

憲法改正の限界

市原昌三郎

序

日本國憲法の制定が舊帝國憲法の、同意法第七十三條の手續による改正とされながら、形式的にも全條文が全く一新されたばかりでなく、内容的にも、全面的、根本的變更であつて、そこに何等の法的連續性を認めえないところから、舊帝國憲法第七十三條の解釋をめぐり、憲法改正權の限界が論議され、一般に舊帝國憲法第七十三條が新憲法制定の法的根據たりえないと主張されたことは吾々の記憶に新なところである。

以下、私が論ずるのは憲法改正の法的限界の問題、即ち、例へば、日本國憲法第九十六條に定められた憲法改正手續をふめば、日本國憲法の中の如何なる規定をもその對象となし、如何なる内容の改正も可能か、或ひは、そこに何等かの限界があるか、又あるとすれば、それは何かといふ問題である。

憲法改正は清宮教授の既に指摘せる如く、^(註)「國法體系に於ける憲法の意義の重要性に照らして、およそ國法の制定又は改正のうち、第一次的且つ、最も基本的な意義をもち、憲法制定論、憲法改正論は國法創設論、國法動態論の出發點であり、大前提である。」私がこゝでこの問題を取上げて考察するに當つては決して、それに確定的な結論を與

へようとするのではなく、又更には日本國憲法自體の問題として之を取上げ、日本國憲法に於ける憲法改正の限界を論じようとするのではない。只、この問題を論ずるに當つて、解決を迫られる問題の所在點を指摘すると共に、それらの問題にできうれば一應の整理を與へ、今後の私の研究の基礎を築かんとするものに外ならない。

扱て、學説上、この様な憲法改正作用の限界に關して、三つの立場が取られて來たことは清宮教授により紹介された所である。^(註二) 即ち、(一) 憲法改正作用は一律無制限に實定法上の作用なりとする G. Anschütz、(二) 憲法改正作用は全て超實定法的作用であるとする Buttkhardt、(三) 憲法改正作用に區別、限界を設ける説、C. Schmitt ^(註三) が之である。

以下、私は前述の様な意圖の下に、憲法改正行爲と國際法、憲法改正行爲と根本規範、憲法改正行爲と自然法、といふ三つの觀點から憲法改正行爲の問題を扱つて行く。

(註一) 清宮教授「憲法改正行爲」野村教授還曆祝賀 公法政治論集

(註二) 同右 四一二頁

(註三) 尙、學説の紹介としては H. J. Arnold; Begriff und Verfahren der Verfassungsänderung nach der Weimarer Reichsverfassung, 1932 が、断片的に詳細を缺く。

一 憲法改正行爲と國際法

國際法と憲法改正行爲との關係、^(註一) 即ち、憲法改正に對して國際法が何等かの限界となるものかどうかといふ問題は、

憲法改正の限界

一般的に國際法と國內法の問題として取扱はれる。この問題をめぐる從來の學說の對立を省み、その個々について論ずることは、當面の主題とは一應離れるし、又その餘裕も與へられてゐない。こゝではこの主題と關係する限りに於のみ、それらの論争にふれることに止める。

ケルゼンに於ける國際法と國內法との一元論的構成は、國際法と國內法が共に法として認識されるといふこと、そのことから當然要請される認識論的意味に於ける統一であつて、その故に彼にあつては「國際法優位」の假説も、「國內法優位」の假説も共に認識論的假説であり、法律的には兩者は同等の價値をもつ。従つてこの何れを選ぶかは認識者又は評價者の超法律的な倫理的な理由に基いてのみ決定されることとなる。國際法優位論は國內法優位論に比して多くの法律的關係を適當に把握する事ができることは否定できないが、先天的な法律的所與といふ様なものは全く存在せず、全ての法は特定の根本的假説の設定により始めて實定的に創造されるのであるから、國際法優位構成が經驗に照らして必然的に選擇されるといふことはありえない。^(註二)

之に對して横田教授は「兩者の關係の純粹に論理的に可能な構成は一つに限られず、認識主觀は自由にとの様な構成をも定立しうる。併乍ら、これらの諸構成は本質に於て科學的假説である。それ故、任意に定立された構成がどれも直ちに正當な構成であるとは言へない。科學的假説は科學に與へられた一切の對象を統一的に理解させる爲の假説的命題であり、一切の對象を統一的に理解させる所に、假説の機能がある。それ故、これら諸構成に對して取捨選擇すべき規準は與へられた國際法と國內法との法的諸性質であり、何れの構成が國際法と國內法との法的諸性質を矛盾なく統一的に説明しうるかである。」^(註三)と言ふ意味のことを論じ、國際法優位構成こそがこの意味に於て正當な假説で

あるとし、「國際法優位理論は國際法と國內法との實定法的關係をその儘に認識したものである」と述べてゐる。^(註四)

又ヴァルツも論理的に可能な理論的諸構成を法律的經驗に照らして判断する。そして「國際法と國內法との關係の正確な理論的構成を得ようとする努力の成果を通觀するときは從來の一元的構成と二元的構成との根本的對立に於ける激しい論争が、論争の對象の確な表現と之に關係する實證的な事實の嚴密な評價に依つて、其の本來の意味を失はなければならぬことを知る。何となれば、實際的に問題となる論争の分野は、今日に於ては、一切の慎重な理論により、それ／＼に多少のニュアンスの差異はあるにせよ、本質的には疑問の餘地のない中立地帯として承認されてゐるからである(國際法の法律的性質、國際法違反の國內法の妥當性、國際法の妥當の原則的な間接化)。論争は實際的な結果や事實よりも寧ろ構成や名稱に關係してゐる。それにも拘らず激しい論争が続けられるのは、特定の構成の背後には特定の政治的要望が陰蔽されてゐるといふ事實に因るのである。」と述べてゐる。^(註五)

兩者はその表現に於て多少の相異はあるが、共に、國際法と國內法との關係を如何に構成するかは、單なる認識論的意味から決定されてはならないといふことを示すものである。横田教授によれば、科學的假説はその科學に與へられた對象を統一的に理解せしめうる限り、假説としての機能を持ち、正當性を主張しうる。^(註六)とされる。それ故、もし所與の對象が可變的なものである場合には、所與の對象の變化に伴ひ、假説の正當性は問題となる。即ち、所與の對象がもはやその假説を以てしては統一的に説明されえないことになれば、その限りに於て、その假説は假説としての機能を有しなくなり、假説自体も變更を餘儀なくされる。逆に對象が假説により變更をうけ、假説の命ずる所に従ひ、修正をうけるとすることは以上のことからして假説の本質に相反するものである。假説から所與の對象が制約される

のではなく、對象により假説が制約される。従つて一定の假説を自ら設定して、そこから出發して逆に所與の全對象を假説に適合せしめて構成するが如きは許されない。このことは當面の課題である、國際法と國內法との關係の構成についても言へる。自ら設定した一定の理論的構成から逆に全實定法の世界を構成しようと試みることは許されない。それ故、國際法と國內法との關係として國際法優位構成が所與の對象との關係から正當な構成とされたとしても、そこから逆に、當然に、國際法が全ての國內法に對して、恰も、一國家内の憲法と他の法形式との間に於けるが如き關係にあることを導き出すことは許されない。このことは横田教授も亦、「國際法が上位に立つと言つても、必ずしも國際法の全部が國內法の上位に立つといふわけではない。國際法のうちで、諸國の國內法の效力をそれぞれの國で認める規則が國內法の上に立つわけである。その外の國際法の規則は、直接に國內法の上に立つわけではない。これらの規則は、國內法と平列した關係にあると言へよう。しかし、右のように、國內法の效力に關する國際法の規則が國內法の上に立ち、この規則と他の國際法の規則とを合せて國際法の全體を構成するから、全體として見れば、國際法が國內法の上に立つことになる。國際法が國內法の上に立つと言ふのは、この意味に於てである。」^(註七)と言ひ、「國際法と國內法の關係については、既に述べた様に、學説が分れてゐる。しかし、いづれにしても、國際法が國內法上で效力を有するには、明示的または默示的にそのことを國內法上で認められてゐなくてはならない。」^(註八)と述べて認めてゐる所である。安井郁氏も亦、「國際法學に於ける古傳より離れて國際法的現實を直視する人は、第一に國際法と國內法とが相互否定の關係に立つものではなく、一定の法律的關係に於て結合されてゐることを、第二に國際法は少くともその最上端に於て國家の憲法の上に出ることを、國際法優位論者と共に認めるであらう。」^(註九)兩者が既に或る程度の結合關

係にあり、又國際法が國內法に對して既に或る程度に於て優位することは確實である。問題となるのは現代に於けるその程度の確定である^(註一〇)。「排撃さるべきは、國際法優位構成そのものではなく、其の無制限な擴大である。國際法が國內法に對して優位なることは争ひえない。問題は其の意義及び限界である。其の意義が適當に把握され、且つその限界が嚴密に守られる限り、國際法優位構成は國際法の一般理論を建設するための立場として充分の價值をもつものである^(註一一)」としてこのことを主張してゐる。

純粹に法論理的に兩者の關係を考察する限り、少くとも規範論理的には國際法の國內法に對する優位は否定しえないと思はれる。併乍ら、こゝで問題とするのは實定的な兩者の關係である。徹底的な國際法優位構成——それは國際法上の規準に従つて從屬的な國內法秩序の成立及び妥當性を決定し、従つて國內法秩序を國際法秩序の部分法秩序として委任する世界法秩序を必然的に意味するに至る——が主張しうる爲には、先づ何よりも先に、國際法社會の構造そのものゝ分析が必要であり、その結果、國際法社會が個別的國家をその部分的社會——従つて國家の主權が放棄され、恰も一國家内に於ける地方公共團體の如き立場に立つ——とする一つの世界法社會として確定されてゐることが要請されるのではあるまいか。換言すれば國際社會が、個別的國家間の關係にすぎず、眞の意味での一つの社會を形成するに到らない限り、國際法も亦、本質的には個別的國家間の關係の法にすぎないであらう。即ち、國家の性質の根本的變更による國際法社會の眞の社會としての成立、即ち、單純な社會に止まらぬ政治的な團體の確立がなくしては徹底的な國際法優位論は主張しえないものと思はれる。この様に法と社會との關係を考へることに對してはより立入つた理論的基礎づけを必要とするがここではふれない。

結局、私は、國際法と國內法との實定的な關係は、國際法的現實の分析の結果、決定されるべきであり、その爲には國際法社會の構造の分析こそが最も重要な意味をもつものと考へる。

ヴァルツは既述の如き立場からも國際法の國內法に對する法律的な作用の性質及び程度を問題とし、國際法の國內法に對する原則的な優位が認められるとしても、このことから直ちにこの問題に對する解答を導き出すことはできない、之は具體的に經驗しうる國內法上の確定的な慣行によつて明らかにされなければならないとし、之を主要な國內法秩序に於て検討し、「國際法違反の國內法を定立することが、國際法上の不法行爲の一であることは疑の餘地がない。被害國は加害國の國際責任を問ふことができる。國際責任の解除の爲には幾多の方法が認められてゐる。注意すべきは如何なる場合にも國際法違反の國內法は直接には國內法上の行爲によつてのみ、排除されることである。國內法は國際法によつて直接に無効とされることはない。國際法の妥當の態様の特性はこゝに示されてゐる。國際法は諸國內法秩序の上に立つものであるが、其の直接の作用は國內法秩序に基いて妥當する法律規範の範圍内に及ぶことはない^(註一)のである」^(註二)「國際法が實定的な拘束力を有する法律規範の複合體として存在することは疑がない。この國際法は原則として國家に向けられてゐる。少くとも通常の場合には個人に對して直接に妥當することはない。國際法と個人との間には直接に拘束する國內法が介入する。國際法は之によつて個人の特定の狀態や行爲に關係し、現實の世界との結合を保つてゐる。國際法の法律的特質は其の現在の狀態に於ては國內法による間接化に存するのである。」^(註三)と要約してゐる。

かくて我々は國際法的現實の検討に立入るのであるが、その際、注意すべきことは、個別的國家の實定法の検討は、

それが國際法に對する國內法の關係の一般的傾向を示唆する意味はもちうるが、個別的國家の法に於て、かくかくと規定されてゐるからとして、そこから直ちに兩者の關係に對する何れかの結論をひき出すことは妥當とは云へず、かかる態度は既にその根本に於て國內法優位構成を認める者と云はざるを得ないものであり、假令、その實定法上、國際法優位の立場が採られてゐたとしても、それは國內法のその様な規定自體によつて基礎づけられ、認められたものであつて、その規定の廢止は當然、その立場を否定するに至る場合をも考へうる。それは言はゞ國內法の國際法優位を認める創設的規定にすぎないとも主張しうる。それが、創設的規定か、或ひは宣言的規定かは結局、國際法社會の分析から始めなければならない、と言ふことである。

かゝる留保を置いた後、一應個別的國家の之に對する態度を検討すると、漸次、特に第二次大戰を契機として國際法社會の眞の法團體としての確立への努力が窺れる。即ち、ボン憲法第二五條、フランス憲法第二六條、イタリア憲法第一〇條は明らかに國內法に對する國際法の優位を認め、又ボン憲法第二四條、フランス憲法前文、イタリア憲法第一一條は假令、平和的な秩序の防禦又は維持の爲にのみなされると限定され、又、ボン憲法の場合を除き、相互主義を條件とするにせよ、主權の制限を認め、國際法社會の發展、確立に重要な一步を進めたものと言へる。^(註一四)又、日本國憲法についても多數説は國際法の優位を主張する。

併乍ら、既に述べた如く、この事から直ちに國際法優位論が現實的な基盤を完全に確保したとは言へないものがあるのではなからうか。何故ならば、少數の個別的國家のかゝる實定法的規定は尙、國際法社會それ自體の成熟なくしては、當該國家自體による制限として尙、國內法優位構成への逆轉をも意味しうるからである。國際法優位が眞の意

味で確立されうるには、國際法社會自體のそれに相應した基盤の成立が絶對的要件となるからである。さうした現實的基盤が確保される限り、個別的國家の國內法的規定如何に關係なく、國際法優位は成立し、それらの規定は單にその宣言的規定にすぎなくなつて了ふ。

かゝる意味で次に國際法社會自體の檢討に移らなければならない。併乍ら、私はこゝではこの爲の充分な準備もない。それ故、その爲に一番重要な意味をもつものと思はれる國際聯合憲章に一瞥を與へるに止める。

國際法社會が眞に一つの社會として確立し、統一體としての實質を得、單なる社會ではなく、一つの政治的團體たりうる爲には、先づ、共同の目的をもち、それに基いて共同の行動をとり、又その爲の組織をもたねばならないことは言ふ迄もない。更に國際法社會の組織化の爲には國際法團體のメンバー全ての組織化が必要であり、その意味で、特に大國の参加は重大なる條件である。然るに、國際聯合は共同目的として、平和と安全の維持、諸國家間の友好關係の促進、國際協力の達成、國際活動の中心形成(一條)をもち、この共同目的に向ひ共同行爲がとられうる爲の組織としての國聯はその主要機關として、總會、安全保障理事會、經濟社會理事會、信託統治理事會、國際司法裁判所、事務局を常設機關として有し、その目的達成の爲に強力な行動をとりえ、又大國の全てと世界の殆んど國が加入してゐる點が相當高度の國際法團體の成立を意味する。又聯合は、決定に多數決の原則を廣く採用し、しかも、その中には安全保障理事會の決定のように拘束力を有するものがある。即ち聯合國は自己の意志に反してその決定の承認、實施を強制される。この意味に於ては國家はもはや主權を有するとは言へないこととなり、國際法優位の基盤を提供するものとなる。

併乍ら、一方、右の如き拘束、強制は一定の範囲に限られ、決して全面的なものではないこと、更には脱退の自由の認められることは實際上の勢力關係からかなり制約されるとは言へ、この強制、拘束を弱くするものであること、又、安全保障理事會の議決方法は手續事項以外は、全ての常任理事國を含む七理事國の賛成投票によつて決定されること(二七條)となつてゐることは常任理事國は自己の意志に反して、強制、拘束をうけることがないと言ふ意味で尙この範圍で主權の制限をうけることのないことは可成り重要な問題を含むものと言へる。

以上、例示的に兩者の關係決定に必要とされる國際法社會分析の一斷面にふれて見た。こゝからその結論をひきだすには餘りにも貧弱な資料しか手がけず、その方法的根據にも尙一層深い検討を要する點が多いと思ふ。それ故、こゝから結論を出すことは本稿の目的でもないし、さけられねばならないと思ふ。只、敢へて言へば國際法違反の國內法、従つて又憲法改正行爲が當然國內法的に不可能と言ふことは、當該國家の明示的規定のない限り、現段階に於ては主張されえないと思ふ。國際法と國內法が、一國內法秩序に於けると全く同様な上下の段階を構成する爲には國際法社會と國家との關係が全體と部分との關係に實質的にあることを要し、言はゞ一つの世界法に迄國際法が構成されない限り、國際法と國內法との間には尙横田教授も指摘する如く相對的區別が存在し、國際法は國內法に優位しながらも、その直接的妥當性は主張しえず國內法は國際法により當然、直接的に無効とされることはありえないと思ふ。

(註一) ワルター・イェリネックは憲法制定の他律的制限として國際法をあげ「有名なワイマール憲法第四條の」一般的に承認された國際法の規則はドイツ國法の拘束的な要素としての效力を有する」といふ原則は憲法制定者が自由に處理しうる自律的な法にすぎないものであり、それはドイツに對する他律的な規範群としての國際法の效力とは何等關係のないものである。そ

れ故それを削除して了つてもドイツは國際法的には尙、國際法規範に拘束され、憲法制定の場合にも亦、拘束される。例へばロカルノ條約、又は、之と同様な條約に違反する憲法改正は全て國際法的に許されない」といふ意味のことを述べてゐるのも、この問題を一つの觀點から考察したものと云へる。即ち、國際法違反の憲法改正は國際法的には許されないとする點で國際法の憲法に對する優位が主張されてゐる。併乍らそれに續いて「國際法の違反の憲法改正もドイツの國民、官廳、裁判所にとつては拘束的であり、國際裁判所、國際連盟理事會にとつては無効であるにすぎない」と言つてゐるのはその點で國際法違反の國內法の國內法上での妥當性を認めてゐるものと云へる。

Walter Jellinek; Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, 1931 S. 5—7.

(註一) G. A. Walz; Völkerrecht und Staatliches Recht: 1933, S. 78—79, 參照。譯文は安井郁「國際法と國內法との關係の再檢討」國家學會雜誌, 第四十八卷第十號, 八九頁による。

(註二) 横田教授「國際法の基礎理論」昭二四年一一三—一一四頁。

(註三) 横田教授「純粹法學の實際的機能」國家學會雜誌第四七卷第七號。

(註四) G. A. Walz; a. a. O. S. 264—265

(註五) 横田教授「基礎理論」一一四頁。

(註六) 同右, 一二四—一二五頁。

(註七) 同右, 一二六頁。

(註八) 安井郁「國際法優位論の現代的意義」國際法外交雜誌第三〇卷第九號八六八頁。

(註九) 同右八七九頁。

(註一〇) 安井「國際法體系の理論的構成」法學協會雜誌第五一卷第六號一一五四頁。

(註一一) 安井「ヴァルツによる國際法優位構成の修正」國家學會雜誌第四九卷第一二號一六五二頁參照。

(註一三) 同右一六五三頁参照。

(註一四) 横田教授「基礎理論」はこの問題について可成り精細な研究を行つてゐる。一一七一—一九四頁。

(註一五) 同右、一二五頁。

二 憲法改正行爲と根本規範

成文憲法上の憲法改正規定にいう憲法とは一體何か。即ち、憲法改正作用の對象たるべき憲法とは何を指すのか。それが實質的意義に於ける憲法を指すのか、或ひは又、形式的意義に於ける憲法を指すのかと、先づ問題とされる。併乍ら、それが形式的意義に於ける憲法即ち成文憲法、憲法典を指すことは争のない所とされてゐる。

それならば成文憲法上の條項全てがこの意味に於ける憲法改正行爲の對象たりうるかといふことが次の問題となる。一つの法規範が存在する爲には、その規範を定立する権能あるものが既に存在しなければならぬ。さうして、法定立者の法定立の権限及び手續の根本を規定する規範は、法論理的に、右の法定立者によつて定立される規範よりも上位段階の規範であることを必要とし、その結果、法定立者は、自分自身の法定立権能及び手續の根本を自ら規定することは法論理的には不可能である。このことは、メルクル・ケルゼンにより主張された法段階説の明らかにする所である。これによれば、國法秩序は一つの段階構造を構成し、上位の法規範は下位の法規範の妥當性の淵源となり、下級の法規範は上級の法規範にその效力の根據を仰いでゐるのであり、又下級の法規範は上級の法規範の委任に基いてのみ創設されるのである。

憲法改正の限界

この様な國法秩序の段階を下位の法規範から上位の法規範へと溯つて憲法に達した時、憲法はこの段階構造の中で如何なる地位を占めるか。もし憲法以上の上位法規範がなく、憲法が國法秩序の最高段階にある法規範だとすれば、その最高法規範たる憲法の改正はいかなる法的意味をもちうるか。それはもはや法的には意味づけえない、言はず法超越的、革命的行為に外ならないこととなつてしまふ。

ケルゼンによれば、國法秩序の段階を下位法規範から逆上位法規範へと上昇して行くと、最後には、憲法の段階をものりこえて、その法秩序に屬する全ての法規範の創設の淵源となり、全ての法規範の效力を根據づけてゐるところの、憲法以上の最高法規範としての彼の所謂「根本規範」に到達する。この最高法規範は實定法的意味の憲法に對して「法論理的意味に於ける憲法」として、前者から區別される。^(註一)更に、上に述べた如く、法規範の設定を規定するものは上級の法規範であり、この法規範に従つて設定されたものは下級の法規範であるとすれば、憲法改正規定とその他の憲法規定は上級法規範と下級法規範との關係にあり、憲法改正規定はその他の憲法規定に對して上位の段階にある法規範と言はなければならぬ。かくて、根本規範、憲法改正規定、とその他の憲法規定とは上下の段階的構成をなすこととなる。それ故、憲法改正規定に基く憲法改正行為は法的には根本規範に違反せざる限り、いかなる憲法規定をも、その對象とすることも可能である。^(註二)

それならば根本規範とは何か。ケルゼンによれば根本規範は全ての實定法規範の前提たる規範であるから、それ自身は實定法秩序の外に立つ規範であり、實定法により單に前提される所の規範である。^(註三)これを法創設の立場から見れば、それは一切の實定法規範の創設作用の淵源をなすものであり、^(註四)國法秩序に於ける法定立の最高權威を確立し、そ

の委任の下に全ての法規範が段階的順序を追つて定立される。即ち始源的に法規範を定立する所の機關を設定する所の規範である。

ケルゼンに於ては、法の規範體系は、その妥當性はその内容に基くものではなく、いかなる任意の内容でも法の内容でありうる。いかなる人の行動であつても、それ自身として、その内容のために、法規範となりえないものはない。ある規範が法規範として、妥當するのは、常に、ひとり、それが特に一定した方法で成立し、特に一定した規則に從つて設定され、特殊の方法に從つて定立されたことに基く。法は單に實定法としてのみ、即ち、定立された法としてのみ妥當する。こゝに、その妥當性が内容に基き、言はゞ上級規範から演繹的に下級規範が導き出される道德の如き規範體系との差異がある。後者に於ては特殊なものが一般的なものゝ中に含まれてゐる様に、道德の多數の規範が既にその根本規範の中に含まれてゐるといふこと、從つて、思考作用によつて、即ち、一般的なものから、特殊なものへの推理によつて、一切の特殊な道德規範が一般的な根本規範から導き出される。この場合、根本規範は實質的、靜的な性格を有する。之に反して、實定的法律秩序の根本規範は法律秩序の規範がそれに從つて設定される根本規則に他ならない。即ち、法設定の根本的構成要件の指定に他ならない。それは手續の出發點であり、全く形式的、動的性格を有する。この根本規範から、法律體系の個々の規範が論理的に演繹されるのではなく、特別の定立行爲によつて設定されなければならぬ。この定立行爲は思考行爲ではなくて、意思行爲である。この點に於て、又、ケルゼンは實定法と所謂自然法の本質的な差異があるとする。即ち、自然法の規範は道德の規範の如く、直證的であるとされる根本規範から演繹される。この根本規範は、その内容が神の意思、自然、純粹理性から流れ出たものであると

言ふことによつて、直證的であるとされるからである。

かくて、ケルゼンに於ける根本規範は始源的法設定機關を設定する規範であり、その意味する所は只形式的、手續的なものであつて、下位段階の法規範の内容的、實質的なものを豫想させるものは全然含まれてゐない。かゝる根本規範の前提の下に憲法（ケルゼンに於ける實定法的意味に於ける憲法）が實定法上の最高段階をなしてゐる。^(註六)この憲法の本質的機能は一般的の法の設定——法律の制定（立法）——の機關と手續とを規定することにある。たゞし、憲法は將來の法律の内容を定めることができる。即ち、それに基づいて設定される規範の内容をも規律することができるのである。

之を要するに根本規範の段階に於ては規範内容の規律と言ふことは全然問題とならず、始源的法創設機關の設定する所が、その内容の如何を問はず法規範となり、實定法的意味の憲法の段階に於て始めて規範内容の規律と言ふことが始まる。即ち、規範内容の靜的、演繹的展開はこの段階に於て基礎づけられるのである。憲法の規範内容は根本規範により任意に言はゞ動的に定立される。かくて根本規範違反の憲法といふことは内容的なものとしてはこの場合考へられず、只單に、手續的、形式的な面に於てのみ問題とされるにすぎない。それ故、この立場に立つ限り、根本規範に基き、如何なる任意の内容をもつ規範もその手續、形式をふむ限り、定立されうることとなり、憲法改正はその範圍で無制限に可能とされるに至る。

之に反して、根本規範自體の中に一定の實質的、内容的な規範内容が含まれてゐると言ふ立場に立てば、^(註七)單に手續的、形式的な制限のみならず、實質的、内容的限界が憲法改正作用に對して置かれることとなる。その場合には、こ

の根本規範から下位段階の規範、従つて實定法的意味の憲法も亦、論理的に演繹されることとなり、その根本規範の規定する規範内容に矛盾する内容をもつ下位規範の妥當性は否定される。かくてこの範圍に於て、憲法改正作用も亦限界づけられることとなる。

カール・シュミットは國家の憲法に關して絶對的な憲法概念と相對的憲法概念の區別を明らかにする。前者は第一に、國家と呼ばれる政治的單一體の存在様態の全體を、第二には國家に關する最高且つ最後の諸規範の統一的全體を意味する。之は「憲法」そのものである。後者は、特殊の性質を有する法律的個別的規定の多數を意味する。之は前者に對しては「憲法律」と呼ばれる^(註八)。そして一切の憲法律は、この憲法の基礎の上に妥當し、従つて必ず憲法を前提とする。之に反して、憲法の妥當性を基礎づけるものは、もはや、いかなる規範でもなく、憲法を定立する所の政治的の意志である。換言すれば「憲法制定權力」を掌握する者の事實上の政治的決定が、國家の統一の根本狀態を定め、従つて憲法を基礎づけるのである。かゝる憲法と憲法律との區別及び憲法制定權力と憲法律上與へられた憲法改正權との區別から、●彼は憲法の改變について、憲法改正とは「全體としての憲法の同一性及び繼續性が維持される」との前提の下に、一つ又は數多の憲法律的規定を他の憲法律的規定によつて代置せしめることを意味する。従つて憲法改正の權能は、「憲法」を維持しながら憲法律的な規定に變更、附加、補充、削除その他を加へる^(註九)ことを意味するとなし、現存の「憲法」をその基礎となつてゐる憲法制定權力と同時に排除 beseitigen する憲法廢棄 Verfassungser-nichtung、現存の憲法をその基礎となつてゐる憲法制定權はその儘々維持しながら排除する憲法排除 V. beseitigung、又憲法破毀 V. durchbrechung、憲法停止 V. suspension 等から區別する^(註一〇)。

憲法改正の限界

ケルゼンに於ては根本規範——憲法（實定法的意味の憲法）の關係は何等、内容的展開の意味をもたない故に根本規範に對する憲法の關係は單に手續的・形式的にのみ制約されるにすぎない。之に反してシュミットに於ては憲法制定權——憲法——憲法律の關係となり、^(註一)憲法改正の問題は、この中、憲法——憲法律の段階に於て論ぜらる問題となる。そこに憲法改正の限界について、單なる手續的、形式的に止まらぬ内容的、實質的要素が、ケルゼンの場合と異つて、問題とされる可能性がある。實際上シュミットの述べた改正の限界もこのことを裏書するものがある。併し、吾々は、只、根本規範に一定の具體的内容を考へるかどうかにより改正の限界が異りうることを、及び、具體的内容を考へる考へ方は所謂、自然法を認める立場に立つものであることを指摘すれば足りる。

近代の成文憲法は必ずしも論理的に法段階説の設定した如き段階的構造を嚴密に取つてはゐない。却ち、實質的意義の憲法と形式的意義の憲法との區別がなされる如く、或ひはその規定の政治的重要性により、或はその他何等かの事情により形式上、成文憲法に入れられてゐる條項もある如く、更に成文憲法内部に於て體系的意義を異にする規範を見出すことができる。こゝに憲法改正の限界の問題の發生する理由がある。即ち、シュミットは憲法と憲法律が共に同一成文憲法内に併存し形式的には恰もその間に何等の相異もないが本質的には上下の段階に配列されるべき條項が併存するといふことが見出されると主張し、^(註二)そこから憲法改正の限界を論ずるのである。

憲法學上、實質的意義の憲法と形式的意義の憲法を區別し、前者は内容的な面から法規範を觀察するのに反し、後者は内容は問はずその法形式の面から、定立の爲特定の手續を要する法規範を指すものとされる。このことは内容的、實質的には憲法規範たるものが、形式的には必ずしも憲法なる法形式をとらず、又逆に形式上憲法とされる法規範は

内容的には必ずしも憲法規範でないことを示すものである。それ故實質的意義に於ける憲法が形式上は法律として存在する場合がありうる。この場合、憲法（成文憲法）の中に更にその内容からして體系的意義を異にする法規範が併存してゐることを指摘し、そこから憲法改正の限界を論じた上來の議論からすれば、當然、當該法律については他のものから區別して取扱はれねばならないこととなる。この場合にはその區別を否定するとすれば、それは如何なる意味に於て説明されうるか。私は結局、憲法についてのみ、かゝる區別を設けることは、主權者（憲法制定權者、始源的法創設者）の萬能に對する何等かのチェックを考へる自然法思想に基くものであり、^(註三)自然法思想の憲法解釋に及ぼす影響の一つに外ならないものと考へる。^(註四)

かくて吾々は更に、自然法と憲法改正行爲との關聯を考察しなければならぬ。

(註一) Kelsen, H.; Allgemeine Staatslehre, S. 248

(註二) このことは、根本規範の制約をも排除するといふ意味に於ては、又その意味で成文憲法内部にその改變が根本規範の改變を必然的に伴ふ様な法規範がある場合には、それが改正の對象たりえないことは言ふ迄もない。只それは、その規定の改變が根本規範の改變を必然的に伴ふ如き内容を、もつていた爲にすぎず、成文憲法全體が改正の對象たりうることはこのことによつては決して否定されるものではない。

(註三) Kelsen; a. a. O., S. 251 ff.

(註四) Kelsen; a. a. O., S. 248.

(註五) Kelsen; Reine Rechtslehre, 1934

横田教授譯書一〇三頁以下

憲法改正の限界

(註六) 同右一一九頁

(註七) この場合にはこの根本規範なる語を用ふること自體不適當であり、そこには自然法が認められてゐるのである。

(註八) C. Schmitt: Verfassungslehre, 1928 S. 3ff, S. 11 ff.

(註九) Ibid., S. 103.

(註一〇) Ibid., S. 99~112.

(註一一) シュミットが V. Vernichtung と V. Beseitigung とを區別して取扱つてゐるのは憲法制定權と「憲法」との間に差異のあることを示す。

(註一二) Schmitt; a. a. O. S. 23—24.

(註一三) かゝる思想は英米法に於ける法優位(法支配)の思想とその思想的淵源を同じくする。

(註一四) 田上教授「憲法解釋の自然法的色彩」東京商大研究年報法學研究第三號昭和九年参照

三 憲法改正行爲と自然法

前節に於て述べた如く、ケルゼンに於ては、根本規範は單に始源的な法創設機關を設定する規範にすぎず、何等の實質的な規範内容をも前提してゐないから、實定法は根本規範に定められた規範設定行爲に基き、實質的、内容的制約をうけることなく任意に定立されることとなる。このことは憲法制定、憲法改正についても全く同様であり、從つて憲法改正の限界は單に、根本規範による形式的、手續的な限界に止る。ケルゼンは一般に實定法秩序の妥當性を基礎づける超實定法的な法を自然法と呼び、實定法秩序の妥當性の根據の問題を自然法學的問題として排斥し、これは

實定法秩序を絶對的價值内容をもつ正義的秩序に變質せしめる試みであるとしてゐる。それ故、ケルゼンにあつては超實定法的な法としての自然法を法學の範圍内から追放することにより、無内容を根本規範を最高規範として、そこから實定法秩序の妥當性を確保した爲、本來、實定法秩序の中少くとも根本規範——實定法的意味の憲法の間には内容的な連關は見られないことゝなるのである。

之に反して、超國家的超實定法的な法を想定する限り、^(註二)そこに内容的な聯關を生じ、下位規範の上位規範に對する關係は、單なる形式的、手續的な制約をうける丈ではなく、實質的、内容的にも制約されることゝなる。従つて憲法改正に當つても、形式的、手續的には適法であつても實質的、内容的に違法とされうる可能性を生ずるのである。ここに憲法改正の限界について相異つた二つの立場が生ずる。

普遍妥當的な真理を求めてやまぬ人間の理性は生々流轉する現實の彼方に絶對不變の存在を求めんとする。この傾向は法の分野に於ても同様で、人は絶えず普通の法を求めて來た。かゝる思想は既に古く、その起源は遠くギリシヤの昔に遡ることが出来る。ピタゴラスは正義を以て自然に基くものであつて、人定的なものではなく、人の主觀的判斷や好惡を超越して嚴存するものでなければならぬとしてゐた。併乍ら、かゝる法——自然法——は屢々自然科学に於ける自然法則と、その普遍妥當性の要請から、比較されるが、實際は人類の世界觀、信念にすぎないのであつて、その故に又、その具體的内容は歴史的たらざるを得ず、時代により人によつて種々の相異が存在してゐた。今、こゝでその個々のものにふれることはしないが、古代哲學にあつては一般に自然の理法の人間社會の準則として現れたものと考へられ、中世に至るや、キリスト教神學と結合し、國家的法の上にある、人類の心に刻印され何人にも知られ

た、神により定められた法として、或はそれによつて人類が神の永遠なる世界計畫に參與する自然的道德律として考へられるに至つた。啓蒙時代に入つて自然法論は神の權威と神學的方法から解放され、個人主義に立脚し、合理主義により推論されるに到つた。かくて、その自然法論に所謂「自然」とは「人間自然の本性」を意味し、そして、その「人間自然の本性」を如何に解するかに基づき、一方の極端に位するグローチウスとホッブスの自然法論が成立し、かかる兩極端の間に諸々のニュアンスをもつ自然法論が主張された。

右の様に自然法の具體的内容は、その時代その人、國により相異するにせよ、それらは共に、實定法と異り、いかなる權力者の意志によつても破ることのできないものとされ、その意味に於て、自然法は國家及び國法に論理的に先行し、それを基礎づけるものであり、自然法違反の實定法は法論的には無効と云はなければならぬといふ意味をもつ、このことは全ての自然法論に於て殆んど共通であつた。かくて主權が自然法の限界を超えるときは主權の發動は無効とされ、その定立する法は何等拘束力を有せず、自然法による主權の法的拘束が承認された。

日本國憲法、前文第一段は「そも／＼國政は、國民の嚴肅な信託によるものであつて、その權威は國民に由來し、その權力は國民の代表者がこれを行使し、その福利は國民が之を享受する」という民主主義の政治理念を掲げ、「これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かゝる原理に基くものである」として、かゝる國民主權主義は人類普遍の原理であつて日本國憲法も亦、この原理を基礎とするものであり、その意味で又、日本國憲法の成立、通用を根據づけ、論理的に憲法に先行し、しかも、憲法の上位に位するものであるとし、この原理に反する「一切の憲法、法令、及び詔勅を排除する」ことを宣言してゐる。更に前文第三段は「政治道德の法則は、普遍的なもの」であるとし、國

家的利己主義の立場から、他國を無視することはこの普遍的政治道徳に反するものであることを言明してゐる。又、憲法第一一條が基本的人權を以て侵すことのできない「永久の權利」として現在のみならず將來の國民にも與へてゐることは、かゝる基本的人權の基礎に永久不變の自然法が存在することを前提としてゐるものである。^(註二)

これらは何れも自然法の宣言的規定と解すべく、創設的規定と解されてはならない。そして元來、自然法は客觀的な普遍妥當性をもつものであり、論理的には實定法及び國家に先行するものであるから、その意味で、前文第一段が憲法改正權をも制限してゐるのは單に注意的な意味しかもたないものと解されなければならないとされる。

併乍ら、かゝる見解は實證主義の立場からは否定されなければならない。即ち、その立場からすれば、かゝる規定の存在する限りに於て、それらは普遍的であり、永久なのであつて、かゝる規定を改正すれば、もはや、永久的にも、普遍的でもない。^(註三) しかも、それらを改正することは憲法上の憲法改正手續に基く限り可能であることとなる。

かくして、こゝに自然法と實定法とを明確に區別し、兩者は共に規範體系としては、その規範の淵源、妥當の態様、體系構成の方法に於て、根本的に異り、それ故兩者は同時に同一對象に對して妥當することは論理的に不可能であるとし、又自然法規範の中に實定法設定の委任を規定するものがあることは自然法と實定法の性質からして不可能であるとして自然法を法學的思惟から追放するケルゼン等との對決を迫られる。^(註四)

この問題に答へる爲には、結局に於てケルゼンの哲學的立場たる新カント主義との對決を必要とする。即ちより詳しく言へば、當爲と存在を峻別する規範論理主義、更には認識の對象は認識の方法によつて規定されるとし、法學の方法によつて認識されるものは、ひとり法でのみありうるとする法一元主義の基礎となつてゐる方法萬能の思想に對

する批判が要求されるわけである。併乍ら、それは將來の研究に委ね、本稿ではその必要性の指摘に止める。

只こゝで一つ注意すべきは法は決して、道徳、政治と明確に區別されるものではなくして、法は道徳や政治と不可分に結びついてゐる。それ故、對象たる法を道徳や政治の實踐的契機から切離し、之を只單に法としてのみ考察するといふ態度は、かえつて法の實在の姿を見失ふ結果に立ち至るものである、この點は彼の理論の中心をなしてゐる根本規範の本質をつきつめて行く時、極めて明白である。尾高教授はこの點に關し、實定法規範が他の規範によつて制約されてゐるといふことには、二つの意味がある、第一に、それは、「上位段階の規範」によつて制約されてゐる。

第二、強制規範としての法規は、それに先行する「社會規範」によつて制約される。しかるに、根本規範は、無被制約の規範であるからして、その本質上、社會規範であつて、強制規範ではない。従つて純粹法學の立場からすれば、根本規範は法規ではない他の性質の規範である。しかもケルゼンが根本規範の例としてあげてゐる命題は明らかに一つの「政治的」な規範である。故に全ての法は政治の下に效力をもつこととなり、法の中から一切の倫理的、政治的要素を排除しようとした純粹法學の企圖は根柢から崩壊せざるを得ない。更に根本規範の變化を生ずる革命の場合を考へて見れば、根本規範がそれ以上の別の規範の制約の下に置かれてゐるのでない以上、その變化は只、「實力」によつて生ずるものとして説明されなければならない。かくてケルゼン自身も最後には根本規範を「實力から法への轉化」の轉轍器と認めざるを得なかつた。^(註五)と述べてゐるのはこのことを極めて明確に示すものである。

(註一) 根本規範に一定の内容を豫定する立場が本來は自然法を想定する立場であることは上に述べた所である。

(註二) 田中耕太郎博士「新憲法に於ける普通人類の原理」季刊法律學第三卷昭二三

(註三) 佐々木博士「日本國憲法論」昭二四 三八七頁

(註四) H. Kelsen; Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus; 1928.

(註五) 尾高教授「法哲學概論」昭二四 二七六―二七九頁

結

以上、憲法改正行爲の法的限界の問題に關し、特に重要と思はれる三點を取上げ、その問題點の指摘を行つて來たのであるが、この問題は以上の三點に限るのではなく、更に、改正條項の改正のもつ法的意味、改正の手續、形式の問題、不可變條項の改正の問題等、興味ある多くのものが殘されてゐる。

ワルター・イェリネックの指摘する如く、^(註一)憲法改正の合法性の問題は國權の限界の問題の最終的論點であり、行政の合法性、立法の合憲性の思想と共に法治國思想の發展と解される。この意味に於て、又憲法改正の限界の問題は自然法思想に基礎を有すると言へる。

(註一) W. Jellinek; Grenzen S. 1~4.