

憲法学の「社会科学化」へむかって

川 鍋 健*

- I 憲法学の「法律学化」をめぐって
- II 憲法学の「社会科学化」へむかって

I 憲法学の「法律学化」をめぐって

1. 違憲審査制と不信

かつて樋口陽一は、「憲法学の「法律学化」をめぐって」と題する論考で、1958年フランス共和国憲法における憲法院設置とそれに伴う裁判所による違憲審査制導入以後のフランス憲法学を指して、「これまで主として政治部門の動体分析の面で成果をあげてきたフランスの憲法学が、憲法規範にかかわる問題にこのんでとりくむようになってきている」と評した¹⁾。その認識の背景には、憲法院の憲法解釈による法治国家化へのフランス憲法学界からの期待と同時に、違憲審査権力の主体である憲法院という憲法の有権解釈機関の判断が、現実にも妥当しうることのみを根拠としてその正当性が認められ、そのために不当な裁判官政治に陥ることへの危惧があった²⁾。言い換えれば、憲法の担い手としての裁判所がその職責に基づいて公正に、民主的政治過程を含めてあまねく憲法を適用する立憲体制を構築するという理想と、それが裁判官の独断の押し付けに墮することへ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第22巻第3号 2023年11月 ISSN 1347-0388

※ 同志社大学アメリカ研究所専任研究員、助教（有期）。早稲田大学現代政治経済研究所特別研究所員。博士（法学）、修士（法学）、一橋大学。学士（法学）、東北大学。本稿は、JSPS 科研費若手研究（JP22K13284）の助成を受けた研究成果の一部である。

- 1) 樋口陽一「憲法学の「法律学化」をめぐって：第五共和制におけるフランス憲法学の新傾向」、樋口陽一『権力・個人・憲法学：フランス憲法研究』、学陽書房（1989年）所収（初出は1982年）。引用は前掲書157頁、傍点原文。
- 2) 「期待」について前掲書、165頁以下、「危惧」について前掲書、170頁以下を参照。

の懸念が、そこに表明されていた。

阪口正二郎が『立憲主義と民主主義³⁾』を執筆した問題意識は、この樋口の言説の系譜に連なっている。阪口は立憲主義を「権力=多数者によってもおかしくないものとしての『人権』という観念と、それを担保するための違憲審査制という装置を内容として持ったものである」と理解した⁴⁾。そして、アメリカ憲法理論（原意主義、二元的民主政理論、プロセス理論、プリコミットメント論）が、そのような立憲主義よりも多数決主義としての民主主義を選択することを批判してみせた。しかし、阪口はそれにとどまらず、実は立憲主義を選びとることが「『どぎつい』選択」であることも示した⁵⁾。なぜなら、「立憲主義と民主主義との間にある溝」を前提に、一方では権力の濫用を権力の民主化、すなわち多数者支配により防ぐという民主主義をあえてとらずに、「たとえいかに徹底的に民主化されようと権力はあくまでも権力である」として立憲主義を選びとったからである⁶⁾。阪口は、立憲主義によって個人が国家権力に対して自由を確保しようとする営みに、個人が市民として国家に関心を持って対しようとする、「真の意味での権力の民主化につながる可能性」をかけていた⁷⁾。そしてその主張は、いかなる権力をも懐疑するという意味で、立憲主義の維持装置としてかれが期待をかけた裁判所による違憲審査制に対しても、国家権力として、その矛先が向くものであった。裁判所による違憲審査制には、阪口においても樋口と同様、その期待だけではなく不信が論理的に内在していた。

2. 権力批判としての違憲審査基準論

それゆえ阪口はその後、研究の軸をアメリカの違憲審査基準論と日本の判例法理への参照可能性や、ドイツ連邦憲法裁判所の違憲審査の手法である三段階審査論など各国の裁判所の憲法判断基準の比較をその内容に含むグローバル立憲主義研究に移していった⁸⁾。なかでもリベラリズムに依拠する立場から、法哲学者

3) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』、日本評論社、2001年。

4) 前掲書、2頁。

5) 前掲書、279頁。

6) 前掲書、279、286頁。

7) 前掲書、291頁。

ロナルド・ドウォーキン (Ronald Dworkin) 由来の切り札としての人権論を違憲審査基準論に導入しようとしたことは、それが政治権力に対する批判的視角からくるものばかりではなく、違憲審査を行う裁判所に対しても批判的に向き合う態度を示したものとして、注目される⁹⁾。

阪口は「違憲審査基準が、審査基準を階層化することで、裁判官による利益衡量を枠づけようとするのに対して、比例原則はこうした形での枠づけを拒否して個別の事例の事情に即した裁判官による利益衡量を可能にする」、と述べている¹⁰⁾。これは、かれが三段階審査論との比較のなかで言及したものである。かれによれば、三段階審査論、特にその三段階目である権利制約の正当化の段階における比例原則と比べると、違憲審査基準は、比例原則と同様「利益衡量によって憲法上の権利の制約の合憲性を判断しようとする方法を根幹に置いて共有している¹¹⁾」が、裁判官の利益衡量に対する枠付けがアメリカの場合厳格である。それはまずは、ロスコー・パウンド (Roscoe Pound) による社会学的法学 (sociological jurisprudence) の登場以降、「契約の自由」法理に基づく憲法上の個人の自由に対する強い保障によって、政府による規制を積極的に違憲判断したアメリカ連邦最高裁への批判として、利益衡量論が説かれたことによる¹²⁾。つまり、

8) 以下に挙げるものは、関連する阪口のすべての業績ではないが、参照した。阪口正二郎「戦争とアメリカの「立憲主義のかたち」、法律時報 74 巻 6 号 (2002 年)、50 頁以下；同「立憲主義のグローバル化とアメリカ」、ジュリスト 1289 号 (2005 年) 35 頁以下；同「憲法上の権利と利益衡量：「シールド」としての権利と「切り札」としての権利」、一橋法学 9 巻 3 号 (2010 年)、31 頁以下；同「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能：憲法と理由」、辻村みよ子、長谷部恭男編『憲法理論の再創造』、日本評論社 (2011 年)、147 頁以下；同「憲法学と政治哲学の対話——リベラリズム、違憲審査基準、権利」公法研究 73 号 (2011 年)、42 頁以下；同「猿払事件判決と憲法上の権利の「制約」類型」、論究ジュリスト (2012 年春)、18 頁以下；同「比較の中の三段階審査・比例原則」、樋口陽一、森英樹、高見勝利、辻村みよ子、長谷部恭男編『国家と自由・再論』、日本評論社 (2012 年)、235 頁以下；同「違憲審査基準について」、阪口正二郎、江島晶子、只野雅人、今野健一編『憲法の思想と発展：浦田一郎先生古稀記念』、信山社 (2017 年)、669 頁以下；同「権威の文化と正当化の文化：日本の違憲審査制はグローバル化に耐えうるか?」、判例時報 2475 号臨時増刊、2021 年 (初出は 2019 年)。

9) 阪口前掲註 8)、「憲法上の権利と利益衡量」、32 頁以下。

10) 前掲論文、43 頁。

11) 前掲論文、44 頁。

12) 前掲論文、45 頁。

一方では個人の権利は法によって保護されるべき利益の一つでしかなく、公的利益、あるいは社会的利益との比較衡量のなかで保障されるべきだ、という革新主義時代のアメリカ法学の問題意識から、たとえば社会的利益としての労働者保護の名目などにより、個人としての資本家の権利を場合によっては制約できる、と利益衡量論は主張した¹³⁾。他方でそのような主張は、個人に対して保障されるべき権利が、場合によっては社会のために制約されるべきことを意味した。また、裁判所による違憲審査制は政府による個人の権利への制約を目の当たりにしても、場合によっては違憲判断を通じてそれに異議申し立てをすることはできないことを、その主張に内包するものでもあった。このことを阪口は「アメリカにおいて利益衡量という言葉には、権利の保障を弱め、司法の自己抑制を導くのではないかとの暗いイメージが付きまとっている」、と述べている¹⁴⁾。

加えて、反動的に反共産主義が叫ばれた1950年代のマッカーシズム期には、当時連邦最高裁判事だったフェリックス・フランクファーター (Felix Frankfurter) によって、平時の、共産主義に基づく政治的言論を煽動規制法により規制することを合憲と判断するにあたって利益衡量論が用いられたことを阪口は指摘する¹⁵⁾。ここでは個人の権利、そのなかでも要保護性の高い、個人の精神的活動に関わる政治的表現の自由の保護が国家の安全に関する利益に劣後することを安易に認めることに利益衡量論はつながってしまっている、と阪口は見ている。

それゆえ阪口は、伝統的な違憲審査基準や比例原則のように、仮に「憲法上の価値にウェイトを置いた利益衡量」であっても、それは切り札としての人権を十

13) 前掲論文、45-46頁。ただし、社会的利益の例についてはわたしの考案による。また、3つの利益について、*see* Roscoe Pound, *A Survey of Social Interests*, 57 HARV. L. REV. 1 (1943). なお、この点の議論に関して、参照、阪口正二郎「ロスコー・パウンドと表現の自由」、時岡弘先生古記記念論文集刊行会編『人権と憲法裁判：時岡弘先生古記記念』、成文堂 (1992年)、183頁以下；同「表現の自由の原理論における『公』と『私』：『自己統治』と『自律』の間」、長谷部恭男、中島徹編『憲法の理論を求めて：奥平憲法学の継承と展開』、日本評論社 (2009年)；同「奥平康弘の表現の自由理論の一考察：原理論における奥平とチェイフィーの距離」、樋口陽一、中島徹、長谷部恭男編『憲法の尊厳：奥平憲法学の継承と展開』、日本評論社 (2017年)、139頁以下、150-56頁。

14) 阪口前掲註8)、「憲法上の権利と利益衡量」、46頁。

15) 前掲論文、46-47頁。*See also* Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 524-25 (Frankfurter, J. concurring) (1951).

分に保障することにはつながらない、と理解する¹⁶⁾¹⁷⁾。そして、「[「切り札」としての権利論は政府の行為理由に着目して一定の正当性のない行為理由を排除するものである]とする阪口は、規制目的に対する規制手段の適合性を審査する、いわゆる厳格審査基準や厳格な合理性基準における手段審査を、「正当でない立法目的を暴き出すか、あるいは正当でない目的を追求しにくくするものとして」活用することを提案する¹⁸⁾。

この阪口の議論に見られるのは、単に権利制約が不当である場合に裁判所が違憲判断を行わねばならない、というだけではなく、そもそも権利制約の不当を論じるための理由づけが十分になされなければ、裁判官の恣意による判断がなされてしまう、という問題意識である。一定の論証の下に裁判所の判断が展開されてはじめて、その判断が正当に従うべきものになり、そうでなければ裁判権力の不当な行使となる、ということである。

3. 憲法学の「法律学化」と憲法学の「社会科学化」との関係

以上のように、阪口の憲法研究の道程に見られるのは、憲法学の「法律学化」への志向と「法律学化」に伴う権力の恣意性への批判的視角であった。憲法学の「法律学化」は一面では、憲法とその公正な適用解釈にたずさわる裁判所によって、恣意的な政治による人権侵害を抑止しようとする、立憲主義的な意欲に由来する。他方でそのような営みが、裁判権力という公権力によって担われる、ということに対しては、憲法の公正な適用解釈であると違憲審査権力が語る内容の恣意性の問題が同じ立憲主義的な意欲から生まれ、その恣意性を排除するために憲法判断を論証するための違憲審査基準論の精緻化が目指されている。

この、違憲審査権力が語る内容の恣意性への懸念について、その論証をどう考

16) 阪口前掲註8)、「憲法上の権利と利益衡量」、55頁。

17) もっとも、これはあくまでもアメリカやドイツのことを念頭に置いたもので、日本の違憲審査制についてはそもそも利益衡量そのもののあり方から阪口は批判的である。参照、阪口前掲註8)、「権威の文化と正当化の文化」、157頁以下。

18) 阪口前掲註8)、「憲法上の権利と利益衡量」、56頁。このような阪口の発想と同様のものとして、参照、長谷部恭男『憲法の理性』、増補新装版、東京大学出版会(2016年)、第7章、特に、107-108頁(初出は2002年)。

え、構築していくか。一つには、近年、ドイツ憲法研究者を中心にドイツ連邦憲法裁判所流の憲法裁判の手法の紹介¹⁹⁾や、日本における憲法研究者と違憲審査制を担う裁判官との共同研究の進展²⁰⁾などに見られる、さらなる「法律学化」への志向が考えられる。日本の最高裁が同様の事案に接した際の参考となるような学術的知見を導入し、それを裁判において裁判官に実際に使ってもらい、そして場合によっては裁判所の判例法理に対して批判的検討を行うということである。

日本の最高裁では法学者の最高裁裁判官への任命慣行があり、英米法学の伊藤正己、行政法学の藤田宙靖、宇賀克也ら憲法学にも造詣の深い公法学者の任命がある。ただ、河村又助以降憲法学者自体の任官はなく、憲法裁判に関する憲法学者の知見が実際の日本の判例に反映される機会が著しく少ないことが懸念される。こうしたなか、憲法学者と裁判官との共同の取り組みは非常に重要である。

しかし、もう一つには、さきに見たように「法律学化」に必然的に伴う恣意性が問題になる。もともと学問それ自体も社会的権力である以上、学問が展開する主張の権力性、恣意性が問題になる。そして、学問が公権力と不当に結びついた場合、恣意的権力行使の問題はより深刻になる。「法律学化」は、それ自体恣意的権力への批判的視角を持っているが、憲法学と公権力の結びつきによって実現されるために、将来その結びつきが不正な癒着に陥るおそれも秘めている。特に社会の実情を踏まえない政治が行われ、それに対して規範が硬直的で政治を是正できない、あるいはすすんでそのような政治を正当化するために悪しきドグマに陥る状態が起こりうることに、わたしは危惧を覚える。これを排除するためには、「法律学化」とは別に、広く社会科学一般の知見に基づいて、規範に対する批判的視角に基づく論証の方法も充実されねばならない。こういった、「法律学化」の対義語として言えば「憲法学の政治学的傾向²¹⁾」に基づく方法、ないし論証による恣意の排除という意味での社会科学化、ということも、同時に必要である。

19) たとえば、小山剛『「憲法上の権利」の作法』、第3版、尚学社（2016年、初版は2009年）；ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』全4巻、信山社（1996-2018年）；渡辺康行「憲法訴訟の現状」、公法研究71号（2009年）、1頁以下。

20) 参照、千葉勝美「同性婚判決と司法部の立ち位置——司法積極主義の足音は聞こえてくるのか？」、判例時報2506・2507合併号（2022年）、198頁以下、199頁脚註6。

21) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』、勁草書房（1973年）、第1部第1章。

4. 社会科学化：社会科学と規範の解釈とのほごまで

もっとも、「社会科学」という言葉をめぐっては、社会科学における「科学」のあり方について、マルクス主義という特定のイデオロギーに基づく言説が多く展開されてきたことは確かである²²⁾。わたし自身は特定のイデオロギーに基づいて憲法解釈を展開すること、また、解釈の当事者にとってはその解釈が客観的ないし認識された事実に基づくと理解されることは、憲法解釈の営為としては正当なものだと考えている²³⁾。ただ、「社会科学」とはマルクス主義に尽きるわけではないし、必ずしもマルクス主義法学の主張が正しかったわけではなかった面もある²⁴⁾。

また、法学が、認識や事実というよりはむしろ当為や規範の問題を扱う学問であることが、認識や事実を解明するはずの「科学」とはそもそも毛色が違う、ということもある。たとえば、いま日本国では国家防衛のために自衛隊を組織し、集団的自衛権を行使できるよう法律が整備されている²⁵⁾が、それに対して日本国憲法9条を根拠として批判する学説やそれを支持する市民は多くいる²⁶⁾。いま9条をどう理解すべきかはもちろん論者によって異なるが、その学説や市民た

22) マルクス主義の論者は分野を横断して多岐に渡る。議論枠組みの整理としては、すでに古典的であり、またマルクス主義に批判的な立場からではあるが、世良晃士郎『歴史学方法論の諸問題』、第2版、木鐸社（1975年、初版は1973年）、第1部Ⅲ、Ⅳが、法学も視野に入れたものとしてわかりやすい。加えて、この論点に言及する最近の文献として、参照、赤坂正浩「憲法ドグマティックと憲法裁判権」、立教法学102号（2020年）、149頁以下、183-85頁。

23) この点の考察は、別稿を期する予定である。さしあたり、このような理解をとるにあたりわたしが影響を受けた文献として、参照、来栖三郎「法の解釈と法律家」、私法11号（1954年）、16頁以下。また、法の科学を謳ったマルクス主義法学を一つのイデオロギーとして読み替えるものとして、巻美矢紀「日本国憲法に『物語（narrative）』はあるか——主権と人権・再訪」、辻村みよ子、長谷部恭男編『憲法理論の再創造』、日本評論社（2011年）、63頁以下。

24) マルクス主義法学に関していえば、たとえば、階級論にこだわるあまり、ジェンダーに関する問題を十分に取り上げる視角を持たなかったのではないか、という印象がある。参照、辻村みよ子『市民主権の可能性』、有信堂高文社（2001年）。

25) 「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」、2014年7月1日閣議決定；我が国及び国際社会の平和及び安全の確保に資するための自衛隊法等の一部を改正する法律、2015年9月19日、内閣官房ホームページ（https://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/housei_seibi.html）；国際平和共同対処事態に際して我が国が実施する諸外国の軍隊等に対する協力支援活動等に関する法律、2015年法律第77号。

ちにとっては自衛隊や自衛権の法整備が事実として進んだとしても、そのことを9条は認めていないし、ましてや9条解釈が変わるべき理由にもならない。その学説や市民たちにとって、9条の定めた平和主義が後退したという認識と、そのことによって9条の意義が失われることはない、という規範に関する解釈は両立している。そして9条に限らず、憲法解釈をめぐっては、現状がどのようなものかという認識と、その現状に関して憲法がどのような取り決めであるべきか、という規範に関する解釈とは、しばしば相対立しながら併存することがある。

いわゆる憲法にかかわる認識に関する憲法科学と、憲法規範のあるべきあり方に関する憲法解釈の峻別と呼ばれる議論²⁷⁾は、こういった事態を想定しているように思われる。ただ、実際には、これら二つがどこまで厳密に峻別できるのかは微妙な問題である。たとえば、最高裁判所裁判官国民審査制に関するこれまでの認識と解釈には相互の循環構造が見てとれる面がある。一方では、国民審査を通じて有権者は最高裁判官を多数決により罷免することができるが、実際に罷免された裁判官はいない、という事実がある。そして、もう一方では、その事実が最高裁判官国民審査制の機能している結果である、あるいはそこまでは言わずとも必ずしも罷免に限定されない国民審査制のあり方があるべきだ、という憲法解釈に繋がっている側面がある²⁸⁾。そして、そういった解釈のために、現状の国民審査制の運用が正当なものとして続いていくことになる。実際には、国民審査制が形骸化しているということが強く疑われているにもかかわらず、である²⁹⁾。このような、いわば認識と規範の循環構造は、認識によってのみ成立するはずの科学とは異質である。

ただ、わたし自身は、規範を追求する議論としての解釈の手法として、そのよ

26) たとえば、参照、長谷部恭男、杉田敦編『安保法制の何が問題か』、岩波書店(2015年)。なお、この点は、必ずしもいわゆる護憲論者だけではなく、改憲論者もそのような前提に立っている場合があることに注意する必要がある。というのも、自衛隊が違憲だから、その違憲性を排除するために憲法を改正すべきだ、という議論につながりうるからである。たとえば、参照、井上達夫『立憲主義という企て』、東京大学出版会(2019年)、第4章。

27) 樋口陽一『憲法』、第4版、勁草書房(2021年)、15頁以下。

28) 参照、川鍋健「裁判官の選定罷免について：司法の民主的責任に関する日米比較・序説」、早稲田政治経済学雑誌398号(2022年)、19頁以下、21頁。

うな循環構造をとることは有益であることも多い、と考える。なぜなら、まさにこのような循環構造こそが、解釈が理想的に過ぎて現実から乖離してしまう事態を避け、規範による現実に対する規律が空転することを抑制することにつながりうるからである。実際、罷免には至らない現実があるなかでも、裁判官に対する内省を求める契機が国民審査にはある、といった議論³⁰⁾は、現実の消極的な運用はそれとして受け止めながら、それから裁判権力の抑制に資するような実践を見出し、国民審査制のあるべきあり方についてのありうる規範論に昇華させている。

もちろん、その分だけ認識は純然たるものではなくなるし、その問題は特に西洋法制史学の分野で意識されてきた³¹⁾。それゆえ、憲法解釈が純然たる社会科学であることはできない、ということも確かだろう。その一方で、では常に変転する現実があって、それがどうであるかをまったく顧慮しない憲法解釈がとどきの人々にとって望ましい規範を提供できるかといえば、そういったことは想定しがたい。その意味で憲法学は、社会科学にはなり得ないにしても、社会科学であることを目指そうとする、いわば「社会科学化」を志向する学問だというべきである。

II 憲法学の「社会科学化」へむかって

近年、憲法をめぐるのは、憲法学以外の、数多くの社会科学諸分野からの研究が蓄積されてきている。また、憲法に関わるものとは必ずしも言及されないもの

29) たとえば、参照、市川正人「最高裁判所審理の現状と課題」、市川正人、大久保史郎、斎藤浩、渡辺千原編『日本の最高裁判所：判決と人・制度の考察』、日本評論社（2015年）、200頁以下；今関源成「最高裁判官の任命慣行の問題点」、ジュリスト1400号（2010年）、27頁以下；ダニエル・フット（溜箭将之訳）『名もない顔もない司法』、NTT出版（2007年）；笹田栄司「最高裁判所の構造分析：『二重の役割』を担う裁判所の宿命」、判例時報2471号（2021年）、148頁以下。

30) 笹田栄司「最高裁判所裁判官の国民審査」、笹田栄司、亙理格、菅原郁夫編『司法制度の現在と未来：しなやかな紛争解決システムを目指して』、信山社（2000年）、35頁以下。

31) 世良前掲註22)、第1部I、II；大内孝『アメリカ法制史研究序説』、創文社（2008年）、第6篇（初出は2006年）。

の、わたしの観点からは関わりうると思われる議論も数多く展開されている。憲法学の「社会科学化」という観点からは、このような議論の展開は、憲法をめぐる様々な現象がどのように語られているかを知ることができる意味で非常に有益であり、さらにそれを踏まえた憲法解釈の積極的な展開が求められるところである。以下では、そのごく一部であるが³²⁾、わたしの関心から言及しておきたい文献について、各々の流儀に通じているわけではないので通暁する者からすればまったく的を外れである可能性が大いにあるものの、一憲法学者としての視点から、若干の検討を試みたい。

1. 計量分析

計量分析に関する分野では、境家史郎³³⁾、ケネス・盛・マッケルウェイン³⁴⁾、日野愛郎³⁵⁾、憲法に関わる業績が近年数多く積み重ねられている。それらは、しばしば憲法学の教科書で、日本国憲法の日本国民による受容の根拠の一つとして語られる1947年の毎日新聞の世論調査の調査結果の妥当性への疑問や、日本国憲法が他国に比べて改正が少ないことの原因、各政党の憲法観に関する分析を示しており、従来の日本国憲法に関する憲法学者の叙述に修正を迫り、あるいは日本国憲法の持つ性格を計量分析という新たな手法から明らかにしている。現在

32) 以下に論じるほかにも、伝統的な議論では、マルクス主義経済学あるいは経済思想史の知見が憲法解釈論に影響を与えてきた。たとえば、高橋幸八郎や岡田与好のフランス歴史学、経済史学の樋口陽一、杉原泰雄ら憲法学者への影響について、参照、阪本尚文「戦後憲法学と経済史学」、行政社会論集28巻4号(2016年)、13頁以下。あるいは、消極的な文脈ではあるが、公教育における人種別学を違憲としたブラウン対教育委員会合衆国最高裁判決(Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954))などに見られる、心理学の知見の判決への影響可能性について、大沢秀介『アメリカの司法と政治』、成文堂(2016年)、198頁以下；君島東彦「ブラウン判決の誕生」、法の科学17号(1989年)、172頁以下。また、制定された法律の根拠あるいは対象となる事実、いわゆる立法事実における自然科学、社会科学の知見の活用について、参照、渡辺千原「法を支える事実——科学的根拠付けに向けての一考察」、立命館法学333・334号(2010年)、1806頁以下。

33) 境家史郎『憲法と世論：戦後日本人は憲法とどう向き合ってきたのか』、筑摩書房(2017年)。

34) ケネス・盛・マッケルウェイン『日本国憲法の普遍と特異：その軌跡と定量的考察』、千倉書房(2022年)。

35) 「憲法公約、16年参院選を機に与野党割合変化 毎日・早大共同分析」、毎日新聞2022年7月8日(<https://mainichi.jp/articles/20220707/k00/00m/010/085000c>)。

は、憲法の条文に関する国民意識の調査や、条文の国際比較など、条文としての憲法に注目する研究が多いが、憲法の意味は条文とその解釈から成立することを考えると、今後統治機構内部、特に政治過程や裁判所の憲法解釈の動向にも着目した研究が行われることが期待される³⁶⁾³⁷⁾。

また、計量分析の方法論について、憲法学の流儀との彼我の違いがあるのも確かである。計量分析の方法論は、KKV としばしば略称されるキング、コヘイン、ヴァーバの著作³⁸⁾に見られるように、データに裏付けられた因果推論に基づく体系的な議論である。この点に関して、原因と結果の関係以外に論じるべきことはないのだろうか、という印象がある。たとえば、憲法学を含め法学では、日本や諸外国の憲法、法制度を議論する、というときには、条文の記述はどうなっているか、それに基づいてどのような運用がなされているか、裁判所はどのような判断を下しているか、といった、因果関係では必ずしも捉えきれないことを、まずは問題として検討するのが普通である。それは、法条文を研究対象とすることに由来するが、因果推論に基づく体系的な議論ではない。

また、因果推論によって示されることの一面性、ということもあるように思える。たとえば、民主主義の定義のために「民主主義が徹底していれば、たとえば政権交代が少なくとも 10 年に一回は起きるであるとか、投票率は 70% を超えるとかなどの、誰が見ても見間違ふことのないような現象を具体的に示す必要がある³⁹⁾」というとき、そもそもそれ自体がもはや自由で公正な選挙による民主主義だとは「誰が見ても見間違ふことのないような現象」ではなくなる場合がある。浅古泰史と東島雅昌は、ロシアなど近年の権威主義体制による選挙を用いた独裁体制の自己正当化を論じ、そのような事態を検討している⁴⁰⁾。そして、浅古と

36) たとえば、マッケルウエイン前掲註 34)、33 頁は、自衛権やプライバシー権に関して解釈の問題に簡単にはあるが言及している。

37) アメリカでは、判例形成における裁判官の行動分析が司法政治学などによって行われている。See e.g. LEE EPSTEIN, WILLIAM M. LANDES AND RICHARD A. POSNER, THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES: A THEORETICAL & EMPIRICAL STUDY OF RATIONAL CHOICE, Harvard University Press (2013)。

38) G・キング、R・O・コヘイン、S・ヴァーバ（真淵勝監訳）『社会科学のリサーチ・デザイン』、勁草書房（2004年）、原書は。以下引用は訳書による。

39) 前掲書、訳者はしがき、iv 頁。

東島は、そのような権威主義体制と日本との比較の文脈で日本の選挙制度とその結果の自由さや公平さをとらえている⁴¹⁾。たしかに、現代の権威主義体制における選挙の利用の問題とそのような状況との日本の比較の言説として示唆に富むが、一方では、たとえば、日本の選挙が十分に自由あるいは公正であるのか、という点については議論がある。日本の場合、公職選挙法の過度な選挙の公正の要請による、選挙活動の自由への不当な抑制の問題、あるいは、投票価値の平等を求める訴訟の長期にわたる提起とときに違憲ないし違憲状態の判断を伴う最高裁の判決⁴²⁾からすると、日本でも同一政党が政権を握り続けるために、腐敗ないし選挙制度の歪曲化が起こ(っ)てい(る)、との懸念も抱く⁴³⁾。権威主義体制とくらべて日本の選挙が自由かつ公正でも、どの程度、選挙が自由で公正かという問題は残る。

2. 国際比較

上述の因果推論の手法への印象は、近年、計量分析の手法により研究が進められている比較政治学にもある。比較政治学については、多様なアプローチがありうるともされる⁴⁴⁾一方、「世界中で生じる国内の政治現象を研究し、そこから普遍的な理論を導き出すことをめざす学問」と定義した上で、因果推論の手法を採用することを、「特定の地域に内在する論理を明らかにしようとする研究分野」としての地域研究と自覚的に区別するものもある⁴⁵⁾。

40) 浅古泰史、東島雅昌「対談「民主主義 vs. 権威主義」のゆくえ」、経済セミナー 728号 (2022年) 6頁以下。

41) 前掲論文 11頁、浅古および東島発言(日本では10年以上の長期に渡り政権交代が起きないことがあるが、選挙は自由で公正であるといえる)。See also MASAHIKI HIGASHIJIMA, THE DICTATOR'S DILEMMA AT THE BALLOT BOX: ELECTORAL MANIPULATION, ECONOMIC MANEUVERING, AND POLITICAL ORDER IN AUTOCRACIES, University of Michigan Press (2022); 東島雅昌『民主主義を装う権威主義：世界化する選挙独裁とその論理』、千倉書房(2023年)。

42) 近年の最高裁の判例動向について、参照、辻村みよ子『憲法』第7版、日本評論社(2022年)、324-25頁。

43) マッケルウェイン前掲註34)、第6章は、そのような憲法学からの懸念を踏まえた日本の選挙制度の分析と憲法改正も視野に入れた改善提案を示している。

44) たとえば、参照、河野勝、岩崎正洋編『アクセス比較政治学』、日本経済評論社(2002年)、序章、1-2頁(河野勝執筆)。

実のところ、因果推論に基づく比較政治学は、憲法学のなかでも一つの研究領域として認知されている比較憲法学との間で、方法論上の緊張関係に立つ。というのも、比較憲法学の特質は今なお、憲法という規範の解釈という営み自体ではないにしても「いくつかの諸外国で、過去から現在にわたって存在してきた憲法現象を対象として——そこで存在してきた憲法解釈自体をも一つの憲法現象として対象化して——、認識・記述し、歴史的背景の中でそれを位置づけようとしている」からである⁴⁶⁾。それは、たとえば議会制であったり、違憲審査制であったり憲法上の諸制度について、各国の実践がどうであるのか、あるいはその実践の歴史的背景、あるいは「思想的・社会的背景⁴⁷⁾」を記述するものである。

憲法学、比較憲法学に携わっているわたしとしては、伝統的な比較憲法学の手法にコミットメントを持つ。ただわたしは、因果推論の手法に比して伝統的な比較憲法学の手法が優位であると言いたいのではない。むしろ、たとえば、国家が最小限度のことしか個人に対して関わりを持つべきではないとされる夜警国家から、人々の福利の増進のために個人への関わりを持つべきだとされる社会国家へ移り変わる歴史的な説明は、漫然と叙述されるよりも、統計的に社会権条項がいつ、どの国に憲法で採用されたかを示す方がより明確である⁴⁸⁾。問題として論じたいのは、因果推論はあくまでも議論の手法の一つにすぎないはずだ、ということである。

3. 思想と歴史

たとえば、樋口陽一は人権保障に関して、フランス革命由来の個人主義の徹底と中間団体の排除によるルソー＝ジャコバンモデルと、個人の結社の自由の行使によるトクヴィル＝アメリカモデルを対置して提示した⁴⁹⁾。そこでは、フランス革命期、あるいは独立革命を経て合衆国憲法を制定した後のアメリカに、歴史的に特有に見られる人権保障の思想から、憲法による人権保障を旨とする、日本

45) 久保慶一、末近浩太、高橋百合子『比較政治学の考え方』、有斐閣（2016年）、2-3頁。

46) 樋口陽一『比較憲法』、全訂第3版、青林書院（1992年）、4頁。

47) 前掲書、はしがき、4頁。

48) マッケルウェイン前掲註34)、18-19頁。

49) 樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』、東京大学出版会（1994年）。

を含め立憲主義国に普遍的に応用されうる憲法理論が導かれている。

思想とその歴史的展開を理論の構築へ応用する、という論点をめぐっては犬塚元の議論がある⁵⁰⁾。かれは、因果推論の手法の席卷を受けて方法論が不在であるとの批判を受けた政治思想史学がいかに反論を提示したかについて、クエンティン・スキナー (Quentin Skinner) らのいわゆるケンブリッジ学派とそれ以後の英語圏の政治思想史学方法論を検討している。そして、その結論として、「[「テキストをどのように読むか」という方法や手法に関わる問い]としての「howの問い」と「[「テキストを読むことでなにができるか、どんな目的のためか」という有意性 (レレバンシー) に関わる問い]としての「whyの問い」の区分の重要性を強調する⁵¹⁾。「howの問い」がまずは政治思想史学固有の、狭義の方法論にかかわる⁵²⁾のに対して、「whyの問い」は、「歴史研究としての政治思想史研究を、政治理論・政治哲学や政治学に応用する」、「[「応用政治思想史」の方法論]にかかわる、とかれはいう⁵³⁾。

もし、ここでいう「応用政治思想史」が、政治思想史学の知見を応用することであるなら、政治思想史研究者から見て十分かはともかく、憲法解釈学もそれに当てはまる。憲法に関わるこれまでの政治思想史を手がかりに、憲法の正当性や、立憲主義、民主主義、権力分立、人権といった規範的理念の意味を明らかにする、ということは、憲法学の文献のなかでは特にどれと典拠を上げるのは難しいほど普通に行われているからである。また、政治思想史学それ自体のなかからも、自覚的に憲法理念に関わる政治思想史研究として発表されているものはあるし、しかも教科書として執筆されたものも現れてきている⁵⁴⁾。

50) 犬塚元「ケンブリッジ学派以後の政治思想史方法論」、思想1143号(2019年)、5頁以下。

51) 前掲論文、17頁。

52) 前掲論文、17-18頁。ただし、およそテキストを読解する学問一般にも参考になる(べき)議論ではある。この「howの問い」に関しては、次のものも参照。稲村一隆「テキストの分析と影響関係」、思想1143号(2019年)、82頁以下；エイドリアン・ブロー(後藤大輔訳)「捜査活動としての政治思想史」、思想1143号(2019年)、129頁以下。

53) 犬塚前掲註50)、19頁。なお、「応用政治思想史」の言葉について、犬塚は松元雅和『応用政治哲学』、風行社(2015年)の修辞に倣った、としている。同論文同頁。

54) たとえば、最近の研究書として、参照、上村剛『権力分立論の誕生』、岩波書店(2021年)。教科書として、参照、高山裕二『憲法からよむ政治思想史』、有斐閣(2022年)。

ただ、犬塚も「how の問いに答えても、why の問いが解決されるとは限らないし、why の問いに真剣であっても、具体的な方法や手法はかならずしも明確にならない」、と述べるように⁵⁵⁾、政治思想史叙述の問題と、その応用の問題の兼ね合いは難しい。実際、「why の問い」での応用のあり方、あるいは応用するという営為それ自身が「how の問い」から見出される事実認識と緊張関係に立つ可能性がある、という問題がある。

たとえば、ジョン・ロック (John Locke) に関する政治思想史解釈をめぐる議論が、この点に関わる。愛敬浩二は、樋口ら憲法学者が、ロックの統治二論 (The Two Treatises of Government) を名誉革命を正当化する目的で執筆されたものとの理解を前提に、いわゆる自由主義的な、近代立憲主義を弁証するものと捉えてきたが、その前提はジョン・ポーコック (J. G. A. Pocock) らの共和主義政治思想史研究によって否定されたことを指摘する⁵⁶⁾。そのうえで、『『統治二論』が「絶対主義への攻撃」とみられるかぎり、論敵が誰であるかは問題ではない、として、樋口の述べる「憲法の原理・制度を当時のイギリス憲法の「実像」に投影する読み方」の正当化可能性を追求している⁵⁷⁾。愛敬の立場は、憲法解釈の正当化における歴史研究の濫用の危険を認めつつも、思想家の歴史的意図やテキストの歴史的意味の解明を方法として採用するものとしてのスキナーの方法論をとらないことを明示する⁵⁸⁾。

この点には、先に示した、社会科学ではないが社会科学であることを目指そうとすることに意義がある学問としての憲法学の、悩みと同時に醍醐味があらわれている。わたしは、「how の問い」としてロックの再解釈が行われていることを認識したうえで、「why の問い」に憲法解釈として答えるためにあえてロックのテキストに自由主義を読み込むことは、憲法学としてはありうる、と考える。

55) 犬塚前掲註 50)、17 頁。

56) 愛敬浩二『立憲主義の復権と憲法理論』、日本評論社 (2012 年)、第 4 章及び 5 章 (初出は、2004-2011 年)、91 頁。

57) 前掲書、91-92 頁。

58) 前掲書、92 頁。

4. アメリカ研究

最後に、わたしの研究手法の一つが日米比較憲法学であることから、アメリカ研究について言及したい。アメリカ研究においては、多様な学問分野から憲法についての検討が多く蓄積されている。たとえば、憲法やその解釈などをめぐる分断状況とその歴史的背景⁵⁹⁾、アフーマティヴ・アクションなど社会における多様性確保をめぐる文化的社会的背景⁶⁰⁾、中絶をめぐる憲法解釈と政治との相互影響関係⁶¹⁾、アメリカ社会における様々な差別や抑圧の実態⁶²⁾、人種差別や性差別撤廃を求める社会運動の実態⁶³⁾についてなどである。恥ずかしいことながら、わたしは、これら研究の蓄積の豊かさを、同志社大学アメリカ研究所に着任して仕事を進めるなかで知った。

憲法解釈を含む憲法規範の動態は、その背後にある社会の動態がどのようなものか明らかにすることではじめて示される。そして、社会の動態を明らかにすることで、憲法学の問題として、なぜ政治過程や裁判所による違憲審査制はあるときはその動態に呼応して社会の運動を支持し、あるときはそうしないのか、その理由を考えることができる。豊富なアメリカ研究の蓄積は、アメリカ憲法とはどのようなものであるのか、という問題について様々な切り口から答えており、裁判所の判決とその積み重ねとしての憲法判例だけがアメリカ社会の憲法規範ではない、ということを教えている。

そのようなかたちでアメリカ憲法像が示されることで、アメリカ憲法とはどの

59) 岡山裕『アメリカの政党政治』、中央公論社（2020年）。

60) 南川文里『未完の多文化主義：アメリカにおける人種、国家、多様性』、東京大学出版会（2021年）。

61) 小竹聡『アメリカ合衆国における妊娠中絶の法と政治』、日本評論社（2021年）；三牧聖子『Z世代のアメリカ』、NHK出版（2023年）。

62) 小野直子『アメリカ優生学運動と生殖をめぐる市民規範——断種政策における『適者』と『不適者』の境界』、樋口映美、貴堂嘉之、日暮美奈子編『〈近代規範〉の社会史：都市・身体・国家』、163頁以下；同「知的障害をめぐるポリティクス——「精神薄弱者問題と移民制限——」、平体由美、小野直子編『医療化するアメリカ——身体管理の20世紀』、彩流社（2017年）、19頁以下。

63) 和泉真澄、坂下史子、土屋和代、三牧聖子、吉原真里『私たちが声を上げるとき：アメリカを変えた10の問い』、集英社（2022年）；ダイナ・レイミー・ベリー、カリ・ニコール・グロス（兼子歩、坂下史子、土屋和代訳）『アメリカ黒人女性史：再解釈のアメリカ史・1』、勁草書房（2022年）。

ようなものが明らかになるばかりではなく、それを比較の一方の対象として翻って日本を見たときに、日本憲法とはどのようなものであるかを明らかにすることにも資する。アメリカで憲法によって保障される権利をめぐる社会運動が激化し、社会のなかの人々の政治対立が深まるという事態は、アメリカが立憲主義の国であり、民主主義の国でもあることを示している。それに対して、日本では、戦後日本国憲法がアメリカ軍を中心とする GHQ 主導により策定され、特に、81 条の裁判所による違憲審査制の導入と、憲法改正は最終的には国民投票によってのみ承認される、という 96 条の憲法改正規定が定められた。それらは、アメリカを典型的に象徴しているかに見える。しかし、アメリカと比べて日本では、社会のなかで人々が憲法判断を争って裁判所による違憲審査制を活発に使う状況にはないし、アメリカよりも民主的にラディカルな憲法改正手続を用いて国民が憲法改正を承認したこともない。それはなぜなのか。このような問いは、アメリカとの比較があるからこそ、日本について成立する憲法学上の問いである。そしてこのような理解は、アメリカを題材にして日本を論じようとした阪口正二郎の前提と、それほど異なるものではない⁶⁴⁾。

無論、それは学問の端緒であって、日本の研究をするならば、日本のことを細かに検討する必要がある。しかし、問いの立て方、そして特にアメリカ憲法の影響が色濃い日本憲法のあり方というわたしの理解からすれば、アメリカ憲法を理解することが、日本憲法を理解することに密接につながっている。その意味で、わたしの研究はアメリカ憲法研究であり、同時に日本憲法研究でもある。これからもそうありたいと、わたしは考えている。

64) 阪口前掲註 3)。