

日本国憲法第12条第一文は 「国民の保持義務」規定か

生 田 勝 義*

目 次

はじめに

I 憲法第12条第一文の沿革

- (1) GHQ 草案に登場
- (2) GHQ 草案に至る経過
- (3) GHQ 草案を受けた草案作り
- (4) 憲法改正草案要綱
- (5) 憲法改正草案
- (6) 衆議院での修正

II 憲法第12条の解釈とその注意点

- (1) 法文解釈における日本文と英文との関係
- (2) 憲法第12条の沿革から見える第一文の意味
- (3) 第12条の論理的体系的解釈

III 憲法第12条の持つ意味についての考察

- (1) 保持義務の主体問題の射程
- (2) 抵抗権との関係
- (3) 人権とエゴイズム
- (4) 人権のために闘う「責任」とは

おわりに

* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

はじめに

韓国では、2024年12月4日大統領が突然、非常戒厳令を発したが、多数の市民などの抗議行動により不発に終わったという事件が起こった。若者たちが果たした役割も大きかったと言われている。日本だとどうなっていたであろうか。人権や憲法を守る運動は市民の権利でもあるのだという法意識が形成できているだろうか。

人権と民主主義との関係についての検討を深める必要はないのだろうか。日本では民主的人権論、すなわち人権主体である市民が人権や民主主義さらには平和を支えているし、また支える権利の主体なのだということについての論証が不十分なのではないか。私は、その不十分さの岩盤は憲法第12条第一文を「国民の保持責務（ないし義務）」と解してしまい、それが人民の抵抗権に淵源する「国民が国政を監視する権利」を定めるものであるとの理解が弱いことにあると考えてきた。憲法が国民に保障する自由や権利の保持責務を負うのは国政なのである。この問題が昨年（2024年）12月、ある法学に関する学会でも議論になった。ところが、あまりにもこの問題についての関心が薄いのに驚いた。そこで、急ぎ私見を整理し展開してみたのが本稿である。

I 憲法第12条第一文の沿革¹⁾

大日本帝国憲法には憲法第12条に対応する規定はなかった。

1) 立案過程については憲法の当該箇所の案文作成作業の中心にいた佐藤達夫による『日本国憲法成立史 第3巻』（有斐閣、平成6年）や同『日本国憲法誕生記』（中公文庫、1999年）さらに国立国会図書館『日本国憲法の誕生』（Webにて検索可。）に主として依っている。

(1) GHQ 草案に登場

1945（昭和20）年9月2日に降伏文書が調印される。それにともない、法制局内部で憲法改正の問題をめぐって極めて非公式に研究に着手される。10月に入ると内大臣府における憲法改正の準備が始まる。一方では、10月11日に幣原首相がマッカーサー元帥から憲法改正についての指示を受ける。これらを受け、政府でも憲法問題の調査に着手する。10月中旬（13日に決定：生田）、憲法問題調査委員会が設置される。これは、松本烝治國務大臣を主任とし、顧問として清水澄、美濃部達吉および野村淳治の参加のもとに、宮沢俊義（東大）、河村又介（九大）、清宮四郎（東北大）の諸教授および法制局（長官檜橋渡、第一部長入江俊郎、第2部長佐藤達夫）その他関係庁の職員数人を委員として構成された。

松本大臣は、1月4日に「松本試案」を脱稿する。これが「甲案」である。これは委員会にもはかられ、そこで出た意見をも参酌して自ら修正を加えた。これと併行して従来の会議で出た意見を幅広く取り入れた案も作られた。これが「乙案」である。いずれにせよ、「この甲乙両案とも明治憲法に部分的な手なおしを加えるに止まるものだった²⁾」。

甲案（松本案）の要綱は、その説明書とともに、1946（昭和21）年2月はじめ（何日かは不明。）総司令部民政局に提出される。

2月3日マッカーサー元帥は、ノートを示して憲法草案の作成を民政局に指示する。2月10日民政局における憲法草案（マッカーサー草案）が完成する。

松本案に対する司令部の態度は全面的の拒否であり、その回答は、2月13日に吉田外相、松本大臣等が外相官邸において司令部の民政局長ホイットニー准将等と会見した際、総司令部（GHQ）案（いわゆるマッカーサー草案）の交付とともになされた。

そのGHQ案における関係条文は次のとおりである。

2) 佐藤達夫・前掲書『日本国憲法誕生記』26頁。

その英文

Article X. The fundamental human rights by this Constitution guaranteed to the people of Japan result from the age-old struggle of man to be free. They have survived the exacting test for durability in the crucible of time and experience, and are conferred upon this and future generations in sacred trust, to be held for all time inviolate.

Article XI. The freedoms, rights and opportunities enunciated by this Constitution are maintained by the eternal vigilance of the people and involve an obligation on the part of the people to prevent their abuse and to employ them always for the common good.

Article XII. The feudal system of Japan shall cease. All Japanese by virtue of their humanity shall be respected as individuals. Their right to life, liberty and the pursuit of happiness within the limits of the general welfare shall be the supreme consideration of all law and of all governmental action.

その日本文

第十条 此ノ憲法ニ依リ日本国ノ人民ニ保障セラルル基本的人権ハ人類ノ自由タラントスル積年ノ闘争ノ結果ナリ時ト経験ノ坍塌ノ中ニ於テ永續性ニ対スル厳酷ナル試練ニ克ク耐ヘタルモノニシテ永世不可侵トシテ現在及将来ノ人民ニ神聖ナル委託ヲ以テ賦与セラルルモノナリ

第十一条 此ノ憲法ニ依リ宣言セラルル自由、権利及機会ハ人民ノ不断ノ監視ニ依リ確保セラルルモノニシテ人民ハ其ノ濫用ヲ防キ常ニ之ヲ共同ノ福祉ノ為ニ行使スル義務ヲ有ス

第十二条 日本国ノ封建制度ハ終止スヘシ一切ノ日本人ハ其ノ人類タルコトニ依リ個人トシテ尊敬セラルヘシ一般ノ福祉ノ限度内ニ於テ生命、自由及幸福探求ニ対スル其ノ権利ハ一切ノ法律及一切ノ政治的行為ノ至上考慮タルヘシ

上の下線部に注意する必要がある。特に第11条の自由・権利の保持に関

しては、「国民の努力」でなく「人民の監視」（「警戒」と訳すものもある。）によりなされるものとなっており国民に保持義務があるとはされていないことである。しかも、「国民の側の義務」は後半部分だけにしかないのである。つまり、このことからむしろ、前段では主として国政側の保持責務が規定され、その保持責務を果たすにあたっては人民による監視を受けなければならないことが定められていると解することもできるように思われる。

また、英文の第11条では、The freedoms, rights…… and involve an obligation on the part of the people to prevent their abuse and to employ them always for the common good. として、国民の自由や権利は国民の側における義務を含むということが示されている。これは、アメリカ合衆国の独立宣言（1776年7月4日）が人民の抵抗権、革命権をもって「彼らの権利であり、また義務である³⁾」としたり、ヴァージニアの権利章典（1776年）が人民の抵抗権・革命権を認めつつ「ただし、この〔権利の行使〕」方法は公共の福祉に最もよく貢献し得ると判断されるものでなければならない。⁴⁾」（同上109頁）と規定していたことの影響を受けたもののようにも思われる。

（2）GHQ 草案に至る経過

ラウレル文書の NO. 11 G₂によると、当初 GHQ 案は、Article III, The freedoms, rights, and opportunities provided by this Constitution derive from the self-disciplined cooperation of the people. であったが、1946年2月9日（土）の「運営委員会と人権に関する小委員会との会合（*「第2回」と加筆。）」において「〔原案〕第3条を読み直してみても、ケイディス大佐は、「自律的」という言葉は、意味が曖昧（weasle [sic] word: weasel の誤記；生田）で、誤って解釈される可能性があるとして、この言葉を用いることに反対した。そこで原文は修正されて、「この憲法が宣明した自由、権利

3) 高木八尺、末延三次、宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波文庫、昭和38年）115頁。

4) 同上・109頁。

および機会は、国民の絶え間ない警戒によって、保持されるものである。と改められた。⁵⁾」

上記の cooperation (協力) の意味は、「足りないところを補いながら協力する」、「片方が足りない (必要としている) ことをもう片方が協力して補うニュアンス」(英語タイム <https://eigotime.net/collaborationvscooperation> viewed 25.2.2025)。self-disciplined は「自制力のある」。weasel word は「わざとあいまいにした言葉」。

ラウレル文書 No. 11 G₃によると、Article III は上記に続き、They therefore involve a corresponding obligation on the part of the people to prevent their abuse and to employ them always for the common welfare. とあった。ただし、下線部には議論により削除の線が引かれた模様。

また、その条項の前には、〈日本の国民に授与され保障される基本的人権は人間の自由であろうとする多年にわたる闘争の成果である (result from the age-old struggle of man to be free)〉との条項があった⁶⁾。

(3) GHQ 草案を受けた草案作り

「人類の自由獲得の努力 (英文は闘い。) の成果」条項の扱いと密接に絡みながら展開して行く。

i) 3 月 2 日案

第十一条 此ノ憲法ノ保障スル自由及權利ノ享有ハ国民ノ不斷ノ監視ニ依リテ保持セラルベク、国民ハ其ノ自由及權利ノ濫用ヲ自制シ常ニ公共ノ福祉ノ為ニ之ヲ利用スルノ義務ヲ負フ。

なお、この前に置かれた条文は次のとおり

5) 高柳賢三、大友一郎、田中英夫編著『日本国憲法制定の過程 I 原文と翻訳』(有斐閣、1972年) 208頁-209頁。同『日本国憲法制定の過程 II 解説』(有斐閣、1972年) 152頁も参照のこと。

6) ラウレル文書 No. 11 G₃については同上『制定の過程 I 原文と翻訳』216頁-217頁参照。

第十条 国民ハ凡テノ基本的人権ノ享有ヲ妨ゲラレルコトナシ。

此ノ憲法ノ保障スル国民ノ基本的人権ハ其ノ貴重ナル由来ニ鑑ミ、永遠ニ互ル不可侵ノ権利トシテ現在及将来ノ国民ニ賦与セラルベシ。

「人類の自由獲得の闘いの成果」条項は「其ノ貴重ナル由来ニ鑑ミ」に変えられている。

ii) 3月5日案

3月4日に提出された3月2日案を見たGHQはGHQ草案と日本案の相違点に気づき、松本とケーディスとの間で激しい口論になった。GHQは引き続き各提案を作成する方針を示し、佐藤達夫法制局第一部長ら日本側と、徹夜の審議が行われ、審議済みの案文は次々に総理官邸に届けられ、5日の閣議に付議される。同日午後4時ごろ、司令部での作業は終了し、閣議はこれに従うことに決し、午後5時ごろ参内して奏上した。これが3月5日案である。この時の状況については、佐藤が協議の顛末を克明に記録した「三月四、五両日司令部ニ於ケル顛末⁷⁾」が詳しい。

3月5日案の第十一条は3月2日案と同じだが、GHQ案と相違していた第十条は書き換えられ、GHQ草案にあった条文の「闘争」を「努力」などに修正のうえ元に戻して第十章最高法規の第94条に移されることになった。

その顛末は次のように記されている。元の第十条は「我が立法ハ簡約ヲ旨トスルヲ以テカヽル歴史的、芸術的ノ表現ハ其ノ例ナシト答フ。之ハ將軍ノ自ラノ筆ニ成ル得意ノモノ故何トカシタシ、セメテ後ノ章ニ入レテ呉レトノ懇望アリ承認ス。」と。「積年の闘争の結果」についての憲法調査会『憲法制定の経過に関する小委員会報告書』（1961年）の内容では、「第二章日本側草案の作成」（374頁以下）「日本の法文として『積年ノ闘争ノ結果ナリ』」というような表現は見たこともないから、これをわれわれが立案した

7) 国立国会図書館『日本国憲法の誕生』「資料と解説3-21 GHQとの交渉と『3月5日案』の作成」参照のこと。

といつてとうてい議会に持ち込めるものではない」(同380頁)とある。

この点については疑問がある。「表現」がなかったと言うことだが歴史的には明治期における自由民権運動の闘争によって国会開設や、外見的立憲主義にとどまったとはいえ大日本帝国憲法が制定され、また大正デモクラシーにより、成人男子に限られたとはいえ普通選挙制が実現したという事実がある。そこには自由や権利のための闘争が明治維新後にも存在したと言えるべきである。この事実を戦後改革の源流として示すことはできたはずである。それにもかかわらず、「表現」という形式踏襲にこだわったのは立案者の守旧的姿勢があったからであろう。

また、GHQ 草案第十二条にあった「一切ノ封建的制度ハ之ヲ廃止スル」部分が3月2日案では削除されていたことも議論になったが、封建的制度はないとする日本側の反論により最後には和文、英文共に無しになった。

第十条 国民ハ凡テノ基本的人権ノ享有ヲ妨ゲラルルコトナシ。

此ノ憲法ノ保障スル国民ノ基本的人権ハ、永遠ニ亙ル不可侵ノ権利トシテ現在及将来ノ国民ニ賦与セラルベシ。

第九十四条 此ノ憲法ノ日本国民ニ保障スル基本的人権ハ人類ノ多年ニ亙ル自由獲得ノ努力ノ成果ニシテ、此等ノ権利ハ過去幾多ノ試練ニ堪ヘ現在及将来ノ国民ニ対シ永遠ニ神聖不可侵ノモノトシテ賦与セラル。

天皇又ハ摂政及国务大臣、両議院ノ議員、裁判官其ノ他ノ公務員ハ此ノ憲法ヲ尊重擁護スルノ義務ヲ負フ。

(4) 憲法改正草案要綱 (1946年3月6日)

第十一 此ノ憲法ノ保障スル自由及権利ハ国民ニ於テ不断ニ之ガ保持ニ努ムルト共ニ国民ハ其ノ濫用ヲ自制シ常ニ公共ノ福祉ノ為ニ之ヲ利用スルノ責務ヲ負フコト

この要綱はそれまでの案と異なっている。しかも当時の日本側の守旧派

的な考えが直截に表現されている。すなわち、保持に努めるのは国民の責任だとの理解である。

この要綱には Hussey による対応する英文⁸⁾がある。これには Draft Constitution of Japan accepted by the Cabinet on 6 March 1946と標記されている。

Article XI. The enjoyment of the freedoms and rights guaranteed to the people by this constitution shall be maintained by the eternal vigilance of the people, and the people shall refrain from any abuse of these freedoms and rights and shall always be responsible for utilizing them for the public welfare.

英文案では国民の「監視により維持される」が残されている。それら両者の条文案には下線部において大きな違いがあると言わなければなるまい。

参考までに記すと、その前に置かれていた第10条は

第十 国民ハ凡テノ基本的人権ノ享有ヲ妨ゲラルルコトナキモノトシ此ノ憲法ノ保障スル国民ノ基本的人権ハ永遠ニ互ル不可侵ノ権利トシテ現在及将来ノ国民ニ賦与セラルベキコト

その後に置かれた第12条は

第十二 凡テ国民ノ個性ハ之ヲ尊重シ其ノ生命、自由及幸福希求ニ対スル権利ニ付テハ公共ノ福祉ニ抵触セザル限り立法其ノ他ノ諸般ノ国政ノ上ニ於テ最大ノ考慮ヲ払フベキコト

これらに対応する英文は

Article X. The people shall not be prevented from enjoying any of the fundamental human rights. These fundamental human rights guaranteed to the people by this constitution shall be conferred upon the people of this

8) 国立国会図書館『日本国憲法の誕生』の「資料と解説 3-22 『憲法改正草案要綱』の発表」にある資料名：Constitution of Japan 年月日：1946年3月6日 資料番号：Alfred Hussey Papers; Constitution File No. 1, Doc. No. 26を参照。

and future generations as eternal and inviolate rights.

Article XII. All of the people shall be respected as individuals, and their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, within the limits of the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in governmental affairs.

(5) 憲法改正草案

この段階からひらがな口語体で作成されることになった。

第一次案 (4月5日)

第十一条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつてこれを保持するとともに国民はこれを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

上記の線引きしたところが次のように修正されている。

第十一条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつてこれを保持するとともに（しなければならない。又、）国民はこれを濫用してはならない（ぬ）のであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

いずれにせよ、この段階では最初の第一次案から、前の草案要綱にあった「国民に於て……保持に努める」とすることによって国民に保持を義務づけること、つまり保持義務の主体が国民であることを直截に示すような表現はとられなくなり、「自由及び権利は、国民の不断の努力によつてこれを保持する」という形で保持義務の主体をあいまいにし、かつ、「又、」を挿入することで第一文と国民の責任を定める第二文を区切ることによって、第一文の保持義務はむしろ国政側にあると解しうる余地もわずかながら残されたと言えよう。なお、「保持しなければならない」との修正は保持「義務」であることを明確にするものであると言うべきであろう。

第二次案（4月13日）

第十一条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならぬのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

第一次案に上記の下線部のとおり読点が付け加えられる。特に「よつて」の後に読点「、」が挿入されたことは重要である。これにより「国民の不断の努力によつて」は保持義務の主体とは切り離され独自のものになったと解することができるからである。これにより、自由及び権利を保持する義務主体は国民でなくてもよくなったわけである。つまり義務主体は国政であると解することを妨げる事情は少なくともなくなったのである。

この第二次案が4月17日の憲法改正草案第十一条となる。

ここにおいて誰が保持しなければならないのかが曖昧にされ文理解釈では両義性を持ちうる改正草案が公になる。

なお、参考までに関連条文を掲げておこう。

第十条 国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる。

第十一条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならぬのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

第十二条 すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

第九十三条 この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試

鍊に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。

なお、第93条は現行憲法では第97条になっているのだが、その英文は次のとおり。

Article 97. The fundamental human rights by this Constitution guaranteed to the people of Japan are fruits of the age-old struggle of man to be free; they have survived the many exacting tests for durability and are conferred upon this and future generations in trust, to be held for all time inviolate.

日本文第93条（現行第97条に同じ）につき注目すべき点は、日本語では「努力」とされている部分が英文では GHQ 案の「Struggle」（闘争）のまま維持されていることである。

それに対し、上記第十一条「不断の努力」における「努力」の英文表記が何時からどのような理由で vigilance から endeavor に変えられたのかについての検討はこれからの課題としたい。

(6) 衆議院での修正（昭和21年8月24日）

上記第11条の「濫用してはならぬのであつて」の「ぬ」が「ない」に修正される。

これが現行憲法第12条になる。

II 憲法第12条の解釈とその注意点

(1) 法文解釈における日本文と英文との関係

現行憲法第12条は次のとおり。

第12条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を

負ふ。

これには次の英訳文がある。

Article 12. The freedoms and rights guaranteed to the people by this Constitution shall be maintained by the constant endeavor of the people, who shall refrain from any abuse of these freedoms and rights and shall always be responsible for utilizing them for the public welfare.

かつて学生や一般向けの六法全書には日本語の日本国憲法に英文の条文が参考資料として掲載されていた。独立した主権国家である日本において前者が正文であることに疑いはないであろう。けれども、条約では複数の言語が正文扱いされることが多い。連合国の占領下で制定された日本国憲法ではどうなのか。これについては、憲法制定時の衆議院本会議での野坂参三議員の質問に対する金森国務大臣の答弁がある。

「日本国ノ憲法ハ日本国ノ文字ヲ以テ書カレマシテ、茲ニ現ハレテヤルモノガソレデアリマス。英文ハ翻訳ニ過ギマセヌ、而モ實際ニ於テ意味ノ上ニ異ナルトコロガナイト考ヘテ居リマス⁹⁾」と。

日本語というだけでなく、意味においても異なるところがないということも加えられているわけである。そこで「野坂議員の暗黙の推測も、必ずしも当たっていないわけだが、われわれは、この野坂氏の指摘に基づき、司令部当局に話してさっそく英訳文を改めることとした¹⁰⁾」と。

佐藤自身の見解は次のとおり。

「英訳文はあくまでも、訳文、にすぎず、閣議決定なども経ていないし、もちろん議会の審議の対象にもされていない。……ただ、当時は司令部の指示により、英文官報が発行されていて、官報に公布された法令については、すべてその英訳をこれに登載されることになっていた……が、当時と

9) 佐藤達夫・前掲書『日本国憲法誕生記』197頁。

10) 同上・197頁－198頁。

いえども、法令の正文は《官報》に登載された日本文であることはいうまでもない……しかし、一面において司令部が日本国憲法の成立に重大な役割をつとめたこと、したがって、その当然の結果として、あらゆる交渉の過程において、まず英訳文がものをいい、また、最後の英訳調整の場合といえども司令部との連絡なしには行われていないから、そういった意味で、この英訳文が憲法成立史上における一つの資料として何等かの価値をもつものであることは否定できない。¹¹⁾」

佐藤も、英訳文に資料としての価値は認めているわけである。それにしても、憲法第12条や第97条の法文における日本文と英文とのズレを見るにつけ、憲法解釈において英文とのすり合わせは条文の複雑な意味を解明するうえで大いに役立とも言うべきであろう。

(2) 憲法第12条の沿革から見える第一文の意味

現行第12条において、上記英文によると国民が主語になっているのはその後段の下線部だけであり、普段の努力によって保持されるべきであるとされている主語は「この憲法によって国民に保障されている自由及び権利」である。維持すべき主体が誰か明記されていない。しかも、英文では自由及び権利は「保持されるべき」となっているのに日本文では国民の「努力によって、これを保持しなければならない」とすることによって本来の主語と切り離してこの部分だけを見るとあたかも国民が保持義務の主体であるかのように誤解しかねない表現が採られている。これらの日本語の操作により、人権をできるだけ抑制し義務を強調すべきとする守旧派には国民を義務づけているのだと説明でき、総司令部（GHQ）には国を国民が監視できるようにしていると見せかけることができる。案文作成にあたった日本の当局者の苦肉の策によるものとも解することができる。

しかし、権利の濫用を抑えるべきであり、公共の福祉のためにそれを利

11) 同上・200頁。

用する責任を負う国民であるからこそ、国を監視するにふさわしい存在なのだと解するのが、論理的にも整合的なものではなかろうか。不断に保持する努力をする責務の主体と権利濫用を控え公共の福祉のために利用する責務の主体が同じ国民であるとする、〈重言〉、つまり二重表現に近いものになってしまう。

しかも、人権の歴史的比較法的考察からすると、12条の「保持」規定部分は悪政に対する抵抗権の流れをくむものと解するのが妥当というべきであろう。前述したように、出発点となったGHQ草案における英文の第11条では、The freedoms, rights…… and involve an obligation on the part of the people to prevent their abuse and to employ them always for the common good.として、国民の自由や権利は「そして、国民の側における義務を」含むということが示されている。これは前述したように、アメリカ合衆国の独立宣言（1776年7月4日）が人民の抵抗権、革命権をもって「彼らの権利であり、また義務である¹²⁾」としたり、ヴァージニアの権利章典（1776年）が人民の抵抗権・革命権を認めつつ「ただし、この〔権利の行使〕方法は公共の福祉に最もよく貢献し得ると判断されるものでなければならない。¹³⁾」と規定していたことの影響を受けたもののように思われるからである。

また、そうすることによって、暴力（＝強制権力）国家独占原則の下で正当防衛や緊急避難を不可罰とする根拠もそこに求めることができるようになる。

なお、守旧派對総司令部という対抗関係については、当時の日本においてポツダム宣言の日本民主化路線を支持する有力な動きが民間による改正試案という形で総司令部案にも影響を与えていたという事実にも注目して

12) 高木、末延、宮沢・前掲書『人権宣言集』115頁。

13) 同上・109頁。

おく必要がある。すなわち、守旧派には当時の憲法学の大家や帝国大学の現職教授なども含まれていたのだが、他方では1945（昭和20）年暮れから翌年2月にかけて政府外から多くの改正試案が発表された。これらは「いずれも多かれ少なかれ明治憲法にくらべて民主化の方向を目指したものであった……」。微温的な自由党案、進歩党案。折衷的な社会党案。「これらに対し、憲法研究会案は、日本国の統治権は国民に発し、天皇は国家的儀礼を掌るものとしており、共産党案は、主権在民、議会在主権を管理するとの原則をとり、高野案は、大統領を元首とする共和制を主張するものであった¹⁴⁾」。憲法研究会の高野岩三郎、馬場恒吾、杉森孝次郎、森戸辰雄、岩淵辰雄、室伏高信、鈴木安蔵の連名による「憲法草案要綱」は、「相当に革新的なものであったために、当時、総司令部の関心を引いたようであり、のちのマッカーサー草案の起草についても、一つの参考とされたものといわれる。¹⁵⁾」この研究会案には「国民権利義務」として平等、言論学術技芸宗教の自由、拷問の禁止と並び20世紀型人権である社会権、男女の完全平等の権利がかかげられ、加えて本稿に係る民主的権利と言うべき「国民請願国民発案及び国民表決の権利」が高らかに唱われていたのである。これは人権主体である国民が政府による自由と権利の保持状況を監視するにとどまらず国政に積極的に参加し自由と権利のために国政を変革する権利であると言ってよい。憲法第12条第一文には日本の革新的知識人の呼びかけも影響しているのではなかろうか。

14) 佐藤達夫・前掲書『日本国憲法誕生記』30頁。

15) 佐藤達夫『日本国憲法成立史第1巻』（有斐閣、昭和56年）3頁。この点については、民政局にいたRowellによるMemorandum for Chief of Staff. Subject: Comments on Constitutional Revision proposed by Private Groupがこの草案を採りあげ綿密に検討し、その諸条項は「民主主義的で賛成できる」とし、且つ「著しく自由主義的」と評価している。「1959（昭和34）年にこの文書が存在が明らかになったことで、憲法研究会案がGHQ草案に大きな影響を与えていたことが確認された。」（国立国会図書館『日本国憲法の誕生』「資料と解説3-6 ラウエル『私的グループによる憲法改正草案（憲法研究会案）に対する所見』1946年1月11日」）参照のこと。

(3) 第12条の論理的体系的解釈

第12条第一文は、その制定過程についての検討で述べたように保持義務主体の文理解釈としては両義性の残るものであった。けれども、論理的体系的解釈によりそれを補充すれば、第12条は国が人権を守るよう国民が監視し、守られていないのであれば守るよう請求することもできる旨を定める基本的な一般条項であると解することができるのではなかろうか。

そのような解釈は、他の諸条項との関係においてそれらといかに論理的かつ体系的に整合するかを検討することによりなされる。すなわち、

1) まず、憲法第15条公務員の選定罷免権や普通選挙の保障、第16条請願権や第21条表現の自由、第32条の裁判を受ける権利などは、民主主義を支える個別的権利やその手続保障を定めるものである。法典ではそのような個別的な権利や手続をまとめ体系性をもたせることのできる基本的な理念とそれを示す一般条項が必要になる。憲法第12条第一文は、国民が人権保障においても主権者としての地位にあることを示すものであり、人権保障の民主主義的あり方を方向付ける基本条項であると言ふべきだろう。

このような位置付けは、その一般条項は憲法全体の基本理念を宣明する憲法前文の第一段落（国民主権、国政は国民の負託によるもの、「自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意」、民主主義）を受け憲法条文化したものであるとの解釈をも可能にする。

2) また、憲法第99条には公務員の憲法「尊重擁護義務」が明記されているが、国民のそれは規定されていないことも整合的だと言える。第12条第一文は自由と権利についての一般的基本条項であることに疑いはない。不断の保持努力義務が国民にあるのであれば公務員だけでなく国民にもその尊重擁護義務を課す方が筋が通る。現にそうする立法例（イタリア1947年憲法第54条、ソ連1977年憲法第59条）もある。そうしなかった理由を、日本人

にある「同調圧力」や「自粛警察」による弊害を慮ってのものに求める見解もある。しかしながら、そのような危惧は今日的なもので、憲法制定当時の守旧派にはいまだ共同体（公共の秩序）優位の義務思想が色濃く残っていたと言わざるをえない。現に守旧派は当該条文を「保持義務」と解し、しかもその義務主体は国民であるとしていた¹⁶⁾のである。したがってそうではなく、憲法第12条第一文において国政側に保持義務・責務があるとし、その保持に当たってはまず、国民による国政に対する監視等の「努力」を尊重しなければならない旨を定めた上で、第99条において国政を現に担当する公務員に人権を保障する憲法の尊重擁護義務を課したと解すべきなのである。このように解してこそ第12条と第99条の論理的一貫性が保たれる。それゆえ、GHQ も、上述したように憲法改正草案要綱において当初の vigilance という言葉が捻じ曲げられ国民を保持義務の主体にされてしまったことがあったとしても、またそれが endeavor に変えられてしまったとしても¹⁷⁾、第12条における保持義務に関する法文の手直しが上記のように行われたことにより第99条との論理解釈で克服できると考えたのではなかろうか。主権者である国民に国政の監視権を保障し具体的に国政を担当する公務員に尊重擁護義務を課す。そのことにより民主的な「憲法の保障」が可能となる。憲法第12条は国民にそのために必要な国政を監視する権利を保障しているわけである。

加えて、自民党の憲法改正草案第102条第1項には新たに国民の憲法尊重責務が規定されようとしていることにも注意すべきである。この尊重責務は、人権を制約する公共の福祉を重視した憲法を尊重する義務にされてしまう（現に同条の見出しは「憲法尊重擁護義務」となっている。）ことは目に見えている。

16) たとえば、当時の憲法学の重鎮であった美濃部達吉『新憲法概論』増補版（有斐閣、1950年）87頁および同『新憲法逐条解説』（日本評論社、1947年）44頁－45頁参照。

17) なお、美濃部は vigilance と endeavor を同旨と解していたよう（同・前掲書『新憲法概論』（初版は1947年）87頁参照のこと）である。

3) さらに、憲法第97条との関係も重要である。憲法第10章「最高法規」中の第97条は、GHQ 草案の「第三章 人民ノ権利及義務」における「第十条 此ノ憲法ニ依リ日本国ノ人民ニ保障セラルル基本的人権ハ人類ノ自由ヲラントスル積年ノ闘争ノ結果ナリ時ト経験ノ増埒ノ中ニ於テ永續性ニ対スル厳酷ナル試練ニ克ク耐ヘタルモノニシテ永世不可侵トシテ現在及将来ノ人民ニ神聖ナル委託ヲ以テ賦與セラルルモノナリ」を場所移動させたものである。GHQ 草案ではこの規定に続けて「第十一条 此ノ憲法ニ依リ宣言セラルル自由、権利及機会ハ人民ノ不断ノ監視ニ依リ確保セラルルモノニシテ人民ハ其ノ濫用ヲ防キ常ニ之ヲ共同ノ福祉ノ為ニ行使スル義務ヲ有ス」が置かれていた。この位置関係からも「人民の不断の監視に依り確保せらるるもの」であることが「基本的人権は人類の自由たらんとする積年の闘争の結果なり」という歴史的経験によりその重要性が実証されたものであることが示されていたと言えよう。近代的な人権宣言、上述したものに加え、たとえば1789年フランス市民革命による「人および市民の権利宣言」第2条では「自然権」の一つとして「圧制への抵抗」を挙げ、1791年合衆国憲法修正10か条では修正第2条で人民の武装権を侵してはならないと規定している。

上記 GHQ 草案第10条は、人権保障には人権のための人民の闘いを保障することが重要なのだとするものであった。つまり人権のためには人民による民主的権利闘争を保障することが重要だというわけである。封建的ないし共同体主義的な義務思想をできるだけ維持することにより人権をできるだけ抑え込みたい当時の日本の守旧派にとり、そのような民主的な人権理念を正面切って認めることには抵抗があった。とりわけ現行第12条に直結する条文にすれば第12条第一文の保持義務の主体についての誤魔化しが効かなくなってしまう。ところが、それは GHQ 民政局長であったホイットニー将軍（准将）肝いりの条文であったため条文そのものを削るわけにはいかなかった。そこで最終的に現行憲法第10章「最高法規」中に第97条として挿入されたのだと言われている。このことにより憲法第97条と憲法

第11条第二文「この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在および将来の国民に与えられる。」の条文とは重複するので憲法97条は不要でないかといった言説まで出てくることになった。いわずもがなそのような言説は第97条における「基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって」というホイットニー准将が最も強調したかったであろう部分を無視ないし看過してのものと云わざるを得まい。残念ながらそれが現在日本の憲法理論の中にも残っているのである。

4) それに対する正論として次のものがある。すなわち

「憲法97条の意味——人権のためのたたかい 憲法97条は、基本的人権は、『人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果』であるとうたっています。ここに『努力』は英文ではstruggle まさにたたかいにほかなりません。人権の歴史を踏まえ、闘争史観、人権のためのたたかいにお墨付きを与えているのです。さらに、12条は、人権保持のために最も厳しい努力義務を国民に課しています。自民党憲法改正草案では、唯一全文削除です。支配者のもっとも恐れるのは人権のためのたたかいでしょう。97条こそ守るべき最重要の条文として強調されるべきです。¹⁸⁾」

上述してきたようにその第12条に関する下線部分を除くとまさにそれは正論である。そしてこの正論は、憲法第12条第一文と連結されてこそ、人権保障の民主主義的あり方が憲法第12条において人権保障の一般的原則として規定されているのだとの解釈・位置付けを可能とするのではなかろうか。

すなわち、第97条は第12条と切り離されたとはいえ、第97条は「最高法規」の一つとしての位置づけを与えられている。「最高法規」は、個人人権条項は言うに及ばず、自由及び権利の一般的基本条項である第12条が持つ

18) 井上英夫「憲法学・人権論への素朴な疑問」法学館憲法研究所2024.06.03オピニオン。

意味を解明するにあたって当然のことながら大きな影響を与える。両条項の関係の密接さは依然として確保されているのである。人類の多年にわたる自由獲得の努力（闘争）の成果である基本的人権は、権力により上から与えられたものでなく国民が権力を監視しつつ自らの努力（闘争）によって権力に認めさせてきたものであることを明らかにするのが第97条である。第12条もそのような権力との関係を踏まえたものであると言わざるをえない。つまり、第12条第一文は、国民に権力を不断に監視する権利があることを認め、権力が国民による監視を尊重することでもって自由・権利を保持するよう、権力を義務付けたものなのである。そのように監視する権利を保障される国民が、人権の濫用を控えたり、公共の福祉のために利用する責任を負うのは当たり前のことであろう。

Ⅲ 憲法第12条の持つ意味についての考察

(1) 保持義務の主体問題の射程

1) 人権擁護が重要だから国民による保持「義務」としたと解するのか、国政により人権が保持されるよう主権者たる国民が監視する権利を持つことが重要だと解するのか、という問題がある。監視する権利は国民が自分たちの人権を守るために人権の保障に当たる国政を監視する権利だが、国民の保持義務と解するとその保持義務は誰に（何に）対する義務なのか問題になる。憲法保障のための憲法に対する義務か。人権を守るために作った社会や国家に対する義務か。いずれにせよそれらは、抽象的であり人権との関係は間接的にならざるをえないことから、往々にして「公共の利益」や「社会の秩序」といった個々人の人権を超越する存在に対する義務であるとされかねない。国家に対する義務を国家のために国民が負うという関係と言ってもよい。

2) そうすると次のような問題にもつながってしまう。すなわち、自由

や権利を保持する義務を国民が果たしているか警察が把握するために一般情報収集活動をしてよい。国民が憲法に規定している責務を果たしているかは健全な社会秩序にとり重要な関心事であるからその情報を治安機関である警察が把握しておくことは当然だ。それは警察の「通常の業務」だと言うことになってしまう。また、健康で文化的な生活権を国民のために国家に要求する権利が国民にあるとするのがよいのか。そうではなく、そのような生活権を国民が国民自らの手で実現するよう努力する義務があるのだから「自助・共助」が原則であり、公助を為すべき国にとってはプログラム規定にすぎないとするのか。

憲法第25条は健康で文化的な生活を営む権利を国民に保障している。この生活権を国民が自ら保持するよう努力する義務とは自助・共助に精を出せと国民に迫ることになりかねない。そうではなく、国民には公権力に対し、公助に精を出さなければならないという公権力の義務・責務を果たすよう要求する権利がある。憲法第12条の人権保持責務は公権力にありその実施を監視する権利が国民にあるのだと解すべきように思う。

日本国憲法による人権保障は単に国家からの自由だけでなく、国家に人権保障を要求できる国民の権利をも保障しているものと解すべきである。社会権保障規定がプログラム規定だと解する見解は人権保障の一般的基本規定である憲法第12条第一文に照らしても許されないものなのではないだろうか。

3) さらに、自由・権利の保障を現実のものにするうえで国民・市民による権利運動が現に重要な役割を果たしている。この事実を「憲法の保障」の規範に取り込むべきであるし、またできるのではないだろうか。憲法第12条第一文は国政に対し国民による人権擁護活動を推奨し尊重する責務をも負わたものと解すべきである。これが文理解釈の許す範囲内における他の条項との論理的体系的解釈、歴史的比較法的解釈としての帰結だと考える次第である。

憲法運動や人権を擁護実現するための市民運動を危険視して公権力（特に警察や自衛隊などの諜報機関）がそれらに対する一般情報収集活動を行っている。しかも大垣警察市民監視事件¹⁹⁾を巡っては、それが「通常の業務」であると国会で公言するまでに至っている。そのように国民運動を危険視することを許してしまう背景には憲法第12条を全体として国民の義務を規定したものと解する憲法理論や法意識があるのではなかろうか。また、危険視するとまでは言わないが公務の「政治的中立性」を守るとの言辞を用いて、「憲法9条を守ろう」とする市民運動に公共の施設を利用させないという最近各地で目につく動きが容認されてしまっていること²⁰⁾にも憲法12条第一文理解の弱さが関係しているように思われるのである。

(2) 抵抗権との関係

1) 日本の憲法学教科書では「抵抗権」は国家緊急権と並び「憲法の保障」の問題として論じられることが多い。近代的な抵抗権については自然法上の自然権だとする説と実定法上の権利だとする説に分けられ議論されている。もっとも、実定法上権利説も自然権を否定するわけではなく自然権を実定法化したものだとして主張するわけである。日本国憲法に抵抗権の明文規定は見当たらない。けれども、法解釈により一定の条項をもって抵抗権規定に当たるとする見解もある。

いずれにせよ、それらに共通するのは、人権の固有性、不可侵性、普遍性を認め、そのような人権を守るために社会や国家・法を造ったのだという思想である。主権者は人権主体たる人民・国民であり国政はそれにより信託されたものであるから、その信託に反する悪政がなされれば人民・国民はそれに抵抗し、必要なら革命を起こす権利をもつ。しかもそれは自然

19) 名古屋高裁令和6年9月13日判決はそのような警察による情報収集や関係企業への提供が違法であるとするにいたっている。

20) この事態を表現の自由という観点から各地の事案を詳細に検討し批判しているのが市川正人『表現の自由「政治的中立性」を問う』（岩波新書、2024年）である。

権として保障されるというわけである。このような思想にもとづいて制定される憲法は、抵抗権の明文規定を持たなくとも、当然に抵抗権を認めているのだとする見解もある。

憲法第12条の意味を解明しようとする本稿では、抵抗権の法的性質論や要件論にこれ以上立ち入る余裕はない²¹⁾。次の2つの問題に関係する限りで抵抗権を検討する。すなわち

- ① 憲法第12条第一文のいう自由・権利の保持義務ないし保持責務の主体は誰か。
- ② その主体の違いにより人権の民主的保障のあり方に変わりは出てくるのか。

2) 憲法第12条第一文についての見解のほとんど²²⁾が、それは国民の保持義務・責務を定めたもの、つまり保持義務・責務の主体は国民であると考えてきたと言ってよい。学生・一般人向けの六法全書では当該条文の見出しが「国民の保持義務」とか「国民の保持責務」とされることが多かったのだが、そこにも学説状況の反映が見られる。もっとも、最近では「保持の責任」と弱め、かつその責任主体が誰であるか明示しないであいま

21) 抵抗権を論じる最近のものとして竹嶋千穂「憲法学における抵抗権についての一考察——『思想良心の自由』との関わりにおいて——」『ソシオサイエンス Vol. 29 (2023年) 39頁－55頁参照。その末尾に引用文献の一覧がある。

22) もっとも、保持義務・責務という言葉を使わずに実質的にそれを認めているのと同様といえるものも多い。たとえば宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』法律学全集4（有斐閣、昭和54年）212頁は、義務・責務の言葉を使わず「要請される」とか「この努力を怠る国民は、基本的人権を享有する資格がない」とするだけなのだが、保持責務の主体を国政にすることもしていない。他にも、「義務・責務」という言葉を使わずに同様の見解を示すものが多くある。たとえば、憲法が国民に「要請」する「不断の努力」の内容を明らかにする「憲法運動」の憲法社会学的検討の重要性を指摘する森正「日本国憲法12条と司法書士」『司法書士と憲法』（民事法研究会、2003年）375頁－386頁参照。国民の義務を明文にないのに認めることには個人主義からしてためらいがあるということであろう。あと少しで私見と同旨になると思われる見解もある。国民の努力義務でないと明言しつつ国民の努力でしか「憲法を実現する道はない」とする本秀紀編『憲法講義 第3版』（日本評論社、2022年）18頁－19頁参照。

にするものも出てきている。これも最近の学説状況の反映であると言えるよう。

憲法の掲げる基本的人権はすべて抵抗権であるとした上で、憲法第12条第一文につき次のように述べる見解がある。国民保持義務主体説の典型例として検討してみよう。

「第三章第十一条は先ず、その各条の定める個々の基本的人権が、国民の永久の権利であるべきことを、第九十七条とともに定める。そして次に、第十二条の前段で抵抗の義務を定める。憲法がかくの如くに、その原則規定の個所で抵抗の義務について定めるのは、そのすべての基本的人権が、当然に抵抗の権利たるべきことを先ず明らかにしているのである。……（その）規定が、法構造的には抵抗権たる基本的人権のすべての規定の基軸になっているのである。……（この）規定が設けられているため、その抵抗権を含む基本的人権の保障を大いに強めている。……（12条前段の条文をあげそのように）明記する条文を義務規定でないと解することはできない。すなわち個々の国民は、これによって基本的人権が不当なる国政によって侵害されざるよう積極的に努力し、また侵害があった場合には、必ずそれに対して反対の努力をするよう義務づけられていると解しないかぎり、人権主義的憲法の筋はとおらない」とする見解²³⁾である。

これは、第12条第一文の① 文言の文理解釈と② 国民に義務を課すことにより「憲法の保障」が全うされるとの考え、からなる見解であると言える。前者①は憲法制定の沿革について上述したところから分かるように、自明の解釈でなく、少なくとも義務主体を国民とすることに疑問が残らざるをえないものである。それゆえ、ここで検討すべきは後者②である。

3) この検討に入るには、まず基本的人権をすべて抵抗権であるとする見解を検討しておかなければなるまい。そのような見解の基礎には次のよ

23) 田畑忍『憲法と抵抗権——統憲法重要問題の研究』（三和書房、昭和42年）3頁－4頁。

うな国家観があるように思われる。すなわち、〈そもそも国家は強大な権力をもって国民を統治するものであるから、その統治から自らの安全や自由・権利を守るために国民に保障されているのが基本的人権なのである〉と。そのような国家観からすると基本的人権はすべて抵抗権だと言えるのかもしれない。国家は階級支配の道具・装置であるとする階級国家観からも同様の見解が出てくることもある。けれども、国家による権力的支配を国民が少なくとも受容しているのはなぜか、その理由を考えると分かることだが、国家は階級事務と社会の共同事務の双方を担っており、階級支配のオペラートにされている面があるとはいえ共同事務は人民・国民のすべてに必要なものだということである。国民に保障される生命、自由や幸福追求に対する権利（憲法第13条）は国家による侵害に対してだけでなく、他の人々による侵害からも守られなければならない。それらの権利を守ること、つまり個人がその安全を社会によって守ってもらうことは、フランス革命期の人権宣言でも明らかなように自然権の一種であり、その守るという仕事は社会の共同事務にあたるのである。物理的強制力の保持・行使を認められている警察についても、同じことが言える。警察法第2条第1項に「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ」とあるのは、警察は国民個々人の安全という人権の保護、つまり社会の共同事務を担っていることの宣明である。そのことにより警察は、基本的人権をベースにして成り立っている法制度においても正統性を主張でき、また国民に受容されるわけである。さらに、現代的人権である社会権は、自由権だけでは人間らしい生存ができない社会において人権主体たる人間にふさわしい生存を可能にする社会的給付や措置を国家などに請求できるものである。基本的人権は、単に「国家からの自由」により成り立つだけのものではない。他の人権を侵害しないで人権を守るための給付や措置を国家に行わせることも人権の内容とすべきなのである。そうすると、基本的人権はすべて抵抗権だとするのは狭すぎる。抵抗権も基本的人権の一種であるとして、その独自性を明らかにする必要がある。

4）ところで抵抗権は、人権保障を踏みにじる国家にたいしその不法を糾弾し止めさせる国民の権利であるが、その要件は国家による個別的な人権侵害だけでも足りるのか、それとも人権保障システム全体を危うくしてしまうような暴政でなければ抵抗権を行使できないのかという問題がある。すべての基本的人権が抵抗権であるとすれば個々の人権侵害に対する抵抗も抵抗権の行使となろう。けれども、抵抗権は基本的人権の一種で独自の内容を持つとする場合にはその内容が問題となる。憲法の人権宣言、例えばフランスの1793年6月24日憲法（山岳党憲法・ジャコバン憲法）第35条では「政府が人民の権利を侵害するときは、反乱は、人民およびその各部分のため権利の最も神聖なものでかつ義務の最も不可欠なものである」（前掲書・『人権宣言集』147頁）と規定されている。ここには個々人に保障される人権の「普遍性」が反映されていると言えよう。けれども他方、革命権については暴政に対するものと位置付けるものもある。例えばアフリカ合衆国の独立宣言である。

「永く存続した政府は、軽微かつ一時的の原因によっては、変革されるべきでないことは、実に慎重な思慮の命ずるところである。したがって、過去の経験もすべて、人類が災害の耐え得られるかぎり、かれらの年来したがってきた形式を廃止ようとせず、むしろ耐えようとする傾向を示している。しかし、連続せる暴虐と篡奪の事実が明らかに一貫した目的のもとに、人民を絶対的暴政のもとに圧倒せんとする企図を表示するにいたるとき、そのような政府を廃棄し、自らの将来の保安のために、新たなる保障の組織を創設することは、彼らの権利であり、また義務である²⁴⁾」。

実定法上の抵抗権は、平常的状況の中で、公権的判定者（裁判所）がなお機能し得ている場合に成り立ちうる。自然法上の抵抗権なら、ナチズム体制下のように裁判所の判定に服すること自体がナンセンスである極限状況にこそ、語られるし語られなければならないのだが、自然法上の抵抗権と

24) 前掲書『人権宣言集』114頁－115頁。

同様のものを実定法上の抵抗権に求めようとするのは、過剰な期待であろう²⁵⁾。もっとも、極限状況における弾圧に対する抵抗であってもそれが成功し元の憲法体制が復活した場合には、革命に至らなくとも抵抗の合法性は回復できる。この場合には実定法上の抵抗権にも实际的な意味が認められる。また、極限状況に至る前における権力による人権抑圧に対する抵抗を権利として公認することは、民主的な「憲法の保障」として重要である。

抵抗権は個々の人権を踏みにじる国家の不法に対してもそれへの糾弾や不服従という方法で行使できるものと言うべきであろう。糾弾は不法に禁止された人権をそのまま行使しつつ不法を批判するという方法で行うことである。不服従は不法に命じられた作為を行わないで不法を批判するという方法で行うことである。

憲法第12条第一文は抵抗権そのものでなく、抵抗権に淵源しつつ自由や権利が国政により保持されているかを国民が不断に監視し批判する権利を定めているものと解するべきである。抵抗権の場合とは異なり、国政により人権が踏みにじられていなくとも行使できる権利なのである。したがって憲法第12条第一文は、国政を国民が監視する民主的な独立機関・組織を作らせる²⁶⁾ 一般的な基本規範を定めるものとも言えるわけである。

5) 抵抗権は抵抗義務を伴うべきか

憲法や人権宣言の中には国家による不法に抵抗することを義務づけるものがある。もっとも、その前提には抵抗権がある。権利がまずあってそれを全員で守るために義務があるのであって、義務を守るために権利があるという関係でない。この関係は抵抗権以外に存在する自由・権利と抵抗義務との間でなく、抵抗権と抵抗義務との間になければならないとされてい

25) 樋口陽一「憲法における抵抗権」有倉遼吉、吉田善明編『文献選集日本国憲法1 憲法の基本原理』（三省堂、1977年）186頁参照。

26) 大垣警察市民監視事件に対しても必要性が指摘されたオンブズマン制度や市民参加の警察管理制度など。

ることに注意しておかなければなるまい。

まず、抵抗権抜きに抵抗義務を論じる見解がどのようなものか見ておこう。

戦後はむしろ守旧派になってしまった美濃部達吉の前掲した『新憲法概論』（初版1947年、増補版1950年）87頁には「国民は不断の努力 (eternal Vigilance) に依り基本的人権を支持せねばならぬ。……多数党の横暴や為政者の権力濫用に依る不法の圧迫に対しては不断の努力を以てこれに反抗し、其の享有を擁護すべき義務が有るのである。」と述べられている。その前提には、〈憲法は「基本的人権が……同時に義務たる性質を有することを認め」ており、そのことは憲法12条第一文からも分かる〉という認識がある。これだと国民の監視は権利でなく義務とされ、抵抗権は権利抜きに抵抗義務になるのは当然であろう。

それでは次に、抵抗権に加え抵抗義務までがなぜ必要とされるのであろうか。その理由を語った例が紹介されている。第二次世界大戦後ヘッセン憲法に抵抗権が規定されるとき、憲法協議会のメンバーだった共産党代表がした発言である。すなわち

「ある恐怖の時代が過ぎてから、^{*}私はナチズムに反対する可能性をもっていなかった。それどころか私はともかくも拘束されていたし、そのうえ法により何も命ぜられていなかった。といえないようにするために、明文をもって、憲法の存続を全力で擁護することが各人の義務だと確定された²⁷⁾」。

この発言からはナチズムによる暴虐とそれに対するレジスタンスの困難さがいかに酷かったかが窺われる。けれども冷静に考えるとこれは、卑怯者、臆病者に弁解の余地を与えないようにするために事前に抵抗義務という法的作為義務を国民に課しておくということになりはしないか。しかしやはりそれは、各人の良心の法廷に委ねるべき事柄なのではなからうか。良

27) 樋口・前掲論文「憲法における抵抗権」186頁。

心のあり方を強要することになれば良心の自由との関係で問題が出てくるように思われる。

歴史的には宗教と関係していたようにも思われる。アメリカの独立宣言(1776年)では、「造物主によって、一定の奪いがたい天賦の権利を付与され」たのにその権利を暴政により奪うにいたった政府を廃棄し、新たな組織を創設することは人類の「権利であり、また義務である」とされた。造物主により賦与された権利を実践することは造物主に対しては義務(ミッシェン)であるがそれを侵害する世俗の権力に対する関係ではまずは権利となる。すなわち、政府への抵抗は権利となる。けれども、権利を与えてくれた造物主に対する関係では義務となる。法に宣言されたものであるとはいえその義務は宗教的な性質を帯びたものであると言えるのではなかろうか。フランス革命期の1789年人権宣言の前文には、「国民議会は、至高の存在の面前でかつその庇護のもとに、人および市民の権利を承認し、かつ宣言する」とあり、第2条で圧制への抵抗は自然権であるとされた。1793年のジロンド人権宣言では「至高の存在」への言及はなく抵抗権のみを規定した。1793年の山岳党人権宣言では「至高の存在」に言及しつつ「圧制に対する抵抗は、それ以外の人権の帰結」(第33条)であり、政府が人民の権利を侵害するときは、反乱は、……権利の最も神聖なものでかつ義務の最も不可欠なもの」(第35条)とされた。ここでは抵抗権にも宗教的な色合いを見てとれるのだが、義務を加えた事情としては、その前文にある「自然権の忘却および軽蔑が世界の不幸の諸原因にはかならない」という認識が影響したのかもしれない。

今、ロシアに軍事侵攻され領土の一部を占領されているウクライナでは国土を守るために成人男子の出国が禁止され軍役に就くことが奨励されている。祖国防衛義務が課されているのである。日本でもかつて、「ソ連憲法の如きは、……祖国防衛の義務を掲げて、叛逆、内応、間諜等を嚴罰に処することを規定している。況して兵役の義務なき我が国では、このやうな

国家に対する義務を明記した方が、宜しかったであろうと思はれる。²⁸⁾」と主張されたことがある。祖国防衛義務は抵抗義務に類似するものと言えよう。

たしかに、災難などの緊急事態とか人の困窮状態とかを見て自らの危険や負担を顧みず他人のために献身しようとするのは、強い使命感に駆られてのものであることが多い。社会的な義務感・責任感に駆られてのものとも言えよう。ノブリス・オブリージュ (noblesse oblige) が語られることもある。

しかしながら、それらが崇高であるとされるのは、法に依り他律的に強制されるとか、私利私欲とか、のためではなく、自らの良心に照らし自発的・自律的に行われるからではなかろうか。つまり、自律的に道徳的な義務を果たすものであるからといってよい。他律的な法的義務の場合とは区別すべきなのではなかろうか。

また法的には次のような問題もある。他人を害しようとしていない人に対し自分の身を危険にさらすことを強要してよいのであろうか、という問題である。それは「他人を害しないすべてを行うことができる」という一般的行為の自由権（憲法13条）にかかわる問題である。抵抗しないこと、つまり何もしないことが他人を害することはないからである。不作為でも他を害することがあるとされるのは、社会や国家が自らの利益を守りたいがために、それらを守るための作為義務を課すからであるにすぎない。人権の内在的制約原理である公共の福祉による制約が妥当するには、当該作為義務を国民一般に課さなければ人々の安全がそもそも守れない事態においてその作為義務を果たすことが一般的に極めて容易である場合でなければならないと言うべきであろう。「公共の安全」といった抽象的な利益との衡量だけでは不十分なのである。自衛権や抵抗権の行使は法的には個々人の自由意思に委ねるべきものである。義務は自発性による道徳の世界でこそ

28) 河村又介『新憲法と民主主義』（國立書院、昭和23年）211頁。

力になるものだからである。

(3) 人権とエゴイズム

自分の権利だけを主張し、他人のことを気にかけず、勝手気ままに振る舞うことを是認するのか、という問題がある。個人主義的人権思想や理論はそのようなことを是認するものなのだろうか。人々と協調・協働したり人々のために奉仕し合うことは社会を維持するうえでも不可欠である。エゴイズムでは社会が成り立たないことは明らかである。そこで個人主義的人権を認める場合、協働義務を法的義務でなく公権力の介入できない道徳的義務としては認めるとするか、個人的人権と合わせ法的協働義務を課するとする見解が出てくる。憲法の立案者は共同体主義的義務重視の守旧派の反対をかわすために後者の方法を採用したと言ってよい。「権利は義務を果たすためのものである」との言明²⁹⁾まで登場した。すなわち、たとえば、「我れ我れは人間として、社会国家のため人類文化のために大いに働かねばならぬ。然し働かうにも仕事があれば、この義務を果たすことができないから、国家が職業を保障する。これが即ち勤労の権利である。」と。その論証にはレーニンやスターリンの言葉も引用される。

個人主義的人権思想か、全体主義的義務思想か、の違いにつながる問題であると言えよう。権利があるから義務もあるのか、それとも義務がまずあってそれを実行するために権利があるのか。

ソビエト経済の研究者である芦田文夫が最近、〈自立した諸個人による平等なアソシエーション (協同)³⁰⁾〉が重要だと主張している。それは全体の福祉に個人の自由を飲み込ませてしまったソ連時代への反省・教訓を生か

29) 九大教授で憲法立案過程にも関与し、戦後は最高裁判事も務めた河村又介の前掲書『新憲法と民主主義』211頁～224頁参照。

30) 芦田文夫『「資本」に対抗する民主主義 市場経済の制御と「アソシエーション」』（本の泉社、2021年10月）参照。

すための主張であると言えるであろう。

現代日本の法現象につき「ポストモダンなんて絵空事。日本の司法も、法制度も、日本人の法意識も、未だに一部はプレモダン。……近代のエッセンスとして消化しておくべきだった事柄を未だ十分に意識、消化していないか。」として、権利意識の歪み・弱みを指摘するもの³¹⁾がある。つまり、「法と権利の公共的側面についての認識の不十分さ……大きな正義の自己割当分としての権利行使という自覚のない権利主張」がもつ歪み・弱みである。それを克服するために権利主張に必要なのが、「いつか同じ立場に立つあらゆる人々のため、また、公共的正義のためという厳しい自覚、認識」なのだとする。

そこで言われる「権利の公共的側面」は人権論において以前から論じられてきたものでもある。すなわち、人権は普遍的なもの、つまり人権の普遍性、である。普遍的な人権とは「すべての個人が生まれや性別や社会的地位の区別なく享有できるものである」といわれる。しかしそれはより正確に言えば、すべての個々人に共通する権利のことなのである。つまり、私の人権は他の人々の人権であり、他の人々の人権は私の人権でもある。人権の普遍性・一般性とはそのようなものである。人権の普遍性はエゴとは真逆のものと言わなければならない。私は、これまでの自称社会主義がもった人権保障上の問題点を克服するためには個人の人権ベースで社会問題の解決を追求できる人権論を構築しなければならないと考えている。上述した「区別なく共有できる」と「個々人に共通する」との違いは大きい。タカが言葉、されど言葉である。

至高の存在からの「使命」に応えとか「道徳的義務」を果たす（これは戦後憲法改正提言を出した憲法研究会案も「国民権利義務」の最後に道徳的義務規定を置いた。）とかは、各人が良心の法廷において決断すべき事柄である。

31) 瀬本比呂志『現代日本人の法意識』（講談社現代新書、2024年）167頁－168頁、266頁－267頁）参照。

法的に強制すべきものではないように思う次第である。自由や権利の保持義務を国民に課すというのはその保持の作為義務を課すということになる。その不作為は違法とされる。自己の自由や権利をなおざりにしても他人を害したり権利を濫用するものでなければ一般的行為の自由権の枠内の行為ではないのか。自由や権利の押しつけはパターンリズムになってしまう。国家法の世界では個々人はそれぞれ自由な主体として尊重されるべき（憲法第13条）なのではなかろうか。

(4) 人権のために闘う「責任」とは

憲法第12条第二文には、「公共の福祉のために利用する責任を負ふ」とある。この意味をどう解すべきか。井上前掲論文が「人権保持のために最も厳しい努力義務を国民に課しています」と言う事柄は、第12条第一文でなく、第二文の「利用責任」にあたるものとして構成していく方が論考全体の趣旨にも合うのではなかろうか。

〈この権利を行使しないと世の中がよくなる。だから、やらなければならないのだ〉。このような意識から責任や義務が語られることも多い。

しかしながら、それだけであれば善意の押しつけになってしまうであらうか。人権のために闘わなければならない国民の「責任」とは、人権の普遍性に基づき自分だけでなく人々の人権（「公共の福祉」）のために「利用」する責任ということに表されていると解すべきように思われる。敷衍すれば、一般的に普遍性のある人権を具体的にも普遍性をもって行使することが「公共の福祉のために利用する」ことなのである。普遍的人権を普遍性をもって行使することが「公共の福祉」になるというわけである。国民が「責任を負う」とされるのはそのような人権の行使なのではなかろうか。

圧制への抵抗を人権の帰結だとしつつ、人民の権利を政府が侵害したときの人民の反乱を権利であり義務であるとするのがフランスの1793年山岳党憲法における人権宣言である。すなわち、その第33条は「圧制に対する

抵抗は、それ以外の人権の帰結である」としつつ、第34条において「社会の構成員の唯一人でも圧迫されるときは、社会統一体に対する圧制が存在する。社会統一体が圧迫されるときは、その構成員に対する圧制が存する」として、個人を圧迫することは社会を圧迫することであり、社会を圧迫することは個人を圧迫することだという人権の社会的普遍性を明らかにする。すなわち、個々人が享有する人権はその人一人のものではなく社会を構成するみんなのものであり、また社会は一人ひとりを平等な存在として包容したものであるとするわけである³²⁾。その上で第35条において「政府が人民の権利を侵害するときは、反乱は、人民および人民の各部分のため権利の最も神聖なもので且つ義務の最も不可欠なものである。³³⁾」として政府に対する人民の反乱権と反乱義務を規定する。

その規定ぶりは憲法第12条の構造を理解するうえでも参考になる。憲法第12条はその第一文にて国民から信託された公権力が国民の自由・権利を保持しているかを監視する権利を国民に与え、その第二文において自由・権利の行使方法についての国民の責任を規定するわけである。人権や民主主義をベースにした憲法第12条論は「公共の福祉」も人権の内在的論理から構成していかなければならないのではなかろうか。

おわりに

憲法第12条第一文は、国民に自由や権利の保持努力義務を課したのではなく、国政が国民の監視を受けながらそれらを保持しなければならないことを定めたものなのだ。つまりそれは、国民には国政を監視する権利が

32) 人権の普遍性とはこのようなものなのである。同様の見解で犯罪の実質に関する社会侵害性論をヘーゲルの『法の哲学』とも関係させて展開するものとして生田勝義『『終身刑』論と刑法のあり方(2・完)——国家的統制法の縮減と社会的調整(規整)法の展開 Control から regulation へ——』立命館法学第392号(2021年)19頁-51頁参照。

33) 条文の引用は前掲書『人権宣言集』147頁参照。

あることを定めたものなのだ。人権を基礎にして社会や国家・法の民主的あり方を考えるとそのようになるはずである。また、その文理解釈だけでは両義性が残らざるをえないものの、論理的体系的解釈によりそのあいまいさは克服できる。この考えを最初に公表したのが山下健次／生田勝義「警察と人権」杉村敏正、光藤景皎、東平好史編『警察法入門』（有斐閣、1975年）4 頁という小文においてである。その後、半世紀の間、折に触れ結論だけを開陳してきたのであるが、なかなか理解されなかった。それでも大垣警察市民監視事件の弁護士控訴趣意がそれに言及し深めてくれた。それに論証することで応えねばならないと思った次第である。自由主義的人権論に止まらない民主的人権論はどうあるべきか。本稿を踏み台にしてさらに考究してみたい。ご批判いただければ幸いである。

(2025年 3 月31日 記)