

# 「憲法」の比較の意味と無意味

佐藤 潤 一<sup>†</sup>

## Rethinking *Comparative Constitutional Law*

SATOH Junichi

### Summary

What does *comparative constitutional law* mean? A very large number of scholars write and talk about comparative constitutional law. However, how is it best to compare constitutions? A constitution embodies a constitutional code (the constitution in its formal sense) and substantive protection of human rights and separation of the powers within the system of a government as found in Article 16 of France's Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, for example. To compare constitutional codes, for whatever results you would like to achieve and compare constitutions in any substantive way, is in reality very difficult to write or talk about. This article tries to demonstrate that *comparative constitutional law* is possible. To demonstrate this, we will start with the conception of the “incommensurability” of a constitution.

### 目次

問題の所在 .....	72
1. 憲法の「比較不能性」? .....	73
(1) 比較不能性 (incommensurability) とは? .....	75

---

<sup>†</sup> 大阪産業大学 国際学部 教授

草稿提出日 10月30日

最終原稿提出日 12月7日

(2)「憲法」の比較不能性？ .....	75
2. 具体的課題における「比較」の例——有意義なもの、そうでないもの .....	80
(1) 有意義な例——政治体制が共通な国家との比較 .....	80
A. 議院内閣制 .....	80
B. 権利章典 .....	85
(2) 比較が「ためにする」ものになっている疑いがあるもの .....	90
A. 平和主義に関する議論 .....	90
B. 憲法改正に関する議論 .....	91
結 語 .....	93

## 問題の所在

現在、汗牛充棟ただならぬ数の『比較憲法』の著作があり、また法学部や法科大学院でも比較憲法という科目が開講されている。他方で、アメリカでは…、諸外国では…といった言い回しで、「日本だけが特殊である」という観点から日本の憲法を批判、というよりも非難し、日本国憲法を改正すべきだという議論も極めて多く存在する。

本稿は、こういった主張、特に後者のような類いの主張に対する批判を一つの課題とするが、同時に、憲法学および憲法教育において比較憲法が持つ意義を再検討することを目的とする<sup>1)</sup>。

そもそも、「比較憲法」は「何」を比較するのか。条文だけを「比べ」ても意味がない。軍部が暴走し、軍部による内閣支配が行われてしまった、大日本帝国憲法（以下「明治憲法」）時代の日本と、アメリカを、ただ条文だけを比べてみても無意味である。他方で、憲法制定や改正は「実験」できない。それゆえ、他国の経験を参照することが必要不可欠である。しかし特定国家を詳しく研究するのは単なる「外国憲法研究」である。実際「比

1) 本稿は、「比較憲法と『憲法』の比較不能性」という題目で、2013年6月8日(土)に行った2013年度大阪産業大学前期市民講座の講演ならびに2017年1月21日に大阪産業大学市民講座特別編として行った講演「変化するオーストラレイシア立憲主義」に基づく部分がある。また、後者の講演自体が大阪産業大学産業研究所による分野別研究費を受けた研究「変化するオーストラレイシア立憲主義」に基づくものであり、本稿は同研究費ならびに2013年度から4か年(期間延長して2018年3月まで)受けている科学研究費基盤研究(C)「変化するオーストラレイシア立憲主義」(研究課題/領域番号25380051・佐藤潤一研究代表)による研究成果の一部であるとともに、本稿執筆時点で分担者として参加している「イギリス憲法の「現代化」と比較憲法モデル構築のための総合的研究」(研究課題/領域番号15H03292・柳井健一(関西学院大学法学部教授)研究代表)による研究成果の一部である。

「比較憲法」の本はかなり多く、タイトルが比較憲法となっていなくても、古くから、複数の国の憲法を比較して、政治制度や立憲主義の抽象的定義を模索する著作があり、日本でも紹介されてきた<sup>2)</sup>。

以下本稿では、比較憲法の「学」としての意義について総論的に考察したうえで、比較対象国の具体例としては、主としてイギリス、オーストラリアおよびニュー・ジーランドを取り上げて論ずる。

## 1. 憲法の「比較不能性」？

比較憲法は多くの法学部や法科大学院の科目として設定され、学会もいくつか存在するし、テキストブックも多く出されている。しかし憲法の比較研究、ではなく、比較憲法、という学問分野を想定することはそれほど容易なこととはいえない。

---

2) ① Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Recht* (1892:1905 Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)) [木村鋭一・立花俊吉訳『公権論』1906年], ② John W. Burgess, *Political Sciences and Comparative Constitutional Law*, 2 vols. 1891 [高田早苗・吉田己之助訳『比較憲法論』(1908年)], ③ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel française et compare*, 1895 [エスマン『フランス憲法及び比較憲法』], ④ Boris Mirkin-Guetzévitch, *Droit constitutionnel international* (Paris: Recueil Sirey, société anonyme, 1933) [小田滋, 樋口陽一訳『憲法の国際化』(有信堂, 1964年)], ⑤ Boris Mirkin-Guetzévitch, *L'histoire constitutionnelle compare* (1936), ⑥ 鈴木安蔵『比較憲法史』(三笠書房, 1936年), ⑦ 水木惣太郎『比較憲法論』(有信堂, 1963年), ⑧ 黒田了一『比較憲法論序説』(有斐閣, 1964年), ⑨ 水木惣太郎『比較憲法史』(有信堂, 1965年), ⑩ Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959) [阿部照哉, 山川雄巳共訳『新訂現代憲法論：政治権力と統治過程』(有信堂高文社, 1986)], ⑪ Karl Loewenstein, *Constitutions and constitutional law in the West and in the East* [佐藤幸治, 平松毅訳『比較憲法論序説』(世界思想社, 1972年)], ⑫ 石村修「比較憲法の科学的性格」『専修法学論集 53号』(1991年)所収, ⑬ 新正幸「第5章 憲法学の課題と方法—ひとつの中間的所見」同『純粋法学と憲法理論』(日本評論社, 1992年), ⑭ 樋口陽一『比較憲法 [第3版]』(青林書院, 1992年), ⑮ 吉田善明『現代比較憲法論 [改訂版]』(敬文堂, 1994年), ⑯ 阿部照哉編『比較憲法入門』(有斐閣, 1994年), ⑰ 酒井吉栄・大林文敏『比較憲法学』(評論社, 1999年), ⑱ 辻村みよ子『比較憲法 [新版]』(岩波書店, 2011年), ⑲ 塩津徹『比較憲法学 [第2版]』(成文堂, 2011年), ⑳ 君塚正臣編著『比較憲法』(ミネルヴァ書房, 2012年), ㉑ Dawn Oliver and Carlo Fusaro eds., *How Constitutions Change: A Comparative Study* (HART Publishing, 2011), ㉒ Tom Ginsburg and Rosalind Dixon eds., *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar, 2011), ㉓ Michel Rosenfeld and András Sajó eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (OUP, 2012), ㉔ 田島裕『外国法概論』(信山社, 2012年)。ここで列挙したのはそれらの本・論文のごく一部にすぎないが、日本の憲法学にも大きな影響を与えてきた代表的な文献、および影響力が大きな著作はほぼ網羅してあるはずである。ただし、筆者が入手できなかったため内容を確認できていないものについては挙げていない。

ここで注目されるのは、「比較不能性」をキーワードにこの問題を検討する長谷部恭男の業績である<sup>3)</sup>。

「憲法学には、比較不能な理論のそれぞれを理解可能にする内在的な視点を追求し、その理解を『超然とした』立場から記述するというアプローチが必要である。それは、[マックス] ヴェーバーがいうように、自分自身はそのような価値を信じていないにもかかわらず、『究極的価値を目指す過程を理解する』作業である」<sup>4)</sup>。このようなアプローチが適用されるべき対象例は、ヴェーバーに従えば「『人権思想のような極端な合理主義にもとづいた狂信』」である<sup>5)</sup>。長谷部はこのような理解に基づけば、憲法理論であっても「さまざまな政治主体の信念として政治状況を構成しており、また個々の市民が政治状況を理解し、それへ参加する際に、コミットすべき選択肢を提供する。さらに、さまざまな理論の理解は、この世界が多元的に構成されていること、したがって、多元的な世界観が共存しうるような社会体制が望ましい体制であることを少なくとも部分的に基礎づける。多元的な世界に生きるわれわれにとって、このような意味における『科学』としての比較憲法学は存立可能であり必要である」<sup>6)</sup>というのである。

このような長谷部の主張は、一見主張的には距離を持っているように思われる、樋口陽一の主張、すなわち、比較憲法学の任務は、日本国憲法の解釈に役立つか否かという実践から離れた、認識を任務とするものであって、解釈者の実践意欲が混在せざるを得ない憲法解釈学とは異なり、科学であるという主張<sup>7)</sup>に実際は極めて近いものと理解できるようなにも思われる。他方で、日本国憲法の解釈に実践的に役立つ解釈を探るためのものと理解することに問題はないと正面から主張する文献もある<sup>8)</sup>。

本稿は、まず長谷部説のいう比較不能性という考え方について改めて検討するところから始めたい。

3) 長谷部恭男「比べようのないもの」同著『比較不能な価値の迷路 リベラル・デモクラシーの憲法理論』(東京大学出版会、2000年)。

4) 長谷部註3前掲論文35頁。

5) 長谷部註3前掲論文35～36頁。

6) 長谷部註3前掲論文36～37頁。

7) 樋口前掲書(註2⑭)。同書において、樋口は「比較憲法学とは、諸外国の憲法現象を比較の観点から対象としてとりあげる科学のことである」と定義する(註2⑭3頁)。

8) 君塚正臣前掲書(註2⑳)は全体として、日本国憲法の解釈に役立たせるための外国憲法の概説というトーンで一貫している。

## (1) 比較不能性 (incommensurability) とは？

比較不能性は、incommensurabilityの訳語であり、通約不可能ないし共約不可能性とも訳される、古代ギリシャ数学に起源を持つ言葉であって、すべての概念に適用可能な「客観的なものさし」はない、という考え方である。正確には、概念間の対応付けがうまくできない状態や、二つの異なる価値や二つの異なる帰結に共通の物差しをあてがうことができない状況を指すものであって、科学哲学・価値論・倫理学の用語である<sup>9)</sup>。一般的な言葉に置き換えれば、「話がかみあわない」という状態を説明する言葉であるともいえよう。比較憲法にいう「比較」は、このような意味での不能性を含意しないのであろうか。そうではなく、比較の困難さにもっと自覚的になろう、というのが、長谷部の意図なのであろう。

しかしそのことに自覚的になったとして、比較憲法が、単なる「憲法」の「比較」という手段以上のことを意味するかどうかは依然として明らかにはならない。

もともと日本の大学における比較憲法という科目は、明治憲法時代に「国法学」と呼ばれていた科目の名称変更で設けられた。国法学は*Staatsrecht*の訳語である。果たして*Staatsrecht*は*Comparative Constitutional Law*とイコールで結べるであろうか。仮にイコールで結べるものであるとすれば、一般的抽象的に「そもそも国家を法学的に考察するとはどういうことか」「政治体制としての議院内閣制に共通する特徴はなにか」「大統領制とは何か」「人権は多くの国において、あくまで国際人権法上の概念とされ、憲法上の概念としては*Civil Rights*や*Civil Liberty*といった語を用いる国があるが、そういった国々と日本における『人権』研究は本当に共通の基盤に立っているといえるのか」といったことが研究課題となるのが比較憲法学ということになるだろう。

これらのテーマに研究課題が限られるというわけではないが、現実には、このような視点からすると、比較憲法の名の下に行われている多くの研究は、やはり外国憲法研究であると解さざるを得まい。そこで項を改めて「憲法」の比較不能性（あるいは可能性）について考察することにしよう。

## (2) 「憲法」の比較不能性？

比較憲法が可能かは、結局定義の問題に帰着するのであろうか？

---

9) The Incommensurability of Scientific Theories <<http://plato.stanford.edu/entries/incommensurability/>> ;Incommensurable Values <<http://plato.stanford.edu/entries/value-incommensurable/>> visited at 29, Oct 2017.

そうだとすれば、社会科学における定義の本来の意味にまでその考察を及ぼさざるを得ない。

そのような考察は、本格的に行おうとすれば重大かつ困難なものである。そのため、本稿においては、法の概念についての自覚的探求を行った法哲学者、碧海純一の議論を参考にしながら、比較憲法学がどのような学問として構築されるべきかという現時点での筆者の考えを整理するにとどめたい。

碧海は、法の概念について考察するために、論理学における議論を参照しつつ、次のような点が重要であると指摘する<sup>10)</sup>。

- (一) 法の概念規定の問題は「法」という用語の定義の問題であり、従って、「法」という用語にどのような対象を指示させることが最も望ましいか、という問題である。
- (二) 「法」という用語の定義は、通常多かれ少なかれ不明確にかつ多義的に「法」と呼ばれている対象を認識するのに最も適したしかたで行われなければならない。その限りにおいて、この種の対象およびそれと類縁関係にある諸種の対象についての経験科学的な研究の成果を十分に考慮した上で初めてなされなければならない。
- (三) 「法」の定義は、更に、この用語の在来の用法を、事情の許す限り、尊重しなければならない。

碧海は、この指摘をした『法哲学概論』の旧版においては、一応の「法の定義」を示していた<sup>11)</sup>。しかし、同書の最新版においては、第二章が「法の概念」と題されているも

10) 碧海純一『新版 法哲学概論 全訂第二版補正版』（弘文堂、2000年）53頁。

11) 碧海純一『法哲学概論』（弘文堂、1959年）62-63頁では「〈法規範〉とは〈政治的に組織された社会の、その成員によって一般的に承継され、かつ究極においては物理的強制力に支えられた支配機構によって定立されまたは直接に強行される規範〉である」と述べていた。同著ではさらに念入りに英語でも定義が与えられている。同書初版は現在では手に入りにくいので、参考までにここで同書に掲載された英語による定義も引用しておく。すなわち“The phrase <legal norms> will be used, by definition, synonymously with <norms that are enacted or directly enforced by a governing machinery of a politically organized society, the machinery being universally recognized by the members of the society and supported, in the last analysis, by physical power>.” 英語により与えられた定義のほうが「定立」や「強行される」の趣旨が明確に表れている。いずれにせよ、この定義は一般的に行われている法の定義とそれほど差があるわけではない。しかし本文で述べるように、全訂第二版補正版においては、かなり内容的に変更が加えられ、定義を考察することの哲学的困難さにまで書き及んでいる。



の、そこでは法の概念を定義づけることの困難さが種々指摘され、第二章 四「法」の定義においても、結局法の定義は示されていない。そもそも同章の冒頭で、「著者の主な意図は、この主題をめぐる在来の論議に自ら参加して、独自の『法』の概念を規定することにあるのではない。〔中略〕『法の概念』という問題は、一つの実例に過ぎず、本章の主目的は『概念規定問題』をめぐる総論にある」と述べられていた<sup>12)</sup>。本稿がここで碧海の上記指摘を引用したのも、学問の対象を限定することの困難さを確認することにあつた。

比較憲法学がいかなる性質の学問であるかについては、先に言及した樋口説に同調する見解が多数であり<sup>13)</sup>、根本的に比較憲法学それ自体の性格付けを別の観点から論ずる説はそれほど多くない<sup>14)</sup>。

結局、社会科学的な考察対象としての比較憲法学の対象を考察するに当たって、先の碧海の指摘が前提とした定義に関する指摘を想起せざるを得ない。碧海は定義について次のように述べる。

ドウビスラフ…によれば、従来一括して「定義」と呼ばれてきた論理操作は「真正な定義」(Rechte Definition)と「擬似定義」(Pseudodefinition)とに岐れる。前者は記号(語を含めて)の用法についての約束又は決定であり、従って、その真偽を問題とすることはそもそも意味をなさない。擬似定義には二つの種類がある。一つはドウビスラフのいわゆる「事物説明」(Sacherklärung)であり、もう一つは「記号説明」(Zeichenerklärung)である。前者は $x$ という対象がどのような性質を持つかについての命題であり、後者は「 $x$ 」という用語がどのように用いられているか(又は、いたか)という特殊な社会的・言語学的事実についての命題である。両者は共に或る事態の存在を主張する命題であるから、その事態の存否に応じて、あるいは真となり、あるいは偽となる…。このように真又は偽となりうることを、即ち、論理学の用語法において「真理値を持つ」ことが、事物説明と記号説明とを、共に「擬似定義」として、定義から区別する共通の特徴である。事物説明と定義との区別はすぐ分かるが、記号説明と定義とは、共に記号の用法についての文であるために、やや区別されにくい

12) 碧海註10前掲書40頁。

13) 註2⑫, ⑬, ⑭, ⑮は明確にこの立場に立つ。杉原泰雄編『新版 体系憲法辞典』(青林書院, 2008年) 288頁(吉田善明執筆)はこの樋口説を通説的見解と捉え、⑯も基本的立場を共有するものと説く。

14) 註8で述べたように、君塚正臣前掲書(註2⑳)はその数少ない例外である。憲法解釈としては全く異なる結論を採ることの多い西修「比較憲法学の意義、方法、課題(1)」『駒大法学論集』40号(1990年) 93頁は、「比較憲法学とは、諸国の憲法現象を典型的に比較分析することを任務とする憲法科学の一分科である」(114頁)とする。

も知れない。しかし、記号説明が「『 $x$ 』という記号は $x$ という対象を指示するためにもちいられている」という事実の主張であるのに対し、定義のほうは「『 $x$ 』という記号を $x$ という対象を指示するために用いることにしよう」という約束・決定または提案であり、前者が叙述文であるのに対し、後者は当為文である、というところに両者の根本的な相違がある（従って、記号説明は真理値を持つが、定義はそれを欠くことになる）<sup>15)</sup>。

すなわち、比較憲法学の対象は、比較憲法学の定義の問題だとすれば真理値を持たないのだから、論者による説明の違いは、比較憲法学研究者の意志不統一を示しているのではなく、単に問題の困難さを反映したものにすぎない。しかし定義が当為文である以上その適切さは依然として論ずることが可能である<sup>16)</sup>。

比較憲法について、可能な定義であり、かつ広く受け入れられている定義は、整理してみれば、次のいずれかということになろう。すなわち、

- ① 自国の憲法典についての解釈という実践とは区別される、各国憲法の認識を元に、自国の憲法の特色を浮き彫りにしようとする学問的営為である。
- ② 自国の憲法典解釈と無関係に外国憲法の研究を行うことはあり得ないのだから、比較研究対象国の選択それ自体が解釈という実践と厳密には区別できないものである。よって、比較憲法は、自国の憲法解釈に有用であると思料される外国憲法を認識しようとする学問的営為である。

簡単に整理しておけば、結局、そもそもの比較憲法学の学問的性格ないし性質を、認識であると捉えるのか(①)、それとも実践であると捉えるのか(②)、によって区分されているようである。しかし、これら二つの定義は、実際に行う作業それ自体に大きな差がない。

本稿は、いずれかのみが適切な立場であるとする理解は採らない。これは、①②に共通する「認識」について確認しておくことで、その理由が明らかになる。

すなわち、ここでいう認識には、非成典憲法国にあっては、何が「憲法」であると観念されているかの認識、成典憲法国にあっては、憲法典のテキストの認識、憲法典のテキスト解釈の認識、これらが基本となる。そして、後者と分離不可能な、有権解釈および判例

15) 碧海註10前掲書46～47頁。

16) 菅野喜八郎「抵抗権論とロック、ホブズ」同『抵抗権論とロック、ホブズ』（信山社、2001年）3～4頁、13～14頁（註9）も参照。



の認識が含まれる。結局、定義の違いとして表れていたのは、学問的動機を定義に含めるか否かの違いということになってしまうのではなかろうか。

以上を踏まえつつ、従来からの国法学あるいは比較憲法学の名のもとに刊行されてきたテキストや論文を見直してみると、古典的な「比較憲法」＝明治憲法時代の「国法学」は条文の比較にすぎなかったものが多い。というよりも、他国の憲法や人権宣言を紹介はしているが、それがなぜ紹介されるのか、どのような観点から注目されるのか、といった論及はまずもってほとんど見当たらない。もちろん、おおまかな概念としての憲法は抽象化できる。そもそも、そうでなければ学問的検討が行えない。しかし憲法を「比較」するためにはなんらかの「ものさし」が必要である。比較憲法学的検討を行う前提として、比較「可能」であるのはどのような場合かを整理しておくことが必要であろう。すなわち、最低限必要であると考えられるのは、次のような諸点である。

- ① 民主主義の発達段階ないし人権保障の程度が同程度である。
- ② 立憲主義理解が同一ないし共通の基盤を持つ。
- ③ 国家体制が同一である。

いずれもそれ自体論争ある概念を含むため、「同程度」「同一」「共通の基盤」であることを証明するためにこそ研究を行うことにもなるため、結局比較可能であると想定される国について比較研究を行うことによって結果的に比較が可能なが立証される。すなわち、前提と結論は結局同時決定的（simultaneously）であることになろう。

日本において比較憲法学（的）研究においてしばしば対象となる他国の憲法としては、アメリカ合衆国憲法、フランス第5共和制憲法、ドイツ連邦共和国基本法、イギリス憲法がある<sup>17)</sup>。しかし日本との対比という視点で見れば、ことはそう単純ではない。

アメリカは連邦国家であり、大統領制である。これに対し日本は単一国家であり、議院内閣制である。フランスもまた大統領制であるが、憲法改正の「実験国」といわれるほど

---

17) 他国の憲法を翻訳紹介する書籍がほぼ共通して取り上げている。高橋和之編『[新版]世界憲法集第2版』（岩波文庫白2-1, 2012年）はアメリカ、カナダ、ドイツ、フランス、韓国、スイス、ロシア、中国を、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集第4版』（三省堂, 2017年）はイギリス、アメリカ、カナダ、イタリア、ドイツ、フランス、スイス、ロシア、中国、韓国を取り上げる。いささか異色なのは阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集〔第4版〕』（有信堂, 2009年）で、成典憲法に限定しているためイギリスは含まれないものの、上記二冊で取り上げられていないインド、オーストラリア、オーストリア、スウェーデン、スペイン、デンマーク、フィリピン、ブラジル、ベルギー、ポーランドも扱われている。

多くの憲法典が制定・改正されてきた国である。国民主権を明記した憲法であり、歴史的にも *souveraineté populaire* としての *souveraineté du peuple* ないし *souveraineté nationale* が明記されてきたことからしばしば日本の「国民主権」考察のモデルとされてきているが、日本は憲法が「改正」されない国であり（正確には全面改正のみが行われた国であり）また天皇制が維持されている以上単純にフランスを「モデル」とすることには慎重であるべきであろう。ドイツはアメリカ同様連邦国家であり、大統領制であるうえに憲法裁判所を設置しているが、日本は司法裁判所が違憲審査を行うのであり、人権規定の共通性はあるが、安易な対比は困難である。さらに困難な問題を惹起するのがイギリスで、不文憲法国であり、すくなくとも2009年の最高裁判所設置までは、内閣の一員として行政権に、貴族院の一員として立法府に、最高裁としての貴族院の一員として司法権に、すなわちいわゆる三権すべてに関与する大法官 (Lord Chancellor<sup>18)</sup>) の存在ゆえに三権分立が不十分な国家である。従って、成文憲法国であり、司法権の独立それ自体は比較的確立している日本との対比には慎重な考慮が求められる。

「比較」から結論を出すのは慎重であるべきであるとの視点から、外国憲法それ自体の認識をまずは行うべきとの主張は、この点からは理解できる。いずれにせよ、以上検討した点を考慮に入れつつ、「可能」な憲法の「比較」について章を改めて考察しよう。

## 2. 具体的課題における「比較」の例——有意義なもの、そうでないもの

### (1) 有意義な例——政治体制が共通な国家との比較

#### A. 議院内閣制

議院内閣制は、厳密にいえばイギリスもフランスもその経験がある。ただしフランスは大統領制下における議院内閣制で、むしろ「議会統治制」に近かったものであるから、比較対象としてはイギリスを取り上げるべきである。留意すべきは、イギリスが不文憲法（非成典憲法）国であることである。当然、不文の慣習を正確に認識したうえでの比較であれば有用なものとなる。イギリスは、近代以前と現代が連続性を持つ国であり、歴史的視点を欠くことができない。議院内閣制に関しては多くの研究があり、ここで一々触れない<sup>19)</sup>。

18) 現在では総理大臣の任免権に服する大臣である。簡潔には<http://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/principal/lord-chancellor/>を参照。

19) 議院内閣制研究を含むイギリス憲法研究は、体系的にまとまったものだけでも相当数ある。歴史的

議院内閣制に関する比較研究対象としてイギリスに並んで興味深いと思われるのが、オーストラリアおよびニュー・ジーランドである。いずれもイギリスの旧植民地から自治州を経て、イギリス議会制定法による憲法法（Constitution Act）として憲法典あるいは憲法相当の法律が制定されて独立（厳密に言えば独立の時点がいつか、については諸説ある）した国である。すこし具体的にみてみよう<sup>20)</sup>。

オーストラリア連邦憲法（Commonwealth Constitution of Australia）は、議院内閣制を明文で定めていない。憲法7条および28条は、代議院および元老院の定期的選挙を要請し、また7条および24条は連邦議会の議員を国民が直接選挙すべきことを要請している。連邦議会につき憲法はかなり詳細な規定を置く（1条～60条）。州民が、州の人口にかかわらず、同数の元老院議員を選出（現在12名）し、また北部準州（NT: Northern Territory）およびオーストラリア首都領域（ACT: Australian Capital Territory）の国民はそれぞれ現在2名の元老院議員によって代表される。計76人の元老院議員が在籍し、代議院では、各州（および準州）の議席は、人口に依存する（ただし各州はすくなくとも五議席を保証される）。現在の代議院議員数は150名である。法案が議会制定法となるには、代議院および元老院両院を通過した後に連邦総督に提示され、総督は女王の名で裁可する（58条）。法案はこの裁可を受けることで議会制定法となる。法案が、政府一すなわち、代議院の過半数を占

---

視点と日本との比較の視点が明示されている近年の文献として次のものがある。歴史的視点を重視した重厚な研究書として戒能通厚『イギリス憲法』（信山社、2017年）、通時的というより共時的視点が手厚い、田島裕『イギリス憲法 議会主権と法の支配』（信山社、2016年）や幡新大実『イギリス憲法 I 憲政』（東信堂、2013年）、同『イギリスの司法制度』（東信堂、2009年）、加藤紘捷『概説イギリス憲法第2版：由来・展開そしてEU法との相克』（勁草書房、2015年）。本稿筆者も参加するイギリス憲法研究会による概説的なものとして、元山健・倉持孝司編著『現代憲法—日本とイギリス（新版）』（敬文堂、2000年）および倉持孝司・小松浩編著『憲法のいま—日本・イギリス—』（敬文堂、2015年）がある。

- 20) 以下の記述は、註17前掲阿部・畑編『世界の憲法集〔第4版〕』の改訂版である同第5版（2017年中に出版予定）に「オーストラリア連邦」の憲法解説として掲載予定の内容と一部重複する。ただし同書は極めて限られた紙数での解説が要請されているため、本稿の記述よりもかなり簡潔なものとなっており、同一の内容であるわけではない。オーストラリア連邦憲法の法典は、オーストラリア連邦政府発行の*Commonwealth of Australia Constitution Act (The Constitution)* Prepared by the Office of Parliamentary Counsel, Canberra, 2013に依拠し、政府による同書に付された概説を参考に、条文を概観した。概説書としては、Cheryl Saunders, *The Constitution of Australia A Contextual Analysis* (HART, 2011); Suri Ratnapala and Jonathan Crowe, *Australian Constitutional Law: Foundations and Theory 3rd ed* (OUP, 2012)、いわゆるケースブックとして、Blackshield Williams, *Australian Constitutional Law and Theory* (Federation Press, 6th ed, 2014)を参照した。なお、以下で言及する条文については重要なものについては註で言及するが、条文全体については、さしあたり『世界の憲法集〔第4版〕』に収められている松井幸夫訳を参照。

める議会与党あるいは連立与党一によって提案される点は日本と同様である。53条に定められた適切な歳入や租税を賦課する法律案の発議や改正に関する二三の例外を除き、元老院は法律案について代議院と同等の権限を有する。与党が元老院で過半数の議席を有しないことは決してめずらしいことではなく、その結果、法案を提案された形で議会を通過させるかどうかについて両院の間に紛争が起こり得る。大体の紛争は両院の協議で解決される。これに関して、憲法規定の解釈問題でもある、1975年の連邦総督 (Governor-General) による内閣総理大臣解任が問題となった (一般にこの事件は、オーストラリアでは憲法習律の観点から憲法危機と呼ばれる)。両院の協議が整わない場合における元老院代議院同時解散は、日本の両院制との顕著な違いといえる (57条)<sup>21)</sup>。立法権についていえば、連邦憲法は、アメリカ合衆国憲法に範を取り、州権を相当に重視して起草されているため、51条および52条に列挙された範囲内でのみ連邦議会は立法権を有する。防衛、外交、州際貿易および国際貿易、課税、外国企業、貿易業、および金融業、婚姻と離婚、移民、倒産、州間の和解ならびに仲裁を含む。これらの列挙規定は、必ずしも限定的に狭く解釈されているわけではない。環境立法制定を外交権限に基づき行い、また州議会が51条 (37号) の下で連邦議会に付託した事項によっても拡張される。しかし原則として、州はオーストラリア連邦憲法によって拘束され、各州の憲法はオーストラリア連邦憲法に従わなければならない (106条・107条)。州の立法権については、関税・消費税 (90条)、軍隊の維持 (114条) を除き、連邦憲法による制限はない。教育、刑法、道路といった領域については、第一次

---

21) **第57条** (両議院間の不一致) は以下のように定めている (拙訳)。

- 1 元老院 (House of Senate) が、代議院 (House of Representative) が可決した法律案を否決し、もしくは議決せず、または代議院が同意しないような修正を付して可決した場合において、三カ月が経過した後の同一または次の会期中に、代議院が、元老院の作成、提案もしくは同意した修正を付して、または付さないで当該法律案を否決し、もしくは議決せず、または代議院が同意しないような修正を付して可決したときは、連邦総督は、元老院および代議院を同時に解散することができる。
- 2 前項の解散の後、代議院が、元老院が作成、提案もしくは同意した修正を付して、または付さないで当該法律案を再度可決したにもかかわらず、元老院がこれを否決し、もしくは議決せず、または代議院が同意しないような修正を付して可決したときは、連邦総督は、元老院および代議院の議員による両院協議会を召集することができる。
- 3 両院協議会に出席した議院は、代議院が最後に提案した法律案、および一議院が作成し他の議院が同意しなかった修正があるときにはその修正について審議し、かつ表決する。元老院および代議院の議員総数の過半数によって承認された修正は、可決されたものと看做される。法律案 (前段の手続により可決された修正があるときはこれを含む) は、元老院および代議院の議員総数の過半数によって承認された場合には、議会の両議院を適正に通過したものと看做され、女王の裁可を得るために連邦総督に提出される。

的には州法による。なお、有効な連邦法が州議会法と一致しない場合には、連邦法が有効であり、州法は不一致の範囲で無効となる（109条）。なによりも、96条は、連邦が、いかなる目的であっても、州に対する条件付きの財政援助を為し得ると規定する。すなわち、連邦は、法律を制定する直接的権限を有しない領域において州に対して影響力を行使し得る。

連邦憲法の文理解釈に従えば、61条は、連邦の行政権は女王にあり、実際には連邦総督によって行使されると定め、他方68条は国防軍の指揮権は連邦総督にあると規定する。

国務大臣の任命と連邦政府を統轄するための省の創設（64条1項）、国務大臣が、連邦議会の議員であるか、議員とならなければならない（同条3項）規定はある。この点でも明治憲法にむしろ類似する。なお実務上、国務大臣は、代議院与党ないし連立与党の構成員でなければならない。すでに触れたように、内閣総理大臣についても、内閣についても、連邦憲法には規定がないが、確立した憲法慣習によれば、内閣総理大臣は元老院議員でなく代議院議員でなければならない。

連邦憲法の文言上は、「連邦行政評議会（The Federal Executive Council）」が内閣に相当する組織のようにみえる。けれども、実態としては、「現役の国務大臣のみが行政評議会に参加しており、また通常、連邦総督との評議会会議には二人ないし三人の国務大臣のみが出席する。内閣とは異なり、行政評議会は審議機関ではない。その主な機能は規則や制定法上の任命行為のような正式文書に対する署名を、助言を受けて行うことにある」<sup>22)</sup>。つまり、行政評議会が、会議体として君主の行う権能を担っているのである。結局、憲法の行政権に関するほとんどの規定は死文化しているものであり、条文を読むだけでは、実態が全く把握できない。

カナダやニュー・ジーランドにも存在する総督は、女王の名代であり、オーストラリア連邦においても、連邦総督は非常に多くの機能を担う。けれども、例外的状況を除けば、連邦総督の行為は連邦国務大臣の助言に従って行われる（日本国憲法における象徴天皇制と極めて近い）。憲法64条は、国務大臣は、連邦議会議員であるか、連邦議会議員とならなければならない、と定める。問題は、内閣総理大臣との関係である。連邦総督が従わねばならない「習律」すなわち、「確立し一般に受け入れられた慣習法」理解自体が、連邦総督と国務大臣とで食い違うことがある。64条の下で連邦総督が内閣総理大臣を任命するときは、習律によれば、与党党首あるいは代議院（下院）で多数の議席を有する連立政党の党首を任命しなければならない。この点について問題が起きたのが1975年である。連

22) *Commonwealth of Australia Constitution Act (The Constitution)* Prepared by the Office of Parliamentary Counsel, *op. cit.*, Overview, p. vii.



邦総督カー卿 (Sir John Kerr) が、内閣総理大臣ウィットラム (Edward Gough Whitlam) を罷免した。元老院 (上院) において野党が多数派であるという、いわゆるねじれ状況において、野党が歳出予算法案の通過を阻止した後に、突如行われたものである。硬性憲法典上の行政権者と憲法習律上の行政権者が異なることから生じた問題であり、多くの論争を呼んだ事件であった<sup>23)</sup>。

以上概観して来たオーストラリア連邦における議院内閣制は日本国憲法よりは明治憲法におけるそれと類似する。しかしむしろそこから読み取られるべきは憲法習律の強固さである。オーストラリア連邦憲法典は硬性憲法であり、改正も決して容易ではない<sup>24)</sup>。それでも8回の改正が成立していることからすれば議院内閣制を明文で定めることも可能であるはずである。しかし、実際にはそのような改正は提案されることもなく、現在に至って

---

23) 1975年の事件についてはDonald Markwell, *Constitutional Conventions and the Headship of State: Australian Experience* (Connor Court, 2016) に詳しい。

24) 第128条 (憲法改正の手続) (拙訳)

- 1 この憲法は、以下に定める方法によらなければ改正されない。
- 2 憲法改正案は、議会の各議院の総議員の過半数で可決し、両院を通過した後二カ月以上六カ月以内に、各州および準州において、代議院議員選挙の選挙権を有する選挙人に提案しなければならない。  
〔1977年憲法改正 (国民投票) により改正〕
- 3 ただし、いずれかの議院が、総議員の過半数で可決した改正案を、他の議院が否決し、もしくは議決せず、または第一の議院が同意しないような修正を付して可決した場合において、三カ月が経過した後の同一または次の会期中に第一の議院が、他の議院が作成もしくは同意した修正を付して、または付さないで当該改正案を再度総議員の過半数で可決したにもかかわらず、他の議院がこれを否決し、もしくは議決せず、または第一の議院が同意しないような修正を付して可決したときは、連邦総督は、第一の議院が最後に提案した改正案を、その後両院において一致した修正を付して、または付さないで、代議院議員選挙の選挙権を有する各州および準州の選挙人に提案しなければならない。  
〔1977年憲法改正 (国民投票) により改正〕
- 4 改正案が選挙人に提案された場合には、その投票は、議会が定める方法によって行う。ただし、代議院議員の選挙人の資格が連邦の全域を通して均一になるまでの間は、成年者選挙権が実現している州においては、改正案に賛否の投票を行う選挙人の半数のみを算入するものとする。
- 5 当該改正案は、過半数の州で、投票した選挙人の過半数が賛成し、かつ、投票した全選挙人の過半数が賛成するときは、女王の裁可を得るために連邦総督に提出される。
- 6 議会のいずれかの議院における州選出の代表者の比例的配分もしくは代議院における州の代表者の最低数を減少する改正、州の境界を拡大、縮小、その他変更する改正、またはいかなる方法によるを問わずこれらに関する憲法の規定に影響を及ぼす改正は、当該州において投票した選挙人の過半数が当該改正案に賛成するものでなければ、成立しない。
- 7 本条において、準州とは、この憲法の第122条が定める領域で、代議院への代表者の選出を認める法律が施行されている領域をいう。〔1977年憲法改正 (国民投票) により改正〕



いる。そもそも、この点も明治憲法に類似するのであるが、成文の憲法典には一切規定されていないけれども、連邦憲法典施行当初から、イギリスの憲法習律に依拠して総理大臣が代議院議員から選出されているのである。従って、成文の硬性憲法典制定と同時に機能して来た憲法習律であるからこそその成文憲法典にある意味優越する習律となり得ているのであって、このような点を安易に他の類の規定解釈に当てはめてはならないと解される。後に検討する平和主義にかかる比較は、特にこの点に留意しなければならないであろう。

## B. 権利章典

人権規定の思想的影響関係は、イギリスの思想的伝統を踏まえつつ、フェデラリスト・ペーパーにみられるように独自の成文憲法思想から基本的人権が明文化されたアメリカとの関係がまず挙げられる。同時に、アメリカと時期的にはほぼ重なるフランスにおけるルソーの影響を強く受けている人権宣言もまた多くの国の権利章典に影響を与えている。すなわち、イギリス、アメリカ、フランスにおける人権あるいは市民の権利という思想が各国憲法に影響し、第二次世界大戦後の世界人権宣言、ヨーロッパ人権条約、国際人権規約、バンジュール憲章等に結実している。このような経緯を踏まえつつ、各国の、さらに国際人権条約の条文比較を行ってみれば<sup>25)</sup>、同じような条文を採用していることが明らかである。というよりも、近年「人権法」(Human Rights Act)を制定した諸国は、人権条約から逆輸入しているのである。

イギリスの1998年人権法(Human Rights Act 1998)は、ヨーロッパ人権条約(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)の条文を国内法化したものであり、オーストラリアの首都地域(ACT)の2004年人権法ならびにオーストラリアのヴィクトリア州2006年人権および責任憲章法は国際人権規約自由権規約を国内法化したものである。ニュー・ジーランド2003年人権法や、オーストラリアの1986年人権および機会均等委員会法(連邦法)は、諸種の国連総会で採択された国際人権条約を実施するための規定である。このように、権利章典の考察こそが、最も国境を越えて相互に影響し合っているものであって、比較憲法学的考察の対象として相応しいものと解される。本稿2(1)Aで触れた議院内閣制の研究は、政治学の研究と境目がはっきりしない(もちろんそれぞれに存在意義があるが)けれども、権利章典についての考察は、まさに「世界史」が成立し得るかどうかと同様な意味で重要な意義を持つであろう<sup>26)</sup>。

25) 本稿末尾に人権規定についての比較対象表を附表として掲げているので、参照されたい。

26) 例えばウィリアム・H・マクニール著(増田義郎・佐々木昭夫訳)『世界史(上)』(中公文庫, 2008年)

そもそもが、権利章典 (Bill of Rights) という名称自体、イギリス1689年権利章典に由来するのであり、「法の支配」を現代的視点で考えるにあたって常に出発点となるだけでなく、近時概念としての復権が著しい「立憲主義」の出発点であるともいえる。もちろん「立憲主義」は通常フランス人権宣言16条の「権利の保障が確保されず、権力の分立も確立されていないような社会は、すべて憲法を持つものではない」に直接的な典拠が普通求められるが、典型例として言及されているのであって、もう少し広い通時的共時的視点が求められるであろう。

日本国憲法13条に規定された「生命、自由及び幸福追求に対する……権利」がアメリカ独立宣言の“life, liberty and pursuit of happiness”に由来する（というよりも翻訳したうえで引き写し）ことは周知のことであり、歴史的由来を他国に求めることで初めて意味のある「解釈」が可能になることもまた当然であって、自国独自の解釈はそういった前提を踏まえなければ無意味なものとなる。

また特定の人権を保障する「条文がない」ことは、「その権利がない」ことを意味しないことも、不文憲法イギリスがCommon LawによるCivil Rightsの保障と近年の「人権法」による保障をゼロサムとは考えていないことを指摘するまでもなく、当然のことである。さらにいえば、アメリカは各州憲法で人権規定を有しており、さらに連邦憲法の人権規定（いわゆる修正 (Amendments) 10箇条を基本とする）を持つが、基本的に自然法思想

---

は次のように述べる。「いついかなる時代にあっても、世界の諸文化間の均衡は、人間が他に抜きんでて魅力的で強力な文明を作りあげるのに成功したとき、その文明の中心から発する力によって攪乱される傾向がある……そうした文明に隣接した人々、またさらにそれに隣接しあう人々は、じぶんたちの伝統的な生活様式を変えたいという気持ちを抱き、またいやが応でも変えさせられる。これは、技術や思想を率直に借用しておこなわれる場合もあるが、それより、いろいろなものを、その地域の条件にもっとスムーズに適応、変化させておこなわれる場合のほうが多い。／時代が変わるにつれて、そのような世界に対する攪乱の焦点は変動した。したがって、世界史の各時代を見るには、まず最初にそうした攪乱が起こった中心、またはいくつかの中心について研究し、ついで世界の他の民族が、文化活動の第一次の中心に起こった革新について（しばしば二番せんじ三番せんじで）学び取り経験したものに、どう反応ないしは反発したかを考察すればよいことになる。／以上の見方に立つと、異なった文明間の地理的背景や接触の経路が、中心的な重要性をもつ。考古学、技術史、美術史などは、今日まで残った文書記録類ではときにわからない古代の諸関係に、重要な暗示を与えてくれる」（36～37頁・原文の改行を／で示した）。かかる視点に立ってかかれた「世界史」は、「世界の各地域を平等な目で眺め、その相関関係を分析しながら、歴史の歩みを独自の史観に立ってとらえた、ほんとうの世界史」（マクニール『世界史（下）』（中公文庫、2008年）訳者あとがき、402～403頁）と評されるマクニールの『西欧の興隆 (The Rise of the West)』（1963年）に基づくもので、ウォラッシュテインの世界システム論以前の、どちらかといえば「ホリスティックな文化概念を中心に人類史を書いている」（同前409頁）ものであるが、筆者はかかる視点は比較研究に重要な示唆を与えるものであると解する。

に立っているのであって、極めて概括的な条文のみであるが、それを基礎として多くの判例が存在する。権利章典の比較憲法的検討は、このように人権の本来の意味を探求する意義のほか、国によって必ずしも規定内容が共通しない理由の考察に寄与する。

このように、条文だけを比較して人権を云々することはほとんど無意味であることは明らかであって、逆にいえば、人権について、歴史的・社会的背景を考慮したうえで比較するのであれば有用である。筆者はオーストラリアにおける人権保障状況について考察した際、結論的に次のように述べた。

オーストラリアは、条約実施のための国内人権機関を設置するための法律は存在している。けれども、連邦憲法に（州憲法にも）人権規定はほとんどなく、すくなくとも体系的に整った権利章典は存在しない。もちろん、権利章典を憲法に導入する、または国際人権条約の国内法化としての人権法制定はなんども提起され、2009年には政府の諮問機関が権利章典の、すくなくとも法律による制定を勧告する報告書を出している。実際にはそのような試みは様々な政治的事情によって成功せず、わずかな権利条項を援用しつつ、権利保障のための判断が高等法院によって行われてきた。1990年代からようやく活発になったこの判例傾向は、一見すると近代立憲主義国とは思えないほど「遅い」ようにも思われるが、オーストラリアが法的に完全にイギリスから「独立」したといえるのは、1986年のことであるから、むしろ急激に変化しているともいえる。急激な変化であるからこそ、その判決を行う裁判官に対する不信が存在することは理解できる。著名なマボ判決はかなり大胆な判決であり、*Native Title Act*の制定だけでなく、反発としてのいわゆる「ハンソン現象」も生じている。人権条約の援用という点では孤立した意見にとどまっているカービー裁判官の意見は、実際に読んでみればかなり穏当なものにとどまっている。コモン・ローの伝統が根強く、イギリス、カナダ、ニュー・ジーランド、南アフリカの例を参考にしながら、議会と裁判所の「対話」を重視する姿勢が、オーストラリアの現在の判例傾向を形作っていると思われる。表現の自由について、連邦憲法には直接それを保障する規定がなく、判決によって保障の程度がかなり変容するオーストラリアの実情からすると権利章典の制定は望ましいとの結論も、望ましくないとの結論もいずれも導きうる。すなわち、権利章典が憲法に規定されることによって裁判官が権利を制約的に判断する余地が縮減されると判断すれば権利章典の制定は望ましいと考えられる。けれども、権利章典が憲法典に規定されたとしても、現在の判例傾向からすれば、権利を制約するような解釈をむしろいっそう権威づけてしまうから望ましくないと考えられる。この対立は純

粹な理論的対立ではなく、いかなる機関が人権保障に責任を持つべきかという政治的決断にかかわるものであって、他の国との比較から安易にいずれが望ましいとの結論を支持し得ない。

いずれにせよ、残された課題は、本稿で概観した意見対立の背後にある法哲学的主張、特に対話理論についての政府報告書の主張を分析すること、このことと密接に関係する、他のコモンウェルス諸国の人権法又は憲法上の権利章典についての議論との比較を行うことである<sup>27)</sup>。

この点、日本に対する示唆という観点からは、国際人権規約自由権規約との関係が密接であるという点からも、カナダおよびニュー・ジーランドの例をまずは検討すべきものと解される。ニュー・ジーランドにおける人権保障につき、歴史的経緯については詳細な検討が存在するものの<sup>28)</sup>、ブリティッシュ・コモンウェルス（現在正確には単に“Commonwealth”であるが内実が分かりにくいのでこのように表記する）内での相互影響関係を検討したうえで結論を導く論考は必ずしも多くない。限定された比較研究にとどまっているように思われる<sup>29)</sup>。実際、カナダの視点から、イギリス、オーストラリア、ニュー・ジーランド、カナダを比較研究したハイバート（Janet L. Hiebert）は、アメリカの司法審査型の違憲審査に基づく人権保障に対比してのコモンウェルスで採用されている議会モデル（the parliamentary rights model）が、裁判所の判決を受けてどのような立法あるいは法改正に結実するかは、今後の調査に待たねばならないと結論付けているのである<sup>30)</sup>。

この点、オーストラリアにおいて連邦レベルの権利章典制定に関する意見対立を整理したオーストラリアの憲法学者ウィリアムズ（George Williams）は、権利章典制定に賛成、反対のそれぞれの理由を次のようにまとめている<sup>31)</sup>。

27) 佐藤潤一「オーストラリアにおける人権保障—成文憲法典で人権保障を規定することの意義・研究序説—」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』12号（2011年6月）54頁。

28) 山本英嗣「ニュージーランドにおける人権の歴史—国際人権法からの検討—」（1）～（3）（（1）：『比較法学』44巻3号21～31頁，（2）：同45巻1号65～1頁，（3）：同45巻2号87～97頁）。

29) 詳細な検討を行っている文献もある。ただし後述註30およびそこに対応する本文も参照。Janet L. Hiebert, “Constitutional experimentation: rethinking how a bill of rights functions” in: *Comparative Constitutional Law*（註2 ②前掲書）pp. 298-320. また、人権保障に限定せず、立憲主義の新モデルという概念規定をしたうえで検討している文献として、Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge, 2013.

30) Hiebert, *op. cit.*, p. 314.

31) George Williams, *A Bill of Rights for Australia*（University of NSW Press, Sydney, 2000）p. 35. 佐藤註27前掲論文46～49頁も参照。

## 賛成

- ・ オーストラリア法は、基本的自由を保障していない
- ・ 権利章典は、それがなければ〔法的〕権能を持たないオーストラリア人に〔人権に関する〕訴訟提起権能を与える
- ・ 権利章典は、オーストラリアを、他の全世界並みの国にする
- ・ 権利章典は、マイノリティーの諸権利を保障することによってオーストラリアの民主主義を向上させる
- ・ 権利章典は、権利を政治と恣意的な政府の行為の上に置く
- ・ 権利章典は、政府の政策決定や行政上の意思決定を改善する
- ・ 権利章典は、重要な教育的機能を果たす
- ・ 権利章典は、コミュニティにおける寛容と悟性（understanding）を向上させる

## 反対

- ・ オーストラリアにおいて、諸々の権利は、既に十分保障されている
- ・ 高等法院は、その憲法およびコモン・ローの解釈を通じてすでに権利を保障している
- ・ 憲法または諸々の法律に諸々の権利を列挙することは、實際上、権利の保障において、わずかな違いしかもたらさないか、またはほとんど違いをもたらさない
- ・ 政治制度自体が、オーストラリアにおける権利を最も良く保障するものである
- ・ 権利章典は、実際には権利を制限することになる。すなわち、権利を定義することは、それをその定義の範囲に制限することである
- ・ 権利章典は、議会の判断を上書きする権限を、選挙で選ばれていない裁判官らに与えることによって、非民主主義的なものになる
- ・ 権利章典は、司法権を政治化することになる
- ・ 権利章典は、それが生じさせることになる訴訟の蓄積によって非常に高価なものになる
- ・ 権利章典は、議会主権に関するオーストラリアの伝統にとって異質である
- ・ 権利章典は、将来の世代にとって重要でないものでありうる諸々の権利（例えば武器所有の権利）を保護することになる

こういった対比は、不文憲法あるいは軟性憲法のイギリスやニュー・ジーランドにおける人権保障状況の考察にも有用であろう<sup>32)</sup>。ニュー・ジーランドは憲法とはいってもイギ

32) イギリスとオーストラリア、イギリスとニュー・ジーランドの状況を対比しつつ論ずるものとして、



リスの憲法Constitution Actに由来する統治機構法と人権に関する法律のように、通常の議会制定法と改正手続の面で際のないいわゆる軟性憲法国、ないし不文憲法国であり、そのため国際人権条約の国内実施を含め機動的な対応が行えたという点では積極評価される<sup>33)</sup>。

## (2) 比較が「ためにする」ものになっている疑いがあるもの

本項での記述は将来の研究に俟たねばならない部分があるため、極めて簡潔なものにとどまる。

### A. 平和主義に関する議論

日本国憲法第9条は1項で「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇または武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。」と規定し、2項で「前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。」と規定する。2014年以降急激に進んだ集団的自衛権の限定容認に関する法改正をめぐる政治状況についての検討は他の機会に譲り<sup>34)</sup>、ここでは、次の点を指摘しておくにとどめたい。

すなわち、しばしば軍備を保持しないという「憲法規定」がある国はほとんどない、との主張があるが、そもそも規定はないが、軍隊がない「国」もある（バチカン市国）し、常備軍を廃止しているが、米国との軍事同盟は有り、緊急事態には軍隊を招集可能な国もある（コスタリカ）のであって、憲法規定のみを持ち出す議論は大抵論者の望む結論を導き出すためのものにすぎない。しばしば再軍備のために憲法を改正したドイツとの比較がなされるが、ヨーロッパにおける国境を接し、冷戦期の東西両陣営の争いに国を割って巻き込まれていたドイツとの安易な対比は生産的とはいえないであろう。さらにいえば、日

---

佐藤潤一「オーストラリア憲法とイギリス憲法」および松井幸夫「ニュージーランド憲法とイギリス憲法」倉持孝司・松井幸夫・元山健 編著『憲法の「現代化」—ウェストミンスター型憲法の変動—』（敬文堂、2016年）「第9章 ウェストミンスター型憲法の変動とコモンウェルス」所収を参照。

33) 2016年3月5日～10日に、基本的には註1で言及した科学研究費に主として依拠しつつ、大阪産業大学産業研究所より得た分野別研究費を用いてニュー・ジーランドのオークランドおよびウェリントンにおいて調査を行った。その際、本文で述べたような柔軟な機動性は、国旗の国民投票にみられるように、政治性というより、政治的動機しかない事項につき安易に国民投票が行われることには問題がある旨の教示をVictoria University of WellingtonのTony Angelo教授から受けたことを付記しておく。

34) 簡潔には、佐藤潤一『教養 憲法入門』（敬文堂、2013年：同4刷2017年）第5章を参照。



本が「軍隊」を持っていないのは不自然である、という主張もあるが、多くの主張は、規範的議論か、社会学的実態に関する議論かが意識的または無意識のうちに混同されているものと解される<sup>35)</sup>。

## B. 憲法改正に関する議論

憲法の制定と改正に関する基礎的認識として、そもそも日本国憲法第96条1項が規定する「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、特別の国民投票また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。」および同2項の「憲法改正について前項の承認を経たときは、天皇は、国民の名で、この憲法と一体を成すものとして、直ちにこれを公布する。」につき、あまりに硬性にすぎため現代国家に不適合であるとの主張がしばしば政権当事者から発せられる。この点は、法学的にいかにかえるべきか、困難な問題を提起するが、そもそも基本的な認識に誤りがある場合が多い<sup>36)</sup>。

そもそも明治憲法第73条は1項で「将来此ノ憲法ノ条項ヲ改正スルノ必要アルトキハ勅命ヲ以テ議案ヲ帝国議會ノ議ニ付スヘシ」とし、2項で「此ノ場合ニ於テ兩議院ハ各々其ノ総員三分ノ二以上出席スルニ非サレハ議事ヲ開クコトヲ得ス出席議員三分ノ二以上ノ多数ヲ得ルニ非サレハ改正ノ議決ヲ為スコトヲ得ス」と定めており、決して改正の容易な憲法ではなかった。日本国憲法の改正を主張する論者は大抵の場合明治憲法への回帰を主張するが、この点についてはほとんど言及されないのは奇妙である。

そもそも憲法制定とはいかなる「法現象」なのか。ケルゼン (Hans Kelsen) は、仮説的根本規範に基づくといい、シュミット (Carl Schmitt) は憲法制定権力に基づくという<sup>37)</sup>。シュミットが歴史的に果たした役割から決断主義とも批判されるが、他方で憲法改正はそもそも法学的に考慮することができるのかという視点から、次のような主張もある。ブルクハルト (W. Bruckhalt) は、制定も改正も区別し得ない。憲法テキストの改正

35) いわゆる「有事法制」や「平和安全法制」をめぐる状況については、さしあたり水島朝穂『平和の憲法政策論』（日本評論社、2017年）の参照を請う。

36) 憲法改正手続法成立とその意義について考察した、佐藤潤一「改憲問題の現況と課題に関する覚書」長期的共同研究組織「第二期平和研究」『平和学論集IV』（産研叢書32、大阪産業大学産業研究所、2010年）63～88頁参照。以下2(2)Bの記述はこの論文の記述を簡略化したもので、重複する部分がある。詳細な文献引用は、同論文を参照されたい。

37) 佐藤註36前掲66～67頁。

は、実行された革命の正当化にすぎないという<sup>38)</sup>。これに対して、アッカーマン (Bruce Ackerman) は、シュミットを参照しつつ、通常政治と憲法政治とを区別し、憲法政治は通常政治とは異なる考慮が必要であると主張する<sup>39)</sup>。最も過激な学説として、シュトラウス (David A. Strauss) による、憲法テキストの改正にはさしたる意味はないという主張すら存在する<sup>40)</sup>。

憲法改正問題考察の困難さは、この問題に対する学問的取り組みと市民の運動としての取り組みに相関関係はあっても必ずしも必然の関係がないことにある。すなわち、学問的には法的限界があるとはいえるが、実際に行われてしまった改正を法的にはなく実際に無効であるということは、実は難しいのであって、法実証主義的憲法改正限界論にあっては、憲法定権力と憲法改正権限が峻別され、憲法解釈としての限界が主張されるものの、この主張は実際には理論上のものにとどまる。一般市民が市民生活の実感から運動として反対することあるいは賛成することはありうるのであって、ケルゼンが、法的には限界をいうことは実際上困難であると考えていたこととも符合するであろう<sup>41)</sup>。

日本は一度も憲法を改正していない、との主張についてはどうであろうか。そもそも多くの「先進的民主主義国」の憲法は大日本憲法以前に制定されたのであって、日本国憲法への「大改正」が行われた、という理解も可能なはずである。ドイツの60回、フランスの24回という改正回数は、憲法典自体が法律並みに詳しいことの反映、またはEUなど国際機関との関係があることは周知のことであり、この点を捨象して改正回数のみを「比較する」のは、全く無意味な「研究」であると言わざるを得ない。

では日本の憲法改正規定は過度に硬性である、との主張は合理性を持つであろうか。

発議要件が議員の過半数であるオーストラリア連邦憲法 (1901年施行) は現在までに8回しか改正が行われていない<sup>42)</sup>。国民投票も、州で過半数かつ連邦全体で過半数を得なければならぬので、改正が容易というわけでは決してない。明治憲法も可決要件が議員の (正確には総議員の3分の2の出席を要し、その出席議員の) 3分の2であった (発議は天皇) ことをどう考えているのか不明である。そもそも憲法96条の改正要件である「総議員の3分の2」を過半数に減らすためには、総議員の3分の2を確保せねばならず、も

38) 佐藤註36前掲68頁。W. Bruckhalt, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2 Aufl.

39) 佐藤註36前掲68頁。Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, vol.113 *Harvard Law Review*, pp. 633ff. (2000).

40) 佐藤註36前掲68頁。David A. Strauss, *The Irrelevance of Constitutional Amendments*, vol.114 *Harvard Law Review*, pp. 1475ff. (2001).

41) 佐藤註36前掲68頁。

42) 規定については前掲註29参照。

し改正発議が実現すれば、実際には3分の2が確保できることの証明になり、結局発議要件が3分の2でもよいことになる。従って、改正規定を改正して発議要件を過半数にすれば、必要な改正が行える、との主張には合理性がなく、むしろ憲法規定が不安定になるとの予測のほうが合理性を持つことになろう。また総議員の過半数であれば憲法改正が容易になるのかという点についても、すでに述べたように、オーストラリアの実態をみれば実は眉唾といえるだろう<sup>43)</sup>。そもそも「国民投票」を考えるとときには、それがレファレンダムでなく、プレジットにならないよう細心の注意が必要である。いわゆるブレグジット(Brexit)<sup>44)</sup>にせよ、スコットランド独立投票にせよ、スペイン・カタルーニャ自治州の独立にせよ、憲法改正にとどまらない大きな政治的影響があることは自明であるからである。

## 結 語

近年の「比較憲法」研究の新潮流として、裁判所の実態からの比較研究を挙げることができる。もちろん以前から単発的には行われてきたが、ここ10数年の間飛躍的に進展してきたように、アメリカ連邦最高裁がドイツ連邦憲法裁判所の判例を参照し、ドイツ連邦憲法裁判所がアメリカ連邦最高裁の判例を参照し、カナダ連邦最高裁がイギリス上院・最高裁の判例、ヨーロッパ人権裁判所、オーストラリア、ニュー・ジーランドの判例を参照し、さらにオーストラリア連邦最高裁がアメリカ連邦最高裁判例、イギリス上院・最高裁の判例、ヨーロッパ人権裁判所、オーストラリア、ニュー・ジーランドの判例を参照している。もちろん、アメリカとドイツの関係を除くと、もともと法制度が継受された国相互での引証がほとんどであるが、このような本来国内的に適用されるはずのない判例を参照する例が増えつつあることは、比較憲法研究が実践的に意義を持っていることの例証といえる。ただし、日本では地方裁判所レベルにおいてヨーロッパ人権裁判所の判決を引用した国際人権規約自由権規約委員会の「見解」viewを参考にした判決はあるものの、最高裁判所においては、このような点については非常に消極的な状況である<sup>45)</sup>。

本稿で検討してきたように、表面的な「比較」にだまされないためには、また意味のあ

43) 諸外国の憲法改正条項について、本項末尾に附表2として添付したので参照されたい。日本の規定が過度に「硬性」とはいえないことが、一読して理解される。

44) ブレグジット以下の例についてはそれぞれ独立の研究を要する大問題である。さしあたって、ブレグジットの経緯について、クレイグ・オリヴァー著（江口泰子訳）『ブレグジット秘録 英国がEU離脱という「悪魔」を解き放つまで』（光文社、2017年）の参照を請う。

45) 2011年までの状況については、佐藤潤一『平和と人権』（晃洋書房、2011年）48～57頁でまとめた。

る「比較」を行うためには、種々の比較「研究」が、何を比較しているのか、どのような動機と目的で執筆されているかの検討がやはり求められることになるだろう。日本だけが「特殊だ」という議論は、大抵、自己の主張に都合の良いものだけを参考にしているにすぎないことがほとんどなのであるから。

附表 1. 人権関連法比較条文表

権利の説明	ウィットリア憲章条文	オーストラリア首都地帯人権法	西暦的及び政治的情勢に関する国際協約	社会的、社会的及び文化的権利に関する国際協約	世界人権宣言	南アフリカ権利章典	イギリス人権法	カナダ人権憲章	ニューゼaland権利章典	アメリカ合衆国憲法	フランス人及び外国の権利宣言(1789年)	ドイツ連邦共和国基本法	日本国憲法	
法の制定として承認された権利	8条1項	8条1項	16条	6条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	1条	1条	同様の規定はない	
差別無しの権利保障を受けること	8条2項	8条2項	2条1項	3条	9条	9条	第1節、14条	第14条	第14条	第14条	1条	3条2項、5項	14条	
法の前の平等	8条3項	8条3項	26条	7条	10条	10条	第1節、14条	15条1項	第14条	第14条	1条	3条2項	14条、24条	
法制定及び法執行に平等な機会	9条	9条1項	36条1項	3条	11条	11条	第1節、2条	15条2項	3条	第14条	1条	2条	13条	
非人間的な又は屈辱を構つるような取り扱ひからの自由	10条	10条	7条	5条	12条	12条	第1節、3条	12条	9条~11条	第8条	同様の規定はない	同様の規定はない	18条	
労働力移動の自由	11条	25条	8条	4条	13条	13条	第1節、4条	13条	同様の規定はない	第3条	同様の規定はない	12条2項、3項	13条	
プライバシー及び名誉	12条	12条	12条	12条	14条	14条	同様の規定はない	16条	同様の規定はない	第3条	同様の規定はない	11条	22条	
家族、良心、宗教及び権利の自由	13条	14条	18条1項及び2項	12条	14条	14条	第1節、8条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	10条	21条2項	
職業、良心、宗教及び権利の自由	14条	15条	19条	18条	15条	15条	第1節、9条	2条(a)~(b)	10条、11条	第4条	同様の規定はない	4条	19条、20条	
職業の自由	15条	16条	20条	19条	16条	16条	第1節、10条	2条(c)	11条	第5条	同様の規定はない	5条	21条	
職業の自由	16条1項	17条	21条	20条	17条	17条	第1節、11条	2条(d)	12条	第6条	同様の規定はない	6条	21条	
職業の自由	16条2項	18条	22条	21条	18条	18条	第1節、11条	2条(e)	13条	第7条	同様の規定はない	7条	21条	
職業の自由	17条1項	19条	23条1項	22条	19条	19条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第8条	同様の規定はない	8条	同様の規定はない	
職業の自由	17条2項	20条	24条	23条	20条	20条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第9条	同様の規定はない	9条	同様の規定はない	
職業の自由	17条3項	21条	25条	24条	21条	21条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第10条	同様の規定はない	10条	同様の規定はない	
公的業務への参加権	18条1項	17条(a)	25条(a)	25条	19条	19条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第11条	同様の規定はない	11条	同様の規定はない	
投票の権利及び立候補の権利	18条2項(a)	17条(b)	25条(b)	25条	19条	19条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第12条	同様の規定はない	12条	15条	
公的サービスの利用	18条2項(b)	17条(c)	25条(c)	25条	19条	19条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第13条	同様の規定はない	13条	15条	
市民的権利	19条1項	27条	27条	27条	20条	20条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第14条	同様の規定はない	14条	同様の規定はない	
市民的権利	19条2項	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第15条	同様の規定はない	15条	同様の規定はない	
市民的権利	20条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第16条	同様の規定はない	16条	同様の規定はない	
財産権	21条1項~7項	18条1項~7項	9条	3条	22条	22条	第1節、5条	7条、9条、10条、11条、12条、13条、14条、15条、16条、17条、18条、19条、20条、21条、22条、23条、24条、25条、26条、27条、28条、29条、30条、31条、32条、33条、34条、35条、36条、37条、38条、39条、40条、41条、42条、43条、44条、45条、46条、47条、48条、49条、50条、51条、52条、53条、54条、55条、56条、57条、58条、59条、60条、61条、62条、63条、64条、65条、66条、67条、68条、69条、70条、71条、72条、73条、74条、75条、76条、77条、78条、79条、80条、81条、82条、83条、84条、85条、86条、87条、88条、89条、90条、91条、92条、93条、94条、95条、96条、97条、98条、99条、100条	7条	第4条修正~第8条修正	7条	13条	18条	同様の規定はない
契約不履行を理由とする取返しの禁止	21条8項	18条8項	11条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第9条修正	同様の規定はない	2条	31条、33条、34条、35条、36条	
自由を奪われた場合の賠償	22条	19条	10条1項及び2項	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第10条修正	同様の規定はない	2条	同様の規定はない	
公平な賠償に対する権利	23条	20条	10条2項b及び3項	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第11条修正	同様の規定はない	13条	同様の規定はない	
公平な賠償に対する権利	24条	21条	14条1項	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第12条修正	同様の規定はない	2条	同様の規定はない	
権利を行使する権利	25条	22条	14条2項~5項	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第13条修正	同様の規定はない	2条	同様の規定はない	
権利を行使する権利	26条	24条	14条2項	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第14条修正	同様の規定はない	2条	同様の規定はない	
権利を行使する権利	27条	25条	15条	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	同様の規定はない	第15条修正	同様の規定はない	2条	同様の規定はない	

Alistair Pound, Kylie Evans, An Annotated Guide to The Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities (introduced by Professor George Williams) (Thomson, Lawbook co, 2008) pp.xv-xvii 所収国際人権法規定との比較表 (TABLE OF COMPARABLE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW PROVISIONS) を元に作成

附表2 各国憲法改正規定対照表。訳文は、阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集〔第4版〕』（有信堂、2009年）所収のものに従った。

### 1. アメリカ

アメリカ合衆国憲法第5条 憲法修正

連邦議会は、両議院の3分の2以上が必要と認めるときは、この憲法に対する修正を發議する。また、連邦議会は、全州の3分の2の議会の要求があるときは、修正を發議するための憲法會議を招集しなければならない。いずれの場合でも、修正は、全州の4分の3の議会で承認されたとき、あらゆる意味において完全にこの憲法の一部としての効力を有する。いずれの承認方法をとるかは、連邦議会在が決定することができる。〔以下略〕

### 2. ドイツ

ドイツ連邦共和国基本法第79条〔基本法の改正〕

1 基本法は、基本法の文言を明文で改正または補充する法律によってのみ改正することができる。講和の規律、講和の規律の準備もしくは占領法秩序の解除を対象とする国際条約、または連邦共和国の国防に役立つことが確実な国際条約の場合には、基本法の規定が条約の締結および発効に反しないことを明らかにするには、そのことを明らかにするだけの基本法の文言の補充で足りる。

2 このような法律は、連邦議會議員の3分の2および連邦参議院の評決数の3分の2の賛成を必要とする。

3 連邦制による州の編成、立法における州の原則的協力、または第1条および第20条に定められている諸原則に抵触するような、この基本法の改正は、許されない。

### 3. フランス

フランス〔第5〕共和国憲法第89条〔改正の發議、手続、制限〕

1 憲法の改正の發議は、首相の提案に基づく大統領、および国会議員に競合して属する。

2 政府提出または議員提出の改正案は、両議員による同一の文言で可決されなければならない。改正は、国民投票により承認された後に、確定的となる。

3 ただし、政府提出改正案は、大統領が両院合同會議として召集される国会に付託することを決定するときは、国民投票に付されない。この場合、改正案は有効投票の5分の3の多数を集めなければ承認されない。両院合同會議の理事部は国民議会の理事部とする。

4 領土の一体性が侵害されているときは、いかなる改正手続も、着手され、または継続されることができない。

5 共和政体はこれを改正の対象とすることができない。



#### 4. イタリア

イタリア共和国憲法

第138条〔憲法改正法律・憲法法律〕

- 1 憲法改正の法律およびその他の憲法法律は、各議院において、3ヶ月を下らない期間においてなされる連続した2回の議決をもって採択され、かつ二回目の表決では、各議院の絶対多数によって可決されなければならない。
- 2 前項の法律は、公布後3ヶ月以内に、一議院の議員の5分の1、50万人の選挙権者または5つの州議会の要求があるときは、国民投票に付される。国民投票に付された法律は、有効投票の多数によって可決されなければ審署することができない。
- 3 法律が、2回目の票決において、各議院でその議員の3分の2の多数で可決されたときは、国民投票は、これを行わない。

第139条〔憲法改正の限界〕

共和制は、これを憲法改正の対象とすることができない。

#### 5. 大韓民国

大韓民国憲法

第128条〔憲法改正の提案権〕

- 1 憲法改正は、国会在籍議員の過半数または大統領の発議で提案される。
- 2 大統領の任期延長または重任変更のための憲法改正は、その憲法改正提案当時の大統領に対しては効力を有しない。

第129条〔憲法改正案の公告〕

提案された憲法改正案は、大統領が20日以上期間、これを公告しなければならない。

第130条〔憲法改正案の議決、国民投票、公布〕

- 1 国会は、憲法改正案が公告された日から60日以内に議決されなければならない。国会の議決は、在籍議員の3分の2以上の賛成を得なければならない。
- 2 憲法改正案は、国会が議決した後、30日以内に国民投票に付し、国会議員選挙権者の過半数の投票および投票者の過半数の賛成を得なければならない。
- 3 憲法改正案が、2項の賛成を得たときは、憲法改正は、確定され、大統領は、直ちにこれを公布しなければならない。

#### 6. 中華人民共和国

中華人民共和国憲法第64条〔憲法の改正手続、議案の表決方法〕

- 1 憲法の改正は、全国人民代表大会常務委員会または5分の1以上の全国人民代表大会代表がこれを提議し、かつ、全国人民代表大会が全代表の3分の2以上の多数でこれを

可決する。

2 法律およびその他の議案は、全国人民代表大会が全代表の過半数でこれを可決する。