

# 硬性憲法の脆弱性

加 藤 一 彦

## 《目 次》

- 一、はじめに
- 二、憲法解釈の度量
- 三、憲法制定権力の「復活」
- 四、憲法の留保とポピュリズム
- 五、小結

## 一、はじめに

憲法典に憲法改正手続の方法が規範化され、当該改正手続が、通常の立法制定・改廃手続よりも法的に厳格な場合がある。そうした憲法は硬性憲法 (rigid Constitution) と呼ばれる<sup>1)</sup>。硬性憲法は、当初より、その時々  
の議会単純多数派からの憲法改正要求を憲法手続法上、困難にすること  
によって、憲法典の継続的安定性を確保することにその目的をもつ。「硬  
性」の「硬質度」については、各憲法典によって異なる。たとえば、大  
日本帝国憲法 73 条によれば、天皇の「勅命」によってのみ、憲法改正の「議  
案」が帝国議会に提出され、その議決には両議院それぞれの「出席議員  
三分ノ二以上ノ多数」を要すると定めている。また日本国憲法 96 条では、  
「各議院の総議員の三分の二以上の賛成」で国会による憲法改正の発議が  
行われ、その後、当該憲法改正案に関する国民投票に基づく国民による「承  
認」が加重される場合もある。

## 硬性憲法の脆弱性

憲法典上根拠をもつ憲法改正権の権限配分に国民を関与させ、国民を憲法改正権の担い手として設定しておくことは、硬性憲法の硬質度を著しく高める。そこでは、憲法典の改正の現実的可能性は、本来、低減化するはずである。しかし、硬性憲法の硬質度が高まれば高まるほど、現憲法典を改正したい諸勢力にとっては、現憲法典自体への様々な論理に基づく憲法変動を描き、あるいは「新憲法制定」への憧憬を抱くこともあろう。

そこで、本小論では、硬性憲法である日本国憲法典が、憲法生活の場面においてその「硬質性」がどのように変化するのか、その要因を確認し、日本国憲法が立脚する地盤の現況を分析することにしたい。その作業を通じて、憲法典の通用性の課題を浮き彫りにすることができるからである。

## 二、憲法解釈の度量

### (1) 憲法解釈の機会

広義の意味における立憲政治とは、憲法に即した政治を行うこと、すなわち、憲法——成文憲法、不文憲法を問わず——によって生の政治権力行使を阻止することを意味する。国民主権を定める憲法典では、政治権力の源泉は、憲法上規範化された「国民」に存し、また同時にそこに政治権力の正当性の根拠がある。政治権力担当者、具体的には政権政党が、ある一定の政策を実現する場合に、自らその個別的政策が憲法違反であることを認めず、憲法に沿った政策であるといわざるを得ない理由は、憲法的正当性がなければ、非立憲政治を自白したことになるからである。

戦後日本政治の中軸を担った自由民主党は、結党以来、日本国憲法の改正を党の基本文書に明記し<sup>2)</sup>、政権政党として日本国憲法が描く規範世界とは異なった政治を推進してきた。その政治環境下で、日本国憲法典

の解釈は特異な様相を示してきた。すなわち、日本国憲法の改正を望む政党の政治世界において、憲法解釈の枠が、「柔軟」に運用されてきた点である。いわゆる「解釈改憲」手法である。その一翼を担ったのが内閣法制局が主体となった「政府解釈」である。

憲法解釈は、最高裁判所及び下級裁判所の独占対象ではない。日本のような具体的・附随的法令審査制の下では、訴訟対象になる事物に限って、裁判所の憲法解釈が行われ、基本的には最高裁判所大法廷判決（裁判所法10条）で示された憲法解釈が、公定的・有権的憲法解釈とされる。この裁判所による公定的・有権的憲法解釈の機会は、単に裁判所が受動的に憲法判断をせざるを得ないという性質上の問題から、低減化されているだけでなく、そもそも主観訴訟中心の訴訟形態の中、国家行為それ自体を争うことが、具体的・付随的法令審査権の下では、著しく困難であることも含まれている。

加えて、裁判所は、憲法解釈を要する場面においても、「憲法判断回避の準則」の訴訟技術を用い、受動的な国家機関以上の謙抑性を維持しているため、裁判所が公定的・有権的憲法解釈を行う契機自体が相当、最小化されている<sup>3)</sup>。そこで、憲法解釈とこれに基づく合憲的憲法の通用性の余白を埋めているのが、内閣法制局を中軸とした政府解釈である。

## (2) 内閣法制局の役割の限界

内閣法制局設置法3条1号は、「閣議に附される法律案、政令案及び条約案を審査し、これに意見を附し、及び所要の修正を加えて、内閣に上申すること」、同3号は「法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べること」と定める。前者は審査事務、後者は意見事務と呼ばれる<sup>4)</sup>。意見事務では、内閣法制局が内閣の「補佐機関」として、憲法問題について「意見の具申」を行いつつも、最終的には内閣によって憲法解釈が定まる<sup>5)</sup>。したがって、内閣は内閣法制局の見解に縛

## 硬性憲法の脆弱性

られず、硬性憲法の「軟化させた憲法解釈」、政府統一見解を発することも可能である。

その一例が靖国神社への首相の公式参拝問題である<sup>6)</sup>。「国務大臣の靖国神社参拝問題についての政府統一見解」(1980年11月17日/参議院議院運営委員会理事会)において、「政府としては、従来から、内閣総理大臣その他の国務大臣が国務大臣としての資格で靖国神社に参拝することは、憲法第20条第3項との関係で問題があるとの立場で一貫してきている。ついては、いろいろな考え方があり、政府としては違憲とも合憲とも断定していないが、このような参拝が違憲ではないかとの疑いをなお否定できないということである。そこで政府としては、従来から事柄の性質上慎重な立場をとり、国務大臣としての資格で靖国神社に参拝することは差し控えることを一貫した方針としてきたところである」と答弁していた。

しかし、中曽根内閣成立後(1982年11月)、「戦後政治の総決算」の一つとして、中曽根首相は靖国神社への公式参拝を憲法上合理化しようとしていた。そこで、従来の政府統一見解を変更するために、内閣法制局とは切断された私的諮問機関である「閣僚の靖国神社参拝問題に関する懇談会」(靖国神社懇談会)を設置し、その『報告書』(1985年8月9日)を下に、「内閣総理大臣その他の国務大臣の靖国神社公式参拝について」と題する藤波内閣官房長官談話(同年8月14日)を公表した。そこでは、「本殿において一礼する方式、または、社頭において一礼するような方式で参拝する」「公式参拝を行っても、社会通念上、憲法が禁止する宗教的活動に該当しないと判断した。したがって、今回の公式参拝の実施は、その限りにおいて、従来の政府統一見解を変更するものである」とした<sup>7)</sup>。

この憲法解釈の変更は、内閣の責任において行われたと考えられる。この実例は、次のことを教えている。第1に、その時々政権によって、憲法規範の通用性に振幅があり、広範な憲法解釈が憲法実例を可能にす

ること。第2に、政府の憲法解釈は、「内閣法制局の解釈」と時の政権の「内閣の解釈」があり、後者が政府解釈として統一の通用性を獲得する点である。問題は、その当否にあるのではなく、硬性憲法の特定憲法条文に対する「内閣の憲法解釈」に関し——内閣が「合憲」といわざるをえない文脈で——かかる「内閣の憲法解釈」が合憲の範囲内に位置するという多義的意味である。それは、政治文脈では、政権党の憲法改正手続着手の機会を少なくすることもある。また、憲法改正権を有する日本国民が、合憲的な政府の憲法解釈を前に微妙な安心感をもつこともある——憲法改正だけは回避できたという意味で。また逆に、憲法規範の役割としての国家権力を封鎖する機能が低減化することによって、立憲主義の意味喪失といった副作用を特に国民側に与える面もある。

このような多義的意味をもちつつも、確実に指摘できる点は、硬性憲法が弾力的に運用されてきた日本政治の実体は、その「硬質度」の故に「軟性化された憲法運用」あるいは「軟性憲政」であった点である。そしてそうした政治実態の継続が臨界点に達したとき、憲法学の世界では憲法変遷論へと、また政治世界では新憲法制定あるいは日本国憲法改正の論議へと誘導されていく。

### 三、憲法制定権力の「復活」

#### (1) 憲法制定権力の凍結

日本国憲法を改正するには、同96条の手続を経なければならない。憲法典の一部改廃・追加のみならず、全部改正についても必ず本条の手続充足が憲法改正の前提条件である。

同96条1項によれば、憲法改正時に国民の「承認」が必要条件であり、当該「承認」は、憲法改正手続法1条によれば「国民投票」の形式による。ここでは、実定化された憲法改正権に国民が「権限者」として関与し、

「国民投票」によって憲法改正が定まることから、憲法改正権が国民主権の行使と捉える向きもある。しかし、憲法改正の国民投票は、国民主権に基づく国民意思の法的発動とはいえない。国民投票は、憲法改正権の権限内のことだからである。すなわち、「憲法を作る力」＝「憲法制定権力」(pouvoir constituant)とは区別された「憲法によって作られた権限」＝「憲法改正権力」(pouvoir constitué)が国民に実定憲法上、割りあてられ、その権限行使者として「国会」と「国民」が実定法化されている。およそ憲法典の改正には、一般的に国民が関与する必要性はなく、日本国憲法典上、国民が国民投票権者として実定法化されただけである。

確かに、国民投票が主権行使の一形態と把握するならば、日本国憲法上、憲法制定権力の発動と憲法改正権の発動は、同一視することもできよう<sup>8)</sup>。しかし、憲法学の主流は、憲法制定権力の発動には慎重であり、現憲法の変動を憲法改正に限定化する<sup>9)</sup>。中でも樋口陽一は、憲法制定権力凍結論を打ち出し、現憲法におけるその有害性を主張している<sup>10)</sup>。また、長谷部は、さらに進んで憲法制定権力の「消去可能性」を構想している<sup>11)</sup>。

樋口によれば、主権を「超実定法的」存在と捉え、「国民主権」を「国民の憲法制定権力」そのものと同一視し、国民主権の発動を「凍結」させ、実定法の世界で憲法制定権力を解放することの問題性を指摘している<sup>12)</sup>。

この見解は、樋口独特な見解ではない。ドイツ憲法学でも、憲法制定権力を国民の権力の正当性、すなわち権力の源泉に限定化することが指摘されている<sup>13)</sup>。たとえば、従来よりクリーレは、次のように指摘している。クリーレによれば、憲法制定権力 (verfassungsgebender Gewalt) は、憲法制定によって尽き、憲法制定後では、憲法の法的正当化は憲法自体に根拠をおく。民主主義の将来にとって、民主主義の概念をひとえに憲法制定権力に関係づけることは危険な惑わせでしかない<sup>14)</sup>。すなわち、クリーレにあっては、主権が法外の全能的権力であり、「主権＝憲法制定権力」の論理からすれば、「憲法国家の内側では、主権は存

在しない。国民の主権は、直接的に憲法国家の始期と終期に登場する。つまり憲法国家の創造の時と終焉の時にだけ登場するのである」<sup>15)</sup>。

憲法の規範的要素から切断されたそのような憲法制定権力が、「民主主義の正当性の論理」のみに還元されるとすれば、憲法制定権力を「凍結」するのは理由がある。他方、憲法改正権力 (pouvoir constitué / verfasster Gewalt) を憲法の内側の論理で説明する場合、憲法改正の限界を認めるのか否か、またどの範囲内であるのかという課題を突き合わせると、憲法制定「凍結」論は、憲法改正権の限界部分をどこに置くかという論議の中で、憲法制定権力を「凍結」させない方が、実際的な意味をもつのではないかという疑問に遭遇する。

樋口は、清宮説を継受し、憲法制定権力と憲法改正権力とを区別した上で、憲法改正の限界を設定する。憲法改正の限界領域は、二つの部分にある。第1に、憲法制定権力の主体の変更、すなわち、主権所在の変更の禁止である。第2に、憲法の内容的限界、「決定された内容」に関わる限界である。前者は法理的に憲法改正の限界設定可能な領域であるのに対して、後者は「その法論理的身分」が異なるが故に、憲法原理の理解によって憲法改正の限界の領域は可變的である。樋口の主張によれば、憲法改正権の限界論は、「予防的なかぎりで法的に意味を持つ」主張であるが、そこで「予防」すべき価値は、「個人の尊厳」であり、そうした憲法価値を内在化させた日本国憲法の「価値の擁護」が憲法改正の限界の実質的意味である<sup>16)</sup>。すなわち、ファシズムを経験した1945年以降の憲法は、「個人の尊厳」を実定憲法化し、その価値の擁護を憲法の使命とする。日本国憲法はその系列に属し、究極価値の変更を憲法改正権者に留保させないところに、憲法改正限界説の実践的意味がある。

しかし、憲法改正を主導する勢力からすれば、この第2の憲法改正の限界に関する内容自体を問いただしている。主権所在の変更という復古的主張ではなく、国民主権の権力性とその支配からの自由を支える「人

## 硬性憲法の脆弱性

たるに値する個人主義」への懐疑である。憲法改正限界説における「決定された内容」の擁護は、そこに憲法の限界を置き、硬性憲法の担保力を維持しようとするが、逆にだからこそ「憲法改正の限界」論は、「人たるに値する個人主義」を備えた硬性憲法自体を改正したい勢力から攻撃にさらされ、硬性憲法の硬質性の縮小化に直面する<sup>17)</sup>。

## (2) 憲法制定権力の「保存」の意義

憲法改正には限界があるという言説は、憲法制定権者の変更、すなわち主権所在の変更の不可能性の他に、憲法原理に関わる変更に対する拒絶をも含意している。日本国憲法を維持する側からは、その改正の限界に多くの要素を入れることによって、憲法改正の試みを防止する機能を憲法典自体に含ませている。しかし、日本国憲法を改正したい側からは、その内容を節約し、自己が選択する改正内容を憲法改正の限界内のこととし、憲法改正原案を策定すると思われる。しかし、もう一つの論理が想定できる。それは、C. シュミットの議論である。憲法改正の限界内容が豊富であればあるほど、憲法改正の幅が狭められるため、憲法改正権力の土俵自体をとぼし、新たな憲法制定権力の発動を模索する発想である<sup>18)</sup>。

日本国憲法の誕生の法理を再確認すれば、大日本帝国憲法の下に国民主権を設定し、これに基づく新憲法制定としての日本国憲法が成立したという法体験<sup>19)</sup>は、日本国憲法典の「出自」への懐疑の問題よりも、現在進行形の問題でもある。確かに、日本国憲法の維持を目的とすれば、あの8月革命説の復活を現憲法の下で再現することは、許容されない。「憲法制定権力の凍結」＝「国民の主権の発動の禁止」を求め、主権を国家権力の正当性の契機に限定化する樋口の凍結論は、その文脈において理解できる。また、杉原泰雄が、憲法制定権力の概念自体を非科学的と捉え、憲法制定権力（論）は、「憲法を作り出す社会的経済的政治的力の正当化

論にすぎない」<sup>20)</sup>として不要論を展開している。長谷部恭男は、憲法制定権力の「削除可能性」を遡上にあげ、清宮説（超実定法的根本規範論）、芦部説（超実定法的人権保障目的型規範論）<sup>21)</sup>によって主張された規範拘束型憲法制定権力ではなく、「直接に憲法典の道徳的正当性、つまり超実定的政治道徳との整合性」に日本国憲法典の正当化根拠を置き、憲法制定権力概念が「不要な剰余物」であることを主張している<sup>22)</sup>。

こうした一連の憲法制定権力駆逐論は、日本国憲法の変更を憲法改正権力に収斂させることを基本姿勢としている。しかし、憲法制定権力なき憲法論は、次の全く異なる方向性において改めて大きな問題と遭遇する。第1に、国民の側からの問題設定である。すなわち、将来、「全面改正された日本の憲法」への批判的視座として、「国民が日本国憲法96条に基づき憲法改正の承認を付与したのであるから、この憲法には正当性がある」という場面において、しかもその「改正された憲法」への懐疑が国民の間に生まれたときに、「国民の憲法制定権力」を発動し、もう一度、日本国憲法と順接しうる選択肢が国民に留保させる法理的可能性が排除されるという課題である。仮に新憲法典において、憲法改正権力から国民が排除された場合に<sup>23)</sup>、国民の側からの「憲法改正」を求める意思是、実定憲法上、憲法改正権力ではなく、憲法制定権力の発動を前提としなければ、法理上、その説明が困難になると思われる。このいわば「下からの憲法制定権力」の法理的説明には、憲法制定権力の実在性が必要である。もとより、この理解は、日本国憲法における憲法解釈論ではなく、憲法認識の領域群の課題である。

第2に、現在の政権政党による憲法改正問題の場面である。政権政党によって憲法全面改正のための日本国憲法96条に基づく国会発議が行われたが、その後の国民投票によって、国民がこれを僅差で不承認したとしよう。その場合、政権政党による政治的エネルギーは消滅するよりも、さらなるエネルギー充当を目指して、「運動（Bewegung）」していくよう

## 硬性憲法の脆弱性

に思われる。そこでは、憲法改正の公式ルートではなく、新憲法制定に向けた彼らのいう意味での「国民運動」へと質的变化が生じうる。いわば「上からの憲法制定権力」の発動問題である。

確かに、憲法制定権力を日本国憲法に保存させることは、両義性をもつ<sup>24)</sup>。一つの局面では、「下からの憲法制定権力」問題。すなわち芦部説にみられる憲法制定権力に権力的契機を読み取り、「『非常な場合』には例外的に働く」国民の憲法制定権力の実在性を許容する見方である<sup>25)</sup>。もう一つの局面では、政治権力が一部国民と共に「新憲法制定への憧憬」を抱き、日本国憲法の破壊へと運動する局面である。C. シュミットが描いた何人にもよる「政治的統一体の実存」への意思の課題である。

憲法制定権力の存在を認め、「凍結された憲法制定権力」が憲法に保存され、その「氷解」が生じる氷点を見定めることは、著しく困難である。おそらくは、国民の「回復権としての抵抗権」<sup>26)</sup>が利用される場面が、この氷点に近いのであろう。

他方、次の憲法状況変化も重要である。それは、憲法改正問題が憲法改正権の問題として処理され、憲法制定権力を使用しない「凍結論」、「消去可能性」の論理を唱える幸福な政治状況よりも、「新しい国の形」を求めて、「形なきものに形を与える」時代に向き合っている不幸な現在である。それは、日本国憲法の硬質的建屋が、そのよって立つ土台の液状化の影響から無縁ではなくなったという 21 世紀初頭の、ヴァイマル期にも似た政治状況の問題性である。本来であれば、憲法改正問題は、「憲法の留保」すなわち、何が憲法典に留保されているのか、その憲法典の変更によって新たに何を憲法典に留保させようとするのかという課題のはずである。しかし、日本国憲法に留保された価値自体への敵視とその共鳴波動は、憲法制定権力の「復活」の内実を再吟味する契機を与えたと思われる。

## 四、憲法の留保とポピュリズム

### (1) 背景

ドイツ語圏ではプレシットは、直接民主制と同義である。通例、プレシットは政策決定型 (Sachentscheidung) と人的選出／リコール決定型 (Personalentscheidung) の2つに分けられる。プレシットを憲法に導入するか否かは、その国のプレシットに対する評価問題と関係する。戦後の西ドイツ基本法 (現在のドイツ基本法) は、意識的にプレシットを避け、国民が国家権力に参与する機会は最小化されている。それにはヴァイマル憲法時代における負の体験に原因がある。

ヴァイマル憲法の政策決定型プレシットの代表例は、ヴァイマル憲法73条各項における国民投票による法律議決である<sup>27)</sup>。憲法実践上、1919年から1933年まで8回の国民発案 (Volksbegehren) の申立があったが、憲法上、国民発案の対象になり得たのは、次の3件のみである<sup>28)</sup>。

- ①. 共産党及び社会民主党が中心となった旧貴族財産 (Fürstenvermögen) の没収に関する国民発案 (1926年6月8日)。
- ②. 共産党による装甲巡洋艦建設禁止の国民発案 (1928年)。
- ③. DNVP (ドイツ国家国民党) 及びナチス党によるヤングプランに反対する国民発案 (1929年12月22日)。

この内、②については国民発案に必要な最低要件を満たさず、国民投票は成立しなかったが、残りの2つは国民投票が行われた。ただこの二事例とも、必要な賛成票を獲得できなかったため、ヴァイマル憲法73条に基づく国民立法は全て失敗している<sup>29)</sup>。

しかし、このプレシット体験は、反ヴァイマル派が国民を動員したこと、国民立法失敗後も極左・極右は、政治的エネルギーを保持し、ラディカルな政治的雰囲気誘発し得たことを実証したように思われる<sup>30)</sup>。実際、ヴァイマル憲法上のプレシットは、その後、ナチス政権が成立し

た 1933 年以降、姿を変えて利用されていく。いわゆる授權法制定（1933 年 3 月 24 日）によりライヒ政府による立法権行使が可能になり、同法に基づき国民投票法（同年 7 月 14 日）が制定され<sup>31)</sup>、「ライヒ政府の意図した措置」に関し、国民投票に付し、「有効投票の過半数」によって法律的効力が「措置」に与えられることが可能になった。同法に基づく政府の行為に対する「措置」に関する国民投票は、ナチス政権時代、3 回行われた。人的プレビシットに関しては、ヒットラーの国家元首化の国民投票（1934 年 8 月 19 日／約 89.9%賛成）<sup>32)</sup>、政策プレビシットに関しては、国際連盟脱退（1933 年 11 月 12 日／約 95.1%賛成）、オーストリア併合（1938 年 4 月 10 日／約 99%賛成）である<sup>33)</sup>。この実例は、政権の思惑によって国民動員化が簡単に実現することを教えている。

戦後のドイツ基本法 20 条 2 項後段は、「国家権力は、選挙（Wahlen）及び投票（Abstimmungen）において国民により、かつ立法、執行権および裁判の個別の諸機関を通じて行使される」と定めているが、通説はこの「投票」に国民投票の可能性を認めてはいない<sup>34)</sup>——本条項の「投票」は、ドイツ基本法 29 条に基づく連邦領域の新編成における「住民表決」（Volksentscheid）と対応関係性をもつにとどまる。もちろんこの見方に対しては反対論もあり、プレビシットを連邦レベルに導入する見解もある<sup>35)</sup>。また、各ラント憲法全てに国民発案などの政策決定型プレビシットが導入され、現在では行政過程への参加民主主義的発想からプレビシットの有効性が論じられている<sup>36)</sup>。

筆者の関心事は、このヴァイマル期におけるプレビシットの失敗があるにもかかわらず、日本国憲法の下、プレビシットに親和的な見方がある点である。戦前の日本型ファシズムがドイツとは異なり、国民の投票者としての動員化を経験せず、疑似宗教としての神勅天皇制の下に国民が糾合化された特殊型ファシズムであったせいも、プレビシットの負の作用を吟味せず、民主主義の実質化としてプレビシットを描いてきた節

もある。だが、プレビシットへの無警戒は、国民のもつ政治権力の安易な信頼性を想定していたように思われる<sup>37)</sup>。

## (2) 憲法の留保と憲法附属法

ここでいう「憲法の留保」とは、硬性憲法がその憲法典の中に何を憲法規範力の維持のために保存しているのかという意味で用いている。「法律の留保」の場合は、立法者によって憲法の制限規範の下、その具体的内容が法律として決定されうるが、「憲法の留保」の場合は、立法者からの憲法防禦をその基本としている。もちろん、「憲法の留保」は、憲法改正権者から自由であるか否かは、前章でふれたように憲法改正の限界論と関連する。ここで問題とするのは、国民を利用することによって、憲法に留保されている実体が浸食されることへの予防機能として「憲法の留保」を考えている。

### 1) 立法権能の限定

まず、日本国憲法41条における国会が「国の唯一の立法機関」とする憲法解釈についてである。通説は、この規定には国会中心立法と国会単独立法の2つの要素があると捉える。特に、国会単独立法では、国の立法は、全て「国会の議決のみで成立する」<sup>38)</sup> ことがその内容である。これに対し、国会単独立法の意味を半代表制論から、国民の意思の関与を可能とする見解もある。辻村みよ子は、「決定型ではない諮問型・助言型レファレンダムの活用は十分可能」とし、「条約や行政の方針に対する世論調査的な意味をもつレファレンダムも、憲法の建前から禁止されていない」<sup>39)</sup> と述べ、プレビシットに親和的である。

もっとも辻村もプレビシットの負の側面である国民動員の可能性を認め、「現状では、効果よりもリスクのほうが大きいと思われる」と指摘し、「主権者の民主的成熟度」との相関関係性を正確に指摘している<sup>40)</sup>。ここ

## 硬性憲法の脆弱性

で問題としたいのは、国民の立法過程への関与がプレシットに転化するという危険性よりも——この点については、後述する——憲法41条における国会単独立法の拡大化が、「憲法の留保」を浸食する可能性がある点である。つまり、諮問型・助言型国民立法（レファレンダム）を構想した場合、そもそも国会がかかる制度を認め、それに対応した法律を制定しなければならない。では、国会は、自己の承認があれば、そもそもそうした立法を作る権能をもっているのかという問いかけである。

「憲法の留保」の視点からすれば、立法府は全能ではない。憲法上保障された人権に対抗する法律制定が許容されないのは、成文憲法典優位の下、人権条項への侵害禁止を立法府に求めているからである。それと同様に統治構造における国会の権能は、憲法典上の権限配分の結果であり、この領域を法律でもって変更することは許容されない。その「憲法の留保」の意味は、国会の承認があろうとも、立法者に対しそうした立法の動機それ自体を禁止している点にある。これを見誤れば、立法権と憲法改正権との識別が相対化され、その時々国会における多数派によって、統治構造の柔軟な変更が可能になり、硬性憲法が有する権力への制限規範性の喪失可能性は高まる。

憲法の制限規範性を軽視する傾向は、「憲法改革」としての憲法附属法概念にすでにみられる。大石真によれば、「憲法附属法とは、国政の組織と運営に必要な規範、すなわち実質的意味の憲法に属する法規範であって、憲法典を補充する意味をもつ規範又はそれを内容とする議会制定法」<sup>41)</sup>である。この憲法附属法が実質的憲法と目されるのは——統治構造のあり方を定める法律群が、最高裁判所による公定的・有権解釈の対象になりにくいため——憲法補充法による憲法実質化機能を本来備えているからである。1999年以降の行政改革では、憲法附属法は確実に「憲法改革法」としてその機能を果たしてきた。

加えて、「基本法」の制定・改正という一連の立法行為も、同一の流れ

にある。2000年代以降の「基本法」の制定及び既存基本法の改正は、明らかに日本国憲法典の補充法というよりも、日本国憲法の理念を切断する意味で行われてきたように思われる。この点、川崎政司が、昨今の基本法制定に関し、「憲法と現実との齟齬や乖離が問題とされる中で、齟齬する部分を埋め合わせ、あるいは憲法と現実との乖離に歯止めをかけ、さらに場合によっては憲法の解釈を実質的に変更することなどを狙い」とした<sup>42)</sup>点に批判を向けているが、確かに基本法制定は、非改憲的「憲法改革」の実質的機能を果たしてきている。

もとより日本国憲法は、法律形式集合体にその法段階構造を認めず、法律は憲法の授權範囲内において同一段階に立脚し、制定される。だが、立法者の「憲法改革」の姿勢は、国会には広範な立法裁量が付与され、統治組織法が裁判所の法令審査の対象になりにくいという法環境の下、内閣と国会との共同作業による「憲法改正を最終目標とした憲法改革」を目的としていたと思われる。だが本来、かかる統治方法を予防するのが、憲法典にその硬質性を付与した意味であつたはずである。憲法附属法群の概念を改めて重視し、憲法附属法群としての基本法の制定は、立法者による憲法改正権への浸食作用を営む。そこでは憲法の優位性とその制限規範性の力量は、確実に低減化され、硬性憲法の実質的意義は相対化されゆくであろう。

## 2) ポピュリズムと草の根からの浸食

人的決定型プレビシットは、政策選択とワンセットとなる場合が多く、その点、全権委譲型プレビシットへ転換する可能性が著しく高い。「大阪維新の会」、これに続く「日本維新の会」にみられるポピュリズムは、戦後日本で最初に経験するポピュリストによる地方自治体支配である。

ポピュリズムは、「多数派を決起させること」<sup>43)</sup>に意味がある。ポピュリズムは、既存制度を「民主主義の赤字」として描き、「民主主義の不均

硬性憲法の脆弱性

衡を是正する」<sup>44)</sup> 自己回復運動として展開していく。

ポピュリズムが日本国憲法と対照点に立つとき、地域住民の多数派意思によって民主的ルートが利用され、自己利益の実現が図られる。つまり、各地方自治体の首長及び地方議会議員に自己勢力の構成員を民意によって当選させ、自己勢力を拡大化していく。その上で、自己の政策に関し既存制度の公的権威づけ作用を利用し、条例制定・改正及び予算措置を確保する。本来であれば、地方自治体を枠づける「憲法の留保」と「法律の留保」、また地方自治法による制限規範性が、当該地方自治体に向き合うのであるが、地方自治体の自治を尊重する建前と当該自治体の政策内容が国レベルの政権政党の思惑と一致するため、ポピュリズム運動に裏付けられた政策は、多方面と共鳴しあう。実例をあげれば、明らかに人権制限条例と見られる大阪府と大阪市の「君が代起立斉唱条例」<sup>45)</sup>の制定問題がある。

この実例は、ポピュリズムが「民意」を選挙によって作りだし、自己の政策の正当性を確保しつつ、その決定された政策を実施していく場面において、非公式的住民の意思によって、「喝采」を受ける運動が成立することを示している。殊に、大阪府レベルのポピュリズムが、それよりも下位に位置する市町村に下降しつつ、同時に都道府県レベルの横軸にも波及し、現在では上昇的に国政レベルにまで達している。運動であれば、止まることは許されず、常に運動理念の再生産が、横と縦に風船のごとく拡大化していく。

ポピュリズムの成功の結果、当該条例が合憲・合法の枠と憲法解釈を公定化する最高裁判所の判例との間隙をぬったとき、そこには下位規範による上位規範と日本国憲法への浸食作用が生じる。その浸食作用によって、社会の基底部分における「人間の良識」を瞬間的にも麻痺させ、日本国憲法自体が依って立ち、同時に民主主義の成熟性にとって最も必要な個々人の存在は、分離化する。現時点の関西地区のポピュリズム運動は、

ヴァイマル後期におけるファシズムと相似しているという意味で、深刻である<sup>46)</sup>。とくに「日本維新の会」による国政選挙への進出は、上昇的支配関係性を指向しながら、「住民」から「国民」への民意動員化の結果であり、またその変質は、ポピュリズムからファシズムへの移行を予感させる。

硬性憲法の「決定された内容」、すなわち「憲法の留保」に関し、法段階構造への謙譲なき投票者への依存性は、確実に日本国憲法典が継受してきた少数派保護のための「個人の尊重」(13条)と抵触する。ポピュリズムの行き先は、個人を投票者に限定し、また格下げすることにより、「果たされない約束」としての幻想的政策の継続に到る。

## 五、小結

本来、政治は、憲法に基づいて統治を行う。これを立憲政治という。成文憲法である日本国憲法は、戦後政治を規律していたが、憲法改正勢力が政権政党として政治権力を行使してきた結果、常に日本国憲法は、「憲法改正」と「憲法改革」に晒されてきた。日本国憲法制定から三代目を迎えた現在、憲法典の原点と現点には距離感がある。

筆者がここで問題とした点は、憲法を動かす勢力が改憲指向をもったとき、硬性憲法はどのように軟化していくのかという点である。再確認していえば、第1に、憲法典の解釈を政権政党の都合に合わせて増幅させ、これを最高裁判所が追認するという問題性である。憲法典のテキストに何を読み、何を読み込んではいならないのかという準則設定に、日本国憲法典の継受元さらには、憲法典制定の動機要因が重要な意味をもつはずである。

第2に、憲法を動かす国家機関が、現況に対応するための憲法テキストを解釈するとき、憲法典と政府解釈によって生み出された憲法現実と

## 硬性憲法の脆弱性

の間には、乖離が生じる。その距離が限界点になれば、憲法改正権の利用が行われる。ただ、日本では「解釈改憲」手法がとられた結果、これまで憲法改正権のルートは利用されなかった。しかし、それは日本政治に則していえば、国民が憲法改正権者であるがため、国民の同意が得られる環境がこれまでなかったという結果でしかない。もっとも「解釈改憲」手法によって作られた憲法現実が、憲法典との距離を広げていくなれば、憲法改正権の発動はより一層可能となる。

第3に、その場合、「硬性憲法典は、何を憲法に留保させているのか」という憲法改正権限界の問題と出会う。憲法改正権者としての国民の同意は、日本国憲法典の基幹部分の変更を許容しているのか、また憲法制定権力の新規発動は日本国憲法では封印されているのかという問題である。

憲法改正権力には限界があるという言説と、日本国憲法の下では憲法制定権力の新規発動は「凍結」、「消去可能」だという言説は、前提として日本国憲法の規範維持を想定している。しかし、一般化された日本の憲法典を想定した場合、「国民の憲法制定権力」は、消去することはできないと思われる。というのも、国家形式の最終決定権は国民に留保されているからである。ただし、憲法制定権力にあつては、「国民」を詐称する政治勢力がこれを利用する場合もあり、憲法制定権力の両義性を見誤れば、憲法制定権力論は自己破壊的論理へと劣化する。日本国憲法の拘束の下、憲法制定権力を主張する意義は、事実上、憲法改正無限界説と接続する。そこでは、憲法改正は、「内容に関する決定」と同時に、「手続法上の問題」として改めて論議される。

第4に、硬性憲法が硬性として描かれなければならない理由自体への懐疑が、国民意思によって作り出されるというポピュリズムの問題がある。ポピュリズムが運動である以上、常に敵は必要であり、その敵は日本国憲法であり、日本国憲法の存在根拠である少数派のための「人たる

に値する個人の尊重」への敵視である。関西地区のポピュリズムが、国レベルに上昇した今、憲法改正権者としての「国民」の動員化はたやすい。

本稿では、硬性憲法がそれ自体の硬質性によってその硬質が維持されるのではなく、つまり、手続法規によって硬質が存在するのではなく、硬質を尊重する人間意思によって、硬性憲法が維持できることを主張したつもりである。ただ逆にいえば、人間意思を通じたその尊重がなければ、硬性憲法は軟化される危険性が生じる。硬性憲法としての日本国憲法は、何を「硬化させた価値」として描いたのか、その敬意をもった憲法理論がなければ、無邪気な憲法改正論が跋扈するだけであろう。

追記／本稿は、2013年度基盤研究（A）「二院制に関する動態論と規範論の交差的研究」及び本学個人研究助成費（2013年度）の研究成果の一部である。

---

## 註

- 1) 清宮四郎『憲法I〔第3版〕』（1979年、有斐閣）11頁。もともと、「軟性憲法」と「硬性憲法」との区別を提唱したブライス（J. Bryce）は、憲法典の改正手続の難易度には無関心である。清宮を始めとする通説への批判として、小嶋和司『憲法学講話』（1982年、有斐閣）12頁以下参照。もともと、日本的通説は、ブライスではなくダイシーに依拠しているとの指摘もある。この指摘も含めて、ブライスにかかわる邦語文献としてA. パーチェ 井口文男訳『憲法の硬性と軟性』（2003年、有信堂）所収の「訳者解説」169-181頁。A. V. ダイシー 伊藤正己・田島裕訳『憲法序説』（1983年、学陽書房）120-122頁参照。また高見勝利「硬性憲法と憲法改正の本質」『レファレンス』650号2005年9-20頁がある。
- 2) 自由民主党の「党の使命」（1955年11月15日）において「現行憲法の自主的改正」、また「党の政綱」（同日）において、「六、独立体制の整備／

## 硬性憲法の脆弱性

平和主義、民主主義及び基本的人権尊重の原則を堅持しつつ、現行憲法の自主的改正をはかり、また占領諸法制を再検討し、国情に即してこれが改廃を行う」ことが明記されている（『自由民主党党史 資料編』〔1987年〕9-10頁参照）。この流れは「新綱領」（2005年11月22日）「平成22年綱領」（2010年1月24日）においても継続し、後者では、「日本らしい日本の姿を示し、世界に貢献できる新憲法の制定を目指す」ことが謳われている。また、『日本国憲法改正草案』（2012年4月27日決定）が公表されている。自由民主党の基本文書は、同党HPからも検索可能である。

- 3) 同旨・野坂泰司「憲法解釈の論理と課題」『公法研究』66号2004年20頁以下参照。
- 4) 阪田雅裕「内閣法制局と憲法解釈」『憲法問題』22号2011年105頁参照。
- 5) 同上。平岡秀夫「政府における内閣法制局の役割」『北大法学論集』46巻6号1996年343-368頁に内閣法制局の任務内容の概略がある。また内閣法制局による解釈態度の概要については、間柴泰治「内閣法制局による憲法解釈小論」『レファレンス』685号2008年75-80頁参照。
- 6) 一連の政府統一見解については、『臨時増刊 ジュリスト 靖国神社公式参拝』（1985年）110頁以下所収の「資料編」に依った。
- 7) 公式参拝後、1985年8月20日の衆議院内閣委員会（閉会中審査）において、政府は次のような政府の見解を公表した。「政府は、従来、内閣総理大臣その他の国务大臣が国务大臣としての資格で靖国神社に参拝することについては、憲法第20条第3項の規定との関係で違憲ではないかとの疑いをなお否定できないため、差し控えることとしていた。今般『閣僚の靖国神社参拝問題に関する懇談会』から報告書が提出されたので、政府としては、これを参考として鋭意検討した結果、内閣総理大臣その他の国务大臣が国务大臣としての資格で、戦没者に対する追悼を目的として、靖国神社の本殿又は社頭において一礼する方式で参拝することは、同項の規定に違反する疑いはないと判断に至ったので、このような参拝は、差し控える必要がないという結論を得て、昭和55年11月17日の政府統一見解をその限りにおいて変更した」。同上・115頁。
- 8) いわゆる「主権全能論的無限界説」である。この学説の主張者として、結城光太郎「憲法改正無限界の理論」『山形大学紀要（人文科学）』3巻3号（1956年）281頁以下がある。

- 9) 清宮・前掲書(註1)・34頁参照。同『国家作用の理論』(1968年、有斐閣)177-180頁参照。芦部信喜『憲法制定権力』(1983年、東京大学出版会)109-110頁参照。
- 10) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(1973年、勁草書房)302頁以下参照。
- 11) 長谷部恭男「憲法制定権力の消去可能性について」同編集責任『岩波講座憲法6』(2007年、岩波書店)51頁以下、同「われら日本国民は、国会における代表者を通じて行動し、この憲法を確定する」『公法研究』70号(2008年)1-21頁所収。本稿では前者の論文を利用した。
- 12) 樋口・前掲書・302頁参照。
- 13) ただし、シュミット学派に属するベッケンフェルデは、憲法制定権力を国民の「精神」概念に位置づけ、規範的に捉える見方を否定している。E-W. ベッケンフェルデ 初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』(1999年、風行社)180-181頁参照。
- 14) M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl., 2003, S. 239.
- 15) Ibid., S. 241.
- 16) 樋口陽一『憲法I』(1998年、青林書院)380-382頁参照。
- 17) 自由民主党による『日本国憲法改正草案』(2012年4月27日決定)13条は、「全て国民は、人として尊重される」と定め、意識的に現憲法13条に定める「個人」が置き換えられている。これは、「新しい日本国の形」が西欧型民主主義と切断しようとする意図と関連する。「個人主義なくしても民主主義が成立する」という発想は、民主主義を「数の数え方」問題として矮小化する。
- 18) C. シュミット 尾吹善人訳『憲法理論』(1972年、創文社)133-134頁参照。
- 19) 大日本帝国憲法から日本国憲法制定に法的連続性を見ず、ポツダム宣言受諾により国民主権が生まれ、この主権所在の変動に新たな憲法制定の根拠(憲法制定権力の発生)を置くという8月革命説(通説/宮沢俊義)の下では、大日本帝国憲法73条の改正規定に基づく日本国憲法の制定は、「借用」に止まることになる。清宮・前掲書(註1)・52頁参照。
- 20) 杉原泰雄『憲法と国家論』(2006年、有斐閣)192頁。
- 21) 芦部信喜『憲法学I・憲法総論』(1992年、有斐閣)46-49頁参照。憲法制定権力自体を扱った作品として、同『憲法制定権力』(1983年、東京大学出版会)がある。
- 22) 長谷部・前掲論文(註11)・57頁参照。

## 硬性憲法の脆弱性

- 23) もっとも自由民主党「日本国憲法改正草案」100条では、憲法改正権者に国民を入れている。
- 24) 辻村みよ子「国民主権」辻村／長谷部編『憲法理論の再創造』（2011年、日本評論社）121頁参照、山内敏弘『改憲問題と立憲平和主義』（2012年、敬文堂）20-24頁参照。
- 25) 芦部信喜『憲法制定権力』（1983年、東京大学出版会）324頁。もっとも芦部説は、国民の抵抗権の発生を前提とした「国民の憲法制定権力」の有意義性を「非常な場合」として想定していると思われる。
- 26) 加藤一彦『憲法』（2012年、法律文化社）31頁参照。
- 27) 人的決定型プレビシットとしては、ヴァイマル憲法41条のライヒ大統領直接選挙制度、リコール決定型プレビシットとしては、同43条2項の国民投票による解職制度がある。
- 28) P. Krause, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie , in : J. Isensee und P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht Bd. 3, 3. Aufl., 2005, S. 61. ; E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd., 6 , 1981, S. 437.
- 29) Huber, a. a. O., S. 437. ; H. Schneider, Volksabstimmungen in der rechtsstaatlichen Demokratie , in : Gedächtnisschrift für W. Jellinek , Forschungen und Bericht aus dem öffentlichen Recht, 1955, S. 157f.
- 30) P. Krause , a. a. O., S. 62.
- 31) 「国民投票法（Gesetz über Volksabstimmung）」の最初の法文は、「ライヒ政府は、以下の法律を議決し、公示する」である。この法文が授権法の性格を表している。
- 32) 人的プレビシットについては、ヒットラーの国家元首就任に関する国民投票がある。ライヒ政府は国家元首法（1934年8月1日）を議決し、「ライヒ大統領の官職は、ライヒ宰相の官職に統合」（1条）され、ヒンデンブルク大統領が翌日2日に死去すると、ヒットラーが直ちに国家元首に就任し、3日に同法施行令に基づき国民投票を行うことが明らかにされた。8月19日に国民投票が行われ、約95%がヒットラーが国家元首になることに同意する賛成票であった。
- 33) 当時の国民投票の詳細については、Hrsg., Ingo von Münch , Gesetz des NS-Staates , 1994, S. 16f. ; H. Schneider, Volksabstimmung in der

rechtsstaatlichen Demokratie , in : Gedächtnisschrift für Walter Jellinek , 1955, SS. 160–163. また、NS時代の項目を調べるには、Hrsg., W. Benz, Enzyklopädie des Nationalsozialismus, 1997. が便利である。国民投票の結果に関しては、同書 S. 793. などを参照した。なお、1936年3月29日にライヒ議会選挙とラインラント占領につき、同一の投票用紙によって、国民投票が行われたことがある。ラインラント占領賛成票の割合は、約98.8%であった。この点については、O. Jung , Wahlen und Abstimmungen in Dritten Reich 1933–1938, in : hrsg., E. Jesse und K. Löw , Wahlen in Deutschland , 1998, S. 83f. ユンク論文 SS. 93–97 に当時の投票用紙が掲載されている。

- 34) K. ヘッセ 初宿正典 赤坂幸一訳『ドイツ憲法の基本的特質』（2006年、成文堂）95頁参照。バデューラも、ドイツ統一後、プレシットによる国民立法の要求が増大化している点について懐疑的である。P. Badur , Staatsrecht, 5. Aufl., 2012, S. 527f.
- 35) H. Meyer, Volksabstimmungen in Bund : Verfassungslage nach Zeitgeist ? , in : JZ. 11/2012, S. 538–546.
- 36) 「シュトツガルト 21」問題が、最近ではプレシットとの関係で論争を引き起こした。この概要については、朝日新聞朝刊 2013年2月11日。また、「シュトツガルト 21」問題を契機にインフラ整備に関する財政支出主体に対する市民参加は、どこまで許容できるかという新たな問題が発生している。プレシットを認める立場にからしても、「住民投票」の範囲の策定は重要である。この点については、E. Gurlit, Neue Formen der Bürgerbeteiligung ? , in : JZ. 17/2012, SS. 833–841.
- 37) 首相解散権との関係で戦後憲法学がプレシットを軽視してきたことを指摘したことがある。加藤一彦『議会政治の憲法学』（2009年、日本評論社）158頁以下、特に177頁参照。
- 38) 清宮・前掲書（註1）204頁。
- 39) 辻村みよ子『憲法〔第4版〕』（2012年、日本評論社）363頁。人民主権論からは当然、国民の立法過程への参加は排除されない。杉原泰雄『憲法Ⅱ』（1989年、有斐閣）221頁参照。
- 40) 辻村・同上・364頁。
- 41) 大石眞『憲法秩序への展望』（2008年、有斐閣）9頁。

硬性憲法の脆弱性

- 42) 川崎政司「基本法再考(三)」『自治研究』82巻1号(2006年)67頁。
- 43) B. クリック 深谷青志／金田耕一訳『デモクラシー』(2004年、岩波書店)134頁。
- 44) 吉田徹『ポピュリズムを考える』(2011年、NHK ブックス)209頁。
- 45) 「大阪府の施設における国旗の掲揚及び教職員による国歌の斉唱に関する条例」(2011年／大阪府条例83号)、「大阪市の施設における国旗の掲揚及び教職員による国歌の斉唱に関する条例」(2012年／大阪市条例16号)。一連の流れについては、塚田哲也「日の丸・君が代強制問題の現在」『労旬』1768号(2012年)6-17頁。なお、2013年9月4日、大阪府教育委員会は、「君が代斉唱」を確実にするため、教職員が実際に斉唱しているかを確認するため、管理職が「口元チェック」をする通知を発した。個人の身体にまで公権力を及ぼそうとするその姿は、法令遵守に名を借りた隷従そのものである。指導者への隷従は、ファシズムの共通要素である。
- 46) H. ケルゼン 長尾龍一「民主制の擁護」上原行雄ほか訳『ハンス・ケルゼン著作集I』(2009年、慈学社)所収、13頁参照。民主制が崩壊する内在的要因を示している。