

資
料

平和の生存権の歴史的意義と法的構造 (二)

小
林
武

まえがき

I 序にかえて——平和憲法と市民平和訴訟

II 日本国憲法第九条および平和の生存権の歴史的意義

一 日本国憲法第九条の歴史的・国際的意義

(一) 古典的正戦論から無差別戦争観へ

(二) 戦争違法化の潮流

(三) 現代各国憲法の平和条項

(四) 日本国憲法第九条の普遍性と先進性

二 平和の生存権保障の国際的動向における意義

(一) 平和の生存権の国際法上の展開

(二) 日本国憲法の「平和のうちに生存する権利」保障の意義

III 平和の生存権の裁判規範性の弁証

一 憲法前文の法的性格

(以上、本誌一八巻四号)

- (一) 前文の法規範性
- (二) 前文の裁判規範性をめぐって
- (三) 関係裁判例の読み方と前文が裁判規範性をもちうることの確認
〔補説〕 前文の裁判規範性否定説について
——大西芳雄教授の所説を中心に——
(以上、本号)
- 二 「平和のうちに生存する権利」規定の法的性格
 - (一) 平和の生存が「権利」とされたことの意味
 - (二) 「裁判規範」の解し方
 - (三) 否定説・裁判例の批判と平和の生存権が裁判規範たる権利であることの確認
- 三 平和の生存権の憲法上の根拠
 - (一) 憲法上の根拠をめぐる諸説
 - (二) 前文、第九条、第三章の複合的な読み方
- 四 平和の生存権の構成内容
 - (一) 権利構造
 - (二) 享有主体
 - (三) 成立要件
 - (四) 法律効果
- IV 結びにかえて——平和の生存権を根拠とする憲法裁判の意義

III 平和の生存権の裁判規範性の弁証

日本国憲法前文の「平和的生存権」は、IIの章で略述したとおり、歴史的・世界的動向の中で成立し、かつ、立憲主義の国際的到達点にとどまることなく、その水準をさらに引き上げる意義をもつものである。さて、そのことを確認した上で、

次に、この平和的生存権がいかなる性格の権利であることを検討し、それとおして、これが裁判規範として違憲審査の準則となりうるものであることを弁証したいと思う。

平和的生存権を、そのような裁判規範たりうる権利と解することができるかについては、たしかに、今日なお消極的見地が有力である。本件訴訟でも、被告国側の一九九三年一月二七日付第五準備書面は、次のような形で否定説を展開している。

『「平和的生存権」が裁判規範たり得る権利であるとするためには、個別的・具体的な内容を有するものとして確立していなければならないところ、憲法前文から『平和的生存権』の個別的・具体的な内容特定することはできないし、また、憲法九条、一三条によっても、これを特定することはできない。すなわち、原告らの主張するところの『平和的生存権』なるものは、その概念そのものが抽象的かつ不明確であるばかりでなく、具体的な権利内容、根拠規定、主体、成立要件、法律効果等のどの点をとってみても一義性に欠け、その外延を画することさえできない、極めてあいまいなものであり、このような『平和的生存権』なるものを私法上の権利であるとして権利性を付与することは到底できない。裁判例の上でも、『平和的生存権』なるものの権利性が繰り返し明瞭に否定されてきたところであって（札幌高裁昭和五一年八月五日判決・行裁例集二七巻八号一一七五ページ〔長沼訴訟控訴審判決〕、水戸地裁昭和五二年二月一七日判決・判例時報八四二号二二ページ〔百里基地訴訟第一審判決〕、東京高裁昭和五六年七月七日判決・判例時報一〇〇四号三ページ〔同控訴審判決〕、最高裁平成元年六月二〇日第三小法廷判決・判例時報一三一八号三ページ〔同上告審判決〕、大阪地裁平成元年一月九日判決・判例時報一三三六号四五ページ〔①事件（大阪・内閣総理大臣靖国神社公式参拝訴訟第一審判決）〕、福岡地裁平成元年二月一四日判決・判例時報一三三六号四五ページ〔②事件（福岡・内閣総理大臣靖国神社公式参拝訴訟第一審判決）〕等。なお、前掲最高裁平成元年六月二〇日第三小法廷判決は、『上告人らが平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であって、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえず』と判示しており、私法領域において平和的生存権なる概念の機能する余地のないことを明らかにしたものである。）、もはや『平和的生存権』の権

利性を否定するのが、確定した判例であるといつても過言ではないのである。」

というものである。これは、典型的な否定説の論旨とみることができるので、そこに提示された論点に対応させる形で、平和的生存権が裁判規範として違憲審査の準則となりうる性格の権利であることを弁証したい。まず、憲法前文の法的性格から論じよう。

一 憲法前文の法的性格

(一) 前文の法規範性

比較憲法的にみて、憲法典の前文がいかなる法的性格をもつかは、各国の憲法それぞれの制定の背景に規定されて区々であり、一律に扱うことはできず、各々の内容に即して判断しなければならない。日本国憲法の場合、その前文は、戦後のわが国が拠つて立つべき憲法の原則を、民主主義・自由主義・平和主義という形で定めたものである。それは、憲法典全体の指導理念を明らかにし、少なくとも、憲法本文を解釈する場合の基準、また、立法がなされる場合の準則を示したものとして、憲法典の内容の一部を成す。またそれゆえ、前文の改正も、当然に憲法九六条の改正手続によるべきであると考えられる。前文がそのような次元で本文と同一の法規範性をもつものであることは、異論の余地のないところである。

問題は、前文が右のレベルでの法規範性を有することを前提にしつつ、それがさらに裁判規範としての性格までそなえたものであるか否かである。この「裁判規範性」については、次のような形の説明的定義が妥当とされよう。——「〔前文の〕裁判規範性の問題」とは、「すなわち裁判所が直接に前文を適用して法律・命令などの合憲性を判断しうるかの問題」である⁽²⁵⁾とされ、また、「前文の裁判規範性、すなわち、前文が違憲審査の際の判定基準として裁判所によって適用されるものであるかどうか、いいかえれば、『憲法に適合するかしないかを決定する権限』（八一条）を裁判所にあたえているときの『憲

法』の一部であるかどうか⁽²⁶⁾とされるものがそれである。なお、裁判規範の定義については、厳密に考察する見地に立つて、「広い意味では裁判所が具体的な争訟を裁判する際に判断基準として用いることのできる法規範」をいうが、「狭い意味では、当該規定を直接根拠として裁判所に救済を求めることのできる法規範、すなわち裁判所の判決によって執行することのできる法規範」をいう⁽²⁷⁾、と広狭両義を分けたうえで、「私は、それ自身、直接に、具体的争訟の準拠となり裁判所によって執行(enforce)される意味に解する」⁽²⁸⁾(傍点は原著者)と説く有力な学説がある。たしかに、ある法規範についての裁判規範性を一般的に定義する場合、論理的には、ここに説かれた論旨が妥当するであろう。しかしながら、日本国憲法の前文は、基本原理を宣明するものとして憲法典の一部を形造っており、その運用は、本文各条項と一体の形でなされるのがむしろ本来の姿であって、「それ自身直接に」運用されるのは、本文に欠缺のある場合に限られる。この説では、その場合にのみ裁判規範性が認められることになるが、妥当とはいいがたく、本文各条項と一体の形で裁判所により執行される場合も含め、前文に裁判規範性が認められてしかるべきであると考ええる。

なお、こうした議論の中で、前文の法的性格を説明するために使用される概念が不統一であることを指摘しておきたい。すなわち、一方で、ここである「法規範性」を指すものとして、「法的性質」⁽²⁹⁾、「法的拘束力」⁽³⁰⁾、「法的な意味」⁽³¹⁾などの語がつかわれ、他方で、「法的効力」や「規範的性格」の語が「裁判規範性」を示すものとして用いられている。こうした不明確さは、平和的生存権の法的性格が論じられる際にも、より増幅されており、またそのことが平和的生存権の法的性格論自体の問題性にも連なっているように思われる。この点は、のちに述べたい。

(二) 前文の裁判規範性をめぐって

さて、右にみたような意味での裁判規範性の存否であるが、この点では学説は分かれており、肯定説は近時有力になりつつあるものの、否定説が現在も通説的地位を占めているといえる。

まず、憲法前文の裁判規範性を否定する説の理由とすることは、①前文の内容は抽象的であって具体性を欠くこと、

② 消極的な理由として、すべての法規が直接裁判規範であるとは限らないこと、③ 前文の内容はすべて本文各条項に具体化されているので、前文がそれらの解釈基準となりうるとしても、裁判所の判断基準として用いられるのは本文の具体的規定であり、ただ、本文各条項に欠缺がある場合には前文の適用が理論上可能となるが、実際には欠缺は考えられないこと、などである。⁽³³⁾

これに対して、肯定説の主な論拠は、① 前文と本文の抽象性の相違は相対的なものにすぎないこと、② 前文の憲法原則が本文に具体化されていることをもってそれだけで前文には裁判規範性がないとすることは正しくないこと、③ 本文に欠缺があるときには前文が直接適用され、また平和的生存権のような根本原則に違反する国家行為は直接前文を適用して違法と判断すべきであること、などである。⁽³⁴⁾ 加えて、前文であるがゆえに裁判規範性がないとするなら、その立場は、憲法七六条三項、八一条、九九条等との関係で合理性を欠く、とする指摘もある。⁽³⁵⁾

ここでとくに注意したいのは、この両説は、一見する限りでは大きな懸隔を示しているにもかかわらず、実際には、すでに指摘されているとおり、否定説も前文が本文各条項の解釈基準となることや、また理論的には本文に欠缺のあるときは前文の直接適用があることを承認するのであるから「必ずしも氷炭相容れないものではない」⁽³⁶⁾ ことである。つまり、両説の対立は、「本文各条項の解釈を厳密・限定的に行うか、柔軟・弾力的に行うかという憲法解釈の態度・方法の問題」⁽³⁷⁾ に帰着する。いずれにせよ、前文が前文であるがゆえに裁判規範性をもたないという考え方は、否定説といえども採っていないのである。

(三) 関係裁判例の読み方と前文が裁判規範性をもちうることの確認

この問題をめぐる判例であるが、その読み方も、否定説と肯定説で異なっている。しばしばとりあげられるのは、以下の三つの最高裁判例であるが、否定説は、それについて、ほぼ次のように解釈する。まず、① 一九五〇年一〇月二五日大法院判決（刑集四卷一〇号二二六頁）であるが、上告趣意が憲法三七条の「公平な裁判所の裁判」とは陪審裁判を要請するも

のであり、それは前文に「(国政の) 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」とあることから当然であると主張したのに対し、大法院は、「憲法第三七条および前文は陪審による裁判を保障するものではない。その他民主主義国家であるからといって必ずしも陪審制度を採用しなければならぬという理由はない」と判示した。これについて、否定説は、上告趣意が三七条の解釈基準として前文を援用したのに対して、判旨も、解釈の結論は異なるが、援用それ自体には反対しなかったことを意味するにすぎない、と解している。

また、② 一九五二年五月一三日第三小法院判決(刑集六卷五号七六三頁)は、上告趣意が、上告人の所属する団体は暴力行為等処罰に関する法律一条に該当するとした原審の判決は、右団体が憲法前文に掲げられている趣旨と一致する目的をもって成立し行動している事実を無視したものであって、前文および九八条一項に違反すると主張したのに対して、そのような主張は「帰するところ、独自の見解に立って、原判決の事実認定ないし法律の解釈を非難するのであって、刑訴四〇五条の上告理由にあたらぬ」としたものである。これについても、前文は具体的事件に直接適用されるのではなく、本件は法律の解釈・適用として処理されるべきであると判示したものである、というのが否定説の読み方である。

そして、③ 一九五九年一月一六日のいわゆる砂川事件上告審大法院判決(刑集一三卷一三号三二五頁)は、「アメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法九条、九八条二項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは、到底認められない」と判示した。否定説は、これについても、判決は米軍駐留の九条適合性を論ずるにあたって前文を援用しているのであり、つまり、裁判規範として直接用いられているのは九条で、前文はその九条解釈の指針・基準としてそこに遡っているものであって、それを直接に裁判規範としているわけではない、と解釈している⁽³⁸⁾。

しかしながら、①の判旨は、陪審制度不採用が憲法に違反しないとするこの直接の根拠として前文を援用したものとみるのが自然である。②は、法律の——憲法と関連させない——解釈のみで事案を処理したというにすぎないものであって、前文がもつばら本文各条の解釈基準にとどまるとの判断を示したものではない。③の場合、これは、明瞭に前文の裁判規範

性を肯定した事例とみることができる。そのことは、右引用文のほかに、「われら日本国民は、……わが国の防衛力の不足は、これを憲法前文にいわゆる平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼することによって補ない、もってわれらの安全と生存を保持しよう」と決意したのである」と述べて、前文第二段の「平和を愛する諸国民の……」以下の規定を積極的に援用し、それ自身を駐留米軍の合憲性審査の準拠として扱っていることで、より明らかである。さらに、④ 最高裁一九六三年三月一二日判決（民集一七卷三三号三八頁）のように、「地方税の賦課徴収権が納税者訴訟の対象となるべき財産に含まれないと解しても、主権在民を宣言した憲法前文に違反しない」としたものもある。——以上からすれば、最高裁の裁判例を、否定説の側にひきつけて解釈することは正しくなく、それらは、憲法前文がもつばら解釈基準にとどまる旨を示していない（②判決）のみならず、むしろ前文に本文各条項と同等の裁判規範性を認めた判示になっている（①・③・④各判決）とみることが自然であるといえる。⁽³⁹⁾

下級審判決の中にも、前文を直接に適用した例を見出すことができる。東京地裁一九五七年四月二五日判決（行集八巻四号七五四頁）であるが、それは、出入国管理令二四条により退去強制を命じられて收容されていた外国人の釈放を人身保護法にもとづいて請求した事件について、「およそすべての人は、ひとしく恐怖と欠乏から解放され平和のうちに生存する権利を有するとのわが国憲法前文第二段の宣言はわが国内に滞留する外国人に対しても当然にその適用があると考えべきである」としたうえで、「現在日本において平和に生活が続けている者に対し退去強制をすることによってそれらの者が直ちに生存することすら脅かされることが明らかな場合に、それらの者の滞留が在留資格を失った後の不法なものであつても、これに対し退去強制をすることは許されない」としたものである。否定説からすれば、この判決に対しては、本件は人身保護法の問題であり、憲法問題であるとしても三一条のケースであつて、前文は解釈の基準とするにとどめるべきであつたとの批判が向けられることになるが、同判決が憲法前文について、その裁判規範性を明確に肯定し、かつそれを正当に解釈したものであることは疑いのないところである。

——以上のような検討にもとづくならば、少なくとも、前文が前文であるがゆえに裁判規範性をもちえないとすること、

またしたがって前文全体が裁判規範でないことは、正しくない。結局、憲法前文の裁判規範性の問題は、前文を形造っている個別の規定に即して、それぞれの内容に特定性・具体性があるか否かという形で論じられるべき性格のものであり、特定性・具体性をそなえている場合、そこに裁判規範性が肯定されることになる。したがって、平和的生存権についても、それが裁判規範たりうるかどうかは、その規定内容が憲法典全体の中で具体性、つまり個別的な特定性・明確性をそなえているかどうかにかかっているというべきであり、以下を、その検討に充てることとする。

註

- (25) 佐藤 功『ポケット註釈全書・憲法(新版)』上(有斐閣・一九八三年)一九頁。
- (26) 樋口陽一『憲法』(創文社・一九九二年)七一頁。
- (27) 芦部・前掲註(15)三五―三六頁。
- (28) 芦部信喜『憲法学Ⅰ・憲法総論』(有斐閣・一九九二年)二二頁。
- (29) 清宮四郎『全訂憲法要論』(法文社・一九六一年)六八頁。
- (30) 鶴飼信成『新版憲法』(弘文堂・一九六八年)二五頁。
- (31) 伊藤正己『憲法(新版)』(弘文堂・一九九〇年)五九頁。
- (32) 前者は、佐藤(功)・前掲註(25)一九頁、後者は、伊藤・前掲註(31)五九頁。
- (33) 参照、大西芳雄「前文の内容と効力」清宮四郎『憲法講座』(1)(有斐閣・一九六三年)一六一頁、佐藤(功)・前掲註(25)一九頁など。
- (34) 参照、大須賀明「前文」有倉遼吉編『基本法コンメンタール・憲法』(日本評論社・一九七〇年)一七頁、清水睦『憲法(改訂新版)』(南雲堂深山社・一九七九年)七八頁、阿部照哉『憲法(改定)』(青林書院・一九九一年)二六頁、山内・前掲註(一)二七〇頁以下など。
- (35) 杉原泰雄『憲法Ⅱ・統治の機構』(有斐閣・一九八九年)一五一頁。
- (36) 芦部・前掲註(28)二二頁。
- (37) 佐藤(功)・前掲註(25)二二頁。

- (38) 佐藤(功)・前掲註(25)二〇—二二頁。
 (39) 参照、山内・前掲註(1)二七—二七五頁、樋口・前掲註(23)四八頁。
 (40) 佐藤(功)・前掲註(25)一二頁。
 (41) 参照、樋口・前掲註(23)四八頁。

〔補説〕

前文の裁判規範性否定説について

——大西芳雄教授の所説を中心に——

1 大西説を基軸とする学説状況

本稿本文(鑑定意見書) III 一における叙述は、以上のとおり、前文の裁判規範性の存否をめぐる学説対立について、次の指摘をするにとどめたものであった。すなわち、肯定説と否定説との間の懸隔は、実質的にはさほど大きくなく、いずれにせよ、前文の裁判規範性について、否定説も、理論的にはそれを認めている、という指摘である。この叙述は、その結論には修正の要はないが、否定説批判の点で不十分であり、ここに補う必要を感じた。そこで、否定説のうち影響力を最も強くもつと思われる大西芳雄教授の所説⁽¹⁾をとりあげて、検討を加えておきたいと思う。

それに先立って、学説状況を、大西説とのかかわりに主眼を置きつつ一べつしておこう。

一 日本国憲法の前文が、憲法典の内容の一部であり、本文とともに法規範としての性格を有することは、制定の当初から、学説上争いのないところであつた。ただ、この法規範性をいかに解するかについては、次のように見解が分かれていた。

たとえば、佐々木惣一説⁽²⁾は、前文が「日本国憲法」という表題のあとに置かれているという外形を強調しつつ、前文は「憲法の条項と共に、憲法の一部を成すものであ」り、「法としての性質を有する」とし、「将来前文を改正する場合

には、日本国憲法改正の手續を経なくてはならない」とするが、同時に、「前文が、この原理に反する一切の憲法……を排斥するというのは、これらのものの存在を否定するという事実上の政治方針をいうのであって、これらのものを法的に無効とする、という法上の効力をいうのではない」と説き、結局、前文は法規だが政治的宣言の意味しかない、と⁽³⁾していた。

他方、清宮四郎⁽⁴⁾説は、日本国憲法前文は「根本規範または憲法の憲法とでも名づけられるべき規範的性質をそなえたものとみなされる。それは、国家の組織及び作用並びに国民の地位及び権利・義務についての窮極の基準を示すものであり、国家機関にとつても、一般国民にとつても、憲法を解釈し、適用する場合の最高の基準とされるべきものであって、それ自身また憲法的性質をもつものである。いな、憲法そのものの基礎となり、核心をなす本質的な部分である。……前文は、民主主義の基本原理を『人類普遍の原理』とみなし、『これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。』といっている。たとえ憲法改正手續をもつてしても、基本原理を動かすことを許されず、憲法改正行為にもこのような法的限界がある、というのである。憲法改正作用以下の段階における、立法、司法および行政作用が、それによって、拘束されることは当然である。このようにみてくると、前文は、たんに憲法の由来や目的を宣言するのではなく、国家及び国民の行態を窮極の要点において拘束する根本規範として、それ自身法的性質をそなえているものであり、したがって、それに反する行為は違憲の行為とみなされなければならない」(傍点は、引用者)と論じていた。

二 こうした論議がみられた状況の中で、大西説が公にされたわけであるが、その内容はすぐ後に別項で紹介するとして、同説が「筆者の結論もほぼこれと同じ」(七〇頁)としている佐藤功教授の所論をとりあげておく。それは、前文に法的性質を認めた上で、「前文は直接には裁判規範とはなり得ないと考えるのが正当ではないかと思う。そして、それは抽象的におよそ前文なるが故に、という理由によるのではなく、前文の内容が直接に法律の違憲性の主張の理由とはならないと考えるからである。……すなわち、法律の違憲性の主張は直接には本文の各条項に違反するとして主張されるべきであり、前文はその各条項の解釈の指針として援用されるにとどまる」⁽⁵⁾とするものである。そして、後の同

教授の論文は、次項で紹介する大西説にそのまま依拠する形で、否定説の論拠として四点を挙げる。①前文の内容は抽象的な原理ないし理念であって具体性を欠き、その具体的内容は本文各条項にゆずられていること、②一般に、憲法規範は法規性を有するといっても、すべて直接裁判規範であるとは限らないこと、③前文は憲法構造における最高の規範であり、その内容は本文各条項に具体化されるのであるから、まずもって裁判規範となるのは本文各条項の規定であり、ただそれらの意味内容が問題となるときに前文がその解釈基準とされること、④もつとも、本文各条項に欠缺がある場合には前文が直接適用されるかという問題が理論上存在するが、具体的にそうした欠缺があるとは考えられないこと、である。

この前文の裁判規範性を否定する大西・佐藤説が、今日に至るまで有力である。したがってまた、裁判規範性肯定説は、右のような論拠を覆えすことにつとめる形で展開されているわけである。

三 今日肯定説は、かなり多数の学者の説くところとなっているが、そのうちで代表的なものとみてよい著作は、肯定説の前記論拠に対して次のように反論している。すなわち、①前文の内容の抽象性と本文各条の具体性の差異は、相対的なものであり、このことから前文の裁判規範性を一般的に否定する結論を導き出すことはできず、また、②憲法規範のすべてが裁判規範でないことは確かであるが、とはいえ逆に、そのことから前文の裁判規範性を一般的に否定する結論を導き出すこともできず、さらに、③前文が憲法の段階構造の最上位にある規範であるからといって、その裁判規範性を全面的に否定する理由とはならない、などというものである。

対立する両説の議論のなされ方がこのようであることから、本稿のごとく前文の裁判規範性が肯定されるべきことを弁証しようとする立場からも、大西説に立ち返って、これをできるだけ深く考察しておくことが有益であると思われるのである。以下に、その要点を示し、その上で検討を加えたい。

2 大西論文の概要

一 大西論文は、まず、一九世紀の各国憲法はその前文にたんに制定の歴史的事実を述べるにとどまることが多かったが、今世紀の憲法は、前文に、一般に、右にとどまらず制定の趣旨・目的などを宣言するようになったため、前文の法的性格が問題となっている、とし、それはワイマール憲法からではないかと思われる、とする（六二頁。この引用頁は、註〔1〕掲記の大西『憲法の基礎理論』に拠る。以下も同じ）。

二 この一九一九年のワイマール憲法が、「ドイツ国民は、その各民族において一体となり、自由と正義とにおいてその国を再建し、これを強固なものにし、国の内外の平和に貢献し、社会の進歩を推進せんとする意思に満たされて、ここにこの憲法を制定した。」⁹⁾と定めた前文について、アンシュッツなど多くの学者がさしたる注意を払わなかった中で、カール・シュミットが、「ドイツ国民は……制定した」というのは、たんなる歴史的事実を述べたものではなくして、憲法の規定を生み出す根拠である憲法制定権力が国民にあることを宣言したものであるとして、前文の法的意義を主張した。その場合、シュミットは、前文を法規そのものとみるのではなく、前文は、憲法律に規範性を与えるものであって、憲法制定権力の把持者としての国民の具体的政治決定の宣言である、と解している（Carl Schmitt, *Verfassungstheorie*, SS. 24, 25）。——シュミットの、この全体的政治的決定や憲法制定権力の概念については、かねてより批判・非難も向けられているところであるが、彼が、前文を無意味なただの文章でなく、ドイツ国民が憲法制定に寄せた願望と制定権がその国民にあることを示したものとみて、そこにすべての憲法法規の基礎となり妥当性の根拠となる基本的性格を認めたことは正当に評価されなければならない、とする（六三―六五頁）。

三 そこで、わが国憲法についての考察に入り、それが法的に無意味なものでないことは明らかだが、その性格いかんをめぐることは学説による説明は進んでいない、として、佐々木・清宮の両説を俎上に載せる。佐々木説は、前文を法規とみなしながら法的効力をもたない政治方針と解する点で二律背反に陥っており、それは前文と本文各条項との関係を明らかにしないことから生じている、とする（六五―六六頁）。清宮説は、前文を、憲法制定権が国民にあることを示し、

根本規範の諸原則を含むものであり、それゆえ憲法解釈の基準となり、将来の憲法改正や立法を拘束する法的限界をなす法規とみているが、そこにいう「憲法制定権」は、シュミットなどの「憲法制定権力」とは違って、実定法上の権能であり、また、「根本規範」は、ケルゼン理論にいう法論理上仮設されたそれではなく、憲法制定者に授權をする実定的な法規範とされていることから、清宮説では、前文を、同説の《根本規範―憲法制定権―憲法》という図式のどこに位置づけてよいかわかりにくい、とする（六六―六七頁）。

四 右にみたシュミット説・清宮説のいずれからしても、前文は、憲法制定権によって制定された実定的な規範であることは確かであり、したがって問題は、前文が憲法の規範体系全体の中でいかなる位置を占めるかにあり、これを考えるにあたっては、スメントの統合理論、つまり、憲法全体を前文を含めて一つの価値体系と見、その諸規定の具現しようとする価値に段階を認め、最も基本的な価値を具現する規定にそれ以下の諸規定の妥当性の根拠を求める理論が参考になる。この考え方は日本国憲法にも妥当するから、前文を、実定的な憲法法規であって（その点で、シュミットの憲法制定権力とも、清宮説の根本規範とも異なる）、しかも憲法法規の段階的構造の中で最も基礎的な、したがって最も上位の規範である特徴づけることができる、とする（六七―六九頁）。

五 そして、前文の法的効力いかに論じられることになるが、前文が法規規範性をもつことはいうをまたず、問題は、前文が直接に違憲性（違憲性）の判断の根拠となりうる効力、つまり裁判規範性を有するか、である。この点では、佐藤功説の、前文は直接裁判規範としての効力をもたず憲法本文各条項の解釈の指針にとどまる、との結論にほぼ同意するとして、次の理由を挙げる。①前文の内容は抽象的であって、明白な限界を画するような具体性をもっておらず、いわば一般条項的である。たとえば、前文は「自由のもたらす恵沢を確保し」というが、その具体的内容はすべて各条文にゆづっている。したがって、まずもって裁判基準となるのは本文各条文であって、抽象的な前文の規定を直接適用することはできない。②消極的な理由であるが、一般に、すべての法規が直接裁判規範であるとは限らない。殊に、憲法法規中に多数ある組織規範は、法規であるが必ずしも裁判規範ではない。③前文を憲法法規中の最上級規

範とみるなら、前文は各条文の意味を定める枠、すなわち解釈基準としての役割をもち、裁判の基準となるのは具体性をもった各条文であって前文ではない。ただ、本文に欠缺がある場合には前文が直接適用されるという結論が理論的には出されるが、具体的にはそうした欠缺があるとは考えられないから、実際にはその問題の起る余地はない、とする（六九―七一頁）。

六 最後に、判例も、その大部分は前文を裁判規範とせず、本文各条の解釈基準として扱っている、とする。すなわち、いわゆる砂川事件にかかる最大判一九五九・一二・一六および東京地判一九五九・三・三〇は、ともに、九条を適用するについて前文をその解釈基準として引合に出したものであり、最大判一九五〇・一〇・二五の場合は、上告趣旨が三七条を解釈する基準として前文を持ち出したのに対して、判決はそのことには反対しないで解釈の結論に反対したものであり、また、第三判一九五二・五・一三も、当該事案は法律の解釈適用で片付く問題であって前文は具体的事件に対して直接適用されないとしたものである、と述べる。ただ一つ、東京地判一九五七・四・二五が、前文を直接事件に適用すべき裁決規範として扱っているが、これは、本来なら三二条を適用すべきところ、それを履践しなかったもので法論理的に飛躍のある誤った判決である、としている（七二―七四頁）。（なお、ここに挙げた各ケースの、争われた問題や判断の論理の詳細については、本稿本文を参照されたい。）

3 大西説についての検討

前文の裁判規範性をめぐる大西説は、以上に紹介したような見解に立って、「前文は憲法法規の段階構造の中で最上位の根本規範であるから、その下位にある各条文の規定の内容を限定する枠であり、したがって、具体的事件に直接適用される裁判規範ではないが、各条文の規定の解釈基準であり、形式的効力としては、一条以下の各条文の妥当性の根拠であるから、九六条の憲法改正権の限界の外にある」（七一頁）旨主張するものである。その論理は、ドイツ国法学の理論をもふまえて堅固である。ただ、私には、それにしてもなお、賛同しがたいところが残る。次の二点にまとめて

述べておこう。

(1) シュミットとスメントの所論

大西論文が引くところのシュミットやスメントの理論を、わが国憲法前文の裁判規範性を論じるに際してどのように参照するかの問題が、最初に俎上に載せられる。

一 まず、シュミットであるが、彼の『憲法論』は、ワイマール憲法の前文について、憲法律の基礎となる憲法制定権力の所在を示す具体的政治的決定を含むものとして重要な法的意義を見出したものであり、大西論文は、そのことに高い評価を与えていた。ただ、シュミットのこの所論が、前文のすべてを政治的決定とみて、そうであるがゆえに前文には裁判規範たりうるような具体的な法的性格が認められない、としたものではないことが強調されるべきであろう。もとより、大西論文もそれには自覚的であつて、シュミットが憲法前文の有する法的性格をいかなるものと解しているかは明確でないとみており、前文は「シュミットの憲法制定権力とも違」う（六九頁）実定的な憲法法規である、と正當に定式化している。そのことを確認した上であるが、なお次の点に留意しておきたい。

すなわち、大西論文がシュミット『憲法論』から引用した部分は、直接に前文を論じたものでなく、「決定としての憲法」にかんする叙述である。引用では省略されている部分を補つて、左に掲げておこう。

「ここにあげるワイマール憲法の諸規定は、憲法律ではない。『ドイツ国民はこの憲法を制定した』とか、『国家権力は国民に由来する』とか、または『ドイツ国は共和国である』などの文言は、決して法律ではなく、したがつてまた憲法律でもない、それらはまた、概括規定 (Rahmengesetz) とか基本原則というようなものでもない。だからといってそれらは、何か価値が低いものとか、無視してよいものではない。それらは、法律や規定以上のもの、すなわち、ドイツ国民の政治的存在形式を決定し、憲法律の諸規範をも含むその他の一切の規範の基礎的な前提をなすところの具体的な政治的決定である。ドイツ国内において存在する法律的なるものとか規範的なるものとかにかんするものはすべて、この決定にもとづいてのみ、かつその枠内でのみ妥当する。これらの決定は、憲法の中核 (Substanz

der Verfassung) をなしている。ワイマール憲法がいやしくも一つの憲法であり、ワイマール連合の諸政党が何らかの『妥協』にもとづいて正文の中に盛り込むことのできた、憲法七六条によって改正されるところの、関連のない個々の規定の総和ではないというのは、もっぱらドイツ国民のこの実存的な全体決定に由るのである。

「このような決定の本質を見誤り、そこには法律上の規定とは異質のものとがあると感じ取って、『それゆえに』、『たんなる宣言』、『たんなる言明』あまつさえ『陳腐な言葉』とまでいうのは、戦前の国家学の典型的誤謬である。このようにしたのは、憲法そのものが、二つの方向に解体してしまう。つまり、一方では、多かれ少なかれ凝った若干のきまり文句と、他方では、外形に特徴をもった、関連のない一群の法律とに。正当にみて、右の基本的な政治的決定は、実定法学にとつても決定的に重要で、真に実定的なものである。」その他の規範、すなわち、個々の権限を列挙したり、その限界を定めたりするもの、何らかの理由で憲法律の形式を与えられた法律は、この決定に対してはたんに相対的なものであり第二次的なものである。すなわち、それらの外面的特質は、ただ、七六条の加重された改正手続によって改正されまたは削除されるという点にある」¹⁰⁾

右の文中でシュミットが挙げている規定のうち、「ドイツ国民はこの憲法を制定した」というのは、前文の規定であるが、「国家権力は国民に由来する」は一条二項、「ドイツ国は共和国である」は一条一項の規定である。要するに、ここでは、前文自体についてでなく、前文、本文をあわせた憲法法規全体の中で国民の政治的決定によって形成された「憲法」について述べられているのである。前文それ自体については、シュミットは、右叙述が終ったあとに、続けて、小活字で、次のように論じている。

「一八七一年および一九一九年のドイツ国憲法は、政治的決定をとくに明瞭かつ力強く表明する『前文』をもっている。ドイツ国法学は、おおむねこれを、『たんなる言明』、『事実の説明』として扱い、『たんに宣言的で、命令的な性格をもたないもの』とみてきた。前文の法的意義についてより大きな理解を示し、右のような単純な区別によってそれを看過しない学者でも、たんに、前文は『憲法法典の精神』を明らかにするものであるとか、そこでは『不可量の

もの』が問題となる、などといっているにすぎない。……ワイマール国民議会の審議においては、戦前の用語法が支配していた。『たんなる確認』とか、扇動的な効果やその他心理学的に興味ある様々な表現がなされた。しかし、最も重要なことは、ワイマール憲法の前文が、憲法制定権力の担い手としての完全な政治的自覚をもって決定を下そうとするドイツ国民のいつわらざる宣言を含んでいる、ということである。この憲法が特殊に民主政的なのは、国王ではなく国民が憲法制定権力を行使するところにある。しかし、戦前の法学は、憲法制定権力とその他一切の伝来的な権力および権限との間のこのような決定的な対立について説明してこなかったし、ワイマール国民議会に参加したほとんどの法律家にも、君主政的国法学の用語しか通用しなかったのである。^[1]

ここでも、シュミットは、前文は国民の政治的決定の宣言を「含む」ものにとらえており、前文のすべてを政治的決定の表現物であるとはみていない。要するに、彼の所論においては、前文と本文が区別されることなく、前文を含む憲法法規全体について、「憲法」と「憲法律」とが区別されているのである。

二 このように、シュミットの所論からは、前文の憲法規範体系中の位置づけが明確にならないから、大西論文は、その明確化をはかるべくスメントの所論を参照する。それを、同論文は次のごとく要約している。——憲法は、価値の体系であり、その価値体系を国民が承認することにより憲法として存在し、妥当性と実効性をもつ。そこにおける価値とは、ワイマール憲法についていえば、国民主権、共和制、基本的人権の尊重がそれにあたるが、これらの基本的な価値が国民統合のモメントとなっている。そして、それは、前文および一条に規定されており、国家論的にみれば物的統合の眼目、法理論的にいえば実定法秩序の根拠であって、憲法その他の法令の解釈基準をなす、と。大西論文は、こうしたスメントの所論から、日本国憲法についても、前文は本文各条項の解釈基準である——それゆえそれは裁判規範ではない——という否定説の中心的（と思われる）論拠を導くのである（六八―六九頁、七一頁）。^[12] しかしながら、このような理解は、次の諸点で疑問である。

すなわち、もとより、憲法の各規定に価値的な高低があり、それらすべてを同列に置くことはできず、憲法規定が段

階的構造をなしていることとらえること、また、前文が憲法規定中で最も基礎的な規定を含んでいると解することは、正当であるといえよう。だが、まず、憲法規定中の最も基礎的な規範がすべて前文に込められているわけではなく、また前文の規定のすべてが最も基礎的な規範であるわけではない。最上位規範は、本文各条項と前文を合わせた憲法規定全体の中に含まれているのであり、人は、価値的判断をとおして憲法典全体の中からこの最上位規範を選び出して、それを憲法典の頂点に据え、その下で憲法規定の段階的構造を認識するのである。つまり、前文であるがゆえに最上位規範なのではない。この点、コメントは、ワイマール憲法に即して、前文および一条を基本的価値の体现規範として扱っているのであるが、これを大西論文の論理に形式的に則って理解するなら、憲法本文である第一条もまた、解釈基準でしかないことになってしまう。

また、付加するに、ある規定が最上位規範として他の諸規定の妥当性の根拠となり、それゆえにそれらの解釈基準となるということは、その規定が裁判規範となりえないことを意味するものではないことにも、当然事ながら、留意しておきたい。

結局、大西論文が参照したシュミットおよびスメントの所論は、本稿で検討しているテーマとの関連では、シュミットの場合は、前文に或る種の基本的な法的性格を認めた点に、またスメントの場合は、憲法典を段階的構造の価値体系ととらえた上で、前文中には最も基本的な価値を具現する規定が含まれていることを指摘した点に、それぞれ参照すべき意義が見出される、といえよう。また同時に、その意義は右の点に限定されるのであって、日本国憲法を理解する際には、これら所論への参照はその限りにとどめて、わが国憲法の規範それ自身についての検討に入ることが求められているものと思われるのである。

(2) 日本国憲法前文の理解

一 そこで、わが国憲法前文の裁判規範性について論じることになるが、その際には、まず、前文を丸ごとつかんでその全体について裁判規範性を否定する議論は成立しがないことが確認されなければならない。もとより、大西説も、

前文が前文という形式をとっているがゆえに裁判規範性を有しない、という論理ではない。先に述べたとおり、それは、前文は最上位の基礎的規範であつて他の規範の妥当性の根拠であり、それゆえ解釈基準としてはたらくものであるから裁判規範とはいえない、とし、また内容上も前文は抽象的・一般条項的で具体性を欠いているから、その点でも裁判規範とはなしがたい、とする論法に立つものである。しかしながら、この論法は、少なくとも日本国憲法の前文については妥当しえない。

すなわち、ひとつに、憲法の基本原理を宣言した最上位規範は、前文においてのみ表示されているのではない。たとえば、日本国憲法の基本原理は、国民主権、基本的人権の尊重および平和主義であるとされるところ、そのうち基本的人権の尊重の原理は、前文においては少なくともそれ自体としては、明示的には規定されていない。その点で、本文の一条、二条や九七条が、右の意味での最上位規範として扱われるべきであるといえる。

またひとつに、前文を構成している各規定も、それぞれに抽象性、逆にいえば具体性・特定性の程度が相当に異なる。たとえば、「日本国民は……人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚する」などの規定は、抽象度がかなり高いが、他方、「全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有する」との規定は、具体性・特定性をそなえたものとみることができる（その弁証は、本稿本文全体で試みているところであり、ここでは省略する）。なお、他方、憲法本文各条項中にも抽象性の強い規定・文言が存在しないわけではない。たとえば、「公共の福祉」などはその代表格ともいえるもので、今日では、これが人権制約の原理として直接に用いることは正当とは考えられておらず、具体的な各種の違憲審査基準がこれを補完し、ないしとって代つて援用されていることは、周知のところである。要するに、前文の裁判規範性の存否のテーマは、本文の条項ともども、各規定がその内容において具体性・特定性をどの程度にそなえているかで判断されるべきものと思われるのである。⁽¹³⁾

二 次に、前文の裁判規範性を論じる場合の、本文との関連のさせ方にかかわる論点がいくつか存在する。第一に、大西説も、前にみたとおり、本文に欠缺のある場合には前文が直接適用されうることが理論的には認められるとする。

しかしながら、先の検討にもとづくなら、こうした場合に前文が——それが具体性・特定性を有するものである限り——違憲審査のために直接適用されることは、理論問題であるにとどまらず、現実にも当然になされるべきことと解され、そこでは、前文の当該規定は明らかに裁判規範性をもつことになる。なお、大西論文では、本文に欠缺があるとは実際には考えられない、とされるわけであるが、これについては、本文各条項を、そこには欠缺がないとするほど柔軟に扱うのであれば、そのように扱われた本文各条項の解釈基準として前文を用いることによって、直接適用したのと同様の効果を導くことになる、との指摘がなされており、説得的である。⁽¹⁴⁾

第二に、大西論文では、解釈基準である規定は裁判規範でない、という形の議論がなされているが、これも、実際の規範の機能を正しくとらえていないものではあるまいか。たとえば、前文の「平和のうちに生存する権利」を含む第二段の規定は、九条の解釈基準として有力な役割を果たすとともに、本稿本文で詳論しているように、この平和的生存権自身が、平和主義実現のための法的課題にかんして、九条と協働して、また九条がカバーしえない部分については独自で、裁判規範として機能するのである。⁽¹⁵⁾

第三に、大西論文では、前文の規定は抽象的で、その具体的な内容は本文各条項で展開されているから、裁判規範となるのはもっぱら本文各条項である、との理解がなされているが、これも十分に説得的ではない。たとえば、先掲の裁判例（東京地判一九五七・四・二五）でとりあげられた前文の「恐怖と欠乏から免かれる権利」についてみれば、たしかに、その具体的内容は本文第三章の個別諸人権の中で展開されているが、同時に、たとえばとくに不当な退去強制からの自由といったテーマは、この前文の規定によくなじむものといえる。そうした場合、その内容が本文各条項で具体化されているような前文の規定も、これを本文の規定と併せて用いることは、裁判においても、可能かつ有益であると思われる。

大西論文の前文についての解釈論には、遺憾ながら、かなり形式的な峻別的思考が強く感ぜられるのである。

三 そして、最後に、大西論文における裁判例の理解の仕方がやはり問題になる。

本稿ではすでに本文中でかなり述べたので詳細はそこに譲るが、一つだけ例として挙げるなら、砂川事件上告審判決（最大判一九五九・二・一六）の、「合衆国軍隊の駐留は、憲法九条、九八条二項および、前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは、到底認められない」（傍点は、引用者による）との判文は、前文の関係部分について本文と同等の裁判規範性を認めたものと読むのが自然な判例解釈であつて、これを大西論文のごとく、「憲法九条を適用するについて、前文をその解釈基準として引合に出した」（七二頁）ものと解するのは、いささか強引の感をぬぐえない。

——以上のささやかな検討から得られる結論として、日本国憲法前文の裁判規範性にかんし、今日なお通説である否定説の礎石を形成したと思われる大西芳雄教授の所説は、卑見からすれば、成り立ちがたいものといわざるをえないのである。

〔補説の註〕

- 〔1〕 大西芳雄「前文の内容と効力」清宮四郎・佐藤功編『憲法講座』(1)（有斐閣・一九六三年）、のちに、同『憲法の基礎理論』（有斐閣・一九七五年）に所収。本稿における引用は、すべて後者に拠っている。なお、さらに参照、同『憲法要論』（有斐閣・一九六四年）三七―三八頁。
- 〔2〕 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣・一九五二年）一四四―一四六頁。
- 〔3〕 この点について、大西論文は、「何のことだか理解に苦しむ」（同前六六頁）とするが、佐々木説が憲法改正にかんして無界限説を採り、改正禁止規定の改正も法的に許されると解していたことからすれば、必ずしも論理矛盾でないとの指摘（芦部信喜『憲法学』Ⅰ（有斐閣・一九九二年）もなされている）。
- 〔4〕 清宮四郎「憲法の前文」同編『新法律学演習講座』（青林書院・一九五九年）、のちに、同『憲法の理論』（有斐閣・一九六九年）に所収。本稿の引用は、後者の二七八―二七九頁。
- 〔5〕 佐藤功「前文の性質——その法的効力」法学セミナー七八号（一九六二年）一三頁。
- 〔6〕 佐藤功「憲法前文の法的効力」小島和司編・ジュリスト増刊『憲法の争点』（一九七八年）一四頁。さらに参照、同『ボ

ケット註釈全書・憲法〔新版〕上(有斐閣・一九八三年)一九頁。

- [7] 前出の註(34)に掲記した文献の他に、山野一美「前文」芦部信喜・池田政章・杉原泰雄編『演習憲法』(青林書院・一九七四年)四五頁、隅野隆徳「日本国憲法前文における平和主義」(一)・専修法学論集一九号(一九七四年)三五頁、浦田賢治「憲法裁判における平和的生存権」有倉遼吉還暦記念『現代憲法の基本問題』(早稲田大学出版部・一九七四年)三八頁など。さらに、杉原泰雄「憲法Ⅱ・統治の機構」(有斐閣・一九八九年)一五一頁、樋口陽一「憲法」(創文社・一九九二年)七二頁および樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂「憲法」Ⅰ(注解法律学全集1、青林書院・一九九四年)四一―四三頁(樋口執筆)も、肯定説を支える。

- [8] 山内敏弘『平和憲法の理論』(日本評論社・一九九二年)二七二頁。

- [9] 訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』(信山社・一九九四年)(初宿訳)による。

- [10] Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot/Berlin 1928 (1954), S. 24 f. () 内が、大西論文では省略されている部分である。訳については、大西論文の他、尾吹善人訳『憲法理論』(創文社・一九七二年)および阿部照哉・村上義弘訳『憲法論』(みすず書房・一九七四年)を参照した。

- [11] C. Schmitt, a. O., S. 25. 訳については、前註の尾吹訳および阿部・村上訳を参照している。

- [12] 大西論文の引くスメントの著作は、R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, S. 265 以下。

- [13] 憲法制定議会における政府側答弁も、前文の裁判規範性を、前文が前文であるがゆえにその全体が違憲審査の基準とならない、という見解はとっていない。すなわち、「此の前文が裁判所の解釈に依り直接に適用さるべきものでないと私は考えますが、其の点如何ですか」との一議員からの質問に対して、金森徳次郎国務大臣は、「大体前文は本文を承けて其の由来を示し、又は理想を示す、斯う云う趣旨である訳であります。併しその中に法規的な規定があっても差支はないのであります。問題は、前文の中に規定の性質上法規的なものがあるかどうかと云うことに帰着すると思うのであります。……ただ前文であるから法規的なものでないと言ふことは決定出来ない。それは個々の内容に依つて決定すべきものと思ひます」と答えている(清水 伸編『逐条日本国憲法審議録』第一巻(有斐閣・一九六二年)三四一頁)。なお、金森答弁が「法規的性質」としているのは、問答の文脈から、本稿でいう「裁判規範性」に該るものと解してよいと思われる。

- [14] 樋口・前掲註(7)『注解法律学全集・憲法』Ⅰ(四一―四二頁)。

- [15] この点で、山野一美教授は、「平和的生存権のごとき憲法の基本原則を侵害する国家行為(たとえば軍役の強制)は、本

文九条、一八条の解釈基準としてのみでなく、むしろ憲法の基本原則違反として直接前文が適用されることを拒否すべき理由はないと思われる。前文の憲法原則が本文中に具体化されていて、直接前文適用の必要性に乏しいというだけでは、前文の裁判規範たることを否定する論拠にはなりえない」とする（前掲註〔7〕論文四五頁）。同感である。

（未完）