

## ヨハネス・マーキング「継続と非継続の間—憲法改正—」(翻訳)

国立国会図書館 調査及び立法考査局  
専門調査員 政治議会調査室主任 棟居 快行

### 目 次

- I 解題—憲法改正の本質についてのマーキング説—
- II ヨハネス・マーキング「継続と非継続の間—憲法改正—」(翻訳)

## I 解題—憲法改正の本質についての マージンゲ説—

以下は、ヨハネス・マージンゲ「継続と非継続の間—憲法改正—」の全訳である<sup>(1)</sup>。

マージンゲ教授は、現在ドイツ連邦共和国の連邦憲法裁判所裁判官（フライブルク大学法学部教授を兼務）であり、ドイツの現役世代を代表する憲法学者でもある。同論文は、「憲法改正とは何か」という本質論に遡って、憲法改正手続に課された要件の意義を捉え直そうとするものである。同論文の主張の1つの柱として、同論文のタイトル自体が示すように、憲法改正を、改正前の憲法の継続的發展という側面と、改正に際して非継続的に新たな選択がなされるという側面との間に位置づけ、この2つの側面がよく調和させられているような憲法改正条項が望ましい、という見地がある。

このように、憲法改正を継続的側面と非継続的側面との両面で捉えるという発想自体は、ドイツの憲法学において、しばしば見受けられるものようである<sup>(2)</sup>。同論文の独自性が認めら

れる点としては、ドイツ憲法（ドイツ連邦共和国基本法）の改正手続を定める第79条第2項の規定<sup>(3)</sup>を捉えて、議員の3分の2という要件が有する意味を検討し、憲法改正の本質論と手続論とを架橋しようとしていることを挙げうる。このような広範な観点は、ドイツで必ずしも広く追随者を見出しているようには見受けられないものの（そもそも彼の国では憲法改正論がわが国におけるほど大きな学問的争点になっていない）、わが国における憲法改正に関する議論の整理にも有用な視角を提供するものと考えられる。また、同論文は、継続的發展としての憲法改正には国会での熟議が（そのためにはドイツでは憲法改正の成立要件である議員の3分の2という要件が当然の要請であると述べているわけではないもの）必要であり、また、非継続的決断としての憲法改正には国民投票での賛成を成立要件とする（ドイツには存在しない）日本国憲法のような仕組みが望ましいことを示唆する。このように同論文は、日本国憲法第96条の構造を理論的に把握する枠組を提供する点で、単に斬新な論文であるという以上に、わが国への紹介の価値を有しているといっても過言ではない。

(1) Johannes Masing, "Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung," *Der Staat*, 44. Bd. Heft 1, 2005, pp.11-17. 翻訳に際しては、読みやすさの観点から、代名詞を元の用語で置き換えるなど機械的な補充は特に明示することなく施し、また、[ ] を付して訳者による補足的な文言を挿入した箇所がある。一節が長文にわたる場合には、適宜改行した。また、難解な文や大胆な省略が施された文を中心に、訳者なりの読解を脚注に記した部分がある。なお、脚注はすべて訳注であり、原注は煩瑣を避けるため割愛した。

(2) なお、憲法の意味内容の継続的發展については、憲法変遷 (Verfassungswandel) という概念があてられることが多いが、この概念が通常の憲法解釈と憲法改正の代替物という両義的な面を持ち、無用であるとする指摘として、Andreas Voßkuhle, "Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?" Rainer Wahl (Hsg.), *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008, pp.205-208, 210. また、H. Schulze-Fielitz, "Verfassung als Prozeß von Verfassungsänderungen ohne Verfassungstextänderungen," Wahl (Hsg.), *ibid.*, pp.219-232 は、「解釈を用いた隠れた憲法改正」(pp.225-228.) に言及している。憲法解釈—憲法変遷—憲法改正、という隣接した3つの概念のうちの、憲法変遷という概念は、それが実質的には明文の憲法規定と矛盾する場合には、憲法変遷は明文改憲と機能的には同等ということになり、解釈による意味の変更を通じた憲法の継続的發展の延長上に改正が位置することになる。したがって、マージンゲ説は、憲法変遷という現象を嫌い、継続の意味内容の発展もある時点で明文改憲で対応すべきとしつつ、他方で、改憲にはこれまでの継続ではない決断を行う役割もあることを再確認するものといえるが、もとより、このような視点自体は変わったものではない。なお、マージンゲも憲法変遷による実質的改憲に否定的な点につき、本稿Ⅲを参照。

(3) 「このような法律 [すなわち基本法改正法律] は、連邦議会構成員の3分の2及び連邦参議院の票決数の3分の2の同意を必要とする。」(高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集 (第6版)』信山社出版, 2010, pp.255-256 の訳文による。[ ] 内は執筆者補記)

よって、以下にその翻訳を資料として掲載することとする。なお、同論文は、フライブルク大学を中心とするドイツの憲法学者とわが国の憲法学者との学術シンポジウムの成果として出版されたライナー・ヴァール編『憲法改正、憲法変遷、憲法解釈』(2008年)<sup>(4)</sup>にも、そのまま収録されている(同書 pp.131-146.)。しかしながら、同論文が、その後わが国の憲法改正をめぐる学説に直接の影響を及ぼした形跡はない。

同論文には、わが国の議論にとり重要と思われる、次のような注目すべき指摘が含まれている。

① 憲法改正には、憲法の時代や環境に適合した成長を可能にする面(継続性の面)と、特定の価値観を将来に向けて採用する集団的決定の面(非継続性の面)とがある。

② ドイツ憲法の改正手続を定める第79条第2項の規定<sup>(5)</sup>は、国民投票を必要としないこと、両院の単純多数でなく特別多数とされていること、という2点からすれば、継続性の面に重きを置いた改正規定であると言いうる。

③ そもそも成文の憲法典を持たない立憲主義国家イギリスは、憲法改正については継続的発展のみを認めるわけであるが(その分議員は政治責任のみに基づいて自由かつ大胆な改革を実行しえている)、成文憲法国であるアメリカ合衆国も、修正条項を追加してゆく(憲法修正すなわち憲法改正によって無効とされた元の条文もそのまま残される)という形式が示すように、継続性を重視している。

④ 良き憲法というものは、解釈に幅のある抽象的な文言で構成され、(憲法)裁判所がそれを時代に合うように解釈しながら法律をコントロールすることによって、新しい時代や環境への憲法としての適応能力を保持しうる。

⑤ 憲法改正には過去に対しては非継続的

な、未来に向けた決断という面もある。国民投票を憲法改正要件としている国の憲法改正は、こちらの側面にも意を払っている。改正手続(改正要件)は、憲法改正という営みの継続性の面と非継続性の面とをうまくバランス取りしたものであることが望ましい。

(4) Rainer Wahl (Hsg.), *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

(5) 前掲注(3)を参照。

## II ヨハネス・マーキング「継続と非継続の間—憲法改正—」(翻訳)

### —目次—

#### 序説

#### I. 制定と制約の間にある憲法

#### II. 憲法改正の諸々のコンセプト

##### 1. 憲法改正の構成原理

##### 2. 伝統と決定の間の憲法改正

a) 歴史的成長としての憲法改正

b) 決定としての憲法改正

c) 代表「議員」の特別多数による法形成としての憲法改正

#### III. 憲法改正と憲法解釈

### —本文—

#### 序説

基本法 [= ドイツ連邦共和国基本法] は形式上、存続してきた 55 年の間に 51 回改正されている<sup>(6)</sup>。すなわち、ドイツにおいては、憲法改正は法政策的に見てノーマルな出来事である。しかしながら、他国においては、事情はまるで異なる。例えば日本の憲法は、[ドイツと] 同様に戦後の産物であり、多数の類似点を有しているのだが、この同じ期間の間、ただの一度も改正したことがない。日本の発展のダイナミズムが、ドイツのそれに比べて少なくとも決して劣っていたわけではないにもかかわらず、である。憲法典の今日化は、様々な法秩序の下においてはそれぞれ異なった形で成し遂げられるものであるらしい。中心的な問題において、すべての法伝統に見いだされる多くの揺るぎない結果の類似性は、それゆえ、ますますもって驚嘆に値する。ここでも例として、ドイツと日本を挙げておこう。両国においてそれぞれの憲法は、国土防衛以外の場合の軍事力の投入を禁止しているのだが<sup>(7)</sup>、両国においてはこれ [を定めた憲法条項] を改正する力に欠けており、その結果として今日両国においては、40 年前には一様に冗談とみなされたはずの説明によって、人々はこれらの規定から遙かに離れたところに位置するに至っているのである。

憲法改正は、継続性と非継続性との緊張関係のなかに置かれている。その規定と運用は、憲法と歴史の関係を決定し、ついでに法と自由の関係をも反映する。この点につき、取りあえずは 3 つの段階を区別して以下論じることとする。すなわちまず、I. 憲法理念の基本的構成要素としての、[憲法の] 制定と [憲法による] 制約との緊張関係を取り上げる。それから、II.

(6) 本稿出版は 2005 年 1 月である。

(7) ドイツ連邦共和国基本法第 87a 条第 2 項は、「軍隊は、防衛のために出動する場合の他は、この基本法が明文で許している限度においてのみ、出動することが許される。」(高田・初宿編訳 前掲注(3), p.261 の訳文による)と規定する。

それに関連して、憲法改正概念についての、国際的に見られる様々のコンセプトを区別しなければならない。それにより、ドイツの〔憲法改正〕規定のモデルに対して批判的に問いかけを行うことも可能となってくる。最後に、Ⅲ. 憲法改正と憲法解釈の関係につき、結論を引き出すこととする。

## I. 制定と制約の間にある憲法

憲法の改正というものは、民主主義的憲法の理念それ自体のうちに内在する基本的緊張関係、すなわち〔国民による〕決断〔としての憲法〕と〔自然法のような〕高次法〔の具体化としての憲法という、憲法の2つの側面〕の間の緊張に関わっている。あらゆる民主主義的憲法の基礎には、従来の憲法と断絶し、継承された法関係によって先入観を差し挟まれずに、〔民主主義的憲法の〕独自の法に基づいて、自由に新しい秩序を制定するという自覚が存在している。〔イギリスの清教徒革命によって1649年に斬首された〕チャールズ1世と〔フランス革命によってギロチンにかけられた〕ルイ16世の頭が、このこと〔すなわち民主主義的憲法はそれ以前の憲法とは断絶していること〕を言い表す象徴である。〔イギリス清教徒革命の担い手の1つであった〕水平派からフランス革命を経て〔ドイツの〕パウロ教会<sup>(8)</sup>、さらには、一定の留保が必要であるものの、アメリカ合衆国においてさえ、立憲主義国家とは、法保護国家<sup>(9)</sup>から、法制定国家<sup>(10)</sup>への(最終的な〔後戻りのない〕)移行を意味した。憲法制定とは、主権の要求から生じる集団的自己決定であり、非歴

史的あるいは反歴史的に先鋭化されており、存在ではなく意思である。「われわれ合衆国人民は、…制定し〔原文イタリック〕…」〔とアメリカ合衆国憲法前文が宣言するようにである〕。

しかしながら他方で、憲法制定は超実定法的な制約を自身のうちに含んでいる。憲法制定の最終的な基礎は、自然法論がすでに用意していたところの、主体の自由と平等との理想主義的な召喚〔すなわち自由と平等のバランスのとれた保障〕である。自然法論およびそれと結びついた人間学的な確信は、憲法制定の正当化の基礎であるばかりでなく、近代憲法の理念に対して内容的にも影響を与えている。すなわち、「市民の要求が今後、簡潔かつ確実な諸原理に立脚する」<sup>(11)</sup>とされることの普遍的人権から、所有権の「不可侵」<sup>(12)</sup>、さらには権力分立の原則<sup>(13)</sup>に至るまで、人間の本性、存在から秩序が形成されるのである。

この存在論と主意主義との緊張関係は、憲法の2つの方向性に反映されている。

憲法は第一に、民主的に自己決定された、共同体の未来に向けて開かれた内容の構成を志向する。憲法は、その都度新たに決められることになる多数派ならびに価値序列に基づき、また価値観の変化を視野に入れながら、ダイナミックな発展のための途を拓く。

〔第二に〕それと同時に、憲法は長期的秩序を確立する。憲法は持続性を有さなければならない。その際、持続性という要素は、〔国民主権や基本的人権の保障などのような〕憲法の自明の論理というべき基礎の部分に限定されるものではなく、〔持続性という要素自体が〕その憲法の核心として切り出し可能な成分というも

(8) 1848年に立憲君主制の民定憲法草案であるフランクフルト憲法(皇帝に予定されていたプロイセン王の拒否にあい、発効することはなかった)が起草・発表された場所である。

(9) 歴史的経緯や慣習によって確立された、法ないし権利を保護することを任務とする国家を意味する。

(10) 議会による実定法の制定や改廃を通じて、法ないし権利を創設したり変更したりする国家を意味する。

(11) 1789年フランス人権宣言前文の一節。阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集〔第四版〕』有信堂高文社、2009の訳文による。

(12) 同第17条。

(13) 同第16条。

のでもない。すなわち、[憲法の持続性という要素は] 憲法について超実定法的な自然法類似のものであろうとする要請と合致するものではなく、例えば永久保障 [=改正が憲法の明文で禁止された条項] のうちにその規定を見いだすようなものでもない。

そうではなく、[憲法の持続性という要素は] 持続性の承認のうちに、ある固有の意義を有しているのである。憲法秩序というものは、個人的自由ならびに集団的自由を現実化する際に、ある原理的な制約の下に置く。憲法秩序は、自由の不可侵性と国民主権の恣意性との間の架け橋の台を構築する。すなわち、恒常的な枠をつないで確定する〔憲法 constitution の語源であるラテン語の]con-stitutio) ことによって、憲法は安全を保障し、継続性を樹立し、歴史を造り出すのである。[フランス革命期の思想家である] アベ・シェイエス (Abbé Sieyès) の、憲法を作る力 [(憲法制定権力)] と憲法によって作られた力 [(憲法改正権力や立法権などの憲法上の権限)] の区別は、その区別を用いて主張される取扱い実務<sup>(14)</sup> 以上の事柄を意味している。すなわち、その区別のおかげで、[憲法以前の] 自由という要請が持つ [あらゆる制約を拒否するという] 過激さが、[憲法によって保障された] 行為の現世性<sup>(15)</sup> へと引き戻されるのである。

憲法改正の可能性は、集団的自由を秩序に転化するという厄介な論点に、その居場所を見いだす。憲法改正は憲法制定より劣位に位置づけられ、憲法改正は憲法制定そのものではない。しかしながら、憲法改正は秩序それ自体を相対化する。それゆえ、憲法改正について定めた規定は、憲法制定あるいは「決断」の要素に属するもののように見える。すなわち、制約的な土台 [としての憲法] を [憲法改正をするという] 意志の力で変更するもののように見えるのである。

しかしながら、より詳細に観察するならば、この憲法改正規定は、存在と意志、継続性と非継続性の間の緊張関係を、やはりそれ自体のうちに反映しているのである。

## II. 憲法改正の諸々のコンセプト

### 1. 憲法改正の構成原理

ここで様々の [憲法改正の] コンセプトを、すなわちその [それぞれのコンセプトの間の] 緊張を取り上げ、区別するために、まずもって憲法改正の構成原理を視野に収めておくべきである。世界の憲法の構築様式は、この点で4つの原理を有してきた。

第一は、特別多数の要件、すなわち、現行憲法によって制度化された代議政体 [=議会] の5分の3、あるいは3分の2といった要件である。つまり、決定は [憲法改正に限らず] 一般的に決定をするために任命された機関 [=議会] に委ねられているが、しかしながら [そうであるが故に特別多数による] 広いコンセンサスを必要とするのである。従来は [議会内] 少数派の拒否権によって守られるわけである。

第二の原理は、様々の連邦内の州の同意の要件である。このやり方においては、憲法改正は擬似的な中間的権力としての様々の政治的統一体 [=州] による交渉プロセスのなかに投げ込まれる。ここでは連邦制的な原理が働いているのである。

第三の構成原理は、形式ないし手続規定である。すなわち、条文保障条項 [=改正禁止条項]、あるいは再度の投票や [熟議のための] 期間の要請は、改正行為の意義と憲法の普遍的性格を強調するものである。これらの要請は、その警告的な、あるいは引き延ばし的な効き目により、[憲法を] 守るのである。

最後として第四に、国民の関与 [=国民投票]

(14) 憲法改正権は憲法によって作られた力であるから、憲法を作る力の所在を変更することは論理的に許されない、といった実務的な仕分けを指すと解される。

(15) 憲法が保障する自由が、他者の自由や公序との関係で制約されたものでしかありえないことを指すと解される。

が要求される。ここでは決定は、コストのかかる、通常の決定の仕組み [= 立法] より上位に置かれた手続きの下でなされる。国家権力の本来の担い手としての [主権者] 国民の特別の権威が、利用されているのである。

これら4つのすべての原理に共通しているのは、憲法改正に対して加重された条件を課そうとする関心であり、このような関心は、秩序形成的な要素として、歴史上も近代的憲法制定の基本的組成となっている。個別的には、これら諸原理はもとより様々に変容され組み合わせられるのであり、したがって、様々の成立背景と結びついて、多様な定式にたどり着く。継続性と非継続性の緊張に関連して、以下に述べるように、様々のコンセプトが成立するのである。

## 2. 伝統と決定の間の憲法改正

### a) 歴史的成長としての憲法改正

[議会における特別多数を憲法改正の要件とする上述の] 第一のコンセプトは、憲法改正を優れて歴史的に成長する発展と捉える。憲法改正は、意欲よりも現状から生じるべきであって、この意味でほとんど存在論的な次元に属する。このコンセプトは、[イギリスとアメリカとで] 2つの正反対の方向を取りつつも、とりわけ英米法圏に見いだされる。最も明瞭に [このコンセプトが] 現れているのはイギリスであり、それはまさに、かの国には本来の意味での [成文の] 憲法は存在せず、したがって憲法改正もまた存在しないからなのである。つまり憲法制定の、意志行為としての全秩序の意思的形成の、すべての要素が欠けているのである。[イギリスでは] そのような政治制度のおかげで、国民代表 [議員] らによる他国に例を見ないほどの決定のダイナミズムが可能となっており、その結果、民主的・集团的形成の理念は政策形成のレベルにおいて妥協なく反映されているのであるが、秩序の基礎 [である憲法] 自体は、歴史

的に成長するものと理解される。すなわち [憲法は]、歴史的諸制度の基礎のうえで、定義されず不揃いな諸アクターの混合のなかで、自ずと発展し続けるところの伝統的組成物として、理解されるのである。議会主権の理論は、モンロー、伝統的諸権利、権利付与行為、契約、そして判例のうえに立脚した、伝統的な制度複合体における統一性 [が存在すること] を示している。現実の決定機関としての人民、伝統破壊的な、直接に [意見を] 問われるべき最終権威としての人民自身は、イギリスでは、憲法制定権力の観念と同様に居場所を有さない。

政治的決定ではなく、ゆっくりと時間をかけた成長という構造は、異なる基礎のうえにはあるが、アメリカ合衆国憲法においても見いだしうる。アメリカ合衆国憲法の形式的改正は(他のいくつかの事項と並んで)、州の4分の3の賛成を必要としているが、これは連邦国家という背景によるものである。連邦レベルにおける強すぎる [連邦政府の] 決定権力を警戒する各州の協約行為として、[州の4分の3の賛成を必要とする] 改正手続きは、[連邦自身による] 主権的制定の要素を妨げているのである。すなわち、憲法改正は、権威ある決定機関としてアメリカ国民を召集することによって引き起こすことはできず、また連邦レベルでの意志形成—なお、それも両院における3分の2を必要とするのだが—では十分ではなく、少なくとも38の独立した政治体 [= 州] の意見の一致を要するのである。しかも、その [少なくとも38州の結論の] 一致は、[州ごとに州議会であったり州の憲法会議であったりする] まったく様々のでたらめな決定レベルで決められるという背景の前で、時間的にさみだれ式に下される [州ごとの] 結論によって、達成されなければならないのである<sup>(16)</sup>。

[アメリカ合衆国における] 憲法改正は、したがって、多くの段階からなる、時間的に開か

(16) 参照、山岡規雄・北村貴「諸外国における戦後の憲法改正 [第3版]」『調査と情報—ISSUE BRIEF—』687号、2010.8.3, pp.1-2. <[http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_3050399\\_po\\_0687.pdf?contentNo=1](http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3050399_po_0687.pdf?contentNo=1)>

れた、ほとんど管理不能のプロセスなのである。およそ調整可能であるかぎり、意志形成の方法は交渉のそれとなり、[新しいもののゼロからの] 設定のそれではない。形式的な憲法改正という道具は、憲法構造を合理化し新しい[時代の] 要請に適合させるための手段ではなく、危機的状況のために留保された機能であることになる。大統領選出の時代遅れの規定や、アメリカ合衆国の州を告訴することが[他の州の州民には] 許されないという規定<sup>(17)</sup>は、このことを示している。事実上は、憲法典の発展は、その結果、運用に、とりわけ裁判官に委ねられることになり、裁判官は、極端に簡素な憲法条文のおかげで、憲法を解釈の皮膜の積み重ねで少しずつ構築するのである。歴史的に成長する憲法という基本理解は、数々の形式的憲法改正の外形的な定式のうちにも見いだされる。修正条項は、追加条項として合衆国憲法に追加されるのみである。新しい規定 [= 修正条項] によって無効となった [それまでの] 規定は、直接に条文を変更されることはないのである。

かくして、英連邦とアメリカ合衆国は、その多くの相違にもかかわらず、連邦レベルに関しては、共通点を1つ有している。それらは憲法の改正を、歴史的な成長のプロセスに委ねている。国民はむしろ抽象的で、単なる理論的な[改正後の憲法の] 帰属対象であり、国民自身は[憲法改正の] 決定プロセスに関与することはない。この既存の制度からの多元的な継続的発展というコンセプトが先鋭化すると、将来これも憲法と呼ばれることになる、EUの基礎をなす[法の] コンセプトとなる。ここでは、憲法の帰属主体としての1つのヨーロッパ国民すら、存在していないのである。一般的かつ形式的意味で平等な政治的自由の[発現] 形式としての、最終的正当性を付与する憲法制定によって直接に行われる決定という要素は、ここでは最終的に抑え込まれ、[複数の] 権力相互間での交渉、

国民の特殊利益の相互交渉に置き換えられる。憲法改正、そしてその都度の条約改正に際して、自由な拒否権行使を阻止することにより、[ヨーロッパ] 憲法は、自己形成を続けるヨーロッパの諸制度のネットワークのなかで歴史的に成長するのである。

#### b) 決定としての憲法改正

[歴史的成長としての憲法に対して] 原理的なコントラストをなすのが、憲法改正に[国民投票によって] 国民自らが介入するような憲法である。ここでは憲法改正は可視化され、自覚化されなければならない。憲法改正は、歴史の継続性から切り離され、決定の自由の下に置かれる。このような国民の[憲法改正への] 取り込みは、ほとんどの憲法の改正条項において、その構成要件とされている。その際、国民投票を要件とする憲法を、例えばヨーロッパ大陸の理想主義として位置づけ、(自らを) 実践的である(と思い込んでいる) コモンロー思想と対置するということは、許されないのである。なぜなら、アメリカにおいても、連邦レベルの下部 [= 州] において、憲法改正に際して国民投票を要求することは、通常のことだからである。それゆえ、[憲法改正を国民投票によって] 国民に帰着させるというやり方は、民主的な憲法改正の古典的な礎石というわけではないものの、それでも広く普及したやり方である。

[このように国民投票を経た] 国民の自由[な決定] の発現としての憲法は、ここでは単に[国民に対する] 抽象的・理念的な帰属関係として捉えられるべきではない。[一般的に社会システムの変革を環境の変化に対応するためのシステムの側の適応として説明する] システム理論がそう考えるように、[改正の] 結果を[国民が] 受け容れやすくするための意味論的な手段として捉えられるべきでもない。そうではなく、現実の後付け的な結びつけと捉えるべきであ

(17) 合衆国憲法修正第11条を指している。

る<sup>(18)</sup>。憲法を作る力 [= 憲法制定権力] の追憶のうちに、[憲法改正国民投票を行う国民の] 集団的な責任が明確化され、1830年、1848年、1866-75年、1918年、1927-35年、1945-1950年というヨーロッパ憲法史の波<sup>(19)</sup>のなかで、そのような集団的な責任に途が拓かれたのである。モンタナ [州] 憲法は、州民による直接の明示的な承認を得るのに20年を要した。同憲法は、[普通の人々を主役とする共和主義的・反連邦的民主主義を唱えた] トーマス・ジェファソン (Thomas Jefferson) に依拠しているのだが、本人は当時の平均余命に基づく、19年の経過により、[有権者である人民の相当部分が入り替わるため、] 憲法の正当性が失われると予期していたのである。

ところで、憲法改正を後付けで国民に結びつけるやり方には、いくつかの方法がある。最も直接的な形式は、国民投票である。日本、そして例えばスイス、アイルランド、あるいは、憲法改正するという議会の結論に反対する10%の議員の申し立てによってであるが、スペイン、それにまさにアメリカ合衆国のたいていの州において、この形式が要請されている。フランス、ポーランド、あるいは、制限はあるが、イタリアにおいては、1つの可能性として国民投票がそれぞれ位置づけられている。決断という要素は、ここではオープンな [= 歴史的成長としての憲法との対比が曖昧な] ままである。国民投票は、投票数の単純多数で足りる (さらに圧倒的に多くの場合、[国民投票には] 定足数は存在しない)。

ここで最も妥協の余地の少ないのは、[国民投票ばかりでなく国民自身による改正規定の発案という] 国民発案すら認めているスイスやイタリアのような、少数の憲法である。それら [の憲法] は、従来の秩序との、ほとんど自発的な断絶の始まりを画する。ここでは、この点に関連して、[従来の憲法のうち] 守られるべき秩序の原理は、改正プロセスを通常の方法で貫徹すること (例えば定足数の確定) のうちのみに、存在する<sup>(20)</sup>。これに対しても、通常は、国民に示すべき問いを「いつ」「どのように」提示するかに関しては、[従来の] 憲法に適合した代表者に留保されることにより、従来の憲法秩序への架橋がなされているのである<sup>(21)</sup>。しばしば、しかし常にではないが、このような [国民への発議の] 議決に対しては、さらに [議会の] 特別多数が要件とされている。このことで、決定の要素は [白紙に絵を描くような純粋な決定ではなくして]、従来の秩序とさらに強く結びつけられることになる。

国民投票と並んで、国民の関与のさらに弱められた定式が存在する。ベルギー、デンマーク、オランダでは、憲法改正の第一回議決と同時に議会は解散され、新たに選挙がなされる。その結果は、国民代表 [議員] の [議会での議決で改憲が成立するという] 政治的関与があるにもかかわらず、疑念が残る場合、以下のように事態が推移する。すなわち、その議決が立法期の最後の会議までずらされ、国民はもう一度選挙によって [改憲案の是非を] 選択しなければならない、という具合にである。憲法制定会議を

(18) 国民投票を介在させることによって、憲法改正の結果が後付けにせよ具体的に国民に結びつけられるのであって、議会の特別多数だけで憲法改正を行う場合のように、国民が抽象的理念的な正当化根拠として引き合いに出されるだけではない、という趣旨であると思われる。

(19) 本文の年号は、それぞれ以下を指すと考えられる。1830年: フランス7月革命。1848年: フランス2月革命、プロイセン3月革命。1866-75年: 普墺戦争、ドイツ統一、普仏戦争、フランス第三共和制。1918年: ドイツワイマル共和国誕生。1927-35年: ナチスの権力掌握。1945-1950年: 西ドイツボン基本法体制、フランス第四共和政など戦後民主主義体制の確立期。

(20) 断絶の後の新憲法と前の従来の憲法とは、後の憲法の改正が前の憲法の改正手続きを踏まえてなされた、という1点でのみつながっている、という趣旨であると考えられる。

(21) 従来の憲法の下での代表者である国会が、適切なタイミングと方法を選んで憲法改正の発議を国民にする以上、従来の憲法秩序とのつながりは残っている、という趣旨であると考えられる。

召集する場合—憲法制定会議の必要的な召集はここで取り上げるいずれの憲法もこれを予定していないが—とは異なって、このような方法の場合、憲法改正の問題は「他の政治的争点から切り離されて」孤立化させられることはないが、しかしながら、常に選挙の決定要因として国民に意識されることになる。

「国民との関係が」より間接的であるのは、フィンランド、ギリシャ、スウェーデンに見られるように、次期会期において議決することを要求する例である。新議会の選挙に際しては、選挙民は憲法改正の案を考慮に入れることはできるが、この論点は、政治的日常のなかでの政治的人格的なやりとりのなかに、特に目立つこともなく取り込まれてしまう。国民による権威的決定という要素は、このように一般の選挙現象に埋没させられることにより、相当程度、減退させられてしまう。かくしてそれ「＝国民による権威的決定という要素」は、国民による直接の決定権力「＝国民主権原理に基づいて国民が有する憲法制定権力」に向けられた、むしろシンボリックな敬礼にまで、希釈されてしまうのである。

国民の関与は、以上の諸方法が示しているように、様々の形式で具体化されうる。しかしながら、それらに共通するのは、国民の関与が、憲法制定の要素を継続性の要素と結びつけている、ということである。自由な決定という不可欠の要請は、かくして真剣に受け止められはするものの、それでもやはり、歴史「＝継続性」に再び括りつけられるのである。

### c) 代表「議員」の特別多数による法形成としての憲法改正

独自のモデルたりうるものとして、—その輪郭はおおよそ明瞭とは言えないが—最後に、「ドイツ基本法などのように憲法」改正を一般的な選挙により正当に選挙され確立された憲法機関「＝議会」のみに手に委ねている改正条項が挙げられる。こうしたケースは、数少ない国々で

のみそうなっており、ポルトガル、ほんの少しの例外はあるもののオーストリア、そしてドイツの連邦レベルがそれに該当する。

ここでは、国民の特別の関与「＝国民投票」はなく、両院における特別多数のみが要件とされている。憲法制定という原理は、それゆえ、力なく表明されている「にすぎない」。政治的決定という性格は存在しはするものの、既存の「憲法」秩序に結びつけられているのである。すなわち、一般的に「立法過程の」交渉のために召集されたアクターたち「＝議員」が、憲法改正のためにも召集されているのである。ここで必要なコンセンサスは、一般的な政治活動における交渉のなかで見いだされる他はない。すなわち、「改憲すべきか否かが」疑わしい場合には、既存の秩序「＝現行憲法」が客観的必然であるという圧力に服することになる。それ「＝ここで必要なコンセンサス」は、きっちりと「憲法によって作られた力」の枠内におさまっている。憲法改正は、エリート決定であり、とりわけ政党国家体制の構造のなかでのそれである。政党国家体制は、一般的な正当性の構造の枠内で、基本構造「＝憲法」の改正についてすら、決定しうるのである。

伝統的秩序「＝継続性としての憲法改正」と、現代化「＝決定としての憲法改正」との関係は、したがって、「ドイツのように議会の特別多数だけで憲法改正が可能である場合には」とりわけ不鮮明であり問題をはらんでいる。憲法改正は、特別多数による法形成の原理となり、憲法改正の特殊な性格を喪失する危険性に遭遇する。憲法改正は、技術論に陥ってしまうのである。このことはとりわけ、オーストリアの「立法」実務において顕著である。かの国の憲法では、ワイマール期「のドイツ」と同様に、特別多数で可決された法律は全て、憲法法律「＝憲法ランクの規範力を有し憲法の明文規定に反しても有効なものとして扱われる法律」という看板をかけることができるのである。こうした現象<sup>(22)</sup>は、ドイツにおいても見られる。例えば、

[ドイツ基本法に加えられた近時の改正として、]通信傍受(第13条第3項—第6項)、ヨーロッパ法における諸ラントの参加(第23条第2項—第7項)、庇護権(第16a条)、法律発案権の期限(第76条第2項・第3項)。これらの規定には全て、官僚制の精神が息づいており、民主的に実定法化された基本原則の声明という精神の息吹は感じられないのである。

この[ドイツ式の議会内特別多数のみによる憲法改正という]コンセプトは、国民に対する不信感によって支えられている。この不信感は、ドイツの伝統であるとともに、近時では、専門的に独立した権限から直接に生じる多中心的な法創造コンセプトによって、[このような方式を正当化するための]新たな途が拓かれた。国民はここでは、実物大の存在として真剣に捉えられるわけでも、その政治的意志が全ての正当性の実際の根拠ならびに最後の拠り所として、真剣に捉えられるわけでもない。国民は1つの抽象的な参照対象にまで、軽んじられるのである。

国民のあらゆる直接的な関与から確固たる距離が取られているため、前提なき、換言すれば[憲法の]自由な定立という要素は曖昧にされ、秩序の諸々の基礎[=憲法]に関しての民主主義は、不確実で色褪せたものとなる。秩序の諸々の基礎としての憲法は、むしろ超実定法的に初めから与えられたものとして理解され、基本法第79条第3項<sup>(23)</sup>に含まれるそれらのように可能なかぎり強力に形式化され、裁判で事後審理が可能な永久保障として、あらゆる民主的な意志行為から切り離されている。しかしながら他方で、かくして憲法の設計は、その政治的次元

は次の事柄の見返りとして些細なものと扱われるのだが、一般的選挙ゆえの物理的な強制[すなわち予算や法律案等の議案の作成・修正など議員としての日常的活動の負担]の下にある職業政治家が行う、実施面における事柄に即した修正に委ねられているのである。

ドイツでは、こうした[両院それぞれの3分の2で改憲しようという]条項は、とりわけ基本法の成立に際しての諸々の制約を反映している。ドイツが[東西に]分断されているという条件下では、こうしたやり方には正当な理由があった。1949年には、国民投票という権威[付け]は、連合国の意図に逆らって、わざと回避された。あるいは、少なくとも憲法の改正に関しては、「民衆という恐怖」を背後に追いやる時代に、そろそろ差し掛かっているのかもしれない<sup>(24)</sup>。

### Ⅲ. 憲法改正と憲法解釈

様々のコンセプトを区別しただけでは、もちろん憲法改正条項が持つ事実上の阻害効果については、なおほとんど述べられていないことになる。とりわけ、国民を[国民投票によって]最終的決定機関に指定する場合、このような[国民投票による]決定に至るためのハードルが結果的に事実上クリアされないほどに高く設定されるならば、何事も決められないことになる。安定性と適応力、堅固さと柔軟さの間のバランスは、国民が[国民投票で改憲に]介入する場合であっても、[憲法]改正規定を創設する際の最も厄介な要請であって、改正規定だけでは解決はできない。ある憲法があまりにも容易に

22) 内容的には法律で規定すれば足りるようなものを、憲法裁判所の違憲判決を回避するために意図的に憲法改正によって憲法規定とする立法テクニックが用いられる事態を指すと考えられる。

23) ドイツ基本法第79条第3項は、「この基本法の変更によって、連邦の諸ラントへの編成、立法に際しての諸ラントの原則的協力、又は、第1条及び第20条にうたわれている基本原則に触れることは、許されない。」(高田・初宿編訳 前掲注(3), p.256の訳文による)と規定する。第1条は「人間の尊厳」を、第20条はドイツが民主的、社会的連邦国家であること(第1項)や、国民主権原理(第2項)などを規定している。

24) 議会のみで憲法改正をするのではなく、国民投票という要件の導入を検討すべき時期に来ているのかもしれない、との趣旨であると考えられる。

変えられてしまうと、その憲法は継続性を確保する機能を失うことになる。決断の〔中身について〕計算が立たない場合、常に〔フランス革命直後に恐怖政治を行った〕ジャコバン主義の危険性が頭を持ち上げる。逆に憲法が十分に容易に変更しえない場合、とうの昔に死んだ世代のすでに消滅した〔=すでに時代に合わなくなった憲法が成立時に有した〕権威を捨てて機能的な〔今の時代に適合した〕法発展を成し遂げようとしても、それはすでに非合理的なものとなった構造〔=時代に合わなくなった憲法〕によって、妨げられることになる。憲法の中核的理念である国民の自己決定は、〔必要であるのに行使されえず、〕その場合歴史の〔緩やかな継続的成長の〕なかへと解消されてしまう。のみならず、その場合同時に逆の危険も発生する。すなわち、それなら憲法規定を解釈変更によって柔軟にし、軟化させようとする圧力が増し、それに伴い、〔立憲主義という〕憲法の理念は掘り崩されて正反対の側に追いやられてしまうのである。

ここでの正しいバランスは、政治的、心理学的、文化的諸条件に依存するが、これら〔諸条件〕はほとんどコントロールすることができない。ともあれ、組織法的には、この点からドイツ方式に対して、次の疑問が生じる。〔ドイツにおいては〕この方式のゆえに、〔憲法改正に際しての〕抵抗が比較的少ないのであろうか〔すなわち、ドイツで改正回数が多いのはそのためであろうか〕、という疑問である。実際には、国民の関与〔=国民投票〕の要件が、議会における特別多数の要件に加えて要請される場合には、〔国民投票は〕追加的なハードルを意味している。しかしながら、国民投票は憲法改正の

手段に適しているのである。〔それというのも〕もとより、この手段は、憲法の開かれた状態<sup>(25)</sup>と、憲法解釈の要請<sup>(26)</sup>との間の欲張りな相互作用<sup>(27)</sup>のうちに位置しているのである。

憲法は、その将来に向けて開かれた状態を、なかんずく、客観的に開かれた設計〔=柔軟な規定ぶりの構造を持つこと〕、ならびにその内容〔=将来のニーズに応える先進的な規定ぶりであること〕によって確保することができ、またそうすべきものでもある。憲法は、制定の要素と有機的な時代に沿った成長の要素とを、自分で結びつけ、さらに両者を折り合わせる事ができる。良き憲法というものは、その諸々の保障規定を、意識的な民主的決定において、極めて一般的に記述するので、そのような憲法は歴史のなかで成長することができるのである。そのような憲法は、変化した状況のなかで新しい重要性を開陳することができ、さらには、憲法改正を〔あえて行う必要がないことから〕断念することが可能なものとする事ができるのである。

このことは、憲法が、政治的に自由な〔=もっぱら民主的に選ばれた立法者に向けられた政策目標としての〕支配の形式であるのか、それとも憲法裁判所裁判官によって〔憲法解釈を通じて法律の合憲性有効性が審査され、〕厳格にコントロールされる支配の形式であるのか、という問題とは無関係である。すなわち、このようなダイナミズムは、ある場合には、意図的に法的にはコントロールされない政治的な相互行為を通じて展開され、別の場合には、大なり小なりそのように明示されたうえで、政治プロセスの法化〔=憲法裁判所による法的統制〕を通じて展開される。

(25) 時代の変化に合わせて柔軟な解釈を施すことが可能な緩やかな規定ぶりの憲法典であること、を指すと考えられる。

(26) 解釈によって内容を確定しうる程度には明確な規定ぶりの憲法典であること、を指すと考えられる。

(27) 規定がある程度緩やかで、同時にある程度は明確でなければならず、時代の変化によってその微妙なバランスが崩れた場合には、国民投票によって新たなバランスが成立するような憲法改正がなされることになる、という趣旨であると解される。

しかしながら、[憲法裁判所による] 司法的コントロールが予定されている場合には、とりわけアメリカ合衆国で強調されているような、[憲法解釈が記録に残された憲法起草者の意思に拘束されるという] 歴史主義的な解釈に訴えることによって主張されるところの、憲法制定時の[憲法起草者らの] 偶発的な問題関心に原則として限定することが、方法論的に要請されるものではない。その都度の憲法のコンテクストに従った(そして憲法典の民主的構造に従った) 解釈、その際、選挙で選ばれた代表者たち [= 国会議員] に十分な活動の余地を与えるような解釈は、もとより許される。しかしながら、判例においては、憲法の原則として将来に向けて開かれた内容、すなわち、新しく生起する要請をも捉えようとするその欲求は、立ち止まることはない。例えば、一般的人格権の近時の説明は<sup>(28)</sup>、決して[立法権の] 篡奪ではなく、従来の[憲法上の] 諸々の保障の一貫した発展的な記述なのである。

したがって逆に憲法改正は、例えば危機[に対応するため]の反応の早い手段として設計されてはならない。危機の手段は、常に司法が訂正しうるものでなければならないからである<sup>(29)</sup>。憲法改正は、このような精緻な修正に対しては、基本的に不向きである。[憲法裁判所を有する国のように] 憲法解釈の相当部分が裁判官の手に握られている場合、この点にかかわる[裁判官の] 裁量権が継続的に存在する。憲法裁判所による[事案の] 場合分けや解釈論が問題となっているかぎり、このような裁量権は、場合分けや解釈論が今後も発展してゆくという点において、裁判官の手に委ねられている。

というのも、[憲法裁判官でなく] 憲法改正の多数派による[憲法の] 修正がなされるとすると、[政治的多数派の意図する内容を、できるだけ詳細な規範として憲法に規定しようとするので]、政治的基本原則の宣言という憲法の[本来の] 性格は廃棄されてしまうに違いないのであり、従って、憲法改正が体系的に妥当 [= 憲法全体の体系性を損なわないもの] であることは、ほとんど不可能だからである。憲法裁判制度と憲法改正との関係は、単なる通常の[憲法裁判でなく民事裁判などを司る] 裁判制度と法律改正との間の相互行為<sup>(30)</sup>を、より高い地平で続行するようなものではない。

[柔軟な解釈を許す] 開かれた規定により[憲法の抜本改正としての] 制定を制限し、[憲法を] 時代のなかで継続的に発展させるとしても、そのことで形式的な憲法改正と[憲法] 解釈との区別が廃棄されるわけではない。従来の規定から新しい帰結を引き出すことを、「憲法変遷」と呼ぶことができる。法規範的には、すなわち解釈論的には、従来の条文からの新しい帰結は所与の、憲法制定によって根拠づけられた規範からの導出でなければならない、所与の規範によって限界づけられていなければならない。従来の規範からの新しい帰結は、もともとの内容の展開としてはもはや根拠づけることができなくなる場所で終わる。

この[所与の規範によるぎりぎりの解釈の範囲内かその外かという] 区分ラインは、もちろんしばしば[確定が] 困難であり、言葉の論理の問題として、区分は部分的には客観的に確定しえない(その際、この区分ラインを、まさに確立された権利保護システムを考慮しつつ明示するこ

<sup>(28)</sup> ドイツ基本法においては、「一般的人格権」そのものを保障する規定はないが、第1条第1項の「人間の尊厳」と結びついた第2条第1項「人格の自由な発展の権利」から一般的人格権の保障が導き出されるとされ、さらにそこには自己情報をどこまで公開するかを自ら決定する権利としての「情報自己決定権」が含まれるとする1983年12月15日の連邦憲法裁判所判決(「国勢調査判決」BVerfGE65,1)など、判例による一連の内容形成がなされている。参照、上村都「ドイツにおける人格権の基本構造」『岩手大学文化論叢』7・8輯, 2009.3, pp.93-105。

<sup>(29)</sup> 危機の手段が一般的に合憲化されてしまうと、司法審査が及ばなくなる、という趣旨であると解される。

<sup>(30)</sup> 通常裁判所は法律をかなり自由に解釈し、これに対して議会は裁判所の裁量の幅を制約するために、法律そのものを改正しようとするといった、司法と立法の対等の相互作用を指す趣旨であると解される。

とは、憲法制定権者の手に委ねられている)。その区分ラインはしかしながら、[判決における] 裁判官的な論証と、それに伴う法曹からの[批判的論議などによる] 批判の唯一の基準設定的な連携ポイント [= 解釈論的な対立の共通の土俵] であり続ける。この区分ラインを越えるような憲法の修正が必要であれば、形式的な憲法改正という手段に頼る他なくなり、それに伴い、厳格な改正条項という問題が残ることになる<sup>(31)</sup>。

仮に憲法が将来に向かって開かれているように [= 柔軟な解釈を許すように] 設計されていても、憲法改正は相当大がかりな規範の改正の場合には、深刻な危機に際しての留保手段としてばかりでなく、[新しい環境への] 適応の手段として用いられるのである。とりわけ、権限、行政構造、財政規範のような組織法 [= 憲法の統治機構に関する個別の諸規定] においては、解釈の余地のない構造が与えられているが、それら [組織法] は、政治的ないし経済的關係が発展するに従って疑わしいものとなり、例えば国際的な諸々の結びつきを考慮すれば、補充を要するものとなる。

ドイツの [明文改憲としての] 発展を示す例としては、基本法第 23 条第 1 項・第 2 項 [= 欧州連合に関わる諸原則、欧州連合に関わる事項についての連邦議会ならびに諸ラントの協力]、第 35 条第 2 項・第 3 項 [= 災害救助における諸ラント相互間の協力、連邦の諸ラントに対する指図]、第 45 条 [= 連邦議会による欧州連合委員会の設立と授権] (あるいは基本権の分野からは、新規定である第 16 条第 2 項第 2 文 [=

ドイツ国民の引渡しは例外的に認められる要件]) という諸々の改定を挙げることができよう。憲法改正規定があまりにも厳格であると、現在の問題の自己決定的な克服を妨げてしまうのである。

ここではしかし、[憲法の] 制定と歴史性 [= 継続性] との間の、自由と制約との間の緊張が、真のジレンマとして現れる。憲法改正条項が、憲法を国家秩序の基礎として安定化させようとするとき、またそうしようとするればこそ、それらの条項は必然的に憲法の改定を妨げるのである。かの制止 (Das Katechon)<sup>(32)</sup>、すなわち非キリスト者に対する制圧<sup>(33)</sup> は、すでに [新約聖書テサロニケ人への手紙第二でパウロが語るように] パウロの時代にあっても、最後の審判が彼 [すなわち非キリスト者であり不法をなす者] を [一瞬だけ] 解放する [そして再臨したイエス自身によって終局的に裁かれる] まで延々と続けられる<sup>(34)</sup>。憲法改正は、多様な利益の対立のなかに置かれた政治的隘路を解決することには、およそ適していないのである。

自由な憲法制定の行為として [国民投票などの] 単純多数で自らの内側から発する [= もともと有している] 権利を行使するところの制憲行為とは異なり、憲法改正はそれ自身を [いままでの憲法によって体现された] 従来の秩序に結びつけ、共通の利益にかなうかは疑う余地のあるところであるものの、[憲法改正に対する] 拒否権を [議会の 3 分の 2 という特別多数を憲法改正の要件とするドイツの場合、] 少数派に対して付与するのである。憲法改正はそれゆえ、

(31) 改正条項の要件が厳格すぎると、解釈では限界に達した条文を改正して憲法を時代に適合させることができないう問題点が浮かび上がる、という趣旨であると考えられる。

(32) 新約聖書・テサロニケ人への手紙第二第 2 章第 6 節から第 8 節 (原注)。この聖書の Katechon という概念の本文における引用は、不法をなす者 (非キリスト者) をキリストが再臨する前の現時点で抑止しえているところの世俗的権力を、キリスト自身による最後の審判と対比するためになされているように、文脈からは解される。

(33) これは、ローマ皇帝などによる世俗の法による犯罪者等の制圧と一般に解されるようであり、少なくとも本文はそのような理解を前提としているものと解される。

(34) 再臨したキリストによる最後の審判を憲法の制定ないし抜本的改正になぞらえ、最後の審判の日まで犯罪者等を抑止する世俗の法を、憲法裁判所による柔軟な解釈によって環境の変化に対応した憲法秩序を維持することになぞらえている、と解される。

事実上むしろささいな、あるいは技術的な〔問題の〕解決に限定して行われる。1994年のドイツ共同憲法委員会は、新憲法〔制定〕の要求とは正反対に、このことを示したのである<sup>(35)</sup>。

構造的な隘路〔=憲法の構造自身が有する限界〕を解消するためには、まず初めに政治的な隘路〔=議会が多様な利害の対立と調整の場となり、憲法構造を改革する場としては機能しにくいこと〕を解消しなければならない。しかし、これはこれで、あちら〔=憲法の構造的な隘路〕によって規定されている。悪循環というわけである。

この困難はしかしながら、憲法改正の本質に根ざすものであり、その〔憲法の具体的な〕設計とは無関係である。この困難さは、国民の関与〔=国民投票〕を断念することを正当化する理由とはならない。むしろ逆である。憲法改正の原則は、控えめに言っても、多数決による制定の原則だけではなく、歴史によって根拠づけられた諸々の力の関係の基礎のうえに立った、妥協の交渉の原則でもあるのである。それゆえ、〔議会における〕このような妥協を、最終的正当性の源泉であるところの国民の決断〔=国民投票〕に再び結びつけることが、一もとより〔議会の特別多数のみで行う憲法改正のように従来の秩序に連続的に接合させる結びつけではなく〕前に向かって効力を発揮する〔=未来志向の〕結びつけなのだが、必要なのである。

憲法改正条項を定式化する場合には、この〔議会における妥協と国民の決断を結びつけるという〕契機を〔憲法改正の要件として〕妥当させなければならない、そして、それと同時に、このような定式によらない憲法変遷という観念を拒否しなければならない。司法権ならびに政治

的アクター〔=議会と政府〕は、憲法を乗り越えるときですら、〔そこに現行憲法からは正当化できない限界があることを認識することで、逆に規範としての〕憲法を確かなものとするのと結びついている。そして、あらゆる発展に対して開かれた設計にもかかわらず、憲法というものの価値は、憲法制定者がいかようにも狭く引くことができるところの境界線〔=当該憲法が示す合憲と違憲の境界線〕が、そこにあるということのうちに、存するのである。この境界線をめぐっては、政治的危機を招くほどに固執されることになる。

憲法解釈とは、〔個々の政治的妥協のように〕協約的な解決を目指す試みではなく、実定法化された法〔=憲法〕から導出されるものでなければならない。このことから生じる圧力〔=政治的妥協とは無関係に憲法裁判所が憲法解釈によって法律に対する違憲判決を下すことで、世論や政治の側の改憲の圧力が強まること〕によって、形式的な〔憲法〕改正に至ることもありうるということは、ドイツにおいては庇護権、外国人の地方選挙権、さらにはインフラ経済の民営化をめぐる憲法改正が示してきたところである。国民の介入〔=国民投票〕は、日本の導入例が最初はあるいはそう思わせるかもしれないが<sup>(36)</sup>、そうではなくて、〔国民投票の要件があっても〕これらの憲法の改定は妨げられてはならないのである。アラバマ〔州〕は、州民の参加〔=州民投票〕の下ですでにその憲法に740もの修正条項を付加している。〔国民投票が持つ〕プレビシットの〔=大衆の拍手喝采的〕要素は、憲法の継続的發展にとり、足かせとはならないのである。

もとより、憲法の時宜にかなった改変は、常

35) 東西ドイツの統一後に、ボン基本法に変わる新憲法を制定すべきか等を議論するために、1992年に連邦議会と連邦参議院との合同で共同憲法委員会が設置されたが、1993年11月の委員会報告は大規模改正ならびにそれを正当化するための憲法改正国民投票を不要と結論づけ、これを受けて連邦議会と連邦参議院は、翌1994年には国家目標としての環境保護を第20a条として規定するなどのほかは、技術的な改正を行うにとどめている。

36) 日本では国民投票の要件があるために改憲が一度もなされていないのであり、このように憲法改正国民投票の要件は、そもそも改憲を困難にするために設けられる要件である、という具合に誤解されるかもしれないが、という趣旨であると考えられる。

になされるわけではない。それゆえに、結論は冷静に締めくくられなければならない。事実としては、このような状況にあっては、[現行の憲法規範を改憲することによって時代の要請に合わせるべきであるという圧力ではなくして、]対象となる規範を回避してしまおうという圧力が、あまりにも簡単に発生する。すなわち、旧枢軸国が、外国における将来の軍事行動を自らに対し禁止するそれぞれの憲法規定の例をとれば、それは幻滅を引き起こすものである。つまり、ドイツのみならず、日本ならびにイタリアにおいても、これらの規定は時期に照らして不適切であったわけではないが、[形式的な]改正を経ることなくその内容が放棄され、解釈変更によって牙を抜かれてしまった。日本にあっては、この点について少なくとも議論はなおなされているが、ドイツにおいては再び論じられることはもはやない。

しかしながら、このことは、憲法の規範的な性格への志向の気力を削ぐものではなく、法の

より高次の要求を示すものに他ならないのである。法は自由から、それゆえに理想から生まれる。およそ現実性というものは、しばしば現実がどう組み立てられたかによって決まるのではなく、むしろときとして、そちらの [=現実性の] 側で [高次の要求に応えるための] 機能性の法則を有している。憲法制定に際しての正当化根拠を伴うところの、すなわち、高次の理想主義的に構築された国民意思を伴うところの憲法の規範的性格は、少なくとも1つの独自の批判の出発点を憲法典に対して付与する<sup>(37)</sup>。そのような、[憲法典に込められたところの、] 事実に対抗する [理想主義的な] 要求のうちに、憲法典ならびに全ての憲法法学的批判の価値が存する。その [=憲法典の] 価値は、憲法制定の瞬間を超えて存続し、それ [=憲法典の価値] は自由の理念のうちに存続するのである。

(むねすえ としゆき)

---

<sup>(37)</sup> 新しく制定された憲法典のおかげで、政治や国民意識そのものとは区別された、政治的現実を批判するための独自の規範が与えられる、という趣旨であると考えられる。