

# 憲法制定権力と憲法改正権

——「憲法保障」の視点からみたその位相——

高野敏樹

はじめに

I. 「憲法制定権力」と「憲法改正権」の同一化論

——フランスにおける理論の展開

II. 「憲法制定権力」と「憲法改正権」の分離論

——ドイツにおける理論の展開

III. わが国における論議と問題点

むすび

## はじめに

憲法制定権力 (*pouvoir constituant, verfassunggebende Gewalt*) は、法秩序の諸原則を確定し、国家権力—すなわち「憲法によって作られた権力 (*pouvoirs constitués*)」—およびその制度を創造する権力である。憲法制定権力は、この意味で、国家における始源的な権力 (*pouvoir originaire*) として、一般の国家権力とは区別され、実定法規に服することのない権力と理解され、体系化されてきた。

たとえば、憲法制定権力が万能かつ実定法超越的で、性質上その機能において実定法破壊的な力をもつとするシェイエス (A. Siéyès) の見解や、<sup>(1)</sup> さらには、「政治的統一体の実存を確定することのできる実力または権威 (*Macht oder Autorität*) をともなった政治的意思」と定義したカール・シュミット (C. Schmitt) の見解は、<sup>(2)</sup> その代表的なものといつてよい。

一方、近代憲法は、このような憲法制定権力の理論を発展させると同時に、現に存する憲法の価値秩序を維持するための憲法保障 (*Schutz der*

Verfassung)の観念をも憲法構造のなかにとり込んだ点に特徴がある。イエリネック (G. Jellinek) が指摘しているように、近代憲法は、憲法秩序の安定性あるいは存立を保障するために、種々の「法的保障」の方法を発達させることにむしろ力点をおいてきたというべきであるかもしれない。<sup>(3)</sup> そうであるなら、伝統的な憲法制定権力の理論が—もちろん、シェイエスとシュミットの憲法制定権力論には、のちに述べるように、憲法制定権力の内容と性質をめぐって理論構造上の相違があることは指摘しなければならないが—すくなくとも、あらたな憲法秩序を創造する力の源泉として位置づけられるかぎり、そこでは憲法秩序の創造と維持という方向の異なるふたつの契機をどのように関係づけ、理解するかという問題が生起するのは必然である。

そして、その問題は、憲法制定権力そのものの性質をめぐる問題、すなわち憲法制定権力を法の領域の事象としてとらえるか、それとも単に社会的事実の領域の問題であるとするべきか、あるいは、憲法制定権力の本質を権力的契機と正当性の契機のいずれの契機に力点をおいて考えるべきか、さらにはそれと関連して、憲法改正の限界をどのように理論化するか、といった問題として多様に論議されてきた。ここでは、主として憲法制定権力と憲法改正権との理論的關係をめぐる問題を取りあげ、そこから憲法制定権力論の意味および憲法保障の意義について、再検討を試みたい。

注(1) Siéyès, Qu'est-ce que le tiers état?, Libraire Alexandre Correard, Galerie de bois, Chapitre V.

(2) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1954, S. 75-76.

(3) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1960, SS. 791. イエリネックは、憲法保障の態様を、社会的保障、政治的保障および法的保障の三つに分類し、法的保障を称して、「确实性をもって予測されうる作用」と述べた。ただ、イエリネックは、憲法改正と憲法保障との関係については明らかにしていない。しかし、1832年のザクセン憲法やフランス第4共和制憲法、あるいはのちにのべるボン基本法79条など、いくつかの憲法典が、その改正に関する規定を憲法保障という章のもとに一括しており、学説もまた、憲法改正の問題を実質的な憲法保障の制度的側面のひとつととらえる考えかたが一般的である。

たとえば, K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht*, 13 Aufl., 1982, S. 254; T. Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 19 Aufl., 1973, S. 333; G. Dürig, *Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. III*, *Festschrift für T. Maunz*, 1971, S. 48. 参照。

## I. 「憲法制定権力」と「憲法改正権」の同一化論

### —— フランスにおける理論の展開 ——

#### 1. シェイエスの「憲法制定権力」論と「憲法改正権」

フランス革命前夜, 憲法制定権力の観念を統一的に体系化したのが, “*Qu'est-ce que le tiers état?*” におけるシェイエスであったが, その理論は憲法のいわば絶対的な変更の可能性を強調し, まさに革命の指導的原理としての地位を獲得した。

シェイエスは, 「憲法を作る権力 (*pouvoir constituant*)」と「憲法によって作られた権力 (*pouvoirs constitués*)」とを区別し, 憲法制定権力とはまさしく前者の「憲法を作る権力」にほかならないことを指摘した。すなわち, 憲法は, 「いかなる部分においても, 憲法によって作られた権力の作品ではなく, 憲法を作る権力の作品である」。<sup>(1)</sup> 憲法は, 公権力を組織し, 「人間および市民の権利 (*droits de l'homme et du citoyen*)」を宣言するとともに拡張し, 確保する」ことによって公権力を制限し規制することを目的とするが, その目的を達成するために分割された権力相互の関係が不統一なものとならないのは, すべての憲法が憲法制定権力という統一された権力の発動を前提としているからである。

憲法は, 「憲法によって作られた権力」を拘束することはできるが, 憲法そのものがそこから派生する「国民 (*nation*)」を拘束することはできない。いいかえれば, 「国民は, あらゆる形式から独立した存在である。国民がどのような方法でその意思を決定しようとも, その国民意思が表明されれば, すべての実定法は, その淵源であるとともにその最高の主人である国民の前では, 効力を失う」。<sup>(2)</sup> すなわち, 憲法制定権力を有するのは

国民のみであり、国民のこの憲法制定権力は、実質的にも手続的にも、なんら法的制限に服さない。

そして、シェイエスによれば、国民はつねに憲法を変更することのできる権限をもつのみならず、憲法を変更するにあたって、たとえその方法が憲法それ自体の手続によって定められているとしても、いかなる形式にもしたがうべきではない。憲法制定権力の担い手である国民は、同時に主権者である。<sup>(3)</sup> ここでは、「憲法をつくる権力」すなわち「憲法制定権力」と、「憲法によって作られた国家権力」すなわち「憲法改正権」との区別は、わずかに「国民主権 (souveraineté nationale) という概念の内部における程度の相違にすぎない」。<sup>(4)</sup>

それでは、国民の憲法制定権力—すなわち憲法改正権—は、具体的にどのように発動されるべきか。シェイエスが措定する主権者としての国民は、まさしく「自然状態の存在」であり、実定的権力に意思決定の権利を譲渡することのできない存在である。このような国民が具体的にその意思を表示しようとするれば、それは憲法の諸規定と諸形式に拘束される「普通代表 (représentants ordinaires)」を通してではなく、そのような法的拘束をうけることのない「特別代表 (représentants extraordinaires)」を通して行わなければならない。「特別代表は、国民とおなじく独立した存在である。彼らは、自然状態における個人がそうであるように、ただその意思を表示すればそれで充分である。……特別代表の共同意思は、国民自身の意思と同等の価値をもつ。」<sup>(5)</sup> シェイエスは、このように述べて、通常立法権を「普通代表」としての議会に付託する一方、憲法の改正については、その機能が「特別代表」である「特別会議 (convention)」にゆだねられるべきことを強調した。すなわち、シェイエスは、憲法改正作用が主権者である国民の憲法制定権力の発現としての性質を有することを理由として、「憲法改正」と通常の「立法」作用との法的意味における次元の違いを指摘したのであった。

シェイエスの憲法制定権力論は、以上のように、その基本構造において、つねに国民主権の理論と切り離すことのできない——いいかえれば、憲法制定権力そのものが、理論上、国民主権の広大な法思想領域内に位置する——ものとして述べられているところに、特色がある。そこで強調された憲法制定権力の実定法超越性や万能性、あるいはその単一不可分の特性は、いいかえれば、国民主権という観念そのものに内在する性質の投影であるといつてよい。そして、そのような主権の概念をいわば媒介として、「憲法制定権力」と「憲法改正権」の同一性が唱えられた。

しかし、それは同時に、その後のフランス憲法史に多大な影響をあたえらるとともに、また重要な課題を残している。憲法改正作用の主体が、「普通代表」としての議会ではなく「特別代表」としての *convention* とされたことは、たしかに、憲法と法律の段階構造を明確化するという観点からは、理由があろう。すなわち、憲法改正は憲法規範そのものの改廃の問題であって法律段階における規範の問題ではない。

ただ、その場合、シェイエスがいうように、*convention* が議会とは異なり、国民から「特別の委任 (*mandat extraordinaire*)」をうけた「特別」の代表体であることを論議の前提におくとしても、かりに、*convention* における憲法改正作用について、憲法上で、その権限や手続が規定された場合においてもなお、その憲法改正は国民の「憲法制定権力」の直接の発動といふことができるであろうか。憲法改正が一定の改正規定にしたがって行われることが予定されている場合には、憲法改正権それ自体は、おそらくは「憲法を作る権力」ではなく、正確にいえば、むしろ「憲法によって作られた権力」のひとつとみなされる可能性こそが強調されてよいであろう。シェイエスの「憲法制定権力」論は、それが主権理論と連結されて主張されたかぎりにおいて、すべての権力を国民に集中しようとするフランス革命の精神と同一の方向性をもつ。しかし、そこで「憲法制定権力」と「憲法改正権」とが同一視されるとすれば、理論的には、ヘンケ

(W. Henke) が指摘しているように、そもそも *pouvoir constituant* と *pouvoirs constitués* とを区別した意味そのものが失われる結果すらうまれるといっても過言ではない。<sup>(6)</sup>

## 2. 1791年憲法における分離の試みとその後の同一化論の継承

革命直後の一革命の成果を宣言した—1791年憲法は、うえに述べた問題点を意識しつつ、シェイエスが試みた *pouvoir constituant* と *pouvoirs constitués* との区別の意義を法的に明確化するひとつの方法を提示したものであるとして重要な意味をもつ。

1791年憲法は、その7編1条において、「憲法制定国民議会 (*l'Assemblée Nationale Constituante*) は、国民がその憲法を変更 (*changer*) する時効によって消滅することのない権利を有することを宣言する」と規定すると同時に、それにつづけて、「しかし、憲法典の条項を改正 (*réformer*) する権利は、憲法そのものにおいて定められた方法によるのみ行使されることが国民の利益に適合する。その手続は、憲法改正議会 (*l'Assemblée de Révision*) において、次の形式で行われる」と定めた。そして、その要件として、(1)憲法改正の要求が成立するためには、三つの立法議会の一致した意思表示を必要とし、(2)その要求は、憲法制定後、すくなくとも10年が経過したのちでなければならず、しかも、(3)その憲法改正は、憲法典の全面改正であってはならず、部分改正のみが許される、という厳格な要件を規定したものであった。

この1791年憲法の改正規定は、以上のように、憲法改正作用をきびしい拘束のもとに置こうとする点で、シェイエスの理論とはきわめて対照的な軌跡を描いている。シェイエスが主張したように、「憲法改正」の作用が「憲法制定権力」の作用にほかならないとされるなら—しかも、その「憲法制定権力」が国民主権に由来する万能で無拘束、無限界の性質を有すると考えられるなら—「憲法改正権」に対するこのような制限の観念がうま

れる余地は、本来ありえないはずのものである。「憲法改正権」に対する制限規定が実定憲法上の規範力を獲得するためには、シェイエスの場合と異なり、理論上の前提として、「憲法改正権」と「憲法制定権力」との関係が、すくなくとも区別され、あるいは両者がなんらかのかたちで分離されていると観念される必要がある。1791年憲法は、その意味で、シェイエスの理論に対して、基本的な修正を迫るものであった。すなわち、この憲法は、そこで予定されている「憲法改正」作用が、本来的にシェイエスのいう *pouvoir constituant* の作用としてではなく、まさしくそこから生みだされた国家権力、すなわち *pouvoirs constitués* のひとつにすぎない—したがって、「憲法改正権」は憲法によって規制され、制限される—ということを明確化したものといえてよい<sup>(7)</sup>

そして、このような理論的修正の試みが、共和暦3年テルミドール国民公会において、ほかならぬシェイエス自身によって唱えられたことは、注目にあたいする。1793年憲法の崩壊にひきつづくあらたな憲法制定についての審議を主たる目的としたこの国民公会で、シェイエスは、憲法改正の提案を行うとともに憲法上の改正手続にしたがって憲法改正を行う機関として、あらたに「憲法陪審 (*jurie constitutionnaire*)」を設置すべきことを提唱した。シェイエスはこの「憲法陪審」を、国民の「憲法制定権力」—すなわち「憲法改正権」—を行使する機関<sup>(8)</sup> として位置づけたが、しかし、そこでいう「憲法制定権力」—「憲法改正権」—は、それがすでに憲法の改正規定に拘束されることが当然の前提とされている点で、従来の実定法超越的な性質を失っていることはいうまでもない。シェイエスの言葉をかりれば、要するに、そこでは「憲法制定権力」は「憲法改正権」というかたちで、いわば「実定化」されたといえてよく、それはもはや本来の意味での「憲法制定権力」とはいえない制限された権力へと転化したといわざるをえない。

そして、同時に、そこに、シェイエス自身の意識の転換をみることがで

きる。1789年の段階において、変革を可能にする法的手続をなんら保障しない絶対王政に対して、革命の正当性を主張するためには、まさに国民の「憲法制定権力」こそが大きな理論的支柱となりえたはずであった。しかし、1791年憲法およびその後の共和暦3年の段階においては、革命の成果として獲得された憲法秩序を一般的に維持されるべき社会的価値とする合意がすでに成立していたとみななければならない。すなわち、革命の段階の相違が、「憲法制定権力」と「憲法改正権」の理論構造の基礎的部分において、変容を導く結果となったことは容易に想像できる。

しかしながら、1791年憲法およびその後の論議のなかで試みられた、このような *pouvoir constituant* と *pouvoirs constitués* の一種の分離論は、それ以降のフランス憲法史において、かならずしも学説上の主流となったわけではない。

とりわけ、第3共和制下の多くの学説において、「憲法改正権」と「憲法制定権力」とはふたたび同一視され、「憲法改正権」の名のもとで、実際には「憲法制定権力」そのものが観念された。すなわち、そこでは、「始源的憲法制定権力 (*pouvoir constituant originaire*)」と「制度化された憲法制定権力 (*pouvoir constituant institué*)」とが、概念上は一応区別されたものの、一方で、「制度化された」ことの意味はほとんど捨象され、むしろ「憲法改正権」が「憲法制定権力」に由来するという理論構造上の両者の密接な関係が強調される結果となった。<sup>9)</sup>そして、その理論が、しばしば指摘されるように、まさに「国民主権」の主張と同一の次元において—「国民主権」の理論と連結されて—主張されたところに、かつてのシェイエス理論におけると同様の理論上の困難な問題を残しているのも事実である。

### 3. フランス憲法院1962年判決における憲法改正の合憲性

以上に述べたような「憲法改正権」と「憲法制定権力」との関係をいわ



ば同一視するシェイエス的な—あるいは第3共和制下の憲法学説的な—理論は、現代のフランス憲法状況にも多大の影響をおよぼしている。1962年、憲法院 (Conseil Constitutionnel) は現実の問題としてこの問題に対応せざるをえない事態をむかえた。<sup>100</sup> 判決は、その性質上、かならずしも明確な態度をしめしているわけではないが、そこには「憲法改正権」の位置づけをめぐる考慮されるべき重要な問題点が提示されている。その事案は次のようなものであった。

1962年10月28日、大統領選挙についての制度改革を案件とする人民投票が実施され、その結果、選挙の方法がこれまでの間接選挙から直接選挙制へと変更された。この人民投票は、直接には1958年憲法6条の改正という形式で行われたものであったが、他方で、憲法改正の手續については、もともと89条において、内閣総理大臣の提案をうけた大統領または国会議員のいずれかによって改正の発議がなされたのち、その改正案は両議院の議決をへたうえで、人民投票によって最終的に確定される、という手續が定められていた。ド・ゴール大統領は一議会の議決がえられないことが予想されたため—この正規の改正手續によらず、ただちに問題の人民投票を実施したのであった。そして、当然のことながら、議会において、この憲法改正の手續違背を指摘する見解がつよく主張され、それをうけた元老院 (Sénat) 議長モネヴィルにより、違憲判断をもとめる申立てが憲法院に送付された。

同年11月6日、申立てを審理した憲法院は、憲法および法律上のいかなる規定にてらしても、人民投票で採択された法律の憲法適合性について審査する権限を有しない、という判断をしめた。そして、その点について、判決は、次のような憲法判断を明らかにした。

すなわち、憲法61条は、憲法院に対して、組織に関する法 (loi organique) および通常法律 (loi ordinaire) の憲法適合性を判断する職務をあたえている。しかし、この61条は、憲法院の審査権限が、人民投票の結

果として人民によって採択された法律 (les lois adoptées par le peuple à la suite d'un référendum) であると、議会によって可決された法律であるとをとわず、法律としての性質を有するすべての条文におよびうるか、それとも、わずかに後者についての審査のみが許されるのか明らかにしていない。憲法院を構成するにあたって、それを公権力の活動を規律する機関 (organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics) とした憲法の精神から判断すれば、61条において審査の対象となしうる法律とは、議会によって制定された法律のみを意味すると考えるべきである。61条は、人民投票の結果として人民によって採択され、国民主権の直接の表現 (l'expression directe de la souveraineté nationale) としての性質を有する法律をふくまないとわざわざをえない。

以上のように、判決は、人民投票によって制定された法律が憲法61条における審査の対象とされえない点をあげて—いわば解釈上の技術を用いて—憲法改正の合憲性の判断を回避した。<sup>111</sup> そのような憲法判断の回避が妥当かどうかは別として、本件の憲法改正行為が審査対象から除外された中心的な理由として、問題の人民投票が、まさしく「国民主権の直接の表現」行為であって、通常の意味での「公権力の活動」としての立法行為とは次元を異にするという考えが述べられていることが注目される。

この人民投票の性質をめぐっては、ビュルドー (G. Burdeau) が本判決に対する論評において指摘しているように、<sup>112</sup> 基本的には次のようなふたつの考え方ができるといってよい。すなわち、国民が、その人民投票において、「主権者」としての法的資格で行動したと考えるなら、理論上、「その行動は絶対的に自由 (absolument libre)」であって、それに対してはいかなる国家機関といえども制限をくわえることは不可能といわざるをえない。しかし、一方、人民投票において、国民が選挙人団を構成する憲法上の一機関 (agent d'exercice du pouvoir) としての資格で行動したにすぎないとするなら、それは通常の意味における「公権力の活動」と

みなされ、その行動はいまひとつの憲法上の機関である憲法院の法的監視のもとにおかれることとなるであろう。憲法院判決が、本件においてその審査権を否定したことは、前者の伝統理論を確認したことにほかならない。

そして、判決にしめされたこのような「国民主権」の理論構成をおしすすめていけば、それが「憲法改正権」の位置づけについても一判決は直接には触れていないが一多大な影響をおよぼすであろうことは疑いない。ファボロー (L. Favoreu) およびフィリップ (L. Phillip) が指摘しているように、本件が審査の対象となりうるかどうかという問題は、「憲法改正権」と「憲法制定権力」との関係をどのようにみるかという問題として議論することも可能であった。<sup>43)</sup> いいかえれば、かりに、本件の人民投票による「憲法改正」作用が、その性質において、「憲法制定権力」の作用と同一視されるなら、手続上も実質上もそれは憲法院の審査対象とはなりえない。他方、見方を変えて、「憲法改正権」と「憲法制定権力」とを理論的に分離する立場にたつて、本件の「憲法改正」作用が *pouvoir constituant* ではなく、単に *pouvoirs constitués* のひとつとしての国家機関の行動であると理解するなら—うゑに述べたように、人民投票を「主権の発動」としてでなく「公権力の活動」ととらえた場合と同様に—本件の「憲法改正」作用に対しても、憲法院の審査権行使の可能性がうまれてくる。

ただ、このような「憲法改正権」と「憲法制定権力」の関係についてのふたつの選択肢のうち、憲法院が後者の考え方を選択する可能性があったかといえ、実際問題として、そうではなかったといわざるをえないであろう。なぜなら、これまでに述べたように、フランス公法学の伝統的理論において、「憲法改正権」と「憲法制定権」とは同一のものとして理解されてきたし、同時にまた、両者を同一視するそのような理論の根底には、「国民主権」の実定法超越性—万能性—を唱える主張が存在していたからである。このような伝統理論の脈絡から考えれば、「国民主権の直接の表

現」行為であることを理由として憲法院の審査権限が否定されたことは、それが憲法61条の条文解釈の結果であったというだけでなく、ファボローが指摘しているように、判決のねらいそのものが、本件の「憲法改正」行為を「主権者の意思」の表明、すなわち「憲法制定権力」の発動と構成するところにあったとする見解も成り立ちうる。<sup>(14)</sup>

判決は、憲法改正の合憲性について、実質的な憲法判断に踏み込むことを回避したにもかかわらず、以上のように、その射程は、大きなひろがりをもっている。すくなくとも、理論上、本判決によって、これまでの伝統理論はその枠組みにおいて一消極的ではあれ一再確認される結果となったといつてよく、また同時に、それが憲法違反の疑いのつよかった憲法改正行為を追認すると同様の効果をもたらしたことは事実である。<sup>(15)</sup>そして、そこに「主権」理論とむすびついた「憲法制定権力」論に潜在する問題点があるといつて過言ではないであろう。

注(1) E. J. Siéyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*, Libraire Alexandre Correard, Galerie de bois, Chap. V. p. 160.

(2) *ibid.*, pp. 164-165. シェイエスは、国民の「憲法制定権力」が実定法超越的であることの理由として、(1)「国民」は自然状態の存在であること、また自分自身に義務を課すこともできないこと、(2)「国民」は実定的権力に意思決定の権利を委譲することも、また自分自身に義務を課すこともできないこと、(3) 実定的権力間の紛争は「国民」が超実定的に解決すべきこと、の三点をあげている。

(3) *ibid.*, p. 160.

(4) W. Henke, *Die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes*, 1957, S. 57. このように「憲法改正権」それ自体が「憲法制定権力」のいわば「保管人」とする見方について、芦部信喜『憲法制定権力』20頁参照。

(5) E. J. Siéyès, *supra note 1*, p. 166. この時期のシェイエスの「特別代表」が、「国民主権」にもとづく無拘束的「代表」観にたったものではなく、むしろ「憲法制定権力」を本来的に有する「国民」によって拘束された「代表」観念にもとづくと考えた説として、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』203頁がある。

(6) W. Henke, *a. a. O.*, S. 57.

(7) 1791年憲法の改正規定をめぐっては、「憲法制定国民会議は、そこ（91年憲法7編1条の改正規定）に制憲権を規定したと考えた」とし、そこでは依然と

して「憲法制定権力」と「憲法改正権」が分離されていないとする考えかたもある（芦部・前出『憲法制定権力』20頁）が、本文で述べたように、「憲法制定権力」と「憲法改正権」は分離されたとみるべきであろう。91年憲法の制定過程においても、憲法によって設けられた憲法改正議会と、憲法制定権力との間には、法的になんらの関係もないと考えられたことはよく知られている。91年憲法の制定過程については樋口・前出『近代立憲主義と現代国家』205頁以下参照。

- (8) シェイエスが設置を主張した「憲法陪審」は、憲法改正のための「提案陪審」、自然法にもとづく裁判を行う「自然的公正陪審」、法律の違憲審査を行う「破棄陪審」の三種の権限があたえられていたが、共和暦3年の国民公会においては、このいずれの「憲法陪審」も認められるにいたらなかった。その審議過程については、浦田一郎「共和暦3年のシェイエス」一橋研究26号15頁以下参照。
- (9) G. Burdeau, *Traité de science politique IV*, 1953, p. 245. 第3共和制下において、「憲法制定権力」と「憲法改正権」とが同一視されたこのような傾向について、いわゆる「憲法慣習論 (coutume constitutionnelle)」がはたした役割について、樋口・前出『近代立憲主義と現代国家』38頁以下参照。
- (10) *Recueil Dalloz*, 1963, jurisprudence, p. 398; L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 1979, p. 175.
- (11) 判決は、憲法改正の合憲性審査が可能であるかどうかについては、直接には触れていない。要するに、そこでは、憲法61条に規定された審査対象の解釈問題として、人民投票によって採択された法 (*loi référendaire*) と議会制定法 (*loi parlementaire*) との区別に焦点をあわせて、審査権限が否定されたのであった。
- (12) G. Burdeau, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 11ed., 1963, p. 111.
- (13) L. Favoreu et L. Phillips, *supra* note 10, p. 183.
- (14) Favoreu, *Le conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, *Revue du droit public*, 1967, p. 33.
- (15) ファボローをはじめ、学説の多くは、本件の憲法改正が89条の改正手続に反する旨を主張したが、本判決が審査を回避した点については、たとえばヴェデルのように、「裁判官はその権限の範囲内にとどまることによって裁判官たりうる」(G. Vedel, *Le Monde*, 30 déc. 1971, Favoreu et Phillip, *supra* note 10, p. 185 による) という観点から、あるいは人民投票によって、人民意思が明確に表明されるという事実を、実際問題として裁判所としても評価せざるをえないのではないか (L. Hamon, *note au Dalloz*, 1963, p. 399) という観点から、支持する立場もある。

## II. 「憲法制定権力」と「憲法改正権」の分離論

### —— ドイツにおける理論の展開 ——

#### 1. カール・シュミットの「憲法制定権力」と「憲法改正権」

ワイマール憲法下のドイツにおいて、政治的決断主義にもとづく「憲法制定権力」論を展開し、そこから「憲法制定権力」と「憲法によって作られた権力」との区別をドイツ国法学に導入したのがシュミットである。

「憲法論 (Verfassungslehre)」において述べられた「憲法制定権力」論の体系について、「憲法制定権力」と「憲法改正権」との関係を理解するうえで必要と思われる範囲でそれを取りあげれば、およそ次のようにいうことができよう。

シュミットは、憲法を、「実定的意味の憲法 (Verfassung in positiven Sinn)」と「憲法律 (Verfassungsgesetz)」とに区別し、前者の「実定的意味の憲法」こそが「憲法制定権力」の所産であり、後者の「憲法律」は、それを前提とし、そこから導かれた個々の憲法規定の集合体である、<sup>(1)</sup> と定義した。

そして、シュミットによれば、ここでいう「実定的意味の憲法」を創造する力としての「憲法制定権力」とは、まさしく、「政治的統一体の実存を確定することのできる実力 (Macht) または権威 (Autorität) をともなった政治的意思」<sup>(2)</sup> にほかならず、それはすべての規範的なものの上位に位置する。この「政治的意思」の正当性 (Richtigkeit) の根拠は、もっぱらその政治的実存にあり、それを拘束する法形式および手続はなんら存在しない。このような「政治的意思」が国民によって表明される場合—国民は本来、確固たる組織化された存在としての性質を有しないため—「国民の直接の意思の表明の自然な形式」としては、「集合した群衆の賛成または反対の、歓呼 (zuruf) あるいは喝采 (Akklamation)」をあげることができるのみである。<sup>(3)</sup>

このような「憲法制定権力」は、その性質上当然に、いわゆる「憲法によって作られた権力」とは区別されなければならない。すなわち、「憲法制定権力は、単一かつ不可分である。それは、区分された他の『諸権力』（立法、行政および司法）とならぶ、同順位の権力ではない。憲法制定権力は、すべての他の『権力』と『権力分立 (Gewaltenteilung)』の包括的基盤である」。<sup>(4)</sup> 「憲法にもとづいて、憲法律的規定から派生し、また憲法律的規定にもとづき憲法律的権限の範囲内で生じるものはすべて、本質上、憲法制定権力の行為とは別個の性質のものである。『国民 (Volk)』すなわち選挙権または投票権を有する公民の、憲法律的権能および権限、たとえばライヒ憲法41条によるライヒ大統領の選挙、同20条によるライヒ議会の選挙、同73条による国民投票も、憲法を制定し憲法制定権力の諸行為を定立する主権的国民の権能ではなく、あたえられた憲法の範囲内における権限である。」「憲法律にもとづいてあたえられ、かつ規制された憲法律的規定を、変更すなわち修正するための権能を、憲法制定権力 (verfassunggebende Gewalt) あるいは „pouvoir constituant“ と称することは正当ではない。ライヒ憲法76条による憲法律の改正ないし修正のための権限もまた、すべての憲法律的権能と同様、法的に規制された権能であって、原則として制限される。それらは、自らが基礎づけられている憲法律的規定の範囲を破壊することはできない。」<sup>(5)</sup>

以上のように、シュミットの理論は、憲法を、「実定的意味の憲法」すなわち「憲法」と、それに由来する「憲法律」とに区分することによって、「憲法制定権力」と「憲法によって作られた権力」との区別を一貫してつらぬいた点で、シェイエスの理論とは、対照的な結果を導いた。すなわち、シェイエスにおいて、「憲法制定権力」を有するもののみが「憲法改正権」を行使しうるとのコンテクストで、その両者が一概念的には一応区別されていたにもかかわらず同一視され、その万能性が主張されたのに対して、シュミットにおいては、憲法のいわば段階構造論を導入することによって

「憲法制定権力」と「憲法改正権」との区別が明確化された。そして、この段階構造論が、同時に「憲法改正権」の限界という観念を実定憲法上の問題として固着させる大きな契機となった事実は、憲法保障の観点から評価されてよいであろう。<sup>(6)</sup>

## 2. 西ドイツ連邦憲法裁判所1970年判決における憲法改正の合憲性

憲法改正について、戦後のボン基本法は、その79条3項において、積極的に、1条「人間の尊厳 (Würdigkeit des Menschen)」および20条「法治国家原則 (Sozialrechtsstaat)」にかかげられた基本原則に抵触するような基本法の改正を禁止する明文の規定をおいた。ワイマール憲法のもとにおいて主張されたシュミットの憲法改正限界論は、ボン基本法において、その実質的な内容を付与されたといえてよい。

しかし、ボン基本法は、このように憲法改正の限界を明示するという方法において憲法自身はその硬性化をめざしたものではあったが、一方で、実際上は、その成立以来、多くの改正を経験してきた。そして、その過程で、1970年に連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht) もまた、すでに述べたフランス第5共和制下の憲法院が直面した問題、すなわち憲法改正行為に対して裁判所が司法的に介入しうるかという困難な問題に直面し—フランス憲法院判決とは対照的に—憲法改正の合憲性についての実体判断に踏み込むにいたった。<sup>(7)</sup> それはいいかえれば、シュミット的な「憲法制定権力」および「憲法改正権」理論の、現代的な適用の問題であったといえる。

問題の憲法改正は、とりわけ厳しい政治的対立を招いた非常事態憲法の公布にともなう基本法の補充として行われたものであった。すなわち、信書の秘密ならびに郵便および電気通信の秘密の不可侵を定めた基本法10条について、1968年6月24日の憲法改正法律によって、同条2項として、これらの基本権に対する制限規定をおき、「基本権に対する制限が、制限を



うける者に通知されないこと、および、裁判上の方法にかえて議会の選任した機関または補助機関による事後審査」ができる旨の条項を追加する形式で、問題の憲法改正が行われたのであった。憲法改正については、うえに述べた79条がその改正の限界を明示していたため、この68年改正が、79条に規定された「人間の尊厳」(1条)および「法治国家原則」(20条)に違反するかどうかという憲法解釈の問題として争われたのである。

憲法改正の合憲性についての実体判断において、訴訟を審理した連邦憲法裁判所第2部の法廷内の意見は、予想されていたとはいえ、根本的に対立する結果となったが、5名の裁判官 (Seuffert, Dr. Leibholz, Dr. Geiger, Dr. Kutscher, Dr. Rink) の多数意見により、問題の憲法改正の合憲性は肯定されることとなった。すなわち、多数意見によれば、当該改正は、ボン基本法をつらぬく「たたかう民主主義 (streitbare Demokratie)」の理念にしたがって行われたものであって、(1)問題が、自由な民主的秩序の保障にかかわる場合には、憲法秩序の維持という価値が優先されるべきであること、(2)基本権に対する制限の合法性を審査する機関は、それが議会の承認にもとづいて設置される以上、「法治国家原則」に反するとみなされるべきでないこと、という点が主な理由として強調された。<sup>(8)</sup>

一方、これに対しては、3名の裁判官 (Geller, Dr. Schlabrendorff, Dr. Rupp) が、憲法改正の違憲無効 (nichtvereinbar und nichtig) を主張した。この少数意見は、「たたかう民主主義」の理念の実現方法について、正面から多数意見と対立し、多数意見の論理が「憲法保障を強調するあまり、かえって憲法に明記されている基本原則を放棄することになる」点を指摘した。すなわち、たしかに、「たたかう民主主義」の原理は、現に存する「法治国家」的憲法秩序を守ることを目的としてはいるが、他方で、その「法治国家」原理には、不可欠の要素として、基本権保障の理念が存在していなければならない。それにもかかわらず、基本権の大幅な制限を認めようとする多数意見は、論理的には自己矛盾に陥るものである、

とするのがその趣旨であった。<sup>(9)</sup>

以上のように、裁判官の判断は、問題がボン基本法体制の根幹にかかわるものであっただけに、大きく分かれる結果となった。しかし、一方において、このような憲法改正の合憲性の問題に連邦憲法裁判所が審査権を行使しうるかという前提問題に対して、全員一致の賛成があったことはきわめて注目される。すなわち、本判決において一多数意見がしめした実体判断の妥当性は別として一すくなくとも、憲法改正の合憲性の問題が学問上の問題にとどまらず、現実の憲法解釈の問題として裁判所の審査に服するとされたことは、「憲法保障」の問題領域に、すぐれて現代的な「憲法の裁判的保障 (gerichtliche Schutz der Verfassung)」のあらたな道を切り開いたものとして評価されるべきであろう。

そして、憲法裁判所が合憲性審査にこのような積極的態度をしめすにいたった大きな要因として、いうまでもなく、基本法79条自身が、すでに述べたように、憲法改正の限界を明示していた点をあげなければならない。バッホフ (O. Bachof) が指摘しているように、79条が改正の限界として規定した「人間の尊厳」および「法治国家原則」の法的内容はかならずしも一義的に明確ではないが、すくなくとも、同条の効果として、改正の限界を実定憲法規範の解釈問題として位置づけることが裁判所にとって一層容易となったことは事実であろう。<sup>(10)</sup>

もっとも、憲法改正に限界が認められるかどうかという問題そのものは、理論上の問題として必然的に生起する性質のものであって、憲法の規定のうえでそれが明示されているか否かによって決定される性質のものではない。ボン基本法についていえば、問題は、改正の限界を定めた79条の背景にどのような法理論があったか—いいかえれば、どのような理論にもとづいて79条が制定されたか—という点にある。そして、その点に関して、79条の成立過程において、さきに述べたシュミット理論が援用されたことはよく知られている。<sup>(11)</sup>

それは、同時に、連邦憲法裁判所が本件を審理するにあたって、まずはじめに確認した点でもあった。すなわち、ルップ裁判官が指摘しているように、本件の憲法改正は、「憲法制定権力」の発動として行われたのではなく、「憲法改正権」の作用として行われたものである。すなわち、ルップ裁判官によれば、79条は、「憲法制定権力」と「憲法改正権」との次元の相違を前提としたうえで、「憲法改正権がその限界を逸脱した場合には、理論的にはもはや憲法制定権力の名を引用することによってその正当性を主張しえないこと」を明らかにした規定である。<sup>122</sup> いかえれば、79条のもとにおいて憲法裁判所は、シュミットのいう「憲法によって作られた権力」のひとつとして、おなじく「憲法によって作られた権力」である「憲法改正権」の作用に対して、憲法の価値秩序を守るために審査権を行使することがむしろ期待されていたと考えなければならない。

そして、連邦憲法裁判所が憲法改正の合憲性審査に踏み込んだいまひとつの理論上の背景として、すでに学説および先行する州の憲法裁判所の判例において、「憲法違反の憲法規範 (verfassungswidrige Verfassungsnormen)」の理論が認められていたことをあげる必要があるだろう。この理論の主唱者で、その内容をもっともひろくとらえるバッホフによれば、憲法構造のなかには、基本的かつ「憲法に先行する法」を表明した原則と、そこから派生した個別の憲法規範との二種の規範が存在する。その場合の「憲法に先行する法」は「憲法制定権力」そのものを拘束し、それに反する憲法規範は、たとえ「憲法制定権力」によって作られた始源的憲法典中の諸規範であれ、また改正によって創造された規範であれ、すべて違憲無効となる、というのがその理論の趣旨であった。<sup>123</sup>

ただ、このように憲法改正がなされる以前の憲法典に対する違憲審査を認める考え方に対しては、「憲法制定権力」の万能性を強調する立場からの有力な反対論がある。<sup>124</sup> たとえば、ショイナー (U. Scheuner) によれば、「憲法制定権力」が法を創造する始源的な力である以上、それはなにもの

にも拘束されず，そのような「憲法制定権力」によって統一的に制定された始源的憲法典のなかにはおよそ無効の規範は存在しないこととならざるをえない。

しかし，このバッホフ説とショイナー説の対立も，問題の「憲法違反の憲法規範」が，始源的な憲法典においてではなく，憲法改正の結果として生じた場合にまでおよんでいるのではないことは注意を要する。すなわち，「憲法制定権力」の性質を万能のものとするかどうかがという点を別にすれば，学説上は，すくなくとも憲法構造に一定の段階性があり，「憲法制定権力」によって作られた上位の規範に反する下位の憲法規範が違憲無効となるという点については，一般的な合意がえられていたことは疑いない。ルップ裁判官もまた，この理論構造を肯定し，連邦最高裁が審査に踏み切った理由として，本件の問題がひろい意味における「憲法違反の憲法規範 (verfassungswidrige Verfassungsnormen)」の問題ではなく，まさに「憲法改正の憲法違反 (Verfassungswidrigkeit der Verfassungsänderung)」の問題であったこと，そしてその意味で，「憲法改正権」が「憲法制定権力」の意思の範囲内で行使されるべきである — すなわち，「憲法にもとづき，憲法から派生した権力は，本質的に憲法制定権力とは別個の性質をもつ」 — とする学説および判例の潮流のなかに本判決が位置づけられることを強調したのであった。<sup>(15)</sup>

注(1) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1954, S. 22.

(2) シュミットは，このように「憲法制定権力」の本質を「政治的意思」ととらえた (a. a. O., S. 76.)。それによって，「憲法制定権力」の問題は，シェイエスの理論において「法的问题 (questio juris)」として扱われたのに対して，シュミットにおいてはまさにそれは，「事実の問題 (questio facti)」として理解されることとなった。

(3) シュミットは，「憲法制定権力」の可能な担い手 (Träger) として，(1)中世的理解における神，(2)アメリカ独立宣言およびフランス革命から導かれた「国民 (Nation)」，(3)1815年の王制復古にみられる君主，(4)少数者の組織または団体 (Orden)，をあげた。したがって，そこではシェイエスの場合と異なって，「国民」はかならずしも，理論上は「憲法制定権力」の主体として措定されて

いるわけではない。もっとも、シュミットのこのような担い手論に対して、それが「国民の憲法制定権力」論に実質的には接近するものであることを主張する見解として、大隈義和『国民の憲法制定権力』に関する若干の考察」（北九大法政論集38巻1号89頁以下がある。

(4) Schmitt, a. a. O., S. 77.

(5) a. a. O., S. 98.

(6) ドイツ法実証主義国法学においては、たとえば、アンシュツによって主張されたように、ワイマール憲法76条の解釈として、「憲法は立法の方法によって改正しうる」という観点から、その改正は「すべてその内容と政治的意義の差異なく」限界を認めない（Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14. Aufl., 1933, S. 402.）学説が一般的であった。

他方、このような憲法と法律の段階構造を認めない実証主義的立場とは異なり、たとえば、ブルクハルトのように、憲法の制定および改正をすべて法の世界から放逐し、「憲法の改正は、法学的立場からは、つねに革命現象である。この現象は法秩序の支配のもとでは生起せず、その外で行われる。これに関して、なんらの規定も有しない憲法といえども、それは不完全ではない」（W. Bruckhardt, *Die Organization der Rechtsgemeinschaft*, 1927, S. 212.）という観点からの限界否定論も主張されていた。

シュミットの「憲法制定権力」論は、このいずれの学説とも異なり、憲法構造そのものに段階を認めることによって、憲法と法との段階性を肯定し、さらに「憲法制定権力」と「憲法改正権」とを分離することによって「憲法改正」に限界が存することを認めることに成功したといつてよい。

(7) 1 BVerfGE 30 (1970)

(8) a. a. O., SS. 3-33.

(9) a. a. O., SS. 33-47.

(10) O. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, 1951, S. 26.

(11) Maunz-Durig, *Grundgesetz: Kommentar*, Art. 79, Anm. IV, S. 11.

(12) H. Rupp, *NJW* 1971, Heft 7, S. 276.

(13) 「憲法違反の憲法規範」の概念を認めた代表的判例として、バイエルン州憲法裁判所1950年4月24日判決（DÖV 1950, S. 407.）あるいは連邦憲法裁判所1951年10月25日判決（1 BVerfGE 61）がある。これらの判決は、「憲法制定権者をも拘束する超実定的な法」の存在を肯定し、始源的な憲法典においても、理論上、不文の憲法規範に違反する憲法規範が存在することを認めた。

このようなひろい意味での「憲法違反の憲法規範」概念を認めるものとして、前記バッホフの他に、T. Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 21. Aufl., 1977, S. 49; Mangoldt-Klein, *Kommentar*, Art. 79, Anm. III Abs. 2b; Model-Müller, *Grundgesetz*, 8 Aufl., 1976, S. 52; GG *Kommentar*, Rdnr. 159. などがある。

(14) U. Scheuner, *Der Schutz der Gewissensfreiheit im Recht der Kriegsdienstverweigerer*, DÖV 1961, S. 201.

- (15) H. Rupp, a. a. O., S. 275. 本判決において、68年憲法改正が合憲とされたことに対しては、学説においては、批判的見解がむしろ多かったといつてよい。たとえば、P. Häberle, Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1971, Nr. 5/6 S. 146; H. Weber, Jus 1971, Heft 4, S. 204; H. Hall, Jus 1972, Heft 3, S. 132. 参照。

### Ⅲ. わが国における論議と問題点

#### 1. 「憲法制定権力」と「憲法改正権」の分離論

「憲法制定権力 (pouvoir constituant originaire)」と「憲法改正権 (pouvoir constituant institué)」との関係をどのように考えるかという問題は、フランスやドイツにおけると同様、わが国においても、憲法改正の限界論との関係で、多くの議論がかさねられてきた。そして、そこでは、一般的にいえば、憲法改正に内在的限界を認めるべき根拠として、「始源的憲法制定権力」と「制度化された憲法制定権力」とが理論上区別されるべきであるとする考えがひろく説かれてきたといつてよい。<sup>(1)</sup>

たとえば、「一般に制憲権は、最初の制憲行為自体においてみずからを憲法典のなかに組織化し、法的形式に準拠する権力（改正権）へと転化する。この意味で改正権は始源的制憲権に対して『制度化された制憲権』であり、その活動には手続的にも内容的にも一定の限界がある」<sup>(2)</sup>とする考えかたがその代表的なものであり、それは、理論的枠組みにおいて、「憲法を作る権力」と「憲法によって作られた権力」とを分離するシュミットの理論構成と大きく異なるところはないといえよう。

ただ、以上のように、「憲法制定権力」が「憲法改正権」へといわば「転化」したことの意味については、「憲法制定権力」と「憲法改正権」との分離を認めつつも、なおそこに多少の意味の違いをみいだす次のような見解も存在する。<sup>(3)</sup>

すなわち、「憲法に憲法改正手続が規定せられることは、憲法制定権力の主体である主権者が、自己の憲法制定権力を行使して、憲法制定権力の

行使を当該機関にまで委任することを意味すると解せられ得るとしても、当該機関のために主権者が自己の憲法制定権力のすべてを放棄したものと解せらるべきものでもない」。したがって、制度化された改正手続の存在が実際上認められているのは、「憲法制定権力の発動をなるべく法秩序の枠に当てはめようとする便宜」によるものであり、「改正機関の創設は、一面からは、主権的権力の至高性を国家権力の内部にまで導入し、他面からは、主権の具象化として考えられる機関に対して技巧的に主権的特権を帰属せしめることを意味する」。

以上、要するに、「憲法制定権力」が実定憲法に編入されて「憲法改正権」に転化した場合においても、そこでは「憲法制定権力」のすべてが放棄されたわけではなく、ただ便宜ないしは技巧的側面から、その発動が制限される、というのがその趣旨である。たしかに、この学説が説くように—この点についてはのちに触れるが—多くの憲法がその改正行為を通常の立法機関と異なる機関に付託しているのは、憲法改正が、憲法制定とともに主権者の権能に属すると考えられてきた憲法史上の経緯によるということができるし、また起源的には、「憲法制定権力」が憲法中に内在化したものということができる。

しかし、このような「憲法改正権」と「憲法制定権力」との思想的・構造的関連性を認めるところからただちに、「憲法改正」作用において、「憲法制定権力のすべてを放棄したものと解せらるべきものでない」と結論づけることは妥当であろうか。この見解の立場にたって、たとえ部分的であるにせよ、「憲法改正」作用に「憲法制定権力」の発動をみいだすとすれば、<sup>(4)</sup>それは、類似の理論構成のもとで「憲法改正権」と「憲法制定権力」とを同一視したフランス第3共和制下の憲法理論に対すると同様の批判がなされるべきことになろう。<sup>(5)</sup>すなわち、「憲法改正権」は、「憲法制定権力」に由来するとはいえ、実定憲法中に「制度化」された以上、「憲法制定権力」とはまた次元を異にする権力に転化したとみる必要がある。いい

かえれば、「憲法改正権」は、「憲法制定権力」の単なる不完全な一部分ではなく、「憲法制定権力」によって特定の国家機関にあたえられた別種の憲法上の権能とみなしなければならないであろう。その意味で、シュミットが「憲法改正権」を、すべての憲法律的権能と同様、「憲法によって作られた権力」と観念したのは、まさに的確な分析であったといえてよい。

## 2. 「憲法改正権」と「国民主権」

以上に述べた「憲法改正権」の位置づけをめぐっては、いまひとつの重要な問題として、「憲法改正権」あるいは「憲法制定権力」と、「国民主権」の観念をどのように関係づけるかという点を検討する必要がある。さきに指摘したように、「憲法制定権力」の理論そのものが、もともとフランスにおいて、「国民主権」の理論と結合して発展し、そのことが、「憲法改正は憲法制定権力の主体である主権者の承認なしには行われえない」<sup>(6)</sup>という原則として結実したことはよく知られている。そして、シェイエスによって主張されたように、この原則の下で、「憲法改正権」と「憲法制定権力」とは同一視され、両者の関係はわずかに「国民主権という概念の内部における程度の相違」にすぎないと観念された。<sup>(7)</sup> その場合に、「国民主権」が実定法を超越する万能の力を有すると考えられるとすれば、ここでは憲法改正にはなんらの限界も認められないこととなる。前述したフランス憲法院1962年判決もまさにこれと同一の方向性をしめしているといえて過言ではなく、その点にこそ、シェイエスの「憲法制定権力」論の問題性があらわれている。

一方、このような「主権」理論と結合した「憲法制定権力」論に付着する困難の解決を試みたのがシュミットであった。すなわち、シュミットにおいては、「非常事態を決断するもの」が「主権者」であり、具体的には、ワイマール憲法48条によって無制限の権力をあたえられた大統領がそれにあたるのに対して、国民はそのような「主権」とは切り離された「憲法制



定権力」の主体としての地位があたえられたのであった。しかも、この「憲法制定権力」の主体としての地位は国民に固有のものではなく、君主やその他の組織もまたその主体となりうる性質のものと考えられた。かくして、シュミットにおける「一切のイデオロギーを排除して考えた場合の憲法制定権力論」<sup>(8)</sup>が成立したのであった。

シュミットのこのような「憲法制定権力」論は、一方で「憲法制定権力」と「憲法改正権」とを分離した意味を徹底させることができるという利点をもつが、しかしそれに対しては、その理論が正当性の観念ないし要素を欠くとする批判も強い。それは要するに、「憲法制定権力」がその主体から分離されたことによって、その「憲法制定権力」はすべての規範的なもののうえに存在する「赤裸々な事実の力」そのものとしての性質をもつからである。<sup>(9)</sup>その点、シェイエスによって展開された「憲法制定権力」論は、その根底において、他の社会契約説と同様、自然法の観念によりつつ、あらゆる権力の淵源を国民にもとめ、その国民の合意によって国家が基礎づけられることを認めるものであった。そうであれば—この面をとらえるかぎり—シェイエスの「憲法制定権力」論は、憲法の妥当性を根拠づける正当性すなわち国民的正当性をしめす観念であったと考えることもできる。<sup>(10)</sup>

このように考えれば、「憲法制定権力」を「国民主権」から分離し、両者の関係を考察の外におく考えかたは、理論的にも、また、「憲法制定権力」論の憲法史上の沿革からも、正当ではない。わが国において、「憲法制定権力」が「根本法としての憲法を前提とし国民主権の原理と不即不離の関係において生成したイデオロギー的概念」であって、「しかも、権力の正当性の根拠が国民に存するという契機と、国内における最高権力の究極的な行使者は選挙人団であるという契機をもつ国民主権説の、いわば権力的要素に力点がおかれた概念である」と主張される理由もそこにある。<sup>(11)</sup>ただ、「憲法制定権力」の本質について、「国民主権」のこのような権力的契機

を強調しすぎることは一のちに述べるように—また困難な問題を導く。しかし、「憲法制定権力」が本来的に「国民主権」の観念と思想的あるいは法的意味での密接な関連性をもつことを前提としたうえで、「国民」による憲法改正について、次のように考えることは可能であろう。

すなわち、すでに述べたように、「憲法改正権」が「憲法によって作られた権力」であるとの前提にたてば、憲法改正についての最終的決定権が国民にゆだねられている場合においても、その改正作用は法的意味において、「憲法制定権力」と同一ではない。「憲法改正権」が「制度化された権力」である以上、それを行行使する国民は、「現行の憲法秩序における国家機関としての国民」であるとする見方もなりたちうる。要するに、「憲法制定」にあたって、そこに「主権者としての国民」の意思が表明されたことは認めなければならないであろうが、他方、「憲法改正」作用それ自体は、「国家機関としての国民」の行為にもとづくものとみななければならない。

そうであるなら、憲法改正の手續として、特別の憲法改正議会の制度が認められ、さらに、これと結合して日本国憲法96条に規定されているような国民投票制が導入されている場合にも、そこからただちに国民の「憲法制定権力」が発動されたとみることはおそらく困難であろう。<sup>(12)</sup> 1962年フランス憲法院判決が人民投票による憲法改正作用に「国民主権の直接の表現」をみいだしたことに対して、ビュルドーが、「主権者 (souverain) として行動するか、または統治者 (gouvernant) として行動するかによってことなる人民 (peuple) のふたつの資格を混同するもの」<sup>(13)</sup> と批判しているのは、このような理由にもとづく。シュミットが指摘しているように、憲法改正およびそれに関する国民投票における国民の権能は、「憲法を制定し、憲法制定権力の諸行為を定立する主権的国民の権能ではなく、あたえられた憲法の範囲内における権能」<sup>(14)</sup> であるといわざるをえない。

### 3. 「憲法制定権力」の「潜在化」論と「凍結」論

最後に、これまで述べた「憲法制定権力」と「憲法改正権」との分離論を前提としたうえで、さらにそこに残された問題としての「憲法制定権力」の意義を考えたい。この問題は、いかえれば、「始源的憲法制定権力」が憲法上の改正規定のなかに「実定化」あるいは「編入」されたことの意味をどのように考えるかという問題とも関連する。

そして、この点について、わが国においては一条件つきではあるが「始源的憲法制定権力」が発動されたのち、それが「制度化された憲法制定権力」すなわち「憲法改正権」に転化した以降も、依然として、「憲法制定権力」はなんらかのかたちで「国民」の手中に「潜在」すると考えるのがおそらく通説的であるといえる。シュミットの表現をかりれば、「憲法制定権力は、可能性としては、依然としてつねに現存し、この権力から派生した一切の憲法、および憲法の枠内で効力をもつ一切の憲法律的規定のうえに存在する」<sup>49</sup> という基本構造がそれである。

しかし、シュミットの場合に関していえば、この点こそが憲法保障の観点からは、批判の対象とされるべき点であった。すでに述べたように、シュミット理論においては、国民の「憲法制定権力」の発動の意思表示として、「集合した群衆の賛成または反対の叫び、喝采」といういわば法の世界の外の事象が観念された結果、国民の意思自体が「一種の不可視的秘蹟」と化した。しかも、そのような事実としての「憲法制定権力」は、その存在において「恒常性 (Parmanenz)」があたえられる性質のものである。このような潜在的「憲法制定権力」が、ひとたび発動されれば、それは既存の憲法秩序を根底から破壊することを可能とする。その問題が、ワイマール憲法末期における「憲法の政治化」すなわち「憲法思想の危機」の問題としてあらわれたことはよく知られているとうりである。そのようなあらたな憲法秩序の創設は、あらわな事実力による憲法価値の破壊であり、それはもはや「憲法制定権力」の発動としての正当性を主張すること

は不可能であることはいうまでもない。「憲法制定権力」が潜在的に「国民」の手中に保持されることを正当化しようとするなら、すくなくとも、それは無条件ではありえないであろう。わが国において一般に、「制憲権は、自己の存在と通用の前提であり、かつみずからを支える人権の理念、特にその中核的価値内容を形成する人間人格不可侵の原則—西ドイツ憲法裁判所判決のいう『すべての成文憲法の前に存在する超実定法的な法原則』—によって、拘束される」<sup>64</sup> という条件が付されるのは、まさにそのような理由による。「人格の自由」と「人間の尊厳」の維持という近代憲法をつらぬく価値—それを自然法の名でよぶかどうかは別として—は、同時に主権者としての国民みずからが追求すべき価値であるとともに、また国民自身が自己の存在の前提としてそれに拘束される価値である。そうであるなら、「憲法制定権力」のみならず「主権者としての国民」もまた、本来的に、このような近代憲法の「根本規範」に拘束された存在であるということになる。そして、その点に、憲法秩序の維持と「憲法制定権力」の潜在化との調和点をみいだす方法が主張されているといえよう。

他方、以上のように、潜在的な「憲法制定権力」の存在を肯定しつつ、しかもその内在的制約を認める考えに対しては、「始源的憲法制定権力」はそれが「制度化」された時点で、その発動を永久に「凍結」されたとみる見解が、わが国においても有力に主張されている。すなわち、フランス1791年憲法は「憲法制定権力」と「憲法改正権」とを分離することによって「憲法制定権力」を「凍結」し、その結果として「憲法制定権力」は「実定法場で発動する権力をさす実体的概念としてでなく、成立した憲法の正当性原理の所在を示す概念」へと変質した、<sup>65</sup> とする考えがそうである。そして、そこでは、「憲法制定権力」とともに「国民主権」もまた「直接には、あくまでも権力の正当性の問題であって権力の実体の所在の問題ではない」とする考えかたが、その基礎におかれている。すなわち、この見解は、理論上および憲法史上の問題として、「憲法制定権力」と「国

民主権」が互いにその根拠となって密接な関係を維持しながら発展したことを認めたらうで、その両者の「権力性」を排除する立場をとるべきものとするのである。

「憲法制定権力」に関するこのような「潜在化」論と「凍結」論との論争は、それぞれに検討されるべき多くの論争点を提示している。ただ、その場合に、これらの見解が、いずれも、究極的には「憲法制定権力」が国民の名における法的正当性を有していなければならないとする点において、理論構成上、同一の方向性を示していることは、まずはじめに確認する必要がある。同時にまた、そのことと関連して、「憲法制定権力」の「潜在化」論にせよ、また「凍結」論にせよ、これらの理論が、さきに述べたように、実定法の世界において「憲法制定権力」のエネルギーを解放する動的理論構造をもったシュミットの「憲法制定権力」論とことになって、いわば「静態的憲法制定権力」論の構築をめざすものであることは—「憲法制定権力」論の現代的再生という観点から—評価されてよい。とりわけ、憲法制定ののち、「憲法制定権力」が「観念化」され、全面的に「凍結」されたとする考えかたは、ひとたび創造された憲法秩序を維持するための、徹底した方法論を提示したものとして注目に値する。

同様に、「潜在化」論もまた、形式上は、シュミット理論をその理論構造の基礎としつつも、その内容においては、むしろそれとは反対に、憲法の基本原理の改正に対抗する抑制的・現状維持的役割をもつことを意図するものであることは疑いない。すなわち、「潜在化」論において、国民の有する「憲法制定権力」といえども、それが憲法価値の中核としての「根本規範 (Grundnorm) あるいは「超実定法的な法原則」に拘束されるという意味において、「憲法制定権力」の発動は実質的に厳しく限界づけられている。そして、そのことは、自然法の再生という現代的課題をとうして、「憲法の規範性」と「憲法の最高法規性」の保障のありかたについてのひとつの可能性をしめしているといつてよいであろう。<sup>44</sup>

ただ、一方で、このように、「憲法制定権力」が国民の手中につねに「潜在化」することを認めたらえて、「憲法制定権力」をも拘束する「根本規範」の存在を肯定し、そこから「憲法制定権力」の発動そのものに拘束が課されるべきことを主張しようとするれば、そこではまた、さらに基本的な問題がふたたび生じることも指摘しなければならない。すなわち、「潜在化」論において、問題の憲法が近代的意味における普遍の憲法的価値をその中核にすえていると判断された場合においてもなお、「憲法制定権力」は実体的権力として生きており、その発動の可能性は—それが「非常時」にかぎられるとしても—図式的には、依然として否定しえないこととなるをえざるをえない。

しかし、その場合、「憲法制定権力」といえども「根本規範」に拘束されたものであるとする「潜在化」論の趣旨を一貫させようとするなら、実質的には、「憲法制定権力」の発動はまったく不必要となり、そこではただその憲法「改正」の妥当性のみが問題となるにすぎないと考えざるをえないであろうし、また、その「憲法制定権力」が、かりに「潜在化」論のいう「根本規範」を破壊する作用をもつものであるとすれば、そのような「憲法制定権力」の発動は本質的に不可能であるということになる。それにもかかわらず、「憲法制定権力」が理論上もあるいは実際上も、存在しつづけると考え、なおかつその発動の可能性を残す意味がいかなる点にあるか、疑問が残るところである。

「憲法制定権力」論は、それがつねに国民の手中に保持されつづけていると理論構成されることによって、近代立憲主義の確立過程において、変革のための決定的な歴史的役割を演じてきたことはいうまでもない。同時に、そのような「憲法制定権力」論の根底には—たとえ黙示的であるにせよ—「実定法超越的」あるいは「自然法的」な普遍の法的価値が包摂されていないこともまた、「憲法制定権力」の正当性を主張するためには必然のものとして承認されるべきであるといつてよい。

しかし、ひとたびこのような「憲法制定権力」が発動されて、その「憲法制定権者」の意思が表明され、実現されるべき法的価値が現実のものとして憲法上に実定化される段階においては、それに応じて「憲法制定権力」の態様と役割もまた変容すると考えるべきであろう。すなわち、「憲法制定権力」は、あらたな憲法が制定され、そこで「憲法によって作られた力」としての「憲法改正権」が実定化されると同時に、いわば「凍結」され、それとともに、権力の所在をしめす「実体的」概念ではなく、一定の「抽象的」観念に転化したとみるべきではないであろうか。いいかえれば、「憲法制定権力」は、それが本来もっていた—いわば自然法的な法思想を基盤とする—「変革の力」を、ほかならぬみずからが制定した憲法の内容および制定過程の「正当性」の根拠をしめす抽象概念へと転化させたと考えることが妥当であるように思われる。そして、同時に、「憲法制定権力」そのものが「凍結」されるとともに、おそらくは、「憲法制定権力」の生成の根拠としての「国民主権」もまた、憲法秩序のなかに組み込まれることによって、成立した憲法の民主的秩序の「正当性」をしめす観念へと移行したと考えるべきであろう。

このような「憲法制定権力」あるいは「国民主権」の理論構造の変容を認めることは、「憲法の規範性」と「憲法の最高法規性」の保障の観点からは、それをかならずしも阻害するものではなく、むしろ、維持されるべき普遍の価値をもつ現行憲法秩序を変更または改廃することを目的として、「憲法制定権力」が「国民」の名において濫用される危険性を防ぐための、より適切な方法であるといえることができるように思われる。

注(1) ただ、ドイツ法実証主義の影響下にあった明治憲法のもとでは、「憲法制定権力」論そのものが、成立しなかったことはいうまでもない。たとえば、美濃部達吉『逐条憲法精義』148—149頁において、「わが憲法に於いては、国家最高の権力として憲法制定権力が有り、その下に立法論と行政権及び司法権が鼎立して居るのではなく、立法権が国家最高の権力であって、憲法制定権力もその中に包含せられて居る」と述べられ、「憲法制定権力」は「憲法改正権」お

よび「立法権」のなかにいわば吸収され独立の存在と認められていなかった。

- (2) 芦部信喜『憲法制定権力』319頁。
- (3) 渡辺宗太郎「憲法制定権力と憲法改正権限」関西大学法学論集5巻1号20頁以下。
- (4) 渡辺・前掲31頁。そこでは、「憲法改正権」が「憲法制定権力」に由来するため、「主権が自己の憲法制定権力のすべてを放棄したものと解されるべきではない」と主張される一方で、憲法改正機関は、「法的」には、他の国家機関と同じ地位にたつにすぎず、ただ、「政治的」意味においてのみ、他の国家機関に対する優越性が認められる、と主張されている。

この見解のように、「憲法改正権」が「憲法制定権力」の一部分を継承していると考えたとすれば、その場合、憲法改正機関は、論理的には、おそらく、「政治的」意味のみならず、「法的」意味においても、他の国家機関に対する優越的地位を与えられると考えることが、妥当であるといえよう。それにもかかわらず、「憲法改正権」あるいは「憲法改正機関」の位置づけについて、「法的」意味と政治的意味とに二分する考察方法がとられている点に、「憲法改正権」の本質を「憲法制定権力」の不完全な一部として理解する理論構成上の問題点があるといつてよい。

- (5) 第3共和制期以来のフランス憲法学の理論的伝統に関しては、ビュルドーの学説が改説されている点が注目される。ビュルドーは、「憲法は、単に統治のメカニズムを記述した文書ではない。憲法の条文中には、憲法自身が共同体活動の原理とした哲学的小よび社会的な価値基準としての法の理念が存在している。この法理念を変更し、または他の理念におきかえることは、国家の作用には属さないし、そのような権限を国家機関一たとえば憲法改正機関一にあたえることは許されない」と述べ、1791年憲法の理論構造にたちもどって、「始源的憲法制定権力 (*pouvoir constituant originaire*)」と「制度化された憲法制定権力 (*pouvoir constituant institué*)」とをふたたび区別し、憲法改正作用に内容的限界が課せられるべきことを主張している。(G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome IV, 1950, p. 257.)。

これに対して、伝統的立場から、ヴデルは、「憲法改正権」が、憲法を改正する作用をいとなむという意味において、実質的には「憲法制定権力」としての性質をもつと同時に、「憲法改正権」が憲法に根拠をもつかぎり、その権力行使の方法については無条件ではありえない、と説く(G. Vedel, *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel*, 1949, p. 117.)が、「憲法改正権」と「憲法制定権力」とが、このヴデル説のような関係にあるとするなら、「憲法改正権」の行使は、改正の手続きさえ遵守すれば、その対象については無制限ということになる。

- (6) 「憲法制定権力」の理論がルソー的な「国民主権」説との関係において成立した点について、芦部信喜『憲法制定権力』23頁以下参照。
- (7) 「憲法改正権」と「憲法制定権力」とが、ともに、「国民主権」の名におい



て、国民の手中に属すると考えられるなら、おそらくは、「憲法制定権力」と「憲法によって作られた権力」とを区別する意義はほとんどなくなるといっても過言ではない。この点について、W. Henke, *Die vervassunggebende Gewalt des deutschen Volkes*, 1957, s. 48. 参照。

(8) 尾高朝雄『法の究極にあるもの』40頁。

(9) シュミットによれば、「政治的統一体は、倫理的あるいは法的規範との関係において、かならずしも正当化される必要はなく、その実存そのものに意味がある」。そこでは、「特殊な政治的実存こそが必要であり、その政治的実存は正当化されることはない」(C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1954, s. 87)。

このような政治的実存についてのシュミットの考えかたに対しては、それが「無定形的な、いわば精神論としての直接民主主義による現存秩序のイデオロギー的正当化」の役割をはたし、結果として「規範的なもの」の否定に帰着してしまうことは指摘されてよい(樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』265頁)。そして、そのことから、「憲法改正権」と区別された「憲法制定権力」の概念そのものを、学問上の概念として用いるべきではないとする考えが主張されていること(菅野喜八郎『国権の限界問題』226頁)は注目される。このことは、のちに述べる「憲法制定権力」の潜在化論の評価とも関係するが、考えかたとしては、憲法制定権力論が沿革的に近代の国民主権の理論とともに発展し、いわば憲法に国民的正当性を付与する役割をはたしたことに着目して、そこから所与の憲法の正当性の所在をしめす概念として用いることはかならずしも不当ではないであろう。

(10) G. Burdeau, *supra* note 5, p. 203. 芦部・前掲17頁以下、大西芳雄「国民主権について(-)」立命館法学16号11頁、長谷川正安「憲法改正権の限界」法学セミナー36号14頁参照。

(11) 芦部・前掲43頁。ただ、そこでは、「(憲法制定権力は)国内における最高権力が国民に属するという政治の理念ないし建前を意味するのではない。制憲権理論の真の意味は、全国民のうち政治的決断をなしうる有権者が、みずからまたは直接の特別の代表者を通じて、憲法制定に参画すべきだという面にある」と述べられ、「憲法制定権力」および「国民主権」の理論が単なる「正当性の契機」とどまらず、「権力的契機」を有することが強調されている。この見解は、以上のように、「憲法制定権力」を「国民主権」のコンテクストにおいて理解する点で、「憲法制定権力」論の沿革からみて首肯されるべき意義をもつ。しかし、その「権力性」が過度に強調され、それが憲法制定行為ののち、いわゆる「憲法制定権力」の「潜在化」を肯定する議論と無条件にむすびついた場合には、結果的に、シェイエスの理論に対して指摘されたように、憲法秩序の大きな変革を導くことを可能とする理論構造をもつことは注意する必要がある。

(12) 作間忠雄「憲法改正行為の限界」鈴木安蔵ほか『憲法改正の基本問題』267頁。

(13) G. Burdeau, *supra* note 5 p. 423. ビュルドーは、その理由として、「国民(people) および大統領は、制度化された憲法制定権力を行使する資格におい

て一この憲法改正の一手続に関与するのであって、始源的権力を行使するのではない。国民も大統領も、始源的権力にかわって、完全な憲法制定権力を行使することは許されない」と述べている (ibid., p. 266.)。

(14) C. Schmitt, a. a. O., S. 98.

(15) a. a. O., S. 99.

(16) 芦部・前掲41頁によれば、この「人間人格の自由と尊厳はもっとも根本的な法原則であり、この原則を中核とする価値・原理の総体は近代憲法の根本規範すなわち『規範の規範』である。しかもこの根本規範は、戦後の民主主義憲法にみられるように、実定化された超実定的憲法原則、直接的通用力をもつ真の超実定法であり、単にケルゼンのような仮設的に『前提された』内容のない根本規範ではない」とされ、改正が禁止されるべき根本規範として、基本的人権および国民主権原理、さらにそれらの前提としての平和主義があげられている。

(17) 樋口・前掲213頁。そこでは、「憲法制定権」を、「所与の憲法の存立を根拠づけている正当性だと位置づけるならば、そのように構成された『憲法制定権概念は、実証的な憲法学にとって fremd ではなく、有用なものでありうるであろう」と説かれ、「憲法制定権力」論が実体的権力概念ではなく、「憲法の存在構造をよりよく説明する道具概念として精練」されべきことが強調されている。

そして、同時に、「実際のところ、『国民 = people 主権』といっても、その『主権者』は、かならずしも法制度上ラスト・ワードをもっているとはかぎらず、到達されるべき目標・理念として構成されるべきであって、その点があいまいにされると、『主権』は、もっぱら、そのときどきの権力の現実を正当化するイデオロギーとなる」(同303頁) ことが指摘され、「主権」概念についての再構成の必要性が説かれている。このような見地から、「主権」論をいわば組織原理としてとらえ、実定憲法秩序のもとでの「主権」論の課題を民主主義における制度論・手続論へと組みかえることを主張するものとして、高橋和之「主権」岩波講座『基本法学』6巻76頁、高見勝利「主権論」法学教室69号16頁が注目される。

(18) 「潜在化」論も、一般的に、「(憲法制定権力) の超憲法的な合法性を容認することは、たしかに実定法の破壊を正当化するおそれがあるので、制憲権の発動とみなされる場合はきびしく限定されなければならない」という観点から、「憲法制定権力」に実質的な限界を認めることにより、「表現はともかく、『凍結』説の立場を採る」(芦部・前掲324頁) ことをあきらかにしている。

しかし、「潜在化」論の場合には、「(憲法制定権力は) 発動されないまま永久的凍結の状態にあるのではなく、『非常な場合』には例外的に働くこともありうることを認める」点で、「凍結」論との間に相違が生じる。「潜在化」論において、「憲法制定権力」が「憲法改正権」という「法的形式に準拠する権力へと転化する」ことを肯定する以上は、むしろ、「憲法制定権力」の凍結を承認し、「非常時」における「憲法制定権力」の発動—およびその限界—の問題は、

「憲法制定権力」の「潜在化」の問題としてではなく、「権力に対する人権」保障の問題あるいは「抵抗権」の問題として理論を再構成することによって、その趣旨を実現させる可能性があるといえるのではないであろうか。

## む す び

以上、「憲法制定権力」と「憲法改正権」との理論構造上の関係をどのように理解すべきかという問題を取りあげ、そこから、「憲法制定権力」の本質をめぐる論議について、検討を試みた。「憲法制定権力」論は、「国民主権」論の広大な思想領域のなかで、実定法を超越する力として・生成発展し、その正当性を獲得してきたといつてよく、「国民主権」の性質をめぐるいわゆる「主権全能」<sup>(1)</sup>論を理論的基盤として、「憲法制定権力」と「憲法改正権」との「同一化」論が形成された。

しかし、一方において、フランス1791年憲法およびその後のシェイエスの主張にみられるように、近代憲法のもとで、ひとたび革命の成果である「普遍の憲法原理」が実定化され、憲法規範のなかに体系化される状況においては、むしろその「価値秩序」を維持することこそ、憲法上の緊急の課題とならざるをえない。さきにとりあげた西ドイツ連邦憲法裁判所1970年判決は—その結論は別として—「憲法改正権」が「憲法によって作られた力」であることを確認することをとうして、この問題についての司法部の回答を示そうとしたものであった。

同時に、そのことは、ヘベルレ (P. Häberle) の表現をかりれば、憲法の基本原則の変更を禁止する基本法79条3項の成立によって、「憲法制定権力」あるいは「国民主権」に対する「憲法の優位」が示され、それとともに「法主権」に対応する意味での「憲法主権」というあらたな概念をも肯定しうる憲法状況が創造されたことを再確認する意味をもつといえるかもしれない。<sup>(2)</sup>このように、「憲法制定権力」論や「国民主権」論の「相対化」を肯定するためには、おそらくは、それらの理論の生成の歴史的沿革について、さらに詳細な検討を必要とするであろう。しかし、すくなく

ともその議論は、「憲法制定権力」と「国民主権」の理念を維持しつつ、「憲法の規範性」を最大限に保障するうえで多くの示唆をあたえている。「憲法制定権力」論は、今後とも、これらふたつの憲法上の要請に応じうるものとして、構成されていかなければならないであろう。

- (1) 芦部信喜『憲法制定権力』102頁。
- (2) P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, ss. 364. 高見勝利「国民と議会(一)」国家学会雑誌92巻3・4号10頁以下, 澤野義一「戦後ドイツ国法学における主権論」龍谷法学15巻2号22頁以下参照。