

国際的な法整備、グローバルな法協力

—— 憲法学の視点からの一考察 ——

横大道 聡

1. はじめに

本稿は、現在、他国の法制度を理解したり、その整備に協力したりすることがますます重要となっており（国際的な法整備）、かつ、法自体のグローバル化に各国が共同して対処することが求められている状況にある（グローバルな法協力）という現状認識のもと、かかる状況について、憲法学の視点から若干の検討を試みるものである¹。

2. 法整備について —— あるいは日本国憲法の制定について

(1) 法整備による近代化と法整備支援

かつて日本は、ヨーロッパ（特にフランスとドイツ）の法制度の精力的な導入を通じて近代化を図った²。なかには、「フランス民法と書いてあるのを日本民法と書き直せばよい。そうして直ちにこれを頒布しよう」といった極端な立場もみられたが³、政治的な動機から、近代化のために西洋の法制度を導入しな

¹ 本稿は、2013年10月21日、22日に中国・延辺大学（吉林省）で行われた国際フォーラム、Tumen River Forum: Multicultural Coexistence and Choices for Border Areas, Exchange and Cooperation, Regional Peace and Common Prosperity: Sub-forum “Law”; Understanding and Cooperation of the Legal System in Tumen River Area Countries における報告「国際的な法開発と法協力 —— 憲法学の立場から (On International Cooperation and Improvement of Law: From Constitutional Perspective)」のために提出したペーパーに、脚注を中心に最小限の加筆修正を施したものである。当該フォーラムに筆者を招聘して下さった吴东镐先生（延辺大学法学院教授・副院长）、討論者を務めていただいた蔡永浩先生（延辺大学法学院副教授）、質疑において建設的なコメントを下された諸先生方に対して、この場を借りて厚くお礼申し上げたい。

² 概観として、浅古弘ほか編『日本法制史』（青林書院、2010年）251-232頁等を参照。

³ 民法編纂会長を務めた江藤新平の立場である。穂積陳重『法窓夜話』（岩波書店、1980年）212頁。この立場に対して穂積陳重は、「江藤氏の計画は実に突飛極まるもの」で、「国民性の発現なる法律は、一夜の内に変えることは出来ない」としながらも、「始めに江藤氏の如き進取の横溢した政治家があつて突進の端を啓き、

ければならないという考え自体は、少なくとも明治政府の高官たちの間で広く共有されていた。その後、大日本帝国憲法（明治憲法）も含め、多くの法典がヨーロッパ諸国のそれを参考に——ポアソナードに代表される「お雇い外国人」の手も借りつつ——整備されたことは周知のことであろう⁴。そして、第二次世界大戦後も、占領統治下でアメリカから様々な支援ないし圧力を受けて法整備が進められたこともまた周知の事柄に属するといっていよう⁵。

このように日本では、もっぱら外国に模範を求めながら、法整備がなされてきたのであるが、今日、「ある国または国際機関などが他の国あるいは地域の法の形成に、援助という行為をつうじて、直接的にかかわっていく⁶」活動と定義される法整備支援⁷を、多様なアクターが関与しつつ積極的に行う側になっている⁸。法整備支援の活動内容は多岐に渡るが、本稿では、その一つである「法の起草支援」という「受入国に対する最も包括的・体系的な支援方法」に関して、「……受入国との協議が不十分な場合等には、その国の実態に合わない法が完成する危険もあるし、受入国にとっては、押し付けられた法といった心理的抵抗が生じる懸念もある⁹（——傍点は引用者。以下同様）」とする指摘や、日本の法整備支援が持つ強みとして、「押し付けでない法整備支援であること」が

鋭意外国法の調査を始めたからこそ、後年の法制改善も着々その歩を進めて行くことができた」と評している。同上・212-213頁。

⁴ 三ヶ月章『司法評論Ⅲ 法整備協力支援』（有斐閣、2005年）55-70頁等を参照。

⁵ 占領統治下では「占領軍の権力を背景とした、いわば他律的な法改革がかなりの規模で見られたとはいえ、それは明治初年の最初の西歐法導入のときのような衝撃はむしろ少なく、日本ではかなり巧みにこのような法改革に対応した」と評するものとして、三ヶ月・前掲注（4）71頁。なお、アメリカ側の当事者による回顧として、アルフレッド・オブラー（内藤頼博監訳）『日本占領と法制改革——GHQ担当者の回顧』（日本評論社、1990年）を参照。

⁶ 鮎京正訓『法整備支援とは何か』（名古屋大学出版会、2011年）6頁。

⁷ 日本政府の公式の立場として、「法制度整備支援に関する基本方針（改訂版）」（平成25年5月）を参照（外務省ウェブサイト（http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oda/bunya/governance/hoshin_1305.html）から入手可能）。

⁸ 学者そして法務大臣としてアジア諸国の法整備支援に尽力した三ヶ月章の手によるもの（前掲注（4）所収の各論文、また、三ヶ月章『司法評論Ⅱ 講演』（有斐閣、2005年）所収の各論文でも、随所で、特にアジアへの法整備支援について論じられている）が、まず参照されるべきである。その他、鮎京・前掲注（6）80-86頁、松尾弘『良い統治と法の支配——開発法学の挑戦』（2008年、日本評論社）96-110頁、亀卦川健一「法務省法務総合研究所国際協力部の行う法整備支援について」慶應法学13号（2009年）240-242、254-161頁等も参照。

⁹ 落美都里「我が国の法整備支援の現状と問題点」レファレンス2007年3月号102頁。

挙げられていること¹⁰に着目したい。それは、この「押し付け」という問題が、日本国憲法に関して大きな論争点となってきたからである。

(2) 強制的な憲法の近代化？

日本では、政権与党である自由民主党（自民党）を中心に、改憲を主張する勢力が戦後一貫して一定以上の支持を得ている。そして自民党が主張しているのが、いわゆる押し付け憲法論¹¹と、それに基づく自主憲法制定論¹²である。

自民党は2012年4月27日に「日本国憲法改正草案¹³」を発表した。同年10月に公表した公式解説書である『日本国憲法草案Q&A』では、「なぜ、今、憲法を改正しなければならないのですか？なぜ、自民党は、『日本国憲法改正草案』を取りまとめたのですか？」という問いに対して、「現行憲法は、連合国軍の占領下において、同司令部が指示した草案を基に、その了解の範囲において制定されたものです。日本国の主権が制限された中で制定された憲法には、国民の自由な意思が反映されていないと考えます。そして、実際の規定においても、自衛権の否定ともとられかねない9条の規定など、多くの問題を有しています¹⁴」と答えているが、ここに自民党の立場がよく示されているといえよう。

¹⁰ 亀卦川・前掲注(8) 245、252頁。さらに、鮎京・前掲注(6) 104頁、高橋邦夫「アジアの社会と法——その現実と我が国の法整備支援」法学セミナー 709号(2014年) 37-38頁も参照。

¹¹ 「押し付け憲法論」には、国民主権も押し付けであること(樋口陽一「比較憲法論的に見た日本国憲法」ジュリスト638号(1977年) 67頁)、また、「単純な事実認識の次元にあるよりもむしろ、複雑・複合的な衡量を媒介とした価値判断の産物」であること(奥平康弘『『自主憲法制定＝全面改正』総批判』世界840号(2013年) 119頁)、農地改革のような、「別の押し付け」を問題しない点で「おいしいところ取り」をしていること(井上達夫「9条削除論——憲法論議の欺瞞を断つ」『論座』編集部編『リベラルからの反撃——アジア・靖国・9条』(朝日新聞社、2006年) 132-135頁)といった難点を抱えている。しかしここで問題にしたいのは、この議論が——かような理論的難点の存在にも関わらず——、一定の支持を集めているという社会的事実である。奥平康弘も、「自民党員のみではなく『押し付け憲法・即・要改正』と唱える日本人は、相当有力な程度に存在しているだろうと推測する」と述べている(上掲論文121頁)。

¹² 「押し付け憲法論」から一足飛びに「自主憲法制定論」に向かうことは論理の飛躍である(長谷部恭男『憲法〔第5版〕』(新世社、2011年) 48-49頁等を参照。)が、注(11)で述べたように、本稿で問題としたいのは、かような議論が一定の支持を集めているという現象自体である。

¹³ http://www.jimin.jp/policy/policy_topics/pdf/seisaku-109.pdf

¹⁴ 自由民主党『日本国憲法草案Q&A』2頁。http://www.jimin.jp/policy/pamphlet/pdf/kenpou_qa.pdf

同様の見解は、安倍晋三内閣総理大臣によっても述べられている。たとえば、2013年4月23日の国会答弁で、安倍総理は次のように述べている。

戦後の日本、自由や民主主義、基本的人権、平和主義、私たちが確立したすばらしい概念、哲学は、もちろん今定着はしているわけでございます。これは、戦後の歩み、評価すべき点だろうと、こう思うわけでございますが、同時に、七年間の占領時代に言わば占領軍の手によって、事実上占領軍の手によって憲法等、あるいは教育基本法もそうですが、占領時代につくり上げられた仕組みがあるわけでございまして、その中においてやはり真の独立を取り戻す上においては、私たち自身でしっかりと自分たちの基本的な枠組みをつくり直していく必要があるだろうという考えであります。〔途中略〕 やはりこうした仕組みを基本的に変えていくことによって我々は真の独立の精神を取り戻すことにつながっていくと、こう信じております¹⁵。

(3) 「押し付け」をめぐる議論

日本に憲法を「押し付けた」側であるアメリカにおける近年の研究を見ると、特にイラク戦争後の占領統治との比較で、日本国憲法が占領憲法の「成功例」として取り上げられることが多い¹⁶。

たしかに憲法制定後、現在に至るまでの70年近くもの間、一度も改正されていないことなどを踏まえれば、かような評価が下されることに首肯できる面も

¹⁵ 第183回国会・参議院予算委員会会議録10号（平成25年4月23日）3頁。ちなみにここで言及されている教育基本法は、第一次安倍政権時代に改正された。ヘレン・ハーデカー「憲法改正へのショートカットとしての行政法の改正——アメリカ人から見た日本国憲法の現状」新井誠・小谷順子・横大道聡編『地域に学ぶ憲法演習』（日本評論社、2012年）291頁は、教育基本法の改正は、「自民党の新憲法の起草過程と密接に関連している」と鋭く指摘している。

¹⁶ See, e.g., Zachary Elkins, Tom Ginsburg & James Melton, *Baghdad, Tokyo, Kabul...: Constitution Making in Occupied States*, 49 Wm. & Mary L. Rev. 1139 (2008). 邦語文献では、このエルキンズらの論文も詳細に紹介しながら、占領と憲法について考察する、岡田順太「占領憲法の影響に関する比較研究序説——日本とイラクの比較を中心に」白鷗法学20巻2号（2014年）243頁以下が重要である。岡田は、アメリカの議論を検討したうえで、「日本国憲法が占領憲法の『成功例』として取り上げられている一方で、それがなぜ成功したのかについての検討は必ずしも十分ではないように思われる」と指摘している（同上・265頁）。

ある。しかし、日本において「押し付け憲法論」、「自主憲法制定論」さらには「現行憲法無効論」というかたちで表出しているような、そのマイナスの影響も見逃すべきではないと思われる。この点について指摘しているのが、アメリカの憲法学者、ジェド・ルーベンフェルド (Jed Rubenfeld) である。

ルーベンフェルドは、アメリカ憲法がいくら素晴らしいものであるからといって、それを他国に輸出しても輸入国に定着しないという。なぜならば、憲法を定着させるには、独力 (self-given) で制定した憲法に対する「国民のコミットメント」という、「歴史」ないし「物語」が必要だからである。民主的に制定されていない憲法には、常にその正統性に対する疑念が付きまとうことになり、それが憲法の定着を妨げる。ルーベンフェルドは、一方における憲法への不断の不満と、他方における憲法の神聖視という極端な状況にある日本を、その典型例として挙げている。「憲法には歴史、人々の闘争の起源、民主的な起源が必要なのである。歴史を欠いた秩序の輸出は秩序に対する裏切りであり、また未来を欠いた秩序の輸出も秩序に対する裏切りである」というのが、ルーベンフェルドの考え方である¹⁷。

なお、「押し付け」に対する反発は、実は改憲論に限られないということも

¹⁷ Jed Rubenfeld, *Freedom And Time, A Theory Of Constitutional Self-Government* 12-14 (2001). See also Paul D. Carrington, *Writing Other Peoples' Constitution*, 33 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 167, 169 (2007). 近年、アメリカや国連開発計画 (UNDP) は、ポスト・コンフリクト国における憲法制定過程において、直接民主主義的な国民参加制度を導入する「参加型憲法制定」を積極的に支援するという援助方針を採用しているとされるが、その背景には、かかる国民的対話を通じた憲法制定のプロセスを通じて、「国民は自らその制定に関与した新憲法にオーナーシップ感覚を持つようになり、国民の目から見た憲法の正当性は向上し、ひいては民主主義の定着と政治秩序の安定が実現されるという評価が多い」と指摘されている。志賀裕朗「参加型憲法制定の問題点と可能性——国民参加による憲法制定はポスト・コンフリクト国の政治秩序安定の切り札となるか」日本国際政治学会編『国際政治』第165号「開発と政治・紛争——新しい視角」(2011年) 46-47頁。かような認識は、本文中で述べたルーベンフェルドの立場と軌を一にしているといえよう。

しかし、「直接民主主義的制度の採用によって憲法制定過程を『民主主義化』することを目指す参加型憲法制定は、立憲民主主義の定着を通じた政治秩序の安定はおろか、その前提となる立憲民主主義的な内容を持った憲法の制定すら危うくする危険性を孕んでいる」(志賀・前掲51頁)。この志賀の指摘は、民主的正統性のみならずに依拠した議論の危うさを明らかにするものとして、重く受け取る必要があると思われる。

ここで指摘しておかねばならない。たとえば、昨今、集団的自衛権の行使容認に向けた憲法解釈の変更の是非が大きな問題となっているが¹⁸、この動向に対する反対論者のなかには、国民の意思に反して、アメリカの戦争に付き合わされることを危惧し、安倍首相のような立場を、「米国によるおしつけ憲法だから改正し、米国の要求である集団的自衛権を盛り込もう、という……発想¹⁹」とか、「……米国の“恫喝”をうけて憲法を改正することが、『自主憲法』の制定であり、米国によって『押しつけられた』憲法からの脱却であるという、アクロバットのように捻じれた論理²⁰」といった趣旨の批判が少なからず見受けられる²¹。この限りでは、改憲論も護憲論も、「押し付け」に対する反感を抱いているという点では共通しているともいえるだろう。

3. 法協力について —— あるいは民主的正統性について

(1) 国際的な「法協力」における「民主的正統性」の問題

ここで、改正のハードルが高い憲法とは異なり、法律ないし法制度の場合、「押し付け」によって制定されたものであったとしても、当該法律等は受入国の立法手続を通じて容易に改正できるため、憲法の場合ほど問題にはならないのではないかと、という疑問も生じるかもしれない。しかしそう単純に話は進まない。なぜならば、現在、「法のグローバル化」によって「国内法とグローバル規範

¹⁸ この問題に関連する筆者の論稿として、横大道聡『「政府の憲法解釈」の論理構造とその分析』憲法理論研究会編『憲法理論叢書② 変動する社会と憲法』（敬文堂、2013年）33頁以下、横大道聡「平和主義・国際貢献・集団的自衛権」法律時報86巻5号（2014年）45頁以下、横大道聡「集団的自衛権問題の論じ方——建設的な対話のために」人権と部落問題860号（2014年）30頁以下等を参照願いたい。

¹⁹ 古関彰一『「押しつけ」憲法論』全国憲法研究会編『法律時報増刊 憲法改正問題』（日本評論社、2005年）124頁。

²⁰ 豊下梢彦『集団的自衛権とは何か』（岩波書店、2007年）v頁。

²¹ 同種の批判は、数多くの批判のなかで2013年12月6日に制定された特定秘密保護法についても向けられている。すなわち、日本政府が新たな秘密保全法制の整備に邁進する背景には、日米安保体制下での日米同盟の深化に対応した防衛（軍事）秘密をめぐる米国の対日要求が強く働いていることが明らか」という認識に基づく批判である。石坂悦男「秘密保全法と民意の形成・反映 —— 秘密保全のための法制の在り方に関する有識者会議の報告（書）を中心に」石坂悦男編『民意の形成と反映』（法政大学出版局、2013年）90-98頁。また、田島泰彦「秘密保全法を考える —— なぜ法制化か、何が問題か」田島泰彦・清水勉編『秘密保全法批判 —— 脅かされる知る権利』（日本評論社、2013年）16頁も参照。

との整合性の確保が必要であり、そのことが個別的でなく法全体にとっての構造的な問題となり、ひいては国家主権の問題にかかわってくる²² という状況にあるからである。

ここでいう「国家主権の問題」は多岐に渡るが、そのうちの 하나가、「民主的正統性」の問題である。具体的には、例えば、安保理決議による「国際立法」という「多数国間条約に匹敵する国際規律が、国会の承認を得ずに、日本国について拘束力を有する」こと——2004年の大量破壊兵器の不拡散に関する安保理決議1540がその代表例とされる——や²³、行政法学者の原田大樹が、グローバルな政策実現過程としての「国際レジーム」——世界政治における特定の問題を管理するための、一般的に国際合意を基礎にした一連の規範ないし行動のルールのこと²⁴——により、①国内議会の関与なしに国内法規範の内容が変化されうること、②国家を介在させずに国際機関がその政策を自ら実施するなど、国際法規範の国内法における実施の際の国家の判断余地が小さくなってきていること、③国家の民主政過程や権限行使との緊張関係が高まり、その正統性が問われていること、を公法学が向き合うべき課題として挙げていること²⁵ などに関わる。要するに、「国民の意思の表明は、制度的には国家を通じてなされ、法治主義をひとつの表現形態とするが、グローバル化のもとでは代表機関の定立する法規範を媒介とする民主主義法理の意義を再確認する必要性が生じている²⁶」のである。

このような動向を憲法学の観点からみた場合、①「国民の代表者が制定した法律は、民主的な正統性を有するが故に、国民を拘束する力を有する」という従来の構図の再考が迫られているとともに²⁷、②それがもたらす、国会を「国権の最高機関であり、唯一の立法機関」と位置づける憲法41条との緊張関係をどのように解消ないし調停させるかが問われている、というように問題を構成

²² 紙野健二「市場のグローバル化と国家の変動」公法研究74号（2012年）31頁。

²³ 斉藤正彰『憲法と国際規律』（信山社、2012年）183-184頁。

²⁴ 国際法学会編『国際関係法辞典』（三省堂、1995年）298頁。

²⁵ 原田大樹「政策実現過程のグローバル化と公法理論」新世代法政策学研究18号（2012年）252-253頁。

²⁶ 紙野・前掲注（22）37頁。

²⁷ 大屋雄裕「国民による『立法』」『現代用語の基礎知識2010』（自由国民社、2010年）35頁。

することができる。

(2) TPP問題を例に

このことを、近年議論的となっているTPP問題を例に見てみよう。TPPとは環太平洋経済連携協定（Trans-Pacific Partnership）のことであり、「アジア太平洋地域に位置する参加国の間で、貿易・投資の自由化、各種経済制度の調和等を行うことにより、参加国相互の経済連携を促す自由貿易協定（Free Trade Agreement: FTA）の一つである²⁸」。

筆者はTPP問題の専門家ではないが、先に述べた憲法学的関心からTPP問題に関する議論を眺めた場合、次のような指摘がなされていることに興味を引かれる。すなわち、「TPPは実体法であれ手続・訴訟法であれ、日本の国内行政法のルール見直しのきっかけになる。……多国間の条約体制がつくられると、どうしても一国の国会や国民から、実質的な決定の場が離れていく傾向が生ずる²⁹」という評価や、TPP協定に盛り込まれる可能性の高い、国際仲裁機関を利用した投資家と投資受入国との間の紛争解決手続（いわゆるISDS条項³⁰）について、「ISDSに固有の論点はやはり、適用されるルールが何かも含めて、紛争解決が国内裁判所の手を離れ、立法府や国民からみれば、自分があまりコミットできないところで国内規制やサービスについての判断が下される問題³¹」である、といった評価である。

この種の懸念は、国会論議のなかである議員が次のように述べたことにもよく表れている。

²⁸ 伊藤白・田中菜採児「環太平洋経済連携協定（TPP）の概要」調査と情報（国立国会図書館）770号（2013年）1頁。

²⁹ 小寺彰ほか「座談会 法的観点からみたTPP」ジュリスト1443号（2012年）27頁〔斉藤誠発言〕。

³⁰ 詳細につき、伊藤白「ISDS条項をめぐる議論」調査と情報807号（2013年）1頁以下、鈴木五十三「投資協定仲裁（ISDS）を巡って——TPPの一つの論点」法律時報86巻8号（2014年）1頁以下等を参照。

³¹ 小寺彰ほか「座談会」・前掲注（29）19頁〔斉藤誠発言〕。また、玉田大「TPPにおける投資保護と投資自由化」ジュリスト1443号（2012年）48頁以下も参照。投資調停協定について、西元宏治「国際投資法制体制のダイナミズム——国際投資協定ネットワークの形成と展開」ジュリスト1409号（2010年）78頁も参照。

TPPは、私には中身の見えない福袋のように感じられます。良いものも入っているかもしれませんが、価格に見合わない可能性もあります。国民が福袋を楽しむのと違い、条約とは国内法に優先することから、国会の立法権を制約し、ひいては主権を制約するというのがその本質です。内容が見えない条約に参加して、全ての国民と将来の世代を縛ることは許されることなのでしょうか³²。

この見解は、日本がTPP交渉に入るか否かで論争している最中に示されたものであるが、指摘内容それ自体は、参加決定した現在においても妥当するものであろう³³。

(3) 「民主的正統性」以外の正当性の調達？

「民主的正統性」という問題意識の前提には「近代主権国家」の存在がある。グローバル化のなかで統合が進められているヨーロッパでは、近代主権国家自体が相対化されている状況にあるとされるが³⁴、少なくとも現在の東アジアではそれに比肩する状況にはない³⁵。そのため、さしあたって必要なことは、近

³² 第183国会参議院本会議会議録3号(2013年2月1日)27-28頁〔谷岡郁子発言〕。

³³ もちろん、理論的にはTPPの参加交渉からの脱退というオプションは開かれているし、その交渉の結果として得られた結論は、憲法73条3号が規定する「国会承認」を要する条約(この点については、中内康夫「条約の国会承認に関する制度・運用と国会における議論——条約締結に対する民主的統制の在り方とは」立法と調査330号(2012年)3頁を参照)に該当すると考えられるので、国会による留保は存在しているといえるが、この国会承認事項を明確化し、現代的課題に対して適応できるようにしていくことが必要であろう。参照、大橋洋一「グローバル化と行政法」行政法研究1号(2012年)95-99頁。

しかし問題は、TPP交渉への本格参加に際して交渉内容についての一定期間の秘密保持契約が締結されているため、それが国会の当該権限を蔑ろにする可能性があるという点に存している。岡田知弘「主権と自治の危機——多国籍企業の利益か、持続可能な社会か」現代思想41巻17号(2013年)104頁。なお、TPP交渉に参加した以上、脱退することは事実上不可能に近いという認識が一般的であることの背景の一つとして、今回のTPPが、単なる経済的な意味を超えて、アメリカの世界戦略上の一手段として理解されていることも挙げられるかもしれない。この点については、Jane Kelsy「国境を越えた法的統治の視点から見たTPPの法的諸問題」企業と法創造33号(2012年)38頁以下を参照。

³⁴ 例えば、山元一「〈グローバル化〉の中の憲法学——『ヨーロッパ立憲主義』の『規範論的展開』」阪口正二郎編『岩波講座 憲法5 グローバル化と憲法』(岩波書店、2007年)227頁を参照。

³⁵ 現在のアジアの状況を、ウェストファリア体制——国家同士の平等、国家主権の尊重、国際社会における主要なアクターとしての国家——に類似した

代主権国家の枠組みを前提としたうえで、法のグローバル化によってもたらされる法規範の「押し付け」がもたらす「国家主権」ないし「民主的正統性」の危機を、どのようにして「正当化 (justify)」するのであろう³⁶。そして、このように問題構成するならば、ここでも、日本における「押し付け憲法論」や「現行憲法の正当性」をめぐる議論の蓄積が参考になるかもしれない³⁷。

憲法学者の長谷部恭男は、「何らかの制度（ないしその不在）を正当化するには、大きく分けて二通りの方法がある。一つは、その発生（ないし消滅）の手続に着目する方法であり、いまひとつはそれがもたらす帰結に着目する方法である³⁸」と指摘する。実際、手続面での瑕疵を問題にする「押し付け憲法論」に対する反論としては、政治学者の杉田敦が指摘するように³⁹、①「押し付け」を相対化させる別の事実——国民や研究者らによる支持の存在、民間の憲法研究会草案の影響、戦後一度も改正されていないことによる黙認、憲法制定を急いだ日本側の事情の存在など⁴⁰——を持ち出す論法のほか、②「現行憲法

イーストファリア (Eastphalia) 体制として理解するものとして、Tom Ginsburg, *Eastphalia as the Perfection of Westphalia*, 17 *Ind. J. Global Leg. Stud.* 27 (2010).

³⁶ 人権の領域におけるその試みの一つが、主に国際政治学の領域で論じられる「国際立憲主義」構想である。詳細につき、最上敏樹『国際立憲主義の時代』(岩波書店、2007年)、篠田英朗『「国家主権」という思想——国際立憲主義への軌跡』(勁草書房、2012年)等を参照。

³⁷ 樋口陽一が指摘するように、比較憲法論的に見た日本国憲法の特殊性は、その制定過程、すなわち、「第一に、日本国憲法の制定にあたって、旧憲法との連続的な外観が強調されたことであり、第二に、憲法が占領下に、少なくとも当時の日本政府に対する関係では旧敵国により『おしつけられた』ものとしてつくられた、ということ」に存している。樋口・前掲注(11) 65頁。この意味で、この論点に関する日本憲法(学)における論議の蓄積は、比較憲法的に重要な素材を提供し得るように思われる。

なお、この点に関連して、横大道聡「アメリカ憲法の他国憲法への『影響』について」法学論集48巻2号(2014年)31-34頁も参照願いたい。

³⁸ 長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』(東京大学出版会、2000年)1頁。

³⁹ 憲法再生フォーラム編『改憲は必要か』(岩波書店、2004年)52-56頁〔杉田敦執筆〕。もっとも杉田自身は、憲法典のテキストを重視する護憲論と改憲論の双方に対して懐疑的な立場を示している。

⁴⁰ 「憲法の原理に対する忠誠、ここに、現行憲法の——成立手続における欠陥を治癒する——民主的正統性の根拠を求めることができる」とする、芦部信喜『憲法制定権力』(有斐閣、1983年)166-167頁がその代表であろう。その他、近年のものとして、例えば、辻村みよ子『比較のなかの改憲論——日本国憲法の位置』(岩波書店、2014年)97-102頁、自由人権協会編『改憲問題Q & A』(岩波書店、2014年)11-14頁等を参照。

は人類にとって普遍的な価値を体現しているのです、内容的に見て、直すべきところがなく、したがって変えることはできないという議論」のように、その内容的妥当性を前面に出す論法⁴¹が一般的であるように思われる⁴²。

確かに、現行憲法の改正を党是とする自由民主党が戦後の大半の時期で政権与党の座にありながら、これまで一度も改正されてなかったという「戦後日本政治における『憲法改正』問題の際立った特徴⁴³」は、憲法の「内容」に対する多くの国民の支持があったからともいえる。そうだとすれば、「グローバルな法協力」に際しても、何よりも関係諸国が支持・受容することが可能となるような、内容的に妥当なものを目指す努力が必要不可欠となる。

(4) 「手続」の正当性への着目

しかし、関係諸国それぞれの国益に応じた「内容的妥当性」がある以上、内容的妥当性だけを強調する議論にも限界があるように思われる。そうだとすれば、「我々自らの手で制定した」という「民主的正統性」に至らないものであるとしても、やはり、何らかの意味での手続的な正当性に着目せざるを得ないのではないかと思われる。

そして、そうした構想としては、例えば、前述した国際レジームが公法学に突き付けた問題に対する対応として、①専門家による真摯な議論の積み重ねによって得られた適切な解決策であるということ、②決定主体に関する権力分立による「決定の質」を確保するメカニズムを構想する必要があるといった指摘や⁴⁴、「条約により設定された組織が、条約を補充するための二次立法を行う

⁴¹ この議論に関しては、奥平・前掲注(11)121頁等を参照。

⁴² 2005年に出された参議院の憲法調査会報告書でも、「本憲法調査会においては、憲法の在り方等をめぐる議論において、現行の憲法は自主的につくられたものではなく、GHQの押し付けであり、瑕疵のあるものではないかとの意見がある一方、制定から改正は行われておらず、国民主権・平和主義・基本的人権の尊重といういわゆる憲法の基本三原則をはじめとして、日本国憲法が我が国に定着していることを考えると、この瑕疵は治癒されたと見るべきではないかとの意見が出された」。(参議院憲法調査会『日本国憲法に対する調査報告書』(平成17年4月)41頁)。

⁴³ 山元一「『憲法改正』問題の諸相」法学セミナー 612号(2005年)8頁。なおこれは、いわゆる「事実の規範力」という考え方に関連してくる。

⁴⁴ 原田大樹「多元的システムにおける行政法学」新世代法政策学研究 6号(2010年)133-137頁。また、国際基準の正統性を支える要素として、「手続の透明性・開放性・公正性・慎重性」を挙げる、原田大樹「TPP時代の行政法学」ジュリスト1443号(2012年)58頁も参照。

権限を持っている場合」について、その必要性を承認しつつ、「その多層にわたる実施過程での、国内機関の参加・透明性の確保」を図ることや、「二次立法自体の手続透明化」が必要であるとする指摘⁴⁵、このこととも関連して、TPPに関して、その「国内制度へのインパクトを考えると、このような新しい仕組みについて、政府のほうで、国民に対する説明、国民に対する透明性を十分確保していただくことが重要」といった指摘⁴⁶などが重要であると思われる⁴⁷。

4. むすび

以上、本稿では、「国際的な法整備」と「グローバルな法協力」が有する問題点の一端としての「民主的正統性」の問題を取り上げた。日本における「押し付け憲法論」をめぐる議論を参考にしながら検討した結果として得られたさしあたっての結論は、それらの活動の民主的正統性を確保することの重要性、そしてそれが十分に得られない場合でも、内容的な妥当性を追求するとともに、決定に至る過程における多様なアクターの参加や意見表明の機会の提供、そしてその議論過程の透明性を確保し、政府が説明責任を十分に果たすこと等により、「押し付け」という批判を回避するための努力を積み重ねていくことが重要であるという、ごくありふれたものである。

しかしながら、そうした地道な取組みの必要性は、改めて強調するに値する事柄であるとともに、その作業に際しては、—— 良くも悪くも戦後のかなりの期間、繰り返し論じられてきただけに議論の蓄積もある —— 「押し付け憲法論」をめぐる特殊日本的な議論状況から学ぶことは少なくないと思われる。

【追記】

本稿は、平成25年度科学研究費補助金・基盤研究（C）「国家安全保障に関する秘密保全法制についての憲法的観点からの多角的分析」（課題番号

⁴⁵ 斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力・小早川光郎・芝池義一『行政法の新構想 I —— 行政法の基礎理論』（有斐閣、2011年）365-366頁。

⁴⁶ 小寺彰ほか「座談会」・前掲注（29）27頁〔斎藤誠発言〕。

⁴⁷ さらに、原田大樹「多元的システムにおける正統性概念 —— 適合性評価を手がかりとして」行政法研究1号（2012年）74-78頁も参照。

25380043)、および平成25年度科学研究費補助金・基盤研究（C）「欧米諸国における日本国憲法研究の状況をめぐる憲法学的検証」（課題番号25380038）による成果の一部である。