

Title	アメリカ憲法と日本国憲法：私にとってのアメリカ憲法(学)
Author(s)	佐藤, 幸治
Citation	聖学院大学総合研究所紀要, No.52, 2012.2 : 13-39
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=4223
Rights	



聖学院学術情報発信システム：SERVE

SEigakuin Repository and academic archiVE

アメリカ憲法と日本国憲法

——私にとつてのアメリカ憲法（学）——

佐藤 幸治

I はじめに

まず、「憲法研究会」にお招きいただいたことを光栄に思い、深く感謝したい。

昨年、栗城壽夫教授を通じて、「憲法研究会」へのご招待を受けたとき、このところアメリカ憲法の研究からいささか遠ざかっていたこともあつて、逡巡した。が、私が何故アメリカ憲法（学）に主要な関心もち、何に注目したのか、そして日本国憲法の理解にどのようにつなげようとしたのか、さらに、日本国憲法からみて現在われわれが直面している課題は何か、その課題にどのような理念の下にどのように取り組むべきなのか、等々について、これまでの経験も踏まえ多少とも意味のある話ができるかもしれないと考え、最終的に引き受けさせていただいた次第である。

II アメリカ憲法に関心を抱いた理由・背景

(1)「法(学)としての憲法(学)」への思ふ

私が研究生生活をはじめたのは昭和三七（一九六二）年六月である（京都大学法学部助手となる）。もとより「日本国憲法」の研究を期待されてのことであつた。日本国憲法についての研究をはじめるにあたつて、まず何よりもアメリカ憲法の基本精神と構造を勉強する必要があると思つた。その理由は、日本国憲法がアメリカ憲法的発想を基礎にしている（当時のほゞ共通した認識）ということもあつたが、何ととっても、憲法を「法」としてみる、「法」として扱うということが具体的に何を意味しているのか知りたいということであつた。

アメリカは、人類史上、成文憲法を制定し、その憲法を裁判所が「法」として扱うということを実践した最初の国である。それはどのような理念と背景において生じたのか、それは一国の法秩序、さらには全体的な統治構造にとつてどのような意味をもつのか、を是非知りたいと思つたのである。そうした思いの根底には、日本において「法(学)」としての憲法(学)を確立・強化したいという青年期特有の気負いがあつた。

憲法というものは、国民の中で一般に「畏敬」の対象とされる、したがつて、政治的に激した議論の的になる傾向があるけれども、果たしてそうした次元にのみとどまつてよいのか、民主主義の成長、立憲主義の確立のためには、憲法を「法」として捉え、「法」として取り扱うプラクティスを定着させるべきではないか、それはいかにして可能か、をよく考えてみる必要があると思つたのである。

(2) “熱い政治の季節”と憲法

私が、大きすぎるともいえるこのような思いを抱いた背景には、当時の政治的・社会的情况があつたことは否定できない。昭和二九（一九五四）年の鳩山一郎内閣の誕生、昭和三一（一九五六）年の憲法調査会法の成立といった背景の中で、改憲論・譲憲論の激しい対立、そして六〇年安保闘争、といった“熱い政治の季節”に、私の高校・大学生活があつた。改憲・譲憲といつても、それぞれの中身は決して一様ではない（突き詰めれば、それぞれが内部に厳しい対立の契機を孕んでいる）だけに、日本国憲法の先行きに強い不安を抱かせるものがあつた。

民主主権と個人の尊重・基本的人権の保障を核とする日本国憲法をいかにして「法」として日本の社会に定着させるか、そのためには、憲法によって行政裁判権・違憲立法審査権を含む司法権を託された裁判所の活動がきわめて重要になるが、その期待される活動を引き出すには何が必要か、に強い関心をもつたのである。

以上がアメリカ憲法に関心を向けた“近因”であるとするれば、そもそもアメリカという国・社会に関心を向けさせた“遠因”というべきものがあつた。それは、新潟高校時代に英語を習った志賀哲夫先生の影響である。英語の時間に西行について熱く語り語り先生であつたが、その先生からエマーソン、ロングフェロー、ソロー、ホイットマン等々の詩を教わり、それが私の心に深く沈殿していたものと思われる。「個」というもののあり方を軸に人間の社会を考えようとする思考が培われ、私の日本国憲法理解の基礎をなす「人格的自律権」につながっていったのではないかと今にして強く感じるところがある。

(3) 私のアメリカ憲法とのかかわり方

このようにアメリカ憲法に関心を向けたのであるが、私の主要な関心対象はあくまで日本国憲法という法典を法解釈的な観点から内在的に理解することにあつた。日本国憲法がアメリカ憲法的発想を基礎としているといつても、日本国憲法はあくまで日本国憲法である。

こうした姿勢でアメリカ憲法に接することは、下手をするとアメリカ憲法の摘み食いの摂取に墮する危険がある。そこで、一方では、アメリカにおける様々な著書・論文(法学的文献に限らない)や日本におけるアメリカ(法)に関する諸研究に広く触れるように努め、他方では、限られた分野についてではあるが、判例の展開をできる限り徹底してフォローするというようなことを試みた。しかし、何よりも私の能力の限界から、それが不十分であることは絶えず自覚してきた。それでも、五十代の前半頃までは、少なくともアメリカの最高裁判所の主な判例はフォローするよう努力してきたが、その頃から管理職的な仕事に携わるようになりそれも難しくなってしまった。

そのようなわけで、私のアメリカ憲法についての知識は限られている。ただ、本研究会では既に適切な研究者による報告・討論が行われ、また最後に奥平教授による報告も予定されているとのことなので、私のアメリカ憲法についての知見の不十分なところはそうした報告によつて補つていただきたく願っている。

III アメリカ憲法の歴史——「政治」（人民主権）と「法」（法の支配）との相剋

（一）憲法という視点からみたアメリカ革命の意味

私は、昭和三八（一九六三）年（一九六三）にいわゆる処女論文「司法審査とデモクラシー（1）（2）」を書いた。違憲立法審査制成立の政治的・法理論的背景を探ろうとするものであった。高柳賢三『司法権の優位』⁽³⁾や今津晃『アメリカ革命史序説』⁽⁴⁾などに導かれながら、C. G. HainesやM. Jensenなどの著書・論文⁽⁵⁾などを読み、アメリカ革命の実態、「内部革命」「内部抗争」論によって描き出される革命の様相に触れることになる。

こうした革命の実態についての理解を踏まえ、独立革命前後から一七八七年にフィラデルフィアで開かれた憲法制定会議に至る展開は、やや図式的に捉えれば、①人民主権と高次法の協働→②人民主権と高次法の分裂、人民主権の相対的優位（立法権全能の傾向）→③人民主権の高次法への吸収、というようになるのではないかと解したのである。

ただ、ここでまず確認すべきことは、人民主権の強さということである。この強さは他の国ではみられないものであり、そして今でも基本的にその強さは続いているといえる。しかし同時に、革命の過程で、恣意的支配への警戒も強まった。その結果が、人民主権と憲法とを結びつけようという発想であったと思われる。憲法の制定に憲法会議と人民投票を採用した一七八〇年のマサチューセッツ憲法は、それを象徴するものであり、アメリカ合衆国憲法はその延長線上にあるとみることができる。つまり、憲法は人民主権の最も直截な表出であり、政府の権限（立法権を含めて）はその憲法が認める範囲内のものであるという思考である。

しかし、こうした思考が制度的に何に帰結するのか、端的には裁判所の違憲審査権に帰結するのか、については当初必ずしも明らかではなく、それを明確な形で示したのが次にみるあのマーベリ判決（一八〇三年）であった。

（２）マーベリ対マディソン判決（一八〇三年）の意味

マーベリ対マディソン判決^⑥、マーシャル最高裁判所長官によるこの判決は、連邦派（Ｊ・アダムズ）から共和派（ジェファースン）への政治変動の過程で下されたものであった。

二〇〇〇年のさる判決で^⑦、レンキスト最高裁判所長官は、「政治部門は、疑いもなく憲法を解釈し適用する役割を担っている。しかし、マーベリ判決以降、当裁判所が憲法典の終局的解釈者であり続けた」と述べているが、マーベリ判決から二〇〇年になろうとする頃、幾つかのLaw Reviewで特集記事が掲載された。そうした中で、歴史学者G・ウッドが、われわれはこの判決がアメリカ人の統治と法をめぐる思考にもたらした根本的意味にもっと注意を向けるべきであると強調しているのが目を引いた。^⑧憲法は「畏敬」の対象ではあっても、裁判所が事件の処理過程で扱いうるような対象ではなかったところ、このマーベリ判決により「懐柔」されて裁判所も扱いうる法となった、とウッドは表現している。

実際、合衆国憲法発足の頃、裁判所は全くの脇役にとどまる存在であった。あるいは、法と政治とが混在する中で、裁判所は政府（連邦派）のとり方針・政策の実施を助け、権威を付与する存在であったというべきかもしれない。最高裁判所の初代長官ジェイは、国務長官を兼務していた。もともと、ワシントン大統領が国際関係上の問題につき裁判所に勧告的意見を求めたとき、裁判所が断っている例のように、政治から距離を置こうとする姿勢もみせたが、連邦派が三権を占める中で「政治的なもの」と「法的なもの」との区別が不分明であったことは否めない。それに根本的な

変化をもたらしたのは、一八〇〇年に共和派のジェファースンが大統領に当選し、連邦派から共和派へ政権が移行するという出来事であった。ジェファースンは一八〇一年三月四日に大統領に就任することになるが、それまでの間に連邦派は司法部門を連邦派で固めようとしたのである。

その過程でとられた措置が新政権下で問題にされることになるが、その一つがマーベリ事件であった。判決は、訴えそのものは斥けて共和派との正面衝突は避けながらも、違憲立法審査権が裁判所にあることを明らかにするものであった。すなわち、①憲法は「法」であること、②人民に直接由来するこの「法」は議会の制定する法律に優位するものであること、③憲法も「法」である以上、この「法」を扱う最終的権威（権限）は司法権の帰属する裁判所にあること（裁判所〔司法権〕は、具体的な法律上の争訟・事件が裁判所に提起された場合、法を解釈適用してその争訟・事件を解決することを任務とするものであり、その場合、憲法と法律とが矛盾していれば、裁判所としては憲法を優位させて判断せざるをえない）、という考え方を明らかにした。判決について留意すべきは、こうした理論的根拠づけに加えて、合衆国憲法における司法権規定である三条二節一項（「司法権は、次の事件および争訟に及ぶ。……」）、最高法規条項である六条二項、憲法尊重義務規定である同条三項に論及し、文上の根拠づけを行っていることである。

『法的なるもの』は事件・争訟の法的解決に際しての判断と捉え、『政治的なるもの』の内実である意思と対比するこの考えは、大統領となつたジェファースンの憲法観や司法観と比較するとその特質が浮き彫りになる。この点は、岸野薫准教授の論文が鮮やかに描き出している。ジェファースンは、裁判官の党派性を不可避的と考え、裁判所の仕事と政治とは分かち難く結びついているとの基本的認識に立つて、裁判官にすべての憲法問題についての終局的裁判権を付与するのは、きわめて危険な寡頭制に通じると考えたようである。そこには、憲法は成文化されても本質上通常の制定法と異なるものではなく、人民を結集するための道具であり、したがって、その執行も人民自身によりなされるべきものとの理解があつたように思われる。では、その人民の意思はどのように現れるのか。それは、選挙そして憲法修正であ

ると彼は考えたようである。

そして彼の憲法観は、『世代憲法構想』によく現れているように思われる。彼の基本的発想は、地上は生者に属し、ある世代は次の世代を法的に拘束することはできないというものであった。それぞれの世代の憲法表現は、憲法修正につき定める憲法五条を通じて行われることが想定されていたのか、それとは別により根本的ないわば人民の憲法制定権力の行使としてなされることも想定されていたのか、必ずしも定かではないが、多分後者の可能性も想定されていたものと思われる。

ジェファースンは、一八〇〇年の選挙を「一八〇〇年の革命」と呼んだが、一七七六年の独立革命、一七七八年の憲法批准と並ぶ同一次元の人民の行為とみていた。こうした人民の行為が政府の墮落を防止することに寄与すると彼はみていたようである。しかし何故かくも人民の意思に信頼を寄せうるのか、その根拠は何か、の疑問が残る。ジェファースンは言論の自由の意義を重視し、地方自治の拡充などに関心を寄せていたようだが、彼はそうした場を通じての人民の教育を念頭においていたのかもしれない。

こうしたジェファースンに対し、彼の下で國務長官を務めたマディソンは、危惧を抱いていたようである。一言でいえば、政府の安定が害されることへの危惧である。ある憲法が消滅し次の憲法が成立するまでの間に、様々な出来事や党派的確執が繰り広げられ、混乱が生じることが十分に予想される。フィラデルフィアにおける憲法制定会議での指導的活動や『ザ・フェデラリスト』における論説などを通じて知られる、人間の現実の社会に対する落ち着いた洞察力に富むマディソンの所説が、私にははるかに説得的である。もっとも、憲法は何故後の世代に対し法的拘束力をもつか、そこには何か条件のようなものがあるのではないか、は真面目に考える必要がある。マディソンは、人間の意見には情念に基づくものと理性に基づくものがあり、理性に基づく意見によつて政府を統制することが必要であり、それを可能にする原理が憲法に組み込まれていると考えていた（私の「人格的自律権」論はこの点にもかかわるのである

が、時間があれば後に言及することにする）。その意味において、既にみてきたように、憲法は人民の意思（憲法制定権力者の意思）と理性との融合した最高の法ということになる。

ハミルトンやマーシャルの言説にもあるように、憲法条項は一般的・抽象的で弾力性に富み、それぞれの世代・時代の要請に応えうるものであり（それが難しいときは、憲法の定める修正手続によつて個別的に修正を加えることが可能）、そしてマーシャルが示そうとしたように裁判所がその永続性を確保することがむしろ安定した民主主義プロセスの展開に寄与することになるという構図になる。

（３）現代に引き継がれる基本的構図

マーシャルによつて築かれたこの構図は、アメリカの *polity* の基礎となった。あのホームズ裁判官は、マーベリ判決百周年記念講演で、「仮にアメリカ法が一人の人物によつて代表されるとすれば、懷疑論者も崇拜者も疑いもなく一致して、それはＪ・マーシャルだというだろう」と述べたものである^{（１０）}。そして、二〇〇〇年のさる判決でのレーンキスト長官の言明には既に触れたところである。

私が敬意を抱いていたＡ・ビッケルは、「われわれの出発点は、……司法審査はわれわれの社会の一定の永続的な価値を宣明・適用する原理化されたプロセスであるということであつた」といい、そのプロセスは「それが未だ存しない何物かを代表制に注入する場合にのみ正当化される」と述べている（傍点筆者）。さらに彼は、「現実存在するままのわれわれの社会において作用可能なように、行為のルールがプラグマティックな妥協によつて調整されなければならない」とすれば、そのルールはもはや原理ではなく、便宜上の方策にすぎない。そして、単に便宜上の解決策にすぎないものを押しつけるのは立法府のなすことであつて、裁判所のなすことではない。裁判所は、真の原理に基づいて行為しな

なければならない」と述べている。⁽¹¹⁾単純化していえば、「便宜」は立法府に、「原理」は裁判所に、ということになるであろう。この「原理」とは、その共同体を成り立たしめる最も深いところに存する道理的原理といったものではないかと私は解している。

実際、ビッケルは、市民社会は道徳的価値基盤に立たなければ駄目になる、社会の同意や安定は多数者の意思と慣習とが交じり合うことによつて可能となるというE・バークの所説にも触れながら、裁判所が人間の歴史や道徳哲学についての判断と関係づけた原理の宣明・創造に努力しなければならない局面があることを強調している。⁽¹²⁾

現在のアメリカ憲法学の議論状況について詳らかにする用意はないが、ジェファースンの思考を基礎にする論とマリーシャルの思考を基礎にする論との対立の構造が根底に横たわっているように思えるところがある。⁽¹³⁾例えば、L・クレイマーにみられるポピュリズム憲法理論は、ジェファースンの思考をベースに置いているものであるといえる。しかし、各世代をどこで区切るのかの問題もさることながら、各世代を過去および将来の世代から切斷して思考するところで本当に自己統治がありうるのかという、既に触れたジェファースンの「世代憲法構想」⁽¹⁴⁾に関して述べた疑問がつきまとう。最高裁判所は、一九九二年のケイシー判決⁽¹⁵⁾で次のように述べている。「われわれの憲法は、第一世代のアメリカ人からわれわれへ、そして将来の世代へと続く誓約(a covenant)である。それは、首尾一貫した連続である」と。

とはいえ、既に示唆したように、マリーシャルの思考を基礎とする司法審査制も、人民主権の強い磁場から離れて存在しているわけではないことに留意する必要がある。R・C・ポストは、「われわれの憲法は、最高裁判所とアメリカ国民との間の政治的闘争の押し引き(push and pull)の中で展開されてきたものである」と述べている。⁽¹⁷⁾また、ビッケルも、「最高裁判所のほとんどすべての重要判決は、最高裁判所と国民およびその代表者との間の会話のはじまりである」といつている。⁽¹⁸⁾したがって、ポストのいうように、最高裁判所は憲法判決を下し、憲法に関してある意味を提示できるとしても、憲法内容の究極の実体は裁判所の意見が解き放つ政治的諸力によつて形成されるということになる。別のい

い方をすれば、最高裁判所は、常に、「反多数決性の困難 (counter-majoritarian difficulty)」の重荷の下に活動しなければならぬということになるであろう。⁽¹⁹⁾

アメリカの憲法がこうしたタフなダイナミズムの中で展開するものだとなれば、アメリカの憲法学もこのダイナミズムの外にあることはできないということになるであろう。憲法が真に国民的アイデンティティを表現するものだとなれば、国民はどうしてその憲法を法学者、小さな学問的専門家集団に委ね切ることができようか、というもつともな疑問が生じる。ポストは、アメリカの憲法学は、最高裁判所とアメリカ国民との対話を、潜在的な憲法展開の体系的・法理的含意を明らかにすることによって、取り次ぐとするものであると述べている⁽²⁰⁾（それに対して、ヨーロッパの憲法は政治的対話からより独立しており、したがって憲法学はアメリカと比較してより自律的である、という）。

では、日本における憲法、憲法学はどのようなものであろうか。以下、そうしたことを意識しながら、わが国の状況について垣間見ることにしたいと思う。

IV 日本にとつてのアメリカ憲法

(1) 明治維新时期と明治憲法

「王政復古」によつて誕生した新政府は、慶応四（一八六八）年三月十四日（新暦四月六日）、五箇条御誓文を發して、「広く會議ヲ興シ万機公論ニ決スヘシ」とするなどの基本的国是を發表した。新政府は、この御誓文を踏まえて二カ月後「政体書」を發したが、そこには「天下ノ權力総テコレヲ太政官ニ歸ス」と宣言するとともに、太政官の権力は

立法、行政、司法の三つに分かつこと、立法官としての議政官は上局と下局の二院に分かつこと、下局は「各府各藩各県」により選ばれた貢士により構成されること、などが定められ、外国憲法とりわけアメリカ合衆国憲法にならつたことをうかがわせるものがあつた。この政体書は「憲法」というべきものであつたが、理論と現実の裏づけを欠き、その構想は朝令暮改を重ね、結局「万機公論」によるとの宣言は実現をみるには至らなかつたことは周知のところである。

明治維新に伴つて西洋の文物が流入するが、開国に踏み切つた幕末の幕府は多くの洋学者を抱え、西洋の知識の導入に熱心であつたことに留意する必要がある。イギリスに留学した中村正直が翻訳したスマイルズ『西国立志編』（明治四年）やミル『自由之理』（明治五年）は大きな影響を及ぼした書物であるが、明治六年にはアメリカから帰国した森有礼の尽力で明六社が結成され、福澤諭吉、西周、中村正直などが参画している（ここに結集した多くの前身は幕臣であつた）。なお、スマイルズはその著の巻頭で、“The worth of a State, in the long run, is the worth of the individuals composing it”のミルの言を引用しているが、日本が近代国家の建設に乗り出すにあつてこうした考え方に触れたことは——たとえそれが曲折した波瀾の道をたどることになつたとしても——幸運なことであつたと思われる。

さて、明治新政府の権力基盤が固まつたとはいえない明治四年暮、岩倉使節団が米欧に向けて出発し、一年半以上にわたつてこれら諸国の文物を視察し、明治六年九月に帰国するが、彼らは、西洋諸国といつても決して一様ではないこと、特に英米的な議會制は直ちには困難であることなどを感得しつつ、日本の国情を踏まえた国民国家としての体制を作るための国制の確立（憲法の制定）が不可欠であるとの認識を共有するに至つていたように思われる。明治六年の征韓論争で岩倉等の欧米視察経験者を中心とする勢力が勝利し、西郷隆盛や板垣退助等は野に下るが、全国の不満分子がこれら下野した人々を核に結集しはじめ、明治七年の「民撰議院設立建白書」、明治八年の「立憲政体の詔書」へと展開することは周知のところである。そして、実際新たに設けられた元老院において憲法起草作業が進められるが、その案は結局政府首脳により拒否され（明治一三年）、再出発を余儀なくされる。しかし、その間も国民の間の国会開設、

憲法制定を要求する動きが活発化し、政府内部でも参議大隈重信を中心とする急進派が擡頭するが、政府は大隈の参議罷免を断行する（明治一四年政変）一方、明治二三年を期して国会を開設することを公約するに至る。

触れたことは多々あるが、ここでは明治一五年三月から一年以上に及ぶ伊藤博文の滞欧憲法調査に触れるにとどめたいと思う。政府の憲法構想の骨格は、明治一四年七月の岩倉の「大綱領」で既に明らかにされていた。欽定憲法の体裁をとること、統帥権をはじめとする天皇大権、天皇に対する大臣の単独責任制、前年度予算執行主義等々がそれである。では何故改めての憲法調査だったのか。おそらくそれは、制定されるべき憲法の中身を詰め、かつその憲法をうまく運用するのに必要な基礎的な装置と知恵を実際に即して学びとろうとするためのもではなかったかと思われる⁽²¹⁾。滞欧期間中、特に、ウィーン大学の国家学者であるローレンツ・フォン・シュタインから統治構造における行政の重要性を学んで、得るところが大きかったようである。

伊藤は、独立を果たした後に合衆国という一つの政治体を造り上げたアメリカに若き頃から魅せられ、文明とは人を活かす制度（国家の組織）のことであるという信念をもち続けた⁽²²⁾。ただ、岩倉使節団の一員としての経験などを通じて急進的改革の危険も覚り、次第に漸進主義へと転じ、人（国民）が育つのを待つという面ももつようになった。例えば、憲法により国政の要である法律の制定および財政に議会の関与の道を開けば、議会（特に衆議院）の意向を無視して国政を進めることは困難になるであろう、その間に政党が育ち（育て）政党政治へと向かうことになればと伊藤は考えていたように思われる（大隈の主張を斥けたのは、それがあまりに性急に過ぎたということ）。

このことに関し最後に付言すれば、山縣有朋の存在とその活動である。彼は、憲法公布の少し前の明治二一年暮、欧州の地方制度および軍事制度の調査を名目に一〇カ月 に及ぶ旅に出るのだが、政治（政党）に対抗する官僚制を核とする国家統治の必要の確信を深めて帰国し、山縣閥といわれる官僚層・陸軍・貴族院等々における巨大影響網を構築し、政党勢力に立ち向かうことになる。ごく単純化していえば、この「伊藤的なもの」と「山縣的なもの」との対立と

その消長が明治憲法の運命を表現することになった。

以上主として政治的側面に焦点をあててみてきたが、法的側面についてはどうであつたであろうか。明治憲法は大陸法、とりわけドイツ法を範として作られたといわれるが、議論の余地があるとはいえ、大きくはその発想・枠組を受けて運用が図られてきたことは否定できない。その典型的現れは、司法権は民事・刑事の裁判権に限定され、行政事件は行政の系列に属する行政裁判所に属するとされたことである（明治憲法六一条参照）。

近代司法のあり方として、国民の司法参加（陪審制）が重要な構成要素をなしている。一八三〇年代にアメリカを訪れたフランスのトクヴィルは、民主制における司法のあり方として陪審制の意義に注目し、彼の著書の書評も書いたイギリスのミルは、古来の陪審制を新しい目で見直し、人民の公共的関心を呼び起こす政治教育的な場としてその意義を強調した。⁽²⁴⁾ 明治一〇年から一年にかけて、フランス人法律顧問ボアソナードを中心に起草された治罪法の素案に陪審制に関する規定が設けられたのも、近代司法のあり方に関する当時の一般的な考え方を反映するものであり、また、当時の日本が直面していた不平等条約の改正という大きな課題とも関連していたものと思われる。その頃、福澤諭吉をはじめ少なからざる人が陪審制の導入を主張し、そして、伊藤博文もその導入を検討していたともいわれる。しかし、井上毅らは、民衆（臣民）はいわば統治の客体であつて裁判する能力なしとして強硬に反対し、結局導入されるに至らなかった。

立憲主義的統治構造にあつて、司法権の独立の確保が大きな課題であることはいうまでもない。この点、明治憲法は正面から司法権の独立についての規定を設けていない。ただ、裁判官の身分保障に関する規定を置いており、それと関連づけて司法権の独立の保障ありと解された。そして大津事件はそのことを明確にし、司法権の独立は磐石のものとなつたなどと説かれてきた。しかし、裁判所構成法や司法省官制は、裁判所は司法大臣の統括する司法省の下にあることを明らかにし、裁判所の人事および予算は司法省の一手に握るところであつた。大津事件以後「司法」内部の重心は

検事に移り、大審院判事であつた尾佐竹猛が「司法権独立が高唱されるときは常に検事の独立の意味である」と述べるような情況が現出し、「司法権の独立」も「統帥権の独立」と並ぶ（反政党的勢力によつて支えられた）「独立」のイデオロギーへと転化していった。

大久保利通↓伊藤博文のいわば志を受け継ぎ立憲制を推進する立場にあつた原敬は、特に日糖事件や大逆事件における取調べの苛烈さに深刻な危機感を抱き、政党政治への挑戦とも受け止め、陪審制度の導入にいわばその政治生命をかけることになる。⁽²⁶⁾そして、様々な曲折を経ながらも、原暗殺後の大正一二年に陪審法が成立し、昭和三年から実施されることになったが、政党政治が崩壊した昭和一八年に停止された。

最後に、違憲立法審査制に簡単に触れておきたいと思う。まず、明治憲法にはこの制度についての言及はなく、例の伊藤博文『憲法義解』にも触れるところがないのだが、この明治憲法^下でもこの制度をめぐる様々な議論があつたことを指摘しておきたいと思う。例えば、上杉慎吉はアメリカの「まるびい対まちそん事件ノ判決」に言及しつつ、法令の実質的審査権を肯定しているのである。もちろん否定論もあつたが、ただ、肯定論も否定論もその理由は一様ではなかつた。明治憲法はいわゆる神権的国体観念と立憲主義とを結びつけようとする憲法であつたことはよく指摘される⁽²⁷⁾ところであるが、いずれの立場に立つとしても肯定・否定がありえた。すなわち、神権的国体観念によつて天皇の裁可が法律の違憲でないことの絶対の証しであると考えれば否定論に（穂積八束）、同じく神権的国体観念によつて議会の行動から天皇大権を守ろうとすれば肯定論に（上杉慎吉）、立憲主義によつて議会の地位を重視すれば否定論に（美濃部達吉）、個人の権利を重視すれば肯定論に（市村光恵）、というふうである。さらにこれとは別に、第一次大戦後ヨーロッパで成立した「憲法裁判所」に注目する論もあつた（清水澄）。支配したのは否定論で、裁判所も違憲立法審査権を自らのものとしようとはしなかつた（既に見たように、行政裁判権は司法権の範囲とされていなかったことにも留意する必要がある）。

(2) 日本国憲法とその後の展開

日本国憲法といわゆる憲法付属法（国会法、内閣法、裁判所法など）の成立過程が占領軍の指導下にあったことは周知のこと、ここでは立ち入らない。

ここで敢えて強調したいのは、明治憲法下の体制が既に示唆したように基本的に行政中心の体制であったこと（伊藤などが予期したように政党政治が開きかけたが、様々な要因により急速に萎んでいった）、日本国憲法下になっても行政組織（官僚組織）は基本的にそのまま継続したということ、である（もちろん陸軍省、海軍省は廃止され、巨大かつ強大な組織であった内務省は解体されたが）。それは、やむをえないことでもあったし、また、敗戦に伴う混乱を最小限にとどめるという意味で日本にとって幸いであったというべきかもしれない。ただ、そのことは、明治憲法体制下の行政組織（官僚組織）の体質・欠点をも引き継いだことを意味している。この点は、また後に触れることにする。

大きく変わったといえるのは、司法権と裁判所である。日本国憲法の制定とともに、長年の課題であった、司法省の軀から脱するという課題を果たし、組織の一新を図った裁判所を中心に、新たな司法制度が構築された。もう少し具体的にいえば、憲法は、最高裁判所の長官を内閣総理大臣と並んで天皇の任命事項とする（六条）とともに、違憲立法審査権や行政裁判権を司法権の内実とし（八一条等）、司法権の独立について入念に規定し（司法府の独立、裁判官の職権行使の独立、裁判官の身分保障に関する諸規定）、こうした憲法の趣旨を受けて制定された裁判所法は裁判所の人事権・予算権が最高裁判所にあることを明確にし、ここに裁判所が名実ともに司法権の担い手にふさわしい存在となつたわけである。また、憲法は司法権の機能を支える存在たる「弁護士」「弁護士」についても言及し（三四条・七七条等）、そうした憲法の間をを受けて弁護士法が制定され、弁護士会に強い自治権を認めた。さらに、法曹資格の取得に

関し司法試験に一本化され、司法研修所における司法修習制度が設けられ、いわば入口におけるいわゆる法曹一元制が実現された。

このように、政治と行政そして両者の関係のあり方、それから司法のあり方、に関しそれぞれ事情を異にするところがあるが、国民主権に立脚する日本国憲法とその趣旨を受けての憲法付属法の下で大きな変革が図られたわけである。が、昭和三〇年代に入ると、制度の見直しの動きが生じてきた。ただ、その見直しの目的・動機は一樣ではなく、旧に戻そうとするものもあつた。中でも一番大きいのは憲法改正の動きであるが、それについてはよく知られていることなのでここでは立ち入らない。

ここで留意しておきたいのは、日本国憲法制定に関連しての制度変革は短期間内にあつたらしい雰囲気の中で進められたもので、地に足がついていないというか、制度に現実が追いつかないものや、あるいは逆に、制度の変革そのものが中途半端にとどまるものなど、様々なものがあつたということである。その詳細にここで立ち入ることは時間的にも、また私の能力からいっても困難である。ただ、象徴的な例をあげれば、昭和一七年、国家総動員体制の下で制定された日本銀行法である。同法は、戦後数回にわたり改正され、最高の意思決定機関を総裁から政策委員会とするなどの措置がとられたが、うまく機能せず、昭和三二年から三五年にかけて金融制度調査会においてその機能強化を図る方向が打ち出されたが、結局、法改正には至らなかった。

もう一つ触れておかなければならないのは、司法の分野である。司法制度の大変革について先に触れたが、良き裁判官を十分に得られないとか、法曹三者の関係がうまくいかないとか、様々な問題が浮上してきた。そこで昭和三七年に臨時司法制度調査会（いわゆる臨司）が設置された。その設置法には、「司法制度の運用の適正を確保するため、主として、法曹一元の制度（裁判官は弁護士となる資格を有する者で、裁判官としての職務以外の法律に関する職務に従事したものの中から、任命するを原則とする制度）に関する事項並びに裁判官及び検察官の任用制度及び給与制度に関

する事項について、緊急に必要な基本的かつ総合的な施策について調査審議する」(二条)とあつた。同調査会は二年にわたる審議を経て昭和三九年に答申を出した。この答申は今読んでも読み応えのある内容であるが、裁判官・検察官の給与制度の改善合理化を打ち出したものの(そして実際に改善合理化が図られた)、法曹一元制については一つの望ましい制度としながらもその基盤が整っていないとしたことから、日本弁護士連合会(いわゆる日弁連)は猛反発し、以後改革の推進にそつぽを向くことになる。

なお、法曹人口は戦後の新制度の下で徐々に増え、臨司の答申の出た昭和三九年には司法試験合格者数が五〇〇人台に達したが、以後はそこで止まってしまい、五〇〇人前後の数字が何と約三〇年続くことになる。そして昭和四五年の参議院法務委員会で「今後、司法制度の改正にあつては、法曹三者の意見を一致させて実施するように努めなければならない」という付帯決議がなされた。それは国会が法曹三者間の軋轢に嫌気が差した結果といえるのであるが、同時にそれは、日弁連に立法拒否権を認めたに等しい、さらにいえば国会が司法は日本にとって大事に非ずと判断したに等しい、という含意を伴うものであつた。実際その後はみるべき改革は一切なされなかつたといつても過言ではない。

以上、一二の例をあげたにすぎないが、日本が高度経済成長に突き進む中で制度見直しの気運は急速に失われていった。

V 二〇世紀末の状況と「国のかたち」の再構築への試み

(1) 二〇世紀末の日本の置かれた状況

冷戦構造は大変危険な面をもっていたが、日本にとっては安全保障などの厄介な問題はアメリカに委ね経済の問題に専念できる環境でもあった。実際、そうした環境の下で、日本は高度経済成長に邁進して輝かしい成果をあげ、アメリカに次ぐ経済大国に上り詰めた。それは、日本の国家・社会経済体制の優れた証左であるという自惚れにも似た気持ちで醸成したのは否定できない。政治は三流でも、経済そしてそれを支える行政は一流であるといった気分が支配的になったように思われる——そうした中で、司法はまことに影が薄く、そして、司法の出番が少ないのは日本社会の伝統にして大変な長所であり、アメリカが駄目になったのは「訴訟社会」のゆえンであるなどとまことしやかに喧伝されたものである。

けれども、そうしたやや浮かれた気分は、一九九〇年前後を境にして大きく変わった。その原因については様々な見方があると思うが、私はかねて三つの原因をあげてきた⁽²⁸⁾。一つは、ベルリンの壁の崩壊に象徴される冷戦構造の終焉である。二つは、それとともに顕在化したグローバリゼーションである。この二つは、日本がもはや経済の問題だけに専念できない時代になったことを意味する。アメリカは、ソ連との対抗上日本の行動に特別の配慮をする必要がなくなり、「普通の国家」としての行動を求めるようになった。そしてまた、経済の領域においても、国家の戦略的・戦術的政策展開がより大きな意味をもつようになった。

そして第三の原因は、いうまでもなく日本の高度経済成長の終わり（バブル経済の崩壊）である。それがもたらす問題は多方面に及ぶが、国家のあり方との関係でいえば、明治憲法体制以来の行政中心体制、しかもその実態である各省割拠主義体制でこれからもやっていけるのかという深刻な課題が露呈したことである。平成九年の行政改革会議の最終報告に、次のような一節がある。高度経済成長が終わり、四〇〇兆円あるいは五〇〇兆円といわれる（当時）膨大な財政赤字が累積し、「限られた資源のなかで国家として多様な価値を追求せざるを得ない状況下においては、もはや、価値選択のない『理念なき配分』や行政各部への包括的な政策委任では、内外環境に即応した政策展開は期待し得ず、旧来型行政は、縦割りの弊害や官僚組織の自己増殖・肥大化のなかで深刻な機能障害を来しているといっても過言ではない」、「各省庁の縦割りと、自らの所管領域には他省の口出しを許さぬという専権的・領土不可侵の所掌システムによる全体調整機能の不全といった問題点の打開こそが、今日われわれが取り組むべき行政改革の中核にある」と。

（２）「国のかたち」の再構築への試み

一九九〇年代に政治改革、行政改革、地方分権推進、司法改革等々が取り組まれるようになったのは、こうした時代背景でみれば、いわば必然のことであつたと思われる。そしてそれらの改革がかなり根本的なものにならざるをえなかつたことも……。

日本国憲法が意図したところをごく大づかみにいえば、政治の復権と法の支配（司法）の強化であつたと思われる。まず、政治の復権についていえば、国民主権をベースにして、国会をもつて国権の最高機関にして国の唯一の立法機関と定め、また、内閣を憲法上の機関としてそこに行政権を一元的に帰属させ、内閣総理大臣を内閣の首長としたことに、その意図はよく現れていると思う。しかし、その実態はなかなか憲法の期待したようなものとならなかつたこと

は、既に若干申し上げた通りである。

行政改革会議の最終報告は、次のように述べている。「今回の行政改革は、『行政』の改革であると同時に、国民が、明治憲法体制下にあつて統治の客体であるという立場に慣れ、戦後も行政に依存しがちであつた『この国の在り方』自体の改革であり、それは取りも直さず、この国を形作っている『われわれ国民』自身の在り方にかかわるものである。われわれ日本の国民がもつ伝統的特性の良き面を想起し、日本国憲法によつて立つ精神によつて、それを洗練し、『この国のかたち』を再構築することこそ、今回の行政改革の目標である」。そして最終報告は、内閣機能・内閣総理大臣の指導性の強化と、省庁の再編成を打ち出したわけである。

ここでその委細に立ち入る余裕はないが、この報告を受けて必要な法改正が行われ、また、自民党も民主党も「政治主導」をうたい、さらに本格的な政権交代も生じた。しかし、政党は国政の運営にあたるに必要な党自体のガヴァナンスを研ぐことを怠り、徒らに官僚叩きないし官僚排除に走り、「政治主導」は空回りし、憂慮すべき状態にある。といつて、また従来のような行政（官僚）主導体制に戻ればよいというものではありえない。今は過渡期と考えて辛抱強く努力するほかないのである（八月に菅内閣は退陣し、野田内閣が誕生したが、新内閣がどのような統治能力を発揮するか注目されるところである）。

次に、法の支配（司法）の強化についてであるが、司法制度改革審議会は、「二一世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明らかにし、国民がより利用しやすい司法制度の実現、国民の司法制度への関与、法曹の在り方とその機能の充実強化その他の司法制度の改革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議する」（設置法二条一項）ことを目的として、平成十一年七月に設置され、一三年六月に「意見書」を内閣に提出した。それは「民法典等の編さんから約百年、日本国憲法の制定から五十余年が経つた」の文章にはじまり、改革の根本的課題が「法の精神、法の支配がこの国の血肉と化し、『この国のかたち』となり、『日本国憲法』によつて立つ個人の尊重（憲法十三条）」と

国民主権（同前文、第一条）が真の意味において実現されるため」に何をなすべきかにあることを明らかにしている。

私は、司法改革の意義・目的は二つあつて、一つは、政治に対する司法の抑制力を強化すること、もう一つは、今度こそ「国民の司法」を確立すること、であると理解している。

①の抑制力の強化については、行政改革会議の最終報告が「内閣機能強化に当たつての留意事項」として、法の支配の拡充発展の必要を説き、「政府においても、司法の人的及び制度的基盤の整備に向けての本格的検討を早急に開始する必要がある」としていたところである。司法改革は、政治改革や行政改革と不可分一体のものとして進められたものである。

②の「国民の司法」の確立は、①とも密接に関連しているが、いままで一般の国民にとつていわば「高嶺の花」であつた司法を国民の身近にあつて利用しやすく頼りがいのあるものにしようというものである。法テラス、質量とも豊かな法曹の確保、国民の司法参加（裁判員制度）等々は皆そのための方策である。

審議会意見書には、「法の支配」の意義について次のように述べている。「法の下ではいかなる者も平等・対等であるという法の支配の理念は、すべての国民を平等・対等の地位に置き、公平な第三者が適正な手続を経て公正かつ透明な法的ルール・原理に基づいて判断を示すという司法の在り方において最も顕著に現れていると言える。それは、ただ一人の声であつても、真摯に語られる正義の言葉には、真剣に耳が傾けられなければならない、そのことは、我々国民一人ひとりとつて、かけがえのない人生を懸命に生きる一個の人間としての尊厳と誇りに関わる問題であるという、憲法の最も基礎的原理である個人の尊重原理に直接につらなるものである」。

私は、立憲主義には二つのフォーラムが必要であると考えてきた。すなわち、「政治のフォーラム」と「司法（法原理）のフォーラム」である。最初にアメリカの憲法体制に触れたが、このことの意味はアメリカの憲法の歴史に照らしても十分理解していただけるのではないかと思う。この点、日本の司法は、質の面でいいものもあつたが、広く国民に

根をおろさず、小さく固まり、立憲主義を支えるには十分なものではなかったと思われる。こういうと、それは国民が求めなかったからだという反論がありそうだが、いやそれは体制によって意図的に作られてきたものではないかと再反論したいところである——日本人が争いを好まず、訴訟嫌いであるというのは一種の神話ではないかという大本先生のご指摘を思い出しつつ……。

VI おわりに

(1) 憲法の“物語”性

私は、かつて、今われわれに求められているのは「憲法と日常の具体的生活との深いかかわり合いを自覚せしめる“物語”(narrative)を構築し、“善き社会”⁽²⁹⁾の形成に向けて努力するための筋道を提供する基盤とすることではないか」と述べたことがある。個人として尊重される「人格的自律権」の享有主体としての一人ひとりの個人(憲法一三条)が「われら日本国民」として「善き社会」に向けて自己統治を続けるには、このような“物語”を共有することが不可欠であると考えたからである。そして、裁判所(特に最高裁判所)のその“物語”の形成と保持における重要性について、いろいろな事柄との関連性において強調してきた⁽³⁰⁾。

冒頭で、ジェファースンの「世代憲法構想」とその問題性を指摘し、ケイシー判決の一節に触れた。私の考えも、それと共通の基盤に立っている。奥平康弘教授の「世代を超えた『共同作業』としての憲法」⁽³¹⁾論も、同様の趣旨と私は理解している。

(2) 改革の持続性

『ローマ人の物語』で知られる塩野七生氏は、さるエッセイの中で、一時は繁栄を誇った国が急速に衰退に終わった原因を問い、次のように述べている。「これらの国々は、興隆の要因であつたものがある時期を境にして衰退の要因に変わるのを、阻止できなかった国である。競争の次元が変わりつつあるのに、それまでの成功が忘れられなくて自らを変える勇気がもてず、重い足枷になつてはじめて対策を立てたがもはや遅し、であつた国々なのだ」と。そしてまた、「改革は体力の、つまり経済力のあるうちに為されねば有効でない」ともいう。⁽³²⁾

「改革」と一口でいつても様々なものがありうる。中には良いものも良くないものもありうるところである。しかし、日本という国に住むわれわれにとつて今なすべきことの大筋はかなり明確であるように思われる。そして、その改革を進めるにあたつてベースに据えられるべきは日本国憲法であると考ええる。日本国憲法の中には、例えば二院制問題とか地方自治の強化に関し部分的に手直したらよいと思うところもあるが、全体としてみた場合、人類の長年にわたる経験と日本の国民の苦い経験を反映した、普遍性の高い優れた内容の憲法であると考えている。一人ひとりが尊厳をもつた存在として生き、「われら日本国民」として自己統治を続けるにあたつて共有されるべき「物語」として、世代を超えて受け継がれていくべきものと考えている。

塩野氏も示唆しているように、改革には抵抗がつきものである。今日言及した改革も例外ではない。従来うまくやつてこられたのだから変える必要がないといった思いからのもの、自分たちが享受してきた利益（いわゆる既得権）が損なわれるといった思いからのもの等々、様々のものがある。そして、ときに、塩野氏のいうように改革を行うには既に時期を失しているのではないかと重苦しい気分になることがある。しかし、日本の国民は様々な困難を乗り越えてきた

人々である。希望をもつて必要な改革を持続していくならば、必ず道は開けてくると信じている。

なお、本稿では最初にアメリカ憲法について述べ、日本国憲法との関係についても少し立ち入るべきであったかと思うが、時間の関係で不可能であった。また、アメリカの憲法学とヨーロッパの憲法学との微妙な違いについて触れたが、では日本の憲法学はどのような特徴をもつか、日本の統治構造との関連性はどうか、など興味深い論題があるが、他の機会に譲るほかない。さらに、行政改革や司法改革の具体的内容や趣旨についても立ち入って述べることができなかった。その点についても、あらためて述べる機会があればと思っている。

（本稿は、二月二日聖学院大学総合研究所「憲法研究会」でのスピーチを基本に二〇一一年八月下旬から九月上旬にかけて執筆したものである。）

注

（１）明治憲法期に佐々木惣一は憲法改正無限界論を主張したが、そのことの故に佐々木はしばしば右翼の脅迫を受けたと伝えられる。

（２）佐藤幸治「司法審査とデモクラシー——アメリカにおける理解を中心として」（１）（２）法学論叢七四卷三号一頁（一九六三年）、七四卷五・六号三五頁（一九六四年）。

- (3) 高柳賢三『司法権の優位』（有斐閣、一九五八年）。
- (4) 今津晃『アメリカ革命史序説』（法律文化社、一九六〇年）。
- (5) C. G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* (1959); Merrill Jensen, *Democracy and the American Revolution*, XX The Huntington Library Quarterly (1957).
- (9) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).
- (7) *U. S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 617 n. 7 (2000).
- (8) Gordon Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited*, 56 *Washington & Lee Law Review* 787, 793, 801–802 (1999).
- (9) 岸野薫「マーベリ判決における法と政治の相剋（１）（２）」法学論叢一五九巻二号六三頁（二〇〇六年）、「一五九巻四号五五頁（二〇〇六年）」。
- (10) O. W. Holmes, *John Marshall*, in James Bradley Thayer, Oliver Wendell Holmes, and Felix Frankfurter on John Marshall 129, 133 (1967).
- (11) A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* 58 (1962).
- (12) A. M. Bickel, *The Morality Consent* 11–30 (1975).
- (13) この点については、駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾『アメリカ憲法の群像』（尚学社、二〇一〇年）参照。
- (14) 岸野薫「トマス・ジェファースンと自己統治の観念」初宿正典先生還暦記念論文集『各国憲法の差異と接点』（成文堂、二〇一〇年）三二頁。
- (15) Larry Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (2004).
- (16) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 901 (1992).
- (17) Robert C. Post, *Constitutional Scholarship in the United States*, 71 • CON 416, 418 (2009).
- (18) A. M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress* 91 (1970).
- (19) Bickel, *supra* note (11) at 16.
- (20) Post, *supra* note (17) at 416.
- (21) 瀧井一博『文明史のなかの明治憲法』（講談社、二〇〇三年）第二章参照。

- (22) 瀧井一博『伊藤博文』（中央公論社、二〇一〇年）第一章、また同編『伊藤博文演説集』（講談社、二〇一一年）における「解説」参照。
- (23) トクヴィル（岩永健吉郎訳）「アメリカにおけるデモクラシーについて」『世界の名著 33』（中央公論社、一九七〇年）。
- (24) ミル（早坂忠訳）「自由論」『世界の名著 38』（中央公論社、一九六七年）。
- (25) 尾佐竹猛『判事と検事と警察』（総葉社書店、一九二六年）三頁。また、三谷太一郎『政治制度としての陪審制』（東京大学出版会、二〇〇一年）本論第一章第二節参照。
- (26) 三谷・前出注(25) 本論第二章第二節参照。
- (27) 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、一九八八年）二二五―二三一頁参照。
- (28) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、二〇〇二年）二〇九頁以下参照。
- (29) 佐藤幸治『憲法とその「物語」性』（有斐閣、二〇〇三年）六三頁。
- (30) 佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、一九九五年）（なお、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）も参照）。
- (31) 奥平康広『憲法の想像力』（日本評論社、二〇〇三年）三一―四四頁。
- (32) 塩野七生『再び男たちへ』（文藝春秋社、一九九一年）二四五―二四六頁。