

憲法とは何か

～日本の将来を見据えた日本国憲法のあるべき姿について～

What is the Constitution?: What Japan's Constitution Should Be, Reflecting the Future of the Country

三菱UFJリサーチ&コンサルティングでは、2010年度より、弊社の研究員およびコンサルタントの基礎的教養を高め、クライアントに対してより魅力的で洞察力のある知恵の提供ができるようになることを目的に、「学び」の場として『巖流塾』を開催しています。

この目的を達成するため、『巖流塾』では表面的な知識やスキルを習得する場所としてではなく、物事の実体、本質に迫ることができるようなテーマを用意し、自己鍛錬、塾生同士の相互研鑽の場を提供することを目指しています。

2013年度においては、『巖流塾』の活動テーマを『100年後の日本～縮小国家・日本に将来はあるか～』と設定し、急速な高齢化の進展、人口減少社会の到来が確実視されるなかで、100年後の日本の姿を想定し、どのようなパラダイムの転換が必要か、日本がとるべき戦略・政策とは何か、等について構想していくことを目指しています。

そして、外部から有識者を講師としてお招きして、有識者の方々とのディスカッションを軸に、あるべき日本の姿についての検討を進めることとしています。お招きする有識者の第1弾として、東京大学大学院法学政治学研究科教授・長谷部恭男氏に、「憲法とは何か～日本の将来を見据えた日本国憲法のあるべき姿について～」と題した講義をお願いいたしましたので、ここに講義録を採録いたします。



Since 2010, Mitsubishi UFJ Research and Consulting has offered the company's researchers and consultants learning opportunities through the Ganryu Seminar to enhance their basic knowledge and enable them to provide interesting and insightful ideas to clients. To achieve this goal, the Ganryu Seminar is intended to be not merely a place for acquiring superficial knowledge or skills, but also a place where the participants can learn from each another as well as train themselves by engaging in themes that are connected to the reality and essence of issues.

In 2013, the theme for the Ganryu Seminar is "Japan in 100 Years: Does Our Shrinking Nation Have a Future?" With the country gripped by rapid population aging and population decline, the goal of the seminar is to imagine the situations that Japan will face 100 years from now and to discuss ideas regarding, for example, what kinds of paradigm shifts will be necessary and what strategies and policies should be pursued over this period. Experts from outside the company have been invited to lecture, and the seminar participants can further their ideas about an ideal Japan through discussions with them.

Included in this issue of the journal is content from a lecture entitled "A Summary of What is the Constitution? What Japan's Constitution Should Be, Reflecting the Future of the Country" given by Yasuo Hasebe, Professor at Graduate Schools for Law and Politics, University of Tokyo, the first invited lecturer at the Seminar.

Part 1 : 講義

立憲主義とは何か

本日は「憲法とは何か」という題で話をします。

最初は、立憲主義とは何かです。最近になって「立憲主義」という言葉もだいぶ普及してきました。「立憲主義」という言葉は、Constitutionalismの訳ですが、いろいろな意味で使われます。

大きく分けて広い意味、狭い意味がありますが、広い意味では、「政治権力を制限する思想一般」を立憲主義であるというふうに使います。この意味ですと、古代や中世にも実は立憲主義があったということになります。

たとえば中世のキリスト教を正当な教義とする社会でしたら、政治権力も当然キリスト教の考え方に従って行使されなくてはいけないというように、それなりに政治権力は制限されているわけです。それを中世流の立憲主義であるということは、広い意味の立憲主義であれば可能です。

ただし、現在、日本であるいは日本が今までお手本にしてきた国々で、「立憲主義」「Constitutionalism」という言葉が使われるときには、「近代立憲主義」を指すのが普通です。平たく申しますと、国民の権利と自由を保障し、それに基づいて政治権力を制限していること、これが「近代立憲主義」です。この世の中には根源的に対立する多様な価値観、世界観がありますが、こうしたことを認めることがこうした立憲主義の前提です。

古代のアテネにも立憲主義があったといわれることもありますが、これが「古代立憲主義」です。古代の立憲主義または中世の立憲主義においては、価値観や世界観の多元性は認められません。

一方、「近代立憲主義」は国民の権利や自由を保障して、それに基づいて政治権力を制限していき、それは大変結構なことです。ただし、そのことだけでしたら、何でそんなものにこだわらなくてはいけないのですか、という話があり得るわけです。ですから、なぜ「近代立憲

主義」がそんなに大事なのか、その理由を考えないといけません。

「近代立憲主義」は、17世紀から18世紀のヨーロッパで生まれた考え方として、その意味では比較的歴史の浅い思想です。これに類似する考え方を、たとえば古代のアテネで見つけることができないというわけではありません。ただし、近代以前においては、それほど普遍的な考え方ではなかったのです。立憲主義が普遍化したのは、やはり17世紀、18世紀のヨーロッパと、その出店のアメリカということになります。

ではなぜヨーロッパで立憲主義が生まれたのかと申しますと、その前提になっているのが宗教改革です。宗教改革によって、それまで1つであった教会が分裂しました。少なくとも2つ、見方によっては3つ、4つに分裂していくわけです。それは宗教戦争をもたらします。と申しますのも、宗教はそれぞれの人にとってはとても大事なものです。それぞれの人の生き方を決めるものですし、人生の意味は何なのか、そもそもこの宇宙はいったい何のためにあるのか等、大事なことを教えてくれるのが宗教です。ですから、ある特定の宗教が正しいと信ずる人にとっては、その宗教はとても大事なものとなるわけです。

自分にとって正しい宗教であれば、自分にとって正しいだけでなく他人にとっても正しいはずですから、それを世の中一般に推し広めるのが人としての自然の情です。それぞれの人がその自然の情に基づいて、自分の信じている宗教を他人に推し広めようとすると、結果として血みどろの戦争になります。なぜならば、相手は「正しくない宗教」に従っているわけですから、そういう人の場合、相手の肉体を滅ぼしてでも相手の魂を救ってあげた方が、その人のためになるという考え方になります。

ただし、そうは言いましても、こういう血みどろの争いというのをいつまでも続けていくほど人間は実はばかではなかったわけです。価値観や世界観というものは多元的なものなのだ、ということをも認めたうえで人間らしい社会生活というものを送っていくためには、どうい

枠組みが共有されていけばいいのか、という問題意識が生まれるようになってきます。これが「近代立憲主義」です。

世の中に価値観、世界観の根源的な対立があり、それぞれが正しいと思っている人が多様に存在していることを認めたくて、そういう違いにもかかわらず、みんなフェアな形で社会生活を送ることのできる枠組みというのはいったいどういうものか。世界観、価値観の違いに基づいて特定の人だけ不利に取り扱う、特定の人だけ有利に取り扱う、といったことのないフェアな仕組みは、いったいどうやったら実現できるのか。その答えが「近代立憲主義」だということになります。

公と私の区分

「近代立憲主義」の中心的手だてのひとつが、公と私を区分することになります。もちろん、公と私の間どこかに明確な線がピッと引いてあるというものではありません。公と私の区分は、人為的なものです。公と私の区分は、先ほどの話からして当然ですが、無理をして区分をしているのです。本来は公と私は区分したくないと思うものですが、そこを無理やり区分しているのです。

最初に、「私」の領域から話をします。「私」の領域では、それぞれの人自分の生き方や世界観を選びとって、それに従って自由に生きていくわけです。ときには志を同じくする仲間とともに生きるとか、あるいはパートナーになってくれる等のかたちで、ほかの人と一緒に家庭や結社を構築して生きていくこともあります。それが「私」の領域です。

「私」の領域では本来の自分の価値観に基づく自由な生き方を保障するのですが、他方で、「公」の領域では、自分の根源的な生き方とか価値観を脇に置いておいて、社会全体の共通の利益に関わる問題を考えることとなります。どんな価値観や世界観を持つ人であっても、共通に必要なものがあるはずですね。たとえば、道路がないよりは、きちんとした道路があった方がいいわけですし、きちんとした港等もあった方がいい。



その他、子供が大人になったときにどう生き方をするかに関係なく共通して必要な知識や教養を教えるような教育システム等も「公」の領域の話になってきます。それも特定の価値観だけを教えるようなところではなくです。自分の根源的な価値観、世界観を脇に置いて、社会共通の利益に関わるものがいかに提供されるべきかについて冷静に話し合っ決めていく、それが「公」の領域です。

この辺は誤解があり得るところなのですが、「公」の問題を議論するときに、自分の本来の価値観や世界観が何の影響も及ぼしていないことはあり得ないと思います。なんらかの形で影響があるはずなのです。ただし、世の中には多様な考え方の人がいるので、たとえば「自分の宗教によれば、これが正しいのだ」という言い方をしても、その宗教を信じない人には納得してもらえません。

これは要するに理由づけの問題です。「社会に共通する利益はこうなのです」ということを説明するとき、「私の宗教だったらこれが正しいのです」とは言わないで、「どんな世界観や価値観を持っている人だって、人間らしい社会生活を送ろうとするのだったら、これはどうしても必要なものでしょう」という理屈づけをしないとイケない。そうでないと、違う価値観を持っている人は納得できません。それが「公」と「私」の区分です。

公と私の区分をするということは、最終的には、政府には何ができて何ができないのかということを決める区分と密接に関連をします。政府に何ができて何ができない

いのかを議論するということは、理由づけとして何を持ってこることができるのか、という区分だと考えていただければと思うのです。

たとえば、私たちが「ここに道路をつくりたい」「学校をつくりたい」というときには、先ほど申し上げたように、「どんな考え方を持っている人でも、社会生活を送るためならやはり共通に必要なものなのだから、政府としてこういうサービスを提供します」という言い方をしなくてははいけないわけです。

国民の権利と自由

このような「公」と「私」の区分を前提にしたうえで、国民の権利や自由として、どういうものを保障しなくてははいけないか、が決まってくることになります。

私的な領域では、各自が選ぶ価値観に従って自由に生きることが保障されなくてはなりませんので、いくつかの例をあげてみますと、信教の自由、思想の自由、プライバシーの保護、等は当然に必要ななりますし、それらの前提になる物理的な人身の自由も当然保障しないといけません。

他方で公的な領域では、価値観の違いにかかわらず、社会に共通する利益の実現のためにみんなが協力をしないとイケない。冷静にかつ理性的に、審議・決定に協力をしなくてははいけないわけですが、そこでは十分な情報に基づく審議が必要ですから、表現の自由が重要になってきます。典型的にいうと、マスメディアの表現の自由が重要になります。また、自由に入手できる情報に基づいて市民としての審議と決定が可能になる民主的な政治制度が構築をされていないといけません。その構成要素として選挙権がありますが、選挙権も平等な形で配分されていないといけません。

最近、日本の最高裁も、投票価値の平等をかなり強調するようになってきていますが、投票価値の平等はなぜそんなに重要なのでしょうか。「投票価値の平等が損なわれているからといって、『私は損をしている』等」といって文句を言う人を私は見たことがありません」とか言われ

ることがありますが、自分が損をしているという問題では実はないわけです。それぞれの人を平等な存在として見ているかという点が問題です。平等な存在として見ているのだから、だからあなたも社会に共通する利益のために一生懸命考えて、それなりの努力をしてくださいというメッセージを国の側から送ろうと思うのであれば、やはり投票価値も平等にしていけないと、その前提がそもそも成り立っていないではないのかという話です。もちろん投票価値を平等にすることには、それ以外にもいろいろ理由はありますが。

硬性憲法の原則

立憲主義を言葉で言うだけではなく、社会のメカニズムとして埋め込んで動かしていくために、大抵の国でとられているのが「硬性憲法の原則」です。「硬性憲法の原則」とは、通常の立法過程で法律をつくるよりは、難しい手続を踏まないと憲法典は変えられないということです。また、その憲法典の中に近代立憲主義の諸原則と、そこから派生してくる国民の権利や自由の原則を書き込んでおくという話です。「硬性憲法の原則」については、いろいろな説明の仕方ができますが、ひとつは「通常の政治過程から距離を置く」という言い方ができるかと思いません。

通常の政治過程というものは、要するに党派政治です。先ほどは社会全体の共通の利益のために云々等ともっともらしいことを申し上げましたが、通常の政治過程、すなわち党派政治というのはそれほど高邁なものだとは皆さんは考えていないのではないのでしょうか。いろいろな利益団体があって、それぞれが自分たちの利益を実現しようとしている競争し、ときには妥協を図って、最終的には民主主義というのは多数決ですから、多数派をどうやって形成していくのか、そのプロセスが通常の政治過程です。けれども、その通常の政治過程の中で一緒に憲法原則の話まで取引材料のひとつにされると困るので、「硬性憲法」という形で、立憲主義の諸原則を憲法典の中に書き込んで、これはそうそう簡単には変えられ

ませんという仕組みをとっているのです。

憲法とは、国が本来、中長期的に守っていくべき基本原則ですが、もしも通常の政治過程の中で一緒くたで憲法の中身も変えられます、ということになりますと、そのときどきの多数派、少数派の変動によって、憲法の中身もあっちに行ったり、こっちに行ったりと変動することになります。果たしてそれでいいのでしょうかという話です。

最近、今の内閣が憲法解釈を変える立場をとっているのだから、内閣で憲法解釈を変えるのだとおっしゃる方々もいますが、政権が変わるたびに憲法解釈が変わっていいのだろうか、という話でもあるかと思えます。

別の言い方をいたしますと、「硬性憲法の原則」をとっていることは、ある種の合理的自己拘束だと言われることもあります。「合理的自己拘束」とは、英語のpre-commitmentを意訳したものです。古典的な事例で申しますと、皆さん、ご存じの「オデュッセイア」の中で描かれている、オデュッセウスというトロイア攻めに参加したギリシャの王様の話があります。ギリシャの王様といっても、当時の王国は日本の村くらいの広さですので、現在の村長さんみたいな人だと思いますが。そういう人が自分の部下を率いて、部下といっても仲間でしょうね、仲間を率いてトロイアに行って、城が落ちた後で帰ってこようとするときに、いろいろ艱難辛苦に出合って、結局は部下をみんな失って身ひとつで帰ってくるという話です。

さて、彼が遭遇した艱難辛苦のひとつが魔女セイレーンの棲む海の難所です。セイレーンの魅惑的な歌声に聞きほれていると、大きな渦巻きの中に飲み込まれたり、脇の岩礁にぶつかって難破するという難所です。そこで、オデュッセウスは何を思ったのか、オールをこぐ部下の耳には蜜蝋を詰めて歌が聞こえないようにして、自分をマストにしばりつけさせて、自分だけは魔女セイレーンの歌声が聞こえるようにしたのです。ただし、セイレーンに魅惑されて、変なことをしないように、マストに自分をしばりつけておいてくれと言ったのです。そんなこ

とをするなら最初からセイレーンの歌を聞かなければいいと私は思うのですけれども、変な話はいろいろあるものですね。

これがpre-commitment、すなわち「合理的自己拘束」の例え話です。自分が正しいと思っている価値観や世界観にひきずれて、うっかりと憲法を改正したりしないように歯止めをかけておき、「簡単には変えられませんよ」ということをあらかじめ宣言しておくのです。それが「硬性憲法」です。そして、「硬性憲法の原則」を裏から支えるために「違憲審査制」があります。

憲法96条について

ところで、私は今、ベトナムの憲法改正のアドバイザーとして呼ばれて行ったりしています。日本では「憲法を変えるな」と言っていて、ベトナムでは憲法を変えるお手伝いをしているのですが、全然矛盾はしておりません。

というのも、ベトナムの憲法は、だんだん立憲主義に近づいていこうという議論をしているのに、日本の憲法は立憲主義から離れようという議論をしているようだとは私は考えています。ベトナムに関しては、立憲主義になるべく近づいていくために、私はアドバイスをしているのです。

この「硬性憲法」の話題は、最近よく議論される、憲法96条の要件の緩和の問題につながっていきます。ご存じの通り、憲法96条では、両院それぞれの総議員の3分の2の賛成がないと国会での憲法の改正の発議はできないことになっています。そして、これに対して、「硬過ぎる」という議論があるのです。変えたいという方からすると、これは硬過ぎるのだと思うのですけれども、なぜ3分の2という形でわざわざ特別な多数が必要な制度にしているのかがやはり問題でして、これは「だいたい人は、この改正で大丈夫だろうと思う」という内容の改正案に落ち着かせるために、3分の2という水準になっているということです。

立憲主義の前提からすると、世の中にいろいろな考え

方やいろいろな立場の人がいるわけですから、そういったいろいろな考え方やいろいろな立場の人がいるということ的前提にしたうえで、なるべく幅広いコンセンサスがとれるような改正案であってはじめて国会で発議ができるようになっているわけです。そのときどきの政治的な多数派が、おっちょこちょいな発議をしないように、3分の2の特別多数という水準が要求されるという話です。

これに対しては、「いや大丈夫、最後は国民投票で決まるのだから、いいじゃないか」という議論がありますが、これはちょっと単純に過ぎる議論ではないかと思っております。というのは、立憲主義を前提として、憲法典に書き込まれる憲法原則というものは、中長期的にその社会で守っていく基本原則です。先ほども申しました通り、通常の政治過程での取引とか、貸し借りの材料とかということでは簡単に動かされないように、ずっと守っていきましょうという話です。ですので、これは子供とか孫の代までずっと運用し続けてみないと、最初の投資のよしあしの判断がつかない金融商品のようなものだと私はときどき申し上げているのですけれども。仮にそういう譬えが成立するのだとすると、「今、本人であるあなたが判断するのだから、どんどん提案させてください、決めるのはあなただから大丈夫です」というわけにはいかないのではないのか、という話です。

国民とは何か

さて、憲法は「国民」という言葉をよく使います。実はいろいろな意味で「国民」という言葉が使われているのですが、少なくともここでは「国民」が2つの違う意味で使われていることに気をつける必要があります。

憲法96条が言っている、最後は国民投票で承認を得なくてはいけないというときの「国民」は、そのときどきの有権者団という意味での国民です。こういう意味で使われている他の例としては、たとえば最高裁判所の裁判官の「国民審査」があります。「国民審査」も、そのときどきの有権者団が審査をします、という意味です。



もうひとつの意味の「国民」があります。典型的な例は憲法の前文に出てきます。たとえば前文の最初の部分で、「日本国民がこの憲法を確定する」というふうになっています。この「国民」とは、有権者団という意味での国民ではありません。

前文に出てくる「国民」は、国会における代表者を通じて行動し、この憲法を確定すると言っています。もしも有権者団であれば、別に国会における代表者を通じて行動する必要はなく、自分で決めればいいわけです。憲法の前文で言っている「国民」は、まだ生まれていない将来世代の国民も含めた、過去から未来へと永続していく団体とそのメンバー、そういう意味での「国民」です。前文でそのすぐあとに出てくる国政は国民の信託によるものだ、その福利は国民がこれを享受すると言っている部分の「国民」も同じ意味です。

「有権者団が信託している」とか、「有権者団が福利を享受するのだから、今、われわれがいいと思う政策をとってくれ」と、有権者の方々は思っているかもしれませんが、憲法が想定しているのは、まだ生まれていない将来世代も含めた永続していく日本国民、その団体とそのメンバーが国政を信託していて、その福利はそういう永続していく日本国民、その団体とそのメンバーがこれを享受する、そういう話になります。

憲法43条で、両議院の議員が全国民を代表するというときの、「国民」も同じ意味です。43条は、有権者にとって利益になるようなことをするのが国会議員です、と

いうことを言っているわけではありません。これも同じで、43条での「国民」とは、まだ生まれていない将来世代も含めた、長期的に見たときの国民です。

憲法96条がなぜこうも厳重な改正の手続を定めているのかと申しますと、つまるところは、そういう永続していく国民とそのメンバーの利益を守るためにこうした厳格な手続になっているということです。ですから、「現在ただいまの有権者団がこういうのだから、それでいいのです」ということで話が終わりになるものではありません。

そういう観点から申しますと、国会での発議と、そのあとにくる国民投票というのは、これはひと続きのワンパッケージの手続だと考えていく必要があるわけで、有権者団がこれまたうっかりおかしな判断をして、中長期的に見たときの日本国民にとって不利益になるような憲法改正をしないように、国会での発議の要件を厳しくしているという話です。この2つ、すなわち国会の発議と国民投票を別々に切り離して、「国会の議決のあとに国民投票があるのですから、国会の発議はゆるやかにして大丈夫です」というふうには言えないところがあります。

国境の意味

次の話は、「国境の意味」です。去年秋に、小説家の村上春樹さんが「朝日新聞」に寄稿していただき、国境紛争、これはとりあえずは日本と中国のことを念頭に置いた国境紛争ですが、これは実務的に解決可能な案件であるし、そうでなくてはならないのだ、ということを書いておられました。これについては、そうであればとてもいいなと私も思います。

ただ、実際には、実務的に解決可能な国境紛争とそうでない国境紛争とがあります。そして、特に日本と中国の間の問題については、そのどちらなのかを考えていけないといけません。

この点で参考になるのが、ロバート・クーパーという人が書いた『国家の崩壊』という本で、原題は『The Breaking of Nations』です。このクーパーさんは、も

ととはイギリスの外務省の高官で、ブレア政権のときに、外交政策の立案にあたって力があつたといわれている人で、今はEU本部で働いています。

クーパーさんは、日本とも関係があり、内田光子さんという世界的なピアニストの方がいますが、クーパーさんは彼女の旦那さんです。それはともかく、この『国家の崩壊』では何を言っているのかというと、モダン国家、つまり近代国家はこれからどうなっていくのかという話です。近代国家は、別の言い方をすると国民国家ということになりますが、この近代国家、国民国家は、近代立憲主義とほぼ同時に生まれたものです。近代国家は、要するに国民国家をつかって、その域内の平和を確立していくこととなります。そして、複数の国民国家が並立すると、国家と国家の間では戦争が起こり得るわけなのです。多数の国民国家から成り立つ世界は、お互いの力のバランスをとることで平和を確保できる、というメカニズムです。このメカニズムはかなりの程度うまく機能していたのだとロバート・クーパーさんは言っています。ただし、特に冷戦の終結後は、このメカニズムはだんだん機能しなくなってきた。

そして、冷戦が終結した今後、近代国家は「ポストモダン国家」になるのだと彼は言っています。ポストモダン国家の典型はEU域内の諸国です。ポストモダン国家の特徴はどこにあるのかと言うと、国内問題と国際問題との区別が不明確になっている点です。たとえば、従来であれば国内だけで解決できた問題についても、他の国や国際的な組織等がいろいろと文句を言うようになってきて、しかもそうした干渉を各国が受け入れるようになってきました。また、少なくともポストモダン国家同士の国境は、意義が大きく低下します。具体的には、人の流れをせき止めるとか、物の流れやサービスの流れをせき止めるという国境の意味が極度に低下します。

さらに、平和を確保するという意味での防衛上の国境の意味も低下します。お互い軍備を備え、その力の均衡で平和を保つという考え方は、少なくともEU域内の国家間の関係ではあてはまらないわけですね。安全は相互の

武力を開示し合い、透明化を図ることで保障されます。

こういうポストモダン国家になると、国境に関する紛争はほとんど意味がなくなるわけですし、仮に起こったとしても、それは当然実務レベルで十分に解決可能です。

ただ、憲法原理を異にする国家同士の国境紛争というのがいまだにあるわけです。クーパーさんも現代の社会ですべての国家がポストモダン国家になっているわけではないと言っています。典型的な国民国家はアメリカ合衆国ですが、それ以外にもたとえば中国という別のタイプの国民国家もある、とクーパーさんは言っています。

この次にポストモダン国家になりそうな国は実は日本だとクーパーさんは言うのですが、日本はいまだにそうなれていない。なぜなれていないかという、隣に中国がいるからだ、というのがクーパーさんの診断です。

戦争は何を攻撃するのか

この問題をほかの筋道から議論していくとどうなるのかという話ですが、ここで、ジャン・ジャック・ルソーの話を取り上げてみましょう。

社会契約 (contrat social) 論で有名なルソーですが、死後になって発見された彼の原稿として『戦争及び戦争状態論』があります。この中で彼が言っているのは次のようなことです。

戦争は国家と国家が戦うものです。20世紀後半になると、国際法上の国家でない主体も戦争をするようになっていたのですが、少なくとも典型的な戦争は現在でも国家と国家が戦うものです。ところで、国家は、実は憲法が構成している人為的な存在です。国家は、つきつめればわれわれの頭の中にしかない約束事だということを、ルソーは言っているのです。

現実に物理的あるいは生物学的に存在しているものとしては、人間がいますし、山とか川とかがありますし、牛とか犬とかがいますし、それから、家があり、道があります。他方で、たとえば富士山が日本の領土であるとか、あるいは私は日本国民であるとか、これらは要するに約束事でそうなっているので、手で触れたり、目で見

たりするものとしてそうなっているわけではないという話です。国家は、要するに約束事で、たとえば、国家を代表する誰かが行うことは国家が行うことなのです、という約束事を介して国家ははじめて行動ができる。そういう意味で、国家は約束事であり、その約束事の核心にあるのが、ルソーに言わせると社会契約だということになりますが、それは言いかえると「憲法」だということになります。

話を戻して、戦争とは国家と国家が戦うということですが、その国家は憲法によって構成されている、要するにアーティフィシャルな (人為的な) 存在です。そして、これもまたルソーが言っているのですが、国家と国家が戦争する場合、戦争で攻撃している対象は実は敵国の憲法です。

ですから、戦争が最終的に終結するためには、相手の国の憲法の変更が必要になります。これは第二次大戦が終わるときに、アメリカがなぜ日本の憲法を変えることにあれだけこだわったか、その大きな理由です。あるいは、なぜ冷戦は終結したのかということ、ソ連をはじめとする東ヨーロッパ諸国が「自分たちはもう共産主義をやめます。議会制民主主義国家になります」と少なくとも表向き、言ったわけです。もっとも、特にロシアについてはどこまで本当にそうになっているかは疑わしいぞという人もいますけれども、いずれにしても、共産主義をやめる、憲法とそれによって構成される国家体制を変えようと表明したことによって、冷戦は終わりました。

ファシズム対共産主義対議会制民主主義

同様の話を、カール・シュミットという、ワイマール時代のドイツで活躍をした憲法学者がしています。シュミットが考察の対象とした当時の政治体制、あるいは国家間の敵対関係ですが、ファシズムと共産主義と議会制民主主義、この3つの選択肢、3つの憲法原理の根源的な対立があるとシュミットは言っています。

なぜ対立しているかですが、これは20世紀になって初めて世界に広まっていった2つの原理、すなわちひとつ



は民主主義で、もうひとつは福祉国家原理、この2つの原理を両立させるのは、ファシズムなのか、共産主義なのか、議会制民主主義なのか、という理念の激しい対立の結果だ、というのがシュミットの見立てです。

なぜ民主主義、つまり大衆の政治参加と、福祉国家原理、すなわち国民全体がなるべく格差がない形で福祉を向上させていかななくてはいけない、という2つの原理が政府の目標になったのかという点については、その前提として、国の戦争の仕方が変わったからという背景があるのですが、それはともかくとして、ファシズムか、共産主義なのか、議会制民主主義なのかをめぐって第二次大戦は戦われたわけですし、ファシズムがなくなった後は、共産主義か議会制民主主義か、という対立が冷戦として継続しました。

そのうえで、先ほどのクーパーさんの話に戻ってきますと、クーパーさんが言うように、日本と中国との関係は、国民国家同士の対立であり、しかも憲法原理を異にしている国民国家同士の対立なのだとする、これは実務レベルで解決可能な話にはならない、ということになるだろうと思います。

他方で、クーパーさんが言っているように、日本と中国との対立が憲法原理を異にする国民国家同士の対立である、と単純に言ってしまっているのかという点について、実は疑問があります。というのは、クーパーさんは近代国家以前、前近代における一定領域での平和維持のメカニズムとして「帝国」というものがあったと言って

います。一定領域における紛争の可能性を、支配されている人民の意向と無関係に強権的に押さえつける支配形態のことです。ただし、この「帝国」というやり方では近代以降はなかなかうまくいかなくなっています。それはなぜかということ、価値観の多様性を認めながら、その共存を図っていく、しかも人々の意思や意向を反映しながら政治を運営することが一般的な考え方となってきたからで、その考え方と「帝国」の仕組みが整合しないということですが。

「帝国」としての中国

さて、問題は現在の中国が「国民国家」なのか、むしろ「帝国」なのではないかという点です。現在の中国は、対立の火種になりそうな事態を強権的に押さえることによって一定の領域内での平和を確保する、しかも、人民の意思や意向とは無関係に政治を運営するという政治体制だという見方も十分あり得るだろうと思うのです。

そして、中国はその政治体制を維持していくために、一党独裁体制を敷いているのですが、これはいったんできあがりすると自己保存のメカニズムが働いて、強権的なシステムのネットワークを再生産しようとしています。そうすると、日本の隣にあるあの国は、実は国民国家ではなくて「帝国」かもしれないわけです。クーパーさんが言っている通り、国民国家同士である場合は力のバランスでかろうじて相互の平和を確保していくということですが、このこと自体はたぶん相手が「帝国」であっても、根本的なところで変わっているわけではないでしょう。ただし、「帝国」は悪くすると何かの拍子に壊れるものですから、その可能性も考えながら、どうやって平和を保っていくのかを考えていかななくてはなりません。日本は、極めて複雑な問題に巻き込まれている可能性があるとは思っています。

集団的自衛権を行使できるようにしようという論点について、私は消極的に考えています。いろいろな論点があるのですが、「集団的自衛権を行使できるようにしよう」という方向に日本が踏み出していくためには、まずは台

湾を中国が武力で取りにきたときに、日本はアメリカと一緒に中国と戦う用意はあるのか、という点について十分議論してからでないと、簡単に「集団的自衛権を行使できます」とは言えないのではないかと思います。

そういう意味では、日本が中国の隣に位置していることはとても困った状態で、このこと自体はどうしようもないことなのですけれども、少なくとも憲法学者の目から見ると、とても困難な問題に直面している、ということではないかと思います。

Part2 : 質疑応答

【小松】 小松と申します。

半分、先生に実は私どもが想定していた質問の答えを最後、おっしゃっていただいたところもあるのかなと思うのですが、やはり先生のご本を読ませていただいて、憲法原理が違う中国と日本というのは、憲法学上の問題のとらえ方からしますと、なかなか持続した関係というのはこのままでは築けないのかな、なおかつ共産党の正統性というのが日本を駆逐したというところに根づいているものですから、憲法上も、政治上もなかなか難しいのかなと考えています。

そうなった場合に、日本のとるべき道として、やはり政治的な解決しかないのか、もしくは憲法学上ということを考えれば、中国が体制転換をする、日本に近い価値観の憲法になるというのを待つ、もしくは日本が政治的な働きかけをうまく行って誘導するということなのか、もしくは日本自身が中国の価値観も取り組むような、もう少し広い、答えは分からないのですけども、広い新しい憲法みたいなものを打ち出していくべきなのか。そのあたりを先生はどうお考えなのかということ。

もうひとつは、これも先生が先ほどおっしゃっていらっしゃったのかも分からないのですけども、私ど



小松創一郎氏

もはそもそも中国という歴史や伝統のある風土、土地柄において、立憲主義というものが将来的にも根づく可能性があるのかどうなのかなというところを疑問に思っておりまして、そのあたりも先生のお考えをお伺いさせていただければ。

【長谷部先生】 とても難しい質問で、十分に答えられそうもないですが、中国との間は、やはり憲法原理が違いますので、永続的に波風の立たない友好的な関係を構築することは難しいと思っている点は、それはおっしゃる通りです。今年の3月に米国コロンビア大学に行ってきたして、同大学のロースクールと公共政策大学院で何回か講義をしてきたのですが、そこでも「何で中国と日本とは仲よくできないのだ」という質問が出まして、それに対して私は「表面的には尖閣の問題ですとか、日本の一部の政治家の言動とかの問題があることはその通りですが、やはり基本的には日本と中国は憲法原理が違う。日本とアメリカは立憲主義であり、リベラルで民主的な国家ですが、中国はそうではないので、そうである以上、中長期的にわたって安定的に友好的な関係を保つのは簡単ではない」という話をしてまいりました。

これは憲法原理の話ですが、先ほど私が申し上げた通り、相手が「帝国」であるという可能性もあるので、日本だけでどうしようといっても限界があると思います。日本が中国と折り合いがつく憲法に変えるというのはどういう可能性があるのか私はよく分かりませんが、たとえば、今の香港みたいな感じかなと思いますが、それに日本国民の大部分が納得するかどうか、それは簡単ではないと思います。とすると、日本はやはり現在のリベラルな立憲主義の憲法原理を維持していくこととなり、やはり同じリベラルな立憲主義の憲法原理をとっているアメリカと実力の点も含めて協力をし、何とか隣人とつき合っていくしかないのではないかなと考えております。

【小松】 あとは今後、帝国が体制崩壊するなり、転換することがあった場合に、そのあと、日本やアメリカと



同じような形の立憲主義というものが中国で成立する可能性があるのかどうかというところはいかがでしょうか。

【長谷部先生】 その可能性がないとは思っていません。たとえば台湾の事例があります。台湾が国だということ、中国に怒られてしましますが、台湾はずっと権威主義体制の国でした。ただし、現在は民主国家であり、政権交代もあり、リベラルな権利や自由も保障する国家として運営されていますので、中国がそういう国に転換する可能性はないことはないと思います。ただし、今の広大な領域のままでもるごとリベラルな立憲主義の国家になるのは難しいのではないかと。帝国のある程度の部分をそぎ落としていかないとリベラルな民主国家にはなり得ないという気がしていますが。

【小松】 ありがとうございます。

【大島】 先ほど先生がベトナムで立憲主義があるという話でしたが、ベトナムは逆に言うと、そういう方向に向いた理由というのは何か国内事情というのはあるのでしょうか。

【長谷部先生】 いろいろな背景が言われておりますけれども、ひとつはアメリカを含めた西欧諸国からの投資を呼び込むためには、そういう姿勢は見せる必要があるということだと思います。しかしだからといって、どこまで行けるのか、そこはなかなか難しいところです。2、3週間前に、早稲田大学の坪井善明教授がベトナムの憲法改正についての記述を「朝日新聞」のコラ

ムに載せていましたが、ベトナムの進歩的な人たちは、リベラルな立憲主義までいってほしいという運動をしていて、それは相当有力な動きにはなっています。ただし、政府が、特に政府主導部がそうなのかといえ、現在そこまで踏み切る段階にはなっていない。いずれにしても、方向としてはそちらの方向に動いているということです。

【大島】 ありがとうございます。

【小松】 もうひとつ私の方から、9条に関連する内容なんですけれども、私自身は9条が非常に日本の平和に貢献してきましたし、なんら変える必要はないというところはベースには持っているのですが、ただ、集団的自衛権の問題で、アメリカの空母が攻撃されたときに、日本の護衛艦が反撃するのとかかというような、想定される事例を考えた場合に、対応がおくってしまうのではないかと。

あともうひとつ、今、日本の9条の運用というのは解釈で行われていますけれども、解釈で運用することにおいていくつか弊害と考えられるところがあるのではないかと。まずひとつは国内で、これは自民党の政治家もおっしゃっていますが、解釈をするために一般の国民の理解が遠ざかってしまうので、結果として極端な右や左の意見が出やすい土壌になってしまっているのではないかと。このところ、国外的には、有事のときに、政府がやはり世論を気にして臨機応変な対応ができないのではないのかというふうに見られていることはないのか。それが干渉を招いているのではないのか。

もうひとつ対外的には、建前と解釈、憲法の条文と解釈というところで、二枚舌のように外国にとられているおそれはないのか。アフガニスタンとかイラクの支援活動とかを含めて見た場合に。

あともうひとつは、根本的に平和憲法というのが日本の今の憲法の根幹であるのであれば、そもそも専門家が解釈するのではなくて、やはり日本の国民自身が、一般国民が普通に理解できるものであるべきではない

のかなとっております。

あと最後のひとつは、実際海外の憲法学者さんから見た場合に、9条を解釈で運用しているということに対してどういう評価を得ているのかということをお教えいただければと思います。

【長谷部先生】 最初の集団的自衛権の点に関しましては、第一次安倍内閣のときから、いくつかの事例を想定した場合、集団的自衛権がないと困るのではないかと問われていました。その点に関してはその通りですが、ご指摘の自衛隊と米軍が共同行動しているときに、アメリカの艦船が敵の攻撃を受けた場合、自衛隊がそれに反撃できるのかという点については、従来の政府解釈の中で「それは可能だ」と繰り返し言っておりますので、できないということはないはずで。

それからもうひとつ、アメリカに向けた弾道ミサイルが飛んでいくのを日本から迎撃ミサイルで撃ち落とすという話がありますが、私は軍事の専門家ではないのですが、それは無理だと思います。仮に弾道ミサイルの軌道を計算して、この辺を通りそうだというコースを予測したとしても、迎撃ミサイルの方が速度が遅いですから、軌道に乗った弾道ミサイルを追いかけて行って撃ち落とすことは物理的に不可能です。しばらく前に、北朝鮮が長距離の弾道ミサイルを撃ちそうだ、という事態が生じたときには、アメリカ軍のイージス艦はみんなアメリカに帰ってしまいましたよね。日本周辺で待っていたって撃ち落とせないと分かっているからアメリカに帰ったわけです。そういう意味では、弾道ミサイルに関する議論は、そもそも何の話をしているのかなと私は思っています。

それ以外のケースとして、たとえばPKOでほかの軍隊が困っているときに助けに行けないという点については、確かにその通りなのですが、しかし、これについては日本として本当にそこまでやるべきなのか、という問題だと思います。

憲法というものは人類普遍の原理も定めていますが、一方で、それぞれの国の「国柄」も決めています。そ



長谷部泰男先生

して、人の人柄がそうそう簡単に変わるものではないように、国の国柄もそうそう変わらないはずのものです。今までは「日本はこういう国です」ということをやってきているわけですので、その国が「国柄を変えます」というのでしたら、そこはやはり単に解釈で変えるというのではなく、みんなできちんと議論しないとイケないだろう。「自国の国柄を変えます」ということは、人と言うとまったく違うキャラクターになることですから、そのような大きな変更について、コンセンサスができていいのかどうかという話なのではないかと思えます。

それから、そのほかのいくつかのご質問をいただいておりますが、核心的なところはこういうことではないかと思えます。すなわち、憲法のテキストが意味していることと、実際に諸事いろいろ良識に照らして考えたときに、「やはりこうせざるを得ない」あるいは「現実問題としてこうなっています」ということが違っているということではないでしょうか。この点に関して、日本の場合は憲法9条がそうだ、ということになってはいますが、実はほかの国でもそんなに珍しい話ではありません。

たとえばフランスの例ですと、フランスでは大統領というのはどういうものかということについて、大統領とは政党政治の争いを超えた裁定者である、と憲法の中に書き込んであります。また、実際の政治は首相

をトップとする政府がやるものだ」と憲法の中に書いてあります。ですが、それはまったく非現実的だとみんな分かっているわけです。実際には大統領は政党政治を超越しているどころか、大統領自身が特定の政党のリーダーで、実際、国内政治を主導しているのは首相ではなくて大統領であるということはみんな分かっている話です。しかし、だからといってフランスで大統領の職務の内容に関する、あるいは大統領とはかくあるものだ、その条文を変えようという議論になっているかというそうではない。それは、フランスの憲法は、「大統領は本来こうあるべきなのだ」という理念を示しているからです。現実と違うから、または、現実にはなかなかそうはいかないからといって、現実に合わせて憲法の理念を捨てるのですか、という話です。

もちろん、「私たちは現実主義者ですからね」ということで、理念の方を捨てるという議論はあり得ます。ですが、そうしたからといって、たぶんほかの国の人にはほめてはくれないと思います。「現実と合わせて理念を捨てるのか、よくやった」とは言わないで、「理念は理念、それと違う現実はどこにもある。でも日本は今まで理念を掲げて頑張ってきたけれども、もう頑張るのをやめたわけですね」と言われると私は思います。

9条について、現実と条文のテキストとの間に乖離があるというのは広く知られていることではあるわけですが、今申しました通り、どこの国の憲法も現実との乖離は多かれ少なかれあるものですから、日本はたまたま9条が乖離していると思われているだけです。しかし、実際のところは政府の解釈で自衛力を持っていることになっており、「それで穏健な形でおさまっていていいではないか」という見方をしている人は少なくないと思います。

この状態を「日本は二枚舌だ」と言う国もあるかもしれませんが、そういう国々は、仮に9条を修正したからといって、日本の悪口を言うことをやめる

わけではないと思いますし、「よくやった」とほめてもくれないと思います。

【西田】 その点に関して、憲法の現実的な話の中で、今、小松さんがおっしゃった点について現実と理念の違いについて、それほど大きな問題は生じないという話だったと思うのですが、今、おっしゃられた点以外にいろいろ違いが出てきて問題が起ころうなことというのは、たとえば今後10年、50年の中で、何かこういった問題が起ころる可能性があることはあまり想定されないということでもいいですか。

【長谷部先生】 私の見るところ、現在の憲法9条の果たしている実際上の役割というものは、集団的自衛権を否定していることに尽きると思います。つまりテキストの表向きでは、戦力は持てないことになっているわけでは、戦力なしで、国民の生命や財産を守れますかということ、それは無理ですよ。ですから、そのための最低限の実力、武力かもしれませんが、それは9条と別のレベルの話で持つことができる、という理屈になっているわけです。そういう理屈で自衛隊が持てるということになっている以上、たとえば国民の生命や財産の保全ということとは無関係に、「国際社会の公益を実現するために自衛隊を使います」という集団的自衛権については、「それは無理です」と政府は言っているのです。

もっとも、「集団的自衛権」という言葉はいろいろな意味で使われますので、そこは区別しないといけません。たとえば、それぞれの国が個別的な自衛権を使うのですが、それを共同行使することを指して「集団的自衛権の行使」と言うことがあります。それは従来の日本の政府解釈でも否定はしておりません。ですから、アメリカと共同行動して、日本の防衛をするのは何の問題もないわけです。

そうではなくて、国際社会の平和を実現するために自衛隊が世界各地に出かけていってどんぱちやる、ということはそれはできないわけです。だから、たとえばインド洋とか、サハラ砂漠のど真ん中とか、アマゾ

ンのジャングルのど真ん中に出かけていって、自衛隊が戦闘行動をすることはできません。それができないのはとてもまずいことだという見方もあり得ると思いますが、少なくとも今までの日本という国の国柄と、それに基づく行動の仕方を前提にしますと、それほど困った事態になっているとは考えにくいのではないかと思います。

【西田】 もうひとつ追加で質問させてもらおうと、国際公益を守ることが日本の利益になるということが明確な場合、もう少し、たとえばアフガニスタンに行くなりして、インド洋に行くなりにして、明確なシーレーンがありますよとか、そこに間接的にもからんでくるということが明確になるような場合でも、それは集団的自衛権の範囲外と解釈されるのか、その辺の基準というのは私も素人からするとちょっとよく分からないところがあるのですけれども、どういうふうに整理されているのでしょうか。

【長谷部先生】 政府解釈で「できない」というのは「武力の行使」や「武力による威嚇」はできないということです。ですから、イラクにも自衛隊は行きましたね。イラクに行って何をやったかという、学校をつくったり、道路を補修したり、橋を直したり、そういうことをやっていました。それ以外にもいろんなことをやっているといますけれども、ただ、戦闘はしません。こうした状況が、日本の国益を損なうことになっているのか、という話なのですね。とにかく戦車を持っていって、ミサイルを撃ちまくって、ということをしなないと日本の国益が損なわれるのか、という話なのだと思います。

戦闘をしないと日本の国益が損なわれる、という判断はあり得ると思いますが、今までは日本はそうしないですべてやってきましたし、「紛争のある国に行っても、道路を補修したり、学校をつくっているだけで、変な国だ」と批難を浴びてきたかという、それはそうでもなかった。そういうことなのだと思います。

【西田】 ありがとうございます。



船越誠氏

【船越】 ちょっとかぶる質問になるかもしれませんが、申しわけありませんが、9条に関するもので、今まで9条の解釈なんですが、憲法制定当時から現在に至るまでいろいろ拡大されて、専守防衛という概念がだんだん拡大されていく傾向にあるのかなと考えているのですけれども、仮に拡大解釈されているという前提に立てば、どこまで拡大解釈というのはできるのかな。そもそも平和憲法という前提があるので、その拡大解釈の限界というのはどこかで歯止めがきくのかなという素朴な疑問がございまして、具体的には専守防衛を前提にしているのに先制攻撃ができるのかな。身近な例で言うと北朝鮮のミサイルの話が最近ではあるのですけれども、ミサイルに対する先制攻撃の能力は個人的には持つべきだと思っているのですけれども、専守防衛と先制攻撃、かなり矛盾した考え方なんではないのかなと現状では思っております。

【長谷部先生】 私は別に内閣法制局の代弁者でも何でもないのですけれども、少なくとも内閣法制局は「憲法の解釈はずっと変えていません」と言っています。

自衛力として保持できるのは日本を防衛し得るための必要最小限度のものであり、その水準は政治状況や軍事技術の状況によって変化はしますけれども、あくまで日本を防衛するための必要最小限度の実力であって、その解釈自体は変わっていません。それから、先ほど申しましたような意味での集団的自衛権は行使し

ません。武力は行使しませんし、武力による威嚇もしません。これも変わってないのです。先制攻撃ができるのかできないのかという点については、日本国民の生命や財産を守るという目的に照らして、先制攻撃が必要不可欠であるという場合があるかないかという、そういう話なのだと思います。この議論は可能性としてあると思います。

敵国が攻撃してくることが、いとも明らかである場合、向こうが一発撃ってくるまで待ってなければいけないというのは、非合理的な考え方だと思います。自衛のために先制攻撃をすることが正当化可能な場合はあることについては、これは常識とっていい話ではないかなと思いますが。また、自衛的先制攻撃と予防的先制攻撃を区別するという立場もあるとは思いますが、日本の自衛隊ができるのは自衛力の行使だけですので、自衛の範囲内での先制が正当化される場合があるかないかが問題で、それについて、「その可能性が0%である」というのは極端な議論ではないかと思いますが。

【大島】 ちょっと9条なり国防というところから離れまして、違う内容についてお話を進めたいと思うのですが、リーマンショック等で非常にグローバル資本主義が行き過ぎているのではないかというようなお話があると思うのですが、そういうことを考えた場合、そもそもこの立憲主義が考えられて成立した時代から大きく



大島誠氏

世界の環境が変わっているという中で、やはりそのような変わった世界の環境、日本の置かれている状況に照らし合わせて新しく憲法をそういう観点で見直す必要がないのかというようなことを私どもは思った次第でして、やはりグローバル資本主義の行き過ぎが基本的人権とか財産権を脅かしている。それが国で歯止めができるものかどうかということはあるのですけれども、今の状況ですと、国としては新自由主義なんかが出てきた場合は、逆に国がそこを加速させている面もあるという中で、国として責務を果たしているのかどうかということが疑問に思った次第です。

【長谷部先生】 それは重要な問題で、特に冷戦が終結したことによって、国民国家の役割が根本的に変革したのだという見方があります。冷戦が続いていた間は、「何が正しい国家原理なのか」、つまり「何が正しい民主体制であり、福祉国家原理の効果的な実現にふさわしい体制なのか」という理念の対立が冷戦につながっていたわけです。その冷戦の対立の中身は、大量破壊兵器を持って、双方絶滅の可能性を前提にしてにらみ合っていたわけです。これはある意味、子供から老人に至るまで全国民が常時前線に動員されていたと見ることもできます。そうである以上、どちらの陣営も、少なくとも建前としては全国民の福祉をなるべく格差のない形で向上させるということは国家目標に据えざるを得なかったわけです。しかし、冷戦が終わりましたので、少なくとも全国民が前線に動員されている状況ではないわけです。そうすると、どうしても全国民の福祉を格差なく向上させていかななくてはいけないのか、と問われれば、「どうやら必然ではなくなった」ということになっている。

ご指摘のようにグローバルな企業は、どこが最も効果的にお金もうけができるのかを物差しにして、なるべく税制が有利な国、なるべく国民の福祉や労働条件に気を使わない国を求めて世界中を探し回って、自在に移動することになります。これはグローバル企業としての合理的な行動ですので、それを企業に対して

「やめろ」と言ってやめるわけのものではないだろうと思います。

こうした状況に対して国家の側が自己変革をすることで対応できるのかという、私は個々の国家が対応するだけでは無理だと思います。つまりひとつの国家だけで頑張っても、グローバル企業がほかの国に移動したらそれでおしまいですので、国家間で協調しないことには対応できない問題です。今のところは、国家間で協調しないで、「うちは新自由主義でやります」といって福祉を切り下げ、税金も下げますという国がどんどん出てくるから、それでみんな困ってしまうわけです。「そういうことはやらないようにしましょう」という協調行動がどこまでとれるのかという話でして、もちろん難しいと思いますけれども、協調行動がとれないと、結局「囚人のジレンマ」の中に飲み込まれていきますので、そこは抑えないと根本的な解決にはならないのではないかと考えています。

【大島】 ということでありますと、EUとかで社会的市場主義みたいな概念があるというのもちろっと読んだりもしたのですけれども、先生のお答えからしますと、憲法でこれは解決する問題ではなくて、多国間での政治的な解決なり対応を図るべき問題であるという認識でよろしいでしょうか。

【長谷部先生】 EUほどの大きな市場になれば、「うちではもう商売させないぞ」と言えば、それなりの脅しの効果があるかもしれませんけれども、それも限界はあると思います。EUも本当はEUだけでは自己完結してはいけませんので、やはり多国間でどこまで協調してやっていけるのか、という問題だと思います。お隣の帝国も含めてですけれども、もちろん、難しい話だとは思いますが。

【大島】 ありがとうございます。

【西田】 その国際協調が大事だという話の中で、さっき憲法の中身がだいぶ違うと仲よくできないという話があったと思うのですけれども、まずその中身の部分がある程度一緒になってくればうまくいくという可



西田貴明氏

能性はあるのでしょうか。

それとEUに関しては詳しく分からないのですが、各国の中の憲法の中身というのは似通っている、全体として似通っているということが、そういった行動を働きやすかった動機のひとつになったととらえることもできるのでしょうか。

【長谷部先生】 あのご質問の方からお答えします。それはイエスです。

EUという連合体ができていくということは、憲法原理が同じであるということが大前提です。憲法原理が同じである方が、そういう協調行動がとりやすいのはおっしゃる通りですが、これはしかし憲法だけが世界のあり方を決めていくわけではなくて、憲法はしょせんは考慮要素のひとつです。重要な要素だとは思いますが、要素のひとつですから、憲法原理が違うからといって、そのとき、そのときでの協調行動をまったくとれないという話でもないのではないのかと思っております。

【西田】 次にグローバル経済の話から、私の個人的な関心もあって、きょう、レジュメにはなかったのですけれども、環境権の話を知りたいなと思っていました。なぜそういうことを知りたいのかというと、日本国憲法そのものがアメリカからの押しつけだというようなことが言われたりですとか、日本らしさがないというところからもからんでくる話なんです、一般的に広

く日本国憲法の中では、いわゆる諸外国で持っているような環境権というものは持っていないくて、基本的な人権の一部の生存権の延長として公害問題等の対策として位置づけられてきたという議論をいろいろ見ました。環境権というのはそもそも人間の生存以外の部分についての存在価値を置いて、それに対する直接的便益がなくても大事にしていきましょうという考え方にあるととらえています。その文脈とすると、環境権は、もともとの日本の文化的な話や、信仰の話として、自然に対して人間が価値を置き続けてきた日本の歴史から見れば、ある程度認めてもいいと思っていたわけなんですけれども、これが今の解釈の範囲でもとらえられなかったということというのはどういう理由があるのかなということです。

すなわち、ほかの国では一般的なことであり、また日本の特性にもなじみやすいにもかかわらず、日本では環境権が明確化されていないのはどういった訳なのか、ご存じであれば教えていただきたいと思います。

【長谷部先生】 環境権を憲法の中に置いている国としては、フランス、ドイツがそうです。アメリカの憲法には環境権について書かれていません。現状では、ない国もある国もあるということですが、問題は、環境権を憲法の中に入れ込むことが、法律学者の目から見たいったいどういう意味があるのかという話がひとつ大きな論点だと思います。

端的に言うと意味はないでしょう。憲法の条項に「環境権があります」と書いて、当たり前ですけども、直ちに環境がよくなるわけではない。

もしも「環境権がある」と書くといいたい何が起るのでしょうか。たとえば工場はへんてこりんな廃液を出さないようにしてください、ということに直ちになるかということ、それはそうはいかないわけでして、やはりそこは水質についてどういう基準を守るべきなのかとか、工場としてどういう設備を置くべきなのかということについて、具体的にブレイクダウンしたレベルの法令が必要です。そして、そうした法令は現在

の日本にあるわけで、逆に法令があれば、それで十分なわけです。

問題は、社会の運営のどこにエネルギーをかけるべきなのかです。「環境権」という旗を掲げることにエネルギーを注ぐことにそんなに意味があるのか。あるいは現にそういう具体的な枠組みができていますので、枠組みの中身を実質的に、よりよいものにしていくことにエネルギーを注いだ方がよいことなのか。そういう問題なのだろうと思います。

人間のエネルギーも稀少な財ですので、旗を立てることにエネルギーを注いでいますと、本当にここが肝心だという具体の中身の方になかなかエネルギーが回っていかないものです。少なくとも今までは、日本らしさというものはどこにあったのかというと、具体的中身にエネルギーを注いできたということだと思います。それは法令をどう整備してきたということだけではありません。公害問題が起こったときに、たとえば民法の不法行為のごくごく一般的な条文だけがあるということで、どうやって因果関係があるということを経験として認めるのか、について、日本の裁判所は極めて創造的な解釈をつくりあげてきていて、それはほかの国にとっても非常に参考になると言われています。

「日本の司法は消極的だ」と悪口を言う人が多いのですが、日本の裁判所は分野によっては極めて積極的です。たとえば職場の中の男女平等を図ることについては日本の最高裁は非常に積極的です。「私企業の組織を男女平等にしなさい」なんていうことをアメリカの裁判所が言ったら、アメリカ社会では大問題になります。国民の多くが、「何でそんなことを裁判所が言うのだ」というふうに言いはじめます。

そういう意味では、日本の裁判所は頑張るべきところは頑張ってきていると思いますので、これまた憲法を何とかすると裁判所が頑張るようになり、頑張るようにならなかつたり、ということではないと思います。

【西田】 もう少し私が見ていたものの中で具体的なことをお話しさせていただくと、おそらく日本の環境権、公害問題に対しては非常に多くの法令ができて具体的になっていると思うのですが、その一方で、その法令というのは基本的には国民の生存権からきているものだから具体的に対応できたのかなと思うのですが、今、起こっている先生の本の中でも書いている地球環境問題、気候変動によるほかの国がどうか、生態系の問題、直接人間の生命を別に脅かさないようなものに対して非常に大きな問題になっている。そういったものが深刻化してきたときには、おそらくこれまで使ってきた生存権の解釈によって対応できるものではないのではないかな。

現実に今の裁判所の判例の中でも、その生存権から派生した部分までは損害賠償請求にはならないというのは認められているところではあるのですが、その先ということがまだ来てないのかなと私は思っていたところがあって、今日、こういった質問をさせてもらったのですが、そのあたりはいかがでしょうか。

【長谷部先生】 地球環境問題については、先ほどのグローバル経済の話と同じでして、一国一國で憲法を含めてどうするかということでは全然解決になりませんので、これまた国際協調をどう進めるのかという話になります。環境は地球規模の一種の公共財です。この公共財をどう実現していくかという話ですので、小さいことを言えば、これは一人ひとりが目に見えないような努力をどれだけ積み重ねていくことができるのかという話ですね。また、大きいことを言えば、それぞれの国が少なくとも短期的にはそれぞれの国の経済のために利益にならないことかもしれませんが、それでも中長期的に将来の人類のためになることをそれぞれがどれだけできるのかという話です。ですから、旗を立ててどうこうというよりも、まずは地道にあなたはいったい何ができるのかということから始めていくということではないかと思っておりますけれども、少なく

とも憲法を変えると何とかなるという話ではないことは明らかだと思います。

【中谷理事長】 今の問題に関連しての質問です。たとえば、日本が平和憲法を持っているということは、ひとつの理念として国際社会にそれなりに理解されていると思うのです。日本は実質的には自衛隊という名の軍隊を持っていますが、平和の理念を掲げているということが日本に対するひとつの国際的な評価にもなっていると思います。それと同じで、環境問題についても、日本国憲法の中で、たとえば、「自然と共存し、自然破壊をしないのだ」ということを高らかに理念としてうたってみるとよいのではないのでしょうか。たとえば、国内的にはそれがひとつの励みになって、環境問題に対する法律的な取り組みや政治的な取り組みが加速されるかもしれないです。また国際的には、それを実際、日本がどの程度実行に移すかによりますけれども、うたい文句だけでなく、実質をとまなうようなものになっていけば、平和憲法を持っていることによって評価されていることと同じような意味で、「西洋社会は自然破壊をやってきたけれども、日本はちょっと違う憲法の形だけでも、環境について高らかにうたっており、しかもそれを粛々と実行しているじゃないか」というように、世界からの日本に対する評価も高まるのではないのでしょうか。環境憲法がひとつの国際的なア



中谷巖理事長

ピールになるのではないかという気がしたのですけれども、それは甘いでしょか。

【長谷部先生】 そういう見方もあり得るとは思うのですが、けれど、私が申し上げたことは、「法匪」だと言われてしまうかもしれませんが、法律家の目から見ると、少なくとも憲法学の観点から見て、変わりはないということなのです。もちろん法律家の議論だけでこういう問題が片づくわけでないことはおっしゃる通りで、自然保護へ向けての勢いをつけるためとか、そのために憲法改正もひとつのきっかけだ、そういう議論はもちろんあり得るとは思うのですが。

環境問題を憲法において高らかに掲げることもひとつのやり方ではありますけれども、それこそ実効的な国際的な協調の場で、「いや、日本はもっと排出量を下げます」ということを高らかに言うことの方が、たぶん「憲法にはこう書いてあります」というよりは、はるかに国際的なインパクトがあるのではないかと思います。

【中谷理事長】 たとえばブータンは、国土の60%以上は森林として維持しなければいけないという憲法があるのです。この憲法は、国際的な環境運動をやっている人から見るとものすごくいい憲法だという評価で、結果としてブータン好きがふえているというもあるようです。これは国際社会におけるブータンの立場というものを強化していると考えられるわけです。だから、「憲法はお題目だけで、法律的な裏付けがなければ何にもならないよ」という先生のご意見は確かによく分かるのですけれども、やり方次第では結構、憲法も使い道があるのではないかという気がするのですけれども。

【長谷部先生】 おっしゃる通りだと思うのですが、ブータンがCO₂を削減しますと言っても国際的にはあまりインパクトがありません。日本とブータンはやはり違うので、もしも日本としてインパクトを与えるのだしたら、やることはほかにあるのではないかということなのですが。

【西田】 しつこくて恐縮なんですけれども、環境権とい

うものと生存権というのはまったく別だと思っていて、今、日本というのは人間が直接生きるかどうかということの生存権のみだけが憲法に基本的には載っているという解釈ですね。環境権というのは、人間と直接的に便益があるかないか等、因果関係が明確ではなかったとしても、間接的に意味があることも守って、存在を認めようとしたときに、生存権だけがいわゆる環境というのはやはり限定的であって、本質的な地球環境ではなくて、地域環境の中でも、いわゆる人間が周りに住んでいる環境しか守れないと思います、それしか守れないというのは、日本人が昔から持ってきたような理念とちょっと違うのではないかと感じております。

それから、国際的にというか、今の昨今の動向からすれば、それでは自分に関わるところだけを守るといのは、本質的な解決にはならないかなと思うと、環境権というのは明確に位置づけることによって、たぶん法的にも新しい施策なり何なりというのが打っていきやすくなるのかなとは思っておりました。そういう権利の関係からでも意味があるのではないかなと何となく思うのですが、この辺はいかがでしょうか。

【長谷部先生】 大前提から申しますと、環境権が生存権から出てくるというのは必ずしも支配的な議論ではないと思います。むしろ13条から出してくるという方が、多数説だと思います。

それから、仮に環境権を憲法の中に書き込むとすると、国民の権利および義務に関する第3章に書き込んでいくことになりますから、やはり環境権の主体は国民です。そして、国民にとって良好な環境の中で暮らす権利が書き込まれるということになります。一方、環境そのものが権利を持つという観念は、これは憲法学だけでなく、法律学としてそもそも伝統的にありません。ですから、それを憲法に書くことはできませんが、何かもっと別の形で環境がよいこと自体に価値があるということをなんらかの形で宣言するという方法はあるだろうとは思っています。いずれにしても、それ

はそれで別枠で考えていただいた方がよろしいのではないかなという気がしておりますけれども。

【西田】 ありがとうございます。

【大島】 今の発言の先なんですけれども、権利主体が自然人であったり団体であるというのは法律で当然ながらベースにあるものだというのは分かるのですが、たとえばナショナルトラストみたいなものがあるではないですか。あれが逆に言うと自然人であったり団体がベネフィットを取っているから国としてそこを守りましょうという考え方だと思うのですが、そういうふうにと考えると、別に憲法の中にそれがあっても、さほど違和感がないという言い方もできますよね。

【長谷部先生】 違和感があるかないか、という二者択一ですと、違和感はやはりあります。

つまり、「日本」は、三菱東京UFJ銀行という企業法人が株主によって構成している法人であることと同じで、国民が構成している法人です。「日本」とは、国民が集まって自分たちの利益になることをしようと思っでできあがっているの、憲法の中に権利や義務を書くということは、日本という法人のメンバーである国民の権利は何であるか、ということを書くことなのだと思います。

ですから、私が法律にどっぷりつかっているからそう思うだけの話だということかもしれませんが、憲法の中に「環境権」を書くことによってそういう理念を推し進めようということについては、そのこと自体がよろしくないと言うつもりはないのですけれども、違和感があるということなのです。

【芝沼】 先生のご本とスライド等を事前に拝見しまして、私がこうやって先生に質問させていただけるのも日本国憲法のおかげだなとはしみじみ感じているのですが、あえてその機会を利用して質問させていただきます。先生の3つ目のスライドに近代立憲主義とはどういうものかというスライドがありましたが、そこで17～18世紀のヨーロッパで生まれた考え方であるということと、宗教戦争の結果であるということと、価値観、



芝沼美和氏

世界観の根源的な対立にもかかわらず、人間らしい社会生活を送るために生まれたものであると書かれていて、ご本の方にも詳しいことが書かれていました。そうなのかと理解できましたが、現代の世界を取り巻く状況においてはそういう価値観が根源的に対立しているというのは理解、納得できるものなんです。日本の国内だけを見て、われわれの日常を考えてみますと、やはりちょっと若干それに対しては違和感が私にはあります。たとえば訴訟がアメリカのようにそれほど多くない、または議論の場でも、日本人は会社の中などでは特にそうだと思いますが、意見の対立があまり好まれないとか、または宗教に関しても、一神教ではなくて八百万の神が敬われてきたという伝統がありますので、こういった近代立憲主義の大前提とはちょっと異なる様相があるのではないかと感じております。

歴史上を見ましても、十七条憲法ですとか、これは私にもわか勉強したところ、現代の外国人の学者の方から見ても普遍的意義を感じられるというような論文も見まして、そのような歴史も日本は持っていますので、決して私も日本の伝統文化を強調して、その価値観を絶対としてほかの全世界に押しつけようということではないのですが、そういう十七条憲法のように、文化が異なる立場から見ても普遍的にいいものであると受け取られるようなものを伝統的に持っていますので、そういったものを抽象化して、日本発の理想の国

家像のような、近代立憲主義とは別の起源の日本発の近代立憲主義のオルターナティブというのは考えられないのでしょうか。

【長谷部先生】 近代立憲主義の大前提として、ご指摘の通り、価値観の多元性・多様性が必要です。それが無い国やない社会では近代立憲主義も必要ないです。たとえば、パチカン市国では必要ありません。みんなカトリック教徒ですから、みんなカトリックの信仰に基づいて生きていけばいいので、パチカン市国で近代立憲主義は必要ないわけですね。また、仮にチベットという国の国民がみんなラマ教徒で、みんなドライ・ダマが偉いと思って生きているとすると、やはりチベットには近代立憲主義は必要ないと思います。

日本はパチカン市国とも違うし、チベットとも違うと思います。つい十数年前にオウム真理教事件も起きていますし、あそこまでおかしくなくても、新興宗教は何千とあるわけですし、そういう人たちと話をする機会が私はときどきありますけれども、それはやはり非常にしんどい。同じ伝統的な普遍性の感じられる古きよき日本の価値観を持っているのかというと、にわかにはそうは感じられないことが多いわけです。その「古きよき日本の価値観」というものは、表面にはなかなか出てこないもので、逆にそれを喪失すると非常に危ないということでもあるのだらうと思います。

私は、十七条の憲法や聖徳太子のことはあまりよく知らないのですが、あれは後世のつくりものではないのでしょうか。今はむしろ支配的な見解なのではないのでしょうか。専門家でも何でもないのでよく分かりませんが、十七条の憲法に書いてあることは、いかにも中国的な内容です。私は本居宣長が好きでよく愛読しているのですが、十七条の憲法は、本居宣長が言うところの漢意^{カンゴコロ}であり、大和心とは違うと思います。一方、日本固有の考え方という、やはり本居宣長の大和心とか大和魂ということになるのが私は自然なものではないかなと思います。本居宣長が言っていることは、「素直になれ」ということだけです。「人はみんな死に

たくないと思うものだ。だから、昨日、今日と思わざりしを、というようにそれを素直に歌に詠んで、死にたくないといっていればいいんだ。正義のためなら命は惜しくないなどと言うのは漢意だ」という話です。たとえば、春は桜がきれいだと、思えば朝日におう山桜花、とそれを歌に詠んで、みんなできれいなと思ひ合う、それでいいのだ、ということの本居宣長は言っているのです。

ですから、私も日本固有のものとしての価値観とか、日本人としての生き方はあると思っています。ただそれは、本居宣長が言っているように、「日本人だけがそう思っているのではなくて、本当は人間はみんなそうなのだ。死にたくないみんな思っているのだ」というわけで、そういう意味で大和心には普遍性があると言っているのです。それを中国人は漢意で素直な心がゆがんでるので、そうでない、ということは無理をして言っているのだということで、そこまでは私は本居宣長の言う通りだと思っています。しかし、これでは政治が成り立ちませんので、政治をやるためにはもう少し仕掛けが必要です。いろいろな考え方の人がいる社会でフェアな形で社会生活が成り立つ仕組みをつくらうと思うと、ヨーロッパで生まれた考え方ではあるのですが、それはそれとしてやはり近代立憲主義という考え方が普遍性があるということではないかと思っています。十分なお答えにはなってないかもしれませんが、とりあえずそんなところでございます。

【中谷理事長】 宗教改革によって多様な価値観が出てきた、だから立憲主義的な考え方をもとに国の形をつくらなければいけないというお話ですけれども、もう一方の考え方としては、そうすることで人間の欲望を解き放ってしまったと見ることもできると思います。かつて神のいる世界においては、自然権のようなものを神から与えられているのですけれども、その見返りとして神に対する信仰とか、そういうものでバランスを取っていたわけです。ところが人権に代表される基本的な権限が、理屈づけはともかくとしてとにかく人間

に与えられました。しかし、それに対して明確な義務というものが近代世界では消えてしまって、個人の欲望を解放して、個人の権利をとにかく守るのだという話になってしまったわけです。もちろん、それによって人間が解放されたということがあるわけですから、マイナスばかりではないのですけれども、それが先ほど出ていた環境の問題であるとか、あるいはグローバル資本主義がもたらしたいろいろな問題であるとか、さまざまな近代社会の問題を同時につくりだしたわけです。逆に言うと、宗教改革によって価値観が多様化したという局面もあるけれども、逆に立憲主義的な思想を世界的にどんどん広めたことによって、ますますみんなが個人の欲望をむき出しにして行動するようになったために、逆に個人がそれまで生きてきた周りの人たちと仲よく暮らすという共同体的な価値観がなくなってしまう。個人が独立して好きなように生きるという近代社会が誕生したわけですね。

ですから、近代社会には功罪があるわけで、決してどっちがいいとか悪いとかという話ではなくて、そういう側面を理解して、21世紀という時代をもっといい世界にするためには、今まで近代社会がつくってきたような立憲主義的な思想だけでは足りないではないかという、そういう問題意識をたぶん、芝沼さんは持っていたのではないかと思うのです。確かに近代社会がもたらしたものは大きかったわけですが、さまざまな矛盾もあちこちで生まれてきた。それをどうバランスよく評価したらいいのかという問題に帰着するのではないかと思うのですけれども。

【長谷部先生】 どうもありがとうございます。そういうご質問だったのですか。

お答えの仕方としてはこういう手順を踏むことになると思います。最初に、人間というものは、快楽を求め苦痛を避けようとする存在である、という基本的な前提に立ったうえで、それ自体は仕方のないことなのであるから、その快楽と苦痛との差を「幸福」と定義すると、この「幸福」を社会全体として最大化するこ

とがとてよいことであると考えすることはできます。そういう考え方もあり得ますが、それは近代立憲主義とは違うものです。近代立憲主義の立場からすると、それも多様な価値観の単なるひとつです。むしろ近代立憲主義の立場をよりよく示しているのは、カントの道徳形而上学だと思います。カントの道徳形而上学が言っているのはどういうことかということ、人間は理由に基づいて行動する存在である、ということです。そして、欲望や自分の生まれながらのインクリネーション（傾向）に基づいて生きる人間とは、要するに因果関係に支配されているだけの人間で、これは本来の人間のあり方ではない、とカントは言っています。私自身はそんなに偉くないのですが、人間は自分の純粋な意思に基づいて決定をし、それに基づいてきちんと生きていかなくてはならないということをカントを言っています。その意思決定について普遍的に妥当する理由づけというものを自分自身で考える必要があるわけです。普遍的に妥当し得る理由づけをきちんと考えて、それに従って生きていきなさいという話ですね。

その理由づけを考えるときに、先ほど申しました通り、公の理由づけと私の理由づけ、という少なくとも2つの種類に分けないといけない。公の理由づけと私の理由づけを分けるとき、カント自身はそういう言い方をしているわけではないのですけれども、カントが言いたいことは、こういうことになります。すなわち、自分が何を正しいと思うか、何が理由のある行動だと思うのかということは人によって違う。それをそのまま放っておくと、みんな自分は正しいのだという、その一念で行動するので相互に衝突する。相互に衝突するので、究極的には戦争になる。それでは人間らしい社会生活が成り立たないので、そうならないためにどうするかということ、国家が法律をつくって、個々人が自由に決定し行動できることに対して枠をはめている。みんなそれぞれの枠の中で、自分が考える正しい理由に基づいて自由に行動してくださいということを言っているわけです。

カントが書いた「人倫の形而上学」は、人倫の形而上学の中身が法論と徳論に分かれています。その法論の中で私法編の次が公法編になっています。公法編の一番最初のところに、このように書いてあります。

その枠組みをどうつくるのか、という点が公の問題ですが、その公の枠組みの中では、自分が正しいと思う理由に基づいて生きる自由がそれぞれの人に保障されないといけないという話ですので、自分の快樂の赴くままに生きる自由があるという話と基本的なところで違うものだと私は思います。

【太下】 きょうの先生のお話の中で、「立憲主義とは何か」という項目で出てきました、広義では政治権力を制限する思想一般とそれを実際に現実にインストールするための手法であり、考え方として、Pre-commitment というものをご説明をいただいたわけなのですが、このPre-commitmentについて2点お伺いしたいと思います。

きょうのご説明にはなかったのですが、ご著書の『憲法とは何か』の中に、このPre-commitmentの説明に関して、自分が非合理的に行動してから、自分の利益を害する危険が予想されるとき、自分の行動の幅をあらかじめ制限するのだということで、飲酒運転の例を出されています。これから飲酒しようとするときに、飲酒運転をしないように自動車の鍵を自分の信頼する友人に預けて、その友人は飲酒しないという前提で、決して自分に鍵を返さないでくれと頼む、というエピソードをあげられています。

ただ、これを実際の憲法議論にあてはめたときに、いわゆる前の世代の憲法の制定者というのがしらふであって、一方で、これからこの憲法の改正というものを議論しようとしている人間はある意味で飲酒運転状態かもしれないという人間だ、というふうに位置づけるための正当性というのはどこからくるのでしょうか。かつての制定者がしらふだというふうに位置づける正当性、これに対するひとつのロジックとしては、たとえばもしかしたら憲法というのは一見民主主義的なよ



太下義之氏

うでいて、実はパターンリズムの側面が強いのではないかというロジックもあり得ると思います。要はある種の権威のあるものが、権威のない弱い立場のもののおもんばかりで、弱いものたちの意志にもしかしたら反するのかもしれないのだけれども、そこに介入、干渉するというパターンリズムです。そういうかつてのエリートである起草者の存在を想定しているのかもしれない、とも考えられます。要は質問としては、プレコミットメントの正当性についてお伺いしたいということです。

2つ目の質問は第一の質問とからむのですが、これがプレであるということについてです。関連の書籍等を読みますと、このプレコミットメントに3つの論点があると書かれています。もちろん、長谷部先生はご存じだと思いますけれども、第一に、このプレコミットメントというものは、実は憲法を制定した人とその制約される人たちは違う人だから、自己拘束的ではなくて他者拘束的なのではないかというロジックがあります。2番目として、もともと憲法というものは、革命とか、敗戦とか、極めて激変する政治状況の中で制定されることがあるわけですから、実は憲法制定者が合理的な判断をしたとは必ずしもいえないのではないかという点です。これは日本では阪口先生等が紹介していますし、もともとはコロンビア大学のJon Elster教授等が言っていることのように、そ

うことを考えると、やはり先ほどの「しらふ」ということと相反するような論点も出てきます。さらに3番目として、現在の世代というのは、過去の世代に拘束されることが自己統治といえるのかという点です。この3つ目の論点は最初の論点とも非常に似通っているように思うのですが、いずれにしても、このように考えてみますと、「プレ」であること自体も非常に悩ましいという感じがします。

ひとつの理解としては、要は現在の憲法というのは、制定時から非常に長い時間、多数の世代によって信任されてきたのだと考えることによって、この時間の厚みというもの、非常に価値があるものだという理解も成り立ち得ると思うのです。ただし、この価値を認めてしまうと、これからどんどん時代が変わっていく中で、ますます憲法というのは変えづらくなっていくというパラドックスもいえるのではないかと思います。ということで、このプレコミットメントのそもそもコミットメントの正当性、それから、プレであることの正当性、両面でどういう解釈が成り立ち得るのかというのを教えていただきたいと思います。

【長谷部先生】 今のご質問は、私の話のいいかげんなところを突いていただいて、私自身も説明しやすくなって大変ありがたいと思います。おっしゃる通りで、はっきり申し上げまして、憲法によるプレコミットメントが自己拘束であるというのは正確ではありません。むしろ、いろいろなレベルで自己拘束ではないということがいえるのです。

まず、実は憲法制定者という存在はいません。もっとも、憲法制定者と言われる人々は歴史的にはいるわけですが、憲法制定権という権限を持った者が憲法制定以前に存在するかというと、それは存在しないということです。またおまえは法匪だと言われてしまうかもしれませんが、憲法制定権者というものは法律学的に説明不可能なものなのです。なぜ憲法を制定する権限のある人間が憲法以前に存在しているのか。それは説明しようと思っても説明できない。私は新書

では「自己拘束だ」などと言っていますけれども、研究者向けの論文集の中では「憲法制定権者なんて存在しない」と書いています。別の本を読むと別のことを書いてある、ということをお自分で申し上げているのですけれども。

そのことを白状したうえで話になりますが、これまたご指摘の通り、立憲主義と民主主義は衝突する側面があります。それはおっしゃる通りです。民主主義を100%実現しようと思うと立憲主義は成り立ち得ない。ですから、立憲主義が必要だということは、結局民主主義には100%は任せられないということです。「そのときそのときの多数者が決めれば、それで最善になる」というハッピーな物語であるはずはないということが前提だから、立憲主義の原則がとられていることとなります。

ではさらに、その立憲主義の中身はどう決まってくるのかですが、先ほどの私の議論からすると、「憲法制定権者なるものが存在して、彼らの言う通りにするのだ」というわけにいかないわけです。

これは今現在の時点でそれをどう説明するのは、これはむしろ簡単で、先ほどの話の中身とも関連するのですけれども、いってみれば、ある種の万民法、*ius gentium*（ラテン語で「万民法」）とでもいえるようなものが憲法原則としてだいたい固まってきています。日本の最高裁でも、憲法判断するときにもそういうことをよく言います。たとえば裁判員裁判が合憲だといった去年の裁判の中でも言っていることですが、刑事手続に関しては、無罪推定ですとか、公開対審であるとか、とにかく普遍的に受け入れられている原則がいろいろとあります。むしろ、真っ当な国であれば、こういう国民の権利や自由はだいたい保障しているものですよね。それは前提にしていいたろうと思います。それ以外の部分は、それは先ほど私が申しましたけれども、お国柄ですから、国によってそれぞれ違うことがあり得るわけです。たとえば大統領制の国もあれば、議院内閣制の国もある、1院制の国もあれば、両院制

の国もあるということですが、これまた人の人柄と同じで、国柄はそう簡単に変わるものでもないわけです。しょっちゅう国柄が変わる国というのは、どんな国なのだろうということになりますから、国柄の根幹は簡単には変わらないはずのものだろうと思いますが、その他の部分は、やはり情勢が変われば変わるべきものだと思います。

変わるべきものだといいたい人が思って、そういうコンセンサスができるのであれば、それはやはり変わるのでしょう。現在は総議員の3分の2以上となっています。総議員の3分の2の賛成を得ることが、まったく不可能でもないのに、必要があれば憲法は変わるのだと思います。アメリカの憲法は、4分の3の州での承認が必要だとされていることもあって、日本よりも変えにくい仕組みになっていますが、第二次大戦後だけでも6回憲法を改正していますので、どうしても必要があって変えなければいけないといえ、それはいくらか厳格な手続であっても変わるものだと思います。政治家の人たちも、国民一般の有権者の人たちも、最後はそこは信用しないといけないのではないかと思いますけれども。

【中谷理事長】 今後の見通しでは、憲法改正の条件を2分の1に変えそうでしょうか。

【長谷部先生】 先のことはわかりませんが、少なくとも参議院選挙が終わってすぐにアクセルを踏むという状況ではどうもなさそうな感じがしています。けれども、これについては「おまえは見方が甘い」と言われるかもしれませんけれども。

【美濃地】 大阪からまいりました美濃地と申します。官公庁の調査をしております。

興味本意の質問で恐縮なんですけれども、大学がもとと法学部だったので、浦部先生とか、棟居先生とか、松下先生の講義を受けたのですが、本当に全然おもしろくなくていつも寝ていたのですが、きょうは本当は先生のご本を開くのがすごくいやでいやだったので、本を開いたらすごくおもしろくて、きょうのお話も本当に興味を持てる話で、こういうことを大学のときやってくれればよかったなとちょっと思ったぐらいなんです。本の中で触れられてなかったことをご質問したいと思っております。



美濃地研一氏

ろくて、きょうのお話も本当に興味を持てる話で、こういうことを大学のときやってくれればよかったなとちょっと思ったぐらいなんです。本の中で触れられてなかったことをご質問したいと思っております。

憲法にも人柄があるというのは、非常にああそうだな、なるほどなと思ったのですけれども、きょうのお話、あるいは本の中で触れられなかったことで、天皇に関する条項のところはまったく触れられてなかったような気がしまして、日本国憲法あるいは大日本帝国憲法がお国柄があるとすると、そのところが非常に特徴があるのではないかな、オリジナリティーがあるなと思っております。多くの右だといわれる人、あるいは左の人もそうですけれども、議論が天皇の位置づけというところに結構走っているのではないかなという気もしてまして、今回、100年後を考えるとというテーマ、お題も与えられておまして、私はうっと思つたのは、もう天皇家が絶滅するのではないかなというのが、喫緊の議論としては、男子があとを継げそうな人がひとりしかいないということもあって、100年後の今の憲法になると、皇室典範を変えればいいのかも、天皇家絶滅するという事態も想定されている中で、そもそも天皇の位置づけというのが、個人的な感想として絶滅することに対してはどう対応するのかということと。

それから、個人的な関心としては、天皇が象徴とい

うふうに何回も小学校ぐらいから聞かされてきたのですけれども、それなんか今の立憲主義とかいろんな話からすると、非常に中途半端な感じがして、もっとはっきり位置づけるか、あるいは本当に象徴でなくて、関係ないんだよとはっきり言うというふうなことも必要なのかなという気もしまして、先生が言及されてなかったのは、何か理由があって言及されてなかったのか、理由があって言及されてないのか分からないのですけれども、私自身は象徴という位置づけに納得できてなくて、もっとしっかり位置づけるか、あるいはもっと軽くするか、そういうことをもっと考えてもいいのではないかと考えております。

すみません。感想と、2つ目の天皇の位置づけについて。

【長谷部先生】 天皇制については、『憲法と平和を問いなおす』（ちくま新書、2004年）の中で触れているのですが、あの本で私が申し上げたことは2つありまして、最初に現在の皇室典範では男系男子ということになっておりますので、今のままでは危ないということです。

それはおっしゃる通りですが、もう1点は、憲法には世襲というふうに書いてあるだけでありますので、養子をすればいいわけです。養子をしてはいけないと憲法に書いてあるわけではございませんので、皇室典範を変えれば、もしかしたら美濃地さんが天皇家の養子になって皇位をお継ぎになって、君が代は世の末まで続くということも可能性としてはあり得るわけです。ほかにも私は天皇家存続のための秘策を持っているのですが、これはお酒の席にでもお話ししたいと思います。

それから、象徴という点については、ご案内の通り、憲法1条には「天皇は日本国および日本国民統合の象徴である。それは主権の存する日本国民の総意に基づく」と書いてあります。象徴という言葉は法律用語ではありません。強いていえば社会心理学上の用語で、たとえば「ハトは平和の象徴」というように、具体的な何ものかが抽象的な何ものかを示しているときの、

その具体的なものを指します。なぜそういうことが可能かということ、みんながそう思うという事実があるからですね。みんながハトを見ると、「おお平和だ」と思うから、ハトは平和の象徴になるのです。

繰り返しになりますが、「日本」という国は、頭の中の約束事です。ですから、そういう意味で抽象的な存在です。そして天皇を見ると、多くの人が「ああ、日本だ」と思うこと、これは社会心理学上の事実です。そういう事実があるので、「だから天皇は日本国の象徴なのです」という事態を憲法の第1条が叙述しているわけです。逆に、天皇を象徴だと「思え」と命令してもこれは無理です。いくら憲法でも、人の心はコントロールできません。旧憲法下から、あるいはそれ以前から天皇は日本国の象徴だったわけで、象徴だったのはなぜかといえば、みんながそう思っているからです、ということが憲法に書いてあるわけです。いわば、当然のことが書いてあるだけで、そういう意味では私は何の問題もないと思います。

私はだいたいにおいて現憲法の実態に関する条文というのは、よく考えてある条文だと思っておりまして、不満は持っていません。

【美濃地】 わかりました。ただ、右、左、いろんな方からはこここのところが議論になるなという論点かなと思っていました。

【長谷部先生】 よく考えると何の謎もないことが分かれ



ば、みなさん納得されるのではないかと思います。

【美濃地】 もうひとつ、つまらない質問かもしれないのですが、グローバル化の経済と関わるかもしれませんが、タックスヘイヴンというのがあって、グアンタナモ米軍基地もそうだったと思うのですが、要は憲法が及ばないようないいかげんな地域を結構西欧の国は都合よくつくって、うまく使っているなというか、それぞれ二枚舌で、りっぱなことをおっしゃるけれども、アンダーテーブルのところではうまくことやっているなという気がして、日本もむしろそのぐらいのしたたかさをもってやったらどうかという気がして、タックスヘイヴンも今からつくれという話ではないのですが、現実としてはあって、そこをうまく使っているというのが国際政治ではないかなという気がしたので、憲法論とは違う話なのかもしれないのですが、グアンタナモ米軍基地みたいなところが実際あって、うまくことをやっているというのが先生の目から見るとどうなんですか。憲法が及ばないといって虐待をしたとかということが報道されたりして。

【長谷部先生】 うまくやっているというのもひとつの見方ですし、やはりあれがあったおかげで、アメリカは大いに評判を落としてしまったというのもひとつの見方です。あのケースは、理念と現実が違うというよりも、本当に二枚舌で、やはりやってはいけないことをやっていたのだと思います。

【美濃地】 分かりました。結構です。ありがとうございました。

【谷口】 大阪から来ました谷口と申します。よろしくお願いします。

質問ですが、個人的に集団的自衛権を日本が持って欲しいと思っておりまして、そんな観点で憲法を眺めていました。私が考えますに、憲法は大きく2つの要素から構成されています。ひとつは最終的に国民に保障する権利を書いた部分、たとえば男女平等の権利に関する記述です。最終的に国民が享受する状態を、目指して、どの



谷口智史氏

ような手続で国を運営するかという部分に分かれていると思います。国民が権利を享受できることが最優先だと思いますので、どのようにしてそれを実現するかという手続の部分は、どちらかという憲法の中でも従に属するものではないかと思っております。そう考えたときに、もし他国に自由な多様性を認めるような国体を持ってない国が、帝國的に拡大する状況になったときに、それが防止できなかつたら、最終的に国民が享受すべき権利を守れなくなる可能性が高くなります。もしそういう事態を防げないとすれば、その憲法はあまり良くない、機能不全な憲法ではないかなと考えて、何とか（侵略的な国家に対抗するために）集団自衛権を正当化できないかなと勝手に考えていたのですが、そういう議論は存在するかどうか。

【長谷部先生】 私が不勉強のせいか、そういう議論自体は耳にしたことはありません。先ほどご説明した通りで、日本固有の利益、日本国民の生命、財産を守るための自衛権の行使については、政府は「そうすることはできる」という話です。

ところで、私が子供のころ「サンダーバード」という人形劇がありました。世界のどこかで生命の危機に瀕している人がいると、自分たちにとっては何の利益にもならないのに莫大なコストをかけて、自分自身も命が危ないという状況に陥るのに、地球の果てまで出かけて行って、人命救助をするという人形劇です。そ

れ自体は大変おもしろかったのですが、一方で、現在の日本がそういうことをするのかどうかという話ですね。

こうした人助けをやらないというのは、悪くいえば、自分勝手というか、自己利益のことしか考えてない国ではないかということになるかもしれません。しかし、日本は武力の行使以外の支援はやります、と言っていますので、他人のことは何も考えない国とイコールではないだろうと思います。

自衛隊員も日本国民なので、自国民の生命を危険にさらしてまでそこまでやるかという、その判断だと思います。やるべきだという議論はもちろんあり得るだろうと思いますが、今まではやってこなかったし、それでとても困ったことになっているかという、そうでもないということではないかと思います。

【中谷理事長】 そろそろ時間になりましたので、もしどうしても発言したいという人がいなければ一応ここでお開きにしたいと思いますけれども、いかがでしょうか。

きょうは塾生のいろいろな質問に対して丁寧にお答えいただきましてありがとうございます。本当に感謝いたします。どうもありがとうございました。(拍手)