

憲法改正の法理と手続

竹花光範



憲法改正の法理と手続

比較憲法学的考察を中心に

竹花光範 著

成 文 堂

著者略歴

昭和18年 長野県に生まれる。
昭和45年 早稲田大学大学院政治学研究科修士課程修了。社団法人民主主義研究会研究員となる。
現在 駒沢大学法学部助教授（憲法、比較憲法専攻）。

主要共著・共訳書

「世界の憲法」(大西邦敏監修, 成文堂)
「現代法の新展開」(川西誠編, 新評論)
「アメリカ憲法入門」(C. H. プリチェット著, 成文堂)
「社会主義政治論」(G. ヨネスク著, 早稲田大学出版部)

憲法改正の法理と手続

——比較憲法学的考察を中心に——

定価 3000円

昭和56年9月1日 第1刷発行

著者	たけはなみつのり 竹花光範
発行者	阿部義任

162 東京都新宿区早稲田鶴巻町514

発行所 株式会社 成文堂

電話 03(203)9201(代) 振替東京9-66099

製版 誠之印刷 印刷 上野印刷 製本 鈴木製本

© 1981 M. Takehana Printed in Japan

☆乱丁・落丁本おとりかえいたします☆ 検印省略

3032-030171-3851

は し が き

本書は、著者が、まがりなりにも研究者として出発してから最近にいたるまでの、約十年間に発表した論文のうち、「憲法改正」に関するものをまとめて一冊としたものである。従って、初期のころに発表したものの中には、文章表現の稚拙なもの、内容的に意にみたないものも少なくない。しかし、考えてみれば、これらも、著者の研究生活の道程の赤裸々な現実である。本書では、読者の御寛恕を願って、表現の若干の手直しと、一部論文への附記並びに注の付加、及び、二論文に補節を加筆した以外は既発表のままとした。

収録した論文のオリジナル・タイトルと掲載誌を示せば次のようである。

I 「憲法の概念と分類——憲法改正の対象としての『憲法』とは——」は、『民主主義研究会紀要』第三号（社団法人民主主義研究会、昭和四十九年七月）に、「憲法の概念に関する若干の考察」と題して発表したものである。

II 「『憲法改正』の意義」は、『法学部研究紀要』第三十三号（駒沢大学、昭和五〇年三月）に、「『憲法改正』の意義に関する一考察」と題して発表したものである。

III 「憲法改正の発案権」は、『憲法研究』第七号（憲法学会、昭和四十五年一〇月）に、「憲法改正の発案権について」と題して発表したものである。

IV 「憲法改正の議決権」は、『法学論集』第一三三号（駒沢大学、昭和五十一年三月）に、「憲法改正の議決権——比較憲法学的考察を中心に——」と題して発表したものである。

V 「憲法改正国民投票制」は、『憲法研究』第九号（憲法学会、昭和四十七年一〇月）に、「憲法改正国民投票制について」と題して発表したものである。

VI 「憲法改正の限界」は、『法学部研究紀要』第三十五号（駒沢大学、昭和五十二年三月）と『法学論集』第二〇号（駒沢大学、昭和五十四年二月）に、(一)、(二)に分けて、同様のタイトルで発表したものである。

VII 「主要国における憲法改正の歩み——アメリカ・ソ連——」は、『民主主義研究会紀要』第五号（社団法人民主主義研究会、昭和五十一年九月）、に同様のタイトルで発表したものである。

右のうち、IVに、補節として「憲法改正の表決数」、Vに、同じく補節として「日本国憲法の『占領基本法』性」を加筆した。ただし、これらは、いずれも、本書を出すにあたり、急拠書き加えたものであるため、必ずしも学術論文の体裁をなしていない。足らざる点は別の機会に補うつもりである。

以上が本文であるが、他に、読者の便宜を考えて、巻末に、資料として、「各国憲法（現行）の改正情況」及び「各国憲法（現行）の改正手続」を付しておいた。参照していただければ幸である。

なお、本書に収録した各論文において、著者は、できるかぎり比較憲法学的な考察を心がけたつもりである。イデオロギー的偏見が入りやすい「憲法改正」といった問題を取り扱うには、こうした考察方法が不可欠であると考えたからである。本書に若干の意義があるとすれば、「憲法改正」をめぐる問題について、諸説の可否を比較憲法学的方法で実証的に検証したという点においてであろう。その点を念頭においた上でお読みいただければ幸甚である。

ところで、つたないものでも、このような一書を世に出すにあたり、著者は、数多くの先学の学恩に実に多くのものを負っていることをしみじみと感じている。とくに恩師である早稲田大学名誉教授大西邦敏先生は、まさに「右も

左もわからない」状態の著者に、学問の厳しき、比較憲法学の重要性を、手をとるように教えて下さった。また、学会活動の面では、当初から東京水産大学名誉教授相原良一先生、また最近では、憲法学会理事長川西誠先生に、誠に親身な御指導をいただいている。その他、奉職先の駒沢大学法学部においても、宇都宮静男、林修三、斉藤寿、西修の諸教授から、様々な学問的刺激を与えられてきた。これらのかたがたをはじめとする多くの先学に対し、ここで改めて感謝の意を表させていただきたい。

最後になったが、本書の出版にあたっては、成文堂の阿部耕一専務、並びに土子三男氏にたいへんお世話になった。心からお礼申し上げる。

昭和五十六年六月二四日

著 者

目 次

は し が き

I 憲法の概念と分類

——憲法改正の対象としての「憲法」とは—— 1

第一節 憲法の今日的意義 1

第二節 成文憲法と不文憲法 6

第三節 硬性憲法と軟性憲法 14

第四節 社会主義憲法 19

II 「憲法改正」の意義 27

第一節 憲法改正の概念 27

第二節 部分改正と全部改正 31

第三節 憲法改正規定の必要性 39

第四節 憲法改正以外の方法による憲法の変動

一 憲法の変遷

二 非合法的な憲法の変更

Ⅲ 憲法改正の発案権

Ⅳ 憲法改正の議決権

第一節 「制憲権」と「立法権」

第二節 「憲法改正権」の諸形態

補 節 憲法改正の表決数

Ⅴ 憲法改正国民投票制

はじめに

第一節 沿革

第二節 立法例

第三節 問題点

おわりに

Ⅶ 憲法改正の限界……………133

第一節 問題の所在及び諸學説の概観……………133

第二節 憲法改正の時期的限界（制限）……………144

一 憲法改正の制限に関する各国の立法例……………144

二 憲法改正の制限と憲法の自主性……………155

第三節 憲法改正の（内容的）限界に関する各国の立法例……………160

第四節 憲法改正無限界の法理……………182

一 我が国における憲法改正限界説とその批判……………183

二 無限界論の妥当性……………190

補 節 日本国憲法の「占領基本法」性……………196

Ⅷ 主要国における憲法改正の歩み

——アメリカ・ソ連——……………199

はじめに……………200

第一節 アメリカ……………201

一 憲法制定前史……………201

二 合衆国憲法の制定……………204

三	合衆国憲法の改正	210
第二節	ソ連	218
一	憲法制定前史	219
二	スターリン憲法の制定	222
三	スターリン憲法の改正	225
四	新憲法の展望	229
おわり	に	235
資料Ⅰ	各国憲法（現行）の改正情況	239
資料Ⅱ	各国憲法（現行）の改正手続	255

I 憲法の概念と分類

——憲法改正の対象としての「憲法」とは——

第一節 憲法の今日的意義

今日、我々が「憲法」⁽¹⁾という言葉を使う時は、英語で言う Constitution (又は Constitutional law)、仏語では Constitution (又は Droit constitutionnel)、ドイツ語で言えば Verfassung (又は Verfassungsrecht, Verfassungsgesetz) の概念を意味している。ともに、「組立てる」「編成する」という意味をもつ動詞 Constitue 及び Verfassen の名詞形であり、字義の上から言えば、「憲法」とは「国家の組織法」であるということになる。

尚、一部の国家では、自国の憲法典に、文字通り、根本法、基本法を意味するところの、英語の fundamental law, basic law フランス語の loi fondamentale, droit fondamental に該当する自国語が用いられており、その他にも特殊な表現が若干みられる。例えば、西独の所謂「ボン基本法」は“Basic Law (Grundgesetz) of the Federal Republic of Germany”であり、ソ連邦では「基本法」の意味のロシア語の“Основной Закон”を用いて“Основной Закон Союза Советских Социалистических республик”であり、イスラエルでも“Basic law”が用いられている。また、カナダでは、「英領北アメリカ法」“The British North America Act”と呼ばれるものが同国の憲法であり、ジャマ

イカでは、「ジャマイカ（憲法）枢密院令」“The Jamaica (Constitution) Order in Council, 1962”と呼ばれるものが、同国の憲法である（他にトリニダード・トバゴ、シェラレオネ、マルタも同様の型である）。

さて、Constitution なる語の起源を探ると、この語の使用は西紀初年にまで遡ることができる。すでに、かのアウグスタス帝 Augustus (B. C. 63 ~ A. D. 14) の時代に、皇帝の発する勅令をその他の法令と区別するため Constitution なる語が用いられていた。また、中世には、英法において、今日の statute (制定法) の義に近く用いられている。但し、この場合は、特に重要な法律、例えば、ある団体、裁判所、官吏等の権限を決定する法について用いられていたようである。一六四年、ヘンリー二世当時、イングランドの宗教裁判所の管轄権を定めた「クラレンドン法」“Constitution of Clarendon”等は、その代表的なものである。最も早く Constitution という語が、今日の用法に近く用いられたのは、一七世紀の北米植民地に於てであり、一六二一年の「第三ヴァージニア植民地特計状」“An Ordinance and Constitution of the Treasurer, Council and Company in England, for a Council of state and General Assembly”がその最初のものであった。そして「独立宣言」後にいたり、この語は、旧北米植民地一三州の政府の基礎を定める法に用いられ、さらに一七八七年の合衆国憲法にも用いられる（“The Constitution of the United States of America”）とおよんで、ようやくその用法が確立されることとなった。従って、現在では「憲法」Constitution と言えば、一般に、国家の組織に関する基本法⁽²⁾であると解されているわけである。

しかし、これだけでは勿論充分な定義であるとはいえない。いうなれば、これは最広義の憲法概念である。学者は、これを一定の歴史的段階における国家、即ち「近代国家」の憲法に対し、「固有の意味の憲法」、あるいは「本来の意味の憲法」と呼び、法典化された「形式的意味の憲法」に対して、「実質の意味の憲法」と呼んでいる。ラードブルッフの言う「国家は憲法を前提とし、逆に憲法は国家を前提とする。」の「憲法」は、この意味の憲法のことである。

この広義の憲法は、国家あれば必ずなくてはならず、これなくしては社会はアナキーな状態であって、未だ国家とすることはできないのである。それ故当然のこととして、このような憲法概念の確立も早く、すでに、古代ギリシャに於て、その例を確認することができる。例えば、アリストテレスは、国家の基礎を形成する憲法（彼の言う政治形態「Politeia」と、その憲法をもととして発布される単純な法律とを截然と区別していた。また、同様の例は、古代ローマに於ても見い出すことができる。K・レーヴェンシュタインも、「五〇〇年の存続の間に、あらゆる時代を通じて最も注目すべき国家形体を経験したローマ共和国は、習律なびに法律を根拠として、具体的または『実質的』憲法をもち、これによって、法治国家性および政治過程の予測が十分保障されていたのである。」と述べている（レーヴェンシュタイン、阿部訳「憲法改正と日本」）。ただし、彼も指摘しているように、当時にあつては、憲法の全体を爾余の法律よりも高い価値を有する、一つの機構におさめるという考え方が欠除していたことは否定できない。近代の意味の憲法を内容とする成文憲法典の思想は、ようやく一六世紀に入つて、国教から独立したイギリスの清教徒の間に出現し、右にみた *Constitution* なる語の確立と時期を同じくして北米植民地の植民契約、植民地特許状、州憲法を経て、アメリカ革命、フランス革命期の諸憲法に於て花開くことになるのである。

ところで、今日我々が「憲法」という場合は、必ずしも「国家あれば憲法あり」の憲法を意味しているのではない。むしろ、「日本国憲法典」といった、具体的に憲法として公布された成文法規、なかならず、権力分立と基本的人権の保障といった、「近代国家」の法秩序に不可欠な内容を有する成文法規を指している場合が多い。そして、そのように、成文法の形式をとつて制定されているものを、「実質的意味の憲法」に対して「形式的意味の憲法」と呼び、近代国家としての内容をもったものを、「固有の意味の憲法」に対し「近代的意味の憲法（あるいは立憲的憲法）」と呼ぶのである。

まず、「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」との関係を考えてみたい。近代国家の成立に伴い、特に、国民の権利、自由を保障するために、憲法の成文化、法典化が要求されることとなり、それまで存在していた実質的意味の憲法の主要部分に、一つないし数個の成文法典の形式を与えることになった。しかも、その成文の憲法は、国家の基本法たる性質から、多くの場合、他の一般の法令よりも、その変更が困難ならしめられるようになったのである。これが「形式的意味の憲法」である。そこで、実際には、内容的に見た場合、両者相おおう場合が、むしろ多いことになる。しかし、今日においても、成文の憲法典を有しない国家もあり、また、形式と実質も常に一致するわけではなく、何らかの理由で、「実質的意味の憲法」が成文法の外に置かれることもあるし、逆にまた、成文憲法典の中に「実質的意味の憲法」に属さない規定が入り込むこともある。⁽⁴⁾ されば、憲法の解釈や研究には、単に憲法典だけでなく、こうした憲法典の外にあるものまで含めて、全体としての実質的意味の憲法を捉える必要がでてくるわけである。

次に、「固有の意味の憲法」と「近代の意味の憲法」との関係についても考えてみよう。ここで一番問題となるのは、「近代の意味の憲法」という「近代的」の意味である。単に「近代」という歴史上の一定の時期に存在する憲法という意味で使われているのでは勿論ない。普通「近代憲法」のメルクマールとしては、少くとも、基本的人權の保障と権力分立の二つが挙げられているようである。有名な一七八九年のフランス人權宣言 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) 第十六条も、「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていない社会は、すべて憲法を有するものではない。」と宣言している。だが、一体、権利の保障や権力の分立がどの程度に確保されておれば、「近代的」と言えるのかは、必ずしも明らかではない。それに、国によっては、人權規定が成文憲法典に含まれておらず、別に宣言の形式や、さらに法律、判例、慣習等でその保障を行っているものもあるが、果して、こうした成文憲法典は「近代的」とは言えないのかという問題もある。こうなると、そのメルクマールは、必ずしも判然とはしな

い。ただ、そうは言っても、今日、大多数の国家に於て、いわば「人類の長い歴史の中で成立してきた思想の所産」とも言える憲法が存在していることは事実であり、これを、所謂「固有の意味の憲法」と區別して、「近代的意味の憲法」と呼ぶことはできるのである。⁽⁶⁾

尚、以上述べてきたところの「憲法概念」以外にも、「憲法」という言葉の多様さの故に、視点のとり方の違いによつては、様々な概念規定がなされ得るし、現になされてもいる。⁽⁷⁾しかし結局のところ、一般には、K・C・ウィアも言っている如く（ウィア、伊藤、小堀訳「現代の憲法」）、「憲法」Constitution という言葉は少くとも二つの意味に「用いられているのであり（即ち、「広義」と「狭義」）、それを、「固有の意味の憲法」に対して「近代的意味の憲法」、「実質的意味の憲法」に対しては「形式的意味の憲法」として理解しておいてよいのではないかと思う。

(1) 「憲法」という文字は、我が国に於ては、古くは聖德太子の「十七条憲法」に見られ、徳川時代や明治初期にも、「憲法部類」とか「憲法類編」などと名付けられた法令集があり、明治七年には「議院憲法」、明治十一年にはその改正法である「地方官會議憲法」が制定されているが、これらはいずれも、今日で言う一般の「法」の意味で使われたものである。明治初年、欧米から Constitution なる語がもたらされた当初は、これに当てるに邦語の「国憲」が使われる場合が多く、「憲法」という訳語が公定用語として用いられるようになったのは、明治一〇年代の中頃からである。即ち、明治一四年の岩倉具視の「憲法建議」や、翌一五年、憲法調査のため欧州へ行く伊藤博文に対し、明治天皇から与えられた「訓条三十一条」の中に用いられたのが大きな契機であったと言われている。

(2) 憲法が「国家の組織に関する基本法」であるとは、具体的にどのような内容を有する法であるかについて問題がある。これは、特に、憲法の成文化に際し重要な問題となるが、大西邦敏教授は、その最大公約的なものとして、次の如く言う。「憲法とは、一般には、最少限、国家の領土の範囲、国民たる要件及び国家の中樞機関に関する大綱、即ち、この中樞機関を如何にして構成するか、それが如何なる権限を有するか、各種の中樞機関相互の間における関係があるか及び国民は国権に対していかなる権利及び義務を有するかについての定めをなす法である。」（大西「日本国憲法要論」）。

(3) この場合、普通の法律の中に規定される場合もあれば、「厳密な意味における法規範に劣らない効力をもつところの慣例、約束、慣習、又は習律等の形態をとった非法的なもの」(ウィア、伊藤、小堀訳「現代の憲法」)として存在している場合もある。

(4) スイス憲法第二五条が「動物の屠殺には麻酔を要する」と規定しているのは、その代表例である。これほど極端でなくとも、類似の規定は多くの憲法の中に見うけられる。

(5) 例えば、現行フランス共和国憲法も人権規定が本文中にはなく、前文において、「一九四六年憲法の前文により確認され、かつ補足された、一七八九年の権利宣言によって定められた人間の諸権利……」に対し、厳粛なる愛着の意を宣する」ことによつて、それを保障している。

(6) 論者によつては、二〇世紀における社会権の登場や権力の統合に注目し、それらが採り入れられている憲法を、「権力分立」と「人権保障」とをメルクマールとする「近代憲法」と區別して、「現代憲法」と呼ぶ場合がある(佐藤、清宮編「憲法講座1」)。

(7) 例えば、シュミットは、国家の憲法には、まず「(統一的全体)としてのそれ」があり(絶対的な憲法概念)、これに対し「全体としての統一的な憲法ではなく、多様な個別の憲法的法律を指す場合」があり(相対的な憲法概念)、さらに、「実定的意味における憲法は、憲法制定権の担い手がおこなう基本の政治的決断を意味し、それによつて基礎づけられる第二義的規定である『憲法律』とは明確な區別をすべきである。」と述べている(G. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1927)。

また、渡辺洋三教授は、主として、憲法現象を理解するためにはあるが、「法源としての憲法」、「イデオロギーとしての憲法」、「制度としての憲法」を區別すべきだと主張している(渡辺洋三「憲法と現代法学」)。

第二節 成文憲法と不文憲法

憲法は、通常、法形式によつて「成文憲法」written constitutionと「不文憲法」unwritten constitutionとに区分されている。「国家あれば必ず実質的意味の憲法がある」ことは既に述べたが、この「実質的意味の憲法」の中で、

憲法典の形式をとれる成文法規が「成文憲法」であり、実質的意味の憲法の中に、憲法典の形式をとれる成文法規を有しないものが「不文憲法」と呼ばれるのである。勿論、「成文憲法」国と言っても、実質的意味の憲法のすべてが憲法典の中に成文化されているわけではなく、一般の法律の中に憲法規範が存在する場合もあれば、慣例、慣習、習律といった「非法的な又は超法的な」規範として存在している場合もある。また、「不文憲法」国と言っても、全く成文法規が存在しないというわけではない。例えば、学者が一致して「不文憲法」国の例として挙げているイギリスにおいても、「憲法典の形式をとれる成文法規」が存在しないだけであって、幾つかの重要な“statute”がイギリス憲法の一部を構成していることが知られている。従って、厳密に言えば、「成文」「不文」といった表現は不適当であり、むしろ、「成文憲法典を有する国」「成文憲法典を有しない国」と言うべきかもしれない。ウィアが「イギリスは不文憲法を持っているのだといわずに、それよりもむしろ、イギリスは成文憲法を持っているのだということが正鵠をえているのである。」(K・C・ウィア、伊藤、小堀訳「現代の憲法」と論じているのも同じ趣旨であろう。また、学者によっては、「成典憲法」documentary constitution「不成典憲法」non-documentary constitutionと呼ぶべきだと主張するものもあるが、それも、「成文」「不文」と言うよりは当を得ている呼び方だと言えるであろう。⁽¹⁾

それにしても、「憲法典の形式をとれる成文法規」、即ち「成文憲法典」とは、具体的にどのような体裁のものであるかについては、諸学者の説明は必ずしも明確ではない。「憲法典」と言うからには、少くとも何らかの点で、普通の法律 ordinary law と区別されている必要があるだろう。まず、「憲法」ないし「基本法」、英語で言えば、“constitution”、“constitutional law”、“basic law”、“fundamental law”等といった名称が付されていれば、最もはつきりするように思われるが、しかし英法では、かつて、constitution なる語が今日の statute の意味に用いられているから、こうした名称がついていたとしても絶対ではない。国家の基本法、組織法という意味からすれば、少くとも、国家作用の三権