

## 「憲法改正」の前提

### —— 法学の問題として ——

早稲田大学法学部教授 樋口陽一氏

司会（矢口俊昭）　こんにちは。ただ今から法学研究所主催の講演会を開催させていただきます。本来であれば法学研究所の所長が挨拶をしなければいけないのですが、どこかに行かれたみたいなので私が代わりに申し上げます。

法学研究所は法学部、法科大学院の教員によって構成されていて、研究年報の発行をはじめ、研究・教育に関していろいろな活動を行っております。その一つとして講演会の開催がありまして、今年は憲法および人権問題というようになところにテーマを絞って講演会をやりたいというのが法学研究所の決定でございます。すでに何件か講演会もありましたし、まだこれからもあるわけですが、その一つとして今日ここに樋口陽一先生をお迎えして講演会をする事ができるようになった次第でございます。

樋口先生には、大変お忙しい中、わざわざ横浜のこの地までおいいただき、そしてご講演いただくということで、学生ならびに院生諸君にとつてまたとない機会ですので、お話を聞いてこれからの勉学に大いに役立てていただきたいと思っております。これが法学研究所のほうの挨拶でございます。

樋口陽一先生については、ここで私がとやかくご紹介をする必要がないくらい皆さんはご存知だろうとは思いますが、最近私は私も学生と話していて、とてもギャップを感じることがあります。当然知っているはずだということを

全然知らないということもありまして、樋口陽一先生のお名前を今日初めて聞くなりていう人もいなくはないのではないかとひそかに恐れておりまして、簡単にご紹介だけさせていただきます。

樋口先生は今年九月に七〇歳をお迎えになられまして、七〇歳という古稀でございます。古稀の論文集というのを今お持ちしたのですが、『憲法論集』という立派な古稀論文集が先生に献呈されております。図書館には入れておきますので、皆さん、機会があったらぜひ一読していただけたらと思います。

樋口先生は東北大学の教授、東京大学の教授、上智大学の教授、今は早稲田大学の特任教授というご経歴で、言うなれば引く手あまたでございます。現在は東北大学、東京大学の名誉教授です。教育に関することだけでなく、研究に關しても日本公法学会の理事長をついこの間まで二期なさっております、国際憲法学会の名譽會長でもいらつしやいまして、そういうものを数え上げるだけでたぶん三〇分はかかるであろうぐらいたくさんあるのです。

ですから割愛させていただきますけれども、樋口先生の特徴は、何と言つても日本の憲法学界あるいは学問の世界で、もちろん業績等は第一級であることは当然ですが、それにとどまらないで、国際的に大変有名でございます。日本の研究者で国際的に高名、あるいは通用なさる研究者としてのお一人というふうに思います。

それは例えばパリ第二大学の名譽博士号をもらうとか、パリ大学に講義に行くとか、あるいはパリにある比較研究所の研究員であられるとか、とにかくたくさん外国でもいろいろな称号をいただいております。学問だけではなく社会活動等においても司法試験や外務公務員の試験員をなされたり、社会活動もたくさんなさっております。

そういう先生でございまして、日本ではある意味、珍しいぐらい幅広い憲法研究者で、単にそれだけではなく、言うなれば社会的なオピニオン・リーダー的な活躍もなさっていると言つてよろしいかと思います。

私ごとですが、私は大学院にいた時に、最初に樋口先生の『近代立憲主義と現代国家』というような著書を初めて

見て、大変ショックを受けました。こんな研究をしなければいけないのかと暗然としたという気持ちもありますけれども、それほど樋口憲法学というのは、大きな山脈であります。一説によりますと、樋口前と樋口後でもって憲法学は分かれるというぐらい大きな存在であると言われております。

そんな先生のお話を直に皆さんがお聞きになれるということは、またとない機会でございますので、ぜひご静聴のほどをお願いいたしまして私の紹介を兼ねて挨拶とさせていただきます。それでは樋口先生、よろしくお願いいたします。

樋口 皆さん、こんにちは。この神奈川大学法学部には、歴代私の敬愛する学問上の先輩、それから矢口先生、ただ今は誇大広告めいたコマースシャルのようなご紹介をいただいて恐縮ですが、矢口先生をはじめとする親しい研究仲間、お一人お一人名前はあげませんが、いろいろな方がいらっしゃいます。言ってみれば、私、いわば外野席から、この大学のとりわけ法学部のご発展ぶりをずっと見て参りまして、大変心強く思つてこんにちに至つています。そういう神奈川大学法学部から話しをせよとお誘いで大変うれしく喜んで今日は参りました。

主催者からのお話は憲法、とりわけ憲法第九条の改正に関する様々な議論が今、世の中で行われている。そういう折に、憲法の問題を取り上げてほしいということでした。それで、「憲法改正論議の前提」というタイトルを付けていただきました。

前提という意味は、こういうことです。どの憲法でも改正するために必要な手続きをはじめとして、憲法自身にルールを定めています。そのルールに則つて憲法を変えるかどうかは、まさに国民主権の世の中では国民が決めることです。国民にはいろいろな考えがあるわけですから、ここを変えたい、あるいはこれは絶対に変えてはいけないなどそれぞれ議論があります。今日はそのこと自体の私の意見を申し上げるのが主題ではありません。

皆さんの大部分はおそらく、あるいはほとんどすべてかどうかは知りませんが、法学部の学生ないし法学を勉強している人たちですね。今申しましたように憲法改正の中身についてどう考えるかは、国民一人ひとりの問題であって、いわば市民としてあるいは人間としてそれぞれが決めることです。それを足し算すると、最終的には国民投票ということになるわけですが、ともかく一人ひとりが決めることです。

その場合、憲法改正の何が問題となっているのか。ここを変えるところになるのか、あるいは何のために憲法改正には、ふつうの国会が定める手続きよりも難しいハードルを付けているのか。これが前提です。この前提については、ほかならぬあなた方が、少なくとも法律学の一端を今勉強している、あるいは卒業してそれを勉強した一人の市民になる。そういう立場で、前提のことはほかの国民一般の方々よりも知っていないといけない立場なのです。

お医者さんの世界には、インフォームド・コンセントという言葉があります。例えば何か手術を受ける時などに、こういう病気に対してこういう手術をすればうまくいけば何パーセントの確率で治るとか、あるいは一人ひとりの患者の体質によっても違うけれども、ひょっとすると手術は成功しないかもしれない、ということをしちんと説明する。これはお医者さんの義務です。

それを聞いた上で、それならやめておきましょう、完全に治る方法ではないけれども、もっと安全な手当てをしてほしいと思うか、リスクもよく分かった上で、けれども自分はここで勝負したい。危険を覚悟で手術を受けましょうと、これは、お医者さんが決めることではなくて、家族も含めて本人が決めることです。

そういうお医者さんと同じ立場で、憲法改正の問題についてはあなた方自身がほかの人に比べれば前提のことを知っていないなければならない。憲法改正についてもこの点をこう変えるところという良いことがあるかもしれないけれども、

場合によってはいわばこういう副作用でこういうことが起きるかもしれない。そういうことを勉強して多少でも知っているあなたは、いざ憲法改正ということになった場合には、お父さんやお母さんや隣の人や下宿のおばさんたちに言っておけなくてはいけない立場なのです。そういう気持ちで、これから私の話をいたします。

さらにその前提として、そもそも憲法改正に賛成、反対と言うこと自体の意味について一言だけ触れておきたいのです。よく新聞やテレビなどで、「憲法改正に賛成ですか、反対ですか」と、世論調査をやりますね。何パーセント、あるいは何パーセント。もう少し丁寧な質問だと、「戦争放棄の問題ですが憲法第九条に限ってはどうか考えますか」といった問い方もありますが、ふつうは「憲法改正に賛成ですか、反対ですか」という問い方が多い。その際に、憲法改正推進派の人々は、憲法改正賛成の世論が日に日に増えているのではないかと言います。それは自分の主張にとつて有利な材料ですから。

しかし、そのところはもう少し丁寧に突っ込んで考える必要があります。およそ今の憲法に一〇〇パーセント満足だと言う人のほうがむしろ少ないのが当たり前ではないか。それぞれ人によって意見があるだろう。第九条については、変えたほうがいいと言う人と、変えてはいけないと言う人と意見がはっきり分かれます。そのほかほとんどの条文について当てはまるでしょう。こういう権利も憲法第三章に書き足してほしい。あるいは天皇の権力をもっと強くしてほしいと言う人はあまりいないと思いますが、人によっては、天皇や皇室の制度はないほうがいいと思っている人もいるかも知れません。たぶんいるでしょうね。統計的には少ないけれども。

てんでにそういうことを言い出せば、そういう意味では憲法改正賛成と言い出す人が九八パーセントになっても不思議はありません。しかし今、われわれに問われている改憲問題はそういうことではありません。それぞれの理想の憲法論をサロンでの談義として、「私はこういう憲法がいいと思う、私はここを削ってほしい」ということをいわば

抽象的に静かなサロンで議論し合うという話ではないのです。

今の改憲論に対して賛成か反対かというのは、どんな政治勢力が主体となつて、何をしたいために、これは目的です。どんな国内的・国際的条件の下で、どういう政治家が政治を担当しているのか。あるいは世界に目を広げてみると、世界は全体として平和でうまくいっているのか、いろいろとんでもない混乱が起こっているのか、これは条件です。そういうことをきちんと見定めた上で、具体的にどこをどう変えたらいいのか。それに賛成か、反対かという問いなのです。当たり前ですが、それがどうも世間の議論の風向きを見ていると、混同しているきらいがある。まず、そのところをはっきりさせておきたい。

ということで私はこれから憲法改正の前提として、皆さんも先生からとりわけ憲法の授業で聞いていることが、これからお話しする中で多いと思います。あるいは授業の進行からいうと、日本国憲法では、憲法改正の問題は九六条で最後のほうにありますから、まだそこまで行っていないかも知れませんが、特別に変わったことを言うわけではありません。改めて今までお話ししてきた見地で整理して法律学の観点から、憲法改正の身中に賛成か、反対かそれ自体ではなくて、その前提として、皆さんに心得ておいてほしいことをしゃべることです。

ただし、その前提として、私自身の憲法改正論の身について賛否の話を一分だけしておきます。私はさっき言ったように今、日本の永田町で私たちが選んでいる政治家たち、そういう政治勢力が一定の目的をもって、憲法第九条を中心とする憲法改正をしようとしている現在の国内的・国際的条件の下で、結論的に私は今の憲法改正には反対の立場です。なぜ反対なのかについては、今日ここではお話しいたしません。

先月、私だけではありませんが、数人の仲間と共著で、岩波新書で『改憲は必要か』というタイトルの書物を出しました。その最初の章に、私が今憲法第九条を変えてはならないという選択をすることは、非現実的ではないのかと



いう問いを自分自身に出して、決してそうではない、だから自分は今の憲法改正には反対ですと書いておきました。興味のある人は、岩波新書はそんなに高い本ではありませんから、見ていただきたいと思います。

### 改正の手続ルールと内容上の制限

さてそこで本論ですが、まず大きなひとつかたまりの問題として、憲法改正という手続きルールは、日本国憲法の第九六条に書いてあります。衆議院と参議院がそれぞれ総議員の三分の二以上の多数で発議する。言い出さなければいけない。その上でそれが成り立った場合には、直接の国民投票の過半数で決めるというルールを決めています。つまりふつうの法律を国会の中の手続きだけで決めることができるのに比べると、大変高いハードルを設けています。

それはどうしてなのだろうか。多数決で決めてしまえばいいのではないかという疑問が出てくるのはもつともです。世の中のたいていのことは多数決で決めているのに、なぜ憲法改正だけ、わざわざそういう疑問が出てくるのはもつともです。これは日本国憲法だけではありません。ふつうの法律よりももっと厳重な手続きを経なければ、つまり慎重にやらなければいけないんだぞ、と。その時々選挙で入れ替わる。日本の場合にはなかなか入れ替わらないのですが、入れ替わり得るただの多数で、共通の土俵を広げたり、縮めたりしてはいけません。土俵の大きさは、投げを得意とする力士も、寄りとか押しを得意とする力士もそれぞれによつて、もっと広ければなという人と、もっと狭ければなという人が当然います。それをその都度、その都度の都合で決めてはいけません。いったん決めたものは、よほどの合意がなければ動かしてはいけません。これを硬性憲法と申しますが、これは日本だけではありません。これは憲法の授業で皆さん必ず習うことです。これ以上は立ち入りませんが、アメリカでもドイツでもフランスでもそれぞれ、ふつうの法律とは違う厳重な手続きを定めています。

フランスのように、国民投票を原則とする場合もありますし、ドイツは国民投票ではないのです。議会の中での単純に過半数ではない、特別の多数が必要です。第二次大戦後のドイツは直接投票に対して、非常に用心深い態度を取っています。なぜかと言うと、第一次大戦後にできたドイツにとって初めての国民主権の民主主義憲法、ワイマール憲法と言いますが、ドイツの町の名前を取ったこの憲法をせっかく作りながら、ヒトラーという独裁者によってめちゃくちゃになってしまったのです。

その際にヒトラーは議会を無視するために、大々的な演出をして直接国民に訴えました。これはよくやる独裁者の手口です。最近ではサダム・フセインが数年前に国民投票を行って、九〇何パーセントがおれのことを支持していると、内外に誇示しました。ですから、きちんと条件が整っている時でないと、直接投票は意外に危ないものだというのがドイツの教訓です。それは、それぞれの国の自分の近い過去からどういう教訓を引き出すかによって違います。それ以上深入りはしませんが、ふつうの法律より難しい手続きを作っているのに国民投票ではないのには、それなりに十分な理由があるのです。

それでは、それぞれの憲法が決めている一定の手続きを踏めば、どんな中身の変更をしてもいいのかという論点が出てきます。これもいろいろな歴史の教訓から、憲法自身が決めている手続きルールに則ったとしても、ここは変えてはいけないということを自分で書いているルールがあります。

ドイツは第二次大戦後、ソ連占領地域と米・英・仏三カ国占領地域が東ドイツと西ドイツに無理やり分けられました。現在は幸い統一できましたが、西半分は憲法が、現在の全体としての統一ドイツの憲法になっています。その「基本法」というタイトルの憲法自身の中の条文に、手続きに則ったとしても、ここは変えてはいけないということが書いてあります。



その一つは、連邦制によるいろいろな仕組み・制度です。これは憲法改正によっても手を触れてはいけません。もう一つは、「基本法」という名前の憲法の第一条から第二〇条までいろいろな基本原則が書いてあります。人権に関することが主要ですが。ですから多少粗っぽく言うと、権力を一箇所に集中しない連邦制という分権的な仕組みと、それから基本権。これには手を付けてはいけなと、きちんと書いています。お隣のフランスは、共和制を憲法改正の対象にしてはいけなと書いてあります。その意味は、きちんとルールに則ったとしても、共和制をそうではないものに変えてはいけな。

ここで皆さんにとくに付け加えておく必要があるのは、フランス人たちは共和制という言葉をも、王様がいないことだけだと考えているわけではありません。王様がいないければ皆共和制かという、フランス人の考える共和制の概念には、フランス革命以来のいろいろな中身が詰まっている。一つだけ例を出せば、政教分離といってもいろいろな国にいろいろなパターンがありますが、フランス型の政教分離（国家と宗教の分離）です。

最近、日本でも新聞やテレビで報道されることがよくありますが、イスラム・スカーフ事件です。ニュースに関心がある諸君は頭の中のどこかに残っているでしょう。イスラム・スカーフはイスラム教のシンボルですが、それを被ったまま、日本流に言うところの中学校段階の女子生徒が、授業を受けようとしたところから問題がおこったのです。

この問題の発端が起きたのは一〇年以上前ですが、いったん沈静していました。しかし、またここへきて大きな問題になっていきます。いろいろないきさつがあるのですが、今年三月にフランスは、小・中・高校における宗教的な意味を持つシンボルの着用を禁止する、という法律を作りました。九月の新学期から実施して、それに伴ういろいろな問題が起こっています。

これを日本やアメリカから見ると、フランスはとんでもない国である。信教の自由を抑圧しているではないか。自由平等のフランス革命以来の国が、いったい何をやっているのか。現にそういう論評もありますけれども、そんな簡単な話ではないのです。フランス流の政教分離というのは、公共の場所・空間にいかなる宗教色も持ち込んではいけません。その代わり、どんな宗教を信じ、どんな人種、どんなオリジン（出自）の人であつても、フランス共和国の市民として平等に扱う。だから公の場面には、それぞれの自分にくつついた色を持ち込んではいならないというのがフランス流の政教分離です。

こういう原則が、フランス人の考える共和国、共和制という概念の中身になっているのです。ですから単純に、いまさらフランスにまた王様が現れることはないのだから、あまり意味のない規定ではないかと言うわけにはいかないのです。

そういうふうに憲法自身が、定められた手続きをもつてしても、変えてはいけないルールを定めていることがある。日本国憲法には、ドイツやフランスのような、だれが読んでもそう読み取れるような規定はありません。けれども、条文の解釈によって意味を読み取ろうとするならば、そう読めないでもない規定があります。永久不可侵の権利というふうな言い方は、憲法改正でもって取り上げることができないものとして憲法が意味づけているのではないかと言うことができるかもしれません。具体的な議論には立ち入りませんが。

それだけではなくて、ドイツやフランスでもし万一、やってはいけないというルールがあるのに憲法改正をやってしまった場合、違憲審査で憲法改正自身を無効とすることができるとか、できないかという大きな議論があります。

つまり違憲審査というのは、学年の進度でいうと皆さんそこまで行っていないかな。だけど高校の社会科学で知っているでしょう。日本国憲法の場合には、憲法が最高法規とされていて、憲法に反するいろいろな国家行為、その中で

いちばん重要な法律であっても、それが憲法に合わないとか裁判所が判断すれば、違憲、したがって無効という扱いをします。日本では最高裁まで行って、違憲・無効が確定したケースは非常に少ないけれども、決してないわけではありません。これも時間が限られているので、中身には立ち入りません。これが違憲審査制度です。

ふつう違憲審査制度とは、読んで字のごとく憲法を基準として法律がそれに合うか合わないかの審査です。今の話は、憲法改正によって新しくできた憲法規定が違憲かどうかの議論です。この問いに対する答えは、ドイツとフランスとは今のところ逆の答えです。フランスではつまるところ主権者が決めてしまったのだ、と。違憲審査制というのは、国会という国家機関が作る法律が、憲法に合うか合わないかを判断する。しかし、憲法改正ができてしまったということになると、主権者がものを言ったことになる。だから裁判所が、もはや今まであった憲法を基準にして、とやかく言うことはできないというのがフランス流の人民主権の考え方です。フランスには皆さんもよくご存知のルソーの考え方の枠組みでもって、そういう答えを出しています。

対してドイツでは違憲の憲法改正を裁判所が問題にすることが理論的にはできるという考え方です。今までにも何回も行われた憲法改正について、憲法違反だから無効だといった例はありません。けれども論理の枠組みとして、フランスとドイツは対照的な考え方を取っています。

さらにもう一つ、少し話が混乱するかもしれませんが、あえて付け加えておきます。今お話したドイツやフランス流の文言があるかないかに関わらず、論理の問題として憲法改正の中身に限界があるかどうかという議論が、もうひとつ次の段階でさらにあるのです。

というのは、憲法にはそれぞれの基本原則があるはずだ。いちばんわかり易くいえば主権です。現在は世界中の圧倒的に多くの国で国民主権が当たり前になっていますが、かつてはそうではなく君主制でした。日本でも天皇が主権

者でした。ほかにもいろいろ例を立てることはできるのですが、いちばん過激な例を出せば、憲法に定めた手続きを使いさえすれば、主権の存在をひっくり返すことも合法的にできるのかという問いがあります。それはいわばその憲法のアイデンティティにかかわるもので、その憲法にそのアイデンティティを否定することは、一つの憲法にとって自爆行為ではないのか。それは理屈から言ってもできないのではないのかという、理屈上の論争問題です。

ここまで来ると、話はもう裁判所の出番ではなくなります。違憲審査の話ではなくなります。わかり易い例を挙げましょう。ほかならぬわれわれの憲法は、手続き上は明治二年（一八八九年）の大日本帝国憲法の憲法改正についての条文にきちんと則って行われました。天皇が議案を、旧憲法の下に置かれた帝国議会に提出しました。そこには衆議院と選挙によらない貴族院（現在の参議院）があつて、前の憲法のルールに則って、しかし、前の憲法の基本原理である天皇主権というのをやめてしまったわけです。

これは明らかに憲法の変更に限界ありという理屈の立場からすると、それを踏み越えている。しかし、踏み越えているから、今の憲法自体が無効であると言う人も絶無ではないけれども、法律家ならば、日本国憲法は現実に日本国で通用している現行法であり、それを無視して、法廷で弁護士が理屈を立てても通りません。

しかしそうなると、この議論は一つの大きな憲法上の変化を、前の憲法の改正としてすんなりと受け止めるのか、それとも形は改正だけでも実は新憲法の制定という理論的な説明をするのかという、説明の違いになってくるのです。現に半世紀以上前に、今の憲法が出てきた時に実際の手続きは旧憲法が定めた手続きを丁寧にとったやり方で成立しました。しかし、当時の人々は「改正憲法」とは言わずに「新憲法」と言っていました。

最後の問題は、法律家にとって実益のある問題ではなくて、もっぱら理論の問題ですが、もうひとつ前にお話した問題、憲法自身にここに手を触れてはいけないと書いてある場合に、あえて手を触れた時、裁判所はどこまでのこと

ができるのか、というのはまさに法律家的な法律問題なのです。さきにドイツとフランスの例を出しましたが、特別の手続きルールを設けるだけではなく、場合によっては中身についての自己限定をそれぞれの憲法が定めている場合があるからです。

日本国憲法の場合、手続きをきちんとして定めているのはもちろんです。ですからその手続きを多少でも手抜きして決めるのは、一種のクーデターであり、法的に許されることではありません。それでは、その手続きによりさえすれば何を変えてもいいのかと言うと、日本国憲法のそれらしき条文からどこまでのことが主張できるのかという課題があるのだということです。どちらにしても、その時々で決めればいいじゃないかという単純な話ではないということには分かってもらえたでしょう。

さて約一時間話をしなさいという主催者からの注文です。おそらく皆さんからたくさんの質問が出るだろうから、たくさん出るかどうかは別として、質問の時間を取るために少し時間を余す必要があるのです、先を急ぎます。

次にはもっぱら理屈の問題ではなくて、事実に関する正確な知識が憲法改正の前提として、法律学をやった人間としては知っておく必要があるという論点をいくつか紹介しましょう。

### 憲法制定と「外圧」

まず、最近は多少下火になったようですが、改憲論議で依然として根強いのは、外圧によって押し付けられた憲法だから、自前のものを作り直そうという議論です。その点についてどうなのだろうか。半世紀以上前の一九四五―一九四六年の歴史的な事実について簡単に触れておきます。

私は、小学校高学年のとき、全国津々浦々に初めて入学試験のない新制中学校ができましたが、その一年生になっ

たジェネレーションです。ですから多少とも私たちの世代にとっては臨場感があるのです。例えば高校になってから私が仙台にいたとき同級生だった作家の井上ひさし君とか、そのころはお互に知りませんでした。四国の少年であった大江健三郎さんとか、そういう人たちの世代が、まさに今の憲法ができたころの少年でした。

一言で言うところの解放感ですね。ましてや長い間の戦争から開放された大人たちの圧倒的に多くの人にとっては解放感であった。中には腹が煮えくり返るぐらい悔しい思いで敗戦を迎えた人ももちろんいるでしょう。しかし、圧倒的多数の人々は敗戦を、屈辱であるよりも前に解放感でもって迎えたのです。そのことだけを一つはさんでおきます。

もっと広く見渡した歴史として、誤解を招くような表現をあえて使いますが、憲法は必ず誰かによって誰かが押し付けるものです。例えばアメリカ合衆国憲法は、独立戦争の結果、独立させまいとするイギリス本国に対して、独立を勝ち取ったアメリカの、最初は一三州でしたが、そのUnited Statesがいわば本国に対して押し付けたものです。権力者にとっては憲法がないほうが、支配するのに便利なのでいいのですが、それでは困ると立ち上がった人々が憲法を作って、それまでの支配者に押し付ける。それが憲法です。

これは考えてみれば当たり前のことですが、ここでも誰が誰に対して押し付けたのか。その点で、日本国憲法の生い立ちで言いますと、敗戦によって大部分の日本国民が解放感、いくらかの人々にとっては屈辱感、どちらにしても茫然としていた日本国民自身が主体となって押し付けたものではなかった。それはマッカーサーという存在、その背後にある広い意味での国際世論、さらにまたその背後にはフランス革命やアメリカ独立革命など一連の歴史があるわけです。そういうものが、それまでの日本の支配権力に対して押し付けたということになります。ですから、外圧が非常に重要な働きをしたことは確かです。

しかし、憲法を作るにあたって外圧が重要な働きをするのは決してまれではないのです。外圧なしに、自分自身で



発展してきた歴史の例といえそうなのはイギリスです。イギリスは何をとつてもいちばん最初に近代化のレースの先頭を走ってきました。もちろんそれ以前はチギリス・ユーフラテスのメソポタミア文明ですから、今のイラクなどが歴史の先頭にいました。しかし、近代ということに話を限つていうと、イギリスが先頭を走ってきた。一六八九年の権利章典「Bill of Rights (ブル・オブ・ライツ)」が一つの大きな区切りです。あの状況を見ると、「Bill of Rights」は、前の王様を追い払った議会と、オランダを支配していた、日本の教科書の呼び方ではオレンジ公ウィリアムとそのお妃メアリによって制定されました。メアリという人は確かにイギリス王室の家系ですが、オレンジ公ウィリアムとはイギリス流に呼ぶからそうだったので、オランダ流に読めば、オランイエー家のヴィレムという呼び名で、要するにオランダの王様です。現に一六八九年の「Bill of Rights」を、このオレンジ公ウィリアム、オランイエーの王様ヴィレムと議会が合意に達した時、ロンドンを制圧していたのは、オレンジ公ウィリアムが連れてきたオランダの軍隊です。ですから歴史のいろいろな駒を取ってみれば、外圧なしに純粹培養で何か重大なことが起こるのを探すほうが難しいのです。

外圧でできた憲法の不幸な例としてよく知られているのが、一九一九年のワイマール憲法です。第一次世界大戦の敗北で、懲罰的な多額の賠償を課されて、ベルサイユ条約の過酷な条件の下に置かれたドイツが、せっかく国民主権を定め、基本権保障を定めた画期的な憲法を作りながら、結局は長持ちしなかった。押し付けられた憲法をひっくり返せと言うヒトラーの主張が、当時のドイツ国民の多数を捉えてしまったのです。そういう不幸な例もある。

逆にお隣のフランスの例もあります。一九世紀の終わりに小さな新興国家に過ぎなかったプロイセンとの戦争、いわゆる普仏戦争で、当時の大国フランスは負けてしまう。ドイツ軍がパリを包囲する中で、ナポレオン三世が亡命し、そこで共和制が宣言されます。まさに敗戦の外圧の下で宣言された共和制が、結果的には初めてフランスの安定した

共和制を作り出す。一八七五年の憲法が、ヒトラーに攻め込まれる一九四〇年まで六五年もの間長続きしました。革命以降それまでフランスは、政治形態が定まりませんでした。王様がまた戻ってきたり、ナポレオンがクーデターを起こす。また共和制になる。また別の王様がやってくる。そして、ナポレオンの甥がまた皇帝を名乗るというのが一世紀続いたのです。まさに普仏戦争の敗戦の外圧の下で作られた憲法が、初めてフランスで議会を中心にした共和制を安定させたという歴史もある。ですから歴史もいろいろです。単純に外圧、けしからん、自前のものを、といった単純な話ではないのです。

### 伊藤博文と森有礼の論争の意味

順不同に挙げますが、もう一つ皆さんがよく聞く議論で、「今の憲法には第三章、国民の権利及び義務などいろいろな基本権が書いてあるけれども、義務の条文が少ない」。それは確かにそうですね。だから、世の中で悪いことをする奴が次から次へと出てくるのだ。とりわけ最近はそうであるから、もう少し義務を重んずる憲法、権利への制限をはっきり書く憲法にすべきだ、と。私はそうは考えませんが、そう考える人がいても不思議ではない。しかしその前提として、ここでも法学を勉強した人間ならば知っておいてほしいことがある。

実は大日本帝国憲法を作る時の有名なやりとりがあります。大日本帝国憲法を作る時の重要な肝いり役が伊藤博文でした。長州閥のボスです。大日本帝国憲法発布の直前に、いよいよ完成したといってもいい、その時に憲法案についての議論が行われました。当時の伊藤博文が首相で、森有礼が文部大臣です。森は、「この憲法案に臣民の権利及び義務とあるのはよろしくない。すべからず臣民の分際と変えるべきだ」と提案します。

この提案も決して単純ではないのです。分際とは権利・義務で言うならば権利ではないほうです。伊藤博文が、た

だちに反論する。「そもそも憲法を設くる意義は、第一に君権を制限し、第二に臣民の権利を保全するところにあり。よって森氏の言う通りにすれば、憲法に退去を命ずるの説なり」と。そもそもなぜ憲法を作るのか。君権とは日本の場合には天皇ですが、天皇の権限を制限して、その分臣民の権利を保全する。そのために憲法を作るのだ。だから分際だけでいいというのは、憲法はいらないという議論になると反論したのです。

私がここで強調したいのは、伊藤博文は長州藩閥の大ボスですから民主主義者ではありませんが、その彼自身、およそ近代国家として憲法を作ることについて、「第一に君権を制限し、第二に臣民の権利を保全することである」と、すぐ反論できるほど自分の身についていたということです。それに比べると、今私たちが選出している政治家の少なからずが、「もつと義務を増やし、基本権の制限を書け」と言っているのは、伊藤博文以前に戻ることになるということです。

森文部大臣の議論も決して単純ではありません。単純にごちごちのウルトラ保守なのではないということを、彼のために弁明しておきたい。彼はもともと西洋かぶれと悪口を言われていた人です。キリスト教にも非常に接近した人です。彼は、明治三二年（一八八九年）二月一日に大日本帝国憲法が發布される記念式典に出かけようとするところを、ナシヨナリストの暴漢に殺される人ですから、決して単純に臣民は義務ばかりだということではないのです。

彼は伊藤の正論に対して、さらに反論を試みるのです。「そもそも権利なるものは、人民の天然所持するところにして、法により初めて定められるものにあらず」。つまり人民の天然所持するというのは、生まれながらに備わっているものなのだ。憲法に書いてもらって初めて権利というものができるわけではないと言っています。

こうなりますと、彼のほうが、伊藤より先に進んでいるところからの主張だったということになります。この「人民の天然所持するところにして」というのは現在の憲法の条文にも「侵すことのできない永久の権利である」と、そ

ういう趣旨が書いてあります。日本国憲法が初めて与えたものではない、思想的な根拠としてはそうです。厳密に実定法という法律解釈の時にどういう説明の仕方をするかはまた別ですが、思想的な背景としては、まさに日本国憲法の基本的人権は、「人民の天然所持するところのものを改めてここに書くのだ」と主張していたのです。ということを考えますと、今から百数十年前の日本の指導者たちは、大変高いレベルで論争していたのだということが分かるでしょう。

実際にも明治憲法（旧憲法）を伊藤博文が中心になって作るときに、大事な実質的な役割を果たした井上毅（いのうえこわし）は非常にはつきりと、「およそ立憲の政体において、君主は臣民の良心に干渉せず」と言っています。これも明治初期の私たちの先輩、指導者にとって近代国家、立憲国家を作るのがどういうことを、深いところまで勉強していたということになります。

ひとつ言つけ加えますが、「朕思うに……」から始まる教育勅語には、大臣の署名がないのです。大臣の署名がないということは、教育勅語は国政事項ではないということです。国政事項として君主が「臣民の良心に干渉する」ことからは一歩距離をといっていたという理解が可能ではずでした。実際には、思想の自由が抑圧される時代になって、これは天皇自身の命令だから、ふつうの法律以上に尊重しろと押し付けられるので、慎重な位置付けが可能だったはずの意味が逆になってしまっているのですが。

## 二〇〇年以上変らない人権宣言

最後にもう一つの論点について、事実を正確に知った上で、その前提で議論する必要があります。これも皆さんよく聞くでしょう。日本国憲法が施行されたのが一九四七年で、今日に至るまで半世紀を超える長い歴史がありますが、

ご承知のように一度も改正されていません。明治憲法もそうです。明治三二年（一八八九年）に作られてから、今の日本国憲法に取って代わられるまで、一度も手を触れられていない。明治憲法について言えば、一言一句変わらない憲法が六五年間続きました。そしてその憲法の下で、末期のような陸軍の独裁も行われたし、大正デモクラシーから昭和の初めにかけてのように、二大政党間の規則的な政権交代が行われました。国民主権の今のほうが規則的な政権交替はなかなか起こりません。旧憲法の下でそういう時期があったのです。憲法の一言一句変わらないのに、実態はものすごいぶれ。これは別の意味で私たちの教訓です。

それはともかくとして、日本国憲法が半世紀以上、一言一句変わっていないことは確かです。よくある議論で、それはおかしいではないか。もっと気軽に悪いところは直す。あるいはもっと良くしたいところは手を入れるべきだという主張があります。これもそうするかどうかは一人ひとりの選択の問題ですが、ここでも前提として、確かに戦後のドイツは、四〇数回の憲法改正をしています。ドイツの憲法には、日本でいえば国会法のような具体的なルールもたくさんあって、主としてそういうところが変えられています。ドイツは正式に再軍備をしましたから、大所ではそれに伴う改正もあります。ですから回数が多いのですが、逆にドイツの場合には非常に大きな特徴があります。

それは、さっきお話したように、基本原則に手を触れてはならないというルールを定めていることです。あえて変えた場合は、憲法違反の判断ができるんだぞというふうな非常に堅固な構えをしています。それだけではなく、ドイツの憲法の特徴として、「憲法の敵には憲法上の保障を与えない。自由の敵には自由の保障を与えない」。これを俗称「闘う民主制」と人々は呼んでいます。そういう言葉を憲法が使っているわけではありません。今言ったようなルールを、そういうふうに表示しています。

これはなぜかと言うと、第一次大戦の敗戦の結果できたせつかくのワイマール憲法が、ワイマール憲法を初めから

敵視するヒトラーのナチスが登場して来るのに対して十分に闘わなかった。ヒトラーのナチスもワイマール憲法の定める言論の自由の保障の下で、どんどん支持を伸ばしてしまった。ああいう悲劇を繰り返してはいけない。だから憲法を正面から敵視するような主張には、憲法上の言論の自由の保障を与えてはならないし、そういう政党は、憲法裁判所が憲法違反として判断して解散させるべきである、と。これは伝統的な自由主義の立場からすると、非常に大きな思い切った修正です。

伝統的な自由主義というのは、自由の敵にも自由を与えて、論破できるんだというものですけれども、もうそうは言えなくなってきた。自由の敵には初めからものを言わせないと、非常に硬いガードを憲法自身がしています。こちらのほうもこれまた賛否両論に分かれる大きな論争点です。簡単に決着のつかない話ですが、事実の問題として、そういう堅固な憲法のアイデンティティを維持しようとするシステムを前提にした上での、五〇回ほどの憲法の部分改正だということです。

ついでに言えばお隣のフランスでは、憲法の統治機構の部分は憲法そのものが何度も入れ替える的に変わっています。しかし、一九五八年に施行された今の憲法の下で、一七八九年の人権宣言、第一条から第一七条までの簡潔なものです。これが二〇〇年以上経った現在、憲法の基本権条項の根拠として、憲法裁判所によって運用されています。一七八九年宣言の第何条に照らして、この法律は憲法違反、というふうに。一七八九年宣言は文字通り一言一句変わっていません。有名な条文ですが、「財産権は神聖不可侵である」と書いてある。実際は、現代法の下では財産権にはいろいろな制限があつて神聖不可侵ではありません。

しかし、そこを簡単に今に合うように変えようとはしない。なぜなのかと言うと、これはそれこそ近代フランスの社会そのものの骨格、骨組み、アイデンティティを示す。これに手を触れると、近代フランスの在り方そのものが崩



れる危険がある。神聖不可侵と書いておきながら、かつての社会党政権の下で行われた国有化などは合憲としています。だからといって簡単に変えてはならないというのが、彼らの考えていることです。とにかく二〇〇年以上前の条文をそのまま使っている。

こういうことは他にも例を挙げればキリがないのですけれども、こういうことも頭の中に入れた上で、今の日本の憲法改正について考えるのでなければなりません。日本の改憲論の中身についての判断が改憲賛成、反対に分かれるのは当たり前です。私の立場はさつき結論だけ申しました。日本は思想良心の自由、表現の自由を掲げている国ですから、意見が分かれるのは当たり前です。最終的には国民投票で決める。しかしその際に、人類が長年積み重ねて来たいろいろなことを知らないで、あるいは知っていても人によつては、それをあえて伏せて、最初に申しましたインフームド・コンセントのように、よく事態を知った上の決断ではなく、慌てて賛否を決めるようなことになれば、それこそ第一次世界大戦後のドイツがせっかく手にしたワイマール憲法を、確かに外圧の下で作られたことは間違いないのですけれども、だからやめてしまえという議論に流されて、ドイツ国民だけでなく世界中を悲劇の底に引きずり込んだようなことを、万が一にも繰り返してはならない。

そのためには日本国民としての最終的な選択の前に、いろいろなことを知っておく必要がある。知っておくためには、例えばきょう私の話を聞いて下さった皆さんが、少なくとも大学で法律学を学んだ立場で、今の日本の社会で、改憲論の行方が外れた方向に漂流していかないように、本当によく分かった上での決断に導くために、あなた方自身、あえて言葉を使うならば、権利であると同時に責任ではないかと思うのです。というわけで「憲法改正論の前提―法律学の問題として―」ということを申し上げた次第です。

多少時間が残っておりますので、どうでしょうか。矢口先生、司会をしてくださるのでしょうか。

司会 どうもありがとうございました。憲法改正を巡るまさに法論理、事実、皆さんが考える素材を日本だけではなくいろいろな国を巡って、いろいろな幅広い思考素材を皆さんに提供していただきました。後は皆さんのほうに宿題が課されたということになるわけですが、今のお話を伺って、若干、先生にお願いして質問の時間を取っていただいたということで終わっていただいたのですけれども、何か質問があればお受けしたいのですが、遠慮なくある人は手を挙げてください。

質問 先生は第九条を変えないというお立場であると話していただいたのですが、私も心情的にはそう思います。先生の論文、先ほど示されたものをまだ読んでいないのですけれども、よく聞く議論として、第九条は現実としてすでに自衛隊がイラクまで行っているわけで、第九条と現実があまりに離れ過ぎていてどちらの方向で。現実を第九条に合わせるのか、第九条を変えるのかと話として割り切るのと、先生が『講座憲法学』という本で、深瀬忠一さんと対談していたものに、プログラム規定的に考えて、軍縮を段階的にして行くことを義務付けた規定なのだと理解する、どちらにしろ、どちらも現実味がないので、どちらかに修正するしかないかと思えます。

今の状態を放置すると、かえって第九条が死文化していくことになるので、そうすると憲法の持つ重みみたいなものが、ほかの条文の軽視に及ぶのではないか。そういう議論も聞いたことがあるのですが、その点についてどう思われますか。

樋口 大事な問題です。そのことだけでももう一時間話したいようなご質問ですね。なるべく短い時間でお答えするには、どういうふうな説明をしたらいいか。

まず、私は人が言うほど憲法は形骸化してはいないというふうに現状を見ています。というのは、早い話が今イラ

クに自衛隊が行っている根拠になっている、非常に長い名前の、私もすぐそこには言えないような法律があります。略称「イラク特別措置法」という法律では、「戦闘行為が行われていない場所にしか行けない」と書いてある。

なぜそう書かざるを得ないのか。そして、現に自衛隊は戦闘行為をしていません。そこをどう考えるかどうかは別として、オランダの軍隊に守ってもらっている。要するに、自衛隊は本質的には軍隊なのですけれども、軍隊が外国に出かけて行っても、軍隊として正面から行動することができない。これは、日本の国内法としての憲法が、それを抑制している。そのために作った法律自身が、そういう抑制的な書き方をせざるを得ない。これが現実です。

仮に憲法第九条がなかったとすれば、自衛隊はブレアさんの命令で戦闘行為をしているイギリスとまったく同じようなことを今やっているのだと思います。そうすべきだと言う人は、当然憲法第九条を削るべきだと言うでしょう。そうすべきでないと考える人ならば憲法第九条を維持するという選択をするはずで、そうでないと矛盾する。

その一つの例をとってみても、憲法第九条は、決して人が言うほど形骸化はしていません。現に去年の三月にアメリカが始めた戦争に、イギリスは全面的にコミットしました。ドイツとフランスは反対し、現在も軍隊を出していません。ドイツやフランスには日本の憲法第九条に当たるものはありません。ドイツやフランスは憲法の制約によってではなくて、自分たちの国民の利益、というのは国民から成り立っている国家の利益、そして国際平和のための選択として、この戦争には軍隊を出すべきではない、という立場をとった。まず第一段階として、この戦争には反対である、と。第二段階として、少なくとも自分のところは参加しないという決断をいたしました。繰り返しますが、ドイツやフランスには憲法第九条はないのですよ。法的な選択としてではなく、自分自身の政治上の選択として、そうしています。

日本の場合も、改憲論に対する態度決定をする前提として、いろいろなことがらを整理する際に、イギリスと同じ

ように行動すべきだったのか、また今からでも遅くないから行動すべきだと考えるのか。それともドイツやフランスの選択のほう为正しかったと考えるのか。その議論が本来は先にあるべきです。そこを伏せたままでの議論のあいまいさがいろいろな混乱を生んでいる。

そこでまた憲法の話に戻りますが、あなたの質問にあるように、形骸化ということを強調すると、その形骸化をそのままにして置かないほうがいいのではないかという主張のほうに強く押されて行きますけれども、まずその前提として決してあってもなくても同じようなものにはなっていないというのが私の認識です。関連してもっとたくさん言いたいことがありますけれども、とりあえず、ここで止めてほかの方にもしご質問があれば。

司会 時間があまりないですけれども、あと一件ぐらいどなたかあれば。

質問 座ったまま失礼します。今の講演を聴きまして、今の国際社会の状況として、日本にはテロリストだとかアメリカだとかそういう、外圧に限らず憲法を改正する契機としての圧力があると思います。憲法第九条に限らずほかにも改正したほうがいいようなものはありますか。

樋口 それこそ人によって百人百様です。よく聞こえてくる議論は、例えば環境権というのを書いてほしいというものです。この辺はどうなんでしょうか。環境権というとき、まず具体的な法律とか判例を積み重ねて実現していく努力をどれだけしてきたのか。環境保護に対して足を引っ張ってきた人々の中から、環境権を憲法に書いてほしいという議論が少なからず出てきているように思います。そういう議論とは別にもっと本腰を入れてきちんと環境保護をすべきだと言うのなら、どうしてわれわれが送り出している国会議員の先生方に、環境を推進する法律を続々と作らせようとしめないのか。仮に憲法に書いたとしても、それこそ形骸化してしまうだろう。具体的に言うと、環境権というのがわかりやすい例ですね。

そうかと思うと、女性はやっぱり家庭に帰るべきだという古色蒼然とした議論ですが、憲法第二四条の男女平等の規定が、戦後日本を悪くしたと言う議論も今になって飛び出しています。ですから個別的な論点というのが人それぞれにあります。

それからもう少し大掴みのところでは、日本の伝統をもっと盛り込むべきだという議論があります。実はこの議論は、それこそ伊藤博文たちが活躍した明治の憲法を作る時、憲法に限らず日本の近代法は民法でも刑法でも西洋のものを輸入したわけですから、その時からの議論です。憲法について言いますと、明治維新の直後に勅命が出て、わが国でも憲法というものを作らなくてはいけない、「国憲」という言葉を使っていますが、その際の勅命の中に出て来る非常にシンボリックな、二つの対になった概念があります。「すべからく建国の体に基づき」というのと、もう一つ「広く海外各国の成法を斟酌し」というのです。当時の海外というのは欧米先進国のことです。既にここで二つのキーワードが出てきている。日本自身の伝統ということと、それから普遍的なユニバーサルな近代国家の原則。これを両方踏まえて国憲を準備せよと言うのが、すでに明治維新のスローガンだったのです。それ以後、この二つの引っ張り合い、綱引きが日本近代史そのものだったのです。

間を飛ばしますが、ですから日本国憲法が前文に、この憲法の掲げた原則は、人類普遍の原理、まさにユニバーサルな原理だと、いわば自己定義しています。それは確かに外来のものではありません。しかし外来だからいけないと言うのがおかしいというのは、例えば仏教という、日本の伝統の骨格を作っているものは、日本独自のものではなく、外来のものをまさに日本的にしたものです。中国の仏教と日本の仏教では今見ると、まるきり違います。ラオスやカンボジアの仏教と日本の仏教とはまるきり違います。

そういうふうに、日本の伝統を受け皿として、外来のものから学び取った。そのことで言えば私たちの先輩世代の

大先生で、丸山真男先生という方がいらつしやいます。今は亡くなっていますが、丸山先生に私が書いたものを差し上げた時のご返事に、「確かに基本的人権とか裁判の独立というのは外来のものだ」。丸山先生がおっしゃるには、「しかし西洋にとって西洋の骨がらみの伝統を作っていると思われるキリスト教だって、西洋にとっては外来のものなのだ」。あれは中近東のものです。パレスチナから来たのだから。むしろ西洋・ローマ帝国はキリスト教を弾圧したわけですから。いみじくも日本にとっての仏教、西洋にとってのキリスト教は、両方とも外来思想で、その外来思想を自分の血肉にして、現在の在りようを作ってきたのです。

基本的人権とか裁判の独立とか、そういう近代憲法の思想についても、基本的には同じように考えるべきではないかというのが私の考え方です。もうよそ様のものはやめて伝統に戻ろうという議論に対しては、今言ったようなことも十分踏まえる必要があるのではないかというのが私の考えです。

司会 どうもありがとうございました。樋口先生は今のでもお分かりのように、こういう対論とか座談のほうが大変おもしろくて、最初からお話しいただかないで、最初から質問して聞いたほうがよかったかもしれません。そういう本として今日、お話しに出ていましたけれども、井上ひさしとの対論で『日本国憲法を読み直す』というのが講談社の文庫にありますので、ぜひお読みになつたらいいと思います。大変おもしろい本だと思います。もっとお話を聞きたいのですが、時間も来てしまいましたので、これで一応樋口先生の講演会を終わらせていただきます。先生、どうもありがとうございました。(拍手)