

立憲主義の相剋

—— オーストラリアの 1975 年憲政危機をめぐって ——

江 藤 祥 平[※]

- I 比較憲法リバイバル
- II Whitlam 解任事件をめぐり立憲主義像の拮抗
- III 日本版・政治的立憲主義の可能性

I 比較憲法リバイバル

1 比較憲法事情

(1) 世界的潮流

比較憲法学の領域は、今日、国際憲法学の一大潮流を成している¹⁾。これはグローバル化が進む今日において当然のことも思われるが、憲法という法律の性質を考えれば、むしろ異例ともいえる。なぜなら、憲法とはその国の統治の枠組みを定めるものであって、本来的にドメスティックな性質のものだからである。国家間の関係を規律する国際法とは違い、憲法はその国だけの権力のあり方に関心がある。自国の憲法学を確立する上で、諸外国の憲法に学ぶことは絶対必要とはいえないようにも思われる²⁾。

長きに渡りこの考え方に忠実だったのが、アメリカ合衆国の憲法学である。ア

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 22 巻第 2 号 2023 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科准教授

1) Rosenfeld, Michel, and András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012 Oxford Univ. Press) at 1-22.
 2) これは「憲法 (Verfassung)」自体ではなく「憲法の法 (Verfassungsrecht)」を研究対象としていることの帰結である (参照、三宅雄彦「憲法学の方法——憲法理論・憲法史・比較憲法」論ジュリ 38 号 114 頁)。

アメリカは民主的憲法を世界に先駆けて成立させたという自負もあって、比較憲法への関心は相対的に低かった。事実、アメリカが諸外国から準拠されることはあっても、諸外国に準拠することは基本的にはなかった³⁾。こうした姿勢は、外国法の知見を考慮することに否定的なスカリア元最高裁判事の姿勢にも表れている⁴⁾。スカリアは憲法の原意を重視する立場から、外国法の知見は合衆国憲法の解釈において無関係との立場をとる。

もっとも、そのアメリカの憲法学でも潮目は確実に変わりつつある。最近の例で言えば、B. Ackerman の著作 “Revolutionary Constitutions⁵⁾” がそれに当たる。“We the People” 3 部作でアメリカの憲法史を書き上げた Ackerman が次に向かったのは、インド、南アフリカ、フランス、イタリア、ポーランド、ミャンマー、イスラエル、イランの Constitutions であった。同著の最終章で、Ackerman は、自身の立場を “rooted cosmopolitanism” と称している⁶⁾。アメリカの憲法文化は ‘exceptional’ ではあるが、決して ‘unique’ ではないとして、革命から立ち現れた他国の憲法から学ぶことの重要性を説いている。

(2) 日本の潮流

一方の日本の憲法学はというと、かねてから比較憲法の研究には熱心であった。戦前は主にドイツ国法学を輸入することで国家学を体系化し、戦後はフランスの主権論、アメリカの憲法訴訟論、イギリスの国制論を始めとする様々な比較法の知見を摂取してきた。だが、従来の研究対象は、英米独仏に著しく偏ってきたところに問題があった。実際に日本国憲法がこれらの国々の憲法に影響を受けた以上、そこに注目するのは必然ではあるが、準拠した国々の憲法にのみ着目するの

3) See David Law & Mila Versteeg, The Declining Influence of the United States Constitution, 87 NYU Law Review, 762 (2012) at 764-66.

4) Norman Dorsen, The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer, Int. J. Const. Law, Vol. 3 (4), 2005, at 519-541.

5) Bruce Ackerman, Revolutionary Constitutions (Harvard Univ. Press 2019). なお、Ackerman 自身は早い段階 (1990 年代) から比較憲法に関心を示してはいた。

6) Ibid. at 362. See also, Bruce Ackerman, Rooted Cosmopolitanism, Ethics Vol. 104 No. 3 (1994) at 516-535.

は比較憲法の理解としては狭すぎる。それでは準拠国とならなかった国々の憲法が見過ごされるし、何よりも準拠国を「普遍」とみて、それに沿わない国々の憲法体制を「異質」として排除するおそれがある。

この点を鋭く突いているのが松平徳仁である⁷⁾。松平の分析によれば、日本における立憲主義とは、「欧米的普遍という到達しえない理念型をトレースした」背景美術として機能するものであり、アニメでいう「セカイ系⁸⁾」の構造に陥っている。その実態は「エリート的自由」の実現と、それに不都合な内外の「他者」を排除するものにすぎない。折しも松平の著書のタイトルが「東アジア立憲民主主義」とあるのは、それに対するアンチテーゼといえる。日本の憲法研究者が立憲主義の名の下で語ってきたのは、実は欧米を普遍とする立憲主義によって、特殊日本的なものを擁護する試みでしかない。

このような批判もあってか、最近の比較憲法研究では、対象国を英米独仏以外に求める動きが活発化している⁹⁾。最近では、英米独仏の立憲政治が混迷を極めていることもまた、この傾向を後押ししている。アメリカのトランプ前大統領支持者による連邦議会の襲撃や、ドイツの極右勢力によるクーデター未遂事件、EUを脱退し自国ファーストに突き進むイギリス、右翼ポピュリズムが勢力を伸ばすフランスの状況など、権威主義に傾く欧米の状況をみると、「アフター・リベラル¹⁰⁾」の時代に突入したと言う評価にも理由はある。この状況に直面して、これまで欧米を追いかけてきた日本の比較憲法学は、いま反省を迫られているといえよう。

7) 松平徳仁「東アジア立憲民主主義とそのパラドックス——比較憲法の独立時代」（羽鳥書店、2021年）。

8) セカイ系という言葉は、一般には主人公の行動（自意識）が世界の命運を左右するような系統を指す（参照、前島賢『セカイ系とは何か』（星海社文庫、2014年））。松平のいう「セカイ系立憲主義」は、西洋の普遍的価値により目の前の不都合な現実を覆い隠す装置として機能する。

9) 木下昌彦「特集・学界回顧 2022」法時 94 巻 13 号 6 頁の指摘を参照。

10) 参照、吉田徹『アフター・リベラル』（講談社、2020年）。吉田は、権威主義化の要因を疎外される中間層にみる。

2 革命、エスタブリッシュメント、エリート

(1) 立憲主義の三つの理念型

この文脈で注目されるのが、先に紹介した Ackerman の比較憲法論である。Ackerman は、20 世紀に正統性を獲得することに成功した3つの立憲主義を「理念型」として提示している。第一が、アメリカの立憲主義に代表される「革命型」である¹¹⁾。これは既存の体制を正統ではないとして、「我ら人民」の名の下に革命的な部外者 (outsider) が反乱により体制変更をもたらすタイプのものである。Ackerman は、その例として、インド (Nehru) や南アフリカ (Mandela)、フランス (de Gaulle)、イタリア (De Gasperi)、他にもポーランド (Walesa)、イスラエル (Ben-Gurion)、イラン (Khomeini) を挙げている (括弧内は新体制の指導者)¹²⁾。そして、アメリカ憲法は正統性への革命的な道りを歩み続けているのだから、過去、現在、未来を理解するために、同じく革命型の道を歩んできた国々の経験は、貴重な教訓になるという。

第二の理念型が「エスタブリッシュメント型」である¹³⁾。これは、政治秩序が内部の既成勢力によって構築されるもので、イギリス (Great Britain) やオーストラリア、カナダがその良い例である。部外者によって革命が志向される革命型とは違い、このモデルは、その部外者の要求を責任ある内部者 (insider) が既成勢力の内に巧みに取り込むことで、体制内でのプラグマティックな適応を志向する。これらの国々では、しばしば議会制定法による変革に重きが置かれ、統治のエリートたちは時々の人民の改革要求に対して、責任政府 (responsible government) の仕組みを用いて対処する。

第三の理念型が「エリート構築型」である¹⁴⁾。これは、旧体制下では疎外されていたエリートたちが、新しい憲法秩序構築の立役者になるというものであり、スペインや日本、ドイツがこれに該当する。このモデルは、体制変更が大規模な民衆の蜂起を伴わない点で革命型とは異なるが、旧体制のエリートがとどまれる

11) Ackerman above n.5 at 3-4. 成功する革命型は、1.旧体制の崩壊、2.新体制の構築、3.正統性の空白、4.正統性の強化、の4つのステージを辿るものとされている。

12) Ibid. at 7.

13) Ibid. at 4-5

14) Ibid. at 5-7.

保証はない点ではエスタブリッシュメント型とも異なる。さらに、このモデルでは、新体制の憲法が革命型の憲法条項を援用することが多いが、実際に新体制の駆動力となっているのはエリートの力学であるところに特徴がある。

（2）立憲主義の単線の理解

以上の Ackerman の示す立憲主義をめぐる3つの理念型は、日本の比較憲法学に対しても重要な示唆を与えてくれる。第一に、従来は革命型のみを立憲主義の正統なモデルと位置づける傾向が強かったという点である。これは戦後日本の比較憲法学が、マルクス主義講座派（二段階革命論）の流れを汲んだ高橋幸八郎の市民革命論に多くを規定されてきたことから分かる¹⁵⁾。「下からの革命」によって自由かつ平等な国民の地位を創出することに成功したフランスの経験とは対照的に、ドイツや日本では「上からの改革」しか起きなかった¹⁶⁾。戦争の反省から出発した戦後憲法学にとって、そのような認識のもとで、フランスやアメリカの啓蒙主義や個人主義の概念に立ち返ることは不可避であったが、それが立憲主義の単線の理解を招いたことは否定できない¹⁷⁾。

第二に、第一の帰結として、イギリスを始めとするエスタブリッシュメント型の立憲主義を正面から位置づける試みは、あまりなされてこなかったという点である¹⁸⁾。第一のモデルを典型的な立憲主義とみる限り、下からの革命を経ていないイギリスの位置づけが難しくなる。実際、イギリスには憲法典と名のつく法律はなく、憲法による権利の保障があるわけではない¹⁹⁾。統治機構の重要な仕組みは、コモンロー・憲法習律や議会制定法によって定められており、立法権をも拘束する違憲審査制という考え方は採られていない。また、君主の権限は形式

15) 参照、高橋幸八郎『市民革命の構造〔増補版〕』（お茶の水書房、1973年）。1970年代の主権論争をめぐる革命理解について、江藤祥平「『理論憲法学』の再興——樋口陽一と立憲主義の復権」鈴木淳・出口雄一編『戦後憲法学』の群像（弘文堂、2022年）参照。

16) 参照、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、1973年）136頁。

17) この点で近時、樋口陽一が「ゴルバチョフがかかげ、未完のまま潰れてしまった『東側の歴史構造に適合したデモクラシー』という可能性を論じているのは示唆的である（同「ある回想——そのなかで考えること」世界2022年5月号）。

18) そのような魅力的な試みとして、戒能通厚『イギリス憲法〔第2版〕』（信山社、2018年）。

化・儀礼化されたとはいえ、依然として統治機構の重要な位置を占めている。このようなイギリス要因を比較可能なモデルに位置づけることは難しい。

第三に、エリート型を正統な立憲主義と位置づける試みがなされてこなかったという点である。従来、日本国憲法の正統性を論じる上で、エリート主導であることは否定的な要素にすぎず、フィクションであるにせよ人民主権を押し出す見解の方が強かった²⁰⁾。しかし、理由は何にせよ75年以上も続いてきた日本国憲法の経験をそれとして正統化する方向性はたしかにありうる。日本の憲法学でも最近では「ゆるふわ立憲主義²¹⁾」というように、日本の立憲主義を一つの法文化として位置づける見解も示されている。パンデミック対策で日本モデルが世界の注目を集める中で、日本モデルを提示する試みは、比較法的にも重要といえよう。

3 政治的立憲主義と憲法改正

(1) 法的・政治的立憲主義

以上を踏まえて、本稿が注目したいのはエスタブリッシュメント型、その中でもオーストラリアの憲法である。オーストラリアに注目した理由を説明するにあたっては、伏線として、法的立憲主義と政治的立憲主義という対立軸を導入する必要がある²²⁾。

法的立憲主義とは、憲法を通常法とは区別される「高次の法」とみる考え方である。このモデルは、憲法に定められた権利条項を裁判所が違憲審査制によって保障するという考え方に親和的である。例えば、多数決によっても侵害し得ない権利があることを前提に、強力な違憲審査制を有するアメリカはその典型であ

19) イギリスは「人権」の母国であるが、伝統的にそれはコモンローを基礎とする市民的自由の名の下で語られてきた。欧州人権条約とコモンローの関係について、参照中村民雄「欧州人権条約のイギリスのコモン・ロー憲法原則への影響」早稲田法学, 87 (3), 659-691頁 (2012)。

20) 戦後民主主義の「虚妄」に賭けるとの丸山真男の一言はそれを象徴的に表している (同『現代政治の思想と行動 (増補版)』(未来社、1964年)「増補版への後記」)

21) 曾我部真裕「立憲主義のあり方から見る『自粛か強制か』問題」判時 2458号 144頁。

22) 両者の対立を早くから主題化していたのが、裁判所の違憲審査制を正当化した *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) 判決のマーシャル法廷意見である。

る²³⁾。これに対して、政治的立憲主義は、責任政府の仕組みによって権力の制約を試みる。このモデルは、権利条項や違憲審査制によって法的に権力を拘束するのではなく、議会の立法権が優越することを前提に、その誤謬はあくまで民主的政治過程によって是正されるものとする²⁴⁾。その典型が、かつてダイシーがその国制の特徴として挙げた議會主権を本質とするイギリスである。

この法的・政治的立憲主義の2つの区分は、概ね先の Ackerman の挙げる革命型とエスタブリッシュメント型の区分に対応させることができる²⁵⁾。概ねと言ったのは、Ackerman のモデルは専ら分析的であるのに対して、法的・政治的の区別は規範的なものであり²⁶⁾、実際にはいずれのモデルにも法的・政治的の要素が混在しているからである。なぜ革命型が法的立憲主義に親和的かといえば、革命のモーメントが憲法を「高次」のレベルに高めるからであろう²⁷⁾。革命によって獲得された権利は、「通常政治」を超える「憲法政治」の次元にあるため、エントレンチメント（賢固に保護）される。これに対して、エスタブリッシュメントによるプラグマティックな改革は、あくまで通常政治の枠組みの中で展開されることから、政治的立憲主義に接近しやすい。

(2) 日本の立憲主義は法的か、政治的か

以上を前提とした場合に、本稿がエスタブリッシュメント型に着目するのは、

23) *See* Introduction of R. Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Oxford Univ. Press 1996). なお、Dworkin は権利基底主義を採る点で、Ackerman とは異なる。

24) *See* Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *YALE L.J.* 1346 (2006).

25) なお、Ackerman は、コモンローか、大陸法かによる分類には懐疑的である (Ackerman above n. 5 at 37-38, 131)。同じ革命型であっても、コモンロー諸国（インド、南アフリカ）、大陸法諸国（フランス、イタリア、ポーランド）のいずれもありうるからである。

26) 政治的立憲主義に規範的意義を読み込むことについては異論も示されている (*See* Gee, Graham and Webber, Grégoire C. N. (2010) *What is a Political Constitution?* *Oxf. J. Leg. Stud.*, 30 (2) at 273-299)。

27) Ackerman はこの革命のモーメントを constitutional moment と呼んで、通常の民主制とは区別している (Bruce Ackerman, *We the People I: Foundations* (Cambridge: Harvard Univ. Press 1991) at 266-94)。

最近の日本における立憲主義をめぐる混迷の背景には、立憲主義をめぐる根本的な理解の対立があるように見受けられるからである。例えば、2012年に憲法96条の改正発議要件を「3分の2」から「過半数」へと改める動きが政治の側でみられたとき、憲法学からは「立憲主義」に反するという批判がなされた²⁸⁾。主な理由は、その時々²⁹⁾の多数派が容易に憲法改正を提案できるとなると、政治権力を拘束するという立憲主義の本質に反するからというものであった。しかし、政治的立憲主義を前提とすれば、必ずしもそうはいえない可能性がある。むしろ、エスタブリッシュメント型の国々でも、憲法改正に通常の法改正より高いハードルを課すことは通例であるが²⁹⁾、革命モデルを前提としない限り、改正発議要件を緩めることから直ちに立憲主義に反すると結論づけるのは難しい。

同じように、2014年に集団的自衛権をめぐる従来の政府解釈を合憲と改める閣議決定がなされたときも、野党や憲法学の一部からは立憲主義に反するという批判がなされた。この批判の背景にも、高次法である憲法の解釈を内閣や議会だけで勝手に改めるべきではないという前提がある³⁰⁾。しかし、政治的立憲主義に立脚するなら、むしろ内閣が主導して新しい憲法解釈を示して、議会がそれに正統性を与えるというのが当然の道筋である³¹⁾。もし国民はそれに不満なら、次の選挙で政府与党を敗北に追い込めば良いのであって、そうすることが責任政治の理念にも合致する。

この点、日本の立憲主義は、アメリカをモデルとしており、法的な意味でしかあり得ないという批判はなしうる。しかし同時に、日本国憲法の統治機構は、イギリス型の議院内閣制や責任政府を志向している。議会の解散、不信任決議や信任決議の否決といった責任政府の仕組みは、通常政治の枠内で機動的な改革を推

28) 批判とその妥当性について、江藤祥平「立憲主義」山本龍彦・横大道聡編『憲法学の現在地』（日本評論社、2020年）3章。

29) 小林公夫「主要国の憲法改正手続」調査と情報853号（2015年）3-4頁参照。

30) もっとも、高次法云々以前に、この場合は、内閣法制局を中心に長年積み重ねられてきた政府の憲法解釈を、十分な理由なく変更したところに問題があったとの指摘がある（長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』（東大出版会、2016年）補章Ⅰ）。

31) 「政府による『新解釈』は誤りであるという実体的判断が、既に前提されている」との藤田宙靖の批判はこの点に通ずるものである（同「覚え書き——集団的自衛権の行使容認を巡る違憲論議について」自治研究92巻2号12頁）。

し進めることを前提にしている。イギリスとは違い成文憲法典はあるものの、統治機構の規律密度は低く、統治のあり方の多くを議会制定法や憲法実践に委ねている。また、憲法は違憲審査制を定めて司法による権利保障を期待するが、それがアメリカ流の強い司法審査を志向するものかどうかは開かれた問題である。これらを踏まえると、日本国憲法においても、立憲主義の法的・政治的側面は混在していると見るべきだろう。

以上の分析が正しいとすれば、いま求められるのは、一旦は政治的立憲主義の可能性を前提とした上で、その正統性の条件を探求することであろう。本稿ではその準備段階の作業として、オーストラリア最大の憲政危機とされる Whitlam 解任事件をめぐる議論を素材に、政治的立憲主義の特質に迫ることを目的とする。オーストラリアの憲法に着目する理由は、同国の憲法が日本と同じくイギリスとアメリカのハイブリッド型に立脚しており、同一法体系の内に異なる立憲主義の拮抗が見られるからである。日本に対する比較法からの視座を得るためには、この両者の拮抗を正確に見極めることから始める必要がある。

II Whitlam 解任事件をめぐる立憲主義像の拮抗

1 Whitlam 解任事件

(1) 総督の留保権力

Whitlam 解任事件とは、1975 年 11 月 11 日に、女王の名代として行政権を行使する連邦総督が、下院の多数党の党首である Gough Whitlam 首相を解任した事件である³²⁾。Whitlam の率いる労働党 (ALP) は、1972 年 12 月に下院の選挙で勝利を収め、実に 23 年に及んだ自由党・保守連合 (LNC) から政権を奪還した。ところが、ALP は上院の議席数では相変わらず過半数に満たなかったため、Whitlam 政権は上院で法案を通過させる上で反政府派議員からの激しい抵抗にあった。事態を打開すべく Whitlam 政権は 1974 年 5 月に両院の同時解散に打っ

32) 同事件をめぐる一連の経緯については、下記ウェブサイトにも所収の各公文書を参照：National Archives of Australia, "The Dismissal, 1975" <https://www.naa.gov.au/help-your-research/fact-sheets/dismissal-1975> (2023 年 4 月 7 日閲覧)。

て出たが、続く選挙の結果でも上下両院はねじれたままであった。一方、1975年3月に野党党首に就任した Malcom Fraser は、下院の解散・総選挙がなされない限り、上院でのサプライ法案 (Appropriation Bills) の審議を先送りにする (defer) との姿勢を示したことから、政府はサプライ不足の危機に陥った。しかし、なおも Whitlam は下院の解散要求には応じなかったため³³⁾、時の Kerr 総督は予告なく Whitlam を首相から解任した。その上で、サプライ法案の上院通過と議会の同時解散を条件に野党党首である Fraser を暫定首相とした。その後の同時選挙の結果、上下両院で Fraser 率いる野党が地滑りの勝利を収めたことから、ひとまず危機はここに終焉を迎えた。

以上の Whitlam 解任をめぐる憲法上の論点は多岐にわたるが、本稿との関連で注目されるのが、総督が Whitlam を首相の座から解任する憲法上の権限を有するか、その前提として上院がサプライ法案を否決する権限を有するかどうかである。というのも、首相が下院の多数派から支持を得ているにもかかわらず、総督がその首相を解任できるとすれば、民主的政治過程が著しく損なわれる恐れがあるからである。この点、オーストラリア連邦で執政権を有するのは、明文上は「女王」であり、その名代として総督が行使するものとされている (61条)。もっとも、オーストラリア憲法は憲法制定時にイギリスの議院内閣制を憲法習律として当然に引き継いだことから、実際には首相と内閣が行政権の行使に当たり、内閣は議会に対して責任を負うとともに、議会の信任に依存するという責任政府の制度に立脚するものと理解されている。

問題は、総督と首相・内閣の権限関係の序列である。この点、憲法は総督が「連邦行政評議会」の助言に基づいて行動する場面のほか (63条)、総督自身が権限行使する場面を規定している (5条「議会の解散」等)。後者には「助言に基づく」との限定はないが、責任政府の論理からして、内閣や首相の助言に基づいて行動するものと解されている³⁴⁾。ただし、総督は、内閣や首相の助言によ

33) Whitlam が下院解散要求に応じなかった背景には、高等裁判所が準州と州都に上院の議席を割り当てる法令を支持したため (Western Australia v Commonwealth (1975) 134 CLR 201)、来たる上院の半数改選に持ち込めば十分に勝機を見込めたという事情がある。

34) K. Booker & A. Glass & Robert Watt, Federal Constitutional Law: An Introduction (2nd ed. Butterworths 1998) at 122-123.

らずに権限を行使できる「留保権力 (prerogative powers)」をコモンロー上は有すると理解されている³⁵⁾。その範囲については争いがあるが、①首相の任命 (下院で明確な勝者がいないハングパーラメントの時)、②首相の解任 (下院の信任を失った時、不法な振る舞いをした時)、③解散の拒否 (首相からの解散要求の拒否) の場面で認められることについてはほぼ争いはない³⁶⁾。首相の任命ないし解任が、下院の信任に依存している理由は、下院で過半数の議席を獲得した政党のトップが自動的に首相に選出されることが憲法習律だからである。

この点で、今回 Whitlam 政権は、下院の多数派の支持を失ったわけではなく、上院において予算法案の審議拒否に直面したにすぎないため、②の場面には該当しない。たしかに、上院と下院の間で「ねじれ」は生じているが、上院が州の代表、下院が選挙区の代表とその性格を異にする以上、ねじれが生じることはままたあることである。その場合、一次的には政党間の折衝によってデッドロックの解消が目指されるのが通例であるが、憲法 57 条は両院不一致の場合に備えて両院同時解散の仕組みを設けている。それによると、下院の法案が上院によって否決されてから 3 ヶ月の間隔を置いて、再び下院が通過させた法案を上院が否決した場合に、両院同時解散は認められる。もっとも、この手段は最終的に選挙結果が確定するまでに約半年の時間を要するため³⁷⁾、一刻を争うサプライのデッドロック解消には適していない³⁸⁾。そして、この事件までは上院が予算法案を否決したことはなかったため、かかる問題は顕在化してこなかった。

(2) 総督による解任の適法性

これが日本の憲法典であれば、予算について衆議院の優越が認められているた

35) 国王のこの権限をオーストラリア総督がいかに継承したかをめぐる論点については、*See* McCARRY, G. (1978), *Reflections on Control of the Governor-General's Powers*, UWAL Rev, 13 (3), 324-340.

36) 山田邦夫「オーストラリアの憲法事情」『諸外国の憲法事情』(2003 年) 85 頁以下、103 頁。

37) 杉田弘也「オーストラリアの二院制：憲法上の規定と現実」北大法学論集 64(6) (2014 年) 123-154 頁、128 頁。

38) なお暫定政権の助言のもと両院同時解散が行われたのは、サプライ法案否決とは別に、その要件を満たす別の法案がたまたまあったからである (同上 137-138 頁)。

め(60条1・2項)、デッドロックは生じない。実はオーストラリア憲法でも、金銭法案(money bills)の発議・修正の権限は下院にのみ認められているが(53条)、上院が審議拒否や修正要求を行うことは妨げられないため、実質的には上院の権限は下院にひけをとらない。この場合、上院による予算法案の否決が何を帰結するのかをめぐっては、憲法制定過程においても議論があった。当時は、下院・上院にかかわらず予算法案を通過させられない政府は、政府を運営できないのであるから、辞職あるいは下院を解散して国民の判断を仰がねばならないという見解が有力であった³⁹⁾。Whitlamが事前に相談を持ちかけた連邦高等裁判所のA. Mason 首席判事も同旨の見解を伝えていた。

しかし、責任政府の原理を徹底するなら、人民の意思をより忠実に反映した下院における予算法案の否決のみを、解散ないし辞職の原因とすべきという見方も成り立つ⁴⁰⁾。たしかに、憲法のテキストだけをみれば、上院は予算法案を含めたいかなる法案を否決する権限を有しているように見える。しかし、そもそもテキストは首相や内閣について何ら規定しておらず、にもかかわらずイギリス型の責任政府の原理を憲法習律として継ぐことは、憲法制定権者も当然認識していた⁴¹⁾。また、仮に上院が予算法案を否決する権限を有するとしても、そのことを理由に総督が首相を解任する権限を有するかどうかはまた別の話であろう。とりわけ今回の解任はWhitlamにとっては不意打ちであり、この点を捉えて解任は憲法上疑わしいとする見方も十分成り立つ。

このように、総督の解任権限をめぐっては二つの見解が対立しているが、比較法的にみると、この議論は上院ないし総督の権限問題には尽きない射程を有している。そもそもこのような危機が起きた背景には、オーストラリア憲法が、成文憲法としてアメリカ型の連邦主義を採用しながら、憲法習律としてイギリス型の

39) See J. B. Paul, 1975 And All That—Partisan Perspectives on the Dismissal and Their Implications for Further Debate on the Constitution” [1999] 14 Monash LR 317 at 321–324. 定評ある実務書も同様の見解に立つ (J. R. Odgers, Australian Senate Practice (5th ed., 1976) at 61)。

40) テキストと習律の対抗については、See Stanley Bach, Platypus and Parliament: the Australian Senate in Theory and Practice (Canberra, A.C.T. 2003) Chapter 4.

41) ただし、イギリスが、上院から金銭法案をめぐりあらゆる権限を奪い取ったのは、正式には1911年議会法においてのことである。

責任政府の原理を引き継いだところにある。この場合、普通なら憲法習律は成文憲法を補完するにすぎないとして、成文憲法を優先することになるが、これが互いに比較不能な立憲主義のかたちであるなら、両者が拮抗するのは宿命であろう。1975年の危機とは、この二つの立憲主義の正統性を賭けた争いであったとみるべきではないかというのが、ここでの問題である。

2 異なる立憲主義の相剋

(1) インフォーマルな憲法改正

このような問題意識のもとに議論を展開しているのが、Brendan Limである⁴²⁾。Limによれば、1975年の危機とはイギリス型とアメリカ型の立憲主義の衝突であった。すなわち、Whitlamが目指していたのはイギリス型の責任政治であったのに対して、上院や総督が前提としていたのはアメリカ型の連邦政治だった。そうである以上、1975年の危機は、総督の留保権力の範囲に矮小化される問題ではなく、二つの相反する立憲主義が衝突する事態とみられるべきである。以下、Limの議論を概観する。

Limによれば、Whitlamが目指していたのはインフォーマルな形での憲法改正であった⁴³⁾。元々、ALPは党として連邦主義に反対しており、現行の連邦憲法の廃止を推進する立場にあった。Whitlam自身も‘The Constitution versus Labor’と題する講演(1957年)の中で、現行憲法との対決姿勢を明確にしていた。その後、1971年にALPは連邦主義の廃止を党是からは撤回したものの、今度はコモンウェルス議会の立法権を拡大する方向での憲法改正を目指すことで、連邦主義を弱めようとしていた。そして、Limによれば、Whitlamはこの憲法改正を、憲法128条による公式の憲法改正条項によってではなく、インフォーマルな形で行うことを企図していた⁴⁴⁾。

42) Brendan Lim, *Australia's Constitution after Whitlam* (Cambridge Univ. Press 2017).

43) Ibid. at 67-72.

44) なお、Whitlamは首相在任中に憲法128条を通じたオフィシャルな憲法改正を1973年と1974年の二度にわたり提案しているが、いずれも国民投票で失敗に終わっている。Limによれば、これはWhitlamがインフォーマルな憲法改正を推し進めていたことと矛盾はしないとされる (Ibid. at 69-71)。

ここでいうインフォーマルな憲法改正については注釈が必要であろう。我々は憲法改正というときに、普通は憲法典の改正のことを念頭におく。なぜなら、憲法典には憲法改正条項の定めがあり、そのチャンネルを通じて憲法改正とするのが通例だからである。しかし、憲法法源が何かを考えたときに、それが形式的意味の憲法に尽きないことは広く承認されている⁴⁵⁾。憲法判例や憲法習律、さらに議論はあるが議会制定法の中にも実質的意味の憲法として憲法法源を構成するものがある。そして、これらの法源の生成は成文憲法からは独立して行われる以上、憲法改正条項に基づかない形での憲法変遷がありうることになる。

しかし、憲法改正を成文の憲法典から離れて考えたときに、一体何をもって憲法改正と同定するのが問題になる。この点、Lim は、①手続、②内容、③帰結、の3つの角度からこれを検討している⁴⁶⁾。①の手続とは、ある特定の手続きを踏んだことを、インフォーマルな憲法改正の条件とみなすというものである。例えば、Ackerman は、5段階の手続を踏んだ場合、当該改正は正式な憲法改正と機能的に等しいと論じている⁴⁷⁾。②の内容とは、基本権にまつわる法律や統治機構の在り方を定める法律は、憲法的なステータスを獲得するというものである。日本でも皇室典範のような規定は、憲法関連法規として位置づけられることがあるが⁴⁸⁾、憲法がその具体的内容を法律に委ねているようなケースはこれに当たることが多いであろう。

他方、③の帰結とは、ある法律が結果として、憲法上のステータスを有するものとして、憲法的共同体によって「受容」されることを意味する。①や②がある条件を満たすことを前提としていたのに対し、③では手続や内容の如何にかかわ

45) 但し、制定憲法を有する場合、どのレベルでの憲法「変遷」を認めるかは、解釈の「枠」を認めるか否かによって帰結は大きく異なる（参照、石井真理子「『憲法変遷論』の思考」学生法政論集2（九大法政学会、2008年）17-29頁）。

46) Lim above n.42 at 22-26.

47) 憲法政治は、signaling（合図）・proposal（提案）・triggering（誘発）・ratifying（熟議）・consolidating（基盤確立）のプロセスを辿る必要がある（邦語文献による紹介として、大江一平「B・アッカーマンの二元的民主政理論」關法50巻6号1369頁以下）。

48) 「天皇の退位等に関する皇室典範特例法」が2019年に成立した際、世襲原因を崩御に求める皇室典範との関係で様々な議論が生じた（井田敦彦「天皇の退位をめぐる主な議論」調査と情報943号（2017年）1頁以下）。

らず、結果として憲法的ステータスを獲得しているかどうかだけが問題である。Limはこの文脈で「内的視点」という概念を導入していることから、これはH. L. A. ハートのいう社会的ルールを受容する実践的態度のことを意味すると解される⁴⁹⁾。日本でも「専門家集団の共通了解」が語られるとき、この内的視点が前提とされている。

(2) 一元主義〈対〉二元主義

もっとも、インフォーマルな憲法改正を同定できたとしても、それが正統性を有するかどうかは別次元の問題である。Limは、ここでAckermanの議論に倣って、monistとdualistという二つの民主制のあり方を対置する⁵⁰⁾。

Monistとは、イギリス立憲主義に代表される議会主権をモチーフとする考え方で、通常政治と憲法政治の間に質的な区別を設けない考え方である。裏を返せば、通常政治によって実質的な憲法改正ができるということである。一元的民主制による憲法改正が正統性を獲得しうるのは、それが人民主権の帰結だからである。この点、議会主権は代表民主制と結びつくため、人民主権とは距離があるとされがちであるが、Limは、議会は選挙民の意思によって代表され、その正統性の淵源を人民の統治意思に有するから、両者を接続可能とみる⁵¹⁾。

これに対して、dualistの立場は、通常政治と憲法政治を区別する考え方であり、通常の法形成は議会政治家に委ねられているが、高次の法形成は人民自らが憲法制定権力を発動して行うとする。この考え方は、インフォーマルな憲法改正の可能性を否定はしないものの、それが認められるのは、人民が市民として公共の利益について繰り返し熟慮を経た場合に限られる。その熟慮は、一回的な選挙の勝利によるものではなく、連邦主義による抑制と均衡など、様々な統治のプロ

49) Lim above n. 42 at 25. See also, H. L. A. Hart, *Concept of Law* 98 (3rd Edn. 2012). 内的視点の意義については、See Scott J. Shapiro, *What Is the Internal Point of View?*, *Fordham Law Rev.* 75 (3) 1157 (2006).

50) Lim above n. 42 at 26-35.

51) Ibid at 27-29. なお、イリイの如く代表制強化論で民主制を一元的に理解すれば、monistでありながら司法積極主義を根拠づけることも可能である(John H. Ely, *Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review*, 37 *Md. L. Rev.* 451 (1978))。

セスを経て試される。Dualism は Ackerman がアメリカの憲政史の経験から導き出した議論であるが⁵²⁾、Lim はこれをより一般に応用可能な議論とみて展開している。

Lim によれば、Whitlam は 1972 年の首相就任当初から、monist の立場に立って議会の権限を拡大する方向で憲法改正を推し進めてきた⁵³⁾。1972 年選挙における ALP の勝利は、1967 年、1969 年、1970 年の選挙で繰り返し提示されてきた改革プログラムに対する人民による Whitlam 政権への一般的委任であって、次の選挙までの期間限定とはいえ無条件の法創造の権能を付与するものであった。だからこそ、その改革を阻もうとサプライ法案の通過を拒む上院の姿勢は、オーストラリア人民の意思に対する挑戦として Whitlam に受け止められた。それは単に Whitlam 政権の政治アジェンダに対する挑戦ではなく、monism に立脚する立憲主義に対する攻撃として受け止められたのである。

他方、Fraser 率いる上院は dualism に立脚しており、時々多数派による憲法改正に対する防波堤として上院を位置づけていた⁵⁴⁾。もっとも、上院を反多数決主義の機関として位置づけるこのようなアメリカ的見方は⁵⁵⁾、オーストラリアの歴史に即した見方ではない。オーストラリアが連邦主義を採用したのは、権力分立や個人の自由を保障するためではなく、人民による自己統治をより円滑に行うという趣旨のものでしかなかった⁵⁶⁾。その意味では、Fraser がここで明確に定式化した dualism は、多数決主義と明確に対決するという「新しい連邦主義」であって、それは Whitlam の monism 型の立憲主義に対抗する構想として提示されたのである。

以上の Lim の見方が正しいとすれば、1975 年憲政危機とは、一過性の政治危

52) See Michael C. Dorf, Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning, 85 GEO. L.J. 1765 (1997) at 1775.

53) Lim above n. 42 at 72-79.

54) Lim above n. 42 at 79-83

55) James Madison, Federalist Papers No. 51 (The New York Packet on February 8, 1788).

56) オーストラリア憲法はイギリス議会制定法の一部として制定され、その本質は植民地憲法であった。イギリスとの紐帯が法的に完全になるのは、repugnancy doctrine を完全に撤廃した 1986 年オーストラリア法においてである。

機ではなく、monist か dualist かという立憲主義の体制を賭けた闘いだったことになる。そして、この両者の対抗は、ハイブリッド型の統治機構を擁するオーストラリア憲法に元々刻み込まれたものであり、この事件がなくても顕在化は時間の問題であった。実際 Lim は、1999 年の共和主義への移行を賭けたレファレンダムの際に、大統領の選任方法を直接選挙とするか否かで議論が割れたのは、その一例だったと見ている⁵⁷⁾。直接選挙とすれば、大統領と議会の間の対立が先鋭化し、責任政府のモデルからは乖離するからである。

Ⅲ 日本版・政治的立憲主義の可能性

1 一元主義からの挑戦

以上の議論は、日本の憲法学にとって極めて示唆的である。むしろ、日本とオーストラリアでは法体系も歴史も全く異なるが、一つの法体系の中に英米という二つの異なる型の立憲主義が相剋しているという点では共通している。にもかかわらず、従来、日本の憲法学では、ともすれば人権論はアメリカ、統治機構論はイギリスという棲み分けが首尾よく行われてきたために、両者の対立が曖昧にされてきた。しかし、人権論と統治機構論は共に国家権力の限界を別方向から画するものであることを思えば、両者の対立は本来不可避のはずである。

むしろ、日本の場合、アメリカから継いだ制度メカニズムが連邦主義ではなく、基本的人権の保障を目的とした違憲審査制だったという点が、オーストラリアとは異なる。この点で、憲法学は「反多数決主義の難点」を主題化して、反多数決主義と法的立憲主義の対抗を論じてきたことは注目に値する⁵⁸⁾。しかし、この問いで主題化されているのは司法審査の正当化であって、その向こうにもう一つの立憲主義の可能性を見るものではなかった。

この点を巧みに突いたのが、日本版 Whitlam 政権ともいえる第二次安倍政権

57) Lim above n. 42 at 219-31.

58) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 16-23 (1962)。ただし、阪口正二郎はこれを『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001 年）の相剋にまで高めて位置付けている点は特筆に値する。

であった。民主党の歴史的敗北を経て政権の座に着いた安倍政権は、一度は憲法96条の憲法改正発議要件を緩めて成文法典の改正に向かう素振りを見せたが、それが難しいと知るや、今度は憲法9条の改正を、閣議決定による憲法解釈の変更の方法によってやってのけた。これが数の横暴であるとして立憲主義を破壊するとの批判を招いたわけだが、monistの立場からインフォーマルな憲法改正に及んだのだと言われると、批判するのはそう容易ではない。実際、その後、法制化によって当の憲法解釈は議会によって追認されたわけであり、その後の選挙でも政府与党が勝利を収めている。責任政府の発想からすれば、主権者である人民による支持がある以上、憲法変動は起きたことになろう。

実際、戦後憲政史を振り返ったときに、特に憲法9条の文脈でdualismが徹底されてきたかは疑わしい。そもそも憲法9条が変遷を遂げたのはこれが初めてではない。個別的自衛権を許容した段階で一度変遷を遂げているし、自衛隊の海外派遣（特に積極的PKO）を決めた段階でも変遷している。これらの変遷を支えてきたのは「政府の憲法解釈」であって、それに正統性のお墨付きを与えてきたのは国民の代表者から成る議会である⁵⁹⁾。もちろん、それはあくまで解釈の名の下に展開される以上、有権の解釈機関である最高裁判所の判断を仰ぐべきとの批判はありうる。しかし、日本の裁判所は、9条をめぐる問題を「高度な政治性」を有するとして、その判断の是非を議会ひいては主権者である国民の判断に委ねてきた⁶⁰⁾。この点で一元主義を前提にすることにも一定の合理性はある。

2 一元主義に求められる責任政府の構造

しかし、monismの立場からも、インフォーマルな憲法改正は無制限に認められるわけではないことに注意を要する。そもそもコモンウェルス諸国において議会優位が認められる背景には、長年かけて蓄積されたコモンローや憲法習律の存

59) 阪田雅裕『政府の憲法解釈』（有斐閣、2013年）参照。微妙なのが、内閣法制局の位置づけである（南野森「集団的自衛権と内閣法制局——禁じ手を用いすぎではないか」世界2023年10月号）。

60) 最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁（砂川事件）。ただし、当時の最高裁長官が、判決前にマッカーサー駐日米大使と接触していたという事実は、dualismはもちろんmonismからしても由々しき事態である。

在がある⁶¹⁾。政治的立憲主義というとながてが政治の自由になされているようになみえるが、実際にはその背景に法的制約が働いており、議会議主権さえもコモンローの所産とされている⁶²⁾。たしかに、議会議は制定法によってコモンローや憲法習律を上書きすることは可能であるが、法体系を根底で支えているのはやはりコモンローと習律である。時に Common Law Constitutionalism と呼ばれるこの考え方は、権利を違憲審査で担保する法的モデルとは異なるが⁶³⁾、責任政府の構造を支えるという意味では立派に法的といえる。

日本におけるインフォーマルな憲法改正を monism によって正当化することの問題点は、この責任政府の構造の欠如にある。これはコモンローの伝統を背景に持たないから、問題というわけではない。仮にコモンローの伝統がなくても、裁判所が市民的自由を擁護し、豊富な憲法習律が積み重ねられてさえいれば、責任政府を有効に機能させることは可能である⁶⁴⁾。しかし現実はそのとは正反対のように見える。例えば⁶⁵⁾、近時衆議院の解散権の濫用が問題とされているが、これは責任政府の根幹を成す信任の構造を蔑ろにするものである。憲法が衆議院の解散を想定する典型的な場面とは、内閣に対する議会議の信任が崩れたときのような(69条参照)、国民の審判を仰ぐ必要がある場面である。これを全く自由な解散と読み替えて、野党の足並みが揃わない時期を狙って、政権の延命の為だけに解散を繰り返すのは責任政府の理念に真っ向から反する。まずは信任の構造に裏打ちされた習律上の制約を確立することが、monism によるインフォーマルな

61) See Owen Dixon, *The Common Law as an Ultimate Foundation*, ALJ Vol. 31 at 240 (1957); Leslie Zines AO, *The Common Law in Australia and Constitutional Significance*, Fed. Law Rev. 32 at 337.

62) ただし、この点をめぐっては近時有力な反論もある(See Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty* (Cambridge Univ. Press 2010) at Chapter 2)。

63) 最近では、コモンウェルス諸国でも制定法上の権利を定める国々が増加しており、これは法的・政治的立憲主義を媒介するものとして New Commonwealth Model と呼ばれる(Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth of Constitutionalism* (Cambridge Univ. Press 2013))。

64) New Commonwealth Model の射程がコモンウェルス諸国に限られないことについては、Ibid. at 11-13.

65) 他にも、2017年の憲法53条に基づく臨時国会の召集拒否は、責任政府の根幹にあるアカウンタビリティを蔑ろにするものと評価できる。

憲法改正を正統と主張する上での前提条件といえよう。

3 立憲主義のゆくえ

以上、オーストラリアを素材として、政治的立憲主義の可能性について検討を加えてきた。留意すべきなのは、法的立憲主義と政治的立憲主義のどちらかが原理的に優れているということはないという点である。ただ、革命型の国々では法的立憲主義、エスタブリッシュメント型の国々では政治的立憲主義という具合に、その国の歴史や伝統に照らして、どちらかの方がより機能しやすいということはある。そのどちらの型にも属さない日本は、英米ハイブリッド型の統治機構を継いだことで、両立し得ない二つの立憲主義が法体系の内で拮抗するよう運命づけられた。その中で1990年代の政治改革・選挙制度改革は、日本の法体系をイギリス型のウェストミンスターモデルへと近づける結果になった。

とはいえ、直ちに monism の見地からインフォーマルな憲法改正が正統化されるわけではない。責任政府の構造を確固たるものにするために、市民的自由を擁護すると共に、憲法習律を積み重ねて、責任政府の仕組みをより精錬させていく必要がある。しかし、現状はエリート主導で憲法改正が一方向的に推し進められているとの批判を免れず、monism を語るだけの統治基盤は確立されていない。もし政治的立憲主義の方向を推し進めるのであれば、まずは責任政府の名に相応しい責任の構造を、議会と政府が自ら構築していく必要があろう。

(注) 本稿は、JSPS 科学研究費補助金 (19KK0324) の助成の成果である。