

2019年10月4日（金）

大阪市立大学大学院 都市経営研究科 都市行政コース ワークショップ

憲法をデザインする

講師：慶應義塾大学大学院法務研究科 横大道聡教授

横大道 聡（よこだいどう さとし）

1979年新潟県生まれ。

2007年慶應義塾大学大学院法学研究科博士課程単位取得退学。博士（法学）

2007年鹿児島大学教育学部専任講師、2009年同准教授、2015年慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）准教授を経て、2018年より同教授。

I 憲法について考えるための基本的な視点

1 はじめに

憲法をデザインすると言ったテーマで講義していくわけだが、このテーマに対しては、リベラル派からは、「お前は改憲派か？けしからん」と言われてしまう可能性もあるのだが、今この目線で憲法がどういった仕組みかを理解し、その上で「護憲だ、改憲だ」という議論をするために、今回の講義について進めていくのが、今日の流れになっている。

2. 憲法とは何か

Q：そもそも憲法とはいったい何でしょうか。

憲法と名のつく法があることは間違いなく、70年くらい使っているが、憲法というのは「国家の基本的な仕組み」を定めている法だが、これ以外に法律は無数に存在し、国家の枠組みから定めている法律なども憲法を勉強する上では学ばなければならない。例えば、選挙に関する公職選挙法、裁判所法、地方自治法などがある。憲法は〇〇を除くと99条しかないため、楽だなど思っていたのだが、決してそういうわけではない。憲法を取り巻く法律にも目を向けなければならない。国家の基本的な仕組みを枠組みしているのは「憲法」である、憲法とはそもそも Constitution（英・仏）、Verfassung（独）の翻訳である。

- ・中国で古来「憲法」という言葉は用いられていたようであるが、その意味は、「法」又は「法律」と同義。「憲」という語は、「懸」（＝揭示）や、「顯」（＝著しく明らかなる義）という語の意味で用いられているものが多いことから、「揭示法」、「明らかなる法」「著しい法」という意味で用いていたことが推察される。
- ・聖徳太子の「17条憲法」については、奈良時代の720年に成立した日本書紀において、「イツクシキノリトヲアマリナヲチ」というルビがふられていることなどから、「厳しき法」「明らかなる法」「顯しき法」という意味と推察される。

- ・その後の日本の古文書における「憲法」という用語の用いられ方をみると、「国家の法令」という意味、「一同の遵守すべき法、正しい理」、「法に適っていること」という、多義的な意味で用いられていた。
- ・徳川時代には、「憲法」はひろく「法規」「法令」を指す言葉として用いられていた。そして、「『憲法』という重々しい漢語を用いると、あるいは重要な法律を指すように聞こえぬでもないが、我国においてはかように、明治の中ごろに至るまでは、現今の如く国家の根本法という意義には用いられていなかったのである。それ故、西洋の法律学が我国に入ってきたときに、学者は彼の「コンスチテューション」あるいは「フェルファッスング」なる語に当つべき新語を鑄造する必要に逢着した」
- ・中国にもこの言葉に対応する語がなかったので、当時アメリカ人が中国語で書いた本ではこの語を「世守成規」と訳していた。福澤諭吉の『西洋事情』では「律例」と訳されていた。その他、「根本律法」、「国制」「国憲」などが用いられていたが、「国憲」という用法が多く用いられていたようであり、正式の文書でもこの語が用いられた。
- ・日本で「憲法」という訳語を最初に充てたとされるのは、箕作麟祥(みつくり・りんしょう)であり、明治6年のフランス六法翻訳の際にこの言葉を用いた。しかし当時の学者はこの訳を批判していた。「憲法」が定着したのは、伊藤博文が明治天皇から、各国の憲法調査を命じられた際に、その勅令に「憲法取調」とされていたことがきっかけであるとされる。

「『憲法』なる訳語が適切であったかどうかはともかく、constitution が本来持っていた含蓄、すなわち構成の本質、体格・体質といった、われわれが日々の営みのなかで作り上げていくという要素が失われてしまったのではないかと危惧させるものがある」(佐藤幸治)。そんな中で、憲法学者から評判が良いのが、司馬遼太郎である。司馬遼太郎の「この国のかたち」という解釈がまさに、「憲法」を考えるうえで大事なんだ。

代表的な憲法教科書での定義「国家という統治団体の存在を基礎づける基本法」(芦部信喜)、「およそ国家の組織・構造の基本(誰がどのように支配すべきか)に関する決まり」(佐藤)。憲法=憲法典に限定されるわけではない。「実質的意味の憲法」にも目を配る必要がある。昔に、東北大学の小嶋和司先生が「憲法と憲法典」という論文を書いていた。そこでは、「最近、法学部生に憲法と何だと聞くと、あの日本国憲法ですよ」と回答が返ってくる。「これは大変嘆かわしい」「法学部で一番最初に教えなければならないことは憲法の正しい意義である」このように危惧する人もいるので、上記で述べた「憲法」「憲法典」の意義については注意していかなければならない。

最近、世間では集团的自衛権等の議論において、立憲主義に注目が集まっている。これはConstitutionにismを加えたものとして定義されている。

——『立憲主義』の核心は『法によって国家権力を構成し、制限する』という点(宍戸常寿)。権力を創り出すという面と、それに宣言を加えるという面。

Q: 憲法の定義を確認しよう。

2. 憲法の文書化 16:51

憲法「典」を創るということは、決して、当たり前のことではない。憲法という文章を作る、また実質的意味の憲法

——「専制政体では支配の意思と実力があれば支配体制(憲法)は成立し、政府の活動態様を客観して示す必要もない」(小嶋)。

・初めてそれを行ったのが、独立前のアメリカ各邦であり、その後のアメリカ合衆国憲法。

——「人類が憲法典をもったのは18世紀末以後のことで、それ以前にも国家は存したが、憲法典はなかった」(小嶋)

——革命による国家設立と、それを支えた理論的根拠としての社会契約説。

——その後、ポーランド(1791年5月)、フランス(1791年9月))と続く。

Q:なぜ憲法典を作成するのでしょうか。

・「契約」の比喻と文書化との親和性。国家創設の自然性の否定と人為性の強調。

——「憲法の成文化ということは、統治の根本的なあり方を、人間意思を超えた『事物の必然』としての所与なのだとうけ入れる見地から、人間意思の所産としての憲法をどのように創るのかという考え方に転換することを意味した、という点で、大きな歴史的意義をもつもの」(樋口陽一)。

・成文憲法典の爆発的普及。

——アメリカとフランスで時期を同じくして導入された「成文憲法の技術は、ヨーロッパの多くの君主国へと拡がっていった。世論の抵抗すべからざる圧力に屈して、それらの国々は、人民に、憲法典(「欽定」憲法)を自発的に与えるか、あるいは強制されてそうするかいずれかの道を選んだ」(カール・レーヴェンシュタイン)。

・「文明国のシンボル」としての憲法典。

——明治憲法制定の事情の一つは、「立憲政治を確立し文明国として自立し、もって不平等条約を改正して全ての意味で国際社会の一員となること」であった(瀧井一博)

・現在では、イギリス、ニュージーランド、イスラエルを除くすべての国家が憲法典を有している。

・なお、憲法典制定の契機はさまざまであるが、①社会的・経済的危機、②革命、③体制崩壊、④体制崩壊への懸念、⑤敗戦、⑥戦後の再建、⑦新国家創設、⑧植民地からの独立が一般的(Y・エルスター)

★今日、成文憲法典を制定するという実践は、「普遍化」している。

3. 本ワークショップの流れ

①まず、私たちが所与のものとして捉えている日本国憲法がどのような特徴を備えているのかを、他国との比較によって明らかにする(⇒II)

②それを前提に、「憲法を創る」という視点から見たときの諸論点について分析する。

- ③具体的には、まず、総論的に、誰が／どのように／いかなる内容を／どの程度まで盛り込んだ憲法典を創るべきかについて議論する(⇒Ⅲ)
 - ④次に、より具体的なデザインの問題、すなわち、憲法典のうち人権を保障する部分(権利章典)のデザイン、違憲審査制のデザイン、そして憲法改正規定のデザインについて議論する(⇒Ⅳ)。
 - ⑤それらを踏まえたうえで、改めて日本の憲法論議の特徴を明らかにし、そこに欠けている視点や必要な見方について考える(⇒Ⅴ)
- ※参加者の積極的な発言を期待したい!

Ⅱ 日本国憲法のプロフィール

1. 寿命

Q: 日本国憲法は、いつ制定され、その後どのような改正がなされた法典でしょうか。

- ・1789年以降の全世界の憲法典を用いた大規模な統計調査研究によると、憲法典の平均寿命は17年、その中央値は19年。

⇒日本国憲法は、1946年の制定以来、一度の改正も経ずに不変のまま現在まで存続しており、変更がないままの憲法典としては世界最古。

・日本国憲法は寿命が長い

——ちなみに本当の意味での世界最古はアメリカ憲法(1787年9月制定、1789年から憲法体制のもとでの統治がスタート)。2番目はポーランド(1791年5月)、3番目はフランス(1791年9月))

——明治憲法(1889年)も、日本国憲法に「改正」(事実上は新憲法制定)されるまで、一度も改正されなかった。

→憲法に感謝しなければならない。なぜなら、祝日が多いのは憲法で定めているから。

2. 制定のプロセス

Q: いわゆる「押しつけ憲法論」とはどのような議論でしょうか。

- ・いわゆる「押しつけ憲法」論。自民党「日本国憲法改正草案」の公式解説書『日本国憲法改正草案 Q&A〔増補版〕』(2013年)示されている、幅広い支持のある考え方。

——「なぜ、今、憲法を改正しなければならないのですか? なぜ、自民党は、『日本国憲法改正草案』を取りまとめたのですか?」に対する回答。「現行憲法は、連合国軍の占領下において、同司令部が指示した草案を基に、その了解の範囲において制定されたものです。日本国の主権が制限された中で制定された憲法には、国民の自由な意思が反映されていないと考えます」。

・占領下で作られた憲法は寿命が短いのが普通

→占領憲法の寿命(実際の有効期間)は、全憲法の平均寿命と比べて有意に短い(13年)。

2019年10月4日(金)

大阪市立大学大学院 都市経営研究科 都市行政コース ワークショップ

——ほとんどが占領期の終了前ないしその直後に廃止され、残ったうちの半数は2年以内に全面改正されるのが一般的(T・ギンズバーグら)。

Q: 寿命という面から見たとき、日本国憲法にはどのような特徴が見られますか。

・例外としての日本国憲法。

——日本国憲法は、1946年の制定以来、一度の改正も経ずに不変のまま現在まで存続しており、変更がないままの憲法典としては世界最古。

・だからこそ、比較憲法学的関心を集めている。

——占領下で制定された憲法でありながら、例外的に存続し統治が安定している数少ないケースとしての日本。イラク占領に関する2003年のブッシュ演説など。

→イラクでの憲法制定は安定しなかった。なぜ日本で成功したのに、イラクで成功したのか。この点に関心を持つ人が多い

3. 内容と構造的な特徴

Q: 日本国憲法は短いでしょうか、長いでしょうか。

・全世界の憲法を英語に翻訳して、憲法の長短を研究した人がいる。

・他国憲法典と比べてかなり短い。中央値13630語に対して4998語(英単語ベース)。

——最も短いのがモナコで3814、次がアイスランド、ラオス、ラトビアと続き、日本は下から5番目。一番長いのはインド憲法。146385。次がナイジェリア、ブラジルと続き、6万字代。先進国だと、ドイツが27000、アメリカ7700、フランス10000など。

・国によって「憲法に何を書き込むか」の観点が違う。

→アメリカでは日本の法律で書く内容なものも多い。

Q: 日本国憲法の内容は、詳細でしょうか、簡素でしょうか。

・憲法典に規定されている一般的な92の事項のうち、約36%のみ規定。

——特に統治関係について、カバーしている事項が少なく、法律で対応できる領域・事項が非常に広い。他国憲法の頻出事項のうち、33%が規定されているに過ぎない(ケネス・盛・マッケルウェイン)。

→他国では中央銀行について憲法に書いているところも多いが、日本では書いていない。

・他方、人権規定について、その保障内容が現代の水準から見ても先進的。充実しているといえる。

——現行185の憲法典との比較では、統治機構に明記されている規定は166位であるのに対して、人権規定は41位。

・とりわけ日本国憲法に特徴的なのは、法律に委ねられた事項が多いということ。

——憲法上、特定の事項につき「法律でこれを定める」という表現が10回、「法律の定めるところにより」という表現が15回も用いられており、それ以外にも「法律」形式での規律を予定している箇所が多数ある。

Ⅲ 憲法典を創る際の諸論点——総論

1. どのように憲法を制定すべきか

Q: 理想的な憲法制定プロセスについて考えてみよう。

- ・あるべき「制憲プロセス」とはどのようなものか。
- ・憲法的には、〔手続の確定 ⇒ 草案の作成 ⇒ 熟議 ⇒ 承認〕というプロセスで制定。
——各段階で登場するアクターは、議会、執行府、制憲会議、国民、軍、君主、外国政府、国際機関、専門家など多種多様。それぞれのアクターが、どの程度関与して憲法が制定されるかについては、時代や国、状況によって千差万別。

- ・制定プロセスが、何らかのかたちで憲法典の内容に影響を及ぼすという前提。

→誰がどのように関わるかが重要。

- ・近時のトレンドとして、制憲プロセスへの「市民の関与の拡大」現象。
——20世紀初頭から、国民投票(レファレンダム)による承認を行う実例が増加しており、第二次世界大戦後は、市民の関与が「前倒し」で「実質的に」認められる傾向——草案作成担当者の選定、協議への参加、国民発案(イニシアティブ)によるプロセスの開始、さらには公開による監視など——がみられる(J・ブラウントラ)。

★制憲プロセスへの市民参加の拡大による憲法典の内容への影響についての研究。

- ①対立利益の調整が困難になり、憲法典の内容的な一貫性が損なわれやすい、②憲法典が長文化しやすい、③選挙によって選出される機関の創設や、憲法改正以外の場面での国民投票制度の導入など、市民参加の機会を広く認める内容の憲法典となりやすい、④市民参加が広がるほど保障される権利数が増加しやすい、などの諸特徴がある。

Q: 制憲プロセスに市民が関与することにはどのような意味があるのでしょうか。

★市民参加によって「我々の憲法」という意識(正統性)が醸成。

- 市民の参加の程度が高ければ高いほど、その後の民主主義の質が向上するという全体的な傾向と、草案作成段階における市民参加の程度が高いほど民主主義の質が向上するという傾向がみられるということの実証研究(アイゼンシュタットら)。

→その後、国が安定する。

→しかし、民族間の紛争が盛んな国で、市民に憲法選定をゆだねると、差別的な内容になった事例もあるので注意が必要。

- ・アメリカ憲法学者が見た日本の状況。

——「日本のように他国によって押し付けられた憲法のもとでは、よくても憲法の神 聖視に耽ることになる。彼らは統治の形態そして基本法を変更不可能なもの捉え、自身が著作者であるということ(authorship)を引き出そうとしない。自分自身の憲法を変える力を信用しないのであり、最悪の場合、彼らは押し付けられた憲法をして『歴史の終わり』を見てしまう」(ルーベンフェルド)。

2. どのような内容の憲法典を創るのか？

(1) 総論

★憲法典に何を書くか (=対象となる「範囲 (scope)」) と、どのように書くか (=規定の「詳細さ (detail)」) の2つを考える必要。(T・ギンズバーグ)

・「立憲的憲法は、すべて何らかの形で硬性、すなわち法律よりもその改正手続が困難になっている」(芦部)。硬性憲法の作成を想定すると、「どのような憲法典を作るのか」という問いは、「何を改正から守るべきか」という問いへと翻訳される。

——憲法典を通常法律よりも変更困難とすることを、憲法学ではエンツレンチメント(entrenchment) ——「塹壕を構築する」という意味の単語であり、そこから派生して、固定化や定着という意味を有する語——というが、硬性の憲法典による特定内容のエンツレンチメントには、日常的な政治論議において審議対象とすべきではない事項を切り離すという機能を果たす。

→安易に憲法を変えさせないことを書く。(国防等は憲法に書いて断定してしまう。)

→日本国憲法は短いため、固定化しているものが少ない。

Q: エンツレンチメントという考え方について説明してください。

(2) 何を

・現代の典型的な憲法典が備えている標準的内容から考える。

・諸外国の憲法典の内容から帰納的に考察すると、現実の憲法典で規定されることが多い事項は次の通り。(大体、こんなことが書いている)

——①主権や領土、国号・国旗・国語・国民の範囲などの「国家生活についての基礎的 事項」、②連邦制か単一国家かという「国家構造」と、そこにおける「政治組織」、③国民の権利保障や国際関係、国政の目標などといった「国政の内容」、④改正手続規定。(小嶋など)。③については後述する(→IV)。

——憲法典とは、本来、「政治組織の全般または中心的部分についての基本的規定をふくまなければならない」ものであるから、②を規定することは必須である。

→その他、何かを書くかは議論していく必要がある。

Q: これ以外にも、国家の理念、伝統、文化等を前文などに書き込むべきでしょうか。

・伝統や理念を書くべきではないという意見は論外。(他国ではベター)

・国政の目標や理想などを前文に表している憲法典は少なくない。

——「現代の憲法典は、たんに国政の組織や運営に関する根本規則をいわば実利主義的に表現するだけでなく、一定の国家目標を示すというイデオロギー的な要素をも兼ね備えているのが通例であり、これもまたあるべき一つの立場と考えられる」(大石眞)

・憲法典に取り込まれる事項の「範囲」は、時の経過とともに広がりをみせている。

——その理由は、①初期の憲法典では保障されていなかった諸権利(積極的権利や、いわゆる第三世代の権利など)が規定されるようになったこと、新しい政治組織(憲法裁判所

など)や機関(オンブズマン、選挙監視委員会などの独立機関)が「発明」され、それが憲法典に規定されるようになっていったこと、さらには、環境や財政などの政策事項が頻繁に憲法典に取り入れられるようになったことなど。

→スイスでは食の安全を憲法には書いている。(国民発信で憲法に入れることになった。)

Q: 自民党改憲案のように、環境権や高等教育等の無償化を書き込むべきでしょうか。

(2) どのように/どこまで書くのか——分量と詳細さ

・2つのタイプ。極めて一般的な文言を用いて指針のみを規定する「枠組型」と、明確に詳細を規定する「法典型」(R・ディクソン)

★〈強いエントレンチメント+概括的・抽象的規定〉という方法と、〈弱いエントレンチメント+詳細・具体的規定〉という2つの方法

→近年の傾向として、明確に詳細を規定する「法典型」が多い。(例えば、ドイツ等)

→ドイツではテロ対策等も憲法に書くが、日本は抽象的に書き、法律で対応する。

Q: どちらの方法が望ましいのかを考えてみよう。

・憲法典を強固にエントレンチして安定化させ、それにより政治を規律するという戦略と親和的な前者と、憲法典の規律内容の詳細化・明確化によって政治を規律するという戦略に親和的な後者。

・近時の傾向として、憲法典の記述内容の「詳細化」とそれに伴う長文化。枠組型へ。

——憲法典の規律内容を詳細化・明確化することによって政治を規律するというトレンドのもと、改正をさほど困難にしておかずに、頻繁なアップデートによって対応されることが増えている。

⇔上述した構造的特徴を有するオールド・スタイルの日本国憲法は、他国憲法典と比べてかなり短い典型的な「枠組型」憲法典。

Q: 日本国憲法のように、短く簡素な憲法典であるということは、どのような影響を与えるでしょうか。

★他国では憲法改正に匹敵するような大胆な統治構造改革を、法改正で遂行できる。(選挙制度改革、行政改革、司法制度改革 etc.)

★日本国憲法は、規律力・規律密度が低い憲法典である。

——明治憲法制定の中心人物の伊藤博文は、金子堅太郎らに帝国憲法起草の方針として7つの原則を示したが、その第三に「憲法は帝国の政治に関する大綱目のみに止め、其の条文の如きも簡単明瞭にし、且つ将来国の進展に順応する様伸縮自在たるべき事」を挙げ、自覚的に規律密度の低い憲法典としていた。

→日本国憲法が70年も改正されていないのは、愛着がある等ではなく、“変えなくてもできることが多数あるから”である。

IV 憲法典を創る際の諸論点――各論

1. 権利章典(人権規定)のデザイン

(1) 文書化の意義と内容

- ・フランス人権宣言の前文は、文書化する意義について次のように述べている。

「国民議会として組織されたフランス人民の代表者達は、人権の不知・忘却または蔑視が公共の不幸と政府の腐敗の諸原因にほかならないことにかんがみて、一の厳粛な宣言の中で、人の譲渡不能かつ神聖な自然権を展示することを決意したが、その意図するところは、社会統一体のすべての構成員がたえずこれを目前に置いて、不断にその権利と義務を想起するようにするため、立法権および執行権の諸行為が随時すべての政治制度の目的との比較を可能にされて、より一そう尊重されるため、市民の要求が以後単純かつ確実な諸原理を基礎に置くものとなって、常に憲法の維持およびすべての者の幸福に向うものとなるためである」

- ・現在、ほとんどの憲法典が人権規定を有している。

→憲法で人権を書くことの意義は、“書くことで頭に意識させる”のが目的。

Q：人権は憲法で保障すべきだろうか。

⇨憲法レベルで人権を保障していない国(違憲審査による担保がない国)も少なくない。

- ・2006年段階で有効な憲法典での規定割合が70%を超える権利リスト(D・ローら)

順位	規定の内容	割合 (%)			
			14	(積極的な意味での)教育権	82
1	宗教の自由	97	14	司法審査	82
1	表現/プレス	97	17	事後法による処罰の禁止	80
1	平等の保障	97	18	身体的ニーズに対する諸権利	79
1	私有財産権	97	19	生命に対する権利	78
5	プライバシー権	95	20	無罪の推定	74
6	恣意的な逮捕・拘禁の禁止	94	21	追放されない権利	73
6	集会の自由	94	21	財産権に対する制限	73
8	結社の自由	93	23	訴訟手続における抗弁権	72
9	女性に関する諸権利	91	23	労働組合結成/ストライキ権	72
10	移動の自由	88	25	弁護人の援助を受ける権利	70
11	裁判を受ける権利	86			
12	拷問の禁止	84			
12	選挙権	84			
14	労働権	82			

→日本国憲法は上記の大半を網羅している。

(2) 傾向

・その傾向は、概ね次の通り。

——①時の経過とともに保障される権利数が増加しており、また、ほぼすべての権利の規定割合が増加している。②第一世代の人権に属する権利のいくつか——表現の自由、信教の自由、集会・結社の自由など——のみ、90%を超える憲法典で規定されているという意味で普遍化を語るができる。③いわゆる第二世代の人権——社会権など——の保障については、第二次世界大戦後から緩やかに規定割合が増加しているものの、過半数は超えていない。

・日本国憲法の人権規定は、現代の水準から見ても、遜色のない充実ぶりである。

・日本国憲法は、公共の福祉の場合に制約できるとしか書いていない。

→人権条約規約委員会から、人権制約について概括にしか定めていないので、毎年改めることを促されている。

Q: ジェネリック憲法典にあって、日本国憲法にないものを探してみよう。また、新しい権利はどんどん盛り込むべきだろうか。

(3) 権利制約についての規定

・憲法上の権利としての人権のほとんどは、「必要にして合理的な制約に服するという意味で、一応の (prima facie) 保障を享受するにとどまる」のであり、いかなる制約をも認めないという意味での絶対的な保障を享受するわけではない。

・どの程度まで憲法上の権利の側に有利な推定を働かされるのかは、各々の権利の理解や理論によって異なるものの、一般に、①憲法上の権利が制約されているということが一応認定されたら、②国家の側がこの制約を正当化できなければ、違憲と判断される。

——日本の最高裁がしばしば述べる、「基本的人権といえども絶対無制約ではなく、公共の福祉により制約を受ける」という命題が「人権論の基本構図」。

Q: 人権制約が認められる場面をどのように規定するべきだろうか。

・上述した「枠組型」と「法典型」の区別がここでも妥当。

・枠組型の典型が日本で「公共の福祉」のみを、制約を正当化する事由に挙げている。

⇔法典型として、例えばドイツ。

——例えば9条1項で団体を結成する自由を保障しつつ、2項で「団体のうち、その目的もしくはその活動が刑事法律に違反するもの、または、憲法的秩序もしくは諸国民の間の協調の思想に反するものは、禁止する」といった具合にある程度まで具体的に権利の内容を明示。

・自由権規約委員会委員も務めた国際法学者の安藤仁介の指摘。

——「筆者(安藤)の調べたかぎりでは、日本国憲法の『公共の福祉』に見合う“人権の制限事由”を規定する憲法は、ほとんど見当らず、『公共の福祉』による人権制限の行

き過ぎに対し、明示の歯止め規定を欠いていることは、日本国憲法の大きな問題点であるといわざるをえ」ず、また、『公共の福祉』が、人権全般に対する制限事由とされている“制限方式”もまた、問題である』。(他国と比較しても異質)

→もし、日本国憲法を改める議論をするなら、この点も議論していく必要がある。

2. 違憲審査制のデザイン

(1) 違憲審査権の行使条件に基づく制度設計

・通常の裁判所が、具体的な事件を解決するために必要な限りで違憲審査を行うという「付随的違憲審査制」(アメリカ型)。→日本も同様。

⇔通常の裁判所とは別に憲法裁判を担当する特別の裁判所が、具体的な事件の発生を要件とせずに抽象的に法令の合憲性を判断する「抽象的違憲審査制」(ドイツ型・憲法裁判所型)

→最近、立憲民主党の山尾議員が、「憲法裁判所」の必要性を主張している。

・両者の合一化傾向(カペレットイ)

Q: どちらの方法が望ましいのかを考えてみよう。

・違憲審査の反多数決主義、反民主的性格という問題。

——国民の多数によって選ばれた国会が制定した法律を、選挙で選ばれてもいない裁判官が「違憲」「無効」と判断することは民主的か?

——違憲審査を導入していない国も少ないが存在する。オランダなど。

Q: 違憲審査は活発であるほうが望ましいだろうか。

(2) 違憲審査の効力に基づく制度設計

・「議会の優越」を強調する諸国——その多くが英連邦(コモンウェルス)諸国——では、裁判所による法令の合憲性判断を「最終的」とせず、立法府がこれを覆して自らが合理的と考える憲法解釈を優位させることができる新たな違憲審査制を導入。

→ポイントは「違憲だから無効にしない」

→「司法は国民から選ばれていないため、国会が決めた法律を決定するのは間違いである」という意見もある。

・従来型を「強い(strong-form)」違憲審査制、この新しいタイプを「弱い(weak-form)」違憲審査制とする区別(M・タシュネット)

——①最も弱いタイプは、裁判所に対して、法令を可能な限り憲法と適合的に解釈することを求めるにとどまり、そうした解釈ができない場合であっても、当該法律の適用を拒否することはできない(ニュージーランドの人権法)。②中間タイプは、不適合である場合に宣言を出せる(イギリスの人権法)。③最も強いタイプは、違憲判断を議会の特別多数決で当該判断を覆すことを認める(カナダ)

Q: 弱い違憲審査制にはいかなるメリットがあるのだろうか。

- ・憲法の意味内容を決定する「最終的」な判断が議会で留保されているという点に存している。最終的な決定権 (final wards) を議会に持たせることで、「違憲審査の反民主性」という問題に答えるとともに、議会に対して法解釈の専門家の立場からの憲法解釈を示すことで、立法府と裁判所との間で憲法をめぐる「対話」が促進され、それが有権者にも良い影響を与え得る。

——日本国憲法の制定過程において、GHQ側から、人権規定以外の法令や処分が最高裁判所によって違憲と判断された場合でも、総議員の3分の2以上の賛成があれば当該違憲判断を覆すことができるという案が提示されたが、日本側の反対により、現行の憲法81条の規定となったという経緯がある。

3. 憲法改正手続のデザイン

(1) 総論

- ・「憲法典も、特定の目的を実現するために作りだされた一種の社会的技術であり、道具である。道具が、当初の目論見どおりに働かなかつたり、あるいは目的自体が変わった場合には、道具としての憲法典を修正する必要が生ずる」(長谷部恭男)。

⇒一般に憲法典には国家の構成・組織・構造に関する規定が置かれるため、そうした内容の規定が頻繁に変更されてしまうと、自身に都合のよいように憲法を改正しようとする当事者間の政治闘争の対象となり、安定性が損なわれてしまう恐れも。

★そのために考案された技術が、硬性憲法 (rigid constitution)、すなわち、「憲法の改正手続を定めつつ、その改正の要件を厳格にするという方法」(芦部)である。どのように「エントレンチ」するかという問題。

——ほとんどの国で憲法改正手続を通常法律より厳しくしているのは、憲法典の「安定性」と「可変性」という、相互に矛盾する要請に応えるため。

——憲法典のなかに自らの修正・改正の手続を定めることが通例。現在有効な193の憲法典のすべてにおいて憲法改正のための手続規定が設けられている。

Q: どの程度までエントレンチ (憲法改正をどれだけ厳しく) するべきだろうか。

(2) 各国の例

- ・日本の場合、憲法改正の手続は1つ。

——96条:「この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする。」

⇒「各国とも、非常に細かく、場合を分けて改正手続を規定しており、硬性憲法として(「競って」とよべるほど)複雑かつ厳格な改正手続を置いて」おり、「憲法の基本原理などの重要事項……について厳しくするとともに、他の条項については硬性憲法の枠内で多少とも緩めることを定めている国が多い」(辻村みよ子)。

—例えば、南アフリカ憲法 74 条は、①憲法典の基本原則などを定める第 1 章の改正については、国民議会の 4 分の 3 以上の賛成および全国州評議会の 9 州のうち 6 州以上の賛成、②第 2 章(権利章典)の改正および州の権限や組織に関わる規定については、国民議会の 3 分の 2 以上の賛成および全国州評議会の 3 分の 2 以上の賛成、③それ以外の規定の改正については、原則として、議会の 3 分の 2 以上の賛成によって憲法改正をする旨を規定。

・憲法改正を明示的に禁止する規定を設ける例も少なくない。

—1989 年から 2015 年に制定された憲法典に限定すれば、149 の憲法典のうち、実に 81 の憲法典に当該規定が存在している(54%) (Y・ロズナイ)

—例えば、100 以上の憲法典において、「共和政体」、「君主制」、「立憲君主制」等についての改正禁止規定がみられる。

(3) あるべき憲法改正手続

★憲法典にエントレンチされた事項であったとしても、必ずしも等価値であるわけではないし、エントレンチの「程度」が同じだったとしても、それによって守ろうとする価値も同一ではない。

→デザインは一義的ではない

・安易に改正禁止条項に頼るのではなく、憲法に固定化させてでも守ろうとする価値をその国の文化に根付かせるために必要なこと (R・アルバート)

①時限的な改正禁止(例えば、憲法制定後 5 年間一切の改正を禁止するクウェート憲法 174 条、10 年間禁止するカタル憲法 148 条など)にとどめ、

②憲法上の規定を序列化し、それに応じて改正の難易度を設定し、

③その改正に際しては、一定の期間を置いた複数回の特別多数による承認を求めることが望ましい。

④そして憲法改正手続規定自体は、通常の改正手続による改変ではなく、特別の改正手続を設ける。

⑤憲法改正についての裁判所による違憲審査を憲法典に明示する。

V 日本の憲法改正論を振り返る

1. 憲法をめぐる日本の議論状況

Q: 日本の憲法改正論議にはどのような特徴があるでしょうか。

・テキスト(文言)の信仰

—「『現行憲法典という立派なテキストがあるおかげで、戦後の日本ではそれなりに人権や平和主義、デモクラシーなどが定着して来たのであって、それらは基本的に、テキストの作用なのだ。したがって、何が何でもテキストを守り抜くことが大事なのであ

て、人々の実践なるものに期待するのは間違っている』という見方……は、護憲派の中に、かなり広く共有されているものと思います。……他方、改憲派もまた、テキストの絶大な効力を信じているからこそ新しいテキストを欠こうとしているのでしょから、テキスト重視という点では同様です」(杉田敦)。

※杉田敦氏は集团的自衛権の反対運動の中心人物

- ・憲法を「大切」にするということと「神聖視」するということの違い。

——「アメリカ人は憲法を大切にすが、神聖視はしない。それに対し日本人は憲法を神聖視するものの、それほど大切にはしない」、「極論すれば憲法は神聖であるがゆえに、細かいことを気にする必要はない。神聖さえ保てれば内容について一々悩む必要はない、改正する必要もない。おおかたの人はおそらく無意識のうちに、そう考えているという印象さえ受ける」(阿川尚之)

※阿川尚之氏は作家の阿川佐和子氏の兄

- ・護憲派と改憲派の不毛な対立。

——「私が指摘したい点は、これまで、護憲派学者は、改憲派の存在を『無視』するかのよう、改憲派との論争を拒否または回避しつつ、自分たちだけの半ばなれ合いのような集会、発言、教育に熱心であったということである。そのため、改憲派の主張をその本質的な部分で論破することなく、単に『何か危険な事』が画策されているかのように国民感情を刺激するだけの議論が多すぎた」(小林節)。

- ★改憲派の「憲法改正症候群」と護憲派の「憲法改正恐怖症」という病理。「憲法について考える」とき、護憲・改憲といったステレオタイプな視点から考えるようになっていないか？

2. エリート・プラグマティズムについて

- ★最近の憲法学者が特に注目しているのがエリート・プラグマティズムである。

- ・学説の有力な見解としてのエリート・プラグマティズム(山本龍彦)

⇒コスト・ベネフィットの見地から、憲法典以外の憲法の制定改廃を通じて達成できることを、憲法典改正によって実現しようとするべきではないという見解、憲法秩序に対して直接的な変化をもたらすのでなければ憲法典改正は控えるべきであるとする議論

——「多くの改憲案に見られる環境権の『加憲』についてみると、環境権は抽象的な権利であるため、具体化する法令がなければ憲法に書き込んでも無意味だし、逆に具体化する法令があれば憲法に書き込むことは不要である」、「法律で対応できることをあえて憲法問題にするのも時間と労力の無駄である」といった議論。

3. エリート・プラグマティズムを超えて

- ・「日本国憲法が制定以来一度も改正を経験していないという事実は、改正しなくても変化する社会状況に対応できる柔軟性を備えていることを意味する反面、権力を制限する規範としては脆弱である可能性を示している」(井上武史)
- ・日本国憲法の構造的特徴が、制定後一度も改正されずに存続してきた理由(境家史郎)。

Q: 日本国憲法の構造的特徴を踏まえると、エリート・プラグマティズムをどのように評価できますか。

- ・日本国憲法の「規律密度の弱さ」から、憲法改正を経ずともできることが極めて多いことに照らすと、事実上、ほとんどの憲法典改正をネガティブに評価される。

→憲法を変えなくても、法律で十分対応できる

- ・国民意識への悪影響。
 - 「そもそも、憲法典が一国の最高法規の位置にあり、それに準拠して政権は行動しなければならぬ、といった発想自体、国民に広く浸透しているとはいいがたい」ことを世論調査結果の分析から明らかにした政治学の業績(境家史郎)。
 - そのような国民の憲法観が形成されたのは、とくに「1990年代以降、9条条文と現実の安保政策との外形的乖離が、政府によってなし崩し的に広げられ、主要政治勢力がその状況を追認するようになった」という「9条をめぐるエリート間論議の変化を反映」。「有権者のなかでも、憲法典の拡大解釈——さらには、憲法典は融通無碍に読める(読んでよい)のだとの見方——が着実に広がってきた」責任の一端は、「エリート層による、これまでの憲法の扱い方」にあると考えられるとの指摘。

→集团的自衛権の時に、アンケートがあった。それは「集团的自衛権は憲法に違憲だと思うか」と確認すると、約半数が「違憲だ」と回答した。しかしその後「違憲状態を解消するために憲法を変えないといけないと思いますか」と質問すると「そうは思わない」と回答した人が大半を占めた。つまり「違憲」だと思うが、「それを是正する必要はない」という世論。

→国民は「憲法は政治を是正するものと直結しない」と判断している。

⇒エリート・プラグマティズムは、このような国民の憲法観を棹差す可能性。

- 「〔憲法〕96条あるいはそれを通じた明示的な改正によって建前と本音とを一致させることが目指されるとすれば、そのようにたくらむ人々の方が、法に対する尊敬の維持・法と実態の一致という理念に対してはむしろ忠実であると評し得るのではないか」という法哲学者の大屋雄裕の指摘は、エリート・プラグマティズムの立場が見落としている憲法典改正の意義を指摘するものとして重要である。

4. 今後の展望

Q: あなたならば、どのような憲法を「デザイン」しますか?

2019年10月4日（金）

大阪市立大学大学院 都市経営研究科 都市行政コース ワークショップ

——今回触れることのできなかつた論点も含めて、より深く学んでみたい方は、吉田俊弘・横大道聡「探検する憲法——問いから始める道案内」（法学教室にて2018年4月から連載中（現在第19回））をご覧ください。

VI 質疑応答

① 安倍総理の憲法改正案を理解できないのだが、本当の狙いは何なのか。

（回答）

安倍政権が熱心なのは、何点かある。一点目は安倍首相の祖父の岸信介の悲願達成。二点目は、総裁の任期が迫っている中、歴史に名を残す。三点目は、自衛隊が一定の勢力から違憲だと言われ続けている為、この機会に合憲として断定し、不毛な議論を終わらせる。四点目は、憲法の内容自体に不満がある。（9条だけでなく）今後の政策決定の為に、憲法解釈を変え、国政運営を円滑に進めやすくする。現在、「安倍総理の任期中は憲法改正を認めない」という議論があるが、これはナンセンスだと考える。改正手続きによって変えるから、誰の下でやるかは関係ない。

② エリートプラグマティズムについて詳しく教えてほしい。

（回答）

エリートプラグマティズムを生み出した山本先生は、ポピュラーの「ファンダメンタリズム」と比較し、一般国民からすると憲法の条文と現実が乖離して当然だ。エリートは憲法を変えなくても法律で十分対応できる。エリートの定義は、法律を変える人のこと。

③ 憲法は理想論であり、法律があるのに、憲法を改正しないといけないのか。例えば、緊急事態関連のもの等は憲法で定めるべきなのか。憲法で定めると乱用されないのか。

（回答）

緊急事態条項を憲法で定めている国は多い。乱用させないように書いておくこともできる。

④ 憲法と宗教を分離することは良いのか。アメリカなら大統領が就任されたときに聖書に誓いを立てるが、日本ではそんなことはないと思うがどう思われるか。

（回答）

アメリカは政教分離である。アメリカの議会（上院下院）は専属の牧師がついている。これは特定の宗教について推奨しているわけではなく、皆で「神」に祈っているだ

2019年10月4日(金)

大阪市立大学大学院 都市経営研究科 都市行政コース ワークショップ

け。布教ではなく精神面の話である。聖書に手を置くのは、精神性のものである。

⑤ 先生の憲法改正のスタンスを教えてください。

(回答)

まず、参議院と衆議院の権限を変えること。また憲法を変えるべきところは変えて、守るべきところは守るというスタンスを徹底すべきだと考える。

⑥ 外国籍の人の扱いについて教えてください。

(回答)

どこの憲法も自国民に限定せず、多くの外国人に対応できるようにしている。(日本も含めて)