

# 日本国憲法解釈論への二つの覚書

手 島 孝

## 目 次

はじめに

- I 「解散」は首相の専権か
- II 「人権」の土着憲法理論を

## は じ め に

かつて、日本国憲法に特異な謎を、七つの視角から眺めてみた。題して「憲法の七不思議」((社)全国行政相談委員連合協議会『季刊・行政相談』122号2009年8月)。それらは、一観者の主観を通してではあるが一直ぐ目に着く、いわばレベル1の七不思議である。

1. 不磨ノ大典二代目
2. 韜晦する根本体制原理
3. 菊で飾られた民主制
4. 刀を棄てた主権国家

5. 手続基本権の軽視
6. 地方自治の辺境視
7. 聖数三の呪縛

しかし、実は、不思議はこれにとどまらない。矯めつ<sup>た</sup>眇めつ<sup>すが</sup>するまでもなく、次いでレベル2の七不思議が視野に立ち現れてくる。すなわち、

- ① 棚から牡丹餅の人権条章
- ② 国民代表の虚構
- ③ 政党の不在
- ④ 設計不全の第二院
- ⑤ 衆議院解散権の首相専権化
- ⑥ 行政権概念の不明確
- ⑦ 予算の非法律扱い

うち、②～④、⑥および⑦は、従前すでに関説するところがあった。今回、これまで触れること必ずしも多くなかった①と⑤について、かねて想いを凝らし暖めてきたそれぞれの手控えを、“日本国憲法解釈論への覚書”<sup>メモランダ</sup>の文脈で一括、活字化しておきたい。執筆時点の順に、Iに⑤を、IIに①を取り上げる。

## I 「解散」は首相の専権か

喧嘩過ぎでの棒ちぎりか。或いはせいぜい、相も変わらずミネルバの梟は日が暮れてようやく飛び始めるのか、と揶揄されてお終いかも知れない。しかし、いくら“時機に遅れた抗弁”であっても、怠慢の誇りは甘受しつつも言うべきことは言わねばならない。

このたびのいわゆる「郵政解散」の憲法的疑義についてである。

結論を先取りするならば、あの解散は違憲の疑いきわめて濃厚な、解散権の濫用と思われる。以下、その理由――

1. 問題は、内閣が、その命運を賭けるとする法律案が衆議院は通ったものの参議院では否決されて成立しなかった（憲法59条1項）のに、「民意を問う」として国民投票的総選挙に訴えるため衆議院解散の挙に出た、ところにある。このような場合、内閣による衆議院の解散（以下、単に解散という）は憲法上許されるのだろうか。

2. 解散は首相の“専権”とされる。確立した憲法慣行として、解散は内閣（つまりは、今回も情け容赦なく発動された閣僚罷免権を握る首相）の高度な政治的自由裁量に属すると解釈され運用されているのである（憲法7条説）。どういうときに解散権を行使するかは首相の胸三寸というわけ。

だが、そこには自ずから憲法的大義名分という限界があるはずで、それを超えれば解散権の濫用となり、憲法の認めるところではなくなる。

3. では、憲法上正当化できる解散適応ケースとは何か。

明文の規定がある〈衆議院での内閣不信任可決・信任否決〉の場合（これに限定する学説―憲法69条説―すらある）のほか、それに準ずる〈予算・重要法律案の否決〉、〈前回総選挙後の政治状況の地殻変動〉など、国政の円滑・適切な運営に必要とされる衆議院における内閣の存立基盤に重大な変化が生じた場合、と考えるのが正しい。内閣の勝手な恣意的判断が不可なのは言うを俟つまい。

4. 今回、内閣は「郵政法案」を内閣の命運を賭けた重要法案と自ら位置づけた。しかし、衆議院は可決したが、参議院は否決した。内閣は間髪を容れず前者

の解散に打って出た。

世人みな、この“ねじれ”には呆気にとられた。江戸の敵を長崎で討つ類いではないか。上に見たように、解散適応ケースはもっぱら内閣対衆議院の関係にかかる。いわんや、衆議院は当の法案を可決している。ということは、内閣を“信任”しているのである。

5. しかし、今度の場合、内閣は合憲的に解散ができなかったわけではない。〈参議院での否決後、憲法59条2項・3項に従って、衆議院での3分の2の多数による再度の可決または両院協議会における成案の衆議院での可決が目指され、何れも不成功に終わったとき〉こそ、解散適応ケースとなるからである。

手間暇かかって（よしんば、電光石火、抜く手も見せぬ“伝家の宝刀”の居合い抜きが不可能となろうと）、ここまでやらないといけない。

6. 首相は「民意に問う」としたが、あの段階で唐突に直接民主制的な事態打開に走るのは、好むと好まざるとにかかわらず現憲法の基本枠組たる代議民主制をはみ出した奇道である。年来、現憲法に直接民主制を極力読み込もうとしている筆者ではあるが、首相の国民投票的発想（格好づけ？）には、ためにする摘み食いの違和感を覚えざるをえない。

民主制は手続による政治である。利害・思想がいよいよ多元化し、手続的公共がますます重きを加える現代にあっては、なおさら然り。手続を軽視する「民主制」は自ら墓穴を掘るであろう。

## 追記

これは、2005年9月、「郵政解散の違憲性」と題して朝日新聞「私の視点」に投稿したもの。掲載は見送りととなった。何故かは詳らかにしない。

## Ⅱ 「人権」の土着憲法理論を

1945年8月の敗戦（事態を直視したくない当時の日本の語彙では“終戦”）後しばらく続いた連合軍による占領（占領軍も同じくここでは“進駐軍”）の下では、郵便物は、当局による無作為<sup>ランダム</sup>の検査（俗に謂う検閲）のため、封書ならば封筒の下辺を鋏で切って開封、内容を調べたあと、ぞんざいに再封緘して配達されることが珍しくなかった。47年5月に日本国憲法が発効し施行されてからも、52年4月の占領終結まではそうだった。当の占領軍“お仕着せ”の新憲法では、信書の秘密は不可侵（21条2項後段）のはずだったのに。——わが若<sup>ティーンエイジ</sup>き日の、想い起すだに心むすばれる原体験である。

「基本的人権」は、轟く軍靴と共にやって来た（ポツダム宣言10項後段）。正確には、萌芽を自国の軍靴で踏みにじられていたのが、新規蒔き直し、今度は戦勝国の軍靴に運ばれてセイタカアワダチ草よろしく海外から持ち込まれた、と言うべきか。新憲法がその目も文<sup>あや</sup>な人権カタログを「多年にわたる自由獲得の努力の成果」と自画自賛（97条）しつつも、流石に当の努力の主体を「日本国民」と書き込むまでには鉄面皮たりえず、「人類」と抽象化<sup>ほかさ</sup>せざるをえなかった（同条）のも、また宜べなるかな。

風雪を経て、かつての外来種も今では日本の風土に根を下ろしたか。しかし当初、原産の欧米なかんずくアメリカからのバタ臭<sup>ふんぶん</sup>さ芬々たる直輸入に、戸惑いは大きかった。

そもそも、アメリカ主導の連合国の日本占領政策によって慌ただしく誕生した47年憲法は、その倉卒の経緯の一端を、随所に見られるこなれの悪い翻訳調や、“口語体・句読点付き平仮名書き”の 一見投げやりの日本法制史上初めての法文書式（流石に後年の“現代仮名遣い”の先取りにまでは至っていないが）やに垣間見

せており、人権条章にもその手の外形的不細工・新奇さは覆うべくもないが、そのような皮相の違和感など全く物の数でなくしてしまうほどに大きくわれわれの目を奪い<sup>みは</sup>瞠らせたのが、その鮮烈な中身だった。

フランス大革命この方、“国民の権利の保障”は権力分立と並んでおよそ「憲法」たるものに不可欠の目玉とされ（1789年の「人と市民の権利の宣言」は16条にその旨明言）、きっかり百年も経っていながらなお欽定の一典型として近代史に登場したわが明治憲法でさえ、それに追随せざるをえなかった（枢密院の制憲会議で森有礼の「臣民分際」論を制した伊藤博文の有名な発言はその確証）が、ただ、そこでの“国民の権利の保障”は十九世紀帝政ドイツ流の「外見的人権宣言」、すなわち、正統の人権宣言たる実の伴わぬ傍系、有り体には似て非なる異端だった。それは、天皇が君主（=国家）の恩恵として、「臣民〔傍点付加〕ノ権利」（具体的には第2章19条・22条～30条の10ヶ条所掲）を「貴重」し、「保護」し、「憲法及法律ノ範囲内ニ於テ」その享有を保障した（上論3項）にとどまる。

そのような擬似人権に「基本的人権」が一挙に取って替った。他力による（<sup>ウインドフォール</sup>棚ぼた）とはいえ、人権宣言嫡系への回心（仏教でエシン、基督教ではカイシン）、合流である。すなわち、国家・憲法によって初めて与えられたのではなく、それに先立って人間が人間として生まれながらに持つと考えられる、いわば天賦・自然の「侵すことのできない永久の権利」（11条後段、97条）への開眼。今や30ヶ条の余（第3章11条～40条、44条、82条、97条）にもわたって展開される「国民の権利」は、欧米渡来の“自然法”思想を通奏低音に、「臣民の権利」から「基本的人権」へと主題を一新する。

そのことは、論より証拠、新13条の総則的核心の文言がヴァージニア<sup>ビル・オブ・ライツ</sup>権利章典（1776年6月）1項やアメリカ独立宣言（同年7月）前文のそれの<sup>デジャ・ヴュ</sup>二番煎じにほかならず、新31条・33条・35条～39条は合衆国憲法<sup>アmendメント</sup>修正諸条項（4条～6条、8

条、14条）の引き写しに異ならないところに、一目瞭然である。また、新25条～29条の二十世紀の人権がドイツのワイマール共和国憲法（1919年）に系譜を溯ることも、日本国憲法起草に牛耳を執った占領軍最高司令部民政局に支配的だったという当時のニューディールの思潮を補助線に引けば、気づくのは容易い。

もっとも、この革命的な<sup>リヴォリューション</sup>転回<sup>ン</sup>は、全く外発的というわけでもない。

わが国にも、例えば十八世紀前半、かのルソー（1712-78）より早く安藤昌益（1703-62）の独創的政治哲学がある。「<sup>コシラヘノ</sup>法世」に先立つ「自然世」の想定、「直耕」こそが「真人」の「<sup>ヒトス</sup>自り然ル」「道」とする洞察、「男女ニシテ一人、上無ク下無ク、続ベテ互性」と喝破する徹底した両性平等主義など、欧米の自然権思想に優に比肩し、凌駕すらしよう。

外来種がわが風土に順化し根づきつつあるのは、そのような伏流に培われた在来種の素地あつてのことと考えたい。

しかし、現憲法人権規定の解釈・運用に任ずる学説・判例は、依然圧倒的に欧米母法の<sup>きはん</sup>羈絆を脱しえていない。

ゼロからの出発だった初期—それはわが学生時代にあたるが—こそ、人権制約原理としての「公共の福祉」論が発足早々の学界に自生し、素朴・未熟ながら独自の成果を見せたものの、それにそっぽを向く裁判実務の粗雑・貧寒な没論理に業を煮やした学説は、やがて、多年の判例理論蓄積を誇るアメリカに人権法理のモデルを求めた。

「明白かつ現在の危険」から「L R A」に至る多彩な具体的合憲性テスト、精神的—経済的の「二重の基準」論と厳格—中間—合理性の「違憲審査基準」論、等々。それらの、わが学界への—そしてそれを通して裁判界への—浸透には目覚ましいものがある。

また、これに一籌を輸するとはいえ、旧憲法期以来のドイツ傾倒もなお隠然と

して抜き難い。「制度的保障」論や「第三者効力」論は言わずもがな、最近でも、米流「違憲審査基準」論を批判ないし補完するのに、保護範囲－侵害－正当化の「三段階〔審査〕」図式なるドイツの学説が援用される。

すでに齢六十歳代も半ばに達し、わが憲法は疾うに而立（＝自立）の年を越した。余りに遅きに失するだけに、憲法の人権保障を本質的に自前のものに再定義し血肉化する鏤骨彫心の主体的努力が要請されること、今や、いやが上にも切実である。

「何の苦勞もなしに手に入った法〔＝権利〕などというものは、<sup>こうのとり</sup>鶴が持ってきた赤ん坊のようなものだ。鶴が持ってきたものは、いつ狐や鷲が持っていつてしまうか知れない」（イエーリング『権利のための闘争』村上訳）。

かの47～52年の幻滅が、苦々しくわが脳裡に甦る。

## 追記

この稿は2010年8月に成った。擱筆して間もなく、地元のプロック紙上で次の文章を出だしとするエッセーに接した（興膳宏「占領下の不快事」2010年11月25日付け西日本新聞一連載随筆・同「古今漢文あれこれ帖」最終回No.50。ちなみに、筆者の興膳京大名誉教授は、手島より4学年若い1936年生まれの中国古典文学者）。奇しき暗合と言わべく、同時代人による当時の世情の証言として、本稿の所論を的確に裏付けてくれる。

——「占領下には、封書が開封されて配達されることが常にあった。占領軍による検閲である。開封された個所には、検閲の跡を示すテープが貼られていた。鈴木虎雄が昭和21（1946）年10月3日に作った詩『空虚』にいう。／自由の言説は<sup>もと</sup>本空虚なり／幕令代<sup>こも</sup>ごも来たる 軍暴の余／新紙<sup>そうせい</sup>送声 皆検閲あり／郵便は一<sup>かんしょ</sup>一<sup>ひら</sup>緘書を発く」