

〔一般論文〕

政治部門の憲法解釈による事実上の憲法改正

手塚 崇聡・大林 啓吾

I. はじめに

2014年7月、政府は集団的自衛権を容認するための憲法解釈の変更を閣議決定した（以下、「2014年閣議決定」という）。この変更は事実上の憲法改正ともいえる状況を創出する結果となり¹、その是非も含め、おおいに物議を醸した²。一般に、憲法条文の意味内容が社会変化によって実社会の状況と乖離し始めた場合、政治部門や司法府が新たに憲法解釈を示したり変更したりすることによって対応し、それができないときには憲法改正を行うことによって対応するという指摘がある³。この指摘を踏まえると、社会状況の変化に対応する憲法を実現するためには、まずは憲法解釈による対応が要請されることになる。実際、その方が社会変化に現実的に対応できる可能性がある。一方で、事実上の憲法改正ともいえる状況に至っては、通常であれば憲法改正、すなわち憲法典の形式的変更⁴が必要となるとも考えられる。

そもそも憲法変動にはいくつかの類型があるとされるが、2014年閣議決定は、事実としての「狭義の憲法変遷」や「解釈改憲」と整理される⁵。しかし問題は、事実上の憲法改正を「憲法変遷」と捉えた場合⁶、憲法を改正したのと同様の法的効果を生ずることが認められるかどうかということである⁷。この問題については、一方では国民への拘束性や実効性と

いった点でその法的効果の意義を評価することも考えられるが、他方で、それらをどの時点で誰が判断するかという問題が考えられ、「憲法変遷」と捉えた場合に、事実上の憲法改正の限界が曖昧なものとなるおそれがある。さらに、そうした曖昧さゆえに、「憲法変遷」と捉えることによって、政治部門による事実上の憲法改正を無限界に容認することにもなりうる。

この点で、後述するように、アメリカやカナダにおいては、「政治部門による事実上の憲法改正」に至る憲法解釈や憲法実践などがいくつか見られ、また日本とは対照的に憲法秩序や基本原理に関わる広い視点からの議論が展開されている。特に、それに対する統制のあり方に関する議論もなされているところである。そこで本稿では、このようなアメリカやカナダの議論状況を参考にしながら、「政治部門による事実上の憲法改正」がどのような意義を有するものであるのかという点、そしてそうした「政治部門による事実上の憲法改正」の限界に関わる問題に着目しながら、検討を行うこととした。

II. アメリカにおける事実上の憲法改正をめぐる議論

本稿がテーマに据えた「政治部門による事実上の憲法改正」という言葉は、多義的かつ抽象的であるため、まずはその定義を行うことにする。本稿では、これを「政治部門が憲法の文言、構造、原理に反している疑いが強い憲法解釈や憲法実践を行った結果、正式な憲法改正手続を経ずに、事実上の憲法改正がなされたこと」として捉えることにする。もっとも、このように定義しても、事実上の憲法改正が指す範囲は曖昧であり、それがどのようにして成立するのか、また政治部門の権限の範囲内の行為であってもそれが生じうるのか、さらには憲法解釈上の争いと何が違うのかなど、その内容についてはなお疑問が残る部分がある。

いま述べた疑問点については、ある程度それらに関する実際の事例を参

照しなければ答えることが難しいが、日本では、憲法9条の問題や国会の活動をめぐる問題以外にこのテーマに関する事例が多いとはいえない。そこで、こうした事例や議論が豊富なアメリカを参考にして考察することにしたい。アメリカでは、正式な憲法修正手続⁸を経ないまま、政治部門の行為が事実上の憲法修正となるケースが散見され、いずれも本稿でいうところの「政治部門による事実上の憲法改正」の範疇に入る可能性がある。以下では、憲法変動、憲法的ハードボール、憲法解釈に分けて、それぞれの特徴を明らかにする。とりわけ、憲法解釈の場面では司法によるその統制のあり方にも関わるので、その点についても考察する。

1. 憲法変動

「政治部門による事実上の憲法改正」のうち、「事実上の憲法改正」という言葉に着目すると、それは正式な憲法修正手続を経た憲法修正なのか、それともそれを経ずに憲法が事実上変わってしまったのかという問題がクローズアップされることになる。憲法修正手続が存在する以上、本来、それを経て憲法を修正すべきである。しかし、アメリカにおいても憲法修正手続を乗り越えるにはそのハードルが高く、発議については連邦議会の両院の3分の2の発議または3分の2の州議会の要求に基づく連邦議会による憲法会議の発議が必要で、4分の3の州議会の承認または4分の3の州における憲法会議の承認が必要である。二大政党制が根付いているアメリカでは両党の党派的イデオロギーが明確に異なっているので連邦議会内での意見の一致は難しく、またアメリカは州の独立性が高く、各州が独自の文化を持っているので、各州の意見をまとめるのも相当ハードルが高い。他面、社会の変化に合わせて憲法修正を行う必要が生じた場合に、正式な憲法修正手続を経ようとする、いつまで経っても修正が実現せず、憲法条文の意味内容が現実と乖離してしまったり、新しく必要な条文が追加されないままになってしまったりするおそれがある。

そこで、時にアメリカでは、様々な各憲法アクターが憲法修正に向けて行動し、人民も巻き込む形でダイナミックな事実上の憲法修正が行われてきた。それはいわゆる憲法変遷に近い形で動態的に行われるものであり、政治部門だけの行為で成立するものではない。その意味では、「政治部門による事実上の憲法改正」の射程から外れてしまうものであるが、しかし、「事実上の憲法改正」を語る場合にはこの憲法変動を除くわけにはいかない。また、憲法変動のプロセスにおいて政治部門が果たす役割は重要であり、政治部門がイニシアティブを握ることも少なくない。また、「政治部門による事実上の憲法改正」を広く捉えるのであれば、少なくとも政治部門が関わっているという点においてこれも含まれるといえる。以下では、アメリカの憲法変動を概観する。

アメリカの憲法変動については、アッカーマンの議論が有名であり、日本でも邦訳されている⁹。アッカーマンは民主政治を通常政治と憲法政治の2つに分け、憲法政治におけるプロセスを提示している。それによれば、憲法政治のプロセスは、①シグナリング（合図）、②プロポーシング（提案）、③トリガリング&ラティファイニング（抵抗と熟議）、④コンソーリデイティング（法典化）の4つの段階からなる。

それは次のようなプロセスである。まず、いずれかの機関が憲法変動を目指して、国民に新たな憲法秩序を示そうと試みる。それが憲法変動の合図である。続いて、その機関が、憲法変動を実現するために、これまでの憲法秩序と一線を画す活動を行い、憲法変動の中身を提示する。一方、従来の憲法秩序を守ろうとする機関はそれに抵抗し、人民は憲法を変えるべきかどうかをめぐって熟議を行う。その是非については選挙で決することになり、人民が憲法変動を支持した場合には最後に憲法修正を行うことによって実現することになる。アッカーマンはさしあたり新たな憲法秩序を希求した憲法制定、奴隷制を廃止した南北戦争、福祉国家を目指したニューディールを憲法政治の例として挙げている。

このように、アッカーマンの憲法政治は、三権と人民が競合・協働しながら憲法変動を実践するプロセスを描き出すものであり、動的な構造となっている。最後には正式な憲法修正を行うことで完了するものであるが、それらが動的プロセスの一環として捉えられている。

かかる憲法政治の描写は、「政治部門による事実上の憲法改正」をもっと広い視点からみるものである。換言すれば、憲法政治における政治部門の活動が「政治部門による事実上の憲法改正」に該当する部分になるといえる。多くの場合、シグナリングやプロポーシングがそれに該当すると思われるが、場合によっては抵抗の役割を果たすこともあるだろう。

もっとも、かかる憲法変動の構想は人民を巻き込んだ熟議や選挙による決着を想定するなど透明なプロセスを前提にしているため、政治部門がじわりと事実上の憲法改正の状態を創り上げるような場面を想定していない。そのため、政治部門の事実上の憲法改正がこうしたプロセスに基づいて行われた場合には憲法政治の1つとしてある種の正当性を得られる可能性があるが、そうでない場合は否定的な烙印を押す可能性がある。

日本の場合、たとえば自衛隊や集団的自衛権の問題をめぐり、③までは進むものの、③において司法が判断を回避する傾向にあり、また④において憲法改正を争点化することは避けられる傾向にある。仮にアッカーマンのプロセスに乗ろうとするのであれば、司法判断と選挙において改善が求められることになろう。

2. 憲法的ハードボール

近年、アメリカの憲法学では憲法的ハードボール（constitutional hardball）という言葉を目にすることがある。これはタシュネットが提示した概念であり、憲法上認められた権限に基づいた活動が憲法秩序を乱してしまうことを指す¹⁰。その行為はある機関が憲法上認められた権限の範囲内で行うので、明白に違憲ということにはならないものの、憲法秩序を

傷つけるおそれがある。したがって、野球で打者に向かって危険な球を投げた行為に近く、ハードボールという言葉を使っているわけである。ただし、アメリカの野球の世界では、ハードボールは打者の選手生命を危険にさらす危険球ではなく、打者にケガをさせることなく回避可能な内角攻めをすることを指し、ハードボールはネガティブなニュアンスを含まないので、憲法的ハードボールの趣旨からは外れるという指摘もある¹¹。そのため、憲法的ハードボールが反民主的などのネガティブな要素を含むのであれば、比喩としては打者を傷つけるおそれのあるビーンボールを用いるべきとされる。

もっとも、用語としては憲法的ハードボールが流布しており、野球の言葉を正確に持ち込むことがその趣旨ではないことからすれば、憲法的ハードボールという言葉を使って議論を進めることにする。

タシュネットは、連邦最高裁判官の上院の承認にかかるプロセスとクリントン大統領の弾劾を例に挙げている。憲法は連邦議会に大統領を弾劾する権限を付与し、下院は弾劾の訴追を行うことができる。憲法は弾劾事由について反逆罪、収賄罪その他の重大な罪や軽罪としているので、広範な罪状を対象としている。そのため、下院がそれらの事由に当たると考えた場合には弾劾の訴追を行うことができる仕組みになっている。クリントン大統領の弾劾裁判はセクハラ問題に関する偽証などを理由になされ、最終的には無罪となった。タシュネットによれば、これが憲法的ハードボールに当たるといふ。下院は解任される結果になると合理的に予見できる場合でなければ弾劾訴追を行わないというのがそれまでの憲法理解であったが、それが破られたというのである¹²。

もっとも、当該行為が違憲でないとするれば、そもそもそれが許されないわけではなく、仮に許されないと考えるのであれば、後にそれを修正することも可能である。実際、近年激しさを増す党派的対立はお互いに憲法的ハードボールを行う傾向にあるので、うまくいけば、憲法秩序が歪曲され

だけでなく、回復される可能性がないわけではない。しかし、とりわけ共和党が実践する憲法的ハードボールは攻撃性が強く、相互の憲法的ハードボールは釣り合いが取れない結果になっているとの指摘がある¹³。そうなると、憲法的ハードボールの応酬は憲法秩序の回復に進むわけではないことになり、憲法的ハードボールは憲法秩序にとって有害な存在ということになる。

もっとも、何が憲法的ハードボールになるのかは必ずしも定かではない。憲法秩序を乱したり、従来の憲法慣行から逸脱したり、憲法の理念にそぐわなかったりするものが憲法的ハードボールに当たることになろうが、それが明白に違憲とはいえない以上、それはきわめて曖昧な概念といえる。

それでは、仮に政治部門が憲法的ハードボールを実践した場合、それは事実上の憲法改正といえるだろうか。憲法的ハードボールは憲法上の権限に基づく行為であり、違憲の行為ではないことからすれば、憲法の意味内容を変えているとはいえないように思える。ただし、憲法の権限の範囲内の行為であっても、その権限の趣旨から外れた行為であれば、それは事実上の憲法改正に近づく。そのため、憲法的ハードボールも内容次第では事実上の憲法改正と同じ状況を創出することもありうる。

たとえば、大統領は恩赦権を有するが、それを自分自身に対して用いる場合には何人も自らを裁くことはできないという法原則に反する結果となり、事実上の憲法改正に近い行為であるといえるだろう。

もっとも、それでもなお憲法的ハードボールにとどまり、事実上の憲法改正には至らないと位置づけることができないわけではなく、そもそも憲法的ハードボールと違憲の行為の境界線の不明瞭である。そうなると、違憲か否か、憲法的ハードボールか否か、事実上の憲法改正か否かの問題は結局憲法解釈の問題に収斂されるといえる。

3. 憲法解釈

アメリカでは、憲法解釈の最終的権威をめぐる、ディパートメンタリズムと司法優越主義が対立してきた¹⁴。ディパートメンタリズムは、三権それぞれが憲法解釈権を有し、それぞれの自律的領域に関する権限については自らの憲法解釈が最終的権威になると考えるアプローチである。一方、司法優越主義は司法の憲法解釈が最終的権威になるとみなすアプローチである。

ディパートメンタリズムの立場をとった場合、政治部門はそれぞれ固有の憲法権限を有し、そこでの憲法解釈が最終的権威となることから、それによって事実上の憲法改正に近い状態を創り上げることが可能となる。それは憲法的ハードボールだけでなく、司法が違憲とみなす行為すらも乗り越えることができる。ただし、司法は権利保障と権利救済を専門とすることから、少なくとも当該事件については政治部門の違憲な行為から当事者を救済することができる。また、政治部門間で憲法解釈が対立し、その専権領域をめぐる画定がうまく機能しない場合には両者の競合と協働が続くことになる。したがって、政治部門のうちの1つの機関が事実上の憲法改正を實踐できる場面はかなり限定される。

一方、司法優越主義は司法の憲法解釈が最終的権威となることから、司法が政治部門の行為を違憲とすれば、その行為は効力を有しない。その結果、政治部門の事実上の憲法改正は司法によって止められる可能性がある。ただし、司法優越主義を取った場合でも、司法が常に政治部門の行為をチェックするとは限らず、司法判断適合性の観点から判断を回避することもありうる。

こうしてみると、ディパートメンタリズムの方が政治部門の事実上の憲法改正に親和的であるが、専権領域の画定をめぐる争いが生じうることを踏まえると、必ずしもその実践は容易ではなく、また司法優越主義の方が政治部門の事実上の憲法改正の範囲を狭めるといえるが、実際にはすべて

が司法審査の対象になるわけではないことを踏まえると、「政治部門による事実上の憲法改正」の余地があることになる。

このように、アメリカでは、「政治部門による事実上の憲法改正」について、憲法変動、憲法的ハードボール、憲法解釈の3つの観点から分析することができる。憲法変動はダイナミックな観点から憲法秩序を捉えるもので、「政治部門による事実上の憲法改正」を認めうるアプローチではあるが、他権や人民の行動が鍵を握っている。憲法的ハードボールは違憲の行為に至らない政治部門の活動を指すので、「政治部門による事実上の憲法改正」のみならず、それに至らない憲法秩序の姿を広く捉えることができるが、違憲な行為と憲法的ハードボール、そして事実上の憲法改正との境界線が実は曖昧であり、結局は憲法解釈次第ということになる。そして憲法解釈についてはその最終的権威をめぐってディパートメンタリズムと司法優越主義が対立しており、前者の方が「政治部門による事実上の憲法改正」に親和的ではあるものの、実体としては必ずしもその実践は容易ではなく、また司法優越主義を取った場合でも「政治部門による事実上の憲法改正」を認めてしまう余地がある。

アメリカの議論の特徴としては、広い観点から動態的に憲法秩序を捉えつつ、各機関の行動を重視するという点に特徴があり、「政治部門による事実上の憲法改正」の可否を直接議論の対象にすることは少ないといえる。そのため、むしろどのような憲法秩序構想を抱くかという点を軸として考え、「政治部門による事実上の憲法改正」の問題はその一断面として位置付けることになるので、検討すべき射程の広さと奥深さを示唆するものであるといえよう。

Ⅲ. カナダにおける事実上の憲法改正をめぐる議論

1. 非公式の憲法改正

カナダでは1982年にまでに13回ほど憲法改正¹⁵が行われたが、同年に制定された1982年憲法¹⁶は、新たな人権規定の採用や違憲審査制度の導入など、大規模な改正によるものであった。しかし、それは各州の妥協の産物として制定されたこともあり、1987年のミーチレイク合意、1992年のシャーロットタウン合意のように、結果としてはいずれも廃案になったものの、その後も新たな憲法改正案が数度議会に提出され、政治部門において激しく議論されてきた¹⁷。また司法府においても、ケベック州の分離独立をめぐる1998年の最高裁の判断¹⁸（以下、「ケベック分離レファレンス」という）において、ケベック州の分離独立が憲法改正との観点から審査されている。このように、アメリカと同様にカナダでも、憲法改正をめぐる豊富な実践と議論が展開されている。

もっともカナダの憲法改正は、アメリカと同様に困難であるといわれており、その理由の一つとして、改正手続の複雑性が指摘されている¹⁹。カナダでは、1982年憲法第5編（38条から49条）にいくつかの憲法改正手続が規定されているが、その複雑性とも相まって、分類の仕方自体も一様ではない²⁰。そのためここでは、2014年の上院改革に関する最高裁による判断²¹（以下、「上院改革レファレンス」という）において、憲法改正手続について4つの分類方法が示されたこと、またそれぞれについて一定の意義が示されたことから、それに従って簡単に整理しておきたい。上院改革レファレンスでは、1982年憲法第5編における憲法改正手続には4つの方法があり、一般的改正手続²²（38条、42条）、全員一致の合意手続²³（41条）、特別合意手続²⁴（43条）、最後に連邦と州のそれぞれによる一方的改正手続²⁵（44条、45条）があるとされた。まず一般的改正手続について

は、カナダ憲法改正に関する原則的かつ一般的な手続であり、ある州の利益に関わる憲法改正には、その州の実質的な同意を得なければならないという原則を反映したものであるとされる²⁶。また全会一致の合意手続については、憲法上列举された事項に対して、最高レベルの厳格さを求めるもので、一般的改正手続の例外であり、厳密な改正手続であるとされる²⁷。さらに特別合意手続は、憲法の規定のうち、すべての州ではなく、一部の州にのみ適用される特別な規定の改正を行う場合に適用されるものであるとされる²⁸。最後に、連邦と州のそれぞれによる一方的改正手続については、連邦議会と州議会に、それぞれの排他的権限に関わる憲法規定を一方的に改正する権限を付与するものであり、このことは連邦議会と州議会が対等関係にあるという原則を反映したものであるとされる²⁹。以上、最高裁の整理に従えば、カナダの憲法改正は4つに分類・整理することができるが、いずれにしても改正の前提条件やその方法などについて、条文からは一見して分かりにくい複雑な構造となっている。

この点についてアルバードは、比較憲法研究の視点から、こうした憲法改正の困難さゆえに、政治的アクターは非公式の憲法改正を試みることになるという。具体的には、従来、司法解釈、国内法、行政行為、黙示的含意、慣習、そして廃止などによって非公式の憲法改正が行われてきたとされる³⁰。そして、これらのうち、その多くは司法解釈によって行われるという。すなわち司法府は、125年以上もの間、1867年憲法を含むカナダ憲法を「生ける樹」として、それを発展的に解釈することを認めてきた歴史があり、司法府による同法の解釈は、社会の変化に対応するために、非公式な憲法改正をもたらすというのである。なお、司法解釈については「憲法秩序に重要な変更をもたらす好ましい場所」とであるとされる³¹。

また彼によれば、非公式の憲法改正には、司法解釈の他にも、国内法、行政行為、黙示的含意、慣習、そして廃止によるものなどがあるという。主にアメリカにおける実践例がその分類の前提とされているが、それぞれ

を概略すると次のようになる。まず国内法については、連邦、州、準州の議会が制定する法令によって、非公式の憲法改正が事実上行われるという³²。また第二に、アメリカの大統領による条約締結権のように、行政協定を締結して上院の承認を回避するような行政行為も、非公式の憲法改正にあたるという³³。そして第三に、黙示的含意とは、後に制定された憲法規定や修正が、ある規定を明示的に覆すことなく、その規定にとって代わることをいうとされる³⁴。第四に慣習とは、ある政治的行為が繰り返され、それが先例となって徐々に固まっていくことで、非公式の憲法改正をもたらすものをいうとされる³⁵。そして最後に廃止とは、憲法規定が、政治的アクターによって継続的かつ意識的に使用されなくなった結果、政治的アクターへの拘束力がなくなり、政治的に機能しなくなることを意味するという³⁶。なお、司法解釈など廃止以外のものについては、憲法のテキストを無効とせず非公式の憲法改正をもたらすものであるのに対して、廃止はそのテキストを無効化するものであるとされる³⁷。

このようにアルバートが提案する非公式の憲法改正は、カナダにおける事実上の憲法改正を典型的に意義づけるものである。もっとも非公式の憲法改正のうち、「政治部門による事実上の憲法改正」に当てはまるのは、司法解釈を除いたいくつかに限られる。その意味で、カナダにおける政治部門による事実上の憲法改正は、アルバートが提案する非公式の憲法改正の一内容として捉えることができる。

2. ステルス憲法改正

ところで、近年カナダでは、上院改革をめぐる当時の保守党政府から事実上の憲法改正ともいうべき提案がなされたが、この提案に対する批判が学説からなされている。特にその改革方法をめぐっては、前述した非公式の憲法改正とは異なり、「ステルス憲法改正」であるとして批判されている³⁸。またこの改革案について最高裁は、結果としてこのステルス憲法

改正を認めず、上院改革については正式な憲法改正手続による改正が必要であるとしたのである。以降では、このステルス憲法改正を紹介したうえで、その統制の意義などについて検討していく。

上院改革自体は、カナダ連邦結成以来の伝統的な政治問題であるが、2000年以降も当時の保守党政府は、上院議員の任期制限や諮問型選挙³⁹（advisory elections）を内容とするいくつかの具体的な改正案を議会に提案してきた⁴⁰。しかし、思うように改正案を成立させることができなかった政府は、2013年2月、一度は議会に提案した改正案について急遽それを取り下げ、その改正案を踏まえて、「上院の変更はどのような改正手続により行うことができるか」、「上院の廃止はどのように実現できるか」という2点の質問をカナダ最高裁に付託し、その勧告的意見⁴¹を求めたのである。これに対して最高裁は、カナダの憲法改正の意義を明らかにしたうえで、これらの質問に回答している。まず最高裁は、憲法解釈は「憲法全体の構造を参照して解釈されなければならない」こと⁴²、そしてカナダの憲法改正はテキストの変更だけでなく、憲法の基本構造の変更を含むものであるとした⁴³。そのうえで、政府が提案する上院改革の大部分は、連邦と州の実質的な合意を得た憲法改正でなければ実現はできないとした。そして、諮問型選挙と上院議員の任期制限の実施には、上院、下院、および全州の人口の半分を代表する少なくとも7つの州の立法議会の同意が必要であること（1982年憲法38条および42条1項b号）、財産要件を完全に廃止するには、ケベック州議会の同意が必要であること（同43条）、上院の廃止については、上院、下院、およびカナダ全州の立法議会の全会一致の同意が必要であること（1982年憲法41条e号）を明示した⁴⁴。

この政府からの提案についてアルバートは、それを「ステルス憲法改正」であるとして批判する⁴⁵。すなわち保守党政府は、上院議員の選出方法を変更するために必要とされる正式な改正手続を無視して改革を進め、憲法の基本構造を変更するため正式な手続を回避しようとしたのであり、もし

政府が諮問型選挙の新しい枠組みを作ることに成功していたら、それはステルス憲法改正であったらとす。もっとも彼は、上院を選挙で選ばれる機関に近代化すること自体は良いアイデアであり、諮問型選挙自体が問題なのではなく、保守党政府が導入しようとした方法自体が問題なのであるとした。

ステルス憲法改正には、他の非公式の憲法改正と区別するために、正式な改正手続の回避、意図的な民主的慣行の創出、民主主義の促進と棄損の両義性という3つの特徴があるという。第一に、政治的アクターが正式な憲法改正が困難であると考えた場合、彼らは代替となる非公式な手段に訴えるという。また第二に、正式な改正が困難である結果、政治的アクターは正式な憲法改正を回避して新しい民主的慣行を作り出すが、そこにはそれを憲法上の慣行として成熟させ、自分の後継者に遵守を強いる意図があるという。第三に、こうして政治的アクターにより創出された慣行について、一方では、民主主義を向上させる可能性があるため政治的に抵抗するのが難しいが、他方では、正式な憲法改正手続を踏まえたものではないため、民主主義を損なう危険性を持つことになるという⁴⁶。そしてアルバートは、こうした「ステルス憲法改正は、革新的ではあるが違憲な憲法改正方法である」と断言する⁴⁷。

このようにステルス憲法改正は、正式な憲法改正が困難であることを考慮して、政治的アクターがそれを無視し、非公式の手段によって改革目的を追求することによって実現される。しかしアルバートは、ステルス憲法改正に内包される非公式性、不規則性、迂回性といった問題は、透明性、予測可能性、説明責任という法の支配の価値と矛盾するという⁴⁸。そして、特に正式な憲法改正とステルス憲法改正を比較しながら、具体的に次のような点を問題視する⁴⁹。第一に、正式な憲法改正には厳格な改正手続による正当性が担保されているが、ステルス憲法改正には憲法に縛られていないという憲法文化を生み出す危険性があるという。第二に、政治的、

民主的、制度的に様々なアクターの参加を必要とする正式な憲法改正とは対照的に、ステルス憲法改正は対立する政治的アクターや国民を憲法改正の熟議プロセスから排除するため、民主的正統性が失われるという。これに関連して第三に、ステルス憲法改正は、国家的に重要な憲法問題について、対立する政治的アクターや国民から開かれた議論を行う機会や権利を奪うものであるという。

このようにアルバートが批判するステルス憲法改正は、政府による憲法実践によってなされるものであり、憲法の文言、構造、原理に反していることが問題となることから、本稿でいう「政治部門による事実上の憲法改正」にあたるということになるだろう。もっとも上院改革レファレンスでは、憲法改正は憲法の基本構造を変更することをも意味するのであり、後述するように、その場合には正式な憲法改正手続が必要であるとされた。このことは、「政治部門による事実上の憲法改正」に対する統制を意味するものなのだろうか。

3. 憲法の基本構造

これまで見てきたように、カナダでは事実上の憲法改正としての非公式の憲法改正には、いくつかの方法があることが指摘されており、さらに政治部門によるものはその一内容として説明される。また特に近年の保守党政府による上院改革は、ステルス憲法改正との批判がなされているところである。これに対して、上院改革レファレンスにおいて最高裁は、憲法全体の構造を参照して解釈されなければならないこと、そして憲法改正は憲法の基本構造の変更によるものも含むことを示した。特に後者は、本稿において重要な要素を含むものである。すなわち上院改革レファレンスは、ステルス憲法改正を含む、政治部門による非公式の憲法改正が憲法の基本構造を根本的に変更する場合、それ自体は憲法の基本構造に反するために無効となるのではなく、正式な憲法改正手続に従って行うべきである（言

い換えれば、正式な憲法改正手続に従って行うのであれば憲法上許容される)とした⁵⁰。そのため、(正式であるにせよ、そうではないにせよ)憲法改正という概念には、憲法の基本構造の変更が含まれており、もしその一部でも変更を行うものであるとするならば、正式な憲法改正手続に従う必要がある、ということになる⁵¹。上院改革レファレンスでは、「上院の基本的性質と役割」に着目して、憲法の基本構造が変更されたかどうかを考慮しており⁵²、当時の保守党政府による上院改革案は憲法の基本構造の変更にあたりと判断している⁵³。

このようにカナダ最高裁における判断によれば、憲法の基本構造についてその基本的性質や役割を変更するような政治部門の政策は憲法改正であり、正式な憲法改正手続が求められるという。すなわち、ステルス憲法改正を含む、政治部門による非公式の憲法改正(事実上の憲法改正)には、憲法の基本構造に反する場合には正式な憲法改正によらなければならないとする一定の限界を最高裁は示唆している。しかし裏を返せば、憲法の基本構造を保護するような事実上の憲法改正は、非公式の憲法改正でよいともいえる。そのため、カナダにおける「政治部門による事実上の憲法改正」に対する司法的統制としては、憲法の基本構造が重要な役割を担うことになると考えられる。それでは、その鍵となる憲法の基本構造とはどのようなものなのであろうか。

上院改革レファレンスでは、憲法の基本構造は、歴史的背景や過去の司法解釈、そして連邦制、民主主義、少数者の保護、さらには立憲主義や法の支配などの憲法原理を参照して理解しなければならないこととされた⁵⁴。この憲法の基本構造という概念は、たびたびカナダ最高裁において指摘されているが、最高裁で初めて用いられたのは、1987年のOPSEU判決⁵⁵である。同判決では、憲法の基本構造は議会主権を含むものであるが、立法機関は憲法の基本構造に反する立法を行うことができないと判断している。またその後のケベック分離レファレンスにおいても最高裁は、

カナダ憲法には内部構造があり、「全体としての憲法構造を参照して解釈しなければならない」としている⁵⁶。このように憲法の基本構造に言及した最高裁の判断を踏まえると、議会主権、連邦制、民主主義、立憲主義と法の支配、少数者の権利などの不文の憲法原理に言及がなされている。そしてカナダ最高裁は、こうした不文の憲法原理を憲法の基本構造の内容を説明するために用いている⁵⁷。なお、逆に不文の憲法原理については、憲法の一般的な目的と趣旨、1867年および1982年憲法の前文、憲法の施行規定、憲法構造、イギリスおよびカナダの憲法史、コモン・ロー、論理と実践などから導くことができるとされている⁵⁸。

このようにカナダでは、1982年憲法による正式な憲法改正手続は、一般的改正手続、全員一致の合意手続、特別合意手続、そして連邦と州のそれぞれによる一方的改正手続に分類される。しかし、その改正手続の複雑さと困難さから、司法解釈、国内法、行政行為、黙示的含意、慣習、そして廃止などによる非公式の憲法改正が提案されている。そして特に近年では、政府による非公式の憲法改正として、ステルス憲法改正と批判される手法が用いられたものの、最高裁はカナダ憲法の基本構造を変更するため正式な憲法改正手続が必要であるとした。もっとも、こうしたカナダの議論についてはいくつかの問題がある。すなわち、裏を返せば、憲法の基本構造を保護するような事実上の憲法改正であれば、非公式の憲法改正であるステルス憲法改正も認められる余地がある、ということである。また、憲法の基本構造を導く不文の憲法原理については、政治部門の行動を拘束するほどの意義が含まれているかどうかという点で学説上の争いがあり⁵⁹、憲法の基本構造について、政治部門による非公式の憲法改正を統制するほどの法的効力を見出せるか、という点については疑問が残る。この点の分析にあたっては、カナダ最高裁が、不文の憲法原理は憲法解釈の際には重要な役割を果たすとしつつも、立法を無効とするほどの明確な効力を有するものではないとする判断を近時示している点に留意が必要である

う⁶⁰。

IV. おわりに

以上のように本稿では、アメリカとカナダにおける「政治部門による事実上の憲法改正」に着目して、その意義と統制の可能性について検討を行ってきた。特に両国において共通するのは、正式な憲法改正手続を経ない政治部門による事実上の憲法改正がなされていることを正面から受け止め、その統制のあり方に関わる議論が展開されているという点である。とりわけ、アメリカの議論の中には動態的プロセスの一環として位置付けるアプローチもあり、より広い視野から検討すべき射程の広さと奥深さを提供している。また、カナダでは司法的統制の観点からの示唆を得ようとする試みがなされている。

両国における議論をまとめると、アメリカでは、憲法変動、憲法的ハードボール、憲法解釈の3つの観点から分析することができ、まずアッカーマンによる憲法変動をめぐる議論によれば、憲法変動という動態的プロセスの一環として「政治部門による事実上の憲法改正」が位置付けられるが、他権や人民の行動が鍵を握っている。またタシュネットの憲法的ハードボールの議論によれば、憲法上認められた権限に基づいた活動の内容次第では「政治部門による事実上の憲法改正」と同じ状況を創出することがある。そこでは、それが違憲か否か、憲法的ハードボールか否か、事実上の憲法改正か否かという問題群が浮かび上がるが、それらは最終的に憲法解釈の問題に収斂される。そしてその憲法解釈に関しては、ディパートメンタリズムと司法積極主義の対立から、前者の方が「政治部門による事実上の憲法改正」を認めやすいものの、後者の場合でも認めてしまう余地がある。

他方のカナダでは、アルバートによる非公式の憲法改正の議論によれ

ば、事実上の憲法改正の議論としては、司法解釈の他、国内法、行政行為、黙示的含意、慣習、そして廃止によるものがある。そしてそのうち行政行為などは、「政治部門による事実上の憲法改正」にあたると思われるが、近年の上院改革案については、ステルス憲法改正という意義づけがなされている。また、これをめぐる上院改革レファレンスにおける最高裁の判断によれば、そうした事実上の憲法改正が、カナダにおける不文の憲法原理から導かれる憲法の基本構造を変更するものである場合には、正式な憲法改正によらなければならない。もっとも、この憲法の基本構造は、不文の憲法原理から導かれるものであり、事実上の憲法改正を認めてしまう余地がある。

両国を比較すると、アメリカの議論が三権の協働や人民の行動なども含めた議論を行っている点で、その射程の広さについては違いがみられることは確かである。またカナダにおいては、政治部門による事実上の憲法改正を司法がいかに統制できるかという側面に視点が向いている点で、アメリカと比較しても射程が限定されている。さらにカナダのステルス憲法改正の議論のように、特定の政治部門による事実上の憲法改正を問題視するものもある。しかし、いずれの国においても、「政治部門による事実上の憲法改正」の可否のみを直接議論の対象にすることは少なく、アメリカでは広い観点から動態的に憲法秩序を捉えることが、そしてカナダではステルス憲法改正だけでなく、司法解釈も含めて憲法の基本構造から捉えることが示唆されている。なお、いずれの国においても、事実上の憲法改正を認める余地がある点にも留意が必要である。

こうした特徴から日本の議論を比較すると、「政治部門による事実上の憲法改正」をめぐる議論が、特定の条文に関わる極めて限定された内容で行われていることがさらに浮き彫りになる。本稿における検討を踏まえるならば、「政治部門による事実上の憲法改正」とその限界をめぐる議論は、憲法秩序構想や憲法の基本構造の観点から議論されてしかるべきである。

もっとも憲法解釈の限界に関わっては、憲法原理に関わる議論がこれまでもなされている。たとえば、「原理あるいはルールとして存在する憲法規定は、特定事例を規律するに際して解釈によりその意味内容が具体化されていく」が、「立憲主義の観点からは、権力行使者に憲法の解釈を自由に行うことを認めることはできない」ため、「憲法解釈の方法につき、一定の守るべき規準が必要となる」ことが強調されている⁶¹。またその他にも、「解釈の結果は権威として機能し得るものでなければならず、「明確性と安定性を備えたものでなければならぬ」ことから、「憲法の解釈に関しては、憲法によって拘束されているはずの政権担当者による恣意的な解釈の変更を許すべきではない」などといった指摘がなされているところである⁶²。両国の議論を踏まえるならば、かかる憲法解釈の問題に加えて、広く憲法秩序構想や憲法の基本構造などを踏まえた議論を行い、「政治部門による事実上の憲法改正」を一内容として、その統制のあり方を検討していくことが必要であるように思われる。

*なお、本稿は、科研費「政治部門の憲法解釈による事実上の憲法改正とその限界に関する研究」基盤研究(C) 19K01289)の研究成果の一部である。

注

- 1 内閣の憲法解釈の変更については、森本昭夫「憲法の有権解釈—国会・内閣・最高裁判所の判断とその変更—」立法と調査 351号(2014年)141-142頁を参照。
- 2 政府による憲法9条の解釈変更をめぐる学説状況については、山元一「9条論を開く—〈平和主義と立憲主義の交錯〉をめぐる一考察」水島朝穂編『立憲のダイナミズム』(岩波書店、2014年)73-112頁を参照。
- 3 芦部信喜『憲法学I 憲法総論』(有斐閣、1997年)68-69頁、佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(成文堂、2020年)45-46頁。
- 4 憲法改正は、一般的に「成典憲法について、その中の条項の修正・削除及び追加をなし(狭義の改正)、あるいは、別に条項を設けて、もとの憲法典を増補

すること（狭義の増補）によって、意識的に変改を加えること」と定義される。清宮四郎『国家作用の理論』（有斐閣、1968年）123頁。

- 5 山本龍彦他編『憲法学の現在地』（日本評論社、2020年）78頁〔横大道聡執筆〕。
- 6 「憲法変遷」とは「一般には、憲法の定める憲法改正の手続を経ることなしに、憲法を改正したのと同じ効果が生じることをいう」とされる。野中俊彦他『憲法Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣、2012年）395頁。
- 7 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）411-412頁。
- 8 アメリカでは、憲法を変える場合、改正（revision）ではなく、修正（amendment）という方式をとる。したがって、本稿では、アメリカの憲法改正を語る場面では「憲法修正」という言葉を用いる。
- 9 ブルース・アッカマン（川岸令和・木下智史・阪口正二郎・谷澤正嗣監訳）『アメリカ憲法理論史：その基底にあるもの』（北大路書房、2020年）。以下、アッカマンの議論は本書に依拠している。
- 10 Mark Tushnet, *Constitutional Hardball*, 37 J. MARSHALL L. REV. 523 (2004).
- 11 Jed Handelsman Shugerman, *Hardball vs. Beanball: Identifying Fundamentally Antidemocratic Tactics*, 119 COLUM. L. REV. ONLINE 85 (2019).
- 12 Tushnet, *supra* note 10, at 527-528.
- 13 Joseph Fishkin and David E. Pozen, *Asymmetric Constitutional Hardball*, 118 COLUM. L. REV. 915 (2018).
- 14 この対立については、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義—憲法解釈の最終的権威をめぐる—」帝京法学 25 卷 2 号（2008年）103頁などを参照。
- 15 1982年憲法第5編では「amendment」という用語が用いられるが、憲法改正によって条文が廃止される方式をとるためアメリカとは異なること、また後掲論文などのように広く「改正」という言葉が用いられているため、カナダの憲法改正を語る場面では「憲法改正」という言葉を用いる。なお、本章の引用についてのみ、カナダの引用方法（*Canadian Guide to Uniform Legal Citation*, 9th ed (Toronto: Thomson Reuters, 2018)）に従っている。
- 16 カナダでは1982年の憲法改正によって、イギリス議会によるカナダに対する立法権が否定され、憲法改正権もカナダに認められることとなった。なお、「1982 Constitution Act」は、正確には「1982年憲法」または「1982年憲法法律」と訳すべきであるが、本稿では、同法がカナダ憲法を構成するものであることが明文化されていることから（1982年憲法 52条）、「1982年憲法」と

表記する。また同じくカナダ憲法の一部とされる「1867年憲法」についても同様である。

- 17 加藤普章『カナダ連邦政治 多様性と統一への模索』（東京大学出版会、2002年）245-250頁などを参照。
- 18 *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S C R 217 [*Secession Reference*].
- 19 Richard Albert, “The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada” (2015) 53: 1 *Alta L Rev* 85 at 86-87.
- 20 カナダの憲法改正については、「改正内容に応じて何種類もの手続が設けられるなど非常に複雑であり、論者により分類の仕方も異なる」と指摘される。小林公夫『主要国の憲法改正手続』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2014年）20頁。また改正手続については、その他、松井茂記『カナダの憲法—多文化主義の国のかたち』（岩波書店、2012年）33-40頁、齋藤憲司『各国憲法集（4）カナダ憲法』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2012年）16-20頁などを参照。
- 21 *Reference re Senate Reform*, 2014 S C C 32 [*Senate Reform*].
- 22 下院における州の比例代表の原則、上院の権限および上院議員の選出方法、州から代表される上院議員の数およびその居住資格などの改正には、①上院および下院の3分の2以上の決議、②州の3分の2以上で、最近の一般的国勢調査に従えば、その合計がすべての州の人口の少なくとも50%を占める州議会の決議が必要とされる。また、州または連邦の立法権、財産的権利その他の権利もしくは特権を縮減するような改正は、それぞれ過半数による決議が必要とされる。
- 23 女王、総督、州の副総督の役職、上院議員数以上の下院議員数を持つ州の権限、英語またはフランス語の使用、カナダの最高裁の構成、1982年憲法第5編の改正には、上院、下院、すべての州議会の承認が必要とされる。
- 24 1つまたは複数の州に適用される規定の改正については、上院、下院および適用される州議会の承認が必要とされる。
- 25 連邦議会は、41条と42条の場合を除いて、連邦政府や上院および下院に関する憲法改正のための法律を制定する排他的権限を有し、また州議会は、第41条を除いて、州の憲法を改正する法律を制定する排他的権限を有するとされる。
- 26 *Senate Reform*, *supra* note 21 at para 34.
- 27 *Ibid* at para 41.
- 28 *Ibid* at paras 43-44.
- 29 *Ibid* at para 48.

- 30 Richard Albert, “Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V” (2014) 94 B U L Rev 1029 at 1063-1079.
- 31 Allan C Hutchinson, “Constitutional Change and Constitutional Amendment: A Canadian Conundrum” in Xenophon Contiades, ed, *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA* (Abingdon, UK: Routledge, 2013) 51 at 57.
- 32 Albert, *supra* note 30 at 1063-1064.
- 33 *Ibid* at 1065-1067.
- 34 *Ibid* at 1067-1068.
- 35 *Ibid* at 1069-1070.
- 36 Richard Albert, “Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude” (2014) 62 Am J Comp L 641 at 643.
- 37 *Ibid* at 644.
- 38 Richard Albert, “Constitutional Amendment by Stealth” (2015) 60 McGill L J 673.
- 39 有権者が上院議員の「推薦人」を選出し、その名前を首相に提出して上院の空席を埋める際に検討してもらおうというものである。See *Senate Reference*, *supra* note 21 at paras 8-9.
- 40 上院改革に関しては、富井幸雄「カナダの上院（一）（二）一憲法と第二院一」法学会雑誌 47 巻 2 号（2007 年）35-79 頁、法学会雑誌 48 巻 1 号（2007 年）1-58 頁、宮畑建志「カナダの上院改革と党派性—トルドー政権下の上院議員任命制改革をめぐる—」レファレンス 837 号（2020 年）106-109 頁などを参照。
- 41 カナダ最高裁における照会制度については、白水隆「カナダ」初宿正典編『レクチャー比較憲法』（法律文化社、2014 年）184 頁、河北洋介「カナダにおける照会制度と司法」山元一他編『憲法の普遍性と歴史性』（日本評論社、2019 年）787 頁などを参照。
- 42 *Senate Reform*, *supra* note 21 at 26.
- 43 *Ibid* at para 27.
- 44 *Ibid* at para 111.
- 45 Albert, *supra* note 38 at 712. なお彼によれば、保守党政権による上院のステルス改正を否定したことで、最高裁は保守党政権の上院改革の野望が持つ、より大きく根本的な憲法上の問題点を明らかにする機会を逃してしまったとも指摘する（at 735）。
- 46 *Ibid* at 678.

- 47 *Ibid* at 712.
- 48 *Ibid* at 715-716.
- 49 *Ibid* at 716-718.
- 50 *Senate Reform, supra* note 21 at para 21.
- 51 Joel I Colón-Ríos & Allan C Hutchinson, “Constitutionalizing the Senate: A Modest Democratic Proposal” (2015) 60 McGill L J 599 at 609.
- 52 *Senate Reform, supra* note 21 at para 52.
- 53 ただしダウードによれば、最高裁は、一方で、自らをカナダ憲法の基本構造の決定者であると断定することで憲法秩序の進化に対する自らの権限を強化しているが、他方で、憲法の基本構造に関わる特定の見解を固定化してしまい、その結果、制度の進化と変化の可能性を妨げていると指摘する。Yasmin Dawood, “The Senate Reference: Constitutional Change and Democracy” (2015) 60 McGill L J 737 at 750.
- 54 *Senate Reform, supra* note 21 at para 25.
- 55 *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S C R 2. 同判決は、「1867年憲法の制定により形成されたわが国の憲法の基本構造が、連邦および州レベルで自由に選出された立法機関を含む一定の政治機関の存在を想定していることに疑いの余地はない」が、「連邦議会も州議会も、この憲法の基本構造の運用を実質的に妨害するような効果を持つ法律を制定することはできない」とした (paras 151-152)。
- 56 *Secession Reference, supra* note 18 at para 50. なおその後、2014年の最高裁判所法に関する最高裁の判断 (*Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, [2014] 1 S C R 433 at para 82.) においては、かつての枢密院による判断がカナダの三権分立の理解に大きな影響を与え、「カナダの憲法構造において中心的な役割を果たした」とされる。
- 57 Vanessa A MacDonnell, “Rethinking the Invisible Constitution: How Unwritten Constitutional Principles Shape Political Decision-Making” (2019) 65 McGill L J 175 at 186. たとえば裁判官の報酬に関して最高裁 (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S C R 3 at para 140.) は、「カナダ憲法の構造的要件の1つである三権分立の遵守を確保すること」が裁判所の「任務」であるとしている。
- 58 *Ibid* at 179.
- 59 Grant Huscroft, “Romance, Realism, and the Legitimacy of Implied Rights” (2011) 30:1 U Q L J 35 at 47.

- 60 *Toronto (City) v. Ontario (Attorney General)*, 2021 S C C 34.
- 61 高橋和之「立憲主義は政府による憲法解釈変更を禁止する」奥平康弘・山口二郎編『集团的自衛権の何が問題か 解釈改憲批判』（岩波書店、2014年）189頁。
- 62 長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2018年）236頁。