

憲法解釈における二つのアプローチ（４）

—— 原意主義の展開を中心に ——

猪 股 弘 貴

目 次

- 一 はじめに
- 二 グレイ教授の解釈的審査と非解釈的審査
- 三 プレスト教授の原意主義と非原意主義 (以上本誌47巻1号)
- 四 ボーク元判事の原意主義 (以上本誌47巻2・3号)
- 五 ペリー教授の原意主義 (以上本誌47巻4号)
- 六 むすび
 - 1 日本国憲法の解釈方法についてのペリー教授の示唆
 - 2 日本国憲法の制定過程と原意主義
 - 3 公職追放と日本国憲法の制定
 - 4 検閲と日本国憲法の制定
 - 5 日本国憲法13条についての土井教授の見解 (以上本号)
 - 6 日本国憲法13条の原意
 - 7 原意主義の根拠
 - 8 どのような原意主義が正当なのか
 - 9 先例拘束性の原理との両立可能性

六 む す び

1 日本国憲法の解釈方法についてのペリー教授の示唆

これまで憲法解釈の方法、特にアメリカにおける原意主義をめぐる議論のいくつかを取り上げ検討してきた。そこに述べられている諸見解は、アメリカ合衆国の状況に即してのものであることは言うまでもない。前章において取り上げた著書の中で、ペリー教授は次のように述べている。

「アメリカの政治・法文化——いかなる政治エリートの手にもあまりに強大な、無制約な権力を与えることに対して、健全といえる懐疑主義が存在している文化——の下において、憲法解釈に対する非原意主義のアプローチに賛成するいかなる議論も（少なくとも私が想像し得る）、広く公衆からの支持を、あるいは（裁判官や法律家からの）極めて専門的な支持さえも獲得することは疑わしいことである。」¹⁾

このようにペリー教授は述べるのである。

それでは、わが国の場合にはどのように考えるべきなのであろうか。今のところ、憲法解釈においては原意主義が——しかも緩やかな原意主義が——妥当することは、「はじめに」において述べた通りである²⁾。このことは日本国憲法の解釈としてもそのように考えているということである。ところで、ペリー教授は、非原意主義が支持される場合もあるとして、それは次のようなシナリオの下においてであるという。

「その国の憲法が近時の戦争において勝利した他の国によって強制された、J」という国を想像してみよう。また(1)その後Jの多くの市民が憲法を受け入れ、その他の多くがそれに反対し、そして(2)戦争終結後権力を保持し、その国の憲法裁判所のすべての判事を任命してきた政党が、幾分憲法に反対する向きの主義に基づいて権力を獲得してきたと想像してみよう。さらに、国内および国際政治の両者に伴う様々な実際的理由によって、権力を保持している政党はもはや憲法を廃棄することを求めず、その代わりに、それに対してリップ・サービスを与えることを選択していると想像してみよう。このような政治・法的脈絡において、憲法解釈に対する原意主義のアプローチはほとんど力を持たず——本来表現していると解される指令を無視し、それは薄弱な、取るに足らない指令とすることによって——、憲法を無にする非原

1) M. PERRY, THE CONSTITUTION IN THE COURTS 98 (1994).

2) 猪股弘貴「憲法解釈における二つのアプローチ(1)」商学討究47巻1号52頁。「はじめに」においては、穏健な (moderate) 原意主義と表現していたが、同じ意味で、緩やかな原意主義と表現を改めることにする。

意主義のアプローチが、いかに力を発揮するかを見て取ることができるのである。しかも、このシナリオにおいては、非原意主義のアプローチは、政府の他の部門に対して、大きな、積極的なというよりは、比較的小さな、消極的な司法の役割を伴うと考えられていることに注意せよ。」³⁾

説明を加えるまでもなく、ここで想像されているJとはJapanのことである。さらに、ペリー教授は、上に引用した文章の注において、キョウコ・イノウエの *MacArthur's Japanese Constitution: A Linguistic and Cultural Study of Its Making* (1991)⁴⁾ を参考文献として引いた上で、次のように述べている。

「比較的少数の人が日本国憲法に反対し、ほとんどの人は日本国憲法を受け入れている。しかしながら、戦後のほとんどの時期にわたって日本を支配してきた政党——自由民主党（この党は、しばしば日本で言われているように、リベラルでもなければ民主的でもない）——は、多くの日本の市民によって、また間違いなく多くの日本の憲法学者によって、憲法に反対の立場であると理解されている。」⁵⁾

わが国のような状況では、ペリー教授が述べるように、原意主義が妥当せず、非原意主義が通用するのであろうか。この問題に答えるためには、ペリー教授の問題提起を分析し、検討することから始めるのがよいであろう。注では「比較的少数の人が日本国憲法に反対し、ほとんどの人は日本国憲法を受け入れている」としているとはいえ、本文において「Jの多くの市民が憲法を受け入れ、その他の多くがそれに反対している」という表現は正確ではないであろう。例えば、1997年4月6日の読売新聞社の調査によると、「あなたは、全体として、今の憲法が、日本の社会で果してきた役割を、評価していますか、評価していませんか」との質問に対して、「大いに評価している16.7%・多少は評価している59.5%・あまり評価していない15.1%・全く評価していない2.4%・答え

3) M. PERRY, *supra* note 1 at 52-3.

4) キョウコ・イノウエ(著)古関彰一(監訳)五十嵐雅子(訳)・マッカーサーの日本国憲法(1994年)。

5) M. PERRY, *supra* note 1 at 224.

ない6.3%」となっております、程度の差はあれ、評価しているものが76.2%にのぼるのである⁶⁾。従って、これらの数字が語ることは、「ほとんどの人は日本国憲法を受け入れている」という、ペリー教授が注記していることが、日本国憲法に対する一般市民の意識であるということになろう。少なくとも、非原意主義を採用しなければならない程に、日本国憲法が市民によって支持されていないという事実は存在しないのである。

次に、戦後の長期にわたってわが国を支配してきた政党、すなわち自由民主党が、「リベラルでもなければ民主的でもない」かどうかは別にして、「憲法に反対の立場である」と断言してよいのか、少なくとも今までのところ疑問である。鳩山内閣（1954-56年）の時代に、憲法調査会が設置されるなど、日本国憲法に反対の立場から憲法改正を目指した時期が存在したことは、周知の事実である。自民党の中に日本国憲法にあまり好意的とは言えない立場の者からなるグループが存在することは確かであるが、自民党を憲法に反対の立場であるとして括ることができるのかについては疑問も感じるのである。北岡教授は、自民党についての近時の研究において、「政党によって、主義主張の方がより重要な政党と、政権獲得の方がより重要な政党とがある。自民党は明らかに後者である」とし⁷⁾、また自民党を「派閥間競争を媒介として、ソフトな支配によって長期政権を担当する、進歩的な保守党」と特徴付けている⁸⁾。「進歩的な保守党」か否かは論者によって見解が分かれるところであるが、主義主張に重きを置かず（いわゆる「資本主義体制」を維持するということを除いて）、政権維持のシステムとしてこれまで派閥が、善かれ悪しかれ、重要な役割を演じてきたことは否定できない⁹⁾。個人はもとより、派閥によっても憲法問題については差異があり¹⁰⁾、自民党が憲法に反対の立場であると括ることには疑

6) 1997年4月6日読売新聞(北海道版)13頁。

7) 北岡伸一・自民党(1995年)4頁。

8) 同上・3頁。

9) 樋口陽一・比較のなかの日本国憲法(1979年)88頁以下参照。

10) 例えば、宮澤喜一・新護憲宣言(1995年)参照。もちろん、その主張がこれまでいわゆる「護憲」と言われてきたものと同一でないことは断るまでもない。

問も生じてこよう¹¹⁾。いずれにせよ、戦後長く日本を支配してきた政党の中に憲法に反対する立場の者が存在してきたとしても、それが日本国憲法の解釈方法を左右するものではない。また、この政党が作ってきた政権が、これまで最高裁判事の任命権を一貫して独占してきたことも、あるべき憲法解釈の方法を決定するものではない。

結局、わが国において原意主義が妥当するか否かを検討するについて重要なのは、日本国憲法が「近時の戦争において勝利した国によって強制された」ものなのか否かという点である。この問題は、わが国が完全な独立を獲得してから今日にいたるまで繰り返し論争され、これを論ずるには制定過程の歴史的・実証的分析が必要とされ、また「強制」ということの意味をも考慮に入れなければならない、ここで軽々に扱えるものではない。とはいえ、ここで確認しておかなければならないことは、原意主義において、私見において支持する原意主義において、誰の、あるいはどの集団の原理化された憲法理解が重要なのかということである。これまで繰り返し述べてきたように、重要なのはバーガ教授が主張するような、憲法制定者(草案作成者)の主観的意図ではない¹²⁾。主観的意図を探ることは、そもそも困難なことであり、またこれを決め手としなければならない理由も明らかではない。この点では、条項が憲法化された時の市民によって、その条項がどのように理解されていたのかが重要なのである。ボーク元判事が述べているように、「裁判官によって変更されるべきではないルール」とは、憲法の批准者によって理解されていたものであり、何を制定しようとしているのか批准者によって理解されていたものは、すなわち当時の公衆が意味しようとしたものである¹³⁾。このことはペリー教授においても同様なのであり、憲法制定過程における人民の代表、すなわち批准者の理解が重要であるのは、人民が条項をどのように理解していたかについての、すなわち人民が

11) 北岡教授は、次のように述べている。「統一保守党は、吉田路線の是正をその出発点としていた。党則に自主憲法制定がうたわれているのは、こうした事情によるものである。」(北岡・注7・64頁)

12) R. BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY (1970).

13) 猪股弘貴「憲法解釈における二つのアプローチ(2)」商学討究47巻2・3号210頁。

十分な注意を払い、すべての関連情報にアクセスできていたならば、それら条項が人民によってどのように理解されていたかについての近似値だからである¹⁴⁾。このように原意主義、私見において支持する原意主義においては、憲法制定議会における議員による条項理解が重要なのである。もちろん、このように述べることは、草案作成者が誰であり、どのようにして、またどのような草案を作成しようとしたのかは取るに足らない問題であるということの意味するものではない。憲法草案作成者による理解は、まずそれ自体重みを持つのであり、また制定議会の議員の条項理解を理解するための助けとなるものでもある。しかし、いずれにせよ、決定的に重要なのは憲法制定議会の議員なのである。

2 日本国憲法の制定過程と原意主義

日本国憲法の制定過程を本稿において詳細に辿る余裕も能力もないが、草案(原案)がマッカーサー連合軍最高司令官(Supreme Commander for the Allied Powers 略称 SCAP)の命令により民生局(Government Section 略称 GS)を中心に作成され、それが日本国憲法の原型になったことは、今日周知の事実としてよいであろう¹⁵⁾。この案を時の政府の指導者が必ずしも自ら進んで受け入れたのではないことから、先にふれたように、ペリー教授は強制と表現したのだと思われる。しかし、原意主義においては、憲法制定議会に参加した代表者がどうであったのが重要なのである。日本国憲法は明治憲法73条の改正手続を使用して制定され、その際国民から選ばれたのではない貴族院議員が参加し、また枢密院も関与していたものの、民選による衆議院議員(しかも女性が初めて参加した総選挙によって選出された)が制定過程に関わったことが、日本国憲法を近代民主国家の憲法足らしめているのである。支持に値する原意主義において重要なのは、誰が原案を作成したのかではなく、帝国議会の議員、とりわけ衆議院議員が、強制ではなく、自由な意思で日本国憲法に賛成したのか否

14) 猪股弘貴「憲法解釈における二つのアプローチ(3)」商学討究47巻4号9-10頁。

15) 日本国憲法の制定過程に関する文献は、枚挙にいとまがないが、比較的新しい文献として、古関彰一・新憲法の誕生(1995年)が目される。

かということである。ここで断定することにはいささか躊躇を感じ、さらなる検討を必要とするとはいえ、原意主義を否定しなければならない程に不自由であったことの証拠は十分ではないのである。とはいえ、ここでふれておかなければならない、無視することのできない二つの重大な事実が存在する。それは公職追放と占領期の検閲である。これらはそれ自体いずれも重要なテーマであり、未だ解明されていない点も多く、本稿で扱いきれるものではない。とはいえ、憲法解釈方法論についての当座の解答を用意するについて解明しなければならない課題に答えられない程、日本の現代史研究が進んでいないわけではなからう。

3 公職追放と日本国憲法の制定

まず、公職追放についてである。連合国軍総司令部（General Headquarters 略称 GHQ）による公職追放はこれまで謎とされてきた部分が多く、さほど研究は進んでこなかったが、占領期のアメリカの公文書の公開がなされたこともあって、徐々にではあるが明らかにされつつある。では、なぜここで公職追放を問題にしようとするのか。それは次のような理由からである。すなわち、公職追放が、その中でも第1次公職追放が、日本国憲法の制定に密接に関わっていると考えられるからである。公職追放の研究に精力的に取り組んでいる増田教授が述べているように、GHQの追放指令は戦後初の総選挙に、言い換えると憲法制定議会の議員を選出するための選挙に照準を定めて発出されたものであるからである¹⁶⁾。「ページは、新憲法や農地改革が『目的』であったのに対して、それら目的を達成するための『手段』として機能し、かつ絶大な威力を発揮したのである。」¹⁷⁾公職追放はポツダム宣言、とりわけその第6項に源を発し、そこには「吾等ハ無責任ナル軍国主義ガ世界ヨリ駆逐セラルルニ至ル迄ハ平和、安全及正義ノ新秩序ガ生ジ得ザルコトヲ主張スルモノナルヲ以テ日本国国民ヲ

16) 増田弘・公職追放(1996年)33頁。さらに、H・ベアワルド(著)袖井林二郎(訳)・指導者追放(1970年)参照。

17) 増田・同上・1頁。

欺瞞シ之ヲシテ世界征服ノ拳ニ出ヅルノ過誤ヲ犯サシメタル者ノ権力及勢力ハ永久ニ除去セラレザルベカラズ」と規定されていた。1946年1月4日、GHQは日本政府に対して公職追放指令、すなわち「公務従事に適さざる者の公職からの除去に関する覚書」(SCAPIN-550)、および「政党、政治結社、協会及びその他の団体の廃止に関する覚書」(SCAPIN-548)を發出した。そこで日本政府は2月24日に「政党、協会その他の団体の結成の禁止に関する件」(勅令第101号)を、2月28日に「就職禁止、退官、退職等に関する件」(勅令第109号)を公布し、同2月28日に第1次公職資格審査委員会(樫橋渡委員長)を発足させた。また来るべき総選挙に備えて、1月30日に「衆議院議員の議員候補者たるべき者の資格確認に関する件」(内務省令第2号)を發し、3月9日までに受け付けた総数3384名、資格確認を通った者3132名、追放の対象となった者93名、事前に取り下げた者159名であった¹⁸⁾。

この第1次公職追放令によって、来るべき憲法制定議会の議員となることを望んだにもかかわらず、パージされた者の割合は2.7%弱、パージされることを警戒して事前に取り下げた者を含めても7.4%程度であったが、現職代議士への影響は甚大であった。資格確認を通った現職代議士は、進歩党で274名中14名、自由党で43名中13名、社会党で17名中7名、協同党で23名中2名と、現職代議士の83%が立候補の段階で淘汰されたのである¹⁹⁾。なお、4月10日の総選挙の結果は、466名中、自由党141名、進歩党93名、社会党92名、協同党14名、共産党5名、諸会派39名、無所属80名であった²⁰⁾。また、6月末には第2次公職資格審査会(美濃部達吉委員長)が発足し、8月に枢密院議員9名、貴族院議員172名、衆議院議員10名が追放されている²¹⁾。

その後、周知のように、拡大公職追放令が発出され、追放の対象は政界だけに止まらず、言論界や経済界にも及び、1952年にわが国が独立を回復するまで

18) 同上・10頁。

19) 同上・34頁。

20) 同上・40頁。

21) 同上・11頁。

の間に、審査対象とされた者の総数708516名、そのうち追放された者の総数208778名に達したのである²²⁾。さらに、憲法制定過程との関わりにおいて見落とすことができない特定人物の追放として、憲法制定議会招集の直前、5月3日に行われた、鳩山一郎氏の追放がある。増田教授は次のように述べている。

「2月10日にはマッカーサー三原則に基づく新憲法草案（いわゆるマッカーサー草案）がGSのケーディスらの手によって完成しており、したがって総選挙後に樹立されるであろう新政権は、文字どおり新憲法下初の政権を意味した。その中で、次期総理の有力候補と目されていた鳩山は注目の焦点であり、それだけ彼が新時代に適合できる人物なのかが問われることとなった」。²³⁾

鳩山政権が誕生していたならば（公職追放がなければその可能性は大であった）、それは新憲法下初の政権という前に、新憲法を誕生させる政権となったのである²⁴⁾。GHQ、とりわけ民生局にとって、鳩山一郎氏の動向は重大な関心事であり、その民生局が公職追放を担当していたのである。しかも同氏は先にふれた資格認定には既にパスしていたのであり、GHQからの直接指令、いわゆるメモランダム・ケースの第1号として追放が実施されたのであった²⁵⁾。

このような公職追放を、憲法制定過程との関わりにおいて、どのように捉え

22) 同上・16頁。

23) 同上・37頁。

24) 入江俊郎当時内閣法制局長官による、次のような証言が注目される。「幣原内閣は4月22日に総辞職を表明したんでしょ。後継内閣はまだきまらなかった。そのうちに鳩山自由党総裁ということになったでしょう。5月3日に幣原さんが鳩山さんを奏薦したんです。それで御裁可を経たらしいですね。そうしたら、司令部がそれを知ったから翌日の5月4日に鳩山さんのパージの指令が来てしまった。そこで再び政界が混乱しちゃって、あとがなかなかできなかったんですよ。」（入江俊郎・憲法成立の経緯と憲法上の諸問題（1976年）342頁。）

25) ここで鳩山一郎氏の追放問題に深く立ち入る余裕はない。また、この問題は十分に解明されているわけでもない。鳩山一郎氏の追放理由とされたのは、(1)治安維持法改正時の田中義一内閣の書記官長としての政治責任、(2)齋藤実内閣の文相時代の滝川事件、(3)日中戦争における中国侵略の是認の言動、(4)翼賛選挙のさいの挨拶状に記された真珠湾攻撃を礼賛する表現等が、公職追放令G項に該当するとされたのであった。しかし、例えば、増田教授のように、「追放を決めたうえで、その理由を列挙するわけであるから、これは明らかにGSによる政治的策謀にはかならなかった」と述べるような見解も存在する（増田・前掲注16・48頁）。

たらよいのであろうか。全追放者数が20万人を超え（占領期間全般にわたるものであるが）、現職代議士の83%が立候補できず、おそらく憲法制定議会に臨むことになるはずであった総理大臣を換えたことを考えただけでも、公職追放が憲法の制定に与えた影響の大きさを知ることができるであろう²⁶⁾。このことは、日本国憲法の解釈として原意主義を採用することができず、非原意主義が妥当し、ひいては日本国憲法の正当性にさえ疑義を生ずることになるのであろうか。私見においては、このように公職追放を捉えるべきではないと考えている。確かに、石橋湛山氏の追放のように、公職追放には恣意的なものもいくつかみられたが²⁷⁾、増田教授が述べているように、「総じて公職追放は、公職追放令の基準に従って、機械的かつ公平に実施された」²⁸⁾といえるのである。

このようにみてくると、結局、問われるべきなのは、公職追放令自体の正当性であるということになる。連合国総司令部発日本政府宛1月4日付覚書（SCAPIN - 550）「公務従事ニ適キセザル者ノ公職ヨリノ除去ニ関スル件」は、先にふれたポツダム宣言第6項に基づくものであるとして、次のように規定している²⁹⁾。

- 『ポツダム』宣言ノ右各条項ヲ実行スル為茲ニ日本政府ニ対シ左ニ掲グル一切ノ者ヲ公職ヨリ罷免シ且官職ヨリ排除スベキコトヲ命ズ
- a 軍国主義的国家主義及侵略ノ活発ナル主唱者
 - b 一切ノ日本ノ極端ナル国家主義的団体、暴力主義的団体又ハ秘密愛国団

26) また、吉田首相が政争の道具としたのではないかとみられるような例（いわゆるY項パージ）も存在すると言われている（増田・同上・275-93頁参照）。公職追放の最終段階においては、冷戦の激化に伴い、主導権もケーディス大佐を中心とした民生局から参謀第2部(G2)に移行し、それがいわゆるレッドパージと化していったのであった。

27) 増田・同上・67-161頁。

28) ただし、公職追放は刑罰とは言えないとはいえ、本人およびその家族の経済的基盤を失わせ、社会的な制裁となるものであるにもかかわらず、司法的ではなく、行政的に行われたことについて（しかも当初は事後的な救済も十分ではなかった）、手続的な問題を残している（増田弘（解説）増田弘／山本礼子（訳）「公職追放6」竹前栄治＝中村隆英（監修）・GHQ日本占領史（1996年）91頁以下参照）。

29) 同上・135頁。

体及其ノ機関又ハ関係団体ノ有力分子

- c 大政翼賛会、翼賛政治会又ハ大日本政治会ノ活動ニ於ケル有力分子此等ノ用語ノ定義ハ本指令附属書A号ノ通

附属書A号には、「罷免及排除スベキ種類」として、A戦争犯罪人、B職業陸海軍職員、C極端ナル国家主義的団体、暴力主義的団体又ハ秘密愛国団体ノ有力分子、D大政翼賛会、翼賛政治会及大日本政治会ノ活動ニ於ケル有力分子、E日本ノ膨張ニ関係セル金融機関並ニ開発機関ノ役員、F占領地ノ行政長官、G其ノ他ノ軍国主義者及極端ナル国家主義者、が挙げられていたのである³⁰⁾。これらの指令および付属書は、確かにG項のように規定の仕方が曖昧で、濫用される危険を含んでいたとはいえ（実際いくつかの事例では濫用されたが）、わが国が戦争に無条件降伏し、ポツダム宣言を受諾し「民主主義ノ復活強化」を約束したことを考えるならば、当然受け入れなければならないものであったといえよう。また、ポツダム宣言は、その内容において、近代国家の公理としての民主主義に適合こそすれ矛盾するものではない。従って、公職追放は是認されるべきものであり、そのような渦中で日本国憲法が制定されたとしても、その正当性を失わせるものではない。鳩山一郎氏の追放は果して追放令に適用ものであったのか、またその影響をどのように考えるべきか、これらの点は未だ十分に解明されているわけではなく、今後の研究に待たなければならないであろう。しかし、いずれにせよ、原意主義によるならば、私見において支持している原意主義によるならば、憲法制定議会における代表者達、すなわち日本国憲法の制定に関わった第90帝国議会の議員、とりわけ衆議院の議員が、強制ではなく自由な意思で賛成したのかどうかが決め手になるのである。この点、少なくとも今のところ、強制されたとまで言わなければならない事実は認められないのである。

30) 同上・139-41頁。

4 検閲と日本国憲法の制定

日本国憲法の解釈方法として原意主義が妥当かを考えるについて、公職追放とともに見落とし得ないものに、占領期の検閲の問題がある。なぜ、検閲が問題なのであろうか。これまで繰り返し述べてきたように、私見において支持する原意主義においては、草案の作成者ではなく、憲法制定議会の議員(第90帝国議会の議員、とりわけ衆議院の議員)の意思が重要なのである。なぜならば、それは公衆の意思の近似値として捉えることができるからである。しかし、検閲が行われ、それによって世論の操作が行われていたならば、さらには議員さえもが操作されていたならば、自由な意思で日本国憲法を受け入れ、制定したことにはならず、原意主義の前提が崩れることになるのである。従って、日本国憲法の解釈方法として原意主義を採用することは不適切であり、日本国憲法の正当性そのものにさえ疑義が抱かれることになるのである。

周知のように、連合国軍によるわが国の占領管理³¹⁾、ドイツのような直接統治方式ではなく、間接統治方式、すなわち既存の政府機関を通して占領行政が実施され³²⁾、それによって、一般市民には占領軍のむき出しの権力をほとんど意識させることなく、占領はほぼ円滑に行われたと言われている³³⁾。しかし、これがメディア統制については例外であった。この分野では日本政府を経由しない直接統治が実施されたのである³⁴⁾。この統制は、民間諜報局(Civil Intelligence Section 略称 CIS)³⁵⁾の下にある民間検閲支隊(Civil Cen-

31) 竹前教授によると、1945年の進駐当初、実戦部隊は約40万、46年には約20万、47年12万、48年10万2千と漸次減少していった(竹前栄治・GHQ(1983年)60頁)。

32) ただし、沖縄は日本本土から分離され、直接統治された(吉田善明=影山日出弥=大須賀明・憲法と沖縄(1971年)1頁以下参照)。

33) ただし、2・1スト、東芝争議、レッドパージ等のように、占領軍権力が超憲法的にむきだしに立ち現れた例外のケースもある(竹前・前掲注31・59-60頁)。

34) 奥平康弘・戦後改革 3 政治過程(1975年)360頁参照。

35) 民間諜報局は、日本における情報収集活動を行うとともに、治安に責任を負う極東米軍司令部参謀第2部内の、戦略的活動を行う一機関であった(奥泉栄三郎=古川純「日本占領期の極東米軍情報収集活動と組織」東京経大会誌109・110合併号117頁参照)。

sorship Detachment 略称 CCD)³⁶⁾による検閲と、民間情報教育局 (Civil Information and Education Section 略称 CIE) による指導という二面から構成されていた³⁷⁾。CCD が活動の根拠としたのは、1945年9月19日に発出されたプレス・コード (SCAPIN - 33) と、9月22日に発出されたラジオ・コード (SCAPIN - 43) であった。新聞については、1945年10月から48年末までは事前検閲、それ以後は事後検閲が行われ、放送番組は、1946年2月から翌年8月までは事前検閲、それ以後は事後検閲が行われた³⁸⁾。1949年10月31日に CCD は廃止され、これとともに事後検閲も終りを告げたのである³⁹⁾。メリーランド大学マッケルディン図書館の奥泉栄三郎氏が A Brief History of the G-2 Section, GHQ, SWPA and Affiliated Units: Introduction to the Intelligence Series, Tokyo : GHQ's, FEC, MIS, G-S, July 8, 1948 の119頁等を参照してまとめた CCD の活動統計によると、1946年6月までにおいて、外国郵便610000、国内郵便3990000、脚本1120、映画301、レコード94、放送番組6400、日刊新聞40、日刊紙以外の新聞5000、雑誌637、単行書1120、国内電報710000、対外電報10100、電話傍受11600等が検閲対象にされたという⁴⁰⁾。GHQ は日本国民に検閲がなされていることを認めておらず、検閲は誌面に伏せ字、空白などの痕跡を留めないことを原則としていた⁴¹⁾。このような CCD による検閲を中心としたメディア統制の帰結について、山本武利教授は、詳細な分析をした後に、次のように述べている。

「日本のメディアは CCD を中心とする検閲、CIE を中心とする指導では

36) 民間検閲支隊には郵便を検閲する郵便課、電信、電話を盗聴する電信・電話課、マス・メディアの事前・事後検閲を行うプレス・映画・放送課が置かれ、ピーク時には、8千人にのぼる職員が所属していた(山本武利・占領期メディア分析(1996年) 339頁参照)。

37) 同上・356頁。

38) 竹前・前掲注31・196頁参照。

39) 山本・前掲注36・330頁参照。

40) 奥泉＝古川・前掲注35・132頁参照。

41) なお、山本教授は「占領も3年近くになれば、多くの日本人はその存在を知っていたと思われる」と述べている(山本・前掲注36・277頁)。

はマッカーサー体制に奉仕するメディアとなった。さらにこの体制に抵抗せんとする左翼系メディアやごく一部の右翼系メディアは、軍事裁判、発行禁止、発表禁止、没収、パージ、事前検閲、事後検閲、用紙割当などさまざまの方策で活動を大きく制圧された。新憲法第21条が謳う言論、表現の自由は、プレスコードを軸とした硬軟の統御策によって、実質的には形骸化してしまっていた。逆説的にいえば、マッカーサーはこの憲法の制定や他の民主化のために、メディアの自由を拘束し、メディアの民主化の動きを停止させた。かれはメディアの民主化を停止あるいは先送りして、他の民主化のためにメディアを道具として使おうとした。そのかれのねらいが、日本メディアにたいしてはほぼ奏功したといえよう。」⁴²⁾

CCDによる検閲およびCIEの活動の根拠とされたのは、先にふれたプレス・コードおよびラジオ・コードであった。プレス・コードには、次のように規定されていた⁴³⁾。

- 一 ニュースハ嚴格ニ眞実ニ符合スルモノタルベシ。
- 二 直接又ハ間接公安ヲ害スル惧アル事項ヲ印刷スルコトヲ得ズ。
- 三 連合国ニ対スル虚偽又ハ破壊的批評ヲ行ハザルベシ。
- 四 連合国占領軍ニ対スル破壊的批評及ビ軍隊ノ不信若ハ憤激ヲ招ク惧アル何事モ為サザルベシ。
- 五 連合国軍隊ノ動静ニ関シテハ公式ニ発表セラレタルモノ以外ハ発表又ハ論議セザルベシ。
- 六 ニュースノ筋ハ事実ニ即シ編輯上ノ意見ハ完全ニ之ヲ避クベシ。
- 七 ニュースノ筋ハ宣伝的意図ヲ以テ着手スルコトヲ得ズ。
- 八 ニュースノ筋ハ宣伝的意図ヲ強調又ハ拡大スル目的ヲ以テ微細ノ点ヲ過度ニ強調スルコトヲ得ズ。
- 九 ニュースノ筋ハ関係事実又ハ細目ヲ省略スルコトニ依リ之ヲ歪曲スルコトヲ得ズ。

42) 同上・535頁。

43) 日本管理法令研究会・日本管理法令研究1巻2号8-10頁参照。

十 新聞ノ編輯ニ於テニュースノ筋ハ宣伝的意図ヲ設定若ハ展開スル目的ヲ以テ或ルニュースヲ不当ニ誇張スルコトヲ得ズ。

一方、ラジオ・コードは、「ニュース」、「娯楽番組」、「知識及教育ニ関スル番組」、「商業上ノ番組」に区別されていたが、ニュース放送の部分については、ほぼプレス・コードと同様の規定がなされていた⁴⁴⁾。

今日の占領史研究の成果によって、検閲の際のガイドラインの中に、「憲法制定におけるGHQの役割について論じたもの」が含まれており、これにふれるものについては削除あるいは修正が指示されていたことが明らかにされている⁴⁵⁾。山本教授の研究によると、1947年4月から48年7月までの間において、「SCAPの憲法制定への批判」によって処分（公表禁止、一部削除）を受けたものは、国内メディアの情報で26件、外国メディアの情報（外信）で2件存在する⁴⁶⁾。「雑誌『改造』にみる占領下検閲の実態」をメリーランド大学プランゲ文庫を利用して研究した古川教授によると、例えば、中村哲博士の論稿「各党と憲法論議」の「起草者は別にあつて」という部分、あるいは鈴木安蔵博士の論説「新憲法と再建日本の政治」の「マッカーサー司令部の指示『と監視と』のもとに」という部分が、前者はSCAPに対する批判を含んでいるとして、後者は不正確であるとして削除を命じられているのである⁴⁷⁾。このように、GHQは天皇制や軍国主義を賛美する内容のものはもちろん、憲法制定や公職追放にマッカーサーが関与していることについての報道をも、占領目的を阻害するとして厳しく規制の対象にしたのであった⁴⁸⁾。

このようなGHQによる検閲の事実を前にして、それを日本国憲法の制定との関わりにおいて、どのように捉えるべきであろうか。憲法制定過程についての事実、とりわけGHQが草案を作成した事実を秘密にしようとしたことから、

44) 同上・32-4頁参照。

45) 竹前・前掲注31・197頁参照。

46) 山本・前掲注36・648頁参照。

47) 古川純「雑誌『改造』にみる占領下検閲の実態(1)」東京経大会誌116・117合併号142頁以下参照。

48) 山本・前掲注31・389頁、528頁。

日本国民に真実が十分明らかにされておらず、それどころか世論の誘導が行われたことさえ想像に難くないのである。とはいえ、ここでも私見において問題にすべきなのは、帝国議会の議員、とりわけ衆議院の議員が自由かつ闊達に議論をし、賛否を決したのか否かということである。この点、審議過程そのものに検討の中心を移した場合にも、いくつかの問題点を指摘できるであろう。まず占領中であることから当然といえば当然のことであるが、憲法の審議についてGHQ側から傍聴がなされており、有名な例として、GHQの国会課長であったJ. ウィリアムズがそうであり、憲法制定に関するGHQの顧問であったノースウェスタン大学のコルグローブ教授もその一人であった⁴⁹⁾。周知のように、GHQから「主権在民」を明記することを要求され⁵⁰⁾、またGHQを通して極東委員会から「内閣総理大臣その他の国务大臣は、シヴィリアンズでなければならぬ」ことの申し入れがなされ⁵¹⁾、それぞれ実現されたのであった。

未だに解明されていない点も存在するとはいえ、GHQによる検閲が存在したことは今日否定できない。とはいえ、戦後のGHQによる検閲を語るには、わが国の戦前における検閲をぬきにして考えることはできない。なぜならば、GHQによる検閲は、占領行政を円滑に行うためであるとともに、戦前の検閲体制に馴染んできたわが国のマス・メディアの軍国主義的体質の解体、「民主主義的傾向ノ復活強化」(ポツダム宣言10項)のためでもあるからである⁵²⁾。このように考えると、GHQによる検閲をポツダム宣言に反するとか、日本国憲法21条の表現の自由に違反するとして単純化することは許されないことになる。また、原意主義の憲法学において、憲法解釈の方法論、さらには日本国憲法の正当性を検討するについて重要なのは、憲法制定議会の議員が自由に意思形成ができたのか否かである。先に検討したように、議会に対して確かに

49) 竹前・前掲注31・108頁、古関・前掲注15・238頁以下参照。

50) 佐藤達夫(著)左藤功(補訂)・日本国憲法成立史 第4巻(1994年)740頁以下参照。

51) 同上・918頁以下参照。

52) 戦前の思想統制について、例えば、奥平康弘・治安維持法小史(1997年)、リチャード・H・ミッチェル(著)奥平康弘・江橋崇(訳)・戦前日本の思想統制(1980年)参照。

GHQ 側からの圧力が存在しており、審議に一定の制約が存在していたことを窺わせる資料も存在するとはいえ⁵³⁾、賛成することを強制されたわけではない。新憲法に反対した議員も存在したし、また議會自らの意思でいくつもの修正が加えられているのである。原意主義を採用できないほどに、ひいては日本国憲法の正当性に疑義をさしはさまなければならぬほどに不自由ではなかったのである。従って、日本国憲法の解釈においても、基本的には原意主義が妥当するのである。ただし、これまでの検討から言えることは、日本国憲法の成立の特殊性から、日本国憲法の解釈においては、緩やかな原意主義がとりわけ妥当するということである。なぜならば、検閲が存在し、国民に対して、また多くの議員に対しても、正確かつ十分な情報・知識が提供されていなかったと言わざるを得ないからである。また、草案の作成（GHQ の民政局）、政府原案の作成（内閣法制局、後に金森國務大臣）、審議（帝國議會および芦田委員会等の憲法制定のための委員会）がばらばらになされ、一貫性がなかったことから、私見の支持する原意主義において重視しなければならない、審議過程における原意の確立が必ずしも十分にはなされなかったからである。このような理

53) 『芦田均日記』によると、1946年8月7日に、民生局のウィリアムズ課長が議會を訪ねた際に、当時衆議院憲法小委員会の委員長であった芦田均は、委員会の立場を次のように説明したという。

「国会において憲法草案を受け取るに際して、我々は次のように言われたのである。すなわち、(1)草案は Scap によって一体のものとして是認されたのである。(2)基本問題に関する諸条項を除いて細部が国会における議論の対象となる。われわれはこの線に沿って修正のための議論を重ねてきた。

従ってわれわれは基本的諸原理は手つかずのまままで残してきた。われわれが修正した条項は次の三つである。すなわち、97条、84条、92条である。」(芦田均日記第1巻(1986年)120頁。ただし、原文は英語である。)

基本的諸原理については変更できないとの制約が存在したことを意味するならば、完全に自由な意思で検討したとは言えないことになろう。しかし、まずこのことの真偽を確認する必要があるし、たとえこのことが事実であるとしても、基本的諸原理——このことが何を意味するのかは明確ではないが——、例えば、民主主義や基本的人権は、近代民主国家の公理であることに注意しなければならない。「民主主義的傾向ノ復活強化」は、ポツダム宣言において約束したことであり、Scap によって拘束されると否とにかかわらず、これらは民主国家として出発するについての当然の前提なのである。

由から、日本国憲法の解釈方法として、緩やかな原意主義が——原意主義の中でもこの方法が説得力を持つのであるが——妥当するのである。

5 日本国憲法13条についての土井教授の見解

「はじめに」においてふれたように、基本的に原意主義を妥当であるとしつつも、包括的一般条項に着目し、その一般条項の原意として、新たな人権の創出を認めるという立場も存在する⁵⁴⁾。このような見解によるならば、新しい人権の問題については——この問題が非常に重要なのであるが——、原意主義と非原意主義の対立は解消し、同様の結論に到達することになる。この点で注目されるのが、以下に検討する京都大学の土井教授の論文である。

土井教授は「憲法解釈における憲法制定者意思の意義——幸福追求権解釈への予備的考察をかねて——（一）～（四・完）」において⁵⁵⁾、制憲者意思重視型理論、本稿において紹介したプレスト教授が言うところの広義の原意主義、すなわち「憲法典や憲法制定者の意思を重視し、憲法制定後に形成された憲法判例や、その他の政治的・社会的実践に対しては、従属的・補完的な地位しか認めない理論」⁵⁶⁾を支持しつつ、日本国憲法13条は包括的基本権条項であることを、日本国憲法の制定過程に即して立証しようとしているのである。このような立論が正しく、証明することに成功しているならば、原意主義であろうと非原意主義であろうと、日本国憲法13条をめぐる対立は——そしてその限りでは——解消されるのである。わが国において、アメリカ合衆国におけるような憲法解釈論争が戦わされているような状況ではないとはいえ⁵⁷⁾、

54) 猪股・前掲注2・52頁参照。

55) 法学論叢131巻1号1頁以下・131巻2号1頁以下・131巻5号1頁以下・131巻6号1頁以下。

56) 猪股・前掲注2・7頁。

57) この点で、次のような戸松教授の指摘が注目される。

「アメリカ憲法学は、次々と新たな理論を登場させ、目を見張らせられる発展をしているのであるが、日本の憲法学研究者は、それを常に追跡して、その様相を発表してきている。そして、日本の憲法学説の新たな登場と思われるものは、アメリカの新たな理論を取り入れてのものであることがしばしば

原意主義と非原意主義が先鋭的に対立するのは、おそらく新しい人権、とりわけ憲法13条の幸福追求権を巡ってであることから、土井教授の見解は極めて重要なものであり、注目されなければならない。

土井教授は、先に検討したように、プレスト教授のいう広義の原意主義を制憲者意思重視型理論と呼び、アメリカ合衆国におけるこの理論の主唱者である、R. バーガー、R. ポーク、および連邦最高裁判所長官であるW. レーンキストの理論を詳細に検討している。これらの理論を踏まえた上で、制憲者意思重視型理論の論拠について、主権理論、法の支配論、民主主義および憲法制定者の憲法解釈観から検討を加え、次の四点に渡る結論に到達する。すなわち、第一に、「制憲者意思重視型理論は、一般論として、憲法制定権力論や法の支配論などから一定の理論的根拠を与えられるものと解される。従って、かかる理論も決して実質的な根拠を欠いた議論ではな⁵⁸⁾」、「これらの議論は、憲法起草者の具体的見解をテキストと同一視して、それに固定的な拘束力を認めることまでも正当化し得るものではない。」⁵⁹⁾第二に、「憲法解釈に際して憲法制定者の理解が果たす役割には、当然限界が存する。すべての憲法上の論点が憲法制定会議において検討され、多数による合意が成立していたと考えるのは余りに非常識……である。それゆえ、制憲者意思重視型理論は、憲法が制定時において自己充足的に成立し、その時点における歴史的事実を解明すれば、すべての憲法問題が客観的、一義的に確定されると主張するわけではないのである。憲法制定者によって予見されなかった論点や、憲法制定会議で合意が形

みられる。その近年における代表例が、アメリカにおける解釈主義・非解釈主義およびそれが発展した原意主義・非原意主義の論争である。論争そのものとして、また、憲法解釈のあり方を考えさせる議論として大変興味深い内容であるのだが、日本国憲法の解釈のためにその理論がどのような役割を果たすことができるのかという問い掛けに対しては、必ずしも説得力のある解答が示されていないように思われる。あるいは、それは、今後の課題となっているように思われる。」（アメリカ法1996-1・42-3頁）

本稿では、戸松教授の問題提起に十分答えられているか否かは別にして、日本国憲法の解釈問題においても、この論争は重要であるとの前提に立っている。

58) 土井・前掲注55(2)論文・16頁。

59) 同上。

成されず結論が先送りにされた論点について検討する必要が存するし、また現実の具体的事実を解明するためには、裁判官が価値判断を行いつつ、法の具体化を行わなければならない領域が広汎に残されている。」⁶⁰⁾第三に、「憲法制定からの時の経過も無視し得ない要素である。時の経過とともに変化せざるを得ない部分と、変化させるべきではない部分を見極めることも、この理論にとっては非常に重要なことである。その意味で、制憲者意思重視型理論は、法発展に一定の安定性を確保することを目的とするものであって……この理論の提唱者が、自己の認識の客観性・中立性を過度に強調することは、建設的な議論を阻害する」⁶¹⁾。第四に、「制憲者意思重視型理論は権利保護にとって不十分であると批判されることが多いが、この批判は必ずしも適切なものではない。というのも、権利保護の範囲は対象たる憲法により異なるのであり、その結果は必ずしも理論に固有のものではないからである。」⁶²⁾このような限界を自覚している限り、憲法解釈に際して憲法制定者の意思を尊重することは有意義なことである。

それでは、「憲法制定者」さらにはその「意思」とは何であろうか。土井教授は前者について、次のように述べる。憲法制定行為とは、最終的な正統性の根拠を観念的な「国民」に求めるとしても、それを現実的かつ具体的に見るならば、起草者による起草、代表議事機関による審議および議決、あるいはその後の国民投票という総合的な過程であると解され、憲法制定者の理解を検討するに際しては、これらの過程に即して具体的に分析する必要がある。とはいえ、大規模な国家においては、有権者による直接の合議という事態は想定し難く、承認あるいは拒否といった単純な意思表示を行い得るに留まるのであり、「憲法解釈に際しては、実際に詳細な審議を行う代表議事機関の見解が、現実的には重要な意義を有する」⁶³⁾のである。それでは次に、憲法制定者の「意思」

60) 同上。

61) 同上・17-8頁。

62) 同上・17頁。

63) 同上・19頁。

とは何であろうか。この点について土井教授は、次のように述べる。「憲法制定者の意思を考察する際に、憲法典として正式に採択されたのはテキストである、という点を看過してはならない。……国民を代表して憲法を採択する者は、受託者として国民全体の意思を表示せんとしているのであって、自己の内的な心理状態を表示しているのではない。それゆえ、最も公的な形で表示された憲法典のテキストそれ自体と、憲法制定会議の議事録及びその他の資料との間には、それぞれ質的な差異を認めざるを得ない」⁶⁴⁾のである。「テキストに表示されたものそれ自体が、正式な意味での憲法制定者『意思』であって、憲法制定会議の議事録などにあらわれている議論は、表意者自身による『説明』、より他者性を強調するならば、『理解』と解するのが適切」⁶⁵⁾なのである。そこで土井教授はテキストの独自性とは何かを問い、「結局、それは『明白な意味』の準則、すなわち言語の意味を理解する際には、発話者の内的意図ではなく、通常の一般的な言語使用法を優先させるという要請に帰着する」⁶⁶⁾という。ただし、法領域においては、日常の用法によって、文言が一義的に明白になることはそれ程多いわけではなく、とりわけ、日本国憲法のようにその表現が簡潔である場合には、同一の名辞が複数の意味内容を表象したり、その内容が漠然としている場合が多く、それゆえに、憲法制定者自身による理解やその他の歴史的コンテクストが有用になるのである。「憲法制定者の理解」の探究に際しても、公然性の要件を無視することは許されず、付随的に有していた動機に過度に拘泥すべきではなく、法規範それ自体が何をどのような形で規律すべく制定されたのかという点を中心に、探究すべきなのである。

「憲法制定者の理解を確定する際の資料として、第一次的な価値を有するのは、起草者による公式の趣旨説明、会議における質疑を記録した議事録、議長あるいは委員長による報告書等の、制定時に公にされていた公文書である。この点、秘密会の議事録やその他の内部資料は、たとえそれが公文書で

64) 同上・20頁。

65) 同上。

66) 同上・21頁。

あったとしても、本来、公開されないことを前提とするものである以上、その公開的な意義は減殺されることとなる。また、次に、制定直後に公開された関係者の手による解説書等が、有効な参考資料となろう。ただ、これらの資料の中には、私見も多く含まれており、議事録等との比較対照が必要であろう。なお日記・書簡等の文書については、その私的な性格に鑑みて、副次的・補完的意義を認めるに留めるのが適切ではないかと思われる。」⁶⁷⁾

このように土井教授は述べ、「憲法解釈において歴史が果たす役割は限定的なものであり、また歴史を神聖視するのは誤っているけれども、しかし、多角的な見地からなされた真摯な歴史探究が、憲法解釈において重要な役割を果たし得る点は、否定し得ない」⁶⁸⁾のである。「昭和21年の第90帝国議会については、公式の議事速記録が公開されており、また、憲法制定過程の全体にわたっても、相当程度の資料が利用可能となっている。従って、少なくとも、憲法の解釈に対して一定の方向性を与えることができる程度の資料は、存在していると解されるのである。」⁶⁹⁾

土井教授は、包括的基本権条項の原意の具体的探究に先立って、日本国憲法の制定過程全般に渡っての基本的理論問題を検討しているので、この点にふれておくことにしよう。まず、ポツダム宣言受諾の意味についてである。宮沢俊義博士の「八月革命説」を批判的に検討し、ポツダム宣言の受諾により、直ちに国内法秩序が変動したと見るのは困難であり、ポツダム宣言受諾後も帝国憲法秩序は、連合国による制限を受けつつも存続したと見るべきであって、ポツダム宣言による国際的な義務を履行すべく、日本国憲法が制定されたと解すべきであるとする⁷⁰⁾。「それゆえ、ポツダム宣言自体は、形式上、あくまで国際関係に属するものであって、それ自体を憲法として取り扱うべきではなく、日本の憲法の制定過程については、日本国憲法の審議を中心に検討すべきであ

67) 同上・24頁。

68) 同上・28頁。

69) 同上・27頁。

70) さらに、例えば、有倉遼吉・憲法講義(上)第一分冊(1978年)21頁以下参照。

る」⁷¹⁾。次に問題となるのは、日本国憲法の起草に連合国総司令部が深く関与した点である。土井教授は、この問題を一般的あるいは画一的な先入観で議論すべきではなく、なによりもまず、個別的かつ実証的な検討をする必要性を力説する。極東委員会の発足が間近にせまっていたこと等の国内・国外の状況を踏まえた上で⁷²⁾、「帝国議会に対して、実質的責任を以て改正草案を提出したのは内閣であり、起草段階の総司令部との内部的交渉は、最終的には内閣の責任において統括され、この草案に対する最終責任は内閣にある」⁷³⁾のであり、「憲法解釈において意義を有する起草者の理解とは、内閣が示した解釈を意味する」⁷⁴⁾。帝国議会における審議については、次の二点を指摘している。「第一に、総司令部は議会に対して直接干渉的な行為を行うことはなかった。……次に、草案の修正については、最終的に総司令部の同意が必要であったものの、実際には、非常に重要な修正がいくつかなされておき、しかも、議会での審議は、およそ三箇月にわたるものであって、決して形式的なものではなかったのである。」⁷⁵⁾さらに、土井教授は国民主権原理の観点から、日本国憲法の成立過程を検討する。日本国憲法は、形式上、明治憲法73条の改正規定に従って定められたことから、佐々木惣一博士は、日本国憲法を欽定憲法とする立場を採用したのであった⁷⁶⁾。これに対して土井教授は、「国民主権の憲法を天皇主権に基づかせるのは自己矛盾であり、従って、日本国憲法の効力根拠は、もはや天皇の意思ではない……。旧来の憲法秩序それ自体を否定した上でも、新しい憲法秩序は自律的に存立し得る」とする⁷⁷⁾。日本国憲法が明治憲法の改正手続により制定されたのは、政府も総司令部側も、法的連続性を徒に否定することを望まなかった等の理由からである。1946年4月10日に行われた総選挙により構

71) 土井・前掲注55(3)論文5頁。

72) 同上・5-7頁。

73) 同上・7頁。

74) 同上。

75) 同上・7-8頁。

76) 佐々木惣一・改訂 日本国憲法論(1952年)176-7頁。

77) 土井・前掲注55(3)論文・9頁。

成された帝国議会が、国民の意思を表明すべき代表機関なのである。なお、「貴族院でなされた修正や議論に法的な意義を認めるか否かという問題が残される」が、「衆議院による再議決によって追完するという法律構成をとるのであれば……貴族院を排除する必要は……ない」のである⁷⁸⁾。

「憲法制定のための国民代表機関は帝国議会であり、そのように考えることにより、日本国憲法の制定手続は、国民主権の基本原則から逸脱するものではなかったと解することができる。従って、憲法制定者理解を考える場合に、その中核となるのは、帝国議会における審議であり、そこにおいて表明された公式の起草者たる政府の見解と、それに対する議員の見解を中心に検討を行うべきであろう。」⁷⁹⁾

以上のような理論的検討を踏まえて、土井教授は、日本国憲法の制定過程において、包括的な基本的人権保障の問題がいかん理解されていたかについての歴史的検討を行っている。まず憲法草案確定段階までの経緯についてである。この総司令部草案作成過程のなかで見逃し得ないのは、人権規定の第一次試案に存在していた権利の列挙に関する規定、すなわち「この憲法に列挙されていない権利は国民に留保される」という趣旨の、アメリカ合衆国憲法修正第9条ないしは第10条に相当する規定が、人権委員会と運営委員会との合同会合において、ハッシー中佐の反対により削除されたことである⁸⁰⁾。ハッシー中佐は、その際、「残余の権能は国会に存するのであり、国民が自ら創設した国会に反する権利を有することはありえない」との趣旨の発言をしたといわれている⁸¹⁾。土井教授は「総司令部は第三章に掲げた権利を限定列挙であると解していた可能性が高」いが⁸²⁾、幸福追求権については、「人権条項としての法的意義を認

78) 同上・10頁。

79) 同上・11頁。

80) 高柳賢三他編著・日本国憲法制定の過程Ⅱ(1972年)149-51頁、犬丸秀雄監修・日本国憲法制定の経緯(1989年)112-3頁、ベアテ・シロタ・ゴードン(著)平岡紀子(構成・文)・1945年のクリスマス(1995年)174頁参照。

81) 高柳賢三他編著・日本国憲法制定の過程Ⅰ(1972年)194-7頁参照。

82) 土井・前掲注55(3)論文・16頁。

めたと解する余地がないわけではない」とする⁸³⁾。一方、「政府の要綱作成段階では、基本的人権条項の性質、あるいは権利の列記に関する問題について、特に議論、検討がなされた記録は見当たらず、この段階での起草者の理解は不明確であると言わざるを得ない」のである⁸⁴⁾。

それでは、第90帝国議会における審議において、日本国憲法第三章に個別的に列記されている基本的人権条項が、法的権利の限定列举を意味するのか、あるいはその例示に過ぎないのかという問題について、どのような議論がなされたのであろうか。なお、土井教授は「限定列举」という用語のここでの使われ方について、「包括性を有する一般条項の存在そのものを否定し、あるいはそれに対する法的権利性を認めず、憲法により列記された個別的な基本的人権のみが、法的権利として意味を有するという立場を指すものとする」としている⁸⁵⁾。基本的人権条項の限定列举性について、帝国議会における議論を中心に検討を加えるわけであるが、土井教授は、次のような注意を喚起している。

「この際に、まず留意しなければならないのは、帝国議会の審議において、この問題は第13条の規定をめぐって論議されたわけではないということである。従って、第13条とりわけ『幸福追求権』に関する部分について、議会の審議を調べてみても、ほとんどこの問題に関連する叙述は出てこないのであって、むしろこの問題は……第11条をめぐる問題として議論されたのである。」⁸⁶⁾

この権利規定の列举に関する問題について、土井教授は、第90帝国議会の貴族院における佐々木惣一議員と金森徳次郎国務大臣との質疑応答、さらには牧野英一および沢田牛麿各議員との質疑応答に着目し、次のように結論付ける。

「ここに至って起草者の見解は、ほぼ明瞭になったと言えるように思われる。その要点をまとめれば、第一に、第11条前段の『基本的人権』とは自然

83) 同上・17頁。

84) 同上・18頁。

85) 土井・前掲注55(4)論文・10頁。

86) 同上・11頁。

権的な由来を有するものを指し、この規定は、およそ基本的な人権と考えられるものについては、そのすべてについて国民が享有することを保障するものであると理解するのである。そして第二に、後段の『この憲法が国民に保障する基本的人権』とは、後続の規定において列挙されている個別的基本的人権の単なる総称ではなく、前段において保障した範囲での基本的人権、すなわち『すべての基本的人権』を指すものと理解するのである。このような解釈は、先に触れた総司令部第二次案のように、『以下の』という文言があれば成立することが困難なのであるが、結果的にこの文言が削除されたことにより、このような解釈も理論的に成立する可能性が認められるように思われる。しかし第三に、『すべての基本的人権』といっても漠然としており、後の解釈に委ねることで、信教の自由や表現の自由といった重要な権利が欠落、排除されることを避けるために、制定の時点において特に重要と考えられるものについて、個別的に規定を行ったものであり、それは基本的人権の限定列挙ではなく、例示であると考えるのである。⁸⁷⁾

このことは、衆議院段階においても同様であり、個別的基本的人権条項による限定列挙という考え方は明確に否定されており⁸⁸⁾、審議に関係した者がその後公刊した文献、すなわち『新憲法の解説』、金森国務大臣の『憲法遺言』、入江俊郎法制局長官の『日本国憲法読本』、芦田均衆議院憲法改正案委員会長の『新憲法解釈』のいずれを検討しても、このような理解の正しさを補強するものである⁸⁹⁾。

以上が日本国憲法13条の原意についての土井教授の見解である。土井教授の立論について、まずもってふれておかなければならないのは、理論としての原意主義そのものの分析・検討の優れていることである。この点について、教えられることが多々存在し、異論の余地はほとんどない。ただし、原意主義と先例拘束性の原理が全く両立し得ないかのように捉えている点には賛同できな

87) 同上・14頁。

88) 同上・16頁。

89) 同上・17-9頁。

い。また、原意は、一般に、問題解決の原理を提供するだけであり、そのままで解答となるものではないことについて、認識に違いがあるように思われる。とはいえ、土井教授の見解においても、未だ解明されていない問題が、二つ残されている。第一点は、土井教授によって明らかにされたのは、憲法11条の原意であり、確かにそこで使用されている「基本的人権」は包括的なものであり、それ以下の条項に明示されたものに「基本的人権」が限定されるものではないとしても、それは憲法13条にいう幸福追求権の原意そのものではないということである⁹⁰⁾。日本国憲法11条にいうところの「基本的人権」は自然法的背景を有し、従ってそこで「基本的人権」は憲法に列挙されたものに限るわけではないとしても、そして憲法制定者が確かにこのように理解していたとしても、憲法13条の幸福追求権が新しい人権の根拠となり得ることとはまた別の問題であるように思われるのである。このことと関係して、次に問題となるのは、日本国憲法11条にいうところの「基本的人権」が包括的なものであるとしても、憲法制定者は新しい人権の認定をどこに委任していたのかということである。土井教授は、金森国務大臣の答弁を引用した上で、「これらの権利がその後の政治過程によって、すなわち法律などの措置によって保障されていくだけでなく、学問すなわち解釈学によってその範囲を実証していくことを期待されている」と述べている⁹¹⁾。しかし、今日の包括的基本権論、すなわち新しい人権論は、そこで基本権ないしは人権を裁判規範と考え⁹²⁾、裁判所による救済を前提としているのであり、包括的基本権条項が裁判規範となることを土井教授は立証していないのである。違憲立法審査権について81条に明記されていることから、包括的基本権は裁判所の解釈に委ねられることを、当然の前提としているのかもしれないが、憲法に個別に列挙されているものについてはそうであると言っても、個別に列挙されていないものを裁判所が認定し、しかもそのように認定したものによって立法等を無効にするのは憲法上の権限配分にとっ

90) 同上・20頁参照。

91) 同上・14頁。

92) 例えば、芦部信喜・憲法 新版(1997年)114頁以下。

て極めて重大なことである。国会を「国権の最高機関」としている日本国憲法にとってはなおさら重大なことなのである。土井教授は、自身の問題関心を「司法府による有権的憲法解釈」と表現している箇所が存在するが⁹³⁾、新しい人権を認定するのが裁判所なのか、憲法制定者も確かにそのように考えていたのか、検討し分析する必要があるように思われる。

結局、土井教授が憲法制定者の原意として明らかにしたことは、日本国憲法11条において使用されている「基本的人権」は、自然法的背景を有するものであり、「基本的人権」は以下の条項に列挙されているものに限定されるものではないこと、そしてそれが何であるかは学問的検討に委ねられていることである。これらのことを明らかにしたこと自体非常に有益であったとはいえ、憲法13条の原意として、新しい人権を認めていることの立証はなされていないのである。

93) 土井・前掲注55(2)論文・7頁。