

## 憲法変動の理論のために : 現代フランス憲法が提供する事例を用いて

南野, 森

<https://hdl.handle.net/2324/1807800>

---

出版情報 : 憲法問題. (28), pp.89-100, 2017-05-03. 三省堂  
バージョン :  
権利関係 :

# 憲法変動の法理論のために

——現代フランス憲法が提供する事例を用いて

南野 森 (九州大学)

法規範というものは存在せず、解釈された法規範のみが存在する。  
憲法規範の内容は常に不確定であり、時間の流れのなかで流動する。

(ペーター・ヘーベルレ)<sup>(1)</sup>

## 1 憲法変動とは何か

本稿は、現代フランス憲法史上の実例を検討することで、「憲法変動」についての理論構築にわずかでも寄与しようと試みるものである。その問題関心の根底には、「憲法とは何か」という問いが、より詳しく言うならば「憲法を、どう認識し説明するのが、現実 (réalité) を最も良く反映するか——最も réaliste であるか——」という問いがある。

まず、「憲法変動」とは何かを暫定的に明らかにしておく必要がある。 「憲法」の変動と言うとき、それは「形式的意味の憲法」の変動を指すのか、それとも「実質的意味の憲法」の変動も含むのかなど、「憲法」を広狭さまざまに観念することが可能である。たとえば戦後日本においては、最広義での「憲法変動」としては、選挙制度改革や行政機構改革など、憲法関連諸法令の改正という形ですでに何度か大規模なものが行われている<sup>(2)</sup>が、本稿は、そのような憲法変動を考察しようとするのではない。また、形式的意味の憲法の変動、すなわち憲法改正についても、日本国憲法はいまだ改正されたことがないから、本稿の考察対象から外される。

形式的意味における憲法に変化がないにもかかわらず、何らかの意味で「憲法」が変動したと考えられるか否か、考えられるとするとその成立条件やその効果は何か、といった問題群は、日本の公法学では伝統的に、「憲法変遷」や「憲法慣習」、「憲法習律」といった概念を用いて、そしてしばしばそれぞれの準拠国の学説を参照しながら議論されてきた<sup>(3)</sup>。これらをひとまず「インフォーマルな憲法変動 (changement constitutionnel informel)」としてまとめることも可能であろう<sup>(4)</sup>が、本稿では、そのうち、最狭義の

「憲法変動」として、暫定的につぎのように定義される現象を対象とする。

すなわち、「①一定期間にわたり定着していた、②特定の憲法条文に関する、③解釈実例の、④明らかな変更（のうち、⑤違憲審査機関の判断を除いたもの）」、である。

①については、「一定期間」や「定着」をどう決定するかという問題が存在するが、それは本稿の扱う意味における「憲法変動」を論じる者それぞれが自覚的に定義づければそれでよく（約定定義<sup>(5)</sup>）、当然その広狭によって検討対象に含まれる現象の多寡が変わる。「一定期間」と「定着」の理解次第で、たとえば議会答弁においてただ一度のみ政府解釈が示されたにすぎない場合とか、あるいは、特定の憲法条文についての通説的見解が何であるかが明確な場合なども、①に包含しうることになる。

③の「解釈実例」というコンセプトについては、現代立憲主義国家における最重要のものとして、違憲審査機関の判断こそがまずその対象となるだろう。有権解釈によってはじめて当該法秩序における憲法条文（「テキストとしての憲法」）の意味が確定される——それを創設と捉えるか選択と捉えるかは論者により異なるとしても<sup>(6)</sup>——ことからすれば、それが「規範としての憲法」というコンセプションにとって、本質的に重要であるということはいうまでもない<sup>(7)</sup>。しかし、違憲審査機関の憲法解釈により憲法「規範」が変動することは、一般的に受け入れられているし、本稿筆者も別稿で検討したことがある<sup>(8)</sup>ことから、ここでは、そのような違憲審査機関の判断を除いた「解釈実例」を対象とする。その結果、上述のような政府解釈や学説が、本稿の検討対象となることになる。

## 2 フランス憲法史の実例その1（第三共和政期）

第三共和政期の実例のうち、上述の意味での「憲法変動」と考えうるものとして最も知られているのは、1877年の「5月16日危機」であろう<sup>(9)</sup>。

周知のように、1875年の第三共和政憲法は、もともと「王政待ちの共和政憲法」として、すなわち、王政復古のための政治的調整がつかなかったため暫定的に共和政体を設置する目的で制定されたものであったが、1877年5月16日、マクマオン大統領がジュール・シモン（Jules Simon）首相を非難する信書を発したことから始まる一連の政治的「危機」により、その実態が大きく変質していくのである。

まず、大統領の信任を失った首相の辞職を受け、大統領はド・ブロイ（Albert de Broglie）を首相に任命するが、前年の総選挙ですでに共和派が多

数を占めていた下院は、5月30日、新内閣の信任を拒否する。そこで大統領は、上院の同意を得て下院を解散する（6月25日）。ところが、10月の総選挙においてやはり共和派が勝利し、それを受けての更なる解散には上院議長が反対したこともあり、マクマオン大統領は、——職務執行内閣の信任をも下院に拒否された（11月24日）のち——共和派のデュフォール（Jules Dufaure）を首相に任命せざるを得なくなる（12月13日）。こうして、大統領が下院の多数派から首相を任命するという、ちょうど半世紀後の日本における「憲政の常道」のような状況が出現するのである。

そしてその後、内閣と下院の多数は共和派が占めるものの、上院では王党派が多数を占めるという「ねじれ」状態が一年続くが、ついに、1879年1月の上院選挙でも共和派が勝利を収め、1月30日にマクマオン大統領が辞任、下院議長であった共和派のグレヴィ（Jules Grévy）が大統領に選任されるに至り、「王政待ちの共和政憲法」の「名実ともに共和政憲法」への変容が完遂する。こうして、「テキストとしての憲法」には変動がないまま、大統領が「内閣の存立を左右できず、内閣は議会だけに責任を負う、という一元型議院内閣制が（…）慣行上フランスでも定着することに」<sup>(10)</sup> になった。すなわち「第三共和政憲法についてのオルレアン型の解釈とは正反対のプラクティス」<sup>(11)</sup> が成立したわけで、これが俗に「グレヴィ憲法（constitution Grévy）」<sup>(12)</sup> などと呼ばれるものであった。

かかる「5月16日危機」については、フランス公法学において膨大な言及がある<sup>(13)</sup> が、ここでは、フランスにおける憲法慣習論の最も重要な論者であるカピタンの見解のみを取り上げておく。

カピタンによれば、制憲者と同様にマクマオン自身も、元首が大臣罷免権と下院解散権を有するというオルレアン型の二元型議院内閣制として当時の憲法体制を理解していたが、まさにこの危機によって、そのような憲法体制は「真の変容」を遂げることになる<sup>(14)</sup>。大統領について言えば、1875年2月25日法3条の規定から、憲法が執行権の長として定めていたのが大統領であることは疑いが無いが、それが、1877年以降の現に効力を有するルール（règle en vigueur）という意味での「実定法」<sup>(15)</sup> においては、「閣議」なる合議体に移っている<sup>(16)</sup>。政治権力の機能に関する重要なルールは「慣習によって定められており、そしてその内容は憲法の条文に反している」<sup>(17)</sup> のである。別言すれば、フランスの憲法体制は「成文憲法が存在するにもかかわらず、本質的に慣習による」<sup>(18)</sup> というわけである。

そして本稿にとって重要なのは、かかる憲法体制の変容が、カピタンに

よれば、選挙でマクマオンが支持されなかったということの意味するだけでなく、それまで通説的立場にあった一つの憲法解釈の「衰退 (ruine)」をも意味する<sup>(19)</sup>、と評価されることである。マクマオンら政治エリートたちの二元型議院内閣制論が、異なる憲法解釈 (一元型のそれ) に取って代わられた、と。まさに「5月16日危機」は、「①一定期間にわたり定着していた、②特定の憲法条文に関する、③解釈実例」が、憲法条文の變動のないままに、「④明らかな変更」を受けたもの、と言えるわけである。

ところで、1877年5月以降の現に妥当するルールは1875年憲法のテキストに反している、というカピタンの理解に対しては、憲法解釈をより柔軟に、また別様になすことによって、そのような実効ルールも条文から導き得るとする理解を対峙させることができるだろう。しかし、カピタンは、そのような試みは「無駄 (en vain)」である、と言う。彼によれば、「このような、現に効力をもつ法を条文によって正当化しようとする試みは、現代の法的メンタリティーにおいて支配的な、成文法はそれが廃止されぬ限りは効力をもち続けるのだという原則を、なんとしても維持せんとする欲求の現れ」<sup>(20)</sup>でしかない。それはフィクションであり、カピタンの言う意味での「実定法」と調和させるために、意図的に成文法をデフォルメすることにほかならない。そもそも、成文法優越主義とか、不文法は成文法を破れないといった観念も、論証を省いた先験的な主張 (apriorisme) であって、ある成文ルールが現実にもはや適用されなくなり、それに代わって他の不文ルールに従って人々が行動するようになっていたのであれば、学説は、不文ルールが成文ルールに取って代わったと正面から認めるべきだ、というのがカピタンの主張である<sup>(21)</sup>。

このようなカピタンの議論の根本にあるのが、「規範の実定性をつくるものは民衆によるその規範の承認であり、大多数の人々のコンセンサスである」<sup>(22)</sup>との考え方であることは、すでに別稿でも検討した通りである<sup>(23)</sup>。そこから、不文であれ成文であれルールが効力をもつのは国民の多数がそれに服従しているからであるとし、「法の内容は立法者から与えられるとしても、その実効性 (vigueur) はつねに国民から与えられる」<sup>(24)</sup>と述べることによって、第三共和政期のカピタンは、当時の「実定憲法」が成文憲法とは異なるルールを多く含んでいることを正面から認め、そしてそれを国民主権原理によって正当化するのであった。それは、「国家機関によってつくられる憲法実例のなかに国民の承認・同意を論者が読み込む議論」<sup>(25)</sup>とも評価しうるものであった。

### 3 フランス憲法史の実例その2 (第五共和政期)

つぎに、第五共和政におけるカピタンの議論をみたい。ここでは、最も有名な「憲法変動」の事例として、1962年の憲法改正を取り上げよう<sup>(26)</sup>。

本改正は、1958年憲法の6条および7条の定める大統領の選挙手続を、複雑な間接選挙から単純な直接選挙へと改めたものであった。その際、この改正を主導したドゴール大統領は、「憲法改正について」と題された憲法第16章(当時は第14章)に含まれる唯一の条文である89条の定める手続には依らず、「公権力の組織に関する法律案」などを大統領が国民投票に付託しうることを定める11条の手続を利用した。政界や学界における強硬な反対論・違憲論を無視するかたちで実施された国民投票は、しかしながら、23%の国民が棄権したものの賛成多数(投票者の60%、有権者の47%)で、そのような憲法改正提案を承認した。

11条を用いた憲法改正は、当時の憲法学説のほとんどによって違憲と考えられていた<sup>(27)</sup>し、憲法院判事の多数もそうであった<sup>(28)</sup>。さらに国務院も、同時期に大統領に対し消極的な見解を伝達した<sup>(29)</sup>。要するに法的言説がほぼ一致して違憲と考える手法が、にもかかわらず、政治権力によって採用されたのが1962年の憲法改正なのであった。

この国民投票については、上院議長により憲法院の違憲審査が求められたが、同院は、「国民投票の結果、国民によって採択された、国の主権の直接的表現をなすところの法律」は憲法院の審査対象とはならない、として判断を拒否した<sup>(30)</sup>。国民投票により採択された法律は主権が直接表明されたものだとして違憲審査の対象にはできないというこの論理は、先にみた、第三共和政期カピタンの「大多数の人々のコンセンサス」こそが法の実定性をつくりだすとする理解と重なる部分があるようにも見える。

では、カピタンはこの改正についていかなる立場を採ったのだろうか。さまざまな媒体に発表されたこともありアクセスが困難であったカピタンの戦前の論攷を2冊にまとめて出版する<sup>(31)</sup>など、近年のフランスにおける「カピタン・リバイバル」を牽引しているパリ第二大学のボーによれば、1962年の時点では、カピタンの議論はマイナーな媒体に発表されるなど「やや四散しており (*assez dispersés*)、ほぼ内輪のものに (*assez confidentiels*) とどまっていた<sup>(32)</sup>。それゆえ、ここでは、その政界や学界に対する影響力を測定することは断念し、1962年のカピタンの議論を、上にみた戦前のカピタンとの比較という観点から、簡単に検討しておくにとどめたい。

5月16日危機についてカピタンは、成文憲法の規定に明確に反する現実政治の存在を認め、それを不文憲法、「実定憲法」、憲法慣習、といった観念を用いることで説明し、そして国民主権原理によって正当化した。これに対して、1962年のカピタンは、ドゴールによる国民投票を用いた憲法改正という手法は必ずしも成文憲法に違反するものではないとする。「現行の文言（憲法11条と89条）に照らして、合憲論も違憲論もどちらの解釈論を主張することも可能」<sup>(33)</sup>と言うのである。第三共和政期のカピタンであれば、そのような主張こそ「現に効力をもつ法を条文によって正当化しようとする（無駄な）試み」であり、「実定法」と調和させるために「意図的に成文法をデフォルメすることにほかならない」、と批判しそうなところであるが、1962年のカピタンは、学説にごく例外的ではあれ有力な合憲論が存在した<sup>(34)</sup>こともあってか、正面から憲法条文と現実のプラクティスが背反するとは言わないのである。カピタンは、「個人的には憲法の文言（私は1958年に、この憲法はこれまでのフランスの憲法のうちで最も稚拙な仕方方で起草されたものだと書いた。）にこだわるとしたら、確実な仕方方で結論を引き出すことは不可能であろう、と思う」<sup>(35)</sup>と述べるのである。

しかし、この点を除けば、1962年のカピタンは戦前のカピタンとやはり同一である。すなわち、国民主権や民主主義の原理を持ち出すことによって、憲法解釈上少なくとも疑義のある憲法改正のやり方を、正当化するのである。カピタンは、「文言にこだわるとしたら」確実な結論は出せないが、「憲法の本質」に訴えれば答えは明確になるとして、憲法3条が「国の主権は国民に属し、国民は、その代表者を通じて、また、国民投票によって、それを行使する」と定める以上、国民投票による主権行使は排斥されておらず、したがって、憲法改正という主権行使の最たる場面において国民投票によるそれが排斥されるいわれは尚更ない、と言うのである<sup>(36)</sup>。カピタンによれば、国民はつねに主権者なのであって、「その主権者としての性質において、憲法からの逸脱をいつでも許すことができる」し、「ある決定を国民投票において承認することにより、ひょっとするとその決定には違憲性が存在するとしても、それを常に治癒することができる」<sup>(37)</sup>。「民主主義への信仰（credo démocratique）」<sup>(38)</sup>とでも言うべき、民主主義・国民主権原理への全幅の信頼が、戦前のカピタンと1962年のカピタンに一貫していることは、もはや明らかであろう。

このように、5月16日危機と同様、1962年憲法改正においても、学説の圧倒的多数が一致して違憲と考えていたことから、「①一定期間にわた

り定着していた、②特定の憲法条文に関する、③解釈事例」が存在していたと考えることができ、そしてそれが、政治権力の選択により、「④明らかな変更」を受けたと言えるわけである。そして、いずれの「憲法変動」をも、——すでに述べたとおり、その論理には一定の差異があるものの——国民主権・民主主義という原理によって正当化したのが、カピタンなのであった。

#### 4 動態的な憲法理解の可能性

以上のようにカピタンは、本稿の言う憲法変動の存在を肯定し、またそれを正当化するのであるが、それに対しては、「公権力による憲法事例に制定憲法の改廃力をあたえるわけだから（…）きわめて現状変更的にはたらくことになる」し、「『主権者』『制憲者』に擬された国民の合意と結びつけられることによって（…）その現状変更的機能はおしとどめがたく進行する可能性がある」<sup>(39)</sup>との批判が向けられる。もともと近代立憲主義は、「主権者＝憲法制定権者である国民の意思自体が憲法所定の方式にしたがって表明されねばならぬ、という観点から『憲法』をおいているのである」から、「もしも、憲法の定めた方式以外の仕方での『国民の同意』によって制定憲法が改廃されたものとうけとらなくてはならぬということになると（…）『それは、憲法からその存在理由をうばう』ということになるだろう」<sup>(40)</sup>。

たしかに、「国民」の承認、コンセンサス、服従がありさえすれば、憲法に反する事例も有効とされ、さらにはそれが現実の憲法であるとさえ考えられることになる（第三共和政期カピタン）としたり、あるいは、学説の圧倒的多数が違憲と考える事例であってもその違憲性が「治癒」される（第五共和政期カピタン）とするのは、つまるところ、何であれ現実政治の憲法運用を追認しこそすれ、ほんらい立憲主義が目指すところのものであるはずの、憲法による現実政治の統制を少しでも充実させる方向にはまるで貢献しない考え方である、と言うべきであるようにも思われる。そうだとすると、そのようなカピタンの議論は、立憲主義にとっては危険な主張であり、さらには「憲法学ニ退去ヲ命ジタルノ説」とさえ言うべきものだということにもなりそうである。

本稿は、その危惧を共有したうえで、しかし、憲法をどう説明・記述するのが最も良く現実を反映するかという観点からすれば、憲法の現実を説明するものとして、カピタンの説明はいったん受け入れるよりほかないの



ではないかと考えるものである。

もともと、「法の支配」という、法により人々の行動を統制しようとする企図は、何重ものフィクションとそれへの信憑に支えられた、いわば「密教」的な目論見である。成文憲法といっても、それはつまるところ「紙についたインクのシミ」なのであって、それが突如動き始めて人々を制御するわけではもちろんない。テキストが人々の行動に影響を及ぼす——つまり、規範力 (normativité) をもつ——ようになるためには、テキストと人々を媒介するものが必要であり、そのなかでも、法文の意味を明らかにする「解釈」は決定的に重要である。現在の日本で言えば、「テキストとしての憲法」を解釈する主体は学説や政治部門を含めさまざまに存在するが、「規範としての憲法」を最終的に確定させるのは最高裁判所だ、ということになる。

しかし、解釈に争いが生じた場合に最高裁判所の有権解釈が示されることが相対的に多い他の実定法諸分野とは異なり、憲法については、解釈上の争いが最高裁によって決着をつけられる事態は、——とりわけ日本の場合、きわめて——少ない。ここに憲法のひとつの特殊性があるのであって、その結果とくに憲法は、「未だに完全な姿を現してはいないもの、言いかえれば、時間の流れのなかで少しずつ姿を現していく存在である」<sup>(41)</sup>、ということになる。

このような憲法観をとると、当該法秩序における憲法の意味（「規範としての憲法」）は、有権解釈の提示またはその変更を「解除条件」<sup>(42)</sup>とする、その意味でつねに可變的または暫定的なものとして存在するに過ぎないものとなる。有権解釈機関が決着をつけるより前には、暫定的に、特定の憲法解釈が政治主体によって採択され、憲法政治が運営されていく。

そして、そもそも法の解釈には正しい解釈や誤った解釈があるわけではない<sup>(43)</sup>し、仮にあったとしてそれに政治権力が従うべきであるか否か、現に従っているか否か、従わない場合にどう対処すべきか、といった問題は、いずれも、法の正しい解釈を認識しうるか否かという問題とは異なる次元に存在するものであり、また、それぞれについて客観的な答えがあるわけでもやはりない。したがって、憲法と政治権力の関係について言えば、政治権力は憲法に従って運用されるべきであるという立憲主義の考え方が一般に受け入れられているとしても、その際、権力が従うべき憲法の内容は、最高裁判所がそれを明らかにするまでのあいだは、多様な解釈アクターの提示する解釈のなかから当該政治権力が暫定的に選択したものに

ならざるを得ないのである。

そして、暫定的である以上、それが変動することは当然ありうる。選挙などに起因する政治勢力の配置の変更により政治権力が採択する憲法解釈が変更することもあれば（第三共和政）、学説のほとんどが違憲と考える憲法解釈を政治権力があえて採択することもある（第五共和政）。いずれの場合も、有権解釈機関による決着がつけられぬ以上、現実政治はそのまま進む。それどころか、仮に有権解釈機関による決着がつけられたとしても、それに政治権力が従うか否かは、少なくとも自明とまでは言えないことには注意する必要がある<sup>(44)</sup>。

このような動態的憲法観は、法秩序の放縦化を招くとか、身も蓋もない何でもありの暴論であるとのそしりを受けそうであるが、別稿で検討した<sup>(45)</sup>ように、いったんこのような憲法（解釈）の動態的な現実を認めることによってこそ、有権解釈機関や政治権力の憲法解釈をさらに解釈し批評する憲法学説の役割・意義が、あらためて意識されるはずである。

たとえば特定の政治プラクティスや判例を批判する憲法学説や、あるいは特定の憲法改正が憲法改正の限界を超えとか特定の状況での解散権の行使は認められないなどと事前に主張する学説に対し、それは論者のたんなる政治的主張に過ぎないと切り捨てる見方がありうるが、本稿の立場からすると、まさにそのような学説の主張は、「解釈の解釈」として、あるいは政治部門や最高裁判所の憲法解釈を制御すべく主張されているものとして、動態的な憲法を生成しつづけるための重要なアクターの一つによる重要な営みとして正統性をもつものであると評価されることになる<sup>(46)</sup>。

いかなる憲法解釈が「妥当」するか。それは正解のない解釈どうしの争いであり、説得力の獲得競争である。しかしときに、憲法（解釈）が政治権力を統制しようとするものである以上、純粹に解釈の説得力だけで勝負がつかないこともある。カピタン流に言えば、大多数の人々のコンセンサスといい、国民の承認といい、それを獲得するために説得力の向上が目指されるべきであることは言うまでもないが、「大多数の人々」や「国民」が学説内在的な説得力ではないものに魅力を感じ、「コンセンサス」や「承認」を与えることは当然ありうるわけである。しかし、学説は、それが学説である以上、学説内在的な説得力で勝負をし続けるほかない。そして、カピタンのように、現状の認識・説明を超えてその正当化まで進むか否かは、個々の学説の選択による。

- (1) 玉蟲由樹「時間・憲法・憲法の現実化」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の想像力〔下巻〕』（信山社、2003年）131-157頁、140-141頁を参照。
- (2) このような最広義での「憲法變動」の捉え方は、「政治権力を創出するための選挙についてのルール」と「政治権力を抑制するための政治家・官僚の役割分担や権限分割についてのルール」とをあわせて「基幹的政治制度」と呼んだうえで、「基幹的政治制度の変革が実質的意味の憲法の改正である」、とする政治学の指摘と同趣旨である。参照、待鳥聡史「政治学からみた『憲法改正』」駒村圭吾＝待鳥聡史（編）『「憲法改正」の比較政治学』（弘文堂、2016年）2-18頁、10頁。ただし、そこでは選挙制度や統治制度についての法令や判例、慣習の変更のすべてが「基幹的政治制度の変革」とされるわけではないことにも注意が必要である。なお、このような「基幹的政治制度の変革」を、「実質的意味の憲法」の變動・改正とか、あるいはさらに進んで「憲法改革」（大石眞）などと呼ぶべきかについては、議論が分かれうる。この点について、西村裕一「憲法改革・憲法変遷・解釈改憲——日本憲法学説史の観点から」駒村＝待鳥（編）『「憲法改正」の比較政治学』（同上）441-470頁、とくに442-444頁、467-470頁を参照。
- (3) その異同を含め、これらの概念についての解説として、Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Théorie générale des sources du droit constitutionnel », in Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD (sous la dir. de), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Théorie de la Constitution, Paris, Dalloz, 2012, pp. 229-264.
- (4) 最近のフランスにおける、「インフォーマルな憲法變動」についての体系的な研究として、Manon ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2013, 627 p. がある。また、Olivier JOUANJAN, « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », in Alexandre VIALA (sous la coordination de), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, pp. 185-203 も重要である。
- (5) 約定定義 (définition stipulative) については、ミシェル・トロペール「慣習の根拠から根拠としての慣習へ」同（南野森編訳）『リアリズムの法解釈理論——ミシェル・トロペール論文撰』（勁草書房、2013年）45-62頁、51頁を参照。
- (6) 参照、南野森『「憲法」の概念——それを考えることの意味』岩波講座憲法第6巻『憲法と時間』（岩波書店、2007年）27-50頁、36-37頁。
- (7) 南野・同上、31-33頁を参照。
- (8) フランスにおけるその顕著な実例が、憲法院判例による「共和国の諸法律によって承認された基本的諸原理」を中心とする「憲法ブロック」の拡大現象である。参照、南野森「フランスにおける大学の自治と『憲法ブロック』」憲法理論研究会（編）『憲法理論叢書23／対話と憲法理論』（敬文堂、2015年）17-30頁。
- (9) その歴史的経緯については、とりあえず、Marcel MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Paris, LGDJ, 14<sup>e</sup> éd., 2016, p. 327 et s. を参照。邦語で簡潔には、樋口陽一『比較憲法〔全訂第3版〕』（青林書院、1992年）151頁を参照。
- (10) 樋口『比較憲法』（前掲注(9)）151頁。
- (11) M. MORABITO, *supra* note 9, p. 329.
- (12) Marcel PRÉLOT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1950, p. 232, cité par M. ALTWEGG-BOUSSAC, *supra* note 4, p. 11.

- (13) そのリストとして、M. ALTWEGG-BOUSSAC, *supra* note 4, pp. 11 et 12 を参照。
- (14) René CAPITANT, « Régimes parlementaires », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 31-57, repris dans R. CAPITANT (Textes réunis et présentés par Olivier Beaud), *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. *Les introuvables*, 2004, pp. 305-323, at p. 315.
- (15) カピタンが「実定法」(droit positif) とか「実定憲法」(droit constitutionnel positif) と言うとき、それはふつうに言われるそれとは異なり、「現に妥当している(憲)法」という意味であることに注意が必要である。だからこそ、樋口陽一はかつて、カピタンの議論を扱うさいに「実定(憲)法」ではなく「実効(憲)法」という語を用いていたのであった。参照、樋口陽一「『憲法変遷』の観念」思想484号(1964年)57-73頁。関連して、樋口陽一「ルネ・カピタン先生の憲法論」同『現代民主主義の憲法思想——フランス憲法および憲法学を素材として』(創文社、1977年〔初出1974年〕)249-275頁、とくに251頁以下をも参照。
- (16) Voir R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 20 décembre 1929, reproduit dans *RDP*, 1979, pp. 959-970, repris dans R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, *supra* note 14, pp. 283-295, at p. 287.
- (17) *Ibid.*, p. 286.
- (18) *Ibid.*, p. 291.
- (19) R. CAPITANT, « Régimes parlementaires », *supra* note 14, p. 315.
- (20) R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle », *supra* note 16, p. 287.
- (21) R. CAPITANT, « Le droit constitutionnel non écrit », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, tome III, Paris, Sirey, 1934, pp. 1-8, repris dans R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, *supra* note 14, pp. 297-304, at p. 298.
- (22) R. CAPITANT, *L'illicite, tome I, L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928, repris dans R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, *supra* note 14, pp. 59-207, at p. 143. この部分の和訳は樋口陽一「『憲法学』の対象としての『憲法』——フランスの場合を素材として」同『権力・個人・憲法学——フランス憲法研究』(学陽書房、1989年〔初出1983年〕)200-238頁、212頁によった。
- (23) 南野森「憲法慣習論から——ルネ・カピタン再読」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』(創文社、2004年)663-686頁を参照。
- (24) R. CAPITANT, « Le droit constitutionnel non écrit », *supra* note 21, p. 292.
- (25) 樋口陽一「『憲法慣習』の観念」同『現代民主主義の憲法思想』(前掲注(15))117-163頁、129頁。
- (26) その歴史的経緯など、詳細は、南野森「憲法変動と学説——フランス第五共和政の一例から」駒村=待鳥(編)『「憲法改正」の比較政治学』(前掲注(2))200-223頁を参照。
- (27) たとえば、パリ大学教授のオーリウ (André Hauriou) は、「真っ先に確認すべきことは、国家元首が決定した憲法改正のための手続は、憲法そのものに違反するという点について皆の意見が最終的に一致している、ということである」とルモンド紙(1962年10月21-22日号)に書いた。南野・同上、212頁を参照。
- (28) 国民投票前にドゴール大統領に伝えられた憲法院の「非公式見解」の審議においては、判事たちは7対3で違憲派が多数を占めた。参照、南野・同上、214頁。
- (29) 参照、南野・同上、220頁。
- (30) 参照、南野・同上、213頁。

- (31) 1冊目が、カピタンの戦間期の著作をまとめた、R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, *supra* note 14, 580 p. であり、2冊目が、1933年から38年にかけてのナチス・ドイツに関する論攷を集めた、R. CAPITANT (Textes réunis par Olivier Beaud), *Face au nazisme. Écrits 1933-1938*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, 282 p. である。
- (32) Olivier BEAUD, « René Capitant et la crise constitutionnelle de 1962 », conférence du 25 octobre 2014 à l'Université Keio, Tokyo, dacty., 13 p., at p. 8. 邦訳として、オリヴィエ・ボー (山元一訳) 「〔講演〕ルネ・カピタンと1962年の憲法危機」日仏法学28号 (2015年) 111-134頁がある (該当箇所は122頁)。ただし、ここでは邦訳に従っていない。
- (33) ボー (山元訳)・同上、122頁。
- (34) 井口秀作「フランス第五共和制憲法11条による憲法改正について——1962年10月28日の人民投票の合憲性論争を素材として」一橋法学18巻2号 (1993年) 1-25頁を参照。
- (35) ボー (山元訳)・前掲、123頁。
- (36) 参照、高橋信行「1962年憲法改正とルネ・カピタン——国民主権の発露としての国民投票」小早川光郎先生古稀記念『現代行政法の構造と展開』(有斐閣、2016年) 833-858頁、849頁。
- (37) ボー (山元訳)・前掲、125、126頁 (ただしここでは邦訳に従っていない)。
- (38) O. BEAUD, « René Capitant et la crise constitutionnelle de 1962 », *supra* note 32, p. 8.
- (39) 樋口「『憲法慣習』の観念」(前掲注(25)) 131頁。
- (40) 樋口・同上、145頁。
- (41) 南野「『憲法』の概念」(前掲注(6)) 38頁。
- (42) 藤田宙靖「柳瀬良幹博士の行政法学——主として方法論的見地より見たその総合的解釈」柳瀬博士東北大学退職記念『行政行為と憲法』(有斐閣、1972年) 637-744頁、716頁。
- (43) 1950年代のいわゆる「法解釈論争」から何が得られたのかをも含め、この点については、南野森「憲法・憲法解釈・憲法学」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』(有斐閣、2009年) 3-25頁、とくに4-15頁を参照。
- (44) たとえば日本の例として、最高裁判所が刑法の尊属殺重罰規定を違憲と判断したのは1973年であったが、国会が当該規定を削除したのは1995年であった。定数訴訟に関して、最高裁判所と政治部門とが互いに索敵関係にあることを指摘したものとして、南野森「一票の格差——司法と政治の索敵」法学教室427号 (2016年) 8-13頁を参照。
- (45) 本稿筆者のより詳しい考え方については、南野「『憲法』の概念」(前掲注(6)) のとくに39頁以下の参照を乞う。
- (46) 「解釈の解釈」については、南野「『憲法』の概念」(前掲注(6)) に加えて、南野森「憲法解釈の変更可能性について」法学教室330号 (2008年) 28-36頁を参照。

(みなみの・しげる)

# 秋季研究総会シンポジウムのまとめ

糠塚康江（東北大学）／渡辺康行（一橋大学）

## 1 山本報告について

辻村みよ子会員（明治大学） アメリカの主権論の中に、nation主権論的議論や半直接制・レファレンダムを主権論と結び付ける議論はあるか。

報告者（山本） 連邦と州で捉え方が異なる。連邦レベルではマディソン流のnation主権的理解が、州レベルではpeople主権的理解が強い。ただ、nationかpeopleかという枠組自体特殊フランス的ともいえる。また主権主体内部に心理的变化があるとするアッカーマンのように、同一主体でも、時期や主題によりその属性が変化する議論もある。

小沢隆一会員（東京慈恵医科大学） ①2015年における国民主権論の欠落を指摘されたが、実際には国家主権が問われていたのではないか。②自国の主権が脅かされない大国アメリカにおいて、国家主権の議論はありうるか。

報告者（山本） ①国際社会での日本の独立性という点で国家主権の問題も存在したが、国民主権に限定すれば、批判的言説が過小だったという趣旨である。②アメリカにおける国家主権問題の有無は、現状即断できない。

小沢会員 レベル2.5の主権者が政府による憲法変動を追認した場合に、それを憲法規範の形成とみなすならば、憲法変遷論ではないのか。

大河内美紀会員（名古屋大学） アッカーマンの議論をあえて日本の統治行為論に結びつけた議論として拝聴したが、結果として安保法制問題等、憲法変遷を支持することになるのではないか。

報告者（山本） 政府を追認する選挙結果も憲法規範形成と考えるが、レベル2.5は憲法内在的な主権者であるから、憲法の求める手続に服する。砂川判決から導かれる手続として、選挙の国民投票の運用がある。2014年の選挙での自民党の争点隠しは主権者の主体的判断機会を奪うもので、憲法規範の形成とはいえない。単なる追認ではなく、批判的な視座構築の機会が求められる。

小沢会員 憲法秩序の実態上の変動が認識可能であっても、それを憲法規範の形成とみなすという規範的評価が妥当かという問題はなお残る。

嘉多山宗会員（弁護士） 旧安保条約に対し、レベル2.5の主権者は一定の判断を示したと評価できるか。

報告者（山本） 安倍政権は選挙時に一億総活躍プランを掲げたが、これと60年安保問題での岸内閣の辞職後、池田内閣が所得倍増計画を立てて争点をはぐらかしたことは重なって見える。よって主権者の主体的判断があったと考えるのは難しい。

山元一会員（慶應義塾大学） ①国際法秩序を前提とする公法学にとって「箱の外」はありうるのか。②時の経過による国民意識の変化から、憲法学者が自衛隊及び個別的自衛権を合憲視するようになったが、2014年閣議決定の評価にも相応の時の経過が必要ではないか。

報告者（山本） ①グローバル化を前提とすれば「箱の外」は観念し難いが、全てそうとは限らない。途上国等の憲法秩序形成が真に rule of law の形かは議論の余地がある。②時の経過という要因は非常に受動的であり、主体的な判断の契機が重要である。

山元会員 争点とは常に隠されるものであり、選挙の国民投票的活用は現実的でないのではないか。

報告者（山本） 前回の参院選の野党選挙協力は9条に特化した協力体制であり、国民投票的運用との解釈が可能ではないか。与党側が正面对立を回避するなら、その回避を批判していく余地がある。

駒村圭吾会員（慶應義塾大学） ①砂川判決は裁量論であるが、ここに主権論を読み込んでより濃厚なものと理解する趣旨か。②レベル2.5の構想は本来改憲で行うべきことを通常政治に潜脱させてしまい、アッカーマンよりも危険ではないか。

報告者（山本） ①その通りである。②通説の見解は砂川判決を司法権の限界論として批判してきたが、現に存在する理論を消極的に捉え続ける方が危険である。私は改正発議の現実的可能性、条文内容の合意形成の可能性についてやや悲観的に見ており、憲法改正は必ずしも有効な解決策にならないと考える。アッカーマンの議論は外在的主権論であるため危険だが、私の議論は内在的主権論を前提にしており、同じ危険があるとは考えていない。

駒村会員 アッカーマンは憲法変動に条件付けした上で、変動前の秩序との統合を最高裁に任せるものである。だが報告は裁判所が高度な政治性を認めた問題について、通常政治で処理して構わないように聞こえてしまう。

阪口正二郎会員（一橋大学） 憲法定権力は憲法外在的である以上憲法の制約を受けないことは了解可能だが、それは絶対無制約であることを意味しない。現代においては、民主主義を根拠に制憲権の保持者が国民（人民）と想定されるのだから、理論上民主主義に拘束されるのではないか。

報告者（山本） 必ずしもそうとはいえない。それは民主主義が根本規範であることを前提にしているが、制憲者は理論上いかなる規範にも服しないはずで、民主主義を採用するかは制憲者の偶然的選択である。

甲斐素直会員（日本大学） 再建期の憲法修正に基づく一連の法律について、連邦最高裁は違憲判断を続け修正を空文化し、北部は南部を投げ出し、その後ウォーレンコートに至るまで南部では憲法変動が存在しない状態だった。またウォーレンコートにおいても、憲法改正は存在せずアッカーマンのいう憲法政治期の条件も満たしていない。これらの時期をどう評価するか。

報告者（山本） 憲法変動の定義が重要となる。誰が、いかなる手続で定めた法が妥当かという意味での憲法上の二次ルールに基づき、一次ルールとしての具体的な憲法規範が継続的に形成されるが、一次ルールの変更を憲法変動と呼ぶ必要はなく、二次ルールの変化のみを憲法変動と呼べばよい。再建期とウォーレンコート期について、この意味での変動の有無の検討が必要である。

## 2 三宅報告について

西村裕一会員（北海道大学） ①スメントヤシュ・ダウリンの憲法変遷理解を採用する

理由は何か。②欧州憲法による国家憲法の構造変化をどのように評価するか。

報告者(三宅) ①法史学者フリードリヒは、1928年のスメントの *Verfassung und Verfassungsrecht*、シュミットの *Verfassungslehre* の出版を指し、憲法解釈学ではなく *constitution* 自体の学の成立として「憲法学の発見」と評する。ここに憲法解釈ではなく *constitution* 自体の変化という意味の憲法変遷論の可能性が生じ、スメントとシュ・ダウリンはこの文脈で登場する。前提として、ラーバントやイエリネックの憲法変遷論を問題化する必要がある。ラーバントは当初 *Kaisertum* (皇帝制) と *Bundesrat* (連邦参議院) の二頭立てをビスマルク憲法の本質的体制とし皇帝制と君主制を区別したが、後に中央集権化により君主制的性質が生じたと指摘した。またイエリネックは、政党制が勃興し議会主義の本質が希釈され議会主義は没落したと主張した。すなわち、ドイツ公法学では *constitution* の議論が伝統的に存在したのであり、それに連なるのがスメントやシュ・ダウリンの見解であると考え。②変化を受け入れざるを得ないと考える。連邦主義や権力分立原理の変更に対して、連邦憲法裁判所による歯止めが成功するかは不明であり、欧州化や国際化に対して憲法原理の変遷は不可避である。

齋藤一久会員(東京学芸大学) 日本では憲法変遷は消極的に語られるが、ドイツでは中立的な概念なのか。

報告者(三宅) 日本の憲法変遷は9条と結びつけられるが、ドイツでは欧州統合による多様な現象が憲法変遷の概念で捉えられており、評価が積極的か消極的かは現象ごとに異なる。欧州統合をあくまで憲法間の連合体とするなら消極的に語られる。他方これを憲法結合と捉える場合、欧州憲法と国内憲法を一体として相互安定化作用を見出すなら、連邦主義や権力分立の変化は論理必然となり積極的に語られる。経済憲法も、市場経済の憲法秩序への取り込みを肯定する立場から積極的に語られることがありうる。

渡辺洋会員(神戸学院大学) ドイツの憲法変遷論にサンクションの契機は存在するか。

報告者(三宅) サンクションは存在しない。憲法変遷論は実定憲法を超えたところでの意味連関の議論である。違憲審査で例えるなら、条文は不変ながら二重の基準論からドイツ式比例原則に学説が移行するとしても、この変化は実定憲法では抑止できないということである。

藤井康博会員(大東文化大学) スメントの弟子クリューガーが与したナチスの国制への移行は、ワイマール憲法の破棄か、または憲法変遷にとどまるか。

報告者(三宅) ナチスの国制に対するスメントやクリューガーの見解については、両者のナチス政権に対する態度に関わる難問である。スメント、クリューガーの立場は、ケルゼンが切断した事実と価値の関係論の弁証法的統合を目指すものである。スメントを注意深く読むと、価値を除く実在レベルでナチスの運動に肯定する要素があるとしてはいるが、他方の価値という側面がなければ法は成立しないはずである。よって憲法変遷の概念でナチスを取り込んだわけではないというのが、私の暫定的結論である。

藤井会員 1956年から1968年の基本法改正の市民に負荷をかける防衛憲法・緊急事態憲法や、1994年基本法改正の経済憲法に修正を迫る環境憲法も、憲法変遷に当たるか。

報告者(三宅) 外敵の殲滅、上官への服従、事前軍備など、防衛憲法の発想は国家憲法や政治憲法にはない。改正当時は防衛憲法の国家憲法、政治憲法への影響を防止すべきだとする見解から、実定法、国家憲法に細則を設けて歯止めをかけようとした。環境



憲法については経済憲法との対抗より、まず民主主義、国家秩序、政治憲法の構造に順接するか否かを検討すべきであるが、構造という意味での環境憲法はいまだ完全に捕捉されていないと考える。

### 3 佐々木報告について

西村会員 固有の利益に従うはずの政治的アクターが、なぜ最高裁の憲法判断に従うのか。

報告者(佐々木) 植民地時代、カナダの立法は連合王国の議会制定法に違反してはならないという前提があり、また1982年以前の違憲審査権は連邦と州の権限配分問題のみを扱っていたが、連邦制下の公平な審判者は裁判所のみだという前提があった。これらの前提が複合して、憲法と裁判所の決定に当然に服従する伝統が形成された。1982年以降最高裁が人権問題を判断し始めたため、今後裁判所と議会が対立する可能性はある。

江島晶子会員(明治大学) ①対話的立憲主義を有効に成立させる条件は何か。②対話的立憲主義はウエストミンスターモデルに属する他の国に親和性があるか。③憲法変動の局面での対話的立憲主義の利点は何か。④「問題となる政治的性質の強弱」は、どのように測られるか。

報告者(佐々木) ①第一に裁判所の違憲判断尊重、法の支配や立憲主義の尊重。第二に裁判所が憲法問題の解決の役割を独占しないという発想。第三に逆説的だが、カナダでは議会主権の伝統が強いという事実。カナダはイギリス議会主権の伝統を受け継いでおり、違憲判決後、議会も当該憲法問題の解決策を模索する。この三つが絶妙なバランスで機能していると考え。②実証研究によれば、二つの国家類型において対話的違憲審査が存在する。第一にタシュネット等が指摘する「弱い違憲審査」の国家であり、第二に香港、マレーシア、インドネシア等、アジアのコモンロー諸国である。③違憲の国家行為が長期間放置されないこと、裁判所と政治部門の対話を見て国民も憲法問題の理解を深めることである。④私の考える政治的問題性の強さとは憲法規範から見た明確性であるが、これ以外の見方も、カナダにおいてjustice abilityという概念をめぐって議論されている。

栗田佳泰会員(新潟大学) ①カナダ最高裁の判断に対する民意やマスメディアの反応はどうだったか。②最高裁の憲法判断と世論が結びついた事例はあるか。

報告者(佐々木) ①シャーロットタウン合意失敗までは新憲法の枠組にケベックを迎える試みが盛んだったが、失敗以降はアングロフォンとフランコフォンの世論が正面から対立している。また憲法学者は最高裁の判断に好意的であるが政治学者はこれを批判しており、両者の衝突が生じている。②第一に、同性婚の法制度化について最高裁が合憲判断を下した背景に世論や下級審判決の積み重ねがあるという事例、第二に、最高裁はかつて尊厳死を認めないとしながら昨年二月に判例を変更したが、背景には一定の場合に尊厳死を認めるべきだとする報告書に世論が好意的だった事実があるという事例が挙げられる。

## 4 南野報告について

小沢会員 ①「現実を反映した理論」とは認識論か解釈論か。②「動態的な憲法理解の可能性」の項は解釈論のあり方を問題にしているのか。③「解釈の枠」を諦めることがリアリティを重視することなのか。

報告者(南野) ①認識論である。憲法変動を解釈論として展開する目的はない。②憲法解釈がどのような営みかという問題である。有権解釈については最高裁判所がそのように決めるという事実しか存在せず、それに対する制約は学説の評価や国民の受容に託さざるを得ない。③「解釈の枠」は客観的に決しないという意味で存在しない。しかし枠の議論を学説がすることは無意味ではない。憲法学、国会、国民の評価を事前に有権解釈者が意識する限り制約がかかると考える。「解釈の枠」を諦めたのではなく現実の姿を説明しているにすぎない。

山元会員 山本報告は解釈主体と民主主義のモデル化の方法を論じたが、それは無意味であるのか。

報告者(南野) 山本報告の欠点は、選挙の争点の問題や憲法政治と通常政治の区別の問題について恣意的に考えざるを得ないことであり、その点が山本と南野の争点ということになる。しかし国民の選択と選挙行動についての評価は私の立場からは完全に自由であり、よって解釈の巧拙や説得力の強弱で争うのみである。

報告者(山本) 私は何が統治行為であり主権者国民の判断事項であるかは、法的に限界づけ可能だと考える。統治行為論は裁判所が手綱を握るという考え方を前提とするはずである。

山元会員 解釈者は自由だとしつつ聴衆による事実上の制約を受けるという南野報告の説示だけでは、リアルな描写として不十分ではないか。さらに踏み込み、山本報告のような民主主義モデルを通じて規範と事実を架橋できないか。

報告者(南野) これ以上の説明は困難だと考える。9条の枠について、政治権力者の思考は広く解釈者共同体と呼べるようなものへの意識に依存するというのが、私のリアルの見方である。

## 5 全体討論

司会者(糠塚) 現政権の憲法破壊は、報告を経た比較憲法的視座からどのように評価できるか。

報告者(南野) 従来の解釈の明示的変更が許されるかという評価については、現在進行中と言わざるを得ない。かつての安保問題同様、後に定着して落ち着く可能性もあるし、今後圧倒的多数による反対意見により否定されていく可能性もある。

報告者(佐々木) カナダでは憲法上の重要な争点を裁判所が判断できないのはおかしいという、素朴な出発点が存在する。違憲の疑いのある国家行為の放置を防止する方法論や制度論について、検討が必要である。

報告者(三宅) ドイツ的Verfassungslehreは、個別的な憲法解釈を指導する原理原則や国家構造の構築の学である。現政権の動きは個別的な憲法解釈学のレベルの問題であると同時に、実はconstitution自体の変化の問題ではないか。constitutionとその意味

連関の變化の様態は様々で、憲法解釈の變更も改正も無しに constitution の變化が生じる可能性もある。防衛省設置、国家安全保障會議設置、法律レベルでの体制變化等が constitution のレベルでいかなる變化をもたらしたかの検討が必要である。

報告者（山本） アメリカの議論と日本の統治行為論の架橋によって私が行ったのは、9条の実体的観点からの批判でなく、主権者が判断すべき問題の判断機会を奪い、現政権が判断権限のない状態で安保法制を扱っているという手続的観点からの批判であった。

棟居快行会員（専修大学） 四報告の共通項は法と政治の距離感の問題である。南野報告は「枠」を飛び越えており、他の三報告は「枠」を強く意識している。佐々木報告の「対話」とは表現は双方向だが司法の作る言語空間の中で政治が決定する構図であり、そこで初めて、山本報告における We the people の意味が明確になる。We の実際は個別の政治利害調整ではなく、一段階上の憲法政治の次元であり、次元を上げる方法として砂川判決とアッカーマンを巧みに整合させている。司法は自身の権限や整合性を守るものだが、政治は法の論理を逆手とするものであるから、法と政治が直接対面すると政治の利となる。したがって密着せず離れすぎず適度な距離を探る必要がある。日本の場合最初から閣議決定で法解釈を示し、政治が政治を放棄して法の外観を装い、その時点で議論が転倒しているが、法の側は適切な距離感が取れず政治に抱きつかれている印象を受ける。

木下智史会員（関西大学） 条文が強い意味を持つ国とコモンローが強い意味を持つ英米圏の間、日本の9条問題とアッカーマンの憲法變動論の間では、念頭に置く憲法の観念が異なるのではないか。南野、山本両会員は憲法観念をどのように考えるか。

報告者（南野） 私の憲法観念は「文言が不変でもその意味が変化しうる」ことを出発点にしている。解釈論の影響力が弱いため政府が関心を抱かず事態が進行していくなれば、現実としてはそのようになるしかない。カナダのような制度があれば別だが、現時点の日本の憲法状況のリアルを認識すべきである。

報告者（山本） 私の憲法観念は憲法上の二次ルールと一次ルールの結合であり、憲法の変動とは二次ルールに妥当する。二次ルールと一次ルールの結合により静態的部分と動態的部分が結合し、動態的部分は未完のプロセスとして発展し続けるが、9条問題もこの部分に含まれる。

中川律会員（埼玉大学） 南野報告における正しい解釈は存在しないという見方は、外部観察者の視点である。だが研究者または裁判官として、内部参加者としての正しい解釈の問題とはレベルが違う。内部参加者として法解釈を行う場合は現時点で説得力のある議論が必須であり、むしろ「解釈者は自由でない」と言うべきではないか。

報告者（南野） 私の議論は外部観察者の視点に立つものであり、内部参加者の解釈が様々であることに異論はない。

中川会員 南野会員の議論に解釈論としての戦略的困難はないのか。

報告者（南野） 私自身が解釈は自由とする立場である以上、政府の9条解釈が間違いだと「言いにくい」のは確かである。

甲斐会員 佐々木報告以外は憲法變動が各々の国に存在するという趣旨だが、佐々木報告の視点からは、カナダの裁判所は憲法變動を防いでいるのか、それとも起こしている

のか。

報告者（佐々木） カナダ最高裁は憲法変動を止める場合もあれば、憲法解釈は制定法よりも大胆に変化しうると論じることもあり、両方ありうる。また憲法変遷現象は、カナダ憲法枠内では convention によって対応される場合があり、その意味ではカナダにおいても様々な憲法変動が発生している。

付記：本稿をまとめるにあたり、門輪祐介氏（一橋大学大学院法学研究科ジュニアフェロー（特任講師））に、当日の質疑応答を録音記録から文字に起こしていただいた。記して御礼申し上げたい。なお、紙幅の関係上、発言を大幅に整理・要約している。ご理解の上、お許しいただければ幸いである。

（ぬかつか・やすえ／わたなべ・やすゆき）