

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、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、国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す論者がいる⁽²⁾。それに対して、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という非法学的で素朴な疑問である⁽³⁾。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⁽⁵⁾」といわれる。より限定的に言えば、芦部憲法学においては、憲法制定権力論は国民主権論と憲法改正限界説とのそれぞれの中核を担っており、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、国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⁽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⁽¹⁰⁾」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」⁽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」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」⁽¹⁴⁾に転化したのである。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主権説の、いわば権力の要素に力点がおかれた概念である」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≡主権なのであるか。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、ここという主権とは「国民主権に言う主権」⁽¹⁵⁾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」であるということができる。憲法制定権力は「国民主権の原理と不即不離の関係」⁽¹⁷⁾にあるのである。「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」⁽¹⁸⁾。

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て、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った」⁽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があ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 constituant institué* として観念される⁽²²⁾。ここでは、始源的憲法制定権力と制度化された憲法制定権力＝憲法改正権の行使を制限すること、あるいは憲法改正に限界を設けることであると必ずしもいえない。というのは、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、その行使の制限という点では、憲法によって設定された権力の内部でさらに区別するこ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、この型の限界論にとつては殆ど意味をもたぬ⁽²³⁾」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 (*verfassungsgebende Gewalt*) という概念を復活させて、⁽²⁴⁾ 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ことであつた。しかし、そこには特殊ドイツ的、というよりも特殊ヴァイマル期的な事情が存在した。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、⁽²⁵⁾ ともに国家の意思によって制定・改正されるので、憲法制定権力という概念はそもそも不要であつた。このような「ドイツ」的な (*a (de) l'allemande*)⁽²⁶⁾ 国家実証主義⁽²⁶⁾ 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秘的な権力 (*mystische Gewalt*) ではない⁽²⁷⁾」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って説明した。これが彼の憲法変遷論であり、⁽²⁸⁾ このような憲法と法律の関係に関する捉え方はアンシユツツによってヴァイマル期に継受された。⁽²⁹⁾ 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ことを明示しない「実質的憲法改正法律」⁽³⁰⁾ の存在は、制定当初からさまざま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」⁽³¹⁾。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って、憲法典の規範内容に反する取り扱いを認める」⁽³²⁾ 憲法破壊 (*Verfassungsdurchbrechung*)⁽³³⁾ は実質的意味の憲法の流動化を招いた。こ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ことの目的の一つは、憲法破壊や憲法改正から「憲法」を守ることというよりも、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ろう。

シュミットによれば、「憲法制定権力は政治的意思であり、この意思の力または權威により、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（Verfassungsvernichtung））であり、憲法改正をもっ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」ないのに対して、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⁽³⁶⁾。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⁽³⁷⁾。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」したものが憲法法律である⁽³⁸⁾。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⁽³⁹⁾。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」＝「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」⁽⁴⁰⁾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関心はない⁽⁴¹⁾。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よって意味がないのかというと、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」作っ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＝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ず可能性を秘めているからである。⁽⁴⁹⁾ 樋口陽一は、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観念化され、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関を制度化し、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ものであり、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ものであり、両者は手段と目的の関係にあるのである。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」が顕在化し、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」は芦部のいう「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った。⁽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、「実際には多くの追隨者を見出さなかった⁽⁵⁸⁾」。もつとも、後者の点につて、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ゐ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ない。

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⁽⁶¹⁾」り、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⁽⁶²⁾」。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、国家の存在を前提とする法実証主義からすれば、国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し⁽⁶³⁾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⁽⁶⁴⁾」ことは否定しえないであろう。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つ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⁽⁶⁵⁾」の否定である。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「栄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⁽⁶⁶⁾」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礙を抱えつつ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二月二五日法律八条⁽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、国民議會は兩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ビ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ねばならない。

ビュルドーはカレ・ド・マルベールの晩年の高弟であり、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粋な法実証主義の立場に立つ憲法学者であることから、ビュルドーは「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⁽⁷²⁾」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こと⁽⁷³⁾から、ケルゼンの影響も受け、その結果、ビュルドーの当時の法的国家論はカレ・ド・マルベールの法的国家論とケルゼンのそれとを折衷したようなものになっている。すなわち、ビ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⁽⁷⁴⁾という意味で法実証主義の立場に立つが、ビ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。ビュルドーによれば、「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させられるべき中心である⁽⁷⁵⁾」。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⁽⁷⁶⁾」ともいわれる。もっとも、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⁽⁷⁷⁾」である。もちろんこの「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⁽⁷⁸⁾に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⁽⁷⁹⁾の中において、ビ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⁽⁸⁰⁾における憲法制定権力と憲法改正権⁽⁷⁹⁾」と確定したうえで、前者は「純粋な事実であり、そのようなものとして法的範疇には属しえない⁽⁸¹⁾」という。また、「固有の意味の憲法制定権力は……事実⁽⁸¹⁾にすぎない⁽⁸¹⁾」ともいうが、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⁽⁸²⁾。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さない⁽⁸³⁾」。憲法制定権力に関するこ

これまでの議論はカレ・ド・マルベール⁽⁸⁵⁾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、憲法改正によっ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⁽⁸⁶⁾」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粋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って、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、憲法によっ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って、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ころと、理論的に憲法改正機関が立法機関に、したがって憲法が立法権に從属することになるし⁽⁸⁹⁾、また、技術的に憲法の追加が困難になる⁽⁹⁰⁾。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世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⁽⁹¹⁾」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⁽⁹²⁾」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⁽⁹³⁾。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⁽⁹⁴⁾。となると、ヴィシー体制の成立によっ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『政治権力と国家 (Le Pouvoir politique et l'État)』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」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た。私の誤りを認めるにやぶさかではない」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」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、なぜこ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。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『政治権力と国家』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国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「国家の法的概念の中に再導入する」。ここで権力とは、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。国家の現実を直視した権力性の重視は、法理論が異なるようになったとはいえ、彼がカレ・ド・マルベールから継受したものに他ならない。また、同書において人間存在の集団における権力現象がさまざまな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)』であるということの意味する。『政治権力と国家』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」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である。ところで、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ろう。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って確認しつつ、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 (originaire) 憲法制定権力が既存の法的規制によっ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て、制度化された (institute) 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って行使される。⁽¹⁶⁾ この意味で、憲法制定権力それ自体は「雑種の (hybride) 性質」⁽¹⁶⁾ 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う。ここで看過してはならないことは、この問いが成立するには、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うことが肯定されなければならない点である。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、憲法の制定によって、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。⁽¹⁷⁾ 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っている」。⁽¹⁷⁾ 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。⁽¹⁸⁾ 「……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⁾ ここでは、「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。⁽¹⁸⁾ 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 (juridique)」⁽¹⁷⁾ が肯定されていることから、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にはできない。ここでは、それと密接な関係を有する権力の制度化

(institutionnalisation du Pouvoir) とともに、その概略を提示しておく。

ビュルドーによれば、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って制約されるとともに制度化される。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 (representation) であり、「社会的組織に関する多様な特徴をい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「自らを体现する権力 (Pouvoir) と結びつく」ことによってその一部が実定法として実現されるが、ここで注意すべきは、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っているものであるということである。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⁽¹¹⁾というべきかもしれない。その意味で権力は事実上の力ではなく、「社会的・意思から生じ、集団を共通善の追求へと向かわせることを目的とし、とりわけ、社会的・意思が命じる態度を構成員に強制することができる力」⁽¹²⁾である。このような権力には、「社会生活の組織的力」という「概念の側面」⁽¹³⁾とそれを行行使する個人またはその一団とい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」⁽¹⁴⁾。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⁽¹⁵⁾であり、「制度化された権力 (Pouvoir institutionnalise)」とは国家である⁽¹⁶⁾。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。ということは、制度化された憲法制定権力という場合の制度化 (instauré) は権力の制度化 (institutionnalise)＝国家の創設の一部であり、後者を大きな制度化⁽¹⁷⁾というとすれば、前者は小さな制度化といえることができるであろう。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った。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、清宮四郎によって実体化された根本規範という器に第二次世界大戦後に復活したゲルマン的な主観的自然権論を盛ったのである（註(13)参照）。この芦部によっ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ないであろう。

- (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) 長谷部恭男「憲法の境界」二〇〇九年三一二五頁。
- (3) この疑問を、本稿筆者は「宮沢俊義の国民主権論と国家法人説」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」上巻二二〇八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「憲法によって設定された憲法を制定する権力（pouvoir constituant constitué）」（Stéphane Rials, "Supraconstitutionnalité et systématicité du droit", *Archives de philosophie du droit*, 1986, p.65）という表現に対して同様の疑問を提示する（Olivier Jouanjan, "La forme républicaine de gouvernement, norme supraconstitutionnelle?" in Bernard Mathieu et Michel Verpeau, *La République en droit français*, 1996, p.281）が、この表現は「その」に含まれる「憲法」の意味が異なるとすれば、つまり、実質的意味の憲法を制定する権力によって形式的意味の憲法を改正するために設定された権力というように理解すれば、必ずしも形容矛盾を含んでいるとはいえないであらう。ゆえに cf. Olivier Cayla, "L'obscurcissement de la 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二二頁（同「統 憲法の基本問題」一九五六年に所収（二五—二六頁）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いるとはいえず、しかも同論文はビュルドーに依拠しすぎているため他の論者と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という点で芦部の比ではない。
- (5) 高橋和之「芦部憲法学の理論的諸前提」ジュリスト一六九号一九九九年一九二〇頁。
- (6) 芦部信喜「憲法制定権力」一九八三年三頁、三九頁および三一七頁。
- (7) 同右・三九頁。
- (8) 拙著『国民主権と法人理論——カレ・ド・マルベールと国家法人説のかかわり——』二〇一一年五頁。「人間・価値の尊厳」・「人間人格の自由と尊厳」ともいわれるが、さらに、芦部・前掲書註（6）、三一八頁も参照。
- (9) 芦部・前掲書註（6）、四二頁。三一八頁も同旨。
- (10) 同右・一〇九頁。
- (11) 同右・四三頁。三一八頁も同旨。
- (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・三九頁および四二頁）。なお、芦部の実体的根本規範論は清宮四郎から継受したものであるといわれる（高見勝利「憲法制定権力」考」樋口陽一・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、さらに、菅野喜八郎「国権の限界問題」一九七八年五七—六二頁も参照。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(二)完」——黒田覚に即して——「法学論叢」一四五巻四号一九九九年五三頁参照。

- (14) 芦部信喜「憲法学Ⅰ」一九九二年二四三頁。さらに、二二二—二二三頁、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「」内は本稿筆者による註記である。

- (15) 芦部・前掲書註(6)、四三頁。三一八頁も同旨。「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」(三三四頁)ともいわれる。さらに、芦部・前掲書註(14)、「憲法学Ⅰ」、二四二頁も参照。

- (16) 芦部・前掲書註(14)、「憲法学Ⅰ」、二四二頁。

- (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」、二四四—二四五頁)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」法学教室三五七号二〇一〇年七頁)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」、二四五頁)という「二重国民概念」(前掲拙稿註(3)、六八—六九頁)を、芦部が「自同性の原則」(芦部・前掲書註(14)、「憲法学Ⅰ」、二四五頁)によって同視しようとすることは問題である。

- (21) 前掲拙著註(8)、三一—四頁。

- (22) 芦部・前掲書註(6)、四五頁。三一九頁も同旨。

- (23) 菅野喜八郎「統・国権の限界問題」一九八八年一三一—一四頁。このことは芦部も自覚している(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国民が制定した憲法という憲法観とをドイツ国法学に最初に導入したのは、Egon Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, 1909 である。一方で、シエムットは憲法制定権力と憲法改正権が区別されていない点が同書の「根本的な誤り」(カール・シエムット(阿部照哉・村上義弘訳)「憲法論」一九七四年一二五頁)であるというが、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。同書によれば、Robert Redlob, *Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung vom 1789*, 1912 へ Karl Loewenstein, *Volk und Parlament*, 1922 など、フランス革命期の憲法理論をドイツ国法学に導入した「三部作」(C.Klein, supra note (24), p.142; Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, 1996, p.100) であるといわれ、これらによってまかれた種はヴァイマル期にさまざまな形で開花することになる。後年のレーヴェンシュタインも三つの著作の関係を同様に捉えている(後掲) (Nachdruck, 1990, S.VIII)。*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) ドイツにおいては伝統的に憲法と法律が同質のものとして捉えられてきたが、その始まりはクリューバーのようである (Charles Borgeaud, *Établissement et*

- révision des constitutions en Amérique et en Europe*, 1893 (rééd.), pp.57-58)。すなわち、協約憲法であるフランスの二八三〇年憲章の下においては、憲法と法律(同憲章一四条)とに君主と議会の協働によって制定されるので、両者の間に質的な差異はないというわけである(Johann Ludwig Klüber, *Öffentliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 4.Aufl., 1840 (Nachdruck, 1970), S.406 f. Anm.e)。それに対して、モールは両者を区別して憲法の法律に對する優位を主張した(Robert von Mohl, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, Bd. I, 1860, S.83 Anm.1)が、このような主張が受け入れられることはなかった。
- (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) 詳しくは、赤坂正浩『立憲國家と憲法變遷』二〇〇八年三月十一-四〇三頁参照。
- (29) Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14.Aufl., 1933 (Nachdruck, 1965), S.401. 以下、清宮四郎『國家作用の理論』一九六八年(オンデマンド版、二〇〇一年)一四八-一四九頁、小嶋和司『憲法学講話』一九八二年三〇六頁、および高見・前掲論文註(13)、七二〇-七二二頁も参照。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。さらに、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)、四五-四六頁。
- (33) 憲法破棄について詳しくは、若岡昭道『憲法破棄の概念』二〇〇二年五一-二〇四頁参照。以下、Vgl. Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. VI, 1981, S.421 ff.
- (34) シュミット・前掲書註(24)、九八頁。
- (35) 同右・一〇一-一〇六頁。さらに、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)、二二〇-二二二頁および二二六頁。
- (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)、一二四頁。
- (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」(一二三頁)とから成る。
- (40) 同右・三九-四〇頁。さらに、菅野喜一郎『論争 憲法-法哲学』一九九四年一九四-二二八頁も参照。
- (41) シュミット・前掲書註(24)、一〇〇頁。
- (42) Vgl. Udo Steiner, *Verfassungsgebung 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(Verfassungsbeilegung)に含まれる(同右・一二六頁および一二三-一二四頁)。したがって、「憲法」の改正を含むものにVerfassungsbeilegungという用語を用いるのは適切であるとはいえないが、それに「廃止」という訳語をあてるのはやむをえないであろう(「除去」という訳語が用いられる場合もある)(C・シュミット(尾吹善人訳)『憲法理論』一九七二年二八頁)。また、「議会上の否決が、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とみることでしよう(菅野・前掲書註(13)、八九頁)といわれるが、この点に関連して、石川健治によるシュミットの制度体保障論理解は興味深い。石川によれば、シュミットの制度体保障論とは、「市民的法治国の立場からすれば破壊されるべき特権の主体」中間団体(石川健治『自由と特権の距離[増補版]』二〇〇七年五六頁)という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ことによって、「単純多数決(＝法律)によっては廃止できないという憲法法律的效果をもって保障」(同右・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、シュミットの不信の対象である議会それ自体からは保護されない。

- (43) ただし、シュミットは、「ライヒ政府による簡略な立法手続の創設を……目的と」(宮澤俊義『転回期の政治』一九三六年三四一頁)した一九三三年三月二四日の授權法(Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, 法の法律の全訳にひいては、三四〇―三四一頁参照)をめぐって、アンシュッツ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) 菅野・前掲書註(6)、三三三頁。

- (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)、二二七―二三八頁。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ことには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権」龍谷紀要二九卷二号一七頁註(13)参照)が、このような尾高の実定法の定義(三一五頁)と、自他ともに自然法論者であることを認めるジュニーのそれ(François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, 2^e tirage, t.I, 1922 (rééd. 2003), pp.55-56)とがきわめて類似していることは興味深い。ところで、本稿筆者は、法理論とそれを支えるものとを分けたうえで、前者を論じるにあたって後者を持ち込んではいない、あるいは後者によって前者を判断してはならないという立場に立つ(前掲拙著註(8)、二一〇―二二二頁)が、前者を理解するうえで後者が有益であることを認めるにやぶさかではない。このことを菅野の憲法制定権力論に当てはめた場合、注目すべきは菅野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(菅野信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』一九八五年九〇―九〇七頁参照)。この時期には、改憲・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った(例えば、渡辺治『日本国憲法「改正」史』一九八七年二三―四五頁参照)。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まざるをえなかった」[だけではなく、「陸軍航空関係予備役兵科将校補充及服務臨時特例」(昭和十八年勅令五六六号)に基づく特別操縦見習士官「[特攻隊要員]」(第二期)募集で合格寸前のところまでいっ(高見勝利「菅野憲法学を読む」二〇〇四年一二頁)た菅野が、わが国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、というよりも死守しなければならないと判断した(菅野・前掲書註(6)、一四九―一六八頁および二二七頁以下参照)心情を、戦後生まれの筆者が理解できないわけではない(菅野信喜「憲法叢説」一九九四年二八〇―二八二頁参照)。さらに、尾吹善人「憲法の基礎理論と解釈」二〇〇七年一三七―一三八頁、および山元「憲法制定権力」と立憲主義——最近のフランスの場合——」法政理論三三卷二号二〇〇〇年三―四頁も参照。

- (46) 中村哲「憲法制定権について(二)」——帝国憲法第一条に関する昨今の学説について——」国家学会雑誌五七巻七号一九四三年四五頁。さらに、cf. Arnaud Le

Pillouer, "Pouvoir constituant originaire 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)・四五頁。

(48) 同右・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いる場合には、それに換る以外の憲法制定権力の行使は認められない(三二四―三三五頁)。

(49) 憲法制定権力論に関して、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『国民主権の研究』一九七一年三四二―三五九頁、および同『憲法と国家論』二〇〇六年一四二―一四九頁)。

(50) 憲法制定権力論におけるこのような強いデ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ろうか。この問いは、それがリベラルな憲法訴訟論と矛盾するといっているのでは決してなく、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う意味である(例えば、芦部信喜「宗教・人権・憲法学」一九九九年二四三―二六六頁参照)。

(51) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』一九七三年三〇二頁。

(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、芦部とシュミット(シュミット・前掲書註(24)・一三〇頁)は結論ではほぼ一致しているが、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ろう。なお、憲法改正手続によっ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(13)・一九五―一九七頁註(一)・および長谷部恭男「権力への懐疑」一九九一年二七二―二八頁参照。

(54) 芦部・前掲書註(6)・三一九頁および三三二頁、ならびに同・前掲書註(14)・『憲法学Ⅰ』・二四三頁。さらに、同・前掲書註(14)・『憲法 新版補訂版』・三五七頁も参照。

(55) 大石眞「議院自律権の構造」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. それに於いて「議院内閣制を論じるにあたっては、『議院内閣制の『合理化』』という概念を用いよう(Le même, *Le régime parlementaire dans les Constitutions Européennes d'après guerre*, 1932, p.71)。

(57) Ulrich Häfele, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, Bd. 1, 1959, S.218 Ann.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』二〇〇七年一七五頁)ことは否定できない。さらに、飯野賢一「モリス・オリウの公法学説研究(一)——制度理論・ナシオン主権論の構造説明に向けての試論——」早稲田大学大学院法研論集八七号一九九八年二〇頁註(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いるとされる(Yann Tanguy, "L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou Actualité d'une doctrine", *Revue du droit public*, 1991, pp.62-64.

- を云ふ。cf. Eric Millard, "Hauriou et la théorie de l'institution", *Droit et société*, 1995, pp.401-408)。
- (59) Cf. Florian Lindlich, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, 1997, p.101 note 113, 山元「《法》《社会像》《民主主義》(五・完)——フランス憲法思想史研究への一視角——」国家学会雑誌一〇七巻九・一〇号一九九四年一六七頁註(2)参照。
- (60) 水波朗「トマス主義の憲法学」一九八七年一三三頁、山元・前掲論文註(59)「一六七頁註(2)」および櫻井陽二「デュルローの政治学原理」二〇〇七年三三頁。その結果、デュルローは「オリウの後継者と目される」(小島慎司「近代国家の確立と制度体の自由(二)——モリス・オリウ「公法原理」第二版における修道会教育規制法律への批判的分析——」国家学会雑誌二二巻五・六号二〇〇八年一二五頁註(4)」。を云ふ。cf. Olivier Beaud, "Préface", Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 1910 (rééd., 2010), p.5-6)。
- (61) 芦部・前掲書註(6)「二二〇頁」。
- (62) 同右・二五頁。
- (63) 同右・二五二頁。さらに、渡邊・前掲書註(4)「一五一九頁も参照」。
- (64) 山元「最近のフランスにおける「憲法制定権力」論の復権——オリヴィエ・ボーの「国家権力論」を中心に——」法政理論二九巻三号一九九七年二六頁。
- (65) 同右。を云ふ。cf. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t.II, 1922 (rééd., 1962), pp.504-505 note 18. その例外はオリウによる(Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929 (rééd., 1965), pp.258-259, を云ふ。cf. Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, 1994, pp.447-450)。
- (66) E. Zweig, *supra* note (24), 1909, S.1.
- (67) 同条によれば「代議院と元老院が別々に憲法改正が必要である旨を絶対多数で議決した後、両議院が合同して国民議會を構成し、国民議會が絶対多数によって憲法改正を行う」。
- (68) Cf. Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 5^e éd., 1909, pp.97-980 ; 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, 111-114, 115-116 (Éléments de droit constitutionnel, 1896) 266-267, 268-269, 270-271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000)。
- (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. を云ふ。cf. Jean Gaudemet, "Georges Burdeau et l'Université" in Bernard Chantebout (dir.), *Le Pouvoir et l'État dans l'œuvre de Georges Burdeau*, 1993, pp.6-8 ; Jean Valine, "Georges Burdeau à Strasbourg" in B. Chantebout (dir.), *supra* note (69), pp.12-13.
- (70) デュルローの略題に「フランス」は「櫻井・前掲書註(8)」一三一—一四頁参照。
- (71) ランペリ・ホルンに「フランス」cf. Julien Laferrère, *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) 山元・前掲論文註(㉔)・三三三頁註(㉒)。
- (73) 前掲拙著註(㉔)・第三章第四節ニ参照。
- (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. 同書はロッシ氏の受賞作である。ロッシ氏(Prix Rossi)とは、ロッシ婦人のパリ大学法学部に対する遺贈にもとづいて設けられたものであり、毎年民法部門と憲法部門で公募された作品の中から優れたものに贈られた。憲法部門は議院内閣制の理論的發展に貢献したとされる(Alain Laquière, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, 2002, pp.7-8)。ロッシについては、拙稿「黎明期のフランス憲法学——ベッレグリーノ・ロッシを中心に——」龍谷紀要二九卷一・二〇〇七年参照。
- (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) シュルローは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きたと理解しているが、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) 前掲拙著註(㉔)・第三章第二節ニ参照。
- (85) 同右・三三三—三三四頁註(30) 参照。
- (86) *Ibid.*, p.99.
- (87) ビュルドーによれば、「憲法改正権とは、法秩序をとおして考察された憲法制定権力である」(*ibid.*, p.14)。
- (88) それ故、ビュルドーは憲法の規定に反する憲法慣習の存在を認めない(*ibid.*, p.282)が、第三共和制憲法の簡潔さにかんがみ制定法に対する慣習の補充性までは否定しない(*ibid.*, p.333)。
- (89) *Ibid.*, pp.291-292.
- (90) *Ibid.*, pp.283-284.
- (91) *Ibid.*, p.298.

- (92) *Ibid.*, p.299.
- (93) *Cf. ibid.*, pp.296-297.
- (94) *Ibid.*, pp.300 et 317-318. もちろん、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もこの確信を共有しているとみるべきである。とくに注目すべきはその一人として挙げられる(吉部・前掲書註(6)、五六頁、および山元・前掲論文註(64)、三三―三四頁註(70))バルテルミーである。というのは、彼の場合、この確信がなければ、彼の理性主権論(前掲拙著註(8)、一五一頁参照)からすれば、限界説に与していただであろうことが予測されるからである(*Cf. J. Barthélémy et P. Duez, supra note (68), pp.886-897*). 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いう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いうことが出来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、吉部信喜の捉え方(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)、第三章第一節一参照)。ただし、一九三〇年代になると、ワリーヌ、カピタン、エゼンマンなどといった若手の法実証主義者が台頭してくる。
- (95) Georges Burdeau, *Le Pouvoir politique et l'État*, p.1.
- (96) Georges Burdeau, "La règle de droit et le pouvoir esquissé d'une théorie du pouvoir envisagé comme unificateur de l'idée de droit" in le même, *supra note (69)*, p.64 note 41 (初出は "Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique", 1937). すでに述べたようにデュルローによるケルゼンの純粹法学の受容の仕方には問題があるが、一九三〇年代の前半にデュルローがケルゼンから何らかの影響を受けたことは確かであり、おそらくこのようなデュルローが自然法論に転向したことから、ある論者はデュルローを「かりそめ (provisoire) のケルゼニヤン」とする(Jean-Marie Denquin, "Préface", *ibid.*, p.10)。
- (97) G.Burdeau, *supra note (96)*, p.48.
- (98) *Cf. Mélanges offerts à Georges Burdeau, Le Pouvoir*, 1977, pp.XIII-XVI, 櫻井・前掲書註(60)、三三八―三四一頁参照。
- (99) デュルローによれば、註釈学派の衰退、自然法論の復活、さらに社会学の台頭によって実定法と自然法の対立が激化し(G.Burdeau, *supra note (96)*, pp.47-48)、さまざまな方法によって両者の妥協が模索されてきたが、彼はこれらのうちのいずれも満足のいくものではないという(p.49)。しかし、このようなことは彼に固有ものではなく、本稿筆者が関心を有するのは、彼が法実証主義を放棄した理由、さらにいえば、彼が法実証主義を持ちこたえることができなくなった原因である。
- (100) 樋口陽一「比較憲法【全訂第三版】一九九二年一五三一―一五四頁参照。
- (101) G.Burdeau, *supra note (95)*, p.2.
- (102) *Cf. Flindrich, supra note (59)*, p.101, 水波・前掲書註(60)、一三四―一三五頁参照。
- (103) 前掲拙著註(8)、二〇八―二一〇頁参照。
- (104) 初版全七卷一九四九―一九五七年、第二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―第六卷一九八〇―一九八七年および第一〇卷一九八六年。『政治権力と国家』を具体化したのが『政治学汎論』の初版であるということができるとすれば、後者を要約したのが『政治学の方法 (Méthode de la science politique)』一九五九年ということができるとであろう。

- (105) Bernard Chantebout et Francis Hannon, "Georges Burdeau et le Pouvoir" in *supra* note (98), p.1. *voir* cf. Georges Burdeau, *Traité de science politique*, t. 1, 1949, pp.12-13.
- (106) 芦部・前掲書註(9) 四五頁。
- (107) O.Beaud, *supra* note (65), p.314; A. Le Pélouier, *supra* note (46), p.123 note 1. ボナールによれば、実定憲法が存在しない国家創設時に行使されるのが始原的憲法制定権力であるのに対して、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. *voir* cf. pp.50 et 59). ボナールについては、大隈義和「憲法制定権の法理」一九八八年一七四頁参照。第二次世界大戦後の憲法の教科書あるは体系書 (もちろんで、ブルドーのそれを除く) のうち、多くは派生的憲法制定権力という用語 (註(110)参照) を用い、制度化された憲法制定権力という用語を用いるのは少数派 (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 *voir* cf. *supra*). なお、わが国の憲法学界には「法制度化された制憲権」という用語を用いる論者 (阪本昌成「憲法理論」一九九三年一四頁 (第三版一九九九年一二五頁)。それに追隨する論者として佐藤幸治「日本国憲法論」二〇一一年三九頁) が存在するが、この場合、「法制度化された」という表現がボナール・ブルドー・芦部信喜のいう「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、パンクテン法学の用語 (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。ボナールやブルドーがこのような恣意的な用語に反対するとは間違いないであろう (もっとも、この用語をどのようにフランス語に翻訳するのか、本稿筆者には思いつかない)。
- (108) Georges Burdeau, *Traité de science politique*, t.III, 1950, pp.203-204; 3^e éd., t.IV, 1984, pp.190-191.
- (109) G.Burdeau, *supra* note (108, 1^{ère} éd.), p.171; le même, *supra* note (108, 3^e éd.), p.171.
- (110) シュルドーは制度化された憲法制定権力の別の表現として「シュルローの派生的 (dérivé) 憲法制定権力を挙げうる (G.Burdeau, *supra* note (108, 1^{ère} éd.), p.203 note 1) が、派生的憲法制定権力という表現を用いる論者であれば自らの師であるカレ・ド・マルベールを挙げるべきであろう (前掲拙著註(8) 一二三三頁参照)。
- (111) G.Burdeau, *supra* note (108, 1^{ère} éd.), pp.207 et 212; le même, *supra* note (108, 3^e éd.), pp.193 et 197. *voir* cf. 渡邊・前掲書註(4) 二六二-二七頁も参照。
- (112) G.Burdeau, *supra* note (108, 1^{ère} éd.), p.210; le même, *supra* note (108, 3^e éd.), p.196.
- (113) G.Burdeau, *supra* note (108, 1^{ère} 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改正権の間の密接な関係の中心にある論者は両者を「妥協」をせよとするシュルドーの意図を見て取り、その「シュルドーの類似性が存在することを指摘する (U.Steiner, *supra* note (42), S.186) が、シュルドーとシュミットは法理論という点で、したがって出発点からまったく異なるという点を看過してはならない。
- (114) G.Burdeau, *supra* note (108, 1^{ère} éd.), p.247; le même, *supra* note (108, 3^e éd.), p.231.
- (115) Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 1985, p.37.
- (116) したがって、始原的憲法制定権力が法的世界に取り込まれてくる点も含めれば、「彼の理論のはば大まかな姿はすでに一九三〇年代の学位論文にみられる」(大隈・

前掲書註(107)・一五七頁註(76)。「一六九頁も同旨」とはいえない(もともと「差異」の存在が留保されている(一六九頁および一八一頁註(46)。それに対してジュアンジャンは「始原的」憲法制定権力と「派生的」憲法制定権力」という理論枠組みの連続性をより強く主張する(O. Jouanjan, *supra* note (3), p.273 note 5)。*cf.* A. Le Pélouet, *supra* note (46), p.124)。「ただし」改説には不徹底な要素が存在する(山元、前掲論文註(64)・三六頁註(83))。なお「フランス美定法における憲法改正論序説」に於ては「憲法改正権は「組織された権力(pouvoir organisé)」(G. Burdeau, *supra* note (56), *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*), p.242)と云う換えられべき」。

- (117) G. Burdeau, *supra* note (108, 1^{ère} éd.), p.215 ; le même, *supra* note (108, 3^e éd.), p.202. 「フランス美定法における憲法改正論序説」においてデュルローがかつて依拠した「始原的憲法制定権力を純粋な事実として法的考察から排除したカレ・ド・マルベールは批判されることになる(ie même, *supra* note (108, 1^{ère} éd.), pp.213-215 ; le même, *supra* note (108, 3^e éd.), pp.200-202)。

- (118) Cf. Olivier Passelecq, "L'idée de droit chez Georges Burdeau", in B. Chanebout(dir.), *supra* note (69), p.23, 高橋和之『国民内閣制の理念と運用』一九九四年二八〇頁註(88)・ならびに櫻井・前掲書註(99)・一二頁および二六五頁参照。

- (119) G. Burdeau, *supra* note (105), p.92 ; le même, *Traité de science politique*, 3^e éd., t.I, vol.I, 1980, pp.218-219, *cf.* le même, *supra* note (95), pp.58-59. 法の理念にいうより具体的には「*cf.* 櫻井・前掲書註(99)・二七〇-二七六頁参照。

- (120) G. Burdeau, *supra* note (105), p.93 ; le même, *supra* note (119), p.220.

- (121) 水波・前掲書註(85)・一二六頁。

- (122) G. Burdeau, *supra* note (105), p.216 ; le même, *Traité de science politique*, 3^e éd., t.I, vol.II, 1980, p.10.

- (123) G. Burdeau, *supra* note (105), p.215 ; le même, *supra* note (122), pp.9-10. しかしながら「Pouvoirは権力機構と訳すべきであらざる(cf. le même, *supra* note (96), p.55 note 22)。

- (124) G. Burdeau, *supra* note (105), p.216 ; le même, *supra* note (122), p.11.

- (125) G. Burdeau, *supra* note (105), p.257 ; le même, *supra* note (122), p.119.

- (126) *cf.* G. Burdeau, *supra* note (95), pp.142-143 et 173-174. 制度化された権力が「法的権力」であるのに対して、統治者と分離されていない権力は「個人に体现された(Pouvoir individualisé)権力」といわれ、それは「個人的権力」であり「事実上の権力」である(G. Burdeau, *supra* note (105), pp.251 et 258 ; le même, *supra* note (122), pp.108 et 120)。「なお、デュルローの制度化・個人体现化が規範的概念であるのに対して、デュヴェルジェの「権力の個人体现化(personalisation du pouvoir)」は社会学的概念である(Maurice Duverger, *La 1^{re} République et le régime présidentiel*, 1961, pp.34-37)。「*cf.* デュルローはかつて「権力を入の中に体现する」という意味と personalisation du pouvoir を「権力者から分離された」という意味と dépersonnalisé を「それぞれ用いられた(G. Burdeau, *supra* note (96), pp.62-63)。

- (127) 権力の制度化と云う場合の制度化とは要するに法人格化という意味であるが、この点に関するデュルローの理論の特徴については「*cf.* Flindlich, *supra* note (59), pp.100-102. また、権力の制度化という概念に対する批判については、渡邊・前掲書註(4)・二二二-二二四頁参照。