

日本国憲法の改正

——憲法の変遷と憲法の柔軟性——

森

省

三

いずれの国家においても、憲法の改正が、憲法の制定と同様に重要なものであることは論を俟たない。それ故に、現存する成文憲法の殆んどは、憲法改正についてなんらかの規定を設けているが、日本国憲法も、第九六条に改正に関する規定を設けている。日本国憲法改正の問題は、理論的には勿論のこと、現実的にも未だ解決せられていない種々な問題を内包しており、我が国の現在とはもとより、将来にとっても重大な問題の一つと言わざるを得ない。従って、従来、学者・法律家・政治家等を中心に、憲法の改正に関し、その本質、改正手続、憲法制定権と憲法改正権、憲法改正の限界、憲法の改正と憲法の変遷などの問題が、多角的視野のもとに様々な考察がなされてきているのである。

憲法の改正とは、狭義においては、成文憲法典の条項に修正、削除又は追加など意識的変改を加わえる行為をいい、広義においては、このほかに、既存の成文憲法典に新たな条項を増やす行為（増補）を含むものである。

憲法改正は、通常憲法自らが定めているところの改正手続に従って行なわれるものであるが、憲法典の一部、すなわち、いくつかの特定の条項を改正する一部改正と、現行憲法典を全面的に改正する全面改正とがある。いずれにしても憲法の改正は、新憲法の制定とは明確に区別されなければならないのであって、一部改正であれ、全面改正であれ、現行憲法の基本原理に反するような改正をなすことは許されない。すなわち、既存の憲法の基本原理を変えることなく、同一性を保持していることが必要であって、全面改正もこれに反しなれば許されるものである。帝国憲法は、上諭第五段および同第七三条一項の規定により全面改正を認めていなかったのであるが、日本国憲法は一部改正と全面改正について、別段の規定がないので、全面改正も許されるものと思われる。なお憲法の廃止は憲法自身を否

定するものであり、認められない。

日本国憲法は、我が国の政治形態とか国民の権利義務などを定める根本規範であり、且つ国の最高法規でもあるが故に、それが朝令暮改式に、安易に且つ屢々改められることは、法的安定性とか人権保障といった面からみて好ましいものでないことは言うまでもない。しかしながら、常に流動的に変転してやまない現実の国内生活を規律づける一国の憲法が、固定化したまま全く改正することが許されないということは、實際的でもなければ効果的でもない。それ故に、今日の成文憲法の殆んどは、それ自身の改正をば予想し、改正に関するなんらかの規定―特に改正手続を自ら定めているのである（但し、一八一四年制定のフランス憲法、一八四八年制定のイタリヤ憲法などは改正手続を定めていない）。そしてその殆んどが、憲法の改正について、一般の法律の改正手続より一層鄭重な手続（＝硬性手続）を要求しており、しかもその多くは、かかる手続を経ても、憲法の改正をなすことによつて、その憲法がもつところの基本原理を否定することを認めていないのである。蓋しこれは当然のことであつて、個々の憲法が有するところの基本原理は、その憲法の生命であり、これを否定することは憲法自身の自殺行為であり、革命そのものに他ならないからである。

日本国憲法第九六条に定められた憲法改正手続は、極めて鄭重なものであつて、それ故に、憲法を改正することは相当困難なものと言わざるを得ない。しかるに現実国家社会においては、憲法規範と異なる実例（フランスでは憲法慣習といわれている）が実効性をもつて存在し、そのかぎりで憲法規範の実効性が失われていることを客観的事実として捉らえ、これをば社会学的意味での憲法の変遷と称する説がある。この説によれば右の憲法改正の困難性を相当程度カバーすることができるのであるが、賛否両論がある。

本稿では、日本国憲法の改正と、それに関する問題点について卑見を述べるとともに、憲法の変遷に関し若干の考察をせんとするものである。

二 憲法改正手続

憲法改正手続は、その類型が数種に及ぶようであるが、改正の難易の点からみれば、硬性手続と軟性手続とに分かれており、成文憲法の殆んどは硬性手続を規定している。⁽¹⁾軟性手続は、通常の立法手続と同じ手続でもって容易に憲法を改正できるものであるが、硬性手続は、憲法の改正手続が、通常の立法手続と比較して一層鄭重な手続、換言すれば困難な、容易に改正し難い手続である。日本国憲法は、第九六条に硬性手続を規定しており、その意味で硬性憲法である。

以下改正手続に関して若干の問題点をあげ卑見を述べる。

(1) 国会の発議

日本国憲法第九六条一項は、「この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならぬ。……」と規定している。

① 国会が議決して憲法の改正を発議するためには、まず改正原案が議院に提出（発案）されなければならないが、この発案権者が誰かについて意見が分かっている。本来ならば、主権者であり、実質的な憲法改正の決定権者である国民に発案権が認められても決しておかしくはないのであるが、主権者たる国民は国民の全体であり、国民に発案権を認める制度を有しない我が国においては、国民は発案権者たり得ない。これに対し、国会議員が発案権を有するこ

とは明らかであつて異論はない。国会が「国の唯一の立法機関」であり(第四一条)、憲法改正の発議権を有する以上、国会議員が発案権を有するのは当然のことである(国会法第五六条一項参照)。

問題は、内閣にも憲法改正の発案権、すなわち国会への憲法改正案提出権があるか否かである。これについては肯定説と否定説とがある。

a、肯定説 内閣に法律案提出権が認められる以上、憲法改正案提出権も当然認められるべきであつて、否定すべき理由はない、とする⁽²⁾。

b、否定説 この説には、内閣に法律案の提出権を認めない立場から、憲法改正案についてもその提出権を否定する見解⁽³⁾と、法律案については内閣にその提出権を認めるが、憲法改正案についてはこれを否定する見解⁽⁴⁾とがあり、更に、憲法改正案の提出は、憲法改正の発議のきわめて重要な段階にあるとともに、実質的に発議される改正案の内容を決定するが故に、その提出権も当然議員に独占せしめるのが憲法の趣旨である、という意見⁽⁵⁾もある。いずれにしても否定説はすべて、改正案の提出権は議員にのみ認められ、内閣には認められないとするものである。

このように、憲法改正案の提出権が内閣にあるか否かについて意見が分かれているが、法律案の提出権が法的にも認められており(内閣法第五条)、又現実に出せられていることからみても、更には議院内閣といった点からみても、内閣に提出権を認めてもなら差支えがないばかりか、実際的にもあるように考えられる。

② 憲法の改正は国会が発議することになっているが、この発議とは、提出された改正案を国会で議決することである。国会が発議するについては、衆議院と参議院のそれぞれにおいて、その総議員の三分の二以上の賛成で可決しなければならぬことになっている。但し、この「総議員」の意味については、法律で定められている各議院の議員

定数、すなわち衆議院の議員定数五一一名、参議院の議員定数二五二名を指す（公職選挙法第四条一項、二項および附則第二項）、と解する説と、現在議員の総数、すなわち議員の定数から欠員数を除いた数と解する説とがある。これについて、「前説によると、欠員数だけ反対投票に数えられるという不合理を生ずるから、後説が妥当と思われる^⑥」という意見があるが、後説をとれば、時において欠員数が異り、従って「総議員」数が一定しないという不合理が考えられるし、欠員数すなわち欠員のものは、当然のことながら国会における憲法改正の議決権を有しているものなれば、又積極的に憲法の改正を望んでいる訳でもないし、更に憲法が厳しい硬性手続を採用していることからみれば、前説の方が妥当ではないかとも考えられるものである。

衆議院と参議院のそれぞれの議院においてその総議員の三分の二以上の賛成が得られた場合、国会の発議が成立するのであるが、この場合、両議院の完全な意思の一致が必要である。従って参議院の修正可決ということは許されないし、又参議院の緊急集会で憲法改正の発議を行うことも認められない。そして法律案の議決（第五九条）、予算の議決（第六〇条）、条約承認の議決（第六一条）および内閣総理大臣指名の議決（第六七条）などの場合に認められる衆議院の優越は、この場合認められず、衆議院と参議院とは対等の地位にある。

③ 憲法改正権者は、国民であるが故に、国会は議決した改正案の承認を得るために国民に提案しなければならぬ。国会の発議とこの国民への提案とは、憲法改正手続上、別個の行為である。学説のなかには、「国会における憲法改正の可決は、国民に対する『発議』を意味し、それがすなわち国民に対する『提案』であると解せられる」とするものもあるが、国民への提案に次に述べるような二通りの方法が考えられることからみれば「発議」と「提案」とは別個の行為と考える方が妥当ではないかと思われる。すなわち、国民への提案で問題として考えられることは、一

括して提案するのか、個別的に提案するのか、ということである。一括提案は、国民の代表機関であり、国の唯一の立法機関でもある国会が、憲法のどの条項をどのように改正するかについて、十分に審議した上で改正の発議をしたものであるが故に、一括して国民に承認を求めるといのが、一括提案である。これに対し、個別的提案は、承認を求める憲法の改正案について、各条項毎にこの規定をこのように改正したいので承認を求めるといふことで、個別的に承認を求めるため提案するものである。この個別的提案によれば、国民は改正案について個別的に承認するか否かの意思決定をなすことが出来、一括提案による所謂「抱き合わせ提案」、すなわち、改正したいものと改正したくないものを一括して、賛否いずれかの意思決定をしなければならぬ、という不合理さが避けられる。従って理論的には個別的提案の方が妥当と思われるが、実際問題としては煩雑さが避けられないし、又前に述べたような理由、すなわち、国民の代表機関であり、国の唯一の立法機関たる国会が、十分に審議した上で発議したものであるから、という理由で、国会は一括して提案するのではないかと考えられる。

(2) 国民の承認

憲法の改正は、「国会がこれを発議し、国民に提案してその承認を経なければならぬ。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行われる投票において、その過半数の賛成を必要とする」(第九六条一項)。

国会によって発議・提案せられた憲法改正案は、国民の承認を経ることによつてはじめて改正憲法として成立する。従つて国民の承認は、憲法の改正を決定する行為であり、国民が憲法改正権者であるといわれる所以でもある。この憲法改正権者たる国民が、国会によつて提案せられた改正案をその内容として、憲法の改正を決定することが承認であつて、それは特別の国民投票において、または国会の定める選挙の際に行われる投票において、国民が直接賛成の

意思決定をすることである。この場合、承認が成立せんがためには、「その過半数の賛成が必要」であるが、「その過半数」が具体的になにを指すかについて、三通りの意見がある。すなわち、①有効投票数の過半数、②総投票数の過半数、③有権者数の過半数、である。多数説は、有効投票数の過半数と解している。これは、総投票数の過半数と解すれば、無効投票をばすべて反対投票とみなすことになり妥当ではない、という理由からである。これに対して総投票数の過半数と解する説は、第九六条一項の規定のうち「……特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする」とあることから、総投票数の過半数と解することの方が自然であるということ、又無効投票をした者は、憲法の改正を欲していなかった者と解しうること、からである。最後に有権者数の過半数と解する説は、国民の承認というのは、国民全体としての承認の意味であるから、成る可く多くの有権者の承認投票を必要とすべきであり、無効投票をした者はもとより、棄権した者も憲法の改正を欲しない者と考えるべきである。又有効投票数の過半数と解した場合、有効投票数が極端に少ないと余りにも不合理と思われること、更には、憲法の最高法規性と憲法改正の重要性および改正の硬性手続等からみても、「その過半数」をば、有権者数の過半数と解する方が妥当ではないかと考えるものである。②③説に従えば、①説より憲法の改正が一段と困難さを増すことだけは明らかである。

なお国民投票の方法とか手続については、現在なんらの規定も設けられていないが、これがどのように定められるかによって、憲法改正国民投票の結果に大きな影響をもたらすものと言い得よう。

(3) 天皇による公布

「憲法改正について前提の承認を経たときは、天皇は、国民の名で、この憲法と一体をなすものとして、直ちにこ

れを公布する」(第九六条二項)。

憲法改正は、国民の承認によって確定的に成立するが、それが改正憲法として効力を発せんがためには、天皇によって公布されなければならない。天皇は、内閣の助言と承認により改正憲法を公布せられるが(第九六条二項および第七条一号)、この際「国民の名で」公布されねばならない。これは最高法規たる憲法の改正は、憲法改正権者たる国民の意思に基くものであることを、端的にあらわす意味を持つものである。そして改正せられた憲法を「この憲法と一体をなすものとして」公布されなければならない。ただし、この語句について、有力説は、これは改正憲法が日本国憲法と別個のものではなく、日本国憲法と結合してその一部を構成し、これと同一の形式的効力を有することを意味する、と解する。この見解によれば、「この憲法と一体をなすものとして」の語句は、既存のある条項に、修正・削除又は追加などの意識的変改を加わえられた場合には、それ程の意味を持たない。この語句が意味を持つのは、アメリカ合衆国憲法の修正のように、既存の条項になんらの変改を加わえることをしないで、改正条項を既存の憲法典に増補する場合に特に意味を持つことになる。因みに合衆国憲法第五条は、「いずれの場合でも改正は……あらゆる意味において完全に、この憲法の一部として効力を有する」Article V. “……amendments, which, in either case, shall be valid to all intents and purpose, as part of this Constitution,……”と規定している。

「この憲法と一体をなすものとして」の語句は、改正憲法が既存の日本国憲法の一部を構成し、これと同一の形式的効力を有することを意味する、という点については全く同意見であるが、卓見によれば、この語句は更に改正憲法は既存の日本国憲法と同じ基本原理の上に立っていないなければならない。すなわち基本原理を変えてはならない、ということをも含めていると考えるものである。なぜならば、「この憲法と一体をなす」ということは、改正憲法が日本

国憲法の一部を構成し、形式的効力が同一であっても、基本原理が変わっておれば、憲法の改正ではなく、新憲法の制定となり、現行憲法と一体をなさないからである。

学説のなかには、「この憲法と一体を成すものとして」という語句があるので、日本国憲法の改正も、アメリカ合衆国憲法の改正と同様に、既存の条項になんらの変改を加わえることなしに、別に改正条項を付加するという形式を採らねばならない、という意見もあるようだが、これには賛成し難い。

占領軍総司令部が、いわゆるマッカーサー憲法草案を作成するにあたって、単純に合衆国憲法第五条に倣って「この憲法と一体を成すものとして」という語句を挿入したのかどうか、知るところではないが、少くとも第九〇帝國議會において審議する際、多くの議員のなかには、占領軍の圧力のもとに帝國憲法を改め日本国憲法を制定するのであるが、それが帝國憲法第七三条の改正手続に従って改正の形式をとりつつも、実体は天皇主権から国民主権へという基本原理の変更であり帝國憲法の改正ではない。どのように考えても日本国憲法は帝國憲法とは別個の憲法であり、帝國憲法と一体をなしているとは考えられない。従って将来日本国憲法をば、日本国憲法が定める改正手続に従って改正するときは、日本国憲法の基本原理を変更しない、すなわち日本国憲法と同一性を保った改正でなければならぬという意識が、多少なりとも働いていたのではないかと考えられる。一部の学説では、この語句はさしたる意義を持たない、と言われるが、この語句は、日本国憲法改正の限界について大きな意義を持っていると考えるものである。

三 憲法改正の限界

憲法の改正は、憲法に改正手続規定がある場合、その手続に従って、現行憲法に意識的変改を加わえる行為であるが、手続さえ踏めば、憲法の改正を無制限になし得るか否かが問題となる。これが憲法改正の限界の問題である。

成文憲法のなかには、改正について全く規定を設けていないものも無いではないが、通常なんらかの規定を設けている。それには改正手続について規定するものと、改正行為の内容について規定するものとの二種がある。改正手続規定が設けられている場合、改正行為がその手続を踏まなければならないこと勿論であるが、改正行為の内容について制限規定が設けられている場合、それ以外の内容については無制限に改正し得るのか、或いは改正行為の内容についてなんらの制限規定が設けられていない場合、無制限に改正出来るのか、意見が分かれるところである。わが国では、ドイツ憲法学の影響のもと、帝国憲法の時代から今日に到るまで、改正に限界がある、とする説が通説となっている。

一九五八年制定のフランス共和国憲法が、前憲法の第九四条および第九五条を踏襲して、その第八九条に、「領土が侵されている場合、改正手続に着手しまたはこれを追求することはできない。共和政体はこれを改正の対象とすることはできない」と規定しているのは、一般によく知られているところであるが、このような改正行為の内容について制限を設けている憲法は、他にもいくつか見受けられる。例えば、ドイツ連邦共和国憲法(一九四九・五・二三)第七九条(三項)は、「この基本法の改正は、それが支分邦による連邦の構成、連邦立法への支分邦の基本的協力、または第一条および第二〇条に掲げられている基本原則に影響を及ぼすときは、許されない」と規定している。この

規定の趣旨は、憲法の基本原則に反する改正は認めない、ということであって、第一条に掲げられている原則は、①人間の尊厳の不可侵、②基本的人権の保障、③立法権、行政権および司法権に対する基本権の拘束、であり、第二〇条に掲げられている原則は、①民主的かつ社会的連邦国家、②国民主権、③憲法的秩序による立法の拘束、ならびに法律による行政権および司法権の拘束、である。⁹⁾なお、これ以外に、例えば、一九四七年のイタリヤ共和国憲法第一三九条、アメリカ合衆国憲法第五条などが挙げられる。

(1) 無限説

憲法改正に限界がない、とする学説は、次のような理由をあげている。①すべて法は、それ自体目的ではなく、社会における人間目的を達成せんがための手段、方法にすぎない。それ故に、その社会事情なり社会生活の条件に変化が生じたり、人間の法意識が変れば、当然変わるべきものであって、憲法と雖も同じである。②憲法制定権者が憲法を制定して、それでもって後の世代の国民の意思を拘束することは許されない。③憲法改正権者たる国民は、主権者であり最高の意思決定をなし得る。④有限説が根拠としてあげる憲法改正を限界づけていると解される規定（例えば前文第一段、第九八条一項、第九六条、第九九条など）を、改正手続を踏んで先に改廃してしまえば、段階的にどこ迄でも改正することができる、などである。

(2) 有限説

わが国においては、憲法の改正に限界があるとする有限説が多数説であるが、その根拠とか範囲などについては意見が分かれている。この有限説は、憲法定権と憲法改正権とを区別し、憲法改正権者は、現行憲法のもとで、憲法の拘束を受けつつ憲法を改正し得るにすぎないが故に、憲法改正権を定める憲法を否定するようなことは許されない、

従つて憲法の改正には自ら限界があるとするものである。

有限説のうちの多くは、日本国憲法の基本体制を基礎づける基本原理、すなわち国民主権主義、平和主義、基本的人権尊重主義などの原理を変更することは認められない、とする。それは、これらの本質的な基本原理を変更することは、憲法そのものを否定することと同じ結果になるし、前文第一段の「これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」とか、第九条一項の「永久にこれを放棄する」、第一条および第九七条の「永久の権利」といった憲法上の文言を根拠として主張されている。⁽¹⁰⁾

この有限説のなかには、憲法の改正は、憲法を正しく改めるということだけを意味するのであつて、改悪することを含まない、とする説もある。⁽¹¹⁾

四 憲法の変遷と憲法の柔軟性

「憲法の変遷」(Verfassungswandlung) という言葉は、特に「憲法の改正」(Verfassungsänderung) と區別して用いられている。ドイツの代表的公法学者ゲオルグ・イェリネクは、有名な「憲法の改正と憲法の変遷」(Georg Jellinek: Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906) のなかで、憲法変遷の事例を挙げつつ両者を區別し、憲法の改正とは、変更するという意図をもつて成文憲法の規定を変えることであり、憲法の変遷は、成文憲法の規定を形式的には変えないで、事実上憲法を変えることをいう、と述べている。すなわち憲法の改正は、憲法を変更する意図のもとに、憲法改正手続を踏んでなされる憲法規範の変改であるのに対し、憲法の変遷は、憲法改正手続を踏まずに、憲法規範をそれに矛盾抵触する国家機関の解釈と運用によつて、事実上変更するものである。いずれも

憲法規範を国家生活における現実に一致させるために行なわれるものであるが、憲法の変遷を認めるか否かについては、学説が大きく対立している。

(1) 肯定説 憲法の条項と矛盾抵触する国家行為が、反覆・継続して存在し、その行為が国民の法的確信によって、明示的又は黙示的に承認されているような場合は、慣習法的性格を帯び、当該憲法の条項を事実上改廃し、憲法の変遷が行なわれたと考えるのである。この立場は、基本的には、法規範は実効性を有してこそ法規範たりうるという考え方のもとに、実効性を有しない法規範は、成文憲法といえども法規範ではない、と考えるものである。この憲法の変遷を認める立場には、G・イエリネクをはじめ多くの学者がいるが、イエリネクによれば、憲法の変遷が生ずるのは、「(1)議会・政府・裁判所などの解釈による場合、(2)政治上の必要にもとづく場合、(3)憲法上の慣習による場合、(4)国家権力の不行使による場合、(5)憲法の精神における根本的变化による場合」⁽¹⁰⁾である。

(2) 否定説 憲法の条項と矛盾抵触する国家行為が、いかに長期間、反覆・継続して存在しようとも、それは違憲なものであって法としての効力を有せず、単なる事実たる慣習にすぎない、と考えるものである。従って、H・ケルゼンをはじめこの立場をとる学者は、現実に違憲の事実が存在しても、それはありふれた社会現象にすぎず、違憲の行為が存在するが故に憲法が変遷したとは考えないのである。

(3) 憲法の変遷と憲法の柔軟性

日本国憲法は、第九八条一項に、「この憲法は、国の最高法規であって、その条規に反する法律、命令、詔勅および国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と規定しており、更に第九六条において改正に関し、いわゆる硬性手続を規定している。このことから憲法の本質をめぐる原理として、一般に「安定性」と「可

変性」とが挙げられる。日本国憲法は、わが国の国内法体系において最高位に位置づけられる法であり、一国の政治的根柢原理を確定するところの根本規範でもある。従って法律などは異り、しばしば変更されることを好まないという「安定性」の原理を本質的に具有している。最高法規であり根本法規である一国の憲法が、頻繁に且つ安易に変更されるといふことは、一国の社会秩序維持にとって不可欠の法的安定性が損なわれ、人権侵害等の問題も起り易く、円滑な社会生活を確保できないからである。それ故に、成文憲法の殆んどは憲法の改正について硬性手続を規定し、改正を困難にしているのである。

又一般に憲法自身が改正についてなんらかの規定を設けていることは、いずれの國家の憲法も、全く改正を必要としない完全無欠のものはない得ないことの証明でもある。仮りに制定せられた時点で完全な憲法があり得たとしても、不断に起っている社会生活とか国民意識の変化に対応するためには、いつかはなんらかの改正を必要とするものであり、憲法は本質的にそのような性質をもつものであって、これが憲法の「可変性」である。ただこの「可変性」が、なんらの改正手続を踏むことなしに、事後的行為によっても変えられうるものであるか否か問題である。

日本国憲法の規定のなかには、にわかに理解されにくいような不明確な個所がいくつか見出される。これは多義的用語というか、いくつかの意味をもった用語が使われていたり、文章が不完全であつたりするからである。それ故に多くの学者、法律家はもとより政治家とか一般国民などにおいても、その解釈なり受け取め方が多岐多様にわたっているのである。これはとりもなおさず、事の善し悪しは別として日本国憲法が「柔軟性」に富んでおり、幾通りにも解釈のできる規範内容を有しているからである。元来、成文法は文章に表現せられた規範意識であるが故に、人間の作成する文章の不完全な結果として、我々をしてしばしば法規の眞の内容を把握することを困難ならしめると同時

に、法の内容に固定性を帯びさせるが故に、流動してやまない現実の社会生活の実際に応じきれない恨みをもつものである。この点、成文憲法たる日本国憲法も例外ではない。ただ日本国憲法は、この欠点を「柔軟性」でもってカバーしているのである。

今ここに、憲法のある条項についての解釈が、A説、B説、C説と分かれており、A説とC説とは全く対立する解釈で、C説はその折衷説又は中間説とする。勿論どの解釈も、社会において一般的に認められる判断基準に基き、論理的法則に従って理論が展開せられている限り、どの解釈が正しく、どの解釈が間違っていると一概に断定できない。もとより単に多数意見なるが故に正しいとも断定できない。これは憲法が多義的用語を使っていたり、いろいろな解釈できる不明確な規範内容を有しているからである。このように憲法解釈がいろいろと分かれる場合、制度的には、権限ある国家机关によってなされる有権解釈が拘束力をもつのであるが、その有権解釈も社会生活とか国民意識の変化、或いは国際情勢の変化などによって変更されることもある。このような場合を一部の学者は憲法の変遷として捉えているが、これは憲法の変遷ではなく憲法解釈の変更である。そして日本国憲法は、そのような解釈の変更を容認するだけの包容力を有しているのであり、ここに日本国憲法の柔軟性を見出し得るのである。学説のなかには、国際情勢とか国民意識の変化を理由として、例えば憲法第九条の「変遷」を認め、自衛隊違憲論から合憲論に説を改められたものもあるが、これは憲法が変遷したのではなく、憲法解釈が変更されたのであって、それが認められるのは、日本国憲法が幅広い規範内容をもっており、違憲の解釈も合憲の解釈もなし得るからである。従って国際情勢とか国民意識に変化があつて、それに合致するように憲法解釈に変化がみられても、なんら問題はないのである。ただ憲法規範に多義的な用語が多く使われていたり、不明確な、いづれにも解し得るような文言が用いられていても、その解釈

にはおのずから限界があるし、又憲法解釈が度たび変えられるということが、法的安定性の面からみても好ましくないことは極めて明らかなるところである。そこで憲法の意味内容を明確なものに変えたり、現実の社会生活とか国民意識に截然と合致するように、憲法の改正が行なわれ得るし、又行なわれねばならないのであって、一部の為政者なり、国家機関なりが、党利党略などのため自分達に都合のよいように、手前勝手な判断で憲法解釈を変えることは許されるものではない。

憲法慣習ではないが、道路交通法第二二条により、最高速度が時速四〇キロメートルと定められている道路を、実際には、殆んど自動車が車の流れに従って時速四五キロメートル位で走行している。このような場合、道路交通法の規定は、実質的に変更されており、なんら実効性をもたない、と言ひ得るであろうか。わが国の法例第二条には、「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」と規定せられている。このことから知り得ることく、いかに事実たる慣習が、反覆・継続して存在していると雖も、「公ノ秩序」に反する場合は、法律と同一の効力などとも認められるものではない。従つて個々の憲法規範に反すると思われる慣習などが実例として存在することがあつても、それらが憲法の条規に反する場合は当然に違憲無効である(憲法第九八条一項、法例第二条など参照)。一見憲法規範と異なるが如くに思われる実例が存在し、それが実効性を有している場合、それは、憲法の条規に反し従つて無効の実例が、憲法規範を事実上改廃し実効性を有しているのではなくて、憲法がその存在ならびに効力を容認しているが故に、その実効性が認められるのである。ここに憲法の柔軟性が存在するのである。

日本国憲法は、憲法法典の形式をとつて制定せられた成文憲法であり、形式憲法であるが、同時に又それは実質憲

法でもある。しかるに日本国憲法は形式憲法であり、現実にはその規範内容と異なる（と思われる）実例が、実効性をもって存在しておれば、それをば日本国憲法とは別個の実質憲法として捉える考え方があつた。これが憲法の変遷を認める考え方であつて、この考え方によれば、成文憲法の条項に形式上なんらの変更が加わられることなしに、その規範内容に変更があることになる。

憲法の変遷を認める学者のなかには、憲法第九条の戦争放棄の規定を引用され、日本国憲法が施行された当時の憲法解釈（全面放棄説）と、現在における憲法解釈（一部放棄説）とは異つて来ている。ここに憲法の変遷があると唱えておられるものがある。そこでこの第九条の解釈を参考にしつつ卑見を述べてみたい。

憲法第九条の解釈には、大別して①全面放棄説A（この説によれば、第九条一項であらゆる戦争を放棄しており、一切の戦力を保持しない）、②全面放棄説B（この説によれば、第九条一項で放棄しているのは侵略戦争だけであつて、自衛戦争は放棄していない）。従つて同条二項前段で保持しない戦力は、侵略のための戦力であつて、自衛のための戦力はこれを保存できる。しかしながら、同条二項後段で交戦権を否認しているが故に、一切の戦争ができない。従つて結果的には一切の戦争を放棄している）、および③一部放棄説（この説によれば、第九条で放棄している戦争は、侵略戦争だけであつて、自衛戦争までも放棄しているものではない。従つて自衛のための戦力は保持できるし、自衛戦争も許される）と三つの大きな学説がある。

このように憲法第九条の規定一つみても、学説とか見解が幾通りにも分かれており、自衛隊問題にしても、合憲論もあれば違憲論もある。一つの規定において幾通りもの憲法解釈が存在し、そのいずれをみても、直ちにどの説が正しくどの説が間違つてゐるとはわかに断定できない。これは日本国憲法が規定に柔軟性を有しているからである。

一つの規定が幾通りにも解釈できるということは、前述のごとく法的安定性の面からみれば決して好ましいことではないが、反面幾通りにも解釈できるといふ柔軟性があることによつて、社会生活とか国民意識の変化に順応でき、従つて安定性を保持できるということにもなる。

本来固定性を有する成文憲法に、右のような柔軟性があるということは、決して矛盾したものではない。例えば、ここに鉄鋼がある。我々は即座に固い金属、融通の効かない不動の金属のように思い勝ちであるが、鉄鋼で造られたお寺の釣鐘は、撞木で叩けば微妙な振動を起し妙なる音色を長く出すし、電車の線路でも、夏は伸長し冬は縮小するのである。このように、固い、融通の効かないように思える鉄鋼でも振幅性を有するというか、それなりに柔軟性を有しているのである。成文法たる形成憲法も、文章自体は改正されなにかぎり固定していても、その規範内容は決して固定化した融通の効かないものではなく、幾通りにも解釈できるといふ柔軟性を有しているのである。そしてそのことが安定性を保持する要因ともなっているのである。

五 む す び

以上述べてきたところからも知り得るごとく、国家の根本法であり最高法規でもある日本国憲法は、法的安定性の面からみても濫りに改正せられないことが望ましいのは当然のことである。しかしながら、その可変性からみて、いづれなんらかの改正がなされるであろうことは、よく歴史の示しているところである。従つて右に述べた成文憲法の柔軟性の限界を超えるとき、憲法改正の問題が生ずるのである。

憲法解釈にかぎらず、およそ法解釈において、最も重要で且つ制度的に拘束力をもつのは、権限を有する国家機関

が行なうところの有権解釈である。これには、立法解釈、司法解釈および行政解釈があるが、憲法解釈においては、憲法の番人といわれる最高裁判所による司法解釈が、制度的にも又現実的にも最も尊重されていると言い得るが、それとても判事間に、多数意見、少数意見、反対意見および補足意見などあって、憲法解釈が一致しないことも少なくない。それも日本国憲法に柔軟性があり、幾通りにも解釈できる場合が少なくないからであるが、なによりも肝要なことは、日本国憲法が国の根本法であり、最高法規であるということ、その憲法に改正する必要があるときは、憲法改正手続を踏んで改正しなければならぬこと、改正権者は主権者たる国民である、ということである。これを無視して、たまたま存在するところの社会的事実（憲法慣習）を過度に重視し、憲法に定める改正手続を踏まず、主権者たる国民の投票による承認をも得ることなしに、事実上の憲法の変更を認めることは、法論的には到底承認できないものである。憲法の変遷を認める学説は、国家机关の有権解釈や慣行といった憲法実例の反覆・継続という事実とそれに対する学説とか世論の承認があれば、憲法の変遷が認められると考えているようであるが、卒直に言って、学説とか世論がいかにも多くとも、憲法第九六条一項にいう投票による国民の承認に代えることはできないのである。しかも憲法の条規に反する憲法上の慣行（憲法慣習）が論理的に法的効力を認められないことは本文中で述べた通りであって、現実にも効力が認められているのは、日本国憲法が柔軟性をもって容認しているからである。

法社会学的意味における憲法の変遷を認める学者は、憲法規範に反する憲法実例が実効性をもって存在し、そのかぎりでは憲法規範の実効性が失われていることを客観的事実として指摘するが、そのような社会現象の存在することは否定し得ない。ただ憲法規範と異なる憲法実例が実効性をもって存在するのは、憲法規範の柔軟性から憲法がその存在並びに効力を容認しているだけのことであって、憲法に反する憲法実例が存在すれば、そのことよって直ちに憲法

規範の実効性が失われていると考えるべきではない。有名なマーベリー事件⁽¹³⁾で、マーシャル裁判長が、「憲法のなかの条項は、どの条項でもこれを効力のないものと推定してはならない」と述べているように、たまたま一時的に憲法に反する(と思われる)憲法実例が実効性をもって存在しているからといって、その限りに関して事実上憲法の条項が効力を失っているとか、憲法規範が変遷していると考えるべきではない。橋本教授が、「固有の意味の憲法の変遷とは、上述のように、成文憲法の条項がその文言を変えることなくその客観的意味が変遷したことをいう」と明確に定義づけられ、「憲法の条項すなわち法規範と相反する事実が存在するからといって、憲法の変遷が生ずるわけではない。憲法の変遷を、『憲法規範と憲法の現実との間に存する不一致』と定義するものもあるが、……憲法規範と現実との間に不一致があるときは、それは違憲の状態であって、まだ憲法の変遷をもって論ずべきではない。憲法規範のもと客観的意味が変わったとき、はじめて、憲法の変遷があったといえることができる。」⁽¹⁴⁾と述べておられるが、憲法規範がそのようないくつかの客観的意味をもつのも、憲法に柔軟性があるからである。

最後に、コンラート・ヘッセ教授が、憲法の改正と憲法の変遷とを区別しつつ、「憲法規範の内容の具体化は、とくに多くの憲法規定の広範性と開放性のために、前提条件の変化に応じて様々の帰結を導き、その限りで《変遷》を生ぜしめる。憲法改正の問題は、憲法変遷の可能性の尽きるところから始まる⁽¹⁵⁾」と論じておられるが、この前提条件の変化に応じて様々な帰結が生まれうるものの、憲法規範の広範性と開放性こそ、憲法がもつところの柔軟性である。

(1) 現行ニュージーランド憲法は、軟性憲法である(和田英夫・「憲法演習」三一四頁)。

(2) 宮沢俊義「憲法」三八六頁。清宮四郎「全訂憲法要論」七三頁他。

- (3) 田畑忍「憲法九六条の解釈」(同志社法学一六卷所収六二頁。佐々木惣一「改訂日本國憲法論」も同旨)。
- (4) 俵静夫「改訂日本國憲法概論」一八頁。原龍之助「憲法概説」四一頁。
- (5) 鈴木安藏「憲法學原論」二四九—二五〇頁。
- (6) 清宮四郎「憲法I」(有斐閣法律學全集)三一七頁。
- (7) 同右三一八頁。
- (8) 同右三二一頁。宮沢・前掲書三八七頁。
- (9) 清宮・前掲書三二二—三二四頁。阿部照哉、池田政章編「新版憲法①」九〇頁參照。
- (10) 鵜飼信成「憲法」二四—二五頁。宮沢・前掲書三八八頁。一円一億「憲法改正とその限界」(公法研究八号所収二〇—二一頁。他多数)。
- (11) 田畑・前掲論文六五頁。
- (12) 清宮四郎、佐藤功編「統憲法演習」六頁參照。
- (13) Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (U. S. 1803)
- (14) 橋本公宣「日本國憲法」四八—四九頁。
- (15) Konrad Hesse, "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland" (阿部照哉他訳「西ドイツ憲法綱要」一八頁)。

右のほか主たる参考文献

- 竹花光範「憲法改正の法理と手続」。
- 尾吹善人「憲法」(学説判例事典I)。
- 宮沢俊義「日本國憲法」(コンメンタール編)。
- 芦部信義「憲法制定権力」。
- 田口精一編「憲法」(法学演習講座①)
- 川添利幸編「憲法」(法律學基礎講座I)
- 小林孝輔「憲法」(法律學基礎講座I)

関法 第三五卷 第三・四・五号

四九〇（二〇二〇）

池田政章「現代の憲法論」(憲法判例研究会編)

伊藤正巳「憲法の研究」

菅野喜八郎「憲法改正行為の限界」(ジュリスト増刊号「憲法の争点」・新版所収)