

最終講義・題目「デモクラシーの光と影」

——わが国立憲政のザインとゾレン——

小林 孝 輔

○司会…法学部長の堺です。それでは、これから小林先生の最終講義を行います。

若干、小林先生の略歴、経歴等を述べさせていただきます。

ご存じの学生はもちろん講義を受けているから多いと思いますが、小林先生は昭和十七年に、早稲田大学の法学部へ入学しまして、そこを卒業して大学院を経て、昭和二十五年に一年間ですが、立正大学におりまして、昭和二十六年から青山学院大学法学部の教員に赴任いたしました。それから四十年間青山学院大学に在職しておりました。

聞くところによりますと、青山学院大学で四十年間在職した人は初めてで、以後も当分ないだろうと言っておりました。それから平成元年に札幌大学の法学部ができました、二年間ほど非常勤というところに来ていただきました。平成三年に正式に法学部教授として就任いたして現在に至っております。

先生は、幾つかの学会の理事を兼ね、学術会議委員をも歴任しまして、また全国憲法研究会や現在国際民主法律家協会の会長でもあります。著書、論文に至っては、余りに多く、憲法に関する著作も何冊も出しており、今日な

お精力的に著述活動を続けておられます。私、今手に先生の著作表を持っておりますけれども、それを読み上げますと非常に時間がかかりますので、省略いたします。そのほか諸君は、講義の中で若干片鱗を見たかと思いますが、ドイツ関係の法律にお詳しい先生です。

小林先生には、若い先生方もここ何年かの間に指導いただきまして、非常に感謝しております。札幌大学の法学部ができたのは、小林先生、もちろんほかの先生もいますけれども、中心になってこちらへ来ていただいたということに負うところが大きいので、我々法学部教員一同としても、非常に感謝しております。

今回、最終講義というところで、わざわざやっていただけるということになりましたので、静かに聞いてください。

小林先生です。紹介いたします。

『デモクラシーの光と影』（レジュメ）

緒論 一九九五年の大事件——そこに共通する問題性

第一、わが国の近代デモクラシー

1、わが国憲法体制における「デモクラシー」

2、憲法一条、一五条、四一条、そして五六条

第二、民主制と多数決制の関係

1、社会集団の意思決定のローマ的方法とゲルマン的方法

- 2、民主政治の形成条件としての多数決制
- 3、民主政治の破壊条件としての多数決制

第三、多数決的民主制の治療法

A説―「全会一致制」の併用

B説―少数者、弱者の発言の保障

C説―少数者の機会均等と少数派の権利の保障

第四、結論にかえて―民主制の恢復論・日本におけるその特殊問題

minority, dissenting opinion の価値、その育成について

最終講義をする機会を与えられました、さて何をテーマにするか、考えあぐみました。法学部が発足の頃、東欧諸国の変革、国際的冷戦構造の解消があり、以後、国内外の政治状況は激動しました。いま、話題にしたい憲法問題は山ほどあります。しかし、限られた時間、なるべく一般的な、という点で、レジюмеに書きましたような、最近起こりました諸事件に触発されて考えさせられた問題、を話すことにしました。

緒論 一九九五年の大事件―そこに共通する問題性

本当に深刻な大問題が続発しました。この他にも慰安婦問題があり、規制緩和問題あります。これらには共通する問題があります。それは、これらの問題の発生あるいは処理において、まったく「国民不在」だ、という点であります。

年が明けてから連日問題となっているのが住専問題であります。住宅金融専門会社の為した赤字補填に、公金六八五〇億円を財政支出するということですが、他方、いまだ復旧ならぬ神戸大震災ですが、この被災者らが望む通りの修復をするとしても、その全費用は、住専に支出する公金の半分で間に合うそうです。まさにいずれとも絵に描いたような国民不在なのです。オウム事件というのは、脅迫、誘拐、殺人等どれも大変な事件であります。そしてすでに現行法によって逮捕し、裁判し、すでに一部は判決が出ました。他方では、宗教法人法を改正し、国の宗教学法人への監督権限を強化する立法がなされ（昨年一二月）、さらに宗教基本法なるものが政府与党内部で立案されています。

帝国憲法では、天皇制国家の神聖性の確立、当時の言葉で「国体明徴」のため、宗教、思想の自由の保障がきわめて弱かったことから、個人にせよ団体にせよ、大変な弾圧を経験しました。敗戦は一九四五年八月ですが、この年の二月と四月、いまや首都は焼かれ、国家の命運は断末魔の状況にあった時ですら、聖公会とハリストス正教会が弾圧されたのでした。

現行憲法二〇条は、信教の自由を明確に保障します。戦前と戦中の歴史的経験を踏まえた、この憲法二〇条の申し子として、一九五一年四月立法されたのが宗教法人法であります。この法律は国民の人権保障の重要な一部であります。オウム事件を機に、軽々しく改正したり、また立法時から人権弾圧法として厳しく批判された破壊活動防止法を発動したりするのは、角を矯めて牛を殺すの類です。これこそ「国民不在」の、支配政党によるきわめて恣意的施策というべきでありましょう。私はオウム事件は既存の刑事関係法によって宗教行為から逸脱した反社会的違法行為として対処しうるし、また対処すべき犯罪事件と思いません。

沖縄の米兵の暴行事件がしめす基地問題には、つきつめれば安保条約の問題、さらには国民を国民とみない少数民族に対する差別という一連の〈国民不在〉がみえます。これはいまさらのことではありません。私は米国占領時代の一九六六年八月、初めて沖縄を訪ねたことがあります。なかなか旅券が下りませんでした。その時の見聞を法学セミナーや新聞に書いたことがあります。パイナップルと砂糖黍が主要産物と聞きましたが、その生産にふさわしい平地のほとんどが基地とされ、荒地や斜面にへばりつくように民家や仮小屋ふうの学校がある情景に驚いた記憶があります。そして基地は大体鉄条網で仕切っておりましたが、なにかの折に演習地でしょうか、畑だったところを近道するために横切ったりすれば、軍事裁判にかけられました。要するに沖縄県民は戦前も戦中も戦後も変わらず、本州の国民とかけ離れた逆境、差別を強いられています。少女暴行事件は一例なのであります。

札幌在住の評論家で山川力さんという知人がいます。最近私はかれから近著の『今、アイヌ新法とは』という本を送って頂きました。学生時分に六法にみたことあるのですが、今日いまだに『北海道旧土人保護法』という差別法が存在することを知り、本当に驚きました。土地所有権は「相続ニ因ルノ他譲渡スルコトヲ得ス」(二条一項一号)といった、どうみても違憲としかいえない法律が現存しているのです。日本国民である沖縄人やアイヌ人に対する処遇は、国民を国民と扱わない・少数民族に対する差別にほかならないと思います。この背後には、この国は純粋な単一民族国家であることを誇りとし——実は単一民族ではないし、ないことは一向に恥ずかしいことではないの——少数民族の存在を、(じつは事実の疑わしい)「単一民族」性を妨げる余計者とみなす差別政策があります。頭部を、日本語で「あたま」というほか、「かしら」、「こうべ」、「つむり」、「かみ」などいくつかの言葉があるが、これは言語学的には珍しいことで、多民族国家の証拠だと聞いたことがあります。日本語といわれる言語には大陸

系や南方系の言語が入り混じっており、日本が多民族、多種族の混合国家であることは確かのようにあります。欧米人からみて日本人は多様な容顔で、アジア人の中でも見分けにくい人種だそうです。私自身も留学中、——もう三〇年も昔で在外日本人が今ほどは多くない時代だから一層そうかも知れませんが——、よくタイ人かとかカンボジア人かと聞かれました。目の細い人は中国人、朝鮮人、目の丸い人は南方系に見られるようだ、と留学仲間です。顔形や頭型が他の外国人に比べ、より多様であることも混合種族の証拠でもありましょう。

そしてこの事実が、帝国憲法下、官僚主導の中央集権的国家形成政策が、少数民族への差別ないし虐待に向かわせた、という気がします。沖縄県民の沖縄民族、北海道民のアイヌ民族あるいは在日二世の南北朝鮮人に対する差別を根拠づける諸法は、〈国民不在〉の立法の典型といえます。

原発問題も〈国民不在〉の例外ではありません。「朝日年鑑」九五年度版、七五三頁にある原子力発電の資料をみますと、米、英、仏、日以下約三〇か国の原発運転国が載せられてあります。上位四国が抜群の設備稼働数を示す。しかもなお増設中及び計画中の数字も米、仏、日が圧倒的に多いのです。そこへ「もんじゅ事故」です。識者の説によれば、少なくとも日本ではもうこれ以上の原発電気需要はないそうです。「もんじゅ事故」に際し関係重電会社の名が新聞にでましたが、いずれも日本の財界したがって政界も動かしている巨大会社です。これをみて、新潟巻町のような原発反対運動が成功しようとも、なお政府が原発計画の続行に固執する理由が判りました。これも〈国民不在〉政治の象徴であります。

一九八九年の春ですが、冒頭の堺法学部長の挨拶に出てきました・国際民主法律家協会のフランス革命二百年記念研究大会がパリのユネスコ会館でありまして、わたしもナショナル・レポートをするため参加しました。大会後、

法律家仲間と東ドイツを初め、いわゆる東欧諸国の崩壊直後の状況を視察しました。ベルリン市内をバス観光したとき、案内嬢がベルリンは原発のない国（州）であります、と誇らしげにいったとき、日本の法律家たちは思わず感嘆の声を上げたのでした。

規制緩和も国民不在の例であります。規制緩和にも善玉と悪玉があります。最近伝えられるところでは、政府は地主や家主の要求で借地借家法という規制を廃止せよとの声に応ずるそうです。借地借家法はすでに諸君は民法で勉強したように、いわゆる大正デモクラシーの生んだ社会立法の代表例であります。社会立法は不合理な経済的不平等を規制し、人権の平等を実現しようとする民主的立法政策です。これを地主や家主の要求だけをきいて意味深い社会立法を廃止するとすれば、〈国民不在〉といわれても仕方ありません。

私たち国民は、かくも激しい〈国民不在〉の政治の渦中にいるのであります。私たちは、国民不在の軍国主義による窮乏政治が敗戦で終焉し、国民主権、議会制民主主義の憲法を持ちました。それにもかかわらず、依然として〈国民不在〉の中におかれているのであります。なぜでしょうか。どうしたら戦前と同工異曲の煉獄から抜け出ることができのでしょうか。この検討が本日の講義の狙い・眼目なのであります。

第一 わが国の近代デモクラシー

一九四五年八月の敗戦後、確かに民主化の声は高まったのです。封建制打倒は民衆の声でした。しかし他方民主主義を喜ばない、むしろ反対の人々も大勢いました。むしろ政界その他支配層では、民主化反対、または民主主義を理解できないひとが多かったのです。こういう人達が依然指導層に蟠踞していたために、君主制か民主制か判然

としない・象徴天皇制的国民民主権国家！の憲法規定（一条）が生まれたわけであります。当時、日本キリスト教団の指導者だった小崎道雄牧師は占領は二五年を必要とするといいましたが（W・ウッドワード著阿部美哉訳「天皇と神道」、一五ページ）、日本の民度を熟知しての言葉かも知れません。この頃については、話したいことが多いですが、時間がありません。

とにかく戦後の憲法は、国民不在を許さぬ国民主義であることは疑う余地はありません。そして憲法一五条は、公務員は国民全体の奉仕者であることを明規しております。さらに四一条は、国会が事実上の主権者の地位にあり、立法は国会のみによるとしています。国会が立法機関であるのは当然ではないか。確かにそうであります。

しかし帝国憲法——戦前の大日本帝国憲法をふつう明治憲法と呼びます。現行ドイツ共和国連邦基本法を、制定した政府の所在地にちなんでボン憲法といい、戦前のドイツ国憲法（一九一九年）を起草地にちなんでワイマール憲法といいますね。いわばニックネームです。しかし旧憲法を略称するなら帝国憲法が適当だと思います——その帝国憲法五条によると、帝国議会（この上院は民選を経ない貴族院）は、天皇の持つ立法権の補助機関とされてきました。だからいまの国会は、帝国議会とは性格が違うのであります。二院の議員とも民選する、それが唯一の立法機関ということ、日本の憲法史としては革命的でした。

さらに五六条は多数決原理による議決の制度を規定しています。

このような戦後の憲法は曖昧さを残しながらも国民民主権制を明記し、あきらかに国民代表制民主主義体制でありますね。にもかかわらず今まで話しましたように、大変な国民不在政治が日々実践されているのです。

その窮極の原因は「多数決原理」または「多数決制」にある、と私は思います。

第二、民主制と多数決制の関係

多数決制は、古代ギリシャの民主制国家の要素でした。そして法史家はアリストテレスの「政治学」(岩波文庫「政治学」二二三頁他)を引用します。一人が長く政治すると独裁者—僭主になるおそれがある。その場合、例のオストラキズム(陶片追放)によって罷めさせるとあります。ギリシャ敗残の後、その文化が、担い手の亡命とともに移転したローマは、地中海の中心として商業が盛んで富み、これが各人は各人の主人という個人主義を育てました。ローマの民会(*comitia*といいますが)の意思決定方法は、この個人主義を前提とする多数決制でした。ローマを根拠地とするキリスト教会(宗教改革後はカトリック教会と称します)の教皇も、枢機卿(*cardinalis*、ラテン語の *cardo*「要」に由来するとされますが、世界各地にいるローマ・キリスト教会の高僧で、初期は少数だったが現在は百二十余人います)の中から、多数決で選ばれました。

この多数決制文化に対し、今日の西欧諸国民のほぼ元祖といえる古代ゲルマン民族は、約二千年前、東部より中部ヨーロッパに來たり、約五〇種族が、一五〇人くらいの集落を作って、各地に散在したといえます。その、狩猟と小規模の農耕による共同社会の意思決定方法は、ゲルマンに伝統的な団体主義、——つまり個人主義の反対です——によって、全会一致制でした。

ローマ帝国に代わってヨーロッパの支配者となった多神教的ゲルマン大帝国の皇帝は、統一性を維持する為の思想的支柱として、一神教のキリスト教を受け入れました。そこで、ローマ教皇はゲルマン帝国国王に「ドイツ国民の神聖ローマ帝国」皇帝の称号を与えたことは、すでに諸君が承知の通りです。このローマ皇帝は、ゲルマン諸君

主の中の有力者七人（内、四人は世俗君主、三人は司教）の選帝侯の中から選出されました。その選出方法は、はじめはゲルマン伝統の全会一致制でしたが、教会文化——文字、医学、史学、文学、農耕技術、手工業、石造建築等々——の影響で経済社会の発展もあり、次第に多数決制を採用します。文献的には、一二七五年頃の法律書・シュワーベン・シュピールゲルの「三人がある人を選び四人が別の人を選んだときは三人は四人に従え」が最初のようにあります。

このように、ヨーロッパの諸国に多数決制が普及しました。この背景には一五、一六世紀の人文主義や資本主義の発展があります。個人主義的功利主義を提唱したベンタムが国家における立法の目的は「最大多数の最大幸福」の実現であるといいましたが、この具体的内容は多数決原理を意味します。明治の守旧的、反動的憲法学者穂積八束が多数決原理をもって、「国家公共の視点を忘れたベンタムの功利主義に通じ国益を害する説」としたのは、立論の意図はともあれ正鵠を射ている多数決評といえます。

近代の合理主義的民主制は——権力分立制もそのひとつですが——、すべて個人主義的世界観Ⅱ多元的な価値観を基礎とするから多数決原理で実現維持されました。しかし重要なことは、これにより民主主義の平等は害されました。すなわち、多数決制は共同体の意思決定に当たり、まず多数派と少数派に分類します。そして多数派の意見を共同体の意見とみなし、例え一票の差でも少数の意見はまったく無視されるのであります。多数決原理は本質的に「差別の原理」でもあります。つまり、一面で民主主義の形成原理は、他面で民主主義の否定原理でもあるのです。民主主義的に採択されたはずの政治意思が国民不在になるのは、あるいは不平等政治でも民主制を称し得るのは、多数決原理の途方もない落とし穴といえます。しかし全会一致がスターリンやヒトラーの政治だった事実をみ

れば、われわれは多数決制を放棄せず、むしろその蘇生を考えねばなりません。

第三、多数決的民主制の治療法

多数決制を基礎とする議会制民主主義国家において、その反民主的効能を矯正するにはどうすべきか。

これについてはいろいろな説があります。ここでは著名な三人の憲法学者の説を紹介し、そしてわが国の特有の問題を考えたいと思います。

第一に、G・イエリネックが『少数者の権利』（一八九八年）で主張した説です。多数決制と全会一致制の併用であります。すなわち一般的な問題は多数決制で決定し、基本的人権の存否に関わるような重要議案については全会一致を要件とし、多数派の独断による少数者の権利侵害を排除しようとする意見です。ただこの際、多数決議案と全会一致議案との区別基準がひとつの問題になるように思います。

第二は、H・ケルゼンが『議会制論』（一九二五年）や『デモクラシーの本質と価値』（一九二五年）で主張した説です。ケルゼンによれば少数者であろうと発言・意思を否定されるべきではないのです。なぜなら政治の目的は安定にあり、安定が政治における正義なのです。安定は不満がない・または少ない民主的政治が導くのです。つまり、民主制は少数でも反対意見を黙殺してはいけません。

多数決の時、A意見とB意見のどちらが多数かが問題ではなく、どれほど多少差があるかが問題だ、とケルゼンはいいます。例えば、A意見Ⅱ五十一、B意見Ⅱ四十九では、Aが多数です。だがここでA意見を採用してはいけません。なぜなら、ほぼ半数の反対があるのですから、この決定による施策は極めて不安定、つまり悪政ということ

になる。悪政つまり不平等な民主制、国民不在な民主制の防止には、意見の交換と妥協を重ね、意見差を極力縮小することが正義だということです。つまり少数派に異議を、多数派に寛容を要求しています。異議、質問等の議事妨害（Obstruction）が存在するかぎり、多数派は決定してはいけない、という自律説です。

第三に、最近まで南独フライブルク大学教授で、連邦憲法裁判所判事でもあったK・ヘッセの『ドイツ憲法原論』（一八版、一九九一）は、多様な意見の政党、グループの存在が民主主義政治の基本的条件と考えます。少数意見、少数政党の存在は重要です。が、より重要なのは多数派と少数派の交代の可能性が留保されていることだ、といいます。そのためには多数意見と少数意見の発言の機会均等が保障されなければなりません。つまり、選挙法の内容、たとえば選挙運動、選挙権、被選挙権の行使の資格、場所、時間、方法について公平でなければなりません。私はこのヘッセの説を注目します。特定の多数派がほぼ永久的に何十年も政権にあるというこの国の状況は、憲法規定に違反しなくとも、民主制ではなく、国民不在の政治に道を開くのは至極当然でありましょう。

最後にもう一分、時間をいただきます。

第四、結論にかえて——民主制の恢復論・日本におけるその特殊問題

さて、わが国の国民不在的、言い換えれば非民主的な、何十年に亘る政官財癒着の「固定した多数党」による政治を改編するには、ヘッセ説の、その手前に解決せねばならない日本の問題がある様に思われます。

第一に、少数者の育成です。この国において伝統的とも思える少数派嫌いの習性の放棄であります。そのために特殊日本の問題は、まず少数派であることを恐れず、少数側に立つことです。「寄らば大樹の陰」とか「皆で渡れば怖くない」といった伝統的な無個性の心情、あるいは目立たないことを美德とする保守的心情を社会悪・国家悪

の素と観念することが必要でありましょう。

第二に、それ故に、少数者の存在を軽蔑したり、排斥したり、しないことです。むしろ尊重することであり、民主的社會の育成のために。

自衛官護國神社祀事件の最高裁判決で伊藤正巳判事の少数意見―「多数者は多数者であることによってすでに保障されている。ゆえに法によって保障されるべきは少数者である」というのは、実に含蓄に富むことばであります。ところが、伊藤判事が別に書くところによれば、少数意見を書くことを法が保障している最高裁においてすら、少数意見を出しにくい雰囲気がある、そうです。日本社會の“少数者異端視癖”の根は深い、といわなければなりません。いま圧倒的社會問題になっているいじめ問題、少数民族や在日朝鮮人への差別観もまさにその典型といえましょう。かつて社會党、あるいは共產党に対し、多くの國民は、ときにジャーナリズムも“何でも反対政黨”と冷笑し、少数意見、反対意見を揶揄、輕蔑し、あるいは反社會的政黨といった評価しかしませんでした。それが今日のオール与黨時代、國民不在時代を生んだのでした。いまは、われわれ日本人にとって戦後最大の民主か專制かの試練時代ではないでしょうか。これをもって最終講義を終わります。

最後に、一八世紀は啓蒙期最高の知性、といわれたボルテールの言葉を諸君に贈ります。

「現在が我々の目標であることは決してない。過去と現在とは我々の手段であり、ひとり未來のみが我々の目的である」、かれはと書いております（『哲学書簡』一七三四年）。諸君が、つよい意志をもって未來にむかって生きることを願って止みません。

付記・本稿は、さる一九九六年一月二十六日の講義の速記を整理したものである。