

# 『日本国憲法改正国民投票法案』の問題点

飯島 滋明（工学院大学）

## 《本稿の構成》

### 第1章：はじめに

- (1) 「日本国憲法改正国民投票法案」をめぐる政治的動向
- (2) 「憲法」と「憲法改正」について

### 第2章：「日本国憲法改正国民投票法案」の問題点

- (1) はじめに
- (2) 国民投票における「その過半数」とは
- (3) 投票方法

### 第3章：「日本国憲法改正国民投票法案」の反民主的性格

- (1) はじめに
- (2) 「日本国憲法改正国民投票法案」における言論規制の問題点
  - 「表現の自由」(憲法 21 条)に対する正当性なき制約
  - ( ) はじめに
  - ( ) 多くの国民の「国民投票運動」からの排除
  - ( ) 「表現の自由」(憲法 21 条)に対する正当性なき制約
  - 不十分な国民主権の実現
  - 「プレビシット」の可能性

### 第4章：おわりに

- (1) 小活
- (2) おわりに

### 第1章：はじめに

- (1) 「日本国憲法改正国民投票法案」をめぐる政治的動向

1952年12月2日、選挙制度調査会は「日本国憲法の改正に関する国民投票制度要領」を内閣に答申した。1953年1月、選挙制度調査会の提出した上記「要領」を参考にして、自治庁は「日本国憲法改正国民投票法案」を作成したが、同法案は「政府が憲法を改正する意図を持っているように誤解される恐れがある」<sup>1</sup>、「同法案を〔国会に〕提出することは徒に無用の紛糾

---

<sup>1</sup> 1953年2月13日付『朝日新聞夕刊』。

を招くだけとの吉田首相の意向」<sup>2</sup>により国会には提出されなかった。

それから約 50 年後、国会では改憲派が圧倒的多数となった状況で憲法改正への動きが活発化している。憲法改正への第一段階として、憲法改正手続についての「日本国憲法改正国民投票法」制定の動きがでてきた。2001 年 11 月 16 日、「憲法調査推進議員連盟」は改憲発議のための「国会法改正案」と「日本国憲法改正国民投票法案」を公表した。2004 年 12 月 3 日、「国民投票法等に関する与党協議会」は 2001 年の「日本国憲法改正国民投票法案」を修正した「日本国憲法改正国民投票法案」と、同法案の審査及び起草権限を衆参両院の憲法調査会に付与する「国会法改正案」を 2005 年に国会に提出し、これらの法案の成立を図る方針を固めた。自民、公明両党は、憲法改正手続を定める国民投票法案の今国会提出を目指し、民主党に協議機関設置に向けた話し合いを呼び掛け、民主党も応じる姿勢を示した。こうして「日本国憲法改正国民投票法」の制定が現実味を帯びることになった。

## (2) 「憲法」と「憲法改正」について

「憲法改正のいかんをとわず、その手続を成文法として整備しておくこと      そのために十分討議をつくすこと      は法治国としての当然の義務」<sup>3</sup>と芦部信喜が指摘するように、憲法 96 条で憲法改正<sup>4</sup>が想定されている以上、「日本国憲法改正国民投票法」を整えるべきことは法的義務と言えよう<sup>5</sup>。しかし、当然のことながら、日本国憲法の基本原理を踏まえた上で、憲

<sup>2</sup> 1953 年 2 月 13 日付『毎日新聞夕刊』。

<sup>3</sup> 芦部信喜『憲法制定権力』（東京大学出版会、1996 年）300 頁。

<sup>4</sup> 「改正」という言葉は、ふつう価値中立的に用いられている。実定法上および法理論上、「改正」は価値的な意味で「正しく改める」と言うことでは決してない。「改正・改悪の用語は、実践的な闘争用語としては便宜であるが、学問の領域に無媒介に持ち込むことには、問題がある」と小林直樹は指摘しているが（小林直樹『憲法講義 下』（東京大学出版会、1970 年）844 頁）、本稿でも小林のこうした立場と同様な意味で「改正」の用語を用いる。

<sup>5</sup> この点については、「立法の不作為とは、国民の生活や権利に必要な法律を国会が作らないため国民に不当な損失や障害が生じる場合」であり、「日本国憲法改正国民投票」に関して立法不作為というのは間違っているという旨の主張を見かける。「立法不作為」という用語の定義によって解決される問題かもしれないが、こうした見解は、「憲法改正国民投票は国民の権利なのか」という問題を生じさせてしまう。本稿の冒頭で芦部の見解を紹介したように、日本国憲法で憲法改正が想定されている以上、「日本国憲法改正国民投票法」が制定されていない現状は、「認識」のレベルではやはり一種の「立法不作為」の状態にある。「日本国憲法改正国民投票」に関して立法不作為と言うのは間違っているという旨の主張を行う背景には、「日本国憲法改正国民投票法」の成立を阻むことによって憲法改正を阻止しようという政治的な選択があるように思われる。しかし、政治的選択の問題としても、憲法改正の動きが極めて差し迫った段階で「日本国憲法改正国民投票法」が制定されれば、かえってその方が政権担当者らにとって都合の良い「日本国憲法改正国民投票法」となってしまう可能性が高いのではなからうか。むしろ「評価」のレベルでも、私は「9 条改正などの策略に乗らないように、憲法改正の前哨戦としてこれ〔日本国憲法改正国民投票法〕に反対するという対応が考えられる。しかし、本当にそれでよいのであろうか」との疑問を提示した上で、「〔法案が〕いかにもアナクロなものであり、可決されてはならないものだ。本気で憲法を考えるとすることは、本気で国民投票法について考えるということであろう。これを可決させないためにこそ、私たちには正当な対案が必要だ」（五十嵐敬喜・小林丈人「これはおかしい！ 憲法改正国民投票法案」『世界 2005 年 4 月号』36-7 頁）という見解に共感を覚える。

もっとも、現段階で「日本国憲法改正国民投票法」を制定することが、「国民のための政治」に重点を置

法改正に関する手続法は制定されなければならない。そこで、憲法改正の手続を定める法律に関しての基本的な視点を明確にするために、まず「憲法」とは何かということから話を進める。

「憲法」(Constitution、Verfassung)とは、「国家の基本的な統治構造について定めた法」「基本的な統治制度の総体」とされる(「実質的意味の憲法」)。こうした意味での「憲法」は、社会の存在するところには必ず存在する。しかし、欧米の憲法の歴史を概観すると、「権力の恣意的行使を防ぐために成文憲法典を制定する」という「立憲主義」(le constitutionnalisme、Konstitutionalismus)<sup>6</sup>は、古典古代ギリシャ、ローマ以降(古典古代に成立した立憲主義は「古典的立憲主義」と呼ばれる)にその根を有し、紆余曲折を経つつも徐々に各国の憲法に定着するようになる。そして、個人の権利保障のために国家権力を制限するという「立憲主義」が国家の基本とされた憲法が「立憲的憲法」と呼ばれ、18世紀のヨーロッパや北アメリカで開花した。1789年のフランス大革命時に宣言された「人及び市民の諸権利の宣言」16条の「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていない社会は、憲法を持つものではない」という規定は、「立憲主義」を最も端的に示している。日本でも、明治憲法は「法律の留保」によって個人の権利保障を無にする構造を有していた「外見的立憲主義」(Scheinkonstitutionalismus)であったが、敗戦を契機として成立した日本国憲法は、個人の権利保障に主眼が置かれ、かつ個人の権利保障のために国家権力が制限されていることから「立憲的憲法」と称することができる。

さらに「憲法」について付言すれば、「権力、特に立法権を法的に制限することによって、不可侵かつ不可譲の自由を保障するという、普遍の実質的価値を内在させている」ことから、「立憲的憲法」は「通常は成文・硬性であり、国の最高法規である」<sup>7</sup>とされる。国家の基本法である憲法には、時の政権を担当する政治勢力の意向によって変更されるといったように、一時的な政治状況によって変更されず、通常法律よりも長期にわたる「安定性」が求められる。しかし一方で、実際の政治状況・経済状況は変化する。憲法改正が全く不可能ということになれば、憲法が現実の不可避的な要求に対応することができず、憲法が違憲的に運用されたり、最悪の場合には革命やクーデター等を引き起こす。そこで多くの国の憲法には、予め憲法改正に関する規定が設けられている。この憲法改正手続に関しては、先に述べたような「安定性」と、

---

くのであれば必ずしも適切とは私は考えない。例えば、2005年4月16日付『毎日新聞夕刊』には、大阪府で2000年から4年までの間にホームレス変死者1052人、そのうち凍死・餓死114人との記事が出ている。こうした状況は、憲法25条の生存権に関する施策が不十分なことを示している。ところで、日本のこうした状況の中で、憲法9条を改正して自衛隊が海外で武力行使等を行えるようにするために憲法改正の手続法を制定することを優先させるべきなのか、あるいは高い失業率の結果「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」(憲法25条)を充実させる施策等を先に行うべきなのか。権力担当者は9条改正を行い、海外へ自衛隊を派兵できるようにすることを優先させているようだが、「国民のための政治」を重視すれば、「日本国憲法改正国民投票法」の制定よりもむしろ25条の施策等を先に推進すべきであろう。

<sup>6</sup> Patrice Gélard / Jacques Meunier, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 11éd., Montchrestien, 2001, P.91.

<sup>7</sup> 芦部信喜『憲法学 憲法総論』(有斐閣、1993年)37頁。

政治・経済・社会の動向に対応できる「可変性」という、相反する2つの要請を満たすために、通常の法律の改正とは異なって特別困難な改正手続が設けられていることが多い<sup>8</sup>。日本国憲法では、憲法改正には各議院の総議員の3分の2以上の賛成に基づく発議がなされ、しかも通常の法律の制定の際には要求されていない国民投票の過半数の賛成が要件とされている。

日本国憲法のこうした改正手続には、先に紹介した立憲的憲法の意義に照らせば一種の矛盾が内在している。通常の法律よりも改正が困難な硬性憲法の思想的な背景には「立法者に対する不信感」が存在するが<sup>9</sup>、憲法により拘束されるべき権力担当者自身、憲法96条では「国会議員」が憲法改正の主導権を持つということである。国会議員等の権力担当者は憲法の拘束を緩め、かつ権力担当者自身が望ましいと考える憲法改正を行う傾向を持つことは否定できない。そして、憲法によって権力行使が制限される名宛人である権力担当者自身が憲法改正に関する権限を持つということは、「猫に魚の番をさせる」的な側面を持ち、結果としては人権保障のために権力を制限するという「立憲主義」が弱められる可能性がある。日本国憲法の改正に関しては、各議院の総議員の3分の2の賛成という要件に加えて、「国民投票」が憲法上要求されており、かつ国民こそが憲法改正の最終判断権者なのでそうした心配はないとの反論があるかもしれない。しかし、ナポレオンによる国民投票の実態やヒトラー率いるナチスの国民投票の歴史を念頭に置き、かつ、「適当な問題を適当な時期に提出すれば国民は常にOuiで答える」というフランスを代表する憲法学者G. ブデルの見解等を引用して、「人民投票は、その問題内容と時期によって、提案者の欲する答を引き出すことができる」<sup>10</sup>として樋口陽一が国民投票に否定的な態度をとり続けてきたように、権力担当者はその期待通りの結果になるように言論規制や世論誘導等を行い、権力担当者の望むような結果になる蓋然性が高い時期を選んで国民投票を実施するであろう<sup>11</sup>。したがって、国民投票を権力担当者による恣意的な憲法改正に対する絶

<sup>8</sup> なお、「硬性憲法と軟性憲法との区別の基準は、憲法と通常法律との関係、つまり通常法律より位階において上位にあり、それを規制するのが硬性憲法」であり、「特別の改正規定の有無は硬性憲法と軟性憲法の区別においては何らの意味を有していない」というのがプライスの見解であり、この点についてA.V.ダイシーや日本の憲法学会は誤解をしてきたと井口文夫は指摘する。A.パーチェ著/井口文夫著『憲法の硬性と軟性』(友信堂、2003年)169-181頁。

<sup>9</sup> Philippe Ardant, institutions politiques et Droit constitutionnel 7<sup>éd.</sup>, 1995, p.75.

<sup>10</sup> 樋口陽一「人民投票によって採択された法案の違憲審査」『フランス法判例百選』14頁。

<sup>11</sup> 例えば小泉首相は「自衛隊というのが将来やはり我が国の平和と独立を守る軍隊であるということが正々堂々と言えるように、将来やはり憲法を改正するというのが望ましいという気持ちを持っておりますが、いまだにその機運にはまだ至っていない」(2003年5月20日参議院有事特別委員会。傍点は飯島による強調)と述べている。イラクに自衛隊を派兵する等、憲法9条と小泉内閣の下での防衛政策は架橋しえないほど深い溝が存在している。そこで、国家のあり方は国民の意志に基づいて決められるべきと考えるのであれば、自衛隊のあり方等を国民投票により国民に問うという方法もあり得よう。ところが小泉は「いまだにその機運にはまだ至っていない」という。小泉のこの発言は、小泉の望ましい結果になるような「機運にはまだ至っていない」ということであり、そして実際に日本国憲法改正国民投票が行われるのは、権力担当者によって言論統制や世論誘導等が行われた結果、権力担当者にとって好ましい結果が出る蓋然性が極めて高い場合であろう。

対的な歯止めと考えることはできない。

以上のことを踏まえると、憲法改正に関しては以下のようなことが言える。憲法改正の主導権は権力担当者にあるので、憲法改正に際しては権力担当者に不利な改正を行うことは通常は予測しにくく、権力担当者は自己の望むような憲法改正を求める。また、国民投票もその主導権が権力担当者に握られている以上、権力担当者の出した憲法改正案の正当化の役割を演じる可能性がある。そこで、個人の権利保障のために、憲法によって権力担当者の権力行使に法的足かせをはめるべきだという立場を支持するのであれば、権力担当者が有する憲法改正の権限については猜疑的であることが必要であり、できる限り権力担当者に憲法改正に関する権限を与えず こうした立場に立てば、内閣の憲法改正発案権は否定的に解されることになる<sup>12</sup>、かつ、「日本国憲法改正国民投票法」の制定に際しては権力担当者に不当に便宜を図ることのないように制定されなければならない。

さらに、「憲法」は主権者である国民の最も強い正当化が要請される規範であることに鑑み、「民主権原理の確立に相応じ、最高法規としての憲法の国民意志による正当化の要請」に基づく「憲法改正国民投票制」<sup>13</sup>についても、政権担当者の正当化だけのために機能するのではなく、主権者である国民が十分に議論を行い、各々が自己の判断を十分に確立した上で憲法に対する決断がなされるようなあり方が定められなければならない。

こうした観点からすれば、2001年に「憲法調査推進議員連盟」が提出し（以下「2001年議連案」という）、2004年に「国民投票法等に関する与党協議会」で修正された「日本国憲法改正国民投票法案」（以下「2004年修正案」という）はどのように評価されるのか。そのことをここで論じてみたい。なお、今回私に与えられたテーマは、「2001年議連案」や「2004年修正案」がどのような憲法問題を有しているのかということである。つまり、「日本国憲法改正国民投票法案」に関して、憲法学の観点からどのような問題点が存在するのかがここでの主題であって、どのような改正が許されるのか、あるいは許されないのかという「憲法改正の内容」についてはここでは触れないことにする。さらに、有力な憲法学説も実のところ「日本国憲法改正国民投票法案」と同趣旨の主張をする箇所が少なくない。そこで、単に「日本国憲法改正国民投票

<sup>12</sup> 国会の発議権の前段階の、憲法改正の発案権が内閣に認められるかどうかについて学説は分かれている。この問題の結論として、憲法改正の発案権が内閣にあるとなかろうとも、内閣総理大臣および過半数の国務大臣が国会議員であるという現行憲法の下では、議論の実益はないとの見解が有力に唱えられている。しかし、内閣が発案した憲法改正案を国会で審議することと、国会議員が発案した憲法改正案を国会で審議することは、現実にはかなり異なる結果をもたらすように思われる。内閣が憲法改正の発案権を持つことになれば、憲法改正にはかなり内閣の意向が反映されるであろう。そして、ほんらい「立憲的憲法」とは個人の権保障のために権力担当者を法的に縛る憲法であり、憲法改正の場面でもできる限り権力担当者の影響力を少なくすべきであるという私の立場では、内閣の憲法改正の発案権は認められないという結論に至る。

<sup>13</sup> 芦部信喜「憲法改正国民投票制に関する若干の考察」長谷川正安・森英樹『憲法改正論文献選集 日本国憲法13』（三省堂、1977年）134頁。

法案」の問題点を指摘するだけでなく、そうした憲法学説も念頭に置きつつ話を進める<sup>14</sup>。

## 第2章：「日本国憲法改正国民投票法案」の問題点

### (1) はじめに

憲法改正の手続に関しては、日本国憲法 96 条 1 項では、「この憲法の改正は、各議院の総議員の 3 分の 2 以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする」と定められている。この規定にある、「各議院の総議員の 3 分の 2」とはどのような意味なのか<sup>15</sup>、あるいは国民投票の時期<sup>16</sup>の問題等、憲法上いくつかの問題は存在するが、「日本国憲法改正国民投票法案」の問題点を指摘するという本稿の目的から、「日本国憲法改正国民投票法案」に現れた問題について以下言及する。

### (2) 国民投票における「その過半数」とは

芦部信喜は、アメリカ諸州での憲法改正の研究から、「アメリカ諸州における憲法の硬性度の区別を生む重要な制度的理由は、国民投票そのものではなく、憲法改正に必要な投票数の基準をどこにおくか、という点にあることを教える」<sup>17</sup>と述べている。芦部の指摘のように、投票数の決め方は国民投票にとって極めて重要な意味を持つ。しかし、憲法改正の際に行われる国民投票の投票数に関

<sup>14</sup> 近時の「日本国憲法改正国民投票法案」については、今井一『「憲法九条」国民投票』（集英社新書、2003年）、隅野隆徳「国民投票法案Q&A」『週間金曜日 552号』18-21頁等参照。

<sup>15</sup> 日本国憲法 96 条 1 項にいう「各議院の総議員の 3 分の 2 以上」の意味に関しては、憲法学説上も「現在議員数説」が通説的立場にあるとされている（芦部信喜『憲法学 憲法総論』（有斐閣、1993年）70頁、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1996年）35頁等）。

しかし、私見によれば「法定議員数説」が支持されるべきである。というのも、「法定議員数説」を採ると、欠員数だけの議員が常に反対の投票をしたのと同じように扱われるので妥当でないと通説は批判するが、欠員数が問題となるほど多いときに敢えて憲法改正という重大事を現議員だけで行うことは疑問であること、議院の法定数とすることにより、常に数が一定するという利益があること、死亡等の欠員は議決時に必ずしも明らかでない場合があり、「総議員」の数をめぐる争いを避けることができること、欠員を差し引いた現在員を総議員と解するときは、僅少の差で 3 分の 2 以上の賛成が得られないと見られるとき、少数議員を除名することによって議決を可決せしめる可能性を生ずること、要件が厳格とされていることは、改正を困難ならしめようとする趣旨を示すので、これを緩めて解するのは妥当ではないこと等が理由として挙げられよう（橋本公巨『現代法律学全集 2 憲法』（青林書院新書、1973年）598頁）。

<sup>16</sup> 憲法改正の国民投票の期日については、現憲法は「特別の国民投票」と「国会の定める選挙の際行われる投票〔国政選挙と同時にを行うこと〕」の 2 種類を規定している。そして、どちらにするのかについては、国会自身がそのときの状況に応じて法律を制定するか、国会の議決により決定することを国会に委ねていると解される。

選挙と同時の「国民投票」では、国民が選挙に気をとられて憲法改正の意義について十分に判断しない投票を行う可能性がある。そこで、憲法改正という問題の重要性に鑑み、国民の注意が憲法改正にだけ向くような「特別の国民投票」の方が望ましいと思われる。

<sup>17</sup> 芦部信喜「憲法改正国民投票性に関する若干の考察」長谷川正安・森英樹『憲法改正論文献選集 日本国憲法 13』（三省堂、1977年）147頁。

して日本国憲法 96 条の文言は一義的ではない。憲法 96 条の「国民投票の過半数」の意味については、有権者総数の過半数と解する「有権者数説」、投票者総数の過半数とする「投票者数説」、有効投票数の過半数とする「有効投票数説」に分かれる。「2001 年議連案」では、「国民投票の結果、憲法改正に対する賛成の投票の数が有効投票の総数の 2 分の 1 を超える場合は、当該憲法改正について国民の承認があったものとする」(54 条)とされており、憲法改正にとって一番容易と思われる「有効投票数説」が採用されている。「2004 年修正案」でもそうした立場が維持されている。学説上も「有権者数説」は「棄権者はすべて原案に反対した者とみなされる結果になる」ので妥当でなく、そして「投票者数説」は「書きそこないその他の理由による無効投票はすべて反対投票とみなされる結果になる」ので妥当ではないとされて、「有効投票数説」が通説とされている。しかし、単純化した例を挙げるが、憲法改正の国民投票が行われた際、100 人いる有権者のうち 30 人しか投票せず、その 30 人のうち 15 人が無効票で、有効票のうち 8 人が憲法改正賛成、7 人が憲法改正に反対というような場合、「有効投票数説」によれば 100 人の有権者のうち、8 人が賛成しただけで国家の基本法たる憲法が改正されてしまうという結果になる。今度はフランスの実例を挙げると、1793 年のジャコバン憲法をめぐる国民投票に関しては、700 万の有権者のうち 200 万人足らずが投票し、賛成 185 万 3847 票、反対 1 万 2766 票で国民の承認が得られたとされた。棄権率 73.3%、賛成 26.48%、反対 0.18%であった。共和 3 年憲法 (1795 年) 憲法については、賛成 91 万 4835 票、反対 4 万 1829 票で国民の承認が得られたとされた。因みに、賛成票の割合は有権者総数の 13.06%、反対は 0.59%、棄権率は 86.3%であった<sup>18</sup>。こうした状態にもかかわらず、国家の基本法かつ最高法規としての憲法の改正に対して主権者である国民が賛成したものと扱っても良いのであろうか。「有効投票数説」によれば、先に挙げた事例のように、憲法改正に賛成した者は投票者全体からすれば少数にもかかわらず、国民投票で過半数の賛成があったということにされてしまう。憲法は国家の根本的なあり方を定め、主権者の最も強い正当化が必要とされる法規範という性質からすれば、「日本国憲法改正国民投票法案」で採用され、学説上通説でもある「有効投票数説」は妥当ではない<sup>19</sup>。

本来であれば有権者の過半数が憲法改正に賛成することが必要であり、少なくとも最低投票数を定めた上で投票総数の過半数と解すべきではなかろうか<sup>20</sup>。

<sup>18</sup> Maurice Duverger, *Le système politique français*, 19éd., P.U.F., 1986, p.245.

<sup>19</sup> なお、僅かな国民の賛成票で、国家の基本法たる憲法が変えられてしまうことは問題であるとして、「有効投票数説」について私は批判した。しかし学説で唱えられる「有効投票数説」でも、「予め最低投票数を定めておくことは必要」であり、「有効投票が有権者総数の過半数であることが合理的」として、少数の国民により憲法が変えられることのないように配慮されている見解も存在する。例えば野村敬造「憲法改正の問題点 第 9 章 改正」『ジュリスト 241 号』102 頁。

<sup>20</sup> 橋本公巨『現代法律学全集 2 憲法』(青林書院新書、1973 年) 599 頁。

### (3) 投票方法

まず、最高裁判所の裁判官の国民審査同様、有権者の意見を積極的に聞かない方法、例えば、憲法改正案に反対の者だけに×印を付けさせ、それ以外の投票はすべて賛成であるとみなす方法も考えられる。しかし、最高裁の判例に依拠したとしても、最高裁判所に関して採用されている国民投票の手続をとることは憲法違反であると指摘されている<sup>21</sup>。「憲法」という国家の基本的なあり方について定めた法の改正が問題となるような場合、憲法改正が認められるためには多数の国民の積極的な支持があるべきであり、積極的に賛成の意志を表明しない者を憲法改正に賛成したとして扱うのは問題があろう。

そこで法案をみると、「2001年議連案」では、条文の上に×を記載することになっている。なお、×で記入するにしても、いくつかの条文の改正が問題となる場合、「一括方式」の投票形式になるのか、改正される各条文について個別に行われるのか、現段階では必ずしも明らかではない。この問題については、権力担当者側は「環境権」「プライバシーの権利」「知る権利」等の国民受けしやすい権利を憲法9条と抱き合わせて一括投票させることを検討しているようであり、例えば中曽根元首相は2005年2月23日、東京・有楽町の日本外国特派員協会の講演で、憲法改正の手続について、「全体を一括して改正するか、各条文ごとに分けて国民投票を実施するか議論が現存しているが、全体を一括して改正すべきだ」と述べと報じられている<sup>22</sup>。例えば「衆議院の解散」について憲法改正を行う場合に憲法7条、45条、69条などは相互に関連するので、相互に不可分の関係であれば一括して国民の賛否を問うことも許されるかもしれない。しかし、なぜ憲法9条の改正と「環境権」「プライバシーの権利」「知る権利」等の、何の関係もない規定を抱き合わせて投票しなければならないのか。最高法規としての憲法は主権者たる国民の最も強い正当化を必要とする法規範であり、かつ、憲法改正の国民投票の場ではできる限り主権者である国民の意志が正確に反映されるべきである。したがって、相互に不可分の場合を除いては一括投票のような方法は許されず、個々の条文の改正について賛成か反対かを表明できるように「一事項一投票主義」が採用されるべきであろう。

---

<sup>21</sup> 小島和司「憲法改正国民投票法案について」『法律時報25巻3号』（日本評論社、1953年）52頁で、小島は以下のように述べている。

「裁判所が右審査法〔最高裁判所の国民審査〕を合憲と判示するにあたって採用した論理〔最大判昭和27年2月20日民集6巻2号122頁〕は明白に本国民投票に適用の余地なきもので、もし右のような方式が本国民投票に採用されるならば、それは間違いなく違憲と考えられたであろう。」

<sup>22</sup> 2005年2月24日付『読売新聞』



### 第3章：「日本国憲法改正国民投票法案」の反民主的性格

#### (1) はじめに

国民投票のあり方を考えるために 2005 年 3 月に東京で開かれたシンポジウムで、小林節は「与党案を読んで心配になった。メディアがオピニオン（意見）を主張するのを規制しないでいただきたい」と発言したと報道されている<sup>23</sup>。

小林のこうした見解のように、「日本国憲法改正国民投票法案」で最も問題があるのは、その反民主的性格であろう。では、何を指して私は反民主的と言っているのか。国民が国政に関して直接意見を表明する「国民投票」について定めた法律をなぜ「反民主的」と言うのか。ここでは、「2001 年議連案」における表現規制の内容を概観し、その上で「日本憲法改正国民投票法案」の問題点を指摘する。

「2001 年議連案」では 「2004 年修正案」でも同様だが 「国民投票に関し憲法改正に対し賛成又は反対の投票をさせる目的をもってする運動」が「国民投票運動」とされ（63 条）、こうした「国民投票運動」は一定の者には禁じられている。具体的には、中央選挙管理会の委員等、選挙管理委員会の委員及び職員、裁判官、検察官、警察官等（63 条 1 項）、「国民投票の投票管理者、開票管理者、国民投票分会長及び国民投票長は、在職中、その関係区域内において」（63 条 2 項）、不在者投票管理者は、不在者投票に関し、その者の業務上の地位を利用して、国民投票運動が禁じられている（63 条 3 項）、国又地方公共団体の公務員等が「その地位を利用して」（64 条）、教育者（学校教育法で規定されている学校長及び教師）が「学校の児童、生徒及び学生に対する教育上の地位を利用して国民投票運動をすること」も禁じられている（65 条）、外国人や外国法人等に関しては、「国民投票運動」のみならず、「国民投票運動に関し、寄附」を行ったり、受けること、さらには「寄附を勧誘し、又は要求してはならない」とされている（66 条）。

「日本国憲法改正国民投票法案」で禁止されているのは「国民投票運動」だけではない。「予想投票の禁止」「虚偽・歪曲報道の禁止」「新聞紙又は雑誌の不法利用等の制限」といった規制がなされている。「国民投票に関し、その結果を予想する投票の経過又は結果を公表」することが「予想投票」であるが、こうした「予想投票」が禁じられている（68 条）。「虚偽・歪曲報道の禁止」に関しては、「新聞紙又は雑誌」及び「日本放送協会及び一般放送事業者」は、「国民投票に関する報道及び評論において、虚偽の事項を放送し、又は事実をゆがめて放送する等表現の自由を濫用して国民投票の公正を害してはならない」とされている（69 条、71 条）。「新聞紙又は雑誌の不法利用等の制限」に関しては、「国民投票の結果に影響を及ぼす目的をもって、

---

<sup>23</sup> 2005 年 4 月 16 日付『東京新聞』。

新聞紙又は雑誌の編集その他経営を担当する者に対し、財産上の利益を供与し、又はその供与の申込み若しくは約束をして、当該新聞紙又は雑誌に国民投票に関する報道及び評論を掲載させること」(70条1項)や、「新聞紙又は雑誌の編集その他経営を担当する者」が「前項の供与を受け、若しくは要求し、又は同項の申込みを承諾して、当該新聞紙又は雑誌に国民投票に関する報道及び評論を掲載すること」(70条2項)、さらには「国民投票の結果に影響を及ぼす目的をもって、新聞紙又は雑誌に対する編集その他経営上の特殊の地位を利用して、当該新聞紙又は雑誌に国民投票に関する報道及び評論を掲載し、又は掲載させること」(70条3項)も禁じられている。

## (2) 「日本国憲法改正国民投票法案」における言論規制の問題点

「表現の自由」(憲法21条)に対する正当性なき制約

( )はじめに

上記のような言論規制には憲法上様々な問題がある。第1に、この法案では、憲法上の権利である「表現の自由」(憲法21条)が正当な理由がないのに制約されている。

アメリカにおける表現の自由の研究の第一人者であるトーマス・エマソンは、表現の自由が「個人の自己充足」(individual self-fulfillment)、「知識の増進および真実の発見」、「社会の全ての構成員による政策決定への参加」、「安定性と変革の適切な均衡の維持」という4つの価値を実現すると述べている<sup>24</sup>。日本でも、表現の自由は一般的に「優越的地位」を有するとされている<sup>25</sup>。人間という存在は、自分の意見を自由に表明し、他者と対話を通じて自己の人格を成長させていく。表現の自由は、そうした「自己実現」の価値を実現する側面を持つ。さらに、表現の自由は「自己統治の価値」を実現する。多くの国民が国政に関して限られた情報や誤った情報しか有していなかったり、国政に関して確たる自分の意見を確立していなければ、民主政は不十分なものにならざるを得ない。そのような事態に陥らないためには、国民が国政に関する情報をできる限り多く有し、かつ国政に関して様々な角度から様々な主張を行い、議論することが必要となる。マスコミ等でも国政に関して十分に議論がなされ、そうした様々な意見や討論を聞くことによって、その人なりの国政についての意見を形成することができる。表現の自由は、こうした「自己実現の価値」と「自己統治の価値」を実現するがゆえに「優越的地位」を占めると言われてきた。

<sup>24</sup> T.Emerson, First Amendment Doctrine and the Burger Court, 68 California L.Rev.442 (1980) p.423. その他にも、エマソンの主張に関しては、T.I.エマソン(小林直樹=横田耕一訳)『表現の自由』(東京大学出版会、1972年)参照。

<sup>25</sup> 表現の自由の原理論については、芦部信喜『憲法学 人権各論(1)』(有斐閣、2000年)248-261頁、奥平康弘『なぜ表現の自由か』(東京大学出版会、1992年)3-79頁。

無論、「優越的地位」を占めると一般的に言われている「表現の自由」といえども無制限な行使が許されるのではない。1789年の「人および市民の諸権利の宣言」11条では、表現の自由が「人のもっとも貴重な権利の一つである」とされつつも同時に、「すべての市民は、法律によって定められた場合にその自由の濫用について責任を負う」と規定されていたように、正当な理由があれば表現の自由といえども法的制約に服する。しかし、表現の自由の重要性に鑑み、アメリカ的に言えば「どうしても必要な利益」(Compelling Interest)がない限りは表現の自由に対する制約は許されない。「選挙」という最も民主的な手続を行うときこそ、いつにも増して言論や行動の自由を認めるべき<sup>26</sup>であり、ましては憲法という、国家の基本法の改正の問題に関しては十分な議論がなされることが必要である。そこで、仮に憲法改正問題をめぐる言説を法的に規制するというのであれば、極めて重要な正当化事由が要求される。「日本国憲法改正国民投票法案」は「投票運動に参加できない人を広範に規定していること、報道機関に対する厳しい制限を行っている」<sup>27</sup>が、こうした状況がどのような憲法問題を持つのかについて、以下論じることとする。

( ) 多くの国民の「国民投票運動」からの排除

主体という点に関していえば、先に見たように、「公正確保」を理由としつつ、公務員の「国民投票運動」は事実上できないことになる。また、国・地方公務員、特定独立行政法人・公団等の役職員、学校長・教師は、国民投票運動での「地位利用」を禁じられている。こうした規制は公務員・教育者を国民投票運動から排除する効果を持つことになる。さらには、こうした規定があることにより、法により明記された者は自己の行為を自粛するようになり、アメリカで言われる「萎縮の効果」(Chilling Effect)をもたらす可能性がある。現実にも裁判官の例を挙げると、裁判所法 52条<sup>28</sup>では在任中の裁判官が政治運動等を行うことが禁じられているために、「野鳥の会は、積極的な政治運動を行う団体と見られないだろうか。仮にそうでないとしても、最高裁から裁判官の中立性を損なうと言われるのではないかと、やはり心配であった」<sup>29</sup>という状況が生じている。このように、不明確な法律の文言により裁

<sup>26</sup> 五十嵐敬喜・小林丈人「これはおかしい！憲法改正国民投票法案」『世界 2005 年 4 月号』40 頁。

<sup>27</sup> 五十嵐敬喜・小林丈人「これはおかしい！憲法改正国民投票法案」『世界 2005 年 4 月号』40 頁。

<sup>28</sup> 裁判所法 52 条 (政治運動等の禁止) 裁判官は、在任中、左の行為をすることができない。

一 国会若しくは地方公共団体の議会の議員となり、又は積極的に政治運動をすること。

二 最高裁判所の許可のある場合を除いて、報酬のある他の職務に従事すること。

三 商業を営み、その他金銭上の利益を目的とする業務を行うこと。

<sup>29</sup> 岡文夫「野鳥の会に入会したい」日本裁判官ネットワーク『裁判官は訴える！私たちの大疑問』（講談社、1999 年）117 頁。ちなみに、例えばドイツでは、裁判官は労働組合や政党に加入したり、裁判官として法律の制定や軍備増強に反対する署名を行ったりするなど、さまざまな政治運動に積極的に関与している。フランス、スペイン、イタリア、とりわけドイツの裁判官が政治活動に参加している現状については、木佐茂男「外国の裁判官はこのように市民的自由を行使している」小田中聰樹、木佐茂男、川崎英明、高見澤昭治編『自由のない日本の裁判官』（日本評論社、1998 年）参照。

判官が自己の行為を自粛している現実が既に存在する。「日本国憲法改正国民投票法案」も同様の役割を果たす可能性がある。「地位の利用」に関しては、例えば教師の例を挙げよう。法案では、学校教育法上の「教師」が「学校の児童、生徒及び学生に対する教育上の地位を利用」して「国民投票運動」を行うことが禁じられている。投票権を有する学生に対して、大学教師の言うように投票しなければ「単位を与えない」とか、教員の支持する政党を親が支持しなかったら子どもの成績を悪くする等の行為を行ったとする。この場合には「地位を利用して」「国民投票運動」を行ったことに該当し、そうした行為が禁じられるというのであれば、それなりの合理性はある。しかし、「地位を利用して」という文言はそうした事例に限定されるのか。例えば大学教師が憲法改正について授業をしたことが「地位を利用」して国民投票運動を行ったと解釈される可能性が否定されないのであれば、教師は憲法改正問題に関する自らの発言・活動を自粛するであろう。

そもそも、これらの公務員等が「日本国憲法改正国民投票法案」でいう「国民投票運動」をするとどのように公務員等の「公平」を害することになるのかという問題があるろう。たとえばこれらの公務員等が勤務時間内にそうした運動を行っていたのであれば「公平」という点からは問題があると言えるかもしれない。しかし、勤務時間を離れば公務員等も主権者である国民であり、憲法上の権利主体である。ましてや憲法という、自分たちが関与せざるをえない国家のあり方を定める法についての改正が問題となる時に、主権者である国民が公務員等であるという理由でなぜ憲法改正に関する発言や「国民投票運動」等を行うことが法的に許されないということになるのか。「猿払事件最高裁判決」(最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁)の少数意見で、「およそ国民の政治活動の自由は、自由民主主義国家において、統治権力及びその発動を正当づける最も重要な根拠をなすものとして、国民の基本的人権の中でも最も高い価値を有する基本的人権」であり、「積極的な政治活動はその性質上その時々政府の見解や利益と対立、衝突しがちであるため、とかく政治権力による制限を受けやすいことに鑑みるときは、このような制限がされる場合には、その理由を明らかにし、その制限が憲法上十分の正当性を持つものであるかどうかにつき、特に慎重な吟味検討を施すことが要請される」と正当にも指摘されているように、政治活動の自由は民主主義にとって極めて重要であり、そうした政治活動を制約するのであれば十分な正当化事由が存在しなければならない。そして再度「猿払事件最高裁判決」の少数意見を引用すると「我々は、過去の歴史において、為政者の過度の配慮と警戒による自由の制限がもたらした幾多の弊害を度外視してはならないのである。このことは、公務員の政治活動についても同様であるといわなければならない」のである。

「日本国憲法改正国民投票法案」は「公正確保」を理由としつつ、多くの公務員・教師等

を国民投票運動から排除する可能性があるが、実際には正当な事由がないにもかかわらずこうした制約が設けられ、その結果、「憲法制定権力であるわれわれ国民の権利を不当に制限することになる」<sup>30</sup>。

( ) 「表現の自由」(憲法 21 条) に対する正当性なき制約

「日本国憲法改正国民投票法案」では、マスメディアの国民投票に関する報道及び評論における「虚偽報道」「歪曲報道」が禁止され、違反者に対して罰則が設けられている。こうした規定により、政府が虚偽・歪曲と判断した報道や論評は禁止される可能性が生じる。実は公職選挙法にも類似の規定がある。公職選挙法 148 条 1 項では「この法律に定めるところの選挙運動の制限に関する規定(138 条の 3(人気投票の公表の禁止)の規定を除く。)は、新聞紙(これに類する通信類を含む。以下同じ。)又は雑誌が、選挙に関し、報道及び評論を掲載するの自由を妨げるものではない。但し、虚偽の事項を記載し又は事実を歪曲して記載する等表現の自由を濫用して選挙の公正を害してはならない」と規定されている。一方、「2001 年議連案」69 条では、「新聞紙(これに類する通信類を含む。以下同じ。)又は雑誌は、国民投票に関する報道及び評論において、虚偽の事項を記載し、又は事実をゆがめて記載する表現の自由を濫用して国民投票の公正を害してはならない」とされている。表現は似ているようだが、実は 2 つの相違点が存在する。まず第 1 に、公職選挙法では「選挙に関し、報道及び評論を掲載するの自由」が原則とされ、例外的に「虚偽の事項を記載し又は事実を歪曲して記載する等」の場合に罰則が科せられるというしくみになっている。一方、「2001 年議連案」では「新聞紙又は雑誌が、選挙に関し、報道及び評論を掲載するの自由を妨げるものではない」との表現が抜かれており、「選挙に関し、報道及び評論を掲載するの自由」が前提とされていない。なぜ法案にはこうした前提が存在しないのか。こうした言論規制規定は 1953 年の自治庁による「日本国憲法改正国民投票法案」には存在しないが、今回こうした規定を導入するだけでなく、公職選挙法では前提とされている「選挙に関し、報道及び評論を掲載するの自由」が「2001 年議連案」や「2004 年修正案」では前提とされていない。

次に、公職選挙法で虚偽・歪曲報道に対する規制には、立候補者に対する虚偽・歪曲報道を制限するという目的が存在する。例えば選挙の際、全く根拠がないにもかかわらず、ある立候補者を落選させる目的で「A 候補者は前科 5 犯である」「現職の議員時代、賄賂をたくさん受けていた」等の虚偽の発言がなされたのであれば、そうした不当な虚偽・歪曲報道に対して規制をすることは「立候補者の保護」という必要性があるので納得できなくもない。一方、日本国憲法改正の国民投票の際の「虚偽・歪曲の報道及び論評」とは何か。また、憲

<sup>30</sup> 五十嵐敬喜・小林丈人「これはおかしい! 憲法改正国民投票法案」『世界 2005 年 4 月号』40 頁。

法改正国民投票の際、なぜ虚偽・歪曲報道・論評が禁じられなければならないのか。例えば「イラクへの自衛隊派兵はアメリカ軍の武力行使と一体化し、憲法違反である」という発言は「虚偽・歪曲」発言となるのか。小泉内閣は、「イラクにある非戦闘地域への自衛隊派遣は武力の行使と一体化せず、憲法違反ではない」としているので、小泉内閣の立場からすれば「イラクへの自衛隊派兵はアメリカ軍の武力行使と一体化し、憲法違反である」という発言は「虚偽・歪曲」とされる可能性がある。「憲法9条を改正すれば、日本は戦争のできる国になる」という発言についても、「憲法改正を行っても武力の行使はしない」という小泉首相の発言からすれば虚偽・歪曲発言となる。このように、憲法改正問題に対する発言に関しては、何が「虚偽・歪曲」になるのかということは必ずしも明確ではない。政府の見解に反する見解を述べたら「虚偽・歪曲」とされる可能性があるが、こうした解釈がなされる可能性を持つ規定を「日本国憲法改正国民投票法」に導入することは、マスコミ等が憲法改正問題に関する発言を控えるというような「萎縮的効果」を及ぼし、国民の間での十分な議論を阻害する要因となる。ちなみに、アメリカの判例を紹介すると、公務員に対する名誉毀損が問題となったニューヨーク・タイムズ対サリバン事件（New York Times Co. v. Sullivan 376 U.S. 254. 84（1964））では、「言辞が偽りであると知りながら、あるいは、偽りであるか否かを無謀にも無視してなされた」公務員に対する批判、いわゆる「現実の悪意」(Actual Malice)がある場合には、公務員に対する名誉毀損が成立するとされた。しかし、表現の自由一般に関しては「正しい結論はある種の権威的な選択を通じてよりも、多くの者の発言から集められる蓋然性が高い」公の問題に関する表現の自由が修正第1条によって保障されているという一般的命題は、長い間、当裁判所〔合衆国最高裁判所〕の判決によって確定されている。」「公の争点に関する討論は禁圧されず、力強く、かつ、広範囲になされなければならない、また、その討論は政府および公務員に対する激烈で、痛烈な、そして時として不快なほど鋭い攻撃を含むのが当然である」とされ、しかも虚偽の表現に関しても、「誤りのある言辞は自由な討論には避けがたいということ、表現の自由が生き続けるために必要とする息つくスペースを持つためには、誤りのある言辞が保護されなければならない」と判示されている。間違っている主張、歪曲された主張に対しては、言論によって当該主張が誤り・歪曲であることを論証し、言論で対抗すれば良い。そうした議論のやり取りを通じて、人々はある問題についての自分の見解を確立することができる。そして国民の間でも、ある問題について共通の認識に至る前提が整うことになる。そうした言論によるやりとりこそが民主主義社会では極めて重要なのである。権力担当者が提出する可能性がある「日本国憲法改正国民投票法案」では、そうした自由な言論のやりとりが虚偽・歪曲報道等の名目で権力担当者により封じられ、国民の間での自由な議論が阻害されてしまう可能性がある。

また、「2001年議連案」では「国民投票の結果に影響を及ぼす目的をもって、新聞紙又は雑誌の編集その他経営を担当する者に対し、財産上の利益を供与し、又はその供与の申込み若しくは約束をして、当該新聞紙又は雑誌に国民投票に関する報道及び評論を掲載させること」（70条1項）も禁止されている。こうした規定も政府による「狙い撃ち」を生じさせる可能性がある。例えば、憲法改正反対の広告等をマスコミ等に広告料を払って掲載した場合、この規定により罰せられる可能性はないと言い切れるのか。こうした規定も、「萎縮の効果」を生じさせる恐れがある。

#### 不十分な国民主権の実現

第2に、「日本国憲法改正国民投票法案」に規定されている正当性なき政治活動の自由の制約、言論統制の必然的な帰結として、国民が国のあり方を決定するという国民主権が十分に実現されない可能性がある。

国民こそが国政のあり方を決める最終決定者であるという国民主権を貫くのであれば、国家の基本法たる憲法改正国民投票が行われるに際しては、主権者である国民が十分に憲法改正の是非について議論し、集会やデモ等で憲法改正の持つ問題点を他者にも訴える自由を認めることが必要である。また、主権者たる国民が憲法改正について自己の見解を持つためには、テレビ、新聞等でも憲法改正問題についての議論が十分に紹介されるべきであろう。さらには、日本国民の独善的な判断に陥らないようにするためにも、外国人が日本国憲法の改正についてどのように考えているのかということが紹介されることも、主権者たる国民が憲法改正問題について判断するに際しての一視座を提供するものとして有益と思われる。そうした「思想の自由市場」が確保されてこそ、知らないうちに一方的な見解に洗礼されることなく、主権者が憲法改正を判断するに際しての見解を確立することができる前提が整うことになる。「日本国憲法改正国民投票法案」では、先に指摘したように、多くの国民が「国民投票運動」に携わることを禁じられ、あるいは断念せざるを得ないような状況に追い込まれる結果、そして、マスコミ等が憲法改正について報道・評論することを断念あるいは断念せざるを得ないような状況が生ずる結果、憲法改正をめぐる議論が十分になされず、その結果、国民が憲法改正に関する見解を十分に確立することができずに国民投票の場で意志を表明せざるを得ない状況が生じる可能性がある。

なお、以上のような言論規制の可能性に加えて、「2004年修正案」では国民投票は、国会発議から「30日以後90日以内」または「国政選挙の日や国会が議決した日」に行うとされている。「30日以後90日以内」という短期間にどれだけの人々が改憲案の内容や問題点を知り、議論ができるのか。こうした所にも国民の間での議論の重要性に対する認識の欠如、民主主義の軽視が現れていると言えよう。

### 「プレビシット」<sup>31</sup>の可能性

さらには、憲法改正に関する言論が権力担当者により規制されることで、国民投票は権力担当者の発議した憲法改正案へ正当化を付与する役割を演じる可能性がある。

清水睦は国民投票制について、それは民主主義の基調理念と一致すべき制度であるにもかかわらず、しばしば独裁制を強化するものとして機能したと述べ、その原因として「支配層が国民意識をその目指す方向に整序したこと（強制力にあるものであれ、マスコミ、宣伝によるものであれ）それと関連するが、人権としての表現の自由、結社の自由の欠如ないし著しい制約などが、国民投票を独裁の具たらしめた」と指摘している。清水の主張のように、また、フランスでも「プレビシットは一般的に、ナポレオンのカエサル主義的体制や、後にはナチスやファシスト党の独裁制の特権的な道具であった」<sup>32</sup>と指摘されているように、国民投票は政権担当者の正当化機能をしばしば営んできた。ナチスの独裁を強化するために用いられた「国民投票」はその最たる例であろう。そして、国民投票がそうした政権担当者に対する正当化機能を営むことにはならず、「改憲手続としての国民投票が、国民権を实体化する方位で行われる条件を考えるには……マスコミの問題、さらに、表現の自由、結社の自由の問題などを閉却することは許されない」<sup>33</sup>のであって、憲法改正をめぐる自由な討論、国民運動等がなされなければならない。にもかかわらず、表現の自由等に対して厳しい制限等がなされるのであれば、国民投票制は、国民権原理に基づく国民意志の直接的な表明という本来予定された役割ではなく、「かつての独裁支持の国民投票と同じ役割を担うことになる」<sup>34</sup>可能性が生じる。「日本国憲法改正国民投票法案」でも、先に指摘したような政治活動の制約や言論規制がなされる結果、国民投票が国民意志の真の表明とはならず、権力担当者の行為に対してお墨付きを与えるだけの役割を演じてしまう可能性があるろう。

## 第4章：おわりに

### (1) 小活

以上、「日本国憲法改正国民投票法案」が持つ憲法問題について述べてきた。個人の権利保障のために権力担当者を法的に拘束するという立場に立つのであれば、権力担当者には憲法改正に関する権限をできる限り与えないようにすべきであり、恣意的な方法により権力担当者に対

<sup>31</sup> 「有権者が付託された案件に対して直接意思を表明する場合、その意思表示が提案者に対して白紙委任的な信任を付与するように機能する場合を、否定的な意味を込めてプレビシットという」(モーリス・デュヴェルジェ著/時本義昭訳『フランス憲法史』(みすず書房、1998年))。

<sup>32</sup> Patrice Gélard / Jacques Meunier, *op.cit.*, p.53.

<sup>33</sup> 清水睦「憲法96条における国民投票制への一視座」『日本国憲法の位相』(日本評論社、1967年)294頁。

<sup>34</sup> 清水睦「憲法96条における国民投票制への一視座」『日本国憲法の位相』(日本評論社、1967年)294頁。



する法的拘束を緩めることがないようにされなければならない。しかし、「日本国憲法改正国民投票法案」では、「国民投票での過半数」が「有効投票の過半数」とされており、かつ最低投票数も定められていない等、憲法改正が容易になるような方向性があらゆる方面で採られている。また、96条で定められた国民投票も、主権者である国民が十分に憲法改正問題について討議し、そうした議論などを踏まえた上で国民投票の場で意見を表明できるようにすべきであろう。にもかかわらず、「日本国憲法改正国民投票法案」では、「公平確保」の名目で多くの公務員、教師等が「国民投票運動」に携わることが禁じられ、さらには憲法改正を成立させるために改憲反対派の言論や政治運動を封じることにも可能になる規定が存在している。そして、多くの者が「公平確保」の名目で憲法改正に関する発言を封じられ、かつ権力担当者らによる言論統制等の必然的帰結として、憲法改正問題に関して国民は十分に議論ができず、マスコミ等による憲法改正の問題点の提示も不十分なものにならざるを得ず、憲法改正国民投票の場での国民の意見表明が不十分なものになる可能性がある。さらには、権力担当者による言論統制の結果、国民投票は権力担当者から提示された憲法改正案に対して正当化を付与するだけの役割を演じるに止まってしまう可能性がある。

## (2) おわりに

もっとも、「日本国憲法改正国民投票法案」については、以上のような危険性があるとしても、必ずそうした危険が生じるということではない。「暴力(Gewalt)自体は常に一つ的手段にすぎず、その目的によって正当化されることもあれば批判されることもある」<sup>35</sup>と、ドイツ・ヴァイマル期を代表する国法学者ヘルマン・ヘラーが適切にも指摘しているように、ある法律が実際にどのような役割を果たすかは、その法律の実際の担い手、およびその法律の置かれた時代状況等の考察を抜きに語ることはできない。例えばヘラーが活躍したドイツ・ヴァイマル期の例を挙げると、ヒトラーの独裁を可能にさせたことで名高い、「国民と国家の困難を除去するための法律」(Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich)<sup>36</sup>、いわゆる「授権法」(Ermächtigungsgesetz)を成立させるために、ヒトラー率いるナチスはヴァイマル憲法48条の大統領命令を濫用した<sup>37</sup>。

そうした大統領命令の一つで、「引出命令」(Die Schubladenverordnung)<sup>38</sup>とも称され、「こ

<sup>35</sup> Hermann Heller, "Freiheit und Form in der Reichsverfassung" (1929) in: Christoph Müller (Hrsg.),

Hermann Heller, *Gesammelte Schriften* 2. Aufl. (1992) J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, Bd. II, S. 376.

<sup>36</sup> *Reichsgesetzblatt*, 1933 I, S. 141. 邦訳は高田敏 / 初宿正典編訳『ドイツ憲法集』(信山社、1997年)155 - 7頁を参照。

<sup>37</sup> ナチスがヴァイマル憲法48条を濫用して権力掌握した状況に関しては、飯島滋明「国家緊急権(2)」『早稲田大学大学院法研論集第102号』(2002年)。

<sup>38</sup> Werner Frotzcher/Bodo Pieroth, *Verfassungsgeschichte*., 3. Aufl. C.H. Beck'sche erlagsbuchhandlung, München, 2002, S. 309.

の命令に基づいてヴァイマル憲法 123 条の集会の自由と 118 条の出版の自由は制限を受けた<sup>39</sup>と指摘されている「ドイツ国民の保護に関する 2 月 4 日の共和国大統領命令」に関しては、それまでの警察命令と本質的に違いはないが、大統領命令がテロの手段になったのは、むしろ大統領命令が恣意的かつ拡大適用されることによってであったと指摘されている<sup>40</sup>。こうした実例が示すように、同様の法律であってもその担い手によって運用のされ方・役割が変わってくる。

「日本国憲法改正国民投票法案」がどのような役割を演じる可能性があるかを考慮するに際しては、同法案を成立させようとする勢力が言論、とりわけ反政府的な言論についてどのような姿勢を持っているのか、あるいは現在の権力担当者が表現の自由に対してどのような態度を示しているのかも考慮する必要がある。

近時、政府の政策に反対する言論を統制しようとする動きが露骨に出ているが、私はここで「立川テント村事件」を例として挙げる<sup>41</sup>。この事件では、自衛隊官舎のポストに「自衛隊のイラク派兵反対」というピラを入れた行為が「住居侵入罪」(刑法 130 条)にあたりとされ、3 人の反戦運動家が逮捕され、75 日間にわたり拘留された。この事件に関して、フランスの新聞「ル・モンド」には「確かに民主主義国家ではあるが、日本は平和的手段によって反対意見を表明する権利という、自由社会の特徴の 1 つを失いつつあるのだろうか？ピラは爆弾ではない (les tracts ne sont pas des bombes) 戦争中の表現による「危険思想」をピラが伝播すると考えない限りは<sup>42</sup>との皮肉混じりの記事が掲載されている。確かに「イラクへの自衛隊派兵反対」とのピラを見て不快になる自衛隊員の家族もあろう。しかし、派兵されることになる自衛隊員にはどのような危険性があるのか、あるいはイラクへの自衛隊派兵について国民がどのように考えているのかといったことについて知りたいと考えている自衛隊員等もあろう。ピラを受け取り、それを読むか読まないかの判断を自衛隊員等に決定させることが民主主義社会での前提である。ところが、自衛隊宿舎へイラクへの自衛隊派兵反対のピラを投じたことを「住居侵入罪」で逮捕・起訴するという手法により、国家権力は国民間の自由な情報の流通を遮断し、国民である自衛隊員等からイラクへの自衛隊派兵について判断する機会を奪っている。ピラの配布行為を「住居侵入罪」で逮捕、起訴することによって反政府運動を取り締まるというやり方は、世界有数の悪法といわれている「治安維持法」の「目的遂行罪」を拡大解釈して、

---

<sup>39</sup> Herwig Schäfer, "Die Rechtsstellung des Einzelnen von den Grundrechten zur volksgenössischen Gliedstellung" in :Ernst Wolfgang Böckenförde (Hrsg.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, C.F.Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1985, S.109.

<sup>40</sup> Werner Frotscher/Bodo Pieroth, a.a.O., S.310.

<sup>41</sup> この事件に関しては、高田幸美、堀越明男、キ一、吉田敏浩「私たちが逮捕されたとき・・・」『世界 2005 年 3 月号』、宗像充『街から反戦の声が消えるとき 立川反戦ピラ入れ弾圧事件』(樹心社、2005 年)等参照。

<sup>42</sup> Le Monde, 2004.6.16.

反政府運動等を取り締まった戦前の言論統制のあり方を想定させる。この事件では(も?)、基本的人権を尊重しつつ刑事手続を進めるべきという「適正手続主義」、「当事者主義」等の憲法上の基本原則が無視されていること自体の問題<sup>43</sup>もさることながら、こうした言論統制の日本の現状を考慮すると、憲法改正の問題に関して「警察・検察当局の運動抑圧の矛先は、今のところイラク反戦など一定の政治的・社会的主張を持つ政党や市民団体による表現活動に主として向けられているが、しかしこれに止まらず、改憲反対の動きをはじめとする市民運動一般にも向けられていくことが確実に予想される」<sup>44</sup>との懸念が表明されるのも無理からぬと思われる。反政府言論を規制しようとする権力担当者であれば、「日本国憲法改正国民投票法案」が成立し、実際の国民投票の際に言論規制がなされる結果、本稿で指摘したような危険性が生じる可能性がますます高くなることを念頭に置きつつ、同法案の有する問題点について考察する必要がある。

---

<sup>43</sup> 現在の日本国憲法には、戦前の非人道的な刑事手続に対する反省として、憲法の権利規定の3分の1が刑事手続とされている等、比較憲法的にも類をみないほど詳細な刑事手続の規定が存在する。ところが、宗像充『街から反戦の声が消えるとき 立川反戦ピラ入れ弾圧事件』は、被疑者等の基本的人権を尊重しつつも刑事手続が進められるべきという「当事者主義」が現在でも実現されていない状況を鮮明に描いている。例えば、一人の女性被疑者に対して刑事が「立川から出て行け」「2重人格のしたたかな女」「寄生虫」「立川の浮浪児」等の発言を取調の最中に行い(111頁)、時には怒鳴りつけたりした。なお、取調は以下のような状況で行われる(89頁)。

「取り調べは消耗しますよ。だって、留置所から連れ出されると、手錠つけられて、腰縄つけられて出てくるでしょう。座ったら自分が座っている椅子に腰縄をくくりつけられます。腹もきつく絞められているから、全然動けません。そういう状態で、ずっと座っているから、尻も痛いし、腰も痛いし、肩はバリバリに凝ります。取調室って薄暗くて、そういうところでずっと刑事の方ばかり見ていたら、目がすごく疲れてきます。だんだん刑事の周りに残像とか見えてくるんですよ。〔中略〕取り調べで出されるときに、生理中に生理用品取り上げられました。それは制服警官でしたけど、「あんた、どうせトイレ行けないから」と言われて腹が立ちました。」

<sup>44</sup> 小田中聰樹「ピラ配り刑事弾圧の先にあるもの ピラ配りが本当に犯罪といえるものなのか、3つの事件に即しつつ法的に考察する」『世界 2005年3月号』142頁。

(2005年5月3日脱稿)