

日米憲法比較研究断片

町井和朗
(現代人権研究班)

はじめに

1946年に成立した日本国憲法も、制定以来はや半世紀を越えるものとなった。その間一度も修正されることなく今日にいたっているが、近年「論憲」という名の下、その修正、改正の問題が話題に上るようになってきた。筆者はその時流に乗って、日本国憲法のいくつかの争点を、主としてアメリカ合衆国憲法という視座から検討し、大東文化大学法学研究所第11回研究会に報告した。日米憲法比較研究断片というタイトルが示すように、研究は断片的で、まだ全体としてまとまったものではないが、今後の発展を期してそこでは三つの争点を論じてみた。

I. 「押し付け憲法」という議論について

日本国憲法は、日本国民が自主的に制定したものではない、という議論が一方にある。これが日本国憲法を「押し付け憲法」と呼ぶ所以であり、そこから憲法を改正し、自主的憲法を制定しようという考えが出てくる。自主憲法を唱える向きも、その前提は、この憲法は押し付けられたものというものであるから、「押し付け憲法論」も「自主憲法制定論」も、言い方は違うが中身は同じ議論であると思われる。

このような議論が出てくるのが、日本国憲法制定の由来にあることは周知の事実といっ
てよい。日本国憲法制定の由来については、すでに語り尽くされた感があり、ここでそれを繰り返す必要はまったくない。その過程を簡単にまとめれば、それは次のようなものになるだろう。日本は、1945年、ポツダム宣言を受諾して連合国に降伏した。そのポツダム宣言は、降伏後の日本に民主化と基本的人権の尊重を要求していた。その要求を受けて日本は、戦後すぐに大日本帝国憲法（明治憲法）の改正に乗り出し、その最初のステップとして日本側からいわゆる松本草案が提示された。しかしこの草案は、当時日本を占領していた連合国の総司令部の容れるところとならなかった。松本草案は、天皇主権を依然維持し、ポツダム宣言が期待した日本の民主化から程遠いと思われたからだった。代わって連合国総司令部が提示したのが、いわゆるマッカーサー草案である。現日本国憲法は、基本的にはこのマッカーサー草案を基に作られたものである。日本国憲法が「押し付けられ

た」という議論は、日本側から提示された松本草案が否定され、日本を占領していた連合国総司令部のマッカーサー草案が日本国憲法の原案となったという事実から主として出てくるものである。先ほども述べたように、日本国憲法のこの制定過程は周知のことであるし、またこの過程から出てくる日本国憲法の正当性をめぐる議論も、多く語られてきている。「押し付け憲法論」も一方にはあるが、日本国憲法の正当性を支持する多くの議論も当然ある。それらを繰り返すのはあまり意義がない。したがってここでは、ひとつの論点に絞って、日本国憲法の正当性を論じてみたい。その論点とは、憲法の草案がどこから出てくるかはその憲法の民主性に関係がなく、問題なのは人民がそれに同意したかということである、という論点である。以下にその論点を J. J. ルソーの考えを参考に論じてみる。

J. J. ルソーと言えば、国民主権の代表的論者として知られているが、彼の立法者 (the legislator) は外国人でもよい。いや、むしろ外国人のほうがよいとさえ言っている。Rousseau, THE SOCIAL CONTRACT AND DISCOURSES 37-42 (G. D. H. Cole, tr., E. P. Dutton, 1950) ただし、彼の立法者は、法を制定するものではなく、その草案を提案するものである。その原案を受け入れるかどうかを決定するのは人民であり、その決定は人民投票による。ルソーが草案の作成者は外国人のほうがよいと考えたのは、立案者はその法の執行にはかかわらないほうがよいという一種の権力分立的考えからであるが、ここではその理由を分析する必要はない。ここでの考えは、たとえその原案がどこからきても、最終的に人民がそれに同意すれば、国民主権はそれで貫かれるというもので、それが肝心なのである。

この考えを日本国憲法に当てはめて考えてみる。日本国憲法の場合、国民投票は行われなかった。しかし、この憲法が一般国民のレベルで好意的に受け止められたことは、論をまたない。もっと大事なことは、この憲法はすでに半世紀の歴史を持っているという事実である。日本国憲法には、第 96 条に改正規定があり、この憲法の正当性に関する疑問が高まれば、憲法改正運動も、もっと高まったはずである。もちろん、この憲法は硬性憲法であるから、改正し難くはなっている。しかし、その改正手続きはまったく手が届かないといったものでもない。折に触れての改憲の言動にもかかわらず、現憲法が今日まで継続してきたことは、この憲法は国民の同意のもとに機能していると考えざるを得ない。現憲法を「押し付け憲法」とする考えは、今日にいたってはまったく時期を失した考えである。ただし、以上のことは、この憲法の修正、改正がまったく考えられないということ言うものではない。日本国憲法は、不磨の大典ではないのであるから、必要があればその手続きにより修正、改正することは当然可能である。ここでの論旨は、「押し付け」という理由は現憲法を修正、改正する理由にはならないというものである。

II. 第9条と自衛隊

政界においても、学界に於いても、戦後最も論争を呼んだ憲法問題が、第9条と自衛隊の問題であったことは論を待たない。しかし、この論争も、政治的には決着を見たものと思われる。いわゆる護憲勢力は、大幅に退潮し、自衛隊を違憲とする勢力はほとんど見当たらなくなった。しかし、学界における分裂は依然続き、日本国憲法の鼎の軽重が問われている。このときあたり、すでに論じ尽くされた感のある第9条問題を、もう一度見直してみるのには意義あることと思われる。

第9条の文理解釈が、大きく分裂しているのは周知のことである。ここでそれを繰り返すつもりはない。文理解釈が大きく分裂しているからか、自衛隊の合憲性を憲法の変遷という視点から論じる向きもある。ここでは、その変遷論の一変形として、第9条の枠外からの自衛力を論じてみる。いささか意外かもしれないが、ここではこの論を、アメリカ合衆国の独立宣言と連邦憲法の分析から始めることとする。

アメリカの独立宣言は周知のものであるから、ここでは簡単にその要旨を述べておくにとどめる。そこでは、人はすべて不可譲の自然権を有していること、その自然権を守るために人々は合意の上政府を樹立すること、したがって政府がその目的を果たさないときには、人民はその政府を改廃し、その目的にかなった政府を新たに樹立することのできる、がうたわれている。すなわち、基本的人権の保障と国民主権のためには、アメリカ人は実力による革命、戦争も辞さず、実際武力による革命、戦争を通してアメリカはその独立を獲得したのである。基本的人権の保障と国民主権という理論は、一口に言って、非常に激しい理論なのである。

その基本的理論を受けて合衆国憲法は、その軍隊の建設、維持に留意し、その第1条第8節11, 12, 13, 14の諸項で陸海軍を創設し、財政的支出を認め、組織のための法を整備することを定めている。第2条第2節1項では、大統領を合衆国軍隊の最高司令官とし、彼に軍隊の統帥権を与えている。さらに興味あることには、第1条第8節15項、16項、また第10節3項では、民兵に関する規定を設け、叛乱や急迫な侵略に備える、装備に制約はあるものの、各州の、純粋な自衛力とも言える民兵についての規定を設け、さらに修正第2条では、民兵のための、個人の武器の携行を保証している。

翻って日本国憲法を見ると、基本的政治理念については、それはアメリカの独立宣言に非常によく似ている。第11条では、基本的人権は永久の権利とされ、第13条では、生命、自由、幸福追求に関する国民の権利は、国政の目的とされ、前文では国民主権がうた

われ、その原理は人類普遍の原理とされている。これら原理を貫徹すれば、次にはこれらの原理を守るための革命権、戦争権、またそれら権利のための軍事力の整備と続くはずである。しかし日本国憲法では、この後段の部分は、第9条によって切断されている。この第9条が日本国憲法の平和主義を代表するといわれているが、一方において基本的人権と国民主権をうたいながら、他方においてそれら権利の侵害に対し権利を守る手段を否定するというのでは、ここまでの分析では日本国憲法は整合性を欠くといわざるを得ない。

しかし、ここに整合性を取り戻す解釈は可能である。そのかぎは、前文の「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼してわれらの安全と生存を保持しようと決意した」という語句にある。簡単に言えば、平和を愛する諸国民の公正と信義に日本を防衛してもらうから、日本自身の防衛は必要ないというもののようである。ここで、「平和を愛する諸国民」とは、国際連合を考えていたといわれる。その歴史的分析はさておき、そのように考えれば、先ほど述べた日本国憲法の矛盾もかなり解消される。国際連合には理論上軍事力があり、これが日本の防衛を担当するというのであれば、他力本願というそしりはあるものの、基本的人権と国民主権とその防衛という仕組みが完成されて、論理的には日本国憲法の整合性が維持される。「平和を愛する諸国民」という考えは、そこに平和を愛さない国民もいることを含意している。そのような国際社会において基本的人権と国民主権を貫徹しようとするならば、そこでの平和主義は、ガンジーやキング牧師の非暴力主義ではありえないのである。

ここまでの日本国憲法の規範論理の分析は、まだその序文である。というのは、第9条の前提と考えた国際的な軍事力は、実際には存在しないからである。国際連合が当初予定した集団安全保障制度というものが、まったく機能しないということは、戦後早い時期に明らかとなった。日本の自衛力の整備ということも、日米安保を除いて日本の国際的な防衛力は不在であるという事実から出発する。憲法の変遷という考えも同じくここから出てくるものと思われる。事情変更の原則というものがあるが、日本国憲法の平和主義にはその適用が可能と思われる。

事情変更の原則は、国際法の分野でよく話題になる。この原則は、乱用されれば国際秩序を無にしてしまう恐れがあるので、その運用には強い規律が求められているようである。山本草二、『国際法』529頁—530頁 実体法的には、その変更が同意の不可欠の要素における変化であること、義務の範囲を根本的に変える効果をもつものであること、国内の政治事情は考慮しないこと、といった要件が課せられ、手続法的にも当事国の同意と第三者機関の認定が要求されているといわれる。これら要件は、国際法における要件であるから、そのまま直接日本国憲法に適用があるわけではないが、その原理は、非常事態には憲

法にも適用があってよいと思われる。先ほど理解したように、国際機関による日本国の防衛が、第9条戦争放棄条項の前提であったとすれば、国際機関による防衛は、第9条の立法事実であって、ここでの変化は、まったく根本的な変化といってよい。しかも、ここでの変化は、基本的人権、国民主権という、日本国憲法の2大原理の安全にかかわる変化である。第9条は日本自身の自衛権も放棄したという前提に立っても、この事情変更の下、その自衛権が復活したとすることは、いささかも法的思考の原理に反するものではないだろう。日本国憲法は、条約ではないから、当事国の同意とか、第三者機関の認定などは当然必要ない。

自衛権が復活したとして、それでは自衛権から自衛力が引き出せるだろうか。事情変更により、第9条が冬眠するという考えに立てば、自衛権から自衛力を引き出すことは可能であると考えられる。アメリカ合衆国憲法に、憲法上のエクイティという考えがある。それは、例えば、典型的には、*Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294 (1955) でアメリカの連邦最高裁判所によって行使された類の裁判所の権能である。これは1955年のブラウン事件であるから、1954年の、アメリカの公立小学校における、人種による分離政策を違憲としたブラウン事件の執行に関する最高裁の判決である。分離されていた人種が、違憲判決だけで自動的に混合するわけではない。人種の混合には、それを実現するそれなりの具体的政策が必要とされたのである。その具体的政策に関し連邦最高裁は、その方法の案出は第一義的には学校当局があたるべしとしたが、その適切性の判断は、連邦裁判所によるとした。そして、その判断の指針として、最高裁はエクイティの原理を挙げ、その原理による救済措置の柔軟な形成を求めた。簡単に言えば、実体的権利が明らかになったところでは、その権利の侵害の救済に関しては裁判所が柔軟に対処できるとするのである。法の分野によっては、最高裁が自ら救済措置を作れ出すこともある。*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) はその典型的な一例である。ここでは最高裁は、連邦憲法修正第5条の黙秘権を担保するため、取調べ中の被疑者の権利として公選弁護人の援助を受ける権利、その弁護人の、被疑者の取調べへの立会い権などを作り出した。これら権利は憲法上の権利として作り出されたが、その有効性は、他の効果的な手段のない限りとされた。

こうした措置は、英米法に独特なエクイティを前提としたものであり、そうした法体系を持たない日本の裁判所がどこまでそのような救済措置を作り出せるか、議論のあるところではあろう。しかし、基本的には、このアメリカのエクイティも、救済なければ権利なしという法のことわざの憲法版で、非常事態にはすべての裁判所に固有の権能ではないかと思われる。日本の自衛力に関していえば、もちろん裁判所がこれを作り出すわけにはい

かない。しかし、先ほどから述べてきた事情変更の下、国会がこれを作り出すのは当然で
きると思われる。ここには基本的人権と国民主権という2大原理の安全がかかっている
わけだからである。裁判所は、その憲法適格性を当然審査できる。しかしその審査は、先
ほどから述べてきた事情変更を十分配慮した柔軟なものであるべきだろう。他の効果的な
手段のない限りという限定をつけるのも賢明な対策かもしれない。自衛力の憲法審査を行
えば、その規模、装備、行動範囲など、いろいろ問題が出てくるものと思われるが、それ
ら問題はここでは論じる時間はない。

Ⅲ. 日本国憲法 89 条後段「公の支配に属しない、慈善、教育もしくは博愛の事業」

日本国憲法 89 条後段の解釈について憲法学会は二分されているといわれる。橋本公巨
『日本国憲法』有斐閣 538 頁-541 頁参照 簡単にまとめれば、第一説は、ここでの「公
の支配」を強度の監督と理解し、そのような支配、監督の及ばない事業への公金の支出は
許されないとし、第二説は、「公の支配」は支出された公金の、公共の福祉に反する不当
な利用を監督することができればそれで足りるとする。この二説の中では、第二説が妥当
と思われる。第一説では、なぜ公金の支出をそのように制限しなければならないか、その
意義があまり明らかでない。ここで述べられている慈善、教育、博愛の事業は、私的事業
ではあるが、公益を目的とするもので、そこへの財政的援助が憲法によって制限されるべ
きものとも思われぬ。私的事業の自主性にたいする公権力による干渉を排する意義があ
るとも言われるが、例えば教育事業における学問の自由に対する干渉があれば、それは憲
法のほかの規定で対処できるものではないか。しかし、第二説でも、問題はある。支出さ
れた公金の不当な利用を監督するというだけでは、支出された公金はその目的どおりに使
われているかどうかを監督するだけで、89 条後段は、公金支出の制約としてはほとんど
無意味になってしまう。

89 条後段の解釈については、前段との関係をもう一度考え直してみる必要があると思
われる。89 条前段は、「公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便
益若しくは維持のため...これを支出し、又はその利用に供してはならない」とある。
これは明らかに政教分離の規定である。前段が政教分離の規定なら、後段も政教分離にか
かわる規定であると理解するのが、この後段の素直な受け取り方ではないかと思われる。
アメリカ合衆国憲法では、私的な教育、博愛事業などへの財政的援助が政教分離とのかか
わりで大きな憲法問題を提起しているということは、よく知られている。その問題は、す
でに 1930 年の段階で提示されていた。Cochran v. Louisiana State Board of

Education, 281 U.S. 370 ここでは、宗派学校への教科書無償配布が、政教分離に反しないかが問題となった。連邦最高裁判所は、この財政的援助の受益者は子供であり、宗教ではないという理由でこの援助を合憲とした。ついで1947年には、有名な *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 があり、ここでも宗派学校の子供への、通学用バス代の助成が合憲とされた。この種の憲法問題は、現在でも続き、アメリカ合衆国の憲法裁判をにぎわしている。89条後段をこの種の問題を扱ったものと理解すれば、この条文は、日本国憲法における政教分離問題の構造の中で、その所を得るように思われる。

89条後段をそのように理解したとして、次の問題は、それではこの「公の支配に属しない」事業とは、どんな事業かが問われることとなる。宗教的側面を持つ事業であっても、公的援助がその世俗的側面に限定されることを担保する仕組みがあれば、その援助が政教分離に反するものとはならないだろう。事実、アメリカ合衆国では、公的な財政援助の要件としてそのような仕組みの存在が必要とされている。Shapiro and Tresolini, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 441 (Sixth ed. 1983) 日本国憲法においても、私的事業がそのような仕組みの下に置かれれば、それは「公の支配に属する」と言えるのではないか。

89条後段のこの分析は、まだ十分ではない。何故ならば、政教分離を確保する仕組みを作れば、その事業は「公の支配に属し」公金の援助を受けられると言うのであれば、この89条後段は、再び無意味な規定になってしまう恐れがある。援助を受けたい事業は、その仕組みを作ればよいのであって、89条後段が制約しようとするものは何もないことになってしまう。89条後段は、その文面から見て、何かを制約しようとしていることは明らかである。ここでまた、アメリカ合衆国の政教分離原則に戻ってみる。1971年、*Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 が決定された。ここで問題となったのは、宗派学校（小・中学）の世俗的科目の教師への人件費助成である。この助成は、政教分離に反するとして違憲になった。そこでは、政教分離を確保する詳細な仕組みが作られていた。しかし、その仕組みが逆に、政教の「過度の関わり合い」を生み、そのためこの人件費助成が政教分離に反するとされたのである。教科書などは、一度検定すればその世俗性は確保されるが、人の場合はそうはいかない。たとえ世俗的科目の教師であっても、授業中宗教的なことを行うかもしれない。その世俗性を確保するためには、頻繁な監視が必要になる。これが政教の「過度の関わり合い」を生むというものである。政教分離を確保するためには、監督が必要であるが、その監督が政教の「過度の関わり合い」を生むものでは、そのような監督は行えない。すなわち、政教分離の確保のために逆に政教の過度の関わり合いを生むような事業、活動は、公の支配のもとには置けないのである。日本国憲法89条後

段の「公の支配に属しない」をこのように理解すれば、この規定は、政教分離の法理学の中に綺麗におさまることになる。日本では、宗教機関が関与する慈善、教育、博愛の事業は、アメリカほど盛んでないのは事実である。しかし、特に政教分離が問題となる低学年の教育で宗教との関わり合いが出てくる可能性はないことはないだろう。日本の場合、地方自治体と異なり、国の公金の支出に対するチャレンジは手続き的に閉ざされている。しかし、実益は少ないかもしれないが、89条後段をこのように理解することは、この規定を政教分離の法理学の中に収めることになる。日本も、この日本国憲法で初めて近代民主主義の仲間入りをしたわけである。今流行りの言葉で言えば、日本国憲法もグローバル化したわけで、その中身に世界の知能を借りることは、日本国憲法の発展にも大きな意義を持つのではないかと思われる。