



近代憲法における「普遍法則」の実証法的意義

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 北海道学芸大学 公開日: 2012-11-07 キーワード: 作成者: 高坂, 直之 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.32150/00000497

近代憲法における「普遍法則」の実証法的意義

高坂直之

北海道学芸大学旭川分校法律学政治学教室

Naoyuki KÔSAKA: The Legal Meaning of "Universal Principles"
prescribed in Modern Constitutions

目 次

I 序 言	に関する実証法的意義
II 近代憲法に規定せられた典 型的な「普遍法則」の体様	V 近代憲法における「恒久的 平和主義」の実証法的価値
III 普遍性を誇る「基本的人権」 の実証法的可能性	IV 「普遍法則」の理論的根拠
IV 「国民主権主義」の普遍性	VI 結 語

I 序 言

およそ近代憲法にあつては、前文のなかに、そのよつて立つ根本原理ないし基本理念を明文化し、いずれも本文各条項解釈の普遍的基準を示しながら、その客観的にして先天的な文化価値をうたつていのが普通である。それは、いわば憲法の最高法規性たる性質上、まことに自然であるといわれてきた。憲法は自らが設定した立法機関の制定するあらゆる法に優越し、これを拘束するわけであるから、これらすべての法の規矩準則ないしは指導理念として、自然法的な普遍的色彩を帯びるのは、むしろあたりまえのことであるという。こういつたことが、憲法の国際化という方向に、極めて徐々ではあるが、大きく回転してゆく動機になつてい。たしかに各国に共通する憲法上の政治理念や、政策の借用を軽蔑する国は、それらを卑屈な態度で採用する国が制度上の消化不良に悩まされがちであるのと同様に、制度上の機能衰弱という危険に直面しているといわねばならぬ¹⁾。このような政治理念や政策は、いきおい普遍化されて憲法の指導理念とならざるをえない。1850年、共和党における奴隷制排撃の先鋒であつた William Henry Seward (1801~1875) が、合衆国上院において、「憲法よりも高次の法がある」(There is a higher law than the Constitution.)²⁾ といひ、そのとき以来、人口に膾炙した言葉となつたのも、憲法をして、確乎不動のものとなしうる道徳上の根拠の重視、すなわち憲法に対する自然法の優位を強調し、これにマッチさせることによつて、その恒久不変性を打ち出したといひ、おそらく John Locke の影響を多分に受けているらしい当時の社会的欲求から出たものではなかつただろうか。

このような普遍規定の大部分は、歴史の明らかに示すごとく、うち続いた戦禍や暴政への反省と将来の理想に対する強烈な祈求とが、血の代償をもつてかち得た実証的イデアであつて、それが文字通りの恒久性をもっているか否かは別として、少なくとも、それは概念的にのみ把握されたものではなかつた筈である。したがつて、このような高価な犠牲を払わずして得られた基本的原則なるものは、それがいかに永劫性を意味する美辞麗句を用いて憲法の巻頭を飾ろうとも、それは単なる概念的題目として終始する危険性を蔵しているといわねばならない³⁾。民衆の實際生活から遊離した、いわば儀礼的に抽象化された法に墮するおそれは、かかる熾烈な欲求が中途半端に終り、封建

制の残滓が拭いきれずに資本主義が形成された国々の多かれ少なかれ経験したところである。いうまでもなく近代憲法の一般的傾向として、民主主義的理想主義をもつて貫かれたものでなければ、普遍的法則としての存在価値を容認しないというのが、われわれの常識でもあるから、1889年のわが国憲法のように、その第73条によるも改革不可能と解した政治の基本体制に関するオーソドックスの理論は、当時においていかにその普遍性を強調したとしても、それはもはや現今の諸憲法における自由主義的潮流とは全く相容れないことに属する。

わが現行憲法も、前文の第一段において国民主権主義の政治理念を標榜して、これを人類普遍の原理 (universal principle of mankind) とし、同じく第三段には政治道徳の法則は普遍的 (laws of political morality are universal) として恒久的の平和主義に拠つたほか、第11条、97条などに規定された基本的人権尊重主義を加えて、これを恒久的の三大基本原則と称していることは周知の通りである。このような思想は、17、8世紀の自然法思想によつて強く影響されたという通念をけつて否定するものではない。しかしながら、普遍法則なるものを単に理念として、論理的先験的な抽象名辞としてのみ受け取り、具体的ものを撰容し止揚することによつて得られる真の経験的法則を、実証法規という形において把握しようとはしなかつた限りにおいて、あるいはその法則の微温的な適用に不満を覚え、あるいはその行きすぎに慨歎することの多いのは、また止むをえない仕儀といわねばならない。われわれの先達によつて普遍性を謳歌された筈の実証規定が、少なくとも、その具体的適用において納得できないものを多く見せている最近の社会現象のまゝに、われわれは普遍法規そのものの意義について、矛盾と焦躁を感じないわけにはいかない。結局、憲法におけるこれらの規定に、時空的不変の効果を期待できるものであるかどうか、このばあいの「普遍性」をいかに取り扱うべきか、また「法則」の内容に関する認識のいかんなどは、近代憲法の解釈上かなり疑問の余地がある、しかもゆるがせにできない問題であらう。

註

- 1) John A. Hawgood: "Modern Constitutions since 1787", 1939, Macmillan, pp. 8.
- 2) Kenneth Clinton Wheare: "Modern Constitutions", 1951, Home University Library, pp. 74, 90, 95.
- 3) J. Frank 博士は、普遍の法の目的は単なる抽象に終るべきものでなく、あくまで具体性に徹したものでなければならぬと強調している。[Jerome Frank: "Law and the Modern Mind", 1949, Stevens & Sons Ltd., pp. xviii]

II 近代憲法に規定せられた典型的な「普遍法則」の体様

「普遍法則」といつても、その表現形式、たとえば「普遍」、「永久」などという字句によつてそれと推測できるものと、その実質的内容および定立者の意図から推して、普遍性を標榜した法則であると断定せざるをえないような二つのばあいがある。そのいずれにしる、まず近代における普遍法則の核心をなす「自由権」確立の萌芽をなしたものとして、忘れることのできない「自由大憲章」(Magna Carta Libertatum, 1215)まで遡るのが常識であろう。その第1条において、イングランド教会の自由は「永久」に保障されることを確認し、終末の第63条においては、これまで規定せる一切の自由、権利および認許を「永久」に保有すべきことを明示している。

元来、自由権は他の基本的人権と同じく、イギリスにおいて最初に発達したものであることはいうまでもないが、当時、絶対権と呼ばれていた生命、自由、財産の各権利のうち、自由権は人身の自由のみを意味し、今日のいわゆる civil liberty でなかつたことは確かである¹⁾。ともあれ、これが1628年の「権利請願」(Petition of Rights)に与えた大きな功績は、いまさらいうまでもない。とくに学者がベルギー憲法第7条と比較対照している第39条の自由尊重²⁾が、近代憲法における普遍的基本原則定立に及ぼした影響は、ゆるがせにできないものがある。

「権利章典」(Bill of Rights, 1689)の第1条には「聖職上院議員・上院議員および下院議員は、全人民の名において(王または女王に対し)謹んで忠誠に服従し、その相続人および子孫も永久に服従する……」とあり、また「ローマ教を信仰しようとし、あるいはローマ教徒と婚姻しようとする人々は、……いかなる王威あるいは裁判権もこれを所有し、行使することは全く許されず、永久にその資格がない」とあるほか、「両陛下が満足されたものは、すべてこの現議会の権限によつて宣言され……永久に存続し、この領域の法律とならねばならぬ」と明示しているが、同趣旨の規定を1701年の「王位継承法」(Act of Settlement)第1,2条にも見ることができる。また「永久」を意味する字句は用いてないが、かつて得た自由権回復への熱望は同条の各所に見られ、あたかも普遍的欲求であるかのごとく行間に迫るものがある。

これらイギリス憲法の中核をなす古典法は、バロン達が王の抑圧を排して領民の支配を徹底しようとする、いわば封建制度温存の文書であり、また名誉革命後の法的効果をねらつたトーリー党による保守的なものではあつたが、近代の人権理論や憲法における他の「普遍法則」の定立に多大の示唆を与えた事実は、これを覆うべくもない³⁾。

一方、「メーフラワー協定」(May-Flower Pact, 1620)は、憲法として考えられたものではなく、カルヴィン主義に基づく教会的協約を、市民の団体生活へ応用拡大することにあつたとよくいわれているが、しかしそれは、アメリカ憲法の精神的母体として大きな役割を果たしたばかりでなく、アメリカの土地において発生した民主的傾向を醸成し、後年の人権思想に発展させたことは、その例証をヴァージニア議会の成立に見るまでもないことである。41名のピルグリム・ファーザーズが、この土地に恒久的自由と権利の場を見出さんとした熾烈な気組みを、この協定からはつきり感得できる⁴⁾。

1776年の「独立宣言」(Declaration of Independence)には、天賦不可譲の権利として生命、自由および幸福の追及(life, liberty and the pursuit of happiness)をとくに強調しているが、この普遍的権利の中心をなすものは自由権であることに疑いはない。このことは、合衆国憲法の前文に「われらとわれらの子孫のために、自由の恵沢を確保する目的をもつて」とあることにより、いつそう明らかである⁵⁾。1945年のヴェトナム共和国独立宣言は、この言葉をそのまま冒頭に飾つて新共和国誕生の饒としている。また1年後の「アメリカ連邦同盟規約」(Articles of Confederation)には、その前文において「永遠の連邦」なる表現を2カ所、第13条にいたつては、数カ所にわたつて連邦の「永久」に存続・連合することを強調している。1781年メリーランド州が最後の批准をして、「国民となつた日」を叫んだのも、連邦国家の恒久性を確信すればこそであろう⁶⁾。

「独立宣言」に続く世界最初の成文憲法たるアメリカ合衆国憲法(1787)は、いうまでもなく歴史においても、また1653年の「政体法」(Instrument of Government)および1787年のフランクフルト憲法と並んで、証書という立場からしても重要な地位を占めてきたものであるが⁷⁾、そのなかに、立法部における単なる議決だけでは、どうしてもならない基本的原則がかなりあることは、各州の憲法におけるばあいと同じく、衆人の一致して認めるところである⁸⁾。とくにその前文に「われわれの子孫に自由の恩恵を確保する目的をもつて」(Secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity)なる句を掲げているが、これも、もちろん恒久的自由の享樂を念願していることは疑いない。これが凝つては1941年のF. Rooseveltの有名な「四つの自由」の演説となり、1944年の「経済的人権宣言」(年頭教書)にまで発展、ついに世界人権宣言の筋が現われる動機とまでなつたことは人の知るところである。

これよりやや早く、「ヴァージニア権利章典」(Virginia Bill of Rights, 1776)にはその冒頭に「すべての人は、生来ひとしく自由かつ独立してをり、一定の生来の権利を有する。これらの権利は…

…いかなる契約によつても、人民の子孫からこれを奪うことができない」として、その権利を私有財産権と、幸福、安寧を追求獲得する手段を伴う生命、自由の享有権としている。フランスの「人権宣言」に先んじて発表されたこの恒久的人権思想は、「自由か、死か」の Patric Henry の強い信念が滲み出てをり⁹⁾、その各条項が日本国憲法のなかに再現されている影響力は、これをゆるがせにできない。この章典と並んで、建国初期における州憲法の双壁とされたマサチューセッツ憲法の第1条も、ほとんどこれと変わらない行文をもつ。また起草者 Jefferson の公立教会制度 (established church) そのものの解体と、国家と教会との完全乖離に対する念願を痛く感知させられる「ヴァージニア信教自由法 (Virginia Statue of Religious Liberty, 1786) も、その第一部において、人心の自由を天賦のものとしてうたい、第三部においては、この法律に対する将来の制限ないし廃止を「自然権」の侵害であると記している。

元来、アメリカ各州の憲法のなかには、かなり共通した箇所が多く、そのほとんどが苦心して取得した自由権への感謝と、その永遠性を書き記している。たとえば「ニューヨーク州憲法」(1777) 第1条第3節は、信仰の表明と礼拝の自由を永久に許容し (The free exercise and enjoyment of religious profession and worship, ……shall forever be allowed ……), 「カリフォルニア州憲法」(1879) 第1条第4節その他多数の州憲法にも、ほとんど同文の規定をおいている。また「ミズーリ州憲法」(1945) 第1条第2節は、生命、自由、幸福追求および勤労により得たものの享受に対する「自然権」(Natural right to life, liberty, the pursuit of happiness and the enjoyment of the gains of their own industry;) を認めているが、この「独立宣言」からの再録は、他の数州の憲法においても見られるところである。

そのほか「永遠性」をうたつた特殊のものとしては、陪審裁判の永久不可侵 (Trial by jury in all classes ……shall be remain inviolate forever;) を述べた前記ニューヨーク州憲法第1条第2節や、法定されている森林狩猟地の永久保持 (……shall be forever kept as wild forest lands.) を規定した同じく第14条第1節、そのほかヴァージニア (1776. 6. 12), ペンシルヴェニア (1776. 9. 28), メリランド (1776. 11. 11), 北カロライナ (1776. 12. 18), ヴァーモント (1777. 7. 8), マサチューセッツ (1780. 3. 2), ニュー・ハンプシヤ (1783. 10. 31) などの憲法は、いずれも不可譲の「自然権」を、社会契約理論のもと、現実の政治的な権利に代位せしめ、これを法制化することに成功している¹⁰⁾。

おもうに、アメリカ建国の初期においては、アングリカンの圧迫によつて、かえつて昂揚された清教徒精神のたくましい勤労と禁慾自製の徳が、辺境精神と相まつてあらゆる障害を克服したばかりでなく、民族の頹廃を防ぎ、健全なる幸福への人生哲学を教えるに至つたということには異論がない。しかも従来、ピュリタンの短所とも見るべき偏狭性、固陋性は、この広大な自然力によつて是正されたものとなつた。この清教精神は、18世紀の天賦人権思想と協働して、一つの自然法思想を醸成し、これが個人利益を高調するのあまり、組織された社会統制に、できるうるかぎりの抑制をおいたから、行政上はもちろん、司法上においても自由裁量はほとんど許されなかつた¹¹⁾。このことが各州憲法をして、異状なまでに長文たらしめた原因であろうと思われるが、ともかく、かれらの自然法思想は、当時のフランスにおける純粹の理性主義的なそれとは色彩を異にし、あくまでもプロテスタンティズムに基調をおくものであつて、これがアメリカ諸州の憲法に深く根を下していることは、もはや疑いをいれる余地がない。自由権、ことに信仰の自由に対して、ほとんど例外なきまでに「永久」あるいは「自然権」なる文字を附し、そのほかこれに類する字句の頻出することは、這般の事情を明瞭に物語るものである。

しかるに17世紀末から18世紀にかけて、低調であつた知的水準もようやく上昇線をたどるようになるや、ピュリタニズムの神政思想に対する反感が次第に高まり、自由主義的イギリス思想が

Hume や Mill の経験論を仲介として移入され、これと近代科学思想の影響の下にプラグマティズムとなつて、中産階級の商人、貿易業者のあいだに広まり、一方、人道主義フランス思想が、都市労働者、ことに農民や西部辺境の住民に共鳴を与えた¹²⁾にもかかわらず、各州の憲法は、旧態依然たる思想内容をもち続けていたところに、19世紀に入つて真の宗教的寛容が、人種の寛容などと共に割り切れない問題として残されるに至つた原因がある。おそらく現在、これら憲法の示す「永久」、「自然権」を実証的に額面どおり受け取るものはあるまい。R. Pound が「アメリカ民主主義の特徴は、辺境社会 (frontier society) を理解しなければ説明できない。しかしアメリカ政治の最大弊害のあるものは、かつて未開墾地方の町村において便宜、無害であつた道徳と慣習とを現代の広大かつ稠密な都会に移すことからきている」とし、さらに「アメリカ法の科学的発達は、辺境にいまなお残つている辺境精神によつて阻まれ、歪められてきた」¹³⁾といわれる真意もまたそこにあるのであつて、これを解して、各州憲法に表われた自然法的「普遍」を意味する字句の非実証性を暗示しているといつても、決してこじつけではない。

ひるがえつてフランス「人権宣言」(1789)を見るに、その前文および第1条、第2条によつて天賦不可譲の普遍的人権を宣言し、第4条で「自由」の定義を示している。これは“Du Contrat Social”, Livre 4, Chap. VIIIにある法のなかに見えている文章『ダルジャンソン侯はいふ「共和国においては、各人は他人を害しないことについては完全に自由である」と』(Dans la république, dit le marquis d'Argenson, chacun est parfaitement libre en ce qui ne nuit pas aux autres.) からきていること明らかである。この第4条は国家を超越した自然権としての自由、いわゆる天賦の自由を表明している¹⁴⁾。またその第17条に「所有権」の神聖不可侵をうたつているのも見逃されぬ。ここでの「所有権」は、もちろん「財産権」を指しているわけであるが、神聖というからには、天賦の権利、いわば自然権をいうものであつて、実質的には第2条と重複している感を免かれない。したがつて、第17条の重点はむしろ後半にあり、前半で受ける強い刺激ほどには原則的な規定ではないようである。元来、この権利の「宣言」(Déclaration) という語は、恒久的に存在するものについての厳粛な確認を意味し、決して新しい権利の創設を指称するのではない。さればこそ、この確認の厳粛性を至高の存在 (l'Être suprême) の庇護にかからしめている。

それより4年後、すなわち共和国第2年2月15日、16日、国民協約に提出された憲法案、いわゆる「シロンド憲法」のなかの「人々の市民的および政治的自然権の宣言の草案」(Projet de Déclaration des droits naturels, civiles et politiques des hommes) 第1条には「自由」、「平等」、「安全」、「所有権」、「社会保障」および「圧制への抵抗」をもつて市民的、政治的自然権と認めている。この一連の傾向は、さらにデモクラティックな色彩をおびた「山岳党憲法」(1793)に、またかなり保守的なものとする「共和暦第3年12月5日フランス共和国憲法」(1795)のなかにも、はつきりと示されている¹⁵⁾。

わが明治憲法の第1条、第3条における、かつての「普遍原則」に対応するものとして、「スウェーデン王国憲法」(1809) 第1条、第3条の国王「永久」世襲制があげられる。これが施行後の国王は、もはや1772~1809年の独裁者でもなければ、1719~1772年の無能な王 (roi fainéant) でもありえなくなつたことは事実である。ともあれわが旧憲法が、世界最古の成文憲法の一つであるこの憲法から、間接に影響を受けていることは間違いないところであろう¹⁶⁾。また国王の地位に関し、特異な規定をもつていて有名な「ベルギー王国憲法」も、その第60条において、女子およびその子孫は「永久」に王位継承の権利を有しないとし、第63条には、国王不可侵ならびに無答責の原則をあげて、かれらの普遍的意志を表明している。わが明治13年の元老院憲法および明治憲法も、この影響を受けていることは疑いない。近代政治および行政科学の発達に大きく貢献し

たこの憲法の忠実な礼讃者である Henri Pirenne は、これを “la charte par excellence des libérites modernes” とし、われわれが期待しうる現代民主主義憲法のなかで、もつとも典型的なものとしている¹⁷⁾。ただし habeas corpus の流れをくむといわれるこの憲法も、個人の自由および権利の保障についての法哲学的信条の告白は見られない。

一方また 1849 年の「ドイツ帝国憲法」いわゆるフランクフルト憲法は、国民主権主義的な立場から、詳細な基本的人権を網羅したドイツ最初の憲法として、プロイセン憲法をはじめ、近代ドイツ諸憲法にかなりの影響を与えているが、とくにこの憲法の完成から丁度 70 年後、ワイマール共和国がこれを最大限度に利用して、かれらの憲法の祖父と称えたことは有名である。こうして今世紀の初めに、その本質的価値がとくに明示されたことは、この憲法が短命な意味より以上のものをもつていたことを示すものであろう¹⁸⁾。その第 166 条には、地主と雇傭者との臣従関係および隷民関係 (Jeder Unterthänigkeits und Hörigkeitsverband) は「永久」に消滅するとして、その普遍性をうち出している。

ところが「スイス連邦憲法」(1874) には、恒久性を表現する具体的な文字を発見しえない。しかし、かつてジュネーヴの政治が Calvin によつて行われたことのある新教国として、アメリカ合衆国より、いつそう鞏固な自主独立の州をもっているかれらの基本法のうちに、国民の統一、勢力ならびに名誉を維持増進するための民主的独立の保持と、基本的人権確立のための変わることのない志向を看取する¹⁹⁾。ことにその第 25 条の 2 ほど、人権思想の根本理念である平和と博愛の精神を如実に表わしている規定を知らない²⁰⁾。

さてスイス憲法と関連をもつ近代の名憲法として「ワイマール憲法」を忘れるわけにはいかないであろう。ことにその第 20 条に「子を教育して、肉体的、精神的および社会的に有能にすること」は、両親の最高の義務であるとともに、「自然の権利」であると規定している。不成功に終つた 1849 年のフランクフルト憲法の示唆を多分に受けているこの憲法は、内閣組織をイギリスから、強力な大統領制をアメリカから、直接立法制度をスイスからそれぞれ借用して最初の共和制に対する決意を示している。²¹⁾ それだけにまた、子女の教育の民主的繁栄に及ぼす影響について、かれらが示した絶対的確信もうなずかれるところである。実際には 14 年間の命脈しか保ちえなかつたけれども、とくにドイツ人民の基本的権利義務に関する第 2 篇は、現行諸憲法における「普遍」的人権規定の典則たる地位を占めているといつても過言ではない。

「ソヴェト社会主義共和国同盟憲法」(1936) においても、その第 122, 123 の両条に規定する「権利の平等」については、『経済的、国家的、文化的小および社会的、政治的生活の全領域にわたつて「不変」の準則である』として、その普遍性をうたつている。また第 133 条によれば、祖国の防衛をもつて、すべてのソ同盟市民の「神聖な」責務であるとしている。神聖なる字義は、結局、天賦永久不可侵の意に通ずるものというべく、国防の義務こそ、永劫に続く国民の負担であるという意味に解して差しつかえあるまい。その同じ傾向は、「ユーゴスラヴィア連邦人民共和国憲法」(1946) 第 34 条、「イタリア共和国憲法」(1948) 第 52 条、「ポーランド人民共和国憲法」(1952) 第 78 条、「ルーマニア人民共和国憲法」(1952) 第 92 条および「中華人民共和国憲法」(1954) 第 103 条などにも見られる。ソ同盟憲法には、このほか「神聖」なる字句を第 131 条にも用い、公共的、社会主義的財産をもつて、ソヴェト連邦の神聖かつ不可侵な基礎としているが、この条項は、中共憲法第 101 条において、そのまま受け継がれている。

このいわゆるスターリン憲法は、制定されてより現在まで、加盟共和国、行政区劃、中央、地方制度およびその権限、名称などについて、しばしば修正を見てきた。しかし 1924 年の憲法と、1936 年のそれとの違いは、12 年間の著しい政治的変化から見れば、それほど甚だしくはない²²⁾。し

かも一貫した基本原則は、微動だもせずに持続されている。「永劫」をうたい、「普遍」を記すことも、つまりは社会主義社会の建設がひとまず完成し、今なお続けられている共産主義社会への漸進的移動に照応するものとして、あるいは自然のほとぼりしりであるかも知れない。さらに目を転じて、第一次世界大戦の敗北とともに、サルタン政府が急激に衰微するまで、約10世紀にわたる帝政の圧迫に対し、その反動として1924年に発布された現行「トルコ共和国憲法」(1945年改正)を眺めるならば、自由主義的原理もさることながら、著しく民主主義的原理が色濃く打ち出されているのに気がつく。その第68条に、個人の自由権を自然権とうたっているほかには、「普遍」を表わす文字を見ないが、総体的に共和政治を今後永久に失うまいとする熾烈な熱意を、おそらく誰でもそのなかに感得されることであろう²³⁾。

同様のことは、「スペイン国民の憲章」(1945)の第1条、第3条によつて近代的自由主義、平等主義を永久に失うまいとする決意にもうかがわれる。これは1931年の第二次共和国が制定した最初の民主主義憲法(1812年以来、第6回目)が、大いに影響していることはいうまでもない²⁴⁾。

また「ブラジル連邦憲法」(1946)においては、明らかに信教の自由を表示している第141条第7、8項があるから、直接、宗教上の要請からとはいわれぬが、おそらく基督旧教の隠然たる勢力からでもあろうか、その第163条では「婚姻の解消」をはつきり否認している。これは1822年の独立当時ポルトガルの法律をそのまま踏襲していた時代から、1824年の「ブラジル帝国憲法」、野党から「仮装的ファシズム」(disguised fascism)と称された1934年の新憲法、Vargas大統領による汎アメリカ憲法圏(Pan-American constitutional line)から脱した1937年の新憲法、および1946年の現行ブラジル連邦憲法に至る一貫した線であつて、おそらく永久不変を標榜したものであろうことは想像に難くない。また第176条には、「恒久」的国家制度として、大統領の最高権力の下に整備された軍隊組織をあげている。これもかつて一植民地として受けたひどい圧制と、その後うち続いたクーデター、その他の内乱による苦しい経験が然からしめたものであろう。

この現行憲法と同年の制定にかかり、しかも従来多くの憲法と異なり、権利宣言の規定をもたない「フランス第4次共和国憲法」は、前文の初めに当つて、1789年の「権利宣言」が認めた基本的原則を神聖な権利として、その「普遍性」を再確認しているし、それから2年後に定立せられた「イタリア共和国憲法」の第2条にも、個人として、また人格発揚の場としての諸社会的結合体において、人権の不可侵的「不変性」を認めているが、敗戦直後1944年に行われた厳正なレフェレンダムの結果、大多数によつて決定せられた共和制への熱意が、行文のうちに感ぜられる。また人類憲法の前文といわれる「世界人権宣言」(1948)第1条においても、人間生来の自由と尊厳・権利についての平等をうたい、1776年の宣言を再確認している。18カ月の超スピードをもつて完成した本宣言は、二つの世界の政治的対立を調和しなければならないものだけに、その第1条は、とくに意義深いものがある。

なお、もつとも新しい憲法の一つである「ドイツ連邦共和国基本法」(1949)、いわゆる「ボン憲法」の第1条および第2条には、人間の尊厳を強調し、それゆえに基本的人権をば、世界におけるあらゆる共同社会、ならびに平和と正義の基礎として、その「普遍性」を認めている。ところが最近、徴兵制度を中心とする小範囲の改正が検討されていると聞く。本法は最初から、暫定的基本法として出発しているから、国家内外の情勢による改正は当然であろう。しかし「普遍性」をうたう基本原則にまで、それが及ぼすとは考えられないことである。一方、「ドイツ民主共和国憲法」(1949)、いわゆる「東ドイツ憲法」では、その第31条において「ワイマール憲法」第120条をそのまま再録し、子供の教育をもつて両親の「自然権」なることを強調している。またこのほか国民の基本権について、ワイマール憲法の規定をほとんど無修正のまま受け継いだのも少なくな

いが、総体的には、もちろんソ連型というべく、したがってワイマール憲法の性格とは、かなりの隔たりがあるわけで、前記第31条においても、西欧の自由民主主義諸国とは、異なつた適用を予想しなければならぬ。

以上は、ただ近世の主要な憲法について、その「普遍法則」と推測されるもの、あるいは「永遠」を意味する字句の挿入によつて、明らかにそれと断定しうるものの、単なる年代順の羅列的紹介にすぎないが、かかる法則といわれるものは、それぞれの国民性により、また歴史的伝統や慣習により、あるいは当時の政治的事情により、かなりのヴァリエティがあることを、認めないわけにはいかない。しかし、これらを通観するならば、まず圧倒的に多い「基本的人権」ことに自由権に関するもの、ついで「国民主権主義」その他、伝統的政治機構に関するもの、および「平和主義」に関するものなどの三項目に、大体、修約できるのではなからうか。もしそうであるならば、わが国の現行憲法などは、正しくこの標準をゆくものというべきである。

註

- 1) 河原峻一郎：「言論及び出版の自由」1957、有斐閣、1～2頁。
- 2) A. V. Dicey: "Introduction to the Study of the Law of the Constitution", 9th ed., 1952. with Intro. by E. C. S. Wade, Macmillan, pp. 206～207.
- 3) 竹内 雄：「英国憲法史概論」1929、文精社、124～126頁。
Hawgood 教授は、アメリカ憲法が、とくにイギリス憲法からの影響甚大であることを強調している。[J. A. Hawgood: op. cit., pp. 18].
- 4) 美濃部達吉：「米國憲法概論」1947、有斐閣、80～81頁。
- 5) 同上、3頁。
大野盛直：「アメリカ憲法原理の展開」1956、有斐閣、34～35頁。
- 6) J. A. Hawgood: op. cit., pp. 14.
Bernard Schwartz: "American Constitutional Law", with a foreword by A. L. Goodhart, 1955, Cambridge, at the University Press, pp. 36.
- 7) J. A. Hawgood: op. cit., pp. 13.
- 8) E. C. S. Wade & G. Godfrey Phillips: "Constitutional Law", 5th ed., 1955, Longmans Green & Co., pp. 22.
- 9) Charles Grove Haines: "The Revival of Natural Law Concepts", 1930, Harvard University Press, pp. 54.
- 10) 大野盛直：前出、46頁。
藤井新一：「米國憲法論」1926、ミスマル社、144～231頁。
- 11) Roscoe Pound: "The Development of Constitutional Guarantees of Liberty", 1957, Yale University Press, New Haven, pp. 90～91.
R. パウンド(山口喬蔵訳)：「英米法の精神」1925、巖松堂、127頁。
- 12) 松田義実：「アメリカ思想史」1944、理想社、166～167頁。
- 13) R. パウンド(山口訳)：前出、120頁、126頁。
- 14) J. A. Hawgood: op. cit., pp. 36.
- 15) *ibid.*, pp. 36～38.
- 16) *ibid.*, pp. 98.
- 17) *ibid.*, pp. 140.
- 18) *ibid.*, pp. 211～212.
- 19) *ibid.*, pp. 180 et seq.
- 20) 一方、かれらのもつ著しい現実性は、いたずらに高い理想を迫ることのない実質的な規定となつて憲法を特徴づけている。たとえば清涼飲料のことであるとか、山林における野獣の保護であるとか、この憲法ほど実質的な規定に富むものを他に見ない。しかしこれらは直ちに清冽な原則規定によつて結束されている。つまりスイスの自然が、スイス連邦憲法のなかに美事に結晶したものといえるであろう。[James T. Shotwell (ed.): "Governments of Continental Europe", rev. ed., 1952, Macmillan, pp. 336 et seq.]

- 21) J. A. Hawgood: op. cit., pp. 352.
- 22) *ibid.*, pp. 400.
- 23) *ibid.*, pp. 348~349.
- 24) *ibid.*, pp. 431.

以上のほか、随時参照したものとして：—

大石義雄編：「世界各国の憲法」1952、三和書房。

大石義雄編：「世界各国の憲法典」1956、有信堂。

人権思想研究会編：「世界各国人権宣言の研究」第1巻(英米の部)1950、第2巻(フランス・スイスの部)1951、巖松堂。

高木八尺、末延三次、宮沢俊義編：「人権宣言集」1957、岩波文庫。

衆議院法制局、参議院法制局、国立国会図書館調査立法考査局編：「アメリカ州憲法集」第1集～第4集。

III 普遍性を誇る「基本的人権」の実証法的可能性

Duguit は、法におけるイェラルシーの存在を肯定し、その頂点に位する最高の法として「基本的人権」を位置づけ、憲法(硬性)をして、その下位にあらしめている¹⁾。これはいうまでもなく、あらゆる実定法に優先する人権を認め、これを天賦のものと信憑して、むしろ自然法に基づく絶対権とする近代の傾向を示すものにほかならない。元来、天賦人権といえ、J.-J. Rousseau の影響を受けた1789年の「フランス人権宣言」をもつて創始とするという常識が、Georg Jellinek の名著とらたわれた「人と市民の権利の宣言」(Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte, 1895, 4 Aufl., 1927—邦訳)によつて、その誤りなることが遺憾なく指摘されたことは、周知のとおりである。「人権宣言」も、実はアメリカ諸州の権利章典に拠つた痕跡が明瞭であつて、Rousseau の学説のみが人権の法的形成における主たる根拠ではなく、歴史的に見るならば、それはむしろスイスを源流とするカルヴィニズムの要請にまで遡る必要があることは、もはや明らかである。つまり基本的人権の「普遍性」は、実に17世紀におけるプロテスタンティズムに基づく、自然法理論による醸成であるということにほかならない。当時、いわゆる人間機械(l'homme machine)説をとるなえ、宗教を否定し、伝統と理性との背反を強調して、すべてを物質の運動に帰せんとした百科全書派(Encyclopédistes)が、いかに革命前の思想を支配していたとしても、少なくとも、その合理主義が、普遍的人権の源泉でなかつたことだけは、確かであるといえよう。しかしJellinekのように、Rousseau の「一般意志」(volonté générale)を直接に人民意志の意に解して、Rousseau は基本的人権よりも、一般意志の最高なることを信じていたとすることは、いささか酷にすぎるようである。それは、いわば“Du Contrat Social” Livre II, Chap. IV—Des bornes du pouvoir souverain (主権の制限)を曲解した結果としか受け取れない。「フランス人権宣言」のなかにうたわれている基本的人権は、アメリカ権利章典の字句を参照したものによ、その精神的な示唆を“Du Contrat Social”に求めた、天才的なフランス人独自の個性味豊かな作出であると見たい。もつとも、その第4条に規定する「自由」の定義についてJellinekは、前記著書(*ibid.*, S. 29)のなかで、「むだな、意味のはつきりしない定義」だと誹謗している。その定義が、科学的正鵠を得たものでないことは、Jellinekをまつまでもなく、現今の学者のひとしく認めるところであるが、さればといつて、それが「むだ」であるといひすてることも当らないと思う。透徹した理論的完璧さにおいて欠けたところがあつた“Du Contrat Social”も、その行文にあふれる情熱が、国民を完全にゆり動かしたことよりして、革命直後の人心収攬期においては、Rousseau のパシヨネな理論を採り入れるのが、むしろ自然であつたことは想像に難くないからである²⁾。ことに「人権宣言」第6条の冒頭に「法律は、volonté généraleの表現である」とあるのは、明らかに“Du Contrat Social”に出たものであり、また続いて、直接民主制の原則をも併せて採り入れているのを見て、その熱心な提

唱者であつた Rousseau の影響が濃厚であることを認めねばならぬ。もちろん、その法的技術の面においては、「ヴァージニア権利宣言」(Virginia Bill of Rights, 1776) を十分に参酌したであろうことを認めるのに吝なるものではない。

およそ基本的人権の根幹をなすものは、自由権でなければならぬ。少なくとも近代憲法組織は、自由を強く信奉する人々によつて設立せられたことは事実である。もちろん、平等権、生存権、社会権などを、ないがしろにするわけではない。自由権も、それらと微妙に結合することによつて、本来の光芒を放つようになるのはいうまでもないが、それらは、自由権の存在を条件としてのみ、たがいに関連づけられ、その重要性もいつそう増すといわざるをえない。全体主義、専制君主主義の下においても、自由のない、強制された平等、生存がありうることを銘記すべきであろう。自由権なる概念は、決して19世紀の形而上学的法学のとする抽象的な個人主義に基づくものでもなければ、唯物論者のいう、近世における二つのブルジョア革命のもたらした、不完全な民主国家によつて制度化されたものでもなく、階級を超越した、Maritain のいわゆる「全一的ヒューマニズム」(humanisme intégrale) の当然の帰結である。すなわち、各人格の上に還流する共通善、自由人をこの共通善へと導く政治的權威、共通善と政治的生活の内在的道義性、レクリカルの強制を伴わなない宗教と市民社会との有機的結合、これらのうちに、眞の自由が見出され、それがまた、友愛国家の建設を志向することになるわけである³⁾。

今日われわれは、自由なる概念を「政治的道義的約束」として受容することができる。政治における倫理的制約は、Aristotelès によつて力説されたものであるが、この碩学にしても、眞実の政治形態が志向するという「一般共通の利益」を解明することは、容易なことではなかつた。ローマ人は、その答えを自然の法則のうちに求め、功利主義者も、Rousseau もまた、それぞれ一つの答えを用意し、理性の時代にも、さらに一つの答えをもつていた。だが、そのいずれも現代に十分妥当するものとは、遺憾ながらいいえないようである。「自由」の中核ともいふべき「共通善」の究明については、これを他に譲り、少なくとも現今における「自由」の意義は、「個人がある程度の個人的選択を行い、社会における安定した、または改善された分け前を、ある程度の確実性をもつて期待する機会をもちうる場所の環境の促進⁴⁾」というふうに解してさしつかえないのではなからうか。自由は物質的福祉が傾くときに失われることはいうまでもない。しかし物質的改善が伴う伴わなないにせよ、権力が跋扈しているときは、自由の本来の姿が消えてしまうことも、西方社会の史的教訓として明らかである。

このように、時代の消長によつて自由なる観念が変異し、またこれに制限を加えることは可能であつても、そもそも自由権の制限ということ、それ自体が矛盾であるといわざるをえない。ある種の状態において自由を制限することは、全般的な結果として、できるだけ多くの自由をもたらすため⁵⁾、すなわち正しき自由権確立のためということにあるであろう。「共通善」ないし「社会正義」に立脚すべき自由権を制限することは、それゆえ、ことさらに悪法を招来せしめる矛盾を是認することになるのである。わが憲法においても、近代憲法の趨勢にそつて、その第12条、第13条という自由権制限に関する規定をもつているが、本来、自由権は最高裁判所の判例(昭和24年5月18日大法廷判決刑事判例集、3巻、839頁)にあるごとく「立法によつても安りに制限されない」というよりは、むしろ「法律によるも絶対制限することは許されない。制限しうるのは行為のみ」とする、わが国公法学者の多数説が正しいと信ずる。したがつて、自由権の範囲を逸脱する行為はあつても、自由権の濫用ということはありません。

ともあれ、われわれが自由を求める心情は、太古より一貫した普遍的感觉であらうけれども、自由権として憲法の上にその保障を要請する際には、Laski をまつまでもなく、実証に基づくその

「自由」の解釈が、国民を異にし、あるいは同じ国民でも時期を異にするにしたがつて、甚だしく違ってくることに気がつく⁹⁾。たとえば、ペンシルヴェニア州立学校の通学生は、すべてアメリカ国旗掲揚式に参列を強制されるという州教育委員会規則の違憲の疑いについて、合衆国最高裁判所は、1940年にその裁決を要請されたことがある。(Minersville School District v. Gobitis 310 U.S. 586)⁹⁾ 宗教上の信念に反するという理由で、国旗に対する敬礼を拒否した Jehovah's Witness に所属する数名の訴求に対して、最高裁判所は、唯一人の反対意見があつたのみで、当該規則の有効性を決定的のものとしている。規則の内容は、アメリカ社会の基礎を強化せんとする (to strengthen the foundations of American society) にあり、いわば自由の存する基礎を支えるため、自由の侵害とはおよそ縁遠いものであるというのが、その理由となつている。これに対して唯一人の少数意見者であつた Stone 判事は、もちろん言論、信教の自由を侵犯したもとして合衆国憲法修正第1条違反を主張し、これを附記しているが、2年後に起つた類似の事件に対して前回の多数意見者であつた Black, Douglas, Murphy の三判事が、当時における自分達は、誤まつていたと述べている。(Jones v. Opelika 316 U. S. 584 at pp. 623~4.) しかも、それからわずか一年後には、1940年における判決が多数意見によつて覆えられている。(West Virginia Board of Education v. Barnette 319 U.S. 624)⁹⁾ またアメリカ合衆国国民の投票権は、人種、体色などによつて制限を受けないという修正第15条は、おそらく1870年の改正当時、しばしば「国法」(the law of the land) と呼ばれている「自由」と「正義」という基本的な原理に一致するものとして、その普遍性を信じ、あるいは少なくともこれを熾烈に念願した結果の国会通過ではなかつたらうか。しかし実際には、この権利が効果的に行使されるよう確保することが、いかにむづかしいかということを、過去九十年にわたる事蹟がはつきり答えてくれる。アメリカのように、憲法に対する尊敬の念が強く、世論が明確で組織化されている国でさえそうである。ましてや行政府をことさらに尊敬畏附するのあまり、これが違憲問題の惹起に対しても、世論を形成するだけの能力に欠けるところがあるような社会にあつては、いかに基本的人権の普遍性を憲法上うたつても、しよせん、それは言葉の「あや」に終る可能性が強いといわねばならぬ。

かかる意味からいつて、憲法そのものをオーソライズし、またその恒久性を希うために、全智全能を称える句をとくに挿入することは避くべきであろう。たしかに K. C. Wheare のいうとおり、実証的には不変でありえないものに対して、不動の権威という烙印を、ただ感情的に押捺しようとする意向がうかがわれる限りにおいて、これを否定するに吝ではない⁹⁾。しかしながら、アイルランド憲法の前文にある「すべての権能の源をなし、われわれの窮極の目的として、人および国家のあらゆる行為が、共に則るべき最も神聖なる三位一体」(the Most Holy Trinity from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both men and States must be referred) や、スイス連邦憲法の冒頭にある「全能なる神の御名において」(Au Nom de Dieu Tout-Puissant), またボン憲法の前文を飾っている「神と人類との前にその責任を意識して」(Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen,) などという句は、はたして Wheare のように、感情的とのみいきることができるとか疑いなきをえない。われわれは、むしろアメリカの独立宣言に見られる「自然の神の法」(laws of nature's God), 「創造主から賦与された」(endowed by their Creator) とか、「神の摂理の保護に強く信頼し」(with a firm reliance on the protection of divine Providence) などという字句が、いささかも激情的なものでなく、かえつて、将来の国家発展に対する冷厳な決意、ないしは誓を表明したものであるのと同じように解したい。ことにアメリカ諸州の憲法は、ほとんどその前文において、自由の賜与に対する全能者への感謝を表明するか、または宇宙の至高の支配者に対する深い尊敬の言葉を挿入していることに、想いを致すべきである。たと

えば、We, the People of the State of New York, grateful to Almighty God for our freedom, で始まる「ニューヨーク州憲法」その他、また with profound reverence for the Supreme Ruler of the Universe, を前文にもつ「ミズーリ州憲法」などと、おおむね同文に近い句を掲げたものが各州憲法の大部分を占めている。これらは、いずれも初期の政治改革に示したカルヴィニストの鞏固な決意を表明したもので、各条項と混然一致して余すところがない。まして前記アイルランド憲法の規定のなかには、若干の教皇回勅 (papal encyclicals), ことにレールム・ノヴァールム (rerum novarum, 1891) やクアードラジェシーモ・アンノー (quadragesimo anno, 1931) のもつ経済的、あるいは社会的教義の大部分が織りこまれているが、その内容の荘重さのなかに、みじんも感情的な分子を発見しえないことを知るとき、いつそうその感を深くするのである。

註

- 1) Leon Duguit: "Traité de droit constitutionnel", t. I^{er}, 3^e édition, Paris, 1927, pp. 641.
- 2) J.-J. Rousseau は、「自由」なる語の哲学上の意味は本書の目的ではない、と断っている。[le sens philosophique du mot *liberté* n'est pas ici de mon sujet.— "Du Contrat Social", Livre I, Chap. VIII].
- 3) ジャック・マリタン (大塚市助訳): 「人権と自然法」1948, エンデルレ書店, 50 頁。
- 4) cf. John D. Millett's "Testament of Politics", An Exhortation to Political Scientists, in *Political Science Quarterly*, Dec. 1956.
- 5) R. パウンド (末延三次訳): 「法の任務」1954, 岩波書店, 57 頁。
- 6) Harold J. Laski: "Grammar of Politics", 1948, George Allen & Unwin Ltd., pp. 102.
- 7) K. C. Wheare: op. cit., pp. 64~65.
- 8) *ibid.*, pp. 66.
- 9) *ibid.*, pp. 73.

IV 「国民主権主義」の普遍性に関する実証法的意義

民主主義が、それ自体の本質において「人類普遍の原理」であることは、現行憲法の常識として疑うものはないが、これが実現される具体的形式は、時代の変遷、民族の特殊性や消長にしたがつて種々変貌したものとなつて現われる。すなわち民主主義をひとつの概念として帰納したり、典型的な民主国を画一的に挙げることは容易であつても、これを実証的に眺めたばあい、各国間に牢固として抜くことのできない径庭が存するのを、誰も否定するものはあるまい。それはいうまでもなく、人間の現実の社会生活において、民族の歴史的伝統なるものが、いかに強烈に作用しているかを明瞭に物語るものである。革新が単に合理的な動向を示しているだけで、その歴史的伝統に対する考慮がなんら払われていないばかりか、これを無惨にも破壊してかえりみないようなことがもしあるとするならば、かえつて反撥的な力の誘発によつて、革新そのものの成就を妨げることは必至である¹⁾。

周知のごとく、近世において民主主義的革新の必然性をうたわれたフランス革命にあつてすら、その後、数度にわたる王政回復によつて成果の順調な発展が阻害されている。Napoleon 三世の凋落によつて最後の君主制が崩壊したときにも、普通選挙によつて成立した国民議会では、民主的勢力が意外に延びなかつたという事実がある。しかるにその後、共和国としてフランスが存立しえたのは、王党のなかで、ブルボン王朝、ボナパルト家、オルレアン王家の、それぞれ復辟擁立を画策する三派が、たがいに牽制して譲歩しなかつたことによるとさえいわれている²⁾。近代的民主主義自然法思想の母国であるフランスにおいてすでにしかり。ましてや天皇統治二千年という永い伝統の下に育まれてきた日本においては、思い半ばにすぎるものがあるであろう。

およそ国民主権主義は、人類の永い体験によつて発展してきた合理的な、しかもきわめて弾力性に富んだ政治原理であることはいうまでもないが、これが経験の乏しい日本において繁栄するた

めには、とくに憲法第25条による保障の万全を期さねばならぬ。かかる経済上の地盤がなければ、国民は累卵の政局に不信をいだくばかりか、ゆるぎなき強大な政治的指導力の出現に期待をかけるようなことになるであろう。これが果して独裁政治への移行のおそるべき誘因とならないとは、誰が保証できようか。フランスの著名な政治学者であつた De Tocqueville も、その書“De la Démocratique en Amerique” (1835) のなかで「社会のもろもろの身分が平等になつている国民の間に、絶対的かつ専制的な政治を確立することは、他のいかなる国民の間にこれを樹立するよりもいつそう容易である」といつている⁹⁾。わが国の有力な学者のなかにも、国民主権主義が人類普遍の原理となつた今日において、なおかついくつかの君主国が、国民主権主義の upper structure として安住している事実をあげて、国民主権主義と君主制は、決して最初に論理的に考えられたように、たがいに両立しえない矛盾概念ではないとする論⁹⁾が、かなり行われている。King in Parliament に最高権力を認めるイギリスや、新憲法下の天皇より幾分広範囲の機能を国王に認めた1831年の憲法をもつベルギーに、その例証を求める論者の批判はこれをしばらく措き、少なくとも社会哲学的理念として発展した社会契約説に基づく近代的国民主権主義において、その表面上のみにも、かかる妥協的な理論の横行する事情にあることは、理論的にはいかに粉飾しても、現実には即した純粹な国民主権主義の普遍性に対する疑義を、いたずらに深めることになりはしないであろうか。もつとも、この近代的政治理想の純粹性を全面的に希求していながら、なおかつ、かかる妥協論を解して、特異な国民性なるものが、根強い伝統への郷愁にも似た憧れをば、ただ名目的に法規化したにすぎないとして、実質的には問題なしと割りきれぬならば、またなにをかいわんやである。

ともかくいずれにもせよ、民主主義においては、人々は、しばしば自由よりもはるかに平等を愛好するばあいがあり、そして必要とあらば、平等を確保するがために、自由を放棄しようときえする。Robespierre から Lenin, Stalin の線をたどつてみれば、おのずから明らかなことである。一方、立憲政治的自由主義として発展したイギリス、アメリカのデモクラシーは、もしも人類が明日において自由を享受するために生存すべきであるとするならば、人類をして今日、自らを最高の権力に服従させることが必要であるということにおいて理解しうる⁹⁾。いわば前者は、集团的、民衆的であるとともに、権威主義的であり、理性一点張りであるところから、唯物史観の発展をとげるのは当然の経路であり、後者は、個人主義的、ブルジョア的であつて、むしろ「自由」に熱情を傾ける、過去の誇りと経験とを土台とした伝統主義に拠つてゐることは言をまたない。

しからば、国民主権主義の真の実証的理想図はいかにあるべきか。前者と後者が巧みに融合して、自由と平等を尊重しながら伝統も重んじ、温和な権威主義を主張しながら、スイスのように連邦主義によつて、あらゆる全体主義を避けるようにするのが理想か。あるいは、一方が他方を抹殺して統一してしまうか、または両者を併存させて一時的な妥協を求めるより仕方がないのか。いずれにしる国民性や政治的環境などの相違によつて、軽々しく断定できないどころか、悪くすると、そこに全体主義的政治へ進む素因が看取せられるということは、過去の事実が証明してくれる。

そもそも政府にとつては、その公正な権力を「被治者の同意によつて獲得すべきである」と宣言するのが、民主主義の教義でなければならぬ。しかし国民大衆が、すべて政治に参与しうるものとして近代人が案出した唯一の操作は、国民投票ということであつた。われわれは、この投票制度が、百年ものあいだ専制者によつて、かれらの民主的諸見解を表現することに随時利用せられ、巧みに操られてきた事実を確認しないではいられない。人民の、また人民による政治組織実現の、いかに容易でないかを物語るものである。またギリシヤ人には、あまり知られていながつたが、ローマ人やゲルマン族によつて、それぞれ独立に発展せられた代議制度の原則は、西方の政治伝統のうち長い歴史をもつ民主主義の一大要素である。しかしそれは、いまだに政治的力学の領域に接し

ている概念であつて、決してそれ以上のものではないのである。

Kelsen や Radbruch によれば、民主主義思想の出発点は相対主義である。なるほど、それは多数人に国家の管理を委任する意思であるから、あらゆる世界観に対して中立的たがざるをえないといえる。1933年に勃興したナチスが、民主主義的国家を乗取り、これを隷属させることのできたのは、実にこの理由によるといつてよいであろう⁹⁾。もちろん、相対主義、中立性のかげには、自由の積極的価値、すなわち法治国家としての人格の培養基、文化創造の基礎としての自由の存在することは、Radbruch をまつまでもないが、要は他のあらゆる政治思想によつてつけ入れられる隙をもつ八方破れの、いわば無主義にもひとしいものに、とうてい「普遍」の文字を冠するわけにはいかないということである。ただ前車の轍を踏まないために、たえず監視し、不純物の介入を未然に防ごうという確乎たる意志をもつことは当然であつても、それだけで、規定そのものに「普遍」なる文字を挿入することは、決して理論的といえまいと思う。Thomas Paine もかれの名著といわれた“Common Sence” (1776) のなかで「最後まで子孫を拘束する——または社会をいかに統治すべきか、誰が社会を統治すべきかを永久に命令する——権利ないし権力を有するような議会またはある種の人々、もしくはある時代の人々は、どこの国にも決して存在したことはなく、今後も決して存在しないし、決して存在しえない」¹⁰⁾ といひ、墓を越えてまで統治しようとする虚栄と妄信こそ、もつとも不遜なものであるときめつけている。

註

- 1) 尾高朝雄：「国民主権と天皇制」1947, 青林書院, 10頁以下。
- 2) 岡 義武：「近代欧州政治史」1945, 弘文堂, 112頁。
- 3) K. C. Wheare: op. cit., pp. 205.
- 4) 尾高朝雄：前出, 98頁。
- 5) 社会思想研究会編：「自由主義の現代的課題」1949, 141~145頁, 148~152頁 (板垣興一：「国民主義の展開過程」), 社会思想研究会出版部。
- 6) G. ラードブルッフ (阿南成一訳)：「法哲学入門」1955, 弘文堂, 145頁。
- 7) Francis Graham Wilson: “The American Political Mind”, 1949, McGraw-Hill Book Co., inc., pp. 75~79.

V 近代憲法における「恒久的平和主義」の実証法的価値

憲法による戦争否認の試みは、1791年のフランス憲法以来、近代憲法の趨勢として恒久的平和組織への法的努力を顕現したものであることは疑いない。フランス革命によつてもたらされた平和主義は、決して抽象的な平和理念を意味するのでもなければ、また法の拠つて立つ組織、機構の確立という前提をなおざりにして、ただ戦争否認のみをくり返す消極的平和主義でもなく、それは法的組織の帰結である社会的平和であつて、国際関係における法秩序の樹立という、いわば実証法上の技術的問題そのものにはかならぬ¹¹⁾。

このフランス第一次共和国憲法第6条が「征服の目的で」(dans la vue de conquêtes) する戦争を禁じたことは有名であるが、この方式は、1848年11月4日の憲法によつて再現されている。さらにこの方式は、ラテン・アメリカの諸国におよび、たとえば、ブラジル憲法第88条、第34条第11項、ウルグワイ憲法第79条第8項など、またヨーロッパにおいては、ポルトガル憲法第26条、第73条、オランダ憲法第57条などに見られるごとく、国際裁判の原理をとり入れて、戦争回避の態度を表明しているところもかなりある。またスウェーデン憲法においては、第13条の廃止により宣戦の権利を放棄するなど、その他、国際精神の横溢するヨーロッパの新憲法において見られる和平希求の表現は「国家政策の手段として」(comme instrument de politique nationale), 少なくとも

侵略を目的とする戦争を否認する形をとっているように²⁾、この統一の傾向は、近代憲法発展の特徴として受けとることができる。

憲法におけるかかる欲求は、第一次大戦後、いつそう熾烈なものとなつて現われてきたが、欧州各国の憲法に対する直接の示唆は、いうまでもなく1928年のブリアン・ケロッグ協定(Briand-Kellog Treaty)³⁾、いわゆる不戦条約で、その第3条において各国憲法への影響を暗示しているばかりでなく、その第1条には、戦争否認が単なる為政者の意向にとどまらず、国民の意志に由来する、いわば普遍性のものとして規定している。もちろんこればかりでなく、国際連盟規約や、1924年以来、議員同盟のベルン、ジュネーヴ、ロンドンの各会議における議決は、刑法中に戦争責任者に対する数々の処罰規定の導入を提案するなど、この問題に関する統一の国内法の制定を嚮導している。この傾向を、近代ヨーロッパ憲法において技術的に表現した最初のもは、スペイン憲法(1931年12月9日)であつて、憲法史上エポックを画したものとされている⁴⁾。それは「国家政策の手段として」の戦争を禁止したブリアン・ケロッグ協定の方式を遺憾なく再現したいわゆる国際化した国内法の好例であつて、これが、1932年のシヤム憲法(とくに第54条第2項)などに直接の影響を及ぼしたことは否定できない。

しかしながら、憲法の明文に戦争否認を導入することは、理論的考慮の下には是認できても、その実際の、かつ具体的価値に想到するばあい、それは憲法違反の為政者に対し、憲法上の、ひいては刑法上の責任を追究しようという内在的な責任の確立に満足するほかはないであろう。しかもそれは、あくまで敗戦を前提としていわれることであつて、たとい国内法と、われわれが熱望し、かつ熱望しなければならぬ唯一の平和の法とが、いかに調和されていようとも、戦勝の公算ありと信じられるような事態に到達したときは、公然たる侵略行為そのものが妥当視され、理論づけられはしなかつたか。われわれは、過去におけるいく多の苦しい経験を、いまさら陰蔽するわけにはいかない。したがつて恒久平和をうたつた法は、結局、単なる理想図の抽象的表現か、あるいは画餅的存在にすぎないのではないかという虚無的な考えの生ずるのも当然である。

しかしながら、少なくともこのような人類多年の渴望を修約して得た理想主義が存在する以上、われわれは、決してその具体的実現に絶望するものではない。もし世界法、世界国家の出現が可能であるならば、もちろん恒久平和に関する実定法化は容易であろうし、またそうでなくても、現実においてこれに近い国際組織をもつことによつて、法実証主義の認めているような国際無法状態を克服しなければならないということも納得できる⁵⁾。もつとも、B. Mirkin-Guetzevitch は、歴史的経験主義に基づく真の実証主義こそ、アメリカ、フランスの両革命について現われた最初の成文憲法において、すでにその可能性がうかがわれた「憲法の国際化」(internationalization of the constitution)という大きな漸進的な動きをいつそう助長するといひ、国家的解決と国際的解決との調和において、この問題に関する具体的実現への道を見出している。なるほど、かれのいうように、アンツァン・レジームに抗して生れた最初の平和主義は、およそ哲学的理念として受けとられた面もかなりあり、為政者の独裁的支配を伴つたものであつたが、現在においては、すべて法技術の問題に化しているということは一応正しい⁶⁾。しかしこの法技術が、果して平和破壊の蠢動を未然に防ぐ唯一の楯となりうるであろうか。ともあれ「技術」なるものは止まるところを知らず、その発展は無限である。法技術によつて窮極の目的を達する道はまことに遠く、かつ至難であろうことは想像に難くない。ここにおいて、われわれは、その抱懐する理念を具体的に実現しようとする実証的な努力のうちに、意義と価値を認むべきであると思惟するものであつて、「恒久」、「普遍」などの意味内容も、かかる「統一された継続的努力」の意に解してこそ、成文憲法における根本規律として、正しい在り方といえるのではなからうか。

註

- 1) B. ミルクヌーゲツェヴィチ (宮沢, 小田訳): 「国際憲法」1952. 岩波書店, 216頁.
- 2) 国家が自国の主眼(戦争)を正当で正義に適つたものと宣言しようとしなかつた例は、ほとんど一つとして記録にのこっていない。[Hans Kelsen: "Law and Peace in International Relations", 1948, Harvard University Press, pp. 37].
- 3) 法学協会: 「註解日本国憲法」上巻, 1953, 有斐閣, 190頁.
- 4) John A. Hawgood: op. cit., pp. 432~433.
- 5) 田中先生遷曆記念「自然法と世界法」1949, 有斐閣, 73頁 (尾高朝雄: 「世界人権宣言と自然法」). Heinrich A. Rommen: "The State and Catholic Thought", 1950, B. Herder Book Co., pp. 728~731.
- 6) B. ミルクヌーゲツェヴィチ: 前出, 260頁.

VI 「普通法則」の理論的根拠

個人主義・合理主義時代の自然法理論が、すべて共通にもつていた人間性による、ある経験的な傾向を、決して否定するものではないが、当時の自然法学者は、それぞれ異なつた「最高原理」に基づいて、独自の自然法体系を組み立てていたことも事実である。たとえば Grotius や Pufendorf の「社交性」、Thomasius の「外的平和」、そのほか「世俗的幸福への衝動」とか「自由」等々、あげればまだまだかなりある¹⁾。

ともあれ、18世紀の精神の横溢したこれら自然法理論は、当時の道徳的、政治・経済的目的にそう法典改革を徳憑し、啓蒙運動と結びついて、中世末期以来、法生活のなかに深く浸透していた魔女の迷信 (witchcraft delusion) を粉碎したばかりでなく、Thomasius がローマの自由遺言制を排して、血縁による相続制を正当づけたように、国民の法的財貨に対して自然的正義の光をもたらしめ、万人を超越する君主の人格絶対主義を追放するとともに、人権尊重の絶対性をもつてこれに替えた功績は、これを称えねばならぬ。しかしその反面、フランスの近代的憲法における自由・平等とならんで、神聖ローマ帝国の国家組織が同じく自然法的なものとして説かれ、あるいは郵便制度までがそれとして取り扱われたり、市民の保護を理由に、「啓蒙専制的警察国家」(the police state of enlightened despotism) を、くどいまでに弁護したことも忘れてはなるまい。

これをもつて見るに、当時の自然法理論は、あながち理性のみから (ex sola ratione) の作出とはいえないようである。むしろそれを、当時の実定法を模写したものと極論し、「哲学、ないしは道徳神学における若干の堀出物で飾られた市民法」(the civil law adorned with some spoils of philosophy and moral theology)²⁾ であるといいきることも理由がなくはない。この個人主義・合理主義時代に、ほとんど時を同じくして勃発した二大革命が、いずれも当時の自然法理論による「普通法則」を実証法化することに成功したのは、それゆえ当然の帰結として理解できる。ただし、この「普通法則」に対する根本理念について、両国の間にかかなりの違いが見られるのは、これを安易によくいわれているように、Locke と Rousseau との相違であるとばかりは、いいすてられないものがある。

元来、建国の当初より、アメリカの道徳的ならびに法律・政治的發展に対する清教主義の影響は、周知のごとく決して少ないものではなかつた。かれらは分離派 (Separatists) であれ、独立派 (Independents) であれ、厳重な自律を要求し、専制政治と破壊的自由主義に対しては拳つて防柵を築き、職業を聖とすることによつて経済生活の伸展に大きく寄与している。かれらの法の最高原理は「福音的自由」(Evangelical Liberty) にほかならず、これを徹底的に固執することによつて、永遠の繁栄をかれらは疑わなかつた。ここにおいて、ひとつの自然をもつたわけである。かれらには、聖書そのものが法でさえあつた。それゆえ純粋なカルヴィニズムに反すると認めればあいは、何ら仮借がなかつたのも当然である³⁾。この頑迷固陋さと、虚偽、偽善と思われるほどの固苦しい行動

が、かれらの法生活の内容を構成していたし、このピューリタニズムが、政治的には Robert Browne の流れをくむ社会契約理論を堅持した民主主義となつて、かれらの憲法を飾つたのである。ことに各州の憲法が、ほとんど例外なしに、信教の自由を「永久」の権利として規定しているのは、アングリカン・チャーチに反抗した、かれらの烈々たる意志の表明として受容することができる⁹⁾。

もちろん、当時のアングロ・サクソン人が、Locke の法律・政治思想を、ほかの誰よりも受け入れていたことは、アメリカ独立宣言のなかに、かれの著書から示唆を得たと思われる数々の例証をあげることによつて肯定できる。またかれの提唱した革命権も、すでに中世紀において、Thomas Aquinas がこれを説いているとはいいいながら⁹⁾、かれらの独立には、これが直接の影響を与えたものと見てよい。ともあれ、かれの特徴は、自然法を形而上学的理念から、政治的イデオロギーに大きく転回させ、しかも自然法の拘束力は永久不変であるとしたことであつて⁹⁾、これがイギリスでは 1688 年の「名誉革命」を正当づけ⁹⁾、アメリカでは民主主義的「普遍法則」の最初の実証法化に成功する有力な原因となつたといえる。しかしながら、かれの自然法も、アメリカにおける法秩序に浸透するためには、矯激なカルヴィニズムを中核とするプロテスタンティズムという濾過器を通る必要があつた。そこに、かなり変貌した自然法理論となつて現われたことは既述のとおりである。

Rousseau は革命をついに見れなかつたけれども、かれの著書、ことに Locke の影響をかなり受けているらしい“Du Contrat Social”は、革命の精神的指導者になることができた。かれは、その「法の分類」(Division des Lois)⁹⁾のなかで「すべての法のなかで最重要な法、市民の心にきざまれている法、これこそ国家の真の憲法をなすもの」(la plus importante des toutes,……mais dans les coeurs des citoyens; qui fait la véritable constitution de l'État;) を第 4 の法と名づけた。それは他の法が老衰し、亡びゆくときに、これに再び生命を吹きこみ、またはこれにとつて代るもの、人民に建国の精神を失わしめない (conserve un peuple dans l'esprit de son institution) ものとする。それはいわば「永遠の基本法」とでもいうべきものであろう。しかもかれは、一般意志 (la volonté générale) をもつて、権威の力におきかえられる習俗、慣習、ことに世論に即応する実証的な法としてこれを取り扱っている。このことが、かれらの人権宣言や、それに続く民主的憲法に見られる「普遍法則」の定立に、どれほど大きな効果を及ぼしたか知れない。

しかし、かれの宗教に対する冷淡さは、突にはつきりしている。すなわち「真の基督教徒の社会なるものは、もはや人間の社会ではない」(c'est qu'une société de vrais chrétiens ne seroit plus une société d'hommes.) として政治的にこれを否定し、また「教会のそとに救いなし」(Hors de l'Église point de salut.) などとは、有害というも愚かであると非難した⁹⁾。かれのこの宗教観が、革命当時「理性」の女神像をかついで、狂奔させた原因の一つとなつている。このような「理性」のみによる「普遍法則」の理念と、あくまでプロテスタンティズムに基づくそれとの相違が、二つの革命を通じて両国の間に、はつきりした一線を画していることは、もはや明瞭である。

元来、「普遍法則」に関しては、中世の有名な普遍論争以来、多くの学者によつて討議されてきた。しかしわれわれがここで問題とするのは、近世の諸憲法のなかに実在する「普遍規定」なるものをいかに解すべきかという解釈問題である。まず、(i) Platon のように、それは決して具体的な事象から取出されるのでなく、全くただ直観的に、直接に推理されるというような、いわば実在論には、無条件に従うわけにいかない¹⁰⁾。(ii) さればといつて、唯名論やプラグマティズムの法理のごとく、一群の事象を理由づけようとする便宜的記号にすぎないとするのも、解釈論としていかがであらうか。かれらは、主としてダイナミックな世界に着目するのであるから、スタティックな「普遍規定」に対して冷淡なのは当然というべきである¹¹⁾。(iii) もつとも、Kant は普遍法則と実定法とを融和させ、前者にはその内容を、後者にはその形式を返還しようとした。「内容なき思惟は空

虚であり、概念なき直観は盲目である」というかれの言葉から、これを推測することができる。しかし実際は、普遍法則を実定法と同一のものとは考えていないのであるから、Kantには、実定法としての普遍法則は存在しない¹²⁾。(iv) また Hegel の歴史観が、自然法的思考すべてに、終止符をうつたことは周知のとおりである。かれの歴史観は、自然法理論のもう一つの恒常不変の特徴である、いわばその巧みな転身ともいえる「理想法」(Ideals Recht)をも、あらゆる意味において排撃する¹³⁾。(v) 最も新しい法思想形態である法社会学のおよび実存主義的理念によつても、同様の結論がでるようである。これらによれば、概念的普遍規定なるものは、全く第二次的なもの、不備なものであり、すでに推論されたものを、単にあとからする追加的分節を意味するか、あるいは偶発的なものにすぎないとして、否定的な態度を表明している¹⁴⁾。

しかしながら、これらのいずれにも、現に存在する「普遍規定」の適当な解説を見出しがたい。ここにおいてわれわれは、J. A. Hawgood 博士が、かれの「1787年以降の近代憲法」(“Modern Constitutions since 1787”)のなかで、序文を結んでいる言葉「アリストテレスに帰れ」(back to Aristotle)¹⁵⁾の意味をよく味わう必要が生じてくる。このギリシヤの碩学は、Platonと違い、重点を法以前の、あるいは(実定)法を超越する普遍法則から、法のなかなる普遍法則へと移動させた。それは具体的事象に内在し、形相原理として、あらゆる事象に滲透しているところの「形相」(morphe)であつて、決して個物を超越するイデアではない。しかしこの穩健な実在論は、Thomas Aquinasに至つて円満な成熟に達するのである。かれは、理性によつて認識された概念的普遍法則として、書かれざる法“lex naturalis”(自然法)を認め、あらゆる実定法は、この法の推理によるか、または限定によつて導きだされるものであるといつている。かれの lex naturalis は、第一原理(prima principia)と、それに続く第二次的規律(secunda praecepta)とによつて構成されているが¹⁶⁾、不変の法則とするのは、第一原理たる「善を敢行し、悪を回避すべし」(bonum est prosequendum, malum vitandum.)にはかならない。広範囲にわたる第二次的規律は、習俗、慣習および国民性によつて変異するのがむしろ当然であるとして、そこにかかりの融通性をもたせている¹⁷⁾。すなわち、実定法の指針として内在する強力な lex naturalis が、必ずしも不変でありえないとするならば、まして永久不変を標榜する実証的普遍法則の存在は、不可能であるといいきれないにしても、きわめてそれに近いであろうことは疑うにたりない。

しかしながら、われわれは、あらゆる実定法をして自然法に、したがつて永久法に準拠せしめ、ひいては第一原因に結合せしむべきであるという確乎たる法理念の下にあることである。それゆえ最高の理想が、よしんば歴史的には多様で、住々不完全な形で発展するにしても、これを見誤るようなことがあつてはならない。ここにおいて、現行法における「最高原理」の解釈態度は、これを理念の部分的で欠陥の多い反映を呈する第二の規律と、完全な光輝において理念を代表する第一の原理¹⁸⁾との窮極の合致に向つてささげる継続的努力のうちに形成さるべきである、ということを守り信ずるものである。つまり、近代憲法における「普遍規定」をば、かかる理念の下に永久に失うまいとする熱意と、それに基づく誠実なる実行とのうちに、「普遍」そのものの意味を見出したいと希い、またかくあるべきを確信するものは、果してわれわれのみであろうか。

註

- 1) 1780年以來、ライプツヒヒ圖書見本市では、毎年8ないしそれ以上の新しい自然法理論に関する書物が出陳された事実を Warnkönig が指摘したように、見本市ごとに、また戦争ごとに、新しい自然法理論が発表された、という Jean Paul の言葉は、ゆきすぎでない。[Heinrich A. Rommen: “The Natural Law”, trans. by T. R. Hanley, 1949, B. Herder Book Co., pp. 106].
- 2) H. A. Rommen: op. cit., pp. 107.
- 3) Huntington Cairns: “Legal Philosophy from Plato to Hegel”, 1949, The John Hopkins Press, Balti-

- more, pp. 294, 491.
- 4) 美濃部達吉: 「米国憲法概論」1947, 有斐閣, 78~80頁。
Roscoe Pound: "The Development of Constitutional Guarantees of Liberty", 1957, Yale University Press, pp. 65, 189 & 199.
 - 5) 抵抗権, 革命権の創唱は, 中世ゲルマンの歴史のうちに見られるが, すでに St. Thomas の "Summa Theologica" Ia IIae, qu. 95, art. 4 のなかで "obedire oportet Deo magis quam hominibus" (Acts V, 29) を引用して, 憲法の拒否を説いている。
因に Locke は, 微妙にスコラの観念に接近し, Hooker や Suarez よりは, むしろ St. Thomas に多く負うているのではないかとさえいわれている。[John Locke: "Essays on the Law of Nature", 1954, ed. by W. von Leyden, Oxford, at the Clarendon Press, pp. 36]
 - 6) John Locke: op. cit., pp. 193.
H. A. Rommen: op. cit., pp. 88~91.
和田小次郎; 「近代自然法学の発展」1951, 有斐閣, 231頁。
 - 7) Maitland 教授は, 「名誉革命」(Glorious Revolution) の指導者たちが, これをいわゆる革命と見せず, 適法の行為として認められるよう種々方策をめぐらしたにもかかわらず, われわれは, これを合法的行為として憲法史上に取りあげることはできないとしている。[Frederic William Maitland: "The Constitutional History of England", 1955, Cambridge, pp. 284~285].
 - 8) J.-J. Rousseau: "Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique", 1954, Garnier Frères, Paris, pp. 271~272 (Livre II, Chap. XII—Division des Lois)
 - 9) *ibid.*, pp. 332 et 336 (Livre VIII—De la religion civile)
 - 10) H. Cairns: op. cit., pp. 29 et seq.
 - 11) 高柳賢三: 「現代法律思想の研究」1927, 改造社, 62頁。
 - 12) H. Cairns: op. cit., pp. 297 et seq.
 - 13) *ibid.*, pp. 511 et seq.
 - 14) Georges Gurvitch: "Sociology of Law", 1947, Routledge & Kegan Paul ltd., pp. 64.
Kelsen は「ある一定の実定法秩序を構成する根本規範 (basic norm) の妥当性は, 動的な原則 (dynamic principle) に基づいていない。この原則は, 根本規範のなかに, またはそれを通じて最初に現われるものである。根本規範そのものは定立せられた規範でなく, 仮定せられ, 前提せられた規範である。それ自らは実定法でなく, その制約 (condition) にすぎない」という。[Hans Kelsen: "General Theory of Law and State", trans. by A. Wedberg, 1949, Harvard University Press, pp. 401]
 - 15) J. A. Hawgood: op. cit., pp. 9 (Introductory)
 - 16) Thomas Aquinas: "Summa Theologiae", Ia IIae, qu. 94, art. 5, ad 3 um.
 - 17) R. W. Carlyle & A. J. Carlyle: "A History of Mediaeval Political Theory in the West", vol. v, *The Political Theory of the 13th Century*, 1950, William Blackwood & Sons ltd., pp. 38~40.
Ewart Lewis: "Medieval Political Ideas", vol. 1, 1954, Routledge & Kegan Paul, pp. 45~47.
Thomas Gilby: "St. Thomas Aquinas", 1952, Oxford, pp. 357~359.
Dino Bigongiari: "The Political Ideas of St. Thomas Aquinas", 1953, Hafner Pub. Co., N. Y. pp. 44.
 - 18) 田中先生選暦記念: 前出, 10頁 (G. Del Vecchio: 「自然法の本質」——田中耕太郎訳)

VII 結 語

実定法において恒久不変を誇る基本原則でありながら, 実際問題としてはもちろん, 理論上においても, その改廃変更を免れることがいかに至難であるかということについて, もはや贅言を弄することは不必要であるとおもわれるが, 最後に, これを裏付ける数多の実例のうち, もつともテイビカルなものとして, スコットランドとアイルランドが, 1707年, 1801年にそれぞれイングランドと結合 (union) したときの規約をあげておきたい。その当時, かれらが憲法を制定しなかつたのは, これらの統一は連邦的結合 (federal union) でなく, 一つの議会の下に完全な立法的結合体 (full legislative union) として考えられていたからであろう。しかし結合の際, かれらはある種の保障条項を協定したことはいうまでもない。しかもそれは, 法律の形式をとつたある宗教上の保

障であつて、その規定に、「永久不変」(they shall remain unaltered for ever)と記されていたことは注目し得る¹⁾。しかるにそれらの規定は、現在までのあいだにあるものは廃止せられ、また修正されたものもかなりあつたように、決して不変ではありえなかつた。その理由として一般的に考えられることは、その当時において、イギリスの統治組織を支配した原則である議会主義(sovereignty of Parliament)の当然の帰結として、議会の有する主権が、議会そのものを拘束する国法は、いかなるものであつてもこれを許容しない²⁾ということにあるといわれている。しかし理由は、もつと本質的なものにまで遡る必要がありはしないであろうか。

Saint-Simon や Comte に、かなり強烈な印象を与えたといわれている Joseph de Maistre³⁾ は、かれの「フランス論」(“*Considérations sur la France*”, 1796)において、国の制度を人力のみで改変できるとすることは、根本的な誤りであると非難した。人間は政治においても、自然界におけると同様、いかなるものをも創造しえないといふかれの言葉は、たしかに含蓄に富んでいる。したがつて、抽象的な原理に基づいた、あらゆる人間に有効な憲法規定の作出など、われわれの力の範囲を越えるものであつて、歴史的に形成された、その名にふさわしい憲法典ないしその著名な規定なるものは、すべて国民の諸慣習のなかに滲透し、これらを抱擁する測りがたい強大な力に呼びかけ、自然のままに書かれたものであるということも、あながち言いすぎとはいわれぬ。その自然とは、Maistreによれば、第一原因(causa prima)の意志にはかならなかつた。それゆゑ、フランス革命期の諸憲法が、間もなく弊履のごとく捨てられてしまつたのは、別に不思議でもなんでもないという⁴⁾。これらの事柄は結局、理性の創造による普遍の実定法規なるもの定立が、いわば不可能に近いという論拠の裏付けとなつてゐる。

およそ憲法を動かす力の数多あるなかに、その重要性からばかりでなく、制度上の角度から問題に近づくばあい、われわれは従来、ともすれば見逃しやすかつた二つの大きな動因があることを確認しなくてはならない。それらは、たがいに作用しあうこともあれば、ともに行動することもある「経済的圧力」(economic pressure)と「対外政策の考慮」(considerations of foreign policy)これである⁵⁾。まして憲法のうちなる一法則が、いかに「普遍」を表わす文字をもつて修飾されようとも、この二つの動因に対する例外でありうるわけがない。したがつてこのような基本原則は、当時における定立者の熾烈な理想追及が、「普遍」を意味する文字形式をとらせるに至つた原因となつたことを認め、少なくとも現在のところ、その変革を予想しえない、また極力その変貌を阻止すべく義務づけられた基本原則として、これを再確認することが必要であろう。ともあれ、近世初期における憲法のこの用語が、第二次大戦後定立の諸憲法においてもなおそのまま見られるのは、まことに疎漏な用語法というほかはない。その原因については、見方によつて種々あげることができるであろう。しかし少なくとも個人の理性以外に、いかなる精神的権威をも認めないこと、すなわち理性のみを絶対視する西欧の通弊が、かかる普遍の実証法規の定立となつて現われたのだという推定⁶⁾は、決して誤りではない。それゆゑ、近世の二大革命における法思想が、その第一の責任者であるということも、あながち強弁とはいわれぬとおもうのである。

註

- 1) K. C. Wheare: op cit., pp. 15~16.
- 2) A. V. Dicey: op. cit., pp. 41~43.
E. C. S. Wade & G. Godfrey Phillips: op. cit., pp. 44.
- 3) George H. Sabine: “A History of Political Theory”, 1950, Henry Holt & Co., N. Y. C., pp. 716.
- 4) ジャック・ドローズ(横田地広訳):「フランス政治思想史」1952, 白水社, 72~73頁.
- 5) J. A. Hawgood: op. cit., pp. 5.
- 6) ジャック・ドローズ: 前出, 91頁.