The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ナショナルな立憲主義のジレンマ
Author(s)	松本, 和彦
Citation	阪大法学. 2015, 64(6), p. 467-480
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71575
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

ナショナルな立憲主義のジレンマ

松本和彦

一　はじめに

安倍晋三首相が率いる現在（二〇一四年九月現在）の日本の内閣は、憲法改正に積極的な意欲を持っているといわれる。現在の政権は自民党政権（正確にいうと、自民党と公明党の連立政権なのであるが、圧倒的に自民党が優位の連立政権）であるが、一九五五年以降、一時期を除き、主として自民党が日本の政権を担っている。この自民党は当初から憲法改正を党是としていることで有名である。しかしその自民党も、これまでは実際に憲法改正が可能であると思っていなかったし、また憲法改正が得策であるとも思っていなかった。そのため、憲法改正が現実の政治日程に上ることはなかった。ところが、最近は憲法改正に好意的な議論が盛んになっており、また、憲法改正に賛成する人の増加傾向も報告されている。このような雰囲気の中で、自民党も二〇一二年四月に「日本国憲法改正草案」を発表した。(1) これをきっかけに、本当に憲法が改正されることになるのかは、まだ分からないものの、憲法改正が現実味を帯びてきているのは事実である。

しかし、ここで日本の憲法改正論議に直接言及することは控えたいと思う。憲法改正の論点は難問を多く含み、

多岐に渡っているため、報告者の能力では十分に処理しきれない上、短い報告時間の中では、たとえ部分的であっても、とても扱えないほど内容が豊富だからである。そこで本報告ではテーマを一つに絞り、憲法改正論議の中で問われざるを得なかった問題の一つに焦点を合わせたい。それは立憲主義という考え方についてである。立憲主義とは、憲法に基づいて政治を行うという原理であるが、憲法を制定し、それを受容するという以上、当然に受け容れられているはずのものである。そのせいであろうか、これまで立憲主義の意味内容が真剣に問われることはほとんどなかった。ところが、憲法改正の議論が進む中、そもそも立憲主義とは何かという考え方の理解をめぐって、意見が対立していることが明らかになりつつある。(2) 日本人の誰もが受け容れているはずの立憲主義の考え方の理解に、実は大きな食い違いがあって、立憲主義の共通了解を妨げているというのである。

報告者はこの齟齬の原因の一つを立憲主義とナショナリズムの関係の理解の相違にあると見ている。日本における立憲主義は、ナショナルな立憲主義であって、ナショナリズムが立憲主義に内在している。それゆえ、ナショナリスティックな要素をどのように理解するかによって、立憲主義の意味内容そのものが、別種別様に受け止められてしまうのである。本報告では、日本国憲法における立憲主義とナショナリズムの関係を分析し、ナショナリスティックな要素の評価の違いが、具体的にどのような憲法解釈上の違いとして顕現するのかを検討しつつ、ナショナルな立憲主義の意義と課題を明らかにしたいと思う。

二　立憲主義とナショナリズムの関係

日本国憲法は近代立憲主義に立脚する憲法であるとされる。近代立憲主義とは、権力を主権国家に集中し、そうして一元化された国家権力によって、それまで存在していた身分制社会を解体し、その解体後に生まれた新しい社

会に、平等の個人から成る自由な秩序を作り出すと同時に、権力の集中によって強大化した主権国家にも個人の自由を脅かす危険があることを認め、国家権力の濫用を防止するため、主権国家をも統制の対象に据えて、その権力の適正行使を確保しようとするコンセプトである。立憲主義は近代以前の社会にもあったといわれるが、現在、立憲主義としての資格が認められるのは近代立憲主義しかない。[3] ある社会が近代立憲主義社会であると自己規定するためには、少なくとも、憲法によって国家権力が統制されていて、かつ、個人の自由と平等が保障されていることが必要とされる。

では、近代立憲主義社会はいかにして成立するのか。これを説明する最も有力な見解が社会契約論である。[4] 社会契約論が想定するところによると、個人は、自由であっても安全が保障されない不安定な自然状態より、むしろ安定した社会秩序を欲するため、自由な意思によって互いに社会契約を締結し、この社会契約に基づいて主権国家を構成し、そこに権力を集中させ、さらに主権国家の権力を通じて、安定した秩序を作り上げようとする。しかも、この秩序は安定した秩序というだけでなく、自由で平等な秩序になる、すなわち、社会契約によって意図的に個人の自由と平等が保障される秩序として構成されるという。社会契約の内容は憲法によって明示されるのだと考えると、社会契約論において憲法に期待される役割が見えてくる。この憲法が、社会契約を締結したすべての人の間で共有され、互いにその内容が確認できるよう、常日頃から視界に入っていることが、自由で平等な秩序の維持確保にとって重要だと理解されるのである。

しかし、社会契約の合理性を基礎に据えておくだけで、安定した社会秩序が維持できるのだろうか。むしろ、このような社会契約のフィクションの背後には、個々人を主権国家に統合し、国民国家としてのまとまりを生む、何らかの現実の吸引力があったはずだと考えるべきではないのか。さもないと、たとえ個人が自己の身体や財産の安

全を守るために、主権国家という強力な権力装置を作り出した、というフィクションに説得力があるとみなしたとしても、国家の必要性が単に個人の利益の保護にしかないのであれば、国家よりももっと自己に有利なオルタナティブが見つかったとたん、国家が空中分解してしまい、社会はまた不安定な状態に逆戻りしてしまうかもしれないからである。国家の永続性を確保しようと思うのなら、憲法を単なる契約文書としてのみ理解するのではなく、[5] 憲法の中に国家統合のための何らかの仕掛けを設け、それが今なお国家統合のために吸引力を発揮していると考えた方がよいのではないか。

現実の国家と社会秩序は、近代立憲主義という普遍的な原理だけを支えに維持されているわけではない。[6] むしろ普遍的な原理の背後に土着の統合原理があり、両者が相まって、現実の国家と社会秩序が支えられていると理解した方がよい。この土着の統合原理がナショナリズムである。ナショナリズムは、互いに顔も知らない赤の他人同士の間に絆をもたらし、同胞意識を植え付ける。ある国を祖国とみなし、特別の愛情の対象にする。場合によっては、祖国のために、自らの命を犠牲にしてもよいという感情すら抱かせる。このような統合原理があるからこそ、また、それがある限りにおいて、国家は崩壊せず永続する。しかしながら、普遍的な近代立憲主義の原理と土着のナショナリズムの原理が、常に協調と依存の関係に終始すると考えるのは明らかに楽観的に過ぎる。むしろ普遍と土着の間には、摩擦や衝突が発生すると考える方が自然である。

そこで以下では、日本国憲法を素材に、立憲主義とナショナリズムが具体的に相克すると思われる場面をいくつか取り上げ、明確化したいと考える。また、具体例による説明のために、日本の最高裁の憲法判例をいくつか引用する。

三　日本国憲法におけるナショナリズムの具体的表れ

（1）国民

ナショナリズムは国民を重視する。なぜならば国民がナショナリズムの担い手だからである。ナショナルな立憲主義も国民を主役として想定している。そのことは、たとえば、日本国憲法において、前文が「日本国民」を主語としていることに表れている。日本国憲法の前文は、日本国民の決意と信念を書き表したものであり、日本国憲法が日本国民によって、日本国民のために制定されたことを明らかにしている。

もう一つ、言及しておくべきことは、日本国憲法の第三章が「国民の権利及び義務」とされていることである。近代立憲主義が個人の自由と平等の保障を内実としていることは既に述べたとおりであるが、日本国憲法は、権利の主体として、個人ではなく、日本国民と明記している。これは日本国憲法が日本国民と日本国民以外（すなわち外国人）を区別していることを意味する。日本国民の中にも、多数派の大和民族とそれ以外の少数民族がいるが、日本国憲法は「すべて国民は、法の下に平等」（憲法一四条一項）であるとして、民族差別を禁止している。しかし、日本国民でなければ、たとえ生まれたときから日本に定住し、日本と密接なつながりをもって日常生活を営んでいても、外国人であるというだけの理由で、日本国民とは異なった扱いを受ける可能性があるということである。

確かに日本国憲法は、前文及び九八条二項において国際協調を謳い、日本国民と外国人のことさらな差別を禁止している。最高裁も「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」（最大判昭和五三年一〇月四日民集三二巻七号一二二三頁）と判示する。これは原則として外国人の権利も日本国憲法によって保障されるという意

味である。しかし「性質上」外国人には保障されない権利があることも自明とされており、最高裁判例によれば、たとえば、選挙権（最判平成五年二月二六日判時一四五二号三七頁）と社会権（最判平成二六年七月一八日判例自治三八六号七八頁）は外国人には保障されない。

とはいえ、定住外国人の中でも、在日二世・三世のように、生まれたときから日本を生活の本拠としている外国人の場合、日本国民との違いは、もはや形式的な国籍の有無しかないのではないか。にもかかわらず、その国籍によって両者を厳然と区別するのは、国籍の有無を重視しすぎているように思われないか。むしろ、少なくとも在日二世・三世については、日本国民と同じ扱いにしてもよいのではないかという意見の方に説得力があると感じられないだろうか。

（2）天皇

「天皇は、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴」であると明記されている（憲法一条）。この規定には、天皇に日本を象徴する役割を果たして欲しいという日本国民の期待が込められている。他方、それは日本国民が、天皇に対して、日本の代表者イメージを持っているという事実の反映でもある。天皇は日本の国家と国民を統合する象徴的存在になることを期待されると同時に、日本国民も天皇にそのような象徴性を感じ取り、畏敬と崇拝の念を抱いているというのである。これが天皇という存在の統合作用の表れである。

もっとも生身の天皇は、その立ち振る舞いや人柄によって、日本国民を魅了する存在になることもあれば、逆に幻滅させてしまう可能性も秘めている。現在の天皇は国民に好感を持たれているようであるが、将来の天皇が同様に受け止められるかどうかは分からない。おそらく、天皇の統合作用は、生身の天皇の個性に依存するのではなく、天皇という儀礼的地位を中心とした制度の産物なのであろう。[7] 他方、天皇の地位が「日本国民の総意に基づく」

（憲法一条）以上、現実の「日本国民の総意」が喪失すれば、天皇の地位もその統合作用も喪失してしまうかもしれない。日本国憲法が「日本国民の総意」に基づき、天皇の象徴的地位を自らに書き込んだのは、天皇の統合作用に強く期待していたからであったが、同時に、天皇の統合作用の維持継続を意図して、天皇の地位を明確化し、盤石にするためであったと考えられる。

思えば、日本国憲法における天皇の地位は不可思議である。天皇は元君主であるが、今は名目的な権力すら認められていない。憲法上、天皇に許されているのは、国事行為と呼ばれる形式的儀礼的行為だけであり、「国政に関する権能」は一切認められない（憲法四条一項）。天皇は死ぬまで象徴としての役割を果たし続けなければならない。もっとも、天皇の象徴としての地位は、それ自体は法的な権利も義務も生み出さないはずであるが、最高裁はそこに一定の法的意味を見出している。たとえば、「象徴であることにかんがみ、天皇には民事裁判権が及ばない」（最判平成元年一一月二〇日民集四三巻一〇号一一六〇頁）と判示している。また、天皇の儀礼的行為に明らかに宗教色が付いている場合でも、それが皇室の伝統儀式である限り、政教分離原則（憲法二〇条、八九条）には反しないとする判決も出されている（最判平成一四年七月一一日民集五六巻六号一二〇四頁）。

天皇の象徴的地位に何らかの積極的な意味を認めようとすればするほど、天皇が憲法の枠組みから遊離し、統制の効かない存在になるおそれがある。日本国憲法は、天皇の国事行為の責任を内閣に負わせているが（憲法三条）、天皇の象徴的地位に付随する統合作用は、国民に対する心理的な影響力であって、意図的な調整には馴染まない以上、たとえ内閣であっても、天皇の統合作用を統制しきれるわけがない。だからこそ、天皇の象徴的地位の政治的利用は厳に慎まなければならないといわれるのである。

（3）国旗・国歌

日本の国旗は「日の丸」であり、国歌は「君が代」である。「日の丸」も「君が代」も日本国憲法に規定されるものではなく、国旗国歌法という法律によって、それぞれ国旗及び国歌とされている。国旗も国歌も日本の国家と国民を象徴するものなので、天皇と同じく、その内容を憲法に書き込んで、その統合作用に期待するという方法もあり得たと思われる。しかし、先に述べたように、「日の丸」も「君が代」も日本国憲法に全く規定されていない。それは両者の歴史的性格に原因がある。

「日の丸」も「君が代」も昔から法的根拠を持たなかったが、明治時代以降、事実上、国旗・国歌として利用されていた。ところが日本が外国と戦争をしたとき、国威発揚のために、「日の丸」「君が代」が利用されたことから、両者に軍国主義のイメージがまとわりついてしまい、日本国憲法制定時はむしろ退けられるものになった。現在でも、国民の間で「日の丸」「君が代」に対する賛否は分かれている。ならば、新しい国旗・国歌を作ればよいとする意見もあったが、その意見は多数派により否定され、結局、一九九九年に「日の丸」「君が代」を国旗・国歌とする法律が制定されて、ようやく一つの解決をみた。

しかし、これは不幸な解決策であった。日本の国家と国民を象徴し、統合を促進するはずの国旗・国歌が、それを信奉する国民と逆に忌み嫌う国民に分裂させる結果になったからである。混乱はしばしば学校の入学式や卒業式の場で生じている。学校の式典では、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することが教師や生徒に求められる。特に、公立学校の教師は、起立斉唱を公権力としての職務命令によって義務づけられる。しかし、「日の丸」「君が代」を軍国主義の象徴とみなす教師にとって、「日の丸」に向かって起立し、「君が代」を斉唱することの義務づけは、日本の過去の侵略戦争を肯定する歴史観・世界観を受け容れるよう強制されることにほかならず、自己の思

想・良心の自由（憲法一九条）を侵害する違法行為であると受け止められた。そのため、多くの教師たちが不起立・不斉唱を貫いたのであるが、それが職務命令違反とみなされ、懲戒処分による制裁の対象とされたのである。

ところが最高裁は、結論において、「日の丸」「君が代」に対する起立斉唱行為の義務づけを合憲と判示した（最判平成二三年五月三〇日民集六五巻四号一七八〇頁）。なぜなら起立斉唱行為を命じても、教師の歴史観・世界観を否定するわけではないし、また、起立斉唱行為は学校の式典における「慣例上の儀礼的な所作」に過ぎないからだというのである。この判決は「日の丸」「君が代」反対派を落胆させただけでなく、賛成派をますます勢いづかせ、その後、起立斉唱行為の義務づけの強化に大きく寄与した。しかし、先にも述べたように、日本の国家と国民を象徴するはずの国旗・国歌によって、国民の統合が促進されるどころか、逆に、国民の間に亀裂が生じてしまうのは、国旗・国歌に期待される役割に照らすと、明らかに背理である。国旗・国歌の扱い方・用い方に、どこか大きな誤りがあったといわざるを得ない。

（4）言語と教育

ナショナリズムにとって言語が重要な役割を果たしていることは、多くの人によって確認されている。[8] 同胞意識が同じ言葉を話す人々の中に生まれると想像するのはたやすいことである。日本の国語は日本語である。日本人とは日本語を話す人であるとの常識も広く行き渡っている。もちろん、日本語にも方言はあり、異なる方言を話す人の間では、必ずしも意思疎通は容易ではない。しかし、ほとんどの日本人は標準的な日本語を知っており、方言とは別に、標準的な日本語でコミュニケーションをとることができる。日本の少数民族も、過去の言語強制の結果であるとはいえ、現在は日本語を用いて会話をすることができる。

つまり、日本では日本語が通じることが当然の前提になっているのである。そのためか、日本国憲法には日本語

に関する規定がない。日本語を国語であると定める法律もない。法律は日本語で書かれなければならないと定める法律もない。[9] わずかに「裁判所では、日本語を用いる」と定める法律（裁判所法七四条）が存在するだけである。憲法や法律によって、日本語の普及を促進することも、日本語の衰退を防止することも、特に必要ないと考えられている。

しかし、子どもたちに日本語を教え、日本語の読み書きが十分にできるよう教育しなければならないとする考えは広く受容されている。学校には国語の授業があって、必修科目とされている。子どもたちは、通例、小学校・中学校・高等学校の一二年間に渡り、国語の授業を受ける。国語以外の科目でも、日本語で授業されるのであるが、国語の科目の場合は、日本語そのものが授業の対象にされる。

この点で示唆的なのは、日本国憲法には日本語に関する規定はないが、教育に関する規定はあるということである。日本国憲法は、国民に「ひとしく教育を受ける権利」を保障するが、それだけでなく、すべての国民に対して、自分の子どもに「普通教育を受けさせる義務」を課している（憲法二六条）。日本国憲法には国民の義務の規定が三つしかないが、その三つのうちの一つが「普通教育を受けさせる義務」なのである（あとの二つは、「納税の義務（憲法三〇条）」と「勤労の義務（憲法二七条一項）」である）。教育は、子どもの人格を発展させ、自立した大人に成長させるために必要というだけでなく、政治社会に生きる公民を育てるためにも不可欠であると理解されているのである。最高裁もそのように判示している（最大判昭和五一年五月二一日刑集三〇巻五号六一五頁）。教育に対する憲法的保障が、「健康で文化的な最低限度の生活」（憲法二五条一項）の憲法的保障と相まって、日本語の基盤を支えていると見ることもできよう。

四　ナショナルな立憲主義のジレンマ――統合と排除

先に、社会契約のフィクションの背後には、個々人を主権国家に統合し、国民国家としてのまとまりを生み出す現実の吸引力があったと述べ、そのような吸引力をもたらす統合原理がナショナリズムであると主張した。ナショナリズムが、制定された憲法の中に収まって、憲法の内側から国家と国民を統合し、憲法秩序の維持に寄与している。近代立憲主義はナショナリズムと結合することによって安定したのである。

ナショナルな立憲主義は、自らの内に持つ統合力によって、安定した憲法秩序を維持確保する。維持確保された憲法秩序は、日本国民であれば、誰もが自由で平等な権利を保障される秩序である。もちろん、現実には自由と平等が侵害される事件は発生する。しかし、そうした事件が発生しても、憲法が用意した事件解決のためのメカニズムが働くので、憲法秩序が壊れてしまうほどの事態には陥らない。ここにナショナルな立憲主義を擁護すべき理由がある。

しかし、ナショナリズムの求心力は、反転して、ナショナルでないものを排除する方向にも作用する。[10] 既に述べたように、日本国民であれば、誰もが自由で平等な権利を保障される（べきものとされる）が、日本国民でなければ、権利自体が与えられないことがあり、権利自体は与えられても、保障の程度が日本国民よりも低いとされることがある。国籍の有無が権利保障の有無と濃淡に直結するのである。それほどまでに国籍が重視されるということでもある。また、天皇は日本の国家と国民を統合する象徴的存在であるが、天皇に象徴としての現実味を感じない国民（あるいは、国民でない日本社会の構成員）には、天皇の象徴性を強調されることが、押しつけがましく映るであろうし、場合によっては、抑圧として受け止められることもあるだろう。「日の丸」「君が代」をめぐる争いは、

日本の象徴に異なる意味が付与されたことに原因があるが、ここでは一方が他方を権力によって排除するという結果がもたらされた。それから言語の問題であるが、これは日本では語られることがほとんどない。しかし、現在の日本語が少数民族の固有の言語を排除した上で普及させられたことを忘れてはならない。

ナショナルな立憲主義は排除の論理を秘めている。このことの危険性が自覚されないと、統合を重視するあまりに、排除の力が過度に働き、多様で寛容な近代立憲主義の普遍性が損なわれる事態を招きかねない[11]。グローバル化に対する不満と不安が社会に充満した反動なのか、最近はナショナリズムを強調する言説が溢れている。冒頭にあげた自民党の「日本国憲法改正草案」をはじめとする多くの憲法改正案にも、そのような傾向があると強く感じる。しかし、人々の同調を誘うナショナリズムは、同調しないものを排斥する暴力性を内在させている。ナショナリズムをことさら強調することは、社会を分裂の危険にさらすだけであろう[12]。ここにナショナルな立憲主義のジレンマに注意すべき理由がある。

五　おわりに

ナショナルな立憲主義の問題性を自覚する論者の中には、ジレンマの意識化だけでは物足りず、もっと根本的な解決策を模索すべきであると主張するものがいる。そうした論者が向かう先は、国家と国民を超える立憲主義の成立可能性の探求[13]である。果たしてそのような立憲主義が本当に成立しうるのか、報告者にはなお不明である。それが模索すべき方向の議論なのかどうかも分からない。ただ、一ついえることがあるとすれば、ナショナルな立憲主義が今後もずっと存続しうるのか、それが今まさに試されているということである[14]。

（1）　自由民主党「日本国憲法改正草案」の内容については、以下のウェブサイトを参照されたい。https://www.jimin.jp/policy/pamphlet/pdf/kenpou_qa.pdf なお、同草案を検討する奥平康弘・愛敬浩二・青井美帆編『改憲の何が問題か』（岩波書店・二〇一三年）も参照。

（2）　山元一「『立憲主義』論からみた現在の日本における憲法改正論議」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』二〇三頁（敬文堂・二〇〇八年）参照。

（3）　長谷部恭男『憲法とは何か』七〇頁（岩波書店・二〇〇六年）。

（4）　社会契約論の現代的意義を解明しようとする重田園江『社会契約論』（筑摩書房・二〇一三年）及び伊藤宏之『社会契約論がなぜ大事か知っていますか』（柏書房、二〇一一年）が参照に値する。他方、社会契約モデル批判としては、八木秀次『憲法改正がなぜ必要か』（ＰＨＰパブリッシング・二〇一三年）がある。

（5）　長谷部恭男「憲法と契約の異同」『Interactive 憲法』八八頁（有斐閣・二〇〇六年）。

（6）　蟻川恒正「日本国憲法前文における『国家の名誉』」法律時報八六巻五号一一頁（二〇一四年）は「国家を縛るのは、普遍的原理への――詰まるところは――自己拘束である」という。ここでいわれる「自己拘束」が、どこからどのようにして生まれてくるのか、それが問われなければならないだろう。

（7）　坂本多加雄『天皇論』一七〇頁（文藝春秋・二〇一四年）参照。また、石川健治『自由と特権の距離（増補版）』二三六頁（日本評論社・二〇〇七年）も参照。

（8）　たとえば、ベネディクト・アンダーソン（白石隆・白石さや訳）『定本 想像の共同体』（書籍工房早山・二〇〇七年）参照。大澤真幸ほか『ナショナリズムとグローバリズム』七八頁（新曜社・二〇一四年）によると、「ナショナリズムと言語との間には、ある強い関係がある。その関係を正確に解明できれば、ナショナリズムという社会現象の謎は、ほぼ解けることになるだろう」とされる。

（9）　齋藤陽夫「法律と国語・日本語」立法と調査二五七号六二頁（二〇〇六年）。

（10）　萱野稔人『国家とはなにか』一九九頁（以文社・二〇〇五年）。

（11）　執拗なまでに「普遍性の擁護」に言及する樋口陽一『いま、「憲法改正」をどう考えるか』一四六頁以下（岩波書店・二〇一三年）も参照。

(12) 長谷部恭男ほか「〈座談会〉ポスト近代国家へ――国境・憲法・国家の構造転換」論究ジュリスト九号四頁以下（二〇一四年）参照。

(13) 駒村圭吾「国家なき立憲主義は可能か」ジュリスト一四二二号二一頁（二〇一一年）によれば、「立憲主義を実現するメインの装置としての国家をそもそも前提とする」ことに対して、「そのような前提が果たして盤石かどうかの検証を要求するものである」という。その上で、「暫定的な結論」として、「近代立憲主義を維持するためには主権国家の多極的共存の世界システムを死守する」と回答している（二八頁）。

(14) 杉田敦「憲法とナショナリズム」杉田敦編『岩波講座 憲法3 ネーションと市民』五九頁以下（岩波書店・二〇〇七年）参照。