

憲法総論の再検討

佐藤潤一

Rethinking the foundations and theory of Constitutional Law

SATOH Junichi

Abstract

From 1990's, theories of Japanese Constitutional Law had been radically changed. The constitutional law is discussed by many books and articles of the political theory, history of law, and the philosophical theory. Constitutional theory is influenced by these theories. In this lecture note, I try to reconsider the theories of constitution interpretation, especially the historical aspects and comparative study about the constitutional theory of common law countries, e.g., U.K., Australia, Canada, New Zealand and South Africa.

目次

序	130
第1章 憲法とは何か	131
第1節 憲法という言葉	131
第2節 立憲主義と法の支配	131
第3節 憲法の分類	135
第4節 日本国憲法と「法の支配」	135
第2章 日本憲法史	137
第1節 明治憲法	137
第2節 日本国憲法	145
第3章 日本国憲法総論	149

平成23年3月4日 原稿受理
大阪産業大学 教養部

第1節 憲法の基本原理	149
第2節 国民主権	151
第3節 平和主義	157
第4節 基本的人権の尊重	165
結語—憲法総論再考の意義	171

序

本稿は、特に憲法総論、すなわち、憲法概念、憲法史、及び憲法の基本原理に焦点をあて、その再検討をするための序説的研究である。網羅的な体系的記述をめざすのではなく、教養として憲法を学ぶにあたって必要とされる最小限の知識を示すとともに、特に歴史的視点と、コモン・ロー諸国の憲法との比較に重点を置いて、通説判例に対する若干の異議を提示する¹⁾ことを目的としている²⁾。ここで「教養として学ぶ」というのは教養課程で学ぶ、あるいは教養科目として学ぶという狭い意味ではなく、法学の基礎知識、大学生としての基礎知識という意味とともに、憲法解釈学の基礎という意味も込めている³⁾。

-
- 1) 本稿は講義案であるため、註は最小限に抑えている。参照を容易にするため、註の番号は節毎に振り直している。憲法の概説書は汗牛充棟ただならぬ数が出版されており、本稿筆者も法学入門の性格を持ったもの（佐藤潤一『法学と憲法入門』（敬文堂、2006年））、また平和学入門として国際人権法との関わりを重視したもの（佐藤潤一『人権と平和—憲法と国際人権法の交錯—』（晃洋書房、2011年））の二冊をすでに公にしている。これらとの重複は出来るだけ避けたので、憲法総論のみを扱っているとはいえ、体系の面では若干バランスを欠くところがあると思われるが、理論的に憲法問題になりうることであれば、判例に現れた論点に限らず扱っていくことでその欠缺を補うこととしたい。
 - 2) 通説は、憲法学者の多数が唱えている説を指す場合と、大多数の学者とまではいえないが、影響力の大きい有力説を含む場合がある。本講義案においては、「通常……と解される」との表現でこの両者を示すこととする。また「判例」は、①裁判例、②代表的な判決、③類似した事例に対して繰り返される事が多い、判決の中で示される、条文解釈の形で定立された規範、を意味することがある。文脈で明らかな場合はとくに断らないが、三つのうちいずれかを指すものとするべき場合は、註記することとしたい。
 - 3) 解釈は通説判例と同様の結論に立つ場合もあるが、そうでない場合は通説判例を説明した上でその解釈を取り得ない理由を述べることにする。なお平和主義に関しては、註1前掲『法学と憲法入門』第2章第3節及び『平和と人権』第I部でも扱っており、重複を避けるため、簡潔な言及にとどめている。法解釈技術それ自体に立ち入る余裕はないので、次の二著の併読を進めたい。笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、2009年）、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991年）。

第1章 憲法とは何か

第1節 憲法という言葉

憲法は、それを指す言葉からみると、国によりかなりの違いがある⁴⁾。日本語で憲法と聞くとときには聖徳太子の憲法17条が想起されるかもしれないが、これは政治的倫理的規範であって、明治維新に際して近代国家としての基本法たる法典として大日本帝国憲法〔以下「明治憲法」とする〕が制定されるまでは、たんなる法令集という意味でも憲法は使われていた。しかし近代国家においては、国家の基本構造としてのConstitution（英語，フランス語），Verfassung（ドイツ語）を憲法と呼ぶ。constituteは動詞としては構成するという意味を持っているし、Verfassungには枠組みという意味もある。「この国のかたち」を憲法の意味で用いる用法もそういう意味では間違っているわけではない。近代憲法が日本に紹介された当初は国の基本的決まりという意味で世守成規，根本律法，国制，国憲などの訳語も用いられたが，明治憲法制定前後に憲法という訳語が確立したとされる⁵⁾。

第2節 立憲主義と法の支配

国家の基本構造がルールとして確立していることは、それが文書になっていることを必ずしも意味しない。イギリスは憲法に基づく政治が行われるべきだという慣行が世界で最

4) 日本語の「憲法」については、穂積陳重『法窓夜話』（岩波文庫）所収「憲法」及び『続法窓夜話』（岩波文庫）所収「憲法という語」参照。constitution概念についてSuri Ratonapala, *Australian Constitutional Law, Foundations and Theory, Second Edition* (Oxford University Press, 2007)を、Verfassung概念について、カール・シュミット（Carl Schmitt：尾吹善人訳）『憲法理論（*Verfassungslehre*）』（創文社，1972年）第1部第1章を参照。

5) 本稿においては、以下の諸文献における議論を踏まえ、最高裁判所の主要判例は可能な限り言及するよう努めた。引用の際は、たとえば、**佐々木**4頁という形で引用したが、概括的に著者名を示すのみにとどめた場合もある。**佐々木**惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣，1952年），**美濃部**達吉著・宮澤俊義補訂『日本國憲法原論』（有斐閣，1952年），**清宮**四郎『憲法Ⅰ〔第3版〕』（有斐閣，1979年），**宮澤**俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣，1972年），宮澤著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社，1978年）〔**宮澤**註釈〕，**芦部**著・高橋和之補訂『憲法〔第4版〕』（岩波書店，2009年），**佐藤**幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院，1995年），**中川**剛『基本的人権の考え方』（有斐閣，1991年）の他、近年の有力説である、**長谷部**恭男『憲法 第4版』（新世社，2008年），**松井**茂記『憲法〔第3版〕』（有斐閣，2007年），**渋谷**秀樹『憲法』（有斐閣，2007年）などのそれぞれ特色ある体系書についても可能な限り言及した。なお、講義案という性格上、**重要語句及び重要な人物名**をゴチックで示している。

も早い時期に確立したという意味で立憲主義の母国と言われるが、憲法という名称をもった法典は存在せず、**立憲主義** (Constitutionalism) という言葉が従来用いられなかった（最近では若干状況が異なるようであるが）。イギリスでは、慣習的に確立したルールに政治権力者が従わなくてはならないという意味ではもちろん憲法に基づく政治が確立している（このためにイギリスは不文憲法国あるいは非成典憲法の国と呼ばれることがある）。イギリスでは、むしろ**法の支配** (rule of law) という言葉が歴史的由来もあって用いられる。中世イギリスにおいて専制的な君主に対して「国王も神の下と法の下にある」と述べたブラクトンの言葉に淵源がある言葉であり、人の支配 (rule of men), つまり恣意的な、法に基づかない政治を否定する考え方である⁶⁾。

法の支配という言葉は最初に成文の憲法典を持ったアメリカにおいても、また立憲政治が成文憲法典を持って初めて実現した日本においても用いられるが、歴史的に遡って子細に検討するとなかなか難しい課題がある。

日本が近代的な法制度を整備する上で大きな影響を受けたドイツ並びにフランスにおける法治主義または法律適合性の原則にもここで触れておこう⁷⁾。

18世紀のドイツ諸邦 (Land) は絶対君主制をとっていたが、経済発展の遅れのため、絶対主義と対決しそれを倒すような市民階級は存在しなかったのであって、フランス革命に誘発された「革命」は起きなかった。しかし、最初は思想レベルで、次いで政治的現実においても、若干の影響が現れることになる。自由の保障が国家の目的であるという自由主義的国家論が、**ルソー** (Jean-Jacques Rousseau) の影響を受けた**カント** (Immanuel Kant) によって主張され、南ドイツの諸邦で、フランスに倣った憲法を制定せよとの民衆の声に一定の妥協をした憲法を制定した君主も出現し、「法治国家理論」が発達する。たとえばヴェルテンベルクの国法学者モール (Robert von Mohl) による比較的自由主義的な法治国家論、プロイセンで保守的な法治国家理論を唱えるシュタール (Friedrich Julius Stahl) などである。シュタールの理論は、19世紀後半のビスマルク憲法下の形式的法治国家理論に影響を与えた。すなわち、国家の本質を、キリスト教を基礎とする人倫

6) 現代イギリスにおける立憲主義と法の支配との関係については、後述するダイシーについても本稿より詳細な引用をして論じている、佐藤潤一「『EU改革条約』とイギリスの『憲法改革』に関する覚書」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』第3号 (2008年6月) 78~84頁参照。

7) 憲法体系書でこれを簡潔に整理指摘しているものとして、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I [第4版]』(有斐閣, 2006年)を参照。以下の整理は主として同書による。同書は個々の人権条項についても歴史的背景について比較的詳細に述べている。なお時代背景等について、勝田有恒・山内進・森 征一『概説 西洋法制史』(ミネルヴァ書房, 2004年), 碧海純一『新版法哲学概論 全訂第二版補正版』(弘文堂, 2000年)を参照。

共同体と見、人倫的理念を、法的方法を通じて実現するのが法治国家であるとし、法治国家は、国家の目的を実現する態様と性格だけに関係するものであるとしたのである。シュタールの理論は、自由主義的国家とも絶対主義的な国家とも結合しうるものであったが、19世紀後半のドイツは、法実証主義が支配的であって、その中で法と法律とが等値される。法に基づく統治としての国家は、「法律による行政」が実現された国家であって、法律が自由を保障する内容をともなっているかどうかは法治国家の問題ではないとされたのである。オットー・マイヤー（Otto Mayer）による「法律による行政」は、①法律の優位の原則＝行政権の行使は法律に反してはならず、行政命令によって法律を改廃することは許されない。法律の改廃をなしうるのは、法律のみである。②法律のみが法規創造力をもつという原則＝法規（Rechtssatz）とは、国民の権利を制限し、あるいは、義務を課すことを内容とする法規範のことであるが、このような法規の創造は、議会の制定する法律によってのみなしうるものであり、行政権の行う立法形式たる命令によってはなしえない。③**法律の留保**（Vorbehalt des Gesetzes）＝行政権が国民の権利を制限し、あるいは、義務を課すには、法律の根拠が必要であるという原則。ここでいう法律が形式的意味ならば、②は不要である。しかし実質的意味の法律に含まれる「命令」に根拠があればよいという形で、実質的な法律の根拠があればよい、という意味に理解すると、②にも意味があることになる。これらは現在でも日本の行政法理論に強い影響を与えているが、形式的法治国家の理論は外見的な立憲君主制の基礎の上に形成された。出発点は絶対君主制（主権者たる君主が自ら憲法を定め、それによって絶対的であった自己の権力を制限して立憲君主となる）であった。それゆえ、法律事項を「法規」に限定したということは、行政をつかさどる君主が自由になしうる領域が広いということであり、市民階級の力が弱かったことと対応して議会の力が弱く、「法律の留保」は、フランスが「法律によってしか権利の制限はなしえない」という原則を確立したのに対し、ドイツは「法律によりさえすれば権利は制限され得る」という方向に機能してしまう。フランスの影響で「法律による行政」を担保するものとして成立したはずの行政裁判制度は、国民の権利を擁護する方向には必ずしも発展しなかった。ワイマール憲法は、内容的にはかなり先進的なものを含んでいたが、通説的位置をしめた学説は、形式的法治国家論を維持したのである。そこで、ナチズムの経験を経て、現在のドイツ憲法（ボン基本法）第20条第3項は「執行権は法律及び法（Gesetz und Recht）に拘束される」と規定し、**実質的法治国家原則**（イギリスにおける「法の支配」とほぼ同義）を宣言することとなった。

このドイツに影響を与え、しかし異なる発達を見せたフランスの「法律適合性」（*légalité*）の原理は、次のようなものである。すなわち、1789年のフランス人権宣言で近代的憲法

原理が確立された。フランス人権宣言第3条は、主権の淵源は国民にあること、君主を含めていかなる者も国民から明示的に委ねられた権威しか行使し得ないことを宣言した。1791年フランス憲法は、立法権を国民議会に、執行権を国王に、司法権を裁判官にそれぞれ委任した。**法律は、一般意思の表明**（1789年人権宣言第6条：ルソーの「社会契約論」に由来）と考えられた。「フランスにおいては、法律に優る権威は存在しない。国王は法律によってしか統治せず、国王が服従を要求しうるのは、法律の名においてのみである」（1791年憲法第3篇第2章第3条）。これは人権宣言の他の規定にも現れている。すなわち、「自由とは、他人を害さないすべてをなすことに存する。かくして、各人の自然権の行使は、社会の他の成員に同様の権利の享受を保障すること以外の限界をもたない。この限界は法律によってのみ定められうる」（第4条）、「法律は社会に有害な行為を禁ずること以外の権利をもたない」が、「法律は一般意思の表明」であり、「法律により召喚されまたは逮捕された市民は直ちに服従しなければならない。抵抗すれば犯罪者となる」（第7条）とされている。何が自由の限界であり、何が社会に有害な行為かを決めるのは議会であり、議会の制定する法律であるということである。国王の「執行権」は、うえのような内容的な限界のない法律の執行に限定されるというのが、フランスにおける「法律適合性の原理」で、いわゆる「第三共和制」のもとで確立した。けれども、フランスの裁判所は、アンシャン・レジーム末期に法服貴族の特権を主張し、国民の求めに応じて国王が提出した改革に反対したために、国民の不信を買ってしまう。そのため、革命後に権限を否定された（とくに行政に関する争いの管轄を否定された）。ところがそうすると、行政に不服ある者は裁判所に訴え出ることができず、行政に不服がある場合は、上級官庁への不服申立のみが許されていた。ナポレオンのときにコンセイユ・デタ（Conseil d'Etat）が作られ、裁定案が諮問されるようになるのである。このコンセイユ・デタはその後も存続し、そこで蓄積された裁定案の集積が判例法的なものとなり、裁判所的な組織に変質したコンセイユ・デタの「判例」をもとに「行政法」が発展することになる。当初は裁定権が行政の長に留保されていたが、第二帝政末期には実際上コンセイユ・デタに完全委譲され、第三共和制に至って法制化されることで、行政裁判所制度が確立することとなったのである。このようにフランスにおいては、行政の「法律適合性」を「行政裁判所」が保障する、という体制が成立したのである。ダイシーは、このようなフランスの法制度を専断的であるとして批判したが、イギリス流あるいはフランス流の法の支配あるいは法律適合性の原理が明治憲法時代に定着することはなく、1934（昭和9）年頃から、日本は完全に**形式的法治主義国**となってしまった。

第3節 憲法の分類

日本国憲法のように、一つにまとまった憲法という名称を持つ法典があるとは限らないし、憲法という名称を持つ法典があっても実効性がない社会主義国、例えば朝鮮民主主義人民共和国の例もある。実際に権力を制限する働きをもつ法典が一つであるとは限らないことを示すためにも、憲法という名称を持つ法典のことを**形式的意味の憲法**と呼び、これに対し、そのような名称を持つ法典それ自体（これを成文憲法または成典憲法と呼ぶことがある）ではなく、政治体制がなんらかのルールに従っている体制がある場合、そのルールを**固有の意味の憲法**と呼ぶ。これは**実質的意味の憲法**とも呼ばれるが、実質的意味の憲法のうち、権力を一箇所に集中させず、一般市民の生活に国家権力が過度に介入しない政治体制が確立している状態を、**立憲的意味の憲法**が確立しているとみなすことが普通である。これを簡潔な言葉で示したのはフランス人権宣言第16条である。権利の保障が確保されていること、そのために権力の分立が確立していることを「憲法がある」といえるための条件としているからである。立憲的意味の憲法は、近代国家の成立とともに生成してきた考え方であるから、**近代的意味の憲法**とも呼ばれる。

このような考え方を前提しつつ、従来、特に成文憲法の制定主体による区別（欽定憲法／民定憲法）、内容的に君主主体の憲法かそうでないかを重視する分類（君主制憲法／共和主義憲法）、などが提唱されてきたが、たとえ君主を形式的に主権者と憲法の文言上規定していても、実質的に国民に主権があることを否定する憲法は、すくなくとも西欧立憲主義諸国においては考えられないのであって、これらの分類はあまり意味があるとも思われない。

法の支配に言う「法」はlawの訳語である。法律と訳さないのは、それがあらかじめ形成され、主権者たる国王も従わねばならないものと観念されているからである。lawが自然界の物理法則を意味することがあることから理解されるであろうが、lawには、人為的なものではない、社会で当然守られるべきものという意味での自然法の含意が色濃くある。現代日本における法の支配は、憲法（典）による支配と言い換えても良い。ただしここでいう憲法は、上で述べたように実質的意義の憲法、とくに立憲的意味の憲法であることに注意する必要がある。

第4節 日本国憲法と「法の支配」

このような「法の支配」の原則は、日本国憲法にどのように現れているだろうか。

イギリスにおいて法の支配に基づいてイギリス憲法を体系化した**ダイシー**は、『憲法序説』⁸⁾において、①政府に恣意的権力の存しないこと、②すべての人が通常裁判所の運用する通常法に服すること、③憲法の一般規範が国の通常法の結果であること、の三点を法の支配の内容として挙げている。

この点からすれば、以下の諸点に「法の支配」の原則が現れているといえる。

第一に、民選議院が存在し(憲法第15条,第41条,第43条),三権分立が確立し(第41条,第65条,第76条),議院内閣制が採用されていること(第67条,第66条第3項,第69条)。すべての国家行為が憲法及び国民代表議会による法律に基づくとされている点で形式的法治国概念は当然に前提されている(清宮10頁)。第二に、特別裁判所が否定され、すべて一元的な司法権の下で裁判が行われていること(第76条)。第三に、司法権の独立が確立していること(第76条第3項)。第四に、裁判を受ける権利が保障されている(第32条)上、国家賠償請求権が人権として規定され(第17条)、刑事裁判については公平な裁判が行われるよう詳細な規定が置かれていること(第31条～第40条)。第五に、最終的には最高法規としての憲法に反する法律などを裁判所が審査すること(第97条,第98条,第81条)。これらを支える根幹は、明治憲法上君主且つ元首として強大な権威と権限を有していた天皇が象徴とされ(第1条)、国民主権原理が採用されていること(前文第1段第1文,第1条)、なによりも個人尊重の原理を採用していること(憲法第13条・第24条)にある⁹⁾。

このように「法の支配」は、日本の場合その相当部分を条文に直接見いだすことができるけれども、他の国においては、イギリス同様、不文の慣習が重要な意味を持つことが多い。また成文憲法または成典憲法といっても、その形態は様々であって、アメリカ合衆国憲法や、アメリカの州憲法、ドイツ、韓国などのように日本と同じく一つのまとまった憲法典の中で統治機構と人権に関する諸規定が規定されている国ばかりではない。憲法裁判所の母国であるオーストリアは、人権条項が法律(正確には憲法的性質を持った法律)として存在しているし、スイスなどは複数の法典が「憲法」とされている。さきにドイツを一つにまとめた憲法典を持つと紹介したけれども、その名称は基本法(Grundgesetz)であって、憲法(Verfassung)ではない。イギリスの旧植民地諸国は、アメリカを除くと、

8) Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1915); 伊藤正己・田島裕共訳『憲法序説』(学陽書房, 1983年)。

9) この点を体系書において指摘している古典は清宮8～10頁であるが、法の支配について日本国憲法との関係を体系的に整理した嚆矢は、伊藤正己『法の支配』(有斐閣, 1954年)である。なお、本文括弧内で引用しているのは日本国憲法の条文である。とくに断らない限り、日本国憲法の条文に言及する場合には条文のみを示す。また引用は法規定に限らず旧字体、仮名遣いなどは原文に即したが、漢数字は算用数字に変えている。

独立に際してイギリス議会が制定した法律として憲法が最初制定されているという事情も手伝って、憲法典が人権条項を含まない国がある。代表例はオーストラリアであるが、カナダも当初は憲法典に人権条項を含んでいなかった。

第2章 日本憲法史

第1節 明治憲法

基本的にヨーロッパ、アメリカ等で形成された立憲主義思想は、日本に、いついかなる形で受容されたのであろうか。

国の政治の基本構造という固有の意味の憲法は、統治を行う組織があれば存在するのであるから、古代から日本にもあったといえるけれども、固有の意味の憲法という考え方自体が、立憲の意味の憲法を説明するために考えられた近代的観念であるから、そのような古代の国制にはここで立ち入らない¹⁰⁾。日本国憲法について考えるのであれば、近代国家になってからが重要である。

しかし確認しておきたいのは、大政奉還（1867年）から、明治憲法制定まで22年もあることである¹¹⁾。その間明治国家はどのように運営されてきたのであろうか¹²⁾。

10) これは法制史または国制史の課題である。それ自体は憲法をささえる日本固有法を考えるために有用な側面があるが、立ち入らない。さしあたって、石井紫郎『日本国制史研究 I 権力と土地所有』（東京大学出版会、1966年）、『日本国制史研究 II 日本人の国家生活』（東京大学出版会、1986年）、瀧川政次郎『日本法制史 上・下』（講談社学術文庫、1985年・憲法との関連で同書の嵐義人による解説を特に参照）、石井良助『日本法制史概説』（創文社、1975年）を参照。

11) 明治維新を1868年として論じないのは、近代史のとらえかたについての論争があることを踏まえている。ここでは立ち入らない。

12) 以下の記述は、日本国憲法制定まで含めて、多くの憲法体系書が簡潔にまとめている憲法制定史に基づいている（例えば佐々木 71～115頁、清宮 39～53頁、芦部 18～32頁）。時代背景等について簡潔には佐藤信・五味文彦・高埜利彦・鳥海靖編『改訂版詳説 日本史研究』（山川出版、2008年；本文で示した「明治初期の官制」図は同書掲載のものに若干手を加えたものである）の他、大石眞『日本憲法史〔第2版〕』（有斐閣、2005年）を参照。このあたりの経緯は、通常体系書ではあまり触れられることがない。けれども、近代的な憲法が存在しないことが、いかに国民の権利を制限することになるのか、また専制政治を防ぎ得ないのか、といったことを考えるには得難い素材を提供している。そこで不十分であるのは承知しつつ、明治憲法制定史についても若干の頁を割くことにしたい。

それは政体書¹³⁾ (1868年)に基づく。政体書は、基本的には律令官制に基づきつつ、意外なことにアメリカ合衆国憲法に範をとっている¹⁴⁾。その基本体制を示しておこう(明治初期の官制)。

最初に、五箇條ノ御誓文¹⁵⁾が引用され、それが政体書の目的であるとされる(大ニ斯國是ヲ定メ制度規律ヲ建ツルハ 御誓文ヲ以テ目的トス)。

その上で太政官に権力を集中させ、その権力を立法行政司法に分離する(天下ノ權力総テコレヲ太政官ニ帰ス則チ政令ニ途ニ出ルノ患無カラシム太政官ノ權力ヲ分ツテ立法行政司法ノ三權トス則偏重ノ患無カラシムナリ)という体裁である(ただし明示的には立法と行政の分離のみが定められた。「立法官ハ行政官ヲ兼ヌルヲ得ス行政官ハ立法官ヲ兼ヌルヲ得ス但シ臨時都府巡察ト外國應接トノ如キ猶立法官得管之」)。

明治初期の官制



13) 慶応4年太政官達第331号。この太政官達は「慶応四年戊辰閏四月」の日付を示して公布されている。

14) 政体書は、過去に出された全ての法令を掲載している『法令全書』掲載のものが正式である。国立国会図書館のサイトではこのような廃止されている古い法令も web 上で参照可能である。<<http://dajokan.ndl.go.jp/SearchSys/index.pl>> を参照。政体書もこのページから検索できる。参照した URL (Uniform Resource Location) は 2010年12月25日時点のものである(以下においても同様)。アメリカ合衆国憲法に範をとったといっても、直接にはなく、中国語訳のそれを参照したといわれる。

15) 明治元年3月14日五箇條ノ御誓文の内容を念のために示しておこう。

- 一 廣ク會議ヲ興シ萬機公論ニ決スヘシ
- 一 上下心ヲ一ニシテ盛ニ經綸ヲ行フヘシ
- 一 官武一途庶民ニ至ル迄各其志ヲ遂ケ人心ヲシテ倦マサラシメン事ヲ要ス
- 一 旧来ノ陋習ヲ破リ天地ノ公道ニ基ク可シ
- 一 智識ヲ世界ニ求メ大ニ 皇基ヲ振起ス可シ

しかしこれでは太政官が君主のような役割を果たしてしまうように見える。君主制と大統領制の併用のような収まりの悪い制度であった。もっとも「太政官」は議政官以下7官の総称なので「大統領制」そのものというわけでもない。大統領が君主に替わって存在するアメリカの制度に範をとって君主を中心とする国家制度を作ろうとしたこと自体に無理があったといえる。

けれども政体書に基づく体制、すなわち太政官制は、基本的には内閣官制が成立する1885（明治18）年まで続くのである。江戸時代の武家諸法度は、養老律令を廃止していたわけではなかったのであって、王政復古によって復活し、それを「改正」して政体書が書かれたのである。

もちろんこれらは「固有の意味の憲法」であっても、立憲の意味の憲法ではない。人権を保障しようとの契機が制度に含まれていないからである。こまかな変更等はあるが、正式に政府としての内閣制度が取り入れられたのは、1885（明治18）年太政官達第69号である。それまでどのような制度に基づいて政治が行われていたのか。

政体書で設けられた議政官は、立法議事機関であったが、戊辰戦争終結とともに廃止されてしまった。1869年4月（明治2年3月）には、各藩1名の代表よりなる公議所が立法機関として設置された。これはおよそ半年後（1869年10月・明治2年9月）に集議院となったものの、1871年8月29日（明治4年7月14日）に廃藩置県が実施され、同年には政体書で設けられた太政官官制が改革される。太政官は正院・左院・右院から成り、集議院は左院に置き換えられる。ここにいたっても左院は民選ではなく、官選議員によって構成される立法議事機関であった。

1874（明治7）年1月に板垣退助、副島種臣、後藤象二郎、江藤新平、小室信夫、古澤迂郎、由利公正、岡本健三郎らによって左院に民撰議院設立建白書が提出された。同年5月には、毎年1回地方長官を召集し、人民に代わって公議を致さしめ、かつ、地方長官は人民の代表者たる心得を以て会議するから、その言論が忌憚に触れる場合であっても糾弾できないとされた**議院憲法**が公布された。しかし台湾事件などがおきたこともあり、結局地方官会議は開かれなかった。自由民権運動の高まりを反映して、また、幕末に締結された、列強との間の不平等条約をあらためるために、1875（明治8）年4月14日に立憲政体の詔書が出され、近代的な立法機関と司法機関が設けられる。詔書は次のように述べる。

朕即位ノ初首トシテ群臣ヲ會シ五事ヲ以テ神明ニ誓ヒ國是ヲ定メ萬民保全ノ道ヲ求ム幸ニ祖宗ノ靈ト群臣ノ力トニ頼リ以テ今日ノ小康ヲ得タリ顧ニ中興日浅ク内治ノ事當ニ振作更張スヘキ者少シトセス 朕今誓文ノ意ヲ拡充シ茲ニ元老院ヲ設ケ以テ立法ノ源ヲ広メ大審院ヲ置キ以テ審判ノ權ヲ鞏クシ又地方官ヲ召集シ以テ

民情ヲ通シ公益ヲ図リ漸次ニ國家立憲ノ政体ヲ立テ汝衆庶ト俱ニ其慶ニ頼ント欲ス汝衆庶或ハ舊ニ泥ミ故ニ慣ルルコト莫ク又或ハ進ムニ輕ク為スニ急ナルコト莫ク其レ能 朕カ旨ヲ体シテ翼賛スル所アレ

これを基礎にして、翌 1876（明治 9）年 9 月 6 日、明治天皇による「元老院議長有栖川宮熾仁親王へ国憲起草を命ずるの勅語」が出される。しかしこの時期、佐賀の乱、神風連の乱、西南戦争などが起きていたのであり、国内治安が極めて悪化していたこともあって、この勅語が出される 1 年前の、1875（明治 8）年 7 月には**讒謗律**、**新聞条例**が出され、表現の自由が制約されていたことは留意すべきである。明治政府は地方における民選議会設立のため 1878（明治 11）年 4 月地方官会議への提案審議を経て同年 7 月得て**府県会規則**が、1880（明治 13）年に開催された地方官会議議決を経て**区町村会法**が発布されたが、国会開設の要求は益々高まる。板垣退助の愛国社は 1879（明治 12）年の大会で国会開設を奏請する議を決し、翌年 3 月には愛国社が国会期成同盟会と改められて、国会開設願望書を議決し、代表片岡健吉、河野廣中が太政官に執奏を請うも拒まれ、**集会条例**発布を招く。しかしこの時期西園寺公望が中江篤介、松田正久らと東洋自由新聞を発刊して自由民権運動を唱え、かえって運動は激化する¹⁶⁾。このような潮流のなか、1880（明治 13）年には元老院が**日本国憲按**を提出する。これは明治憲法とは異なり、ベルギー憲法なども参照され、「立憲的意味の憲法」として、政体書に比べてかなり先進的な内容であった。この日本国憲按は、国民の権利をよく取り入れており¹⁷⁾、民選議院についての明言こそないものの、その余地が十分にあるもので、且つ、立法権は実質的に議会（元老院その他の議会）にある（「第 4 篇第 1 章 立法権」として、「第 1 条 立法の権は皇帝と帝國議會とに分つ故に皇帝は其議案を下附し議會は其議案を上奏する事を得」「第 2 条 帝國議會は元老院及び其他の議會より成る」「第 3 条 法律を申明して一般の定例となすは立法権内に属す」との規定を置いていた）。そのために、天皇を中心とした中央集権体制を整備しようとしていた人々（伊藤博文・岩倉具視など）の賛同は得られなかった¹⁸⁾のである。1881（明治 14）年 10 月 12 日には、このような輿論もあって、

16) いわゆる北海道開拓史官有物払下事件も、専制政治の弊を浮き彫りにする結果となった。

17) たとえば人身の自由について「第 7 条 人身の自由は侵す可からざる者とす」「○法律に定めたる場合に当り及び法律に掲けたる規程に循ふに非ざれば之を拘引、拿捕若くは囚禁する事を得ず」；「第 9 条 住居は侵す可からざる者とす」「○法律に定めたる場合に当り及び法律に掲けたる規程に由るに非ざれば住居に侵入し及び之を検探する事を得ず」との規定を置き、財産権などは「第 11 条 財産は侵す可からざる者とす」「○公益の故に由り及び法律に定めたる場合に当り及び法律に掲けたる規程に由り、而して預め応当の賠償をなすに非ざれば何人も其私有を褫はざる事なかる可し」との規定を置くなど、むしろ日本国憲法第 29 条の規定に近い。

18) 伊藤博文は岩倉具視宛の書簡で「各國之憲法ヲ取集燒直シ候迄ニ而我國體人情等ニハ聊モ致注意候モノトハ不被察」と評し、岩倉具視は「我カ國體ト相符ハサル所アル」と評した。

国会開設の勅諭が出されることになった。その中で「将ニ明治二十三年ヲ期シ議院ヲ召シ國會ヲ開キ以テ朕カ初志ヲ成サントス今在廷臣僚ニ命シ假スニ時日ヲ以テシ經畫ノ責ニ當ラシム其組織權限ニ至テハ朕親ラ衷ヲ裁シ時ニ及テ公布スル所アラントス」と述べて、明治23年に憲法制定によって国会開設を行うことが定められた。

1882（明治15）年3月には伊藤博文をヨーロッパの憲法調査に派遣する勅語に付帯する調査項目として「歐洲各立憲君治國の**憲法**に就きその淵源を尋ね其沿革を考へ其現行の實況を視利害得失を研究すべき事」が挙げられたことが、日本で constitution を憲法とする契機となったとされる（**美濃部** 54頁）。そこで伊藤帰朝（1883（明治16）年8月）後、憲法取調所、制度取調局がおかれて憲法起草が始まる。この過程で、1885（明治18）年にはさきに触れた太政官達第69号（太政大臣左右大臣參議各省卿ノ職制ヲ廢シ内閣總理大臣及各省諸大臣ヲ置キ内閣ヲ組織ス）が制定された。

この達（たつし）にいう内閣總理大臣の権限を具体的に定めたのが、**内閣職権**であった¹⁹⁾。明治憲法が公布されたのに伴い、より具体的な権限強化を伴う**内閣官制**が出されることになる。内閣制度はこのように憲法制定以前に制度が整えられていたが、憲法には規定されなかった。それは議会とは切り離された「政府」を、明治維新の中心にいた人々が考えていたからに他ならない。明治憲法草案がまとまると、明治憲法発布の直前、1888（明治21）年4月枢密院が置かれ、明治天皇は伊藤博文を議長とし、元勳らを構成員とする

19) これは以下のように非常に簡単なものであった。

太政大臣左右大臣參議各省卿ノ職制ヲ廢シ内閣總理大臣及各省諸大臣ヲ置キ内閣ヲ組織ス
（明治18年太政官達第69号）

今般太政大臣左右大臣參議各省卿ノ職制ヲ廢シ更ニ内閣總理大臣及宮内外務内務大藏陸軍海軍司法文部農商務通信ノ諸大臣ヲ置ク

内閣總理大臣及外務内務大藏陸軍海軍司法文部農商務通信ノ諸大臣ヲ以テ内閣ヲ組織ス

内閣職権

第1條 内閣總理大臣ハ各大臣ノ首班トシテ機務ヲ奏宣シ旨ヲ承テ大政ノ方向ヲ指示シ行政各部ヲ総督ス

第2條 内閣總理大臣ハ行政各部ノ成績ヲ考へ其説明ヲ求メ及ヒ之ヲ檢明スルコトヲ得

第3條 内閣總理大臣ハ須要ト認ムルトキハ行政各部ノ處分又ハ命令ヲ停止セシメ親裁ヲ待ツコトヲ得

第4條 内閣總理大臣ハ各科法律起案委員ヲ監督ス

第5條 凡ソ法律命令ニハ内閣總理大臣之ニ副署シ其各省主任ノ事務ニ屬スルモノハ内閣總理大臣及主任大臣之ニ副署スヘシ

第6條 各省大臣ハ其主任ノ事務ニ付時ト狀況ヲ内閣總理大臣ニ報告スヘシ但事ノ軍機ニ係リ參謀本部長ヨリ直ニ上奏スルモノト雖モ陸軍大臣ハ其事件ヲ内閣總理大臣ニ報告スヘシ

第7條 各大臣事故アルトキハ臨時命ヲ承ケ他ノ大臣其事務ヲ管理スルコトアルヘシ

枢密院に明治憲法と皇室典範草案を諮詢し、その議了を受けて裁可することになる（皇室典範については天皇について論ずる際に触れる）。

明治憲法は「政府」を多用する（8条2項・38条・40条・48条・54条・67条・68条・70条・71条・72条・76条2項）。内閣制度はあっても、少なくとも憲法典の文言上は議院内閣制を採用しないことも可能であった。これが超然内閣を生み、また軍部の暴走を生んだ。

明治憲法は、当時のプロイセン憲法に範をとり、天皇に多くの「大権」を認めていた（第1章）。なによりも憲法典の前に付されている「告文」「憲法發布勅語」を読むだけでその神がかった調子は直ぐに伝わってくる。

「告文」は冒頭から神話に基づく立場を表明している。明治天皇が神話世界から続く先祖に恭しく申し上げる（「皇朕レ謹ミ畏ミ／皇祖／皇宗ノ神靈ニ誥ケ白サク」²⁰⁾）という文言に始まり、その権威が「天壤無窮ノ宏謨ニ循ヒ惟神ノ寶祚ヲ承継シ舊圖ヲ保持シテ敢テ失墜スルコト無シ」というにある。「皇祖皇宗ノ遺訓」と憲法制定を結びつける（皇祖／皇宗ノ遺訓ヲ明徴ニシ典憲ヲ成立シ條章ヲ昭示シ内ハ以テ子孫ノ率由スル所ト爲シ外ハ以テ臣民翼賛ノ道ヲ廣メ永遠ニ遵行セシメ益々國家ノ丕基ヲ鞏固ニシ八洲民生ノ慶福ヲ増進スヘシ茲ニ皇室典範及憲法ヲ制定ス）。「臣民」に率先して憲法を守ると言うが、その誓う先は「神靈〔神靈〕」である（皇祖／皇宗及／皇考ノ神祐ヲ禱リ併セテ朕カ現在及將來ニ臣民ニ率先シ此ノ憲章ヲ履行シテ愆ラサラムコトヲ誓フ庶幾クハ神靈此レヲ鑒ミタマヘ）。これを受けた上で、著名な「不磨ノ大典」つまり変更されることを基本的には想定しないことに言及した明治憲法の憲法發布勅語が示される（朕國家ノ隆昌ト臣民ノ慶福トヲ以テ中心ノ欣榮トシ朕カ祖宗ニ承クルノ大権ニ依リ現在及將來ノ臣民ニ対シ此ノ不磨ノ大典ヲ宣布ス）。臣民の位置づけも天皇を中心とする政府にまことに都合がよいとらえ方がなされている。すなわち、

惟フニ我カ祖我カ宗ハ我カ臣民祖先ノ協力輔翼ニ倚リ我カ帝國ヲ肇造シ以テ無窮ニ垂レタリ此レ我カ神聖ナル祖宗ノ威徳ト竝ニ臣民ノ忠実勇武ニシテ國ヲ愛シ公ニ殉ヒ以テ此ノ光輝アル國史ノ成跡ヲ貽シタルナリ朕我カ臣民ハ即チ祖宗ノ忠良ナル臣民ノ子孫ナルヲ回想シ其ノ朕カ意ヲ奉体シ朕カ事ヲ奨順シ相與ニ和衷協同シ益々我カ帝國ノ光榮ヲ中外ニ宣揚シ祖宗ノ遺業ヲ永久ニ鞏固ナラシムルノ希望ヲ同クシ此ノ負担ヲ分ツニ堪フルコトヲ疑ハサルナリ

と。これにつづく明治憲法の上諭は、英訳²¹⁾では前文として扱われている。上諭では憲法

20) 引用中のスラッシュ（／）は原文改行を示す。以下においても同様。

21) 明治憲法の公式註釈書である『憲法義解』（伊藤博文著、宮澤俊義校注、岩波文庫、1989年〔復

を「大憲」としているところがある。また国家統治の大権は「朕カ之ヲ祖宗ニ承ケテ之ヲ子孫ニ伝フル所ナリ朕及朕カ子孫ハ将来此ノ憲法ノ條章ニ循ヒ之ヲ行フコトヲ愆ラサルヘシ」とされる。人権保障については、「朕ハ我カ臣民ノ權利及財産ノ安全ヲ貴重シ及之ヲ保護シ此ノ憲法及法律ノ範囲内ニ於テ其ノ享有ヲ完全ナラシムヘキコトヲ宣言ス」とあるように、天皇によって与えられ守られる臣民の権利にとどまることが明示されている。なによりも憲法遵守について「朕カ現在及将来ノ臣民ハ此ノ憲法ニ対シ永遠ニ従順ノ義務ヲ負フヘシ」とあるように、近代憲法が権力者の遵守すべき規範であることが否定されてしまっているのである。

国民の権利については「臣民權利義務」とされ、「国民」観念が否定されている。日本国憲法と比べて条文も少ないので、ここで全て引用しておこう。

第 18 條 日本臣民タル要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル

第 19 條 日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得

第 20 條 日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ兵役ノ義務ヲ有ス

第 21 條 日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ納税ノ義務ヲ有ス

第 22 條 日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ移住及移轉ノ自由ヲ有ス

第 23 條 日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ

第 24 條 日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハル、コトナシ

第 25 條 日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及搜索サル、コトナシ

第 26 條 日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外信書ノ祕密ヲ侵サル、コトナシ

第 27 條 日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サル、コトナシ

公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル

第 28 條 日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ自由ヲ有ス

第 29 條 日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ言論著作印行集會及結社ノ自由ヲ有ス

第 30 條 日本臣民ハ相當ノ敬禮ヲ守リ別ニ定ムル所ノ規程ニ從ヒ請願ヲ爲スコトヲ得

刊版)は、伊藤巳代治によって英訳され、不平等条約の相手国及び主要列強諸国に配布された。Marquis Hirobumi Ito, translated by Baron Miyoji Ito, *Commentaries on the constitution of the empire of Japan, Second Edition* (Chuo Daigaku, 1906). この英訳は現在 web で全文が公開されており (<<http://www.archive.org/details/commentariesonco00itohuoft>> より入手可)、同書に収められた明治憲法の英訳が、公式な明治憲法の英訳扱いされている。ただし、たとえば英語で書かれた日本法の概説書の中には、この英訳中の Emperor を Tenno と変えているものがあるのが興味深い。e.g., Wilhelm Röhl, *History of Law in Japan since 1868* (Brill Leiden-Boston, 2005) 60-73.

第31條 本章ニ掲ケタル條規ハ戰時又ハ國家事變ノ場合ニ於テ天皇大權ノ施行ヲ妨クルコトナシ

第32條 本章ニ掲ケタル條規ハ陸海軍ノ法令又ハ紀律ニ牴觸セサルモノニ限り軍人ニ準行ス

一読明らかなように、ほぼすべての権利が「法律ノ範囲内」とされる。これは法律の留保 (Vorbehalt des Gesetz) 規定と呼ばれるもので、ドイツ的法治国家の思想の表れでもあった。法治国家は法の支配と似ているが、すくなくともその発達した背景、第二次世界大戦終結以前における意味は、国王が行使する行政権を立法権に従わせるということ以上のことを意味するものではなく、立法の内容が本来、基本権 (Grundrechte)²²⁾ を侵害するようなものであってはならないというものであったはずが、形式的な法律によりさえすれば権利侵害も可能と読み替えられ、ナチスドイツによる授權法²³⁾ 制定を招いてしまった過去がある。

もちろん明治憲法制定以前に比れば天皇の統治権は形式的なものとなっており、その点ではたしかに立憲的意味の憲法が制定されたといえる面がある。臣民の権利として規定された明治憲法第2章も、そもそも権利の観念が存在しなかったそれ以前の状態に比べれば格段の進歩であるといえる。

けれどもさきに引用した明治憲法の条文からもあきらかなように、罪刑法定主義 (第23条) が定められ、信教の自由は「安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ」(第28条) 保障されていたこと、また裁判を受ける権利 (第24条) などは相当強固なものであったはずであるが、天皇制を支える宗教的基盤である神道が、その本来の意味を離れて国家神道とされ、ゆがんでいく過程の中で国教と化し、国民の弾圧を招いた。また内閣が憲法典の中に明文化されず、統帥権が独立のものとされていた結果、軍部の暴走を防ぐことが出来なかった。軍部の暴走の過程で、立憲君主であったはずの天皇は、明治憲法の持つ神がかりな側面が極端に肥大化され、大正期にデモクラシーが定着したかにみえたのは幻であったかのように人権は大幅に制限されることとなってしまった。

明治憲法下における立憲主義の消滅は軍部大臣現役武官制の採用が根本要因といえる。1935 (昭和10) 年2月19日、陸軍中将・貴族院議院菊地武男が、美濃部達吉による明治憲法の解釈学説である天皇機関説を「國體」に背く学説であると非難し、美濃部を「学匪」と排撃した。美濃部は貴族院において、いわゆる「一身上の弁明」を行ったが結局その著

22) 人権 Menschenrechte と市民権 Bürgerrechte を合わせたもので、ドイツ・オーストリアなどでの用語法。日本国憲法でいう基本的人権にあたる。

23) Ermächtigungsgesetz: Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich (The 1933 Enabling Act: Law to Remedy the Distress of the People and the Reich) .

書は発禁となった（天皇機関説事件）。この事件を期に、明治憲法は、授権法制定後のドイツのワイマール憲法同様、その民主的側面、立憲的側面が機能不全に陥ることとなったのである²⁴⁾。

第2節 日本国憲法

明治憲法が、特に権利保障に関して実効性を失った中で遂行された「大東亜戦争」²⁵⁾は、ポツダム宣言の受諾で終結した。ポツダム宣言は特に憲法の根本的変革をせまる次の条項を含んでいた。戦争犯罪人の処罰・民主主義傾向の強化を求める第10項は、「……日本国政府ハ、日本国国民ノ間ニ於ケル民主主義的傾向ノ復活強化ニ対スル一切ノ障礙ヲ除去スベシ。言論、宗教及思想ノ自由並ニ基本的人權ノ尊重ハ、確立セラルベシ」とし、さらにその12項で「前記諸目的ガ達成セラレ且日本國國民ノ自由ニ表明セル意思ニ従ヒ平和的傾向ヲ有シ且責任アル政府ガ樹立セラルルニ於テハ、聯合國ノ占領軍ハ、直ニ日本國ヨリ撤収セラルベシ」とされたことは、明治憲法の改正を不可避とした。実際、「ポツダム」宣言ニ基ク憲法、同附属法令改正要点」として、東京帝国大学教授・貴族院議員であった宮澤俊義は、1945（昭和20）年9月28日に、外務省において、「『ポツダム』宣言ニ基キ憲法、同附属法令ノ改正ヲ論ズルニ当リ『ポツダム』宣言ノ内容ニ従ヒ（イ）領土ノ変更ニ伴ヒ改正ヲ要スル事項（ロ）軍隊ノ解消ニ伴ヒ改正ヲ要スル事項（ハ）民主的傾向ノ助成ニ伴ヒ改正ヲ要スル事項ノ三ニ分チ論ズルヲ便トス」として、具体的に憲法及び付属法令の改廃について述べている。

（イ）に該当するものとして、植民地（外地）関係法令、朝鮮貴族等の規定廃止、同時に国内の「臣民」以外の身分は、皇族はともかく、それ以外は廃止すべき事を述べる。「（ロ）軍隊ノ解消ニ伴ヒ改正ヲ要スル事項」として、「統帥權ノ独立トイフ現象ノ消滅」によって、軍隊関係の規定廃止をせざるを得ないと述べる。さらに具体的に、個別条項にも言及する。「兵役ノ義務」（憲法第20条）「軍事大權」（憲法第11条統帥大權及第12条軍政大權）「戒嚴」（憲法第14条）「非常大權」（憲法第31条）「憲法第32条（憲法第二章軍人ニ対スル特例）ノ廃止及第10条第19条（文武官ニ関スル規定）ノ改正ヲ要ス」。その上で、「（ハ）民主的傾向ノ助成ニ關聯スル改正ヲ要スル事項」として、「帝國憲法ハ民

24) 明治憲法の内容的な問題点は、日本国憲法について考察する際にあわせて論ずる。

25) この用語を用いるのは、それを肯定する趣旨ではない。単に太平洋戦争や15年戦争といったのでは、アジア諸国に対する侵略的側面がかえって損なわれるのではないかと考えてのことである。したがって、「太平洋戦争」「15年戦争」という呼称を否定する趣旨ではない。戦争の性格論は近代史の重要課題であるが、ここでは立ち入らない。

主義ヲ否定スルモノニ非ズ。現行憲法ニテ十分民主的傾向ヲ助成シ得ルモ、民主的傾向ノ一層ノ發展ヲ期待スルタメ改正ヲ適當トスル點次ノ如シ」とする。「天皇ノ大權事項」については「天皇ノ專權ノ如ク考ヘラルルモ國務大臣ノ輔弼ヲ考フレバ必ズシモ民主主義ト矛盾スルモノニ非ズ」としつつ、以下については存続の価値あり、または廃止を要しないとする。「議會ノ召集大權（憲法第7条）」「緊急勅令（憲法第8条及第70条）」「憲法第9条ノ命令」「外交大權（憲法第13条）。ただし、「非常大權」は「之ヲ軍ニヨル統治ト解セザレバ民主的傾向ノ助成ニ障害トナル制度トシテ問題トナルベシ」という。議院制度については、「主トシテ貴族院ノ組織問題」とし、「議會ノ活動」に関して「通常議會ノ會期ハ3ヶ月ナリ（憲法第42条）。會期ハ短期ニ過ギ、延長スル要アリ。年二回ニ會期ヲ分ツコトモ考ヘラル」と具体的な改正規定の内容に踏み込む。「議會ノ權能」としては、「主トシテ憲法第67条（既定費）及ビ第71条（実行予算）ノ規定問題トナル」とする。「裁判制度」について「陪審制度ハ必ズシモ民主的ナラズ」としたうえで、憲法第61条の「行政裁判所ノ權限ノ強化」、および「請願制度ノ強化」を述べる²⁶⁾。

このように明治憲法の改正が不可避だとして、具体的にいかなる改正が成されるべきか、またその改正はポツダム宣言履行のための、国際的義務であるのか（かつその義務が物権的であるか）、それとも、その履行のために日本政府が責務を負うが、比喩的に言えば契約に基づく義務であって、債権的義務であるのか、が問題となる。これを物権的義務だと解するのが、八月革命説といわれる考え方であり、他方憲法改正無限解説を前提に債権的であると解する説が対立する。八月革命説とは、ポツダム宣言受諾時点で国民主權に矛盾する限りで明治憲法は失効し、主權を有する国民が新憲法として日本国憲法を制定したのであって、明治憲法第73条の改正手続がとられたのは対外的な形式を整えるために過ぎないとする考え方である。八月革命説は、そもそも実効性を持った政府が存続し、天皇も、また明治憲法上の統治機構も、一応存続し、条約締結能力を有していたことからして、「法的意味の」との限定があっても「革命」とまで称するのは困難ではないか、そもそも憲法改正無限解説に立てばこのような解釈をとる必要はないと批判される²⁷⁾。憲法改

26) 質疑応答として掲載されているところには軽々しく憲法改正をすべきでないとか現段階での女子参政権には反対との意見などがあるが、記載が質問者の意見か宮澤の意見かはっきりしないところがある。

27) 八月革命説を「最も適切な学説」とする立場がある（**芦部** 30頁）一方で、八月革命説は「およそ一般に国際法と国内法との関係を如何に捉えるかについてのひとつの学説、ラジカルな国際法優位の一元論、『国際法は国内法を破る』とする学説、いかなる国の国内法に対してであれ形式的効力において国際法は上位し、国際法に反する国内法は『直接かつ即時に』失効すると主張する学説である」（菅野喜八郎「高見勝利『宮沢俊義の憲法学的研究』を読んで」『日本法学』第66巻第4号141頁、同『統国権の限界問題』（木鐸社、1988年）

正規定は、議会による通常立法での改正を認める軟性憲法も、特別多数決を要する法律による改正を認める場合も、また日本国憲法第96条のように衆議院参議院両議院の3分の2以上の多数による発議を要し、さらに国民投票で過半数が賛成することを要する場合もあって、諸国でかならずしも一定でない。日本国憲法がすでに日本国民に定着していること、また憲法改正というのは、憲法典変更の一つの場合に過ぎないことは念頭に置かれねばならない。八月革命説は有力説ではある。明治憲法第73条の改正手続きに基づいて日本国憲法が明治憲法の改正として成立したことは、日本国憲法の上諭に示されているとおりである²⁸⁾。

1945（昭和20）年10月9日に東久邇宮稔内閣から幣原喜重郎内閣に変わり、10月11日、連合国軍占領総司令部を訪問した幣原首相に明治憲法の自由主義化が示唆される。10月25日、国務大臣松本烝治を長とする憲法問題調査委員会（通称松本委員会）が発足する。松本委員会は議会の権限強化、天皇大権事項の削減、さらに国務大臣の議会に対する責任強化を伴う議会君主制への移行、国民の権利自由の保障強化とそれらへの侵害に対する救済方法を完全なものとする、といった諸点はともかく、天皇による統治権総攬という大原則には手をつけないという方針がたてられた。そのため、1946（昭和21）年2月8日に提出された松本委員会による草案は、総司令部から一蹴されることになった²⁹⁾。過度に保守的な松本案に接し、総司令部のマッカーサーは、幕僚に対してマッカーサー・ノートと呼ばれる憲法草案の基本原則を示すことになる。

147頁）と批判する立場があり、後者がより説得的であると解される。

- 28) 「朕は、日本國民の總意に基いて、新日本建設の礎が、定まるに至つたことを、深くよろこび、**枢密顧問の諮詢及び帝國憲法第73條による帝國議會の議決を経た帝國憲法の改正**を裁可し、ここにこれを公布せしめる」。この上諭を当然のこととして受け入れ日本国憲法を欽定憲法であるとする立場はもちろん存在する（佐々木 113～114頁）。しかしまた上諭は明治憲法時代の慣行による形式的な公布文に過ぎず、法的効力がないことは、この問題を考える上で忘れてはならない点である。なお、日本国憲法改正の主張と憲法改正の限界、さらに憲法改正手続法（日本国憲法の改正手続きに関する法律）の問題点について、隅野隆徳『欠陥「国民投票法」はなぜ危ないのか』（アスキー新書、2010年）、佐藤潤一「改憲問題の現況と課題に関する覚書——憲法と平和を考える視点——」長期的共同研究組織第二期平和研究『平和学論集Ⅳ』（産研叢書32、大阪産業大学産業研究所、2010年）63～88頁参照。
- 29) 松本草案が提出されたのは1946年（昭和21）年2月8日であるが、実際には2月1日に毎日新聞によって正式発表前にスクープされ、そのスクープによって総司令部が態度を一変させることになる。ただし1945（昭和20）年の段階ですでに憲法改正の研究と準備は進められていたのであって、1946年1月11日には「日本統治制度の改革」と題されたSWNCC-228（国務・陸軍・海軍三省調整委員会〔State-War-Navy Coordinating Committee〕文書228号）が総司令部にアメリカ政府から送付されている。

I.

天皇は国の元首の地位にある (at the head of the state)。皇位は世襲である。天皇の職務および権能は、憲法に基づき行使され、憲法に定められた国民の基本的意思に応えるものである。

II.

国権の発動たる戦争は廃止する。日本は、紛争解決の手段としての戦争、および自己の安全を保持するための手段としての戦争をも放棄する。日本は、その防衛と保護とを、今や世界を動かしつつある崇高な理想に委ねる。日本が陸海空軍をもつ権能は、将来も与えられることはなく、交戦権が日本軍に与えられることもない。

III.

日本の封建制度は廃止される。貴族の権利は、皇族を除き、現在生存する者一代以上には及ばない。華族の地位は、今後いかなる国民的または市民的な政治権力をも伴わない。

予算の型は、イギリスの制度にならうこと³⁰⁾。

マッカーサー・ノートを基本にした総司令部案 (通称マッカーサー草案) が日本政府に手渡されたのは1946 (昭和21) 年2月13日に行われた会談においてである。日本側から出席した吉田茂外務大臣と松本烝治国務大臣らは驚愕し、総司令部に対し再考を求めたが拒絶され、結局この草案に基づいて憲法改正案が作成されることになった³¹⁾。

日本政府は総司令部案を翻訳した案がまず作成された (3月2日案)。総司令部と訳語の選定等に関して折衝し、1946 (昭和21) 年3月6日に「憲法改正草案要綱」が国民に公表される。4月10日には、(男女20歳以上全てを有権者とする) 完全な普通選挙を認めるよう改正された衆議院議員選挙法に基づく総選挙が行われる。4月17日には憲法改正草案要綱が口語で文章化された「憲法改正草案」(内閣草案) が作成された。先の総選

30) マッカーサー三原則と呼ばれることもあるが、実際にはⅢという標記の後にかかなりの空白を明けて予算についての記述があること、三原則というには3番目に脈絡がないことなどから、マッカーサーによるメモ・覚書という趣旨で「マッカーサー・ノート」と呼ぶほうが良いと解される。佐々木高雄『戦争放棄条項の成立経緯』(成文堂、1997年) 1～8頁参照。翻訳は佐々木前掲書の他同文書を取めている高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程 I』(有斐閣、1972年)などを参考にした拙訳である。

31) この経緯を指して、日本国憲法は「押しつけ憲法」であるとの主張がある。既に述べたように、憲法改正無限界説に立つ場合には無意味な主張であるし、憲法の効力は、最終的に国民が承認していること (参照、渡辺宗太郎「国民主権」『憲法の基本問題』有斐閣、1951年)、なによりも衆議院及び貴族院の審議は実質的なものであって原案に修正を加えて完成し、圧倒的多数で可決された上、憲法成立後の見直しの機会が占領軍側から与えられた際にも日本国憲法の存続が選択されたこと等に鑑みれば、学問的には特に取り上げるに値しないと解される。

挙に基づき5月22日に成立した第1次吉田茂内閣の下、6月20日に成立した第90回帝国議会衆議院に帝国憲法改正案として、内閣草案が提出され、いくつかの修正が行われ、8月24日に圧倒的多数で可決した。この第90回帝国議会衆議院は女性が有権者となり、かつ議員として当選しており、いわば憲法制定のための特別議会であったといえる。貴族院に送付された草案は8月26日審議が開始され、10月6日に再び圧倒的多数で可決される。貴族院で行われた修正が衆議院で同意され、枢密院の審議を経て11月3日に日本国憲法として公布されたのである。憲法第100条にしたがって、6ヶ月後の1947（昭和22）年5月3日に日本国憲法は施行された³²⁾。

第3章 日本国憲法総論

第1節 憲法の基本原理

日本国憲法は、国民主権、基本的人権の尊重、平和主義を基本原理としているといわれる。憲法全体で重点が置かれているものを基本原理と呼んでいるが、解釈者の立場によってその重点が異なる。いずれも個人の尊重（憲法第13条）に帰着するとの解釈も可能である。最も争いのない解釈は、憲法前文の宣言する内容を基本原理と捉えることである。

憲法は一般に前文を有するというわけではない。スウェーデンのように複数の法典からなる憲法の場合にはもちろん、歴史の古い憲法は、前文を有していてもきわめて簡潔である。例えばその書き出しが日本国憲法と同様なアメリカ合衆国憲法の前文は非常に短い。「われら合衆国の人民は、より完全な連邦を形成し、正義を樹立し、国内の平穩を保障し、共同の防衛に備え、一般の福祉を増進し、およびわれらとわれらの子孫に自由のもたらす恵沢を確保する目的をもって、この憲法をアメリカ合衆国のために確定し制定する」。

日本国憲法前文はこのほか平和主義に関して大西洋憲章（1941年8月14日）の「六、「ナチ」ノ暴虐ノ最終的破壊ノ後両国〔アメリカとイギリス〕ハ一切ノ国民ニ対シ其ノ国内ニ於テ安全ニ居住スルノ手段ヲ供与シ、且ツ一切ノ国ノ一切ノ人類カ恐怖及欠乏ヨリ解放セラレ其ノ生ヲ全ウスルヲ得ルコトヲ確實ナラシムヘキ平和カ確立セラルルコトヲ希望

32) 以上の簡潔な整理として 芦部 22～26 頁参照。日本国憲法の制定過程については、特に原秀成『日本国憲法制定の系譜 I 戦争終結まで』（日本評論社、2004年）、同『日本国憲法制定の系譜 II 戦後米国で』（日本評論社、2005年）、同『日本国憲法制定の系譜 III 戦後日本で』（日本評論社、2006年）が近年の注目すべき労作である。

ス」並びに「八、両国ハ世界ノ一切ノ国民ハ実在論的理由ニ依ルト精神的理由ニ依ルトヲ問ハス**強力ノ使用ヲ抛棄スルニ至ル**コトヲ要スト信ス。陸、海又ハ空ノ軍備カ自国国境外ヘノ侵略ノ脅威ヲ与エ又ハ与ウルコトアルヘキ国ニ依リ引続キ使用セラルトキハ将来ノ平和ハ維持セラルルコトヲ得サルカ故ニ、両国ハ一層広汎ニシテ永久的ナル一般的安全保障制度ノ確立ニ至ル迄ハ斯ル国ノ武装解除ハ不可欠ノモノナリト信ス。両国ハ又**平和ヲ愛好スル国民**ノ為ニ圧倒的軍備負担ヲ輕減スヘキ他ノ一切ノ実行可能ノ措置ヲ援助シ及助長スヘシ」から多大な影響があることは周知の事実である。さらに、リンカーンによるゲティスバーグ演説の「……私たちの前には大いなる責務が残されています。名誉ある戦死者たちが最後まで完全に身を捧げた大義のために、私たちも一層の献身をもってあたること。これらの戦死者たちの死を無駄にしないと高らかに決意すること。神の導きのもと、この国に自由の新たな誕生をもたらすこと。そして、**人民の、人民による、人民のための政府**をこの地上から絶やさないことこそが、私たちが身を捧げるべき大いなる責務なのです」という有名な文句、並びにトマス・ジェファソンによるアメリカ独立宣言にある「われわれは、自明の真理として、すべての人は平等に造られ、造物主によって、一定の奪いがたい天賦の諸権利を付与され、その中に**生命、自由および幸福の追求**のふくまれることを信ずる。また、これらの権利を確保するために人類の間に政府が組織されること、そしてその**正当な権力は被治者の同意に由来する**ものであることを信ずる」との表現が、国民主権、代議制民主主義を宣言する日本国憲法前文の背後にあることもまた明らかである³³⁾。制定者がどのような資料を参考にして前文を書き上げたかはその文言を理解する上で重要な意味を持つが、もちろん前文のモデルと同じ解釈をしなければならないということはない。

憲法の前文は、それが付されている場合で、かつ一定の長さを有する場合、通常その憲法がよってたつ基本原理を宣言している。日本国憲法の前文はそれなりの長さを有しており、日本語として読みやすいとはいえないが、分析的に読み解けば、次の内容が宣言されている。

前文第1項で代議制民主主義、国際協調主義、人権保障（「自由のもたらす恵沢」の確保）、平和主義、国民主権、日本国憲法の民定性が、また法の支配をも宣言していると解する立場もある（「そもそも國政は、國民の嚴肅な信託によるものであつて、その權威は國民に由来し、その権力は國民の代表者がこれを行行使し、その福利は國民がこれを受する。こ

33) この「生命、自由、および幸福の追求」は、ジョン・ロックが『統治論』（Two Treatises of Government）で人の固有の権利（property）として主張した「生命、自由および財産（estate）」に由来し、日本国憲法第13条に規定されている。

れは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」の解釈)。第2項でさらに立ち入った平和主義の宣言と、「平和のうちに生存する権利」が、第3項で国家主権と国際協調主義が宣言され、第4項でこれらを達成すると誓う。

国民主権理念が政治に現れるのが民主主義であり、国家主権・国際協調主義は、国民主権と併せて平和主義と人権保障の前提と叫ぶ。このように、国民主権、基本的人権の尊重、平和主義が相互に密接にかかわる基本原理であることは、前文の解釈から導くことが出来る。憲法前文が、直接裁判所が判断するときに依拠して法令等を違憲または合憲と判断する規範となるか、つまり狭義の裁判規範となるかは消極に解するのが有力である³⁴⁾。以下三つの基本原理について概観しよう。

第2節 国民主権

1. 「君主」の主権の「統一性」と、「国民」の主権の「あいまい性」？

フランスの皇帝ルイ14世は「朕は国家なり」(L'etat c'est moi.) といったと伝えられる。これはある意味真実であって、君主の権限が絶対的であることを如実に示している。このような絶対的な君主の権限が元来「主権」(sovereignty) と称された。主権者たる君主は対外的に国を代表し、国内で最高の権威と権力を持つ、すなわち統治権を有する。対外的独立性(国家主権)と対内的最高性(様々な自治的組織に優越する)を備えた統治権者を主権者と称したのである。このような主権が、フランス革命を期に国民にあるとされたことで、とくにその最高性という点に解釈上困難が生ずることになる。明治憲法下での上杉愼吉対美濃部達吉の論争³⁵⁾は憲法上「大権」を有し「統治権者」であった天皇の政治的権限をどのように解するかについての対立であった。けれども、この論争当事者は本来それほど対立的な学説をとっていたわけではない。たとえば上杉は1925年に出版された著書で次のように述べている。「現代ニ於テハ、一七八九年ノフランス人権宣言カ、憲法トハ自由ノ保障ト権力ノ分立トヲ定ムルモノニシテ、之ヲ定メスンハ憲法アルノ國家ニ非スト云ヒシヨリ、此ノ如キ内容ヲ有スル憲法ヲ定ムルヲ、特ニ立憲政体ト称シ、憲法ト云フトキハ、一般ニ現代ノ所謂立憲政体ヲ定ムルノ憲法ノミヲ指スニ至レリ」³⁶⁾。既述の立憲的

34) 平和的生存権の主張に関して近年名古屋高裁で前文の裁判規範性を積極的に解する立場が確定しているが、これに関しては平和的生存権(新しい人権)を論ずる別稿で検討したい。

35) 星島二郎編『最近憲法論: 上杉博士対美濃部博士』(実業之日本社, 1913年)参照。

36) 上杉愼吉『新稿憲法述義〔増補改訂版〕』(有斐閣, 1925年)234頁以下。

意味の憲法の説明と全く変わらないことがわかる。歴史的比較法的知識があっても、明治憲法はそれを否定しさってしまう要素を持っていたといえよう。

2. 日本国憲法制定時の「國體変更」論争と主権論争

日本国憲法は明治憲法と基本原理が異なる。立憲主義の採用という点では一応の同一性があるものの、天皇の大権（内容的には主権）と国民主権、そして前者を「國體」（新字体に直すと「国体」であるが、この標記は国民体育大会を想起させる）とする立場からその変更が可能か、また変わったのか、といった点が論争になった。

「國體」は治安維持法において法概念となっていた。1929（昭和4）年5月31日の大審院による治安維持法違反被告事件は³⁷⁾「万世一系ノ天皇君臨シ統治権ヲ総攬シ給フコトヲ以テ其ノ國體ト為」すと判示している。しかし社会的には様々な意味で「國體」概念が用いられていたために、日本国憲法においてそれが変更されたかが争いになったのである。一つは憲法学者佐々木惣一と哲学者和辻哲郎の論争である³⁸⁾。法実証主義の立場から「國體」は変更したという佐々木とそれに納得できない和辻との論争は、立脚点が違いすぎるため、あまりかみあっていないようである。他方、実質は「國體変更」論争であるが、それが法哲学者尾高朝雄と憲法学者宮澤俊義の「主権論争」となった「ノモス主権」論争³⁹⁾は、若干言及した八月革命説と「ノモス主権」論との関係を考える上でも重要であるが、高度な学問的内容を含むためその検討は別の機会に行うこととして、ここでは立ち入らない。

37) 昭和4年（れ）第389号，昭和4年5月31日第4刑事部判決大審院刑事判例集第8巻。

38) 佐々木惣一「国体は変更する」『世界文化』1946年11月号，和辻哲郎「国体変更論について佐々木博士の教を乞ふ」『世界』1947年3月号，佐々木「国体問題の諸論点—和辻教授に答う—」『季刊法律学』4号，和辻「佐々木博士の教示について」『表現』1948年，佐々木「和辻博士再論読後の感」『天皇の国家象徴性』1949年。佐々木惣一の諸論文は後『憲法学論文選二』（有斐閣，1956年）に収録，和辻哲郎の諸論文は『国民統合の象徴』（勁草書房，1948年）に収録。

39) 宮澤俊義「八月革命の憲法史的意味」『世界文化』1946年5月号，第90帝国議会における発言，尾高朝雄『国民主権と天皇制』（「新憲法体系」国立書院，1947年），宮澤「国民主権と天皇制についてのおぼえがき」『国家学会雑誌』第62巻6号，尾高「ノモス主権について」『国家学会雑誌』第62巻11号，宮澤「ノモス主権とソフィスト」『国家学会雑誌』第63巻10・11・12合併号，尾高「事実としての主権と当為としての主権」『国家学会雑誌』第64巻4号。宮澤の諸論文は宮澤俊義『国民主権と天皇制』（勁草書房，1957年）に収録されており，また『憲法の原理』（岩波書店，1967年）にもすべて採録されている。尾高朝雄の諸論文は尾高朝雄『国民主権と天皇制』（国立書院，1947年），尾高『法の窮極にあるものについての再論』（勁草書房，1949年）（「ノモスの主権について」を収録している）に収録されているものが，現在入手しやすいものである。

3. フランス憲法における主権原理に示唆された 1970 年代の主権論争

いずれもフランス憲法を主たる比較対象として研究している二人の憲法学者杉原泰雄と樋口陽一の間で行われたのがこの論争である⁴⁰⁾。いずれもルソー⁴¹⁾、アベ・シェイエス⁴²⁾、

- 40) 杉原泰雄『国民主権の研究』（岩波書店、1971年）、同『人民主権の史的展開』（岩波書店、1978年）、同『国民主権と国民代表制』（有斐閣、1983年）、同『国民主権の史的展開』（岩波書店、1985年）。本講義案での条文訳は、以下においても杉原『国民主権の研究』から引用している。
- 41) ルソーの「人民主権」論にいう「人民」の説明は次のようなものである。「もし社会契約から、その本質的でないものを取りのぞくと、それは次の言葉に帰着することがわかるだろう。『われわれの各々は、身体とすべての力を共同のものとして一般意思の最高の指導の下に置く。そしてわれわれは各構成員を、全体の不可分の一部として、ひとまとめとして受けとるのだ』。〔中略〕この結合行為は、直ちに、各契約者の特殊な自己に代わって、一つの精神的で集会的な団体を作り出す。その団体は集会における投票者と同数の構成員からなる。それは、この同じ行為から、その統一、その共同の**自我**、その生命およびその意思を受けとる。このように、すべての人々の結合によって形成されるこの公的な人格は、かつては都市国家という名前を持っていたが、今では**共和国** (*République*) または**政治体** (*Corpus politique*) という名前を持っている。それは、受動的には、構成員から**国家** (*État*) と呼ばれ、能動的には**主権者** (*Souverain*)、同種のものとは**国** (*Puissance*) とよばれる。構成員についていえば、集会的には**人民** (*Peuple*) という名をもつが、個々には、主権に参加するものとしては**市民** (*Citoyens*)、国家の法律に服従するものとしては**臣民** (*Sujets*) とよばれる」〔原典は傍点による強調だが、**ゴシック体**による強調に変えた〕（桑原武夫・前川貞次訳、ルソー『社会契約論』第1編第6章、31頁）。
- 42) アベ・シェイエス『第三階級とは何か』（大岩誠訳、岩波文庫、1950年）〔E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers États ?*, chap. V, éd. de Société de l'Histoire de la Révolution française, 1988.〕。その意義については、杉原泰雄による次のまとめが簡潔で要を得ているので引用しておこう。「(i) 国政のあらゆる事項につき国民は自由に共同意思を表明することができる。権力担当者（国民代表）は、これを阻止することができないし、行っても違法・無効である。(ii) 実定憲法が国民の自由な共同意思の表明を保障するための諸制度を規定している場合であっても、それは創設的なものではなく、確認的な性質のものにすぎない。(iii) 法生活の現実を考慮するならば、それにもかかわらず、憲法改廃の自由なイニシアティブ、その最終的承認権、その他国政一般についての訓令権、代表の任免権等、国民が共同意思（主権）の主体であるところから帰結される諸権限とそのための手続が実定憲法上明確に保障されていることが不可欠となるであろう。（中略）彼のいうところを合理的に解するならば、彼の見解は、国の最高法規において主権が現実に行使可能なものとして保障されていることを当然に要求する」（杉原『国民主権の研究』188頁）。ただし同書189頁によれば、シェイエス自身は、アンシャン・レジームの憲法の排除を意図したものと解する余地はあるものの、「国民は、憲法に服さないだけでなく、それに服することもできないし、服してもならない」（E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers États ?*, chap. V, p.68）、共同意思の形成においては「事実が全てであり、形式は零である」（Sieyès, *op. cit.*, chap. V, p.71）との表現もしているので、そのことがフランス革命後に人民の主権性を否定する役割も果たしてしまったという。

1789年フランス人権宣言, 1791年フランス憲法, 1793年フランス憲法の「国民主権」概念を考察の基礎においている。杉原説は, 国民主権は, 国内における国家権力自体(統治権)の帰属を指示する法原理であり, 日本国憲法も可能な限りプープル主権の要素(直接民主制の要素)を強調して解釈すべきとする⁴³⁾。すなわち, 主権は実際に国政のあり方を決定する最高の「権力」であって, 主権の帰属する「国民」は有権者の総体(あるいは政治的意思決定能力を有する市民の総体)であるというのである。これに対して, 樋口説は, 主権とは, 「直接にはあくまでも権力の正当性の所在の問題であって, 権力の実体の所在の問題ではない」⁴⁴⁾という。主権が直接行使されるということは永久にありえない。主権は国家権力の行使を究極的に正当化する「権威」であって, 主権の帰属する「国民」は, 国民全員(政治的意思決定能力のない者も含む)であるという。これらの説は, 次の二つの対立する考え方を日本国憲法の解釈に持ち込んだものである。

フランス1958年憲法前文で言及されている, フランス人権宣言(1789年8月26日)は, 「国民とは, 相互に平等な個人のみからなる」(La nation n'est formé que d'individus égaux les uns aux autres)という考え方を示している。しかしその考え方を主権とどう結びつけて考えるかにつき二つの異なる立場からなる憲法が制定された。

フランス1791年9月3日憲法は「国民(ナシオン nation)主権」すなわち, 「国民とは, 全国籍保持者の統一団体である」(La nation est une collectivité unifiée de nationaux)という考え方への転換を示しており, ここでいう「国民」は, 「全国民」(nation entière) = 「国籍保持者の総体」(ensemble des nationaux)と解される⁴⁵⁾。これに対し, フランス1793年6月24日憲法が採用した「人民(プープル peuple)主権」にいう「人民」は有権者の総体であるという⁴⁶⁾。現実にはいずれも極端な考え方であって, 少なくとも直接に日本国

43) 杉原泰雄『憲法I』(有斐閣, 1987年)64~66頁, 190~207頁。

44) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(勁草書房, 1973年)。

45) 関連諸規定を引用しておこう。「主権は, 単一, 不可分, 不可譲で, 時効にかかることがない。主権は, 国民に属する。人民のいかなる部分も, またいかなる個人も, 主権の行使を篡奪することができない」(第3篇前文第1条)。「すべての権力は, 国民に由来する。国民は, 委任によってしかそれらを行行使することができない。フランス憲法は, 代表制をとる。代表は, 立法府と国王である」(同第2条)。「立法権は, 人民によって自由に選出される有期の代表者からなる国民議会に委任され, 後に規定する手続に従い, 国の裁可をえて国民議会がこれを行行使する」(同第3条)。「政府は, 君主制をとる。行政権は, 国王に委任され, 後に定める手続に従い, 国王の権威の下で, 有責の大臣およびその他の官吏がこれを行行使する」(第4条)。「司法権は, 人民により適時選出される裁判官に委任される」(第5条)。「県において任命される代表は, 各県の代表ではなく, 全国民の代表である。県は, 代表にいかなる委任をも与えることができない」(第3篇第1章第3節第7条)。

46) フランス1793年6月24日憲法(モンタニャール=ジャコバン憲法)の「人民(プープル

憲法の解釈に適用可能な考え方とは解されない⁴⁷⁾。

4. 現在の有力説（宮澤俊義・芦部信喜・佐藤幸治）

ここまで見てきたような論争の前提となり、またはこれらの論争を踏まえて提唱されている有力な考え方を検討しておこう。

宮澤俊義は、主権を一種の憲法制定権力としてとらえ「主権」とは国家の政治のあり方を最終的に決める力または意思（ないし権力または権威）、一つの建前・理念であるとなし、「国民」とは特定の誰それではなく、特別の資格を持った君主というような人間ではなく、Jedermann を意味し、「国民主権原理の主眼は、主権が国民に属するというよりもむしろ、主権は君主というような特定の人間に属していないということにあるといえる」とする⁴⁸⁾。日本国憲法制定後の通説と言ってよいこの学説に対し、論争を踏まえつつ有力に主張されているのが芦部信喜による次の解釈である。

「国民主権は、一体的国民（全国民）が国家権力の源泉であり、国家権力を民主的に基礎づけ正当化する根拠であるという意味と、さらに、国民（実際にはそれと同視される積極的国民＝有権者）が国家権力の究極の行使者だという意味をあわせ含む。「ただこの同一性ないし自同性の原則は一つの擬制であるから、普通選挙制の趣旨に従って有権者の範囲ができるかぎり拡張され、その多様な意思を国会に公正かつ効果的に反映するような選挙制度が整備されることなど、自同性の原則を、現実に保障する具体的な制度が伴わなければならない」⁴⁹⁾。

芦部説と類似する側面を持ちつつ、通常国民主権実現のための条件（上で芦部によって示された「ただ……」以下の言明）を「実定憲法上の構成的原理としての国民主権」として示すのが佐藤幸治である⁵⁰⁾。

「憲法制定権力者としての国民主権 国民主権には、大別して、憲法を定立し統治の正

people) 主権」関連条文は以下の通り。「主権は人民（people）にある」（1793年人権宣言第25条）。「主権者たる人民は、フランス市民の総体である」（1793年憲法第7条）。「フランスに生まれかつ居住している満21歳以上のすべての男子…はフランス市民の諸権利の行使を認められる」（同憲法第4条）。

47) 筆者はフランス憲法の研究はこれら邦語文献を通じてしか行っていないため、内容にたちいった検討は差し控える。

48) 宮澤俊義「国民主権と天皇制」『憲法の原理』（岩波書店、1967年）285～287頁、宮澤註釈33～38頁、53～54頁。

49) 芦部信喜『憲法学I 憲法総論』（有斐閣、1992年）244～245頁。

50) なお、これらが国民主権実現の「条件」であることを明示するものとして、尾吹善人『日本憲法一学説と判例一』（木鐸社、1990年）26頁。

当性を根拠づけるという側面と、実定憲法の存在を前提としてその憲法上の構成的原理としての側面とがあり、後者はさらに、国家の統治制度の民主化に関する側面と公開討論の場 (forum) の確保に関する側面とを包含するものと解すべきである。(中略) 国民主権は、まず、主権という属性をもった国家の統治のあり方の根源にかかわる憲法を制定しかつ支える権力ないし権威が国民にあることを意味する。この場合の国民は、憲法を制定した世代の国民、現在の国民、さらに将来の国民をも包摂した統一体としての国民である。

(中略) 実定憲法上の構成的原理としての国民主権 (イ) 統治制度の民主化の要請 国民主権は、憲法を成立せしめ支える意思ないし権威としてのみならず、その憲法を前提に、国家の統治制度が右の意思ないし権威を活かすよう組織されなければならないという要請を帰結するものと解される。…国民は有権者団という機関を構成するが、それは民意を忠実に反映するよう組織されなければならないとともに、統治制度全般、とりわけ国民を代表する機関の組織と活動のあり方が、憲法の定める基本的枠組みの中で、民意を反映し活かすという角度から不断に問われなければならないというべきである。(中略) (ロ) 公開討論の場の確保の要請 構成原理としての国民主権は、統治制度の民主化を要請するのみならず、かかる統治制度とその活動のあり方を不断に監視し問うことを可能ならしめる公開討論の場が国民の間に確保されることを要請する⁵¹⁾。

5. なにに注目して考えるか

従来は「主権」に注目して論争が行われてきた。国民か人民かというのは日本語としてはほとんど意味が異なるため、その解釈論が普及してきたとはいえない。そこで「国民」という観念をいかに理解するかそれ自体を問題にすべきだというのが近年有力な見解である。すなわち、「日本国憲法の制定による国民主権原理の採用は、明治憲法における『民族』国家を否定して、社会契約論で説明されるような人為的結合としての『国民』国家へと日本国の構成原理を転換させた、歴史的に決定的な事件として評価されるべき」である⁵²⁾。

6. さしあたりの「解釈」

憲法解釈の際には、革命を正当化するという側面を有すると解されることから、規範の解釈を行う上で、「主権」の概念として「憲法制定権力」を想定するのは、不要であると

51) 佐藤幸 98～101 頁。

52) 愛敬浩二「国民国家と国家主権・国民主権」山内敏弘編『新現代憲法入門』(法律文化社、2004年) 240～241 頁。

考えられ⁵³⁾、このことも考慮に入れば、「国民主権原理」とは、「国政のあり方は、最終的には、国民の意思力によって決定せらるべし」とする建前・理念、当為命題を意味する⁵⁴⁾原理ないし「統治権が絶対化することを妨げる原理」である⁵⁵⁾と解される。

さて国民主権の原理を右のように定義づけたとしても、その「国民」の意味するところが明らかになったとはいえない。しかし従来から各国家で国民の範囲を限定するメルクマールとして「国籍」がその構成する人民へ与えられてきた。

国籍の概念は、そもそも国家支配を正当化する個人の有する国家における地位といった意味合いが含まれていると解されることに鑑みれば、国民主権原理にいう「国民」概念と「国籍」の概念は、由来から見れば一致する概念であると理解することができる。ここで、「国籍」を定める立法は、憲法の基本原理を考慮し**当該国家の伝統的に「国民」であると観念されてきた人民を少なくとも排除することは許されない**、と理解することができる⁵⁶⁾と解される。すなわち、法律を待たずに上記強調部分が憲法第10条の規範的要請であると解されるのであって、排除することが出来ない「国民」の内実として国籍保持者を指すものと理解することで「国民主権原理」の限定性は保たれると解される。多数説との違いは、右強調部のみである。したがって、**国民主権原理は、国籍保持者による国家支配の正当化、国政のあり方を国籍保持者が最終的にその意思でもって決めること、そのことによって、統治の絶対化を妨げる原理**であると解されることになる。

第3節 平和主義

日本国憲法第9条が戦争放棄を宣言し、第2項で「陸海空軍その他の戦力」を保持しないと定めていることはあらためて強調するまでもなく重要な特色である。政治的にさまざまな主義主張が関わる問題でもあるため、学説については必要最小限度の言及にとどめ、判例の見解を中心に整理する⁵⁶⁾。

1. 学説概観

前文で「政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起こることのないやうにする」とあるの

53) 菅野喜八郎『国権の限界問題』（木鐸社、1978年）206頁以下参照。

54) 宮沢俊義「国民主権と天皇制」『憲法の原理』（岩波書店、1967年）346頁、菅野喜八郎「八月革命説覚書」『続・国権の限界問題』（木鐸社、1988年）153～156頁参照。

55) 中川剛『憲法を読む』（講談社、1985年）84頁。

56) 詳細は、佐藤潤一『法学と憲法入門』（敬文堂、2006年）第2章第3節及び佐藤潤一『人権と平和——憲法と国際人権法の交錯——』（晃洋書房、2011年）第I部参照。

は侵略戦争を二度と起こさないようにすべきだとの政治的決断であり、それを具体化したのが第9条第1項の「國權の發動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、國際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」という規定である。

國權の發動たる戦争、というのは単に戦争といっても同じで、國際法（戦時國際法・武力紛争法）の適用を受ける戦争を指すと解される。武力による威嚇は、日本が三国干渉にあたって示したような武力の示威であり、武力の行使は、満州事変のような事実上の紛争を引き起こす武力行使を指すのであり、結局法的な（狭義の）戦争及び事実上の戦争全てを指していると解される。しかしここで問題となるのが「國際紛争を解決する手段」との文言である。

國際紛争を解決する手段、というのは予備知識なしに読めば結局全ての戦争が放棄されていると解されるが、不戦条約以来の國際法上の用語法に従うならば、第9条第1項は全体として侵略戦争を行わないという宣言と解釈されるべきことになろう⁵⁷⁾。しかし第1項を國際法上違法な戦争等、つまり侵略戦争を放棄したと解するとしても、第2項の解釈は分かれる。第2項はいっさいの軍事力の不保持を定め、第2項後段が國際法上交戦者に認められる諸権利をも否認している結果、自衛戦争を含む全ての戦争が放棄されているとする説（2項全面放棄説）⁵⁸⁾と、第2項の「目的」は第1項に言う「國際紛争解決の手段として」の戦争等を放棄するためであるので、自衛または制裁のための軍事力の保持は禁止されないとの説（自衛戦争合憲説）⁵⁹⁾である。これらの第9条に法規範性を認める解釈の他、法規範性そのものを否認する政治的マニフェスト説⁶⁰⁾や政治的規範であって裁判所が法的判断に用いるべき裁判規範ではないとの説⁶¹⁾がある。なお第9条第2項の「戦力」は、「その他の」を文字通り厳格にとると近代国家がなりたない（戦争に役立つ潜在的能力一切が含まれてしまうので、航空機、港湾施設、核戦力研究なども含まれることになり不合理である）。それゆえ「戦力」は「外敵の攻撃に対して実力をもってこれに対抗し、国土を

57) なお第1項を「およそ、國際紛争解決の手段でない戦争というものは、実際にはほとんどありえない」こと、「前文はもとより、本文のどこにも自衛のための戦争や軍備を予想している規定はない」ことから、「すべての戦争を否定するのが憲法全体の意図であり、第1項だけは、自衛戦争を除外しているとみなすのは憲法の曲解である」という有力説（1項全面放棄説）があることは重要である（清宮 112 頁）。

58) 佐藤功『憲法 上〔新版〕（ポケット註釈全書）』（有斐閣、1983年）109頁以下。

59) 佐々木 231 頁以下。この説は第2項にいう交戦権の否認を、國際法上、戦争を行う権利を主張しないというだけだと解する。

60) 高柳賢三「平和・九条・再軍備」ジュリスト第25号（有斐閣、1953年）5頁。

61) 伊藤正己『憲法〔新版〕』（弘文堂、1990年）168頁、同『憲法入門〔第4版補訂版〕』（有斐閣、2006年）104～115頁。

防衛することを目的として設けられた、人的・物的手段の組織体」である「軍隊および有事の際にそれに転化しうる程度の実力部隊」と解される（**芦部** 60 頁）。警察力は国内治安の維持と確保を目的とするが、軍隊は国土防衛が主たる目的である。ただし、学説上有力な武力無き自衛権論も、自衛権放棄説も、国際法の用語法に鑑みれば、容易には与し得ない。国際法上、自衛権はそもそも放棄できないと解すべきだからである。この前提があるからこそ学説が多岐にわたることにもなり、現実の政治においても問題が生じるのである。

2. 現行法制度と政府の立場

学説概観で示した最後の 2 説は一見自衛隊が存在する現状を説明するに適切な考え方のように思われるが、自衛隊に関する膨大な法律は、自衛隊及び防衛省を行政機関の一種として内閣の統制下に置き、自衛隊員を公務員と扱っている。すべての権限発動に法律の根拠を有する体制は第 9 条を法規範と見なしていなければあり得ない⁶²⁾。政府は直接に自衛戦争合憲説をとらず、2 項全面放棄説と同様の立場に立ちつつ、自衛権が否定できない以上、そのための「自衛力」は保持を許されるとしている。したがって、政府の見解からも、自衛のための「必要最小限度」を超えた武力を自衛隊が有するに至ると違憲となるはずである。過度の軍備増強を図ろうと政府が画策すれば次の選挙で落選することが予測されるというのが先の政治的規範説の立場であって、民主政治に対する信頼と同時に、実に危ういバランスの上に現在の自衛隊法制が運用されていることは間違いない。

文民条項（第 66 条第 2 項）を傍証に、また第 9 条起草時に当初は政府も 1 項全面放棄説あるいは 2 項全面放棄説にたっていたようであるが、警察予備隊創設より後は、言葉遊びのような、それでいて形式論理だけは一貫した内閣法制局による、ある意味首尾一貫した解釈論を採用してきた。

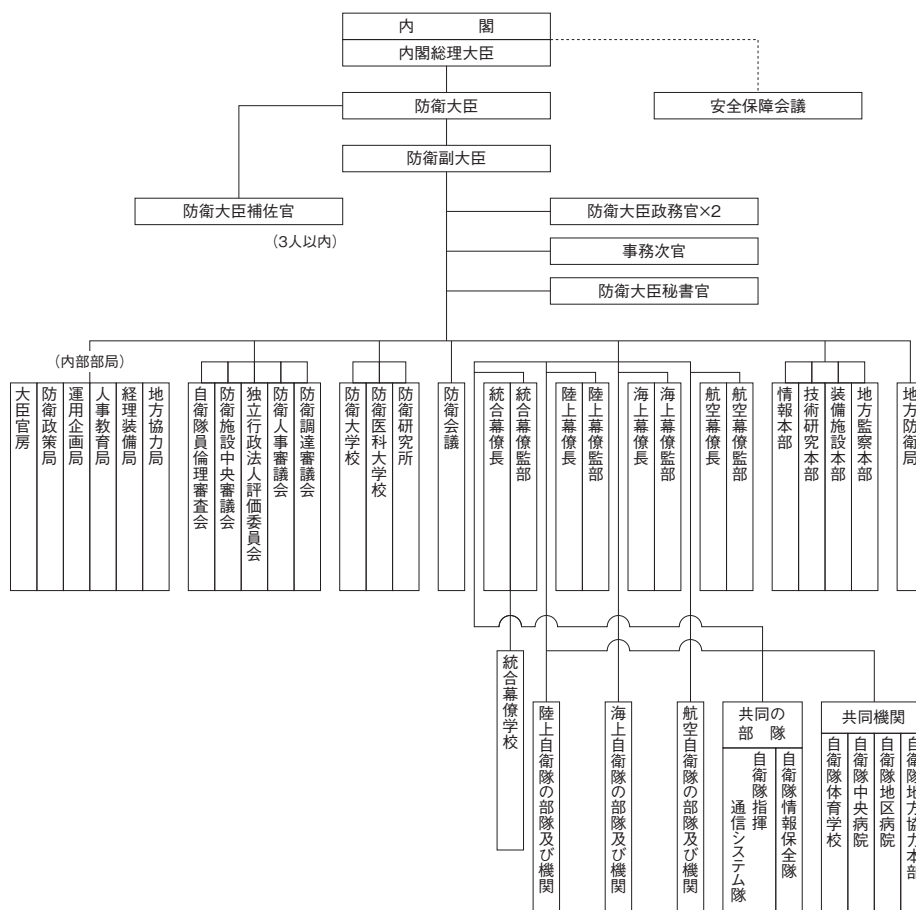
62) もちろん法規範が何を意味するかについては法哲学的に困難な問題も確かにある。この問題については、碧海純一『新版法哲学概論』（弘文堂、1964 年）75 頁、同『新版法哲学概論全訂第二版補正版』（弘文堂、2000 年）60 頁以下、小林直樹『法理学 上』（岩波書店、1960 年）7 頁、加藤新平『法哲学概論』（有斐閣、1976 年）306 頁、五十嵐清『法学入門〔第 3 版〕』（悠々社、2005 年）1～4 頁、Suri Ratnapala, *Jurisprudence* (Cambridge University Press, 2009) Part I & Part IV. しかし政治的規範説は裁判規範ではないと主張することどまり、法規範性を正面から否定しているわけではないから、名称によるミスリーディングな面があるように思われる。なお近年**長谷部** 67～72 頁で示されている見解は、第 9 条を準則としての規範ではなく原則規範だとするが、その実際の効果は政治的マニフェスト説と極めて近いもののように思われる。**松井**、**渋谷**等、近年の憲法体系書は、自衛隊の合憲性を前提する、あるいは内閣法制局の解釈に一定の評価を与える傾向にあるように思われる。

自衛隊と防衛省は、一体となった組織である。第9条との関係で創設以来所轄官庁はあくまで総理府の外局、後に内閣府（総理府から名称変更）の外局として、防衛庁及び防衛施設庁とされてきた。けれども、2007年1月、防衛省が設置され、あわせて自衛隊の任務が拡大されている。自衛隊法第2条第1項は「この法律において『自衛隊』とは、防衛大臣、防衛副大臣、防衛大臣政務官及び防衛大臣秘書官並びに防衛省の事務次官及び防衛参事官並びに防衛省の内部部局、防衛大学校、防衛医科大学校、統合幕僚監部、情報本部、技術研究本部、装備施設本部、防衛監察本部、地方防衛局その他の機関（政令で定める合議制の機関並びに防衛省設置法（昭和29年法律第164号）第4条第24号又は第25号に掲げる事務をつかさどる部局及び職で政令で定めるものを除く。）並びに陸上自衛隊、海上自衛隊及び航空自衛隊を含むものとする」と規定し、また防衛省設置法第3条は、「防衛省は、我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つことを目的とし、これがため、陸上自衛隊、海上自衛隊及び航空自衛隊（自衛隊法（昭和29年法律第165号）第2条第2項から第4項までに規定する陸上自衛隊、海上自衛隊及び航空自衛隊をいう。以下同じ。）を管理し、及び運営し、並びにこれに関する事務を行うことを任務とする」（第1項）、「防衛省は、前項に規定する任務のほか、条約に基づく外国軍隊の駐留及び日本国とアメリカ合衆国との間の相互防衛援助協定（以下「相互防衛援助協定」という。）の規定に基づくアメリカ合衆国政府の責務の本邦における遂行に伴う事務で他の行政機関の所掌に属しないものを適切に行うことを任務とする」（第2項）と規定する。

防衛省の任務規定は、それが自衛隊と一体のものであることを示している。そして自衛隊法第3条は「自衛隊は、我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、直接侵略及び間接侵略に対し我が国を防衛することを主たる任務とし、必要に応じ、公共の秩序の維持に当たるものとする」（第1項）のを基本とし、それに加えて「自衛隊は、前項に規定するもののほか、同項の主たる任務の遂行に支障を生じない限度において、かつ、武力による威嚇又は武力の行使に当たらない範囲において、次に掲げる活動であつて、別に法律で定めるところにより自衛隊が実施することとされるものを行うことを任務とする」（第2項柱書）。そこに挙げられているのは「我が国周辺の地域における我が国の平和及び安全に重要な影響を与える事態に対応して行う我が国の平和及び安全の確保に資する活動」（第1号）と「国際連合を中心とした国際平和のための取組への寄与その他の国際協力の推進を通じて我が国を含む国際社会の平和及び安全の維持に資する活動」（第2号）である。元来専守防衛の組織であることを理由に軍ではないから合憲であると説明されてきた自衛隊は、国外での活動が肯定されることで、ますます「軍隊」に近づいている。そもそも軍

隊は自国外での活動が主なものであるから、日本で議論を呼んだ国連軍への参加⁶³⁾にせよ、PKO（Peacekeeping Operation：平和維持活動）への参加にせよ、憲法で正面から軍を認めている国では問題とならないのである。

防衛省・自衛隊の組織図⁶⁴⁾



なお自衛隊の任務にある「国際連合を中心とした国際平和のための取組への寄与その他の国際協力の推進を通じて我が国を含む国際社会の平和及び安全の維持に資する活動」

63) 国連憲章第7章「平和に対する脅威、平和の破壊及び侵略行為に関する行動」に基づく軍事行動（特に第43条に基づくもの）。憲章が想定した意味での真の意味での国連軍は未だ構成されたことがないが、日本国憲法の解釈として第9条の下でこの措置への参加が可能かどうかは大きな争点となってきた。

64) 防衛省・自衛隊のサイト http://www.mod.go.jp/j/profile/mod_sdf/index.html より。

は、既述の通り防衛省設置の際自衛隊法が改正されて追加されたものであるが、これは1954(昭和29)年6月の参議院本会議の「自衛隊の海外出動をなさざることに関する決議」、1980(昭和55)年10月30日の国連憲章第43条に基づく国連軍への参加、平和維持軍(PKF)への参加のみならず、PKOへの参加も自衛隊法上認められないとの政府統一見解を覆し、1992(平成4)年6月「国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律」(PKO協力法)⁶⁵⁾以来の一連の「有事」法「整備」の仕上げともいえる。立ち入った評価は独立の論文を要する複雑な問題であるが、関連法を概観しておこう。

すなわち、1997(平成9)年9月23日の改訂「日米防衛協力のための指針」(いわゆる「新ガイドライン」)から始まり、1999(平成11)年5月の「周辺事態法」⁶⁶⁾、2001(平成13)年9月11日のアメリカのいわゆる9.11テロ事件に対する日本政府の対応としての「テロ対策特別措置法」⁶⁷⁾、2003(平成15)年には「イラク支援特別措置法」(平成15年8月1日法律第137号)が制定されている。2003(平成15)年6月には、有事三法として「武力攻撃事態法」⁶⁸⁾、「安全保障会議設置法の一部を改正する法律」⁶⁹⁾、「自衛隊法及び防衛庁の職員の給与等に関する法律の一部を改正する法律」⁷⁰⁾が成立する。翌年6月14日には、有事関連7法及び関連3条約が承認される。

有事関連7法とは、国民保護法⁷¹⁾、米軍行動円滑化法⁷²⁾、特定公共施設利用法⁷³⁾、国際人

65) 当初武器使用を制限し、PKFへの参加は凍結されていたが、これは2001年12月の改正で解除され、武器使用基準も緩和された。

66) 正式名称は「周辺事態に際して我が国の平和及び安全を確保するための措置に関する法律」(平成11年5月28日法律第60号)。

67) 正式名称は「平成13年9月11日の米国において発生したテロリストによる攻撃等に対応して行われる国連憲章の目的達成のための諸外国の活動に対してわが国が実施する措置および関連する国連決議等に基づく人道的措置に関する特別措置法」(平成13年11月2日法律第113号)。

68) 正式名称は「武力攻撃事態等における我が国の平和と独立並びに国民の安全の確保に関する法律」(平成15年6月13日法律第79号)。

69) 武力攻撃事態等(武力攻撃事態および武力攻撃予測事態)への対処に関する基本方針並びに内閣総理大臣が必要と認める武力攻撃事態等への対処に関する重要事項を安全保障会議に諮る事項として追加したもの。

70) 武力攻撃事態法に対応した改正。

71) 正式名称は「武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律」(平成16年6月18日法律第112号)。

72) 正式名称は「武力攻撃事態等におけるアメリカ合衆国の軍隊の行動に伴い我が国が実施する措置に関する法律」(平成16年6月18日法律第113号)。

73) 正式名称は「武力攻撃事態等における特定公共施設等の利用に関する法律」(平成16年6月18日法律第114号)。

道法違反処罰法⁷⁴⁾、外国軍用品海上輸送規制法⁷⁵⁾、捕虜取扱法⁷⁶⁾、改正自衛隊法を指す。また関連3条約は、日米物品役務相互提供協定（ACAS）の改定、ジュネーブ条約第1追加議定書（国際的武力紛争の犠牲者の保護）、ジュネーブ条約第2追加議定書（非国際的武力紛争の犠牲者の保護）を指す。同時期に「特定船舶の入港の禁止に関する特別措置法」が議員立法として制定された⁷⁷⁾。

これらの法律が一体となって、いわゆる「有事法制」が「整備」されてはいる。しかしむしろ根本的な問題は、自衛隊法によって自衛隊に与えられている任務がかなり錯綜して理解の難しい規定になっていることである。すなわち、基本は防衛出動（自衛隊法第76条、武力攻撃事態法第9条）という武力紛争法の適用を受ける活動であるが、「間接侵略」という、政府答弁（1973（昭和48）年参議院内閣委員会における久保卓也政府委員の答弁）を読んでも意味がつかみがない概念を用いている治安出動（自衛隊法第78条・第81条）は、かえって濫用の危険もある。

3. 自衛隊の創設、安保条約と判例の展開

自衛隊は当初朝鮮戦争の時代、いまだ占領下にあった時期、1950年に警察予備隊として誕生した。この合憲性を争って当時の左派社会党書記長鈴木茂三郎が最高裁判所に直接求めた裁判においては「現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない」⁷⁸⁾として訴えが却下された。

警察予備隊は、後に保安隊及び警備隊（1952年）へと拡張し、さらにその2年後、自衛隊創設へと至る。政府は憲法制定過程では第9条は自衛のためのものを含めて一切の戦争を放棄し、軍備も一切禁じていると解していたが（1946年6月26日衆議院帝国憲法改

74) 正式名称は「国際人道法の重大な違反行為の処罰に関する法律」（平成16年6月18日法律第115号）。

75) 正式名称は「武力攻撃事態における外国軍用品等の海上輸送の規制に関する法律」（平成16年6月18日法律第116号）。

76) 正式名称は「武力攻撃事態における捕虜等の取扱に関する法律」（平成16年6月18日法律第117号）。

77) これらの諸法令・条約は、首相官邸のサイト <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/hogohousei/hourei/index.html> でまとめられている。防衛省・自衛隊のサイトで関連法令・条約最新版へアクセスできる。<http://www.mod.go.jp/j/presiding/index.html> 参照。

78) 最大判昭和27（1952）年10月8日民集6巻9号783頁；行集3巻10号2061頁（警察予備隊違憲訴訟）。

正委員会における吉田茂首相の答弁)、警察予備隊創設から自衛隊創設までは、警察力を補うものに過ぎないとし、自衛隊創設に伴って、憲法は自衛権を否定していない、したがって、自衛のため必要な最小限度の実力としての自衛力は戦力ではないとの見解を出すに至る。

1952年にサンフランシスコ講和条約と同時に締結された日米安全保障条約(日米安保条約)⁷⁹⁾は、1960年に改定されて現在に至る。日米安保条約第3条は「締約国は、個別的に及び相互に協力して、継続的かつ効果的な自助及び相互援助により、武力攻撃に抵抗するそれぞれの能力を、憲法上の規定に従うことを条件として、維持し発展させる」と規定し、第5条で「各締約国は、日本国の施政の下にある領域における、いずれか一方に対する武力攻撃が、自国の平和及び安全を危うくするものであることを認め、自国の憲法上の規定及び手続に従って共通の危険に対処するように行動することを宣言する」(第1項)とした上で、「前記の武力攻撃及びその結果として執つたすべての措置は、国際連合憲章第51条の規定に従って直ちに国際連合安全保障理事会に報告しなければならない。その措置は、安全保障理事会が国際の平和及び安全を回復し及び維持するために必要な措置を執つたときは、終止しなければならない」(第2項)と規定する。

この日米安保条約の下アメリカ軍が日本に駐留している(第6条参照)が、その合憲性が争われた砂川事件上告審⁸⁰⁾において、憲法第9条「によりわが国が主権国として持つ固有の自衛権は何ら否定されたものではなく、わが憲法上の平和主義は決して無防備、無抵抗を定めたものではない」。「わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない」。「憲法前文にいわゆる平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼すること……[で]われらの安全と生存を保持しよう」と決意した」。このこと「は、……国際連合の機関である安全保障理事会等の執る軍事的な措置等に限定されたものではなく、わが国の平和と安全を維持するための安全保障であれば、その目的を達するにふさわしい方式又は手段である限り、国際情勢の実情に即応して適当と認められるものを選ぶことができる……[の]であって、憲法9条は、我が国がその平和と安全を維持するために他国に安全保障を求めることを、何ら禁ずるものではない」。このように、あきらかに日米安全保障条約を合憲と解しているかのように判示しながら、他方で日米安全保障条約は「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有す

79) 正式には「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約」。昭和35(1960)年6月23日条約第6号(昭35外告49)。

80) 最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁。

るものというべきであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまないものであり、従って、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであって、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきであると解するを相当とする。そして、このことは、本件安全保障条約またはこれに基く政府の行為の意見なりや否やが、本件のように前提問題となっている場合であると否とにかかわらない。このように、先の政治的規範説に立っているようにも解され得る立場をとる。

これに対し、自衛隊の合憲性については、限りなく合憲説に近いようにも思われるものの、実際に判決文を読むと、最高裁は違憲とも合憲とも明言していない。

第1審⁸¹⁾で自衛隊違憲判決が出された長沼ナイキ基地訴訟においても、札幌高等裁判所⁸²⁾は自衛隊は一見極めて明白に侵略的なものとはいえないとして控訴人らの主張を退け、上告審（最高裁）⁸³⁾は訴えの利益がない、すなわち、平和的生存権は、行政にその行為を取り消すよう求める裁判の原告たる資格を基礎づけないと判示している⁸⁴⁾。

第4節 基本的人権の尊重

1. 概観

日本国憲法は前文において「自由のもたらす恵沢の確保」を目的とし、第3章で詳細な人権保障規定を置く。明治憲法においても「権利」規定はあったが、あくまで臣民の権利であった。同じ臣民の権利という言い方をすることもあるイギリスと比べると、実態は相当に異なる。

実際、イギリスでは civil rights という考え方が徹底しており、制定法がなくともコン・ロー上の権利保障が図られてきた⁸⁵⁾。人権保障は、その規定方式は相当にさまざま

81) 札幌地判昭和48年9月7日判時712号24頁。

82) 札幌高判昭和51年8月5日行集27巻8号1175頁。

83) 最一小判昭和57年9月9日民集36巻9号1679頁。

84) 「平和的生存権」については、別稿で検討する。

85) 近年「人権」(human rights) 観念が無かったイギリスで、人権と市民的自由に関するヨーロッパ条約・通称ヨーロッパ人権条約違反の判決が続き、同条約は1998年に国内法化された(1998年人権法)。しかし明治憲法時代の日本と同時代のイギリスにおける権利保障状況はこのことと同断には語り得ない。イギリスにおける市民的自由と人権の関係について

あって、アメリカのように州憲法においても連邦憲法においても人権規定がある国もあれば、フランスのように1789年フランス人権宣言を尊重するものとの宣言にとどまるもの、カナダのように当初は法律で定められ、後に憲法典に取り込まれたもの、オーストラリアのように州レベル（ヴィクトリア州）あるいは準州レベル（首都特別地域：ACT）の法律⁸⁶⁾はあるが憲法典には限られた規定しかない国などがあり、ドイツや日本、韓国やインドの現行憲法のように詳細な人権規定が整備されている国ばかりではない。南アフリカ憲法のように規定は充実しているが実際の保障は生成過程の国もあるし、社会主義諸国、とくに中華人民共和国や朝鮮民主主義人民共和国のように、規定がほとんど全く意味を持っていない国もある。

日本の場合、大正デモクラシーと呼ばれた一時期には明治憲法の下でも相当程度権利保障が進んだが、その後、明治憲法の規定が、法律によりさえすれば権利を制限できるものであったために、日中戦争以降の多くの権利制限規定を生み出すことにつながった。このことへの反省として、日本国憲法の詳細な人権規定が意味を持つ。

人権は、一人ひとりの個人的属性、社会的地位等を捨象して、自由かつ平等な個人を確立するための手段である。他方で様々な条約によって形成されてきた国際人権法⁸⁷⁾は、むしろこのようなそれぞれの「属性」「社会的地位」に着目して規定を置き、最終的に独立した個人の「人権」を確保しようとするものだといってもよい。

日本国憲法は比較的整理された人権条項を有している⁸⁸⁾。

は、倉持孝司「3. 市民的自由」「4. 1998年人権法」戒能通厚編『現代イギリス法事典』（新世社、2003年）138～145頁で概観を得ることが出来る。

- 86) オーストラリアのこれらの人権に関する法律（2006年ヴィクトリア州人権及び責任章典法及び首都特別地域2004年人権法）については、邦訳を大阪産業大学論集人文・社会編第11号に掲載しているので参照されたい。
- 87) 国際人権法という言い方自体が新しいものであって、人権に関する国際法（International Law relating to Human Rights）が国際人権法（International Human Rights Law）という熟語として定着し始めたのはようやく1990年代に入ってからだといえる。この点は日本の国際人権法学会がその結成時に問題としたところであった。
- 88) 民主主義を確保する制度と、それに関わる権利を保障することを憲法の役割として、社会権や平和的生存権について、裁判規範性を極めて希薄なものであるとする説（松井）や、従来の人権分類とは異なる分類を提示する説（渋谷）、人権は、法律による具体化を待たず、また公共の福祉による制約も基本的には認められない切り札であるべきとする説（長谷部）など、憲法の人権条項をどのように分類し体系的に捉えるかについて、近年従来の通説的見解に異論が唱えられている。また、発表の時期はこれらの著作より古いが、刑事手続に関する諸権利を「コモン・ロー的権利」とする説（中川）は、人権の歴史的な展開からすると説得力があると解される。これらの点については、基本的人権について具体的に論ずる別稿で論じることとしたい。

日本国民の要件(第10条)、人権の総則規定(第11条～第14条)を置き、参政権(第15条)、請願権(第16条)、国家賠償請求権(第17条)、人身の自由(第18条)について規定した上で、国家権力が一般市民に対する干渉をしない、という意味での自由権につき規定し(第19条～第23条)、家族に関する規定と婚姻に関する男女平等・対等を定める第24条を置き、いわゆる社会権について規定し(第25条～第28条)、さらに古典的自由としての財産権について規定する(第29条)。その上で、納税の義務(第30条)規定をはさんで、裁判に関わる諸規定を置いている(第31条以下)。

ただし、それまでまったく想定されていなかった裁判所による法律等の憲法適合性審査を導入した第81条の下で、最高裁判所は当初人権制限的な法律や条例を「公共の福祉」のために制限できるといとも簡単に判示していた。ここでは人権の享有主体について判例の見解を中心に簡単に整理しておくことにする。

2. 外国人の権利

「臣民の権利」であった明治憲法下においては、ほとんど論じられることがなかったのが外国人の人権である。そもそも不平等条約を解消しようというのが憲法及び主要法律の当初の制定目標であったのであり、外国人はむしろ優遇されていた。けれども多くの植民地を獲得し植民地の人民を「外地」の「日本臣民」と扱ってきた日本は、日本国憲法施行時に日本国外に出たことがない外国人を生みだし、その権利保障が課題となった。これに加えて高度経済成長の時期を経て日本国内には多くの外国人が滞在することになる。日本国憲法が「国民の権利及び義務」と題した章を持っているからといって、外国人に権利を保障しないでよいという帰結は当然とは言い難い。憲法の文言を軽視して良いわけではないが、それだけでは語り得ない。最高裁判所の判例は一応建前では権利の性質上許される限り人権保障は外国人にも及ぶとされている⁸⁹⁾。けれどもその判示をした判例(マククリーン事件最高裁判決)が外国人の人権保障は外国人の在留制度の枠内で与えられるに過ぎないと述べていることが、有権解釈の本質を示しているといえる。

参政権は外国人には保障されないのが当然と解されてきたが、永住者等であって地域に定着しているような外国人には法律で地方自治体における選挙権を付与しても違憲ではないとの最高裁判決がある⁹⁰⁾。ただし地方自治体(東京都)の管理職試験の受験資格に付き

89) マククリーン事件最高裁判決(最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁)。

90) 最三小判平成7(1995)年2月28日民集49巻2号639頁。この問題については、佐藤潤一『日本国憲法における「国民」概念の限界と「市民」概念の可能性——「外国人法制」の憲法的統制に向けて——』(専修大学出版局, 2004年)、特に第5部を参照。

外国人を日本人と同じに扱わなくとも、その運用の実態に鑑みれば合理的な区別であって憲法第14条第1項には反しないとされている⁹¹⁾。

社会権は従来国籍国によって保障されるものであったが、財政事情等の事情がなければ法律によって外国人に社会権の保障を及ぼすことに憲法上の支障はない。1981年には、社会権規約⁹²⁾及び難民条約⁹³⁾の批准を契機として社会保障関係の国籍要件が撤廃された(芦部92頁)。

入国の自由は、憲法で統制されるものではなく、国際慣習法上、外国人に保障されないのは当然である⁹⁴⁾。またその当然の帰結として、**在留の権利**も憲法上保障されているものとはいえない⁹⁵⁾。ただし第22条が保障する居住移転の自由が外国人に否定される理由はなく、正規の手続で入国を許可された者が濫りにその在留資格を奪われることは許されないと解される。最高裁が外国人に第22条第2項を根拠に外国人に**出国の自由**を認めた⁹⁶⁾ことがあるが、入国の自由について国際慣習法の統制を認めるのであれば出国の自由についても国際慣習法上国家はそれをそもそも制限し得ないとしなければ首尾一貫しない。出国の自由の判決とは論理が一貫しないが、いわゆる森川キャサリン事件において、最高裁は、入国の自由と在留権が否認されている判例に照らせば外国人には憲法上外国へ一時旅行する自由を保障されているものではなく、**再入国の自由**も保障されないとした⁹⁷⁾。ただし特別永住者については、再入国が認められている⁹⁸⁾。

3. 「法人」の権利

法人は、普通の人(法律用語で「自然人」)以外で、法律上の行為能力が与えられているものをいう。表題で法人を鉤括弧でくくったのは、本来、団体の権利とすべきと解されるからである。判例においては、「会社が、納税の義務を有し自然人たる国民とひとしく

91) 最大判平成17(2005)年1月26日民集59巻1号128頁。

92) 正式名称「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」(昭和54年8月4日条約第6号)。社会権規約第2条第2項は社会権についての差別禁止・内外人平等原則を規定する。

93) 正式名称「難民の地位に関する条約」(昭和56(1981)年10月15日条約第21号)。難民条約第4章は福祉についての内外人平等原則を規定する。

94) 最大判昭和32(1957)年6月19日刑集11巻6号1663頁。

95) 最大判昭和53(1978)年10月4日民集32巻7号1223頁。

96) 最大判昭和32(1957)年12月25日刑集11巻14号3377頁。

97) 最一小判平成4(1992)年11月16日裁集民事166号575頁。

98) 平和条約国籍離脱者等入管特例法の定める特別永住者のこと。詳細は佐藤本節註5前掲書[佐藤潤一『日本国憲法における「国民」概念の限界と「市民」概念の可能性——「外国人法制」の憲法的統制に向けて——]]を参照。

国税等の負担に任ずるものである以上、納税者たる立場において、国や地方公共団体の施策に対し、意見の表明その他の行動に出たとしても、これを禁圧すべき理由はない。のみならず、憲法第3章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用される……から、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進または反対するなどの政治的行為をなす自由を有する⁹⁹⁾と判示して、政治的行為の自由（政治献金をする自由）を広く認めている。この判決には批判が強く、実際、政治献金は現在かなり規制されている（公職選挙法及び政治資金規正法参照）のであって、この判決が実効性を持つものであれば、現行法は違憲ということになりそうであるが、そのような主張は存在しないといってよい。法人は法律で人為的に作り出された人格であってその構成員の保護に資するものであり、かつ法人設立の目的にかなう限りで限られた権利を認められるに過ぎないとしなければ、法人格を持たない団体と法人格を持つ団体とで権利保障に差がつくことになり、したがってその構成員相互間に権利保障の強度に差がついてしまうことになるから、上記の判決はとうてい維持しがたい。強制加入団体である税理士会が政治献金目的で会員から特別会費を徴収したことについて最高裁は「政党など規制法上の政治団体に対して会員の寄付をするかどうかは、選挙における投票の自由と表裏を成すものとして、会員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄である」。「公的な性格を有する税理士会が、このような事柄を多数決原理によって団体の意思として決定し、構成員にその協力を義務づけることはできないというべきであ」と判示している¹⁰⁰⁾。ただし、阪神淡路大震災復興支援のための拠出金を兵庫県司法書士会に対して支出した群馬司法書士会について、その構成員が、拠出金のため登記申請1件あたり50円の復興支援特別負担金徴収を行うことを決議したことに異議を唱えた事件につき、この決議は「公的機能の回復に資することを目的とする趣旨のものであって」、群馬司法書士会の「権利能力の範囲内にあるというべき」で、「本件負担金の額も、登記申請事件1件につき、その平均報酬約2万1,000円の0.2%強に当たる50円であり、これを3年間の範囲で徴収するというものであって、会員に社会通念上過大な負担を課するものではないのであるから、本件負担金の徴収について、公序良俗に反するなど会員の協力義務を否定すべき特段の事情があるとはみとめられない」との判決¹⁰¹⁾もあり、目的の如何によって判断が分かれているようにも見える。

いずれにせよ、憲法上の権利には集会結社の自由（第21条第1項）や労働者の団結権

99) 最大判昭和45（1970）年6月24日民集24巻6号625頁（八幡製鉄政治献金事件）。

100) 最三小判平成8（1996）年3月19日民集50巻3号615頁（南九州税理士会事件）。

101) 最一小判平成14（2002）年4月25日判例時報1785号31頁（群馬司法書士会事件）。

(第28条)のように団体または集団で行使されることが通常の権利もあること、民族団体のようなマイノリティ・グループが、法人格を持つ団体を結成しているか否かでその保護の程度に差がつくのは問題があることなどを考慮してこの問題を考える必要がある。

4. 未成年者の権利

未成年者の権利問題は、通常「子どもの権利」という呼称で検討される。人権は「人間」に認められる権利であるという視点からすれば「子ども」も「人間」である以上、わざわざ別異に取り扱うのはおかしいようにも思われる。けれども、子どもが「大人」によって保護される存在である以上、子どもの保護のためにその権利が一定程度制限されることは経験則上否定しがたい。有り体に言えば「子どものための制限」のみが許され、大人の都合による恣意的な制約は許されないということになる。しかしこれだけでは不十分であって、人格的未成熟による不利益を被らないよう必要最小限度の制約のみが許されると解すべきであろう。これをパターンリスティックな制約ということがあるが、そのように言うだけでは必ずしも制約の必要最小限性は導かれないうことに注意が必要である。

憲法自体が参政権を「成年者」にのみ保障し(第15条第3項、公職選挙法第9条及び第10条)、また民法において行為能力が制限されていること(民法第4条・第6条)は、未成年者が身心ともに未発達であることがその理由とされる¹⁰²⁾。他方で憲法上、「児童」の酷使は禁止され(第27条第3項)、学習権が保障されている(第26条第1項)し、地方公共団体の条例(一般に青少年保護育成条例という名称である)によって保護されると同時に、表現の自由などが制約される(芦部 86頁)。「児童の権利条約」¹⁰³⁾は公定訳から受ける印象に反して18歳未満の全ての子どもが対象であって、その内容は注目に値する。

5. 天皇及び皇族の「人権」

天皇も、また即位の可能性のある皇族も、憲法自体が平等な国民の例外としての身分を規定しているのであって、たしかに「人間」には違いないが、普通の国民と同様な意味での「人権」をそもそも語り得るのかという疑問が生じるであろう。基本的な身分関係や成年については皇室典範に規定され、国籍法の直接の適用は受けず、その身分は皇統譜に記録される。主権者国民に含まれないことからの権利制限は多岐にわたる。政治的表現の自由、参政権(選挙権・被選挙権)はもとより、信教の自由、婚姻の自由、さらに学問研究

102) 未成年者へ参政権を拡張することが違憲であるわけではない。

103) Convention on the Rights of the Child; 1577 UNTS 3, G. A. res. 44/25, annex, 44 U. N. GAOR Supp. (No. 49) at 167, U. N. Doc. A/44/49 (1989).

の自由も制限される。これらを人権享有主体に対する制限として正当化することはかなり難しい。皇族が一般国民になる可能性を残しておくことで、危ういバランスを立憲主義との関係で保っていると考えられる¹⁰⁴⁾。

結語—憲法総論再考の意義

以上駆け足で憲法の意義、憲法史、憲法の基本原理について整理検討してきた。従来の憲法総論についての議論では、紙幅の関係もあろうが、他の諸国の憲法、特にブリティッシュ・コモンウェルス諸国の憲法の実態についての紹介、それらの憲法との比較が明示的にはなされてこなかったように思われる¹⁰⁵⁾。本稿においては人権についての立ち入った言及を行わなかったため、不十分のそしりは免れないかもしれない。けれども、コモンウェルス諸国の憲法とその理論に注目するということは、同時に歴史的視点を重視するということでもある。イギリス及びその植民地であった諸国のうち、コモンウェルス諸国と呼ばれる国々は、成文憲法典を有するけれども、不文の慣習が非常に大きな役割を持っている。日本において不文の慣習を重視するという立場を強調していたのは美濃部達吉であるが、不文の慣習が重要であることそれ自体は確かであって、必ずしも憲法変遷による成文憲法典の変更を安易に認めることには直結しない。本稿が特に重視したのは明治憲法制定以前の「国制」であり、その確認は明治憲法自体の意義を考えるにあたって重視されるべき

104) もっとも、皇室典範第11条が「年齢15年以上の内親王、王及び女王は、その意思に基き、皇室会議の議により、皇族の身分を離れる」(第1項)及び「親王(皇太子及び皇太孫を除く)、内親王、王及び女王は、前項の場合の外、やむを得ない特別の事由があるときは、皇室会議の議により、皇族の身分を離れる」(第2項)と規定する。すなわち、天皇には退位の自由が無く、皇太子及び皇太孫には皇族の身分を離脱する自由がない。このことは違憲の疑いがあるが(奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』(有斐閣, 1993年)41頁)、皇室典範第3条が「皇嗣に、精神若しくは身体の不治の重患があり、又は重大な事故があるときは、皇室会議の議により、前条に定める順序に従つて、皇位継承の順序を変えることができる」と規定し、ここで「重大な事故」とあるのは皇嗣(皇太子と皇太孫が含まれる)が即位を拒むという事態を想定していると解し得るとすれば、少なくとも皇太子と皇太孫についての皇室典範の規定は違憲とはいえないであろう(蟻川恒正「立憲主義のゲーム」『ジュリスト』2005年5月1日—15日合併号(1289号)参照)。

105) もちろんイギリス憲法やカナダ憲法の研究書は多いが、日本国憲法の解釈と結びつけたものとしては、元山健・倉持孝司編『新版 現代憲法 日本とイギリス』(敬文堂, 2000年)が貴重な例外である。なお、その(本文で述べた)ような紹介は比較憲法(学)の課題であるという立場は当然ありうるところであるが、比較憲法(学)の意義を含む「憲法学とは何か」についての議論は別稿で行いたい。

だというにある。このような視点を踏まえてこそ、日本国憲法の解釈が説得力をもつと考
える。本稿の検討を踏まえつつ、日本国憲法の統治機構、日本国憲法下の人権保障、憲法
改正について稿を改めて整理することが当面の課題である。