

慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resources

Title	グローバル化世界と憲法制定権力(続)
Sub Title	Globalizing world and constituent power
Author	山元, 一(Yamamoto, Hajime)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.39 (2018. 2) ,p.1- 21
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	http://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20180207-0001

グローバル化世界と憲法制定権力（続）

山 元 一

Ⅲ 動的で多元的な憲法制定権力論の試み—— Andrew Arato

1. 「立憲主義のパラドックス」の克服
2. 法的過程としての憲法制定
3. 憲法制定権力と民主主義

Ⅳ 「違憲の憲法改正」の裁判的統制へ—— Yaniv Roznai

1. 「違憲の憲法改正」というトpos
2. 「土台に基礎づけられた構造体」論と憲法改正権の法的性格
3. 憲法改正の違憲審査基準

まとめにかえて

Ⅲ 動的で多元的な憲法制定権力論の試み—— Andrew Arato

1. 「立憲主義のパラドックス」の克服

「近代主権国家」の存在を前提条件とする法実証主義的法学の立場から、やがて国民と自らを認識し、そのように他者によっても認識されることになる一定の人間集団がこれから憲法を制定しようとする場面を想定して、一般に、〈そのような集団が「始源的憲法制定権力」を行使し、その結果憲法が制定された〉、と言明される事態を認識の対象とすれば、いかにも法的カテゴリに属するかに見える「始源的憲法制定権力」なるものは、実は単なる事実上の現象に過ぎず、法的なものとして叙述される、〈「始源的憲法制定権力」の行使〉と称される事態は、およそ法学の認識対象から排除されなくてはならない。フラ

ンス憲法学においては、Raymond Carré de Malberg がまさにこの立場を鮮明にしていた⁴⁶⁾。このような立場からすれば、一定の人間集団が国民として法的に構成されるのは、憲法制定の時点においてはじめて生起する事象なのであるから、それまでの状態を法的に認識すれば、それは、〈未だ組織化されていない、必然的にいかなる法的拘束も受けない無制約的な人間集団が活動している事実のみが存在する〉、ということになる。

このように法実証主義の思考様式に由来する法外現象と法的現象とを峻別し、前者から後者への転換プロセスを法外現象として放逐してしまい考察不能な事態を招来せしめる二元論的理論構成——「立憲主義のパラドックス」⁴⁷⁾——を克服することはできないか、具体的にいえば、未組織の人間集団が憲法秩序を備えた法的主体へと次第に変容していく過程そのものを（憲）法現象の一環として把握し、そうすることを通じて人々が民主的に憲法秩序の形成に参加することができるように法的に方向づけることはできないか、というのが、『ポスト主権的憲法制定——学習と正統性』と題する著作を公刊したアメリカで民主主義理論を専門とする Andrew Arato⁴⁸⁾ の憲法制定権力観念を取り扱う際の基本的な問題意識にほかならない。Arato は、従来の憲法制定権力論がそのような二元論的理論構成に陥った原因を、〈「始源的憲法制定権力」の行使〉に関

* 本稿は、『法学研究』第91巻1号掲載予定の続稿である。なお、注番号は上記論文を引き継いでいる。前稿の目次は下記のとおり。

はじめに

I 「立憲主義の権威主義化」と憲法制定権力論

1. 「立憲主義の権威主義化」とは何か？
2. ハンガリーにおける「立憲主義の権威主義化」と憲法裁判

II ラテンアメリカにおけるポピュリズムと憲法制定権力論

1. コロンビアにおけるポピュリズムと1991憲法の制定
2. コロンビア憲法裁判所判決における憲法制定権力論

小 括

46) Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie de l'État*, Tome II, Recueil Sirey, 1922, p. 497.

47) cf. Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), Introduction, in *The Paradox of constitutionalism*, Oxford University Press, 2007, p. 1ff.

して、Emanuel Sieyès を現代において権威主義的に改鑄した Carl Schmitt の抱いた、憲法以前にそして憲法の外側による国民によっていわば刀の一振りによって行使される決断主義的なイメージ（「主権的」な視座）に囚われてしまっているからだ、と指摘する。こうして、Arato は、1970 年代以降現在までに世界の各地で行われた実際の憲法制定過程の諸事例をつぶさに観察しつつ、そこから、「ポスト主権的憲法制定」の模範的なあり方を抽出し、それを規範的理論として示そうとするのである（副題に「学習」とあるのは、その故である）。

それでは、Arato にしたがって、憲法制定プロセスを「ポスト主権的」な視座から構成するとどうなるのか。そこでは何か単一の主体（個人であれ会議体であれ）が主権者として振る舞って憲法を制定するというのではなく、円卓会議、暫定憲法制定から新憲法制定への二段階プロセス（*two-stage process*）、法的連続性などの要素を含んだ多元的プロセスにもとづく憲法制定が想定される。そしてその際に考慮さるべき要素としては、多元的包摂、相対的にコンセンサス重視の決定、経験的な無知のヴェール、公開性、寛大さ、適法性などが提示される。このような多元的プロセスが規範的モデルとして示される理由は、右左双方からのポピュリズムに対する最良のオルターナティブを提供するためである、とされる⁴⁹⁾。

Arato は、「立憲主義のパラドックス」を生み出した、Schmitt の「始源的憲法制定権力」の主体たる人民についてそれを、「助言することも、討議することも、議論することも、支配することも、行政を行うことも、規範を定立する

48) A. Arato, *supra* note 23). [Andrew Arato, *Post sovereign constitutional making: Learning and legitimacy*, Oxford constitutional theory, 2016] 本書では理論的考察のほか、ハンガリーとトルコ——の最近の憲法状況の分析が行われている。Arato の民主主義理論を検討する研究書 (Enrique Peruzzotti and Martín Plot (eds.), *Critical theory and democracy: civil society, dictatorship, and constitutionalism in Andrew Arato's democratic theory*, Routledge, 2013) が刊行されている。ちなみに、Arato は、第二次世界大戦後の日独の事例との比較を踏まえて、2004 年イラクの憲法制定過程におけるアメリカの関与をめぐる諸問題を検討した研究書を公刊している。Andrew Arato, *Constitution making under occupation: The politics of imposed revolution in Iraq*, Columbia University Press, 2009.

49) A. Arato, *supra* note 23), p. 300ff.

ことも、あるいは自らを構築し再構築する、Renanの有名な日々のプレビシットに参加することさえでき」ず、「民主主義的権威の問題」がせいぜいのところ「国民の直接投票」に還元されてしまうことにある、と指摘する⁵⁰⁾。すなわち、Schmittは民主主義を振り回しているが、実際には、どのような形態の決定であれば民主主義的決定といえるのかについての考え方が、全く不明確であるとするのである。

2. 法的過程としての憲法制定

以上のような思考に立つ Arato が、法・政治思想史的な考察を行った結果、現代の憲法制定権力憲法観念にとって重要な意義を有すると判断して注目する論者が、フランス第三共和制期の公法学を担った一人であり、Schmitt その人にも制度論を通じて大きな影響を与えたことで知られる Maurice Hauriou である⁵¹⁾ ⁵²⁾。Arato は、次のようにいう。そもそも Hauriou が克服の対象とした Raymond Carré de Malberg の国民主権論は、いかなる具体的な主体にも主権を認めず、抽象的な国民の主権主体性を指定する消極的主権論であり、Schmitt のように権限の根拠が不明確な集団が主権主体を僭称させる道を封じる点において大きな意義を有するものであった（Arato はそこに、現代民主主義論にとって大きな影響を与えている、Claude Lefort の「民主主義の中心＝虚無」論と同型の議論を見る⁵³⁾）。しかし、Hauriou のアプローチがなによりも貴重なのは、Carré de Malberg が終生囚われていた「国家中心主義的規範——サンクションモデル

50) A. Arato, *supra* note 23), p. 25.

51) A. Arato, *supra* note 23), p. 36ff. cf. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Recueil Sirey, 1929, p. 86 et s. p. 255 et s. Hauriou の憲法制定権力観念について、参照、高見勝利『『憲法制定権力』考』『芦部信喜古稀・現代立憲主義の展開（下）』（有斐閣、1993年）723頁以下、および最新の詳細な研究成果として、時本・前掲注5）351頁以下。

52) ここでは立ち入る余裕がないが、Arato が Hauriou と並んで注目するのが、Hannah Arendt の革命論における生の力とは区別される正統的権威の探求の作業である。A. Arato, *supra* note 48), p. 43.

53) Lefort の現代政治理論における位置づけ・意義については、参照、宇野重規『政治哲学的考察』（岩波書店、2016年）144頁以下。

(state centralized norm-sanction model) を乗り越えて、法の規範的政治的創設現象そのものに目を向けようとする、「現実主義者かつ規範主義者 (a realist and a normativist)」の立場を選択したからである。このような見地に基づいて、Hauriou の理論において国の内部における主権は、その単一性の縛めを解かれて相互的に対抗関係に立つ「政府の主権 (souveraineté de gouvernement)」と「国民共同体の主権 (souveraineté de sujétion)」へと二重化される。そして、たとえ革命的な憲法制定行為が生じたとしても、それによって憲法制定過程に法的空白状態が生み出されるのではなく、それどころか、そのような行為そのものが「革命的慣習法 (revolutionary customary law)」によって規範的に基礎づけることが可能なのである⁵⁴⁾。逆に、たとえ革命によって人民なるものが国家権力を自らのものにしたと宣言したとしても、Hauriou からすれば多数者が政治支配を主導することを想定するのは、全く現実的ではない。このように論を進める Arato にとって改めて光を当てる必要があるのは、革命前夜に「始源的憲法制定権力」の理論を提出した時点での Sieyès ではなく、革命後の政治の激動の中で、その安定化を実現するために「暫定的憲法協定」⁵⁵⁾ を提案したところの Sieyès であった⁵⁶⁾。Sieyès のこのアイディアは、憲法制定過程についての多段階的、多アクターのモデルを提示するものであり、そのような憲法制定過程は、憲法制定議会の活動をも含めて立憲的ルールの下におかれ、かかる過程においては複数に亘る選挙の実施が想定されることになる。

54) Arato は、この点において、ヨーロッパ統合を念頭に、「始源的憲法制定権力」を「集団的アイデンティティ」として、しかも再帰的存在として再構築しようとする Hans Lindahl の所説 (Hans Lindahl, *Constituent power and reflexive identity*, in Martin Loughlin et alii, *supra* note 38), p. 9ff.) を批判している。Arato からすれば、条件付で遡及的に成立する観念として理解しなくとも、自然の時の流れに従って憲法制定権力の法過程を理論化することは可能なのである。Lindahl の所説については、参照、山元一「近未来の憲法理論を考える」辻村みよ子他・前掲注 38) [辻村みよ子他編『憲法理論の再創造』(日本評論社、2011 年)] 96 頁以下。

55) 革命後の Sieyès の憲法構想の中でもっとも重要な共和暦 3 年の憲法構想については、参照、浦田一郎『シエースの憲法思想』(勁草書房、1987 年) 222 頁以下、共和暦 8 年のそれについては、同書 245 頁以下。

3. 憲法制定権力と民主主義

歴史上様々な仕方で開催されてきた憲法制定過程について様々な視座（法的に連続的か非連続的か、正統性が連続的か非連続的か、コンヴェンション型の憲法制定会議（convention）か憲法制定議会（constituent assembly）か円卓会議か、等）から数多くの事例を対象として分析を試みる Arato の所説をここで要約して紹介することは到底不可能なので⁵⁷⁾、彼の議論の特徴を浮き立たせるために、Joel I. Colón-Ríos が、ラテンアメリカにおける憲法制定過程や憲法運用に着想を得て公刊した『弱き立憲主義（weak constitutionalism）——民主主義的正統性と憲法制定権力の問題』⁵⁸⁾ に対して批判的に言及している箇所を取り上げることとしたい。Colón-Ríos は、「違憲審査革命」以後グローバルなコンセンサスの対象となったかに見える、いわば〈強大な裁判権力によって護衛された立憲主義〉に対する対抗言説として、自らの「民主主義的立憲主義」たる内実を有する「弱き立憲主義」を対置する。彼の提唱する立憲主義の核心は、一般の市民が積極的に政治参加を行うことを通じて、憲法制定や憲法改正の憲法変容を提案し討議し決定することを可能にすることにある。より具体的には、①憲法の抽象的原理の保護や、立法権による単純多数による憲法改正、という考え方を克服すること、②民主主義が日常的ガバナンスに解消されず、憲法変容もその射程に含まれることを主張すること、③民主主義的開放性と市民参加が強調されること、④憲法制定権力を立憲主義にとっての脅威と考えず、むしろ憲法変

56) この点において、Arato は、1990年代のフランス憲法学に憲法制定権力論を復権させた Olivier Beaud を批判している。すなわち、Arato によれば、Beaud は Hauriou が論じた憲法制定以前の法過程論に注目し、それをふまえて憲法制定権力論を再構築しようとしたはずなのに、Beaud の国民投票に対する好意的な評価が、結局は国民投票について Schmitt 流の決断主義的な、したがって権威主義的なデフォルメを許容してしまう結果となっている、という。A. Arato, *supra* note 23), p. 62ff. cf. Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 263 et s. Beaud の Hauriou 評価については参照、山元・前掲注1) [山元一『現代フランス憲法理論（信山社、2014年）』] 165頁以下、200頁以下、210頁以下。

57) A. Arato, *supra* note 23), p. 110ff, p. 117ff.

58) Joel I. Colón-Ríos, *Weak constitutionalism: Democratic legitimacy and the question of constituent power*, Routledge, 2012.

容を市民の生活を改善するものとして捉え、憲法制定権力が日常的に行使されることが望ましいと主張すること、⑤「始源的憲法制定権力」と憲法改正権を区別することによって、憲法改正には内在的制約があると主張すること、⑥立憲主義体制の民主主義的正統化に参加する市民像を提起すること、などからなる⁵⁹⁾。

Arato は、Colón-Ríos の「弱き立憲主義」の試みが、従来の現実の憲法制定過程についての関心が単に制定される憲法の内容にだけ向けられてきた点を捉えて、それを方向転換させようとしていることに共感する⁶⁰⁾。しかしその上で、次のような批判を展開する。Colón-Ríos の「弱き立憲主義」は、理論枠組としてコミットしている Schmitt の憲法制定権力論から適切な距離を取りえていない。というのも、「民主主義的独裁」への傾斜の危険を免れていないからである。Colón-Ríos は、議会、国民投票、憲法制定議会、一般市民が提案可能で最終決定を行う憲法制定議会の順に国民意思の具体化のレベルが高いと考えるが、それでも結局、それらのものは、全て主権的存在であり得ることを認めてしまっている。しかも、Colón-Ríos は、憲法制定議会が永続化したり、市民の参加する憲法制定過程が「民主主義的独裁」に墮することは、民主主義的正統性と両立しないのでありえない、と断定してしまうところに重大な問題があ

59) J. I. Colón-Ríos, *supra* note 58), p. 13ff.

60) この点において、グローバルな問題状況の下で憲法制定権力観念の民主主義的性格とその豊穡な可能性を全面的に強調し、立憲主義優位の思考に批判的に対峙しようとする Antonio Negri の憲法制定権力論 (Antonio Negri, *Le pouvoir constituant: Essai sur les alternatives de la modernité*, PUF, 1997 (アントニオ・ネグリ (杉村昌昭=斉藤悦則訳)『構成的権力——近代のオルタナティブ』(松籟社、1999年))と一定の共通性を持つ。ちなみに、Negri の憲法制定権力論は、Hugo Chávez の左翼革命運動に大きな影響を与えた、という。D. Azzellini, *supra* note 45) [Dario Azzellini, Constituent and constituted power: in Emelio Betances and Carlos Figueroa Ibarra (edited by), *Popular sovereignty and constituent power in Latin America: Democracy from below*, Palgrave Macmillan, 2016], p. 20.

関連して、下からの民主的変革と憲法制定権力を連結させるための一つの試みとして、人権観念の前提となる人権を無から自己創造する主体の権利として理解し、そのように理解された人間の権利的構成を憲法制定権力として位置づける主張として、cf. Illan rua Wall, *Human rights and constituent power: Without model or warranty*, Routledge, 2012.

る、と指摘する。また Arato は、実践的次元では、政治的意思形成の場面で正統性の役割を軽視していることを批判する⁶¹⁾。

Arato と Colón-Ríos の議論の違いは、前者がグローバルな視野からの観察によって、例えば上で見たハンガリー基本法制定の例が示すように、「反多元主義者」的色彩に彩られたポピュリズム（「自分たちが、それも自分たちだけが人民を代表すると主張」し、「他のあらゆる政治的競争相手は必然的に非正統的なものとされ、自分たちを支持しない者は誰でも、当然ながら人民の一部ではないとされる」）⁶²⁾ を基盤として、国民全体を僭称する集団による独裁がもたらした憲法制定の実例を強く意識しているのに対して、後者の想定する国民は、より開放的で多元的な運動の結果制定された憲法を念頭におくところにある、といえよう⁶³⁾。

Arato の憲法制定権力論について性急に評価を下すことはできないが、ここではグローバル化による比較憲法学の発展に伴って憲法制定権力論に新地平が開かれつつあることを、確認しておきたい。

IV 「違憲の憲法改正」の裁判的統制へ——Yaniv Roznai

1. 「違憲の憲法改正」というトpos

グローバル化世界における種々様々な国々における政治変動・社会変動の中で、1990年代以降グローバル・スタンダード化した憲法裁判の活性化現象が広く一般化する。これに対して、一般に憲法改正が、様々な政策実現のための

61) A. Arato, *supra* note 23), p. 289ff.

62) ミュラー・前掲注 20) 123 頁 (J. W. Müller, p. 101)。

63) このように、憲法制定過程を「革命的改革」として法的過程に招き入れ、憲法制定過程／憲法改正過程の二分論を克服して、Hannah Arendt の革命論に着想を得つつ、前者についての規範的議論を志向するものとして、J. Braver, *supra* note 43) [Joshua Braver, Revolutionary reform in Venezuela: Electoral rules and historical narratives in the creation of the 1999 Constitution, in Richard Albert, Xenophon Contiades and Alemene Fotiadou (edited by), *The foundation and traditions of constitutional amendment*, Hart Publishing, 2017], p. 141ff が興味深い。

手段となることによって例外的な現象ではなくなり、とりわけ憲法裁判と緊張関係に立つ政治部門は、それに対する対抗措置として、憲法裁判の基準そのものの変更を目指して憲法改正に踏み切る憲法制定権力の活性化現象も、憲法裁判の活性化に刺激を受ける形で生み出されてくる。いいかえれば、国家の諸活動を法的に規律しようとする憲法裁判の活性化と、そのような規律の基準そのものを変動させようとする憲法制定権力行使の活性化が生み出される。ここから生じてくるトポスの一つが、憲法改正行為に対する実質的な違憲審査の可否という論点である。素朴な考え方からすれば、確かに憲法改正行為が憲法以下の法令の定める手続を無視して行われれば、それについて違憲審査を及ぼすことは可能であるかもしれない。だが、憲法改正行為の実質審査については、そもそも憲法裁判機関が国家行為の合憲性を判定するに際して判定基準とするべきものが一国の最高法規たる憲法規範なのであるから、その憲法規範が変動した場合について違憲審査を行うことは論理的にありえないはずである、とも考えられよう。しかしながら、これに対しては以下のような疑問が寄せられる。

- ① 一定の憲法規範がもし自然法を確信的に取り込んだものであるとすれば、そのような自然法（フランス憲法学では「超憲法的規範」⁶⁴⁾と呼ばれる）に照らして憲法改正行為の違憲性を判断できるのではないか？
- ② 憲法規範の中に憲法改正を禁ずる特別の取り扱いを受けている規範群（しばしば、*eternal clause*と呼ばれる）に関しては、それらをあえて改正する行為は明確に憲法規定と抵触するのであるから、それについて審査を行うことができるのではないか？
- ③ 憲法改正行為は憲法制定行為とは法的性質が全く異なる行為であるから、憲法制定権力によって作り出された憲法改正行為が憲法の基本的構造を歪める結果を引き起こす場合には、たとえ明文の憲法改正禁止規定がなくとも違憲判断を下すことができるのではないか？

64) フランス憲法における「超憲法的規範」論の分析として、参照、山元・前掲注1) 235頁以下。

フランス憲法⁶⁵⁾では、憲法院判例・通説ともに、①' 実定法上「超憲法的規範」の存在は認められない、②' 改正禁止規定（第五共和制憲法 89 条 5 項は、「共和政体は、憲法改正の対象とすることができない」、と規定している）についても、それを削除する改正を先行させれば違憲の問題は生じない、③' およそ憲法規範は全て、通常の立法とは異なる手続で効力の認められた同じ価値を持つ規範なのであるから、ある憲法規範を基準にして他の憲法規範の前者の規範への適合性を問うことはできない、と考えられてきた⁶⁶⁾。

フランスでは、憲法の法的ステイタスは、通常法律と比べて制定手続を困難化させた法規範であることに尽きる（憲法の規範内容としての特色を、主に統治機構の組織と権限を規定することを分担するところに見る）、とする見方が今日でも一般的であるため、憲法についても通常法律の解釈ルールをそのまま適用させることが当然視されてきた、と考えられる。すなわち、通常法律相互間で内容上矛盾対立することは珍しくないが、そのような場合でも法律家は平

65) 参照、山元・前掲注 1) 169 頁以下。

66) しかし、このような理論状況にあるフランスでも、この国の公法学の原理的研究の牙城であるパリ第二大学 Michel Villey 研究所の電子ジャーナル *Jus Politicum* 18 号 (<http://juspoliticum.com/uploads/jp18-ebook.pdf>) が、以下で紹介する Yaniv Roznai の「違憲の憲法改正」論をめぐる特集を組んだことが注目される。同研究所の発信する研究動向については、参照、山元一他編『フランス憲政学の動向』（慶應義塾大学出版会、2013 年）。

本特集において、憲法改正法律について憲法院が自らに審査権を否定してきた判例の論理構造を分析・解明する Denis Baranger の論文 *Un chantier qui ne prend jamais fin: Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine*, Traduit de l'anglais par Alexandre Guigue et Véronique Sauron, in *ibid*, p. 45 et s. が興味深い。Baranger は、憲法院の判例法理は、実質的な憲法理解を退ける形式主義的な憲法観 (la théorie « sceptique » de la constitution) に立脚しているが、いかなる政治観についてもコミットしていないというのではなく、その背後では、憲法院が憲法原理と考えるいくつかの定式に依拠している、と指摘する。なお、本論文は、もともと、違憲の憲法改正を特集した *Israel Law Review*, vol. 44, 389 に、*The Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power in France (or the Absence thereof)* というタイトルのもとで公表されたものの仏訳版である。本論文についての紹介・検討として、塚本俊之「フランス憲法判例における憲法制定権力論——政治法学における法と政治の接合について——」『*香川法学*』32 卷 3・4 号 [2013 年] 31 頁以下、がある。

静な態度を崩すことなく、「特別法は一般法を破る」「後法は前法を廃する」等の一般法学の解釈ルールを当てはめて具体的に妥当な法的推論を行うのであって、決してある法律規定を基準に他の法律規定に対する適合性審査を行い特定の規定の無効を宣言したりはしない（ここでは、法律規定は、どれも一律に「一般意思の表明」である）のであるから、このような対処方法を憲法規範についても全く同様に当てはめるべきである、と考えられてきたものと思われる。

これに対して、よく知られているように、憲法裁判機関が積極的な役割を演じている国々では、全く様相を異にしている。①との関連では、1950年代にドイツ連邦憲法裁判所が戦後ドイツにおける自然法の再生を背景として、「違憲の憲法改正」も包含する〈無効の憲法規範〉はありうると判示したことがあり（1951年10月23日判決⁶⁷⁾）、学説上も、「違憲の憲法規範」をめぐる議論が蓄積された⁶⁸⁾。その後も連邦憲法裁判所は憲法改正法律の合憲性審査を実際に行い、学説も連邦憲法裁判所による審査権行使を支持している、といわれる。また、③については、インド最高裁判所が、明文の憲法改正禁止規定はないのにもかかわらず、「基本的構造理論 (basic structure doctrine)」⁶⁹⁾に基づいて憲法改正の違憲を実際に判示したことがある。そして、②のタイプの規範を持つ制定憲法が増加している（1989年から2015年までに制定された憲法の54%⁷⁰⁾）ことが最近の研究で明らかになっており、これが、「違憲の憲法改正」論議を新たに活気づける理由の一つとなっている。

67) BVerfGE 1, 14 (1951). さらに、BVerfGE 225 (1953) でもこのような考え方を示した。それを支持するこの時期のドイツの憲法学説として、Otto Bachof がよく知られている。O. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Mohr, 1951. 本書の紹介として、川添利幸『憲法保障の理論』（尚学社、1986年）109頁以下、がある。

68) この論点をめぐるドイツの理論状況については、大隈義和『憲法制定権の法理』（九州大学出版会、1988年）に詳しい。さらに参照、工藤達朗『憲法学研究』（尚学社、2009年）196頁以下。

69) cf. LC Golak Nath v. State of Punjab (AIR 1967 SC 1643), Kesavananda Bharati v. State of Kerala (AIR 1973 SC 1461).

70) Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendments: The limits of amendment powers*, Oxford University Press, 2017, p. 21.

2. 「土台に基礎づけられた構造体」論と憲法改正権の法的性格

憲法定権力の活性化と憲法裁判の活性化の激突という今日状況の中で、既に一定の議論と実践の蓄積のあるこの問題について、改めて「違憲の憲法改正」の問題をどのように考えたらよいかについて検討したのが、イスラエルの Yaniv Roznai の著作『違憲の憲法改正——憲法改正権の限界』⁷¹⁾ である。本書は、歴史的事例から現在の世界の最新動向までを踏まえた「違憲の憲法改正」についての包括的な比較憲法的・理論的研究である。その具体的内容としては、明文規定による憲法改正禁止の実例とその理論的意義、改正禁止の明文規定の存在しない場合の判例とその理論的意義、憲法改正権の法的性格、憲法改正限界の根拠と範囲、違憲と宣言された憲法改正に対する裁判的執行、等のテーマが取り上げられている。本書を通読するとこのテーマに関わる憲法事例、判例、学説を網羅的に知ることができるのは、壮観である。ここではまず、Roznai の理論的主張の核心をなす憲法改正権の法的意義について、ごく簡単に見ることとしたい。

包括的な実証研究を踏まえた Roznai の実践的主張は、「土台に基礎づけられた構造体論 (foundational structuralism)」⁷²⁾ と自ら命名するものであって、実質的な立憲主義的価値の実現を志向するものである。すなわち、このような見方に従えば、硬性憲法は各憲法規定それぞれが相互に連絡を取り合って一定の構造をなしており、このような構造はいくつかの柱によって支えられている「土台に基礎づけられた構造体」として捉えるべきだ、というものである。確かに、このように憲法イメージを立てれば、たとえ明文の憲法改正禁止規定がなくともそのような構造体に歪みをもたらす憲法改正行為は排除されなければならない、という、憲法典に内在する憲法改正限界論がごく自然に導き出されてくる（実際、インド・バングラディッシュ・ケニヤ・コロンビア・ペルー・台湾・ベリーズの憲法裁判機関は、同様の着想に立つ判決を下してきた）。そして Roznai は、憲法改正権については、「始源的憲法定権力」と通常の立法権の間に存在する

71) Y. Roznai, *supra* note 70).

72) Y. Roznai, *supra* note 70), p. 218ff.

sui generis な権限である、という。ここで *sui generis* というのは、国民がその行使の直接的主体となる「始源的憲法制定権力」（「主要な憲法制定権力（primary constituent power）」）とは異なり、憲法によって設けられた憲法改正機関は、「委任理論（theory of delegation）」に基づいて、なんらかの「土台に基礎づけられた構造体」たる憲法を制定した国民から受任した憲法制定権力を委任行使するに過ぎないことを意味する（「副次的な憲法制定権力（secondary constituent power）」）。こうして、始源的憲法制定行為・憲法改正行為・立法行為の三種類の法規範定立行為がはっきりと区別されなければならない、とされるのである。

国際法・国際人権法の発展による憲法のグローバル化現象（憲法が憲法改正行為について国際法の遵守を規定したり（1999年スイス憲法）、国内裁判所が人権規定の解釈において国際人権法に大きな影響を受けた判決を下すなど）の中で、国内裁判所による憲法改正行為の国際法違反の判断が可能かどうかという論点については、実際にそのような主張を行う論者⁷³⁾や、そのような趣旨の判決

73) 例えば、Vicki C. Jackson は、違憲の憲法改正行為の判断のための善き憲法の基準として、①国民の同意、②法の支配、③正当で善き諸原理を具体化していること、と並んで、④憲法の内容が国際社会によって受容されるものであること、を立てるべきかどうかを検討し、④については、厳格な遵守が要求されるルールとしてではなく、国に独自の一定の判断の余地を留保した上で、共有されるべきトランスナショナルな諸価値として位置づけられるべきだ、と論ずる。Vicki C. Jackson, *Unconstitutional constitutional amendment theory and transnational constitutionalism: A window into constitutional theory and transnational constitutionalism*, in Michael Bäuerle, Philipp Dann, Astrid Wallrabenstein (eds), *Demokratie-Perspektiven Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, 2013, S. 47ff. また、D. Landau, *supra* note 7) [David Landau, *Abusive constitutionalism*, 47 *University of California, Davis Law Review* 189 (2013-2014)], p. 255ff は、「立憲主義の権威主義化」の防波堤のために、憲法改正行為を含めて国際的に国内政治体制の変化を裁判的に統制する「グローバル憲法裁判所」の設置構想について、その限界も含めて検討している。実際の例としては、米州人権裁判所による条約に照らしたチリやトリニダード・トバゴに対する憲法改正の命令（2001年2月5日判決、2005年3月11日判決）がある。cf. Gérard Cahin, *Limitation du pouvoir constituant : Le point de vue de l'internationaliste*, in *Civitas Europa*, n° 32, 2014, p. 63.

（1973年フィリピン最高裁判所 *Planas v. Comelec* 判決）があるとはいえ、Roznai は、国際法の尊重はあくまでも憲法の規定に基づく憲法上の要請として現れるのであるから、憲法典の解釈と離れて一般的に、国際法に照らして国内裁判所によって憲法改正行為の違法性審査が行われるべきだ、という主張には懐疑的である⁷⁴⁾。

3. 憲法改正の違憲審査基準

本書における Roznai の理論的主張自体は、類似の理論構成に立脚する憲法改正限界論が通説的地位を占める今日の日本憲法学からすれば、何らの理論的新奇性を感じさせるものではない。ただ彼の包括的研究から、前述のフランスがその代表例であるように、第二次世界大戦前までのヨーロッパにおける伝統的な考え方においては、憲法を、〈通常の立法と全く同様に、内容的に不統一であることも当然に想定されうる規範の束〉として捉えていたのに対して、第二次世界大戦後今日まで続いてきた憲法裁判のグローバル化と活性化の中で、次第に憲法＝「土台に基礎づけられた構造体」というイメージを共有するようになってきていることを知ることができる。そしてこのようなイメージの中に、法的に限界づけられた、*sui generis* な憲法改正権もまた構造体の構成要素の一つとして位置づけられるのである。

本書において格別の興味を引くのは、Roznai が「違憲の憲法改正」は裁判機関によってどのように検出・認定されるべきなのか、という問題を提起し、採用されている憲法改正手続のあり方に応じた憲法改正行為についての違憲審査基準について具体的な提言を行っている点にある⁷⁵⁾。Roznai は、この問題に

74) Y. Roznai, *supra* note 70), p. 82ff. この点、前掲注 29) [Case of *Baka v. Hungary* (Application no. 20261/12)] の *Baka v. Hungary* 事件において、ある補足意見が、ハンガリーの当該憲法改正を「違憲の憲法改正」と認定したことが興味深い。cf. Joint concurring opinion of judges Pinto de Albuquerque and Dedov, para 13. この点も、根岸陽太氏のご教示によっている。

75) Y. Roznai, *supra* note 70), p. 158ff, Yaniv Roznai, Amendment power, constituent power, and popular sovereignty : Linking unamendability and amendment procedures, in R. Albert, X. Contiades and A. Fotiadou, *supra* note 63), p. 23ff.

ついて厳格審査基準（彼はそれを、minimal effect standard と表現する）は望ましくない、とする。その理由は、憲法発展を可能とし一定の柔軟性を許容するためには、憲法改正権を厳格に統制してはならないからである。重要なことは、憲法の中核的価値を憲法改正権から保護することである。Roznaiによれば、基本権を制限する立法の審査基準として比例原則や合理性の原則が用いられているのに、もし同じく基本権の制限を目的とする憲法改正に対して厳格審査を求めるとなると、より高い民主主義的正統性のある憲法改正権のほうがそれより低い民主主義的正統性しかない立法権より厳しく制約されるという不合理な結果になってしまう。こうして、この問題についてはスペクトラム的に考えるべきであるとされ、憲法改正手続の民主主義的正統性の程度に応じて審査基準を変化させることが、提言されている。すなわち、政治部門の決定のみによって憲法改正を行うことができる場合には、憲法改正権の濫用リスクが高くなるため、より厳格な審査が求められる。これに対して、国民が直接参加したり、あるいは憲法改正の成立までかなり複雑な手続が設けられており、通常の立法手続とは格段に異なった手続によって憲法改正が行われる場合には緩やかな審査が求められるべきだ、とする。そして、前者の場合には、通常立法の審査基準と共通する比例原則の考えをベースとする「比例性違反基準（disproportionate violation standard）」が採用されるべきであり⁷⁶⁾、後者の場合には、憲法改正禁止の明文規定に抵触したり、コアにある憲法原理を根底から否定する改正を行う場合に違憲とする「根本的放棄基準（fundamental abandonment standard）」が用いられるべきである、とする。

以上のような Roznai の違憲審査基準論は、一方で民主主義的正統性の程度、他方で「土台に基礎づけられた構造体」に対する侵害の程度、を合わせ考慮し

76) このような議論の仕方は、「比例性」という、従来のアメリカ的「憲法文化」の影響力を低下させ、ヨーロッパ的「憲法文化」のグローバルな普及の一つの現われとして受け止めることができよう。cf. Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge University Press, 2013. 邦語文献として、参照、江島晶子ほか「ミニシンポジウム 比例原則のグローバル化——人権の対話——」『比較法研究』75号〔2013年〕213頁以下。

ながら、適切な違憲審査基準をチューニングしようとするものであり、立法行為に対する比例性審査の発展応用ヴァージョンであることが見て取れる。ここにおいて、憲法裁判の活性化現象からの帰結として、憲法改正行為と立法行為はともに裁判統制に限界づけられた裁量行為として完全に相対化され、その上でそれぞれの行為の特質に応じた審査密度についてのグラデーションがつけられる。そしておそらく、Roznaiの構想では、比例性審査に馴染んだ世界各国の憲法裁判官がこのような提言を受け止め、憲法裁判官相互の対話に基づく憲法裁判所の役割の標準化を目指すことが想定されている、と思われる。ここでは、それぞれの国の実定憲法に個性や違いがあっても各国の憲法裁判官は憲法イメージ（＝「土台に基礎づけられた構造体」）を共有し、できるだけ共通のフォーマットに基づいて「違憲の憲法改正」問題に向き合うべきだという、まさにグローバル化世界を象徴する憲法制定権力論の仕様であることが、印象深い。

まとめにかえて

本稿のまとめとして、これまで見てきたグローバルな次元での憲法制定権力論の展開と日本の憲法制定権力をめぐる議論状況を引き比べると、どのような指摘を行うことが可能であろうか、について考えてみたい。おおづかみにまとめると、前者の状況については、かつては「世界的には無限界論が支配的である」〔尾吹善人⁷⁷⁾〕、との観測もなされていたが、現時点においては、憲法制定・改正過程の法化傾向、すなわち *pouvoir constituant* の発動・行使をめぐり、憲法制定・改正過程の法的把握と規範的コントロールに向けてのグローバルな理論動向が見られる、とまとめることができる。より具体的に述べれば、憲法制定の場面では、そのような過程を法的な評価の俎上にあげようとする点において理論的に規範的であるのに対して、憲法改正の場面では、憲法改正行為の

77) 尾吹善人『学説判例事典・憲法』（東出版、1970年）38頁。

合憲性について憲法裁判機関による直截な裁判的コントロールが志向される点において制度的に規範的なのである。

これに対して、日本の理論状況においては、とりわけ日本国憲法の憲法改正動向に対する強い警戒感を基礎とした、逆説的な非法化傾向の維持現象が観察される。憲法制定過程を法過程として（憲）法学の検討素材として取り込むことは、そのような過程を法的に正統化する可能性を随伴し、その結果、国民の憲法制定権力行使の名の下で憲法によって正統化された権力行使に対して、いわば他者として厳しく対峙することを困難化してしまう恐れが生じる。このような懸念のもとに憲法制定過程の法化志向は拒絶される。憲法改正過程については、一方で憲法改正限界問題については、なるほど法的限界の存在については理論的に肯定することが圧倒的な通説を占めている⁷⁸⁾が、そこにおいて託されている改正限界論の役割は、国民世論に向かって憲法学説が、〈現在行われつつある憲法改正行為は、憲法改正の法的限界を踏み越えてしまっている〉、という警告を発することに限定され、憲法裁判機関による憲法改正行為の裁判的統制は、国家権力行使の立憲主義的統制の課題としては意識されない。

このような日本憲法学における憲法制定過程へのアプローチを方法論的に見るならば、この論点における有力学説における方法二元論的見地に基づく事実と規範の二元論的理論構成のパラダイムの強い影響力を看取することができよう。なによりもまず、純度の高い方法二元論に立つことで知られた菅野喜八郎は、次のように憲法制定権力不必要・有害説を説いていた。

「既存の憲法が予定する改正手続に拠らずに定立された憲法と自称する一群の諸當為命題が全体として実効性を持つに至った段階で始めて、憲法学はこれを『歴史的に最初の憲法』、客観的當為と前提し、その内容解明を自己の任とする」
／「憲法制定権力が憲法制定によって吸収され憲法改正権に化するとすれば、憲法改正権と峻別されるものとしての憲法制定権力概念は不必要であるし、憲法制定権力は憲法制定によって吸収されずに常時憲法外に存し、恰も神が被造

78) その例外として、参照、工藤・前掲注 68) 216 頁以下。

物の世界に干渉しうる如く法の世界に介入しうるとするならば、こうした憲法制定権力概念の受容は、憲法の客観的当為性を前提とする憲法学にとって自殺行為になりかねない。いずれにせよ、憲法学にとって、筆者は憲法制定権力は不必要、場合によって有害ですらあると考える」⁷⁹⁾。

やはり方法二元論を土台とする樋口陽一の憲法制定権力永久凍結説も、少なくともその有害性について、「解釈論・立法論という法実践の場面では、『憲法制定権』の発動を援用することがそのときどきの実力の正当化に帰着し、しかも今日の社会の実力のにない手はかつてとはちがい近代立憲主義の推進者でなくなっている以上、人権確保をめざす立場にたつかぎり、『憲法制定権』の観念にうったえることは有害であろう」⁸⁰⁾、と説く点では菅野説と一致する見解を示した。

方法論上方法二元論と真っ向から対立し、人民主権論の立場からしかも国家法人説を排撃するポジションに立った杉原泰雄もまた、この論点に関して、法学からイデオロギーを放逐するべき「科学」の名の下に、法実証主義・国家法人説を標榜する Carré de Malberg の議論⁸¹⁾を踏襲し、「憲法の制定は、その本質において、実定法の問題ではなく、社会経済関係の問題である。憲法制定『権』は、実定法上の『力』とは区別される歴史的社会的『力』であり、下位法をうみ出すことを保障された上位法上の『力』ではないのである」、とした⁸²⁾。

そしてまた最近、憲法制定権力をめぐる概念構成は「疑似法律学」に過ぎない、とし、憲法制定権力凍結説を更に一步進めて消去すべきだと説く長谷部恭

79) 菅野喜八郎『国権の限界問題』（木鐸社、1978年）226-227頁。

80) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、1973年）266頁。他方で、樋口は、「『憲法制定権』の観念を、所与の憲法の正当性の所在を示す道具概念」として使用することは、「有用」だとした。同頁。

81) 但し、Carré de Malberg の法実証主義公法学がその顔面通りに受け取ることができず、かなり積極的なイデオロギーに彩られていたことについて、cf. Éric Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003.

82) 杉原泰雄『国民主権の研究』（岩波書店、1971年）352頁以下。

男の視角も共通する。すなわち、「われわれの目に見える形で存在するのは具体的な個々人に過ぎず、それらの集合体が『人民』として意思を表明しうるためには、『人民』なるものを構成するルールが予め必要となるはずである」とし、憲法成立以前の憲法制定過程はもっぱら「政治道徳」によって判定されるべきことがらだとする。ここでも、事実と規範の二元論的理論構成が立論の基礎にあるように見える⁸³⁾。但し、本稿で Arato が憲法制定権力の発動として念頭に置く場面は、長谷部的に捉えれば、そこにはすでに、ある政治的共同体の中で憲法典制定に向けての一定のルールが整備されているのであって、すでに〈憲法的なるもの〉が存在している状況だ、ということになるのかもしれない。もしそうだとすれば、長谷部が標的とする、特定の瞬間にエネルギー解放することの想定される Schmitt 的な決断主義的イメージには囚われない憲法制定権力観念であれば必ずしも消去してしまう必要がない、ということになりうるであろう⁸⁴⁾。

このようなパラダイムに対して、戦後ドイツの自然法の再生論の直接的系譜を引き、「法と事実の交叉点に位する権力」であって、「人間人格不可侵の原則」という根本規範に拘束される憲法制定権力観念）を説く芦部信喜の主張⁸⁵⁾は、少なくとも憲法制定行為についての法的把握と規範的コントロールという現在のグローバルな理論動向と親和的である。このことは、連邦憲法裁判所をもっとも重要な担い手とする戦後ドイツの憲法思想が、ライバルたるアメリカ憲法思想を凌駕してグローバル化世界に広がってきていることの一つの証左ともいえよう。また、一見して明らかなように、芦部の憲法観⁸⁶⁾は、Roznai のそれ（＝「土台に基礎づけられた構造体」論）と大きく共通しており、グロー

83) 長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、2009年）3頁以下。

84) 長谷部は別の場面では、まさに Arato が積極的に参照した Maurice Hauriou の非決断主義的に生成・発展する国家＝法観の豊かな可能性に対して敏感であるように見える。参照、長谷部恭男『憲法の論理』（有斐閣、2017年）168頁以下。

85) 芦部信喜『憲法制定権力』（東京大学出版会、1983年）318頁、322頁。さらに、参照、大隅義和『憲法制定権の法理——「違憲の憲法」との関連で——』（九州大学出版会、1988年）289頁以下。

バルに共有しうる憲法観の一つの落ち着いた先を示しているように思われる。ここからさらに一步進んで、グローバル立憲主義の見地から、Ronzai のいう「土台」そのものが、実は国際社会共同体との緊張・協働の上で立ち上げられてくるのではないか、そうだとすれば、憲法制定権力観念のグローバルな角度からの根本的再構築⁸⁷⁾、という論点も浮上してくるであろう。

もしも、これからの日本憲法学が、比較憲法学の今日的発展の中でグローバル・スタンダードを前提としつつ、グローバル化世界の立憲主義の理念を共有する人々と連携しながら、特殊日本的文脈を踏まえた学問を発展させていくべきものとしたら、もはや、「法実践の場面では、『憲法制定権』の発動を援用することがそのときどきの実力の正当化に帰着し、しかも今日の社会の実力のにない手はかつてとはちがい近代立憲主義の推進者でなくなってきた以上」というように、自国の特定の歴史的状況に固有の特殊事情を世界全体に投影してはならないであろう⁸⁸⁾。確かに、憲法制定権力をめぐる問題は、それぞれの国の「政治史と憲法文化」に深く刻印されている⁸⁹⁾。しかしながら、これからの比較憲法学はグローバルな地平に立ち、それぞれの国のおかれた問

86) 参照、芦部・前掲注 14) 46 頁以下、76 頁以下。Ronzai の「土台に基礎づけられた構造論」は、一人芦部に限らず現在の日本の憲法学説と共通の志向性を有するものだと思う。佐藤幸治は、改正権の「本質」について、憲法制定権力と「憲法規範の創設という点では両者は共通している」ことを重視し、この点を捉えて「同質」だとする点で、Ronzai と立場を異にするが、「人格的自律権を基礎づける道徳理論」に基づく「憲法制定権力者の『自己拘束』〔プリコミットメント〕としての憲法」観と「土台に基礎づけられた構造体」論の距離は、かなり近い。参照、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）38 頁以下、394 頁以下。

87) このような視角から、グローバル立憲主義の旗手 Mattias Kumm は、憲法制定権力はもはや、「実証主義者が伝統的に付与してきた基本的役割を果たさない。しかし、それは、平等に主権的な国家からなる国際社会の一部として法を通じて自己統治する自由で平等な人格からなる共同体という考え方によって基礎づけられ、制約されるのである。このような修正された認識枠組の内部で、規範的観念としての憲法制定権力は、立憲主義についてのポストナショナリスト的ポスト実証主義的観念の枠内で、制約されてはいるが重要な正統化機能を有する。」とする。Mattias Kumm, *Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14 No. 3, 2016, p. 697ff.

題状況について、それを他国に生じている現象であったとしても、それをあえて自らの問題として共有しつつ、同じ問題に取り組もうとする世界の比較憲法学者と手を携えて、憲法制定権力に法学として真正面から向き合う憲法学のあり方が求められているのではないか、と筆者は考える。

88) 同じ主題を取り扱った樋口のごく最近の論稿（樋口陽一「『立憲主義』と『憲法制定権力』：対抗と補完」『日本学士院紀要』69巻3号〔2015年〕105頁以下）は、国民の名の下になされる憲法制定権力の発動にも、その裁判的統制に対してもペシミスティックな立場から、「『市民』の自己陶冶」に賭けるしかない、とされている。本稿から見れば、このような言明は、もっぱら今日の日本の憲法を取り巻く文脈から導き出された、一つの徹底した見解として受け止めることができる。

89) Thomaz Pereira, Constituting the amendment power : A framework for comparative amendment law, in R. Albert, X. Contiades and A. Fotiadou, *supra* note 63), p. 107.