HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法秩序形成における国会と裁判所の役割　ー松下理論の理解を中心にー
Author(s)	高橋，和之
Citation	北大法学論集，52(3)，127-143
Issue Date	2001-11-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15095
Type	departmental bulletin paper
File Information	52(3)_p127-143.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

〈北大立法過程研究会資料〉

法秩序形成における国会と裁判所の役割

——松下理論の理解を中心に——

高橋和之

はじめに

この立法過程研究会のために、何か報告をしてほしい、ということを高見勝利さんから頼まれ、最初は固持していたのですが、高見さんには別の件で私のほうからいろいろとお願いしていたこともありまして、結局ギブ・アンド・テイクということで引き受けさせていただくことになりました。引き受けはしたのですが、国会関係については、最近あまり勉強していなくて、

半年ほど前にジュリストで特集[1]を組んだときに、多少見直した程度ですので、どういうことをお話してよいかよくわからず困ってしまいました。たまたま、今度の公法学会で司法権をテーマとした報告をするよう頼まれましたので、その準備をしながら、司法権がらみのことで何かお話しすることはできないだろうかと思案しておりました。そんな中で最初に思いついたのは、立法事実に関連した問題でした。というのは、裁判所で立法事実を審査するということは、憲法訴訟論を芦部先生が唱えられて以降、考え方としては定着しているのですけれども、立法事実を審査するためには、国会の方で立法事実をきちんと記録してくれないとできない、ということがありまして、国会が立法事実をどう扱っているか、ということを研究し、国会の審議手続の中で立法事実をどう扱うべきかという問題を憲法学の方で提起していかなければいけないのではないか、という問題意識を以前から持っておりまして、このような観点から国会審議のあり方についてお話ができれば、立法過程の研究とつながりができるのではないかと考えたからです。しかし、司法権の勉強をしているうちに、もう一つ、松下理論との関連という問題に突き当たることになり、当面、そっちの方にかなり時間を使って勉強していた、ということもございまして、立法事実の問題を調べる時間をとることができなくなってしまいました。それで、今回は松下理論の問題を取り上げてお話しさせていただこうと考えるに至った次第です。今日のお話のタイトルに「法秩序形成における国会と裁判所の役割」という大風呂敷を広げた題名をつけてありますが、これは私の話が最終的にたどり着くべき方向を示したものであって、実際にはそこに到達するまでの準備が今日はできておりません。そのずっと前段階の、松下理論をどう理解したらよいかということを中心にお話しさせていただき、皆様から私の抱えている問題にたいするご示唆・ご教示をいただければありがたいと考えております。そういう意味で、タイトルは結果的にまったくの羊頭狗肉となることを最初にお詫びしておきたいと思います。

1. 問題意識の発端

最初に、私がなぜこれからお話しするような問題意識をもつに至ったかということを述べておきたいと思います。

京都大学の佐藤幸治さんが、法秩序形成における裁判所の役割という問題につき、京大系の人たちが中心になってお作りになった『憲法五十年の展望Ⅱ－自由と秩序－』という本の第一

章「自由の法秩序」を執筆された中で、非常に興味深い問題提起をされていて、その議論の過程で、私の司法の観念、もっと広く言えば、私の法の支配、権力分立の捉え方すべてに関わっているわけですけれども、中でも特に行政の観念、行政の捉え方[2]を批判されて、次のように述べられております。

佐藤さんによれば、私の考えは「『垂直下降型の秩序形成』観と親和的であ」り、「結局のところ、松下教授が伝統的行政法の基礎前提の一つにあげる、『行政法の段階構造』、すなわち、『憲法から流出する法律、政令、省令、通達…個別行政行為にいたるまで、一貫した予定調和的無謬性』の想定という轍をふむことにならないだろうか[3]」、と批判されております。

ここでの松下（圭一）教授の引用は、松下さんのもう二〇年以上も前に書かれた『市民自治の憲法理論』という本からのものなのですが、その本の中で松下さんは、当時の既成行政法学を批判して、行政法学は、①行政機構の優越性、②行政法の段階構造、③行政行為の公定性という「三位一体のイドラ」から成り立っており、市民自治の行政法学・憲法学の確立のためには、この理論の克服が不可欠という趣旨のことを述べられています[4]。

佐藤さんは、私の考え方も松下さんの問題視された考え方に通じるのだと批判されていわけですが、その批判の根拠付けとして、垂直下降型の秩序形成観と松下理論二つが援用されているわけです。垂直下降型の秩序形成観というのは、佐藤さん自身のオリジナルな考えではなくて、同じ本の第二章「法の支配と司法権」を執筆された土井真一さんが批判の対象としてお使いになっている言葉なのですが、佐藤さんはこれを引用して、私の考えも垂直下降型の秩序形成観と親和的であるとされ、それと先に述べた松下理論をくっつける、それをベースにして私の法の支配論といいますか、権力分立論、あるいは行政の観念を批判されているのであります。ですから、もう少しこの二つの理論がどういう考えか、ということを見ておきたいと思います。

まず最初に、土井さんが言われている、垂直下降型の秩序形成観というのは何かというと、土井さんは、政治思想史の専門家である小野紀明さんの『現象学と政治[5]』という本を引用して、秩序形成観には二つの類型があると言われます。小野さんによれば、政治秩序の形成の仕方といいますか、政治秩序の形成観について、二つが区別できる。それは、認識論とパラレルな構造になっていて、例えば、カントの認識論というのは、超越的な主観が客観を構成するという、構成主義的な認識論である。

そういった認識の対象から超越した主観というものを想定して、それが対象を捉えて構成するという捉え方、これを政治秩序の構成の仕方へと移し替えると、主権者が無秩序な社会に、社会から超越して上から秩序を与える、という秩序観になって現れる。それは宇宙から、あるいは世界から超越する神が、宇宙あるいは世界を構成するという捉え方とパラレルになっているというのです。このようなカント的な捉え方に対置されるのが、小野さんによれば、フッサール的な捉え方です。つまり、認識主観が対象から超越するのではなくて対象の中に内在し、対象との相互作用の中で認識が行われる、という認識観、それが神学ではどう現れるかというと、神が宇宙の中に内在しているとする汎神論になり、秩序観でいえば、例えば、社会の中に秩序を形成するモメントが内在していると考える、政治思想史的には保守主義とか伝統主義の秩序観になって現れるというのです。カントが近代的であるとすれば、おそらく、フッサールは現代的であるということになるのでしょうか。

ともかく、政治秩序に関して、主権者が上から秩序を与えていくという秩序の形成の仕方を、法秩序に当てはめると、主権者が法を与えてそれを臣民に押しつけるという秩序観になるのだろうと思いますけれども、それが超越論的法秩序形成観と呼ばれ、それは上から押しつけていくわけですから、垂直下降型の秩序形成観ということになります。土井さんの考えでは、大陸の法治国家論、主としてドイツを頭に置いておられると思いますけれども、その法治国家論というのは、まさに超越論的な法秩序形成観と親和的であり、憲法裁判所というのはそういう考え方と親和的なものとして出てきたものである。これに対して、イギリス的なルール・オブ・ロー、法の支配、というのは司法的な法秩序形成観なのだ。こういう対立として問題を描き出しておられます。

土井さん自身は、私の考え方が超越論の方だとはっきりとは言い切っていないのだけれども、佐藤さんがその議論を使って、私の考えはまさにそういう超越論的なもので、垂直下降型の秩序形成観であるとされています。垂直下降型という言葉を使われたのは、松下さんが下降型という言葉を使っておられるものですから、それと結びつけたものであると思われます。松下さんは、先ほど申しましたように、『市民自治の憲法理論』の中で、既成行政法学を批判し、法の段階構造が下降型に、憲法、法律、政令、行政行為というふうに形成されていて、しかもそれが予定調和的な無謬性をもって下降していくものと構成されている、という捉え方をされています。松下さんも段階構造自

体は法技術的に必要なものであることを認めておられますが、それを上昇型に構成し直さなければならない、下降型であることが問題だという批判をされたわけですが、おそらくその松下理論とくっつける形で、垂直下降型秩序形成観という言葉が出てきたのであろうと推測しています。

土井さんは、小野さんの議論に依拠して、法秩序形成観に行政型と司法型を区別されています。小野理論から出てくる土井理論そのものについては、ここでは深入りしませんが、とりあえずの私の感想を簡単にコメントしておきますと、土井さんの区別される行政型と司法型の対立というのは、土井さんにとっては超越論的な法秩序形成観と内在論的な法秩序形成観の違いという理解なのでしょうが、私自身は、従来の議論と対比すれば、制定法主義と判例法主義の対立とパラレルなものだろうと理解しています。ただ、私の場合は、制定法主義の中に国民主権モデルと立憲君主政モデルを区別する(6)。おそらく土井さんの考えている行政型というのは、私の考えている立憲君主政モデルに対応しているのであろうと思われますが、私は国民主権モデルで捉えているものですから、立憲君主政モデルが私の考え方だ、と言われるとすれば、正しく理解されてはいないな、という感じをもちます。それに、土井・佐藤理論の述べる、行政型より司法型のほうが良いという議論が、立憲君主政モデルの行政型より司法型のほうが良いという趣旨なら、私にも異論はありませんが、国民主権モデルの法秩序形成より司法型の法秩序形成のほうが良いという趣旨であるとすれが、なぜそうなのかという問題が残るだろうという気がします。私自身は、二つの法秩序形成のあり方は、どっちが良いかという問題ではないし、どっちかを選ぶという問題でもない、と考えています。法秩序形成は、制定法によっても行われるし、同時に、制定法の枠内で、判例によっても行われる。だから、どちらか一方のみで捉えるという問題ではないだろう、それは、法の支配との関連で言えば、法治国家とルール・オブ・ローのどっちを選択するかという問題ではない、という気がしています。もっとも、最終的には大陸型の思考方法が良いのか英米型の思考方法が良いのかという問題には直面すると思いますけれども、私の法の支配論の枠組みというのは、両方を下位モデルとして包摂できると考えているので、枠組みの議論の段階ではどっちかを選ぶという発想には立っていません。その辺に土井さん、佐藤さんと私とのすれ違いがあるような感じがしています。

以上のような問題意識が、今日の話の出発点になっているのですが、さしあたっては法秩序形成観のほうには、これ以上深

入りしないで、佐藤さんがこれと結合する形で、私の批判のために援用された松下理論のほうを、今日のメイン・テーマにさせていただきたいと思います。

2. 松下理論の構造

そこで、さっそく松下理論の方に進みます。今、言いましたようなことから、佐藤さんは、松下さんを使って私を批判されているのだけれども、果たして松下さんのこういった使い方というのは、松下理論を正しく理解したものであろうか、というのが、ここでの私の疑問点です。私は、松下さんが批判した既成憲法学というのは、私の言葉でいう立憲君主政モデルであると理解しています。私自身も立憲君主政モデルを批判し、国民主権モデルで考えているわけですから、そのとき、立憲君主政モデルを批判した松下さんの論理を使って国民主権モデルを批判することができるのか、という疑問です。これは、当然、佐藤さんが松下理論をどう理解したのか、という疑問と結びついています。そういった意味で松下理論とは何であったのかということを、ここでもう一回見直す必要に迫られたということです。

ちなみに、もう一つ、私にとって松下理論を意識させられたできごとが、最近ございました。ご承知のように、私は国会を捉える場合に、国会と内閣との関係で内閣中心構想といいますか、内閣のほうを中心にした捉え方をすべきだ、との考え方をとっておりまして、この点が松下理論との重要な違いだろうと考えています。松下さんと私では、立憲君主政モデルを批判するという点では共通の基盤に立っていると思うのですが、その上で、次に国民主権をどう捉えていくか、という点になりますと、両者の違いが出てきます。松下さんは、国会中心構想で捉えている、と言ってしまうのはちょっと不正確で、松下さんの場合は自治体を中心に置くということが基本にあるものですから、国会中心構想というよりは議会中心構想という捉え方の方が正しいであろう思いますが、これに対して、私自身は、自治体についてもやはり議会ではなく、首長の方を中心とした捉え方が必要である、という考え方をとっておりまして、そういう点に松下さんと私との考え方の違いあるだろうと思います。この違いを意識してのことだろうと推測していますが、先のジュリストの特集での座談会で、高見さんが、私に対し、お前はかって松下さんが行った憲法学に対する批判をどう理解しているのか、という問題提起をされました。(7) その座談会でも、多少、私

の考え方を述べておきましたけれども、そういうこともありまして、松下理論と私の違いというのを、一度しっかりと議論しておく必要があるのではないかとの思いを持ちました。そんなことから、今日は松下理論についてお話しさせていただく、ということであります。

松下理論の構造として、松下さんは、憲法学は基本的人権から出発しなければいけない、既成憲法学は国民主権から出発しているけれども、それは間違いであって、基本的人権から出発しなければいけない、ということを述べておられます。これは既成憲法学と言われているものに対する誤解があると思うのですが、既成憲法学もやはり人権論から出発しているのではないかと思います。というのは、戦後の憲法学は、社会契約論の論理を踏まえた形で憲法学の体系を構成しようとしたと思うからです。松下さんに言わせると、既成憲法学、主として松下さんが批判の対象としているのは『註解日本国憲法』[8]の考え方ですが、註解がまだ国家法人論から抜け出ていないというところがあるものですから、註解に代表される既成憲法学は、「国家統治」から出発している、国民主権は国家統治を正当化する役割しか与えられておらず、結局は国家統治の存在が出発点に置かれることになっている、という捉え方をされています。こういう理解の上で、既成憲法学は国民主権論から出発しているのだけれども、そこに誤りがあるのであり、正しくは基本的人権から出発しなければいけないとされているのです。要するに、憲法学の出発点に置かれるべきイメージとして、国家統治を前提にするか、市民自治を前提にするかという問題であり、松下さんは市民自治のイメージを基礎に憲法学を再構成しようとされるわけです。したがって、出発点に置かれる基本的人権も市民自治のイメージに色濃く影響された理解が提示されます。

松下さんによれば、基本的人権の内容、カタログに関して、市民自治の観点からの組み替えが必要だということになりますが、そこでの中心的観念となっているのは、市民自由（自由権に対応）と市民福祉（社会権に対応）であり、この市民自由と市民福祉を実現する制度手続として参政権と抵抗権があるという捉え方をされております。ちなみに、市民自由、市民福祉というのは、市民という言葉が使われているところから想像がつきますように、社会契約論を使っていえば、社会が形成された後の権利です。ご承知のように松下さんは、若い頃ロック研究をされた方で、自然状態論をふまえておられまして、自然状態における自由を個人自由という言葉で捉えておられます。個人自由というのは、「憲法理論の出発点を構成する」、「前憲法的」

なものとされており（一八一頁）、ロックのナチュラル・ライトを自力保障する手続的権力としてのナチュラル・パワーとの関連で理解すれば、ナテュラル・ライトに対応し、これに対し、ナテュラル・パワーに対応するのが「個人自治」ということのようです。そして、個人自由が市民自由（自由権）・市民福祉（社会権）へと展開し、個人自治が市民自治（参政権・抵抗権）へと展開するという図式です。ここで注意しておきたいのですが、松下さんは市民自由が自由権で、市民福祉が社会権だと言っておられますが、市民自由を自由権という場合でも、市民自治を中心とする松下さんのイメージの中では、本当の意味での自由権的性格は非常に弱いものとなっているということです。つまり、「権力からの自由」という発想が非常に弱くて、市民自由といってもむしろそれは市民自治、参政権や抵抗権と結びつけて捉えられなければならないとされ、既成憲法学にはそういう捉え方が欠けている、という批判をされています。既成憲法学にそういう捉え方が欠けていたかという点については、疑問がないわけではなりません。というのは、たとえば表現の自由の捉え方として、権力からの自由の側面と参政権的な側面があるということは既成の憲法学が主張していたことですから、それが欠けているという批判に対しては、既成の憲法学と言われている人たちにも異論があるだろうと思われます。ですから、この点は、既成憲法学に欠けていたというより、松下さんが市民自由を自由権的ではなく参政権的に一元化して捉えていることの裏返しであろうという気がします。

ともあれ、松下さんの人権論の一つの特徴は、今申しましたように、権力からの自由という意識が非常に薄いという点にあります。しかも参政権・抵抗権が、市民自由、市民福祉を実現していく制度的手段と捉えられ、むしろ人権よりは制度の方に引きつけて理解されている。と同時に参政権と抵抗権が、相互の緊張感なく結びつけられている。これは、市民自治の内容が批判と参画、批判が抵抗権、参画が参政権という捉え方になっているからであろうと思われます。要するに、人権を市民が自治を通じて実現していく、というイメージで憲法を捉える。憲法の中心はそこにある。既成憲法学は、それに対して、国家から出発するというか、国家統治から出発する。市民あるいは市民自治から出発するのではなくて、国家あるいは国家統治から出発する。したがって、国民主権の位置づけ方がそこから違ってくることになる。ということで、次の、国民主権をどう理解するかという問題につながっていくわけですが、その前に、市民福祉について一つだけ補充しておきたいと思います。

松下さんが言われる市民福祉というのは、社会権という言葉も使っておられますけれども、松下さんのいわゆるシビル・ミニマムと非常に密接な関連があるものとしてイメージされていて、人権の中では、市民自由よりはむしろ市民福祉の方が中心に置かれていています。市民自由における自由権的なものは、実は「権力からの自由」ではなくて、「権力への自由」に引きつけて捉えられて、参政権の基礎になっている。その点では、あえていえばプロセス論的な人権理解に親和的とも言えるかもしれません。ともあれ、松下さんの場合、人権の本当の中心は、市民福祉というか、社会権になる。シビル・ミニマムを市民自治を通じて、つまり、参政権と抵抗権、参画と批判を通じて、実現していくのだ、というイメージです。ですから、市民、市民自治から出発して、市民参加の下で政治が行われる。その手続・準則を定めたのが憲法である。そして、様々な価値観をもった市民が参加しますから、当然、市民の間で対立が生じますが、その対立は、松下さんにおいては、市民間の相互調整でうまくハーモナイズされる、とされています。私に言わせると、非常にユートピア的にみえますが、松下さんに言わせれば、市民が自主規制し、あるいは相互調整して、市民福祉を「市民共和」として実現していくはずだというわけです。ここには、国あるいは自治体が、いわば上から、市民間の利害対立を調整し、その結論・結果を押しつけていくというイメージはありません。これこそ、市民自治を核に置く松下理論の真骨頂ということでしょう。既成憲法学は、市民間の調整原理を公共の福祉として捉えてきたが、松下さんに言わせれば、この公共の福祉は上からの調整原理となってしまっている。公共の福祉は「市民共和」として捉え直さなければいけない。市民の相互調整の原理が公共の福祉であり、つまりこれは、横の関係における調整原理である。それに対して、既成憲法学は、国家統治を出発点として考えるから、上から国家が調整を行う。その調整原理が公共の福祉という捉え方になるから、公共の福祉は人権の抑制原理という捉え方になってしまう。これは縦の調整原理だ、ということになります。

というわけで、憲法学は、市民、市民自治を出発点において構成していかなくてはいけない。そうすると、そこでは国民主権はどう捉えられることになるかというと、人権が憲法の価値原理であるとすれば、国民主権は憲法の組織原理である、と松下さんは言われています。組織原理という捉え方自体は、私の捉え方と同じようなものであると理解しているのですが、問題は、どのように国民主権を組織化していくかです。ここで松下

さんは、この国民主権を市民主権と分節主権という二つの概念へと作り替えていく形で組織していくという構成をとります。

市民主権とは何なのかというと、それは国民主権が日常的に活性化されたものということになります。国民主権とは、国民が主権者として政治の主体であるということですが、それを単なる名目ではなく、現実のものとして日常的に活性化するには、市民が市民自治として政治に参加することが必要であり、国民主権のそのようなあり方を市民主権と捉えるわけです。こういったイメージから既成憲法学をみると、どう見えるかというと、既成憲法学では理論上は国民主権から出発するのだけれども、前提イメージとして「国家統治」の存在がありますから、国民主権はその国家統治を単に正当化する論理としてしか使われない。その点を、松下さんは、国民主権が国家主権へと置き換えられるのだ、と説明されていますが、正直なところ、私にはこの「置き換える」という論理操作がよくわかりません。既成憲法学においては、国民主権と国家主権はまったく異なる概念として観念されており、国民主権を国家主権に置き換えるなどということは、概念上不可能な気がするのです。ともあれ、置き換えられた国家主権は、国家法人論の下に、「国家統治」権として設定され、そこで国民主権は役割を終えて凍結される。これが、松下さんの理解した既成憲法学の論理構造ということになります。国民主権というのは、もともとは憲法制定権力であるのだけれども、それが凍結されてしまう。単に国家主権、国家統治を正当化する飾り物としてしか機能しなくなるわけです。そして、その国家主権の展開・活動として、法の段階構造が設定され、憲法、法律、政令、行政行為という下降型ピラミッドが形成される。これは、主権の下降ですから、無謬性を持ったものとしてイメージされる。だから、その展開形態である行政行為は公定性を持ち、誰も争うことができないものだ、というイメージになってしまう。これこそが、既成の憲法学、行政法学の理論構成であると、松下さんは批判することになります。ここにも、行政行為の公定力や不可争性などについての松下さんの誤解があるような気がしますが、というのは、それらは決して主権から派生する属性と考えられているわけではなく、行政が公益を担うという前提から付与されたもので、主権論（主権の無謬性論）とは何の関係もないと思われるからですが、それはともあれ、松下さんにとっての既成憲法学の問題は、国民主権・憲法制定権力を凍結してしまうところにあります。国民主権は、凍結してはいけない、活性化しなければいけない。その活性化の論理が市民主権である。市民主権というのは、まさ

に国民主権の日常化、国家内部における「常駐」を意味することになります。これは、樋口（陽一）さんの理論を引用し、それを批判しつつ論じられておりまして、樋口さんの憲法制定権力の凍結論に対するアンチテーゼという意味をもたされています。

もう一つの、分節主権というのは、市民自治を出発点として政治機構がどういうふうに構成されるか、ということを説明する場合の観念として使われていて、次の五点に構造化される内容を分節主権と捉えられています。まず第一が参政権、第二が社会分権（大衆運動の多様化とか、地域、職場、学校等における組織自治）、三番目に複数政党制、四番目に機構分権（自治体の自治権、権力分立の中での議会優位構造、法の支配）、五番目に抵抗権を挙げられています。ここに窺えるイメージは、まず市民自治のもとに参政権により市民が政治に参加していくが、その政治制度の全体構造としては分権的な構造でなければいけないとされ、そして、最終的にそれでも政治がうまくいかないような場合には抵抗権により対処する、というものです。ここからわかりますように、分節主権というのは、広い意味での権力分立であり、この権力分立の捉え方は、イメージ的にはわりあい高見さんの権力分立論[9]に近いのかな、という受け止め方を、私はしているのですけれども、そういう形で分節主権を捉え、国民主権をそういう分節主権へと構成していかねばならないという考えです。

この松下理論からみると、既成の憲法学では全体構造が、国家に権力が集中する集権的構図で捉えられているから、地方自治というのも国家から伝来したものにすぎないという捉え方にしかならない。それが国家法人論あるいは団体論からくる帰結なのだということになります。これに対して、分節主権論は、ロック的な機構信託論であり、市民自治を中心に置く松下理論においては、市民自治からの信託とされ、その信託も自治体レベルでの信託から国レベルの信託という複数信託論として捉えられます。

特に、分節主権の中で一番興味のあるところは、憲法で一番中心になる機構分権論なのですが、この機構分権論が地方分権、権力分立、法の支配の三つで捉えられている点、私自身はこれを「国民主権の諸形態」として論じており[10]、分節主権という言葉を使っているわけではないのですが、内容的には、少なくともこのあたりまでは松下さんと同じような捉え方になるのかな、と思っております。違いが出てくるのは、おそらく、機構分権論における権力分立と議会優位のところです。松下さんは、議

会優位の構造で捉える。議会は国民の代表機関なのであり、国民主権の下に市民が代表者を選ぶのであるから、その代表機関が一番重要である。代表機関であるからこそ、最高機関である。この「最高機関」ということの意味を既成憲法学は捉えきれていない。既成憲法学では、国家統治から出発するから、権力分立においては機能分担論という捉え方になる。つまり、国家主権の下に主権の機能が三つ（立法、行政、司法）存在し、それぞれの機関がそれぞれを分担するという権力分立の捉え方です。ですから、三者が横並びになり、国会が最高機関といわれると、それは政治的美称にすぎない、ということになってしまう。これは、国会の地位、最高機関の意味を信託論を中心に捉えていないことからくるもので、その点で重大な欠陥をもつものだとされます。

国民主権といえば、国民が政治の在り方について最終的に決定する力・意思をもつということであり、国民の意思に従った政治というあり方を要求する原理であるのですが、この国民主権の制度化にはいろいろな形態がありえ、どういう制度化の仕方が良いのかが問題となります。日本国憲法は議院内閣制を採用していますが、議院内閣制を捉える場合に、私の枠組みでは、国会を中心にして捉えるのか、内閣を中心にして捉えるのか、という問題設定があり、そういう目で見ると、松下さんの場合はやはり国会中心であり、私は内閣中心である。私の立場からすると、松下理論は立憲君主政モデルを批判したという点では私と共通であるけれども、その後、国民主権をどう組織化していくか、という点では私と袂を分かち、国会中心構想へ行った。私は、内閣中心構想へ行った。私の立場からすれば、松下理論というのは、その限りで戦後の議会制民主主義論を抜け出ていない、という位置づけになります。

3．松下理論の特質

松下理論の特質として私が感ずるところを最後に簡単にコメントしたいと思います。まず第一に、先ほども言いましたけれども、人権の中心として、市民福祉を考えているということです。つまり、社会権を中心に捉えている。他方で、市民自由としての自由権は参政権に引き寄せて理解していますから、「権力からの自由」というものが非常に弱い。これは、統治という観念を否定するのと表裏の関係になっています。市民自治を中心に、そこから出発して、国家統治から出発する既成の憲法学を批判するのみならず、同時に統治そのものを否定してしまっ

た。統治を否定してしまえば、自治しかありませんから、権力からの自由というのは位置づけできなくなる。実際には、自治も統治の一つのあり方のはずです。自治のことを自己統治というではありませんか。にもかかわらず、自治と統治を対置し、自治を選択することにより統治を否定してしまった。統治がなければ、権力からの自由、自由権の観念は成立しません。かくして、自由は「権力への自由」へと一元化されていくことになります。権力への自由によって、「権力による自由」といいますか、社会権を実現していく、こういうイメージで政治、憲法を捉えていくことなります。これは、ルソー型憲法論です。ロックを深く研究された松下さんが、ルソー型を信奉されているというのは、それはそれで面白いのですが、ロック研究を通じて、ロックにあきたりないものを感じられたのでしょう。そういう松下理論は、ルソー的という点では古典古代的でありますが、他方で同時に、超現代的な性格をもつものと、私には映ります。

私にとっては、現代憲法学というのは、やはり近代憲法学を引きずっている、というか、その枠内にあるし、またあらねばならない。憲法学は、近代立憲主義を突破することはできないし、してはならない、と私は思っております。近代立憲主義における自由の中心は、権力からの自由です。なぜ、権力からの自由が中心にならないといけないかというと、統治を否定できないからです。どれほど民主政治が進展し、自治が発展しようと、多様な価値観の市民が存在する以上、多数派と少数派の対立は残らざるをえないでしょう。多数派と少数派の問題に直面したときルソーは、少数派は自分の意思を誤っただけだという強引な論理で説明した訳ですけれども、少数派にとっては、多数派の支配というのは、まさに統治ではないでしょうか。松下さんは、それを相互調整というきれいな言葉で表現されているけれども、政治はそういう美しいものであろうか、という疑問をもちます。やはり、統治、権力というものを見失ってはいけないのではないか。自治の美名の下に統治、権力を見失うことがもっとも怖い。樋口さんが一番怖がったのはその点で、だからこそ、樋口理論では、憲法制定権力の凍結論へと行ったのです。憲法制定権力を常駐させるよりは、抵抗権を常駐させようというのが樋口理論である、と私は理解しているのですけれど、それはやはり、近代立憲主義の論理をふまえているからだと思うのです。松下さんは、近代立憲主義の論理を非常に軽視している、という感じを受けます。

それに関連してもう少し言えば、我々にとって何が一番重要な価値か、というときに、古典古代のように政治に直接参加す

ることなのだろうか。松下さんは法学者も市民運動をやらなくてはいけない、ということを言われる。市民運動をやらないから、そんな変な憲法論を作っているのだと言われるのだけれど、どうして誰も彼もが市民運動に参加しなければならないのだろうか。私にとってそれが一番価値があるものであるならば参加するけれども、そうではない。近代人にとって一番重要な価値というのはそうではなかった。これは、バンジャマン・コンスタンが古代人の自由と近代人の自由を区別したとき、捉えていた問題です。近代人にとって一番重要な価値というのは、自分の私的領域において自らが最も価値あると思う生き方、「善き生」(good life) を実践していくことにあったのです。だから、その私的領域を権力は邪魔してくれるな、という論理であった。だからこそ、権力からの自由が人権論の中心に置かれたわけです。しかし、権力を否定はしない。私的領域を他者の妨害から防禦するために、権力は必要である。権力、統治というのは、政治社会の機能として必要なのです。だから、それは認めるけれども、同時に、その権力からの自由を保障しなければいけない。これが、近代の出発点であった。

もちろん、現代においては、権力への自由、参政権が重要になってくる。制限選挙から普通選挙への展開がそれを表現しています。この動きは、他方における社会権の成立・展開と平行しています。参加が拡大すれば、社会権の要求が政治の課題として登場しますし、また、社会権の保障を実現するには、それを必要とする人々が政治に参加しなければなりません。ですから、参政権と社会権の強調が近代と比べた場合の現代人権論の特徴と言うことができ、その意味で、相対的に、権力からの自由が重要性を失ってくる面もあるのですが、やはりそこは、松下理論のように権力への自由へと一元化していく、ということではなくて、権力からの自由を保持していかなくてはいけないのではないか。だから、私は、統治という観念を見失ってはいけない、それが松下理論に対する最大の不満だと感じているのです。

もう一つの不満を言えば、機構信託論という点では、私も松下さんの考え方に賛成するのですが、先に言いましたように、松下さんのように国会中心ではなくて、内閣中心で問題を捉えるのが現代における、少なくとも日本の課題ではないか、と思っています。この点は、あるいは、もっと時代が進めば、松下さんのような捉え方の方が良いということになってくるかもしれない。私が松下理論を超現代的だと言ったのはそういう意味です。しかし、少なくとも現段階では、松下さんの議論にまでは

行けないのではないか。やはり、市民自治を中心にして、市民が参加していっても、市民全員が政策決定を行うことなどありえない。政治というのは、市民の中の少数者がイニシアティブをとる、というあり方が通常であろう、と私は思っています。少数者のイニシアティブに対して、他の市民が同意を与えていくという構造で政治は成り立つ。そういう政治の在り方は、まだしばらく続くだろう。私もそれが永遠に続くとは言いませんけれども、少なくとも私が生きている間は、そういう構造で政治が動いていくだろう。そうだとすれば、それを中心にして、そういう政治プロセスをどう民主化するか、という形で問題を捉えた方がよい。その場合には政治のイニシアティブをとるものを民主化するということが課題となる。イニシャティブの主体は、国政レベルで言えば、内閣ということになるだろう。そういう意味で、イニシャティブをとる内閣の民主化こそが、現代日本の機構論の中心課題となる、というのが私の捉え方です。こういった点の捉え方の違いに、松下理論の特質をみているわけです。

おわりに

最後に、まとめに代えて、もう一回、佐藤さんの批判に戻ります。佐藤さんは、松下さんの批判した、前提としての国家統治・国家主権からの下降流出として捉えられた法の段階構造が、私の理論にもあてはまるのではないかと言われました。しかし、私は、たしかに法の段階構造は強調しましたが、それは下位規範が上位規範に根拠をもたねばならず、段階構造を形成する法形式間には効力の上下関係があり、下位の法形式は上位の法形式に違反することは許されない、このような構造を形成することによって法の支配の制度化が行われている、ということを示すためにすぎなかったのであり、ここから下位規範の無謬性が生じるなどということはありえないことです。むしろ、下位規範が誤る可能性を認めるからこそ、下位規範が上位規範に反してはならないということを言うために段階構造を述べているのです。しかも、私のモデルは国民主権モデルであり、松下さんの批判した立憲君主政モデルではありません。それなのに、なぜ松下さんの批判が私の理論に対しても妥当するのか、理解できないところです。

私の国民主権モデルでは、国民が中心で国民が政治に参加していく。そして、佐藤さんの問題とされた法秩序形成との関係で言えば、法秩序の形成の仕方として、一方で、国民を出発点

として国民が司法の場で法秩序を形成する、というルートももちろんありますけれども、他方で、国民が議会を通じて法秩序を形成するということもある。つまり、判例を通じてもあれば、制定法を通じてもある。どちらか一方ということではなく、両方あり、その適切なバランスはどのようなあり方かという問題だろうと思っています。

小野さんの議論に引きつけて言えば、小野さんは現代においては汎神論的な捉え方、といいますか、超越的主観あるいは超越的主権者が上から秩序を与えるというのではなく、社会の中に内在している、という捉え方が、現代的であると言われているのですが、そうだとすれば、制定法主義もそういう観点からの捉え方が十分可能であろうと思います。立憲君主政モデルで捉える場合には、たしかに超越論的な捉え方になるでしょうが、そうではなく国民から出発していくことになると、国民の中に内在している秩序の契機が、国民の参加によって制定法へと現実化されていく、という秩序形成観が可能となるのではないでしょうか。土井さんが、内在的秩序形成は司法型しかないと考えているとすれば、それは小野理論の使い方を誤っているのではないか、それは小野さんの真意とは違うのではないかという疑問をもちます。もっとも、この点は、私自身が小野理論を正確に理解しているかどうかわかりませんので、今後の課題に残したいと思います。

たいへん雑ぱくでまとまりのない報告になってしまい恐縮ですが、以上で私のお話はひとまず終わりにさせていただきたいと思います。

註

（1）特集「国会の役割と改革の行方」ジュリスト一一七七号（二〇〇〇年）二頁。

（2）私の法の支配、権力分立、立法・行政・司法の観念については、高橋和之『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣、一九九四年）、同「立法・行政・司法の観念の再検討」ジュリスト一一三三号（一九九八年）四〇頁、同「司法の観念」樋口陽一編『講座憲法学第六巻・権力の分立（二）』（日本評論社、一九九五年）一三頁参照。

（3）佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五〇年の展望Ⅰ』（有斐閣、一九九八年）二八頁。

（4）松下圭一『市民自治の憲法理論』（岩波書店、一九七五年）一八頁。

（5）小野紀明『現象学と政治』（行人社、一九九四年）。

（6）国民主権モデルと立憲君主制モデルの区別については、

高橋和之「権力分立」高橋和之・大石眞編『憲法の争点［第三版］』（一九九九年）一四頁参照。

（7）座談会「期待される国会像」ジュリスト前掲注（1）一〇～一二頁。

（8）『註解日本国憲法』（有斐閣、一九五三年）。

（9）高見勝利「『権力分立』論への一視角」法学教室一六七号（一九九四年）五三頁。

（10）高橋和之「『国民主権』の諸形態」法律時報六八巻六号（一九九六年）二五頁。

〔本稿は、二〇〇〇年八月二一日開催の北大立法過程研究会での報告記録に、後日、加筆頂いたものである（高見記）。〕