

立憲主義とその危機

—— 歴史的考察

水林 彪

1 はじめに

安倍内閣が2014年7月に「集団的自衛権」の行使を容認する閣議決定をして以降、今に至るまで、平和主義と反平和主義との熾烈な闘いが繰り広げられてきた。一見極めて明白な違憲の安保法制を、ほとんどの憲法学者と多くの国民の反対を押し切って強行「可決」した安倍内閣および政権与党のきわめて自覚的な反平和主義と、連日の抗議デモ・集会に個人として参加した何十万人の人々とその背後に控えるおびたしい数の国民の平和主義擁護の運動との激しい闘争である。それはまた、立憲主義と反立憲・専制主義との闘いでもあった。この平和・立憲主義と戦争・専制主義との対決は、「国の最高法規」たる日本国憲法を構成する根本原理の存亡にかかわるという意味において、日本法の現在の最重要問題にはかならない。この小稿は、そのような現下の「立憲主義の危機」を、法史学の立場から考察することを課題とする。まず、〈立憲主義〉概念そのものについて考える(2)。次に、そこで得られた立憲主義概念を用いて、当面する上記の日本法問題およびその歴史的由来について考察する(3)。

2 立憲主義

(1) 近代立憲主義についての古典的定式化

(a) 1789年人権宣言・1791年憲法

〈近代立憲主義〉とは何かという問に答えるべく、きわめてしばしば、次のような1789年人権宣言第16条が引かれる。「権利の保障が確保されず、権力の分立も定められない社会は、憲法を有しな

い」。ここでは、「権利の保障」と「権力分立」とが並記されているが、人権宣言を冒頭に据えた1791年憲法の審議過程において、「権利の保障」と「権力分立」を含む公権力の編成方式とは、目的と手段の関係にあることが強調された。

このことによって、公権力のあり方には根本的な制約が課せられることとなった。第1に、公権力自身が権利を侵害するようなことがあってはならないこと、第2に、公権力は国民の権利の実現を自身の職務として保障しなければならないことである。手段が目的を裏切るとは背理であるから、ここに第1の要請が生まれる。第2の要請は、私人間で権利侵害事件がおこれば、公権力は、被害者の救済に努めねばならないことを意味する。これもまた、社会契約によって、自然状態(自力救済世界)から公権力が正当暴力を独占する市民社会状態に移行したことの必然的帰結である。自力救済の放棄・禁止は、当然に、正当暴力を集中した国家権力に対して、国民の権利の保障の義務を課すことになるからである。

(b) 「権利」とは何か?

——droits naturels et civils

しからば、近代立憲主義にとっての究極の価値とされた「権利」とは何か。1791年憲法は、これをdroits naturels et civilsと表現した。droits naturelsは、人が自然状態において有していたと観念される自然権のことであるが、ここにはいまいち、civilという形容詞が付加されていることが注目される。単数形のdroit civilは民法、複数形のdroits civilsは民事的権利であるが、日本語の民法・民事的権利とはかなりニュアンスを異にすることに留意しなければならない。人々は、自然権の確実な保全のために、社会契約によってsociété

civileを形成するが、このsociété civileにおける権利たるdroits civilsにまで高められたdroits naturelsが、droits naturels et civilsである。革命期フランスの人々にとって、民法とはそのようなものであった。このことは、近代立憲主義について、次のことを示唆する。すなわち、この原理は、狭く憲法だけに関係する概念ではなく、société civile(市民社会)全般を規律する法の全体にかかわる概念であるということ、したがって、近代立憲主義の危機とは、憲法だけの危機なのではなく、近代法秩序全体の危機だということである。

(2) 近代法とは何か? —— 否定の対象としての絶対王政法との対比において

(a) 臣民の行為規範としての王制定法

このように考えてくれば、「近代立憲主義とは何か」という問いは、「近代市民法(近代市民社会の法)とは何か」という問いそのものである、ということになる。以下、「近代市民法は、何を否定して、自らを形成したのか」という観点から、この問題に迫ってみることにする。

近代市民法が否定の対象としたものの中心に位置したのは、臣民の行為規範としての絶対君主の制定法であった。フランス語で「オルドナンス(ordonnance)」と言われる王制定法は、「命令する」という意味のordonnerの名詞形である。日本語訳としては、「法度」が適切であると思われるが、邦訳問題はさておくとして、オルドナンスを、王の意思表示の形態という視点から観察するならば、禁止、命令、許容の3種に分類することができる。動詞形で表現するならば、「…してはならない」、「…せよ」、「…してもよい」の3形態である。このような3種の動詞表現をもって、絶対君主は、臣民の一挙手一投足を具体的に指示しようとした¹⁾。法史学は、このような王権の志向を(紀律化)と概念化する。これについて、プーロンは、怒りをこめて、次のように説明した。「行政の監督下に置かれて、検査され、スパイされ、指導され、やたらと法律を課せられ、規制され、型にはめられ、教化され、説教され、コントロールされ、評価され、検閲され、指揮されること、ありとあらゆる行為・仕事・活動が帳書き

れ、登録され、リストにのせられ、査定され、捺印され、測定され、評価され、課税され、免許され、認可され、委任され、推薦され、警告され、阻止され、改革され、調節され、処罰される」こと²⁾。

(b) 近代市民法

革命とともに出現した近代市民法は、そのようなオルドナンス体制の全面的な否定であった。

まず、王の「許容」は諸個人の「自然権」へと転換した。「…してもよい」という許容規範によって、臣民は許容されたことを為すことができたけれども、それは、あくまで絶対君主の恩恵であり、慈恵の措置にすぎなかった。そのような許容規範が、自分自身の身体・精神・財物に対して有する各人の支配権については、人が生来有している権利と観念されることとなった。王などの許可によってではなく、人は生まれながらに、当然に、自分自身の身体・精神・財物に対して支配権すなわち自然権を有しており、これには、誰も干渉することができない、すなわち、自由だ、という観念である。

臣民に対して直接に行為を禁じたり命じたりする法規(臣民の行為規範)は、要件と効果によって構成される裁判規範(公権力の行為規範)へと転換した。刑法と民法からそれぞれ一例をあげてみよう。

○^x 武力または暴力によってなされた盗みはすべて、^y 10年の強制労働に処す。(1791年刑法典第2部第2編第2章第1条)

○^x 売主が不動産価格の12分の7以下で売却したとき、^y 売主は過剰損害を理由とする売買の取消を請求する権利を有する。(1804年民法典1674条)

前者は盗みに関する刑法の規定、後者は買主が売主の窮迫につけこみ、暴利を得ようとして結んだ不動産売買契約に関する規定である。絶対主義時代のオルドナンスならば、端的に、「盗みをしてはならない」、「暴利契約を結んではならない」という、行為の禁止を命ずる行為規範として成文化されるが、右の二つの規定はそのような書き方にはなっていないことが重要である。「Xという条件ないし要件(condition)が満たされた場合、Yという法的な効果(effet)が発生する」という要件効果的法命題の記述という形式をとっているの

1) 一例として1577年の神聖ローマ帝国ポリツァイ条約(『西洋法制史史料集成Ⅲ 近世・近代』[創文社、1979年])。

2) Oestreich, Gerhard, Strukturprobleme des europäischen Absolutismus, in, Geist und Gestalt des frühmodernen Staates, 1969. 邦訳「ヨーロッパ絶対主義の構造に関する諸問題」(成瀬治編訳『伝統社会と近代国家』[岩波書店、1982年]) 256頁。