

我が国における「憲法改正の限界」に関する一考察

結 城 洋一郎

はじめに

- 一 問題の所在と用語の限定
 - 二 憲法改正限界論の論理構造
 - (1) 清宮四郎教授の限界論
 - (2) 渡邊宗太郎教授の限界論
 - 三 憲法改正無限界論の論理構造
 - (1) 佐々木惣一教授の無限界論
 - (2) 結城光太郎教授の無限界論
 - 四 両説の検討
 - (1) 憲法制定権力と憲法改正権の関係
 - (2) 「制度化された憲法制定権力」という観念
 - (3) 憲法改正規定の存在理由
 - (4) 基本原理の改正
 - (5) 改正規定の改正
 - (6) 実定法規定に基づく二分論的アプローチ
- むすび

はじめに

一昨年(2012年)4月27日、自由民主党は「日本国憲法改正草案」を決定し、同年12月の衆議院総選挙における圧勝により第二次安倍内閣が成立するに及んで、憲法改正への動きは急速に現実味を増すことになった。

こうした流れのなか、「憲法改正の限界」に関わる議論が、とりわけ憲法改正手続条項(日本国憲法第96条)の改正をめぐる浮上しつつある。

かつて、憲法改正の限界問題は欧州各国において大きな論争テーマをなし、その影響の下、我が国においても戦前および戦後のしばらくの間は、多くの憲法学者によってこの問題が取り扱われてきた。

しかし我が国においては、新憲法が社会的に定着し、憲法改正の現実的可能性が薄れるにつれ、憲法改正の限界に関する論考もまた、影をひそめるようになったのである。

こうして、この問題はその後長らく等閑視と言っても良い状況に置かれてきたのであるが、昨今の改憲論の活性化を受けて、改正の限界に対する憲法學上の関心もかすかながら再浮上しつつあるように思われる。

本稿は、こうした社会状況を一つの契機とし、憲法改正の限界をめぐる主要な論点を、とりわけ我が国における議論を素材として整理するとともに、現在我が国の通説としての地位を占める限界論に対し、無限界論の立場から筆者なりの批判的検討を行おうと試みるものである。

一 問題の所在と用語の限定

憲法の定める改正手続きを充足しさえすれば如何なる内容への改正も許されるのか、それとも、たとえ憲法所定の手続きを充足したとしても、なお内容的に許されない改正というものがあるのかという点をめぐっては、従来、激しい論争が巻き起こされてきた。

改正手続きを充足しさえすれば如何なる内容への改正も許されるという考えは、「憲法改正無限界論」（単に、無限界論または無限界説）と呼ばれ、一方、内容的に許されない改正があるという考えは「憲法改正限界論」（単に、限界論または限界説）と呼ばれている。

両学説の分布状況については、小島和司教授の指摘によれば、「アメリカ、フランス、イタリア、北欧等においては、当然のように無限界説が支配しており、限界説に立つ学説はドイツとスイスの一部に「少数説として存在するだけ」とされ^(注1)、尾吹善人教授によっても、「世界的には無限界論が支配的で

ある。」^(注2)とされている。

一方、我が国について見れば、戦前においても限界論に立つ論者が比較的多数を構成していたが^(注3)、戦後の新憲法下にあつては限界論が圧倒的多数を占めている。

こうした状況の下、尾吹教授によれば、「最近の我が国の学説の傾向は、再び無限界論に向っている。」^(注4)と指摘されるが、必ずしもその傾向が顕著であるとは思われない。

もっとも、このような学説の分布状況は、時代によって変化しているとも思われるし、また論者によっても評価が分かれ得るわけであるが、いずれにせよ、およそ学説の当否が論者やその支持者の多寡によって決まるものではないことは言うまでもない。

ところで、この問題を論ずるに当たり、ここで用いられる用語の意味を明確化しておく必要があると思われる。時に同一の用語が、論者によって異なる意味で用いられる場合が見受けられるからである。

先ず、「法の改正」についてであるが、これはゲオルグ・イェリネクが示すように、「法の条文（テキスト、文言）を意図的に形式的に変更すること」と定義すべきものと思われる^(注5)。もっとも、立法機関が無意識に文字を書き変えるなどということはあり得ない以上、要するに、「法の改正とは、法条文の文字を書き変えること」を意味することになる。

この定義によるならば、全面的な改正であれ、わずか一文字の削除または追加であれ、あるいは文言・文章の入れ替えであれ、これらは全て「改正」として観念されるべきものである^(注6)。

したがって、この用語法に従う限り、「改正の限界」を論ずるに際し、「改正」と「改悪」とが区別されることはない^(注7)、「部分改正」と「全面改正」、「改正」と「増補（追加修正）」が区別されることもない^(注8)。

また、「憲法改正の限界」という場合の限界とは、一般的には「当該憲法に内在する」「法的限界」を意味しているのであって、当該憲法にとっては外来的な要因を根拠とする「自然法的改正限界論」や「国際法的改正限界論」は、

ここに言う本来的な限界論ではないし^(注9)、また、「およそこの世に不変的なものはない以上、憲法の変化にも限界はない」とするタイプの「事實的無限界論」^(注10)は、改正の「法的限界」を語るものではないので、ここでの検討対象には含まれない。

以上の用語法に基づき、この法改正を行う場合に充足すべき手続き、すなわち「改正行為の適法要件」を定めるものが「改正手続き条項」であって、この観念の下では、改正手続きを充足する改正行為は適法となるし、この条件を充足しない改正行為は違法となる。

以下では、上記の定義を前提として「限界論」と「無限界論」の諸相を概観しつつ、その適否について検討する。

二 憲法改正限界論の論理構造

戦前から戦後にかけて、限界論に立つ論者は枚挙にいとまがない程であるが、以下では戦前を代表するのものとして清宮四郎教授の限界論、戦後の特色ある限界論として渡邊宗太郎教授の所論を取り上げて検討したい。

(1) 清宮四郎教授の限界論

戦前早くから、憲法改正問題を限界論の立場から詳説した代表的論者として、清宮四郎教授を挙げることができるであろう。

教授は、1936年の「憲法改正作用」と題する論文において、ドイツと我が国の主要な学説を紹介・検討した後、教授自身の限界論を展開する。

教授によれば、憲法典に規定された各条項は全て平等に同一の法的意義を有するものではなく、各条文相互間にはその法的効力において上下関係が存し、最高位に「根本規範」、中間に「憲法改正規範」、最下位に「普通の憲法規範」が序列付けられるのである。このことを教授は以下のように説明する。

「ここに注目すべきことは、かく憲法と指称せられる国法の一体系を構成する各個の法規範はすべて同一の法的意義を有つものでなく、憲法の内部でさら

に体系的意義を異にする法規範を分かつ必要があるということである。即ち、第一、根本規範、第二、憲法改正規範、第三、普通の憲法規範がこれである。さうして、この三者はその『改正』についても区別して取り扱はれねばならない。』^(注11)

では、ここに言う「根本規範」とは何か。教授によれば、それは「国家における始源的法創設の最高権威を設定し、他の一切の国家法秩序の適用を基礎づけるものとして他の憲法規範と段階を異にし、且つ、・・・国法上の意味における制定・『改正』作用の対象になりえぬ」規範である^(注12)。

次に、「憲法改正規範」について教授は以下のように述べる。

「この種の規範は、根本規範と普通の憲法規範との中間に位し、一方において根本規範の制約をうけるとともに他方において普通の憲法規範を制約する。この種の規範を定立する作用を憲法制定・改正作用といへば、それは直接に根本規範によって設定せられた主権者によって行われる作用で、この作用を規律するものは根本規範のみである。」

「さうして一方において、この規範は普通の憲法規範制定・改正者を規定し、普通の憲法規範より上位の段階に位するものと見られる。」^(注13)

それでは、何故に改正規範は普通の規範の上位に位置するのか。教授はブルクハルトの所説に依拠しながら次のように述べる。

「およそ一つの法規範が存在するためには、根本規範の場合を除き、該規範を定立する権能ある者が既に存在しなければならない。」

そして、「他の規範の構成条件を表現する規範は上位段階に存するものと看做されねばならず」、「ある規範の改正規則は・・・該規範の構成条件に属する」以上、「憲法制定・改正規範も他の普通の憲法規範よりは上位の段階に位置するものと看做されねばならない。」^(注14)

以上のように、清宮教授の限界論は、一つの憲法典に規定された複数の条文を三段階に区分することから導かれている。

ここに言う「根本規範」なるものの内実は必ずしも明らかではないが、先に引用したように、これが「国家における始源的法創設の最高権威を設定」する

規範であって、かつ、一国の憲法における「最も重要な部分として実在する」「実定規範」であるとする指摘^(注15)に従うならば、清宮教授における「根本規範」とは端的に言えば、憲法上の「主権規定」と理解すべきものと思われる^(注16)。

そして、根本規範が主権規定であるからには、これに先行し、この規定の法的妥当性を根拠づけ、あるいはその内容と形式を統制しうる法的な権威は存在しえないのであって、根本規範の定立・改正は実定法を超越する(したがって、法的に構成することは不可能な)歴史的現実として受け入れる以外にはない、ということになる^(注17)。

これらの記述から清宮教授の限界論は以下のようにまとめることができるであろう。

実定憲法条項に規定された憲法改正権(教授の表現によれば「狭義の憲法改正権」)は、①根本規範(主権原理)を改正しえず、②憲法改正規範を改正しえず、③普通の憲法規範(根本規範と改正規範を除いた憲法規範)は全て改正できる。

以上に示される清宮教授の限界論は、所与の憲法規範体系の内部構造を静態的に整序することによって展開されるという点において、「法実証主義的限界論」の一つの典型ということができるであろう。

しかし、それと同時に、一個の憲法典に規定された全条項を、「根本規範」「憲法改正規範」「通常の憲法規範」に三分割し、そこに、単に思想上あるいは理論上の「前提と結果」の関係を超えて、実定法上の「法的効力の優劣関係」を設定する点において極めて特徴的なものである。

このような独自の三分法に立脚する学説は、卑見によれば他に類を見ないのであるが、一方、そこに示された結論の実質という観点からするならば、戦後に数多く出されることになる他の限界論のそれと大きく異なるものではないと言いうると思われる。

この点については後に検討する。

(2) 渡邊宗太郎教授の限界論

清宮教授の限界論が、専ら所与の実定憲法内部における各条文の効力の優劣関係を基礎に据えるのに対し、渡邊教授の限界論は、シェイエース以来の憲法制定権力概念、とりわけその最高性・無拘束性を前提として展開されているところに特色が見出される。即ち、渡邊教授の限界論は、特定の実定憲法を超え、その意味で超実定的に観念される「憲法制定権力」の概念に一元的な基礎を持つのである。

衆知のように、シェイエースは、国家の全権力を、①「憲法制定権力」(pouvoir constituant)と、②「憲法によって制定されたる権力」(pouvoirs constitués)の二つに大別し、前者が主権的権力であり、後者はこれに従属する権力(統治機関の権限)であるとした^(注18)。

この定式によれば、憲法制定権力は最高の権力であって、これを拘束しうる如何なる実定法も国家権力も存在しえず、その意味において無拘束・無限界の権力である。

渡邊教授によれば、この「憲法制定権力」の属性は次のように説明される。

「憲法制定権力の特性としては、一次的本源性と、自主性と、及び無条件性を上げることができる。」「一国の統治に関してそれに上位する事実上の、又は、法上の如何なる他の権力も存在しえない。」

「憲法制定権の発動は・・・主権者の主権者としての意思活動とみるの外はない。」

「一国において何が・・・適正妥当な法理念であらねばならないかを決定することは、ひとり主権者のみのなし得ることである。如何なる個人も、如何なる団体も、この点に関して主権者を拘束する名目を主張しえない。」

「更に、憲法制定権力は、その作用において、その形式及び内容に関する如何なる先在の法の規則にも拘束せられない。」^(注19)

以上はシェイエース理論の説明、あるいは忠実な踏襲とも言うべきものであるが、続いて教授は「憲法制定権力の二面性」という観点から、この権力が発動される形態を二つに分類する。

その第一は、先行する憲法が何もない状態から「最初の憲法」が制定される場合、あるいは、革命によって既存の憲法が廃棄された後に新憲法が制定される場合である。この場合に行使される権力は、その本源性から「原始的憲法制定権力」(pouvoir constituant originaire)と命名される。

その第二は、憲法制定権力が当該憲法の定める組織と手続とを通じて発動される場合であって、この権力は、原始的憲法制定権力によって案出された権限であるから、「伝来的憲法制定権力」(pouvoir constituant dérivé)、又は、「制度化された憲法制定権力」(pouvoir constituant institué)と命名される。

そしてこの第二の権力が、通常、「憲法改正権力」(pouvoir de révision de la constitution)と呼ばれるものである。^(注20)

では何故に、憲法は、本来無拘束の「原始的憲法制定権力」に加え、敢えて「制度化された憲法制定権力」即ち「憲法改正権力」を設けるのか。

教授の説くところによれば、「厳格な理論の下に主権の至高性を強調しようとするときは、・・・制度化せられた改正手続の存在はこれを根本的に排斥しなければならないのであるが」、制度の拘束を受けない原始的憲法制定権力が発動された場合には「紛擾と混乱」を生じかねないのであって、これを避けようとする以上は、「憲法制定権力の制度化の便宜性を完全に否定することは許されない」からである。^(注21)

但し、憲法に改正手続規定が設けられたからといって、「原始的憲法制定権力」が「改正権力」に吸収されることはない。この二つは以下のように、あくまでも本質的に異なる権力として併存し続けるものである。

即ち第一に、原始的憲法制定権力は常に本来の性格を維持しつつ生き続ける。憲法改正手続きの法定化は、「決して原始的な憲法制定権力を変質せしめる効果をもつものではない」。

何故なら、「主権者としての人民は、自分自身で自己に如何なる拘束をも加へることはできない」し、「人民主権の作用を拘束し得る凡そなにもものも存在しない」のであって、主権的権力たる原始的憲法制定権力を改正手続条項の中に拘束することは出来ないからである。^(注22)

また、主権者が改正条項を用いて憲法を改正する場合には、その憲法規定に拘束されることは当然であるとしても、「主権者は依然として自らそれを変更することの自由をもつ」し、主権者が改正規定に拘束されるのは「寧ろ改正手続の変更の自由を自己に留保するからである。」^(注23)

一方、「憲法改正権力」は決して原始的憲法制定権力にとって代わることはできず、原始的憲法制定権力の本質を具有することはできない。「制度化された憲法制定権力」は、これを生み出した「原始的憲法制定権力」に従属する。^(注24)

この従属的性格から、憲法改正権力は原始的憲法制定権力が立脚する「根本精神」を逸脱することはできず^(注25)、したがって、憲法改正手続きの改正^(注26)、憲法の廃棄^(注27)、君主制や民主制といった「基本的統治形態」の変更^(注28)は、憲法改正権力の限界を逸脱するものとして許されないのである。

以上が渡邊教授の示す限界論の理論的骨格である。

ここに明らかなように、この理論の内実は無限界論に極めて近似している。即ち、教授が強調する「憲法改正権の限界」とは、あくまでも「制度化された憲法制定権力」の限界であり、換言すれば、憲法制定権力の「制度化された側面における限界」に過ぎない。

しかし教授によれば、この制度化された憲法改正権の上位には、常に「原始的憲法制定権力」が君臨し、この権力は当該憲法が定める改正手続きには何ら拘束されることなく、常に自分が望むままに憲法を改正し得るとされるのである。

更に教授は次のようにも言う。

「憲法制定権力が、制度化せられた憲法改正機関によって原始的憲法意思として発動するときには、それは、その瞬間において、制度化せられた権力としての性格を喪失せざるを得ないのである。」^(注29)

この記述に込められた渡邊教授の意図は、おそらく次のようなものであろう。

即ち、「制度化せられた憲法改正機関は原始的憲法制定権力が設定する基本原則等を逸脱しえず、もし逸脱（限界踰越）が行われた場合、そこに行使され

た改正権は最早、制度化された権力と看做すことはできず、“憲法制定権力の原始的憲法意思の発動”と見るほかはない。換言すれば、そこには旧憲法の廃棄と新憲法の制定という現象を見るほかはない。」と。

しかしながら、この立論は教授自身の意図を超えて以下の帰結、即ち、「原始的憲法制定権力は、自己が望むなら、制度化せられた憲法改正権の行使という形態をとって発動することが可能であるが、その場合であっても、自己の権力を原始的憲法意思として発動しようするときには、その瞬間において制度化せられた権力としての性格を喪失するとともに、その本来的始原性を回復するのであって、ここでの憲法改正作用は、当該憲法規定による一切の拘束から解放されることになる。」との論理的帰結を回避することはできないのではなからうか。

もし、渡邊教授の所論を上記のように理解し得るとするならば、教授の限界論は、あくまでも「制度化された憲法制定権力としての改正権」の限界を説くものであって、これを越え、あるいはこれと並行して常駐する「原始的憲法制定権力」が憲法所定の改正手続きを利用して行使される場合については無限界論を説く学説である、と評価しうるものと思われるのである。

三 憲法改正無限界論の論理構造

(1) 佐々木惣一教授の無限界論

我が国において無限界論を詳細に展開した最初の論者は佐々木惣一教授と云って良いであろう。

教授の立論の特色は、基本的に当該実定憲法規定の文言に依拠する点において「法実証主義的無限界論」とも言うべきものである。

佐々木教授によれば、明治憲法の中には特定内容の改正を禁じる規定は存在しない以上、いかなる改正もなしうるとされる。即ち明治憲法の改正には何等の内容的限界はなく、同憲法の主権原理たる「国体」さえも、第73条の定める改正手続きを充足しさえすれば改正することが許されるとされるのである。

このことを、教授は次のように言う（引用に際しては、原文の旧字体を新字体に改めた）。

「夫レ我国ノ君主国ニシテ且我国君主ノ万世一系ナルコトハ固ヨリ憲法ノ制定ニ依テ始メテ生シタルニ非スシテ建国以來ノ事象ナリ。然レトモ一度憲法制定セラレテ之ヲ其ノ中ニ規定シタル以上ハ、我国ノ君主国タルコト及ヒ我君主ノ万世一系タルコトハ憲法上ノ事項ニ属シ、從テ憲法制定以後ニ於テハ別段ノ定ナキ限、苟モ憲法改正ノ手續ヲ以テスルニ於テハ、我国ノ君主国ナルコト及ヒ我国君主ノ万世一系ナルコトヲモ改正シ得ト云ハサルヲ得ス。而シテ別段ノ定ナシ。然ラハ即チ我憲法ニ依レハ法上ニ於テハ我国体ヲモ變更シ得ルノ途アリト云フノ外ナケン。」^(注30)

では、明治憲法を改正して国体の改変を禁止する条項を付加することは可能か、また、この禁止条項が付加された場合には、明治憲法の改正には限界ありとされるのか、という点が問題となるが、この点に関する佐々木教授の見解は以下のようなものである。

教授によれば、明治憲法中に国体変更を禁止する規定がないことは「制度ノ不当」、規定の「不備」であるから、これを矯正するためには、「我憲法ノ中ニ憲法改正ノ手續ヲ以テスルモ国体ニ関スル規定ヲ變更シ得サルコトヲ規定スヘキノミ」である^(注31)。

この主張によれば、国体改変を禁止する条項を付加する憲法改正は可能ということになる。

では、こうした改正後において国体は憲法改正の限界を構成し、国体改編は限界を踰越することになるのか。教授によれば、この禁止規定が存在する限りは、国体改編の憲法改正は限界踰越となって許されない。

しかし、教授は戦後に書かれた別の論文において次のようにも述べる。

「恒久的に憲法の内容とし得ない、というようなものは存しない。一時的に憲法の内容としない、というものはあり得る。しかし、そう定めた憲法の規定そのものも、憲法所定の手続によるときは改正できる。」^(注32)

即ち、ここでの立論によれば、憲法上に何らかの改正禁止条項が存在したと

しても、この規定そのものを改正（廃棄）してしまえば、その後はいかなる改正もなしうということである。ここにおいて、憲法改正は完全な無限界となる。

佐々木教授において、人間社会の変化を法の不可固定性の基礎に置くこうした無限界論的思考形態は、戦前から戦後にかけて一貫して見られるものである。

先の論文において、教授は次のように述べていた。

「一般ニ法ハ社会事情ノ変遷ト共ニ之ヲ改正スルヲ要ス。之ヲ不動ノモノトスルハ即チ社会ノ発展ヲ阻害スルナリ。」「焉ソ独リ憲法ニ就テ之カ例外ヲ見ルヲ得ンヤ。」^(注33)

「憲法全部ノ廃止ヲ防カントセハ憲法中特ニ之ヲ禁止スルノ規定ヲ設クルノ外ナシ。」「然レトモ卑見ニ依レハ此ノ如キ規定ヲ設クルモ遂ニ何等ノ益ナケン。蓋シ既ニ君主及ヒ国民両者ノ思想ニ於テ憲法全部ノ廃止ニ一致スルニ至ラハ、仮令憲法中ニ之ヲ禁止スルノ規定アリトスルモ決シテ遵由セラレサルヘク、且君主及ヒ国民両者ニ於テ憲法全部ノ廃止ヲ欲ストセハ寧ロ之ヲ廃止スルヲ適当トスルナリ。」^(注34)

ここには、法は社会に奉仕するものである以上、絶対不変の規定を設けるべきではないし、たとえ仮にそのような規定を設けたとしても、現実的にはその規定は無視されることになるだろうし、また無視されてしかるべきである、という考えが示されている。このような思考形態は、大石義雄教授のそれ（注10を参照）と本質的に共通するものと言えるであろう。

以上のように、佐々木教授の無限界論は基本的に所与の憲法上の文言、当該憲法における改正禁止規定の存否をその理論的根拠に据える点において、前述のごとく「法実証主義的無限界論」と性格付けることができるであろう。

(2) 結城光太郎教授の無限界論

戦後、数少ない無限界論の一つに結城教授の所説を上げることができる^(注35)。

教授は先ず、カール・シュミット^(注36)と清宮四郎教授によって説かれた無限界論を主たる検討の対象とし、これに対する批判という形で無限界論を展開す

る。

シュミットも清宮教授も、一つの憲法典に規定された条項の間に法的効力の優劣を設定するが、結城教授はこの点を批判して次のように言う。

憲法の個々の条文を、「中核と周辺、原理とコロラリーの区分、理念形による整理」等の方法で理解・再構築することは憲法学の任務であろうが、「このような再構築がたとへどのような形で遂行されようと、憲法自体に変化が起こるわけでもなければ」、中核的・原理的な規定が「法的効力に於いて上位の地位を獲得するわけでもない。」「憲法を形づくる個々の条文はみな等しく憲法の最高法規範性にあづかるのである。」^(注37)

次に教授は憲法改正作用の本質に関し、以下のように述べる。

「憲法改正の究極的主体は憲法制定権力の主体つまり主権者に外ならない。主権は憲法をつくる力であるから、憲法の外に於いて上に存在し、法的には説明のつかぬものである。それは現にあることのなかにその妥当根拠をもつ。このように主権は憲法超越的な存在であるから、およそ実定法的拘束は及ばない。」

「憲法改正権は部分的にせよ全面的にせよ憲法をつくりかへる力であるから、本質的には憲法制定権力であらねばならぬ。」

では何故に敢えて憲法が改正権規定を設けるのかといえ、^(注38)「それは法的安定性、予測可能性の要請に応じ、憲法改正権がその発動形式を一定のかたちに自制したことによる。」

ところで、仮に憲法改正に限界があるとして、その限界を逸脱した憲法はいかなる効果を持つのか。この点に関し、教授は次のように指摘する。

限界超越の新憲法の効力を司法的に争う道はない。「司法権はこの新しい憲法に基づく司法権となったのである。」「また、改正の進行中に於いてもこれを阻止する法的な方途はない。なぜなら改正の完了以前には、争うべき対象そのものが存在しない。」

こうしてみれば、改正の限界を設定しても「その規範には、何等国家権力による実効性の保障が伴わない。『力なき規範』は法規範の名に値しない。」

「この無力性は限界論者も等しく認めざるを得ないところであって、法的に

許されぬ、といひながら、法的無効を主張するに代へて、『革命』だと説明するにすぎないのである。』

このような説明は、「法的に取り扱い得ないものを法的に取り扱ったかのごとく偽装しているのである。この偽装をはずせば、憲法改正の問題は法の領域に入り得ぬ、政治的な問題であることがあらはになってこよう。」^(注39)

それでは、改正規定を用いて改正権を独裁者等に白紙委任するようなことは許されるか。

「このような委任は実質上主権の変更ないし放棄に外ならず、このようなことは・・・最早法の問題ではない。」^(注40)

教授はこのように述べた後、自然法による限界づけと国際法による限界づけをともに否定しつつ^(注41)、次のように結論する。

「およそ憲法改正に法的限界は存在しない。たとえ明文を以て変更を禁止してある事項と雖も改正の限界とはならぬ。しかしわれわれの政治的意思のなかには常に改正を許さぬ一定の限界がある。しかしてこれだけが憲法の改正を限界づける力である。」^(注42)

以上が結城教授によって示された無限界論の骨格である。

この立論の特色は、①憲法上の基本原理規定も改正手続き規定も、他の一切の憲法条項も、その法的効力については上下関係なく全て平等な最高規範であること、②憲法改正権の本質は憲法制定権力そのものであって、改正手続き規定は混乱回避の目的で設けられたところの、本来は無拘束である制憲権の自制規定にすぎないこと、③主権原理の転換は法の領域を超えた政治問題であり、④故に、限界踰越とされる改正の問題は政治問題に帰着せざるを得ず、総じて、憲法改正にはいかなる法的限界も存在しない、とする徹底した無限界論^(注43)であると言い得るであろう。

そして、憲法制定権（主権）の完全な無拘束性・超実定性が議論の基礎となっている点において、限界論者からは、「主権万能論的無限界論」、あるいは「徹底した法万能主義」^(注44)とも評されるのである。

但し、先に指摘したように、結城説における「無限界論」の帰結は、渡邊宗

太郎教授の展開する「限界論」（実体としては「始源的憲法制定力の無限界論」）とほとんど同質のものと思われる。

これは両者が、J.-J. ルソーとシェイェース以来の「主権＝憲法制定権力の無拘束性」を共通の前提として、①常駐する憲法制定権力の一つの機能として無制限の憲法改正権を見出すか（渡邊説）、あるいは端的に、②改正権の本質は常に無制限の憲法制定権力の発現であると見るか（結城説）、の違いにすぎないことからくる当然の帰結のように思われるのである。

四 両説の検討

これまで検討して来た諸学説の存在を前提としつつ、筆者は無限界論を正当と考える。

以下、いくつかの論点につき、私見を述べたいと思う。

(1) 憲法制定権力と憲法改正権の関係

憲法制定権力と憲法改正権の関係をどう理解するかという点は、限界論と無限界論を分かち決定的な要素である。

もし、憲法制定権力と憲法改正権が同質のものであるならば、憲法制定権力が法的な無拘束性をその属性として備えると定義される以上、改正権もまた無拘束・無限界ということになるし、逆に両者を区別するならば、憲法改正権は「憲法によって制定されたる権力」ということになり（権力の二分法に立つ以上、憲法制定権力でないものは必然的に「憲法によって制定されたる権力」である）、改正権は自己を生み出し、自己の上位に君臨する憲法制定権力の意思に従属する。そしてこの従属性こそが改正権の「限界性」を生み出し、制憲権の主権的意思が改正権の「限界の内容」を構成することにならざるを得ないのである。

したがって、限界論と無限界論のいずれを正当とするかは、第一義的に、憲法制定権力と憲法改正権が同視されるか否かにかかっていると見てよい。

筆者は、両者は本質的に一体のものと考えてる。

憲法改正行為は、全面改正にせよ、一部改正にせよ、既存の憲法に替えてそこに新たな憲法規範を定立する行為なのであるから、その実体と本質は憲法制定権力の発動と評価する以外にはないと考えるからである。

たしかに、制憲権がその発動を「憲法の規定する手続きを利用して行う場合」には、当然に憲法所定の手続きを充足することが求められることになるが、しかしそれは後に示すように、制憲権が便宜上の配慮に基づき予め用意した改正手続きを利用しようとしている限りにおいてなのであって、制憲権がその始源性において憲法改正権を行使しようと意図した場合には、既存の改正手続きに拘束される理由はないからである。

してみれば、憲法改正作用において改正権と制憲権を区別する理論上の実益はないし、逆に、これを異質なものとみなした上で主権者以外の主体に改正権を付与することは、本来は主権者のみがなし得る「憲法の決定」権を主権者以外の者に与えることを意味するのであって、それは、改正権者による主権の篡奪を予め法定化するようなものと言わざるをえないであろう。

このように、「制憲権と改正権は同質・一体のものである」という理論上の認識は、当然に「憲法上の主権者のみが改正権を行使すべきである」という実践的主張を導くものである。

限界論が、おしなべて制憲権と改正権を峻別し、「改正権はそれを生み出した始源的制憲権に従属する」との前提に立って、「制憲権の意思は改正権の限界を構成する」と語るのは、改正権者による主権の篡奪を阻止せんとする意図からであると思われるが、もしそうであるならば、「改正権は主権者たる制憲権者にのみ与えられるべきである」という原則をこそ貫徹すべきであろう。

主権者以外の者に改正権を付与しつつ、主権篡奪の防止を意図しても、そのような努力は結局、後述のごとく、理論上も実際上も無力な試みに終わらざるをえないはずのものである。

(2) 「制度化された憲法制定権力」という観念

しばしば、またとりわけ憲法改正限界論者によって、憲法に規定された改正権は「制度化された憲法制定権力」(pouvoir constituant institué)であると表現される^(注45)。

およそある事項が憲法上に規定されたならば、その事項は制度化 (institué) されたことに間違いはない。上記の用語がそれだけのことを意味するのであれば、この表現を取上げて取り上げる必要はないが、限界論に立つ一部の論者は、制憲権といえども「制度化 (institué)」された以上は憲法上の拘束を免れないとする。

このことを、例えば小林直樹教授は次のように言う。

「ひとたび『制度化』された制憲権は、始源的な憲法制定権力のように、実定法秩序から独立かつ無制約に『改正作用』をなしうるものではない。少なくとも、制憲権そのものとその存在の基礎ともなる規範を、破壊もしくは排除することは、たとえ制憲権の発動の結果だとしても、法的には不可能といわねばならない。」^(注46)

しかし何故に、無拘束の権力が自分の定立した規範に取り込まれるによって自己の本性たる無拘束性を失わねばならないのだろうか。限界論はその理由を論証していない。

これは憲法制定権力に関してのみならず、あらゆる人権 (自然権) に関して言えることである。近代立憲主義の基礎となる人権論によれば、憲法上保障された人権 (自然権) は、憲法によって創設された権利ではなく、人間が人間であることに基づいて本来的に持つ不可侵の権利なのであって、憲法の人権保障規定はこれを確認しているに過ぎない。

したがって、ある人権が憲法上に明記されたことをもって、「その人権は “droit naturel institué” (制度化された自然権) に転化したのであるから、その本来的不可侵性を喪失する」と考えることが不当であることは明らかであろう。もし、このような主張が成立するのであれば、憲法は人権保障の手段であることをやめ、本来不可侵であるべき人権を制約するための単なる口実に墮し

てしまうことになりかねないからである。

(3) 憲法改正規定の存在理由

既に渡邊、結城両教授の所説に示された通り、憲法上の改正規定の存在理由は、始源的憲法制定権力の発動によってもたらされるかもしれない「混乱」を回避するために、予めその「行使形態の一例」を明示（例示）しておくところにある。

したがって、①渡邊説によれば、制憲権が改正権（制度化された制憲権）として行使される限りにおいて、それは憲法所定の改正手続きに拘束されるが、その改正作業の中途において制度化された制憲権が始原的制憲権として自己の意思を表明しようと決意するに至った場合には、改正規定を含む一切の規定に拘束されることなく、②結城説によれば、より端的に、改正権は憲法制定権力の発動として無拘束であり、改正規定上の「自制」を行うか否かは、専ら制憲権自身の、その時々裁量に委ねられるということになる。

かくして、渡邊・結城両氏の立論は、その論理構成においては差異が認められるものの、いずれも制憲権の無拘束性を前提に据えつつその行使形態の一つを憲法所定の改正手続きの中に見出す点において共通のものであり、したがってまた、その実質的効果についても大差がないことになる。

ところで、このような立論、特に結城説に対しては、菅野喜八郎教授から強い批判が提起されている。その趣旨を簡略にまとめれば次のようになるであろう。

即ち、①当該法規定によって拘束されるべき対象者が、その規定に従うべきか否かを自由に判断することができ、更に、②この規定をも自由に改変することが可能だとするならば、この規定は最早、法規範ではないということになり、日本国憲法第96条は法規範ではないとの主張に帰結する、と^(注47)。

ここに言う「法規範」という意味が何を意味するかにもよるであろうが^(注48)、こうした批判は必ずしも妥当であるとは思われない。

先ず、②の問題について見れば、例えばある個人が「禁酒」を決意したとし

て、自己の定立したこの規範を遵守するか否か、また規範内容に何らかの修正を施すか否かは、専ら本人の意思一つにかかっている。しかしながらこの場合においても、禁酒の決意は、本人がこの決意を変えない限りは、本人に対する一つの規範（勿論、社会規範としての法規範ではないにせよ）であると言うを妨げないであろう。

ルソーが、「意思が将来に向って自らを拘束することは背理である。」^(注49)と述べ、意思の不拘束性を強調するのは人間の本来的自由性を示すためであり、シェイエースが「自己自身に対して義務を課することができるものであろうか。自己を相手とする契約とは、果たして如何なるものであるか。」^(注50)と述べるのも、ルソー理論の忠実な踏襲の表明である。

この観念こそは、個人の自然権思想を支え、また近代民主主義・国民主権の原理、およびこれを生み出す社会契約理論の基礎である。

この思想的前提を否定しない限りは、個人にせよ団体にせよ、その存在内部においては、本人（当該個人、当該団体の構成員の総体）の意思が最高の権威者であって、これを拘束し得るいかなる権威も存在しえないことは認めざるを得まい。

そして当然のことながら、憲法学者にして、国家構成員相互の間に締結され、国家構成員の総意（即ち、国民自身の意思）によって改訂されうる社会契約、あるいはその所産として成立する憲法の「法的効力」を否定する者はいない。

以上のことから、「当該法規定によって拘束されるべき対象者が、その規定に従うべきか否かを自由に判断することができるものは法規範（あるいは規範そのもの）ではない」という主張は、必ずしも一般的に妥当するものとは思われぬ。

次に、①の批判についても一般的妥当性を有するものとは思われぬ。

このことは、抵抗権を例にとれば明らかであろう。

抵抗権は、憲法上にこれを保障する規定が存在するか否かにかかわらず、人権のコロラリーとして不可侵の権利であるから、本質的に超実定法的権利である。また、抵抗権は、不正な「政府権力」（憲法によってinstituéまたは

constituéされた権力全般) に対して抵抗する権利であるから、抵抗権自身はその本質上、instituéもconstituéもされ尽くされない権利なのである。

このことから、憲法上に抵抗権規定が設けられた場合においても、抵抗権の本体は憲法規定に吸収され尽くすことはなく、依然として超実定法的権利として生き続けることになる。

では何故に、憲法は敢えて抵抗権規定を設けるのか。それは、何らかの手がかりなしには始源的抵抗権発動の条件が充たされたかどうかを国民個人が判断することは容易ではなく、故に抵抗権発動が困難になったり、あるいは、社会的混乱を招きかねなかったりするのを、便宜的・実利的配慮から、憲法上に「抵抗権発動の一要件」を明記(例示)することによって上記弊害を防止しようとするからである。

結局、抵抗権の発動において憲法規定に拠るか否かは、究極的には国民個人個人の判断に委ねられる。そして当然ながら、このこと故に抵抗権規定の「法的性格」が否定されるものではない。さもなければ、抵抗権の実定法化は、抵抗権を制限する手段に墮してしまうからである。

およそ自然権の不可侵性は実定法規定によっては左右されないし、またそのことによって、自然権を保障する憲法規範が法的性格を喪失してしまうわけでもない。

このことは、憲法制定権力と憲法改正規定の関係においても完全に妥当するものである。

(4) 基本原理の改正

無限界論に立てば、改正には何等の限界はないのであるから、当然に「憲法の基本原則」(論者によっては「根本規範」などとも表現される)も改正の対象となるわけだが、これに対しては、「改正権による基本原則の変更は論理矛盾である」との批判が存在するので、この点につき検討する。

宮沢俊義教授は、「憲法に定める改正手続きによりさえすれば、その憲法がそもそもよって立つ地盤であり、その憲法そのものを支えている根拠である基

本原理を否定できる、と解することは、理論的な矛盾と考えられる」^(注51)と述べるとともに、「憲法改正権に対してみとめられる限界は、その憲法改正権のよって立つ基礎たる原理 — 国民主権の原理 — だけと見るのが正当である。」とする^(注52)。

宮沢教授の限界論は、主権原理一点に絞られている点において特色的であり明確なものであるが、では、ここに言う「論理矛盾」とはどういう意味であろうか。

宮沢説に代表される同種の主張は、あるいは以下のような論理なのであろうか。

即ち、「日本国憲法は国民主権に立脚するが故に憲法改正の最終的決定権を国民投票に委ねているのであり、憲法改正国民投票は国民主権を前提してはじめて成立するにもかかわらず、この前提から生み出された手段を用いて、その前提そのものを否定することは論理的に矛盾し、法的に許されない」と。

しかしながら、ある前提に立った上でこれを否定・あるいは放棄することは、必ずしも論理矛盾とは言えない。

例えば、離婚という法的行為を考えてみると、離婚は結婚していることをその論理的前提としている。結婚していればこそ離婚が可能だからである。これを、「結婚していればこそ、婚姻関係を継続するか否かの選択が可能なのに、この選択の自由を用いて結婚そのものを破棄することは論理矛盾であって許されない」などという理屈が成り立つはずはない。

結婚とその破棄（離婚）の関係は、「論理」の問題とは無関係なのであって、ある事実の（この場合は法的な）変更問題に過ぎない。およそ「変更」とは、ある事実の存在を前提としてこれとは異なる新たな事実を生み出す行為なのである。

これを憲法改正における主権原理の転換について言うならば、これまでは国民主権原理を採用していたが、今後はこれとは異なる原理を選択する、という選択の自由の問題である。君主主権の場合も同様であって、君主が君主主権体制の変更を望んで国民に統治権を委ねることがあっても、それは何等の論理矛

盾を惹起しないところの、単なる体制の（根本的な）変更に過ぎないと言うべきである。

逆に、国民主権国家において、国民に対してその選択の自由を制限しうる者がいるとすれば、その者こそが真の主権者なのであり、この国家と憲法はそもそも国民主権原理に立脚するものではなかったということになる。「論理矛盾」という表現がより良く妥当するのは、むしろこうした場面についてであろう。

このことは過去の国民と現在の国民との関係においても当てはまる。

憲法制定時の国民の意思は必ずしも現在の国民の意思ではないのであって、両者の一致・不一致は現在の国民による直接的な意思表示によって証明される以外にはない（明示的に不一致が示されるまでは、両者の一致が推定されるだけである）。

そして、もし制憲時の国民が将来の国民を拘束しうるならば、およそ全ての人間は過去の人間の奴隷と化すことになりかねない。故に、ルソーは「意思は将来に向って自らを拘束することはできない」と述べたのである。

改正限界論者といえどもこの原則を否定することはできなかった。それ故、限界踰越の改正行為を「革命」と名付けてその効力を認めざるを得ないのである。

しかし、法的に限界があるのかどうかという問題は、ある行為が「限界内にあつて適法」か「限界外なので違法」かどうかという問題であり、適法・違法の判断はその行為が有効か無効かという問題に直結することによって法的な意味を持つのである。だから、「違法＝無効」というのが法の一般原則として成立しているのであって、「違法であっても有効」というのであれば適法・違法を論じる実質の意味は乏しい（かの「事情判決の法理」においてさえ、違法行為を「有効」としているのではなく、単に「請求を棄却することができる」と定めているに過ぎない）。

結局、限界論者の主張は、「限界踰越の改正行為は革命と名付けた上で認める」という、単なる「呼称問題」に帰結せざるを得ないことになるわけである^(注53)。

(5) 改正規定の改正

以上のことは、「改正規定の改正」に関しても同様に当てはまる。

一部の論者は、「憲法改正規定の改正は許されない」と主張するが^(注54)、その理由は、根本原理は改正しえないとする論者と同様に、「憲法の同一性を破壊する行為だから」とか、「改正規定があればこそ憲法改正が可能であるのに、自己の権限を生み出した前提を変更することは論理矛盾であるから」といった主張がなされるのが通例である。

しかし、先ず第一に、何故に「憲法の同一性や継続性・一体性を破壊する改正が許されない」のかは不明である。先の離婚の例に示したように、離婚とは婚姻関係の継続性を破壊する行為そのものであり、離婚後においては、それまでの婚姻関係の同一性も夫婦間の一体性も存在しえないのであるが、だからといって離婚が許されないことにはならない。では、何故に法規範においてのみ前後の一体性・継続性が要請されるのであろうか。

思うに、法の一体性・継続性なる観念は、様々な法規範を体系的に認識し、あるいは構築しようとする際の道具的概念であって、所与の法規範の改正を法的に制限するものではない。民法典にせよ刑法典にせよ、全く新たな法典を制定することは立法権者の自由なのであって、それが旧法典との継続性や一体性を維持しているか否かは、後の者が評価すれば良いだけのことである。しかし、その評価によって新法典の制定行為の適法性や法的効力が左右されることはないのである。

次に、「論理矛盾」という指摘に関しては、既に「主権原理の転換」に関して述べたことがそのまま妥当しよう。

第三に、「憲法改正規定の改正は許されない」との主張に対しては、社会常識的な観点からして、その他の限界論に対する以上の疑問を感じる。

社会には様々なルールが存在するが、その全てに関し、「改正規定の改正は許されない」との主張を受け入れることができる国民はどれほど存在するだろうか。

例えば、あるサークルの会則がその改正要件として会員の5分の4以上の賛

成を規定していたとして、全会員がこの改正要件は厳しすぎると考えて3分の2に引き下げること同意した場合、この改正は有効であろうか。あるいは逆に、ある重要な条項の改正要件が緩やか過ぎると考えてその要件を加重した場合はどうか。

「改正規定の改正は許されない」との説に立つならば、これら一切の改正は許されないことになる。一般社会において、このような考えで会則を制定・運用している者はどれほど存在するのだろうか。

結局、ここにおいても「意思は将来に向けて自らを拘束することはできない」との原則が妥当するし、また妥当すべきなのであって、会員の総意が既存の改正規定に不便を感じてこれを改めることに決した場合には、どのようにでも改正できるものと言うべきである。

仮に会則等においてその内容を規制しうるのがあるとすれば、それはこの会則そのものではなくして、その外部にあって上位に位する規範だけである。

(6) 実定法規定に基づく二分論的アプローチ

これまで検討してきたような限界論と無限界論の対立の超克を図る観点から、憲法一般に妥当する議論に代えて、個々の憲法における改正規定のあり方に応じた「解釈論」によって限界・無限界の結論を得ようとする方法も考えられないわけではない^(注55)。

つまり、①改正規定において、憲法が主権者としている者に改正の最終的決定権が留保されている場合には、この改正権を憲法制定権力の発現と見て無限界論をとり、②主権者以外の者が改正を決定しうるような規定の場合には、改正権を「憲法によって制定されたる権力」ととらえて限界論をとる、という二分論的アプローチである。

これは、憲法改正の限界に関し全ての憲法に妥当する一般論はありえず、所与の憲法における改正規定のあり方に応じた解釈のみが可能であるとする立場である。

こうした立論は、一見最も受け入れられやすい主張のようにも思われる。し

かしながら私見によれば、こうした二分法的立論は（それだけでは）問題の根本的な解決をもたらさず、妥当なものとは思われない。

その理由は第一に、「法の改正」の本質と実体は新たな「法の定立」（即ち「制定」）ではないのかという、先に指摘した設問に解答を与えていないこと、

第二に、①「憲法制定権力は主権者のみに帰属」し^(注56)、故に、②「憲法改正権の発動は憲法制定権と同じ形式を取るべき」であって^(注57)、③「厳格な理論の下に主権の至高性を強調しようとするときは制度化せられた改正手続の存在はこれを根本的に排斥しなければならない」という主張^(注58)の当否に対する回答を与えないこと、

第三に、制憲権と改正権を区別した場合における「始源的憲法制定権力の存在とその発現形態」はどうなるのかにつき、何等触れる点がないこと、

第四に、上記との関連において、始源的憲法制定権力の行使による改正の場合、そこに限界があるのか否かにつき、二分論がどのような考えに立つのが明瞭でなく、この点が改めて問われざるを得ないこと、即ち、限界踰越の改正が行われた場合、これを法的にどう評価するのか（①始源的憲法制定権力が行使されたものと考えてその効力を認めるのか、②改正行為は違法だが新憲法は有効であるとするのか、③あくまで新憲法は違憲無効であるとしてその受容を拒否するのか）につき、二分論独自の立場が明瞭でなく、この点が改めて問われざるを得ないこと、である。

以上のように、二分論に立つことによって、与えられた憲法ごとに個別の回答をなさんとしても、全憲法に妥当する一般的な原理の探求を回避しては、所与の一個の憲法についてさえ、改正の限界をめぐる諸問題に対する有効な回答を獲得することはできないものである。そして、それ故にこそ、従来の学説において一見安易な二分論が採用されてこなかったものと思われるのである。

む す び

改正の限界問題は、かつては激しい論争テーマであったが、限界・無限界いずれの説に立つにせよ、改正後の新憲法の法的効力は無条件に承認されることになるので、論争の（より端的に言えば、限界論の）もたらす現実的意義は極めて希薄ということになる。これが今日、論争が姿を消した原因なのであろう。

ところで、戦後の我が国において限界論が多数の支持を得てきたのは、憲法学者の多くが現憲法を支持し、その改正に強い危機感を抱いていたためであると思われる。

しかし、限界論の主張は、自己の意に反する憲法が制定された場合には、逆により良き憲法改正に対する妨げとなって跳ね返ってくることを覚悟しなければならない^(注59)。

例えば、戦力保持を定める憲法において、これを非武装に改正することは許されるのか、また、国会の議決のみで憲法改正をなしうる憲法において、最終決定権を国民投票に委ねる改正はどうか。最終的には「革命」や「奇蹟」とする回答が用意されている以上、結局、このような思考もまた所詮は無意味ということになるのか。こうした疑問に対し、限界論者はその理由と共に回答する必要に迫られるであろう。

そして現実に視点を移せば、具体的な改憲草案が与党から提起されている現在、この草案には限界踰越の部分がないのかどうかにつき、限界論者からの言及がほとんど見られないことには疑問を禁じ得ないところである。

一方、筆者の立場からすれば、憲法改正に限界はない。そして、いかなる憲法が望ましいかは既存の憲法によって決まるのではなく、憲法に先行する個人々の思想・信念によって定まるのであり、いかなる憲法が制定されるかは、それぞれの支持勢力の強弱に依存している。

したがって、我々国民にとって第一に必要なことは、自分はどのような社会に生きたいのか、自分の国家をどのようなものにしたいのかを考えることではない。憲法はその後についてくるものであって、その前に与えられ

るものではない。

そして筆者の学ぶところによれば、万人の人権を保障するための国民主権原理に立つもの以外には、いかなる国家、いかなる憲法といえども、その本質的正当性を主張しうるものではないと考えるものである。

この点においては、限界論の代表的論者の一人である芦部信喜教授^(注60)と見解を共にするところであるが、しかし私見によれば、この国家と憲法の正当性は、所与の全実定憲法に普遍的に内在する憲法原理というものではなくして、純粹に超実定的な人間の本性から導かれる原理と言うべきであろう。

即ち、あるべき正当な国家および憲法は、法実証主義的な分析によってではなく、「究極の目的たる人権」と「その保障手段たる国家・憲法」との合論理的な関係の追求によってのみ導かれるものであると思われるのである。

(注)

- (注1) 小島和司「憲法改正の限界と改正条項の改正」『ジュリスト』, 289 (1964年1月1日)号, 278頁。
- (注2) 尾吹善人『学説判例事典・憲法』, 東出版, 1970年, 38頁。
- (注3) 鵜飼信成教授は, 戦前においては「天皇制を廃止して共和制にすることはできない」とする限界論が「通説である」と述べている。鵜飼「国体の変更」『憲法における象徴と代表』, 岩波書店, 1977年, 57頁。
- (注4) 尾吹, 前掲書, 43頁。
- (注5) Georg Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1909, S. 3.
- (注6) ここに示す定義は我が国においては一般的なものである。例えば, 宮沢俊義『日本国憲法』, 日本評論社, 1966年, 784-5頁。杉原泰雄「憲法改正」田上穰治編『体系憲法事典』, 青林書院新社, 1968年, 171頁。
これに対し, カール・シュミットは独自の観点から, 憲法が変更される場合を細かく分類しているが (C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1954. カール・シュミット著, 阿部・村上訳『憲法論』, みすず書房, 1974年, 276頁以下), 本稿での用語法はこれに従うものではない。
- (注7) 田畑忍教授は, 「改正」と「改悪」を区別した上で, 「改正に限界はないが, 改悪は許されない」と述べる。田畑「憲法改正の法理的限界と法的限界」鵜飼信成編『憲法行政法論集』, 河出書房新社, 1960年, 30頁。
しかし, 本稿の用語法にしたがえば, この種の限界論はここでの検討の対象からは除外される。
- (注8) 佐々木惣一教授は, 「憲法の廃棄」は「改正」には含まれないとの前提から, 憲法を廃棄するためには (そして新たな憲法を制定するためには), 憲法上これを可能にする別個の明文規定が必要であると説く。佐々木「憲法ノ改正」『京都法学会雑誌』, 第10巻第11号 (大礼記念号), 1915年, 59頁。
しかし, 憲法の改正とは, 既存の憲法規範を「廃棄」して新たな憲法規範を「定立」という二つの作用を同時に包含する概念であるから, 「改正」という観念に「全面改正」を包含させる以上は, 「全面改正は許されるが廃棄は許されない」とする立論に合理性はないであろう。
- (注9) 所与の憲法が, 自らに対する自然法や国際法の優位性を規定しているような場合には, 自然法も国際法も当該憲法に内在化されているわけであるから, これらが改正の限界を構成するか否かが検討の対象になることは当然である。同旨, 芦部信喜『憲法制定権力』, 東京大学出版会, 1983年, 110頁。
- (注10) 大石義雄教授の無限限界論は, しばしばここに言う「事実の無限限界論」として評価されている。しかし, 教授の無限限界論は, 以下のような論理構造を持つものであった。

即ち、①法は社会生活に奉仕する手段である、②人間の社会生活の在り方は変化してやまないものである、③したがって万物流転の法則のなかにある社会生活に奉仕すべき法内容を人為的に固定することは法の存在理由に反する、④法の改正手続きは法の平和的変更という目的に奉仕するものであるから、理性はこれが遵守されることを求める、⑤仮に憲法が特定の内容の改正を禁止する規定を置いたとしても、改正手続きを用いてこの規定を廃止した後はいかなる改正も可能となる、⑥故に憲法改正に法的限界はないし、限界を設定しないことが法の本質に即して正しい。大石「憲法改正とその限界」『公法研究』第8号、1953年、10～15頁。

こうした大石教授の立論を、単なる「事實的無限界論」と評することは妥当とは思われない。

- (注11) 清宮四郎「憲法改正作用」『公法政治論集：野村教授還暦祝賀』、有斐閣、1938年、21頁。
- (注12) 同、23頁。
- (注13) 同、26－7頁。
- (注14) 同、27－8頁。
- (注15) 同、25頁。この意味で、清宮説における根本規範は、憲法典に記載された具体的な規範のことであって、ケルゼンが提示するような、単に最高規範としての憲法をその上位から基礎づけるために観念上想定された「仮設」としての規範概念ではない。
- (注16) 「根本規範によって設定せられた主権者」という記述からも、こうした理解が可能であると思われる（同、26頁参照）。
- (注17) 同、24頁。
- (注18) Emmanuel-Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?, 1789*. 大岩誠訳『第三階級とは何か』、岩波文庫、1960年、特に第5章参照。
- (注19) 渡邊宗太郎「憲法制定権力と憲法改正権限」『関西大学法学論集』、第5巻第1号、1960年、11－2頁。
- (注20) 同、21頁。
- (注21) 同、26頁。
- (注22) 同、22頁。
- (注23) 同、24頁。
- (注24) 同、10頁。
- (注25) 同、35頁。
- (注26) 同、24頁。
- (注27) 同、34頁。
- (注28) 同、38頁。
- (注29) 同、23頁。

(注30) 佐々木・前掲論文, 168頁。

(注31) 同, 167~8頁。

(注32) 佐々木惣一「憲法改正問題の処理」『憲法学論文選・三』, 1957年, 有斐閣, 269頁。

(注33) 佐々木・前掲「憲法ノ改正」, 121~3頁。

(注34) 同, 171頁。

(注35) 結城光太郎「憲法改正無限界の理論」『山形大学紀要(人文科学)』, 第3巻第3号, 1966年, 281頁以下。

ところで, 忌憚のない個人的な思いを述べる事が許されるなら, 筆者の私的な関係により, この論文をここで独立して取り上げることは大いに躊躇せられるところである。

しかしながら, 度々指摘して来たように, 戦後の我が国において無限界論に立つ論者は少なく, この立場から出された纏まった論考は殆ど見いだせない状況である。

このことから, 教授の上記論文はしばしば無限界論を代表するものとして引用され, 菅野喜八郎教授等の限界論者にとっての主たる批判対象として取り扱われてきたものである。

こうした事情により, 佐々木惣一教授の「法実証主義的無限界論」とは別個の論拠に立つ無限界論として, また, 芦部信喜教授から「主権万能論的無限界論」と位置付けられた論考として, 本論文を取り上げるものである。

(注36) カール・シュミットは、「絶対的憲法概念」と「相対的憲法概念」を区別し, 前者に属する規範が「Verfassung(憲法)」, 後者に属する規範は「Verfassungsgesetz(憲法律)」とする。ここにいう「憲法」とは, 政治的統一体を始原的に基礎づけるところの, 憲法制定権力によってなされる決断として与えられるものであり, 「憲法律」とは, 「憲法」によって基礎づけられ, したがって, これに従属する規範である。

この二分論を基礎としてシュミットは, ワイマール憲法第76条の定める改正手続きで改正可能な憲法とは, 「憲法律」のことであって, 「憲法」は改正しえないとするのである。シュミット・前掲訳書, 1-53頁参照。

(注37) 結城・前掲論文, 288-9頁。

(注38) 同, 290頁。

(注39) 同, 289頁。

(注40) 同, 291頁。

(注41) 同, 291-3頁。

(注42) 同, 294頁。

(注43) この立論には, ブルクハルト(Walther Bruckhaldt)の理論が強い影響を与えているようである。

(注44) 菅野喜八郎・前掲書, 243頁。

(注45) 先の渡邊宗太郎教授の所論で紹介された“pouvoir constituant instituté”または、“pouvoir constituant dérivé”という概念はフランスにおいて一般的に用いられているものである。例えば前者につき, Georges Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 1980, p.84.後者につき, Georges Vedel, *Droit Constitutionnel*, 1949, p.116.両者を併用する者として, Pierre Pactet, *Institutions Politiques Droit Constitutionnel*, 1981, p.72.

(注46) 小林直樹『憲法講義(改訂版)下』, 東京大学出版会, 1980年, 848頁。

(注47) 菅野喜八郎・前掲書, 242-3頁。

(注48) 筆者は、「法規範」に対する菅野教授の定義を十分に理解するに至っていない。教授は「法の効力」を論じるに際し、「法の効力は法の妥当性と同義」とし(菅野・前掲書, 215頁), 妥当性とは「純粋な当為としての拘束性」「客観的当為性」「義務付ける力」であると述べ(同, 16頁), 同時に、「客観的当為」と「法規範」を同一の意味で用いている(同, 16頁)。

また教授は、法の効力を「妥当性」と「実効性」の結合と見る尾高朝雄教授の学説を批判し、「ある法が実効的、即ち、その法が国家機関によって実際に適用され、臣民sujetによって遵守されることになるのかどうかは」、「純然たる事実問題」であり「確認不可能」なことであるという(同, 14頁)。

更に教授は、実効性は法の効力の「必要条件」であるとするケルゼンの所説に依拠し(同, 219頁), 菅野教授がその一員であるところの「法実証主義的限界論は限界踰越の改正行為に由来する強制秩序が全体として実効性を持つに至った段階で始めて新法秩序の出現、その頂点としての新憲法の出現を肯定するのである。」(同, 244頁)と述べる。

ここには、現時点の筆者にとっては理解に至らぬ様々な疑問点がある。例えば、①「客観的当為」とは何か、②これは法規範の「効力要件」としての「妥当性」のことなのか、それとも「法規範」そのものなのか、③「実効性」を法規範成立の「必要条件」とすることは、教授が厳しく戒めるところの「事実によって当為を基礎づける」論理的に不可能なことを主張する誤謬にはつながらないのか、④「強制秩序が全体として実効性を持つに至った段階で」新憲法の成立を承認したとして、それでは法規範としての本質的要素たる「妥当性」は新憲法規範のどこに認められるのか、といった疑問がこれである。

菅野教授は、④の状態は「革命」であって、法的には把握不可能な「奇蹟」というほかないと述べるが(同, 225頁), そうなると、最終的には「奇蹟論」に到達しかねない「法実証主義」、それに依拠する「改正限界論」を、果たして正当な議論として受け入れることが可能であるかは疑問として残らざるをえない。

(注49) Jean-Jacques Rousseau, *Du Contract Social*, 1762, liv. II, ch. I.

(注50) シェイエース・前掲訳書, 87頁。

(注51) 宮沢俊義『日本国憲法』, 日本評論社, 1966年, 787頁。

(注52) 同上, 789頁。

(注53) 限界論に立つ宮沢俊義教授自身が次のように述べている。「両説のいずれをとっても、あまりちがいはない。」明治憲法から現憲法への移行について言えば、「甲説〔＝無限界論〕によれば明治憲法第七三条による改正であるし、乙説〔＝限界論〕によれば、明治憲法の規定を超えた革命的な変革である、というだけのことである。」(宮沢・前掲書, 787頁。)

また、小島和司教授は通説の限界論を批判して、「そこで『改正』の限界といわれるものは、本来、何々の変改は『改正』とはみなしがたいという認識論的表現に改められるべき性質のものである。」と指摘している(小島, 前掲論文, 279頁)。

ただし、菅野喜八郎教授は、限界を超えた改正憲法はあくまでも(旧憲法との関係では)「無効」と断じている(菅野, 前掲書, 248頁)。

(注54) 戦後のものとして、例えば、鶴飼信成『憲法』岩波全書, 1956年, 24頁以下等。

(注55) こうした二分論に立つものとして、工藤達朗「憲法改正限界論」『岩波講座憲法6』, 2007年, 235頁以下。

(注56) シェイエース・前掲訳書, 80頁。

(注57) Rousseau, *Sur le Gouvernement de Pologne*, ch.IX.ここでルソーはまた、「自分が廃止できない法を自らに課すということは政治体の本質に反する。」と述べている。

(注58) 渡邊宗太郎・前掲論文, 22頁参照。

(注59) 中山健男教授は、限界論の保守性を指摘すると同時に、「限界説は、主権者である国民の総意によると云えども絶対に変更すべからざる原理が存すると主張するものであるから、絶対主義の思想の系譜に属する学説であって、民主主義の原理とは相容れない学説であると云うことが出来よう。」と述べている。中山「憲法改正に関する私見」『名城法学』11巻2・3号, 1986年, 58頁以下。

(注60) 芦部教授の限界論は、近代憲法が生まれた思想的背景を明らかにすることを通じて、憲法という観念には本来、人権価値の尊重という目的が内在しているものと捉え、それ故、一切の正当な権力および憲法はこの基本原理から逸脱しえず、主権の権力たる憲法制定権力といえども無拘束な権力ではなくしてこの基本原理によって限界づけられる、とする点において特色的なものである。芦部信喜「憲法制定権力」前掲書, 3頁以下。「憲法改正の限界」同, 88頁以下。

こうした教授の限界論の推論形式は、所与の憲法に内在する要素の解明という手法による点では「法実証主義的」でありながら、他方、いかなる権力(つまりは、いかなる人間)といえども侵すことのできない普遍的価値によって改

正を限界付けようとする点で、その本質は「自然法的改正限界論」の一種と位置づけることができよう。

また、主権の絶対・無拘束性を否定する点においては、「多元的国家論」的な限界論と特色づけることも可能かと思われる。(Harold Laski, *A Grammar of Politics*, 1925. 日高・横越訳『政治学大綱・上巻』, 法政大学出版局, 1952年, 79頁, Jacques Maritain, *Man and the State*, 1956. 久保・稲垣訳『人間と国家』, 創文社, 1962年, 63頁, 等参照。)