

この点については、ラウエルが、No. 2 の覚え書きのなかで、このような規定があると、刑事被告人を有罪にするため違法手段を用いることが一層誘発されるおそれがある、としていることが思い合わされる。

現行の、公務員の不法行為による損害に対する国および公共団体の賠償責任を定める条文は、衆議院における審議によって加えられたものである。

(1) 憲資・総第一号「日本の新憲法」四八頁。

I 国民たる要件

現行の「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」という条文は、衆議院の審議において、国の基本的法制として最小限に必要なものであるとして、この章の冒頭に加えられることになったものである。

V 自由権

「自由権」に関する規定も、現行の条文に至るまでにかなり整理、修正が加えられているが、これらの整理、修正に当っては、自由の保障に条件を設けるような規定のしかたをせず、自由を制限することができるとする規定は含まないようにすることに、最も配慮がなされたのであった。

A 奴隷的拘束および苦役からの自由

第二次試案は、「何人も、奴隷、農奴、その他いかなる種類にせよ奴隷的拘束を受けない。また、犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない。」と定める条文をもって自由権に関する規定を始めている。
G₁によれば、第一次試案では、前段は、「人身の自由は、法律を遵守する日本国民すべてにとって、奪うべからざる

権利である。」と書かれていた。討議において、「法律を遵守する」とするのは、人身の自由に限界を設けるものであり、このような限定詞は削除すべきであるとされる一方、「人身の自由は……奪うべからざる権利である」という表現は包括的にすぎる。人身の自由は、全面的に不可侵を保障されるというようなものではないのであって、人間は物として扱われるべきではないということこそ規定されるべき主意であるとされて、右のような文言に改められたのであった。

第二次試案は、そのまま総司令部案とされ、日本政府に提示されてから、三月二日案において、「奴隸、農奴、その他」という文言がとり去られたのである。

B 思想および良心の自由

第二次試案は、次に、思想および良心の自由について、「思想および良心の自由は、不可侵とする。」と定める条文を置いている。この条文は、第一次試案についても、第二次試案についても論議がみられず、第二次試案がそのまま総司令部案とされた。日本政府に提示された後においても、文言にわずかの修正をみたとどまる。

C 信教の自由

第二次試案は、つづいて、信教の自由について定める次の条文を置いている。

「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。いかなる宗教団体も、国から特別の特権を受け、または政治的権威を行使してはならない。」

何人も、宗教上の行為、祝典、儀式または行事に参加することを強制されない。国およびその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。」

G₁によれば、第一次試案には、信教の自由を保障する規定のあとに、すべての聖職者は、いかなる種類の政治活動にも従事してはならない旨の規定が置かれていたのであった。討議において、起草者は、この趣旨を説明して、日本は長く聖職者によって左右される国家であったのであり、この規定は、霊的な権威が政治的な目的のために濫用されることがないようにするためのものである、とのべている。これに対して、このように規定するのでは、聖職者の言論の自由を否認することになる。このような禁止規定は権力の保障を目的とする憲法に置かれるべきものではない、とされた。また、教会等の説くところによって政治活動に走るといふ事実は認められるが、それは個人の良心の問題であって、法による規制を期待したいことである、という批判も加えられたのであった。

起草者は、説明の最後に、この規定は、いかなる宗教団体にも政治的権威は付与されることはないことを明らかにしようとするものであるとのべているが、第二次試案の、「いかなる宗教団体も……政治的権威を行使してはならない」という規定は、この起草者の意図をとり入れて書かれたもののように思われる。

「日本の政治的再編成」の、「宗教団体が行なう政治活動の禁止規定は、政府に介入する権利を与える点で危険であるとして削除された」という記述は、右の経過を指すものではないかと思われる。すなわち、聖職者ないし宗教団体の行なう政治活動については禁止規定を設けるべきではないが、宗教団体が政治的権威をおび、これを使用することは禁止しておくのがよいと考えられたものとみられるのである。なお、総司令部案に用いられている political authority という言葉は、政治的権威と政治的権力ないし権限という双方の意味をもつものであるが、現行の規定ではそのなかの後者をとったものとなっている。

第一次試案には、また、「宗教の名のもとに、他の団体に対する敵意をもち、敵意をもった行動に出、または公の秩序および道徳を強める代わりに弱めるような宗教団体は、宗教団体とは認められない」旨の条項が入っていたが、討議において、これは、国家が新しい宗派の抑圧を行なうのを正当化する根拠とされるおそれがあるとして除かれた

のであった。

以上のような第一次試案の討議の結果について、G₁の記録は、「簡略にされ、修正され、信教の自由を正面から保障し、かつ、教会と国家との分離を規定するものとなった」と記している。

このようにして書かれた第二次試案の条文は、第二項の前段と後段がそれぞれ一つの項に分けられたほかは、ほとんどそのまま総司令部案とされ、日本政府に提示されて以後も、修正はなかったといつてよい。

(1) 憲資・総第一号「日本の新憲法」四八頁。

D 集会・結社・表現の自由、通信の秘密

一 第二次試案は、次に、左の条文を置いている。

「集会、言論および出版の自由は、これを保障する。(2) この自由には、公務員、公の機関もしくは公の慣行を批判する権利、または法律の制定、改正もしくは廃止を提唱する権利が含まれる。(3) 検閲は、これをしてはならない。(4) 通信の秘密は、これを侵してはならない。(5) 言論および出版以外の一切の形式における表現の自由も、同様の本質的自由を与えられるが、青少年の保護および公衆(道徳)の高い水準の維持のために、卑猥で下品な文学、演劇、映画、放送および展示を抑制するための法的措置をとることは、許される。」

G₁によれば、第一次試案では、言論、出版の自由と集会の自由とは、それぞれ一個の条文で書かれていたのであった。そして、検閲の禁止、通信の秘密について定める条文が、この二つの条文の中間に置かれていたようである。また、G₂によれば、言論、出版以外の一切の形式における表現の自由について定める条文は、第一次試案では、集会の自由の条文のかなりあとに置かれていたのであった。

第二次試案では、これらの四つの条文が一つの条文にまとめられ、集会の自由を最初にあげる規定になっているの

であるが、これはG₁の討議の結果であらうと思われる。またこのG₁の討議においては、言論、出版の自由について定める条文が、名替毀損の場合は別であるとしている点について、これでは、政府の政策や行動に対する批判が名替毀損を理由に封じられることになって、言論の自由に対する重大な制限が課されることになるという指摘があり、この限定は除かれたのであった。また、集会の自由について定める条文が、「平穏な討議のために」という限定を設けていることに對し、このような基本的自由については、限界を設けるべきではなく、むしろ国家がその行使を保護する責任を負うものであることが強調されるべきであるとされ、この字句も削られたのであった。こうして、第二次試案のなかの、集会の自由および言論・出版の自由についての規定は、右のような簡潔なものとなったのである。

そして、G₂の討議において、言論、出版以外の一切の形式における表現の自由について定める第一次試案の条文があらためて検討された際、そのなかの、青少年の保護等のために卑猥な文学その他を抑制するための法的措置をとることは許されるとするくだりが、警察による監督を正当化する根拠を与えることになるから危険であるとして削除されたのであった。そのあと第二次試案が配布されて、第五段後半のこのくだりはペン書きによる修正で消されたのであるが、それとともに、同段前半の「言論および出版以外の一切の形式における表現の自由も、同様の本質的自由を与えられるが」という箇所を削って、「その他一切の表現の自由」という文言を第一段に加える、ペン書きによる修正がなされたのである。また、集会、言論および出版の自由には、公務員その他を批判する等の権利が含まれるとする第二段も、同時にペン書きによる修正で削除されたのであった。

このようにして、この条文は、これらの自由を簡明に、しかも限定を付さないで保障する、「集会、言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。」という規定となり、これがそのまま総司令部案とされている。

日本政府に提示されてから、三月二日案および三月四―五日の検討によって、次条で、居住、移転の自由とともに

規定されていた「結社の自由」が、こちらに移され、「集会、結社」と「言論、出版その他一切の表現」が「および」で結ばれる規定とされて、これが第一項とされ、ついで「憲法改正要綱」として発表されてから、検閲と通信の秘密についての規定が第二項とされることになったのである。

二 総司令部案の人権規定をみての日本政府側の全般的な印象の一つは、権利、自由が無条件に保障される形になっているということであった。そこで、日本側では、三月二日案において、特に必要と考える権利、自由については、条件を設ける規定にしようとしたのであるが、この条文もその一つであって、その際、ワイマール憲法の例を参考にしたという。しかしそれは、総司令部によって、基本的な自由については、憲法上に除外例を設けることなく、無条件に保障する規定としなければならないとして斥けられたのであった。⁽¹⁾

しかし、日本側では、このような規定では、風俗を害するような言論、出版が野放しになることをおそれて、「憲法改正草案要綱」として発表されたあと、あらためて総司令部側にただしたのであったが、合衆国憲法の運用でわかるように、無条件の形になっていても、絶対に禁止できないということになるのではない。しかし、憲法の上にそういう明文を置くことは、濫りに制限が行なわれるようになるものになるからすべきではない、とされたのであった。⁽²⁾

(1) 憲法調査会第四回総会議事録一九頁、憲法制定の経過に関する小委員会第二七回議事録五—六頁。

(2) 憲法制定の経過に関する小委員会第一三回議事録二六頁、憲法制定の経過に関する小委員会第二七回議事録六—七頁。

E 居住、移転および職業選択の自由 外国移住および国籍離脱の自由

一 第二次試案は、そのあとに、次の条文を置いている。

「移転および本居の選択の自由は、一般の福祉に反しない限り、すべての人に対して保障される。

何人も、自らの希望で他国に移住する自由を、その選んだ国の法律上入国および居住が許される場合に限り、有

するが、日本国民を日本の領土から追放することはできない。他国に移住した者がその国籍を変更することは許される。」

この条文は、第一次試案についても、第二次試案についても論議はみられない。

右の第二次試案には、ペン書きによる修正で、第一項の冒頭に、「結社」が加えられた。これは、VICでみるように、第二次試案の「社会的権利および経済的権利」のなかに置かれていた、結社の自由に関する条文を、同じくペン書きによる修正で削除し、結社の自由をここで規定することにしたものと考えられる。そのほか、同じく第一項の「本居 (domicile)」が「住居 (abode)」に改められ、第二項前段の前半が、「何人も彼に入国と居住を許す国に移住する自由を有する」とされる等の修正が、ペン書きによって加えられた。

ついで、Jの運営委員会による最終的検討で、国民の追放を禁ずる規定が削られた。

そして、第一項は、右のように修正されたものが、また第二項は、前段と後段を続けて「何人も、他国に移住する自由およびその国籍を変更する自由を有する。」という簡潔な規定とされ、総司令部案となっている。

この条文は、日本政府に提示されてから、Dでのべたように、「結社の自由」が、前条に移され、それとともに、「職業選択の自由」が、次条からこちらに移されることになり、その他、「移転および住居の選択の自由……」とあったのが「居住、移転の自由……」とされる等の修正が施された。

二 この条文には、「一般の福祉に反しない限り」という文言が、第二次試案の頃から入っていて、IV B二でみた経過をたどって、「公共の福祉に反しない限り」という文言になっている。しかし、日本政府との折衝で、「結社の自由」が、前条に移されることによってこの「公共の福祉に反しない限り」という文言の下にないことになり、また、「職業選択の自由」が、次条から移されてきてこの文言の下に置かれることになったのであって、こういう経過からいっても、これらの自由については、「公共の福祉に反しない限り」という文言を付するかどうかは、それ程厳格には考え

られていなかったことがわかる。もっとも、この居住・移転等の自由についての条文に、特にこの文言を加える趣旨については、十分話し合う時間がなかったということであるが、この修正の間において、集会・言論等の表現の自由と職業選択や居住の自由とは重要性がちがうという説明がなされたのであった。⁽¹⁾

(1) 憲法制定の経過に関する小委員会第一三回議事録二五頁、三二―三三頁。憲法制定の経過に関する小委員会第二七回議事録六頁、三五頁。

F 学問の自由

第二次試案は、つづいて、「大学における教育および研究の自由並びに職業選択の自由は、すべての成年者に保障される。」とする条文を置いている。

G₁によれば、第一次試案では、大学における教育および研究のほかに、合法的な調査研究についても、その自由を保障すると規定されていた。また、教員の罷免権を有するのは、教育研究専門職従事者の組織ないし協会に限られるとする規定が設けられていた。G₁の討議において、前者は、現に連合国がこれについて規制を加えようとしている事実にかんがみて妥当でないとされ、後者は、国民に対し責任を負わない団体に統治の権限を与えることは許されるべきでないとされて、いずれも削除されたのであった。

総司令部案は、右の「大学(academy)における教育および研究の自由」とあったのを、「大学の自由」と改め、「すべての成年者に」とあったのを削ったものとなっている。

日本政府との折衝に入ってから、「職業選択の自由」は、むしろ住居の選択の自由等と一結のほうがよいということで、前条に移された。そして、アカデミック・フリーダムに当たる言葉として三月二日案では「研究ノ自由」、「憲法改正草案要綱」からは「学問の自由」が選ばれたのである。

G 自由を保護する政府の義務

第二次試案には、このあとに「上記の諸自由を保護することは、政府の義務である。」という条文が置かれている。この規定は、Dでみた、G₁の集会の自由に関する条文の討議についてのべられたような意見を明文にしようとして書かれたものではないかと思われるが、ペン書きによる修正で削除された。

VI 社会的権利および経済的権利

社会的および経済的権利に関する規定は、論議も多く、いちじるしい変化をみている。

「日本の政治的再編成」には、社会的な保障をどの程度に含ませるかについて、運営委員会と人権に関する小委員会は非常に意見を異にした。小委員会は、これを詳細に列挙することを強く主張した。ホイットニー局長は、結局、一般的な規定を置くことに賛成して問題を解決した、と記されているが、これは、第一次試案についての検討のときのことを指すものであって、社会福祉の増進等のための立法の必要については認識を同じくしつつ、これについて定める規定を詳細にわたって憲法の上に置くこととすべきか否かについて、激しい見解の対立をみたのであった。そこで、ホイットニー局長の決定にそって第二次試案が作られたのであるが、この案も、総司令部案に至るまでの間において、ついで、日本政府との折衝において、さらに幾つかのものが法律の規定にゆずられるとともに、規定が大きく整理されている。

そのほか、第二次試案には、財産権に関する条文が四つ、その他の経済関係の条文が三つ置かれていたが、前者は、総司令部案に至るまでに三カ条に整理され、ついで日本側との折衝で一個の条文に集約され、後者は、総司令部案に至るまでにすべて削除されることになったのである。

日本国憲法については、二十世紀の憲法としては、社会経済権に触れることが少ないということがしばしばいわれるのであるが、草案の起草に当たった人達は、決して十九世紀的な自由主義を信奉していたのでもなく、また、二十世紀におけるヨーロッパ諸国の憲法の発展に目を向けていなかったのでもなくて、これを憲法の上においてどのように規定するのが最も適切かという考慮の上に立って起草を進めたものであることが、G₁およびG₂の討議によってはっきりと知られるのである。

(1) 憲資・総第一号「日本の新憲法」四八頁。

A 家庭生活における個人の尊厳と両性の平等

社会のおよび経済的権利に関する規定として、第二次試案は、まず、家庭と婚姻について定める条文を置き、「家庭は、人類社会の基礎であり、その伝統は、善きにつけ悪しきにつけ国全体に浸透する。」(2)それ故、婚姻と家庭とは、法の保護を受ける。(3)婚姻と家庭とは、両性が法律的にも社会的にも平等であることは当然である(との考え)に基礎をおき、親の強制ではなく相互の合意に基づき、かつ、男性の支配ではなく(両性の)協力に基づくべきことを、ここに定める。(4)これらの原理に反する法律は廃止され、それに代って、配偶者の選択、財産権、相続、本居の選択、離婚並びに婚姻および家庭に関するその他の事項を、個人の尊厳と両性の本質的平等の見地に立って定める法律が制定されるべきである。」としている。

この条文は、第一次試案についても、第二次試案についても、論議はみられず、ペン書きによる微小な修正があっただけである。

そして、第二段の「それ故、婚姻と家庭とは、法の保護を受ける」という規定が削られ——これは、Jの運営委員会による最終的検討で、このようなことは憲法で規定するのが妥当であるかどうかは疑問であり、むしろ法律の規定