

## 憲法改正規定の改正問題

松本, 祐樹  
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/1833546>

---

出版情報 : 学生法政論集. 10, pp.65-78, 2016-03-25. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 憲法改正規定の改正問題

松本 祐樹

## 〈目次〉

はじめに

一 改正規定の改正不能性

- (一) 上位規範による正当化の必要性—清宮の議論
- (二) 自己授権による法的正当化の可否—ロスの議論

二 改正規定の改正可能性の提示—大屋の議論

- (一) 自己言及による矛盾
- (二) 根元的規約主義と意味の不確定性

三 改正規定改正可能性の提示—菅野の議論

- (一) 法の「上位性」の意味
- (二) 法段階説の再考と改正規定の改正
- (三) 正当化事由としての制約的法規性
- (四) 正当化事由としての後法優越原則

四 改正規定は改正可能か—上位規範の設定  
おわりに

## はじめに

学説上、日本国憲法を改正するにあたっては改正限界論と改正無限界論の対立がある。改正限界論からして限界と画される憲法規範は学説によって多岐にわたるが、たとえば芦部は、基本的人権尊重の原理、国民主権の原理、平和主義を挙げる<sup>1</sup>。簡単に一般化することはできず、雑駁にすぎる括り方ではあるが憲法上示されている（と限界論者が考えている）規範の相対的な価値づけが改正限界論の基本的な論証方法である。ところが、そうした性格とは別箇に憲法改正規定の改正不可能性は論じられる傾向にあるのではないかと考えている<sup>2</sup>。すなわち、価値の高低から導かれる改正の限界確定ではなくて、法の授権関係

---

<sup>1</sup> 芦部信喜『憲法制定権力』（東京大学出版会、2006）109頁。なお、かかる立場を芦部は通説といい、それら諸原理を根本規範と呼んだうえで改正権の外にしている。芦部の根本規範理解がケルゼンのそれと異なることは長谷部恭男『Interactive憲法』（有斐閣、2006）80—88頁参照。

<sup>2</sup> たとえば、前掲註1）54、55頁、清宮四郎『国家作用の理論』（有斐閣、1968）161—164頁。

や言語哲学上の示唆等価値づけ論にコミットしない<sup>3</sup>限界確定が基本として主張されているように思われるのである。ここに改正規定改正の是非を論じる面白さを筆者は見出しており<sup>4</sup>、本稿では、清宮、ロスによる改正規定の改正不能性を示す議論を概観した後に、それに対する大屋、菅野の応答を検討する構成を採っている<sup>5</sup>。

## 一 改正規定の改正不能性

### (一) 上位規範による正当化の必要性—清宮の議論

改正規定の改正不能性についての議論の基本線として、清宮は次のように述べる。「この種の規範<sup>6</sup>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受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。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。そうして、法定立者の法定立の権限及び手続の根本を規定する規範は、法論理的に、右の定立者によって定立せらる規範よりも上位段階の規範であるを要し、その結果、法定立者は、おのれ自身の法定立権能及び手続の根本を自己規定することは法論理的に不可能である」<sup>7</sup>。96条が憲法規範の改廃という性質を有する以上、96条は、他の憲法規範、それによって創出される規範よりも法段階的に上位のものとなさなくてはならない。かかる規定を改正するためには、それより上位の規範を用意する必要があるために、清宮は改正規定から改正規定の改正を誘導することは不可能と論じる<sup>8</sup>。

### (二) 自己授権による法的正当化の可否—ロスの議論

法定立の正当化根拠を法の授権関係に見出す立場からは以上の帰結が導かれるが、しかし、そうした立場は絶対所与のものなのか、96条自身に96条改正の正当化根拠を見出すこ

---

<sup>3</sup> 法実証主義的と言い換えられるだろうか。ただし、一般的には価値相対主義と法実証主義との間に論理必然的な結びつきはないとされる。加藤新平『法哲学概論』(有斐閣、1976) 515、516頁。

<sup>4</sup> 芦部は、「限界の具体的内容を網羅的に列挙することはほとんど不可能」であり、「いかなる条項をどの程度改正すれば、改正の限界を逸脱することになるかを論じつくすことは困難をきわめる」と限界にあたる価値、限界の逸脱の程度を論証することの難しさを示す。前掲註1) 109頁。

<sup>5</sup> 本稿は、改正を発議するために必要な各議院の議員の賛成数を過半数に引き下げる議論に対して応答するものではなく、立憲主義概念との抵触等に関する考察をその対象としていないことに注意されたい。

<sup>6</sup> 根本規範に基づいて普通の憲法規範制定、改正作用を規定する規範としての、改正規範を指す。

<sup>7</sup> 前掲註2) 161頁。

<sup>8</sup> 清宮は「硬性憲法の軟性憲法への変更、軟性憲法の硬性憲法への変更を憲法改正規定によって根拠づけることは許されない」と考える。ただし、これは法超越的問題として扱っているのではなく、憲法改正規定の改正は根本規範によって根拠づけられるものであると想定していることには注意が必要である。前掲註2) 164頁。

とができないのか、という疑問が当たり前に想起されるだろう。この疑問に対して有効な解答を示しているのがアルフ・ロスであり、その96条の意味不確定性から96条の改正不可能性を示す議論を長谷部の紹介<sup>9</sup>に従って検討する。改正規定の意味内容を「この憲法は手続Vを通じて改正できる」と簡単に取り決め、改正規定が自らの変更の正当化根拠となると仮定するところからロスの議論は始まる。上記改正規定のうち、「この憲法」が何を意味するのかが問題となるが、前提に従って改正規定を含むとすると、憲法1条は手続Vを通じて改正できる、憲法2条は手続Vを通じて改正できる、憲法3条は手続Vを通じて改正できる…憲法96条は手続Vを通じて改正できる…と展開することになる。ここで、憲法96条の意味内容を代入すると、『「この憲法は手続Vを通じて改正することができる」は手続Vを通じて改正できる』となり、再度「この憲法」が何を指し示すのかが問題となる。この作業を繰り返していくと、永遠に96条の意味内容を確定することができないという意味で無限後退に陥り、改正規定を自らの変更の正当化根拠として設定した議論の前提が失当であるとの帰結が導かれる<sup>10</sup>。この議論は自己授権による正当化が不可能であることを論理的に証明しており、少なくとも96条でもって96条改正の法的正当化を図りえないことになる。

以上の議論は、改正規範の改正が許されないとする有力な論証を行っているが、改正可能論者は、いかにして改正可能性を示すことができるだろうか。

## 二 改正規定の改正可能性の提示—大屋の議論

### (一) 自己言及による矛盾

まず大屋は、改正権が96条によって形成されている以上、それを改めることは条文の自己否定につながるので論理矛盾を引き起こすという主張は、論理的に脆弱なものであるとして批判する。例えば高見は、改正規定を $A_1$ 、それが定める手続要件を $K_1$ 、改正規定の改正案を $A_2$ 、それが定める手続要件を $K_2$ とおき、次の三段論法によって改正規定の改正には矛盾が生じると考える。①もし手続要件 $K_1$ に合致するならば、提示された憲法改正( $A_2$ )案は有効な法となりうる。理由： $A_1$ による。② $A_2$ は、 $K_1$ に合致して成立した。理由：公式に認定された経験的事実。③したがって、提示された改正( $A_2$ )は有効な法である。理由：modus ponens（条件が真で、その例が真であるなら、その帰結もまた真であ

<sup>9</sup> 長谷部恭男「憲法96条の「改正」論究ジュリスト9号（有斐閣、2014）41頁以下。

<sup>10</sup> 長谷部は、この議論を「自己授権による正当化が不可能である」という言明に一般化する。「全能の神は自身が持ち上げることができないほど重い石を創造することができる」という例について、そのような石を創造できない神は全能とは言えないが、他方、持ち上げることができない神は全能とは言えないとして論理矛盾が起きるといふ。不当な自己言及を前提とするために正当化が不可能になるとの帰結を導くのである。前掲註9）44頁。

る)。ここで、①はA<sub>1</sub>の法的有効性を主張し、③の結論はA<sub>2</sub>の法的有効性を主張する。つまり、①の仮定は、手続要件K<sub>1</sub>の排他的な適用を主張し、③の結論は、手続要件K<sub>2</sub>の排他的な適用を主張するのであるから、両者の主張は相反する。この矛盾<sup>11</sup>故に、A<sub>1</sub>は自己矛盾を犯すことなしに自らの規定を改正することはできないということになると考えるのである<sup>12</sup>。この主張は、『クレタ人は嘘つきだ』とクレタ人が言った」という不当な自己言及による矛盾の導出を示す有名な例と同様の論理構成を採っている。これに対して大屋は、改正前後の条文は、論理的な一貫性を保つべき存在ではないのではないかと、として議論を一蹴している。つまり、「tより将来の時点t+1から未来に向けて変更するというのが改正の基本的意義である以上、改正前の法文が同一時点に存在することはなく、両者が自己矛盾の関係になることもない」<sup>13</sup>という趣旨である。ただし、この指摘が前述のロスの議論を否定することにはならない旨、留意しておかなくてはならない。ロスの議論は、改正規定が自身の変更の正当化根拠にはなりえないと主張するものであり、そもそも改正前の改正規定と改正後の改正規定は別箇のものであると捉えている<sup>14</sup>。

## (二) 根元的規約主義と意味の不確定性

大屋は、長谷部が紹介するロスの議論に対して、「アルフ・ロスの議論は、規則の意味は事前に確定すべきところ・憲法改正条項によって自身が改正不可能であると仮定すると・自己言及により不確定性が生じるので許されないとするものなので、筆者のように適用に先だって規則の意味を確定することは不可能とする立場に対する批判としては機能し得な

---

<sup>11</sup> 厳密には、「矛盾ではなく反対 (contrary) の関係にある」という。「憲法典における自己言及」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣、1975) 831頁。

<sup>12</sup> 高見勝利「憲法改正規定(憲法96条)の「改正」について」奥平ほか編『改憲の何が問題か』(岩波書店、2013) 81, 82頁。

<sup>13</sup> 大屋雄裕「憲法改正限界論の限界をめぐって」『法の理論33』(成文堂、2014) 56頁。2004年の刑法改正において、199条の定める殺人罪の下限が改正前には三年であり改正後に五年になったという例を挙げて、これが整合性を欠いているとして批判するならば、少なくとも「改正」の意義をまったく理解していないと評される、としている。

<sup>14</sup> 実は、ロスも改正規定改正不可能論を支える二つ目の根拠として高見と同様の議論を展開しており、それはH・L・A・ハートから大屋と同趣旨の批判を受けている。ハートは「法規範の制定を論理的推論によって説明できるか否かが疑問であるが、この場合、論理的矛盾は存在しない。もし、現行の改正規定が自己の改正についても定めていると考えることができるならば、この規定は、新しい改正手続が自己の定める手続に従って導入されるまでの手続について述べていると考えられる。そうだとすれば、新たな改正規定は、そのようなものとしての現行規定から矛盾なく導出することができる。それというもの、両者は妥当する期間を異にしているからである」として、明らかに時間的な見地からロスの議論を否定しているが、これに対してロスは、ハートの議論は法的抵触と論理的矛盾を混同したものであるとして再反論する。ただし、このように考えると、改正という作為すべてが論理的矛盾を起こしていると考えべきこととなり、そのために改正に際する法的効果を認めないというのであれば、やはり大屋が言うように改正の意義が没却してしまうものと考えられる。前掲註11) 832, 837頁。

い点に注意する必要がある。」<sup>15</sup>と述べている。これは大屋の解釈論の表れであるところ、まず、その解釈論の拠って立つ根元的規約主義について概観する。

根元的規約主義とは、定理、論理的真理とされるもの全てが直接的規約とされなければならないとする考え方であり、規約として指定すべきは公理と推論規則のみであり、そこから無数の定理を導出することができると思える限定的規約主義を批判するものとして提起される<sup>16</sup>。このよく知られた例である。キャロルのパラドクスを野矢による紹介に従って示してみる<sup>17</sup>。

アキレスは亀に次のような推論を示す。

亀は脚の回転が遅く、かつアタマの回転も遅い（命題A）

それゆえ、亀はアタマの回転が遅い（命題B）

命題Aからは論理必然的に命題Bが導かれると限定的規約主義者であろうアキレスは考えるが、亀はこれを認めない。そこでアキレスは、次のような命題Cを用意する。

「亀は脚の回転が遅く、かつアタマの回転も遅い」からは「亀はアタマの回転が遅い」が導かれる（命題C）

しかし亀は、命題AとCを認めても、その帰結としての命題Bを認めない。その結果アキレスは推論規則を永遠に採用し続けるものの、亀は永遠に納得しないという事態が生じる。つまり、推論規則によって結論の導出を説明しようとしても、その推論規則自体が導出したい結論の前提に組み込まれてしまうのである。この状況を打開するためには、新たな直接的規約を用意するしかない。

亀「どうして命題Aから命題Bが帰結しなければならないのかな」

アキレス「いや、これはそう取り決めようという私からの提案なのだ」

ここで亀が同意するならば、推論は確定し、同意しないならば、この推論実践を亀と行うことはできない、ということになる。

以上が、キャロルのパラドクスとそれに対して野矢が示した解決である。一般化すれば、

<sup>15</sup> 前掲註13) 67頁。

<sup>16</sup> 根元的規約主義は、野矢の命名するところの「水源地モデル」を拒否するものとして機能する。「水源地モデルに従えば、まず一般観念が把握され、ついで、その観念と一致する物にその語を適用することになるが、そうした公理として派生的に意味を発生させる「水源地」はキャロルのパラドクスからして存在することができず、一つ一つの推論が直接的規約としてそのたび取り決められなくてはならないことになる。野矢茂樹『心と他者』(勁草書房、2005)

<sup>17</sup> ここでは、野矢によるキャロルのパラドクス紹介を参考にした。野矢茂樹『哲学・航海日誌』(春秋社、1999) 129-138頁。また、同様に水源地モデルを否定する例としてS・クリプキの「プラスとクロス」を紹介しておきたい。「 $x + y$ 」という演算は、 $x$ と $y$ の双方が57より小さい数であれば、私たちが通常従っている加算法則を意味し、 $x$ もしくは $y$ のどちらかが57より大きい数であれば、演算の答えは全て5になるというルールを持つとする。これを知らない人々は、「 $68 + 57$ 」の答えを125と答えるかもしれないが、それはこの演算のルールからして誤りであると評価されてしまう。「+」の意味を適用の前に確定する水源地モデルを否定するものとして同様に機能している。前掲註16) 172、173頁。

何事か規則を定めたところでそれが無限の適用を論理必然に導くということではなく、あくまで私たちは、その規則のもとに展開される適用から規則の意味を決めているということになる<sup>18</sup>。この考え方に前述の大屋の解釈論観は依っており、ロスの議論を否定するのである。確かに、实在論を採らずに規約主義を論じ詰めていくと根元的規約主義に落ち着くのは当然であるとしても、その解釈論観によってロスの議論を「機能し得ない」とまで言い切ることができるかどうか、少なくとも筆者にとっては明らかではない。以下、大屋の言明がロスの議論に対する批判としてどこまで実効的なものなのか、検討する。

前述のように、改正手続規定を「この憲法は手続Vを通じて改正できる」と推論し、新96条の正当化根拠として旧96条が機能するという前提に従って「この憲法」の意味内容に96条を含めると、無限後退に陥ってしまう。そのゆえにロスは、改正規定は改正可能であるとした前提は失当であり、改正規定は改正不可能であると論じる。「適用に先立って規則の意味を確定させることは不可能」であるとするならば、まず、96条の意味内容を「この憲法は手続Vで改正できる」と簡略化して議論を進めている部分に疑義を呈することになる。しかし、根元的規約主義のルールに従うと、果たしてロスの議論は「機能し得ない」ことになるだろうか。根元的規約主義のもとでは、ロスは96条の意味内容として「この憲法は手続Vで改正できる」と簡略化しておき、その規約の採用を呼びかけることになるだろう。つまり、ロスの書いたテキストとその読み手との間で、96条の意味内容をロスの上記のものとして確定させるかどうかは、上の規約を採用するか、しないかの問題に依存する。これを規約として採用した場合には、法文の意味を確定させる営みが無限後退に陥る。無限に適用を行った後、それでも言語の意味を考えていく上で必要な適用がまた控えていることはその通りであり、「適用の前に規則の意味を確定することは不可能である」ため、行いうる適用をすべて行わない限り96条の意味内容は確定しないと考えることは可能である。しかし、96条の意味内容を確定させる営みが無限後退に陥る以上、その議論の前提が失当である<sup>19</sup>と考えることとなり、その帰結として96条の改正不可能性が導かれる。つまり、「適用の前に規則の意味を確定することは不可能である」という言明と、「規則の意味を確定させる営みが無限後退に陥るが故に、前提の誤りを指摘して改正不可能性を導く」という言明は両立可能なのではないかということである<sup>20</sup>。根元的規約主義のいう意味の

---

<sup>18</sup> 前掲註17) 112, 113頁。しかし、実際に私たちは何か行為をするたびに規約を取り決めているわけではないのではないか、というのが根元的規約主義に対して向けられる批判であるが、「通常の場合において我々は規則に盲目的に従っている。我々は規則が何かを命じており、何を禁じているのかをそれ自体理解しており、そこに何か「意味」といった要素が介在する余地はない。これは我々が規則に反した行動を取るときにすら、そう」だと考えるべきである。大屋雄裕『法解釈の言語哲学 クリプキから根元的規約主義へ』（頸草書房、2006）148頁。

<sup>19</sup> 改正規定の改正が不可能であると仮定すれば、96条の意味をめぐる一連の適用は生じず、最初に96条の意味内容としてどのような規約を採用するかという問題に帰結する。

<sup>20</sup> 以上のような議論に対しては、あらゆる言語の意味は常に不確定であり、そうであるならば、言語の

不確定性と自己言及によって引き起こされる意味の不確定性を区別して考えることの必要性は、註釈20で示しておいた。

よってこの議論では、『96条の意味内容を「この憲法は手続Vを通じて改正できる」と推論する』という規約を採用しない場合においてロスの議論が妥当しない、ということができに留まり、ロスの議論の内実に対して「機能し得ない」結果を導くものではないと考えるべきであるように思われる。

他方、根元的規約主義の立場からロスの議論を批判する筋がもう一つある。ここでは、松阪による根元的規約主義に対する考察を扱いたい。根元的規約主義の立場からは、限定的規約主義の当初の目的であったとされる、経験的命題と論理的命題の区別をすることができない<sup>21</sup>。例えば、言明A「時刻 t に部屋 A には犬がいる」言明B「時刻 t に部屋 A には猫がいる」から (1) A & B「時刻 t に部屋 A には犬と猫がいる」が限定的規約主義者の立場からは、一定の推論規則によって導かれる。(1) を根元的規約主義の立場から導くには、(1) を直接的規約として承認する道しかない。よって、(数学的言明でも論理的言明でもない) 経験的命題である (1) を論理的真理とみなすことになる。ここで話は一旦変わるが、根元的規約主義者に対する批判として、コミュニケーションが端的に破壊されてしまうのではないかと、というものがある。根元的規約主義の考え方に従えば、言明から次の言明を導く力は無いことになるのだから、各人が各々好きな規約を採用するのではな

---

意味は確定できることを前提として考えている当該議論は失当であるという批判が可能であるように思われる。言語の意味を問い続けてもその客観的な確定がありえないように考えられることはその通りであるが、言語の意味は、意味を確定させるために必要であると考えられる何らかの直接的規約を取り決め、それに同意する共同体の中では、その規約を取り決めたその時点において確定すると考えるべきではないか。ロスの議論では、前提とした『「改正規定が自身の変更の正当性を支えることができる」と仮定する』(=『「この憲法」の意味内容の一つとして96条を推論する』)、『96条の意味内容として「この憲法は手続Vを通じて改正できる」と推論する』という二つの直接的規約を96条の意味内容を明らかにする営みの中で徹底しており、それら二つの規約に従うと意味が確定しない。そのゆえに無限後退を引き起こし、二つの規約の両方もしくはいずれかが失当であるという帰結を導く。では、例えば『96条の意味内容として「この憲法は手続Vで改正できる」と推論する』の規約に加えて、『手続Vを「各議員の三分の二の賛成で国会が発議し、国民投票において過半数の賛成を必要とする」と推論する』という規約を設け、96条の意味内容を明らかにする上でその他の部分について特に明らかでない部分はないと考える共同体の中では96条の意味内容はどのように考えられるか。そこで取り決めた規約に従うと96条の意味内容は、『この憲法は「各議員の三分の二の賛成で国会が発議し、国民投票において過半数の賛成を必要とする」を通じて改正できる』となり、96条の意味は当該共同体で確定する。このように考えると、言語の意味内容が常に不確定であるとしても、設定する規約に同意する共同体の中では、それを取り決めた時点において意味は確定するのであり、その設定した規約に同意しながらも言語の意味が確定しないのならば、その規約自体が失当であると言わざるを得ないことになる。

<sup>21</sup> 「われわれは、少なくとも部分的には経験によって真である言明が存在すると考えている」のだとすれば、根元的規約主義がその対象とするのは何も数学における公理体系のみではなく、経験的命題をも含んでいるということが出来る。松阪陽一「根元的規約主義の可能性」哲学誌34東京都立大学哲学会1992 29頁以下。

いか、という趣旨である。根元的規約主義者はこれに対して、「人間の本性」に訴え、「何を規約としてみなすかについてわれわれの間に十分な一致が見られ、かつ最終的な規約の採用は共同体全体の営為であると反論する」かもしれない。こう反論すると仮定して、以下では、私たちが認めるすべての数学的、論理的言明を根元的規約主義者も認め、私たちが認めない数学的、論理的命題はすべて認めないとして議論は進む。このように考えていくと、間違っただけの言明には論理関係が存在しなくなるのではないか、というのが松阪の指摘である<sup>22</sup>。例えば、(a)  $1 + 1 = 2$  &  $7 + 5 = 13$ は間違っただけの言明であると考えられるが、(b)  $1 + 1 = 2$  (c)  $7 + 5 = 13$ は限定的規約主義の立場からは妥当なものとして(a)から推論することが可能である。しかし、根元的規約主義者は、私たちが認めない数学的言明は認めないと仮定したのだから、(a)を規約として採用することはできず、論理関係を考えることができなくなる。つまり命題が偽であるならば、そこから論理関係を規定できないのであり、そうすると、偽の命題を用いる、反事実的仮想等の一連の言語実践が成立しないこととなる<sup>23</sup>。この帰結を導くことになれば、前述のロスの議論において、事実と反する経験的言明である「改正規定が自身の変更の正当性を支えることができる」を仮定した時点で意味連関は生じ得ないのだから、議論にコミットしないとの態度決定が可能となるのである。ただしその場合、この帰結を取ってしまうがゆえに、根元的規約主義のもとでの言語実践は非常に制約されたものになってしまうことになる。コミュニケーションが崩壊する危険を指摘する批判については、「我々の対話の基盤は常に崩壊に瀕しており、それを繋ぎ止めているのはただ我々の現実認識であり、言語使用であり、それを体系的に理解しようとする我々の努力だけなのである」<sup>24</sup>と応答するべきであると思う。

### 三 改正規定改正可能性の提示—菅野の議論

菅野は、清宮の議論の前提に疑問を呈することによって、改正規定の改正可能性を説く<sup>25</sup>。

#### (一) 法の「上位性」の意味

菅野が、メルクルの法段階説についての詳細な読み解きを行った著作の一つである「法段階構造の理論に関するプロレゴメナ」(Prolegomena einer Theorie des rechtlichen

---

<sup>22</sup> 前掲註21) 42, 43頁。

<sup>23</sup> 田島正樹「野矢茂樹『哲学・航海日誌』書評」哲学・科学史論東京大学教養学部哲学・科学史部会論叢第二号 2000 187頁。

<sup>24</sup> 前掲註18) 201頁。

<sup>25</sup> 菅野自身が改正規定改正可能の立場に立っているか否か、はっきり明確というわけではないが、96条と同時に成立した他の憲法規範の定立権者をも憲法制定権力であると考えていることから、96条を有効な法と捉えている限りにおいては、法的効力のレベルにおいて同一憲法秩序内で差異を見出さないこととなり、96条の改正は可能となる。詳しくは後述を参照してほしい。

Stufenbaues)<sup>26</sup>について、菅野の指摘に沿いながら、筆者自身による指摘を行いたい。

メルクルは、法秩序とは、憲法から法律、命令、個々の執行行為へと段階的に具体化された規範の総体であると考え。その上で、「法規が他の法規の形式または内容を指定する場合に、導出される後者の法規につき、指定の方法以外では成立の可能性または許容性が否定され、それゆえ、後者の法規が異なる前者の法規の存在を常に前提とし、前者の法規に基づいてそれ自体の妥当性が認められるという条件があるとき、前者の法規については、制約的法規といい、これが妥当根拠とされる後者の法規については、被制約的法規という」とし、別のレベルにある法規相互間の関係性について論じている。また、メルクルは、その一連の各法規の間に存するのは、時間的な先後関係だけではなく、論理的な先後関係でもあるとし、「ある法規が上位とされるのは、その法規が存在しなければ一定の行為におよそ法規の意味が与えられないからであり…上位性が当該法規に認められるのは、当該法規に適合することにより法規性が認められる法規との関係に限られる」<sup>27</sup>とする。菅野が指摘するように、ここで考えるべきは「上位性」の意味である<sup>28</sup>。つまり、「上位性」の意味には、メルクルがここで述べる「制約的法規」としての上位性と別箇に、法的効力が優位するという意味での上位性が含意されているのではないか、ということである。メルクルは、「制約関係に基づく位階については、比較される法規範の法的効力に関する整序原理によりさらに分類される位階が、必ずしも常に対応している必要はない」、また、「被制約行為が制約行為に対して排斥力を有するのに対して、制約行為が被制約行為に対する同様の排斥力を有しない場合には、制約行為、それゆえ、ある意味で被制約行為より上位の行為が、同時に、別の意味では、被制約行為よりも下位とされうることになる」<sup>29</sup>と述べる。前者の言明においては、明らかに制約関係に基づく位階と法効力に関する整序原理によりさらに分類される位階とが別箇のものとして扱われている。また、そうだとすると、後者の言明では「別の意味」が法的効力を意味するものと考えることができよう。上記のように解釈すると、メルクルは、制約的法規であることの論理必然として、法的効力における優位性は導けないと考えていることになる。例えば、国会法は、立法機関の詳細を定めているという意味でその詳細を表す法規範に対して制約的であるが、法規範のレベルは「法律」段階に属するという意味で同様であると考えべきように思われ<sup>30</sup>、また、上級審判決は下級審判決の存在を前提とし、これによって制約されるのだから、制約性としては下

<sup>26</sup> 当該著作については、日本語翻訳がなされている。アドルフ・ユリウス・メルクル「法段階構造の理論に関するプロレゴメナ」勝亦藤彦、小田桐忍訳 山梨学院大学ロー・ジャーナル 6 巻2013 143頁以下。

<sup>27</sup> 前掲註26) 173, 174頁。

<sup>28</sup> 菅野喜八郎「憲法改正規定の改正の能否」『国権の限界問題』(木鐸社、1978) 186, 187頁。

<sup>29</sup> 前掲註26) 177頁、178頁。

<sup>30</sup> 前掲註28) 181頁。菅野は、国会法の法的効力としての段階については言及していない。

級審判決が上位に立つが、法的効力としては上級審判決が上位することとなる。以上のようになると、法の「上位性」について二通りの意味を包含させることは、法秩序としての実際を正確に捉える帰結を導くのではないだろうか。

## (二) 法段階説の再考と改正規定の改正

以上で検討したように、メルクルは、法の「上位性」には、制約、被制約関係において制約的地位に立つという意味での上位性、法的効力において優位するという意味での上位性という、少なくとも二種類の意味を包含されていると考えているように思われる。では、この考え方をもとに、96条による96条の改正の問題をどのように考えるべきか。価値相対主義の立場から一つの法形式の中に制約的地位に立つという意味での上位性を認めても、法的効力における上位性を認めない、と考えるならば、法的効力の上では憲法改正規定がそれに基づいて創設される憲法規範と同一段階に位することとなる。そこで、96条が、96条の規定に基づき、新たな改正手続きを法定した新96条を創設する場合を考えてみる。菅野は、同一の法規範レベルに位する旧96条と新96条は後法優越の原則により、旧96条によって創設される新96条が旧96条を廃して妥当することになり、96条の改正は肯定されることになるという。これが、メルクルやケルゼンの考え方に基づいた96条改正の帰結であり、J・シュレージンガーやJ-M・ヤンソンが指摘するところなのだろう<sup>31</sup>。このように考えると、当該議論は、法の「上位性」について制約的法規としての上位性と、法的効力としての上位性を分けて考察していないと思われる清宮の96条改正不能論をかわすことに成功しているように見られる。

## (三) 正当化事由としての制約的法規性

しかし、菅野によるメルクルの理解から導かれる96条改正可能論は、前述のロスの議論をかわすことができているのか、問題となる。ロスの議論の要点は、自己の権限の変更を自己の権限に基づいて正当化することはできない、というものである。菅野は、この議論に意識的であったのではないかと推測されるが、いかに応答がなされているのか、はたまたなされていないのか。菅野は、96条の制約的法規性が96条をも包含しており、96条の改正は、制約的法規としての96条（すなわちメタルール）に正当化根拠を持つと考えていた

---

<sup>31</sup> J・シュレージンガー、J-M・ヤンソンのどちらも清宮と同じく憲法改正規定は普通の憲法規範よりも「上位段階の法」であることを認めているが、改正規定の改正可否については改正可能の立場を取っており、清宮と立場を異にする。J・シュレージンガーは「改正規定はそれを遵守しさえするならば法的に改正可能である」、J-M・ヤンソンは「改正規定は、同一国家機関によって、そして他の憲法規範と同一手続で以て改正可能だから、形式的には他の憲法規範と区別されるところがない」と述べる。前掲註28) 158頁。

と捉えることも不自然ではない<sup>32</sup>。しかし、ロスの議論に従うと、96条改正の際に制約的法規としての96条がそのまま妥当しないならば、それは正当化根拠とはなりえない。この問題を考えるに当たり、新96条が妥当根拠を持つ制約的法規としての96条とはいかなるものかが考えられる必要があるところ、制約的法規性は制約の対象や態様を示したものであると見るか、さらに抽象度を上げて、何らかの対象を何らかの態様で制約しているというだけの意味を持つものと見るかでそれが変化したか否かの評価は変わることには注意が必要である。まず、前者の制約的法規性、つまり、いかなる対象を制約する立場に立つのか、また、それらをどのように制約するのかを示す性質の変化について考えてみたい。その場合、憲法9条を改正不可能とする旨の新96条が成立したとすると、新96条は制約的法規性の射程から9条を除外することになるだろうから、制約的法規としての性質が変更されることになる。また、改正案の発議に必要な全国会議員の割合を三分の二から二分の一に変更する旨の新96条が成立した場合、対象に対する制約の方法が変更されることになるから、制約的法規の性質は変化する。このように考えると、制約的法規としての96条は、96条の実質の意味を担保するものでなくてはならず、その意味では、96条が改正される度に書き換えられざるを得ないものであり、権限の変更をその権限に基づいて正当化することはできないと説くロスの議論に抵触する。つまり、制約的法規としての96条の射程に96条が含まれるとしても、その制約的法規性が変更されるならば、ロスの議論からして許されないのである。では、後者の制約的法規性、つまり、制約の対象や態様には縛りをかけず、何らかの対象に対して何らかの態様で制約を課す性質についてはどのように考えられるか。上で考えたような96条改正、すなわち、制約的法規性の対象から9条を除外するような改正や発議に必要な国会議員の割合を三分の二から二分の一に変更することによって制約の態様を変化させるような改正では制約的法規性は変化を強制されることはなく、制約的法規としての96条は96条改正後も依然として妥当するのであり、ロスの議論にも抵触しないこととなる。以上のように制約的法規としての96条は、96条改正に際してその定義づけ次第で変化したりそのまま妥当したりする。そうであるならば、正当化の手段としてはおよそ説得的でないというべきであって、ここに正当化の根拠を見出すためには、制約的法規としての96条の性質を後者のものとして考えるべきであるとの積極的な理由づけを示す必要があるように思われる。

#### (四) 正当化事由としての後法優越原則

菅野が正当化の根拠を96条の制約的法規性に求めていた場合には、その正当化が成り立つか否かの判断が制約的法規性の定義如何に依存してしまうこととなり、説得的な根拠と

---

<sup>32</sup> 制約的法規として他の憲法規範に対して上位に立つ96条のその性質でもって、新96条の改正を正当化すると考えることもできるように思われるのである。

いうことは難しいと言わざるを得ない。では、その他に菅野は正当化の筋を用意していなかったのか。推論の域を出ないものの、議論を考察するに、菅野は権限の変更の正当化を後法優越の原則に求めているのではないかと考えられる<sup>33</sup>。では、仮に菅野がそのように考えていたとして、後法優越の原則は、96条改正の正当化事由となりうるか<sup>34</sup>。

後法優越原則とは、後に成立した法が先に成立した法に法的効力の上で優越し、後法に関する限りで前法のそれを失わしめるという法原則である<sup>35</sup>。その原則を支えるのは、過去の法制定者よりも現在の法制定者の意思を優先すべきであるとする一種のイデオロギーであり、そのまた根底には現在主義の考え方がありと考えられる。現在主義は、「実在する時間は現在という一点のみ」<sup>36</sup>であると主張する。他方、それに対する時間概念として永久主義の考え方によれば、「過去・現在・未来が四次元空間上に同じ資格で実在する」<sup>37</sup>こととなるといい、法一般が無時間性を思わせる体裁を取っている、つまり法一般が永続性をその本質として持っていることからすると、時間軸上でその恣意的な取扱いが禁止されることになる<sup>38</sup>。後法優越原則は、いわば、法の性質として内在する永久主義の要請と、現在の法制定者の意思が過去の法制定者のそれに優越するというイデオロギー、つまり、現在主義の要請との対立の末、後者が勝るとして定式化されたものと理解することが妥当ではないだろうか<sup>39</sup>。

このように考えると、96条を改正するにあたって、新96条が旧96条に対して時間軸として後の法制定者<sup>40</sup>の意思に基づいているという事実は、96条の変更の正当化事由として用

---

<sup>33</sup> 旧96条と新96条が法的効力のレベルで同段階に位置する場合、ロスの議論を考慮しなければ改正規定は当然に改正可能であるところ、あえて後法優越の原則（本文中ではlex posterior原則）を持ち出したのはロスの議論を意識していたからではないだろうか。

<sup>34</sup> 清宮は後法優越原則について「古来かなり多くの学者によって取扱われ…これについてはなお学者間に異論が存し、いまだその解明が究明されたとはいいい難く、われわれは今まずこの問題を全般として一応研究しなければならない」と述べている。前掲註2) 80、81頁。

<sup>35</sup> 後法優越原則（lex posterior）のlexは、「前後の両者が」法的効力のレベルにおいて「同位段階にある法規範なることを意味する」とされる。そのため、上位段階の法規範と下位段階の法規範との抵触については同原則の範疇を超えるというべきであろう。前掲註2) 83頁。

<sup>36</sup> 吉良貴之「憲法の時間論的分節化」『憲法と時代』（憲法理論研究会、2014）178頁。

<sup>37</sup> 前掲註36) 177頁。

<sup>38</sup> 吉良貴之「憲法の時間性と無時間性」仲正昌樹編『社会理論における「理論」と「現実」』（御茶の水書房、2008）203頁。

<sup>39</sup> 清宮は、法規範の性質を「不変性・永久性ではなく、可変性・偶然性」と考えなければならないと論じる。「法規範が人間の社会生活における行態についての規範であり、人間の意識的又は無意識的行為によって定立又は形成され、換言すれば創設され、さらに変更され、廃止される以上、絶対的の硬性（Starrheit）ではなく、柔軟性（Biegsamkeit）がその本質的属性でなくてはならない」とするが、それも一つの選好に過ぎないことには留意しておかなくてはならない。

<sup>40</sup> そもそも、旧96条定立権者が憲法制定権力で、新96条定立権者が憲法改正権力であるから、改正権力者の所産が憲法制定権力者の所産を廃することはできないとの批判は、法的効力が同等のものであるとの前提のもとでは妥当でないことに留意されたい。

いることができるように思われる。ただし、そのように考えるとしても、後法優越原則を憲法規範同士の衝突に当てはめることは果たして可能なのか、考察する必要があるだろう<sup>41</sup>。

#### 四 改正規定は改正可能か—上位規範の設定

私たちはどうして憲法を受容するのか。それはどのような時間論的世界観と親和的か。吉良は、この問題について前章で紹介した永久主義と現在主義とを分けて考察しており<sup>42</sup>、この二つの時間論から憲法を捉えなおした、永久主義的憲法観と現在主義的憲法観を次のように説明する。永久主義的憲法観の立場からすれば、「憲法に表明されている価値、あるいはそれを体現するものとしての憲法共同体は一朝一夕に変わるものであってはならず」<sup>43</sup>、そうした意味で無時間的であるがゆえに人々の受容根拠を獲得することになる。他方で、現在主義的憲法観の立場からは、「それぞれの現在世代が常に自分たちの憲法を選び直す自由にこそ」<sup>44</sup>、その憲法の受容根拠は基づくことになると考える。

三章で検討したように、憲法を除く法一般においても、永久主義と現在主義の対立は存在している。一般的には、後法優越原則に立ち現れているように、憲法を除く法一般について、我々は法制定時の立法者意思を過去のそれに対して優越させていると評価することができる。他方、憲法は、歴史を背景として語られるその性質からして永久主義の要請を強く見ているように思われ、それが明示的に表れたものの一つが96条に表される厳格な改正規定ではないか。ここに後法優越原則を憲法規範に適用することに対する躊躇を覚えるのである。永久主義的憲法観からすると、普遍的な価値の存在を主張することで、容易な憲法規範の改正を許すべきでないという帰結を導きやすい。しかし、世代間衡平の視点を取り入れてみるならば、憲法のもとにおける世代は、時間の流れとともに移り変わってゆくものであるのに、憲法規範が全く変更されえないとすると、大きな世代間格差を生みだしてしまうこととなり<sup>45</sup>、その世代間格差を積極的に正当化することができない以上、それは許されるべきではないと考えることができる<sup>46</sup>。そこに永久主義的憲法観の譲歩す

<sup>41</sup> 後法優越原則の法一般への適用が絶対的に妥当なものなのか（例えば、長らく普遍的に妥当してきた法に即座にそれを当てはめることは許されるだろうか）、筆者には疑義が残るところであるが、本稿の本趣旨からそれる恐れがあること、紙幅の都合から本稿ではその問題に立ち入ることはせず、これからの課題としたい。

<sup>42</sup> 前掲註36) 177頁。

<sup>43</sup> 前掲註36) 178頁。

<sup>44</sup> 前掲註36) 180頁。

<sup>45</sup> 玉蟲由樹「時間・憲法・憲法の現実化」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力・下巻』（信山社、2003）146頁。

<sup>46</sup> 前掲註45) 146、147頁。「憲法制定時の世代と「現在」の世代とは、異なる人的構成を持ち、それは「憲法が長期にわたって存続すればするほど顕著になる」という。つまり、長らく妥当している憲法であるほど、格差の存在を積極的に正当化すべきということになろう。ただし、玉蟲は「憲法制定と

べき妥協点として、後法優越原則の新96条に対する適用妥当性を導くことができるのではないか。この妥協点は、「現在の憲法改正権者がその後継者を指定するまでは、現在の憲法改正権者に従え、後継者が指定されたならば、さらに後継者が指定されるまでは、その後継者に従え…」<sup>47</sup>として改正規定の妥当性を時間的に限界付け、改正規定の改正の法的正当化を可能にすることになる<sup>48</sup>。

## おわりに

南アフリカ共和国憲法では、国旗や言語、憲法の最高法規性等を定めたchapter1や改正規定そのものを対象にする改正を行うのに、国会の構成員の四分の三の賛成と、6州以上の地方議会における賛成、人権規定を表すchapter2には、国会の構成員の三分の二、6州以上の地方議会の賛成が必要とされている。その他の憲法規範については、基本的には国会の構成員の三分の二の賛成が改正要件とされるが、(a) 国会に影響を及ぼす事柄に関する改正、(b) 州の土地的境界や権力、機関を変更する改正、(c) とりわけ地方政治について規定した規定の改正には、前記の要件に加えて、6州の地方議会の賛成が必要とされる。96条が改正可能であれば、以上のようなある種自然法からの基礎づけがあるように思われる改正規定を用意することもできることとなる。人権規定すらも政治的宣明にすぎないことはその通りであり、改正規定改正時の改正権者の価値観を確定させることに対する抵抗はあるものの、今後、様々な可能性が議論されてほしいと思う。

---

は形式的な意味での憲法を創出する行為であり、それには憲法制定時の世代の利益・理念が反映されるが、その後の世代は憲法の現実化を通じて…憲法の実質的内容を創出していくことが可能となる」と述べており、格差の是正は憲法の実質的内容の創出、つまり解釈によってなされることを想定しているように思われ、少なくともその手段としての憲法改正問題については玉蟲の射程とするところではないかもしれない。

<sup>47</sup> ロスはH・L・AハートやJ・マッキーらとの論争を経て、このような上位規範を用意する道を示した。ロスは「改正規定はそれ自身に従って改正されるべきだとの人々の信念も社会心理学レベルのものに過ぎず、魔術的・非合理的信念であると処理していたが」、他方、「人々が現にその信念に従って行動する以上、この信念は合理的な形で表現されるべきだ」と考えている。前掲註11) 839、840頁。それこそがロスの考える当該上位規範の根拠であるが、そもそもロスのいう改正規定の意味不確定性によって改正不可能性を導く議論に照らして、そのような信念自体が当を失しているにも関わらず、それを盲目的に信じている人々の信頼を改正可能性の根拠として定立することにどれほどの説得力があるのか、疑問である。

<sup>48</sup> 冒頭でも述べたように、本稿では立憲主義概念と世代間格差の問題とにおける対立をも議論の対象に含めることができなかつた（永久主義と立憲主義を同一のものとして捉える議論は精緻さを欠いているだろう）。本稿が、改正が各議院の議員の過半数の賛成で済むよう96条の改正要件を引き下げる議論について結論を出すものでないことには改めて注意を促したい。