九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

憲法改正限界論再考 ： その意義についての序説

南野, 森
九州大学大学院法学研究院 ： 准教授

https://hdl.handle.net/2324/1664522

出版情報：現代立憲主義の諸相 ： 高橋和之先生古稀記念. 上, pp.123-145, 2013-12-14. 有斐閣
バージョン：
権利関係：

憲法改正限界論再考——その意義についての序説

南野　森

一　憲法改正限界論の再生？
二　憲法制定権力と憲法改正権力
三　現代フランスの憲法改正無限界論
四　憲法改正無限界論のフランス的特殊性
五　憲法改正の違憲審査
六　憲法規定と憲法改正限界の無関係性

一　憲法改正限界論の再生？

憲法改正に限界があるか否かという論点は、日本ではこれまで、おそらく憲法学のどの教科書にも登場するものであると同時に、多くの学生にとっては、限界を認めるのが通説であり無限界説は少数説である、したがって今やとくに大きな議論はなされていない、といった程度の簡単な「結論」を暗記しておけばそれで充分であるかのように思われている、そのような意味では頭を悩ませることのないマイナーな論点であっただろう。

ところがごく最近、突如としてそれがメジャーな論点に再び成り上がってきたかの観がある。もともと、「自主憲法」の制定を長らく党是としていた自民党が発表した憲法改正案では、与党であった小泉純一郎総裁時代に発表された「新憲法草案」（二〇〇五年）においても、野党であった谷垣禎一総裁時代に発表された「日本国憲法改正草案」（二〇一二年）においても、ともに現行憲法の改正手続規定である九六条自体を改正することを定めていたのであるが、二〇一二年一二月の総選挙で自民党が政権に復帰して以降、とりわけ二〇一三年の春頃から、安倍晋三首相がいわゆる「九六条改正先行論」を明示的かつ積極的に主張するようになり、そしていくつかの野党がそれに賛成する方針を示したことから、にわかに、「改正手続条項の改正」という論点がマスコミなどにおいても積極的に取り上げられるようになったことは記憶に新しいところであろう。

しかしながらその際、日本の憲法学界の通説が改正限界論であり、その重要な一内容として改正手続条項の――少なくとも実質的に重要な部分については――改正不可能性のテーゼがあるということは、大方には無視されているか忘れられているかのような状況があった。たとえば、石川健治教授の嘆くとおり、まさにこの論点についての戦後の通説を作り上げた清宮四郎の論文集『国家作用の理論』（有斐閣、一九六八年）所収の「論攷の随所に、『憲法上の一権

力たる憲法改正権にその根拠までも覆すことを認め、形式的合法性によっていかなる憲法破壊行為をも浄化しようとする』『極端な実証主義』『無批判的形式法学』（一八二頁）に対する、秋霜烈日の批判が見出される」にもかかわらず、また、そのなかで「憲法改正権者が憲法改正条項を改正することは論理的に不可能であることが、明言されている」にもかかわらず、それを「高をくくって素通りしてしまう反知性主義が、現在の議論を支配している」[1]と言える。そこでの議論の大勢は、改正条項を改正手続によって改正することが可能であることを迷いもなく前提としたうえで、実際に安倍首相らが提案している九六条改正案の内容上の是非――三分の二か、過半数か――について繰り広げられたものであり、改正条項の改正はそもそも不可能であるとする主張は、少なくともこの問題について論じる論者の多くにとっての定跡と考えられているような状況にはなかったのである。[2]

本稿は、現実政治の成り行きを機として久しぶりに光が当てられ（るべきであっ）たとも言うべきこの古典的な論点を、しかしひとまず日本の現実政治の文脈からは離れて、むしろフランスを中心とする諸外国の議論や実例を紹介することで再考しようとするものである。少なくとも政治的文脈においては改正無限界論の圧倒的勝利にも見える昨今の状況に対して、ここでは、かかる論点に関する内外の先人の検討を本格的に跡づけることによってではなく、むしろ法理論的あるいは原理論的観点から、この論点に関するいくつかの議論と実例を題材として、それについてのおそらく大方の見方とは異なった評価を仮説的に提示することにより、ささやかながら若干の問題提起を行うとともに、本稿筆者にとってより大きな検討課題である憲法とは何かという問題について今後考えるための準備作業をしておきたい。

（1）石川健治「あえて霞を喰らう」法律時報八五巻八号一～三頁（二〇一三年）、一頁。

（2）例外的に、二〇一三年四月以降の「九六条改正先行論」に反対する文脈で、いち早く改正限界論を重要論点として明示的に主張したのは、石川健治「九六条改正という『革命』」朝日新聞二〇一三年五月三日付である。

二　憲法制定権力と憲法改正権力

近代的な意味での「憲法を作る権力（pouvoir constituant）」と「憲法によって作られた権力（pouvoir constitué）」とを最初に区別したのは、シィエスの『第三身分とは何か』（一七八九年）であるが、[3]それ以降、フランスに限らず、法の段階構造を少なくともおおまかにでも受け入れる法律家にとっては、もはやこの区別は常識的な議論の出発点であると言ってよいだろう。[4]いわゆる憲法を作る権力とは、法的連続性のある限りでの歴史的に最初の憲法を作った力のことであるが、それでは、「憲法を改正する権力（pouvoir de révision〔constitutionnelle〕）」は、「憲法を作る権力」なのか、それとも「憲法によって作られた権力」の一つなのか。憲法制定権力も憲法改正権力も、いずれも「憲法」規範を作り出す権力であることに変わりはないと考えれば、両者はともに「憲法を作る権力」とされることになるだろうし、そうではなく、憲法改正権力はすでに存在する憲法の改正規定に従って発動されるしかない権力であり、したがって既存の憲法によって作られ、統制されている権力であると考えるならば、それは「憲法によって作られた権力」とされるだろう。その点においては、憲法改正権力は、立法権や司法権、行政権などの他の国家権力――憲法によって作られ、統制されている権力――と異なるところはない。

シィエスの『第三身分とは何か』が、憲法制定権力と憲法改正権力とを区別せず、しかも、そのような権力をもつのは「国民のみ」であり、「いかなる仕方で望もうとも、国民が望みさえすれば十分」であるなどとして、[5]その万能性を強調していたことはよく知られている。しかし一旦憲法典が制定されてしまうと、そのような万能の憲法制定＝改正権力の思考は、必ずしも政治的に望ましいものとは評価されなくなりうることは説明を要しまい。硬性憲法の思想と憲法改正無限界論は、少なくとも自然に、何らの留保・調整もなしに、相互に引き寄せ合うような組み合わせで

はない。実際、その後の革命期のフランス憲法思想は、この点について「一見ひとを困惑させるような状況を呈している」[6]のであり、一方で、制定憲法の変更の困難性が極端に強調される実例もあれば（一七九一年憲法、一七九五年憲法）、他方で、その変更可能性が強調される実例もある（一七九三年憲法）。一七九一年憲法の定める異常なまでに複雑な憲法改正規定を見れば明らかではあるが、ここでは、わずか三年前のシィエスの思想とは完全に決別して、「かつて『憲法制定権』のなかに一括されていた憲法改正権が pouvoirs constitués のひとつとして枠づけられた」[7]のである。

このように、フランス憲法思想においては、憲法制定権力概念をめぐり、その創設期からすでに相異なる二種類の立場が存在していたのであり、それは、第三共和政期の憲法学においてもやはりそうであった[8]。そして現在では、両者の立場のいわば折衷的な表現として、一方で、憲法制定権も憲法改正権もともに憲法規範を作るという点では憲法を作る権力ではあるものの、他方で、無から憲法を作る前者と作られた憲法の定める手続（や限界）に従って行使される後者とはやはり異なる――少なくとも論理的にはその「生まれ」が異なることは明らかである――ことから、前者の憲法制定権力を「始源的憲法制定権力（pouvoir constituant *originaire*）」、後者の憲法改正権力を「派生的、または制度化された憲法制定権力（pouvoir constituant *dérivé*, ou *institué*）」とする用語法が、ビュルドー（Georges Burdeau）以降、一般的になっていると言える。そのうえで、憲法改正の限界の有無について言えば、それは憲法制定権力と同様に憲法を作る権力であるからという理由で（少なくとも内容的には）無限界を主張する立場もあれば（ヴデルやジッケル）、始源性と派生性の区別を重視し、改正権には（手続的のみならず内容的にも）限界があると主張する立場もある（ビュルドーやルソー）[9]。

(3) Voir Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, 3e éd., 1789, chapitre V. 同書の最新の邦訳として、シィエス（稲本洋之助ほか訳）・第三身分とは何か（岩波文庫、二〇一一年）がある。「憲法制定権力」（憲法を作る権力）と「憲法により設けられた

権力」（憲法によって作られた権力）との区別は、同訳書一〇六頁に登場する。

(4) この区別を明確にすることでシィエスはその後のフランスにおける憲法制定権力論を決定づけ、また、近代的意味での憲法概念の成立に理論的に貢献し、「憲法の発明者」とも称されることになった。Voir Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998. シィエスがフランスにおける近代的な憲法概念の形成に果たした役割については、Olivier BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, pp. 31-59 をも参照。同論文の邦訳として、南野森訳「フランスにおける憲法概念の歴史――政治的憲法から国家の法的地位としての憲法へ」山元一＝只野雅人編訳・フランス憲政学の動向――法と政治の間（慶應義塾大学出版会、二〇一三年）一六三～二〇〇頁がある（とくに一八九頁以下を参照）。また、シィエスの憲法制定権力論については、芦部信喜・憲法制定権力（東京大学出版会、一九八三年）一六頁以下（初出一九六一年）、樋口陽一・近代立憲主義と現代国家（勁草書房、一九七三年）一九三頁以下、大隈義和・憲法制定権の法理――「違憲の憲法」との関連で（九州大学出版会、一九八八年）二六頁以下を参照。

(5) シィエス・前掲注（3）九九頁、一〇九頁。

(6) 樋口・前掲注（4）一九三頁。

(7) 樋口・前掲注（4）二〇〇頁。

(8) 革命期以降の、とくに第三共和政期以降の、フランスにおける憲法制定権力論の学説史研究としては、樋口・前掲注（4）のほか、最近の重要な業績として、山元一「最近のフランスにおける『憲法制定権力』論の復権――オリヴィエ・ボーの『国家権力論』を中心に」法政理論（新潟大学）二九巻三号一～七三頁（一九九七年）、二五頁以下が重要である。

(9) 山元・前掲注（8）三〇～三二頁を参照。Georges VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réimpr. Dalloz, 2002, p. 115 et s.; Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 188; Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, 3e éd., tome IV, Paris, LGDJ, 1984, p. 231 et s.; Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd., Paris, 2010, p. 221. ただし、「ビュルドーの態度は、必ずしも明快ではない」ことについて、山元・前掲注（8）三六頁（注85）を参照。

三　現代フランスの憲法改正無限界論

戦後ながらくパリ大学およびパリ政治学院の憲法・行政法の教授を務め、一九八〇年にはジスカール＝デスタン大統領によって憲法院判事に任命され、その後九年間の任期を全うしたヴデル（Georges Vedel）は、戦後のフランス憲法学における憲法改正無限界論の体表的論者と言えるだろう。第四共和政下の一九四九年に出版された憲法の教科書において、硬性憲法典には、一定期間の憲法改正を禁じるもの（たとえばフランス一七九一年憲法）や、一定内容の憲法改正を禁じるもの（たとえばフランス一九四六年憲法）のあることを述べたうえで、ヴデルは、「しかし、このような禁止規定は、政治的な意味しかもたず、法的な意味はない」と言う。「憲法制定権力は国家の最高権力なのであって、たとえそれ自身によってでさえ、拘束されることはない」。したがって、共和政体の改正の提案を禁止する一九四六年憲法九五条――現行の一九五八年憲法八九条五項もほぼ同じであるが、現行憲法は「改正の提案」ではなく「改正」を禁止する――については、「まず（一度目の）憲法改正により九五条を廃止すればよい。その後では、障害は取り除かれていることになるから、二度目の憲法改正で共和政体を対象とすることができる」と言うのである。[10] 憲法を憲法たらしめるものはその特殊な制定・改正手続にあり、何らかの特殊な内容によるものではないとする、徹底した形式主義的な憲法概念をとるヴデルは、もちろん超憲法的規範（後掲六を参照）の存在も認めない。[11]

共和政体（forme républicaine du gouvernement）の改正（提案）禁止条項がフランス憲法に初めて登場したのは、第三共和政憲法（そのうちの一八七五年二月二五日憲法法）に対する、一八八四年八月一四日の憲法改正[12]においてである。第三共和政期の憲法学にも「その規定自体を改正することが法的に可能だという改正無限界論の主張」があったが、[13] ヴデルの主張は、これらの第三共和政期憲法学の無限界論とほぼ同様のものであると言える。さきに見たシィエスの

ような手続的な拘束も受けないという万能性の主張とは異なり、憲法に定められた憲法改正手続には従わなければならないことを前提としている――したがって、「その点では論理的に首尾一貫していない」[14]――ところも同じである。

そして憲法院判例の立場も、基本的にはヴデル流の憲法改正無限界論に近いと考えられる。かつて、欧州統合の深化の過程で、国家主権の不可分性や不可譲性との関係で憲法違反になる可能性があるとして、マーストリヒト条約の憲法適合性審査がミッテラン大統領によって憲法院に求められたことがあった。これに対して憲法院は、いわゆるマーストリヒト第一判決（一九九二年四月九日判決）において、同条約の批准の承認は憲法改正の後でなければできないと宣言したが、その理由は、主として、フランスの主権が同条約によって影響を受けるからというものであった。[15] 同判決を受け、同年六月には憲法が改正されたが、この改正では、憲法の既存の主権規定には何の変更も加えず、ただ憲法院が違憲と判断した権限の移譲を認める条文を追加するにとどまったため、改正された憲法（の主権規定）になお同条約（による権限移譲）が違反しているとして、再び違憲審査が求められた。そしてこれに対する憲法院のいわゆるマーストリヒト第二判決（一九九二年九月二日判決）が、――ことがらは憲法改正の話であったにもかかわらず――「憲法を作る権力（pouvoir constituant）は主権的（souverain）である」として、憲法改正によって、ある憲法的価値を有する原理あるいは規範からの逸脱を認めるような新たな規定を憲法典中に定めることも可能であるとしたのである。[16]

マーストリヒト条約批准のための上記改正のように、「（逸脱されることになる）既存の憲法規定には手を触れず、憲法典のなかに（逸脱することになる）新たな規定を増設し、両者を併存させるという手法」は、一九九〇年代のフランスの憲法改正によく見られる手法であり、学説のなかにはこれを「曖かわしい習慣（fâcheuse habitude）」と呼ぶものもあるように、[17] その結果フランス憲法典を「重要な原則と重大な例外が少なからず併存する、とても堅牢とは言えない合わせ細工のごとき体」に貶めてしまったものであるが、やはり「そのことの責任の一端は、憲法院にある」ということは明らかであろう。[18] マーストリヒト第二判決でそのような憲法改正の方法を容認した憲法院は、その後も、

たとえばフランスの海外領土であるニューカレドニアに対する特例措置の合憲性が争われた事案において、憲法改正がほとんど――憲法上定められた限界を除き――無制約であるという、マーストリヒト第二判決の定式を繰り返した――ただし、学説でも批判の多かった「主権的」という形容は避けた――のである（一九九九年三月一五日判決）[19]。

これらの判決を通して、憲法院は、憲法改正権力を「憲法を作る権力＝pouvoir constituant＝憲法制定権力」と捉えたうえで、憲法七条（大統領が欠けているかその職務遂行に障害が生じている場合の改憲禁止）、一六条（非常措置権が発動されている場合の改憲禁止）、八九条四項（領土の一体性が侵害されている場合の改憲禁止）、八九条五項（共和政体の改正禁止）という憲法上明示された四つの制約を除けば憲法改正に限界はない、という立場を繰り返し表明したことになる。

ところで、これら四つの制約のいずれかに反するような憲法改正がなされた場合、憲法院はその憲法適合性を審査することができるのかについては、以上の判決自身では明らかにされておらず、とくにマーストリヒト判決後に学説でも一定の議論があったところである。憲法院が、わざわざ四つの制約を列挙していることから、これらの制約に反する憲法改正がなされた場合、憲法院は違憲と判断するべきであるとする肯定説[20]もあれば、反対に、憲法六一条により憲法院の審査の対象とされているのは「法律」なのであって、それは通常法律（loi ordinaire）と組織法律（loi organique）を意味するのであるから、憲法改正法律（loi constitutionnelle）――そのうち、両院合同会議（Congrès）で承認される憲法改正法律[21]――は違憲審査の対象とはならないとする否定説[22]もあった。ところがその後、二〇〇三年三月の地方分権推進のための憲法改正が憲法八九条五項の共和政体改正禁止条項に違反するとの主張について、憲法院は自らの審査権限を否定する判決を出したのである（二〇〇三年三月二六日判決）[23]。憲法六一条が憲法院に与えた違憲審査権限は、通常法律と組織法律のみを対象とするものであって、憲法上のその他のいかなる規定も、憲法院に対して憲法改正法律の違憲審査権限を与えてはいないというのがその理由であり、それは先述の学説における否定説（とくにヴデル、バダンテールのもの）と全く同じ論理であった。

こうして、フランスでは、学説の有力な見解と憲法院判例とが一致して、憲法改正には憲法上明示された手続的・実体的制約があるのみでそれ以外には不文の制約は存在せず、また、仮にそれらの明文の制約に反する憲法改正がなされたとしても憲法院が違憲審査を行うことはない、という内容の憲法改正無限界論をとってきたのである。

(10) G. VEDEL, *supra* note 9, p. 117.

(11) Voir G. VEDEL, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, 1992, pp. 173-184, at spéc. pp. 178-179. Voir également, D. BARANGER, *infra* note 18, pp. 8-9.

(12) Loi du 14 août 1884, portant révision partielle des lois constitutionnelles の第二条によって、一八七五年二月二五日の憲法的法律の第八条三段に、「共和政体は改正提案の対象となりえない。フランスを統治した家系に属する者は、共和国大統領に選出されえない」との規定が追加された。

(13) 参照、樋口・前掲注（4）二二九頁。そこで無限界論の例として挙げられているのは、Joseph BARTHÉLEMY et Paul DUEZ, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1926, p. 226 および、Julien LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1943, p. 280 である。また、山元・前掲注（8）二五～二〇頁も参照。

(14) 樋口・前掲注（4）二三二頁。

(15) Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992. 同判決と主権理論の関係については、南野森「欧州統合と主権論――フランス憲法学の場合」本郷法政紀要五号二三九～二七四頁（一九九六年）でも詳しく検討しておいた。

(16) Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992. 同判決については、山元一「欧州連合条約（マーストリヒト条約）のための憲法改正と憲法院――マーストリヒト第二判決・第三判決」フランス憲法判例研究会編・辻村みよ子編集代表・フランスの憲法判例Ⅱ（信山社、二〇一三年）一三～一六頁を参照。また、南野・前掲注（15）二六二頁以下、辻村みよ子「欧州統合と憲法改正」中村睦男＝高橋和之＝辻村みよ子編・欧州統合とフランス憲法の変容（有斐閣、二〇〇三年）二一～三九頁をも参照。

(17) Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *JCP*, 2000, I 201, p. 139 et s., at p. 140.

(18) 南野森「ニューカレドニアに関する特例措置の合憲性と地邦法律の審査」フランス憲法判例研究会編・辻村みよ子編集代表・フランスの憲法判例（信山社、二〇〇二年）三五五～三六三頁、三五八頁。また、ごく最近の学説のなかにも、拙稿と同様に、このような改正のせいで「フランス憲法典は矛盾の蜘蛛の巣になってしまった」と言うものがある（Denis BARANGER, « Le langage de

l'éternité. Le Conseil constitutionnel et l'absence de contrôle des amendements à la constitution », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, pp. 1-29, at p. 29)。

(19) Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999. 同判決については、南野・前掲注（18）を参照。

(20) たとえば、Louis FAVOREU et Loïc PHILIP (sous la dir. de), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 821.

(21) 憲法改正法律のうち、人民投票（référendum）によって承認される法律については、憲法院はすでに一九六二年一一月六日判決（Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962）において、違憲審査の対象とならないと判断していた。同判決については、井口秀作「レフェレンダムによって承認された法律に対する違憲審査」フランス憲法判例研究会編・前掲注（18）（フランスの憲法判例）三八三～三八六頁を参照。また、同旨を繰り返したものとして、一九九二年九月二三日のいわゆるマーストリヒト第三判決（Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992）もある。この判決については、山元・前掲注（16）を参照。

(22) たとえば、Georges VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 79-97 ; Bruno GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, pp. 909-921. また、マーストリヒト第二判決を下したときの憲法院院長であったバダンテールも、院長職の退任後に発表した論攷において、明確に否定説を述べている（Robert BADINTER, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », in *Mélanges Jacques Robert : Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 217-225）。これらについては、山元一『憲法制定権力』と立憲主義――最近のフランスの場合」法政理論（新潟大学）三三巻二号一～六四頁（二〇〇〇年）、一七～一八頁や、塚本俊之・後掲注（23）二八八頁を参照。

(23) Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003. 同判決については、大津浩「『単一国家』型地方自治原理と共和政体」フランス憲法判例研究会編・前掲注（16）（フランスの憲法判例Ⅱ）二三三～二三七頁、塚本俊之「両院合同会議によって承認された憲法改正に対する違憲審査」同書二八七～二九〇頁を参照。

四　憲法改正無限界論のフランス的特殊性

これに対して、近時のフランス憲法学説においては、とくに一九九〇年代以降、憲法改正無限界論への批判や、改正限界論が有力に主張されるようになってきている。そのうち、九〇年代の改正限界論については、その最有力な論者であるボー（Olivier Beaud）の議論を中心に、すでに山元一教授が詳細・的確に紹介・分析してこられたので、本稿では立ち入らない。[24] ここでは、今後の比較研究のために、とくに以上に見た憲法改正無限界論が、そしてそれを批判する憲法改正限界論もが、フランスのいわば特殊事情を色濃く反映したものであると言えることに注意を促すべく、つぎの五点を指摘しておきたい。

第一に、フランスにおける憲法改正（無）限界論は、当然のことであるが、フランスの現行憲法の改正手続を前提とした議論であるということである。周知の通り、フランス憲法八九条が定める憲法改正の方法には、第一に、改正案が両議院で可決されたあとに人民投票にかけられるもの、そして第二に、政府提出の改正案に限り両院合同会議での可決のみで人民投票にかけられないものとの二通りがある。つまり憲法改正にも人民投票が行われるものと行われないものとがあるのであって、ゆえに、国民主権や国民の憲法制定権力という理念を持ち出すことによって前者の無制約性を主張し、それとの対比で、一部の改正限界論のように、後者の被制約性を主張しやすい構造にある。日本のように、憲法改正につねに国民投票が必要とされている国にとって、この点ではフランスは比較の対象としては少なくとも要注意であるし、実は不適切である可能性もある。[25]

第二に、これまた当然のことではあるが、フランスのそのような憲法改正限界論は、憲法院の判例を多かれ少なかれ前提とした、あるいは少なくともそれと軌を一にした議論であるということである。先にみたように、とくに一九九〇年代、「嘆かわしい手法」による憲法改正がなされたが、これに対してフランス憲法院が審査を拒否するに際して、既存の憲法規定に反するような憲法規定を憲法典中に追加するような憲法改正をも認めてしまったことから、憲法典中における特定の原理が実質的に憲法改正の限界を構成するという、日本の憲法学説の用語法で言うところの、

憲法と憲法律の区別、あるいは憲法典中における根本規範の存在、といった考え方を主張しづらい状況がフランスにはある、ということである。その結果、憲法典自体がいびつなものに成り下がってしまっていることについては繰り返さないが、ここでも、日本との差は大きいと言わねばならないであろう。

第三に、これらの議論は、先述の通り、憲法院の一九六二年判決、一九九二年判決、そして二〇〇三年判決という、いずれも憲法改正の違憲審査を自らの権限としては認めないという点で共通する憲法院の立場を前提として展開されてきた議論であったが、二〇〇八年七月の憲法大改正[26]により、その前提が、一定程度ではあるものの変更されたと評価しうることである。すなわち、同改正により、人民投票に付される議員提出法案が、人民投票付託前に義務的に憲法院の審査を受けることになった（六一条一項）。このことは、政府提出法案ではなく議員提出法案に限定されているものの、また、人民投票の行われるよりも前にではあるが、憲法改正法案も憲法院の審査を受けるようになったことを意味する。一九六二年（および六九年）のド・ゴール大統領による、憲法改正手続を定めた八九条ではなく一一条を利用した強引な改憲を法的に否定しえなかった憲法院の見解には、かねてより批判があったところであるが、そのような事態に対する予防策たることを企図したものとして導入された規定であり、やはり注目に値するだろう。

第四に、同じく二〇〇八年の大改正により、すでに発効している法律の事後的な違憲審査制度――いわゆる「合憲性の優先問題（question prioritaire de constitutionnalité, QPC）」制度[27]――が導入された（新設された第六一―一条を参照）ことから、これまでの憲法院の事前審査における判例法理を変更することなく、今後、憲法院が特定の憲法改正を前提として制定され発効した法律についての審査を求められ、そのなかでその憲法改正についての憲法判断を示すことがありえないとも言えない。

そして第五に、そもそも、憲法改正の違憲審査が行われるか否かは、憲法上の規定に依存するわけではない、ということである。このことは、リアリズムの法解釈理論[28]からすれば驚くに値しない結論ではあるが、いくつかの実例を

見比べるといっそう説得的に感じられるはずである。

(24) とくに、山元・前掲注（8）および、山元・前掲注（22）を参照。

(25) ただし、ボー自身は人民投票がなされる憲法改正のすべてに無限界性を認めるわけではなく、そのうち、改正の対象が「根本的な規定（dispositions fondamentales）」つまり「主権の事項（matières de souveraineté）」に関するものに限定してそれを認め、人民投票がなされるものであってもその対象が二次的（objets secondaires）である場合には無限界性を否定し、つまり両院合同会議経由での憲法改正と同様に扱うべきであるとする。Voir Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. *Léviathan*, 1994, p. 439. なお、この点に着目して、山元・前掲注（8）六一頁は、ボーの議論は「戦後日本の『憲法制定権力』論をリードしてきた芦部信喜のそれと基本的方向において一致するものとなっている」と指摘する。関連して、高見勝利「『憲法制定権力』考」芦部信喜先生古稀祝賀・現代立憲主義の展開（下）（有斐閣、一九九三年）七一三～七二九頁をも参照。

これに対して、ストラスブール大学のジュアンジャンは、人民投票を経由する憲法改正については、改正対象の重要性に関わりなく、その違憲審査の可能性を否定する。Voir Olivier JOUANJAN, « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? », in Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (sous la dir. de), *La République en droit français*, Paris, Economica, coll. *Droit public positif*, 1996, pp. 267-287. ジュアンジャンの議論を紹介するものとして、山元・前掲注（22）のとくに二三～二四頁を参照。

(26) この改正の紹介として、南野森「フランス――二〇〇八年七月二三日の憲法改正について」辻村みよ子＝長谷部恭男編・憲法理論の再創造（日本評論社、二〇一一年）二四一～二五九頁（初出二〇〇九年）がある。同論文では、この改正が少なくとも量的には過去最大の改正ではあるが、「敢えて憲法を改正しなければ達成できないことがらのための改正であったと言える」ものはさほど多くはなく、さらに「これらの憲法改正を必要とするものについても、もともと他の国であればわざわざ憲法において定める必要はないと考えられるであろうものをフランスでは細かく憲法に定めているから必要となったと言えるものが多いのであって、一九九〇年代以降、とりわけ二〇〇〇年以降の頻繁に過ぎる憲法改正は、異常とも稚拙とも言えるものであるように思われる」とのやや厳しい評価を示しておいた（二五九頁）。

(27) 同制度導入の経緯については、南野森「QPC制度導入の経緯――第五共和制における違憲審査制の展開」フランス憲法判例研究会編・前掲注（16）（フランスの憲法判例Ⅱ）三〇〇～三〇三頁を参照。また、QPC制度の仕組みについては池田晴奈「QPC制度の概要・仕組み」同書三〇三～三〇六頁、同制度開始後の運用実態については曽我部真裕「QPC制度の運用実態」同書三〇七～三〇八

頁、そして主なＱＰＣ判決の整理・紹介としては井上武史「主要なＱＰＣ判決の概観」同書三〇八～三一三頁を参照。

(28) ミシェル・トロペール（南野森編訳）・リアリズムの法解釈理論――ミシェル・トロペール論文撰（勁草書房、二〇一三年）第一章、第二章等の参照を乞う。

五　憲法改正の違憲審査

たとえばドイツでは、日本でもよく知られている通り、憲法典に複数の改正禁止対象を明示的に定める規定（ドイツ連邦基本法七九条三項）が存在し、かつ、連邦憲法裁判所がその判決のなかで、憲法改正が同規定に違反していないかどうかを審査する権限を自らに認めてきたのに対し、[29] フランスでは、上述の通り、改正禁止条項があるにもかかわらず憲法院が憲法改正の違憲審査権限を否定する。しかし言うまでもなく、この両国を比較して、憲法改正の違憲審査が裁判所によって行われるか否かは、ドイツ憲法のように改正禁止規定が詳細で具体的条項をも含むものであるか、フランス憲法のようにそれが共和政体という漠然とした一原理にとどまるものであるかに依存すると結論するのは早計に過ぎる。

フランス憲法とほとんど同様の共和政体改正禁止条項をもつイタリアでは、憲法裁判所（Corte costituzionale）[30] が、にもかかわらずフランス憲法院とは逆に、憲法改正の違憲審査権限を自らに認めている。イタリア憲法一三九条は、フランス憲法八九条とほぼ同様の文言を用い、共和政体（forma repubblicana）の改正禁止を定めており、そしてこのほかには明文の改正禁止条項がないところもフランス憲法と同様であるが、憲法裁判所は、一九八八年一二月一五－二九日判決において、イタリア憲法は「（既存の条項を改正する）憲法改正法律（leggi di revisione costituzionale）によっても、また（新たな条項を憲法典に追加する）憲法的法律（leggi costituzionali）によっても、その本質的な内容を覆滅する（sovvertire）ことも変更する（modificare）こともできない、一定の最高原理（alcuni principi supremi）を含んでいる」と宣言し、そしてかかる最高原理とは、「憲法一三九条の共和政体のように憲法が改正権に対する絶対的限界として明示的に定めている諸原理と、それに加えて、憲法改正手続に載せられえないものとして明示的に言及されていないものであっても、イタリア憲法を基礎づける最高価値（valori supremi）の本質そのものに由来する諸原理」[31] の二種類であるとしたのである。[32]

ドイツにせよイタリアにせよ、それは通常の司法裁判所ではなく、違憲審査の任務を専門的に負わされた憲法裁判所であるからこそ、上記のように積極的に憲法改正の違憲審査権限を自らに認めるのだと考えるのもまた早計である。憲法改正の違憲審査に実に積極的で、しかも実際に違憲判断を何度も下しているインドでは、それを行っているのは通常の司法裁判所であるインド最高裁判所（Supreme Court of India）である。しかも、インド憲法にはもともと改正禁止条項は存在していなかったにもかかわらず、そうなのである。一九六四年の第一七次憲法改正を所有権侵害を理由として違憲と判断した一九六七年二月二七日判決、[33] さらには憲法の明文規定ではなく「基本構造（basic structure）」なるものに反する憲法改正をも違憲と判断することを明らかにした一九七三年四月二四日の画期的な判決[34]以降、次々に憲法改正を違憲と判断する最高裁判所と、それに対抗する政治部門とのあいだに激しい対立の繰り返しがあることは、日本でも比較的知られているかもしれない。[35] たとえば一九七五年一一月七日判決[36]においては、一九七三年の第三九次憲法改正を「憲法の基本構造」に反するとして違憲としたが、その結果、議会が第四二次憲法改正（一九七六年）において憲法改正が裁判所で争われえないこと、および議会の憲法改正権力は無制約であることを憲法典に追記した（三六八条四項・五項）ところ、最高裁判所が一九八〇年七月三一日判決[37]においてこの第四二次憲法改正自体を違憲と判断するという事態が生じた。

このほかにも、トルコや南アフリカ、ブラジル、オーストリアなどにおいても憲法改正の違憲審査権限を裁判所が

自己授権しており、さらには、明文規定で改憲の違憲審査を定める憲法も、チリやルーマニアなど、複数存在するようであるが、[38] ここではこれ以上は立ち入らない。

(29) その嚆矢となったのが、一九七〇年一二月一五日のいわゆる盗聴判決（BVerfGE, 67, 157）である。同判決については、まずは西浦公「通信の秘密とその制限――盗聴判決」ドイツ憲法判例研究会編・栗城壽夫＝戸波江二＝根森健編集代表・ドイツの憲法判例（信山社、一九九六年）二一二～二一六頁を参照。ドイツにおける憲法改正の違憲審査については、工藤達朗「憲法改正の違憲審査」同・憲法学研究（尚学社、二〇〇九年）一九六～二〇八頁〔初出二〇〇三年〕を参照。

(30) イタリアの憲法裁判（所）についての邦語研究として、ここでは、永田秀樹「イタリアの憲法裁判」覚道豊治先生古稀記念・現代違憲審査論（法律文化社、一九九六年）二一四～二三六頁、ルイ・ファヴォルー・山元一訳・憲法裁判所（敬文堂、一九九九年）七九～九七頁、井口文男「合憲性判断の手法とその拘束力」初宿正典先生還暦記念・各国憲法の差異と接点（成文堂、二〇一〇年）三五九～三八一頁、田近肇「イタリア憲法裁判所の制度と運用」岡山大学法学会雑誌六二巻四号二六八～二二四頁（二〇一三年）を挙げておく。

(31) Sentenza n° 1146/1988 del 29 dicembre 1988 della Corte costituzionale, *cons.* 2.1.

(32) Voir Arnaud LE PILLOUER, « Le pouvoir de révision », in Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD (sous la dir. de), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 3 : Suprématie de la Constitution, Paris, Dalloz, 2012, pp. 33-65, at p. 60.

(33) *Golaknath v. State of Punjab*, AIR 1967 SC 1643.

(34) *Kesavananda Bharati v. State of Kerela*, AIR 1973 SC 1461.

(35) とりあえず邦語では、稲正樹・インド憲法の研究（信山社、一九九三年）、孝忠延夫＝浅野宜之・インドの憲法――二一世紀「国民国家」の将来像（関西大学出版部、二〇〇六年）を参照。さらに、イスラエルの最高裁判所長官による比較研究である、Aharon BARAK, « Unconstitutional constitutional amendments », *Israel Law Review*, vol. 44, 2011, pp. 321-341, at pp. 325-327 も参照。また、フランス憲法学の文献では、インド最高裁判所の事例はしばしば紹介される。Voir Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, coll. *Les voies du droit*, 1996, pp. 176-178 ; M. TROPER, « La notion de principes supra-constitutionnels », in M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, coll. *Léviathan*, 2001, pp. 195-214, at p. 214 ; A. LE PILLOUER, *supra* note 32, p. 62.

(36) *Indira Nehru Ghandi v. Raj Narain*, AIR 1975 SC 2299.

(37) *Minerva Mills v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789

(38) See A. BARAK, *supra* note 35. トルコの一九八二年憲法は、憲法改正について形式的要件の審査に限定して明示的に憲法裁判所の権限として認めている（一四八条）が、憲法裁判所は、二〇〇八年六月五日判決において、実体的な理由により憲法改正を違憲と判断した。詳細は、Kemal GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa (Turkey), Ekin Press, 2008.

六　憲法規定と憲法改正限界の無関係性

諸国の憲法を見れば、明示的に一定事項の改正を禁じる規定を設けている憲法典は数多くある。憲法上の特定の原理を改正不可と宣言するものもあれば――そのうちおそらく最も多くの改正不可原理を列挙するのはポルトガル憲法であろう――、憲法上の特定の条文を改正不可と宣言するものもあるし、両者をいずれも含むものもある。他方で、日本国憲法のように、そのような具体的な改正禁止対象を明確に列挙する規定をもたない憲法典も多数ある。[39]

そして、改正禁止規定の存否や、また憲法改正の違憲審査を認める規定の存否は、その国での憲法運用に際して、必ずしも決定的な指標とはなっていないことは、先にいくつかの国の実例を挙げて見たところである。改正禁止規定があるにもかかわらず、それに反する憲法改正の違憲審査をも放棄するフランスのような国もあれば、改正禁止規定がないにもかかわらず、そして憲法改正の違憲審査を認める規定もないにもかかわらず、そのような権限を自己授権し、きわめて活発に憲法改正の違憲審査を行うインドのような国もあった。

以上のことから確認しておくべきであると思われるのは、今後憲法改正限界論を検討するうえで、憲法改正の限界を定める憲法上の規定の有無よりも、憲法改正権自体に内在する限界があるのか否かという点――この点はこれまで

の日本憲法学が十分に論じてきたと言えるであろう――が重要なのであり、そしてそれとともに、あるいはそれ以上に、そのような限界の有無、そして限界がある場合にその内容を決めるのは誰かという問題こそが決定的に重要である、ということである。[40]

つまり、そもそも法律の違憲審査制のないところでは、立法者が憲法規定の有権解釈者――ケルゼンの言う意味でのそれ――となるのと同様に、憲法改正の違憲審査がなければ、憲法改正権者が憲法（改正）規定の有権解釈者となる。繰り返しになるが、たとえ実体的な改正限界規定が存在しても、憲法改正の違憲審査がなければそれは同様である。そして、憲法改正の違憲審査が存在するか否かも、憲法規定には必ずしも依存しない。諸国の実例をみると、憲法がこの点につき沈黙している場合、その国の裁判所は、それを憲法改正の違憲審査が否定されているとは解釈せず、むしろ逆に、明示的に禁止されていないことから自己授権に踏み出す場合が多いのである。[41]

違憲審査制が発達し、定着し、そして重要な違憲判断が出されるようになると、一方で立法府は、そのような違憲判断を乗り越えるために憲法改正に訴えるようになるし、他方で違憲審査機関は、そのような立法府の攻勢に対し、憲法改正法を通常法律同様に審査することができるか否か、あるいはより正確には審査しようとするか否かを問われることになる。その結論は、政治部門と違憲審査機関との現実の力関係を、違憲審査機関自身がどのように評価しているかに大きく依存するが、それと同時に、違憲審査機関が、自らの役割を、そしてそもそも憲法をどのように考えているかにも依存するということが重要である。

いわゆる転轍手の理論（théorie de l'aiguilleur）のように、違憲審査機関が自らの役割を、特定の政策実現が通常法律で可能かあるいは憲法改正を必要とするかという、政治部門が辿るべき道筋を示すことにとどまると考えるのであれば、おそらくそのような違憲審査機関が憲法改正の違憲審査に踏み出す蓋然性は低いであろう。反対に、違憲審査機関が、憲法とは特定の価値を体現したものであると考え、そしてそのような憲法の擁護者としての役割を自任する

のであれば、政治部門との力関係についての自己理解次第では、憲法改正の違憲審査に踏み込む可能性があるだろう。ことは、法律の違憲審査を行うかどうか、そして法律の違憲判断を示すかどうかと、実は程度の差しかない。

実定憲法典に明示的に規定されていようがいまいが、憲法典を基礎づけ、憲法によって作られた権力である憲法改正権を拘束し、場合によっては憲法改正を「違憲」と判断する根拠となる原理や価値が存在するという考え方は、フランスでは「超憲法性（supra-constitutionnalité）」あるいは「超憲法的規範（norme supra-constitutionnelle）」の理論と呼ばれる。[42] 第三共和政期においては依然として、たとえばオーリウは「憲法の正統性を担保する原理が存在し、それはいかなる条文も必要とはしない」と書くことができたが、「現代のフランスの法律家であれば、まずこの見解に賛同するものはいないだろう。それは自然法の臭いがするし、また、残念なまでに古めかしい響きをもつ」[43]からである。ところが実際には、イタリア憲法裁判所の判決にも、また、ドイツ連邦憲法裁判所の判決にも、そのような考え方を見出すことができる。それは当然であって、「裁判所が憲法改正法律の違憲審査権限を自らに認める場合、必然的に、その実行を可能ならしめる原理――それは憲法条文を超える場合もある――を取り出さざるをえない」[44]からであって、したがって、そのような超憲法規範が定められていようがいまいが、裁判所が憲法改正の違憲審査を自らの権限として認める場合にはつねに、同様の考え方が登場するのである。リアリズムの法解釈理論からこのことを表現すれば、「そのような原理が存在するから憲法改正の違憲審査がなされるのではなく、全く逆で、違憲審査によってそのような原理が創設されるのである」[45]、ということになるだろう。

そして、そのような不文の原理が創設されるのは、なにも憲法改正の違憲審査が行われる場合に限ったことではない。そのような権限を否定し、超憲法規範の理論を拒絶しているはずの憲法院も、一九七一年の「結社の自由」判決[46]以降、実に自由に、憲法典に明記されていないという意味で「不文の」憲法原理を創設してきた（「憲法ブロック」）。それによって法律を無効とするのかそれとも憲法改正を無効とするのかによって、不文の原理が憲法レベルのもので

あるのかそれとも超憲法レベルのものであるのかが決定的に異なるように思えるかもしれないが、憲法改正を無効とするためにはそのような不文の原理を超憲法レベルに位置づける論理的な必然性はなく、たとえば憲法改正権を憲法により作られた権力として憲法の下位に位置づければそれで十分であるため、結局、ここでも憲法改正の違憲審査をする裁判所とそれをしない裁判所の論理の差は程度の差に過ぎないことになる。そうであるとすると、憲法改正の違憲審査の場合のみ、不文の原理を裁判所が持ち出すことが非難される謂れは――憲法改正権の主体が国民なのか国民代表なのかあるいはそのいずれでもないのかに一定程度依存するとはいえ、その点をひとまず措けば[47]――ないだろう。

本稿の筆者は、かつて「最高裁判所が自由に憲法を解釈し憲法規範を作りだしているのだと正面から認めることによって、であるからこそ学説による『解釈の解釈』が重要な役割なり意義なりをもつのだということがあらためて意識されるはずである」と書いた[48]。それは、最高裁判所が憲法改正の違憲審査を行う場合になすであろう「憲法」解釈についてもまったくそのままに当てはまるが、いかんせん憲法改正の違憲審査などこれまでに日本の最高裁判所は一度も経験したことのないものであるから、仮に将来最高裁判所が初めての一歩を踏み出す際には、学説による後押しが――必要であるとまで言うかはともかく――、少なくとも裁判官には歓迎されるはずである。学説は、ここでも最高裁判所の「解釈権力」を「統制」する重要な役割を担うことになる。

(39) ただし、日本国憲法の前文第一段第四文は「われらは、これに反する一切の憲法〔……〕を排除する」としているし、第一一条と第九七条は「この憲法が〔日本〕国民に保障する基本的人権」は「侵すことのできない永久の権利として」「現在及び将来の国民に」与えられるとしており、これらの規定の意味については周知の議論のあるところである。

(40) Voir A. LE PILLOUER, *supra* note 32, p. 58.

(41) See A. BARAK, *supra* note 35, p. 332.

(42) 「超憲法的規範」論については、山元・前掲注（22）のとくに一三～二〇頁に詳しい検討がある。

(43) D. BARANGER, *supra* note 18, p. 20. ここでバランジェが引用するオーリウの著作は、Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2e éd., 1929, p. 297 である。

(44) A. LE PILLOUER, *supra* note 32, p. 60.

(45) M. TROPER, *supra* note 35, p. 213.

(46) Décision n° 71-44 du 16 juillet 1971. 同判決については、山元一「憲法院の人権保障機関へのメタモルフォーゼ――結社の自由判決」フランス憲法判例研究会編・前掲注（16）（フランスの憲法判例Ⅱ）一三二～一三五頁を参照。

(47) この、憲法改正権の主体をいかに考えるかという点については、別稿で検討することとしたい。

(48) 南野森「憲法・憲法解釈・憲法学」安西文雄ほか・憲法学の現代的論点〈第二版〉（有斐閣、二〇〇九年〔初版二〇〇六年〕）三～二五頁、二二頁。

現代立憲主義の諸相 上

2013年12月14日　初版第1刷発行

編　者　長谷部恭男
安西文雄
宍戸常寿
林知更

発行者　江草貞治

発行所　株式会社 有斐閣

郵便番号 101-0051
東京都千代田区神田神保町 2-17
電話　(03)3264-1314〔編集〕
(03)3265-6811〔営業〕
http://www.yuhikaku.co.jp/

印刷・株式会社精興社／製本・牧製本印刷株式会社
© 2013, 長谷部恭男・安西文雄・宍戸常寿・林知更. Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取替えいたします。
★定価はケースに表示してあります。

ISBN 978-4-641-13145-3

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は,著作権法上での例外を除き,禁じられています。複写される場合は,そのつど事前に,(社)出版者著作権管理機構(電話03-3513-6969, FAX03-3513-6979, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。