

# 憲法学は立憲的憲法を正当化できるか？ (1)

— 日本の憲法理論の検討 —

内 藤 淳\*

- I 国民の意志と憲法
- II 「自由の基礎法」理論 — 芦部信喜
- III 人格的自律権理論 — 佐藤幸治 (以上本号)
- IV プロセス理論 — 松井茂記
- V リベラル・デモクラシー理論 — 長谷部恭男
- VI 憲法学は立憲的憲法を正当化できない  
むすびに代えて

## I 国民の意志と憲法

### 1. 憲法の不思議

憲法の存在を疑問に思う人は少ないだろう。一国の法体系の最高位にあって、国家の組織と作用を規定すると共に国民の権利を定める法として憲法が存在し、それに基づいて統治がなされることをわれわれは当然のことと思っている。

しかし、よく考えると、憲法は不思議な性質を備えていることに気づく。それは、憲法が国民の意志に優位して存在するところにある。

日本国憲法を例に考えてみよう。日本では、国民の代表である国会議員が国会で話し合い、その多数の賛成で法律が作られる。国会の議論には政治的駆け引きや党利党略がつきものだから、現実にはそれが国民の意向と一致しない場合も多いが、少なくとも理論的には、法律は、国民が自分たちの意志や判断に基づいて作るルールであり、だからこそ尊重され守られるべきものになる。しかし、そう

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第12巻第2号 2013年7月 ISSN 1347-0388

※ 法政大学文学部准教授

やってできる法律も、中身が憲法に反する場合は違憲審査を通じて無効になる（日本国憲法81条、98条）。つまり、憲法は、国民の意志を制約し、それに優位する力を持っている。なぜ憲法にそんな力が認められるのか。

このことは、憲法が硬性であることにも表れている。憲法の中身を国民が変えたいと思っても、通常の法律を作ったり変えたりするのと同じようにはいかない。まず改正を発議するのに国会で3分の2以上の賛成が必要であり（96条1項）、その上で国民投票での過半数の賛成が要件になる。しかも、通常の法律であれば国会の「出席議員」の過半数の賛成があれば決まるのに（同56条2項）、憲法改正の発議には「総議員」の3分の2以上の賛成を要するから、条件はより厳しい。

憲法改正にこうした厳しい要件が課されるのは、憲法が「最高法規」であることからくる当然の措置とみなされがちだが、一面これは妙な仕組みである<sup>1)</sup>。例えば、日本の全国民の3/5が憲法のいずれかの条文を改正すべきと考え、2/5がそれに反対しているとしよう。話を簡単にするため、この比率はそのまま有権者の数に反映し、また、それぞれを支持する国会議員の数にも反映しているとする。ここで改憲派の国会議員たち（総議員の3/5）が憲法改正を発議しようとしても、 $3/5=9/15$ は、 $2/3=10/15$ に満たないのでそれができない。全体の2/5しかいない少数者の意見が通る。法律の場合は国民の多数の意見が反映するのに、憲法では、国民の多数の意見を抑える「自己防衛」が設定されている。国民の多数意見よりも憲法の現状維持が優先されるのはなにゆえだろうか<sup>2)</sup>。

---

1) 憲法が硬性なのは「改正を慎重にするため」「高度の安定性が求められるから」などと説明される（清宮〔1979〕11頁、芦部〔2011〕381頁）。しかし、「慎重にする」というのは、本来多数の意見ではないものがたまたまその場の流れや勢いで通ってしまうを防ぐ、すなわち「多数の意見が確実に結論に反映されるように」するという意味で考えるのが普通だろう。従って、その意見が本当に多数意見なのかどうかを慎重に判断するために「多数決の手續を複数回とる」ならともかく、その過程でなぜ2/3という特別多数の改正要件が求められるかは簡単には説明できない。また、憲法が「朝令暮改」であっていいはずがなく、そこに「高度の安定性」が求められるのも確かだろうが、それがなぜ特別多数の改正要件につながるのかはやはりはっきりしない。実際、民法や刑法は「法律」だから、国会で「出席議員の過半数」で改廃可能だが、だからといってこれらの法律が不安定だと感じている人はほとんどいないだろう。むしろこの要件のために、本文で述べたように、国民の多数の意見が憲法に反映されない事態が起こるのなら、それは憲法の安定性ではなく硬直性を表すように思える。

実際、イギリスのように憲法典が存在せず法律や判例法が憲法的役割を担っている国や、カナダのように「適用除外」条項によって憲法の人権規定に優先する立法を可能にしている国もあるのだから、「人権規定を備え、違憲審査を通じてそれに反する立法を無効にする」憲法などなくてもよい、ない方がよいという考え方があっても不思議ではない。にもかかわらず、日本（やアメリカなど）では法律に優位して憲法が存在し、立法を制約する。その意義と正当化根拠はどこにあるのか。

## 2. 「司法と立法」から「憲法と法律」へ

この問題は、最近の憲法学でよく取り上げられる「立憲主義と民主主義の対立」の議論につながる。そこでの（特にアメリカでの）従来の議論は、司法審査（違憲審査）に焦点を当てて、その民主主義的正当性をめぐってなされることが多かった。すなわち、この話は、「司法審査」が民主主義との関係でいかに正当化できるかという観点から、「司法と立法」の関係を軸に検討されてきた<sup>3)</sup>。民主主義の下で、国民が選挙で選んだ代表者が議会で制定した法律を、選挙を經ていない裁判所（の裁判官）がなぜ無効にできるのか、それは民主主義に反するのではないかというのが、そこでの中心的な問題意識になっている<sup>4)</sup>。

この議論に重要な意義があることは確かだが、これに関する主要な理論の整理と検討はすでに阪口正二郎などによってなされており、ここでは既存の理論のい

---

2) 加えて、仮に上の条件を満たす特別多数の賛成があれば、憲法をいかようにも変えられるかという点、そうは考えられていない。たとえ改正手続の要件を満たしても、改正できる範囲には限界があるという「改正限界説」が、憲法学者の間では通説となっている。その具体的な論拠や範囲については学者によって見解の違いがあるが、基本的には、「国民主権」や「基本的人権の尊重」、「平和主義」といった憲法の基本原則は改正できない、その範囲外とされる。ということは、仮に日本国民の多くが「人権などという欧米の歴史や文化から生じた原理は止めて、日本的な“和”の思想や天皇の統治を基本とした形に日本国憲法を変えたい（別の憲法を作るのではなく）」と思ってもそれはできないことになる。この点でも憲法の「国民の意志に優位した性格」が認められる。

3) 阪口 [2001] 18-20 頁。この観点からの日本の憲法学説の整理は、渡辺 [2000] 306-314 頁。

4) 日本でも、松井 [1991] 1-4 頁、長谷部 [1997] などここうした問題意識が表れている。関連する議論状況の整理は、愛敬 [2012] 序章、第 2 章にもある。

ずれもがこの問題を説明する上で不十分さを抱えていることが指摘されている<sup>5)</sup>。つまりこの問題は、憲法学において未解決の課題として検討され続けているわけだが、その一方で、この話は、「司法と立法」ではなく「憲法と法律」の関係に即して、法律に優位する（人権）規定を備えた憲法、すなわち立憲的憲法の存在意義を問うという観点からも検討可能である。上記の「司法審査」的検討では、法律の違憲性を審査し、立法を覆す判断主体としての司法府の意義・役割に目が向けられるが、この場合は、そこでの判断基準として存在する憲法そのものに焦点を当て、その本質や役割を掘り下げることが検討課題になる<sup>6)</sup>。それはすなわち、民主主義の下で国民の意志の反映として成立する法律に対して、それに優位し、それを制約する立憲的憲法の存在がなぜ認められるのかを考え直すことを意味している。そうした観点から、立憲的憲法の正当化根拠を問うのが本稿の問題意識である。

もっとも、一言で立憲的憲法と言っても国によってその中身には違いがあり、それらを総括した議論を行うには相当な紙幅を要する。そこで本稿では、具体的な題材として日本国憲法を想定し、日本の憲法学においてそれを支える意義や論理がいかんにか説明されてきたか、それはその——立憲的憲法の存在及びそれが民主的立法を制約することの——十分な正当化になっているかを検討してみたい<sup>7)</sup>。上述のように「立憲主義と民主主義」の関係を扱った論考は数多くあり、日本の憲法学者の多くもこの点を踏まえてそれぞれの日本国憲法論を展開している中で、各説にて描かれる「憲法を支える論理」の構造・構成を比較対照しながら整理する試みは、筆者の知る限りそれほどなされていないように思える。そこで、立憲的憲法の正当化根拠という根源的な観点からそれら各説を吟味し、その違いや問題点を浮かび上がらせると共に、それぞれの理論的有効性を評価することは、憲法学はもちろん法学全体にとって相応の意義を持ち得る試みだと筆者は考える。

---

5) 阪口 [2001]。

6) それゆえ本稿では、以下「司法審査」ではなく「違憲審査」という表現を使う。

7) 日本国憲法については「押しつけ憲法」だという観点からその正統性を疑う声が強くなるが、本稿では、その「出来かた」ではなく、実質や構造の正当性を検討する。日本国憲法は「他国に比べて、硬性の度合いが強い」（芦部 [2011] 381頁）点で民主的立法との対立関係がより明確であることも、本稿で日本の憲法理論を取り上げる理由である。

こうした趣旨から、以下ではまず、日本で「支配的学説」「通説的見解」と言われる芦部信喜の憲法理論を概観し、その問題点の検討を通じて、本稿にて立憲的憲法の正当性を考えるに際してポイントとなる論点を浮かび上がらせたい。その上で、芦部とは異なる憲法論として佐藤幸治、松井茂記、長谷部恭男の理論を順に取り上げ、その中身を検討・評価する。これらはいずれも、芦部の理論に含まれる問題点を踏まえつつ、各々異なる角度からそれを克服する試みと位置づけられることが、3人の理論を取り上げる理由である。これによって、日本の憲法学での立憲的憲法の説明状況とそこでの課題を把握すると共に、憲法の基礎や本質を問い直す意義を強調することが本稿のねらいになる。

## II 「自由の基礎法」理論——芦部信喜

### 1. 憲法理解の構造

#### (1) 憲法の基礎

芦部は、近代憲法の本質を「自由の基礎法」と解する<sup>8)</sup>。憲法の諸要素や民主主義との関係もこの理解を軸に説明される。

憲法の中身は、大別して「統治機構」と「権利章典」の2つに分けられるが、このうち人権を規定する権利章典が憲法の中核であるというのが芦部の憲法理解の基本になる。権利章典を目的に、統治機構をその手段として両者は関係づけられ、「統治機構は権利章典に奉仕するという意味をもつかぎりにおいて真の存在理由を有する」と芦部は言う<sup>9)</sup>。

その理由は、人権が「自由（の価値）」を保障する「自由の規範」であって、「自由の規範」は超実定法的な規範だからである。芦部は「自然権の思想」に依拠して「すべて個人はたがいに平等な存在であり、生まれながら自然権を有する」と言い、実定法以前に認められるこの自然権を実定化したのが憲法の人権規

8) 芦部 [2011] 10 頁。

9) 芦部 [1992] 28-29 頁。これに対して国家権力の組織や作用を定める「統治機構」の規定は、どの時代、どの国の憲法にも含まれる憲法の不可欠の要素だから、こちらを憲法概念の中心とする見方もあるが、芦部はそれを「憲法概念の形式化」と呼んで批判する。芦部 [1992] 15-17 頁。

定であると捉える<sup>10)</sup>。人権規定は「実定化された超実定法」なのであって、この部分が「憲法の中核を構成する根本規範」となる<sup>11)</sup>。

このように芦部は、超実定法的価値である「自由」（とそれを保障する人権）を土台として憲法の構造を説明するわけだが、すると問われるのは、「自由の価値」の根拠である。自由が超実定法的な価値であり規範だと言うなら、どうしてそう言えるのか、超実定法的な何を根拠に自由が価値・規範として成立するのかが示されなければならない。（そこに根拠がなく、単なる主観的な「思い込み」として自由を超実定法的価値だと言うなら、ここでの論理全体が主観的思い込みの表明にすぎなくなって、それ以上の妥当根拠が憲法に認められなくなる。）これに対する芦部の答えは「人間人格不可侵の原則」である。これは別の言葉で「人間の尊厳」とも表現されるが、「人間の尊厳」という概念の中身は必ずしも明確でなく、「キリスト教的または人間主義・啓蒙主義的観点のみならず、マルクス主義的なもの、さらに近時のシステム理論的から行動主義的なものに至るまで」それにはさまざまな説明がある。そうした中で、ここでの「人間の尊厳」は、特定の宗教とは離れた「すべての価値の根源は個人にあるという思想」と説明されている。個々の人間に着目してそこに価値の根拠を見出す考え方がその中身であり、言葉を換えると「個人尊厳の原理」「個人主義（individualism）」を表している<sup>12)</sup>。

この点で、芦部は、宮沢俊義をはじめとする従来の憲法学が、「人間が社会を構成する自律的な個人としてその自由と生存を確保し、もって人間の尊厳性を維持するため、それに必要な一定の権利が当然に人間に固有するものであることを前提として認め、そのように憲法以前に成立していると考えられる権利を憲法が実定的な法的権利として確認し、これを不当な侵害から擁護する、という趣旨」（傍点原文）に立って、人権を「人間の尊厳」に基礎づける理解をしていることを「正鵠を射ている」と評価する<sup>13)</sup>。但し、この「人間の尊厳」が「個人の尊

---

10) 芦部 [2011] 11頁。

11) 芦部 [1992] 47頁。

12) 芦部 [1992] 29, 47頁。同 [1994] 57-58頁。

13) 芦部 [1994] 56-57頁。

重」と解されるのは上述の通りで、そうした観点から、日本国憲法についても、

日本国憲法の言う個人尊重の原理も、各個人を最高かつ固有の価値を有する人格として尊重する原理であり、「一方において、他人の犠牲において自己の利益を主張しようとする利己主義に反対し、他方において、『全体』のためと称して個人を犠牲にしようとする全体主義を否定し、すべての人間を自主的な人格として平等に尊重しようとする」現代的意味の個人主義である（傍点原文）<sup>14)</sup>

と説明される。

こうして芦部は、「個人尊重原理」「個人主義」（以下「個人主義」で統一）を一番の根源として、そこから超実定法的な「自由の価値」を導き出し、その「自由の価値」を実定法化した人権規定を中核的な「根本規範」として日本国憲法が成立していると捉えている。つまり、憲法の基礎は、個人主義から派生する「自由の価値」にあり、人権規定を通じてその価値を体現する規範体系であるところに憲法の本質が見出される。

## (2) 憲法、民主主義、憲法制定権力の関係

「自由の基礎法」たる憲法は、では、民主主義とどのような関係にあるのか。これについて芦部は、憲法の基礎である「自由の価値」（人権保障）と民主主義とが「密接な相互関係」「不可分な結合」関係にあることを強調する<sup>15)</sup>。

その前提にあるのは、「君主主権の下では、一般国民は君主の意思にただ服するだけの状態に置かれ、『個人として尊重される』ことはない」、「専制政治の下では、基本的人権の保障が完全なものとなりえない」という認識である<sup>16)</sup>。自由の本質は「権力からの自由」にあるが、それを実現するためには国民が「統治の客体の地位」にとどまって統治主体に服する状態から脱して、自分たちの自由

---

14) 芦部 [1994] 58 頁。

15) 芦部 [1992] 51-52 頁。

16) 芦部 [1992] 218 頁、同 [2011] 36 頁。

を守るために、主体的・能動的に統治に参加できるのでなければならない。「個人主義と自由」という根本的価値を実現するためには、「国民がすべて平等に人間として尊重され」、「国の政治体制を決定する最終かつ最高の権威を有する、という原理」が認められなくてはならないのであって<sup>17)</sup>、「自由の基礎法であるという憲法の本質は、権力の究極の権威ないし権力が国民に存し、したがって国民の国政に対する積極的な参加（国家への自由）が確立している体制において、初めて現実化する」。こうして、自由と民主主義とは必然的につながるものであり、「立憲主義は民主主義と結合する」<sup>18)</sup>。日本国憲法に即して言うなら、

国民主権（民主の原理）も基本的人権（自由の原理）も、ともに「人間の尊厳」という最も基本的な原理に由来し、その二つが合して広義の民主主義を構成し、それが前文に言う「人類普遍の原理」である（傍点原文）

というのが、「自由と民主主義」についての芦部の整理である<sup>19)</sup>。

このとき、自由と民主主義とを結びつける重要な接点になるのが「国民の憲法制定権力」である。前述のように、人権や「自由の価値」の基礎には、根本的価値としての個人主義がある。これは「すべての価値の根源は個人にある」ことを意味しており、すると当然「政治権力の究極の根拠も個人（すなわち国民）に存しなくてはならないから、憲法を実定化する主体は国民であり、国民が憲法制定権力の保持者である」ことになる<sup>20)</sup>。その国民が、自らの憲法制定権を行使して、超実定法的な自然権や「自由の価値」の実定化として作るのが立憲民主主義の憲法であって、「国民の憲法制定権力」は「立憲主義と結びついた民主主義の心髄」と位置づけられる。このようにして成立する立憲民主主義の憲法は、「権力を法的に制限するものとしての自由の法であるとともに、国民の憲法制定権力の思想を起点に置く、国民の自己立法の法としても、自由の法であるということ

---

17) 芦部 [1992] 218 頁。

18) 芦部 [1992] 50-51 頁。

19) 芦部 [1992] 219 頁。芦部の言う「人間の尊厳」が「個人主義」を意味することは前述の通りである。

20) 芦部 [2011] 11 頁。



ができる」<sup>21)</sup>。

### (3) 「自由の価値」による規定

こうして芦部は、「自由」と「民主主義」、「国民の憲法制定権力」を調和的に結びつけて憲法を説明するが、これら3つの要素は決して同じ次元、同じ重みで憲法の土台になっているわけではない。このうち根本的な土台になるのはあくまで「自由の価値」であり、民主主義や憲法制定権力はこの価値からの規定を受けることに注意する必要がある。

憲法制定権力とは憲法及びそれを頂点とする法秩序全体を文字通り作る作用を意味するから、その権力自体は法の「外」に存在し、いかなる規範的制約も受けないという考え方も（例えばシュミットなどを典型として）存在する。しかし、芦部はそうした憲法制定権力観に反対し、憲法制定権力は、人権や「その中核的な価値内容を形成する人間人格不可侵の原理」を前提に、それに支えられて成立するものと言う<sup>22)</sup>。

人間人格の自由と尊厳はもっとも根本的な法原則であり、この原則を中核とする価値・原理の総体は近代憲法の根本規範、すなわち「規範の規範」である。しかもこの根本規範は、戦後の民主主義諸憲法にみられるように、実定化された超実定的憲法原則、直接的通用力をもつ真の超実定法であり、単にケルゼンのような仮設的に「前提された」内容のない根本規範ではない。

かような民主法治国家の基本価値を内容とする根本規範は、制憲権が自己の存在を主張するための基本的な前提であり、制憲権の活動を拘束する内在的な制約原理である（傍点原文）<sup>23)</sup>。

21) 芦部 [1992] 53 頁。

22) 芦部 [1983] 39 頁。

23) 芦部 [1983] 41-42 頁。同様の見解を述べる論者として芦部は、ケーギ、ハウク、マウンツ、ヴィントリッヒを挙げ、その各々が憲法の根本規範として具体的に挙げる基本原則が——人格不可侵の価値、自由権、法の平等などといった具合に——必ずしも一致しないことを認めつつも、しかし、これら多様な基本原則も、最終的には「人間価値の尊厳」という「一つの中核的・普遍的な法原則に帰一する」ことを指摘して、これを憲法制定権力を制約する普遍的「超実定法的法原則」であることを確認している。同書 40-42 頁。

というのがその説明で、つまり、憲法制定権力とは、「なんらの制約もなく法を創設する主権的な世界創造者の自由」を表すものではなく、根本的価値であり根本規範である個人主義と「自由の価値」という「超実定的法原則」を前提に、それによる制約を受けて成立する。「この根本規範をふみにじる新しい秩序の創設」は、憲法制定権力の発動とは認められず、正当性を持たない。そこで成立した憲法も「非正当的」である<sup>24)</sup>。

憲法制定権力の本質がこのように理解されるからこそ、その主体は（シュミットの考える「実力を有する者」などではなく）国民でなければならなくなり、それが国民主権、民主主義へとつながっていく。こうして、「個人主義」「自由の価値」を基礎として、それを実定化する憲法が、それらの価値の担い手である国民の制定権限の下で、それらの価値の制約を受けつつ民主主義を通じて制定される。それが、日本国憲法をはじめとする立憲的憲法である。その最終的な妥当根拠は、「自由の価値」とその源である個人主義に求められるというのが、芦部の憲法理解になる。その構造を図式化すると、図1のようになる。

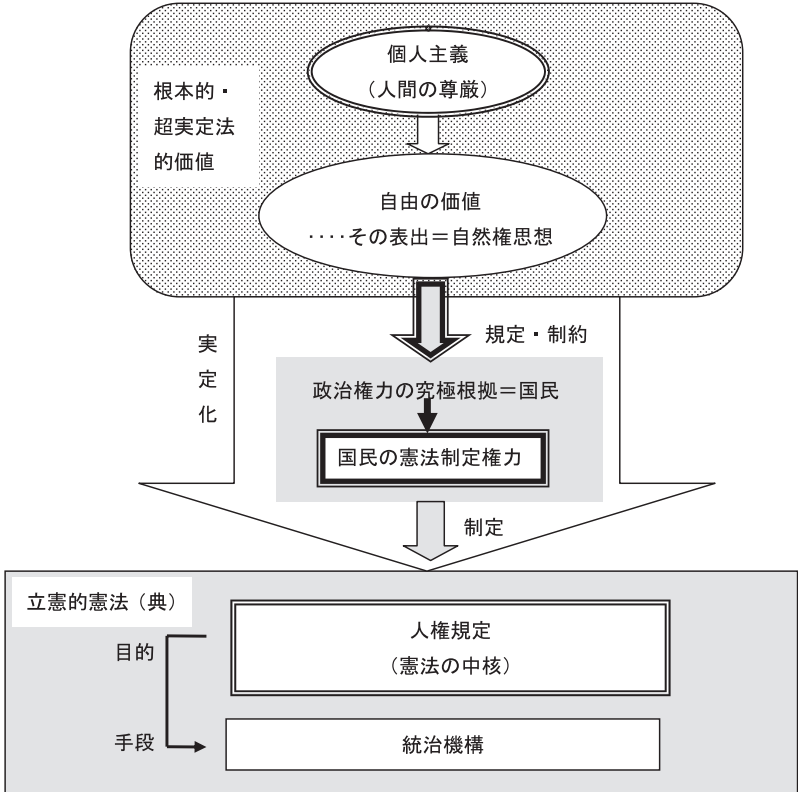
## 2. 憲法の硬性と違憲審査の意義

かかる憲法理解に基づいて、本稿冒頭で立憲的憲法への疑問として挙げた諸点も、以下のように説明される。この点での論理的な整合性と体系性は、芦部の憲法理論の大きな特長と言えよう。

### (1) 憲法の硬性

憲法が最高法規であることは、国法秩序が段階構造をなすことから当然視されがちだが、単なる形式にとどまらない実質的意義を芦部はそこに見出している。すなわち、憲法の最高法規性の本質は、それが「自由」「人権」を基礎として成立し、「立法権を含むあらゆる国家権力から個人の権利・自由を保護することを究極の目的とする」ところにある。憲法が立法と同等か下位に置かれるなら、憲法によって実定化された自由や人権を法律で否定することが可能になる。それでは憲法秩序の基礎にある「自由の価値」や個人主義が侵されてしまう。それを防ぐためには、こうした価値を人権規定により実定化した憲法が、法体系の最上位

図1 芦部理論における「憲法とそれを支える価値」の構造<sup>25)</sup>



根本的・超実定法的価値である個人主義と自由の価値を土台として、それを実定化する立憲的憲法が国民の憲法制定権力の下で成立する。自由の価値の実定化である人権規定は憲法の中核となり、また統治機構の規定についての目的となる。

24) 芦部 [1983] 40頁、42頁。

25) 芦部 [2011] 386頁には、芦部自身によって「憲法の構造」の模式図が示されているが、そこでは、「国民の制憲権」と「自然権」が並んで最上位に置かれて、その制度化・実定化として憲法典が位置づけられた上で、憲法典の中の最上位原理として「個人尊厳の原理」が描かれている。つまり、「個人尊厳の原理」は「国民の制憲権」「自然権」の下側にあって、「憲法典」の内部に描かれているわけだが、本文で示したように、芦部は、個人主義と自由は超実定法的な根本的価値だと何度も強調しているから、上図のように、それを憲法典の「外」且つ「上位」に置くことが正確はなずである。

に位置づけられなければならない。「憲法以前の権利であり、憲法の基礎ともいふべき人間の自然権を規範化したものであるからこそ、憲法はすべての国家権力を制限し拘束する最高法規であり根本法だ」と位置づけられる<sup>26)</sup>。

その憲法が、通常法律と同様の手続きで改正できたのでは、憲法の最高法規性が損なわれ、立法等の権力作用に対して人権や「自由の価値」を保障するという目的を達成できなくなる。そのため、憲法は、めったなことではその内容を変えられないようではなくてはいけない。しかし、かといって、憲法が完全に改正不可能であっては、その時々の政治・経済・社会の状況に適応した柔軟性が失われて望ましくない。そこで、これらの要請を調和させる技術として「憲法の改正手続を定めつつ、その改正の要件を厳格にする」という憲法の硬性が考案される<sup>27)</sup>。つまり、憲法が硬性なのは、単に「改正を慎重にするため」や「安定性のため」ではなく<sup>28)</sup>、その時々の国会の多数決によって、根本規範であり憲法の中核である「自由の価値」と人権保障が骨抜きにされる事態を防ぐためである。「自由の価値」の実定化としての「憲法の本質」理解から、その硬性は、こうした形でいわば必然的なものとして説明される<sup>29)</sup>。

## (2) 違憲審査

違憲審査は憲法保障制度の一環であり、「法律等の下位の法規範はじめ権力保

---

26) 引用箇所は、芦部・小嶋・田口 [1966] 4頁 (芦部執筆) より。

27) 芦部 [2011] 381頁。

28) 第I章注1) 参照

29) 同様に、改正限界の存在も、芦部の理論から必然的なものとして説明される。個人主義や「自由の価値」の実定規範化として成立するのが憲法なのだから、それを反映した憲法の中核部分、すなわち人権の基本原則が変えられてしまうと、憲法が憲法でなくなる。それは憲法の改正ではなくて破壊であって、それゆえ人権規定は改正可能範囲の「外」に置かれる (芦部 [1992] 76-77頁、同 [1983] 53-54頁など)。加えて、先述のように、「自由の価値」や人権という憲法の根本規範は、「国民が憲法制定権力を持つこと」とつながっている。そこで、当該権力に基づいて国民が作るのが憲法であって、その憲法の「中」で内容変更を規定するのが改正権であるから、改正権とは「憲法制定権力によって作られた憲法」で作られる権限であって、それが憲法制定権力自体のあり方 (それを規制する根本規範) を変えられるのでは法論理的に矛盾になる。ということは、憲法を作る権限を確認した国民主権原理も、改正権の範囲の外に置かれる (芦部 [1992] 76頁。より詳細な議論は、芦部 [1983] 第III論文)。

持者の違憲的な行為によって」憲法がおびやかされるのを防ぐために憲法に設けられた「装置」と位置づけられる<sup>30)</sup>。その根拠は2つで、第一は「憲法の最高法規性」、第二は「基本的人権尊重の原理」である<sup>31)</sup>。

憲法の最高法規性ゆえに、憲法に反する法律・命令その他の国家行為は違憲・無効となるが、これはその審査機関があってはじめて現実に保障される。最高法規性が「自由」「人権」の実定化という憲法の本質と結びついているのは上述の通りで、憲法の中の根本規範である「基本的人権尊重の原理」が立法権・行政権によって侵害されるときに、それを救済するのが違憲審査制の意義である。

先に述べたように、芦部の理解では、民主主義はそれ自体が目的のではなく、超実定法的価値である「自由」の下で、それを反映した人権保障を実現するために国民の主體的な統治参加が必要であることからその意義が認められる。つまり、民主主義は人権保障に資するという前提・限定の下で意味を持つのであって、民主的になされる立法や行政も、人権や「自由の価値」からの規定を受け、その実現という上位目的にかなう形でなされるのでなければならない。違憲審査によって、たとえ民主的手続を経たものであっても憲法に反する法律が無効とされるのは、「憲法の目的」であるこれらの価値を実現するために必要不可欠である。こうしてここでの2つの根拠は互いに結びつき、違憲審査による民主的立法への制約は、憲法の上に超実定法的価値である個人主義や「自由」があり、憲法の本質と目的がその実現にあることから正当化される<sup>32)</sup>。

### 3. 芦部理論の問題点

このように、個人主義と自由という根本的価値の実定規範化として憲法の本質を捉えることで、芦部の理論では、憲法の硬性や違憲審査を通じた民主的立法へ

---

30) 芦部 [1992] 60頁。

31) 芦部 [2011] 366-367頁。

32) 他方、違憲審査を行う裁判所の能力・あり方の問題として、そこでの判断には裁判官の主観が不可避的に入るのではないかといった疑問は別にあり、それを理由に違憲審査制度の正当性を否定する考え方もありうる(ある)。その一方で、憲法と法律との理論的關係として前者が後者を制約することの正当性は、ここでの憲法構造の理解によって明確に説明される。

の制約・優位が、その本質に基づく憲法の必然的要素として整合的に説明される。先にも触れたようにこの点は芦部理論の大きな長所と言えるが、その一方で、この理論には看過できない問題点も含まれている。

### (1) 根本的価値と日本国憲法全体との関係

第一に、「自由の価値」に基づく「自由の基礎法」という理解で、憲法全体が本当に基礎づけられるのかという疑問がある。例えば天皇制は個人主義や「自由の価値」とどう関連するのか。芦部は、それが「日本国民の総意に基く」（日本国憲法第1条）もので、国民の意思によって可変的であり廃止することも可能だと言っているが<sup>33)</sup>、そうだとするとそれが先の超実定法的価値とどうつながるのかはよく分からない。また「統治機構」に関して、芦部はそれを「人権保障の手段」だと言うが、例えば国会が二院制と規定されていること（日本国憲法42条）は人権保障のためにどういう必然性があるのかもはっきりしない。そもそも「統治機構」は、人権とは独立した、政治共同体の組織自体を目的とする規定と理解することも可能だし、実際そういう見解もある<sup>34)</sup>。これらの点で個人主義や自由といった価値に集約させて憲法を理解することの妥当性には検討の余地が残る。

### (2) 根本的価値と人権規定との関係

もっとも、憲法の根本的な基礎がこれらの価値にあるとしても、それ以外の要素を反映した規定が憲法にあってはいけないことにはならないだろうから、天皇制や二院制は、「自由の価値」に反しない範囲で、それとは別の原理（日本の伝統など）から定められたものと理解することもできるだろう。しかし、憲法の中核であり根本規範だと芦部が言う人権規定に対しても、同様の疑問が生じる。人権の観念や内容は、歴史の中で社会状況の変化を受けて——もともと自由権が中心であったのが、社会権が生まれ、さらに「新しい人権」が主張されるようにな

33) 芦部 [2011] 44 頁、高見 [2004] 436 頁の芦部講義録の引用より。

34) 「合衆国憲法と同様、日本国憲法も、自由を確保することだけを目的に制定されているわけではない。明らかに憲法は、1つの政治共同体を自己組織し、国民の福祉を図るために共同の営みを行うためのメカニズムを樹立しようとしているのである」。松井 [2007] 38 頁。

るなど——かなりダイナミックに変動しており、実際、日本国憲法にも多様な権利が基本的人権として規定されている。これら人権諸規定を「自由の価値」という一元的な原理に基礎づけて理解することが本当にできるのかという疑問がある。

例えば、生存権は「自由の価値」とどういう関係になるのだろうか。この種の社会権的人権は、20世紀になって「社会的・経済的弱者を保護し実質的平等を実現するために保障されるに至った人権」というように、「弱者保護」や「平等」に向けた権利と説明される。しかも、「国に対して一定の行為を要求する権利」である点で「国の介入の排除を目的とする権利」である自由権とは性質が異なるし、芦部自身もそれを認めている<sup>35)</sup>。

これに関する芦部の説明は次の通りである。資本主義が高度化して以降の現代社会では、「貧富の差が著しくなり、憲法の保障する自由が有名無実化し、社会的弱者にとって自由は『貧乏の自由』『空腹の自由』でしかなくなったので、人間の自由と生存を確保するためには、国家がむしろ、従来自律に委ねられていた市民生活の領域に介入する責務を背負わなければならなくなった<sup>36)</sup>。生存権をはじめとする社会権的人権は、そこで生じた「現代憲法にふさわしい自由の近代化」の表れであり<sup>37)</sup>、それゆえこうした権利は、「権力からの自由」「権力への自由」に次いで歴史的に発展してきた「権力による自由」——20世紀的自然権——として、立憲主義と調和的に位置づけられる<sup>38)</sup>。

しかし、生存権をあくまで「自由」と関連づけるこうした説明は、あまり説得的とは思えない。生存権は例えば「生活に困窮する者」への生活保護の給付といった形で現実化されるが、生活保護を受けることとその人の自由との間に連関はない。言論の自由も集会の自由もない管理統制国家でも、生存権を保障し困窮者に十分な生活保護を給付するという状況は十分ありえるのであって、自由が保障されることと生存権が保障されることは別の問題である。生存権は、「生命維持」なり「生活確保」なり「実質的平等」なり、「自由」とは別の原理に基礎づけら

35) 芦部 [2011] 258 頁。

36) 芦部 [1992] 113 頁。

37) 芦部 [1992] 118 頁。

38) 芦部 [1992] 54 頁、116 頁。

れるもので、そこで憲法の人権規定には「自由」とは別の原理が組み込まれていると考えるのが自然だろう。そうなる「自由の価値」に依拠した芦部の人権理解、憲法理解にはほころびが生じる。

### (3) 根本的価値の妥当性

以上は、芦部が憲法の基礎とする超実定法的価値と憲法の内容との関連についての疑問だが、本稿の問題関心からは、より重要で本質的な問題点がさらに指摘できる。それは、ここで憲法の基礎に置かれる個人主義や自由という価値の根拠と客観的妥当性である。これらが超実定法的価値だと芦部は再三強調するが、実定法を超えた何に基づいてこれらを「価値」と言うのか、そこに（芦部個人の主観にとどまらない）客観的な根拠はあるのか。これらを重要な価値だと思う人は芦部の他にもたくさんいるだろうが、他方で、「自由」よりも「平等」とか「和」とか「共同体の伝統保持」とか「経済発展」などが重要な価値で、国家や社会の体制はそれらを基盤に築かれるべきだと考える人もいるだろう。そういう中で、なぜ他の価値ではなく「個人主義」と「自由」が憲法の土台として妥当なのか、憲法がそれらの価値に基づいて成立すべき根拠は何なのか。そういう根本的な疑問がここにはつきまとう。

特に芦部の理論では、これらの超実定法的価値が、憲法制定権力の上にあってそれを規定するものと位置づけられている。すなわち、憲法制定権力者である国民が（他の諸価値、諸原理を含めた中から自分たちの意志で）これらの価値を選択し「それに基づく憲法を作ろう」とするのではなく、これらの価値が国民の意志に先行して存在しそれを規定するという構造で立憲的憲法が説明されている。するとなぜこれらの価値に（他の価値を押しつけて国民の意志を拘束するだけの）絶対性が認められるのか、それ以外の価値を国民が選択して憲法を作るのでは何がいけないのか、憲法の正当性の根拠として問われる。

これはつまり、芦部理論が自然法論であって、その自然法の根拠が何なのか、ここが問題になるということである。芦部は、要するに、「個人主義」と「自由」は、実定法に先行して存在する自然法であって、それを憲法制定権力（の担い手である国民）が実定化することで、自然法の反映として立憲的憲法が成立す



るという考え方をしている。しかし、自然法のような絶対的な規範が本当にあるのか、歴史や文化に応じて人間社会ではさまざまな価値が認められ価値判断の基準も多様である中で、いかにして自然法を特定するのかといった疑問がそこには常につきまとう。芦部のように自然法論的構成で立憲的憲法を説明するならば、その根拠に関するこれらの疑問に答えられるかどうか、そこで立憲的憲法の正当性が示せるか否かの分かれ道となる。

#### 4. 芦部理論の主観性

##### (1) 芦部からの反論——歴史的自然法論

この点は憲法学者の間でも問題視されており、後で取り上げるように佐藤幸治や松井茂記はかかる観点に立って芦部を批判している<sup>39)</sup>、菅野喜八郎も芦部理論の「自然法論的」構成に疑問を呈している。菅野はケルゼンを参照しつつ「規範は本質的に恣意的」だという立場から、

規範は意欲内容を共通にする者に対してのみ自己の妥当性を主張しうるに止まり、およそ何びともその正しさを承認せざるをえないといった規範、「思考行為の意味」である言明の真理性と同様の客観性を有する規範といったものは存在しないと考えられる。したがって、その本質において恣意的な規範への適合、不適合によって決せられる価値も主観的・相対的といわねばならず、この理由で価値の客観性及びそれと表裏を成す普遍妥当の規範の存在を主張する自然法論はこれを探ることができない

と言って自然法論を否定し、芦部に対しても批判的な態度をとる<sup>40)</sup>。

これに対して、芦部は、自身の立場が自然法論であることを認めつつ、しかしそれは、法原則に対する「歴史と環境による拘束」を無視したものではないし、また実定法と自然法を対立させる考え方とも違い、「実定法を前提とする歴史的自然法論」だと説明している<sup>41)</sup>。但し、その中身についてははっきりした説明

39) 第Ⅲ章第Ⅰ節(3)、第Ⅳ章第Ⅰ節参照。

40) 菅野 [1978] 204頁、58-60頁。

が見られず、それは、ホセ・ヨンパルトが「法原則の歴史性」という視点に立って「法律的に実定法から独立した所与としての自然法は認められないが、実定法に内在するものとしての自然法が認められる」と説くのと「同じ立場」だと言う<sup>42)</sup>。

ではそのヨンパルトの立場とはいかなるものか。ヨンパルトによると、実定法は、そのすべてが立法者の自由な意志で決められるわけではなく、自然法則や論理の法則、道徳律などに拘束される。「殺人、窃盗の禁止」は道徳律に基づく法の例で、ここに「実定法の中の自然法的な要素」が見出せるが、それを成立させる条件は歴史の中で時間や空間によって変化するので、例外なしの普遍的な形でその内容を表すことはできない（これが「法原則の歴史性」である<sup>43)</sup>。それゆえ、自然法も歴史の中で「変わり得る」のだが、変わる場合にも立法者の恣意的な決定で変わるのではなく、そこには「事物の本質」に基づく客観的な根拠がある。言うなれば「当為的必然性」がある。自然法の「真の特色」はここにあり、こうした形で「歴史性」を伴いながら、自然法は「実定法に内在するもの」として存在する<sup>44)</sup>。

簡単に言えば、実定法と離れた特定の道徳規則としてではなく、歴史の中で変動する実定法の中の「道徳的・当為的メタ原理」として自然法を捉えるのがヨンパルトの考え方と言えよう。芦部の言う「実定法を前提とする歴史的自然法論」も、こうした「メタ原理」として「自然法＝超実定法的価値」を位置づけるものと考えられる。芦部の立場に立って言うならば、自分の主張は一種の自然法論だが、時代や場所を超えて普遍・不変の規則や原則を挙げて「これが自然法だ」と特定できると言っているのではなく、法的な規則や原則が歴史的条件によって常に変わるのは認める。しかしその背後に、そこでの変動を「なんでもあり」にせず、一定の方向に規律する「メタ原理」として普遍的な価値が見出せるのであって、それが「個人主義」と「自由」なのだ。このように理解することができるだ

---

41) 芦部 [1983] 322-323頁。

42) 芦部 [1983] 323頁。

43) ヨンパルト [1977] 102頁。

44) ヨンパルト [1979] 50-51頁。

ろう。

この理解は、超実定法的価値としての「人間人格不可侵の原則」と制憲権の関係を述べた以下の芦部の説明に、ぴったり合致する。

制憲権は、自己の存在と通用の前提であり、かつみずからを支える人権の理念、特にその中核的価値内容を形成する人間人格不可侵の原則……によって、拘束される。この超実定的な法原則の具体的な内容は歴史と環境によって異なるが、時代によって変転する基本原則も相互に矛盾する価値を内容とするのではなく、人間人格の自由と尊厳という、もろもろの法文化に共通する法原則の中で最も重要な一つの中核的・普遍的な法原則に帰一する。この法原則を中核とする価値の総体こそ近代憲法の「根本規範」である。それは仮設的に「前提された」内容のない根本規範（ケルゼン）ではなく、実定法と峻別された純粹の自然法でもない。わが国や西ドイツなど戦後の西欧型民主制憲法に典型的にみられるとおり、直接的に妥当する「実定化された超実定的な法原則」である。制憲権の活動はこの根本規範によって内在的に制約されている（傍点引用者）<sup>45)</sup>

上の傍点部にはっきり書かれているように、「超実定的な法原則」は「歴史と環境」によって変わるが、そうやって「時代によって変転する基本原則」の背景に共通する「一つの中核的・普遍的な法原則」（すなわち普遍的価値）があると芦部は言っている。言い換えれば、「自然法の表れ方」は時代や場所によって変わるが、その背景にある「メタ原則としての自然法」は普遍だというわけで、しかもそれは「内容のない」仮設ではなく、「人間人格の自由と尊厳」という確たる内容を持っている。この原則が根本規範となって制憲権を制約し、それを実定化した「価値の総体」として近代の立憲的憲法が成立する。芦部の説明は、こうした筋道で理解することができるだろう。

## (2) 価値の根拠の不明

---

45) 芦部 [1983] 318 頁。

しかし、この説明は、芦部理論への疑問を解消するどころか、かえってその難点を露わにしているように筆者には思える。

ここでの議論を短く言えば、つまり芦部は、「普遍の自然法などが本当にあるのか？」という批判に対して、「自然法の表れ方は歴史と環境によって変動するが、その背景にある価値は普遍だ。それが人間人格の自由と尊厳なのだ」と答えるわけだが、筆者にはそれが普遍的だとはとても思えないし、「歴史と環境によって異なる」法原則がそこに「帰一する」とも思えない。

身近な例で言っても、明治憲法は、「天皇の祖先である神の意志」に基づいて天皇主権を基本原理とする「神権主義的」な憲法であって、権利・自由も保障されていたがそれは「人間が生まれながらにもっている生来の自然権（人権）を確認するという形のものではなかった」と、当の芦部自身が述べている<sup>46)</sup>。同じ日本という国の、近代という短い期間だけ見ても、明治と昭和で憲法を支える原則は違っているのであって、歴史的・文化的に多様な法原則は一つの価値に帰一していない。

そもそも、「個人」に意識を向け、その人格や自由を至上視するといった考え方は、特定の時代の特定の文化の中で——とりわけ近代以降の欧米の文化・社会環境の中で——支持されるようになった、あまたある中の「ひとつの価値観」にすぎない。原始古代や中世にそんな価値観が通用していたとは思えないし、近代以降でも、地球上にはそれとは別の——例えば、個人よりも共同体の調和や伝統保持を重視する——価値観が浸透している国や地域がある<sup>47)</sup>。もちろん、そういう場所にも「個人」を重視する価値観を持つ人はいるだろうし、近代以前にも

---

46) 芦部 [2011] 18-19頁。

47) 例えば、シンガポールの元首相のリー・クアンユーは、「アジア人の価値観は、必ずしもアメリカ人やヨーロッパ人の価値観と同じものではない。欧米人は個人の自由をその価値と考えるが、私は、中国文化の背景を持つ一人のアジア人として、正直で、能率的な政府、人民を守るために効果的な働きをする政府を支持します」と言って、「アジア人」と「欧米人」の価値観の違いを強調しながら、自由や人権を絶対視することを批判している。リー [1993] 145頁。筆者個人の経験から例を挙げれば、1995年に訪れたインドネシア・スラウェシ島のトラジャ族の村では、葬式を最重要視し、村全体でそれを中心に生活を営む古来の伝統があり、それに即した意識と価値観を村人各人が持ってそれぞれの暮らしを営んでいた。

そういう人がいたかもしれないが、だからといってそれを普遍視するのは飛躍が過ぎる。

実際、芦部の議論の中には、これらの価値が普遍的だという論証は見られない。例えば、文化的・時代的背景を異にする複数の国の法体系を比較することで、「それらは一見別々の原理で構成されているようで、よく分析してみたらその土台が共通して個人主義的な価値にあることが分かった」というならば、「もろもろの法文化の原則がそこに帰一する」との主張も分かるが、そうした根拠づけはされていない。逆に芦部は、ある講演の中で自身の戦争体験に触れ、「軍隊での経験」や「友人の戦死で感じた苦い痛嘆の思い」が自らの憲法学の「原点」であり、そうした中で「人間の尊厳を否認するような法律に対してまでも、それを法として遵守すべきだと説くのは問題ではないのか」、「国家の権力には本来超えてはならない、侵してはならない、一定の限界、制約があるのではないのか」と思うようになったと言っている<sup>48)</sup>。ということは、芦部が別な時代、別な場所に生まれてこれとは別の経験をしたならば、ここで言われているのとは別の考えを持ち、別の考えを「原点」とする憲法理論を構築したかもしれないわけで、芦部の理論は、むしろ自らの個人的経験に基づく主観的価値観の反映であるように見える。(芦部が戦国大名の跡取りとして生まれていたら、あるいは南米の狩猟採集民として生まれていたら、「個人主義」と「自由」が普遍的価値だと考えるようになったらどうか。)

いずれにしろ、なにかの価値や原理を「普遍」と言うのであれば、それを示す根拠や論証が必要であり、それがないまま自身が大事に思う価値を普遍視するのはおかしい。人間社会にそれとは異なる価値がありそちらを支持する人が存在する限り、また、それらよりも自身の支持する価値・価値観が正しいと論証しない限り、それは主観的な価値・価値観のひとつにすぎない。そして、そこに立憲的憲法の土台を見出す芦部の理論は——「立憲的憲法は個人主義と自由の価値を基礎として成立している」という説明にはなっても——なにゆえこれらの価値に基づく憲法があるべきなのか、正しいのかという正当化にはならない。つまり、芦

48) 芦部 [1995] 10-13 頁。

部理論では立憲的憲法の正当性は示されない。

(3) 憲法とは「価値の押しつけ」である

こうした批判は、ともすると、芦部の理論に対して観念的な難癖をつけた空論のように思われるかもしれないが、そうではない<sup>49)</sup>。ここには、憲法の存在意義に関わる重要な意味が含まれている。

立憲的憲法が主観的価値を根源として成立するものなら、さまざまな価値があり、いろいろな価値観を持つ人がいる中で、立憲的憲法は、特定の価値とそれに基づく規律を国民に強制する役割を担うことになる。その「強制」は、

- ①特定の価値によって憲法制定権が規定されることで、その権限を担う国民の意志を拘束し、
- ②違憲審査を通じて国民代表の多数の賛成で成立する立法を制約することで、その時々国民の意志を拘束し、
- ③硬性で改正されにくくなっていることによって、将来にわたって国民の意志を拘束する

という3つの側面で表れる。その価値を信奉し、他の人びとの暮らしや社会全体の統制もそれに従ってなされるべきと考える人にとってそれは「正しい」ことか

---

49) 現代では個人の自由を尊重する考え方が広く浸透しており、国家全体の利益や経済発展のために個人を犠牲にするのはおかしいとほとんどの人は思っているのだから、それ以上の根拠を問わなくてもこれらの価値に基礎づけることで憲法の十分な正当化になる。そういう反論が、ここでの筆者の主張に対してあるかもしれない。しかし、そこで憲法の正当性の根拠となっているのは、正確には「個人の自由を尊重する考え方」そのものではなく、それが人びとに「支持されていること」、人びとがそれを「正しいと思っていること」である。この場合、かかる人びとの意志を起点として、「個人の自由を尊重する考え方に基づく憲法を制定するのだ」と人びとが選択することで憲法は成立するというなら話は一貫する（次に取り上げる佐藤幸治の立論はそういう構造になっている）が、芦部の理論はそうではない。国民の憲法制定権の上に超実定法的価値たる「個人主義」と「自由」があって、その価値によって憲法制定権が規律される構造になっている。つまり、国民がどういう価値を支持し正しいと思うか以前に、「個人主義」と「自由」が「価値であること」自体が立憲的憲法の土台なのであるから、これらが「価値であること」の根拠が相応に客観的に示されるのであれば立憲的憲法の正当化にならない。

もしれないが、それ以外の人にとってはそうではない。

とりわけ②に関して、ケルゼンの議論で広く知られるように、民主的立法には、さまざまな価値観を持つ人がいる中で（そしてそれらの是非を客観的に判断する基準が見出し難い中で）、自己統治として「どの人も受容できる法を作る」意義がある。それは、(a)いかなる価値観を持つ人も規範設定に参加する機会が等しく与えられた上で、(b)その多数の賛成で法が定まることで「意に反する強制」を受け人を常に少数にでき、また(c)その人たちにも他者を説得し多数の支持を獲得することで「自身の意にかなうルール」を実現する可能性が保障されるという3つの意味で、多様な価値観を持つ人それぞれに対する公正な法の作り方となる<sup>50)</sup>。にもかかわらず、立憲的憲法は人権規定を中心とした自身の内容を基準にその立法を制約する。それを肯定するには、多様な価値観を持つ人に対してそれが妥当だと言える根拠が必要であって、それを欠いた「特定価値の押しつけ」であるのでは立憲的憲法に正当性は認められない。

こうして、多元的な価値の下で、多様な価値観を持つ人に対して立憲的憲法をいかに正当化するかは、憲法の本質に関わる大きな課題となる。特定の価値に依拠した自然法論的な芦部の理論構成では、この課題は解決できない。このことを踏まえて、芦部とは異なる理論構成を採る佐藤、松井、長谷部の理論において立憲的憲法の正当性が十分示されるかどうかをここから検討していきたい。

### Ⅲ 人格的自律権理論——佐藤幸治

佐藤幸治の理論は、人権を根幹にして憲法を捉える点では芦部と共通だが、「人権の基礎」に関する掘り下げた考察がされ、それを通じて憲法そのものの基礎づけが図られるところに大きな特徴がある。その中で、立憲的憲法の正当性の根拠は、特定の価値ではなく、それを選択する「国民の意志」に求められる。

---

50) ケルゼン [2009] 30-31頁、111頁。同 [1975] 46-49頁。

## 1. 憲法の硬性と違憲審査の意義

前章とは順序を逆にして、ここでは、憲法の個別要素に関する佐藤の説明から確認していこう。憲法の硬性や違憲審査の意義を佐藤はどう説明しているか。

### (1) 最高法規性と硬性

佐藤によると、憲法とは「国家のあり方を、国家全体という根本的立場において規律するところの究極的法規範」であり、それ以外の法規範が妥当するための「最終的な授権規範」としての性格を持つ。そうあるために、憲法は、国法秩序の中で「最も強い形式」をもたねばならない。その「形式」とは、「憲法がそれ以外の国法形式による改廃の対象とはなりえず、その改正には通常の立法手続と異なるとくに嚴重な手続が要求され、憲法規範と矛盾する一切の国法の効力を認めないという強い形式的効力をもつ」ことである。「憲法がかかる強い形式的効力をもつとき、その憲法は『最高法規』であるといわれる」と佐藤は言う。「厳密には憲法の『最高法規』性は硬性の成文憲法の場合にのみ妥当し、逆に硬性の成文憲法であれば当然に『最高法規』である」と言われるように、憲法の最高法規性と硬性は必然的且つ相互不可分な性質として理解されている。日本国憲法で言うなら「特別の嚴重な改正手続に関する九六条が存する以上、九八条一項は当然の帰結である」<sup>51)</sup>。

憲法のこうした性格は、その内容と離れて認められるのではない。「形式的効力面にかかわる『最高法規』性と性質・内容面にかかわる『最高法規』性との間には密接な関連がある」と佐藤は言っている。この「性質・内容」とは人権保障のことを指しており、憲法が「最高法規」であり、またそれに伴って「硬性」であることの実質的根拠は「何よりも人権の実現にある」というのが佐藤の考えである。日本国憲法の第10章「最高法規」の章の冒頭、97条に、基本的人権の意義・本質に関する規定が置かれているのは、その表れと考えられる<sup>52)</sup>。このようにして、憲法が最高法規であると同時に硬性であることの根拠を人権保障に求める考え方は、先の芦部と共通である。

51) 以上の引用箇所は、佐藤 [1995] 20-22 頁より。

52) 佐藤 [1995] 22 頁。



## (2) 違憲審査

違憲審査は、この最高法規としての憲法の実効性を確保するための制度と位置づけられる。すなわちそれは、「最高法規である憲法の規範内容が、下位の法形式や措置を通じて端的に踏みにじられまたは不当に変質せしめられないように統制しようとする」憲法保障制度の一環として、「下位の法形式」が憲法に適合するかどうかの最終的認定権を裁判所に付与した制度である<sup>53)</sup>。

それゆえ、違憲審査制度の根拠も、憲法の最高法規性の実質的根拠である「人権の実現」に求められることになるが、それに関して20世紀の初めに生じた積極国家化・社会国家化の影響を踏まえた意味づけを佐藤はしている。この時期、資本主義の進展と共に各国で国民の間の貧富の差の拡大が生じ、それに伴って、国民の社会・経済生活への政府の積極的な介入が求められた。これによって行政権の役割が増大し、議会の制定する法律は「行政をしるす」のではなく、「自由なる行政の根拠を一般的に提供するという役割を果たす」ようになる。こうして議会の地位が相対的に低下する中で、それに代わって裁判所を通じて憲法の規範力の確保・強化が図られるところに現代立憲主義の特徴があると佐藤は言っており、違憲審査制の各国への浸透をその表れとしている<sup>54)</sup>。

このように社会国家化との関連で違憲審査の意義が説明されるのは佐藤の憲法論の特徴的なところであるが、そこでも立法権不信に伴う「基本的人権保障の緊要性の自覚」が違憲審査導入の要因として強調されており、違憲審査の最終的な根拠が「人権保障」に求められることに変わりはない。

## (3) 改正の限界

加えて、憲法改正の限界の説明において、芦部との考え方の違いが示される部分があるのでそれを確認しておこう。芦部と同様、佐藤も「改正には限界がある」との立場をとるが、その際、「一種の自然法の存在を肯認してそれにかかわる規定の改正は不可とする」考え方（すなわち芦部の考え方）に対して、「そのような自然法規範の内容を誰がどのような方法と手続で認識するのか」、「その認

53) 佐藤 [1995] 44 頁、22 頁。

54) 佐藤 [1995] 7-11 頁。引用箇所は同書 10 頁より。

識の正しさはいかにして確定可能なのか」という、本稿で示したのと同じ疑問を投げかけ、「憲法制定権力をも拘束する自然法規範の存在」を認めることを問題視している<sup>55)</sup>。

そうではなくて、佐藤によると改正限界の根拠は「憲法の連続性の確保」にあり、そこから次の3点で改正の限界が設定される。第一に「憲法典を支える最終の権威である憲法制定権力の担い手の変更はありえない」。第二に「憲法典が大きく依拠する『自然権』的発想を否定するような改正は、もとの憲法典との同一性を失わせるものとして改正の限界を越える」。第三に「憲法の改正手続規定および改正禁止規定は改正の対象とはなりえない」<sup>56)</sup>。

このうち特に2点目に関して、佐藤は、「自然法規範」を否定していながら、憲法の連続性の実質的な土台として自然権を持ち出し、それを改正限界と結びつけている。佐藤によると「ここにいう『自然権』は、自然法を前提としない」とのことで、自然法と自然権を分断するこの考え方に、芦部との違いが表れる。ではその「自然法ではなく自然権に基づく」憲法理解はいかなるものかを見ていきたい。

## 2. 「人格的自律」に基づく憲法論

### (1) 「人権の基礎」の掘り下げ

本章冒頭でも触れたように、佐藤理論の最大の特徴は「人権の基礎」の掘り下げにある。宮沢俊義以来、日本の憲法学では、人権とは「人間がただ人間であるということにのみもとづいて、当然に、もっていると考えられる権利」、「『人間性』からいわば論理必然的に生ずる権利」と捉えられてきた<sup>57)</sup>。しかし佐藤は、こうした理解を、「それ自体としては何事をも語っていないかのごとき」単純な答えだとして批判し、「『人権』がそこから論理必然的に出てくる『人間性』とは一体いかなるものか」、「『人間性』というようないわば事実的な次元から、いかにして『人権』というような価値的なものが生まれるのか」、「具体的にどのよう

---

55) 佐藤 [1995] 39頁。

56) 佐藤 [1995] 38-40頁。

57) 宮沢 [1971] 77頁。

な筋道をたどってそうなるのか」を問う。これらに答えて人権の基礎を明らかにすることが、憲法で人権を保障する意義や範囲を理解する上で必須であり、それが憲法そのものの本質を理解することにもつながるとというのが佐藤の考えである<sup>58)</sup>。

この点で、佐藤はまず、人権が「人間性」と結びついた「生来の権利・自然権」であることを認める<sup>59)</sup>。これは、人権が、憲法によって成立する権利ではなく「前実定法的」「前国家的」だという趣旨だが、かといってそれは自然法に基づく権利なのではない。先にも触れたように、佐藤は自然法の存在を疑問視しており（「科学は人間に懐疑の精神を教え、自然法といった考え方は一般的に訴える力を失っております」と佐藤は言う<sup>60)</sup>）、そうではなくて、人権は、「個人と社会・国家との関係のあり方に関する理論 (moral theory)」に基づく moral rights、すなわち「道徳理論上各人に生まれながらにそなわる権利」「普遍的な道徳的権利」なのだと言う<sup>61)</sup>。

ここで出てくるのが、佐藤理論の中核である「人格的自律」の概念で、これが上の moral theory と moral rights の柱になる。「人格的自律」とは、「単に外部の干渉からの独立ということではなく、自己支配 (self-government) ないし自己決定 (self-determination) といったより積極的なもの」を意味しており、「人が自己の生活を方向づける程度が高くなればなるほど、その人の自律の程度は高まる」と説明されている。そこには2つの次元があり、その第一は「それぞれの特定の状況の下で人が自律的に行動する」という「そのときそのときの自律感」、第二は「人の人生設計全般にわたる包括的ないし設計的な自律」「人の人生に統一性と秩序を与える類の自律」である。佐藤は、このうち後者を特に重要視し、自律の根本観念は、人が「他者の意思に服することなく自己の世界の作者であることができる」ことにあるとして、それを（自律が何をもたらすかという手段的な意味ではなく）「それ自体に価値がある」即時的価値だと言う。このような

58) 佐藤 [1987a] 145 頁、同 [1988a] 477-478 頁、498-499 頁。

59) 佐藤 [2008] 83 頁、同 [1995] 392-393 頁。

60) 佐藤 [2008] 64 頁。

61) 佐藤 [2008] 83 頁、[1995] 392-393 頁。

「自律は本質的に価値あるものであり、自身の人生を形成する存在であるということは本質的によいことなのだという発想」に基づいて、「自律」は「その人の人たる (personhood) 道徳的基礎をなすもの」とされる<sup>62)</sup>。

人格的自律を即時的・本質的価値とするこうした考え方が、上述の moral theory の内容であり、つまりそれは、「各人がそれぞれ自己の幸福を追求して懸命に生きる姿に本質的価値を認め (各人はいわば“自己の生の作者”である)、その価値を最大限尊重しつつ人の共生を可能とするような社会・国家のあり方を考えようとする理論」を言う。この理論において、ひとりひとりの人間には、「自律の価値」をその生の中で実現するための一定の権利が「生まれながらに」認められる。すなわち、自分の人生を形成し「自己の生の作者」として生きることを可能ならしめる基本的な権利 (moral theory 上の権利としての moral rights) が各人に保障される<sup>63)</sup>。これが「人権の根拠」であり、こうした理論に基づいて、佐藤は、人権を「人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠な権利」(傍点原文) と定義している<sup>64)</sup>。

## (2) moral rights としての人権の憲法への導入

佐藤によると、憲法の人権規定は、こうした moral rights としての人権を、憲法が「導入」したものである。日本国憲法で言うと、その導入口となるのが13条の「幸福追求権」の規定である。同条には、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と書かれているが、ここでの「個人の尊重」とは、「一人ひとりの人間が人格的自律の存在として最大限尊重されなければならないという趣旨」だと佐藤は言う。13条後段が「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」の尊重を掲げているのは、「人がそのような存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠ないし重要な権利」を包括的に保障するという意味であって、「人権の

62) 以上の引用は佐藤 [1988b] 11-12 頁より。同 [1990] 86-87 頁にも同様の説明がある。

63) 佐藤 [2008] 84 頁。

64) 佐藤 [1995] 392 頁。

基礎」たる上述 moral theory の趣旨は、まさにここに反映されている<sup>65)</sup>。

佐藤が「基幹的自律権」と呼ぶこの13条の幸福追求権が、憲法の人権保障全体を根底的に支え、統合する役割を果たす。憲法の各条文に明記された（あるいは憲法に明文規定のない）各種の人権は、この基幹的自律権を実現すべく、そこから派生する「派生的（個別的）自律権」と位置づけられる<sup>66)</sup>。こうして、憲法による人権保障は、『基幹的人権』から出発して、憲法の個別的条項によって保障される各種権利・自由をその実現にかかわるものと位置づける、そして、かかる個別的条項によってカバーされないもので、なお『基幹的自律権』の実現にかかわるものは一三条によって補充的に保障される」という形で、13条を核とした「人格的自律権の体系」として理解されるのである<sup>67)</sup>。各種の自由権はもとより、参政権や生存権も「人格的自律の存在性それ自体およびそのような存在性を支えるに必要な条件」の保障と意味づけられるし、名誉権、プライバシー権、家族の形成・維持・リプロダクションに関する権利なども「人間がそれぞれの時代の自然的・人工的環境の下でいかにして自律的生を全うできるかにかかわる」権利として、(13条の下で)人格的自律権の一環に位置づけられる（個別的人権規定の間隙を埋める補充的自律権<sup>68)</sup>）。

このようにして、佐藤の理論においては、

「自律=即時的価値」という moral theory

- 自律のための moral rights（道徳上の権利としての人格的自律権）
- 憲法13条の「幸福追求権」（基幹的自律権）
- 憲法上の他の人権（派生的・個別的自律権）

という筋道で、「人格的自律の moral theory」と憲法上の人権の関係が示される。

65) 佐藤 [1990] 88-89 頁、同 [2008] 84 頁。

66) 佐藤 [1990] 88-89 頁、同 [2008] 84-85 頁。

67) 佐藤 [1988b] 15 頁。

68) 佐藤 [1990] 89 頁、同 [2008] 85 頁。

### (3) 人格的自律権と憲法の本質

以上の人格的自律権論は、「人権の基礎づけとして重要なものであることはもちろん、その次元にとどまらず、統治構造・過程のあり方をも含めた憲法全体の根幹ないし『要』にかかわる」と佐藤は言う<sup>69)</sup>。つまり、この理論は、人権のみならず憲法の本質にもつながっている。

その背景には、憲法学に対する佐藤の問題意識がある。佐藤は、戦後の日本の憲法学に対して、「人々の現実の生の在り方とやや切り離されたところで、『法』としての『憲法』を建前として性急に追求しすぎる傾きがなかったか」という疑問を提起し、憲法を考える上で、『法』としての『憲法』と、わが国の永い歴史、その歴史に顕現する人々の現実の生の在り方とを架橋する“物語”の形成・展開が重要な意義を持つにもかかわらず、その取り組みが不十分だったと指摘している。「物語」といういささか文学的な表現が使われているが、筆者なりの言葉に置き換えて言い直せば、「憲法とは何か」という憲法の本質について確たる理解を提示すること、しかもそれを人間のあり方と切り離してではなく結び付けて示すことが、解釈論を含めた憲法学全体にとって必要で重要だ（が、それがしっかりなされてこなかった）という趣旨であろう。まさにその点で、「われわれの永い歴史的経験への省察を踏まえて、個人をもって『人格的自律権』の享有主体として捉え、そのような個人が豊かに共生できる自由で公正な社会を構築しようとする」ことが「その“物語”の中核に据えられるべき」だというのが、ここでの背景にある佐藤の主張になる。こうして、憲法とは、その国で目指される社会像をそこでの人々の「生の在り方」を踏まえて提示するものだという憲法観・憲法理解に基づいて、人格的自律権論には憲法の本質論としての意味が見出される<sup>70)</sup>。

### (4) 国民による「人格的自律権」観念の導入

ここで人格的自律権論を憲法論として捉える場合、はっきりさせておかねばならない点がひとつある。それは、前実定法的 moral theory たる人格的自律権論

---

69) 佐藤 [2008] 78頁。

70) 佐藤 [2008] 78-80頁。

が、実定法としての憲法に「いかにして」取り入れられるのかという問題である。

この問題は、先の芦部の理論と比較して考えると分かりやすい。芦部の理論に「人格的自律」概念は出てこないが、実定法以前の価値に憲法の基礎を見出すという点で、2人の憲法理解の構造は類似している。その際、芦部は、「自由」などの超実定法的価値が、国民の憲法制定権力に先行しこれを規制するとしていた<sup>71)</sup>。では佐藤の理論だと、「人格的自律」の価値や moral theory と憲法制定権との関係はどう捉えられるか。佐藤は、芦部とは違って、憲法制定権者（国民）の「意思」を核として憲法制定を捉える<sup>72)</sup>。

国民主権の説明をする中で、佐藤は、「現実には、憲法は、ある歴史的時点において、その世代の人々により、ある方法をとって・制定される。その意味では、国家の合法性の体系は具体的な意思ないし実力（権力）から生まれる」と言って、実定憲法の源が、憲法制定権者の「意思」にあるという立場をとっている<sup>73)</sup>。そしてその際、では「何のために、いかなる原理に基づく憲法を制定するか」が問題になったときに、国民が、人格的自律権論の考え方を採り、自分たちの自律や自己決定が尊重される政治システムを作ろうとして制定されるのが立憲的憲法だと言う<sup>74)</sup>。先行規範・価値によって制定権者の意思が制約を受けるのではなく、憲法制定権者である国民の「意思」が土台で、その「意思」によって一定の原理——立憲的憲法の場合は「人格的自律」の考え方——が選択されて憲法が制定される<sup>75)</sup>。従って、

「自己決定権」の観念を「導入」する憲法典の定立は、国民各人の自己決定権が尊重される“良き社会”の形成発展という長期的視野に立って国民自らが「自己拘束」をなすという意味をもち、憲法典の永続的妥当性の根拠もかかる

71) 本稿第Ⅱ章第Ⅰ節(3)参照。

72) 本稿（及び本章）冒頭では「意志」という表現を使ったが、佐藤の用法に従って以下では「意思」を用いる。

73) 佐藤 [1995] 99 頁。

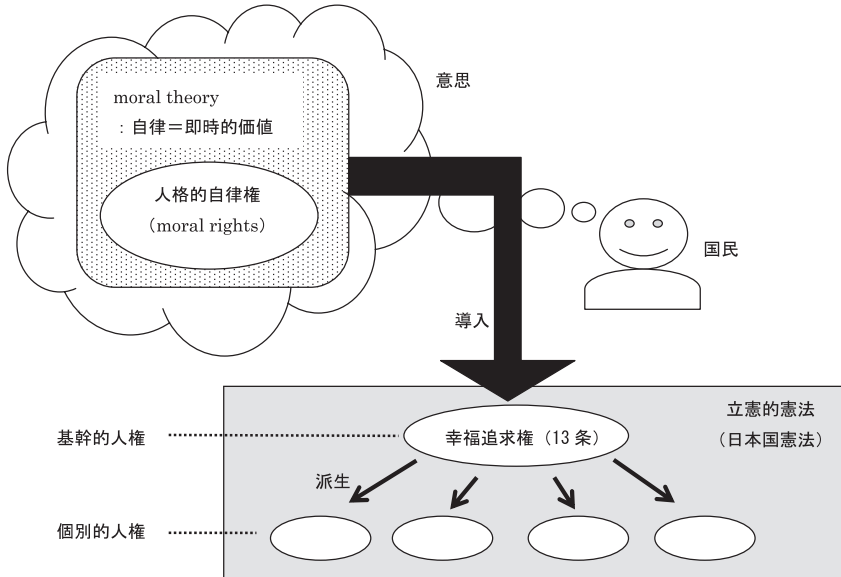
74) 佐藤 [1995] 99-100 頁。

75) 注 77) の引用部分にあるように、憲法の本質を述べる際に、「国民がこれこれの憲法典を定立した場合には、憲法にかくかくの意味が生じる」という、「国民」を主体とした言い方がされるのはこのためだと考えられる。

各人の「自己決定権」の尊重・実現の可能性という点にある<sup>76)</sup>

というように、実定憲法としての立憲的憲法の制定は、国民自身の主体的な選択による「自己決定権」観念（人格的自律の観念）の「導入」と意味づけられる（図2参照）。

図2 佐藤理論における立憲的憲法の基礎



「良き社会」の形成発展のために国民が自らの意思により「人格的自律の moral theory」を採用し、その中核にある人格的自律権を基幹とした憲法を作ること立憲的憲法が成立する。

このときに、国民は、何の思いも考えもなく、ただなんとなくその選択をするのではない。憲法についての一定の考えを抱き、相応の意味づけを持って、かかる意思を持ちその選択をする。ここでの「考え」や「意味づけ」にあたるのが、先に出てきた「物語」なのであって、「人の生の在り方」を含めた人格的自律権論が「(憲法の) 物語」として重要だという佐藤の主張はここにつながっている。

76) 佐藤 [1990] 93 頁。



「人間を人格的自律の存在と捉え、人々が自律的に生きられる社会を構築する」という「物語」を国民がその意思の中に抱いて、それに則って、人格的自律権を根幹とする人権保障の体系としての憲法を選択・制定することで、実定法としての立憲的憲法が成立するのである。moral theory として的人格的自律権論は、こうした形で、憲法制定権力者である国民の「意思」と、実定法としての立憲的憲法とを架橋し当該憲法の成立を支える。こうした趣旨をまとめて、佐藤は、

私は、国民主権とは憲法制定権力が国民にあるということだと解し、法は権力すなわち意思から生ずると解していますが、その国民が「自己決定権」の觀念の「導入」をはかる憲法典を定立した場合、そこには道徳理論上一定の意味が発生すると思います。それを象徴的に表現するならば、憲法典を実際に定立した世代の国民、現在の国民、さらに将来の国民を包摂する「国民」として、各人の自律的生を可能ならしめる“物語”(narrative)を共有し、憲法はその“物語”を成文の形で表現したものであるということでもあります。

と述べて、憲法典とは「相互に自律的生を大事にしようとする最も深い自律的意志の表現」なのだと言っている<sup>77)</sup>。

### 3. その長所——憲法の「押しつけ」性の克服

以上の佐藤の理論は、おおむね2つの段階に分けて捉えることができる。その前段にあたるのが人格的自律権論で、「自律」を価値とする moral theory において、人格的自律権を柱に人権が成立するという主張がその中身になる(前節(1)参照)。他方、この moral theory として的人格的自律権論を、憲法の基礎として国民が選択し導入するという部分が後段である(前節(2)~(4)参照)。これにより、人権規定を根幹とした立憲的憲法が、「国民の意思」により実定憲法として成立する論理が示される。

この佐藤の理論には、

---

77) 佐藤 [1990] 93-94 頁。

- それまでの憲法学で十分明確にされてこなかった「人権の基礎」について、「人格的自律」を核とする掘り下げた理論立てが図られている<sup>78)</sup>。それにより、人権を保障する立憲的憲法の本質についても掘り下げた説明がなされる。
- 「人格的自律」概念による基礎づけを通じて、自由権、参政権、社会権などを含めた人権全般にわたる体系的理解が打ち出される。「自由の価値」を基盤とする芦部の人権理解では生存権などの整合的説明が困難だが<sup>79)</sup>、佐藤の理解によるなら、社会的・経済的弱者の自律の確保として生存権などが説明できる。
- 社会状況の変化に応じて人権の具体的内容が変動する可能性がある中で、人格的自律権論により「何が人権か」を判断する基準として「自律」が提示され、人権の体系的且つ動態的な理解が可能になる。(憲法に明文規定がないものでも、「人間がそれぞれの時代の自然的・人工的環境の下にいかにして自律的生を全うできるか」に応じて、「個別的人権規定の間隙を埋めるもの」が人権として憲法上保障される<sup>80)</sup>。)

といった長所が見出せるが、加えて、特に芦部理論と対比したときの重要な特徴が、上述後段部分に見出せる。それは、芦部理論に見られる憲法の「価値押しつけ」構造の克服が図られる点である。

芦部の場合、「個人主義」と「自由」という価値が、憲法制定権力をも規定する憲法の基礎とされたため、憲法はこれらの価値を国民に「押しつけ」る機能を担うことになる。民主的立法への制約はその表れで、そこに正当性は見出せない。これに対して佐藤の理論では、価値を土台にした憲法理解が示されるものの、それが憲法制定権を拘束するのではなく、憲法制定権者=国民が、自らの意思で当該価値や道徳理論を選択して憲法が制定されるという論理になっている。そのため、憲法は、「価値の押しつけ」ではなく、国民を主体とした価値選択の産物と説明される。

78) この点の吟味・検討は、内藤 [2007] 29-37 頁、同 [2010b] 135-147 頁参照。

79) 第Ⅱ章第3節(2)参照。

80) 佐藤 [1990] 89-90 頁。

この場合、憲法自体が国民の主體的な価値選択として成立しているから、それが民主的立法を制約しても、必ずしも「国民の意思や判断に対する価値の押しつけ・抑圧」にはならない。人格的自律という価値を支持し、それに基づく統治システムを作ろうとしたのは国民であって、「自律」や「自己決定」が尊重される社会を長期的視野で築くための国民自身の「自己拘束」として憲法が作られる。それゆえ、民主的立法への制約も、その「自己拘束」の発動として、「自律の価値」に反するようなルールがその時々個別立法として作られないようにするための仕組みと説明できる。芦部の理論では正当化できない立法への制約が、佐藤の理論では、こうした論理で正当化される可能性がある。

#### 4. 「自律の価値」の主観性

このように佐藤の理論には一定の長所が見出せるが、ではそこに問題はないだろうか。これによって立憲的憲法の正当性が十分示されたと言えるだろうか。それを次に検討することにしたいが、その前に、関連する重要な論点をひとつ確認しておこう。それは、人格的自律の価値の主観性である。

前章で、芦部が根本的価値と位置づける「個人主義」や「自由」が主観的な価値のひとつにすぎないことを指摘したが、では佐藤の言う人格的自律の価値はどうだろうか。

前述のように、佐藤は、「自律」を「それ自身のためにもちないし経験するに値する」即時的・本質的価値とし、それに基づいて、人格的自律権を「普遍的な道徳的権利」「自然権」と位置づけている（傍点引用者<sup>81)</sup>。その中心を占める自己決定権についても「道徳理論上の普遍的な規範概念」「人間誰にでも妥当すべきもの」というように、その普遍性が強調される<sup>82)</sup>。しかし、自律すなわち「自らの生活や人生設計を自分で考え方向づけること」が、あらゆる人に妥当する価値かという点、そんなことはない。生き方を自分で決めるのではなく、伝統やしきたりの通りに生きることが人間として善いという考え方もあるし、主君なり親なり妻（夫）なりに忠実に従って生きていくのが美徳だという考え方もある。

81) 本章第2節(1)注59)、注61) 参照。

82) 佐藤 [1990] 93 頁。

人生を自分でどうこうしようとせず周囲の環境や状況に合わせて生きるのを善しとする人もいるだろう。芦部のところでも述べたように、世にそうした多様な価値観がある中でことさら自律の価値を普遍視するなら、「他の生き方をする人は間違っていて、自律的な生き方が善い、正しい」との論証がなされなければならない。しかしながら、佐藤の議論で——自律とはこういうものだという説明とそれが「その人の人たる道徳的基礎だ」「即自的価値だ」という言い切りはあっても——それはなされていないし、それが可能だとも思えない。

佐藤の説明から、「自分の生き方を自分で決める」のが大事だと「佐藤幸治さん」が考えていることはよく分かる。が、そう思わない人にとってはそれとは別の、「伝統遵守」や「主君への忠節」や「自ら図らず」等々が価値になる。佐藤のように「自律こそその人の人たる道徳的基礎をなすもの」と言うのと、その他の生き方は「人として」間違っているかのように聞こえるが、決してそんなことはない。受身だろうが他者に流されようがしきりに盲従しようが、それはそれでその人の生き方であるし、そういう生き方よりも「自律」が本質的に善いとか、「自己の生の作者である」ことに価値があると絶対的・客観的に言えるわけではない。それは結局、人それぞれの価値観によるのであって、「自律の価値」はやはり主観的・相対的なものである。

##### 5. 佐藤理論の問題点 (1 と 2) —— 憲法の成立に関して

とはいえ、そうだとしても佐藤の理論では、当該価値の国民による選択・導入として立憲的憲法が説明されるので、芦部理論のように憲法が「価値押しつけ」にはならないことは前述の通りである。「自律」の価値が主観的であろうと、国民がその価値を支持・選択して憲法を作っているのだから、当該憲法が存在し自分たちに適用されることには相応の妥当性が認められる。この点で、超実定法的価値の絶対性に依拠して憲法を説明する芦部に比べて、「価値を国民が選択する」過程を通じて憲法を説明する佐藤の理論は一步進んでいる。

しかし、ではこれによって立憲的憲法の存在と立法への制約が十分正当化されるかと言うとそうではない。ここにも以下のような問題点があると筆者は考える。

(1) 「立憲的憲法」と他の憲法の等価性

第一に、「国民の選択」に依拠する佐藤のこの論理によるなら、立憲的憲法に限らず、どんな内容の憲法でもすべからく妥当なものになりうる。国民が「自律」という価値を選択・導入することで立憲的憲法が成立し正当化されるなら、国民が「国家への献身」を価値とみて全体主義的な憲法を制定すればそれはそれで妥当な憲法だし、「生まれによる人間の区別」を価値とみて身分制的な憲法を制定すればそれが妥当な憲法ということになる。つまり、「国民の選択」であるかぎりおおよそどのような内容の憲法でも正当性が認められて、立憲的憲法も全体主義的憲法も身分制的憲法も「等価」になる。言い換えると、ここでの論理は、「憲法なるもの」の存在を「国民の選択」として正当化する主張にはなっても、その中で全体主義的憲法や身分制的憲法ではなく「立憲的憲法が」妥当なのだという、立憲的憲法の正当性は示せない。

(2) 「国民の意思」決定に関する疑問

第二に、「国民が『自己決定権』の観念の『導入』をはかる憲法典を定立した」という佐藤の論理は、実際の憲法典の成立に本当に当てはまるのか、はなはだ疑わしい。日本国憲法で言えば、佐藤の論理でいくと、「自律」の価値性やそれを基幹とした憲法の妥当性を国民が認めて、そういう憲法を作ることを国民が選んでこの憲法が制定されたことになる。しかしながら、日本国憲法の制定経緯に照らしてどこにそういう要素が認められるのかは疑問である。ポツダム宣言受諾、憲法改正草案要綱の作成、帝国議会での審議などの過程の、一体どの段階で日本国民が「自律の価値」の承認・選択をしたのだろうか。そもそも「人格的自律」や「自己決定」に基づく憲法理解は、それまでの憲法学で人権が「人間性に基礎づけられる」と単純に説明されていたのを佐藤が批判して、「人権の基礎」を明確化するために打ち出した考え方である。本稿での引用文献に表れているように、佐藤自身がこうした考え方を提示するのが1980年代以降の話であって、日本国憲法制定時の日本国民に「自律」や「自己決定」の価値意識が浸透していたとは考え難い。にもかかわらず、「国民が『自己決定権』の観念の『導入』をはかる憲法典を定立した」と一体なにゆえ、どういう根拠で言えるのか。佐藤の論理が

成立するとは思えない。

それと関連して、自律を基盤とする憲法を「国民が」選択し定立したと言っても、では老若男女の国民すべてが「自律」を価値と考えているかというところではないだろう。自律的な生き方をしていない人だって日本にたくさんいるし、他の誰かに従ったり尽くしたりする方が善いと思っている人もいる。彼らの間で「自律」こそが価値だと確認する話し合いが持たれたわけではない。であるのに、なぜ「自律」に基づく立憲的憲法の定立を「国民の意思」と捉えることができるのか。もちろん、佐藤の立場でも、現実の「日本国民全員の意思の合致」に基づいてではなく、なんらかの擬制としてそれが説明されるのであろうが、ではその擬制の論理はどういうものなのか。何をもち「自律の価値」が「国民の意思」によって選択されているとみなすのかははっきり示されない。この点でも、佐藤の論理には疑問が残る。

#### 6. 佐藤理論の問題点（3と4）——憲法の中身に関して

これらの疑問がある上で、ともあれ、仮にそういう形で「自律」の価値性やそれを基幹とした憲法を国民が選択・導入することで、日本国憲法をはじめとする立憲的憲法が成立するのだとしよう。しかしそれでもさらに第三、第四の問題点が浮かび上がる。

##### (1) 人権の主体の混乱

第三は、人権の主体の範囲が混乱することである。「人」の中には、高齢や障害のために認知能力・判断能力が十分でない人など、そもそも自分の生き方を自分で判断したり選択したりしえない人も存在する。生き方を自分で選択することが「自律」であり価値だと言うなら、そういう人の「生」には価値が認められなくなる。まして「自律」が「その人の人たる（personhood）道徳的基礎」だと言うなら、そういう人の「personhood」は否定されてしまい、人権の主体も人間一般ではなく、健全者など「自律」能力がある人に限られることになる<sup>83)</sup>。

---

83) 同様の指摘は奥平 [1988] 137-139 頁にもある。

もっともこの点は、佐藤の理論の中ですでに「織り込み済み」であり、「道徳的人格性を規定する最小限の要件は、能力 (a capacity) にかかわるのであって、能力の現実化ではない」とされている。これは、「その人の人たる道徳的基礎」としての「自律」は「潜在能力で十分」で、その人が現実に自律的に行動し生きているかどうかではなく、潜在的にそういう能力を持っているかどうかによって判断されるという趣旨である。そういう潜在能力を尊重することが、「自律」に基づく人権の尊重を意味するから、『『基本的人権』は子どもを含めてすべての個人に妥当する』のだと佐藤は言う。高齢者や障害者なども決してそこから除外されないことになる<sup>84)</sup>。

しかしながら、佐藤は、「人格的自律」の意味について、「人が自己の生活を方向づける程度が高くなればなるほど、その人の自律の程度は高まる」という説明をしていた (本章第2節(1))。ということは、「自己の生活を方向づける」程度が低くなればその人の自律の程度はそれだけ低くなるわけだから、「自律」はむしろ (潜在能力ではなく) 「能力の現実化」によって判断されるように思える。一方では実際に「自己の生活を方向づける」ことの重要性を強調しながら、その基準は「現実の自律」ではなく「潜在能力」だと言うのは説明に矛盾があり、佐藤の「自律」概念はこの点で行き詰っているように筆者には思える。

加えて、「自律」の基準をこのように「潜在能力」に求めるのなら、人権と人間との結びつきがあいまいになる。そもそも佐藤は、「自律」についてのこうした議論を、人権が「人間性」からいかに導き出されるのかという問いから始めていたのであって、「自律」は「人間であること」「人間性」と結びつけられている。「自律」が「その人の人たる道徳的基礎」だと言われていることもその表れと言えよう。しかし、そこで「人間性」の基礎としての「自律」が潜在能力でも十分で、その潜在能力があることでもって、自律的判断能力が不十分な人も含めて人権が認められる根拠になるのであれば、なにも人間に限らず、動物全般にも人権を認めなくてはならないのではないか。

よく「動物は本能で動く」と言う人がいるが、人間以外の霊長類、哺乳類はも

---

84) 以上の引用箇所は、佐藤 [1987b] 8-9 頁より。

ちろん、虫や魚だって、捕食者の足音が聞こえたらそちらに注意を向け、捕食者が左から近付いてくればそれに応じて反対方向に逃げるという行動を、その瞬間瞬間の状況判断に基づいて「自分で」選択して行っている。その他、自分に求愛してくるオスを、歌やダンスの良し悪しでメスが選別し配偶するかどうか決めるとか、犬や猫が飼い主とそうでない人とを区別して認識し前者の言うことだけを聞くとか、動物個体は、それぞれが相応に自律的・主体的に意思や行動を決定している。つまり人間以外の動物だって自律性を有しているのであって、人間との間でそこに違いがあるとしても、それは程度の差にすぎない。そうした中で、各人の「現実の自律」ではなく、「潜在能力としての自律」性をもって人権を認める基準とするのであれば、さまざまな程度で自律的に行動し生きている動物全般に人権が認められなければならない。しかしながら、豚や鶏、鮪や鰯や蠅や蚊にも憲法で人権を保障するというのは明らかに妙な話で、「潜在能力としての自律」というのは人権の主体の条件として問題がある。

このように、人権の基礎としての「自律」は、それを「現実の自律度合い」と見るなら「すべての人」に当てはまるものではなくって人権の主体になれない人が出てくるし、それを「潜在能力」と見るなら人間以外の動物にも当てはまって「人」権と結びつかなくなる。

## (2) 憲法の硬性、民主的立法への制約との矛盾

さらに四点目として、本稿の問題関心に照らして特に重要な問題点がある。それは、「国民」の世代を超えたくり方の問題である。

ある時点の国民が自分たちの意思を反映させて憲法を作ったとしても、時間が経てばその人たちはいなくなり、新しい世代の国民が出てくる。すると、憲法制定時の国民にとってその憲法は「自己拘束」でも、後の世代の人たちにとっては憲法の存在は「他者（死者）による拘束」になる。世代が変われば人びとの価値観も変わり、過去の世代とは異なる意思や考えを新しい世代が持つことも多いのに、憲法を通じて新しい世代は古い世代が作ったルールに縛られる。それはおかしいのではないかという疑問がここで生じる。しかも憲法は、新しい世代（の代表者）の多数が賛成して作った法律を制約できるし、新しい世代が自分たちの意



思に合うように憲法を変えようと思ってもなかなか改正できないようになっている。佐藤のように、「国民の意思」の反映として憲法を基礎づけるなら、後の世代の国民がそれと抵触する内容の法律を自分たちの意思として作ったときにはそちらが——憲法よりも新しくできた法律が——優先されるべきだし、それ以前に憲法そのものが、新しい世代の価値観を反映しやすいよう軟性であるべきである。日本国憲法で言えば、それが制定された1940年代後半の国民の意識や価値観と2010年代の国民のそれとは明らかに異なっており、前者の定めた規則を後者に対する「自己拘束」と言うのは無理があろう。実際、今の国民の中には憲法改正を望む人も多いが、硬性の改正手続きはその人たちにとって大きな障害になっている。

この点、佐藤は、前出注77での引用部分にて、国民が「自己決定権」の觀念の「導入」をはかる憲法典を定立したとき、そこには「憲法典を実際に定立した世代の国民、現在の国民、さらに将来の国民を包摂する『国民』として、各人の自律的生を可能ならしめる“物語”(narrative)を共有する」意味があり、「憲法はその“物語”を成文の形で表現したものである」と言っていた。しかし、仮に1940年代後半の日本国民がそういう「物語」を支持していたとしても、その後の国民がそれを共有する必然性はない。世代が変われば考え方も変わるのが普通なのだから、その中で、なにゆえ「憲法制定時」と「現在」と「将来」の国民とが一足飛びにひとくくりにされるのか、されてよいのか。世代を超えた「物語の共有」がそこでどう認められるのか。多くの疑問が残る。

## 7. 立憲的憲法の後世代制約性

### (1) 佐藤から想定される反論——各世代の自己統治のための憲法

このうち四つ目の問題点に関しては、佐藤の議論の中で考慮が払われており、上の疑問への「回答」に相当する記述が以下のように示されている。

過去の国民（“死者”）は現在の国民（“生者”）を拘束することはできない。立憲主義を支える道徳理論によるならば、過去の国民（“死者”）が現在の国民（“生者”）を拘束することが許されるのは、現在の国民（“生者”）が自由を保

持しつづつ自己統治をなすことを容易にする制度枠組を構築する、換言すれば、現在の国民（“生者”）が自由な主体として自己統治をなすことができる開かれた公正な統治過程を保障するという場合のみである。国民をもって、憲法を実際に制定した世代の国民、現在の国民、さらに将来の国民を包摂した観念的統一体として把握し、そのような国民の意思に国家の合法性の体系の成立・存続の正当性の根拠を求めることが道徳理論上容認されるのは、そのような条件が満たされる場合においてのみであろう（傍点原文）<sup>85)</sup>。

ここで佐藤は、立憲的（で硬性の）憲法の制定は、制定時の国民が恣意で後の世代の国民を縛るのではなく、むしろ、後の世代の国民が自分たちの意思に基づいた統治を行えるようにするための制度的な「枠組」設定なのだと言明している。併せて、佐藤は、自身の「自律」論には「価値多元論」的要素が含まれていることを示唆しつつ、

筆者（引用者註：佐藤を指す）は、人の自律は“善き生”を目指してのものであること、しかし何が“善き生”かは各人の判断するところであって国家がある特定の型を強制することは許されないこと、ただ人々のそうした“善き生”を求めての営みを可能ならしめる環境の整備を行うのは国家の責務であること、というように考えた<sup>86)</sup>

とも言っている。「何が“善き生”かは各人の判断するところ」とあるように、ここで佐藤は、なにか特定の生き方を人びとに押しつけたり強制したりするのではなく、生き方に関する価値がさまざまあるのを認めた上で、各人が自分の価値観に基づく生き方ができるようにする「環境整備」を「国家の責務」としている。これは、前の引用での「制度枠組」と対応するものと考えられ、つまり、各世代の国民が「自律」的に、自分たちがよいと思う生き方や社会を選択できるようにするための制度的な枠組として、「自律」を基礎とした立憲的憲法は捉えられる。

---

85) 佐藤 [1995] 100 頁。

86) 佐藤 [2008] 93-94 頁。

そういう「枠組設定」であるからこそ、憲法は、「憲法典を実際に定立した世代の国民、現在の国民、さらに将来の国民」に共有される「各人の自律的生を可能ならしめる「物語」」の表現だと言えるのであって（本章注77の引用）、佐藤理論における「憲法典の永続的妥当性」（本章注76の引用）の根拠は、憲法が各世代の自己決定的統治の枠組みであることに見出される。

(2) 立憲的憲法は後世代の体制選択を制約する

ここで佐藤は、リベラリズムで用いられる「善き生」の観念を持ち出して、それについての各人の判断・決定とそれを実現するための制度枠組とを区別する論理で——言い換えれば「善」と「正義」を区別する論理で——、「各世代の自律・自己決定」と「憲法による後世代の拘束」を整合させようとしている。しかし、この論理は、もとより自律的 moral theory にコミットする立場に立って成り立つもので、そうでない moral theory や価値観を支持する人に対する妥当性を持たない<sup>87)</sup>。

「何が“善き生”かは各人の判断するところ」という見方は、人それぞれ多様な生き方を尊重するという意味で価値の多様性を認めるもののように見えるが、これ自体が「自律」すなわち「自分の生き方を自分で決める」ことを是とする価値観そのものであって、他律や受身の生を是とする価値観と対立する。「善き生」は各人の判断次第なのではなく、人間として、日本人として、あるいは男性として女性としてどの人にも当てはまる客観的な「善き生」の基準があるという考え方だって決して珍しくない。「現代の日本人は武士道の精神を取り戻すべき」といった主張をする人は実際にいるし、「男たるもの外で働き、女性は家事や育児をするもので、働かない男性や育児しない女性はけしからん」と考える人、「それこそ大変な間違いで、男性も家事や子育てをし、女性もどどん外で働くようにならねばならない」と考える人はどちらも数多く存在する。

憲法に関しても「自分の生き方は各人が判断すべきで、それができるための自律と自己決定の制度枠組として憲法があるのだ」と考える佐藤のような人もいれ

87) 同様の問題は、リベラリズムに依拠する長谷部の理論にも当てはまる。後述第V章参照。なお、こうした観点に基づくリベラリズムへの批判的検討は、内藤 [2013]。

ば、そうではなくて「日本人として（もしくは人間として、男として、女として）“こうあるべき” 生き方を国民全体で実現するための最高規範として憲法があるのだ」と考える人も存在する。そこで佐藤の言うように、このうちの前者の考え方を「憲法典を実際に定立した世代の国民」が採って日本国憲法を作ったのだとして、後の世代の人たちも同じ考え方をすれば問題ないだろうが、そんな保証はない。将来の世代の国民の多くは後者の考え方を支持し、日本人として共通の生き方を定める憲法や特定の宗教を基盤とした憲法——人格的自律の moral theory を基盤とするのではない、それ以外の moral theory に基づく憲法——を望むようになるかもしれない。

各世代の自律と自己統治を尊重するなら、そこで後の世代の国民は、自分たちの考えに基づく統治体制を自分たちで作れるのでなければならない。それを可能にするからこそ、前世代が憲法を制定し、その憲法が後の世代を拘束することが許され正当化されるというのが佐藤の説明であった。しかし、先行世代による立憲的憲法（日本国憲法）の制定は、硬性で改正限界を伴うことで、後の世代の意思による統治体制の選択を制限しているし、後世代が自身の意にかなう立法をするのも制約している。（後世代の多数が日本人はみな仏教に帰依すべきと思って「仏教国教化法」を制定しても違憲無効となるだろう。）「自律的 moral theory」を基盤として「後の世代の自己統治を容易にする」はずの立憲的憲法は、後の世代がそれと異なる moral theory を支持し、それに基づく法制度を作ることを制約する「制度枠組」になっているのである<sup>88)</sup>。このように憲法が後の世代の自由な moral theory 選択とそれに基づく自己統治を制約する以上、憲法を制定した世代と後の世代の国民を「観念的統一体として把握」する佐藤の理屈は成り立たないし、その理屈によって先行世代による立憲的憲法の制定を正当化する論理も成り立たない。

---

88) そのように基本原理を異にする憲法はもとの憲法とは言わば「別物」なのだから、その場合は改正ではなく新憲法を制定すれば後の世代の自己統治が可能になるという見方があるかもしれない。しかし、その場合でも、後の世代にとって既存の憲法が「自分たちの価値観に基づく統治体制」を作る上での制約になっていることに変わりはない。であるなら、「各世代の自己統治を可能にする」という論理で先行世代による立憲的憲法の制定を正当化する佐藤の論理は、やはり成り立たない。

まとめて言えば、「人格的自律」や「自己決定」を核とする価値（なり moral theory なり「物語」なり）を国民が自らの意思で選択するという論理で立憲的憲法の成立を説明し、それによって各世代の自己統治が可能になるという論理で「超世代的統一体としての国民」把握を正当化する佐藤の説は、そこでできた憲法が軟性で改正無限界なら、すなわち後の世代が自らの意思で違う原理の憲法を自由に選択し設定できる形であるならまだしも、硬性で改正限界がある立憲的憲法の説明としては妥当でない。先に整理したように、佐藤は、（芦部と異なり）自律の価値が絶対・普遍だからではなく、その価値を支持し選択する「国民の意思」に基づいて成立するところに立憲的憲法の正当性の根拠を見出しているのだから、そうである以上、憲法は、人びとの考え方や価値観が変わればその意思を反映して柔軟に変えられる形でないといけない。（もしくは実質的な統治制度の内容は、その時々々の国民（代表）の意思を反映しやすい立法に委ねて、憲法はそのための手続のみを定めるにとどまるのでなければならぬ<sup>89)</sup>。）

以上のように、先に挙げた第四の問題点に対する佐藤の「回答」は不十分であり、その前に挙げたものと合わせて4つの問題点が、佐藤の理論には指摘できる。芦部の自然法論的構成に代わって「国民の意思による憲法制定」という論理で立憲的憲法を説明する佐藤の理論でも、その——特にそれが硬性で改正限界を伴って民主的立法を制約することの——正当性は示されない。

（以下次号）

### 参考文献

- 愛敬浩二 [2004] 「二つの立憲主義憲法学——樋口陽一、長谷部恭男両教授の『憲法思想』を読む」 樋口陽一・森英樹・高見勝利・辻村みよ子編著『国家と自由』日本評論社
- [2012] 『立憲主義の復権と憲法理論』日本評論社
- 芦部信喜 [1983] 『憲法制定権力』東京大学出版会
- [1992] 『憲法学 I 憲法総論』有斐閣

89) 後述松井理論参照。

- [1994]『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣
- [1995]「平和憲法五十年の歩み——その回顧と展望」長野県伊那中学校・伊奈北高等学校創立七十周年記念継続事業 記念講演会記録
- [2011]『憲法 第五版』〔高橋和之補訂〕岩波書店
- 芦部信喜・小嶋和司・田口精一 [1966]『憲法の基礎知識』有斐閣
- 土井真一 [1998]「司法審査の民主主義的正当性と『憲法』の観念——手続的司法審査理論の憲法的地平」米沢広一・松井茂記・土井真一刊行代表『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』青林書院
- 長谷部恭男 [1987]「芦部信喜教授の憲法訴訟論」法律時報 59巻 9号
- [1991]『権力への懷疑』日本評論社
- [1994]「政治過程としての違憲審査」ジュリスト 1037号
- [1995]「政治取引のパズールと司法審査」法律時報 67巻 4号
- [1997]「司法審査と民主主義の正当性」法律時報 69巻 6号（同『比較不能な価値の迷路』第9章に採録）
- [1999]『憲法学のフロンティア』岩波書店
- [2000]『比較不能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論』東京大学出版会
- [2004]『憲法と平和を問い直す』筑摩書房
- [2006a]『憲法とは何か』岩波書店
- [2006b]『憲法の理性』東京大学出版会
- [2008]『憲法〔第4版〕』新世社
- [2011]『法とは何か——法思想史入門』河出書房新社
- 長谷部恭男・杉田敦 [2006]『これが憲法だ！』朝日新聞社
- 市川正人 [1996]「最近の『二重の基準論』論争をめぐって」立命館大学政策科学 3巻 3号
- 菅野喜八郎 [1978]『国権の限界問題』木鐸社
- ケルゼン、ハンス [1975]『正義とは何か ケルゼン選集3』（宮崎繁樹・上原行雄・長尾龍一・森田寛二訳）木鐸社
- [2009]『ハンス・ケルゼン著作集Ⅰ 民主主義論』（上原行雄・長尾龍一・布田勉・森田寛二訳）慈学社
- 君塚正臣 [2000]「〔紹介〕松井茂記著『日本国憲法』」関西大学法学論集 50巻 1号
- 清宮四郎 [1979]『法律学全集3 憲法Ⅰ〔第三版〕』有斐閣
- リー・クアンユー [1993]「人権外交は間違っている」諸君 1993年9月号

- ヨンバルト、ホセ [1977]『法の歴史性』成文堂  
—— [1979]『実定法に内在する自然法』有斐閣
- 松井茂記 [1991]『司法審査と民主主義』有斐閣  
—— [1994]『二重の基準論』有斐閣  
—— [1998]「プロセス的司法審査理論 再論」米沢・松井・土井刊行代表『現代立憲主義と司法権』青林書院  
—— [2001]「なぜ立憲主義は正当化されるのか」(上)(下)法律時報73巻6号、8号  
—— [2007]『日本国憲法〈第3版〉』有斐閣
- 棟居快行 [1996]「プロセス・アプローチの司法審査観について」覚道豊治古稀記念『現代違憲審査論』法律文化社
- 内藤淳 [2007]『自然主義の人権論』勁草書房  
—— [2010a]「人間科学と自然法論と法実証主義——法規範はいかなる内容をも持ちうるか」新世代法政策学研究8号  
—— [2010b]「人間本性論を回避して人権を語り得るか」井上達夫編『講座人権論の再定位5 人権論の再構築』法律文化社  
—— [2013]『法の目的』論としての正義論と人間科学』法社会学78号
- 宮沢俊義 [1971]『憲法Ⅱ〔新版〕』有斐閣
- 奥平康弘 [1988]「“ヒューマン・ライツ”考」『和田英夫教授古稀記念論集 戦後憲法学の展開』日本評論社
- 阪口正二郎 [2000]「『リベラリズム憲法学と国家の中立性』序説」法律時報72巻12号  
—— [2001]『立憲主義と民主主義』日本評論社
- 佐藤幸治 [1987a]「人権の観念——その基礎づけについての覚書」ジュリスト884号  
—— [1987b]「子どもの『人権』とは」『自由と正義』36巻6号  
—— [1988a]『現代国家と司法権』有斐閣  
—— [1988b]「日本国憲法と『自己決定権』——その根拠と性質をめぐって」法学教室1988年11月号  
—— [1990]「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」日本法哲学会編『法哲学年報1989 現代における〈個人—共同体—国家〉』有斐閣  
—— [1995]『憲法〔第3版〕』青林書院  
—— [2008]『現代国家と人権』有斐閣
- 高見勝利 [2004]『芦部憲法学を読む——統治機構論』有斐閣

(322) 一橋法学 第12巻 第2号 2013年7月

渡辺康行 [2000] 「多数だけでは決めない仕組み」樋口陽一編『ホーンブック憲法  
〔改訂版〕』北樹出版