

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年2月

ISBN  
4-87582-609-5

調査資料  
2004-1-e

# 憲法の改正

高見勝利

2005年2月

現在、両議院に設置された憲法調査会では、日本国憲法についての調査が継続しており、平成17年には最終報告書が提出される予定である。シリーズ「憲法の論点」は、憲法調査会の論議に資するため、国立国会図書館調査及び立法考査局において、多岐にわたる憲法論議の中から幾つかの論点を取り上げ、争点、主要学説及び諸外国の動向等を簡潔にとりまとめたものである。

目次

はじめに

- I 連合国総司令部民政局における憲法改正規定の起案
    - 1 明治憲法と現行憲法における改正手続の異同
    - 2 現行憲法第96条の原案作成の経過
    - 3 最終草案とその総括
  - II 松本委員会・憲法研究会と総司令部の動向
    - 1 「憲法改正要綱」における明治憲法第73条改正案と松本委員会の論議
    - 2 「憲法草案要綱」における明治憲法改正の方式
    - 3 ラウエルの調査・研究と総司令部による松本草案の拒否
  - III 国民投票制を背後から支えるもの
    - 1 想定問答・議会答弁に示された「憲法改正権」と「憲法制定権」の不可分性
    - 2 いわゆる「制度化された制憲権」としての憲法改正権の特質
  - IV 国民投票の法的性格
    - 1 憲法第96条における「国民の承認」の法意と国民投票の諸類型
    - 2 任意的国民投票制の(ii)(a)型の例と憲法第96条改正諸案
    - 3 憲法改正の決定権の転位？
    - 4 議会少数派によるイニシアティブの「評価」
  - V 国民投票の方法
    - 1 憲法第96条に定められた二種の国民投票のメリット・デメリット
    - 2 投票用紙の様式の問題
    - 3 いわゆる「抱き合わせ」投票
    - 4 「過半数」の意味をめぐる争いと外国の立法例
      - (1) 学説
      - (2) 外国等の立法例
    - 5 国民の「承認」の効力発生時期
    - 6 国民投票における国民の運動の自由
- むすびにかえて

要旨

①連合国総司令部民政局内で立案・検討され、日本政府側に提示された現行憲法第96条の原案(最終草案)は、天皇・条約・授権規定に関する委員会の第一次試案、運営委員会の第二次試案をもとに策定されたものである。

②憲法第96条の原案に類似するアイデアは、日本政府の憲法問題調査委員会(いわゆる松本委員会)における明治憲法第73条の改正論議(昭和20(1945)年12月24日)や在野の憲法研究会が公表した「憲法草案要綱」(昭和20(1945)年12月26日)でも示されていた。とくに、後者の見解は、民政局内でも早くから注目されていた。

③憲法第96条の国民投票制は、国民主権、すなわち、憲法の中に制度化された国民の憲法制定権力たる「憲法改正権」の発露であり、そのことは、法制局作成の想定問答集や憲法改正案が審議された第90回帝国議会における金森徳次郎国務大臣の答弁からも明らかである。

④憲法第96条が「国民の承認」の方式として指示する「国民投票」は、法的には、憲法改正にとって必要不可欠の条件であり、その効果を将来に向かって生起せしめる国民の決定行為である。したがって、この国民の決定行為を骨抜きにするような国民投票の制度設計ないし運用は法的に許容され得ない。

⑤憲法第96条のもとで、「国民投票の方法」を具体化するのには、立法府に付与された権能であり、基本的に立法論に属する問題である。とは言え、(a)憲法第96条が指示する二種の国民投票のメリット・デメリット、(b)賛否の問い方と「抱き合わせ」投票の問題、(c)「過半数」の意味をめぐる争い、(d)国民の「承認」の効力発生時期、(e)国民投票における国民の運動の自由等、憲法理論上もしくは憲法政策上、考えておくべき論点も少なからず存する。

## はじめに

憲法の改正とは、憲法典の成文を憲法典自体に予め定められた方法によって意識的に変更する行為である。日本国憲法では、第96条において、その方法ないし手続が規定されている。そこで、まず、憲法第96条の沿革について概観したうえで（Ⅰ、Ⅱ）、憲法改正国民投票制を背後で支える理念ないし思想に触れ（Ⅲ）、当該国民投票の法的性格を検討し（Ⅳ）、さらに、国民投票の具体的な制度設計のあり方——この点は、たぶん立法政策的な判断にかかわる——の基本について見てみることにする（Ⅴ）。

### Ⅰ 連合国総司令部民政局における憲法改正規定の起案

#### 1 明治憲法と現行憲法における改正手続の異同

明治憲法は、憲法制定の最終的権威ないし権力（主権）を保持する天皇が制定した欽定憲法であったので、その改正は、天皇によってのみ発議されうるものとされた。ただ、憲法改正は、憲法制定とは異なり、天皇と雖も単独ではなしえず、天皇の発議した憲法改正案に対して、帝国議会の議決を得ることが必要であった（第73条第1項）。議会での審議もまた、通常法律案の場合（定足数は各院総議員の3分の1〔第46条〕）とは違って、各議院において総員3分の2以上の出席を必要とし、その表決も3分の2以上の特別多数によるべきものとされた（第73条第2項）。このように、憲法の改正には、天皇の意思と帝国議会の議決との合致が必要とされたが、しかし、国民（当時の言葉では「臣民」）はそ

の過程から排除され、憲法改正の請願すら、勅令で禁じられていた（請願令第11条第1号）。

これに対して、日本国憲法は、憲法制定の最終的権威ないし権力（主権）が「国民に存〔し〕」、その国民が「この憲法を確定する」（前文第1段）との建て前に立つ民定憲法であるところから、憲法改正についても、国民の「承認」によって成立するものとし、それに先立つ発議は、国会が「各議院の総議員の3分の2以上の賛成で」これをなすべきものとする（第96条第1項前段）。国民の承認には、「特別の国民投票又は国会の定める選挙の際に行はれる投票」で、「その過半数の賛成」を得ることが必要である（第96条第1項後段）。こうして、日本国憲法のもとでは、明治憲法時代の天皇に代わって、国民が憲法改正の「主人公」となったのである。

#### 2 現行憲法第96条の原案作成の経過

改正手続を定めた憲法第96条の原案は、マッカーサー草案（以下、「マ草案」と略記）の起草に当たった総司令部民政局内に設置された委員会<sup>1</sup>の一つである「天皇・条約・授權規定に関する委員会」で立案された。その第一次試案は、次のような趣旨のものであった。

この憲法は、制定されて10年が経過する昭和30〔31〕（1955〔1956〕）年までは、すべて改正してはならない。10年が経過した後は、国会の特別会を召集してこれの改正について検討することができる。その後も10年ごとに、改正について検討するため、国会の特別会が開かれる。憲法改正は、国会の3分の2以上による提案がなければ発議されず、国会の4分の3以上の多数による議決がなければ承認されない<sup>2</sup>。

1 マッカーサーの指示にもとづいて、民政局において、ホイットニー局長の指揮下、極秘裏に、草案作成が開始されたのは、昭和21（1946）年2月3日のことであるが、この作業に従事したのは、25人の民政局員のうち21人であった。この21人の局員は、全体の監督と調整に当たる運営委員会と「立法」、「行政」、「司法」、「人権」、「地方行政」、「財政」、「天皇・条約・授權規定」、「前文」に関する8つの委員会に編成された。

2 高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程Ⅱ解説』有斐閣、1972、pp.135-136.

上記試案は、民政局幹部によって構成され、委員会の活動全体を監督・指導した運営委員会に取りあげられた。とくに問題とされたのは、憲法制定後10年間、その改正を禁じ、また、その後も10年ごとの見直し規定を置いている点であった。起案者によれば、それは、日本国民にはまだ民主主義を運用する用意ができていないので、この制限によって、国民が新たに獲得した民主主義を、その修得中に失ってしまうことのないようにし、その後10年ごとの見直しに厳しい要件を付したのは、単なる多数派の政治的気まぐれによって憲法改正がなされないようにしたのである。

これに対して、運営委員会は、「自由主義的な憲法の起草は、責任感のある選挙民を前提にせねばならず、また、どの世代にせよ、一つの世代に次の世代が憲法を改正する自由を制約する権利があるということはない。憲法は、相当な永続性をもつ文書でなければならぬとともに、弾力性をもつ文書でもなければならず、その改正手続は、複雑なものでなく、簡明なものでなければならぬ」と批判したのである。そのうえで、幹部の一人(ケーディス民政局行政課長〔当時〕)は、「10年ごとに憲法を再検討しなければならぬという規定は削除したほうがよい」とし、また、別の幹部(ハッシー同政務課長〔当時〕)は、「憲法改正は国会が総議員の3分の2以上の賛成をえて発議し、選挙民の過半数以上の賛成によって承認されるものとしてはどうか」との意見を述べた<sup>3</sup>。

その結果、第二次試案は、次のようなものとなった。

この憲法の改正は、国会のみが、その総議員の4分の3の同意をえて行うものとし、このような国会の議決があれば、その改正は、

この憲法と一体を成すものとして、効力を生ずる。ただし、第〇章〔人権の章〕の改正の場合には、その改正は、さらに選挙民による承認を求め、投票した国民の3分の2以上によって承認されたときにおいてのみ、効力を生ずるものとする。

この憲法の改正が前項に定める方法に従い効力を生じた場合には、天皇は、国民の名で、この憲法と一体を成すものとして、直ちにこれを公布する<sup>4</sup>。

この第二次試案では、運営委員会の指示に基づいて、第一次試案にあった10年という要件はすべて取り除かれ、また、国民が直接、憲法改正を承認する制度も、人権の章に限って導入された。

### 3 最終草案とその総括

しかしながら、最終草案(昭和21(1946)年2月13日、日本政府に手交されたマ草案)では、人権規定に限らず、すべての条項について、国会が憲法改正を発議し、国民の承認を経なければならないものとされた。最終案は、次のように規定する。

この憲法の改正は、総議員の3分の2の賛成で、国会で、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、国会の定める選挙の際行われる投票において、その過半数の賛成を必要とする。

憲法改正について前項の承認を経たときは、天皇は、国民の名で、この憲法と一体をなすものとして、直ちにこれを公布する<sup>5</sup>。

第二次試案と比べて、国会の議決と国民の承認について、いずれもその成立要件が緩和され

3 高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程 I 原文と翻訳』有斐閣、1972、p.137.

4 同上p.149. なお、文脈の関係上、一部訳語を変更した。

5 高柳他編著 前掲注(3) p.301.

おり（国会の議決は総議員の4分の3から3分の2へ、国民投票は3分の2から過半数へと変更）、第一次試案を検討した際に示されたハッシーの見解（I 2参照）が採用されている。

第一次試案から最終のマ草案に至る憲法改正規定の推移について、後に、民政局は、次のように総括している。

憲法改正を扱った〔小〕委員会は、もし反動勢力が政権を獲得したとすると、この憲法は完全に無力化される重大な危険があるから、10年間改正を発案する権利を制限するという一条を提案した。しかし、運営委員会は、自由な憲法の起草は責任ある選挙民の存在を前提にすべきであり、できる限り、日本人は自己の政治制度を発展させる権利を与えられるべきである、と定めた。この条項は、最終草案で、実質上自由主義化された<sup>6</sup>。

なお、上記マ草案が日本政府に提示された後の改正規定の変化について、二つだけ指摘しておこう。一つは、日本政府の要請で二院制となったのに伴って、国会の発議が、衆参両議院で各々総議員の3分の2以上の特別多数の賛成を要することとなった。そのため、一院制を採用していたマ草案に比して、国会による憲法改正発議が相当に厳しくなったということである。もう一つは、マ草案に示された「国民の承認」手続として、「特別の国民投票」と「国会の定める選挙の際に行はれる投票」の二つの方式が明記されたことである。

## II 松本委員会・憲法研究会と総司令部の動向

### 1 「憲法改正要綱」における明治憲法第73条改正案と松本委員会の論議

ところで、時期的には前後するが、昭和20（1945）年10月11日、幣原喜重郎男爵が首相就任の挨拶に総司令部を訪問した際、マッカーサー元帥から明治憲法の「自由主義化」の示唆を受けた。そこで、日本政府は、同月13日、松本丞治国务大臣を委員長とする憲法問題調査委員会（以下「松本委員会」と略記）を組織し、憲法改正に向けた調査研究を開始したが、事態の変化のなかで、年末からは具体的な改正案づくりに着手し、翌21（1946）年2月初めに、「憲法改正要綱」（以下「松本草案」と略記）を総司令部に提出するに至る。明治憲法第73条に関する改正部分は、次のようなものであった。

三十一 両議院ノ議員ハ各々其ノ院ノ総員二分ノ一以上ノ賛成ヲ得テ憲法改正ノ議案ヲ発議スルコトヲ得ル旨ノ規定ヲ設クルコト

三十二 天皇ハ帝国議會ノ議決シタル憲法改正ヲ裁可シ其ノ公布及執行ヲ命スル旨ノ規定ヲ設クルコト<sup>7</sup>

総司令部は、この松本草案について、全体として「伝統的な原理および古い慣習を固執し、改革を行うという望みをほとんど示さず、問題を、言葉の見せかけと西方 [the West] に向かつてのお辞儀だけで、解決しようとしていた」と酷評する。ただ、留意すべきは、その際、松本委員会が「問題の内容を理解していたことは、疑う余地はない」とし、「憲法の自由主義化」、「民主主義国家の基礎の確立」のために何をなすべきかは、十分に知っていたはずだとしていることである<sup>8</sup>。

このことは、本稿のテーマである「憲法改正」

6 連合国民政局（小島和司ほか訳）『日本の新憲法』憲資・総第1号、憲法調査会事務局、1956、p.47。（初出『国家学会雑誌』65巻1号、1951.1）なお、文脈の関係上、訳文を一部修正した。

7 憲法改正要綱（芦部信喜他編著『日本国憲法制定資料全集(1)』信山社、1997、p.308。なお、この改正自体、明治憲法にとって「最重大ナル改正点」であることについて、「憲法改正案ノ大要ノ説明」参照（同p.311）。

8 連合国民政局 前掲注（6）pp.42-43。

手続規定について、基本的に妥当する。すなわち、総司令部に提出された松本草案には、憲法改正について、天皇のみならず、帝国議会にもその発議権を認める案が示されたが、しかし、松本委員会の内部では、すでに、日本国憲法第96条を先取りする次のような議論が極めて有力であったからである。

憲法改正手続ニツイテハ、発案権ヲ議會ニモ与ヘルコトニツイテハ全員一致シテ居〔る〕……ガ更ニ憲法改正ニツイテダケデモレフェレンダムノ制度ヲ設クベキデハナイカ、或ヒハレフェレンダムデナクテモ諸外国ノ憲法ノ様ニ、憲法改正ガ発議サレタルトキニハ国民ノ総意ニ問フ意味デ議會ガ当然解散サレルコトニスル位ハ考慮スベキデハナイカ<sup>9</sup>。

とはいえ、憲法を制定した天皇が改正権の主体であるとの原則は堅持すべきだとする基本方針に基づいて策定された松本草案にあっては、憲法改正について国民投票等の制度を設けるべきだとする上記のような議論が、そもそも、その最終案に盛り込まれるはずはあり得なかったのである。

## 2 「憲法草案要綱」における明治憲法改正の方式

マ草案における憲法改正規定の作成に大きな影響を与えたのは、昭和20（1945）年12月26日、高野岩三郎、馬場恒吾、鈴木安蔵ら、在野の知識人で構成する憲法研究会が公表した「憲法草案要綱」（以下、「研究会案」と略記）であった。それは、もはや、これまでの君主主権主義・欽

定憲法主義は問題たり得ず、新たに民主主義的の原則にもとづく憲法を制定すべきだとの立場から、統治権は国民に由来し、天皇は「国家的儀礼」を行うに過ぎぬといった内容の憲法を、国民が自らの手で確定すべきだとするものであった<sup>10</sup>。ただ、現状では一挙に新憲法の制定にもって行くのは難しいとの状況判断から、研究会案は、明治憲法を一度改正したうえで、新憲法の制定を実現するという二段階方式を採用する。

一、憲法ハ立法ニヨリ<sup>11</sup>改正ス但シ議員ノ三分ノ二以上ノ出席及出席議員ノ半数以上ノ同意アルヲ要ス

国民請願ニ基キ国民投票ヲ以テ憲法ノ改正ヲ決スル場合ニ於テハ有権者ノ過半数ノ同意アルコトヲ要ス

一、此ノ憲法公布後遅クモ十年以内ニ国民投票ニヨル新憲法ノ制定ヲナスヘシ<sup>12</sup>。

上記・研究会案で、10年以内に国民投票で新憲法を制定すべきだとされたのは、「とにかくいま作るものは暫定的な憲法たらざるを得ない。少なくとも10年後に新たな憲法制定会議を召集して、本当に国民自身の間で討議し、その10年間の経験を見て、理想的な憲法を作るようにすべきである」（森戸辰男）との提言<sup>13</sup>によるものであった。

## 3 ラウエルの調査・研究と総司令部による松本草案の拒否

上記・研究会案における「国民投票」の方式は、日本政府からの憲法改正案の提出に備え、

9 「憲法問題調査委員会第7回調査会議事録（昭和20（1945）年12月24日）」芦部他編著 前掲注（7）p.366.

10 鈴木安蔵『憲法学30年』評論社,1967,p.230以下参照。

11 ここで、「立法ニヨリ」とは、研究会内で検討された鈴木安蔵作成の第二案において「憲法改正の発議権は議會に属す（天皇、政府にも与ふべしとの意見もあり。）」〔同上p.244.〕と記されていることからして、政府と議會（議員）に発議権を限定する趣旨か。それとも、天皇の憲法改正発議権はそのままにして、政府と議會の発議権を追加する趣旨か。その趣旨は、必ずしも明確ではない。

12 憲法研究会「憲法草案要綱」芦部他編著『日本国憲法制定資料全集(2)』信山社,1998,p.344.

13 憲法調査会『憲法制定の経過に関する小委員会第21回議事録』1959,p.11（鈴木安蔵参考人の発言）。

秘かに明治憲法の問題点を調査・研究していた民政局のラウエル中佐の注目するところとなった。1946年1月11日幕僚長に提出した「私的グループによる憲法改正草案に対する所見」のなかで、ラウエルは、研究会案の「いちじるしく自由主義的な諸規定」のなかに、「国民主権が認められている」ことに加え、「新憲法が、10年以内に制定されなければならないとされている」点を挙げ、そのうえで、日本政府の提出する憲法改正案に、「憲法の改正は、国民の過半数の投票による承認をえて、はじめて有効になるものとする」との原理が含まれていることを、総司令部による「承認」条件の一つとして指示した<sup>14</sup>。

この条件に照らしてみた場合、「現行〔明治〕憲法も〔1946年2月8日総司令部に提出された〕松本草案〔Ⅱ1引用の「要綱」三十二参照〕も、天皇が衆議院を通過した憲法改正案を裁可する権限、従って拒否する権限を有するとしている」点で大いに問題がある。2月12日付「民政局長に対する覚え書き」は、こう述べたうえで、次のように説く。「憲法の制定およびその改正は、国民の意思を十分に反映できるような方法でなされなくてはならない。「国民は、国民が公選により議会に送った議員を通して、憲法改正を発議し、成立させる権限を、無制約的に有すべき」であり、「天皇の権限は、憲法改正を公布するという形式的権限に限らるべき」であると<sup>15</sup>。松本草案は、この一点において、そもそも上記「承認」条件を充足せず、「自由と民主主義の文書として最高司令官が受け容れることのまったく不可能なものだ」（2月13日の外務相官邸でのホイットニーの言葉）とされ、総司令部が、正式にその受け取りを拒否した有力な根拠の一

つとされたのではなかったかと思う。

### Ⅲ 国民投票制を背後から支えるもの

#### 1 想定問答・議会答弁に示された「憲法改正権」と「憲法制定権」の不可分性

このように、憲法第96条の沿革をたどり、その立案・起草過程で展開された若干の論議の素描から明らかなことは、「新憲法は……その改正」について、「主権在国民の原理に徹した新しい手続」を設けたということである<sup>16</sup>。その最も端的な表現が、憲法改正案は国会が発議し、国民に提案して、その承認を経なければならないとする「国民投票制」にあることは言うまでもない。法制局が、議会での憲法改正案審査のために作成した『憲法改正案に関する想定問答（第7輯）』（1946年5月）のなかに、次のような記述が認められる。

問 国会が国権の最高機関なるにかかはらず、何故憲法の改正権はその本体が国民にあるのか。

答 国会が国権の最高機関だといふことは、換言すれば憲法上の国権に関する憲法上の諸機関の中では国会が最高であるやうに憲法上できてゐる旨を説明してゐる規定であるが、これに反して、そもそも憲法改正とは、憲法制定力自体に余程近い問題であり、憲法以前の実体と不可分裡に考ふべき問題であつて、その結果前文〔「国民の総意が至高なものであることを宣言し<sup>17</sup>、この憲法を確定する」〕の精神に対応し、その権限を国民に与へたのである<sup>18</sup>。

14 高柳他編著 前掲注(3)pp.33-34,37.

15 高柳他編著 前掲注(3)p.85.

16 法制局（関）『新憲法の解説』内閣発行,1946,p.62.

17 この一文は、総司令部から水面下で、「主権在民」の趣旨を明確にするよう求められ（英文では、"do proclaim the sovereignty of the people's will"となっており、衆議院において、「ここに主権が国民に存することを宣言し」と修正された。

ここでは、とくに「答」の後半部、すなわち、憲法改正権は、憲法上国会に付与された立法権とは異なる「憲法制定力」、「憲法以前の実体」と「不可分」の関係にある「力」であって、「この憲法を確定する」と宣した、主権者たる「国民」に留保せられるべき「権限」であることが指示されている点に注目したい。

というのは、憲法改正案が審議された第90回帝国議会で、金森徳次郎国務大臣が、憲法第96条の国民投票制に関連して、上記の想定問答を踏まえた、次のような答弁を行っているからである。

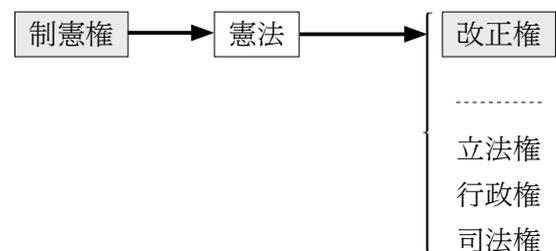
此ノ憲法ノ改正案ノ前文ニアリマスヤウニ、国ノ一番基本的ナル問題ヲ解決致シマスルノハ、国民ガ最後ノ鍵ヲ握ツテ居ル斯ウ云フ形デ今後ノ憲法ノ建前ガ出来ル訳デアリマス、従ツテ所謂憲法制定権ト云フモノト立法権ト云フモノハ、観念的ニ区別サレマシテ、憲法ノ制定ハ結局国民ノ意思ヲ直接ナル方法デ表明スル、立法権ハサウデハナクシテ、国民ガ選挙致シマシタル所ノ国会ニ依ツテ表明セラレル、斯ウ云フ基本ノ建前ヲ執ツテ居ル訳デアリマス、此ノ考ヘ方ガ良イカ悪イカト云フコトハ、固ヨリ批判ノ目的ニナリマスルケレドモ、是カラ此ノ民主政治ヲ徹底致シマスル結果トシテ、国ノ制度ノ一番基本的ナルモノハ、一番基本的ナ方法、即チ国民ノ直接ナル意思ノ表示ニ依ツテ決スルコトガ、先ズ妥当ナリト考ヘラレル次第デアリマス、其ノ前提ニ依リマシテ、一応ハ国会ニ於テ改正案ヲ発案ヲシテ、其ノ発案シタモノヲ決メルノハ、国民ノ投票デアルト云フ風ニ致シタノデ

アリマス<sup>19</sup>

## 2 いわゆる「制度化された制憲権」としての憲法改正権の特質

芦部信喜博士によれば、憲法改正権とは、憲法以前の始源的な憲法制定権力（以下「制憲権」と略記）が、近代法治国家の合法性の原理に基づいて、「最初の制憲行為自体に自らを憲法の中に組織化し、自然状態から法的形式に準拠する権力へと転化し」たものであり、いわゆる「制度化された制憲権」として特徴づけうるものである<sup>20</sup>。とりわけ、国民が国民投票によって憲法改正を決定する方式については、一方で、制憲権と同質の権力作用であること、しかしながら、他方で、国民が、いわば「国家機関」として行うものであり、制憲権のように、「非常な場合に」発動される権力とは、法的性質を異にするものである<sup>21</sup>。

### \* 制憲権と改正権の所在



(出典) 芦部〔信喜〕先生『憲法第二部（一）』東京大学出版会教材部,1959,p.50の図をもとに作成

すなわち、憲法改正権力（以下、「改正権」と略記）は、内容的ないし思想的には制憲権に由来する。

18 原文は、国立国会図書館が作成・提供する電子展示会「日本国憲法の誕生」資料と解説4-4「憲法改正草案に関する想定問答・同逐条説明」<<http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/04/118shoshi.html>>の114/285コマ目に掲載。

19 『第90回帝国議会貴族院憲法改正特別委員会議事速記録』第21号,昭和21(1946)年9月25日,p.31.なお、清水伸編著『逐条日本国憲法審議録 第3巻』有斐閣,1962,pp.741-742参照。

20 芦部信喜「憲法制定権力」『憲法制定権力』東京大学出版会,1983,p.45.

21 同上pp.50-51.

また、憲法の改正については、憲法第96条が特に慎重な手続を要求していることからわかるように、憲法は法律とは意味が違い、改正権は立法権とは格が違うのであり、改正権は、本来、制憲権を保持する者が行使する立て前である。しかし、法的に見るならば、この改正権の所在、権能、手続はすべて憲法によって与えられたもので、立法権と同様に、改正権も憲法によって作られたものである。この意味で立法権と同格である。従って、権力の段階構造は、前頁のような図となる。こう考えると、改正権が憲法をつくる力の所在をかえることは法的現象としては、論理的に不可能である。要するに、制憲権の所在（国民主権）は改正しえずということになるのである<sup>22</sup>。

#### IV 国民投票の法的性格

##### 1 憲法第96条における「国民の承認」の法意と国民投票の諸類型

憲法改正作用に関する理論的に最も注意を要する点として、憲法第96条における「国民の承認」の法的性格の問題がある。憲法改正は、国会の発議に対する国民の承認によってのみ成立するが、ここで、「国民の承認」とは、「憲法改正を決定する行為である」<sup>23</sup>。憲法第96条は、「国民の承認」の方式として、「国民投票」による承認方式を指示する。けだし、上記(Ⅲ2)のような改正権の特質からして、「国民投票は、憲法改正行為の形成自体にとって必要かくべからざる条件であり、かつ憲法改正の効果を将来にむかって発生させる完全に自主的な国民の意思の表明（決定行為）である」<sup>24</sup>からである。

とはいえ、一口に国民投票と云っても、それには様々な方法があり、各々のやり方に応じて、その法的性格を考える必要がある。それは、基

本的には、次の二つないし三つの型に分けられる。

(i) 義務的または強制的国民投票制：改正案をすべて国民投票に付するという型で、日本国憲法第96条がその例である。

(ii) 任意的国民投票制：

(a) 元首・政府もしくは一定数の議員から要求があった場合にのみ国民投票に付するという方法で、要求がなければ、議会の議決のみで改正案が成立する型（以下、「(ii) (a) 型」と略記）。

(b) それにとどまらず、一定数の国民が要求した場合にも国民投票を認める型（以下、「(ii) (b) 型」と略記）で、「一議院の議員5分の1」等と並んで、「50万の有権者から要求があるとき、国民投票に付される」とするイタリア憲法第138条第2項がその例である。

憲法第96条と同様、必ず行われる国民投票で示された国民意思によって憲法改正の効果を将来に向かって発生させる上記(i)の型に属するものに、以下のような例がある。

①憲法改正案は下院にまず提出され、議会両院を通過後、国民投票に付されるアイルランド憲法、②議会在憲法改正案を可決した場合、議会は一旦解散され、総選挙後の新たな議会において同改正案が可決されたとき、6か月以内に国民投票に付されるデンマーク憲法、③議会の3分の2以上の多数の賛成に加え、さらに国民投票を付すことが義務づけられているオーストリア憲法、④議会の総議員の3分の2以上の多数の賛成を得たうえで、国民投票に付し、議会選挙有権者の過半数の投票と、投票者の過半数の賛成を得なければならないとする韓国憲法。

上述の例のうち、①のアイルランド憲法は、日本国憲法第96条に一番近いが、しかし、両院の同意に3分の2の特別多数の要件が課せられていないこと、また、③のオーストリア憲法の

22 芦部〔信喜〕先生『憲法第二部（一）』東京大学出版会教材部,1959,pp.50-51.

23 清宮四郎『憲法I〔第3版〕』有斐閣,1979,p.401.

24 芦部〔信喜〕先生『国法学教材』東京大学出版会教材部,1962,p.74.

場合、義務的国民投票の対象となるのは、㉑全部改正と㉒一部改正のうち憲法の基本原則にかかわる改正部分に限定されていること、さらに、㉓の韓国憲法の場合、議会は一院制であることから、総じて、憲法第96条の手續ほどには、その成立要件は厳しくはない。

これに対して、㉔のデンマーク憲法は、議会（一院制）の二度にわたる憲法改正案の可決に3分の2といった特別多数の要件が課せられていないものの、その前後に、解散・総選挙と国民投票という二つの民意を問う手段が組み込まれており、わが国の改正手續と比べても、相当に厳しい手續となっている。

これら(i)型に属する国民投票は、憲法改正について、国民に、その決定権を留保させるものであり、「国民主権」の原理を最も忠実に体现した制度であると言えよう。

また、(ii)(b)型の国民投票の場合には、かりに実際に国民投票が実施されない場合でも、「国民の黙示の承認によって憲法改正が決定された」と解することができるので<sup>25</sup>、(i)型と制度の性質、その法的性格は同じである、と解されている。

## 2 任意的国民投票制の(ii)(a)型の例と憲法第96条改正諸案

実際上もしくは理論上興味ある問題を提示するのは、上記(ii)(a)型の国民投票である。

この型に属する国民投票の実例として興味深いのは、①議会において基本法改正案が未決の状態に置かれた場合、議員の10分の1以上によって国民投票の動議が提出され、その動議に議員の3分の1以上が賛成したとき、国民投票が実施されなければならないとするスウェーデン統治法、②憲法改正案が議会で可決された場

合でも、いずれかの議院の10分の1の議員が要求するときには、承認のために国民投票に付されるとするスペイン憲法における通常の改正手續<sup>26</sup>である。いずれの例も、議会少数派に、国民投票に訴え、民意を問う機会を保障したものである。

また、この型に属する国民投票の方式として、理論上、とくに問題となりうるのは、内閣の憲法調査会委員でもあった神川彦松博士の提示した、次のような憲法第96条「改正」案である。

第\*\*条 (1項) ……〔省略〕

(2項) この憲法の改正は、各議院の総議員の3分の2以上の多数で可決したとき成立する。

(3項) 各議院の総議員の過半数の賛成で国会がこれを発議し、国民に提案してその承認を得たとき成立する。この承認には、特別の国民投票、または国会の定める選挙の際行なわれる投票において、その過半数の賛成を要する。

(4項) ……〔省略〕<sup>27</sup>

この改正規定を導く考え方は、「憲法改正手續には、慎重性の要因と民意表明の要因とが考慮されねばならないが、各議院で総議員の3分の2以上の多数で憲法の改正が可決されたときは、そこに高度の慎重性が期待できるのみならず、この慎重性は民意表明の要因に代置する力を有すると解することができるので、理論上は必ずしも国民投票に付するを要しない」<sup>28</sup>とするものである。

この考え方は、戦後の憲法第96条改正論の底流をなし、例えば、「〔両議院の〕特別多数決と国民投票はその何れかの一によることとする」

25 芦部信喜「憲法改正国民投票制の意義」『演習憲法（新版）』有斐閣、1988、p.15。なお、引用文中の傍点は原文のまま。

26 亀野邁夫「スペインの憲法事情」『諸外国の憲法事情—2—』（調査資料2002-2）国立国会図書館、2002、p.20。

27 神川彦松『日本の新しいイメージ』鹿島研究所出版会、1964、p.199。

28 憲法研究会『自主憲法試案』勁草書房、1955、p.201。なお、芦部 前掲注(25) p.14参照。

(旧自由党案) ものや、各議院の総議員の3分の2以上の多数で憲法改正が可決されたときは国民投票を不要とし、「参議院の賛成が2分の1に止まるとき」(旧改進黨案)、または「いずれか一院の賛成が3分の2以上で、他院の賛成が2分の1を越え3分の2に達しないとき」(広瀬試案<sup>29</sup>)、「各議院の在籍議員の3分の2以上の出席により、出席議員の過半数の賛成で議決したとき」(読売憲法改正試案)等に限り、憲法改正を国民投票の対象とすべきだ、とした種々の改正試案<sup>30</sup>にも表明されているところである。

### 3 憲法改正の決定権の転位？

上記・神川試案に代表される憲法第96条改正案の特徴は、国民投票の必要性が一定数の議員の意思だけにかかっている点で、国民自ら主導権を発揮して国民投票に移行しうる上述の(ii)(b)型の手続とは異なり、国民の「黙示の承認」を擬制する余地はなく、憲法改正は、議会で議決されたとき、確定的に成立するが、ただ、少なからず緩和された多数決で可決・成立した場合には、国民投票による国民の承認を条件としてその効力が発生すると解する点にある。そして、問題は、この種の限定された形での国民投票にあっては、憲法改正の決定権は議会に移り、国民投票は「拒否権」的性格をもつことになるのではないかと、国民が自ら「憲法改正を決定する」意味での「国民投票」とは、かなりその性格が違ってくるのではないかと、という点にある<sup>31</sup>。

この点について、芦部は、かつて、次のように論じている。

〔憲法改正は、議会の〕特別多数だけで十分であるという見解は、〔憲法と法律の違いは「難しくされた可変性」(erschwerte Abänderbarkeit)のみだとする〕旧ドイツ的憲法観に通ずるもので、憲法改正権も究極的には国民に存するという近代憲法の理念に背馳する。特別多数決には高度の慎重性が期待できるけれども、この慎重性は、決して民意表明の要因に代置する力を有するものではない。そうだとすれば、「両議院の総議員の3分の2以上の多数で憲法改正が可決されたときのほかに、国民投票に付せられる」という、最近のわが国における憲法改正論にみられる主張も、同様の批判をまぬかれがたい。フランス第4共和制憲法の採用する任意的国民投票制(第90条5項〔この議決は、国民投票に付する。但し、第二議会で国民議会在が3分の2の多数でこれを採決した場合、若しくは両院が各々5分の3の多数でこれを議決した場合は、この限りでない。〕)について、パリ大学のBurdeau〔G・ビュルドー〕教授がのべるように、この方式は「実際上は憲法を通常の議会の裁量に委ねる」〔Traité de science politique,t.3,p.280〔1950〕〕ことになるからである<sup>32</sup>。

要するに、特別多数決によるとはいえ、国民の代表者に過ぎぬ「議会の意思」を主権の存する「国民の意思」に代替することはできない、

29 広瀬久忠(昭和28(1953)年から参議院議員を二期つとめ、その間、緑風会政務調査会長、自主憲法期成議員同盟会長、政府の憲法調査会委員等を歴任)は、昭和32(1957)年、『日本国憲法改正広瀬試案』洋々社、1957を公表し、論議を巻き起こした。なお、本文引用の広瀬試案は、同書p.177の記述の要約である。

30 なお、平成16(2004)年6月4日付の自民党憲法改正プロジェクトチーム「論点整理(案)」にも、憲法第96条について、「例えば、憲法改正の発議要件である『各議院において総議員の3分の2以上の賛成』を『各議院の総議員の過半数』とし、あるいは各議院において総議員の3分の2以上の賛成が得られた場合には、国民投票を要しないものとする等の緩和策を講ずる(そのような憲法改正を行う)べきではないか」との議論が記されている。

31 芦部信喜教授『憲法第二部(第3分冊)完』東京大学出版会教材部、1984,p.88.

32 芦部信喜教授『国法学(第2分冊)』1959,p.60;同『国法学教材』前掲注(24),pp.74-75.

というのである。

#### 4 議会少数派によるイニシアチブの「評価」

問題は、「国民投票」の手續に訴え、「国民意思」による憲法改正の「決定」を保障する議会少数派のイニシアチブ（Ⅳ2参照）の評価である。これは、議会の特別多数意思を「国民意思」と擬制する上記提案とは異なる。また、国民自らのイニシアチブで、国民投票を実施する制度（ii）（b）型）でもない。あくまで、そのイニシアチブは、国民代表の手に委ねられている。この点を重視すれば、憲法第96条を改正して、この種の憲法改正規定を設けることもまた、「議会の意思」と「国民の意思」の質的相違を看過するものだ、と評されよう。他方、議会少数派のイニシアチブが、総じて、国民自らがイニシアチブを発揮するよりも、より容易に、国民投票を始動させ、「国民」の決定を導く機能を有するものだとすれば、別の評価も可能であろう。いずれにしろ、この点は、憲法第96条改正の限界的事例として検討に値する問題である。

### V 国民投票の方法

#### 1 憲法第96条に定められた二種の国民投票のメリット・デメリット

憲法第96条の国民投票が国会により発議された憲法の改正を「決定する行為」であると考えた場合、次に、それを具体化する制度ないし手續はいかにあるべきかという問題が生ずる。これについては、現在のところ、「日本国憲法改正国民投票法」といった法律が制定されていないので、その細目はすべて立法論に属する問題であるが、ここでは、法案化に際して、理論的に問題となりうる若干の論点について指摘しておくことにする。

まず第1に、憲法第96条1項は、国民投票の方式として、「特別の国民投票」と「国会の定める選挙の際行はれる投票」という二種のも

のを指示している点にかかわる。前者は、憲法改正のために、特別に実施される国民投票であり、後者は、衆議院議員の総選挙や参議院議員の通常選挙のように、その性質上、全国的規模で、しかも、同時に行われる選挙に合わせて実施される国民投票である。前者のメリットは、純粹に憲法改正の是非だけに国民の判断を集中させることができる点にあり、後者のメリットは、選挙と同時に実施することで、投票率の上昇が期待できるとともに、実施にかかる経費を節減しうる点にある。デメリットは、その裏返しとなるが、前者の場合、政権ないし具体的な政策または人の選択を行う選挙と違って、憲法の改正といった抽象的ないし理念的な争点について、どの程度、国民が関心を持ち、投票所に足を運び、その当否を表明するかが問題である。また、後者の場合、投票率の増加は期待できるものの、同時に行われる選挙の争点となっている政策課題や政権選択等に注意が集中し、憲法改正の是非に関する判断については二の次になってしまう恐れがある。

一応、このように整理できるが、しかし、憲法改正国民投票が、単独で実施される場合であれ、全国規模の選挙に合わせて実施される場合であれ、その結果は、憲法改正案の発議に賛成した「各議院の総議員の3分の2以上の」多数を構成する諸党派に対する国民の判断を示すものであることに変わりはない。

#### 2 投票用紙の様式の問題

次に、国民の意思を表明する方法としては、通常、投票用紙に、憲法改正案を掲載したうえで、賛成または反対を記載する欄を設け（もしくは賛成・反対の両欄を設け）、賛成の人は○（または✓）、反対の人は×（もしくは○または✓）を表示させることが考えられる。

憲法調査推進議員連盟が作成した「日本国憲法改正国民投票法案」（以下、「議連案」と略記）では、この方式が採用されている。

(投票用紙の様式)

第36条 投票用紙には、憲法改正に対する賛成又は反対の意思を表示する記号を記載する欄を設けなければならない。

2 投票用紙には、憲法改正案を掲載しなければならない。

3 [略]

(投票の方式)

第37条 投票人は、投票所において、憲法改正に対し賛成するときは投票用紙の記載欄に○の記号を、憲法改正に反対するときは投票用紙の記載欄に×の記号を、自ら記載して、これを投票箱に入れなければならない。

2 [以下、略]

また、平成16(2004)年12月3日付「国民投票法等に関する与党協議実務者会議報告」に添付された「日本国憲法改正国民投票法案骨子(案)」(以下「骨子(案)」と略記)も、上記・議連案を踏襲し、「投票人は、投票所において、憲法改正に対する賛成又は反対の意思を表示する記号を、自ら記載して、これを投票箱に入れなければならないものとする」としている<sup>33</sup>。

かつて昭和28(1953)年に自治庁が作成した「日本国憲法改正国民投票法案」(以下、「自治庁案」と略記)では、賛成・反対の両欄を設け、賛成か反対のいずれか一方の欄に○記号を記載する方式が採用されている。

(投票の方式)

第14条 投票人は投票所において憲法改正に賛成するときは投票用紙の賛成欄に、憲法改正に反対するときは投票用紙の反対欄に自ら○の記号を記載して投票箱に入れなければならない。

② [略]

なお、イタリアの憲法改正国民投票用紙も、基本的に、この自治庁案と同じ方式を採用しているが、投票人は、賛否いずれかの欄をチェック(✓)する仕組みになっている。

問題は、開票に当って、何も記載されていない投票用紙をいかに扱うかである。憲法第96条の国民投票は、上述のごとく、国民に向かって、憲法改正案に賛成か、反対かを問い、これに対して、国民が、賛否いずれかの意思を表明することで、その改正の可否を決定するものであることからして、何も記載のない投票用紙は無効としてとり扱うべきである。この意味で、議連案が、「○又は×の記号のいずれも記載していないもの」を「無効とする」としているのは妥当である。これに対して、自治庁案では、賛否いずれの欄にも○の記号の記載がないものの扱いについて何ら明示されていないのはやや問題であるが、ただ、自治庁案のもととなった選挙制度調査会の「日本国憲法の改正に関する国民投票制度要綱」(昭和27(1952)年12月2日内閣に答申。以下「調査会案」と略記)では、「賛否不明の投票は無効」とされていることや、そもそも、投票において賛否いずれかの意思を表明することが求められているわけであるから、何らの意思も表明されていない投票用紙は無効ないし棄権の扱いにならざるを得ないことからして、結果的には、取り扱いに疑義を生ずる余地はなからう。

こうした投票方法に対しては、しかしながら、次のような批判がある。

投票者の賛否をいちばんはっきりさせる仕方は、○印を記載したものを賛成とし、×印を記載したものを不賛成の投票とし、なにも

<sup>33</sup> ただし、骨子(案)では、投票用紙に憲法改正案を掲載するか否かについては、投票用紙の様式等とともに、「憲法改正の発議の都度、改めて別の法律(例えば「平成○年度日本国憲法改正国民投票実施法」)で定めることとしている。

記載のないものを、どちらの投票にも数えない仕方である。しかし、それは、理論的にすぎ、実際向きでないきらいがある<sup>34</sup>。

この批判の趣旨は、必ずしも明確でないが、国民の投票行動如何によっては、有権者総数に比して余りにも少ない数の国民投票の「過半数」で憲法改正の可否が決められることもありうると思ったからであろう。この問題は、基本的に、憲法改正について、国民の「承認」があったとしうる国民投票の「過半数」をどう解するかという問題にかかわるので、後で論ずることとし(V4)、その前に、いわゆる「抱き合わせ」投票の問題について触れておくことにする。

### 3 いわゆる「抱き合わせ」投票

国民投票の対象となる憲法改正条項が一つしかないときは、当該条項に対して賛否を求めるだけで済むが、しかし、賛否の対象となる改正条項が複数ある場合には、その賛否の求め方如何によっては、投票の結果が大きく左右されることにもなる。すなわち、それは、複数の改正条項について、①内容上の関連性の有無にかかわらず、各条項ごとに一つずつ賛否を求めるのか、それとも、②関連する諸条項を一まとめにしたうえで、そのまとめごとくに賛否を問うのか、または、③それら改正条項をすべて一括し、その改正全体について賛否を問うのか、という問題である。

いずれの方式にも、一理はある。すなわち、①の場合には、国民が各条項の改正案について、逐一自らの意思を表示し、「決定する」という点では、積極的に評価しうる方式である。しかしながら、この方式では、相互に不可分の関係にある条項の間で賛否の結論が分かれてしまった場合、改正の意図が実現できず、改正の効果に期待できないという事態が生じうる可能性も

ある。また、③の方式は、各改正条項を導く発議者の理念ないし哲学が首尾一貫したものであるならばともかく、相互に関連ないし脈絡のない種々の事項が同時に改正の対象となるような場合、それらを一括し、一体として、その賛否の意思表示を求めることは、国民に対する無理強いの譏りを免れないであろう。複数の改正条項にわたる場合、そのなかで不可分の関係にある改正諸条項を「抱き合わせて」その賛否を問う②の方式は、①および③の方式が有する欠点を回避しうる点で、また、国民にとっても、何を決定すべきかが明確である点で、妥当な方式だと云えよう。なお、憲法の基本原則はそのまま維持しつつも、すべての条項が全面的に改正される場合には、可分とはなし得ないので、③の一括方式が採用されることになろう(もっとも、これは、②の方式の適用例だということもできよう)。

### 4 「過半数」の意味をめぐる争いと外国等の立法例

#### (1) 学説

憲法第96条第1項によれば、憲法の改正が成立するためには、国民投票において、「その過半数の賛成」が必要である。「過半数」の意味については、①「全有権者の過半数」か、②「総投票者の過半数」か、それとも、③「有効投票の過半数」か、学説上、争いがある。

①説では、棄権者が一様に反対者として取り扱われること、②説もまた、書き損じや他事記載等による無効票が一律に反対票として処理されることから妥当でないとして、早くから、有効投票の過半数と解する③説が通説となっている。これは、憲法改正案に対して、国民に賛否いずれかの意思表示を求め、その過半数の「賛成」をもって「承認」ありとするわけであるから、有効票を投じた総数の「過半数」が合理的

34 清宮 前掲注(23) p.404.

だと解するものである。

ただ、この③説については、大量の棄権者ないし無効票が出た場合でも、有効投票の過半数が得られさえすれば、憲法は改正されるのか、極端な場合、有権者のわずか数パーセントの意思によつて、憲法改正が決定されることは、果たして妥当かどうか<sup>35</sup>との疑問が提起されている。とりわけ、②説に立つ論者が、憲法改正のごとき重要な事項の国民投票において、「積極的に賛成の意思表示をしたものが、その投票の過半数であることが……とくに要請されている」<sup>36</sup>と根拠づけるのは、こうした疑問からである。

これに対して、③説の立場からは、上記のような問題を生じさせないために、国民投票の有効投票数をどう定めるかは、基本的に立法政策の問題であるが、最高裁裁判官の国民審査の場合のように、最低投票数を法律で決めておくべきか否か、決めるとして、どの程度にするかは、「考えておくねうちのある問題である」とされる<sup>37</sup>。また、③説の立場から、「有効投票の過半数」の意味について、「法律により投票総数の過半数と定めることも可能」<sup>38</sup>だと解する見解もある。したがって、その限りで、②説と③説の違いは、現在では、相対化されていると言えよう。

## (2) 外国等の立法例

外国等の立法例で、上記①説と同様、有権者数を基礎とするものに、(ア)有権者の3分の2の多数(シンガポール憲法第5条第2(a)項、リベリア憲法第91条)、(イ)有権者の過半数の投票および投票者の過半数の賛成(韓国憲法第130条第2項)、(ウ)有権者の過半数の投票および有効投票の過半数の賛成(モンゴル憲法第68条第2項、台湾・

公民投票法第30条)、(エ)有権者の40%の投票および投票者の75%の賛成(ガーナ憲法第290条第4項)、(オ)有権者の40%の投票および投票者の過半数の賛成(デンマーク憲法第88条)などがある。

有権者を基礎とする場合でも、(ア)に見られるように、①説に比して、その成立要件は加重されており、また、(イ)～(オ)のように、投票者もしくは有効投票の過半数の賛成と組み合わせるものもかなりある。なお、②説と同様、投票総数の過半数の賛成を明示するもの(アイルランド憲法第47条第1項、スウェーデン統治法第8章第15条第4項、フィリピン憲法第17条第4項)、③説と同様に、有効投票の過半数を成立要件として明示するもの(イタリア・国民投票法第24条、フランス・国民投票の組織に関する2000年7月18日のデクレ2000-666号第1条)もあり、何をもって国民投票の「過半数」とするかは、一義的には決せられ得ないように思われる。

## 5 国民の「承認」の効力発生時期

では、開票の結果、国民の「承認」の効力が発生するのはいつか。それは、国民投票の管理機関が、国民投票の結果を確認し、(a)賛成票が有効投票の過半数(上記(1)③説)または総投票者の過半数(同②説)もしくは全有権者の過半数(同①説)を得た旨の告示を行ったときか、それとも、(b)当該告示後、争訟の提起がなされる場合を想定し、投票の結果が最終的に確定したときとすべきか。

これは、1950年代初期における「日本国憲法改正国民投票法」の法案化をめぐる大いに問題となった点である。すなわち、調査会案では、「日本国憲法改正案は、中央選挙管理委員会が国民の承認を経た旨の告示をしたときには、直ちに公布、施行することができるものとする」

35 金丸三郎「日本国憲法改正国民投票制度について(3・完)」『自治研究』29巻7号,1953.4,p.33.

36 橋本公巨『日本国憲法〔改訂版〕』有斐閣,1988,p.671;杉原泰雄『憲法Ⅱ統治機構』有斐閣,1989,p.514.

37 清宮 前掲注(23) p.403.

38 芦部信喜『憲法〔第3版〕』岩波書店,2002,p.364.

とされ、訴訟が提起されても、「その結果が確定するまでは、従前の投票の結果に基く日本国憲法の改正規定の施行に影響を及ぼさないものとする」と述べられていた。しかしながら、その後、成案化された自治庁案では、「投票審査の結果の報告および告示」(第29条)、「国民投票無効の訴訟」(第31条)、「国民投票無効の判決」(第32条)、「再投票及び更正決定」(第37条)等の手続を示したうえで、「国民投票の結果の確定」(第38条)が語られている。そこでは、「おそらく出訴期間(30日のち20日に修正)経過後、その間に訴訟があれば判決確定後、はじめて投票の結果が確定する<sup>39)</sup>と考えられていたものと思われる。そうだとすると、要綱から自治庁案の成案化に至る過程で、国民の「承認」の効力発生時期について、政府部内で、上記(a)(b)二つの方途のせめぎ合いがあったものと推定される。

当時、自治庁選挙部において政府案の立案にあたった金丸三郎氏(自治庁選挙部長〔当時〕)によれば、(a)の方途を指示した調査会案において、争訟の提起によって投票の結果が未確定であるにもかかわらず、改正憲法の施行を認めるべきだとする論拠は、次の通りである。

① 国民投票の結果、賛成投票が過半数に達したならば、ここに国民の意思が明確に示されたのであるから、直ちに公布、施行すべきが当然である。

② 憲法改正は、衆参両院における特別多数の議決によつて決定され、かつ、国民投票によつて決定せられる。したがつて、憲法改正が、時の与党等の手によつて発議される場合は、このような難しい条件を十分に乗り越え得る見透しをもつた上であろうから、国民投票の結果が争訟の結果、ひつくり返るということは、まず考えられない。

③ 国民投票は、一種の全国的な選挙であつて、その結果が争訟によつて逆転する、あるいはその全部又は一部が無効になるということは、減多にないといつてよい。

④ 憲法改正は、例えば再軍備をするかどうかということを考えてみても明らかなように、国民の間に、激しい賛成又は反対の争いの渦を巻き起こす場合が多いと思われる。だから、憲法改正が、直ちに施行されず、争訟が提起されればその確定するまで施行されないということになれば、憲法改正に反対する人々は、全国的に、いくらでも訴訟を提起し、かつこれを引き延ばして、施行を妨げるという作戦にでるだろう。これは、選挙や投票に関する争訟の実際から、きわめて明瞭である<sup>40)</sup>。

これに対して、争訟になる場合にも、その判決の確定をまって、施行すべきだとする(b)の方途を示したと推定される自治庁案の論拠は、およそ、次の如きものとされる。

① そのもつとも大きな理由は、憲法改正が一旦施行されて後、万一争訟によつて国民投票が無効になり、あるいは結果が逆になった場合、收拾すべからざる混乱に陥るから、確定までは施行すべきでないというのである。例えば、……再軍備する趣旨で憲法を改正したとする、国民投票の結果が、争訟によつて否となつた場合には、それまでに……軍備が進められていたのに、……〔その〕再軍備は、根拠を失つてしまつて、どうすることもできない。単に法令のみであれば、その無効を宣するだけでよいかも知れないが、多くの軍人を作り、軍備をしてしまつているような場合、その後始末に困る。

② 訴訟促進の方法を講ずるならば、そう

39 芦部信喜「日本国憲法改正の問題点」『憲法制定権力』前掲注(20) p.299.

40 金丸 前掲注(35) pp.35-36.

長引くこともないし、憲法改正の施行は、一日一刻を争うということも少ないから、それまで待てないこともあるまい。

③ 国民投票の結果が逆になつたり、全部又は一部が無効になるようなことは、性質上、まずあるまいというが、それは単なる臆断にすぎはしないか。憲法改正は、思想的に、政治的に、社会的に、非常な対立を惹起することが容易に予想できる。したがって、この投票には、秩序を紊すような集団的、破壊的、暴力的行動の危険が少なくない。投票所、開票所の襲撃といったような犯罪の方が、一般の選挙における投票の買収よりも行われる危険性が強い。そうだとすれば、国民投票全部の無効というようなことは別としても、一部無効という場合は、決して想像に難くないのであつて、論者のいうところは、余りに楽観にすぎる。だから、やはり、結果の確定するのを待つて、改正憲法を施行した方がよいのではないか<sup>41</sup>。

金丸は、このように双方の論拠を示したうえで、「この両論は、政府部内においてすら、未だ最終的に調整されていない」ことを明らかにし、そして、この問題は、「法律論というよりは、むしろ政治論であつて、大局的に採択を決する外あるまい」<sup>42</sup>とする。要するに、双方ともその論拠にはそれ相応の合理性があり、したがって、この問題の決着は、立法府の政治的決断、政策判断に委ねざるを得ない、と云うのである。

この問題については、学説も分岐し、一方で、施行を急ぐ必要もありうることを、訴訟が国民投

票の結果に異動を及ぼすことは少ないと思われることを理由に、訴訟の結果を待たずに公布・施行することとして差し支えないとする見解<sup>43</sup>があり、他方で、国の基本法を不確定な状態で施行するのは妥当でないこと、濫訴や訴訟遅延を防ぐ方法は別途工夫の余地がありうることを理由に、訴訟が提起された場合、その確定判決後、投票の結果が確定すると考えるべきだとの見解<sup>44</sup>も有力に説かれている。ここでは、訴訟の提起が憲法改正の効力の発生を妨げると解すべきだとする後者の見解を支持しておきたい。けだし、前者の見解に立った場合、訴訟の結果如何によっては、投票の結果成立したはずの憲法改正が結局のところ不成立に終わる可能性を認めながら、訴訟の提起が憲法改正の効力の発生を妨げないという原則を厳格に貫くことにどれだけの合理性があるのか<sup>45</sup>、少なからず理解に苦しむからである。

なお、議連案は、一旦、投票の結果が出た以上、できるだけ速やかにその効果を確定すべきだとの立場から、訴訟が提起されても、すでに、投票の結果が出て、それが告示されている場合には、判決で無効とされない限り投票の効果は確定するものとされる<sup>46</sup>。これは、前者の見地からすると妥当であるが、後者の見地からすると不当であると言うことになる。

## 6 国民投票における国民の運動の自由

国民投票とは、国会の発議した憲法改正案について、国民各人が賛否の判断を行い、その承認の有無を決定する行為ないし手続である。そのためには、当該改正案の趣旨およびその具体

41 金丸 前掲注 (35) pp.36-37.

42 金丸 前掲注 (35) p.37.

43 法学協会『註解日本国憲法 下巻』有斐閣,1954,p.1449.

44 小林直樹『憲法改正条項の考察』(憲資・改第2号), 憲法調査会事務局,1962,pp.57-58; 芦部 前掲注 (38) p.365.

45 この点につき、宮沢俊義「憲法改正について」『憲法の原理』岩波書店,1967,p.423参照。

46 この点は、骨子案も同じであるが、ただ、骨子案では、国民投票をめぐる訴訟について、「選挙無効の訴訟」と「当選無効の訴訟」の区別に倣って、「国民投票無効の訴訟」と「国民投票の結果の無効の訴訟」を区別し、後者の訴訟で無効判決が下された場合には、再投票を行わずに更正決定ができるものとする。

的内容のみならず、それに対する賛否の理由が国民にとって明確なものとなっていないとはならない。とりわけ、国民の間で、当該改正案をめぐる議論が活発に展開され、各人が賛成もしくは反対の意思を形成し、その態度を決するまでに、その意識を高めることが要請される。それゆえ、国民投票運動は、選挙運動のような規制<sup>47</sup>が加えられるべきではなく、本来的に自由でなくてはならない。選挙実務に精通する金丸氏は、これを、次のように明快に説いている。

わが国における公職の選挙の選挙運動は、文書及び言論の両面にわたって嚴重に制限されている。これは主として、選挙運動に多くの費用を要し、これが選挙界腐敗の根因となっているからに外ならない。

ところで、憲法改正の国民運動は、直接に個々人の利害に関しないし、また規模が全国的な選挙でもあるので、個人的な運動や投票の買収のごときは、さして行われぬものと思われる。したがって、選挙と異つて、これに賛成又は反対の運動を行うために使用し得る費用の最高額を定めるという必要もあるまい。そのことは、消極面から、言論や文書による運動を制限する必要がないことを示唆する。事実、憲法改正は、主権在民の主義や、基本的人権、再軍備、国会制度等、国の基本制度を根本から変更することが、あり得るわけであるから、言論や文書による運動は、むしろ積極的に、活発に大に行われてしかるべきであつて、制限することの必要が少い。自由を原則とすべきである<sup>48</sup>。

小林直樹教授も、これを、次のように論じている。

改正問題をめぐる各党派および大衆組織の言論・政治運動には、最大限の自由が保障されなければならない。……言論を中心とする政治活動には、個人たると組織たるとを問わず、十分な自由が与えられるべきである。選挙運動と同様、投票の自由を歪める腐敗の防止方法には考慮を要するけれども、言論・表現の自由の原則を貫くためには、選挙時のような厳しい取締りは排除されなければならない。聞く自由と語る自由・知る自由と知らせる自由の保障なしに、……国民の判断力の向上〔主権者たる国民の大多数が改正の対象となる諸論点について、少なくともその大綱と意味を十分に理解し、賛否の判断ができるようになること〕を期することはできないからである<sup>49</sup>。

かつて、調査会案が「国民投票に影響を及ぼす運動は、原則として自由とし、罰則は、投票の自由、公正及び秩序を確保するため必要なものに限定するものとする」とし、また、議連案が「国民投票に関する運動については、基本的に自由であるという原則の下に」立案されているのも、国民投票における運動は、その性格上、自由が原則であり、規制は必要最小限でなくてはならないとする上述のような考え方に基づくものであろう。骨子（案）もまた、この議連案を「維持」する。問題は、具体的な運動規制の内容が如何なる明確な説得力のある根拠（いわゆる立法事実）にもとづくものであるか否かにある。この点で、自治庁案および議連案・骨子案の運動規制が必要な最小限度の範囲にとどまるものであるか、精査が求められよう。それは、また、今後、策定されるであろう憲法改正国民投票法案を検討するうえでの重要なポイントと

47 現行の選挙運動規制が厳格に過ぎ、憲法上も、問題があることについては、さしあたり、野中俊彦ほか『憲法Ⅱ〔第3版〕』有斐閣、2001、p.20以下〔高見執筆〕〔2001年〕参照。

48 金丸 前掲注（35）p.39。

49 小林 前掲注（44）p.77。

なろう。

## むすびにかえて

憲法第96条の改正手続については、上記の国民投票に関する論点の他にも、「国民」の範囲や改正案の発議権ないし発案権の所在に関する論点、衆参両院における議事の定足数、議決要件たる「三分の二」という特別多数の算定基礎となる「総議員」の意味、「この憲法と一体を成すものとして」が意味するものなど、種々の重要な論点が存在する。

もともと、ここで取り上げた「憲法の改正」に関しては、そうした法理的な問題の検討以外にも、実際に、改正原案の起草作業の補助ないし協力といったことが、立法を補佐する現場に身を置く者に対して求められるであろう。これには、基本的に、通常の立法に関するノウハウを以て対処するほかない。ただ、憲法という国法秩序において最上位にある成典に対して「意識的に変改を加える行為」<sup>50</sup>については、それなりの配慮が必要であるように思われる。

1980年代初頭、当時世界各地で相次いだ憲法制定の動向をつぶさに調査したエドワード・マッキーニー教授は、「現代における憲法制定者の憲法的賢慮に関する幾つかのルール」<sup>51</sup>と題し、憲法起草に際して踏まえるべき基本的な作法について語っている。そこには、「憲法の改正」についても当てはまる、いわば「グローバル・スタンダード」とも云える要諦が示されている。そのなかで、法律専門家として起草にあたる場合の心得を説いたルール6とルール7を紹介し、むすびにかえることにする。

### ルール6 実際に憲法を起草するのは、結

局のところ、専門の法律家の仕事である。憲法起草者自身が——例えば、憲法制定会議の一員として自ら直接、国民により選出されているような場合とは異なり——直接、政治的な信任を保持していないならば、彼にとって、その専門的な起草の付託の限界は、常に明白であり、また、必要なら、政治部門から新たな政治的指示を求めるはずである。憲法の制定は、起草者の自己顕示の口実ないし免許であってはならない。起草者は、彼／彼女に課せられた技術的付託とその付託の政治的限界を遵守すべきである。

ルール7 憲法制定に関して、政治に何らかの見込みが存する起草作業の前提条件は、——憲法典が目論んでいる社会の側に、もしくは、少なくともその支配的な政治エリートの間で——将来における当該社会の主要な目標と政策について、予め政治的なコンセンサスが存在することである。もし、そうした事前の社会的コンセンサスが存在しないならば、憲法制定者は、自制しなければならず、彼／彼女の記した起草梗概を政治的決定者に返還しなければならない<sup>52</sup>。

(たかみ かつとし 政治議会調査室)

〔後記〕 脱稿後、「硬性憲法と憲法改正の本質」と題する小論をものした(『レファレンス』第650号[2005年3月]掲載予定)。そこでは、本稿で論じた前提問題、すなわち、「憲法の改正」とは、そもそも、いかなる性格を有する行為であるのか、という問題について、若干の検討を試みてみた。併せてご一読いただければ幸甚である。

50 清宮 前掲注(23) p.386.

51 McWhinney, E., *Constitution-making: Principles, Process, Practice*, Toronto : University of Toronto Press, 1981, pp.133-136.

52 *ibid.*p.134f.

調査資料2004-1-e

シリーズ憲法の論点  
⑤

「憲法の改正」

平成17年2月4日発行  
ISBN 4-87582-609-5

国立国会図書館  
調査及び立法考査局  
〒100-8924  
東京都千代田区永田町1-10-1  
電話03(3581)2331  
bureau@ndl.go.jp



Research  
Materials  
2004-1-e  
February  
2005

Series :  
Constitutional  
Issues  
Revision  
of  
the Constitution

Research and  
Legislative  
Reference Bureau  
National Diet  
Library  
Tokyo 100-8924  
Japan  
bureau@ndl.go.jp

Art: Kenji Saito