

制度化された憲法制定権力と憲法改正権

時 本 義 昭

▼キーワード

- 始原的憲法制定権力、
- 制度化された憲法制定権力、
- 憲法改正権、制度理論、
- 権力の制度化

▼要旨

制度化された憲法制定権力という概念は、芦部信喜がビュルドーに依拠してわが国の憲法学界に導入したものであり、現在、通説的な国民主権論の重要な構成要素を成している。制度化された憲法制定権力とは、始原的憲法制定権力が憲法制定をとおして憲法改正権へと転化したものである。この場合、始原的憲法制定権力は「人間人格不可侵の原理」によって制約され、その結果として制度化された憲法制定権力＝憲法改正権も制約される。このように憲法改正権は憲法制定権力と同質性を有するが、この同質性から憲法によって設定された他の権力とは異質なものである。いずれにしても、芦部のいう「制度化」は始原的憲法制定権力を憲法典の中に取り込むことを意味するが、ビュルドーのいう「制度化」はこのような意味にとどまらない。ビュルドーは法実証主義者として出発した後自然法論者へと転向し、転向後の彼の法的国家論は制度理論に立脚している。彼によれば、人間の集団には権力が発生するが、権力は、それを使ふ個人またはその一団から分離されて国家という抽象的

な存在に帰属させられるとき、制度化される。したがって、制度化された権力とは国家であり、国家創設の過程で、始原的憲法制定権力は、國家における権限の一つとして、制度化された憲法制定権力＝憲法改正権へと転化する。芦部の憲法制定権力論は、このような制度理論とその前提であるラテン的な自然法論とを切り落としたのである。

はじめに

現在の欧米の憲法学界には、憲法制定権力の存在を、あるいは憲法制定権力論の有用性を否定する流れ⁽¹⁾があり、わが国の憲法学界にもこのような流れに掉さず論者⁽²⁾がいる。それに対し、本稿の出発点は、わが国の憲法学界で流通している制度化された憲法制定権力という表現は形容矛盾を含んでいるのではないかという非法学的で素朴な疑問⁽³⁾である。制度化された憲法制定権力という概念は、芦部信喜がピュルドーに依拠してわが国の憲法学界に導入したものである。⁽⁴⁾

第一節 芦部信喜の制度化された憲法制定権力

憲法制定権力論は「芦部憲法学の骨格を形成したと評することができる」⁽⁵⁾といわれる。より限定的にいえば、芦部憲法学においては、憲法制定権力論は国民民主権論と憲法改正限界説とのそれの中核を担つており、憲法制定権力論と憲法改正限界説は手段と目的の関係にある。

まず、國民主権論についてである。芦部信喜は憲法制定権力を「政治と法の交叉点」⁽⁶⁾に位置づけたうえで、「その法的探求」は可能であるとする⁽⁷⁾。憲法制定権力が法的考察の対象となるということは、そこに法的な要素が含まれているということであり、その法的な要素とは「人間人格不可侵の原理」⁽⁸⁾である。「この根本規範は……実定化された超実定的憲法原則、直接的通用力をもつ真の超実定法であり、……制憲権の活動を拘束する内在的な制約原理である」⁽⁹⁾。ここで重要な点は、この「原理」あるいは「根本規範」が憲法制定権力の「内在的な制約原理」であり、「外から加えられる制約」⁽¹⁰⁾ではないということである。そして、このような憲法制定権力の本質から、芦部はその担い手を国民とする⁽¹¹⁾が、憲法制定権力の本質とその担い手との関係はこれとは逆ではないのか。すなわち、憲法制定権力の担い手が国民であるが故に、その行使は個々の国民の

「個人権」⁽¹²⁾ によって拘束されるのである。いずれにしても、憲法制定権力と国民というその担い手との関係の中にその「制約原理」が存在するのであり、この意味でその「制約原理」は「内在的な」⁽¹³⁾ のである。そして、国民が憲法制定権力を行使して「近代立憲主義憲法が制定されたとき、「憲法制定権力は」みずからを憲法典の中に組織化し、……国家権力の正当性の究極の根拠が国民に存するという建前ないし理念としての性格をもつ国民主権の原理「と」、法的拘束力に服しつつ憲法（国の統治のあり方）を改める改正権「と」に転化したのである⁽¹⁴⁾。この場合、憲法制定権力は、「権力の正当性の根拠が国民に存する」という契機と、国内における最高権力の究極的な行使者は選挙人団であるという契機をもつ国民、王権説の、いわば権力的要素に力点がおかれた概念である⁽¹⁵⁾といわれる。では、憲法制定権力＝主権ではなく、憲法制定権力へ主権なのであろうか。つまり、憲法制定権力の中には正当性的契機は存在しないのであろうか。第一に、ここでいう主権とは「国民主権に言う主権」⁽¹⁶⁾であり、国民が担い手であるという点で憲法制定権力と主権は一致する。第二に、すでに述べたように、憲法制定権力と国民というその担い手とは一体不可分である。この二点から、共通項である国民という担い手を除いた憲法制定権力と主権をイコールで結ぶことは可能であり、「人間人格不可侵犯の原理」＝「根本規範」＝「内在的な制約原理」＝「個人権」（註（13）参照）の実定憲法化されたものが国民主権における「権力の正当性の根拠が国民に存する」という契機⁽¹⁷⁾であることができる。憲法制定権力は「国民主権の原理と不即不離の関係に」⁽¹⁸⁾ があるのである。「かくして、主権＝憲法制定権力における正当性的契機と権力的契機が実定憲法におけるそれらへと転換されるわけである」。

芦部信喜の（国民）主権論におけるこのような二元的構成は、日本国憲法の立脚する国民主権の原理をめぐる宮沢・尾高論争の結果に対応すべく構成されたものである。この論争においては、「前者」＝尾高が主権の行使（の正しさ）を問題にしたのに対し、後者＝宮沢が主権の帰属（主体）を問題にしたことによって、両者の議論は噛み合わないものになつた⁽¹⁹⁾が、後者が勝利したと理解されてきた以上、その後の（国民）主権論は主権の帰属（主体）という観点から構成されることにならざるをえない。この要請に応えたのが芦部の権力的契機であり、ここに芦部の国民主権論が通説化する要因の一つかるとみるべきであろう⁽²⁰⁾。確かに、権力的契機を、正当性の原理にとどまる宮沢俊義の国民主権論⁽²¹⁾に導入するのは問題であるが、しかし、宮沢→芦部→芦部説の通説化という流れにおいて権力的契機が決定的に重要な役割を果たしていることは間違いない。そして、国民主権論における権力的契機を提供するのが芦部の憲法制定権力論なのであり、この意味で、本節の冒頭で述べたように憲法制定権力論は芦部の国民主権論の中核を担っているのである。

次に、憲法制定権力論と憲法改正限界説の関係についてである。芦部信喜によれば、憲法制定権力は「最初の制憲行為自体にみずからを憲法

の中に組織化し、自然状態から法的形式に準拠する権力へと転化してゆく。「その結果」憲法改正権「は」制憲権——始源的制憲権 *pouvoir constituant originaire*——に対し、制度化された制憲権 *pouvoir constitution institué*として觀念される⁽²²⁾。このでは、始原的憲法制定権力と制度化された憲法制定権力=憲法改正権とが区別されているが、両者を区別する目的は、一部においては、制度化された憲法制定権力=憲法改正権の行使を制限する」と、あるいは憲法改正に限界を設ける」とあるとは必ずしもいえない。ところは、すでに述べたように彼においては憲法制定権力それ自体の行使が内在的に制約されいる以上、憲法によって設定された権力 (*pouvoirs constitués*) の一つである制度化された憲法制定権力=憲法改正権は憲法制定権力と憲法によって設定された権力との区別によってすでにその行使が制限され、その行使の制限と云う点では、憲法によって設定された権力の内部でさらに区別する」とに特別な意味はないからである。「憲法制定権力と憲法改正権との峻別は、この型の限界論に云うては殆ど意味をもたぬ」といわれる所以である。確かに、ヴァイマル期のドイツにおいてカール・シュミットが憲法制定権力 (*verfassunggebende Gewalt*) という概念を復活させて、それと憲法改正権を区別した目的は憲法改正に限界を設ける」とであった。しかし、そゝには特殊ドイツ的、と云ふよりも特殊ヴァイマル期的な事情が存在した。⁽²³⁾ 第二帝政期からヴァイマル期にかけての主流の考え方においては、法的性質という点で憲法と法律は区別されず、ともに国家の意思によつて制定・改正されるので、憲法制定権力といふ概念はそもそも不要であった。このような「ドイツ」的な (*à l'allemande*) 国家実証主義⁽²⁴⁾ を代表するのがラーバントであり、ラーバントは、「憲法は国家を超越した神祕的な権力 (mystische Gewalt) ではない」として、国家以前の、あるいは国家を超越した憲法制定権力の存在を否定した。そして彼は、憲法に反する法律が憲法改正手続 (ドイツ帝国憲法七八条) を遵守して制定される限りその有効性を否定せず、憲法とそれに反する法律が同時に存在する状態を一般法と特別法の関係によつて説明した。これが彼の憲法変遷論であり、こののような憲法と法律の関係に関する捉え方はアンシュツによってヴァイマル期に継承された。⁽²⁵⁾ 当然、憲法に反する法律の存在、すなわち、憲法改正規定 (ヴァイマル憲法七六条) に依拠しつつ憲法の改正である」とを明示しない「実質的憲法改正法律」の存在は、制定当初からさもありまゝな問題を抱えていたヴァイマル憲法の規範的不安定性を助長し、「ヴァイマル共和国を悩ませた」。⁽²⁶⁾ とりわけ、「ある特定のケースまたはある特定の期間にかぎつて、憲法典の規範内容に反する取り扱いを認める」⁽²⁷⁾ 憲法破棄 (*Verfassungsdurchbrechung*) は実質的意味の憲法の流動化を招いた。こののような事態の中で、シュミットが「憲法」と憲法法律を区別し、この区別に連動して憲法制定権力と憲法改正権を区別する」との目的の一つは、憲法破棄や憲法改正から「憲法」を守ることと云ふよりも、憲法改正の限界を明確にすることであつたと考えるべきである。

シユミットによれば、「憲法制定権力は政治的意味であり、この意思の力または権威により、自己の政治的実存の態様と形式についての具体的な全体決定を下すことができる」⁽³⁴⁾。その結果が「憲法」であるが、決定の内容は特定されず、したがって決定の主体も特定されない。「自己」が自らにふさわしい「政治的実存の態様と形式」を決定するが、「自己」は国民の場合もあれば君主の場合もあり、さらにそれら以外の場合もある⁽³⁵⁾。そして、彼にとって憲法改正の限界は憲法制定権力の帰属主体の変更（＝憲法廃棄（Verfassungsgvernichtung））であり、憲法改正をもつてしてはそのような変更は成しえないが、それ以前の問題として憲法制定権力と憲法改正権では性質がまったく異なる。すなわち、憲法制定権力が事実上の「力」であり、その行使が「法形式や手続に拘束され」⁽³⁶⁾ないのに対し、憲法改正権は憲法によって設定された権力の一つとして「憲法に基づき憲法法律の規律に従い、また憲法法律上の権限の枠内において」行使される。⁽³⁷⁾ここで重要な点は、憲法改正権の対象は憲法法律であり、憲法制定権力の行使の結果である「憲法」ではないということである⁽³⁸⁾。したがって、憲法改正手続による「憲法」それ自体の改正ということはありえない。もちろん、憲法制定権力の行使の結果である「憲法」は法であり、それを「執行」⁽⁴¹⁾したもののが憲法法律である。しかし、憲法改正権は「憲法」それ自体には及ばないのであり、いわば憲法法律の中に閉じ込められているのである。その結果、通常の意味における憲法改正の限界、というよりも境界は「憲法」と憲法法律の間に存在する⁽⁴²⁾。そして、この境界を超えた憲法改正は憲法制定権力の行使であり、憲法制定権力が事実上の「力」である⁽⁴³⁾ことからすれば、それは改正された「憲法」の側からみれば法的現象ではない。彼の枠組みはこの限界を超えた「憲法」の改正に対しては法的に無力なのである。

それに対して、芦部信喜の憲法制定権力論は憲法制定権力を「人間人格不可侵の原理」＝「根本規範」＝「内在的な制約原理」＝「個人権」に服させることによって法的世界に取り込むとともに、その行使を制限する。その結果、限界を超えた憲法改正は「人間人格不可侵の原理」＝「根本規範」＝「内在的な制約原理」＝「個人権」との関係で法的に無効である。確かに、このような芦部の憲法制定権力論は濃厚な価値論に支えられており、彼自身、「私の制憲権論および改正限界論は自然法論と呼ぶことができる」と述べている。しかし、本稿筆者は彼の憲法制定権力論を自然法論であるとして批判することに専念はない⁽⁴⁴⁾。ここで問題にすべきは憲法制定権力と憲法改正権の関係である。すでに述べたように、両者の区別は憲法改正に限界を設けるという点では無意味である。では、両者を区別することにまったく意味がないのかといふと、そうではない。第一に、憲法改正権を制度化された憲法制定権力として捉えることからすれば、逆説的であるが、両者を区別することはかえって両者の同質性を際立たせることになる。始原的憲法制定権力であろうと、制度化された憲法制定権力であろうと、ともに憲法制定権力なのである。あるいは、制度化

された憲法制定権力という「作られたものは「始原的憲法制定権力」という」作つたものに他ならないという関係を無視してはならない⁽⁴⁶⁾。しかも、「国民に属する潜在的な「始原的」制憲権……は非常な場合にのみ発動され⁽⁴⁷⁾」、この発動は「手続規定には何ら拘束されないが、……根本規範に合致するかぎり、正当性を獲得し法規範として妥当する⁽⁴⁸⁾」。このように、彼の憲法制定権力論における権力的契機は強力であり、その主体が国民であることからデモクラシーとして現象するが、このデモクラシー性は誰が国内における主権＝統治権の所有者かを論じる杉原泰雄の主権論⁽⁴⁹⁾＝法的国家論より徹底している。というのは、芦部の権力的契機は国家という法的枠組みに変動をもたらす可能性を秘めているからである。⁽⁵⁰⁾ 楠田陽一は、この可能性＝危険性をいち早く察知した結果、「憲法制定権」は何らの手続にも服さぬかわり、まさしくその反面として觀念化され、いわば永久に凍結される⁽⁵¹⁾として、正当性の原理にとどまる宮沢俊義の国民主権論に回帰したと考えられなくもない。第二に、この同質性は、憲法によって設定された権力の内部では、憲法改正権の異質性として現象する。その結果、「改正手続規範は、制憲権が直接に改正機關を制度化し、その権限ならびに行使の方法を定めたものである⁽⁵²⁾」ので、憲法の他の規定より高い段階に位置し、改正手続の重要な部分の改正は認められない⁽⁵³⁾。以上のことから、芦部の憲法制定権力論は限界を超えた憲法改正を法的に処理するとともに、憲法制定権力と憲法改正権との同質性、および憲法改正権とそれ以外の憲法によって設定された権力との異質性を際立たせる役割を担っているのであり、この意味で、本節の冒頭で述べたように憲法制定権力論は芦部の憲法改正限界説の中核を担っているのである。では、制度化された憲法制定権力という場合の「制度化」とは何か。

芦部信喜によれば、制度化された憲法制定権力という場合の「制度化」とは、始原的憲法制定権力が「憲法典の中に組織化⁽⁵⁴⁾」されることである。換言すれば、不文の状態で存在する始原的憲法制定権力を形式的意味の憲法の中に取り込むことである。ところで、第一次世界大戦後のヨーロッパ大陸諸国では「権力の法外的事実を成文法によって置き換える試み」が頗る在化し、このような現象は「権力の合理化」といわれる⁽⁵⁵⁾。この「合理化」は芦部の「制度化」と同義であるが、彼の依拠するビュルドーは「合理化」された憲法制定権力という表現を用いなかつた⁽⁵⁶⁾。ということは、ビュルドーのいう「制度化」には「合理化」に還元できないものが含まれているのではないか。そこで、彼の制度化された憲法制定権力について検討しなければならない。

第二節 ビュルドーの制度化された憲法制定権力

結論を先に示しておこう。ビュルドーの制度化された憲法制定権力という場合の制度化とは、制度理論における制度化の一形態である。ローマ法における組合（*societas*）と法人（*universitas*）のフランス的な中間形態として提示されたオーリウの制度理論は、「一方で、ドイツ語圏の論者によつてさえ「きわめて独創的」⁽⁵⁷⁾と評されるが、他方で、この論者によれば、「実際には多くの追随者を見出さなかつた」⁽⁵⁸⁾。もっとも、後者の点について、制度理論がまったく消滅してしまつたとはいえず、その後継者の一人がビュルドーである。ビュルドーの法的国家論が制度理論に立脚していることはわが国でも指摘されているが、ここで彼の法的国家論の全体について論じることはできない。注目すべきは、彼が研究活動の当初から制度理論に、さらにはその前提である自然法論に立脚していたわけではないということである。そこで、以下では、立場が変わる前と後の彼の憲法制定権力論を中心に検討するが、その前に彼が研究活動を始める一九三〇年前後までのフランス憲法学界における憲法制定権力論をめぐる状況をみておかなければならぬ。

芦部信喜によれば、憲法制定権力と憲法改正権の同視が一七八九年に始まる革命期以降の「フランス公法学を貫いた基本的な観念であり」⁽⁵⁹⁾、その原因の一つは「一九世紀後半から二〇世紀初頭のフランスにおける実証主義公法学……の影響である」⁽⁶⁰⁾。ところが、原因（法実証主義）と結果（憲法制定権力と憲法改正権の同視）の関係は必ずしも明らかではない。すなわち、國家の存在を前提とする法実証主義からすれば、國家の組織を定める憲法を制定する権力は国家の存在に先行し、法的考察の対象にはならないが、なぜ、このことが憲法制定権力と憲法改正権の同視をもたらすのか。確かに、第三共和制下のフランスにおいて、「新憲法の制定も憲法改正も共に、『憲法制定権力』の中に漠然と含まれて觀念された」⁽⁶¹⁾ことは否定しえないのである。このように憲法制定権力と憲法改正権が漠然と同視される、というよりも混同される状況の下で、法実証主義的な発想によって憲法制定権力が法的考察から排除されることによつてもたらされたのは、憲法制定権力と実定憲法上の憲法改正権との法的な結びつきの切斷、あるいは「『始原的憲法制定権力』との関係で憲法改正権の法的構造を検討するという方向」の否定である。⁽⁶²⁾憲法制定権力論の母国における憲法制定権力論の消滅であり、この意味においても、憲法制定権力論の母国というフランスの「榮光はいつまでも不動のものであるというわけにはいかない」⁽⁶³⁾のである。しかも、ここでいう法実証主義とは、特定の論者の法理論というよりも、第三共和制憲法を前提とするという意味である。ビュルドーが研究活動を始める一九三〇年頃には、同憲法はさまざまな機能障碍を抱えつゝも半世紀以上存続し、それ

までのフランス憲法史からすればその安定性は否定しえない。その結果、憲法改正に関する議論は憲法制定権力に関する一般論から切り離され、同憲法（公権力の組織に関する一八七五年一月一日法律八条⁽⁶⁷⁾）の解釈論として展開された。憲法改正の限界についていえば、国民議会は両議院が憲法改正の必要性を宣言する議決（résolutions）に拘束されるか否かという形で議論されたのである。⁽⁶⁸⁾ 「フランス実定法における憲法改正論序説 (*Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*)」一九三〇年におけるピュルドーも同様であるが、同書における彼の憲法改正論を検討する前に同書における彼の法理論についてふれておかなければならない。

ピュルドーはカレ・ド・マルべールの晩年⁽⁶⁹⁾の高弟であり、カレ・ド・マルベールのストラスブール大学退職（一九二九年）後はパリ大学のラ・フェリエールなどに師事した⁽⁷⁰⁾。カレ・ド・マルベールにしろ、ラフェリエールにしろ、第三共和制下のフランスにおいて数少ない純粹な法実証主義の立場に立つ憲法学者であることから、ピュルドーは「この当時〔=一九三〇年代〕強い法実証主義の影響を受けていた」といわれる。さらに、おそらく晩年のカレ・ド・マルベールがケルゼンを取り上げた⁽⁷¹⁾ことから、ケルゼンの影響も受け、その結果、ピュルドーの当時の法的國家論はカレ・ド・マルベールの法的国家論とケルゼンのそれを折衷したようなものになっている。すなわち、ピュルドーは国家と国家によって強制される法とを前提とするという意味で法実証主義の立場に立つが、ピュルドーにおいては国家における規範的要素が重視され、この点にケルゼンの影響が認められる。ピュルドーによれば、「国家とは、国家それ自体と同視される……規範体系の特別な規定にもとづいてなされるすべての行為が帰属せられるべき中心である」。あるいは、「特定の領域において生活する諸個人に妥当する規範の体系」ともいわれる。もととて、国家はその目的との関係で法人（personne juridique）として現象し、その目的を実現するという義務の主体、あるいは「特定の目的の達成に向けられた意思を備えた人格」である。⁽⁷²⁾ もちろん、「意思」は機関としての自然人によって供給され、規範の創設という動態的側面=国家作用として現象する。そこで問題になるのが憲法の制定であるが、憲法制定権力と憲法改正権が同視あるいは混同されてきた伝統⁽⁷³⁾の中には、ピュルドーは両者を区別して後者を憲法によって設定された権力の一つとして位置づけることに腐心している。その際、彼は用語を「厳密な意味における憲法制定権力と憲法改正権」と確定したうえで、前者は「純粹な事実であり、そのようなものとして法的範疇には属しえない」という。また、「固有の意味の憲法制定権力は……事実にすぎない」⁽⁷⁴⁾ともいって、その実体は先行する法秩序におけるあらゆる形式から解放された意思であり、その行使によって「最初の根本規範 (première norme fondamentale)」=「最初の憲法 (constitution première)」が制定される。⁽⁷⁵⁾ このように、「最初の憲法」の制定は法的現象ではなく、権力の源に関する議論は「その性質からして法学には属しない」。憲法制定権力に関する」

これまでの議論はカレ・ド・マルベール⁽⁸⁴⁾に依拠したものであり、さらにビュルドーは「最初の根本規範」を実体化するという点でもカレ・ド・マルベール⁽⁸⁵⁾に追随するが、この点にはそれなりの理由が存在する。すなわち、ビュルドーによれば、規範秩序の頂点には「根本規範」と憲法改正機関が同列関係で存在し、前者は規範秩序の「静態的側面」、後者は「動態的側面」であり、前者は後者をとおして具体化される。その結果、この具体化は上位規範の執行ではなく、前者のいわば自己増殖であり、憲法改正によつてもたらされた新しい憲法規定は既存の憲法規定と同じ形式的効力を有する。ところで、ビュルドー自身、憲法改正に関するこのような説明の仕方を「やや技巧的」と評しているが、「根本規範」とか「静態的側面」・「動態的側面」とかといった用語とは裏腹に、このような議論はケルゼンの純粹法学とはまったく異質である。その目的の一つは憲法改正機関と憲法改正権との法的性質を導き出すこと（註⁽⁷⁸⁾参照）であろうが、そのためであれば、立法権を設定する憲法と同様に憲法改正権を設定する憲法の上位規範のみを実体化すればよい。そもそも「根本規範」と憲法改正機関を一体的に捉えることが理論的に可能であるか疑問であるが、実はここには、その後のビュルドーの法理論・政治理論の核心である法の理念の萌芽が表れているといえなくもない。というのは、ビュルドーによれば、法の理念は自らに内在する力によつて、いわば自己膨張するような形で自己実現されるからである。いずれにしてもこのようにして論証された憲法改正権の法的性質⁽⁸⁷⁾を前提として、憲法改正論は一般論ではなく第三共和制憲法の解釈論として展開されるのである。

ビュルドーの憲法改正論の目的は、憲法によつて設定された権力として法的権限である憲法改正権に限界を設けないことによつて、形式的意味の憲法の変動をフォーマルな手続の統制下に置くことである⁽⁸⁸⁾。もちろん、国民議会が憲法改正の必要性を宣言する両議院の議決に拘束されるとすると、理論的に憲法改正機関が立法機関に、したがつて憲法が立法権に従属することになるし、また、技術的に憲法の追加が困難になる⁽⁸⁹⁾。しかし、法実証主義者である彼はあらゆる憲法改正を法的境界に取り込みたいのであり、改正禁止規定は「法的価値のない願望」⁽⁹⁰⁾にすぎないとして、あるいは「サンクションを伴わせることのできない原理の宣言」⁽⁹¹⁾にすぎないとして、その改正をも容認する。このような彼の憲法改正無限界説の背後には、一方で、多くの憲法が一七八九年の革命以来制定されては廃止されてきたという歴史的事実に対する厳しい認識がある。この認識を一般化すれば、法の規制対象の可変性に連動した法の可変性に対する認識といえるであろう。他方で、看過してはならないのは、彼が一八八四年の憲法改正によって導入された共和政体改正提案禁止規定の改正を容認する背後には、現実に共和制が否定されることはないという確信が存在するということである⁽⁹²⁾。となると、ヴィシーア体制の成立によつて、この確信が否定されたことが、あるいはそれに対する法実証主義の

無力さが、彼が自然法論に転向した原因ではないかと推察されるが、彼の述べるところによれば、そうではないようである。

ビュルドーは第二次世界大戦中に出版された「政治権力と國家 (Le Pouvoir politique et l'Etat)」一九四三年で自然法論者へと変貌を遂げた。同書の冒頭で、彼は、「戦争前に、本書はすべて構想され、その大部分は執筆された⁽⁹⁵⁾」と述べている。現に彼は、一九三七年に公表された論文で、カレ・ド・マルベールとすでに取り上げた「フランス実定法における憲法改正論序説」とを批判して、国家のみが法を創設するという「私の立場は、法の理念に関する深い分析ではなく、自然法学派のいくつかの主張に対する反対によって支配されている。私の誤りを認めるにやぶさかではない⁽⁹⁶⁾」と改悛の情を吐露している。そして、「実定法と自然法……のいずれかを重視するのは、建設的な「議論」という点で、あまりに非妥協的な立場である⁽⁹⁷⁾」として、実定法と自然法の二元論を解消すべく、後に述べるように自然法論者としてのビュルドーにとって鍵概念である法の理念について詳細に検討するのである。その過程で公共善と権力という概念も持ち出され、権力の制度化を除けば、自然法論者としてのビュルドーにとって重要な概念はすでにこの論文において概略が論じられている。したがって、この論文は彼の研究生活におけるターニング・ポイントを成すが、なぜ⁽⁹⁸⁾のような心境の変化が生じたかは、彼の著作目録から窺い知ることができない。残念ながら、このような変化の過程や原因を文献的に論証することはできないのである⁽⁹⁹⁾。その意味でこの論文はいわば突然変異のようなものであるが、ただ自然法論者としての彼の法理論・政治理論の「素描」にとどまる。それに対して、この「素描」をもとに彼の法理論・政治理論の骨格を提示したのが「政治権力と國家」であり、その目的は権力 (Pouvoir) それ自体を論じることである。というのは、彼によれば、第三共和制下の公法学は権力と力 (force) を同視することによって國家の法的考察から命令的要素を排除しようとしたが、現実には国家における支配の要素を否定することはできないからである。そこで、同書は「あらゆる憲法組織の要石としての権力」を「國家の法的概念の中に再導入する」。⁽¹⁰⁰⁾で権力とは、あらゆる統治形態から切り離された、逆にいえばあらゆる統治形態に適用可能な、という意味で「中立的な政治権力」である。このような意味で権力それ自体を論じる同書に、「憲法研究序説 (introduction à l'étude du droit constitutionnel)」というサブタイトルが付されたわけである。國家の現実を直視した権力性の重視⁽¹⁰¹⁾は、法理論が異なるようになったとはい、彼がカレ・ド・マルベールから継承したものに他ならない⁽¹⁰²⁾。また、同書において人間存在の集團における権力現象がさまざまなる具体的問題から切り離されて扱われるということは、逆に同書をさまざまなる問題との関係で体系的に展開したのが、ビュルドーの主著である「政治学汎論 (Traité de science politique)」であるところ⁽¹⁰³⁾とを意味する。「政治権力と國家」は「政治学汎論」の初版の序文としての役割を果たすであろう⁽¹⁰⁴⁾といわれる所以である。前者は後者のいわばレジュメなのであり、一

九四〇年代以降のビュルドーを論じるにあたって決定的に重要なのは、芦部信喜は制度化された憲法制定権力という用語を「政治学汎論」の初版から借用したが、この用語は同書のレジュメにとどまる「政治権力と国家」では用いられていない。その理由の一つは、後者においては憲法改正が取り上げられていないからである。それに対して、この用語を最初に用いたのはボナールのようであるが、以下では、「政治学汎論」の初版を用いて同書の第三版によつて確認しつつ、ビュルドーの憲法改正論を検討することにしよう。

ビュルドーによれば、始原的 (originnaire) 憲法制定権力が既存の法的規制によつて拘束されることなく、あるいはそれを否定して行使されるのに対し、制度化された (institué) 憲法制定権力は既存の憲法上の機関によって、既存の憲法上の手続に従つて行使される。⁽¹⁵⁾ この意味で、憲法制定権力それ自体は「雑種の (hybride) 性質」を有する。もちろん制度化された憲法制定権力は憲法改正権を意味するが、彼は、問題はいかにして両者を両立させるかであるといつう。ここで看過してはならないことは、この問い合わせが成立するには、始原的憲法制定権力は法的考察の対象であり、そこには何らかの法的要素が存在するといつうことが肯定されなければならないといつう点である。この点は後ほどふれることにして、まず両者の関係を確認しておこう。始原的憲法制定権力は、憲法の制定によつて、一方でその性質を変えるわけでもなければ、他方で憲法改正権の中に完全に吸収されるわけでもない。⁽¹⁶⁾ その結果、始原的憲法制定権力は既存の「憲法機構の外にとどまつてゐる」。始原的憲法制定権力のこのような永続性との関係で、憲法改正権には制約が課される。第一に、憲法改正をもつてしては始原的憲法改正権力の帰属主体を変更することはできない。第二に、憲法の部分改正と全面改正を区別することは現実には困難であるが、憲法改正手続によつては憲法を全面的に改正することはできない。⁽¹⁷⁾ 「……始原的憲法制定権力とは異なり、……憲法改正権はその本質それ自体から制限された権力なのである」⁽¹⁸⁾ には、「フランス実定法における憲法改正論序説」における憲法改正無限界説が限界説へと明確に、あるいは「ラディカルに」改説されている。問題は憲法改正に限界があることの根拠であるが、その一つは、もちろん憲法改正権を設定する始原的憲法制定権力の存在である。そして、すでに述べたように始原的憲法制定権力の「法的性質 (juridicité)⁽¹⁹⁾」が肯定されてゐることから、前節で述べたように、芦部信喜の憲法制定権力論と同様に、始原的憲法制定権力は法的制約を受けることになり、その結果として憲法改正に限界が存在する。このように芦部の憲法制定権力—憲法改正権とビュルドーのそれとは基本構造において類似しているが、内実といつう点で異なる。すなわち、ビュルドーにおける始原的憲法制定権力に対する法的制約の源である法の理念 (idée de droit) を、芦部はビュルドーに依拠するに際して切り落としたのである。法の理念はビュルドーの法理論・政治理論の核心であるが、ここでそれについて詳しく論じることはできない。⁽²⁰⁾ では、それと密接な関係を有する権力の制度化

(institutionnalisation du Pouvoir) むしろ、その概略を提示しておいた。

ピュルダーによれば、始原的憲法制定権力は法秩序の創設に際して法の理念によつて制約されるといふもに制度化される。まず、法の理念についてであるが、法の理念とは、「共通善（*Bien commun*）に適合した社会秩序」の表象（*représentation*）であり、「社会的組織に関する多様な特徴をこくつかの本質的な原理に統合する」ものである。そして、法の理念は「自らを表現する権力（Pouvoir）へ結びつく」、いふによつてその一部が実定法として実現されるが、いひで注意すべしは、権力は法の理念の外側からそれに仕えるのではなく、「理念の力（puissance）それ自体」つまり法の理念が自らを実現するたにその内部に備わつてゐるものであるとこゝへ」とある。あるいは、権力の役割は「[法のイデー]」のエネルギーを現実的なものへ移すこと」といふべきかもしない。その意味で権力は事実上の力ではなく、「社会的意味から生じ、集団を共通善の追求へと向かわせる」と目的とし、とりわけ、社会的意味が命じる態度を構成員に強制する」とができる力である。⁽¹²⁾ いのちの力には、「社会生活の組織的力」といふ「概念の側面」とそれを行使する個人またはその一団とこゝう事実の側面とがある。換言すれば、理念とそれを実現する人間（の意思）であるが、この場合、後者は前者の「道具にすぎない」。⁽¹³⁾ その結果、法の理念は人間（の意思）という力を「道具」として自らを実現するが、この力がそれを行使する個人またはその一団から分離されて国家という抽象的な存在に帰属させられるとき、権力の制度化が生じる。そこで次に、権力（Pouvoir）の制度化についてであるが、それは、「権威と〔集団の〕指導者の分離と、権力の保持者としての国家の創設とが同時に実現される過程」⁽¹⁴⁾ であり、「制度化された権力（Pouvoir institutionnalisé）」とは国家である。⁽¹⁵⁾ そして、国家創設の過程で、始原的憲法制定権力は、国家における権限の一ひととして、制度化された憲法制定権力＝憲法改正権へと転化する。といふことは、制度化された憲法制定権力という場合の制度化（institué）は権力の制度化（institutionnalisé）＝国家の創設の一部であり、後者を大きな制度化⁽¹⁶⁾ といふとすれば、前者は小さな制度化といふことができるである。その意味で、後者は前者の前提であるにもかかわらず、芦部信喜の憲法制定権力論はこの部分を切り落としてしまつた。芦部は、いわばラテン的な客観的自然法論を切り落として、清宮四郎によつて実体化された根本規範とこゝう器に第二次世界大戦後に復活したゲルマン的な主觀的自然権論を盛つたのである（註(13)参照）。いのちの芦部によつて切り落とされた部分を復活させるには制度理論を検討しなければならず、そのためにはオーリウにまでさかのぼらなければならぬのである。

- (1) Cf. Claude Klein, "Inexistence ou disparition du pouvoir constituant?" in Olivier Cayla et Pasquale Pasquino (dir.), *Le pouvoir constituant et l'Europe*, 2011.
- (2) 菅谷部恭男「憲法の境界」1100九年二二一五頁。
- (3) リの疑問を、本稿筆者は「宮沢俊義の国民権論と国家法人説」初宿正典・米沢広一・松井茂記・市川正人・土井真一編（佐藤幸治先生古稀記念論文集）『国民主権と法の支配【上巻】』1100八年六九頁で提示した。ある論者が批判的意味を込めて用いる「憲法によるて設定された憲法を制定する権力（pouvoir constituant constitué）」（Stéphane Rials, "Supraconstitutionalité et systématicité du droit", *Archives de philosophie du droit*, 1986, p.65）より概要として同様の疑問が提出される（Olivier Jouanjan, "La forme républicaine de gouvernement, norme supraconstitutionalnelle?", in Bernard Mathieu et Michel Verpeau, *La République en droit français*, 1996, p.281）が、リの表現は、やりじゆせね「憲法」の意味が異なるべき、しかし、実質的意味の憲法を制定する権力には以て形式的意味の憲法を定めたるに設定された権力もしくはも以て剥離されば、必ずしも形容矛盾を含むべきである。そこで、cf. Olivier Cayla, "L'obscurité théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable" in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, 2006, p.253.
- (4) 時間的には、渡邊宗太郎「憲法制定権力と憲法改正権限」関西大学法学論集五巻一号一九五五年一一頁（同「憲法の基本問題」一九五六年に所収（115-116頁））の方が先であるが、同論文における議論は芦部と比べて明晰に概念化されてもいながら、しかも同論文はカルニーに依拠しそうであるため他の論者の比較が不十分であり、その結果、それは何よりも後世に対する影響力どころではないと言える。
- (5) 高橋和之「芦部憲法学の理論的諸前提」ジャーリスト一六九号一九九九年一九一〇頁。
- (6) 芦部信喜「憲法制定権力」一九八三年三月、三九頁および三一七頁。
- (7) 同右・三九頁。
- (8) 援著「国民主権と法人理論——カレ・ニ・マルベールと国家法人説のかかわり——」1101年五頁。「人間価値の尊厳」「人間人格の自由と尊厳」ともいわれるが、やるに、芦部・前掲書註（6）、三一八頁も参照。
- (9) 芦部・前掲書註（6）、四二一頁、三一八頁も同註。
- (10) 同右・一〇九頁。
- (11) 同右・四三頁。三一八頁も同註。
- (12) 同右・三九頁。
- (13) 「人間人格不可侵の原理」＝「根本規範」＝「内在的な制約原理」＝「個人権」は憲法制定権力の「前提」であるともいわれる（同右・三九頁および四二一頁）。なお、芦部の実体的根本規範論は清宮四郎から継承したものであるといわれる（高見勝利「憲法制定権力」考」権口勝一・高橋和之編（芦部信喜先生古稀祝賀）『現代立憲主義の展開 下』一九九三年七一六頁）が、両者の関係については、やるに、菅野尊八郎「國権の限界問題」一九七八年五七一六頁も参照。また、実体的根

本規範論については、須賀博志「憲法制定権力論の日本の変容（I・II）——黒田覚に即して——」法学論叢一四五卷四号一九九九年五月三頁参照。

- (14) 芦部信喜「憲法学—I」一九九一年一二三頁。『レニン』一一一—一一一頁、および同「憲法 新版補訂版」一九九九年四一—四二頁も参照。なお、以下、引用部分の〔 〕内は本稿著者による註記である。
- (15) 芦部 前掲書註(6)、四三頁。一一八頁も同註。「制憲権は……主権の権力的契機をとり出して構成されたものである」(二二二四頁)ともいわれる。『レニン』、芦部・前掲書註(14、「憲法学—I」)、一一四二頁も参照。
- (16) 芦部・前掲書註(14、「憲法学—I」)、一一四二頁。
- (17) 芦部 前掲書註(6)、四三頁。
- (18) 前掲拙著註(8)、六頁。
- (19) 同右・三頁。
- (20) 辻村みよ子は、芦部が正当性的契機と権力的契機の「融合・結合」という折衷的表現（おそらく、芦部・前掲書註(14、「憲法学—I」)、一一四五—一四五頁）を用いたことが「混乱や誤解を招いた」という（辻村みよ子「主権論・代表制論」法學教室三五七号一〇〇年七頁）が、はたしてそうであろうか。それに対して、これら二つの契機に対応する「全国民と選挙人団」（芦部・前掲書註(14、「憲法学—I」)、一一四五頁）から「二重国民概念」（前掲拙稿註(3)、六八一六九頁）を、芦部が「自同性の原則」（芦部・前掲書註(14、「憲法学—I」)、一一四五頁）によって同視しようとする」とは問題である。
- (21) 前掲拙著註(8)、一一一四頁。
- (22) 芦部・前掲書註(6)、四五五頁。一一九頁も同註。
- (23) 菅野喜八郎「統・國權の限界問題」一九八八年一三一—一四頁。このいふは芦部が自覚している（芦部・前掲書註(6)、一〇九頁参照）。
- (24) フランス革命期の憲法理論における憲法制定権力という概念と國民が制定した憲法という憲法觀とをドイツ国法学に最初に導入したのは、Egon Zuegg, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, 1909 である。一方で、ハーバートは憲法制定権力と憲法改正権が区別されてゐない点が同書の「根本的な誤り」（カール・ハーバート（阿部昭哉・村上義弘訳）「憲法論」）であるところが、他方で、同書は「憲法制定権力の歴史と理論の金字塔（véritable monument）」（Claude Klein, "La découverte de la doctrine française du pouvoir constituant en Allemagne : de l'Empire à la République fédérale" in Olivier Beaud et Patrick Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, 1997, p.141）である。『後出』、Robert Redeloh, *Die Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789*, 1912 u. Karl Loeffenstein, *Volk und Parlament*, 1922 など、ヒトラー時代の憲法理論をルーツに国法学に導入した「三師作」(C.Klein, supra note (24), p.142; Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, 1996, p.100)であるところが、これによれば、これまでの種はヴァイマル憲法における形態を離れて、後年のノーカンハムターハウスの著作の関係を同様に捉えられるべきであ（Nachdruck, 1990, S.VIII）。たゞ、cf. Christoph Möllers, "We are afraid of the people" : Constituent Power in German Constitutionalism" in Martin Loughlin & Neil Walker (ed.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2007, p.90.
- (25) ルイ・ブルゴーは憲法的・憲法と法律が同質のものとして置かれていたが、その根柢はクリューゲーのアバドである（Charles Borgeaud, *Établissement et*

révision des constitutions en Amérique et en Europe, 1893 (rééd.), pp.57-58)。ちなみに、協約憲法であるフランツの一八二〇年憲章の下における憲法

の法律（同憲章一四条）は「國家の議会の通過したてつ規制する事」、両者の間には質的な差異はないと言ふわけである (Johann Ludwig Klüber, *Oeffentliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 4.Aufl., 1840 (Nachdruck, 1970), S.406 f. Anm.e)。それにかゝる、ヤールは直接を因縁として憲法の法律に

対する學説を主張した (Robert von Mohl, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, Bd. I, 1860, S.83 Ann.1) が、このよほな主張が受け入れられるとはなかつた。

(26) C.Klein, *supra note* (24), p.93.

(27) Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. II, 1878, S.38 ; 5.Aufl., Bd. II, 1911, S.39.

(28) 許レーベン、赤坂正治「立憲國家の憲法考察」一九〇〇八年二月二十一日二〇二頁参照。

(29) Gerhard Anschiitz, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14.Aufl., 1933 (Nachdruck, 1965), S.401. もとより、渡辺国郎「國家作用の理論」一九六八年（オホテマニエ版）、一九〇〇一年）一四八—一四九頁、小鶴和司「憲法学講話」一九八一年二〇六頁、および高見・前掲論文註(13)、七二〇—七二一頁も参照。ただし、赤坂・前掲書註(28)、四四三—四四五頁参照。

(30) 赤坂・前掲書註(28)、四四五—四四六頁。もとより、菅野・前掲書註(13)、八〇頁も参照。

(31) C.Klein, *supra note* (24), p.138.

(32) 赤坂・前掲書註(28)、四五一页。

(33) 憲法破棄にひいて許レーベン、若間昭道「憲法破棄の概要」一九〇〇一年五月一一〇四頁参照。もとより、Vgl. Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. VI, 1981, S.421 ff.

(34) ハリハム・前掲書註(24)、九八頁。

(35) 同右・一〇一—一〇六頁。れども、山下威士「憲法学と憲法」一九八七年一六五—一六六頁も参照。

(36) シュミット・前掲書註(24)、一一〇—一一一頁および一一六頁。

(37) 同右・一〇三頁。それに対して、尾高朝雄「法の究極に在るもの」一九五五年（新版）八四—八五頁参照。

(38) シュミット・前掲書註(24)、一一四頁。

(39) 同右・一二六頁。「憲法」の内容は、具体的には、憲法制定権力の帰属主体と「憲法を形成している基本的な政治上の決断」（一一一頁）とから成る。

(40) 同右・二九一四〇頁。れども、菅野喜八郎「論争 憲法－法哲学」一九九四年一九四—二一八頁頁も参照。

(41) シュミット・前掲書註(24)、一〇〇頁。

(42) Vgl. Udo Steiner, *Verfassungsbegründung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, 1966, S.184 f. 「憲法」の改正は、憲法制定権力の帰属主体の変更を伴わない憲法廃止（Verfassungsbeseitigung）「認められる（同右・一二六頁および一一一—一一四頁）」。したがひて、「憲法」の改正を含むものに *Verfassungsbeseitigung* といふ用語を用ひるのは適切やむことないが、それに「廃止」という訛語をあてらひのはやむをえないであらう「除去」と云う訛語が用いられる場合もある（C.シュミット（尾高喜八郎訳）「憲法理論」一九七一年一一八頁）。また、「議会主権の否定が、シュミットをして、ワイマール憲法七六条によって議会の特別多数に

与えられた憲法改正権を制限的に解釈せしめるに至った動機のみならぬ」(菅野・前掲書註(13)、八九頁)といわれるが、この点に問題として、石川健治によるシユミットの制度体保障論解は興味深い。石川によれば、シユミットの制度体保障論とは、「市民的法治國の立場からすれば破壊されるべき特權の主体＝中間団体」(石川健治「自由と特權の距離【増補版】」1100七年五六頁)と云ふ意味における制度体を、形式的意味の憲法の中に取り込む」と云ひて、「單純多数決（＝法律）によつては廢止できない」と云う憲法的効果をもつて保障（同上・五九頁）するものである。この場合、制度体が「憲法」ではなく憲法法律の対象であるとすれば、ヴァイマル憲法においては議会のみによる憲法改正が可能である以上、制度体は、立法権から保護されても、シユミットの不備の対象である議会それ自体からは保護されない。

(43) 「ただ」、シユミットは、「ハイム政府による簡略な立法院議の創設を……田ぬ」と（御慶翁義「轉回報の政治」1103六年三月一四日の授権法（Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, 1103法律の全記）によれば、1103〇—1104一頁参照）をもぐりて、アンシュミットに与して憲法改正の限界を放棄した（Carl Schmitt, "Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich", Deutsche Juristen-Zeitung, 1933, Sp. 456）。

(44) 芦部・前掲書註(6)、1111頁。

(45) そのような批判として、菅野・前掲書註(13)、五八—六〇頁、および同・前掲書註(40)、1111七—1111八頁。そもそも、特定の法理論を自然法論であるとして批判するところに云れだけ意味があるのか疑問である。例えば、尾高朝雄は自らのノモス主権論が自然法論であることを一貫して否定した（拙稿「ノモス主権と理性主義」龍谷紀要「九卷」1号一七頁註(13) 参照）が、このもとでは尾高の東洋法の定義（11—15頁）と、自然法論者であることを認めるジエニーのそれを複筆者は、法理論とそれを支えるものとを分けたへど、前者を論じるにあたって後者を持ち込まではならない、あるいは後者によつて前者を判断してはならない立場に立つ（前掲書註(6)、1110—1111頁）が、前者を理解するへど後者が有益であることを認めるにやぶさかではない。このことを芦部の憲法制定権力論に当てはめた場合、注目すべきは芦部の憲法制定権力や憲法改正に関する論稿が一九五〇年代の半ばから一九六〇年代の半ばに集中しているという事実である（芦部信喜先生遺稿記念「憲法断説と人権の理論」一九八五年九〇〇一九〇七頁参照）。この時期には、改善・再軍備を掲げる鳩山内閣が成立する（一九五四年二月）とともに政府憲法調査会が設置され（法律の施行は一九五六年六月、発足は翌年八月）、政治勢力の左右激突の中で憲法改正の機運が高まつた（例えば、渡辺治「日本国憲法『改正』史」一九八七年三月三一—四五五頁参照）。このような状況の中で、「旧制高校一年で太平洋戦争、旧制大学一年で学徒出陣と、日本の戦争拡大とともに、かけがえのない青春時代を歩みやるとなかつた〔だけではなく〕」「陸軍航空関係子弟兵科将校補充及服務臨時特例」（昭和一八年勅令五六六号）に基づく特別操縦見習士令【「特攻隊要員」】（第一期）募集で合格寸前のところまでこうい（高見勝利「芦部憲法学を読む」1100四年一一一頁）た芦部が、わが國の有史以来未曾有の人的および物的損失の後に制定された日本国憲法の基本原理を死守したい、といつよりも死守しなければならないと判断した（芦部・前掲書註(6)、一四九一六八頁および一一七頁以下参照）心情を、戦後生まれの筆者が理解できないわけではない（芦部信喜「憲法叢説」一九九四年二八〇一二八一頁参照）。ゆゑに、尾吹善人「憲法の基礎理論と解説」1100七年三月一三八頁、および山元一「憲法制定権力」と「憲主義」——最近のフランスの場合——法政理論三三三卷1号1100〇年三一四頁も参照。

(46) 中村哲「憲法制定権について（II）——帝国憲法第一条に関する昨今の学説について——」國家学会雑誌五七卷七号一九四三年四五頁。xvi〇二、cf. Arnaud Le

Pillouer, "Pouvoir constituant origininaire et pouvoir constituant dérivé : à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle", *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2005-2006, pp.139-140.

- (47) 芦部・前掲書註(6)、同上。
- (48) 同上・四三頁。ただし、憲法改正のための国民投票が憲法に規定されてゐる場合には、それに従る以外の憲法制定権力の行使は認められない (III-1回 - III-1五頁)。
- (49) 憲法制定権力論に関する、杉原泰雄は、それは実効性を伴わない体制擁護のイデオロギーであるとして、一貫して否定的である (杉原泰雄「國民主權の研究」一九七一年三四二一-三五九頁、および同「憲法と國家論」一〇〇六年一四一一四九頁)。
- (50) 憲法制定権力論における「のような強いモクラシー性はその後の憲法訴訟論といかなる関係にあるのであらうか。」の問いは、それがリベラルな憲法訴訟論と矛盾するといつてゐるには決してなく、両者の間に何らかの有機的な結びつきがあるのではないかといふ意味である (例えば、芦部信喜「宗教・人権・憲法学」一九九九年一四一一六六頁参照)。
- (51) 煙日陽「近代立憲主義と現代国家」一九七三年三〇一頁。
- (52) 芦部・前掲書註(6)、五五頁。
- (53) 憲法改正権とそれ以外の憲法によって設定された権力との関係、および憲法改正手続の改正について、芦部とハーマン・ハーマン・前掲書註(25)、III-〇頁)は結論ではば一致しているが、憲法制定権力と憲法改正権の同質性を認める芦部の方が一貫性を有するといえるであらう。なお、憲法改正手続によつて憲法改正規定を改正することができるか否かという問題については、cf. C.Klein, *supra note* (24), pp. 123-131、菅野・前掲書註(1)、おも長谷部恭男「権力への懷疑」一九九一年一七一八頁参照。
- (54) 芦部・前掲書註(6)、III-一九頁およびIII-二二頁、なにびに同・前掲書註(14、「憲法」)、III-五七頁も参照。
- (55) 大石洋「議院内律権の構造」一九八八年一一五頁。
- (56) Cf. Georges Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, 1930, p.XIX. やれに對して、議院内律権を繪かれたもので、「議院内律権の『命理学』」として載せる (le même, *Le régime parlementaire dans les Constitutions Européennes d'après guerre*, 1932, p.71)。
- (57) Ulrich Häfelein, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, Bd. I, 1959, S.218 Anm.11.
- (58) *Ibid.*, S.264. 確かに、制度理論が、一九三〇年代前半に頂点に達した後、「衰滅の一途を辿る」 (仲野武志「公権力の行使概念の研究」一〇〇七年一七五頁)、これは否定である。しかし、飯野賢一「セーリス・オリウの公法學説研究（一）——制度理論・ナンオン主権論の構造解明に向けての試論——」早稻田大学大学院法政学論集八七号一九九八年一〇頁註(4)も参照。ただし、これは法学の領域においてであり、制度理論はそれ以外の人文・社会科学の領域においては広く影響を与え続けてゐる (Yann Tangy, "L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou Actualité d'une doctrine", *Revue du droit public*, 1991, pp.62-64).

ヌル」 cf. Eric Millard, "Hauriou et la théorie de l'institution", *Droit et société*, 1995, pp.401-408)°

(5) Cf. Florian Lindtch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, 1997, p.10 note 113, 三九 | 「法」《社会像》《民主主義》(五・九) — ハーバード法史研究の視角——」國家学会雑誌 | 〇七卷九・ | 〇四 | 一九四四年一六七頁註(5) —

(6) 水波昂「トマス主義の憲法学」一九八七年 | 一一一頁・山元・前掲註(5)、一六七頁註(6)、ヌル・井野一「トマス主義の政治学原論」 | 〇〇〇七年 | 一頁。その結果、トマス「オーリウの後繼者ハムレル」(小島慎司「近代国家の確立と制度体の自由 (1) — ポーランド・ホーリカ「司法原理」第1版)における修道会教育規制法律への批判——」國家学会雑誌 | 一一一卷五・六叶 | 〇〇八年 | 一一一頁註(14)。ヌル cf. Olivier Beaud, "Préface", Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 1910 (rééd., 2010), pp.5-6)°

(61) 観説 前掲書註(6)、 | 〇一頁°
 (62) 区右・ | 〇一頁°
 (63) 区右・ | 〇一頁°。ヌル「憲法・前掲註(4)」 | 五 - 一九頁も参照。
 (64) 三九 | 「憲法のハーバードにおける「憲法制定権」論の復権——ホリセイ・キーザー「國家権力譜」ヌル—」憲政理論 | 九卷 | 一九九七年 | 一六頁。
 (65) 区右・ | 〇一頁° cf. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, t.II, 1922 (rééd., 1962), pp.504-505 note 18. ヌルはホーリカ
 ル・ホーリカ (Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929 (rééd., 1965), pp.258-259. ヌル cf. Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, 1994, pp.447-450)°

(66) E. Zweig, *supra note* (24), 1909, S.1.

(67) 区右・ | 〇一頁°。ヌル「憲法のハーバードにおける「憲法制定権」論の復権——ホーリカ「國家権力譜」」憲政理論 | 九卷 | 一九九七年 | 一六頁。出所出典参考。

(68) Cf. Adhémar Estienne, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 5^e éd., 1909, pp.977-980 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t.IV, 1924, pp.538-544 ; R. Carré de Malberg, *supra note* (65), pp.583-599 ; Joseph-Bartélémy et Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, nouvelle éd., 1933, pp.893-896 ; Eugène Pierre, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, 5^e éd., 1924 (rééd., 1989), pp.27-33. ヌル cf. ハーバード (Éléments de droit constitutionnel, 1896) 云々の禁りの憲法制定権は実質上一様である。 | 〇一頁・ | 〇一頁°。ヌルの憲法制定権は実質上一様である。

(69) Cf. Georges Burdeau, "Préface", Raymond Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, 1931 (rééd., 1984), pp.VIII-IX ; Georges Burdeau, "L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi" in Georges Burdeau, *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, 2011, p.508. ヌル cf. Jean Gaudemet, "Georges Burdeau et l'Université" in Bernard Chantebout (dir.), *Le Pouvoir et l'Etat dans l'œuvre de Georges Burdeau*, 1993, pp.6-8 ; Jean Waline, "Georges Burdeau à Strasbourg" in B. Chantebout (dir.), *supra note* (69), pp.12-13.

(70) ヌル cf. ハーバード (6)、 | 〇一頁。出所出典参考。

(71) ヌル cf. Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1947, pp.346-355 ; le même, "La coutume constitutionnelle, son rôle

et sa valeur en France”, *Revue du droit public*, 1944.

(72) ローラン・前掲著文註(24)、1111頁註(27)。

(73) 前掲著文註(26)、森川喜久郎註(27)。

(74) G. Burdeau, *supra note* (56, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*), pp.19-21 et 25. 画脚ローランの取扱いは、毎年既法修正と憲法修正で公募された作曲コンクールの審査員の評議会で「審査員たるに譲らねば」。憲法詮注は議院内閣制の理論的発展に貢献したといわれた (Alain Laquèze, *Les origines du régime parlementaire en France (1814 - 1848)*, 2002, pp.7-8)。ローランによれば、標榜「黎明期のフランス憲法學——ダントン・ローラン・ルードー——」龍谷深野一九巻一章10〇七年参照。

(75) G.Burdeau, *supra note* (56, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*), p.58.

(76) *Ibid.*, p.54.

(77) *Ibid.*, pp.61-62.

(78) ダントンが憲法制定権力と憲法改正権がともに法外的な (extra-juridique) 権力として混同されてゐたと指摘しているが、その原因については、cf. *ibid.*, pp.85-88.

(79) *Ibid.*, p.79.

(80) *Ibid.*, p.81.

(81) *Ibid.*, p.15.

(82) *Ibid.*, pp.79-80.

(83) *Ibid.*, p.84.

(84) 前掲著文註(26)、第三章第一節(1)参照。

(85) 同上・111-1111四頁註(30) 参照。

(86) *Ibid.*, p.99.

(87) ダントンによれば、「憲法改正権とは、法秩序をとおして考案された憲法制定権力であれ」 (*ibid.*, p.14)。

(88) やがて、ダントンが憲法の規定に反する憲法慣習の存在を認めた (*ibid.*, p.282) が、第二共和国憲法の簡潔性にかんがみ制定法に対する慣習の補完性までは結論づけた (*ibid.*, p.333)。

(89) *Ibid.*, pp.291-292.

(90) *Ibid.*, pp.283-284.

(91) *Ibid.*, p.298.

(52) *Ibid.*, p.299.(53) Cf. *ibid.*, pp.206-207.

(54) *Ibid.*, pp.300 et 317-318. めぐらしく、この確信は政治的確信であり、第三共和制下の憲法改正無限界説に立つ多くの論者むけの確信を共有してゐるところである。しかし憲法学者一人として挙げられる（芦部・前掲書註(6)、五六頁、および山元・前掲論文註(5)、1111-1114頁註(70)）バルテルミーである。ところは、彼の場合、この確信がなければ、彼の理性主義論 = 自然法論（前掲拙著註(8)、1111-1115頁参照）からすれば、限界説に与していただろうことが予測されるからである（cf. J.-Barthélemy et P.Duez, *supra note* (68), pp.896-897）。いずれにしても、法理論としての法実証主義と、第三共和制憲法の存在を前提として議論するところの意味での法実証主義とを分けた場合、彼を法実証主義者であるところことができるのは後者の意味においてであり、確認すべきは一九二〇年代から一九三〇年代のフランス憲法学界において、芦部信喜の捉え方（七頁）とは裏腹に、前者が主流であるとはいえないということである（前掲拙著註(8)、第三章第一節 参照）。ただし、一九三〇年代になると、ワリース、カビタン、エゼンヤンなどといった若手の法実証主義者が台頭してくる。

(55) Georges Burdeau, *Le Pouvoir politique et l'Etat*, p.1.

(56) Georges Burdeau, "La règle de droit et le pouvoir esquisse d'une théorie du pouvoir envisagé comme unificateur de l'idée de droit" in *le même, supra note* (69), p.64 note 41 (第三回が、Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1937)。ややこしいが、ケルゼンの純粹法学の内容の仕方には問題があるが、一九二〇年代の点半ばんケルゼンの影響を受けたことは確かである。なぜなら、アルヌーが自然法論に向ふた」とかいある繩筆者はアルヌーを「かりそめ (provisoire) のケルゼリトゥ」 ルシエ (Jean-Marie Denquin, "Préface", *ibid.*, p.10)。

(57) G.Burdeau, *supra note* (96), p.48.(58) Cf. *Mélanges offerts à Georges Burdeau, Le Pouvoir*, 1977, pp.XII-XVI, 桜井・前掲書註(8)、1111-1118-1119-1頁参照。

(59) ルナルヌーによれば、「註釈学派の衰退、自然法論の復活、社会学の台頭によつて憲定法と自然法の対立が激化」 (G.Burdeau, *supra note* (96), pp.47-48)、これがまた一方の妥協が模索されたが、彼は「われらのやうの、いずれも満足のいくものではない」といふ (p.49)。しかし、このよつては彼に固有のではなく、本稿筆者が関心を有するとは、彼が法実証主義を放棄した理由、といふこと、彼が法実証主義を持ち込んだえることなどがでもなくなつた原因である。

(60) 横口謙一「比較憲法【全訂第11版】」一九九一年一五三一-一五四頁参照。

(61) G.Burdeau, *supra note* (95), p.2.(62) Cf. F.Linditch, *supra note* (59), p.101, 水波・前掲書註(8)、1111-1112-1113-1114頁参照。

(63) 前掲拙著註(8)、1108-1110頁参照。

(64) 初版全七卷一九四九一九五七年、第1版全一〇卷一九六七一九七七年、第三版は未完であり、第一卷一第六卷一九八〇一九八七年および第10卷一九八六年。「政治権力と國家」を具體化したのが「政治学汎論」の初版であるところとすれば、後者を要約したのが「政治学の方法 (Méthode de la science politique)」一九五九年といふことができるであろう。

- (13) Bernard Chantebout et Francis Hamon, "Georges Burdeau et le Pouvoir" in *supra note* (98), p.1. xv-xii cf. Georges Burdeau, *Traité de science politique*, t. I, 1949, pp.12-13.

(14) 沢谷・前掲書註(∞)、 国民観。

(15) O.Beaud, *supra note* (65), p.314 ; A. Le Pillouer, *supra note* (46), p.123 note 1. ポナールによれば、憲定憲法が存在しない國家創設時に行使されるのが始原的憲法制定権力であるとして、制度化された憲法制定権力は実定憲法の存在を前提にしてそれを改正するために行使される（Roger Bonnard, "Les actes constitutionnels de 1940", *Revue du droit public*, 1942, p.49. シュルレ cf. pp.50 et 59）。ポナールによれば、大隈義和「憲法制定権の法理」一九八八年一七回頁参照。第一次世界大戦後の憲法の教科書によれば本系譜（ゆかねじ、ルイ・ルイ・セーヌーのやねや鑑）の「へい」多くは派生的憲法制定権力として用語を用いるのが少數派（シムラウ）（Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel*, 26^e éd., 2009, p.31 ; Dominique Turpin, *Droit constitutionnel*, 1992, p.81 ; Dominique Chagnolaud, *Droit constitutionnel contemporain*, 5^e éd., t.I, 2007, p.42 など）。だが、我が国の憲法制定権は「憲法制度化された憲法権」である用語を用いる論者（阪本昌成「憲法理論」一九九三年一一四頁（第二版一九九九年一一五頁））。それに追隨する論者として佐藤幸治「日本国憲法論」一〇一一年三九頁）が存在するが、この場合「法制度化された」という表現がポナール・シムラウ→植部信喜の「制度化された」という表現との関係で特別な意味を有するわけではないにもかかわらず、ベン・クラン法学の用語（法制度）を連想させるような表現を不用意に用いるべきではない。ボナールやシムラウが「もへな恣意的な用語に反対する」のは間違くなつてゐる（ゆいふる、）の用語をもつてはいながらもへにフランス語に翻訳するのか、本稿者には疑ひがなむ）。

(16) Georges Burdeau, *Traité de science politique*, t.III, 1950, pp.203-204, 3^e éd., t.IV, 1984, pp.190-191.

(17) G.Burdeau, *supra note* (108, 1^{re} éd.), p.171; le même, *supra note* (108, 3^e éd.), p.171.

(18) ルネ・シムラウが制度化された憲法制定権力の元の表現としてクロード派生的（dérivé）憲法制定権力を挙げてゐる（G.Burdeau, *supra note* (108, 1^{re} éd.), p.203 note 1）が、派生的憲法制定権力として表現を用いる論者では面白いの題で面白いカントン・ル・マルグールを挙げてゐる（前掲著註(∞)、二二二二一頁参照）。

(19) G.Burdeau, *supra note* (108, 1^{re} éd.), pp.207 et 212 ; le même, *supra note* (108, 3^e éd.), pp.193 et 197. シュルレ、澤谷・前掲書註(4)、二二六二二七頁参考。

(20) G.Burdeau, *supra note* (108, 1^{re} éd.), p.210 ; le même, *supra note* (108, 3^e éd.), p.196.

(21) G.Burdeau, *supra note* (108, 1^{re} éd.), pp.211-212 ; le même, *supra note* (108, 3^e éd.), pp.196-197. 始原的憲法制定権力と憲法制定権（の）のもへな關係の申し方、シムラウは固執するが、澤谷によると、シムラウの類似性が存在する」とを指摘する（U.Steiner, *supra note* (42), 二二八〇）が、ルネ・シムラウは「ハーバード大学講師」として、したがって出世運好いたゞ異議をもつてゐることを看過してはならない。

(22) G.Burdeau, *supra note* (108, 1^{re} éd.), p.247 ; le même, *supra note* (108, 3^e éd.), p.231.

(23) Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constitutante*, 1985, p.37.

(24) したがつて、始原的憲法制定権力が法的世界に取り組むことのできるならば、「彼の理論はまだ大きな姿はまだない」〇〇年代の学位論文にみられる（大隈・

