

憲法制定権力の意義と限界

——アメリカにおける理論と実際

高 野 敏 樹

はじめに

- I. 合衆国連邦最高裁と憲法改正の司法審査
- II. アメリカにおける憲法制定権力論の展開
- III. 憲法制定権力と憲法改正権

むすび

はじめに

憲法制定権力 (constituent power, pouvoir constituant) は、憲法を作る力であり、法秩序を創造する権力である。したがって、それは法秩序の諸原則を確定し、法的諸制度を確立する力であるという意味において、国家権力そのものを形成する「始源的な権力」といってよい⁽¹⁾。

この憲法制定権力の体系化については、フランス革命の嚮導的な理論を提供したシェイエス (E. Siéyès) の理論がよく知られている。シェイエスは、「憲法を作る力 (pouvoir constituant)」と「憲法によって作られた力 (pouvoirs constitués)」とを区別し、前者の「憲法を作る力」である憲法制定権力を、一般の国家権力——すなわち、「憲法によって作られた力」——とはことなり、「実定法超越的」な性質をもつ「万能」の権力として位置づけた⁽²⁾。シェイエスによれば、この意味での憲法制定権力は国民にのみ帰属する。そしてこの「始源的な権力 (pouvoir originair)」を有する「主権者」としての国民こそが、憲法を制定する権力を有するのみならず、さらにそ

の憲法を全面的に変更することのできる権限を有するものである⁽³⁾。

このようなシェイエスの憲法制定権力論は、変革の頂点としての市民革命期の指導的原理となり、さらには近代立憲主義憲法学の基礎原理となったが、同時にその理論形成の原動力として、アメリカ独立時における種々の憲法理論が多大な影響をあたえたことは事実である⁽⁴⁾。

ただ、一方で、近代的意味の憲法が成立し、自然法的な価値が実定憲法に具現化されると、一般的にはそこでは憲法の変革ということではなく、むしろ「憲法の保障」すなわち実定憲法の保障する価値をどのように「維持」するかということが問題となる。アメリカにおいては、この「憲法保障」の方法としての違憲立法審査制が発展したが、現代において、その違憲立法審査権は現実問題として、法律の合憲性のみならず、憲法改正そのものの合憲性の問題をめぐって、憲法制定権力——あるいは憲法制定権力に基礎をおく憲法改正権——をどのように位置づけ、性格づけるかという憲法上の基本的な問題に直面せざるをえなくなった。ここでは、以下、連邦最高裁の判決を素材として、憲法制定権力とそこから派生する憲法改正権の意義と限界を考えたい。

注：

(1) 芦部信喜『憲法制定権力』(1983年) 3頁以下参照。

(2) E.Siéyès, Qu'est-ce que le tiers état?, Libraire Alexandre Correard, Galerie de boi, Capitre V., p. 160.

(3) ibid., pp. 164-165.

(4) Carré de Malberg, Contribution à la théorie général de l'état, II, 1922, P. 516. 芦部・前出『憲法制定権力』18頁。

I. 合衆国連邦最高裁と憲法改正の司法審査

1. 連邦憲法修正18条の制定の経緯と事件の概要

合衆国連邦最高裁は、法律の憲法適合性の問題を超えて、憲法改正の合憲性についても審査に踏み込んだが、その代表的な判決が、禁酒に関する事項を定めた連邦憲法修正18条の合憲性が争われた1920年のロードアイランド対パーマー事件判決である⁽¹⁾。

問題の修正18条は、連邦憲法5条の改正手続にしたがって、1917年に連邦議会によって改正の発議がなされたのち、各州議会の承認をえて、1919年に確定した。同条は、その第1節において、飲用の目的をもって酒精飲料を醸造、販売または運搬もしくは輸入輸出することを禁止し、第二節において、連邦議会と各州とが適当な法律を制定することによって、本条を施行する共同の権限を有する旨を定めている。

ところで、このような修正18条の成立による社会的影響がきわめてドラスティックなものであっただけに、同条の施行を阻止しようとする訴訟が相次いで提起されることとなった。本件は、修正18条が違憲であることを理由として、同条を施行するために制定された禁酒法（the Volstead Act, 1919）の執行の差止（injunction relief）を求めた計7件の事件を併合審理したものである。

修正18条が憲法違反であることを指摘する上告人の主張は、それぞれの事案の相違に応じて、憲法改正の「手続違背」を主張するものから、修正18条それ自体の「実質的」違憲性を主張するものまで多岐にわたっている。これらのうち、とりわけ後者の修正18条の実質的違憲性を指摘する主張は、修正18条の第2節が本来州の立法権の範囲に属すると考えられるべき事項についてまで、連邦議会の「共同の立法権」を認めている点で、本件憲法改正は州の立法権を侵害し、連邦制を定めた憲法の改正の限界を逸脱するものである、との問題点を指摘するものであり、それは連邦制における権限分配の根本問題にかかわるものであった⁽²⁾。

2. 連邦最高裁1920年判決の要旨

最高裁は、これらの違憲の主張をすべて斥けた。ディバンター (Devanter) 裁判官の法廷意見は、法廷の結論として次のような判断を示している。

すなわち、憲法改正の「手続上の問題」に関して、(1) 各州議会の議決において採用された出席議員のみによる多数決の議決方法が無効であるとの主張に対して、判決は、「連邦議会が憲法改正を発議するにあたって必要とされる各議院三分の二以上の特別多数による議決は、かならずしも全議員の三分の二による必要はなく、出席議員の三分の二の賛成があればそれで議決が正当になしうる」ことを認めた。(2) 同時に、憲法改正は原則としてレフェレンダム (referendum) の方法でなすべきであって、本件のように各州議会の承認のみにもとづく改正行為は違憲無効であるという主張に対して、判決は、「州の憲法および法律に定められたレフェレンダムの手続は、連邦憲法の改正の承認または否決 (ratification or rejection) に関しては用いる必要がない」旨を明らかにした。

そして、修正18条の「実質問題」については、(1) 修正18条に規定された種々の「禁止条項」は、憲法五条によって認められた改正権の範囲内にあること、(2) 修正18条第1節は、合衆国のすべての領域において効力を有するものであり、その条項に反するすべての立法が違憲無効となること、(3) 同条第二節に規定された「共同の立法権」という文言は、連邦議会によって制定された法律が州によって承認または承認される必要があることを要求するものではなく、連邦法は連邦議会の権威のみにもとづいてその効力が肯定されるべきであること、(4) さらに、この文言は、修正18条にもとづく規制が州内におけるものであるか、それとも州際にもわたるものであるかという区分にしたがって州議会と連邦議会の間には権限を分配することを意図するものではないこと、を宣言したのであった。

以上のように、最高裁は、修正18条の合憲性について実質審理を行う一方で、一貫して州に対する連邦の優越性を強調することによって、違憲の

結論を回避した。

しかしながら、右にあげた判決の諸判断に関して、法廷意見には一切の理由が付されていない。すなわち、法廷意見は上告人の主張を排斥する旨の結論を列挙しているにとどまっており、修正一八条の合憲性をめぐる実質的な論議は、裁判長ホワイト（White）裁判官の補足意見とマッケンナ（Mckenna）裁判官の反対意見との間の論争にゆだねられることとなったのである。

判決がこのような構成をとるにいたったことは、ホワイト裁判官が述べているように、まさしく異例のことであった。同時に、ホワイト裁判官は、その点にこそ本件の解決を信託された最高裁の「困惑」とともに「配慮」が示されていることをひかえめながら指摘している⁽³⁾。

注：

(1) State of Rhode Island v. Palmer, 253 U.S. 350.

(2) W. Marbury, The Limitation upon the Amending Power, 33 Harvard Law Review 223.

(3) 253 U.S. 350 at 388.

II. アメリカにおける憲法制定権力論の展開

最高裁は以上のように、本件憲法改正の手続的、実質的問題についての違憲の主張をすべて斥けたが、本件については、下級審の段階から、本件が通常の意味における「法律の憲法適合性」の審査ではなく、法律に上位する「憲法改正の憲法適合性」の審査を求める訴訟であることから、この種の問題に司法権が介入することはむしろ憲法の許すところではないとする反対論が主張されていた。すなわち、いかなる憲法改正が必要であるかを決定する権限は、憲法5条の規定にしたがって、連邦議会に対してのみ

あたえられているのであって、そのような議会の権限行使に対して司法部が違憲審査権をもって介入することは「統治権力の分配 (distribution of powers of government)」の理論に違反するというのがその主張であった⁽¹⁾。

この考えかたは、憲法改正権の行使に関して、形式上は、憲法5条の定める議会の権限を最大限に強調する立場にたつものである。しかし、その根底には——権力分立の問題を論じる以前に——「憲法制定権力」と「憲法改正権」および「立法権」の性質とそれらの関係をどのように考えるかという憲法理論上の基本問題があったといえてよい。

そして、その問題をめぐっては、以下に述べるように、アメリカの伝統的な憲法学説における「憲法を作る力の優越性」の思想のもとで、この「憲法制定権力」から派生する「憲法改正権」に対しても、国家の他の諸権力——「憲法によって作られた力」——を超越する憲法上の地位と権力性を認める考えかたが一般的であり、その立場からの反対論が有力に唱えられたのであった。

1. 「憲法制定権力」と「立法権」の峻別論

——憲法制定権力の優越性

しばしば、アメリカの憲法制定史における特徴的な局面は、「憲法制定権力」論の形成をめぐって、その理論の形成が抽象的な理論の次元にとどまらず、「憲法を制定するものは誰か」というきわめて具体的な問題として論じられた点にあるといわれる⁽²⁾。

アメリカ諸州の憲法の制定者たちは、この問題の回答として、憲法制定のための特別の機関を設け、その機関に独占的に憲法を制定する権力を委ねる方式を採用した。そのような機関として創設されたのが「憲法制定会議 (Constitutional Convention)」であり、この「憲法制定会議」こそが人民の「憲法制定意思」を表象しうる機関であるとされた。

この「憲法制定会議」の法的性格をめぐることは、たとえばマサチューセッツ憲法（1780年）の「憲法制定会議」が、次のような決議をおこなっていることが注目される。

「最高の議会（The supreme legislature）は、次のような理由から、その固有の権限の側面においても、またたとえそれが合同会議（The Joint Committee）の形式をとる場合においても、憲法ないし政治の形態を形成し、確定するのに適切な機関であるとはいえない。すなわち、第一に、憲法とは、その本来の理念からいって、国民（subjects）が享受するその権利と特権を国家権力（government）の侵害から守るために確定した諸原理の体系を意味するからであり、第二に、憲法を制定する機関が同時にそれを変更する権限を当然に有するものと考えられるからである。そして、第三に、最高の議会によって変更することのできる憲法は一定の、もしくはすべての権利と特権に対する国家権力の側からの侵害から国民を守るものではないからである。」

「決議」は以上のように、三点にわたって、「憲法制定」に際してその作用が通常の議会に委ねられるべきではないとする理由を述べている。このような理論がのちのフランス革命期におけるシェイエス的な憲法制定権力の理論に大きな影響をあたえたことはよく知られているが、そこに一貫している理論上の趣旨は、「憲法制定作用」と「立法作用」とを、その性質上の相違にしたがって、いうなれば「峻別」する考えかたであるといえてよい。

すなわち、「コモン・ロー優位（supremacy of common law）」を標榜する中世以来のイギリス法思想の伝統を継受し、自然法と自然権説の影響を受けたアメリカ諸州において、憲法は議会をふくむあらゆる国家権力を拘束する「高次の法（higher law）」であるとともに、国家の「根本法（fundamental law）」であると考えられた。憲法はこの「高次の法」あるいは「根本法」として、「法律」に先行し、優越する地位にある。憲法はその

ような地位において——右の「決議」の第一の理由づけに述べられているように——議會をふくむ国家権力から国民の自然権を保護するために存在するものである⁽³⁾。

そして、このような憲法優位の思想の形成にあたって、さらに近代的な意味での「社会契約説」が決定的な影響をおよぼしたことはいうまでもない。社会契約説は、国家の組織化という作用について、それが自由な国民の社会契約 (social contract) によるものであり、かつそのような根本契約の表象が根本法すなわち憲法であるという観念を生みだした。しかも、この根本法は国民の譲り渡すことのできない固有の権利としての自然権を保障したものである。したがって、それは法の形式のみならず実質的な意味において「最高法」としての地位を有するものであり、これに対して、立法権は根本法である憲法によって作られた権力であるにすぎず、憲法にその存立の基礎をおく立法権は、根本契約すなわち憲法を制定し修正する何らの権能を有するものではない。

以上のような観点からは、当然に、「憲法」と「法律」との間には実質的な意味において、法の段階構造における差異を認める考えかたが生まれてくる。そして、その観念がすべての政治権力の淵源を国民にもとめるロック (J. Locke) 的ないわゆる国民主権説と結合し、そこから国民の「主権的意思の表明」である「始源的な権力」としての「憲法制定権力」論が形成された。そして、「憲法」の制定作用と「法律」の制定作用との間には、両者の作用の次元の相違に应じて、それぞれの作用にふさわしい制定方式と手続——憲法制定権力は特別の「憲法制定会議」によって発動され、立法権は議會において行使されるという憲法上の理論的枠組——が要請されるべきであるとする考えが定着していくこととなったのである。アメリカの建国期においては、このような観念が一般的であった⁽⁴⁾。このような「憲法」と「法律」との「峻別」論——すなわち、「憲法制定権力」と「立法権」の区別——は、連邦憲法の制定に際しても継受されていたといって

よく、たとえばハミルトン (Hamilton) は、(1)議会その他の「委任された権力」は「始源的権力」に服さなければならないこと、(2)そして、「憲法」は人民の意思の直接の表現であり、「法律」は人民の受任者の意思の表現であることを指摘している⁽⁵⁾。

以上のように、アメリカにおいて、憲法制定作用と法律の制定作用とを区別する観念は憲法上の本質的な原理のひとつと考えられてきた。そして、それはドイツにおける法実証主義的な理論構成にみられるような、憲法と法律の質的相違を相対化する法思想——そこでは憲法と法律との相違は顧みられず、したがって憲法制定権力の観念は否定され、かりにその存在が認められるとしてもそれは「法の領域」からは排除された「事実の世界」における問題とされた——とは好対照をなすものであった。

2. 「憲法制定権力」と「憲法改正権」の同一化論

——憲法制定権力の「投影」としての改正権

以上のような建国期における「憲法制定権力」と「立法権」の「峻別論」のもとで、憲法制定権力は、立法権とは次元のことなる始源的な「特別の権力」としての地位を与えられることとなったが、同時に、この合衆国建国期の理論は「憲法制定権力」と「憲法改正権」との関係については、一転してむしろこの両者を「同一次元」で把握すべきものとする点できわめて特徴的な理論構成を呈示している。

この点について、たとえばマサチューセッツ憲法は、「すべての権力は元来、国民に属し、国民に由来する」(5条)と述べたうえで、「国民は、国家の諸権力を創設するとともに、国民の保護、安全、繁栄および幸福が要求するときは、それを改革し、変更し、あるいはそれを全面的に変革する無効とされない権利を有する」(7条)と宣言している。さきに述べたように、マサチューセッツ憲法制定会議の「決議」は、憲法制定にさきだつてすでに「憲法を制定する機関が同時にそれを変更する権限を当然に有す

る」ことを宣言していた。マサチューセッツ憲法7条は、この「決議」の趣旨を成文化し、上に引用したように、(1)国民こそが「憲法制定権力」の担い手であること、(2)この国民の憲法制定の意思は「憲法制定会議」において表明されること、(3)憲法制定権力の担い手である国民は、憲法を「全面的に変更する無効とされない権利」すなわち全面的な「憲法改正権」を有することを宣言したものである。

マサチューセッツ憲法7条の特徴は、以上のように、国民が「憲法制定権力」を有することを前提として、同時にその国民こそが「憲法改正権」を有することを明確化した点にある。その論理の構造は、「憲法制定権力」と「憲法改正権」の関係という視点でいいかえれば、まさしく国民——および国民主権の理論——を媒介として、この両者がいわば「連結」されたことを意味するといつてよい。すなわち、その構造を「憲法制定権力」の側からみた場合、制定権力は主権者である国民によって発動されるが、それはひとたび発動されたのちも依然として「憲法改正権」のなかに生き続ける実在の権力であり、他方、「憲法改正権」の側からみれば、たとえその「改正権」が成文憲法のなかに規定され制度化されたとしても、その改正権は国民の「憲法制定権力」に直接に由来するものであり、それゆえ一般の国家権力とはことなった特別の地位にあると考えられるべきものである。

しかも、その場合に国民の手中にある「憲法改正権」は、マサチューセッツ憲法7条が宣明しているように、成立した憲法を全面的に改正することのできるきわめて広汎な権限と考えられた。この点は「憲法制定権力」の性質をどのように考えるかという基本的な問題と関連するが、この場合においても、すでに述べたように建国期の「憲法制定権力」論が「社会契約」説の強い影響下で形成されたというその成立の経緯を見逃すことはできない。すなわち、社会契約説において、人民は、根本契約（基本法である憲法）によって社会を形成するにあたって、社会契約が自然法を基盤とするという意味において自然法の枠組からくる一定の拘束をうけざるをえ

ないものではあるが、しかしそれ以外のいかなる法的制約からも自由である。「憲法制定権力」が本来このような実定秩序に対して無制約の地位にあるものであるとすれば、「憲法制定権力」のこのような性質は——「憲法制定権力」と「改正権」とを同一視する考えかたのもとにおいては——当然に「改正権」の性質のなかにも「投影」されることにならざるをえない。すなわち、そこでは「憲法改正権」は、「憲法制定権力」に淵源を有する権力であり、したがって「憲法制定権力」と同様、一般に制約することのできないいわば「自然状態」にある権力としての理解が形成されたといつてよいであろう。

注：

- (1) W. Frierson, Amending the Constitution, 33 Harvard Law Review 659. このような趣旨から、憲法改正に限界が存在しないことを主張する学説として、Orfield, The Amending of the Federal Constotution, 1942, p.156がある。
- (2) Orfield, *ibid.*, p.39.
- (3) C. McIlwain, Constitutionalism, Ancient and Modern, 1947. p.87. 合衆国建国期における基本法思想の形成に対して、イギリスの「高次の法」思想があたえた影響について、高野敏樹「イギリスにおける『高次の法 (Higher Law)』思想の展開」調布学園女子短期大学紀要25号(1992年) 78頁以下参照。
- (4) アメリカの基本法思想に対するロックの影響については、McIlwain, *ibid.*, P.9. 芦部・前出『憲法制定権力』12頁参照。
- (5) The Federalist, Everyman Edition, No.78.

III. 憲法制定権力と憲法改正権

1. 憲法制定権力と憲法改正権の位相

以上のように、アメリカの建国期の憲法理論は、「憲法制定権力」と「憲法改正権」とを同一視する方向性を生みだし、その理論の枠組は現代にお

いても多くの学説に継承されている。そして、このような「同一視」論の観点からは、憲法改正作用は一般の国家権力の作用とは次元がことなるため、本来、「憲法によって作られた権力」である司法部の審査の対象とはなしえないはずのものである。さらにまた、「憲法制定権力」が「憲法改正権」のなかにその無制約の性質を「投影」しているとすれば、憲法改正の内容について司法部が審査する余地はまったくありえないことになる。憲法改正の合憲性審査に踏み切った1920年判決およびその下級審に対する批判的見解の多くはこの点を指摘するものであった。

しかしながら、このような考えかたは、下級審から最高裁にいたるまで、本件を審理したいずれの法廷においても支持されず、裁判所はむしろ司法審査に積極的な姿勢を示したことは指摘したとおりである。もっとも、最高裁は、審査に踏み込んだ理論的根拠については直接に言及しておらず、そこでは、かえって批判的学説が審査を否定する根拠として主張していた理由と同様の理由づけ、すなわち本件が国法秩序の基本である憲法改正にかかわる事件であって、そこから通常の事件の場合とはことなった「事件の重大性」が存在するという理由を述べるにとどまっており⁽¹⁾、その点で大きな課題を残した形となった⁽²⁾。

ただ、「憲法制定権力」論との関連に立ち戻って考えるとすれば、基本的な問題は、はじめに述べたように「憲法改正権」の行使が「憲法制定権力」の発動と同視しうるかという点をどのように理解するかという問題に帰着する。

結論からさきにいえば、理論上は、「憲法改正権」はその権限の行使の手続が憲法自身によって定められたものである以上——特別の「憲法会議」によって憲法改正がなされる場合であれ、また本件のように各州の議会に承認を要件とするものであれ——始源的な「憲法制定権力」の発動とはことなる「実定憲法上の権力」として把握されるべきものといわざるをえない。すなわち、「憲法改正権」はその権力の根拠を憲法自体のなかにもつも

のであり、その限りで「憲法改正権」は始源的な権力ではなく、むしろ憲法によって制約された憲法上のひとつの「国家機関」としての権限であると考えるべきであろう。

「憲法制定権力」論は、さきに述べたようにその構造において、「憲法を作る力」と「憲法によって作られた力」の次元の相違を前提とする理論である。いいかえれば、このような次元の違いを認めてはじめて、国民の自由意思にもとづく国家権力の形成作用——すなわち国民による無条件の「憲法制定権力」の発動——が可能となる。すでに述べたように、アメリカの建国期の憲法理論は、「憲法制定権力」と「立法権」との次元の相違について明確な位置づけを行い、それをとおして国民の「憲法制定権力」論が形成され、すべての国家権力を国民意思のもとに集中しようとする近代立憲主義の方向性が確立されたといっていよい。

しかし、その一方で、憲法改正の主体が国民であるという理念を貫徹しようとするあまり、「憲法改正権」の行使の場面においても「憲法制定権力」の発動の場合と同様の権力行使の無制約性が認められるとするなら、それは「憲法改正権」の名において始源的な権力である「憲法制定権力」の意思を全面的に覆すあらたな権力の誕生を認めることにならざるをえない。かりに、このことを肯定するなら、それはそもそも万能の権力としての「憲法を作る力」と、その「憲法制定権力」の意思の範囲内において生み出された「憲法によって作られた力」とを区別しようとした意味そのものが失われる結果となりかねないであろう。

以上の点について、1920年判決は明確な論旨を展開しているわけではないが、考えかたとしては、憲法改正作用に対する違憲審査に踏み切るにあたって、「憲法改正権」が「憲法制定権力」の直接の発動ではなく、上に述べた意味で、「憲法によって作られた」権力のひとつであり、したがって「改正権」もまた基本的には実定憲法の基本原則に拘束される権力のひとつであるとする認識が存在したであろうことは容易に想像しうるところであ

る。かりに、このように「憲法改正権」を「憲法によって作られた力」であるということができれば、司法部の側からの視点からは、「憲法制定権力」の意思によって形成された実定憲法の価値秩序を維持するために、むしろ憲法改正の合憲性について審査権限を行使することが可能であるという認識が生まれることになるであろう。

2. 連邦最高裁判決の継承

以上のような憲法改正の合憲性審査について、連邦最高裁は上述の1920年判決に引き続いて、1939年のコールマン対ミラー事件判決においても注目すべき判断を示している⁽³⁾。

事案は、連邦議会が行った1924年の児童労働の制限に関する憲法改正の発議に対して、(1)カンサス州議会がいったん拒否の決議を行ったにも関わらず、その後一転してこれを承認する旨の決議を採択したことの有効性、(2)以上の承認に際して州議会において可否同数となったため、州憲法にしたがって副知事が賛成の投票をなしたこと、の二点の有効性が争われたものであった。同時に、これにくわえて、(3)本件の憲法改正の発議は、発議後3年が経過した現在においても、改正の可否についてのすべての州の意思表示がなされていないため、すでに憲法上の有効性を失っている、との主張も付加されていた⁽⁴⁾。

これに対して、連邦最高裁の法廷意見は、上記の(1)および(2)の争点について、その合憲性を肯定した。注目されるのは、(3)の争点に関して、法廷意見が、憲法改正の発議から各州の承認がなされるまでの期間がいかなる程度であればそれが「合理的期間」と見なしうるかについては、あくまで「政治問題 (political question)」に属するとして、判断を回避した点である。この点については、憲法改正についての究極のコントロール権能は連邦議会にあるとする旨を詳細に述べた補足意見 (Black, Roberts, Frankfurter, Douglas 裁判官) が付されている⁽⁵⁾。

もっとも、これらの補足意見に示された「政治問題」のアプローチは、憲法改正のすべての問題領域にその適用が予定されているのではない。すなわち、そこでは、問題が「憲法改正」作用にかかわるために「政治問題」とされているのではなく、憲法改正の手續が適正に履行されているかどうかについての議会の側のいわば自律的判断の余地を残したということにとどまるということが重要である。以上のように考えれば、本判決もまた1920年判決と同様、憲法改正に対する司法審査については、すくなくともその審査の可能性を依然として維持した判決ということができるであろう。

注：

- (1) State of Rhode Island v. Palmer, 253 U.S. 350.におけるホワイ特裁判官の補足意見による。
- (2) 最高裁が本件について司法審査に踏み込んだ理由を法廷意見が明確に述べなかった点について、マッケンナ裁判官およびクラーク裁判官は、そのことが本判決の判例拘束性を弱める結果をもたらすと批判している（253 U.S. 350 at 393.）。
- (3) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433.
- (4) 憲法改正の発議がおこなわれた1924年から3年が経過した時点で、26州の州議会が発議を拒否し、承認の決議を行ったのはわずか5州にすぎなかった（307 U.S. 433.）。
- (5) 補足意見は、「本件において、法廷意見が憲法改正の発議と承認に対する連議会の憲法上の排他的な権限について、司法的な解釈をなす権限を暗黙のうちに推定している限りにおいて同意することができない」と述べている。

むすび

以上、合衆国連邦最高裁判決を契機として、「憲法制定権力」論をめぐる課題を検討してきた。「憲法制定権力」は、すでに述べたように、近代国家の形成期には、それがもつ国家の始源的権力としての実定法超越的な権力的側面が強調されてきた。しかし、問題は立憲主義的実質をそなえた憲法

が制定されたのち、その権力をどのように実定憲法の秩序のなかに定着させるかにある。それはいいかえれば、「憲法保障」の観点から、「憲法改正権」の位置づけをどのように理解するかということと同義である⁽¹⁾。

アメリカにおける憲法制定権力論は、「憲法を作る力」と「憲法によって作られた力」の分離に成功したことによって、近代ヨーロッパの憲法制定権力論の形成に多大の影響をあたえた。この視点からアメリカにおける理論の展開をみる場合、「憲法改正権」の位置づけをめぐっては、「憲法制定権力論」の形成の理論的出発点である「憲法を作る力」と「憲法によって作られた力」との峻別論の意義が現代において再評価されるべきことが期待される。

以上の視点からみると、上にとりあげた連邦最高裁の判決は、あらたな理論展開の可能性を示したものとして評価することができよう。ただ、結果としてこれらの判決は憲法改正の実質的な有効性についてはむしろ改正の現実を追認したと同様の効果をもつものとなった。そのことはいいかえれば、憲法改正作用に対する適切なコントロールの役割を司法部に過度に期待することへの問題点を示した事例とってよいかもしれない⁽²⁾。そして、そこにはいうまでもなく、憲法訴訟の固有の問題として、憲法改正が審査の対象となりうるかという問題点がある。この点については本稿においては検討の対象とすることができなかったが、これまでの学説においては十分に検討されて機会をえることのできなかった問題であることをふまえて、残された課題としたい。

注：

- (1) 憲法改正作用に対しても基本的には「憲法保障」の観念からの一定の制約がおよぶべきであるとする点について、たとえば、K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht, 13 Aufl., 1982, S.254. 参照。
- (2) 「憲法保障」の方法について複合的な検討が必要である点について、佐藤功「憲法の保障」『日本国憲法体系』1巻151以下参照。