

「憲法」と「国憲」のあいだ

—— 山元一教授のトランスナショナル人権法源論と持続的民主主義 ——

大野悠介

目次

1. はじめに
 - (1) 本稿の背景と目的
 - (2) 本稿の方法と主張
 - (3) 本稿の構成
2. 「憲法」から「国憲」へ
 - (1) 本稿の着眼点
 - (2) 憲法的思维とトランスナショナル人権法源論
 - (3) 憲法的思维と国憲的思维
3. 「社会」の憲法——「《法》《社会像》《民主主義》」とドミニク・ルソー
 - (1) 「トランスナショナル人権法源論の山元」と「フランス比較憲法学の山元」との表面上の乖離
 - (2) 「《法》《社会像》《民主主義》」の概要
 - (3) ドミニク・ルソーと持続的民主主義
 - (4) 「社会の憲法」と「国憲」
4. 「憲法」とグローバル：トランスナショナル人権法源論と民主主義
5. トランスナショナル人権法源論への反応と若干の検討
 - (1) トランスナショナル人権法源論への反応
 - (2) 若干の検討
 - ア 「法源」という言葉について
 - イ 裁判官の立ち位置について
 - ウ 普遍主義ないし自然法との関係について
6. おわりに
 - (1) 本稿のまとめ
 - (2) 私見
 - ア トランスナショナル人権法源論が法源論であることの意義
 - イ 「グローバル」と「トランスナショナル」

1. はじめに

(1) 本稿の背景と目的

現在の人類社会の状況が「グローバル化」として語られる状況にあることは否定しがたいところであろう。とりわけ情報や商品の流通に着目した場合、多くの国を経由し製造された商品が日本国内で販売されていることは日常的であり、その商品の国内流

通においては Amazon の存在を無視することができないだけでなく、市民間の情報流通に欠かせない情報端末のオペレーティングシステム (OS) は Apple や Google が大部分を担い、国内の検索エンジンは Google がほとんどを占め、日常的な情報流通のプラットフォームとなっている Facebook や Twitter といった SNS の事業者は日本国外に拠点を置くいわゆる多国籍企業である。むろん、これらの現象を一様に語ることはできないが、少なくとも現代日本において私たちは外国との繋がりをもって日常生活を営んでおり、純粋に日本国内で完結する活動を見出すことの方が困難であることを象徴的に示す社会現象であることは間違いない。

このような社会現象をグローバル化と呼ぶとしたら、グローバル化は憲法学にも影響を与えないではいられない。憲法学もまた一国内の事情だけで済むものではなくなっているのである。例えば、情報流通に関しては、情報技術の発展や各国の対応を背景として日本も個人情報保護法制の見直しが要求されたこともあり、ビッグデータや人工知能 (AI) も絡めて、多くの憲法学者が研究し憲法理論を発展させるだけでなく、プラットフォーム事業者への規制など多くの法制に携わり実践的にも活躍している¹。また、商品流通に関しては、グローバル化市場においては特に発展途上国における児童労働や低賃金労働といった人権侵害が先進国にとっても無関係ではないという認識に基づいて、政府・企業・市民社会が問題解決のために様々な方法を模索することが要請されている (いわゆる「ビジネスと人権」)²。憲法学との関係では、イギリスの「現代奴隷法 (Modern Slavery Act)」(2015 年) やフランスの「人権デュー・ディリジェンス法 (Loi de vigilance)」(2017 年) のように各国が徐々に企業に対する人権デュー・ディリジェンス規制を課す方向に進む中で、立憲主義の観点からそれをいかに統制していくかが

問われるだろう。

このように、情報であれ商品であれ、地球規模の流通網が敷かれている現在においては、その適切な流通を実現するためには一国内の事情のみを考慮していればよいということではなくなっている。そして、特に「ビジネスと人権」の問題領域に表れているように、「適切な流通」の内容としてプライバシー保護や労働権といった人権の要請（立憲主義の要請）があるとすれば、憲法学も一国内の人権問題にとどまてはられないのである。このような事情は、環境問題や昨今の新型コロナ禍における公衆衛生の問題に鑑みると、ヒトやモノの国境を超えた移動が存在するところに必然的に伴うものであり、必ずしも情報や商品の世界にのみ当てはまるものではないだろう。

こうして、ヒトやモノの国境を超えた移動に伴って他国の人権問題が他国事ではなくなっている（自国の人権問題が自国事ではなくなっている）現在の状況において、いかなる憲法学を構築すべきかということが大きな課題として提示されることとなる。そして日本の憲法学者の中で「グローバル立憲主義」を検討しその課題に積極的にコミットしている一人が山元一であることに異論はないであろう。本稿は、グローバル化時代における山元の研究に着目するものである。

もっとも、山元の議論はフランスにとどまらない各国の状況そして憲法学にとどまらない多様な分野の学者の見解を歩み寄っているだけでなく、市民社会論（山元 [2018d]、山元 [2019a] など）、立憲主義（公法）論（山元 [2007]、山元 [2012a]、山元 [2016b]、山元 [2019b]、山元 [2020] など）、憲法制定権力論（山元 [2018b]、山元 [2018c] など）、裁判官論（山元 [2017a] など）、および共和主義的な憲法構想（山元 [2009a]、山元 [2009b]、山元 [2011b] など）と語られるテーマも多岐にわたるうえ、執筆された論文の数も多い。そのため、その全てを読み解き、各テーマを有機的に結びつけるかたちで山元の憲法構想の全体像を把握し提示することは筆者の能力を超える。本稿の目的は、グローバル化と憲法学（公法学）という研究テーマにおいて、山元が提言している「トランスナショナル人権法源論」（山元 [2011a]、山元 [2012b]、山元 [2016a]、山元 [2018a]）が、山元の博士論文である「《法

《社会像》《民主主義》」（山元・博論（一）～（五・完））の問題関心を発展させた先にあるのではないかということを素描することにある³。

山元自身は現代フランス公法学（憲法学）を論じる際には同論文を参照することもあるが、管見の限りではあるものの、トランスナショナル人権法源論との関係で参照を求めるといえることはないように思われる。そのため、山元の（日本憲法学にとっては伝統的な）比較憲法学的研究と（日本憲法学にとっては新奇的な）トランスナショナル人権法源論との理論的なつながりを意識しがたく、トランスナショナル人権法源論を山元の多種多様な問題関心の中に体系的に位置づけながら理解することが困難となっているのではないかと思われる。

本稿は、トランスナショナル人権法源論自体を扱うものではなく、山元の博論以来の問題関心がグローバル化の中でトランスナショナル人権法源論として結実しているということを極めて簡単に図式的に素描することを目的とする。それによって、「グローバル化時代の日本国憲法」を志向する⁴山元の憲法構想を理解するための“ありうる”一つの見取図が提供されるだろう。

(2) 本稿の方法と主張

本稿の目的はあくまで山元の議論におけるトランスナショナル人権法源論を位置づける見取図を提示することにあるため、山元の議論の中に引きこもって検討をすすめる。他の学者との関係はその先の検討事項であり本稿の関心からは外れるため、本稿ではトランスナショナル人権法源論に触れる他の学者の論稿は最後に管見の限りで紹介するにとどめる。しかし、そのことはその批判としての価値を無視するものではない。また、ドミニク・ルソー（Dominique Rousseau）の見解にも触れるが、本稿の関心からすれば「山元が理解するドミニク・ルソー」が重要なのであって、ドミニク・ルソー本人の言説と比較しその理解の是非を問うことも本稿の関心から外れる。そのため、ドミニク・ルソーの原文に本文で触れることはほぼない。

こうして本稿が描く図式の核心は、トランスナショナル人権法源論を民主主義論の中に入れ込むことにある。それは山元自身が、宍戸常寿と山本龍彦が共に民主主義論とトランスナショナル人権法源論と

の齟齬を問題視していると理解した上で、「まさにこれまで憲法学が前提としてきた民主主義論の批判的再構築が求められているのではないか」と述べている⁵ことからしても、決して不自然な解釈ではない。本稿の主張は、国民を構成員とした組織（本稿ではこれを「国家」と呼ぶ。）からはみ出る領域としての「社会」にトランスナショナルな価値を注入し続けることを期待しつつ、裁判所がそれに応答するかたちで立憲主義を実現していくという動的な思考が山元にあり、トランスナショナル人権法源論はその動態において「社会」におけるトランスナショナルな価値の動線を確認するための構想として位置づけられるのではないか、というものである。

(3) 本稿の構成

以上の目的のため、本稿ではまず山元における「憲法」と「国憲」のズレに着目する(2)。ナショナルな思考とトランスナショナル人権法源論とを対比させて論じた論文において、山元は初め「憲法的思惟」と表記していたものを後になって「国憲的思惟」に改めている。その事態はナショナルな思考を強調すると共に、それを「憲法的思惟」とは名付けないことを示唆している。では、山元は「憲法」をいかに理解するか。この点について、「社会」に「憲法」を見出しているドミニク・ルソーに好意的ではないかと論じる(3)。ドミニク・ルソーを含めた現代フランス公法学を語るときにこそ山元の博論が参照されるところ、博論においては「社会」像が一つの焦点であった。そして、ドミニク・ルソーこそ「社会」の側に「憲法」を位置づけた上で、民主主義（これもまた博論の焦点の一つであった）を刷新しようとする人物に他ならない。ここにおいて「憲法」—「社会」—「民主主義」が接続されるのである。その上で、トランスナショナル人権法源論をその連結に接続する(4)。そこにおいて上述の主張が明確になるであろう。そして最後に、トランスナショナル人権法源論に寄せられた批判を踏まえながら若干の検討を加えた上で、私の現時点での理解を示す(5・6)。

2. 「憲法」から「国憲」へ

(1) 本稿の着眼点

山元は、ナショナルな思考とトランスナショナル人権法源論を対置するタイトルを冠した論文を3本出している。時系列順に並べると、①『『憲法的思惟』vs.『トランスナショナル人権法源論』』（山元 [2015a]）、②『『国憲的思惟』vs.『トランスナショナル人権法源論』』（山元 [2016a]）、③『『国憲的思惟』vs.『トランスナショナル人権法源論』』（山元 [2018a]）である。分量の差はあるとしてもいずれの論文も主張に差があるわけではなく（特に③は雑誌企画の一論文であった①を書籍化した際に収められたものである）、日本憲法学が有しているナショナルな思考を批判し、トランスナショナル人権法源論の見地を主張するところにその主眼がある。

しかしながら、すぐわかるように①と②③ではタイトルが「憲法的思惟」から「国憲的思惟」に変更されている。そのことの含意に本稿は着目したい。

(2) 憲法的思惟とトランスナショナル人権法源論

まず、憲法的思惟という名称は蟻川恒正の同名の著書（蟻川 [1994]）に由来する。その憲法的思惟は山元にとって批判の対象であるが、その理由は「人権問題をドメスティックな憲法問題へと純化させ、純化作業の結果落ちこぼれる事象から『法的问题』としての資格を完全に剥奪して、それをひとしなみに『事実問題』へと還元させる思考法に立脚している」（山元 [2015a] 76頁）からである。蟻川は婚外子法定相続分規定違憲判決（最大判平成25年9月4日民集67巻6号1320頁）の評価の中で国民の意識の変化といった様々な事象の変化が事実問題であると述べていることから、「国境を超える法的事象」もまた事実問題に過ぎなくなる点が批判されているのである（また、山崎友也もまた本判決に対してナショナルな思考を提示していると評価されている）。

これに対して対置されるのがトランスナショナル人権法源論である。トランスナショナル人権法源論とは「国内の人権法解釈の問題を両者の法源〔ナショナルな人権法源とトランスナショナルな人権法源〕の競演によって解決させようとする考え方」

(〔 〕は筆者注)のことである(山元 [2011a] 40 頁脚注 20)。ここで「ナショナルな人権法源」としては日本国憲法典の人権条項が想定されており、「トランスナショナル人権法源」とは「日本国憲法にとって relevant なトランスナショナルな人権的法実践の総体、すなわち種々様々な人権の基本原則とその規範的具体化命題の総体」であって、「国際人権規範と外国法の区別は相対化」される(山元 [2011a] 37 頁)。この両法源の「競演」を求め「憲法・国際人権法・比較法の連携・協働作業の必要性・重要性」(山元 [2015a] 78 頁)を強調するトランスナショナル人権法源論は、人権先進各国の憲法判例や国際人権規範の総体をも人権法解釈のための「法的基準」として受け止める(山元 [2011a] 38 頁)。トランスナショナル人権法源論からすれば、国際人権法や外国法といった外国の法的実践は、法的拘束力はないとしても法的に全く無意味というわけではない。そのため、それらを「事実問題」としナショナルな人権法だけに法的資格を付与するような「憲法的思惟」は批判の対象となるのである。

(3) 憲法的思惟と国憲的思惟

山元が「憲法的思惟」を「国憲的思惟」に改めたのは『ジェンダーと法』第 13 号誌上の山元 [2016a] 論文である。本論部分が全 4 章(〔1〕～〔4〕)で構成される同論文では、「〔4〕」部分の記述の多くを先の山元 [2015a] 論文に依拠しているが、山元 [2016a] 論文のオリジナル部分である「〔4〕」の冒頭部分で「国憲的思惟」が説明されている。それによれば、「国憲的思惟」とは、一国の全法体系を「憲法典から湧き出る価値の具体化プロセス」として観念し、憲法典を頂点とする憲法秩序は国際社会に対して高度の自律性を保持すべきであって「主権国家の同意が存在しないところで国家が法的に拘束されることがあってはならないのが本則である」とするような、国家と憲法をめぐる思考様式である(山元 [2016a] 26-27 頁)。

とすると、山元 [2016a] 論文において語られた「憲法的思惟」とは異なる形で、ナショナルな思考が「国憲的思惟」として提示されている。とはいえ、山元 [2015a] 論文と同じようにその思考を提示する学者として山崎と蟻川が挙げられそのドメスティックな思考様式が批判されていること、書籍化の際

に山元 [2016a] 論文も踏まえた上で収められた山元 [2018a] 論文においても山元 [2015a] 年論文と構成がほぼ変わらないながら「憲法的思惟」が「国憲的思惟」へと用語変更されていることから、「憲法的思惟」と「国憲的思惟」とで実質的な内容に差はないと理解すべきであろう。

「憲法的思惟」から「国憲的思惟」へと表現を変えたことについての理由説明はないため、筆者の解釈となるが、「国憲的思惟」と改めたのは従来の日本国憲法学のナショナルな思考を明確にするためであろう。

しかし、山元において「憲法」が消失したわけではない。あくまで批判されているのはナショナルな思考に染まった「国憲」であるとすれば、非ナショナルな、山元の対比構造に従えばトランスナショナルな「憲法」、「国憲的思惟」と対置されているトランスナショナル人権法源論に親和的な「憲法」もあるのではないだろうか。「憲法的思惟」から「国憲的思惟」への表現の変更という(その意味では些末な)点に本稿が着目したのは、「国憲」とは異なるそのような「憲法」の存在をそこに見出すからである。

そして結論を先取りすれば、そのような「憲法」はナショナルなアクターに限られない様々なアクターが立法過程に参加する民主主義が展開される「社会」における「憲法」であり、それゆえにトランスナショナル人権法源論は民主主義論と接続するだろう。そのような民主主義観・憲法観を展開していたのが、山元が好意的に紹介するドミニク・ルソーに他ならない。

3. 「社会」の憲法——「《法》《社会像》《民主主義》」とドミニク・ルソー

(1) 「トランスナショナル人権法源論の山元」と「フランス比較憲法学の山元」との表面上の乖離

ドミニク・ルソーは現代のフランスにおいて持続的民主主義 (la démocratie continue) を提唱している学者である。山元がドミニク・ルソーを紹介する論文を管見の限りで初出年の順番に例示すると、①「『八〇年代コアピタシオン現象』以降のフランス憲法論の一断面」(山元 [2014a]〔初出 1995 年〕)、②『『法治国家』論から『立憲主義的民主主義』論

へ」(山元 [2014b] [初出 1996 年])、③「フランスにおける憲法裁判と民主主義」(山元 [2014e] [初出 2001 年])、④「現代フランス憲法学における立憲主義と民主主義」(山元 [2014f] [初出 2002 年])、⑤「最近のフランス憲法学における民主主義論の動向」(山元 [2013b])、⑥「現代フランス憲法理論の展望」(山元 [2014h])⁶、⑦「『持続』を意識する民主主義の憲法理論」(山元 [2015b])、⑧「フランス憲法学と『立憲主義』」(山元 [2017b])、⑨「解題 ドミニク・ルソー教授の民主主義論」(山元・解題)である⁷。そのうち⑦⑨を除いて、ドミニク・ルソーと直接関連しない部分も含めて論文内で山元・博論に触れている。特に②は、ドミニク・ルソーについて、デュギー (Léon Duguit) の『『法治国家』論及び多元的国家論の思考を、憲法院の活性化現象を大胆に取り込んで今日的に継承しようとするもの、という位置づけをすることも可能であろう』として博論の参照を求めていることから、博論とドミニク・ルソーとのつながりが明瞭に表れている。

他方で、トランスナショナル人権法源論を主眼とした論文には、博論の参照が見当たらない。博論はフランス憲法思想史に関するものであるから当然ではあるものの、それによってトランスナショナル人権法源論とフランスにおける憲法および民主主義の動向 (特にドミニク・ルソー) からの知見との接続が見えにくくなっており、いわば「トランスナショナル人権法源論の山元」と「フランス比較憲法学の山元」との表面上の乖離が生じている。

しかしながら、両者は博論執筆時に有していた山元の関心とつながっているのである。そこでまずは博論の概要について述べていこう。

(2) 「《法》《社会像》《民主主義》」の概要

「《法》《社会像》《民主主義》」が着目するのは 1970 年代のフランスにおいて流行していた「法治国家」⁸ 論であり、それをデュギーの「法治国家」論と対比させながら両者の連続性と差異を論じることが同論文の骨格である。

山元によれば、デュギー (およびオーリュウ (Maurice Hauriou)) の「法治国家」論は「その思考を『社会学的な社会把握』に基礎づけられて、『《個人》と《主権》の二極対立構造の《社会像》」を退け、社会集団の存在を積極的に評価し、社会に

おける自主的法形成という契機を重視していた」(山元・博論 (一) 5 頁) ところ、この点は 70 年代フランスの「法治国家」論と発想と共にする。本稿に必要な限りで端的に述べれば、いずれも《法》を生成する「社会」という《社会像》を想定することによって、多数者による法制定とは異なる《民主主義》を模索する点で共通の問題意識を有していたとされる。したがって、「法律＝一般意思」観に基づく法律中心主義に対する批判として立ち現れた 70 年代フランスの「法治国家」論は決して新しい発想というわけではなく、「これまでのフランスの憲法思想史の展開の中では、非正統的議論において継承されてきた、それ自体の一つの伝統的な思考パターンである」と解することも可能である (山元・博論 (一) 6 頁)。

山元の理解するデュギー像を筆者が要約するに、デュギーは、個人と直接対峙する主権的な国家という構図を拒否し、デュルケーム (Émile Durkheim) の社会学の影響下で両項の間に社会連帯を措定する。その上で、その社会連帯の内に「社会連帯の実現に協力せよ」という諸個人の内に生ずる規範意識としての法規範の形成を見出すことによって、国家の活動を積極的にも消極的にも《法》の下にコントロールすることを主張していたのである。このようなデュギーの世界観においては、諸個人の連帯としての《社会》は国家に汲み尽くされないもの⁹ として《法》を産出し、国家は個人と同等の資格において《法》に従属するものとされるのである (山元・博論 (三) 2-22 頁)。山元によれば、デュギーの「法治国家」論は「《国家》に対して独立的で、独自の価値を算出し、『国家』を拘束する《社会》を押し出すという意味において、第三共和制期において、『社会の自律化』を憲法学というディシプリンにおいて体系化・理論化しようとした」(山元・博論 (三) 22 頁。また、山元 [2017b] 54-60 頁も参照)。

このようなデュギーの主張を第三共和政期フランスの政治的・社会的・思想的文脈の中で詳細に分析する記述がその後続くが (山元・博論 (三) 25 頁以下、同 (四)、同 (五・完))、博論と現在のドミニク・ルソーとを架橋する本稿で重要なのは、デュギーと 70 年代フランスの「法治国家」論との連続性に着目する山元の説明である。そこでは「社会法」という発想の連続性が語られる。

まず、70年代フランスの「法治国家」論の位置づけについて、山元の分析を説明しよう。山元によれば、それは、法律を一般意思の表明と同視した上で「主権の存する国民意思は、代表制を媒介として議会が表明するもの」とされ「議会意思が唯一の国民意思の解釈者であり、それが国家における政治的法的正統性を独占的に表現し、憲法および人権の実定的内容は、端的にいて、議会意思に依存する」とする一つのフランス的立憲主義の伝統に対する批判である（山元・博論（一）24-25頁）。その批判の背景には、1971年の「結社の自由」判決以来の憲法院による違憲立法審査権の活性化がある。「憲法院の設置とその活性化現象に直面して、フランスが革命期から第五共和制憲法の制定までの間、実際にはフランスが『法律国家』に過ぎなかったということが、改めて意識化され……『法律国家』／『法治国家』の対比という文脈で、再び『法治国家』が呼び起こされることとなった」のである（山元・博論（一）26頁）。「法治国家」論が批判した伝統的な「法律国家」像を筆者なりに、《法》《社会像》《民主主義》および「法治国家」論からの批判を意識しながらまとめると、《民主主義＝代表制》の下で国民の意思と代表者の意思のズレが意識されないままに代表者の意思である法律が一般意思とされ、主権者たる国家と個人の二項対立的に理解された《社会》において、代表者が決定し国家が示す法律＝一般意思が無欠の《法》として妥当する、というイメージである。

山元によれば70年代フランスの「法治国家」論にはこのような伝統的なイメージに対して2つの方向性がある。1つは《ネオ・ドロワ型社会像》でありもう1つが《ネオ・ゴーシュ型社会像》である。大掴みにその中身を説明すると、まず《ネオ・ドロワ型社会像》の「法治国家」論は、アメリカとフランスを対比しつつ、《法（droit）＝法律（loi）》という伝統的思考を批判し、《市民社会》と国家の二項対立として捉えた上で、市民社会における自生的な《法》を備えるアメリカ的《民主主義》を基礎に「法治国家」を理解しようとする方向性である（山元・博論（一）43-47頁）。他方の《ネオ・ゴーシュ型社会像》の「法治国家」論として山元が取り上げるのがルフォール（Claude Lefort）の見解である。ルフォールの《社会像》は、国家と個人との間に

「公的空間＝市民社会」を差しはさむ三項関係であり、なおかつその内部において矛盾対立を内包した動態的かつ持続的な変容過程を含むものである（山元・博論（二）49-53頁）。山元によれば、ルフォールの提示した見解は、「現在のフランスの法・政治のありようの現状といかに関わっているのか、そしてまた、これまでのフランスの憲法論・政治論をいかなる視角から批判し、その問題点を照射しようとするのか」（山元・博論（二）59頁）などについて明らかでなく、そこでティボー（Paul Thibaud）の見解が紹介される。山元によれば、ティボーはルフォールと同様に、国家－社会－個人の三項関係の《社会像》を想定するが、その《社会像》は個別の分類不可能な諸要求が噴出する《統制不可能であり、かつ謎めいた社会》であり、国家にも個人にも還元されない《社会》における《法＝社会法》と人権とを架橋する（山元・博論（二）62-64頁）。両方向性はいずれも、《法》に着目してフランスの伝統的な国家の在り方を批判するものの、《ネオ・ドロワ型社会像》はフランスとは異なる発展をしたアングロ・サクソンの《法》《社会像》《民主主義》の在り方を対置するのに対して、《ネオ・ゴーシュ型社会像》はフランスの歴史の中に息づいていた「対抗伝統」としての「社会法」論を基礎としたところに差がある。

こうして、第三共和政期に現れたデュギーの《連帯的社会像》を含めると、フランスの伝統的な国家の在り方に対する《社会像》のオルタナティブは3つ挙げられることになる。このうち、《ネオ・ゴーシュ型社会像》は《連帯的社会像》とともに、国家の昂進への「対抗伝統」としてフランスに伏流していた「社会法」という発想を共有している。もっとも、山元によれば、《連帯的社会像》を背景としたデュギーの公役務概念は、70年代フランスにおいて問題化された福祉国家を支える法理論となっていた点で一括りに批判の対象たる伝統的思考とされるなど（山元・博論（五・完）192頁）、70年代フランスの議論は「デュギーの主張を継承・発展させて行こうとするよりもむしろ、その思考の基本的部分を批判・克服の対象としている」（山元・博論（一）7頁）。しかし、本稿では専ら連続性の方に着目し、ドミニク・ルソーへとつなげよう。

(3) ドミニク・ルソーと持続的民主主義

ドミニク・ルソーが主張する持続的民主主義は、世界各地で散見されるポピュリズム政治への対抗言説としても有用なものであるが、本稿ではそのような思想的意義は措き、山元の案内に従ってその骨子を紹介したのち、それがデュギーの思考を今日的に継承しようとするものであったという山元の評価の意味を明らかにする。

ドミニク・ルソーの根底には、「民主主義」を「議会制統治」と結びつけることで、議会の意思と国民の意思とを同一視してしまう思考への根本的な問題視がある¹⁰。「選挙という国家的行事は間歇的に行われるものにすぎず、また選挙という制度的装置をつうじて表出された一定の結果が、社会における民主主義的意思を独占的に表明するものと考えすることはできない」のであるから、「民主主義＝議会制統治」とすることは両者の概念に本来的に存在する緊張関係を隠し、その実践的な帰結として「選挙に基礎を置く独裁政治」が生じる危険がある（山元 [2015b] 93頁）¹¹。

これに対して提示される持続的民主主義は、議員以外の世論における多様な要素（例えば、世論調査やマスメディアなど）が「代表」として機能し「立法権や行政権に対する継続的・実効的監視とコントロールを行っていること」に注目する。そして、議員だけでなく「様々な知識や利益を有する人々や組織が、時に協働し、また時には対立しながら、様々な資格で立法過程に参加して、『一般意思』を形成していく」討議を通じた競合ないし対立的協働として立法過程を観念する（山元 [2014e] 304-305頁）。その立法過程への参加者は「様々な結社、弁護士、各分野の専門家、知識人、国内そして超国家的なヨーロッパレベルの重要な裁判所」（山元・解題 169頁）と多様であるが、その中で立法権に対して法的拘束力を有し法律の有効性も左右するがゆえに重要な位置にあるのが憲法院である。確かに、「民主主義＝議会制統治」思考においては、選挙によって選出されない憲法院の判断に対しては「民主的」正統性が常に問題とならざるを得ない。しかし「問題は憲法院による違憲審査にあるのではなく、それと調和し得ないような民主主義についての理解の仕方の方」にある（山元 [2014h] 667頁）。持続的民主主義は、憲法院も「代表」機能を果たし立法過程に参

加する民主主義のアクターであり、その役割は「完成しつつある立法に対して、憲法のテキストを参照しつつ、そこから要請されることがらについて発言を行うことを通じて、良き法律を制定させることに貢献することにある」（山元 [2014e] 305頁）とすることで、憲法院を民主主義の中で理解することを主張するのである¹²。なお、この場合に憲法院（裁判所）が解釈によって憲法規範を独占するとは考えられてはならず、山元によれば、ドミニク・ルソーは「無限に意味を汲み取りつづけることができるテキストを前にして、複雑な意味形成のゲームの中で、あくまでも暫定的にテキストの意味を定めるのが憲法院である」と考えている（山元 [2014h] 668頁）。

したがって、持続的民主主義は、民主的正統性を盾に主権を行使する強権的な国家が生じることへの危惧から、議会制民主主義（議会制統治＋民主主義）の下で《法》が議会の意思に過ぎない法律と同一視されることを批判し、国内外の様々なアクターが存在するような《社会像》を基礎として、その様々なアクターが《法》形成に関与する「社会法」論的な発想によって「法律国家」を掣肘する新たな《民主主義》を提示するものである¹³。このように整理すれば、「法治国家」論としてではなく民主主義論として提示されているものの、デュギーや《ネオ・ゴーシュ型社会像》の「法治国家」論のモチーフを共有するところがあると理解できるだろう¹⁴。

しかしながら、先述のように、デュギーは憲法裁判をうまく取り込むことができなかつたというのが山元の評価である。確かにデュギーは国家法に上位する法の存在を主張するため、法律の違憲性を観念でき、裁判所が違憲立法審査権を行使しようと主張した。しかし、山元の分析によれば、デュギーは議会において多様な社会的・政治的諸力が自発的に均衡すると考えたがゆえにその議会が定めた法律が人々の抱く法規範とズレることは稀であるとして、法律は判例・慣習・学説と並列的な《法》の確認形式の一つに過ぎないとしつつも、法律に優越的な地位を与えてしまう。したがって、国家を《法》の下に規律するとしても、結局のところ裁判官は「統治者」の認定した《法＝法律》の下で、統治者に階層的に統制されつつ役務を実行する「官吏」にすぎず、その意味でデュギーは「フランスの革命期以来の伝統的裁判官像をそのまま継承」していた（山元・博

論（五・完）180-183頁）。デュギーは「社会法」論の発想をしながらも、議会における《法》形成に傾倒していたがゆえに憲法裁判をその中に適切に位置付けることができなかつたのである。

そのようなデュギーと比べた場合、ドミニク・ルソーは《法》形成を議会に独占させず、それをまさしく多様なアクターが参加する《社会》に担わせたことによって、（憲法）裁判官を単なる議会の「官吏」に落とし込むことなく、議会と同様の立法過程の重要な要素（立法企画者）として位置づけることができたのである。

(4) 「社会の憲法」と「国憲」

このような持続的民主主義においては、「憲法」の理解が変わってくる。山元によれば、「フランスの伝統的な考え方では、憲法はもっぱら議会と行政府を中心とする統治機構についてのルールだととらえられてきた」が、ドミニク・ルソーにおいては、ヨーロッパを所与の前提としつつ、「憲法院による憲法判例の集積を通じて、国民の基本権を保障し、社会の根本的な価値観を明らかにし「時代の要請を受けて新たな権利や自由の生み出される空間を切り開いていく」ものとして「憲法」が理解される（山元 [2014h] 669頁）。このように議会（議員）のみならず憲法院（裁判所）も含めて社会の様々なアクターが立法過程に参画しコミュニケーションを継続して行く持続的民主主義によって「時代精神や人々の希望を汲み取って、憲法を生き生きとした法（acte）にする」のであり、そのような「立憲主義的民主主義」の確立がドミニク・ルソーによって要請されるのである（山元 [2014f] 154頁）。

ドミニク・ルソーはこのような「憲法」観を1789年人権宣言16条に見出している。「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていないすべての社会は、憲法をもたない」（訳は初宿＝辻村 [2020] 248頁に従った）という条文はよく知られているが、ドミニク・ルソーが目向けるのは「社会は」という部分である。つまり、人権宣言は『国家（État）』ではなく『社会（société）』を名宛人として規定された規範であると理解するのである（山元 [2015b] 96頁）¹⁵。このような「社会の憲法」においては権力分立もまた種々の社会的権力を名宛人とするものとなり、国家の統治機構だけを問題とするものでは

ない。

そして、ドミニク・ルソーの持続的民主主義は国民だけでない様々なアクターが活動する《社会像》を基礎としていることから、そのような《社会》における「社会の憲法」は、均質な国民によって構成される「国家」を基礎とするナショナルな「国憲」と対置されるものであろう¹⁶。「憲法」が人権をその内容として含むとすれば、ナショナルな人権に縛られないトランスナショナルな人権は「社会の憲法」の内容であると考えることができるのではないだろうか。

4. 「憲法」とグローバル：トランスナショナル人権法源論と民主主義

こうして本稿は、トランスナショナル人権法源論を論じた論文における「憲法／国憲」の差異から始まり、山元の博論からドミニク・ルソーを介して、トランスナショナル人権法源論に戻ってくる。

その道程で多様なアクターによって法が形成される社会における「社会の憲法」という憲法観を得た。それが「国憲」と対置されるものであるとしたら、「国憲的思惟」とは異なる「社会の憲法」に親和的な「憲法的思惟」というものを考えてよいのではないか。そして、「社会の憲法」に適した持続的民主主義が、国民とその代表である議員以外の諸アクター、特に「超国家的なヨーロッパレベルの重要な裁判所」に表れているようなトランスナショナルな属性を有するアクターも含めた立法プロセスを想定していたとすれば、そのプロセスにおける重要なアクターである憲法裁判所（憲法を解釈・適用する権限のある裁判所）において、トランスナショナル人権法源がナショナル人権法源と「競演」することは自然だろう。持続的民主主義において想定されている《社会》には多種多様なアクターが存在しているところ、憲法裁判所はそのような《社会》の中で《法》を提示し人権問題を解決することが求められているのであるから、その《法》を提示するにあたってはナショナルな人権だけでなくトランスナショナルな人権も考慮することが《社会》におけるアクターとして期待されるのである。そのため、「国内裁判所が事件問題を解決するために依拠する法的規準」（山元 [2011a] 37頁）としてトランスナショナルな人

権法を法源として認めるべきであると考えるのは自然なことである。それこそがトランスナショナル人権法源論である。

こうして、「国憲的思惟」と対置されたトランスナショナル人権法源論を、山元・博論およびドミニク・ルソーを経由することで、民主主義論の中に位置づけるという本稿の図式の核心を示すことができた。このような図式では国民を構成員とした組織である「国家」からはみ出す「社会」を基礎とし、前者を規律する「国憲」とは異なる「社会の憲法」が存在する。そこでは、憲法裁判所は暫定的ながらその「社会の憲法」を提示し、それがさらに「社会」に差し戻しされ討議の対象となるという動的な法生成プロセスが想定されている。そして、諸アクターが多様であるがゆえに、「社会」はその動的な法生成のプロセスにおいてトランスナショナルな価値を生産する場として理解されるだろう。トランスナショナル人権法源論は、「国家」の機関でありながら「社会の憲法」を提示する存在である憲法裁判所に、トランスナショナルな価値とナショナルな価値の両面を勘案することを要請する。そしてそれは、「国憲的思惟」からすれば憲法裁判所を介してトランスナショナルな価値が民主的正統性なく注入され続けるということになり、(社会の) 憲法的思惟からすればナショナルな価値とトランスナショナルな価値との両方に目を配るという「競演」こそが民主的でありむしろそれが憲法裁判所に求められるということになる。

5. トランスナショナル人権法源論への反応と若干の検討

(1) トランスナショナル人権法源論への反応

トランスナショナル人権法源論に対する他の学者の反応を列挙し、若干の検討を加える。

まず、山本龍彦と山元とは、『現代アメリカの司法と憲法』上で、トランスナショナル人権法源論について議論を交わしている(山本 [2013] 342 頁脚注 71、山元 [2013a] 357-360 頁)。山本は開かれた人権保障システムを志向する点などの共通点を見出しつつも、ナショナルとトランスナショナルとの「競演」という事態と山元の普遍主義志向とがミスマッチであることや、山元のウォルドロン (Jeremy

Waldron) 理解およびコモン・ロー理解に対して疑問を示している。

また、山本も参加した座談会では、「法源」という言葉に疑問が投げかけられている(森=穴戸=曾我部=山本 [2016] 378-383 頁。これに対する山元の反論は山元 [2018a] 21-22 頁)。

江島晶子も、①「法源」概念への疑問、②外国法と国際人権条約の区別をしない点への疑問、③山元の提示する「グローバル世界に立つ裁判官」像と実態のズレへの疑問、④司法機関を人権実現の中心に置くことへの疑問、⑤人権の先進性の判断についての疑問を示している(江島 [2018] 77-79 頁。これに対する山元の反論は山元 [2018a] 19-21 頁)。

棟居快行は、司法権にグローバル化社会の先導役を期待することのナイーブさを指摘することでトランスナショナル人権法源論にも批判的であるように思われる(棟居 [2018] 53 頁以下。これに対する山元の反論は山元 [2018a] 22-23 頁)。

山田哲史は、「法源」への疑問に加え、現実には国家単位で人権保障がなされていること、人権に関する内容というだけで自然法のように理解することが可能であるのかという問題やその規範を誰が認識するのかという問題が残ることを指摘し、「トランスナショナルな形で人権規範に目を向ける必要があるという出発点の提示に過ぎない」のではないかと述べている(山田 [2017 年] 244 頁)。

松田浩道は、「今後さらに発展してゆく可能性のある議論」と好意的に受け止めている。しかし、その議論の射程は慣習国際法たる人権規範でありなおかつ日本が批准などを行っている条約の内容以外のものでなければ実益がないとして射程の狭さを指摘し、「少なくとも近年の日本の最高裁における外国法や国際規範汚参照の説明としては他の論拠を用意する必要がある」とする(松田 [2020] 208-210 頁)。

さらに直近では、齊藤正彰が、結局のところ「参照」までしか説明できていないのではないかと疑問を示している(齊藤(正) [2021]) 37-46 頁)。

(2) 若干の検討

これらの批判はいずれもトランスナショナル人権法源論の理論的に詰められていない部分を的確に指摘していたのではないかと思われる。これらに対して筆者が十分に吟味する能力は乏しいため、本稿の

理解からここで何点かについて若干の検討を加えるに留めたい。

ア 「法源」という言葉について

まず、「法源」という言葉への疑問についてである。山元はトランスナショナル人権法源論を提示した当初「法源」を「国内裁判所が人権問題を解決するために依拠する法的規準」（山元 [2011a] 37 頁）として理解していた。法学における一般的な理解を示していると思われる『法律学小辞典』によれば、法源とは「通常は法を適用するにあたって法として援用しうる法形式、特に裁判官が判決理由でそれを援用して裁判の理由となしうる法形式」である（高橋ほか [2016] 1190 頁）。山元の理解は法学における一般的な理解と一致するだろう。それゆえに一層、外国法まで含めたトランスナショナル人権法を法源とすべきであるというトランスナショナル人権法源論に違和感があるとも考えられる。ただし、法源論に関するこの議論は、事案の「解決」の意味や裁判作用との関連での「解釈」や「適用」の意味を検討しなければ、ここでの主張反論が噛み合っているかどうかも含めた正確な分析はできない。本稿ではこれ以上立ち入る用意はないが、多少のコメントを付したい。

まず、トランスナショナル人権法源とされる外国法や国際人権規範を「人権法解釈のための法的基準」として受け止めるのであるが（山元 [2011a] 38 頁）、それらは結局のところ解釈の説得力を担保するための「事実」に過ぎないのではないか（「法源」というべきものなのか）という疑問は正当であると思われる。この点は、山元はモラン（Mayo Moran）の「影響的権威」論を援用し、裁判官はそのような解釈のための参照を義務付けられると理解するだろうが（山元 [2013a] 351-352 頁）、それも裁判官の判決の説得力の問題に過ぎず、なぜ義務付けられなければならないのかという疑問は残るのではないだろうか。

また、「法源」という言葉に寄せられた疑問に対して齋藤民徒の国際法における法源論に関する議論（齋藤（民）[2018]）を山元は好意的に参照する（山元 [2018a] 19 頁）。齋藤の議論を十全に理解する能力は筆者にはないが、国際法規のみならず法言説や法実践をも含めた国際法の認識を問うものとして

法源論が語られており（齋藤（民）[2018] 42 頁）、事案解決のための法的規準としての法源論とは異なっているように思われる。というのも、後者の法源論には裁判所が援用することの正統性への考慮が避けて通れないところ¹⁷、前者の法源論はそれが不要とも思われるからである。しかし、トランスナショナル人権法源を扱う裁判所の正統性を問題とする思考こそが、山元の批判した国憲的思惟ではないだろうか。そして、それを打破すべく持続的民主主義の立場から裁判所を語る場合、裁判所は（前者の法源論の立場と同様に）ナショナル人権法源に限られることなく外国の法実践なども含めて人権法を認識し、それでもって事案解決することが民主的に正統だとされるのであるから、正統性を要するとしても、両者の法源論の民主的正統性についての差異は（ほぼ）解消されるのではないだろうか。

したがって、「法源」という言葉にまつわる議論は、法（裁判）実践論のみならず法認識論に関わる根深い問題を含んでいる。しかし、本稿ではこれ以上突き詰める用意がない。

イ 裁判官の立ち位置について

仮に、山元のような法源論を採用する場合、やはり人権法を認識する裁判所（裁判官）の裁量が広くなりうる。そのため、①現実の裁判官とのズレを指摘したり、②裁判所を人権実現の中心とすることへの警戒感を示すなど（江島 [2018] 78-79 頁）、裁判所への過度な期待に対する疑問は当然であるように思われる。

これに対して、山元は、①に対しては法理論や法教育がグローバルな内容となることの必要性を主張し、②に対しては日本の立法府はドメスティックな傾向が強いため裁判所が主導的となる必要があると述べる（山元 [2018a] 20-21 頁）。

いずれの反論もその通りではあろうが、やはり裁判所に対する警戒感を拭うためには、裁判所の活動が「裁判所独裁」に至らないような、人権実現のための組織づくり（統治機構論）も重要になってくるのではないだろうか¹⁸。そのため、憲法と国際人権法の架橋がうまくいかない原因を憲法学が裁判所による人権救済を重視してきたことにあるとし、裁判所に持ち込まれない人権問題も含めて人権を実現するために統治機構を国際人権条約のシステムと接合

させ「統治機構全体において人権実現が強く意識されるように再構築」する江島の多層的人権保障システムもまた重要である（江島 [2017]）。もっとも、トランスナショナル人権法源論と持続的民主主義を接続する本稿の観点からすれば、トランスナショナル人権法源論は多層的人権保障システムと親和的でありうる。

ウ 普遍主義ないし自然法との関係について

トランスナショナル人権法源論を主張する山元において普遍主義や自然法への志向を見出すこと自体はありうる解釈であるように思われる。

しかしながら、トランスナショナル人権法源論は、裁判所に対してナショナル人権法源とトランスナショナル人権法源のいずれの法源も考慮することを求めるにとどまること（これが「競演」の意味であろう）、持続的民主主義において裁判所の判断は暫定的であるにとどまると山元が理解していることからして、永遠不変で普遍の内容を有する法を措定しているのではない。トランスナショナル人権法源論は法の動態的な生成を志向し、ナショナルに澱まないために絶えずトランスナショナルを注入し続け、その生成を裁判所において稼働させ続けるための理論である。もっとも、それを超えて、ナショナルな人権法を否定してでもトランスナショナルな人権法を実現しなければならないと主張するのであれば、普遍主義や自然法を志向した静態的な理論であるとの解釈は免れないであろう。

6. おわりに

(1) 本稿のまとめ

本稿は、グローバル時代の日本国憲法を模索する山元一が提唱したトランスナショナル人権法源論について、山元の博論における問題関心との連続性を素描した。

まず、博論では《法》《社会像》《民主主義》の觀念に着目しながらナショナルな近代国家に対する「対抗伝統」としての「社会法」論を展開するデュギー、《ネオ・ゴージュ型社会像》が提示されたが、本稿では、山元はドミニク・ルソーの持続的民主主義にその発展的継承を見出しているのではないかと述べた。

その上で、持続的民主主義の《社会像》においては、そのアクターの多様性からしてナショナルな価値だけでなくトランスナショナルな価値もまた生産されることから、そのような「社会の憲法」を解釈・適用する裁判所においては、ナショナル人権法源だけでなくトランスナショナル人権法源もまた考慮して人権問題を解決することが持続的民主主義から期待されるとして、トランスナショナル人権法源論を民主主義の中に位置づけた。

(2) 私見

最後に、改めてトランスナショナル人権法源論に関する現時点での私見を示し本稿を終えよう。

ア トランスナショナル人権法源論が法源論であることの意義

まず素朴な疑問として、とりわけ人権論において日本憲法学はそこまでナショナルな思考に囚われていたのだろうかという疑問がある。

確かに、日本憲法学においては、憲法 98 条 2 項が存在し条約の国内法に対する優位説が通説であるとしても、国際的規範を国内法としての法源として積極的に活用していこうという意識は薄かったように思われる。しかしながら、それは日本国憲法典の解釈によって柔軟に対応できると考えていたからではないだろうか。そもそも、日本国憲法典の人権に関する諸条文は、“人権を”実定化したものであるという理解が基底にあり、だからこそ日本国憲法典で明記されていない外国人の人権も“日本国憲法典が”保障するのだと理解されているのではないだろうか。仮にそうであるとすれば、だからこそ日本憲法学においてはトランスナショナルな人権も日本国憲法典解釈として提示でき、トランスナショナル人権法源を日本憲法典とは別の法源として理解する必要はなかったということだろう。

しかしながら、それではグローバル化した社会においては十分ではない、という認識が山元にはあるのだと思われる。本稿の冒頭で述べたように、グローバル化した社会においては、ヒトやモノがボーダーレスに移動し、他国事が他国事ではないと同時に自国事が自国事ではなくなっている。「ビジネスと人権」の取り組みや SDGs の取り組みにも表れているように、環境保護だけでなく様々な問題が地球規

模でいわば連帯して取り組むべきものとして理解されている。そのような中にあるのは、「国内問題／国外問題」と切り離して考えること自体がもはや難しくなっているのである。とすれば、日本憲法学もまた、国内の人権問題を解決する場合であっても、他国事を自国事として受け止めた上で、他国で生じた人権問題に対する実践もまた法的規準としなければ、グローバル化社会における主体の一つである日本国としての役割を果たすことができない、と考えることは自然であるように思われる¹⁹。

イ 「グローバル」と「トランスナショナル」

次に素朴な疑問として、なぜ「トランスナショナル」なのだろうか、という疑問がある。確かに、トランスナショナル人権法源論が登場した山元[2011a]において、「ナショナル」との対比でオルタナティブな方法を提示するのであれば「トランスナショナル」とするのが明瞭であったというのは理解できる。しかし私の疑問は、「トランスナショナル」と「グローバル」との関係なのである。

管見の限り、その点について特に説明がされたことはないと思われるため、ここで私見も絡めて一つの解釈を示そう。その解釈の肝は「トランスナショナル」は「ナショナル」なくしては観念できず、その両者が相補的に働くことで「グローバル」が生成されていくのではないか、ということである。

まず出発点として、リンダール (Hans Lindahl) の法秩序論²⁰を据えたい。リンダールによれば、法秩序は行為・アクター・場所・時が「the point of joint action」²¹ (または規範点) と結びつけられた状態である (Lindahl [2015] p.50)。そのため、秩序はポイントによって画され、我々の行為は当該ポイントと結びつけられてはじめて法的意味を帯びる (Lindahl [2013] pp.122-133)。このような法秩序論からすると、アクターの相違は法秩序の相違にもつながってくるように思われる。つまり、国民をアクターとする法秩序たる「国家」と、持続的民主主義が想定するような国民以外の多様な存在をアクターとする法秩序たる「社会」とは、別個の法秩序として理解すべきなのではないだろうか、と私には思われるのである。そしてその各々に憲法 (Constitution) があると理解すれば²²、「国家の憲法」たる「国憲」と「社会の憲法」の両方が存在すると考え

てよい。

とすると、両秩序の関係が問題となるが、山元のトランスナショナル人権法源論の帰結に沿うように考えると、「ナショナル＝国家＝国憲」と「トランスナショナル＝社会＝社会の憲法」は「人権保障」を冠して並列的にドッキングするということになるのではないだろうか。そしてそのドッキングの結節面にまたがる存在が (憲法) 裁判所なのである。だからこそ、裁判所はいずれの法秩序にも目を配って「人権保障」のために役割を果たさなければならないのであろう。

そして、この「ナショナル＝国家＝国憲／トランスナショナル＝社会＝社会の憲法」の結合体²³を、一体として「グローバル」な社会と理解していいのではないだろうか。この「グローバル」な社会は「人権保障」を冠した諸アクターの協働 (「競演」) の舞台である²⁴。その舞台は、両構成要素は常に境界があり同一化することはないがゆえにどちらか一方の法秩序に包摂されたり永遠不変かつ普遍の法が僭称されたりすることもなく、個人・国家・国家機関などの様々なアクターが活動することで「グローバル」な社会が生成・変化していく舞台である。それは、静態的に眺めれば諸アクターが「人権保障」のために役割を果たしたか否かという規範的な法秩序であるが、動態的に眺めれば諸アクターが「人権保障」の点から自身の役割を果たそうと活動する民主主義的な法秩序の生成である。トランスナショナル人権法源論は持続的民主主義と接続することで裁判所に自らの役割を果たさせることを要請し、「グローバル」な《社会》の《法》を《民主主義》的に生成させる理論である。

こうして本稿は、山元一の博論のテーマであった《法》《社会像》《民主主義》を幾度も語ることとなる。《法》《社会像》《民主主義》についていかなる理解をするか、という山元・博論が提示した問題は、憲法学を語る上で常に根底に潜み続ける問題なのである。

注

- 1 この点については、若江 [2021] が簡潔かつ明快である。
- 2 「ビジネスと人権」に関しては、国連人権理事会に提出され大きな影響を与えた「保護・尊重・救済：ビジネスと人権のための枠組み」(2008年) および「ビ

- ジネスと人権に関する指導原則：国連の「保護・尊重・救済の枠組み」の実施」（2011年）の形成に尽力した、ジョン・ジェラルド・ラギーの著作（ラギー [2014]）のほか、菅原 [2016]、坂元 [2020] 参照。
- 3 「トランスナショナル人権法源論」について、従来の憲法学との関わりを丁寧に説明しつつ、その国内における実践に向けて再構築しようとするものとして、橋爪 [2021] も参照。
 - 4 山元の体系的な日本国憲法の教科書は放送大学の教材である『グローバル化時代の日本国憲法』（山元 [2019c]）であった。
 - 5 山元 [2018a] 21 頁。なお、山元が民主主義との齟齬を問題視していると述べている発言は、具体的には、「憲法学には、司法審査の民主的正統性を議論してきた蓄積があるから、そう簡単に引用すればよいとは言えないはずです。その方法が本来重要であるところで、『トランスナショナル人権法源論』として“法源”という形で提唱し、方法の問題は最初からなかったこととして扱うのは問題ではないか。ここで問われているのは、権力分立のプロセスを国内でどのように組み立てていくかという問題だと感じています」という穴戸の発言、「〔国際社会に客観的に存在している客観的国际法の〕裁判的使用は、主権概念や民主主義との緊張関係を孕んできます」（〔 〕内筆者）と述べた上で、そのような客観的国际法を「法源と呼ぶのはやはり厳しい」とし、それは一時的には立法府が参照すべきであって、裁判所としては立法裁量統制の手法で斟酌することで「民主的正統性の問題はひとまず回避される」という山本の発言であろう（森＝穴戸＝曾我部＝山本 [2016] 379-380 頁）。もっとも、山元の記述では曾我部真裕は指摘されていないが、同じ箇所では曾我部は、法律家共同体というものがあつたとして国際的な法律家共同体については民主的統制の下にないことから「民主制の観点から問題となる」と発言している。
 - 6 同論文は、上記論文を含む 2013 年から 2014 年に出した 3 本の論文を利用して書かれている。
 - 7 また他に山元「公共空間における裁判権」（山元 [2014g] [初出 2007 年]）もドミニク・ルソーに触れるが、詳細に説明しているわけではない。博論が国家学会雑誌に掲載されたのが 1993 年から 1994 年であることに鑑みると、研究の早い段階からドミニク・ルソーに着目していることが分かる。
 - 8 山元・博論に従い、本稿でも基本的に「法治国家」と表記する。
 - 9 そもそも、フランスにおいては「国家／社会」の分離自体が無縁であった（山元 [2017b] 51 頁）ため、このような表現も不正確との誹りを免れないとも思われるが、イメージの便宜のためにこのように表現した。
 - 10 ドミニク・ルソーによれば、「民主主義」と「議会制」の同一視によって、主権者 (les auteurs) は市民 (les citoyens) ではなく、代表者 (les représentants) となってしまう (Rousseau [1997] p. 76)。
 - 11 「代表民主制においては、市民の権力は 5 年に 1 度の選挙において現実化されかつそこで使い果たされるために、瞬時かつ断続的なものにとどまる。これに対して、持続的民主主義においては、市民の権力は常在し、二つの総選挙の間の期間にも確固として存在する」(Rousseau [2017] p. 115 [和訳はルソー [2021] 75 頁 (井上武史担当) に従った]、See also, Rousseau [1997] p. 77)。
 - 12 以上と同様の説明をなすものとして、山元 [2014b] 335-336 頁、山元 [2014f] 153-155 頁、山元 [2014h] 667-668 頁。
 - 13 もちろん、これが「民主主義」論なのかという疑問は生じるが、山元いわく、ドミニク・ルソーによれば「国民に対して……その主権性を表明する永続的機会を提供するがゆえに、十分民主主義的なのである」(山元 [2014b] 336 頁)。
 - 14 山元はドミニク・ルソーの基本的発想が「法治国家」論の基本的モチーフを相当程度継承していると述べたり（山元 [2014c] 215 頁）、「フランスにおける従来の国家や政治のあり方や不十分な人権保障のあり方に対する反省を公共空間における〈法の復権〉と結びつけ、〈真の『法治国家』の実現〉を提唱する学界内外の動向が、ルソー教授において『立憲主義的民主主義』の確立の課題として明快に定式化された」(山元・解題 181 頁) とする。明示的に《ネオ・ゴージュ型社会像》との関係は述べていないが、デュギーを発展的に継承したという点で《ネオ・ゴージュ型社会像》と同様に「社会法」というコンセプトが示されていることは示唆されているように解される。
 - 15 ドミニク・ルソーは、人権宣言 16 条は「すべての社会」であるとしているのに、憲法学者はそれを「国家」と読み替え「憲法の研究と教育の対象を国家の諸権力の組織とそれらの関係について記述することに限定してきた」が、憲法と社会の関係は切り離すことができないとしている (Rousseau [2017] pp. 103-104 [和訳はルソー [2021] 69-70 頁 (井上担当) に従った])。
 - 16 山元において、このようなドミニク・ルソーと「社会の憲法」に対置されているように思われるのが、オリヴィエ・ボー (Olivier Beaud) である。オリヴィエ・ボーが扱う憲法制定権力論が民主主義と憲法裁判というテーマと関連することもあり、ドミニク・ルソーとオリヴィエ・ボーは山元の論文においても同時に扱われることがしばしばある (例えば、山元 [2014c]、山元 [2014d]、山元 [2014e]、山元 [2014f]、山元 [2014h])。オリヴィエ・ボーの言説には立ち入

- らないが、両者を対比して論じた山元の記述によれば、オリヴィエ・ポーは「アングロ・サクソンの民主主義のフランスへの導入を提唱していた、フランス『法治国家』論の一潮流と重なり合う側面」はあるが、ドミニク・ルソーとは異なり何らかの《社会像》は提示せず、各有権者が自身の政治的意思を表明する「憲法定国民投票」が重視されていることから「《均質的な個人から構成される国民》という図式に親和的」であるとされている（山元 [2014c] 216-217 頁）。そして、「Olivier Beaud と Dominique Rousseau」の憲法理論の対立は「対照的な憲法観（近代憲法のそれか、それともその超克か）・民主主義像の選択を迫る」（山元 [2014c] 217 頁）との記述および山元の日本憲法学における伝統的思考への批判に鑑みると、オリヴィエ・ポーは従来のナショナル憲法観であり、ドミニク・ルソーはそれを超克していると山元は評価していることになる。とすれば、オリヴィエ・ポーは「国憲」を、ドミニク・ルソーは「社会の憲法」を各々志向していたということになる。
- 17 宍戸が「機関適性と権力分立をめぐる問い」に言及した（宍戸 [2016] 344 頁）のも、背景にはそのような考慮があると解される。
- 18 組織づくりに際しては、人事権限・懲戒権限・免職権限なども重要になってくるように思われる。
- 19 もっとも、他国事を自国事の範例とする作業は日本憲法学が比較憲法として伝統的に行ってきた作業である。また実践上も、法令違憲判決である薬事法判決（最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁）の富澤調査官解説は同判決にドイツの判例が影響を与えたと理解している（富澤解説 208 頁）ように、最高裁も他国の法実践や法学説に関する情報をキャッチアップした上で判断を下しているように思われる。そのような実践の積み重ねがある中で、敢えて法源論として提示し、裁判所にその考慮を義務として果たさせようとする態度に違和感を覚えないではない。しかし、安定した実践を容易に反故しうる現況や、集団的自衛権や環境保護のように国際的な規範を持ち出すものもあれば同性婚や夫婦同氏制のように国内的事情に固執するものもあるという恣意性が見られる政治状況において、トランスナショナル人権法源論として、国内法において認められないような制度や実践も素材として「人権法」を認識し憲法解釈を行うことを、最高裁に期待することは、理解できないことではない（山元 [2016c] 参照）。
- 20 リンダールについての筆者の一応の理解については、大野 [2019] 41-46 頁参照。
- 21 point は「目的」や「要」と訳しうるものだが、本稿では「ポイント」とする。
- 22 Constitution の憲法学者による独占を批判したトイ

ブナーの批判を背景としている（Teubner [2017] pp.1605-1606）。トイブナーと憲法に関しては山田 [2021] が詳しい。

- 23 ここでは、社会システム論的な発想が意識されている。山元もルーマンの社会システム論には一定の理解があるように思われる。もっとも、私自身のこのアイデアの出自は社会的存在を動的に理解する社会存在論である（大野 [2018]、大野 [2019] 参照）。
- 24 もっとも、「人権保障」という抽象的なポイントでまとまる法秩序を指定することが妥当かどうかについては、筆者は疑問の余地があると考えている。また、本稿の理解は、個人と主権の間に「社会」を想定するものとも異なることは指摘しておく。

参考文献

- * 邦語文献は著者名 50 音順、欧語文献は著者名のカタカナ表記の順で記載している。
- * 出典元の書籍が重複する場合は、「同上」または「前出『書籍名』」と記す。
- * 本文に引用していないものも含む。

<山元一の著作>

- ・山元・博論（一）～（五・完）：山元一「《法》《社会像》《民主主義》——フランス憲法思想史研究への一視角（一）～（五・完）」国家学会雑誌 106 卷 1・2 号（1993 年）1 頁以下、同 106 卷 5・6 号（1993 年）46 頁以下、同 106 卷 9・10 号（1993 年）1 頁以下、同 107 卷 3・4 号（1994 年）74 頁以下、同 107 卷 9・10 号（1994 年）147 頁以下。
- ・山元 [2007]：同「〈グローバル化〉の中の憲法学」坂口正二郎編『岩波講座憲法 5 グローバル化と憲法』（岩波書店、2007 年）227 頁以下。
- ・山元 [2009a]：同「憲法理論における自由の構造転換の可能性（1）」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて』（日本評論社、2009 年）13 頁以下。
- ・山元 [2009b]：同「憲法理論における自由の構造転換の可能性（2・完）慶應法学 13 号（2009 年）83 頁以下。
- ・山元 [2011a]：同「憲法解釈における国際人権規範の役割——国際人権法を通してみた日本の人権法解釈論の方法論的反省と展望」国際人権 22 号（2011 年）35 頁以下。
- ・山元 [2011b]：同「近未来の憲法理論を考える」辻村みよ子＝長谷部恭男（編）『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011 年）91 頁以下〔初出 2008 年〕。
- ・山元 [2012a]：同「グローバル化世界における公法学の再構築——国際人権法が憲法学に提起する問いかけ」法時 84 卷 5 号（2012 年）9 頁以下。
- ・山元 [2012b]：同「現代における人間の条件と人権論の課題」憲法問題 23 号（2012 年）7 頁以下。

- ・山元 [2013a] : 同「グローバル化世界と人権法源論の展開」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法』(尚学社、2013年) 344頁以下。
 - ・山元 [2013b] : 同「最近のフランス憲法学における民主主義論の動向」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相 上』(有斐閣、2013年) 89頁以下。
 - ・山元 [2014a] : 同「《八〇年代コアピタシオン現象》以降のフランス憲法論の一面」同『現代フランス憲法理論』(信山社、2014年) 313頁以下〔初出1995年〕。
 - ・山元 [2014b] : 同『『法治国家』論から『立憲主義的民主主義』論へ』同上 333頁以下〔初出1996年〕。
 - ・山元 [2014c] : 同「最近のフランスにおける『憲法制定権力』論の復権——Olivier Beaudの『国家権力論』を中心に」同上 215頁以下〔初出1997年〕。
 - ・山元 [2014d] : 同『『憲法制定権力』と立憲主義——最近のフランスの場合』同上 221頁以下〔初出2000年〕。
 - ・山元 [2014e] : 同「フランスにおける憲法裁判と民主主義」同上 295頁以下〔初出2001年〕。
 - ・山元 [2014f] : 同「現代フランス憲法学における立憲主義と民主主義」同上 149頁以下〔初出2002年〕。
 - ・山元 [2014g] : 同「公共空間における裁判権」同上 430頁以下〔初出2007年〕。
 - ・山元 [2014h] : 同「現代フランス憲法理論の展望」同上 649頁以下。
 - ・山元 [2015a] : 同『『憲法的思惟』vs.『トランスナショナル人権法源論』』法時 87巻4号(2015年) 74頁以下。
 - ・山元 [2015b] : 同「『『持続』を意識する民主主義』の憲法理論」論ジュリ 13号(2015年) 93頁以下。
 - ・山元 [2016a] : 同『『国憲的思惟』vs.『トランスナショナル人権法源論』』ジェンダーと法 13号(2016年) 23頁以下。
 - ・山元 [2016b] : 同「世界のグローバル化と立憲主義の変容」憲法理論研究会編『憲法理論叢書 24 対話的憲法理論の展開』(敬文堂、2016年) 57頁以下。
 - ・山元 [2016c] : 同「トランスナショナルとドメスティックの間で揺れる最高裁」法時 88巻3号(2016年) 1頁以下。
 - ・山元 [2017a] : 同「最高裁に舞い降りた『国際民主主義者』——横田喜三郎の法思考の形成と展開」樋口陽一＝中島徹＝長谷部恭男編『憲法の尊厳』(日本評論社、2017年) 463頁以下。
 - ・山元 [2017b] : 同「フランス憲法学と『立憲主義』」辻村みよ子ほか編『政治変動と立憲主義の展開』(信山社、2017年) 39頁以下。
 - ・山元 [2017c] : 同「空前」の『司法官僚』——泉徳治の研究」工藤達朗ほか編『憲法学の創造的展開 下巻』(信山社、2017年) 599頁以下。
 - ・山元 [2018a] : 同『『国憲的思惟』vs.『トランスナショナル人権法源論』』山元一＝横山美夏＝高山佳奈子編『グローバル化と法の変容』(日本評論社、2018年) 3頁以下。
 - ・山元 [2018b] : 同「グローバル世界と憲法制定権力」法学研究 91巻1号(2018年) 49頁以下。
 - ・山元 [2018c] : 同「グローバル世界と憲法制定権力(続)」慶應法学 39号(2018年) 2頁以下。
 - ・山元 [2018d] : 同「覚書：グローバル化時代における『市民社会』志向の憲法学の構築に向けて」法時 90巻10号(2018年) 74頁以下。
 - ・山元 [2019a] : 同「グローバル化時代における『市民社会』志向の憲法学の構築に向けての一考察」藤野美都子＝佐藤信行編『憲法理論の再構築』(敬文堂、2019年) 155頁以下。
 - ・山元 [2019b] : 同「グローバル化と憲法秩序」法セミ 774号(2019年) 12頁以下。
 - ・山元 [2019c] : 同『『グローバル化時代の日本国憲法』』(放送大学教育振興会、2019年)。
 - ・山元 [2020] : 同『『成熟した市民社会』の立憲主義構想』法セミ 785号(2020年) 25頁以下。
 - ・山元・解題：同「解題 ドミニク・ルソー教授の民主主義論」ドミニク・ルソー著、山元一監訳『憲法とラディカルな民主主義——「代表民主制」の限界を問う』(日本評論社、2021年)〔Rousseau [2017] の翻訳〕 163頁以下。
- <その他の文献>
- ・蟻川 [1994] : 蟻川恒正『憲法的思惟』(創文社、1994年)〔のち、2016年に岩波書店より新装版として出版〕。
 - ・江島 [2017] : 江島晶子「裁判所による適用から統治機構による実現——多層的な人権保障システムの視点から」前出『憲法の尊厳』445頁以下。
 - ・江島 [2018] : 同「グローバル化社会と『国際人権』」前出『グローバル化と法の変容』69頁以下〔初出2015年〕。
 - ・大野 [2018] : 大野悠介『『場』としての国家／『人』としての国家』法政論究 119号(2018年) 69頁以下。
 - ・大野 [2019] : 同『【l'État / l'institution nationale】の制作・試論』法政論究 121号(2019年) 37頁以下。
 - ・齋藤(民) [2018] : 齋藤民徒「国際法における法源論の変容——そのプロブレマティック」前出『グローバル化と法の変容』38頁以下〔初出2015年〕。
 - ・齋藤(正) [2021] : 齋藤正彰「条約の国内適用論の読解」北大法学論集 71巻6号(2021年) 1頁以下。
 - ・坂元 [2020] : 坂元茂樹「ビジネスと人権」ひろば 73巻4号(2020年) 4頁以下。
 - ・初宿＝辻村 [2020] : 初宿正典＝辻村みよ子編『新解説 世界憲法集〔第5版〕』(三省堂、2020年)。

- 宍戸 [2016] : 宍戸常寿「イントロダクション」宍戸常寿=曾我部真裕=山本龍彦編『憲法学のゆくえ』(日本評論社、2016年) 339頁以下〔初出2015年〕。
- 菅原 [2016] : 菅原絵美「企業の社会的責任と国際制度」論ジュリ 19号 (2016年) 51頁以下。
- Teubner [2017] : Gunther Teubner, «La question constitutionnelle au-delà de l'État-nation : pour une approche sociologique du phénomène constitutionnel», *RDP*, 2017, n° 6. pp.1603 et s.
- 橋爪 [2021] : 橋爪英輔「トランスナショナル人権法源論」横大道聡ほか編『グローバル化のなかで考える憲法』(弘文堂、2021年刊行予定)。
- 松田 [2020] : 松田浩道『国際法と憲法秩序——国際規範の実施権限』(東京大学出版会、2020年)。
- 棟居 [2018] : 棟居快行「グローバル化社会と憲法」前出『グローバル化と法の変容』69頁以下〔初出2015年〕 53頁以下。
- 森=宍戸=曾我部=山本 [2016] : 森肇志=宍戸常寿=曾我部真裕=山本龍彦「[[座談会] 憲法学と国際法学との対話に向けて」前出『憲法学のゆくえ』361頁以下〔初出2015年〕。
- 山田 [2017] : 山田哲史『グローバル化と憲法』(弘文堂、2017年)。
- 山田 [2021] : 同「G. Teubner の『抵触法アプローチ』——議論の整理を中心に」岡山大学法学会雑誌 70 卷 3・4号 (2021年) 554頁以下。
- 山本 [2013] : 山本龍彦「憲法訴訟における外国法参照の作法——外国法の『普段づかい』？」前出『現代アメリカの司法と憲法』316頁以下。
- ラギー [2014] : ジョン・ジェラルド・ラギー著、東澤靖訳『正しいビジネス』(岩波書店、2014年)。
- Lindahl [2013] : Hans Lindahl, *Fault Lines of Globalization*, Oxford University Press, 2013.
- Lindahl [2015] : *Id.*, “Law as concrete order: Schmitt and problem of collective freedom”, David Dyzenhaus and Thomas Poole (ed.), *Law, Liberty and State*, Cambridge University Press, 2015 (paperback 2017), pp.38-64.
- Rousseau [1997] : Dominique Rousseau, «La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel», *Le Débat*, 1997, vol. 96, no. 4, 1997, pp.73-88, DOI 10.3917/deba.096.0073.
- Rousseau [2017] : *Id.*, *Radicaliser la démocratie: Propositions pour une refondation*, Seuil, 2017. (postfaceの付いたポケットブック版。ペーパーバック版は2015年。また2017年版の訳書として、ルソー [2021] : 山元一監訳『憲法とラディカルな民主主義——『代表民主制』の限界を問う』(日本評論社、2021年))。
- Rousseau [2020] : *Id.*, «La démocratie continue : fondements constitutionnels et institutions d'une action continuelle des citoyens», *Confluence des droits_La revue* [En Ligne], 02 | 2020, mis en ligne le 11 février 2020, <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=726> (L.A. 2021.9.21).
- 若江 [2021] : 若江雅子『膨張GAFAとの闘い』(中公新書ラクレ、2021年)。

謝辞

本研究は、科学研究費補助金(基盤(B))「グローバル化時代における憲法秩序の再構築」(課題番号19H01412)および科学研究費補助金(基盤(C))「規制目的二分論のグローバルな再構成とその基礎理論の探求」(課題番号21K01131)の助成を受けたものである。