

権威主義的立憲主義

中 島 茂 樹*

目 次

はじめに

I 安倍政権下の集権システムの強化と集団的自衛権行使容認の解釈改憲

1) 前史——政治改革・行政改革

2) 集団的自衛権行使容認の解釈変更

II 「権威主義体制」論——競争的権威主義

1) エルンスト・フレンケルの「二重国家」論

2) 「権威主義体制」論・「権威主義体制」研究

III 例外状態と権威主義的立憲主義

1) カール・シュミットの憲法変動論

2) 例外状態と憲法破壊 (Verfassungsdurchbrechung)

む す び

はじめに

立憲主義という言葉は、一般に、リベラリズムの正統的な要素とされる、基本的人権の保障、自由で公正な選挙、権力分立、議会制定法や政府の行政措置に対する司法審査など、要するに法の支配・法治国家と同義的に用いられている。これに対して、権威主義という言葉は、中央集権国家や一党独裁国家における権利の剥奪・停止や権力分立の欠陥、あるいは民主主義と自由主義の乖離を主な根拠としている。しかし、21世紀に入ると、一般的にリベラル・デモクラシーと理解される憲法体制内においても、おおまかに「権威主義的」と「立憲主義的」と呼べる二つの指向性間のイデオ

* なかじま・しげき 立命館大学名誉教授

ロギー的対立が顕在化し、議会よりも大統領や執政府への権力集中、人事介入を通じての司法の無力化や例外的規定の拡大解釈、市民的自由の広範な解釈よりも国内の「秩序」、国家安全保障、緊急事態、愛国心、「血統主義」に基づく基本的人権の制約、そして「家族の価値観」の支持など、立憲主義体制を外見的には維持したまま、法の支配・法治国家を蹂躪する、いわば「立憲主義の権威主義」的な統治が常態化してきている¹⁾。このような事情を反映して、後に詳しく検討するように、競争的権威主義、選挙権威主義、立憲の独裁、独裁的リーガリズム、といった概念が提唱されているが、近時におけるもっとも顕著な事例がアメリカでの第二次トランプ政権（以下、「トランプ2」と略称）の強権的政治運用であることはいうまでもないであろう²⁾。

通常は政治的な影響から独立性を担保されているはずの連邦準備理事会（FRB）の理事、疾病対策センター（CDC）の所長、鉄道事業を監督する陸上運輸委員会（STB）の委員の相次ぐ解任（2025年8月最終週）、悪化した7月の雇用統計を「政治的な操作だ」と決めつけての労働統計局長の解任、「1990年以降、極右過激派は極左よりはるかに多くの政治的殺人を犯している」との報告書を司法省が極秘裏に削除、治安対策上の緊急措置を建前としてのロサンゼルス、首都ワシントン、シカゴなど民主党系の5都市への州兵の派遣など、「トランプ2」の強権的政治運用の事例の列挙には事欠かないといってよい³⁾。しかし、きわめつけは何といっても「トランプ関税＝

1) Duncan Kennedy, *Authoritarian constitutionalism in liberal democracies*, in: Helena Alviar Garcia and Günter Frankenberg, *Authoritarian Constitutionalism, Comparative Analysis and Critique*, 2019, p. 161.

2) この点、スティーブン・レビツキー、ダニエル・ジブラット『少数派の横暴——民主主義はいかにして奪われるか』（新潮社、2024年、初出2023年）によって、保守反動や極右の台頭そのものは欧州でも散見されるが、しかし、民主主義の規範や制度に公然と背きつつ、ごく短期間に権威主義が権力の中核を覆うに至ったアメリカの状況が極めて異例であることが克明に例証されている。

3) 西村博之（日本経済新聞本社コメンテーター）『「米国王」トランプ氏が崩す4つの境界 近代国家の先祖返り招く』は、「朕（ちん）は国家なり」と言ったのは17世紀のフランス

関税外交」(関税を課せられる側にすれば「関税恫喝外交」)であろう。この点、トランプ政権が相互関税などの根拠としているのは1977年の「国際緊急経済権限法 (IEEPA)」であるが、そこには、大統領が関税を課す権限は明確には定められていないだけでなく、そもそも合衆国憲法第1条第8節では、関税の賦課や対外貿易の規制といった権限は連邦議会の権限に属すると明示的に定められている。したがって、大統領令＝行政措置によるトランプ政権による一連の関税政策は違憲の疑いが濃厚であり、近いうちに差し止められる可能性を含んだ措置であるといえよう⁴⁾。

このような「トランプ2」での大統領令を乱発しての強権的政治運用にはデジャビュ(既視感)を覚えざるをえないところである。というのは、後に詳しく検討するように、いわゆる閣議決定＝行政措置による権力的集権

国王ルイ14世だ。絶対王制下の欧州では王が国の財布も軍も法も支配した。やがて啓蒙思想と市民革命で『人民主権』に基づく近代国家が成立し、統治者と国の機能は分化した。トランプ氏はそれを先祖返りさせているように映る。」としたうえで、①公と私の境界(宴会場建設のためのホワイトハウス東棟の解体、親族のビジネス相手の恩赦)、②軍と警察の境界(国内治安維持のため部隊を各地に派遣)、③政治と治安維持との境界(軍でも警察でもない不透明な第三の暴力装置としての移民・税関捜査局(ICE)の急拡大・権限逸脱)、④戦時と平時の境界(国防総省を『戦争省』と改称、宣戦布告のないまま軍がベネゼエラなどの『麻薬テロリスト』を攻撃・殺害)、の4つの「国の形を変えうる『境界線崩し』が加速している」とし、「そんな暗黒郷はまだ遠いと信じたい」と論じている(日本経済新聞2025年10月30日)。

4) 実際、SCOTUSblog (<https://www.scotusblog.com/2025/09/trump-administration-urges-supreme-court-to-uphold-tariffs/>)によれば、トランプ関税にかかる V.O.S. Selections v. Trump の訴訟について、「8月29日、国際通商裁判所(CIT)からの控訴を審理する連邦巡回控訴裁判所は、トランプ大統領には関税を課す権限がなかったと判断した。多数意見(7対4)で、同裁判所は『ほぼすべての貿易相手国から輸入されるほぼすべての品目に対して、無期限に関税を課す』という措置は、『前例のない(unheralded)』かつ『変革的(transformative)』な行為であると述べた。さらに多数意見は、「大統領による関税の発動は、経済的にも政治的にも重大な決定に該当する」と指摘し、そのような行為を行うには政府が『明確な議会の授権(clear congressional authorization)』を示す必要があると説明した。そして、今回の事案では政府がそのような権限を示すことができなかったと結論づけた。」と報じられている。なお、この点とかかわって、梅川健「抑制と均衡? 第二次トランプ政権の関税政策と大統領権限」(佐橋亮・梅川健編『トランプのアメリカ:内政と外交、そして世界』〔東大出版会、2025年〕)21頁以下をも参照。

システムを基盤とした新自由主義的統治構造改革と「グローバル軍事大国化」を指向したいわゆる「アベ政治」がまさしく、「むき出しのマフィア政治⁵⁾」という意味において「トランプ 2」と相似形をなすといっても過言ではないからである。この点、2019年3月8日、スティーブン・バノン米大統領首席戦略官(当時)が自民党本部に講演に訪れた際に、「私は、大きく言って、安倍首相は“トランプ以前のトランプ”(Trump before Trump)ではないかと思っている」と語ったのはその証左であるといえよう⁶⁾。まことに、2014年7月1日、第2次安倍政権が内閣法制局長官の首をすげ替えてまでして閣議決定、つまりは行政府の措置によって集団的自衛権行使容認の解釈改憲を強行したことは、「憲法9条は死んだ⁷⁾」(阪田雅裕元内閣法制局長官)とまで評されるほどの大きな憲法変動を招来するものであった。

そこで問題は、いわゆる「アベ政治」とその後の歴代政権の政治運用はこれを「立憲主義の権威主義化⁸⁾」と評することには十分な根拠があるとし

5) 朝日新聞紙上での対談で、「アベ政治」につき杉田敦が、「森友学園や加計学園をめぐる疑惑と重ね合わせて考えると、政治のあり方が、一種マフィア的になっているのでは。身内や仲間内でかばい合い、外部には恫喝的に対応する。米国やロシアの政治も同様です。」と指摘したのに対し、長谷部恭男は、「公が私によって占拠されている。濃密な人間関係で強く結ばれた集団が、官僚機構や一部マスコミも縄張りにおさめ、社会・一般に対して説明責任を果たそうともしないで権力を行使するとき、公権力は私物化され、個人間の私的な絆をテコに政治が行われる。社会全体にとって何が利益かを丁寧に説明し、納得を得ることで権力は民主的な正当性を獲得しますが、現政権はそんなものは必要ない、反対するやつは切り捨てればいいと。まさにむき出しのマフィア政治です。」と応じている(朝日新聞2017年6月19日)。

6) スティーブン・バノン元アメリカ大統領首席戦略官は、「世界中に広がるポピュリストやナショナリストの草の根運動にとって、安倍首相は偉大なヒーローだ。トランプ氏や、「ブラジルのトランプ」とも呼ばれる) ボルソナーロ氏らよりも前から、安倍首相は先進国のかじ取りをしている初めてのナショナリストだ。トランプ氏がトランプ氏である前に安倍首相がトランプ氏であったとも言えるわけです」と発言したと報じられている(朝日新聞2019年3月8日)。

7) 2022年12月に岸田文雄内閣が国家安全保障戦略を改定した際の発言(朝日新聞2023年4月14日)。

8) 山元一「グローバル化世界と憲法制定権力」法学研究91巻1号(2018年)49頁以下、同「日本の立憲主義の権威主義化?」憲法研究3号(2018年11月)106頁以下をも参照。

ても、定義的にこれをさらに厳格に政治現象ならびに憲法現象、なかんずく憲法変動論の視角からみてどのように評価されることになるのか、ということである。以下では、まず、集団的自衛権行使容認の解釈改憲に至る集権システムの強化について、ついで、比較政治学や政治体制論の領域での「権威主義体制」をめぐる議論について、そのうえで、憲法変動論をふまえての「権威主義的立憲主義」という概念枠組で捉える可能性とそのメルクマールについて検討することにした。

I 安倍政権下の集権システムの強化と 集団的自衛権行使容認の解釈改憲

1) 前史——政治改革・行政改革

1-1) 政党党首の権限拡大

1988年に発覚したリクルート疑獄の深刻化に端を発した「政治改革」は、1994年に一連の政治改革関連法として結実し、「民意の集約、政治における意思決定と責任の帰属の明確化及び政権交代の可能性」（第8次選挙制度審議会答申）の実現をめざして衆議院議員選挙を中選挙区制から小選挙区比例代表並立制に改変する選挙制度改革と政党国庫助成制度の導入を骨子とする政治資金規正制度改革として、その実現を見た⁹⁾。

小選挙区比例代表並立制は、一方では、議院内閣制の要ともいえる政党システムを二大政党制へ誘導するとともに、他方では、党執行部の公認権を通じて各党の候補者が基本的に1名に絞られる（小選挙区制）点で、かつ党執行部によって名簿登録候補が決定される（比例代表制）点で、ともに党の集権性を高める効果をもたらすものであった。また、政党助成法も、政党に助成された公費の配分権を政党執行部が掌握することによって、これ

9) 政党国庫補助について、拙稿「政党国庫助成と思想・良心の自由——南九州税理士会事件最高裁判決の射程」立命館法学289号（2003年）1頁以下参照。

も同様に党の集権性を高める効果をもつものであった¹⁰⁾。

1-2) 首相・内閣総理大臣の権限拡大

1-2-1) 2001年の中央省庁改革

「官主導の資本主義国家」から「民主導の資本主義国家」への国家体制の再編を目指す行政改革会議「最終報告」(1997年12月3日)(いわゆる橋本行革¹¹⁾)をうけた2001年の中央省庁改革は、①内閣総理大臣の閣議における発議権の明確化(内閣法4条)、②内閣官房の機能強化(内閣法12条、重要政策・重要事項に関する企画立案機能および行政各部の施策の統一上必要な企画立案機能の追加、内閣官房副長官補・内閣情報官などの新設)、③内閣府の新設(内閣総理大臣を長として、国政上重要な事項に関する企画立案と総合調整が主な任務)、④内閣府のもとに設置される「経済財政諮問会議」(「官邸主導の行政運営を具体化する場」、として具体化された¹²⁾。

しかし、その際、「『内閣総理大臣』の指導性の強化」については、「内閣総理大臣の行政各部に対する指揮監督に関する内閣法の規定は弾力的に運用する」、「事前の閣議によらない指揮監督の是非は、今後の重要な検討課題」とされ、結果として、内閣総理大臣のリーダーシップの発揮は、閣議における「発議権」の確認にとどまり、閣議に基づかない「行政各部に対する指揮監督権」発動はこれを容認できないものとされた¹³⁾。しかし、こ

10) 杉原泰雄・只野雅人『憲法と議会制度』(法律文化社、2007年)349頁以下。

11) 「橋本6大改革」を中心とする国家構造の再編成について、渡辺治編『変貌する〈企業社会〉日本』(旬報社、2004年)所収の諸論文、とくに、同「開発主義・企業社会の構造とその再編成」23頁以下、同「政治改革から保守二大政党制へ——開発主義国家体制の再編とその困難」139頁以下を参照。

12) 行政改革会議の設置・活動等の経緯については、行政改革会議事務局OB会編『21世紀の日本の行政』(行政管理研究センター、1998年)3頁以下を参照。また、改革の内容、特徴、評価については、高見勝利『「この国のかたち」の変革と『議院内閣制』のゆくえ』公法研究62号(2000年)1頁以下、中井歩「内閣機能の強化と行政の役割」(『岩波講座 憲法4 変容する統治システム』[岩波書店、2007年])131頁以下などを参照。

13) 内閣総理大臣の指揮監督権につき、「最終報告」が法改正ではなく「運用」の問題としたのは、第一に、憲法上の内閣総理大臣の地位につき、これを「同輩者中の首席」型と「内

の点を突破して、官邸主導体制の確立に向けた統治構造改革完遂への橋頭堡となったのが、次に述べる公務員制度改革である。

1-2-2) 公務員制度改革

内閣総理大臣を本部長として全国務大臣で構成される国家公務員制度改革推進本部の顧問会議（座長＝御手洗富士夫・日本経団連会長）が制度設計を担った国家公務員制度改革基本法（平成20年法律第68号）に基づき、議院内閣制下での内閣による政治指導の強化策（基本法5条1項）として、①内閣官房に置かれる（内閣法21条1項）内閣人事局の発足（2014年5月）、②内閣による幹部人事の一元管理の実現、③幹部候補育成課程に関する運用基準の定立（国公法61条の9～61条の11）を内容とする「国家公務員法等の一部を改正する法律」（平成26年法律第22号）が成立した。

このうち、内閣人事局についていえば、①国家公務員制度の企画・立案、②幹部職員人事の一元管理（これまでは、形式的には各省庁の大臣・長官、実際には省庁の官僚機構が担っていた）、③定員・機構管理の機能を担うものとされ、各省庁の幹部人事を官邸（内閣総理大臣、官房長官）で一元的に掌握するしくみが構築されるところとなった。上記の行政改革会議での議論の際には、「憲法は内閣という合議体に行政権を付与している。行政権は内閣に属するというのが憲法65条の規定です。決して内閣総理大臣に与えられて

閣総理大臣一人が行政権の主体として行政の責任者であり、他の国務大臣はその補助機関である型」との間の中間型とする理解から、憲法上行政権は合議体としての内閣に属する権限とし、内閣としての方針がない場合に総理大臣が独断で行政各部の指揮監督等を行うことは憲法上許されない、と解するのが憲法学の通説的見解であること（清宮四郎『憲法I【新版】』（有斐閣、1971年）310頁、宮沢俊義・芦部信喜『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978年）551頁、563頁、塩野宏『行政法Ⅲ（第4版）』（有斐閣、2012年）58頁以下など）、第二に、ロッキード事件最高裁判決（最大判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁）が、閣議にかけて決定した方針が存在しない場合でも、「少なくとも、内閣の明示の意思に反しない限り、行政各部に対し、随時、その所掌事務について一定の方向で処理するよう指導、助言等の指示を与える権限を有するもの」と解していること、などの考慮を総合的に判断してのことと思われる。

いるわけではない。(中略)内閣がその統括下にある行政各部を指揮・監督するということによって、行政権の行使について国会に責任を負う」(大森政輔前内閣法制局長官)とされていた内閣総理大臣の指揮監督権は、今後の国家公務員法の改正、とりわけ内閣人事局制度の発足により、内閣総理大臣の権限拡大というその実質においてはほぼ実現されるところとなったといつてよいであろう¹⁴⁾。

議院内閣制の統治構造の下では、その最大の特徴は、議会と行政(執政府)との協力・共同関係が本来的に制度化されているところ、内閣、とりわけ内閣総理大臣の一方向的な権限強化は、行政機関と立法機関との一体化を導くことになり、運用の結果次第では「強権的支配」へ転化する危険性を大きく内在するものといわざるをえない。こうした危険をまざまざと見せつけたのが安倍内閣による強権的な政治運用であり、特定秘密保護法や安全保障法制などの強行採決、衆参いずれかの議員の4分の1以上の議員の要求があれば国会を召集しなければならないとする憲法53条を無視しての野党による国会開催要求の拒否、NHK・日銀・内閣法制局など専門性・独立性・公益性の強い機関への人事介入、森友・加計学園問題をめぐる財務官僚による公文書の改竄・廃棄、陸上自衛隊イラク日報「隠蔽」、高市早苗総務大臣の電波停止発言¹⁵⁾など、枚挙にいとまがない一連の事例はその

14) 以上の「政治改革・行政改革」についての論述は、拙稿「グローバル化と統治構造の変容——内閣総理大臣への権限集中を中心として」(中島茂樹・中谷義和編『グローバル化と国家の変容:「グローバル化の現代——現状と課題」第1巻』[お茶の水書房、2009年])101頁以下を一部援用している。行政改革については、とくに、晴山一穂『現代国家と行政法学の課題——新自由主義・国家・法』(日本評論社、2012年)参照。そこで晴山は「中央省庁改革」について、これを「権威主義的統治システムの構築」と捉えている(4頁)。そのほか、最近の研究文献として、稲葉一将「1990年代の行政改革による官僚制の変容と課題」(晴山一穂・白藤博行・本多滝夫・榊原秀訓編著『官僚制改革の行政法理論』[日本評論社、2020年])3頁以下、本多滝夫「官僚制の制御と法治主義」(晴山一穂・白藤博行ほか編著・前掲書)20頁以下参照。

15) この点、2025年10月に高市早苗内閣が成立したので一言触れておくと、放送法では、放送事業者は政治的公平性を確保しなければならないと定められている(4条1項2号)。公平かどうかは、その放送局の「番組全体で判断する」というのが政府の公式な解釈だったが、

証左であるといえよう。

2) 集団的自衛権行使容認の解釈変更

2-1) 例外状態の常態化

以上のような一連の内閣・内閣総理大臣への権限集中の流れの中で、憲法上座視することができないのは、立憲主義の停止・破壊に帰結する閣議決定＝行政措置による（憲）法規範の定立という例外的措置が「常態化」しているということである。

2020年まで8年弱続いた安倍政権は、積極的平和主義を盛り込んだ国家安全保障戦略を策定し、国家安全保障会議（NSC）を設立し、秘密保護法を制定し（以上、2013年）、武器輸出三原則を防衛装備移転三原則に変更し、集団的自衛権の行使を認め（以上、2014年）、安保法制を成立させて（2015年）、日米の外務・防衛担当閣僚会議（2プラス2）でのガイドライン改定（2015年）、敵基地攻撃能力の保持を推進する（2020年）など、とりわけ安全保障に関わる重要案件の多くは国会での審議に付されないまま閣議決定のみで処理されてきた。

その後また、2022年9月22日、「アベ政治」を全面的に継承する岸田文雄政権の下で、外交・防衛政策の基本方針の改定に向けた「防衛力強化を検

2015年5月、時の安倍政権下で「極端な場合は1つの番組のみでも政治的公平性を判断できる」とする事実上の解釈変更を行った。国会でこの答弁をした当時総務相だった高市は翌年、「政治的公平性を欠く放送を繰り返した場合」に電波停止を命じる可能性があるとするなど、放送・報道への権力介入とも取れる発言をした。

その後2023年になって公開された総務省の行政文書には磯崎陽輔首相補佐官（当時）が官僚とのレクで解釈を変更するよう迫り、それに高市氏が関与する様子が克明に記されていた。この点を国会追求された経済安全保障担当だった高市は文書について「まったくのねつ造文書だ」と述べ、「もしねつ造でなければ大臣や議員を辞職するということがいいのか」と問われると、「結構だ」と答弁した。総務省はその後、文書が真正の行政文書であると認め、さらに文書を作成した3人の官僚全員が「ねつ造はしていない」と国会に報告したが、高市は自身に関する部分について「怪文書のたぐい」、「ねつ造」と主張し続け、その後も発言の訂正、撤回などはしないまま現在にいたっている。

討する政府の有識者会議¹⁶⁾ (私的諮問機関) が設置され、この「有識者会議」の報告を受ける形で、12月16日、① 防衛予算を5年間に国内総生産 (GDP) 比で倍増、② 敵基地攻撃能力 (スタンド・オフミサイル) の保有、③ アメリカ軍と自衛隊の「相互運用性」の強化、④ 防衛移転三原則 (武器輸出) の見直しの検討、⑤ 「能動的サイバー防御」の採用などを内容とする「安保関連3文書」(国家安全保障戦略、国家防衛戦略、防衛力整備計画) の改定が、国会での議論や承認をいっさい経ることなく閣議決定 = 行政措置のみで処理されている。

なかでも憲法の規範力という点からみて決定的に重要な意味をもつのは、集团的自衛権行使を容認した2014年7月1日の閣議決定である。

2-2) 内閣法制局長官人事への政治介入——その1

内閣法制局は、内閣法制局設置法によって設けられたものであって、法律問題に関して「内閣の事務」を補助する補佐機関 (内閣法12条4項) である。内閣法制局設置法は、「内閣に内閣法制局を置く」(1条)、「内閣法制局長は、内閣法制局長官とし、内閣が任命する」ものとし(2条)、「長官は、内閣法制局の事務を統括」すると定める。そして、内閣法制局の所掌事務について、「閣議に附される法律案、政令案及び条約案を審査し、これに意見を附し、及び所要の修正を加えて、内閣に上申すること」(3条1号)、および、「法律案及び政令案を立案し、内閣に上申すること」(同3条2号) が列挙されている。こうした法制度の下にあって、1998年5月8日の第142国会衆議院行政改革特別委員会において村岡兼造官房長官 (当時) は、内閣法制局の任務につき、「内閣法制局は、内閣がその職務として憲法

16) この「有識者会議」の構成メンバーには、佐々江賢一郎 (元外務次官) を座長に黒江哲郎 (元防衛次官)、山口寿一 (読売新聞グループ代表取締役社長)、喜多恒雄 (日本経済新聞社顧問)、船橋洋一 (元朝日新聞主筆) などが並んでおり、安全保障問題や憲法問題の専門家抜きに、実質的に防衛・外務の次官経験者と読売、日経、朝日の幹部やOBだけで答申がまとめられている。

第72条に基づき法律案を国会に提出し、または憲法第73条に基づき政令を制定することとされていること、及び国務大臣がその職責を果たすに当たり憲法の尊重擁護義務があることにかんがみ、法治主義の観点からこれらが適切に行われることを確保するため、法律専門家としての立場において内閣を直接補佐することを主な任務としている」と答弁していた。

内閣法制局の人事は、内閣法制局で20年以上にわたって法律実務の経験を積んだ優秀な人材が、内閣への意見事務を担当する第一部長（局長に相当）から次長（事務次官に相当）を経て長官という「順送り」人事が慣例とされてきた。歴代の政府にあってもこの慣行は尊重されることとなっていた。この点で、次に述べるように、元外務省国際法局長で駐仏大使の小松一郎を法制局長官に任命したことは集团的自衛権行使を容認するための慣例破りの異様な人事と指摘されざるをえないものであった¹⁷⁾。

このような事情を背景として、湾岸戦争直前の1990年当時、海部俊樹首相は、自衛隊による多国籍軍の後方支援を盛り込んだ国連平和協力法案を提出し、「国連決議に基づく集団安全保障措置は含憲」との新解釈に踏み込もうとしたところ、内閣法制局の工藤敦夫長官（当時）は「武力行使と一体化すると評価される参加は憲法上、許されない」と国会で答弁し、結局のところこの法案は廃案となるにいたった。

その後、第一次安倍政権（2006～07年）で安倍首相は、持論だった集团的自衛権の行使を容認するため、憲法解釈の変更検討を内閣法制局の宮崎礼壹長官（当時）に指示した。しかし、宮崎は「憲法9条に基づき、わが国を守るために認められる必要最小限を超え、許されない」としてきた歴代政府の見解と整合性が取れないなどと説明し、「首相が方針を貫くなら辞任する」と強く反対した。そこで、当時の安倍首相は国会答弁での解釈変更

17) 西川伸一『知られざる官庁 新内閣法制局』（五月書房・2002年）142頁以下、同『内閣法制局』（五月書房・2013年）15頁以下。さらに以下の論述との関係で、阪田雅裕（元内閣法制局長官）「内閣法制局と憲法解釈」憲法問題22号（2011年）102頁以下、同『憲法9条と安保法制——政府の新たな憲法解釈の検証』（有斐閣、2016年）をも参照。

を先送りし、有識者会議（私的諮問機関）を設置して憲法解釈見直しを打ち出すことに方針変更を余儀なくされた。しかし、その後、参院選の敗北によって安倍首相は退陣し、首相が政権復帰するまで集团的自衛権の行使容認は凍結されたままとっていた。

2013年8月、政権に再び復帰した安倍首相は、従来の内閣法制局長官人事の慣例を破棄して内閣法制局の山本庸幸長官を退任させ、後任に元外務省国際法局長で駐仏大使の小松一郎を法制局長官に任命し、小松の病气入院（2014年1月）により、その下でナンバー2の法制局次長を務めていた横畠祐介を長官事務代理に就任させた。5月に小松の長官退任（5月、その後6月23日に死去）後、安倍内閣はその後任として横畠を次長から長官に昇格させた。長官に就任した横畠は、今回の集团的自衛権の行使容認は「限定的で合憲」と国会で答弁した。

2-3) 内閣法制局長官人事への政治介入——その2

第2次安倍内閣（2012年～）で安倍首相は内閣総理大臣の下に私的諮問機関として「安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会」（座長：柳井俊二元駐米大使、座長代理：北岡伸一）を設置し（14年2月7日）、同懇談会は安倍首相に報告書を提出（14年5月15日）したことで、事態は具体的に動き出すことになった。同懇談会の設置と並行して、安倍首相は「集团的自衛権行使は可能という判断は、政府が新しい解釈を明らかにすることで可能であり、憲法改正は必要ない」（14年2月5日衆議院予算委員会）、「（憲法解釈の）最高責任者は私だ。私たち（政治家）は、選挙で国民の審判を受ける」（14年2月12日衆議院予算委員会）など、立憲主義の根幹をなす権力分立を無視するかのような発言を国会で繰り返していた。

内閣法制局による政府の憲法解釈の合憲性・合法性審査との関係については、「国のかたち」を根底から変質させる可能性を含んだ9条解釈の変更について、法制局はたった1日の審査で「意見なし」とし、結果は憲法解釈を担当する第1部の参事官が電話で内閣の担当者に伝えられ、……複数

の与党関係者によると、高村正彦・自民党副総裁や北側一雄・公明党副代表らは、与党協議会とは別に、横畠氏と非公式に面談し、「彼らは閣議決定前に『限定的容認は従来の9条解釈の枠内』」ということで合意していた」と関係者の一人は打ち明けたという（毎日新聞15年9月28日）。

政府が2014年7月1日に閣議決定した集団的自衛権の行使容認に必要な憲法9条の解釈変更に至るプロセスについては公文書として残されていないことが判明し、組織的な検討が事実上行われていなかった実態が浮かんだ、との報道がなされている（毎日新聞15年9月28日）。他界した小松や横畠が解釈変更に深く関与していることは間違いのないとしても、非公式の折衝や協議は記録に残されておらず、プロセスは水面下に沈んだままである。

2-4) 閣議決定＝行政措置による解釈変更

自衛権とは、一般に、他国による違法な武力攻撃から自国を防衛するために、武力を用いて反撃する国家の権利をいうが、従来の政府見解においては、その行使が容認されるのは個別的自衛権のみであって、自衛隊の海外派兵や他国による武力行使と一体となる行動、つまりは集団的自衛権は憲法9条の下では行使することが許されないと解釈・運用されていたことについてはすでに述べた。1972年の政府見解では、個別的自衛権の行使について、①武力攻撃によって国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆されるという急迫、不正の事態、②国民のこれらの権利を守るためのやむを得ない措置、③その措置は右の事態を排除するためとられるべき必要最小限の範囲、という三要件が必要だとの判断を示していた。

しかし、2014年7月1日、安倍内閣は、閣議決定において、日本に対する武力攻撃が発生した場合に加えて、①「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合」にも、②「我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないときに」、③武力行使をすることは、自衛のための措置として憲法上許

容されると、政府の従来の憲法 9 条解釈を変更して集団的自衛権の行使を容認した。

ここに含まれている憲法論上の問題点の第一は、安倍首相のすでに指摘した次のような憲法観にかかわる。すなわち、「(憲法解釈の) 最高責任者は私だ」、「集団的自衛権行使は可能という判断は、政府が新しい解釈を明らかにすることで可能であり、憲法改正は必要ない」ところから行政措置によって変更可能だ、とする憲法認識 = 立憲主義理解である。しかし、これは、行政権 = 内閣による憲法規範の定立そのものであって、執政府による権力独占を背景とした国民代表議会による立憲的統制の機能停止ないし廃棄を企図する試みにほかならないといってよいであろう。

第二は閣議決定による解釈改憲についてである。憲法66条は、内閣総理大臣の地位を、内閣の「首長」として位置づけ、他の国务大臣は、内閣総理大臣によって任免される(憲68条)と規定している。内閣法も、この趣旨を踏まえ、「内閣は、国会の指名に基づいて任命された首長たる内閣総理大臣及び内閣総理大臣により任命された国务大臣をもつて、これを組織する」と定めている(内閣3条)。

内閣総理大臣は、こうした地位に基づき、「内閣を代表して議案を国会に提出し、一般国务及び外交関係について国会に報告し、並びに行政各部を指揮監督する」(憲72条)。また、合議体としての内閣の職権行使は閣議によると定め(内閣4条1項)、閣議は総理大臣が主催し、総理大臣は、内閣の重要政策に関する基本的な方針その他の案件を発議することができる(内閣4条2項)。

こうした現行規定からは、閣議決定の法的効力は政府を構成する行政機関の意思を拘束する意味しかないことが明らかであるが、さらに、「行政組織法定主義」と「法律に基づく行政の原理」を帰結する「法の支配」・「法治国家」原理に即して考えた場合、① 閣議決定とは講学上たんなる「措置」にすぎないこと、② 内閣の権能(職権)を定めた憲法73条には《憲法解釈》の権限は含まれていないこと、③ 数多ある行政組織法および行政作用法の

どの法律の中にも行政機関に《憲法解釈》の権限を付与したものはないこと、④ましてや内閣の憲法解釈が国会に優越することもないこと、から内閣は閣議決定＝行政措置によって9条の《憲法解釈》を変える権限を有しているとはとうていいうことができない。そればかりか、内閣には法律が違憲かどうかを審査する権限はなく、仮に内閣が法律を違憲だと判断したとしても、その法律の執行を拒否することはできず、「誠実に」執行する義務を負っているにすぎない。

このように見てくれば、憲法改正の発議権さえ有していない内閣が、明文改憲の見込みがたたないところから、本来行政機関を拘束するにすぎない閣議決定によって憲法改正に匹敵する戦争放棄（平和主義）を定めた憲法の根本規範を変更するなどということは、「立憲政治（constitutionalism）の否定以外のなにものでもなく、内閣自らが憲法秩序を破壊する暴挙¹⁸⁾」と断じざるを得ない。

そこで問題は、内閣自らがたんなる行政上の「措置」として強行した「憲法秩序を破壊する暴挙」は、憲法の変動現象という視点から考察した場合にはどのように評価されることになるのか、ということである。しかし、ただちにその考察に移る前に、政治現象ないし政治体制論の観点からはどのような議論がなされているのかを見ておく必要がある。

Ⅱ 「権威主義体制」論——競争的権威主義

上述の「憲法9条は死んだ」（阪田雅裕元内閣法制局長官）とも称されるごとき憲法破壊現象については、政治学、なかんずく比較政治学や政治体制論の領域では「権威主義体制」論として活発な議論が展開されているところである。

18) 大浜啓吉「市民社会と行政法（第29回）——集团的自衛権と閣議決定による解釈改憲（2）」科学2014年6月698頁以下。同時に、大浜啓吉「市民社会と行政法（第28回）——集团的自衛権について」科学2014年5月569頁以下をも参照。

1) エルンスト・フレンケルの「二重国家」論

まず、その研究史を辿ってみれば、1930年代後半から40年代初頭にかけてのヨーロッパを対象とした「全体主義国家」ないし「権威主義国家」研究が注目されよう。そこでは、エルンスト・フレンケルの『二重国家』とフランツ・ノイマンの『ビヒモス』は「ドイツの亡命者がナチ期のために公刊した二つの主要なファシズム分析¹⁹⁾」と評されているように、ナチスの「全体主義国家」体制についての古典的研究といつてよいであろう。そのうち、行政措置の運用に関心を示す本稿の視角からみてとくに興味をそそられるのは前者、フレンケルの「二重国家」論である。

ヴァイマル憲法体制から第三帝国への移行を「合法革命」ではなくクーデターと捉え、「第三帝国の法律上・憲法上の諸展開の基本的諸原理」(同書序)を検討課題とするフレンケルの基本テーゼは、ナチス国家は二重国家であり、大権国家と規範国家とに区分される二元的構造において認識するというものである²⁰⁾。ここで、「大権国家 (the Prerogative State)」とは、「いかなる法的保証も欠如した限界のない専横と暴力を行使する統治システム²¹⁾」であり、「規範国家 (the Normative State)」とは、伝統的な「制定法規範や裁判所の判決や行政機関の活動に表現されるような法秩序を守るための権限を付与された行政体²²⁾」とされる。

フレンケルによれば、大権国家の本質は、形式的合理性の否定、すなわち、「法的拘束とりわけいかなる『形式的』束縛も受け入れないという点にある。大権国家とはそれが実質的正義を代表しているがゆえに、形式的正

19) Alexander von Brünneck, *The Dual State*, Kritische Justiz, 1969, Heft 3, S. 319.

20) Ernst Fraenkel, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, New York 1941, p. 1. 邦訳として、エルンスト・フレンケル (中道寿一訳) 『二重国家』(ミネルヴァ書房、1994年)。

21) Fraenkel, *The Dual State*, p. xiii. フレンケルの「二重国家」論について、舟越耿一「フレンケルの『二重国家』(1941)論」法哲学年報1977年122頁以下、中道寿一『カール・シュミット再考』(ミネルヴァ書房、2009年) 66頁以下参照。

22) Fraenkel, *The Dual State*, p. xiii.

義の廃除を要求する²³⁾」。したがって、大権国家は、個別の命令＝措置の支配する国家であり、その行政機関の行為は主権的行為としていかなる客観的法律によっても、いかなる主観的権利によっても制約されることのない「措置国家」と称されるという²⁴⁾。これに対して、ここでいう「規範国家は、『法の支配』の行われている国家、すなわち、自由主義時代の法治国家と同一ではなく²⁵⁾」、国民社会主義的価値を前提とした「具体的秩序」の支配する「規範国家」なのであって、その意味で、「規範国家は、大権国家にとって必要な補完物²⁶⁾」であると同時に、大権国家も規範国家を補完する」という点で、両者は「相互依存の関係にある²⁷⁾」とされる。

こうした「権威主義的二重国家が必要とされるのは、まさしくドイツにおける資本主義の維持のためである²⁸⁾」。フレンケルはいう。「ドイツ資本主義は今日二つの面で国家援助を必要としている、すなわち(a)社会的な敵からその存在を保障するために。(b)それなしには資本家的企業が存立することができない正確な計算可能性の前提条件である法秩序の保障人としての役割において。ドイツ資本主義は、その救済のために単一国家 (a unitary state) ではなくて、政治的領域における専横と経済的領域における合理的法とにもとづいた二重国家 (a dual state) を必要としている。現代ドイツ資本主義はその存在に関しては二重国家しだいなのである²⁹⁾」と。

このようなものとしてのフレンケルの「二重国家」論について、ノイマンは、「国民社会主義法律体系にかんする優れたかつ詳細な分析」であると評価しつつも、「私はフレンケルの理論的分析に同意するものではない」と述べている。「近代国家は……強制力の独占を掌中にした合理的に作用する

23) Fraenkel, *The Dual State*, p. 46.

24) Fraenkel, *The Dual State*, p. 3f.

25) Fraenkel, *The Dual State*, p. 71.

26) Fraenkel, *The Dual State*, p. 71.

27) Fraenkel, *The Dual State*, p. 41.

28) Fraenkel, *The Dual State*, p. 153.

29) Fraenkel, *The Dual State*, p. 205f.

装置と把握される。国家というものは、概念的には、それによって行使される政治権力の統一性によって定義される³⁰⁾」と把握するノイマンの立場からすれば、ナチス体制は構造メルクマールとしてのこのような特徴を備えていないとして、「無国家 (Unstaat)」と結論づけられている³¹⁾。

2) 「権威主義体制」論・「権威主義体制」研究

今日の「権威主義体制」論・「権威主義体制」研究では、現今の地球上に存在する現実の「政治体制」の多くは「全体主義」と「自由主義」の二元論で把握できるものではなく、その中間を行くさまざまなタイプの「権威主義体制」(その特徴を示すキーワードは「自由」と「全面的抑圧」の間の中間的状況を示す「限定された自由」[limited freedom]と「限定された多元主義」[limited pluralism]などである)に属するものであることを明らかにした1975年のJ・リンス『全体主義体制と権威主義体制』³²⁾が、「政治学をあらためて「全体主義」理論の呪縛からときほどいて、比較「政治体制」論の新たな創造的展開を可能にするものであった³³⁾」と評されている。

リンスによれば、権威主義とは、「限定された、責任能力のない政治的多元主義を伴っているが、国家を統治する洗練されたイデオロギーは持たず、しかし独特のメンタリティーは持ち、その発展のある時期を除いて政治動員は広範でも集中的でもなく、また指導者あるいは小グループが公式的には不明確ながら実際にはまったく予測可能な範囲の中で権力を行使する政

30) Franz Neumann, *Behemoth: the structure and practice of national socialism*, New York, 1942, p. 541. 邦訳として、フランツ・ノイマン (岡本友孝・小野英祐・加藤栄一訳)『ビヒモス: ナチズムの構造と実際』(みすず書房、1963年)。

31) ナチズムの理論的評価をめぐるフレンケルとノイマンの関係について、ヴォルフガング・ルトハルト「不法国家か二重国家か——民主主義的社會主義者の視点からみたナチズムの構造に関する批判的・理論的考察」(H. ロットロイトナー編 [ナチス法理論研究会編]『法・法哲学とナチズム』[みすず書房、1987年]) 291頁以下参照。

32) J・リンス (高橋進監訳)『全体主義体制と権威主義体制』(法律文化社、1995年)。

33) 山口定『政治体制』(東大出版会、1989年) 29頁。

治体制」と定義されている³⁴⁾。いいかえれば、権威主義にあつては、①全体主義に比して、制約や限界はあるものの一定の多元性が存在する、②統制下での限定された範囲の自由・政治参加が存在する、③全体主義のような熱狂的動員をつねに伴うのではない、④保守主義的なメンタリティーが優勢である、といった特徴をともなうものとされる³⁵⁾。

そのうえで、リンスは、この権威主義をさらに下位類型として、①「官僚的軍事的権威主義体制」(bureaucratic-military authoritarian regimes——第一次大戦後の東欧とラテン・アメリカ諸国における軍部独裁体制など)、②「有機的国家主義」(organic statism——ポルトガルのサラザール体制など)、③「民主主義以後の社会における動員型権威主義体制」(mobilizational authoritarian regimes in postdemocratic societies——イタリア・ファシズム、ドイツ・ナチズム)、④「独立後の動員型権威主義体制」(postindependence mobilizational authoritarian regimes——「アラブの春」以前のアルジェリアやチュニジア、インドネシアのスカルノ体制など)、⑤「人種的“民主主義”体制」(racial and ethnic ‘democracies’——南アフリカ連邦とローデシア)、⑥「“未発達”の、そして“前全体主義的”状況と体制」(‘defective’ and ‘pretotalitarian’ political situations and regimes——ファシズムや共産主義の体制の初期における全体主義的一党支配の未確立の状況)、⑦「全体主義以後の権威主義体制」(posttotalitarian authoritarian regimes——スターリン批判以後のソビエト並びに東欧社会主義諸国)、の7つのタイプを識別している³⁶⁾。

そして、このようなリンスの研究以来、今日の発展途上国に見られる「開発独裁」の多様性や、「権威主義体制」の「民主化」ないし「リベラル化」の可能性、逆に、「自由民主主義体制」の「権威主義化」の可能性の問題が比較政治体制論、なかんずく「混成体制」論のなかに組み入れられている

34) リンス・前掲書141頁。

35) 小林正弥「今なおファシズムの世紀なのか？」公共研究12巻1号（2016年）290頁。

36) リンス・前掲書8頁以下。

とされる³⁷⁾。

こうした「混成体制」論研究については、ポピュリズムや新自由主義的統治や恩顧主義の潮流などが問題とされているが、今日大きく注目されている類型の一つに「競争的権威主義 (competitive authoritarianism)」がある。「競争的権威主義」とは、レヴィツキーとウェイによれば、「公式の民主制が存在し権力獲得の主要な手段だと広く見られているが、不正行為や市民的自由の侵害が行われたり、現職が国家やマスメディアの資源を悪用したりすることによって競争の場を余りに歪めてしまっているため、民主政とは呼べない文民体制」であるとされる³⁸⁾。要するに、「競争的権威主義」とは、形式的な民主主義の枠組みの中で成立する権威主義的体制であって、類似の概念として「選挙権威主義」、「権威主義的民主制」ないし「民主制的権威主義」などの概念が提起されるにいたっている³⁹⁾。

また、こうした「混成体制」論の一類型として、いわゆる西側民主主義諸国での「立憲主義の権威主義化」の傾向に関心を寄せるフランケンベルクは、「権威主義的立憲主義 (authoritarian constitutionalism)」の概念を提唱し、これを識別する特徴として、「権威主義的立憲主義は、統治と法を融合させる近代の物語 (narratives) の一つとして導入され、その諸形態は、自由民主主義憲法から権威主義的統治に至る連続関数上に位置づけられる」としたうえで、それらは、通常、「① 憲法上のご都合主義 (Constitutional Opportunism) と公共の安全を優先する傾向、② 権力と (私有) 財産の特異な二元論 (Power as Private Property)、③ 共犯関係としての参加形態 (Participation as Complicity)、④ 支配者と被支配者を同盟者として媒介なしに結び

37) 小林・前掲論文290頁、山口・前掲書29頁。さらに、権威主義に関する近年の研究として、エリカ・フランツ (上谷直克・今井宏平・中井遼記) 『権威主義：独裁政治の歴史と変貌』(白水社、2021年)、東島雅昌 『民主主義を装う権威主義：世界化する選挙独裁とその論理』(千倉書房、2023年) 参照。

38) Steven Levitsky and Lucan A. Way, "The Rise of Competitive Authoritarianism," *Journal of Democracy*, vol. 13, n. 2, 2002, pp. 51-65.

39) 小林・前掲論文291頁。

つける緊急性の礼賛（The Cult of Immediacy）・現在主義（presentism）といった、権威主義的政治テクノロジーの特殊な混合と不安定的に関係している」とし、「その目的は、想像上の国民的・民族的・愛国的・部族的その他の共同体内に個人的忠誠の絆を創出することにある」としていることが注目される⁴⁰⁾。

ここでは、「競争的権威主義」という「混成体制」論をキーワードに「今なおファシズムの世紀なのか？」という問題関心から第二次安倍政権以降の現代日本政治の権威主義化ないし権威主義的民主制への動向を検討する小林正弥の研究がとくに興味深い論点を提示していることが注目される。

小林は、いわゆる「アベ政治」の下での日本政治の権威主義化を「権威主義的民主制」への動向と捉え、安倍首相の右翼的理念のもとで以前よりも右傾化し、2015年には安保法を「成立」させて集団的自衛権の行使を可能にして違憲の法律を「制定」したという点において、「この『制定』は法的には『憲法クーデター⁴¹⁾』（石川健治・憲法学〔東京大学〕）であり、政治的には『憲政クーデター』だった」と断じる⁴²⁾。「憲法クーデターを行って立憲主義を形骸化させるという点において、これは単なる右翼的政治というよりも極右的な政治手法に近い。もっとも明確な極右政治家とは異なって、端的に憲法を放棄すると主張しているわけではなく、憲法や立憲主義を尊重すると自称して装ってはいる。このような政治手法は『準極右的政治』と言えるだろうし、この『憲法クーデター』による政治体制の事実上の変革は『準極右的体制変革』と呼ぶことができ⁴³⁾」、「安保法を『制定』して

40) Günter Frankenberg, Authoritarian constitutionalism: Corning to terms with modernity's nightmares, in: Helena Alviar Garcia and Günter Frankenberg, Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique, 2019, p. 13.

41) 石川健治、桐山桂一「インタビュー 集団的自衛権というホトトギスの卵：『非立憲』政権によるクーデターが起きた」世界872号（2015年8月）58頁以下。

42) 小林・前掲論文285頁。さらに、小林正弥「安保法案の強行採決は『憲法クーデター』だ」WEBRONZA2015年7月16日、「安保法案『可決』は無効であり、議場クーデターだ」WEBRONZA2015年9月22日を参照。

43) 小林・前掲論文285頁。

決定的に立憲主義が損なわれた時点から、『体制変化 (regimechange)』が始まり、メディアへの政権の威嚇などに顕著に見られるように日本は『権威主義的民主制』になりつつある⁴⁴⁾』と結論づけている。ただし、小林によれば、「もし憲法改正が行われて今の自民党改憲案 (2012年の自民党改憲案——引用者) のように『公益及び公の秩序』を守るためという名目によって言論・結社の自由などに制限がかけられるようになれば、市民的自由が明確に侵害されることになるから、競争的権威主義に完全に移行する可能性が高い⁴⁵⁾』とされている。

Ⅲ 例外状態と権威主義的立憲主義

「アベ政治」以降における憲法実態をふまえ、これを政治現象ではなく憲法現象として検討する場合、それは何よりも憲法の規範力、より具体的には憲法変動論の問題として扱われることになる。

1) カール・シュミットの憲法変動論

シュミットは、周知のように、『憲法論』の第11章「憲法概念に由来する諸概念」のなかで、憲法変動における5つの類型を析出している⁴⁶⁾。

- (a) 「憲法廃棄」 (Verfassungsvernichtung) —— 根抵にある憲法制定権力の同時的排除をともなう現行憲法 (たんにひとつまたはいくつかの憲法律ではない) の排除。
- (b) 「憲法排除」 (Verfassungsbeseitigung) —— 根抵にある憲法制定権力を維持しながら、既存の憲法を除去する憲法変動 (憲法交代、クーデタなど)。

44) 小林・前掲論文291頁。

45) 小林・前掲論文298頁。

46) Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), Berlin, 1979, S. 99ff. 邦訳として、カール・シュミット (阿部照哉、村上義弘訳) 『憲法論』 (みすず書房、1982年)。

- (c) 「憲法改正」(Verfassungsänderung) —— 現行憲法律のテキストの変更（憲法律上の諸規定の削除、新しい憲法律的規定の採用）であって、憲法無視の改正と憲法遵守の改正に区分される。
- (d) 「憲法破毀」(Verfassungsdurchbrechung) —— ひとつまたはいくつかの特定の個々の場合についての憲法律上の諸規定の侵害、しかし、これは例外としてであり、侵犯された規定は依然としてそのまま効力を有し、したがって、永続的に廃止されまたは一時的に失効せしめられる（停止される）こともない。
- (e) 「憲法停止」(Verfassungssuspension) —— ひとつまたはいくつかの憲法律上の規定の効力を一時的に停止することであって、憲法無視の停止と憲法遵守のそれとに区分される。

これらの5分類の変動形態のうち、現行憲法の存続を前提としながら構成されているのは(c)～(e)であり、(d)、(e)はアブノーマルな変動形態であるのにたいして(c)がノーマルな変動形態である⁴⁷⁾。

このようなシュミットの憲法変動論は、ヴァイマル憲法生誕以降のドイツの激動の憲法実態を反映した歴史的制約を含み、かつ理論的にはいわゆる「憲法変遷」(Verfassungswandlung) 概念が独自のカテゴリーとして類型化されていないという特徴を有しているとしても、憲法の変動形態を憲法上の法概念の次元で把握する試みとしてある程度まで一般性のある有効性をもちうることは否定しえないところである。この点、既述のように「クーデター」ないし「憲法クーデター」としても評された第二次安倍政権下2014年の閣議決定による集団的自衛権行使容認の解釈改憲にかんし、シュミットの憲法変動論では「憲法排除」に類型化されているが、本稿の視角からみてとくに興味をそそけるのは、ノーマルな変動形態である「憲法改正」と対置される「憲法破毀」の概念である。

47) 影山日出彌『憲法の基礎理論』（勁草書房、1975年）2頁以下、とくに12頁以下。

2) 例外状態と憲法破毀 (Verfassungsdruchbrechung)

「憲法破毀」とは、シュミットによれば、要するところ「憲法の明文規定になんらの変更が加えられないまま、当該規定と異なる措置が権力的に強行され、憲法の規範力が破壊される事態」と観念することが可能といえよう。2014年の閣議決定 (= 行政措置) による集団的自衛権行使容認の解釈改憲は、その典型的事例と考えられる⁴⁸⁾。以下、この点を詳述することにした。

シュミットによれば、国家は、「一つの人民の一定の状態であり、しかも政治的統一の状態」である⁴⁹⁾。それに基づいて人民の政治的統一が生ぜしめられる諸原理は、同一性と代表である⁵⁰⁾。政治的統一は、政治的なものの概念から結果として明らかになる。けだし、「国家の概念は政治的なものの概念を前提とする⁵¹⁾」からである。シュミットにとって、政治はす

48) 高見勝利「『憲法改正』『生きた憲法』と第9条の解釈『変更』」憲法問題25号(2014年)152頁は、集団的自衛権行使容認の解釈改憲を「憲法破毀」と認識している。

49) Schmitt, Verfassungslehre, S. 205.

50) Schmitt, Verfassungslehre, S. 204ff.

51) Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen (1932), Berlin, 1963, S. 20. 邦訳として、カール・シュミット(権左武志訳)『政治的なものの概念』(岩波文庫、2022年)。

ハツ・ホフマンによれば、シュミットにおける「政治的なもの」は通常「国家的なもの」と同一視されるか、少なくともそれに関連している。そして、国家的なものは政治的なものとして現れ、政治的なものは国家的なものとして現れる。この果てしない循環は、「国家が明確で確定的な性質をもつもの(Größe)として前提できる限り」、理解でき、科学的にも正統化できる。しかし、シュミットにとって、「人民の政治的状态 (politischer Status eines Volkes)」としての国家は、それまでの精神的構造原理が排除されたことにより、概念的にも現実的にも問題が生じている。そして、人民の政治的状态としての国家の概念は、政治的なものの概念を前提としているので、政治的なもの本質から国家を再定義しなければならない。そのためには、まず政治的なもの本質を意識化し、概念化する必要がある。けだし、「前世紀の自由主義によって、すべての国家と政治の考え方は、独特の体系的な方法で変化し、変性した」(Der Begriff des Politischen, S. 27) からであるとされる。Vgl. dazu Hasso Hofmann, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, Zweite Auflage, ergänzt durch eine Vorbemerkung, Berlin, 1992, S. 102f.

ここから、シュミットは、国家と社会を同一視する多元的国家論(自由主義国家観)を否定して「政治的なもの」ならびに「国家的なもの」の優位を説き、「政治的なもの」の概

べて、ある境界のこちら側とあちら側の存在を区別すること、すなわち、政治的なものの概念を味方・敵の関係において方向づける。「政治的行動と動機がそこに帰着せしめられるところの政治に特殊的な区別は味方・敵の区別である。この区別は標識という意味での概念規定を与えるにとどまるもので、余すところのない定義とか内容提示としての概念規定を与えるものではない⁵²⁾」。したがって、「政治的統一体は、一般にそれが存在する以上は、決定する統一体である。決定的な事態の決断権は、その事態が例外的であっても、概念必然的に政治的統一体に存しなければならないという意味において、政治的統一体は『主権的』である⁵³⁾」とされる。

人民が政治的統一体、すなわち国家を形成するかどうかは、それゆえ、それが特徴づけられた意味での主権を有するかどうかの問題に還元される⁵⁴⁾。この場合、しかし、つねに本質的であるのは、人民の政治的統一体の状態としての国家のメルクマールが主権である、ということである⁵⁵⁾。こうして、国家は、始源的に与えられた、人間の結合体の実存の属性として捉え

念を決定する基準として敵・味方の区別を提示する。シュミットによれば、敵・味方の区別は、「結合または分離の強度」により決定され、その対立の極点に近づくにしたがってますます政治的性質を帯びる。したがって、敵とは、競争相手一般、もしくは反対者一般をいうのではなく、公敵のみであり、これは「政治的区別と主権的決断の結合」によって判断されることから、シュミットにとって、国家とは「強制・支配の独占ではなく、決断の独占」と位置づけられる。Vgl. dazu Reinhard Mehring, Politische Ethik in Max Webers 'Politik als Beruf' und Carl Schmitts 'Der Begriff des Politischen', Politische Vierteljahresschrift, 31. Jg. (1990), Heft 4, S. 619.

また、ホフマンは別の箇所でも、シュミットが敵・味方の区別を政治的なものの具体的なカテゴリーとして「解明」し、それゆえに国家の概念を戦間的な統一体の概念として定義したのは、法と道徳の名の下に押さえつけられた敗戦国ドイツ人民の、現状を変える要求、必要ならば力づくで状況を改善する良心を取り戻すための試みであるとし、この意図は当時からよく理解されていた、と評している（Hofmann, a. a. O., S. 110）。

52) Schmitt, Der Begriff des Politischen, S. 26.

53) Schmitt, Der Begriff des Politischen, S. 39.

54) Carl Schmitt, Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Fünfte Auflage, Berlin, 1990, S. 1. 邦訳として、カール・シュミット（田中浩・原田武雄訳）『政治神学』（未来社、1971年）、カール・シュミット（権左武志訳）『政治神学』（岩波文庫、2024年）。

55) Schmitt, Verfassungslehre, S. 49.

られ、かかる属性はその結合体に対して、決断能力、しかも憲法律によってまったく制限されず、前国家的な自然権によっても拘束されないところの絶対的な決断能力を付与する⁵⁶⁾。

政治的統一、すなわち国家をこのように認識したうえで、シュミットは1922年の『政治神学』の冒頭にいう。「主権者とは、例外状態について決断を下すものをいう⁵⁷⁾」(Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.)。つづけてシュミットはすぐにこう付け加える、「これは限界概念であって、ここで、例外状態とは、何らかの緊急命令や戒厳状態ではなく、国家論の一般的概念として理解しなければならない」と。

すなわち、第一に「例外状態」はあらかじめ定義され得るものではない。そして例外状態の存在は、そうした状態が存在するか否かを決定する力と、それに対処する手段をとる力の双方を備えたものの側における、主権の行使によって認知される。

第二に、このような主権概念の定義の仕方は、政治活動の特質としての決定に力点を置くものであり、このような決定は憲法の中にその場所を得ることができない。憲法は、特別な事態では誰が行動を許されるかを示すことができるにすぎないからである。シュミットはいう。

「混乱状態に適用しうるような規範などは存在しない。法秩序が意味をもちうるためには、秩序が作り出されていなければならない。正常な状態

56) 以上について vgl. Eberhard Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, Tübingen, 1976, S. 180ff. 本書について、拙稿「〔書評〕 Eberhard Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, 280S.」(長谷川正安編『現代人権論 公法学研究 I』〔法律文化社、1982年〕) 308頁以下参照。なお、シュミットの国家論について、クリストフ・メラースは、「法に対立する政治的統一の正統性概念としての国家の構築、国家の中立性の要請、国家と社会の歴史的類型化、国家形態の純粋性の想定、これらの構成要素によって、シュミットはワイマール憲法の解釈をその正統性の源泉の探求へと転換させることができるのである。歴史的、体系的な国家性(Staatlichkeit)の定義によって、国家論的な概念を法的に道具化することが可能になっている」と評している(Christoph Möllers, Carl Schmitt: Die Reduktion des Staates auf Faktizität, in: ders., Staat als Argument, Tübingen, 2011, S. 73ff.)

57) Schmitt, Politische Theologie, S. 11.

が作り出されなければならないのであるが、この正常な状態が真に存在するか否かを明確に決定する者が主権者である。……この点に国家主権の本質があり、それは、強制ないし支配の独占としてではなく、むしろ決定の独占として、法律学的に定義されるべきものである⁵⁸⁾。

こうして、主権者が決断を下す例外状態はつぎのように定式化される。

「例外は規則のもつ効力を確認するものである。例外は、むしろ、その逸脱する規範が変わることなく引き続き適用されることを前提としている。例外という概念には、廃止することなく侵害し、無効化することなく逸脱するという特徴がある。ところで、48条第2項で問題になっているのは、例外、つまり現行法を侵害する例外状態の諸措置であり、合法的に許容される例外なのである⁵⁹⁾」。

ここで、シュミットのいう「現行法を侵害する例外状態の諸措置」とは「憲法破毀」を指すことは明らかである。この点については、ヴァイマル憲法48条の解釈をめぐる、周知のように、学説上、1924年の第2回ドイツ国法学者大会（テーマ：「憲法48条による大統領の独裁」〔Die Diktatur der Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung〕）において激しく議論されたところである。そこで報告を担当したシュミットは、「憲法破毀」という概念につき、これを「憲法改正」という憲法の変動形態とは区別される独自の憲法侵犯の態様として識別して憲法48条の解釈論を展開したのであった⁶⁰⁾。

そこでの議論の特徴を影山日出彌に依りつつ指摘するとすれば⁶¹⁾、第一に、シュミットの「憲法破毀」論は、まず憲法48条2項から生ずる、権限の一般的限界にかんして試みられ、(a)48条が憲法改正と異なる「憲法破毀」

58) Schmitt, Politische Theologie, S. 19.

59) Carl Schmitt, Die Diktatur der Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, VVDStRL 1, Berlin und Leipzig, 1924, S. 74. 邦訳として、C. シュミット（田中浩・原田武雄訳）『大統領の独裁』（未来社、1974年）。シュミットの大統領独裁論については、長利一『ドイツ緊急権の憲法史——「危機憲法」論』（日本評論社、2022年）181頁以下参照。

60) Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten, S. 63ff.

61) 影山・前掲書13頁以下。さらに、岩間昭道『憲法破毀の概念』（尚学社、2002年）「第1部『憲法破毀』の概念」をも参照。

を許容していること、(b)「憲法破毀」が例外的な独裁権の「典型的手段」であること、(c)それが個々の規定を犠牲にして全体としての憲法の保障という目的のために正当化されることである。そして、第二に、「憲法破毀」が憲法改正でないことは、さらに、大統領の権限の限界を示す48条2項の「公共の安全と秩序の回復に必要な措置」の概念によって「論証」され、シュミットの報告の主題は、むしろこの「措置」論にあった。その論理は、①76条の改正行為は「措置」ではないこと、②「憲法破毀」を招来する48条の「措置」を利用して憲法改正はなされえないこと、③もし76条の手続が「措置」のために利用されるとすれば、それは48条の「濫用」となること⁶²⁾、である。

こうして、シュミットの見解によれば、「憲法破毀」とは、ヴァイマル憲法48条が当該憲法変動を許容する根拠規定となり、それが48条2項の「措置」、すなわちライヒ大統領の権限の枠内にある合憲行為であることを「弁証」するものであった。シュミットは『憲法論』においていう。「このような憲法破毀はその性質上措置 (Maßnahme) であり、規範ではなく、それ故法治国の語義での法律ではなく、それが必要とされるのが個別の場合の異常な事態による全体の政治的実存のためであることを考えると、実存するものが単なる規範性に優越することがわかる。かかる措置の権能を有しそれをなすことができる者は、主権者として振舞うのである⁶³⁾」と。

62) Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten, S. 98.

63) Schmitt, Verfassungslehre, S. 107. なお、実質の意味での法律と措置の違いについて、シュミットは、Die Diktatur des Reichspräsidenten, S. 98f. では次のように述べている。

「この違いは、措置という言葉が、最も狭い意味での外的な予防措置に限定されないということによって、解消されたり無意味になったりすることはない。一般的命令も措置として講じることができ、ヴァイマル憲法48条により許容される。ライヒ大統領は命令を発出することによって措置を講じることができる。このような命令は、当局と市民の双方にとって拘束力のある命令である限りにおいて、法律と同様の効果を有する。また、裁判官にとっても、外見上一般的かつ予め定められた命令の性格を帯びている場合には、裁判上の判決の根拠となる判断基準となり得る。措置は、法的に有効な手続きを経て、特定の状況への直接的な依存から解放されてもはや措置ではなくなるころから、法的行為の根拠となり得る。したがって、一般的命令は、当局や市民に対する効果において実質的に区別がつか

このように見てくれば、すでに指摘した「(憲法解釈の) 最高責任者は私だ」、[集団的自衛権行使は可能という判断は、政府が新しい解釈を明らかにすることで可能であり、憲法改正は必要ない]との憲法認識のもとに集団的自衛権行使容認の解釈改憲を強行した「アベ政治」は、シュミットのいう「かくされた主権行為 (apokrypher Souveränitätsakt)⁶⁴⁾」というべきものと評することができよう。

ないものとなる。」

この点につき、ホフマンは、「ここでは、シュミットが、国家の意思表示が行われる手続きを決定的に重視しているように見えるかもしれない。しかし、シュミットが、実定的に規定された法制定手続きのあらゆる成果が法規範であるという、彼が常に軽蔑的に反対していた実証主義的規範主義の立場を共有するものでないことは、ヴァイマル憲法48条に従って同じ手続きで発出され、内容が同一である緊急命令が、『法理念によって支配された原理的規範定立』であると同時に、単なる措置でもあると強調している続きの文章から明らかである。また、同じ文脈で、シュミットは、逆に、法定立の『形式』が単なる措置のために濫用される可能性があることを述べている。したがって、法律と措置の違いについて最終的には形式ではなく意図が決定的な要素となる」と評している (Hofmann, a. a. O., S. 81, Anm. 39)。

しかし、シュミットは、後に1928年の『憲法論』では、「法治国家的法律概念」とならぶ独自のカテゴリーとして「政治的法律概念」(S. 146)を導入し、「『政治的』というのは、ここでは法治国家との対比において、国家の政治的実存形式および支配機構の具体的編成様式から生ずる法律概念を意味する。法治国家的思考にとっては、法律とは本質的に規範であり、かの特定の資質、すなわち一般的性質の正しい(正当な、合理的な)規則という性質を備えた規範である。政治的法律概念の意味での法律は、具体的な意思および命令であり、主権の行為である」とすることで、法規範の一般性と既存の政治的意思の決定による妥当性を結び付けている。このことから、ホフマンによれば、「一般的法律は、特定の政治的秩序意思の一般的な草案として合目的にしか理解できなくなる」とされる (Hofmann, a. a. O., S. 83)。シュミットのいう「法律」概念と「措置」概念につき、Möllers, a. a. O., S. 73ff.のほか、とくに長・前掲書186頁、233頁以下参照。

- 64) Schmitt, Verfassungslehre, S. 108. シュミットの見るどころ、国家の実存は、緊急事例 (Notfalles) の経験から見て、最高、最終的、かつ絶対的な意思決定機関の存在に依存している。この絶対的な意思決定力は、すべての国家行為の原則的な制限と測定可能性を保障する法治国家的権限配分では決して捉えることができない。なぜなら、その完全な権限 (plenitudo potestatis) は、まったく測定不可能であり、制限不可能であるからである。それにもかかわらず、完全な権限の分配が行われる場合、シュミットによれば、必然的に、いわゆる「かくされた主権行為 (apokrypher Souveränitätsakte)」が発生するという。Vgl. dazu Hofmann, a. a. O., S. 70f.

む す び

第 2 次安倍政権下 2014 年の集团的自衛権行使容認の解釈改憲を嚆矢とした歴代政権の政治運用を「立憲主義の権威主義化」ないし「権威的立憲主義」と評することには十分な根拠があるとしても、定義的にこれをさらに厳格に捉えるとすれどのような理論構成で概念規定できるのか、というのが本稿の問題関心であった。

そこで本稿が導き出した結論は、このような憲法現象を「権威主義的立憲主義」として位置づけるというものであった。その場合にメルクマールとされるのは、シュミットの憲法変動論に依拠して、「憲法破毀」、つまり「憲法の明文規定になんらの変更が加えられないまま、当該規定と異なる措置が権力的に強行され、憲法の規範力が破壊される事態」と捉えるというものであった。政権に同調または近い考えの人物を委員に据えた結論ありきの有識者懇談会を私的諮問機関、正確には法定外諮問機関⁶⁵⁾として設置し、そこでの意見を正当性の根拠としつつ閣議決定によって憲法違反の措置を決定していくというその政治手法は、まさしく「権威主義的立憲主義」と評するほかないものといえよう。

この点、さらに、憲法変動論の視点から敷衍すれば、シュミットにとって、憲法とは、1928 年の『憲法論』において、「政治的統一体の性質と形態に関する全体的な決定⁶⁶⁾」と定義されていた。憲法はこの政治的統一体を作り出すものではなく、前提となるものであって、憲法の本質は、法律や規範にあるのではなく、あくまでも憲法制定権力の担い手の全体的な決断にあるとされる⁶⁷⁾。ここから憲法制定権力の担い手の決断たる憲法 (Verfas-

65) 室井力『行政改革の法理』(学陽書房、1982年)99頁以下、同『行政の民主的統制と行政法』(日本評論社、1989年)215頁以下参照。

66) Schmitt, Verfassungslehre, S. 20.

67) Schmitt, Verfassungslehre, S. 23.

sung) と憲法律 (Verfassungsgesetz) との違いが導出され、この違いが、憲法律の個々の条項を無視しても、必ずしも憲法違反にはならないという根拠となっている。そして、このような決断主義の立場から、シュミットは1932年の『合法性と正統性』の中で、憲法に規定された形式の外で憲法を変革することにかかる法治国家上の障害もないことを正当化した。そのために、シュミットは法治国家と合法性を分離し、合法性はあらゆる法秩序の一般的な要素ではなく、むしろそれは、議会制立法国家だけがもたらした、非常に特殊な形態の合法性であって、これがなくなれば合法性の根拠も失われる、と断じていた⁶⁸⁾。

これに対して、日本国憲法は、憲法の規範力の担保システムとして、(a) 前文第一段の国民主権の原理、(b) 基本的人権の永久不可侵性の保障 (11条、97条)、(c) 公務員の憲法尊重擁護義務 (99条)、(d) 13条後段が明示する「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」の国家権力にたいする「直接的拘束力」の保障、(e) 「自由及び権利」にたいする国民自身の不断の努力による保持責任 (12条)、(f) 最高法規の自己確認とその保障 (98条1項、81条)、などを列記している⁶⁹⁾。このうち、とくに重要な規範力の担保形態と位置づけられるのは、「国務大臣、国会議員、裁判官その他」主権者の信託によって憲法の運用を任務とする公務担当者の憲法尊重擁護義務である。問題は、この義務の法的性質であるが、これは単なる道徳的義務ではなく、「積極的作為義務違反は場合によっては政治責任追及の対象となりうるにとどまるが、憲法の侵犯・破壊を行わないという消極的作為義務違反については法

68) Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 2. Aufl., Berlin, 1973, S. 270 und passim. 邦訳として、カール・シュミット (中島浩・原田武雄訳) 『合法性と正当性』 (未来社、1983年)。Vgl. dazu Dieter Grimm, *Verfassungserfüllung - Verfassungsbewahrung - Verfassungsauflösung : Positionen der Staatsrechtslehre in der Staatskrise der Weimarer Republik*, in: Heinrich August Winkler, *Die deutsche Staatskrise*, München, 1992, S. 193.

69) 影山・前掲書40頁以下。

律による制裁の対象となることがある⁷⁰⁾」という意味で法的義務であると解されている。彼らは、憲法改正を主張することはできるが、あくまで憲法96条の従った改正であり、96条に反する憲法変更の主張や憲法改正の限界をこえる憲法改正の主張を（その公務員としての資格では）なしえないという制限を受けたものと解することができる⁷¹⁾。このように見れば、憲法のアブノーマルな変動形態である「憲法破毀」は、日本国憲法の規範力の担保システムの下ではこれを肯定することができず、これを実際に行うことは、憲法尊重擁護義務に違反するだけでなく、独裁や専制の一步手前の「権威主義的立憲主義」と称するほかないものといってよいであろう。

70) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）59頁。

71) 樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、1998年）398～99頁、辻村みよ子『憲法〔第8版〕』（日本評論社、2025年）526頁。