

Title	グローバル化世界と憲法制定権力
Sub Title	Globalizing world and constituent power
Author	山元, 一(Yamamoto, Hajime)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.1 (2018. 1) ,p.49- 70
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	大沢秀介教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180128-0049">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180128-0049</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# グローバル化世界と憲法制定権力

山元一

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一九九一年憲法の制定

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

はじめに

憲法制定権力観念 (pouvoir constituant (仏語), constituent power (英語)) が、憲法学にとつての最も基本的観念の一つであり続けてきたことについては、およそ疑問の余地はない。そのように位置づけられてきた憲法制定

権力観念が提起する諸問題が、グローバル化世界に直面する現代憲法学において、多様な様相を呈しつつますます盛んに論じられているように思われる。本稿は、そのような憲法制定権力観念のグローバル化世界における動向の一端についてささやかな照射を試みよう、とするものである。

筆者はこれまで、現代フランス憲法理論を対象とする研究の過程で、EU統合の進展が憲法制定権力論に新たな展開をもたらしてきた理論状況を取り上げ、一方で、フランス憲法における憲法制定権力と立憲主義の緊張関係(1)を明らかにするとともに、他方で、従来と異なり国家を超えた次元に憲法制定権力の主体を見出そうとする「ヨーロッパ憲法制定権力」論について検討したことがある(2)。これに対して本稿は、近時の比較憲法学の飛躍的な発展(3)に伴って、西ヨーロッパ外の自由主義的民主主義的統治の不安定な地域における憲法状況に触発されて生み出された諸業績を参照しつつ、近時の憲法制定権力論の展開を追跡してみることを目的とする。ここでは、①グローバル化世界が「立憲主義の権威主義化」に対してどのような形で対応しているのか、という設問が突きつけられ、ナショナルなレベルでの立憲主義をグローバルなレベルにおける立憲主義がどのようにして支えるか、というグローバル立憲主義(4)にとっての重要な課題の一つがうみだされている。また、さらにグローバルな視野からは、②ポピュリズムに対して立憲主義がどのように向き合うべきか、が重要な課題として登場する。なお本稿は、憲法制定権力の内容として、ひとまず、フランス風(5)に言えば、「始源的憲法制定権力 (pouvoir constituant *originnaire*)」と「制度化された／派生的憲法制定権力 (pouvoir constituant *instauré / dérivé*)」＝憲法改正権の両者を含むものとして観念する(6)。

ところで、グローバル化世界における憲法制定権力論の動向は、現在の日本の憲法状況と無縁ではない。すぐあとで触れるように、著しく憲法改正に積極的な現在の安倍晋三政権によって生み出された日本の憲法状況は、「立憲主義の権威主義化」という動向と一定の共通要素を含んでいるとみることができる(7)。そして、日本におい

て憲法改正への動きが現実化することになれば、国民が直接的に意思表明することを通じて、理論構成の仕方次第では、憲法制定権力を行使することになり、それをきっかけに憲法改正が頻繁化していく可能性も否定することができない。

以下、本稿では、最近の憲法制定権力論の活性化について、覚書的な見取り図を描くという目的から、「立憲主義の権威主義化」と憲法制定権力論をめぐる問題〔Ⅰ〕とラテンアメリカにおけるポピュリズムと憲法制定権力をめぐる問題について検討する〔Ⅱ〕。そして〔Ⅰ〕〔Ⅱ〕を踏まえて、それに引き続き憲法制定権力自体の動態的かつ民主主義的な再構成の試みの紹介・検討〔Ⅲ〕、またこれと方向性を異にする「違憲の憲法改正」の憲法裁判機関による実質審査を肯定的に論じる試みの紹介・検討〔Ⅳ〕の作業については別稿<sup>\*</sup>を用意し、そこで論ずることとしたい。

## 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？

最近の比較憲法学において重要なテーマの一つとなっているのが、「立憲主義の権威主義化」という現象である。そこには立憲主義が必ずしも権威主義的統治を排除するものではないという認識が前提にある。等しくこのような現象に注目する論者においてもその表現の仕方は様々であり、「濫用的立憲主義 (abusive constitutionalism)」(David Landau)<sup>(8)</sup>、「ステルスの立憲主義 (stealth constitutionalism)」(Ozan O. Varol)<sup>(9)</sup>、「権威主義的立憲主義 (authoritarian constitutionalism)」(Mark Tushnet)<sup>(10)</sup>等の表現が与えられている<sup>(11)</sup>。

ここで念頭に置かれている現象は、何か。周知の通り、古典的には、比較憲法学上一国における立憲主義の採

用が必ずしも自由な政治的競争と市民の諸権利の保障を中核的要素とする自由主義的民主主義的統治をもたらさない状況は、英米仏の立憲主義と対比されるべきものとして位置づけられてきた。具体的には、君主の権力が議会の権力を圧倒してしまふ、ドイツそしてそれをモデルとして採用した日本における「外見的立憲主義」の展開として語られてきた<sup>(12)</sup>。これに対して、現代の憲法現象の分析観念としては、ナチスドイツに追われてアメリカに亡命した Karl Loewenstein が、その著書『政治権力と統治過程』<sup>(13)</sup>で提示した「憲法の『存在論的』分類 (“Ontological” Classification of Constitution)」における①「規範的憲法 (normative constitution)」②「名目的憲法 (nominal constitution)」③「意味論的憲法 (semantic constitution)」の三類型が知られている。このうち憲法の適用が不十分であるのが②であるのに対して、③は、「憲法そのものは完全に適用されていても、実際には現実の権力保持者が自己の利益のためだけに既存の政治権力の配分を定式化したにすぎない場合」<sup>(14)</sup>を指し示す。

「意味論的憲法」が現実の憲法のあり方をいわば静態的に問題としていたのに対して、立憲主義の権威主義化現象は、自由主義的民主主義的統治がそれなりに定着していた国々（ハンガリー、ポーランド、トルコ、ロシア、アゼルバイジャン、エジプト、ベネズエラ、コロンビア、エクアドル等々）において、立憲主義体制を維持しながら、右派的であることもあれば左派的であることもあるが、いずれにせよポピュリズム的リーダーシップを基盤とした権威主義的体制への漸進的な移行が企てられる状況を指す。ここでは、権力のコントロールが次第に困難となり、政権交代も事実上著しく困難となる状況が意図的に招来される。すなわちここでは、一九七三年九月一日のチリの軍事クーデターに代表されるような、権威主義的な統治への展開が軍事クーデターのような仕方では非合法的かつ暴力的に強行されるのではない。それとは全く対照的に、定期的に選挙が実施される中で、憲法上の制度を含めた諸制度の改革等が憲法改革（新憲法制定と憲法改正の双方を含む）をはじめとする合法的な手法を用いて平和裡に行われるところに特色がある。そして、まさにそのような移行過程において憲法改正が利用されるだ

けに、本稿のテーマであるところの憲法制定権力の理論的検討の必要が生じることになるのである。そして、このような現象の帰結はあからさまに暴力的な手段に許える独裁体制の確立ではないだけに、立憲主義体制の健全な運営を希求する立場からは、それとは別種の懸念が生じ、これまでとは違った新たな理論的実際の対応が迫られることになる。

「立憲主義の権威主義化」の具体的事象<sup>(16)</sup>としては、例えば、権力批判を行うジャーナリストの名譽毀損に関する刑事責任を厳しく追及すること、公正な選挙を行うという名目の下で実際には与党に有利な取り扱いをもたらす、野党が選挙で勝利するための政治コストを意図的に高めること<sup>(17)</sup>、国際社会の要請による組織犯罪やテロリズム対策の名目の下で政治的対抗勢力を抑圧すること、司法審査を権力に対するチェックではなく権力を補強するために活用すること、民主主義の促進と法の支配の促進というレトリックのもとで、権力の座にあるものの地位をより安泰なものとし、競争的な多党制に基づく選挙と政権交代という民主主義のコアの構成要素を傷つけること、等が念頭におかれる。

ところで、第二次世界大戦以降の世界における立憲主義のグローバル化の象徴として受け止められてきたのが憲法裁判機関の普及であり、その活性化である（しばしば、「違憲審査革命」と呼ばれる）。容易に想像されるように、権威主義的統治が最も嫌うのは権力分立原理であり、まともに機能している憲法裁判機関は、「立憲主義の権威主義化」という状況においては、もつとも強力な歯止めとして機能する。そして、まさにそうであるがゆえに憲法裁判所は様々な対抗装置・対抗勢力の中でも重要な攻撃対象の一つとなるに至る。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の主軸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、真正面から激突する状況が生み出されることになる。こうして、IV（別稿）で言及するように「違憲の憲法改正」が一つの議論の焦点となるのである。

このようにしてみてみると、フランス革命期に Emmanuel Sieyès<sup>6)</sup>が提出した憲法制定権力論を現代憲法学にとつての基本的観念として蘇生させたのが、人民のアクラマチオによる喝采による憲法制定権力の発動を弁証した Carl Schmitt<sup>7)</sup>なのであるから、「立憲主義の権威主義化」において憲法制定権力観念の検討が特別に重要な課題として立ち現れてくるのはほとんど自明的ですらある、といえよう。そしてまた、自由主義的民主主義的統治体制の擁護の問題は、その Schmitt と抜き差しならない関係に立つ「闘う民主制」論<sup>18)</sup>の新たな状況のもとでの再構築の必要性そのものの検討という課題を私たちの前に引き出してくる。

以下では、「立憲主義の権威主義化」が憲法裁判と引き起こす緊張関係について具体的なケースを取り上げてみることにしよう。それは、日本でも比較的良好に知られた東欧ハンガリーの事例である。

## 2. ハンガリーにおける「立憲主義の権威主義化」<sup>19)</sup>と憲法裁判

社会主義体制の崩壊後のハンガリーでは、しばらくは社会党（旧体制政党たるハンガリー社会主義労働者党の後継政党）主導の政治が安定していた。その後、急速に自由化されていく経済の中で次第に高まる民衆の不満を背景に、一九九八年から二〇〇二年まで Orbán Viktor の指導下で、フィデス<sup>20)</sup>ハンガリー市民同盟（以下、フィデスと略 当初は中道右派、やがて民族主義的保守政党に変化する。）が政権を担当していた。いったん下野した後、Orbán Viktor 率いるフィデスは、典型的なポピュリズム政党<sup>20)</sup>として躍進し、二〇一〇年の選挙で六八%の議席を占める大勝を収め、政権奪取に成功した。その政治的主張の眼目は、「コスモポリタン、近代主義、世俗主義」批判であり、旧共産主義体制と現在の国際金融資本に対する批判が共存<sup>21)</sup>していた。

旧体制からの憲法改革については、「法の支配の下での革命」（憲法裁判所一九九二年二月一日判決による表現<sup>22)</sup>）として行われた。すなわち一九八九年に旧体制下の一九四九年憲法を廃することなく法的連続性を維持しつつ、

それを大幅に手直しし、議院内閣制に立脚し憲法裁判所を備えた自由主義的民主主義的統治体制へと移行した。Andrew Arato は、この時の暫定的な憲法制定過程が民主主義的正統性の脆弱な円卓会議によって行われ、その後の選挙による憲法制定議会による本格的な憲法改正が行われなかったところに、いったん実現された自由主義的民主主義的統治から権威主義的統治へ逆行する「立憲主義の権威主義化」現象という「ハンガリーのパラドックス」が生じた、という。<sup>(23)</sup>

フィデスは、二〇一〇年の復帰後憲法改正は一院制議会の総議員の三分の二の賛成で行うことができるとする規定を活用し、積極的にラディカルな憲法改革やそれ以外の制度改革に乗り出していく。<sup>(24)</sup> 実際一三回の憲法改正が行われてきた。そのうち重要なものとして、公務員の退職金に対する遡及的な課税（九八％）を可能とするための憲法改正がある。憲法裁判所は、それに基づいて制定された法令に対して違憲判断を下した。これに対して政府は、その翌月憲法改正を行い憲法裁判所の国家の予算等に関わる一定の審査権限の縮小を行ったが、にもかかわらず憲法裁判所は、人間の尊厳原理に基づいて一部の関係立法について違憲判決を下した。

その後、二〇一一年四月に憲法改正によって全く新しい憲法（「基本法」）<sup>(25)</sup> が制定された。基本法では、ハンガリーの歴史的民族的共同体としての価値、およびカトリックを基盤とするハンガリー文化の価値を強調され、国民の国家に対する義務や責任や家族共同体の重要性が謳われている。そして、それは基本法の解釈原理の一つとなるとされる。この憲法制定過程には対立陣営が参加しておらず、不透明で、しかも短期間で行われたことが、国の内外からの強い批判を招いた。具体的には、ヨーロッパ連合、ヨーロッパ評議会、ヴェニス委員会（European Commission for Democracy through Law）<sup>(26)</sup> などがハンガリー政府に対して批判を行った。基本法に対して施行後二年間のうちに五回の改正が行われてきた。Pál Somnyendら<sup>(27)</sup>の評価によれば、基本法制定を動機づけていたのは、一見想像されるように確固たる一定のイデオロギーだったのではなく、短期的な党派政治的利益を

最大化しようとするプラグマティズムなのであった。<sup>(27)</sup>

度重なる憲法改正そしてその内容を引き継いだ基本法は、とりわけ裁判部門に対して大きな揺さぶりをかけた。憲法裁判所裁判官の選考が、野党に考慮することなく行うことができるように変更された。そして憲法裁判所の裁判官の人数を一名から一五名に増加させるコートパッキングプランが、憲法改正によって実現された。さらに国家司法局が設置され、それを通じて司法の運営に政治的支配を及ぼすことを可能とした。また裁判官の定年を七〇歳から六二歳に引き下げ、それによって生み出された空席を、親政権的な裁判官によって差し替えた。それに加えて、選挙委員会、予算評議会、メディア評議会<sup>(28)</sup>等の重要な組織がフィデスのシンパによって占められるようになった。選挙制度も、よりフィデスに有利なものに改められた。これに対して憲法裁判所は、裁判官の定年を六二歳に引き下げる法律について、裁判官の独立を侵害するとの理由で違憲とした。

本稿がテーマとする憲法制定権力観念に関係する重要な判決が、経過規定法に関する判決である (Decision 45/2012 (XII. 29))。二〇一一年二月三〇日に議会は、憲法改正権を行使して基本法を追補する経過規定法 (Transitional Provision) を可決させた。本法は、旧体制そしてそれを担っていた社会党 (当時の名称は社会主義労働者党) を激しく批判する宣言的条項をはじめとして種々様々な内容の規定を含み、なかには基本法の内容と矛盾する規定も含まれていた。裁判を受ける権利などの人権に対して重大な制約をもたらす条項も含まれていた。また、本改正によって、当時の最高裁判所長官 (András Baka 彼は、ヨーロッパ人権裁判所裁判官も務めた (一九九一―二〇〇八年)) の任期が短縮される結果をもたらした。<sup>(29)</sup> そして、経過規定法が基本法との関係で法的にどのよう位置づけられるかは、不明確であった。このような状況の中で憲法裁判所は、かつて憲法改正について内容的実質的審査を行うことはできない、と判示していたが、本件において経過規定法が本当に内容上経過規定のみに関わるものであるかどうかという問題は、基本法が憲法改正権に認めた権限を踰越したか否かという手続審査

に含まれるとし、実際いくつかの規定について違憲判決を下した。注目すべきことは、「違憲の憲法改正」の成立可能性を、判決の行論の中で、次のように示唆したことである。

「憲法的適法性 (constitutional legality) には、手続的形式的公法的基準だけでなく実質的基準もふくまれている。それは、法の支配の下にある民主的国家的憲法的諸要件、法の支配の下で民主的諸共同体によって承認され、国際諸条約で保障されている憲法的諸価値と諸原理、そしてそれと部分的にオーバーラップしているいわゆるユス・コーゲンス等である。憲法裁判所は、一定の条件の下で、法の支配の下にある民主的国家的実質的憲法的諸要件・諸保障・諸価値が、憲法において一貫して尊重され、憲法に含まれているかを審査する権限を付与されている。<sup>30)</sup>」

上記判決に対抗して、政権側は新たな憲法改正に乗り出した。すなわち、二〇一三年三月一日の憲法改正によって、先の判決によって違憲と判断された経過規定法を憲法改正として憲法に盛り込むとした。本改正には、かつて憲法裁判所が違憲判断をした自由主義的民主主義的統治からみて大きな問題を孕む数多くの条項が含まれていた。そしてさらに重要なことに、憲法裁判所の憲法改正案についての審査を純粋な手続審査に限定する規定も設けられた。まさにここにおいて、ドメスティックな露骨な党派的利益によって駆動された憲法制定権力の活性化とグローバル・スタンダードに後押しされた憲法裁判の活性化が、この国で真正面から激突することになった。さらに、同日の憲法改正によって、基本法施行以前に下された憲法裁判所の判決については効力を維持しない、との規定が設けられた。本改正の趣旨は、違憲判決を受けた法が復活するということではないが、憲法裁判所の判決が将来の立法指針や解釈指針として機能することを封じ、そのようにして形成されてきた新体制におけるハンガリーの憲法秩序を無効化しようとする狙いをもつものであった。<sup>31)</sup>その後、上記の憲法改正を受け、また憲法裁判所裁判官の政権によって指名された裁判官への交代もあり、二〇一三年の判決 (Decision 12/2013) で、憲

法改正についての違憲審査を否定した。<sup>(32)</sup>

## 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一九九一年憲法の制定<sup>(33)</sup>

ラテンアメリカ全体を取り上げることにはできないので、ここでは本稿との関係で興味深い事例を提供するコロンビアを見ることとしたい。周知の通り、二〇世紀の南米コロンビアの政治は、暴力と政治危機によって彩られていた。軍隊・ゲリラ・準武装集団・麻薬組織が、その主要な構成要素であった。コロンビアは一八八六年に制定された憲法の下にあった。その後行なわれた改正の中でとりわけ重大な問題をひきおこしたのは、一九五七年の憲法改正で導入された「国民戦線 (*Frente Nacional*)」体制と呼ばれるシステムであった。このシステムは、議会における自由党と保守党の二党に対して、選挙結果のいかんにかかわらず人為的に政権交代を定期的の実現させる仕組みであった。このシステムは、この両党の一九四〇年代後半以降の激しい暴力的衝突 (*La Violencia* と呼ばれた) を收拾するための政治的妥協として設けられたものであった。こうして政治的枠組は、一九七〇年代後半以降、この二党の対立構造に固定化されてしまった。このような枠組のアウトサイダーにとっては、政治的な意思を反映する場が強く制限されており、それが暴力的な反乱を引き起こしてしまう状況を生み出した。

このような状況の中で、César Gaviria Trujillo が一九九〇年に大統領に就任し挙国一致内閣の組閣に成功して、コロンビアでは一九九一年憲法が制定された。一九九〇年五月に行われた国民投票における大多数の賛成によって、憲法制定議会が招集された。そこでは、学生主体の運動が憲法制定議会の実現のために大きな役割を果たした。そこには社会運動の代表や元ゲリラも含めて国民各層からの代表が集まり、かなり民主的な構成であっ

た、といわれる。一九九一年コロンビア憲法は、民主主義体制を取るとともに、自由権的基本権と社会・経済的基本権を幅広く保障しているところに特色がある。この憲法によって創設された重要な機関が憲法裁判所であった。<sup>(34)</sup>制定された憲法がそのような内容を含んでいただけに、制定後は左派勢力によって憲法は支持され、政権を運営する右派から改正を求められる、という、日本の憲法状況と類似する状況が生み出されたのであった。

ところで、ラテンアメリカでは、ほとんどの国々で大統領直接公選制が採用されてきた。そのような国々における「立憲主義の権威主義化」の危険は、この地域における伝統的な政治文化ともいえるポピュリズムに由来する。このような政治文化において必ずしも安定的な民主主義的統治が根づいていない状況の下で、国民に人気のある大統領が自らのイニシアチブで再選禁止規定を廃止するなどして、権力を長期化することを通じて独裁化することによって「立憲主義の権威主義化」が現実化する。また国民投票制度を利用することによって、憲法の想定する立憲主義政治を骨抜きにすることが、懸念される。コロンビアでも、もともと一九九一年憲法では再選を認めない任期四年の大統領制が規定されていたが、二〇〇二年に大統領に就任したÁlvaro Uribeのイニシアチブによる二〇〇四年の憲法改正で三選禁止に変更された。Uribe政権は、「この憲法改正を実現するため、国会議員へ様々な働きかけを行い、議員の親族に対する政府機関等の役職の提供があった」との指摘がなされている。実際、Uribe大統領は、「麻薬を資金源とするゲリラ・武装勢力との戦いを継続・貫徹することを政策に掲げ、二〇〇六年大統領選挙に立候補し再選された」のであった。<sup>(35)</sup>だが、コロンビアにおいて「立憲主義の権威主義化」が生じたといってしまうのはおそらくミスリーディングであろう。創設以来のコロンビア憲法裁判所の社会的経済的弱者に対する人権保障の促進を中心とする「反ヘゲモニー」<sup>(36)</sup>的な活発な活動が、ラテンアメリカではむしろ例外的に「立憲主義の権威主義化」傾向を妨げる役割を果たしてきた。コロンビア憲法裁判所のおかれた文脈は、ポピュリズムに基礎を置く「下からの民主化運動」によって旧憲法体制を打ち破って生み出された憲法に

よって創設された憲法裁判所が、その後立ち現れてくる憲法制定権力とどのように向き合うか、というものであった。まさに、「民主化機能から権威主義的性情までの可能性を内包するポピュリズムの両義性」<sup>(37)</sup>に対する向き合い方が、この問題の核心にある。大統領中心主義の統治構造は立憲主義にとってはリスク要因であるが、「下からの民主化運動」に支えられた憲法制定によって創設されたものであって、ラテンアメリカでは一般に、「その廃止は想像もできないほど」、「強固な伝統」と『民衆の不可逆的慣習』に支えられて」おり、ガヴァナビリティ確保のために「『有能な統治者 (gobernante electivo)』として固有かつ広範な権能を有する大統領を中心とする『活力ある行政政府 (Poder Ejecutivo vigoroso)』」が求められている、と指摘されている。<sup>(38)</sup>

## 2. コロンビア憲法裁判所判決における憲法制定権力論

コロンビア憲法裁判所は、国民投票によって同意されれば行うこととされた憲法改正について違憲審査を行うことを求められ、それに答えて下した判決が Sentencia C-551/03<sup>(39)</sup>であった。コロンビア憲法二四一条は、憲法改正の採択に「形式的ないし手続的瑕疵 (vicios de forma o procedimiento)」がある場合にのみ審査をし得るとし、それを受けて同三七九条は、憲法裁判所が違憲判決を下しうるのは憲法改正手続が憲法の求める条件に反する場合に限定される、と規定している。にもかかわらず、憲法裁判所は、反対意見を押し切ってこの件について一定の実質審査に乗り出した。こうしてここでも、憲法制定権力の活性化と憲法裁判の活性化が激突することになった。本件についての結論として、憲法裁判所は憲法改正行為の枠内にあると判断したが、興味深いのは、その論理構成であった。

憲法裁判所の提示した論理は、憲法裁判所が手続審査を行う前提として、憲法によって設けられた憲法改正機関は憲法改正を行う機関なのであるから、〈憲法改正だ〉と称して行われる行為が本当に憲法改正行為という内

容を持ったものといえるか否かについて、実質審査すること<sup>(40)</sup>ができなければならぬ、というものであった。そしてさらにその前提には、およそ憲法改正行為は無限界なものではなく、憲法改正行為であれば一定の限界（憲法としてのアイデンティティの保持）があるはずだという論理があつた。コロンビア憲法には一定の事項について明文で憲法改正を禁止する規定は存在しておらず、もし限界があるとすれば、それは内在的限界しかありえなかつた。そこで、憲法裁判所は、憲法改正権は憲法制定権力とは性質を異にし、「憲法によって設定された権力（*pouvoir constitué / constituted power*）」に過ぎないと判示したのであつた。同判決において参照されたものうちの一つは、ほかでもなくCarl Schmittの名著『憲法理論』であつた。

コロンビア憲法裁判所の判例によれば、憲法制定権力は、政治的共同体に「結び付けられた人々の政治権力の行使をかたちづくる」ものであるから、「法的限界に服さない」（*Sentencia C544/92*）ものであつて、いかえれば「その行為は政治的かつ創設的なるものであるから、限界も裁判的統制もない絶対的、無制約的、永続的なものだ」（*Sentencia 551/03*）、とされる。政治的共同体は、「根本的政治的決断」を見直すために憲法制定権力を自由に行使しうるとされるのである。これに対して、特別に組織される憲法制定議会とは異なり、通常の政治プロセスの一環に属する憲法改正権は、「始源的憲法制定権力」に留保されている、全く別の新しい憲法を創出するための「憲法の差替え（*constitutional substitution / replacement*）」となつてしまうことを行ふことはできない（このような考え方は、*constitutional replacement doctrine*と呼ばれる）。「憲法の差替え」であるかについての判断をするための憲法に含まれている諸原理や諸価値として「憲法ブロック」<sup>(41)</sup>（そこには、コロンビアの批准した諸国際人権条約が含まれる）の認定権限は、憲法裁判所の手にある。したがつて、たとえ憲法改正が国民投票によって可決された（参照、憲法三七七条）としても、それ自体を「始源的憲法制定権力」の行使と捉えることはできない。二〇一〇年にUribe大統領の三選を可能とするための憲法改正が提起されたが、コロンビア憲法裁判所は、

Sentencia C-141/2010 において、コロンビア憲法の下で強大な権力を有する大統領の三選（二二年間の在任）を可能とってしまうことは権力の均衡と抑制原理を空洞化させてしまう、として違憲判決を下した（二〇〇五年に憲法裁判所は、大統領に二選を可能にするための憲法改正については合憲としていた（Sentencia C-1040/2005））。議会による大統領の政治的統制が困難な政治状況の下で、裁判権が「憲法の差替え」理論を用いて一定の代替的統制作用を営んでいる、ということが<sup>(42)</sup>できる。

憲法裁判所によれば、憲法制定権力はその性質上暴発する可能性を内在しており、完全になんらかの制度の軌道に載せることは不可能ではあるとはいえ、「憲法の差替え」を行うことのできる主体としては、憲法三七六条の規定する憲法制定議会の開催のケースが想定される。

ここで隣国のベネズエラに目を転じると、同国は現在極度の混迷状況にある。<sup>(43)</sup>それは、Nicolás Maduro 現大統領と対立する野党が、二〇一五年一二月の国会議員選挙で勝利を取めたことに端を発する。Maduro 大統領は政治的主導権を握るために、憲法制定議会を活用する戦略を採用し、野党が参加を拒否したにもかかわらず憲法制定議会議員選挙を強行した（この選挙は、不正選挙であるとの強い批判があり、激しい国際的非難を受けている）。その結果、大統領支持勢力が圧倒的多数を占める憲法制定議会が招集された。こうして所与の憲法によって権限の限定されない憲法制定議会は、向こう二年間に亘って全能的権力を自らの決定によって手中に収め、国会をショートカットした国政運営を行うことを可能とした。憲法制定議会は Maduro 大統領が強権的政治を行うための装置にすぎない、との批判を招いている。彼の前任者 Hugo Chávez 大統領（一九九八年就任）は、自らのイニシアチブに基づいて一九九九年憲法を制定した。一九六一年憲法では憲法改正は議会の手に乗ねられており、議会が少数派にすぎない Clavero 派による憲法改正の実現は政治的に困難であった。そこで大統領は大統領令を発して国民に直接憲法制定議会の招集の可否を問う国民投票を行った。そこでこの大統領令の合憲性がベネズエ

ラ最高裁判所によって判断されることになった。同最高裁判所は、たとえ憲法が制定されても、国民の憲法制定権力は憲法制定によって消尽されてしまうことはありえず、そうであるとすれば、憲法の定める憲法改正手続とは全く別に、大統領や議会の発議あるいは国民発案に基づいて国民投票の実施を可能にする法律に基づいて、国民が無制約の憲法制定権力を行使し、憲法制定議会の開催を決定することは常に可能である、と判示した（一九九九年一月一九日 Opinion No. 17）。<sup>(44)</sup> こうして、Joel I. Colon-Rios が指摘するように、コロンビアでは、憲法改正権を法的に枠付け、大統領権力の強大化によって招来される「立憲主義の権威主義化」を阻止するものとして機能した Carl Schmitt の憲法制定権力論が、ベネズエラでは全く対照的に、立憲主義に対する直接民主主義による国民の意思表示の優位の正当化のために援用されたのであった。<sup>(45)</sup>

## 小括

以上、ⅡおよびⅢで見たように、グローバル化世界という状況のもとで、おかれた文脈や状況は必ずしも同様ではないけれども、憲法制定権力の活性化と憲法裁判の活性化が激突する状況が生じていることが明らかとなった。このような事例を踏まえて、「始源的憲法制定権力」と「制度化された／派生的憲法制定権力」たる憲法改正権についての最新の議論状況について、別稿<sup>\*</sup>でさらに紹介・検討を行い、その上でまとめを行うこととしたい。

\* 「グローバル化世界と憲法制定権力【続】」「慶應法学」三九号掲載予定。

(1) 参照、山元一「最近のフランスにおける『憲法制定権力』論の復権」〔初出一九九七年〕（同『現代フランス憲法

- 理論」(のちに信山社、二〇一四年)一六五頁以下、所収)、同「憲法制定権力」(初出二〇〇〇年) (のちに同書二二二頁以下、所収)。
- (2) 参照、山元一「ヨーロッパ憲法制定権力」?」樋口陽一他編『国家と自由—憲法学の可能性』(日本評論社、二〇〇四年)一七九頁以下。
- (3) 近時の英語圏における比較憲法学の目覚ましい発展についての有益な整理として、横大道聡「憲法のアーキテクチャ—憲法を制度設計する」松尾陽編『アーキテクチャと法』(弘文堂、二〇一七年)一九九頁以下、がある。
- (4) 筆者なりのグローバル立憲主義についての整理として、参照、山元一「世界のグローバル化と立憲主義の変容」憲法理論研究会編『憲法理論叢書24 対話的憲法理論の展開』(敬文堂、二〇一六年)五七頁以下。
- (5) 参照、山元・前掲注(1)一八六頁以下。Georges Burdeauによって提出された「制度化された憲法制定権力(pouvoir constituant institué) 観念の意義をHauriouの制度理論に辿りつづ説明するものとして」、参照、時本義昭『法人・制度体・国家』(成文堂、二〇一五年)七頁以下、一四頁以下。
- (6) 本稿がこのように幅広く憲法制定権力を観念する理由は、constitutionという観念の持つ多義性を鮮やかに反映して、それが、特定の近代主権国家的共同体の立ち上げの場面でも、既に立ち上げられている特定の近代主権国家的共同体における政治的基本構造の革命的変革の場面でも、軍事クーデターを正当化する場面でも、政府の統治権限の濫用の場面でも、憲法の全面改正の場面でも、特定の憲法典の特定の条項のみの変更の場面でも援用され得る、極めて多義的な観念だからである。cf. Mikael Spång, *Constituent power and constitutional order: Above, within and beside the constitution*, Palgrave Macmillan, 2014, p. 3ff.
- (7) cf. David Landau, *Abusive constitutionalism*, 47 University of California, Davis Law Review 189 (2013-2014), at 192.
- (8) David Landau, *supra* note (7).
- (9) Ozan O. Varol, *Stealth authoritarianism*, 100 Iowa Law Review 1673 (2014-2015).
- (10) Mark Tushnet, *Authoritarian constitutionalism*, 100 Cornell Law Review 391 (2014-2015).
- (11) 憲法と権威主義的統治をめぐる問題を一般に考察する最近の比較憲法学の成果として、cf. Tom Ginsburg and

- Alberto Simpsor (edited by), *Constitutions in authoritarian regimes*, Cambridge University Press, 2014.
- (12) 例えば参照: 樋口陽一『比較憲法〔全訂第三版〕』(青林書院、一九九二年)四三一頁以下、畑尻剛「外見的立憲主義型憲法」杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』(青林書院、二〇〇八年)八五頁以下。
- (13) Karl Loewenstein, *Political power and the government process*, The University of Chicago Press, 1957, p. 147ff. 本書のドイツ語加筆版の訳書として、カール・レーベンシュタイン(阿部照哉・山川雄巳訳)『新訂 現代憲法論—政治権力と統治過程—』(有信堂、一九八六年)がある。
- (14) 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』(有斐閣、一九九二年)四四頁の要約による。
- (15) cf. Gábor Ártlla Tóth, *The Authoritarian's New Clothes: Tendencies Away from Constitutional Democracy*, <http://www.fjls.org/sites/www.fjls.org/files/publications/The%20Authoritarians%20New%20Clothes.pdf>
- (16) cf. Varol, *supra* note (9), at 1679.
- (17) 選挙を行いつつ権威主義的統治の実践を行う国々についての比較研究の成果として、cf. Andreas Schedler (ed.), *Electoral authoritarianism*, Lynne Rienner, 2006.
- (18) というのは、*supra*である。Schmittにおける憲法制定権力観念は、全体主義的な興奮の中で立憲主義体制を破壊するポテンシャルを有するものであったのであり、だからこそSchmittに抗して「闘う民主制」を構築する必要性が生まれたのであった。これに対して、そのような憲法制定権力観念を前提とする彼の「憲法」と「憲法律」の区別に基づく憲法改正限界論は、一九四九年ドイツ基本法における、全社会構成員に「自由な民主的基本秩序」の擁護という「憲法忠誠」を求め、そのための制度的担保として構築された「闘う民主制」の骨組みを提供するものとなったのであった。これを現在の「立憲主義の権威主義化」のもとでの状況と引き比べてみると、基本権喪失と政党解散を可能とする「闘う民主制」のターゲットがネオナチと共産党という小規模で強固なイデオロギー集団であったのに対して、「立憲主義の権威主義化」をおしすすめている様々な国々における政治勢力は、大規模で曖昧なイデオロギーしか有しないのが通例であって、そのような処方箋は全く不適合である。cf. Landau, *supra* note (7), at 216ff.
- (19) cf. Kriszta Kovács and Gábor Ártlla Tóth, Hungary's constitutional transformation, *European Constitutional Law Review*, no. 7 (2011), p. 183ff. 最近のハンガリーの憲法情勢について、科学研究費・基盤研究A「憲法の国際

- 化」と『国際法の憲法化』の交錯下における新たな人権保障システム理論の構築」(研究代表者江島晶子)の主催の二〇一七年四月二九日研究会における須網隆夫(早稲田大学)氏の報告「グローバル立憲主義とハンガリーの憲法状況」から多くのものを学ぶことができたことについて、記して謝意を表する次第である。
- (20) ヤン・ヴェルナー・ミュラー(板橋拓巳訳)『ポピュリズムとは何か』(岩波書店、二〇一七年)八〇頁以下、(Jan-Werner Müller, *What is populism?* University of Pennsylvania Press, 2016, p. 64ff.)
- (21) 佐藤史人「憲法改正権力の活躍する『立憲主義』」『世界』八八八号(二〇一六年)一五七頁。
- (22) cf. László Sólyom, *Rise and decline of constitutional culture in Hungary*, Armin von Bogdandy and Pál Sonnevend (eds.), *Constitutional crisis in the European constitutional area: theory, law and politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, 2015, p. 7.
- (23) Andrew Arato, *Post sovereign constitutional making: Learning and legitimacy*, Oxford constitutional theory, 2016, p. 161ff.
- (24) 正確には、その時の憲法には、新憲法の準備についての細則に関する議会決議を可決するためには、議会の五分の四の多数が必要であるとする規定が存在していたが、二〇一〇年六月五日改正によって削除されてしまった。
- (25) 本基本法に関する邦語文献として、小野義典「ハンガリー基本法」憲法論叢一八号(二〇一一年)一五九頁以下、水島朝穂・佐藤史人「試練に立つ立憲主義?—二〇一一年ハンガリー新憲法の「衝撃」(一)」『比較法学』四六巻三号(二〇一三年)三九頁以下、「同(二・完)」同四七巻一号(二〇一三年)一頁以下、小野義典「ハンガリー基本法改正の意義と背景」『法政治研究』創刊号(二〇一五年)一九三頁以下、がある。英語文献として、cf. Gábor Atilia Tóth (edited by), *Constitution for a disunited nation: On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Central European University Press, 2012.
- (26) ヴェニス委員会のヨーロッパ各国の憲法問題をめぐる活動については、参照、山田邦夫「欧州評議会ヴェニス委員会の憲法改革支援活動—立憲主義のヨーロッパ規準—」『レファレンス』二〇〇七年二月号
- (27) Pál Sonnevend, András Jakab and Lóránt Csik, in A. von Bogdandy et alii, *supra* note (22), p. 108.
- (28) 最近のハンガリーにおけるメディア規制については、参照、ガボア・ポリヤック(鈴木秀美訳)「ハンガリーの

- メディア規制の危機的問題」『メディア・コミュニケーション』六七号（二〇一七年）一四九頁以下、参照。
- (29) この事件はヨーロッパ人權裁判所に提訴され、公正な裁判を受ける権利および表現の自由を侵害した、という理由で条約違反判決を招いた（二〇一六年六月二三日）。cf. Case of Baka v. Hungary (Application no. 20261/12), 本判決について、根岸陽太氏（西南学院大学）のご教示を受けたことについて、謝意を表する次第である。
- (30) P. Sonnevend, A. Jakab and L. Csink, *supra* note (27), p. 57.
- (31) László Sólyom, *supra* note (22), p. 29.
- (32) cf. Krisztina Kovács, Keeping the guardian under control : The case of Hungary, in CDL-JU (2013) 006, p. 5ff. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2013\)006-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2013)006-e)
- (33) cf. Joel I. Colon-Rios, Carl Schmitt and Constituent power in Latin American Courts: The case of Venezuela and Colombia, *Constellation*, Vol. 18, no. 3, 2011, p. 365ff.
- (34) cf. Katrin Merhof, Building a bridge between reality and the constitution: The establishment and development of the Colombian Constitutional Court, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13 No. 3, 714ff (2015).
- (35) 以上、三輪和宏「諸外国の多選制限の歴史」『レファレンス』二〇〇七年六月号八八頁。
- (36) Nicolás Figueroa García-Herreros, Counter-Hegemonic Constitutionalism: The Case of Colombia, *Constellations*, Vol. 19, No 2, p. 235ff.
- (37) 川畑博昭「ラテンアメリカ憲法史とポピュリズム」『愛知県立大学大学院国際文化研究科論集』一六号（二〇一五年）七頁。川畑は、ラテンアメリカにおける「大統領中心主義」の統治構造を〈下からのポピュリズム〉と〈上からのポピュリズム〉が交錯する「場」の問題として捉える。同論文一一頁以下。
- (38) 川畑博昭「ラテンアメリカ—大統領中心主義の「合理化」から『民主化』へ」辻村みよ子他編『憲法理論の再創造』（日本評論社、二〇一一年）三〇四頁。さらに参照、同「イベロアメリカ（ラテンアメリカ）における『統治可能性』と『立憲主義』をめぐる一試論—両者の媒介項としての『大統領制』との関わりで—」『愛知県立大学文学部論集』五五号（二〇〇六年）、同「グローバルバリエーション」下のラテンアメリカにおける『共和国』＝『公共性』をめぐる歴史的課題とその構築可能性」『法政論集』一二三〇号（二〇〇九年）二〇三頁以下。

(39) 本判決にのっとる以下の叙述は、J. I. Colón-Ríos, *supra* note (33), Gonzalo Andres Ramirez-Cleves, 'The unconstitutionality of constitutional amendments, in Colombia: The tension between majoritarian democracy and constitutional democracy, in Thomas Bustamante and Bernardo Gonçalves Fernandes (eds.), *Democratizing constitutional law: Perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism*, Springer 2016, p. 213ff.; Carlos Bernal, 'Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, No. 2, 2013, p. 339ff. に依拠している。コロンビア憲法裁判所は、その後、Sentencia C-1200/2003, Sentencia C-970/2004, Sentencia C-1040/2005, Sentencia C-588/2009, Sentencia C-141/2010, Sentencia C-249/2012, C-1056/2012 及び「憲法の差替え」理論の内容をさらに詳しく示し、発展させる機会があった。Bernal によれば、Sentencia C-1040/2005 は、「憲法の差替え」の要件が憲法のアイデンティティの変更から憲法の重要な要素の変更に変わった。

(40) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, 1928.

(41) J. I. Colón-Ríos, *supra* note (33), p. 385 は、「このようなコロンビア憲法裁判所の考え方は、リスボン条約判決（二〇〇九年六月三〇日）で示された憲法改正の限界に関するドイツ連邦憲法裁判所の考え方（但し、基本法は、七九条二項で改正禁止事項を明示している）と類似している」という。ドイツ基本法では、統一後も「ドイツ国民が自由な決断で議決した憲法が施行される日にその効力を失う」（初宿正典＝辻村みよ子編 新解説世界憲法集〔第四版〕（三省堂、二〇一七年）二〇〇頁の訳に依拠する）（一四六条）とする「始源的憲法制定権力」についての規定が残置されたが、この規定は、実は「始源的憲法制定権力」と対比される憲法改正権の限界の存在を示す機能を果たしている」と指摘されている。Ulrich K. Preuss, 'The implication of "eternity clauses": The German experience, 44 *Israel Law Review* 429 (2001) at 443.

(42) C. Bernal, *supra* note (39), p. 352.

(43) 朝日新聞二〇一七年八月一五日付朝刊（一三版）の報道のほか、cf. Javier Corrales, 'Autocratic legalism in Venezuela, in Larry Diamond, Marc F. Plattner and Christopher Walker (edited by), *Authoritarianism goes global*,

*The challenge to democracy*. Johns Hopkins University Press, 2016, p/ 78ff. Raul A. Sanchez Uribarri, Introduction to ICONnect Symposium: Venezuela's 2017 (Authoritarian) National Constituent Assembly. Int'l J. Const. L. Blog, Aug. 28, 2017, at: [http://www.iconnectblog.com/2017/08/introduction-to-iconnect-symposium-venezuelas-2017-authoritarian-national-constituent-assembly/raul-a-sanchez-urribarri](http://www.iconnectblog.com/2017/08/introduction-to-iconnect-symposium-venezuelas-2017-authoritarian-national-constituent-assembly/). Miguel Ángel Martínez Meucci, Symposium on "Venezuela's 2017 (Authoritarian) National Constituent Assembly"–Maduro's National Constituent Assembly: Constituent Power to Build an Undemocratic Regime. Int'l J. Const. L. Blog, Aug. 29, 2017, at: [http://www.iconnectblog.com/2017/08/symposium-on-venezuelas-2017-authoritarian-national-constituent-assembly/Miguel-Angel-Martinez-Meucci](http://www.iconnectblog.com/2017/08/symposium-on-venezuelas-2017-authoritarian-national-constituent-assembly/). José Ignacio Hernández G., Symposium on "Venezuela's 2017 (Authoritarian) National Constituent Assembly"–Pursuing Constitutional Authoritarianism. Int'l J. Const. L. Blog, Sept. 1, 2017, at: <http://www.iconnectblog.com/2017/08/symposium-on-venezuelas-2017-authoritarian-national-constituent-assembly-jose-ignacio-hernandez-g>. Suggested Citation: Laura Gamboa, Symposium on "Venezuela's 2017 (Authoritarian) National Constituent Assembly"–Like Quicksand: Opposing Venezuela's Constitutional Assembly. Int'l J. Const. L. Blog, Sept. 2, 2017, at: <http://www.iconnectblog.com/2017/09/symposium-on-venezuelas-2017-authoritarian-national-constituent-assembly/laura-gamboa>

「ネズエラの憲法状況」*cf.* Joshua Braver, Revolutionary reform in Venezuela: Electoral rules and historical narratives in the creation of the 1999 Constitution, in Richard Albert, Xenophon Contiades and Alenxne Fotiadou (edited by), *The foundation and traditions of constitutional amendment*, Hart Publishing, 2017, p. 137ff.

(44) とつろが、ヘネズエラ最高裁は、二〇一七年五月三十一日、ヘネズエラ国民を代表する大統領には、憲法制定議会の招集権がある」との判断を下した。José Ignacio Hernández G. *supra* note (43).

(45) J. I. Colón-Ríos, *supra* note (33), p. 369ff, p. 376. 「このような憲法制定権力観が、実際にこのような政治運営をもたらすかは、著しく文脈依存的である」。Dario Azzellini, Constituent and constituted power, in Emelio Belances and Carlos Figueroa Ibarra (edited by), *Popular sovereignty and constituent power in Latin America: Democracy from below*, Palgrave Macmillan, 2016, p. 15f. 「ヘネズエラの一九八九年以降の新自由主義に対抗する左翼改革運動の歴

史に照らして、国民に対する支配権力と化しがちな国家（憲法によって設定された権力）に対して、それに常に批判的に対峙する下からの民主主義運動に憲法制定権力の行使を重ね合わせ、憲法制定権力観念の民主主義的性格を高く評価する。だが、この国で現に憲法制定権力の行使によって設置された、と主張されている憲法制定議会は、本文で見たとように、民主主義運動を抑圧する大統領権力の道具と化しているように見える。実際、J. Braver, *supra* note (66) はそのように評価している。但し、これは現在活動している憲法制定議회가、憲法理論から見て正当なプロセスを経て設置されたものといえるかどうかについての評価に深く関わるであろう。