

## 憲法人権論

— 政治的自律の保障

手島 孝

### 第三講 政治的自律の保障

近現代憲法として日本国憲法は、国民即国家の場で国民の政治的自律を人権として保障する。第一講でパラフレイズした近代憲法的人間像(Ⅱ)の二—2と二—3、ないし現代憲法的人間像(Ⅲ)の二—3の諸側面に照応するものだが、この「能動的」として一括される人権は、自余一切の人権すなわち「受動的」人権が「国民と国家の対向(国民対国家)を前提とするのとは逆に、「国民と国家の相即」に志向する点、根本的に異なつた——あい反する——展開の場に立つのである。

国民の政治的自律とは、政治的支配の社会装置としての「国家」が存立する限り概念必然的に当該支配の人的客体

たらざるをえない「国民」が、にもかかわらず、自らの意思を国家意思に連結することで、客体性（Ⅱ他律性）を極小化し主体性（Ⅱ自律性）を極大化する政治（ないし国家）システムといえよう。このシステムは、システム自体の正当化原理を供給するイデオロギー（Ⅱ国民主権）と、その作動・実働化に仕える制度的仕組（Ⅱ民主制）と、両サブ・システムから成っている。

これに対応して、ここでの人権（能動的人権）も、国民主権的人権と民主制的人権とに大別される。明らかに、前者は実体的人権、後者は手続的人権である。

## I 国民主権的人権

国民の政治的自律の正当化原理としての国民主権の委細については、憲法総論ないし統治機構論の所説に譲る（手島『憲法解釈二十講』三四〜四五頁）。ここでは、日本国憲法が国家の政治的支配の正統性の根拠としての主権（事実に究極の権力、規範的には究極の権威）を国民（精確には人民）に在るとしている（前文一項一段、一条）ことの確認から出発すれば足る。

そうすると、国民主権（権の字を含むが、権力・権威の謂であつて、未だ必ずしも権利を意味しない）の政治原理が法（その主観的側面——客観的法がその受益主体の立場からとらえられた場合——が権利である）に化体する——法化する——のは、先ず憲法制定権であり、次いで、システム正常機能の場合、憲法改正権に極まる参政権、そしてシステム危機の非常事態に際しては、原状回復に働く抵抗権と現状打破に向かう革命権ということになる。

## 一 憲法制定権

国民の憲法制定権（以下、制憲権ともいうことにする）は、国民主権が法的に発現する最初で最高の形態として、実定法全体の源を成す憲法を生み出す人権である。

これは、国民主権からの必然の帰結であるから、日本国憲法においては、明示されていなくとも不文で承認されていると解すべきこと、いうまでもないが、成文の上でもその確認に通ずる文言・規定を見ることができるとは、すなわち、劈頭、前文一項一段は「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」と謳って、——それが歴史的事実に符合するかどうかはさておき、理念としては——この憲法が国民の制憲権の発動であり、そのことよって正統化されることを憲法正文上明認する。また、九六条一項は国民の憲法改正権（以下、改憲権ともいうことにする）を定めるが、これは、論理的に国民の制憲権を前提しなければ理解できまい（改憲権が「制度化された制憲権」とも呼ばれる所以）。

もつとも、憲法全体、延いて実定法体系全体に生命を吹き込むこの人権は、或る特定の国民主権憲法について考えた場合、その実際の行使は、論理上、当該憲法のまさに生誕時の一回きりに終らざるをえず、以後は、憲法の同一性が保持されている限り、原則として——改憲権とは異なって——もはやその出る幕はない。しかし、国民主権以外の主権原理に立脚した憲法のもとでは革命権ともども随時出番があることは当然として、国民主権憲法のもとでも、例外的には、危機の極限状況において国民の抵抗権ないし革命権の発動から国民の制憲権の再行使ないし新行使に至ることがありえよう。そして何よりも、現実に行使されること稀有であろうと、<sup>レン・デイトル</sup>「国民主権の憲法システムを根底で支える基本理念を人権の言葉で表現したもの」として、存在するだけでその存在理由は絶大である（芹部『憲法学Ⅰ』一九二頁にいう「憲法の妥当性の根拠が国民意思にあることを表わす構成的概念」か。なお、次項「憲法改

正権」末尾の所述参照）。

## 二 憲法改正権

国民の憲法制定権は、一段階下れば、国民の憲法改正権、すなわち現行の憲法をその同一性の枠内で（明示的に）変更する人権に連なる。先に前項で触れた日本国憲法九六条一項の前段（この憲法の改正は、……国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならぬ）が、そのことを明らかにしている。

憲法の「制定」と「改正」の違いは、詳しくは——「変遷」など関連概念とセットで——憲法改正制度に論及する終講（第十講）で扱うとして、ここでは、全く新しい（換言すれば、旧憲法と同一性のない）憲法を作る場合が前者、既存の憲法にその同一性を害さず明文の改変を加える場合が後者、とのみしておく。（したがって、「同一性」の基準が問題であるし、さらに、同一性にこだわらず、主権者たる国民は何ごとをも意思しうるとする憲法改正無限界論に立てば、改正はそのまま制定に連なりうることになるが、本書は限界説をとり「同一性」の基準は現憲法の基本原理に求めること、巻末に後述するとおりである。）

ちなみに、制憲権も改憲権も、国民一人ひとりの人権たる側面と不可分に、国家機関的立場での国民総体の権限・権能たる側面を有するが、これは、選挙権の場合（手島『憲法解釈二十講』五三〇四頁参照）同様、およそ「公権」に共通のことである。後者の側面は統治機構論に委ね、ここでは前者の側面に焦点を合わせている。

## 三 参政権

いったん成立し起動し正常に作動している国民主権憲法システムの中で、国民が、主権者として、その時どきの国

家の政治的、意思の形成・決定に、主動的にかかわる人権を有することは当然であり、このことは、その究極形態である上述の憲法改正権の場合に限らない。これを—憲法改正権も含め—参政権と総称することにする。すなわち、ここに参政権とは、右の意味での—制憲権と抵抗権・革命権以外の—能動の実体基本権を指すものとし、選挙権（それは、本書では、能動的手続基本権に位置づけられることになるが）を中心に構成される一般の参政権概念（例えば、芦部『憲法学Ⅱ』八一頁）とは用法を異にしている。

最高裁判所は、国民の「政治活動の自由」といい（最大判昭53・10・4民集三二―七一―二二三）、国民の「政治的行為をなす自由」について語って（最大判昭45・6・24民集二四―六一―六二五）、学説ともども、これをもっぱら「表現の自由」（二二条一項）で根拠づけているように思われる（最大判昭49・11・6刑集二八―九―三九三参照）が、正鵠を失する。なぜなら、国民が自由に政治活動・政治的行為をなしうるのは能動的人権としてであり、ここで「自由」をいうとすればそれは「国家への（アプローチの）自由」を意味すべき（この意味でならば、本項の参政権は「政治活動の自由」と言い換えも許されよう）であって、もともと「国家（的干渉）からの自由」にはかならない受動的かつ消極的、人権たる表現の自由とは、現象面で重なり合うことはあっても、本質を同じくするものではないからである。

では、このような参政権の憲法的根拠は何処にあるのか。制憲権・改憲権と同じく、国民主権憲法のシステム構成原理そのものにあると解すべきであろう。あえて条文を挙示するとすれば一三条か（なお、第八講Ⅲ一参照）。

国民の参政権から、国民の政党結成権が派生する。今日の憲法現実にあつては、国民の参政権が実効を挙げるには多くの死活的場面で政党の媒介を不可欠とする（詳しくは、手島『憲法解釈二十講』一三〇頁以下〔第九講「政党国家の憲法問題」〕からである。ここでも、通説は根拠づけに「結社の自由」（二二条一項）を援用するが、短見であ

ること、前々パラグラフに述べた参政権の場合と同断。

#### 四 非常人権

国民主権憲法が、内発的にせよ外発的にせよ、その存立にとって危機的な脅威にさらされ、正常な作動から外れて致命的な機能不全に陥った秋、憲法の根本価値を守るため、他にとるべき方策がない場合には非合法的実力行使に訴えることも、主権者たる国民に最後の手段として許されていると考えねばならない。そのような危急の非常事態における国民の緊急的権利を、ここで非常人権といおう。

原状回復(もとの憲法システムの復元)に志向し現憲法維持的に働く場合を抵抗権、終には新たな憲法システムの創設(憲法定権の行使)に至る現憲法超克的発動の場合を革命権とする。

#### 四-1 抵抗権

抵抗権の語はすでに一七八九年のフランス人権宣言第二条(「すべて政治的結合の目的は、人の自然的かつ時効にかからぬ諸権利の保全にある。これらの権利とは、自由、財産、安全および抵抗である」(傍点、引用者))に見えるが、この *résistance à l'oppression* の意味するところは、その歴史的文脈(アンシャン・レジームへの抵抗)からして、むしろ革命権の方であろう。

本書にいう抵抗権は、ドイツ(当時、西ドイツ)基本法に一九六八年の第一七次改正で追加された *Recht zum Widerstand* の規定(二〇条四項「この秩序〔憲法的秩序〕を排除しようとする者に対しては、すべてドイツ人は、他の救済手段が可能でない場合、抵抗への権利を有する」(傍点、引用者))に明示の表現を見出しているものである。

日本国憲法には明文の条項を欠くが、国民主権憲法に当然内在する人権として、その全体構造が内蔵することに疑

問の余地はない（とくに前文一項と一二条前段に注意。なお、手島『憲法解釈二十講』三〇三〜五頁参照）。

#### 四―2 革命権

革命権とはいえば、国民主権憲法のもとでは、抵抗権のようにスムーズには理解されにくい。

非―国民主権の憲法が支配するところで、「**庄政**」に抗し国民主権原理（↓国民の憲法制定権）を振りかざして現存憲法の破壊・克服をめざすことは、きわめて「**自然**」であろう。実際、上述フランス人権宣言の「**庄政への抵抗**」も、またそれに先立つ一七七六年のアメリカ独立宣言が謳う「**人民の不可譲の諸権利**」にとって破壊的となった政体」を  
変更または廃止し、人民にとって彼らの安全と幸福を最もよく実現できそうに思える諸原則に基礎を置き、そのような形態で諸権力を組織して、新しい政府を設立する「**人民の権利**」も、まさにその文脈での革命権の闡明であった。

だが、いったん国民主権憲法が確立されると、同根の国民主権原理に拠る革命権の主張は正当性の弁証が容易ではなくなる。なるほど、国民主権憲法のもとでも「**庄政**」は起こりうるが、その場合に国民が逆襲の大義名分とする非  
常人権としては、本来の憲法（＝国民主権憲法）の実効性回復に指向する抵抗権（本書の意味における）で足るわけである。

結局、既存の憲法（政治体制）を根底から覆えし全く新しい憲法（政治体制）をもって替える革命を正当化することの究極の能動的な人権が問題となるのは、国民主権憲法下では、そこでの「**国民主権**」がそれを実働化すべき民主制（次節参照）とも一体的に実践上検証された結果、不真正であることが判明した場合、あるいは、国民主権といえども免れぬ運命として、歴史の進展に取り残され人間性の展開に却って桎梏と化す事態が出来た場合というきわめて稀なケースに限られることになる。

革命権は、そもそも現行憲法にとってその容認は自己矛盾を意味しかねない。されば、現今、これをあえて承認す

るにしても不文にとどまる。そして、まさにここにおいて、人権の根源が超実定法・超憲法の次元にあるということが、許多の人権中、最も鮮明に示されるのである。

なお、革命の一連の過程において、革命権はもっぱら現憲法破壊の段階に役割を演じ、続く新秩序建設の段階では、それは憲法制定権（本節一）へと転化する。両者は同一物の継時的メタモルフォーゼである。

## Ⅱ 民主制的人権

実体権である国民主権的人権（なかんずく参政権）の実現を手続的に保障するのが民主制的人権である。

能動的たると受動的たるとを問わず、およそ手続基本権は、手続の人為的形成すなわち実定制度化に俟たざるを得ない意味では後国家的ということにもなるが、しかし、それを不可欠の実現手段とする価値（ここでは、国民主権）の前国家性ゆえに、後者と一体を成して、なお前国家的人権たるを失わぬのである。

能動的実体基本権（国民主権的人権）のうち、国民主権憲法システムが危殆に瀕する非常事態に初めて姿を現わす抵抗権、革命権、制憲権は——それらの例外的・非日常的・臨機応変の本質上——手続になじまないが、システムが正常に作動している事実上圧倒的に一般的な安定的状況においてそのもっぱらの発現形態である参政権（改憲権を含む）は、むしろ手続化（すなわちシステム化）してこそ実効的な自己実現を期することができる。如何に国民主権を呼号しても、とくに国民と国家の間の疎隔が急速に進む現代、両者を連結するパイプなりルートなりが定型化されあらかじめシステムに組み込まれていなければ、国民主権的政策決定の大量の需要に適時・的確に対応するに術なく、むなしから雷に終ること必定、というわけである。



こうして、能動的手続基本権としての民主制の人権が登場するが、これは、国民主権原理（正統性の契機）に対しその作動に任ずる政体原理（制度化の契機）と把握された民主制（手島『憲法解釈二十講』四五頁参照）の人権的側面にほかならず、されば民主制的人権という。

ところで、日本国憲法における国民主権が、正しくも、フランス憲法（学）にいう「国民主権」よりは「人民主権」にできるだけ「引きつけ」て解さるべきである（手島『憲法解釈二十講』四一―四五頁）とすれば、そこでの主権作動原理も、むしろ直接民主制が本則となつて、間接（代議制）民主制を原則とする通説は逆転される。現に、通説がその所論の最強力な根拠の一つと目する国民の公務員選定罷免権（一五条一項）にしてからが、実は、それ自体は公務員（これが信託原理〔前文一項二段〕によつて―その限りで―国民の参政権の代行者となることは確かだが）を直接に選定・罷免する権利、いわば、間接民主制を起動（ないし停止）させる直接民主制的人権ではないか！

ここにおいて、日本国憲法が明示または黙示的に認める民主制的人権は以下のように整理して示されることになる。

#### 一 政策発案表決権

先ず、国（または地方公共団体）の決定形成に国民が直接かかわる手続的権利が挙げられる。

もちろん、現代政治のすべての局面にその適用が見られるわけではない。社会技術的理由から間接民主制によるほかない場合が、事実上、量的には圧倒的たらざるをえぬであろうが（もつとも、かつて狭まる一方と思われた直接民主制の可能性の社会技術的限界は、今や「テレ・デモクラシー」化によつて逆に推し拡げられつつもあることに注意）、しかし、少なくとも基本的・本質的な場面には国民の直接的意思表明の機会が手続的に確保されていなければ、人民主権的意味での本来の国民主権は有名無実化してしまふ。

ここで現実性ある制度化として登場するのが、国民発案権イニシアティヴと国民表決権レフェレンダムの両つである。

### 一 国民発案権

重要政策の提案を国民が一定の手続で直接行う権利である。

ドイツの一九一九年憲法(いわゆるワイマール憲法)は、「法律案の提出」(憲法改正の提案を含む)を「有権者の十分の一〔以上〕」に認める「国民発案フォルクスベゲレン」を規定していた(七三条三項、なお七六条一項四段参照)。現在では、スイス憲法が、「憲法改正」について——全面改正と部分改正とそれぞれ異なる手続による——イニシアティヴを「有権者たるスイス市民一〇万人〔以上〕」にもあるものとする(一一〇条・一一二条)。

日本国憲法にそのような定めはない。しかし、その国民(人民)主権の全体構造は、国民発案に否定的とは到底思われない。このことは、この憲法のもとで法律(憲法と同時施行の地方自治法)が、国に準ずる公権力主体である地方公共団体(憲法第八章)につき住民に「条例の制定改廃」、「事務の監査」、「議会の解散」および「議員・長等の解職」の四種類の「直接請求」権を認め(一二条、一三条、七四条、八八条)、これが学界でも実務上も絶えて何ら違憲視されてきていないことに、如実にうかがえるのである(もし憲法が国民発案——一般に直接民主制——に否定的で、したがって憲法明示以外には認めないのならば、法律所定の「直接請求」は当然に違憲となってしまうはずである。なお、一九九五年には、市町村合併特例法の改正で、合併協議会の設置を求める直接請求制度が新設されている〔同法四条〕)。国政のレベルでも、憲法明記の間接民主制的諸規定に抵触(国会に「発議」権が留保されている憲法改正の場合〔九六条一項前段〕)がその一例)しない限り、国民発案を立法措置で制度化し(そのとき、国民発案権は単に法律上の権利たるにとどまらず、憲法に——不文ながら——根拠をもつ人権となる)、あるいは国民発案的な憲法慣行を確立することは、合憲であるばかりか、疑いもなく憲法システム補完的、いや促進的ですからある。

今のところ、該当する立法は国レベルにはなく、問題となりうるのは、国民発案的な憲法運用である。ここにおいて、君主制出自の古びた革袋ながら、直接民主制という新酒を盛るべく見直されるのが、請願権である。

日本国憲法一六条によれば、「何人も、損害の救済、公務員の罷免、法律、命令又は規則の制定、廃止又は改正その他の事項に関し、平穩に請願する権利を有し、何人も、かかる請願をしたためにいかなる差別待遇も受けない。」

この権利は、「請願」(請い願う)の用語(出典は漢籍の「宋書 王僧達伝」という)にも明らかのように、君主の恩恵を懇願するところに始まっている。世界の法制史上最初にその保障が出現するのは、一六八九年、イギリスの権利章典ビル・オブ・ライツであり、同章典が「主張し確認する」一三の「古来の権利・自由」の五番目に「国王に請願する臣民の権利」を見ることが出来る。このような沿革を踏まえ、今日、わが憲法学界では次のように説くのが一般である。

「請願権は、歴史的には、専制君主の絶対的支配に対して、国民が自己の権利の確保を求める手段として発達してきた権利であり、かつては国民が政治的意思を表明するための有力な手段であった。ところが、現代では、国民主権に基づく議会政治が発達し、言論の自由が広く認められるようになり、請願権の意義は相対的に減少している。それでもなお、国民の意思表明の重要な手段として『参政権』的な役割を果たしている。」(芹部『憲法』一九二頁)

しかし、その今日なお果たす『参政権』的な役割をいふのならば、それは、国家機関への希望の表明を妨げられないというにとどまる弱い「国務請求権」と考えられてきた旧来の請願権の延長線上でよりは、むしろ、換骨奪胎、国民発案的な直接民主制のルートを開発すべき新時代の要請に沿った積極的方向において見出されるのが正しいと思われる。すなわち、請願法(全六条)、国会法(七九条〜八二条)および地方自治法(一二四条・一二五条)に具体化されている請願権を、国民は、今日、国民発案的に活用すべく(憲法が請願事項の例示として特に「法律、命令又は規則の制定、廃止又は改正」を挙げているのは示唆的)、国家機関の側もこれを国民発案代行的なものとして受け

取り尊重する憲法運用が慣習(↓慣習法)化することが望ましい。その際、現行法によっても——請願は一般には「官公署において、これを受理し誠実に処理しなければならない」(請願法五条)法的効果を生ずるに過ぎないが——ほかならぬ国会への請願は、すでにして、「各議院において委員会の審査を経た後これを議決する」ことが義務づけられている(国会法八〇条一項)のに注目しよう。

### 一―2 国民表決権

重要政策の決定を国民が一定の手續で直接行う権利である。

日本国憲法は、そのようなものとして、憲法改正を「承認」するか否かの「国民投票」(九六条)と、「一の地方公共団体のみに適用される特別法」について「同意」を与えるか否かの「その地方公共団体の住民の投票」(九五条)とを定めている。(他に、最高裁判所の裁判官に対する「国民の審査」の「投票」(七九条二―四項)も挙示されるのが通例であるが、これは、形式的にはレフエレンダムではあるものの実質的には公務員罷免リコールなので、次項「二」の文脈で取り上げるを適当としよう。地方自治法所定「このことの憲法的意味については上述一―1の場合を参照されたい」の「議会の解散」および「議員・長の解職」の直接請求に基づく「選挙人の投票」(七六条三項、八〇条三項、八一条二項)も同断。)

ここでも——憲法の成文規定を欠く国民発案について述べたと同じく——、憲法明示の場合が右の二例にとどまることは、憲法の国民(人民)主権的全体構造からするとき、他に―不文の―国民表決の可能性を全く排除することを意味するものとは解されない。憲法所定の間接民主制の公式構造と両立する限り、国民表決的制度的立法化もしくはその都度の採用、または国民表決的憲法慣行の形成は、違憲ではなく、むしろ憲法の歓迎するところである。

ワイマール憲法は、憲法改正を含む立法につきライヒ議会の議決に加え「国民決定」フォルクスエントシャイトを必要とするケースをか

なり広範に定めていた(七三条と七六条)し、現行スイス憲法は、憲法改正には義務的に(一一三条)、連邦法律、一般拘束的連邦決議および一定内容の条約には「有権者たるスイス市民五万人(以上)または八(以上の)カントンが要求するとき」(八九条)、成立の最終要件として国民投票に問うことを求める。

これらを参考にしながら考えると、わが憲法下に国民表決が不文で認められる「憲法所定の間接民主制の公式構造」と両立する限り<sup>4</sup>というのは、恐らく、法律については国会の単独議決権(五九条)、条約については内閣の締結権と国会の承認権(七三条三号)、また行政については内閣責任の原則(六五条、六六条三項)を害さぬ限度ということであり、したがって、成立要件ではない諮問<sup>コンシユルタティフ</sup>的なレフェレンダムとしてならば、一般的立法または個別的な国会議決もしくは閣議決定によって採用可能であろう(それら憲法明文の規定とかかわらぬ政策決定の領域では、決定の発効をからしめる本来のレフェレンダムも合憲であること、勿論)。もし、諮問的とはいえ、その結果を最大限尊重することが憲法慣行として常態化すれば、現憲法のもとでも、本来のレフェレンダムと隔たることそう遠くない直接民主制的憲法運用が見られることになる。

## 二 公務員選定罷免権

次いで、劣らず重要——というより、現代の国政では実際には、より重要——なのが、主権者たる国民の決定形成を代行する「公務員」に、そのような代行権を与奪する国民の手続的権利、すなわち「公務員選定罷免権」である。

憲法前文は、国民を設定者兼受益者、公務員(「国民の代表者」)を受託者とする「信託」<sup>トラスト</sup>の法理によって(手島『憲法解釈二十講』四八〇九頁参照)間接民主制を正当化する。曰く、「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、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。

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（一項二段・三段）。この「信託」関係を設定ないし解除するのが、国民の公務員選定罷免権にほかならない。「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」との憲法条項（一五条一項）は、実にこのような文脈の中に位置している。

すなわち、公務員選定罷免権は、日本国憲法を作動させる民主制システムにおいて、理念的本則たる直接民主制サブシステムから、現実的常則ノーマルシーである間接民主制サブシステムへの転轍点を成す（後者——したがって、その担い手の公務員——は、この転轍点を介して、前者——したがって、その主体である主権者たる国民——から正統性を受け取ることになる）。

このように当該手続権は、たしかに間接民主制の正統（合システムの）な成立を支える効果のものではある——されば、通説が間接民主制的権利と誤認するのも、故なしとしない——が、しかし、すでに述べたとおり、それ自体は国民の政治的意思の直接的発動として直接民主制に属するもの（「間接民主制を起動ないし停止させる直接民主制的人権」）であることに留意しなければならない。

これは、その効果の正負（プラスかマイナスか）によって、公務員選定権と公務員罷免権とに分類される。日本国憲法において、両者はともに一般投票の手続による。すなわち、前者は「選挙権」であり、後者は「解職権リコール」である。

## 二—1 選挙権

選挙とは、社会技術として、多数人（選挙人団）の協同行為（各人の投票の集計による多数決）で公務員を選定する手続をいう。選挙権は、選挙によつて公務員を選定する権利である。

日本国憲法は、国会議員（四三条一項、四四条、四七条）および「地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員」（九三条二項）について、その選定を国民（ないし住民）の選挙にかからしめる。したがって、

国民の選挙権は、これらの公務員に関して憲法上明定されていることになる。この選挙権は、「成年人」たるすべての国民に、財産・収入を要件とすることなく（「普通選挙」）、認められる（一五条三項）。また選挙権には、「投票の秘密」の不可侵と、「その選択に関し、公的にも私的にも責任を問はれない」保障とが伴う（同条四項）。

① 選挙権の法的性格　これについては、その権限（選挙人団という国家機関としての権能・資格）ないし公務（選挙という公の職務の執行）としての側面を強調する見方もあるが、本質的にはやはり「国民主権を宣言する憲法の下において……国民の最も重要な基本的権利の一」（最大判昭30・2・9刑集九―二―二七）、「基本的人権の一つ」（最大判昭43・12・4刑集二二―一三―一四二五）と把握すべきであろう（手島『憲法解釈二十講』五三―四頁参照）。

もとより、能動的手続権として不可避の制度化の過程で、ある程度「公務」的構成を被らざるをえないことは当然であるが（今日、わが学界の多数説は、「権利」と「公務」の両性質を併せ持つとする二元説に立っている。―芦部『憲法』一九六頁参照）。選挙権が、基本的人権であるのに、年齢要件、居住要件（地方公共団体における選挙権の場合）、欠格要件（禁治産者\*、受刑者、選挙犯罪に因る公民権停止中の者など）といった実定的制約（公職選挙法九条、一一條）を――他の人権に比し――少なからず受けるのは、この「公務」的性格に由来している（ただし、当該制約が選挙権の本質―人権性―を害さぬ必要最小限度にとどまるべきは、いうまでもない）。（\*一九九九（平成一一）年以降、成年被後見人）

② 選挙権の主体　これにつき、近時、定住外国人の選挙権が問題とされ始めている。たしかに憲法一五条一項の権利主体は「国民」と明示されているが、この「国民」は日本国籍保持者のみならず「日本国内における定住者」も含むものと解釈されるべきであるというのである。しかし、最高裁判所は、「主権が『日本国民』に存するものとする

憲法前文及び一条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らか」とした。ただし、地方公共団体における選挙権については、憲法九三条二項が在留外国人に選挙権を保障しているとはいえないが、憲法が地方自治を保障する趣旨から、永住外国人等に法律でその居住する地方公共団体の長・議員等の選挙権を付与することは憲法上禁止されてはいない（国の立法政策の問題）としている（最三小判平7・2・28判時一五三三四九頁）。

選挙権—遡って国民主権—との関係で、「住民」概念はともかく、「国民」概念は現在のところは右判例のように考えざるをえまいが、しかし、国際化・世界化がますます進む遠からぬ将来、国家や主権や国籍の諸概念と連動して国民のそれも大きく変容することは十分にありえよう。

③選挙権と平等選挙原則　憲法は「選挙人の資格」を法律で定めるものとし、その際「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて差別」することを禁じて、既述の普通選挙をも包括した平等選挙の原則を謳う（四四条）。なお、一四条の一般的な平等権・平等原則も勿論かわるが、これについては後述）。ここに選挙権の平等が明らかにされているが、これは、国民（人民）一人ひとり主権を保有する等価値の単位人格として遇することから出発する国民（人民）主権原理に、もともと内包される自明の理に過ぎない。そうすると、選挙権の平等というのが、定量的に投票の数的平等（「一人一票」—公職選挙法三六条参照）はいわずもがな、定性的に投票の結果価値（各選挙人の投票の影響力）の平等まで要求することも、当然である。

投票価値の平等をめぐることは、国会議員選挙における選挙区間の議員定数不均衡が現実政治の問題となっている。学界では、各選挙区の議員定数一当りの人口が最小と最大で二対一の比率を超えれば違憲とする見解が有力である（芦部『憲法』一一七頁参照）が、最高裁判所は、「各選挙人の投票の価値の平等もまた、憲法の要求するところ」とは



認める（最大判昭51・4・14民集三〇―三二―三三）ものの、非人口的要素を重視して、衆議院の場合一対三・一八の格差は違憲（最大判平5・1・20民集四七―一―六七）だが一対二・九二の較差はなお合憲（最大判昭58・11・7民集三七―九―一二四三）、参議院については未だ違憲の判断はなく一対五・八五の較差まで合憲（最二小判昭63・10・21判時一二二―一二三頁）としている（なお、手島『憲法解釈二十講』五八頁参照）。

④選挙権と直接選挙原則　憲法は、地方公共団体の長・議員・法定吏員の選挙には、「住民が、直接これを選挙する」（傍点手島）と規定する（九三条二項）が、国会議員の「選挙」には「直接」の明記を欠く（四三条一項・四七条参照）。しかし、そこから反対解釈で、後者には、準間接選挙（被選機関に選挙させる複選制）は無理としても、間接選挙（選挙人は選挙委員を選挙し、選挙委員が公務員を選挙する）が許されると結論する（宮沢・芦部）のは正しくない。その理由として、第一に、すでに述べた選挙権の「公務員の国民主権的正統性」賦与機能からすれば、選挙人と公務員の間はできるだけ直接でなければならず、すでにして地方公共団体の場合に直接選挙原則が要求されているのであるから、憲法上の重要さで勝るとも劣らぬ国会の場合、同じ要求が妥当すると考えるのが至極自然（したがって、九三条二項の「直接」は注意規定）であること、第二に、間接選挙は各選挙人の投票の結果価値をきわめてアンバランスならしめ、上述の選挙権の平等性（平等選挙原則）をも満足しなくなることに、が挙げられる。選挙権は、国会議員に対するそれも（いや、むしろ、すぐれてそれこそが）中間に媒体を介することなく直接に行使されることを属性とすると解すべきである。

この直接選挙原則からすると、現在公職選挙法によって衆参両議院にそれぞれ部分的に導入されている比例代表選挙は、憲法上問題なしとすまい。けだし、投票が候補者（その意義につき⑤参照）個人に宛てられず、しかも選挙過程に選挙人・候補者以外の者（「政党その他の政治団体」）の意思が大きく介入するからである。果たして、「国民の

政治意思を形成する最も有力な媒体」であり「議会制民主主義を支える不可欠の要素」として憲法が「(そ)の存在を当然に予定している」とされる「政党」(最大判昭45・6・24民集二四一六一六二五)の関与ということで、この憲法的疑義がクリアできるであろうか。

⑤被選挙権 選挙されて公務員となりうる資格(公務員に選挙される権利ではない)を被選挙権という。この資格は国民に一般的に認められる(四四条参照)が、近現代国家において確立された選挙制度では、社会技術的理由から——互選制その他ではなく——立候補制が採られているので、そこにおいては一般的被選挙権は立候補の自由としてあらわれ、権利性を帯びる。

これについて憲法明文の定めはない。しかし最高裁判例は、「被選挙権または立候補の自由」を「憲法一五条一項には、……直接には規定していないが、これもまた、同条同項の保障する重要な基本的人権の一つ」と解している。「誰を選ぶかも、元来、選挙人の自由であるべきであるが、多数の選挙人の存する選挙においては、これを各選挙人の完全な自由に放任したのでは選挙の目的を達成することが困難であるため」、立候補制度が採用されるのであり、「したがって、もし、被選挙権を有し、選挙に立候補しようとする者がその立候補について不当に制約を受けるようなことがあれば、そのことは、ひいては、選挙人の自由な意思の表明を阻害することとな……らざるを得(「ず、」この意味において、立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、……きわめて重要」と理由づけられる(最大判昭43・12・4刑集二二一一三一一四二五)。

## 二一 二 解職権

選挙権のいわば裏返し<sup>リコール</sup>が解職権である。すなわち、リコールが撤回、召還を意味するとおり、一旦「国民の代表者」<sup>マンデート</sup>として委任を受けた公務員を、一般投票(「負の選挙」)によつて罷免する(「委任を取り消し、呼び返す」)権利

である。

この場合、対象の公務員は選挙にかかる公職の占有者であることが正規形態であろうが、必ずしもそうとは限らない。日本国憲法のもとで、すべて公職の国民主権的正統性は、選挙によらなくても、究極の被選機関である国会（または地方公共団体の長・議員・法定吏員）が直接・間接に選任権をもつことで先ずは供給されているからである。現に、日本国憲法が明示的に規定を置くのは最高裁判所裁判官についてのみである（七九条二、四項）が、彼らは被選機関ではない（選任の国民主権的正統性は、国民↓国会↓内閣↓最高裁という連鎖で担保されているのである）。

憲法は、最高裁判所の各裁判官につき、「その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする」とし、「前項の場合において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免される」と定める（七九条二項・三項）。これが、「任命そのものを完成させるか否かを審査するもの」ではなく、「国民が罷免すべきか否かを決定する」「所謂解職の制度」であることは、最高裁によつても確認されている（最大判昭27・2・20民集六一―二二二）。もつとも、リコールといつても、上にも触れたように対象が被選機関でないことに加え、リコールでは普通に見られる「国民の発議」<sup>イニシアティブ</sup>を要件としないいわば「法定リコール」（宮沢・芦部『全訂日本国憲法』六四二頁）である点から、「変型リコール」といふべきか。

問題は、この国民の解職権が憲法明示の右の場合に限られるのかどうかである。もしそうならば、日本国憲法所定の「国民の公務員選定罷免権」は選定の方向にはオープンだが罷免の方向にはほとんど閉ざされていることになってしまい、憲法の全体構造は、「国民の代表者」（なかならず国会議員）への無拘束委任に基づく間接（代表制）民主制と性格づけられざるをえなくなる。しかし、すでに述べたように、そこでは逆に直接民主制こそが本則（間接民主

制はやむをえざる代行制度」と把握すべきとすれば、国民による公務員罷免も選定に対応してオープンである（『マンダ・タンベラティフ現代の命令委任（手島『憲法解釈二十講』四四～五頁・四七頁・四九～五〇頁・一六一頁参照）』）のでなければおかし。ということとは、リコールは憲法上不文でも認められることを意味する。

論より証拠、憲法に何の明文もないにかかわらず、つとに地方公共団体レベルでは、法律（地方自治法）によって、議会のリコールおよび議会議員・長・副知事（助役）・出納長（収入役）・選挙管理委員・監査委員・公安委員会委員・教育委員会委員のリコールが制度化され（同法一三条、七六条～八八条）、頻繁に利用されているが、それへの違憲論は絶えて聞かない。

国会議員についてはどうか。通説は、その拠って立つ“代表民主制”原則論（直接民主制は例外であるから憲法明示の場合に限る）を憲法四三条一項（「全国民を代表する」と）と五一条（「院外で責任を問はれない」）で補強して、リコール否定に援用する。しかし、それら両憲法条項は十分に直接民主制的改訂が可能であり、むしろ今やそのように理解すべきものである（手島『憲法解釈二十講』四四～五頁・五〇頁参照）から、国会議員を地方公共団体の場合と別異に論ずる根拠とは何らなりえず、すでにして地方自治法所定のリコールが合憲視されている以上、国会議員の場合も同日に談すべきである。いささか歯切れは悪いが、「結局、憲法はみずから「リコール制」の導入・樹立を準備していないだけで、国会が適切な判断のもとに、憲法四三条一項・五一条その他の関連憲法規定と矛盾抵触しないかたちで立法をおこない罷免権を制度化するのを禁じているわけではなからう」と説かれる（奥平康弘『憲法Ⅲ』四〇二～三頁）のは、ここで当らずとも遠くない。

さらに、百尺竿頭なお一步を進めるならば、立法措置が講ぜられていない段階でも、先に国民発案権の項目（二一）で言及した請願権（憲法一六条―そこでは「公務員の罷免」も請願事項として特記されている！）の活用によつ

て、リコールに近い事実的效果をもたらす憲法慣行を形成することが可能であり、それは憲法の歓迎するところでもあろう。

#### 第四講 個人的自由の保障

日本国憲法第三章人権の各則では、順序として先ず能動的人権が登場するが、それは条文では一つ二つに尽き（一五条、一六条）、後に続く量的に圧倒的な二十数ヶ条はもっぱら受動的人権の諸規定によって占められる。これは、成文憲法による人権保障が発生的・歴史的に何よりも国民対国家の フィールド 場 に立つ抽象的自由（プラス具体的生活）人を視野に置くことの必然の帰結であるが、これら受動的人権規定は、実体的と手続的とに、ほぼ前後二大別される。うち、実体的な受動的人権（広義の自由権）は、抽象的自由人をモデルとする消極的自由権（狭義の自由権としての個人権）と、具体的生活人を想定した積極的自由権（いわゆる社会権）とに、さらに両分されることになる。

以下、他者（なかんずく国家）からの干渉を拒斥する意味で消極的（ネガティブ）な、本来の個人的自由権を手始めに受動的人権論に入るが、この狭義自由権のカテゴリーに属する肉体の自由、人格の自由、社会関係における自由および経済活動の自由の四種の人権中、「（消極的）社会的自由の保障」と括られうるであろう後二者については講をあらためることとし、前二者を「個人的自由（狭義）の保障」ととらえて、先ず本講の考察対象とする。

なお、ここに受動的人権論の冒頭取り上げる消極的自由権こそ、量的にもさることながら、すぐれて質的に、そして理念的にも、日本国憲法における人権保障のまさに根幹を形作るものであること（このことは、各則の最後として

第六講で独立に扱う本憲法所定の受動的な手続基本権が、ほとんどすべて、それら消極的自由権の実現に仕えるものとして構成されていることにも、端的にあらわれているが）に留意すべきである。

## I 肉体の自由

人権の出発点は、人間（自然人）におけるフィジカルな根本的存立要件としての物理的肉体——すなわち、各個人にあつて、精神の宿る基体としての生ける身体——の自由（他人から侵害を受けぬこと）にある。これなくして、他の一切の人権は成り立たないからである。この自由は、生命の不可侵と、人身の不可侵とに分けて論ずることができ

### 一 生命の不可侵

俗諺に命あつてのもの種という（最大判昭24・12・21刑集三一―二二―二〇四八にも、それへの言及が見られる）。人権も、まさに、命あつての人権であるが、ここに文字どおり基本的な人権（すべての人権の基本）として生命権（命を侵されぬ権利）をいう場合、その「命」または「生命」とは、何よりも先ず、生物学的な意味におけるそれである。

日本国憲法は、一三条後段における人権の包括的保障で、「自由及び幸福追求に対する国民の権利」に先立って「生命……に対する国民の権利」を特記する。これは、単なる宣言的保障にとどまらぬこと、「直接に妥当する法として、立法、執行権および司法を拘束する」基本権の一つに *Recht auf Leben* を挙げるドイツ基本法（二条二項一文前段）の場合と異なるまい。けだし、それは、つとに具体的な実定法秩序の中で殺人罪の法定（現今のわが国では刑法第二

六章一九九条以下)により強度に制度化されて、保障を享けているからである。

生命は自余の法益と違って本質上オール・オア・ナッシングである(生命の保全と剥奪の中間はない)から、およそ人権が制約は必要最小限—できても剥奪は許されない(憲法一一一条後段・九七条)とすると、その不可侵(生命権)の保障は原則として絶対的、という理になる。ただ、一者の生命権が他者の生命権と衝突し、正当防衛ないし緊急避難(刑法三六条・三七条参照)として何れか一方の否定によってのみ他方の保全が可能のときは、例外たらざるをえないが。

①ここで、国家による国民の生命権の剥奪にほかならぬ「死刑」が問題となる。

わが憲法学界では、三一条の反対解釈(「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命……を奪はれ……ない」)↓「何人も、法律の定める手続によれば、その生命を奪われうる」)および三六条に関する最高裁判例(現行の死刑は同条で「絶対に」禁止されている「残虐な刑罰」に該らないとする最大判昭23・3・12刑集二―三一―一九一、最大判昭30・4・6刑集九―四―六六三)に依拠して死刑合憲論が一般だが、しかし、先に述べたように生命の不可侵(生命権)の憲法的保障が—正当防衛と緊急避難以外—原則的に絶対とすると、合憲論の援用する右の憲法的根拠にも大きな疑義を生じよう。実際、生命権の絶対的保障を前提すれば、三一条の反対解釈なるものも、およそ人の生命を奪うことを正当化するに足る「法律の定める手続」は—正当防衛と緊急避難以外—ありえないということ、成立しなくなるし、三六条をめぐる大法廷判例もまた、死刑はすべて「残虐な刑罰」ということになって、逆転さるべきものとなりかねない。

日本国憲法のもとで死刑が許されるとすれば、それは、三一条や三六条の—いわば小手先の—解釈操作によってではなく、「個人相互間レベルでの正当防衛・緊急避難にも比すべき、社会全体レベルでの極限の例外的ケース、すな

わち、

a 他人の生命権を違法・有責に侵害し、

b 「その罪責が誠に重大であつて、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむをえないと認められる場合」(この表現は、最判昭58・7・8刑集三七―六一六〇九に借りる)で、しかも

c 誤判(＝冤罪)の虞れが全くないとき

については、必要最小限ぎりぎりで死刑の存続またやむなしとする社会生活の根本的条理(国民の規範意識に支えられたものとして、その妥当性が歴史的であることは争えないが)に拠るほかならう。あえて条文上の手がかりを求めるならば、一三条後段の「公共の福祉」か(この伸縮自在条項が極力限定的に解釈運用されるべきはいうまでもなく、この場合は、基本的人権の「内在的制約」ということになるか)。

もつとも、この「条理」そのものを法哲学的・法政策的に疑問に付する主張も傾聴に値し(わが国では、代表的に団藤重光『死刑廃止論』第四版一九九五年)、現に、憲法上ないし事実上死刑の廃止に踏み切った他国の例また決して少なしとしない(典型の一つとして、ドイツ基本法一〇二条)。

②「自己の」生命に対する「権利」は「自己の」生命を断つ「権利」まで含むか。

単なる「死の自由」(「自殺の自由」)は、倫理的、宗教的にはともかく、法的には関心の外にあり、とりたてて人権として論ずるまでもなからう。

問題となるのは、いわゆる「安楽死」や「尊厳死」をめぐるものである。しかし、この場合も、生きる権利の単純な否定、すなわち死ぬ権利としてよりは、人間としてふさわしい生き方(生は死によって完結するわけであるから、それは同時に死に方でもある)と生命権の実存的な衝突・相剋として、後述の自己決定権の文脈で取り上げらるべきこ



と思われる（なお、見るべき比較法的文献として、P・サルダ『生きる権利と死ぬ権利』〔森岡恭彦訳〕一九八八年、G. Steven Neeley, *The Constitutional Right to Suicide: A Legal and Philosophical Examination*, 1994 などがある）。

## 二 人身の不可侵

生命の不可侵はたしかに大前提であるが、そのみでは肉体の自由は完成しない。加えて、生命の宿る人の身体（人身）が、——無化（生命の抹殺）には至らぬまでも——物理的・生理的に毀損されたり、自己の自由な意思による行動を外部から束縛されたりすることから免れていなければならない。すなわち、不可傷と不拘束の両意味における人身の不可侵である。

### 二一 人身の不可傷

明文の規定はないが、人身が肉体的な損傷（心理的・生理的な損傷まで含む）を受けることのない基本的な権利は、一三条後段の「幸福追求に対する国民の権利」に当然に含まれる（参考までに、前出のドイツ基本法二条二項一文前段は、*Recht auf Leben* と同列に *Recht auf …… körperliche Unversehrtheit* を明示する）。

この人権の保障は高度であつて、その制約は最小限にとどまるべく、正当防衛・緊急避難のほか、刑法（三五条）にいう「法令又は正当な業務による行為」に該当の場合以外、考えられないが、憲法上はとくに、「公務員による拷問」（刑事責任に連なる自白を得るために肉体的な苦痛を加えること）と、「残虐な刑罰」（最大判昭23・6・30刑集二一七―七七七によれば、「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」としてのいわゆる肉刑（入れ墨、鼻そぎ、足切り、宮刑など）ないし<sup>た</sup>敲き（笞刑、杖刑など）の類は「絶対、これを禁ずる」旨、明記されている（三六条、傍点付加）。

二―2 人身の不拘束

自己の肉体を自己の意思の完全な制御<sup>コントロール</sup>下に置きうる権利、換言すれば、自己の肉体的動静<sup>ビヘイビア</sup>を他者から掣肘されぬ自由（“人身の不拘束”と呼ぼう）が、上述（一と二―1）の肉体的保全<sup>インテグリティ</sup>の権利すなわち自己の肉体に対する他者の侵襲からの自由（“生命の不可侵”と“人身の不可傷”）と有機的一体を成して、一三条の保障する最も根源的な人権としての“肉体の自由”を構成する（なお、二二条の「居住」「移転」「外国：移住」の自由は、人身の不拘束を“肉体的移動の自由”として一般的に保障する趣旨をも含意すると解される）ことに、異論のありうべくもないが、憲法はこれにつき、その特に保障さるべき典型の場合を示すとともに、その例外（制約）を最小限にとどまるよう厳格に限定している。

① 奴隷的拘束からの絶対的自由 「何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない」（一八条前段）。ここに「奴隷的拘束」とは、「個人として尊重され」（二三条前段）「個人の尊厳」を宗とする憲法的人間像と相容れない人身の拘束状態をいい、これは無例外で絶対に禁止される。

② 意に反する苦役からの自由 「何人も、……犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない」（一八条後段）。本人の意思に反して「苦役」（肉体的・精神的苦痛を伴う労役）を強制されない保障であるが、この場合には、文言に明らかなように、「犯罪に因る処罰」（現行刑法では懲役〔刑法一二条〕と労役場留置〔同一八条〕）は例外とされる。（なお、「苦役」であっても「そ〔本人〕の意に反」しないときは、ここに該当しないことも、文言から当然に帰結する。）

③ 逮捕・抑留・拘禁からの自由 国家権力が「逮捕」（多少の時間継続して直接に人の身体を束縛すること）、「抑留」（逮捕後、人の身体を一時的に拘束すること）または「拘禁」（逮捕後、人の身体を比較的継続して拘束する

こと)を行うことは、一定の厳格な手続(三二一条にいう「法律の定める手続」)によるほかは、許されない。すなわち、先ず「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲〔裁判官〕が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状〔逮捕状〕によらなければ、逮捕されない」(三三条、角括弧および角括弧内ならびに傍点は付加)。また、「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない」(三四条前段、傍点付加)。後者の抑留・拘禁からの自由のためには、さらに次の事後的な手続的保障規定も置かれている。「…、何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない」(三四条後段、傍点付加)。「…：不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」(三八条二項後段、傍点付加)。「何人も、抑留又は拘禁された後、無罪の裁判を受けたときは、法律の定めるところにより、国にその補償を求めることができる」(四〇条、傍点付加)。

なお、苦役に服させるのではなく人身の拘束をもつばらの内容とする刑罰としての禁錮・拘留(刑法一三条・一六条)が、「奴隸的拘束」に至らぬことを条件に(一八条前段)、「犯罪に因る処罰」として認められることは、条理であろう。(ちなみに、死刑が執行までの間監獄での拘置を、また懲役と労役場留置が所定の作業を行わせるため監獄ないし労役場での拘置ないし留置を伴うのは、事の性質上、人身の自由の侵犯とはならない。)

## II 人格の自由

肉体なくして生ける人間は実存しえないが、しかしその人間は、単に肉体的な実存たるにとどまらず、プラス精神

的な実存、すなわち“人格”にはかならない。“物”扱いの「奴隷」状態を峻拒し（二八条前段参照）、「個人の尊厳」（二四条二項）に則し、「個人として尊重さ〔れ〕る」（二三条前段）べき人格は、精神、的、個、性として、精神の自由と私的領域の不可侵とを不可欠とする。

〔未完〕