

北九州市立大学法政論集第47巻第1・2合併号(2019年12月) 抜刷

## 論 説

### 「手続的立憲主義」の概念 試論

藤 田 忠 尚

## 論 説

# 「手続的立憲主義」の概念 試論

藤 田 忠 尚\*

1. はじめに
2. 立憲主義・憲法主義・憲法典
3. 憲法典の歴史性と「立憲主義の実験室」としてのアメリカ諸州憲法
4. 前提—検討の対象とするアメリカ諸州憲法の概要と略史
5. 方法—立憲手続の構造の動態的把握と要素の関連性の分析
6. 適用①—諸州憲法の発達過程に見る立憲手続主体論
7. 適用②—諸州憲法の発達過程に見る立憲手続客体論
8. 適用③—諸州憲法の発達過程に見る立憲手続過程論
9. 適用④—諸州憲法の発達過程に見る立憲手続本質論
10. おわりに

## 1. はじめに

近年、憲法改正の議論が幾度となく高まりをみせ、具体的な条項の当否にまで論議が及ぶようになってきた。これに先立ち、憲法の空洞化に対する危惧の念が語られた記憶もなまなましい。この一連の流れの中で、一時、論者の中から立憲主義という言葉が持ち出されたのであるが、意外なことに、この概念を掲げての議論は必ずしも基軸となることなく、現状に至っ

---

\* 折尾愛真短期大学非常勤講師

ている感がある。

しかし、いわゆる立憲主義が近代以降の諸国の憲法を生み出す原動力となり、また、これらを進化させてきたということは、世上一般の共通認識であるといえる。少なくとも、事実レベルでこれを積極的に否定する者は、ほとんどいないものと思われる。

したがって、立憲主義という伝家の宝刀があえて持ち出されたにもかかわらず、憲法改正議論という重大な局面において議論の中心となり得ないという現象に対しては、むしろ、私たちの、この概念の取扱い方にも問題があるのではないかと考える余地がある。

ところで、現代社会における各国憲法の法源、すなわち、法の存在形式は、おおむね「憲法典」と称する、成文・成典の文書であることが通例となっている。このような事実を前提とすると、憲法改正という行為には、これら「書かれた憲法典」を「書き換えられた憲法典にする」という動態の側面を認めることができる。

今、問題とされていることは、書かれた憲法（典）を書き換えることの是非である。であるとすれば、憲法（典）を書き記し、書き換える、という行為、その手続自体に立憲主義がどうからむのか、という問題の切り出し方も有益な気がする。

本稿は、憲法の改変という事態を視野に入れて、立憲主義という概念に含まれる手続的側面についての考察を加えることを目的とする。

## 2. 立憲主義・憲法主義・憲法典

### (1) 立憲主義は「Constitutionalism」の訳語である

本稿は、憲法学の範疇において立憲主義の機能の解明をはかるものである。したがって、研究対象の大枠を設定するために、憲法と立憲主義双方の概念の来歴と関係を示すことからこの論考を始めたい。

ここに憲法とは、英仏語のConstitutionの訳語で、明治6年頃から使われたと言われている<sup>(1)</sup>。また、立憲主義とは、英仏語のConstitution-

nalism（仏語の場合は Constitutionnalisme）の訳語である。そして、現代の諸国家においては、一部の例外を除き、各国は、成文・成典の憲法典を最高法規として設けている。したがって、一つの定義として、立憲主義とは、国家の体制および機能を、一定の内実を有する constitution によらしめるべきであるという思想をさすものである、ということもできる<sup>(2)</sup>。

Constitution という単語と Constitutionalism という単語の共通の要部をなす Constitute とは、構成するという意味を有するが、いずれも、近代国民国家における統治権力の構成と機能を一定の法価値で貫かれた高次の法により制約していこうとする歴史的思想（立憲主義）と、その成果物としての歴史的範疇（憲法）を本質とすることが特徴である<sup>(3)</sup>。

したがって、「近代的な意味の憲法とこれを裏付ける立憲主義」という関係は、「立憲主義を動因として近代（および現代）憲法はつくられる」と説明することもでき、憲法と立憲主義の密接不可分性を強く示唆するものである。

このように考えるならば、Constitutionalism の訳語としては、その目的的概念を明示するためにも、「憲法主義」という言葉を用いるほうが、むしろ適切ではないかと私は考える。とりわけ、近代憲法のはじまりからほぼ250年が経過して国家に不可欠な法形式となった今においては、その必要性はとても高いと思うのである<sup>(4)</sup>。

---

(1) 芦部信喜『憲法学 I 憲法総論』（1992年・有斐閣）、2頁。わが国には、数多くの憲法に関する体系書が存在するが、本稿では、その中で通説的見解を記述するという意味で最も標準的であるとともに、本稿の取り扱う問題について比較的詳細な記述がなされている本書を引用して記述することにする。

(2) 筆者による定義である。

(3) この歴史的範疇という捉え方については、鶴飼信成『憲法』（1956年、岩波書店）14頁-15頁。

(4) 南野森は、「憲法主義」という言葉と「立憲主義」という言葉を意識的に区別していると思われる。南野森・内山奈月『憲法主義』（2014年、株式会社PHP研究所）。

## (2) 「憲法主義」の必要性

法学の一分野として存在する憲法学は、おおむね実定憲法（たとえば日本国憲法という法典）の解釈論を着地点として組み立てられたものであるが、これを大学等で講ずる際には、まず研究対象の確定から始めることが習わしとなっている。

そこでは、さまざまなファクターによる二分論により憲法が分析され、その因子を組み合わせ、総合することによって、対象となる憲法の性格を浮かび上がらせるのである。具体的には、憲法の意味をまず、憲法と呼ばれる成文の法典（憲法典）を指す「形式的意味の憲法」と、ある特定の内容をもった法を指す「実質的意味の憲法」の2つに分ける。次にその実質的意味の憲法をさらに、国家の統治の基本を定めた法を意味する「固有の意味の憲法」と、自由主義その他の近代の政治理念に基づいて定めた国家の基礎法としての「立憲的（近代的）意味の憲法」に分けた上で、憲法の最も優れた特徴は、その立憲的意味にあるがゆえに、憲法学の対象とする憲法は、「近代にいたって一定の政治的理念に基づいて制定された憲法であり、国家権力を制限して国民の権利・自由を守ることを目的とする憲法である。」と結論する<sup>(5)</sup>。このような二分論による論旨の展開はきわめて明快であり、憲法の歴史性も反映しているので、研究対象の中核を瞬時

---

(5) 芦部信喜『憲法』（1993年、岩波書店）4-5頁。その詳細については、芦部前掲注1、2-22頁。

なお、講学上用いられる憲法を分類する方法としては、改正手続が通常の立法と異なるか否かによる「硬性憲法・軟性憲法」の区別、実質的意味の憲法が立法手続を経ていないか否かによる「成文憲法・不文憲法」の区別、実質的意味の憲法が憲法典という法典として存在するか否かによる「成典憲法・不成典憲法」の区別（「近代立憲主義の祖国と言われるイギリスは、成典憲法をもたない立憲国である」清宮四郎『憲法I新版』昭和46年、有斐閣、8頁。イギリスは不成典憲法国であり不文憲法国ではないことに注意。）、制定者の別による「欽定憲法（君主）・民定憲法（国民）・協約憲法（君主と国民の妥協）・条約憲法（諸国間の合意）」の区別（アメリカ合衆国憲法は諸国間の合意による連邦憲法であって、この分類では条約憲法になることに注意）、理想的か現実的かによる「イデオロギー的（綱領的）憲法・実利的（現実的）憲法」の区別がある。

に把握せしめる効用がある。

しかし、これは、「書かれた」憲法に考察を加える際には便宜であるが、「憲法典を書く」あるいは「憲法典を書き改める」という行為そのものに考察を加える際には、その有用性にも陰りが出る。なぜなら、この論法においては、往々にして、書かれた憲法典は、形式的意味の憲法として、対象の中軸の位置から外されるからである。

### (3) 立憲主義・憲法主義・憲法典

では、このような伝統的な憲法概念の定立方法は、立憲主義、をどのようにその中に取り込むのであろうか。

通説的立場は、中世立憲思想というものの存在<sup>(6)</sup>は前提としつつも、そのような中世の法優位の思想ないし中世根本法の観念に由来する「立憲的憲法概念」が、ロック、ルソーに代表される自然権思想を触媒として近代立憲主義となり、国民国家における、人権を保障し統治権力を抑制するための憲法制定の原理となったと整理する<sup>(7)</sup>。そして、憲法と立憲主義との関係性については、「①立憲主義とは、政治が単に形式的意味の憲法つまり成文憲法に従って行われるべきであるとの要請を指すものではない。」としたうえで「②立憲主義とイいうるためには、少なくとも一定の内容を備えた憲法に従って国家統治が行われる必要がある。」と議論を進めていくのが通例であり、焦点が、自由主義や平等主義等の、立憲主義を支える実体的価値の問題に直ちにシフトする傾向が見受けられる<sup>(8)</sup>。

しかし、近代立憲主義自体が、その制度的発現として、時の権力者を名宛人とする成文憲法を制定する形態をとったことは歴史的事実である。そして現在も、成文形式をとらない立憲的憲法はほとんどないと言ってよい。

この点、成文憲法という法形式が世界的に普遍化した理由として、芦部

---

(6) ティアニー著、鷲見誠一訳『立憲思想 始原と展開 1150-1650』（1986年、慶應通信）

(7) 芦部前掲注1、22-40頁。

(8) 杉原泰雄編〔芹沢斉〕『新版 憲法事典』（2008年、青林書院）137頁-142頁。

信喜は、以下の 3 つの理由を挙げる。①成文法は慣習法に優るという近代合理主義、②新しい権力関係を樹立する際には新しい統治機構の少なくとも骨組みを文書に書き留めるといふごく端的な基本的理由、そして③社会契約説である。そして、芦部は、3 番目の理由として挙げられる社会契約説について、国家は自由な国民の社会契約によって組織され、その社会契約を具体化したものが憲法であるとする<sup>(9)</sup>。

ここに、社会契約説とは、国家組織の基本原則であるから、ここから直接的に成文憲法主義が導き出されるのであれば、近代以降の立憲主義の概念の射程には、法典としての憲法典を作成しこれを改変していくという法的な文化そのものも入れるべきであるということになる。換言すれば、立憲主義は憲法典に対して外在的なものではなく、内在的なものとして考えるべきではないだろうか。

#### (4) 憲法主義の核心—憲法を書くこと（立憲手続）

本稿の冒頭で、立憲主義は英仏語である *Constitutionalism* の訳語であることに触れた。では、原語の世界では、一般に、これをどのように説明するのであろうか。

ロバート・マデックスは、『図解憲法基本概念事典』の *Constitutionalism* の項を、次のように説明する<sup>(10)</sup>。「今日における立憲主義の意味には、政府の権力が制限されあるいは監視される立憲政体を指す場合と、憲法により実現される原理・信条を厳格に守ることを指す場合の双方がある。国民国家が、政府の権力を制限することを目的とする憲法典を有すれば、上掲第 1 の定義に合致することになるであろう。しかし、それは傷つけられる可能性があり、その傷つけられる勢力が、憲法典が支持する原理の固守に失敗し、第 2 の定義に当てはまらない状態としてしまう可能性がある。」（下線部筆者）

(9) 芦部前掲注 1、32 頁。

(10) see Robert L. Maddex, *The Illustrated Dictionary of Constitutional Concepts*, Washington D.C.: Congressional Quarterly Inc. (1996) at 67.

すなわち、マデックスは、憲法典を、重要な立憲主義の媒体としつつ、これが有する基本原理を保持するための動態を第2の定義として明確化する。これは、立憲主義の観念の中に、憲法の変動の際に、その憲法に示された原理を保持するという推進力も、そこに含まれる意味内容として内在していることを主張するものである。したがって、第2の定義における立憲主義とは、動的な概念であり、推進力を有する概念である。本稿では、この立憲主義の動態的構造を明らかにすることを目的とする。

ちなみに、憲法に含まれる原理の保持が発現する場面には、その原理が具体的事件に即して宣言される憲法訴訟の局面と、憲法を書き改める際にその原理との整合性が厳しく問われる憲法典の修正または改正の局面の2局面が考えられる。本稿では、後者の局面に絞って、その動態的基本構造の考察を加えることを目的とする。

### 3. 憲法典の歴史性と「立憲主義の実験室」としてのアメリカ諸州憲法

(1) 近代・現代の諸国憲法典の系譜は、アメリカの植民地文書に起源を有し、そのスタイルは18世紀アメリカの諸州憲法を嚆矢とする

憲法思想の研究者であるドナルド・ルッツは、憲法典を定めることによって国家の基本法とするという伝統の起源と発達について、次のように述べる（傍点筆者）。「最初の伝統は、植民地憲章、特許状、および英国で記された入植者への命令の中に見出すことができる。いくつかの点で、連邦憲法は、こちらの伝統に親和的である。二番目の伝統は、入植者たち自身によって書き記された誓約・盟約（covenants）、契約・協定（compacts）、協定・合意（agreements）、条例（ordinances）、規約（codes）および宣誓（oaths）に見出される。連邦憲法も同様にこの伝統の姿を具体化するとはいえ、われわれがこの二番目の伝統が十分に花開いた姿を見出すのは、初期の諸州（諸邦）憲法においてである。……これら二つの伝統がブレンドされることによって、比類なくアメリカ的な憲法の伝統を導いたのであ



る。」<sup>(11)</sup>

ちなみに、ルッツは、成文憲法の備えるべき機能として、次の8つを挙げている<sup>(12)</sup>。ここからうかがい知ることができる憲法の姿とは、すぐれて意図的、積極的な制定者の意思であり、その表明である。

- ① 生活様式の輪郭を定める — 倫理的価値、主要な行動原理、および人々が志向する正義の明確化
- ② 〔制定者の〕指示に従い、共同体の人民（ピープル）を創設し および／または 明確化する
- ③ 生活様式の達成の助けになるように、政治制度、共同の意思決定プロセスを明確化する — 換言すれば、統治機構を明確化する
- ④ 政治体制、公共、および市民権を明確化する
- ⑤ 政治体制の権力の基礎を確立する
- ⑥ 政治的権力を分配する
- ⑦ 管理できるように、利害の対立を構造化する
- ⑧ 政府の権力を制限する。

(2) アメリカ諸州憲法で原型が確立した憲法典という法形式はやがて世界中に伝播することになった

憲法学者ベンジャミン・ライト（Benjamin Wright）は、アメリカ州憲

---

(11) Donald S. Lutz, *Colonial Origins of the American Constitution, Indianapolis* : Liberty Fund Inc. (1998), at XX | このルッツの所論の立脚する立憲主義観は、彼の『立憲構想論』における「哲学と同様に、立憲主義は、定まった解答によって成り立つものではなく、その代わりに、絶えず継続する問いかけと学習によって構成されているものである。したがって、一般に立憲主義の重要な部分をなす立憲構想論は、その中に、こみ入った規範的、分析的かつ経験的な考慮が埋め込まれており、これらがあわさって、思索と行動が統合されたプロセスを解明するものである。」との表現によく示されている。（Donald S.Lutz, *Principles of Constitutional Design*, New York: Cambridge University Press(2006). at 215-216.）

(12) Donald S. Lutz, *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge: Louisiana State University Press(1988). at16.

法が近代成文憲法の原型となったことについて、次のように述べている。「アメリカ革命からフランス革命までの間に、アメリカの当初の邦（州）憲法は、それらに〔内在する〕可能性ゆえに、ヨーロッパに最も大きな影響を与えた。1776年から1782年までの間に起草されたこれらの文書は、西洋立憲主義の新時代の始原的存在となったのである。1776年という単年度に、8つの新しい邦（州）憲法が起草されて承認を受け、他に2つの邦（州）憲法が修正を施された。「したがって、その年は、1787年と並んで、近代憲法制定史において最も意味深い年の一つとして位置づけられなければならない」<sup>(13)</sup>。

憲法史家ジョージ・ビリアスは、アメリカ州憲法の伝播の状況について、1770年代のアメリカ諸邦（州）憲法がまさに成文憲法の新時代を開いたことを重視し、この成典成文憲法という方式が1790年代のフランスにおいて踏襲され、同様にして、フランス革命の影響を受けた諸国にも踏襲されるにいたったことを強調する<sup>(14)</sup>。

ビリアスは、1776年のバージニア憲法およびその権利宣言が1789年フランスの「人および市民の諸権利の宣言」に影響を与えたこと、1799年までの間にはアメリカ諸州憲法とトマス・ペインの著作が18世紀の革命のシンボルとなって、フランス革命期の衛生共和国（バタヴィア共和国、ヘルヴェティア共和国、チザルピーナ共和国、リグリア共和国、ローマ共和国、バルテノベア共和国）の建国の理念となったこと、そして短命には終わったが、1790年のベルギー合衆国創設のよりどころとなったこと等を具体的に挙げて、自説の妥当性を論証している<sup>(15)</sup>。

---

(13) George Athan Billias ed., *American Constitutionalism Abroad: Selected Essays in American Comparative Constitutional History*, New York: Greenwood Press (1990), at 19.

(14) *Id.* at 19-23. フランス憲法は実質においても形式においてもアメリカ憲法の影響下にあるということである。これは、思想・文書の系譜的にも、決してお国自慢ではないと思われる。

(15) See George Athan Billias, *American Constitutionalism Heard Round the*

### (3) アメリカ諸州憲法は憲法典の起源と発達の様相を示す「立憲主義の実験室」である

以上のとおり、アメリカ諸州憲法は近代の憲法典の起源をなすものとしての研究価値を有するものであるが、同時に、その発達状況を豊富な事例をもって立証する研究情報源でもある。

アメリカ合衆国は、いわゆる「二重の立憲主義（dual constitutionalism）」をとる連邦国家であり、「人民が 2 つの最高統治権力の下に存在する政治体制」のもとに、「連邦政府と州政府は統治機関として相補的な同等の最高権力（co-sovereign powers）を有している」<sup>(16)</sup>。このような事情の下に諸州の憲法はそれぞれが主権を有する政治的共同体の憲法として並立し、相互に影響を与えつつ、連邦憲法との間でも、その規律の内容に関する影響を与え合ってきた。

したがって、アメリカ諸州憲法は、時代が求める憲法条項をいち早くこれを憲法典に取り入れることにより数々の先端的な憲法条項を生み出してきた。またそれが連邦内諸州に伝播する過程で、諸州の事情による規定類型の相違も生み出してきた。1932年、1916年から1936年までの間連邦最高裁判事を務めたルイス・ブランダイスはニュー・ステイト・アイス・カンパニー対リーブマン事件判決において州を「民主主義の実験室（Laboratories of Democracy）」と評したが<sup>(17)</sup>、この表現を借りるならば、250年にわたる諸州憲法の協奏的発展は、まさに「立憲主義の実験室

---

*World, 1776-1989 : a global perspective*, New York : New York University Press (2009), at 22-27. ビリアスは、前注13の構想を膨らませたこの著作で、18世紀末葉から20世紀の終わりにいたるまでヨーロッパ、南アメリカ、カリブ地域、アジア、アフリカへとアメリカ流の立憲主義が伝播していった歴史的状況を、豊富な資料の下に壮大なスケールで叙述する。

(16) Kevin B. Smith, Alan Greenblatt, Michele Mariani, *Governing States & Localities*, (Washington D.C. : CQ Press, 2008), at 69. アメリカ合衆国は連邦国家であり、単一国家ではない。諸州はstatesであり、それぞれが主権を把持している。

(17) *New State Ice Co. v. Liebmann* (285 U.S. 262, 311)

(Laboratories of Constitutionalism)」としての役割を果たしてきたといえる。

#### 4. 前提—検討の対象とするアメリカ諸州憲法の概要と略史

(1) アメリカ諸州憲法の構成と規定事項には近・現代の憲法典が備える条項がほぼ出尽くしている

アメリカ州憲法研究の先駆者であり現在でも先導者であるアラン・タールとロバート・ウィリアムズは、アメリカ諸州憲法に共通する一般的な構成要素を次の11の項目に整理する<sup>(18)</sup>。

① 前文 (Preamble)、② 権利宣言／権利章典 (Declaration of Rights/ Bill of Rights)、③ 権力分立／分配 (Separation of powers)、④ 選挙権 (Suffrage)、⑤ 立法部に関する条項 (Legislative Article)、⑥ 行政部 (執行部) に関する条項 (Executive Article)、⑦ 司法部に関する条項 (Judicial Article)、⑧ 財政に関する条項 (Public finance)、⑨ 地方政府に関する条項 (Local government)、⑩ 政策領域に関する条項 (Policy areas /Public policy)、⑪ 憲法の改変に関する条項 (Constitutional change)

これらは、すべてが当初の州憲法に備わっていたものではなく、250年にわたる州憲法の歴史の中で徐々に加えられてきたものである。したがって、その憲法条項化の経緯を見ることにより、立憲主義の手続構造が、増加した項目をどのような事情に基づき増加せしめたのか、また、各項目の内部をどのように変容せしめたという点を問題にすることができる。

---

(18) See G. Aran Tarr, Robert F. Williams, *United States of America Sub-national constitutional law*, The Hague : Kluwer Law International (1999), at 16-18. See also G. Alan Tarr, *Understanding State Constitutions*, Princeton : Princeton University Press(1998), at 11-23. Robert L. Maddex, *State Constitutions of the United States*, Washington D.C.: Congressional Quarterly Inc.(1998), at xvii· x x iii

(2) アメリカ諸州憲法の各条項は、経過した各時代相における**people**（憲法制定権力）の強力な意思の反映である

アルバート・スタームは、アメリカ諸州憲法の歴史を i 草創期、ii 19世紀前半:1800年－1860年、iii 南北戦争、再建時代、戦後:1860年－1900年、iv 改革のはじまり:1900年－1950年、および v 憲法の現代化:1950年－の 5 つの時代区分に分けて説明する<sup>(19)</sup>。以下、スタームの論旨の骨格に沿って、適宜重要な部分を括弧を付してそのまま引用しながら記述する。

i 草創期

「近代成文憲法というものを考案したのは建国の父たち」であるが、「成文憲法という思想が明確に具体化したのが何時なのかを決定するのは困難である。ただし、1776年から1780年の間に練り上げられた最初の邦憲法の基礎を提供したのは植民地の憲章であった。」そのとき「起草者たちによって提案された憲法案は、投票に付され、かくして、以後 2 世紀にわたって憲法改変の手続モデルの基礎となる先例が形成された。」<sup>(20)</sup>

「最初の州憲法は、植民地時代の経験の論理的な帰結であり、一般的に、植民地の統治組織を取り入れるもの」であったが、独裁への警戒や、別に置かれた権利章典、さらには、二院制議会などを特徴とするものであった<sup>(21)</sup>。

これらにおける統治組織は、人の支配ではなくて法の支配をめざしており、明瞭な三権分立によっても特徴づけられる。「しかしながら、司法審査〔権〕については、当初の州憲法には〔一般には、明文では〕含まれなかった。これが正式に承認されたのは、1778年から1787年の間では、数州にとどまる。」なお、「代表制については、いくつかの改善がなされたにもか

(19) Albert L. Sturm, *The Development of American State Constitutions*, *Publius: The Journal of Federalism* 17 (Winter 1987) :57-98.

(20) なお、州憲法を含むアメリカ憲法の原型が植民地憲章に遡る点については、Donald S.Lutz, *Colonial Origins of the American Constitution*, Indianapolis : Liberty Fund Inc.(1998)に多数の一次資料が採録されている。

(21) Sturm, *Supra* note19, at62.

かわらず、政治的平等というものに対する起草者たちのおそれが、未だ残されていた。」特に、南部の地主階級や、奴隷所有者たちにとっては、そうであった<sup>(22)</sup>。

## ii 19世紀前半：1800年—1860年

この時期には、政府の必要性和責任を変革することが諸州憲法の課題となり、そこには、旧来の問題への考慮と、新しい問題への挑戦の、双方が含まれていた。「この時代の憲法の変革を生んだ大きな力は、人口の増大、西部への移動、経済発展、そして、ジェファソニアン・デモクラシーとジャクソニアン・デモクラシーの圧力であった。」「権利章典には、ほとんど変更がなかったが、政治活動の権利が大いに増大した。」そして、「諸州における改革の達成により、特に、州憲法の条文の中の、選挙権、代表のあり方、政府の三権の権力関係の変化が生まれた。」<sup>(23)</sup>

本稿との関係では、「コモン・マン」の時代を開くアンドリュー・ジャクソンの大統領就任により、州憲法も少なからず影響を受けたこと、特に裁判官の公選制が諸州で普及し始めたことに注目される<sup>(24)</sup>。また、産業と企業の規制が行われるようになって引き起こされた州政府機能の増大が州憲法にも影響を及ぼしたことも、重要である。スタームは、文中でウィリアム・B・マンロー（William B. Munro）の次の言葉を引用する。「一般人の意識において、旧来の自然法思想は衰退し、『国民の安全が最優先の法である』というローマ法の法諺によって具体化される原則が、これに

---

(22) *Id.* at62.

(23) *Id.* at62-65.

(24) 司法の民主的コントロールの要請が裁判官公選制の伝統を生み出したことに注目したい。諸州憲法には、各州の裁判官の選任の方式と任用の資格についての規定が置かれているが、それらは、多分に政治的な色彩を有する次の5つの方式に分類することができる。① Merit Selection 能力主義任用制（21州）、② Partisan Election 党派の選挙制（11州）、③ Nonpartisan Election 無党派の選挙制（18州）、④ Appointment by the Governor 州知事による任命制（7州）、⑤ Election by the Legislature 立法部による選挙制（3州）

置き換わった。」<sup>(25)</sup>

### iii 南北戦争、再建時代、戦後：1860年－1900年

1860年から1875年までの間に、全部で18の州が、38の新憲法および改正憲法を制定した。その一因として、「連邦憲法における2つの『南北戦争修正』、すなわち、修正第14条と、同第15条が、連邦の憲法や政策や行政に影響を与えたのと同様に、州憲法の改変の方向性にも大きなインパクトを与えた」<sup>(26)</sup>ことがあげられる。また、「南北戦争後の30年は、『貪欲、強奪、利得』の時代として特徴づけられる。この時代に起草され、修正された憲法の中身は、州民が、新しく切り開かれた社会サービスだけではなく、経済活動をも規制しうる権限を、州政府に認めたという傾向を反映している。」「社会サービスについてだけではなく、鉄道や銀行その他の企業をも規制するための条文が州憲法に加えられた。」<sup>(27)</sup>

この時期から、諸州の憲法は、その機能面において連邦憲法とは一線を画する、独自の道を歩み始めることになる。

### iv 改革のはじまり：1900年－1950年

20世紀に入ると、「マックレイカーによる公的機関の汚職の暴露や政府に対する民主的コントロールの伸長が、諸州の政治改革を先導し」連邦レベルでも、1920年の連邦憲法修正第19条により、すべての州に対して婦人参政権を認めることが要求された。しかし、「修正第19条よりも前から、州政府に対する民主的コントロールは、イニシアティブやリファレンダム、

---

(25) スタームが引用したこの箇所は、William B. Munro, *An Ideal State Constitution*, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science 1935 ; 181: 1-10 からのものであると思われる。

(26) 1868年に成立した連邦憲法修正第14条は市民権、法の適正な過程および平等権を、1870年に成立した同修正第15条は選挙権の拡大をそれぞれ保障して非白人の政治参加の道を開いた。

(27) Sturm, *Supra* note 19, at 66-67.

さらにはリコールの採用により、すでに進展を見せており、実質的に先行していたのは州レベルのムーブメントであったといえる。ただ、「政治への民衆参加の向上は、却って、投票という行為の問題性を浮かび上がらせることにもなり」、一種の落ち着きのなさを諸州にもたらしたことは否めない<sup>(28)</sup>。

本稿との関係では、この時代に、全米の規模で州憲法を現代化する試みがなされたことに注目したい。全国自治連盟は、1920年代初頭に「モデル州憲法」を策定し、これが、州憲法制定者たちの必読文献となった。しかし、その第6版（最新版）において、ジョン・E・ヒーバウトが言うように、「厳密に言うならば『モデル州憲法』というようなものは存在し得ない。なぜなら、モデル州などないからだ。」という言葉にもうなずけるものがある。

また、裁判官の選任に関する能力主義任用制（いわゆる「ミズーリ・プラン」。ミズーリ州が最初に導入したのでこのように呼ばれる。）がこの時期に創始され、裁判官公選制の伝統に一定の修正を促したことに注目する必要がある。

#### v 憲法の現代化：1950年—

この時期から、「とどまることのない州の機能の増大や、大きな公共問題の圧力の結果もたらされた、州政府の不完全性が顕在化した。1950年代初頭には、不安や暴動という結果を生んでしまうマイノリティー・グループに対する不平等な取扱が、政府間関係委員会による、州憲法の改善の必要性についての指摘を生んだ。」<sup>(29)</sup> 一方で、基本法としての州憲法に対する期待も増大し、新司法連邦主義（New Judicial Federalism）と称される、州裁判所が、連邦憲法を超える権利保障を州憲法を根拠に実現していくという現象も生み出されるに至った。

---

(28) *Id.* at68-71.

(29) *Id.* at 71.



1950年代には、2つの新憲法（1950年ハワイ州、1956年アラスカ州）が制定され、1960年代中盤から1970年代にかけて、多くの州で（1960年ミシガン、1965年コネチカット、1968年フロリダ、ペンシルバニア、1970年イリノイ、ノースカロライナ、ヴァージニア、1972年モンタナ、1974年ルイジアナ、1976年ジョージア）、広範囲にわたる憲法改革が行われた。

スタームによって整理されたアメリカ諸州憲法の発展史も、現代諸州憲法に至る諸問題の憲法条項化が、何を動因として、どのようなダイナミズムのもとに達成されたかを示している点で、本稿の考察に多くの素材を提供してくれる。

### （3）アメリカ諸州憲法の発展史は、それぞれの地域の特性に応じた類型的分布を生み出した

政治学者ダニエル・イレイザーは、近代から現代にかけて、アメリカ合衆国の諸州が順次東部から中西部を経て西部へと拡大していった過程で次々に生み出されていった諸州憲法に一定の類型的分布が形成されたことを指摘する。イレイザーによる分類は、次の6類型である<sup>(30)</sup>。

#### i 共和国型（The Commonwealth Pattern）

ニューイングランド諸州の憲法を適例とするものであり、州憲法最古の類型である。「制定に際しては、18世紀のピューリタン思想と独立派の考

---

(30) See Daniel J. Elazar, “The Principles and Traditions Underlying State Constitutions,” *Publius: The Journal of Federalism* 17 (Winter 1987) :11-25, at 18-23. イレイザー自身は、類型が生まれた要因について、「これらの類型が根ざすものは、独立時代当初の憲法原理に加えて、新世界の北部、中部、南部の各植民地に入植した開拓者たちの間にあった、それぞれのタイプと目標であり、そこから相違点が生まれてくる。」とし、それぞれの憲法を生み出し続けてきた営みを、「憲法の構想とは、政治思想、および政治文化、ならびに最も現実的な目的に向けて行われる制度づくりを関係づけていく道程であるといえる。」と総括する。なお、i から vi までの説明の引用部分は、特に断らない限り、イレイザーのこの論考からの引用である。

え方に基礎を置いた」が、「これらの憲法典は、基本的に思想的な文書であり、市民社会の方向を定め、共和制の理論を表現するとともに、これを制度化することを第一義としていた。」そこでは、「市民社会を創設し、その統治の機構を推進する社会契約としての憲法、という性格が強調される。」比較的、文書としての憲法典は短い。

## ii 産業的共和国型 (The Commercial Republic Pattern)

ミドル・ステーツ諸州の憲法を適例とする。「これらの州は、その領域への移民の波動的な流入によって作り出された人種的・商業的利益や思想上の対立の要請を受け、一連の妥協の下に各々の憲法を構築してきた」ことが特徴である。したがって、これらの憲法は、前者（共和国モデル）に比べて長くなる傾向がある。なぜなら、何が政治的に正しいことか、について、互いに鋭く対立する要素について、これを歩み寄りにより緩和してきたからである。

## iii 南部社会契約型 (The Southern Contractual Pattern)

この類型は、南北戦争の敗戦により、いったん憲法の連続性を分断された南部諸州の憲法が属する類型である。これら南部諸州の憲法の多くは、連邦からの離脱、南北戦争の敗戦、戦後連邦政府から強制された再建時代の憲法、その後復活した白人優位の支配による復古、という劇的な流れをたどった。

## iv フランス市民法型 (The Civil Code Pattern)

旧フランス植民地であったルイジアナ州が属する類型であり、フランス法の背景にもとづく独特の類型であるとされている。

## v 統治機構設置型 (The Frame of Government Pattern)

これは、もっぱら、極西部地方の人口密度が低い州にみられる類型であり、憲法は何をさて置き統治の機構を定めることをもって第一義とする、

という考え方を特徴とする。

#### vi 行政管理型（The Managerial Pattern）

アラスカ、ハワイという最も新しい2つの州がこれに属し、イレイザーは、20世紀後半に形作られた、ハミルトン主義者の統制モデルという意味で、この名称を付している。「それらは、今日の憲法改革者たちにより構想されるモデルに最も近いもの」であり、「この改革モデルは、簡潔性、州の行政部に対する広い権限の承認、および立法部に対する少ない制約を強調する」、としている。さらに、これらは、「地方政府、天然資源保護、および社会立法を取り扱う条文によって特徴づけられる。」ものである。

イレイザーの分析も、憲法を必要とする政治的共同体の属性が、立憲手続の諸要素にどのような影響を及ぼすかを示している。

### 5. 方法—立憲手続の構造の動態的把握と要素の関連性の分析

#### (1) 憲法典の作成・修改正の考察には手続的なアプローチが適している

憲法の作成・修改正とは、憲法典がない状態または既存の憲法典から書かれた憲法典または書き改められた憲法典へと至るプロセスであり、これを法的に考察するには、手続的なアプローチが適している。

手続法とは実体法の対概念であり、たとえば、民事訴訟法の判決手続であれば、①権利義務の存否を明らかにして実体法を実現するという目的ないしは紛争の解決という目的のもとに、②訴の提起という起点から終局判決という手続の終点に向けて、③様々な関係主体の行為の連鎖を規律していくことにより構成されている点がその特色である。そして、これらの行為の連鎖は、設定された目的によって結合されている。

これを一般化すると、手続の構造は、起点から終点に至る「過程（プロセス）」であって、その過程を織りなすものが、手続の「客体」およびこれに向かってなされる各「主体」の行為の連鎖である。そして、これらの

過程・客体・主体を統合してその諸要素の内容を決定するものが、制度の目的を中核として各要素の意味を付与する、手続の「本質」である。

これら手続を構成する各要素中の重要概念は、他の要素中の重要概念の理解が前提となっていて相互に関連している点で「円環構造」をとっており、この関係しあう各概念の対立と照応の関係から、各概念の影像が浮かび上がるという特質が認められる。

憲法典においても、その作成や修・改正という変動の動態に、この分析を応用することが可能である。本稿では、このような立憲主義の手続的側面を、観察可能なようにモデル化することによってそれぞれの実体と相互関係を把握しようと試みるものである。以下、分説する。

## （2）まず、立憲手続の動態的構造を、主体、客体、過程、本質の4要素により分析する

まず、立憲手続は、そのプロセスを構成する、4つの要素に、これを分析することができる。すなわち、手続の本質論、主体論、客体論、および過程論である。

①第1に、立憲手続の主体論とは、端的に「誰が」憲法典を書くべきなのかという問題である。憲法典に即して考えるならば、諸国の憲法に存在する前文が手掛かりとなる。たとえば、「日本国民は」で始まる日本国憲法においては、日本国民がそれである。また、**We the people** で始まるアメリカ合衆国憲法においては、**people** が立憲手続の主体である。

②第2に、立憲手続の客体論とは、「何を」憲法典に書くべきなのかという問題である。この点については、成文（成典）憲法の嚆矢とされる（この事情については後述する）独立時代のアメリカ諸邦（諸州）憲法が **frame of government**（統治機構）と **bill(declaration) of rights**（権利章典（宣言））の2部構成により憲法典を書くという方法をとることにより、大枠が確定した。以後、この問題は、この枠組みの中にもどのような事項を盛り込むか、という形で推移している。近代憲法から現代憲法への変異の中で、書き込まれる事項の多様化が進んでいる。その多様化には、前記立

憲手続の主体の変化が深くかかわっている。

③第3に、立憲手続の過程論とは、どのような方法順序によって憲法典は書かれるべきなのかという問題である。既存の憲法を前提として考えるならば、この問題の実践的意義は、憲法典の修正または改正手続に関する立法論に帰することになる。憲法は、国家の基本法であるので、その存在自体に高度の安定性が必要である。その一方で、時代に適応する可変性も必要であるところから、各国の憲法典には、憲法の改正修正手続に関する規定が置かれている。そこでは、前述の他の構成要素といかに整合したものとするかという点が問われることになる。

④第4に、立憲手続の本質論とは、立憲主義の実体的側面が担う実体的な法価値をどのように国家の基本法において正確に記述し、これを憲法典全体におよぼすか、という問題である。たとえば、個人主義、自由主義、平等主義、民主主義など、統治の機構と機能を定める際に参照すべき基本原理がここにいう実体的法価値とすることができ、いわば憲法典のモチーフとなる。そして、他の構成要素が組み合わされて起動する憲法の変動の際は、これらの本質的要素が中軸となって、他の各構成要素を結合させる形で機能する。

**(3) つぎに、立憲手続の動的構造を、構成する諸要素を互に関連づける円環構造をなす、デザインモデルとして把握する。**

つぎに、4つに分析された立憲手続の構成要素は、これらが機能する動態にあっては、各々が相互に影響し合うという円環構造によって手続を導いていく。

筆者は、この円環構造によって各要素を結節し、起動させるダイナミズムこそ、立憲主義の手続的側面が生み出す「憲法構想力」であり、立憲主義を実存的なものとして鼓動させる必須要素であると考えている。以下、項をあらためてこれを検証してみたい。

## 6. 適用①—諸州憲法の発達過程に見る立憲手続主体論

### (1) 立憲手続の主体の意義と展開の原理

立憲手続の主体は、端的に「誰が」憲法典を書くべきなのかという問題である。アメリカ諸州憲法は、前述したとおり、おおむねそれらの前文の冒頭で“we the people”「われら人民」が憲法典を書くものであると端的に宣言している。この結果、憲法的には、この **people** とは何かということ、憲法典の中で明らかにする必要に迫られることになった。

その際、人民主権主義をとるアメリカ諸州憲法においては、**people** を観念する単位に抽象的な人間の集合体を観念することは許されず、あくまでも、観念する単位は、個々の「個人」へと求心的に集中した。その結果、立憲手続の主体としてカバーされる範囲は、「あらゆる個人」へと遠心的に拡大した。以下、詳細を見てみる。

### (2) 立憲手続の主体たる **people** 概念の徹底は、自由主義や平等主義と結びつき、権利保障を受ける者の属性を拡大させた。

憲法典に含まれる権利章典（宣言）における権利保障の範囲は、当初は、伝統的な、言論および出版の自由、宗教活動の自由、裁判を受ける権利、刑事手続における被告人の各種権利の保障であり、いわば、普遍的な人間一般を享有主体とするものであった。しかし、やがて、州憲法レベルでは、これにとどまらず、しばしば、連邦憲法においては明示的には認められていない権利をも含むようになった。そのなかには、女性、障害者、犯罪被害者、納税者に対する権利保障等も含まれるようになり、連邦憲法がいわば最小限の基本権を保障するのに対し、州憲法に列挙される権利保障がもうひとつの層の保障を実現するものであることが示されている。

この点につき、ドナルド・ルッツ（Donald S. Lutz）は、「〔連邦〕憲法は不完全である。なぜなら、われわれが持ち込むことができるおびただしい数の問題に単一の法典で答えることは不可能だからである」と述べ、州憲法には連邦憲法の権利保障を完結させる機能があることを指摘する<sup>(31)</sup>。

**(3) 立憲手続の主体であるpeople 概念の拡大は、民主主義と結びつき、選挙権の主体的範囲を拡大させた。**

選挙権に関する条項は、州の選挙に投票するための資格を、立憲主義の実現にかかわる重大性から、法律レベルではなく憲法のレベルで詳しく定めるようになった。

前述した *We the people* という前文の冒頭句における「ピープル」の観念は、アメリカ憲法史においては必ずしも自明ではない。州憲法の発展過程においてさまざまな集団が政治的な力を勝ち取るにつれて、彼らはしきりに、彼らの集団自身とその利益が憲法上承認されるよう、働きかけてきた。投票資格をめぐる問題は多くの衝突を発生させ、統治権力の分配をめぐる問題そのものを提起した。

まず、黒人の参政権については、諸州においてさまざまな障壁が設けられ、連邦議会が 1965 年に投票権法を制定するまで、除去されることはなかった。また、婦人参政権については、19 世紀終盤から 20 世紀初頭にかけて、ワイオミング州と他の数州が婦人参政権を先駆けて承認し、それらの先導に従って、連邦政府は、合衆国憲法修正第 19 条（1920 年成立）において婦人参政権を正式に規定するに至った。

**(4) 関係的概念としての手続的立憲主義**

以上のように、立憲手続の主体の拡大は、立憲手続の本質である自由主義や平等主義、さらにはその根底をなす個人の尊厳の観念という近代的な法価値との関係性の下に引き起こされた現象であるが、これは、後述する諸州憲法の修正や改正という立憲手続の過程を通じて実現したものである。その意味で、立憲手続を構成する諸要素の関係性や運動性を表現するものとして「手続的立憲主義」という表現を用いることが便宜であると思われる。手続的立憲主義は、前述の円環構造を起動させる動因と捉えるこ

---

(31) Donald S. Lutz, *"The United State Constitution as an Incomplete Text"*, 496 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 33 (1988) at 32.

ともできる。以後、必要に応じてこの用語も使用しながら、論考を進めることとする。このような手続的立憲主義のはたらきの下に、ここで述べた立憲手続の主体の拡大は、立憲手続の客体の拡大をもたらすこととなった。

## 7. 適用②—諸州憲法の発達過程に見る立憲手続客体論

### (1) 立憲手続の客体の意義と展開の原理

手続的立憲主義の第2の登場場面が、立憲手続の客体の拡大である。立憲手続の客体とは、「何を」憲法典に書くべきなのかという問題である。立憲手続の客体は、立憲手続の主体が立憲手続の過程を通じて創設し、あるいは変更するものなので、立憲手続の主体の変化と深いいかかわりをもつ。ここでは、アメリカ諸州憲法が嚆矢となって、いわゆる現代憲法と呼ばれる、20世紀の各国憲法に大きな影響を与えた「政策条項」の生成と発展をとりあげて考察を加えたい<sup>(32)</sup>。

### (2) 立憲手続の主体であるpeople概念の拡大は、憲法典による立法部の義務付け（政策条項）という方策を生み出した

手続的立憲主義を担うpeopleの拡大と、深化と多様化は、やがて州政府の政策を方向付け、あるいは拘束する条項を生み出すに至った。これは、おおむね20世紀初頭の社会の変革に対応する形で諸州憲法の改正の形で発現した現象である。労働者の権利や困窮者の権利などの社会経済的権利の保障につながる諸施策が憲法条項化され、立憲手続の本質としての憲法価値に、福祉主義という新しい理念を付け加えるに至った。

この州憲法における政策条項（policy provisions）は、立法活動に向けた直接的な禁止規定（direct prohibitions on legislative action）として置

---

(32) この問題は、政策を憲法条項に書き記すことの意味の問題であり、アメリカ諸州憲法の影響も受けた（と筆者が考える）日本国憲法25条—28条の解釈論にもかかわる問題である、と考える。



かれる場合がある。これには、あらゆる宗教組織の支援または宗教目的のための公金使用の憲法による禁止令などが含まれる。また、州憲法における政策条項は、政策指令（policy directives）の形をとる場合もある。しかし、より頻繁なのは、立法部に対する憲法による義務付け（constitutional directives）であり、これは、立法部に作為を要求し、もし、立法部がこれを怠ったときには、司法部による義務付けを許すものである。

### （3）政策条項は憲法典の新たな地平を切り開いた

このような規定は、いわば州内の権力の実態と憲法との戦いの所産として生まれてきたものであることに注意する必要がある。すなわち、州内の実在する権力（power）が憲法上の制約のないところに存在するがゆえに、また州裁判所が当該権力に対する制約を狭く解釈することを特徴とするがゆえに、州憲法の制定者たち（people）は州の権力に対する制限を憲法に明記することの必要性に気づいてきた。加えて、州の政治的多数者たちは、彼らの政策を基本法の中に書き記してそれらの政策が将来の多数者たちによって変更されることから守ろうとしてきた。その結果、州憲法は長大化し詳細化する傾向をもつようになり、19世紀終盤に承認された州憲法は、多くの「憲法による立法」（Constitutional Legislation）の条項で満たされることになった。

これは、それらが上位規範である成文憲法典に書きとどめられ、そのことにこそ意義があったといえるものである。この意味で、公共政策条項という憲法現象は、いわば立憲主義が妥当する射程を拡大する働きであると言える。

比較法の見地からは、これらの政策条項が憲法上の権利保障の新たな地平を拓いた点も指摘する必要がある。この点につき、アラン・タールは次のように述べている。

「これらの条項は権利保障条項として組み立てられておらず、また権利宣言に含まれるものではないにもかかわらず、機能的には積極的権利（Positive Rights）と同等の働きをなすものである。たとえこれらの条項

が特段の直接的な立法措置を命ずるものでもなくとも、自力執行的規定として、政府が作為義務の履行を怠った場合の訴訟原因たりうるのである<sup>(33)</sup>。」

#### （4）政策条項は伝統的な憲法上の統治機構を変更するものなのか

比較法的見地からは、州憲法における公共政策条項の系譜的理解に関しては、アラン・タールによる統治機構論的アプローチからの検討と、ジョン・ダイナンによる人権論的アプローチからの検討が有益である。

アラン・タールは、アメリカ政治の内実の形成要因として、①利益をめぐる各利益集団の競合という一面と②より根本的な社会変革を希求する広い基盤による改革運動という一面の双方を指定して議論を立てる<sup>(34)</sup>。

政策の憲法条項化とは、政党および利益集団にとっては彼らの利益を議会から守ることを意味した。すなわち、彼らの政策を憲法の上に確保することによって、政策変更（政治的変化）の機先を制しようとしたのである<sup>(35)</sup>。

しかし、州の政治には、利益集団による政治と同じ程度に社会運動による政治が含まれている。そしてこのような運動は時には憲法改革の局面を主戦場にして、政治改革の永遠性を確保しようとした。州の政策の憲法条項化については、憲法会議がその鍵となる組織の役割を果たした。社会運動による政治が勃興した時期には、代議員およびその支持者たちが、ありふれた政治からの脱却と公共善の追求の機会として憲法会議を用いた。彼

---

(33) G. Alan Tarr, *Understanding State Constitutions*, Princeton: Princeton University Press(1998), at 22.

(34) *Id.*, at 109 - 135. 後者の例としては、①ジャクソニアン・デモクラシー（1830年代にアンドリュー・ジャクソン大統領と提携した民主化運動）、②グレンジャー運動（1870年代に農民たちを鉄道会社やその他の巨大企業から守るように企てられた運動）③ポピュリズム（19世紀末の革新主義時代を発端として、強大な経済的利益に対抗した地方の運動）④公民権運動（1950年代から1960年代にアフリカ系アメリカ人のために平等権を保障することをめざした運動）が挙げられるであろう。

(35) *Id.* at 133.

らは、立法部による政策形成を憲法による政策形成にとりかえることが、墮落と偏狭な利益の政治を公共の利益の政治にとりかえることであると信じていた。「彼らは、通常の政策を憲法に入れる代わりに、憲法の制定に係る、より無垢な政策の貫通力というものを立法の領域に通すことを希求した（傍点筆者）」のである<sup>(36)</sup>。

#### (5) 政策条項は伝統的な憲法上の人権規定を変更するものなのか

一方でジョン・ダイナンは、この間の事情を、公共政策を憲法条項化することによる積極的権利の形成史として説明する<sup>(37)</sup>。具体的には、憲法会議における激しい議論を経て、①19世紀末から20世紀始めにかけて、合理的な労働時間、最低賃金、労働安全および労働災害に対する補償が、②20世紀には、労働組合の権利と労働権が、③20世紀中葉以降は、さまざまな社会的・経済的権利が、そして④20世紀末には積極的権利の4番目の類型として清潔で健康的な環境への権利が登場したことを彼は示し、これらが可決されたケースと否決されたケースに分けて憲法会議の議論を分析する。検討の結果彼が示す結論は次のとおりである。

「第1に、批判者たちが、これらの積極的権利の多くが、政治的権利ほどには明確に定義されないことあるいは基本的でないことを主張したのに対して、州憲法の制定者たちは、これら積極的権利は伝統的な権利を劇的に変更するというよりも、むしろ論理的な継続であると反論した。例えば、貧困者に対する適切な処遇あるいは健康な環境の権利を保障している条項は、他の長きにわたって続いてきた権利条項の中のデュープロセスおよび平等な保護の条項が明らかにするもの以下の何ものでもない。さらにこれらの近代的な権利は、ある意味では草創期の世代によって保障された政治的・市民的権利ときわめて異なっているにもかかわらず、別の意味では、

---

(36) *Id.* at 134.

(37) John J. Dinan, *The American state constitutional tradition*, Lawrence, Kansas: University Press of Kansas(2006). at 184-221.

これらはそれらの権利に対する現代的な同等物、対応物、あるいはそれらの具体化であると見ることもできる。第2に、批判者がこれらの積極的権利は伝統的な市民的政治的権利ほどの司法過程における実現の可能性がないと主張したのに対し、州憲法の制定者たちは憲法条項によって充足されるいくつかの他の重要な目的に注意を喚起した。憲法条項の採用は立法部の議員たちに権利を付与しこれに反対する司法部の決定に直面した場合であっても彼らの権利を保障することを妨げないようである。また、特定の領域において活用するように立法部の議員を鼓舞したりあるいはその注意を喚起したりすることに資することもできる。さらに、これらの権利は、政治的組織体の基本的な目標と価値に対する表現を与えることができる<sup>(38)</sup>。

#### (6) 政策条項は、手続的立憲主義の動態的構造の自然な発露であり、功績である

思うに、アメリカ州憲法における公共政策条項の比較法上の意義は、これらの条項の規範的意義にある。まず、これらの条項は主権者が緊要とし立法権からも守りたいと意欲する事項を最高規範に書き記すものであって、表現形式に若干の相異があってもそのことと伝統的な人権保障の理論とは彼此矛盾するものでもなければ本質を異にするものでもないというべきではないだろうか。公共政策条項が示す保障の内容と保障の形式は「現代的」であっても、その保障の基本構造は「権利と自由」に到達するものであって、『統治に対する法的制限』とそれによる『権利・自由の保障』を核心とするという近代（立憲）的意味の憲法の趣旨<sup>(39)</sup>をいささかも変更するものではない。<sup>(40)</sup>

---

(38) *Id.*, at 221.

(39) 芦部信喜、前掲注1、27頁。

(40) 政策条項のうち、社会権に関し、筆者は次の論稿で個別の検討を行っている。適宜参照していただくと幸いである。（生存権の発見：アメリカ州憲法における積極的権利の軌跡(1)(2)、福岡大学大学院論集 第41巻第2号、生存権の発見：アメリカ州憲法における積極的権利の軌跡(1)(2)、福岡大学大学院論集 第40巻第2号、メリーランド憲法における「消費者権」実定化の挫折、福岡大学大学院論集 第40巻第1号）。

## 8. 適用③—諸州憲法の発達過程に見る立憲手続過程論

### (1) 立憲手続の過程の意義と性質

立憲手続の過程とは、いかなるプロセスで、憲法典は書かれるべきなのか、あるいは書き改められるべきなのかという問題である。立憲手続の本質である憲法価値の保全が適正に実行されるためには、この手続を、前述の他の構成要素といかに整合したものとするかという点が問われなければならない。特に、前記客体に変更を加え得る立場にある主体の実相が、より正確に憲法典の修・改正手続に反映しなければならないという要請がこの問題の軸となる<sup>(41)</sup>。

### (2) 憲法の改変手続は、改正手続と修正手続に分けられるようになった

アメリカ諸州の憲法はおおむね独立した章を設けてその改正と修正の手続を詳細に規定する。ここに改正 (Revision) とは憲法典の規定の置き換え (replacement) であり、修正 (Amendment) とは憲法典に対する追加的、交換的または縮減的変更を意味する<sup>(42)</sup>。既にふれたとおり、合衆国諸州は、定期的に、それらの憲法に対する改正および修正を加えてきた。実際に、当初の憲法を今でも存続させているのはわずか 19 州にとどまり<sup>(43)</sup>、過半数の州が 3 回以上憲法を改正している。修正にいたっては、2006 年の時

---

(41) この問題の基礎資料として、筆者は、アメリカ諸州憲法の修正・改正にかかわる条文を翻訳した（アメリカ州憲法改正手続の主体—自治・分権・基本法 (1) (2)、福岡大学大学院論集 第39巻第1号・39巻第2号）この稿に用いる事例や数値で特に断らない場合は、その資料から抽出したものである。

(42) 改正と修正の相異については、Thomas C. Marks Jr. & John F. Cooper, *State Constitutional Law in a Nutshell 2nd ed.*, West Group 2003, at 307-310.

(43) アラスカ(1956)、アリゾナ(1911)、コロラド(1876)、ハワイ(1950)、アイダホ(1889)、カンザス(1859)、メイン(1819)、マサチューセッツ(1780)、ミネソタ(1857)、ネヴァダ(1864)、ニューメキシコ(1911)、ノースダコタ(1889)、オクラホマ(1907)、オレゴン(1857)、サウスダコタ(1889)、ユタ(1895)、ワシントン(1889)、ウィスコンシン(1848)、ワイオミング(1889)。

点では、50州で累計6,976回に及んでいる<sup>(44)</sup>。

**(3) 改正の提案については憲法会議という州民の直接意思を反映させる  
会議体に依らしめることが原則である**

改正の提案については、41州の州憲法が、明示的に憲法会議の召集権限を立法部に与えている。そのうち14州では、憲法会議の召集の可否を定期的に州民投票に付することを要求している。憲法による明示的な当該委任がないときには、立法部が憲法会議召集の権限を引受けている。憲法会議の召集が承認されたときは州民投票によって代議員が選任され、これら代議員による審議が行なわれる。憲法会議がその役目を終えたときは、提案された憲法案が有権者に提出され、その過半数の賛成が得られれば、これが承認されることになる<sup>(45)</sup>。

**(4) 改正の提案については立法部や委員会にゆだねられることもあるが、  
可能な限り州民の意思が反映する制度的工夫がなされている**

憲法修正の提案に関しては、さまざまな方式が存在する。諸州は、憲法修正を提案するために憲法会議を召集することができるが、費用を要することから、大半の州憲法の修正は、州の立法部によって提案されている。

しかし、立法部を構成する議員は州民から法律案の審議の委任を受けていても、明示的に憲法改正案審議の委任を受けているわけではない。

そこで、立法部提案の決議要件についても様々であり、18州は立法部各院の単純過半数とするが、そのうち8州は間に選挙をはさむ2会期にわたる単純過半数によるものとし、9州は、各院における5分の3以上の賛成を要求する。その他の州でも特別多数（3分の2）が決議要件である。

---

(44) *The Book of the States 2006 ed.*

(45) 45 See generally William B. Fish, “Constitutional Referendum in the United States of America”, 54 *American Journal of Comparative Law* 485 (Approx), (2006) 以下、アメリカ比較法雑誌に掲載されたこの論考を主たる文献として参照しながら要点を整理する。

また、最近では、修正提案は、しばしば憲法委員会（Constitutional Commission）によって開始される。これは、フロリダに例をとれば、立法部（または州知事）によって任命された専門家および名士の集団であって、州民に対して直接承認のための案を提出するものである。これらの委員会の利点は、それらの提言が専門性に裏付けられた点にあるとされている。

一方で、発案に州民意思を直接反映させるため、18の州が憲法上のイニシアティブ（州民発案制度）を承認している。これらのうち、あるものは、市民である有権者に直接修正提案をなす権限を与えるものであり（16州）、あるものは、立法部に対して、有権者の投票に付する修正案を提出する権限を与えるものである（マサチューセッツおよびミシシッピ）。憲法上のイニシアティブを投票に付するためには、支持者たちは、イニシアティブを支持する請願に署名を集めなければならない。獲得しなければならない支持のレベルに関しては、各州法に対する比率または州の人口に対する比率によるのが通例である。必要な数の署名が獲得され、州務長官によりこれが証明された場合に、憲法上のイニシアティブは投票に付されることになる。

#### **(5) 改正・修正を問わず、承認の最終決定は州民投票にゆだねられる**

承認については、改正の場合と修正の場合を問わず、検討機関により策定された提案が州民投票に付されて所定の賛成投票数を得ることをもってその成立要件としている。

ただし、デラウェア州一州のみは、立法部における特別多数の議決によって州憲法を修正することを認め、何ら州民一般による承認を要求していない。

#### **(6) 憲法改変に関する手続の規定が分化し硬軟取り混ぜたものへと変化したのはなぜか**

アメリカ州憲法における憲法改正・修正手続が有する比較法上の意義に

関しては、ジョン・ダイナンによる州憲法改正・修正手続の発達史研究が有益である<sup>(46)</sup>。

この問題に関するダイナンの基本的考え方は、①憲法改正・修正の手続は18世紀・19世紀には厳格なものであったが、20世紀に入り柔軟化が加速したこと、②この柔軟化は理論的な理由というよりも様々な代替的な手続の結果についての論証的な議論の所産であり、その議論も統治上の実際の問題を克服するために行われたこと、そして、③手続の漸進的緩和はアメリカ史の流れを通じて発生した統治上の個別問題への合理的な回答の集積であり、立憲民主主義に基づく憲法を有する諸国にも裨益するものであること、の3点を骨子としている<sup>(47)</sup>。

この基本的考え方のもとにダイナンは、19世紀から20世紀へと時代を下りながら憲法の変革への人民のアクセスが容易化するとともに多元化していく過程を、諸州憲法会議で発せられた代議員たちの肉声を拾いながら検証した。この検証により彼は、憲法改正・修正にまつわる制度設計を変革してきた過程には、進歩対安定、民主主義対共和主義という二項対立の構図が読み取れることを指摘する。しかし、ダイナンが真に追及したものは、憲法改正・修正手続の変革についての指導理念のありかであった。この点に関し彼は、まず伏線として、19世紀の憲法状況下では政治的権力の均等な分配を守ることを人民が望んだにもかかわらずそれがしばしば強固な地域的利害関係に阻まれたこと、20世紀の人民の願望は一般市民の社会経済的福祉についての政府の責任の強化であったにもかかわらずこれが強力な圧力団体や時には裁判所により妨害された事実があったことを指摘する。その上で、「この分析から収集される主要な論点は、さまざまな変化が進歩対安定・民主主義対共和主義〔の対立図式〕における相対的な

---

(46) See John J. Dinan, “*The Earth Belongs Always to the Living Generation: The Development of State Constitutional Amendment and Revision Procedures*”, 62 *Review of Politics* 645, (2000)

(47) *Id.* at 650.



重要度の評価の違いに帰しうるものであることを示している。しかし、それと同程度において、これらの変化の根底にあるものが政治プロセスのさまざまな機能不全に対する克服の願望であることも示すのである」と語り、憲法改正・修正手続の変遷の核心にある観念をつかみ出すことに成功した<sup>(48)</sup>。

**(7) 憲法改変手続の変化の過程は、憲法の安定性と可変性という矛盾する要請をpeopleの意思を軸にして止揚する努力の結果であり手続的立憲主義の動態的構造の中核をなすものである**

以上のように、アメリカ諸州憲法において、憲法改正・修正手続規定は変遷を重ねたが、その積極的意義は、その変遷の過程を通じて、人民主権の観念の下における憲法制度設計上の指導理念が示されたという点にある。その指導理念とは、立法権のみならず司法権も含む統治機構そのものを支配しうる憲法の改変にあたっては、憲法制定権力の主体である人民の優位を確保し、その意思をより忠実に反映しうる制度設計を第一義とすべきであるということである。具体的には、同意と参加のプロセスを可能な限り明瞭に手続に織り込むということであり、手続的立憲主義の動態的構造の中核をなすものであると考えられる。

## 9. 適用④—諸州憲法の発達過程に見る立憲手続本質論

### (1) 立憲手続の本質的意義と根本的な指導理念としての機能

立憲手続の本質とは、立憲主義の実体的側面が担う実体的な法価値を国家の基本法において正確に記述するということである。また、立憲手続の本質的機能は、立憲手続の他の構成要素である「主体」や「客体」が組み合わせられて「過程」の下に憲法の変動をもたらす際に、その指導理念となって各構成要素を結合させる形で発揮されるものである。

---

(48) *Id.* at 672.

以下、手続的立憲主義は関係性概念として存在するという前提のもとに、既に示した標準的な現代の諸州憲法の規定事項に即して、これらの形成と変更と立憲手続の本質がどのように影響したかを整理する。

「① 前文 (Preamble)、② 権利宣言／権利章典 (Declaration of Rights/Bill of Rights)、③ 権力分立／分配 (Separation of powers)、④ 選挙権 (Suffrage)、⑤ 立法部に関する条項 (Legislative Article)、⑥ 行政部 (執行部) に関する条項 (Executive Article)、⑦ 司法部に関する条項 (Judicial Article)、⑧ 財政に関する条項 (Public finance)、⑨ 地方政府に関する条項 (Local government)、⑩ 政策領域に関する条項 (Policy areas/Public policy)、⑪ 憲法の改変に関する条項 (Constitutional change)」(再掲)

(2) 草創期の州憲法は市民社会的な自由主義と平等主義に基づく新国家の創設を目的として、これに必要な事項が憲法典に書き込まれた

前述の州憲法の構成項目に即して整理すると、まず、政府から個人の自由と平等を守るために、自由権の基本権と平等権を含む②権利章典(宣言)が設けられた。また、権力の濫用を防止して自由を守るために統治機構 (frame of government) の構造に②権力分立および分配された各権力の抑制均衡を図る諸規定 (⑤立法部に関する条項、⑥行政部に関する条項、⑦司法部に関する条項) が設けられた。

(3) 19世紀前半の社会変革からはじまる社会変動は、憲法典に含まれる項目を増加させるとともに、従来ある項目の中身も変化させた。

アメリカ社会は、19世紀前半には産業化の時代を迎え、その後の南北戦争、20世紀初頭の改革の時代を経て、大きく変貌した。

その過程で、自由で平等な個々人の政治参加を保障するために④選挙権の項目が加えられ、州政府を財政面でも民主的にコントロールするために⑧財政に関する条項が加えられ、州政府の具体的政策に対しても一定の分野についてその執行を確保するために⑩政策領域に関する条項も加えられ

るようになった。さらには、州内の地方政府に対しても、その活動に対する住民の立憲的コントロールを及ぼすことができるように、⑨地方政府に関する条項が置かれるようになった。

このうち、④選挙権（立憲手続の主体）、⑩政策領域（立憲手続の客体）については既に述べたので、⑧財政に関する条項と⑨地方政府に関する条項について簡単に述べる。

まず、⑧財政に関する条項は、州および地方政府の徴税、借用および歳出の権限の存在を明示する一方で、これらに制限を加えている。典型的な条項として、州の予算案の均衡の取れた運用の要求や、州全域における徴税の画一性の要求、さらに私的（組織）に対する州の信用供与の制限が含まれている。

つぎに⑨地方政府に関する条項は、地方政府の構成単位について定めるとともに、それらの組織と権限について具体的に記述する。「アメリカ合衆国憲法は、〔単一国家ではない〕連邦国家を構成する各 state の合意によって成立をみたから代表的な条約憲法といえる」<sup>(49)</sup> ので、地方自治または地方政府の問題は本来州憲法レベルの問題である。ただ、一般の理解とは異なり、建国時代の邦憲法においては、決して独立性をもった構成単位としての地方政府の存在が認識されていたわけではない。むしろ、立憲思想の拡大深化とともに次第に充実し、諸州憲法に書き記させるという形で発展を遂げた点に注目する必要がある<sup>(50)</sup>。州憲法における地方政府条項とは、憲法上まったく認識されていないところから出発し、ホーム・ルール運動を通じて進歩発展を遂げた経歴を有する歴史的存在である<sup>(51)</sup>。それまで長く受け容れられていた考え方は、「ディロンズ・ルール (Dillon's rule)」であり、これは、地方政府を、州の立法部の被造物として位置づけるもの

(49) 杉原泰雄編『新版体系憲法事典』（青林書院，2008年）65頁。

(50) See G. Aran Tarr, Robert F. Williams, *Supra* note 18, at 83.

(51) See Robert F. Williams, “*State Constitutional Law Process*”, 24 *William and Mary Law Review* 169, at 220. See Robert F. Williams, “*State Constitutional Law Process*”, 24 *William and Mary Law Review* 169, at 221.

であって、地方政府は、あくまでも委任された権限または限定列举された権限によって成り立つ存在としてきた<sup>(52)</sup>。しかし、19世紀中葉になってはじめて、都市の問題に対応しない州の立法部に対する反発を受け、地方政府は、州憲法の中において承認を獲得することに着手した。そして、ホーム・ルール運動が巻き起こった。これは、州憲法そのものを、地方政府権力の淵源として用いようとしたものである。これらの州憲法の条項の下では、一般的に地方政府が、自らの活動を統御するための憲章（Home Rule Charter）を定める。州憲法自身は、地方の事項についての独占的な統治権力を直接地方政府に委任する。この構成の下に、ホーム・ルール・チャーターは、地方政府への権限承認の証として機能するのである<sup>(53)</sup>。

これを手続的立憲主義の観点から見ると、住民の意思による立憲手続の構造は、自ら所属する最も近い政治的共同体をさらに立憲化するという動きも生み出したということになる。

なお、⑪憲法の改変に関する条項についても既に述べた（立憲手続の過程）。

## 10. おわりに

### (1) 手続的立憲主義の概念

以上、本稿では、近代実定憲法が立脚する法価値の最大公約数は自由主義と平等主義であるということを前提に、立憲主義の手続的側面を手続的立憲主義と名付けて、これを分析する中で、次のような各要素の相互関係の仮説をたてることができた。その場合の、キーワードは、「対立と照応」

---

(52) 1868年に著名な2つの事件においてアイオワ州最高裁の首席裁判官ジョン・ディロン(John Dillon)が判示したことからディロンズ・ルールと呼ばれるようになった。なお、ディロンは後にこの考え方を *1 Municipal Corporations* §55, at 173 (2nd ed.1873) に定式化し、この州優位（正確には州立法部の優位）の考え方が通説となった。

(53) See Robert F. Williams, *Supra* note51, at 222.

である。

第 1 に、①手続的立憲主義の本質的要素に自由主義と平等主義を置いた場合、まず、この理念は、体現する実体的価値をもって、主体、客体、過程の各要素の内容の適切性を裏付ける作用を行う。そして、それだけではなく、憲法を必要とする政治的共同体が置かれた社会的状況の変化に応じてこのような価値自体の概念としての深化と拡張を重ねることにより、状況に的確に答えようとする。第 2 に、②手続的立憲主義の主体は、前記本質的要素の機能を最もよく媒介しうるものへと変化を遂げていくことになる。たとえば、自由と平等の帰属主体となる個人についてみるならば、徐々に、その単位は、その尊厳が守られるべき各々の個人へと求心的に集中する一方で、その範囲は、適用領域内に存在するあらゆる個人へと遠心的に拡大することになる。第 3 に、③手続的立憲主義の客体は、前記本質的要素の機能を媒介として、手続的立憲主義の主体の変異と照応する形で充実度と実効性を増していく。最後に、④手続的立憲主義の過程は、前記客体に変更を加え得る立場にある主体の実際の姿を、より正確に憲法典の修・改正手続に反映させるべく、たゆまぬ制度的改善を重ねていくことになる。

## (2) 手続的立憲主義の課題

以上、本稿では、憲法の制定・改変という立憲手続の動的的基本構造を分析することにより、立憲主義には、立憲手続に内在して、その動因となり、貫徹させる起動力となる側面があることを発見することができた。

しかし、この動的的基本構造のモデルはあくまでも法価値の実現装置であって、その構造による働きの効果の帰属先が誰かによって、まったく異なる様相を呈することになる。本稿では、その主体を **people**（人民）とするアメリカ諸州憲法において検証したため、自由と平等の基礎法の展開過程を描き出すことができた。しかし、その主体が君主であるとするれば、同じ構造モデルが、君主を効果の帰属先とする動態を描き出すことにもなることに注意したい<sup>(54)</sup>。

したがって、手続的立憲主義の核心は、手続起動装置の最初のボタンを誰が押すのか、ということにかかっている。本稿では、その主体として自由で平等な個人を措定した。そのような個人は立憲手続における人民（people）として政治的共同体を組織化する。その規律が憲法典であり、そこには人民が意思決定を行いうる国家組織の制度設計と当該組織が人民に果たす機能が書き込まれる。この事情を、ドナルド・ルッツは次のように説明する。

「憲法による法の支配、同意に基礎を置く共和主義の原理、および権力の制限はすべての人民に対し押し広められなければならない。そして、この全ての人民への拡大を人民主権と呼ぶのである。かくして、人民主権が立憲主義の基礎をなすのであり、これこそが、立憲主義および立憲的制度設計に関するあらゆる分析は人民主権〔原理〕の分析をもって開始されなければならないとするゆえんなのである<sup>(55)</sup>。」

さて、日本国憲法においてはどうかであろうか。ルッツが前提とする多くのアメリカ諸州憲法とアメリカ合衆国憲法の前文の冒頭には、憲法制定権力の所在を明示する「We the people」との文言がおかれている。では、日本国憲法前文にあつて同様の機能を果たす「国民は…この憲法を確定する」という文言はどのように解すべきなのであろうか。そこに書かれている「国民」は、立憲手続の動態的構造にあつてどのような役割を果たすべきなのであろうか。

アメリカ諸州憲法においては、時代を経ても継続的に発せられた「people とは何か」という問いが、手続的立憲主義を媒介として憲法を揺さぶり続けた。では、同様に存在する立憲手続の起動装置を前に、そこに記された「国民」の法学的意味は何なのか。そこに記された「国民」は、

---

(54) 大日本帝国憲法発布勅語は、「朕国家ノ隆昌ト臣民ノ慶福トヲ以テ中心ノ欣榮トシ朕カ祖宗ニ承クルノ大権ニ依リ現在及将来ノ臣民ニ対シ此ノ不磨ノ大典ヲ宣布ス」と明確に記していた。

(55) Donald S. Lutz, *Principles of constitutional design*, Cambridge : Cambridge University Press(2006), at 24.

どのようにあるべきなのか。そもそも、立憲手続に係る装置そのものは正常に起動できる状態なのか。先決問題として解明すべき問題は、まだまだ多い。

**Reprinted from**  
**KITAKYUSHU SHIRITSU DAIGAKU HOU-SEI RONSHU**  
**Journal of Law and Political Science. Vol. XLVII No.1/2**  
**December 2019**

**A Tentative Study on the Conception of "Procedural  
Constitutionalism"**

**FUJITA Tadahisa**