

# 社会科教育と憲法学習

## —最高法規性と基本原理—

社会科教育教室 細川 哲

### 一、社会科における憲法学習の位置づけ

憲法学習は社会科において極めて重要な地位、役割を有していると考えられるものだが、その理由は、およそ次の如きものが考えられる。

まず、憲法学習は主として社会科の公民的分野の学習の中で行なわれるものであるが、(勿論、歴史・地理分野の学習の中でも行なわれる面はあるにしても) その公民的分野は社会科においては、社会科の究極的総括的目標である「公民的資質の育成」という点から考え、最も重要な地位を占めるものと考えられるものであり、しかるが故に中学校社会科学学習指導要領では公民的分野の教育を中学3年の最終学年に位置づけ、いわゆるπ型構造として地理・歴史両分野の基礎の上に、公民的分野の総合的学習を展開し、義務教育における社会科学学習をしめくくっているのである。ちなみに小・中・高の社会科の目標を学習指導要領の文言で見ると、それぞれ次のようなものである。すなわち、  
〈小学校〉

社会生活についての基礎的理解を図り、我が国の国土と歴史に対する理解と愛情を育て、民主的、平和的な国家・社会の形成者として必要な公民的資質の基礎を養う。

〈中学校〉

広い視野に立って、我が国の国土と歴史に対する理解を深め、公民としての基礎的教養を培い、民主的、平和的な国家・社会の形成者として必要な公民的資質の基礎を養う。

〈高等学校〉

広い視野に立って、社会と人間についての理解と認識を深め、民主的、平和的な国家・社会の有為な形成者として必要な公民的資質を養う。

かくして「公民的資質の育成」が小・中・高を一貫した社会科の究極的目標であることは明白であり、社会科公民的分野の学習はこの「公民的資質の育成」に直接かかわるものとして社会科における重要な地位をしめることになる。ただ「公民的資質」はその表現が抽象的であるが為にその具体的内容については各種の考え方が有るにしても、戦前の公民教育における「公民」と混同されないためには、「公民的資質」における公民は憲法の明示する民主主義下における公民という意味が十分に理解されねばならず、その為に公民的分野における憲法学習が極めて重要となり、従って憲法学習は社会科において極めて重要な地位を占めることになるのである。さらに社会科で重要な地位を占める公民的分野の学習の基礎的基本的概念は、「民主・平和・人権・自由・平等」と考える

ものであるが、これらの基本的概念は憲法の基本理念であり、これが、家庭・学校・職場・地域・農村・社会・国家・世界に如何に応用、適用していくかを学習し、またかかる精神や態度を身につけるのが、公民的分野の学習の基本と考える。さすれば憲法学習は公民的分野の学習の基本をなすものであり、憲法の精神、理念を学び、身につけることは公民的分野においては最も重要であり、しかるが故に社会科においても重要な地位を占めることになる。

次に教育基本法前文に「…ここに、日本国憲法の精神に則り、教育の目的を明示して、新しい日本の教育の基本を確立するため、…」として、教育そのものが、基本的には憲法の精神をふまえて行なわれるべきと宣言している点からも、憲法学習の重要性が分るのであるが、なお憲法学習が社会科において重要な理由を二、三付け加えておきたい。

社会科では「正しい社会認識の育成」も社会科の目標であるが、何が「正しい」ということについては、社会事象に関する評価、判断は容易に得がたい面がある。特に現実具体の社会現象は、政治現象は勿論のこと、経済・社会・労働・農村・文化等あらゆるものに政治の影響を払拭し得ない面がある為に、また現代がすぐれて政治的時代であるが為に、一方が他方を絶対的に拒否出来るほど「唯一の正しい」立場や解釈は容易に無いものであり、いずれも一面の真理があり、又全面的に真理でないという関係が多いのであるが、それにしても、「より正しい」ものを模索する為に、よりどころになるのは、憲法であり憲法の精神である。すなわち、憲法は我が国の最高法規・根本法規として、国民共通の法的社会的理解の基礎であり、十分な憲法学習を通じて憲法の精神・理念を理解し身につけることにより社会事象についてのより正しい認識が育成されるものとする。かくして社会科において憲法学習は極めて重要となる。

さらに社会科では「ものの見方、考え方」も育成し、この面では、他教科と異なり、極めて価値関係的であり、価値の問題を避けて通れず価値観養成という面がある。民主主義価値観に立って、価値観の多様性を許容するにしても、「より望ましい」見方、考え方を追求する必要はあるであろう。その為には、戦後の我が国・社会の価値観の基盤になっている憲法の学習が極めて重要となる。

また、社会科は、単なる知識・理解のみならず国家・社会・公共の一員として、如何なる態度や行動が望ましいかも、学習するものである。そして、その望ましい態度、行動の尺度・基準になるのも憲法である。すなわち日本国憲法は人類普遍の原理 (a universal principle of mankind) を確認し、人間尊重の基本精神で全体を貫いており、国民権主義、人権尊重主義および平和主義の三原則を掲げている。この憲法の原則は国政の運用のすべてに具現されるものであり、憲法の精神は国民生活のあらゆる面に展開されるべきものである。従って憲法は政治批判の尺度でもあり、また国民行動の基準として、その学習が重要となる。また日本国民は日本国憲法の制定者として、憲法を尊重し擁護する義務を持っているのであり、憲法第99条が憲法尊重擁護義務者として国民を掲げていないのは、憲法制定者は当然の義務として、強いて掲げてないまでのことである。かくして国民として憲法を尊重擁護する為には、学校教育で、とりわけ社会科で憲法をよく知り理解することが必要となり、ここでも憲法学習が重要な意味を持って来るのである。また教育基本法第8条に「良識ある公民たるに必要な政治的教養は教育上尊重しなければならない」とあるが、ここでいう「公民たるに必要な政治的教養」については憲法学習がその中核をなすものとする。

以上の如く、憲法学習が社会科で重要な地位を占めることになるのであるが、憲法学習の意義については広義・狭義のものがあるとしても、本小論は、主として中学校社会科公民的分野における憲法学習を想定して、その際の教材論、指導方法論及びその問題点について検討を加えてみたい。そして今回は特に憲法の最高法規性と憲法原則を中心に考察していくことにする。

## 二、目標と発問

いずれの中学校社会科公民的分野の教科書も憲法学習に入るところで、憲法の意義、成立、原則についての記述があるが、そこでの本時目標となり得るものを、一般的教科書の記述をふまえて（——勿論、教科書の記述の仕方、あるいは教師の姿勢、生徒の関心、興味、実態等により、その目標の変ることは当然のことではあるが——）主なものを例示して見ると次の如きものがある。

### 本時目標

- 1、国の最高法規としての憲法の重要さに気付かせる。
- 2、国家の最高法規としての憲法の意義を理解させる。
- 3、近代憲法成立の歴史を知り、日本国憲法の成立過程を理解させる。
- 4、近代憲法はどのような性格のものか理解させる。
- 5、憲法の意義を知るとともに、日本国憲法を制定した基本理念をつかむ。
- 6、近代憲法と日本国憲法の成立過程を通して、日本国憲法の基本理念を学ばせる。
- 7、日本国憲法の成立した理由を旧憲法を考慮して考えさせる。
- 8、近代憲法成立以前の社会をとらえさせ、近代憲法がなぜ成立したか、その特色は何かをとらえさせる。
- 9、大日本帝国憲法と日本国憲法のちがいを検討することを通じて、日本国憲法の特色を把握させる。
- 10、近代憲法と日本国憲法の成立過程と、その特徴を明確に理解させる。
- 11、国民のどのような願いから、今日の日本国憲法が生まれたのかを、英・米・仏・日の歴史などから考え、それを憲法の基本理念に結びつける。
- 12、近代憲法の精神に基いて、国民主権・平和主義・基本的人権の尊重を基本理念とする日本国憲法が成立したことを理解させる。
- 13、国の最高法規である憲法は、国民の自由と権利の保障を根本にしていることを理解する。
- 14、イギリス・アメリカ・フランスにおける近代憲法の成立をふまえ、大日本帝国憲法から日本国憲法への移行を歴史的背景を基に理解させる。
- 15、憲法がなぜ、どのように制定されたかを捉まえさせ、その必要性を理解させる。さらに日本国憲法が存在を身近なものとしてつかませる。
- 16、日本国憲法と大日本帝国憲法を比較させ、大日本帝国憲法の非近代的内容を指摘できるようにし、さらに日本国憲法の成立過程とその基本理念を理解させる。
- 17、今日の様な近代憲法が成立するには、人類の多年にわたる自由獲得の努力があったことを理解する。
- 18、近代憲法は、国民の基本的権利を保障するために成立したものであることをとらえさせ、日本国憲法成立の背景を知り、基本理念について具体的事例をあげて説明出来るようにする。
- 19、明治憲法と日本国憲法の違いを明らかにさせ、近代憲法の成立するまでの過程を追っていくことにより、その中にこめられた人民（国民）の願いと、基本的理念をつかませる。
- 20、政治の機構や働き、国民の基本的な権利は、すべて憲法に基づいていることを理解させる。

以上の目標に関連し、目標達成にかかわる生徒に対する教師の主な発問事項、乃至は社会科教師

として理解していなければならない主な事項を列举してみると、

#### 発問事項

- 1, 憲法とは何か。
- 2, 最高法規とはどういうことか。
- 3, 国家とは如何なるものか。
- 4, 現在の日本国憲法は誰が作ったか。
- 5, 日本国憲法は「与えられた憲法」か。
- 6, 日本国憲法は何をもとに作られたか。
- 7, 日本国憲法を何故「改正憲法」と云わず「新憲法」と云うのか。
- 8, 近代憲法の特徴は何か。
- 9, 明治憲法は近代憲法と云えるか。
- 10, 新・旧憲法の相違点は何か。
- 11, 新憲法の三つの原則は何か。
- 12, 日本国憲法の基本理念は何か。
- 13, 日本国憲法の基本原理は、私たちの暮しとどのようなかかわりがあるか。
- 14, 大日本帝国憲法は、どのような背景で制定された憲法か。
- 15, なぜ憲法というものが必要なのだろう。
- 16, 日本国憲法は何を契機として作成されたか。
- 17, 戦時中に憲法の保障する自由・権利は何によって制限されたか。
- 18, 日本国憲法の基本理念は現在の社会で守られているか。
- 19, 日本国憲法を制定した国民の願いは何であったか。
- 20, わたしたちの生活は、何によって守られているか。
- 21, 憲法の基本理念は、現代社会のどのような場面で見られるか。また矛盾を感じるところはないか。あるとしたらどのような場面か。
- 22, 近代憲法成立以前の社会はどんなものだったか。
- 23, 市民革命はなぜ行なわれたか。何をめざしていたのか。
- 24, アメリカの独立宣言とフランスの人権宣言の共通点はどこにあると思うか。
- 25, アメリカの独立宣言やフランスの人権宣言の主な内容はどんなことか。
- 26, 憲法が国の最高法規であるということは具体的にどういうことか。
- 27, アメリカやフランスではどういう背景のもとに独立宣言や人権宣言が発表されたのか。また、それによってどういうことが明らかになったか。
- 28, 大日本帝国憲法の不十分なために、国民はどんな影響を受けることになったのか。
- 29, 大日本帝国憲法の下において、不幸な戦争がくり返されたのはなぜか。
- 30, 治安維持法などを説明したうえで、基本的人権が、尊重されなければ、どのようなになるか。
- 31, 「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」とは如何なる事実をさしているのか。
- 32, アメリカの独立宣言の中の「生命、自由および幸福の追求」と同じ文句のある憲法の条文があるか。
- 33, 憲法の基本理念と基本原理と同じか。
- 34, 何故、国民主権、平和主義、基本的人権の尊重が憲法の基本理念と云えるのか。その根拠は何か。

- 35, 日本国憲法は、憲法の種類（性格）として、如何なる種類（性格）に属するか。  
36, 「与えられた憲法だから憲法を改正すべきだ」という説をどう考えるか。

### 三、発問事項の検討・考察と問題点

以上の発問事項等の主なものにつき、若干の解説、論評をすると共に、その問題点等について検討、考察を加えることにする。

#### 〔I〕憲法の最高法規性について

まず、発問事項 1, 2, 3, 15, 20, 26等に関しては、憲法の意義を十分に理解することが必要である。すなわち、憲法とは「国の基本法」とも「国の根本法」とも云われるが、「国家の最高法規」と定義づけるのが適切と考える。最高法規なるが故に、根本法にも基本法にもなるからである。

では最高法規とは如何なることであるかといえ、読んで字の如く、国家の最も高い地位にある法規のことであり、憲法がすべての国内法の諸形式のうちで最も優越した形式的効力を有することを意味する。従って憲法と他の法令とが矛盾するときは、矛盾する法令の効力が否定されることになる。このことは憲法第98条が「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と明記しているところからも明らかである。

しかし、ここで問題なのは、憲法であらゆる法規に優先し、真に最高の法規範であるかということである。すなわち、一切の法律、命令、規則等に優位するにしても、条約との関係は如何ということがある。

条約と憲法と、いずれが優先するかという問題については、学説が対立しているのが現状である。すなわち、条約優位説と憲法優位説の対立であるが、それぞれについての学説の主な内容は次の如きものである。また条約優位説であるが、次の4つの点を理由として主張されている。第一に憲法全体の精神、特に前文が国際協調主義・恒久平和主義を採用しており、従ってわが憲法は、条約を誠実に遵守することが即ち憲法を遵守することであるという建前をとっており、条約と憲法が矛盾する場合には、国際法の優位において、国内法との関係を調整する趣旨であること。第二に憲法第81条で法令審査権の対象として、一切の法律、命令、規則又は処分をあげているのに、条約が法令審査権の対象としてあげられていないこと。第三に本条第一項は、憲法が最高法規であるとしているが、それは、法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為に対して優越する旨を定めているだけで、条約は意識的に除かれていて、第一項と並べて別に第二項で条約の国内法的効力を定めていることからみれば、憲法は条約との関係で必ずしも最高法規でないことを示しているとみられること。第四に憲法99条で国家機関が憲法を遵守すべき義務を定めているが、内閣及び国会は、条約締結に当って憲法に定めた権限・手続・方式に従うことを要し、この手続に瑕疵があれば、条約の効力が生じないこともあり、又内容的に違憲な条約の成立を回避又は抑止する義務があるが、一度適法な手続によって条約として成立すれば、憲法がその限度で修正されることになっても、それは、むしろ条約の誠実な遵守を要請する憲法みずからの予想するところであることとして憲法よりも条約の優位を説明している。これに対し憲法優位説を採るものは、その理由として次の3つの点をあげている。第一に条約優位説は、憲法の基調をなす国際協調主義には合致するとしても、これと並んでその基調をなす国民主権主義に矛盾し、特に憲法改正には、各議院の3分の2の多数で発議し

かつ国民投票を要するのに対し（96条）、簡易な手続で締結される条約（73条3号・61条）で、憲法が修正されることを憲法が承認しているとは考えられないこと。第二条約締結権が憲法に基いて与えられ、その制限を受けている以上、条約が憲法に優先することは背理であり、特に憲法第99条で条約締結権を有する内閣及び国会に対して憲法尊重義務を課し、裁判所に対しても同様な義務を課しているから、かような憲法上の制限に反する条約の締結ないし適用は否認せられること。第三に本項は、むしろ条約の国内法的効力を定めたもので、その形式的効力を定めたものでなく、同条と第81条が条約について規定しなかったのは、条約には、相手方があることであるから、一国だけではどうにもならないと考えて、これを解釈及び実際の運用に任せたのであって、条約を必ずしも裁判所の審査権の対象から除外したと解すべきでないこととして憲法が文字通り最高法規であり条約よりも憲法が優先すると主張している<sup>2</sup>。いずれの説も、それぞれ有力な根拠を有してはいるが、この問題は、窮極的には、国際協調主義と国民権主義のいずれを重視するか問題であり、現状では国際協議主義の成立なくしては、国内の国民権主義（乃至民主主義）は成立しないという憲法制定の基本観念をふまえて、国際協調主義を重視し、条約優位説の方が有力のようである。

かくして、憲法は条約に一步譲ることになり、場合によっては条約により憲法が改正されたと同様の効果を発揮することも考えられるが、いずれにしても憲法が国の最高法規であるということについては、一つの問題を包含していることになる。

つぎに、最高法規である憲法に矛盾、抵触する法律等は、その効力が否定される（無効となる）とは如何なることであるか。この点について多くの生徒は、憲法に反する法律、規則等は無効なので、これを守る必要はないと考えやすい。問題なのは各自が「この法は憲法に反すから守る必要はない」と決めることが出来るかということである。例えば現在の税法は憲法第25条の「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を保障する」生存権の規定に反し、無効であるから守る必要はなく、従って、重い税金を払う必要はないと考えることが出来るかということである。答えは否である。すなわち「憲法に反して無効である」という判断は、国民各自が自由になし得るにしても、その判断には、何らの法的効力は発生しないのである。法的効力のともなわない判断は社会的拘束力も発生しないのである。従って、国民各目の自由な憲法解釈、憲法判断により「税法を違憲として」納税を拒否することは許されないのである。

現在の法治国家においては法的拘束を有する憲法判断は最終的には裁判所に専属している。すなわち、裁判所でその法律等が憲法に反すると判決されて——しかもその判決が確定して、（従って公訴・上告し得る間ははまだ確定していない）はじめてその法律等の効力が否定され、その法を守らなくてもよいことになるのである。

このことは、憲法第81条の法令審査権の規定するところである。法令審査権には、当該法令が適法は手続で成立したか否かの形式的審査権と、当該法令の内容が憲法に違反するか否かの実質的審査権とがあり、旧憲法下においては、形式的審査権は認められていたが、実質的審査権は認められていなかった。このような制度の下では、違憲の法律が成立した場合、これを審査する国家機関が存在しないため、実際には有効な法律となり、正規の憲法改正の手続による憲法の改正（Verfassungsänderung）によらずして、法律による憲法の変遷<sup>3</sup>（Verfassungswandelung）が可能になるといわれる。従って旧憲法下では、憲法の最高法規性は充分には保障されていないのであり、その上に皇室に関する規定である皇室典範が、憲法とならぶ効力を有する法令として存在し、憲法の二元性といわれていたわけである。これに対し、新憲法では裁判所の法令審査権を明文をも以って規定し、憲法の最高法規性をより完全に保障している。（条約の審査権は無いとすることが一般的見解である

にしても) この法令審査権の存在理由は、何よりも憲法の最高法規制を保障しようとするものであるが、同時に権力分立の原理に基き、司法部の自主独立性を貫こうとするものであり、それにより、他の国家機関殊に立法府の専横より、国民の基本的人権を守り、裁判所をして「憲法の番人」たらしめようとするものである。さらにこの法令審査権の適用について注意すべきは、裁判所は、具体的な事件について、訴訟が提起されるのをまって、受動的に、当該法令の合憲、違憲を審査決定するのであって、裁判所が進んで一般的に法令の合憲、違憲を審査決定するものではないということである。また違憲判決の効力は、当該法令は違憲問題の生じた当該事件に関する限り無効とされて適用を拒否されるのみであるとする違憲判決の個別的効力説が有力である。

ただ、この裁判所の法令審査権にも限界が有るようである。その一つは条約であり、いま一つは統治行為理論との関係である。前者については、憲法と条約の関係においても前述したので、後者について若干、解説検討を加えておく。

統治行為理論の問題が裁判において争われた最初の事件は、衆議院議員資格確保と歳費請求とを求めた「苫米地訴訟」である。この「苫米地訴訟」において、原告が衆議院の解散は違憲であると主張したのに対し、被告である国は、衆議院解散というのがときは統治行為に属し、司法審査の範囲外であると抗弁した。第一審の東京地裁は、「我が国法上いわゆる統治行為又は政治行為の観念は認めることは出来ない」とし、「衆議院の解散についても、それが憲法所定の手続に従ってなされたかの法律的判断は可能」であるとし、<sup>4)</sup>控訴審も原審と同調して「衆議院の如き政治色の濃厚な行為であっても、その効力如何が国民の権利に直接影響を及ぼす限り審判し得る」とも解したのである。<sup>5)</sup>しかるに、その後、「砂川訴訟」の判決において、最高裁は「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り」との留保付きで、「高度の政治性を有する行為は、裁判所の範囲外である」とし「……かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して、政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。この司法権に対する制約は、結局三権分立の原理に由来し、司法権の憲法上の本質に内在する制約と解すべきである」と判示しているのである。<sup>6)</sup>この判決において統治行為という呼称は用いられていないが、一般に「統治行為」の法理を認めたものと解されている。学説にも、この統治行為理論を認めるものがあるが、要約すれば次の三つに区分することが出来る。すなわち、(1)法政策説によれば、重大な政治上の困難を生ずるような政治問題と不可分に結合した法律問題は、その政治上の結果と法律的判断の結果とを調和させる必要上、法律問題を政治問題に吸収して、あえてこれを審理しないとする立場であり、(2)三権分立根拠説によれば、いっさいの国家作用を、抑制均衡原理により相交渉しあう三権のいずれかに分属させ、最終的に割り切ることが、かえって三権分立の趣旨にもとるような場合、国民に留保された事項として司法権の限界になるとするものであり、(3)司法権自制説によれば、法治主義とともに国民主権、権力分立、議会民主政、責任内閣制等の諸原理が交錯する現憲法下では、政治的に重要な意味を有する行為の当否は、独立の地位を持ち政治的責任のない裁判所の審査の限界になるとするものである。以上、統治行為を肯定する三説に対して、これを否定する説は、「憲法第98条は憲法の条規に反する国家行為は政治的影響を顧慮せず一律に無効とするものであり、その前提としての第81条は肯定説のいう内在的制約がすでに存在するとしても、第81条がそれを意識してあえて設けられた規定であるかぎり、この内在的限界を排除するものであり、内容的に政治性の高い行為も、その手続については法的拘束性があるから、それについての審査は、政治的領域に踏み込むものではなく、政治的行為の決定が違憲なりとの提訴をまって関与するものであれば、それはすでになされた行為の審査であり、行為の適

法違反の判断は裁判所の審査に適するものであって、現行法上統治行為を認める根拠がない<sup>1)</sup>とするものである。しかし、統治行為否定説が学説として存在していても、法律論としては肯定説に、より理由があることを認めざるを得ないのである。

したがって、統治行為理論を肯定する立場からは、憲法の最高法規性にも、条約のほかにもまた一つの限界を認めることになるのである。かくして、憲法は旧憲法に比較して、より一層最高法規としての性格を有するのは明確な事実であるが、それでもなお、最高法規性には二つの問題と限界を有しているのである。

つぎに、憲法は「国の最高法規である」という場合の国家とは如何なるものであるかということであるが、国家の正体を明確につかむことは容易ではない。

まず国家の起源であるが、人類の共同生活が如何にして国家という生活形態にまで進展したかの考察について説が分れる。(1)契約説は特に17、8世紀の自然法学者によって提唱されたもので、ホッブス(英)、ロック(英)、プッペンドルフ(独)、ルソー(仏)などその代表であり、立論に差異はあるが、いずれも国家は人民の契約により成立するとする点において一致している。(2)実力説は強者が弱者を実力を以て支配するところに始まるとする。その中マルクス派は経済上の階級闘争を国家の起源とする。(3)心理説は人間の天性に根拠を求めるもので、人は元来国家的動物であるとするもの(アリストテレス)、民族精神の発現とするもの(歴史学派)、理性の必然とするものなどがある。さらに神が国家を作ったとする神意説、家族が拡大されて国家が出来たとする家族説、支配者の財産として国家が出来たとする家産説等々の説が有る。国家の定義については、「統治権を固有する最高の地域団体」「統治組織をもつ領土社会」「法秩序をもつまでに発達し組織化された民族的集団」「一定の土地を基礎として存在し、総般の人間目的の達成のために、固有の支配意思により活動する永久的の団体」等、説く人により定義も異なるが、国家には、国民、領土、統治組織の三要素があることには異論はなく、これはいわば国家の外部的要素であるが、国家の本質如何については学説は多岐に分れる。

国家の本質とは、換言せば統治組織の本質は何か、国家の支配の実力はどこに根拠をもつか、どこに正当性を有するかの問題である。(1)実力説は力を以て国家の本質と考えるもので、殊に唯物史観においては経済変動、就中生産手段の変化によって人類の歴史は決定されるとし、法や国家はただ階級的支配の手段にすぎないと考える。共産主義的国家観はここから生ずる。併し単なる力は多数国民の意思を支配することはできないから、そこは必ず一定の不変の価値を必要とする筈である。その価値をどこに求めるかについて、人格主義の世界観に立つ者は(2)国家契約説をとる。自由主義民主主義はここに源を発する。同じく国家契約説の中にも説は分れるが、要するに国家は理性の必然として認められるもので、各人は原始的契約によって自然の自由を放棄して国家の一員となりこれに代る契約上の自由を取得する。そして正しい国家は各人の左右し得ない客観的正義によって保障されるとし、国家を以て一種の利益社会と考え、国家生活において全体は部分のために存すると主張する。その外、人体の如く国家生活においても部分は全体のために存在するとする有機体説、国家に個人の人格を超越せる道徳的価値を認める道徳説、国家は団体であって、統治の力は団体たる国家が固有するものとする団体説があるが、この団体説は、国家は単に現在の国民のみならず、遠い祖先より生命をうけてこれを子孫に伝える国民の全体の結合より成る単一体であって、その分子なる国民各自の生命とは別に永久的の生活体をなし、それ自身目的をもち意思力をもつもので、その統治の力はこの団体的単一体に固有するものであるというにある。結局国家は(1)永続的(2)単一体(3)目的、意思の主体(4)組織体などの如き団体共通の性質の外に、特性としては(-)地域団体たる



こと(二)統治権を固有すること(三)最高の団体たることの三点であるといえる。さらに、国家は法律上の人格を有する団体(法人)であるとする説であるが、その概念は二段に区別して考える必要がある。即ち、国家は現行実定法上の内容に照らして権利の主体、殊に財産権の主体となり得る能力を有する法人たる資格あるばかりでなく、本質上から見ても、国家は法規範の統一的複合体たる法人であり、従って統治権も国家自身がもつというのが国家法人説の概念である。国家が権利の主体となり得る能力をもつか否かは諸国の実定法の定めるところで、大陸系の諸国はいずれもこの意味の法人格を国家に認め、日本の現行法もこれを認めている。(例 民法36条、民訴4条等)併し国家が本質上法人であるかの点については異論があり、反対説は国家を法人とするのは単に一つの擬制にすぎないとする。国家法人説はドイツにおいて主張されて以来各国家に普及したが、これは統治権の主体を具体的な人ではなく、法人たる国家にあるとすることによって、家産説や絶対君主制に対抗する一方、抽象的な国家が統治権者であると説くことによって、国民の支配を主張する民主的勢力を阻止しようとする要請にも応えたもので、政治的に見れば立憲君主制の理念に適合するものであったところに普及の理由があったとされる<sup>(8)</sup>。

国家の本質を生徒に明確に理解させることは困難であり、またその必要も無いと考えるが、多くの生徒は、各種の生活体験を通して、わが国の国家を経験的に把握し理解していると考えられる。ただ憲法がわが国の最高法規という場合のわが国は、戦前と戦後、大きく国家に対する考え方、国家観が変貌していることを注意する必要がある。すなわち、戦前は国家主義、全体主義の名の下に国家の前には個人の権利自由がとかく抑圧され勝ちであり、個人が、いわゆる全体(国家)の分肢としての地位においてはじめてその価値が認められるという超個人主義的観念(Überindividualistische Ideologie)であったが、戦後は憲法第13条により個人の尊重を国家の基体とすえ、個人価値を一切の国家社会生活の基体とする趣旨を明示し、いわゆる個人主義的国家観(individualistische Staatsauffassung)を取っているものであり、<sup>(9)</sup>国家観において戦前と戦後は180度の転換をなしている点は注意すべきことである。

## 〔II〕憲法の根拠と性格

前記発問事項の中には、5、6、7、14、16、19、25、35、36等の発問事項をはじめとして、現憲法の成立や根拠、性格等に関するものがあるので、これらについて論述、検討してみることにする。

まず、いずれの中学校社会科の教科書も、戦後日本国憲法が如何なる過程で、何を契機として作成、成立したものであるかについては記述しているところであり、その際の国民の願いは何であったかにもふれているものが多く、さらに戦後の新憲法を極めて民主的、平和的憲法として高く評価している記述は当然のこととはいえ、重要なことであり、そこに憲法の基本的性格も見いだされることになる。

ただ、教科書が、憲法制定当時の新聞紙面の見出しである「民主憲法成立す」の写真や、日本国憲法公布記念の国民の盛大な祝賀大会の写真のを、民主憲法が同時に国民の作った憲法であると位置づけるが如き教科書も有るが、この点についての評価は問題のあるところである。

なるほど、憲法の前文の冒頭には「日本国民は……ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する」と、明主している。これは日本国憲法の制定者が国民主権主義による国民であることを明確にしたものであるといえよう。したがって、この憲法の規定の上からは、わが国の憲法は民定憲法であり、日本国憲法を民主憲法として特徴づけるためにも、また日本国憲法の名誉

のためにも、日本国憲法を民定憲法とするのがよいことは当然である。教科書の記述で、一例を揚げると、「不幸な戦争を二度とくり返してはならないという、国民の心からの願いをこめて、日本国憲法を制定したのである」というように、民定憲法として位置づけているものがあるのを、間違っただ記述であるとはいえない面はある。

しかし日本国憲法が敗戦の所産であり、占領という特殊な事情の下において、かつ、物心ともに、いちじるしく混乱した国民生活の環境の真ただ中において制定されたということは明らかである。またこの憲法の制定が、当時のわが国をめぐる微妙な、しかも峻厳な国際情勢の中において行なわれたものであること、すなわち、昭和20年末から昭和21年頭初の時期におけるあわたしい一連のできごとは、憲法制定手続としてはきわめて異常なものであり、この憲法の制定手続は、特殊、異常、複雑であり、かつ矛盾を持ったものであり、かかる歴史的事実を子細に検討すれば新憲法を「民定憲法」と簡単に位置づけることについては問題のあるところである。この点について、なお若干の検討を加えておく。

戦後、日本国憲法制定の契機は、日本の敗戦によるポツダム宣言の受諾であることは明白な事実である。このことは、松本國務相案、すなわち「憲法改正要綱」には憲法改正の根本精神がポツダム宣言第十項「民主主義的傾向の復活強化に対する一切の障礙を除去すべし。言論及思想の自由竝に基本的人権の尊重は確立せらるべし」の目的を達成しようとしたことにある旨、明らかにしていることからもうかがえるところである<sup>(10)</sup>

このポツダム宣言の草案はアメリカの陸軍長官スチムソン (H. L. Stimson) によって書かれたといわれているが、この宣言の受諾に当っては、「天皇制」「国体護持」の問題で、可成り紆余曲折を重ねている。すなわち8月10日に政府は「帝国政府は1975年7月26日『ポツダム』において米、英、支、三国政府首脳者に依り発表せられ爾後ソ連政府の参加を見たる共同宣言に挙げられたる条件を右宣言は天皇の国家統治の大権を変更するの要求を包含し居らざることの了解の下に受諾す」、「帝国政府は右了解にして誤りなきを信じ本件に関する明確なる意向が速かに表示せらることを切望す」ことを連合側側に申し入れている。しかし連合側側のこれに対する回答は「降伏の時より天皇及び日本国政府の国家統治の権限は降伏条項の実施の為其の必要と認むる措置を執る連合軍最高司令官 (the Supreme Commander for the Allied Powers) の制限の下に (subject to) 置かるるものとす」ること、および「最終的の日本国の政府の形態 (The ultimate form of government of Japan) はポツダム宣言に遵ひ日本国民の自由に表明せる意思により決定せられるべきものとす」ること、なお「連合軍隊はポツダム宣言に掲げられたる諸目的が完遂せらるるまで日本国内に留まる」べきことを示したもので、天皇の大権に関する日本側の解了事項に対しては直接に答えたものではなく<sup>(11)</sup>従って「天皇の大権」「天皇制」については多くの疑問を残したまま終戦を迎えたのである。

いずれにしても、戦後の日本は軍国主義や超国家主義を排除して西欧的な意味における民主主義の復活強化を基調とすべきものであることが、ポツダム宣言により強く要請されることになった。

このことは当然、占領当初において、日本の憲法改正問題が論議せられることになり、その際、「天皇制」の存廃がアメリカばかりでなく連合側においても日本側においても重大な問題になったわけで、憲法改正もこのことを中軸として発展していったといえよう。

かくして、ポツダム宣言の受諾は、戦後、わが国の憲法改正の動因となったのであるが、このポツダム宣言の性格については、「ポツダム宣言は、いわば無条件降伏の条件を日本に提示することによって日本に降伏の機会を与えようという意図に基づいたものであり、同時に対日戦後処理政策の基本目的を最終的に確立したものとみることが出来る。要するに、連合側が一方向的に提示した降

伏条件を日本が何ら他の選択の可能性を認められることなくそのままに承諾するという形を無条件降伏というとするれば、日本の降伏は無条件降伏であったと云うことになる。

しかし、ポツダム宣言には「無条件降伏」の語はただ一箇所で、第13項に「吾等は日本国政府が直に全日本軍隊の無条件降伏を宣言し且右行動に於ける同政府の……」と示されているのみであって、この文面からは「無条件降伏」の対象は「日本国軍隊」であって「日本国」ではないとも読み取れるのであり、この面からは「日本国の無条件降伏」と云うことは考えられないことになる。さらに「無条件降伏」の解釈については、ポツダム宣言は日本国の降伏の条件を具体的に提示したものであると考えれば、ポツダム宣言は契約的性質の降伏を想定したものとも取りうるので、この面からは、ポツダム宣言の条項は法的意味をもち、連合国と日本とは権利義務の関係で結びつけられることになる。したがってまた占領中の日本国憲法の改正に対して、連合国は、それがポツダム宣言の諸条項に合致することを要求する権利をもち、日本には同条項に従って憲法を改正する義務があると解せられることになる。かかる見地からはポツダム宣言の受諾は「条件付き降伏」と見ることが出来る。

ただポツダム宣言の受諾を「無条件降伏」とみるか「条件付き降伏」とみるかは、少なくとも同宣言と日本国憲法制定についての国民の意思との関連については、さほど違いはないものとする。

すなわち、「無条件降伏」であれば、占領軍の「完全なる征服的併合」であり、占領軍司令官としてのマッカーサーの権限は絶対無制限であり、連合国の日本占領は、日本国の全面支配を目的とする絶対的軍事独裁制であり、かかる絶対的軍事独裁制の制定が、憲法改正の起源であるならば、その起源に日本国民の意思が入り込む余地は絶対に微塵も無いことは明らかである。さらに「条件付き降伏」とみれば、その条件はポツダム宣言によって「一方的」に「条件づけられ」日本は同宣言の示すところに従って憲法改正を義務づけられることになるのであるから、これまた国民の意思の入り込む余地は無いことになる。

いずれにしても、戦後、憲法改正の動因、契機が、日本国民の意思と全く関係の無いところで他律的に始められたということは、日本国憲法の基本的性格を考える上で重要な点と考えるものである。

さらに、戦後、日本占領管理政についての、アメリカの「初期対日方針」は、ポツダム宣言同様に、直接日本の憲法改正を明示したものではないが、しかしこの文書が明治憲法の改正の必要はないものとしていたとは解されず、むしろ、連合国、特にアメリカは、日本管理政策は当然に明治憲法の改正を包含し、これを予想するものであったと解すべきものである。このことはポートン (H. Borton) のいう「日本占領史の特徴は、根本的にちがった文化的背景をもった征服者が、被征服者の基本的な価値、観念および制度 (fundamental values, concepts, and institutions) を変革しようとしたその企ての歴史であった<sup>[12]</sup>と述べているが、この言葉は日本の占領管理の性格を特徴的に表わしたものといえよう。

かくして、日本占領管理の性格を以上のようなものとして把握するかぎり、日本の政治の方向性は、占領管理政策の基本的方針に反することを得ず、従ってまた、この方針に従って憲法改正が必然の結果として生ずることになるのであり、この面からは、憲法の基本的内容もアメリカの「対日方針」の線に従って他律的に決まることになったと考えざるを得ないのではあるまいか。従って、日本占領当初において、すでに憲法の基本的内容についての方向づけが、日本国民の好まざるところにかかわらず他律的、潜在的に決定せられていたとも考え得るのである。わが国憲法の基本的内容の方向づけが、国民の意思とは全く無関係に形成されていたことは、これまたわが国憲法の重大な特

性と考えざるを得ないのである。

戦後、東久邇宮内閣が成立するが、この時期においては、当時の日本側の事情として新聞論調などにおいても、憲法改正問題はほとんど取りあげておらず、また消極的な態度が示されている。特に政府としては、この時期においては、占領政策そのものを十分に適確に予測することができず、憲法改正問題については何らかの方針を決定するまでにいたっていない<sup>(13)</sup>

すなわち、降伏文書において「ポツダム宣言の条項を誠実に履行すること」が正式に約束された以上、そこに示されている日本の非軍事化、民主主義の強化、基本的人権の確立などの要請を実現するについて、明治憲法をそのままにしておいていいかどうか、ということが、問題として当然に浮かびあがってくるべきはずであったのに、この問題は、東久邇内閣としてはついに取りあげられることなくして終わっているのである。これはポツダム宣言や、アメリカの対日方針の文面において、憲法改正の要求が明言されていなかったということにもあるであろうが、それに関連していえることは、当時の政府首脳部には、特に憲法を改正しなくても、明治憲法の運用を改善することによってその要請を実現できるのではないか、という意識が潜在していたとみられることである。さらに一方において、政府は占領軍からつぎつぎと発せられる指令の処理、あるいは国民生活安定のための処置など終戦に伴う目前の事務に忙殺されて、憲法問題について、ふかく考慮をめぐらす余裕もなかったことが指摘されている<sup>(14)</sup>

以上の如く、東久邇内閣が憲法改正について積極的でなかったことは明らかであるが、一方、一般国民の側としても、当時は敗戦という大きな衝撃による虚脱状態と、衣食住全般にわたる深刻な生活不安のなかにあって、憲法問題どころではなく、日々の生活に追われていたというのが事情のようである。

しかるに、当事の占領軍総司令部側の態度としては、日本占領管理の目標達成のためには、憲法のすみやかな改正の必要のあること、そしてその必要について日本政府の注意を喚起する必要があるという態度を示している。

かくして、昭和20年10月4日マッカーサーが当時の国務大臣近衛公に対し憲法改正の必要を示唆したことはじまり、10月8日のアチソン大使の改正要点12項目の指示となり、これにより近衛公が佐々木惣一博士とともに内大臣府において、憲法改正調査に着手しているのである。

これらの経過で分る如く、憲法改正問題が現実に展開せられる端緒においても、それは全く、アメリカの意思により開始せられたものであり、そこに全く日本国民の意思との関係を見出すことは出来ないのである。(政府首脳ですら憲法改正問題を考慮していなかったのであるから当然のこと)しかも、アチソン大使が、近衛公との会談において12項目にわたっての憲法改正要点を指示していることは、日本国民の意思どころか、日本国の主体性すら隅に押しやられた感を受けるものであり、これまた日本国憲法成立過程における、したがって日本国憲法の重大なる問題として注目すべき点と考えるものである。

東久邇宮内閣につづく幣原内閣に対して、マッカーサーは、明治憲法の改正を示唆しているが、これは単なる示唆程度のものでなく、指命と解するのが妥当であろう、ここにも憲法制定過程における他律性が明確によみとれるのである。幣原内閣としては、このマッカーサーの指令にもとづいて内閣に松本蒸治国務相を委員長とする「憲法問題調査会」を設け、憲法調査の仕事が内閣においてすすめられることになる。

この憲法問題調査委員会の案(ことに松本案)は、のちのマッカーサー草案にくらべると、きわめて現状維持的であり、とくに天皇に対する態度においてそうであった。しかしこのような態度も、

当時の社会的環境に照してみると、必ずしも一般国民感情からそれほどはずれたものではなかったといわれる。要するに、松本委員その他、憲法問題調査委員会における主流的な考え方は、ポツダム宣言および8月11日のバーンズ回答について「日本国民の自由意思」を幅ひろく解し、これと当時の国民感情に対する関係者の認識を結びつけた上に立ったものと見ることができ、この点からは、松本案はむしろ国民感情、国民意思をかなり尊重し、日本政府の自主性の上に立った改正案と云うことが出来るであろう。

しかるに、総司令部としては、この「憲法改正要綱」に満足せず、松本案を拒否して、昭和21年2月13日、いわゆる「マッカーサー草案」を日本政府に提示して、この案の原則に立って、新しい改正案をつくるように指示している。これはマクネリーの云う如く「松本案は、日本憲法の理論的基礎を少しも民主化していなかった (did not in the slightest democratize)」の批判にみられるように、総司令部が「松本案の内容が日本の民主化のために不充分である」と判断したからであるとされている<sup>(19)</sup>。

しかし、松本案は当時としては、可成り進歩的な案であったのであるが、総司令部がこのように不当に悪く評価を下したのは、あるいはのちに日本政府に提示せられる総司令部案を正当化し、その実現を迫る為の口実にすぎなかったのではないかとさえ考えられるのである。

さらに、天皇の問題については、松本案が、現状維持的にならざるを得なかったのは立法的には当然のことで、明治憲法を「改正」という形で修正する限りは、改正には「停止」や「廃止」と違い、修正におのずから限界があり、したがって明治憲法の基本的原則である「天皇の性格」を憲法改正手続により改正するのは不可能で、改正憲法を明法憲法との法的関連性、連続性を保たせしめる必要のある改正という限界内での明治憲法の修正を意図するなら、のちに出される総司令部案のようなものはでてこないはずであり、松本案の方が、法的に正しい憲法改正の方向であったというべきであろう。

いずれにしても、日本政府の松本委員会が、ポツダム宣言の「自由に表明せる意思」を善意に額面通りに解釈して、日本政府としての主体性を堅持して一般の国民感情も考慮の上、民主化の情勢に対応しようとして作成した松本案を、占領軍総司令部が一方的に拒否したという事実は、わが国憲法の成立過程における重大なる瑕疵欠陥と云わなければならない。

前述の総司令部による松本案の拒否によって、憲法改正の方向づけは、完全に日本政府の手をはなれて総司令部に移ったといい得ると思うのであるが、総司令部が、松本案を拒否した理由は、要約すれば、「憲法改正に対するアメリカ政府の方針」から考えて、とうてい受け入れられないという判断をした為と考えられる。すなわち、当時すでに総司令部には、日本の憲法改正に対するアメリカ政府の方針を示したいわゆる SWNCC-288 (国務・陸軍・海軍三省調整委員会文書288号) が送付されており、総司令部はこの SWNCC-288 に照らして松本案が到底承認しえないものであると考えたのであったし、また総司令部が、いわゆるマッカーサー草案をみずから起草するにあってもこの文書が、最も重要な指針とされたのである。従って、この文書の内容が、わが国憲法に重大な影響を与えることになるのであるが、この文書の主要論点は天皇制に関するものである。すなわち、その「結論」の部分で、天皇制をいかにすべきかは日本国民の自由に表明された意思によって決せらるべきものとされているが、しかし、現在の形態のままで天皇制を維持することは、この文書の一般的な目的に合致しないと考えられるとし、天皇制を廃止するか、あるいはより民主主義的な方向において改革を加えた上で維持するかが奨励支持されなければならない、といい、そしてもしも日本国民が天皇制を維持する場合には、その民主的な天皇制の保障のために必要な規定を設

なければならぬとして、それらの要点をあげているのである。

次に憲法改正そのものに対するアメリカ政府の基本的立場は、この文書によると、「憲法改正が必要であり、総司令官は日本政府に対して、それを要求しうるのであるが、その要求が『強制』ないし『命令』としてなされることは、その結果たる憲法改正そのものを失敗せしめる危険性があるとし、したがって日本国民が、憲法改正を容易に受諾できる方法をとるべきであり、総司令部の『命令』は『最後の手段』としての場合に限られなければならない」とする趣旨を明らかにしている。

次に、マッカーサーが、松本案を拒否するとともに急いで憲法草案の起草をホイットニイ(C. Whitnay)民政局長に命じ、それを日本政府に渡すという処置をとるに至ったのは、極東委員会(Far Eastern Commission)<sup>(6)</sup>により、日本の憲法改正に関する最高司令官の権限が制約されることとなることを予想し、2月26日に発足することを予定されていた同委員会の発足の前に、憲法改正の既成事実を作り、その主導権を、にぎっておこうとした結果であったと解される。この極東委員会は、東京にあるアメリカ、イギリス、中国、ソ連の四ヶ国で構成せられた対日理事会(Allied Council of Japan)に命令を伝達し、ある意味ではマッカーサーを監督できる立場にあったから、日本の憲法改正についても政策決定ができることになる。そうなるとアメリカ政府の希望する憲法改正はきわめて困難であるので、マッカーサーは、その制約から脱するために、みずからの権限によって急いで憲法改正に着手することになったといわれている<sup>(17)</sup>。

以上のことと関連して、憲法改正に関するマッカーサーの権限そのものが問題になる。すなわち、特に1月30日、マッカーサーは、折から来日していた極東諮問委員会の委員との内談において、いまや憲法改正の権限は極東委員会の手をとりあげられたという趣旨を語り、かつ、同時に憲法改正問題は、日本国民がみずから行うべきものであり、総司令部は何らのはたらきかけに出るはいけないという趣旨を述べている<sup>(18)</sup>しかるに委員の離日後、マッカーサーは、急きょマッカーサー草案の起草を命ずるのであって、この間の経緯はいわば劇的な急変の一場面である。

したがって、マッカーサーの行動ないし措置は、越権ないし、脱法行為であるとする考え方もあるが<sup>(19)</sup>法的には、ともかくとして、政治的、道義的には問題のある行動と云うべきであらう。

いずれにせよ、このマッカーサーの措置により、極東委員会の活動開始前に、憲法改正の重要な段階についての既成事実が作り上げられたことは否定できない事実である。

ただ、このマッカーサーの措置は、連合国のうちにソ連、オーストラリア、フィリピン、ニュージーランド等に強い天皇制廃止論<sup>(20)</sup>があり、これらの国が、極東委員会において共和制を主張するであらうことを予想して、それにいわば先手を打とうとしたのがマッカーサーの急いだ理由であったと解されている。

この点からは、マッカーサーの措置は日本のために、主として日本に天皇制を存続せしめるために、極東委員会をだし抜いて、既成事実を作ろうとしたもので、その動機は善意であり「日本のため」とも考えられる。のちに、このマッカーサー原案をもとに作成された日本政府の憲法改正草案が議会の審議にかけられるに際して、マッカーサーは、「今議会に提出された政府草案は日本人による文書であり、日本国民のためのものである<sup>(21)</sup>」という声明を発表しているが、「日本国民のためのもの」という点については、以上の経過を考えればある程度云いうるかも知れないが、「日本人による」という点については、そもそも原案が総司令部から出ているという面から考えれば、事実と相違した声明と云わざるを得ないのである。

次に総司令部案を日本政府に交付するに当たっての総司令部の態度、姿勢を問題にしなければならない。この場合、特に重要な問題は、いわゆる「天皇の身体の保障」の問題である。すなわち、交

付の際の会談においてホイットニーが、日本側に対して、この総司令部案を日本政府が受諾しないならば、天皇の身体を保障することはできないと申明したということである。

このことは、日本側資料としてはいわゆる松本手記<sup>(22)</sup>にあるのみであるが、それは、日本側に対する圧力としてであったのか、それとも、国際情勢の緊迫性を強調したものであったのかについては、アメリカ側の真意は明確ではないにしても、少なくともそれを受け取る側の松本内務大臣をはじめ関係者のショックは相当に大きかったことが想像せられるのである。特に、松本内務大臣がホイットニーのことばを、もし先方の案をのまなければ、天皇の身分にも危害が及ぶおそれがあると解釈されて、これを受け取られたとするならば、それは強い「押しつけ」であったといえるのであり、さらに極言すれば、たとえホイットニーの真意が、当時の冷厳な国際情勢を率直かつ客観的に述べようとしたものであったにせよ、受け取る側としては、一種の脅迫ですらあったと云いうるのではなからうか<sup>(23)</sup>。

これらの交付の経過から考えて、これを「押しつけ」と云わなくて、一体何と云いうるであろうか。

日本政府は、総司令部原案にもとづいて、新たに憲法草案を起草することになり、松本内務大臣を中心に、極秘のうちに、起草の仕事をすすめ、昭和21年3月2日にいちおう成案を終り、これを総司令部と関係なく、日本政府案として3月6日発表することになった。これが「憲法改正草案要綱」といわれるものである。この要綱は3月7日、各新聞にいっせいに発表され、国民に大きな反響をよんだ。

主要新聞論調は、だいたいにおいて、この要綱に同調的態度を示していたと云われるが、これも当時の国内世調に関して、それが占領当局の統制下にあったという状況は注意しなければならず、特に当時占領軍当局による新聞等の事前検閲が行われていたことを思えば、言論の発表について、国民の自由な意思の表明は困難であったと考えられるのである。

一方、翼賛議会の延長であった衆議院は昭和20年12月18日解散となり、翌21年1月22日に総選挙が行われるはずであったが、この期日の発表をとりやめるよう総司令部から指示があり、その翌1月4日に「公職追放令」の発令があったのである。これは好ましからざる人物の公職からの排除を意味するものであり、これは関係者にとっては相当な衝撃であったと思われる。とくに、その政界に与えた影響は大きかったと言える。公職追放の指定を受けたものは選挙に立候補できないわけであるから、その政治的生命を断たれることになる。

総選挙を前に行われた総司令部による追放令の発令は、政界に大きな不安と動揺をあたえたのはいぬめない事実であり、憲法改正草案要綱の審議をアメリカ側に有利に展開する為の総司令部による先制攻撃であったとも考え得るのである。

このような情勢の下における総選挙では日本国民の自由な意思の表明は保障されていなかったといふべきであらう。

さらに、この時の総選挙では、憲法問題は第二義的に扱われ、当時の衣食住の問題に関する関心の方が候補者、選挙民の双方の側に強く、憲法調査会事務局が、この総選挙における選挙の報について、どの程度、各候補者が憲法問題をとりあげていたかの抜きとり調査では、憲法改正草案要綱に触れているものは17.4%にすぎず、憲法改正に触れているものもきわめて少ないことが指摘されている<sup>(24)</sup>。従ってこの面においても、憲法改正問題における国民意思の形成は充分でなかったと云い得る。

この憲法改正草案要綱の審議は、それぞれ専門家を動員して行われているが、若干の反対者を除

いて、貴族院・衆議院を通過したのである。審議の過程においてさまざまな意見は出されているが、全体として敗戦下の特別の事情にかんがみ、この草案を受けるべきであるという空気が強く、そのために、徹底した論議がおこなわれたとはいいがたい。当時、貴族院議員であった高柳賢三氏によれば、「改正案がアメリカ法律家の起案に係るものであるというのは、いわば公然の秘密ともいうべきものであったこと。法制局は毎日の議事の要旨を英文の報告書に作って総司令部に送付していたこと。審議中、たとえば文民の問題等に関して、総司令部から積極的な申し入れなど働きかけが政府に対してなされたこと。修正案についてはすべて総司令部の了解を必要としたこと<sup>25)</sup>などが掲げられているが、これは、憲法審議の過程がアメリカ総司令部の厳重な監視下にあったことをものがたるものであり、これではマッカーサーが6月22日に「憲法草案審議について」特に発表した「かかる憲法の採択が日本国民の自由な意思を表明することを示すべきことが絶対に必要である」云々の声明は、全く実質をとまなわぬ空文としか考えられず、国民の意思は充分には審議に反映されなかったというべきである。ただ、救いは、ほかならぬ日本の議会で審議されたといふことだけである。

かくして、筆者は、現行憲法は日本国民の自由な意思に基づいて制定されたものではないと考えるものであるが、このような考えに対して反対する見解がある。

すなわち、現行憲法は必ずしも日本国民の自由な意思に基づいて制定されたものではないとはいえないとし、それは、主として、現行憲法が制定当時、日本国民によって支持され、その意味において、それには日本国民の自由な意思が反映しているというべきであるとする点と、さらに敗戦・占領という事実はいかんともしがたい厳然たる事実であり、いたずらにこの事実に基づく現行憲法の制定を排除するよりも、この事実を反省することが必要であるとし、又この制定経過における諸要素はきわめて複雑で機械的に割り切って判断することはできない等とこのを論拠にするものである。

これらの見解のうち、代表的なものを二、三あげてみれば次のようなものがある。<sup>26)</sup>すなわち「現行憲法の内容という点からみれば、この憲法は当時の国民により承認され歓迎されたことは歴史上の事実であり、またその内容は国民の感情とも合致していたのであるから、この憲法には国民の自由な意思がよく反映されているといってよい」とし、また「現行憲法も当時のマス・コミおよび世論調査の示すところによれば、世論によって支持されていたといえることができる。このような世論の状況から見ると、現行憲法を直ちに強制されたものと見るべきでない」等の見解がまずあげられる。

しかし、当時の新聞論調などは占領軍の厳重な監視と統制の下に置かれており、国民が自由に意思を表明して、自由な世論を形成する基盤が失われていたことを考えれば、前述の見解に筆者は賛成することはできないのである。

次に、マッカーサー草案交付は「命令」でなく「勧告」であって、決して「押しつけ」たものではないとするものである。しかし、この見解は、マッカーサー草案交付の際とられた形式に、必要以上にこだわったもので大局的・実質的には、それは日本政府に対する絶対的命令の性質を有するものであったことを見落したものである。すなわち、対日占領管理の性格、総司令官の絶対的権力等の歴史的事実から総合的に見れば、司令部がマッカーサー草案を交付したのは正式の「命令」ではなく単なる「勧告」であったと主張するが如きは、制定経過の極めて局部的な一面を、しかも法技術的な観点からのみとらえて論ずることは、制定経過の全体を通じた歴史的事実の評価としては正当でなく、形式の末節に重きを置くものである。しかも当時すでにモスクワ協定により、日本の



憲法改革に関する権限は、極東委員会の手に移っていたので、マッカーサーには「命令」権限は存しなかった以上、口頭による勧告の形式をとるよりほかはなかったのであり、事実上は、「命令」と異なるものではなかったと考えられる。

第三の見解として、「現行憲法はマッカーサーが悪意をもって、かつ武力を背景にして『押しつけ』たものとみるのは正しくない。すなわち、マッカーサーのとった措置は、主として日本のために天皇制を保持するため、極東委員会に先手を打って既成事実を作ろうとする意図からでたものである」として、悪意による押しつけを否定するものがある。

しかし、この見解も、自律支配を本質とする民主主義の立場からみれば、マッカーサーの意図がたとえ「日本のため」といふ善意であったにせよ、日本国民の主体性という面で、その制定経過に重大な瑕疵のあったことを否定し得るものではない。

第四の見解として「さらに、自主的ということだけではこのようなすぐれた内容の憲法は可能とはならなかったであろう。すなわち、占領下という事態において制定されたものであればこそ、このような内容の憲法が可能となったともいうことができる」として、自主性ということに重きを置かぬ考えもある。

しかし、筆者はこのような「内容さえよければ手続はどうでもよい」という考えには、憲法の本質に矛盾し、また民主主義の原則にも反するものとして、とうてい賛成することはできない。すなわちおよそ憲法はその国家自身が自主的な制定すべきものであることを本質とする、内容さえよければ制定経過はどうでもよいとする考え方は憲法の本質に矛盾すると云うべきである。さらに、民主主義というものは、内容や結果ばかりでなく、その手続や方法が民主的に進められることにも重点をおくべきであって、内容と手続とは別のものであって、手続が悪く民主的方法でなくても結果（内容）が良ければ良いとする考えは民主主義の原則に反したものであると云うべきである。

第五の見解として、司令部がマッカーサー草案を日本側に強制したものでなく、むしろ現行憲法は日米合作の憲法であるとする見解がある。すなわち「政治的には、天皇制を存置しようとするマッカーサーの大きな努力、法技術的には総司令部の法律家の努力が現行憲法には織り込まれると同時に日本側においても、特に戦争放棄の原則をマッカーサーに説いたことのほか、天皇制を護持するためにマッカーサー草案の線に進むことに決したことについての幣原首相の努力も高く評価すべきである。また法技術的な面については日本側の要望も実現しているので、このような事実を照らして、現憲法は占領軍から押しつけられたものではなく、日本人だけで作ったものでもなく、その意味で日米合作の憲法である」とするものである。

しかし、この見解についても、およそ独立国の憲法は、本質的に「合作」たることを許さないものであると考える筆者としては、是認することはできないのである。

以上の見解は、いづれも現行憲法が決して連合総司令部の強制や押しつけによったものでないことを理由づけようとするものであるが、その論拠は、いづれも薄弱であり、反論の余地が充分にあるものとする。

かくして現行憲法制立の歴史的背景を子細に検討すれば、国民の自由な意思にもとづいて、国民が制定したのだ（民定憲法）といい得るには問題があり、むしろ現行憲法は「与えられた」「押しつけられた」「占領下憲法」としての基本的性格を有するものである。

しかし、この事を教育の現場で如何に教えるかということは、極めてむづかしい問題である。すなわち、教師は真実を教え、真実を語るべきであるという原則があるにしても、近代史の歴史的眞実は容易に判明しない面があると同時に、その歴史的眞実の評価も極めて流動的である。従って、

上記現行憲法の性格づけは、あくまでも筆者の見解である。教師も人間として市民として国民として、一定の見解、判断、評価を持っているもので、それを絶対教室で、生徒の前で云ってはならないことは無いのである。従って、はっきりと教師自身の見解を表明して良いと考える。教師が十分な研究・勉強の上に立って自己の見解を表明することは、むしろ望ましいことすらある。ただその際に、自己の見解の外に反対の説も充分紹介すべきである。現行憲法の性格を占領下憲法と性格づける場合は、同時に、主権をもつ国民が制定した民定憲法であるとする反対説も述べる必要がある。その上に立って教師の見解を「個人的見解」として表明するのは許されることである。一般に社会的現象には、一方が絶対正しいことはなかなか無いものであり、一方が他方を絶対的に拒否出来るほど唯一の正しい立場や解釈は容易に無いものであり、いずれも一面の真理があり、又全面的に真理でないという関係が多いものであるから、現行憲法の性格づけも、あくまでも教師の個人の見解として教室では提示されるべきものであろう。さらに生徒の発達段階に照らして、すべての事実を暴露することは、教育的観点からして望ましくない場合もあるだろう。いずれにしても「与えられた」「占領下憲法」か「民定憲法」かの取り扱いは慎重を要することは事実であり、いたずらに結論を争ぐことなく、生徒に自由に討論させて、問題の理解、把握をさせるのも一つの方法であらう。

なお、現行憲法の制定経過における瑕疵欠陥からして、これを改正すべしとする見解もあるが、筆者としては、現行憲法が日本国民の自由な意思に基づいて制定されたものでなくても、改正の要否は、もっぱら現行憲法の内容および、その運用について決すべきことであると考え。すなわち、「押しつけられた」憲法であるということと改正すべきかどうかということは別であり、押しつけられたものであってもその内容がよければ改正する必要はなく、また逆に、かりに自主的に作られたものであっても、運用の実際に徴して不完全、不適當なものであれば国民は自発的にその改正を考えるべきである。従って現行憲法改正の是非は、その手続の異常さを論拠とすべきではなく、どこまでも現行憲法の内容と運用の実際に照らして考えるべきである。

### 〔Ⅲ〕 憲法の理念と基本原理と特色

中学校社会科公民的分野の教科書の日本国憲法に関する記述は、いずれの教科書も、憲法の基本原理については必ず記載されており、前記発問事項も 8, 9, 10, 11, 12, 13, 18, 21, 33, 34等もこれに関するものである。ただ教育現場においても、また教科書の記述にしても、理念と基本原理（原則）と特色が交差して使用されている面を見うけるので、これらの点について、解説、検討をしてみたい。

日本国憲法の基本原理としては、国民主権、基本的人権の尊重、平和主義の三原理を掲げるのが最も一般的であり、多くの教科書もこの例にもれないものである。ただ学者によっては、憲法の基本原理として、個人の尊厳、法の下での平等、祭政分離、議院内閣制、国会中心主義、司法権の優越、権力分立主義等を加える者もあるが、これらは結局、用語、概念の問題または各人の取扱い方、解釈の仕方の差異にすぎない。また最初に挙げた三大基本原理それ自体も別個独立に存在するというよりも、互いに密接に関連している面があり、さらに、いろいろの見方によって、いくつかの原理に分けることも可能であるが、一般的には前述三つの基本原理を挙げるのが最も一般的であり、かつ適當と考える。

何故前記三つの憲法の基本原理といい得るのか、その根拠はどこにあるのかということについては、中学校社会科の教科書では、これについて触れているものはなく、いきなり結論的に憲法の基

本原理は、「国民主権、基本的人権の尊重、平和主義の三つである」という記述の仕方をしている。著者は、この三つが基本原理であるといえる根拠は、憲法の前文 (Preamble) と憲法の理念であると考えられる。

一般に、憲法の前文には、憲法判定の趣旨や基本原理を示すもので、どこの国でも壮重な文章を以て憲法に前文を掲げるのを常とする。前文の元来の意義は法令が正規の手続を経て正当に制定せられたことを公証するものであるが、前文は憲法典の本文ではないから法規としての拘束力は無いとされている。従って万一前文が本文と矛盾するようなことがあったと仮定すればその効力は認められることはできない。しかし前文は憲法典を公証するもので、解釈を指導し、各憲法条文の解釈の指導理念になり、適用の誤りのないようにし、また将来の改正を拘束する力を持っているもので、<sup>(27)</sup>可成り重要な機能を持っていると考える。

かかる本質を有する日本国憲法の前文は如何なる内容を持っているかといえ、要するに日本国憲法制定の趣旨や基本原理を掲げているものであり、要約すれば、内に対して国民主権の民主政治の確立、外に対しては平和国家の建設を以て日本の進むべき途とし、之に対する決意を世界に宣言しているもので、諸外国憲法の前文に比べて長い方といわれるが、全文約600字、四項からなる堂々たる文章である。その前文の第一項前段では「ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する」として、国民主権主義を明示しており、第二項では「日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであって、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの生存と安全を保持しよう」として、恒久平和に対する念願と、非壮なまでの平和主義を宣言している。かくして国民主権主義と平和主義は憲法の前文に明示され、従って憲法の基本原理となって、憲法各条文解釈の指導理念ともなるものであるが、基本的人権の尊重については上記二つの基本原理ほど明確には規定されていないようである。しかし「われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しよう……」とか、「われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免がれ、……」とかの文言に基本的人権尊重の精神と原則を見出すことが出来ると考えられる。かくして憲法前文には三つの基本原理が掲げられていると見ることが出来るのであり、この三つを日本国憲法の基本原理とするのが妥当ということになるのである。しかもこの三基本原理は前文の規定する人類普遍の原理 (a universal principle of mankind) を承認する自然法思想からもみちびき出されるものである。

さらに天皇制をもって日本国憲法の基本原則の一つと考える説もある<sup>(28)</sup>すなわち憲法はその国の歴史、国柄、国民感情を無視して制定することは出来ず、この立場から憲法は天皇制を存置したのであり、天皇制は日本国憲法の顕著な特色であると同時に伝統尊重の立場から重要な原則であるとする。

たしかに日本国憲法は第一章が「天皇」であり第一条が「天皇の地位」が規定せられていることは、天皇制をもって憲法の基本的原理とする根拠とも考え得る。明治憲法の第一章が天皇であり第一条が「大日本帝国ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス」と規定されていたことは、まさに天皇制をもって憲法の基本原理とする趣旨であったのであるが、新憲法も天皇の憲法上の規定の位置からして、このように解するのが妥当なのであろうか。

一般に憲法の首章をみれば、その憲法の性格は明らかになるといわれる。その意味では憲法の首章には、その憲法の基本的な重要事項、根本原則を規定するのが、一般的形態になる。それで、わが旧憲法が第一章に天皇の規定をおいたのも、そのような観点からであり、その他イタリア王国憲法 (1848) が冒頭に国王の規定をおき、ロシア帝国憲法 (1906) が第一章に無上独裁権として皇帝に

関する規定をおき、アメリカ合衆国憲法（1787）が冒頭に連邦議会の規定をもち、ワイマール憲法（1919）の第一篇ドイツ国の構成及び権限、フランス第四共和国憲法（1946）の第一章主権、中華民国憲法（1947）の第一章総綱、第二章人民の権利等々の規定<sup>(29)</sup>は何れもこれと同じ観点に立つものである。更に君主制が憲法上の基本原理でもなく、君主の地位が、君権主義的無上絶対的なものでない憲法は君主に関する規定が首章を占めることにはならないのであり、例えばドイツ帝国憲法（1871）プロイセン憲法（1850）ベルギー憲法（1831）等は何れもその例である。この見地からは新憲法がその第一章に天皇の規定をおいたことは、あたかも天皇が君権神授思想に基き、絶対無上の存在として憲法上の基本原理を構成するかの如き観を呈しているが、はたしてそうであらうか。

それは旧憲法と同一の観点に立つものでないことは明瞭である。すなわち旧憲法はその上論において「国家統治ノ大権ハ朕カ之ヲ祖宗ニ承ケテ之ヲ子孫ニ伝フル所ナリ」といつていたが、新憲法の前文は「ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する」として国民主権主義の原則を示し、更に「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」として民主主義の原則を示し「こ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」として、新憲法が「人類普遍の原理」(universal principle of mankind) にもとづくことを明確に宣言しているのである。「人類普遍の原理」とは、具体的には各時代及び各国家について相違が認められるにしても、世界の人類が古い時代から今日に至るまで終始その確立のために努力し、そして今日の世界において支配的であると認められるに至った原理を意味するのであり、そのことを新憲法の前文(Preamble) が特に強調するのは、明治憲法下のわが国では、むしろわが国にのみ存在し他の諸国には見られないものと考えられていたところのわが国独特の原理が憲法の根底をなすものとされていたことを排斥するためである。すなわち、明治憲法の基本原理とされていたのは、いわゆる「天皇制国体の原理」(旧憲法第一条・第四条)であり、それは、わが国の建国以来、わが国独自の、しかも世界に比類のない基本原理として確立されてきたものであると考えられていたものであるが、新憲法の「人類普遍の原理」はこの明治憲法の「天皇制国体の原理」を否定する趣旨と考え得る。

従って、新憲法の第一章が、明治憲法の第一章と同じく天皇であっても、「天皇の憲法上の地位」は旧憲法と同一ということは考えられ得ないところであり、それは「天皇の憲法上の地位」について旧憲法の根本的な変革を意味し、いかなる意味でもその存続ではないと考えるべきである。

しからば、新憲法の第一章を天皇とし、第一条に「天皇の地位」を規定するのは、如何なる意味なのか、第一条冒頭の「天皇は、日本国の象徴であり、日本国民統合の象徴であって……」という規定の仕方は、「象徴天皇制」を日本国憲法の基本原理とするかの如き趣旨と考えられ、天皇の憲法上の地位を宣言したものであるように受け取れるが、新憲法前文の「人類普遍の原理」の強調から考えれば、そのように解するのは間違いであり、むしろ第一条後段の「この地位は、主権の存する日本国民の総意に基く」とすることを基本原理と考えるべきであり、この「主権の存する日本国民」こそ国民主権主義の原理として新憲法の基本原理を表明したものと考えるべきである。その意味からは第一条は本来、日本の新しい国体の基本としての国民主権主義こそ明確に宣言すべきで、これを天皇の章の中で第一条の天皇の地位の後段に規定するのは不適當であるといわざるを得ない。ただこの国民主権主義の基本原理をこのような形で宣言してあることについては、新憲法が形式上、旧憲法の改正という外形を維持したことに、その説明を求めなければならないわけであるが、はたしてそれだけでよくこの憲法上の天皇の地位と国民主権主義の関係を説明しうるであらうか。すなわち、新憲法第一条の国民主権主義の基本原理は旧憲法第七十三条の改正手続により改正されたも

のであるとするだけでは問題が残ることになるのである。それはこの新憲法の基本原理である国民主権主義は明らかに「人類普遍の原理」であり、これは政治的実定法的主権の保持者が国民であって、天皇、その他国民以外の者でないことを主張するものであり、従ってその意味においては旧憲法の「天皇主権主義」「天皇制国体」の原理の否定であるのであるが、このような新旧憲法の基本原理の変更はすなわち「国体の変更」というべきであり、かかる「国体の変更」は旧憲法第七十三条の改正手続を以てしては出来ないことになっていたのであるからである。ここにいう「国体」とは、具体的には旧憲法第一条を指すものであり、例えば美濃部博士の憲法義解は、この点について「国体ノ大綱ハ万世ニ互リ永遠恒久ニシテ移動スヘカラスト雖政制ノ節目ハ世運ト共ニ事宜ヲ酌量シテ之ヲ變通スルハ亦己ムヘカラサルノ必要タラスムハアラス」といっているし、又博士は「その所謂『国体の大綱』とは第一条の原則を意味することは明瞭である」とし、「その改正は第一条に示された『大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス』ことの原則を覆えすものであることを得ない」としているものであり、旧憲法では憲法改正手続を以てして、旧憲法第一条を変更することは不可能であったのである。従って新憲法第一条の国民主権主義の原理が、旧憲法第一条の改正というだけでは、この間のことは説明し得ないことになるのであり、その唯一の可能な説明は、これを一つの「革命」とみる以外にあり得ないことになる。

かくして、新憲法第一条を、新旧憲法の変革の上においてとらえ、これを憲法上一つの革命とみる立場からは、新憲法第一条のいう「国民主権主義」こそ憲法の基本原理であり、天皇はたとえ第一条の冒頭にその地位が明記せられていても、憲法の基本原理とは考えるべきでないことになる。

天皇制は決して、憲法の基本原理として取扱ってはならないのであり、これは、わが国伝統尊重の立場より存置され「主権の存する日本国民の総意がその地位を認める」ことにその根拠を有するとする、わが国の「歴史的伝統」と「国民主権主義」との調和の上に存在するところのものとして、「日本国憲法の特徴」と云うべきである。

従って天皇制は日本国憲法の特徴ではあっても決して憲法の基本原理ではあり得ないのであり、この点は明確に区別されるべきである。このことは具体的には、日本国憲法の改正に当り、改正の限界を規制するものとして、憲法の基本原理が作用することになるのであり、現憲法の基本原理を憲法改正手続により改正することは許されないが、憲法の特徴は基本原理ではないので改正手続により改正し得ると解されることになるのである。かくして天皇制を憲法の基本原理とするか特色とするかは極めて重大な差違を生ずることになるので厳密に区別されなければならない。

つぎに日本国憲法の三つの基本原理の根底に横たわる理念は何か。それは自然法思想とこれから来る個人主義であると考えられる。従って憲法の基本原理のよって立つ思想的基盤としての自然法・自然権の思想をみておく必要があろう。

自然法の観念は、まことに多義的で漠然としたもので、ひとしく自然法という言葉で表現されながらも、きわめて異なった種々雑多な意味に解されてきた。時代的には、古代自然法、中世的自然法、近代的自然法、内容的には、ストア的自然法、ローマ法的自然法、キリスト教的スコラ的自然法、啓蒙的自然法、ゲゼルシャフト的自然法、ゲマインシャフト的自然法、さらにはプロレタリア的自然法さえ指てきされている。その原因の一つは、「自然」の観念そのものの多義性にある。自然が精神に対比されるとき、自然法は精神と関係なく、精神をもたぬ動物をも支配する法と解され、歴史に対比されるときには、歴史的に変化することのない永久不変の法とされ、社会に対比されるときには、社会以前の自然状態に妥当する法とされ、人為に対比されるときには、実定法でない客観的な法とされ、また人間的なものの全体に対比されるときには、神法と解せられる。他方におい

て、自然は事物の基準、本質を意味するものと解せられ、そこから自然法の宇宙の法理、一切の人間社会を永遠不変に律する秩序の法あるいは理念の法として自然法の観念も生まれてくる。

例えば、「自然法は人間そのものに適用される法である。実定法も人間に適用される法ではあるが、人間一般に対してではなく、特定国家の公民に適用せられる」「自然法はすべての時代及び国民において、各人の基礎をなす人間の一般概念に由来する法であるから、この原則はすべての時代及び国民に適用される」としたり、「我々は自然法をもって、正義の理念を内容としたところの超実定法的な法律であって、理念は時空的現実の彼方に妥当するところの価値であるという意味において永久不変の普遍妥当性を持った法律であると解すべきである<sup>30)</sup>又は、「名は法であるが実は法を超越する何らかの価値理念である。」というのもこれを意味するものと思われる。

ところで、自然法はそれ自体他の領域においては考えられない幾多の特色を有するものであるが、その中で特に重要なものとしては、第一にその普遍妥当性が考えられる。実定法は時間と空間の制約におかれるのに対して、自然法は、名は法であっても、実は法を超越する何らかの普遍的な価値理念であるといわれているが、何が普遍的な価値理念であるかは各時代の思想によって一様ではない。例えば、古代の自然法はプラトンやアリストテレスによって代表される最も道徳的色彩の強いものであった。ギリシャの哲学者が自然法と呼び、プラトンやアリストテレスが正義と名づけたものは実は、最高の道徳原理にほかならなかった。中世では、法の基礎に道徳を考えているが、道徳の根本は神の意思にありとした宗教的な自然法がアウグスティヌス (Aurelius Augustinus, 354—430) やトマス・アクィナス (Tomas Aquinas, 1225—1274) 等によってとなえられた。このように、自然法は、古来多くは他の法則と融合して説明されていたが、近世初期の自然法論者は純然たる法の立場から、自由人の自由社会の秩序を自然法と考え、これを圧迫する専制主義の実定法秩序を変革しようとした点で、政治的色彩をおびている。社会生活における各領域は、孤立的でなく、結局は人間によって統一されるのであるから当然そこには共通の普遍的な原理が求められる。しかし一面において、自然法が法である以上、強制力を欠いても、正義観念を基礎とするものである以上、それ自体独自の領域を有するものであり、また、同時にこの正義観念は、直接に表現されると否にかかわらず、理性を有する人間にとっては自明の理である。そしてそれは、人間の本性自体の要求であるから、時代と場所、人種をこえて妥当し、人間性が変わらない限り万古不変であるとされる。

第二は、実定法と異なって、それが国家によって保障されたものではなく、法の価値理念としては、時と所をこえて妥当性を有するが、それ自身強制力もなく、従ってまたそれ自身としての実効性はもろくない。これに対して実定法とは、イエリネックが、「すべての法には効力が必要な標準になっている。法規が有効な場合にのみ法秩序の構成要素となる。すでに無効になった法やまだ一度も適用されない法は、真の意味の法ではない。……従って法の実定性 (die Positivität des Rechtes) は結局はその効力に対する確信に存する<sup>31)</sup>とやっているように、国家により制定、承認せられ、その効力を保障された法であって、この点自然法とその性格を異にするものである。

第三は、上に述べたように自然法は普遍妥当性を有するが、その効力は保障されていない。これに対して実定法は、効力は有するが普遍妥当性を有しない。従って両者はお互いに相容れない二律背反の立場にあるように考えられる。しかし両者はともに法としての規範である以上、何らかの関係性を有しめいることは歴史の示すところである。

ところで、両者の関係で考えられる重要な点は、自然法は、既存の、国家における実定法的秩序に対して、絶えず新しい社会的要求に応じ、批判的原理及び指導原理として主張され援用される、

現存する実定法と対立し自己の人間の発展のため新しい社会的政治的諸制度及び、これに伴う法体系を必要とするときは常に批判原理及び指導原理としての作用を発揮すべきものであり、またこのことは、新しい社会的要求が激化すればする程より多く、強く主張、採用されるものであることは、「自然法は……それよりもっとしばしば現存の法に急進的な改革を施そうとする革命的な改革の目的に役立ったのである」というグルヴィッチの言葉によっても明らかである。

ところで、自然法が一度実定法化されると過去の古い実定法に対しては勿論、ときには新しい社会的要求に対しても自己を擁護するため、或は自己を権威づけるための理論として主張されることもありうるが、とくに、重要な点は、絶えず新しい社会的要求が同じ理論によって主張されるとともにその実定法化を求めてやまないという必然的な現象である。

このように自然法とは、人の社会生活に関する当然の道理として人の行動を規律する永久的、普遍的な法則、ないしは規範であって、歴史的制度に対して理想的意義をもち、しばしば実定法の理念的法源ないしは批判の基準と考えられてきた抽象的な観念である。しかし、何が永久的、普遍的な法則であり規範であるかは歴史的にみて必ずしも一様ではない。自然法はつねに、ある特定の時代に、特定の社会的、経済的構造の上に、特定の社会的、階級的利害、要求を反映し、それを実現、確立する理論として主張されたのである。したがって現存の実定法秩序が、根本的に肯定され、何らの不都合もしめさないときには、自然法は主張される必要はないのであって、現実の否定にたつて、自己及び自己と同一階級の人間の階級的発展のため新しい、あるべき社会構造・政治制度・法体系を必要とするとき、この実定法秩序を批判する原理として自然法の観念が支配的となるのである。つまり、いいかえれば自然法の観念はあるものに対するあるべきもの、理想、理念である。

自然権とは、各人が生まれながらに固有する権利、即ち、実定的諸権利に対して自然法によって認められる権利であって、古くから、自然法の一部として考えられたが、普通には近世初期の社会契約説で人間が社会状態に入る前の自然状態においてもつ自由平等の権利で、天賦のものであり、たとえ、それが、発現する方面によって生命、身体、自由、財産などの幾つかの型に分けられることがあっても、人間の出生、生存にともなつてそなわる当然の単一不可分の人権である。ホブズは、「自然権とは各人がその本性を維持するために、自らの力を欲するまま行使する自由をいう。」とし、ロックは、「それは自然法の範囲内において他人の許可を乞うたり、その意思に服従することなく、自分が適当と思う通りに行動し、その財産及び身体を処理しうる完全に自由な状態である。それはまた平等な状態であり、そこではすべての権力と裁判権は相互的であり、何人も他人より多くのものを持つことはない。……人々は互いに服従させられたり従属させられたりすることなく平等でなければならない。<sup>(39)</sup>」として、自由平等の自然権を主張している。そして具体的には生命、自由、財産 (Life, Liberty and Estate) を保持する権利と、自然法違反者を処罰する権利であるとす。ルソーのいう自然権もまた自由平等の思想が中核である。要するに自然権そのものはあるべき社会、理想、理念としての自然法を具体化するために当然の主張であり、自然法とともに、つねにある特定の時代に、特定の社会的、経済的構造の上に、特定の社会的、階級的利害、要求を反映し、それを実現確立する論理として特定の作用をなすものであったのである。

この自然法思想から出て来る個人主義は民主主義の思想的基盤でもあり、個人個人をそれぞれ価値ある存在として尊重する主義である。この思想が反対するのは、利己主義、全体主義、独裁主義である。利己主義は、自己のみ尊重して他を顧みないもの、全体主義は、全体という抽象物を尊重して個人を軽視するもの、独裁主義は一人若しくは、少数者が権力を振って他を犠牲にするものであり、これらの主義からは、専制と隷従、圧迫と偏狭、恐怖と欠乏、暴力と戦争が生れる<sup>(40)</sup>個人を

尊重する個人主義，すなわち民主主義がこれらに反対するのは当然である。

かくして憲法の思想的基盤である自然法思想と個人主義からは，国内政治の面では国民の自律的意志による政治——即ち「国民主権」の政治原理がみちびき出され，さらに個人の権利自由幸福を確保しようとする「基本的人権尊重」の原理が生まれることになり，また国際関係においては武力による紛争解決を放棄し，同時に個人の犠牲を最も要求することの多い戦争を回避して，国際協調によって恒久平和を維持しようとする「平和主義」の原理が至極当然のこととして引き出されることになる。従って日本国憲法の三大基本原理の根底にある理念は自然法思想と個人主義であるといえることが出来る。

以上，日本国憲法の基本原理，理念，特色については教育現場では重複，混同して取扱われている面があるが，これらはそれぞれの関係を持ちながら区別して考える必要がある。

### 注および引用参考文献

- (1) 森 秀夫，憲法教育，学芸図書株式会社，1920，P. 17
- (2) 法学協会，註解日本国憲法，下巻(2)，有斐閣，1956，pp. 1482～1483
- (3) 法学協会，前掲書，p. 1206
- (4) 昭和28年10月19日行裁例集 4 巻10号2540頁
- (5) 昭和29年 9 月22日行裁例集 5 巻 9 号2181頁
- (6) 昭和35年 6 月 8 日民集14巻 7 号1206頁
- (7) 法学セミナー 6 月号，1968
- (8) 石田富平・笹内純一，図解憲法大意，柏林書房，1952，p. 9
- (9) 鈴木竹雄，註解日本国憲法，有斐閣，1951，p. 156
- (10) 憲法調査会：「憲法定定の経過に関する小委員会報告書」1964，p. 231参照
- (11) 佐藤達夫：日本国憲法成立史，1962，p. 16参照
- (12) H. Borton：The far East, 1942—1946，p. 307，日本国憲法成立史，p. 104にて引用
- (13) 前掲：小委員会報告書，p. 120参照
- (14) 前掲：小委員会報告書，pp. 122～129参照
- (15) 前掲：小委員会報告書，p. 237参照
- (16) 同委員会は，1945末のモスクワ外相会議において決定をみたもので，最初ソ連，イギリス，アメリカ，中国，フランス，オランダ，カナダ，オーストラリア，ニュージーランド，インド，フィリピンの11ヶ国が参加し，あとでビルマ，パキスタンが加わっている。
- (17) この間の事情はC. A. Willoughby & J. Chamberlain：MacArthur 1941—1951，1954が詳しい
- (18) 前掲：小委員会報告書，pp. 282～295参照
- (19) 憲法無効論の理由の一つとして大石義雄委員，神川彦松委員（憲法調査会委員）等によって云われる。
- (20) 21年 1 月21日，フィリピンは天皇戦犯としての裁判要請，21年 5 月29日ソ連天皇を戦犯として指名を要求，西独の学者レーヴェンシュタインは「近代国家と君主制」という本の中で「現代において君主と軍事制度が密接にむすびついておる場合は，君主制はもはや敗戦後まで生きのびえない」と云っている。
- (21) 鮎川国彦編：マッカーサー書簡集，p. 49
- (22) 松本内閣大臣がホイットニーと会談後に会談の内容を略記した手記のこと。
- (23) 幣原内閣，特に松本内閣大臣が「天皇制の保持」「天皇の保護」を第一目標として考えていたことを思えば，このように云っても過言ではなからう。
- (24) 前掲：憲法調査会報告書，p. 44参照
- (25) 前掲：憲法調査会報告書，p. 45参照
- (26) 前掲：憲法調査会報告書，pp. 130～132参照



- (27) 石田富平・笹内純一, 前掲書, p. 25
- (28) 石田富平・笹内純一, 前掲書, p. 23
- (29) 法学協会註解日本国憲法1951, p. 41参照
- (30) 法哲学四季報, 第一号・木村亀二, 「自然法と実定法」, p. 11
- (31) 田辺勝二, 教育を受ける権利, 三和書房, 1964, p. 85
- (32) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3 Aufl, 1929, S. 333—S. 334  
水木惣太郎, 基本的人権, p. 9
- (33) 田辺勝二, 前掲書, p. 102
- (34) 石田富平・笹内純一, 前掲書, P. 23

(昭和 61 年 4 月 15 日受理)

