

憲法学は立憲的憲法を正当化できるか？(2・完)

— 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 12 卷 2 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 (以上本号)

IV プロセス理論 — 松井茂記

1. 「支配的学説」批判

次に、松井茂記の説を見てみよう。憲法制定を拘束する超実定法的な価値を想定した上で、その実現を憲法の意義・目的とする芦部のような考え方を、松井は、「日本のリベラリズム」と呼ぶ。この種の「実体的価値の憲法観」は、日本の憲法学の「支配的な立場」であったが⁹⁰⁾、松井はこれを「実定法を超えた『自然法』を認めるのに等しい」もので「このような考え方は今日著しく説得力を欠いている」と言って強く批判する⁹¹⁾。そもそもこうした価値的な人権観は、第二次世界大戦直後にドイツで支配的となった観念であって、「特殊ドイツ的」で「とても普遍的なものとはいえない」というのが松井の評価である。日本国憲法

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 12 卷第 3 号 2013 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 法政大学文学部准教授

90) 松井 [2007] 36-37 頁、47 頁。

91) 松井 [2007] 37、50、305 頁。

の条文に照らして考えても、そこでは基本的人権が自然権だとは述べられていないし、実際の日本国憲法の人権規定を見るとアメリカ合衆国憲法の強い影響がみてとれることから、「ドイツ的」な捉え方は妥当でないと松井は言う（アメリカ合衆国では権利章典規定が「市民としての権利」と捉えられている⁹²⁾。

それ以外にも、こうした人権理解には「基本的人権を実定法的権利ではなく道徳的権利としてしまう」、「基本的人権の本質を『国家からの自由』に置いてしまうため、それに対する裁判的救済が必ずしも付随しなくなってしまう」、「政治参加・参政権が適切に位置づけられない」といった「重大な問題点」があると松井は言う⁹³⁾。このうち「政治参加・参政権」の問題は、松井の立場から特に重要視される点で、そうした問題点を克服した、より妥当な考え方として松井が提示するのが「プロセス的憲法観」「プロセス的基本的人権観」である。その最大の特徴は、憲法や人権を価値に基礎づけるのではなく、「国民が自己統治を行うプロセスを規定する」手続的・プロセス的なものと捉える点にある⁹⁴⁾。

2. 民主主義プロセスの構成的ルール

(1) 憲法の役割

松井によると、この考え方の土台になっているのは「プリュラリズム」である。そこで出発点として想定されるのは、(リベラリズムが想定するような「没政治的な私的個人」ではなく)「集団を形成して政治に参加する個人」すなわち「市民」である。その市民が「それぞれみずから公益と考える利益を実現するため」に、考えを同じくする者同士で協調しグループを作り、そのグループ同士が議論・説得・交渉し合う場が「政治」である。政治はつまり「多様な集団の交渉と取引のフォーラム」であり、そこで「討議の結果、多数を形成した国民の判断が立法となり、執行される」。

しかしながら、そこで各市民が「公益だ」と主張するものが、「本当の公益」

92) 松井 [2007] 302-305 頁。松井は、「人格的自律」を基礎とする佐藤幸治の理論も、「基本的人権を憲法に先だって存在する自然権と捉えている」点で妥当でないとしている。松井 [2007] 300-303 頁。

93) 松井 [2007] 304 頁。

94) 松井 [2007] 47 頁、305-308 頁。

であるかどうかを決める客観的な基準は存在しない。それは判断する人の視点や価値観によって違ってくるし、その価値観の是非を一元的に評価する基準は見出せないからである。「それゆえプリュラリズムの考え方では、実体的結果の正しさではなく、決定のプロセスの公正さを確保することが必要となる」。政治の場では、利害を異にする党派や集団がさまざまな形で連合したりぶつかったりしながら、多数派と少数派が流動的に転換し合う中で意志決定が行われる。誰かが力にモノを言わせてその過程を支配し、自らの私益を実現することになってはいけない。プリュラリズムのこうした仕組みが作動するプロセスを保障するのが憲法で、特定の集団がいつまでも権力の座にいられるよう政治変化の経路を閉ざすとか、特定の少数者を排斥して新しい連合体の形成を阻止するといったことを禁じ、すべての人に開かれた公正な政治のプロセスを保障するところに憲法の重要な役割がある⁹⁵⁾。

憲法は、すべての市民が市民としての権利を行使し、政治参加することのできるプロセスを保障したものと理解することができるのである。それは、自然法ではない。ある歴史的な時点における、政治共同体の決定である⁹⁶⁾。

これが松井の憲法理解の基本になる。

（2）人権の意義

こうした考え方からは、人権も（価値的なものではなく）「プロセス的なもの」として理解される。その前提には、「実体的な価値については客観的な秩序も価値体系も存在せず、また実体的価値についてはさまざまな見解が可能」だという考え方がある。価値というのはこのように主観的・相対的な性質を持つものだから、（芦部などが言うように）「憲法が実体的価値を変更不可能な形で固定化していると考えべきではない」。憲法とは『『良き社会』をみずから特定したものではない』のであって、何が「良き社会」かというのは、国民各人の持つビジョンに基

95) 以上の内容と引用は、松井 [2007] 39 頁、97-98 頁より。

96) 松井 [2007] 39 頁。

づいて政治を通して決められるべきものである⁹⁷⁾。

憲法、そして憲法の保障する基本的人権は、このように国民が何が「良き社会」であるかについて異なったビジョンをもっていることを前提にして、どのようにしてその中で統治を行っていくかのプロセスを定めたものだとみる。従って、ここでは統治機構と基本的人権の保障は手段と目的の関係ではなく、1つの統一体として（つまり1つのコインの裏表として）把握される。統治機構は、国民主権の理念の下で国民が異なった「良き社会」のビジョンについて多数決的決定を行い、それを遂行するプロセスを定め、基本的人権保障は、国民の間に「良き社会」について異なったビジョンがあるときに、多数決的決定が公正に行われるための手続的ルールを定めたものだとみるのである（傍点引用者⁹⁸⁾）。

この考え方の最大の特徴は、「憲法の保障する基本的人権は自然権ではなく、政府を組織し、政治に参加するための『市民的権利』ないし『市民的自由』と捉える」ところにある。上の引用箇所にもあるように、人権とは、政治共同体の構成員が政治的意志決定に参加するための「手続としての権利」を定めたものと解されるのであり、憲法の統治機構と権利章典は、政治共同体の構成員である個人が政治に参加する「プロセスの保障」という「同じ目的のためにできている⁹⁹⁾」。芦部が言うように「片方が目的で片方がその手段」と位置づけられるのではない。

当然ながら、ここで人権は道徳的権利とはみなされない。人が生まれながらにして自由なのは確かだが、そのこと自体は別に法的な話ではない。よって、その意味での自由は「法的な地平」にないと言井は言う。といってもこれは自由が法的に保障されないという意味ではなく、そのうち一定のものは私法上保護され、それが侵されたときは不法行為として相手の責任を追及できる。しかしこれは、

97) 松井 [2007] 306頁。松井 [1998] 88頁でも「価値観は主観的で多様である。その主観的で多様な価値観は、政治のプロセスを通じて調整される」ことが強調されている。

98) 松井 [2007] 306頁。

99) 松井 [2007] 306頁。

あくまで私法上の「立法府によって保護されるべき権利」であって、「立法府に対して保障される権利」ではない。自由を法的にどこまで保障するか、あるいはどの範囲でそれを制限するかは「政治」を通じた立法の問題である¹⁰⁰⁾。

しかし、その一方で「立法府に対して保障される権利」というのも存在するのであって、それが政治参加に代表される「民主主義プロセスの構成的なルール」として認められる権利である。これは、立法府を通じて国民がルール(法律)を決めるための権利であるから、その保護を当の立法府に託すことはできない。立法府に「対して」保障されるのでなければならない。これこそが憲法に規定される基本的人権で、この「基本的」とは、「民主主義プロセスの構成的ルールという意味である」と松井は言っている¹⁰¹⁾。

実体的価値についての異なった見解をもつ人々が、民主主義のルールに従って政策形成を行い、それに反対する人が将来その変更を求めようようなプロセスに内在する人権の場合、立法者によっても制限しえないという意味で、「憲法的」権利として保障されるわけである。

憲法の人権規定を松井はこう意味づける¹⁰²⁾。

(3) 人権の類型

こうした理解に立つと、憲法に挙げられている人権は、従来とはまったく違った形で分類されることになる。人権の分類にはいろいろな考え方があがるが、憲法学では、「①消極的権利(自由的基本権)、②積極的権利(受益権と社会的基本権)、③能動的権利(参政権)」とか「①包括的基本権、②消極的権利(精神活動の自由、経済活動の自由など)、③積極的権利(受益権、社会国家的基本権など)」といった分類が一般的である。しかし、松井は、これだと「一体なんのために基本的人権を類型化するのか」が明確でないと言い、上述「プロセス的基本

100) 松井 [2007] 307 頁。

101) 松井 [2007] 307 頁。

102) 松井 [2007] 307 頁。

的人権観」に基づいて、

①平等権、②プロセス的権利、③非プロセス的権利

という分類を提示する。人権の類型化は「合憲性判断基準及び審査基準との関係において」意味を持つというのがその背景にある松井の意図で、この分類は「基本的人権に関わる法律の合憲性が裁判所で争われたときに、裁判所がいかなる合憲性判断基準ないし審査基準を用いるべきかという観点から」なされている¹⁰³⁾。

プロセス的基本的人権観の趣旨に即して市民の政治参加のプロセスを保護するには、なによりその過程で、国民の誰かが特別に優遇されたり、あるいは逆に差別的に扱われたりしてはいけない。すべての人が同等に扱われなければならない。これを保障するのが①の平等権で、日本国憲法14条の「法の下での平等」「華族制・貴族制の廃止」などがその内容になる。

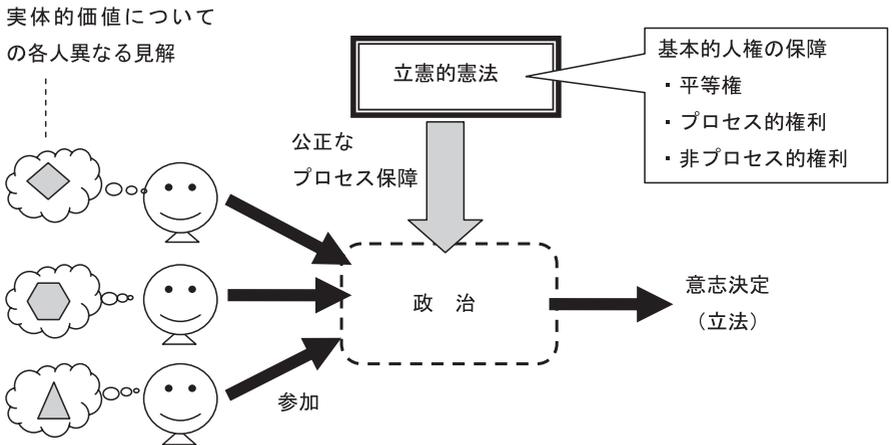
その上で、基本的人権の中心になるのが「民主主義プロセスの構成的な権利」である②のプロセス的権利で、これはさらに「政治参加のプロセスに関わる諸権利」と「政府のプロセスに関わる諸権利」の2つに分けられる。前者の「政治参加のプロセスに関わる権利」の典型は、選挙権のような「政治参加権」だが、例えば「思想・良心の自由」や「表現の自由」のように、直接政治参加に関わるものではないが、人々が政治に参加するためには欠かせない「政治参加のプロセスに不可欠な権利」もここには含まれる。他方、後者の「政府のプロセスに関わる権利」としては、デュー・プロセスの権利、裁判を受ける権利、令状主義などの刑事手続における権利などが挙げられる。政治権力によってこれらの権利が侵されると、政治プロセスがゆがめられて政治的変革が妨げられたり、少数者の利益が政治に反映されなくなったりするので、これら「プロセス的権利」は厳格に保障されなければならない。すなわち、その保護を立法府の判断に任せるのではなく、立法府がそれを制約することに対して、(違憲審査を通じて)司法府による厳格な保護が図られなければならない。その意味で、この「プロセス的権利」こ

103) 松井 [2007] 309-313頁。

そが、「本来基本的人権として憲法で保障されるべき」ものとされる¹⁰⁴⁾。

以上の権利に加えて、本来は憲法で保護する必要はないが、「政治参加をより十分に保障するために有益」な権利として、憲法で保障されるものがある。これが③の「非プロセス的権利」で、生存権、勤労の権利、財産権、職業選択の自由などがそれにあたる。これらの権利も、基本的人権として憲法に規定されている以上、（立法府に対して）司法府によって保護されるが、②と違ってその保障程度や制約は、立法府の判断に委ねられても差支えない。それは、これらが政治過程そのものに関わる権利ではないからで、それゆえ違憲審査でその制約の可否を判断する場合も、基本的に立法府の判断が尊重され、合憲性の推定の下で緩やかな基準が適用される¹⁰⁵⁾。

図3 松井理論における「市民の政治参加のプロセス保障」としての立憲的憲法



実体的価値についてそれぞれ異なる見解を持つ人びとが政治を通じて社会的な意志決定をする際の公正なプロセスの保障のために、立憲的憲法がプロセス的権利等の基本的人権を保障する。

104) 松井 [2007] 311-312 頁。

105) 松井 [2007] 115-116 頁、312 頁。

3. 憲法の硬性、違憲審査の説明

以上の松井の考え方は、前頁の図3のようにまとめられるが、ではここから憲法の硬性や違憲審査の意義などはどのように説明されるだろうか。ここでも松井は、従来の「支配的な考え方」を批判しながら、プロセス的憲法理解に基づく独自の説明をする。

(1) 最高法規性と硬性

松井は、芦部のように憲法を価値に基礎づけることを否定し、あくまで「政治共同体の決定」として憲法を捉える。日本国憲法についても——「それを支える実質的な憲法原理が先に樹立され、それによって制定されたもの」ではあるが——「その憲法原理自体は、政治共同体の決定に根拠を求めるほかない」と言う¹⁰⁶⁾。

しかし、憲法やそれを支える実質的な原理が「政治共同体の決定」として生まれるものとしても、それだけでは、なぜそこに規範としての拘束力が生じるのか、どうして人びとがそれに従わなければならないのかという問題が残る。その意味での憲法の、特にそれが最高法規性を持つことの根拠は何かというと、それは結局「現在の国民がある憲法秩序にコミットし、それを規範として受け入れていることに求めるほかない」というのが松井の答えである¹⁰⁷⁾。

日本国憲法に即して言えば、それが制定される過程の中で、国民が主権を勝ち取るという「国内法的革命」が起きた（従来の学説は、ポツダム宣言を受諾した8月に、天皇主権から国民主権に変わる法的革命が起きたと説明するが、松井は「8月」ではなくあくまで憲法制定過程の中でだと言う）。すなわち、旧来の天皇主権から脱却した新体制が事実としてできたのであり、そこで国民を主権者とする政治共同体が憲法原理（人権尊重や平和主義）を決定して、当該「政治共同体の決定」として日本国憲法は成立した。その日本国憲法が国民を拘束するだけの

106) 松井 [2007] 50頁。

107) 松井 [2007] 50-51頁。同時に松井は、憲法は「その時々々の政治状況に流されて人民の多数者が不合理な決定を行わないように」するための「人民の多数者の自己拘束ということもできる」として、プリコミットメント論の考え方「も」とりうることを示唆している。

妥当根拠を持っているかどうかは、それが国民に受け入れられているかどうかによる。「国民によって正当な憲法として受け入れられている限りにおいて、つまり国民が日本国憲法へのコミットメントを維持している限りにおいて、日本国憲法は正当性を主張し続けることができる」というのが、ここでの松井の考えである¹⁰⁸⁾。つまり、憲法の最高法規としての妥当根拠は「国民の受容」「コミットメント」に求められる。

その一方で、憲法の硬性に関しては、筆者が見た限り、松井の議論の中に詳しい根拠づけは見当たらない。憲法改正に即して「憲法は、国の統治の基本を定める法であるから、一定の安定性が要求される」という言及があるにとどまる¹⁰⁹⁾。人権に関する先の説明において、政治参加のプロセス保障としての基本的人権の保障が「立法に対する」ものであることが強調されていたことから言って、人権その他の憲法の規定が立法と同等の手続で変更されたのでは「立法に対する保障」として不十分だから、憲法が硬性であることはプロセス的憲法論にとって必然の帰結であるようにも思えるが、松井がはっきりそう言っているわけではない¹¹⁰⁾。

（2）違憲審査

松井によると、従来の「支配的学説」の問題性が「いっそう明らか」になるのが、違憲審査に関してである。憲法や人権を実体的価値の反映と捉えるそこでの考え方では、違憲審査もその価値を実現するための「装置」であり、そこで実現されるべき価値序列があることになる。しかし、そうした価値序列は、憲法の条

108) 松井 [2007] 52-53 頁。

109) 松井 [2007] 74 頁。

110) なお、憲法改正の限界／無限界に関しては、松井は限界説をとることを明言している。しかしここでも、従来の「支配的な見解」のように、憲法を拘束する「自然法」的規範を想定してそれに反する改正を不可とするのではなく、改正限界は「あくまで法論理的なものにとどまる」。すなわち、「憲法改正権は、憲法制定権によって認められた権限であるから、憲法制定権の正当性そのものを否定することは許されない」というのが改正限界の根拠であり、よってその限界は「主権原理そのものとそれに結びついた国民の権利についてのみ」認められるにとどまる。（基本的人権や平和主義は「改正限界」には入らない。）それを超えた憲法の変動が仮になされれば、それは改正ではなく、「革命によって新たな憲法が制定された」ことになる。松井 [2007] 76-77 頁。

文からも憲法制定者の意思からも明らかにならず、それ以外になにかの客観的判断基準があるわけでもない。ということは、

裁判官を拘束するといわれる価値序列は、結局のところ裁判官自身の主観的な価値判断によって定められることになる。つまり裁判官が「基本的」ないし「より基本的」だと考えた価値が手厚く保護される結果となるのである。これでは、ある法律を裁判所が違憲だと覆したときに、なぜその価値は基本的なのかと問われても、裁判官自身が基本的だと考えるからだとしか答えようがない。司法審査の民主主義的正当性を主張することは困難である¹¹¹⁾。

松井のこの主張の前提には、裁判官の憲法解釈を、客観的な憲法の意味の発見ではなく、「裁判官の主観的価値判断を含む実践的な法創造」と捉える見方がある¹¹²⁾。憲法解釈がこういう営為である以上、憲法を実体的な価値の宣言と見て、それを実現する役割を違憲審査に認めると、そこで憲法解釈を行う際にも何が「基本的」価値かという判断が不可避的に入りこんでくることになり、しかもそれが裁判官の主観に委ねられる。それだと、(民主的なコントロールを受けている)立法府が判断して作った法律の有効/無効が、(民主的なコントロールを受けていない)裁判官の主観によって左右されることになって、違憲審査は「おかしな制度」となってしまう。

この意味でも、憲法を価値的に捉えるのはやはり誤りで、民主主義プロセスを保障したものと見る方が、違憲審査について妥当な理解ができると松井は言う。前述のように、そこでは基本的人権が「プロセス的権利」と捉えられるから、違憲審査を通じて裁判所が人権を侵害する立法を排除するのは、「民主主義プロセスの機能障害を是正し、その適切な機能を確保するため」と意味づけられる。具体的には「国民の政治参加の権利が侵害される」、「少数者の代表が拒否されるのを防ぐ」のがその主な役割で、こうした「政治プロセスの確保」を政治プロセス(の帰結である立法)自体に求めることはできないから、政治プロセスとは独立

111) 松井 [2007] 95-96 頁。引用は同 96 頁より。

112) 松井 [2007] 91 頁。

して存在する裁判所がそれを担うのが望ましい。このように、違憲審査の意義と範囲を「民主主義プロセス」の保障に見出しましたそこに限定することで、国民の民主的コントロールを受けていない裁判所が司法審査を行い、国民代表が制定した法律を覆すことが合理的に根拠づけられる。これを松井は「プロセス的司法審査理論」と呼ぶ¹¹³⁾。

4. プロセス的憲法論の長所

以上のように、松井は、従来の学説での価値的な憲法理解を批判しつつ、「民主主義プロセスの保障」として憲法を捉える独自の理論を展開している¹¹⁴⁾。その背景には価値相対主義の考え方があり、そこで絶対的な価値基準が否定されるがゆえに社会の制度やルールのはその社会の人びとの判断に委ねられることになり、それを決定するプロセスをオープンに公正にするため——各人が自らの意見や価値観を踏まえて自由に議論をした上で多数決で法律を決め、その法律がおかしいと考えられるようになったらやはり多数決でそれを改める「民主的決定」を保障するため——の「立法のメタルール」として憲法が理解される。このことは、「基本的には価値相対主義は支持されうる考え方だと思うし、日本国憲法はむしろ価値相対主義に立脚しているのではないかと思う。だからこそ、日本国憲法は、議会制民主主義の統治のシステムを樹立し、政治参加のメカニズムを保障したのではなかろうか」という松井の記述に端的に表れており¹¹⁵⁾、価値相対主義と民主主義をつなげるこの考え方は、第Ⅱ章第4節(3)で触れたケルゼンの

113) 松井 [2007] 72-73 頁、96-97 頁。

114) 松井はこれを「憲法学のパラダイム・シフト」と意味づけている。松井 [1994] 339-359 頁。

115) 松井 [1994] 331-332 頁。この点について、価値相対主義に立った議論は「民主的過程およびその前提となる寛容の原理という手続的価値をも掘りくずす」から、民主的政治過程を支持する考え方と価値相対主義は相いれないという長谷部恭男からの批判がある。長谷部 [1987] 35 頁、同 [1994] 105 頁。それに対して松井は、「憲法はどのような実体的な結果が望ましいのかという点については価値相対主義にたっている」とした上で、「その結果について決定を行うプロセスについてのルールを定めている」のが憲法で、「そのルールを『価値』とみる必要はない」と言い、価値を「実体的価値」に限定し「その決定プロセスについてのルール」は価値とは区別することで反論している。松井 [1998] 79 頁。

民主制論と共通する。

ここでは、憲法や人権の理解に価値が持ち出されないので、憲法が「特定価値の押しつけ」にならない。そのため、「芦部さん」とは違う価値観を持つ人、「個人」や「自由」を至上視していない人に対しても、当人を含めて国民全員が公正に政治に参加することを保障するものとして憲法の存在の意義づけができる。芦部の問題点を踏まえ、その克服に向けた議論を進めたという意味で、この点は松井理論の大きな特徴であり長所と言えよう。

この理論のもうひとつの重要な長所は、憲法が立法に優位することが説得的に説明できることである。価値が相対的であることを前提に、何が「良い社会」か、どういうルールを作るかは、それぞれ多様な価値観を持つ人びと相互の議論と調整、すなわち「政治」に委ねて、多数決による立法で決定する。その際の「公正なプロセス」を保障するために、プロセス的権利をはじめとする規定を定めているのが憲法であるから、憲法は「立法のメタルール」として当然立法の上位に位置づけられる。そしてその「メタルール」を守るための制度が違憲審査であり、人権侵害という形で立法によってそれが侵されるのを止め、政治・立法過程の公正さを守るのがその意義である。違憲審査制度がなければ「立法のメタルール」が立法で破られかねず、(異なる価値観を持つ人びとの意見と利害を調整する) 政治過程の機能も保てなくなるから、その制度は「必要」で「正当」である。こうした形で、憲法と立法の関係や違憲審査制度の存在が整合的に意義づけられる¹¹⁶⁾。

5. プロセス的憲法論の問題点(1)——人権理解について

その一方で、松井の理論に対しては、憲法学者の間からさまざまな批判が出さ

116) なお、前述のように、松井は、憲法の最高法規性の根拠を「国民の受容」に求めているが、憲法は「立法のメタルール」であるのだから、そこに法律に優位する地位と効力が認められるのは論理的に当然であろう。憲法の最高法規性は、松井理論における論理的必然と根拠づけられるように思う。「国民の受容」が根拠なのであれば、例えばプロセス的権利を侵害する法律が成立したときに、国民が憲法よりもそちらを支持してそれにコミットすれば、その法律に最高法規性が認められることになりかねない。それだと「プロセス保障」としての憲法の機能が果たせなくなり、松井の理論の根幹が崩れるように筆者には思える。

れており、それに対する松井からの反論を含めて活発な議論が展開されている¹¹⁷⁾。そこでの中心的な争点はプロセス的観点から憲法（とりわけ日本国憲法）を捉えることへの疑問であって本稿の関心とぴったり重なるが、そのすべてを網羅的に論じる余裕はないので、ここではそのうち特に2つの論点に焦点を当てて話を進めることにしたい。第一は基本的人権理解について、第二はプロセス的憲法理解の基盤に据えられる「政治的市民」の想定についてである。

(1) 基本的人権理解への批判

人権を「政治参加のプロセスを保障するもの」とする松井の理解に対しては、土井真一、君塚正臣、市川正人などから批判が出されているが、そこに共通する趣旨は「日本国憲法の人権規定をプロセス的に解するのは無理がある」ということである。例えば、土井は、(i)日本国憲法の条文を見ても、松井の言う「国民の政治参加に不可欠な権利」よりも「実体的権利」の方が数が多い、(ii)松井は「信教の自由」を「政治参加に関する権利」と位置づけるがそれには無理がある、(iii) 31条以下の裁判および犯罪捜査に関する基本権規定も、「身体の保護」などの実体的利益を保護するもので、そのすべてを手続的規定と位置づけるのは問題が多いなど具体的な根拠を挙げて、日本国憲法の保障する基本権の多くは実体的性格を有しているのであって、それを「政治参加に関わる権利」と理解する論拠は見出しがたいとしている¹¹⁸⁾。同様に、君塚も、土井の指摘を踏まえつつ、「職業選択の自由」をはじめ「学問の自由」「生命権」等の権利を政治参加と関連づける松井の解釈に「無理がある」ことを詳細に論じている¹¹⁹⁾。

筆者は、これらの点で土井や君塚の主張に説得力を感じるが、松井の側からすると、例えば「信教の自由」は宗教的信念から政治に参加することを保障した権利で、「職業選択の自由」は弁護士、新聞記者など政治参加に関わる職業に就くことへの制約を禁止したものだということのように、それぞれの権利を政治参加に関連

117) 長谷部 [1994] [1995] [1997]、土井 [1998]、市川 [1996]、君塚 [2000]、棟居 [1996]、阪口 [2001] 第5章など。これらに対する松井からの応答は、松井 [1998] [2001] など。

118) 土井 [1998] 137-139頁。

119) 君塚 [2000] 223-230頁。

づけて解する説明があり¹²⁰⁾(これらの権利は「プロセス的権利」の中の「政治参加のプロセスに関する諸権利」に分類される)、そうした理解も「できなくはない」とは言えるだろう。それ以上にここで問題にしたいのは、松井の類型の③にあたる「非プロセス的権利」の理解である。この点は、市川正人からの批判がある。

市川も、土井や君塚と同じく、松井の人権理解を「無理」とするのだが、その主たる根拠は、「日本国憲法が実体的価値としての権利、実体的価値を志向する非プロセス的権利を保障している」ことにある。市川は、松井の主張では「非プロセス的権利を憲法が規定していることの意義」が明確でないとし、「生存権について典型的に伺われるように、松井教授のプレュラリズム的パラダイムからすれば、非プロセス的権利はよけいなものとしか捉えられない」と指摘する。しかしながら、生存権の保障には、資本主義の発展に伴う国家の役割の変化を反映した積極的な意味があるのであって、それを「よけいなものとする捉え方」は妥当ではない。憲法の人権規定は、やはり実体的価値としての権利を保障したものと捉えるべきだと市川は言っている¹²¹⁾。

(2) 松井の説明

市川のこの批判に対して、非プロセス的権利は「本来憲法の中で基本的人権として保障する必要のなかった権利である」ことを松井は認めている¹²²⁾。実際、合衆国憲法にもドイツの基本法にも生存権規定はないことを指摘した上で、社会福祉や社会保障は本来「国民が政治参加を通して決定すべき問題」すなわち「政治課題」であって、それを憲法が保障する「原理的」な理由はないと松井は言う。つまり、これら非プロセス的権利は、「政治的プロセスが正常に作動していれば、本来、憲法によって保障されなくても、政治的プロセスによって保護されたはずのものであった」。「しかし、日本では、実際にはそうはならなかった」ため、「日本では憲法の中に非プロセス的権利を宣言せざるをえなくなった」¹²³⁾。これ

120) 松井 [2007] 430頁、494頁。

121) 市川 [1996] 9-10頁。

122) 松井 [1998] 94頁。

が、日本国憲法が非プロセス的権利を保障していることの説明である。

それゆえ、これら非プロセス的権利保護のために裁判所は一定の役割を果たすものの、その場合も基本的に政治的プロセスの判断を尊重し、合憲性を推定して緩やかな審査を行うべきことになる。「これらの権利に関しては、国民は立法に不満がある場合は、政治的プロセスを通して、つまり憲法によって保障された政治参加の諸権利をみずから行使して、そして最終的には『投票箱』で決着をつけるべきである」¹²⁴⁾。こうして「二重の基準」の正当化を図れることが、生存権や財産権などを非プロセス的権利として、プロセス的権利と区別して類型化する意義だと松井は強調する。

（3）プロセス的憲法理解と非プロセス的権利保障の根本的齟齬

しかし、この説明は、筆者にはあまり説得的とは思えないのみならず、松井の憲法理解への大きな疑問を浮かび上がらせる。この説明だと、「本来憲法の中で基本的人権として保障する必要のなかった権利」であっても、政治的プロセスで保障できなかったならば憲法に規定してよいことになる。だがそれでは「政治プロセスを保護する」権利以外にもさまざまな権利が憲法での規定対象となってしまう、基本的人権を「プロセス的」に理解する土台が失われることにならないだろうか。

例えば松井は、環境権について「政治参加に不可欠な権利ではない」のであって「裁判所は環境権を基本的人権と認めるべきではない」と言う。「環境保護は、環境権を権利と認めて裁判所によって図られるべきではなく、政治プロセスを通して達成されるべき」だというのがその理由である¹²⁵⁾。しかし、上の論理によるなら、それが国会で多数の賛成を得られず、政治プロセスを通じて保護されなかったならば、憲法上の非プロセス的権利としてそれを保護することが認められることになるだろう。（例えば13条を根拠に解釈でそれを認めるか、もしくは憲法を改正して環境権規定を入れることなどにより。）そうやって「政治参加に不

123) 松井 [1998] 93-94 頁、同 [1994] 313 頁。

124) 松井 [1994] 313 頁。

125) 松井 [2007] 592 頁。

可欠な権利ではない」ものも憲法上の権利となりうるのであれば、結局、基本的人権には「政治参加のための権利もあればそうでないものもある」、「プロセス的権利もあれば非プロセス的権利もある」ということになって、必ずしもその本質は「プロセスを定めたもの」とは言えなくなる。中身として多様な要素がある中でその一部のみを抽出しそれを全体の中の本質と捉えるのは恣意的な理解であって、そのモノの本質は、中身である多様な要素に共通する原理なりメタ要素なりに見出されるべきだろう。基本的人権として憲法に「プロセス的権利」と「非プロセス的権利」が規定され、且つ後者が拡大する可能性があることは、人権を「プロセス的」に捉える根拠を失わせる。

それに加えて、もうひとつ重要で根源的な問題がここにはある。先に引用したように(本節(2))松井は、生存権などを「政治的プロセスが正常に作動していれば、本来、憲法によって保障されなくても、政治的プロセスによって保護されたはずのものであった」と言う。しかし、ここで「保護されたはず」の権利とそうでない権利とは、一体どういう基準で区別されるのだろうか。非プロセス的権利の保護が「実際に」されなかったから憲法がそれを行うと言う以上、その前提にはこれらの権利が「保護されるべき」という判断がある。(その前提がないなら、生存権が政治プロセスを通じて保護されなければそのままにしておけばよい。それを「保障されるべき」と判断するからこそ、政治プロセスでそれが保護されないのはまずい、憲法でそれを「宣言」しようということになる。)だがそこで当該権利が「保護されるべき」である根拠はどこに求められるのか。

これが佐藤幸治の理論であれば、その根拠は「人格的自律の価値」に求められ、自律のために不可欠だから生存権や財産権は憲法で保障されねばならないことになるだろう。しかし、松井は、そうした理論を批判し、憲法に価値基準を持ち込むことを否定して自身の理論を提唱している。そこでは、社会の中で実現されるべき価値や公益を客観的に決める基準はなく、それは人々の政治参加を通じた決定に委ねるべきと考えられて、その決定プロセスの公正さを確保するものとして憲法が捉えられるのである。この場合、松井自身が言っている通り、生存権、環境権などを含めて非プロセス的権利を認めるべきかどうかは「政治的プロセスを通じて」決められるべきで、その結果それが保障されないことになったのなら、

そうした権利は保障されるべきではない。

そうではなくて、政治プロセスを通じて保護されないにも関わらず、生存権が「保障すべき」とされるなら、つまり非プロセス的権利を保障す「べき」根拠が「政治プロセスの結果」以外のところで何かあることになる。それはつまり、「政治プロセス」以外になにかの実体的価値判断がそこに存在し持ちだされるということで、これでは、「実体的価値の憲法観・人権論」への松井の批判やプロセス的憲法理論の趣旨が根本的に崩れる。

このように考えると、非プロセス的権利が憲法で保障されることは、プロセス理論にとって単に「保障されるべき権利の例外」ととどまらない、致命的な意味があると筆者は考える。プロセス理論に立つなら、憲法におけるこれらの権利保障ははっきり否定されなければならない。松井はこの点について「日本国憲法という実定憲法典を一つのモデルに完全に押し込めることは無理であろうから、これは仕方ないことであろう」、「憲法が一定の歴史的条件のもとで国民が選択したものである以上、このことは避けがたいことである」と言ってそれ以上に問題視しない態度をとっているが¹²⁶⁾、上で指摘した2点を踏まえるとこれは「仕方ない」では済まない重大な問題である。「プロセス保障という憲法の本質からの逸脱」と「実体的価値基準の導入」の点から、非プロセス的権利の規定が憲法に置かれるのはプロセス理論にとって「あってはいけないこと」のはずで、にもかかわらず、現に日本国憲法ではそれが規定されていて、松井もそれを（「削除せよ」と主張するならともかく）容認するということに、憲法理解としてのプロセス理論の根本的な「無理」が表れていると筆者は考える¹²⁷⁾。

6. プロセス的憲法論の問題点(2)——「政治的市民」の想定について

(1) 多元主義と共和主義

2つ目の問題点は、松井が自身の理論の基点として想定する人間観に関わる。先に述べたように、松井は、自身の理論をプリアリズム（多元主義）に基づくと言っているが、加えて松井はその理論が共和主義のパラダイムにも合うと主張

126) 松井 [1994] 357頁、同 [2001] (上) 93頁。

しており、そのいずれにおいても「政治的市民」を前提に据えた説明をしている。その問題点を正確に指摘できるよう、まずは松井の説明を整理して見ておくことにしたい。

実体的価値に基づく従来の憲法理論を批判する中で、松井は、それが「憲法の前提とする個人を私的な前社会的＝没政治的な人間と見る個人観」に支えられていると指摘する。「そこでは最も根源的な原理は『人間の尊厳』であり、そこでいう『人間』とは、社会に先立って存在し、政治とは関わらない『私的』な存在である。基本的人権は、このような『私的』な人間が持つ『私的』な領域と捉えられる」。その上で、こうした見方は決して自明のものではなく、実は「神話」にすぎないと松井は言うのだが¹²⁷⁾、しかし、「実際、前社会的・没政治的な個人を前提にするにしても、日本国憲法にふさわしいパラダイムは、このような通説的なものではなく……プリュラリズムのパラダイムだったのではなからうか」と主張する。その場合も、「出発点とされるべきは私人としての個人である」が、

しかし、通説的パラダイムとは異なり、プリュラリズムのパラダイムにおける憲法は、むしろ「市民」としての個人を基点としている。それは、それゆえ憲

127) 同様の疑問は、非プロセス的権利以外にも生じる。例えば平等権について、松井はこれを、市民が政治参加する上で「平等に扱われる」ことを保護するものと説明している(本章第2節(3)参照)。「国民の選出した代表者がみずからの制定する法律から自分たちだけを除外したり、一定の『切り離され孤立した少数者』の代表を拒否することがないよう」にするのがその趣旨である(松井 [2007] 311頁)。その上で平等権の具体的内容を論じる中で、松井は、民法731条の「男女の結婚年齢の差異」を「女性は家庭の主婦になるのであるから若くして結婚を認めてもかまわないという発想」に立脚するもので違憲だと言う。また、女性の再婚禁止期間の規定(民法733条1項)についても、そこに「生まれてくる子どもの父性確定という政府利益」があるとしても「それが女性の婚姻の自由を制約するほどやむにやまれないものといえるか疑問」と言って「明らかにこれは違憲」だと言う(同書385頁)。しかし、これらはいずれも、政治参加とは関係がない。男女の結婚年齢に差があろうが、女性に再婚禁止期間があろうがなからうが、男性と女性で一方の政治参加が妨げられたり促進されたりするわけではない。平等権を政治参加のプロセス保護とする松井の立場に立つなら、これらの点で男女の条件を同じにするかしないかは立法によって決められるべき問題で、憲法上の政治参加のプロセス保障としてなされるものではないのではないのか。こうした点にもプロセス的な憲法理解・人権理解の「無理」が表れるように思える。

128) 松井 [1994] 340-341頁。

法の保障する基本的人権をこの私的な個人の自然権ないし憲法に先立って存在する実体的価値とは捉えない。むしろ、プレユラリズム的パラダイムでは、憲法の保障する基本的人権は「市民的権利」として捉えられるべきであろう。つまり、基本的人権は自然権そのものではなく、自然権を確保するために政府を組織し、政府の決定に参加するための「市民的権利」としての政治参加の権利なのである。従って、基本的人権は基本的にプロセス的な性格を持っている

というのが松井の説明である¹²⁹⁾。この説明自体に問題があると筆者は考えるのだが、それは後述することにして話を先に進める。

以上は、「仮に」前社会的・没政治的な個人を前提にするにしてもの話であって、松井は必ずしもそういう個人観を支持しているわけではない。むしろそれは「ポスト構造主義の時代」にあって批判を免れず、それとは異なる「社会的な個人」を前提とするパラダイムが想定される必要があると松井は言っている。それが「共和主義のパラダイム」で、それに関する問題点をいくつか挙げながらも、「日本国憲法に最もふさわしいパラダイムとは、実はこのようなパラダイムなのかもしれない」と述べて、それを支持する姿勢を松井は見せる¹³⁰⁾。

ではその共和主義のパラダイムとは何かというと、その特徴は「個人を社会的＝政治的存在として前提し、『人は市民となって初めて人となる』という視点」にある。共和主義とは、そういう視点に立って「市民が私的利益を超えて公德心に基づき公共善の実現のために政治参加することを重視する政治思想」を言う。そこでの「出発点は、私的な個人ではなく、政治的な能動的な『市民』である。市民は、それぞれの持つ私的な利益を捨てて政治に参加しなければならない。政治参加の目的は、私的利益の確保ではなく、政治共同体の公共善の実現なのである。これを可能にするのが、『公德心』である。それゆえ政治共同体は、市民がこの公德心を涵養するよう努力しなければならない」とされる¹³¹⁾。

こうした「市民としての個人」を想定したとき、彼らが「公德心に基づき公共

129) 松井 [1994] 342-343 頁。

130) 松井 [1994] 345-346 頁。

131) 松井 [1994] 345-346 頁。

善の実現のために政治参加する」のを実現できるように、政治参加の権利やプロセスが保障・整備されねばならない。そのための何らかの手立てが「市民」社会では必要になる。その役割を担うものとして憲法を意義づけ理解するのが、他ならぬプロセス理論である。憲法を「政治を支えるプロセス」的なものと見て、政治参加を軸にその内容を解釈するプロセス理論は、こうして、共和主義と「接合しうる」¹³²⁾。つまり、「社会的・政治的市民」という前提から、その「市民の政治参加を保障するための憲法」の存在が正当化され、そのように憲法を理解するプロセス理論の妥当性が示される。これが松井理論における「憲法の正当化」——プロセス的憲法理解の正当化——であり、日本国憲法も、そうした共和主義的解釈に基づいて、「個人を社会的な存在として捉えたうえで、その個人が政治的人間として共同体の利益実現のために私益を捨てて政治参加するプロセスを保障したものだ」と理解する」ことができる」と松井は主張している¹³³⁾。

(2) 阪口による松井批判とそれへの反論

プロセス的憲法理解を、多元主義と共和主義の2つに結びつける松井のこの説明に対しては、阪口正二郎や長谷部恭男から厳しい批判が出されている¹³⁴⁾。阪口の主張に即してその要点をまとめれば、

- ①多元主義の個人像は「前社会的＝没政治的な個人」であり、共和主義のそれは「社会的＝政治的存在」である点で、両者ははっきり区別される。しかし、松井は、政治共同体の一員としての「市民」を想定した自らの主張を、(共和主義とつなげるのはともかく)多元主義と結びつけて提示している点で「混乱」している。
- ②プロセス理論では、プロセスから独立した正しい結果なり価値なりは想定されず、適切に遵守された手続に従った結果が「それゆえに」正しいとされる。(この考え方は、各人の私益から独立した「公益」を想定せず、それを多様

132) 松井 [1994] 345-347頁、同 [2001] (下) 66-67頁、同 [2007] 45頁。

133) 松井 [2007] 45頁。

134) 阪口 [2001] 207-220頁、長谷部 [1995] [1997]。

な利益の調整と妥協の結果と捉える多元主義につながる。) 他方、共和主義では、プロセスとは独立した「公益」やその判断基準があると想定される。プロセスが重視されるのは、その発見にプロセスが役立つと考えられるがゆえで、この考え方はプロセス理論と両立しない。

というのがその内容である¹³⁵⁾。

これに対して、松井は、

- ・①について、自身の主張はジェームズ・マディソンの見解に依拠している。阪口や長谷部はマディソンの見解を共和主義と捉えるが、自身はこれをプリュラリズム（多元主義）と解しており、それに基づくプロセス理論は十分に成立する。
- ・②について、阪口の共和主義理解は適切ではなく、共和主義は必ずしも「プロセスと独立した客観的な公益」を想定するのではない。共和主義の重要な特徴は「政治参加を公德心に基づく共同体の一員としての政治的義務」と見るところにあり、その考え方とプロセス的憲法理論は整合する。

という趣旨の反論をしている¹³⁶⁾。この反論が妥当かどうかを判断するには、「マディソンの見解は多元主義か共和主義か」、「共和主義とはいかなる主張か」を検討しなければならないが、マディソン解釈や共和主義解釈を突き詰めるのは本稿の趣旨から外れるので、ここでは、上記の反論を含めて自説を多元主義に結びつける場合と共和主義に結びつける場合の松井の説明を対象にして、それぞれの問題点を指摘する。先に触れたように（本節(1)）、いずれの場合にも共通して、松井は自説の基点を「市民としての個人」に置いているので、この点に焦点を当てて検討を進めたい。

(3) プロセス理論を多元主義に結びつける場合

135) 阪口 [2001] 207-220 頁。

136) 松井 [2001] (下) 66-67 頁。長谷部に向けた反論は、松井 [1998] 71-81 頁。

(a) 松井の「混乱」

まず多元主義と結びつける場合、そこで松井は、仮に「前社会的・没政治的な個人を前提にするにしても」日本国憲法にふさわしいのはプレュラリズム的パラダイムで、そこで「出発点とされるべきは私人としての個人」なのだが、その個人とは「市民としての個人」なのだとやっている。関連する説明をもうひとつ引用すれば、

これ（引用者註：多元主義を指す）は、政治を多元的な集団の交渉と取引のフォーラムと捉える政治観である。この考え方でも出発点は個人であるが、その個人はリベラリズムの想定するような他者と関係をもたない没政治的な私的個人ではなく、集団を形成して政治に参加する個人、つまり「市民」である。市民はそれぞれみずから公益と考える利益を実現するため政治に参加する（傍点引用者）¹³⁷⁾。

と述べられている。

ここで松井は、「前社会的・没政治的な個人を前提にする」話をしていながら、そこでの出発点は「集団を形成して政治に参加する個人」すなわち「市民」だという。「集団を形成して政治に参加する個人」は紛れもなく社会的且つ政治的であって、「前社会的・没政治的な個人」という前提と矛盾している。前記①で阪口が言う通り、この説明には「混乱」がある。

(b) 松井の説明に意味を持たせる解釈

しかしながら、阪口に対して松井が

筆者（引用者註：松井を指す）はプレュラリズムと共和主義を異なるパラダイムとみているが、両者の間の決定的な違いは阪口教授のいう点にはではなく、政治参加を公德心に基づく共同体の一員としての政治的義務とみるかどうかの点

137) 松井 [2007] 39頁。

解して松井の説明に意味を持たせるとしても、しかし、それを「市民」すなわち「政治に参加する個人」に結び付けるにはまだ飛躍がある。私益の実現に向かうとしても、政治には参加せず私的・個人的活動を通じてそれを追求する人も想定できるからである。実際、政治には何の関心もなく選挙にも行かないが、所得の確保、職場での地位向上、恋愛・結婚の成就、友人・隣人からのリスペクト、趣味の充実その他の私益の実現に向けて日々熱心に行動する人はたくさんいる¹⁴⁰⁾。現実には「政治に参加しない個人」が多々存在するのに、それは想定の外に置いて「政治に参加する個人＝市民」を基点に憲法を考えるのはなにゆえか。その想定を正当化する根拠は何なのか。

「市民」の政治参加のプロセスを保護するのが憲法であり基本的人権であるなら、政治に参加しない人はそこでの保護対象にならないことになってしまう。しかし、政治に参加する／しないに関わらず「すべての人」に対して一定の自由や福利が保障されるべきだ、それを担うのが憲法だという考え方もありうるわけで——というよりむしろそちらの方が一般的な考え方で——、そうではなくて「政治に参加する人」を基点に憲法を解するというのであればそういう想定をすること自体が妥当なのか、それはなぜかが問われる。そこに確たる根拠が示されないのであれば、プロセス的憲法論全体に説得力も妥当性も認められなくなる。

この点、松井の立場からは、憲法は政治参加の権利を「すべての人」に保障しているのだから、政治参加しない人は憲法による保護を自ら放棄しているのであって憲法の保護対象から外れているのではないという反論があるかもしれない。自分の利益が反映されないという不満が政治や立法に対してあるのなら、その人は政治参加すればよいのだと。しかし、これは上の疑問に対する答えにはならない。「すべての人」に政治参加の権利を保障しているとしても、政治に関心を持つ人も持たない人もいる中で、「政治参加」に焦点を当てて憲法による権利保障がなされる、なされてよいという根拠は何かというのが上の疑問の趣旨である。

140) 例えば、2012年の衆議院議員選挙の投票率は小選挙区で59.32%、政権選択選挙と言われて盛り上がった2009年の衆議院議員選挙でも小選挙区の投票率は69.28%、その間の2010年の参議院議員選挙の投票率は57.92%で(いずれも総務省の統計より)、3割から4割の人はそこで政治参加していない。ではこの3~4割の人は私益の実現に向けて行動していないのかということそんなことは決してあるまい。

「政治参加のプロセス保護」として憲法の権利保障がなされる限り、政治に関心がある人が憲法で保護されやすくなり、関心がない人が保護されにくくなることに変わりはない。それがなぜ正当化されるのかがここでの問題であって、「不満があるなら政治に参加すればよい」という答えでは、「自分は政治に関心などなくて、そんなものには参加しないで私益だけ確保したいのに、なぜそれではいけないのか。それだと政治参加せずに私益だけ求めるのが悪いことみたいではないか」という反論が出てくる。

松井の立場からこれにどう答えられるのか分からないが、もし「私益だけ求める」のが「悪い」という趣旨の答えがされるなら、その根底には人は政治参加すべきだ、それが善いことだという価値判断が存在することになって、実体的価値を否定して憲法を解するという松井の基本的な立場に反する。しかもこれは「人の生き方」や人生観に関わる——「善き生の構想」に関わる——価値判断であるから、佐藤に関する検討の中でも指摘したように¹⁴¹⁾、そこで客観的に「政治参加する生き方が善い」「人間たるもの政治に関心を持つべき」と論証するのはきわめて困難である。

しかしながら、かかる価値判断を入れずにここでの疑問に答えることが果たしてできるのだろうか。憲法を考える基点として「市民」を持ち出す松井の考え方は、松井がそう意識しているか否かによらず、政治参加する生き方を「善」とする（主観的な）価値観に依拠して成立しているように筆者には思える。とすると、政治参加を「善」としない価値観を持つ人にとっては、自分が善いと思わないことのための手続を保障するのが立憲的憲法（日本国憲法）だということになって、それはなんら正当なものではなくなる。

（4）プロセス理論を共和主義に結びつける場合

他方、プロセス理論を共和主義に結びつける場合、阪口の②の批判への反論や上記本節(3)(b)の整理にあるように、松井の焦点は——阪口が指摘する「プロセスと独立した客観的な公益」を想定するかどうかではなく——「私的利益を超えて

141) 第Ⅲ章第4節及び第7節(2)参照。

公德心に基づき公共善の実現のために政治参加する市民」を想定するところにある。そうした「市民」が「公共善のために」公正に政治参加できるためのプロセスを保障するのが憲法と解されるわけだが、ここでも多元主義の場合と同じ疑問が浮かび上がる。すなわち、なぜそんな「市民」を想定してそれを基点に憲法を解するのか、その想定がなにゆえ正当化できるのかである。

人は常に私的利益だけを考えて行動するわけではなく、公德心や公共善への意識といったものを持っていることは筆者も否定しない。しかし、だからといってみんながみんな「公德心に基づき公共善の実現のために政治参加する」わけでは決してない。あからさまに私益の実現をねらって政治参加する人もいれば、「公益のため」という建前を掲げつつその中で自分の私的利益の実現を目論んで政治参加する人もいる。(前項で述べたように、私的活動を通じた私益の追求ばかりにいそしんで政治参加をしない人もいる。) 私的利益を超えたり捨てたりして政治参加するのは、一定の境地に達したごくわずかな人たちであろう。そうした中で「一定の境地に達した人」を基点に想定して、その人たちの政治参加を保障するものとして憲法を捉える(捉えてよいとする)根拠は何なのか。その境地に達していない人のことは憲法は無視してよいのか。松井によると、共和主義の特徴は「人は市民となって初めて人となる」という視点にあるとのことだが(本章注131の引用部分)、「私的利益を超えて公德心に基づいて政治参加する市民」となって「初めて人となる」なら、筆者を含め多くの人が「人」ではなく、憲法の保護対象からも外れることになるだろう。

松井の立場からは、ここでの「市民」の想定は、各人が私的利益を超えて公共善の実現に向けて政治参加すべきという規範的意味であって、それに対して「事実」として多くの人間がそうなのではないと言っても話の次元がずれていて批判にならないという反論があるかもしれない。実際、前述のように、共和主義に関する松井の説明は「市民は、それぞれの持つ私的な利益を捨てて政治に参加しなければならない」というように規範的形式で記述されている¹⁴²⁾。

しかし、規範的意味で「あるべき」市民を想定してそれを基点に憲法を捉えているのだとすると、松井の理論はやはり「私的利益を捨てるべき」「公德心に基づいて公共善の実現に向けて政治参加すべき」という「人の生き方」に関する価

値判断を根底に据えて、それに基づいて成り立っていることになる¹⁴³⁾。前項で多元主義に関連して指摘したのと同様に、これは「実体的価値に基点を置かない」という松井の立場に反するし¹⁴⁴⁾、併せて、その規範的想定はなにゆえ正当化されるのか、なぜ人びとは「私的利益を捨てるべき」「公共善の実現に向かうべき」で「政治参加すべき」なのかという疑問が説明されないまま残る。それに答え、この想定を客観的に正当化するのが甚だ困難であることは、本稿で再三述べている通りである。

以上のように、松井の提示するプロセス的憲法理論は、それを多元主義に結びつけるにしろ共和主義に結びつけるにしろ、基点として「市民」を想定する点でなぜその想定が正当化されるのかという問題が残る。これに答えるには、人の生き方として「政治参加」を「善」「すべき」とする価値観を持ち出すことが不可避と思われ、するとこの理論も、根本のところでは特定の価値に依拠して成り立っていることになる。この点で、松井理論は「実体的価値への依拠を否定する立場で提唱されながら実体的価値に依拠して成り立つ」という論理矛盾を抱えると共に、「特定の価値・価値観に依拠した憲法理解であって、それと異なる価値観を持つ人に対して立憲的憲法を正当化するものにならない」という芦部理論と共通の欠点を持つことになる。その前に指摘した「非プロセス的権利保障とプロセス的憲法理解との齟齬」と合わせて考えて、松井のプロセス的憲法理論は、立憲的

142) 本章注131)の引用部分参照。その他、「共和主義者がより重視しているのは、市民がみずからの私益を考えるものを捨てて公益の実現のために政治参加することであり、ここでは市民のそのような政治参加は市民としての道徳的責務と考えられ、市民がそのような公德心をもつこと、そして政治共同体には市民のそのような公德心を増進することが期待されることである」といった説明を見ても、ここでの想定における規範的ニュアンスが表れている。松井〔2001〕(下)67頁。

143) しかも、前注の引用にあるように政治参加を「道徳的責務」とするならば、その根底にあるのは道徳的価値判断であって、憲法やそこで保障されるプロセス的権利も結局、道徳的価値判断を基底にした道徳的権利と位置づけられる。これは、従来の「支配的学説」を「基本的人権を道徳的権利とするもの」だと言って批判した（本章第1節参照）松井自身の主張と矛盾する。

144) 言い換えれば、松井の理論が「実体的価値に依拠しない」かのように受け取れるのは、その基点にある「市民」という想定の中に土台となる価値判断が暗黙のうちに含まれているからだと考えられる。

憲法の理解と正当化として無理があるというのがここでの結論である。

V リベラル・デモクラシー理論——長谷部恭男

最後に、長谷部恭男の理論を検討する。その大きな特徴は、憲法を考える前提として価値観の多元性・比較不能性が強調されることで、同じ前提に立って立憲的憲法の正当性を検討する本稿にとってその内容は特に注目に値する。

「憲法は立憲主義にもとづくものである」というのが長谷部の憲法理解の基本であるが、長谷部はそこに、単に「政治権力を縛る」というにとどまらない積極的な意味を込める。それは「多様な価値観の共存」で、「価値観、世界観の多元性を前提にした上で、それらの間の公平な共存をはかるための手立て」として立憲主義を捉えつつ、「リベラル・デモクラシー」に基づく憲法理論を長谷部は展開する¹⁴⁵⁾。

1. 立憲的憲法の意義

(1) 価値の多元性と個人の平等・自律

「人がいかに生きるべきか」「世界の意味、人生の意味は何か」といった「生の究極にある価値」について、世の中にはいろいろな考え方が存在し、個々の人間もまたそれぞれ多様な価値観や世界観を持って生きている。その中で、「人生にとってこの上なく重要なのは音楽で、音楽さえあれば他に何もいらぬ」か「それより財産と名声が大事」か、「研究者として一生をローマ法の研究に捧げること」と「政治家として一生を国民の福祉の向上に捧げること」とどどちらに価値があるかの判断は、人それぞれの価値観によるのであって、その優劣を測る共通の尺度は存在しないことを長谷部は強調する。すなわち、価値観や世界観は比較不能である¹⁴⁶⁾。

そうである以上、ある価値観を持つ人が、別の価値観を持つ人よりも「正し

145) 長谷部・杉田 [2006] 10-13頁、長谷部 [2006a] iii頁、長谷部 [2004] 58頁など。日本国憲法をリベラリズムに基づいて理解すべきという主張は、他に阪口 [2000]。

146) 長谷部 [1999] 1-2頁。

い」とか「偉い」といったことはありえない。多様な価値観を持つ人たちはそれぞれ対等であって、ある人が自分の価値観を「絶対だ」として他の人に押しつけるのはおかしい。もちろん、それを勧めたり説いたりすることはおおいにあってよいが、どの価値観を受け入れ、いかなる価値観に基づいて生きるかは、結局、人それぞれ自分でしか判断できないことである。つまり、各人は「本来、自分の判断で自由に生きるべき存在」で、「人は根源的に平等であり、自分の生き方を決めるのは自分自身でしかない」¹⁴⁷⁾。こうした価値の多元性、比較不能性、及びそれに基づく個人の平等性と自律性が、長谷部の理論全体を支える重要な前提になる。

(2) 国家の正当化根拠と「公／私」区分

このようにそれぞれ異なる価値観や世界観を持ちながら、われわれは、国家や政府の下で社会生活を送っているわけだが、ではそこで「本来、自分の判断で自由に生きるべき存在」である個々の人間がなぜ国家に従わなければならないのか。そもそも国家や政府はなぜ存在するのか、なぜ必要なのか。この点を長谷部は掘り下げて、それを、社会全体の利益からでなく、個人の権利や利益の観点から次のように説明する¹⁴⁸⁾。

長谷部によると、人が社会生活をするのは、財やサービスの交換をはじめとするさまざまな便宜がそこにあるからだ、その中で国家が必要になるのは、主に「調整問題の解決」と「公共財の提供」のためである。このうち「調整問題」とは、自動車の右側／左側通行のような、「どちらでもよいが、どちらかに決まっいて、すべての人がそれに従うことが肝要である問題」を言う。こういう問題をそのままにしておくとみんなが不便を被るが、(人びとに広く影響力を与えられる)誰かがルールを決めれば、誰もが互いに他者の行動を予測できるようになり、自己利益の増大を図れる。国家や政府は、そういうルールの決定を担うために必要で適任である。

147) 長谷部 [1999] 4頁、長谷部 [2008] 10頁。

148) 以下の説明は、長谷部 [1999] 4-6頁、同 [2000] 第1章、同 [2008] 6-11頁、同 [2011] 第1章などより。

他方、「公共財の提供」とは、警察、消防、環境保全など、その恩恵が人々みんなに行き渡るサービスに関わる。こうしたサービスを人々の自由な活動に任せて市場で供給することになると、「ただ乗り」が発生しやすい。例えば、治安維持のために誰かが自分の住む地域のパトロールをする警備員を雇えば、周辺に住む人は費用負担せずにその恩恵にあずかれる。それだと、多くの人は自分から費用を出さず、他人の費用負担によるサービスの供給を待つことになって、結局、この種のサービスは立ちいかなくなる。つまり、こうしたサービスは市場での供給になじまない。そこで、市場に代わって国家がその供給を担い、費用を税として社会全体から公平に徴収することにすれば、安定したサービスの供給が図れて、人々の利益になる。

これらの面で国家は人々にとって重要な役割を担っており、それゆえその存在が正当視される。そこで国家の機関を組織し、その権限の内容や行使手続を定めるのが、憲法の意義のひとつになる。(その意味で、憲法自体が、「国家が果たすべき役割を、実際にはどの機関(人々)が、どのような組織と権限を通じて果たすのか」という調整問題の解決を担っていると長谷部は言う¹⁴⁹⁾。)

しかしながら、国家は、領域内での実力行使を独占する強大な存在であるから、自らの正当な役割の範囲を超えて、個人の生活領域に介入し、その自由や自律を侵害するおそれがある。上述のように、国家は、「本来、自分の判断で自由に生きるべき存在」である個々の人間の便宜のために成立し正当視されるものであるから、そうした事態はいわば本末転倒で許されない。そこで、国家の権限が及ぶ「公的領域」と個人の「私的領域」との間に一線を引き、私的領域への国家の介入を止め、個人の自由と自律を保障する「手立て」が求められる。その「一線」を表すのが人権であり、憲法はそれを保障することで、国家権力による侵害から「個人の私的領域での自律」を守る役割を担う。ここに、単に国家の組織を定めるだけの憲法とは区別された立憲的憲法の意義がある¹⁵⁰⁾。

(3) 「切り札」としての人権

149) 長谷部 [2008] 43頁。

150) 長谷部 [2008] 3-12頁。

立憲的憲法のこうした役割は、異なる価値観を持つ人々の共存のためにきわめて重要で不可欠である。

例えば、宗教は、それを信じる人にとって「人生の意味を与えてくれるし、なぜこの宇宙が存在するのも教えてくれる」大事なもので、個人の私的領域の重要な一部を占める。しかし、そこで誰かに「自分の正しいと思う宗教をあらゆる人に押し広める」ことを認めたら、異なる宗教を信じる人の間で「一体何が正しい宗教か」をめぐる対立が生まれてしまう¹⁵¹⁾。価値観や世界観が絡むこうした問題は「比較不能」で正解がないから、その争いはしばしば収拾がつかなくなる。まして国家が「社会全体の利益」などを旗印にしてそこに介入し、特定の教義を押しついたり、ある宗派の信者を弾圧したりすれば、価値の多元性に反して特定の価値を個人に強制することになって、人々の「根源的な平等」と「本来の自律」が侵される。それがまかり通ったのでは人々が共存できなくなるので、この領域での「各人の自律」は、「社会全体の利益」（公共の福祉）に優先して認められなければならない。つまり、人権には、「社会全体の利益」を理由とする国家や政府の介入を跳ね返し、私的領域の自由と自律を確保する「切り札」としての意味がある¹⁵²⁾。

人は根源的に平等であり、自分の生き方を決めるのは自分自身でしかない。その決断を通じて、人はその人生に自ら意味を与えていく。社会全体の利益が、このような意味での人権の制約を正当化することはありえない。逆にいえば、人権には、社会全体の利益を理由とする政府の行為の正当性をくつがえす「切り札」としての働きがある。人生観や世界観について、根底的に異なる考え方を抱く人が共に暮らす現代社会において、たとえ社会の多数派の支持があったとしても、政府が特定の価値観に基づいて個々人の生き方に介入するならば、それが政府の公正な活動として受け入れられることはなく、かえって深刻な社会的対立を生みだすだろう。多数派と異なる価値観を抱く人を平等な個人として承認していないことを意味するからである。「切り札」としての人権をすべ

151) 引用は、長谷部・杉田 [2006] 14 頁より。

152) 長谷部 [2008] 117 頁。

でのメンバーに平等に保障することは、価値観の相剋する社会で、それでもなお人々が社会生活の便宜とコストを公平に分ち合うことを可能とするための基本的な枠組みとなる¹⁵³⁾。

もっとも、憲法で規定された人権すべてが「切り札」としての意味を持つのではなく、その中には「公共財として」保障される権利もあると長谷部は言う。例えば「表現の自由」には、情報流通の促進とそれによる市民の啓蒙、民主政治の活性化といった「社会の利益を増大させる公共財としての性格」が含まれている。この場合、「社会全体の利益」が権利保障の基礎であるから、よりの確な社会全体の利益の実現のためには、それが正当に制約されることもある¹⁵⁴⁾。もちろん、「表現の自由」は、個人の考えの表明とその受容という「個人の自律および人格的發展」に関わる側面も持つから、そういう意味でこの権利の保障が問題になるときは、それは「切り札」性を持ち、社会全体の利益による制約は受けない¹⁵⁵⁾。この他、職業選択の自由にも、個人の生き方の選択に関わる側面と、自由な経済活動を保障することで社会全体の利益を促進する側面とが認められる¹⁵⁶⁾。このように、憲法で規定される権利には、「切り札」性を持つ「人権」と

153) 長谷部 [2008] 10-11 頁。しかしながら、同時に長谷部は、「切り札」としての権利の内容と射程には慎重な考慮が必要で、たとえ自律的に選択した行為であっても「選択した人にとってのみ価値のある行為」「その人自身にとってしか意味のない行動」には「切り札」的保護は認められず、具体的な行動としてここで保護されるのは「誰にとっても価値のある行為」に限られると言っている（長谷部 [2008] 117 頁）。この主張は、筆者には理解困難である。各人の価値観は多元的で比較不能だから、各々の私的領域での自律が保障されねばならない、それを保障するのが人権だと言いつつ、しかしそこで実際に保護されるのは「誰にとっても価値のある行為」だとしたら、結局、私的領域で保障されるのは多数者が支持する価値と結びついた行為ということになって、価値観の多元性も個人の自律的判断も否定されるように思える。これは、公私区分と私的領域での自律の保護に立憲主義の意義を見出す長谷部の憲法論の根本を覆すことにならないのだろうか。長谷部 [2011] 18-19 頁でも、「本当に価値のあるものを手に入れていること」と「自分自身にとってしか通用しない意味を与えているだけ」のこととの区別が重要だという記述があり、「標準的な想定の下ではだいたいの人がそう考える」ことに「価値」の意味が見出されているが、こうした形で「本当に価値のあるもの」が定められることと価値の多元性・比較不能性がどう整合するのか疑問を感じる。後述本章注 174) も参照。

154) 長谷部 [2008] 102、114、119-120、202 頁。

155) 長谷部 [2008] 202-203 頁。

156) 長谷部 [2008] 237-238 頁。

公共財としての性格を持つ「憲法上の権利」との両方が含まれているが、本来的な意味での人権は前者であり¹⁵⁷⁾、それを保障し、私的領域における個人の自由と自律を確保することが、「異なる価値観を持つ人たちの共存の枠組み」としての立憲的憲法の中核的意義になる。

（4） 公的領域における民主的政治過程

私的領域で個人の自律が保障されるのに対して、公的領域では、各自が信じる私的な価値観や世界観を持ち込まずに——「そういうものは私的な領域に置いてもらって」¹⁵⁸⁾——「公益の実現」に向けた検討と決定がなされなければならない。例えば、前述の「公共財の提供」として「どの範囲のサービスをどの程度、国家が供給すべきか、財源の公平な負担がいかにあるべきか」といった問題を考えるとき、各人が自分の価値観に即して「人生に何が大事か」といった話を持ちだしたら収拾がつかなくなるので、そこでは個人の価値観に拠らずに「すべての人びとに共通する社会全体の利益」を見出し、それを実現するという形で議論と決定がなされる必要がある。

但し、その過程では、個々人が、その価値観によって差のついた扱われ方を受けるのではいけない。それは「価値の多元性」とそれに基づく個人の根源的平等に反する。価値観そのものを持ちださないとはいえ、公的領域の議論は、どんな価値観の人も平等に扱うという前提の下で、「合理的な判断能力を持つ市民すべてが理性的な審議の末、民主的に決定することになる」¹⁵⁹⁾。

個人の根源的な平等性は、憲法の定める民主的政治過程の根本にあるはずの原理である。あらゆる個人を自律的かつ理性的にその人生を選択できる存在だとする前提があつてこそ、理性的な討議と民主的決定を通じて、社会全体の公益を発見しようとする考え方が生まれる¹⁶⁰⁾。

157) 長谷部 [2008] 119 頁。

158) 長谷部・杉田 [2006] 15 頁。

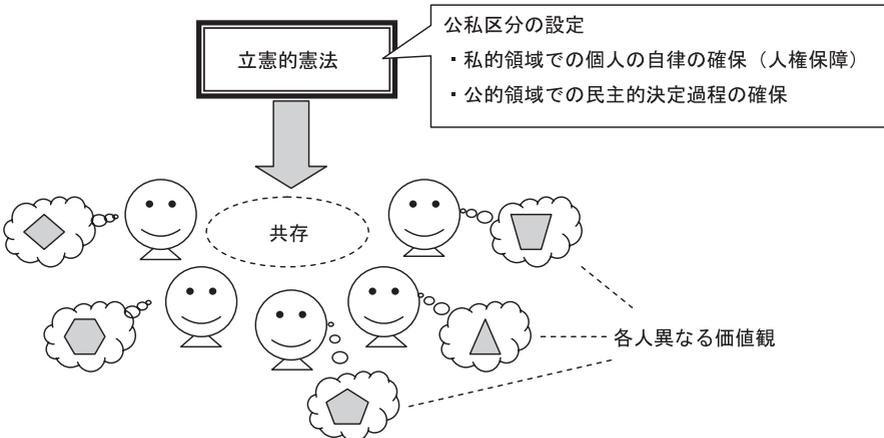
159) 長谷部 [2006a] 10 頁、[2008] 118-119 頁、長谷部・杉田 [2006] 14-15 頁。引用箇所は同 [1999] 6 頁より。

160) 長谷部 [2008] 119 頁。

こうして、価値の多元性に基づく自律の尊重は、公的領域における民主的政治過程と結びつく。民主的政治過程は、価値の多元性と個人の根源的平等という前提を公的領域に当てはめたときの必然的な帰結であって、それを保障することが憲法の重要な役割になる。

立憲的憲法は、こうした形で、人権を「一線」とする「公／私」の区分と、私的領域における人権保障、公的領域における民主的決定過程の確保を内容とする「多様な価値観を持つ人の共生の手立て」と意義づけられる（図4参照）。

図4 長谷部理論における「共生の手立て」としての立憲的憲法



比較不能で多様な価値観を持つ人びとの共存のために、立憲的憲法による「公私区分」とその中での各人の自律と平等の確保がなされる。

2. 憲法の諸要素の説明

次に、長谷部のこうした憲法理解の下で、その硬性や違憲審査の意義がどのように説明されるかを確認しておこう。

(1) 憲法の硬性

(a) 硬性憲法の特長

長谷部は「硬性憲法の特長」を、

国家機関への拘束と人民の権利の内容を成典化し、明確にすればその遵守を期待することができるし、そうして生まれた成典憲法を、通常法律より厳格な手続でしか変更できない憲法とすれば、そのときどきの議会多数派の手から少数者の権利や社会生活の基礎となる価値を保障することができ、また改正手続に国民投票をとり入れることで、国民の意思を憲法に反映すると同時に、憲法の正統性を強めることも可能となる¹⁶¹⁾。

と説明している。

「異なる価値観を持つ人たちの共存の枠組み」として「公私」を区分し、「公」における民主的政治過程の確保と「私」における人権保障を行うというのが長谷部の憲法論だから、この枠組みを設定している憲法は、その中で公的領域での民主的決定を担う立法よりも、当然厳格な手続で保持されねばならない。特に私的領域で保障される人権は、公的領域での民主的政治過程による決定に対抗して守られるべき「切り札」性を伴っているから、多数者の考えでそれが侵されてはならないことは上の引用にある通りである。これらの点で、憲法の硬性は、「共存の枠組み」という長谷部の憲法理解から必然的に要請され正当化されると言えよう¹⁶²⁾。

(b) 憲法改正に特別多数決が求められる具体的根拠

同時に長谷部は、日本国憲法が、憲法改正の発議のために「衆参両院の2/3以上の賛成」という特別多数決を要件としている根拠を具体的に検討し、そもそも物事の決定を通常多数決で行うことの理由が何かに応じて、2つの側面で「特別多数決の根拠」を挙げている¹⁶³⁾。

161) 長谷部 [2008] 23頁。

162) もっとも、憲法改正手続が厳格だからといって、必ずしも実際の改正が困難だということにはならない。それはその時々々の政治情勢や国民の考え方によると長谷部は言う。その通りだが、少なくとも理論的には、改正手続が厳格だということは、軟性憲法以上の手続的障壁が硬性憲法には設定されているということで、憲法の構造的には「より改正が困難」な仕組みになっていると言えよう。本稿では、実際の政治情勢等に照らした憲法の動静ではなく、憲法の理論的構造や基礎に焦点を当てているため、硬性憲法を「より改正が困難な憲法」とみなして話をしている。

通常の多数決の根拠の第一は、「そこで出た結論で、より幸福になる人が、より不幸になる人よりも多くなること」にある。単純に考えて、賛成者の多い選択肢を採用するのが多数決だから、そこでは、結論に反対で不満を持つ人よりそれに満足する人の方が多いはずである。よって、ダムや道路の建設など、日常的な政治問題を解決する際には多数決がよいが、その決定過程——民主的政治過程——を健全に運営するためには、より基本的な「原理」が保障されねばならず、その部分は簡単には変えられなくしておく必要がある。表現の自由の保障や選挙権の平等などがその例で、これらを「日常的な政治過程の手の届かないところに隔離」して単純多数の意思で変更できないようにし、(公的領域での)民主過程そのものを確保することが、憲法改正の要件を特別多数決にする正当化根拠のひとつになる。

通常の多数決の根拠の第二として長谷部が挙げるのは「コンドルセの定理」である。ある集団のメンバーが2つの選択肢のうちで正しい方を選ぶ確率が1/2以上であり、且つ各人が独立してその投票をするならば、多数決によって「正しい答え」が出される確率は、メンバーの数が増えるほど大きくなる。「ダムを作るか作らないか」といった政策問題について、十分に情報を与えられた市民が判断するならば、「正しい選択」がなされる確率が1/2以上あってまったくおかしくないのが、多数決は政策の選択に有効な手段と考えられる。しかしこの場合、問題がきわめて専門的であったり、「人々が偏見にとらわれがちな問題」であったりすると、人々の平均的な判断能力は低下し、多数決で正しい結論が出る確率が低下する。よって、その種の、例えば少数者の権利保障の問題などについては、決定要件を加重し特別多数決を採る意味がある。また、憲法に定められた「社会の基本原則」を変更しようとするなら、その変更が正しいという蓋然性が「相当に高い」ことを要求するのは妥当であり(「変更される前の状態を維持する方が、誤った改正をするよりはましである」)、その面でも特別多数決の導入が正当化される¹⁶⁴⁾。

もっともこの第二の点については、ダムを作る／作らないといった政策問題に

163) 長谷部 [2006a] 6章。関連する議論は、同 [2004] 第I部、同 [2006b] 13章。

164) 長谷部 [2006a] 155-156頁。

そもそも正解があるのかという疑問があるし¹⁶⁵⁾、「人々が偏見にとらわれがちな問題」というのも「偏見にとらわれがちな問題」とそうでない問題をどう区別するのか、（人それぞれ多様な価値観がある中で）何が偏見で何が偏見でないのかといった疑問が伴う。「社会の基本原理を変更しようとするなら、その変更が正しいという蓋然性が相当高いことを要求するのは妥当だ」という説明も、特別多数決の要件を満たすことが「その変更が正しいという蓋然性」とつながるのかという問題があり（2/3以上の人たちがひよっとしたら「誤った変更」を支持しているのかもしれない）、この第二の部分の説明が妥当かどうかは疑わしいと筆者は考える。

（2）違憲審査

違憲審査も、立憲的憲法が「共存の枠組み」であることから来る必然的な要請と考えられる。私的領域を守る人権は、公的領域を扱う立法やそこでの「社会全体の利益」に優先して保障されねばならないから、それを議会やそこでの多数派に対抗して守る仕組みが必要になる。政治部門から独立した機関（裁判所）による違憲審査は、「公共の福祉という根拠に基づく国家の権威要求をくつがえす“切り札”」としての意味を人権が持っていることから生じる制度的な要請と言える¹⁶⁶⁾。

それと同時に、公的領域において民主的政治過程を通じた決定を確保するためには、その過程や手続が、立法より上位のルールで定められる必要がある。立法における民主過程を、立法自体が脅かす事態が生じてはいけなない。「表現の自由」を侵害する立法はその例で、「経済活動に対する不当な制約については、民主的政治過程を通じてそれを修正することが可能であるが、表現の自由が侵害された場合には、民主政の過程自体が傷つけられるため、議会による矯正は困難となり、裁判所による積極的な介入が要請される」。これも、違憲審査が必要になる重要な根拠である¹⁶⁷⁾。

165) 長谷部自身もこのことを認めている。長谷部 [2006a] 154頁、同 [2006b] 189頁、同 [2004] 28-32頁。

166) 引用箇所は長谷部 [2008] 117頁より。

違憲審査は、このように、立憲的憲法における「私的領域での自律の確保」と「公的領域での民主的政治過程の保護」という2つの要請それぞれに対応する意義を持っており、立憲的憲法が「共存の枠組み」であることと結びついた必然的の制度と言える¹⁶⁸⁾。

3. 長谷部理論の長所

本章冒頭でも述べたように、長谷部の理論の大きな特徴は、価値の多元性・比較不能性を前提として憲法の意義が考えられることにある。本稿で一貫して問題視しているように、特定の価値に依拠して憲法を説明したのでは憲法が「特定価値の押しつけ」となって正当化できないという難点が憲法理論にはあるが、ここでの「前提」は、その難点を踏まえ克服する視座を説明の起点に組み込んでいるという点で、本稿の観点からは特に評価に値する。

加えて、長谷部の考え方によると、民主的立法に対する憲法の優位性が（違憲審査の必要性和合わせて）合理的に説明出来る点も大きな長所と言えよう。「共存の枠組み」として憲法があり、その下で公的領域における決定としてなされるのが民主的立法であるから、両者の間には明確な「上下」関係が成立する。枠組みの一部門である「公」を担う立法が本来の領分を逸脱し、他部門である「私」

167) 長谷部 [2008] 121頁。なお、違憲審査を、民主政の基礎となる自由を保障するという意味で「民主的政治過程の自己保存の手段」と位置づけた場合、ではその民主政はなぜ正当なのかという問題が出てくる。それを説明する理論として、長谷部は「共和主義」と「多元主義」を挙げ、日本の最高裁の立場は後者と適合するが、その場合、「公的領域で切り捨てられる価値を私的領域で守る」「個人の根源的平等を確保する」という2つの前提を守るために違憲審査が必要になる（司法審査の正当性と民主政の正当性は互いにリンクしている）という分析をしている。長谷部 [1997]。

168) なお、憲法の最高法規性と改正限界について、長谷部は、日本社会において法の運用や改正限界に関与しうる人びと（議員、官僚、裁判官、有権者一般など）が「日本国憲法を最高法規として扱うべし」というルールや改正限界を「事実上受け入れている」ことをそれらの根拠としている。長谷部 [2008] 27頁、38頁。しかし、だとすると、「多数者の考えによって私的領域での個人の自律が侵害されないように人権を保障する憲法」を最高法規として扱わず「立法をその上位に置く」というルールを「議員、官僚、裁判官、有権者」の多数が支持したら、その多数の考え（で成立する立法）によって憲法が骨抜きにされ、人権侵害（国家による私的領域への侵害）が認められることにならないだろうか。この部分の説明も、長谷部の立憲的憲法理解の基本と衝突するように筆者には思える。

的領域に介入したらその枠組み自体が崩れてしまうから、当該枠組みを設定している憲法が立法に優位するのは当然である。そこでの領域区分の「一線」を人権に見出すことで、憲法が人権規定を備える意義が上述の「枠組み」の要素として説明されるし、一線を越えた立法の逸脱を抑えるために、立法機関とは別の機関が違憲審査権を持って立法のチェックをするというのも「枠組み」維持として筋の通った説明になる。このようにして、民主的立法に対する優位や制約、人権保障と違憲審査といった立憲的憲法の要素が整合的に説明される点に、長谷部理論の大きな特長が認められる。

4. 長谷部理論の問題点(1)——公私区分の境界は流動的ではないか

しかし、では長谷部の理論に問題がないかと言えばそうではない。例えば、松井茂記は長谷部に対する詳細な批判を出しているし、この後取り上げるように政治学者の杉田敦も長谷部にさまざまな疑問を投げかけている¹⁶⁹⁾。本稿でもすでにいくつか長谷部の理論の疑問点を挙げたが¹⁷⁰⁾、そうした中で、以下では「この理論で立憲的憲法の正当性が示せるか」という観点から、その中心的骨格を占めている公私区分に焦点を当てて問題点の検討をしていきたい。具体的には、「公私区分の境界は流動的ではないか」「公私の区分はそもそも可能か」「公私区分は必要か」の3つである。

(1) 「公」的問題の「私」化

第一に、何が公的領域の問題で何が私的領域の問題かという線が果たして明確に引けるのかという疑問がある。これに関する議論は、長谷部と杉田の間で見られる。

公的領域に含まれる問題の典型は「調整問題」である。先にも述べたが、「世の中には、さまざまな可能な選択肢のうちどれに決まるかよりも、とにかくそのうちのどれかに決まっていること自体が重要なことがらが数多くある」¹⁷¹⁾。こう

169) 松井 [1998] 81-90 頁、同 [2007] 44-45 頁。長谷部・杉田 [2006]。この他、愛敬 [2004] 45-47 頁。

170) 本章注 153)、注 168)。後述注 174)、注 182) も参照。

いう問題は、個人個人がそれぞれ自分の判断で対応するのではなく、国家が一定のルールを決め、皆がそれに従うことにすれば、各人は互いの行動の予測ができて便利だし、社会全体の利益も最大化する。よってそれは、各人がそれぞれ自分の価値観や世界観を踏まえてどうするかを決定する私的領域とは区別されて、「社会全体の利益」を指標に国家が介入する（すべき）公的領域とされる。他方、宗教のように私的な価値観や世界観が関わる話は「公的な領域」に持ち込むと收拾がつかなくなるから、そういうものは私的な領域に「置いといてもらう」（本章注158）というのが長谷部の説明である。

これに対して、杉田は、それだとほとんどの問題は私的領域に追いやられることになるのではないかと反論している。人の生存に関わる問題は基本的に私的な問題だから、だとすると経済や労働は私的な問題ということになって公的な議論の場から追い払われてしまう。政治だってそれを「私的な利害調整」と考えるなら公的領域の話ではなくなる。そもそも、資本主義経済か社会主義経済か、経済競争を重視するか平等や福祉を重視するか、デモクラシーか君主制かといった議論をする場合でも、そこには必然的に人の価値観が関わってくるから、長谷部のように「公的な領域には価値観の対立を持ち込むな」と言うなら、これらの問題はことごとく公的な議論の場から排除されてしまう。「個人の価値観が関わる領域は私的領域」という長谷部の区分によると、あれもこれも「私」の話になって、公的な問題領域は著しく縮小することになるのではないか。そうした疑問から、「長谷部さんのように、二分法的に公と私を切り分けてしまって、はたしてうまくいきますか」と杉田は長谷部に問いかける¹⁷²⁾。

(2) 「公私」区分は理由づけによる

杉田のこの疑問に対して、長谷部は、「公」と「私」は、その問題に個人の価値観が関わるかどうかではなく、その「理由づけ」によって分かれるのだと答えている。「『これは自分の人生の核心にかかわる問題だから、こういう結論でないといけないんです』」というと、それはその人の個人的な問題で、私的な理由づけ

171) 長谷部 [1999] 20頁。

172) 長谷部・杉田 [2006] 15-19頁。

なので、そういう主張は公の場ではやらないでくださいよ」というのが長谷部の趣旨で、そうではなくて、例えば「社会主義国家になるべきかどうか」という問題は、「基幹産業を国有化したほうが長期的な投資が可能になるし、国際的なコングロマリットに買い占められる危険も少なくなるから、国有化進めるべし」といった具合に、「価値観や世界観、つまり人生の意味とか、宇宙がなぜ存在しているか」とは関係ない理由づけを通じて議論することができる。そういう形の議論であれば、これらの問題も十分「公」の領域の範疇に入るのであり、むしろそれこそが公的領域での議論のあり方だというのが長谷部の説明である¹⁷³⁾。

別の例で言うと、「たとえば、ポルノグラフィは道徳的に墮落したものであるから、その出版を禁止することは正当であるという理由づけは、ポルノの読者の道徳的な自律性の否定の上に成り立っており」許されない。また、「マルクス主義は誤った理論であるから、マルクス主義学説の発表は禁止できるという理由づけも、同様に、個人の自律的な判断を政府が先取りしようとするものである」から許されない¹⁷⁴⁾。ポルノが墮落したものかどうか、マルクス主義が誤っているかどうかは、個人の価値観や世界観に照らして判断される問題だから、これらの「理由」によってポルノやマルクス主義が「公」的に規制されてはならない。それは私的領域の問題として個人個人の自由に委ねられるべきだと長谷部は言っている。

こうした趣旨から言うと、杉田の挙げる「資本主義か社会主義か」といった議論も、それを「資本主義の下で競争するのは人間としてかっこいい生き方だ」、「いや資本主義とは人間の墮落した姿で、それを克服する社会主義こそ人間らしい社会の実現につながるのだ」といった次元で、そういう「理由づけ」で行うならば、個人の価値観が関わる私的領域の話になって、公的領域から外れることになるだろう。他方で、そういう人生観とか世界観とは関係なく、上述のように

173) 長谷部・杉田 [2006] 18-19 頁。

174) 長谷部 [2008] 118 頁、同 [1999] 29 頁。しかし、先に注 153) で挙げた長谷部の説明によるなら、ポルノグラフィは「誰にとっても価値あるもの」ではなく、それを好み選択する人にとってのみ意味があるものだから「切り札」としての人権の保護対象ではないことにならないのだろうか。「切り札」としての権利の「内容と射程」に関するこの説明は、筆者にはやはり理解しがたい。

「産業を国有化した方が長期投資が可能になる」「買い占めの危険を回避する」といった「理由づけ」での議論なら、個人の価値観の話ではないので「公」的な領域で「どんどん議論していい」。このように、テーマや題材ではなく、そこでの議論の「理由づけ」によって公的領域と私的領域とを区別するというのが長谷部の考えである。

(3) その難点——公私の区分線の流動化

しかし、この説明は、公私の区分線を明確にするどころか、むしろあいまいにするように筆者には思える。何が公的領域の話で何が私的領域の話かが「理由づけ」で決まるなら、長谷部が「国家が介入すべきでない私的領域」に入れるさまざまな問題も、「理由づけ」次第で公的領域での規制対象とすることが堂々と正当化されるのではないか。例えば宗教についても、価値観や人生観を持ち出さずに、すなわち、キリスト教と神道ではどちらの教えが正しいのか、人生の指針として望ましいのはどちらかといった話には入らずに、その判断は個人個人が自由にすることとした上で、「国家や自治体の行事や儀式はすべて神道の形式で行うと決めてしまえば、1回1回の準備や段取りの手間が簡素化できて時間と労力の節約になり『社会全体の利益』にかなう」（津地鎮祭訴訟を最高裁まで行う時間と費用は節約できる）という「理由づけ」であればそれを公的規制の対象にできることになろう。

同様に、ポルノやマルクス主義についても、それが墮落であるか、誤っているかなどと関係なく、「これらを一律に禁止した方がその是非、賛否をめぐる人びとの対立を防ぎ社会の分断の危険を抑えられて全体の利益にかなう」という「理由づけ」であれば公的規制の対象にすることができるだろう。その他、個人の服装や髪形についても、「学生の制服は紺で私服はデニム、前髪は眉の上5センチで揃える」と国が一律に決めてしまえば、全国の学校でいちいち校則を定める手間が省けるし、教師の指導も徹底しやすくなる¹⁷⁵⁾。「理由づけ」によって「公／私」の区分が決まるなら、本来私的領域と考えられることでもそれが何かに決ま

175) これに近い趣旨のことが、松井 [1998] 84頁、90頁でも指摘されている。

っていることの便宜に着目すれば「調整問題」化し、「公」的規制の対象に含めることが多々可能になるだろう。もちろん、だからといってその規制があまねく正当化されるわけではなく、例えば学生の服装を強制することでアパレル市場が縮小するデメリットがあるかもしれない、強制の可否はそれらの面での「社会全体の利益」の総合判断で下されることになるだろう。しかし、少なくとも、これらの問題が「理由づけ」次第で公的問題にも私的問題にもなりうるのは確かで、何が「公」で何が「私」かという一線が流動的であるのは間違いない。

そもそも、長谷部の理論では、公私区分の一線として人権が想定されていたはずだが、憲法の人権規定は「信教の自由」「思想・良心の自由」といった具合に「テーマ」に応じて定められている。「理由づけ」による公私区分という説明は、上述のように、これら「信教」「思想・良心」に関わる問題への公的介入を可能にするおそれがあり、「公私の一線としての人権」という長谷部の想定が無意味化にもつながる。長谷部の憲法理論の中核である公私区分の境界は、このようにきわめてあいまいで脆弱である。

5. 長谷部理論の問題点(2)——公私区分は可能か

(1) 「公」に及ぶ「私」

今指摘したのは、公私区分の境界に関する問題だが、それと同時に、より根本的な意味で、公私を区分すること自体がそもそも可能なかという疑問もある。

どの宗教にしろ、特定の神に帰依する人の中には、自分がその神の教えの通りに日々の生活を送るだけでなく、周囲の人を含めた社会全体がその神の教えに基づいて規律され秩序づけられることが神の意志だと考え、そのために尽くすことを生きがいや使命とする人がいるにちがいない。こうした人にとっては、神に従うのを「自分だけ」ととどめ、他の人が違う神を信仰したり神を信じなかったりして、言うなれば「邪教」「邪宗」に毒されて暮らすのを見過ごすなら、それ自体が「自分の価値観に反する生き方」になるだろう。この人の価値観や生き方においては、自分個人のライフスタイルと他者を含めた社会のありようは不可分であり——リベラリズムの言葉で言うなら「善」と「正」が不可分であり——、「私」と「公」は密接につながっている。

マルクス主義などを信奉する人も同様で、自分個人の暮らしがマルクスのであるかどうかよりも、それに基づく社会を作ることがその人の生きがいや使命となる場合が多いはずである。彼の価値観にかなうライフスタイルは、他の人や社会全体がマルクス主義を支持することを本質的に含んでいるのであって——それゆえ彼にとっては、マルクス主義以外の「誤った」言説が広まるのを防ぐこと、そのために「表現の自由」が規制されることも、自身の価値観に照らして肯定される——、そこへ公私区分を持ちだして、「あなたがマルクス主義を支持するかどうかは私的領域の話なのであなたの好きにしてよいが、社会がマルクス主義的な体制をとるかどうかが、とるべきかどうかは公的領域の話だから、そこにあなたの価値観を持ちださないでくれ」と言われるのは、彼にとって、自分の価値観と生き方を丸ごと否定されているのと変わらない。彼の私的領域での生き方と「公」とを分けることはできない。

これらは、特定の信仰や思想を持った人だけに関わる例外的な話のように思えるかもしれないが、決してそうではない。さまざまな面で「公私」不可分の価値観を持ち、それに基づく生き方をしている人はたくさんいる¹⁷⁶⁾。例えば、われわれの周囲には売春を「悪」とする価値観を持っている人が多いと思われるが、その中には「自分はそれを悪いことと思うので関わらないが、そう思っていない人が売買春をするのは認める」のではなく、他人に対しても「そんなことをしてはいけない」、「社会もそれを認めてはいけない」と考える人が少なくないだろう。あるいは、今の日本には、一夫一婦婚を是とする価値観を持っている人が数多くいると思うが、その人たちは「自分は一夫一婦婚をするが、他の人は一夫多妻だろうが乱婚だろうが自由だ」というのではなく、「他の人も一夫一婦婚であるべき」「一夫多妻婚や乱婚は認めるべきではない」と思っていることが多い。それに対して「あなた個人の生活では売春に関わらないとか一夫一婦婚をするなど好きにしてよいが、社会的・公的な次元で話をする場合にはその価値観を持ち出さないでくれ」と言われたなら、彼らは「自分の価値観や生き方が尊重された」とは感じず、むしろそれらが否定されたと思うだろう。「公私を区分すること」自

176) 第Ⅲ章 7節(2)での「武士道」や「男女の役割」に関する説明も参照。

体が、個人の価値観や生き方の「不尊重」につながるケースは、思いの外多い。

(2) 価値観による人びとの扱いの不平等

今述べたのは、個人の価値観は「公」領域に及んで成立しているという話だが、それとは逆に、「私」の領域に他者や国家を引きこむ形で「公私」不可分な価値観が成立している場合もある。自分の信じる宗教やイデオロギーを社会に広めたいというのとは反対に、自分の生き方の規準を国や社会や他者に求める、それらと一体化してその導きに従うという生き方だってある。「滅私」で主君や天皇やカイシャに仕えるのをよしとする価値観を持つ人は、江戸時代や戦前や戦後高度成長期に限らず、現代でも相応に存在するだろう¹⁷⁷⁾。

このように考えてくると、人の価値観や人生観、それに基づく生き方といったものは、もとより自分の私的領域の区切りの中で成立するのではなく、他人や社会としばしば結びついて成立していることが分かる。もちろん、自他の境界を強く意識して「自分は自分、他人は他人」という人生観を持つ人もいるだろうが、そうでない人の方が多いぐらいだと筆者は思う。「公私」の区分は、こうした人たちの価値観や生き方と衝突する。

言い換えれば、「公私」を区分するということは、上で述べた「他人や社会と結びついた価値観」を持って生きる人の生き方を引き裂く一方で、「自分は自分、他人は他人」という人生観を持っている人——もう少し正確に言うと「生きる上で大事だと自分が思う何かが個人的生活範囲の中で実現することを善し（価値だ）とし、その外では実現せずともよい（それは重要な価値ではない）とする価値観」を持つ人——の生き方を尊重することを意味している。表現が長くて不便なので、前者を「他者結合的価値観」、後者を「私的自律的価値観」を呼ぶことにすると、つまり、「公私」を区分するという考え方自体が、他者結合的価値観を排し私的自律的価値観を尊重するという価値判断を内在させている。それゆえ、「公私」区分を内容的な柱とする立憲的憲法も、私的自律的価値観を持った人がその価値観通りに生きるのを保護する一方で、他者結合的価値観を持っている人

177) 第Ⅱ章第4節(2)注47)の「トラジャ族」の説明及び第Ⅲ章第4節の説明も参照。

がその価値観通りに生きることを阻害する作用を果たすことになる。「価値観による人びとの扱いの不平等」が、ここでの憲法のあり方の問題点として浮かび上がる。

(3) 「強い性格の人」の優遇

こうした点は、しかし、長谷部の考えの中にすでに織り込まれているようにも見える。そもそも長谷部は、人が「自律」的に、自分の行動や生き方を自分で決定することに特別な意義を見出しており、

自らの人生の価値が、社会公共の利益と完全に融合し、同一化している例的な人を除いて、多くの人にとって、人生の意味は、各自がそれぞれの人生を自ら構想し、選択し、それを自ら生きることによってはじめて与えられる¹⁷⁸⁾

というように——自身の人生と社会公共を同一化させる人を「例外」視しつつ——人生の意味は自律的な生き方によって与えられるのだと言っている。その上で、こうした考え方をリベラル・デモクラシーと結び付けて、

リベラル・デモクラシーは不自然で人為的な偶然の存在であり、それゆえの壊れやすさを含む。それは、その社会で暮らす人々に、ある種の性格の強さを要求する。究極的価値観が多様であり相互に比較不能であること、それでも自分はそうした「戦う神々」の一つを選択し、それによって自分の生を意味づけ切り拓かねばならないという事態を直視するよう要求する。生の意味を誰か他の人に与えてもらいたいと願う人、できれば国家に与えてもらいたいと願う人には、リベラル・デモクラシーは向いていない。同様に、この世の現実とかけはなれた高邁な理想を、国家機構を通じて実現すべきだと説く人に、リベラル・デモクラシーは猜疑の目を向ける¹⁷⁹⁾。

178) 長谷部 [2008] 116-117頁。併せて本章注153)の引用箇所の冒頭二文(「自分の生き方を決めるのは自分自身でしかない。その決断を通じて、人はその人生に自ら意味を与えていく」)も参照。

とはっきり言う。ここでは「性格の強さ」という言い方がされているが、その意味するところが、「神々の一つ」すなわち生きる上での指針を自分で選択し、自分の人生を自分の意志と決断で切り拓いていくという自律性を表すことは疑いない。そして、まさにここに書いてある通り、長谷部は、他者に流されたり国家と一体化したりするのではなく、自律的で主体的な生き方をするよう人びとに求め、そうしようとする人がそうできるよう保護する枠組みとしてリベラル・デモクラシーを基礎づけている。

しかし、これは「価値の多元性・比較不能性」に基づいて「異なる価値観を持つ人たちを根源的に平等に扱う」という長谷部理論の大前提と衝突する。結局のところ、長谷部の唱えるリベラル・デモクラシーとそれに基づく立憲的憲法とは、性格が強くない人、他者結合的価値観を持つ人に自律的な「性格の強さ」を持つよう要求した上で、「性格の強い人」同士が共存する手立てを（公私区分の枠組みによって）設定しているということである。「性格の弱い人」よりも「強い人」、「他者結合的価値観」よりも「私的自律的価値観」を優遇する「価値観や人生観による人の扱いの不平等」がここに存在するのは明らかで、長谷部の提示する立憲的憲法論は、本人の据えた前提と違って、「私的自律の価値」を前提に成立するものであって価値の多元性を想定したものになっていない¹⁸⁰⁾。（ということは、「私的自律の価値」とは異なる価値観を持つ人に対して立憲的憲法の妥当性・正当性を示すものになっていない。）

6. 長谷部理論の問題点(3)——公私区分は必要か

(1) 共存のために

3つ目として、公私区分の必要性についての疑問がある。前節で指摘した「扱いの不平等」があるとしても、長谷部の立場からは「それでも公私区分は必要なのだ」という反論がされるかもしれない。実際、公私区分についての長谷部の説明では、

179) 長谷部 [1999] 14-15 頁。

たとえば、宗教は、それを信じる人にとっては、とてもとても大事なものです。… (中略) …ところが、宗教は、ただ一つではないですから、異なる宗教を奉ずる人の間で「一体何が正しい宗教か」をめぐる、血みどろの争いが始まってしまいます。

それを防ぐには、あえて人の自然な情に反してでも、人の生活領域を公的な部分と私的な部分に分けなくてはいけません。私的な場では、各自が「これが正しい」と信じるものに従って自由に生きる権利が保障されなくてはいけない。これに対して、公的な領域は、どんな価値観、世界観の持ち主でも、すべての人びとに共通する社会全体の利益、つまり公益の実現について考え、決める場です。そこに自分が信じる私的な価値観や世界観をそのまま「直輸入」すると、困ったことになりますので、そういうものは私的な領域に置いてもらって、公の場に出てきた以上は、だれもが納得いく議論を展開してもらう必要がある

180) 以上の筆者の批判に対しては、長谷部の立場から次のような反論が出されるかもしれない。すなわち、長谷部は、「性格の弱い人」や「他者結合的価値観を持つ人」に対して「(公私全面において) それとは違う自律的な生き方をせよ」と求めているわけではない。「公私」区分の設定によって、各人の(包括的な)生のあり方とは切り離れた「公的領域」を想定し、その範囲で(のみ)適用される「価値観や人生観から中立的な問題解決の枠組み」(=民主的決定過程)を—いかなる価値観を持つ人をも対等に扱うために—提唱している。それゆえ、仮にその枠組みの設定の仕方に各人を「自律」的に扱う要素が含まれていたとしても、それはあくまで当該「公」的領域の中で、本人の価値観とは独立に各人を扱うための方途としてであって、人の(包括的な)生のあり方として「自律を価値とする」こととは区別される。(後期ロールズの言い方をすれば、長谷部は、包括的な善の構想として「自律の価値」にコミットしているのではなく、政治的領域限定での決定過程に適用される価値中立的な原則として「自律」にコミットしている。)筆者の批判は、長谷部が行っているこの「区別」を十分踏まえないものだ、と。しかし、筆者はここで、公私区分という設定を(異なる価値観を持つ人たちを公正に扱う枠組みとして)持ち出すこと自体が、そもそも「自律を価値とする包括的な善の構想」に依拠した考え方であって、それが持ち出されて「公私の区分」(あるいは「各人の包括的の生に関する価値」と「公的・政治的領域での扱い」との区分)がされる時点で、それと異なる善の構想を持つ人への不遇な扱いが発生していると主張している。上記ロールズ的表現で言い換えれば、「包括的な善の構想と区分した—一見価値中立的な—政治的領域の設定」そのものが、人の生のあり方として「自律」を是とする「包括的な善の構想」に根本的に依拠して成立するものであって価値中立的でないと言っているのである。本節(2)参照。そしてそのことの論証として、本項にて、注178)、179)の引用などを通じて、長谷部理論の背景に「人の生のあり方」として「自律」を支持する態度が明確に見られることを示しているのであり、従って、こうした反論は、ここでの筆者の主張への答えとして十分ではない。

と思います¹⁸¹⁾。（傍点引用者）

といった具合に、その「必要性」が強調されている。「血みどろの争い」を避けるためには「こうしなければならない」「こうする必要がある」という言い方に表れているように、公私区分を柱とする憲法で主眼とされているのは、多元的な価値の各々を「等しく尊重する」こと以上に¹⁸²⁾、各価値とそれを支持する人びとが「共存する」ことであって、そのための必要性に基づいて公私区分とそれを設定する立憲的憲法を正当化するのが長谷部理論の本筋だという見方もできる。

（2）共存のための他の選択肢

しかしながら、この考え方にもやはり問題がある。価値観の対立に基づく「血みどろの争い」を避けて人々が共存するために、立憲的憲法で公私区分の枠組みを作るというのも確かにひとつの選択肢かもしれないが、唯一の選択肢ではない。それ以外の構想も成立する。社会生活をいずれかの宗教で統一することにして、他の宗教を信じる人には「我慢」してもらおうというのもそのひとつである。この点は、杉田からの指摘があるのでそれを引用しよう。

宗教対立やイデオロギー対決の激化を防ぐために、宗教を私的領域にとじこめるのが立憲主義なのでしょうが、それ以外にも、激化を防ぐ方法はありますよね。もしも国家が一つの宗教を強制することができれば、われわれはもはや宗教対立を見ることはなくなります。そこでは、宗教対立は存在することすら不可能になるからです。これは立憲主義的な解決と等価なのでしょうか¹⁸³⁾。

181) 長谷部・杉田 [2006] 14-15 頁。

182) 長谷部は、根本的に価値相対主義に批判的な見方をとっている。「価値相対主義を額面通りに受け取れば、憲法典に従うべきか否かという問題や、民主主義に従って国政を運営すべきか否かという問題についても、答えは決まらないことになる」から「およそ憲法典が価値相対主義に立脚すること自体考えにくい」と言った上で、相対主義をとると「民主的過程およびその前提となる寛容の原理という手続的価値をも掘りくずす」と言って「寛容」という価値を不可侵のものとして重視する姿勢を示す。長谷部 [1995] 66 頁、同 [1987] 35 頁。しかし、他の価値に比べて「寛容」を重視することは、長谷部の言う「価値の比較不能性」と矛盾しないのか、疑問が残る。

これに対して長谷部は、

ええ、等価だと思います。ある社会が、本当に同一の宗教を奉じて、同一の価値観、世界観を奉じている人びとだけの集まりだとしたら、その社会がリベラル・デモクラシーの枠組みをとる必要はないと思います（傍点引用者）

と答えた上で、「ただ、事実問題として、それがはたしてそうそう普通に見られる現象なのかどうか」はかなり疑わしいから、やはり「リベラル・デモクラシーの枠組み」がよいと言うのだが¹⁸⁴⁾、これはここでの疑問に対する十分な答えにならない。ある社会が同一の宗教を奉じている人だけの集まりであるなら、宗教対立もその激化も生じないだろうからそれに対する手立てはそもそもさほど問題にならない。そうではなくて、人びとが異なる宗教や思想、価値観を奉じている中であっても、そのうちひとつの宗教を強制し他の宗教を信じる人を抑圧する体制を作ることが「宗教対立やイデオロギー対立の激化を防ぐ」ひとつの解決になりうる。（もちろん、そこで抑圧される人たちは不満だろうが、だからといって彼らが「血みどろの争い」に踏み出すとは限らない。争って自分や仲間が死んだり傷ついたりするよりは、不本意だが異教の生活様式を押し付けられるのを我慢する方が「まし」だと判断するかもしれない。もし我慢できない人が多いのであれば、それに対する取り締まりや弾圧を強化し「もっと抑えつける」ことで人びとの「共存」を確保する道もある。）こと「共存」のためであるなら、必ずしも立憲主義的公私区分が必要だとは言えず、そういう「強制」だってそれと同等の選択肢ではないかというのが杉田の問いの趣旨だと筆者は思うし、ここで筆者が問題にしていることでもある。

(3) 立憲主義の抑圧性

この疑問に対しては、当然ながら、「そういう体制は、信仰すなわち価値観によって一部の人びとを抑圧する、不平等で差別的なものだから認められない」と

183) 長谷部・杉田 [2006] 24頁。

184) 長谷部・杉田 [2006] 24-25頁。

いう反論が浮かぶ。しかし、それを言うのであれば、前節で指摘した通り、長谷部の唱える立憲主義やリベラル・デモクラシーだって、「性格の弱い人」や他者結合的価値観を持って生きる人を抑圧して私的自律的価値観を持つ人を優遇する、一部の人への抑圧を伴う体制である。その点で、特定の宗教を強制し異教徒を弾圧する社会とリベラル・デモクラシーの社会は結局「同じ穴のムジナ」である。両者の違いは、一方が抑圧的で一方がそうでないという「抑圧的／非抑圧的」の相違ではなく、社会の中で「誰を抑圧するか」の違いである。「共存」のためには他者結合的価値観を持つ人を抑圧してリベラル・デモクラシーを採ってよいと言うのであれば、特定の宗教の信奉者を抑圧して思想統制体制を採っても「誰かが抑圧される」点で同じであって、その中でとりたてて公私を区分する立憲主義、リベラル・デモクラシーだけが必要だ、妥当だということにはならない。つまり、価値観の異なる人びとの「共存」のためには「人の生活領域を公的な部分と私的な部分に分けなくてははいけません」(注181引用箇所参照)という長谷部の主張は成り立たず、「共生のための必要性」からは、公私区分の枠組みやそれを柱とする立憲的憲法を正当化することはできない。

7. 長谷部理論における価値的コミットメント

(1) コミットメントとしての「自律」

これら3つの問題点のうち、特に2点目で指摘した「特定の価値(私的自律の価値)への依拠」は、3点目の問題とつながることにも表れているように、長谷部理論の特に根源的な問題点と言える。ただ、これに関しては、長谷部の議論の中に重要な説明がある。

長谷部は、自説が「自律の価値」に依拠した構造になっていることを、実はしっかり自覚しており、そのことを扱った論考の中で、次のような主張をしている。「ある憲法体系の包括的・整合的な正当化を試みる理論」は「構成的に比較不能」であり、そこでの議論は、論者が「実定法秩序の背後にあって、それを正当化する包括的な理論のいくつかの候補のうち、いずれかを選択し、コミット」した上で他の理論を批判する、あるいは論理的整合性や事実との対応性を論じるという形でしか成立しない¹⁸⁵⁾。

この話は、科学と憲法学を対比して考えると分かりやすい。「客観的な真理を経験的証拠に基づいて明らかにする」という共通の土俵で作業がなされる科学と違って、「法的関係を認識し、記述する学」（である憲法学）では、単に外的に観察しうるデータを記述するだけでは足りず、「それらの観察可能なデータがいかなる『意味』をもっているかを理解し、認識する必要がある」¹⁸⁶⁾。この「意味」の理解は、それを行う主体が抱えている信念や認識と切り離しては存在しえない。（ハートの言う「内的視点」に立って成立する。）そしてその「信念や認識」、それを支える価値判断は、当該主体の検討・考慮の中で「時々刻々変化」しうるし、それこそ相互に「比較不能」であって、その優劣を測る「客観的な物差し」も存在しない。（そのため、憲法学では、同一の歴史的事実について「八月革命説」と「ノモス主権論」という「二つの描き方」が両立するのであり、そのいずれが優れているかを「事実との対応関係にもとづいて決定することはできない」。）それらは、それを論じる主体の「コミットメント」として存在する¹⁸⁷⁾。

言い換えれば、憲法学の理論は、その基底の部分でなにかの立場からパラダイムかに論者が依拠（コミット）した上で、その立ち位置から対象の意味づけを行うものであり、そういう「コミットメント」をそもそもの基盤として成立している。そしてまさに「個人の自律を保障するために、切り札としての人権を保障するという立場も、その種のコミットメントの一つ」なのであって、「人生を自ら構想し、それを自ら生きることが、各人の人生に意味を与える」といった言明（本章注178の引用箇所参照）も、それによって「個人の自律を正当化しようとしているわけではなく、このような立場へのコミットメントが世界のある意味づけを可能にすることを示そうとして」なされるものだと長谷部は言っている¹⁸⁸⁾。自説が自律的価値に依拠して成り立っているのは事実だが、それは憲法を扱う上で必然的に措定されなければならない長谷部の「立ち位置」であって、そういうコミットメントがあってこそこの理論は（科学理論とは異なる）憲法学上の理論とし

185) 長谷部 [2000] 32頁。

186) 長谷部 [1991] 162頁。

187) 長谷部 [2000] 28頁、33頁。同 [1991] 178頁。

188) 長谷部 [2000] 32-33頁。

て成立している。このような理論上必然のコミットメントとして「自律的価値への依拠」があるのだというのが長谷部の見解である。

(2) コミットメントの正当化

これは「長谷部理論の位置づけの説明」としては適切だと思うが、それでもなお、ではなぜ(あまたの「信念や認識」がある中で特に)「自律」にコミットするのか、他の価値ではなくその価値に依拠して憲法を捉えることの正当性はどこにあるのかという問いは残る。憲法を説明するにあたってコミットしうる複数の視点・立ち位置のそれぞれは「比較不能」でも、その中で「ある視点・立ち位置」をとることの正当性が問われなくなるわけではない。そして、この問題もまた長谷部によってしっかり認識されており、答えが用意されている。一言で言えばそれは「たまたま」である。

「リベラルであることの偶然性」を述べる中で、長谷部はこう言っている。「文化的多元主義からすれば、カトリックの修道女や禅宗の僧坊での僧侶の生活のように、個人の自律を尊重しない文化にも固有の価値が認められることになり、それがリベラリズムより劣っているか否かを論ずることには意味はない」。「異なる文化の優劣を論ずる独立の基準は存在しない」からである。「また、相互に比較不能な多様な文化の共存を確保する上で、リベラリズムはいかなる条件の下でも他の文化よりすぐれているとはいえない」。リベラリズムでなくとも「それぞれ固有の文化にコミットした社会が複数併存する状況も、同様に多様な文化の共存に適している可能性がある」からである¹⁸⁹⁾。

このように、文化やそれに基づく価値基準の多元性を念頭に置いたとき、リベラリズムは「人びとの共存」の枠組みの「ひとつの」選択肢にすぎず、絶対でも必然でもないことを長谷部は認めている。それゆえ「自律」へのコミットメントも決して当然視されているわけではなく、「個人の自律や価値秩序の選択を尊重しない非自由主義体制も、それが他の文化を侵略し、覆い尽くそうとする意図をもつものでない限り、多様な文化の一つとしてやはり尊重に値することになる」

189) 長谷部 [2000] 69-70 頁。

と言われる¹⁹⁰⁾。

さてそういう中で、では「なぜわれわれは個人の自律を尊重すべきなのか」「個人の自律を保障し、多様な思想への寛容を説く自由主義体制は、なぜこれを維持し、再生産していくべきなのだろうか」という、長谷部理論の最も根源に関わる問題が俎上に載るわけだが、長谷部の答えは、次の通りはっきりしている。

われわれは、現に個人の自律を尊重するリベラルな社会に生きている。われわれの自我は、この社会によってすでに大きく条件づけられた、リベラルな負荷を持つ自我であり、個人の自律がわれわれにとって根源的重要性を持つのもそのためである。たまたま現代のリベラルな社会に生きていることが、われわれにとってのリベラルな社会の重要性の基礎であり、それ以外にその道徳的な正当性を基礎づける必然的根拠はない(傍点引用者)¹⁹¹⁾。

こうして、「自律」に基づくリベラル・デモクラシーの理論の最終的な成立根拠は、「われわれがたまたま現代のリベラルな社会に生きていること」「その中でリベラルな負荷を持つ自我を備えていること」に求められる。もちろん、このように言ったからといって人権保障や代表民主政や違憲審査制といった「自由主義体制を構成する個々の要素」を正当化する、あるいは改革するための議論が成立しなくなるわけではないことを長谷部は強調しているが、しかし「その種の正当化や改革の議論は、それ自体、自由主義体制の正当性を所与の前提とし、それにコミットした議論に帰着することになる」のであって、結局は循環論になる。自由主義体制を採ること自体、自律を尊重するリベラル・デモクラシーに依拠して憲法を考えること自体の根拠は、われわれがリベラル社会に生きリベラルな自我を持っていることに集約されそれ以外にないというのが長谷部の答えになる¹⁹²⁾。それゆえ、長谷部によるリベラル・デモクラシー論は、必然的に「たまたまりベラルな社会に生きているわれわれ」に向けた、きわめて内向きの方向性を伴うこ

190) 長谷部 [2000] 70-71 頁。

191) 長谷部 [2000] 71 頁。

192) 長谷部 [2000] 71 頁。

とになる。

地球上のあらゆる社会がすべてリベラル・デモクラシーに直ちに転換すべきだということにはならないし、そうするようわれわれが努めるべきだともいえない。多様な文化の比較不能性に気づいてしまったわれわれは、リベラルでも民主的でもない社会にも固有の、比較不能な価値があることをすでに知っている。

これからの世界は、直ちにリベラル・デモクラシーに一元化されるわけではなく、また文化的多元主義からすれば、それは必ずしも望ましいことでもない。多様な文化が競合し、共存する中で、われわれのリベラル・デモクラシーを維持し、再生産することがわれわれにできる最上のことの一つである¹⁹³⁾。

(3) 立憲的憲法の正当化不可能宣言

以上が、立憲的憲法の正当化根拠に関する長谷部の、言うなれば「最終回答」になる。本章のここまでの流れから分かるように、長谷部は、他の論者以上に、自説の根拠を根源までさかのぼって意識し説明しており、その点での論理の「深さ」は高く評価されるべきである¹⁹⁴⁾。とはいえ、ここで示されているのは、自説が「自律へのコミットメント」に依拠することへの長谷部自身の「説明」であってその「正当化」ではない。これをもし「正当化」と受け取るなら、「われわれがリベラルな社会に生きリベラルな負荷を持った自我を備えている」のだから自律の尊重にコミットしてよい、それを基底に憲法を考えてよいと長谷部が考えていることになるが、それだと、人種差別的な社会に生きて人種差別的負荷を伴う自我を持っている人たちの間では、人種差別に基づく体制や憲法が作られてよいことになる。しかしながら、そういう人に対しても、一定の理由を示しつつ「人種差別にコミットするお前の考え方は間違っていないか」、「人種差別的な体制や憲法は不当じゃないのか」と問う余地はおおいにあるのであって、それに対する反論や再反論を含めた検討内容が「正当化」の議論になる。当人が人種差別にコ

193) 長谷部 [2000] 71-72 頁。

194) 前章で論じたように、例えば松井の場合は、自説の基盤に「政治参加する市民」を想定するのみで、なぜその想定をとるのかに関する十分な説明はない。

ミットした自我を持っていることは、人種差別やそれに基づく社会体制・憲法の正当性とは独立の問題である。同様に、われわれの自我が「リベラルな負荷を持っている」ことも、自律へのコミットメントやそれに基づく憲法論の正当化にはつながらない。

長谷部の意図も、こうした正当化の趣旨ではなく、「自律」にコミットした観点に立って憲法を捉える自身の立場はいかなる趣旨でどういう意味を持つのかを——「われわれがリベラルな社会に生きリベラルな負荷を持った自我を備えている」という事実在即しているのだと——説明することにあると考えられる。同時にそれは、かかる説明以外にそのコミットメントを規範的に正当化する根拠は存在しないという長谷部の考えを表していると考えられ、先の引用箇所（本章注191）の末尾で「それ以外にその道徳的な正当性を基礎づける必然的根拠はない」とあるのは、まさにそういう意味だと筆者は解釈している。

だとすると、つまり長谷部は、立憲的憲法を正当化するのは最終的なところで不可能だと言っているのであり、当該引用箇所は、長谷部による立憲的憲法の「正当化不可能宣言」と言えよう。立憲的憲法とは、公私区分の枠組みを設定し私的領域での個人の自律と公的領域での民主的意志決定を保障するもので、「自律」を価値と考える立場に立った場合にはそこに正当性が認められるが、自律を尊重することやそれにコミットすることそのものは説明はできても正当化できないというのが、ここまで検討してきた長谷部理論の全体像になっている。

前述のように、この「自律」とは「自分の人生の構想を自分で選択し決定すべきこと」「それによって人生の意味が与えられること」を内容としている¹⁹⁵⁾。長谷部自身が強調していたように（本章第1節(1)）、これはまさに「人の生き方」や「人生の意味」に関わる、多元的で比較不能な価値のひとつであって、人間の生き方として「自律」ではなく他のなにかを大事にする価値観やそれを支持する人も当然存在する。そして、長谷部の言い方（注191の引用箇所）だと、「リベラルな社会」に生きている「われわれ」は誰もが「リベラルな負荷を持つ自我」を備えているかのようだが、そんなことも決してない。現代の日本にだって「リ

195) 本章注178)の引用箇所参照。

ベラル」になじまない「性格の弱い人」や他者結合的価値観を持つ人はいるし（本章第5節(1)～(3)参照）、そういう人がこれから生まれ育ち、増えてくることもおおいにありうる。それはアメリカでもフランスでも同じだろう。同じ国の中でも、さまざまな価値観があり、その各々を支持する人が存在するのであって、国民みんなが自律的な生き方を信奉しているわけではない。その中で「自律の価値」へのコミットによって成立する長谷部の理論は、他の価値にコミットする立場や人に対して立憲的憲法の正当性を示すものならず、つまり多元的価値の下での立憲的憲法の正当化にならない¹⁹⁶⁾。

VI 憲法学は立憲的憲法を正当化できない

以上、国民の意志に優位するという特徴を持つ立憲的憲法は、価値の多元性の下でいかに正当化できるかという問題意識から、佐藤、松井、長谷部の理論を検討してきた。「国民の意志」に照らした言い方でそれぞれの立憲的憲法の捉え方をまとめれば、

佐藤 = 国民の意志決定による立憲的憲法

松井 = 国民の意志決定のための（手続保障としての）立憲的憲法

長谷部 = 国民の意志決定を、その共存のために領域区分する立憲的憲法

と位置づけることができるだろう。各々の問題点はこれまで指摘してきた通りだが、彼らの理論には共通の構造がある。それは、特定の価値にコミットすることから憲法を基礎づけ説明することで、しかもその価値が「人の生き方」に関する

196) と同時に、本章第4節～6節で挙げた3つの問題点も解決されないまま残る。1点目で挙げた公私区分の境界の流動性はもちろん、2点目で指摘したように、私的自律的価値観以外に他者結合的価値観を備えた人が実際に存在する中でなによえ「リベラルな負荷を持つ自我」を備えた人だけを対象に想定して憲法を考えるのか、考えてよいのかという疑問も残る。「リベラル自我」を備えた人限定であれば「公私区分の枠組み」が共存のために必要かもしれないが、そうでない人も存在する以上は公私区分ばかりが共存に必要なとは言えないのではないかという3点目の疑問も然りである。

—「善き生」に関する—ものであるところも共通する特徴である。佐藤と長谷部の場合は「自分の生き方を自分で自律的に決める」こと、松井は「市民として政治参加する」ことがその内容で、そういう生き方に価値的にコミットし、それを「すべき」もの、善いものとする立場に立って、人びとがかかる生き方をするのを保護する枠組みや手立てとして—佐藤の場合は「憲法制定世代による自律的生の枠組みの設定」として、松井の場合は「政治参加のプロセス保護」として、長谷部の場合は「公私区分の枠組み」として—憲法の本質と基礎が捉えられる。

しかしながら、ここまで繰り返し述べてきたように、人がどう生きるべきかについてはさまざまな考え方があり、その中のいずれがより善い、優れた価値かを客観的に決めることはできない。それは各人の主観による。よって、その中の特定の価値観—「善き生の構想」—に依拠した上記各説の論理では、他の価値観（を支持する人）に対して憲法の正当性が示せない。そもそも憲法とは、一国の国民すべてを対象に成立し適用されるもので、その国民の価値観は多様である。誰もが「自律的な生き方」や「政治参加する生き方」にコミットしているわけではない。憲法がこうした特定の生き方を保護する枠組みであるなら、別の生き方を価値とする人（国民）にとっては、それが「自分の支持しない価値を守る手立て」「自分が善しとするのとは異なる生き方を保護する枠組み」となる。そこに正当性は認められず、むしろそれは「不当」な手立て・枠組みである。こうして、憲法の「価値押しつけ」性という芦部以来の課題は現在まで解決されず、価値の多元性、価値観の多様性が認められる中で—佐藤、松井、長谷部の3人の理論という限定的な範囲ではあるが—日本の憲法学は立憲的憲法を正当化できない（できていない）というのが本稿の結論になる。

むすびに代えて

立憲的憲法が正当化できないのであれば、その下で成立する一国の法体系全体の正当性にも疑義が生じるし、われわれがそれに従うべき根拠も怪しくなってくる。するとこれは法そのものの本質に関わる話になって、立憲的憲法は正当化で

きないのかという問いは、憲法学のみならず法学全体につきつけられる根本的課題となる。

これに関して、筆者は、憲法学で採られてきたようなやり方とは別の道筋で、立憲的憲法の正当化の可能性はあると考えている。ここまで見てきたように、憲法学の各理論は、価値の多元性を念頭に置きつつも、最終的に「人の生き方」に関する特定の価値にコミットする視点から価値論に基づいて憲法を捉え説明するがゆえに、その正当性を示せなかった。これに対して、「人はいかに生きるべきか」という価値的・規範的観点から離れて、事実として「人間とはこうである」という「人のあり方」に目を向け、それを基盤に憲法（をはじめとする法体系）を捉え直すことで、立憲的憲法を正当化する途が拓けるというのが筆者の見解である。

筆者は、人間というのは自らの生存と繁殖に向けて活動するシステムである（この理解が事実的に真である）と考えている。その各システム（各人）が生存・繁殖するためには共同体を作って他のシステム（他の人）と共生することが必要で、そのためには共同体の中で各システム（各人）への「資源獲得機会の配分」が必要である。すなわち——各人が（意識的思考の上で）何を価値と思ってしまうという規範が望ましいと思うかに関わらず——各システムが自身の指向（生存・繁殖）を達成するためには「資源獲得機会の配分」が必要であると筆者は考えている。人権とはこの「配分」を担うもので、立法に反映されるその時々の人びとの意志に対してそれを保障する立憲的憲法は、「自身が必要としているものを保障する」という意味でどのシステム（どの人）にとっても妥当と認められる¹⁹⁷⁾。こうした形で、人間についての事実論を土台に立憲的憲法を正当化するというのが筆者の構想だが¹⁹⁸⁾、それに関する論点・疑問点を含めた詳しい内容は、（プリ

197) この考え方は、「共生のための必要性」に照らして憲法を捉える点で長谷部の考えと類似する部分を持つが、その前提として「自律的生き方へのコミットメント」を筆者はしないし、共生のために必要なのは公私区分よりも資源獲得機会の配分だと考える点で長谷部とは大きく異なる。（自律が侵害されても我慢すれば人は生きていけるが、衣食住等に向けた資源を得られなければ生きていけない。）

198) その概要は内藤 [2010a]。人権が「配分」を担うことの説明は、内藤 [2007] [2010b]。「事実」論から「規範」を正当化する論理の検討は、内藤 [2013]。

コミットメント論や二元的民主政論など、ここで取り上げた以外の立憲的憲法正当化論との対比も含めて) 機会を改めて論じることにはしたい。

* 本稿は、一橋大学国際共同研究センター研究プロジェクト「契約の複合領域研究」の研究成果の一環である。

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
- [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の正当性と『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] 『権力への懐疑——憲法学のメタ理論』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] 「政治取引のバザールと司法審査」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』論争をめぐる」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・アプローチ的司法審査観について」覚道豊治先生古稀記念『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]「人間科学与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

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