

## 憲法前文の性質と解釈

宇都宮 静 男

- 一 前文とは何か
- 二 前文の法的性質に関する学説
- 三 卑見
- 四 判例の動向

### 一 前文とは何か

各国の憲法においては、憲法の本文の前に憲法制定の歴史的事実とか、精神ないし理想を示す一定の文章が述べられていることを通常とするのであって、この文章を一般に憲法の前文といっている。

旧ドイツ帝国憲法では憲法制定の歴史的事実のみであったが、ドイツ共和国憲法では憲法制定の歴史的事実にとどまらなかったものであり、この傾向は特に戦後の諸憲法に著しい。フランス第四共和国憲法では、特にその前文におい

憲法前文の性質と解釈（宇都宮）

て、一九四六年の第一憲法草案におけるような詳細な利権宣言を除去してはいるが、しかし一七八九年の権利宣言の確立した一般的な人および市民の権利・自由を厳粛に再確認すると宣言している。のみならず同前文は男女平等の原則を明らかにしているが、伝統的権利の他社会経済的権利を宣言している。すなわちそれは勤労権、職を得るの権、組合活動の権、罷業権、勤労条件の団体的決定権および企業管理参加権その他児童・母親および老年労働者等に対する社会保障、国家的災害の負担についての全フランス人の連帯的平等、児童・成年者の教育訓練についての機会均等主義を宣言している。そしてまた平和主義については「征服を目指して如何なる戦争を企てることなく、またいかなる民族の自由に対しても、その実力を行使することなし」と定めて、侵略戦争の禁止を宣言している。ドイツ連邦共和国基本法はその前文において、神と人類に対する責任を自覚し、並びに民族と国家の統一を保持せんとし、且つ：世界平和に貢献せんとする決意にみちて、国家に新秩序を与えるため、各部は憲法制定権力によりこの基本法を制定したとし、さらにドイツ国民は自由な自己決定によって、ドイツの統一と自由を成就することを要請されている、と結んでいる。

日本国憲法は前文において、憲法制定の歴史的事実の他、その内容として民主主義の原則を述べ、これを分説して国民主権の原理を明らかにし、次に恒久平和主義を述べて平和的生存権におよび、普遍的な政治道徳の法則を述べ、最後に日本国民はこの崇高な理想と目的を達成しようとして誓っている。これらのことは我国では、通常憲法の基本主義を宣明した規範であるとし、従ってまたその効力として憲法第九六条による憲法改正手続の限界を示すものとする意見もある程である。

## 二 前文の法的性質に関する学説

### (一) 法規範であるか

憲法の前文が法的規範であるか否かについては、肯定否定の両学説がある。

#### (1) 法規範否定説

法規範否定説の代表者は、何とんでもドイツ共和国成立当時の憲法学者アンシュツであるが、その理由とするところは、ワイマール憲法の前文は宣言的文言に過ぎず、命令的性質をもっておらないただの文章であるというのである。<sup>(1)</sup>

カール・シュミットは一般に知られている如く、憲法と憲法律とを区別した学者であるが、ここにいう憲法とは国民による国家形態の全体的決定であり、これによって憲法律（憲法の個々の規定）の規範性が基礎づけられるもので、従って憲法は法規ではなく、根本的な政治的決定であるとするのである。つまり憲法律の定立の根拠となり、憲法律の効力の前提をなしているものがシュミットのいう「憲法」である。換言すれば憲法律の基礎には憲法があり、憲法の更に基礎には憲法を与えた者の政治的意思がある。それが憲法制定権力であるとする。そして前文は憲法制定権力の把持者たる国民の政治的意思の宣言であるとするのである。<sup>(2)</sup>

#### (2) 法規範肯定説

我国においては前文の法的性質については、学説も判例も法規範であるということと一致しているようである。即

憲法前文の性質と解釈（宇都宮）

ち、佐々木惣一博士は「前文は法としての性質を有する。……一般の法と同じく日本人の態度を強要的に規定している。前文においては……日本国憲法成立の事実や日本国憲法の趣旨を説明する文言を見るが、併し憲法が前文を設けるのは、単に右の事実や趣旨を説明するためではない。その事実や趣旨を考えて必要なる態度をとるべきことを、われら日本人に要求するためである。即ちわれら日本人の態度にかんする規範を示すのである」とする。<sup>(3)</sup>

清宮四郎博士はやや説明を異にされている。前文において「……この憲法を確定する」という文言は、憲法が事実上も法上も民定憲法であることを謳ったもので、法上憲法制定権が国民にあることを述べたものとされる。即ちそれはシュミットのいう憲法制定権力とは異なり、実定法上の権能で、根本規範であるというのであり、しかもその内容は国民主権主義、基本的人権尊重主義、永久平和主義であるとされる。<sup>(4)</sup>

(二) 裁判規範たることの肯定否定説

(1) 裁判規範否定説

前文が裁判規範であることを否定する学説が、我国においては支配的である。

佐々木博士は、法令の違憲性は憲法一条以下の法規によって決定さるべきであって、前文は裁判規範とならないことは勿論、それはただ「事実の政治方針」にすぎない、というのである。かくして博士は前文を法規範とされながら、それは事実上の政治方針にすぎないもので、裁判規範とはならない、とされる。「事実上の政治方針」にすぎないものが法規範であるとする理由を明示されていないようである。<sup>(5)</sup>

佐藤功教授は、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と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すべきであり、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」とされている。<sup>(6)</sup>

大西芳雄教授は、佐藤説に同調し、前文は裁判規範ではないとされる。そしてその理由を前説よりも明快に次の三点を挙げている。

第一に、前文の内容は抽象的で、具体性をもたぬからであるとする。そして前文の内容は国民主権、基本的人権尊重、国際協調平和主義の理想であり、それは一般条項である。前文の具体的内容は一条以下の各条項に展開されており、従って裁判に当っては各条項の規定が先ず裁判の基準となるとする。第二は消極的理由である。一般にすべての法規が直接に裁判規範であるとは限らないもので、組織規範などは裁判規範ではない、とされる。第三に、前文は憲法法規の段階的構造の中で最上位の根本規範であるからである、とされる。但しその理由を明示されてはいない。かくして大西教授は前文は最上位の根本規範たるもので、前文の下位にある各条文規定の内容を限定する枠であり、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る、<sup>(7)</sup>というのである。

## (2) 裁判規範肯定説

前文をもって裁判規範たることを肯定する理由としては、憲法本文にも前文と同じく、一般抽象的な内容を持つ条項は多く、従って前文を特に区別する合理的な理由がないというのが第一点、次に裁判規範としての資格要件は、構

成要件と法的効果が裁判の準則たり得る程明確であることが必要であるが、明確さの程度は憲法と法律とでは異なっており、憲法が裁判規範となるのは具体的事件を解決する前提として、事件に適用される法律の憲法適合性を判断する場合であり、法律の場合ほど個別具体的であることを要しない点にある。特に、前文の内容がすべて本文に具体化されているわけではなく、平和的生存権のように、本文に欠缺している事項が前文に法定されている場合があるからであるとする<sup>(8)</sup>。

- (1) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14 Aufl., S. 31.
- (2) C. Schmitt, Verfassungslehre, SS. 24, 25.
- (3) 佐佐木惣一、改訂日本国憲法論一四四頁
- (4) 清宮四郎、憲法Ⅰ（法律学全集）四二―四四頁
- (5) 佐佐木惣一、前掲一三九頁
- (6) 佐藤功、憲法研究入門上、二〇五頁
- (7) 大西芳雄、憲法の基礎理論七〇―七一頁
- (8) 大須賀明、基本法コンメンタール憲法一七一―一八頁

### 三 卑 見

平和的生存権をもふくめて、憲法の前文の性質に関する私の見方は、結論的には前文には法規範的部分があり、それは一般規範であるとともに、必ずしも裁判規範になり得ないものでもない、とするものである。従って通常は裁判規

範として適用されないことが多いのである。しかも憲法本文の解釈（例えば第九条の解釈）に当っては、前文をもってその各条の解釈基準であるとする学説に対して、私は反対であることを、予め一言して置きたい。

(1) 前文の法規範的性格について

(4) 前文の内容

先ず憲法前文の内容についての検討から始めねばならない。そして私の見るところを概括的にいえば、前文は憲法制定というような歴史的事実の叙述的部分と規範的部分との両者をもって、構成されていると見る。

日本国憲法前文第一項の第一段は、

「日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたって自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によって再び戦争の惨禍が起ることのないようにすることを決意し、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」と述べている。これは憲法制定の歴史的事実の陳述であるが、その中において一定の決意と主権在民の宣言をしている。この宣言は政治的デモクラシーの表明である。

同項第二段においては、前文は

「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、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」

と述べている。これは第一段に述べた政治的デモクラシーの原理を、ここにおいてさらに詳しく分説しているのである。

憲法前文の性質と解釈（宇都宮）

る。すなわちそれは民主政治における「国民の政治」、「国民による政治」、「国民のための政治」の三者を意味し、リソカーンのいわゆる国民の、国民による、国民のための政治、を意味するものである。

同項第三段においては、

「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。われらは、これに反する一切の憲法、法令および詔勅を排除する」

と述べている。これは憲法が国民に対して強要している事項を意味し、法的規範である。

次に前文第二項第一段には、

「日本国民は恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであって、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めている国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ」

と述べている。これは恒久平和主義と人間関係の崇高な理想とを述べて、我國の安全と生存を、平和愛好諸国民の公正・信義にすがって、保持しようと決意したもので、これは歴史的事実である。そしてさらに希望も附加されている。次に第二項第二段には、

「われらは、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ことを確認する」



と述べている。これはいわゆる平和的生存権があることを示したもので、法的規範であることを認めたと考える。

前文第三項においては、

「われらは、いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならないのであって、政治道徳の法則は普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等関係に立とうとする各国の責務であると信ずる」

と述べている。「他国を無視してはならない」と義務づけているもので、これは法的規範である。

前文第四項においては、

「日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ」と述べている。これも法的規範である。

かくの如く、憲法前文には規範的部分と規範的ならざる部分とがあるが、前文について問題となるところは規範たる前文であるから、以下単に前文というときは主として規範たる前文についてである。

#### (四) 根本規範説

法規範説の中で注目すべきものは清宮博士のいわゆる根本規範説である。博士は先きに述べた如く、前文は法上憲法制定権が国民にあることの宣言をしているとし、それは根本規範であるとされる。これに似た憲法制定権力の概念はシュミットによっても唱えられていることは既述の通りであるが、シュミット自身は憲法制定権力の規範たること

を否定しており、むしろ規範を生み出す具体的な政治的事実としているのである。従ってシュミットの学説とは似て非なるものというべきであろう。

次にシエイエスの憲法制定権力説と比較して見よう。シュミットにおいては、憲法制定権力は一切の法を作る力であって、それは正当性を与える源泉でもあるが、それ自身何等の法にも基ずかない「事実たる力」に過ぎない。これに反してシエイエスの憲法制定権力は自然法によって認められるというのである。ここに注意すべきことは、自然法というものは実定法ではなく、現に存在する法ではないことである。従って彼の憲法制定権力も法を超越する力であるに過ぎないのである。かくしてシュミットの憲法制定権力もシエイエスのそれも、共に法を超越した力であるということになるのである。かくしてそれは憲法論ではないのである。

清宮学説はまたドイツのシュメントの理論を思わせるように見える。シュメントは前文をふくめて憲法全体を一つの価値体系と考へ、その諸規定の具現しようとする価値に段階を認め、最も基本的価値を具現する規定に、それ以外の規定の妥当性の根拠を求める。かくしてワイマール憲法では前文および第一条を、それ以下の規定の妥当性の根拠をなすもの、つまり憲法諸規定のうちの最上級の規範と考へるのである。しかしながら、そのような価値論を導入することによって最上級の規範たることを肯定しようとしたところに、既にシュメントは法の領域を踏み越えているのである。かくては、それは法律論（従つてまた憲法論）ではない、といわれても弁解の余地はあるまい。

右の理論を一層明らかにするものは、イギリスのラスキー教授の言葉であると思う。すなわちラスキーは国家の本質についての説明において、次のように述べている。「アメリカ議会の法律であろうと、イギリス議会の法律である

うと、それは議会の制定した法律であるという理由だけで、法の領域においてはその受け容れを強要するのである (Phrases for acceptance)。もしその他の理由にもとずいて、例えばその法律が賢明なものであるとか、正しいものであるとかいう別の理由にもとずいて、その受け容れを求めるとすれば、法の出て来る源泉は、この立場では無関係である。なぜならば、その時には法というものは、純粹な法の領域では正当性を発見することができない価値論の言葉で、姿を現わしているからである」と。<sup>(9)</sup>

清宮博士は「……日本国民はこの憲法を確定する」という前文の文言を、事実上も法上も民定憲法であることを謳ったものとされ、法上憲法制定権が国民にあることを述べたもので、それは実定法上の権能であり、この権能が授権する法は「根本規範」であるとされる。しかしながら問題の第一点は、その前半の理論にある。日本国民がこの憲法を確定したという前文の文言は単なる歴史的事実を述べた宣言的文言であって、命令的文言ではない。従ってそれは単なる事実の陳述にとどまり、法上憲法制定権が国民にあることを認めたとすることはできないのである。<sup>(10)</sup>

問題の第二点は、博士はその法上の憲法制定権が前文において授権しているが故に前文は根本規範であるというのであるが、憲法制定権が国民にあるといっても、その権力はシュミットもいうように政治的権力に外ならぬものである。前文はこれを前提として認めたと、に過ぎない。従って法上憲法制定権が国民にあるとか、法上の憲法制定権が授権したということとはできないのである。

問題の第三点は、前文が国民主権を宣言したことから、前文を根本規範であると主張することである。しかしながらここにいう主権は政治的主権であって、法的主権ではないのである。従って前文に法的主権でない政治的主権を述

べてあるからとて、それをもって根本規範を定めたものであるということはできないと考える。我国では、憲法の前文において主権の所在を宣言しているからとて、法的主権の宣言と考えているものが多いが、既に私が前文第一項第一段に関する説明において述べたように、それは政治的デモクラシーの原理の表明に過ぎない。そして前文第一項第二段においてその政治的デモクラシーの原理を詳細に分説していることも私は述べた。すなわちそれはリンカーンによって述べられた民主政治における「国民の政治」、「国民による政治」、「国民のための政治」を表明したものである。ここにいう「国民の政治」は結局のところ、国民主権を意味するものである。つまり前文の中における主権は、国民に存する政治的主権の表明であるのであり、それは法的主権ではないのである<sup>(11)</sup>。イギリス憲法の碩学ダイシー教授も、主権に二義ありとし、法的主権と政治的主権とを区別している。すなわち法的主権は法律上の制限によって制限されない立法権を意味し、それは国会(正確には国会における国王)にあるとし、政治的主権は窮極的には選挙民ないし国民大衆にあり、選挙民の意思こそ英国政府によって決定されるべき諸問題に対して、窮極的に打ち勝つものである<sup>(12)</sup>として、かくして国民の有する主権なるものは政治的主権であることを知るべきである<sup>(13)</sup>。この意味における主権の所在を憲法前文が定めているからとて、前文をもって直ちに根本規範であるとすることは適切ではない、と私は思う。

(2) 前文の裁判規範性について

憲法前文が法的規範としての性格を有する部分があることは、既述の通りである。この憲法前文の裁判規範性につき、三つの問題点がある。

問題の第一点は、憲法の各本条に展開され、具体化された内容のみが裁判規範として適用され、従って前文は裁判規範とはならぬか、ということである。通説はこれを肯定しており、前文は裁判規範とはならないとされる。この点に関し私の見るところでは、憲法前文は法的規範であるから法的効力を有するものであり、従ってまたそれは裁判規範たり得るものといわねばならない。前文は法的規範ではあるが、裁判規範たり得ないとするところそ背理であるといわねばならぬ。佐佐木博士は前文に法的規範性を認めながら法的効力を認めず、それは「事実上の政治方針」に過ぎないとされる。その意味では前文に法的規範性を認めたことこそ問題であろう。

問題の第二点は、前文規範を裁判上援用することは不法かということである。私の言わんとするところは、前文の理想や精神は憲法本文に展開され、具体化されているから、憲法各本条の意味内容が先ず裁判規範として適用されることが望ましいのであり、その意味において不明確な内容をもつ前文の理想や精神に基づいて裁判することは不適当であるといふべきである。しかしながら注意すべきことは、それは不当の問題であるといふべきである。それはあくまで、法不法の問題ではないのである。私が力説したのは、この点である。前文が法的規範である以上は、これを裁判規範として援用することは、適当か否かは別として、法上許されぬということにはならぬ、と信ずるからである。前文における平和的生存権のように、これを具現化した特定の条文がないような場合があるからである。唯私も勿論それは不適当ではあると考えているのである。

問題の第三点は、憲法本文の規範の解釈に当り、前文の規範はこれを制約するかということである。前文をもって憲法本文の解釈基準とする学説は、今日もなお多数説であり、前文の精神なり理想なりによって、憲法各条解釈の基

準とし、何等かの制約を各条に加えるからである。しかしながら前文の規範の内容（その精神や理想）は、憲法制定に当り既に憲法本文の中に具体化され展開されているのであるから、憲法本文の解釈に当り、前文の内容によって再び、憲法本文の内容を制約することは不当である、私は考えるのである。しかも私は前文と憲法各条との関係は一般法と特別法との関係と同じであり、この場合には特別法が優先適用されると見るのであって、この立場からも憲法の本文は一般法たる前文の内容による制約を受けるべきではないと信ずる。この点は私が憲法第九条の解釈について、早くから指摘しているところである。従って憲法第九条の解釈に当り、憲法前文の平和主義によって再び第九条の意味に制約を加える解釈法に、かねてより私は反対しているのである。<sup>(14)</sup> すなわち前文をもって、憲法本文の解釈基準たるべしとする通説に反対するものである。

(9) H. J. Laski, *An Introduction to Politics* (1931), p. 25.

(10) Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14. Aufl., S. 31.

(11) 主権論は憲法第一条の解釈について改めて詳論したいと思うので、ここでは唯私の結論だけを指摘するにとどめた。唯国民の有する主権は政治的主権であるという私の見解を、伊藤正己教授自身も採って居られることを指摘して置きたい。すなわち教授は憲法第九条に関連して、次のように述べている。「自衛隊の実体は……自衛のための戦力をこえるところまで発展していると見られるが、その判定は政治的主権者である国民にゆだねられる」——伊藤正己、*憲法入門* 一三三頁

(12) A. V. Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (1926), 8th. ed., pp. 70—71.

(13) 私は国民の有する主権が政治的主権であることを既に早く明らかに詳論している。拙著、*政治学原理上*（昭和三十年）五  
四—五五頁

(14) 拙著、*憲法第九条の変遷と解釈*、一四五—一四六頁。宇都宮静男監修、*口語防衛法*二〇頁下段において私が砂川事件第一

審の判決が述べた態度について批判したところを引用すれば次の通りである。

思うに、この点は憲法第九条および前文の解釈に関する根本的態度如何にかかる問題である。したがって原判決は「政府の行為によって再び戦争の惨禍が起ることのないように」しようとするわが国民が「恒久の平和を念願し、人間相互の關係を支配する崇高な理想を深く自覚」した結果「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を維持しよう」としたもので、「憲法第九条の解釈は、かような憲法の理想（憲法前文の理想）を十分配慮した上でなされるべきであって、単に文言の形式的概念的把握に止まってはならない」と述べている。この（第一審判決の）態度は憲法九条の文言を、単に形式的概念的に把握すべきではなくて、憲法前文の精神ないし理想によって解釈すべきことを力説したものである。しかしながらこのような原判決（したがってまた弁護側の主張）は憲法九条の文言の意味を憲法前文の精神や理想によって制限しようとするものである、と私は考える。そこに九条解釈の根本的態度がわ現れているというべきである。しかしながら憲法前文の精神は憲法の制定にあたり、憲法九条のなかにすでに十分に具体化されているのであるから、九条の意味を、さらに憲法前文の精神や理想によって制限して解釈することは不当であるといわねばならない（この解釈態度は筆者のつとにとるところであった。宇都宮著『憲法第九条の変遷と解釈』）。この点にこそ、九条解釈の眼目があるのである。

#### 四 判例の動向

我国の判例は概ね我国の通説に従い、前文をもって、直接に適用し得る裁判規範とはせず、憲法各本条の解釈基準たるべきものとし、従ってまた前文の精神や理想によって憲法各条、特に憲法九条の内容を制限解釈する傾向をもっている。但し多少のニュアンスは認められる。ここには判例の主要なものを列挙して見ようと思う。

- (1) 憲法前文と同第三七条（最大判、昭和二五、一〇、二五刑集四―一〇―二一六六）。

憲法前文の性質と解釈（宇都宮）

「所論の憲法三七条および憲法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言って、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。」

つまり憲法三七条の「公平な裁判」を解釈するに当り、その解釈基準として前文を援用した点は原告被告とも同じであるが、判決は前文の内容としての民主主義原理を解釈の基準とせず、前文による三十七条の制約を断ち切っている。その点は私が本論において述べた立場を肯定していると考ええる。

(2) 出入国管理令と憲法前文（昭和三二、四、二五、東京地裁、行裁例集八卷四号七五四頁）

これは出入国管理令二四条によって強制退去を命ぜられ、收容されていた台湾人の釈放を求めた人身保護法に関する事件において、判決は憲法前文第二段の「ひとしく恐怖と欠乏から解放され……」の部分<sup>（一）</sup>を直接適用して、原告の請求を認め、釈放を決定したものである。すなわち、

「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るべきである……。」  
「従って現在日本において平和に生活を続けている者に対し退去強制することによって、それらの者が直ちに生存することすらおびやかされることが明らかの場合に、それらの者の滞留が在留資格を失った不法なものであっても、これに対し退去強制することは許されないとするのが相当である」

とした。結論的に前文を裁判規範として直接に事件に適用したのであるから、私の結論に一致している。

(3) 朝鮮人連盟事件と憲法前文（昭和二七、五、一三最高裁第三小法廷、刑集六一五―七六三頁）



本件は上告趣旨が被告人の所属する朝鮮人連盟を暴力行為等処罰に関する法律第一条の団体であると解釈した原判決を、同連盟が憲法前文に掲げ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、憲法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、判決は「前記法律一条は団体成立の目的または行動の動機如何によって、その適用が制限されるものではない」として斥けた。すなわち本件は、前文の趣旨をもって法律を制約せずとして、法律の解釈適用だけでよいとしたのである。これも、前文の趣旨を解釈基準として憲法各条の意味を制約するのは不当であるという私の解釈を支持する判例と見ることができよう。

(4) 砂川事件第一審判決（昭和三四、三、三〇東京地裁下刑集一―三一七七六頁）

本件第一審判決においては、前文と憲法第九条との関係について曰く、

「……日本国憲法はその第九条において……同条は自衛権を否定するものではないが、侵略的戦争は勿論のこと、自衛のための戦力を用いる戦争および自衛のための戦力の保持をも許さないとするのであって、この規定は「政府の行為によって再び戦争の惨禍が起ることのないように」（憲法前文第一段）しようとするわが「国民が恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想……を深く自覚」（憲法前文第二段）した結果、「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を維持しよう」（憲法前文第二段）とする……」とし、従って続いて「憲法第九条の解釈は、かような憲法の理念を十分考慮した上でなされるべきであって、単に文言の形式的概念的把握に止まってはならないばかりでなく」

と述べている。即ち伊達判決は前文と第九条との関係に言及して、特に前文の第一段と第二段を詳細に陳述し、この

前文に掲げられた崇高な理想を十分考慮した上で第九条を解釈すべきであり、前文の理想をもって第九条解釈の基準とし、従ってこれを制限すべきであるというのである。私の解釈は、そのような制限を切断すべきであるというにあらったこと、既述の通りである。

(5) 砂川事件上告審判決（昭和三四、一二、一六、刑集二三卷二三―三三二五頁）

前文をもって各条の解釈基準とし、これを制限している点を、ここに見るのである。即ち判決は、

「前文にも明らかなように、われら日本国民は、平和を愛し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようとして、国際社会において、名誉ある地位を占めることを願ひ、全世界の国民と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ことを確認する」

と述べ、続いて

「しからば、わが国が、自国の平和と安全を維持し、その存立を全うするために必要な自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない。すなわち、われら日本国民は憲法九条二項により、同条項にいわゆる戦力は保持しないけれども、これによって生ずる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。……憲法九条は、わが国がその平和と安全を維持するために他国に安全保障を求め、何ら禁ずるものではないのである。」

と。即ちここに述べていることは、他国に安全保障を求めることを、第九条は禁じてはいないということ、前文を

援用して、従って前文を第九條解釈の基準とし、従ってその限りに於いて九條を制約しているのである。唯本判決を第一審と比較すれば、共に前文を九條の解釈基準として引用しながら、アメリカ軍の駐留を一審は違憲とし、上告審は合憲としたのである。

(6) 惠庭事件と平和的生存権（札幌地裁、昭和四二、三、二九）

本件において、原告側（檢察官）は不法な侵略に対し国の安全と平和を守り、もって平和の内に生存して行く権利を保障することが国の責務であることを主張し、他方において被告側（弁護士）は国の安全、平和的生存権というものが国民生活とは別に存するかと反問し、本件を特に憲法第一三條の立場から見べきことを主張した。判決は憲法判断を避けて、自衛隊法一一一條の構成要件に当たらないとし、無罪とした。つまり平和的生存権については次の通り触れなかったのである。即ち、

「弁護士らは、本件審理の当初から、……自衛隊法一一一條を含む自衛隊法全般ないし自衛隊等の違憲性を強く主張しているが、およそ裁判所が一定の立法なりその他の国家行為について違憲審査権を行使しうるのは、具体的な法律上の争訟の裁判においてのみであるとともに、具体的争訟の裁判に必要な限度にかぎられることはいうまでもない。このことを、本件のごとき刑事事件にそくしていうならば、当該事件の裁判の主文の判断に直接かつ絶対必要なばあいだけ、立法その他の国家行為の憲法適否に関する審査決定をなすべきことを意味する。したがって、……自衛隊法一一一條の構成要件に該当しないと結論に達した以上、もはや、弁護士ら指摘の憲法問題に関し、なんらの判断をおこなう必要がないのみならず、これを行うべきでもないのである」

として、無罪判決をした。従って平和的生存権には触れるところがなかったのである。唯一言附言して置きたいのは、この判決は下級審ながらも、これで確定したものであり、しかも自衛隊法一二一条を適用した判決であって、自衛隊に関する法律が合憲であることが一応確定したことである。

#### (7) 平和的生存権と裁判例

かくして平和的生存権なる概念が特に学界において主張されるようになったのは、恵庭事件以後である。そもそも平和的生存権なるものは、憲法前文第二段の末文に「われらは全世界の国民が、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ことを確認する」と定められているところに、その淵源がある。

ところで、この前文における平和的生存権なるものは法的規範ではあるが、裁判規範たり得ないということが学説上大体一致した見解となったこと、既述の通りである。そこで違憲訴訟において一層有利なる展開をするためには、弁護側において一段の工夫を必要とするに至った。それは学界における判例研究の方法に関する検討となった。そしてそれは判例を憲法現象としてとらえること、特にそれは判例を政治的社会的経済的イデオロギー的諸関係の中において評価する社会科学的方法への研究がなされることとなったのである。そのような立場から主張されたものが、星野教授、深瀬教授、久田教授等による主張であった。判例はこれらの学説と密接に関連しているので、右の学説から一応説明しておく必要がある。

その第一説は憲法前文、憲法第九条と第三章人権条項を組み合わせて、各個別的人権の中に、平和的生存権を読みとろうとする見解であり、星野、深瀬教授および長沼第一審判決の立場が、それである。

例えば星野教授は「人権は……自由権的基本権から社会的生存権、それから平和的生存権へと歴史的に発展し、日本国憲法は最後の平和的生存権を軸として存在するものである。憲法的に即していえば、前文第二段に表現される『……平和のうちに生存する権利である。そして平和に生きる権利は、具体的には第二章の戦争放棄・軍備禁止によって保障されるべきである。なぜならば、戦争放棄と軍備禁止によって、国民は戦争目的や軍事目的のために……自由や財産権を制限侵害されることがなくなつたからである……。』これは前文における平和的生存権を具体化したものが第九条であり、両者を組み合せて議論である。つまり前文における平和的生存権だけでは具體的権利ではなく、裁判規範たり得ないから、憲法第九条と結合した権利としているのである。端的にいえば、前文における一般規範的な平和的生存権を第九条の中に引きおろして、それを具體的権利化しようとする試みであろう。しかしながら注意すべきことは、第九条は前文における平和的生存権の具体化ではない。第九条は国民の権利を規定したものである。なお第九条は一切の戦争、一切の軍備を禁止したものではないから、公共の福祉のために侵略に対抗し、自衛戦争に訴えることはあり得る。そのために国民の権利に制限を受けることはあつても、これをも禁止することは定めてはいないのである。なお星野教授は、基本的人権は「制限的列挙ではなく……例示的列挙であることからすれば、第三章に平和に『生きる権利』が規定されないという事実から、その権利が保障されていないということではない」と述べ、そしてまた平和のうちに生存する権利は「世界の憲法史上はじめてあらわれたものであり、第九条と関連して、戦争目的・軍事目的のために自由や人権を制限・侵害されない権利が認められたということができよう」(星野安三郎編法と平和、一〇一—一〇二頁)と述べている。しかしながら教授のいう如く平和的生存権が将来規定さ

れることはあるかも知れないが、現在は憲法本文にはないのである。権利が保障されているということは積極的な意味である。平和に生きる権利というものが、憲法本文において積極的に規定されているのではないからである。アメリカ憲法におけるような文言は我憲法には存しない。のみならず、このような権利が認められたという条文がないのに、如何にして、そのような権利があるといえるのか。また人権の歴史が自由権的基本権から社会的生存権に、そしてそれから平和的生存権へ発展したということも、星野教授の個人的見解に過ぎない（星野、前掲書一〇八一—一〇〇頁）。深瀬教授は「平和的生存権の徹底的な確保を目指し、戦争と軍備を否認し、その必要性を人類に向って訴えていると解することができる、そのような客観的背景と動向、……憲法前文、第九条ほか全条項に、平和的生存権保障の要請と趣旨が一貫していると解するのが自然であり、妥当であると考える」と述べている（深瀬忠一、長沼裁判における憲法の軍縮平和主義、二九六—二九七頁）。

第二説は高柳信一教授の見解である。教授は、憲法の人権の基礎としての平和をとらえるべきだとするのである。教授は「人権としての平和」に関する主張を次のように結論している。「われわれ人民が、現代における戦争と平和をめぐる諸条件を分析し、それにもとずいて、平和が最も基礎的な人権として確保されなければならない所以を洞察し、広汎な人民の主体的努力により、平和を人権として獲得していくべきだとすることである。考えてみれば、……人権一般が、そもそも「すでにあるもの」ではなく、人民の不断的努力により追求されるべきものであった。平和も、そのような人権の一環として、人間の不断的努力によって追求されるべきものとなったのであり、その条件は形成されているのである」（高柳信一、法律時報臨時増刊、憲法と平和主義、七〇頁）。

右に述べられている後の部分の「人権一般がそもそもす、で、に、あ、る、も、の、で、は、な、く、不、断、の、努、力、に、よ、り、追、求、さ、る、べ、き、も、  
ので、平和もそうだ」と、教授自身がいうのであり、かつ平和というものを与えられた人権とは考えていない  
のだから、これ以上問題とする必要はない。しかし今日「自明な普遍原理とされる基本権が、……その実現のために  
人民の不断の努力と協業を要するということは、基本権の理解に当って、特に銘記されなければならない」という小  
林教授の記述（小林直樹、憲法講義上、二二六頁）とともに、理解されるところである。

第三説は、憲法第十三条が前文の平和的生存権の具体化であるとする見解であって、久田教授が主張するところ  
である。教授によれば「第一に平和的生存権は、基本的人権中の基本権であり、憲法二一条、九七条の基本的人権の永  
久不可侵性の原則を受けて、自然権、前国家権利であり、多数決原理の及ばぬ領域の権利である。第二に平和的生存  
権は、憲法一三条に依拠する抵抗権と解することができる」と（久田、ジュリスト、六〇六号）。ここに久田教授の主張  
は一層の昇化を見せている。前文にある平和的生存権を憲法本文に具体化された権利でないどころではなく、自然権  
であり、前国家的権利であるとしている。そのような不可制限の権利であるならば、もはや憲法上の権利ではないと  
いわねばならず、論外というの外はない。さらに久田氏は、それは抵抗権であるというから、それは最早や政治的権  
力に転化している。それは憲法上の権利どころの話ではないというべきだ。

次に判例の動向を見よう。

(1) 長沼事件第一審（札幌地裁、昭和四八、九、七判決）

本件第一審判決は平和的生存権と裁判規範性につき、次の通り述べている。

憲法前文の性質と解釈（宇都宮）

「……右森林法を憲法秩序の中で位置づけた上で、その各規定を理解するときには、同法第三章第一節の保安林制度の目的も、たんに同法二五条第一項各号に列挙された個々の目的にだけ限定して解すべきではなく、右規定は帰するところ、憲法の基本原理である民主主義、基本的人権尊重主義、平和主義の実現のために地域住民の「平和のうち」に生存する権利」（憲法前文）即ち平和的生存権をほごしようとしているものと解するのが正当である。従ってもし被告のなんらかの森林法上の処分により、その地域の住民の右にいう平和的生存権が侵害され、また侵害される危険がある限り、その地域住民は、その処分の瑕疵を争う法律上の利益がある」と。

保安林の指定解除処分によって、森林所有者は、何の不利益もこうむらないので、これを争うために、地域住民が不利益をこうむることを理由として出された行政訴訟である。つまり原告適格であるためには瑕疵を争う法律上の利益がなければならぬのである。そこで住民の権利侵害を主張するためには平和的生存権論を展開する必要がある、森林法という法律も、憲法の基本原理である憲法の前文にいう「平和の内に生存する権利」を保護しようとしているという理論をとり、住民に法律上の利益があるとして肯定した。そして第一審判決はさらに、「第三、憲法の平和主義と同法第九条の解釈」の「一憲法前文の意義」において真意を述べている。「そして、この社会において国民一人一人の平和のうちに生存し、かつその幸福を追求することのできる権利をもつことは、さらに憲法第三章の各条項によって、個別的な基本的人権の形で具体化され、規定されている。」かくして憲法前文における一般規範としての平和的生存権は、裁判規範ではないことが通説であるにも拘わらず、これを憲法本文の各条項と結合させ、そこに鎮坐



させており、憲法本文上の人権として、裁判規範化しているものであり、かくして住民の利益の侵害は平和的生存権の侵害のみならず、人権侵害の論理として、判決自身が認めたものである。そしてこれは正に、星野、深瀬および久田ら教授の理論に基づくものといふことができよう。

(四) 長沼事件第二審判決（札幌高裁判、五一、八、五）

長沼事件第二審判決は「平和的生存権と法律上の利益なる項目につき、先ずもって憲法前文は法的性質をもつが、『平和のうちに生存する権利』は裁判規範とならない」とした。即ち「憲法前文はその形式上憲法典の一部であつて、その内容は主権の所在、政体の形態、並びに国政の運用に関する平和主義、自由主義、人権尊重主義等を定めているのであるから、法的性質を有するものといわねばならない」と述べ、次に

「従つて右（前文）第二、第三項の規定は、これら政治方針がわが国の政治の運営を目的的に規制するという意味では法的効力を有するといひ得るにしても、国民主権代表制民主制と異なり、理念としての平和の内容については、これを具体的かつ特定の規定しているわけではなく、前記第二、第三項を受けると見られる第四項の規定に照しても、右平和は崇高な理念ないし目的としての概念にとどまるものであることが明らかであつて、前文中に定める「平和の内に生存する権利」も裁判規範として、何ら現実的、個別的な内容をもつものとして具体化されているものではないというの外ないものである」

と述べた。かくして判決は、平和的生存権に一応法的効力を認めながらも、この平和的生存権の内容は現実的、個別的内容を有するものとして具体化されているものではなく、従つて基本的人権の侵害とはならぬものとした。

次に判決は憲法第九条について、

「憲法第九条は、前文における平和原則に比し平和達成のためよりも具体的禁止事項を列挙してはいるが、なお国家機関に対する行為の一般禁止命令であり、その保護法益は一般国民に対する公益という外なく、第九条の条規により特定の国民の特定利益保護が具体的に配慮されているものとは解し難いところである。従って、仮りに具体的な立法上または行政処分による事実上の影響として、個人に対し、何らかの不利益が生じたとしても、それは右条項により個個人に与えられた利益の喪失とは言えないものと言わなければならない。また憲法第三章各条には国民の権利義務につき、とくに平和主義の原則を具体化したと解すべき条規はないから、被控訴人らの主張はこの点においても理由がない」

とした。つまり第九条は禁止事項を列挙しており、その目的は公益であり、私益ではない。すなわちその保護法益は特定の国民の利益ではない。故に平和的生存権は憲法第九条の中に座することはできないとした。そして次に平和的生存権は第九条のみならず憲法第三章の規定に具体化されているという被控訴人（弁護士住民）の主張をも否認したのである。結局において、この判決は星野、深瀬、久田教授らの理論を否認したものである。