

# 「法支配の原理」と「議院内閣制」

—— 続・『高柳意見書』の保守性 ——

田 畑 忍

## (一) ま え が き

すでに、『高柳意見書』の保守制』について論じた(同志社法学 八十二号)さい、其のうちの「法支配の原理」と「議院内閣制」については稿を改めて検討する予定を言っておいた。私は、其の予定にしたがって、今、右の問題をここで取り扱う次第である。

「高柳意見書」の反動性または為しくずしの改悪主義と官僚主義性とは、その改憲反対論的保守性とともに、「法支配の原理」と「議院内閣制」の理論にももちろん存在している。またそれとも関連して、方法論的には、基本的人権と司法権のみを合せて一本として、これを「法支配の原理」とされたこと自体に大いに問題がある。蓋し基本的人権の問題は、ひとり司法権のみとの関連に於ての問題にとどまらないのであって、立法及び行政との関係において特に重要性をもっているものである、と言わねばならない。すなわち基本的人権の問題は、立法・司法・行政との関係に於て、法の支配の検討をする観点に於て、憲法改悪反対論の正しい姿勢が始めて成り立つことになるからである。

若しもそうでないかぎり、それは「法支配の原理」も、また「議院内閣制」の問題も、これを正しく把握することができない、と言うことである。

以下、高柳博士の意見陳述の順を追って寸評を試みてゆくことにする。

## (二) いわゆる「法支配の原理」について

第一 総論。高柳氏は、基本的人権と裁判所にかんする日本国憲法の規定について、これを「法支配の原理」の問題として論じ、「法支配の原理の確立こそが、暴力革命を回避するために不可欠の要件である」というアーヴィング・クリストルの提言を、その改憲反対論の基調点にされている。

先ず高柳氏は、「法支配 (rule of law)」と「法治 (rule by law)」とを概念上区別される。そして、「法支配の原理」はイギリスに由来して今や世界的な原理になっており、この原理を基調とする日本国憲法も「絶対民主政」ではなく、「立憲民主政」たる本質を備えていることを銘記すべき」にかかわらず、「わが憲法学者は法支配の原理を中心として現憲法の解説を行っていない」と独断される。しかし日本国憲法も、その他の国々の近代的憲法も、単なる「法の支配」の原理ではなく、「憲法の支配」(rule of constitutional law)の原理に拠っているのである。すなわち憲法と憲法政治が、憲法主義の原理に立脚していることを忘却乃至無視されているのは、むしろ高柳氏なのである。かくして、高柳氏の「改憲不要論」と「法支配論」の致命的な誤謬は、この憲法主義を銘記されていないところにある、と言うべきであろう。

次に高柳氏は、法支配の原理に英型・仏型・米型を区別し、日本国憲法を米型に属するものだとし、それは古

典的基本的人権を若干修正し、独立の裁判所に違憲・合憲を判定する権能をあたえることによって、人権を保障するという方式をえらんだのである」とせられている。その点で、氏の言われるところは正しきに似ている。しかしながら、これを憲法主義的に正しく理解されていないところに、その誤謬の原因がひそんでいるのである。

その見解の、このような誤謬のために、第三章国民の権利及び義務中に「第十三条、第二十四条、第二十六条、第二十七条の規定のごとき」「直接に司法的保障の対象とならない、主として立法府、行政府にたいする指針と解せらるべき規定」があるなどとされ、「勤労者の権利に関する第二十八条のごとき」も、「権利章典とは別の章にかかげる方がよいかも知れない」規定であると言われているのみならず、これらの人権が司法的に守られなくてもよい性格のものとして独断されて、現に最高裁判所もそのように解釈しているのではないかと言われるのである。そして第十二条も「訓示規定」であつて、「米国の憲法典にはみられない。従来立法技術からいえば、これらは前文に入るべきものともいえるであろう」と言い、そして若干の義務規定も「公共の福祉」の規定も同様だが、後者については「最高裁は、この概念を法的概念としてとらえ、基本的人権の制限の根拠として活用している」と言つて、政府の制限に対する最高裁判所による人権の支持とその制限の両方に賛成される。要するに高柳氏は、基本的人権中の若干のものは司法的保障を必要としないものである、と言つて見解を繰りかえし述べられているのである。このことは、前示のとおり「法支配の原理」の根本的意義についてのその甚はだしき誤解に基いているものであることを証明するものである。

しかも高柳氏は、「国政における基本的人権の尊重とその保障ということが、法支配原理の中心思想である。この思想を国民に徹底させる趣旨で、日本国憲法は、修辭的表現をつかい、かつ、反覆を避けないで書かれている（第十一条、第九十七条）」と言ひ、殊にこの反覆を避けるために第九十七条を削りとれ……という改悪論に反対される。そして「基

本的人権の保障が弱体化される危険も起りうる」からであるとの理由付けをされている。この反対が正しいだけに、基本的人権中の若干のものを、司法的保障なきものとされるその解釈を、私は曲論だと言わざるを得ないのである。

また、高柳氏は、基本的人権制限の基準たる「公共の福祉」について、その判定の基準はインドや西ドイツの憲法と異って日本国「憲法のどこにも示されていない」ので、「具体的事件において、両者の境界線を引くのは、結局は最高裁の自由裁量つまり最高裁判事の高い見識にまかされている」のである、つまり「日本の裁判官が、日本の国情にてらしてみずから判決で漸次きめていくのがよいとの見地から、人権の制限に関する詳細な規定を置かなかつたのである」、そればかりでなく事実、「最高裁の判決は、大体良識に合致している」、と主張される。この氏の所論のポイントは、「最高裁の良識」と、「国情」または「時代の変遷に順応」すると言うことを、最高裁の自由裁量の基準の二つの支柱とされているところにある。だがしかし、「国情」や「時代の変遷に順応」することを以て良識とすることはできない。そのような順応は一種のオポチュニズムであり、或いは悪しきジャーナリズム以外の何ものでもないからである。すなわち「良識」というからには、断じてそれは「時代の変遷への順応」であってはならず、その反対に、それは社会の歴史的発展への即応でなければならぬからである。即ち「変遷」と「発展」というこの二つのものは、似て非なるものであって、明白に峻別を要するものだからである。ただし高柳氏が、「具体的に基本的人権の制限を置くよう」な改憲に反対されているということは、もちろんこれを多としなければならぬ。

そうしてまた、「現行憲法は国民の権利のみを高唱し、国民の義務をわずかしか規定していないので、権利と義務のバランスがとれていないという論もあるが、これは、現行憲法が法の支配の精神をつよく高調しているためであつて、むしろその長所である。憲法、とくに基本的人権の規定は、為政者による政治的権力の濫用を防止することを主

たる目的とするものであり、一般国民の守るべき規範をも規定するのは、憲法の目的ではないというのが、自由民主国憲法の一般の考え方で、わが憲法は、この考え方に従ったものである」、と言われているところにも一部の正しさが認められよう。しかし、日本国憲法に権利と義務のバランスがとれていないとされているのは誤解であろう。すなわち日本国憲法には、帝国憲法に比して、むしろ義務規定が多いからである。更に、そればかりではなく、権利規定の本質たる抵抗権性を反映しまたこれを生かすために、特に抵抗の義務の規定が第十二条前段に設けられていることを強調すべきである。しかるに高柳氏はこの点を全く看過されているように見える。のみならず、「正当に成立した法令を尊重することが、国民の義務で」、それはむしろ「憲法以前の問題である」として、デュー プロセスの法理や「憲法主義の法理」を看却されているのである。もとより、「義務規定をふやす」ことに高柳氏が反対されていることは正しい。しかし同時に、憲法尊重義務の行われていないことに対して警鐘を鳴らすことの必要を看却されているように思わざるを得ないのである。

次に高柳氏は、「日本国憲法下の司法権」が、「明治憲法下の司法権」といちじるしく異なることを指摘され、「日本国憲法下では、司法権は、憲法を基準として、行政行為を違憲、無効とするのみならず、国会の行為をも違憲、無効としうることになって、国政における司法権の地位は、著るしく重要性を増した。この立法行為や行政行為の合憲違憲を分つ権能を、国会や政府のような権力も財力もたず、知性のみをもち、不羈独立の地位に立つ裁判所に与えるというのが、日本国憲法の趣旨である。」従って、最高裁判所の憲法解釈は国家最高の有権解釈で、これを一般国民も尊重しなければならぬ。かくして「法支配に関する為政者と国民の感覚を強化する」ことになるのだと説き、そして、最高裁判所のこのような憲法解釈に対する批判の自由を認められている。故に、そこまでのところは、高柳

氏の所論は正しくないとは言えない。しかし、「最高裁によって解釈された意味での憲法の条項を国民の大多数が非とする場合には、国会を通じ、憲法がきめた改正手続によって、憲法の改正を行うことができるのであるが、このような改正が行われるまでは、最高裁の解釈した意味での憲法を尊重しなければならぬのである」と言われている点には賛成できない。そこには論理の甚はだしく誤った飛躍があるからである。

すなわち、最高裁判所の憲法解釈の誤りは、改憲の方法によって是正されべきものではなく、国民の正しい批判や学説や又は自らの反省によって訂正されるべきものだからである。しかし、もちろん、そのような是正・訂正の行われる場合には、最高裁判所の憲法解釈は誤謬の状態そのまま事実上行われる。が然し、それに対する尊敬を強制することは憲法の問題ではない。すなわち高柳氏のこの問題についての所論は、法律尊重・既成事実追隨の趣旨であって、憲法尊重の精神ではなく、日本国憲法が最高裁判所に設定した違憲・合憲決定権の何たるかを全く理解されていないものである。従ってそれは民主主義に対するその半知半解の自己暴露だと言わねばならない。

しかし高柳氏が、最高裁判所裁判官の任命についての選考委員会制を設けることについて慎重であり、かつこれを設けるにしても「法律でこのような機関を設ける方がよい」とされていることには私も賛成である。しかし高柳氏が「これまでの最高裁の憲法の解釈は、大体において、良識的である」と言われていることには賛成し得ない。また氏は「違憲審査権を下級裁判所には与えない方がよいという論もあるが、私はむしろ、現在の制度の方がよい……最高裁のみが違憲審査を行う制度の下では、違憲・合憲の判断が事実在即せず、抽象的判断に墮する危険も多い」と言われているが、これによって高柳氏もまた、最高裁判所の「違憲・合憲決定権」と下級裁判所の「法令審査権」とを混同されていることが極めて明らかである。すなわち日本国憲法は最高裁判所のみ違憲の法令・違憲の国務行為を

無効とすることになる違憲・合憲決定権を付与してあるのであり、またすべての裁判所に違憲の法令について、その違憲性を判示することにより、当該事件にのみその法令を適用しないだけにとどまる法令審査権を、司法権の副次的権限としてみとめているのであり、そしてそのような法令審査権が最高裁判所の司法権の一つたる違憲・合憲決定権に必然の結びつきをもっているのである。そのみならず、憲法事件（違憲・合憲決定事件）についての最高裁判所への直接的提訴の制度を日本国憲法は定めているのである。しかるに、このような憲法的法構造の真実を高柳氏は理解されていないようである。

高柳氏は、そのような程度での理解に於て、司法権にかんする現行の制度を是認し、かつ現行制度徹底の努力を強調しつつ、「最高裁に過重の責任をおわせているのは、再考の余地がある」として、改憲の方法によらずして最高裁判所判事の数を七名乃至八名に減少し、小法廷処理の事件を別の裁判所を設けてこれに移し、憲法問題中の重大問題だけを最高裁判所が選択判決のできるようにすべきことと、多年人権を守ることに努力している壮年有為の弁護士中より最高裁判所判事を任用すべきことを提唱されているのである。この点については私も別に異議はない。

第二 各論。高柳氏は、以上の如き「法支配の原理」の総論に次いで、その各論として第一に「基本的人権」について、第二に「司法権」について逐条的にその改憲不要論を展開されている。そしてそれは、立法と最高裁の解釈と運用の改善によって憲法は補足されるものであるから改憲の要なし、とする論旨に立っている。

(一) 「基本的人権」の中で、高柳氏は先ず「非常事態に関する規定を憲法の中に設くべきか」と問い、設くべきでないとして、詳細な非常事態の規定を設くべしとする議論に対しては、「非常事態の名の下に為政者が独裁者となつていた経験をくりかえさぬようにするため、これを憲法秩序外の例外的なものとしておくことが賢明であるからで

ある」と主張して、反対の理由付けをしている。その前半は良識の議論と言えよう。また非常事態についての簡単な憲法規定を設くべしとする議論に対しては、非常事態に即応する処置は憲法の規定いかんにかかわらず必要にして本質的な国家の権能であるのみならず、「公共の福祉」の憲法規定がその根拠になり得る、その際とった為政者の人権制限の措置は、その妥当なりしや否やを現実の事態にてらして、最高裁判所の判定によってきめられるべきものである、故に非常権の規定を憲法中に設けるべきではないと断定している。この断定は正しいが、非常権の有無にかかわらず、非常権が国家に固有すると言うその理論、及び法律でこれを定むべしとするその意見は、これを承認することが私はできない。すなわち、ベルギー憲法と同様に非常権を放棄したところに人権主義的な日本国憲法の一つの大きな特色があり、しかもそのことより来る心配はないのみならず、国家非常権が人権を損う以外に何の役にも立つものでないことは、各国の歴史がよくこれを証明しているからである。私は、いかなる場合にも必要なことは、合憲の政治であつて、非常権でないことを銘記すべきであらう、と思うものである。

次ぎに高柳氏は、「家族の共同生活に関する原則および家庭生活の保護について規定を設ける必要があるか」と問い、設くべきでないと答えている。その理由として、この種の憲法規定を設定すべしとする者の「意図は主として、男系を中心とし、かつ儒教倫理で規律された旧来の家族制度を保存しようとするにあるよう」だが、「旧来の家族制度を憲法に規定し、次の世代を拘束することは無益かつ有害」だ、「ファミリーのあり方は、社会的、経済的变化にともなつて変化していく、……こうした変化を法によって抑止することは不可能である。」また「ファミリーの経済的保護は、民法の扶養義務の規定とか、社会保障の拡大とかにまかすべきで」、「日本国憲法が「個人の尊厳と两性の平等を家族生活の基本的原理として、将来のファミリーの在り方を指示し」、自然的愛情によるべしとしている

のは正しい、とされている。いわゆる「逆コースの措置として」の改憲論に対する、それは正姿勢と言うことができよう。

第三に、高柳氏は「基本的人権は、為政者の行為にたいしてのみでなく、私人の行為にたいしても保護されるべき規定を置くべきか」と問い、置くべきでないとしている。そうして、その理由として、そのような「私的集団の内部的規律」に対して憲法がその規定を以てタッチすることは、「いまの段階で」は、「いたずらに社会的混乱をもたらすことにならう。従ってこれは、主として、私法の公の秩序、善良の風俗とか、権利乱用禁止とかの法理で、必要な基本的人権の保護を、具体的に一つ一つ裁判所がきめて行くことが、より妥当であるように思われる」、と言っている。それは保守穏当の見解と言えよう。しかし別に新たに規定を設けるまでもなく、憲法自体がすでに、「私的集団の内部規律」からの人権の保護を人権の規定中に設定しているものと解すべきではなからうか。

第四に高柳氏は、「第十四条（法の下の平等）は合理的でない差別を禁止する趣旨であることは、すでに最高裁のみとめるところであるが、さらに進んで合理性の基準を憲法に規定する必要があるかと」問い、その必要はないと答えている。その理由として、「このような基準を一般的に規定することは困難」なことだから、事件毎に最高裁判所に委すべきが妥当であるとしている。しかし、第十四条の法の下の平等の規定については、合理非合理の問題というよりも、きわめて明確に五つの条件については差別を禁止し、他の条件については差別を禁止していないものと解すべきであろう。従って、現行の条文でよろしい。また改悪はいけない、改正ならよろしい、と言うことになる。

次に（第五）、高柳氏は、「第二十五条を改正して、国家に対し健康で文化的な最低生活を与えることを、国家にたいし請求する権利があるものとすべきか」と問い、すべきではないと答えている。そして、その理由として、第二

十五条はプログラム規定で、「個人にたいして、法的権利を与える」ものではないとする最高裁判所の判示のとおりである、「強制労働制を採用」しないかぎり、それは「非現実的な提案」であって、そのように改めるべきではないと主張されている。しかし、同条が国民個人に生存権を設定したものであることは言うまでもないところであり、また生存権を実施することは現状に於ても決して不可能ではなく、高柳氏の右のような発想の解釈は、日本国憲法の精神を知らないものと断定するほかない。

次に（第六）、高柳氏は、「第二十八条によつて保障された労働者の権利は、勤労者経済状態の改善のために行使された場合だけに保障されるものであることも明らかにする規定を追加して、政治的な目的達成を動機とするストライキは本条の保障するところでないということを明示すべきか」と問い、明示すべきではないと答えている。その理由として、最高裁判所の本条解釈がそれを否定しているからだと言ひ、またこのような規定を憲法に明示すれば「労働界に大きな動揺をきたす」から、それは賢明ではないとされている。然し、そのような見解が憲法と民主主義を誤り、憲法所定の労働権を画餅化するものであることは言を俟たないところであろう。

次に（第七）に、高柳氏は、「勤労者の権利は公共の福祉に適合するように行使すべき規定を置くべきか」と問い、その必要はない。それは最高裁判所が勤労者の権利は財産権等を考慮して行使すべきことを判示しているからであると言われている。しかし高柳氏は、勤労基本権も、第十二条の制約以外の制約を受くべきものでないことを忘却されているのではなからうか、と思う。

次に（第九）に、高柳氏は、「公務員についての特則を置く必要があるか」と問い、必要がないと言ひ、それは公務員も勤労者ではあるが、他の勤労者よりも強い制約を受くべきことをすでに最高裁判所が認めているからだという

理由づけをされている。「特則」を必要としないことは、まさにその言のとおりであるが、しかし最高裁判所と氏の見解には、公務員と公務員たるもの（国民）との区別をしていない点に欠陥がある、と言わなければならない。

次に（第十）、高柳氏は、「財産権に関する第二十九条について、財産権の社会性を明確にするよう改正すべきであるか、また第一項と第二項との順序を変更すべきであるか」と問い、その必要はないと言われている。その理由として、「最高裁が、平等の原則や、その合理性などの原則」で「合憲性をきめて」おり、従って「実際上の運用にてらして」、イデオロギー的改憲論は非実際的だとされる。しかし、その点、第二十九条自体が、その社会性を明らかにしているのではなからうか、と私は思う。

また（第十一）、高柳氏は、「デュー・プロセスに関する第三十一条を、手続的デュー・プロセスを保障するように改正すべきか」と問い、「条件つきで賛成である」とされる。そして、日本国憲法は、アメリカ憲法と異り、社会権の規定があるから、アメリカで社会立法や労働立法の阻止されたような心配はないが、「法律の定めた手続」を、「専断的」で、「不公正」な「国会の定めた法律」をも含むものと解される惧れもあるとすれば、これを「正義公平の基本原則に合致する手続」と改正して、「第三十条乃至第四十条の個別的規定の前に、刑事法の一般原則としてかかげることが考えられる」が、最高裁判所が第三十一条の解釈を明らかにしていない現在では、その改憲の必要もない。しかし最高裁判所に右の悪しき解釈が現れた場合には、「改正の実際的必要が起ろう」と言われているのである。しかしながら第三十一条は、明らかにデュー・プロセスの法理を含んだ合憲的法律主義を定めているのであって、その法理から言って、条件付きの改正必要論は成り立たない筈である。

次に（第十一）に、高柳氏は、「逮捕の要件を定めた三十三条について、刑法の緊急逮捕の規定が合憲であること

を明らかにするよう改正すべきか」と問い、「最高裁がすでにこれを合憲としているので」改憲の必要はないとされている。もちろん改憲不必要論は妥当であるが、その理由づけについては問題がある。

また次ぎ（第十二）に、高柳氏は、「第三十三条及び第三十五条による保障が、行政的になされる逮捕、搜索、または押収にも及ぶ趣旨を明かにすべきか」と問い、「反対である」と答え、「場合によつては、その必要のないことも」ないが、それは法律できめるべきで、憲法できめるべきではないとされている。実はしかし憲法の趣旨からすれば、司法的にも行政的にも常に人権を保障しているものであることはすこしも疑を容れる余地がないのである。

次ぎに（第十四）、高柳氏は、「死刑を禁止する趣旨の条項を加えるべきか」と問い、反対であると答えている。そして必要ならば死刑廃止は刑法でもできるからだと言っている。この高柳意見は全く正しいと言えよう。

次ぎに（第十五）に、高柳氏は、「第三十八条第三項の「自己に不利益な供述」の詳しい定義を与える必要があるか」と問い、それは最高裁判所にまかせればよいから、その必要はないと答えている。しかし第三十八条第三項の法意はそれ自身できまっているのであって、最高裁判所はそれに従うべきであり、勝手な解釈は許されない。

更に氏は、「第三十八条第三項の規定は、被告人が公開の法廷でなした自白には適用されない旨を明らかにすべきか」と問い、最高裁判所はそれには適用されないと判示しているので、その必要はないと言っている。従つて、そのかぎりに於て、高柳意見は憲法所定の証拠主義を否定していることになる。その点、正しくない。また刑法法第三一九条二項は批判さすべきだとして、最高裁判所のそのような解釈を支持されているが、それも正しいとはいえないのであ。

最後（第十六）に高柳氏は、「社会構造の基本原則や教育の基本原則について新たに憲法上の規定を設けるべきか」

と問い、設けるべきではない、そのような問題の規定は次代に任すべきで、必要ならば法律で定めるべきだとしているが、この見解も穏当と言えよう。

(二) 基本的人権について述べ終つて、次ぎに高柳氏は、「司法権」についての見解を逐述されている。

先ず第一に、「現行憲法の司法権の拡大強化の方針はこれを維持すべきか。維持すべきである」とされ、それは「議会制民主主義の成功に不可欠な、法支配の原理を実効的なものにする」ために必要だからだとされている。氏のいわゆる司法権の拡大強化と言うのは、日本国憲法所定の司法に行政事裁判と憲法事裁判の含まれていることを意味するものであつて、それ以上に司法権の範囲を拡げようと言うのではないであらう。しかし氏の所論には、その点での明瞭さが見られない。

第二に高柳氏は、「最高裁に抽象的違憲審査ができるようにすべきか、また最高裁に勧告的意見を求めるようにすべきか。さらにまた、違憲審査を最高裁のみにかぎるようにすべきか」と提議し、最高裁判所の憲法解釈は事実にする必要があるから、そのすべてに反対だといわれている。しかし、氏のいわゆる抽象的違憲審査と言われるものは事実としての憲法事にかんする裁判以外のものではなく、また日本国憲法(81条、98条一項)は違憲・合憲の決定権は最高裁判所のみの特権としてきめていたのであつて、下級裁判所にはかような決定権は存しない。この意味に於て、いわゆる通説及び最高裁判所とともに、高柳氏もまたその解釈を誤っているのである。従つて、それはただ、その解釈を正しくすればよい問題だといふべきであらう。

第三に高柳氏は、「国会に憲法問題審査委員会を設けるよう憲法を改正すべきか。改正すべきではない」とされている。その理由として、現在では法制局がその任務を行っているが、元来その問題は国会自体が定めるべき問題であ

って、憲法改正の問題ではない、と断定されている。その点、高柳意見のとおりである、と私も考える。

第四に高柳氏は、「条約は違憲審査の対象としないことを明らかにするようすべきか」と問い、反対だと答えている。その理由として、条約も違憲審査の対象となるが、なるべく違憲でないと言われたいのが賢明だと言われている。しかし日本国憲法(98条及び81条)は、明らかに条約そのものを違憲・合憲決定の対象外に置いている。しかし条約の違憲審査は、当然に必要なこともあり、その内容が違憲の場合には、その違憲の条約を締結した政府の國務行為を違憲なりと決定することを妨げない。と言うよりも決定すべきものである。しかし、この法理が、一般的にもまた高柳氏にも理解されていない憾みがある。

第五に高柳氏は、「最高裁判所判事の国民審査の制度は廃止すべきか。今のところ廃止する必要はない」として、この制度が内閣による判事任命に対する「民主的抑制」の制度であり、また「司法権の独善に墮するを抑制する」制度であつて、それはこの制度の長所であるが、最高裁判所判事の世論に対する勇氣を挫き易い短所を伴っている。しかし今のところその弊害が起つていないから、それでよろしいと言う見解のようである。もちろん、その改悪反対の主張は正しいが、世論を悪いものときめてかかっている独断には私は賛成するを得ない。

次ぎ(第六)に、「司法裁判所から独立した行政裁判所を設くべきか。また最高裁とは別に西独式の憲法裁判所を設くべきか。いづれも設けない方がよい」とする高柳氏は、前者については行政権に対して不羈独立でなく非能率の行政裁判所の復活はよくない、むしろ「司法裁判所内に行政事件専門の部を設ける」方がよいと言ひ、また後者については「抽象的な憲法問題を取りあつこう憲法裁判所を置く」ことは国会の任務を侵すことにもなり、また「裁判所を政党化する危険がある」、と言われている。しかし民・刑事裁判を扱う最高裁判所から憲法裁判所を別に設置する

ことには魅力も感じるが、それもアメリカ式に最高裁判所をそのように運用する方がよい、というのである。この高柳意見は概して穏当と言えよう。

(第七)。高柳氏は、「司法行政権の所在について憲法に明確な規定を設ける必要はないか。必要はない」とされる。そして、三権分立の「理論から、演繹論法でいろいろの結論を出すことは、わが国ではしばしば見られるが、それは、つつしむべきである」とする論拠から、日本国憲法第八十条所定の下級裁判所裁判官の内閣による任命についての最高裁判所の指名権を否定する方向にこれを変えよと言う議論に先ず反対される。また裁判所内部の人事事務等の現行制度を改憲によって変えよと言う意見に対しては、裁判所法の改正の問題にすぎないとして反対される。また、最後に、「少年保護事件の審判の権限を、家庭裁判所から、行政府にうつすこと」を主張する改憲論に対しても、それは裁判所法の問題であつて憲法の問題ではない、また二者ともに現行どおりでよろしい、と言われているが、この点についての高柳意見も正しい、と思う。

(第八)。高柳氏は、「最高裁判所の規則制定権と国会の立法権との関係を明確にする規定を設ける必要があるか。その必要はない」と言われている。そして「規則制定権」は、「立法権の意味で」あつて、英法流に「最高裁が立法権を行使しうることを憲法で保障し」た「司法権の拡大強化政策の一面である。」しかるに、旧思想の我が国では、「国会の優位は当然である」とされ、「大体において、規則制定権は、細則制定権」のように運用されている。そして、これらの事項について、国会に立法権を行使させる方式と裁判所に立法権を与える方式と、どちらが司法の改善に役立つかという実質問題についての考慮が、まだなされていないのが現状である」。この段階で「規則制定権は、法律の範囲でみとめられるという趣旨にもとづく改正をすることは、賢明ではない。」新旧両思想の「論議をつくす

必要があらう」と言われるのである。しかし、このような理由づけに見られる高柳意見は、日本国憲法第四十一条が国会を唯一の立法機関ときめており、従って最高裁判所の規則制定権は国会の立法権と同視すべきでないことを理解していないものと言わねばならない。

（第九）。高柳氏は、「最高裁の機構を憲法で規定すべきであるか、また最高裁判事の員数を憲法で定めるべきか。いづれにも反対である」。このようなことを「憲法で固定化することは、賢明ではない」というのであるが、そのとおりと言えよう。

（第十）。高柳氏は、「内閣による最高裁判所判事の任命についての諮問委員会を設けることを憲法に規定すべきか。反対である」とし、そのような問題は、法律できめるべき問題で、改憲の問題ではない、とされているのであるが、この点も同感である。

（第十一）。高柳氏は、「裁判公開の例外に関する第八十二条但書の規定を削除すべきか。削除すべきでない。」「この但書は、過去の歴史的経験によって立証されている」とおり、「合理的」だからである、と言われている。

（第十二）。高柳氏は、「第七十六条第三項、「良心に従い」という文言を削除すべきか。その必要はない」と言い、それは第十九条の「良心」と意味を異にし、また「この言葉のために不都合が生じたことも聞いていない」からである、と言われている。この理由はきわめて非合理と言えよう。第十九条の「良心」と第七十六条の「良心」とが意味を異にするという見解は誤謬だからである。

（第十三）。高柳氏は、「裁判官の私行の問題を理由とする場合には、最高裁判所が罷免しうるようにすべきか。すべきでない」と言い、それは「本人にたいし、著るしく公正を欠くようなことも起りうる」からだと言われているが、

同感である。

(第十四) 高柳氏は、「最高裁判所長官は、毎年すべての裁判の進捗状況について国会に報告しなければならない」という規定を、憲法に置くべきか。その必要はない。現行憲法の下でも、国会が必要と考えるなら、国政調査権に基いて、このような報告を求めることができる」と言っているが、これも同感である。

(第十五) 高柳氏は、「検事総長の地位を憲法上明記して、裁判官と同じ権威をもたすべきであるか」と問い、「検事総長は、今でもその地位に相当する権威をもっているとみられるものでその必要はない」と答えている。しかし、この理由づけは十分とは言いが得ない。

(第十六) 高柳氏は、「裁判所に法案提出権を与うべきか」と問い、「司法権の本質から見ても与うべきではない」と答えている。その理由は正しい。しかし、それが、日本国憲法第四十一条所定の国会の立法権と矛盾することに論及していないところに物足りなさがある。

### (三) 「議院内閣制」について

(一) 高柳氏は、最後に、国会と内閣について、議院内閣制に焦点を置いた考察をされている。すなわち、その考察を、「日本国憲法の、法の支配と並ぶ基石は、議院内閣制である」とする観点に於て、それは「英国に由来して一般化しているが、この運用について特にすぐれているのは英国であると、一般に評価されている」と書き始めている。そして米国情の大統領制が、日本では地方行政に採用されており、これをもとに中曾根・稲葉両氏によって首相公選論の提案されていることに触れつつ、「議院内閣制においては、国会と内閣とが融合しつつ動く」、そして「大統領

制においては、両者が分離して動く」ところにそれぞれの特徴を認め、定説は議院内閣制がすぐれていることを判定しているとして、その理由の一つに、米国の学者・政治家が米国型大統領制の欠陥（独才政への傾向）を熟知してこれを難じていること、及びヨーロッパの学者またその多くが首相公選制を危惧していることを挙げている。更にまた、プロシヤ風の明治憲法下に於てすらその議會制のゆえに議院内閣制の生じたことを説き、「日本国憲法は、明治憲法の下での護憲論者の理想とした英国風の議院内閣制を成文化したに過ぎない。」それ故、議院内閣制は日本にとりてファミリーな制度だが、大統領制はそうではない、しかし現在の議院内閣制はフランスの多党制に類似した派閥の存在によつて毒されている。この缺点を衝いて中曾根氏の首相公選論が主張されたので、それは「ドゴールの着想に近い」と評している。そしてドゴール大統領独裁の永続し得ないことを説き、「イギリスに見られる議院内閣制の下で、首相公選が実質的に行われている」行き方をよしとされる。従つて首相公選制への改憲に反対されるのである。その点、同感であるが、首相公選制を非なりとする氏の論拠に不十分なるものがあるのみならず、現行憲法下に於ての公選の方法や首相罷免制の問題について何ら触れていない欠点がある（拙稿「首相公選論について」参照）。

また氏が、「万年与党と、万年野党の問題とか、派閥の存在とか、政党内部の民主化の問題とか、わが国の議院内閣制に諸種の欠陥のあることは認めるが、これは議院内閣制そのものが悪いためではない。」これらの問題は首相公選制によつて解決のできるものではなく、「英国型議院内閣制の完成を目標としつつ国民の良識と努力の積み重ねによつて漸次修正されるべき問題だとされている。その点私も異論はない。しかし私は、特にこの側面に於ても、憲法主義と公務員の憲法遵守の義務について強調されるべきではないかと思うものである。それは、公務員による違憲行為が、日本の政治を害い破り派閥政治をも跋扈させていること大だからである（拙著『憲法重要問題の研究』参照）。

次に氏は、議院内閣制の問題として参議院の問題に触れている。氏は、現在の参議院の姿をよしとせず、英国の上院の機能（「暫く待った」と「法律をもつと立派な形で」という二つの機能）に見習って、その構成を考え直すべきことを主張される。しかも、「国民の圧倒的多数の支持するような具体案が考案された場合には、そのために必要な憲法改正を行うこともよいであろう。しかし例えば任命制を加味するために、直ちに憲法改正にふみ切るということは、いけないと思う」というのが、参議院問題についてのその結論である。故に、この点、氏は改正論的であるが、しかもそれに自ら「待った」をかけていられるわけである。しかして将来、議会制の改革を考慮するのならば、むしろ一院制を主張すべきではなからうか、と私は考える。

以上の如き議院内閣制の総論に次いで、氏はその各論を展開されている。

(一) 先ず「国会は「国権の最高機関」で「唯一の立法機関」であるという言葉の改正の是非について」論じられている。(1)字句の点で、「国権の最高機関」という表現が、「共産圏諸国の憲法のうちに使われているのは事実である」が、それは「徹底した民主主義」を標榜して実は「党独裁政を行なうため」のタクティックである、しかし日本の場合は異ると断じ、(2)またフランス流の議院内閣制でもなく、(3)「国会が国権の最高機関だ」という意味は、内閣総理大臣の「指名権者たる国会は、内閣にたいして上位にある」「そして司法部の長は、国会の下位にある内閣が指名することになっている。それ故国会が、憲法の認めた諸機関中最上位の機関である」。つまり「三権を行使する三つの機関のうち、直接主権者たる国民から選ばれる国会を国権の最高機関としたものと解すべきである」、と言われている。しかし氏は、天皇と国会との関係についてはどうかを説明されていない。しかし、それでは、国家諸機関における国会の「最高機関」性が明らかにされていないことになる。つまり、「最高機関」が「統括機関」の意味であること

を解せられていないことになる。そのため、本当は、「国権の最高機関は、国会ではなく、選挙民であつて選挙民こそは主権者たる国民に代つて主権を行使する最高機関である」が、「現行憲法上、国会、内閣、裁判所とならんで選挙民を国家機関としていないので、選挙民と直接つながる国会を最高機関としたのである」というきわめて変な解釈を展開されるのである。しかし、ここでも氏は、天皇を論外とされるだけでなく、選挙民はバラバラであつて国家機関とすることを得ないものであり、かつまた国権を統括することを得るものではなく、それ故にこそ憲法は国会を国権の最高機関だときめていることを理解されていないのである。また氏は、(4)「唯一の立法機関」という……字句が、近代国家において不可欠な委任立法を禁止する趣旨かどうか」が重要な点であるが、しかし委任立法は現に許されており、「實際上の不都合」もないので、改正の必要はないとされているが、しかし「唯一の立法機関」の意味を明らかにされていない。更に氏は、(5)第四十一条は行政府に対する「国会の優位をみとめたものであり、また大権命令を否定したものであるとされる。しかし、それが法律の制定について内閣等のタッチを許さざる法意を有するものであることを理解されていない。従つて、(6)第四十一条は「国会が無制約にふるまいうることを意味するものではない」、その点「英国の国会とは趣を異にする」、すなわち「憲法で定めた制約を受ける」、それは国権の最高機関たる地位と両立し得ないものではない」。それ故、改正の必要はないと云うのである。その改憲不必要論はわかるけれども、叙上の如き氏の第四十一条の解釈は妥当であるとは言い得ない。

高柳氏はまた国会と内閣について問題とされた諸点についての意見を述べられている。先ず「A 国会について」、(1)「第四十三条第一項に関連して、国会議員は国民の代表であるということのほか、さらに「委任により拘束されない」ということを規定すべきか。規定しない方がよい、とされる。その理由として、国会議員が党議の拘束を

受けて行動することは、「全国民を代表することと矛盾しないからであるとされている。その政策主義的見解は妥当を缺くとは言い得ないであろう。

(2) また「国会議員の任期は現行のまままでよいか、現行のまままでよい」とされているが、穏当と言えよう。

(3) また「会期の制度は現行のまままでよいか」と言うことについて、「通年制の方がよいと考えている」氏は、「会期制を必ずしもよいとは考えない。しかし早急にかえる必要はあるまい」。それは「おおむねスムーズに動いているようであるから」という理由を述べている。

(4) また「第五十六条の規定はそのまままでよいか」、「そのまままでよい」とされ、しかも本当は少数党を利する惧があるから、「出席議員の過半数よりも、総議員の過半数とする方がよいが」、「実際そのようなことは起っていない」から、現行のとおりでよろしいのだと言う見解である。

(5) また「第五十七条第二項の手續はそのまままでよいか」、「必ずしもよいとは考えない」とし、「真に衆議院の優越の原則をみとめるなら、そして、参議院の決議を単に停止的作用をいとなむものにとどめるのが正しいとするなら、例えば、一定の期間後過半数で再可決すれば法律となるとするか、或いはまた、一定期間を経過すれば当然法律となるところにすることにするのがよいであろう。また、両議院の協議会というような面倒な手續をとる必要はあるまい」と言われている。すなわちそれは、国会運用の面での能率主義を重視して慎重主義を軽視した改憲論であり、その「なしくずしの憲法改悪論」たる氷山の一角としてこれを見ることができよう。

(6) また高柳氏は、「憲法のうちに、議員の定数または議員数の最大限および欠員の補足に関する規定を置くべきか」、「置くべきでない」。それは「法律にまかせるべきで」とあると言っているが、そのとおりと言えよう。

(7) 氏はまた、「憲法に政党に関する規定を設くべきか」。「設くべきでない」。政党法をつくるにしても、法律を以てすべきで、憲法的立法によるべきではない、と言われている。私はこの意見にも同感である。

(8) 氏はまた、「議員の不逮捕特権に関する第五十条はそのままよいか」と問い、それはデリケートな問題であり、法律の特例で弱化される惧もあるが、現在のところ心配はないから、「そのままよいか」と言われている。穩当の見解と言えよう。

(9) 氏はまた、「第五十一条に定める発言表決について院外で責任をとられない特権を国会議員でない大臣にも及ぼすべきか」と問い、及ぼした方がよいが、全部の國務大臣が国会議員である以上、特に改正の必要はない、と言っている。しかし、その点、改憲不必要論の根拠不十分と言わねばならない。

(10) 氏はまた、「国会議員は政府と契約を結ぶ会社の役員となることができないう規定を置くべきか」と問い、「憲法には置くべきでない。」それは今の経済組織下では困難であり、よし必要があるとしても法律で設ければよいと言う理由付けをしている。しかし将来、改正のさいには必要であろう。ただ今日の急を要する問題ではない、と言えよう。

(11) 氏はまた、「国会における常任委員会制度は今のままでよいか。」「余りよくない」が、国会法の問題で、憲法の問題ではないと言っている。そのとおりで憲法の問題ではない。

(12) 氏はまた、国会の章について、こまかい問題をそれは取り扱いきて、従って更に細かい規定を設けることには反対だ、このままでよろしいと言っているが、その点私も賛成である。

(13) 氏はまた、「選挙に関し憲法上の機関を設くべきか。今のところ設けない方がよい。」しかし将来のジエネレー

ジョンには必要だろう、と言っている。そのとおりであろう。

(14) 氏はまた、「わが国の議院内閣制の現状にかんがみて、議院内閣制を補完するものとして国民投票制を設くべきか。設くべきでない」と言っている。そして、その理由として、わが国民が「民主政」の訓練においては「後進国」だからと言っている。しかし、それは理由にはならない、と私は考える。と言うのは、日本国憲法第十五条が基本的に国民投票制度をすでに認めているのであり、従って当然に、これを立法化することの憲法的可能性と実益性が存在しているからである。

高柳氏は、次ぎに「B 内閣」の規定について改憲反対論を展開している。

(1) 先ず、「行政委員会について、憲法に特別の規定を設くべきか」「設ける必要はない」と言い、その理由として、現在行政委員会の数も少く、その合憲性も認められているのみならず、その数を増す場合にも法律を以てすればよろしいと言っている。私も、そのように思う。

(2) 高柳氏は次ぎに、「内閣総理大臣の國務大臣任免権は現行のまままでよいか」「現行のまままでよい」と言う。そして、それは、イギリスでも西ドイツでも同じであると言い、また「第六十八条但書が閣僚の過半数は国会議員」たることを要するとしているけれども、半数でなく全部そうであるべきであり、運用上そうになっている現在改める必要なし、と言っている。

しかし、将来、改正が問題となる場合には、一考を要するポイントであろう、と私は考えている。

(3) 第三に氏は、「内閣総理大臣選任方法は現行のまままでよいか」「現行のまままでよい」とし、殊に「指名権者を衆議院にかざるべきで」はないと言っている。その理由として、「実質的には、国会における指名は、原則としてす

でに国会外できまつている人を確認する方式にすぎないと見るべき」だからである、となしている。

その議院内閣制の理論は誤ってはいない、と言えよう。

(4) 氏は第四に、「閣議決定は過半数によるものとすべきか」「すべきでない」として、総理大臣による統裁制を主張している。そして、閣議における多数決は第六十八条に反すると言っている。

しかし、この見解は正しくない。もちろん現行憲法は閣議多数決主義をとっていると見るべきであって、その多数決主義を否定している現実は見出されないからである。

(5) 氏はまた、「第六十六条第三項の内閣の国会にたいする連帯責任のほかに、各務大臣の個別責任について規定する必要はないか」と問い、「ない」と答え、「憲法に大臣の個別責任を規定すべきであるとする論は、観念的である」と言っている。それはすべて総理大臣の責任であるからだと言う理由である。

しかし氏は、この規定が、各務大臣の個別責任を否定する規定でないことを解されていないようである。

(6) また氏は、「内閣の国会に対する責任を、衆議院に対する責任と改める必要はないか」「必要はない」と言い、その理由として、内閣弾劾権は衆議院にのみあるので、「実質的には、衆議院に対して責任があることになっている」からである、と言っている。

正論と言えよう。

(7) 次に氏は、「衆議院の内閣不信任決議の乱用を制限する規定を設ける必要があるか」「必要はない」と言っている。その理由として、我が国では、このような濫用の事実はないからだと言っている。

これも、そのとおりと言えよう。

(8) 次ぎに氏は、「国会の議決する法律案に対する内閣の拒否権を認める必要はないか。」議院内閣制の下に於ては、その「必要はない」と言っている。

私も同様に考える。

(9) 次ぎに氏は、「衆議院の解散権について、内閣の決定権を明記する必要はないか」と問い、必要はあるが、そのように運用されているので「必要はない」と言っている。

しかし第七条第三号に、天皇の衆議院解散権の規定があり、従つて内閣にその助言承認権があることは、極めて明白であると言わねばならない。即ち高柳氏は、第七条を忘却されていると言わねばならない。

(10) 次ぎに氏は、「総選挙後の内閣総辞職に関する第七十条後段の規定は、そのままでよいか」と問い、「そのままではよい」と答え、しかも「むしろ、第六十九条の場合、当然総辞職をしなければならぬというのは行きすぎで」あつて、「この場合には、内閣を改造してその信任決議を求める」べきではないかと言つて、改憲論を主張している。しかし私は、この意見に反対である。

(11) 氏はまた、「第七十一条で「前二条の場合」としているのは狭すぎるから、「総辞職のすべての場合と改正すべきではないか」と問い、「改正の必要はない」、それは「実際上は、総辞職のすべての場合をふくむように、良識的に解釈運用されている」からだと言っている。しかしその理由付けには必ずしも賛成し難い。

(12) 氏はまた、「国会の承認を必要とする条約の範囲を明確にする必要はないか」と問い、「必要はない」と答え、その理由として、「憲法で、国会の承認を要するものとそうでないものを、あらかじめ明確に區別して置くことも一つの考え方であるが、このような區別を定めることは容易でない。現行憲法の下でも、実際に即し、良識的に動いて

いる」から、その必要はないのである、と言っている。

しかし、憲法のこの規定の要請が、そのとおりに行われていないのが現状であつて、必要なことは憲法の完全実施である、と言わねばならないと私は考える。

(13) 氏はまた、「政令および委任命令に関して、第九十三条第六号の規定は現行のまままでよいか。現行のまままでよい」と言い、さらにa「政令については大体そのまままでよい。」但し「大赦を内閣がきめる点に、若干疑がある」が、国会の同意を得るように実施すればよいとされ、b「委任についても、現行のまままで別に不都合なく行われているので、改正の必要はない」が、委任立法の内容を監視する委員会を国会に設置すればよろしい。但し、非常事態の委任立法は期限づけにすべきである、と言われている。

現行憲法のままでもよろしいとする点では、もちろん私も同感であるが、非常事態についての委任立法を認めることは憲法の趣旨でないことを強調して置かねばならない。非常事態宣言の必要を説く氏の見解の誤りであることは前にも述べたとおりである。

(14) 氏はまた、「公務員に関する現行の規定はそのまままでよいか。そのまままでよい」とされ、a「公務員という言葉のつかい方について」、第十五条のは広義であり、第七十三条第四号の官吏は公務員の一部であつて、これを公務員の用語に変える必要はないとし、b「公務員に関する諸原則をもつと詳細に憲法に書く」ことも必要ではない、それは関係法律で定めればよろしいとされ、c「人事院のごときものを憲法上の機関とする」こともその必要はなく、それは法律の問題にすぎないと主張されている。

要するに公務員にかんする憲法の規定は現行どおりの大綱の規定でよろしい、とされる氏の意見に私も同感である。

(四) むすび

以上に於て、私は、高柳氏の「法支配の原理」と「議員内閣制」にかんする、改憲反対の意見を検討してきたのであるが、その意見は必ずしも改憲反対論を以て一貫していないことが明らかになったと思う。すなわち、その中には改正論もあり、改悪論も含まれているだけでなく、現行憲法の条章についての誤解も若干あることが知られるのである。のみならず、「法支配の原理」についてのその見解が、実は根本的に誤っていることを明知することができたのである。根本的に誤っているというのは、デモクラシーをコンスチテューションリズムとして理解されず、違憲の法令の支配として、違憲の政治に妥協されている、と言うことである。すなわち、その改憲反対論が、憲法改悪反対論ではなく、その反対のなしくずしの憲法改悪論にならざるを得ない原因が、この悪しき妥協にあることを指摘し得られる次第である。しかも氏は、この悪しき妥協を、良識的解釈によるものであるとされるのであるが、それは明らかに憲法論ではなくて妥協的違憲的政治論であり、多分に御用学的であつて政府の立場に立つものであり、従つて国民の立場に立つものではない、と評されねばならないのである。(38・10月稿)。