きな影響をあたえたと思う。してみれば、東条らの処刑よりも、岸らの釈放のほうが、歴史的に重要な事件だったのかもしれない。日高六郎『戦後思想を考える』7頁(岩波書店, 1980)。
- 294) 柄谷前掲註289) 書184頁。
- 295) 井上がリベラリズムという語に拘るのは、「シンボル過剰消費社会への反発」と、「戦後の思想状況の中で『民主主義』という言葉が神聖化されたのと対照的に『リベラリズム』が矮小化されてきた状況への異議申し立て」であり、「イコール資本主義で、悪だとするマルクシズムの影響」から「マルクシズムと一線を画した戦後の啓蒙家たちの間でも」「リベラリズムを私秘性への退却としてネガティブにとらえる傾向」への「不満」からのようである。金子勝=井上達夫「市場・公共性・リベラリズム」思想904号4頁, 32頁(1999)[井上]。また、「リベラリズムとは現状を固定化し合理化するイデオロギーでも実力説的闘争論でもなく、現状の変革をめぐる政治的闘争を、他者への公正さを要請する正義の支配に服せしめようとする企てである」とも述べている。井上「リベラリズムの再定義」同965号8頁, 24-25頁(2004)。井上と対談した荊部直は、「『リベラル』という自称が使われるようになったのは、」19「93年の政権交代で細川護熙連立政権が登場した前」後」からで、「いまの『リベラル』は『アベ政治』に対抗するムードとしての『護憲』の言い換え」に過ぎないとする。井上達夫=荊部直「自称『リベラル』の欺瞞」中央公論132巻1号110頁, 111頁(2018)[荊部]。
- 296) 碧海純一編『現代日本法の特質』63頁(放送大学教育振興会, 1991)[井上達夫]。
- 297) 同上66頁[井上]。
- 298) 同上同頁[井上]。
- 299) 同上67頁[井上]。
- 300) 同上同頁[井上]。
- 301) 同上同頁[井上]。
- 302) 森村進『財産権の理論』75頁(弘文堂, 1995)。このため、そこには「政府によって特権が与えられている経済的活動を行う自由までは含まない」とする。同書161頁。
- 303) 同上74頁。
- 304) 同上4頁。「契約の内容は法律に定められている『典型契約』だけに限定され」ない一方、「物権法定主義」は「権利が付着した物の所有権の市場価値を低下させる」ということから「支持する」とも述べる。同書15頁。
- 305) 同上153頁。
- 306) 同上同頁。
- 307) 同上同頁。
- 308) 同上154頁。
- 309) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』218頁(有斐閣, 1994)。
- 310) 森村前掲註302) 書154頁。
- 311) 同上同頁。
- 312) 同上154-155頁。
- 313) 芦部前掲註309) 書221-222頁。
- 314) 森村前掲註302) 書155頁。
- 315) 同上156頁。
- 316) 同上157頁。
- 317) 同上同頁。
- 318) 同上158頁。
- 319) 同上同頁。
- 320) 同上同頁。
- 321) 同上159頁。なお、森村は、「今日の判例が精神的自由を保護しすぎていると主張するわけではなく、「選挙運動の戸別訪問を禁止すべき正当な理由があるとは思わない」とも述べ、「精神的自由も経済的自由も、その規制は厳格に審査すべきだから」と述べる。同書162頁。
- 322) 同上164頁。
- 323) 阪本前掲註11) 書6頁。
- 324) 同上7頁。
- 325) 同上同頁。
- 326) 同上10頁。
- 327) なお、加藤『ジョン・ロック—神と人間との間』206-207頁(岩波書店, 2018)は、同書を、「ロックは、決して、過去の死せる思想家でも、思想の歴史の単なる一コマを飾るだけ

の存在でもない。彼は、依然として、その思想を、現代世界がかかえる課題の解決のための知的遺産として積極的に生かすべき思想家であり続けている」と結んでいる。関連して、ごく近年のものに限るが、浜林正夫『ロック』(研究社出版, 1996), 一ノ瀬正樹『人格知識論の生成—ジョン・ロックの瞬間』(東京大学出版会, 1997), 三浦永光『ジョン・ロックの市民的世界—人権・知性・自然観』(未来社, 1997), 同『ジョン・ロックとアメリカ先住民—自由主義と植民地支配』(御茶の水書房, 2009), 岡村東洋光『ジョン・ロックの政治社会論』(ナカニシヤ出版, 1998), 同「ジョン・ロック『統治二論』の他者保存(人類の保存)の思想について」『エコノミクス』16巻4号237頁(2012), 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, 2000), 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, 2003), 中神由美子『実践としての政治、アートとしての政治—ジョン・ロック政治思想の再構成』(創文社, 2003), 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, 2005), 田中正司『ジョン・ロック研究』〔新增補〕(御茶の水書房, 2005), 山田園子『ジョン・ロック「寛容論」の研究』(溪水社, 2006), 同『ジョン・ロックの教会論』(溪水社, 2013), 同「戦後日本におけるジョン・ロック研究(上, 下) 1946-1969年」『広島法学』39巻4号216頁, 40巻1号290頁(2016), 松田央「ジョン・ロックの自由の概念(その1)キリスト教思想に基づく自由の概念, (その2)防衛権」神戸女学院大文学部総合文化学科論集58巻1号85頁, 2号19頁(2011), 渡邊裕一「ジョン・ロックの相続権論—労働所有権論との対比」学習院大学人文科学論集20集79頁(2011), 同「ジョン・ロックにおける慈愛の権利—その性質と役割についての検討」同21集1頁(2012), 同「ジョン・ロックにおける快楽と苦痛の原理—エピクロスとの比較を通じて」同22集1頁(2013), 渡邊憲正「ジョン・ロックの自然状態論(上, 中, 下)」関東学院大学経済学会研究論集261号58頁(2014), 262号83頁, 264号72頁(2015), 遠藤耕二「ジョン・ロックにおける人格と知識」哲学66号17頁(2014), 同「ジョン・ロック『人間知性論』における理性と認識の関係をめぐって」同69号1頁(2017), 野坂直正「ジョン・ロック反生得論におけるメタ方法論—経験論的知識理論の正当化可能性をめぐって」イギリス理想主義研究年報10号44頁(2014), 武井敬亮『国家・教会・個人—ジョン・ロックの世俗社会認識論』(京都大学学術出版会, 2016), 久我崇仁「多数決原理にもとづく統治の正統性に

ついて—ジョン・ロックの『人間知性論』における経験主義論拠とともに」白鷗大学大学院法学研究年報11号151頁(2016), 佐々木拓「ジョン・ロックの道徳哲学」(丸善出版, 2017), 神吉尚男「タンタロスの責め—ジョン・ロックによる『思考物質』説の政治的含意について」白鷗法学24巻1号1頁(2017), 柏崎正憲「ジョン・ロックにおける所有とシティズンシップ—政治共同体の内なる境界について」政治思想研究17号261頁(2017), 山本隆久「ジョン・ロックの『寛容』についての書簡』に関する一考察—宗教改革がもたらした新たな社会構造」『聖書と神学』29号35頁(2017), 増田美寿々「ジョン・ロックの寛容論と宗教観」歴史研究64号103頁(2018)など参照。

328) 阪本前掲註11) 書33頁。

329) 同上49頁。

330) 同上51頁。

331) 同上72頁。

332) 同上66頁。

333) 同上73頁。この状況は、「『中の下』の反乱」に支えられた第2期の安倍政権の評価に応用できる。

334) 同上68頁。

335) 同上192頁。

336) 同上195頁。

337) 同上204頁。

338) 同上123頁。

339) 阪本前掲註196) 書24頁。

340) 阪本前掲註11) 書147頁。

341) 同上153頁。

342) なお、阪本前掲註196) 書27頁は、「わが国憲法学の体系書は、」[「国民の社会的・経済的平等達成を目標として掲げ、財政政策を通して景気調整をはかって行こうとする」]「動向を『現代立憲主義』、『立憲主義の現代的意義』、『消極国家から積極国家へ』と称してきた。が、そのウエイトが、はたして社会民主主義的なものに置かれているのか、それともケインズ主義に置かれているのか、私にはよくわからない」と述べており、阪本にとって、ケインズ主義と社会民主主義は同じような批判の対象であるようである。

343) 阪本前掲註11) 書123頁。

344) 同上147頁。

345) 同上107頁。

346) 新正幸『憲法訴訟論』〔第2版〕556頁(信山社, 2010)。

347) 同上同頁。

348) 同上557頁。

349) 同上558頁。

350) 同上同頁。

351) 同上559頁。

- 352) 同上同頁。
 353) 同上 560 頁。
 354) 同上同頁。
 355) 同上同頁。
 356) 同上 561 頁。
 357) 同上 561-592 頁。
 358) 同上 283 頁。
 359) 同上 367 頁。
 360) 同上 564 頁注 54。
 361) 杉原前掲註 46) 書 416 頁。
 362) 例えて言えば、「焼き方はウェルダンで」というのと「一所懸命焼いて下さい」とは違うということか。
 363) 桜田勝義「危機に立つ司法権の独立」現代の眼 10 巻 12 号 24 頁, 28 頁 (1969)。
 364) 佐藤前掲註 256) 書 661 頁。
 365) 長谷部恭男『テレビの憲法理論』29 頁 (弘文堂, 1992)。
 366) 確かに、当該社会変動の最中にある多くの人々は、まず、よりよい生活を求めて行動するのであり、「革命」を自覚しまい。また、フランスがその後、ほぼ 19 世紀の全てで、王政と共和政の間で右往左往したことは、フランス革命による中世との断絶性に疑いを投げかける。フランス革命だけが典型革命だとするの言い過ぎであろう。アメリカについても、瓢箪から駒のように、イギリス本国から独立することとなっただけではないか、と評価もあり得よう。だが、しかし、である。
 367) この点、経済学ばかりではなく、哲学や歴史学、国文法的な意味での言語学、特定のどれかの思想や、特定の国の制度や歴史などの何れかに一辺倒となる法解釈学は疑問である。法解釈学は、「科学ではなくて、どちらかと言うと芸に近い」。爆笑問題+長谷部恭男『みんなの憲法入門』45 頁 (講談社, 2008) [長谷部]。
 368) 佐藤前掲註 71) 書 15-17 頁参照。
 369) 1 位からフィンランド、ノルウェー、デンマーク、アイスランド。台湾が 25 位、マレーシアが 35 位、タイが 46 位、日本は 54 位、韓国が 57 位、中国が 86 位などだった。2018 年 3 月 23 日朝日新聞朝刊 2 面など。
 370) 佐藤前掲註 71) 書 19 頁。
 371) 芦部前掲註 30) 書 97-98 頁。
 372) 同上 135 頁。
 373) 同上 135-136 頁。
 374) 同上 98 頁。
 375) 杉原前掲註 17) 書 32 頁。
 376) 森村前掲註 302) 書 160 頁。
 377) 同上同頁。
 378) 同上 161 頁。
 379) 碧海編前掲註 296) 書 63 頁 [井上]。
 380) 例えば、芦部信喜『憲法学Ⅲ』[増補版] 448 頁以下 (有斐閣, 2000) など。
 381) 芦部前掲註 30) 書 135-136 頁。
 382) 松井茂記『二重の基準論』280 頁 (有斐閣, 1994) [以下、松井前掲註 382) I 書, と引用]。アメリカにおけるその分析については、同『司法審査と民主主義』(有斐閣, 1991) が詳細である。
 383) 芦部前掲註 309) 書 223 頁。芦部は、この「ことを強調しておきたい」とし、原典には多数の傍点が付されている。
 384) 結論において大きな違いがないであろうプロセス法学を巡る長い理論闘争に嵌めることは、二重の基準論を否定して様々な国民の自由を制限しようとする側に漁夫の利を与えてしまうことになり、賛成できない。松井前掲註 382) I 書 185 頁以下は、日本における二重の基準論を、伊藤正己説を筆頭に多数紹介し、批判する。他方、大いに結論の異なり、背景思想も異なる。井上達夫などの「一つの自由」論者、杉原泰雄ほかのプーブル主権論者について取り上げていないほか、最高裁初期の「公共の福祉」論の問題点は、当然のことであるのか、ほぼ議論の対象ではなく、一部保守派の「匿名の思想」となっている「国民は国家のためにある」かのような考えも論外扱いである。
 385) 佐藤前掲註 256) 書 662 頁。
 386) 芦部前掲註 309) 書 240-241 頁。
 387) 君塚前掲註 7) 論文 251 頁。
 388) 井上=嶋津前掲註 177) 文献 349 頁 [井上]。
 389) 同上同頁 [井上]。
 390) 同上 350 頁 [井上]。
 391) 井上達夫「合意の法哲学—リベラル・デモクラシーと合意」青山法学論集 39 巻 2 号 47 頁, 71-72 頁 (1997)。
 392) 井上=嶋津前掲註 177) 文献 352 頁 [嶋津]。
 393) 松井前掲註 382) I 書 305 頁。
 394) 憲法 96 条改正論はナンセンスである。立憲主義憲法の共通の大前提は、自然状態から憲法制定権力が社会契約 (憲法) により政府を作るという仮定である。そうであれば、社会契約が創設した機関の一つである議会が、社会契約そのものを改変できるということは矛盾である。国会での発議の数字が単純過半数ではなく、それを超える特別多数決 (「5 分の 3」や「4 分の 3」など) とすべきことは当然である (硬性憲法) が、国会による他の議決より重い数字であることもまた当然であり、現行憲法において、秘密会の開催や議員の除名処分のような、極めて異例で重大な決定をする場合に「出席議員の 3 分の 2」の賛成を要する以上、最も重い憲法改正の発議に両院で「総議員の 3 分の 2」の賛成を要するのは自然なことである。これは、通常、例えば、議会の過半数の賛成で象徴天皇制

の廃止ができないことで明らかのように、保守派・現状維持派の側の抵抗に有利なものである（これを試みる政権は、「保守」ではなく、長期的に見れば、およそ保守の味方でもない）。以上の考え方は、立憲主義に立つ諸外国の憲法の改正条項でも、改正ハードルの高低はあるものの、基本的には共通する。かつ、憲法改正条項は一旦制定されれば、改正はそれに従って行うのがルールであって、改正条項の改正は、野球（将棋）の試合（対局）の途中で野球（将棋）のルールを変更するくらいにおかしなことである。この議論は多数決の問題ではない。「過半数の賛成で提案できるようにする」という意見は、法理論的に不思議な主張（賛成するのは、法学の基礎レベルの勉強不足）である。君塚正臣「民主主義は幻想か？—『リンカーン』—統治機構」野田進＝松井茂記編『新・シネマで法学』57頁、63-64頁（有斐閣、2014）など参照。

395) 財政的根拠を必要とする社会権の権利については、結局のところ、憲法が何と規定しようと、法律がなければ具体的には解決しないため、政権にやる気があるのなら、早急に法律を作り、予算を組み、行政を動かせばよいだけである。憲法改正の意味が希薄である。確かに、憲法25条は社会保障制度の確立を促し、防貧・救貧の象徴的効果は絶大だった、との反論もあろう。しかし、高等教育の無償化については、大学進学に絶望的な貧困層の高学歴化・階層移動にはたぶん寄与せず、親が高収入・上位の階層だが自分は進学に匹敵する学業成績を挙げていないような人を進学させ、ここに税金を投入する効果が強く、格差と不公正さを増大させよう。政策的にも賛成できない。必要なのは、例えば、各地の国公立大学に必要な不可欠な学部学

科を普く設置し、過疎地在住の大学進学希望者が容易に大学に通えるようにするようなことである（文科省は、2018年度入試において、首都圏の私立大学に定員をきっちり守らせることを指令したのであるが、河合塾 <http://www.keinet.ne.jp/rank/index.html>（2018年5月28日更新）によると、それによって主として生じたことは、首都圏の私立大学のボーダーラインが、下位層ほど急上昇したことである。首都圏の大学受験生の大勢は、だからと言ってそれ以外の地域の私学をあまり目指さない。手段が誤っていたのである）。

396) 牧原出『「安倍一強」の謎』47頁（朝日新聞出版、2016）。

397) 同上 78頁図-1。

398) 井上前掲註391) 文献 56頁。

399) 長谷部前掲註267) 書 232頁。

400) 同上 226頁。

401) 井上前掲註391) 文献 75頁。

付 記

本稿は、平成30年度-34年度日本学術振興会科学研究費基盤研究（C）一般「憲法訴訟論の適正手続・身体的自由への発展・展開」（課題番号18K01243）による研究成果の一部である。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。なお、副題の「諸学問の知恵」とは、君塚正臣『高校から大学への法学』i頁「はしがき」（法律文化社、2009）で用いた語句でもある。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究院教授]

