

# 硬性憲法と憲法改正の本質

高 見 勝 利

## 目 次

はじめに

### I 硬性憲法の「安定性」と改正問題の顕在化

- 1 「硬性憲法」と「軟性憲法」
- 2 憲法の「安定性」と憲法改正規定
- 3 硬性憲法の「不安定さ」
- 4 憲法改正の顕在化

### II 「法の支配」と「主権者」の相克

- 1 平和的変革としての「憲法の改正」
- 2 「朕ハ法ナリ」
- 3 近代の主権者による「法の支配」
- 4 「法の支配」に服する主権者
- 5 「法」による主権者の「承認」

### III 憲法改正条項の特質

- 1 メタ・メタ・ルールとしての憲法改正規定
- 2 法外の権力行為としての「憲法の改正」
- 3 憲法上の権力行使としての「憲法の改正」
- 4 憲法改正権の本質的性格

むすび

はじめに

「憲法の改正」と題した『シリーズ憲法の論点⑤<sup>(1)</sup>』において、私は、日本国憲法第96条の憲法改正規定の沿革と同規定の解釈・運用上の問題となる若干の論点について概説した。し

かし、そこでは、「憲法の改正」とは、そもそも、どのような性格を有する行為であるのか、という、本来、前提とされるべき基本問題について、全く触れる余裕はなかった。そこで、ここでは、上記論稿を執筆する際、紙数の関係で割愛せざるを得なかった理論的前提のひとつを取り上げ、論じてみることにする。

### I 硬性憲法の「安定性」と改正問題の顕在化

#### 1 「硬性憲法」と「軟性憲法」

現在、憲法典を有する国々は、ほぼ例外なく、その改正について、通常法律の制定に比して、少なからず厳格な手続を採用し、比較的容易な法律の制定手続をもってしては、それに変更を加えることができないよう仕組んでいる。これは、大多数の国家の実定法秩序において、憲法が法律よりも高い権威・効力を保持し、国法体系の基礎をなすものとして、より強い安定性・継続性が求められることによるものである。このように、通常法律の制定と比べて、より厳格な改正手続を備えた憲法が、一般に、「硬性」憲法と呼ばれる。これに対して、通常法律と同じ手続で制定・改廃され、法律と同じ効力をもつ憲法が「軟性」憲法と呼ばれる。

この「硬性」憲法と「軟性」憲法の区別は、J.ブライス（イギリスの法律家・政治家・歴史家）の創始にかかるものである<sup>(2)</sup>。ブライスは、

(1) 高見勝利『シリーズ憲法の論点⑤憲法の改正』国立国会図書館調査及び立法考査局、2005。

オックスフォード大学での講義をもとに書き下ろした「軟性および硬性憲法」と題する1901年の論文のなかで、従来、憲法の分類のために使用されてきた「成文憲法」と「不文憲法」の区分は、①「不文憲法」の国はごく僅かしか存在しないこと、②「不文憲法」の国とされるイギリスにおいても、成文化された慣習・取極が数多くあり、また、その数が増大する傾向にあることを理由に、不適切であるとし、新たに、「リジッドな憲法」と「フレキシブルな憲法」という区別を試みたのであった<sup>(3)</sup>。そして、今、改めて、この百有余年前のブライス論文を通読すると、そこでは、<sup>リジッドな</sup>硬性憲法の特質とされる「憲法の安定性」について、かなり周到な分析がなされていたことが判る。

## 2 憲法の「安定性」と憲法改正規定

ブライスによれば、「憲法の安定性」が望ましい理由は二つある。一つは、国民に安心感を抱かせるからであり、もう一つは、憲法の実際の働きを改善する経験の積みかさねを可能とするからである。そして、憲法が「安定性」を獲得するためには、一定の「時間」が必要だとされる。植物の根がどのように張っているか、頻繁にその根を掘り起こすならば、その植物が成長する余裕がないと同様、憲法上の諸制度についても、それが頻繁に変更されるなら、国民は、どうすればそれが適切に作動するかを学ぶ余裕がない。一つの文書に盛り込まれ、そして、立法府によって変更し得ない憲法は、「特に長続きしうる」ことが想定されている。

もとより、この「リジッドな憲法」の下で、その規定に反するか、一致しないと解される種々の立法措置や行政行為によって、様々な形で、

憲法に対する攻撃がかけられる。その場合、国民が憲法を基本的に支持し、そうした攻撃を望まないならば、憲法はその安定性を保持することができる。そして、憲法改正のために規定された手続は、国民が各種の憲法攻撃に含まれた問題を再考し、憲法改正に踏み切るかどうかを検討するための「時」を稼ぐ「間」を設けたものである。「スイスとアメリカの両国で、立法府が準備し、承認した憲法改正案について、国民の多くが代表者よりも保守的であるという理由だけでなく、むしろ、〔国民の間の〕十分な論議のなかから、最初に提案されたときには理解され得なかった異論が登場してきたという理由で、国民がそれを拒否するという事態が頻繁に生じた」。ブライスは、この意味で、「リジッドな憲法が安定性の確かな要素である」とするのである<sup>(4)</sup>。

## 3 硬性憲法の「不安定さ」

憲法の「リジッドさ」は、しかしながら、「危険の要素を伴う」ゆえに、実際にはさほど安定的でないというのが、この問題に対するブライスの考察の周到なところである。

そもそも、「フレキシブルな憲法」は、上述の「リジッドな憲法」にみられるような「憲法に対する攻撃」が観念されにくいことから、憲法上の事態の変化や進展にしなやかに対応することができる。それは、例えば、強風に強い柔構造の吊り橋型の鉄橋と同様であり、いわば「革命」といった嵐にも耐えうることで、その「革命」を骨抜きにすることができる。「フレキシブルな憲法」の特徴は、この適応・吸収能力の高さにあるが、それは、憲法上、立法府と政府に多くの自由な対処活動が委ねられている

(2) Kenneth Clinton Wheare, *Modern Constitutions*. London:Geoffrey Cumberlege, Oxford University Press, 1951, p.22, K.C.ウィーア〔伊藤正己・小堀憲助訳〕『現代の憲法』勁草書房, 1954, p.28.

(3) James Bryce, "Flexible and Rigid Constitution", *Studies in History and Jurisprudence*. Oxford:Clarendon Press, 1901, pp.124-213.

(4) *Ibid.*, pp.187-188.

からである。

これに対して、「リジッドな憲法」は、まさに、剛構造の鉄橋と同様である。それは、憲法に対する「攻撃」や種々の憲法改正案に含まれる風圧に相当程度、耐えられうるが、しかし、その変更は憲法改正の手段をもってしてはなしえないとする国民の大嵐 (popular tempest) には耐え切れない。たとえば、ある政党が、憲法改正によってのみ実効的に実現しうる改革を声高に主張するようになったとき、もし、憲法で規定された多数を確保しえないが故に、改正手続に従って憲法を変更することが出来ないなら、その法的はげ口から締め出され、時間が経過するなかで鬱積した不満は、革命ないし市民戦争の形をとって噴出することになるかも知れない。

ブライスは、この危険性を現実化したのがアメリカ合衆国における奴隷制の問題だとして、大要、次のように説いている。

合衆国憲法のなかには、奴隷制の存在を前提とする規定があった。それは、「一州においてその法律の下に服務または労働に従う義務ある者は、他州に逃亡した場合でも、その州の法律または規則によって、上記の服務または労働から解除されるものではなく、上記の服務または労働に対し権利を有する当事者の請求に従って引き渡されなくてはならない」(第4条第2節第3項) とする規定であり、そこで言う「服務または労働に従う義務ある者」が奴隷を指すことは明白だからである。また、「連邦議会は、1808年以前において、現存する州が入国を適当と認める人々の移住および輸入を禁止することはできない」(第1条第9節第1項前段) とする規定も、そこで「輸入」の対象とされたものが奴隷であったことは疑問の余地がないと同時に、憲法制定者は、近い将来、奴隷制が廃されるもの

と予想していたことが判る<sup>(5)</sup>。

このように、合衆国憲法そのものが、奴隷制の存廃について明確な態度を示すものでなかったこともあり、その後、周知のごとく、奴隷労働に依存する南部と奴隷制反対の北部との間の対立は先鋭化するに至る。両勢力ともに、憲法はわが方の立場を採ると主張したのである。それゆえ、もし、合衆国憲法の改正がもっと容易であったならば、南北戦争は回避されえたかも知れない、というのである。

#### 4 憲法改正の顕在化

ブライスによれば、「時間」の要素は、憲法を強化し、安定化させる方向に働く一方、それを弱体化し、不安定なものとする方向にも働く。それは、いわば長年連れ添う夫婦の関係と同じであり、年を経るにつれて憲法に対する愛着や尊敬が増す場合もあれば、逆に、不満や憎悪を募らせる場合もあるというのである。すなわち、一方で、国民は、自らの憲法に満足せず、繰り返し口論するが、しかし、当該憲法と共に生活を重ねてきたというだけで、それを受け容れるようになり、さらには、それを他の国民に見せびらかし、祝祭日まで設けて、公にそれを祝うようにもなる。他方、国民の社会的および経済的な状態が変化するなかで、憲法は、世代を経るに伴って、人々の政治的要求をますます反映しない古びた装置となってしまうこともある。

憲法改正の問題が顕在化するのは後者の場合である。その場合、厳格な改正手続にまもられた改正反対派は、憲法的変革を阻止し、憲法の安定をはかることに成功するかも知れない。しかし、変革を求める声が強ければ強いほど、その硬性憲法は、「自然の発展を妨害するものとなるが故に、今や、危険なものとなり」、不安定なものとなるのである<sup>(6)</sup>。

(5) *Ibid.*, pp.189-190.

(6) *Ibid.*, pp.190-191.

こうして、ブライスは、状況如何によって、憲法の安定のために仕組まれた改正手続の硬硬度の高さゆえに、かえって、憲法が不安定なものとなりうることを摘示したのである。

## II 「法の支配」と「主権者」の相克

### 1 平和的変革としての「憲法の改正」

ブライスと同時代、アメリカにおいてドイツ的な国家学を展開したジョン・W・バージェスは、完璧な憲法は、憲法改正、自由（権利章典）および統治機構の三つの基本部分によって構成されるとし、そのうちでも、憲法改正を第一位におき、次のように説いた。

第一は、憲法の枠内で、将来の変革の完成に向け国家を構築することである。これは、通常、改正条項と呼ばれ、そこに規定された権力が改正権と呼ばれる。この権力は、憲法のなかで最も重要な部分である。国家が平和裡に変革を成し遂げるか、それとも、停滞、後退はたまた革命に苦しむか否かという問題は、憲法の実定性、すなわち、その現実的および自然的状態との対応性に依存する。ある憲法が、その様々な部分で不完全であるか、もしくは間違っていたとしても、もし、国家が当該憲法の枠内で実態に即して構築されるならば、容易に補正せられ、修正せられうる。しかし、もし、それが成し遂げられないならば、革命以外に、国家の生き延びる方途がなくなるまで、誤りは集積されるに違いない<sup>(7)</sup>。

憲法は、平和裡に、適法に、そして、なによりも、憲法を支える現実の変化の速度と国民の

不満の深度に応じて、変更されなくてはならない。もちろん、違憲審査権を保持する司法裁判所の憲法解釈によっても、一定程度、そうした変化に対応することは可能である。しかし、司法裁判所による憲法の再解釈には、自ずから限度があり、憲法解釈の変更による対応に過度の期待をかけることは、民主主義の観点からしても問題であることは言うまでもない。憲法に根拠をもつ改正規定のみが、上記の要請に十全な形で応ずることができるのである。ペーター・スーバー（Earham College 哲学準教授）の指摘するごとく、「改正規定は、法の支配のもとに、憲法の変更を許容するのみならず、それを組織化するのである<sup>(8)</sup>」。

### 2 「朕ハ法ナリ」

スーバーは、憲法改正規定は「法の支配のもとに」あるとする。しかし、この規定に基づく憲法改正行為は、一般に、「制度化された制憲権〔憲法制定権力<sup>(9)</sup>〕」の行使として、その性質上、「主権」的な権力の発動と解されている。そこで、憲法改正規定の性格を理解するうえで、必要な範囲において、——古くから議論のある——「法の支配」と「主権」ないし「主権者」との関係について、改めて、若干の検討を試みておこう。

1970年代、チリの軍事クーデターによって権力を手にし、1980年に制定された憲法のもとで大統領の座に就いたピノチェト将軍にとって、1988年秋、大統領統投の是非を問う国民投票で、57.7パーセントの反対票が出たことは、自らの権力を失墜させる日がそう遠くないことを予感させるものであった。案の定、翌1989年12月の大統領選挙で、反ピノチェト陣営のイルウィ

(7) John William Burgess, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, Vol.I. Boston: Ginn & Company, 1890, p.137.

(8) Peter Suber, *The Paradox of Self-Amendment — A Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change*. New York: Peter Lang, 1990. p.18. なお、引用文中の傍点は筆者が付したものである。

(9) 高見・前掲注(1) p.7.

ン候補が、ピノチェトの指名した候補を破って大統領に当選するのであるが、選挙に先だって、同年10月、この独裁者は、「もし、誰かが私の身体に一指でも触れるなら、法の支配は終わる」との警告を発したと伝えられている<sup>(10)</sup>。

これは、「朕ハ国家」ならぬ「朕ハ法ナリ」を地で行くものである。それは、「法の支配」とは、一人の人間の意思に依存すると言うものであって、近代国家は「人の支配」からの解放と「法の支配」の確立にあるとの考え方からすると、時代錯誤も甚だしい妄言である、ということになる。しかし、「朕ハ法ナリ」の命題も、近代における「法の支配」の理解としては、一面の真理を衝くものであるように思われる。

### 3 近代の主権者による「法の支配」

中世における「法の支配」とは、臣民に対しては無答責な君主といえども、神や本性（自然）に由来する永遠の法や古来の慣習に根拠をもつ良き法の制約には服するとするものであった。しかし、ほかならぬ人間がこの社会をつくり上げ、実際に動かすとするルネサンス以降の近代人の目からすると、法もまた、主権者という人間の意思から生じたものであるということになる。イギリス国内が革命による混乱の渦中にあった1651年、亡命先のパリで本国の公衆に向け刊行した『リヴァイアサン』のなかで、トマス・ホッブスは、近代国家において法のもつ特質を別決したのであった。

ホッブスによれば、抗争と混乱を脱した<sup>コモンウェルス</sup>国家においては、誰もそれ以上に訴えることのできない、そして、いかなる問題でも決着をつけ、どのような争いでも解決しうる権威を与えられた唯一の権力の源泉が存在する。この唯

一の権力の源泉が「主権」と呼ばれるものであって、その性質上、人間の意思でなくてはならない。それは、君主にみられるような、単一の個人の意思である場合もあれば、人々の代表者や少数の有力者からなる一つの会議体、集合体の場合もありうる。

これに対して、法は、本来的に無力である、というのがホッブスの見立てであった。すなわち、法は、そもそも人間によって解釈、適用されることで、初めて、その生命を与えられる。何が法であるのかを宣明し、如何にして、その法が実現せられるべきかについて、最後の言葉を発しうる者（単数または複数）、すなわち、主権者が、実際に通用する法が何であるかを究極において支配する権力を保持するのである。さらに、この主権者によって、新たな法が定立せられ、そして、改廃せられるのである。したがって、主権的権力は、その性質上、自ら定立した法の配下に立つということとはあり得ない。

ホッブスは、「主権的権力を有するものが、市民法〔国家の成員を拘束する諸法〕に服従する」との見解は国家の本性に反するとして、次のように論じている。

もとより、主権者たちはすべて、自然の諸法に服従する。なぜなら、そうした法は神のものであり、いかなる者やどのような国家によっても破棄されえないからである。しかし、主権者、すなわち、国家がつくる諸法に、自らが服従することはしない。けだし、法に服従するとは、国家に、すなわち、主権的代表者に、つまり、主権者自身に服従することだからである。主権者は法に服従するものではなく、法から解放されているのである。それ

(10) Ignacio Sánchez-Cuenca, "Power, Rules, and Compliance", J.M.Maravall & A.Przeworski, *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge:Cambridge University Press, 2003, p.62. なお、ピノチェト統治下の1973年から90年の間に行われた残虐行為について、siehe Bruno Zehnder, *Immunität von Staatsoberhäuptern und der Schutz elementarer Menschenrechte — der Fall Pinochet*. Baden-Baden:Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p.118ff.

は、主権者のうえに法を置くものであるがゆえに、誤りであって、それは、また、裁判官を、そして、その処罰権力を主権者のうえに置く誤りを犯すものである。そのことは、新しい主権者をつくることであり、さらに、同じ理由により、この新たな主権者を処罰するために第3の主権者がつくられることになる。こうして、際限なく新たな主権者がつくられ、国家は混乱し、解体するに至るのである<sup>(11)</sup>。

ホッブスは、主権者たる人間（単数または複数）が国家の存立を脅かすおそれのあるあらゆる対立、紛争を解決する権力を保持する確固たる権威を保持する場合にのみ、その体制は存続すると考えていたものと思われる。ただ、ここで特に留意して置きたい点は、ホッブスにおいて、法は、主権者によって対立・抗争の解決をもたらすべく定立されるものであると同時に、まさに、その解釈・適用をめぐる新たな紛議を生み出す要因でもあるということである。  
オブ・コモンウェルス  
「国家について」と題された『リヴァイアサン』第2部<sup>(12)</sup>は、その分析に当てられているが、これを整理すれば次のようになる。

そもそも国家は、自らの領域において、構成員相互の間で生ずる紛争について、すべてこれを解決ないし予防する権力を保持する場合にのみ、存立しうる。法は、この国家の安定に資すべく定立されるが、しかし、通常の場合、誰に対してもその意味が明白であるように、決して完璧に明快には表現されうるものではない。むしろ、定立された法の意味解釈それ自体が紛議の種となりうるのである。それゆえ、法は、それに一義的な解釈を与え

るべく権威づけられた人間、すなわち、主権者が存在しないならば、決して安定に資することはないのである。そして、もし、そのような人間が存在するならば、その彼が主権者であって、彼によって解釈される法に主権があるわけではない。まさに彼が法を統御したのであって、その逆ではないからである。

#### 4 「法の支配」に服する主権者

ホッブスと同時代の牧師で、政治理論家としても知られたフィリップ・ハントンは、「君主制論」と題した1643年公刊の小冊子<sup>(13)</sup>のなかで、上述の法と主権（者）の関係について、ホッブスとは全く対照的な見解を示している。

ハントンのよれば、国家至高の権力（主権）は、君主のうちに存在しなければならぬが、しかし、それは、「法」によって付与され、その指示に基づいて活動し、その制限に服するものである。さもないければ、彼は、制限された君主、すなわち、忠義な主権者もしくは適法な国王ではありえないからである。こうして、主権は、合法的となり、主権者は法の支配のもとに置かれる<sup>(14)</sup>。

その場合でも、問題は、主権者が法的に課せられた限界を逸脱する行為を侵した場合、誰がそれを最終的に判定するのか、ということにある。ハントンのよれば、この究極的な争いに決着をつける判定者は、当該体制のよそ者か身内のいずれかである。前者の場合、われわれは、最大の争いに関して、外国の権力に国家を従属せしめることになり、国家の自由を喪失する。後者の場合、この判定者は、君主自身か共同体とその代表のいずれかである。

①君主が判定者である場合、国家の枠組みは

(11) Thomas Hobbes, *The Leviathan*. New York:Prometheus Book, 1988, p.173. なお、ホッブス（水田洋訳）『リヴァイアサン(2)』岩波文庫, 1992, pp.244-245.

(12) *Ibid.*, p.87ff.; 同上 p.27以下.

(13) Philip Hunton (ed.by Ian Gardner), *A Treatise of Monarchy*. Bristol:Thoemmes Press, 2000.

(14) *Ibid.*,p.24.

崩壊し、それは絶対的なものになってしまう。けだし、君主の権力を法に基づいて限定しておきながら、その法からの君主の逸脱を、君主自らが判断することは、君主をして、すべての法から解き放つことになるからである。

②共同体とその代表者が最終決着をつける権力を保持する場合、共同体全体もしくはその一部に権力の頂点、最高権力が委ねられることになり、君主制は崩壊する。

要するに、制限君主制のもとで、もし、君主の法的逸脱の有無に関して、君主と共同体との間で根本的な不一致が生起するならば、その明確な判定者は、体制の内と外のどこにも存在しないと考えるべきだ<sup>(15)</sup>、というのである。

## 5 「法」による主権者の「承認」

ハントンは、法が主権者の統治のあり方を制限し、規定すると考えた。そして、主権者が法的規制に反する行為を侵した場合、その判定者は体制の内外いずれにも存在しないとされた。これに対して、ホッブスは、そうした法的紛争について、何が法であるかを明らかにし、法的紛争を解決し、法秩序を維持・保障する者が主権者であるとするのであった。この違いは、前者が制限君主制を立論の前提とし、後者が、絶対君主制をその前提としたことによるものであろう。そして、後者の発想が旧体制を破壊して、その廢墟のうえに、近代立憲国家を建設し、維持する論理の根底に据えられたことは言うまでもない。しかし、そこでは、最終的な決定をなし得る者が全能の権力を保持するところから、その権力の行使の仕方如何によっては、新たに

構築された立憲国家そのものの破壊に向かうこともあり得ないわけではない。

ホッブスの発想は、新たな秩序を形成するダイナミズムを有しているが、しかし、同時に、秩序破壊にも向かいうる。これに対して、ハントンのそれは、秩序にとって安定的であるが、しかし、秩序の形成・改廃といったダイナミックさに欠ける。近代立憲国家における憲法の変動ないし改正といった問題を考える場合、これら二つの発想がともに必要である。しかも、ここでは、とりわけ、「主権者」の存在そのものを、ある種の「法」によって根拠づけることが求められるのである。

H・L・A・ハート（イギリスの法哲学者）が『法の概念』において示した主権者の根拠づけ<sup>(16)</sup>は、そうした試みの一つとして理解することができる。

ハートによれば、ホッブス的な「法の上にある主権者」、すなわち、「他の人々に対して法を創設し、そうすることで彼らに法的義務または『制限』を課しながら、自らは法的に何らの制限もなく、また、制限されることもあり得ない<sup>(17)</sup>」主権者というものが認められるためには、その保持する権力ないし「公的資格<sup>(18)</sup>」が創設され、存立していることが前提となる。すなわち、その権力は創設されたものであるがゆえに、当該権力に服する人々によって承認され、維持されるルールが存在が前提となる。そのルールは、「一定の方式で資格づけられた者に一定の手続に従って立法する無制限の……権力を与える<sup>(19)</sup>」というものである。要するに、如何なる政治体制のもとであれ、そこには、少

(15) Hunton, *op.cit.*, p.29. もっとも、ハントンは、各自が、自らの内なる良心の法廷において、その法からの逸脱の有無を判定する道徳的権力を——憲法に取り込まれないものとして——留保しているとし、法ないし憲法をまもる抵抗権の発動が残されていることを指摘する。Hunton, *op.cit.*, p.30.

(16) H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. Oxford:Oxford University Press, 1994. p.50ff.&p.100ff; H・L・A・ハート（矢崎光圀監訳）『法の概念』みすず書房, 2003, p56ff.&p.109ff.

(17) *Ibid.*, p.51. 同上 p.57.

(18) *Ibid.*, pp.75-76; ハート・同上 pp.84-85.

(19) Hart, *op.cit.*, p.77; ハート・同上 p.86.

なくとも、主権者が誰であるかを同定しうるルール（「承認のルール」）が存するはずだと考えるのである<sup>(20)</sup>。ホッブスは法を主権者の足下に置いたが、しかし、ハートによれば、主権者の頭上ないし背後には、そもそも彼を「主権者」として承認する法的ルールが存在するというわけである。

たとえば、空き地で、敵味方に分かれ、草野球をしている子どもたちが、ときどき、プレイを中断し、集まって、ルールの確認や適用の仕方、新たなルールの作成を話し合っている場面を想定してみよう。ここでは、野球のゲームをすることと、そのルールについて争い、全員が集まって協議することとは明確に区別されているのである。ハートの「承認のルール」は、まさに、この野球をゲームとして成り立たしめるルールと同じ性質のものであり、国家統治に引きつけて考えれば、主権の所在を指示し、立法・司法・行政といった組織や活動の基本ルールを構成する「憲法」ということになるだろう。

### III 憲法改正条項の特質

#### 1 メタ・メタ・ルールとしての憲法改正規定

ジェーン・ハンプトン（アリゾナ大学教授）は、1994年刊行の『ノモス』第36号の巻頭論文「デモクラシーと法の支配」のなかで、民主政とは、「人民による、人民のための、そして、人民の——この最後の言葉が誤解を招くものであるということを除いて——統治である」であるが、「古代アテネ人とは異なり、殆どの者は

実際に統治に携わっていない」。ここでは、「われわれのうちのごく少数の者が統治を行うに過ぎない<sup>(21)</sup>」と指摘したうえで、ハートの「承認のルール」に言及し、次のように述べる。

これ〔少数者の統治〕を人民の統治に仕上げるものは、次の事実、すなわち、承認のルールのなかに、〔統治〕対象である政治ゲームを規定するルールだけでなく、人民が比較的僅かなコストでその対象たる政治ゲームの一部を創設し、解消する方途を選択しようとする場合、その〔ルールの一部を変更する〕権力を人民に対して付与するルールが内蔵されている、ということである。後者のルールの創出は、統治を創設し、維持する活動の範囲について、新たな方法で、これを拡大するものである。そのルールは、人民が、より効果的な、そして、より制御された方法で、自ら政治社会〔のあり方〕を規定〔する〕者として、「変換の役割」を演ずることを許容する。……要するに、人々は、〔この変換ルールから〕革命的活動が政治社会の日常的な活動の一部でありうることを発見したのである<sup>(22)</sup>。

統治のあり方を統御もしくは変換するメタ・ルールとして、ここでは、選挙と憲法改正の二つの手続法が考えられるが、とくに、後者は、実定国法の頂点にあってこれを規正する憲法という上位・ルールの変換・ルールであり、ハンプトンの指摘する如く、厳密には、「メタ・メタ・ルール<sup>(23)</sup>」と称すべきものである。

<sup>(20)</sup> これは、ハートが「承認のルール」として法体系の基礎に置くものである。それは、ケルゼンが、階層的法秩序の前提に置いた「根本規範」に類似した性格を持つものと思われる。しかし、ハート自身は、仮設として措定された「根本規範」に対して、「承認のルール」の事実問題としての性格を強調する。Hart, *op.cit.*, pp.292-293; ハート・前掲書 pp.278-279. なお、ハートの「承認のルール」とケルゼンの「根本規範」の関係について、cf., Uta Bindreiter, *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine*. The Hague:Kluwer Law International, 2002, pp.11-72.

<sup>(21)</sup> Jean Hampton, "Democracy and the Rule of Law", Ian Shapiro (ed.), *The Rule of Law* [Nomos no. 36]. New York: New York University Press, 1994. p.34.

<sup>(22)</sup> *Ibid.*, p.34f.

ここに、憲法改正規定の「メタ・メタ・ルール」としての性格ないし役割が明確となる。それは、国政のあり方を規定する諸々の実定国法を規正する憲法そのものに変更を加える作用である。それは、憲法というメタ・ルールを変更する最高の権力作用であるが、しかし、同時に、メタ・メタ・ルールとしての憲法改正規定にもとづいて行われるものである。ただ、この改正規定は、それが憲法の変革というすぐれて政治的な領域に属する作用にかかわるものであることから、その法的、規範的意義について、種々争いのあるところである。

## 2 法外の権力行為としての「憲法の改正」

そこで、憲法改正という行為・作用の性質をどう理解するかについて、極めて対照的な二つの見解を見ておくことにする。それは、一方で「憲法の改正は、法学的視点からは、つねに革命的行為であり、この行為は、法秩序の支配のもとにおいてではなく、その外で生起するものである」としたW・ブルックハルト（20世紀前半のスイスを代表する憲法学者）の見解<sup>(24)</sup>であり、他方で「憲法改正権は、憲法を維持しながら、憲法律の諸規定に、修正・追加・補足・削除等を行う権限のみを含むものであって、新しい憲法を制定したり、この改正権自体の基礎の変更・拡張ないし新規なものへの置換……と云った権能を含むものではない」としたC・シュミット（戦前、ワイマール期からナチス初期の時代のドイツで活躍した憲法学者）の見解<sup>(25)</sup>である。

ブルックハルトによれば、憲法とは「国家の基礎的な権限秩序」、すなわち、「人間の共同社会において、一般に、または、殊に、何が適法(rechtens)であるかを、終審的に決定する者は誰かについて規定する秩序<sup>(26)</sup>」である。この秩序のもとでは、「普通の法律以下の国法は、憲法の授權によって成立し、憲法から派生し、その通用は法的に憲法から誘導せられ、その制定・改正は法的には憲法によって基礎づけられ得るのに対し、国家の最上級の法律としての憲法の通用は、それ以上さらに法的には誘導せられ得ぬもので、憲法が改正出来るか否か、出来るとした場合にその手続如何ということは、法の原則によって決し得られる問題ではない<sup>(27)</sup>」。下位法は、上位法にその根拠をもち、通用力を獲得するが、しかし、国法秩序の最上位に位置する「憲法の上には、もはや何もない<sup>(28)</sup>」からである。要するに、ブルックハルトにあっては、憲法の制定はもとより、憲法の改正もまた、法を超越する事実上の権力行使の問題である。

したがって、たとえ憲法改正について何らの規定がない憲法であっても、その憲法は、決して「不完全ではない<sup>(29)</sup>」。また、憲法改正規定がおかれている場合であっても、その規定は、改正行為を法的に根拠づけるものではなく、ただ、そこで規定された改正手続に基づいて行われる「改正行為」の結果生じた新たな憲法に対する人々の一般的な了承(Einverständnis)を得るために有益である<sup>(30)</sup>と云うに過ぎないのである。

<sup>(23)</sup> Ibid., p.36.

<sup>(24)</sup> Walther Burckhardt, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2.Aufl.Zürich:Polygraphischer Verlag A.-G., 1944, p.213.

<sup>(25)</sup> Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 9.Aufl.Berlin:Duncker & Humblot, 2003, p.103.

<sup>(26)</sup> Bruckhardt, *op.cit.*, p.202.

<sup>(27)</sup> Ibid., p.208. なお、このブルックハルトの見解の巧妙な訳文は、清宮四郎「憲法改正作用」『国家作用の理論』有斐閣, 1968, p.149によった。

<sup>(28)</sup> Ibid., p.209.

<sup>(29)</sup> Ibid., p.213.

<sup>(30)</sup> Ibid., p.212.

### 3 憲法上の権力行使としての「憲法の改正」

シュミットによれば、憲法とは、国家と呼ばれる「政治的統一の種類の種類および形式についての全体的な決断<sup>(31)</sup>」である。それは、いわゆる憲法制定権力の政治的決断の所産である<sup>(32)</sup>。そして、シュミットは、「この憲法に基づいてはじめて妥当し、それを前提とする<sup>(33)</sup>」個々の憲法規定の集合を憲法律と呼ぶ。

これは、フランス大革命のとき、シェーエスが提唱した憲法を作る権力 (*pouvoir constituant*) と憲法によって作られた権力 (*pouvoirs constitués*) の区分<sup>(34)</sup>を「装いを新たにして再生せしめよう<sup>(35)</sup>」としたものである。ただ、シェーエスの場合、憲法の改正もまた、憲法を作る権力の作用の一部であって、「〔当該権力を保有する〕国民にとっては、いつでも自らの憲法を改正することが可能である<sup>(36)</sup>」。しかし、シュミットの場合、憲法の改正は、国民のオリジナルな憲法制定行為と違って、憲法によって作られた権力の行為、すなわち、憲法律に根拠を置く権力作用である。この「憲法の改正」という憲法律によって付与された権能は、「全体としての憲法の同一性と継続性が維持されていることを前提に、一つの、または複数の憲法律的規定を他の憲法律的規定に置き換えうることを意味する<sup>(37)</sup>」。したがって、その権能には、上述の如く、憲法を維持しつつ、憲法律の諸規定に、修正・追加・補足・削除等を行う権限のみが含まれているのであって、新憲法を制定したり、

改正規定それ自体の基礎を改変する権能は含まれていないのである。

そして、シュミットは、このように憲法改正作用を限定的に捉えることにより、憲法制定権力の全体的決断によって示された憲法の根本原則について、革命やクーデターによってこれを変革する行為（ここでは、新旧両憲法の間の一貫性・継続性は断たれる）を憲法の「廃棄」とか「排除」と呼び、憲法の枠内での憲法律上の諸規定の「改正」行為との違いを際立たせて見せたのである<sup>(38)</sup>。

それは、1918年、ドイツにおいて君主制が終焉し、共和制が樹立され、ワイマール憲法によってその国家の新たな枠組みが作られたとき、G・アンシュッツ（当時のドイツ憲法学の通説を形成した憲法学者）が行った次のような診断結果に対するシュミットによる理論的追認を意味するものであろう。

革命は、既存の国家を崩壊させるためではなく、国家の憲法を覆すために、とりわけ、その形態と呼ばれるものを変革すべく遂行されるのである。……〔そこでは〕法的展開の連関は断ちきられるが、国家生活のそれが切断されるものではない。一般意思は、根本的変動を伴うか、もしくは承認を得ることで、新たな担い手と機関を保持してきた。憲法は変わっても、国家は変わらない<sup>(39)</sup>。

(31) Schmitt, *op.cit.*, p.20ff.

(32) *Ibid.*, p.44ff.

(33) *Ibid.*, p.22.

(34) Emmanuel Joseph Sieyès, [E.Champion (éd.)], *Qu'est-ce Que le Tiers État?* Paris:Société de l'Histoire de la Révolution Française, 1888, pp.64-76.

(35) 清宮・前掲注(27) p.153.

(36) Sieyès, *op.cit.*, p.73.

(37) Schmitt, *op.cit.*, p.103.

(38) *Ibid.*, p.99ff.

(39) Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.August 1919*, 14.Aufl.Berlin:G.Stilke, 1933,p.1.

#### 4 憲法改正権の本質的性格

J・イーゼンゼ（ボン大学教授）によれば、「憲法が生まれる野蛮の地は、立憲国家的に保障された文明の彼方にある<sup>(40)</sup>」。この「文明」と対比された「野蛮の地」の比喩は、近代市民革命以来、「形式のない形成者」（formlose Formende）として、「主権」すなわち、憲法制定権力を保持する者が活動してきた舞台の特質を的確に言い当てている。新たな憲法の制定は、既存の秩序ないし体制側の観点からすれば、「無秩序」ないし「混乱」といった「野蛮行為」以外の何ものでもない。近代の立憲民主国の特質は、そうした体制破壊的行為——旧来の体制に刃向かった側からすると「革命権」ないし「抵抗権」の行使——を多かれ少なかれ「体制内化」しえた、ということにある。

この「野蛮」な、もしくは「革命的」な権力が共同体のなかに常在することの意味について、ロックは、「市民政府」論のなかで、次のように論じている。

いかなる人も、人々の社会も、自らの保存と、したがってその手段とを、他の人の絶対的な意思や恣意的な支配とに渡すという権力は持っていないのだから、誰かが人々をそのような奴隷状態へ追い込もうとするときはいつでも、人々は自分でも手放すことのできないものを守るための権利を常に……持つのである。このように、この点では、共同体は常に最高の権力である、と言えよう。しかし、何らかの統治形態のもとにあるときは、そうではない。なぜなら、この国民の権力は、統治が解体するまでは発生しえないものなのだか

らである<sup>(41)</sup>。

C・フリードリッヒ（ドイツ生まれの政治学者、ハーバード大学教授として活躍）は、このロックの言説を、憲法の制定という文脈のなかに位置づけ、次のように読み替えている。

（総じて共同体のより知的で、重要な部分を構成する）人々のうちのかかり数の者にとっては、他人の気まぐれで恣意的な決定に対抗して……自らの（決定の）自由を保持する性向があるので、強制された従属状態に貶められようとするならば誰もが、相当の犠牲を払ってでも、その状態から脱出しようとするものと思われる。……そして、この共同体の（より知的で重要な）部分のなかから、如何なる政府の下にも服従していないと考える「〔憲法〕制定集団」と呼ばれるものが、くっきりとその姿を現す。けだし、彼らの権力は、既存の政府を解体し、新憲法を樹立する以外に、何ら活動するものでもないからである<sup>(42)</sup>。

フリードリッヒは、この読み替えによって、ロックの言説から、①政府に対して抑制を求める共同体のなかには、留保され、組織されていない抵抗権ないし革命権が存在し、②政府が機能しなくなった場合に、この憲法制定集団がその活動を開始する、との一般命題を引き出し、そして、②の命題こそが、憲法制定権力と改正権とを区別するうえで重要であるとする。すなわち、「改正権は合法的変革によって革命を未然に防止するために設けられたものである。しかしながら、改正権の活動が失敗に帰したとき、制定権力がその危機の点において立ち現れる<sup>(43)</sup>」。

(40) Josef Isensee, *Das Volk als Grund der Verfassung*. Opladen:Westdeutscher Verlag, 1995, p.9.

(41) John Locke, *Two Treatises of Civil Government* (Everyman's Library). London:J.M.Dent & Sons Ltd., 1924, § 149; 伊藤宏之訳『全訳 統治論』柏書房, 1997, p.261.

(42) Carl J.Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, Rev.ed.Boston:Ginn and Company, 1950. p.130. なお、引用文中の傍点は本文イタリック体。

(43) *Ibid.*

要するに、「周到に作成された憲法は、人的に可能な限り、革命的変動に先手を打って防ぐべく、自らの改正について規定しているのだ<sup>(44)</sup>」というのである。

## むすび

「憲法改正」という行為ないし作用は、いささか誇張されているとは言え、フリードリッヒの「合法的変革によって革命を未然に防止する」という巧みな言説に示されるように、いわば革命的「変革」を「合法的」に遂行することである。それは、法的であると同時にすぐれて政治的な性質の行為ないし作用である。そして、法は社会から孤立して存在しえないと同様、憲法もまた、社会的ないし政治的コンセンサスを抜きにしては機能しえない。それゆえ、「憲法改

正」作業は、社会の趨勢、社会におけるコンセンサスの度合を見極めながら遂行せざるを得ない。その場合、E・マッキーニー（トロント大学教授）が憲法制定について述べた提言、すなわち、「実質的もしくは包括的な社会的コンセンサスが存しなくても、そこそこに十分なコンセンサス——すなわち、当該社会の内部で対抗勢力が我慢しあいながら調整ないし共存する状態——が存する場合には、時間を味方につけて控え目に活動し、かなり十分な社会的コンセンサスが存する場合、憲法制定者は、構わず先に進むことが正当化される<sup>(45)</sup>」との言明は、憲法改正の作業についても、そのまま当てはまるであろう。

（たかみ かつとし 元専門調査員）

（本稿は、筆者が政治議会調査室在職中に執筆したものである。）

---

(44) *Ibid.*, p135.

(45) Edward McWhinney, *Constitution-making: Principles, Process, Practice*. Toronto: University of Tront Press, 1981, p.134.