

憲法改正要件論の周辺
—近時のドイツ学説を踏まえて—

棟 居 快 行

- ① 憲法改正は、憲法制定を一方の端とし、他方の端に一切の憲法改正を禁じる不動の憲法を据えるところの、一直線の線上に位置する中間的な存在である。また、改正といっても保守的なそれから、新憲法の制定に近づこうとする刷新的なそれに至るまで、様々な色合いのものがある。
- ② 現実の憲法改正に対して、改正限界がある・ない、あるいは憲法の根幹を揺るがす、などの評価を加える際には、現実の憲法改正の具体的な有り様を踏まえる必要がある。現実の憲法改正が、従来の（現行の）憲法との関係で果たす役割—時代に合わせた受動的なものか、それとも憲法の基本原則に触れない範囲で新たな価値判断を伴うものか—に即して分類することが必要であろう。
- ③ 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。憲法改正条項のあり方としては、両者のバランスをその国における憲法の機能や発展に照らしてうまくとっていることが重要であろう。
- ④ 日本国憲法第96条の「3分の2」という発議要件の評価についても、そのような観点から見るのが可能であろう。すなわち、憲法改正に日本国憲法がどのような機能を託しているのか、という政策的・合目的な観点が重要であり、立憲主義や法の論理の問題という論点だけの問題ではない。第96条の3分の2という発議要件は、発議を合理的で国民に分かりやすいものとするうえで好ましいか否かという点に、その発議要件としての政策的当否の多くがかかっている。
- ⑤ 日本国憲法がその原則を生かしていくために大小様々の改正を予定しているのであれば、それぞれの改正案の性質に応じて、あるべき手続も変わってくる。少なくとも96条の発議の部分に力点があるのか、それとも国民投票の部分に力点があるのかの相違が出てくる。
- ⑥ ドイツ憲法の改正条項である基本法第79条第2項は、国民投票を必要としないこと、両院の単純多数でなく3分の2という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。
- ⑦ 日本国憲法は継続性に重きを置くドイツの改正要件と同等の3分の2を発議要件とし、未来に向けた決断という、憲法改正の非継続的な側面に適合的な国民投票要件も設けている。このことから、日本国憲法第96条は、このような2つの種類の改正のそれぞれに親和的な要件を備えていると言いうる。

憲法改正要件論の周辺

—近時のドイツ学説を踏まえて—

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

はじめに

I わが国の憲法改正についての憲法学説の基本的前提

- 1 憲法改正についての標準的な学説内容
- 2 改正限界説・無限界説の対立と両者に共通する前提
- 3 改正限界の有無を決するものとしての論理と文理

II 時間のなかの憲法改正

- 1 憲法改正を時間の流れのなかで捉える視点
- 2 解釈の限界へのリアクションとしての憲法改正
- 3 プロセスとしての憲法改正
- 4 連続性としての改正のなかの非連続性
- 5 通説に見られる2方向と憲法改正の2つのタイプ

III 第96条の要件の意義

- 1 「3分の2」という発議要件の意義
- 2 第96条の国民投票要件の意義その①
- 3 第96条の国民投票要件の意義その②
- 4 憲法改正の2態様それぞれとの関わりにおける第96条

おわりに

はじめに

憲法改正の要件を定める日本国憲法第96条につき、平成25年7月の参議院議員通常選挙に向けて、発議要件を現行の3分の2から過半数へと緩和するという内容の改正の是非が政治的争点の1つとされたこともあり、憲法学説の議論が改めて蓄積されはじめている⁽¹⁾。しかしながら、そもそも「憲法改正」とは何を意味し、発議要件ならびに国民投票という改正の成立要件が「憲法改正」にとりどのような役割を担わされているのか、という議論は、あまりなされていないように見受けられる⁽²⁾。そこで、本稿は、本誌に合わせて収録したドイツの近時の一論稿（ヨハネス・マージンゲ「継続と非継続の間—憲法改正—」）で示された視角を取り入れるならば、日本国憲法第96条についていかなる所見が得られるかを示すことを目的とする。

I わが国の憲法改正についての憲法学説の基本的前提

1 憲法改正についての標準的な学説内容

近時、主要な政治的論点の1つともなった憲法改正につき、わが国の憲法学では、次のような捉え方が一般的である。

「憲法の改正（Verfassungsänderung）とは、憲法典の一部を憲法の改正規定に基づき修正・追加・削除することをいう。憲法は時代の流れの一時点において制定されたものであるから、

制定がなされた瞬間からすでに過去の文書になってしまい、刻々と変化していく社会現象から取り残されていく宿命をもつ。そのような社会現象に憲法規範を適合させて行く作業は、解釈によってなされるが、それによって補えない場合に、改正が政治課題となってくるのである。」「憲法改正規範に示された憲法改正権は、制度化された憲法制定権力であり、法の世界に存在する権能である。このような権能によって、憲法制定権力という事実の世界における最高権力によって定められた憲法の基本的な規範を改正することは、論理的には不可能なことである。」⁽³⁾

2 改正限界説・無限界説の対立と両者に共通する前提

このように、憲法改正にはどのような内容的な限界があるか、換言すれば、憲法上の条項にはそもそも改正の対象となりえないものがあるのか（改正限界説）、それとも、そもそも憲法改正には内容的な限界はなく、日本国憲法を例にとれば第96条の改正要件さえ満たせば、第96条自身を含め、いかようにも改正することが可能であるのか（改正無限界説）が、憲法学上の憲法改正についての伝統的な論点とされてきた⁽⁴⁾。政治的・実践的な観点からの、「日本国憲法の改正を認めるべきでない」という言説はもちろんわが国の憲法学界において強力であるが、そうした立場表明以上のもの—理論的にも憲法改正には大きな限界があるという改正限界説の存在—が、このような立場表明を支えてい

(1) 第96条の要件の緩和の可否という一般論は古くからある論点であるが（第96条の国民投票制の廃止につき、代表的な文献として、芦部信喜『憲法制定権力』東京大学出版会、1983、p.111は、「改正権が制度化された制憲権…とすると、…国民投票制を廃止し、通常の議会のみによって憲法改正を決定しうる建前に変更することは、改正権による制憲権の権力の篡奪または改正権の自己否定（自殺行為）という論理的矛盾をおかすことになる。」とする。）、発議要件の緩和が学界においても最近とみに論じられはじめている（古くは小嶋和司「憲法改正権の限界と改正条項の改正」『ジュリスト』289号、1964.1、pp.280-282など。）。近時の主なものとして、長谷部恭男「改憲発議要件の緩和と国民投票」全国憲法研究会編『続・憲法改正問題』（法律時報増刊）日本評論社、2006、pp.8-14；高見勝利「憲法改正規定（憲法九六条）の「改正」について」奥平康弘ほか編『改憲の何が問題か』岩波書店、2013、pp.79-95。この論点についての全体の議論状況を整理したものとして、参照、鈴木尊祐「憲法第96条（憲法改正手続）をめぐる議論—憲法改正手続の改正に関する主な学説及び主張—」『調査と情報—ISSUE BRIEF—』799号、2013.8.6。<http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_8243893_po_0799.pdf?contentNo=1>

ることは言うまでもない。

ここでは、改正限界説と無限界説の個別の紹介には立ち入らないが、このような理論的対立は、ある共通の前提のうえで行われていることを確認しておきたい。すなわち、上記の引用文にも、「このような権能〔すなわち憲法第96条が規定することによって創設された憲法改正の権限〕によって、憲法制定権力という事実の世界における最高権力によって定められた憲法の

基本的な規範を改正することは、論理的には不可能なことである。〕〔 〕内は執筆者補記。以下同様)とあるように、改正限界説をとるこの引用文は、あくまで法の「論理」の問題として改正に限界ありとしているのであり、正反対に改正無限界説は、やはり法の「論理」として限界なしとしているのである⁽⁵⁾。つまり、両説ともに、法の「論理」の問題として、改正限界の有無を捉えている。

(2) この点につき、長谷部 同上は、第96条の発議要件につき、①「第一に、少数者の権利の保障のように、人々が偏見にとらわれるために単純多数決では誤った結論を下しがちな問題については、決定の要件を加重することに意味がある。」、②「第二に、憲法に定められた社会の基本原則を変更しようとするのであれば、変更することが正しいという蓋然性が相当に高いことを要求するのは、不当とはいえない。」(p.10.)と指摘する。また高見 同上は、そもそも第96条の発議要件の緩和は論理的に不可能(許されない)という立場をとり、③「憲法改正規定の改正は、当該改正規定にとって自己否定ないし自殺行為に等しい」、④「第九六条の改正を、第九六条そのものによって根拠づけることは、改正権の根本に関するかぎり、法論理的に不可能」である、とするが、それに加えて、「3分の2」という発議要件の積極的な理由として、⑤「憲法が法律よりも高い権威と効力を保持し、国法体系の基礎をなすものとして、より強い安定性・持続性が求められている」(pp.86-87.)と述べ、なぜ3分の2であるのかの理由を挙げている(以上の通し番号は便宜上付した。)。このうち、①は、第96条が発議レベルでの議員の「少数者の権利の保障」への「偏見」には意を払いながら、より「少数者」への「偏見」にさらされやすいはずの国民投票は過半数で足りるとしていることの説明が更に必要であるように思われ、また、②は、そもそも憲法改正に「正しさ」という指標が成り立つのか、それが成り立つような憲法改正があるとすれば、それは憲法の諸規定のなかでも単なる技術的な規定ではなく、基本原則に重大な変更を加えるような場合であろうが、そもそもそのような大幅な憲法改正はいわゆる「改正限界」を超える、というのが通常理解ではないのか、などの問題を残していよう。また、③④については、憲法改正の権限は第96条の定める手続に則って行使されるが、そのような権限を当該手続に付与したのは日本国憲法を制定した憲法制定権力(国民主権)そのものであるから、第96条の改正は(国民主権と結びついた国民投票の廃止等に及ばないかぎり)改正規定による「自己否定」(高見)とまでは言い難く、現行の第96条によって阻まれるものではないとも言う(ほぼ同旨と思われる指摘として、赤坂正浩「憲法改正の限界」『ジュリスト』1289号、2005.5、p.23; 工藤達朗「憲法改正限界論」長谷部恭男ほか編『憲法と時間』(岩波講座憲法6)岩波書店、2007、p.245。)。第96条は直接には単なる手続規定であり(工藤 同)、第96条の手続に憲法改正という重大な効果を結び付けているのは、表面的形式的には第96条それ自体であるものの、最終的には日本国憲法典の外側からその効力を支える憲法制定権力(国民主権)以外の何者でもないとするれば、発議要件という憲法制定権力そのものには直接に関わらない部分の改正までもが第96条の「自殺」であるとか、「第九六条の改正を、第九六条そのものによって根拠づける」ことは「不可能」(以上、高見 同)という前提理解自体が、必ずしも確固たるものではない(芦部 同上は発議要件の変更までも不可能とは説いていない。)。さらに⑤については、憲法典の文言の安定性・持続性と憲法そのもの(基本原則)のそれらが同一視されているようにも見え、また、憲法改正はむしろ、基本原則を守るために変化する環境のなかで憲法典を適宜変更するための制度ではないのか、国民投票要件がある以上、「3分の2」を「過半数」に緩和するとしても、「法律よりも高い権威と効力」(高見 同)を有することは揺るがないのではないか、という疑問が残るようにも思われる。なお、発議要件が仮に過半数であるとしても、与党単独で発議するとすれば、国民投票で賛成を得られない場合、それは国民の与党ひいては政府に対する不信任を意味しうるから、与党は野党との連携による発議を目指そうとすることがあるかもしれない。

(3) 渋谷秀樹『憲法(第2版)』有斐閣、2013、p.34。

(4) 学説の整理と分析として、参照、芦部 前掲注(1)、pp.89-116; 小嶋 前掲注(1)、pp.276-280; 赤坂 前掲注(2)、pp.20-23。

(5) 無限界説を代表する佐々木惣一説は、「憲法の法理よりすれば、国家は、憲法の法規のいずれのものについても、憲法所定の憲法改正の手続を以て改正する作用を行うことを得る。」(佐々木惣一「憲法を改正する国家作用の法理」『法学論叢』60巻1・2号、1954.5、p.12.)とする。なお参照、芦部 前掲注(1)、p.91。

3 改正限界の有無を決するものとしての論理と文理

なお、例えば、日本国憲法第11条および第97条が、基本的人権につき「侵すことのできない永久の権利」と規定することを捉えて、これらの規定はその表現ぶりのゆえに、憲法改正の対象から排除されている、という解釈論を唱える場合には、法の「論理」とはまた別の説明をしていることになる。

すなわち、理屈で改正限界がある、というのではなく、法文の文理がそう決めているからそうなる、という訳であり、個々の規定ぶりで憲法改正の対象か否かが決まることになる。もちろん、法の「論理」による限界・無限界とはまったく無関係の基準による限界・無限界であるから、この2つの説明は互いに排除しあうものではない。

II 時間のなかの憲法改正

1 憲法改正を時間の流れのなかで捉える視点

上記の法の「論理」と日本国憲法の個々の条文の規定ぶりは、それぞれ憲法改正の限界・無限界についての、極めて抽象的な、あるいは極めて具体的な観点である。しかし、憲法というものは、すべからくある国の法と政治の歴史のなかで、ときにそれらを非連続的に再設定し（「憲法制定」）、ときにそれらを連続的に明瞭な条文へと定式化する（「憲法改正」）ところの、国家の基本法として存在している⁽⁶⁾。そして、憲法は前掲の引用文にもあるように、「制定がなされた瞬間からすでに過去の文書」となる性格のものである⁽⁷⁾。

もちろん同じことは通常の法律にも言えるこ

とであるが、法律であれば時代に合わなくなれば改正ないし廃止される。ところが憲法の場合には、硬性憲法であれば法律よりも改正手続のハードルは高く、他方で、規定が人権条項を中心に抽象的な書きぶりであることもあり、立法・行政の有権解釈、そして最終的には最高裁判所の司法審査に際しての憲法解釈の蓄積によって、憲法の意味内容を時代に合わせて変化させることが行われる。

2 解釈の限界へのリアクションとしての憲法改正

したがって、憲法はいきなり改正されるのではない。もとより、革命や敗戦等の劇的な環境の変化で、それまでの憲法秩序そのものが物理的に崩壊しあるいは否定される場合には、新憲法の「制定」が続いてなされるのであるから、そもそも「改正」についてのここでの説明は当てはまらない。憲法は、時代の（緩慢もしくは急激な）変化に対応するための条文解釈がその限界を超えたとき、明文の「改正」に至る。憲法改正は、解釈が終わるところで始まるのであり、憲法解釈という法学的な営みと、憲法改正という政治的な営みとは、相補的に境を接している。

つまり、憲法改正とは、基本的には連続線上をたどるところの憲法の意味の変化ないし進化が、ある箇所に至ってもはや条文の解釈によっては実現することができなくなった場合に、解釈に変わるものとして登場するところの、条文そのものの更新である⁽⁸⁾。

このような観点からすれば、憲法改正の本質は、憲法の文面が変わることそれ自体にあるのではない。時代の要請にしたがって解釈で対応

(6) 佐々木 同上は、「法規はその規律する社会の社会的事情を基礎として存在するものであるのに、社会的事情は変更するものであるから、その社会的事情を基礎として存在する法規が、社会的事情の変更によって変更することのあり得るのは、当然である。」と述べ、これを引用する芦部 前掲注(1), p.91 も、この命題自体は肯定している。

(7) 高見勝利「憲法改正」『法学教室』393号, 2013.6, p.13は、次のように言う。「憲法における『時間』という要素は、「憲法を強化し、安定化させる方向に働く一方で、それを弱体化し、不安定なものとする方向にも作用する。」

しようにも、それができなくなるとき、憲法改正が行われるのであり、変化はまずもって憲法を取り巻く外的条件の側で起きている。憲法改正は変化のなかで当該の憲法秩序の「本質」ないし「同一性」を維持するための、もともと保守的・保全的な性質を有するリアクションである。

すなわち、憲法改正とは、時代や一国の置かれた環境の変化がもたらすところの結果である。改正は是か非かという問われ方が国民投票の際にはなされるが、その意味するところは、「このような改正を必要とするほどに時代や環境は変化しているのか」、あるいは、「このような改正で変化に対応するのに適格的であるか」、という政策的是非である。白紙に絵を描くような原理的な価値判断は、憲法改正の対象ではなく、そうした決断が国民投票に委ねられるとすれば、それは「改正」という装いをまとった新憲法の「制定」に他ならない。

3 プロセスとしての憲法改正

時代や環境の変化に対応して憲法解釈が様々な工夫され、解釈内容が変化し、しかし限界に達すると明文の憲法改正がなされる。このプロセスを敷衍すれば、以下のとおりである。憲法改正に至る手前の段階では、まず立法・行政そして最終的には司法権という国家諸機関による

公定解釈の積み上げのプロセスによって、連続的な憲法の意味内容の変化が発生する。そして、2でも述べたように、公定解釈の蓄積と憲法条文との間の距離が相当程度に大きくなり、公定解釈が条文そのものの解釈として平均的国民から見て文理上無理があるとか、時代の急激な変化やまったく新しい事態の到来により、公定解釈の内容を飛躍的に更新しなければならなくなったという場合には、もはや同一の憲法条文の意味内容の漸進的・連続的な変化としては説明することができず、条文そのものの改正が要求されることになるのである。

要するに、明文の「憲法改正」は改正前の日々の憲法になされる解釈運用の延長上にあり⁽⁹⁾、単に「解釈改憲」などと言われる公定解釈の積み上げの到達点をそのまま条文化する場合はもとより、新しい事態の到来に合わせていきなり明文改憲がなされる場合であっても、憲法の「改正」があくまで「改正」であり新憲法の「制定」でない以上、改正前の憲法の全体と改正後の憲法の全体とは、あくまで連続的につながっている⁽¹⁰⁾。

このように、連続ないし非連続の憲法史の節目を画するのが憲法の改正であり制定である。このような、言わば縦の時間軸のなかで、「憲法改正」という法現象を捉えるという視点が、従来の（とりわけ近時の）わが国の憲法学に不

(8) 同上は、「憲法の改正とは、…厳密に定義するならば、全体としての憲法の同一性が維持されているという前提のもとで、憲法典上の規定を他の規定に置き換えること、すなわち、当該規定の修正、追加、補足、削除等を行う行為だということである。」と言う。C・シュミットも、「憲法改正権能は、憲法を維持しつつ、憲法律的諸規定〔憲法の同一性にかかわる基本原則以外の、内容的には法律で規定すれば足りるにもかかわらずあえて憲法規定とされている規定を指す〕について、修正・追加・補充・削除等を行う権能だけを含むのであって、新憲法を制定する権能を含むものではないし、また、憲法改正権それ自体の基礎を修正し・拡張し・または別のもので置き換える権能…を含むものではない。」(カール・シュミット(尾吹善人訳)『憲法理論』創文社、1972、p.132.)としている。

(9) このような見方は、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 Rainer Wahl (Hsg.), *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008 のタイトル「憲法改正、憲法変遷、憲法解釈」それ自体にも込められているように思われ、例えば同書中の H・シュルツェ-フィーリッツ教授の論稿 (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。

(10) シュミット(尾吹訳) 前掲注(8) p.132 は、「『憲法を改正する』権能とは、全体としての憲法の同一性と連続性が保たれているという条件のもとにおいてのみ」行使可能であるとする。

足してきたようにも思われる。

別の言い方をすれば、前述のような法の「論理」に頼る抽象的な観点と、条文の書きぶりに頼る具体的な観点の間に、「そもそも憲法改正とは、時間の経過のなかで持続していく憲法にとって、何を意味するのか」、という観点が必ずしも十分でないのではないか、という疑問なしとしない⁽¹¹⁾。

4 連続性としての改正のなかの非連続性

ところで、このように憲法改正を時間の流れのなかで捉えるという視点は、憲法改正を単に時代や環境の変化に対応するためだけの、消極的受動的なものにとどまることを意味するものではない。もとより、こうした微調整的な技術的な改正は、いわば憲法に込められた基本的な理念が環境の変化にもかかわらず、そのまま直線的に伸長しうるためのメンテナンスとして、とりわけ詳細な憲法規定に対しては、一定の頻度で必要となりうる。

しかしながら、憲法改正には、単に連続性の確保というだけにとどまらない、より積極的能動的な性格のものもありうる。つまり、技術的に新しい環境に既存の憲法条文を適応させるだけの改正ではなく、新しい環境をきっかけとして行われる新たな価値判断という実質的な変更を伴うものであるが、憲法の同一性を揺るがすほどには刷新的ではない、というレベルの改正も、改正手続によってなしうる場所である。

このような積極的能動的な改正は、改正手続を用いることによって、既存の憲法条文には含まれない質的に新しい内容を、既存の憲法の一部として取り込む、という複雑な作業を行うものである。基本原則のレベルでは連続性を維持しながら、そこに矛盾しないような内容の新しい価値判断を伴う条項を追加する場合、例えば環境権ないし国の環境保護責務の追加などが、このような改正の例として考えられる。また、

基本原則の理念を尊重しながら、その実現のために日本国憲法が用意した手段が（今日わが国にとり）必ずしも最善ではない、という認識のもとに、新たな価値判断を伴う別の手段に置き換えるという場合も、このような改正の例として考えるであろう。第9条第1項の平和主義はそのままに据え置き、第2項の戦力不保持という平和主義達成の手段の規定を平和主義を損なわない範囲内で改定する、といった改正案があるとするれば、一第2項をこのように第1項と切り離すことができるかという問題を仮に度外視するとすれば一具体的内容によってはこのような改正の事例ということになる。

仮に、幾度かの改正手続を経て、質的に新しい内容が主要な条文のほとんどに注入されたとすれば、個々の改正は既存の憲法との同一性を保持しているにもかかわらず、その結果最終的には内容的に新憲法制定に等しい形が姿を現すことになる。つまり、ここで想定する積極的能動的な改正は、個々の改正としては許された改正であるにせよ、それらが集積すれば、本質的には新憲法制定に等しい内容となりうるのであって、その意味での刷新性を個々の改正自体も内包していることは否定しがたい。

このように、憲法改正という概念で一括される中身は、単純に連続的なものと、連続性を維持しながらも新しい判断を含むものという、2つのタイプのものを含みうる。

5 通説に見られる2方向と憲法改正の2つのタイプ

このような憲法改正の類型化論は、わが国の憲法学の共通認識となっているものではないが、他方で、通説には、このような改正の諸類型を前提としていると思われる、論理構造上の揺らぎ、ないし矛盾に近い2つの方向性の共存を見て取ることができる。

すなわち通説は、法の「論理」を根拠として

(11) 近時の例外として、工藤 前掲注(2), pp.237-240は「時間からの憲法保障」という観点から第96条の改正手続の意味と意義を論じている。

改正限界説を採るのであるが、この「論理」は前掲 I 1 の引用文からも明らかなように、「憲法制定」と「憲法改正」とを截然と区別しうることを前提としている。憲法改正は憲法制定ではない、という理由から、したがって憲法制定権力（憲法を作った力）と同視しうるような、国民主権主義、基本的人権尊重主義、さらに国民主権と基本的人権の尊重を実効化させるための平和主義は、憲法改正権力（憲法改正権限ともいう。）という憲法（制定権力）によって作られた力の及ぶところではない、とするのである。⁽¹²⁾

憲法典に記載された各種の制度や保障は、いずれも憲法制定権力の存在を前提として、その力の行使の結果誕生しているのであるが、他方で、その万能の力が裸のままの政治的实力として居続けたのでは、安定的な秩序は形成されえない。そこで、憲法制定権力は、憲法典という法規範のうちにその理念を制度化して写し込むまさにその瞬間に、自らは生々しい政治的実在としては姿を消す⁽¹³⁾。その代わりに、憲法典が規定するところの政治制度や人権保障ならびに裁判制度の、議員・行政公務員・裁判官による日常的な運用、およびそれらをめぐる有権者や利害関係人、裁判当事者のせめぎ合いを通じて、憲法制定権力が目指した理念が現実化の道をたどる。

近代の立憲主義的憲法は、憲法制定権力（あるいはそれを具現するものとしての憲法制定国民会議）を常駐させて具体的な憲法規範の内容の形成の役割を果たさせるかわりに、多元的な主体

間の相互作用によって憲法理念が次第次第に実現されるように、その理念の直接的実現よりもむしろ理念を実現する権限主体と手続の整備に意を払っており、その意味で現実的かつ巧みに設計されている。そこでは、憲法改正権力（権限）もまた、憲法制定権力によって生み出された力（権限）にすぎず、「作られた権力」（これは制度化された権限であり所定の手続で行使される。）であって「作る権力」（これは憲法誕生とともに実在としては姿を消し、制度上のいづこにもそのままの形では存在しない。）とは異なる。その意味で、憲法制定権力と憲法改正権力とは、峻別されるべきである、というのが通説である。

ところが他方で通説は、憲法第 96 条の憲法改正条項から憲法改正国民投票の要件を削除するという改正については、改正の限界を超えており許されない、と考える。理由としては、憲法制定権力という事実の世界の究極の力を憲法という法の世界に反映させたものが憲法改正権力である⁽¹⁴⁾、という一般論のみならず、次の点が挙げられる。すなわち、憲法改正国民投票という憲法改正権力は、憲法制定権力に由来し、そのかぎりでは両者は同質である。国民投票という憲法改正権力の行使の形態を否定することは、憲法制定権力そのものの所在を変更することにつながってしまうから、許されないというわけである⁽¹⁵⁾。通説は結局のところ、憲法制定権力と憲法改正権力については両者を峻別すると言いながら、第 96 条の国民投票という憲法改正権力については、これを憲法制定権力から派生した権力と見なしている。

(12) 芦部 前掲注(1), p.97 は、このような自身の説を含む通説的見解を、「憲法を作る力 (pouvoir constituant) と憲法によって作られた力 (pouvoir constitué) を区別し、改正権によって国民の制憲権の決断の所産である憲法の根本的建前は変更できないと考える説」と集約している。

(13) 同上, p.45 は、「合法性の原理を一つの支柱とする近代法治国家においては、一般に制憲権は、最初の制憲行為自体にみずか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てゆく」と述べる。

(14) 芦部 前掲注(1), p.97 は、「憲法の中に組織化され制度化された制憲権が、改正権である。」と言う。

(15) 芦部信喜ほか『憲法の基礎知識』有斐閣, 1966, pp.12-13 (芦部執筆) は、憲法制定権力ないし国民主権と憲法改正国民投票の関係についての美濃部達吉説、および清宮四郎説を要約し、「憲法改正国民投票は国民主権の原理を直接に具体化したもので、両者は理論上密接不可分の関係にある」、「ドイツ流の国家法人説によれば、…憲法制定権も結局は憲法改正権と同じに帰し、…憲法改正国民投票は『国民主権主義の最も著しい現れ』だ」という結論に至る」という解説を行っている。

要するに、通説においては、憲法制定（権力）と憲法改正（権力）を峻別するという前提が取られながら、国民投票という憲法改正権力については、峻別は貫かれていない。通説のこのような相反する2つの方向性を共存させるスタンスは、通説の内在的矛盾を意味するのかもしれない問題としうるであろう。しかしながら、むしろこのように通説自体のうちに2つの方向性が存在するという事実のうちに、憲法改正に4で述べた2類型が存在することの、通説への反映を見て取ることができるように思われるのである。

すなわち、憲法制定と憲法改正を峻別するといっても、実際には日本国憲法では国民投票によってはじめて憲法改正が実現する。憲法改正は憲法制定よりは次元の低い権力（権限）と見なしている通説にとっても、憲法改正国民投票は憲法制定に類似する強度の正当性を有することを否定しない。

したがって、国民投票を伴う憲法改正は、憲法制定と比肩すべくもないとしても、それでも単なる既存の憲法秩序のメンテナンスという消極的受動的な改正にとどまらない、憲法の積極的なバージョンアップとしての積極的能動的な改正としての内容を持ちうる。また、このような憲法典の内容にそれなりに積極的な変更を加えるような憲法改正（積極的能動的改正）が予定されておればこそ、わが国の憲法第96条が他国の立法例に見られるように国会単独での憲法改正を許さず、国民投票を要するものとしていと見ることも不可能ではないであろう。

Ⅲ 第96条の要件の意義

1 「3分の2」という発議要件の意義

(1) 改正の類型に照らしてみた発議要件の意義

このように、憲法改正を連続的な憲法の意味内容の変化のための一手段（そこには、①単純な連続的成長としての消極的受動的改正と、②新たな価値判断を伴う積極的能動的改正との、2つの類型がありうることをⅡで見たが）と位置づけると、

逆に、第96条の国会の発議要件、ならびに国民投票という要件が何を意味するのかが、明らかになってくるものと思われる。

すなわち、まず第96条の発議要件が何を意味するかであるが、改正のありうる類型ごとにその意味するところは微妙に異なろう。

① 単純な連続的成長としての、すなわちもっぱら技術的な改訂としての消極的受動的な憲法改正にあつては、衆参それぞれの議員の3分の2という要件は、時代や環境の変化に対する憲法改正というリアクションに慎重さを要求し、国会に技術的な精査を行わせるための高いハードルということになるであろう。その場合、過半数でなく3分の2要件によって少数派の意見が重みを持たされるのは、多数派が事実の過大な想定に立っていたり、目的との関連性の疑わしい手段を採用しようとしていないか、といった点についての説明責任を多数派に尽くさせるためであることになろう。

② 新たな価値判断を伴う積極的能動的な改正の場合、3分の2という発議要件は、新しい価値判断の提案を国民に行う前に、そもそもそのような価値判断が、単なる立法レベルのそれを超えた（将来の個々の立法を制約するに足るだけの）普遍性一般性を標榜しうるほどに、時代や環境の変化のなかで正当性を有するか、国民感情にも支持され定着するであろうか、ということも国会自身も確認し、国民にも丁寧な国会審議を通じて分かりやすくするために用意された高いハードルということになろう。

なお、第96条の発議要件の過半数への緩和が大きな政治的争点とされているが、以上の説明から第96条の緩和否定論が必然的に帰結されるものではない。

なぜなら、①の類型の改正の場合には、国会自身が技術的な観点から改憲の是非、その内容を審議することに資するために内閣に技術的精査をさせるといったやり方や、衆参両院の憲法審査会に専門的見地を反映しやすくする運用を導入するなどの工夫で、例えば過半数の発議要

件の下でも改憲案の技術的な合理性を確保することは可能であろう。

また②の場合にも、国会が法律における新しい価値判断を含む立法とは区別された、最高法規である憲法への新しい価値の導入であることを踏まえた熟議を行う制度的担保が用意され、また国民が一過的な感情で国民投票に臨むこととならないように、憲法典という最高法規の一部となることで将来の立法を制約することなどを国民に正確に啓発する作業等を国が行うというのであれば、発議要件が過半数では足りない、とまでは言いがたい。発議と国民投票の間に一定期間を空けるなどの制度的な工夫が、こうした営みには含まれる。

なお、そもそも憲法改正権限が憲法制定権力の近似物と捉えられ、それだけに憲法改正が新しい価値判断をもたらすことが（憲法の同一性の範囲内であれば）許容される。ところで、新憲法制定には発議要件などの形式要件は、事前には定まっていないのであるから不要であり、国民投票などで示される憲法制定権力（国民）の主権的意思がそこに至る手続を正当化する。このことからすれば、②のタイプの改正（すなわち新しい価値判断を伴う改正）については、①の場合（単なる技術的な改正）に比べて、3分の2という発議要件の有する意義が相対的に低くなる、と解する余地がありうるようにも見える。ただし、あくまで憲法の同一性の範囲内、すなわち日本国憲法の基本原則に変更を及ぼさない、という前提が憲法改正の一種である②には要求される。したがって、新憲法制定という似て非なる事象との区別を明確化するために、すなわち新憲法制定ならざる改正において国会審議の独自性・重要性を強調するために、あえて3分の2要件を採用したというのが日本国憲法

の意図であるという理解も、可能であると思われる。

また、国民に実質的決断を迫る②の方が①よりも発議の比重は軽い、という一般論からすれば、さらに進んで、そもそも①と②とで発議要件を変える（つまり、①は現行どおり3分の2、②は過半数で足りるという改正をする。）という考え方もありうる場所である。しかしながら、より国民に実質的な判断を迫る②のタイプの憲法改正案の方が、①のタイプのそれよりも発議要件が緩やかになる、という制度設計は、国民の受け止め方としては逆転した印象を与えるであろう。①と②とを明確に区分しうるものではないとすれば、なおさらこうした類型別の発議要件の設定は混乱を招きかねない⁽¹⁶⁾。

逆に、改正内容が①のタイプのように単なる技術的で消極的受動的な内容である場合、②のタイプのように一定の価値判断を伴う積極的能動的な内容である場合に比べて、内容が①のほうが相対的に重要度が低いからという理由では、①の場合の発議要件だけを過半数に下げるという考えもまた、根拠を見出しがたいように思われる。単純過半数の発議要件は、民主的決定にはむしろふさわしいが、技術的理由に基づく改正であれば、3分の2を要求することで技術的慎重さを担保しようとするのも、それはそれで理にかなう選択ということもできるからである。

結局のところ、発議要件のハードルの高さは、内容の軽重とは無関係に、国会での発議（に至る審議過程）がどういう役割を期待され、国民投票がどういう役割を期待されるのか、という発議と国民投票の役割分担を反映して規定される事柄であろうと考えられる。

(16) なお、発議要件は3分の2のままであっても、国民に一定の価値判断を求める②のタイプの改正の発議の場合、国民投票に問う（否決は国民による与党および内閣への不信任を意味する。）という手続のかぎりで野党も改正発議には賛成し（ただし国民投票で否決された場合には与党の政治責任が問われる）、3分の2要件が実質的には過半数と同等であるような運用をする、という憲法上の習律が、現実成立しうるかはともかくとして、このタイプの発議にとっては、ありうる1つの型であるようにも思われる。

(2) 発議要件と熟慮の有無

第96条の3分の2という発議要件は、論理的な要請というものではないのであるから、発議される憲法改正案の内容を、合理的で、かつ国民に分かりやすいものとするうえで好ましいか否か、という点に、その政策的当否がかかっていることになろう。その関連で、現実の複雑な政治過程を取って極度に単純化すれば、以下の点を指摘することができるようにも思われる。

すなわち、発議過程で期待される熟慮について、もとより憲法改正案は国民投票に付するものである以上、どのような選択が国民に提示されているのかが、分かりやすいものでなければならぬはずである。この点、「3分の2」なら「過半数」よりも少数派を引き込む過程で熟慮が増し合理性が確保され、さらに分かりやすさが増すという保証は、必ずしも常に成立するものではない。多数派が少数派と妥協することで、少数派に配慮した「ただし書」等が追加され、かえって複雑で分かりにくい改憲案となるという、3分の2ならではのマイナス面の可能性も考えられないではない。その結果として、国民がどの部分に着目して賛否を決すればよいのかが不明瞭な妥協の産物としての改正案が国民投票に付されることにつながるとすれば、国民投票を改正の成立要件とする第96条が本来想定する発議のあり方からは、相当に遠いように思われる。

(3) 発議要件が過半数で足りるとする場合の若干の派生的論点

改正の類型としての①②を通じて、第96条の発議要件を過半数に変更するという緩和論にとっては、以上とは別個の論点も派生しうる。

それは、日本国憲法が代表民主制をとり、一般の法案の場合の国民投票による決定といった直接民主制的制度を排除している（日本国憲法第41条における「唯一の立法機関」としての国会という位置づけが、日本国憲法のこの面での建前を表している。）こととの兼ね合い、という論点である。

すなわち、現行の憲法のままでは違憲の疑いのありうる法案の成立が政治的に必要であるとして⁽¹⁷⁾、他方で、そのような法律が成立した場合には、将来当該法律の適用対象者などによる訴訟のなかで法律の合憲性の有無が争点とされ、裁判所が違憲判決を下す可能性もありうる場所である。そこで、多数派がまず、違憲の疑いを生じさせる憲法規定そのものを変更する憲法改正案を両院のそれぞれの過半数で発議し、国民投票で憲法改正を実現するとする。その結果として、当初の法案を違憲の疑いを排除して成立させることが可能になる。このように、法律に合わせて憲法を改正する場合、法律案に対する国民投票は日本国憲法の基本原則に含まれるといえる代表民主制からおおよそ許されないのに⁽¹⁸⁾、憲法改正という迂回路をすることで、憲法改正国民投票として、実質的には法案そのものの賛否の国民投票が可能となってしまうのではないか。すなわち、過半数という発議要件の下では、憲法改正国民投票がいわば濫用され、法案に対する国民投票という直接民主主義的な運用（正面からそれを行えば違憲と考えられる。）の変形として利用される可能性があるのではないかと、ということである。

もちろん、国民投票の対象は法案そのものではなく、当該法案を合憲としうる憲法改正案の方であるから、法案の国民投票とは形式的には区別される。また、憲法改正の発議権はあくま

(17) ドイツの基本法第13条（住居の不可侵）に対し、通信傍受などの必要性の増した捜査手法を合憲とするための加除がなされた1998年3月26日の第45回改正、ならびに、同23条（欧州連合のための諸原則）という、マーストリヒト条約との関係でドイツ連邦共和国の主権がどのような手続の下で委譲されるかなどを新規に定めた条文（同条そのものは別内容であった規定を用いている）を置いた1992年12月21日の第38回改正（以上、参照、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.213, 224.）などは、従来の規定のままでは違憲判決を招きうることから、新しい事態に対応するためになされた憲法改正の例といえる。

(18) 渋谷 前掲注(3), pp.549-550.

で国会にあるのであるから、憲法改正国民投票の実施そのものは国民代表の手に留保されている。しかしながら、国民投票の結果は憲法条文として取り込まれ、当然に国会の立法活動を拘束するから、実質的には法案の成立を国民投票に付することに近い、という見方にもわかには否定しがたいところであろう。

さらに、このように、法案の合憲性を確かなものとするために関連する憲法条文のほうを改正するという手法自体にも、憲法の最高法規性を揺るがすのではないか、すなわち立憲主義をないがしろにしているのではないか、といった非難が予想されるところである⁽¹⁹⁾。立憲主義という概念は極めて多義的であるが、個別の法律と憲法を突き合わせてみてそこに矛盾がある場合、憲法でなく法律の側が無効とされ排除される、そのことで憲法を最高法規とする法体系が維持される、という思考方法ぬきでは、立憲主義が成立することは困難である。もっとも、法律が憲法を排除するのではなく、あくまで法律に整合するように憲法を改正するというのが以上の想定であるから、形式的には憲法と法律との整合性は担保されている。しかしながら、予測可能性・法的安定性という立憲主義の持つ長所が、法案に合わせて憲法を変えようというやり方の場合には、著しく損なわれていることは、やはり否定しがたいであろう。

2 第96条の国民投票要件の意義その①

それでは、国民投票という憲法改正の成否を決する要件は何を意味するか。ここでも、上記の憲法改正の2類型ごとに区別して考察しようと思われる。

上記の①消極的受動的な憲法改正、すなわち単に時代や環境の変化に対応して憲法を改定する必要があるという場合には、国民投票はどのような意義を持つことになるであろうか。国会

での3分の2の合意が事実上相当に困難であるから、憲法改正手続の力点は国民投票よりもむしろ国会内の熟議と調整のプロセスにある、そしてこうした改正の場合、少数派を含む熟議と改憲案の精査が国会に求められる、と仮定しよう。その場合、発議はそこに至るまでに十分に議論が尽くされたという事実の結果であり、内容の是非のみならずむしろ国会での審議過程全体が、国民投票の賛否の対象とされることになる。

このように、3分の2という発議要件の厳格さから、憲法改正手続全体における国会での発議（審議過程を含む。）それ自体の相対的重要さを仮に引き出しうるとすれば、日本国憲法第96条が想定する憲法改正は、時代や環境の変化のなかで憲法それ自体を継続的に変化させながら、そのことによって憲法の本質的に重要な要素を保持するための仕掛けということになる。この場合の国民投票は、積極的に政治的な決断を下すという性格のものではなく、むしろ消極的受動的に国会からの改正提案を国民が精査する場ということになる。

そのような役割を与えられたものとして第96条の国民投票を捉える場合、それを「消極的国民投票」と呼ぶこととする。消極的国民投票としての国民投票は、憲法改正の成否を決定づける手続ではあるものの、およそ白地のうえになされる「決断」ではなく、熟議のうえに発議された憲法改正案に対して、国民が最終的に正当性を付与するにとどまる、という理解がありうるであろう。代表民主制・議会制民主主義の制度内で行われる、熟議と調整の結果としての発議であるから、その内容は時代や環境の変化に対応するための言わば技術的な「憲法システム」の更新であり、その内容の妥当性は基本的には推定される。また、消極的国民投票は、その対象が国会による発議内容に限定されてい

(19) なお、発議要件を過半数とすること一般を立憲主義の観点から批判する論説が多いが（参照、高見 前掲注(1), p.89.）、本文での記述はあくまで、特定法案を合憲とするために関連する憲法条文を法案に合わせて改正する、という特殊な事例を踏まえてのものである。

ることからも知れるように、主権者国民が白紙のうえに主権的に決断するのではなく、基本的には発議内容の合理性を吟味する（再）審査であると考えるのである。

この場合、国民投票で否決された場合には、発議の内容のみならず、国会の熟議のプロセスそのものが国民からいわば不信任の意思表示を受けたことになるであろう（その場合、もちろん衆参両院ともに、国民との関係で憲法案の発議過程を再検証する政治責任が発生しよう）。国民投票を「主権者による決断」、すなわち憲法制定権力そのものの行使と見るのではなく、あくまで代表民主制の下で例外的に国会と有権者団としての国民との間で憲法改正の是非を協働して決定する営みと捉える、ということである。

このように、国民投票を直接に国民が行いながら、それでも主権者国民としての憲法制定権力と同等の始原的な政治的決断を国民が行っているわけではない、という見方をとることに、もちろん技巧的な見地にすぎるなどの異論がありうる。しかしながら、国民主権原理の理解において、具体的な民衆の集合体である「人民」が直接民主主義的に政治的決断を行いうることを意味する「人民主権論」と、あくまで現実の有権者団（選挙民）による代表民主制を通じて国民意思が形成され、国民主権原理は現実の権力行使に正当性を付与するにとどまるとする「国民主権論」（「ナシオン主権論」とも呼ばれる。）との対立が、憲法学においてかねてより見られるところである⁽²⁰⁾。そして、フランス革命のような激変期の当初に叫ばれる「国民主権」の内実が民衆の直接的参加による人民主権であっ

たとしても、革命などの成果を確定し社会の安定化をはかるために憲法典が制定された場合の「国民主権」については、議会によって一般的理性的な法が制定され、国民は一定の資格要件のもとで有権者団として選挙に参加しうるのみであるという「ナシオン主権」の意味での「国民主権」の理解が支配的になっていく。

このような国民主権の理解（いわゆるナシオン主権論）を前提とすれば、第96条の憲法改正国民投票も、国民投票であるからといって、人民による直接的決定という「人民主権」のマグマが、憲法秩序のなかに例外的に噴出したものと解するべきではない⁽²¹⁾。とりわけ、国会の3分の2という厳格なハードルを越えて国民に発議される改正案が、上記のように時代や環境の変化に対応するための技術的な改正提案である内容の場合には、なおさら国民投票の「国民」が主権者国民そのものである必要はないであろう。通説的見解は、憲法制定権力と憲法改正権力の親和性を理由に、第96条の国民投票を主権者国民の直接民主制的な意思表示と捉えるわけであるが⁽²²⁾、そのような観点は、改正の本来の姿が憲法典の技術的なバージョンアップ（にすぎない）とすれば、必然的なものではない。むしろ、発議内容を（再）審査するための最終的判断主体としての適切な資格要件は何であるのか、という合目的・政策的判断の下で、「国民投票」の担い手が画定されることが、「国民主権」原理に素直であるとともに、憲法典の技術的なバージョンアップの見届け役の選任としても適切である。

なお、このような見地を前提とすれば、国民

⁽²⁰⁾ 芦部信喜『憲法（第5版）』岩波書店、2011、pp.42-43；杉原泰雄『憲法I 憲法総論』有斐閣、1987、pp.195-202。

⁽²¹⁾ 芦部ほか 前掲注(15)、pp.14-15（芦部執筆）は、「もしこう解することが〔国民主権をナシオン主権として理解することが〕正しいとすれば、国民主権の原理は、代表制とは不可分に結びつくが、憲法改正国民投票制とは少なくとも理論上は一直接の関係はないことになろう。したがって、現行憲法九六条の国民投票制を廃止し、通常の議会のみによって憲法改正を決定できる建前に変更することも、法理上可能だということになろう」と述べる。

⁽²²⁾ 同上、pp.16-17（芦部執筆）は、国民主権は、「国家権力を民主的に基礎づけ正当化する根拠だという意味」と国民が「国家権力の究極的な行使者だという意味をあわせ含む」という観点から、芦部自身の見解として、「国民…による憲法改正国民投票は、国民…の制憲権すなわち国民主権の原理をもっとも直接に具体化したものだといえる」、「国民主権と憲法改正国民投票は、理論上も密接不可分の関係にあるとみなすことが許されよう」とする。

投票年齢をめぐっては、必ずしも成年年齢と連動しなくてもよいが、主権者国民の政治決断だからという理由で年齢を引き下げるのではなく、発議内容をよりよく判断しうる「国民」はどの範囲か、という観点から決定されるべきことになろう。

3 第96条の国民投票要件の意義その②

また、②のタイプの憲法改正、すなわち時代や環境の変化へのリアクションとしての発議内容が単なる消極的・技術的な受け身のそれだけでなく、むしろわが国と日本国憲法を取り巻く条件の変化をきっかけとして新しい政治的な基本枠組を採用しようとする、積極的能動的な改正提案である場合はどうか。

すでに言及したように、まったく新しい憲法を制定するに等しいほどに刷新的な「改正」は、本来は改正限界を超える（つまり現行憲法との関係では無効である。）が新憲法制定として独自の正当性を持つことから、本稿の対象には組み入っていない。本稿は、「改正」をあくまで「継続性」という本質を維持した憲法の自己変革と捉えている。上述の技術的理由に基づく①のタイプの改正はまさに継続性のための改正であり、比喩的に言えば、憲法典の直線的な発展である。これに対して、時代や環境の変化への対応であっても、単なる技術的な受け身のそれではなく、そのタイミングを捉えて積極的に新たな価値判断を憲法典に挿入する大がかりなバージョンアップ、すなわち②のタイプの改正もありうる。その場合の国民投票は、国民に新たな価値判断の採用についての政治的な決断を迫るものであることは否定できない。ただし、現行の憲法典と非連続の新憲法の制定ではなく、いわば直線的な発展がそこで折れ曲がりながらもつながっているような、継続しつつも積極的に内容を変革する相対的に大規模な改正である。

時代や環境の変化に合わせた受け身の改正とは異なり、日本国憲法のイデオロギーないし価値観そのものが時代や環境の変化のなかでゆら

ぎや限界を露呈し、国会の3分の2が、日本国憲法の単なる技術的なバージョンアップでなく、端的に新たな価値の選択を国民に迫るための発議をすることも、ありえないではない。そうした国民に言わば新たな選択を提示する発議であっても、現行憲法の本質を維持したうえでの改正内容であれば、なお「改正」の範疇にあると言いうる。こうした刷新的な内容の発議に対して、その性格をよく理解したうえで行われる国民投票を、「積極的国民投票」と呼ぶことができる。

4 憲法改正の2態様それぞれとの関わりにおける第96条

以上に示唆したように、現行の日本国憲法第96条は、憲法改正につき、①従来からの憲法秩序の連続性を維持したうえでその現代化をはかる（時代に合わなくなった憲法条文をその精神はそのままに時代に適合するように進化させる。）という意味での、消極的受動的な憲法改正（以下、便宜的に「弱い憲法改正」と呼ぶ。）と、②憲法制定権力の有り様に重大な変更を加えたりそれを否定したりする程に大規模なものではないが、新たに主権者国民の声としての国民投票を行うことで、日本国憲法の制定時の憲法制定者の意思が判明すれば厳密にはそれとは相容れないような軌道修正を果たす、という意味での積極的能動的な憲法改正（「強い憲法改正」と呼ぶ。）との2つの憲法改正を、ともに正当化しうるような手続を備えている。

(1) 「弱い憲法改正」に親和的なものとしての第96条の「3分の2」という発議要件

まず、国会での3分の2の発議要件は、従来の憲法秩序の連続性のうえに、さらに時代の要請に適合するように憲法をバージョンアップしていくというタイプの「弱い憲法改正」に適した仕組みであろう。

少数者とも合意に達しないとルール変更ができないというのは、立法レベルでは一般的には

考えにくい。法律の場合には、過半数をその都度制する多数派が法律を制定し、少数派はそれを改正ないし廃止することを目指して多数派にならんと努力するという、法規範の変転をめぐる格闘は、民主主義そのものである。発議の3分の2要件は、民主主義そのものの要請ではもとよりなく、「弱い憲法改正」を前提として、時代の変化を正確に把握するという技術的な合目的性のために、多数派と少数派との熟議と合意を要求するものと見ることもできよう。

そして、仮に国民投票要件が実は見かけほどに決定的な要件ではなく、国会の発議で改正がほぼ決まってしまうという傾向が成り立つのであれば、発議こそが憲法改正手続のかなめであることとなる。また、ひいては、第96条の憲法改正は実は日本国憲法の基本原則には一切触れることのない、日本国憲法を時代に合うように（微）調整することのみを目的とする改正条項であることにもなる。

「弱い憲法改正」が時代や環境の変化にキャッチアップするための、憲法自身にとっては保守的な手段であるとする、その内容は目的に照らして合理的であるべきものである。ところで、合理的な決定なら、議院内閣制の下で行政の専門技術的な判断を吸い上げながら、国会が立法レベルで行えばよいとも言う。例えば、環境権や国の環境保護の責務をことさらに憲法に導入しなくても、環境保護の技術論であれば、立法で十分に実現可能である。ただし、当該立法が財産権等の経済的自由に対する直接かつ重大な制約を手段として含んでいる場合には、違憲であるという非難を封じるために、環境保護の内容自体を憲法に格上げして、正面から憲法秩序に取り込む必要がある。そうした事

情がないのであれば、通常は立法でも目的は達成しうるのであろう。

このように、「弱い憲法改正」は多くの場合、立法で代替可能であるから、なぜあえて憲法改正としてそうした微調整的な内容の規範化を行うのか、の正当化が必要になる。

この点につき、国会の3分の2が過半数よりも合理性を多く含んでいる保証はないが、内容の合理性が強く念押しされたものとして、国会の3分の2の賛成で法律に上位する憲法のランクを与えるというのであれば、それはそれで合理的決定内容を守る戦略の1つとしては考えられる。

ドイツのように⁽²³⁾、議会の3分の2だけで憲法改正が可能であるとする仕組みは、このように合理的な内容の立法を、単純多数で成立する将来の通常の改正立法ないし廃止立法から守るために、あえて憲法典と憲法改正手続をいわば借用することに途をひらく。さらに、憲法裁判所による違憲判決の回避という目的も彼の地ではありうる⁽²⁴⁾。

極めて技術的かつ詳細で、わが国であれば当然に法律事項であるような内容が、ドイツの頻繁な憲法改正の大半を占めているが、「憲法典」が「国家の基本法」からやや逸脱し、「憲法改正」が上記の目的で便宜的に利用されている面も否定できないと思われる⁽²⁵⁾。

(2) 「強い憲法改正」に親和的なものとしての第96条の国民投票

他方で、第96条の本質を、国民投票による主権者国民ないし憲法制定権力の直接の意思表示（ないしはその近似物）であることにあるとする立場を採れば⁽²⁶⁾、「強い憲法改正」を第96

(23) ドイツ基本法の改正条項である第79条第2項は、改正の成立要件として、「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。」と規定する。高田・初宿編訳 前掲注(17), p.256。

(24) 前掲注(17)で挙げた憲法改正の例を参照。

(25) 参照、本誌資料ヨハネス・マーキング「継続と非継続の間—憲法改正—」（翻訳）II. 2. c。

(26) 前掲注(20)の芦部説がこの立場に相当し、今日の通説といってよい。

条によって実現することも可能である。しかし、このような改正にあっても、改正と制定とは峻別されるべきであるから、国民投票を主権者国民の憲法制定権力の発動と等置することは妥当でない。

憲法典は、その正当化根拠としては、憲法制定権力（ないし国民主権）を引き合いに出す。しかしながら、現実の生の政治的实力としての「人民」の主権的な無制限の決定権力は、憲法典の正当性（それはかつての憲法制定権力から付与されたものであり、目の前の憲法制定権力には立ち向かえない。）にとっては不都合を超えて、いわば両立不能な存在である。したがって、「生のまま」の憲法制定権力を憲法改正の場面において召喚することは、憲法の改正規定に定められた憲法自身の制定者の意図としても、ありそうにない。第96条の「国民投票」も、憲法改正を正当化するに十分な程度には憲法制定権力の「近似物」でありながら、憲法典自体の正当性を揺るがさないためには、そこで留め置く必要がある。

なお、ここで、憲法制定権力の行使としての国民投票が本来の憲法制定時になされ、あるいは（その近似物が）憲法改正の発議に対してなされる、ということの意味が何であるかが、まず問題となる。

そもそも憲法は、少数者を含む社会の構成員の基本的に全員の一致を必要とする法律行為ではなく、特定の価値観やイデオロギー、基本政策の選択と結びついた政治的決断の所産である（憲法制定権力という用語自体がこのことを指し示している。）。憲法制定権力の決断は、必ずしも熟議の結果なされるものではなく、むしろ争点一般化され、個々人がその時点で置かれている利害状況よりも価値観ないしイデオロギーでイエス・ノーの立場を決定することになじむような、単純な選択肢に対して行われる。その選択それ自体が、利害の調整という議会制の日常からすれば非日常的な、その意味で非合理的なものでありうる。

このように非合理でありうるもの、あるいは合理性では決め手とならないもの、例えば合理的な決定を行う前提としての基本的なルールや制度の枠組の決定は、憲法制定権力という、立法権等の国家権力を超越した一回起的な至高の存在に委ねるほかはない。国と地方の関係をどうするか、政教分離の度合いをどこまで要求するか、こうした問題は、それぞれの国の歴史や社会通念に基づきつつ、共通の答えはないという意味で、憲法制定権力の（非合理的な）決定がはじめになされ、そうした決定を前提として（絶えず蒸し返すと社会が混乱するのでそういうことはせずに）、立法・行政・司法の実務が細かい造りこみをする他ないのである。

また、最高法規としての憲法であるがゆえの、内容が一般的概括的であるという性格は、憲法改正についても当然に成り立つ。それゆえ、憲法が憲法であるかぎり、憲法改正国民投票が（政策の合理性のような目安を欠くという意味で）「非合理」になされるといっても、恣意的な偏見や個別利害からは自ずと解放されているという見方も可能であろう。

「強い憲法改正」として第96条の国民投票を捉える場合、国民がその主観において一定のムードに流され合理的な決定ができないのではないか、という直接民主制一般に寄せられるのと同様の批判ないし疑念に対しては、上記のように、最高法規としての憲法の改正であるかぎり、その法形式ゆえに安全装置が働く、と指摘することも可能であろう。

すなわち、「強い憲法改正」の場合の国民投票は、たしかに、憲法制定権力の近似物ないしそれ自体の発現として、拍手喝采的な熱狂のなかで非合理的な決断に陥る危険性をはらんでいる。しかしながら、決定の対象が個別の政治的利害ではなく一般性のある憲法的命題であるかぎり、その「非合理」の意味は前述のように、組織や権限を最初に決める際には不可避であるところの「ものさしの無さ」によるものであり、具体的危険性とは本来的には無縁であるはずで

あるとも言える。逆にいえば、個々の国民の利害の対立に介入するような内容や効果を有する憲法改正案は、そもそも憲法になじむのか、通常法律事項ではないのか、がまず問われるべきであろう。

おわりに

以上のように改正を類型化して考えると、憲法の技術的な補正にとどまる「弱い憲法改正」を日本国憲法が主として念頭に置いているのであれば、情報収集と熟議を尽くした発議要件の段階に憲法改正全体の力点があり、他方で国民投票は追認的な意味合いが強くなる（その場合、国民投票権者の範囲も、国会の発議内容を正確に理解しうる年齢を要件とすることが合目的的であることになろう）。

さらに、やや重大な改変のために憲法制定権力ないし国民主権の意思を問おうとするものとして一もっとも実際の国民投票の「国民」は憲法改正権力の主体にすぎず、憲法制定権力や国民主権の担い手と同視することはできないが、「強い憲法改正」も想定されているのであれば、国民投票にあくまで力点があることから（その場合、国民投票権者の範囲を国民全体になるべく近づけるとする観点から、年齢要件をできるだけ引き下げることが望ましいことになる。）、その反面として発議要件の比重は下がることになる。このように考えられるとしても、そこから直ちに発

議要件の有り様（現行の3分の2要件が必須か、例えば過半数への緩和が改正案として可能かという論点）について、一定の答えが導かれるものではない。

両院の3分の2と国民投票の組み合わせを要求するという現行の第96条は、憲法改正の濫用を防止するという点では、立憲主義（その正確な定義はさておき、憲法に法律以下を実効的に規律させながら、憲法が環境の変化に耐える柔軟さをも確保する原理のはずである。）の知恵の産物と言うこともできるであろう。

このように、現行の第96条は立憲主義の知恵の産物という面を持つが、他方でそれは論理的必然というものではない。要するに、発議要件の緩和の可否にあたって決め手となるのは日本国憲法が想定する「憲法改正」の有り様であって、立憲主義（それはあまりにも多義的である。）などの一般論から発議要件のハードルのあるべき高さが決まるものではない。様々の具体的な改正案を想定し、それが国会での審議過程によってどのように熟慮されて発議に至り、国民投票では当該改正案の何に着目した判断がなされる（ことが期待される）のかという、改正案の類型に即した具体的なシミュレーションによって初めて、第96条の果たしうる役割と、その変更の可能性についての考察が可能となるものと思われる。

（むねすえ としゆき）