

## 「国民の憲法制定権力」に関する若干の考察

大隈, 義和  
北九州大学講師

<https://doi.org/10.15017/1628>

---

出版情報 : 法政研究. 38 (1), pp.89-116, 1971-09-01. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 「国民の憲法制定権力」に関する若干の考察

大隈義和

はじめに

- 一、権力性と正当性
- 二、憲法制定権力の主体——国民——に関する学説
- 三、憲法制定権力と憲法概念

## はじめに

憲法制定権力は、単に「国家」に関しては概念必然的ではない。しかし、それが「近代国家」にかかわる時様相は異<sup>(1)</sup>ってくる。すなわち、学説上すでにジョン・ロックの「国政二論」の中にその要点がみられるところの憲法制定権<sup>(2)</sup>力の理論構造は、フランス革命時の理論的指導家エマニュエル・シェイエスにより展開・体系化され、後にシュミット等により継受・再構成されたといふことができる、すぐれて近代的色彩を帯びて登場した理論である。<sup>(3)</sup>なかんずく、それは広大な国民主権の思想領域にあって、<sup>(4)</sup>或は正当性的契機を或は権力的契機を含むものとして論ぜられ

る。それは、憲法制定権力 *Pouvoir constituant*, *verfassungsgebende Gewalt* と憲法によって作られた力 *Pouvoir constitué* とを対置し、前者は後者に先在・優位して法秩序と国家権力に対してその正当性の根拠となる性質を有するもの、或は、憲法制定権力は「原則として直接的な権利行使の形式でのみ実現されうるもの」<sup>(5)</sup> したがって、国民権説の権力的要素に力点のおかれたものとして概念せられる。このようなものとして、憲法制定権力は「法秩序の諸原則を確定し<sup>(6)</sup>もろもろの制度を確立する故に、法秩序を創造する権力であり、従って政治と法の交叉点に位する」ものである。<sup>(7)</sup> したがってまた、それが赤裸々な実力を意味するもの<sup>(8)</sup>とは言いえないが、根源的、自律的、無条件的特質を担いつつ「憲法制定権力は、固有の政治的実存の種類および形式について具体的な全体的決断をなす政治的意思である」ということができる。<sup>(10)</sup>

ところで、さきに、私は別稿において、次のようにふれておいた。「近代憲法は、はじめに人権ありき」ということができよう。而して市民生活に対する国家の積極的介入の著しい今日、憲法原理の考察にあたり、再びその立脚地——人権——にたちかえてこれをなすことが要請される。そしてこの人権の保障をめぐってイデオロギー的概念としてあらわれたのが憲法制定権力論であり……ロックへの遡及は、人権保障の視点より憲法制定権力論をみる時当然とも言うことができる<sup>(11)</sup>」と。しかしながら、ここでは国民主権のもとにおけるイデオロギー的概念としての措定および人権保障の視点——バイメによれば、「人権・自由な意思表示が憲法制定権力の限界を示し、その踏越しは憲法の正当性を侵す」ということが通説になった<sup>(12)</sup>という——からの論証であった。本稿においては、この措定および出発点に関して、憲法制定権力がイデオロギー的概念であること、またその限りで国民のみが主体として論ぜらるべきであることが、とくに憲法制定権力の主体との関連で（一はその主体に関する学説上の展開の面から、一は基本構造との関連でとくに憲法概念の面から）照射せられることになる。憲法概念については、レーヴェンシュタインの指摘す

る如き、アメリカ革命とフランス革命の信念——成文憲法制定が自由な自治的な社会を実現するという——の維持で  
きない、赤裸々な暴力の隠れみよとなった形式的な成文憲法と対決しつつ、逆にその意義が再確認されねばならない<sup>(13)</sup>  
ところで、この場合更に、「国民」概念そのものの分析<sup>(14)</sup>がその多義性・不明確性ゆえに必然的に要請され、またそ  
れこそ「国民の憲法制定権力」の重要な要素の一であるがこの小論においてこの点まで入ることはできなかった。

かくて、憲法制定権力論は一方で「革命を合法的なものとし且つこれを不断に認めんとする革命理論<sup>(15)</sup>」と評される  
如き権力的・革新的側面をもつが、他方、法秩序・国家権力に正当性を付与するという正当性的・保守的側面<sup>(16)</sup>をもつ  
という両刃の剣の性質を有するといわねばならない。この両性質を内包する主体として国民が論じられるゆえに、ま  
ず権力性と正当性とが、次いで前述の主体に関する学説と、憲法概念との関連で基本構造とが考察されることにな  
る。

(1) Johann Schlesinger, Der pouvoir constituant (Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 13, 1933, S.104 ff.) しか  
し、Felix Somló, Juristische Grundlehre, 2 Aufl., 1927, S. 319f. は「すべての国家に憲法制定権力は存在し、それ  
は *Rechtmacht* を意味する」という。

(2) この点に関しては、大隈・憲法制定権力論の萌芽としてのジョン・ロックの「国政二論」(九大法学二二号)。Hans  
Kurz, Volkssouveränität und Volksrepräsentation, 1965, S. 312. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetz-  
gebende Gewalt, S. 28 Note (43). Carl J. Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, 1953, S. 145—147.

(3) 学説史上におけるシェイエス、シュミット中心の基本構造は私の前掲論文にゆずる。また、「シェイエスの憲法制定権力  
の理論は革命を合法的なものとし、且つこれを不断に認めんとする革命理論」と評される如き(林田和博、憲法改正手続に  
関する若干の考察、法政研究一九卷一号、四八一—四九頁。Julius Hatschek, Deutsches und Preussisches Staatsrecht,

Bd. 1, 1922, S. 21.) も、この面をつくもこのらうことができよう。

- (4) 芦部信喜、憲法制定権力(宮沢俊義先生還暦記念、日本国憲法体系第一卷)七八頁。
- (5) 芦部信喜他、憲法の基礎知識、一五頁。
- (6) 芦部、憲法制定権力、一一六頁。
- (7) Georges Burdeau, *Traité de science politique*, t. III, 1950, p. 171. 芦部、前掲七三頁。小林直樹、憲法の構成原理五一頁。渡辺宗太郎、憲法制定権力と憲法改正権限二頁(関西大学法学論集第五卷第一号)。Wilhelm Henke, *Die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes*, 1957, S. 160.
- (8) シュミットの憲法制定権力論についての評価として、尾高朝雄、法の窮極に在るもの八九—九〇頁はこのようにいう。シュミットのこの点については最近の、杉本幹夫、カール・シュミットにおける規範主義と決定主義(龍谷法学第三卷第一号)は、従来の見解を批判的に分析したものととして示唆に富む。
- (9) Burdeau, *op.cit.*, p. 174. Peter Grosskreuz, *Normwidersprüche im Verfassungsrecht*, 1966, S. 50.
- (10) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 75. 芦部、前掲七三頁。
- (11) 大隈、前掲二—三頁。
- (12) Klaus von Beyme, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*, 1968 (*Recht und Staat*, Heft 367/368) S. 67. 渡辺、前掲七頁。
- (13) カール・レーヴェンシュタイン、現代憲法論(阿部、山川訳)一七三頁。これに対応してシュミットが「単なる防衛であり、外面的アンチテーゼである」とした(Schmitt, a. a. O., S. 81)君主の憲法制定権力が考えられる。
- (14) 佐藤功、憲法成立の諸類型五二頁以下(憲法講座I所収)。K. C. Wheare, *Modern Constitutions*, 1951, p. 98 (伊藤・小堀訳、K・Cウイアー現代の憲法 一二五—一二六頁)。
- (15) 註(3)。尾高、前掲九七頁はいう。「この種の学説は既存の法制度の權威を低める有力な思想工作であり……」と。
- (16) 殊にこれが自然法に基づいてなされる場合には、ケルゼンの指摘することく、「保守的イデオロギーとしての自然法」として明確になる。(ケルゼン、黒田訳・自然法学と法実証主義六一頁) 憲法改正権の限界づけに関連して Friedrich, a. a. O., S. 162 参照。

## 一、権力性と正当性

(1) 憲法制定権力は一面において、「国内における最高権力の究極的な行使者は選挙人団であるという契機をもつ国民主権説の権力的要素に力点がおかれた概念である。<sup>(1)</sup>」この意味で本来の意味における憲法制定権力は、新憲法を制定し既存秩序をつくりかえることのできる事実上の、根源的な、それ以上にさかのぼることのできない権力を行使することのできる一団の市民といふことができる。<sup>(2)</sup>そして歴史的には、この本来的な憲法制定権力の理論に照応して、成文憲法制定の標準的、紋切型的手続様式として国民会議ないし憲法制定会議が構成されることになったのである。<sup>(3)</sup>ことにアメリカにおいてはフランスに先がけてこの思想を推進力として憲法制定作業が行われたのであり、<sup>(4)</sup>「憲法制定権力と憲法によってつくられた力の分離はアメリカでその選定の地を見出した」とみることができ<sup>(5)</sup>。しかしながらこの点については、バイメが憲法委員会に関する論及に際して指摘した次の点が留意されなければならない。すなわち、「国民の憲法制定意思は、経験的分析によれば殆んど一の憲法制定団体の意思であることが判明する。<sup>(6)</sup>」そして「政治学は、このような憲法成立の寡頭的性格の仮面を剥ぎ、憲法制定権力論と憲法制定の現実との不一致を指摘するにとどまらず、更に、時宜に適した国民の憲法制定権力行使の媒介をせねばならない」といふことである。<sup>(7)</sup>したがって、国民の憲法制定意思とはせいぜい国民のグループと政党との相対立する憲法草案の合力であり、<sup>(8)</sup>また、憲法採択時における政治的・経済的・社会的な力もろもろの力の平行四辺形の合力といふことができる<sup>(9)</sup>。したがってまた、バイメのいう「憲法制定者の抽象的論理と政治的バーゲニング・プロセスの必然性との邂逅」<sup>(10)</sup>でもあろう。このような権力的・事実的契機を照射するものとしてヘンケをあげることができよう。彼は、「国民の憲法制定権力はイデオロギー的には国民主権論において、現実面ではフランス革命の恐怖の中で道をふみあやまった<sup>(11)</sup>」として、フランスおよびその

影響によるドイツの運命について詳細な分析<sup>(12)</sup>をなすが、その場合前提として、国家権力から峻別された憲法制定権力を説き、これが事実上国民の所持に帰するという。そして、憲法について決断をなすところの国民の政治的意思——憲法制定権力——は世論の中に認識可能なものであり、あるいはまたそれと並んで国民的政治的生活形式の歴史的形<sup>(13)</sup>成の全過程も憲法制定権力の活動に属するのである。

更に、ヘンケの思考の基底となっているカール・シュミットの憲法制定権力論も、この権力的契機を強調するものといふことができる。すなわちシュミットにおいて、「憲法制定権力とは、固有の政治的実存の種類および形式について、具体的な全体的決断をなし、したがって政治的統一体の実存を総括的に確定することができる実力または権威をもった政治的意思である。」<sup>(15)</sup>「言い換えればそれは、現に秩序が存在しあるいは新しい憲法によって秩序が<sup>(17)</sup>つくりかえられることの事実をいつているにすぎず、<sup>(16)</sup>決断・政治的意思がすべてであることになるのである。」<sup>(17)</sup>かくてそこでは、「法を権力の産物とし権力者の恣意的支配を無条件に是認し権力の保持や行使についてなんらの目的上の制約もみとめられない」<sup>(18)</sup>ことになる。その場合、実力のなす決断の妥当根拠は政治的実存にあるが、その政治的実存のあり方は正当化される必要もなく、またその主体は国民に限られない<sup>(19)</sup>ことになって、それについての正当性の要素は欠如し、権力的要素を純粹に推しすすめたものといふことができる。<sup>(20)</sup>

ところで、このような権力的契機に関して「法の社会的目的論的関連性を無視ないし軽視し、倫理的・政治的契機を排除して、」<sup>(21)</sup>法学の対象を専ら実定法に制限し、しかもそれに内在する価値の検討は法学の領域の外におく法実証主義は、憲法制定権力論を法の領域から放逐する<sup>(22)</sup>。権力的契機に関する一方の極をなす論といふことができる。しかしながら、この議論に対してはシュミットと共に「憲法は、内容と意義とによって、各個の法律よりもつねに高次のもの、包括的なものである。憲法の内容は、その困難化された可変性のために何か特別のもの・優れたものであるの

ではなくむしろ逆であった。すなわち、憲法が根本的意味をもつがゆえに、存続の保障を維持しなければならなかった<sup>(23)</sup>といわねばならない。

(2) ところで、以上のようなシュミットの観念の場合には、正当性の要素が欠けていたとされるが<sup>(24)</sup>これに対して、当初シェイエスにより展開された憲法制定権力論は、根底において他の社会契約説と同じく自然法の観念によりつつ、あらゆる権力の淵源を国民に求め、国家は国民の合意によって基礎づけられるとする<sup>(25)</sup>。すなわち、この面をとらえる時、憲法制定権力は憲法の妥当性を根拠づける正当性、国民的正当性を示す概念といえることができる<sup>(26)</sup>。それは近代自然法思想に裏づけされた根本法の基礎の上に考察されたが、同時に憲法制定権力はその性質上、無条件的・根源的・自律的なるものゆえに、その説かれるところにニュアンスの差が生じる。たとえばビュルドルトによれば、この本源的・無条件的憲法制定権力は、全然法的に評価される性質をもたないところの法学の領域の外にある存在かといえ、それは誤りであり、新しい法秩序の基礎を確立し新しい統治形態を創立する憲法制定権力の使命は、どこまでも法の理念に拘束されるものである<sup>(27)</sup>。そして、この法の理念の実体がそこから起因するところの政治的実力すなわち現実には国民が主権者であることになる<sup>(28)</sup>。

また、グロスクロイツの場合は次のように論じる。超国家的法規の内容に関し、自然法論が倫理的価値を人間との関係で研究したことを評価し、「この法原則は時代の変遷に服さない。なぜならそれは、人間の変わらない性質と根本の位置とから生ずるからである。それは超時的・超個的妥当によって、法律的確定がなくても法の段階的性質に従う<sup>(29)</sup>」という。そして、この部分的に不変と認められた人間の存在の性質からはなお超時的法原則の妥当性は出てこないとし、「特殊な妥当根拠が法の基礎になっている……このような妥当根拠は主権者自らの本質の中に決定されて存する<sup>(30)</sup>」とする。かくて、「国家は、責任ある人格 Parson の領域を考慮しなければならない。人を道徳的人格として



承認するのでなく単なる客体に貶める法規範は拘束力なく、……個々の人格性の考慮が一定の価値であるところの憲法秩序のみが合法である。<sup>(31)</sup>したがって、内容と別個に、国民主権の理論で国家統治を正当づけるもの、特殊な正当性要素を要求することは不当な根拠のないものとみなす。「憲法は価値拘束的な、客観的・倫理的に基礎づけられた根本秩序としてのみ正当なのであり、」この憲法に上位する超実定的根源の法、人的侵害を抑える規範に抵触する規範は不当とみなす。超国家的法原則は根本法として憲法規範であり、憲法規定がこれに矛盾する時は、憲法の規範違反が生ずるのである。<sup>(32)</sup>

ところでこのような正当性および権力性の契機にかかわる憲法制定権力につき国家法人説および法実証主義は、これを法学領域から放逐することは既述のとおりであるが、<sup>(33)</sup>権力性の面からみたシュミットと対照的に、正当性については特にケルゼンの精緻な規範論理の構成をあげることができよう。ケルゼンはいう。<sup>(34)</sup>「実定法上条定された憲法の「上級」通用と同様に、特殊品質の「権力」としての実定法的憲法制定作用は、法または憲法の本質からは、したがって法理論上は、誘導されない。憲法制定権力論の場合には、実定法上基礎づけうる、規範変更の困難にされた場合だけが問題になりうる」がその場合に、「国民はすべての法の淵源であるという理由で、憲法変更を国民の権内にのみあるとすることによって、右の最後の処置を基礎づけるのは自然法である。」すなわち、最上級規範定立機関に関する条定された規範がすべての規範服従者の同意でのみ変更されうるということは、実定法的基礎づけを欠くゆえに自然法的主張であり、したがって、ケルゼンのいわゆる仮設的根本規範という純粹思想は、それを契約要件としてのべることでも曖昧にされるので、厳密な論理的不可変性から、根本契約の単なる一致的変更の可能性へと転じてしまい、便宜主義的政治的要請になってしまうという。したがってまた、始源契約と類似した根本法または基礎法(35)の概念は、根本規範または法論理的意味における憲法という法理論上の思想を殆んど純粹に表現しているとしながらも、極端な個

人主義的な、存在と当為との対立を止揚させるので国家と法を結局否認する傾向に自然法説の根本的誤りがあると見<sup>(36)</sup>る。したがって、彼の「根本規範または法論理的意味における憲法」の概念は、ある程度まで、自然法説にとって非常に重要な、国家を最初に構成する始源契約または社会契約の概念に対応する。結局、統一的前提への、同じ理論的欲求が、自然法説では根本契約にみちびくように、ここでは必然的に根本規範にみちびくのである。<sup>(37)</sup>ケルゼンは、通常の実定法秩序の妥当性の根拠の問題を自然法学的問題として排斥し、無内容な根本規範<sup>(38)</sup>を最高規範としてそこから実定法秩序の妥当性を確保した為、両者の間に内容的連関は見られない。<sup>(39)</sup>かくて、エームケにより「シュミットの把握におけるケルゼン流の根本規範」と評されるシュミットの憲法制定権力論と、「純粹な力の規範論理的な言換え、純粹な力の、純粹に法律学的な裁可」と評されるケルゼンの根本規範<sup>(40)</sup>とは、方法は異なるが国家を法秩序と同視し、法の背後の強制的権力をその識別の特色とみたのであり、結局は、両者は法の妥当性の根拠を抽象的定式・白地法とみるか、あるいは力と同視するかのいずれかに向ったといふことができる。<sup>(41)</sup>このような単なる規範主義的な憲法把握の法やシュミットの決断主義憲法論の批判は拙論のよくするところではないが、今日の憲法論は、たとえば前述したグロスクロイツの「人格性の考慮」、あるいはラートブルのいわゆる「不壞の拠点」——法治国、権力の分立、国民主権、自由と平等——の如き憲法に内在する価値を中核として把握さるべきであらう。<sup>(42)</sup>

(1) 芦部、前掲一一六頁。芦部他、憲法の基礎知識一五—一六頁。

(2) Friedrich, a. a. O., S. 153.

(3) レーヴェンシュタイン、前掲一七二頁。

(4) Egon Zweig, Die Lehre von pouvoir constituant, 1909, S. 1.

(5) Burdeau, op. cit., p. 181. 芦部、憲法制定権力 九七頁。

- (9) Beyme, a. a. O., S. 14.
- (7) Ibid., S. 55.
- (8) Ibid., S. 63.
- (6) Wheare, op. cit., p. 98 (邦訳一二五頁)
- (10) Beyme, a. a. O., S. 25.
- (11) Henke, a. a. O., S. 66.
- (12) Ibid., S. 53ff.
- (13) Ibid., S. 24f.
- (14) Ibid., S. 24 Note (9). <ンケ自らが、二、三の点でシュミットの見解からそれるが他の点では、それを補足するものだろう。しかしながら、この点に関してはスタイナーの分析で疑義の生じるところであり、後述する。
- (15) Schmitt, a. a. O., S. 75.
- (16) この意味では、権力的側面についてのみでも、革新的・保守的の二傾向をいいえようか。
- (17) 菅野喜八郎、C・シュミットの憲法改正限界論についての一考察(東北大学法学二四卷第二号)二七―二八頁
- (18) 小林孝輔、憲法学の本質四五頁
- (19) この点については次章に詳説する。
- (20) 覚道豊治、国民主権(憲法講座I)六八頁。
- (21) 芦部、前掲一〇四頁
- (22) Burdeau, op. cit., p. 213. 芦部、前掲一一―一二頁。国家法人説が否認することについては、Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1922, S. 501. (イハリネック、大西・水垣訳、一般国家学一七六―一七七頁)
- (23) Schmitt, a. a. O., S. 18
- (24) 覚道、前掲六八頁。黒田覚、憲法制定権力論三一頁(佐々木博士還暦記念、憲法及行政法の諸問題所収)。この点に関して、シュミット自身がいう。「政治的統一体は倫理的或は法的規範への正当化は必要でなく、その実存に意味がある。」「特殊な政治的実存が必要であり、それは正当化されえない」と。(Schmitt, a. a. O., S. 87)

- (25) Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers-état ? 3ed.* 1789(A. Carrel 編)p.113—114. シュイェス、大岩訳、第三階級とは何か（岩波文庫）八六頁。覚道、前掲六七頁。
- (26) 「国民の憲法制定権力行使の方法は、しばしば憲法の正当性に関する標識として用いられ、また、民主主義国家は古典的な憲法制定権力の理論にしたがって構成されねばならないということが有力に認められる」(Beyne, a.a. O., S.5)。大西芳雄、国民主権について（立命館法学一六号）一一頁は、これが事実的権力ではなく憲法の妥当性の根拠が国民的正当性にあることをいうものだと言われるが、その両者が含まれる観念とみるべきである。黒田、前掲三一頁以下。芦部、前掲一一六頁、一一二頁註（二一）。また、田畑忍、憲法原論一一二—一二三頁は国権から切離された憲法制定権力を否定しつつ、この両者を含むものであることに言及する。
- (27) Burdeau, *op.cit.*, pp.174—175, p.215ff. 渡辺、前掲一八頁
- (28) *Ibid.*, p.219
- (29) Grosskreuz, a. a. O., S.62—64
- (30) *Ibid.*, S.64
- (31) *Ibid.*, S.65
- (32) *Ibid.*, S.66—68, S.105
- (33) 註(22)参照
- (34) ケルゼンの言及については、Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S.250—253。ケルゼン、清宮訳、一般国家学（改版）四一—四二三四頁による。
- (35) 根本法または基礎法の概念が憲法制定権力論に決定的役割を果たしたことについては、芦部、前掲七五頁以下
- (36) Kelsen, a. a. O., S.250f.（邦訳四一八—四一九頁）
- (37) *Ibid.*, S.250（邦訳四一八頁）
- (38) *Ibid.*, S.251（邦訳四一九頁）。次のようにいう。「……根本規範は、なんら絶対的内容をもたず、いな先天的に一般に内容をもたないので、材料次第のものであり、材料を法として統一的に解明するのが、その唯一の作用であり……反して、自然法的根本契約は、絶対的内容を想定する。」

- (39) 市原昌三郎、憲法改正の限界二二八—二二九頁（一橋論叢二七卷三号）
- (40) Horst Ehnke, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, S. 33, S. 43。菅野、前掲二〇頁、二七頁。
- (41) 小林孝輔、前掲四五—四六頁
- (42) Groskreuz, a. a. O., S. 65。ラートブルフ、尾高訳、法哲学における相対主義一一頁（ラートブルフ著作集第四卷実定法と自然法所収）。小林孝輔、前掲四六頁。和田英夫、憲法における理論と価値一五八頁（憲法改正の基本問題所収）。ケルゼンの仮設的根規範の実証主義的理論については、Kelsen, a. a. O., S. 250ff.（邦訳四一八頁以下）、国家を法体系と同視することについては Ibid., S. 98f.（邦訳一六五頁）。このケルゼンの理論に対しては新カント主義との対決がいわれる（市原、前掲二二—二二二頁）。

## 二、憲法制定権力の主体——国民——に関する学説

以上にみてきたことから知られるが、憲法制定権力論に関する学説は、その大半が、主体として、根拠づけはさまざまであるが、国民を念頭においている。ここにそのいくつかをとりあげておけば概略次の如くである。

(1) この理論をはじめて体系づけたシェイエスは——詳細は別稿にゆずる<sup>(1)</sup>——、国民こそがすべてに優先して存在し、あらゆるものの源泉であり、「国民だけが憲法制定権力をもっている」とする<sup>(2)</sup>。そして、この国民の意思こそが法そのものであり、この国民意思にとっては、その実存のみが常にその合法性の必要条件であり、あらゆる合法性の源泉なのである<sup>(3)</sup>。かくて、国民は憲法上の方式に縛らるべきでなく、また縛せられ得るものでもなく<sup>(4)</sup>、ただ彼は、この国民の憲法制定権力を自然法の中に終焉せしめるのである<sup>(5)</sup>。

(2) 次いで、「憲法制定権力論」の大著をものしたツヴァイクは、次のように結語する。すなわち、あらゆる他のものの論理的・法的根拠を形成するものの作用は、その目的に規定されていると思われるが、「その感覚がほとんど現

実にならないか、また変造されてのみ現実になったとしても、更に、この価値の承認がしばしばむなしく霧散したとしても、次の如き事実の重要性は何ら変わらない。憲法制定権力の観念は、フランス革命以来、ヨーロッパ・アメリカ文化圏における近代の憲法生活の広大な領域において、自らの運命についての国民に固有な決断力として未だ依然として失われていないのである<sup>(6)</sup>と。

(3) ビュルドーは、初源的憲法制定権力と制度化された憲法制定権力という独自の区分をしつつ<sup>(7)</sup>、主権は誰に属するか、初源的憲法制定権力をもつものは誰かについて、先述のように、「主権者それは抽象的には法の理念がそこかから起因するところの政治的実力であり実際的にはそれは人民である<sup>(8)</sup>」と説く。この場合、国家権力の源泉を人民に求める人民主権の思想は自然法思想に立脚しており、自然状態における各人の完全な自由の想定から、人々を支配する法は理性に根源をもち、法理念の現実化への支配権力建設は、常に人々の自由の意思に基づくことになる<sup>(9)</sup>。

(4) このような限りでは、グロスコロイツが次のようにいう場合、ビュルドーとの隔りは大きくはあるまい。グロスコロイツは、前にふれたように「その内容とは別個に、この特殊な正当性の要求、たとえば統治は国民から生ずるといふ如きは不当な根拠のないことである。なぜならそれは法形成の歴史的可能性を法概念のアプリオリな要素にするから<sup>(10)</sup>」としつつも、価値倫理学上の原則——道德自律的人格としての人間の国家による承認、外的強制からの自由、人間の道德的志向のための前提としての信念の自由とが法規範であるとする<sup>(11)</sup>——を法律上有効なものと呈示し、「超国家的法原則は根本法の構成要素として憲法規範である。憲法の規定がこれに矛盾するならば憲法の規範違反が生ずる<sup>(12)</sup>」という。彼は結局、「国民主権による民主主義憲法制定者は、憲法の価値体系設定において自立的である<sup>(13)</sup>」として、この民主主義憲法制定者の作用力に期待し、これこそ国家の、あらゆる要請と期待にこたえる秩序を導き出すのではないかとする<sup>(13)</sup>。

- (5) 次に、バイメは、「国民の憲法制定権力は、フランス革命以来、民主権の最も重要な発現形体の一とみなされる」ということから発して、国民の憲法制定意思は単に一般意思あるいは国民意思にすぎず、後述するヘンケのように世論の中にこれを求めるということによっては問題は解決しないとす<sup>(14)</sup>。そして、政治学的観点より詳細に憲法制定過程を分析しつつ、国民の憲法制定意思は経験的分析によれば、ほとんどの場合一の憲法制定団体の意思であり——あるいはその連合の、また場合によっては憲法制定議会の多数を背景にして——、したがってそこには「憲法制定者の抽象的論理と政治的バーゲニング・プロセスの必然性との邂逅」がみられるとい<sup>(15)</sup>。そこで、政治学は、前述の如く、このような憲法制定の寡頭的性格および憲法制定権力論と憲法制定の現実との不一致に目をあてて、時宜に適した国民の憲法制定権力行使のための紹介をせねばならないとす<sup>(16)</sup>。そのために、憲法制定権力の濫用を防ぐ最善の手段を、多元的立憲過程の中に見出し、現状ドイツへの考慮に関して、ドイツ国民は時宜を得た憲法制定権力行使についての条件を認識しなければならぬと指摘す<sup>(17)</sup>。
- (6) わが国において、以上の如き諸説の内容を含みつつ、歴史的・理論的かつ綱羅的な考察によって芦部教授は次のように説かれる。すなわち、憲法制定権力をも拘束する超実定的な法原則として、人間価値の尊厳・人間人格不可侵の原理があり、これを中核とする価値・原理の総体が近代憲法の根本規範である<sup>(18)</sup>。このような理解によれば、「制憲権の主体は本来は国民でなければならぬはずである。」「本来の制憲権は……根本法としての憲法を前提とし国民主権の原理と不即不離の関係において生成したイデオロギー的概念である<sup>(19)</sup>」と。
- (7) ところで、バイメの如き政治的分析に対してこれを憲法学的に理論構成したとみられる、近時注目されるべきものとして、ヘンケの憲法制定権力の観念がある。それは従来の民主権概念を批判的に考察し、「国民の手にある、しかも不可譲な権力が存する。それは憲法制定権力である。しかし他方、国民のもたない、またもちえない権力が

ある。それは国家権力である<sup>(20)</sup>として、憲法制定権力と国家権力を最も不幸なやり方で混同したのが国民主権論であり、そこから救い難い難い紛争が生じた、とするゆえに、若干の検討を要するであろう。彼は、人間の人間としての存在・非存在のかかわる、またシュミットの意味でその種類と形態とが憲法である統一体として、政治的統一体は、「自然にはなく nicht von selbst」存在するということから発して、この政治的統一体の保障を与えるのが国家権力であり、それは何ら国民から生ずるものでなく当初より国民に対立するものだ<sup>(21)</sup>という。これに対して、憲法制定権力——憲法についての決断をなすところの国民の政治的意思——は、事実上不可避免的に国民の手にあるとする<sup>(22)</sup>。これが憲法を作り、対して国家権力が憲法律をつくるので、憲法制定とは、憲法制定権力と国家権力の共同でなされることになる。憲法制定権力の主体たる国民が行動するのは、憲法律制定の機能においてではなく憲法定立の機能においてである。そこで国民は、憲法制定権力の主体としておよび憲法律制定権力としての国家権力の担い手との二義にわかれ、憲法律の妥当性、正当性、序列はこの国民に規定された憲法との内容的一致によってのみ決定されるのである<sup>(23)</sup>。しかしながら、このような憲法制定権力概念は民主主義国法には属さない。なぜならヘンケがこれを事実上不可譲的に国民の手にあるという時、それは自然法に基礎づけられるのではなく、世論と国民の観念とが憲法制定に影響するという「政治的社会的事態に基づく」のである。すなわち、彼によれば憲法制定意思は世論の中に認識可能であり、また国民的政治的生活形式の史的形成過程を憲法制定権力の活動形態として理解する<sup>(24)</sup>。これは自明の、国家形態とは無関係の表現形体を国民の憲法制定権力の活動方式として語るので、国家形態としての民主主義とはかかわらなくなり、したがってヘンケは、「(民主主義観念によって)憲法律が正当性をもつためには、すべての場合に国民またはその代表者によって発せられねばならないという主張は、憲法制定権力の決断のイデオロギー的先どりである」とい<sup>(25)</sup>いう。憲法制定権力および憲法に関するこのような政治的特色に応じて、彼は憲法を憲法律の法的意味での妥当根



拠としてではなく、政治的正当性の条件として理解する。<sup>(26)</sup> かくして、彼の、国民の憲法制定権力論は、憲法制定権力と国家権力の機能を理念型に確定し、この客観的と考えられる権力の配置で憲法制定の現実を測るところの正しい憲法の政治論といわなければならない。<sup>(27)</sup> これは、殊にヘンケが憲法制定の民主主義的理解の欠陥を特徴づけて、それは手続を憲法律の正当性の試金石に高め、国民議会の意思をただちに・吟味せずに国民の意思とみなすことであるという時対照的である。<sup>(28)</sup> しかしながら、彼の「国民に担われた憲法律制定によって最もよく憲法が実現される」という理解は、二重の意味の国民概念を使用しており、出発点であった「国家権力は国民に対立し、この国民による承認を要する」<sup>(30)</sup> ということと容易に結びつかないのではないか。また、憲法制定から排除された国家権力は、国民によってつくられた形態でのみ正当に政治的統一体を維持しうるのであるが、国民の一致のない場合には何らの憲法制定権の決断もなされず、憲法を欠くことになり、それゆえ国家権力のための秩序尺度 *Ordnungsmassstäben* を欠くこととなる。つまり、もろもろの関係の併合 *Konsolidierung* ことに革命的状态におけるそれは、彼が国家権力に附属させた領域のみならず国民による憲法決断の枠内においても明らかに必然的であろう。ヘンケの憲法制定権力は国家権力の担い手を一定限度に拘束しうる政治的勢力 *Politische Grösse* ではなく、憲法と憲法律の内容の一致の命令のために、意思発見の形式的手続による憲法制定という民主主義原理を等閑視することを正当ならしめるものである。<sup>(31)</sup>

(8) 最後に、カール・シュミットについてみておかなければならない。なぜなら、彼は憲法と憲法律との独特の区別を展開し、そこから憲法制定権力と憲法によって作られた力との区別をドイツ国法学に導入し、「国民の憲法制定権力」に対して貢献したからであるが、<sup>(32)</sup> 更に、その過程で国民の他にいくつかのものを憲法制定権力の主体として想定しているからである。彼が「憲法論」の中で展開した精緻な憲法制定権力論についてはさておき、<sup>(33)</sup> 主体との関連で必要な限りでみておけば次の如くである。彼は、従来の完結した法典化と加重された手続に特色づけられる彼のいわゆ

る「相対的憲法概念」への批判から「実定的意味での憲法概念」によって、客観的本質的な憲法概念を獲得して行く。<sup>34</sup>この憲法の内容とは、その存在が前提されるところの政治的統一体の形式および種類であり、それは憲法制定権力の行為によって生じる。したがってまた、このような憲法とは政治的統一体が憲法制定権力の担い手によって自らの為しかつ言明する意識的決断である。ここから前述の憲法制定権力の定義がなされる。<sup>35</sup>このような事実的・実力的理解から、経験的考察にもとづいて、彼の憲法制定権力の主体は四の場合が考えられうる。一は中世的理解による場合としての神であり、すべての権力が神から由来する。第二は、アメリカ独立宣言およびフランス革命から新原則として導かれる人民 Nation である。更に第三に、一八一五——一八三〇年の王制復古の経験から国王をその一つに数える。しかしその場合、理論的に君主の地位は微妙であり「国民の憲法制定権力という民主主義理論を何らの変更もなく、君主にしかも世襲君主に移譲することは単なる防衛であり、外面的アンチテーゼとしてのみ可能であった。なぜなら、人民がその形態を改めかつたえずその政治的存在の新形態を与えうるからである。」<sup>36</sup>そこでは、国民は政治的自己決定の全的自由を有しており、「形体なき形成者」たりうるが、世襲君主は一族の世襲秩序に拘束せられ、したがって王朝は国民ないし人民の如く全政治生活の源泉とはみなされえないことになる。最後に第四に少数者の組織もその主体たりうる。この場合、それは一定範囲の一族でありあるいは団体 Order であり、あるいは自己組織をもつ一群 in sich formierte Gruppe たりうるが、重要なことは、個々の国民の秘密・平等投票での多数決の自由主義的方法と市民法治国家諸原則の否認ということである。<sup>36</sup>かくてシュミットの場合、国民は憲法制定権力の可能な担い手である。しかしながら、ヘンケが、シュミットの場合「すでに、憲法制定権力が本質的に国民に属する……という認識がみられる」ということについてはただちに賛しえないとしても、シュミットにとって憲法制定権力は民主主義国法の一概念であり、国民についての暗黙の憲法制定権力行使をいう時、これに接近するのではないか。<sup>37</sup>すなわ

ち、シュミットは次のように述べる。憲法制定権力の活動を拘束する条定された手続はありえないが、君主のそれについては、絶対君主政がすでに存する制度であることによって規定されており、また等族や国民の代表と協調し、その協力や同意に拘束されうる。——もちろん、憲法制定権力の放棄や国民の憲法制定権力の承認を含む必要はないが。これが国民の場合には、政治的統一体の存在の種類と形式についての決断にむけられる直接的な全体意思の何らかの表明でもって憲法制定権力を示すが、その場合には特殊な問題と困難性がある。それは、憲法制定権力の担い手としての国民が、何ら確固たる組織された審級ではないことであり、国民が政治的存在への意思をもつ限りすべての形式化・規範化に優位するけれども、自ら組織されることなしに根本問題を決断しなければならないということになる。更にまた、国民の直接の意思表示の自然な形は、集合した人々の賛成か拒否かの歓呼 *Zuruf*・喝采 *Aklamation* ということになるが、近代の大国家においてはそれは世論として表明されることになり、しかも固有の全体的存在についての根本的決断が問題であればあるほど国民はイエスカノーかのみをいうことができるだけとなる。しかしながら、これも平和的秩序においてはほとんど存せずまた必要でもないもので、何らの認識しうるほどの特別の意思がないということは既存の憲法への継続的同意を意味することになる。このような国民の憲法制定権力の意思は直接的意思であり、あらゆる憲法律上の手続に先在し、それに優位しており、したがって何らの憲法律や憲法も憲法制定権力を賦与し、その活動形式を規定することはできない。しかし更に、ここで国民により直接になされた政治的決断は、その実行と公式化のために何らかの組織・手続を必要とし、そのようなものとして近代民主主義の実践はある慣行を展開した。<sup>(38)</sup>すなわち、近代国家において、民主主義的な憲法制定議会が、承認された民主主義的手続として形成されたのである。しかしながら、それは唯一の可能な手続というわけではなく、憲法律を決定・可決する国民議会あり、また、起草をなし後の国民投票を要する議会あり、更に連邦国家においては各支邦国民の同意を要する場合あり等々で

ある<sup>(39)</sup>。かくてシュミットにおいては、「一切のイデオロギーを排除して考えた場合の憲法制定権力説の帰結<sup>(40)</sup>」として右の如く考えられたのであるが、それにも拘らず、それは「国民の憲法制定権力」の思考に接近するものではないか。この点に関し最近の杉本論文は注目し値する。そこでは、シュミットの法理論の発展段階に着目して、彼の憲法制定権力論は後期の具体的秩序主義に応じた決断主義によってではなく、シュミット自身が一九二〇年代に展開した決定主義の論理による分析としてとらえられるべきとされる<sup>(41)</sup>。そして、彼の初期の規範主義と中期の決定主義の論理構造における共通性としての把握が次のようになされる。『シュミットのいう「統一体」としての「精神的紐帯」は個別性——「事実の世界」に基体をもつものと考えられ……そのような基体は、個別的人間相互の精神的連帯関係として……シュミットの規範主義の論理の枠のなかに位置づけられるものではなく、いわば前論理的な、前規範的な前提なのである。』そしてこの精神的紐帯が、規範主義時代にシュミットのいう国家に先行する法すなわち自然主義的でない自然法である<sup>(42)</sup>。これに対して『決定主義においては、前規範的「秩序」から「決定」を媒介として規範が創出される。この前規範的「秩序」あるいは「国家の実存」が、規範主義における「精神的紐帯」の基体としての精神的連帯関係にあたる』<sup>(43)</sup>と。しかもシュミットにおいて、国家は「フォルクの政治的統一体」であり、それが実存すること自体が価値をもつのである。なぜなら、フォルクは、自己の政治的実存を意識したナチオンとして、みずからの実存に特定の「種類および形態を与えるが、その場合ナオチンの統一および統一を支える意識は、歴史的運命共同体意識が結びついており、『歴史的運命共同体として自覚され、共通の「偉大な」過去および将来の目標をもつものとされているために、実存すること自体すでに価値をもったものであったのである。それは、シュミットにとってはたんなる事実ではなく、歴史的に価値づけられたものであるために、前規範的「秩序」でもあった<sup>(44)</sup>。』

ここにおいて、シュミットの憲法制定権力が「形而上学的表現であって人間を捨象している<sup>(45)</sup>」<sup>(45)</sup>といいきることが可

能であるか問題であろうし、また、たしかに憲法制定権力をその主体から分離することによって「制憲権を純粹に  
 ≪実存する≫、規範的要素を欠くものと考えることが、シュミットにとって可能となる<sup>(46)</sup>」けれども、最も相応しい主体  
 また現代最も重要な意義をもつ主体は国民だということにもある程度の評価をしうるであろう<sup>(47)</sup>。更に、シュミットにお  
 ける主体たる国民が神に類似し「国民の声は神の声」とされる場合、あるいは、「神・国民は抽象的観念的構成物であ  
 るのに対し、君主・少数者の組織は具体的実在的人格者」でありこの両者が主体として奇妙に混在している<sup>(48)</sup>こと  
 の説明への示唆が与えられるであろう。

かくて、憲法制定権力に関する学説は、ヘンケやシュミットによる変形をみたにも拘らず、その本流はケルゼン指  
 摘のごとく<sup>(49)</sup>自然法的基礎づけにあったといわねばならない。

- (1) 大隈、前掲一六頁以下
- (2) Sieyès, op. cit., p.104. (邦訳八〇頁)
- (3) Ibid., p.113—114. (邦訳八六頁)
- (4) Ibid., p.117. (邦訳八八頁)
- (5) Ibid., p.111. (邦訳八四頁)。Grosskreuz, a. a. O., S.53
- (6) Zweig, a. a. O., S.428
- (7) Burdeau, op. cit., p.203—204
- (8) Ibid., p.219
- (9) 渡辺、前掲二八頁
- (10) Grosskreuz, a. a. O., S.65f.
- (11) Ibid., S.66

- (12) Ibid., S. 68
- (13) Ibid., S. 50
- (14) Beyme, a. a. O., S. 5—7
- (15) Ibid., S. 14, S. 25
- (16) Ibid., S. 55
- (17) Ibid., S. 67f.
- (18) 芦部、前掲二二二—二四頁
- (19) 同、一一六頁
- (20) Henke, a. a. O., S. 10。スタイナーによれば、ヤグメティが独自の民主権概念の理解から、それが憲法・法律の段階性を破壊し、憲法制定権力を吸収しその区別を抹殺する側面をもつという危惧を感じ、国民主権と憲法制定権力の区別をしたのに対して、ヘンケはこれを国家権力と憲法制定権力の区別によってなしたのである。（Udo Steiner, *Verfassunggebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, 1966, S. 67—69）
- (21) Henke, a. a. O., S. 16f.。したがって、また、国家権力はその本質を誤りまして国民に遡及することはできないといふ。（S. 17）
- (22) Ibid., S. 24
- (23) Ibid., S. 32—36
- (24) Henke, a. a. O., S. 25。Steiner, a. a. O., S. 74。ヘンケの議論に関する批判・考察について本論はスタイナーによるところが大きし。
- (25) Henke, a. a. O., S. 38。Steiner, a. a. O., S. 75。しかしながら、本来、憲法制定権力はイデオロギー的概念である。（芦部、前掲七四頁）
- (26) Steiner, a. a. O., S. 75。それゆえ、憲法律定立者が憲法に拘束せられるという時、これを侵すことは、この正当性に触れることを意味する。（Vgl. Henke, S. 37, S. 41。Steiner, S. 75.）
- (27) Steiner, a. a. O., S. 76

- (28) Henke, a. a. O., S. 36. もともと、ヘンケは憲法と憲法律の内容的一致が最もよく維持されるのはナチオンとしての国民が憲法をめぐり、積極的市民としての国民が憲法に妥当性を与える時であることを認める。(Henke, a. a. O., S. 37ff. Steiner, a. a. O., S. 76.)
- (29) Henke, a. a. O., S. 37f.
- (30) Ibid., S. 18
- (31) Steiner, a. a. O., S. 79—82
- (32) Ibid., S. 69
- (33) この点については、私の前掲二四頁以下に若干ふれておいた。
- (34) Schmitt, a. a. O., S. 11ff., S. 20ff.
- (35) Ibid., S. 21. S. 75f.
- (36) Ibid., S. 77—82
- (37) Steiner, a. a. O., S. 77f. Henke, a. a. O., S. 24 Anm. 9.
- (38) Schmitt, a. a. O., S. 82—84
- (39) Ibid., S. 84ff.
- (40) 尾高、前掲九二頁
- (41) 杉本、前掲三四—四〇頁。そうでなければ、「憲法制定権力の本質的性質としての実存が、なぜ正当化の根拠たりうるかを問題にする分析視角が欠けることになる。」(同、四〇—四一頁註(5))
- (42) 同、四八—五三頁
- (43) 同、五八頁
- (44) 同、五九—六〇頁
- (45) 菅野、前掲一九頁
- (46) 芦部、前掲一一〇頁
- (47) 菅野、前掲二三頁。杉本論文指摘の「精神的連帯関係」、「前規範的秩序」が民族国家的思考に連なるものであるかは未だ

留保されねばならないであろう。大西、前掲九頁以下参照。

(48) 菅野、前掲二三頁。山下威士、イデオロギー概念としての憲法制定権力六〇頁以下（早稲田法学会誌第二〇巻、一九六九）

(49) Kelsen, a. a. O., S. 253（邦訳四二二—四二三頁）。また体系憲法辞典（田上穰治編）四七頁によることく、「憲法が制定されることは、権力発動の事実を法的効力あるものに変形する契機であるとともに、人格主義または超人格主義に基づく正当性を憲法に付与するものである。」（同、一七二—一七三頁参照）

### 三、憲法制定権力と憲法概念

憲法制定権力の主体は本来は国民でなければならないが、<sup>(1)</sup>バイメの指摘するように、立憲主義は当初から憲法制定権力の原理と結びついていたわけではなく、これと結びつかない憲法も可能であった。それゆえに、一九世紀には欽定憲法および協約憲法と、<sup>(2)</sup>「国民の憲法制定権力に基づく憲法が並存していたといわなければならない。」

この点に関して注目すべきは、憲法制定権力と憲法概念とは相互依属的 *einander zugeordnet* であり、<sup>(3)</sup>この憲法の概念が明確になる時前者も明確になるということである。

ところで、一般的に憲法を国家の統治体制を定める基本法と解した場合、すなわちすべての法社会が何らかの形式でその秩序の綱要を作成する時、この憲法制定権力の概念は、何らの組織形体にも結びつかず単に法社会の本質概念となる。<sup>(4)</sup>したがって、憲法の観念そのものは政治思想の形体とは無関係としても、歴史的には民主的政治思想とともに具体化されたものである。<sup>(5)</sup>ここに、先にのべたごとく「国民の憲法制定権力」は単に「国家」にとっては概念必然的ではなく、このように一般的に言う時には理論として何らの意義ももたないであろう。<sup>(6)</sup>すなわち、憲法制定権力論は、近代の理解によれば、形式的意味の憲法と相互依属的にとらえられるべきであり、スタイナーとともに、「法的



に理解すれば、憲法制定権力は正式なあるいは形式的な意味における憲法の作成に、すなわち成文のいわゆる憲法力を付与された法規範の創造にかかわる」といわねばならない<sup>(7)</sup>。しかしながら、また、多義にわたる憲法概念の中で、以上の関連からみる時、「国民の憲法制定権力」の觀念がその出発点を實質的憲法概念——主権の担い手としての国民が国家秩序の根本規範を憲法の枠内に形式化すべきだという<sup>(8)</sup>——の中に有することも看過されてはならない。なぜなら、この觀念からこそ形式的憲法概念が展開されたといわねばならず、したがってまた歴史的にも両者は密接に結びついて論ぜられたところでもあるからである。このような憲法規範としての存続の保障の意味は、この法規を殊にその内容について立法的侵害から保障することであり、古代よりの専制主義に対抗して近代の自由主義に基づいて確立され、今日まで憲法制定の規格化によってその続行をみているということができる<sup>(9)</sup>。かくてフランス人権宣言一六条に象徴されるような、憲法学の共有財産ともいふべき近代的意味の憲法を實質として、これと密接不離に形式的意味の憲法が存したといわねばならないが、ここで法的・技術の意味での憲法制定権力を、形式的憲法規範の創造に限るならば、憲法問題における国民の意思形成を形式的憲法制定ということに集中することになる。したがって憲法制定権力と形式的意味の憲法の相互依属は、結局、憲法制定の特殊民主主義的技術のための基礎なのである。かくて、「憲法制定権力の担い手はなるほど概念的には国民ではないが、憲法制定権力と国民の歴史的な結びつきは非常に密接であり、憲法制定権力は一面では、*puvoir constituant* の名のもとに民主主義国法論の特殊概念として生じたもの<sup>(11)</sup>」ということができよう。憲法制定権力論は、その理論生成の時から密接に立憲主義とかかわっていたといふべきであるが、その場合、實質的意味の憲法制定権力のより広い本質的な権能 *potestatis* として、法規範に形式的憲法としての性質を付与する権利が、前述の形式的憲法概念の上に構成された憲法制定権力に應ずるものであることが知られねばならない<sup>(13)</sup>。しかも、それは、本源的・無条件的なものとして何らの制約も受けず、憲法の正当性を与え

るものであり、ここに、**事実的・権力的側面と正当性的側面をもつものとして把握することができる。結局スタイナーとともに、憲法制定権力は、実質的意味では法定立によって憲法の内容と範囲とを規定するところの直接・間接に行使される国民の権能と、また、形式的意味では憲法制定の手續を規定する国民の権能と理解することができる。**<sup>(14)</sup>

以上の考察から、ことに憲法概念とのかかりから、憲法制定権力の準備思想として根本法思想と国民主権説をみることはまさには正鵠を得たものというべく、したがってその萌芽としてのロックへの論及が可能となる。<sup>(15)</sup>

更に、黒田教授の「主権の觀念に本質的な力的契機と正当性的契機との結合は憲法制定権力の觀念に於ても発見されるべきである」<sup>(16)</sup>との言は首肯されるべきであるが、「主権概念の多義性を純粹化したもの」、「主権概念と本質的に同一」たることに加えて、国民主権の領域にあるイデオロギー的概念であるといわなければならない。すなわち、近代国家における支配権行使の技術的中核をなし、かつ国家権力の中核機能である法定立の帰趨によって主権の保持者が明らかとなり、したがって国民主権の概念領域においては、法定立は国民の主要な権能であるが、この主権の担い手が法段階の最高位にある憲法を制定する権力——憲法制定権力——の主体であることになる。かくして憲法制定権力を国民に帰せしめることの中に国民主権はその最も重要な適用例をみるということができ、したがって「国民の憲法制定権力」は国民主権論の一側面にかかわるものと、いな、それ以上に近代憲法の中核たる国民主権論の枢軸を形づくるものといふことができる。<sup>(19)</sup>このように解する時、たとえば、先に留保した国民の実体に関する分析から憲法の分類について佐藤功教授の指摘される点、すなわち「憲法制定権力の主体ということを基準として欽定・民定・協約という分類を立てることには……一定の限界があり、少なくとも、その憲法制定権力がいかなる思想・理念ないしは価値体系を有するものであったかという点を問題としない限りは、それは形式的非現実的な分類にとどまる」とい

う点は、限界性を有するという以上に、その主体の点から憲法を分類すること自体すら問われうるのではなからうか。<sup>(20)</sup>したがってまた、「憲法制定権力の主体としての君主の観念は……君主主権の理論そのものが憲法制定権力の観念と調和し得ないためではない」ということに対しては、シュミットとともにそれは単なる民主主義に対する防壁であり、外面的アンチテーゼとしてのみ可能であったのであり、君主は人民と異なり、全政治生活の根源とは考えられないといわねばならない。<sup>(22)</sup>

以上、憲法制定の民主主義的理解によれば、「人間価値の尊厳」を内容とする根本規範をその存立の前提として、<sup>(23)</sup>国民の憲法制定権力を法的な権力と把握し、憲法及び下位規範の生成を法的経過として性格づける。それゆえ、民主主義憲法生成の政治的・歴史的・社会学的な記述・評価を、法律学上の尽力から分離することが可能となる。<sup>(24)</sup>

(1) 芦部、前掲二六頁。反対、ヘルマン・ヘラー、安世舟訳・国家学三九七頁。

(2) Beyne, a. a. O., S.26

(3) Steiner, a. a. O., S.83

(4) Ibid., S.83。小林直樹、憲法講義(上)一一頁。ヘラー前掲三八七―三八九頁、三九二―三九三頁。

(5) 渡辺、前掲三二頁

(6) Steiner, a. a. O., S.83。ソムロがこれに対するとは前述した(「はじめに」註(1))。

(7) Steiner, a. a. O., S.83f.。ケルゼンも次の如く指摘する。「形式的憲法概念によって、立法作用の内部で、普通立法と憲法立法とが区別される。のみならず、ときどき、立法権のほかに、それと異なった憲法制定権力 *Pouvoir constituant* があると想定せられ……」と。(Kelsen, a. a. O., S.253。邦訳四二二頁)

(8) Steiner, a. a. O., S.85。もちろん、これに人民の国家権力に対する関係に関する規範も加えなければならぬ。(Kelsen, a. a. O., S.252f.。邦訳四二二頁)

- (9) Ibid., S.85。小林直樹、前掲一一頁。
- (10) したがって、この点につきシュミットが従来の憲法概念が表面的従的特色によって規定されるというのは早計にすぎよう。(Schmitt, a. a. O., S.11。Steiner, a. a. O., S.86。)
- (11) Steiner, a. a. O., S.83, S.87。逆に、「国家が民主主義的であるのは、国家権力が人民に由来する場合……だけである(W・アーベントロート、村上訳、西ドイツの憲法と政治一一七—一一八頁)。和田英夫、演習憲法の「真の憲法制定権力である目覚めた国民」(二七四頁)と「憲法制定権力の主体たる主権者——国民主権制下では国民——」(三一八—三一九頁)の二つの表現もこのことをいうものであろうか。
- (12) 註(2)参照
- (13) Steiner, a. a. O., S.87
- (14) Ibid., S.82, S.91
- (15) 芦部、前掲七四—七五頁。ヘラー(前掲三五三頁)は、「主権的」という。
- (16) 黒田、前掲四〇頁
- (17) 芦部、前掲七四、七八頁
- (18) Steiner, a. a. O., S.66f.
- (19) Steiner, a. a. O., S.85。Beyme, a. a. O., S.5。Kurz, a. a. O., S.313。改正を論じるにあたり、「およそ憲法の改正についてそれが近代的民主主義憲法を対象とする考究であることを忘れてはならない」(作間忠雄、憲法改正行為の限界二六二頁、憲法改正の基本問題所収)ということも、改正権考察の前提として憲法制定権力論をこのように解する時首肯しうる。
- (20) 佐藤功、前掲五五頁
- (21) 黒田、前掲四一頁
- (22) Schmitt, a. a. O., S.81
- (23) 芦部、前掲一一四—一一五頁
- (24) Steiner, a. a. O., S.26。芦部、前掲七四頁参照。