

ISSN 0287-4601

日本法學

第八十二卷 第三号 2016年12月

百地 章教授古稀記念号

憲法と国家の諸相

日本大学法学会

日本法学 第八十二卷第一号 目次

論 説

刑事司法における検察官の役割(四・完)……加藤 康 榮

個人情報保護の為の検索結果に対する削除権……水 野 正

政務調査費をめぐる住民訴訟
——使途基準と立証責任の問題を中心として—— ……西 原 雄 二

翻 訳

フランス行政訴訟法の現代的課題……デルフィーンヌ・コスタ
神尾真知子 訳

論 説

ジャン・ドマの三つの序文的章と法原則、ブランシブ、レ・ケル及びピロ……菊 池 肇 哉
ポティエ「法原則」との対比において

ポティエ『新編学説彙纂』
第50巻第17章第2部第1章について ……吉 原 達 也

日本法学 第八十二卷第二号 目次

船山泰範教授古稀記念号

人間存在と刑事法学



百地章教授近影

献呈の辞

平成二八年一〇月四日、百地章先生はご壮健のうちにくめでたく古稀を迎えられました。本学教職員一同を代表して心よりお祝いを申し上げますとともに、その意を表すべく、古稀記念論文集『憲法と国家の諸相』を編み、これを先生に献呈いたします。

百地先生は、昭和四六年四月、愛媛大学法文学部に助手として着任され、講師、助教授を経て、昭和六〇年一〇月に同大学同学部の教授となられました。平成五年三月に京都大学にて博士（法学）の学位を取得された後、翌平成六年一〇月に本学に着任され、二十二年の在職期間中に、学務委員会副委員長、企画委員会副委員長、大学院運営委員会副委員長および比較法研究所長の役職を歴任して本学の運営にご尽力くださいました。またその間には、宗教学学会理事、憲法学会理事、比較憲法学会理事長など学会の役職を務められ、学界の発展に多大な貢献をされました。

国家と宗教の関係（政教関係）や国家緊急権の問題を中心に、精緻な理論構成と実証的な比較研究の手法をもって現代憲法の直面する諸問題に取り組んでこられた百地先生の研究成果には、『憲法と政教分離』（成文堂、平成三年）、『靖国と憲法』（成文堂、平成一五年）、『憲法の常識 常識の憲法』（文藝春秋社、平成一七年）などをはじめとする数多くの著書・論文で接することができます。しかし、その学風の比類なき特徴は、象牙の塔に引きこもることなく、国家・一般社会にも積極的に分け入って粘り強く対話を続けてこられたところにあります。すなわち、公にあっては、衆議院および参議院の憲法調査会・憲法審査会において、多岐にわたる憲法問題につき公述人・参考人を務められ、

最近では、内閣官房における「皇室典範に関する有識者ヒアリング」や、「天皇の公務の負担軽減等に関する有識者会議ヒアリング」などで意見陳述をされる一方、民間にあつても、「二十一世紀の日本と憲法」有識者懇談会（通称「民間憲法臨調」）の事務局長・運営委員としての活動をはじめ、政党やシンクタンクの勉強会などにおいても数多くの講演や助言を行つてこられました。

保守派の論客としての先生のお立場は、革新・左派ムードに彩られた昭和の時代はもとより、今日もなお、いわれなき偏見に晒され中傷を受けることが少なくありません。しかし、いかなる批判にも真摯に向き合い、あくまで学問的見地から冷静に反証をされる百地先生のお姿は、思想的な立場を同じくしない人々の間にも一定の共感と尊敬の念を呼び起こし、「みんなで憲法を考える」気運の醸成に寄与するところ大なるものがございました。

このような百地先生の輝かしい学問業績と社会的活動の恩恵に最も多く浴したたのは、いうまでもなく本学の学生諸君であります。熱意と示唆にあふれつつも、軽妙なジョークをまじえて展開される先生一流の講義やゼミナールは、学生諸君の学修意欲を大いに刺戟し、その薫陶を得て数多くの有為の人材が社会に巣立っていきました。また、大学院教育においても、先生は本学出身の優秀な研究者を大切に育ててくださいました。

古稀とともにご定年を迎えられ、来年度より日本大学法学部の講義・ゼミナールをご担当いただけなくなるのはまことに残念なことではありますが、これからも「日本」は憲法学者・百地先生のお力を必要としております。今後ともますますお元気でご活躍されることを心より祈念し、献呈の辞とさせていただきます。

平成二八年十二月吉日

日本大学法学部長 池村正道

目 次

献呈の辞

緊急権としての「必要性の原理」(doctrine of necessity)について	東裕	三
スペイン一八五六年「未公布」憲法の憲法史的意義	池田実	三五
アメリカ州憲法における宗教教育援助禁止条項について	高畑英一郎	七三
裁判員制度の憲法適合性	柳瀬昇	一〇三
条約再論	甲斐素直	一五
明確性の原則と憲法三一条	設楽裕文	一九
憲法九条による自衛権の制約について ——政府解釈を中心に——	杉山幸一	二七
イスラム頭巾着用禁止、信教の自由及び国家の宗教的中立 二〇〇三年及び二〇一五年の連邦憲法裁判所判決を巡って	小林宏晨	二四七

現代立憲主義像・管見

——ケルゼンとハイエクの論争を素材として——

新 正 幸 …… 二七七

ケルゼンの自然法論批判についての一考察……

長 尾 一 紘 …… 三〇七

具体的規範統制手続の《抽象性》

——移送手続に関する若干の覚書き——

初 宿 正 典 …… 三四三

新旧皇室典範における「皇統」の意味について……

新 田 均 …… 三七五

ドイツの民衆扇動罪と表現の自由

——ヒトラー『わが闘争』再出版を契機として——

鈴 木 秀 美 …… 三九三

日本国憲法における権限分配上の関係と組織上の関係……

時 本 義 昭 …… 四三二

財産上の負担を伴う表現行為の規制と「やむに已まれぬ利益」

——ニューヨーク州サムの息子法をめぐる違憲判決を中心に——

長 谷 川 貞 之 …… 四七二

コーポレート・ガバナンス・コードと説明責任

——株主総会のベストプラクティスならびに金融商品取引法における「相当な注意」

の履行に係る判例の交錯、英国法における不実開示責任および米国シヨート

藤 川 信 夫 …… 五三七

ターミズム——

アメリカ大統領の連邦公務員任命権と上院の承認手続	阿部竹松	五九七
タイにおける政治の司法化と脱民主化	玉田芳史	六二七
自由改良の時代と救貧法からの離脱	矢野 聡	六五三
安全保障法制をめぐる 日本人の戦争観と安全保障意識	福田 充	七〇二
ロシア連邦憲法裁判所と政治の司法化	河原祐馬	七三四
フランスにおける 同性愛嫌悪表現の法規制について	光信一宏	七五九
憲法改正と環境条項	小山 剛	七六六
軍人の良心と言論の自由に関する覚書 ——2003年イラク戦争とドイツ軍人による2つの事案——	松浦一夫	八〇二

国家緊急事態条項の比較憲法的考察

——とくにOECD諸国を中心に——

西

修

八三〇

百地 章教授

略歴

八三二

百地 章教授

主要業績

八三九

百地

章教授古稀記念号

緊急権としての

「必要性の原理」(doctrine of necessity)について

東 裕

はじめに

日本国憲法には緊急権規定がない。このことが大規模な自然災害等の緊急事態における迅速かつ効率的な措置をとるにあたって法的障害となり、国民の生命・財産等の安全確保に重大な支障があるとして、憲法に緊急事態条項の導入を求める動きがある。また、近年わが国をめぐる周辺の安全保障環境も大きく変化しつつあり、緊張の高まりを見せている。このような状況に鑑み、憲法に緊急事態条項の導入が求められるのは自然な成り行きであるが、憲法の改正が短時日のうちに実現されるとも思われない。憲法改正を待つだけでなく、現在の憲法を前提に、不測の緊急事態

の発生に備え、有効な対処を可能にするような憲法理論を準備しておくことも必要ではないだろうか。そのような問題意識から、英連邦諸国における判例を通じて形成されてきた不文の緊急権である「必要性の原理」について、実際の適用例の分析をもとにその法理を明らかにし、日本国憲法下での「必要性の原理」の適用可能性を示唆するものがある。

一 日本国憲法と不文の緊急権

日本国憲法には緊急権規定がないことから、その意味を巡って学説が分かれるが、不文の緊急権を認めるか否かで、学説は大きく二分される。その根本には憲法解釈の方法論および憲法典の効力論に関する立場の相違がある。憲法解釈を憲法典の枠内で限定的に行うのか、憲法典の効力の前提として国家の存立を不可欠とするのか否か。そうした憲法学の方法や国家論に関する問題が伏在している。

(1) 不文の緊急権否定説

不文の緊急権については、「憲法上の根拠なく緊急事態に対して超憲法的な非常措置として行使されるものは、法の問題ではなく、事実ないし政治の問題である」とする見解がある。ここにいう「憲法上の根拠」とは憲法典上の根拠ということ、憲法解釈の方法として条文上の根拠が見いだせない超憲法的な権限行使は、「法の問題ではなく、事実ないし政治の問題」とするのであるから、憲法解釈は憲法典の枠内で行うものであるとする方法論がとられてい

ることがわかる。この解釈方法では憲法典の効力を当然の前提としているものと思われるが、国家の存立が脅かされる緊急事態においては、「超憲法的な非常措置」として緊急権が行使されることがありうるとしても、それは不文法上のものではなく、法の問題ではないとする。

不文の緊急権を認めない見解の中には、国家の存立が脅かされる緊急事態を想定し、その際に国家ないし国民のとるべき方法を次のように明確に提示するものもある。すなわち「個人の人権を保障することこそが国家の最も重要な任務であり、それ故にまた、個人の人権を保障するためには究極的には国家の消滅も肯定される」^②（傍線は引用者）とし、「実定法の枠内で対処し難い事態が発生した場合には、事態対処の任務は法理上は国家権力以外（社会的諸集団、最終的には個人）に帰属する」^③とする説で、この説は原則として実定法の枠内でいっさいの事態に対処しなければならぬとし、規定外の事態に対しては「法理上」は国家権力ではなく最終的に個人が対処すべきと説く。「個人の人権を保障することこそが国家の最も重要な任務」としながら、何故このような結論に至るのかとの疑問を禁じ得ないが、日本国憲法が個人主義的国家観を採用しているから、という前提に立つことからくる理論的帰結のようである。

(2) 不文の緊急権肯定説

一方、不文の緊急権を認める次のような見解がある。すなわち、「国家緊急権が問題となるのは、憲法典が前提としている国家や政治的共同体の存立自体が脅かされている場面である。したがって、たとい憲法典に明文の根拠規定がなくても、国家や政治的共同体というものの存立を認める限り、国家緊急権は不文憲法上の権能として認められると考えるべきであろう」^④と。この見解は、「憲法典が前提としている国家や政治的共同体の存立」を憲法典の効力の

前提として措定し、それが脅かされるときには憲法典の効力もまた脅かされるとして、憲法典の効力の前提たる国家の存立を確保するための不文憲法上の国家緊急権を承認する。

同様の見解として、「事態を放置すれば憲法典の実効性ないしその生命⁵そのものが失われる緊急事態に不幸にして陥った場合、憲法の存続を図るため非常措置を講ずることは不文の法理として肯定しなければならぬであろう。そしてその場合、かかる非常措置は、日本国憲法にあつては、単に『国家の存立』のためということではなく、個人の自由と権利の保障を核とする憲法秩序の維持ないし回復を図るためのもでなければならぬ⁵とする説がある。この説でも憲法典の効力は「国家の存立」を前提としているが、「日本国憲法にあつては、単に『国家の存立』のためということではなく、個人の自由と権利の保障を核とする憲法秩序の維持ないし回復を図るためのもでなければならぬ」として国家の存立と同時に憲法典に内在する価値秩序との調和を図ろうとする。

(3) 不文の緊急権として「必要性の原理」

このような学説状況の中で、本稿では、憲法典の効力の前提として国家の存立が不可欠であり、国家の存立なくして人権保障もありえないという立場に立つて緊急権を考えるものである。そして、国家の独立を保持し、国民の生命・財産を守り、その権利・自由を最大限保障していくことが国家の責務であり、そのために憲法があると考えるものである。およそ世界の国々は憲法典というものはこのような考えのもとに制定されていると思われるが、日本国憲法は必ずしもこのような考え方に立つものではない。

それゆえ上述の見解にみられるように、緊急事態への対処は国家権力の問題ではなく究極的には個人の選択に委ね

られると解するような法理上の帰結がもたらされたりもする。このような結論の意味するところは、個人の自己決定をなによりも尊重することで、結果的に国民の生命・財産とその権利・自由の保障を他国の政府の手に譲り渡すことにもなりかねない危険を容認するものである。

大規模な自然災害への対処を強調した緊急事態条項の日本国憲法への導入が議論されてはいるが、緊急事態の第一に挙げられるべきは国家の存立が脅威にさらされる場合であり、そのような脅威は外国からの武力攻撃や侵略によってもたらされる。それもまた、大規模な自然災害同様、向こうから突然やってこないとも限らない。日本国憲法への緊急事態条項の導入の議論に加えて、日本国憲法の下での不文の緊急権の行使を可能とする途を開くための理論も整備される必要がある。そして、その議論をもとにした緊急事態条項の立憲化という筋道もありえよう。

そのような観点から、英連邦諸国にみられる不文の緊急権原理である「必要性の原理」(doctrine of necessity)について、その実際の適用例を参照しつつ考察したい。ちなみに、不文の緊急権である「必要性の原理」の考え方は英米法系諸国だけに限られるものではなく、大陸法系のフランスにおいてもその考え方が憲法上採用されていることに注目したい。すなわち、緊急事態において大統領が「状況に応じて必要な措置をとる」ことを認めた一九五八年憲法第一六条の緊急権規定は、この「必要性の原理」を明文化したものであるといわれるのである。⁶⁾

二 緊急権としての「必要性の原理」の形成と展開

1. わが国における「必要性の原理」の紹介

わが国の緊急権研究における「必要性の原理」の紹介は、管見によれば次の二つがその主なものである。

(1) 岩間昭道「非常事態と法」(一九八三年)

岩間昭道教授は「非常事態と法」(一九八三年)の中で、この原理を「必要性の法理」(necessity-doctrine)として英米法系の不文の緊急権法理として紹介されている。⁷⁾特にイギリスでのコモン・ロー上の不文の法理として「必要性の法理」を定義して、「政府は非常事態に際して国家の防衛と公共の安寧秩序の維持と回復のためマーシャル・ローの布告を含めて原則として必要ないっさいの措置を講ずる権限をもつ、という法理」⁸⁾としている。

そして、その特徴として次の二点を挙げている。⁹⁾

① 必要性と比例原則の制約に服するが、状況に応じて目的達成のために必要な限り現行法に反するいっさいの措置をとることができる包括的な権限である。

② とられた措置は原則として違法性の推定を受け、事後に通常司法裁判所の審査により、最終的には議会の免責法により、当該措置の客観的必要性が認定されて初めて違法性が阻却される。

このような構造をもつ「必要性の法理」について、岩間教授は「一定の条件の下では大陸型に比べて立憲主義的要請と現実の必要性によりよく応ずることができるものであり、その意味で現代型緊急権制度としてよりすぐれたもの

といえよう^⑩」と評価するが、それは「イギリス固有の立憲主義的基盤と伝統にもとづいたものであって、そのような基盤と伝統のかけたところでは、『必要性の法理』は実質的には（大陸型の）不文の国家緊急権（Staatsnortrecht）の法理の代替物としての役割を果たすことになる蓋然性が極めて高い^⑪」とその濫用の危険性を指摘する。

(2) 河原峻一郎「マーシャル・ルール、反乱、緊急事態」（一九五八年）

岩間教授による「必要性の法理」の紹介より遡ること二五年前に、河原峻一郎氏が「マーシャル・ルール、反乱、緊急事態」（一九五八年^⑫）において、英米法における「necessityの原則」として「必要性の原理」に言及している。それによれば、アメリカの憲法制度においては「マーシャル・ルールの下における手段の合法性の基準はnecessityである。それについては、政府の政治部門、通常は行政部門が第一の判定者であるが、それにより被害を受けた個人は事件を裁判所に提起し、necessityを司法的に審査せしめることができるということになる^⑬」。また、イギリスでは「マーシャル・ローを正当化する唯一の原則はnecessityである。その開始はnecessityによつてのみ正当化され、その継続もまた同様である。もしマーシャル・ローが、その根拠であるnecessityにより一分間でも長く行われるならば、それは直に暴力の行使となる^⑭」として、必要性（necessity）が緊急時事態におけるイギリスのマーシャル・ローの正当化原則であり、アメリカではマーシャル・ルールにおける手段の合法性の基準となることが紹介されている。

2. 英連邦諸国における「必要性の原理」の形成と展開

(1) 「必要性の原理」の形成

イギリスに起源を持つ「必要性の原理」(doctrine of necessity) は、「国家的必要性の法理」(doctrine of state necessity) ともいわれ、第二次世界大戦後独立した英連邦諸国の裁判所における判例を通じていつそうの発展を遂げ確立された法原理である。というのも、イギリス本国での戦後の適用例はなく、戦後の最初の適用例は、英連邦のパキスタンにおける Federation of Pakistan v. Tamizuddin 事件 (一九五五年) であるとされるからである。その他には The Governor-General 事件 (パキスタン、一九五五年)、Mustafa Ibrahim 事件 (キプロス、一九六四年)、Begum Bhutto 事件 (パキスタン、一九七七年) などの現実の適用例が知られている。¹⁶⁾ 二〇〇〇年代に入ってから、後述するようにフィジーでのクーデタに関連した二つの事件における適用例がある。

パキスタンの裁判所での最初の適用例において、裁判所は、「国民の安全は最高の法である」(salus populi suprema lex)、「国家の安全は最高の法である」(salus reipublicae est suprema lex) という法格言を示して、例外状況 (exceptional circumstances) においては、本来「不法な行為」(illegal acts) であっても、「公共の秩序」(public order) や「国家の安全」(security of the state) を維持するために行う必要がある場合、その行為の違法性が阻却され、合法的なものとして正当化される、という「必要性の原理」の基本的な考え方を判示した。¹⁶⁾

(2) 「必要性の原理」の展開

(a) キプロス

一九六四年のキプロス最高裁判所判例 (The Attorney-General v. Mustafa Ibrahim 1964) では「必要性の原理」の発動要件が整理された。同判決では、緊急事態法 (Law of Necessity) の項目を設け、フランス、ドイツ、イタリア、イギリス、およびギリシャにおける緊急権理論を検討した上で、キプロス共和国憲法は例外状況における「必要性の原理」(doctrine of necessity) を含み、その原理は国家の存立そのものの確保のためにあるとした。そして、「必要性の原理」の発動に当たっては、以下の要件の充足が必要であるとした。¹⁷⁾

- ① 緊急かつ不可欠の必要性 (necessity) または例外状況 (exceptional circumstances)
- ② 適用可能な他の方策がない
- ③ とられる措置は必要性に比例していなければならない
- ④ 措置は暫定的な性格をもち、例外状況の期間に限定されなければならない

以上の四要件が「必要性の原理」の発動要件であり、政府の当該行為が「必要性の原理」による正当かつ合法的な緊急権行使であったか否かを判断する際の要件でもある。このうち、①と②は「必要性の原理」の実体的発動要件であり、③は措置の程度の要件、そして④は措置の性格と有効期間に関する要件、といえる。

さらに、同裁判所は、当該行為が憲法で認められた市民の正当な権利を害するものであつてはならないこと、その措置の暫定性・例外性からして革命やクーデタを強固にすることを唯一の効果とし、かつ意図するものであつてはならないとして、その措置の限界・効果・意図について制限があることを明らかにしている。¹⁸⁾

(b) フィジー

フィジーにおける二〇〇〇年と二〇〇六年のクーデタに関連する事件の判例の分析からは、「必要性の原理」の発動要件が次のように整理されている。¹⁹⁾

- ① 既存の憲法秩序の破壊や変更を目的とするものではなく、その保護を目的とするものであること。
 - ② 危機対処のための一時的な性格を持つ行為であり、危機終息後はその適用が終止すること。
 - ③ 憲法上に規定がないかまたは不十分な緊急措置権の仕組みしかない場合に、それを補完する原理であること。
- ここでは、とられる措置の目的、およびその措置の性格と有効期間に関する要件が示され、それによつてとられる措置が制限される。また、「必要性の原理」は憲法規定上の緊急権を補完する原理であることも示されている。

(3) 「必要性の原理」の憲法保障機能

キプロスおよびフィジーの判例で形成された発動要件にみられるように、「必要性の原理」は、既存の憲法秩序を恒久的に排除しようとする行為に適用されるものではない。緊急事態において国民の安全、国家の安全、公共の秩序等の高次の憲法的価値が侵害され、憲法秩序が破壊されることを防止するために、他に取り得る合理的な手段がない場合に、一時的にとられた例外的な措置を正当化・合法化する原理が「必要性の原理」なのである。

これらの適用例には、後にみるフィジーの例のように外形的にクーデタの様相を呈する行為の妥当性・合憲性の審査において採用されたものがあるが、いずれも憲法の廃止をともなつてはいない。「必要性の原理」によつて正当・合憲と判断された行為は、憲法の廃止をともなうクーデタの範疇には属しないということである。外形的にクーデタ

の様相を呈したり、クーデタの渦中に実行された行為であっても、憲法の廃止をとまわず、むしろ憲法秩序の保護を図る目的で上記の諸要件を満たす行為は、不文の緊急権の行使であると判断される。その意味で「必要性の原理」は憲法秩序を守るための原理として機能する緊急権の一類型といえることができる。

三 フィジーにおける「必要性の原理」の適用

1. フィジー独立後の憲法政治

(1) 一九八七年のクーデター―一九七〇年憲法の廃止と一九九〇年憲法の制定

南太平洋の極小国であるフィジーは、一九七〇年に英国女王を君主とする立憲君主制国家としてイギリスから独立した。同国はイギリス植民地時代に一九世紀末から二〇世紀初頭に契約労働者として入植したインド人の子孫と原住民フィジー人からなる複合民族国家である。独立時の人口は約六〇万人で両民族がほぼ同数を占めた。独立時の憲法（一九七〇年）では、下院の民族別議席・選挙制を採用することで両民族の協力の下に国民国家形成を志向したが、一九八七年の総選挙でインド系政権が誕生することが現実になったことから、原住民系軍人のランブカ中佐によるクーデタが同年の五月と九月に発生し、憲法が破棄され、暫定軍事政権のもとで共和制となり、一九九〇年には原住民の政治的優位を恒久化する新たな憲法が制定された。一九九二年には総選挙が実施され、クーデタを実行したランブカが下院議員に当選し首相に就任し、民主政に復帰した。

(2) 二〇〇〇年のクーデター—一九九七年憲法の破棄から復活

一九九〇年憲法は民族議席の過半数を原住民系議席とし、首相の就任要件として原住民系に限るなどの民族差別的規定があったことから国際的な非難を受けた。また一九九〇年憲法は八年以内の見直し規定を置いていたこともあり、一九九七年には独立以来三つ目の憲法が制定された。この憲法では下院の民族別議席制は残されたものの、その議席数は各民族の人口比に比例した配分となったほか、民族によらないオープン議席が導入され、首相の民族要件も廃止された。この新憲法の下で初の総選挙が一九九九年に実施され、その結果フィジー初のインド系のチョードリー首相による政権が誕生した。一九九七年憲法では、総選挙の結果総議席の一〇%を獲得した政党に対する首相による入閣要請を義務づける複数政党内閣制 (Multi-party Cabinet) が採用されたことから、組閣においてはフィジー原住民系政党からも入閣し、閣僚数においては原住民系が過半数を占める構成となった。

政権発足から一年後の二〇〇〇年五月、チョードリー政権の政策がインド系優遇であるとの不満をもった原住民系による五〇〇〇人規模のデモが首都スバで行われる中、原住民系の元実業家ジョージ・スペイトらの武装集団が折から開会中の国会に乱入し、首相をはじめ閣僚や国会議員等を人質に取り、チョードリー首相の退陣と一九九七年憲法を破棄し原住民系の権利にいつそう配慮した憲法の制定などを求めた。文民クーデタである。この事態の収拾にはおよそ三ヶ月を要したが、その間にバイニマラマ国軍司令官による行政権の掌握・非常事態宣言・憲法の破棄・文民暫定政権への移行などの事態が発生した。

事態収束後、元銀行家のライセニア・ガラセを暫定首相とする暫定文民政権の下で新たな憲法の作成に着手したが、文民クーデタによる混乱の中で発生したある事件をめぐって提起された訴訟(ブラサッド事件)において、破棄された

憲法の効力の確認が求められた。一審・二審とも憲法の破棄は無効であり一九九七年憲法は依然として有効であると判断されたことから、二〇〇一年に暫定文民政権は選挙管理内閣として同年九月に総選挙が実施された。その結果、ライセニア・ガラセは正式の首相となった。

(3) 二〇〇六年のクーデター—憲法保障という大義

ガラセ首相は、二〇〇六年には五月には五年間の政権運営を終え、総選挙において勝利して再び首相の座に就いた。しかしながら、ガラセ首相は、二〇〇〇年の文民クーデタに関与し服役中の者の恩赦法案や原住民系の伝統的漁業権の保護法案などの原住民系の優遇に傾斜した政策を進めたことに対し、自らも原住民系であるバイニマラマ国軍司令官は、ガラセ政権の政策は一九九七年憲法の精神を侵すものであり腐敗した政権である、として二〇〇六年一月に「浄化作戦」の名の下にクーデタを実行する。そのクーデタは憲法の破棄をとまなうものではなく、逆に一九九七年憲法の精神を守ることを大義とした憲法保障のための行動であるとして、バイニマラマ軍司令官は「必要性の原理」を援用して自らの行動をクーデタには当たらないとの見解を示した。

ところが、これに対しても首相の座を追われたガラセ元首相から二〇〇六年一月から翌二〇〇七年一月の暫定政権成立に至る一連の事件の中で行われた諸行為の違憲性・違法性の確認を求める訴訟（ガラセ対バイニマラマ事件）が提起された。一審のフィジー高等裁判所は原告の主張を認めなかったが、二審のフィジー控訴裁判所は原告の主張を認め、二〇〇六年一月のバイニマラマによる「クーデタ」は違憲であり、翌年一月の暫定政権も違憲である等の判断を示した。

この判決を受けて、大統領は最高裁への上訴の途を選択せず、一九九七年憲法を廃止し、新体制の確立を宣言し、新たにバイニマラマを首相に任命するという異例の事態に至った。その後、バイニマラマ政権のもとで両民族の完全な政治的平等を定めた新憲法が二〇一三年に制定された。翌二〇一四年には八年ぶりに総選挙が実施され、民主政に復帰した。

(4) 司法権の独立と「必要性の原理」の適用

一九七〇年のフィジー独立以来、憲法における民族間の平等の実現をめぐる対立・調整の歴史の中で四回のクーデタが発生し、そのクーデタの中で生じた事件が裁判所に持ち込まれ、裁判所の憲法解釈についての判断が政治の流れを変えていくという司法支配性 (juristocracy) の傾向が顕著にみられた。クーデタという極度の政治的な現象が司法裁判所の舞台で法的判断の対象となり、政治の帰趨を左右してきたのである。⁽²⁰⁾ 換言すれば、クーデタの中でも司法権の独立が確保されていたがゆえに、クーデタ後に提起された訴訟の審理において裁判所はクーデタの渦中でとられた措置に対して、事後的に「必要性の原理」の適用を検討し、その適用の可否を判断することで同原理の濫用に一定の歯止めをかけてきたと評価できよう。

2. フィジーの判決にみる「必要性の原理」

ここでフィジーの裁判所において「必要性の原理」の適用の可否が審査された事案を取り上げる。対象となるのは、二〇〇〇年五月の文民クーデタをめぐる争われた「プラサッド事件」の高裁判決 (二〇〇〇年一月一五日) および

控訴裁判決（二〇〇一年三月一日）、そして二〇〇六年のクーデタに関する「ガラセ対バイニマラマ事件」控訴裁判所判決（二〇〇九年四月九日）の二つの判決である。

(1) 「プラサッド事件」高裁判決（二〇〇〇年一月二五日）⁽²¹⁾

「事案の概要」 二〇〇〇年五月一九日、フィジー原住民系の民間人ジョージ・スペイト率いる武装集団が開会中の国会に乱入し、首相、閣僚、国会議員らを国会議事堂内に人質として監禁した。武装集団側は、翌二〇日に原住民系の権利を強く保障した新憲法の制定、インド系チョードリー首相の解任、およびマラ大統領の辞任を要求した。いわゆる「文民クーデタ」事件である。⁽²²⁾

この事態に対し、翌二〇日、カミセセ・マラ大統領は非常事態 (state of emergency) を宣言するとともに、暴力による対決を避け公正で平和的な解決を目指す決意を表明し、大酋長会議議長であるランブカ (Ranuka) 前首相に政府と武装集団との調停役として交渉を委ねる決意を表明した。しかし、事態はさらに悪化し二八日にはスペイト支持派の若者がテレビ局に乱入し、警備に当たっていた警官一名が銃撃により負傷し、翌日死亡したことをきっかけに事態は急転した。

翌二九日に、それまで事態を静観してきた軍が事態の収拾に乗り出した。バイニマラマ国軍司令官がマラ大統領から行政権を移譲され、戒厳 (martial law) を宣告する。二〇日にはバイニマラマは、暫定軍事政権首長及び軍司令官として「憲法廃止と現行法の有効性を確認する命令」 (the Constitution Revocation Decree 2000 and the Existing Laws Decree 2000) を制定し、以後命令によって統治することを宣言した。軍が出動したことにより武装集団側の態度が軟

化し、その後約一ヶ月の七月三日にはバイニマラマ暫定軍事政権首長は暫定政権の首相と閣僚を任命して文民政権に権限を移譲し、同月一日には国会議事堂に監禁されていたチョードリー首相らが解放され、文民クーデタ事件は終焉を迎えた。

以上のような推移をたどった首都スバの国会議事堂を舞台とする文民クーデタ事件の余波でフィジー国内の各地に混乱が発生した。その一つに巻き込まれて不利益を被ったとする、首都からおよそ二〇〇kmほど離れたラウトカ在住のインド系農民チャンドリ・プラサッドがフィジー共和国と同国法務総裁 (Attorney-General) を相手取って、ラウトカ高等裁判所にフィジー憲法の有効性等についての確認を求めて提訴した。その第一審判決である。

なお、フィジー一九九七年憲法では、「高等裁判所は、この憲法の下で生じる問題または憲法の解釈を含む問題に関する第一審裁判管轄権を有する」(二二〇条二項)と定められ、第二審が控訴裁判所(二二一条二項)、終審が最高裁判所(二二二条一項)となっている。

「必要性の原理」の適用 原告の主張のうち、「必要性の原理」に関係するのは次の二点であった。①カミセセ・マラ大統領が「必要性の原理」のもとに布告した非常事態宣言は違憲であった。②暫定軍事政権の命令による一九九七年憲法の破棄は違憲であった。

これに対し、同裁判所のゲイツ (Anthony Gates) 判事は、次のように判断した。⁽²³⁾

①当時の状況下で行われたカミセセ・マラ大統領による非常事態宣言は、憲法の定める条件の中で厳格に宣言されたものであり、その結果「必要性の原理」のもとで当初から有効性が認められる。

②バイニマラマ国軍司令官・暫定軍事政権首長による一九九七年憲法の破棄は、「必要性の原理」の枠内でなされたものではなく、違憲であり効力を有しない。一九九七年憲法は現在もフィジーにおける最高かつ有効な法である。

この判断の理由は、それぞれ以下のとおりであった。

『『必要性の原理』(doctrine of necessity)は、法の支配と現行の憲法を維持するために適用できるものであり、例えば、大統領が緊急事態(state of emergency)を宣言して人質監禁の危機を解決する助けとして、夜間外出禁止令を課し、通行の検問を行い、道路交通法令を維持しするなどの措置をとりうる。

一方、憲法を破棄し又は現行の憲法構造を転覆若しくは定められた合法的な改正の道を迂回すること、現在の政府を解任すること、憲法改正委員会を設置すること、暫定文民政府を設置すること、議会を停会すること若しくは諸権利を制限する諸命令を発する手段として利用することはできない⁽²⁴⁾。

したがって、「人質監禁危機が解決した際には、「必要性の原理」はもはや適用できず、一時的に停止されていた憲法は支持を要求する最高法規として再びその効力を回復し、如何なる権力篡奪者に対しても憲法を維持し防護することを軍に要求する⁽²⁵⁾」。

このように、「必要性の原理」が適用できるのは「法の支配と現行の憲法を維持するため」に限られ、「憲法を破棄し又は現行の憲法構造を転覆若しくは定められた合法的な改正の道を迂回すること」に対しては適用されないことを明確に宣言した。

「必要性の原理」の適用条件の検討」 ゲイツ判事は判決の中で「必要性の原理」(The Doctrine of Necessity)の項目を設け、英連邦諸国の判例や学説を検討している。その中で、「必要性の原理」を考える「有益な出発点」(a useful starting point)であり、その適用の「不可欠の要件」(requisite conditions)と評価してして引用しているのが、一九八六年のグレナダ控訴裁判所でミッチェル事件 (Mitchell and others v DPP) を担当したヘイネス判事 (Justice Haynes) が示した「必要性の原理」の適用要件である。それは、次の五つの要件からなるものである。²⁶⁾

①緊急の必要性が、憲法に規定されていない例外状況 (exceptional circumstances) の存在から発生し、なんらかの重要な国家機能の保護または維持のために迅速な行為が行われなければならないこと。

②合理的に利用可能な他の行為がないこと。

③いかなる行為も、平和、秩序および「良い統治」(Good Governance) にとって合理的にみて必要なものでなければならず、必要以上の行為を行ったり必要性を超えた立法を行ってはならない。

④当該行為が、憲法で認められた市民の正当な権利を侵害するものであってはならない。

⑤当該行為そのものが、革命を強固にすることを唯一の効果として意図するものであってはならない。

こうして、「必要性の原理」の適用要件を明示した上で、「以上の要件を充足する事実が存在するか否かの審理を行った後に、必要性 (necessity) の基礎のもとに行われたいかなる非憲法的行為についても、(もし有効であれば) その有効性を宣言するのはこの裁判所である」とゲイツ判事は述べる。²⁷⁾ 「文民クーデタ」事件の中で発生したきわめて政治性の高い行為である大統領による非常事態宣言の合憲性・合法性や軍による憲法破棄の有効性について判断する権限が裁判所にあることを確認したのである。

(2) 「プ拉萨ッド事件」控訴裁判決（二〇〇一年三月一日）⁽²⁸⁾

「事案の概要」 この事件は、二〇〇〇年一月一五日のラウトカ高裁判決を不服とした被告側がフィジー控訴裁判所に上訴したもので、ここでも「必要性の原理」の適用が審査された。この控訴裁判決においても、高裁判決同様、一九八六年のグレナダのミツチエル事件におけるヘイネス判事の示した「必要性の原理」の適用要件が引用されている。⁽²⁹⁾

「必要性の原理」の性質 控訴裁判決は、ゲイツ判事が示した「必要性の原理」の適用に関する一節を引用した上で、「必要性の原理」の性質を次のように簡潔にまとめている。すなわち、「必要性の原理は、成文憲法典に定められていないか、または成文憲法上の緊急権制度（emergency powers machinery）が発生した事態に対し不十分な場合に、軍のような事実上の支配権を持つものに、突然発生した真の危機に対処することを可能にするものである。必要性の原理によって権限を付与された憲法外の行為（extra-constitutional action）は、本質的に一時的な性格をもつもので危機が終息すると直ちにその適用は終了する」⁽³⁰⁾。

このように、「必要性の原理」の理解については、ゲイツ判事の理解を踏襲するものであって、高裁判決とはこの点については異なるところはない。違いは、バイニマラマ国軍司令官の憲法破棄の意図についてゲイツ判事はそれを認定しなかったのに対し、控訴裁判決は高裁判決では提出されていなかった新たな証拠をもとにそれを認定し、その意図に基づいて大統領に憲法の破棄を認めさせたと認定した点にある。この事実認定により、一連の行為の中での憲法破棄については、次のように述べて「必要性の原理」の適用を認めなかった。

「必要性の原理は、バイニマラム国軍司令官にあらゆる必要な措置をとる権限を与えるが、それは一九九七年憲法で定められた権限であろうとなかろうと無関係に、法と秩序を回復し、人質の解放を確実なものとするためであり、そして緊急性が弱まった時には、憲法の定める状態に復帰するというものであった。もし、バイニマラム軍司令官がこの道を選択していたなら、その行為は必要性の原理によつて有効となりえた。ところが同司令官は、憲法の破棄という別の道を選んだ。必要性の原理は、成文憲法の恒久的な変更を行う権限を与えるものではなく、ましてやその完全な破棄を認めるものではない³¹⁾」

「必要性の原理」の適用される状況と限界 こうして、この判決では「必要性の原理」の適用される状況と限界を、より明確に確定したといえる。その点は次のようにまとめられる。

- ① 憲法に規定されていないか又は憲法上の緊急措置権 (emergency powers) の仕組みが不十分である状況において、緊急かつ真正の危機に対処するため、事実上の権力 (de facto authority) に危機に対応せしめるものであること。
- ② 「必要性の原理」によつて権限を付与されたいかなる憲法外の行為も一時的な性格を有するものであり、危機が終息した後はその適用を終止する。
- ③ 「必要性の原理」は、成文憲法に恒久的な変更を加える権限を付与するものでなく、ましてや憲法を完全に破棄する権限を付与するものではない。

このように「必要性の原理」は、非常事態において既存の憲法体制を保護するための緊急権であつて、憲法体制の変更を正当化する理論でない。そして、憲法上の緊急措置権規定があつても、それが不十分な場合は、それを補完す

る場合にも認められるのである。

(3) 「ガラセ対バイニマラマ事件」控訴裁判決（二〇〇九年四月九日）⁽³²⁾

「事案の概要」 二〇〇六年二月五日、バイニマラマ国軍司令官は、当時のガラセ首相を追放し行政権を掌握するという「クーデタ」を実行した。翌日バイニマラマ軍司令官は声明を出し、首相の解任は大統領権限を代行したもので、その行為はクーデタではなく「必要性の原理」によって法的に正当化できるものであると主張した。

バイニマラマ国軍司令官は、一九九七年憲法の精神を蹂躪してきたのはガラセ政権であり、自らの行為はその政権の腐敗を一掃する浄化作戦であって、クーデタではないという主張であった。

①大統領の権限行使が妨げられている例外状況において、②憲法の枠内で憲法を守るために行われた行為であり、「必要性の原理」によって正当化される緊急措置権の行使にあたるという主張で、バイニマラマ国軍司令官は、クーデタの実行者ではなく、「憲法の守護者」を自認していた。⁽³³⁾

この二〇〇六年一二月のクーデタの際のバイニマラマ国軍司令官による一連の行為の違憲性・違法性をめぐって争われたのがこの事件である。原告は、クーデタによって首相の座を追われたガラセ前首相らで、被告はバイニマラマ国軍司令官、フィジー共和国軍、フィジー共和国、暫定政権法務総裁。争点は、大統領の首相解任大権 (Prerogative) ・留保権限 (Reserve Power) の存在、および大権の妥当性、並びに「必要性の原理」の適用の可否であった。

原審のフィジー高裁は被告側の主張を認めたため原告が控訴したところ、控訴裁判所は原告の主張を認め、バイニ

マラマ国軍司令官の一連の行為を違憲・違法と判断した。

「必要性の原理」の適用要件の確認」高裁判決ではほとんど言及されなかった「必要性の原理」が、この控訴裁判決では「The Doctrine of Necessity」の項目が設られ、プラサッド事件高裁判決でゲイツ判事が引用した一九八六年のグレナダ控訴裁判所判決 (Mitchell and others v. DPP) におけるヘイネス判事 (Justice Haynes) の「必要性の原理」の適用要件を確認している。³⁴そして、「成文憲法の外にある不文の必要性の原理は世界で広く認められている」としながらも、「フィジー憲法の制定者の意図は、憲法第一四章に緊急権 (Emergency Powers) 条項を置くこと³⁵で、二〇〇七年一月に大統領がとったような行為の権限の根拠としての国家緊急権 (power of State necessity) の存在を排除すること³⁵にあった」との解釈を示した。

とはいえ、一方で「プラサッド事件で当裁判所が述べた必要性の原理は全面的に受け入れ、大統領が憲法の条項にない行為を行う権限を認めるが、しかしそれは究極的に憲法を回復するという目的だけに限られる³⁶」と述べている点からみて、従来のフィジーの裁判所の見解を変更したものとまでは断定できない判決であった。

四 英連邦諸国の事例からみた「必要性の原理」の適用要件

以上の英連邦諸国における判例をもとに、「必要性の原理」の適用要件を次のように整理することができよう。

(1) 「必要性の原理」の適用が求められる状況（実体要件）

①憲法に規定されていない例外状況（exceptional circumstances）が発生する。

②その例外状況の中でなんらかの重要な国家機能の保護または維持が必要となる。

③そのために必要な措置をとらなければならないが、そのことについて憲法上に規定がないかまたは不十分な緊急措置権（emergency powers）の仕組みしかない。

④したがって、「必要性の原理」の適用以外に適用可能な他の方策がない。

⑤そこで、「必要性の原理」により緊急権規定の欠缺ないし不十分を補完する緊急の必要性がある。

(2) 「必要性の原理」の下にとられる措置の程度・性格

①とられる措置は合理的にみて必要なものであり、必要性の程度に比例していなければならない。

②とられる措置は危機対処のための一時的かつ暫定的な性格をもち、例外状況の期間に限定され、危機終息後はその適用が終止する。

(3) 「必要性の原理」によってとられる措置の目的

①既存の成文憲法の下での憲法秩序の破壊や変更を目的とするものではなく、その保護と回復を目的とするものであること。

②当該行為が、憲法で認められた市民の正当な権利を侵害するものであってはならない。

③革命やクーデタの手段として、体制の変革を強固にすることを意図するものであってはならない。

以上のように、適用要件を整理できるが、ここで注意すべきことは、通常の司法裁判所において具体的な事件の発生によって訴訟が提起され、その事件の審理の中で「必要性の原理」の適用要件の充足が審理されているという事実である。フィジーの例にみられるように、問題となった事件はクーデタをめぐる極めて高度の政治性をもつものであり、裁判所の判断が国政の帰趨を左右する可能性があり、実際フィジーにおいてはそのような結果をもたらしている。「必要性の原理」の裁判所における適用に関する同様の事例はパキスタンにおいてもみられ、「ほぼすべての戒厳令や非常事態の適法性に関する判決が下されているということ自体、なぜパキスタンではそのようなことが制度的に可能なのか、かつ現実に行われてきたのかという疑問を生じさせる³⁷」との指摘はフィジーにおいても共通する。

このような疑問はわが国の研究者に共通するものであると思われる。というのも、憲法が破棄されるような状況においては、裁判所の憲法的根拠もその機能も失われると考えるからであろう。しかし、ここに取り上げた英連邦諸国、少なくともフィジーにおいてはそうではない。成文憲法典があり、それがクーデタによって停止ないし破棄されるような状況にあっても裁判所は通常の権能を保持したまま機能しているのである。憲法の停止ないし破棄も司法権に及ばないのである。この理論的根拠は明らかでないが、その事実は認める必要がある。このことを前提としないと、「必要性の原理」の通常の司法裁判所による適用はありえない。

五 おわりに——日本国憲法と「必要性の原理」の適用

日本国憲法のもとにおける緊急事態に際し、不文の法原理としての「必要性の原理」の適用を考えることは不当であらうか。

日本国憲法は個人主義的国家観を採用したとの憲法観・国家観に立ち、およそ憲法解釈は憲法典の文理解釈によるべきとの立場からは、個人あつての憲法、憲法あつての国家という価値秩序が前提とされる。憲法典の予想しない外部からの武力行使・侵略といった非常事態においても「国家の存立」を守ることも、³⁸「個人の人権」を守ることも優先される。そのため、非常事態における対処方式は、国家（政府）ではなく、最終的に個人の選択に委ねられるとされる。「自らの人権を守る」ことが最優先であり、「自らの生命を賭して抵抗するか降伏するかあるいは亡命するか」といったことならについての最終的決定権の留保にこそ人権の究極の核心が存在する」との結論に至る。

これは、国家の存立を憲法典の効力の前提として国家緊急権を考える次の見解と対極に立つものである。すなわち「憲法典は、国内法たる制定法の一にすぎない。国家の存立を前提として、国家が効力を維持しうる限りにおいて、その効力を維持するもので：国家の存在や国家の主権性が憲法典をもふくめた国家法の効力の前提である：国家が危急存亡の岐路におかれ、憲法典の規定を遵守するなら、国家の存立も保ち難いと考えられることがある。外敵によって攻囲された場合や、大規模な内乱が起こった場合、憲法典の規定する集会・結社・ストライキ・表現の自由等が行使されたらどうなるか。ここに『国家緊急権』とよばれる考え方があり、国家にとつて最も重要な価値にしたがうべきものとする。これについて、憲法典は『国の基本法』であるから、憲法典がそれを容認しないかぎり、それをなし

えないと考えることは、憲法典の本質的性格を誤認している³⁹⁾。

この見解のように、憲法典は主権を有する国家の存立を前提として存在し機能するものであるから、超憲法的緊急権の行使によって国の独立を維持することは、憲法典そのものの存立の前提を確保することにほかならず、そのことを憲法典が否定するものではない。また、対外的な脅威から国家の存立を守るための超憲法的緊急権にもとづく措置は、国家の存立を守るだけでなく、それと不可分な国民の生命と財産を守ることでもあるから、その目的において憲法典の目的である人権保障につながる。したがって、超憲法的緊急権による措置は、違憲の行為として一概に排除されるべきものでもない。

一方、緊急権の濫用による立憲主義の永続的侵害の危険性は無視しえないから、超憲法的緊急権であれば、なお一層その発動には慎重でなければならず、また緊急権の行使期間中の議会による監視、および緊急権の行使によってとられた措置の事後的な司法審査の道も開かれていなければならない。とりわけ発動に当たることになるであろう内閣総理大臣または内閣の決定が時宜に遅れることなくかつ濫用を最小限にするような決定過程および発動の「必要性」の判断に対する統制システムが必要であろう。

「必要性の原理」を立憲化したと考えられるフランス憲法(一九五八年)一六条は、「共和国の諸制度、国の独立、領土の保全あるいは国際的約束の履行が重大かつ切迫した脅威にさらされ、憲法上の公権力の正常な運営が妨げられた場合には、共和国大統領は、首相、両院議長および憲法院長に公式に諮問した後、状況により必要とされる諸措置をとる」(二項)と規定する。まさに「国家の存立」が危機に瀕した場合、「状況に応じて必要な措置」をとることができるという「必要性の原理」の考え方が憲法規定となつていたのである。

ただし、「共和国の諸制度、国の独立、領土の保全あるいは国際的約束の履行が重大かつ切迫した脅威にさらされ、憲法上の公権力の正常な運営が妨げられた場合」という実体要件の充足の判断に当たっては、「首相、両議院議長および憲法院長に公式に諮問した後に」（二六条一項）との要件を課し、また、国会は当然に集会し（同四項）、緊急権の行使期間中は国民議会は解散することができず（同五項）、そして憲法院には緊急権発動の諸条件の充足に対する審査権が与えられている（同六項）。こうして強大な大統領の緊急措置権に対する形式的要件を課することによって、その濫用の危険の最小化が図られている。⁽⁴⁰⁾

現行の日本国憲法の下での「必要性の原理」にもとづく不文の緊急権の行使を考えるに当たって、このフランス憲法一六条の規定が参考になる。⁽⁴¹⁾ それによれば、次のような手続きが考えられよう。

まず、「内閣総理大臣は、閣議にかけて決定した方針に基づいて、行政各部を指揮監督する」（内閣法六条）という規定に従い、緊急権の行使の「必要性」を閣議に諮って決定する。次に、緊急権の行使が承認されれば、行使期間中の国会による監視が求められる。そのため、国会閉会中であれば、内閣は臨時国会の召集を決定し（憲法五三条）、衆議院解散中であれば内閣が参議院の緊急集会（憲法五四条二項）を求めることになる。そして、フランスとは異なり憲法院のような機関がないわが国においては、「必要性の原理」に基づく緊急権の行使であれば、緊急権行使期間の終了後に具体的な訴訟の中で緊急権の発動、および緊急権の行使によってとられた措置について、裁判所が合憲性・合法性を審査する可能性が開かれていることが必要となろう。この点については、「統治行為」の問題があるが、フランスでは、第一六条の適用を決定する行為は「統治行為」であり裁判官の統制を受けないが、一六条に基づいてなされる行為は、その行為の対象とする事項によってその法的性質が定められるとされる。⁽⁴²⁾

なお、一六条の適用によって、危機に対処するため必要と判断された一切の権力が大統領の手に委ねられることになるが、そのことはすべての権力が大統領に集中し、大統領以外の国家機関の運営が一切認められないということの意味しない。「事態がなお制度の通常の運行を可能とし、大統領が自ら規律する必要はないと判断する分野においては、議会立法権ならびに行政立法権は、第一六条の適用下においても、通常法制下の権限規定にしたがってその権限を行使しつづけることができる⁴³⁾」のである。

つまり、仮に日本国憲法の下で「必要性の原理」に基づく緊急権が行使される状況があっても、フランス憲法一六条の考え方から類推すれば、内閣総理大臣または内閣に通常の権限配分を停止していつさいの権限が集中し行使されることにはならない。このことは、すでに述べた「必要性の原理」の適用要件のうちの「とられる措置は合理的にみて必要なものであり、必要性の程度に比例していなければならない」および「既存の成文憲法の下での憲法秩序の破壊や変更を目的とするものではなく、その保護と回復を目的とするものであること」からも当然に導かれるものである。

緊急権規定を欠く日本国憲法の下で、以上のような「必要性の原理」とそれを憲法規定化したと考えられるフランス憲法一六条を参考にした不文の緊急権についての理論整備が、憲法改正による緊急事態条項の導入に先立って進められるべきであろう。その作業を通じて、導入されるべき緊急事態条項のあり方もより明確になっていくものと思われる。

注

- (1) 芦部信喜『憲法学Ⅰ総論』(有斐閣・一九九二年) 六六頁。
- (2) 岩間昭道「非常事態と法」現代憲法研究会編『現代国家と憲法の原理』(有斐閣・一九八三年) 所収、二八七頁。
- (3) 「同」、二八八頁。
- (4) 大石眞『憲法講義Ⅰ(第三版)』(有斐閣・二〇一四年)、三五―二六頁。
- (5) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂・二〇一二年)、五〇頁。
- (6) キプロスの「ムスターファ・イブラヒム事件」判決(一九六四年)において「必要性の原理」について比較法的考察が行われている。フランスについては、「必要性の原理」は「例外状況の理論」(theory of “exceptional circumstances”)としてコンセイユ・デタの判例理論として形成され、戦時以外の暴動、洪水、重大な伝染病の際にも適用されてきたもので、一九五八年憲法一六条として実定法化されたと述べられている。(Attorney-General v. Mustafa Ibrahim, *Cyprus Law Reports* 195 [1964], pp.33-34) (<http://www.uniset.ca/other/cs2/1964CLP195.html>, 2015/11/24閲覧)
- (7) 岩間「前掲論文」、二七二―二七四頁。
- (8) 「同」、二七二頁。
- (9) 「同」、二七三頁。
- (10) 「同」、二七四頁。
- (11) 「同」、同頁。
- (12) 河原峻一郎「マーシャル・ルール、反乱、緊急事態」(「ジュリスト」一六三号・一九五八年)。この論文は、英米法における「necessityの理論」を紹介し、日本国憲法下での緊急事態においてはその理論の適用による以外にないが、必要性の有無と限度の判断を最終的に裁判所に委ねることで濫用を防ぐことも可能との見解を示す。
- (13) 「同」、四二頁。
- (14) 「同」、三八頁。

- (15) Leslie Wolf-Phillips, *Constitutional Legitimacy: a study of the doctrine of necessity*, *Third World Quarterly*, Vol.1, No.4, Oct. 1979, p.103.
- (16) Ghai, Y.P. Cottrell, J., *Head of States In The Pacific: A Legal and Constitutional Analysis*, Institute of Pacific Studies, Suva: University of the South Pacific, 1990, pp.195-196.
- (17) *Attorney-General v. Mustafa Ibrahim*, *Cyprus Law Reports* 195 [1964], p.37. Y.P. Ghai, J. Cottrell, *ibid.*, pp.196-197.
- (18) Ghai, Y.P. Cottrell, J., *ibid.*, pp.196-197. Leslie Wolf-Phillips, *ibid.*, p.109, 1979.
- (19) 東 裕『太平洋島嶼国の憲法と政治文化—フィジー1997年憲法とパシフィック・ウェイ』(成文堂・二〇一〇年) 一六〇頁。
- (20) フィジーの司法制度および憲法政治における司法権の機能については、東裕「フィジー諸島の憲法政治における司法権の機能—裁判所による民主化ないしは先住民文化の否定?—」(『環太平洋・アイヌ文化研究』第五号・二〇〇六年) 参照。二〇〇〇年と二〇〇六年の各クーデタについては、同「フィジークーデタ(2000年)の憲法政治学的考察」(『苫小牧駒澤大学紀要』第五号・二〇〇一年) および同「フィジー『クーデタ』(2006年)の法理—「必要性の原理」(doctrine of necessity) とその適用可能性について—」(『苫小牧駒澤大学紀要』第一八号・二〇〇七年) 参照。
- (21) *Prasad v Republic of Fiji* [2000] FJHC 121;Hbc0217.20001 (15 November 2000)。この判例は、次のサイトからダウンロードしたもので、下記の注(23)〜(27)は、その頁を示す。(http://www.pacii.org/fj/cases/FJHC/2000/121.html (二〇〇七年一月二七日閲覧))
- (22) この事件の推移については、東裕「フィジークーデタ(2000年)の憲法政治学的考察」(『苫小牧駒澤大学紀要』第五号・二〇〇一年) 九一—一〇〇頁に詳しい。
- (23) *Prasad v Republic of Fiji* [2000] FJHC 121;Hbc0217.20001 (15 November 2000), pp.26-27.
- (24) *ibid.*, pp.19-21.
- (25) *ibid.*, pp.20-21.

- (26) *ibid.*, p.18.
- (27) *ibid.*, p.18.
- (28) *Republic of Fiji Islands v Prasad* [2001] FJCA 2; Abu0078.2000s (1 March 2001)。この判例は、次のサイトからダウンロードしたもので、下記の注(29)～(31)は、その頁を示す。
(http://www.fjhosting.com/pegov/docs_o/chandrikaprasad_ruling_appeal.htm (二〇一五年二月二日閲覧))
- (29) *Republic of Fiji Islands v Prasad* [2001] FJCA 2; Abu0078.2000s (1 March 2001), p.12.
- (30) *ibid.*, p.13.
- (31) *ibid.*, p.13.
- (32) *Qarase v Bainimarama* [2009] FJCA 9; ABU0077.2008S (9 April 2009)。この判例は、原本の写しを入手したもので、下記の注(34)～(36)は、その頁である。
- (33) 前掲、東「フィジー『クーデタ』(2006年)の法理―「必要性の原理」(doctrine of necessity)とその適用可能性について―」二九頁。
- (34) *Qarase v Bainimarama* [2009] FJCA 9; ABU0077.2008S (9 April 2009), p.44.
- (35) *ibid.*, pp.45-46.
- (36) *ibid.*, p.46.
- (37) 佐藤創「パキスタンにおける戒厳令に関する司法判断」、佐藤創編『パキスタン政治の混乱と司法―軍事政権の終焉と民政復活における司法部のプレゼンスをめぐって―』(アジア経済研究所・二〇一〇年)所収、七四頁。
- (38) 岩間「前掲論文」、二八九頁。
- (39) 小嶋和司『憲法概説』(良書普及会・一九八七年)、三四頁。
- (40) フランス憲法一六条の緊急措置権の行使要件については、東裕「緊急権コントロールの考え方―フランス第五共和制憲法一六条の行使要件について―」「早稲田政治公法研究」第一四号、一九八四年、参照。

(41) 第一六条①共和国の諸制度、国の独立、領土の保全あるいは国際的約束の履行が重大かつ切迫した脅威にさらされ、憲法上の公権力の正常な運営が妨げられた場合には、共和国大統領は、首相、両院議長および憲法院長に公式に諮問した後、状況により必要とされる諸措置を採る。

②共和国大統領は、教書を発してこれを国民に伝える。

③これらの措置は、憲法上の公権力機関にその任務を果たすための手段を最短期間のうちに確保させる意思の表れたものでなければならぬ。憲法院は、それに関して諮問を受ける。

④国会は、法上当然に集会する。

⑤国民議會は、非常事態権力の行使中は、解散することができない。

⑥非常事態権力が三〇日間行使された後には、国民議會議長、元老院議長、六〇名の国民議會議員もしくは六〇名の元老院議員は、第一項に規定された諸条件の充足が継続しているかどうかを審査するために憲法院に訴え出ることができる。憲法院は、最短期間の内に公開意見により、その判断を表明する。憲法院は、非常事態権力行使六〇日後には、法上当然にこの審査を行って同じ要件の下にその判断を表明し、また、この期間を超えた後にはいつでもそれを行うことができる。

(42) J. リヴェロ著（兼子仁／磯部力／小早川光郎編訳）『フランス行政法』（東京大学出版会・一九八二年）、七一頁。

(43) 『同』、同頁。

スペイン一八五六年「未公布」憲法の憲法史的意義

池田 実

はじめに

一 制定過程の概略

二 基本原理

1 憲法典の構成

2 基本原理

(1) 国民主権原理の復権

(2) 硬性憲法原理の実質化

(3) 憲法的地位を有する「基本方針」

三 統治機構

1 立法権

スペイン一八五六年「未公布」憲法の憲法史的意義（池田）

三五（九七七）

- (1) 二院制国会
 - (2) 両院の組織・選挙制度
 - (3) 国会議員の地位
 - (4) 国会・各議院の自律性
 - (5) 議会活動の諸原則
 - (6) 国会の権能
- 2 執行権
 - (1) 国王
 - (2) 大臣
 - (3) 枢密院
 - 3 司法権
 - 4 地方制度
 - 5 国軍と民兵
- 四 自由及び権利並びに義務
 - 1 出版の自由
 - 2 宗教的寛容
 - 3 その他の自由及び権利並びに義務
- むすびにかえて

はじめに

一九世紀初頭に始まるスペインの近代憲法史に登場した数多くの憲法のなかには、歴史記述としてはともかく、法的な観点からの評価にいささか難があるために、軽視ないし無視という扱いを受けることの多いものがある。一八〇八年憲法（バイヨンヌ憲法）、一八二四年王国憲章、フランコ時代の基本法体制がそれである。

しかし、表面的なマイナス・イメージにとらわれずに、制度のしくみを丁寧に解明し、これを歴史的文脈に位置づけていくと、いずれの憲法・国家体制も、憲法史におけるそれなりの意義、というよりもむしろ、重要かつ決定的な意義を有していることが明らかになる。すなわち、バイヨンヌ憲法は、萌芽的な自由・権利保障と権力の共同行使を通じた君主権限への制約を含み、その自由主義的性格がカディス憲法の素地を用意するとともに、スペイン憲法史の「名悪役」として、スペイン人自身の立憲主義的自覚の形成を促した^①。王国憲章は、成文憲法の限界についての認識に立ち、アングロ・サクソンの不文憲法流儀を持ち込んで、スペイン固有の現実に即した立憲主義体制を確立しようとする試みであり、その後のスペイン議会君主制のあり方を占うような制度・慣行を生み出した^②。フランコ時代には、どんな内容の法律でも、立法者が意欲すれば、基本法（Ley Fundamental）すなわち最高法規として成立させることができたために、第八番目の（最後の）基本法として一九七七年に成立した政治改革法が、フランコ体制との法的連続性を維持したままスムーズな民主化を可能にし、それが現行一九七八年憲法の誕生に結びついたのである^③。そのような意味において、スペイン憲法史にはもう一つ、いうなれば「落ち穂拾い」をしておかなければならない憲法がある。一八五六年憲法である。

一八五四年に、穏健・保守的な一八四五年憲法の下で、いわゆる七月革命が起きた。政権を掌握した自由主義進歩派 (Progresistas) は、一八四五年憲法を廃止し、新たに選挙された一院制の憲法制定議会において、進歩主義的な価値観を反映する新憲法の制定に着手した。制憲議会は、休会期間を除いても、約一年五か月の長い時間をかけて起草作業と審議を続け、よく練り上げられた正文九二か条と経過規定一か条をもつ憲法と、憲法的地位を有する大部の附帯条令を完成させた。ところが、後述するような事情から、憲法も附帯条令も公布の手続がとられないでいるうちに、政局の変動により制憲議会は解散され、結局この憲法は施行されずに終わるのである。このような経緯から、一八五六年憲法はしばしば、「未公布の憲法」(Constitución no promulgada) とか「生まれなかった憲法」(Constitución non nata) などと呼ばれている。

しかしながら、公布されなかったからといって、一八五六年憲法を括弧に入れたままでは、一八一二年憲法(カディス憲法) から一八三七年憲法に受け継がれた自由主義進歩派的憲法流儀が、その後の反動や曲折を経て、どのよう⁴⁾に一八六九年憲法に結びついていったのかを説明することは困難である。スペイン憲法史に関する代表的著作のなかで、バイヨンヌ憲法を考察の対象からはずしているJ・トマス・ビジャロージャですら、「制憲議会の議論のなかで表明された諸原理であるという点、進歩主義的理念が明瞭に反映されている内容という点、いくつかの急進的な構想のなかに政治的メンタリテイの変化が表れている点、そして、一八六八年革命において成熟することになる思想を先取りしている点」⁴⁾を理由に、一八五六年「未公布」憲法を研究することの学術的意義を説いているのである。

本稿は、完結した成文憲法典としての一八五六年憲法とその附帯条令⁵⁾それ自体の法的・政治的意義を明らかにし、それが一九世紀スペイン立憲主義の本質を説明する一助となることを期するものである。

一 制定過程の概略

一八五四年七月、イサベル二世の王室に支配された穏健派政権の打倒をめざしてオドンネル將軍が軍事クーデタ (pronunciamiento militar) を起こすと、これに進歩派が合流し、エスパルテロを首相とする進歩派政権が誕生した。いわゆる七月革命であり、ここに始まる「進歩派の二年間」(Bienio Progresista) が新憲法制定の舞台となる。

進歩派政権の下、同年八月一日の王令により一八四五年憲法が廃止された。進歩派が支配していた一八三七年当時の選挙法に基づいて、一〇月四〜六日に憲法制定議會(一院制)の選挙が行われ、三四九名の議員が選出された。進歩派はかろうじて過半数を確保し、残りを自由主義連合、民主派、穏健派等が占める制憲議會が組織された。

一月八日、制憲議會が召集され、進歩派主導の第一立法期が始まった。制憲議會内部に憲法委員会が設置され、これが憲法正文の起草に中心的役割を果たすことになった。他の議員たちは、憲法正文と同等の法的地位を有する附帯条令の作成に当たることとされた。憲法委員会を中心に、八か月にわたる起草作業と審議が行われた後、制憲議會は一八五五年七月一七日に休会し、夏季休暇に入った。

一〇月一日、制憲議會の第二立法期が始まったが、この頃にはすでに革命的な狂熱ムードは冷めていた。それでも二か月半後の一二月一四日には、九二か条の憲法正文がまとめられ、制憲議會により承認された。しかし、この時点では憲法の公布は棚上げとなった。女王イサベル二世がこれを裁可せず、また、附帯条令もできていなかったからである。そこで制憲議會は、さらに半年をかけて起草作業を継続し、一八五六年六月一八日、附帯条令として七つの「基本方針」(Bases) を制定した。ところが、それでも憲法正文と附帯条令は公布に至らず、七月一日、制憲議會は、

一〇月一日の再開を期して休会に入った。

この休会中に政局の変動が起きる。七月一四日、エスパルテロが首相を辞任し、代わって首相となったオドンネルは、九月二日に制憲議會を正式に解散してしまったのである。これをもって「進歩主義の二年間」は幕を閉じ、完成していた新憲法は「未公布」のまま歴史的文書となった。

その後、オドンネル政権は、一八五六年九月一五日の王令「スペイン王国憲法の附帯条令」により、一八四五年憲法を改正した。しかしこの改正は、一か月後の一〇月一四日の王令により撤回され、一八四五年憲法が完全復刻したが、翌五七年七月一七日の王令「憲法改正法」による再改正で、上院が貴族院的なものに戻された。その後さらに、一八六四年四月二〇日の改正で三たび一八四五年憲法が完全復刻され、それが結局一八六九年まで存続することになったのである。

二 基本原理

1 憲法典の構成

一八五六年憲法は、冒頭にごく簡潔な公布文を置き、正文計九二か条と経過規定一か条をもつ成文憲法典である。その構成は、次のとおりである。すなわち、第一編「国民及びスペイン人」(De la Nación y de los españoles) 一～一四条、第二編「国会」(De las Cortes) 一五～一六条、第三編「上院」(Del Senado) 一七～二三条、第四編「下院」(Del Congreso de los Diputados) 二四～二七条、第五編「国会の開催及び権能」(De la celebración y facultades de las Cortes) 二八～四七条、第六編「国王」(Del Rey) 四八～五四条、第七編「王位継承」(De la sucesión de la Corona)

五五～五九条、第八編「国王の未成年及び摂政」(De la menor edad del Rey y de la Regencia) 六〇～六四条、第九編「大臣」(De los ministros) 六五～六六条、第一〇編「司法権」(Del poder judicial) 六七～七二条、第一一編「県議会及び市参事会」(De los Diputaciones Provinciales y de los Ayuntamientos) 七四～七七条、第一二編「租税」(De las contribuciones) 七八～八三条、第一三編「国軍」(De la fuerza militar nacional) 八四～八五条、第一四編「海外諸県の統治」(Del gobierno de las provincias de Ultramar) 八六条、第一五編「憲法改正」(De la reforma de la Constitución) 八七～九二条、それに経過規定 (Artículo transitorio) である。

2 基本原理

(1) 国民主権原理の復権

一八五六年憲法一条は、「すべての公権力は、本質的に主権の存する国民 (Nación) に由来し、したがって、その基本法 (Leyes fundamentales) を制定する権利は、国民のみに排他的に属する」と定める。カデイス憲法三条と同様の文言を用いて国民主権を謳い、そのうえで、主権者たる国民が公権力の淵源である旨を付け加えている。さらに、一八五六年憲法の簡潔な公布文は、「憲法制定議会 (Cortes constituyentes) は、その権能を行使して、以下のとおり規定し裁可する」と述べ、憲法制定権力は国民代表たる議会にあること、また、これを裁可する権限も国王ではなく議会にあるという考え方を示唆している。

欽定ないし君民協約の憲法とみられる一八三四年王国憲章 (Estatuto real) はもちろん、一八三七年憲法⁶⁾にも、続く一八四五年憲法にも、国民主権を明記する条項は存在しない。したがって、スペイン憲法史上カデイス憲法に最初に

現れ、その後長らく棚上げにされていた国民主権原理は、一八五六年憲法において、制憲議会の明白な意思の下に明文規定としての復権をみたといえる。また、公権力の淵源としての意義を強調する国民主権の観念は、その後制定・施行された一八六九年憲法において、「主権は本質的に国民に存し、すべての権力は国民に由来する」(三三三條)という同趣旨の文言に引き継がれていくことになる。

(2) 硬性憲法原理の実質化

一八三四年王国憲章、一八三七年憲法及び一八四五年憲法は、いずれも、憲法改正手続を定める条項をもつていなかった。J・ブライス本来の観念への誤解ないし曲解に基づき、A・V・ダイシーやG・イエリネクなど著名な憲法学者の言説を通じて全世界的に普及した憲法の「硬性／軟性」概念(改正手続の難易度のみを基準とする理解)⁽⁷⁾の観点からは、これらの憲法は軟性憲法と位置づけられ、硬性憲法たるカデイス憲法との比較において、近代憲法としての性質の稀薄がいわれよう。

しかし、一九世紀スペイン立憲主義のありように関するかぎり、このような理解は必ずしも当を得ているとはいいがたい。なぜなら、改正手続規定の不在は、通常の立法手続と同等の手続で憲法を改正できることを意味するものではなく、「論理的側面においては、かかる憲法は絶対的に改正不可能とみなすべきである」⁽⁸⁾ことが有力に主張されてきたからである。そうであれば、これらの憲法は、軟性どころか、少なくとも法的には一切の改正を許さない、超硬性憲法ということになろうし、いずれも憲法事項(憲法典そのものの条文数)を少数に絞り込んだ簡潔な法典であったことは、改正を不可能とすることに一定の現実味をもたせる要因にもなったであろう。憲法の条項自体がアンタツ

チャブルな扱いをされても、法律以下の下位法の制定改廃によって、状況変化には対処できるからである。

加えて、改正手続規定不在の理由として、「あれだけの保障や硬性をもつてしても、また、諸外国からも総じて外交的に支持を得ていたにもかかわらず、一八一二年憲法が直ちに廃止されてしまったことに対する歴史的幻滅」を指摘し、その結果として「憲法改正の機会とその実現方法に関する決定を将来に委ねることが選好されたのである」とする見解⁹⁾にも、相当な説得力がある。これが正しいとすれば、一八五六年憲法に先立つ三つの憲法には、ほかならぬ自国の憲法史に学び、通常の立法手続その他の方法を通じて憲法が改正される政治的な可能性を将来に向けて留保しつつ、法的な意味で憲法の硬性の実質化を図ろうとする近代的な精神の発露をすら見出すことができるだろう。形式的「軟性」化は、その憲法の立憲的意義の後退を必ずしも意味しないのである。

これに対し、一八五六年憲法は、第一五編に次のような憲法改正手続を明記している。すなわち、①「国会と国王(Las Cortes con el Rey)¹⁰⁾は、憲法の見直しを宣言する権限を有し、修正すべき単一又は複数の条項を適時に指定する」(八七条)。②「前項の宣言が出されたら、国王は直ちに上院及び下院を解散し、二か月以内に新たな国会を召集し、その詔書のなかに前項の決定を明文で記すものとする」(八八条)。③「新国会は、憲法改正のためにのみ召集される」(八九条)。④「前項の国会が改正に係る表決を行うためには、各議院ともに総議員の三分の二の出席を要する」(九〇条)。⑤「両院一致で改正が承認されたときは、修正された単一又は複数の条項は憲法の一部となり、国会は通常の国会として、その会期を継続することができる」(九一条)。

このように、一八五六年憲法の改正手続は、通常の立法手続よりは厳格であるものの、改正「阻止」条項かと見紛うほど厳格かつ煩雑であったカデイス憲法の改正手続¹¹⁾に比べれば、劇的なまでに簡素である。それでいて、改正発議

の後に召集される新国会は、制度化された制憲権の行使たる憲法改正のためにのみ召集される特別な国会 (Cortes extraordinarias)、すなわち、実質的な意味における制憲議会 (Cortes constituyentes) と明確に性格づけられており、その選挙を通じて、間接的にはあるが、国民の主権的意思が反映されるしくみになっている。表決の定足数に課せられた総議員の三分の二という特別多数も、憲法改正のハードルとしては、リーズナブルな要件といふべきであろう。¹²⁾そして、改憲の手続を完了したならば、すでに国民の主権的意思を代表している制憲議会は、新たな選挙を要せず、そのまま通常の国会 (Cortes ordinarias) となり、憲法により授権された立法議会としての権能を行使することになるのである。

もつとも、国会のみによる改正発議を認めず、国王の関与を必要ならしめている(というより、国王の同意がなければ、そもそも改正の発議ができない) 点には、ある程度、国民主権原理への懐疑がみてとられよう。しかし、前述したように、カデイス憲法的厳格手続への「歴史的幻滅」と、その後の三つの憲法における形式的「軟性」化の、いずれにおいても、むしろ憲法秩序の持続・安定への意思や切望が見出されるとすれば、一八五六年憲法の改正手続規定を、カデイス憲法的硬性憲法原理への単純な回帰と評することはできない。カデイス憲法から一八三四年王国憲章、一八三七年憲法、一八四五年憲法を経て一八五六年憲法に至る経緯は、よくいわれるような、立憲主義の後退(穏健派主導)、前進(進歩派主導)、後退(穏健派主導)、そしてまた前進(進歩派主導)の振り子運動ではなく、全体として、憲法の実質的「硬性」化へ向けての試行錯誤のプロセスとみるべきものである。一八五六年憲法第一五編に定める改正手続は、その後、一八六九年憲法にも大筋において採用され、施行されることになるが、その際には、国会の意思のみによる改正発議が可能となり、国会が制憲議会として改正を審議している間は国王による解散権行使が禁じられ

る制度が加わって、国民主権原理の徹底が図られることとなったのである。⁽¹³⁾

(3) 憲法的地位を有する「基本方針」

前述したように、一八五六年憲法は、正文全九二か条と一か条の経過規定から成っている。三八四か条を数えたカリス憲法のように長すぎることも、わずか五〇か条にとどまった一八三四年王国憲章のように短すぎることもなく、また、ワイマール憲法の影響を受けた一九三一年第二共和制憲法が正文全一二五か条を、「社会的かつ民主的な法治国家」を標榜する現行一九七八年憲法が正文全一六九か条をもつことと比較しても、一八世紀中葉の憲法典としては、過不足のない、リーズナブルな分量に収まった法典のように映る。

しかしその一方で、一八五六年憲法九二条はこう定めている。「次に掲げる組織法律の基本方針 (bases)⁽¹⁴⁾ は、憲法と一体をなす部分であり、その改正及びすべての効力は、憲法と同等とみなされる。一 選挙法、二 国会両院の關係に関する法律、三 枢密院に関する法律、四 県及び市の統治に関する法律、五 裁判所の組織に関する法律、六 出版に関する法律、七 民兵に関する法律」。本条を受けて、一八五六年六月一日には、憲法の附帯条令 (acta adicional)⁽¹⁵⁾ として、①出版に関する組織法律の基本方針 (Bases orgánicas de la ley de imprenta)、②選挙に関する組織法律の基本方針 (Bases orgánicas de la ley electoral)、③両院間の關係に関する組織法律の基本方針 (Bases de la ley orgánica acerca de las relaciones entre los dos cuerpos colegisladores)、④枢密院に関する組織法律の基本方針 (Bases de la ley orgánica del Consejo de Estado)、⑤裁判所に関する組織法律の基本方針 (Bases de la ley orgánica de Tribunales)、⑥県及び市の統治及び行政に関する組織法律の基本方針 (Bases orgánicas para la ley de gobierno y administración provincial y

municipal)、⑦民兵に関する組織法律の基本方針 (Bases orgánicas para la Ley de Milicia Nacional) が制定されている。そして、これらの基本方針を、憲法ブロックを構成するものとして憲法正文に加え、合計すると、その条文数はじつに一九四か条に及ぶ。そのようにみれば、一八五六年憲法は、バイヨンヌ憲法から現行一九七八年憲法までのスペイン歴代憲法のなかで、実質的に、カデイス憲法に次ぐ大部の憲法典だったことになる。

憲法が正文と附帯条令の二本立てで規定されたのは、後述するように、一八五六年憲法四〇条及び五〇条が国王に法律の裁可権を付与していることと関係がある。一八三四年王国憲章、一八三七年憲法及び一八四五年憲法の下では、両院で議決された法律を国王が裁可しない場合に、当該立法期において国王の不裁可を覆して法律を成立させる手段がなかったところ、このような国王の絶対的拒否権は、一八五六年憲法においても維持された。そのため、たとえ組織法律 (ley orgánica)¹⁶ であっても、法律は法律である以上、憲法条項を簡潔にしてその細目を広範に法律に委ねるやり方については、一八三七年憲法の経験から、「組織法律の起草またはその後の改正の際に憲法の精神が損なわれるのではないかという懸念が、進歩派に重くのしかかった¹⁷」とみられる。前述したように、憲法の改正には国王の裁可を要しないので、憲法と同等の地位を有し、その改廃に憲法改正手続が適用される「基本方針」を、憲法と法律の間に介在させることによって、国王の不裁可を通じた憲法の空洞化を回避するとともに、カデイス憲法ほどではないにせよ、諸制度の根幹部分を制憲議会が漏れなく規定し尽くすことが企図されたのである。しかしながら、この二本立て方式は、結果的に、一八五六年憲法の「未公布」を導く要因の一つとなる。

前述したように、一八五四年一月八日に発足した制憲議会は、翌五五年二月一四日に憲法正文の条項を承認した。にもかかわらず、「国王が裁可すべきであるのかどうか、また、憲法的地位を有するすべての法規を一斉に公布

すべきであるのか、それとも、できたものから順に徐々に公布すべきであるのか¹⁸」で議論となり、結局、公布は棚上げとなってしまうのである。しかし、この憲法は、一八五四年八月一日の王令で一八四五年憲法が廃止され、新たに選出・召集された制憲議会が起草した名実共にする新憲法であり、しかも国民主権原理に基づいているのであるから、立法議会たる国会と同じく憲法の被造物にすぎない国王による裁可は、法理論的には不要のほうである。また、九二条は、制憲議会が事後的に制定する「基本方針」に憲法的地位を付与することで、将来の法律の展開に縛りかける趣旨のものであるから、すべての「基本方針」が出揃うまで憲法を公布できないとすれば、二〇〇か条近い大部・詳細な憲法正文をフル・テキストで作成するのと大差ないことになる。

一八五六年憲法が公布に至らなかった要因とされる「法的な疑義と政治的な出来事¹⁹」のうち、法的な疑義とは、まさにこの「基本方針」の法的位置づけをめぐる議論が、憲法の正文の起草が完了した一八五五年一月四日の時点で決着せず、その後、七つの「基本方針」が出揃うまでに半年以上の時間が経過してしまったことを指している。そうなったについては、「みずからのプログラムを立法上実現する、かくも大きな機会を逃すことを恐れていた進歩派は、憲法を、同一ランクの二つの文書——憲法正文と『附帯条令』——に分割することにより、大部なカデイス憲法の伝統を回復するという曲がりくねった道を、若干の幻想を抱きつつ、たどることになった²⁰」との説明が、当を得ていよう。制憲議会の多数を占めていた進歩派は、細目までを憲法事項とするカデイス憲法方式への執着を捨てることができず、その未練が未公布という残念な結果を招く一因となったのである。

三 統治機構

1 立法権

(1) 二院制国会

一八五六年憲法における立法権の性格づけは、基本的に、一八三七年憲法のそれと同じである。すなわち、「立法権は、国会及び国王に存」(二五条)し、「国会は、上院及び下院という、権限において対等な、二つの共同立法機関 (dos Cuerpos Colegisladores) により構成される」(二六条)。つまり、二院制国会である。

四〇条に「いずれかの議院が法律案を否決……したときは、同一立法期において、同一内容の法律案を再提出することができない」とあるように、法律の制定における両議院の権限は対等である。その一方で、三八条の前段は「租税及び公債に関する法律案は、先に下院に提出される」として、一八三七年憲法及び一八四五年憲法と同じく税法の下院先議権を定めるとともに、後段で「上院がこれに修正を施したときは、両院の合意が得られる場合を除き、下院が最終的に可決した成案を国王の裁可に付するものとする」として、一八四五年憲法では消滅していた下院の優越を復活させている。

(2) 両院の組織・選挙制度

下院の組織は、一八三七年憲法のそれと変わるところがない。すなわち、各県ごとに人口五〇、〇〇〇人につき少なくとも一名が直接選挙される下院議員の任期は三年で、再選制限はない(二四条、二五条)。被選資格は、「世俗身

分の二五歳以上のスペイン人で、選挙法の定めるその他の要件を備えていること」(二六条)である。

上院の組織は、その員数が下院議員の五分の三である(二七条)点、再選制限のない(二三条)点、並びに国王の子息及び直近の王位継承権者が二五歳で上院議員となる(二三条)点においては、一八三七年憲法と同じである。しかしその一方で、選任方法が大きく異なっている。すなわち、一八三七年憲法の上院議員が、下院選挙人団の推薦する候補者リストのなかから国王により任命されたのに対し、一八五六年憲法の上院議員は、各県ごとに、その人口に比例して(一九条)、下院議員の場合と同じ選挙人により直接選挙されるものとされたのである(一八条)。上院議員の直接選挙は、その後の民主主義的な一八六九年憲法ですら否定されていることを考えれば、一八五六年憲法の最も重要な特徴の一つといえるべきであろう。

上院議員の被選資格については、四〇歳以上のスペイン人であることと、納税・財産等一定の経済的要件が憲法上明記されている(二〇条)。経済的要件は、①過去二年間に直接税三、〇〇〇レアルを納付していること、②私有財産に由来する三〇、〇〇〇レアルの所得があること、③適法に証明された理由による以外には失われることのない職による三〇、〇〇〇レアルの給与を得ていること、④毎年三〇、〇〇〇レアルの年金、恩給若しくは休職手当を受け又は受ける権利を認められていること、の四つのうち一つに該当することである(同一項)。これらの要件は、一八四五年憲法下に比べて引き下げられているが、その一方で、①④の金額を合算した合計をもつて要件を満たすものとすることはできない(同一項)という新たな制約が加わっているため、一八四五年憲法下と比べて、富裕層中心の上院という特徴が顕著に後退したわけではない。

なお、任期満了又は下院解散による下院議員総選挙の際に、古参順により改選される上院議員の割合は、一八三七

年憲法が「上院議員の三分の一」であったのに対し、一八五六年憲法では「四分の一」とされている。これは上院の固定性が若干強まることを意味しよう。

選挙権については、一八五六年二月二十九日に承認された選挙の基本方針に関する法律 (Ley de Bases electorales) 及びこれを具体化する選挙法案により、納税・財産等一定の経済的要件が定められることになっていった。選挙に関する組織法律の基本方針二条によれば、上院・下院ともに、選挙権は、二五歳以上のスペイン人で一定額以上の直接税を納入している者に与えられ、法律で定めるこの基準税額の上限は二一〇レアルとされた。一八三七年の法律 (進歩主義的な) では二〇〇レアルであったこの上限は、一八四六年の法律 (穏健主義的な) では、時計の針を戻したかのように、定額四〇〇レアルまで引き上げられていたので、一八五六年の改革は、「進歩主義的理念の忠実な反映」であり、「選挙人たるに必要な社会・経済的諸条件の引き下げを通じた選挙人名簿の拡張²²⁾」を意味し、普通選挙制へ向けての大きな前進であったといえよう。

(3) 国会議員の地位

国会議員の地位に関しては、まず四三条に「上院議員及び下院議員は、その職務遂行として表明した意見及び投票につき、不可侵である」とされている。カデイス憲法に始まり、一八三四年王国憲章、一八三七年憲法及び一八四五年憲法のすべてにおいて受け継がれてきたこの趣旨の規定は、こんにちいわゆる免責特権に該当する。また、四四条は、一八三四年王国憲章及び一八四五年憲法の趣旨を受け継ぎ²³⁾、次のような文言で不逮捕特権を定めている。すなわち、「上院議員及び下院議員は、現行犯の場合を除き、その会期中、当該議院の許諾なしに訴追又は逮捕されない。

ただし、現行犯の場合又は国会閉会中に訴追若しくは逮捕された場合には、当該議院の審査及び議決に付するため、その旨を速やかに当該議院に通知するものとする。当該議院の議決なしに、判決を言い渡してはならない。

(4) 国会・各議院の自律性

一八五六年憲法では、次のような点で、国会の自律性の強化が図られている。その多くは、国王権力の制限と表裏をなすものである。すなわち、①国会を召集、停会及び閉会し、並びに下院を解散する権限は国王に属するが、「国会は、毎年遅くとも一月一日までに開会する」（二八条）とされ、国王の恣意を排して自動的な集會が保障されている（一八三七年憲法二七条の先例では、この期日は二月一日とされていた）。②「毎年、国会は、下院が組織された日から起算して、少なくとも連続四か月間集會しなければならない」（二九条一項）（カディス憲法一〇六条の先例では、この期間は三か月とされていた）。しかも、国王による停会権・解散権の濫用的行使を防止するための新しい制度として、③その四か月が経過する前に国王が国会を停会又は解散したときは、次に開かれる国会は、四か月が経過するまで集會するものとされている（同二項）。また、④「国会の停会期間は、一回につき又は複数回の合計で三〇日を超えてはならない」（同三項）。さらに、⑤「王位が欠け、又は何らかの理由で国王が統治不能となったときは、国会は直ちに集會しなければならない」（同三項）。さらに、⑤「王位が欠け、又は何らかの理由で国王が統治不能となったときは、国会は直ちに集會しなければならない」（三〇条）（これは一八三七年憲法二八条と一八四五年憲法二七条に先例がある）。

加えて、いわゆる議院の自律権事項としては、①議院規則制定権（三二条）、②選挙の合法性及び所属議員の資格の審査権（同）、並びに、③役員（議長、副議長及び事務局長）の選任権（三二条）が定められている。

「国会が、それを停会するためだけに召集され、あるいは、大仰な開会式のほんの数日後には恥ずかしくも閉会を

余儀なくされていた」といわれる⁽²⁴⁾当時の時代状況を考えれば、これらの規定は、国王・政府の恣意を決然と制限する制度的措置として、きわめて徹底したものであったということができよう。

(5) 議会活動の諸原則

議会活動の諸原則には、先行する三つの憲法（カデイス憲法、一八三七年憲法及び一八四五年憲法）にも共通してみられた次のような特徴が見出される。すなわち、①「上院が司法的権能を行使する場合を除き、⁽²⁵⁾いずれの議院も、他方の議院が同時に集会するの
でなければ、集会することができない」（二四條）（カデイス憲法下の国会は一院制なので、この規定はない）。②「両議院は合同で審議することも、国王の面前で審議することもできない」（三五條）。このうち前段は各議院での審議の独立性の確保（カデイス憲法下の国会は一院制なので、この規定はない。）に、後段は国王権力に対する国会全体の独立性の確保に、それぞれ資するものである。③「上院及び下院の会議は、公開とする。ただし、秘密を要する場合のみ、秘密会を開くことができる」（二六條）。会議の公開原則について、「一八五四年から一八五六年にかけての進歩派の二年間における制憲議会は、ブラボ・ムリージョの企てに対抗し、両院の会議を公開することに疑いを差し挟まなかつた⁽²⁶⁾」と指摘されるように、これは、進歩派・穩健派のいかに問わず、スペイン一九世紀自由主義に通有の価値観を反映したものとみられよう。

議会活動の恒常性・継続性確保を通じて国会の存在感を際立たせるものとして注目されるのは、カデイス憲法で創設された常設議員団（Diputación permanente）の復活である。下院議員五名及び上院議員四名で組織される国会の常設議員団は、国会閉会中に、憲法の遵守及び個々人の安全に配慮する役割を担い、次の場合に国会を召集する。すなわ

ち、①王位が空席となったとき、②国王が統治不能となったとき、③予算法その他の特別法により承認されていない租税又は借入が必要となったとき、④一又は複数の県で、第八条に定める諸権利の保障が停止され、国王が国会を召集しないときである（四七条）。

(6) 国会の権能

国会は、後述するように、国王と共同で立法権を行使するほか、次の権能を有する（四一条）。①国王、直近の王位継承権者及び王国摂政又は摂政会議より、憲法及び法律を遵守する旨の宣誓を受けること。②王位継承に関して生じた事実上又は法律上の疑義を裁定すること。③王国摂政又は摂政会議を選任し、及び憲法の定める場合に未成年国王の後見人を任命すること。④大臣を弾劾すること。大臣は、下院により訴追され、上院がこれを裁判する。

このほかに、一八五六年憲法が国会に付与する権能で注目されるのは、財政に関するものである。すなわち、「毎年、下院が組織された日の八日後、第二九条の規定により国会が召集された後四か月の期間内に、内閣は、次会計年度の国の歳入及び歳出の一般予算並びに前々年度の公的基金の徴収及び投資の会計を提出し、国会の審査及び承認に付さなければならぬ」（七九条）。そして、「予算は、前条の四か月の期間内に、必ず審議及び表決に付さなければならぬ」（八〇条）。国会が予算の審査・承認権を有する旨は、一八三七年憲法及び一八四五年憲法にも規定されていたが、一八五六年憲法は、内閣の予算案提出の期限を明記しているうえ、関連する新しい重要な制度として、会計検査院（Tribunal de Cuentas）の設置を定めている。会計検査院の検査官は、下院が任命し（四二条一項）、調査官その他の吏員は、会計検査院の推薦に基づいて国王が任命する（同三項）。なお、下院議員は事前にその職を辞さなければ

検査官になることができない(同二項)。議会の受任者としての会計検査院は、続く一八六九年憲法の下でも設置され、以後、プリモ・デ・リベール独裁期とフランコ体制期を除き、現行一九七八年憲法下のこんにちに至るまで存続している。

2 執行権

(1) 国王

国王の地位及び権能に関する次の規定は、すべて一八三七年憲法のそれと同内容のものである。すなわち、①「国王の人格は神聖かつ不可侵であり、責任を問われない。大臣が責任を負う」(四八条)。②「法律を執行させる権能は、国王に存する。国王の権限は、憲法及び法律に基づいて、国内の公の秩序の維持及び対外的国家安全保障に資するすべての事項に及ぶ」(四九条)。③「国王は、法律を裁可及び公布する」(五〇条)。

一方、当時の政治環境について、「王室の権威失墜は明らかであり、一八五四年の憲法制定議会はスペイン史上初めて君主制に疑いを寄せたのであって、最終的に君主制は認められたものの、賛成一九四に対して反対一九という、一定の地味な反対に遭った²⁷⁾」との指摘があるように、一八五六年憲法は、上述した上院議員任命権、上院の正副議長任命権など、それまでの諸憲法が伝統的に国王に付与してきた権限を剥奪するとともに、国王権力に対するいっそうの制約を定めている。すなわち、前述した国会の自律性を強化する諸規定のほかに、五二条に列挙された国王権限(政令等の制定、迅速・公正な裁判への配慮、宣戦・講和、軍隊の使用・配備、外交・通商の指揮、貨幣鑄造への配慮、公行政各部への資金支出の布告、公務員の任命、大臣の任免、恩赦の付与)のうち、恩赦について、「大赦(indultos generales)を与え

ることはできない」旨、また、「いずれかの議院の請願によるのでなければ、国会により弾劾された大臣に恩赦を与えてはならない」旨が定められている。後者の趣旨は、その後、一八六九年憲法においても、「国王が上院により有罪判決を受けた大臣に恩赦を与えるためには、事前に国会の一院による請願を必要とする」(九〇条)という表現で引き継がれていくことになる。

(2) 大臣

大臣の地位及び権能に関する一八五六年憲法の規定は、一八三七年憲法のそれとまったく同一であり、なんらの増減もみられない。すなわち、①「国王が命令し、又は国王がその権限を行使して規定したすべての事項は、所管の大臣によって署名されなければならない。いかなる公務員も、この要件を欠く事項を履行してはならない」(六五条)。②「大臣は、上院議員又は下院議員を兼ね、両院の審議に参加することができる。ただし、表決権は、所属する議院においてのみ有する」(六六条)。

なお、それまでの歴代憲法と同様に、大臣の合議体としての内閣 (Consejo de Ministros) の組織・権能に関する規定は存在しない。内閣制度の立憲化は、一九三一年第二共和制憲法を待たなければならなかった。

(3) 枢密院

一八五六年憲法五四条は、「法律の定める場合に国王の諮問に応じる枢密院 (Consejo de Estado) を設置する」と定める。憲法が枢密院の設置に直接言及するのは、カデイス憲法以来のことである。²⁸⁾ カデイス憲法下の枢密院の組織及

び権限は、同憲法自体(第七章「枢密院」二三二―二四一条)に詳細に規定されていたが、一八五六年憲法の枢密院関連規定はこの五四条のみであり、細目は組織法律に委ねられている。

枢密院に関する組織法律の基本方針四条によれば、枢密院のメンバーである枢密顧問(*consejero*)の人数は、四〇名を超えてはならず、①いずれかの議院の議長に選任されたことのある者、②大臣であった者、③陸海軍の大將及び中将、④現職の大使及び全権公使並びにそのいずれかの経歴を有する者、⑤大司教及び司教、⑥現職の最高裁判所及び軍法会議の判事及び検事並びにそのいずれかの経歴を有する者のなかから、内閣の提案に基づいて、国王により任命される。カデイス憲法二三二条では、枢密顧問の任命は「国会の提案に基づいて」国王により行われるものとされていたので、一八五六年憲法における枢密院には、国王・政府に対する従属的性格がやや強く表れているといえよう。

この基本方針によれば、枢密院は「国王陛下の唯一の諮問会議」(一条)であるのに加えて、行政事件の審理を行う権限も付与されている(三条)。スペイン近代憲法史における枢密院は、バイヨンヌ憲法下では諮問機関・権限争議裁定機関として、カデイス憲法下では純然たる諮問機関として設置されたので、枢密院に行政裁判管轄権を付与したのは、一八五六年憲法が初めてということになる。その後、枢密院の行政裁判管轄権は、一八六八年の九月革命で廃止され、王政復古後の一八七五年一月二九日の政令で復活し、それが一九〇四年まで続くことになった。

3 司法権

一八五六年憲法第一〇編「司法権」は、一八三七年憲法第一〇編「司法権」所収の六か条をほぼそのまま引き写す形で、民事・刑事司法権の裁判所への専属(六七条)、裁判所の組織・権能の法定(六八条)、刑事裁判の公開(六九条)、

裁判官の身分保障（七〇条）、裁判官個人の法的責任（七一条）、国王の名において行われる裁判（七二条）といった基本原則を定めている。

司法権は行政権に由来すべきものと考えていた穏健派の手になる一八四五年憲法において、第一〇編のタイトルは「司法行政」（De la Administración de Justicia）とされていたが、一八五六年憲法は、それを再び一八三七年憲法と同じ「司法権」（Del Poder Judicial）に戻している。これは形式的な表記の変更にすぎず、一八四五年憲法下の裁判所の地位・権能に実質的な変更を及ぼすものではないが、司法権を立法権・行政権から独立した権力であるべきとみる進歩主義的観念の表れとしての象徴的な意味合いをもつものではある。この考え方を反映して、裁判所に関する組織法律の基本方針一条は、「あらゆる職層における司法職は、一切の行政職を兼ねることができない」と定め、同二条で裁判官の罷免事由（①心身の故障による執務不能、②適格性の欠如又は裁判官の威信を貶める著しい非行）を厳格に特定することにより、裁判官の独立性の確保と身分保障の強化を図っている。

もう一点、司法権に関して注目されるのは、「あらゆる種類の犯罪について、陪審による裁判を確立すべき時期及び方法、並びに、スペイン人の人身保護に対する犯罪を防止するために効果的な保障の程度は、法律でこれを定める」（七三条）と述べて、陪審制の採用を憲法上明記していることである。後述するように、陪審の最も重要な機能として期待されているのは、出版犯罪の審理である（二三条二項）。

4 地方制度

カデイス憲法によって創設された県（Provincia）の区分を前提として、一八五六年憲法は、各県に、国会議員の選

挙人と同一の選挙人により直接選挙される県議会 (Diputación) を置いている (七四条一項)。住民による直接選挙は、一八三七年憲法の方式を復活させたものである。また、一八四五年憲法七四条が県議会に対する中央政府の関与に言及していたのに対して、一八五六年憲法七四条二項は、「県議会は、当該県に固有の利益に係るすべての事項及び法律の定める市を所管する」と述べ、中央政府からの一定の独立性を示唆している。

自治への志向は、市 (pueblo) に関する規定において、いつそう強いものとなっている。すなわち、「市の内政については、治安判事 (alcaldes) 及び参事 (regidores) から成る市参事会 (Ayuntamiento)⁽²⁹⁾ のみを設置する……」(傍点は筆者) と述べて、市参事会による団体自治の趣旨を強調し、治安判事と参事の選任を、やはり住民による直接選挙に委ねているのである (七五条)。

市参事会は、法律に基づいて、国会議員の選挙人名簿を調製するが、県議会は、国王により任命される県知事 (Gobernador civil) の必要的介入を得て、これを修正することができる (七七条一項) とされ、そのかぎりでは、中央政府による一定程度の関与が認められている。しかしその一方で、選挙人名簿の調製又は選挙に係る行為において、職権濫用、過誤又は違法行為があった者に対しては、「政府の承認を要せずに、住民訴訟 (acción popular) を提起し、これを裁判にかけることができる」(七七条二項) とされ、自治権への配慮がなされている。

中央・地方の政府間関係について、イデオロギー的なレベルでは、一般に、穏健派はフランス型中央集権を、進歩派はイギリス型地方分権を志向していたとみられる。しかし、カデイス憲法以後、一九世紀スペインで施行された六つの憲法に表れた地方制度は、全体として進歩主義的と特徴づけられているカデイス憲法、一八三七年憲法及び一八六九年憲法も含め、すべて中央集権的傾向をもつものである。地方分権的傾向をもち、あるいは地方自治を明確

に定めたものと評価されているのは、公布されなかった一八五六年憲法と、連邦制を構想した第一共和制憲法の草案（二八七三年）³⁰ だけである。日の目をみることのなかったこれら二つの憲法が素地を用意した地方自治は、長い潜伏期間を経た後、一九三一年第二共和制憲法において、「市及び地域の自治と両立する統合国家 (Estado integral)」（一九三一年憲法一条三項）として、突如、開花することになるのである。

5 国軍と民兵

カデイス憲法以来、軍に関する憲法規定は、国軍 (fuerza militar nacional) と各県の民兵 (Milicia Nacional) の二本立てで設けられるのが通例であった。国軍について、一八五六年憲法八四条は、「国会は、毎年、国王の提案に基づいて、陸海軍の兵力を定める。これを定める法律の承認は、予算承認に先立ってこれを行う」としている。国会が国軍の規模を決定するというルールは、カデイス憲法、一八三七年憲法及び一八四五年憲法において一貫して踏襲されてきたものである。

しかしながら、制憲議会の主たる関心は、むしろ、民兵の扱いをどうするかにあった。というのも、「議論のあいだ中、進歩派と民主派は民兵を全員一致で熱烈に支持したが、それは公の秩序の保障であり、あらゆる敵対階級に対して自由を擁護する要塞であった。これに対し、穏健派は一丸となって民兵に反対し、これをきわめて危険な制度とみていた」³¹ からである。

カデイス憲法は、各県にその人口や状況に応じて住民から成るアド・ホックな民兵を置く旨（三六二―三六四条）を定め、「国王は、必要な場合に、当該県の内部で民兵組織を用いることができる。ただし、国会の同意なしに、県外

でこれを用いることはできない」(三六五条)として、民兵の扱いをめぐる国王の権限に制限を課していた。一八三七年憲法も同趣旨の規定を維持したが、穏健派の手になる一八四五年憲法では、民兵に関する条項自体が削除された。そこで、進歩派主導の一八五六年憲法では、一八三七年憲法の民兵条項を復活させる形で、「各県に民兵組織を置き、その組織及び職務は法律に基づく。国王は、必要な場合に、当該県の内部で民兵を用いることができる。ただし、国会の同意なしに県外でこれを用いることはできない」(八五条)と定められたのである。

しかし、制憲議会が反動期を迎えていた一八五六年六月一八日に成立した民兵に関する組織法律の基本方針は、進歩派が望むような形での民兵制度の復活を保障するものにはならなかった。同基本方針は、民兵を民間防衛組織としながら、これを内務省 (Ministro de Gobernación) の管轄下に置き(一条)、従来通常裁判所の管轄とされていた民兵隊員の刑事裁判を、戦時に限定してではあるが、軍法会議の管轄とした(九条)。そして、スペイン憲政史上初めて、国会への速やかな報告を条件に、「重大な状況により、民兵を解散する必要があると判断するとき」に民兵を解散する権限を中央政府に付与したのである(八条)。こうした状況はまさに、「民兵制度の衰退の始まり」と評すべきものである。実際その後、民兵は王令により廃止され、あるいは「自由志願兵団」(Voluntarios de la Libertad)、「共和国志願兵団」(Voluntarios de la República)、「立憲君主国志願兵団」(Voluntarios de la Monarquía Constitucional) などと名称を変えて再登場するが、ほとんど実態のないものにとどまり、一八六九年憲法以降の諸憲法でも再び規定されることはなかったのである。

四 自由及び権利並びに義務

バイヨンヌ憲法もカデイス憲法も、国民の自由及び権利に関する条項を正文の随所に散りばめていたが、権利宣言の編を立ててそれらをひとまとめにしたのは、一八三七年憲法が最初である。その方式を踏襲しつつ、穩健主義的アレンジを加えたのが一八四五年憲法であり、それを再び一八三七年憲法的進歩主義に引き戻しつつ、いくつかの新機軸を加えているのが、一八五六年憲法第一編「国民及びスペイン人」(二―一四條)である。

1 出版の自由

一八五六年憲法二條一項は、「すべてのスペイン人は、事前の検閲を受けることなく、法律を遵守して、その思想を自由に出版及び公表することができる。出版物は、公表前にこれを差し止めてはならない」と定め、同二項は、一八三七年憲法二條二項にあった「陪審員のみ、(exclusivamente)」という限定をはずしつつも、「出版犯罪を審理する権限は、陪審員に属する」と述べて、一八四五年憲法で削除されていた出版犯罪の陪審裁判を復活させている。

しかしながら、出版に関する組織法律の基本方針一條は、憲法三條の保障が及ばないものとして、私生活上の行為に関する出版物を挙げ(二項)、さらに、「(カトリックの)教理に関する著作物を出版するためには、当地の司教(Ordinario)の許可を受けることを不可欠の要件とする」(二項)と定めている。つまり後者は、憲法三條が事前の検閲を禁じているにもかかわらず、これを許すものとなっているのである。そして、処罰の対象となる印刷物として、①社会秩序の転覆、公の安寧の攪乱、合法的に成立している権力への不服従、又はかかる権力の行使を妨害すること

を煽動するもの、②カトリック教、君主の人格又は尊厳、並びに国会の正統性又は品位を貶めるもの、③外国の君主の人格を侮辱し、道徳、良俗及び公の品位を侮辱及び中傷し又はこれらを損なうものを列挙(四条)したうえで、これらに該当する「出版の自由を濫用してなされたすべての犯罪は、陪審の管轄である」(七条一項)と定めている。また、新聞に關しても、体制変革、カトリック教に対する侮辱、君主の人格に対する攻撃、公の品位を損なうものは、告発の対象とされた(八条)。このように、基本方針の規定は、罪刑法定主義ではあるものの、その実質は、「自由である旨が宣言されているものそれ自体の行使を憲法上制限するものとなっている」⁽³³⁾。L・サンチェス・アヘスタが「他のどの憲法よりも純粹に、進歩主義政党の理念を反映している」⁽³⁴⁾と断言するほど急進的であるはずのこの憲法ですら、この程度の保障にとどまっているのは、一九世紀中葉という時代の限界というほかないのであろう。

2 宗教的寛容

バイヨンヌ憲法及びカディス憲法は、きわめて不寛容なカトリック国教制を定めていた。進歩派の手になる一八三七年憲法は、国教の明示を避けたが、穩健派の手になる一八四五年憲法は、再度カトリック国教制を謳った。これに対し、一八五六年憲法一四条は、一八三七年憲法一一条と同じ文言で「国は、スペイン人が信奉するカトリック教の信仰及び司祭を維持及び保護する義務を負う」(二項)と定めただけで、「ただし、いかなるスペイン人又は外国人も、カトリック教に反する行為を公然とするのでないかぎり、宗教的な意見又は信条を理由に迫害を受けることはない」(二項)との文言を付け加えている。前述した出版に関する組織法律の基本方針四条に該当する行為、すなわち、カトリック教を侮辱するような書物を出版する等の行為に及ばなければ、カトリック以外の宗教を信仰するこ

とは黙認され、処罰を受けることはない。つまり、内心における信仰の自由は保障されているのである。

これは、まだ完全な信教の自由にまでは至らないものではあるが、スペイン憲法史上初めて、国家が宗教的寛容を示したものとして注目に値する。その衝撃の大きさは、一八五六年憲法の内容を知ったローマ教皇庁が、スペインとの間で結ばれた政教条約（一八五一年）に違反するとみなし、スペインとの国交を断絶する事態にまで至ったこと³⁶からもうかがえる。そして、一八五六年憲法でのこの小さな前進は、一八六九年憲法の信教の自由規定³⁷において実を結ぶことになる。

3 その他の自由及び権利並びに義務

一八五六年憲法一条が「単なる政治犯罪には、死刑を科してはならない」と定めたのは、この憲法の権利条項における新機軸である。政治犯罪に限定してではあるものの、「スペイン憲法における死刑廃止論の最初の勝利であり、将来の議会での議論に決定的な影響を及ぼした先例である」³⁸と評されているものであり、その後もスペインの国会では何度となく死刑廃止の提案がなされている。とはいえ、二〇世紀に入ってから、苛烈な内戦や長きにわたるフランコ抑圧体制を経験したこともあり、死刑の全面廃止は、現行一九七八年憲法（二五条）の制定を待たなければならなかった。

公務就任権を定める一八五六年憲法六条は、一八三七年憲法五条及び一八四五年憲法五条の趣旨に、後段「いかなる公職にも、貴族の資格を要しない」の文言を付け加えることにより、進歩主義的平等原理の徹底を図っている。

「非常事態下で、国家安全保障上、王国全土又はその一部において、前条の規定〔不法な逮捕・拘禁からの自由、

住居の不可侵」の一時的な停止が必要となるときは、法律でこれを定める」とする一八五六年憲法九条一項は、一八三七年憲法八条及び一八四五年憲法八条の趣旨に、二項「前項の停止が布告されたときは、停止期間中、当該領域は、事前に制定された治安維持法により統治される」、三項「ただし、いかなる場合にも、治安維持法その他の法律により、スペイン人を王国領土外又はイベリア半島外に追放する権限を政府に与えてはならない」の文言を付け加えることにより、政府に対する制約を課している。

前述した出版の自由、出版犯罪の陪審裁判、ここに列挙した政治犯罪に対する死刑の廃止、公務就任資格における平等、非常時における国外追放の禁止などは、それぞれ精神的自由、身体的自由といった別個のジャンルの自由権としてではなく、すべて「広範に及ぶ政治的権利の保障をシステムティックに規定した」³⁹ (傍点は筆者) ものと理解するのが、おそらくはこの憲法の趣旨を正しく捉えるものであろう。

そのほかの自由及び権利並びに義務の条項は、ほぼすべて一八三七年憲法か一八四五年憲法の焼き直しである。すなわち、不法な逮捕・拘禁からの自由(八条)、住居の不可侵(同)、財産没収刑の禁止(二二条)、罪刑法定主義・法定手続の保障(二〇条)、請願権(四条)、公用収用の際に相当な補償を受ける権利(二三条)、そして、国防・納税の義務(七条)である。

むすびにかえて

ここまでの考察を通じて、一八五六年憲法に表れた原理や制度には、いくつかの注目すべき新機軸が見出されることが明らかになった。

このうち、後の一八六九年憲法において発展的に継承されたものは、次のとおりである。①公権力の淵源としての国民主権原理が、制憲議会の明白な意思の下に、明文規定としての復権をみた。②カデイス憲法以来模索されてきた憲法の実質的「硬性」化に寄与しうるような、合理的かつ現実的な憲法改正手続が初めて定められた。③いずれの議院も直接選挙される二院制国会を確立し、部分的にはあれ、下院の優越を定めた。④普通選挙制へ向けての前進がみられた。⑤国会による財政の監督に寄与しうる会計検査院が初めて設置された。⑥国王の恩赦権行使に国会による制限が課せられた。⑦国王の諮問機関である枢密院に、初めて行政裁判管轄権が付与された。⑧信教の自由の前段階として、初めて宗教的寛容の態度が示された。

一八六九年憲法には継承されなくても、その先の将来につながるものもあつた。すなわち、①議会活動の恒常性・継続性確保に寄与しうる常設議員団の制度は、現行一九七八年憲法においても採用されている。②一八五六年憲法と第一共和制憲法草案（一八七三年）が素地を用意した地方自治は、長い潜伏期間を経た後、一九三一年第二共和制憲法において具体化され、フランコ時代に再び潜伏した後、現行一九七八年憲法の下で、「自治国家」(Estado de las Autonomías)と呼ばれる、連邦制にかぎりなく近い国家形態を現出せしめるに至つた。

その一方で、進歩派が、細目までを憲法事項とするカデイス憲法方式への執着を捨てることができず、憲法正文と附帯条令の二本立てでそれを実現しようとしたために、未公布という、かえつて残念な結果を招いたことは、スペインの立憲政治に大きな教訓を残した。二〇世紀的社会国家の憲法である一九三二年憲法の分量が一二五か条にとどまり、一六九か条を数える現行一九七八年憲法もわずかな改正を経て今なお現実政治を有効に規制し得ている事実をみれば、この歴史的教訓は生かされたといえようか。

- (1) 拙稿「スペイン立憲主義の曙——一八〇八年バイヨンヌ憲法——」早稲田大学社会科学研究所『社会科学討究』一二九号 (一九九九年一月) 参照。
- (2) 拙稿「スペイン立憲主義の成立——一八三四年王国組織法——」皇學館大學人文學會『皇學館論叢』二四卷二号 (一九九一年四月) 参照。
- (3) 拙稿「フランコ時代の基本法体制における国家元首の地位および権能」日本大学法学部『日本法学』七三卷二号 (二〇〇八年二月) 参照。
- (4) Joaquín Tomás Villarroja, *Breve historia del constitucionalismo español* (12.^a edición) (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997), p.76.
- (5) 一八五六年「未公布」憲法のテキストは Julio Montero (ed.), *Constituciones y códigos políticos españoles, 1808-1978* (Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1998), pp.103-113; Enrique Tierno Galván, *Leyes políticas españolas fundamentales* (1808-1978) (2.^a edición) (Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1979), pp.100-109を『同憲法の附帯条令たる七つの基本方針のテキスト』 Isabel Casanova Aguilar, *Aproximación a la constitución non nata de 1856* (Universidad de Murcia, 1985) 所収の Apéndice, pp.155-198を参照した。また、本稿で引用する他のスペイン歴代憲法の条文は、次に列挙する拙稿において筆者が邦訳を公表しているが、本稿中での整合性を確保するため、訳語・訳文は適宜変更している。「資料」(邦訳) スペイン1812年憲法・(カデイス憲法)『山梨大学教育人間科学部紀要』一卷一号 (一九九九年)、「資料」(邦訳) スペイン1808年憲法・1834年王国憲章『山梨大学教育人間科学部紀要』一卷二号 (二〇〇〇年)、「資料」(邦訳) スペイン1837年憲法・1845年憲法『山梨大学教育人間科学部紀要』二卷一号 (二〇〇〇年)、「資料」(邦訳) スペイン1869年憲法『山梨大学教育人間科学部紀要』四卷二号 (二〇〇二年)、「資料」(邦訳) スペイン1876年憲法『山梨大学教育人間科学部紀要』五卷一号 (二〇〇三年)、「資料」(邦訳) スペイン1931年憲法『山梨大学教育人間科学部紀要』六卷二号 (二〇〇四年)、「資料」(邦訳) フランコ時代の基本法(1)『山梨大学教育人間科学部紀要』七卷一号 (二〇〇五年)、「(参憲資料第6号) スペイン憲法概要」(参議院憲法調査会事務局、二〇〇一年)。

(6) 一八三七年憲法の前文には、「国民が、その主権を行使して、一八一二年三月一九日にカデイスにおいて公布された政治憲法を見直すことは、国民の意思であるので、国会 (Cortes generales) は、この目的のために集会し、以下のスペイン王国憲法を規定し、裁可する」(傍点は筆者)と記されており、同憲法は、形式上、国民主権のカデイス憲法を改正したものとされているため、一般に、国民主権の憲法とみられている。しかし、一八三七年の国会は、あくまで抽象的観念としての国民主権を放棄しなかったというだけであり、L・サンチェス・アヘスタが指摘するように、「国民主権は、歴史的データではあり得ても、統治のプログラムでもなければ、法的な帰結が導き出されるような規定でもなかった」といふべきであろう。Luis Sánchez Agesta, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936) (4.ª edición revisada y ampliada)* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984), p.215.

さらに、前文の直前に置かれた国王(女王)イサベル二世(この時点では未成年のため、摂政マリア・クリステイーナとの連名)による公布勅語は、「……これを見て理解するすべての者に、国会が以下のように規定及び裁可し、朕も同じく承認したことを知らしむ」(傍点は筆者)と述べ、国王の意思の介在を示唆している。また、カデイス憲法の復活・改正という形式をとりながら、同憲法所定の改正手続を踏んでおらず、その内容も、フランス一八三〇年憲章やベルギー一八三一年憲法の影響を強く受け、「事実上、新憲法の制定といえるものであった」(拙稿「スペイン憲法史の座標」憲法政治学研究会編『近代憲法への問いかけ』成蹊堂、一九九九年、一四二〜一四三頁)と評するほかないものであり、なにより主権の所在を明示する条項が存在しないことからみて、少なくとも一八三七年憲法が国民主権原理を積極的に承認するものであったとはいいたいであらう。

(7) 拙稿「憲法九六条改正の正当性」憲法学会『憲法研究』四六号(二〇一四年六月一七日)九九〜一〇〇頁参照。

(8) A・パーチェ著／井口文男訳『憲法の硬性と軟性』(有信堂、二〇〇三年)一〇頁に、J. M. Sempere の見解として引用。なお、同書のなかでは、改正手続条項を含まない憲法は「石化した」憲法と呼ばれている。

(9) Antonio Colomer Viadel, *Los liberales y el origen de la monarquía parlamentaria en España* (Biblioteca Universitaria, Madrid, 1988), p.161.

(10) スペインの他の歴代諸憲法にもたびたびみられる *las Cortes con el Rey* という表現は、正確に訳すれば「国王とともにある国会」であり、*King in parliament* といわれるイギリス流議會主權思想の影響を受けた「主權共有」(*soberanía compartida*)の觀念を意味している。

(11) カデイス憲法の改正手続は次のとおりである。①「憲法が完全に施行された後、八年が経過するまでは、憲法のいずれの条文についても修正、追加又は改正を提案することができない」(三七五条)。②「憲法のいずれかの条項の改正の提案は、文書により行われ、かつ、少なくとも二〇名の国会議員の支持及び署名がなされなければならない」(三七七条)。③「修正案は、読会から読会の間六日の間隔を置いて、三回査読される。三回目の査読の後、これを會議に付する理由があるか否かが審議される」(三七八条)。④「會議に付することが認められた後、法律の制定について定められたものと同様の形式及び手続の下で、審議が行われる。この後、次の国会の常会において新たに取扱い理由がある旨可決されるためには、投票の三分の二の賛成を必要とする」(三七九条)。⑤「次の立法期の常会は、細部にわたるまで同様の手続を経て、その二年の会期のいつにても、投票の三分の二の賛成を得て、改正を行うための特別の権限を授与する理由のある旨宣言することができる」(二八〇条)。

⑥「この宣言がなされた後、宣言はすべての県に公示され、通知される。国会は、宣言のなされた時期に応じて、その直後の立法期の国会が特別の権限を保持すべきであるのか、そのまた次の立法期の国会が特別の権限を保持すべきであるのかを決定する」(二八一条)。⑦「この特別の権限は、県選挙会により授与される。以下の条項が、通常の権限に付け加えられる。すなわち、『同様に、国会の布告に述べられている以下のような憲法改正(ここには布告の文言)を行うための特別の権限を授与する。すべては憲法の定めるところに従う。そして、有効に制定された事項を承認し、合憲であるとみなす義務を負う』」(二八二条)。⑧「提案された改正は、新たに審議され、国会議員の三分の二により可決されたとき、憲法的法律となり、憲法的法律として、国会において公示される」(二八三条)。⑨「議員団は、改正の布告を国王に提出し、国王は、王国のすべての権力機関及び市にこれを公示し、配布する」(二八四条)。

(12) 通常の法律案の場合との差異は、議決要件ではなく、定足数要件において見出される。すなわち、法律案の場合も憲法改正案の場合も、議決要件は投票の過半数だが、法律案を議決する場合の定足数は総議員の過半数で足りる(三九条)。

(13) 一八六九年憲法の改正手続は次のとおりである。①「国会は、みずから、又は国王の提案に基づいて、憲法を改正することを決定し、改正すべき条項を指定することができる」(一一〇条)。②「憲法の改正が宣言された後、国王は上院及び下院を解散し、新たな国会を召集する。この国会は、三か月以内に集会しなければならない。召集通知には、前条に定める国会の決議を記さなければならない」(一一一条)。③「この国会は、憲法改正に関する審議のみを行う憲法制定議会の性格 (e carácter de Constituyentes) を有し、その後引き続き、通常の国会 (Cortes ordinarias) の性格を有するものとなる。／国会が憲法制定議会である間は、いずれの議院も、これを解散してはならない」(一一二条)。

(14) base は、法律 (ley) そのものではなく、憲法規定を法律上具体化する際の指針を示すものであり、その記述形式も、法律のように「第〇〇条」(Artículo …) ではなく、「(原則の) 第〇〇」という序数で表記された各パラグラフに複数の文が詰め込まれているものがほとんどである。現在のスペインで行われている法律の区分のうち、内閣への立法の委任の目的及び範圍並びに委任立法権を行使する際に遵守すべき原則及び基準を定める法律である ley de bases に「基本方針」の訳語を充てるものがある (山田信彦編著『スペイン語法律用語辞典』信山社、二〇〇六年、三〇頁) ことから、法律との区別を明確にするため、本稿では base に「基本方針」の訳語を用いる一方、序数で表記されている各パラグラフの番号は、便宜上、「〇〇条」と表記している。

(15) cláusula adicional であれば訳語は「附帯条項」でよいが、acta は各種法令を指す一般的な用語であることと、日本の地方公共団体が制定する条例との混同を避けるため、本稿では acta adicional に「附帯条令」の訳語を充てている。

(16) 組織法律 (ley orgánica) の語は、フランスにおける loi organique に相当するもので、憲法に次ぐ最高ランクに位置する憲法附属法の性格をもつ法律を意味している。筆者はこれまで「組織法」の訳語を用いてきたが、ley organica は必ずしも「組織」に関する規範に限られるものではないことと、前述したように、法律そのものではないが憲法と同等の地位をもつ base という規範との区別にも配慮しなければならないことから、本稿では ley organica に「〇〇組織法」ではなく、「〇〇に関する組織法律」という表記を用いることとした。

(17) Isabel Casanova Aguilar, *Aproximación a la constitución non nata de 1856* (Universidad de Murcia, 1985), p.24.

- (18) Bartomé Clavero, *Manual de historia constitucional de España* (Alianza Editorial, Madrid, 1989), p.85.
- (19) Tomás Villarroya, *op. cit.*, p.76.
- (20) Casanova Aguilar, *op. cit.*, p.24.
- (21) 一八四五年憲法一五条は、年齢こそ三〇歳以上だが、いずれかの議院の議長、三期務めた上院議員又は下院議員、大臣、枢密顧問、大司教、司教、スペイン大公、陸海軍大将、陸海軍中將、大使、全権公使、最高裁判所の長官・裁判官・検事で、三〇、〇〇〇レアルの所得のある者と、六〇、〇〇〇レアルの所得のあるカステイージャ公爵、八、〇〇〇レアルの直接税を納め、かつ、上院議員、下院議員、県議会議員、大都市の治安判事、商業評議会議長、商事裁判所長の経歴をもつ者にしか、上院議員の被選資格を認めていなかった。
- (22) Casanova Aguilar, *op. cit.*, pp.73-74.
- (23) カデイス憲法一二八条は、不逮捕特権ではなく、「……国会議員が訴追された刑事事件については、国会議員は、国会の議院規則に定める方法及び形式に従って、国会内の裁判所によってのみ、これを裁判することができる。……」と定めて、国会議員に対する刑事裁判の権限自体を通常の司法裁判所から剥奪することにより、ある意味では議院の自律権に近い枠組のなかで自由な議員活動を保障しようとしていた。
- (24) Casanova Aguilar, *op. cit.*, p.66.
- (25) この規定のベースとなった一八三七年憲法三三条に、「ただし、上院が大臣を裁判する場合は、この限りでない」(傍点は筆者)とあったように、「司法的権能」とは、第一に、一八五六年憲法四一条四号にいう大臣の弾劾裁判を意味する。これを受け、両院間の関係に関する組織法律の基本方針は、冒頭で「両院関係は、一八三七年七月一九日の法律により、これを規定する」旨を確認し、その一二条で「下院が大臣を裁判する旨宣言したときは、下院は、上院に対して訴追を行う下院議員を選任する」と定めている。また第二に、裁判所に関する組織法律の基本方針一七条が「職務遂行上、違法行為をした最高裁判所の裁判官及び検察官は、司法裁判所としての上院により裁判される」と定めているように、裁判官の弾劾裁判も上院の司法的権能である。

(26) Francisco Fernández Segado, *Las constituciones históricas españolas (Un análisis histórico-jurídico)* (4.^a edición revisada, ampliada y corregida) (Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1986), p.253.

なお、ここにいうブラボ・ムリージョは、一八五一年一月に首相となった、きわめて保守的な穏健派指導者であり、一八四五年憲法をさらに保守的に改正する案を提示した者である。その際の趣旨説明では、「[国会での]審議の非公開を定める。これにより、公開性につきものの、虚栄心からくる動機から解放されて、法律制定の時間の節約になり、法律は完全なものになるであろう。……」と述べられていた。Inigo Cavero Lataillade, Tomás Zamora Rodríguez, *Constitucionalismo Histórico de España* (Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1995), p.153.

(27) Casanova Aguilar, *op. cit.*, pp.57-58.

(28) ただし、一八三四年王国憲章(三条四号)や一八四五年憲法(二五条)は、貴族院(上院)議員の被任命資格との関連で枢密顧問に言及することにより、枢密院の存在を間接的に示唆している。なお、筆者が Consejo de Estado に直訳的な「國務院」などではなく「枢密院」の語を充てるのは、現代中国の国家机关との混同を避けるためと、旧体制・絶対君主制の下では、国王の私的諮問機関という意味でまさに「枢密院」といってよい時代があったからである。枢密院の歴史的沿革については、拙稿「スペインの枢密院(上)——その歴史的経緯と現行法制——」『山梨大学教育学部研究報告』四八号(一九九七年)を参照されたい。

(29) Ayuntamiento は、こんにち、「市町村議会」あるいは「市町村役場」などと訳されることが多いが、日本のように市・町・村といった行政区分があるわけではなく、カデイス憲法以後一九世紀の Ayuntamiento は、立法・行政よりもむしろ司法的機能を主に担っていたことから、Ayuntamiento には「市参事会」の訳語を充て、alcaldes も独任制の市町村長ではないので「治安判事」と訳している。

(30) Francisco Javier García Fernández, Eduardo Espín Templado, *Esquemas del constitucionalismo español (1808-1976)* (Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1976), pp.46-64.

(31) Casanova Aguilar, *op. cit.*, pp.92-93.

スペイン一八五六年「未公布」憲法の憲法史的意義(池田)

- (32) *Ibid.*, p.95.
- (33) Clavero, *op. cit.*, p.90.
- (34) Sánchez Agesta, *op. cit.*, p.247.
- (35) I・カサノバ・アギラールは、制憲議会の議事録を検証し、一八五六年憲法が完全な信教の自由を定めるまでには至らなかった歴史的理由を、概略次のように説明している。第一に、政府の支持の欠如である。つまり政府は信教の自由の原理を明白に承認することには反対だった。第二に、進歩主義政党内の不和であるが、それを条件つけた状況は二つある。すなわち、①進歩派主導の委員会が、教会に敵対しすぎないことを望み、折衷主義的な基本方針を提案したこと、②聖職者をバックにつけていたカルリスタの脅威が去らない状況から、進歩派議員の一部が信教の自由の導入は時期尚早と考えたことである。Casanova Aguilar, *op. cit.*, pp.104-105.
- (36) José Fernando Merino Merchán, *Regímenes históricos españoles* (Editorial Teenos, S.A., Madrid, 1988), p.109.
- (37) 一八六九年憲法二二条「①国民は、カトリック教の信仰及び司祭を維持する義務を負う。②公然と又は秘密裡に他の宗教を信仰することは、道徳及び法の普遍的法則をこえる制限を課すことなく、スペインに居住するすべての外国人にこれを保障する。③スペイン人がカトリック教以外の宗教への信仰を表明するときは、前項の規定をすべて準用する」。
- (38) Casanova Aguilar, *op. cit.*, pp.97-98.
- (39) Jordi Solé Tura, Eliseo Aja, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936) (17.ª edición)* (Siglo XXI editores, Madrid, 1997), p.50.

アメリカ州憲法における宗教教育援助禁止条項について

高畑 英一郎

はじめに

- 一 州憲法の宗教教育援助禁止条項
 - 二 歴史的背景
 - 三 宗教教育援助禁止条項に対する州裁判所の判断
 - 四 宗教教育援助禁止条項の現代的問題
- おわりに

はじめに

アメリカの州憲法の多くには、日本国憲法八九条前段と同様の規定、すなわち宗教団体への公金支出を禁止する条項が設けられている。この規定は、州憲法上の国教樹立禁止条項とともに、州レベルでの政教分離原則を定めるものと理解されている。⁽²⁾ 宗教団体への公金支出禁止、公定教会制を維持するための課税や聖職者への金銭援助禁止条項は、建国当初から見られるものである。⁽⁴⁾ しかし、宗教教育への援助禁止条項が州憲法に規定されるようになったのは、ある特定の宗教団体、すなわちカトリック教会を狙い撃ちするためであった。このことは、あまり知られていない。⁽⁵⁾

本稿は、州憲法上の宗教教育援助禁止条項が成立した経緯を当時の社会状況を踏まえて考察するとともに、この条項に対する州裁判所の解釈やその現代的問題から政教分離原則のあり方を探ろうとするものである。

一 州憲法の宗教教育援助禁止条項

「公金は宗派的な学校、もしくは公立学校に関わる公務員の排他的支配にない学校のいかなるものにも、その維持のために使用されてはならない。この州のいかなる公立学校においても、宗派的な教義を教育してはならず、その教えが許されてはならない。」(カリフォルニア州憲法九条八節)

「宗教的神学的ないかなる組織の利益のために、公金を支出してはならない。」(インディアナ州憲法一条六節)

「この憲法が定める学校、大学その他の教育機関は、将来にわたり州の排他的支配の下にある。連邦議会から州へ

付与されたいかなる土地の売却もしくは処分により得た利益の一部、また教育目的で配分、付加、徴収された資金の一部をも宗派的な私立の学校もしくは大学の維持のために使用してはならない。」(ニューメキシコ州憲法一二条三節)

このような条項は、アメリカの州憲法の多くにみることができる。宗教団体や宗教系の私立学校への援助を禁止する州憲法条項をもつ州は現在四一あり、それ以外でも州法で同様の規定をおくところもある。⁶⁾

以下は、そのリストである(末尾は条項制定年を指す)⁷⁾。

1. アラバマ州憲法一四二条二六三節(公教育用予算の宗教系学校支援のための使用禁止)(一九〇一年)
2. アラスカ州憲法七条一節(公立学校からの宗派支配の排除、宗教系その他の私立学校への直接的公金支出の禁止)(一九五六年)
3. アリゾナ州憲法二条一二節(宗教団体への公金支出禁止)、九条一〇節(教会、宗教系学校支援のための課税・公金支出禁止)(一九一〇年)
4. アーカンソー州憲法一四二条二節(公教育用予算・資産の目的外使用の禁止)(一八七四年)
5. カリフォルニア州憲法九条八節(上述)、一六条五節(州議会その他の公的機関による宗教支援、宗派の支配下にある学校・病院の維持を目的とする公金支出もしくは資産付与の禁止)(一八七九年)
6. コロラド州憲法五条三四節(州の支配下でない個人・私的団体もしくは宗教団体・組織に対する慈善・教育等目的の公金支出の禁止)、九条七節(州議会その他の公的機関による宗教支援、宗派の支配下にある教育機関の維持を目的とする公金

アメリカ州憲法における宗教教育援助禁止条項について(高畑)

- 支出もしくは資産付与の禁止（一八七六年）
7. コネティカット州憲法八条四節（公教育用予算の目的外使用の禁止）（一八一八年）
 8. デラウェア州憲法一〇条三節（公教育用予算の宗教系学校支援のための使用禁止）（一八九七年）
 9. フロリダ州憲法一条三節（州議会その他の公的機関による宗教支援、宗派の支配下にある教育機関の支援を目的とする公金支出の禁止）（一八三八年）
 10. ジョージア州憲法一条二節七号（教会、宗教系学校支援のための公金支出禁止）（一八七七年）
 11. ハワイ州憲法一〇条一節（公立学校からの宗派支配の排除、宗教系その他の私立学校への公金支出の禁止）（一九五九年）
 12. アイダホ州憲法九条五節（州議会その他の公的機関による宗教支援、宗派の支配下にある教育機関の維持を目的とする公金支出の禁止）（一八九〇年）
 13. イリノイ州憲法一〇条三節（州議会その他の公的機関による宗教支援、宗派の支配下にある教育機関の維持を目的とする公金支出の禁止）（一八七〇年）
 14. インディアナ州憲法一条六節（上述）（一八一六年）
 15. カンザス州憲法六条六節（公教育用予算の宗派支配の禁止）（一八五九年）
 16. ケンタッキー州憲法一八九条（公教育用予算の宗教系学校支援のための使用禁止）（一八九一年）
 17. マサチューセッツ州憲法修正一〇二条（州議会その他の公的機関による公的管理にない教育機関・病院等の維持を目的とする公金支出の禁止）（一九一九年）
 18. ミシガン州憲法一条四節（宗教団体への公金支出禁止）、八条二節二号（宗教系その他の私立学校への公金支出の禁止）⁽⁸⁾

(一八五〇年)

19. ミネソタ州憲法一条一六節 (宗教団体への公金支出禁止)、一三条二節 (宗教系学校支援のための公金支出禁止) (一八五七年)

20. ミシシッピ州憲法八条二〇八節 (公教育用予算の宗派支配の禁止、宗教系学校支援のための公金支出禁止) (一八九〇年)

21. ミズーリ州憲法一条七節 (宗教団体への公金支出禁止)、九条八節 (州議会その他の公的機関による宗教支援、宗派の支配下にある教育機関の維持を目的とする公金支出の禁止) (一八七五年)

22. モンタナ州憲法五条一一節五号 (州の支配下でない個人・私的団体もしくは宗教団体・組織に対する慈善・教育等目的の公金支出の禁止)、一〇条六節 (州議会その他の公的機関による宗教支援、宗派の支配下にある学校・病院の維持を目的とする公金支出もしくは資産付与の禁止) (一八八九年)

23. ネブラスカ州憲法七条一一節 (州の支配下でない学校への公金支出禁止、公立学校からの宗派支配の排除) (一八七五年)

24. ネバダ州憲法一条九節 (公立学校での宗派教育の禁止)、一〇節 (宗派目的で使用するための公金支出の禁止) (一八八〇年)

25. ニューハンプシャー州憲法二章八三条 (宗教系学校支援のための公金支出禁止) (一八七七年)

26. ニュージャーシー州八条四節二号 (公教育用予算・資産の目的外使用の禁止) (一九五八年)

27. ニューメキシコ州憲法一二条三節 (上述)、二二条四節 (公立学校からの宗派支配の排除) (一九一一年)

アメリカ州憲法における宗教教育援助禁止条項について (高畑)

七七 (二〇一九)

28. ニューヨーク州憲法一一条三節 (宗教系学校支援のための公金支出禁止) (一八四六年)
29. ノースダコタ州憲法八条五節 (宗教系学校支援のための公金支出禁止) (一八八九年)
30. オハイオ州憲法六条二節 (公教育用予算の宗派支配の禁止) (一八五一年)
31. オクラホマ州憲法一条五節 (公立学校からの宗派支配の排除)、二条五節 (宗教団体への公金支出禁止)、一一条五節 (宗教系学校支援のための公金支出禁止) (二九〇七年)
32. オレゴン州憲法一条五節 (宗教系学校支援のための公金支出禁止) (一八五七年)
33. ペンシルベニア州憲法三条一五節 (宗教系学校支援のための公金支出禁止)、二九節 (個人・私的団体もしくは宗教団体・組織に対する慈善・教育等目的の公金支出の禁止) (一八七四年)
34. サウスカロライナ州憲法一一条四節 (宗教系その他の私立学校への直接的公金支出の禁止) (一八八九年)
35. サウスダコタ州憲法六条三節 (宗教団体への公金支出禁止)、八条一六節 (宗教系学校支援のための公金支出禁止、公立学校での宗派教育禁止) (一八八九年)
36. テキサス州憲法一条七節 (宗教団体への公金支出禁止)、七条五節 c 号 (公教育用予算の公立学校への使用) (一八七六年)
37. ユタ州憲法一条四節 (宗教団体への公金支出禁止)、三条四節 (公立学校からの宗派支配の排除)、一〇条一節 (公立学校からの宗派支配の排除 (繰返し)、九節 (宗教系学校支援のための直接的公金支出禁止) (一八九五年)
38. ヴァージニア州憲法四条一六節 (宗教団体への公金支出禁止)、八条一〇節 (公立以外の学校に対する公金支出禁止) (一八三〇年)

39. ワシントン州憲法一条一節（宗教団体への公金支出禁止）、九条四節（公立学校からの宗派支配の排除）（一八八九年）

40. ウィスコンシン州憲法一条一八節（宗教団体への公金支出禁止）、一〇条三節（公立学校での宗派教育禁止）（一八四八年）

41. ワイオミング州憲法一条一九節（宗教団体への公金支出禁止）、三条三六節（州の支配下でない個人・私的団体もしくは宗教団体・組織に対する慈善・教育等目的の公金支出の禁止）、七条八節（宗教系その他の私立学校への公金支出の禁止）、二一条二八節（公立学校からの宗派支配の排除）（一八八九年）

このリストから、州憲法条項には一定の類型があることが判る。こうした類型化は、その条項を憲法化する必要をもたらした事案が複数の州で見られたことの証左である⁽⁹⁾とともに、州憲法起草の一般的傾向として、他州の憲法条項を借用する慣行にも起因する⁽¹⁰⁾。

そこで、その類型を検討することにしよう⁽¹¹⁾。それは大きく四つに分類することができよう。

(a) 多くの州憲法にみられる条項として「宗教団体への公金支出禁止」がある。この条項は、通常信教の自由や政教分離を定める条項にみられるものであり、一般に公定宗教を否定するものと理解されている。ただし、その州憲法が別に宗教系私立学校への援助禁止条項をもたない場合には、この条項がその役割を担うと理解されている⁽¹²⁾。

(b) 公金支出の禁止対象を宗教系の教育機関と限定する条項がある。それらは表現方法は異なるが、おおむね上記リストでは以下の条項が該当する。

アメリカ州憲法における宗教教育援助禁止条項について（高畑）

「宗教系学校支援のための公金支出禁止」(カリフォルニア、ミネソタ、ミシシッピ、ニューハンプシャー、ニューヨーク、ノースダコタ、オクラホマ、オレゴン、ペンシルベニア、サウスダコタ)

「教会、宗教系学校支援のための課税・公金支出の禁止」(アリゾナ、ジョージア)

「州議会その他の公的機関による宗教支援、宗派の支配下にある教育機関の維持を目的とする公金支出もしくは資産付与の禁止」(カリフォルニア、コロラド、フロリダ、アイダホ、イリノイ、ミズーリ、モンタナ)

「公教育予算の宗教系学校支援のための使用禁止」(アラバマ、デラウェア、ケンタッキー)

「宗派目的で使用するための公金支出の禁止」(ネバダ)

「公教育予算の宗派支配の禁止」(カンザス、ミシシッピ、オハイオ)

州によっては、宗教系私立学校への直接的な公金支出のみを禁止すると限定を付している。¹³⁾ 他方、州政府のみならず、地方自治体による公金支出をも制限する州もある。

(c) 教育用の公的資金の民間組織への支出禁止条項をおく州もある。

「公教育予算・資産の目的外使用の禁止」(アーカンソー、ニュージャージー)

「州議会その他の公的機関による公的な管理下でない教育機関・病院等の維持を目的とする公金支出の禁止」(マサチューセッツ)

「個人・私的団体もしくは宗教団体・組織に対する慈善・教育等目的の公金支出の禁止」(ペンシルベニア、コロラド、モンタナ、ワイオミング)

「州の支配下でない学校への公金支出禁止」(ネブラスカ)

「宗教系その他の私立学校への（直接的）公金支出の禁止」（アラスカ、ハワイ、ミシガン、サウスカロライナ、ワイオミング）

これらの条項は、その内容から明らかかなように宗教系の組織のみならず、それ以外の私立学校などへの補助金支出も文面上禁止される。ただ、こうした条項には、福祉目的の支出、または宗教系学校への送迎バスの費用負担の支出を除くといった但書がつくことがある¹⁴。また、「公的な管理下でない」「州の支配下でない」などの規定は、我が国の憲法八九条後段の「公の支配」をほうふつとさせるものである。

(d) 他に「公立学校からの宗派支配の排除」条項もある（アラスカ、カリフォルニア、ハワイ、ネブラスカ、ニューメキシコ、オクラホマ、ユタ、ワシントン、ワイオミング）。

これとは別に、メイン州¹⁵とメリーランド州¹⁶には、州法に同様の規定がある。他方で、アイオワ州、ルイジアナ州（一九七五年に廃止¹⁷）、ノースカロライナ州、ロードアイランド州、テネシー州、ヴァーモント州の六州の州憲法にはこの種の条項がない。

二 歴史的背景

こうした条項は、どのような経緯から州憲法に設けられるようになったのだろうか。その歴史を振り返ることにしたい。

A 連邦憲法と州憲法

連邦憲法修正一条の国教樹立禁止条項 (the Establishment Clause) は、一九四七年に連邦最高裁が認めるまでは、州政府に対して適用されないと考えられてきた。⁽¹⁹⁾ これは、修正一条制定当時に、宗教制度は連邦の権限でなく州政府が決定するという合意が成立していたことを意味する。⁽²⁰⁾ それゆえ当時、州憲法は独自の宗教制度条項を設けていたのであつて、例えば連邦憲法六条が公務就任時の宗教審査を禁止しているにもかかわらず、一一の州でキリスト教徒以外の者の公務就任を禁止し、四州ではカトリック信者の就任を認めていなかった。⁽²¹⁾ また一七九一年当時、新たに加入したヴァーモント州を含め、公定教会制を維持する州は七州あつた。⁽²²⁾ この七州のうち四州がプロテスタントの公定であり、残る三州がキリスト教(カトリックを含む)の公定であつた。⁽²³⁾ この公定教会制は、マサチューセッツ州が一八三三年に宗教課税を廃止することで全廃され、⁽²⁴⁾ アメリカの政教分離体制は完成したと考えられている。⁽²⁵⁾ ⁽²⁶⁾ ⁽²⁷⁾

B 州憲法上の宗教教育援助禁止条項の制定

上記のように、各州の憲法は独自の宗教条項を設けているが、その条項は連邦憲法よりも詳細で具体的であり、⁽²⁸⁾ さらにその内容も州によって異なる。そうした中で、前述のように大半の州憲法が有しているのが、宗教教育援助禁止条項である。この条項が制定される契機は、カトリック系移民の大量流入に対応すべく、プロテスタント的価値観の教化を公立学校の役割としようとした当時の住民感情であつた。

(1) 公立学校におけるプロテスタント教育とカトリック系移民の対立

アメリカでの公立学校設置の動きは一八三〇年代に始まる。これは、教育の平等という要請のほか、プロテスタント的な価値観と文化を保持するため、あるいはアメリカ文化の中でプロテスタントの優位を確保するために設立されたものであった。一八三〇年代は、各州において政教分離体制が確立した時期でもあるので、公立学校では宗派教育は禁止された。しかし、宗教教育は許された。つまり、公立学校はプロテスタント各派に共通するキリスト教の道徳を教えることは可能だとされ、それは聖書朗読を通して行われた。だが、宗派的な聖書解釈は禁止された。公立学校制度において、キリスト教の基本理念の教育と聖書を解説なしに朗読することという対処法で、人々のプロテスタント宗派間のギャップを埋めようとしたのであった。解説なしに聖書を読むことは、誰もが受け入れることができ、そして宗派の違いを超越するものだと考えられた。²⁹⁾

一八四〇年ごろからのアイルランド系カトリック移民の増加に伴い、公立学校でのカトリック問題が顕在化した。移民の同化の一環として、プロテスタントはカトリック児童の公立学校通学を望んでいたが、カトリックは公立学校でのプロテスタント的宗教教育に反発した。第一に、カトリックはプロテスタント的聖書〔欽定聖書〕の使用を拒否した。次に、カトリックにとって解説なしの聖書朗読はプロテスタント式であり、受け入れることができないものであった。カトリックは教会の教えを通して聖書を理解するのであり、解説なしの聖書朗読は聖書理解を誤らせるものと考えられた。カトリックはプロテスタントのいう「キリスト教の基本理念」の教育を拒否したため、東部ではカトリック排斥の暴動やカトリック教会焼き討ちなどが起った。また、一八七〇年までの公立学校で使用する教科書は反カトリックを主題としており、カトリックは誤った宗教であり、国家の脅威だと教えられていた。このように公立学

校に通うカトリック児童はプロテスタント宗教教育を強制されていたため、カトリックは独自の宗派学校を發展させた。そして、カトリックは政府に対してカトリック系の学校への公金援助と公立学校からのプロテスタント色の排除を求めた。カトリックは公立学校経費を含む税金を負担しているのであるから、宗派学校への公金支出は許されると主張し、その援助を求め、あるいは公立学校経費分の税控除を求めたのである。³⁰⁾

(2) Blaine Amendment、州憲法条項とカトリック排斥

こうしたカトリックの求めに対して、一八五〇年代以降いくつかの州では公立学校での聖書朗読を禁止する判決が下され、あるいは宗派学校への公金援助が認められた。このカトリック受容の動きに対して、プロテスタントは危機感をつのらせるようになり、一八七五年にグラント大統領が宗派学校への公金援助を非難する演説をするまでにいたる。さらに「公金による宗派学校援助の禁止」「公立学校での宗派教育の禁止」「宗教への政府援助の禁止」「公立学校での聖書朗読の容認」などを規定する連邦憲法改正案(ブレイン連邦憲法修正案 (the Blaine Amendment) (一八七五年))まで連邦議会に提出される程、反カトリック運動は高まった。この改正案は廃案となったが、多くの州で宗派学校への公金支出を禁止する州憲法改正を成立させるという結果をもたらした。一八九〇年代までに三〇州近くの州憲法にこの禁止条項が盛り込まれた。さらに、公立学校におけるプロテスタント主義の優位性の確保を目的に、ワシントン州やモンタナ州などの合衆国加盟を承認する授權法がブレイン憲法修正案と同様の規定を州憲法に盛り込むことを命じていた(この条項は連邦政府の同意なくしては改正することはできないことになっていた)³¹⁾。このような動きを、レイコックは「一九世紀半ば以降のアメリカ法の伝統は、宗派学校には公金を援助しないという分離型であったが、この伝統

は、反カトリック主義とカトリック系移民に対する迫害と結びついていていた」と評し、連邦最高裁では「恥ずべき歴史 (pedigree)」とする判決もある⁽³³⁾。

三 宗教教育援助禁止条項に対する州裁判所の判断

そこで、本章では以上のような経緯で制定された州憲法の宗教教育援助禁止条項⁽³⁴⁾に対して、州裁判所はどのような判決を下してきたのかを概観する。ここでは、宗教系私立学校に対する直接援助について、そして間接援助の代表例である教科書貸与とスクールバス運行費用の補助・償還について取り上げることにする。

A 直接援助禁止判決

比較的早い段階から、多くの州裁判所は、宗教系私立学校に対しての直接的な公金支出を違憲と判断している。例えば、カンサス州最高裁はカトリックの教義を教える私立学校への補助金支出が州憲法六条六節の公教育予算の宗派支配禁止規定に反するとの違憲判決を下し、ネブラスカ州最高裁は州憲法七条一一節の禁止する公立学校での宗派支配はカトリック系私立学校への補助金支出を否定すると判決した⁽³⁶⁾。また、援助が教師の給与補助の形態をとったとしても許されないとみなす州最高裁判決や、スクールバスの費用を直接私立学校に償還するのは直接援助に該当する⁽³⁷⁾とした判決もある⁽³⁸⁾。

他方で、州が当該私立学校の代わりに公立学校を設置した場合の費用を下回る補助であれば合憲とした州裁判所の判決⁽³⁹⁾、さらには教会の孤児院での教育への補助は宗派目的に使用されないと認定をもとに合憲とした判決がある⁽⁴⁰⁾。

また、宗教系私立学校の敷地内で行われた公立学校主催の教育への補助は、それが公教育の管理下にある限り合憲とみなされた。⁽⁴¹⁾

このように、宗教系私立学校へ直接援助することは、多くの場合州憲法違反と判断されている。だが、当該私立学校で行われる教育の性質、すなわちその教育が宗派目的をもつのか、もしくはその教育が宗派の管理下にあるのか、援助の直接性を決定する争点となることもあり、⁽⁴²⁾直接援助と認定された場合や宗教系学校へのことさらな支援とみなされた場合は憲法違反と判決される。

B 宗教系私立学校生徒に対する教科書貸与とスクールバス費用援助

宗教系私立学校への間接的な公的援助の典型事例として、教科書貸与とスクールバス費用援助に関する判決を概観する。まず教科書貸与に関して、ここで貸与される教科書は、公立学校で用いられるものと同じであり、宗派的な内容を含まないものである。教科書貸与を容認する判決は、貸与は通学生徒の教科書購入費用の軽減が目的であるので、受益者は宗教系私立学校ではなく生徒であるとして、合憲とする。⁽⁴³⁾この「生徒受益者」論 (child benefit theory) は他の多くの判決にみられるものであり、⁽⁴⁴⁾広く支持されているといえるだろう。「生徒受益者」論は、のちに連邦最高裁の採用する「私的選択 (private choice)」論⁽⁴⁵⁾へと受け継がれ、宗教系私立学校への間接援助の合憲性を支える理論へと発展するものである。州憲法自体が教科書貸与を容認する規定をおくところもあり、⁽⁴⁶⁾また連邦最高裁も教科書貸与は連邦憲法に違反しないと判決した。⁽⁴⁷⁾

遠隔地に住む生徒の利便のために運行されるスクールバス費用の公費負担は二〇世紀前半から始まるが、⁽⁴⁸⁾それは公

立学校への通学に限定されていた。⁽⁴⁹⁾ だが一九四五年以降その無償運行（もしくは費用の保護者への償還）を宗教系を含む私立学校への通学に拡大するようになった。これが、同学校への間接援助に該当するのではないかとして、数多くの訴訟が提起された。ニューヨーク州やウィスコンシン州は憲法改正により、⁽⁵⁰⁾ カリフォルニア州とニュージャーシー州は州裁判所の判決により、⁽⁵¹⁾ 私立学校へのバス無償運行を容認した。その理由は、生徒の通学を容易にすることで教育を受ける機会を確保することや通学時の安全確保というものであり、上記「生徒受益者」論が活用された。⁽⁵²⁾ 連邦最高裁も、一九四七年にこのバス運行は連邦憲法に違反しないと判決した。⁽⁵³⁾

だが、州裁判所の中には教科書貸与を違憲と判断するものもある。生徒に対して直接教科書を貸与しているにもかかわらず、またそれが間接援助であることを認めながらも、ニューヨーク州高裁は、宗教系私立学校への支援に当たるとして違憲判決を下した。⁽⁵⁴⁾ オレゴン州最高裁も教科書貸与は宗教系学校支援のための公金支出禁止条項に違反すると判決したが、その際に上記「生徒受益者」論は事実上宗教系私立学校への援助をすべて正当化するものであり、「実体のない議論」だと批判した。⁽⁵⁵⁾ 無償バス運行を否定する判決も、教科書貸与の際と同様に、この「生徒受益者」論を批判し、生徒が受益者といえども結局は宗教系私立学校に経済的恩恵がわたるのであるから許されないとするものである。⁽⁵⁶⁾ 「生徒受益者」論を否定する代表的な判決であるジャッド判決は次のようにいう。「生徒受益者」論は、州憲法の精神、目的、意図のみならず、条文そのものを無視するものである。州憲法は宗教系私立学校への直接間接の援助を禁止するのであるが、その意味するところは明確であり、直接援助とは当該学校への直線的な援助を指し、間接援助とは直接的ではない迂回的な援助で、当該学校にとって利益もしくはは目的の促進となるようなものを意味する。スクールバスの無償運行は通学の誘因となるものであるから、それは宗教系私立学校の利益の促進となる。生徒がい

なければ学校は成立しないのだから、スクールバスの無償運行は当該学校の教員の給与補助と同様の援助である、と。⁽⁵⁸⁾ 州裁判所の一部は、宗教系私立学校へ通学する生徒への補助の実態は当該学校への援助にほかならないとして違憲判決を下しているのである。「生徒受益者」論を受容する判決が援助の外形面に焦点を当てるのに対して、それを拒む判決はその実質的な受益者に注目する点に違いがみられる。

一九四七年の連邦最高裁判決以後も、七州の最高裁は宗教系私立学校にも運行するスクールバスの公費負担は州憲法に違反すると判決した⁽⁵⁹⁾(連邦最高裁判決と州憲法との関係は、後述の「新司法連邦主義」にて扱う)。このような、生徒へ支給される補助金は最終的に宗教系学校へ流入するので直接援助に該当するとの見解は教科書貸与やスクールバス費用援助の事件に限られず、後述の学校選択制 (school choice) あるいは学校バウチャー制に関する事件でも見られるのである。⁽⁶⁰⁾

四 宗教教育援助禁止条項の現代的問題

A 新司法連邦主義

連邦憲法の人権保障規定(「権利章典」)は連邦政府を拘束するものであったが、一九四〇年代から連邦最高裁が「編入理論」に基づき州政府の活動も権利章典に照らしてその合憲性を判断するようになった。それにより、権利章典は全米の人権保障の最低水準であると理解されるようになり、他方で(連邦最高裁が一九七〇年以降に人権保障の要求水準を引き下げたことから)、州憲法の人権規定は権利章典と「同等かそれ以上の保障を意味すると解釈されるようになった」⁽⁶¹⁾。この考えを「新司法連邦主義 (New Judicial Federalism)」⁽⁶²⁾という。

宗教条項における連邦憲法と州憲法との関係は、以下の三点にまとめることができる。(a)州裁判所は州の宗教条項を独自に解釈することが可能であり、分離の程度を連邦のそれと同じか、または厳格にもしくは緩和することができる。(b)州憲法上の規定が連邦憲法が許容するよりも強く宗教を支援する場合、連邦の国教樹立禁止条項に基づいて提訴することができる。⁽⁶³⁾(c)州の分離規定が連邦よりも緩やかであるときは、連邦憲法の条項により判断されるが、逆に連邦よりも厳格の場合は、州憲法の規定に基づいて判断される。⁽⁶⁴⁾

したがって、州憲法の分離規定は、連邦の国教樹立禁止条項よりも厳格に機能する場合に限り効力をもつといえよう。これが、州政府による宗教系私立学校への様々な支援に制約を課すことになる。すなわち、全米水準では違憲とは判断されないにもかかわらず、州憲法上の規定により当該州においては無効と州裁判所が判断する余地を与えるのである。

B 学校選択制・学校バウチャー制との関係

今日において、この問題はとくに、学校選択制 (school choice) あるいは学校バウチャー制などに関係する。⁽⁶⁵⁾ 連邦最高裁は、宗教系の私立大学に在籍する目的の不自由な学生が職業訓練のための補助金の申請をしたところ、ワシントン州の視覚障害者職業訓練サービス委員会がこれを拒否した事件で、上記の「生徒受益者」論と「受益者本人の自主的選択 (independent and private choice)」論に立ち、学生本人の選択により補助金が宗教系大学に支払われたとしても、それは「宗教に対する州の是認というメッセージを与えるものとはならない」として、⁽⁶⁶⁾ 連邦憲法の国教樹立禁止条項に違反しないと判決した。しかし、その後ワシントン州最高裁は、そうした補助金の支給はワシントン州憲法一条一一

節に違反すると判決したのである。⁽⁶⁷⁾ 同様にアリゾナ州最高裁は、二〇〇二年の連邦最高裁ゼルマン判決⁽⁶⁸⁾にもかかわらず、学校バウチャー⁽⁶⁹⁾制は宗教系学校への直接援助に相当するので州憲法九条一〇節に違反すると判決した。⁽⁷⁰⁾ コロラド州最高裁も、学校選択制は教育委員会と宗教系私立学校とが財政面で提携することにより生徒の通学を容易にするが、それは州憲法九条七節に違反すると判決した。⁽⁷¹⁾

これらの事例は、州憲法の宗教教育援助禁止条項を新司法連邦主義に基づいて厳格に解釈する州最高裁があることを意味し、州憲法は連邦最高裁とは異なる独自の判断を行う根拠となっているのである。

C 連邦憲法上の自由な宗教活動条項との関係

国教樹立禁止条項よりも厳格に理解される余地のある州憲法の宗教教育援助禁止条項と、連邦憲法上の自由な宗教活動条項との抵触は、以前から指摘されていたところであり、その場合は連邦憲法上の最高法規条項(六条二節)から連邦条項が優先するとみなされていた。⁽⁷²⁾ この問題が実際に連邦最高裁で審理されたのがデイヴィー判決である。⁽⁷³⁾

この判決は、大学生に対する職業訓練的な奨学金給付を申請した学生に対して、聖職者養成コースの専攻を理由に拒否したワシントン州の措置の合憲性が問題となった事件である。原告は州の措置は自由な宗教活動条項に反すると主張したが、連邦最高裁は、本件措置は宗教活動を直接制約するものではないこと、聖職者の養成は一般的な世俗的職業訓練とは異なること、聖職者の生計維持への公金支出は宗教の公定に当たり建国以来禁止されていること、本件措置の根拠となった州憲法条項はブレイン連邦憲法修正案とは無関係であり、宗教を敵視するものではないことを理由に合憲判決を下した。

本判決は、聖職者養成コースに在籍する学生のみを奨学金給付の対象外に置くことと、建国以来の宗教公定の否定とを結びつけることにより、当該州憲法条項の自由な宗教活動条項違反の判断を回避した。その意味で、州憲法の宗教教育援助禁止条項の範囲を確定する判決ではない。ただ、この点につき連邦最高裁はかつて、州憲法によって「より厳格な分離の達成を宗教差別の『やむをえない政府利益』としてみなすことはできない」と説示しており、ブレイン修正案のような反カトリック的な要素を含む州憲法規定には違憲性の推定が及ぶことを示唆している。またすでに見たように、ある判決の相対多数意見で、連邦最高裁は、ブレイン修正案の提案に関わる歴史は「恥ずべきもの」であるから、カトリック系学校への援助禁止条項の廃止を主張したことがある。⁷⁵ デイヴィー判決においても、連邦最高裁は問題の州憲法規定はブレイン修正案との関係性のなさを強調しつつも、宗教系私立学校への援助禁止規定が同改正案の系譜であるならばそれは宗教への敵視であり自由な宗教活動条項に違反することをほめかしている。⁷⁶ このように、連邦最高裁はブレイン修正案の系譜につながる州憲法の宗教教育援助禁止条項は連邦憲法に違反する可能性を示しており、それが同条項廃止論の契機の一つになっているのである。

D 宗教教育援助禁止条項廃止論と州憲法改正の動向

その宗教教育援助禁止条項の廃止論は、以下のように主張する。宗教教育援助禁止条項は宗教系であることを理由に該当する私立学校への公的援助を禁止するのであるが、それは連邦憲法上の自由な宗教活動条項が否定する、宗教を狙い撃ちするように不利益を課すことにほからないので連邦憲法に違反する、⁷⁷あるいは、信者とそうでない者を区別することによって宗教の自由を制約するので違憲だという。⁷⁸ さらに、州の条項は連邦の言論の自由条項の禁止する

「見解差別」に該当し、⁽⁷⁹⁾ 宗教を理由とする差別であると批判する。⁽⁸⁰⁾ 州が教育予算の執行を公立学校に限定しているならともかく、宗教以外の私立学校への補助を許容しているときに宗教系学校を排除するのは上記の差別に該当するの⁽⁸¹⁾であり、州はそうした差別の正当化に州憲法を利用することはできないという。⁽⁸²⁾

こうした意見を受け、一九六五年以降で二九州で宗教教育援助禁止条項を緩和する憲法改正が提案され、九州で承認された。⁽⁸³⁾ ただ、同条項の全廃は一九七四年のルイジアナ州だけである。ニューヨーク州でも、一九六七年に同条項の全廃を伴う新憲法案が憲法制定会議の議決を経て州民に提案されたが、宗教系私立学校への公的援助問題とは別の理由で同案は否決された。⁽⁸⁴⁾ 宗教教育援助禁止条項の全廃を求める憲法改正案の多くは、州裁判所の宗教系私立学校への公的援助制度違憲判決を覆すために提案されたものだが、州民投票でそのほとんどが否決されており、⁽⁸⁵⁾ 同条項への廃止論は、それがもたらす問題の深刻さに比して、一般的理解を得ているとは言い難い。

おわりに

宗教的自由を強く標榜するアメリカにおいても、上記のようなカトリックの排斥（や、本稿では触れなかったがモルモン教への迫害⁽⁸⁶⁾）といった宗教弾圧の歴史を見ることができるといえる。一九六〇年代から八〇年代にかけて、連邦最高裁が国教樹立禁止条項を厳格に解釈することで、宗教系私立学校への様々な援助を連邦憲法に違反すると判決した背景⁽⁸⁷⁾には、一九世紀から続くカトリック排斥の残滓があったといわれている。⁽⁸⁸⁾ 宗教系私立学校への援助に対する厳格な解釈というのは、様々な援助プログラムから宗教私学を排斥するという効果をもたらすことになり、結果として多数のカトリックに対して不利益を提供することを容認する考え方であったということとは指摘できよう。

政教分離原則（そして、その背景にある世俗国家主義）が、政治あるいは政府の領域から宗教を排除する原理である以上、宗教と世俗とを完全に平等に扱うことは不可能である。⁸⁹ だが、こうした憲法原理を超えて、政府領域の中でもとくに公的支援の場面から宗教だけを排除する理由は何かを改めて検討する必要があるだろう。それは、社会の中で宗教が果たすべき役割を再度見つめ直すことにもつながると思われる。アメリカの州憲法にみられる宗教教育援助禁止条項をめぐる制定の経緯とその見直しへの議論は、世俗国家主義に基づく宗教の（不利な）取扱いの範囲の再検討をもたらすことになろうと思われる。政教分離原則や宗教教育援助禁止条項を教条的に理解するのではなく、宗教を世俗とは区別して扱う必要性を憲法構造の中で改めてとらえなおすことが、教育への国家補助の場面では少なくとも求められているように思われる。

- (1) 憲法八九条に関しては、「前段」「後段」に分ける必要がないとの見解がある。笹川隆太郎「憲法八十九条の来歴再考」石巻専修大学研究紀要第一四号（二〇〇三年）七七頁注（4）を参照。
- (2) See *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712, 721-722 (2004).
- (3) 従来 the Establishment of Religion は「国教の樹立」と訳されていたが、この訳は必ずしもアメリカ独立期の宗教制度を正確に表したものではないので、本稿ではこれを「公定教会制」と訳す。なお、筆者はかつてこれを「法定教会制」としていたことを記しておく。原田一明ほか「近代欧米諸国に於ける政教関係」皇學館大学神道研究所紀要第一九輯（二〇〇三年）四八頁、八六頁〔高畑英一郎発言〕を参照。
- (4) See *Davey*, 540 U.S. at 722-723.
- (5) この点に言及したものとして、例えば高畑英一郎「政教分離」大林啓吾Ⅱ見平典編『憲法用語の源泉をよむ』（三省堂、

二〇一六年) 一四一頁がある。

- (6) 邦語文献として、小倉庫次『アメリカ合衆国州憲法の研究』(有斐閣、一九六一年) 三七頁、一二三頁、二〇一頁も参照。
- (7) See also James N.G. Cauthen, *Referenda, Initiatives, and State Constitutional No-Aid Clauses*, 76 ALB. L. REV. 2141, 2178-2179 (2013).
- (8) 同規定は、私立学校に通学する生徒・児童の親に対する税控除や学校バウチャー券(金券)の支給も禁止する。学校バウチャー制については後掲註(69)参照。
- (9) See G. Alan Tarr, *Church and State in the States*, 64 WASH. L. REV. 73, 106 (1989).
- (10) See G. ALAN TARR, UNDERSTANDING STATE CONSTITUTIONS 51-55 (1998).
- (11) See Note, *Public Funds for Sectarian Schools*, 60 HARV. L. REV. 793, 794-795 (1947).
- (12) See, e.g., *Dickman v. School Dist.*, 366 P.2d 533 (Or. 1961), cert. denied, 371 U.S. 823 (1962).
- (13) 直接間接の双方の援助を禁止するのは、フロリダ、ショージア、ミシガン、ミズーリ、モンタナ、ニューヨーク、オクラホマの各州である。See Mark Edward DeForrest, *An Overview and Evaluation of State Blaine Amendments: Origins, Scope, and First Amendment Concerns*, 26 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 551, 587 (2003); Cauthen, *supra* note 7, at 2148 n.44.
- (14) 例えば前者ではネブラスカ州憲法七条一節、ペンシルベニア州憲法三条二九節、後者はニュージャージー州八条四節三号、ニューヨーク州憲法二一条三節、ウイスコンシン州憲法一条二三節がある。他に、宗教系学校を含むすべての学校に対する公費での教科書貸与を認めるサウスダコタ州憲法八条二〇節、公立学校の正課授業中に宗教教育受講のための一時退校を認めるウイスコンシン州憲法一〇条三節、宗教系大学へ通学する学生や親への援助を否定しないマサチューセッツ州憲法修正一〇三条もある。
- (15) ME. REV. STAT. ANN. tit. 20-A, § 2951.
- (16) MD. CODE ANN., [Educ.] § 17-107.
- (17) See Kyle Duncan, *Secularism's Laus: State Blaine Amendments and Religious Persecution*, 72 FORDHAM L. REV. 493,

- 514 n.95 (2003) ; Meir Katz, *The State of Blaine: A closer Look at the Blain Amendments and Their Modern Application*, 12 ENGAGE: J. FEDERALIST SOC'Y PRAC. GROUPS 111, 116-117 (2011).
- (17) *Everson v. Board of Educ.*, 330 U.S. 1 (1947).
- (18) 修正第一条だけでなく、連邦憲法自体が州に適用されないと考えられていた。See, e.g., *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833) ; *Cochran v. Louisiana State Bd. of Educ.*, 281 U.S. 370 (1930).
- (19) See THOMAS M. COOLEY, THE GENERAL PRINCIPLE OF CONSTITUTIONAL LAW IN THE UNITED STATES 206 (1880). 熊本信夫『アメリカにおける政教分離の原則』〔増補版〕(北大図書刊行会、一九八九年)二〇二頁も参照。
- (20) この規定が禁止する宗教審査は、連邦政府を対象とする。See JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES 690 (Ronald Rotunda & John Nowak, eds., Carolina Academic Press 1987) (1833).
- (21) THOMAS C. BERG, THE STATE AND RELIGION 47 (2d ed. 2004).
- (22) そのすべてが公定教会複数制を採用していた。
- (23) LEONARD W. LEVY, THE ESTABLISHMENT CLAUSE: RELIGION AND THE FIRST AMENDMENT 76 (2d ed. rev. 1994).
- (24) See BERG, *supra* note 22, at 47.
- (25) 宗教課税は公定教会制の顕著な特徴と考えられている。See *Dauey*, 540 U.S. at 722-723; THOMAS M. COOLEY, TREATISE ON THE CONSTITUTIONAL LIMITATIONS 580 (Lawbook Exchange 1998) (5th ed. 1883). また織田萬『日本行政法論』〔増訂版〕(有斐閣、一九〇〇年)六一三頁も、政教分離を政教関係の「自由主義」として、「国家と寺院との関係を分離して一の国教をも認めざるのみならず亦一の宗教をも排斥せず如何なる宗教を奉ずるに於ても人民の自由に属し国家は均一にその自由を保護するものなり一八三三年以還米合衆国に於て行はるる主義は即ち是なり」と述べる。新田均「織田萬の著作における政教関係類型論の変化について」明治聖徳記念学会紀要 復刊二八号(一九九九年)三五頁も参照。
- (26) その後も、公務就任時の宗教審査規定など、宗教色の強い制度は残存した。例えば、今日でもノースカロライナ州やサウスカロライナ州の州憲法には公務就任時の宗教審査規定がある (NC CONST. art. VI, § 8 (1971)) 「神の存在を承認しない者

の公務就任を禁止する」); SC. CONST. art. IV, § 4; art. VI, § 2 (1976) (「至高の存在があることを承認しない者の公務就任を禁止する」)。ただ連邦最高裁は「Torcaso v. Watkins 判決 (367 U.S. 488 (1961)) でこの審査は信仰告白を強要するもので信教の自由条項に違反すると判決しており、この規定の実効力はないと考えられている (サウスカロライナ州最高裁判所も Silverman v. Campbell 判決 (486 S.E.2d 1 (S.C. 1997)) において、宗教審査を定める州憲法規定を連邦憲法違反と判決した。宗教審査については、原田ほか・前掲註(3)五二頁〔高畑英一郎発言〕を参照」。

(28) See Tarr, *supra* note 9, at 76.

(29) See Note, *Catholic Schools and Public Money*, 50 YALE L.J. 917, 919 (1941). トクヴェイルもアメリカにおいては「キリスト教道徳はどいづも同じである」ことを指摘する。トクヴェイル「松本礼二訳」『アメリカのデモクラシー』第一巻(下)(岩波書店、二〇〇五年)二二七頁を参照。

(30) 以上、高畑英一郎「ブレイン連邦憲法修正案について」日本法学七四巻二号(二〇〇八年)三五二―三五八頁を参照。See also LAURENCE H. WINER & NINA J. CRIMM, GOD, SCHOOLS, AND GOVERNMENT FUNDING, 42-43 (2015).

(31) 高畑・前掲註(30)三五八―三六七頁を参照。See WINER & CRIMM, *supra* note 30, at 44-47. また、熊本・前掲註(20)一七八―一八二頁も参照。

(32) Douglas Laycock, *Summary and Synthesis: The Crisis in Religious Liberty*, 60 GEO. WASH. L. REV. 841, 845 (1992). それに対して、宗派学校への公金支出禁止規定と反カトリック運動とは無関係だとするものに、以下のものがある。See Jill Goldenziel, *Blaine's Name in Vain?: State Constitutions, School Choice, and Charitable Choice*, 83 DEN. U. L. REV. 57 (2005); Steven K. Green, *The Insignificance of the Blaine Amendment*, 2008 B.Y.U. L. REV. 295.

(33) See Mitchell v. Helms, 530 U.S. 793, 828 (2000).

(34) こうした経緯から、これらの条項は「State Blaine Amendment」「Baby Blaine」などと呼ばれることが多い。See Goldenziel, *supra* note 32, at 61, 70.

(35) See Wright v. School Dist., 99 P.2d 737 (Kan. 1940).

- (36) See *State ex rel. Public School Dist. v. Taylor*, 240 N.W. 573 (Neb. 1932). See also *Atchison, T. & S. F. Ry. Co. v. City of Atchison*, 28 P. 1000 (Kan. 1892) ; *Harfst v. Hoegen*, 163 S.W.2d 609 (Mo. 1941) ; *Berghorn v. Reorganized School Dist.*, 260 S.W.2d 573 (Mo. 1953).
- (37) See *Nance v. Johnson*, 19 S.W. 559 (Tex. 1892). But see *Johnson v. Boyd*, 28 N.E.2d 256 (Ind. 1940).
- (38) See *Fiscal Court of Jefferson County v. Brady*, 885 S.W.2d 681 (Ky. 1994).
- (39) See *Dunn v. Chicago Industrial School*, 117 N.E. 735 (Ill. 1917).
- (40) See *State v. Hallock*, 16 Nev. 373 (1882) ; *Murrow Indian Orphans Home v. Childers*, 171 P.2d 600 (Okla. 1946).
- (41) *Crain v. Walker*, 2 S.W.2d 654 (Ky. 1928). 連邦最高裁は後年その判決をトートワヒムが否。 See *Grand Rapids Sch. Dist. v. Ball*, 473 U.S. 373 (1985), *overruled by* *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997).
- (42) See Note, *Public Funds for Sectarian Schools*, *supra* note 11, at 795.
- (43) See *Borden v. Louisiana State Bd. of Educ.*, 123 So. 655 (La. 1928). See also *Snyder v. Town of Newtown*, 161 A.2d. 770 (Conn. 1960).
- (44) See, e.g., *Cochran v. Board of Ed.*, 123 So. 664 (La. 1929), *aff'd*, 281 U. S. 370 (1930) ; *Chance v. State Textbook Bd.*, 200 So. 706 (Miss. 1941).
- (45) See, e.g., *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983). 後述の「受益者本人の自主的選択」論もまた同じである。
- (46) サウスダコタ州憲法八条二〇節を参照。
- (47) See *Board of Educ. v. Allen*, 392 U.S. 236 (1968).
- (48) See E. C. Bolmeier, *Legal Issues in Pupil Transportation*, 20 LAW & CONTEMP. PROBS. 45, 45 (1955).
- (49) See Note, *Public Funds for Sectarian Schools*, *supra* note 11, at 796.
- (50) ニューヨーク州憲法一一条三節、ウイスコンシン州憲法一条二三節を参照。
- (51) See *Bowker v. Baker*, 167 P.2d 256 (Cal. 1946) ; *Everson v. Board of Educ.*, 44 A.2d 333 (N.J. 1945), *aff'd*, 330 U.S. 1

(1947). ニュージャージー州はこの判決の固定化のために、バス無償運行を憲法条項化した。ニュージャージー州八条四節三号を参照。

- (22) See Note, *Public Funds for Sectarian Schools*, *supra* note 11, at 796.
- (23) See *Everson v. Board of Educ.*, 330 U.S. 1 (1947).
- (24) See *Smith v. Donahue*, 195 N.Y.S. 715, 718 (N.Y. App. Div. 1922) (*quoting* *Judd v. Bd of Educ.*, 15 N.E.2d 576, 582 (N.Y. 1938)).
- (25) See *Dickman v. School Dist.*, 366 P.2d 533 (Or. 1961), *cert. denied*, 371 U.S. 823 (1962). See also *McDonald v. School Bd.*, 246 N.W.2d 93 (S.D. 1976); *Gaffney v. State Dept. of Educ.*, 220 N.W.2d 550 (Neb. 1974); *Paster v. Tussey*, 512 S.W.2d 97 (Mo. 1974), *cert. denied*, 419 U.S. 1111 (1975); *Bloom v. School Comm.*, 379 N.E.2d 578 (Mass. 1978); *California Teachers Ass'n. v. Riles*, 632 P.2d 953 (Cal. 1981).
- (26) See *Gurney v. Ferguson*, 122 P.2d 1002 (Okla. 1941), *cert. denied*, 317 U. S. 588 (1942).
- (27) *Judd v. Bd. of Educ.*, 15 N.E.2d 576 (N.Y. 1938).
- (28) *Id.* at 582.
- (29) See e.g., *Silver Lake Consol. Sch. Dist. v. Parker*, 29 N.W.2d 214 (Iowa 1947); *Visser v. Nooksack Valley School Dist.*, 207 P.2d 198 (Wash. 1949); *Zellers v. Huff*, 236 P.2d 949 (N.M. 1951); *McVey v. Hawkins*, 258 S.W.2d 927 (Mo. 1953); *Matthews v. Quinton*, 362 P.2d 932 (Alaska 1961); *State ex rel. Reynolds v. Nusbaum*, 115 N.W.2d 761 (Wis. 1962); *Bd. of Educ. v. Antone*, 384 P.2d 911 (Okla. 1963). See also ANSON P. STOKES & LEO PFEFFER, CHURCH AND STATE IN THE UNITED STATES 431 (Rev. ed. 1964)
- (30) See generally *Sheldon Jackson Coll. v. Alaska*, 599 P.2d 127 (Alaska 1979); *Spears v. Honda*, 449 P.2d 130 (Haw. 1969); *State ex rel. Chambers v. School District 10 of Deer Lodge County*, 472 P.2d 1013 (Mont. 1970). See also DeForrest, *supra* note 13, at 580-586.

- (61) 高畑英一郎「デュー・プロセス」前掲註(5)八九頁。
- (62) See TARR, *supra* note 10, at 161; ROBERT F. WILLIAMS, THE LAW OF AMERICAN STATE CONSTITUTIONS 113-114 (2009). 榎田安部圭介「政教分離・信教の自由・連邦制」大西直樹・千葉眞編『歴史のなかの政教分離』(彩流社、二〇〇六年)二六六頁も参照。これを“neo-federalism”と呼称する研究者もいる。See DeForrest, *supra* note 13, at 605.
- (63) 実際に、州最高裁が州の宗教条項は連邦のそれよりも保障の程度は低くと述べたことからも。See e.g., Resnick v. E. Brunswick Bd. of Educ., 389 A.2d 944 (N.J. 1978) ; State v. Jackson, 503 S.E.2d 101 (N.C. 1998). See also Robert F. Williams, *State Constitutional Religion Clauses: Lessons from the New Judicial Federalism*, 7 U. ST. THOMAS J.L. & PUB. POL'Y. 192, 200-201 (2013).
- (64) See Tarr, *supra* note 9, at 79-80.
- (65) 州憲法の宗教教育援助禁止条項の下で、学校選択制 (school choice) あるいは学校バウチャー制を合憲とする判決も少なくない。See generally Kotterman v. Killian, 972 P.2d 606 (Ariz. 1999) ; Jackson v. Benson, 578 N.W.2d 602 (Wis. 1998).
- (66) Witters v. Washington Dept. of Serv. for Blind, 474 U.S. 481, 488-489 (1986). この判決については、松井茂記『アメリカ憲法入門〔七版〕』(有斐閣、二〇一二年)三二五頁註(2)、高畑英一郎「アメリカ連邦最高裁におけるエンドースメント・テストの限定的受容」日本大学大学院法学研究年報二五号(一九九五年)一七一一八頁を参照。
- (67) See Witters v. Commission for the Blind, 771 P.2d 1119 (Wash. 1989).
- (68) Zelman v. Simmons-Harris, 536 U.S. 639 (2002).
- (69) 学校バウチャー制度とは、「州が授業料(又はその一部分)相当額の金券(voucher)を親に与え、親が最良と考える教育機関を選択して、そこでその金券を使えるようにすることによって、子供の教育費を公費で補助することを目指す制度」をいう。金原恭子「ワシントン州の奨学金プログラムが特定の種類の神学の専攻者には奨学金を給付しないとしていることを合憲とする判例」ジュリスト二二八二号(二〇〇五年)二二〇頁。
- (70) Cain v. Horne, 202 P.3d 1178 (Ariz. 2009). See also Katz, *supra* note 17, at 114.

- (71) Taxpayers for Pub. Educ. v. Douglas Cty. Sch. Dist., 351 P.3d 461 (Colo. 2015). See also Matthew O'Connor, *State Constitutional Law—Education—Why Voucher Programs Do Not Erase the Connection Between Church and State*. *Meredith v. Pence*, 984 N.E.2d 1213 (Ind. 2013), 67 RUTGERS U.L. REV. 1271, 1283 (2015).
- (72) See Widmar v. Vincent, 454 U.S. 263, 277-278 (1981) ; Tarr, *supra* note 9, at 80.
- (73) Locke v. Davey, 540 U.S. 712 (2004). この判決については、安部・前掲註(62) 二七四頁以下、高畑英一郎「判批」日本法学七十一卷三号四二五頁を参照。
- (74) Widmar, 454 U.S. at 277-278.
- (75) See Mitchell, 530 U.S. at 828.
- (76) See Davey, 540 U.S. at 723 n.7.
- (77) See Katz, *supra* note 17, at 115.
- (78) See DeForrest, *supra* note 13, at 625.
- (79) See *id.* at 621.
- (80) See Katz, *supra* note 17, at 115.
- (81) See Eugene Volokh, *Equal Treatment Is Not Establishment*, 13 NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POL'Y 341, 365 (1999).
- (82) See Patrick Loughery, *Inhibiting Educational Choice: State Constitutional Restrictions on School Choice*, 30 NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POL'Y 449, 456 (2016).
- (83) See Cauten, *supra* note 7, at 2161-2162, 2163.
- (84) See *id.* at 2165.
- (85) See *id.* at 2176-2177.
- (86) See, e.g., STOKES & PFEFFER, *supra* note 59, at 303-304.
- (87) See, e.g., Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971) ; Levitt v. Committee for Pub. Educ., 413 U.S. 472 (1973) ;

- Committee for Pub. Educ. v. Nyquist, 413 U.S. 756 (1973) ; Sloan v. Lemon, 413 U.S. 825 (1973) ; Meek v. Pittenger, 421 U.S. 349 (1975) ; Wolman v. Walter, 433 U.S. 229 (1977) ; Grand Rapids Sch. Dist. v. Ball, 473 U.S. 373 (1985) ; Aguilar v. Felton, 473 U.S. 402 (1985).
- (88) See Thomas C. Berg, *Anti-Catholicism and Modern Church-State Relations*, 33 *LOY. U. CH. L.J.* 121, 152 (2001).
- (89) 高畑英一郎「政教分離の原則」川崎政司・小山剛編『判例から学ぶ憲法・行政法〔四版〕』（法学書院、二〇一四年）五三頁を参照。
- (90) 例えば、田近肇「大規模事前災害の政教問題」岡山大学法科大学院『臨床法務研究』一三三号（二〇一四年）一五頁、宗教者災害支援連絡会編『災害支援ハンドブック』（春秋社、二〇一六年）を参照。

裁判員制度の憲法適合性

柳 瀬 昇

一 本稿の意義

本稿は、二〇〇九年五月にわが国に導入された裁判員制度の憲法適合性について検討するものである。筆者は、旧著^①において、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下、「裁判員法」という）の立法過程を描写するとともに、国民の司法参加の制度を導入しようとする際に理論的な障壁となる「民主的司法のディレンマ」問題を検討したうえで、同法に基づく裁判員制度の意義について討議民主主義（deliberative democracy）理論に基づき再構成を試みた。同書における筆者の主たる問題関心は、もっぱら、憲法学及び政治学の世界で近時非常に注目されている討議民主主義理論について概観するとともに、その理論を国民の司法参加の意義の基礎づけへ応用しうるか否かについて検討することであり、現に存在する裁判員制度の憲法適合性について考察することではなかった。

施行後五年以上を経て、わが国の刑事裁判制度としてほぼ定着したといえるこの裁判員制度に関して、筆者は、本稿において、その憲法適合性について考察することとする。まず、裁判員制度を合憲と判示した最大判平成二三年一月一六日刑集六五卷八号一二八五頁の内容を整理するとともに、制度の憲法適合性に関する論点について検討する。そして、判例がいうところの制度を合憲と基礎づける本質的要素を析出する。^②

この平成二三年大法院判決は、後述するように、憲法の基本原理に依拠したうえで、制度を合憲とする結論を導き出しており、いわゆる調査官解説によれば、「問題は、いわば「自由主義の原理」と「民主主義の原理」との関係の理解如何というところまで遡ることになり、そのような「問題意識が本判決の背景にもある」という。^③これらの基本原理が制度の憲法適合性の判断に際して問題として認識された点は評価すべきであるが、その問題に対して、はたして十分な考察が判決においてなされたといえるだろうか。本稿では、本判決が、これら憲法の基本原理をどのようにとらえているのか、そして、そのとらえ方は妥当であったかについても、併せて検討することとする。

二 平成二三年最高裁大法院判決の構成

最大判平成二三年一月一六日刑集六五卷八号一二八五頁について、まずは、判決文の構成を確認することとする。

1 事件の概要と下級裁判所の判断

事件の概要は、日本在住のフィリピン国籍の女性（被告人）が、氏名不詳者らと共謀して、クアラルンプール国際

空港において覚せい剤一、九九一・二グラムを機内預託手荷物として航空機に搭載し、営利目的で日本に持ち込んだところ、成田国際空港の旅具検査場で税関職員に発見され、覚せい剤取締法、関税法等に違反するとして起訴されたというものである。

本件は、裁判員法二条一項一号に基づき、第一審では、裁判員の参加する合議体で審理裁判が行われ、被告人は懲役九年及び罰金四〇〇万円に処された（千葉地判平成二二年一月一八日刑集六五卷八号一三五二頁）⁴。

この第一審判決に対して、被告人は控訴し、事実誤認及び量刑不当のほか、裁判員制度が違憲である旨を主張した。控訴審における被告人による違憲主張は、(一)裁判官でない裁判員が刑事裁判に関与したという点で、下級裁判所の裁判官の任命方法を定めた憲法八〇条一項に違反し、(二)裁判員法に基づき構成された原審の判決裁判所が、憲法七六条二項が設置を禁止する特別裁判所に該当するとの二点であるが、東京高判平成二二年六月二一日刑集六五卷八号一三六三頁は、(一)について、憲法が裁判官を下級裁判所の基本的な構成員として想定していることは明らかであるが、下級裁判所の構成員がすべて裁判官で占められなければならないことを規定したのではなく、むしろ憲法は下級裁判所の設置について「法律の定めるところによる」（憲法七六条一項）としており、裁判官以外の者が裁判に加わることを禁止した明文の規定を置いておらず、憲法制定当時の立法者の意図⁵としても国民の参加する裁判を許容し、あるいは少なくとも排除するものではなかったといえることから、八〇条一項違反とはいえず、また、(二)については、一般的に司法権を行う通常の系列に属する下級裁判所として設置された地方裁判所において刑事事件を処理するために構成されたものであるから、これが憲法七六条二項にいう特別裁判所に当たらないことは明らかであるとして、いずれも被告人の主張を斥けた。

そこで、被告人が上告した。

2 最高裁大法廷判決の構成

最高裁判所大法廷は、二〇一一年一月一六日、裁判官全員一致の意見で、かつ個別意見を一切付することなく、上告を棄却する判決を言い渡した。

最高裁判所の判決文は、弁護人の上告趣意書に応答する形で二部構成となっているが、刑集六五卷八号一二九二頁から始まる第1の部分、すなわち弁護人が裁判員法の憲法違反を争う点が本稿の考察対象である。その他の部分(二三〇二頁の第2の部分)は、単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であるとして、最高裁によって、適法な上告理由にあたらなるとされている。以下、もっぱら第1の部分についてのみ検討する。

第1の部分は、四つの内容から構成される。1において、上告趣意書の概要が述べられたうえで(一二九二頁)、2で、国民の司法参加が一般に憲法上禁じられるか否かが検討され(一二九三―一二九六頁)、3で、裁判員法による裁判員制度の具体的な内容について憲法に違反する点があるか否かが検討される(一二九六―一三〇一頁)。4では、裁判員制度の意義についての最高裁判所の理解が述べられている(一二三〇―一二三二頁)。

3 最高裁判所大法廷判決の内容

平成二三年最高裁大法廷判決については、すでに多数の評釈が公表されており、判決の要旨等が示されている。そこで、本稿では、同様に判旨を挙げるのではなく、判決の全体構造を的確に把握するために、以下で、その内容を図

示することとする。⁽⁷⁾

4 弁護人の上告趣意書・検察官の答弁書と最高裁判決との呼応関係

上告申立人たる被告人の弁護人の上告趣意書（その補充書を含む⁽⁸⁾）では、「判決裁判所（第一審）が憲法に従った構成をされなかったこと」を理由とする憲法違反の主張のほかに、事実の誤認と量刑の加重の違法が主張されているが、本稿では、もっぱら憲法問題のみを取り上げることとする。

そもそも、弁護人は、「裁判員制度」は……多種多数の憲法問題を包含している⁽⁹⁾が、「本件での上訴理由としては、最も単純で明快な問題として、憲法第80条第1項本文前段の「正規裁判官」の任命制度と裁判員法の「裁判員」の選任制度との齟齬矛盾の問題だけをとりあげるにとどめる⁽¹⁰⁾」と明記している。すなわち、弁護人は、上告審において、憲法八〇条一項本文前段と七六条一項・二項前段の二か条のみの憲法適合性を争点化しようとしているにすぎない。そして、これに対する検察官の答弁書も、憲法八〇条一項違反の主張と七六条二項違反の主張のそれぞれに対するものという二部構成となっている⁽¹¹⁾。

しかしながら、最高裁判所大法廷は、八〇条一項及び七六条一項・二項以外の憲法条項（一八条後段、三二条、三三二条、三七条二項、七六条三項）についても判断を行っている。この点、「およそ裁判所では、当事者がこの点について判断してくれと申し立ててきた事項についてのみ判断するのが原則で、当事者が申し立てていない事項について判断することはでき」ないとしたうえで、本件では、弁護人が上告趣意書において違反するとする憲法条項を限定したにもかかわらず、「本件大法廷判決では、当事者が判断を求めている憲法一八条違反という論点……についても、ほし

1 所論の概要

- ① 憲法に国民の司法参加を想定した規定はなく、憲法 80 条 1 項は下級裁判所が裁判官のみによって構成されることを定めると解される
 →裁判員の参加する裁判体は憲法にいう「裁判所」に当たらない
 →裁判員制度は、
- ・何人に対しても裁判所において裁判を受ける権利を保障した憲法 32 条、
 - ・全ての刑事事件において被告人に公平な裁判所における迅速な公開裁判を保障した憲法 37 条 1 項
- }に違反する
- その手続は適正な司法手続とはいえないので、
- ・全て司法権は裁判所に属すると規定する憲法 76 条 1 項、
 - ・適正手続を保障した憲法 31 条
- }に違反する
- ② 裁判官は裁判員の判断に影響・拘束されるから、
- ・裁判官の職権行使の独立を保障した憲法 76 条 3 項
- }に違反する
- ③ 裁判員が参加する裁判体は、通常の裁判所の系列に位置するものであるから、
- ・憲法 76 条 2 項により設置が禁止されている特別裁判所
- }に該当する
- ④ 制度が裁判員となる国民に憲法上の根拠のない負担を課すものであるから、
- ・意に反する苦役に服させることを禁じた憲法 18 条後段
- }に違反する

2 国民の司法参加が一般に禁じられているか否か

- (1) 憲法に明文の規定が置かれていないことが、直ちに国民の司法参加の禁止を意味するものではない

憲法上、刑事裁判に国民の司法参加が許容されているか否かは、

- a 憲法が採用する統治の基本原則や刑事裁判の諸原則
- b 憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯
- c 憲法の関連規定の文理

}を総合的に検討して判断されるべき

- (2)A 刑事裁判は強大な国権の行使であるから、多くの近代民主主義国家では、刑事裁判権の行使が適切に行われるよう種々の原則が確立されてきた。憲法 31 条から 39 条までの 適正な刑事裁判を実現するための諸原則 は普遍的である

B 刑事裁判を行うに当たっては、諸原則が厳格に遵守されなければならない、それには高度の法的専門性が要求される

C 憲法は、諸原則を規定し、かつ、第 6 章で、裁判官の職権行使の独立と身分保障について周到な規定を設けている

→A～Cを総合考慮すると、憲法は、刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定していると考えられる

(3)A 歴史的、国際的な視点から見ると、
 欧米諸国では、上記手続保障とともに、18世紀から20世紀前半にかけて、民主主義の発展に伴い、国民が直接司法に参加することにより、裁判の国民的基盤を強化し、その正統性を確保しようとする流れが広がった
 20世紀半ばには、欧米の民主主義国家の多くで陪審制・参審制が採用されていた

我が国でも、旧憲法下で、1923年に陪審法が制定され、1928年に陪審裁判が実施され、1943年に停止された

B 憲法は、前文で国民主権の原理を宣言した。上記時代背景とこの基本原理の下で、司法権の内容を具体的に定めるに当たっては、国民の司法参加が許容されるか否かについても関心が払われていた。すなわち、

- ・「裁判官による裁判」から「裁判所における裁判」への表現が改められた（旧憲法24条と憲法32条・37条1項との比較）
- ・憲法第6章で、下級裁判所について裁判官のみで構成される旨を明示した規定がない（最高裁判所の規定との比較）

→上記の憲法の文理面から、憲法制定当時の政府部内では、陪審制や参審制を採用することも可能であると解されていたことが認められる

- ・この理解は、枢密院の審査委員会でも提示され、憲法制定議会で憲法改正担当国務大臣による答弁でも示された
- ・法律による刑事陪審制度の創設を妨げない旨を規定する裁判所法3条3項（＝憲法と同時に施行）とも符合する
- ・憲法制定に際し、陪審制が存在していたことと、刑事裁判に関する諸規定が主に米国の刑事司法を念頭において検討されたことなど
 →議論が陪審制を中心として行われているが、参審制を排除する趣旨は認められない

C a 刑事裁判に国民が参加して
 民主的基盤の強化を図ること + b 人権保障を全うしつつ
 刑事裁判の使命を果たすこと

……決して相容れないものではない

このことは、陪審制・参審制を有する欧米諸国の経験に照らしても、基本的に了解し得る

(4)A 国民の司法参加と適正な刑事裁判を実現するための諸原則とは、十分に調和させることが可能であり、憲法上国民の司法参加がおよそ禁じられていると解すべき理由はない

B 国民の司法参加に係る制度の合憲性は、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべき

＝憲法は、一般的には国民の司法参加を許容しており、これを採用する場合には、上記諸原則が確保されている限り、陪審制とするか参審制とするかを含め、その内容を立法政策に委ねていると解される【要旨1】

3 裁判員法による裁判員制度の具体的な内容について憲法に違反する点があるか否か

(1) 所論① (憲法 31 条、32 条、37 条 1 項、76 条 1 項、80 条 1 項違反) について

A 憲法 80 条 1 項が、裁判所は裁判官のみによって構成されることを要求しているか否かは、憲法が国民の司法参加を許容しているか否かに帰着する問題である。憲法は、下級裁判所については、国民の司法参加を禁じているとは解されない

→裁判員裁判の裁判体は、憲法上の「裁判所」に当たらないとはいえない

B 問題は、裁判員裁判の裁判体が、刑事裁判に関する憲法上の要請に適合した「裁判所」といい得るか否かである

C 裁判員法の規定

a 原則として、裁判官 3 名及び裁判員 6 名によって裁判体を構成する (2 条 2 項、3 項)

b 裁判員は、有権者からくじによって候補者が選定され、不公正な裁判をするおそれがある者、あるいは検察官・被告人から不選任請求された者などが除かれたうえで、残った候補者からさらにくじ等の方法に従って選任される (13 条～ 37 条)

c 解任制度により、判決に至るまで裁判員の適格性が確保される (41 条、43 条)

d 裁判員は、裁判官とともに合議体を構成し、事実の認定・法令の適用・刑の量定について合議し、法令の解釈に係る判断・訴訟手続に関する判断等は裁判官に委ねられている (6 条)

e 裁判員は、法令に従い公平誠実にその職務を行う義務を負う (9 条)。裁判官・検察官・弁護人は、裁判員がその職責を十分に果たし得るよう、審理を迅速で分かりやすいものとするに努めなければならない (51 条)

f 評議は、裁判官と裁判員が対等の権限を有し、その合議によるものとされる (6 条 1 項、66 条)。その際、裁判長は、法令に関する説明を丁寧に行うとともに、評議を分かりやすいものとなるよう整理し、裁判員が発言する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう配慮しなければならない (66 条 5 項)

g 評決は、裁判官と裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による (67 条)

h 評議における自由な意見表明を保障するために、評議の経過等に関する守秘義務を設ける(70条1項)。裁判員に対する請託・威迫等は罰則をもって禁止されている(106条、107条)

→・裁判員裁判の裁判体は、身分保障の下で独立して職権を行使することが保障された裁判官と、公平性・中立性を確保できるよう配慮された手続の下に選任された裁判員とによって構成される

・裁判員の権限は、裁判官と共に公判廷で審理に臨み、評議において事実認定・法令の適用・有罪の場合の刑の量定について意見を述べ、評決を行うことにある

=司法権の内容

≠あらかじめ法律的な知識・経験を有することが不可欠な事項

・裁判長は、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう配慮しなければならない

……これらを考慮すると、裁判員が、さまざまな視点や感覚を反映させつつ、裁判官との協議を通じて良識ある結論に達することが十分に期待できる。他方、憲法が定める刑事裁判の諸原則の保障は、裁判官の判断に委ねられている

D →公平な「裁判所」における法と証拠に基づく適正な裁判が行われること(憲法31条、32条、37条1項)は制度的に保障されている上、裁判官は「刑事裁判の基本的な担い手」とされているものと認められ、憲法が定める「刑事裁判の諸原則」を確保する上での支障はない

→憲法31条、32条、37条1項、76条1項、80条1項に違反しない

【要旨2】

(2) 所論②(憲法76条3項違反)について

A 憲法76条3項によれば、裁判官は憲法・法律に拘束される。裁判員法が規定する評決制度の下で、裁判官が時に自らの意見と異なる結論に従わざるを得ない場合があるとしても、それは憲法に適合する法律に拘束される結果であるから、同項違反との評価を受ける余地はない【要旨3】

B 憲法76条3項は、裁判官の職権行使の独立性を保障することにより、裁判が法に基づき公正中立に行われることを保障しようとするものである
→裁判員制度の下でも、法令の解釈に係る判断や訴訟手続に関する判断を裁判官の権限にするなど、裁判官を「裁判の基本的な担い手」として、法に基づく公正中立な裁判の実現が図られている

→憲法76条3項の趣旨に違反しない

C 裁判官の2倍の数の国民が加わって裁判体を構成し多数決で結論を出す制度の下では、裁判官のみで判断する場合と結論が異なる場合があり、裁判所が果たすべき被告人の人権保障の役割を全うできないことになりかねないから、そのような構成は憲法上許容されないという主張

- ←そもそも、国民が参加した場合であっても、裁判官の多数意見と同じ結論が常に確保されなければならないということであれば、国民の司法参加を認める意義の重要な部分が没却されることにもなりかねない
- 裁判官の多数意見が常に裁判の結論でなければならないとは解されない
- ・評決の対象が限定されている
- ・評議に当たって裁判長が十分な説明を行う
- ・評決は、単なる多数決ではなく、多数意見の中に少なくとも1人の裁判官が加わっていることが必要とされている など
- 裁判官のみによる裁判の場合と結論を異にするおそれがあることをもって、憲法上許容されない構成であるとはいえない
- 憲法76条3項に違反しない

(3) 所論③ (憲法76条2項違反) について

裁判員制度による裁判体は、地方裁判所に属するのであり、その第1審判決に対しては、高等裁判所への控訴及び最高裁判所への上告が認められており、特別裁判所には当たらない【要旨4】

(4) 所論④ (憲法18条後段違反) について

- 裁判員の職務等により、国民に一定の負担が生ずることは否定できない
- ↔裁判員法1条は、制度導入の趣旨について、国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に参与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資することを挙げる
- =これは、この制度が国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図るものであることを示していると解される
- 裁判員の職務等は、司法権の行使に対する国民の参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与するものであり、これを「苦役」ということは必ずしも適切ではない
- ・裁判員法16条が辞退事由を規定し、同条8号及び同号に基づく政令で相当な理由がある場合には辞退を認めるなど、辞退に関し柔軟な制度を設けている
- ・出頭した裁判員・裁判員候補者に対する旅費・日当等の支給により負担を軽減するための経済的措置が講じられている (11条、29条2項)
- これらの事情を考慮すれば、裁判員の職務等は、憲法18条後段が禁ずる「苦役」に当たらないことは明らかである。また、裁判員候補者のその他の基本的人権を侵害するところも見当たらない【要旨5】

4 裁判員制度の意義

A 裁判員制度は、

- ・ 裁判員が個別の事件ごとに国民の中から無作為に選任され、
裁判官のような身分を有しないという点 = 陪審制に類似
- ・ 裁判官と共に事実認定・法令の適用・刑の量定を行う点
= 参審制と共通
- ・ 我が国独特の国民の司法参加の制度であることができる
- ・ 優れた制度として社会に定着するためには、その運営に関与する全ての者による不断の努力が求められる

B 我が国の刑事裁判は、裁判官を始めとする法曹のみによって担われ、 詳細な事実認定などを特徴とする高度に専門化した運用が行われてきた → 国民の理解を困難にし、その感覚から乖離したものにもなりかねない

C 裁判員制度は、司法の国民的基盤の強化を目的とするものである

国民の視点や感覚と法曹の専門性が常に交流することによって、相互の理解を深め、それぞれの長所が生かされるような刑事裁判の実現を目指すものということができる

目的を十全に達成するためには、相当の期間が必要

その過程も、国民に根ざした司法を実現する上で、大きな意義を有する

いままにこれも憲法違反ではないという判断を示し」たが、「当事者が判断を求めている論点について判断を下すというのはもちろん違法で」あるとする見解もある¹²⁾。裁判員経験者によつて制度の違憲性が争われた福島地判平成二六年九月三〇日判時二二四〇号一一九頁に係る事件でも、本判決に係る事件の争点をめぐつて争われた¹³⁾。

この点、裁判所法一〇条二号は、最高裁判所の小法廷が裁判できないものとして、同条一号の当事者の主張に基づいて法令等の憲法適合性を審査する場合を除いて法令等が憲法適合的でない¹⁴⁾と認める場合を規定しており、この条項は、すなわち裁判所が当事者の主張に基づかずに職権で法令等の憲法適合性を審査することができること、あるいは、裁判所の憲法適合性の審査は当事者の主張する範囲に限定されず、当事者の主張していない憲法上の争点についても裁判所が職権で判断を行う¹⁴⁾ことを示唆している。

また、かりに裁判所の憲法適合性の審査が当事者の主張した争点に限定されると解しても、そもそも、本件弁護人の主張した争点は、弁護人自身の要約するところの二か条の適合性問題に限定されていたと解するべきであろうか。

弁護人は、上告趣意書において、憲法八〇条一項前段に違反して選任された裁判員が裁判所を構成するがゆえに、裁判員の参加する合議体が憲法三二条や三七条一項に定める「裁判所」に該当せず、したがって、そのような憲法上の「裁判所」ならぬ合議体は司法権(七六条一項)を有しておらず、そのような合議体が被告人に刑罰を科することは三一条に違反すると主張している¹⁵⁾。また、わが国の旧陪審制度における陪審の更新制度に相当する規定が裁判員制度には存在しない¹⁶⁾ということを理由に、七六条三項に抵触するとも主張している。一八条違反に関しては、裁判員の職務について、「多様多種の法的制裁……をちらつかされての義務として押しつけられた「苦役」であった¹⁷⁾」と述べている。

たしかに上告趣意書において弁護人は八〇条一項及び七六条一項・二項の適合性問題¹⁸だけを争うと明示しているものの、三一条、三二条、三七条一項、七六条三項については、その適合性が八〇条一項適合性と論理的に関連づけられており、前提問題としてその検討が不可欠であったと解される。したがって、八〇条一項及び七六条一項・二項以外に、三一条、三二条、三七条一項、七六条三項の適合性を最高裁判所が判示したことについて、当事者の主張と裁判所の判断との呼応関係には問題はないと解する¹⁸。

なお、最高裁判所は、本判決において、憲法制定時の議論や外国法制の内容・歴史などに依拠して、国民の司法参加の制度ないし具体的な裁判員制度の憲法適合性を肯認する判断を行っているが、調査官解説によれば、これらに関する証拠は、第一審及び控訴審を通じて取り調べられておらず、上告審でも公判顕出の手續は行われていないという。この点、調査官解説は、「一般論としては、ある法律の憲法適合性を判断する上で前提となる事実関係に関する証拠を、公判廷で取り調べるのか、少なくとも公判顕出という方法を取るべきなのかについて、種々の議論があり得るであろう」が、「本件の論点に関する上記……に関する資料は、基本的にはいずれも容易に入手できるものである上、理論上は憲法適合性は規範の解釈問題でありそのため¹⁹の判断資料は職権探知によることが可能であると解されることからすると、証拠調べや公判顕出などの手續を経ていないことに問題視すべき点はないと思われる」と述べている¹⁹。

三 国民の司法参加の憲法適合性

筆者は、旧著において、まず、国民の司法参加の憲法適合性の検討を行ったうえで、次に、具体的な参加制度の一

つとしての裁判員制度の憲法適合性について検討を行った⁽²⁰⁾。平成二三年大法廷判決も、拙著の論証方法と同様の構成を採っている。

本稿においても、具体的な裁判員制度の憲法適合性についての考察に入る前に、まずは国民の司法参加が日本国憲法によって禁じられているか否かについて検討することとする。

1 国民の司法参加を認める憲法条項の不存在の意義

国民の司法参加を違憲とする学説の多くは、日本国憲法に国民の司法参加を認める規定が存在しないことを、憲法が国民の司法参加を禁止する意味であると解してきた⁽²¹⁾。これは、法学協会編『註解日本国憲法』も支持している、憲法制定直後のきわめて有力な見解であった⁽²²⁾。

これに対して、司法参加を合憲とする学説の多くは、憲法に国民の司法参加を認める規定が存在しないことが必ずしも国民の司法参加の禁止を意味するとはいえないと考えてきた⁽²³⁾。すなわち、国民の司法参加を肯認する明文の規定はたしかに存在しないが、その一方で、憲法には、国民の司法参加を禁止する規定も存在しない。したがって、禁止されていない以上は、国民の司法参加が許容されている状況であるから、法律上、国民の司法参加の制度を創設することは（憲法適合性は具体的な制度如何によるものの、一般論として）合憲である。

憲法が明文で任意の制度を認める規定を設けていなくとも、当該制度を禁止する規定がない限り、国会が法律によつて当該制度を設けることは許容されるというのは、一般的な憲法解釈手法としてはありうるところである⁽²⁴⁾。かかる解釈方法を否定するならば、あらゆる法制度は憲法上の根拠がなければ認めることができないということになるが、

それはきわめて不合理である。

この点、本判決は、「明文の規定が置かれていないことが、直ちに国民の司法参加の禁止を意味するものではない」と判示しており、合憲説に立っている。

もとより、「民主主義国家であるからといって、必ずしも陪審制度を採用しなければならぬという理由はない」とするのが判例の立場である（最大判昭和二五年一〇月二五日刑集四卷一〇号二一六六頁²⁵）。民主主義の原理ゆえに国民の司法参加の制度を導入すべきとする議論は、憲法制定当初から存在し、かつ、裁判員制度の設計段階でも有力な見解の一つでもあった²⁷。しかしながら、民主主義の政治体制を採る諸外国の多くが、国民の司法参加の制度を採用しているからといって、わが国が司法参加の制度を必ず採用しなければならないということにはならない。

また、判例は、「憲法三七条及び憲法前文は陪審による裁判を保障するものではない」（前掲最大判昭和二五年一〇月二五日）、ないしは「通常裁判所に陪審が関与すべきことを憲法自体が何ら要求していないことは極めて明らかである」（最三小決昭和五〇年六月六日集刑一九六号五四一頁）とも判示している。すなわち、国民の司法参加は、先に述べたとおり憲法上禁止されていない（許容されている）が、逆に、要請されているものでもない。したがって、刑事裁判へ直接国民が参加する制度が実質的に存在しなかった裁判員制度導入以前のわが国の刑事司法制度は違憲状態ではなかったということも、ここで確認しておきたい²⁸。

憲法に国民の司法参加を認める規定が存在しなくとも、法律で国民の司法参加の制度を創設することは可能である。しかしながら、さらに「比較法的に見て、憲法に明文の規定がなくとも国民の司法参加が認められている例があること」をもって、わが国の憲法においても同様に国民の司法参加の制度の創設が認められるとする議論には、筆者は賛

同できない。たしかに、ドイツやフランスなど、憲法に国民の司法参加を定めていないながらも参審制度を設けている国があるのは事実である。しかしながら、諸外国の憲法に国民の司法参加を認める規定がなく、それでも制度が設けられているということが、わが国の憲法に同様に規定がなく、それでも制度を設けようということを正当化することには直ちにつながるとはいえなからう。およそ国民の司法参加なるものはすべて憲法に根拠をもたなくてもよいということが比較法的に普遍的なものとしていえるのであれば別論、憲法に国民の司法参加を定めている国も少なくとも以上は、³⁰憲法上の規定が存在しないということに関して、ことさら諸外国の例を挙げることは必要ない。

つまり、特定の制度の創設を要請する憲法上の規定の不存在がかかる制度の立法による創設の禁止を意味しない(許容する)ということを挙げれば、日本、国憲法の解釈論としては十分である。ことさらここで諸外国の例を挙げて、憲法上の明文の根拠なく司法参加の制度を法律で創設しようということを立証する意義はない。なお、平成二三年大法院判決も、この文脈では、比較法を用いていない。

2 憲法の基本的原理と司法参加の許否一般

憲法に国民の司法参加を認める規定が存在しないことが司法参加の制度を創設することの障害とはならないという条文上の問題が解決したとしても、では、次に、それを前提として、憲法上、刑事裁判に国民が参加することが許容されるか否かが問われることとなる。

この点、平成二三年大法院判決は、憲法が採用する統治の基本原則や刑事裁判の諸原則、憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯、憲法の関連規定の文理の三つ³¹を総合的に検討して判断されるべきであると判示してい

る。なお、比較法的知見はここでは独立の考慮要素とはされておらず、あくまで、わが国憲法の基本原理等の検討とわが国憲法制定当時の議論の検討の部分とにおいて、諸外国の陪審・参審制度が言及されているにすぎない。

1. 適正な刑事裁判を実現するための諸原則と裁判官の基本的担い手性

第一に、本判決は、憲法が採用する統治の基本原理や刑事裁判の諸原則について、「刑事裁判は、人の生命すら奪うことのある強大な国権の行使である」から、「多くの近代民主主義国家において、それぞれの歴史を通じて刑事裁判権の行使が適切に行われるよう種々の原則が確立されてきた」と判示する。具体的には、判決は、憲法三一条から三九条によって定められている、適正手続の保障、裁判を受ける権利、令状主義、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利、証人審問権・証人喚問権、弁護人依頼権、自己負罪拒否の特権、強制による自白の排除、刑罰不遑及の原則、一事不再理などを挙げて、これらを「適正な刑事裁判を実現するための諸原則」とするとともに、これらのうちほとんどが「各国の刑事裁判の歴史を通じて確立されてきた普遍的な原理」であると位置づける。そして、これらの諸原則は、「刑事裁判を行うに当たっては……厳格に遵守されなければならない、それには高度の法的専門性が要求される」ため、「憲法は、刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定していると考えられる」と判示する。なお、その前提として、上述のとおり、適正な刑事裁判を実現するための基本的な諸原則が憲法上規定されているとともに、裁判官の職権行使の独立と身分保障についても憲法上周到な規定が設けられていることを、判決は摘示している。ここで重要な点は、(一)適正な刑事裁判を実現するための諸原則を遵守しなければならない↓(二)これを遵守するためには、高度の法的専門性が要求される、したがって↓(三)憲法は刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定してい

る、という議論の流れである。刑事裁判における裁判官の基本的担い手性は、本判決で繰り返し登場する概念であるが、本判決の冒頭の国民の司法参加の憲法適合性を立証する重要な総論部分において、適正な刑事裁判の実現という、制度を憲法適合的とするための不可欠の要素を基礎づけるものとして位置づけられていることに注目したい。裁判官の基本的担い手性を侵害するような制度設計構想は、判例によれば、適正な刑事裁判を実現するための諸原則を遵守することができなくなるため、憲法違反となると解するほかなくなる。

2. 諸外国の陪審・参審制度及びわが国の旧陪審制度と民主主義の原理

第二に、本判決は、「歴史的、国際的な視点から見ると、欧米諸国においては、……18世紀から20世紀前半にかけて、民主主義の発展に伴い、国民が直接司法に参加することにより裁判の国民的基盤を強化し、その正統性を確保しようとする流れが広がり、……20世紀半ばには、欧米の民主主義国家の多くにおいて陪審制か参審制が採用されていた」と述べる。ここで、国民の司法参加の制度が諸外国で採用されてきたことが指摘されるとともに、それが民主主義という政治原理と関連することが摘示されている。ただし、判決文を注意深く読めば明らかであるが、本判決は、民主主義の原理を具体化するために（あるいは、司法の民主化のために）国民の司法参加の制度が導入されたとは述べておらず、また、陪審・参審制度の目的が民主主義の原理であるとも述べていない。あくまで、（わが国以外の）民主主義の国家において、民主主義の進展とともに、司法参加の制度が採用されたという事実を叙述しているにすぎない。³² 判決のこの部分をもって、わが国の最高裁判所が、諸外国の国民の司法参加の制度を民主主義の原理に基づくものと位置づけたとみるのは誤りであり、³³ ましてや民主主義の原理こそがわが国の国民の司法参加の制度の意義であると判

示したと読むのは、明らかな誤読である。先に触れたとおり、「民主主義国家であるからといつて、必ずしも陪審制度を採用しなければならぬという理由はない」とするのが判例の立場である点は看過すべきではない（前掲最大判昭和二五年一〇月二五日）。

諸外国で国民の司法参加の制度が採用されていたとの議論に続き、わが国でも、一九二三年に旧憲法下で陪審法が制定され、一九二八年から一九四三年まで陪審裁判が実施されたことが紹介されている。一見すると、民主主義という大きな潮流の下に、諸外国の陪審・参審制度が生じ、論理必然的にわが国の旧陪審制度が登場したと叙述するかのようであるが、しかしながら、改めて考えてみるに、平成二三年大法廷判決におけるこの旧陪審制度への言及は、より慎重に理解すべきであろう。判決文では、わが国の旧陪審制度が民主主義の原理に基づき設計されたとは述べられていない⁽³⁴⁾。また、わが国の旧陪審制度は、諸外国の陪審・参審制度とは異なり、陪審の答申に裁判所が拘束されない特殊な制度であった。本判決は、しばしばわが国の陪審法ないし旧陪審制度について言及するが、そこで陪審の更新という制度が認められていたということについては⁽³⁵⁾、一切触れられていない。私見では、講学上のいわゆる陪審制度（アメリカ合衆国の制度などを典型とする、陪審の答申に拘束力があるもの）と、陪審の答申に拘束力のない戦前のわが国の陪審制度とは、概念として明確に区別すべきであると解するが、いずれにせよ、本判決にいう「陪審制」とは、いわゆる陪審制度に限らず、わが国の旧陪審制度のような形態を含む広義のそれとして理解すべきであるという点に注意が必要である。

3. 陪審制度の憲法適合性についての憲法制定当時の政府見解

第三に、本判決は、憲法が「司法権の内容を具体的に定めるに当たっては、国民の司法参加が許容されるか否かについて関心が払われていた」ことを判示する。そして、ここで、国民の司法参加の許否についての憲法の「関心」の前提として、上述の時代背景と、憲法前文で宣言された国民主権の原理を挙げる。

ここでは、(一)旧憲法の規定と現憲法の規定との比較と、(二)現憲法における下級裁判所の規定と最高裁判所の規定との比較が行われている。すなわち、前者とは、旧憲法二四条の「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権ヲ奪ハル、コトナシ」という規定が、現憲法の「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」(三二条)、ないし「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」(三七条一項)という規定に改められたこと、つまり、「裁判官による裁判」から「裁判所における裁判」へと表現が改められたことである。新旧憲法におけるこの表現の変化は、旧著で述べたとおり、国民の司法参加を許容する趣旨を明確にするために意識的に行われたものであるということが、憲法制定当時の議論から明らかになっている。⁽³⁶⁾ 後者は、現憲法において、最高裁判所が「長たる裁判官」と「法律の定める員数のその他の裁判官」とで構成されることを規定している(七九条一項)一方で、下級裁判所については、裁判官のみで構成される旨を明示した規定を置いていないことを指す。裁判所の構成に関するこの憲法規定の差異は、下級裁判所であれば裁判官以外の構成員を認める解釈を許す余地を生じさせる。⁽³⁷⁾ こうした文理に基づき、本判決は、「憲法制定過程についての関係資料によれば、……憲法制定当時の政府部内では、陪審制や参審制を採用することも可能であると解されていた」とする。さらに、このような理解が、枢密院の審査委員会においても提示され、憲法制定議会での憲法改正担当國務大臣による答弁において

も示され、かつ、この点について特に異論が示されることなく、憲法が可決・成立したことを挙げて、国民の司法参加の制度が憲法上許容されるとするのが憲法制定当時の政府見解であったと述べる。それに加えて、「この法律の規定は、刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない」とする裁判所法三条三項の規定も、こうした経緯に符合するとする。

もつとも、「憲法の制定に際しては、我が国において停止中とはいえ現に陪審制が存在していたことや、刑事裁判に関する諸規定が主に米国の刑事司法を念頭において検討されたこと等から、議論が陪審を中心として行われて」おり、これらの議論は、陪審制度（わが国の旧陪審制度を含む）が許容される論拠とはなりうるとしても、陪審制度とは似て非なる参審制度や参審制度と共通するところをもつ裁判員制度³⁸については、制度の基本構造が異なる以上、同様に許容されるといえるということには必ずしもならないはずである。

この点、「以上のような憲法制定過程を見ても、ヨーロッパの国々で行われていた参審制を排除する趣旨は認められない」として、本判決では、構造の差異に着目した詳細な検討は避けられている。わが国に導入すべき司法参加の制度として、陪審制度ないしそれに近い制度とするか、または参審制度ないしそれに近い制度とするかという点は、裁判員制度の設計段階において激烈に議論された論点であるが、本判決のこの部分では、国民の司法参加の憲法適合性の検討という文脈であったためか、陪審制度と参審制度との区別に関心が払われていない⁴⁰。

憲法制定当時の政府見解を踏まえて、「刑事裁判に国民が参加して民主的基盤の強化を図ることと、憲法の定める人権の保障を全うしつつ、証拠に基づいて事実を明らかにし、個人の権利と社会の秩序を確保するという刑事裁判の使命を果たすこととは、決して相容れないものではな」と述べるが、「このことは、陪審制又は参審制を有する欧

米諸国の経験に照らしても、基本的に了解し得るところである」として、比較法的知見を補充の論拠として挙げている。

4. 国民の司法参加の憲法適合性…結論

国民の司法参加の憲法適合性についての本判決の結論部分は、判例集において、「要旨1」とされ、下線が引かれている。すなわち、「国民の司法参加と適正な刑事裁判を実現するための諸原則とは、十分調和させることが可能であり、憲法上国民の司法参加がおよそ禁じられていると解すべき理由はなく、国民の司法参加に係る制度の合憲性は、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべきものである。換言すれば、憲法は、一般的には国民の司法参加を許容しており、これを採用する場合には、上記の諸原則が確保されている限り、陪審制とするか参審制とするかを含め、その内容を立法政策に委ねていると解されるのである」。

要するに、本判決は、国民の司法参加が、憲法上、一般的に禁止されていない・許容されているという前提を示したうえで、その合憲性は、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべきであることを明らかにしている。

なお、ここで立法政策に委ねられる国民の司法参加の内容として「陪審制」とあるのは、わが国の旧陪審制度を含むとしても、講学上のいわゆる陪審制度までも意味するか否かについては、議論が分かれるであろう。⁴¹⁾

四 裁判員制度の憲法適合性

前章では、国民の司法参加の憲法適合性について検討した。そこで、次に、本章では、参加制度一般ではなく、裁判員法に基づき創設された（具体的な制度としての）裁判員制度の憲法適合性について、平成二三年大法廷判決の議論に沿って、検討することとする。

前章で確認したとおり、本判決は、国民の司法参加の憲法適合性をめぐって、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべきであると判示し、その際に、(一)適正な刑事裁判を実現するための諸原則を遵守しなければならない↓(二)これを遵守するためには、高度の法的専門性が要求される、したがって↓(三)憲法は刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定している、という議論の流れを示した。具体的な裁判員制度の憲法適合性の審査にあっても、(a)適正な刑事裁判を実現するための諸原則の遵守と、(b)そのために要求される高度の法的専門性を担保する裁判官の刑事裁判における基本的な担い手性という二つの要素が、再び用いられることになる。⁽⁴²⁾

1 適正な刑事裁判を実現するための諸原則とそのための制度の不可欠な構成要素

所論①は、憲法三二条、三二条、三七条一項、七六条一項、八〇条一項違反をいうものである。

まず、憲法八〇条一項の問題とは、同規定が裁判所は裁判官のみによって構成されることを要求しているか否かということであるが、これは、国民の司法参加の憲法適合性の検討ですでに結論を得たとおり、憲法は、最高裁判所と

は異なり、下級裁判所については、国民の司法参加を禁じていると解されなかったため、「裁判官と国民とで構成する裁判体が、……憲法上の「裁判所」に当たらないということとはできない」。

次に考察すべき問題は、裁判員裁判の裁判体が、刑事裁判に関する憲法上の要請に適合した「裁判所」といえるか否かである。いわゆる裁判員制度違憲説は、三二条及び三七条一項によって保障される裁判を受ける権利について、裁判官による裁判を受ける権利を意味すると解したうえで、(裁判官ではない)裁判員の参加する裁判を認めれば被告人の権利が侵害されることになる⁽⁴³⁾と主張するものである。この点、本判決は、具体的な裁判員法の諸規定について検討したうえで、この問いに対して肯定の結論を導き出している。

ここで具体的に検討された裁判員法の諸規定は、次のとおりである。すなわち、(a)原則として、裁判官三名及び裁判員六名によって裁判体を構成すること(二条二項、三項)、(b)裁判員は、有権者からくじで候補者が選定され、不正な裁判をするおそれがある者、あるいは検察官・被告人から不選任請求された者などが除かれたうえで、残った候補者からさらにくじ等の方法に従って選任されること(二三条―三七条)、(c)解任制度により、裁判員の適格性が確保されること(四一条、四三条)、(d)裁判員は、裁判官とともに合議体を構成し、事実の認定・法令の適用・刑の量定について合議し、法令の解釈に係る判断・訴訟手続に関する判断等は裁判官に委ねられていること(六条)、(e)裁判員は、法令に従い公平誠実にその職務を行う義務を負うこと(九条)と、裁判官・検察官・弁護人は、裁判員がその職務を十分に果たすことのできるよう、審理を迅速でわかりやすいものとする⁽⁴⁴⁾ことに努めなければならないとされること(五一条)、(f)評議は、裁判官と裁判員が対等の権限を有しその合議によるものとされること(六条一項、六六条)、その際、裁判長は、法令に関する説明を丁寧に行うとともに、評議をわかりやすいものとなるよう整理し、裁判員が発言

する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう配慮しなければならないとされること（六六条五項）、(g)評決は、裁判官と裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見によることとされること（六七条）、(h)評議における自由な意見表明を保障するために、評議の経過等に関する守秘義務を設けること（七〇条一項）と、裁判員に対する請託・威迫等は罰則をもつて禁止されていること（一〇六条、一〇七条）の八事項である。これらは、憲法が要請する公正な「裁判所」における法と証拠に基づく適正な裁判が行われることを制度的に保障するとともに、同じく憲法が定める刑事裁判の諸原則を確保するための、裁判員制度の不可欠な構成要素といふべきものである。⁽⁴⁴⁾

そして、裁判員法の具体的な制度設計の検討を通じて、本判決は、裁判員制度において、(一)一般の国民から選任された裁判員のみではなく、裁判官とともに裁判体を構成すること、(二)裁判員が公平性・中立性を確保できるように配慮された手続の下で選任されること、(三)裁判員の権限が限定されており、かつそれは必ず裁判官とともに行使されることを摘示し、その一方で、憲法が定める刑事裁判の諸原則の保障が裁判官の判断に委ねられていることから、「公平な「裁判所」における法と証拠に基づく適正な裁判が行われること（憲法31条、32条、37条1項）は制度的に十分保障されている上、裁判官は刑事裁判の基本的な担い手とされているものと認められ、憲法が定める刑事裁判の諸原則を確保する上での支障はないということができると結論する（要旨2部分）。

国民の司法参加の憲法適合性は、適正な刑事裁判を実現するための諸原則が確保されるか否かで決せられるものであり、その具体的な制度としての裁判員制度の憲法適合性も、同様に諸原則が遵守されうるものであるか否かに依存する。そして、裁判員法の具体的な規定を検討してもなお、(一)公平な裁判所における法と証拠に基づく適正な裁判が

制度的に保障され、(二)裁判官の基本的担い手性が維持されていることから、したがって、先に挙げた諸原則を確保するうえで支障がないという結論が導出されるという。そして、判決は、「憲法が定める刑事裁判の諸原則の保障は、裁判官の判断に委ねられている」ことを挙げ、制度の憲法適合性が、裁判官の判断への参加ではなくて、もっぱら裁判官の判断に依存していると判示している点に注目すべきであろう。

2 評議における少数意見をもつ裁判官と裁判官の職権行使の独立の原則

裁判員裁判では、基本的な合議体は三人の裁判官と六人の裁判員で構成され(裁判員法二条二項前段)、評議における裁判員の関与する判断は、合議体を構成する裁判官と裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による(六七条一項)。したがって、評議において大きく意見が分かれたとき、個々の裁判官が自らの意見と異なる結論に従わざるを得ない場合が生じる。そこで、これが裁判官の職権行使の独立を定める憲法七六条三項に違反するかが問題となる。本判決に係る上告事件の所論⁽⁴⁶⁾も、この点を争う。

例えば、裁判官全員が有罪の意見で、裁判員全員が無罪の意見である場合⁽⁴⁵⁾、従前の裁判官のみによる裁判であれば、有罪の結論となる。裁判員裁判においては、無罪の結論となる。裁判員制度違憲論は、この点、「裁判官全員が有罪を確信しているが無罪判決を出さざるを得ない状況を裁判官に負わせるのは、憲法の右条項〔七六条三項〕に反する恐れが極めて大きい」とする⁽⁴⁶⁾。

通説によれば、「裁判が公正に行われ人権の保障が確保されるためには、裁判を担当する裁判官が、いかなる外部からの圧力や干渉をも受けずに、公正無私の立場で職責を果たすことが必要である」⁽⁴⁷⁾。そして、裁判官の職権行使の

独立原則とは、「司法権が立法権・行政権から独立していること」とともに司法権独立の原則の一内容をなすものであり、「裁判官が裁判をするにあたって独立して職権を行使すること」を意味する。⁴⁸ 本判決は、この原則について、「他からの干渉や圧力を受けることなく、裁判が法に基づき公正中立に行われることを保障しようとするものである」と判示した。

ただし、裁判官の職権行使の独立の原則とは、終局的かつ絶対的な決定権限が個々の裁判官に対して付与されるという意味ではない。実際にも、法律に基づく裁判所による司法権行使に随伴する制約が予定されている。⁴⁹ すなわち、上級審の裁判所の裁判における事実認定にかかる判断には、下級審の裁判所に対する拘束力が認められていること（裁判所法四条）や、合議体において裁判官の意見が分かれた場合には、原則として過半数の意見によることとされ（裁判所法七十七条一項、二項）、少数派の裁判官は多数派の裁判官の意見に従うことになるが、憲法自体は、審級制（七六条一項、八一条）や合議制（七九条一項、八二条二項）を予定しており、これらが裁判官の職権行使の独立の原則に違反するとはいえないだろう。

本判決は、この点に関して、まず、「憲法が一般的に国民の司法参加を許容しており、裁判員法が憲法に適合するようにこれを法制化したものである以上、裁判員法が規定する評決制度の下で、裁判官が時に自らの意見と異なる結論に従わざるを得ない場合があるとしても、それは憲法に適合する法律に拘束される結果であるから、同項「憲法七六条三項」違反との評価を受ける余地はない」と判示する。要するに、本判決は、裁判員法が憲法に適合するという判断を前提に、裁判官が自分の意見と異なる結論に従うのは、憲法適合的な法律に拘束される結果であるから、裁判官の職権行使の独立違反ではないという。⁵⁰

しかしながら、「憲法に適合する法律に拘束される結果であるから」という簡潔な理由のみから、裁判官が自らの意見と異なる結論に従わざるを得ない場合があることが裁判官の職権行使の独立の原則に違反しないとする結論部分を直ちに導き出すことは、適切であろうか。ある法律それ自体が憲法適合的であるならば、それを適用することも常に憲法適合的であるということは、必ずしもいえないであろう。法律それ自体の合憲性が、その適用行為の憲法適合性を直ちに保障することにはならないからである。前記引用部分は、判例集においては要旨として下線が引かれている箇所でもあるが、職権行使の独立に違反しないとする実質的な理由は判決文の記述のみから読み取ることが困難である。

そこで、判決には書かかれていない欠缺した論理を、調査官解説から補って理解することとしよう。裁判員法が憲法適合的であるということ(判決のいう論拠)から、裁判官が自分の意見と異なる結論に従わざるを得ないことが裁判官の職権行使の独立の原則に違反しないということ(判決のいう結論)が、どのように正当化されるのか。

調査官解説は、まず、「裁判官の職権行使の独立には、合理的な裁判制度の実現のためにいわば内在的な法的制約がある」と述べる。これは、判決文にはない記述である。そして、具体的には、「憲法自体が、合議体による裁判を予定している……(憲法79条、82条)」から、「一つの裁判体の中で、構成員の意見が異なる結果、自らの意見と異なる裁判行為に加わる場合があることは、合議体の構成員として少数意見となる場合など従来からあり得たことである」と説明する。そして、「そのことをもって、裁判官の職権行使の独立を侵害するものとは解されていない」との解釈を示す。ここまでを補って、ようやく、判決のいう論拠と判決のいう結論とが接続可能になる。すなわち、「憲法に適合する国民の司法参加に係る具体的な法制度の中で、裁判体の結論が個々の裁判官の意見と異なるものとなる

ことがあり得ることは憲法が当然予定しているといえる。⁵¹ 裁判員裁判の合議体においても、裁判官が、他の構成員の意見に従わざるを得ないことがあるが、そのこと自体は従前と同じであり（異なる点は、従わざるを得ない他の構成員が裁判官に限らず、裁判員である場合もあるということである）、それ自体は憲法七六条三項に違反しない。

本判決は、さらに続けて、「裁判員制度の下においても、法令の解釈に係る判断や訴訟手続に関する判断を裁判官の権限にするなど、裁判官を裁判の基本的な担い手として、法に基づき公正中立な裁判の実現が図られており、こうした点からも、裁判員制度は、同項〔憲法七六条三項〕の趣旨に反するものではない」と判示している。すなわち、七六条三項適合性を支える論拠としても、裁判官の基本的担い手性が用いられている。ここでは、裁判員の権限が限定され、法令解釈に係る判断や訴訟手続に関する判断が裁判官の専権とされていることを示す例として、基本的担い手性が挙げられている。

3 裁判員裁判における特殊な評決方法と裁判員の実質的参加

本判決は、裁判官の職権行使の独立の原則に関して、上記引用部分に続けて、想定されうる批判に反駁している。その批判とは、「裁判官の2倍の数の国民が加わって裁判体を構成し、多数決で結論を出す制度の下では、裁判が国民の感覚的な判断に支配され、⁵² 裁判官のみで判断する場合と結論が異なってしまう場合があり、裁判所が果たすべき被告人の人権保障の役割を全うできないことになりかねないから、そのような構成は憲法上許容されないという主張」のことである。例えば、二人の裁判官が無罪の意見、一人の裁判官は有罪の意見で、六人の裁判員が有罪の意見の場合には、従前の裁判官のみの裁判では無罪の結論になるものの、裁判員裁判では有罪の結論となる場合、それ

でも裁判官の意見である無罪という結論にならないとする議論である。

裁判員が刑事裁判に参加しても裁判官の多数意見で結論が決まるということは、裁判員の意見は裁判の結論に影響しないということであり、実質的に裁判員に評決権を認めないことを意味する。これでは、本判決のいうとおり、「国民の司法参加を認める意義の重要な部分が没却されることにもなりかねない」⁵⁴。したがって、国民の司法参加を実質的なものとするためには、かかる主張は斥けられなければならない。

また、最高裁判所は、この文脈で、評決の対象が限定される点と、評議にあたって裁判長が十分な説明を行うこととされている点を挙げるだけでなく、裁判員制度における特殊な評決方法についても言及している。すなわち、裁判員法六七条一項は、「構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による」（傍点本稿の筆者による）と規定しており、本判決が述べるとおり、「評決については、単なる多数決でなく、多数意見の中に少なくとも1人の裁判官が加わっていることが必要とされている」。本判決は、このことを挙げたうえで「被告人の権利保護という観点からの配慮もされている」と述べ、合憲の結論を導いているが、これは、すなわち、裁判官が一人も加わらないで被告人に不利な結論となるのは、被告人の権利保護という観点からの配慮を欠くので、憲法適合性を維持できないと解すべきことを含意しているのであろう。そして、そのような解釈の前提となるのは、言うまでもなく、刑事裁判における裁判官の基本的担い手性である。

評決方法に関して、裁判官の基本的担い手性は、どのようなことを要請しているだろうか。

例えば、高橋和之教授は、「少なくとも、法の専門家である裁判官（の多数）が無罪とするものを一般国民の参加で有罪にするというようなことのないような制度設計が必要と思われる」と述べ、裁判員制度に「危惧される点がない

わけではない」と主張する。具体的には、「双方の意見」を含まねばならないから、有罪とするには裁判員だけの過半数では足りず、少なくとも1人の裁判官の賛成が必要であるが、逆にいえば、2人の裁判官が反対しても有罪にしようるわけであり、「この点をどう評価するかは微妙なところがある」と述べる⁵⁵。つまり、高橋教授によつて危惧され評価が微妙とされるところは、裁判官二人による無罪の意見で、従前は無罪であったものが、裁判員制度の導入以降は有罪となることである。つまり、裁判官の基本的担い手性は、このような場合に有罪の結論となることを排除する効果をもつものであると主張するものであろう。

しかしながら、評議において裁判官と裁判員とが基本的には対等な権限を有するものとし、評決方法については裁判員の主体的・実質的関与を確保することが要請されるとする司法制度改革審議会意見書の理解を前提とするならば、筆者は、裁判官の基本的担い手性は、裁判官二人が無罪と判断した場合の有罪の結論を排除する機能までは有していないと解する。もし裁判官二人が無罪と判断した場合でも（裁判官一人が有罪の意見で、裁判員六人が有罪の意見でも）無罪の結論としなければならぬのであれば、裁判官と裁判員の評決権が対等ではない（少数の裁判官の意見が多数の裁判員の意見に優位する）ことを認めることになるが、これは裁判員制度の出発点である審議会の意見書の立場に反するといえる。（高橋教授の表現を借りれば）裁判官はたしかに「法の専門家」であるが、事実認定、法令の適用及び有罪の場合の刑の量定については、本判決によつてあらかじめ法律的な知識・経験を有することが判断に必ずしも不可欠とはいえないと判示されており、⁵⁷法の専門家たる裁判官の評決権が素人の裁判員の評決権に常に優位すると解すべきとはいえない。

裁判員制度の憲法適合性を支える重要な要素の一つとしての基本的担い手性の射程は、法令解釈に係る判断や訴訟

手続に関する判断が裁判官の専権とされることと、事実の認定や刑の量定に関して裁判官が一人も加わらないで被告人に不利な結論とすることはできないことにとどまるのであって、これを超えて、後者に関して裁判官の評決権の裁判官の評決権に対する優位までを意味するものとはいえないと解すべきである。

なお、裁判員裁判に固有の特殊な評決方法（合議体の構成員全体の単純な過半数の意見ではなく、裁判官・裁判員双方の意見を含む過半数の意見）が、上述のように被告人に不利に適用されるケースでは、国民の司法参加を認める意義の重要部分を維持する要請と刑事裁判における裁判官の基本的担い手性の要請の両方がその結論を支持するが、逆に、この評決方法が被告人に有利に適用されるケース（すべての裁判員が有罪の意見でも、すべての裁判官が無罪の意見であれば、無罪の結論となる）においては、裁判官の基本的担い手性が、裁判員の実質的参加の意義を確保すべきという要請を乗り越えて、裁判員の多数の意見と異なる結論を支持することになる。

4 裁判員の参加する合議体と特別裁判所

裁判員の参加する合議体が憲法七六条二項前段によって設置が禁止される「特別裁判所」に該当するかという論点は、裁判員制度を違憲と主張するこれまでの議論にはあまり見られない⁽⁵⁸⁾、本件の弁護士独自の主張である。裁判員制度を鋭く批判する論稿を発表している西野喜一教授も、「本件で、弁護士は、裁判員の加わった法廷は憲法76条2項の「特別裁判所」に当たるという主張もしていたが、それは無理である」と断言している⁽⁵⁹⁾。

本件において、この主張は、主位的なものではなく「予備的主張」とされており⁽⁶⁰⁾、弁護士によれば、法学協会編『註解日本国憲法 下巻』（有斐閣、一九五四年）一一三六頁及び清宮四郎『憲法Ⅰ（法律学全集三）』の初版（有斐閣、

一九五七年)二八二頁⁽⁶¹⁾における特別裁判所の意義に関する説明を引用したうえで、(一)裁判員ないしその参加する合議体が最高裁判所及び下級裁判所のいずれの系列にも入らない「完全に異質の外部」に位置していること、(二)裁判員が「憲法順守義務」(上告趣意書原文ママ)を負わないこと、(三)裁判員が判決文においても公判手続調書においても匿名であること、(四)裁判員裁判の対象事件が裁判員法二条一項一号・二号に規定される「特別特殊な種類の事件」に限られ、かつ同法三条が二条一項一号・二号に該当する事件であつても対象事件から除外していること、(五)裁判員の参加する合議体は、「その事件限りのため一時の臨時のもの」であること、(六)裁判員の参加した第一審の裁判が「裁判所」による裁判でないとするれば、その判決に対する上訴ができるとしても、被告人から三審制の利益を奪うものであるということの六点を挙げて、裁判員の参加する合議体が憲法七六条二項前段の禁止する「特別裁判所」に該当すると主張した。⁽⁶²⁾

一方、検察官は「裁判員の参加する合議体は、死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に当たる罪に係る事件など一定の重大事件に限って扱うものであるが、裁判所法により第一審の刑事裁判を所管する下級裁判所として設置された地方裁判所に構成されるものであり、その裁判に対しては高等裁判所及び最高裁判所への上訴が認められている」から、「裁判員裁判を取り扱う地方裁判所の裁判員の参加する合議体は、最高裁判所を頂点とする通常の裁判所の系列に属し、憲法の禁じる「特別裁判所」に当たらないことは明白である」と主張した。⁽⁶³⁾

憲法七六条二項前段によって設置が禁じられる特別裁判所とは、通説的見解によれば、「特別の人間または事件について裁判するために、通常裁判所の系列から独立して設けられる裁判機関であり」⁽⁶⁴⁾、判例は、「一般的に司法権を行う通常裁判所の系列に属する下級裁判所として裁判所法により設置されたもの」は特別裁判所にあたらないとしてい

る（最大判昭和三十一年五月三〇日刑集一〇巻五号七五六頁）。たしかに裁判員裁判の合議体は、弁護人の主張するように、法律の定める一定の事件のみを扱う非常設的なものであるが、七六条二項前段の問題の本質は先に挙げた通説の定義のうちの後段部分、すなわち、通常の裁判所の系列外であるか否かであり⁶⁵、事件の限定性や裁判所の非常設性は違憲性の判断に決定力をもつものではない。したがって、裁判員裁判の判決に対しては控訴等を行うことができる（刑事訴訟法二七二条）ゆえに、特別裁判所には該当しないと解するべきであろう。

本判決も、「裁判員制度による裁判体は、地方裁判所に属するものであり、その第1審判決に対しては、高等裁判所への控訴及び最高裁判所への上告が認められており、裁判官と裁判員によって構成された裁判体が特別裁判所に当たらないことは明らかである」と判示している。

五 まとめに代えて

本稿では、平成二三年最高裁大法廷判決に沿って、裁判員制度の憲法適合性について検討を行った。しかしながら、裁判員の職務等の意に反する苦役該当性をめぐる問題（判決の3(4)部分）については、紙幅の都合上、扱うことができなかった。挙げて今後の検討課題としたい。⁶⁶

* 本稿は、平成二七年度日本学術振興会科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金（若手研究（B）））「裁判員制度と弾劾制度の研究を通じた自由主義と民主主義との相克についての探究」（課題番号：二五七八〇〇一六）及び平成二八年度日本

学術振興会科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金（基盤研究（C）））「国民の司法参加をめぐる憲法理論の国際的発信」（課題番号：一六K〇三三〇一）の研究成果の一部である。なお、本稿で、以下、「憲法」とは、特に注記のない限り、日本国憲法を指すものとする。

(1) 拙著『裁判員制度の立法学——討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』（日本評論社、二〇〇九年）。

(2) 筆者は、本稿において、判例がいうところの裁判員制度を合憲と基礎づける本質的要素を析出する作業を行ったうえで、「裁判員制度の意義と展開可能性」と題する別稿において、今後の裁判員制度の展開の可能性と限界について考察する予定である。

(3) 西野吾一・矢野直邦「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成三三年度）』（法曹会、二〇一五年）二九五頁。最大判平成二三年一月一六日刑集六五卷八号二二八五頁についての調査官解説は、拙著・前掲注(1)について、「裁判員制度の憲法適合性の問題を、「民主司法のジレンマ」の問題として正面から取り上げ検討した文献」として紹介したうえで、憲法の基本的原理を考察する重要な箇所において引用している（二九六頁）。

(4) 第一審では、裁判員制度の憲法適合性は争われなかった。

(5) 控訴審判決は、憲法が下級裁判所の構成について直接定めず、裁判官以外の者が裁判に加わることを禁止した明文の規定を置いていないこと、裁判所法三条三項が刑事について陪審の制度を設けることを妨げないと規定していること、旧憲法二四条（裁判官の裁判を受ける権利）と現憲法三二条（裁判所における裁判を受ける権利）の文言の差異の三点を挙げている（刑集六五卷八号一三六五頁）。

(6) 本判決についての評釈として、青野篤「裁判員制度の合憲性——最高裁平成23年11月26日大法廷判決」大分大学経済論集六四卷一号（二〇二二年）六三頁、榎透「裁判員制度の合憲性〈最新判例演習室／憲法〉」法学セミナー六八五号（二〇二二年）一一六頁、君塚正臣「裁判員制度を最高裁判所大法廷が合憲と初めて判断した例」新・判例解説Watch（法学セミナー増刊）一〇号（二〇二二年）一二二頁、笹田栄司「裁判員制度の合憲性」ジュリスト臨時増刊一四五三号〔平成二四年度重要判例解説〕（二〇二三年）一〇頁、佐藤寛稔「裁判員制度の合憲性〈判例評釈〉」秋田法学五三号（二〇二二年）九七頁、宍戸常

- 寿「裁判員裁判の憲法適合性」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法（増補版）』（信山社、二〇一四年）四六五頁、新屋達之「国民の司法参加・裁判員制度の合憲性（刑事訴訟法判例研究31）」法律時報八四卷一〇号（二〇一二年）一二六頁、土井真一「裁判員制度の合憲性」別冊ジュリスト二一八号〔憲法判例百選Ⅱ第六版〕（二〇一三年）三八六頁、南部晋太郎「裁判員制度の合憲性に関する大法廷判決〈新判例解説〉」研修七六五号（二〇一二年）二二頁、西野喜一「裁判員制度合憲判決にみる最高裁判所の思想とその問題点」法政理論四四卷二二三号（二〇一二年）八一頁、平良木登規男『国民の司法参加と刑事法学』（慶應義塾大学出版会、二〇一四年）二六九頁（初出は、同「裁判員裁判の合憲性〈刑事裁判例批評198〉」刑事法ジャーナル三三二号（二〇一二年）一三四頁）、前田雅英「裁判員裁判の合憲性〈警察官のための刑事基本判例講座第29講〉」警察学論集六五卷二号（二〇一二年）一三二頁、蒔田圭明「裁判員制度の合憲性」名城法学論集大学院研究年報三九集（二〇一一年）四五頁、毛利透「裁判員裁判の憲法適合性」法学教室三八九号別冊付録〔判例セレクト二〇一二年〕（二〇一三年）二頁がある。

(7) 以下、第1、1、①ないし(1)などの数字は、判決文の原文によるものである。一方、それ以外の記号やアルファベットの文字は、判決の構造の把握のために、本稿の筆者が補ったものである。

(8) 刑集六五卷八号一三〇三—一三四八頁。

(9) これは、本件の弁護士独自の概念であり、その意味するところは、憲法八〇条一項前段の規定に基づいて任命された裁判官であるという（刑集六五卷八号一三〇五頁）。

(10) 刑集六五卷八号一三二二頁。

(11) 刑集六五卷八号一三四八—一三五二頁。検察官も憲法の他の条項の適合性については一切論及していない。

(12) 西野喜一『さらば、裁判員制度——司法の混乱がもたらした悲劇』（ミネルヴァ書房、二〇一五年）一五九—一六一頁。織田信夫弁護士も、「大法廷判決は、……弁護士が特に上告趣意とはしていない憲法一八条後段違反と憲法七六条三項違反の問題を全く独自に上告趣意として取り上げ、判断してしまった」ことについて、「憲法八一条違反の判断であり、判決理由としての意味も拘束力もないのであり」、「上告理由とはなし得ないものを上告理由として構成し、それを判決に明記し、さも

弁護人が真実上告趣意としたかのように装った最高裁の欺瞞的行為は、国民として到底許し得ないことと言わざるを得ない」と憤怒する（織田信夫『裁判員制度はなぜ続く——その違憲性と不合理性』（花伝社、二〇一六年）一一一—一二三頁）。

(13) 本件は、福島地方裁判所郡山支部で行われた裁判員裁判で裁判員を務めた者が、自らが急性ストレス障害を発症した原因は、裁判員法によって裁判員候補者として出頭を求められ、裁判員に選任され、凄惨な内容を含む証拠を取り調べ、死刑判決に関与さざるを得なくなったからであり、裁判員法の規定は、憲法一八条後段、二二条一項、一三条に違反し、裁判員法を制定した国会議員の立法行為は違法であり、また、最高裁判所の裁判官は、平成二三年大法廷判決において、裁判員制度の推進を図るといふ政治的目的をもって裁判員法の合憲判断を行い、下級裁判所が裁判員法を違憲とする判断を示すことを困難にさせて裁判員法を運用させた違法があるとして、国に対して損害賠償を求めた事案である。

原告は、平成二三年大法廷判決に係る事件の被告人の弁護人の上告趣意書では、憲法八〇条一項本文前段、七六条一項・二項前段違反の主張のみが行われ、これに対する検察官の答弁書もこれらの規定に関する反論が記載されているのみであったことから、同判決において、「最高裁は、憲法一八条後段に違反しているか否かについては上告審において争点とはなっていないかつたにもかかわらず、これを争点として取り上げ、同条後段には違反しないとの判断を示したものであり、「最高裁平成二三年判決は、裁判員法の憲法適合性についての疑念を払拭し、裁判員制度の維持、定着化を図るといふ政治的目的のもと、法が憲法一八条後段その他の条項に違反するという上告趣意とされていない主張を、上告趣意として取り上げた上でこれを排斥しているものである」と主張した一方で、被告は、「最高裁平成二三年判決の事案における弁護人の上告趣意には……法が憲法七六条三項及び一八条後段に違反する旨も明確に主張されていた」と反論した（判時二三四〇号二二四—二二五頁）。これに対して、福島地方裁判所は、当該事件の被告人の「弁護人は、裁判員法は違憲無効であるから被告人は無罪であるとの主張をしていたものである」が、「裁判員法は手続法であり、仮にこれが違憲無効であれば、適正手続の保障（憲法三一条）の下、そのような違憲な法律に基づいて被告人が刑罰を科せられることはないものであるから、裁判員法が違憲無効であるため被告人は無罪であるとの上告趣意の中には、弁護人が明示に指摘した憲法の条項以外の条項であっても、それに裁判員法が違反すると判断されるのであれば、その旨も主張する趣旨が含まれている……と解するのが相当である」ところ、平成二三

年大法廷判決が、「上記弁護人上告趣旨を上記のように理解した上で」裁判員の職務等が裁判員等の基本的人権を侵害するところも見当たらないというべきであると判示しているものと解されるから、「上告趣意に含まれていない事項について判示したとはいえない」と判示した(一三五頁)。

(14) 最高裁判所事務局総務局編『裁判所法逐条解説 上巻』(法曹会、一九六八年)八九頁も、裁判所法一〇条二号の解説として、法令等が憲法に適合するかどうかについて、「裁判所が当事者の主張をまたないで判断する権限を有することは、いうまでもない」としている。

この点、次の安念潤司教授の記述が明快である。「訴訟法的には、ある法令が違憲であるという主張は法律上の主張であつて、しかも法適用上の意見の表明にすぎないから、それに格別の制限があるわけではないが、裁判所を拘束する意味もなく、裁判所の専権に属する法の解釈・適用に関する一資料であるに止まる。したがって、裁判所は、それを全面的に採用することも、全面的に無視することも、ともに可能であり、また、問題となつている法令が違憲であると考えらるならば、当事者の主張がなくても、違憲の判断をすることが、権限であれば義務でもある」(安念潤司「憲法訴訟論とは何であつたか、これから何であり得るか」論究ジュリスト一号(二〇一二年)一三三頁)。

(15) 刑集六五卷八号一三〇七頁。

(16) 旧陪審制度では、裁判所は、陪審の答申を不当と認めるときは、事件を他の陪審の評議に付することができる(陪審法九五条)。

(17) 刑集六五卷八号一三三二頁。そして、「この「苦役」とは、憲法第18条……における「苦役」と同じ意味内容である」と続ける(同頁)。

(18) その一方で、本事件において、最高裁判所が一八条適合性について判示する必要があつたか否かに関して、筆者は、必ずしも積極には解していない。詳細は、別稿「裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題」において検討する。

(19) 西野Ⅱ矢野・前掲注(3)三二四頁。

(20) 拙著・前掲注(1)二一五―二三〇頁。

(21) 憲法普及会編『新憲法と司法・新憲法と人身の自由』(国立書院、一九四八年) 八一―八二頁(兼子一執筆)、「元來、陪審制、參審制を採用する国々では、憲法中にこれを規定し、陪審員、參審員については、専門的裁判官についての任期、身分保障等に関する規定の適用の除外を明規するのが普通で(例えば、ワイマール憲法、ベルギー憲法)、わが憲法がこれらの制度を民主司法の当然のあり方として、採用する趣旨であつたならば、これに関し明文を設けたはずである。この点から、私〔兼子一〕は新憲法上これらの制度を採用する余地はないものと思う」、西野喜一『裁判員制度批判』(西神田編集室、二〇〇八年) 八六―八七頁(「わが国の場合には、そもそも憲法が、參審(陪審も同じ)という国民の司法参加に関する規定を全く有していない……。憲法は、国民の権利についても、司法を担う裁判官についても、それぞれ相当詳細な規定を設けていながら、国民の司法参加に関する規定を設けなかったということからすれば、司法に参加した国民がそのまま裁判の運命を決めるような形態での司法参加を認めるような見解は容れる余地はないと見るべきである。この解釈は、その当時、国民の司法参加という觀念が存在しなかったという場合にもそのまま言えることであるが、特に現行憲法制定段階にあつては、その直前まで、日本特有のスタイルであつたとはいえ、陪審法が生きて機能していたのであるから、立法の衝にある者にとって陪審制のことが念頭になかつた筈がなく……。まして改正憲法の原案起草に関与したのは世界で最も活発に陪審制を実施している国の人間であつた。それにも拘わらず、憲法の規定に、陪審制等、司法への国民参加の規定を全く盛り込まなかつたということとは、この憲法下では、これを実施させない趣旨であつたと見るべきものであろう」。

(22) 法学協会編『註解日本国憲法 下巻』(有斐閣、一九五四年) 一一二―八頁。なお、美濃部達吉『新憲法概論』(有斐閣、一九四七年) 一七六頁も、「陪審制及參審制……に付いては憲法に別に規定する所は無いが、司法権の総ては裁判所の行ふ所であり而して裁判所は裁判官のみから成ることを明示して居るのであるから、參審制は勿論陪審制も新憲法は之を認めない趣意であると解せられる」と述べるが、その翌年の同『日本国憲法原論』(有斐閣、一九四八年) 四六一―四六二頁(宮沢俊義教授によって補訂された版(一九五二年)では、四〇五―四〇六頁)では、裁判所法三条三項を挙げつつ旧陪審法の概要を概説しており、陪審・參審制度の憲法適合性については論及していない。

(23) 古くは、憲法普及会・前掲注(21) 一六四―一六五頁(木村亀二執筆)、「唯だ、新憲法では「裁判所」に於ける裁判として

「裁判官」の裁判とは為して居ない。……何となれば、勿論、「裁判所」に於ける裁判は必ず裁判官を以つて構成された裁判所の裁判たることを必要とするのは明白であるが、その裁判官が必ず常職の裁判官たるを必要とするかについては問題がある。……最高裁判所の構成については第七九条第一項に……必ず常職裁判官を以つて構成すべき旨を明かにして居るが、下級裁判所の構成については憲法上かかる規定が存在しない。従つて、下級裁判所の構成に関しては陪審員又は参審員の如き素人裁判官を参加せしめることを法律を以つて定めても憲法違反とはならぬといふことになるのである」。その後、例えば、佐藤功『日本国憲法概説(全訂第五版)』(学陽書房、一九九六年)五〇九頁(「個々の裁判に対する国民の参加の制度としては、……陪審および参審の制度があるか、これらの制度を採用するかしないかについては憲法は触れていない。従つて、法律によつてこれらの制度を設けることは可能である」、笹田栄司『裁判制度』(信山社、一九九七年)一七八—一七九頁(「参審制を認めるには憲法に明文の規定が必要が、そして憲法は専門の裁判官のみを予想してゐるのではないか……。「元来、陪審制、参審制を採用する国々では、憲法中にこれを規定」する時まで言うことはできないであろう。ドイツは現在でも参審制をとつてゐるが、裁判官の任期、身分保障に関わるボン基本法九七条には参審・陪審についての明示的な条文は見あたらず、法律レベルで規定されてゐるとどまる。……参審裁判官については法律に委ねられてゐるとみることも妨げられないのではなからうか。……日本国憲法八〇条についても、それは職業裁判官でない参審裁判官を法律で規定することを禁じてゐるとまでは言えないと思われる。即ち、立法者に委ねられた問題と解される余地はあるのである)。近時では、市川正人「国民参加と裁判員制度」法律時報七六卷一〇号(二〇〇四年)四二頁(「憲法上、参審制を明示的に禁止している規定がない以上、法律によつて参審制を導入することも許されるはずである」、大石和彦「国民の司法参加」をめぐる憲法問題——司法制度改革審議会最終意見書を受けて」白鷗法学一八号(二〇〇一年)一三二頁(「ドイツ基本法もフランス第五共和国憲法……も、陪審・参審制に全く言及していないのも確かで、陪審・参審制に関する憲法典の沈黙から直ちに、それらを憲法典が否定しているものと帰結することには、やはり無理があるように思われる」、土井真一「日本国憲法と国民の司法参加——法の支配の担い手に関する覚書」『岩波講座憲法4 変容する統治システム』(岩波書店、二〇〇七年)一五八頁(「国民の司法参加を憲法上必置の制度とするためには、憲法に明文の規定を置く必要があるが、しかし、国民の司法参加を認めるか否かを立法政策の問題とす

る場合には、独仏の例から見ても、必要的憲法事項と解する必然性はないように思われる」など。

(24) 笹田栄司教授は、「憲法が明文で命じるまたは禁ずる事項を別にすれば、憲法事項と法律事項の区別は憲法解釈によつて解明されねばならない」が、「裁判官制度についてみると、法律家である職業裁判官を基軸とし、それに裁判員制度を組み合わせる方式は立法府の裁量に委ねられている」と述べる(笹田栄司『司法の変容と憲法』(有斐閣、二〇〇八年) 八五頁)。

(25) 本文引用部分は、強盜被告事件の第一審・控訴審の裁判において陪審裁判が行われなかったことについて、「憲法第三十七条の公平な裁判所の裁判とは、陪審裁判を要請しているものといわねばならぬ」、「その理由は憲法前文が、国政は、「その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し」とあるところから当然にでてくることである」、「陪審裁判は民主主義国家の刑事裁判には固有の制度であり、民主主義とは切りはなすことのできないものである」などとする弁護人の上告趣意書に呼応するものである。

(26) 「新憲法が陪審制特に常職裁判官の判断を拘束するが如き陪審制も参審制も認めない趣旨だといふ議論は妥当ではない。若しこれを認めない趣旨であるといふならば、民主主義憲法たる新憲法が最も民主的な司法制度を否認することとなり、憲法それ自体の精神と矛盾する結果となる」(憲法普及会・前掲注(21)一六七頁(木村亀二執筆))。なお、戦前において、美濃部達吉教授は、「陪審制度ハ大多数ノ立憲国ニ共通ナル制度ニシテ、殆ド立憲政治ニ伴フ必然ノ制度トシテ認メラル」ことをもつて旧陪審制度の合憲性を主張していた(美濃部達吉『改訂 憲法撮要』(有斐閣、一九四六年) 四九三―四九四頁)が、ここでいう立憲政治を現在でいう民主主義的政治体制を指すものと解すれば、かかる議論は戦前から存在していたということになる。

(27) 拙著・前掲注(1)一〇六一―一〇四頁。

(28) さらに付言すれば、今後、裁判員制度を廃止するとしても、特段の事情の変更がない限り、直ちに違憲となるということはいえない。裁判員制度のような国民の司法参加は憲法上要請されておらず、司法参加の権利が(裁判員となりうる)国民に対して憲法上保障されておらず、また、裁判員の参加する裁判を受ける権利が被告人に憲法上保障されていないためである。

(29) 土井・前掲注(6)三八七頁。大石・前掲注(23)一三〇―一三二頁、土井・前掲注(23)二五八頁も同旨。

(30) 例えば、わが国の憲法解釈論に大きな影響を与える国の一つであるアメリカ合衆国憲法には、陪審制度を設けなければならないという規定(三条二節三項)や、陪審裁判を受ける権利を保障する規定(修正六条、七条)が置かれている。わが国の司法権はしばしば英米法系のものとされており(佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)五九八頁参照)、憲法制定史上もアメリカ合衆国の憲法解釈論を参考にすることに一定の合理性があるにもかかわらず、なぜに国民の司法参加の制度の憲法適合性の文脈においては、かの国で司法参加を認める憲法上の規定がある(一方で、わが国にはない)ということを見ざるのか。ドイツやフランスで憲法上司法参加を認める規定が置かれていないことを、わが国の憲法上の規定の不存在が制度創設禁止を意味しないことの論拠として挙げる学説は、この問いに対して的確に応答する責任があろう。

(31) 刑集六五卷八号一二九三頁七行目から九行目までの記述に関して、公用文における接続詞「及び」の通常の用法を前提とするならば、「総合的に検討して判断されるべき事柄」は、本文記載のとおり三つであると読むことになるが、それに続く判決文の記述内容から推察するに、判決は、「憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯」と「憲法の関連規定の文理」を一体のものとして扱っているようである。

(32) もっとも、諸外国の陪審・参審制度の発生ないし導入について、その民主主義的意義のみを強調することは、それらに対する不正確な理解を招来しかねない点に注意を要する。常本照樹教授によれば、「イギリスにおいて陪審制が通常の訴訟手続として導入されたのは一二世紀初頭といわれ」、「当初の陪審の機能は自己の知能に基づいて、裁判官からの質問に宣誓の上で答えるという証人的機能であった」が、「これがその後、証拠に基づいて判断を下す裁定者の機能に変質していったのである」という。たしかにアメリカ合衆国においては、「一八三〇年代からの四〇年代にかけてのジャクスニアン・デモクラシーの中で変容し」、「陪審の民主主義的意義が強調されるようにな」ってはいるものの、その一方で、「イギリスにおいては、国王と国王の手先である裁判官から民衆の自由を守るものとしての、陪審の自由主義的意義が認められるようになったのであり」、「このような陪審の自由主義的意義に注目して、陪審制度を導入したのが革命後のフランスであり」、「同様の事情はドイツにおいてもみられた」。もとより、諸外国の陪審・参審制度に民主主義的意義があることを筆者も否定しないが、常本教授の整理によれば、「イギリスにおいて、当初は国王の利益のために利用された陪審制は、その後の国王専制のもとで民衆の自由の

最後の砦といふべき位置づけを与えられるようになり、それが近代市民革命の中で、その自由主義的意義に注目したフランスやドイツによって導入されたのである」という（常本照樹「司法権——権力性と国民参加」公法研究五七号（一九九五年）六六—六九頁、傍点は本稿の筆者による）。

(33) そもそも、わが国の裁判所の使命は、諸外国の法制度の意義等を説明することではないし、わが国の裁判所には、諸外国の法制度の意義等を公権的に確定する権能は付与されていない。ここでは、諸外国の法制度の意義等について、わが国の裁判所がどのように理解したかが示されているにすぎない。

(34) わが国の旧陪審制度は、たしかに大正デモクラシーの影響を受けて導入されたと理解されている（三谷太一郎『増補 政治制度としての陪審制——近代日本の司法権と政治』（東京大学出版会、二〇一三年）二五一頁）が、これは、同時代的理解ではなく、あくまで後世の研究者等による評価である。そもそも、周知のとおり、戦前のわが国は民主主義国家ではなかったし、当時の政府は陪審制度の導入を民主主義の原理に基礎づけることを明確に否定している（詳しくは、拙著・前掲注（1）一一頁脚注（8）参照）。民主主義の原理とわが国の旧陪審制度との関係について、本判決が、それらを直接関連づけさせないように注意深く記述している点（刑集六五巻八号一二九四頁）は精読されるべきであろう。

(35) 併せて、わが国の旧陪審制度では、法定陪審事件であっても、被告人が任意に陪審裁判を辞退できたということについても、国民の司法参加の制度設計に関して重要な要素であるにもかかわらず、本判決はその点についての言及を避けている。

(36) 拙著・前掲注（1）二一九—二二〇頁。

(37) 拙著・前掲注（1）二二〇—二二二頁。

(38) 裁判員制度は、陪審制度とは（類似するが）異なる制度であるということと、参審制度と共通するところがある制度であるということ、そして、「我が国独特の国民の司法参加の制度であるということ」の三点については、本判決の4において、最高裁判所が明確に認めているところである（刑集六五巻八号一三〇一頁）。

(39) 拙著・前掲注（1）一四—一四九頁。

(40) 裁判員制度登場以前の憲法学界において、陪審制度に関しては、陪審裁判を辞退する権利を認め、陪審の評決に裁判官が

拘束されないのであれば違憲ではないという立場が通説であった一方、参審制度については、その採用は困難であるという見解が有力であった。詳しくは、伊藤正己『憲法〔第三版〕』（弘文堂、一九九五年）五七〇―五七二頁、笹田・前掲注(23)一六七―一八九頁、常本・前掲注(32)七三―七五頁。学説の整理のみならず政府見解も含めて、拙著・前掲注(1)二一五―二二四頁参照。

(41) 詳細は、別稿「裁判員制度の意義と展開可能性」において検討する。

(42) 裁判員法の制定直後の時点で、市川正人教授は、すでに、裁判員制度の憲法適合性を検討するにあたっては、「裁判員制度の具体的なありようが、下級裁判所裁判官の基本的な構成員性を侵すものではないかどうか、また、公平な裁判所の刑事裁判を受ける権利を侵害するようものでないかどうかを検討されなければならない」と主張していた(市川・前掲注(23)四三頁)。本判決において裁判員制度の憲法適合性を基礎づけるものは、まさに市川教授が指摘していたとおり、(a)公平な裁判所の刑事裁判を受ける権利を保障するための(1)適正な刑事裁判を実現するための諸原則と、(b)下級裁判所における裁判官の基本的担い手性の二つである。

(43) 大久保太郎「裁判員制度案批判(続)(上)——合憲性への疑問及びその他の諸問題」判例時報一七七二号(二〇〇二年)三―四頁、香城敏磨『憲法解釈の法理』(信山社、二〇〇四年)五二七頁、西野・前掲注(21)九五―九九頁。

(44) 憲法が要請する公正な「裁判所」における法と証拠に基づく適正な裁判が行われることを制度的に保障するための裁判員制度の不可欠な構成要素(評議における自由な意見表明を保障するためのもの)として、本判決において、最高裁判所が、評議の経過等に関する裁判員への守秘義務と裁判員に対する請託・威迫等の禁止を明示的に挙げている点は注目に値する。

裁判員等の守秘義務については、制度設計段階から批判が見られ、制度施行後もなお、その範囲の明確化や緩和を求める意見が少なくない。例えば、三島聡教授は、裁判員に対して罰則を担保として守秘義務を課しているため、裁判員裁判の「評議は、ブラックボックスのまままったく検証ができない」ことを問題視する(三島聡「評議の適正の確保と評議の秘密」法律時報八四卷九号(二〇一二年)四二―四三頁)。大城聡弁護士と牧野茂弁護士も、評議がブラックボックスとなっていることを非難したうえで、日本弁護士連合会等による守秘義務の緩和を求める提言等を紹介するが、論者らは、裁判員経験者が近親者

に対してすら評議の内容等を話すことができないことを苦痛と感じ、守秘義務の存在が裁判員にとって重い心理的負担になるということに力点を置く（大城聡Ⅱ牧野茂「裁判員の義務・負担」刑事法ジャーナル三九号（二〇一四年）二五―二九頁）。梓澤和幸弁護士は、「職業裁判官の合議体こそ国民監視の対象の中心におかれるべきだ」という立場から、「職業裁判官には守秘義務違反につき一切刑事罰は想定されていない」一方で、「裁判員は守秘義務につき終身刑事罰による威嚇がついてまわる」ことになるから、「裁判員の守秘義務違反刑事処罰規定は立法論上撤廃すべきであり、運用は緩和すべきである」と主張するが、論旨は、特に、裁判員と裁判官との守秘義務違反に対する罰則の有無の差に注目するものである（梓澤和幸「裁判員制度と公開」山梨学院ロー・ジャーナル五号（二〇一〇年）五五―五六頁）。

立案担当者によるコンメンタールによれば、裁判員法七〇条一項の評議の秘密について守秘義務（九条二項）を課した趣旨は、「裁判の公正やこれに対する信頼を確保するとともに、評議における自由な意見表明を保障することにある」。そして、(一)評議の経過に関して、評議において、どのような論点について議論したのかを明らかにしてよいこととすると、後になぜその論点を議論したのかなどという批判がなされることを恐れて、評議において、各構成員が自由闊達に論点を提示することができなくなるおそれがあり、(二)裁判官・裁判員の意見に関して、個々の意見が明らかになるおそれがあれば、評議における自由な意見表明が阻害されるおそれがあり（たとえ発言者が特定されない形であっても、ある具体的内容の意見が述べられたことが明らかにすること自体が、そのような意見を述べることを躊躇させる原因となる）、(三)意見の多少の数に関して、全員一致で罪責が決まった場合などには、個々の裁判員の意見を明らかにすると同じであり、また、意見の分布を公表すれば、裁判員のうちだれがどちらの意見を述べたのかという詮索を招き、個々の裁判員に無用な負担をかけ、いずれにせよ評議における自由な意見表明が阻害されるおそれがあり、(四)評議における自由な意見表明が保障されなければ、評議の結果として適正な結論が得られることも期待することができないから、裁判の公正を確保することが困難となり、ひいては裁判の公正に対する信頼も確保できないこととなり、また、(五)無罪判決の確定後に、評決において相当数の有罪意見があったことが公表されることになると、裁判の公正への信頼が著しく損なわれることになる（辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説（3）」法曹時報六〇巻三号（二〇〇八年）九九―一〇〇頁）。裁判員制度の趣旨を他に求めるならばいざ知らず、裁判員法

一条に定める「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」ことを基本としつつ、討議民主主義理論の見地から評議における討議性を重視する本稿の筆者の立場からは、評議の秘密に係る守秘義務が、裁判の公正やこれに対する信頼の確保と評議における裁判員の自由な意見表明の保障から要請されるとする、この説明は説得的なものであると解する。なお、評議の秘密以外の職務上知り得た秘密にも守秘義務が課される(九条二項)が、その典型例としては、審理の過程で知った個人の人プライバシーにかかわる秘密や法人その他の団体・機関の秘密等が挙げられる(辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(1) 法曹時報五九卷二二号(二〇〇七年)一〇九頁)。裁判員法一〇八条は、現に裁判員である者(一項)のみならず、裁判員の職にあった者に対しても(二項)、守秘義務違反に対する罰則を設けているが、その趣旨としては、「評議の秘密以外の職務上知り得た秘密……を保護する必要性は、裁判終了の前後を通じて何ら変わりはないと考えられること」、「評議の秘密のうち裁判官若しくは裁判員の意見又はその多少の数については、裁判終了後であっても、これが公にされると評議における意見表明の自由が阻害されるおそれが特に大きく、裁判の公正さ、これに対する信頼を損なうおそれも大きいこと」、そして、「財産上の利益その他の利益を得る目的で評議の秘密を漏示する行為は、……特に悪質性が高いと考えられること」が挙げられる(辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(5・完) 法曹時報六一卷二二号(二〇〇九年)一六五頁)。

三島教授は、「評議の内容を秘密にすることは、評議における自由な意見表明やそれを通じた評議の適正、裁判の公正・公正への信頼に直接結びつくものではない」と述べ、「たんにこれらを実現するための外的な環境を整えるものにすぎない」とし、「評議の秘密を絶対視して、自由な意見表明や裁判の公正への信頼にたいする抽象的な危険がわずかでもあれば、開示を禁止する」という姿勢は妥当ではない」と述べ、裁判員の任務が終了した判決言渡し後の意見の開示の可能性について検討し、守秘義務を緩和すべきとの種々の提言をする(三島・前掲「評議の適正の確保と評議の秘密」四四―四五頁)。もともと、(たしかに「守秘義務を緩和すれば、判決言渡し後に裁判員……が発言者を特定せずに評議の経過等を対外的に語ることは許されることにな」り、「評議過程のブラックボックス化を防ぐことができ、実際の裁判員裁判で評議がどのような形で進められているのか、その概略が外部の者にもわかるようになる」としても)守秘義務の緩和が評議の適正さの確保には必ずしもつながらないとい

うことを三島教授は認めている（四六頁）。なお、論者は、守秘義務の緩和によって「評議の適正が十分に「確保」されるかは疑問の余地がある」ため、「事後の参加者の発言という間接的な方法によらずに、評議過程そのものを直接検証できる仕組み」として、評議室に録画・録音機器を持ち込み、評議の様子をそのまま録画・録音し、研究や研修を目的とする場合に限定して開示を認めるべきと主張する（四六―四七頁）。「録画・録音を評議参加者が意識して自由な意見交換が阻害される可能性があること」を論者自身も認めるものの、それは「研究や研修のための評議過程そのものの開示を完全に否定してしまう理由にはならないように思われる」とも述べる（四七頁）。興味深い提案ではあるが、評議における討議性を重視する本稿の筆者は、裁判員の自由な意見表明が阻害されうる危険性を強く警戒する。裁判の公正やこれに対する国民の信頼の確保と評議における裁判員の自由な意見表明の保障（これらは被告人の裁判を受ける権利の保障の前提となる）を犠牲にしてまで、研究や研修は重要なことなのであろうか。

守秘義務の存在が裁判員にとつて重い心理的負担になるとの主張は、裁判員の職にあつた者の実際の感想とは整合しない。裁判員経験者の意見交換会において述べられた守秘義務に関する意見・感想によれば、「守秘義務の負担の有無について述べた者は合計205人であるが、負担を感じるとする者は26人とどまり、179人は守秘義務の負担は（ほとんど）ないとしている」という。また、「守秘義務の要否について述べた者は合計81人であるが、必要であるとする者が73人であり、緩和すべきであるとする者は8人である」という（最高裁判所事務総局「裁判員裁判実施状況の検証報告書」（二〇一二年二月）二六頁）。なお、職業裁判官の守秘義務については、拙著・前掲注（1）八五頁注（15）参照。

憲法学の見地からは、例えば、青野篤准教授は、「表現の自由に対する制約である以上、その規制手段は、必要最小限度のものでなければならぬ」から「義務違反に対する制裁として、懲役刑まで正当化されるかは疑問がある」と主張する（青野篤「裁判員制度の憲法学的一考察——裁判員制度合憲判決（東京高等裁判所2010年4月22日）を踏まえて」大分大学経済論集六二巻五―六号（二〇一一年）二二七頁）。しかしながら、秘密漏示罪の法定刑については、裁判員が非常勤の国家公務員であることに鑑み、国家公務員法一〇九条一二号との均衡も考慮すべきであろう（裁判員等に対しては同条の適用はなく、裁判員法一〇八条のみが適用される）。現行の裁判員法一〇八条の定める法定刑は、裁判員が一般の国家公務員の職にある者とは

異なり、無作為抽出を基本として選定された一般の国民であり、必ずしも自らは希望しない場合であっても、その職務を行うものであることから、これに対する負担をできるだけ軽減すべきであるという要請と、秘密漏示行為の悪質さや個々の犯情に応じた適切な処罰が可能となるような法定刑として守秘義務の遵守を確実に担保するという要請の両者を勘案した結果である(辻・前掲「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(5・完)一六四頁)。また、青野准教授は、裁判員の職にあった者に対する守秘義務に関しては、評議の経過については、「裁判長の評議における2つの義務(裁判員法66条3項・5項)を誠実に尽くしたか否かを事後的に検証するためにも、公にすることが許されるべきで」あり、また、意見表明の規制については、「自らが関わった裁判についての自らの意見を述べるのが裁判の信頼性を「著しく」害するとまではいえないのではないか」と主張する(青野・前掲「裁判員制度の憲法学的考察」)。この点、前者については、本判決でも述べられているとおり、裁判員制度の設計の基本的視点として、裁判官と裁判員との関係は協働すべきものと位置づけられており、裁判官に対する不信任感を前提として、裁判員をもって裁判官を監視させるために設計された制度ではないことを想起するとき、基本的な視座がずれているのではないかと思われる(この指摘は、評議における事後検証の必要性を論拠とする他の守秘義務緩和論者に対するものとしても妥当する)し、また、後者については、著しいか否かは程度の問題であるが、一定の程度であっても裁判の信頼性を害するおそれがあるとすれば、裁判員制度の趣旨(司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上)と矛盾する制度設計の提案であるといわざるを得ない。なお、被告人が裁判員の守秘義務の規定の違憲性を主張し裁判員裁判の第一審の判決の破棄を求めて控訴したという仮想事例を検討するものとして、柴田憲司「裁判員の守秘義務と表現の自由」小山剛ほか編『判例から考える憲法』(法学書院、二〇一四年)二五五頁がある。

(45) 裁判員六人全員が無罪の意見でなくとも、五人の裁判員が無罪の意見(一人の裁判員が有罪の意見)であれば、同じことがいえる。

(46) 西野・前掲注(21)九五頁(原文ママ)。

(47) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第六版)』(岩波書店、二〇一五年)三五六頁。

(48) 芦部・前掲注(47)三五七頁。芦部信喜教授によれば、それは、「司法権独立の核心」であるとされ、「単に、他の指示・命

令に拘束されないというだけでなく、事実上、他の機関から裁判について重大な影響を受けないという要請をも含んでいる」ともいう（同頁）。

(49) 拙著・前掲注(1)二二二—二二四頁。

(50) この点、西野喜一教授は、「こういう点から制度は憲法違反ではないかという問題提起に対して、制度は憲法違反ではない（憲法は許容している）から憲法違反ではないのだと言っているわけで、これではただの循環論法」であると指摘する（西野・前掲注(12)二〇一頁）。

(51) 西野Ⅱ矢野・前掲注(3)三二二—三二三頁。

(52) もっとも、弁護人は、「第一審（千葉地方裁判所）の裁判員たちを責めることはできない」と述べており（刑集六五巻八号一三三—一頁）、本件においても「裁判が国民の感覺的な判断に支配され」とは主張していない。調査官解説も、感覺的な判断に支配される裁判ということとは、弁護人が主張するところではないことは承知のうえで、「この判示部分は、裁判員制度に対し、裁判が国民の感覺的な判断に支配されるという趣旨の批判・懸念が存すると思われることから、そのような批判・懸念に対する応答をするのが相当との考えから判断が示されたものと推測され」としている（西野Ⅱ矢野・前掲注(3)三二三頁、傍点は本稿の筆者による）。つまり、かかる判示は、本件の当事者が主張していない、裁判員制度への仮想的な批判に対する（裁判所による）予防的な反論ともいえるべき部分である。

(53) 裁判員六人全員が有罪の意見でなくとも、四人以上の裁判員が有罪の意見（二人以下の裁判員が無罪の意見）であれば、同じことがいえる。もっとも、実際には、一人の裁判官と四人の裁判員が有罪の意見で、二人の裁判官と二人の裁判員が無罪の意見といった五対四という僅差で有罪無罪の意見が分かれるようなケースでは、評議が継続されることが多からう。

(54) ただし、本判決が、裁判員に実質的に評決権を認めるべきではないとする見解に対して、その意義を全面的に否定するのではなく、「国民の司法参加を認める意義の重要な部分が没却されることにもなりかねない（傍点は本稿の筆者による）」として、意義の部分的な否定という評価にとどめている点に着目したい。

評決という手続はきわめて重要であるが、刑事裁判への参加にとって、必ずしもそれが本質的に不可欠なものであるとはい

えない。かりに評決権が裁判員に与えられず、裁判員が裁判官とともに公判廷で審理に臨み、評議において事実の認定・法令の適用・刑の量定について意見を述べるのみの（評決に参与できない）制度であったとしても、そのような参加は、ある程度は、司法に対する理解の増進とその信頼の向上に寄与するだろう。現に、現行の裁判員制度の下でも、評決権のない補充裁判員の参加の意義に関して、補充裁判員には評決権がないのだから司法に対する理解の増進とその信頼の向上には寄与しないなどとする議論は見受けられない（むしろ、補充裁判員の参加は、評決権をもつ裁判員の参加と同様に、司法に対する理解の増進とその信頼の向上に資するものと解すべきであろう）。

ここで着目した箇所から、評決という要素は司法参加の本質的構成部分であるとは必ずしもいえない（あるいは、評決権なき参加という制度設計もまったく意義がないものではない）と、最高裁判所が明言せずとも含意していると読むのは、深読みであろうか。なお、このような読み方は、陪審に拘束力のないわが国の旧陪審制度を含めて陪審制度をとらえようとする本判決の立場とも整合する。

(55) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第三版〕』（有斐閣、二〇一三年）二六八頁。下級裁判所の裁判体について、「裁判官だけで構成すべきだと定めた規定はないが、裁判官が一人も入らない裁判所を許容しているとは思われず、一般国民が参加するにしても、やはり裁判所の中心的役割は裁判官により担われるべきものと思われる。被告人にとって重要なのは、裁判所が政治的圧力や一時的激情に左右されることなく法に従った裁判を行うことであるが、そのためには法の訓練を受けた「裁判官」が必要なのである。……日本国憲法では、国民主権の下に国民の参加がより重視されるから、「裁判所」に一般国民が参加することを否定すべきではないが、「裁判官による裁判」を形骸化するようなものであってはならない」（二六七—二六八頁）。このように裁判官の基本的担い手性を制度の合憲性の基礎と位置づけたうえで、本文引用箇所が続いている。

(56) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度——」（二〇〇一年六月）一〇三頁。

(57) 刑集六五卷八号一二九八頁。

(58) ただし、まったく見られないわけではない。例えば、田邊信好「裁判員法についての最高裁判決の重大な誤り」週刊法律新聞一九三三号（二〇一二年）五頁（「裁判体の構成について通常の裁判所と異なる構成をした上、裁判員に評議・評決権ま

で認めれば、審理・裁判の統一を期すことができず、憲法第14条で保障する法の下の平等の原則に反し、憲法第37条第1項で保障する公平な裁判所による裁判ができなくなる」し、「裁判員裁判の対象事件は、殺人、放火等の重大事件……に限定され、その他の一般事件……は従前どおり、裁判官ばかりで裁判をしている」が、「これらの諸点を総合すれば、裁判員裁判は、憲法76条第2項で禁ずる「特別裁判所」以外の何ものでもない」。

(59) 西野・前掲注(6)一〇〇頁。

(60) 刑集六五卷八号一三〇九—一三二〇頁。

(61) 引用した清宮四郎『憲法I』が何版であるかが上告趣意書には明記されていなかったため、記載されている頁数に基づき該当するものを探索した。なお、最新版である同書第三版(有斐閣、一九七九年)三四三—三四四頁においても、特別裁判所に係る記述については、変更はない。

(62) 刑集六五卷八号一三二〇—一三二二頁。

(63) 刑集六五卷八号一三五—一三六頁。

(64) 芦部・前掲注(47)三四七頁。

(65) 「特定の種類の事件だけを扱う裁判所であっても、それが最高裁判所の系列外の裁判所に属するならば、ここにいう特別裁判所にはあたらない」(野中俊彦ほか『憲法II〔第五版〕』(有斐閣、二〇一二年)二二六頁(野中俊彦執筆))。近時の概説書では、定義の前段部分を挙げずに、端的に「一般的に司法権を行う通常裁判所の系列に属する裁判所ではない裁判所のことである」と定義するものもある(毛利透ほか『憲法I 統治』(有斐閣、二〇一二年)二七八頁)。

(66) 裁判員の職務等の意に反する苦役該当性については、被告人の裁判の選択権(裁判員裁判の辞退権)の問題と併せて、筆者は、「裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題」と題する別稿において考察する予定である。

条約再論

甲斐素直

目次

〔はじめに〕

- 一 憲法学教科書に見る条約概念とその問題点
- 二 条約の基本概念
 - (一) 条約概念に関する学説の状況
 - (二) 条約概念に関する私見
- 三 憲法七三条三号本文にいう条約（標準的条約）
- 四 憲法七三条三号但書にいう条約（狭義の条約）
 - (一) 条約に関する国会の権限に関する問題点
 - (二) 国会の条約承認権の性格に関する学説の状況

- (三) 国会の条約承認権の性格に関する私見
 - (四) 条約と行政
 - 五 国会による条約の事前承認権の内容と限界
 - (一) 二国間条約における議会の条件付き承認決議等の効力
 - (二) 多国間条約における議会の条件付き承認決議等の効力
 - 六 国会の事後承認権の内容と限界
 - 七 内容が憲法に違反している条約について
 - 八 憲法と条約の優劣
- 「おわりに」

「はじめに」

条約については、かつて一論文を公表したことがある。⁽¹⁾ 現時点で、それに述べたことを基本的に訂正する必要は感じていない。しかし、その後の二〇年近い時間の経過の中で、筆者自身としても新たな知見を得た点があり、また、憲法学界の研究の進展もあり、それに対応して上記論文に補筆したいと考える点が増えてきた。そこで、本稿では、改めて今日の時点における条約論を展開しようとするものである。

一 憲法学教科書に見る条約概念とその問題点

憲法学の教科書において、条約をどこで取り上げるかは、大きく二つのスタイルがある。一つは、国会の条約承認権との関連から、国会の章で取り上げるスタイルである。⁽²⁾ 今一つは、内閣の条約締結権との関連から、内閣の章で取り上げるスタイルである。⁽³⁾

これに対する例外としては、まず、清宮四郎がその教科書の最後に「立法の主要形式」という編を独立に設け、憲法改正、法律等の立法を論じ、その最後に条約を論じている例がある。⁽⁴⁾ 同様に、伊藤正巳もその書の最後に「国法の諸形式」という編を独立に設けて、その最後に条約を論じている。⁽⁵⁾

次に、阪本昌成は、巻頭の「国家と憲法の基礎理論」という部の中に「憲法の最高法規性と国法形式」という章を設け、その第三節「国際法と憲法」において条約を取り上げている。⁽⁶⁾ そして、阪本は、国会の条約承認権については、改めて国会の章で取り上げて論じている。⁽⁷⁾

筆者は、阪本を除き、上記の何れも誤っていると考えている。

あらゆる法規範と同様に、条約についてもまた、形式的意味の条約と実質的意味の条約の二つを考えることができる。形式的意味の条約とは、条約という文言が使用されている条約の意味である。しかし、国際法は、国内法と異なり、今日においてもなお、法的整備がきわめて不十分であるため、法律という言葉と法の支配を結びつけるような形で、条約という特定の言葉に特定の法的意味を付することはできない。

現実の条約として使われている用語の代表的なものを示すと、次の様なものがある。

- | | | | | | |
|-------|------------|-------|-------------|-------|-----------|
| ① 条約 | treaty | ② 協約 | convention | ③ 協定 | agreement |
| ④ 規程 | statute | ⑤ 取決め | arrangement | ⑥ 決定書 | act |
| ⑦ 議定書 | protocol | ⑧ 宣言 | declaration | ⑨ 規約 | covenant |
| ⑩ 憲章 | charter | ⑪ 公文 | note | ⑫ 書簡 | letter |
| ⑬ 覚書 | memorandum | ⑭ 声明 | statement | | |

これらは典型的な例であつて、これにあげられていないものも、まだ数多く存在する。

こうした用語で示される実質的意味の条約概念を採用するとしても、憲法中の条約の語の意義を一義的に決定することはできない。なぜなら、現行憲法は、数ヶ所かで条約という言葉を使用しているが、そこで意味している条約の概念は、その場所ごとに異なるものと解されるからである。すなわち、条約の語はわが国憲法において、次の箇所で使用されている。

- ① 憲法七条一号では、条約は、法律及び政令と並んで天皇による公布の対象とされる。
- ② 憲法七条八号では、批准書その他の法律で定める外交文書の認証が天皇の国事行為の一つとされる。ここでは、条約の語は使用されていないが、批准は条約を前提としているので、取り上げるべきである。
- ③ 憲法七三条三号本文では条約締結権が内閣にあるとされている。
- ④ 憲法七三条三号但し書きで、事前に、時宜によつては事後に国会の承認が必要とされ、憲法六一条はこれを受けて条約の承認に衆議院の大幅な優越を認めている。
- ⑤ 憲法九八条二項は条約の誠実な遵守義務を定めている。

これらは、その前後の関係から、明らかに同一の法規範を定めたものではない。九八条二項がいう条約概念が最も広く（以下、「広義の条約」という）、それとの対比においては七三条三号本文にいう条約が標準的なもの（以下、「標準的条約」という。）となり、七三条二号但書、六一条及び七条一号にいう条約が狭いもの（以下、「狭義の条約」という。）となり、そして、七条八号が最狭義になると解するべきである。

したがって、教科書中のそれぞれの箇所、その箇所における条約の意義を正確に示した定義を示すならば、どの章で条約を論じても問題は無い。ところが、ほとんどの憲法教科書では、定義に関しては、広義の、すなわち九八条二項に対応したものをだけを示しているのが通例である。この結果、国会の章で論じるにせよ、内閣の章で論じるにせよ、そこに定義されている条約の性格と、そこで論じられている条約が整合していないという問題が生じているのである。このために、司法試験や公務員試験を目指すなど、かなりまじめな学生でも条約の理解に混乱を起こしている例が多々ある。この点に関する不満が、本稿を執筆した大きな理由である。

その意味では、国会や内閣の権限とは切り離して、統一的に説明しようとした清宮や伊藤のスタンスが正しいと言ふべきである。問題は、清宮が、条約を「立法の主要形式」という編で取り上げており、その結果、条約はすべて立法としている点にある。ここから生じる問題点については後述する。

その点、阪本は、まさに九八条二項の問題と、七三条三項但書の問題とを完全に切り離して、別個に条約を取り上げてている。そのスタンスは正しいと言える。

二 条約の基本概念

(一) 条約概念に関する学説の状況

憲法教科書で示されている条約の定義には、かなりのばらつきがある。

広いものとしては、単に「国家間の取決め」⁽⁸⁾あるいは、「ひろく文書による国際間の合意をいう」⁽⁹⁾とするものである。これが意外なほど多い。

それに対して、佐藤幸治に代表される、「外国との間における国際法上の権利・義務関係の創設・変更にかかわる文書による合意」⁽¹⁰⁾として、権利義務関係に限定するものがある。⁽¹¹⁾

また、阪本昌成は、「国際法上の主体間の合意によって成立し、国際的権利義務関係を形成変更せしめる一切の成文法」⁽¹²⁾という、上記二つを加えたような定義を示している。

最後に、渋谷秀樹は「国際法上の法主体間で締結された法的拘束力を持つ成文形式の合意」⁽¹³⁾という定義を示している。

これらに対し、実定法上の条約概念としては、条約法に関するウィーン条約がある。その第二条は、条約を次の様に定義している。

『条約』とは、国の間において文書の形式により締結され、国際法によって規律される国際的な合意(単一の文書によるものであるか関連する二以上の文書によるものであるかを問わず、また、名称のいかんを問わない。)をいう。」

ただし、これは国際法上の、しかも、同条約が規制しようとした二国間条約に関しての定義であり、本稿が問題と

しているわが国憲法の定める条約の概念に関しては、参考にしなければならない。

(二) 条約概念に関する私見

筆者は、渋谷秀樹の定義を、九八条二項の定める広義の条約概念としては、基本的に支持する。ただし、成文形式である必要はないと考える。すなわち、それを若干修正して、

「国際法上の法主体間で締結された法的拘束力を持つ合意」

と定義するのが憲法における条約概念としては正しいと考える。以下、分説する。

1 主体としての国家という要件を排した点について

前述の例では、渋谷及び阪本を除くすべての定義が、その主体として国家を要件としているが、明らかに誤りである。第二次大戦後における条約の最大の特徴は、国際連合や欧州連合（EU）に代表される国際機関が出現し、これが国際法上の主体となって活動していることをあげることが出来る。国際連合憲章や国際労働機関（ILO）憲章、EU基本条約などは、その代表的なものである。もちろん、それら自体については、多国間条約であり、したがって国家間の条約であると説明することは可能である。

しかし、例えば日本に所在する国連大学と日本国政府の間で締結された条約（国際連合大学本部に関する国際連合と日本国との間の協定）の場合には、明らかに国連が独立の条約主体として調印しており、国連加盟諸国との条約とみる余地はない。同様にEU条約そのものは多国間条約として説明可能であろうが、例えば「刑事に関する共助に関する日本国と欧州連合との間の協定」は、あくまでもEUと日本国との間の条約であって、多国間条約という形式は取っていない。

条約法条約の定義は、これら多国間条約や国際機関との条約は規制対象外にしているのである。

結論として述べるならば、条約が有効に成立するためには、条約締結の当事者が国際法上の法律行為能力を有していなければならない、ということである。そして、それは今日においては、国家に加えて国際機構も数えることができる、と言うことである。

2 法的拘束力について

この要件を加えることにより、国際的合意であっても、法的拘束力を持たないもの、すなわち政治的義務の宣言とか、一般的、抽象的原則を明らかにしたにすぎないものは、ここにいる条約に属しないことになる(例えば「世界人権宣言」)。なぜならば、九八条は一項が最高法規性に関する規定であることから、全体として、あくまでも法規範に関する規定とみるべきであり、したがって、法的拘束力が要求されると考えるべきであるからである。

もちろん、我が憲法の採用する国際協調主義の下においては、法的拘束力の無いものについても誠実な遵守を必要とすると考えられるが、その根拠は、憲法前文第三文にいう「政治道徳」等の一環として理解すべきであって、九八条にいう条約とは考えるべきではない。

なお、法的拘束力の代わりに、「国際法上の権利・義務」という用語を使用している例が上述のとおり、何例も存在する。この用語法は二つの点で問題があると考えて、排除している。

第一に、論じているのが、国際法上の条約であれば、「国際法上の」という語を関することにあまり問題は無いであろう。しかし、ここで論じているのは、国内法である日本国憲法に定められている条約の概念である。その場合には、国際法上の、と言う限定文言は不要であろう。例えば、「条約が司法審査の対象となるか」という重大な憲法問

題が存在する。しかし、国際法上の、と言う限定を科した場合には、その命題は、そもそも意味を持たない。なぜなら、国家ないし国際機関だけを拘束する法規範は、国内司法審査における具体的な紛争を起こすことはありえないからである。

第二に、この要件は、憲法四一条の実質的意味の立法における権利義務説と対応したものと言えよう。しかし、詳しくは後述するが、いわゆる大平三原則により、国会の承認が必要な条約は、大きく法律問題、財政問題、そして重要問題の三類型がある。ところが、定義に権利義務を取り込むことは、法律問題だけが条約とすることになる。これは、明らかに妥当ではない。例えば、田中角栄と周恩来との間に一九七二年九月二九日に締結された条約である「日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明」は、その内容として互いに対する権利とか義務とかを定めたものではなく、日中双方のスタンスを明確に宣言するという性格のものであった。しかし、その重要性の故に、これは条約として扱うべきである。⁽¹⁴⁾

なお、憲法の教科書では、私法上の契約の性質を持つものは条約に含まれない、と記してあることが多い。しかし、民間企業との契約ならいざ知らず、国際的法主体間の法的合意であって、なおかつ私法上のものという場合が果たして存在するのかがそもそも疑問である。例えば、売買、贈与、消費貸借等の契約であっても、この定義に該当する限りは、排除する必要は特にないと考える。現実問題として、米軍からわが国自衛隊への武器売却、開発途上国への無償援助、有償援助等の根拠となっている法的合意は、いずれも条約と見るべきである。それらは当然条約概念に含まれるべきであろう。

その他、いろいろなパターンを想定してみたが、国際法上の主体間で締結される法的合意であって、私法上の契約

の性質を有するとして、九八条二項の誠実遵守義務から排除することにより、何か意味のあるのか、大いに疑問とするところである。

3 文書概念の排除について

条約法条約も含め、先に挙げた各定義は、すべて文書形式となっていることを、条約の必須の要件としている。しかし、筆者は不要と考える。次の理由による。

第一に、憲法解釈において、文書性が要求されたのは、「確立された国際法規」との対比だと考えられる。例えば、清宮四郎は次の様に述べる。

「憲法九八条二項にいわゆる『条約及び確立された国際法規』は、どちらも国際法規であるが、『条約』は、文書による国家間の明示的合意としての国際法規を意味し、『確立された国際法規』(英訳 established laws of nations) は、国際社会で一般に承認され、実行されている不文の慣習国際法(例えば、国家の基本的権利・義務、公海の自由、外交使節の特権などに関する国際法)を意味するものと解せられる。¹⁵⁾」

すなわち、確立された国際法規を不文法と考える場合には、それとの対比において、条約を成文法と考えるということなのであると思われる。しかし、近時「外交関係に関するウィーン条約(外交条約)」「Vienna Convention on Diplomatic Relations)」や「領事関係に関するウィーン条約(領事条約)」「Vienna Convention on Consular Relations)」等のように、従来国際慣習法であったものを、成文化化する努力が重ねられてきている。しかし成文化されたからといって、それが確立された国際法規で無くなるはずがない。したがって、不文か、成文かで両者を区分するのは、今日では、誤りといえる。

また、近時は、従来、国際慣習法が存在しなかった領域の問題についての条約が、例えば条約法に関するウィーン条約（条約法条約＝Vienna Convention on the Law of Treaties）や、海洋法に関する国際連合条約（国連海洋法条約＝United Nations Convention on the Law of the Sea）のように、多数制定されるようになっていく。

こうした従来国際慣習法の存在しなかった領域で制定された条約について、どの限度で確立された国際法規としての効力を認めるべきかについては、北海大陸棚事件という重要な先例がある¹⁶。なお、わが国の判例は、この北海大陸棚事件判決に準拠する形で、大陸棚条約の一条から三条に関しては、国際慣習法としての性格を一部保有するようになっていくと認定している¹⁷。このように、国際慣習法ではないものに関し、確立された国際法規と認められるものは、条約形式で既に出現している。それについては、わが国が締結した条約でないものについても、わが国はなお、九八条二項に従い誠実に遵守すべきものと考えられる。

第二に、条約中の重要な部分をあえて文書化せず、交渉当事者や国家の首脳による口頭の約束とする場合がある。例えば第二次大戦後の国際関係の基調を決定づけたヤルタ会談やポツダム会談がそれである。要するに、条約として有効に成立するための条件は、国内法上、条約締結権者としての法的資格を有しているということである。一般には、全権代表となるが、国家元首や行政府の長が条約締結を担当している場合には、その有効性は無条件で承認されるであろう。「綸言汗の如し」と言う諺の示すとおり、そういう地位にある者の発言は、文書になっていないからと言って、否定されることはあり得ない。文書化されていないことを理由に、九八条二項の誠実遵守義務を免れると解するのは、当然ながら国際協調主義に反する。

これら両面から、条約は通例文書形式で締結されるであろうが、それを絶対的な要件と考えるべきではない。

三 憲法七三条三号本文という条約 (標準的条約)

憲法七三条三号本文は、内閣の権限に関する規定であるから、そこにある条約は、内閣が一方当事者になる条約に限られる。日本国大使が、外国政府と締結する条約 (ODA援助は大抵この形式で行われる) は、大使が日本政府を代表する地位にあるから、内閣が締結している条約である。

しかし、内閣そのものではなく、その指揮監督下にある国家機関、たとえば日本の財務省と米国財務省の間の協定などは、憲法九八条二項という条約ではあるが、内閣が締結しているのではないから、憲法七三条三号本文という条約ではない。これを一般に「行政協定 (interdepartmental agreement)」という。近時、行政の国際化を受けて、この範疇に属する条約はかなり多い。

また、内閣の指揮監督下になく国家機関が締結する条約もある。例えば、国会が締結した列国議会同盟規程 (Statutes of the Inter-Parliamentary Union) は、その加入者を主権国家の議会としており、当然に内閣の締結する条約ではない。⁽¹⁸⁾ 同様に、会計検査院が締結している最高財政監督機関国際組織規程 (Statute of the International Organization of Supreme Audit Institutions) もまた、内閣が締結した条約ではない。⁽¹⁹⁾

しかし、いずれも九八条二項に言う条約として、誠実な遵守が求められる。

四 憲法七二条三号但書にいう条約（狭義の条約）

内閣が一方当事者になる条約について、そのすべてが国会の承認が必要かどうか。これこそが本稿の中心論点である。その理論的な検討は後述するところに譲ることにして、実務及び通説は、すべてではない、と解している。すなわち、同じ条文の中で使用されていながら、七二条三号の場合、本文と但し書きとは、条約の意味が違っていると解されることになる。

（一）条約に関する国会の権限に関する問題点

条約の締結は元首の権限であることは、国際的な慣行である（国際慣習法）。本来、条約は政府に対し国際法上の権利・義務を課することを目的とする法規範であって、一般国民に関わる問題ではないから、政府限りで締結しうることとは当然であった。このことは、古くはロックの二権分立説にまで遡ることができる。そうした理由から、明治憲法の下では、条約の締結は天皇の専権事項とされ、国会にいかなる権限も認められなかった（明治憲法第一三条参照）。現行憲法もまたこうしたわが国慣行及び国際慣行に則って、条約締結権を内閣の権限を定めた第七二条において規定した。通説がわが国に「元首」がいるとするならば、それは内閣である、とする根拠は、この条約締結権を内閣が保有している点にある。

したがって、条約の締結に関して、現行憲法の下においてもまた、国会は何の権限も有しない。ただ、憲法七二条三号但書において、事前、又は事後の承認権を認めているにとどまる。しかも、その承認手続きでは、予算と同一の、極度の優越性を衆議院に与えている（六一条）。したがって、現行憲法においても、国会の条約に関して有する権限は

非常に限定的なものであることを、明確に認識しておく必要がある。

このことから、三つの問題が発生する。すなわち、

第一に、国会の持つ条約承認権とはどのような性格の権限か、

第二に、国会はいかなる条約について承認権を持つのか、また、国会の承認権には、修正権を含むか、

第三に、事前ないし事後の承認の得られなかった条約は、どのような効力をもつのか、

という問題である。順次検討したい。

(二) 国会の条約承認権の性格に関する学説の状況

条約承認権の性格に関しては、大きく分けて、次の三説がある。

1 協同行為説

国会の有する承認権の性格については、条約締結を立法・行政両権の協同行為としての対外権と把握する説がある。⁽²⁰⁾ 芦部は、四一条において実質的意味の立法概念を抽象的法規範すべてと捉えるから、必然的に多くの条約がそれに含まれると考えないと整合性がとれなくなる。その結果、このような解釈とならざるを得ない。

この説は、理論的に見たときには、次のような点に難点がある。

確かに米国憲法では、外国との通商が議会の権限とされる(第一条六節三文)から、このように解することができる。しかし、わが国国会は、現行憲法の下において、ただ、七三条三号但書において、事前、又は事後の承認権を有しているにとどまる。しかも、その承認手続きでは、予算と同一の、極度の優越性を衆議院に与えている(六一条)。すなわち、内閣の存立基盤となっている衆議院の意思を絶対的なものとすることにより、法律の場合に比べて、政府の締

結しようとしている条約案がそのまま承認される確率を高くしている。こうして、現行憲法における条約に関する国会の権限は、非常に限定的なものであることを、明確に認識しておく必要がある。

さらに、その後に制定された条約法条約においても、議会在が条約締結に関与する権限は認められていない。むしろ、その四六条で、議会による承認を得られなかった条約が原則的に有効であることを予定している。したがって、依然としてその締結は、元首の権限として理解される。以上のような国際法とそれを受けての憲法の文言に照らす限り、対外的に、国会が内閣と協同して意思表示を行う余地はないと考えるべきである。

2 否認権説

承認権と憲法が呼ぶものは、実は承認権ではなく、それとは逆の単純な否認権ととらえる説がある。²¹例えば、阪本は、国会の承認権とは条約の「制定につき『阻止する権限』（立法権又は財政決定権を防衛する権限）を承認権という形で国会に与えたものと解するのが妥当である。その『阻止する権限』は、条約を修正する権限ではなく、一括して承認するか、それとも否認するか²²の権限である」と説く。

従前の国際法の枠内では、この見解は非常に説得力がある。しかしながら、そうした硬直的な理解が今日において妥当するとは思われない。すなわち、第一に、現行憲法の文言は、あくまでも「承認」というものである。第二に、国際法的方法に見た場合にも、世界的に議会制民主主義を採用する国が普遍化するとともに、議会在が条約の締結に当たり国内的に一定の発言権を有することが承認されてきており、それを受けて、後述するとおり、多国間条約の場合でさえも、留保その他の形で一定の限度で、条件付き批准権が認められるようになってきている。こうしたことを考えると、国会は条件さえ許せば積極的な内容改変の主張も許されると考えるべきである。

3 民主的統制説

国会の有する条約承認権は、対外的に元首の有する国際法上の条約締結権に対する国会の民主的統制権、と解する説である。すなわち、内閣の条約締結権に対して、国内的に認められた民主的コントロール手段と考える説である。

(三) 国会の条約承認権の性格に関する私見

基本的に、民主的統制説が正しいと考える。

国会に条約承認権が認められた根拠は、憲法四一条をはじめとする、国会の国内法上の権限にあると考える。すなわち、すべての条約が国会の承認が必要なわけではない。いわゆる大平三原則として、昭和四九年二月に政府が統一見解として表明したところによれば、承認の必要な条約とは次のとおりである。⁽²³⁾

- ① いわゆる法律事項を含む国際約束
- ② いわゆる財政事項を含む国際約束
- ③ わが国と相手国との間、あるいは国家間一般の基本的な関係を法的に規定するという意味において政治的に重

要な国際約束であつて、それ故に、発効のために批准が要件とされているもの

この政府見解は、基本的に正しいものと考ええる。すなわち、憲法上、国の唯一の立法機関として国会が独占している事項(四一条、一九条、三一条、八四条)、および国会中心財政主義にしたがい国会が独占している事項(八三条)については、内閣の法規範制定権が制約される結果、それを条約で定めようとする場合には、必ず国会の承認を得る必要があるからである。

なぜならば、条約が成立した結果、その条約を国内法化するために国会に提出された法案または予算案については、

わが国が誠実に条約を遵守する義務を負っている以上、国会として否決する自由を有さないからである。したがって、条約締結にあたって、政府が国会の承認を得る必要がないとした場合、政府は国会が憲法上有する権限を、条約という形式を採用すれば侵害することが可能となる、という不当な結果が導かれるからである。

また、国権の最高機関（四一条）として、政治的に重要な条約については、同じく国会の承認を得る必要がある。この結論は、四一条に関して政治的美称説を採ると、総合調整機能説を採るに関わりなく、承認できるはずである。なお、上記政府見解では、批准が留保されることが要件に含まれている。確かに、国会が事前に承認するためには、批准が条件となっている必要が、通常はある。しかし、署名を一時留保して、国会審議を受ける方法も実際には存在する。例えばベルサイユ条約締結時におけるドイツ議会の承認はこの方法によった。²⁴したがって、これは定義に含める必要がないと考える。

このように考えた場合、批准書の認証は、その存在する場合にしかできないから、憲法七条八号にいう条約は、一義的に定まる。したがって、これは、狭義の条約（憲法七三条但書）の場合よりも狭い、現行憲法中、最狭義の条約概念である。

これに対して、同じ憲法七条でも、公布を必要とする条約が何であるかについては必ずしもはっきりしない。法律の場合には、公布はその発効の前提条件であるから問題ない。²⁵それに対し、条約は後に詳述するようにその発効条件は調印ないし批准であるから、その意味で条約の公布に、国民に知らしめるといふ以上の特段の意味はないので、その範囲を理論的に決定できないためである。ただ、法律のほかに政令も公布対象になっていることから考えると、内閣が当事者となっているすべての条約（標準的条約）を意味すると解するのが妥当ではないかと考える。

しかし、実務的には、天皇による公布が行われているのは、国会の承認を得た条約に限られており、その他の条約は外務省告示の形で官報に掲載されている。この結果、憲法七条一号の条約は、狭義の条約を意味するというのが政府の有権解釈ということができよう。事後承認の可能性のある分だけ、憲法七条八号の最狭義の条約より心持ち広いわけである。

このように考える場合、次の条件に該当する場合には、既に民主的統制は行われているから、条約承認はいらぬことになる。

- ① 既に国会の承認を経た条約の範囲内で実施しうる国際約束
- ② 既に国会の議決を経た予算の範囲内で実施しうる国際約束
- ③ 国内法の範囲内で実施しうる国際約束

上記各点は、先に紹介した政府見解が、国会の承認の不必要な条約としてあげたものである。この見解も、この説に立つ場合には、支持しうると考えられる。

すなわち、憲法四一条の唯一の立法機関概念からは国会中心立法主義を導くことが出来るが、これは法律を基礎として委任命令及び執行命令を内閣が制定しうることを許容していると解される。特に、政令という形の執行命令・委任命令については憲法七三条六号の明言するところと解される。同じことは、条約を基礎とした委任命令及び執行命令についても言いうるはずである。この結果、これらは内閣が締結する条約(標準的な条約)でありながら、国会の承認は不要ということになる。首相等の外国訪問に際して発表される共同声明で、法的拘束力ある事項が表明されている場合、それは条約であるが、それがすでに国会で制定済みの法律や予算の範囲内にある限り、その共同声明に対

する国会の承認は不要となる。

この範疇に属するか否かが問題になった有名なものとして旧日米安全保障条約第三条に基づく行政協定がある。同条約三条は事実上白紙委任規定であり、また、それによって作られた行政協定は、砂川事件の訴因となった刑事特例法の制定を必要とするなど、きわめて人権制約的性格の強いものであった。したがって、このような場合には、国会の承認を経た範囲内に属するとはいうことができず、国会承認を得るべきであったと考えられる。この先例の問題性に鑑み、新安保条約六条に基づく合衆国軍隊の地位協定については国会の承認が行われている。

このように、国会の承認権が元首の条約締結権の国内的民主的コントロール手段として存在すると考える場合には、その権限の内容、換言すればその限界はどこにあるかは、条約の国際法上の締結権の行使形態によって決定されることになる。その点については項を改めて検討したい。

(四) 条約と行政

これまで、わが国憲法学界では、条約制定は立法としての性格を有すると一般に考えられてきた。⁽²⁶⁾ その結果、従来、わが国憲法学では、条約について、その性格に基づく分類を行うという例が、管見の限りでは、存在しない。

しかし、上記大平三原則は一体何を意味しているのかということは、憲法学的な重要課題である。

かつての憲法教科書では、「条約は、内閣が、国会の承認を経て、締結し、天皇が公布することになっている」というように、その全てが国会の承認を必要とするものと記述するものが非常に多かった。しかし、「近年、一年間に結ばれる国際約束の数はおおむね三〇〇件程度とされるが、そのうち国会承認条約は、おおむね二〇〇〜三〇〇件程度である。」⁽²⁸⁾とされ、現実には、九割以上の条約は、国会承認を経ずに成立している状況である。したがって、多くの教

科書が、条約に関する問題を、国会の権限として取り上げているが、それは完全に事実には反しているのである。

それ以外の、すなわち全体の九割以上の条約は、前述の通り、官報には天皇の公布ではなく、外務省告示という形で掲載されている。それらの多くは、交換公文 (Exchange of Notes) や交換書簡 (Exchange of Letters) 等の簡略形式で締結される。

先に掲げた条約の定義は、私見も含め、非常に広いものである。一般に実質的意味の立法は、少なくとも一般性ある法規範であることを要求するという点で、わが国学説に、ほとんど例外はない。その事を前提とする場合、一般性を要件に掲げていない条約概念は、当然に実質的意味の立法だけに限定したものでは無いことは、肯定されているものと思われる。個別具体的な内容の条約は、行政の消極的定義に照らし、当然に行政活動として把握するべきである。実際に、官報に外務省告示として掲記されている条約を見ると、そのほとんどは、特定の事業等に対する、具体的な援助を定めたものという点で、明らかに行政活動と見ることができ。

これは、法治主義の下において、内閣が国会の定めた法律や予算にしたがって、その行政処分を行う場合の国際版であるにすぎない。この観点からすれば、条約は立法条約、財政条約、重要条約、そして行政条約に分類することができ、行政条約に関しては、国会の承認を要しないと考えれば良い。

五 国会による条約の事前承認権の内容と限界

条約の事前承認に当たり、国会としてどのような内容の決議をしようか、すなわち、承認に当たり、修正を条件と

することができるか、条約の可分の一部についてだけ承認しあるいは否認することができるか、というような問題が、従来憲法学説的に論じられてきた。

この点に関する政府の有権解釈は、国会による議決の対象は、法律案の場合に法律案それ自体が議決の対象であるのと異なり、『条約それ自体』ではなく、『条約の締結の承認』であるというものである。²⁹⁾

この有権解釈に従う場合には、国会による承認は、先に挙げた学説の中では否認権説を採っているということになる。しかしながら賛成できない。そもそも、現在の民主的統制説の基礎となる国際慣行は、第二次大戦後の国際関係をリードした米国の影響が大きい。米国の場合には、憲法上、議会に条約締結権がある以上、その内容に関する修正権も又承認せざるを得ない。また、我が憲法の採る責任内閣制からもこのことは肯定できであろう。

先に論じたとおり、国会による条約の事前承認は、正式の手続きによる条約においては、普通は、批准を必要とする場合において可能である。

前記のとおり、国会の事前の承認とは、原則として批准に先行して行われる承認の意味であること及び国会そのものには対外的な権限はないことを併せ考えると、国会が、条約の承認に当たり有する権限は、当然に、本国政府が条約を批准するに当たって有する権限の範囲にとどまることになる。

条約の批准に当たり、本国政府が有する権限については、二国間条約と多国間条約で分けて理解する必要がある。したがって、議会の条約承認権限も、また、その権限に対応する形で、分けて論じられなければならない。どのような点で分かれてくるかについて以下に説明したい。

(二) 二国間条約における議会の条件付き承認決議等の効力

二つの国の間で締結され、他の国に影響を与えない条約においては、条約署名後に、それぞれの議会で加えた修正等をどの限度で受け入れるかは、基本的に両国間の問題であるにすぎない。当事国で話し合いさえ付けば、既に署名された条約案に対してどのような修正を行うことも可能である。そもそも本国政府による批准を条件としたのは、そのような修正があり得ると条約交渉担当者が考えたからに他ならない。

その結果、実際問題としていう限り、議会としても、条約の承認に当たり、どのような修正要求を行うことも基本的に可能といえることができる。ただ、法律のような国内法の場合と異なり、相手のあることであるから、そうした修正要求が常に実現するとは限らない。相手方がその修正を拒否すれば、結局、条件付き修正決議は、承認拒否と同じ意味を持つことになる。

また、条約の個々の条項ないしその中の特定の文言は、それ単独で存在しているものではなく、条約全体における両国の互譲から生まれてきたものである。したがって、特定の条項や文言において、相手国のさらなる譲歩を要求する場合、通常は他の条項等における自国の譲歩を必要とすることとなるであろう。そのため、再交渉の結果、当該部分については議会の要求通りの文言の修正が行われた場合にも、それに伴う新規の譲歩について承認するか否かは、再び議会の問題となる。結局、過去の条件付き承認は効力を失うことになるから、それもまた承認拒否と同じことになる。

したがって、一般的にいうならば、修正条件付きの承認決議は、内閣に再交渉を命じた点に若干の相違があるものの、条約の承認拒否と基本的に同視するべきである。ただ、その結果修正された条約文言が、文字通り当初の修正決

議の範囲内にとどまっていた場合には、既往の修正条件付き承認決議は文字通り有効なものとなり、再度の国会決議を不要とすることが許されるであろう。

条約の可分の一部だけを承認し、あるいは否認する決議は有効、と一般に説かれる。しかし、一体的に交渉された条約の場合、両国の互譲は、その全体で行われているのが通例である。したがって、通常の内法と同様の視点から、形式的に可分か否かにより、結果が異なると考えるべきではない。むしろ、交渉に当たって、両国の代表者が一体的なものと理解していたか否かが、そうした部分的承認決議の効力を決定することとなる。すなわち、前述の修正付き承認決議と同様に、結果的に相手国がそうした部分承認を受諾すれば、その承認決議は有効であり、拒否すれば、結局不承認決議と同視するべきこととなる。

(二) 多国間条約における議会の条件付き承認決議等の効力

多数の国が一つの条約制定手続きに参画し、締結する場合は近時は非常に増加している。こうした多国間条約の場合には、条約本文は、既に多国間の協議により成立しているため、その文言の修正要求は、本国政府といえども行うことができない。したがって、国会が修正要求付きの承認決議を行った場合には、単純に否認の効果を発生することになる。ただし、その修正要求が、条約の文言の解釈として実現しうる範囲内であれば、「解釈宣言」という手法により対応する余地がある。これは、条約の特定の文言について、批准に当たって、その意味を特定する解釈を一方的に行うことをいう。このような解釈宣言は、他の条約批准国から異議が出ない限り有効と国際法上、一般に理解されている。

これに対して、条約の可分の一部については承認を拒絶し、あるいは拘束されることを拒否して、残部についての

み行う承認決議については、事情が異なる。それについては従来、国際慣習法的に様々な取り扱い方法が生まれてきているが、今日では条約法条約が立法的に解決している点であるので、それにしたがって判断するべきである。すなわち条約法条約には、「留保」という手法が用意されている。

留保とは、「国が、条約の特定の規定の自国への適用上その法的効果を排除し又は変更することを意図して、条約への署名、条約の批准、受諾若しくは承認又は条約への加入の際に単独に行う声明」をいう(条約法条約二条一項d)。留保は、原則として有効である。したがって、議会もまた、留保が可能な条約については、条約の可分の一部についてののみ不承認とする議決をすることが可能である。その場合、政府は、その部分について留保を行いつつ批准しなければならぬ。ただし、条約が当該留保を付することを禁じている場合及びそのような留保を付する場合は条約の趣旨及び目的と両立しないものである場合には、もちろん留保を行うことができない(同一九条)。したがって、そのような条約に関する議会の留保条件付き議決もまた効力を持たない。その場合、条約全体の否決とみなさなければならぬ。

また、実務上行われる手法として「選択」がある。すなわち、多国間条約が、より多くの国から批准されるように、国によっては異論のあり得る問題について、本来ならば一体的に制定されるべき条約の一部を、独立の条約としておく、という手法である。この場合には、当然に可分的な批准が認められる。その結果、議会の承認に当たっても特定条約だけに関する承認が可能である。

六 国会の事後承認権の内容と限界

正式の条約でも、批准が留保されておらず、署名即発効となっている場合であっても、若しくは公文や書簡等の簡略形式の条約の場合であっても、先に述べたように、法律事項、財政事項ないし政治的に重要な条約については、国会が承認することが、憲法七三条但し書きの要求であると解せられる。この場合には、国会は事後承認をせざるを得ない。事後承認の場合には、国会の修正決議は、それを有効とする手段がないため、単純に承認を拒絶した場合と理解されなければならない。

国会の承認が得られない条約の効力は、わが国憲法の下においては、違憲の条約の一種となる。

条約が有効に成立した後、事後に国会がそれを否決した場合の効果については、従来有効説、無効説、及び折衷説などが対立していた。しかし、この問題は、国家相互の緊密な結びつきが生じている今日の国際社会においては、国内の議論に任せることができない。そこで、国連は早くからこの点について研究を重ね、条約法条約という形で成文化した。わが国も批准している。そこで、今日では、その解釈論という形で議論が行われることになる。

具体的にはその四六条で立法的な解決がなされたから、憲法解釈に当たって学説を論ずる余地はもはやなくなった。すなわち、

「第一項 いずれの国も、条約に拘束されることについての同意が条約を締結する権能に関する国内法の規定に違反して表明されたという事実を、当該同意を無効にする根拠として援用することができない。ただし、違反が明白であり、かつ、基本的な重要性を有する国内法の規則に係るものである場合はこの限りではない。

第二項 違反は、条約の締結に関し通常の慣行に従いかつ誠実に行動するいずれの国にとつても客観的に明らかであるような場合には、明白であるとされる。」

わが国憲法学においては、国際法と国内法の関係については、従来、一元説と二元説の対立があつた。一元説は、国際法秩序の下位法として国内法を把握する。これに対して、二元説は国際法と国内法とが相互に無関係のものとする。これが問題となるのは、特に、条約が有効に成立した後、事後に国会がそれを否決した場合の効果についてである。一元説に立てば、それは問題なく有効ということになる。他方、二元説に立てば、国内法的には憲法の要求する有効要件を満たしていないのであるから、過去に遡つて無効になると考えるのが妥当であろう。一方、国際的にはそうした条約であっても、誠実な遵守義務が課せられていることになる。

しかし、条約法条約の存在する今日においては、問題は、わが国憲法が条約優位説を採っているか憲法優位説を採っているかとか、一元説と二元説のいずれをとっているか、という点にあるのではなく、わが国憲法がいう国会の事後承認が、一般に条約法条約四六条が要求している二つの条件を具備しているといえるかどうかという点にある。肯定されれば憲法が国際的にも優位する事になり、いずれか一方だけでも否定されれば、国際的には条約が優位する事になる。

国会の承認が条約の成立要件であるということは、憲法そのものの規定だから、「基本的重要性を有する国内法の規則に係るもの」であることは確かである。今一つの「違反が明白」かどうかについては、四六条二項が更に詳しい解釈基準を与えている。先に述べたとおり、現行憲法の有権解釈として、狭義の条約に限定してさえも、すべての条約が国会の承認を必要とするわけではない。そして、承認の必要性の有無は国内法の解釈ないし予算の配賦の有無に

かかっているので、これらは「条約の締結に関し通常の慣行に従いかつ誠実に行動するいずれの国にとっても客観的に明らかである」事実とはいえないと考える。したがって、条約の制定手続きの憲法違反という瑕疵を根拠に、その対外的無効を主張することは、通常は困難と考えられる。したがって、原則論的にいえば、国際法的側面に関する限り、条約優位説にしたがって理解する必要がある。

以上のことからいうと、解釈法学的には、国会の事後における条約承認の拒否は、意味のない行為といわなければならない。予備費の支出に対する事後の承認拒否決議が、法的に意味がないのと同様に理解することができるであろう。

こうした状態を打破するために、交渉当事者は、憲法上の義務として、条約交渉の過程において、最狭義の条約に属すること、したがって事前に、時宜によつては事後に、国会の承認を得る必要のあることを相手方に告知しなければならぬ、というべきである。その告知がなされている場合には、国会の事後承認が得られない場合には条約として憲法上認められないことが、相手国にとつても客観的に明らかである。その場合には、わが国として、その違憲性に基づく無効を対外的に主張できることになる。

七 内容が憲法に違反している条約について

憲法の規定に実質的に違反している条約の無効については、条約法条約は明確な制限をおいている。すなわち二七条に依れば、

「当事国は、条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない。」

とされる。憲法も国内法の一環であるから、同条約を批准した以上、わが国が締結した条約が、内容的に違憲であることから無効を対外的に主張することもまた、禁止されることを意味する。

したがって、憲法に劣後し、その結果憲法の授權により締結される条約であっても、対外的には無条件で条約が優位すると理解すべきである。その場合、対内的関係においては、しかし、憲法の優位性から、無効と解釈すべきことになる。要するに、基本としては二元説的に理解されることになる。

この結果、内閣は早期に条約改定交渉を行う法的義務を負うことになる。

八 憲法と条約の優劣

条約法条約がどう規定しているか、ということ、条約と憲法の関係が決まるといって、ここまでにしてきた説明は、条約法条約が超憲法的な効力を持っているという前提の下でないと成立しない。

ところが、わが国憲法学界には、伝統的に憲法と条約の優劣という議論が存在する。そして、おそらく、この対立に関しては、憲法優位説が通説であろう。この説に従った場合には、そもそもあらゆる条約が憲法に劣後するのであるから、条約法条約が超憲法的な条約であるという説明は、ナンセンスといわねばならないはずである。

しかし、そもそもこの憲法優位説なる学説は、世界における現実の憲法や条約を無視した議論であるから、今日では言及するのは不適切であると考える。

さらに基本的な部分からいえば、条約は、上述のとおり、きわめて幅広い概念であるから、法段階的に見た場合にも、単純に一つの分類の中で理解するのは適当ではない。

簡単に言うと、条約は大きく三つに分類できる。

- ① 憲法よりも上位の条約、
- ② 憲法よりも下位だが法律よりは上位の条約、
- ③ 法律よりも下位の条約、

である。以下、それがどのようなものなのか、分説したい。

1 憲法よりも上位の条約

憲法よりも上位、すなわち、超憲法的条約というのは、一般に、その国の存立の基礎を作り出している条約において見られる。たとえば、欧州における今日の国境線の原型を作り出したウェストファリア条約、同じく今日の国際秩序の原型を作り出したベルサイユ条約などがその典型である。

現在のわが国に関して言えば、ポツダム宣言は、この範疇で理解すべき端的な例であろう。ポツダム宣言に基づく占領下において、同宣言が明治憲法や現行憲法に優位する効力を有していたことは、何人も否定できないであろうからである。

現在という平和な時点で制定された、超憲法的効力を持つ条約としてもっとも名高いのは、EU基本条約（マーストリヒト条約、アムステルダム条約、リスボン条約等）である。

わが国に関して言うならば、超憲法的効力を持つ法規の典型は、憲法九八条二項の言う「確立された国際法規」で

ある。国際慣習法は、一般に憲法よりも上位にあると解される。例えばわが国内の外国公館の治外法権や外交官特権などは、いずれも憲法一四條違反といえよう。それにも関わらず、そのような効力が認められるのは、国際慣習法が憲法よりも優越する、という以外の論理で説明できるとは思われない。なお、今日では、この国際慣習法は、成文化され、外交条約や領事条約と呼ばれていること、前述のとおりである。

このような超憲法的条約の存在を承認すると、条約改正手続という簡略な方法で憲法改正が認められることになり、不当ではないか、という疑問が、従来から示されている。その疑問に対する答は簡単で、そのとおり、したがって、超憲法的な条約を、通常の条約締結手続で行うことは許されない、ということである。

その一つは、わが国ポツダム宣言に代表されるとおり、敗戦という憲法の予想していない異常事態の中で、超憲法的な手続で締結されるものである。あるいは、そういう異常事態の終結を定める条約もその類型といえる。ウエストファリア条約やベルサイユ条約、サンフランシスコ講和条約などがその範疇に属する。

そのような異常事態にはない、平時における超憲法条約は、原則として憲法改正手続きをとるか、憲法自身の事前の委任規定がない限り、締結することは許されないというべきである。

超憲法的効力を持つ条約の締結に当たって、憲法改正手続を取るという方法の有名な例としては、フランスのマーストリヒト条約の批准時の手続がある。同国は、まず条約を締結した上で、憲法院の審査で、現行憲法に照らし、どのような点に違憲性があるかを確定し、憲法改正の手続きをとったのである。³⁰

今ひとつの方法、すなわち、事前に憲法改正を行うことで、超憲法的な条約締結権を政府に与える方法の代表例が、マーストリヒト条約締結時のドイツに見られる。ドイツの場合には、条約批准に先行して、ドイツ憲法（基本法）

二三条に、その授權規定を予めおいたのである。⁽³¹⁾

わが国が、通常の条約締結手続で、条約法条約のような超憲法的効力を有する条約を締結しうるのは、憲法九八条二項が、国際協調という目的ある場合においてはそれを認めているからだ、と解釈することができる。

2 憲法と法律の中間に位置する条約

これは、標準的な条約、すなわち憲法七三条三号但書及び六一条の定めるところに従い、事前に、時宜によっては事後に国会の承認が必要な条約のことである。内容については前に述べたとおりである。

3 法律よりも下位の条約

国会の承認が不要な条約が存在する理由は、それが既に民主的統制下にあるからである。換言すれば、法律や予算より下位にあるからである。先に述べた行政条約の範疇は、これに属する事になる。当然のことながら、行政条約である、ということも理由に、国会の承認が不要とされた条約の運用に当たり、既存の法律に抵触する解釈を採用することは許されない。

このような条約の三類型は、事実の問題として存在しているのであるから、それを無視して観念論的に、憲法と条約の優劣を一般論として議論するのは無意味であることが理解できると思う。

「おわりに」

条約に関しては、今一つ、司法審査との関係という重大な問題がある。しかし、紙幅の関係から、本稿でその問題を論じることは出来ない。その点については、他の機会に譲ることとしたい。

- (1) 拙稿「憲法における条約の多義性とその法的性格」日本大学司法研究所刊『司法研究所紀要』第八卷一頁以下(一九九七年三月一五日刊行)。
- (2) 多くの論者は、条約の問題を国会の章で取り上げている。例えば、芦部信喜『憲法』第六版岩波書店二〇一五年刊三三三頁。佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂二〇一一年刊四五五頁。渋谷秀樹『憲法』第二版有斐閣二〇一三年刊五二二頁、浦部法穂『全訂憲法学教室』日本評論社二〇〇四年刊五三九頁、吉田善明『日本国憲法論』第三版三省堂二〇〇三年刊一四九頁、杉原泰雄『憲法Ⅱ 統治の機構』有斐閣一九八九年刊二二六頁等がある(複数の箇所を取り上げている場合には、条約の定義を書いている章を紹介した)。
- (3) 内閣の章で条約を取り上げている者も少なからずいる。例えば、長谷部恭男『憲法』第六版新世社二〇一四年刊三八七頁、辻村みよ子『憲法』第四版日本評論社二〇一二年刊四三三頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』第三版有斐閣二〇一三年刊三六二頁、松井茂記『日本国憲法』第二版有斐閣二〇〇二年刊一七八頁、樋口陽一『憲法Ⅰ』青林書院一九九八年刊三二九頁等がある。
- (4) 清宮四郎『憲法Ⅰ 統治の機構』第三版有斐閣法律学全集一九七九年刊四三九頁。
- (5) 伊藤正巳『憲法』第三版弘文堂一九九五年刊六八四頁。
- (6) 阪本昌成『憲法理論Ⅰ』補訂第三版成文堂二〇〇〇年刊九一頁。

- (7) 阪本・注(6)前掲書二八六頁。
 - (8) 松井茂記・注(3)前掲書一七九頁より引用。ほぼ同様の定義として辻村みよ子等。
 - (9) 清宮四郎・注(4)前掲書四三九頁より引用。ほぼ同様の定義として、芦部信喜、長谷部恭男、松井茂記、吉田善明、杉原泰雄、伊藤正巳等。
 - (10) 佐藤幸治・注(2)前掲書四五五頁より引用。
 - (11) 樋口陽一は「条約とは、国際法上の権利・義務関係の設定・変更に関する文書による国家間の法的合意を指す」として、ほぼ佐藤と同様の定義を採用している(樋口・注(3)前掲書三二九頁より引用)。
 - (12) 阪本・注(6)前掲書九一頁より引用。
 - (13) 渋谷・注(2)前掲書五二二頁より引用。
 - (14) この日中共同声明が、条約と言えるか、ということが争われた訴訟がある。西松建設強制連行訴訟において、最高裁判所は「日中共同声明は、平和条約の実質を有する」と述べた(平成一九年四月二七日第二小法廷判決Ⅱ民集第六一卷三号一一八八頁)。
 - (15) 清宮・注(4)前掲書四四九頁より引用。
 - (16) 北海大陸棚事件(国際司法裁判所(ICJ)一九六七年二月二〇日付託、一九六九年二月二〇日判決)・国連海洋法条約は、隣接するかまたは向かい合う二国間の大陸棚やEEZの境界については、衡平の原則に従い、あらゆる事情を考慮して当事国の合意によって定めなければならないと規定しているだけで、具体的な方法を定めていないが、大陸棚条約六条は等距離原則を定めている。そこで、北海の大陸棚の境界に関し、デンマーク・西ドイツ間及びオランダ・西ドイツ間では、沿岸から一定の沖合までの部分的な境界線が等距離原則にしたがって二国間条約が締結されたが、それより先の沖合における境界については、見解が対立していた。
- 大陸棚条約批准国であるデンマークとオランダは、西ドイツの沖合の海域に等距離方式に基づく境界画定条約を締結し、その有効性を西ドイツに対しても主張した。これに対し、大陸棚条約を批准していない西ドイツは、条約の有効性を否定したた

め、事件はICJに付託された。ICJは判決の中で、条約成立後「短期間であっても、全利害関係国を含む、非常に広範な、代表的な参加があること」、換言すれば「条約の多数参加とその代表性」の要件が満たされれば、短期間でも慣習法は成立するとした。しかし、この要件を当該事件に当てはめると、要件が満たされていないので、慣習法として成立していないこととした。

参照・松田真美「大陸棚と排他的経済水域の境界画定―判例紹介判」レファレンス二〇〇五・七、四二頁以下。小森光男「北海大陸棚事件と大陸棚の境界画定における衡平概念」栗林忠男外編『海洋法の主要事例とその影響』有信堂高文社二〇〇七年刊二三九頁以下。

(17) わが国においては、オデコ・ニホン・SA事件に関して一九八二年四月二二日東京地裁判決(行集三五卷三三二頁、判時一〇四号一頁、判タ四八〇号一二六頁)がある。外国法人オデコ(以下X)は日本企業Aと契約し、A社が鉱業権を有する日本の領海外にある鉱区でXが油井の掘削作業等を行うことを請け負い、その代金を得た。法人税法によれば、外国法人は、国内源泉所得を有する場合のみ法人税を納める義務がある。税務当局は、大陸棚条約二条一項が「沿岸国は、大陸棚に対し、大陸棚を探索し及びその天然資源を開発するための主権的な権利を行使する」としているところ、大陸棚条約を批准していない日本も国際慣習法に基づき大陸棚について主権的権利を有していたのであり、この「主権的権利」の中には課税権も含まれるところからXの本件掘削作業による所得は法人税法にいう国内源泉所得に該当する、と主張した。この事件において東京地裁判決は次のように述べ、大陸棚条約一条三條は、既に国際慣習法といえるレベルに達していると判決している。

「トルーマン宣言を先駆とする各国の大陸棚に対する権益主張や国連国際法委員会における審議を通じ、大陸棚に関する国際法が次第に形成されてゆき、国連海洋法会議における大陸棚条約の採択とその後の国際慣行ないし国家実行(ちなみに、ラフス判事は、国際司法裁判所北海大陸棚事件判決における反対意見の中で、現在約七〇か国が大陸棚区域の探索及び開発に従事していることは注目に値すると述べている。)は、大陸棚条約一条ないし三條の中に織り込まれた大陸棚制度の基本理念を、慣習国際法上の規則となし、右慣習国際法の存在は、国際司法裁判所北海大陸棚事件判決により確認された。」

東京高裁の控訴審一九八四年三月一四日判決(行集三五卷三三二頁)もこれを支持し、事件は決着した。

- (18) 列国議会同盟規程については、列国議会同盟のサイトを参照。
<http://www.ipu.org/strict-e/statutes-new.htm#1>
- (19) 最高財政監督機関国際組織規程については、次のINTOSAIのサイトを参照。
<http://www.intosai.org/about-us/statutes.html>
- (20) 芦部信喜「条約の締結と国会の承認権」『憲法と議政』東京大学出版会一九七一年刊、二〇五頁以下参照。
- (21) 阪本・注(6)前掲書二八九頁以下参照。
- (22) 阪本・注(6)前掲書二九一頁より引用。
- (23) 大平三原則：第七二回国会衆議院外務委員会議録第五号二頁(昭和四九年(一九七四年)二月二〇日)。浅野一郎他監修『憲法答弁集一九四七～一九九九』信山社二〇〇三年刊四一四頁以下参照。
- (24) ヘルサイユ条約の制定過程については、次の書を参照。
 成瀬治他編『世界歴史大系 ドイツ史三』第二版山川出版社二〇〇四年刊一三二頁以下。
- (25) 昭和二三年政令第二〇一号違反教唆事件：最高裁昭和三二年一月二八日大法廷判決(刑集 第一一巻一四号三四六一頁)
- (26) 明確に条約が立法に属すると述べている書としては、旧憲法下の条約に関し、美濃部達吉『憲法撮要』有斐閣昭和二年刊四六四頁がある。現行憲法に関しては、前述のとおり、清宮四郎や伊藤正巳が明確に立法としている。それ以外では、管見の限りでは明確にそう述べているものは見当たらないが、多くの書が、立法の一形式であることを前提として書かれていると、考えている。
- (27) 清宮・注(4)前掲書四三九頁より引用。一部修正。
- (28) 中内康夫「条約の国会承認に関する制度・運用と国会における議論―条約締結に対する民主的統制の在り方とは―」参議院事務局企画調整室編集・発行『立法と調査』2012.7 No.330、六頁より引用。
- (29) 第三四回国会衆議院安全保障特別委員会議録二号八頁(昭和三五年(一九六〇年)二月一九日)。浅野一郎他・注(23)前

掲書四〇九頁参照。

(30) マーストリヒト条約批准に当たったのフランスの対応については

安江則子「マーストリヒト条約とフランス憲法の改正」日本EC学会年報 Vol. 1993 (1993) No.13、九四頁以下参照。

(31) マーストリヒト条約批准に当たって、ドイツは一九九二年一月二二日に、ボン基本法の第三八次改正を行った。基本法では、その制定時から、「連邦は、法律により、高権的権利を国際機関に委譲することができる。」(二四一条一項)という規定があつたため、欧州統合との関係で基本法改正が問題となることは少なかった。マーストリヒト条約に關しても、当初はEU諸国民に対する地方参政権の付与と中央銀行の権限委譲という二点のみ憲法改正をする予定であつた。ドイツは、基本的に一院制で、主権の委譲というような外交問題は、連邦議会の議決のみによって条約批准を行うことができ、州政府の代表機関である連邦参議院の同意を要しない。しかし、マーストリヒト条約の場合、それが発効すると、州は、財政、教育、文化、環境政策など多方面にわたり、多くの権限を失うこととなるので、連邦参議院の関与を認めないことが問題視されるに到つた。

そこで、前記二点の外に、欠番となつていた基本法二三条を利用して、EUのための諸原則と題する長文の規程を追加し、EU諸機関に権限を委譲する立法については、連邦参議院の関与等を創設した上で、条約の批准を行ったのである。

明確性の原則と憲法三一条

設楽裕文

- 一 序
- 二 裁判例にみる明確性の原則
- 三 裁判例の分析・評価
- 四 私見の展開
- 五 結語

一 序

本稿は、徳島市公安条例事件をはじめとする七つの事件の裁判例を素材として、そこにあらわれた〈明確性の原則〉の考えに検討を加え、私見を展開したものである。

刑罰法規が不明確な場合、罪刑法定主義に実質的に違背し、憲法的には憲法三一条に違反することから、当該法規が無効となることは、刑法学者の多くが認めるところである^①。判例としても、徳島市公安条例事件上告審判決が一定の基準を示しており、以来、刑罰法規が不明確であるため憲法三一条に違反する旨主張された事件は数多い^②。しかし、このような主張に答えて最高裁の法廷意見（多数意見―本稿においては、判決・決定が使用しているか否かにかかわらず「法廷意見」の語を用いることにする）が当該刑罰法規を違憲無効であるとした例はみられない。そればかりか、一九九〇年の段階で、「〔…〕最高裁は法的技術を駆使した裁判所による解釈や下位の法規範による明確化を是認し、『法的理解としての刑罰法規の明確性』が明確性の対象とされている」のであって「公正な告知」の中核といえる「一般人の認識可能性」を極めて低いものにさせ、「また、要求される『明確性』も、中核的な犯罪行為を推測させるにすぎないような抽象的・価値的基準の存在で足りるとしている」ので、「一般人の認識可能性」を低下させるとともに、刑罰権の恣意的濫用の危険を内包させており、「結局、わが国の最高裁が用いる『明確性の理論』は現実的な機能を果たしえない構造であり、これまで不明確により違憲とされた法令が存在しないのも当然であろう」といった批判がなされるにいたっている^③。その後、一九九八年に食品衛生法違反事件上告審判決が登場し、広島市暴走族追放条例事件上告審判決、世田谷区清掃・リサイクル条例事件上告審決定を経て、北海道迷惑防止条例事件上告審決定にいたるまで、明確性の原則の機能不全ないし形骸化は一層進んでいるように思う。その姿は、わが国における明確性の原則についての先駆的で浩瀚な研究である佐藤文哉（当時、秋田地裁判事補）「法文の不明確による法令の無効^④」と照らし合わせてみても、変容しているようにみえる。これを「わが国における独自の法発展」として受け容れるべきかは熟考を要しよう。そこで、七つの事件についての裁判例を分析・評価し、明確性の原則のあるべき姿について提

言を試みたのが本稿である。

二 裁判例にみる明確性の原則

1 徳島市公安条例事件（上告審判決…最大判昭和五〇年九月一〇日刑集二九卷八号四八九頁）

この事件では、集団行進の際に蛇行行進したりしたことが、徳島市公安条例三条三号「交通秩序を維持すること」という遵守事項に反するとして、関係者が同条例違反の罪に問われた。第一審判決（徳島地判昭和四七年四月二〇日刑集二九卷八号五五二頁）は、「交通秩序を維持すること」が不明確であるとして、憲法三一条違反を理由に無罪とし、原審判決（高松高判昭和四八年二月一九日刑集二九卷八号五七〇頁）もこれを支持した。上告審判決は、「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうか」（以下、「一般人基準」という）によって不明確ゆえ憲法三一条違反と認められるかを判断するとしつつ、同条例については、「殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為」を避けるよう命じていると解し、一般人基準に従って同条例の規定は憲法に違反しないと判断した。

2 福岡県青少年保護育成条例事件（上告審判決…最大判昭和六〇年一〇月二三日刑集三九卷六号四一三頁）

福岡県青少年保護育成条例一〇条一項は、「何人も、青少年に対し、淫行又はわいせつの行為をしてはならない」と規定し、同条例一六条一項は、違反者を二年以下の懲役又は一〇万円以下の罰金に処するとしていた。被告人（本件当時二六歳、男性）は、福岡県内のホテルの客室内で、A（本件当時一六歳、女性）が一八歳に満たない青少年であることを知りながら、Aと性交をし、同条例一〇条一項違反の罪に問われた。第一審判決（小倉簡判昭和五六年一二月

一四日刑集三九卷六号四六一頁）、第二審判決（福岡高判昭和五七年三月二九日刑集三九卷六号四六二頁）ともに有罪の判断を示した。被告人は、上告し、上告審において、同条例一〇条一項にいう「淫行」の範囲が不明確であるから憲法三一条に違反するなどと主張した。

上告審判決は、上告を棄却した。法廷意見は、同条例の条項の規定するところを総合すると、「〔…〕本条例一〇条一項の規定にいう『淫行』とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である」、「前記『淫行』を目して単に反倫理的あるいは不純な性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確であるとの批判を免れないのであつて、前記の規定の文理から合理的に導き出され得る解釈の範囲内で、前叙のように限定して解するのを相当とする。このような解釈は通常の判断能力を有する一般人の理解にも適うものである」とした。

伊藤正己裁判官、谷口正孝裁判官、島谷六郎裁判官の（法廷意見の解釈は通常の判断能力を有する一般人の理解が及ばないものである旨述べる点で共通する）各反対意見がある。

3 岐阜県青少年保護育成条例事件（上告審判決…最判平成元年九月一九日刑集四三卷八号七八五頁）

岐阜県青少年保護育成条例六条一項は、知事は、図書、がん具その他の物の内容等が「著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性を助長するため」青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると認めるときは、当該図書等を有害図書等として指定するものとし、同条二項は、知事は、指定すべき図書のうち、「特に卑わいな姿態若しくは性行為

を被写体とした写真又はこれらの写真を掲載する紙面が編集紙面の過半を占めると認められる刊行物」については、同条一項の指定に代えて、当該写真の内容を、あらかじめ、規則で定めるところにより、指定することができるとしていた。そして、同条例六条の六第一項本文は、「自動販売機業者は、有害指定図書等を自動販売機に収納してはならない」と規定し、違反者は二一条五号により三万円以下の罰金又は科料に処するとしていた。被告人らは、同条例六条二項の有害図書指定を受けた雑誌を自動販売機に収納したとして、六条の六第一項違反の罪に問われた。第一審判決（岐阜簡判昭和六二年六月五日刑集四三卷八号八一五頁）、第二審判決（名古屋高判昭和六二年一月二五日刑集四三卷八号八一五頁）ともに有罪の判断を示した。

上告審判決は、弁護人らの上告趣意のうち規定の不明確さを理由に憲法二一条、三二条違反をいう点は、「本条例の有害図書の定義が不明確であるということではできないから前提を欠く」と述べて上告を棄却した。

伊藤正己裁判官の補足意見は、同条例六条一項の「著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性を助長する」は、岐阜県青少年対策本部次長通達により審査基準がかなり具体的に定められているので、不明確とはいえず、本件で問題とされる六条二項では、指定有害図書を「特に卑わいな姿態若しくは性行為を被写体とした写真又はこれらの写真を掲載する紙面が編集紙面の過半を占めると認められる刊行物」と定義していて、一項の場合に比して具体化がされているとともに、写真の内容については岐阜県青少年保護育成条例施行規則二一条、告示（昭和五四年七月一日岐阜県告示第五三九号）を通じ、一層明確にされていることが認められ、結局、「本件条例は、その下位の諸規範とあいまって、具体的な基準を定め、表現の自由にみあうだけの明確性をそなえ、それによって、本件条例に一つの限定解釈ともいえるものが示されているのであって、「…」基準の不明確性を理由に法令としてのそれが違憲であると判断すること

はできないと思われる」としている(刑集四三卷八号七九九頁)。

4 食品衛生法違反事件(上告審決定・最決平成一〇年七月一〇日刑集五二卷五号二九七頁)

食品衛生法四条は、「有害な、若しくは有害な物質が含まれ、若しくは附着し、又はこれらの疑いがあるもの」(二号)の販売等を禁止し、同法三〇条は、違反者を二年以下の懲役又は二〇万円以下の罰金に処するとしていた。被告人(魚の卸業者)は、アブラソコムツ(肉内の脂肪中のワックスエステルにより下痢を生じる魚)の加工品について、販売等をしたため、同法四条(二号)違反の罪に問われた。第一審判決(東京地判平成五年一〇月二五日刑集五二卷五号三二五頁)、第二審判決(東京高判平成七年一〇月三一日刑集五二卷五号三二二頁)ともに有罪の判断を示した。なお、第二審判決の認定したところでは、アブラソコムツの加工や販売については、岡山県衛生部長から昭和五五(一九八〇)年一月一二日付照会書(ワックスを多量に含有する魚「アブラソコムツ」の取扱いについて教示を求めるもの)に対し、昭和五六(一九八一)年一月一〇日付厚生省環境衛生局乳肉衛生課長から「アブラソコムツについては、食品衛生法第四条第二号に該当する食品として取扱うべきものと解する」との回答(以下、「厚生省課長回答」という)があった後、処罰される事例が出るようになり(刑集五二卷五号三三二、三三六、三三七頁参照)、「現象的には、白地刑罰法規であった同法四条二号の規定を行政官庁の一担当者の回答によって補充されたとみられるような事態が生じていた」(刑集五二卷五号三三七頁)。また、第一審判決の「量刑の事情」によれば、被告人は、昭和五三(一九七八)年頃から大量にアブラソコムツを取り扱うようになり、その後、保健所から、厚生省課長回答及び通知に基づき、アブラソコムツの販売等を差し控えるよう警告を受けるなどしたにもかかわらず、販売を継続し、本件各犯行(いずれも平成三(一九九二)年中に実行)に及んだものである(刑集五二卷五号三二二頁参照)。

被告人は上告し、弁護人の上告趣意においては、同法四条二号の抽象的かつ漠然とした文言を厚生省課長回答で補完することによって内容を明確にしている点は罪刑法定主義に反するなどの主張がなされた。

上告審決定は、弁護人の上告趣意のうち同法四条二号の憲法三一条違反をいう点は、同号にいう「『有害な物質』の意義が不明確である」ということはできないから、所論は前提を欠く等と述べて、上告を棄却した。

5 広島市暴走族追放条例事件（上告審判決・最判平成一九年九月一八日刑集六一卷六号六〇一頁）

広島市暴走族追放条例二条七号は、同条例が想定する暴走族を「暴走行為をすることを目的として結成された集団又は公共の場所において、公衆に不安若しくは恐怖を覚えさせるような特異な服装若しくは集団名を表示した服装で、い集、集会若しくは示威行為を行う集団をいう」と定義し、一六条は、「何人も、次に掲げる行為をしてはならない」と規定した上、一号で、「公共の場所において、当該場所の所有者又は管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと」が禁止行為であるとしていた。そして、同条例一七条は市長による中止・退去命令について規定し、一九条は、同命令の違反者を六月以下の懲役又は一〇万円以下の罰金に処するとしていた。被告人は、暴走族構成員約四〇名と共謀の上、広島市の管理する公共の場所である広場で、特攻服を着用し、円陣を組み旗を立てる等威勢を示して、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集会をおこない、広島市長の権限を代行する広島市職員から集会を中止して広場から退去するよう命令を受けながら、これに従わず、引き続き同所において集会を継続したことから、命令違反の罪に問われた。第一審判決（広島地判平成一六年七月一六日刑集六一卷六号六四五頁）、第二審判決（広島高判平成一七年七月二八日刑集六一卷六号六六二頁）ともに有罪の判断を示した。

上告審判決は、上告を棄却した。法廷意見は、同条例一六条一項一号、一七条、一九条の適用範囲が広範に過ぎる

との所論に対し、同条例の全体から読み取ることができ趣旨、同条例施行規則の規定（中止命令等を発する際の判断基準を示したもの）等を総合すれば、同条例が規制の対象としている「暴走族」は、二条七号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味の暴走族のほかには、「服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができ集団」に限られるものと解され、中止・退去命令を発しうる対象も、集会との関係では、本来の意味における暴走族及び前記のようなその類似集団による集会が一六条一項一号、一七条所定の場所及び態様でおこなわれている場合に限定されると解されるのであって、「このように限定的に解釈すれば、本条例一六条一項一号、一七条、一九条の規定による規制は、広島市内の公共の場所における暴走族による集会等が公衆の平穏を害してきたこと、規制に係る集会であっても、これを行うことを直ちに犯罪として処罰するのではなく、市長による中止命令等の対象とするにとどめ、この命令に違反した場合に初めて処罰するものとする」という事後的かつ段階的規制によっていること等にかんがみると、「…」いまだ憲法二一条一項、三一条に違反するとはいえないことは「明らかである」とした。また、法廷意見は、「なお、所論は、本条例一六条一項一号、一七条、一九条の各規定が明確性を欠き、憲法二一条一項、三一条に違反する旨主張するが、各規定の文言は不明確であるとはいえないから、所論は前提を欠く」とする。

堀籠幸雄裁判官、那須弘平裁判官の各補足意見、藤田宙靖裁判官、田原睦夫裁判官の各反対意見がある。

6 世田谷区清掃・リサイクル条例事件（上告審決定…最決平成二〇年七月一七日裁判集刑事二九四号八六九頁）

世田谷区清掃・リサイクル条例三一条の二第一項は「第三五条第一項に規定する一般廃棄物処理計画で定める所定の場所に置かれた廃棄物のうち、古紙、ガラスびん、缶等再利用の対象となる物として区長が指定するものについて

は、区長及び区長が指定する者以外の者は、これらを収集し、又は運搬してはならない」旨を、同条二項は「区長は、区長が指定する者以外の者が前項の規定に違反して、収集し、又は運搬したときは、その者に対し、これらの行為を行わないよう命ずることができ」旨を、三五条一項は「区長は、規則で定めるところにより、一般廃棄物の処理に關する計画を定め、これを遅滞なく公表しなければならない」旨を、定めていた（なお、七九条一号は、命令に違反した場合は二〇万円以下の罰金に処する旨を定めていた。同条例三五条一項等の規定に基づき告示された「平成一六年度一般廃棄物処理計画」には、家庭廃棄物につき「可燃ごみ、不燃ごみ及び資源に分別し、別表第一に定める収集曜日及び時間に、保管している場所から定められた場所に排出する」旨定められており、「定められた場所」については「原則としてそれを利用しようとする区民等が協議のうえ位置を定め、その場所を区に申し出て、区が収集可能であると確認した場所とする」と規定されていた。被告人は、「区長が指定する者以外の者」であるにもかかわらず、処理計画の「定められた場所」に置かれた古紙を平成一六（二〇〇四）年三月四日に回収したため、警告書の交付を受け、同年五月二〇日に別の「定められた場所」に置かれた古紙を回収したため、禁止命令書の交付を受けた。そして、被告人は、同年一二月四日に別の「定められた場所」に置かれた古紙を収集し、禁止命令違反罪に問われた。第一審判決（東京簡判平成一九年五月七日公刊物未登載）は、同条例三一条の二第一項の「所定の場所」を特定する記載が処理計画にない上、「所定の場所」と「定められた場所」とは異なり、仮に「定められた場所」が「所定の場所」であると解されるにしても「定められた場所」についての記載は具体的な特定の場所を示すものではなく、看板・コンテナの存在等によっても犯罪構成要件の特定は充分ではないことなどを根拠に被告人を無罪とした。第二審判決（東京高判平成一九年一二月一八日判例時報一九九五号五六頁）は、「〔…〕本件条例三一条の二第一項にいう『所定の場所』とは処

理計画にいう『定められた場所』のことであつて、それが処理計画にいう『区民においてごみを排出すべき場所と合意し、区においてその旨確認する』手続により確定された、区民等がごみ、資源等を分別して排出すべき場所のことを指すことは明らかである。このような解釈は通常の判断能力を有する一般人の理解にも適うものであり、しかも、本件条例による規制は所定の場所における古紙等の収集行為を直ちに犯罪として処罰するのではなく、区長による禁止命令の対象とするにとどめ、この命令を受けた者が命令に違反して初めて処罰の対象としていること等を併せ考えると、同規定につき処罰の範囲があいまいであるとも不明確であるともいえないから、同規定が憲法三一条の規定に違反するとはいえない」などとして、無罪判決を破棄した。被告人は、上告して、本条例三一条の二第一項の「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」が不明確で憲法三一条に違反するなど主張した。

上告審決定は、「上告趣意のうち世田谷区清掃・リサイクル条例三一条の二第一項にいう『一般廃棄物処理計画で定める所定の場所』の明確性に関し憲法三一条違反をいう点は、同条例三一条の二第一項、三七条、一般廃棄物処理計画等によれば、世田谷区が、一般廃棄物の収集について区民等の協力を得るために、区民等が一般廃棄物を分別して排出する場所として定めた一般廃棄物の集積所を意味することは明らかであり、『所定の場所』の文言を用いた本件罰則規定が、刑法法規の構成要件として不明確であるとはいえない。また、本件における違反場所は、『資源・ごみ集積所』と記載した看板等により、上記集積所であることが周知されている」と述べて上告を棄却した。

7 北海道迷惑防止条例事件（上告審決定…最決平成二〇年一月一〇日刑集六二卷一〇号二八五三頁）

北海道迷惑防止条例二条の二第一項柱書は、「何人も公共の場所又は公共の乗物にいる者に対し、正当な理由がないのに、著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような次に掲げる行為をしてはならない」と規定しており、同

項四号には「前三号に掲げるもののほか、卑わいな言動をすること」が禁止行為として掲げられていた。そして、違反者は一〇条一項により六月以下の懲役又は五〇万円以下の罰金に処するとされていた。被告人は、正当な理由がないのに、ショッピングセンターにおいて、細身のズボンを着用した女性客（当時二七歳）の背後からデジタルカメラ機能付携帯電話で、臀部を約一一回撮影したことから、同条例二条の二第一項違反の罪に問われた。第一審判決（旭川簡判平成一九年三月九日刑集六二卷一〇号二八九〇頁）は、被告人の行為は二条の二第一項二号、四号に該当しないと見て、被告人を無罪とした。第二審判決（札幌高判平成一九年九月二五日刑集六二卷一〇号二九〇〇頁）は、被告人の行為は二条の二第一項四号にあたるとした上、同号の内容が不明確であり憲法三二条、三九条に違反するとの主張に対しては、同号の構成要件は一項柱書の文言とあいまって明確であるとして、第一審判決を破棄した。

上告審決定は上告を棄却した。法廷意見は、同条例二条の二第一項四号の「卑わいな言動」とは、「社会通念上の性的道義観念に反する下品でみだらな言語又は動作をいう」と解され、一項柱書の「公共の場所又は公共の乗物にいる者に対し、正当な理由がないのに、著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような」とあいまって、「日常生活としてこれを合理的に解釈することが可能であり、所論のように不明確であるということとはできない」とした。

田原睦夫裁判官の反対意見がある。

三 裁判例の分析・評価

前章の各裁判例を、以下、分析・評価する。

明確性を欠くために法令の規定が憲法三二条に違反することになるかの判断基準としては、徳島市公安条例事件上

告審判決で示された一般人基準が、その後の(下級審のものを含む)裁判例においても採用され、判例理論として確立しているといえる。ただ、この基準によつて最高裁の法廷意見が法令を憲法三二条違反とした例はみられない。また、一般人基準によりながら、徳島市公安条例事件上告審判決では高辻裁判官が同条例三条三項が明確性を欠くものではないとする法廷意見には賛成できない旨の意見を述べており(刑集二九卷八号五二二頁)、福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決では三人の裁判官が反対意見を述べている。どうしてそのようなことになるのであろうか。

徳島市公安条例事件上告審判決は、一般人基準を定立する理由について、刑罰法規が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがないと「その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる」と述べている(刑集二九卷八号五〇四頁)。ここでは、一般的・抽象的に、①国民に刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知できず、②刑罰権の行使が恣意的になされる危険がある、といったことが基準定立の理由とされている。このような理由からすれば、一般人基準とは別の(むしろ萎縮的効果を及ぼす危険性等を重視する)基準を定立することになるように思う。そのような「別の基準」によれば、徳島市公安条例事件においても上告審判決の法廷意見とは異なった判断をすることが可能であろう。これに対して、一般人基準は、「通常の判断能力を有する一般人の理解」とはいいながら、「具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうか」を重視している。これは、〈具体的な行為者(いわば「具体人」)が、当該事案において、現実に自己がおこなおうとしている具体的な行為に法令の規定が適用されるか否かが判断できればよい〉という考えにつながりかねない。

換言するならば、法廷意見は、法令の規定が不明確であることにより刑罰権が恣意的に行使されて国民一般の人権を侵害するおそれがあるとか一般的な萎縮的効果を及ぼすとかいったことよりも、〈個別具体的に当該事件の被告人において当該行為が処罰されるものか否かを判断できたか〉に重点を置いていえるといえる。高辻裁判官の意見は、「本件におけるだ行進が、交通秩序侵害行為の典型的のものとして、本条例三条三号の文言上、通常判断能力を有する者の常識において、その避止すべき行為に当たると理解しえられるものであることは、疑問の余地がない。それ故、本件事実に本条例三条三号、五条を適用しても、これによつて被告人が、格別、憲法三一条によつて保障される権利を侵害することにはならないのである」と述べている（刑集二九卷八号五一九〜五二〇頁^⑤）。同事件の被告人は、同条例の規定の適用を受ける典型例である、だ行進をするようせん動した者であつて、被告人が当該集団行進の主催者である団体の幹事であり、所轄警察署長が集団行進につき道路使用許可を出す際に、「だ行進、〔…〕等交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと」等の条件を付していることにかんがみれば、被告人には「具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかの判断」が可能であつたともいえる。このようなことが法廷意見の判断の背景にあるように思う。

このように、徳島市公安条例事件上告審判決にはかなりの問題があるといえる。その問題性が拡大した形で露呈したのが福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決である。しかも、同事件の被告人に「具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかの判断」が可能であつたといえるかは、疑問である。

まず、佐藤が指摘しているように^⑥、構成要件が不明確な場合には「外延のみが曖昧な場合」と「内包も曖昧な場合」とが考えられるところ、同条例一〇条一項が禁止する「淫行」は内包も曖昧な場合にあたるといえる。「淫行」の国語的意味は「みだらな行為」という程度のものであり、禁止行為として「わいせつな行為」があげられているこ

とを考慮しても、「淫らな性行為」と解するのが限界である。「性行為」の典型例はともかく、「淫らな」の典型例は考えにくい。法廷意見が限定解釈して導出した二類型の「性交又は性交類似行為」が具体的にどのようなものかも不明である。加えて、「淫らな性行為」という言葉からは「無貞操な性行為」「不特定の者を相手とする性行為」といったものが想起されるのであつて、この限定解釈の結論は、本来の語義からも遠いものといえる。ちなみに、同事件上告審判決以前の類似事件における下級審裁判例の「淫行」の解釈はさまざまに分かれていた。^⑧このようなことが、三裁判官の反対意見を招いた原因と考えられる。要は、法廷意見の限定解釈が「通常の判断能力を有する一般人の理解にも適う」ということは困難なのである。

つぎに、同条例には「淫行」の定義規定がないのはもとより、「淫行」の意味を具体化した規則などの規範も存しない。また、第一審判決から上告審判決までの判決書をみる限り、被告人に同種事件について前科や前歴があるとか、警告等を受けたことがあるとかいった事実は認められず、被告人が自己の行為が禁止行為にあたりと判断するための材料は何ら与えられていなかったといえる。

以上から考えて、被告人に「具体的な場合に当該行為がその適用を受けるものかの判断」が可能であつたとは認め難い。そうであるなら、具体的妥当性の観点からも、上告審判決においては、同条例一〇条一項の「淫行」が不明確であることから同条項を憲法三一条違反により無効とするべきであつたように思う。それにもかかわらず、相当な無理をして上告を棄却した法廷意見は、明確性の原則を形骸化したとの批判を免れ難いであろう。三裁判官が反対意見を付したのも無理はないといえる。

岐阜県青少年保護育成条例事件の場合は、伊藤裁判官の補足意見にもあるように(刑集四三卷八号七九八〜七九九頁

参照)、同条例六条二項の規定は、同条例施行規則二条、昭和五四(一九七九)年七月一日岐阜県告示第五三九号(以下、「本件告示」という)といった「下位の法規範」により、相当に具体化、明確化されているといえる。⁽⁹⁾ 被告人会社は自動販売機により図書を販売することを業とする株式会社であり、相被告人は同社の代表取締役であつて、本件告示の約六年後(昭和六〇(一九八五)年四月、五月、八月)に自動販売機に雑誌を収納したというのであるから、実行の時点で被告人(代表取締役)は、「具体的な場合に当該行為がその適用を受けるものかの判断」が可能であつたとみる余地がある。上告審判決が有害図書の意義が不明確であるということとはできないとして憲法三一条違反の主張を退けたのもこのような点に配慮したからであろう。

食品衛生法違反事件はどうか。同法四条二号の「有害な物質」は、先に述べた「外延のみが曖昧な場合」にあたる。このような場合は、事実関係が規定の適用を受ける典型例にあたる場合として「本件の事実に適用される限りにおいて明確性に欠けるところはない」とすることが可能である。もつとも、アブラソコムツやその加工品が「有害な物質」が含まれる食品の典型例といえるかという点、第二審判決が認定しているように、厚生省課長回答の前提となつた岡山県衛生部長の照会書が昭和五五(一九八〇)年一月一二日付で出される以前はアブラソコムツの加工・販売等が処罰されていなかったことから、難しいといえる。そうであればこそ、第二審判決は、一般人基準を示した上、「有害な物質」について「物質それ自体には毒作用がなくても人の健康状態に物理的に危害又は不良な変更を引き起こすもの」であるという「一般人の通常理解可能な基準」を定立し、さらに、アブラソコムツやその加工品が油状下痢便を排泄するにいたらせるおそれのある食品であることは明白で、「本件各犯行時にはすでに社会一般にもよく認識されていることであつた」として、「基準を読み取ることも可能でありアブラソコムツの販売等に適用するに当

たつては明確であるということができるといふ、いわば二段構えで明確性を肯定しているのであろう(刑集五二巻五号三三七〜三三八頁参照)。加えて、被告人が従来からアブラソコムツを扱ってきた魚卸売業者であり、保健所から厚生省課長回答及び通知に基づいた警告を受けていたにもかかわらずアブラソコムツないしその加工品の販売を継続して本件各犯行にいたつていふことを考えれば、被告人には「具体的な場合に当該行為がその適用を受けるものかの判断」が可能であつたといふことができる。このような第二審判決を踏まえて、上告審決定は簡潔な表現で明確性を肯定したのだと思う。「有害な物質」についての解釈が一般人基準に適うものか、アブラソコムツないしその加工品が「有害な物質」が含まれる典型例といえるか、規則と異なり公示されない厚生省課長回答やそれに基づく保健所からの警告によつて明確性を補充できるかは、単体としてみれば脆弱ではあるものの、総合的にこれらを考慮して明確性を肯定する判断を示したものと理解すべきであろう¹⁰⁾。

広島市暴走族追放条例事件においては、広範性(過度の広範性)の問題と明確性の問題に検討が加えられており、主張が多岐にわたつていふ。ただ、堀籠裁判官、那須裁判官の各補足意見及び藤田裁判官、田原裁判官の各反対意見を参照しつつ、明確性の原則との関係でいふなら、同条例が規制の対象としている「暴走族」は「暴走行為を目的として結成された集団である本来の意味における暴走族」のほか「服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団」に限られるといふ限定解釈の前提として、¹¹⁾ ①一般国民の理解において具体的場合に当該行為が規制対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準を読み取れるものであるか、②中止命令等を発する際の判断基準を定めた同条例施行規則の規定を考慮して同条例自体の規定の限定解釈をしてもよいか、といった点が問題になるであろう。さらに、堀籠裁判官の補足意見には、被告人の行為は同条例が

「規制しようとしていた典型的な行為」であり、これが同条例に違反することは明らかであつて、「被告人に保障されている憲法上の権利が侵害されることはないのであるから、罰則規定の不明確性、広範性を理由に被告人を無罪とすることは、国民の視点に立つと、どのように映るのであろうかとの感を抱かざるを得ない」とあるので（刑集六一巻六号六〇五頁参照）、③典型例にあたるので本件の事実に応用される限り明確性に欠けることはないといえるか、という点も問題になる。なお、必ずしも明確性との関係で述べられているわけではないものの、④法廷意見が、規制対象の集会をおこなうことを直ちに処罰するのではなく、中止命令等の対象にとどめ、命令に違反した場合にはじめて処罰するという「事後的かつ段階的規制」によつていることを憲法三一条違反を否定する根拠の一つにしている点をどう評価するか、といった問題もある。

堀籠裁判官の補足意見は、①②について肯定的である（刑集六一巻六号六〇六〜六〇七頁参照）。これに対し、那須裁判官の補足意見は、①については肯定的であるものの②については否定的であると理解できる（刑集六一巻六号六〇八〜六一〇頁参照）。藤田裁判官の反対意見は、①②につき否定的であるように読め（刑集六一巻六号六一一〜六一二頁）、また、③につき否定的であるといえる（刑集六一巻六号六一二頁参照）。田原裁判官の反対意見は、①②について否定的であり（刑集六一巻六号六一三〜六一四頁参照）、④についても否定的であるように読める（刑集六一巻六号六一八〜六一九頁参照）。

法廷意見は、明確性の問題について簡潔に「各規定の文言が不明確であるとはいえない」と述べるにとどめているものの、各裁判官の考えには複雑な濃淡の差があることがわかる。①②につき、各裁判官の意見にかなりの相違があることから、同条例を限定解釈して憲法三一条に違反しないとすることはかなりの無理があるように思う。③につ

いては、法廷意見も否定的に解しているともみることができ、本件が憲法二二条一項にかかわるものであることからも妥当な判断といえよう。¹² 逆に、④については、法廷意見にスペースを取って掲げられているにしては詰めた議論がされていまいように思う。

世田谷区清掃・リサイクル条例事件で争われたのは、同条例三六条の二第一項にいう「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」の明確性である。規定に用いられている言葉の意味の明確性というより、①条例自体ではなく一般廃棄物処理計画（以下、「処理計画」という）に「所定の場所」がどこであるかが明示してあれば明確であるとしてよいか、②そうであるとして、同条例と処理計画により「所定の場所」は明確であるといえるか、③「所定の場所」にあたる場所が「資源・ごみ集積所」と記載した看板等により周知されていることから憲法三一条違反でないとするこゝはできるか、といったことが問題になる。また、第二審判決は、一般人基準によって明確性を肯定するとともに、（所定の場所からの古紙等の収集行為を直接処罰するのではなく区長による禁止命令の対象とするにとどめ）命令違反があつて初めて処罰するという規制方法をとっていることを不明確性を否定する理由としていることから、広島市暴走族追放条例事件上告審判決で登場した④「事後的かつ段階的規制」であることによつて憲法三一条に違反しないとすることができるか、が明確性に関して問題になるといえる。

世田谷区清掃・リサイクル条例事件上告審決定は、①ないし③について肯定し、また、④についてはとくに触れていないので、第二審判決を基本的に是認したものと見える。反対意見はなく、補足意見すらない。上告審決定のみを読む限りでは、上告を棄却することについてさほど問題はないように感じられないではない。

しかし、事実関係、実態に照らしてみると、上告審決定が第二審判決を是認したことが妥当かどうかは疑問である。

東京簡易裁判所は、同事件の第一審判決（平成一七年（ろ）第二〇四一号・平成一九年五月七日判決）のほか、五件の同種事件につき無罪判決を下している（i）平成一七年（ろ）第三六〇号・平成一九年三月二六日判決・LEX/DB28145132⁷（ii）平成一七年（ろ）第四四九号・平成一九年三月二六日判決・LEX/DB28135130⁸（iii）平成一七年（ろ）第二〇四〇号・平成一九年三月二六日判決・LEX/DB28135128⁹（iv）平成一七年（ろ）第二〇四二号・平成一九年三月二六日判決・LEX/DB25450800¹⁰（v）平成一七年（ろ）第四五〇号・平成一九年五月七日判決・LEX/DB25450805¹¹。例えば、（i）の判決が認定するところでは、同判決時、世田谷区内には約四万八〇〇〇（平成二二（二〇〇〇）年当時は約三万）の集積所が存在し、毎日一〇か所位変更しなければならぬという状況であった上、「資源・ごみ集積所」といった看板のような掲示物のない集積所も相当数存在したとのことである。「所定の場所」ないし処理計画の「定められた場所」である集積所に「資源・ごみ集積所」と記載した看板等があることにより明確性が確保できるとはいい難いであろう。もっとも、上告審決定は、「本件における違反場所」が看板等により集積所であることが周知されているとして、¹²「本件の違反行為をするについては明確であった」（被告人には自己の行為が規制されているものであることが認識できた）¹³ということを指摘したものとみるべきなのかも知れない。

また、「事後的かつ段階的規制」がとられているとはいえ、ある地点で古紙等を収集したことから（同地点での収集につき）禁止命令を受けたとしても、同地点以外の場所で収集することが命令違反になることを告知することになるのかは疑問である。¹⁴②についても疑問があることを考えると、上告審決定は、広島市暴走族追放条例事件以上に問題のある事案について明確性を肯定したものであり、明確性の原則を形骸化しているとの評価を免れ難いように思う。¹⁵

北海道迷惑防止条例事件についてみると、同条例二条の二第一項四号の「卑わいな言動」は、同項柱書とあわせて

読めば、「外延のみが曖昧な場合」にあたるといえる。したがって、限定解釈により明確性を確保することが可能である。同事件上告審決定の法廷意見は、「社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな言語又は動作」をいうと解しており、これは日常用語とさほど径庭のない解釈といえるように思う。ただ、外延を明確にする限定解釈にはなっていないであろう。柱書を考慮して、「公共の場所又は公共の乗物にいる者に対し、正当な理由がないのに、著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな言語又は動作をすること」が実行行為であると解しても、例えば、女性の露出した背中や足を撮影する行為がこれにあたるのか判断することは容易ではない¹⁴。まして、午後七時頃、ショッピングセンター内で女性客を少なくとも約五分間、四〇メートル余りにわたって追尾し背後の約一ないし三メートルの距離から、同人のズボンを着用した臀部を約一回撮影する行為がこれにあたるかは、田原裁判官の反対意見に縷々論じられているように、相当に疑問だといわなければならない。法廷意見にはかなり問題があるように思う。

四 私見の展開

以上にみたように、裁判例における明確性の原則は、一般人基準を示した徳島市公安条例事件上告審判決以来、担当裁判官の懸命な努力にもかかわらず、混迷しているように思う。そこで、不十分ながら私見のアウトラインを示しておくことにする。

第一に、刑罰法規の明確性が要求される根拠が、国民に対して禁止される行為（それをおこなった場合に刑罰権の行使を許容する行為）とそうでない行為をあらかじめ示し、前者の行為がおこなわれていないにもかかわらず国・地方公

共同体の機関により規制がなされないよう制約するというものである以上、不明確ゆえに憲法三二条に違反することになるかの判断基準は「国民一般に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知するものといえるか」といった、より一般的なものに修正される必要があると思う。当該事件の被告人にとって「具体的場合に自己の行為が規定の適用を受けるかどうかの判断が可能か」といった基準によることは、〈本件の被告人にとっては明確であった〉といった判断により不明確な法令を放置する結果につながるので、妥当ではない。

第二に、明確性の有無は、当該法令の文言について判断されなければならない。下位の法規範による明確化を許容するにしても、一般に公示される規則あたりまでが限界ではないかと思う。命令や通達、あるいはガイドラインによる明確化は許容されないと考える¹⁵⁾。

第三に、限定解釈による明確化は、そのような解釈が「解釈」として可能な範囲にあり、かつ、解釈の結果が、法令の語義から離れない明確なものである限りで許されると思う。司法が法を解釈して具体的事案に適用し解決をはかる作用である以上、解釈の限界を超えるようなものは許容されない¹⁶⁾。もとより、国民の誰もが理解できるような解釈をする必要はないし、また、そのようなことは不可能である。しかし、最高裁判所の裁判官の間でも意見が分かれるような解釈―典型例は、福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決の「淫行」の解釈である¹⁷⁾―は許容されるべきではない。

五 結語

以上で、七つの事件の裁判例にあらわれた〈明確性の原則〉についての考えの批判的検討とそれを踏まえた私見

(その基本的枠組み)の展開を終えることにする。さらに、①明確性を規則、通達、ガイドライン等で補完することの妥当性、②規制目的や規制対象(表現の自由に関わるものか、経済活動の自由に関わるものか、人権享有主体が業者か一般人か等)により明確性の補完方法が異なるといえるか、③通達やガイドラインに従って行なった者の刑事責任はどうなるか、④ドイツ法の Bestimmtheitsgebot¹⁸⁾との比較、といった問題を検討したいと思つていたのであるけれど、紙幅の関係もあり、断念せざるをえない。

拙い本稿ではあるものの、百地章先生の温顔を思い起こしつつ、ひとまず擱筆し、寄稿させていただくことにする。

注

(1) 団藤重光『刑法綱要総論』五一頁以下(創文社、第三版、一九九〇年)、平野龍一『刑法 総論I』八二頁以下(有斐閣、一九七二年)、大塚仁『刑法概説(総論)』五八頁以下(有斐閣、第四版、二〇〇八年)、板倉宏『刑法総論』三四頁以下(勁草書房、補訂版、二〇〇七年)、大谷實『刑法講義総論』六一頁以下(成文堂、新版第四版、二〇一二年)、西田典之『刑法総論』五六頁以下(弘文堂、第二版、二〇一〇年)、前田雅英『刑法総論講義』四九頁以下(東京大学出版会、第六版、二〇一五年)、山口厚『刑法総論』一七頁以下(有斐閣、第二版、二〇〇七年)など。

(2) 徳島市公安条例事件以前の裁判例については、佐藤文哉「法文の不明確による法令の無効(二完)」司法研修所論集一九六七―二二三四頁以下(一九六七年)の八九―九三頁、芝原邦爾『刑法の社会的機能』二二二―二二四頁(有斐閣、一九七三年)など参照。

(3) 門田成人「刑罰法規明確性の理論と『公正な告知』の概念(二完)」島大法学三四卷三号八七頁以下(一九九〇年)の二二〇頁参照。

(4) 佐藤・前掲注(2)及びこれに先立つ、佐藤文哉「法文の不明確による法令の無効(一)」司法研修所論集一九六七―二二四頁

以下（一九六七年）を意味する。

(5) 小田健司「判解」最高裁判所判例解説刑事事篇—以下、「最判解刑」と略記—（昭和五〇年度）一五六頁以下（法曹会、一九七九年）の一九六頁は、「〔…〕外延の不明確性の問題については、被告人の行為がこのような外延に関する場合であれば格別、被告人の行為がその規定の適用を受けることが明白な典型的事例に関する場合には、被告人はその規定の外延の不明確性によってなら自己の権利を侵害されるわけではないのである。そうであるとすれば、本件の具体的事実関係に適用される限りにおいて明確性に欠けるところはないとして外延の不明確性の問題をとらあげないことも可能であろう」とする。また、高辻裁判官の意見は、本文のように解する根拠として、被告人の権利が侵害されないことのほかに、法令の合憲違憲の判断は司法権の行使に付随して具体的事実に対する当該法令の適用に関して必要とされる範囲においてすれば足り、また、その限度にとどめることが相当であると考えられることをあげている（刑集二八卷八号五二〇頁）。これは、佐藤・前掲注(2)三三三頁の「事件性の問題」と同様の考えであろう。

(6) 佐藤・前掲注(4)六〇頁参照。

(7) 淫行勧誘罪の「淫行ノ常習ナキ婦女」については、従来、「無貞操に性交を行う習癖のない婦女をいうことになろう」、「特定の一人を相手とする限り姦婦でもよく、〔…〕逆に頻繁に代えることがなければ同時期に多数の男を持つ女でもよいと解する」といった解釈がされていた—団藤重光編『注釈刑法(4)各側(2)』三三二頁以下〔所一彦〕（有斐閣、一九六五年）参照。

福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決が出た後も、とくに解釈の顕著な変更はみられない—大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第九卷（第一七四条）第一九二条』一一〇頁〔龜山継夫∥河村博〕（青林書院、第三版、二〇一三年）参照。

(8) 高橋省吾「判解」最判解刑（昭和六〇年度）二〇一頁以下（法曹会、一九八九年）の二一六—二一九頁参照。

(9) 原田國男「判解」最判解刑（平成元年度）二八八頁以下（法曹会、一九九一年）の三二五頁は、施行規則や告示が法規範として一般に公示されているものであることを考慮して、岐阜県青少年保護育成条例事件の場合は、明確性の原則を充足しているともみることができるとする。

(10) 飯田喜信「判解」最判解刑（平成一〇年度）九八頁以下（法曹会、二〇〇一年）の一〇六頁は、上告審決定の基底には

「『有害』が食品による人の健康に対する危害を指すことは明らかであるから、限定解釈を加える必要はないという考え」があると推察され、また、第二審判決が、アブラソコムツの販売等に食品衛生法四条二号を適用する限りにおいて規定の文言は明確である旨の説示をしているのは「アブラソコムツが人の健康危害を引き起こす食品であることは疑いがないから、本件では、規定文言の明確性を論じるに足りる事件性がないという考え方」に基づく説示であると理解しようとしている。

(11) 札幌税関検査違憲訴訟事件上告審判決（最大判昭和五九年一月二二日民集三八卷二二号一三〇八頁）は、「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかになる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならぬ」（最高裁昭和四八年（あ）第九一〇号同五〇年九月一〇日大法廷判決・刑集二九卷八号四八九頁参照）」と徳島市公安条例事件上告審判決を引用して述べており（民集二八卷二二号一三三四頁）、この基準については、広島市暴走族追放条例事件上告審判決の那須裁判官の補足意見（刑集六一卷六号六〇八頁）のほか藤田裁判官の反対意見（刑集六一卷六号六一頁）でも触れられているので、この判決に関与した裁判官の間で議論の前提にされていたものであると推認できる。

(12) 前田巖「判解」最判解刑（平成一九年度）三七九頁以下（法曹会、二〇一一年）の三九四～三九五頁は、札幌税関検査違憲訴訟上告審判決、福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決は、「規制の対象とされた具体的行為が本来的に合憲的に規制し得るものであった事案」ということができるのに、広範性・明確性の問題に答えており、規定を文言上違憲とする適格を認める立場に立つものと解され、広島市暴走族追放条例事件上告審判決の法廷意見も被告人の行為が「限定解釈される処罰行為の核心部分」にあることを前提にしつつ違憲主張の「主張適格を認めたものと理解できよう」とする。

(13) 世田谷区清掃・リサイクル条例事件のさまざまな問題点につき、例えば、山本善貴「刑罰法規の明確性と罪刑法定主義」板倉宏監修・著、沼野輝彦Ⅱ設楽裕文編『現代の判例と刑法理論の展開』一七頁以下（八千代出版、二〇一四年）参照。

(14) 三浦透「判解」最判解刑（平成二〇年度）六九九頁以下（法曹会、二〇一二年）の七一六頁は、ある程度性的な意味合い

がある特定部位をねらって撮影したのでなければ「卑わいな言動」にあたりとみることは困難であり、「肩、背中などをねらった場合は一般的には積極の判断をすることは困難ではないかと思われる」とする。

(15) 井田良『講義刑法学・総論』三八頁(有斐閣、二〇〇八年)は、罪刑法定主義は刑罰権行使に民主主義的正当性を与え、同時に歯止めをかけようとするものであり、「不明確な法律は国家権力の民主的コントロールのためにも役立たない」とする。民主主義的要素のない下位規範による明確化はこのような観点からも否定されるべきであろう。

(16) 佐藤・前掲注(2)四六～四七頁は、解釈の結果は明確性の基準に達しているものでなければならず、また、実質的に当該法令を書きかえるような解釈は用いられてはならないとする。

(17) 福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決については、学説においても、反対意見を支持する見解が有力である―西田・前掲注(1)五七頁、山口・前掲注(1)二二頁、浅田和茂『刑法総論』五八頁(成文堂、補正版、二〇二二年)、曾根威彦『法の重要問題「総論」』一五頁(成文堂、第二版、二〇〇六年)、伊東研祐「刑法の解釈」阿部純二ほか編『刑法基本講座(第一巻)―基礎理論、刑罰論』五八頁(法学書院、一九九二年)など参照。ごく最近のものとして、清水洋雄「国民目線の刑法」日本法学八二巻二号一三七頁以下(二〇一六年)の一四四頁参照。

(18) Vgl. etwa *Claus Roxin, Strafrecht AT*, Bd. I, 3. Aufl., 1997, § 5, Rn. 11, 67-82, S. 98-99, 125-130; *Klaus Hoffmann-Holland, Strafrecht AT*, 2007, S. 27-28.

憲法九条による自衛権の制約について

——政府解釈を中心に——

杉 山 幸 一

はじめに

平成二六年、安倍内閣は、現行憲法の下で集団的自衛権の行使を容認する閣議決定を行い、そして平成二七年に集団的自衛権の行使を可能とするための法整備（平和安全法制）がなされた。これにより、憲法九条の下で日本も限定度であれ、集団的自衛権の行使が可能となった。日本は昭和二〇年の終戦直後に現行憲法を制定し、現在に至るまで一度も改正していないにもかかわらず、九条の下で国際情勢などの変化に応じて、防衛・自衛体制を整えていった。特に憲法九条に関する解釈の変遷に伴い自衛権の行使方法やその認識、さらにわが国の自衛権を担う実力組織は大

大きく変化したといえるであろう。自衛権の認識やその内容については、まさに国際情勢に対応して様々な変化をしてきており、憲法制定当初と現在の認識・内容とはまったく異なるものとなっている。さらにその自衛権を担う組織である自衛隊も解釈によりその活動範囲が変化していった。

まず自衛権とは、端的に定義すると「自国を守る権利」であり、国連憲章によつて国家の「固有の権利」であるとされたものである。この自衛権には、個別的自衛権と集団的自衛権といった二つの行使方法があり、前者は単独で自国を守る権利であり、後者は「自国が直接攻撃をうけていなくても、連帯関係にある他の国が攻撃を受けた場合、それを自国に対する攻撃とみなし反撃しうる権利」^①など定義される。

この自衛権について、わが国は憲法九条の下で様々な解釈を展開してきた。そもそも九条では戦争放棄を規定し、それを実現するために戦力不保持と交戦権否認を規定している。それにもかかわらず、自衛権を有し、自衛権を行使する実力を兼ね備えている。平成二六年に変更された現在の政府解釈以前は、九条の下で認められる自衛権は、自国防衛のための必要最小限度の範囲で行使されるとされ、集団的自衛権は憲法上その行使は許されないとされてきた。

そのため、今回の集団的自衛権行使容認への憲法解釈変更については、憲法九条に違反するとして激しい反対運動が展開された。そのような中で、百地教授は、「わが国が主権国家として集団的自衛権を行使できることは明らかだ。ただ、憲法上の制約が一切ないかといえれば異論もありえよう。憲法九条二項が「戦力の不保持」と「交戦権の否認」を定めている以上、それに伴う制約がある、と。そこで政府は集団的自衛権行使を「限定的に容認」^②することになったと思われる。」^③と述べている。つまり、憲法九条によつて、国際法上保有が当然認められている国家固有の権利である自衛権のうち、集団的自衛権の行使を制限しているといえる。

そこで、集団的自衛権を含めた日本における自衛権の実態について政府解釈を中心に、百地教授がいわゆる集団的自衛権の憲法九条二項（戦力不保持、交戦権の否認）による制約とは具体的に何を指すのか、憲法九条による自衛権の制限について若干の検討を試みる。

一・憲法九条下での自衛権

① 個別的自衛権と集団的自衛権

自衛権は、周知のように国連憲章第五条において「この憲章のいかなる規定も、国際連合加盟国に対して武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持に必要な措置をとるまでの間、個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない」と規定しているように、個別的自衛権と集団的自衛権がある。国連憲章第二条^③は武力不行使の原則を定めるが、その例外がこれである。

第一次世界大戦前では、自衛権は自己保存権あるいは緊急避難と明確に区別されなかったため、その発動条件は漠然としたものであったが、一九二八年（昭和三年）に締結された不戦条約により、戦争は違法化し、自衛権による武力行使が例外的に認められることになった。自衛権による武力行使は特別な場合としての性格を明確にし、その発動要件もかなり限定されるようになった。^④この流れを踏襲したのが国連憲章第五条となる。

憲章第五条では、前述のように個別的自衛権と集団的自衛権を国家固有の権利であるとする。個別的自衛権とは、これまで一般的に自衛権と呼ばれてきたものをいい、攻撃を受けた国家が自らの手で反撃する権利とされる。^⑤一方

で、集団的自衛権は第二次世界大戦後に生まれた新しい自衛権の観念であり、「自国が直接攻撃を受けていなくても、連帯関係にある他の国が攻撃を受ける場合には、自国に対する攻撃とみなし、反撃できることとし、しかも自衛権の一種であることとする⁽⁶⁾ことによって、安全保障理事会の許可はいらぬことにし、相互援助義務を容易に発動しうるようにしようという⁽⁷⁾」ものであるとする。集団的自衛権は、端的に言えば、他国への攻撃を自国の攻撃とみなして、共に反撃する権利である。その他国とは国連憲章第五二条に規定されている地域的取極を前提とした国で、密接な関係にある他国ということになる。

個別的自衛権と集団的自衛権は、異なる概念ではあるが、結局は自衛権行使の方法論で分けたものであり、そもそも共に自衛権である。百地教授も二つの自衛権は不可分の関係にあるとし、刑法三六条の正当防衛との比較をすることで明らかであるとしている。刑法三六条は個人に認められた「正当防衛権」に相当するのが、国際社会における国家の「自衛権」と考えるのが、わが国やヨーロッパの国際法学者たちの通説であり、そもそも刑法三六条は「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずした行為は、罰しない」としているように、自己又は他人の権利を防衛するのが正当防衛権であり、これを自衛権に置き換えた場合、前者は個別的自衛権であり、後者は集団的自衛権と置き換えることができる⁽⁸⁾。つまり、個別的自衛権と集団的自衛権はそもそも不可分一体であり、国連憲章五一条に言う「国家固有の権利」たる自衛権はこの二つを内容とするもので、どちらかということではない。

② 憲法九条と自衛権

日本は、自衛・防衛について他国と違い、憲法九条を中心に考えていかななくてはならない。とりわけ、日本は憲法九条二項の戦争放棄、交戦権の否認によって、防衛政策や自衛手段は禁止あるいは制約されるものである。政府は、一項は侵略戦争のみを放棄し、二項で戦力は保持できないが、戦力に至らない自衛力であれば保持可能としている。その保持しうる自衛力の範囲については、必要最小限でなければならぬ。ただし、その具体的な限度については、社会情勢など考え相対的なものであるとしている。そのため、自衛戦争、すなわち自衛権発動に伴う必要最小限度の実力組織（自衛力）として自衛隊が存在する。自衛力とすれば憲法九条の下で武力行使が正当化される。自衛力は自衛権（国家固有の権利）を日本が有していることが前提で、現行憲法下では、自衛権行使要件をみたすとその武力行使が正当化される。

憲法九条は、憲法の中でも複雑な構造をしているため様々な学説が対立している。とりわけ自衛権との関係で問題となるのが、憲法九条二項の「前項の目的を達するため」である。この文言が意味することは何か、この文言次第で、様々な解釈ができてしまう。例えば自衛権は有するが、自衛権を行使するいかなる力を保持することができるかという、実質的に自衛権を放棄していると解することができる。芦部教授は、九条一項は侵略戦争のみ放棄、あるいは全面的に戦争放棄といえども、「前項の目的を達するため」とは、「日本国民は正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」という一項の部分を受けて戦力不保持の動機を示すものに過ぎず、戦力不保持は無条件で規定されている⁹⁾。したがって、いかなる戦力も有することができず結果的に、警察力以外のそれを超える実力部隊を保持することは認められず、自衛権は①外交交渉による侵害の未然回避、②警察による侵害排除、③民衆が武器を持って対抗する群民

蜂起によって行使されるもので、「武力なき自衛権」といえるとしている。¹⁰⁾

さらに、憲法九条二項の「前項の目的を達するため」を前項である一項の目的を侵略戦争放棄であるとした上で、その目的を達成するために「戦力を放棄した」と解すれば、少なくとも自衛のための武力行使が認められ、その行使のために武力保持を禁止していないと解することができる。¹¹⁾つまり、日本は自衛軍を保持することができる¹²⁾と解することができる。この説は学界では少数説となっているが、日本国憲法制定時に行われた「芦田修正」の意図を踏まえた解釈でもある。

また、「前項の目的を達するため」という文言にとらわれることなく、憲法制定時の吉田茂首相は、近年の戦争の多くは自衛の名において行われたことは顕著な事実であって、自衛権を認めることは戦争の誘発につながる「有害な考え」¹²⁾であるとして、九条は自衛権を放棄したとしている解釈も存在した。とはいえ、憲法九条は自衛権を有していても戦力不保持は無条件でなされるべきとする、実質的に放棄したとする考え方と結論は同じである。

このように、憲法九条二項の「前項の目的を達するため」という文言の解釈次第で自衛権を留保しているが事実上行使できないという解釈から、自衛戦力保持を認めた上での自衛権留保といったように幅広く解釈することが可能となる。幅広く解釈できるということは、非常に弾力的な条文でもある。ただ一方で、解釈の難解な条文であり、前述のように自衛戦争を一項で認めるが、二項で戦力を不保持とされ、結局何もできないということになる。つまり、現在の多数説では自衛権は事実上放棄したとも解すことができる。突き詰めて考えると矛盾が生じる可能性も出てくる。このようなことから、百地教授は、憲法現実から目をそらすことなく、実質的な意味の憲法、いいかえれば「生きた憲法」が何であるかを模索する必要があるとし、¹³⁾そのために、現在の九条の解釈は苦肉の策であり、憲法の条文そ

のものに欠陥がある以上、我が国の防衛のためにはこのような解釈もやむを得なかったのかもしれないとしている。⁽¹⁴⁾

現実問題として、「武力なき自衛権」は自衛権を持っていないに等しく、国家固有の権利である自衛権は日本も持っている以上、いざというとき危機管理の観点から当然行使できる体制を整えるのが政府の役割でもある。だからこそ、九条の下で自衛力を整備し、常に九条の制約を受けつつ、集団的自衛権の限定的行使容認まで解釈が展開されてきた。このような現状を踏まえるならば、憲法九条とは一体何を求めている条文なのか。自衛権を有する以上、九条によりその自衛権の内容も決まってくる。しかし、九条は自衛権による武力行使については何も書いていない。そこで、現行制度、すなわち自衛隊を前提とした九条の解釈においてその武力行使が認められない場合を探る必要がある。本稿では今まで解釈し、防衛・自衛の体制を整備してきた政府の有権解釈を中心にその核心部分について探ってみることにする。

二．自衛権に関する政府解釈

① 憲法九条下で許される組織と武力行使

わが国は、政府解釈によれば現在自衛権を保持し、行使できるとしている。そのために、日本は自衛隊を保持しているわけである。自衛隊は、自衛権発動の要件を満たした場合、武力を行使する。その要件については、平成二六年七月一日の閣議決定において、①我が国に対する武力攻撃が発生したこと、又は我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆さ

れる明白な危険があること、②これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないこと、③必要最小限度の実力行使にとどまるべきこと、とされた。¹⁵特に、①我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険、これが組み込まれたことにより、集団的自衛権の限定的行使が認められたとする。

当初日本は、自衛隊という実力組織を有しておらず、朝鮮戦争に米軍が参戦するという必要に迫られ、警察予備隊を組織した。この際、吉田首相はその目的を「これは、全然治安維持であります。秩序維持するためであり：警察予備隊によつて国際紛争を解決する手段とは全然致さない考であります」¹⁶と答弁したように、朝鮮戦争による国内の治安維持が必要になったという社会情勢の変化によつて組織された警察力組織、すなわち実力部隊ということになった。つまり、警察予備隊は治安維持のため、警察組織として実力を行使することになる。この時期はまさに「武力なき自衛権」を主張している時期であり、当然武力行使は認めていない。この解釈から、さらに社会情勢の変化を受けて、解釈を変更し、組織を警察予備隊から保安隊・警備隊とし、昭和二九年に自衛隊とした。

自衛隊が設立されたとき、大村防衛庁長官は「憲法九条は、独立国として我が国が自衛権を持つことを認めている。従つて自衛隊のような自衛のための任務を有し、かつその目的のため必要相当な範囲の実力部隊を設けることは、なら憲法に違反するものではない」¹⁷とし、さらに林法制局長官も「国家が自衛権を持つておる以上：、憲法が：、今の自衛隊のごとき、国土保全を任務とし、しかもそのために必要な限度において持つところの自衛力というものを禁止しておるといふことは当然これは考えられない」¹⁸とした。また、昭和五五年に出された政府答弁書の中で「九条二項は「戦力」の保持を禁止しているが、このことは、自衛のための必要最小限度の実力を保持することまで禁止する

趣旨のものではなく、これを超える実力を保持することを禁止する趣旨のものである¹⁹⁾とされ、ここで必要最小限度の実力⇨自衛力であり、それが自衛隊ということになる。この自衛権行使のための実力組織が自衛隊であると明確になった。

日本の武力行使を実行する組織の変遷は、端的に言えば日本はすべて解釈によって現在の自衛隊まで作り上げていくということになる。すべては国家固有の自衛権を保有することから始まり、その実力組織の改編を解釈で乗り切ること、ここまできている状態である。すなわち、憲法九条ができた当初の解釈から武力行使を可能にした解釈に変更されたことで、憲法九条の内容がかなり変わったとみるべきである。まさに、前述のように百地教授がいう「生きた憲法」を模索した結果であるといえる。

② 自衛権に関する政府解釈の変遷

憲法九条二項にいう「戦力」に該当しない警察力から自衛力に至るまでの解釈の変遷の中で、同時にこれらの前提となる自衛権の解釈も変遷してきた。そこで、自衛力は自衛権行使のために必要であるが、果たして憲法九条二項の下でどこまで可能であるのか、さらに言えば平成二八年から施行された平和安全法制による集団的自衛権の限定的行使が可能かどうか。憲法九条が禁止していることは、どのような認識でいるのか、自衛権に対する政府解釈を中心に検討する。

・憲法制定過程（制定直後）

終戦後、すぐに憲法改正作業が行われ、第九〇回帝国議会において有名な吉田・野坂論争が行われた。その中で、自衛権についてのやり取りがあり、吉田首相は「戦争放棄ニ関スル憲法草案ノ條項ニ於キマシテ、國家正當防衛權ニ依ル戰爭ハ正當ナリトセラルルヤウデアアルガ、私ハ斯クノ如キコトヲ認ムルコトガ有害デアルト思フノデアリマス」と、國家正當防衛權による戦争、すなわち自衛戦争は有害であるとした上で、「正當防衛權ヲ認ムルコトガ偶々戰爭ヲ誘發スル所以デアルト思フノデアリマス」と、結局自衛権行使の結果、自衛戦争になるということは、自衛権行使が戦争を誘発することには変わりないとして、自衛権を認めることは有害であるとした。その後、この考えが微妙に変化する。昭和二四年一月二一日外務委員会で吉田首相は「日本は戦争を放棄し、軍備を放棄したのであるから、武力によらざる自衛権はある、外交その他の手段でもつて國家を自衛する、守るといふ權利はもちろんある」とし、外交その他の手段による自衛権について認めた。これがいわゆる「武力なき自衛権」である。しかし、この武力なき自衛権は、結局自衛権は有害として九条の下では認めないとした解釈から、武力は伴わないが、國家の自衛権については否定することはなくなった²²。これに関連して、同委員会で川村政務次官も「いわゆる軍備を基礎にしました戦争は、今日放棄いたしておりますけれども、自衛権というものに対しましては放棄いたしておりません²³」と、武力なき自衛権の保有を認めている。すなわち、ここに至って、自衛権の否定から武力を伴うものではないが國家固有の權利とされる自衛権について認めたことは、まず解釈が変更されたとみていいのではないだろうか。

・警察予備隊創設と自衛隊創設

少なくとも、警察予備隊が創設される以前では、自衛権を放棄していないが、二項の「戦力不保持」により実質的に放棄しているに等しいとされていることから、自衛権の存在を認め「武力なき自衛権」という概念に変更された。しかし、形式的には自衛権そのものの存在は認められたが、実質的にはあまり意味が変わっていないとみることができる。やはり、それは自衛権行使の前提である武力を行使する実力組織がないからだといえる。

昭和二五年一月の吉田首相による施政方針演説でも「世界の平和と文明と繁栄とに貢献せんとする国民の決意それ自身が、わが安全保障の中核をなすものであります」とし、「戦争放棄の趣旨に徹することは、決して自衛権を放棄するということの意味するものではない」としているように、「武力なき自衛権」であることを示している。²⁴

昭和二五年六月二五日勃発した朝鮮戦争により、日本占領のために駐留していた米軍は朝鮮半島に出動することになり、日本が軍事的空白地帯となってしまう。そこで、GHQの要請に応じる形で、政令によって警察予備隊を同年八月一〇日に設置してしまった。これに先立って、昭和二五年七月に吉田首相は、警察予備隊は「国際紛争を解決する手段とは全然いたさない考であります」とし、あくまで朝鮮戦争に伴う国内の争乱を押さえる治安維持のための組織であった。そして、自衛権については「武力による自衛権は放棄したのであるから、あくまでも放棄すべきである」という見解は今なお私は堅持して捨てないのではありません²⁵」という従来からの「武力なき自衛権」という見解を変えていないと強調した。さらに、吉田勝男国務大臣は「外部からの方からの侵略があつたような場合には、これはこの警察予備隊であろうと、普通の警察だろうと、又我々普通の国民であろうと、これは一致してこの侵略を防ぐ努力をするのは当たり前であります、この警察予備隊に特にその任務を課しておるわけではない²⁶」とした。あくまで、警

察予備隊は警察力を行使する実力組織であり、自衛権行使に必要な武力ではないという趣旨と解することができ、侵略に対しては国民全員で防がなければならないという考えが窺える。

そして、昭和二六年に集団的自衛権については個別的自衛権の共同行使と捉え、日本については「わが憲法の解釈としては、これは採用しにくい」とした。この時期は、まだ警察予備隊であり、未だに「武力なき自衛権」という見解を維持している時期のため、武力を伴う通常の自衛権を前提とした集団的自衛権については、日本は採用できないとするのは当然であるといえる。

昭和二七年にサンフランシスコ講和条約が発効し、独立を回復したと同時に日米安保条約が発効した。これに伴い、警察予備隊は保安隊及び警備隊に改変されることになった。²⁷⁾ さらに、昭和二九年に、保安隊及び警備隊は陸・海・空の自衛隊となった。自衛隊が発足したことにより、本格的に武力を前提とした自衛権について議論されるようになった。昭和二九年四月六日の衆議院内閣委員会で佐藤達夫法制局長官が「急迫不正の侵害、すわなち現実的な侵害があること、それを排除するために他に手段がないということ、しかして必要最小限度のそれを防禦するために必要な方法をとるといふ、三つの原則を厳格なる自衛権行使の条件と考えて」²⁸⁾ いるとし、自衛権行使の三原則を掲げ、自衛隊という実力組織を前提とした自衛権という解釈に変化している。

このように自衛権の解釈変更により、その存在が認められた自衛隊であるが、昭和二九年六月二日参議院において、「本院は、自衛隊の創設に際し、現行憲法の条章と、わが国民の熾烈なる平和愛好精神に照し、海外出動はこれを行わないことを、茲に更めて確認する。」とする「自衛隊の海外出動を為さざることに関する決議」が行われた。ここで、自衛隊はわが国の自衛権を行使する実力組織であると同時に、海外への出動は認めないという基本方針が確認さ

れた。さらに、同年六月三日衆議院外務委員会において、下田条約局長は平和条約によって、日本国の集団的、個別的の固有の自衛権というものは認められるとした上で「日本憲法からの観点から申しますと、憲法が否認してないと解すべきものは、既存の国際法上一般に認められた固有の自衛権、つまり自分の国が攻撃された場合の自衛権である」とし、「結局憲法で認められた範囲というものは、日本自身に対する直接の攻撃あるいは急迫した攻撃の危険がない以上は、自衛権の名において発動し得ない²⁹⁾」とした。同年一月二二日には鳩山内閣の自衛権に関する統一見解を示し、「憲法は自衛権を否定していない。：わが国が自衛権を持つてゐることはきわめて明白である」。「憲法九条は、独立国としてわが国が自衛権を持つてゐることを認めている。従つて自衛隊のような自衛のための任務を有し、かつその目的のため必要相当な範囲の実力部隊を設けることは、何ら憲法に違反するものではない³⁰⁾」とした。

自衛隊が創設された時点で、日本国の自衛権は憲法によつて否定あるいは禁止されるものではなく、保有していることが明白になった。吉田内閣と鳩山内閣の自衛権解釈で決定的に違うことは、憲法九条の下で武力を前提とする自衛権の保有と行使を認めたということになる。ここにおいても社会情勢や時代の変化に応じて、「武力なき自衛権」から一般的に認識される「武力を前提とした自衛権」へと憲法九条の解釈を変更したとみるべきである。

また、自衛隊という実力組織を有したことで、その自衛権の範囲について問題となったが、基本的には自国への攻撃または急迫した攻撃の危険が行使の要件となつており、この要件を満たさなければ自衛権を行使することはないとした。つまり、逆に言えばこの要件を満たさない自衛権の行使は、現行憲法では制限されることを意味する。この点について前述の昭和二九年六月三日の下田条約局長が「外国と純粹の共同防衛協定、つまり日本が攻撃されれば、相

手国は日本を助ける、相手国が攻撃されたら、日本は相手国を助ける、救援におもむくという趣旨の共同防衛協定を締結することは、「現行憲法では認められないとし、さらに同局長は「集団的自衛権、これは換言すれば、共同防衛または相互安全保障条約、あるいは同盟条約ということでありまして、つまり自分の国が攻撃されもしないのに、他の条約国が攻撃された場合に、あたかも自分の国が攻撃されたと同様にみなして、自衛の名において行動することは、一般の国際法から直ちに出て来る権利では」なく「特別の条約があつて条約上の権利として生まれる権利」であるとした上で、日本はこのような集団的自衛権を前提とする共同防衛協定を締結することは認められないから、この協定を前提とした自衛権は行使できないとしている³¹。これは、憲法九条、特に戦力不保持によつて日本は自衛力の保持を認め、他国を守るために共同して武力攻撃に対処することまで認めていないことで、国際法上認められた国家固有の権利たる自衛権、特に集団的自衛権の制限をしているといえるであろう。つまり、共同防衛、相互安全保障条約などによつて自国が攻撃されていないにもかかわらず自衛権を発動することは憲法によつて認められないということは、一般的にいう集団的自衛権が行使できないといえる。

昭和三四年三月一六日参議院予算委員会において、林修三法制局長官が集団的自衛権について「武力行使という点においての集団的自衛権ということにかぎつてお答えいたしますが、結局、集団的自衛権と普通にいわれております、武力行使との関連において集団的自衛権といわれておりますのは、要するに自国と非常に関連のある他国が侵略された場合に、その他国を援助する」ものであるとした上で、「外国の領土に、外国を援助するために武力行使を行うという点の点だけにしぼつて集団的自衛権ということが憲法上認められるかどうかということをおっしゃれば、それは今の日本の憲法に認められている自衛権の範囲には入らない」とした。さらに、「外国の領土において外国を援助

する、外国を援助するという意味は武力行動を外国においてやる。これを集団的自衛権の行使といい、日本の憲法の範囲には入らない³²⁾とした。つまり、海外で他国の領土において他国を援助するために武力行使することは、憲法が認める自衛権には入らない、このような武力行使はまさに海外派兵であり、本来の意味での自衛権（自国を守るという意味）ではないため、憲法九条によって制限されている見るべきである。

同年一月二六日の衆議院内閣委員会において赤城防衛庁長官も海外派兵はやらない、「日本の自衛力というものはほんとうに自衛のためのものだけで、ほかは自衛のためといっても外へ出ることができません。ところがそういうことはできないのが日本の憲法の建前であります³³⁾」と、外へ出ることを前提とする自衛権、すなわち海外に出ていて自衛権を行使することは、他国とは違い憲法によって認められないということを示しているものといえる。この解釈から、集団的自衛権のみならず、個別的自衛権も含め、憲法九条によって自衛権そのものが制限されているとみることができよう。

さらに同年一二月に下された砂川事件最高裁判決では、「主権国として持つ固有の自衛権は何ら否定されたものではなく、日本の平和主義は決して無防備・無意識のものではないとした。つまり、国際法的に認められている自衛権、国連憲章第五一条の個別的、集団的自衛権は日本においても法的に否定されるものではない³⁴⁾。ただ自衛権の行使は、結局憲法九条によつて、制約されると解することができる。つまり国内法的には憲法が条約より優位に立つため、国際法上認められていてもそれを国内でどのようにするのかは各国の事情によつて異なる。ではどの程度の制約なのかは、これは政策論である。これについて田中耕太郎裁判官補足意見で「防衛力の規模および充実の程度やいかなる方策を選ぶべきかの判断は、…政府の裁量にかかる純然たる政治的性質の問題である。法的に認め得ることは、国家

が国民に対する義務として自衛のために何等かの必要適切な措置を講じ得、かつ講じなければならぬという大原則だけである」と述べている。つまり防衛方法や自衛権行使の方法については政府の裁量Ⅱ政策論であり、法的には国民に対する義務として自衛の措置を講じなければならないということである。ただし、自衛の措置を法的に講じる場合、わが国は憲法九条という法規範によつて許されないことはある。それが、今後の法的な問題として議論されていくことになる。

・日米安全保障条約改定以後の自衛権

これまでの政府解釈や砂川判決から、日本は自衛権を認め、さらに武力行使を伴う自衛権へと解釈が変更され、その自衛権を行使するための実力組織を自衛隊とした。そして昭和三五年一月に新安保条約を締結した。同年三月三日参議院予算委員会において岸首相は「いわゆる集団的自衛権というものの本体として考えられておる締約国や、特別に密接な関係にある国が武力攻撃をされた場合に、その国まで出かけて行つてその国を防衛するという意味における私は集団的自衛権は、日本の憲法上は、日本は持つていない、かように考えております。∴集団的自衛権という内容が最も典型的なものは、他国に行つてこれを守るということでございますけれども、それに尽きるものではないとわれわれは考えておるのであります。そういう意味において一切の集団的自衛権を持たない、こう憲法上持たないということは私は言い過ぎだと、かように考えております。しかしながら、その問題になる他国に行つて日本が防衛するということは、これは持てない。しかし、他国に基地を貸して、そして自国のそれと協同して自国を守るというようなことは、当然従来集団的自衛権として解釈されている点でございまして、そういうものはもちろん日本として

持っている、こう思っております⁽³⁵⁾」と述べている。つまり、岸首相がのべているのは、前述の下田局長や林法制局長官が述べているように自衛権発動に伴う海外派兵（共同防衛協定や相互安全保障条約などを締結している密接な関係にある他国が攻撃されたときに、自国の攻撃とみなして他国の領域で攻撃を加える）は憲法上認められない。すなわちそれが典型的な集団的自衛権であり、日本国憲法は認めていないとする。ただし、集団的自衛権は典型的な場合のみとは限らず、「他国に基地を貸して、そして自国のそれと協同して自国を守る」という形の集団的自衛権行使の余地を残している。岸首相は「海外派兵」を含まない集団的自衛権の限定的行使を認めたと言っても過言ではない。

もはや、自衛権の問題はその行使の形態、特に集団的自衛権について、保有するがその行使の方法については、憲法の制限を受けるという議論が流れとなっている。そして、松本善明衆議院議員の質問趣意書に対する佐藤栄作首相の答弁書の中で自衛権を行使し得る地理的範囲に対する政府解釈がなされ、「わが国には固有の自衛権があり、その限界内で自衛行動をとることは憲法上許されるとの見解のもとに、いわゆる「海外派兵」は、自衛権の限界をこえるが故に、憲法上許されない」としながらも、「かりに、海外における武力行動で、自衛権発動の三要件（わが国に対する急迫不正な侵害があること、この場合に他に適当な手段がないこと及び必要最少限度の実力行使にとどまるべきこと）に該当するものがあるとするれば、憲法上の理論としては、そのような行動をとることが許されないわけではないと考える⁽³⁶⁾」と述べている。

この時期より、自衛権に関する中心的な論点はその範囲の問題となっていく。その中で昭和四七年一〇月一四日の政府資料では、自衛権の保有と行使を認める一方で、「だからといって、平和主義をその基本原則とする憲法が、右にいう自衛のための措置を無制限に認めているとは解されない」とし、「あくまで外国の武力攻撃によって国民の生

命、自由及び幸福追求の権利が根底からくつがえされるといふ急迫、不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るための止むを得ない措置としてはじめて容認されるものであるから、その措置は、右の事態を排除するためとらるべき」と、「わが憲法の下で武力行使を行うことが許されるのは、わが国に対する急迫、不正の侵害に対処する場合に限られるのであつて、したがつて、他国に加えられた武力攻撃を阻止することをその内容とするいわゆる集団的自衛権の行使は、憲法上許されないといわざるを得ない³⁷⁾」としたことで、いわゆる集団的自衛権の行使は憲法によつて制限され、許されないとした。

そして、安倍内閣以前まで憲法解釈として確固たる地位にあつたのが、昭和五六年の内閣法制局による政府答弁書である。この答弁書の中では集団的自衛権の定義について「国際法上、国家は、集団的自衛権、すなわち、自国と密接な関係にある外国に対する武力攻撃を、自国が直接攻撃されていないにもかかわらず、実力をもつて阻止する権利を有しているものとされている」とし、「我が国が、国際法上、このような集団的自衛権を有していることは、主権国家である以上、当然であるが、憲法第九条の下において許容されている自衛権の行使は、我が国を防衛するため必要最小限度の範囲にとどまるべきものであると解しており、集団的自衛権を行使することは、その範囲を超えるものであつて、憲法上許されないと考えている³⁸⁾」とし、いわゆる集団的自衛権は保有するが行使は許されない、という憲法解釈が出された。この答弁書における集団的自衛権の解釈ポイントは、自衛権行使はわが国を防衛するためであり、他国への攻撃を阻止するために行うものではないということである。他国への攻撃阻止を目的とした自衛権による武力行使は認められないとする。これは、前述の岸首相、下田局長や林法制局長官などが答弁しているとおりである。またこのいわゆる集団的自衛権の行使は他国への攻撃を阻止するためであるので、必然的に他国での戦闘を前提とし

ている。その他国での戦闘に自衛隊が参加して武力行使をするということになる。ということは、憲法九条が許していない、制限している自衛権とは相変わらず他国の領域においての武力行使であり、すなわち「海外派兵」ということになる。⁽³⁹⁾

その後自衛隊は、PKOへの参加、そして平成九年の新ガイドラインの制定によりアジア太平洋地域に展開する米軍の活動を日本の領域を超えた周辺地域において支援することが謳われたことにより、その活動を海外へと広げていった。その際、必ず問題となるのが、現地での武器使用である。他国の領域内で自衛隊が武器を使用することが武力行使に該当するのかが問題となった。これは、結局、「海外派兵」にならないようにするためであり、あくまで「海外派遣」で自衛隊が活動し、武器使用は護身のためということであった。

平成一一年に周辺事態法が制定され、周辺事態という新たな概念が誕生し、これが現在の重要影響事態へとつながった。そして、平成一三年の同時多発テロを受けて制定されたテロ特別措置法による海上自衛隊のインド洋への派遣がなされた。このときも「海外派兵」につながる武力行使との一体化が問題となった。⁽⁴⁰⁾

平成一五年のミサイル防衛を可能とする有事法制が議論されたときも、内閣官房長官談話の中で「今回我が国が導入するBMDシステムは、あくまでも我が国を防衛することを目的とするものであって、我が国自身の主体的判断に基づいて運用し、第三国の防衛のために用いられることはないことから、集団的自衛権の問題は生じません⁽⁴¹⁾」とし、あくまで日本の防衛のためであり、他国のためにミサイルを発射することではないとしている。これも武力一体化論の延長線上にあるといえる。

平成二一年一月四日衆議院予算委員会において鳩山首相は「同盟関係を結んでいる一方のアメリカの本土が、：

攻撃を受けたときに、果たして日本がそれに対して武力行使というものを行ってよいかどうかという発想があります。そういった発想が、…憲法九条の中で日本がとるべきではないといっている集団的自衛権⁴²であるとした。つまり、この発言はまさに「海外派兵」を前提とした集団的自衛権の行使はできないということである。

・平成二六年集団的自衛権の限定的行使容認

平成二六年七月一日に「我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合において、これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないときに、必要最小限度の実力を行使する…憲法上許容される上記の「武力の行使」は、国際法上は、集団的自衛権が根拠となる場合がある。この「武力の行使」には、他国に対する武力攻撃が発生した場合を契機とするものが含まれるが、憲法上は、あくまでも我が国の存立を全うし、国民を守るため、すなわち、我が国を防衛するためのやむを得ない自衛の措置として初めて許容されるものである」とする閣議決定がなされた。この閣議決定による政府解釈は、自衛権行使について「国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険」がある場合、必要最小限度の範囲で行使を認めるとした昭和四七年解釈を援用した上で、認めている。さらに自衛権行使に伴う「武力の行使」には、集団的自衛権があるとしたが、これを全て認めるのではなく日本の存立を危うくし、国民を守るためのやむを得ない場合に行使をずとした。つまり、佐藤首相の答弁書の内容（自衛権の地理的範囲について）をより詳細にしたとみることができ、さらに集団的自衛権限定的行使の内容について、岸首相が述べていた限定的行使（アメリカ

軍駐留)の範囲を拡大したとみることができる。

また、NATOのような相互安全保障条約によって、自国に向けられた攻撃ではないにも関わらず、同盟国が攻撃された場合、自分の国への攻撃と見なして、協同して侵略行為に対処するという最も典型的な集団的自衛権(海外派兵を含む)の行使は、この解釈ではできないことになっている。これは従来から答弁が繰り返されてきた内容と変わらないといえよう。

三・ 政府解釈からみる自衛権の範囲

① 自衛権に対する制約

憲法制定当初、政府は自衛権保有を否定、あるいは武力を前提としない「武力なき自衛権」という捉え方であった。当然、GHQの占領下であり、日本が独自に実力組織を持たなくてもいい状況であった。しかし、警察予備隊ができ、保安隊・警備隊から自衛隊ができたことにより、自衛権の解釈も変わっていった。前述のように当初はどのように行使するかは非軍事的措置(吉田首相は、前述のように「日本は戦争を放棄し、軍備を放棄したのであるから、武力によらざる自衛権はある、外交その他の手段でもつて国家を自衛する、守るという権利はもちろんある」としている)を前提としているため、武力行使の範囲や場所といった問題は生じることはなかった。警察予備隊も国内の治安維持を目的とする実力組織のため、自衛のための自衛組織ではないことは明らかであった。しかし、自衛隊になるとその目的は、自衛権行使のための組織であることが明確になる。そこで、議論は自衛権による武力行使の程度の問題となってくる。ここまでの解

釈の変遷を見ていると、憲法九条はまったく変わっていないのに、解釈による運用によって内容が変わっていったことがわかる。まさに「生きた憲法」、国際情勢など社会の変化に応じてその都度、妥当な運用は何であるのかを政府が考えてきた結果であるといえる。

また、憲法制定直後、自衛権に関してその保有を否定し、さらに「武力なき自衛権」という解釈から自衛隊という実力組織を前提とした自衛権になった。これは憲法解釈の変更がなされたとみていい。この解釈変更により、日本は武力を前提とした自衛権行使が可能となった。しかし、あくまで「必要最小限度の実力」でなければならないが、問題は解釈によってわが国の自衛権行使の運用がなされる中で、政府見解や百地教授は憲法九条により制限されているとする。では、憲法九条が「必要最小限度の実力」の限界、すなわち自衛権行使において自衛隊の武力行使を具体的にどのような制限しているのか。

それを示すのが自衛隊創設直後の参議院「自衛隊の海外出動を為さざることに関する決議」である。ここで、まず自衛隊は海外出動をしないということが明確に打ち出された。またその後の岸首相、下田局長などの答弁にあるように他国への攻撃参加はあり得ない。つまり、あくまで自衛隊は、外部からの武力攻撃を日本から排除するために存在するのであり、これ以外の目的については、武力行使は認められないとする。それゆえ、集団的自衛権は共同防衛協定など結んでいる密接な関係の他国が攻撃され、日本への武力攻撃が発生していないにもかかわらず、海外で武力行使をすることは、認められてこなかった。それが共同防衛協定、相互安全保障条約を前提とする集団的自衛権であり、一般的にいう集団的自衛権となる。そのため、たとえ自衛隊の活動領域が他国の領域へと及ぶ海外派遣へと拡大していったときに、必ず他国との武力行使一体化が問題となった。⁴³ それを同盟関係にある他国（特にアメリカ）と協同し

て行くと、まさに集団的自衛権の行使につながってしまふからである。平成二六年の集団的自衛権に関しては「あくまでも我が国の存立を全うし、国民を守るため、すなわち、我が国を防衛するためにやむを得ない自衛の措置として」行使が認められる⁴⁴としても、他国への攻撃が日本を危機的状况に追い込まれる可能性がある場合にのみ、自衛隊が出動するのであつて、日本が攻撃されていなく、また単に密接な関係にある他国を助ける場合にその国と共に海外の領域に出動して武力行使をするというわけではない。もし、密接な関係にある他国と共に日本の領域外あるいは相手国領域内で武力攻撃する場合は、自衛隊の「海外派兵」となり、憲法は許していない。この海外派兵こそ、歴代の内閣が憲法九条によつて認められないものとしており、自衛権を制約しているとみるべきである。

② 「海外派兵」と自衛権

「海外派兵」に関しては、自衛隊創設以来一貫して憲法によつて禁止されているとする。この「海外派兵」をどのように日本は捉えているのか。

「海外派兵」とは、「通常敵国の領土に兵力を派遣しまして、そうして事実上兵力による制圧の状態をそこに確立する⁴⁵」こと、あるいは「武力行使の目的をもつて武装した部隊を他国の領土、領海、領空に派遣すること⁴⁶」といわれる。自衛のためではなく海外での軍事行動・武力行使を目的とする海外派兵と、密接な関係にある他国への攻撃を自国への攻撃とみなして海外へ行き、他国の領域で武力を行使する海外派兵がある。前者は侵略であり、もはや自衛権行使とはいえず、後者はいわゆる一般的・典型的な集団的自衛権の行使にともなう「海外派兵」となる。海外での自衛隊の武力行使について、前述のように政府は「かりに、海外における武力行動で、自衛権発動の三要件（わが国に

対する急迫不正な侵害があること、この場合に他に適当な手段がないこと及び必要最少限度の実力行使にとどまるべきこと)に該当するものがあるとするれば、憲法上の理論としては、そのような行動をとることが許されないわけではないと考⁴⁷える」というように、海外での自衛隊の武力行動を自衛権発動要件であれば可能であるとした。問題はここである「海外」という表現であるが、この場合、従来のわが国の自衛権発動三要件の「わが国に対する急迫不正の侵害がある」ということは、「我が国」が侵害されうる「海外」であり、あくまでも日本が直接侵害される可能性のある「海外」、それは近隣の公海上、あるいは空域を指すといえよう。つまり、日本は密接な関係にある他国への攻撃を自国への攻撃とみなし、他国へ出かけていってその国と共に武力行使をする集団的自衛権(典型的)は入る余地がないといえる。

さらに軍事行動でない海外での活動に関しても、PKO関連で工藤法制局長官が「国連がその平和維持活動として編成した平和維持隊などの組織に参加する場合に、まず第一に武器の使用、これは我が国要員等の生命、身体の防衛のために必要な最小限のものに限られる、これが第一でございます。

それから第二に、紛争当事者間の停戦合意、これが国際平和維持活動の前提でございますが、そういう紛争当事者間の停戦合意が破れるということなどで我が国が平和維持隊などの組織に参加して活動する、こういう前提が崩れしまった場合、短期間にこのような前提が回復しない、このような場合には我が国から参加した部隊の派遣を終了させる、こういった前提を設けて参加することといたしております。

したがいまして、仮に全体としての平和維持隊などの組織が武力行使に当たるといえるところがあるとしても、我が国としてはみずからまず武力の行使はしない、それから、当該平和維持隊などの組織といわゆるそこが行います武力行使と一体化するようなことはない、こういうこととございまして、その点が確保されておりますので、我が国

が武力行使をするというような評価を受けることはない。したがって、憲法に申します平和主義、憲法前文で書かれ、あるいは憲法九条で武力の行使を禁止している、そういう点につきまして憲法に反するようなことは⁽⁴⁸⁾ない」と解し、武力行使と一体化しない武器の使用という観点から、海外派兵と海外派遣を分けて考えている。

集団的自衛権の限定的行使容認の解釈が閣議決定によりなされ、安保関連法制が整備されたことで、日本も海外で密接な関係にある他国（アメリカなど）と共に自衛のための海外で武力行使を可能とした。この場合の集団的自衛権は他国に行つて、侵略された他国等とともに武力行使を行うことではなく、あくまで他国への攻撃によつて日本の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険が及ぶ場合に、自衛権を行使することができるとする。これは、前述の海外派兵を伴う自衛権行使（典型的な集団的自衛権）とは違い、あくまで日本に危険が及ばなければならない。端的にいえば、昭和四四年の佐藤首相の自衛権の地理的範囲に関する答弁書にある海外での自衛権行使（かりに海外における武力行動で、自衛権発動三要件に該当するものがあるとするれば、憲法上の理論としては、そのような行動をとることが許されないわけではない）に他国と共同して対処するということであり、「海外派兵」には当たらない。

以上みてくると「海外派兵」こそ、日本国憲法第九条が制限している武力行使の形態であり、日本ではこれが禁止され、その限りにおいて自衛権が制限されているといえる。

おわりに

結局のところ、警察予備隊が創設されて以来、政府解釈を見る限り日本では「海外派兵」が禁止されている。これは個別的自衛権だろうと集団的自衛権であろうと関係ないことである。自衛隊はあくまで自衛のための実力であり、自衛というものの集団的自衛権の中には、他衛的要素が含まれる部分もある。その部分に関しては、政府は一貫して「海外派兵」と繋がるとして憲法九条が許さないとしてきている。つまり、憲法九条は「海外派兵」を許さないとしていると解することができ、これ以外は政策論の問題となる。この憲法九条の枠の中でどうするかは、時の政府が国民の生命と安全を確保するために安全保障を考えていく。まさに日本の国家としての危機管理として憲法九条をネガティブリスト的解釈で捉え、必要な措置を執ることを政府は義務づけられている。憲法九条は法規範である以上、禁止されていることあるいは認められることを見いださなければならぬ。少なくとも政府解釈を見る限り、憲法九条二項は、戦力の保持を禁止しているが、そこまでに至らない自衛権を行使するため、自衛のための実力（自衛力）の保持までは禁止していない。つまり、自国を守るためならば武力行使はできる。しかし、自衛の中でも集団的自衛権になると、「海外派兵」の要素を持った武力行使を含むことになる。すなわち、「我が国以外の第三国に別の国から武力攻撃が加えられても、これによってわが国の国民全体の生命等に危険が及ぶことはあり得ない」⁴⁹ことから、他衛的要素を含むものである。この部分を含んだ集団的自衛権は歴代の解釈を見てきたように日本が九条によって許されていないものとしてきているため、政府解釈によると憲法九条は「海外派兵」を許していないといえよう。それゆえ、百地教授がおっしゃっているように憲法九条によって自衛権は制約されるといった場合、制約とは「海外派兵」を意

味し、これを含む自衛権行使に基づく武力行使は日本国憲法上認められないといえる。

- (1) 田畑茂二郎『国際法Ⅰ〔新版〕』（有斐閣、昭和五九年）三五九頁。
- (2) 百地章「集団的自衛権の行使に問題なし」（正論、産経新聞平成二七年六月六日）
- (3) 国連憲章二条四項「すべての加盟国は、その国際関係において、武力による威嚇又は武力の行使を、いかなる国の領土保全又は政治的独立に対するものも、また、国際連合の目的と両立しない他のいかなる方法によるものも慎まなければならない。」
- (4) 田畑、前掲書三五七頁～三五八頁。
- (5) 同書二五八頁。
- (6) 同書二六一頁。
- (7) しかし、集団的自衛権は自己防衛権の一種と見るべきか、他国防衛権かで議論の対象となっている集団的自衛権の法的性質における学説の整理は、杉原高嶺『国際法学講義 第二版』（有斐閣、平成二五年）六一九頁以下参照。
- (8) 百地章「憲法学者の変節と無責任」（Voice 一〇一五年九月号）五六頁。
- (9) 芦部信喜『憲法Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、平成十四年）二五九頁。
- (10) 芦部『同書』二六六頁。
- (11) 大石眞『憲法講義Ⅰ』（有斐閣、平成二二年）六五～六六頁。
- (12) 昭和二十一年六月二十九日衆議院議事速記録第八號一二四頁以下。
- (13) 百地章『憲法の常識 常識の憲法』（文春新書、平成一七年）一一五頁以下。
- (14) 同書一二二頁。そのため、百地教授は「しかし、このような解釈は限界に来ているとして、九条の規範性そのものを疑わせるような解釈は、かえって内外の不信を招くことになるだろう」とし、憲法改正、特に九条二項の改正を主張している

- (15) 平成二六年七月一日閣議決定「憲法九条の下で許容される自衛の措置としての武力の行使の三要件」（参照：『防衛ハンドブック二〇一六』（朝雲新聞社、平成二八年）六四〇頁）。
- (16) 昭和二十五年七月三十日衆議院本会議録第十号一六五頁。
- (17) 昭和二十九年二月二二日衆議院予算委員会議事録第二号一頁。
- (18) 昭和二十九年二月二二日衆議院予算委員会議事録第一号一五頁。
- (19) 昭和五五年十二月五日「憲法第九条の解釈に関する質問に対する答弁書」（内閣衆質九三第一号）。
- (20) 昭和二十一年六月二十九日衆議院議事速記録第八號一二四頁。
- (21) 昭和二十四年二月二二日衆議院外務委員会議事録第一号一五頁。
- (22) これ以前に、昭和二二年の司法委員会での鈴木司法大臣は、わが国が独自の立場で自衛権を行使しないと答弁している。
- (23) 前掲、昭和二四年一月二二日衆議院外務委員会議事録三頁。
- (24) 吉田首相は昭和二五年二月の参議院本会議でも「武力なき自衛権」について言及している。（昭和二五年二月一日参議院会議録第一五号二〇七頁）
- (25) 昭和二十五年七月三十日衆議院本会議録第十号一六五頁。
- (26) 昭和二五年八月一四日内閣委員会会議録第一号六頁。
- (27) 昭和二七年四月二八日サンフランシスコ講和条約（「日本国との平和条約」、昭和二七年条約第五号）が発効して日本は独立を回復したが、それに伴ってポツダム政令等の管理法令（ポツダム命令）は（警察予備隊令は）存続し得なくなった。そこで、「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件の廃止に関する法律」（昭和二七年法律第八一号）が公布され、一連の管理法令は施行日（対日講和条約発効日から一八〇日）に限り有効とし、以後廃止するとした。
- (28) 昭和二九年四月六日内閣委員会議事録第二〇号二頁。
- (29) 昭和二九年六月三日外務委員会議事録第五十七号五頁。
- (30) 前掲、昭和二九年二月二二日衆議院予算委員会議事録第二号一頁。

- (31) 前掲、昭和二九年六月三日外務委員会議録第五十七号五頁。
- (32) 昭和三四年三月一六日参議院予算委員会議事録第十一号二七頁。
- (33) 昭和三四年一月二〇日衆議院内閣委員会議事録一五頁。
- (34) 最大判昭和三四年一月一六日刑集一三卷一三三三二二五頁。
- (35) 昭和三五年三月三一日参議院予算委員会議録二三号二七頁。また昭和四四年三月五日参議院予算委員会―佐藤首相は日本は積極的に他国に出て行くことはない、と答弁している。
- (36) 昭和四四年四月八日「安保条約と防衛問題等に関する質問に対する答弁書」(内閣衆質六一第二号)
- (37) 昭和四七年一月一四日「集团的自衛権と憲法との関係に関する政府資料」
- (38) 昭和五六年五月二九日「憲法、国際法と集团的自衛権に関する質問に対する答弁書」(内閣衆質九四第二二号)
- (39) 昭和五五年一月二八日答弁書で国連軍への参加は憲法上許されない。「武力行使を海外で行うと海外派兵となってしまう、これは九条に違反する」
- (40) 平成一三年一月一日衆議院国際テロリズムの防止及び我が国の協力支援活動等に関する特別委員会第三号。
- (41) 平成一五年一月一九日内閣官房長官談話 (URL : <http://www.kantei.go.jp/>)
- (42) 平成二一年一月四日衆議院予算委員会議録第三号一四頁。
- (43) 特に日米安全保障条約を締結している以上、アメリカ主導の何らかの武力行使による戦争への参加は、その方法を巡って議論となっている。
- (44) 前掲書六四〇頁、「平成二六年七月一日閣議決定」。
- (45) 昭和四六年五月一四日衆議院内閣委員会一〇頁。
- (46) 昭和五五年一月二八日「自衛隊の海外派兵・日米安保条約等の問題」に関する質問に対する答弁書 (内閣衆質九三第六号)
- (47) 前掲、昭和四四年四月八日答弁書。

- (48) 平成三年九月二五日衆議院PKO特別委員会議録第三号三頁。
- (49) 阪田雅裕『憲法九条と安保法制―政府の新たな憲法解釈の検証』（有斐閣、平成二八年）一〇頁。

イスラム頭巾着用禁止、信教の自由及び国家の宗教的中立… 二〇〇三年及び二〇一五年の連邦憲法裁判所判決を巡って

小林 宏 晨

問題提起…

ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷は、二〇一五年三月一三日付判決^①を以て、公立学校教師の服装による宗教的表現の画一的禁止がその信仰及び世界観の自由（基本法第四条第一項及び第二項）と相容れないと判定した。

曰く、従ってノルトライン・ヴェストファーレン州学校法第五七条第四項一文及び二文は、憲法適合的に、禁止を正当化する為に外的宗教的表現につき、学校の平和あるいは国家の中立の侵害の抽象的のみならず、充分に具体的な

① イスラム頭巾着用禁止、信教の自由及び国家の宗教的中立…二〇〇三年及び二〇一五年の連邦憲法裁判所判決を巡って（小林） 一四七（一一八九）

危険が発せられる方向に制限されなければならない。キリスト教的・西洋的教養及び文化価値あるいは伝統の特権化として想定される学校法第五七条第四項三文は、宗教的諸根拠からする不利益の禁止(基本法第三条第三項一文及び第三三条第三項)(平等原則)に違反し、従って無効である。

前記の判決は、関連するイスラム頭巾スカーフ(あるいは頭巾)禁止法律が有効なハラントに該当する。これによつて連邦憲法裁判所第一法廷の判決は二〇〇三年の同裁判所第二法廷判決⁽²⁾の部分的修正と見做される。当時(二〇〇三年)は未だ諸ラントに事前の頭巾スカーフ着用禁止が許されていた。

本稿では連邦憲法裁判所の二〇〇三年判決と二〇一五年判決を検討しながら、信教の自由及び国家の宗教的中立を巡るドイツの現状確認と展望を試みたい。

第一節 連邦憲法裁判所第二法廷判決 (二〇〇三年)

先行した連邦行政裁判所(二〇〇二年)、バーデンヴュルテンベルグ高等行政裁判所(二〇〇一年)及びシュトゥットガルト行政裁判所の諸判決ならびに一九九八年から一九九九年のシュトゥットガルト学校局の複数の通知を理由とするフェレスター・ルディンの憲法異議申立に関わる手続の中で、連邦憲法裁判所第二法廷の二〇〇三年九月二四日付「イスラム頭巾判決」が発せられた。裁判所は、判決の中でムスリム異議申立人に学校職務遂行中のイスラム頭巾の

着用を禁止、しかも教師採用を拒否した他の諸裁判所の判決及び関連する通知を、基本法第四条第一項及び第二項並びに第三三条第三項と結ぶ第三三条第二項からする異議申立人の諸権利を侵害するとして破棄し、事案を連邦行政裁判所に差し戻した。更に連邦憲法裁判所は、諸ラントに対して、この措置に法的基盤を創設する為の迅速な法規制を要求した。判決は、賛成五、反対三で決せられた。⁽³⁾

判旨

1. 学校や授業での教師に対するイスラム頭巾の着用禁止は、バーデンヴュルテンベルグ州現行法の中で十分に確定した法的基盤を有しない。
2. 宗教的多様性の増大と結ぶ社会の変遷は、立法者に対し、学校における宗教的諸関連の許容範囲の新規定への切っ掛けとなり得る。

1. 第二法廷の判決要旨

第二法廷の判決要旨は以下の通りである。

背景にある状況は、憲法的に保護されている複数の法的地位に関わる。

基本法第三条第二項により、各ドイツ人に、その適正・資格及び専門的能力に応じて等しく公職に就く可能性が開かれている。その際に、公職への認可と宗教的告白間の関連は排除されている。

学校と授業に於ける異議申立人のイスラム頭巾の着用は、信教の自由の基本権の保護下に置かれている。前記基本

権とは、国家の教育任務と並んで、両親の教育権の憲法益と生徒の否定的信教の自由が対立する。更に、国家に命ぜられる宗教的・世界観的中立は、国家と教会間の厳格な分離の意味ではなく、全ての諸告白を同等に奨励し、開かれ且つ広範囲な態度と理解される。これはとりわけ、義務教育学校の領域に該当する。キリスト教的諸関連それ自体は、公立学校の形成に際して禁じられていない。しかしその学校は他の世界観的・宗教的内容及び諸価値に対しても開かれていなければならない。この公開性の中に基本法の自由な国家は、その宗教的・世界観的中立を維持するのである。⁽⁴⁾

異議申立人が学校や授業でイスラム頭巾（頭用スカーフ）の着用を通して自らの信仰確信を示す自由は、分かち合わない信仰の礼拝行為から離れる生徒達の否定的信教の自由と抵触する事になる。多様な信仰的諸確信を伴った社会の中では、確かに他者の信仰の表明、礼拝行為並びにシンボルに煩わされない権利は存在しない。諸ラントは学校制度の中で包括的形成の自由を有している。寛容命令の考慮下における一方で教師の肯定的信教の自由と他方で世界観的・宗教的中立への国家義務、両親の教育権並びに生徒の否定的信教の自由間の不可避な緊張関係は、公開の意思形成過程に於いて全てにとつて期待可能な規定を求めなければならない民主的ラント立法者が解決しなければならない。その際に個々の諸ラントは多様な規定に至る事が可能である。見出されるべき中庸に際しては学校の伝統、住民の宗派的構成ならびにその多少の宗教的定着度を考慮する事が許される。これらの諸原則は、たとえ教師がその個人的基本権たる信教の自由の制限下に学校におけるその行動に対して国家の世界観的・宗教的中立の維持への考慮を以て義務が課されるべきとしても、妥当する。⁽⁵⁾

教師が宗教的・世界観的諸関連を学校及び授業に持ち込む場合、その行為は、中立下に遂行すべき国家の教育任務、両親の教育権及び諸生徒の否定的信教の自由を侵害し得る。これによって生徒が影響され、しかも両親との紛争が引き起こされ、学校の平和が阻害され、しかも学校の教育任務の遂行が危険に晒される事が少なくとも可能になる。宗教的動機付けと理解される教師の服装もこの様な影響を及ぼし得る。しかしながらそれらは、抽象的危険に過ぎない。教師の具体的行動ではなく、教師の登場を根拠とする紛争あるいは危険の単なる可能性が官吏法的義務違反あるいは適正の欠如と見做されるならば、その為には十分に確定した法的基盤が必要である。何故ならこの様な評価は、基本法第四条第一項及び第二項からして留保なく付与された基本権の制限に関わっているからである。⁽⁶⁾

ムスリム女性が着用するイスラム頭巾の言明内容は極めて多様に受け取られている。それは、義務と感じられる宗教的に裏付けられた服装規定もしくは出身社会の伝統の象徴であり得る。最近ではこの中に益々イスラム原理主義のシンボルが認められている。しかしながらイスラム頭巾の解釈は、女性の社会的弾圧のシンボルと短略化されてはならない。その事は最近の研究成果の中に示されている。若いムスリム女性は、出身文化との断絶無しに自己決定的生活を遂行する為に自発的にイスラム頭巾を選択している。その限りで、異議申立人が、頭巾スカーフの着用を通して、ムスリム女生徒に対して基本法の価値観念に合致する女性像の展開あるいは自らの生活への基本法の転換を困難にする事は証明されていない。学校や授業に於けるイスラム頭巾の着用が適正の欠落を根拠づけるか否かの問題は、頭巾が観察者に対して如何なる影響を及ぼすかに掛っている。宗教的表現手段の効果に関しては、問題となっているシンボルが学校当局の指示によるのか、あるいは個々の教師の自発的決定に基づいたその信教の自由の行使の中で使用さ

れたのが決定的なのである。国家が学校で個人的決定に基づいて着用する教師の宗教的意味を持ち得る服装を忍従する事は、学校に宗教的シンボルをもたらす国家の命令と同置されてはならない。国家は、個々の女教師の一定の服装の受け入れを以て、この言明を自らのものとはせず、しかもこの言明を自らの意図であつたともさせない。女教師が宗教上の諸根拠からして着用するイスラム頭巾は、生徒達が学校にいる間、授業の中心となつている女教師と回避の可能性無しに対置させられているが故に、とりわけ濃密に生徒達に影響を及ぼす。しかしながら、イスラム頭巾の着用から生徒達の宗教的指向への一定の影響が発せられるとの結論に対する確定した経験的裏付けは存在しない。口頭弁論の中で聴聞された専門家達は発達心理学的観点からする生徒達への影響に関して確定した認識を報告できなかった。⁽⁷⁾

単なる抽象的危険の防止を以て根拠づけられる教師に対する学校や授業におけるイスラム頭巾の着用禁止に対しては、バーデンヴュルテンベルグ州で有効な官吏・学校法的法基盤は十分ではない。この事実は決定の中で個別に根拠づけられた。⁽⁸⁾

管轄を有するラント立法者は、これまで欠けていた法的基盤を自由に創設できる。この様に立法者は、憲法的課題の枠内で学校における宗教的諸関連の許容範囲を新たに規定できる。その際に立法者は、教師、生徒及び両親の基本的保護される法的立場ならびに国家の世界観的・宗教的中立への義務を適切に考慮しなければならない。

増大する宗教的多様性と結ぶ社会的変遷は、学校における宗教的諸関連の許容程度を新たに決定する切っ掛けを提

供し得る。学校は異なった宗教的諸見解が不可避に遭遇し、しかもこの並存がとりわけ敏感に作用する場である。学校における増大する宗教的多様性を取り入れ、しかも相互寛容の実行の為の手段として利用し、この様にして同化の為の寄与を行う事に対する諸根拠を提示できる。しかしながらこの記述された展開とは、学校における可能な紛争のより大きな潜在力が結びついている。従つて学校領域における国家の中立義務にはより厳格な、且つこれまで以上に距離を置いた意味付けを付与し、しかもこれに従つて教師の外的現象像を通して仲介された宗教的諸関連を生徒達から原則的に引き離し、このようにして生徒達、両親並びに他の教師達との紛争を最初から回避する為の十分な諸根拠が存在し得る。

如何にして変遷した諸関係に対応するかは執行府の決定事項ではない。寧ろこの為には民主的に正当化された立法者による規定が必要である。立法者のみが行政官庁や裁判所が請求できない評価特権を有している。

学校制度における国家と宗教の關係に関する立法的決定の要素としての公立学校におけるイスラム頭巾着用禁止は、信教の自由の制限を許す。この承認は、欧州人権条約第九条に合致している。法治国家原理と民主制の命令は基本権実現の基準を自ら制定する事を立法者に義務付けている。その事は、とりわけ關係基本権が本件におけるように、憲法によつて留保なく保障され、しかもある規定がそれによつて必然的にその憲法内在的制限を決定し、且つ具体化しなければならぬ。

この種の諸規定は、これほどの影響力のある諸決定がその諸見解を形成し、主張し、しかも人民代表に公開の論議の中で基本権介入の必然性と程度を説明させる機会を公衆に提供する手続から生ずる事を確保する為に議會に留保されている。⁽⁹⁾

2. 第二法廷の反対意見 (イエンチュ、ディファビオ及びメーリングホフ)

第二法廷の反対意見の要旨は以下の通りである。

a. 官吏の基本権保護は機能的に制限され得る

法廷の多数が採用した官吏の宗教的及び世界観的自由に関わる職務義務の根拠付けの為の法律の留保は、これまで裁判所においても、文献においても、異議申立人自身によつても主張されなかつた。この採用に基づき、学校の教養及び教育空間における国家の中立への憲法的基本問題が区別されている。その他、多数派は、権力分立システムや公職就任における基本権の効力の理解に於いて、基本法に予定されていない瑕疵展開に至っている。最後に、法廷の多数派は、ラント立法者に自ら採用した憲法状況に順応する可能性を与えず、しかも裁判と行政に、ラント法が制定されるまでの間如何なる手続を採るべきかを明らかにしない。これに加え反対意見は、個別的に以下のように主張する。

官吏の為の基本権保護は機能的に制限されている。官吏になる者は、自由な意思決定の中で国家の側に立つ。官吏となつた教師は、既に最初から両親や生徒と同一の基本権保護を享有しない。これらの教師は、むしろ基本権に拘束される。何故なら公権力行使に関与しているからである。官吏の職務義務は公権力が官吏の人格の中で対峙する市民の自由の裏面である。職務義務を以て国家はその内部領域の中で同等の法律的及び憲法的に忠実な行政を確保する。

採用請求権を持たない応募者の法的地位は、国家に対する基本権保持者の防御的観点から見られてはならない。官吏関係への自発的就任を以て応募者は、自由下に、公共の福祉への拘束と雇用者への忠実の決定をした。学校法における法律の留保の効力は、過去に於いて官吏となつた教師の為ではなく、両親と生徒の為に拡大された。基本権に

よって義務付けられた教師の中に主に基本権の担い手を認め、しかもこれによって両親と生徒に対して、その自由の請求権を向ける者は、両親と生徒の自由を縮小させる。官吏は、自由意識のある国民であり、しかも同時に奉仕義務の原則的優位及びそこに体现される民主的諸機関の意思を尊重すべきである。市民と国家間の特別に近い関係としての官吏関係は、正に官吏の基本権請求権によって刻印された法関係ではない。ここで判断されるべき適性判断は、信仰への介入と混同されてはならない。

官吏の中立義務は、憲法そのものから生ずる。従って法廷の多数の根拠付けは、社会と国家の関係に関する憲法の根本的言明と相容れない。とりわけ民主的意思の実現に於ける公務の地位が誤認されている。

以下の事項がこれに加えられる。官吏になろうとする者は、公権力への接近を求め、しかも異議申立人の如く、国家への特別の職務及び忠実関係の創設を求める。この義務的地位は、公務の任務と目的がこれを必要とする限り、原則的に官吏にも妥当する基本権の保護と重なる。官吏に課される諸義務は、民主的法治国家の諸任務の遂行への市民の信頼にとって決定的である。そこから宗教的及び世界観的領域にとっても国家の原則的中立義務に合致する国家の中立及び抑制命令が続く。この命令は、雇用者が法治国家的及び物的に効果的な行政のそれぞれの必要に従って職務義務を確定する職業官吏制度を特徴づけている。これらの諸原理は、直接憲法によって妥当している。官吏の抑制と中立への要求は、従って一般的でもないし、学校関係に於いて、更なる法律的具体化も必要としない。¹⁰

b. 異議申立人の要求は官吏の抑制及び中立命令と相容れない

これらの諸基準に従えば、学校授業に於いて異議申立人によって要求された妥協なきイスラム頭巾の着用は、官吏

の抑制及び中立命令と相容れない。官吏応募者の適性を否定する為には、「学校の平和の具体的危険」を必要としな
い。この採択は適性判断の為の判断基準を誤認している。職務義務違反を理由とする終身官吏の職務からの除去は限
定的にしか可能ではない。従って雇用者は、既に事前に適性審査の枠内で、基本法第三三条第五項から帰結される職
務義務を守る保障を提示しない誰もが官吏にならない為の配慮をしなければならない。この様な紛争ケースに於いて
は、抽象的な危険状況が決定的なものではない。寧ろ自らを体现し、官吏を通して行動する国家がその官吏の行動を規
制する為に警察法的危険ラインの適用を必要とする事は、官吏法的機能留保に矛盾する。官吏の職務義務の具体化の
為には危険状況の科学的經驗的証明を必要としない。著しい衣服シンボルを通して、理解可能な方式で紛争が現れる。
正当にも専門裁判所はそこから出発した。異議申立人によって想定された女性のイスラム的覆い命令の非妥協的遂行
としてのイスラム頭巾着用は、イスラム宗教共同体内外の多くの人々にとって、とりわけ性の相互関係にとって、宗
教的に根拠づけられた文化政策的言明である。法廷多数派は、この状況に十分な比重を付与せず、従って女性の覆い
隠しが男性への従属を保障するとの観点がイスラム信仰の支持者の相当数によって主張されており、従って基本法に
於いても明確に強調されている男女同権との対立を惹起するか否かの問題と取組まなかつた。¹¹

c. 法廷の多数派はラント立法者の地位を不安定化する

バーデンヴュルテンベルグ州議會は、明文を以て異議申立人のケースをきつかけとして正式の法律の制定を行わな
いと表明した。憲法から直接生ずる制限を宣言的に写生するラント立法者に委ねられた任務は、自己の任務ではない。
ましてや、この種の法律は、多分後の手続きの中で新たに連邦憲法裁判所の審査対象とされるからである。これに加

え、憲法適合規定が、どのようなものであるかについて国民代表が不確実のままに置かれる事になる。

反対意見は、更に未決の諸問題を以下の様に提示する。

究極的にラント立法者は採用された新たな憲法状況に順応できない。裁判と行政はラント法の制定に至るまで如何なる行動を採るべきかについて教示されていない。法廷は決定が熟しているにもかかわらず、憲法原則問題に解答していない。法廷多数の職務義務の根拠付けに対する法律留保への予期しない要求を以て、手続参加者としての国家にも帰属する法律上の審問を請求する権利が十分に考慮されていない。この種の法律の留保は、口頭弁論においても、法的対話の本格的対象とならなかった。ラントは、この為に見解表明の機会が提供されなければならなかったはずである。この種の訴訟上の怠慢に鑑みて、法律の留保に対するこれまでの憲法的判例からしても、適切な過渡的期間が与えられるべきであった。その事は驚愕的決定の影響を縮小したはずである。ラント立法者は、本件に対しても、効果的法律的基盤を創設できたはずである。

最後に連邦行政裁判所が如何にして棄却された法的紛争を将来に向けて扱うべきか不明に留まる。一方で裁判所は、法廷多数の採用に基づいて、訴えを許容する事によって、官吏法的に規制事実に導き、他方でラント議会が教師関連法的基盤を創設するまでの間、行政法手続を破棄する事になる¹²⁾。

第二節 連邦憲法裁判所第一法廷判決（二〇一五年）

二〇一五年三月一三日付決議を以て連邦憲法裁判所第一法廷は、教師の外的イメージを通じた公立学校における宗

教的表現の画一的禁止が教師の信仰及び告白の自由（基本法第四条第一項及び第二項）と相容れないと決定した。曰く…従つて、ノルトラインヴェストファーレン学校法第五七条第四項第一文及び第二文は、憲法適合的に、この禁止を正当化する為に、外的宗教的表現によつて、学校の平和あるいは国家的中立の抽象的のみならず充分に具体的危険が発していなければならないように制限されなければならない。西洋キリスト教的教養及び文化価値あるいは伝統に有利な特権化として想定されているこの学校法第五七条第四項第三文は、宗教的根拠からする不利益の禁止（基本法第三条三項一文及び第三三条第三項）に違反し、従つて無効である。開始手続きにおける労働諸裁判所の諸判決は憲法的諸要請を充足していない。法廷は、これらの諸判決を破棄し、事案を州労働裁判所に差し戻した。判決は賛成六対反対二で決せられた。シュルックビーア判事とヘルマン判事は反対意見を提出した。⁽¹³⁾ 尚キルヒホッフ副裁判長は、予断の危険を理由として審議から外された。⁽¹⁴⁾

I. 判決に至る手続経過…

憲法異議申立は、異議申立人が学校職務中に宗教的根拠から被っているイスラム頭巾並びに代替物としてのベレー帽を脱ぐ事を拒否したが故に労働諸裁判所によつて追認された制裁に向けられている。この異議申立は、同時に間接的に二〇〇六年六月一三日付ノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulG NW) 第五七条第四項及び第五八条第二項にも向けられている。

ノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項第一文により、教師は学校に於いて、生徒並びに両親に対するラントの中立あるいは政治的、宗教的あるいは世界観的学校平和を危険に晒すあるいは邪魔する事に適する如何なる政治的、宗教的あるいは類似的外的表明も発してはならない。第二文により、とりわけ教師が人間の尊厳、同権、自由権あるいは自由民主的基本秩序に対立する印象を生徒あるいは両親に与える様な外的態度は禁じられる。第三文によりラント憲法による教育任務の遂行及び関連する西洋キリスト教的教養及び文化価値あるいは伝統の提示は、第一文による行動命令に矛盾しない。これらの諸規定は、ノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五八条第二文により、その他のラント職務に従事する教育的及び社会教育的職員にも妥当する。

両異議申立人は、ドイツ国籍を有するイスラム教徒である。

異議申立人 (I BvR 471/10) は、一九九七年以来社会教育者としてノルトラインヴェストファーレン州の公立総合学校に所属していた。職務遂行中にイスラム頭巾を脱ぐ事を州教育機関が要求した事に対し異議申立人は最初これに従わず、後に頭巾をベレー帽に替えた。州教育機関はこれに警告を発した。異議申立人の労働諸裁判所への訴えは、全ての段階で成功しなかった。

異議申立人 (I BvR 1181/10) は、二〇〇一年教職員としてノルトラインヴェストファーレン州との雇用関係に入った。申立人は複数の学校でトルコ語を教えた。申立人は職務中にイスラム頭巾を脱ぐ事を拒否した。州は警告を発した後、申立人を解雇した。申立人の労働諸裁判所での全ての訴えは失敗に帰した。¹⁵⁾

II. 法廷判決の要点…

許容される憲法異議申立は、本質的に根拠づけられる。

1. 制限的解釈のみが基本法に合致

ノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項第一文及び第二文ならびに第五八条第二文は、教師の外見を通じた宗教的表明のケースに於いては、制限的解釈の基準によってのみ基本法と相容れる。¹⁶⁾

a) コーランの規定が決定的

信仰及び告白の自由たる基本権 (基本法第四条第一項及び第二項) は、公立宗派混合学校における教師にも宗教を根拠として義務と理解される覆い命令を充足する自由を保障している。個別ケースに於いて何が宗教の行使と見做されるかについての評価に際しては、それぞれの関係宗教共同体及び個々の基本権担い手の自己理解が考察から外されてはならない。しかしながら国家の諸機関は、この行動が実際にも説得的方式で基本法第四条の保護領域に帰属する事を十分に説明されているか否かを検証し、決定する事が許される。この事は異議申立人に該当する。ここでは、女性の為の衣服規定の厳密な内容がイスラム学者の中で争いがあり、しかもイスラムの他の方向では義務的覆い命令がない事実は重要ではない。この種の考えがイスラムの多様な方向で広がり、しかも取分けコーランの二つの場所で規定されている事で充分である。¹⁷⁾

b) 同権命令の重要性

異議申立人の信教の自由への介入は重大である。彼女達は宗教的推奨を適用するばかりか、自らにとってイスラム部分の自己理解に合致して、経験的にその個人的アイデンティティに触れ（基本法第一条第一項と結ぶ、第二条第一項）、従って学校職務に於けるこの覆い禁止が彼女達にとって職業への入口の障害と成り得る（基本法第二条第一項）公の命令的宗教的覆い禁止である事を説得的に説明した。この様な方式で実質的に取分けムスリム女性達は教師としての有資格の職業活動から引き離されている事実は、同時に女性達の実質的同権（基本法第三条第二項）の命令に対する正当化を必要とする緊張関係にある。⁽¹⁸⁾

c) 抽象的危険のみでは不十分で比例不適合

この介入は、ノルトラインヴェストファーレン州学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項第一文の解釈が労働裁判所によつて禁止の為に学校の平和あるいは国家の中立の単なる抽象的危険で充分であると設定される場合には、比例不適合である。⁽¹⁹⁾

aa) 州学校法制定者は紛争回避義務あり

ノルトラインヴェストファーレン州学校法 (SchulGNW) 制定者は、その第五七条第四項一文における外的宗教的表明の禁止を以て正当な目標を追求している。其の関心事項は、学校の平和と国家の中立を維持し、このようにして国家の教育任務を確保し、生徒や両親の対立する基本権を保護し且つこれによつて予め紛争を回避する事である。⁽²⁰⁾

bb) 立法者は期待可能性の限界を尊重する義務あり

確かに立法者は、実際の所与と発展の判断の為の評価特権を有してはいるが、教育者の信教及び告白の自由の基本権の比重と意義への適切な関係を維持し、且つ総合評価に際しては、期待可能性の限界を尊重しなければならない。⁽²¹⁾

(1) 宗教的特徴のある衣服の着用は宗教的多元社会の反映に過ぎない

宗教的特徴のある衣服の着用は、最初から生徒の否定的信教及び告白の自由（基本法第四条第一項及び第二項）を侵害すると見做してはならない。教師が口頭でその立場あるいはその信仰の為に宣伝し、しかも生徒達に対し自らの立場を越えて影響を与えようと試みない限り、生徒達は教師の行使された肯定的信教の自由に対置されているに過ぎないのであり、それは、他の信仰あるいは他の世界観を伴った他の教師の立場を通して高々相対化され且つ調整されるに過ぎない。その限りで混合宗派的共同学校の中に宗教的に多元的社会が反映される事になる。⁽²²⁾

(2) 教師から生徒を隔離する両親の請求権は、導き出し得ない

両親の基本権（基本法第六条第二項）からも同様の帰結が現れる。広められている宗教的保護規定から結論付けられるこの種の教師から生徒を隔離する両親の請求権は、導き出し得ない。⁽²³⁾

(3) 国家の中立義務からする頭巾禁止は具体的危険を前提とする

これに加え、世界観的、宗教的中立義務の維持下に充足すべき国家の教育任務（基本法第七条第一項）もイスラム的

頭巾の着用を通じた教師の肯定的信教の自由の行使に一般的に対立するものではない。国家の教育任務は、学校の平和あるいは国家の中立に対する具体化する充分に具体的な危険が確認できる場合にのみ、追体験可能な命令と理解される信仰命令に帰結される外的行動の禁止を正当化する。⁽²⁴⁾

(a) 教師の宗教的所属の可視化は国家の宗教的中立によって排除されない

国家に課される世界観的・宗教的中立は国家と教会の厳格な意味での分離と理解されるべきではなく、全ての告白の為の信仰の自由を同等に奨励する開かれ且つ横断的な行動と理解すべきなのである。この事は国家によって配慮された学校領域にも妥当する。個々の教師の宗教的あるいは世界観的所属の単なる可視化は、必ずしも国家の世界観的・宗教的中立によって排除されない。⁽²⁵⁾

(b) 禁止には危険の具体性が不可欠

学校の平和あるいは国家の中立の単なる抽象的危険に結びつく外的宗教的表明の厳格且つ全州的禁止は、いずれにせよここに存在するケース状況では関係異議申立人達にとって期待可能ではないし、しかも彼女達の信教の自由への基本権を不適切に排除する。何故なら、個々の教師達による頭巾（頭用スカーフ）の着用を以て教室における国家責任の十字架あるいは（キリスト像付き）十字架とは異なり、特定信仰との国家の如何なる一体化も結びつかないからである。これに異議申立人達が追体験可能に義務と感ずる信仰命令を充足する事実も加わる。これによって、彼女達の信教の自由は、価値考量に於いて、任意の信仰規定よりはるかに大きな比重を得る事になる。⁽²⁶⁾

教師の外的現象像が学校の平和あるいは国家の中立の充分に具体的な危険あるいは阻害に導き、あるいはそれらに本質的に寄与する場合にはこれと異なる。この場合には、彼女達に、追体験可能に義務と感ぜられる宗教的覆い命令への追従から離れる事が期待可能となろう。これに加え、一定の学校あるいは学区に於いて正しい宗教的行動に関する実質的紛争状況故に、相当数のケースに於いて、学校の平和あるいは国家の中立に対し充分に具体的な危険への境界に到達する場合には、一定期間外的宗教的表現をより一般的に中絶する憲法的に承認すべき必要が存在し得る。そのような場合には先ず、当事者の他の教育上の利用可能性について検討すべき事になる。²⁷⁾

しかしながら立法者がこれに対して如何なる区別規定も行わない限り、教師達の信教の自由の排除は、少なくとも国家の中立あるいは学校の平和に対して充分に具体的な危険が証明できる場合にのみ、論議の対象とされる憲法益の適切な調整として考慮され得る。しかもその事は、生徒達に対して他の宗教や世界観に対しても寛容を伸介する事が「混合宗派」と表示される共同学校の任務とされる背景に妥当するのだ。この理想は、イスラム頭巾(頭用スカーフ)、ユダヤキツパ、カトリック修道女の服装あるいは顕在的に担われる十字架の如く宗教と関わりのある服装の着用を通して体験可能でなければならない。

イスラム頭巾(頭用スカーフ)の着用のみでは、通常充分に具体的な危険を創設しない。イスラム頭巾の着用それ自体からは、宣伝的あるいは布教的効果は発せられない。この頭巾がムスリム女性の多数によって着用されないとしても、ドイツに於いてイスラム頭巾は稀ではない。単なる可視的確認可能性は、学校に於いて、個別的基本権確認の帰結として受け入れなければならない。それは、原則的に他の宗教的あるいは世界観的告白の確認負担から逃れる憲法

的請求権が存在しない事と同様である。⁽²⁸⁾

d) 頭巾着用禁止に際し画一的結論付けは不可

この解釈基準は、ノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項第二文にも妥当する。基本法第四条第一項及び第二項の基本権的保障への考慮からして、イスラム頭巾あるいは他の信仰所属を顕示する頭巾の着用それ自体がノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項第二文により、生徒達あるいは両親に必然的に、頭巾を着用する者が人間の尊厳、基本法第三条による同権、自由基本権あるいは自由民主的基本秩序に反対しているとの印象を惹起し得る行動と推定する事は間違っている。このような画一的結論付けは禁じられる。例えば頭巾の着用が個人的着用決定、伝統あるいは一体感の表明として現れ、あるいは着用女性が自らの信仰規定、とりわけ自らが義務と見做す覆い命令を厳格に尊重するイスラム女性であることが明らかとなった場合、更なる状況の発生がない場合でも、ノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項第二文で指摘された憲法的諸原則からの隔離と解釈されてはならない。⁽²⁹⁾ ……

e) 連邦労働裁判所の決定は異議申立人の基本権 (第四条) を侵害

専門裁判所、つまり連邦労働裁判所の攻撃対象諸決定は、命じられている憲法適合的制限的解釈に正当に対応していない。この諸決定は従って、基本法第四条第一項及び第二項からする異議申立人達の基本権を侵害する。⁽³⁰⁾

2. 西洋キリスト教的教養及び文化価値あるいは伝統の提示は平等規定に違反

西洋キリスト教的教養及び文化価値あるいは伝統の提示に有利な特権規定として立法者によって意図されたノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項第三文は、信仰及び宗教的観点を根拠とする他の諸宗教の所属員の平等に違反する差別を構成する (基本法第二条第三項第一文、第三三条第三項³¹⁾)。

a) 宗教を根拠とする直接的不平等扱いは憲法的に正当化できない

ノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項の全体構想は、立法手続の中で現れた觀念に従えば、規定の第三文の中で第一文の外的宗教的表明禁止の免除及びこれによって宗教を根拠とする直接的不平等扱いを生じさせる事になる。この様な不平等扱いは、憲法的に正当化され得ない。学校に於ける教師による外的宗教的表明が禁じられるならば、それは原則的に区別なく行われなければならない³²⁾。

b) 西洋キリスト教的教養価値及び伝統の優遇は正当化され得ない

西洋キリスト教的教養価値及び伝統に遡及され得ない外的宗教的表明の不利益な扱いに対する支え得る根拠は認識され得ない。客観的考察からして、イスラム的頭巾の着用の中に男女の包括的法的差別扱いの賛同の符号が認められ、従って、この着用者の教師職への適正が疑問視されると主張されるならば、この様な画一的結論は禁じられる。この様に誤認された正当化の根拠は、一般化する考察の中で、決して非西洋キリスト教文化価値及び伝統に対して区別的根拠を提供できない事実によって失敗せざるを得ない³³⁾。

c) キリスト教的及びユダヤ教的宗教的表明の正当化の可能性は生じない

同様に、キリスト教的及びユダヤ教的に定着した宗教的表明に対して支え得る正当化の可能性は生じない。教育任務の遂行は、職務義務の遂行に際して一定宗教に所属する職務遂行者の優遇を正当化しない。ラント憲法的諸規定から国家の学校制度のキリスト教的関連が引き出され得るとしても、その事は、キリスト教の世俗化された諸価値に關わらしめるべきである。³⁴⁾

ノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項第三文の憲法適合的制限的解釈は、連邦労働裁判所がその諸決定を基礎づけたように、可能ではない。連邦労働裁判所は、なかならず、第三文の意味での西洋キリスト教的教養及び文化諸価値の「表現」が第一文の意味での個別的告白の「表明」と同一視できない事実に焦点を合わせた。しかも「キリスト教的」の概念は、信仰内容から離れ、西洋キリスト教的伝統から生じた価値世界を表示している。この種の解釈は、しかしながら、憲法適合的規範解釈の限界を越え、しかも裁判官的法律拘束と相容れない (基本法第二〇条第三項)。この解釈には立法者の明確に認識可能な意思が対立する。この意思是、立法手続の終結以前に行われた制限的解釈の可能性の検討を通過しても変化しなかった。この検討は、ラント議会が憲法上のリスクを意識していた事実を認識させるに過ぎない。³⁵⁾

連邦労働裁判所によって選択された解釈の中で、ノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項第三文の規定には高々明確化機能しか帰属しない。それと関わりなく、この解釈に際しては、その語句からし

て可能な更なる理解に際して、差別的行政実践の為の開示と理解可能で、しかも立法手続に於ける不明確性が意識的に採用された規範が有効に留まっている。同様に攻撃対象とされる決定が基盤とするノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項第三文は、従って、基本法第二条第三項第一文、第三三条第三項と相容れず、しかも無効であると宣言しなければならぬ³⁶⁾。

シュルツクビーア判事及びヘルマン判事の反対意見…

1. 州学校法 (SchulGNW) 第五七条の制限的解釈は憲法的に命じられていない

法廷が要求しているノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第四項第一文の制限的解釈は、憲法的に命じられてはいない。この解釈は、世界観的宗教的中立への義務の維持下に充足すべき国家の教育任務の意義と教師の信教の自由への関係における両親の教育権及び生徒達の否定的信教の自由の保護に対しあまりにも低い比重しか認めていない。法廷は受入れられない程に、正に混合宗派的公立学校の特徴とされる多極的基本権関係に際してラント学校法の余地を狭めている³⁷⁾。

a) ラント立法者の自由は宗教的諸関連を生徒達から離しおく可能性も含む

法廷はラント立法者に正に公立学校領域の為に法律的に規定する任務を指示し、その限りで立法者が学校における宗教的関連を許容するか、あるいは厳格な中立理解故に学校から離すとする二〇〇三年九月二四日付連邦憲法裁判所

第二法廷⁽³⁸⁾のいわゆる頭巾判決の基準と指摘から離れた。ラント立法者の形成の自由は、生徒達、両親あるいは他の教師達との紛争を予め回避する為に教師の外見イメージによって仲介される宗教的諸関連を生徒達から原則的に離しておく可能性も含んでいる。ノルトラインヴェストファーレン州及び他の諸州における学校立法者が関連する法律を規定する切っ掛けとしたこの基準は憲法的判断に対しても予測可能な憲法裁判制度の利益の為に土台とすべきだ。⁽³⁹⁾

b) ラント立法者は、宗教的表明の一般的禁止にとって充分であるとの主張に対する良きかつ支え得る諸根拠を有している

ラントの学校法立法者は、既に学校の平和と国家の中立に対する抽象的危険が論議の対象とされる外的イメージを通じた宗教的表明の一般的禁止にとって、充分であるとの主張に対する良きかつ支え得る諸根拠を有している。立法者によって追求される正当な目標の転換に対するこの様な解決も適切かつ期待可能であると判断できる。⁽⁴⁰⁾

aa) 教師による宗教的特徴のある衣服の着用が生徒達の否定的信教の自由並びに両親の基本権を侵害しないとする法廷評価は現実に正当に対応していない

教師による宗教的特徴のある衣服の着用が生徒達の否定的信教の自由並びに両親の基本権を侵害しないとする法廷の評価を我々は現実に正当に対応していないと考える。前記の評価は、生徒・教師関係が生徒達と両親に対して不可避に顕示された特殊な依存関係である事実を疎かにしている。教師の任務はなканずく、生徒達を教育・評価する事である（ノルトラインヴェストファーレン学校法 (SchulGNW) 第五七条第一項）。その事は、宗教的表現に対して社会的日

常におけるよりもはるかに強く顯示する原因となっている。教師には学校の生徒たちとの交流に於いて、模範機能が帰属する。教師の行動は、一定の宗教的服装規定への従属を含めて、その若さゆえに、その観点が未だ十分に定着していない人々に影響を与える。宗教的服装規定順守に関する極めて開かれた論議は、教師個人に関わる限り、学校の特別な依存関係に於いては、高々限定的でしかあり得ない。最後に教師による宗教的に特徴のある服装の着用は、生徒たち及び両親の中の紛争に導き、かつこれを奨励する事が可能になる。⁽⁴¹⁾

bb) 教師は職務の担い手であり、宗教的視点でも国家の中立が義務付けられる

確かに教師はその個人的信教の自由を享有している。しかし教師は同時に職務の担い手であり、従って宗教的視点に於いても国家の中立の奨励が義務付けられている。何故なら国家は、匿名的存在としてでは無く、その職務保持者及びその教師を通してのみ行動する事ができるからである。国家の中立義務は従って、その職務保持者の中立への義務以外の何物でもない。⁽⁴²⁾

cc) 多くのラントでは国家の中立の為の抽象的危険に基づく禁止で充分とする

立法者は、多くのラント議会における聴聞会の中で既に大幅に予防的禁止に対するその決定に際して、専門知識のある教職者の考えを裏付ける事ができた。その態度決定は、既に学校の平和と国家の中立の為の抽象的危険の場合における宗教的表明の一般的、ラント規模の且つ統一的禁止の意義を明確化している。しかも学校実践に於ける充分に具体的な危険への限定によって、益々状況検査的且つ証拠提示的諸問題が生ずる事になる。これらの問題は、学校行

政によって必然的に生徒や両親の参加の下に決着がつけられ、しかも可能な紛争の、教育任務にとって重要性の低い俗人化を強化する事になる。⁽⁴³⁾

dd) 教師の基本権行使の忍従に限定する国家行為は有効にあらず

国家が自らに直接帰属しない教師の個人的基本権行使を忍従するのみで、しかも生徒達が明白に教師の個人的決定に帰属する一定の服装を見る事のみを指向する評価は有効ではない。国家の責任に帰され得るシンボルと教師の個人的・宗教的特徴のある服装間の単純化された区別は、教師の個人的基本権行使と生徒達に与え得る影響をフェードアウトする。⁽⁴⁴⁾

c) 教師の宗教的表明の禁止は、学校の平和と国家の中立に対する抽象的危険において憲法的に問題がない
要約するならば、我々の観点からして、教師の外的イメージを通した宗教的表明の禁止は、既に学校の平和と国家の中立に対する抽象的危険において憲法的に問題がない。欧州人権裁判所の判例によれば、強い表現力の宗教的に特徴のある服装でなければならぬ事が限定的に要求されている。⁽⁴⁵⁾ ……

臨時結論及び展望

これまでの検討から導き出し得る臨時結論は凡そ以下のように要約されよう。

ドイツ国家における「イスラム頭巾着用禁止」問題は多様な諸事項と関わっている。それらはなかならず「信教の自由」、「職業(選択)の自由」、「平等原則」、「両親の教育権」、「民主国家の中立」並びに「政教分離」あるいは「政教相互補完」である。ドイツ社会の「世俗化」の度合いも前記の問題と関連している。

ドイツ国家における宗教共同体の多数派と少数派の関係も問題とされる。宗教共同体間の相互寛容の必要も問題とされている。

ドイツの世俗化された社会への「イスラムグループ」の新規参入から生ずる相互理解の欠落にもかかわらず、長期的には相互学習及び相互順応により問題の法治国家的解決が試みられている。

しかしながら、ドイツ社会の中に組み込まれたイスラム並行社会は、その両性間の特殊な上下関係等により、同化を困難にしている。しかも服装が宗教的背景を有する場合には、解決が極めて困難になる。

とは言っても問題は、相互寛容によって裏付けられた法治国家的解決以外は考えられない。

現在の様に中近東・アフリカの紛争激化によるドイツ社会での難民の急激な増加は当然のことに、ドイツ社会に於ける難民の同化を困難にする。

この様な現状に対して、両判決は、極めて冷静な対応を試みている。例えば、二〇〇三年判決(2 BvR 1436/02)は、「学校や授業での教師に対するイスラム頭巾の着用禁止がバーデンヴュルテンベルグ州現行法の中で十分に確定した法的基盤を有しない。」として禁止の為の立法を促した。

他方、二〇一五年判決(1 BvR 471/10 - 1 BvR 1181/10)は、宗教告白未確定の公立共同学校教師の信教の自由を強化し、単なる抽象的危険と結ぶ宗教的表明の厳しい禁止が信教の自由を有する女教師達にとって一般的に期待不可能

であり、該当する女教師の外的イメージが学校の平和あるいは国家の宗教的中立の具体的危険あるいは障害に導く場合のみ、この禁止が期待可能となると判定した。しかも判決は、「公立共同学校の教師達による宗教的表明が学校の平和と国家の中立の維持を目的として禁じられる場合、この禁止が全ての信仰と世界観に対し区別なく適用されなければならない。」として、結果としてキリスト教の特権化を禁じ、これによってドイツ社会におけるイスラム教とキリスト教の法的平等が確定した。将来も法的平等に配慮される事は間違いないと思われる。

近年増大するドイツを含む西欧への難民の急激な増大傾向に対する右翼民族主義的諸政党の台頭に見られるように、ドイツ社会は必ずしも安定していない。このような状況からして、安定要因としての連邦憲法裁判所の更なる冷静な対応が期待される。

- (1) Pressemitteilung Nr.14/2015 vom 13.März 2015
- (2) Pressemitteilung Nr.71/2003 vom 24.September 2003
- (3) Pressemitteilung (註.2) (2003),S.1; 小林宏晨、頭用スカーフ着用の女教師と信仰の自由―連邦憲法裁判所判例(二〇〇三年) 研究、法学紀要第四六卷(平成一七年三月一日発効) 五一ページ以下; Reinhard Müller,Eine Lehrerin mit Kopftuch oder die Frage des wahrenIslams,in:FAZNetvom03.06.2003;JochenLeffers,Kopftuch-Kontroverse:Kulturkampf in Karlsruhe,in:Spiegel Online vom 24.09.2003; Verfassungsgericht:Lehrerin darf vorerst mit Kopftuch unterrichten,in:Spiegel Online vom 24.09.2003;Reinhard Müller,Kopftuch-Steit:Religionsfreiheit und staatliche Neutralität,in:FAZ Online vom 24.09.2003; Heike Schmolll,Kopftuch-Urteil,in:FAZ Online vom 24.09.2003; Patrick Bahners,Kopfsache,in:FAZ Online vom 24.09.2003; Bayern,Hessen und Niedersachsen wollen Kopftücher verbieten,FAZ Net vom 24.09.2003; Reinhard

Müller,Kopftuch-Urteil,in:FAZ Online vom 25.09.2003; Martin Klingst,Das Kopftuch-Urteil,in:Zeit Online vom 25.09.2003; Gero von Randow,Das Kopftuch-Urteil,in:Zeit Online vom 25.09.2003; Sieben Länder für Gesetz gegen Kopftuch im Unterricht,in:FAZ Online vom 10.10.2003; Baden-Württemberg prescht vor :Kopftuchverbot per Gesetz,in:Spiegel Online vom 28.10.2003; Oliver Baentsch,Religionsstreit in Europa,in:Spiegel Online vom 30.10.2003; Frankreich:Chirak für Verbot von Kopftüchern in Schulen,in:FAZ Online vom 10.12.2003; Kopftuchverbot beschlossen,in:FAZ Online vom 13.01.2004;Wolfgang Günter Lerch,Kopftuchstreit:Symbol und Religionsfriede,in:FAZ Online vom 19.01.2004; Jochen Leffers,Kopftuchkonflikt: Muslimische Lehrerin will ins Ausland,in:Spiegel Online vom 17.08.2004; Baden Württemberg,Muslimische Lehrerin beendet Kopftuchstreit,in:Spiegel Online vom 08.10.2004; Urteil:Auch Nonnen müssen jetzt oben ohne,in: Spiegel Online vom 09.10.2004; Nonnen an Schulen,in:Spiegel Online vom 12.10.2004; Türkisches Kopftuchverbot:Erdogans Töchter studieren in den USA,in:Spiegel Online vom 20.10.2004; Bizarrrer Rechtsstreit: Ist die Baskenmütze auch ein Kopftuch ? in: Spiegel Online vom 15.02.2007; Nordrhein-:Gericht bestätigt Kopftuchverbot,in:Spiegel Online vom 16.10.2008^{参照}。

- (4) Pressemitteilung(註'ニ) (2003),S.1^{参照}。
- (5) Pressemitteilung(註'ニ) (2003),S.1^{参照}。
- (6) Pressemitteilung(註'ニ) (2003),S.1^{参照}。
- (7) Pressemitteilung(註'ニ) (2003),S.2^{参照}。
- (8) Pressemitteilung(註'ニ) (2003),S.2^{参照}。
- (9) Pressemitteilung(註'ニ) (2003),S.2^{参照}。
- (10) Pressemitteilung(註'ニ) (2003),S.2f. ^{参照}。
- (11) Pressemitteilung(註'ニ) (2003),S.3^{参照}。
- (12) Pressemitteilung(註'ニ) (2003),S.3f. ^{参照}。
- (13) Pressemitteilung(註'ニ) (2003),S.4^{参照}。

- (14) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.1参照。
- (15) Pressemitteilung Nr.22/2014 vom 13.März 2014参照。
- (16) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.2f. 参照。
- (17) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.3参照。
- (18) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.3参照。
- (19) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.3参照。
- (20) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.4参照。
- (21) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.4参照。
- (22) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.4参照。
- (23) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.4参照。
- (24) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.4参照。
- (25) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.4参照。
- (26) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.4f. 参照。
- (27) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.5参照。
- (28) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.5参照。
- (29) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.5f. 参照。
- (30) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.6参照。
- (31) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.6f. 参照。
- (32) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.7参照。
- (33) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.7参照。
- (34) Pressemitteilung (註・1) (2015), S.7参照。

- (35) Pressemitteilung (註 1) (2015), S.7 参照。
- (36) Pressemitteilung (註 1) (2015), S.7f. 参照。
- (37) Pressemitteilung (註 1) (2015), S.8 参照。
- (38) Pressemitteilung (註 1) (2015), S.8 参照。
- (39) BVerfGE 108,282
- (40) Pressemitteilung (註 1) (2015), S.8f. 参照。
- (41) Pressemitteilung (註 1) (2015), S.9 参照。
- (42) Pressemitteilung (註 1) (2015), S.9 参照。
- (43) Pressemitteilung (註 1) (2015), S.9 参照。
- (44) Pressemitteilung (註 1) (2015), S.9f. 参照。
- (45) Pressemitteilung (註 1) (2015), S.10 参照。

現代立憲主義像・管見

——ケルゼンとハイエクの論争を素材として——

新 正 幸

一 はじめに

二一世紀へと転換した二〇〇二年一〇月に開催された比較憲法学会の共通研究テーマは「二一世紀の立憲主義像」というものであった。そのとき、筆者は、報告者の一人として、特に立法ないし議会という観点から考察しえないかとの要請を受けた。当時、ケルゼンとハイエクとの論争に関心をもち、いろいろ考えるところもあつたので、とりあえず、ケルゼンとハイエクの論争の経緯と特質を簡潔にまとめた上で、ハイエクが晩年の大著『法と立法と自由』の第三巻の末尾近くで提示した「一つの憲法モデル」とそこで展開された議会における権力分立構想、すなわち議会を

「立法議会」と「行政議会」に分立し、前者は、専ら個人の自由領域の保護と限界を普遍的に確認する一般的・抽象的ルール（ノモス）の定立を任務とし、後者は、このノモスの制約の下で政府の活動のための立法（テシス）を定立することを任務とする二つの議会制構想（議会制改革論）を要約し、かかる構想が「二一世紀の議会制像」を考へるにあたってどのような意義をもちうるか、というような内容を準備して事前の打合会に臨んだ。しかし、そこでは、ケルゼンとハイエクの論争については、概して関心はもつてもらえず、結局、論争そのものについて直接触れないで、「もう一つの議会制像——ハイエクの「二つの憲法モデル」をめぐって——」と題して報告をした⁽¹⁾。

ただ、論争について一応検討した限りで、以下のような所見を踏まえて報告を行った。

《ハイエクは、ケルゼンの純粋法学をもつて、法実証主義の「最も高度に発達した現代の形態」として、恰も「法の衰退」をもたらし、全体主義を導いた元凶であるかの如く槍玉に上げ、法実証主義の一切の誤謬と全体主義に対する政治的責任の一切が純粋法学にあるかの如く論じます (CL, p. 238-9. 訳Ⅱ・一四七—八頁; LLL II, p. 48-56. 訳七—一八一頁)。しかし、みずからの立場から純粋法学を思う存分に誤解した上でのこのようなハイエクの批判には、つよい違和感を覚えますが、この点についてはここでは立ち入らないことに致します。ただ一点付言すれば、やはりケルゼン自身にも、自由主義の理解において相当甘いところがあったのではないかと思つています。》(拙論・三〇頁)

このような考えは、今日でも基本的には変わらないが、その後も、両各分野でそれぞれの研究が活発に推進されているところ、管見の限り、当時から今なおハイエク研究においてケルゼンの純粋法学に言及される場合、ハイエクの純粋法学批判を殆どそのまま受け容れて論じられていることもあるように見受けられる。そこで、残された課題とし

て、ケルゼンとハイエクの論争とは、一体どういうものであったのか、それが今日どのような意味をもつかという見地から少しく検討し、もって現代立憲主義像の一斑を垣間見たいと思う。

二 ケルゼンのハイエク批判

1 批判の発端

批判の口火を切ったのは、ケルゼンであった。ケルゼンは、一九五二年の論文「民主主義の基礎」において、ハイエクが一九四四年、第二次世界大戦の末期に出版した『隷属への道』を批判の対象にした。ハイエクは、そこにおいて、個人主義をそれ本来の意味において自由主義を意味するものと捉える一方 (p.111f. 訳九頁以下)、他方では、社会主義がその目標を達成するための方法として「計画経済」を含めて、その目的が何であれ、あらゆるタイプの「計画経済」を含む用語を「集産主義」(ある特定の社会目標に向けて、社会全体の労働を計画的に組織化すること)と概念化した上で (p.241f. 訳三六頁以下)、計画経済を民主主義という統治の方法によって運営することは不可能であり (p.454f. 訳七六頁以下)、不可避的に独裁に向い、国民の自由を抑圧するに至るということを論じていた (p.524f. 訳八七頁以下)。すなわち、自由主義の最も基本的な原理は「自生的な諸力 (spontaneous forces)」 (p.13. 訳一四頁) を最大限活用し、強制を最小限に抑えることにあるとし、自由とは、圧制からの自由を意味し (p.19f. 訳二六頁以下)、経済的自由が保障されていなければ精神的自由もありえないとして自由の一体不可分性が強調されるとともに、抽象的なルールによって政府のあらゆる活動を制限し、自由の保障の要となる「法の支配」が、統治の手段としての民主主義を統制するものとし、その重要性が強調される (p.544f. 訳九二頁以下) ことによって、民主主義と経済体制との関係について、

「資本主義」が「私有財産の自由な行使に基づいた競争体制」を意味するとすれば、このような体制においてのみ民主主義が可能になる (p.52. 訳八七頁) と説かれていたのである。

2 批判の内容

ケルゼンの批判のポイントは、統治の形式ないし方法 (手段) としての民主主義と統治の内容ないし目的としての資本主義および社会主義との間には「本質的関連」はなく、両者の効率的運用・適合的基盤関係のあり方については、ただ「歴史的経験」に基づいてのみ解答しうるのであって (FD, p.63f. 古市訳一七九頁以下・長尾訳二七一頁以下)、民主主義が資本主義社会において可能であることは明白な事実であるが、しかし、ハイエクのいうようなテーゼ——社会主義 (計画経済) は民主主義的手続において運営することは不可能であり、必然的に独裁に向い、民主主義にとって本質的な自由を抑圧することになるから、社会主義 (計画経済) と民主主義は両立しえず、民主主義は資本主義体制においてのみ可能であるというテーゼ——については、それを証明しうる歴史的経験は未だ我々の手元にはなく、したがって、経験に徴して確認しうる段階ではないというものであった (FD, p.75ff. 古市訳一九七頁以下・長尾訳二八一頁以下)。

ハイエクの「法の支配」および自由の一体不可分性の見解に対しても、ケルゼンはかなり立ち入った批判をしているが、後者については、結論的には上記と同じような理由に基づくものであった (FD, p.77ff.:80ff. 古市訳二〇二頁・二二二頁以下・長尾訳二八五頁・二八九頁以下)。

3 ケルゼンの批判についての中間的所見

かように、ケルゼンの批判の中心は、要するに、社会主義のもとでは民主主義は不可能だとするハイエクの見解に對して、それが不可能か否かは、「歴史的経験」に徴して初めて解答しうる問題であるが、我々は現在のところ未だそれに解答しうるに十分な「歴史的経験」を有していない、というものであった。

しかるに、一九八九年の東欧革命を契機とするソ連およびその衛星国の社会主義体制の崩壊により、ひとまず「歴史的経験」は、決着がついたかに見える。その限りにおいて、ケルゼンの批判は、空振りに終わったともいえよう。私が先に、「ケルゼン自身にも、自由主義の理解において相当甘いところがあったのではないか」と述べたのも、主として、このような論点にかかわる（拙論・注(14)三八―九頁参照）。

しかしながら、ハイエクが、個人主義・自由主義に對立する集産主義として警戒したのは、マルクス・レーニン主義的な社会主義・共産主義やファシズムやナチズムの全体主義だけでなく、上記の意味での資本主義体制内での社会国家・福祉国家政策をも含むものであって、むしろ戦後に経済学から社会哲学の分野に専門を移行した後の研究は、まさにそこを焦点においてなされていたともいえよう。

実際、ハイエクは、その後まもなく「個人主義」を「真の個人主義と偽の個人主義」に区別し、前者を反合理主義的なもの、後者をデカルト的な合理主義的な設計主義的なものと捉え（*LEO, p. 11*. 訳五頁以下）、さらに『自由の条件』（二九六〇）においては、自由の二つの伝統として、前者を「経験的で非体系的」なもの、後者を「思弁的で、合理主義的」なものとして捉え返し、後者の立場こそ、前者と對立する集産主義に、延いては全体主義に至る道とし、それに相應する形で自由主義の思想史的潮流を区別するとともに、資本主義を「自生的」諸力の活用による市場の競争体制を

捉え、その分析をさらに展開した (CL,p.54ff. 訳 I・八一頁以下)。M・ポラニーによって精緻に提示された「自生的秩序」の概念の影響の下に (CL,p.160f. 訳 II・四一頁以下)、市場システムを自生的秩序として洗練させていったのも、「法の支配」によって制約された民主主義と福祉国家との両立可能性の範囲と限界を厳しく論証することを主たる狙いとするものであった (CL,p.253ff. 訳 III・三頁以下)。晩年において、「一つの憲法モデル」において議会制改革論を提起したのも (LLLIII,p.105ff. 訳一四八頁以下)、民主主義の現状を「無制約な民主主義」、その実相において「取引民主主義」にあることを強調し、やがては「全体主義的民主主義」に通ずるものとして、それを阻止しようとするものであった。その狙いと内容については先の拙論で考察したが、その基礎づけについては後に顧みる機会もあろう。

三 ハイエクのケルゼン批判

1 概要

ハイエクの『隷属への道』には、ケルゼンの名は登場しない。しかし、ハイエクの中期の大著『自由の条件』(一九六〇)では、「自由」の価値に関して、注においてケルゼンの論文「民主主義の基礎」が引用されるとともに、「法の衰退」に関して、本文の中で真正面から「純粹法学」が俎上にのせられ、戦前に法の衰退をもたらした元凶として批判されている。晩年の大著『法と立法と自由』(一九七三―七九)においては、さらに一段と批判のオクターブを上げ、ケルゼンの正義論をも射程において、それをも含めて純粹法学に対する批判が継続し拡大される。以下、その内容を少しく考察し、それについて若干のコメントを試みよう。

2 『自由の条件』における純粹法学批判とそれについての若干の所見

(1) 自由主義と民主主義について

ハイエクは、同著第一部の『自由の価値』において、その注でケルゼンの論文「民主主義の基礎」を数か所で引用している。いずれも興味深いが、すべてに立ち入る余裕はないので、ここでは、最も重要と思われる自由主義と民主主義との関係に止めざるをえない。

ハイエクは、「自由主義は法がどうあるべきかについての主義であり、民主主義は何が法となるであろうかを決定する方法に関する一つの教義」と捉えた上で、「自由主義は、多数の受け入れたもののみが実際に法になるべきであることを望ましいと考えるが、だからといって、これが必然的によい法であるとは信じない」として、これを信じるのは、「教条主義的民主主義者」であるとして、それを批判する。そして、注において、教条主義的な例として、ケルゼンがあげられている (CL,p.103f.(n.2,p.443). 訳I・一五一頁(注(2)、訳I・二二八頁)。

ここでは、ケルゼンの「民主主義の原理と自由主義の原理は、同じものではなく、両者の間に、一定の対立さえ存在していることに気づくことは重要である」という所論を引用しつつも、恰もケルゼンが「自由」という言葉を「政治的自由」の意味で用いることによって自由主義と民主主義を同一視し、「教条主義的民主主義者の…想定によると、…多数の投票は多数の最善の利益をつねに表明することになる」と主張しているかのように論じているが、もとより、ケルゼンは、そのようなことは主張しているわけではない。むしろ全く逆のことを表明している (Vgl.F.D,p.24f. 古市訳六〇頁以下、長尾訳一八七頁以下参照)。

ただ、自由主義と民主主義の関係について、かつてケルゼンが『民主主義の本質と価値』において「国家権力が無

制限に拡大し、個人の『自由』の全面的否定に、自由主義的理念の否定に至ったとしても、その国家権力がそれに服従する諸個人によってのみ構成されている限り、なお民主主義は可能である」(WALLENSTEIN, S. 104, 訳二四頁)と論じていた点に関連して、「民主主義の基礎」⁽²⁾では、それと矛盾すると受け取れる論述をしていることが注目される。

《統治の不在という意味の自然的自由の観念から、統治への参加という意味の政治的自由の観念への変形が、決して前者の完全な放棄を意味しない、ということとは、極めて大切な注意すべき点である。統治権力のある種の制限という原則、即ち政治的自由主義の基本的原則は、どこまでも残っているのである。近代民主主義は、政治的自由主義と切り離して考えることはできない。政府は個人の一定の利益範囲に介入してはならないこと、その領域は基本的人権ないし基本的自由として法の保護を受けけること、これが近代民主主義の原則である。…かくて、信教の自由、意見および出版の自由、なかでも特に客観的認識の可能性への信念に基づく学問の自由は、民主主義の本質に属する。》(F. D., p. 274, 古市訳六八頁以下、長尾訳一九二頁)。

このような矛盾するとも受け取れる論述をどのように理解するかの問題を残していることは確かであり、その理解の仕方に対立もみられるが、⁽³⁾ここでは、端的に論文「民主主義の基礎」⁽³⁾における論述にケルゼンの自由主義と民主主義の関係についての最終的な見解が示されているものと理解することにした。⁽⁴⁾学説の展開という時間的な前後関係だけでなく、後ほど言及するケルゼンの正義論にもより適合的なものと考えられるからである。実際ケルゼン自身も『自伝』⁽⁵⁾で端的に自由主義の立場にたつことを明らかにしている。

(2) 法実証主義としての純粹法学批判

さて、本書で名指しに批判されているのは、第二部『自由と法』第一六章「法の衰退」の「3 法実証主義」にお

いてである。すなわち、本章においてまず、「法の基礎」を危うくする法理論は、ドイツに始まり、そこから世界の他の地域に広まったとし、その理由として、「法の支配」の制度が完成しないうちに、「法の支配」によって制限されることを嫌い社会的理想によって社会を計画によって改造しようとした考え方の強化によるものとし、かかる思想に属するものとして、法実証主義、歴史主義、自由法学派および利益法学の四つの学派が挙げられた後、第一に法実証主義が俎上にのせられる (CL.p.236. 訳Ⅱ・一四五頁)。

ここでは、法実証主義は、自然法の概念に真つ向から対立するものとして発展したとして、自然法学派と対立する点において、「法は定義によつて、もつぱら、ある人間の意思の意識的命令だけからなる」ものとすることに特質があると考え (CL.p.237f. 訳Ⅱ・一四六頁以下)、かかる文脈において純粋法学が登場する。正確を期するため、幾つかに分けて引用しよう。

(a) 純粋法学の特質 1 —— 「自由主義からの民主主義の分離」

《しかしながら、これらの教義が最も効果的な形態をおびて、大きな影響力をもつようになり、ドイツの枠を超えてさらに広まったのは、第一次世界大戦が終わってからのことであつた。この新しい定式化は、「純粋法学」として知られ、H・ケルゼン教授によつて詳論されているが、それは、明らかに、制約された政府という伝統がはつきりと失墜したことを象徴したものである。かれの学説は、伝統的な制約を自らの野心に対するいまいましい障害とみなし、また多数の力に対するすべての制約を一掃したいと望んでいたすべての改革者によつて熱心に受け入れられた。ケルゼン自身は、いかに「基本的に救出困難な個人の自由は漸次後景に退き、それに代わつて社会的団体の自由が前景に登場する」[W&W I, S.57. 訳八頁]かを早くから気づ

いていたし、また、自由の概念におけるこの変化が「自由主義からの民主主義の分離」[Wu W II, S.10. 訳二四頁]を意味することにも気づいていたし、かれは明らかに、これを歓迎していた。》(CL, p.238. 訳Ⅱ・一四七頁)

自由主義と民主主義の関係については、先に触れたので、ここで繰り返す必要はない。

(b) 純粹法学の特質2——「国家と法秩序の同一視」と「法治国家」概念の形式性
上記の引用に続けて、いう。

《かれの体系の基本的な考え方は、国家と法秩序の同一視にある。こうして、法治国家 (Rechtsstaat)とは、極めて形式的な概念となり、そしてあらゆる国家の属性 (ASL, S.91. 訳一五三頁)、専制国家の属性とせざる (ASL, S.335. 訳五六二頁)。立法者の権限に対するいかなる制約もありようがなく (ASL, S.14. 訳一二二頁)、また「いわゆる基本的自由」は存在しない (ASL, S.154ff. 訳二五七頁以下)。そして恣意的専制政治に対して、法秩序という性格を否定しようとするいかなる試みも、「自然法的思考の素朴さまたは不遜」(ASL, S.335. 訳五六二頁)を示すにすぎない。あらゆる努力を尽くして、抽象的、一般法的規則という実質的意味での真の法律と(立法府のあらゆる行為を含む)単なる形式的意味での法律との基本的差異を曖昧にしただけでなく、ある当局による命令を、それがどんなものであろうとすべて「規範 (norm)」(ASL, S.231ff. 訳二八四頁以下 cf. GTLS, p.38. 訳九〇頁)という曖昧な用語に含めることによつて、それらを真の法と区別できないようにしたのである。司法権と行政行為との差異でさえ、事実上、抹殺された。つまり、法の支配の伝統的概念の教義は、いずれも形而上学的迷信として表明されたのである。》(CL, p.238. 訳Ⅱ・一四七—八頁)

純粋法学の基本的な特質として、今日すでに左の二点は広く承認されている。

第一に、純粋法学は、ゲルバーやラーバント流のいわゆる公法解釈学派の如く、法の解釈を課題とするものではなく、法の認識を課題とするものであること。

第二に、純粋法学は、一般法学 (Allgemeine Rechtslehre) として法一般を認識の対象とし、またケルゼンの一般国家学は一般憲法学 (Allgemeine Verfassungslehre) として憲法一般を認識の対象とするのであって、個別国家の法なし憲法を認識の対象とするものでないこと。

しかるに、ハイエクは、まず第一点についていえば、何の考慮も払っておらず、両者を全く混同して論じている。ケルゼンの純粋法学が、ゲルバーやラーバント流のいわゆる公法解釈学派とは、本質的に性格を異にすることは、つとに戦前に宮沢教授によって指摘され⁽⁶⁾、戦後も樋口教授や長尾教授らによって強調されているところであるから、ここでは繰り返す必要はないであろう。加えて、上記引用のハイエクの論述は、特に第二点について、純粋法学が一般法学、一般国家学が一般憲法学としての性格をもつことに対する無理解によるものであり、ケルゼンの「誤解に満ちた誹謗であり、これと対決するなど骨折損である」(Was ist die Reine Rechtslehre?, in: WS, S.627. 訳二五五頁) ということになるが、そのポイントのみを明らかにしておこう⁽⁹⁾。

ケルゼンの『純粋法学』が「一般」法学であるとは、法秩序一般、法秩序の一般的なクラスを認識の対象とし、それを類型的に整理することによって、一般性において、その可能な規範的意味および構造を明らかしようとすることを意味する (RRL I, S.1.17. 訳二頁、三四頁以下。RRL II S.1.112. 訳二頁、一〇六頁)。またケルゼンの『一般国家学』が、「可能な憲法の学」としての「一般」憲法学であるとは、憲法一般、憲法の一般的なクラスを対象とし、それを類型

的に整序することによって、一般性において、その可能な規範的意味および構造を明らかしようとすることを意味する (ASL.S.45f. 訳七七頁以下)。

具体的にいえば、例えば、国家形態が問題となる場合には、国法の創設方法という一定の観点から、一方では「純粹民主制」、他方では「純粹専主制」という極限状態としての純粹理念型を構成するとともに、両極端の間に存する可能な諸混合形態を理念型として構成することを意味する (ASL.S.320ff. 訳五三六頁以下)。實在の憲法は、時間・空間的にかなるものであれ、その諸構成のいずれかに位置づけられる筈である。両極端の極限とその双方が無限に移行する可能な連続的系列の上に形成されているからである。かようにして、それは、ある特定の具体的・現実的な憲法の特徴を認識し、説明するための一般的な座標軸・仮説を提供するのである。ここからまた、「理念型」とは區別される「實在類型」の概念が生ずる (ASL.S.327ff. 訳五四七頁以下)。それは、相對極する二つの「理念型」の間に可能態として無限に存しうる「連続的系列」のうち、これまで歴史的に實在したある一定の憲法を類型化したものである、ということが出来る。

このような純粹法学の方法の一般性の見地からみれば、国家形態論だけでなく、純粹法学の主要な諸概念はみな、右のような理念型としての性質をもつのである。純粹法学の不可欠な構成要素とされる法段階説やその頂点に位置する根本規範論もまた、かかる性質をもつのである。

ケルゼンが、規範的方法に基づいて、法とは、人間の行動に意図的に向けられた意思行為の意味であるとし、また、国家とは、一定の程度に組織化され実効性をもつ法秩序であるとして、いわゆる法と国家の同一説を提示したのも、このような「一般」法学・「一般」国家学の立場からするものであつて、かかる立場よりすれば、形式的意味におい

て法治国家とは「すべての行為が法秩序に基づいて定立される国家」を意味し、「厳密に実証主義的な、あらゆる自然法を排斥する立場からすれば、あらゆる国家はこの形式的な意味における法治国家でなければならぬ」(ASL, S.91. 訳一五三頁以下)としているのは、純粹法学が規範的な一般法学であることから、いわば概念必然的に生ずることであつて、それによつて別段、ケルゼンが、専制国家に加担し、それを推奨しているわけではない。

(c) 純粹法学とナチズムの関係について

ハイエクは、さらに上記の批判に続けて段落を変え、以下のように論じる。

《この論理的にもつとも首尾一貫した法実証主義の叙述は、一九二〇代までにドイツの思想を支配するようになり、そして世界のほかの国々へ急速に広まっていった考えを明示するものである。二〇年代の末には、この考えが、ドイツを完全に支配してしまつたために、「自然法理論に執着しているという罪を犯していると判断されることは、一種の知的不名誉とされた」ほどであつた。このような世論の状態が、無制約の独裁制をつくり出す可能性があることは、ヒットラーが権力を獲得しようとしていた当時に、すでに鋭い観察者より明らかに見抜かれていた。一九三〇年にドイツのある法学者は、「社会主義国家、すなわち法治国家の反対のものを実現しようとする努力」の結果に関する詳細な研究において、次のように指摘することができた。すなわち、これらの「教義上の発展が、法治国家の消滅にとつて障害となるものをすでに一切取り除き、国家のファシスト的およびボルシェヴィキ的意志の勝利に門戸を開いた」。ヒットラーが最終的に完成することになつたこのような発展については、不安の念が増大しつゝあつたし、ドイツの国法学者学会で一人以上の報告者がこれを表明した。しかし、それは遅すぎた。反自由主義勢力は、国家が法によつて束縛されてはならないとする法実証主義的教義を、すでにあまりにも十分に習得

ついでに「ついでに」(CL, p. 238-9. 訳Ⅱ・一四八―九頁。注は原典参照)

ここでは、恰も、ケルゼンの純粹法学がナチス政権下で支配的であったとか、その推進の支えになったとか、あるいは、それへの抵抗を無防備にさせたとかいう趣旨とも受け取れる論述がみられるが、もしそこにそういう認識があるとすれば、かかる認識は、端的に歴史的事実に反する。

戦後西独の「新自然法論者」たちは、ケルゼンの法理論が実定法のみを正義であるとして、ナチに追随した司法官たちの法哲学的パトロンだという宣伝を繰り返して、ナチ時代に危険思想家として放逐したケルゼンに二度目の汚名を着せ、再度ドイツ法思想界から放逐した¹⁰、といわれる。すなわち、ケルゼンは、一度にわたって、scapegoatにされた、第一回目は、ナチスによって、第二回目は、戦後反ナチスの陣営によって、他ならぬナチスの責任を帰せられて¹¹。ハイエクの立場は、もとより新自然法論とは異なるが、ハイエクのケルゼン批判は、基本的な構図において、戦後西ドイツの新自然法論者のそれと通底するところがあるようにみえる。西ドイツのかかる批判者の中には、ナチスへの「積極的協力者」も数多く見出されることから、「ナチズムの加害者・受益者たちが、その被害者に対しその加害の責任を追求するという奇妙な光景が一再ならず現出する」¹²こととなったが、かような倒錯したケルゼン評価は、国法学界の世代交代により近時ようやく「ケルゼン・ルネッサンス」とか「ケルゼンの再発見」とかいう名のもとに見直され始めているのは¹³、遅きに失するとはいえず、極めて当然のことというべきであろう。

3 『法と立法と自由』における純粹法学批判とそれについての若干の所見

本書の論述には、先にみた『自由の条件』（一九六〇）と重なるところが多い。主たるテーマが前著においては自由論であるのに対して、本書では正義論であるから、以下においては、それに関わる部分に焦点をあて、その特質を抽出し若干のコメントを付することにした。

(1) 法実証主義の二つの種類

ハイエクは、法実証主義の中心的主張として、法以前に正義は存在するのではなく、むしろ法が「何が正義であるか」を決定するのであるという主張をかかげ、かかる主張には、「裁判所を設立する立法者は、これらの裁判所がどのようにしてその法を確かめるべきかを指示しなければならないという主張とともに、立法者はその法の内容を創り出すのであり、そうする場合の完全な自由をもっているという主張が含まれている」とする。そして、純粹法学を、ここでも法実証主義の「最も高度に発達した形態である」とし、ここでは、非常に「誤った語法」のために、かかる主張がもっともらしく見えるようにされているという（*LLLII*, p.48ff. 訳七〇頁以下）。

しかしながら、一般に「法実証主義」といわれるものには、大別して二つの種類のものがあり、ハイエクが上記の法実証主義の中心的主張としているものは、ケルゼンのいう「法実証主義」とは、全く別の種類のものである。

すなわち、法実証主義には、現実の時間・空間内で人間の意思行為によってつくられた経験的に確認可能な法（＝実定法）のみを認識の対象に、その認識のみを目標とし、それを超出しようとし、認識上の立場と、それを超えて、実定法を何らかの正義の観念によって評価し、その効力・拘束力の有無を論ずる実践上の立場がある。そして、後者の一つとして、現世の権力に発する実定法をもって正義を体現した唯一のものとし、それ以外の正義を否定して、実

定法への服従を説く立場がある。このような立場は、「権力的法実証主義」⁽¹⁴⁾とか、「権力主義的法実証主義」⁽¹⁵⁾と呼ばれる。

ハイエクの上記の法実証主義の中心的主張において念頭におかれているのは、そこから知られるように、「権力的法実証主義」であつて、ケルゼンの立場は、それとは全く異なる。

《純粹法学は、…現実の法や可能的な法を問題にするのであつて、正しい法を問題とするのではない。この意味において、純粹法学は、極端に実証主義的な法理論である。それは、…実定法をその本質に従つて把握し、その構造の分析によつて理解すること以外に、科学として、他のことをなすべき義務があるとは考えない。》(RRL I, S.17. 訳三四—五頁、なお RRL II, S.112. 訳一〇六頁)

《「正義の規範」を実定法の内のみ見るのが法実証主義の理論だといわれるが、それから程遠い。全く正反対である。法実証主義の理論が最大限に強調してきたのは、実定法と正義とを分離しようとするにある。》(ATN, S.224.)

ハイエクを論ずる文献において、ハイエクが誤つて純粹法学を「権力的法実証主義」と捉えたことを無批判にそのまま鵜呑みにして純粹法学を論じられていることがしばしば見られるだけに、ここではつきりこのことを強調しておく必要がある。

(2) 「正義の客観的テスト」は存在するか。

ケルゼンは、『正義とは何か』において、古来「正義」として主張されてきた主要なものを分析した後、以下の結

論に至っている。

《絶対的正義というのは、非合理的な理想 (Ideal) という他ない。合理的認識の立場からは、ただ、人の諸利益と、それ故、利益の衝突だけが存在する。》

この利益の衝突を解決する方法は、一方の利益を他方の利益の犠牲において満足させるか、または双方の利益の妥協をはかるかの、二つの道しかない。一方の解決が正しく、他方の解決が正しくないということを、証明することは不可能である。》
(WG,S.40. 訳111頁)

ケルゼンのこのような絶対的正義の認識の不可能性についての思考を、ハイエクは、「正義の実証的 (positive) テストは存在しないという論証」を論じたものと捉え、ケルゼンは、かかる論証を、「正義の客観的テストは、どんなものであれ、存在しえないということを、証明するのに利用」するものと解し、そこでは、「一定の規範を正義に悖るとして排除することを可能にする消極的 (negative) テストが存在するかもしれないという可能性は、考慮されることとすらない」と論難する (LLL II, p.534. 訳七八頁)。

ここからも知られるようにハイエクにとって重要なのは、何が正義であるか、それを積極的に論証する基準を提示することではなく、「法のルールが妥当であるか否かを決定するために利用できる正義の客観的テスト」として、「一定の規範を正義に悖るとして排除することを可能にする消極的 (negative) テストが存在する」という可能性」を認め、かかる「消極的 (negative) テスト」によって法のルールの妥当性を篩にかけ、その持続的なテストによって、正義に適う正しい (just) ルールとそれを基準とする人間の行動を浮かび上がらせようとするのである。かかる「正義に悖

るとして排除することを可能にする消極的テスト」が、ポパーの科学哲学における「反証」による誤謬の除去のテストと、「密接な並行関係」にあることは、ハイエク自身の認めるところである (LLL II, p.43. 訳六四頁)。

ここに、ハイエクの正義論のポイントが示されているとして、しからば、はたしてそれによって、ケルゼンの正義論が正当に認識され、評価されているといえるのであろうか。

ケルゼンは、先に引用した絶対的正義の認識不可能性を指摘し、ただ「相対的正義」のみが存在するとの「相対主義的正義哲学」の立場にたつことを明らかにした上で、では、「相対主義的正義哲学」のモラルは何か、そもそもモラルをもっているのか、多くの人々が思っているような、没道德 (amoralisch) または不道德的 (unmoralisch) なものでさえあるのだろうかと問い、それを否認して、以下のように論じているのが注目される。

《相対主義的価値理論の基礎となり、または、その結論として生まれる道德原理は、寛容の原理であり、他の宗教的ないし政治的意見を、好意的に解し、たとえ、意見が同じでなくても、いや、まさに、意見が同じでないからこそ、他の平和的な意見の発表を妨げないという要請である。∴寛容は、思想の自由を意味している。》(WG, S.41. 訳二一一―二頁)

かくて、ケルゼンは、「私は、正義とは何であるか、絶対的正義、この人間の美しい夢が何であるかを、まだ知らないし、また、お伝えすることもできない。私は、相対的正義で満足する他はないし、また、正義が私にとってどのようなものであるかを、お伝えできるだけである」とし、「私の天職は、学問であり、それ故、学問は私の生活の中で最も重要なものであるから、学問を保護し、また、学問によって、真理と誠実を栄えさせることができるものが、正義である。それは、『自由』という正義であり、『平和』という正義であり、『民主主義』という正義であり、『寛

容』という正義である」(WG,S.43. 訳二一四頁)とし、ケルゼン自身にとって何が正義であるかをみずから決断し、それを表明している。

かようにして、相対主義的正義哲学・相対主義的価値理論は、一方では、認識において絶対的正義が何かを論証しえないという消極的側面だけでなく、他方では、だからこそ実践において、各個人にとって何が正義であるか自ら決断し、それに対して責任を負わなければならないと道義的要請を各人に迫る積極的側面を有するのである。¹⁶ケルゼンによれば、かかる責任は、「いうまでもなく、人間がとりうる最も重大な道徳的責任」(FD,p.97. 古市訳一〇〇頁、長尾訳二一八頁)であるから、この意味において、かかる決断をいわば「実存主義的」決断といえるのかも知れない。

実際、ケルゼンは、根本規範論において、実定法秩序の効力根拠として想定される根本規範を受け入れて、それ自ら実定法秩序として認めるか、それとも何らかの自然法論の立場からそれを否認するか否かの態度決定は、窮極的には各個人に課せられたものとの立場をとっているが (Vol. RPL I, S.36. 訳二二一―二四頁、RPL II, S.223f. 訳二一〇頁以下、What is Justice?, 1957, p.263. 『著作集Ⅲ』二二六頁)、そこから、いずれの態度をとるべきかを各個人に迫り、その回避を許さない怖ろしい責任を各個人に負わせるもので、個人にとって「極めて『実存主義的』な帰結¹⁷」をもたらすとされることがあるのも、故なしとしない。

しかるに、ハイエクは、このようなケルゼンの正義論の核心部分について、一考すらしていない。まさに「考慮されることすらない」というハイエクの批判は、自らにそのまま当てはまるかのようなものである。

四 論争からえられるひとつの所見——現代立憲主義の根拠について——

ケルゼンとハイエク論争を概要したが、そこから、現代の立憲主義像に何らかの示唆するものが見出されるであろうか。⁽¹⁸⁾

まず思い浮かぶのは、世紀転換の少し前にソ連とその衛星諸国の社会主義体制が瓦解し、社会主義は、少なくとも「人類の未来を照らしだす希望に満ちた存在」⁽¹⁹⁾としては、二二世紀に引き継がれることなく、明確に過去のものとなった、ということであろう。かくて、二一世紀は、基本的には、イギリスの市民革命を経て歴史的に形成されてきた近代立憲主義が受け継がれて唯一の普遍的な憲法原理となり、現代立憲主義を形作っているかにみえる。

これをハイエクの立場よりすれば、歴史的に成立し進化してきた自生的秩序としての近代市民社会とそれを支える近代立憲主義が支配する世界と、それを否定しそれに代えて人間の理性によって社会主義・共産主義的な社会を意図的・計画的に独裁権力により創出しようとした世界とが二〇世紀において角逐し、後者がいわば内部から崩壊して過去のものとなり、前者のみが生き延び、それが二一世紀に引き継がれたということになる。したがって、市場を基盤とする自生的秩序としての市民社会を支えてきた近代立憲主義もまた、二一世紀において現代立憲主義として、さらに維持・形成・発展させなければならない、ということになる。殊に、個人の自由領域を恣意的な侵害から保護する一般的・抽象的・普遍的なルール(ノモス)によつて、あらゆる政治権力を制限し拘束する法の支配の原則が厳格に維持され、国民主権に立脚する国民代表機関として議会の立法権といえども、その例外でなく、ノモスに拘束されたものでなくてはならない。したがって、その枠内での社会国家・福祉国家理念の推進もまた、人間に値する最

低限度の生活保障というようなものは別にして、原理的には、人間の理性を過信して計画的に「社会的正義」という幻想を追い求めるもの、その実相においては、ノモスによって正当化しえない特殊利益を特定の人々に付与し、それと交換に票を獲得するという無制約な「取引民主主義」をもたらし、延いては、全体主義に至る可能性をもつものとして阻止されなければならない、ということになろう。そのための改革論として提示されたのが「一つの憲法モデル」に他ならないが、しかしそれは、ひとつのユートピアとしてその実現が直接意図されたものではない（拙論・二七頁参照）。かくて、今後の推移も、固より一本道ではありえない²⁰。

これを論争のレベルでいえば、自由主義と民主主義の捉え方の問題にも関わる。市場を基盤にする経済体制が国際的な共通の認識となった国際社会の中で、グローバル化が進行し、インターネットをはじめ通信技術の発達により、大量の情報が発達し交換される世界、環境破壊と資源枯渇を配慮しつつ、持続可能な経済成長を図らなければならない課題、他方では、富の偏在と民族紛争とテロの脅威、このような国際環境の中で、各国は自らの歴史と伝統を踏まえて、自由主義と民主主義という相互に緊張関係に立つ問題をどのように考えるべきか、ハイエクのように一義的に応じることができるのであろうか。

私は、ここで問わざるを得ないのは、近代市民社会がその基層において自生的秩序としての性質をもち、それが今日二一世紀に引き継がれて現代に至っているとして、それが一体どのような根拠の上に成立しているか、ということである。

ここで想起されるのは、ハイエクの自生的秩序論の形成にあたって強い影響を与えたとみられるM・ポラニーの自生的秩序論である。両者には微妙な、しかし重要な相違がある。

その学問的な出自に相違によるためか、経済学から出発するハイエクの場合には、自生的秩序論は、何よりも経済的な市場を基盤として展開され、それが経済関係を超えた文化の領域、とりわけ、学問や思想の領域とどのように関係するか、かかる領域もまた広く自生的秩序と捉えられるべきかどうか、必ずしも明確でない。

他方、M・ポラニーの場合には、学問的な出自が物理化学の領域にあるためか、その自生的秩序論は、「市場システム」もまたそれに属する重要なものとして射程にしているとはいえ、むしろ、その基盤は、学問の自由に支えられた「真理」探究の場としての学問の世界 (LL,p.163ff. 訳二〇五頁以下)、「探究者たちの社会」(TD,p.55f. 訳八五頁以下)にあり、それと並行する形で、司法権の独立の下で、裁判官によって具体的事件を契機として形成されてきた、いわば「正義」探求の場としての司法の世界、「司法システム」が、精緻な自生的秩序の例とされ、この二つが「知的秩序のシステム」(LL,p.162ff. 訳二〇四頁以下)として自生的秩序を成すものとし、それを基盤として、広く文化一般が、その基層において、自生的秩序としての性質をもつものとされる。⁽²¹⁾

しかし、両者の相違は、それだけではない。自生的秩序それ自体の依って立つ根拠をどこに求めるかにおいて、決定的に異なる。というのは、M・ポラニーは、『自由の論理』の序文において、知的自由の根拠を「自然法」に求め (LL,p.vi. 訳ii頁)、論文「学問の自由の基礎」において、「自由の一般的な基礎」は「真理・正義・博愛・寛容の実在性への信念を支持し、これらの実在性への献身を受容する」ことにあるとし、「一定の形而上学的な諸假定なしには自由は論理的に維持しえない」(LL,p.47. 訳五九一六〇頁)という結論に至っているのに対して、ハイエクは、反自然法的・反形而上学的な立場を基本前提とし (SO,p.1,165. 訳九、一八六頁、LLL II ,p.59ff. 訳八五頁以下)、自生的秩序それ自体の依って立つ根拠をどこに求めるかという点について、歴史的な進化の事実根拠を求めているかに見えるからであ

る。

すなわち、ハイエクは、論文「法秩序と行為秩序」の末節で、それが学術的な研究として一定の価値判断を提示している点について、ヒュームを援用しつつ、「今世紀の価値判断論争が改めて確認したように、われわれは存在に関する裸の事実から規範を導くことはできない」ということを確認したうえで、次のように論じている。

《われわれの科学が取り組んでいる対象、すなわち特定種類の自己発生的な秩序が、規範の遵守の結果生じるものであり、規範遵守なしにはまったく存立しないとすれば、当為ルールを含む前提から別の当為ルールを導き出すことは、決して論理的矛盾ではない。これが少なくとも意味しうるのは、自生的秩序の力に基づく社会をその一般的輪郭のみでも維持しようとする限りは、われわれに必要なのは、その社会の存続に不可欠な規範と矛盾するような規範を支持しないことであり、さらにこの前提条件の下で、学問的認識は、あれやこれをすべきだとかすべきでないとかの洞察を、われわれは与えうるのである。》
(FS,S.196. 訳二六七頁。 Cf. LLL I p.105. 訳一二七頁、 LLL II p.58f. 訳八四頁以下)

私が先に「みずからの立場から純粹法学を思う存分に誤解した上でのこのようなハイエクの批判には、つよい違和感を覚えます」と述べたが、そこにいう「みずからの立場」とは、このような一定のルール（ノモス）を含む「行為秩序」を絶対的のものとする立場に他ならず、ケルゼンの見地からいえば、かかるハイエクの立場も、端的に自然法論、ある種の事実から規範を導出する自然法論の特殊な一形態といわなければならないであろう。

五 むすび

本稿において、ケルゼンとハイエクの論争を素材として顧みることによって現代立憲主義像を管見しようとして試みた。そこから得られたことは、ハイエク、さらにはM・ポラニーの自生的秩序論によれば、近代市民社会は、その基層において自生的秩序としての性質をもち、それを支えているのが近代立憲主義であるが、それが二一世紀に受け継がれて唯一可能な現代立憲主義となり、現下困難な諸条件において推移しているのではないかということであった。

その根拠を、ハイエクは、ノモスによって支えられた行為秩序という一定の事実状態に求めたのに対して、M・ポラニーは、「自然法」、「一定の形而上学的諸假定」に求めたが、その内容は、「真理・正義・博愛・寛容の実在性への信念を支持し、これらの実在性への献身を受容する」という極めて古典的なものであった (Cf. PK, p. 223, 308ff. 訳二〇九、二九一頁以下)。

ここで注目されるのは、かかるM・ポラニーの立場が、ケルゼンの正義論、延いては根本規範論と一見奇妙にも無限に接近するかに見えることである。というのは、先に考察したように、ケルゼンの価値相対主義的正義論は、何が正義であるかの道徳的決断を各人に委ね、重い責任を負わせる「実存主義的」性格をもつものとみられるからである。しかし、そこには深淵が横たわっている。というのは、つとに宮沢教授が指摘されたように、ケルゼンの立場に「わたしも、これに共鳴する。しかし、わたしの正義は、これではつきりするとしても、それが同時にあなたの正義でもあるためには、さらに何かの媒介が必要なのではないか。それは何か⁽²²⁾」という問いが残り、それに答えなければならぬが、ケルゼンよれば、それこそ、「プラトンの辿った道」、人類が「おそらく未来永劫ソフィストの解答に満

足せず…血と涙に濡れつつも、辿り続けるであろう」「宗教への道」⁽²³⁾だからである。かくて、宮沢教授の問いは、さらに続き、最終の問いに至る。

《ケルゼン自身の頭は、その永い一生の終りに、何を考えていたろうか。死ぬときまで、その反主流の道こそ真の主流であるとの自信をもって、それを歩みつづけたであろうか。それとも、ついにソフィストの道に満足することができず、プラトンの辿った道——宗教の道——へよろめき入るようなことはなかっただろうか。それを、わたしは、知りたい。⁽²⁴⁾》

ハイエクの最後の作品『致命的な思いあがり』の最終章が宗教で終わっているのも (FC, p.135. 訳二〇三頁)、故ないことではない。

(1) 『比較憲法学研究』一五号 (二〇〇三年) 二二頁以下参照 (以下、「拙論」として引用する)。

なお、本稿においてケルゼン (Hans Kelsen)、ハイエク (Friedrich August von Hayek) および M・ポラニー (Michael Polanyi) の著作・論文集・論文と訳書は、以下のように略記して本文において引用することにした (訳文は訳語の統一等の理由から必ずしも訳書と同一でないところもある)。

(Hans Kelsen)

Vom Wesen und Wert der Demokratie, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 47, 1920/21, 長尾龍一訳「民主制の本質と価値」(初版)、同他訳「ハンス・ケルゼン著作集Ⅰ 民主主義論」慈学社・二〇〇九年: *WuWI*, 訳。

Allgemeine Staatslehre, 1925, 清宮四郎訳『一般国家学』岩波書店・一九七一年: *ASL*, 訳。

Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., 1929, 長尾龍一・植田俊太郎『民主主義の本質と価値 他一篇』岩波書店・

二〇一五年：WuWII, 訳。

Reine Rechtslehre, 1934, 横田喜三郎訳『純粹法学』岩波書店・一九七三年：RRL I, 訳。

General Theory of Law and State, 1945, 尾吹善人訳『法と国家の一般理論』木鐸社・一九九一年：GTLS, 訳。

Was ist die Reine Rechtslehre?, 1953, in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 1968, S.611. 森田寛二訳「純粹法学とは何か」

『ハンス・ケルゼン著作集IV 法学論』所収・慈学社・二〇〇九年：WS, 訳

Was ist Gerechtigkeit?, 1953, 2. Aufl., 1975. 宮崎繁樹訳「正義とは何か」『ハンス・ケルゼン著作集III 自然法論と法実証主義』所収・慈学社・二〇一〇年：WG, 訳

Foundations of Democracy, Ethics, Vol. 66, 1955, Nr. 1, Part 2. 古市恵太郎訳『民主政治の真偽を分つもの』理想社・一九五九年、

長尾龍一訳「現代民主制論批判」同他訳『ハンス・ケルゼン著作集I 民主主義論』慈学社・二〇〇九年：ED, 古市訳・長尾訳。

Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, 長尾龍一訳『純粹法学 第二版』岩波書店・二〇一四年：RRL II, 訳。

Allgemeine Theorie der Normen, 1979. : ATN.

(Friedrich August von Hayek)

The Road to Serfdom, 1944, paperback by Routledge 1997, 西山千明訳『隷属への道』春秋社・一九九二年：RS, 訳。

Individualism and Economic Order, 1948, 嘉治元郎・嘉治佐代訳『個人主義と経済秩序』(ハイエク全集三) 春秋社・一九九七年：IEO, 訳。

The Sensory Order, 1952, 稚山貞登訳『感覚秩序』(ハイエク全集四) 春秋社・一九九八年：SO, 訳

The Constitution of Liberty, 1960,

Part I *The Value of Freedom*, 気賀健三・古賀勝次郎訳『自由の価値——自由の条件I』(ハイエク全集五) 春秋社・一九九七年：CL, 訳I。

Part II *Freedom and the Law*, 気賀健三・古賀勝次郎訳『自由と法——自由の条件II』(ハイエク全集六) 春秋社・

一九九七年：CL, 訳Ⅱ。

PartⅢ *Freedom in the Welfare State*, 気賀健二・古賀勝次郎訳『福祉国家における自由——自由の条件Ⅲ』（ハイエク全集七）春秋社・一九九七年：CL, 訳Ⅲ。

Freiburger Studien:Gesammelte Aufsätze,1967. 所収論文の訳として、嶋津格監訳『哲学論集』（ハイエク全集Ⅱ—Ⅳ）春秋社・二〇一〇年：FS, 訳。

Law,Legislation and Liberty,

Vol.1 *Rules and Order*,1973, 矢島鈞次・水吉俊彦訳『ルールと秩序——法と立法と自由Ⅰ』（ハイエク全集八）春秋社・一九九八年：LLLⅠ, 訳。

Vol.2 *The Mirage of Social Justice*,1976, 篠塚慎吾訳『社会正義の幻想——法と立法と自由Ⅱ』（ハイエク全集九）春秋社・一九九八年：LLLⅡ, 訳。

Vol.3 *The Political Order of a Free People*,1979, 渡部茂訳『自由人の政治的秩序——法と立法と自由Ⅲ』（ハイエク全集一〇）春秋社・一九九八年：LLLⅢ, 訳。

The Fatal Conceit:The Errors of Socialism,in *The Collected Works of Friedrich August Hayek*,ed. W.W.Bartley Ⅲ,vol. I,1988, 渡辺幹雄訳『致命的な思いあがり』（ハイエク全集Ⅱ—Ⅰ）春秋社・二〇〇九年：FC, 訳。

(Michael Polanyi)

The Logic of Liberty,1951,Reprinted,1999, 長尾史郎訳『自由の論理』ハーベスト社・1988年：LL, 訳。

Personal Knowledge,1958 (1962), 長尾史郎訳『個人的知識』ハーベスト社・一九八五年：PK, 訳。

The Tacit Dimension,1966 (1983), 佐藤敬三訳・伊藤俊太郎Ⅱ序『暗黙知の次元』紀伊国屋書店・一九八〇年：TD, 訳。

(2) ハイエクは、後にみるように、ケルゼンのこの論述箇所を繰り返し返して引用し、ケルゼンを無制約な民主主義を説く社会主義者と決めつけ、恰も全体主義の元凶の如く論じている。かかるケルゼン理解の例は、かねてよりわが国においても見出されるがところであるが（例えば、嶋津格『自生的秩序 ハイエクの法理論とその基礎』木鐸社・一九八五年・一八七頁、渡辺幹

雄『ハイエクと現代リベラリズム』春秋社・二〇〇六年・四六頁以下、池田信夫『ハイエク 知識社会の自由主義』PHP研究所・二〇〇八年・一四九頁以下、仲正昌樹『いまこそハイエクに学べ』春秋社・二〇一一年・一八二頁以下参照。前二著ではケルゼンの立場は「全体主義」で『社会民主主義』のイデオロギー」だとされているが、それとはやや異なる見地からケルゼンを「国家肯定論的社會主義者」と捉える見解として、今井弘道「正義論と価値相対主義——F・A・ハイエクとH・ケルゼンに即して」竹下賢編『実践地平の法理論』昭和堂・一九八四年・一七〇頁参照)、それに同調しえないことについては、以下に論じる。

- (3) 赤坂正浩「ケルゼンの民主主義論」『立憲国家と憲法変遷』(信山社・二〇〇八年) 一〇二頁以下参照。
- (4) 例えば、手島孝「公法学におけるハンス・ケルゼン或いはハンス・ケルゼンにおける公法学」『公法研究』四四号(一九八二年) 四四頁以下参照。Vgl. Horst Dreier, *Rechtslehre, Rechtssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, S.263f.
- (5) Hans Kelsen, *Autobiographie*, 1947, in: M. Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen Werke*, Bd.1, 2007, S.58f., 長尾龍一訳『ハンス・ケルゼン自伝』(慈学社・二〇〇七年) 四一頁以下。それについては、同『ハンス・ケルゼン著作集Ⅱ マルクス主義批判』(慈学社・二〇一〇年)「あとがき」五一―五頁参照。
- (6) 宮沢俊義「法および法学と政治」(一九三八年)『公法の原理』(一九六七年・有斐閣) 一二〇頁参照。
- (7) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(勁草書房・一九七三年) 七三頁以下参照。
- (8) 長尾龍一『ケルゼン研究Ⅰ』(信山社・一九九九年) 一六八頁参照。
- (9) 拙著『純粹法学と憲法理論』(一九九二年・日本評論社) 三五五頁以下、『ケルゼンの権利論・基本権論』(慈学社・二〇〇九年) 四五四頁(本稿は、そこで「残された第五の課題」(四五二頁)の解明にかかわる)。
- (10) 長尾・前掲注(8) 三二九頁。なお、同訳・前掲注(5) 二〇〇七年・一四五頁以下参照。
- (11) 今井弘道「第一次大戦後ケルゼンの『憲法体験』・『政治体験』・『政治思想』(一)」『北大法学』三二卷二号(一九八一年) 三七頁参照。

- (12) エルンスト・トピッチュ・長尾龍一訳「イデオロギー批判者としてのハンス・ケルゼン」『国家学会雑誌』七九卷九・一〇号（一九六六年）「訳者覚え書き」三二頁。
- (13) Vgl. M.Jestaedt, O.Lepsius (Hrsg.), *Hans Kelsen Verteidigung der Demokratie*, 2006, Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen — Eine Einführung; M.Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen Reine Rechtslehre Studienausgabe der 1.Auflage 1934*, 2008. Eine Einführung; ders. (Hrsg.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*. 2013. 長尾龍一・前掲注(5) 訳『自伝』「あとがき」一六〇頁以下、高田篤「戦後ドイツ公法学におけるケルゼン」『文明と哲学』四号（二〇一二年）七四頁以下、同「続 戦後ドイツ公法学におけるケルゼン」同六号（二〇一四年）四六頁以下参照。
- (14) 加藤新平『法哲学概論』（有斐閣・一九七六年）二五九頁。
- (15) 長尾・前掲注(8)三二八頁。
- (16) この側面は、菅野喜八郎『続・国権の限界問題』（木鐸社・一九八八年）によれば、方法二元論の立場からは、「あくまでも個人心理の問題なのであって論理の問題ではない」（三二九頁）。
- (17) 長尾・前掲注(8)三三七頁。Vgl.H.Dreier, a.o.Anm(4), S.240ff. このテーマに関する考察として、毛利透「『旧ヨーロッパ的』あるいは『実存主義的』ケルゼン——ホルスト・ドライアーのケルゼン研究によりつつ——」石川健治編『学問／政治／憲法』（岩波書店・二〇一四年）六二頁以下参照。
- (18) 今日わが国では明治憲法以来再び「立憲主義」のあり方が大きく問われているが、それについては、とりわけ樋口陽一『いま、「憲法改正」をどう考えるか「戦後日本」を「保守」することの意味』（岩波書店・二〇一三年）、佐藤幸治『立憲主義について 成立過程と現代』（左右社・二〇一五年）、同『世界史の中の日本国憲法 立憲主義の史的展開を踏まえて』（左右社・二〇一五）参照。
- (19) 塩川伸明『社会主義とは何だったか』（勁草書房・一九九四年）「まえがき」ii 頁。なお、同著『現存した社会主義』（勁草書房・一九九九年）、『二〇世紀史』を考える』（勁草書房・二〇〇四年）参照。
- (20) 「二十一世紀にハイエクを論じる理由」につき、山中優『ハイエクの政治思想』（勁草書房・二〇〇七年）一頁以下、また、

渡辺・前掲注(2)三八一頁以下、池田・前掲注(2)一七〇頁以下、仲正・前掲注(2)二〇七頁以下、松原隆一郎『ケインズとハイエク』（講談社・二〇一二年）二八〇頁以下参照。

(21) 拙稿「二つの自生的秩序——市場システムと知的秩序のシステム——」『金沢法學』四九卷二号（二〇〇七年）一三七頁以下参照。

(22) 宮沢俊義「ケルゼン教授の訃に接して」鵜飼信成・長尾龍一編『ハンス・ケルゼン』（東京大学出版会・一九七四年）一七八頁。

(23) Hans Kelsen, *Die Platonische Gerechtigkeit*, 1933, in: *Aufsätze zur Ideologiekritik*, E. Topitsch (Hrsg.), 1964, S. 231. 長尾龍一訳「プラトンの正義論」同訳『ハンス・ケルゼン著作集V ギリシャ思想集』（慈学社・二〇〇九年）二二五頁。

(24) 宮沢・前掲注(22)一七九頁。宮沢教授が病床でキリスト教の洗礼を受けられた由については、長尾龍一「補遺 宮沢俊義先生とケルゼン」ハンス・ケルゼン著・E. トーピツチュ序・長尾龍一訳『神と国家——イデオロギー批判論集——』（木鐸社・一九七七年）二五三頁参照。

ケルゼンの自然法論批判についての一考察

長尾一紘

- 一 序
- 二 自然法論とイデオロギー問題
- 三 自然法論批判における科学と政治
- 四 ケルゼン理論の問題点Ⅰ 自然法の絶対性と相対性について
- 五 ケルゼン理論の問題点Ⅱ 自然法と実定法の共存について
- 六 結語に替えて

一 序

1 自然法の観念について

(1) この稿では、ハンス・ケルゼンの自然法論批判が紹介され、検討される。

ケルゼンは、自然法論についての、もつとも徹底した批判者の一人である。留意すべきことは、まず視野の広さである。法理論的、そして政治哲学的検討を基礎として、心理学、社会史、文化人類学等にまで分析の分野は及んでいる。そして、分析の精密さ、深さにも、これに劣らぬものがある。

そのケルゼンが、自然法論に対して尋常ならざる関心をもち、数十年の間、これに批判を加え続けた。それはなぜなのか。その批判は、何を目的として、いかなる根拠によっているのか。そして、その所論の内容は正しいといえるのか。本稿において、これらの問題を検討することにした。

(2) 「自然法」のイメージは各人各様である。そこでまず、「自然法」とはいかなるものか。その意味するところを示す必要がある。ケルゼンは、「自然法」について、つぎのようにい¹⁾う。

自然法論は、一七世紀および一八世紀には盛んであったが、一九世紀においては、ほとんど完全に見放された。しかし、現在では、再び勢力をえている。自然法論は、自然(Natur)、つまり、一般の自然や理性的存在としての人間の本性(Natur)に由来する人間関係の完全に正しい規制が存在している、と主張する。

自然は、規範的権威、一種の立法者と考えられている。自然を綿密に分析することによって、われわれは、その中に含まれている正確な、そして、つまり、正しい人の行動を規定する規範を見つけ出すことができる。もし、自然を、神の創り給えるものと考えらば、自然の中に含まれている規範としての自然法は、神の意思の現れにほかならない。

「自然」を綿密に分析することによってわれわれは、「正しい法」（自然法）を見つけ出すことができる。そして、この「自然」とは、「神の意志」を体現するものだ。

自然法論は、このように主張する。それではこの自然法なるものは、どのような役割をもつのか。この点についてケルゼンは、つぎのようにいう。^②

自然法および実定法の本質を認識するためには両者を対比してみるとよい。実定法もまた人間行動の秩序であるが、その「自然的」秩序との相違は、それが「人為的」、すなわち人間がつくった人為のものだというところにある。それは不完全な人間の意志に由来するものであるから、「自然的」秩序に比べれば多かれ少なかれ「恣意的」なものであり、自然法と異なつて常に正しいとは限らず、不正なものでもありうる。この「人為的」実定的秩序の価値判定基準は「自然的」秩序にあり、実定法は自然法への合否の度合いによってその善悪・正不正が判定される。

自然法とは、実定法秩序の判定基準である。各国の法秩序は、自然法という判定基準によって、その正・不正、善悪が判断されることになる。

(3) 各国の法秩序の正・不正は自然法によって判断される。そこで、この自然法の内容が問題になる。それによつて判定の結果が異なってくるからである。

冷戦下のアメリカとソ連を例にすることにしよう。

その自然法なるものが自由と民主主義を内容とするものであるならば、アメリカの法秩序は「正」とされ、ソ連の法秩序は「不正」とされることになる。また「自然法」が共産主義社会の実現を可とするものならば、アメリカの法秩序は「不正」とされソ連の法秩序は「正」とされることになる。⁽³⁾

同じようなことが世界中の国々に妥当することになる。かくして憲法制定者は、自国に都合のよい「自然法」を選択し、これを実定憲法に書き込むことになる。このようにして実定法化された自然法のことを「現実態としての自然法」ということにしよう。このような形での自然法は、国家が存在する以上かならず存在することになる。

これらの現実態としての自然法の内容は千差万別であるが、その役割は一つである。それは体制の維持である。本来の自然法、「理念としての自然法」は、それが実定法化されるとき、このように形を変えることになる。

2 本稿の構成

(1) 本書の構成は以下のようである。

まず、二、三においてケルゼンの自然法論批判が紹介される。とくに重要なことは、ケルゼンにおける自然法論批判が、イデオロギー批判の一環であるということである。ケルゼンの法理論、政治理論においてイデオロギー批判は核心的な意味をもつ。まず、二において、ケルゼンにおける自然法論批判の内容が概説される。つぎに三において、自然法論とイデオロギー問題との関連が説示される。

(2) 四、五においては、ケルゼンの自然法論批判の問題点が検討される。

四においては、「自然法」についての「絶対性」という理念上の属性と、相対性という現実の属性の間にある、一見して矛盾する関係が説示される。そして、ロベルト・アレクシーの視点論が紹介され、ケルゼンの立論が批判的に検討される。

五においては、自然法と実定法の「共存」にかかる理論的な諸問題が検討される。日本国憲法は、自然法思想を導入している。これを「共存」の典型例とみることができる。

さいごに六において、若干の感想が語られる。

二 自然法論とイデオロギー問題

1 ケルゼンにおける自然法論批判の形成

(1) まず、ケルゼンの自然法論に対する批判論の形成をみることにしたい。これについては、つぎのような一応の時期区分が可能である。

- ① 二十年代の前半まで
- ② 二十年代後半以降
- ③ 渡米以降 (とりわけ戦後)

上記①の時期において、ケルゼンの自然法理解は、②、③の時期のものとはまったく異なる。①の時期の自然法理解には、非体系的でアド・ホックの印象がある。のちに示すように、ケルゼンの自然法理論はきわめて個人的なものであるが、この時期における自然法理解は、一般の学説とほとんど同様である。

初期のケルゼンは、自然法について、絶対主義の下で、当局の国家教義に対抗して主張された政治的教義だと述べている。絶対王制に対する反対勢力の主張の中に自然法論の典型を見出していたのである。また、自然法論について、もっぱら社会契約説による国家の基礎づけとの関連において関心を示す傾向がみられた。この時期のケルゼンの自然法理論は、のちに主張される、体系的かつ独創的な自然法理論とはまったく別なものである。

(2) 自然法についてのケルゼンの本格的な取り組みは、二〇年代後半に始まる。この時期につきのような重要な

論文が発表されている。

・自然法思想論（一九二八年）

・自然法論と法実証主義の哲学的基礎（一九二八年）

・自然法と実定法（一九二八年）

ケルゼンの自然法論批判の要点は、これらにおいて基本的に示されているが、自然法論への批判をさらに強めていくのは渡米以降のことである。とりわけ第二次大戦終結後のことである。この時期における重要な著作は、つぎのようである。⁽⁴⁾

・社会と自然（一九四六年）

・正義とは何か？（一九五七年）

・自然法論の基礎（一九六三年）

・イデオロギー批判論集（一九六四年）

2 存在と当為の二元論について

ケルゼンの自然法論に対する批判論は、自然法論の理論構造そのものに対する批判と、自然法論の政治的機能の分析、すなわちイデオロギー批判に二分される。

まず、自然法論の構造的な問題点のうち、とくに重要と思われるものについてみることにしたい。この点について、ケルゼンはつぎのよう⁽⁵⁾にいう。

自然法論は、事実に価値が内在すること、そして、その価値が絶対的であることを前提する。あるいは、結局のところ同じことになるが、自然には聖なる意志が本来的に備わっていることを前提する。かかる前提に立つてのみ、自然から法を演繹でき、その法は絶対的正義であるという説を唱えることが可能なのである。自然的事実に価値が内在するという形而上学的前提が科学の観点から容認できないとすれば、自然法論は「存在」から「当為」を推論するという論理的誤謬の上に成り立つこととなる。

ケルゼンの自然法論批判には、まことに厳しいものがある。ケルゼンは、自然法論にあつては、論理的、合理的思考からすれば不可避とされるはずの二元論が否定されてしまうことを批判する。ここで二元論とは、存在と当為の二元論、事実と価値の二元論、規範と言明の二元論のことである。自然法論にあつては、このような概念上の区分が否定されることになる、と批判するのである。これらの二元論は、近代科学、近代的思惟の前提であり、条件でもある。これが否定されることになれば、現代人はその思考形態において未開の時代に逆戻りすることになる。

3 純粹法学とイデオロギー批判

(1) ケルゼンの自然法論批判の強烈さには尋常ならざるものがある。なぜ、ケルゼンはかくも熱心に自然法論の問題と取り組んだのであろうか。まずこの点を考えてみることにしたい。

容易に思いつくのは、価値相対主義である。価値相対主義は、ケルゼンの学問的信条であるにとどまらず、政治的信条ともなっている。価値相対主義の下において、普遍的価値を科学的方法で確認することは不可能であるとされる。

このような価値相対主義への信念が、自然法論批判への熱意の源泉になったのであろうか。

結論からいえば、少なくとも、それだけでは説明できない。価値相対主義の論者は少なくない。それらの論者らにおいて、自然法論批判への、ケルゼンなみの強い関心をみることはできない。

決定的な理由は、当然にすぎるようではあるが、純粹法学そのものに求めることができないかと思われる。その趣旨は、『純粹法学〔第二版〕』の第二章「法と科学」の中に示されている。⁶⁾ 伝統的法学は、イデオロギー的性格をもっている。純粹法学は、反イデオロギー的性格によって、「真の科学」であることが明らかにされる、と。

ケルゼンは、ここで純粹法学の存在理由を示唆しつつ、イデオロギー批判の重要性を強調している。一見して、イデオロギー批判は、ケルゼンの法理論において周辺的なものであるかのような印象を与えるが、ここではそれが純粹法学の核心に位置するものであることが示されている。

ケルゼンが自然法論に過剰ともいえるほどの関心を示したのは、自然法論が「イデオロギー」そのものであり、これを明確な形で論証することが、純粹法学が「真の科学」であるための条件であるからと考えられたからである。

(2) では、「イデオロギー」とは何か。ケルゼンは『純粹法学〔第二版〕』において、「イデオロギー」の概念についての説明をおこなっている。⁷⁾

ケルゼンは、「イデオロギー」の語には二つの意味があるとしている。そして、「法」、とりわけ「実定法」などの精神的形象について、これを第一の意味での「イデオロギー」であるとしている。

これに対して、「法」、「国家」などを、正当化したり、非難したりするために考え出された、「正義」、「自然法」、そして、これを混えた法理論などは、第二の意味での「イデオロギー」であるとしている。

純粹法学は、科学としての「純粹性」を維持するために二正面作戦を強いられている。「イデオロギー」の語との関係において、これを示すことにしよう。

第一に、当為の次元の存在である法規範を、因果の次元に引き込もうとするリアリズム法学との関係において、純粹法学は、「法」なるものは（第一の意味での）「イデオロギー」であるとして、これと争うことが必要である、としている。

第二に、自然法論との関係において、純粹法学は、「自然法」なるものは、（第二の意味での）「イデオロギー」にすぎないとして、これと争うことが必要であるとした。ケルゼンは、つぎのように、純粹法学は「反イデオロギー」の学であることを明言する。⁽⁸⁾

この意味で純粹法学は、公然たる反イデオロギー的傾向をもっている。それは実定法の記述において、実定法と「理想法」、「正法」との混淆の一切を否定する。それは法を「あるべき」相においてではなく、あるがままの相において記述する。純粹法学は、そうすることによって、伝統的法学と激しく対立する。伝統的法学は、意識的・無意識的に、また時には多く、時には少なく、第二のような意味で、「イデオロギー的」性格をもっている。純粹法学は、この反イデオロギー的性格において、真の法の科学であることが明らかになる。

4 プラトンとケルゼン

(1) ケルゼンには、その研究対象の成りたちを、根源にまでさかのぼる傾向がみられる。現代の自然法論は、世の神学的自然法論を継承するものであり、中世の自然法論は、ギリシャの社会哲学を端緒とするものである。トールピッチュは、この点に関連してつぎのよう⁽⁹⁾にいう。

ケルゼンは諸々の自然法イデオロギーの神話的・宗教的基礎を探求し、プラトン、アリストテレスの道徳形而上学に深く立ち入った分析を加え、また霊魂信仰を社会的に研究することによって、数百年、否数千年にわたって西欧精神史の核心に属していた諸観念にたいし真に原理的な批判の矢をむけた。

(2) ここでプラトンの世界観をみることにしよう。「プラトンの正義論」と題する論文において、ケルゼンはつぎのよう⁽¹⁰⁾にいう。

プラトンの世界は統一的世界ではなく、その世界は深淵によって二分されている。この分裂はあらゆる現象形態にまで及んでおり、きわめて多様な形態をとって繰り返し現れる。プラトンの眼には一つの世界ではなく、二つの世界が映っていた。すなわち彼は魂の眼をもって時間・空間を超越した超越界、イデアの世界、物自体、不変の存在の、真の絶対的現実を観照しえた⁽¹¹⁾と信じ、他方肉眼によって時間・空間に制約された現象界、変動きわまりない生成の世界をみて、両者を対置させたのである。

プラトン哲学の特徴は、その根元的な二元論にある。ケルゼンは、ギリシャ哲学の研究から、自然法の構造と機能についての知見を得て、これを現在に援用した。

現在に及ぶまでの長い歴史において、自然法論の多くは、基本的に、プラトンのこのような世界観の影響下にあつたとみることができよう。ケルゼンがプラトンの教説にみたのは、支配のイデオロギーそのものであつた。そしてその点に自然法論の本質をみたのである。

(3) ケルゼンの関心は、古代ギリシヤをさらにさかのぼつた。

一九二二年の著作「神と国家」は、フロイトなどの理論によりながら、宗教的・社会的イデオロギーの基礎を成すものを、意識の原始的深層、いまだ自然と社会の区別を知らない神話にまでさかのぼって検討したものであつた。ケルゼンはつぎのようにいう。⁽¹⁾

神話的世界観における自然とは実は社会なのである。

未開社会においては、山々や湖沼、禽獣や樹木にも靈魂が存在し、それぞれ意志をもつものと観念された。「自然」にも「人格」があるものと考えられていた。ここに未開人の自然観と現在の自然法論との接点を見ることができよう。ケルゼンにおいて、現在の自然法論は「未開人の世界観の遺物」と感ぜられていた。

未開社会の自然観が現在にも生きていることは、驚くに価しない。ハリー・ポッターの世界は、まさしく古代以前

の自然観にみたされている。このような事情は、日本においてとくに顕著である。つい半世紀前まで、竈や農具にはカミ（靈魂）が宿るものと信ぜられていた。正月には神酒を具えてこれらに感謝の意を表したものであった。

ケルゼンの研究対象には、きわめて広範なものがあるが、ギリシャ哲学の研究は、そのなかで特段に重要な位置をしめている。

ギリシャ哲学の研究について、これを現代自然法研究の一環とみることはできない。ギリシャ哲学の研究は、それ自体が主たる目的であつたとみるべきであろう。

三 自然法論批判における科学と政治

1 支配の正当化論としての自然法

(1) 「自然法」といえば、多くの人々は、ルソーなどの社会契約論を想起する。そして、これに付随して、フランス革命が想起される。このような事情は、西欧においても同様である。自然法論は、このような事情から、一時はアカデミズムの教壇から追放されることもあつた。

このような自然法理解に対して正面から異を唱えたのがケルゼンであつた。二十年代後半以降の著作において、ケルゼンはこのような一般的な自然法観とは全く異なつた議論を展開した。自然法論の政治的機能は実定法秩序の正当化にあるとした。現行の国家体制の維持、存続こそが自然法論の本来の機能であると主張したのである。自然法論は、総じて保守的性格のものとされた。

ケルゼンは、一九二八年の作品においては、「自然法論の性格は一般的に、また主要傾向からみて、きわめて保守

的であった」と述べている。¹²⁾ 一方、一九四九年の作品ではつぎのように述べている。¹³⁾

自然法論が果たす唯一の機能は、実定法を正当化すること、現実の政権が定立するあらゆる実定法を正当化することである、と。

(2) かつて、自然法論について、革命的性格、破壊的性格が語られたが、ケルゼンはこれとは正反対の理解を示した。

自然法論について、これをすべて革命のイデオロギーとみるのは確かに一面的な議論であった。これを否定したのはケルゼンの大きな功績であった。しかしケルゼンは、所論をさらに一歩進めた。「あらゆる」自然法論について、これを現状維持の機能をもつと述べたのである。この点をどのようにみるべきであろうか。これに対して批判的な論者のひとり¹⁴⁾は、つぎのようにいう。

自然法論一般について、これを革命的性質のものというのは確かに極論である。しかし、ケルゼンの所論は、その対極にある極論ではないか。たとえば、現実の社会秩序に批判的な立場にあっても、そのすべてが革命的であるというわけではない。しかし革命的でない立場のものがすべて現状維持を是としているわけではない。改良的な立場のものも少なくないのではないかと。

ケルゼンの所論は、歴史的存在としての自然法論を、しかも西欧の歴史における自然法論を念頭においたものである。このような前提の下においても、ケルゼンのような強いヴァージョンでその所論を主張することには問題があるように思われる。ケルゼンは、ルソーの自然法思想とフランス革命との関係をあくまでアド・ホックなものとするが、

そのようにいいうるか否かについては一考を要するところである。また、ケルゼンは、マルクス主義政治哲学をも自然法思想とみているのである。

自然法論には、確かに、基本的に実定法秩序の正当化、すなわち現状肯定の機能がある。しかし、例外の事態も少なからずありうるのではなからうか。¹⁵⁾

2 神的起源のイデオロギーとしての自然法

(1) ケルゼンにおける自然法論理解のさらなる特質は、自然法の宗教的性格を著しく強調する点にある。しかも、このような傾向はしだいに強いものとなっていった。以下、ケルゼンの主張の変容をみることにしよう。

この「正しき」「自然の」秩序を「自然」から導き出そうとするか「神」から導き出そうとするかということは、自然法論の正義論にとって本質的相違をもたらすものではない。¹⁶⁾〔一九二八年〕

自然法論は、その論旨を一貫させると、どうしても宗教的性格を帯びざるをえない。自然が神意の啓示として捉えられ、その結果、自然を検討することが神意の探求につながるという場合にのみ、また、その限りにおいて、自然法論は人間行動の正しい準則を自然から演繹しうるのである。実際、名だたる自然法論で多かれ少なかれ宗教的性格をもたぬものはない。¹⁷⁾〔一九四九年〕

自然法とは神が人間に植えつけた自然的傾向から導き出される法なのである。自然法は神に起源をもっている。自然法のもつ絶対的効力や不変性はその神的起源によるものであり、この絶対不変の効力こそ自然法の本質的要素をなすものである。自然法が自然に内在するものであることと同様、それが絶対不変の効力をもつことも、それが神に由来することの帰結にすぎない。¹⁸〔一九六一年〕

(2) 一九二八年の著作においては、神と自然は並置されている。ところが一九四九年の著作においては、自然法論の宗教的性格が格段に強調されたものとなった。この傾向は、一九六一年の著作においてさらに強められた。そこでは神性こそが自然法のすべてであるかのような論調となっている。

なお、一九六三年の作品において、ケルゼンは「正しい神性への確信」こそがすべての自然法論の必然の前提であると述べるに至っている。¹⁹この主張を文字どおりに理解すれば、神学的自然法論のみが自然法論であり、世俗的自然法論は自然法論たりえないということになってしまふのではなからうか。

このケルゼンの所論をどのように評価すべきであろうか。結論からいえば、ケルゼンの論証は、必ずしも十分ではないように思われる。

まず、自然法についての一般的な理解から、ケルゼンのような帰結を演繹的に引き出すことは困難である。また帰納的論証も十分とはいえない。神的起源をもたない自然法論も珍しくないからである。このような批判に対して、ケルゼンは、あるいはつぎのように反論するかも知れない。

一見して世俗的な自然法論にあっても、隠された前提(神)があるはずだ。分析によってそのベールを外すことは

困難ではないだろう、と。

しかし、「隠された前提」はないかも知れない。ケルゼンの主張には無理があるように思われる。何よりも問題なのは、情緒や感情から自由であるべき認識のプロセスに反宗教的情念が入り込んでしまったことである。

ケルゼンは宗教に無関心な無神論者であったわけではなく、戦闘的かつ自覚的な無神論者であった。この点について、論者はつぎのようにいう。⁽²⁰⁾

ケルゼンは、宗教と徹底的に対決することによって、人間の自由を擁護しようとしたのである。したがってケルゼンの自然法論批判は、宗教批判へと連動するのである、と。

3 イデオロギー批判における科学と政治

(1) 話題をイデオロギー批判に戻すことにしよう。

ケルゼンのイデオロギー批判の目的は、なによりもまず、認識の客観性の確保にある。かくして、没価値性と価値中立性が重視されることになる。

しかし、これだけではない。イデオロギー批判の目的には、実践的契機も含まれているように思われる。ケルゼンはしばしばつぎのようにいう。⁽²¹⁾

民主制は価値相対主義に立脚するが、専制体制は、神秘的な政治理念に立脚する。強固なイデオロギー支配を必要とするからである。かくしてそれは、自然法論を必要とする。専制支配においては、みずからの支配を正当化する自然法論を不可欠とするのである、と。

このような前提からすれば、自由主義的信条をもち、専制支配に批判的なケルゼンにあっては、自然法論は、学問の面だけでなく、政治的にも否定の対象とせざるをえなかったということになる。

これに関連してもう一つの問題点が想起される。価値相対主義は、ケルゼンにとって学問的信条であるのみならず、政治的信条でもある。この価値相対主義は、果たして政治的自由主義と整合性をもちうるのであろうか。

(2) この問題については、二つの対応が想起される。

その第一は、ケルゼンの所論において、理論理性と実践理性の混淆がなされていると主張する。その論者のひとり、ケルゼンの民主制論において、「没価値性の外観」と「民主主義への燃える情熱」が並存しているものとしたうえで、後者が前者を圧倒してしまったものとする⁽²²⁾。その結果、民主制論の論理に「意欲」が混入することになったとするのである。

その第二は、民主制にかかる論文が、法理論ではなく、政治理論であることに着目する。そしてケルゼンの著作では、前者においては認識と実践の区別は厳しくなされているが、後者においては必ずしもそうではない、とする。民主制と自由についての所論は政治理論にかかるものである。したがって、これについては没価値性の要請が必ずしも十分に貫徹されていないとするのである⁽²³⁾。

その第三は、ケルゼンの所論において、自由の問題は価値相対主義の例外とされている旨を主張する⁽²⁴⁾。

(3) 上記の三者は、それぞれ明言は避けているものの、ケルゼンの所論に問題があることを示唆している。

これらは、相反的な関係にあるわけではなく、それぞれ両立可能な関係にある。これらのうち、理論的にもっとも精緻な構成をとっているのが第三の所論である。その内容をみることにしよう。

価値相対主義は、認識レベルのものと実践レベルのものに二分される。認識レベルの価値相対主義は、絶対的な価値について、合理的な方法でこれを確認することはできないとする。実践レベルの価値相対主義は、さまざまな価値観に対して、原則的に平等に対応することを要請する。今この脈絡で問題とされているのは、後者の価値相対主義である。したがって、さまざまな政治思想に対して、原則として平等に取り扱うことが要請される。

「原則として」との意味は、例外を許容するとの趣旨である。ケルゼンの政治思想の特質は、すべての政治思想は平等に取り扱うべきだということ为前提としつつ、自由主義についてはこれを「例外」として、特段に有利な取扱いをすることが許容されるとする点にある。

ケルゼンがこのような論理に従っていることは明らかである。価値相対主義と自由主義とのジレンマの問題は、このようにして解決されうるものとみることができよう。

ただし、ケルゼンがこのような論理をどこまで徹底して自己の実践上の原則としているかという問題は、これとは別に考える必要がある。

「ケルゼンと自由主義との関係」というタイトルの論稿を著した、エアハルト・モックは、ケルゼンがなぜ「自由主義」をタイトルとした論文を書かなかったのか、という疑問を呈しつつ、そこではっきりとした理由を示すには至らなかった。⁽²⁵⁾

思うに、自由主義を正面から検討しようとするれば、これもまたイデオロギー批判の対象とせざるをえないことにな

る。ケルゼンはこれを避けたかったのではなからうか。

(4) ケルゼンが「民主制の本質と価値」と題する論文において、「自由」を強く主張したのは、ロシア革命に係する。この論文が発表されたのはロシア大革命の三年後のことである。ロシアの革命政権は、プロレタリア独裁こそが真の民主主義だと主張する。これに理論上対抗しようとしたのが一九二〇年の論文である。一九二九年の著作のさいには、ナチスの影響力はますます強いものになりつつあった。ケルゼンは、共産主義とナチスの一党独裁体制に対抗しようとしたのである。ちなみに、一九五五年の著作「現代民主制論批判」も、実践的な目的をもって刊行された。冷戦の状況において、人民民主主義のイデオロギー性を明らかにしようとしたのであった。⁽²⁶⁾

(5) このような歴史的脈絡から離れてみた場合にはどうであろうか。この問題を一般論としてみることにしよう。

自然法論者は「科学」の名の下に正義を主張することができるが、法実証主義者はこれをなすことができない。

法実証主義者にとって、方法は二つである。その第一は、「科学」の名を取り去って、政治信条の表白という形で「民主主義への燃える情熱」を語る方法である。もう一つは、「科学」の名の下に、没価値性の外観を装いながら、そこに民主制への情熱をもぐり込ませる方法である。

法実証主義者は、はたして「科学」の名において正面から正義を主張しえないのであろうか。⁽²⁷⁾ ケルゼンの民主制論は、このような問題を提示しているかのように思われる。⁽²⁸⁾

四 ケルゼン理論の問題点Ⅰ 自然法の絶対性と相対性について

1 自然法の絶対性と相対性

(1) 自然法論においては、「絶対的な法」、すなわち「絶対的に正しい内容の法」の存在が前提とされる。しかしながら、歴史上、例えば、君主制と共和制、一夫多妻制と一夫一婦制、そして奴隷制の肯定と否定など、実に多様な規範が「自然法」とみなされてきた。しかも、それらはしばしば相互に矛盾するものであった。絶対に正しい内容の規範が複数存在し、相互に矛盾するということになる。このような問題点について、ケルゼンはつぎのようにいう。⁽²⁹⁾

自然法が絶対的価値を起源とすることによって、絶対的妥当性を要求するのは、それが永久不変の規範として現れるというのと同じ意味なのだ。自然法論には自然法の不変性の要請を、しばしば直接的または間接的に放棄するか、または緩和しようとする傾向がある。絶対的な自然法の代わりに、またはそれに加えて、単に仮說的相対的な自然法を主張し、その可変性と特殊な状況への適合性を説き、このようにして、純粹自然法から実定法への仲介的な橋渡しをしようと試みたりするが、これは両規範体系の限界線を消し去って、その内容において変化し得るもので、また、常に化する相対的仮說的に妥当する実定法を、自然法としてまたは少なくとも一種の自然法として正当づけようとする意図が、意識的または無意識的にはたらいっているのである。

(2) 理念態としての自然法（純粹自然法）は、絶対的妥当を要求するが、現実態としての自然法は相対的妥当を要求するのみである。このように「自然法」にあつては、たてまえと實際の間に矛盾が認められる。ケルゼンは、ここにイデオロギー性を見出すことによつて、この矛盾のもつ意味を説明しようとする。

このようなケルゼンの所論には一見して説得力があり、これに反論することは困難であるように思われる。

しかし絶対性と相対性は、ここで必ずしも両立しえないわけではない。ハート、アレクシーの主張する視点論がそれである。

2 内的視点と外的視点

(1) 「絶対」であるはずのものが、視点を変えれば、「絶対」ではなかった。このような事態はしばしば経験するところである。法現象との関連においては、ハート、アレクシーなどによつて主張される視点論が想起される。³⁰⁾

ハートはその主著において、視点の区別の重要性を強調している。そして、内的視点、外的視点について語っている。アレクシーは、その主著の一つにおいて視点論の重要性を語っている。

「内的視点」とは特定の法秩序における諸問題を、その法秩序の内在論理にしたがつて評価する視点のことをいう。一例を示すことにしよう。

アパルトヘイト政策の下にあつた、かつての南ア連邦において、人種差別は国法上の原則として承認されており、さまざまな差別立法が制定されていた。たとえば、公園条例において、白人専用のベンチを黒人が利用する行為についても、犯罪として処罰されるものとされていた。この犯罪を犯した者に対して、裁判官は、十分な証拠がある場合、

原則としてこれを有罪としなければならない。この条例は違憲ではない。裁判官は、職務上、憲法および法秩序に拘束される。これは絶対的なものである。裁判官が道徳的な理由で有罪判決をなしえない場合には、職を辞することが必要になる。裁判官が憲法および法秩序に拘束されるということは、世界共通の原則である。

(2) これに対して、外的視点とは、特定の法秩序における諸問題を、その法秩序における内在論理にかかわりなく評価する視点のことをいう。上記の例でいえば、当時の南ア連邦を訪れた外国人ジャーナリストの視点がこれにあたる。なお、このような二つの視点は同一人物において両立可能である。上記事案において、裁判官は、職務執行にさいしては内的視点にたつことが要請されるが、友人との会話においては、外的視点の立場から、この条例を批判することも自由である。

ケルゼンは、法体系を外側からみて、法現象一般の規範的特質を明らかにしようとする。すなわち、ケルゼンはおそらく法現象を外的視点からみようとする。外的視点からすれば、絶対的に妥当する規範がありえないことは、当然のことである。しかしながら、内的規範の立場に立てば、すなわち、職務中の裁判官の視点からすれば、憲法は絶対であり、その憲法の正当性を支える諸原理（自然法）もまた絶対である。

自然法（現実態としての自然法）は、内的視点からすれば絶対的なものであるが、外的視点からすれば相対的なものである。自然法の「絶対性」に関するケルゼンの疑念は、このように、内的視点、外的視点の問題として解決されるのではなからうか。

五 ケルゼン理論の問題点Ⅱ 自然法と実定法の共存について

1 自然法と実定法の共存について

自然法と実定法は、どのような関係の下にあるというべきであろうか。この点について、ケルゼンはつぎのように⁽³¹⁾いう。

自然法と実定法が、その最高の妥当根拠から見て、相互に相異なつた二つの規範体系と認識されたのであるなら、両者が並存して妥当することが前提されるとの意味で、両者の関係について語ることはできない。「関係」とは、同一体系の諸要素の間においてのみ可能だからである。自然法か実定法か、そのいずれか一方だけを、妥当する規範体系と主張できる。

ケルゼンの主張の趣意はつぎのようなものである。

実定法は人間の意志行為によって設定されるものである。当然、完全なものではない。不完全である。そして強制的性格をもつ規範秩序である。他方、自然法は絶対的な性格のものであり、完全な法である。そして、強制力をもたない法である。このように体系を異にする両者が共存することは、本来、ありえないはずのことだ。

しかし、自然法論者を含めて学説の多数は、両者の共存を受け入れ、共存を主張する。当然のことながら、「共存」とは無関係に存在することではない。両者は、「法」である以上、人間の社会に対して規律をなすべく作用する。こ

の規律の内容が矛盾する場合には、調整が必要になる。歴史上、この「共存」は、自然法が「実定化」されるか、実定法に自然法の質が与えられるか、いずれかの形でおこなわれてきた。

これに対してケルゼンは、自然法と実定法は、本来「共存」などありえないはずのものだとする。そして、それにもかかわらず、「共存」が当然のこととされてきたとしてこれを批判する。

結論からいえば、ケルゼンの所論には問題があるように思われる。

2 自然法の適用について

(1) ケルゼンは、理念としての自然法（純粹自然法）と現実態としての自然法（歴史上の自然法）を区別している。現実態としての自然法は、常に実定法と共存関係にある。この点について、ケルゼンはさらに批判論を続ける。それはつぎのようである。

かりに自然法と実定法の「共存」が理論上説明可能なものであるとしても、さらなる問題が生ずる。すべて「法」なるものは、個別の適用行為のなかでの具体化と現実化を必要とする。「共存」が前提とされている以上、自然法も、この点について例外ではありえない。ところでこの個別的適用なるものは、人間の意志行為によっておこなわれる。すなわち裁判官や行政官などの現実的な意志行為によっておこなわれる。このことは、自然法が適用されるさいに、必然的に実定法化されることを意味する。

ケルゼンの主張の趣旨は、人間の意志行為によって、自然法の内容が確定される、その結果、自然法の秩序は、言葉の厳密な意味において、もはや「自然法」とはいいがたいものになる。かくして、自然法は、その適用のさいに形

成される個別規範の段階では、人間の行為によって設定された法、すなわち「実定法」とならざるをえなくなる、とされるのである。

(2) およそ自然法なるものは、すべて実定法秩序の評価基準として機能するものとされている。これがいかに機能するか、ということについては諸説がある。①現行の法秩序をもつばら消極的に評価することにより、革命を正当化すべく機能するとみる立場、②現行の法秩序をもつばら積極的に評価することにより、現行秩序を正当化すべく機能するとみる立場、③この双方であるとみる立場、などがある。

ところで、上記のように、自然法の適用にあつては、裁判官などの人間の意志行為が不可欠であるならば、この適用によつて、評価基準たる機能が失われることになるのではないか、ということが問題になる。自然法の具体的内容の確定が、裁判官や行政官の任意の判断に委ねられることになるからである。裁判官や行政官は、国家機構の重要な構成部分をなしている。現行制度の評価基準の内容形成が法適用機関の手に委ねられることになる。すなわち、自然法の内容形成が実定法に委ねられることになる。

ケルゼンは、このような事情を前提に、自然法は、たてまえとしては、実定法秩序全体の上位にあり、これを評価すべく存在するとされているものの、その実際においては、ただ実定法秩序を正当化し、現実の支配関係を覆い隠すべく作用するにとどまるのではないか、と主張する。そして、自然法のイデオロギー性が語られることになる。

3 現実態としての自然法は、すべて実定法である

(1) ところで、本章において、自然法と実定法の共存にかかる問題点が示され、ペンディングのままにされている。それはつぎの二点である。

① この「共存」について、ケルゼンは「本来、あつてはならないこと」とするが、学説の多数はこの「共存」について、理論的にも現実においても、問題がないものとしている。いずれが妥当であるのか。

② 「共存」は、人間の手による自然法の適用をもたらすことになる。これにより自然法は、自然法とはいえないものに変化することになる。そして、自然法本来の機能を失うことになる。この点についてはどのように考えるべきか。

ケルゼンのいう、純粹自然法は、理念としての自然法を意味する。それは、非歴史的な観念である。それは、ケルゼン自身の思念のなかに形成された思考モデルである。ケルゼンが自然法と実定法の共存可能性について議論するさいには、実定法とこの純粹自然法の共存が念頭におかれている。しかし、純粹自然法なるものが思考モデルを意味するものであるとすれば、それが歴史的事在の形をとる場合において、他の歴史上の契機との混淆は不可避である。「共存」はあつてはならないとの所論には問題があるように思われる。

(2) 日本国憲法は「人類普遍の原理」を語っており、自然法思想を導入しているものとみることができ。

ここで問題とされるのは、純粹自然法ではなく、現実態としての自然法である。ところで、現実態としての自然法はすべて国家によって「法」としての効力を与えられた存在である。このように国家によって効力を与えられた

「法」は、実定法そのものにほかならない。ケルゼンは自然法と実定法の存在を前提としているが、ここではそのような前提そのものが否定されることになるのである。

かくして上記①、②の問題は、問題設定そのものに問題があるということになる。

六 結語に替えて

1 「自然法の終焉」とケルゼン

(1) さいごに感想を一点ほど示すことにより、結語に替えることにしたい。

法哲学の学説において、以前から、「自然法の終焉」が語られている。論者は、ドイツの事情に留意しつつつぎのように述べている。⁽³²⁾

この数年自然法に関する刊行物がとみに少なくなった。この現象をどう考えたらよいであろうか。自然法の死亡宣告なのだろうか。死亡してしまっていないまでも、自然法は失踪宣告を受けてしまったのだろうか。自然法について、いまこれを持ち出すことにはどんな意義があるのであろうか。

ここで問題とされている「自然法」なるものが理念上の自然法（純粹自然法）を意味するものでは明らかである。論者は、ドイツにおいて、理念としての自然法に対する関心が失われつつあることを指摘しているのである。この問題と、ケルゼンの自然法論批判との関係について、どのようにみるべきであろうか。

(2) ところで、第二次大戦終結後のドイツにおける自然法の再生ぶりにはめざましいものがあつた。しかし、時がたち、時代が落ち着くにつれて自然法論議は下火になつた。自然法の内容に含まれると考えられてきた多くのことが憲法規定などに実定法化されたこともその要因であつたが、自然法論自身にも理論上の問題点があつた。存在から当為を引き出すという、自然法論の構造的な弱点がきびしく批判されるようになったのだ。

理念としての自然法に対する関心は失われ、事実上、現実態としての自然法が議論的とされるようになった⁽³³⁾。これをどのように評価すべきであろうか。ケルゼンの立場からすれば、この問題については、つぎのように理解されうるものと思われる。

「自然法の終焉」が語られるさいには、絶対的妥当を属性とする理念としての自然法が問題になる。しかしながら、いずれにしても、絶対的価値、絶対的正義なるものを合理的な方法で認識することはありえないことである。絶対的価値に到達するための方法は、認識ではなく信仰である。「自然法の終焉」は、信仰者にとっては重大問題であるが、合理主義者、とりわけ認識上の価値相対主義者にとっては問題性の認められないものだ。

ところで、現実態としての自然法については、どうであろうか。

実定法秩序が存在するかぎりこれを正当化し、その存続を補助するためのイデオロギーが必要となる。そのイデオロギーが「自然法」である。現実態としての自然法にとって、「終焉」などありえないのである。

なお、この「現実態としての自然法」は、実証主義者にとっては実定法そのものであるが、自然法論者からすれば、それは実定法の形をとつた自然法である。

2 ニヒリズムとケルゼン

(1) ケルゼンの所論は、実に多様な形で批判の対象とされてきた。ケルゼンの活動期については、これをつぎのように分けることができる。

第1期 帝政期

第2期 ワイマール共和国の時期

第3期 第三帝国の時期

第4期 戦後の二〇年ほどの時期

このうち、本稿のテーマからみて、第一期は除外することができる。第二期以降においては、ケルゼンにはさまざまに「形式主義者」との非難がなされた。第三帝国の時期においては、ナチスに同調する学者から、「自由主義者」との非難が加えられた。

戦後においても、ケルゼンに対する批判は続けられた。この時期においては、ケルゼンの価値相対主義のもつ影響が問題にされ、これがナチズムの影響拡大のための条件を整えたものとして批判された。そしてケルゼンの所論には「ニヒリズム」の傾向があるとされた。

これに対してケルゼンの支持者らから、ケルゼンは自由主義者であるとの反論がなされた。トープッシュの所論は、その典型である。³⁴ はたして、ケルゼンはニヒリストなのであろうか。自由主義者なのであろうか。

(2) この点に関連して、長尾龍一氏はつぎのように述べている。⁽³⁵⁾

実をいうと訳者〔長尾龍一〕は永い間このトピックチュと同じ考え方に立っていた。しかし最近になってこの立場をかなり修正するに至った。それは、理論的にいえば、認識上の価値と実践上の価値を峻別するケルゼンの理論を、自由主義・民主主義という実践上の価値と結びつけようとするところに原理上無理があるということであり、このように考えるに至った動機の一つは紀元前五世紀のギリシャ啓蒙思潮が、一種の内在的論理に基づいてニヒリズムに陥ったように思われたからである。

(3) ケルゼンは、「二種の内在的論理に基づいてニヒリズムに陥った」のではないかと指摘されている。「内在的論理」とは、認識上の価値相対主義の趣旨ではないかと思われる。同氏はさらに、「ニーチェは、近代科学によって神は死に、人間は動物に還元されたという前提から出発している。はなはだタイプの違った思想家であるが、まさしくケルゼンと同一の到達点に立っているのではないか」と述べている。ケルゼンとニーチェの間に根底的な点において共通項がある、それはニヒリズムだ、と述べているのである。一見して意外の感を禁じえないが、つぎのようなさらなる指摘をみれば、その趣旨について了解しうることになる。

思うに西洋思想はさまざまな子を生んだ。一神教・ヒューマニズム・民主主義・科学・技術・資本主義・帝国主義・そして原水爆等々。この兄弟たちは相互に必ずしも折合いがよくなく、兄弟殺しの恐れをもった

子もいる。啓蒙的合理主義もこの西洋精神の一人の子であり、しかも兄弟殺しの可能性をもった危険な子ではないか。古き啓蒙思潮は、理性が人類に正義と幸福をもたらすと信じた「良き子」であったが、新しい啓蒙思潮は事によると正義と幸福の破壊者ともなりうるのではないか。

ケルゼンはこの新しき啓蒙思潮の帰結を首尾一貫して貫徹した思想家であり、その価値も危険性もそこにあると思うのである。

(4) このような、長尾龍一氏のケルゼン理解には納得しうるものがある。ケルゼンの所論において、ときとして人間の在り方について諦観に達したかのような文章に接することがある。例えばケルゼンは、つぎのようにいう。³⁶⁾

民主主義者は身を忌むべき矛盾に委ね、民主制救済のために独裁を求めるべきではない。船が沈没してもなおその旗への忠実を守るべきである。自由の理念は破壊不可能なものであり、それは深く沈めば沈むほどやがて一層の情熱をもって再生するであろうという希望のみを胸に抱きつつ、海底に沈み行くのである。

ワイマール共和国の終末を意識しつつ書いたこの文章には、ケルゼンの人間観、世界観が示されている。その前向きな文章表現とは裏腹に、ここにみられるのは、人間性への絶望と人間の将来に対する暗い諦念である。この一節は、内外の多数の論者によって引用されてきた。ケルゼンの読者は、この文章について、もつとも美しい文章であるとしてこれを評価する者と、筆者のように、ケルゼンらしくないセンチメンタルな文章であるとみる者に二分される。し

かし、第三の見方があるようである。それはケルゼンの内心に潜むニヒリズムの表白としてこれをみる立場である。⁽³⁷⁾ケルゼンは、自由主義者であるが、ニヒリズムに陥った自由主義者である。

- (1) Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, 1953, S.37. 宮崎繁樹訳「正義とは何か」『ハンス・ケルゼン著作集Ⅲ 自然法論と法実証主義』(二〇一〇年)二〇八頁。
- (2) Kelsen, Die Idee des Naturrechts (1928) in: Die Wiener Rechtslehre (以下、WRSと表記する), 1968, S. 248. 長尾龍一訳「自然法思想論」『著作集Ⅲ』五頁。
- (3) ケルゼンは、マルクス主義政治理論について、これを「真正の自然法論」であるとしている。服部栄三・高橋悠訳「マルクス主義法理論」『著作集Ⅱ マルクス主義批判』(二〇一〇年)三〇一頁以下。
- (4) ケルゼンについては、つぎに述べる方法二元論がしばしば指摘されるが、学際的な研究方法を多用している点にも留意する必要がある。ケルゼン自身、このことを意識しており、つぎのように述べている。
研究分野の内容によっては専門外の諸分野に立ち入らざるをえなくなる。民俗学、宗教史、古代学、物理学などの研究成果を利用する必要がある。長尾龍一訳「応報律と因果律」『著作集Ⅴ ギリシャ思想集』(二〇〇九年)四頁。
- (5) Kelsen, The Natural - Law Doctrine before the Tribunal of Science (1949) in: What is Justice?, 1957, p. 141. 上原行雄訳「科学の法廷における自然法論」『著作集Ⅲ』一三〇頁。
- (6) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960. S. 112. 長尾龍一訳『純粹法学 第二版』(二〇一四年)一〇六頁。
- (7) Kelsen (Ann, 6), S. 111. [訳] 一〇五頁。
- (8) Kelsen (Ann, 6), S. 111. [訳] 一〇五頁。
- (9) エルンスト・トールピッチュ「緒言」、ケルゼン〔長尾龍一訳〕『神と国家』(一九七一年)一一頁。
- (10) ケルゼン〔長尾龍一訳〕「プラトンの正義論」『著作集Ⅴ』一八八頁。

- (11) 長尾龍一訳『著作集VI 神話と宗教』(二〇一一年) 一四八頁。
- (12) Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (1928) : WRS, S. 312. 黒田覚 訳「自然法論と法実証主義の哲学的基礎」『著作集III』七五頁。
- (13) Kelsen (Ann, 5), p. 145. [訳] 一二四頁。
- (14) Kazimierz Opalek, Kelsens Kritik der Naturrechtslehre in : W. Krawietz / E. Topitsch / P. Koller (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (Rechtstheorie Beiheft 4), 1982, S. 81.
- (15) なお、この点に関連してダントレーヴが「自然法は、革命的な要求を支持するのに役立つこともあれば、また既存の法秩序を正当とするのに役立つこともあった」と述べていることが想起される。ダントレーヴ〔久保正幡訳〕『自然法』(一九五二年) 一四八頁。
- (16) Kelsen (Ann, 2), S. 247. [訳] 四頁。
- (17) Kelsen (Ann, 5), p. 138. [訳] 一二七頁。
- (18) Kelsen, Naturrechtslehre und Rechtspositivismus (1961) in : WRS, S. 822. 長尾龍一訳「自然法論と法実証主義」『著作集III』一二七頁。
- (19) Kelsen, Die Grundlagen der Naturrechtslehre (1963) in : WRS, S. 869. 長尾龍一訳「このような変化が生じた原因をどのように考えるべきであろうか。ケルゼンにおける規範概念の変化に原因があるのではないかとの示唆がなされているが、それだけではないことに思われ⁸⁾。Clemens Jabloner, Ideologiekritik bei Kelsen in : Robert Walter (Hrsg), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, 1992, S.100.
- (20) 古賀敬太『ヴァイマル自由主義の悲劇 岐路に立つ国法学者たち』(一九九六年) 一六頁。
- (21) ケルゼン〔長尾龍一・植田俊太郎訳〕『民主主義の本質と価値 第二版』(二〇一五年) 一二五頁以下。これに関連して、Peter Koller, Zu einigen Problemen der Rechtfertigung der Demokratie in : Rechtstheorie Beiheft 4, S. 320.
- (22) 手島孝『ケルゼニズム考』(一九八一年) 八二頁。ところで、ケルゼンの価値相対主義論について、価値相対主義の「実

質化」が問題にされている。ケルゼンの価値相対主義は、それ自体、実質的価値を体現しているのではないかとされているのである。このことは、価値相対主義の「空洞化」をきたすことになる。この点については、Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2, Aufl., 1990, S.262.

- (23) Gerhart Wielinger, Demokratisches Prinzip, Parteienstaat und Legalitätsprinzip bei Hans Kelsen in : Rechtstheorie Beiheft 4, S. 264.
- (24) 長尾龍一『思想史斜断』（一九八一年）七〇頁。
- (25) Erhard Mock, Hans Kelsens Verhältnis zum Liberalismus in : Rechtstheorie Beiheft 4, S. 439f.
- (26) Horst Dreier (Anm. 22), S. 265.
- (27) この問題については、Ota Weinberger, Rechtspositivismus, Demokratie und Gerechtigkeitstheorie in : Rechtstheorie Beiheft 4, S. 501.
- (28) この点を示唆するものとして、Umar Tammelo, Von der reinen zu einer reineren Rechtslehre in : W. Krawietz / H.Schelsky (Hrsg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen (Rechtstheorie Beiheft 5), 1984, S. 250.
- (29) Kelsen (Anm. 12), S. 288. [訳] 四五頁。
- (30)アレクシーの法理論」そしてアレクシーとケルゼンの法理論の比較については、長尾一紘『基本権解釈と利益衡量の法理』（二〇一二年）一四三頁以下。
- (31) Kelsen (Anm. 12), S. 305f. [訳] 六六頁以下。なお参照、長尾龍一「ケルゼンにおける法と道徳——批判的考察」『ケルゼン研究Ⅲ』（二〇一三年）一一二頁。
- (32) 阿南成一『現代自然法論の課題』（一九九一年）二七九頁以下。
- (33) この点を示唆するものとして、Walter Preiss, Hans Kelsens Kritik am Naturrecht, 1993, S. 166.
- (34) トーピッチュ・前掲書二〇頁。
- (35) 長尾龍一「危険な思想家ケルゼン」『ケルゼン研究Ⅰ』（一九九九年）一三頁。

- (36) 長尾龍一訳「民主制の擁護」『著作集Ⅰ 民主主義論』（二〇〇九年）一一三頁。
- (37) 本稿において、長文の引用が多用されています。そのさい、文脈と無関係の事項が含まれることがあります。その一部については割愛しました。「」の印のない引用文においては、オリジナルそのものでない場合があります。

具体的規範統制手続の《抽象性》

——移送手続に関する若干の覚書き——

初 宿 正 典

はじめに

ドイツの現行憲法典であるドイツ連邦共和国基本法（以下、便宜上、単に「基本法」と略記する）の第一〇〇条が定めるいわゆる具体的規範統制手続は、ドイツの連邦憲法裁判所がこれまで取り扱った手続案件の中で、いわゆる憲法訴訟（憲法異議）に次いで、係属件数の上で第二位を占めていることはよく知られている。^①

基本法第一〇〇条は次のように規定している。

「裁判所が、決定に際してある法律の効力が問題となっている場合に、その法律が違憲であると思料するときは、その手続

具体的規範統制手続の《抽象性》（初宿）

三四三（二二八五）

を中止し、かつ、あるラントの憲法に対する違反が問題となつているときは憲法上の紛争について管轄を有するラント裁判所の決定を、又、この基本法に対する違反が問題となつているときは連邦憲法裁判所の決定を、求めるものとする。このことは、ラント法による基本法違反、又は、ラント法律と連邦法律との不一致が問題となつている場合にも、同様とする。」

これにより、裁判所（ここにいう裁判所とは、憲法裁判所以外の各専門裁判所(Fachgerichte)⁽³⁾の意味である）は、決定に際して適用されるべき法律が憲法違反であると思料するときには、みずから違憲の判断をする権限がなく、憲法裁判所に移送してその判断を求めなければならないことになっているのである。上記の第一〇〇条は、ラントの憲法裁判所の権限についても規定しているが、以下ではもっぱら、もつとも典型的な事例である、連邦法律の基本法違反に関する連邦憲法裁判所への移送の場合についてのみ限定して、若干の検討をするものとする。

第一節 日本国憲法制定過程における違憲審査最高裁判所集中制導入論

ところで、日本国憲法制定の過程において、政府が一時期、ドイツのこの制度に類似した違憲判断最高裁判所集中型の制度の構築を考えていたことが窺われることは、周知のことではあるが、本稿のテーマについて検討する前に、まずこの点について、当時の帝国議会議事録に拠って振り返って確認しておくこととする。⁽⁴⁾

一 衆議院での審議

すなわち、帝国憲法改正案⁽⁵⁾を審議していた第九十回帝国議會衆議院の「帝国憲法改正委員会」の議事録(速記)によると、一九四六(昭和二年)七月二二日の審議において、現行憲法第八十一条⁽⁶⁾に相当する草案第七十七条に関して、以下のような議論があったことが記録されている。

(1) まず、森三樹二(日本社会党)が、最高裁判所裁判官の定年に関する現行憲法第七十九条に相当する草案第七十五条に関連する質疑の中で、次のように質問した。⁽⁷⁾

「最高裁判所ハ此ノ草案ニ依リマスト最モ重要ナ憲法ニ対シテ法律命令ガ違反シテ居ルカドウカト云フ所ノ審査ノ権限ヲ附与サレテ居リマス、即チ国会ガ国家ノ最高機関トシテ、又唯一ノ立法機関トシテ議決致シマシタ所ノ法律ガ、憲法ニ違反スルヤ否ヤヲ審査スルト云フ重大ナル権限ガアルノデアリマス其ノ意味ニ於キマシテ私ハ先ヅ第一ニ最高裁判所ハ衆議院ニ対シテ参議院ガ抑制機関デアルト云フヤウナ此ノ間ノ金森國務相ノ御答弁ガアリマシタガ、国会ガ議決シタル所ノ法律ヲ憲法ニ違反スルヤ否ヤト云フ審査権ガ最高裁判所ニアルトシマスナラバ、ヤハリ国会ヲ抑制スル所ノ一ツノ機関デアルト云フヤウニ我々ハ考ヘルコトガ出来ルデアリマセウカ、此ノ点ヲ一寸御伺ヒシタイノデアリマス」

これに対して司法大臣木村篤太郎(以下、単に木村と略記)が、最高裁判所にそのような抑制機能を持たせる積もりでは絶対ないと答えると、さらに森は、次のように質問した。

「併シ私ハサウ云ウ意味デナケレバ、例ヘバ議會ガ横暴ヲシテ、非常ニ違法ナ法律ヲ制定シタ、ソレガ憲法ニ違反スル所ノ、

例へば人民ノ基本的ナ人権ヲ害スルヤウナ法律ヲ制定シタ、ソレヲ果シテ適當ナリヤ否ヤト云フコトヲ認定スルノガ、詰リハ最高裁判所ノ重要ナ役割ダト思ヒマス〔一〕其ノ意味カラ行ケバ抑制機能デアルト云フコトハ言ヘルノデハナイカト思ヒマスガ、此ノ点ヲ御伺ヒシマス」

これを受けて木村は、次のように答弁した。

「最高裁判所ハ自ラ進ンデ法令ガ違憲ナリヤ否ヤヲ積極的ニ審査スルノデハアリマセヌ、是ハ問題ガ起ツタ時ニ果シテ是ガ違憲デアアルカドウカト云フコトヲ審査スルノデアリマス、其ノ意味ニ於テ私ハ抑制機能デナイト思ヒマス」

司法大臣のこの答弁にも納得のいかなかった森委員はさらに、

「問題ガ起ツタ時ト仰ルノハ、……結局其ノ何レニ致シマシテモ、其ノ法律ヤ命令ガ憲法ニ違反スルカドウカト云フ問題ガ起ツタ時デアリマセウガ、国会ハ、ソレハ憲法ニ違反シナイ、併シナガラ輿論ナリ、或ハ又最高裁判所ナリガ、ドウモ是ハ違憲ノ疑ヒガアルト云フヤウナ議論ガ出テ来テ問題ニナルト思ヒマスカラ私ハ司法大臣ノ只今ノ御答弁ハ必ズシモ正鵠ヲ得タモノデナイト思ヒマスガ、此ノ点金森國務大臣ニ伺ヒタイト思ヒマス」

として、金森徳次郎國務大臣（以下、単に「金森」と略記）の答弁を求めた。これに対して金森は、次のように答弁している。

「抑制ト云フ言葉ノ意味ニナルト思ヒマスガ、大体此ノ考ヘ方ノ基本ヲ平タイ言葉デ申シマスと、憲法ハ国民、詰リ主権ノ

本体デアル国民ガ作ル、法律ハ其ノ主權ノ本体デアル国民ガ作ルノデハナイ、主權ニ基イテ出来テオリマス所ノ此ノ憲法上ノ機關デアル国会ガ作ルト云フコトニナリマス、サウスルト主權ノ本体タル国民ガ作ツタ憲法、ソレヨリ幾ラカ枝葉ニナツタ国会ガ作ツタ法律、是ガ抵觸シタ時誰カ裁ク者ガナケレバナラス、ソレヲ具体的ノ場合訴訟手續ニ依ツテ裁クノガ最高裁判所デアルト云フコトニナリマスカラ、理屈カラ云ヘバ或ル場合ニ国会ノ行動ヲ批評ヲスルノデアリマスカラ、抑制ト云フコトハ非常ニ広イ意味ニ於テ言ヘナイコトハアリマセヌ、併シ明瞭ニ言ヘマスコトハ、參議院ハ衆議院ノ働キヲ妨ゲルコトガ出来マス、併シ此ノ最高裁判所ハ国会ノ働キヲ妨ゲルコトハ出来ナイ、唯出来タ結果ヲ或ル特定ノ場合適用シナイト云フコトダケデ、抑制ト云フ言葉デナク、寧ろ憲法ト法律ノ調節ヲ図ルト云フヤウナ言葉ガ適當カト思ヒマス」

(2) この答弁を受けた森は、ようやくこの時に議論の俎上に上せられていた第七十五条（現行第七十九条）の国民審査に関して、国会が制定した法律を最高裁判所が違憲・無効にするような裁判をした場合の裁判官の罷免という問題に関連した質問をしているのであるが、これに対する金森の長い答弁の中で、本稿に関わる非常に興味深い答弁をしているので、長くなるが、引用する。

「一番根本カラ、憲法ニ違反イタシマシタ法律トイフモノガ是ハ人間世界ノコトデアリマスカラ、サウ云フモノガナイトハ保証出来マセヌ、過ツテ憲法ニ違反シタル法律ガ出来タ或ハ出来タノハ正シカツタカモ知レナイガ、世ノ中ノ見ル所ニ依ツテ是ガ憲法ニ違反シテ居ルデハナイカト云フ疑ヒガ後カラ起ツテ来ル、或ハ作ツタ時ハ正シカツタカモ知レナイガ、其ノ後ノ世ノ中ノ認識ノ変化ノ為ニ、憲法ニ違反シタト思ハレルヤウナコトガ起ツタリ、色々ナコトガ考ヘラレル、其ノ時間問題ハ、憲法ハ最高トスレバ法律ハ効力ヲ失フ、或ハ法律ヲ最高ト致シマスレバ最早憲法ハ批評ノ目的ニハナラヌト云フコトニナル訳デア

リマス、今マデ日本ナドデ、学説ハ色々デアリマスケレドモ、建前ハ其ノ場合法律ヲ遵法ノ基本ト致シマシテ、憲法ノコトハ奥ノ方ヘ貴ンデ入レテシマツテ、憲法ニ違反シタ法律デモ裁判所ハ批評出来ナイト云フ形デ来テ居マスケレドモ、ソレハ如何ニモオカシイコトデアリマス、国民ガ作ツタ憲法ト議會ガ作ツタ法律トノ調節ガ出来ナイノハ何トカシナケレバナラヌト云フ議論ハ起コツテ居ツタ、日本ニ於キマシテモ、何カサウ云フ調節ノ出来ルモノヲ作ツタヲ宜イデハナイカト云フ——正直ニ言ヘバ、日本デモ今マデ或ル事柄ガ果シテ憲法ニ適ツテ居ルカドウカト云フ点ガ数回政治ノ問題ニナツテ居マスガ、サウ云フ時ノ処理ノ方法ト致シマシテ、例ヘバ『オーストリア』ノ憲法ノ如キハ別ニ憲法裁判所ト云フモノヲ作りマシテ、或ル法律ガ憲法ニ違反スルヤ否ヤヲ其ノ裁判所デ決定致シマシテ、サウシテソレガ憲法違反デアルト云フコトガ決マリマスルト、其ノ裁判所ガ法律ノ適用ヲ拒ンデ、更ニ国ニ対シテ其ノ法律ヲ正式ニ廃棄スベキ義務ヲ負ハセルト云フヤウナ途ガ設ケテ居ルヤウデアリマス、併シ今回ノ此ノ改正案ハ裁判所ノ当然ノ権能トシテ、普通ニナシ得ル範圍ニ於テ其ノ法律ヲ批評スルノデアリマス、詰リ具体的ニ事件ガ起リマシタ時ニ、其ノ法律ガ憲法違反デアルト云フコトガハッキリ致シマスレバソレヲ適用シナイト云フダケデアツテ、法律其ノモノヲ無効トスル訳デアリマセヌ、其ノ法律ヲ無効トスルヤ否ヤト云フコトハ、立法府タル国会ノ判断ニ委セルト云フコトニナリマス、ダカラ又再ビ同ジヤウナ事件ガ起リマスレバ、裁判所ニ行クト云フ時ニ、裁判所ガドウスルカ、前ト同ジヤウニ無効ニスルカドウカト云フコトハ、事実ハ同ジヤウニナルト思ヒマスルケレドモ、理論的ニハソコニハッキリトシタ前ノ通りニナルト云フ規定ハナイ訳デアリマス」

金森の答弁はさらに続き、アメリカのニューデール立法の例をとって、最高裁判所が九つの法律のうち六つまでも憲法違反と判決したことを受けて大統領が最高裁判所の改造を企てたことを挙げたりしながら、「十年毎十年毎」

という「緩慢な」国民審査制度について答弁し、さらに森委員との間で質疑が交わされているが、この点は本稿の関心からずれるので、割愛することとする。それはさておき、この答弁の中で興味深いのは、金森がオーストリアの憲法裁判所の例を引いて、日本国憲法下における裁判所の違憲審査が、これとは異なり、具体的な事件が起こった時に裁判所が当該法律規定を違憲だと判断すれば適用しないというだけで法律自体が無効になるわけではない、それはあくまで国会の権限である、それゆえ、同じような事件が起こった時に裁判所が以前と同じ判断をするかどうかは別の問題だとして、いわゆる個別的効力説を説いている点^⑧であるが、この問題もここでの直接のテーマではない。

(3) こうして委員会での審議は、草案第七十七条（現行の第八十一条）についての質疑に移るのであるが、以下での議論の前提として、当時の草案の第七十七条が、現行憲法の第八十一条とは異なり、二項立てになっていたことが注意を要する。すなわち、草案の第七十七条は、

「第七十七条 ① 最高裁判所は、終審裁判所である。

② 最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決する権限を有する。」

となっていて、主として議論となったのは、この第二項についてであることは多言を要しない。

(1) さて、先に述べた質疑に続く同日の質疑では、まず山崎岩男委員（日本進歩党）が、この第二項からすると、「最高裁判所だけが法令審査権ヲ有スルモノデアツテ、下級裁判所ハ持つテ居ナイヤウニ窺ハレル所ガアルノデアリマスガ此ノ点ハ如何デゴザイマスカ」と質したのに対して、金森は、次のように答弁している。

「七十七条ノ二項ハ一寸其ノ点ニ於テ錯覺ヲ起シ易イ字句ニナツテ居リマスガ、裁判所ガ法令ヲ審査スル権能ハ今マデト少シモ変ル所ハナイ、斯ウ云フ考ヘデアリマス、唯今マデハ、学説ハ別トシテ、兎ニ角大体認メラレテ居リマス所ハ、法律ハ審査デキナイ——審査出来ルト云フ議論モアリマス、併シ議會ト云フモノヲ非常ニ高イ所ニ考ヘテ居リマスカラ、議會ヲ通シテ法律ヲ無効ダトカ云フコトヲ裁判所ガ言ツテハ困ルノデ、ソレダケハ審査権ガナイトサレテ居マシタ、今度ハ最高裁判所ガ法律ノ審査権ガアル、斯ウ云フ意味デアリマス、法律ガ憲法ニ適合スルカシナイカヲ決定スル権限ヲ有スルト、斯ウ書キマスト、命令ヤ規則ノコトハソレデハ出来ナイノカ、斯ウ云フ今度ハ逆ノ疑ヒガ起リマスカラ、他ノモノマデ並ベテ書キマシタガ、本當ノ趣旨ハ法律ニ重点ヲ置イテ居リマス、下級裁判所デモ固ヨリ命令以下ノ審査ハ出来ルコトハ当然ノコトトサレテ居リマス」

右の引用から分かるように、金森はこの時点で、「法令」（ここでは命令、規則等の法律より下位の法規範の謂であろう）については、旧憲法下でも裁判所の権限として認められていたのに対し、議会の制定する「法律」については審査ができなかったが、国会の地位が従前よりも高くなる今後においては、最高裁判所には「法律」も含めてすべての法令について審査権があることになるが、下級裁判所は命令以下の下位法令についてのみ審査権がある、と考えていたことが窺われる。

(ロ) 次に、田中伊三次議員（無所属倶楽部）が、裁判所の法令審査権の発動について、

「発動ヲ国民カラ求メルコトガ出来ルノカドウカ裁判所ノ独自ノ見解ノミデ何時デモ審査ニ付スル付シナイト云フコトヲ決メルノカ、ソレトモ、一般国民カラ、或ハ行政処分ナドニ付テ言ヘバ、其ノ行政処分ニ依ツテ不法ナル処分ヲ受ケタリトスル

国民カラ其ノ審査權ノ發動ヲ要請スル、例ヘバ現行法ニ於ケル行政裁判所ノ裁判ヲ求ムルガゴトキ形ニ於イテ、之ヲ求メルコトモ出来ルノカドウカ」

と質問したのに対する金森の答弁は、次の如くである。

「此ノ憲法ノ建前トシテ裁判所ハ飽クマデモ裁判所デアアル、斯ウ云フ前提ヲ採ツテ居リマス、随テ唯空ニ法律ヲ批判スルコトハアリマセヌ、現実ノ問題トシテ現ハレタ場合ニノミ其ノ法律を扱ツテ、憲法違反カドウカト云フコトヲ審判スルノデアリマス、サウ云フ点ハ、『アメリカ』ナドニモヤハリサウ云フ疑問ノ起ツタコトガアルト見エマシテ、裁判所ガ或ル法律ニ付テ意見ヲ傍カラ求メラレタ時ニ、具体的ノ事件デナイカラ、意見ヲ述ベルコトヲ拒ンダト云フコトヲ聞イテ居リマスガ、日本デモ全く具体的裁判ヲ離レテハ決シテ法令審査ハシナイ、斯ウ云フ建前ヲ採ツテ居リマス」

と答えている。金森がここでアメリカに言及しているのは、いわゆる勧告的意見 (advisory opinion)¹⁰⁾ のことであろうと思われるが、この答弁が質問の趣旨を取り違えていると思つた田中委員がさらに、「今御尋ネシテ居ルノハ国民カラ其ノ審査ヲ求メルト云フコトヲ認メルノカドウカ、斯ウ云フ点デアリマス」と再度質問すると、金森は次のように答弁している。

「極ク正確ニ申シマスレバ、国民モ一般的ニハ審査ヲ求メルコトハ出来ナイノデアリマス、具体的ノ訴訟事件ノ中ニ編ミ込メテ之ヲ論点トスル訳デアツテ——自分ハ下級裁判所デ斯ウ云フ刑罰ニ処セラレタ、シカシナガラ其ノ刑罰ノ根拠法デアアル法律ハ憲法違反デアアル、随テ刑罰ニ処セラレタト云フコトハ間違ヒデアアル、是等ノ形ヲ以テ此ノ審査を請求スル、斯ウ云フ形ニ

ナツテ居リマス」

田中委員はさらに行政裁判および違憲審査の手續規定に関して質問を続けているが、紙幅の都合上この部分は省略し、金森の答弁のみ再現しておく。

「是ハ裁判所ハ何処マデモ裁判ヲスル所デアアル、其ノ一般ノ考ヘハ現在ノ裁判所ノ権能ト少シモ變ツテ居リマセヌ、ダカラ法令其ノモノヲ審査スルノデハナク、法令ガ偶々関与シテ具体的ノ案件ガ起ツタ時ニ裁判ノ一ツノ論点トシテ憲法違反ノ問題ヲ解決スルト云フ建前デアリマス、随テ其ノ具体的ノ手續、訴訟法ノ定メル其ノ手續ノ中ニ現ハレテ来ルノデアリマシテ、全ク狭イト云ヘバ狭イモノデアリマス、併シサウシナケレバ権力分立ヲ余リ破壊スル処ガアリマス、斯ウ云フ風ニ考ヘマス」

(ハ) 次に小島徹三委員(日本自由党)が、先の山崎岩男委員による、下級裁判所の法令審査権に関する質問に対する金森の答弁について、再度次のように質問した。

「ナゼ下級裁判所ハ法律ニ付テハ出来ナイノデアリマセウカ、私ハ先程ノ条文ト云フモノハ唯法律ヤ規則ガ憲法ニ違反スルカドウカ、其ノ法律ダケガ最高裁判所ニ訴ヘルコトガ出来ルト、斯様ニ了解シテ居ツタノデアリマスルガ、只今ノ國務大臣ノ答弁カラ見マスルト、一般ノ裁判所ニ関シテ斯ウ云フコトガ問題ニナツタ場合ニ判決スルト云フコトニナリマス以上ハ、下級裁判所デモ一切ノ法律ガ憲法ニ違反スルカドウカラ決定スルコトガ出来ルト思ヒマスガドウデアリマセウカ。」

これに対する金森の答弁は、これに続く小島委員の質問に対する答弁とともに、本稿のテーマに直接つながる点で

もあるので、煩瑣を惜しまずに再現しておく。すなわち金森は、次のように言う。

「現在ノ日本ノ憲法ノ下ニ於キマシテ、裁判所ハ下級タルト上級タルトヲ問ハズ、法律ガ憲法ニ違反スルカドウカト云フコトヲ審判ガ出来ルカ、斯ウ云フコトノ疑問デアリマス、ソレハ学説ト致シマシテハ色々ニナツテ居ルト思ヒマス、『ドイツ』アタリノ『ワイマール』憲法ノ幾多ノ議論ト致シマシテモ、学説ハ半々位ニ分レテ居ルト云フ風ニ聞イテ居リマス、ケレドモ日本デハ、未ダ曾テ裁判所ガ法律自身ヲ憲法違反ノ故ニ否定シタコトハナイヤウニ覺エテ居リマス、ソレハドウ云フコトカト申シマスルト、今マデノ考ヘ方デモ、議會ハソレ自身權威ノアルモノデアル、ダカラ裁判所ハ法律ニ拠リ裁判ヲスルケレドモ、法律自体ヲ批評スルコトハ出来ナイノダ、斯ウ云フ考ヘ方ガ日本デハ比較的強カツタノデハナイカト思フノデアリマス、ソレハ今マデノ道行デアリマス、所ガ今回ノ憲法ニ於キマシテハ、度々御議論ガアリマシタヤウニ、国会ト云フモノハ国権ノ最高機関デアアル〔、〕今御非難ヲ受ケタノデアリマスガ兎ニ角規定ハサウ書イテアリマス〔、〕国権ノ最高機関デアルトナリマス、其ノ国権デ作ツタ法律ガ憲法違反ニナルカドウカト云フコトヲ批判スルコトハ、恐ラク解釈上一応禁ゼラレルコトトナルノデハナイカト思フ訳デアリマス、最高機関ガ正シイト思ツテ決メタモノハ詰リ憲法違反デナイト云フコトヲ国会ガ刻印付キデ出シタモノデアルト致シマスレバ、裁判所ト雖モ之ヲ批評スルコトガ出来ナイト云フコトハ、解釈上恐ラクハ当然出テ来ルモノト思ツテ居リマス、併シソレデハ困ルト云フノデ、例外的ニ最高裁判所ガ左様ナ法律ヲ批判シテ憲法ニ適フヤ否ヤト云フコトガ言ヘルノダ、斯ウ云フ風ニ七十七条ノ二項デ規定ヲ致シマシタ〔、〕サウスルト最高裁判所以外ノ裁判所ハサウ云フ特権ヲ授与サレテハ居リマセヌ、ダカラ法律命令ハ審査ガ出来ナイ、斯ウ云フ解釈ニナツテ居リマス」

一部主述が整っていないように思われる部分もあるが、答弁の趣旨に紛れはなく、要するに、金森および当時の政

府の見解からすると、国権の最高機関たる国会の制定した法律が違憲なりや否やに関する違憲審査の権限は、日本国憲法が最高裁判所に《特権》として賦与するものであるという理解を前提としていたことが明白である。その点はさて置き、右の答弁に対して小島委員がさらに、「仮ニ或ル事案ガゴザイマシテ、其ノ法律ハ憲法ニ違反スルト云フコトガハツキリ分ツテ居ル場合ニ、一審、二審ニ対シテハ其ノ訴訟ヲ起スコトガ出来ナイノデアリマセウカ」と質問したのに対して金森が次のように答弁しているのも、本稿との関連で興味深い。すなわちいわく、

「此ノ實際ノ訴訟ノ手続ヲ決メマスル時ニ、ソレハ具体的ニナル訳デアリマスルガ、訴訟ヲ起スコトハ出来ルノデアリマス、固ヨリ一審、二審ト云フ下級裁判所ニ対シテ其ノ当該ノ憲法問題ヲ含ンダ訴訟事件ヲ起スコトガ出来マス、併シ下級裁判所ガ其ノ法律ハ憲法ニ適ツテ居ルト云フ前提ヲ取ル時ハ自分デ裁判ガ出来マス、併シ其ノ法律ガ憲法ニ違反スルヤ否ヤト云フ問題ヲ処理シヨウト云フ時ハ自分デハ出来ナイノデアリマス、最高裁判所ヘ其ノ事件ヲ送付ラスルト云フヤウナ形デ事件ヲ解決シタイト考ヘテ居リマス」

小島委員がさらに、法律命令等の憲法違反問題を具体的訴訟事件とは「別個ニ其ノ法律ヤ命令ヲ取擱マヘテ直接大審院ニ訴ヘル、最高裁判所ニ訴ヘルコトガ出来ルト云フ風ニ解釈スルコトガ出来ル」かどうかと追加質問したのに対して、金森はさらに次のように答弁している。いわく、

「手続法ノ決メ方ニ依リマシテ、苟クモ憲法違反問題ヲ法律ニ付テ考ヘマスル場合ニ總テ最高裁判所ニ持ツテ行クト云フコトハ、立法的ニ考ヘラレルコトト思ツテオリマス」。

ただし（金森によれば）最高裁判所の組織がどうなるかがまだ決まっていけないので明言はできないが、そんなに大きな規模にするには優秀な人材を集めることも不可能なので、非常に少人数のものになるであろう、そうすると、「一カラ十マデ直接〔最高裁判所ニ〕事案ヲ持ツテ行クコトハ弊害ガアリマス」ので、「訴訟ニナツテ憲法違反カドウカト云フ場合ニハ、最高裁判所ニ其ノ要点ダケ現ハレテ行ク、斯ウ云フ風ニスルヨリ外直接ノ途ハナイト思ヒマス」と述べている。

(二) 最後に、原建三郎委員（日本自由党）が、これまでの「金森國務大臣ノ答弁ナリ、其ノ他同政府ノ答弁ト云フモノハ将来此ノ憲法解釈ノ上ニ最高裁判所ナリ其ノ場合ニ於テ相当斟酌サレルモノデアルカ、サレナイモノデアルナラバ、斟酌サレルヤウニスル積リデアルカドウカ」と問い質したのに対し、金森は「裁判所ハ法律ヲ或ハ憲法ヲ客観的ニ見テ判断スルモノト思ツテ居リマスカラ、私共ガ此処ニ申上ゲテ居リマスルコトハ、裁判所ニ行キマスレバ、裁判所ヲ制限スル意味ヲ持タナイコトニナルモノト思ヒマス」として、政府側の理解が最高裁をはじめとする裁判所の解釈を拘束するものではない旨を述べている。

そして、現にこのような金森および政府の見解は、その後、最高裁判所自身によって否定されたことは多言を要しない。すなわち最高裁判所は、いわゆる警察予備隊違憲訴訟に対する判決において、「具体的な争訟事件が提起される」ことを前提として「司法権の範囲内において行使される」違憲審査権という点では「最高裁判所と下級裁判所との間に異^{マコ}るところはない」と判示した¹¹。もとよりこの最高裁判所の判示は、当初は二項立てであった草案第七十七条が、一九四六（昭和二一）年七月二三日に設けられた小委員会でのその後の十数回にわたる審議の結果として、同年八月二一日までの間に一文に変更されて現行のような文言になった第八十一条の規定を前提としてのことであるが、

右の八月二二日の衆議院の同委員会の第二一回会議録における芦田均委員長の報告の中に、「第七十七条ノ最高裁判所ノ権限ニ関スル規定ノ修正ハ、単ナル字句ノ修正デアリマシテ、其ノ内容ニ於テハ変更ハナイノデアリマス」⁽¹²⁾との言辞のあるところを見る限り、少なくともこの段階における政府の見解は、依然として、同条は例外的に、違憲審査権を、いわば特権として、最高裁判所に賦与した規定であるとする見解であつたことはほとんど疑いえない。そして、先の金森の答弁にあつたように、具体的事件において法律の憲法違反が主張されたような場合には、下級裁判所は自ら判断するのではなくて最高裁判所に事件を移送して最高裁判所の判断を求める、という制度が構想されていたことは、その後しばらくの間の審議を見てもほぼ疑いのないところであらうと思われる。

二 貴族院での審議

(1) 衆議院での八月二四日の議決の後、「帝国憲法改正案」はただちに貴族院に送付され、同月二六日の貴族院本会議に上程された。吉田茂総理大臣は、提案理由の説明をして、最後に、次のように述べている。⁽¹³⁾

「其ノ形式ニ於キマシテモ所謂法ノ民主化ヲ図リ、成ルベク一般国民ノ理解ニ容易ナラシムルヤウ口語体ヲ以テ表現致シテ居リマス、即チ平仮名ヲ採用スル等ノ措置ヲ採ツテ居ルモノデアリマス、是ハ法令ノ形式トシテ正ニ画期的ノ事柄デアルト存ジマス、以上原案ニ付テ大体ノ説明ヲ終リマスガ、尚本案ニ付キマシテハ衆議院ニ於テ若干ノ修正ヲ加ヘラレタノデアリマス、政府ハ其ノ修正ニ同意デアリマス」。

(2) これに続いて貴族院本会議で同月二六日から二〇日までの五日間にわたって、各議員による質疑が行われた。

これらの質疑についても、本稿との関連する部分をピックアップしながら確認しておく。

(イ) まず高柳賢三議員が、「第七十七条ハ、法律其ノ他ノ憲法適合性ヲ審査決定スル権限ヲ最高裁判所ノミニ与ヘル趣旨デアリマスカ、或ハ又『アメリカ』合衆国ニ於ケルト同様、下級裁判所ニモ斯卡ル権限ヲ認ムル趣旨デアリマスカ」云々と質問した点¹⁴について、木村は、次のように答弁した。¹⁵

「現在我が国ノ司法制度ノ建前ト致シマシテハ、命令規定ガ法律ニ適合セザルヤ否ヤト云フコトノ問題ニ関シテハ、裁判所ハ之ヲ審査決定スルノ権能ハ持ツテ居ルノデアリマス、処ガ法律ガ果シテ憲法ニ違反スルヤ否ヤト云フ此ノ審査ニ付テハ、左様ナ権限ハ持ツテ居ラナカツタノデアリマス、改正憲法草案第七十七条ニ於テ、初メテ最高裁判所ハ此ノ所謂法令違憲審査権ヲ持ツコトニ相成ツタノデアリマス、……下級裁判所ガ左様ナ審査権ヲ持ツモノデアアルカドウカト云フコトデアリマスルガ、現実ノ問題ト致シマシテハ、下級裁判所に左様ナ事件ガ必ズ起ツテ来ルカト思ハレマス、其ノ場合ニ、下級裁判所ニ於キマシテ法律ヲ適用スル場合ニ、憲法ニ違反スベキヤ否ヤノ疑イガ生ジタ場合ニハ、其ノ裁判所ハ、其ノ問題ヲ切離シテ最高裁判所ニ其ノ審査決定ヲ求メルト云フコトニ成ルカト存スル次第デアリマス、要スルニ最高裁判所ガ法律ノ違憲審査決定権ヲ持ツコトニナルト存ズル次第デアリマス」。

木村はさらに、八月二十九日の本会議における佐々木惣一博士の（前日に引き続いての）きわめて詳細な質問¹⁶に対して、次のように答弁している。

「七十七条ノ最高裁判所ノ法律ノ違憲審査権デアリマスガ、是ハ先般ノ本会議ニ於キマシテ私ガ御説明申上ゲマシタ通り、

裁判所ニ具体的ノ事件ガ起ツテ法律ヲ適用スル場合ニ、其ノ法律ガ憲法ニ違反スルカドウカト云フ疑ヲ持ツタ場合ニ於テ、最高裁判所ハ之ニ対シテ適正ナ判断ヲ与ヘルノデアリマス、一般的ニコノ法律其ノモノガ憲法ニ違反スルカドウカト云フヤウナコトニ付テノ裁判ハシナイノデアリマス、左様ナコトニナリマスルト、国会ト裁判所トノ対立紛淆ヲ来シテ、悪影響ヲ及ボスコトハ言フ俟タナイノデアリマス。

ここで木村が「第七十七条」と言及しているところからすると、先の八月二一日の衆議院における修正がなされた後のこの段階でもなお、従前の二項立ての文言による草案を議論の素材にしているようにも読めるが、その点はさておき、いずれにせよこの時点では政府は（一方で佐々木惣一らが強く主張していた憲法裁判所構想を明確に拒否しつつ）、依然として、第七十七条（現第八十一条）が、具体的事件において最高裁判所のみで違憲審査権を付与する趣旨の規定だとする理解であったことがわかる。ちなみに、この点に関し、高柳ほか編『日本国憲法制定の過程Ⅱ 解説』では、「憲法改正草案」では「前段と後段に分つて規定された」（ここは「一項と二項に」の意味と解しておく）が、「その後衆議院における審議の過程で、この文言では下級審には違憲立法審査権がないようにみえるという指摘があり、下級裁判所も審査権をもつことを明らかにする趣旨から」、現行規定のようになったのであるとされているが、¹⁷ 事実の経緯はこれとはやや異なっているように思われる。右の木村の答弁にも見えるように、貴族院での審議の段階でも、なおしばらくは政府は、下級裁判所において法律を適用する場合に、憲法に違反するか否かの疑いが生じた場合には、その裁判所は、その問題を切り離して最高裁判所にその審査決定を求めるといふ構想を変えていなかったことが窺われる。

(3) 政府がこのように最高裁判所に違憲審査を集中させる制度を構想していたことが事実とすると、その際に政府

が参考にしていたのは何であったのか。時期的に見てドイツはあったことは不可能で、日本国憲法制定時にすでに類似の制度を持っていたのは、オーストリアの憲法裁判所ぐらいであろう。戦後のイタリアも、ドイツより一年早く一九四八年の憲法で憲法裁判所制度を導入しているが、いずれにせよ、日本国憲法の制定時に参照となった対象ではありえない。しかし当時の議事録には、オーストリアなどの先行事例について言及する箇所も（先に引用した金森の答弁以外には）ほとんど見当たらないので、¹⁸憲法裁判所制度の下における具体的規範統制手続以外のどこかの国の範例が参考にされていたのかどうかも含めて、なお留保せざるをえない。

(4) 先に(2)で確認した趣旨からの変化が政府内でのいつの時点で生じたのかは、必ずしも判然としないが、先に引用した貴族院本会議ののち審議を付託された帝国憲法改正案特別委員会¹⁹の段階では、これまでとは少し異なる説明になっていることが分かる。すなわち、九月二三日の同委員会で、高柳賢三議員が、先の本会議での木村への質問と同趣旨の質問を金森にも向け、次のように質問した。

「八十一条ニ移リマス、政府ノ元ノ案デハ最高裁判所ハ終審裁判所ダ、斯ウ云フコトヲ謳ツテ、次ニ法律、命令、規則又ハ処分ノ憲法ニ適合スルカドウカヲ決定スル権限ヲ有ツテ居ルノデアアル、斯ウ云フ風ニ書イテアリマスカラ、最高裁判所以外ノ裁判所、下級裁判所ガ法律ガ憲法ニ違反スルカドウカト云フコトヲ決定スル権限ヲ否定シテ居ルヤウニ見ラレルノデアリマシルケレドモ、衆議院デ修正ニナリマシタ此ノ原案ニ依リマスレバ、ドツチニモ解釈出来ル、最高裁判所ダケガ違憲立法ノ審査権ヲ持ツノデハナクシテ、裁判所ハ終審裁判所デハアル、併シナガラ外ノ裁判所モ矢張り審査ガ出来ルノダト云フ風ニ解釈出来ルノデアリマスガ、此ノ点ハ政府ノ御考ハ、此ノ憲法デハ下級裁判所ニハサウ云フ権限ガナイノダ、ソレガ唯一ノ解釈デア

ルト云フ御考デアリマスルカ、或ハ又是ニ二ツニ解釈出来ルケレドモ、此ノ下ニ於テ立法スル場合ニ於ケル政府ノ政策ハ、下級裁判所ニハ之ヲ決定スル権限ヲ与ヘナイデ、最高裁判所ノミニ之ヲ与ヘル、斯ウ云フ趣旨デアリマスカラ、其ノ点ヲ御質問致シマス」

これに対する金森の答弁は、明らかにこれまでとは（少なくとも先に引用した木村の答弁の趣旨とは）異なるものになっている。いわく、

「解釈ト致シマシテハ、是ハドチラデモ含ミ得ル、詰リ憲法ニ適合スルカドウカヲ審査スルコトハ下ノ裁判所ニモ認め、上ノ裁判所ニモ認メル、斯ウ云フ風ニモ出来ルシ、上ノ裁判所ニノミ認ムルコトニシテモ宜イ、詰リ是カラ裁判所ニ関スル規定ヲ拵ヘマスル時ニ於テ然ルベク考慮シテ宜イモノト考ヘテ居リマス、唯一ノ場合ニ於キマシテ此ノ問題ヲ解決スル終審裁判所ハ最高裁判所デナケレバナラヌト云フ要件ガ現実ニ存在シテ居ル、斯ウ云フ風ニ了解シテ居リマス」

つまり、裁判所法を制定する中で違憲審査最高裁判所集中制にするかしないかを考える、という趣旨である。この答弁に対して高柳議員はさらに、次のように意見を述べている。

「立法政策トシテ此ノ憲法ノ下ニ於テ下級裁判所ニ違憲立法ノ審査権ヲ与ヘル方ガ宜イカ悪イカ、此ノ問題ハ昔カラ非常ニ議論サレタ問題デアリマスガ、矢張りドウモ此ノ制度ヲ認メル以上ハ、下ノ方カラドンドンヤツテ行ケルヤウニシタ方ガ宜イノデハナイカト云フ風ニ思フノデリマシテ、所謂憲法裁判所ト云フモノヲ一ツダケ拵ヘテヤルト云フ制度デハ本當ニ憲法ト云フモノガ法律家ノ頭ニ浸込マナイ、憲法ハ特別ノモノデアツテ裁判所ダケガヤルモノデアル、一般法律家ト云フモノハ大シテ

関心ヲ持タナイデモ宜イノダト云フ風ニ考ヘラレル処ガアル、寧ロ此ノ制度ヲ徹底サセ、憲法ト云フモノヲ一般法律家ノ頭ニシツカリ入レルノニハ、有ラユル訴訟段階ニ於テ、此ノ点ガ争ハレ得ルト云フコトニシタ方ガ宜イト思フノデアリマスケレドモ、是ハ憲法其ノモノノ問題デハナクテ、立法政策ノ問題ニナリマスルノデ、一時其ノ点ハ質問ヲ留保致シマス、……」

このあと高柳議員は二項²⁰の「規則」の文言の意味について質問を続けており、この質問を受けた金森は右に引用した問題に対しては何も答弁していない。また高柳議員もここで留保した点について後に改めて質問した形跡は議事録には見当たらないので、この問題についての貴族院での議論は、先に引用した金森の答弁で終わっていることになる。(5) そして、その後、実際に裁判所法の制定に当たっては、下級裁判所にも審査権を与える方式となったが、政府がこのような方針に「立法政策」を変更したのには、総司令部の意向が大いに反映していると見られる。すなわち、総司令部側は、違憲審査権最高裁判所集中論につき、「かかる集中は最高裁判所に抽象的に違憲審査を行わせることになる」と反対し、また、当事者が欲しないのに事件が最高裁判所に行くということはデモクラティックでなく、おかしい、下級裁判所が法令の違憲を判断しても、それはその事件に限られ、政府はそれに縛られないのだから問題は無い、下級裁判所にもその判断における違憲判決権を与えて問題を段々に築き上げて行くようにすることが望ましい、等々の考え方を示した²¹とされている。先に引用した高柳の意見中、「下ノ方カラドンドンヤツテ行ケルヤウニシタ方ガ宜イノデハナイカ」「有ラユル訴訟段階ニ於テ、此ノ点ガ争ハレ得ルト云フコトニシタ方ガ宜イト思フ」という指摘は、この総司令部側の見解と軌を一にしていると言える。

下級裁判所にも違憲審査権を当てる方式の方が「デモクラティック」だからよいのかどうかは別として、下級裁判

所で違憲問題が争われているときに下級裁判所自身では審査決定をせず最高裁判所に移送するという、政府の元来の構想が、やり方によつては抽象的審査を最高裁判所に求めることとなる点、確かにそのとおりであろう。その点で「違憲審査最高裁判所集中をもつて直ちに『抽象的違憲審査制』とみるのは行き過ぎではあるが、……最高裁判所の憲法判断が具体的事実状況から切り離されて抽象化しないか」という懸念が依然として存在する」との指摘⁽²²⁾は、それ自体正当であろう。

では、この抽象化の懸念は、いわゆる具体的規範統制手続に内在するものであつて、これをなくすることはできないのであろうか。

そこで以下では、この点に関連して、ヨーロッパのいくつかの国の憲法裁判所制度、とりわけドイツの具体的規範統制手続において、移送手続がどういう形で行われるのかを見てみることによつて、この点について多少の検討を試みることにする。

第二節 具体的規範統制手続における《移送》

一 ヨーロッパ諸国の類似制度の概観

ドイツについて検討を進める前に、最近の研究⁽²³⁾に依つて、ドイツ以外のいくつかの国における類似の制度について見ておく。

- (1) まず、フランスでは二〇〇八年七月の憲法改正によつて、憲法院に、従前からよく知られていた《事前審査》

のほかに、新たに《事後審査制》が設けられたことはよく知られている。この制度はドイツの具体的規範統制手続に類似しており、フランスでは「合憲性の優先問題」(question prioritaire de constitutionnalité)、原語の頭文字をとってQPCと呼ばれる⁽²⁴⁾。この制度では、訴訟の当事者は、裁判所の審理において、自らに適用される「法律規定が憲法の保障する権利及び自由を侵害すると主張」して、憲法問題を提起でき、憲法院は、一定の期間内に決定されたコンセイユ・デタ又は破毀院からの移送に基づいて、この問題の付託を受けることができる⁽²⁵⁾。こととなっている(憲法第六一―一条)。そして訴訟当事者は、裁判の種類や審級の段階にかかわらず、いつでも違憲の抗弁を提起することができる⁽²⁵⁾。裁判所に係争中の事件の審理中に、当事者がこうして憲法問題を「理由を付した文書で」主張した場合には、当該裁判所はQPCとしての移送の可否を審理し(第一段階Ⅱ受理審査)、移送を決定した場合には、八日以内に破毀院またはコンセイユ・デタに移送される。そこでさらに、三カ月以内に憲法院への移送の可否が審理される(第二段階Ⅱ付託審査)、これを決定した場合には理由を付して憲法院に移送される。憲法院は、三カ月以内に審理して、合憲、留保付き合憲、または違憲のいずれかの判決を下して、事件を審理した原審に戻すが、合憲(または留保付き合憲)の場合には訴訟が継続され、違憲の場合には法律が廃棄されることになる⁽²⁶⁾。

このような手続からする限り、そしてとくに、具体的な「係争事件の審理中に当事者が」「いつでも」法律の違憲性を主張することができる⁽²⁶⁾とされていることや、先に述べた二つの段階での審理・決定の期間が八日とか三カ月のごとく極めて限定されていることからすると、憲法院での審理では具体的事案に則した判断が困難となり、勢い抽象的な審査にならざるをえないであろう。最近の研究でも、この点について次のような正当な指摘がなされている。すなわち、

「付随的審査においては、当事者双方の主張やさらには外部の意見によって提供された情報をもとに、具体的事実を照らした経験的な判断を行うことにより、立ち入った憲法判断が可能となるとされる。」「これに対して、QPC手続では、憲法問題は具体的な訴訟において当事者から提起されるわけであるが、QPC手続として憲法院に付託されてしまえば問題の条文が憲法規範に適合するかないかを抽象的に審査することになる。しかしながら、当該条文が適用される事例は多様であるわけであるから、このような抽象的審査においてはこうした適用場面のすべてを想定して判断を行うことはできない。もちろん、明らかに違憲の適用事例が想定できる場合であれば、部分違憲ないし解釈留保、さらには全面違憲の判断を行うことができるが、必ずしもそのようなものばかりではないだろう。〔情報収集手段が十分でないQPC手続において〕情報が不十分のままに架空の適用場面を想定して違憲判決を行うことが実際には困難であることは十分予想されるところであって、結局こうした構造は広汎な立法裁量の承認につながる可能性があるであろう。⁽²⁷⁾」

なお、このQPC制度では、当事者が違憲の抗弁を提起し、それを受けて裁判所が審理判断して、破毀院またはコンセイユ・デタを通じて憲法院に至る手続が進められるのであり、この点はフランスの制度の独自性といえる。そしてこの点で、以下に触れるように、移送が《裁判所》⁽²⁸⁾によって直接に憲法裁判所に提起されることになっているイタリアやスペインおよびドイツとは異なっている。

(2) 次に、イタリア憲法上で「前提問題型の合憲性の裁判」と称されている制度が、ドイツの具体的規範統制手続に類似している。⁽²⁹⁾ この制度は、「通常裁判所又は行政裁判所の裁判の中で法律等の合憲性の問題が提起された場合に、憲法裁判所への移送を受けて憲法裁判所が裁判するもので、イタリアの憲法裁判所の有する権限のうち、この裁

判が最大の割合を占めているとされる。この裁判は、「国及び州の法律及び法律の効力を有する行為の合憲性に関する争い」（憲法第一三四条）のうち、「裁判の進行中に職権により指摘され又は当事者の一方により提起され」、憲法裁判所に移送されたものの裁判である。この手続の開始は「具体的事件の裁判における当事者の違憲性の抗弁」であり、この前提問題の「決着を付けることなしには当該事件を解決することができない」ものでなければならぬとされている。抽象的審査が行われる「主要問題型の合憲性の裁判」とは異なって、原裁判の「当事者である限りすべての者が法律の違憲性を申し立てること」ができ、「具体的事件と関連性を有する限りであらゆる法律の合憲性の問題を憲法裁判所の裁判の俎上に乗せることができる」とされている。もとより、憲法裁判所に移送するかどうかは、ドイツの場合と同様、原裁判の裁判官が決定するので、当事者が違憲の抗弁をしても、必ずしも憲法裁判所の判断が受けられるわけではない。

原裁判の裁判官が移送を決定するには、①合憲性の問題と原裁判との間に関連性があり、②合憲性の問題に「明白に理由がないとはいえず」（*non manifestamente infondato*）、③法律の合憲解釈ができない、という三つの要件を具備することが必要であるとされている。特に②の要件は、ドイツの場合と異なっている。この要件は、「およそ根拠のない合憲性の問題の提起を排除することを目的とする」ものであるとはいえ、「原裁判の裁判官が法律等の規定が違憲であると確信していることまでを求めるもの」ではなく、「法律の合憲性に疑いがあれば、まさしく『明白に理由がないとはいえない』として憲法裁判所に移送する義務があると説かれている」という。もともと実務上は、「違憲の『単なる疑い』以上のものを意味すると考えられているという指摘もある」ようであるが、それでもやはりドイツのように違憲であることの確信までは要しないということになろう。

原裁判の裁判官が上記の三要件の充足を認めるときは、移送の決定を行い、当事者が合憲性の問題を申し立てた「申立ての事実と理由」を記載して「一件文書を直ちに憲法裁判所に移送し、進行中の裁判を停止すると定められている。ここからは、どの時点で移送がなされるのかは分からないが、必ずしも、後に触れるドイツの場合のように、原裁判の裁判所での最終段階でなくてもよいのではないかと推測される。

(3) この点に関連して、スペインの場合を少しだけ言及しておく。⁽³⁰⁾ スペインの場合、「違憲質疑」(cuestión de inconstitucionalidad) と呼ばれるのが、この手続である。この手続は、「具体的事件に適用すべき法律等が憲法に違反する疑いが生じたときに、司法裁判所が憲法裁判所に提起できる訴訟」である。この「違憲質疑」手続は、原則として、事件を取り扱う司法裁判所の裁判官が職権で提起するのであるが、当事者双方からも「司法裁判官に違憲質疑の提起を請求することができる」ことになっているようである。ただ、この手続の提起は、事実認定や口頭弁論を含め、たすすべての「公判手続、裁判手続などが終了し、司法裁判所が判決または決定を言い渡すまでの間」のみ可能であるとされており、そうだとすると、この点では、次に触れるドイツの制度と類似していると言えようが、違憲の「疑いが生じたとき」というのが、どの程度のものかとされるのかについては、目下のところ不案内である。

二 ドイツの連邦憲法裁判所

ドイツの基本法下の連邦憲法裁判所制度では、冒頭でも述べたように、各専門裁判所は、決定に際してある法律の効力が問題となっている場合に、その法律が「違憲であると思料する」(für verfassungswidrig halten) ときは、自ら判断をするのではなく、その手続を中止して、憲法裁判所にその判断を求めるのである。その際、「違憲であると思料

する」という要件は、先に触れたイタリアのように「明白に理由がないとはいえない」程度ではなく、違憲であることを裁判所自身が確信している必要がある。むしろ、法律の規定がたとえば憲法適合的解釈によつて、明白に違憲とまでは言えないと解釈できるような場合には、移送は許されない。つまり、裁判官は、暫定的とはいえ、(従前から言われている) 司法審査権 (richterliche Prüfungsrecht) を有しているのであり、適用すべき規範が憲法に適合しているか憲法に違反しているかについての確信を、自分で結論的に (abschließend) 形成する権限と義務を有しているのであつて、その結果、違憲の確信を持った場合にのみ、裁判所は手続を中止して、規範の一般的効力に関して拘束力のある決定をする権限を有している連邦憲法裁判所に移送する義務が生じるのである³¹⁾。

その手続が《移送》(Vorlage) である。この手続について、連邦憲法裁判所法は、次のように規定している。

- § 八〇 (1) 基本法第一〇〇条第一項の要件が存するときは、裁判所は、直接に連邦憲法裁判所の裁判を求めるものとする。
- (2) その理由には、原裁判所の裁判がどの範囲まで法の定め効力に係らしめられるのか、及び、法の定めがどの上位の法規範に適合しないのかを示さなければならない。裁判記録 (Akten) は、これを添付しなければならない。
- (3) 裁判所の申立ては、訴訟当事者による法の定め無効の主張に係らしめられない。

§ 八一 連邦憲法裁判所は、法的問題についてのみ裁判する。

§ 八〇第一項で「基本法第一〇〇条第一項の要件が存するとき」というのは、移送裁判所による憲法裁判所への移送が適法であるためには、提起されている法律の違憲性の問題が、当該専門裁判所における裁判において当該事件を解決するためにはどうしても必要であることを意味する。また第二項の規定は、「裁判所による軽率な移送および

不必要な移送を防止するために、移送裁判所に対して、判決を下す上で当該法問題がいかに必要であるか、そして適用法律が違憲（違法）であるとの確信を明確に説明することを要求するものである」とされる⁽³²⁾。また、ドイツでは、先に触れた一部の国々とは異なり、あくまでも移送は各専門裁判所の判断であり、第三項にあるように、訴訟の当事者による違憲の抗弁等が前提とされているわけではない。

さて、この移送は、「決定」(Vorlage-Beschluss) という形式で行われる。この決定は、専門裁判所にとっては、手続の中止 (Aussetzung) という意味ではたしかに中間手続 (Zwischenverfahren) ではある⁽³³⁾が、違憲の確信としては最終決定 (Endentscheidung) を意味する⁽³⁴⁾。移送決定は「裁判所に係属している手続の手続規定に応じた形で、公示され、当事者に送達されるかあるいは略式で通知される⁽³⁵⁾」。この形式についての具体的な定めはないが、一般には、決定の《主文》と《理由》とに分かれ、《主文》に当たる部分は、「……が基本法（連邦法）に適合しないゆえに無効かどうかについての連邦憲法裁判所の判断が求められる」というように述べられる。また《理由》はさらに、①事実の叙述と②法規の無効の考察（抵触する法規の解釈・憲法解釈）に分かれる。前者は、「移送裁判所に係属している具体的な個々の法律上の争訟の事実の解明」であるが、「移送裁判所によって違憲であるとされた法律の基礎にある一般的事実（立件事実）の解明は連邦憲法裁判所の任務である」とされている。連邦憲法裁判所によると、「移送裁判所は移送決定中の理由において、裁判所が判決〔または決定〕を下すにつき必要な範囲で事実関係を示さなければならず、また下される判決〔または決定〕にとつて当該法の定め効力が問題とされるに至った法的考察を示さなければならぬ⁽³⁶⁾」。したがって、「専門裁判所は、その裁判所自身が判決を下さなければならぬ場合と同じ程度まで、その手続を進捗させておかなくてはならない」のであり、移送の前までに、当該法律が、裁判所が裁判しなくてはならない事件にとつ

て重要な関連性を有するものであること (Einschlägigkeit) と法律の違憲性とを確信 (überzeugen) していなくてはならないのである。³⁷⁾ つまり、「移送決定において必要とされる違憲であるとの確信とその理由づけ」は、専門裁判所が「自ら違憲判決を下す場合と同等のものが要求されるのである」³⁸⁾。

このことは、当該の具体的事件を審理する各専門裁判所の裁判手続のどの段階でも移送がなされるのではなく、当該事件に法律を適用する、いわば最終段階においてであることを意味する。この段階に達していない時点での性急な (überreit) 移送は、訴訟手続上からも原則として許されず、³⁹⁾ たとえば専門裁判所が自ら証拠調べを省略したり、口頭弁論を回避するなどして、自己の負担を軽減しようとすることは許されないものであり、むしろ専門裁判所は移送前に、連邦憲法裁判所の負担をできる限り減らしておくための準備をしなければならないのである。§ 八〇第二項後段が、移送手続において「裁判記録を添付しなければならない」としているのも、この趣旨と理解できる。

このように見てくると、少なくともドイツの具体的規範統制手続においては、連邦憲法裁判所による規範統制に際して判断が抽象的になることのないように、「具体的な事例に基づく審査を可能にするための要件」⁴⁰⁾ が求められているとも言えるのではなからうか。もとより、この手続によって法律の規定が違憲とされれば、その裁判は「法律としての効力」 (Gesetzeskraft) を有することとなる (基本法第九四条二項、連邦憲法裁判所法 § 一三第一一、§ 三一第二項) から、こうした一般的効力をもつ決定を行うまでの強い権限を最高裁判所の裁判に与えるような制度を、わが国に導入すべきかどうかということになると、下級裁判所から、違憲の結論に基づいて裁判をする権限 (ドイツの制度にならって正確に言うなら、最終的な違憲判断権限) を奪って、この違憲審査の権限を最高裁判所の一回の判断に集中せしめる制度のもつ種々のデメリットも含めて、きわめて慎重な熟慮が求められることは言うまでもなからう。

- (1) さしあたり、初宿正典『日独比較憲法学研究の論点』(成文堂、二〇一五年)。とはいえ、連邦憲法裁判所の全受理件数の二パーセントに満たない。
- (2) ここでいう決定(Entscheidung)は、わが国でいうところの判決(Urteil)と決定(Beschluss)の両方を含めた意味である。
- (3) 基本法第九五条は、「通常(ordentlich)裁判権、行政裁判権、税財務裁判権、労働裁判権、及び社会裁判権の分野について、連邦は、最高裁判所(oberste Gerichtshofe)として、連邦通常裁判所(Bundesgerichtshof = BGH)、連邦行政裁判所、連邦税務裁判所、連邦労働裁判所、及び連邦社会裁判所を設置する。」としている。この規定の文言からしても、BGHのみを「連邦裁判所」ないし「連邦最高裁判所」と表記するのは、極めてミスリーディングである(最近のかかる表記の一例として、小野秀誠「ドイツの連邦裁判所(BGH)と連邦司法」判時二二六五号三頁以下)。もとよりこの文言にいう「裁判所」は、基本法第九二条にいうすべての裁判所であり、その中にはラントの裁判所等も含まれる。なお、連邦憲法裁判所が、「自己の決定にとつて必要であるラント法がラント憲法にのみ適合しないと考えるときは、ラント憲法裁判所に移送しなければならず、したがって連邦憲法裁判所自身、移送主体である裁判所であるといえる」とされている(畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判』[第二版] 中央大学出版部、二〇一三年、三八〇～三八一頁)。
- (4) すでに、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法IV』(青林書院、二〇〇四年)九九頁以下(佐藤幸治執筆)が「違憲審査最高裁判所集中論について」と題する項の中で検討している。なお、佐藤幸治「わが国の違憲審査制の特徴と課題」佐藤・清永編『園部逸夫先生古稀記念 憲法裁判と行政訴訟』(有斐閣、一九九九年)とくに二三頁以下も参照。
- (5) この「帝国憲法改正案」は、昭和二年四月一七日に政府から提出されたものである。以下では便宜上、単に「草案」と表記することがある。
- (6) 条名は、一般には「第八一条」のごとくに表記されるのが通例であるが、次注以下の衆議院での委員会議録(速記)の表記との統一のために、本節でのみ、「十」の文字を入れた形で(これが原典での正式の表記なのであるが)表記する。
- (7) 『第九十帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録(速記)』第十九回三六五頁以下。なお、以下の引用では旧漢字のみ改めた。

- (8) もとより、右の引用中、末尾近くの「前ト同ジャウニ無効ニスルカドウカト云フコトハ」という部分は少し不正確で、「無効ニスルカドウカ」は「適用シナイコトニスルカドウカ」という意味であろう。
- (9) 速記(注(7)) 三六七頁以下。ただし以下では逐一の引用頁は省略する。
- (10) アメリカ合衆国では裁判所が、現実の争訟と関係なく、政府または理解関係者の求めに応じて、法律問題について勧告的意見を述べることは、少なくとも連邦裁判所の司法権の範囲外とされているようである(田中英夫「編集代表」『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九一年) 三二頁参照)。なお、田中英夫『アメリカ法の歴史(上)』(東京大学出版会、一九六八年) 二一九～二二二頁以下によれば、すでに一七九三年に、大統領ワシントンの命を受けた当時の国務長官ジェファソンが、当時の首席裁判官ジェイをはじめとする最高裁判所の全裁判官に書簡を送ってその意見を求めたが、これを拒否した。イギリスでは勧告的意見は認められており、マサチューセッツ州憲法(一七八〇年)やニュー・ハンプシャー憲法(一七八四年)では明文でこれを認めているようである。
- (11) 最大判昭和二七年一〇月八日民集六卷九号七八三頁。同旨の判示をするものとして、衆議院解散無効確認訴訟に関する最大判昭和二八年四月一五日民集七卷四号三〇五頁、特別区長選任無効確認訴訟に関する最二判昭和三十一年二月一七日民集一〇卷二号八六頁など。
- (12) 速記(注(7)) 三九二頁。
- (13) 官報号外(昭和二十一年八月二七日)『第九十回帝国議会貴族院議事速記録第二十三号』二二七頁。
- (14) 同右二二八頁。ちなみに、清水伸『逐条日本国憲法審議録(増訂版)』第三卷(原書房、一九七六年) 五七二～五七三頁は、この高柳の質問およびそれに対する木村の答弁が「衆本八・二六」つまり八月二六日の衆議院本会議でのものとしているが、これは(当然のことながら)貴族院本会議の誤りである(同五六六頁も同様に誤り)。
- (15) 同右二二二頁。
- (16) 清水・前掲書(注(14)) 五六七～五六九頁は、ここでも、佐々木のこの質問およびそれに対する木村の答弁(同三三〇頁以下)の行われたのが、九月二三日の貴族院の特別委員会だと記載しているが、原史料である官報号外(昭和二十一年八月三〇

日）『第九十回帝国議会貴族院議事速記録第二十六号』三〇一頁以下が典拠であり、明らかな誤記であって、正しくは八月二十九日の貴族院本会議での質疑である。

(17) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編『日本国憲法制定の過程Ⅱ』（有斐閣、一九七二年）二四五頁およびそこでリファースされている『憲法制定の経過に関する小委員会第二七回議事録四〇〜四二頁。』

(18) ヨーロッパ諸国の憲法裁判所制度については、すでに永田秀樹「西ヨーロッパの憲法裁判と人権保障」佐藤幸治・初宿正典編・阿部照哉先生還暦記念『人権の現代的諸相』（有斐閣、一九九〇年）二五二頁以下。とくにその二五六頁以下がオーストリアを含む諸国の具体的規範統制について概観している。

(19) 九月二日から「九月二六日に一応その終了を見」るまで、「委員会はほとんど連日開かれた」ようである（佐藤達夫著・佐藤功補訂『日本国憲法成立史 第四卷』（有斐閣、一九九四年）八八四頁）。

(20) 高柳議員の発言でも「二項」と言っているが、先に引用した質問中では明らか「衆議院デ修正」されて一文になった後の原案の文言を前提とした質問であると解される。

(21) 佐藤幸治・前掲書（注（4））『憲法Ⅳ』一〇〇頁。傍点も佐藤。

(22) 同右。

(23) 曾我部真裕・田近肇編『憲法裁判所の比較研究』（信山社、二〇一六年）。以下の各国の憲法裁判所についての概観は、主として、フランス（井上武史執筆）、イタリア（田近肇執筆）およびスペイン（ペドリサ・ルイス執筆）に依っている。紙幅の都合上、同書中のベルギーの憲法裁判所（奥村公輔執筆）については触れる余裕がない。

(24) ここにいう《優先》の意味は、「法律の条約適合性と憲法適合性が当事者によって同時に主張されている場合には、憲法適合性が優先的に審理されるという趣旨を含む」ものとされている（辻村みよ子・糠塚康江『フランス憲法入門』三省堂、二〇一二年、一四一頁注6）。

(25) 井上・前掲書（注（23））一八頁。

(26) 辻村・糠塚・前掲書（注（24））一四二―一四三頁、井上・前掲書（注（23））一九頁。関連する条文（憲法院に関する組織

法律についての一九五八年一月七日オールドナンス第一〇六七号〔最終改正は二〇一三年二月六日〕の邦訳（第二三一条以下）も注(23)の文献の二三三頁以下（井上武史訳）を参照した。

(27) 曾我部真裕・前掲書（注(23)）一二八―一二九頁。なお、フランスのQPC全般については、ベルトラン・マチュー（上埜・兼藤訳）『フランスの事後的違憲審査制』（日本評論社、二〇一五年）があるが、あまり参照できなかった。

(28) もっともドイツの場合、一九五六年の連邦憲法裁判所法改正までは、上級連邦裁判所又はラントの最高裁判所を通じて所定の手続を踏んで（auf dem Dienstweg）移送する制度であったようである（Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3., völlig neubearb. Aufl., München 1991 S. 205）。

(29) 田近・前掲書（注(23)）一三三頁以下、とくに三二頁以下。

(30) ルイス・前掲書（注(23)）四七頁以下、とくに五七頁以下。

(31) Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 8. Aufl., München 2010, S. 99, Rn. 135.

(32) 『ドイツの憲法裁判』（注(3)）三八八頁。以下の叙述も、主としてこの優れた先行研究（畑尻剛執筆）に依っている。なお、こつした要件は、「決定にこつとの必要性」（Entscheidungserheblichkeit）として説明されている（たとえばSchlaich/Korioth, a. a. O., S. 107 ff.; Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, a. a. O., S. 210 ff. など）。ごく簡単には「ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、二〇〇八年）五四四頁）参照。さらに、これにつき、光田督良「具体的規範統制におけるEntscheidungserheblichkeitの意義と問題性」法学新報一〇三巻第二・三号（一九九七年三月）五二五頁以下参照。

(33) Schlaich/Korioth, a. a. O., S. 108, Rn. 147.

(34) Pestalozza, a. a. O., S. 210. Vgl. BVerfGE 76 100 [104].

(35) 畑尻（注(3)）二八七頁。

(36) BVerfGE 23, 175 [177].

(37) *Pestalozza, a. a. O., S. 204, Rn.6 zu § 13.*

(38) 畑尻・前掲書(注(3))三三八頁。

(39) 光田・前掲(注(32))五三一～二頁。もつとも、これによると、連邦憲法裁判所がこの原則からの例外を認めた例もあるようである。

(40) 光田・同右五四六頁は、先に注(32)で触れた「決定にとつての必要性」(*Entscheidungserheblichkeit*)の要件こそが「具體的規範統制手続を具體的としている」のだということを強調している。

追記 百地章教授がかつて愛媛大学に奉職中に一度、筆者は同大学大学院法学研究科の集中講義を依頼されて同大学に赴いたことがある。その年は、宿舎はもちろん道後温泉の本館さえ水道水の使用時間を制限したほどの異常な渇水の夏であった。その松山滞在中に一度、公開講演もお引き受けしたのであったが、その折に、本稿の第一節で触れた憲法改正草案第七七条から現行の第八一条に至る過程について話したことがある。この度本稿を書いていて当時のことをなつかしく想起した次第である。

新旧皇室典範における「皇統」の意味について

新 田 均

はじめに

かつて私は、皇位継承問題について、女系を認めるべきだと主張する人々と論争を展開した。その際、女系容認論の人々は、その根拠として、現行皇室典範第一条にいう「皇統」には女系も含まれていると主張した。それに対して、私は伊藤博文の「皇室典範義解」における「皇統」の解説、『憲法義解』での「皇統」という言葉の使われ方、さらには、皇室典範を審議した枢密院の議事録に基づいて、旧皇室典範第一条の「皇統」には女系は含まれていないと指摘し、戦後もその解釈が引き継がれてきたことは百地章教授の指摘によって明らかだと反論した（拙論「小林よしのり氏の皇統論を糺す」『別冊正論』一四号、平成二十三年一月、四七―五〇頁）。

その後、新旧皇室典範の制定過程を調べていく中で、自らの議論を補強する証拠をいくつか発見した。そこで、そ

これらの資料を加味して、あらためて、新旧皇室典範第一条にいう「皇統」の意味に対する私の解釈を提示したいと思う。

一、女系容認論者の現行皇室典範解釈

現行皇室典範第一条は「皇位は、皇統に属する男系の男子が、これを継承する。」と定めている。この「皇統」に対する女系容認論者の解釈は次のようなものである。

「皇室典範がわざわざ『皇統に属する男系』と断っているのも、皇統イコール男系ではないことを前提としたものだ。すなわち、皇統に属する男系と女系のうち、従来の伝統を尊重して、制度上、皇位継承資格をとくに男系に限定したことをしめしている。／＼したがって、女系も皇統にふくまれると見てよいのであれば、皇位継承をめぐる客観的条件の変更に応じて、男系主義を見直すことも、皇室の伝統に照らして絶対的に許されないことではないのである」(高森明勅「改めて問う、『女帝』は是か非か」『正論』平成一六年七月号一四五頁)

「実際は、女系も皇統に含まれているのだ。皇室典範の第一条を見よ。『皇位は、皇統に属する男系の男子が、これを継承する』 明治の旧典範でも、この規定は全く同じである。この条文は、『皇統』には男系・女系の両方が含まれるという前提の上で、皇統に属する者のうち、男系男子が皇位を継承するとしか読みようがない。『皇統』が男系のみならば、『皇統に属する男子』とだけ書けばよいことになる。女系継承は、決して皇統の断絶を意味するものではない！」(小林よしのり『サピオ』平成二二年一月二五号五九頁)

「条文は同義語反復では書かれない。『皇統』 Ⅱ 『男系男子』ならば、『皇位は「男系男子」に属する「男系男子」

に継承する』となってしまう。」(小林よしのり『サピオ』平成二十二年九月二十九日号七〇頁)

要するに、「皇統」が「男系」を意味するならば、現行皇室典範の第一条は「男系に属する男系の男子」という同義語反復の条文ということになってしまふ。したがって、「皇統」には女系も含まれており、男系女系の両方を含む「皇統」を後に続く「男系」という言葉で限定していると解するのが合理的だ、というのである。

二、女系容認論者の解釈に対する以前の私の反論

女系容認論者の「皇統」の解釈について、以前、私は、百地章氏の「皇位の世襲については、戦後の政府見解でも、旧皇室典範の下でと同様に、男系の男子に限るという解釈が受け継がれてきた」との主張(『皇位の世襲』の意味と『女系天皇』への疑問)阿部照哉先生喜寿記念論文集『現代社会における国家と法』平成十九年、成文堂)を前提とした上で、旧皇室典範に関する二つの証拠を上げて反論した(前掲「小林よしのり氏の皇統論を糺す」四七―五〇頁)。それは以下のようなものだった。

①。「皇室典範義解」を収録した岩波文庫の『憲法義解』には校註者・宮沢俊義の「憲法義解解題」が載っている。そこには、憲法および皇室典範義解の元は枢密院での審議の際の逐条説明書であり、その説明書を典範・憲法制定後に公刊することとなり、草案起草者に帝国大学教授数名が加わって伊藤博文を議長として枢密院官舎で約一ヶ月の審議をし、それを伊藤の私著として刊行した、という経緯が記されている。つまり、「皇室典範義解」は、憲法および皇室典範制定者たちの審議の前提となった解釈、審議によつていつそう洗練された共通解釈を公表したものである」といふことになる。この「皇室典範義解」では「皇統は男系に限り女系の所出に及ばざるは皇家の成法なり」(『憲法義解』

一二八頁)と、「皇統」は「男系」に限定される」と明言されている。

②・旧皇室典範第一条では「大日本国皇位ハ祖宗ノ皇統ニシテ男系ノ男子之ヲ繼承ス」と、「皇統」の前に「祖宗ノ」という言葉が置かれていた。この「祖宗」が何を意味するかは、『憲法義解』の中に出ていくる類似の言葉、「天祖」「神祖」に注目してみるとよく分かる。この三つの用語は明確に使い分けられており、「天祖」は天照大神、「神祖」は神武天皇、「祖宗」は神武天皇以降の歴代天皇を意味している。したがって、旧皇室典範第一条にいう「祖宗ノ皇統」とは、「神武天皇以降の歴代天皇の皇統」ということになる。神武天皇以降の皇位繼承が男系繼承として記録されているのは周知のことである。したがって、「祖宗ノ皇統」は男系のみ限定されていることになる。⁽¹⁾

この議論については、雑誌論文という性格から、根拠資料を詳しく提示できなかった。そこであらためて、根拠資料を提示しておきたい。「天祖」「神祖」「皇統」の意味が明確に分かるのは、『憲法義解』に収められている「大日本帝国憲法義解」の、大日本帝国憲法第一条「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」についての解説部分である。そこにはこうある。「恭て按ずるに、神祖開国以来、時に盛衰ありと雖、世に治乱ありと雖、皇統一系宝祚の隆は天地と與に窮なし。(中略)古典に天祖の勅を挙げて『瑞穂国是吾子孫可王之地宜爾皇孫就而治焉』と云へり。又神祖を称へたてまつりて『始御国天皇』と謂へり。」(『憲法義解』二二二頁、傍線引用者)

まず、「天祖の勅」という言葉から「天祖」が天照大神を意味していることは疑いようがない。次に、「神祖を称へたてまつりて『始御国天皇』と謂へり」との記述から「神祖」は間違いなく神武天皇を指している。したがって、「神祖開国以来…皇統一系」というのは、神武天皇の建国以来「皇統」は一系で維持されてきたという意味である。つまり、「皇統」の起点は神武天皇に置かれているのである。

それでは「祖宗」の意味はどうか。これは同じく『憲法義解』に収められている「皇室典範義解」の序文で明らかにされている。「祖宗国を肇め、一系相承け、天壤と與に無窮に垂る」（『憲法義解』一二七頁、傍線引用者）。大日本大國憲法第一条の義解からすでに明らかのように、国を肇めたのは神武天皇であるから、「祖宗」とは神武天皇以降の歴代天皇を意味している。また、嫡出による継承を原則とすることを定めた皇室典範第四条についての義解にも次のようにある。「恭て按ずるに、祖宗の嫡を先にし庶を後にするは、神武天皇庶長子手研耳命を措て綏靖天皇を立てたまふに始まる」（『憲法義解』一三三頁、傍線引用者）。

③ 明治二十一年五月二十八日の枢密院の議事録には、将来、皇統には女系も含まれる、という解釈を主張する者が現れて女系継承が実現してしまうなどということが起こらないようにとの配慮から、「祖宗ノ皇統ニシテ男系」、祖宗の皇統（男系）にして男系、という同義語反復を敢えて残した経緯が明瞭に記録されている。これについても雑誌論文という性格から、根拠資料を詳しく提示できなかった。そこで、小林宏・島善高編著『日本立法資料全集一七・明治皇室典範「明治二十一年」(下)』（信山社、平成九年五月）所収の「皇室典範草案枢密院会議筆記」によって根拠資料を提示しておきたい（以下の史料内の傍線は引用者）。

明治二十一年五月二五日の午後に開かれた審議の中で、「大日本国皇位ハ祖宗ノ皇統ニシテ男系ノ男子之ヲ繼承ス」との第一条の原案について、様々な修正提案がおこなわれた。まず、大木喬任顧問官（二十八番）が「正条ヲ顧レハ一字一句モ宝祚ノ万世一系ニシテ天壤ト無窮ナルコトノ意ヲ盡サス。蓋シ憲法ノ条項中既ニ其明文アレハ之ヲ細言スルヲ要セスト云フノ意ナルヤ。此ノ事最モ重大ナリ。故ニ本条ニ於テモ其趣旨ヲ掲ケンカ為ニ万世一系ナル大日本皇位ハ云々ト改メ其以下ハ原案ノ儘ニテ然ルヘシ」（五三六―五三七頁）と主張した。「万世一系」は国体についての重要

な概念なので、憲法との重複を恐れずに、あえて皇室典範の中にも入れるべきだというのである。

次に、土方久元顧問官(二十九番)は「大日本ト云フハ外国ニ対スルノ文字ナリ。歴朝相承ケ綿々一系未タ曾テ宇内ニ比類ヲ見サル我国ニ取りテハ万世一系ノ皇位ト改メラレンコトヲ得ハ本懐ノ至リナリ」と主張した。「万世一系」は比類のないものなので、外国を意識した「大日本」は除いて、「皇位」に「万世一系」が係るように修正すべきだというのである。この案に対して、大木が「前説ヲ取消シ更ニ二十九番ヲ賛成ス」と賛意を示した。

また、三条実美内大臣(六番)からは「本条ニ祖宗トアルヲ天祖ト改タシ」との提案が出された。ここから、やはり「祖宗」(神武天皇以降)と「天祖」(天照大神)との区別が意識されていたことが分かる。ただし、この三条の提案に賛成する者はいなかった。

大木と土方の改正案に対して、井上毅書記官長(番外)からは「二十九番ノ説ニ万世一系ト云ヘハ祖宗ノ皇統ト重複ス。上文ニ万世一系ト書クコトハ異存ナケレトモ、若シ之ヲ加ユルコトニ決セハ下文ノ祖宗ノ皇統ノ字ハ削ラサルヘカラス」と、「万世一系」と「祖宗ノ皇統」とは同義語反復なるとの意見が出され、さらに、副島種臣顧問官(二十四番)から「重複ナルカ故ニ万世一系ナル皇位ハ今後男系ノ男子ノミ之ヲ継承スト改メタシ」との意見が出たり、東久世通禧顧問官(二十二番)からも「日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治シ男系ノ男子之ヲ継承スト改メタシ」との意見が出たりして、この日は結論が出なかった。

明治二十二年五月二十八日の午後に開かれた枢密院の会議では引き続き第一条の修正が議論された。この日の議論は、大木喬任の次のような発言からはじまった。

「前回ニ於テ議場ノ問題トナリタル第一条ノ修正説ハ単ニ字句ノ修正ナリト断定スヘカラス。万世一系ノ数字ハ我

国体ノ最モ尊キ所以ヲ表彰スルモノナレハ必ス之ヲ加ヘサルヘカラス。祖宗ノ皇統トアレハ歴朝相承クルノ意ナルヲ以テ必ス万世一系ト云フヲ要セストスルノ説モアルヘケレトモ、祖宗ノ皇統ト云フノミニテハ未タ我国体ノ如何ヲ表彰スルニ充分ナラス。蓋シ本条ノ修正案ニ就テ各位ノ意見区々ニ涉リ未タ帰一ヲ得スト雖、万世一系ノ字ヲ加ユルノ一事ニ至テハ想フニ各位其所見ヲ同フスルナラン。前回ニ於テ二十九番ヨリ修正案ヲ提出セラレタレハ、本官ハ更ニ二十九番ニ協議シ其賛成ヲ得ハ、左ノ修正案ヲ提出セントス。大日本皇位ハ万世一系ナル皇統ノ男子ヲ之ヲ繼承スヘシ。此ノ修正案ハ二十九番ノ前回ニ於テ提出シタルモノト大差アルコトナシ。敢テ請フ。二十九番ハ更ニ本官ノ提出案ヲ賛成セラレンコトヲ

「祖宗ノ皇統」というだけでは我国体を十分に表現しているとは言えないので「万世一系」の字句を加え、逆に「祖宗」を削って、「大日本皇位ハ万世一系ナル皇統ノ男子ヲ之ヲ繼承スヘシ」という条文に改めるべきだといふのである。この修正案に土方久元（二十九番）が賛成し、さらに副島種臣（二十四番）、福岡孝弟（二十六番）、元田永孚（十九番）、勝海舟（十七番）が賛成した。

この修正案に対して、議長の伊藤博文は「二十八番ニ問フ。二十八番ノ修正案ニ男系ノ字ヲ除ケリ。故ラニ之ヲ省クノ意ナル乎」と質し、大木が「然リ」と答えると、伊藤は次のように述べて表決を行った。

「第一条ノ修正如何ニ就テハ最早議論モ盡キタリト信スルヲ以テ表決ヲ取ルヘシ。其前ニ於テ各位ノ注意ヲ喚起スヘキ重要事件アリ。原案ニハ祖宗ノ皇統ニシテ男系ノ男子之ヲ繼承ストアリ。然ルニ修正案ニハ故ラニ男系ノ字ヲ削除セリ。果シテ此ノ如クナルトキハ則将来ニ於テ我皇位ノ繼承法ニ女系ヲモ取ルヘキニ至リ、上代祖先ノ常憲ニ背クコトヲ免レス。修正案ニ同意ヲ表セラルヘキ各位ノ起立ヲ請フ」

伊藤議長は、「男系」を削つて「皇統ノ男子」だけにしてしまうと、将来「皇統には女系も含まれている」と主張する者が現れた場合に、それを否定する明文上の根拠がなく、皇位が女系に移り、古来の皇位継承原則から外れてしまふ危険性がある」と指摘したのである。表決の結果、修正案に賛成した者は八人と少数で、修正案は否決された。

それでも、なお、佐野常民(二十三番)、副島種臣、大木喬任は次のように食い下がった。

佐野(二十三番)「本官ハ万世一系ノ字ヲ加ヘンコトヲ希望スレトモ二十八番ノ修正説ヲ以テ完全ナリトモ思考スル能ハス。既ニ議長ノ注意セラレタル如ク僅々タル数字ノ改竄ニシテ事重大ニ関スルモノアリ。彼此斟酌スルニ日本國ト改ムレハ憲法ノ題号ニモ符号シ又敢テ男系ノ字ヲ削除セスシテ万世一系ノ字ヲ挿入シ以テ本条ヲシテ完全ナラシムヘキ修正ヲ加ユル為ニ之ヲ修正委員ニ付セラレンコトヲ建議ス」

副島(二十四番)「皇統ノ男子ト云ヘハ男系ノ男子タルコトニシテ説明ニ於テモ亦判然タリ」

大木「二十四番ノ發言シタル如ク皇統ノ男子ト云ヘハ男系ノ男子タルコトニ相違ナシ。況ンヤ第一条ハ大体ヲ論スルノ条ニシテ其男系ノ男子タルコトハ後条所載ニ於テ判然タルニ於テヤ。然レトモ本官ノ修正説ハ少数ノ為ニ否決シタレハ今更論スルモ亦詮ナキ事ナリ。唯タ万世一系ノ字ヲ加フルコトハ各位同感ナルコトヲ信スルニ因リ、委員ニ附託シテ妥當ノ修正ヲ加ヘシメン歟、又ハ其修正ヲ書記官長ニ命セラレンカ、孰レトモ議長ノ指揮ニ任カスヘシトシテ先ツ二十三番ノ建議ニ賛成ス」

土方(二十九番)「二十三番ノ建議ヲ賛成ス」

この議論に対して、伊藤議長は次のように述べて表決に移した。

「本条ノ修正説ハ既ニ否決シ、又二十三番ノ建議ハ賛成者少数ナルヲ以テ、直ニ原案ノ表決ヲ取ルヘシ。原案ニ同

意ヲ表セラル、ノ各位ニ起立ヲ請フ。起立者は十八名。多数により、原案はそのまま承認された。

この議論から明らかなのは、「皇統」Ⅱ「男系」というのが当時の常識であり、それでもあえて「祖宗ノ皇統ニシテ男系」という同義語反復を残したのは、将来、「皇統」には女系も含まれると主張する者が現れたとしても、男系継承が揺るがないようにするためだったということである。

三、旧皇室典範の原案について

最近、私は旧皇室典範の制定過程を調べていて、第一条における「祖宗ノ皇統」が男系継承を強く意識した言葉だったことを示す新たな証拠を発見した。

旧皇室典範に直接につながる草案は、伊藤博文の委嘱によって、当時帝室制度取調局総裁を務めていた柳原前光によつて書かれた。明治二〇年一月二四日頃のことである（稲田正次『明治憲法制定史』下巻、有斐閣、昭和三七年一月、九六六頁）。この「皇室法典初稿」の第一条は次のようだった。

「第一条 大日本国皇位ハ恭シク天祖ノ大詔ニ則リ其皇統之ニ当タルコト天壤ト與ニ窮リナシ」

そして第三十六条で男系継承を次のように規定していた。

「第三十六条 皇位ヲ継承スルハ男系ノ男子ニ限ル推古帝以来女主臨朝ノ例ニ倣フコトナシ」

つまり、「皇統」は「天祖」すなわち天照大神に発するが、皇位継承は男系の男子に限るというのである。

ところが、柳原と同様に伊藤の委嘱を受けて皇室に関する法規についての取り調べをしていた井上毅が明治二〇年二月二六日に伊藤に提出した「皇室典範」草案の第一条は、次のようになっていた（稲田前掲書九七八頁）

「第一条 皇位ハ祖宗ノ皇統ヲ承ケ男系ノ男子之ヲ繼承ス」
つまり、井上案では「皇統」は、柳原案とは異なつて、「祖宗」すなわち神武天皇に発し、必然的に男系に繼承されるのである。

伊藤、柳原、井上の皇室典範についての意見の相違を調整するために、明治二〇年三月二〇日、伊藤の高輪別邸で会合が開かれた。その時に叩き台とされたのは、柳原が三月一四日に伊藤に提出した「皇室典範再稿」だった。その条文は次のようになっていた（稲田前掲書、九八三頁）。

「第一条 大日本帝国皇位ハ恭シク天祖ノ大詔ニ則リ其皇統之ニ当タルコト天壤ト與ニ窮リナシ」

「第二条 皇位ハ男系ノ男子之ヲ繼承ス」

この高輪会合での議論の様子は、書記を務めた伊藤巳代治の「皇室典範・皇族令談話要録」（小林宏・島善高編著『日本立法資料全集一六・明治皇室典範「明治二二年」（上）」信山社、平成八年四月所収）によつて知ることができる。それによれば、井上毅は柳原案の第一条案について、次のような意見を述べた。

「第一条 大日本帝国皇位ハ恭シク

天祖ノ大詔ニ則リ其皇統之ニ当タルコト天壤ト與ニ窮リナシ。此事ハ憲法ニ載スヘキモノニシテ之ヲ皇室典範ノ首条ニ置クハ不可ナリ。但シ憲法ニ載スルモ唯タ其上論ノ部ニ記シテ之ヲ法律ノ部ニ混一スヘカラサルモノナリ。旁々此場合ニ於テハ削除センコトヲ望ム」

天照大神の神勅への言及は、憲法発布の上諭に書かれるべきもので、法律の部分に混入すべきではないので、皇室典範の条文からは削除すべきだといふのである。

これに対して柳原は次のように反論している。

「本条ハ皇位ノ原則ヲ顕示シ日本建国ノ大則ヲ掲載スルニ在リ。素ヨリ皇室典範ハ天皇陛下ノ欽定タリト雖モ、一タヒ定メラレタル上ハ隨時変更スルナキノ重キヲ証シ、一言スレハ我国体ノ義ヲ彰ハサントスルノ意ニ出ツ」

柳原は、皇位も日本建国も天照大神の神勅を起点とすると考えており、その原則を皇室典範においても、まず、第一条で明記すべきだと考えていた。

この両者の意見の相違を伊藤博文は次のように論じて収拾した。

「法律上ヨリ云ハハ井上氏ノ説至当ナリ。皇位ノ天壤ト與ニ窮リナシト云フカ如キハ、畢竟歴史上ヨリシテ人心ノ感触ニ出ツヘキモノニシテ、皇位ハ祖宗ノ皇統ヲ承ケ男系ノ男子之ヲ繼承スト云ヘハ十分ナリ。其ノ淵源ヲ尋ヌレハ柳原伯ノ意見ノ如クナラント雖モ、皇室典範ノ名称ニ対シテ適合セス。依テ本条ハ削除ニ決スヘシ」

伊藤は天照大神の神勅を「淵源」としては尊重しつつも、「皇位」を法律の側面から見れば「歴史上ヨリシテ人心ノ感触ニ出ツヘキモノ」だと述べている。すなわち、伊藤は歴史法学の視点に立って、皇位は「祖宗ノ皇統」、つまり神武天皇以来の男系に継承されると規定すべきだとしたのである。

この高輪会談の結果を受けて、柳原が四月二五日に伊藤に提出した「皇室典範草案」では次のようになった（稲田前掲書、九九六頁）。

「第一条 大日本国皇位ハ祖宗ノ皇統ヲ承ケ男系ノ男子之ヲ承ス」

明治二二年四月、枢密院に提出された諮詢案では、「祖宗ノ皇統」||「男系」ということがいつそう明瞭となるように、次のように修正されている。

「第一条 大日本国皇位ハ祖宗ノ皇統ニシテ男系ノ男子之ヲ承ス」

そして、この諮詢案が枢密院でそのまま承認されて、旧皇室典範第一条となった。

この起草過程を見れば、「祖宗ノ皇統」が、「天祖ノ大詔」との区別を意図したものであることは明瞭である。すなわち、建国も皇統も天照大神の詔に発するという考えを遠ざけて、建国も皇統も神武天皇に発するとの考えに立ち、その上で神武天皇以来の男系継承の伝統にしたがうことを意味する言葉として、「祖宗ノ皇統」は第一条に書き込まれたのである。

ちなみに、井上毅は「教育勅語」の起草の際にも、神武天皇以来の皇統を明瞭に意識して「皇祖皇宗」という言葉を用いている。「教育勅語」の解説を依頼された東大教授の井上哲次郎が「皇祖」を「天照大神」だと解説しようとしたのに対して、起草者の井上毅自身が「教育勅語」にいう「皇祖」とは天照大神ではなく、神武天皇であると明言し、修正を迫っているのである（拙著『現人神』「国家神道」という幻想」神社新報社、平成二六年四月、二六一―二七頁、三二頁）。

四、現行皇室典範の「皇統」について

現行皇室典範の草案は、昭和二二年三月一二日に閣議決定によって設置された臨時法制調査会の第一部会で作成された。第一部会は七月から活動を開始し、八月から九月にかけて「皇室典範要綱案」を検討し、一〇月二二日の臨時法制調査会第三回総会で「皇室典範要綱案」の審議過程を報告し、この案が同月二六日に議決されて内閣総理大臣に答申された。新皇室典範の法制化作業は、臨時法制調査会における要綱案の審議と並行して進められ、昭和二一年

一二月五日、衆議院に上程され、一二月一四日可決。貴族院での審議は一二月一六日から始まり、一二月二四日に可決成立した。

芦部信喜・高見勝利編著『日本立法資料全集一・皇室典範』（信山社、平成二年九月）所収の資料によれば、新皇室典範では要綱案作成の当初から、旧皇室典範第一条にあつた「祖宗ノ」という言葉が削られ、単に「皇統に属する男子」とされている。その理由が、議會審議に備えて法制局が作成した「想定問答」では次のように説明されている。

「問 皇統に属するとは何か。『祖宗の』字句省略の理由如何。

答 新典範においては、現在の天皇が天皇であられることは、憲法以前の自明の問題であるとし、今上を中心としてこゝに至り又ここより発する一系の血筋を皇統と観念した。この血筋を享けるものを皇統に属するものとし、皇位継承資格の根本要件とした。皇統は前述の如く今上を中心とした観念であり、斯く観念することが適當であると考へて、敢て祖宗の皇統としなかつたのである。」（芦部・高見前掲書、一八八頁）

新皇室典範における「皇統」とは「今上を中心としてこゝに至り又ここより発する一系の血筋」だといふのである。これはおそらく、裏でGHQとの交渉を進めながら草案作成にあつたついでに日本側に、GHQから神話的だと解釈されかねない部分ではできるだけ削ろうとの意思が働いたからではないかと推測される。

それでは、「今上を中心としてこゝに至り又ここより発する一系の血筋」と観念された「皇統」からは伝統的な要素が全く取り除かれてしまったのか、女系も含まれると観念されるようになったのかと云えば、そうではない。「想定問答」には次のように記されている。

〔問〕 女系及び女天皇を認めない理由如何。

答 皇統は男系に依り統一することが適當である。我が国多年の成法も亦然りである。女系が問題になるのは、その系統の始祖たる皇族女子に皇族にあらざる配偶者が入夫として存在しその間に子孫がある場合であつて、此の場合女系の子孫は仍皇族にあらざる配偶者の子孫で臣下であるといふことが強く感ぜられ、皇統が皇族にあらざる配偶者の家系に移つたと觀念されることを免れない。かやうに考へて女系を認めないのである。』

(菅部・高見前掲書、一八九頁、傍線引用者)

〔二〕 抑も「日本国憲法第二条にいう」世襲といふ觀念は、伝統的歴史的觀念であつて、世襲が行はれる各具体的場合によつてその内容を異にするものであらうと思はれる。場合によつては血統上の継続すら要件としない世襲の例も存し得るのである。然らば皇位の世襲といふ場合の世襲はどんな内容をもつか。典範義解はこれを(一)皇祚を踏むは皇胤に限る(二)皇祚を踏むは男系に限る(三)皇祚は一系にして分裂すべからざることの三点に要約してゐる。さうしてこれは歴史上一の例外もなくつづいて来た客觀的事實にもとづく原則である。世襲といふ觀念の内容について他によるべき基準がない以上これによらねばならぬ。そうすれば少なくとも女系といふことは皇位の世襲の觀念の中に含まれてゐないと云へるであらう。

(三) 然らば女系は別として女子の繼承資格は如何。女系を否定しても女子の繼承資格は自ら別な問題だからである。しかし女帝を認めるといふことはその御一代丈男子による皇位繼承を繰り延べるといふ丈の意味しか持ち得ない。歴史上女帝は存するけれどもそれは概ね皇位繼承者が幼年にゐます為その成長をまつ間の一事の撰位にすぎないのである。

かやうに考へると女帝の登極といふことは、むしろ皇位の不安定を意味するものと言へるのである。」(芦部・高見前掲書、一九〇―一九二頁、「」内および傍線引用者)

GHQの干渉を避けるために「皇統」とは「今上を中心としてこゝに至り又ここより発する一系の血筋」だという方便は用いるものの、その中身は伝統的な觀念に依拠している。

一つは、男系によつて家系を考へるといふ觀念である。この觀念によれば、女系を認めれば、「皇統」は別の家系に移つてしまい、もはや一系ではなくなつてしまふ。したがつて、「皇統」は男系で統一すべきで、女系は認められない、というのである。

もう一つは、旧皇室典範を解説した「皇室典範義解」で掲げられた二つの基準である。新憲法第二条にいう「世襲」の觀念は、他に基準がないのであるから、それに従つて解釈されるべきで、そうになると、少なくとも「女系といふことは皇位の世襲の觀念に含まれない」というのである。

付け加えれば、現行皇室典範は憲法の下にある法律なのであるから、上位規定の憲法の「世襲」が男系に限定されている以上、「皇祖ノ」という限定が外されたからといって、皇室典範の「皇統」に女系が含まれるようになったと解するのは合理的でない。

おわりに

最後に本稿における結論を纏めれば以下のようになる。

① 旧皇室典範第一条にいう「祖宗ノ皇統」は「男系」のみしか含んでいない。旧皇室典範制定者の間では、「祖

宗」とは神武天皇以降を指す言葉として、天照大神を指す「天祖」と明確に区別して使われていた。そして、「祖宗ノ皇統」とは神武天皇以来の男系を意味するというのが共通理解で、「祖宗ノ」とあるのだから「男系」の語は必要ないとの意見すらあった。それにもかかわらず、「祖宗ノ皇統ニシテ男系」という同義語反復を残したのは、将来、「皇統」には女系も含まれると主張する者が現れることを懸念したためだった。

②・現行皇室典範第一条にいう「皇統」も「男系」のみしか含んでいない。たしかに、現行皇室典範第一条の「皇統」からは、その制定過程で「祖宗ノ」という限定が外された。しかし、法制局が準備した「想定問答」から明らかのように、「皇統」は依然として伝統的歴史的観念であるとされ、女系は含まないとの前提に立っていた。

最後に一言付け加えれば、法文を解釈する場合に、法文や法典内だけを見て、文言間の整合性のみを考えていては、その法文に込められた真の意味を理解することはできないであろう。

注

(1) 「皇統」を神武天皇を起点として考えるか、それとも天照大神を起点として考えるかは、「皇統」が男系に限られるのか、あるいは女系をも含むのかを考える上で、一つの重要な論点となっている。この議論は皇學館大学名誉教授・田中卓氏の次のような主張からはじまった。

「歴史的には、皇祖神の天照大神が『吾が子孫の王たるべき地』と神勅されている通り、天照大神を母系とする子孫であれば、男でも女でも、皇位につかれて何の不都合もないのである。つまり母系にせよ、明瞭に皇統につながるお方が『即位』して、三種神器を受け継がれ、さらに大嘗祭を経て『皇位』につかれれば、『天皇』なのである。子供は父母から生まれるのであって、男系とか女系の差別より、父母で一家をなすというのが日本古来の考えだからそれを母系(又は女系)といっても男

系といっても、差し支えなく、問題とはならないのだ。」（『女系天皇で問題ありません』『諸君！』平成一八年三月号六四頁）
「日本国体の原理も、皇室の祖神も、天照大神という、女神にもとづいていることを忘れてはならない。」（同右論文、五七頁）

この田中氏の議論を後盾として、小林よしのり氏は次のような議論を展開した。

「皇統のいろはも知らぬ男系絶対主義者のために当たり前のことを言わねばならないのか： 皇祖神は天照大神です!! 現在の天皇につながる皇統は、天照大神の『天壤無窮の神勅』によって始まったのだ!」（『サピオ』平成二二年五月一二日号 七一頁）

つまり、天照大神を「皇統」の起点とすれば、「皇統」には女系も含まれる、いやむしろ、「皇統」は女系から始まったと考えるべきである、との主張である。このような主張のあることを意識して、今後、私が取り上げた旧皇室典範制定者たちの議論を見ていただきたい。

なお、天照大神が女神なので「皇統」は女系からはじまったとの議論が、そもそも神話解釈として誤りであることについては、前掲拙論「小林よしのり氏の皇統論を糺す」二九―三五頁「皇祖神について」を御覧いただきたいが、ここで簡単に私の主張を要約しておく。

神代の皇統はイザナギノミコトとイザナミノミコトから始まり、両神から、天照大神、ツクヨミノミコト、ヒルコ、スサノオノミコトが生まれ（『日本書紀』）、さらに天照大神との誓約の際に、スサノオノミコトからアメノオシホミミノミコト以下の五男神が生まれ：という具合に続いている。したがって、天照大神はイザナギノミコトを父とする男系の女神で、当然、皇祖神だが、その他の神も皇祖神に含まれる。『日本書紀』や祝詞の中で皇祖神は一神ではない。タカミムスビノミコトやウガヤフキアエズノミコトも「皇祖」と呼ばれ、大祓の祝詞では、イザナギノミコトとイザナミノミコトが「皇親すめらみむす」と呼ばれて、皇祖神とされている。

この神統譜を男系継承の観点から見れば、「イザナギ↓スサノオ↓アメノオシホミミ」という流れになる。事実、古来、最もまとまった権威ある代表的な皇室関係の系譜と言われている『本朝皇胤紹運録』には、アメノオシホミミノミコトについて

「素戔鳴尊第一子。天照大神、誓約を立てて、以て子と為す」とある。つまり、弟の素戔鳴尊の第一子を天照大神が養子にしたというのである。

要するに、神代の皇統についても、男系で考えるのが古来の日本の神話解釈だった。そして、そう考えなければ、何故、神武天皇以降の歴代天皇の皇位継承についての歴史記述が男系に拘ったものになっているのかを理解できない。

ドイツの民衆扇動罪と表現の自由

——ヒトラー『わが闘争』再出版を契機として——

鈴木秀美

一 問題の所在

ナチス総統ヒトラー著『わが闘争』の著作権が二〇一五年末に消滅し、ドイツではその再出版が法的に許されるか否かが議論になっている。⁽¹⁾ ヒトラーの最後の住所がミュンヘン市にあったため、彼の遺産は同市を州都とするバイエルン州に帰属し、同州財務省が管理してきた。⁽²⁾ 『わが闘争』の著作権も、二〇一五年末までバイエルン州のものだった。ヒトラーは、出版にあたって同書の版權をナチス系出版社フランツ・エーア社に委ねたが、同社はドイツ敗戦後に占領軍によって解体され、版權もバイエルン州のものとなった。バイエルン州は、ナチス思想の普及を阻止するた

め、著作権に基づいて『わが闘争』の再出版を禁止してきた。ところが、著作権法六四条によれば、著作権は、著作者の死後七十年で消滅する。ヒトラーは一九四五年に死亡した。著作権法六九条によれば、この場合、保護期間は一九四六年一月一日からとなり、二〇一五年一月三日をもって著作権は消滅する。そこで、この著作権の消滅を視野に入れて、出版界を中心に『わが闘争』の扱いに注目が集まった。

例えば、二〇一二年初め、イギリスの出版社が、『わが闘争』の一部(原著の二〇頁から二五頁に相当)を解説付きで週刊誌『ツァイトウングスツオイゲン』(Zeitungszeugen)の別冊として、『読むことができない本』(Das unlesbare Buch)というタイトルを付けて出版しようとした。全体の五五パーセントから六〇パーセントが原著で、四〇パーセントから四五パーセントが解説という割合だった。バイエルン州は、著作権に基づいてその出版差止めを求めたところ、同年三月八日のミュンヘン地裁判決は、出版差止めを認めた⁽³⁾。同年六月一四日の上級地裁判決もこの判断を支持した⁽⁴⁾。なぜなら、原著の一部が解説とともに出版されるといっても、出版が計画されていた別冊は、著作権法で認められている「引用」の範囲を超えていると判断されたからである。そこで、出版社は、『わが闘争』が掲載される予定だった部分にモザイクをかけ、そこに「読むことができない」という文字を入れ、解説の部分はそのままにして出版した。この事件で出版社は、ナチス思想の普及を阻止することができるのは刑法だけであり、バイエルン州は著作権を濫用していると主張したが敗訴した。とはいえ、この事件は、『わが闘争』のドイツにおける再出版が著作権によつて阻止されていることに対する問題提起となった⁽⁵⁾。

ドイツ刑法は、ナチス独裁への歴史的反省からナチス組織の企てを促進する内容の宣伝手段を禁止するとともに(八六条、八六a条)、民衆扇動罪としていわゆるヘイトスピーチ(人種・民族の集団に対する偏見や憎悪の表現)⁽⁶⁾を禁止し

ている（一二〇条）。解説の付いていない『わが闘争』の再出版は、これらの禁止に違反する可能性があり、とりわけ、民衆扇動罪（一二〇条二項の民衆扇動的文書の頒布）になると指摘されている。⁷ただし、歴史教育や研究者による歴史的検証のため、解説付きであれば再出版しても違法にはならないと考えられてきた。⁸そこで、ミュンヘンにある現代史研究所（IfZ: Institut für Zeitgeschichte）は、『わが闘争』の著作権消滅後を見据えて、解説付きの『わが闘争』の再出版を計画し、著作権消滅後、二〇一六年一月に同書を出版した。このような出版に対してさえドイツでは一部に批判もあるが、この解説付きの『わが闘争』は出版以来、ベストセラーになった。なお、バイエルン州政府は、著作権消滅後に『わが闘争』がネオナチ組織などによりナチス思想の宣伝に利用されることをおそれて、二〇一二年、いったんは現代史研究所の再出版計画に五〇万ユーロを助成すると決定したが、二〇一三年末になって、たとえ解説付きであつても再出版への助成をすべきでないと方針を転換するという騒動も起こった。

二〇一六年五月になって、ライプチヒのある極右系出版社が、二〇一六年夏に解説の付いていない『わが闘争』を再出版すると予告した。これに対し、検察は、民衆扇動罪の嫌疑で同出版社の経営者に対する捜査に着手したという。⁹解説付きか否かで『わが闘争』再出版の法的取扱いが異なるのかという、著作権消滅前から注目を集めていた問題が、まさに現実のものとなりつつある。

一九六〇年の刑法改正で新設された民衆扇動罪¹⁰は、その後、何度も改正されており、二〇一〇年と二〇一五年にも改正があつた。そこで本稿では、『わが闘争』の再出版をめぐる議論を背景として、この機会にあらためてドイツの民衆扇動罪がどのような表現規制なのか、そして、それが実際にどのように運用されているかを明らかにしてみたい。以下では、まず、刑法一二〇条の変遷と、近年の運用状況を確認したうえで、主として一項と二項による一般的なへ

イトスピーチ規制の特徴を概観する。そして、刑事裁判において民衆扇動罪を具体的事案に適用する際に、表現の自由への配慮がどのようになされているかについて、憲法判例を手がかりに検討を加える。ドイツ連邦憲法裁判所は、刑法による表現規制の解釈と適用の段階だけでなく、裁判で争われている具体的な言明の意味理解の段階でも、刑事裁判所に表現の自由への配慮を要請しており、その結果、刑事裁判所が民衆扇動罪で有罪としたいいくつかの判決を覆したこともある。ドイツの立法者によるヘイトスピーチ規制の取り組みと、その規制による表現の自由の過剰な制約を回避するための連邦憲法裁判所の歯止めとしての役割を明らかにすることが本稿の目的である。

二 刑法一三〇条の変遷と運用状況

1 刑法一三〇条の変遷

ドイツの民衆扇動罪は、一八一九年、フランスで制定された階級闘争の扇動に対抗するためのプレス法に由来する。この階級闘争扇動罪が当時のプロイセンに受け継がれ、まず、一八五一年のプロイセン刑法一〇〇条に規定された。これが一八七一年の帝国刑法典一三〇条となった。同条は、「公共の平穏を乱す態様で、住民の異なる階級を相互に公然と暴力行為へと扇動する者」を処罰するもので、その後、約九〇年間も存続することになる。¹⁾

第二次世界大戦後、旧西ドイツ地域に誕生したドイツ連邦共和国にとって、反ユダヤ主義にいかに対抗するかは重大な政治的・社会的問題であった。ドイツ党(DP)の幹部だったヴォルフガング・ヘートラーが、ヒトラー体制の擁護やユダヤ人虐殺を正当化する演説により、前述した階級扇動罪や侮辱罪で起訴されたものの、一九五〇年二月

一五日、地裁判決により無罪となり、それに対する激しい怒りの声があがった⁽¹²⁾。これを端緒として、刑法一三〇条改正をめぐる議論が高まった。

ただし、階級扇動罪に代わって民衆扇動罪が刑法一三〇条に規定されるまでにはそれから一〇年の歳月が費やされた⁽¹³⁾。一九六〇年に民衆扇動罪が刑法に新設された背景には、一九五〇年代後半の反ユダヤ主義的事件の連鎖があつた⁽¹⁴⁾。とくに、一九五九年のクリスマスから発生し、西ヨーロッパ全土に拡大した大規模な反ユダヤ主義的落書き事件が議論を再燃させ、こうした行為を犯罪として刑法に明記し処罰する必要性が強く意識されるに至つた⁽¹⁵⁾。年明けに始まった連邦議会法務委員会での審議を経て、一九六〇年五月二〇日、「住民の一部」を攻撃するいわゆるヘイトスピーチに対する規制として、民衆扇動罪が誕生した。一三〇条によって、「公共の平穩を乱すのに適した態様で、他人の人間の尊厳を」、住民の一部に対する憎悪をかき立てたり、暴力的措置若しくは恣意的措置を誘発したり、又は、住民の一部を罵倒し、悪意で軽蔑し、中傷することによって攻撃した者は罰せられることになった⁽¹⁶⁾。また、一九七三年の刑法改正によって、人間に対する暴力を描写する文書とともに、人種に対する憎悪をかり立てる文書を禁止する規定が一三一条として新設された⁽¹⁷⁾。

その後、一九九〇年にドイツ統一という大きな出来事があり、旧東ドイツ地域で失業率が高まると極右による外国人住居への放火が続発したことや、極右政党のドイツ国家民主党（以下では、「NPD」）党首デッケルトの活動とそれに対する処罰をめぐる論争を背景として、一九九四年の改正により、刑法一三〇条に二項から五項が追加された⁽¹⁸⁾。前述した一三一条に規定されていた人種に対する憎悪をかり立てる文書の禁止が、一部の文言の修正を受けて一三〇条二項に移された⁽¹⁹⁾。三項はいわゆる「アウシュヴィッツの嘘」を新たに禁止し、四項は文書による「アウシュヴィッツ

の嘘」も禁止した。⁽²⁰⁾ 五項について詳しくは後述するが、たとえ二項と四項の構成要件に該当しても、教育、研究、芸術、報道などのために役立つ場合を規制の例外とする刑法八六条三項を準用する規定が五項に設けられた。この規定は「社会妥当性条項」(Sozialadäquanzklausel)と呼ばれている。

さらに、二〇〇五年の改正により、ナチスの暴力的支配及び恣意的支配の賛美や矮小化を禁止する四項が新設された。⁽²¹⁾ この年は第二次世界大戦の終戦六〇年にあたり、終戦記念日の五月八日にネオナチがベルリンのブランデンブルク門やそれに隣接する、新設の「虐殺されたヨーロッパのユダヤ人のための記念碑」の前でデモ行進を行う可能性があったため、短期間にこうした法改正が実現した。⁽²²⁾ これにともない、それまでの四項が五項に、五項が六項に移された。なお、一三〇条四項については、二〇〇五年に新設された時から表現規制としてその合憲性に疑問がなげかけられていた。連邦憲法裁判所は、二〇〇九年のいわゆるヴンジーデル決定⁽²³⁾によって同項の合憲性を認めたが、その際、保護法益の「公共の平穩」に限定解釈を施した(これについて詳しくは後述する)。

この他、二〇一一年の改正により、それまで一項と二項で異なっていたヘイトスピーチの攻撃対象の文言が統一された。⁽²⁴⁾ そして、二〇一五年の改正で六項が新設され、文書や放送によるヘイトスピーチは未遂の場合も処罰されることになった。⁽²⁵⁾ これにともない六項にあった社会妥当性条項は七項に移された。なお、二〇一五年改正のうち二項についての改正は、内容上の改正というよりも、文言上の表現の変更だった。例えば、改正前の二項一号では、「文書」について複数形が用いられていたが、ひとつの文書でも処罰されることを明確にするために単数形が用いられることになった。また、同項二号では、メディアサービスとテレサービスという概念に代わって、テレメディアという概念が採用された。

このような変遷を経て、民衆扇動罪の現行規定は以下のようになっている（最終改正二〇一五年一月二日、同年一月二七日施行）⁽²⁷⁾。

第一項 公共の平穩を乱すのに適した態様で、

- 一 国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によつて定められる集団に対して、住民の一部に対して、若しくはある個人が上で挙げた集団や住民の一部に属することを理由にしてその者に対して、憎悪をかき立てる者、暴力的措置をとるよう扇動する者、若しくは恣意的措置をとるよう扇動する者、又は
- 二 上で挙げた集団、住民の一部、若しくはある個人が上で挙げた集団や住民の一部に属することを理由にしてその者を、罵倒し、悪意を持って侮辱し、若しくは中傷することにより、他人の人間の尊嚴を攻撃する者は、三月以上五年以下の自由刑に処せられる。

第二項

- 一 以下の内容の文書（二一条三項）を、頒布し、公衆の接近を可能にし、若しくは一八歳未満の者に以下の内容の文書（二一条三項）を提供し、渡し、若しくは目に触れうる状態にした者、
 - a 第一項第一号に掲げる集団、住民の一部若しくは個人に対して、第一項第一号に掲げる集団若しくは住民の一部に属することを理由にして憎悪をかき立てること、
 - b aに掲げる者若しくはその多数に対する暴力的措置若しくは恣意的措置をとるよう扇動すること、
 - c aに掲げる者若しくはその多数の人間の尊嚴を、罵倒し、悪意を持って侮辱し、若しくは中傷することに

ドイツの民衆扇動罪と表現の自由（鈴木）

より攻撃すること、

二 一号 a から c に掲げる内容を放送若しくはテレメディアによって一八歳未満の者若しくは公衆の接近を可能にした者、又は

三 一号 a から c に掲げる内容の文書(二一条三項)を作成し、調達し、交付し、保管し、提供し、宣伝した者、若しくは、一号若しくは二号の意味における文書若しくはその一部を利用し、若しくは他者にその利用を可能にするため、当該文書を輸入し若しくは輸出しようとして試みた者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。

第三項 国家社会主義支配のもとで行われた、国際刑法典第六条一項で掲げられている種類の行為を、公然と又は集会において、公共の平穩を乱すのに適した態様で、是認し、その存在を否定し、又は矮小化する者は、五年以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。

第四項 公然と又は集会において、国家社会主義の暴力的支配及び恣意的支配を是認し、賛美し又は正当化するこ
とにより、その犠牲者の尊嚴を侵害する態様で公共の平穩を乱す者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処せられ
る。

第五項 第二項第一号及び第三号は、第三項及び第四項に掲げる内容の文書(二一条第三項)にも妥当する。第三
項及び第四項に掲げる内容を放送又はテレメディアによって一八歳未満の者又は公衆の接近を可能にした者も、
第二項第二号により処罰される。

第六項 第五項の場合も含めて、第二項第一号及び第二号の場合、未遂も処罰される。

第七項 第五項の場合も含めて、第二項の場合、並びに第三項及び第四項の場合には、第八六条第三項が準用される。

なお、一三〇条七項で準用されている八六条三項は、前述した社会妥当性条項である。八六条三項は、同条一項による違憲な組織の宣伝手段の製作・頒布の禁止について、もしその宣伝手段が、「市民教育、違憲な試みの防衛、芸術若しくは学問、研究若しくは教育、焦眉の出来事若しくは歴史の経緯についての報道又は類似の目的に奉仕する場合」を例外としている。これが民衆扇動罪にも準用されるため、たとえ『わが闘争』の再出版が一三〇条二項の構成要件に該当するとしても、ヒトラー独裁について批判的な分析を加える解説付きであれば、市民教育や学校教育、大学での教育・研究に役立つという理由から、『わが闘争』の再出版は民衆扇動罪として処罰されないと考えられてきた。²⁸ 実際、二〇一六年一月の解説付きの『わが闘争』の再出版は刑事事件になってはいない。

2 刑法一三〇条の全体像

刑法一三〇条の民衆扇動罪は、毛利透による概説²⁹によれば、一項において、「国籍、人種、宗教などによって定められる集団や、その構成員である個人に対して、『公共の平穩を乱すのに適した態様で』、『憎悪をかき立て、あるいは暴力的ないし恣意的措置をとるよう煽動すること、あるいはそのような態様で、それらの者を誹謗中傷することにより、その人間の尊厳を攻撃すること』を禁止する。また、二項は、「一項に該当する内容の文書を頒布、掲示、放送などすること、およびそのために当該文書を作成・調達などすること」を禁止する。三項は、「『公共の平穩を乱

すのに適した態様で』、ナチスが行った民族謀殺を是認、矮小化し、またはその存在を否定すること」を禁止する。四項は、「ナチスの『暴力的かつ恣意的支配』を是認、賛美、あるいは正当化することにより、『犠牲者の尊厳を侵害する態様で公共の平穩を乱す』こと」を禁止する。

毛利は五項から七項について概説していないが、同じ程度に概説するなら、五項は、三項と四項で禁止された内容の文書を頒布、掲示、放送などすることを禁止する。六項は、二項と五項について、その未遂を処罰する。七項は、前述の通り、社会妥当性条項である。

なお、二〇一一年の改正まで、一項と二項ではヘイトスピーチの攻撃対象について異なる表現が用いられていた。より広範に攻撃対象を捉えていた二項と異なり、一項はヘイトスピーチの攻撃対象を「住民の一部」に限定していた。このため、一項における攻撃対象はドイツに住む住民の一部に限られ、これに対し、二項の文書によるヘイトスピーチの攻撃対象には外国に住んでいる国籍、民族、宗教などによって特定される集団も含まれると解釈されていた。ところが、二〇一一年の改正で、一項のヘイトスピーチの攻撃対象として「住民の一部」に「国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によって定められる集団」が追加され、一項と二項の攻撃対象が統一された。現行一三〇条一項と二項で用いられている「国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によって定められる集団」は、その集団がドイツに住むか否かを問われない。これに対して、「住民の一部」はドイツに住む住民の一部を意味する。³⁰

3 発生件数及び量刑の現状

刑法一三〇条による摘発件数は少なく、有罪になる率も低い。³¹一九九五年までは警察の犯罪統計もとられていな

【表1】 発生件数や検挙率など

	事件数	被疑者数	検挙率 %	130条で有罪となった者				少年法で有罪 となった者
				1項	2項	3項	4項	
1996	1548	1095	54.60	197	16	12		79
2000	3294	3244	67.80	186	32	7		87
2001	4365	3773	61.90	329	85	44		181
2002	3022	2647	70.20	330	94	17		184
2003	2202	2142	67.90	297	49	18		122
2004	2649	2391	68.90	246	47	24		116
2005	2812	2363	69.80	226	46	33		85
2006	3096	2527	71.30	220	34	26	3	59
2007	3168	2881	71.40	318	62	53	5	126
2008	3354	2809	65.60	188	57	41	5	106
2009	2430	2685	65.60	369	88	55	3	80
2010	2886	1931	66.50	184	66	60	7	53

かった。二〇一三年に刊行されたノモス社の刑法コンメンタール⁽³²⁾に掲載されている【表1】は、一九九六年から二〇一〇年までの①事件数、②被疑者数、③検挙率（①から③はドイツ全体についての警察統計の数字）、④刑法一三〇条と少年法による有罪確定者数（旧西ドイツ地域の有罪確定者数統計の数字）をまとめたものである。事件数よりも被疑者数が少ないのは、同一の者が複数の事件にかかわっているからである。民衆扇動罪が制定された後、主として反ユダヤ的表現が摘発されており、一時期は左翼的扇動が問題化していたが、その後、再びネオナチによる表現がもっぱら摘発されるようになった。その多くは若いドイツ人男性であったという。

また、【表2-1】から【表2-4】は、二〇一五年にベック社から刊行された刑法コンメンタール⁽³³⁾に掲載された二〇一二年に刑法一三〇条により有罪の言い渡しを受けた者の量刑についての統計である。それによると、民衆扇動罪には、罰金刑が科されることが多い。自由刑が科された

件数は少なく、一項と二項に限れば高い割合で執行猶予がついている。

一三〇条一項の法定刑は三月以上五年以下の自由刑であるが、多くの場合、刑法四七条二項により罰金刑が科される。刑法四七条によれば、六月未満の自由刑は、特別な事情があり必要な場合のみ科される(一項)。さらに、罰金刑が法定されていなくても、六月又はそれを超える自由刑を科さず、一項にも該当しない場合、裁判所は罰金刑を言い渡すことになっている(二項)。罰金刑は、日数罰金制である。³⁴二〇一二年、一三〇条一項により有罪を言い渡された者のうち六二・二八パーセント(五八件)が罰金刑、三七・七二パーセント(三八件)が自由刑であった(執行猶予の割合は【表2-1】参照)。二項の法定刑は、三年までの自由刑又は罰金刑である。有罪判決を言い渡された者のうち九三・三三パーセント(二八件)が罰金刑、六・六六パーセント(二件)が自由刑で、いずれも執行猶予付きであった【表2-2】。三項の法定刑は、五年以下の自由刑又は罰金刑である。有罪判決を言い渡された者のうち八四・〇九パーセント(三七件)が罰金刑、一五・九パーセント(七件)が自由刑であった(執行猶予の割合は【表2-3】参照)。四項の法定刑は、三年以下の自由刑又は罰金刑である。二〇一二年に有罪を言い渡された者はすべて罰金刑であった(二二件)。詳しくは、【表2-1】から【表2-4】を参照していただきたい。

ドイツでは、二〇一五年にシリア難民をはじめ大量の難民が押し寄せたことから、排外主義運動が高まりを見せており、右翼政治家による民衆扇動的な発言やインターネットへの書き込みがあらためて問題になっている。例えば、二〇一六年五月三日には、反イスラム運動組織、通称ペギーダ(正式には、「西洋のイスラム化に反対する愛国的欧州人」)の設立者で元代表のルッツ・バッハマンに対し、ドレスデン区裁判所が民衆扇動罪で有罪判決を下した(九六〇〇ユーロの罰金。ただし、この判決はまだ確定していない)³⁵。バッハマンはフェイスブックに難民を誹謗し、憎悪を駆り立て

【表 2 - 1】 130条 1 項の量刑

	日数					年数			
	5～15	16～30	31～90	91～180	180超	1～2	2～3	3～5	5～10
罰金									
62.28% = 58判決		2.08% = 2	35.42% = 34	22.91% = 22					
自由刑	6まで	6	6～9	9～12	1～2	2～3	3～5	5～10	
37.72% = 38	9.375% = 9 そのうち 執行猶予 8 (= 88.9%)	4.08% = 4 そのうち 執行猶予 4 (= 100%)	12.5% = 12 そのうち 執行猶予 10 (= 83.33%)	7.29% = 7 そのうち 執行猶予 6 (= 85.71%)	6.25% = 6 そのうち 執行猶予 6 (= 100%)				

【表 2 - 2】 130条 2 項の量刑

	日数					年数		
	5～15	16～30	31～90	91～180	180超	1～2	2～3	3～5
罰金								
93.33% = 28判決		10% = 3	70% = 21	13.33% = 4				
自由刑	6まで	6	6～9	9～12	1～2	2～3	3～5	
6.66% = 2		3.33% = 1 そのうち 執行猶予 1 (= 100%)	3.33% = 1 そのうち 執行猶予 1 (= 100%)					

【表 2 - 3】 130条 3 項の量刑

	日数					年数		
	5～15	16～30	31～90	91～180	180超	1～2	2～3	3～5
罰金								
84.09% = 37判決	2.27% = 1	22.7% = 10	40.9% = 18	18.18% = 8				
自由刑	6まで	6	6～9	9～12	1～2	2～3	3～5	
15.9% = 7		9.09% = 4 そのうち 執行猶予 2 (= 50%)	2.27% = 1 そのうち 執行猶予 1 (= 100%)	2.27% = 1 そのうち 執行猶予 0 (= 0%)				

【表 2 - 4】 130条 4 項の量刑

	日数					年数		
	5～15	16～30	31～90	91～180	180超	1～2	2～3	3～5
罰金								
100% = 22判決		68.19% = 15	31.82% = 7					
自由刑	6まで	6	6～9	9～12	1～2	2～3	3～5	
0								

るコメントを書き込んだとされる。この事件で検察は、七か月の自由刑を求刑したが、区裁判所は罰金刑を選択した。この他、ペギーダの女性活動家も、二〇一六年一月に開催されたある集会における発言について、民衆扇動罪で告発されたが、二〇一六年五月末、ライプチヒ検事局は捜査の結果、当該発言は民衆扇動罪の構成要件に該当しないとして捜査を中止したと発表した。³⁶⁾

本稿が民衆扇動罪を取り上げるきっかけとなった解説の付いていない『わが闘争』の再出版計画は、当初、二〇一六年夏と予告されていたが、九月末の時点でも出版には至っていないようである。解説の付いていない『わが闘争』の再出版は、民衆扇動罪で罰せられるのか、今後の行方を注視したい。

三 民衆扇動罪の表現規制としての特徴

1 保護法益

すでに確認したように、刑法一三〇条一項は、住民の一部、国籍・人種・宗教などによって定められる集団、又はその構成員である個人に対して、「公共の平穩を乱すのに適した態様で」、①憎悪をかき立てること、暴力的措置の扇動若しくは恣意的措置の扇動、又は、②それらの者を誹謗中傷等を行うことにより、他人の人間の尊厳を攻撃することを禁止する。二項は、一項で禁止された内容の文書を頒布、掲示、放送などすること、又はそのために当該文書を作成・調達などすることを禁止する。

これらの規定の保護法益は、通説によれば、公共の平穩である。³⁷⁾ 一三〇条が「公共の秩序に対する罪」の章に含ま

れていることがそのひとつの理由となっている。一項は、「公共の平穩を乱すのに適した態様」によることを構成要件としているのに対し、二項にこの文言はない。しかしながら、二項も一項と同様に、公共の平穩を主たる保護法益としてしていると理解されている。ここで公共の平穩とは、「公共の法的安定性及び市民の平穩な共同生活の状態、並びに静かで平穩に生活しているという住民の意識」であると考えられている³⁸。なお、学説には、公共の平穩よりも、人間の尊嚴を刑法一三〇条一項と二項の保護法益とみる立場もあるが、主たる保護法益は公共の平穩であるとするのが通説である。とはいえ、通説も、公共の平穩とともに、人間の尊嚴が保護法益であることを認めている。

なお、連邦憲法裁判所は、一三〇条四項の合憲性が争われたヴンジーデル決定³⁹において、同項の保護法益たる「公共の平穩」について、意見表明の自由の侵害を正当化するためには限定解釈が必要であるとした。同決定によれば、公共の平穩の保護は、主観的な不安からの市民の保護と理解することはできず、「その内容によって明らかに法益を脅かす行為を誘発する発言、すなわち攻撃や法律違反へと移行させるような発言からの保護」を意味する。一項では「公共の平穩を乱すのに適した態様で」と規定され、四項では「公然と又は集会において、国家社会主義の暴力的支配及び恣意的支配を是認し、賛美し又は正当化することにより、その犠牲者の尊嚴を侵害する態様で公共の平穩を乱す者」を罰しているという文言上の違いがあるが、ヴンジーデル決定が求めた「公共の平穩」の限定解釈は、同じ保護法益のための表現規制にもそのまま妥当すると考えるべきである⁴⁰。

刑法一三〇条は、一九六〇年に誕生したとき、「公共の平穩を乱すのに適した態様で、他人の人間の尊嚴を」、住民の一部に対する憎悪をかき立て（一号）、暴力的措置若しくは恣意的措置を誘発し（二号）、又は、住民の一部を罵倒し、悪意で軽蔑し、若しくは中傷すること（三号）によって攻撃した者を罰していた。ところが、一九九四年の改正

により、文言が一部改正され、禁止行為について、「公共の平穩を乱すのに適した態様で」、住民の一部に対して、憎悪をかき立てたり、暴力的措置若しくは恣意的措置を誘発すること(一号)、又は、それらの者を誹謗中傷することにより、他人の人間の尊嚴を攻撃すること(二号)が禁止された。この改正により、「他人の人間の尊嚴に対する攻撃」という構成要件は、一三〇条柱書から削除され、一三〇条一項二号に移された。このため、この改正によって、一三〇条一項一号については、人間の尊嚴に対する攻撃とまではいえない行為も、公共の平穩を乱すのに適した態様であれば処罰されることになったという指摘もあるが、人間の尊嚴の攻撃といえるか否か限界事例において判断がしやすくなるという面があるとしても、改正前と異なる行為態様を罰するものではないと考えられている⁴¹。

2 攻撃対象

民衆扇動罪が一九六〇年に一三〇条として新設された時、ヘイトスピーチの攻撃対象について「住民の一部」と規定していた。その後、二〇一一年改正⁴²により、「国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によって定められる集団」とそのような集団に属する「個人」が追加された。「国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によって定められる集団」という概念は、ドイツが「国際刑事裁判所に関するローマ規程」を批准するために制定した「国際刑法典」の六条に定められた民族謀殺(ジェノサイド)⁴³に関する規定に依拠している。二〇一一年改正についての議会資料によれば、この改正は、「国際標準を明確に国内法化するためにも、一三〇条一項と二項で統一的な文言を用いることを保障し、それによって無用の混乱や誤った逆の推論を排除するために必要であった⁴⁴」。というのも、文書によるヘイトスピーチを禁止する一三〇条二項は、一九九四年に新設された時から、「住民の一部」と並ん

で「国民的、人種的、宗教的集団、若しくはその民族性 (durch ihr Volkstum) によって定められる集団」を保護対象としており、「住民の一部」とのみ規定している一項と規定の仕方が異なっていた。二〇一一年改正で、一項と二項の保護対象が同じであることが文言上も明確になった。なお、この議会資料の説明によれば、二〇一一年改正で採用された「民族的出自 (durch ihre ethnische Herkunft) によって定められる集団」という文言は、意味においては旧二項の「民族性によって定められる集団」と同じである。

一九六〇年の民衆扇動罪は「住民の一部」という文言を採用したが、一九五〇年代の法案審議の段階では、保護対象を国民的、人種的、宗教的集団、又はその民族性によって定められる集団とする案も検討された。しかし、「人種」という文言を用いることで、保護対象がユダヤ人に限られることになれば、特定の集団のみに特別の保護が与えられることで、ユダヤ人に対する逆差別をもたらすことになる⁴⁵と社会民主党 (SPD) の議員が批判したことから、当時は「住民の一部」という文言に落ち着いたという経緯があった⁴⁵。ただし、国民的、人種的、宗教的集団、又はその民族性によって定められる集団という表現を採用すれば、ユダヤ人だけでなく、あらゆるマイノリティ・グループも含まれるはずであり、この批判は理由のないものであったと指摘されている⁴⁶。これまでの判例で「住民の一部」として認定されたヘイトスピーチの攻撃対象としては、ユダヤ人の他、「ニガー」、有色人種、特定国出身の外国人労働者、国防軍兵士のような職業上の集団などがある⁴⁷。

なお、二〇一六年に日本でヘイトスピーチ対策のために制定された「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律」(同年六月三日施行)は、攻撃対象を「本邦外出身者」に限定したが、ドイツの民衆扇動罪の攻撃対象にはそのような限定はない。前述の通り、「国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出

自によって定められる集団」は、その集団がドイツに住むか否かを問わない。これに対して、「住民の一部」にいう「住民」はドイツに住む者である。

3 禁止される行為

一三〇条一項が禁止するのは、「公共の平穩を乱すのに適した態様で」、前述した攻撃対象に対して憎悪をかき立てること、暴力的措置の扇動若しくは恣意的措置の扇動(二号)、又は、前述した攻撃対象を罵倒し、悪意を持って侮辱し、若しくは中傷することにより、他人の人間の尊嚴を攻撃すること(二号)である。

ここで、一項は、公共の平穩それ自体を保護法益として明文化するのではなく、「公共の平穩を乱すのに適した態様」という文言を用いている。ドイツ刑法は、一三〇条以外でも、一二六条、一四〇条二号、一六六条でも同様の概念を用いている。「公共の平穩を乱すのに適した態様」とは、一項に規定されている各行為によって、実際に平穩が乱される必要はなく、平穩を乱す「具体的な適性」があれば十分であるとされている。公共の平穩を乱す適性が認められるためには、具体的な状況において、その発言により公共の法的安定性への信頼が揺らぐ懸念が必要となる。その際、信頼が揺らぐことは、憎悪が向けられた集団の中でそれが懸念されれば十分であり、あるいは、その発言を受け取る人々の中で、攻撃された集団に対して法律違反の行為がなされる傾向が惹起されたり、強化される可能性があれば十分であるとされている。⁽⁴⁸⁾

そのような適性を審査するための基準は、まず攻撃の内容と強度である。さらに、すべての関連性のある状況を包括的に評価するためには、当該攻撃を公衆が、とりわけ未成年者がどのように受け止めるかも重要になる。⁽⁴⁹⁾ この他、

攻撃された集団の大きさや同質性、攻撃された集団の社会的統合の欠如なども重要であるのに対し、攻撃された集団が社会に統合されていたり、発言が明らかに未成年によってなされた場合や、成人の場合でも発言者の人格からして発言がまじめに受け止められないと評価できる場合などは、適性が認められない可能性がある⁽⁵⁰⁾。

一項で禁止されるいくつかの行為のうち、暴力的措置や恣意的措置の扇動についての説明しておく⁽⁵¹⁾、暴力的措置とは、暴力犯罪（刑法二二五条）、自由の剥奪、暴力による追放、迫害、非難攻撃を行うことなどである。これに対し、恣意的措置とは、それ以外の、差別的、かつ人間性の本質的な要請に反するあらゆる行為を含む概念である⁽⁵²⁾。「措置」という言葉が用いられているが、国家が関与していない私人による行為も処罰の対象となる。

四 表現の自由の要請

1 憲法裁判所と刑事裁判所

ドイツ連邦憲法裁判所には、連邦国家的争訟、機関争訟、規範統制などの権限と並んで、憲法異議について判断する権限がある。公権力によって自己の基本権を侵害された者は、その救済を求めて連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てることができる。連邦憲法裁判所は、適法な憲法異議に依拠して、申立人の主張や利益に限定されることなく、公権力の行為についてあらゆる観点から審査を行うことができる。裁判所の判決も憲法異議の対象であるため、民衆扇動罪について有罪判決を受けた被告人は、その判決による表現の自由の侵害を理由に連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てることができる⁽⁵³⁾。

ドイツの高級紙「フランクフルター・アルゲマイネ」の報道によれば、民衆扇動罪は、捜査のための検察の人手不足に加えて、刑事裁判所の裁判官が、表現の自由を重視している連邦憲法裁判所での敗訴をおそれて有罪判決を下すことに慎重になっているため、集会での発言やインターネットの書き込みなど民衆扇動的表現が目につく割には、告発や有罪判決は少ないという⁵⁴。連邦憲法裁判所は、刑法による表現規制の解釈と適用の段階だけでなく、裁判で争われている具体的な言明の意味理解の段階でも、刑事裁判所に表現の自由への配慮を要請しており、その結果、刑事裁判所が民衆扇動罪で有罪としたいくつかの判決を覆したこともある。以下では、ヘイトスピーチ規制に関連するいくつかの憲法判例を手がかりに、連邦憲法裁判所が表現の自由の過剰な制約にどのような歯止めをかけているかを明らかにしてみたい。

2 「兵士は殺人者だ」事件

ドイツではヘイトスピーチ規制が、民衆扇動罪としてだけでなく、集団に対する侮辱的表現の規制の可否という形でも議論されてきた。連邦憲法裁判所は、集団に対する侮辱的表現が、集団構成員各人にその侮辱的效果が波及する場合（「個人の被害者性」という）には、侮辱罪（刑法一八五条）による規制を認めている⁵⁵。ただし、具体的事件の結論を導く際には、刑法規定の解釈と適用においてのみならず、争いになっている言明の意味理解についても、基本法五条一項の意見表明の自由を重視する姿勢を貫いている。連邦憲法裁判所は、集団に対する侮辱的表現の規制について、集団を限定して理解するなどの工夫によって、名誉の保護よりも意見表明の自由を重視する傾向がある。

ドイツでは一九九〇年代半ば、「兵士は殺人者だ」という言明が侮辱罪となるか否かをめぐる激しい議論が展開さ

れた。連邦憲法裁判所第一法廷は、一九九四年、部会⁽⁵⁶⁾の決定によって、「兵士は殺人者だ」というステッカーを自己の所有する車に貼っていた者に対する有罪判決を、先例に照らして明らかに間違っているとして破棄した⁽⁵⁷⁾。連邦憲法裁判所は、世論の高い支持を得ていることで有名であるが、この決定は、兵士の名誉との関係で意見表明の自由を重視しすぎているとして、政治家をはじめ世論の激しい批判を受けた。そこで、連邦憲法裁判所は、一九九五年、「兵士は殺人者だ」又は「兵士は潜在的な殺人者だ」という言明をめぐる四つの事件を併合し、今度は第一法廷の決定により、以下のような趣旨の丁寧な理由づけを行って、すべての有罪判決を破棄し、事件を刑事裁判所に差し戻した⁽⁵⁸⁾。

刑法一八五条は個人の名誉を保護するものであり、基本法五条二項は、明文で名誉による意見表明の自由の制約を認めている。ただし、だからといって立法者は、個人的名誉の保護のために意見表明の自由を好き勝手に制約できるというわけではない。「むしろ、立法者は、基本法五条二項の権限を行使する際にも、制約される基本権から目を離さず、意見表明の自由に対する過剰な萎縮効果 (Einkengungen) を回避しなければならない」。刑法は、名誉毀損における正当な利益を保護するための一九三条を設けることで、特に意見表明の自由からの影響に開かれており、対立する諸法益に配慮した衡量を許している。さらに、刑法一八五条は、国家機関の名誉を保護する規範でもあるが、それも基本法五条二項の一般法律に属する。「刑法による保護は、とりわけ意見表明の自由の基本権によって保障されるべき世論の批判から、場合によってはそれが厳しいかたちの批判であっても、国家機関を守ることになつてはならない」。

刑法の解釈と適用は刑事裁判所の役割である。ただし、「連邦憲法裁判所の確立された判例によれば、意見表明の自由を制約する法律が問題となる場合には、その価値設定的な意義が法適用の段階においても維持されるよう、制約

される基本権が考慮されなければならない」。個人的名誉と意見表明の自由の衡量を一般的・抽象的に行うことはできない。そこで、連邦憲法裁判所は、判例において、具体的衡量のための基準を提供する一連の観点を発展させてきた。人間の尊厳を侵害する言明、形式的侮辱、誹謗的批判の場合、意見表明の自由が退かなければならない。ただし、連邦憲法裁判所は、専門裁判所が発展させた誹謗的批判の概念を限定的に定義した。ある裁判所が、個別事件のあらゆる状況を考慮してある具体的衡量を不必要であるとした結果、ある言明を誤つて形式的侮辱又は誹謗的批判と判断した場合、その点に、判決を破棄に至らせる憲法上重大な間違いがある(傍点は筆者による)。ある言明が、人間の尊厳に対する攻撃、形式的侮辱、誹謗的批判に当たらない場合、衡量は、関連する法益に対する侵害の重大性に左右される。その際、意見表明の自由が、私的な対立の枠内で自己利益を追求するために行使されるか、それとも公共性に本質的にかかわる問題との関係で行使されるかが重要になる。「世論形成に貢献するための論争的な言明の場合、連邦憲法裁判所の確立された判例によれば、言論の自由への推定が働く。したがって、その推定を否定するためには、この推定ルールが導き出される、民主制にとっての意見表明の自由の構成的な意義を考慮した理由付けが必要になる」。

さらに、言明のすべての法的評価にとって「その意味が正しく理解されたこと」が条件となる。もし正確な意味理解をせずに、ある言明に有罪判決を下すなら、それは、正当な言明を抑圧することになるし、さらには意見表明の自由を行使すること一般に対して悪い影響を与える。なぜなら、言明をしようとする者にとっては、自己の言明の誤った意味理解によって処罰されるおそれがあるからである。それゆえ、意見表明の自由からは、基本権制約的な法律の解釈と適用のためだけでなく、論争的な言明の意味理解のための要請が生じる。裁判所は、言明の客観的な意味の解

明を指さなければならぬ。「論争的な言明の意味を明らかに誤解し、法的評価がそれに基づいている判決は、意見表明の自由の基本権に抵触する。ある裁判所が、多義的な言明について、前もって他の可能な解釈を筋の通った理由をもって排除することなく、有罪判決に導く意味を採用する場合も同様である」。「言明の意味の解明についての基本法五条一項一文の要請は、連邦憲法裁判所による事後審査に服する」。ある言明に対する有罪判決のような重大な基本権侵害の場合、とりわけこの要請に適合しているか否かが問われる。連邦憲法裁判所の言明の意味理解についてのこうした立場に対しては、「専門裁判所の事実認定権限を侵害している」という批判もあるが、本稿では紙幅の関係でこの論点に立ち入らない。⁵⁹

連邦憲法裁判所は、結論において、四つの具体的事案における「兵士は殺人者だ」又は「兵士は潜在的な殺人者だ」という言明について、それらはおおよそ兵士一般を指してなされたものであり、それを連邦軍兵士のみを指していると解釈するためにはそのための理由付けが必要になるが、原手続においてはそれが行われていなかったと判断した。

3 二〇〇九年の二つの部会決定

連邦憲法裁判所は、民衆扇動罪についても、この決定で明らかにした考え方に依拠して、具体的事案における有罪判決の合憲性を判断している。例えば、二〇〇〇年九月六日、第一法廷第一部会決定は、バイエルン上級裁判所によつて民衆扇動罪で有罪判決を受けた新聞記者の憲法異議に理由があるとして同判決を破棄し、事件を同裁判所に差し戻した。この事件では、レーゲンスブルク市が公募した文化、法務、環境の専門担当者の人選について、同市で発行されている週刊新聞の一面に「専門担当者の選考、いよいよ最終局面に」という見出しに続いて、「文化部門はユ

ダヤ人男性 (Elin Jude) ?、法務部門は…、環境部門は…」と、選出される者を予測する見出しが掲載された。第二面には、二百人を超える応募者の中から七人の候補者に絞られたことを詳しく報道する記事が掲載された。検察は、上記の見出しにあった「文化部門はユダヤ人男性？」という表記について、刑法一三〇条一項違反だとしてこの記事を書いた記者を起訴した。区裁判所はこの記者を無罪としたが、地方裁判所では有罪判決が下され (六〇日の罰金)、上級地裁もこれを支持した。見出しで用いられた「ユダヤ人」という文言は、ナチス用語であり、たとえ二面の記事でその文言が用いられていなかったとしても、一面の見出しにこの文言を用いることは、刑法一三〇条一項に違反するとされた。記者は、見出しを記事から切り離して下された有罪判決による意見表明の自由の侵害を主張した。

この事件に対する第一法廷第一部会の決定は、一九九五年の「兵士は殺人者だ」決定で示された意見表明の自由の要請が、民衆扇動罪にも同様に妥当するとしうえで、この事件の場合、刑事裁判所による刑法一三〇条一項の規範解釈にも憲法上の疑念があり、さらに、言明の意味理解も意見表明の自由の要請をみたしていなかったと判断した。第一部会決定によれば、「文化部門はユダヤ人男性？」という言明は、候補者がユダヤ教徒であることを伝えようとしたと理解することもできるし、その候補者だけでなくすべてのユダヤ人が文化部門の専門担当者にふさわしくないということを強調しようとしたと理解することもできる。ところが、有罪判決は、なぜ後者の理解に依拠するのかについて筋の通った理由づけをしていなかった。「ユダヤ人 (Jude)」という文言自体には、中傷的な意味はない。ただしそれがナチスのイデオロギーに関連して用いられる場合は別である。それゆえ、今日でも、この文言を用いる際には特に注意を払う必要がある。それは、刑法上の判断の枠内でこの文言の意味を理解する場合も同様である。意味理解に際しては、個別事例の事情、とりわけ文脈が重要になる。問題とされた見出しの場合、第二面の記事とともに、

文化部門の専門担当者がユダヤ教徒であり、ユダヤ文化との結びつきがあることを報道しようとするものであった。記者は、ユダヤ人という文言を見出しで用いる際、前述したような注意を払っていなかったが、事後的にそれを自ら認め、謝罪している。第一部会は、問題とされた見出しの第一面への掲載は、配慮の足りない、無責任な行為であったとはいえ、それは憲法的観点から見れば、有罪とするほどのものとはいえないと結論付けた。

なお、二〇〇九年九月二四日、連邦憲法裁判所第二法廷第三部会も民衆扇動罪に関連する憲法異議について決定を下している。⁶¹この事件では、同月二七日の連邦議会選挙を前に、ポーランド国境に近い、メクレンブルク・フォアポーンメルン州のある郡の当局が、当地のNPDの選挙ポスターの掲示を禁止したことの合憲性が争われた。このポスターには、「ポーランドの侵入を止めろ！」というスローガンとともに、三羽のカラスが描かれ、そのうち一羽がユーロ紙幣をくちばしでつついていた。NPDは行政裁判所でこの掲示禁止を争ったが、上級行政裁判所決定によって、このポスターがドイツに住むポーランド人を中傷することにより、人間の尊厳を攻撃するもので刑法一三〇条一項に違反するという理由から掲示禁止が維持された。そこで、NPDは、この決定による連邦議会選挙における意見表明の自由の侵害を主張して憲法異議を申し立てた（基本法五条一項との結びつきにおける二一条の侵害）。第二法廷第三部会は、投票日の直前に下した決定により、上級行政裁判所決定が意見表明の自由の要請をみたしているとしてNPDの申立てを却下した。

4 ヴンジーデル決定

刑法一三〇条による表現規制と憲法が保障する意見表明の自由の関係を検討する上で重要なもう一つの憲法判例が、

二〇〇九年のヴンジーデル決定⁶²である。この事件では、憲法異議の申立てに基づき、刑法一三〇条四項によるナチス支配の是認や賛美の禁止の合憲性が争われた。一三〇条一項と二項による表現規制の合憲性そのものが審査の対象ではなかったものの、一項と二項による表現規制について考えるうえでも、この決定は参考になる。

この事件では、刑法一三〇条四項と結びついた集会法一五条一項に基づく集会禁止の合憲性が争われた。ニュルンベルク裁判で終身刑となり、一九八七年八月一七日にシュパンダウ刑務所で死亡したナチス副総統ルドルフ・ヘスの墓があったヴンジーデルでは、一九八八年から一九九〇年まで毎年、命日にネオナチがヘス追悼集会を開いていた。当局は、一九九一年から二〇〇〇年までは追悼集会を禁止したが、二〇〇一年の連邦憲法裁判所決定⁶³により、追悼集会を開催することが再び認められた。ただし、前述のとおり、二〇〇五年、刑法改正によりナチス支配の是認や賛美を禁止する刑法一三〇条四項が新設され、当局は集会を禁止する法的根拠を得ることになった。

そのような状況で、弁護士でネオナチだったユルゲン・リーガー（二〇〇六年にNPD入党）は、二〇〇五年八月二〇日、ヴンジーデルにて屋外で追悼集会を開くため当局に集会開催を届け出た。ところが、六月二九日付の通知により、当局は、刑法一三〇条四項と結びついた集会法一五条一項に基づいて、屋外・屋内を問わず追悼集会の開催を禁止した。リーガーは、行政裁判を通じてこの禁止を争ったが、連邦行政裁判所判決⁶⁴も当局の判断を支持したため、この判決による集会の自由や意見表明の自由の侵害を主張して連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。争点は、刑法一三〇条四項の合憲性と、この事件における同項の解釈と適用の合憲性だった。なお、ヘスの墓は二〇一一年七月に遺族などの判断により墓地から撤去された。

連邦憲法裁判所第一法廷は、二〇〇九年一月四日の決定⁶⁵によって、刑法一三〇条四項の合憲性を認めるととも

に、この事件における集会禁止という当局の判断を支持した。

この決定は、意見表明の自由に関する近年の憲法判例の中でも「基本法五条二項に関して新たな判断を示している点で、特に重要」と位置付けられている。⁶⁶ なお、憲法異議では集会の自由の侵害も主張されたが、連邦憲法裁判所は、これまでも意見内容に基づく集会規制については意見表明の自由に照らして合憲性を審査してきた。

基本法五条は、一項で意見表明の自由を保障するとともに、二項において一般法律による制約を認めている。一般法律について、連邦憲法裁判所は、リユート判決において、「ある法律が一般的であるのは、①それが意見それ自体を禁止し、意見表明それ自体に対して向けられたものではなく、②特定の意見を顧慮せず、保護されるべき法益の保護、③つまりは意見表明の自由の行使に対して優位を持つ共同体の価値の保護に資する法律である」と判示した。⁶⁷

刑法一三〇条四項の新設にあたっては、ナチス支配の是認や賛美の禁止の一般法律該当性を疑問視する学説もあった。連邦憲法裁判所は、ヴンジーデル決定において、一般法律該当性を判断する上では「意見中立性」が重要であるとし、それは全体的考察から判断されるという考え方を示した。この決定によれば、「ここではとりわけ、ある規範が、抽象的に内容関連的な、様々な行為に対して開かれた基準に限定されているか、それとも、具体的に観点関連的な、とりわけ例えばイデオロギー関連的な区別に基づいているかという点が焦点となる。特別法にあたるための手がかりは、例えば、ある規範が、現下の公的な意見対立の具体的な衝突に対する回答であると理解される場合であり、あるいは、個々の、目下の集団の内容上の立場に結び付いて、当該規範が、本質的に、それらの立場に対してのみ適用されうるという場合である。…ある規範が、明らかに特定の政治的、宗教的又は世界観的見解の支持者にのみ妥当し、それによって、公的意見の対立に影響を与えるように目的設定されていなければならないほど、そのことは、特別法となる

ためのハードルを越えていることになる。同様に、ある意見制約的な法律が、諸事件の特定の歴史的解釈に結び付いている場合や、当該法律が、開かれておらず、すでに確定された人物の範囲の法益の保護に限定されている場合、それは特別法のしるしである。総じていえば、意見制約的規範が、政治的かつ世界観的意见対立において、様々な、具体的な立場に対して原理的に内容上の距離を保っているか否かが重要である」。

連邦憲法裁判所は、この基準に照らして、刑法一三〇条四項を一般法律ではなく特別法であると判断した。ただし、それにもかかわらず、同項は例外的に違憲とはいえないとされた。連邦憲法裁判所は、その理由を、ナチスによる不法と恐怖への対抗的な構想としてドイツ連邦共和国が誕生したことに鑑みれば、基本法の意見表明の自由は、ナチス支配のプロパガンダ的な是認を規制することとの関係では、意見関連的法律という意味での特別法の禁止に対する例外を内在しているからだと説明した。

ただし、連邦憲法裁判所によれば、意見表明の自由がそのような例外を認めるからといって、この例外は、意見表明の自由の実体面での内容を縮減しない。ここで例外として許される規制も、比例原則に適合していなければならず、かつ、厳密に外面的な法益保護のためのものでなければならぬ。連邦憲法裁判所は、それを刑法一三〇条四項についてみると、同項の目的は公共の平穩を保護するという正当なものであり、歴史的なナチス支配に関連して、その是認、賛美、正当化という同項の構成要件も、典型的に政治的論争の平穩をおびやかすために十分な強度を示しており、それは目的を果たすために適合的かつ必要で、狭義の比例性も認められると判断した。

注目すべきは、この決定において、目的審査のところ「公共の平穩」についての限定解釈をすることで合憲性が認められた点である。それによると、意見表明の自由の侵害を正当化するためには、公共の平穩について、挑発的な

意見やイデオロギーに直面した市民を主観的な不安から保護することや、根本的と認められている社会的又は倫理的なものの見方を維持することを目指すものと理解することはできない。住民の法意識において人権を確固たるものにするという目的さえも、対抗する見解を抑圧することは許されない。「立法者が、それを維持するために、世間に影響を与える意見表明を制限することができる、ひとつの正当な目的は、平穏さの保障として理解される公共の平穏である。ここで目標とされるのは、その内容によって明らかに法益を脅かす行為を誘発する発言、すなわち攻撃や法律違反へと移行させるような発言からの保護である。公共の平穏の維持は、その限りにおいて、例えば、それが向けられた人々をそのように行動させる気にさせたり、躊躇するハードルを下げたり、第三者を直接に怯えさせるような、アピールや感情化による、意見表明の外部的影響と関連している。その場合にも、意見表明の自由への侵害は、場合によっては、意見表明の内容に向けられている。しかし、公共の平穏の保護が目指すのは、平穏な共存の維持である」。この決定では、立法者が、もっぱらかつ説得的に、公共の平穏の保護を刑法一三〇条四項の拠り所としているとしてその合憲性が認められた。

一般法律に例外を認めたヴンジーデル決定は、学説から、刑法一三〇条四項を合憲とするという「結論ありきの議論ではないか」と批判された。本決定にそのような面があることは否定できないとしても、連邦憲法裁判所は、この事件を契機として、刑法一三〇条四項を一度限りの例外と位置づけるとともに、原則となる一般法律の厳格化を図ったということもできると指摘されている。⁽⁶⁸⁾

5 その後の二つの部会決定

連邦憲法裁判所では、ウンジーデル決定の後も、部会決定によって民衆扇動罪についての刑事裁判所による二つの有罪判決が破棄されている。

二〇一〇年二月四日の第一法廷第一部会決定⁶⁹⁾は、「外国人送還活動——暮らす価値のあるドイツのアウグスブルクのために」と記したポスターを掲示した三名を刑法一三〇条二項違反で有罪(罰金七〇日、それぞれ一日につき八〇ユーロ)とした判決を破棄した。この事件で刑事裁判所は、このポスターが、外国人のいるアウグスブルクは暮らすに値しないところだと訴えるもので、アウグスブルクに住む外国人に対する誹謗であり、彼らの人間の尊厳に対する攻撃にあたり、意見表明の自由によって保護されないと判断し有罪判決を下した。ところが、刑事裁判所の判決は、連邦憲法裁判所によって、意味理解においても、規範の解釈においても、意見表明の自由の要請をみたしていないと判断された。第一部会決定によれば、このポスターは、「暮らす価値のあるドイツの都市」をつくることを目的としており、そこでは外国人の存在が問題視されているとしても、外国人を軽蔑すべきものとまではしていない。ポスターには、外国人敵対的な傾向が認められるものの、そのような言明は刑法上の犯罪ではない。刑事裁判所が、このポスターの言明を、アウグスブルクに住む外国人の人間の尊厳に対する攻撃にあたりと意味理解するためには、その根拠となる具体的な事情を明らかにする必要があるが、判決にはそれが欠けている、というのである。

この他、二〇一一年一月九日の第一法廷第一部会決定⁷⁰⁾は、第二次世界大戦に対するドイツの戦争責任を否定したり、ナチスによるユダヤ人虐殺の存在を否定する内容のいくつかの文書を、飲食店の店主に手渡した男性を、刑法一三〇条二項、三項違反で有罪(罰金六〇日、一日につき三五ユーロ)とした刑事裁判所の判決を破棄した。この事件で

は、ホロコーストを否定する文書を店主に渡した行為についてこの男性の刑事責任が争われた。連邦憲法裁判所は、二項における文書の「頒布 (Verbreiten)」という概念について、問題の文書が、手渡した男性と受け取った店主、すなわち二人の間でやり取りされたに過ぎないのに、刑事裁判所が、それを頒布にあたるとしたことが、意見表明の自由の意味を正しく理解していないと判断した。二人の間で文書のやり取りがなされた時、その飲食店にはこの男性と店主しかいなかったし、男性がその文書を第三者にも渡すよう依頼したという事実もなかった。刑事裁判所は、二人の間の文書のやり取りにも平穏を乱す効果があったと判断したが、連邦憲法裁判所は、そのような効果を否定した。

五 おわりに

本稿では、ドイツにおいて民衆扇動罪が一九六〇年に刑法一三〇条に規定されて以来、現行規定に至るまでの変遷を概観した（最終改正は、二〇一五年一月二日）。そのうえで、全七項からなる現行規定の全体像（二項と二項による一般的なヘイトスピーチ規制、三項によるホロコースト否定の禁止、四項によるナチス支配の賛美や正当化の禁止など）を明らかにするとともに、刑法コンメンタールに掲載されている表に基づき、一九九六年から二〇一〇年までの一三〇条違反事件の発生件数及び二〇一二年の量刑の実際を確認した。さらに、『わが闘争』の再出版との関係で問題となる刑法一三〇条一項と二項による一般的なヘイトスピーチ規制に焦点をあてて、表現規制としての特徴を、公共の平穏という保護法益、法定されているヘイトスピーチの攻撃対象、禁止される行為の観点から概説した。最後に、憲法判例を手がかりとして、刑事裁判所が民衆扇動罪を具体的事案に適用する際に要請される、表現の自由への配慮のあり方を

分析した。連邦憲法裁判所は、刑法による表現規制の解釈と適用の段階だけでなく、裁判で争われている具体的な言明の意味理解の段階でも、刑事裁判所に表現の自由への配慮を要請しており、その結果、刑事裁判所が民衆扇動罪で有罪としたいくつかの判決を覆したこともある。本稿では、表現の自由の要請についての重要な憲法判例として、一九九五年の「兵士は殺人者だ」決定と、二〇〇九年のウンジューデル決定を詳しく検討したほか、民衆扇動罪についての有罪判決を覆した具体例として、連邦憲法裁判所の三つの部会決定を紹介した(二〇〇〇年九月六日の第一法廷第一部会決定⁽⁷¹⁾、二〇一〇年二月四日の第一法廷第一部会決定⁽⁷²⁾、二〇一一年一月九日の第一法廷第一部会決定⁽⁷³⁾)。

ドイツでは、一方で、立法者が、刑法一三〇条による表現規制を絶えず見直し、ヘイトスピーチ規制に取り組んでおり、他方で、連邦憲法裁判所は、その規制による表現の自由の過剰な制約を回避するための歯止めとしての役割を果たしている。連邦憲法裁判所の存在を抜きにして、民衆扇動罪による表現規制の効果を理解することはできないということを指摘して、本稿を閉じることにはしたい。

(1) 著作権消滅後の『わが闘争』再出版について Sebastian/Briske, Die Verwertung von Hitlers "Mein Kampf" - Eine urheber- und strafrechtliche Analyse, AFP 2013, 101 ff.; Clemens Bogedain, "Mein Kampf", der "Mythos des 20. Jahrhunderts" und die "Goebbels-Tagebücher": Werke früherer NS-Größen im Spannungsfeld von Strafrecht, Urheberrecht und künftiger Gemeinfreiheit, ZUM 2015, 205 ff.; Timo Handel, "Mein Kampf" - Gilt ein Verbreitungsverbot auch nach 2015 ?, JR 2016, 433 ff.

(2) 「ナチズム及び軍国主義からの解放に関する法律」に基づく一九四八年一月一五日の非ナチ化審査機関(ミュンヘン第一)の決定による。Vgl. Sebastian/Briske, a.a.O. (Anm. 1), 102.

- (3) LG München I, Urteil v. 8. 3. 2012, AFP 2012, 190.
- (4) OLG München, Urteil v. 14. 6. 2012, AFP 2012, 395.
- (5) それ以前の議論については、Walter Seitz, Das Wagnis der Freiheit, Weshalb darf Deutschland Hitlers “Mein Kampf” nicht lesen?, NJW 2002, 572 ff.
- (6) ヘイトスピーチは多義的な概念であり、まだ定まった定義はない。定義の困難さについて、小谷順子「言論規制消極論の意義と課題」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』（法律文化社、二〇一四年）九〇頁以下参照。
- (7) Handel, a.a.O. (Anm. 1), 437 ff.
- (8) Seiz, a.a.O. (Anm. 5), 437 ff.
- (9) Spiegel Online v. 31. 5. 2016, <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/adolf-hitlers-mein-kampf-unkommentiert-staatsanwalte-ermitteln-a-1094377.html> (最終閲覧二〇一六年一〇月二〇日)。
- (10) 民衆扇動罪の概要については、Till Fohrbeck, Wunsiedel: Billigung, Verherrlichung, Rechtfertigung, Das Verbot nazistischer Meinungen in Deutschland und USA, 2015, S. 56 ff. 民衆扇動罪については、楠木孝『刑法解釈の方法と実践』（現代人文社、二〇〇二年）八六頁以下、櫻庭総『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服——人種差別表現及び「アウシュヴィッツの嘘」の刑事規制』（福村出版、二〇一二年）、同「刑法における表現の自由の限界——ヘイト・スピーチの明確性と歴史性との関係」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』（法律文化社、二〇一四年）一一五頁以下、毛利透「ヘイトスピーチの法的規制について——アメリカ・ドイツの比較法的考察」法学論叢一七六卷二・三号（二〇一四年）二二〇頁以下がある。
- (11) NK-StGB-Ostendorf § 130 Rn. 2 f., 4. Aufl. 2013. ドイツ刑法の歴史を概観するものとして、金尚均ほか『ドイツ刑事法入門』（法律文化社、二〇一五年）七頁以下がある。
- (12) ヘートラーは、上級審で有罪となった。BGH, NJW 1952, 1183.
- (13) 櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』六四頁以下参照。

- (14) 同書六〇頁以下参照。
- (15) Fohrbeck, a.a.O. (Anm. 10), S. 57.
- (16) 一九六〇年に誕生した刑法二二〇条の訳が、櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』九一頁以下にある。
- (17) Vgl. Karl Leckner, Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 1975, S. 480 f. 楠木・前掲注(10)一一二頁以下参照。
- (18) Das sog. Verbrechensbekämpfungsgesetz, BGBl. I 1994, S. 3186.
- (19) 一九九四年改正により、二二一条は人間に対する暴力を描写する文書のみを禁止する規定となった。
- (20) Vgl. Fohrbeck, a.a.O. (Anm. 10), S. 58 f. 櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』九六頁以下、川出敏裕「ドイツ犯罪対策法(上)」ジュリスト一〇七七号(一九九五)一〇三頁以下参照。
- (21) Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuches v. 24. 3. 2005, BGBl. I 2005, S. 969. 櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』一二三頁以下参照。
- (22) Fohrbeck, a.a.O. (Anm. 10), S. 60.
- (23) BVerfGE 124, 300. 判例評釈として、土屋武「ウンジードル決定」自治研究九二巻一号(二〇一六)一四四頁以下がある。毛利・前掲注(10)二二六頁以下も参照。ドイツにはたぐさんの判例評釈があるが本稿では、Fohrbeck, a.a.O. (Anm. 10), S. 69 ff. のみをあげておく。
- (24) Gesetz v. 16. 3. 2011, BGBl. I 2011, S. 418.
- (25) Gesetz v. 21. 1. 2015 BGBl. I 2015, S. 10.
- (26) この訳は、毛利・前掲注(10)二二七頁に掲載の「資料」を参考に筆者が修正・加筆した。
- (27) BGBl. I 2015, S. 10. Vgl. BT-Drs. 18/2601.
- (28) Bogedain, a.a.O. (Anm. 1), 208; Sebastian/Briske, a.a.O. (Anm. 1), 109; Seitz, a.a.O. (Anm. 2), 573.
- (29) 毛利・前掲注(10)二二二頁。

- (30) Peter Rackow, StGB § 130 Rn. 13 f., in: Bernd von Heintschel-Heinegg, StGB Kommentar, 2. Aufl. 2015.
- (31) 近年の判例の概観として、Andreas Stegbauer, Rechtsprechungsübersicht zu den Propaganda- und Äußerungsdelikten, NSStZ 2012, 79 ff.; ders., Rechtsprechungsübersicht zu den Propaganda- und Äußerungsdelikten, NSStZ 2015, 201 ff.
- (32) NK-StGB-Ostendorf § 130 Rn. 6.
- (33) Rackow, a.a.O. (Anm. 30), Rn. 59.
- (34) 金ほか・前掲注(11)二四二頁以下の解説によれば、①刑罰の重さが五日から三六〇日までの日数で決定され、②個人の支払い能力に応じて、一日あたりの支払額が算出される。そのうえで、原則として一括支払いであるが、③それができないと判断されれば、支払いの猶予又は分割払いが認められる。支払いが不可能な者には代替自由刑が科される。
- (35) Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 3. 5. 2016 (判例集未登載)。
- (36) Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 9. 2. 2016.
- (37) Miebach/Schäfer, § 130 Rn. 1 ff., in: Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2 2005.
- (38) A.a.O. (Anm. 37), Rn. 16.
- (39) BVerfGE 124, 300.
- (40) 毛利・前掲注(10)二二九頁も同旨。
- (41) Miebach/Schäfer, a.a.O. (Anm. 37), Rn. 3.
- (42) BGBI. I 2011, S. 418. Vgl. BT-Drs. 17/3124.
- (43) 国際刑法典六条は、「国民的、人種的、宗教的または民族的な集団の、全体または一部をそれ自体として破壊する意図をもって、その成員を殺害し、心身に重い危害を加え、身体的破壊をもたらす生活条件のもとに置き、その集団内での出生を妨げ、または子どもを他の集団に強制的に移す者は、終身の自由刑に処する」と定める。訳語は、戸田典子「国際刑事裁判所のための国内法整備」外国の立法二二五号(二〇〇三年)一一二頁による。

なお、ドイツでは民族謀殺はもともと一九五四年に刑法二二〇a条に導入されたが、現在は国際刑法典へ編入され、刑法典

からは削除されている。櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』七四頁参照。

- (44) BT-Drs. 17/3124, S. 10.
- (45) 櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』七八頁、八八頁以下。
- (46) 同書七八頁。
- (47) NK-StGB-Ostendorf §130 Rn. 18.
- (48) Rackow, a.a.O. (Anm. 30), Rn. 21; Miebach/Schäfer, a.a.O. (Anm. 37), Rn. 17 f.
- (49) Miebach/Schäfer, a.a.O. (Anm. 37), Rn. 17 f.
- (50) Rackow, a.a.O. (Anm. 30), Rn. 22.
- (51) その他の禁止される行為について、櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』一四五頁以下参照。
- (52) Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB § 130 Rn. 5 b, 29. Aufl. 2014.
- (53) 工藤達朗＝畑尻剛『ドイツの憲法裁判〔第二版〕』(中央大学出版会、二〇一三)三四二頁以下参照。
- (54) Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 9. 2. 2016.
- (55) BVerfGE 93, 266. この判決について、小山剛「意見表明の自由と集団の名誉——『兵士は殺人者だ』事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第二版〕』(信山社、二〇〇六年)一六八頁以下、毛利透『表現の自由——その公共性ともろさについて』(岩波書店、二〇〇八)二六九頁以下、上村都「ドイツにおけるヘイト・スピーチ規制」駒村圭吾＝鈴木秀美編著『表現の自由Ⅰ——状況へ』(尚学社、二〇一三)四七六頁以下参照。
- (56) 連邦憲法裁判所は、第一法廷と第二法廷からなり、各法廷は八名の裁判官からなる。ただし、多数の事件を迅速に処理する必要から、憲法異議の不受理や、先例に照らして憲法異議に明らかな理由がある場合の認容について、法廷ではなく、各法廷の三名の裁判官からなる部会によって決定を下すことができる。各法廷に三つの部会が設置されている。工藤＝畑尻・前掲注(53)一二五頁以下、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、二〇〇八)五四〇頁参照。
- (57) BVerfG, NJW 1994, 2943.

- (58) BVerfGE 93, 266.
- (59) 詳しうな、毛利・前掲注(55)二七三頁以下参照。
- (60) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des ersten Senats v. 6. 9. 2000 - 1 BvR 1056/95.
- (61) BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24. 9. 2009 - 2 BvR 2179/09.
- (62) BVerfGE 124, 300.
- (63) BVerfG, NJW 2001, 2069.
- (64) BVerwGE 131, 216.
- (65) BVerfGE 124, 300.
- (66) 土屋・前掲注(23)一四七頁。
- (67) BVerfGE 7, 198 (209 f.).
- (68) 土屋・前掲注(23)一五〇頁。
- (69) BVerfG, NJW 2010, 2193.
- (70) BVerfG, NJW 2012, 1498.
- (71) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des ersten Senats v. 6. 9. 2000 - 1 BvR 1056/95.
- (72) BVerfG, NJW 2010, 2193.
- (73) BVerfG, NJW 2012, 1498.

日本国憲法における権限分配上の関係と組織上の関係

時 本 義 昭

はじめに

第一節 限定的執政説

一 執政説と「国務を総理すること」

二 *scheinbar* な執政

第二節 法律執行説と国民内閣制論

一 権力分立論

二 組織上の関係と国民内閣制論

おわりに

はじめに

日本国憲法六五条の行政権に関する控除説はかつて盤石と思われていたが、一九九〇年代以降、執政説と法律執行説との台頭に伴って批判に曝されるようになった。これらの批判の一部は以前からくすぶっていたものが表面化した結果であるといえなくもないが、控除説が凋落しつつある根本的な原因は、控除説によって同条の行政権の中に温存されてきた戦前以来の「行政各部中心の行政システム・官僚システム」あるいは「行政各部中心の行政（体制）観、行政事務の各省庁による分担管理原則」^②では、一方で戦後復興を果たし一定の物質的豊かさを実現した国内社会に、他方で冷戦構造が崩壊した国際社会に、対応できないことにある。このような状況の下で、とりわけ、二〇〇一年の中央省庁再編において中心的な役割を果たした佐藤幸治を、わが国は再び戦前の割拠主義による自滅^③に陥るのではないかとという危機感が衝き動かしただであろうことは想像に難くない。それに対して、やや精密な言い方をすれば官僚機構によって担われてきた行政「独自の公益判断権」^④を、執政説は同条の行政権の中で政治の領域に位置づけ直す、あるいは可視化する。その意味で執政説と控除説の相違は相対的であるといえるが、両説のこのような関係は、「公益判断権」を「高度の統治作用」^⑤と言い換えた場合、変容する可能性を孕んでいる。では、法律執行説は同条から排除された「公益判断権」あるいは「高度の統治作用」をどこに位置づけるのかといえ、毛利透は法律の執行に伴う「政治性を有する裁量」^⑥の中に、高橋和之は権力分立における抑制と均衡をとおした正しい法の制定という側面に、あるいは議会と執行府が民意への接近を競い合うという側面に位置づける^⑧。

もちろん、執政説と法律執行説に対しては批判がある。ここでは、相互の批判^⑨ではなく協働執政理論による批判を

取り上げることしよう。協働執政理論とは、簡単にいえば、議会と執行府が執政説のいう「高度の統治作用」を共有することによって「両者の相互抑制を通して、最適な国務の遂行を実現」¹⁰しようとするものである。西村良太はこのような意味における協働執政理論を展開するに際して、執政説に対しては、「『法律による行政』から漏出する『政治』の領域を「執政権として」正当にも析出しながら」、「『執政権』がどこまでも『内閣の』権限として主題化されてきた」¹¹結果、議会と執行府の相互抑制（＝協働）関係が軽視されてきたと批判する。確かに、戦後の憲法学界が国会と内閣の権限分配上の関係における（＝立法に複数の機関を関与させることによる）相互抑制（＝協働）関係にあまり注目してこなかったということは否定できないが、しかし、執政説が執政権を日本国憲法六五条の行政権に独占させているといえるであろうか。執政説は同条の行政権の中に法律の執行とは異質な政治的要素が存在することを指摘するにとどまり、それを同条の行政権に、さらには内閣に独占させることまでは主張していないのではないか¹²。また、高橋和之の権力分立論に対しては、「問題意識を共有している」¹³として親近感を示しつつ、「執政作用を『政治の領域』と割り切り、『法の領域』における考察対象からあらかじめ除外する」¹⁴と批判する。これはどういふことかといえ、執政権を法の忠実な執行という「法の領域」から切り離し、その結果、法を執行する機関である内閣から切り離し、その意味で内閣に独占させないが、切り離された執政権は、権力分立における「法の領域」においてだけではなく、「政治の領域」¹⁵＝正しい法の制定という側面においても、積極的に論じられることはないということである。しかし、権力分立にはこれら権限分配上の関係に加えてもう一つの側面、すなわち組織上の関係があるのであり、後者によって、すでに述べた議会と執行府が民意への接近を競い合うという側面が法的に支えられ、国民内閣制が実現される。国民内閣制は機能的（＝事実上の）概念であるが、この概念を法的に支えている組織上の関係は「均衡型の一二元型議

院「内閣」制¹⁵」なのである。

では、高橋和之の「『政治の領域』と『法の領域』とを切断する理論枠組」¹⁶についてはいかに評価すべきであろうか。すでに述べたように、「政治の領域」は正しい法の制定と、「法の領域」は法の忠実な執行と、それぞれ言い換えられる。この両者は権力分立を構成し、本稿でいうところの権限分配上の関係である。問題は「法の領域」と組織上の関係とが一致しないことである。すなわち、前者においては、「法制定、法執行、法裁定という機能(作用)を制度上どのように区別し、それぞれをいかなる機関に担わせるかが問題とな」¹⁷り、「法執行」機関は「法制定」機関に従属する。それに対して、後者においては、議会と執行府は均衡関係にある。要するに、前者は縦の関係、後者は横の関係ということになるが、この点との関係で注目すべきは、「カレ・ド・マルベールは高橋の「権力分立の」『国民主権モデル』の原型である *Fat legal* の提唱者であった」という毛利透の指摘である。というのは、カレ・ド・マルベールの合法国家論においては、組織上の関係と「法の領域」とは、前者が後者を支配する結果として、あるいは後者は前者の反映として位置づけられることによって、一致する²⁰からである。もちろん、高橋の国民内閣制論を含めた権力分立論とカレ・ド・マルベールの合法国家論とをこのような形で、つまり同じ土俵で比較することに対してはさまざまな批判が予測されるが、ここではそれらの批判について検討することはできない。本稿で問題提起したいのは、理論モデルとしてではなく実定憲法の解釈において、組織上の関係と「法の領域」とを「切断する」ことができるのかということである。その際、いわば両者の中間に位置する「政治の領域」と組織上の関係との関係が重要になるであろう。

ところで、高橋和之の組織上の関係とその機能論である国民内閣制論とは、「内閣は憲法七条に基づき無制約の解

散権を有するという」日本国憲法の解釈と、それにもとづいて「運用上は、均衡型の一元型議院「内閣」制が行われている」ということとを前提としている。²¹そして、このような憲法解釈と憲法運用との下で、民意の実現を名目に習律上の制約から「解散制度を解き放とうとするのが、いわゆる国民内閣制論の含意でもあろう」といわれる。²²ところが一方で、このような憲法解釈は一つの可能な解釈にとどまり、しかも、このような憲法解釈によって「均衡型の一元型議院「内閣」制」という運用が説明し尽くされるわけではない（とりわけ、その前提である解散権の帰属主体について）。現に、日本国憲法施行後の初めての解散（一九四八年二月三日）においては、六九条所定の手続に従って、つまり内閣不信任決議案の可決をまつて解散が行われた。他方で、わが国が戦前以来、議院内閣制も含めた議会制度のモデルとしてきたイギリスにおいて、二〇一一年議会任期固定法によって、形式的には君主の、実質的には内閣総理大臣の庶民院解散権が廃止された。そして、現在のイギリスでは、任期満了以前の総選挙は、庶民院が、総議席の三分の二以上の賛成で総選挙を実施する動議を可決した場合と、過半数の賛成で内閣不信任動議を可決した後一四日以内に新たな内閣に対する信任動議を可決しない場合とに限定されたのである。²³これは、解散権論争でいえば、自律的解散説と六九条限定説を合わせたものに近いといえるであろう。となると、日本国憲法が制定されて七〇年が経過した今、現在のような解散制度の運用が確立される以前のという意味で憲法の政治部門の原型²⁴を確認しておくことには意味があるのではないか。ただし、そのような作業をとおして、本稿は「新たな理論を提唱し、あるいは、まったく視点・切り口を異にする独創的な理論を提唱し」²⁵ようとするものではない。そうではなくて、既存の理論や枠組みの再検討をとおして、日本国憲法における国会と内閣の関係について一定の視点から考察しようとするにとどまる。その意味で、本稿はささやかな試みにすぎない。その際、「権力分立における『権力』は、国家作用の区別に着目して

使う場合と、機関……に着目して使う場合があり、混乱を避けるために、両者を明確に区別する必要がある⁽²⁶⁾。つまり、フランス的にいえば、権力分立論でいうところの *pouvoir* には *fonction* の意味と *organe* の意味とがあり⁽²⁷⁾、緻密な議論を展開するには両者を意識的に区別しなければならぬ。例えば、行政権についていえば、実質的意味の行政権と形式的意味の行政権と使い分けなければならぬわけであるが、この区別は当然のことであるにもかかわらず、以下で示すように、意外にも、強調しても強調しすぎることはないのである。

第一節 限定的執政説

一 執政説と「国務を総理すること」

一口に執政説といってもその内容は論者によつて異なるが、本稿は日本国憲法六五条の行政権から法律の執行を排除する、その結果として同条の行政権を執政に限定する執政説は対象としない。というのは、権力分立の下における権限分配規定である同条の行政権には法律を執行する権限は含まれていなければならないからであり、したがって、問題は法律の執行プラス・アルファということになる。この点で、執政説の中心として佐藤説を中心に据えるべきであろう。

佐藤説の目的は国会との関係で内閣を強化することというよりも、すでに述べたような「行政各部中心の行政システム」あるいは「行政事務の各省庁による分担管理原則」を克服すべく、全体としての行政の中で内閣を、さらに内閣における内閣総理大臣を、それぞれ強化することである⁽²⁹⁾。そのためには、「行政権に内在すると解される政治・統治の作用について明確な位置づけがなされ」なければならず、日本国「憲法六五条にいう『行政権……』には、国法

(法律)を執行する作用と政治・統治の作用の両者が含まれていることを正面から認めるべきである⁽³⁰⁾。したがって、ここでいう行政権は権限分配規定である同条における実質的意味の行政権であり、⁽³¹⁾実質的意味の行政権には「政治・統治の作用」が「内在」し、このことは七三条一号において「国務を総理すること」という形で示されている。そして、このことは同憲法の制定過程やドイツの基本法における執行権概念によつて補強されている⁽³²⁾が、問題はこのような解釈によつて所期の目的を十全に達成することができるか否かである。実はこの点で重要なのが、執政説にとつては否定されたはずの控除説⁽³³⁾との関係である。

日本国憲法六五条の行政権に関する控除説は憲法学界が行政法学から継受したものであるが、行政法学においては、同条の行政権を積極的に定義しようと消極的に定義しようと、控除の対象は国家の対人的作用に限定され、そこには初めから統治や執政といった要素は含まれていない。ところが、この点に関する批判的検討を欠いた継受のため、漠然と国家作用から立法作用と司法作用を控除した結果である同条の行政権には法律の執行に加えてさまざまなものが混在することとなった。このような雑居性は同条の行政権の積極的定義を一層困難にするという悪循環をもたらす⁽³⁴⁾とともに、解散権論争において六五条説を生み出したのである。もつとも、六五条説が主張されるにはそれなりの背景が存在した。すなわち、六五条説は同憲法の下における第一回解散の翌年に入江俊郎によつて主張された⁽³⁵⁾が、一方で入江は法制局長官や貴族院議員として同憲法の制定に深く関与し、他方で金森徳次郎国務大臣は第九〇回帝国議会の衆議院帝国憲法改正案委員会において解散権の帰属主体について控除説を前提とした六五条説を主張していたのである⁽³⁶⁾。それに対して、解散権論争に六九条限定説をもつて参戦した小嶋和司は、「内閣は「同条の」行政権をもつがゆえに解散権をもつ」と⁽³⁷⁾はいえないとして暗に六五条説を批判し⁽³⁸⁾、この批判は控除の対象を「国家の対国民的作用」に

限定する⁽³⁹⁾いわゆる「限定的控除説」へと発展する。「限定的控除説」が解散権論争に由来するということは後ほど述べるように重要であるが、いずれにしても、控除説を本来の姿に戻して、国法の執行としての同条の行政権の定義と単純な控除説⁽⁴¹⁾によって同条の行政権に国法の執行に加えて形式的意味の行政権(七三条の一部・三条・六条二項・五三条・五四条二項・七九条一項・八〇条一項など)も含まれてしまうこととの「矛盾撞着」⁽⁴²⁾に対して帳尻合わせを行ったわけである。となると、小嶋説においては、「国家の対国民作用」から「形式的」⁽⁴³⁾意味の立法作用と司法作用とを控除した後に残るものは国法の執行ということになるが、ここで国法の執行とは「横断的」「階層的」⁽⁴⁴⁾権力分立を前提とした上位規範の執行であり、権力分立論において小嶋と「よく似ている」⁽⁴⁶⁾といわれる高橋和之によれば、「一般的・抽象的法規範の個別・具体的事例への適用・実施という意味ではない。上位規範から下位規範へと向かう法の実現過程における上位規範の執行という意味であり、したがって、上位規範の執行としての法制定⁽⁴⁷⁾も、これに含まれる」。そして、佐藤幸治は以上のような「限定的控除説」と執行概念とを受け入れたうえで、あえて六五条の行政権に国務の総理を含めるのである⁽⁴⁸⁾。ここでは、そもそもそのようなことが可能であるか否かは問うことなく、このような意味における執政説を限定的執政説と呼ぶことにしよう。ところで、執行概念に含まれる「法制定」は「重大な、ときには極めて大きな政治的意味をもちうる」⁽⁴⁹⁾が、佐藤はこの点を重視しない⁽⁵⁰⁾。では、限定的執政説における同条の行政権の中に含まれる国務の総理による「高度の統治作用」が可能になるであろうか。すでに述べたように、佐藤の所期の目的が全体としての行政の内部における内閣(総理大臣)の主導権の確立であることからすれば、国務の総理は「国家の対国民作用」への限定を前提とする同条の行政権に取り込むことなく、むしろ七三条一号をおして形式的意味の行政権として内閣に帰属させるべきではないか⁽⁵¹⁾。単純な控除説の結果六五条の中に含まれていた統

治・執政の要素をくくり出して「国務を総理すること」の中に含めるわけである。そうすれば、国務の総理は「国家の対国民作用」への限定を免れ、十全な統治作用を発揮することができるのではないか。要するに、佐藤説は結果として不徹底なのである。

ところで、日本国憲法六五条の行政権に取り込むことなく七三条一号の「国務を総理すること」に統治や執政といった要素を読み込むことはすでに示唆したように解散権論争との関係で重大な帰結をもたらす。すなわち、「国務を総理すること」に衆議院を解散する権限を含めれば、六五条の行政権に対する限定とは関係なく解散権を内閣に帰属させることができるのである。⁵² この、いわば七三条説の難点は、七三条一号において「国務を総理すること」は法律の執行に続いて規定されていることから、国務とは法律の執行と何らの関係があることであり、それと無関係な衆議院の解散をそこに含めることには無理があるのではないかということである。⁵³ この点と関連して、実は、佐藤幸治が国務の総理を語るとき、ほとんどの場合、法律の執行との関係が念頭に置かれている。このことから、国務の総理が「高度の統治作用」といえるかは疑問であるといわざるをえない。となると、法律の執行に伴う裁量以外の国務の総理や執政とは具体的には何かが問題となる。

二 Scheinbar な執政

毛利透は、「執政権とは輪郭のあいまいな概念であり、国家作用としてそれを他から区別することは困難である」こと「から」、内閣が有する主たる権限としてそれを挙げることは、内閣に「憲法が明示的に認めていない権限を容認することにつながる」虞れがあるとして、執政説に疑念を呈している。⁵⁴ そもそも、執政には、日本国憲法が六五条

以外で内閣に付与した権限に還元できないものが含まれているのか。そうであるとするならば、具体的にそれは何か。逆にそうではないとするならば、執政という概念を用いる必要はなくなり、同条以外の内閣の権限に関する諸規定の解釈によって対応可能ということになる。これらの疑問に答える否定的な手がかりを与えてくれるのが協働執政理論である。

協働執政理論とは、すでに簡単にふれたように、議会と執行府が執政作用の共有をとおして抑制と均衡の関係を形成し、もって最適な国務の遂行を実現しようとするものである。その際、執政作用の分配を司るのが、西村良太によれば、ドイツの戦後の憲法学界に「広く浸透している」⁽⁵⁵⁾ 機能的権力分立論である。したがって、ここで問題にすべきは執政作用の中身と機能的権力分立論とである。

第一に、便宜上、機能的権力分立論についてである。西村良太によれば、機能的権力分立論とは、「各種の機能遂行権限とそれが配分されるべき機関構造との相関性を重視し、この適正な協働秩序を構築する」⁽⁵⁶⁾ ものである。このような意味における機能的権力分立論が否定したのが、一つの機関に一つの作用を分配することを原則とし、そうではない分配を例外とする厳格分離型の権力分立論である。⁽⁵⁷⁾ というのは、権力分立には分離の側面（自由の保障）と抑制均衡の側面（国務の効率的遂行）とがあるからであるが、「わが国の学説はこれまで『分離』の厳格化を追求しがちであった」⁽⁵⁸⁾。わが国の戦後の憲法学界におけるこのような傾向の原因は、権力分立が立憲君主制の下で君主の地位と権限とを温存するために援用されたのとは逆に、国会に権限を確保するために主張されたことにある。もちろん、わが国の憲法学界には抑制均衡の側面を重視する論者も存在するのであり、西村もこのことを認めている。しかし、この側面が議院内閣制論を除けば権限分配をめぐる具体的な解釈論にあまり反映されてこなかったことは否定できないで

あろう。ただし、ここで看過してはならないのは、権力分立論においては厳格分離型が本来の姿でなければならないということである。そうでないとするならば、例えば、日本国憲法の下における国会をなぜ立法機関というのか、また、なぜ内閣を行政機関というのか。それは、立法作用の主要部分が国会に、行政作用の主要部分が内閣に、それぞれ帰属させられているからであり、そうではない作用、換言すれば形式的意味の立法権と形式的意味の行政権とは例外なのである。それはともかく、権力分立において抑制均衡の側面を重視する立場へと途を開いたが、ドイツにおいては、彼によれば、キュスターである。キュスターは、作用と機関「を一对一で接合させる原理的な図式から離れ、一つの作用に複数の機関を関与させる本来の権力分立図式を打ち立て」た。⁵⁹これは第二次世界大戦後のことであるが、フランスではそれより早く両大戦間に、エゼンマンが後世に影響を与える形で同様の主張を行った。⁶⁰このような意味における機能的権力分立論においては、権力分立は「合理的な機関間秩序を構築するための『積極的な』組織原理」⁶¹であり、その対象は「議会と執行府に分有される」執政権である。つまり、「権力分立とは、この執政権をそれぞれの機関にどう配分し、いかなる協働秩序を打ち立てるべきか、と問う議論領域なのである」⁶²。

そこで第二に、執政作用の中身についてである。いま一度繰り返せば、西村良太によれば、(機能的)権力分立論の「本領は……『執政権』の配分法理を追究する営みに存する」⁶³。では、執政権あるいは執政作用とは何か。この点西村は、執政とは、「国政の進むべき方向を指示し、諸政策の総合的調整を図る『国家指導』作用」、あるいは「国家の針路を定め、そのために必要な政策を立案・決定し、その円滑な実行のために総合的調整を施す作用」⁶⁴であるとしたうえで、具体的には立法・外交・予算であるという。そして、日本国憲法の場合、「権力分立のねらいは、国会と内閣とともに」「このような意味における」執政作用に参画させ、両者の相互抑制を通して、最適な国務の遂行を実現する

ことにある。すなわち、権力分立は、国会と内閣による〈協働執政〉の確保と、それによる実効的な国家決定をめざす制度原理⁶⁵」であるという。しかしながら、このような主張はおかしい。立法・外交・予算のそれぞれにおいて権力分立の対象になっているのは立法作用・外交作用・財政作用であり、そこであるという執政とは、これらの作用に議会と執行府が関与することによってもたらされる効果であり、実体的な作用ではない。つまり、彼という執政は実体的な作用の分配・組織に伴う一定の効果・機能であり、その意味で実体的な作用に対して *scheinbar* なものにとどまるといわざるをえない。それに対して、権限分配で問題になるのは、そのような効果・機能を果たすような憲法上の、立法作用の分配・外交作用の分配・財政作用の分配であり、例えば、どのように立法権を分配すれば⁶⁶（＝どのように立法手続を組織すれば）、立法をとおして執政といえる効果・機能が発揮されるかである。この場合、分配の対象は立法作用なのであり、執政作用なるものではない。「協働」〔執政〕権といわれるものは、実のところ、権限にあらわずして、分有されている権限が発動されるところに可視化される『機能』（または政治の領域の話）ではないか⁶⁷との疑問が提示される所以である。

以上のことから、一方で、限定的執政説における国務の総理には、法律の執行に伴う裁量に還元することができないものという点で、多くを期待することはできない。他方で、協働執政理論における執政は実体的な作用ではなく、そもそも権限分配の対象とはいえない。となると、日本国憲法六五条の行政権は法律の執行としておいて、法律の執行とは直接関係のない領域や法律の執行に伴う裁量に還元することができないものについては、同条以外の形式的意味の行政権に関する個別の規定の解釈によって対応すべきである。したがって、同条の行政権については法律執行説が妥当ということになるが、法律執行説の支持者はそれほど多くない。その中であって、法律執行説を含んだ権力分

立論と国民内閣制論とによって構成される高橋説、というよりも高橋理論は、「包括的なプロジェクト」⁽⁶⁸⁾であるとか、統治機構の全体像を「包括的に論じようとする魅力的なモデルである」⁽⁶⁹⁾といわれるように、行政権をめぐる問題にとどまらない包括的で体系的な理論枠組みである。このような体系性・全体性はその一部のみを取り出して批判することを寄せ付けないことを意味するが、それはともかく、高橋理論には、客観的にみれば、小嶋和司の権力分立論を継受した側面（権力分立論）と、樋口陽一の主張する行政府までの民主主義に対抗する側面（国民内閣制論）とがある。そこで、この二つの側面から高橋理論について検討することにしよう。

第二節 法律執行説と国民内閣制論

一 権力分立論

高橋理論についてはこれまで必要に応じて言及してきたが、ここでその枠組みあるいは概略を示しておこう。高橋理論を構成する権力分立論をもっとも簡潔に表しているのは次の引用であろう。権力「分立は、法の支配を実現するための組織原理である。「立法・行政・司法の」三権は、一方で、正しい法の制定のために、立法作用において抑制・均衡し、他方で、制定された法の忠実な執行を実現するために、それぞれに固有な作用を遂行する⁽⁷⁰⁾」。このような権力分立論はエゼンマンと小嶋和司との影響⁽⁷¹⁾の下でモンテスキューの権力分立を解釈したものであるが、モンテスキューの権力分立は、高橋和之によれば、法は発見するものではなく制定するものであると観念されるようになった近世ヨーロッパにおいて、制定法が自然法と一致せず、主権者が制定法に従わない事態が生じるのを回避することを可能にする「統治のメカニズム」が求められるようになり、この要請に応えるものであった⁽⁷²⁾。その結果、「正しい法

の制定」とその正しい「法の忠実な執行」とによって権力を法に服従させるという意味での「近代的な法の支配（立憲主義）⁷³」が実現されるのであり、このような「近代立憲主義は……『法の支配』を抵抗権ではなく、実定的な制度によって担保しようとする」⁷⁴ものである。かくして、「小嶋和司」高橋和之理論は、モテスキュー理論を『法の支配』と関連づける画期的な視点である⁷⁵といわれるわけである。その際、高橋理論の権力分立論においても、権力分立の対象は国家の対人的作用に限定されている⁷⁶。となると、すでに述べたように「政治の領域」と言い換えられる「正しい法の制定」には、通常は権力分立論に含まれる「権力分立を前提とした政治組織上のもの」⁷⁷、具体的には内閣不信任決議権や解散権は含まれないということになる。そこで本稿は、「権力分立を前提とした政治組織上のもの」の関係を組織上の関係と、高橋理論の権力分立関係を権限分配上の関係と、それぞれ呼ぶことにして議論を進めることにしよう。

第一に、「法の忠実な執行」＝「法の領域」についてである。「法の忠実な執行」のためにモテスキューが主張したのは、高橋和之によれば、「立法、執行、裁判の三作用の区別と、その二あるいは三作用が同一の機関に独占されることの禁止のみであり、権力分立のこの部分は「消極的な原理にすぎない」。そして、立法作用と執行作用は、「対応する各機関に専属的に配分されるならば」、立法機関と執行機関は前者が後者を支配する形で上下関係を形成する⁷⁸。すでに指摘したように、立法機関と執行機関の上下関係という結果において高橋とカレ・ド・マルベールは一致するが、この一致はあくまで結果的にそうなるというだけである。すなわち、ここで高橋が着目しているのは作用であり、執行作用が立法作用に従属するのは当然である。それに対して、すでに述べたように、カレ・ド・マルベールが重視するのは機関の性質であり、国民を代表する、その意味で始原的機関である立法機関が執行機関も含めた他の

機関を支配し、その結果として小嶋和司のいう「横断的」「階層的」権力分立がもたらされる。いずれにしてもここで確認すべきは、高橋によって理解されたモンテスキューの権力分立において具体的な実定法における機関間の関係を定めるのは権限（＝立法作用）分配上の関係だということである。

第二に、「正しい法の制定」＝「政治の領域」についてである。「正しい法の制定」のためにモンテスキューが主張したのは、高橋和之によれば、「社会的諸勢力を最も重要な国家作用に関与させ」ることであり、その結果として「相互の抑制均衡を通じて社会の調和的發展を図る」ことである。⁽⁷⁹⁾モンテスキューの時代における「最も重要な国家作用」とは立法作用であり、「社会的諸勢力」としての人民（下院）・貴族（上院）・君主が立法に関与する（King and Parliament）ことによって、「法の内容がより一般的な利害を代表する」という意味での正しい法が実現される。機関に着目すれば、執行機関の立法への関与あるいは立法機関と執行機関による立法権の分有ということである。作用に着目すれば、このことによって執行機関の立法機関への従属が阻止されるが、その態様は「立憲君主政モデル」と「国民主権モデル」では異なる。前者においては、立法権は議会と君主によって分有され、君主は裁可権の行使によって立法に関与する。その結果、法律の優位の下だとえ立法事項が制限されていなくても、「君主の地位が議会に従属するという心配はない」⁽⁸¹⁾。それに対して、立法権が議会に独占される後者においては、執行機関の立法への関与は原則として認められない。そこで、執行機関の立法機関への従属を阻止するために立法事項を画定する、高橋のいう「分離型」⁽⁸²⁾、小嶋和司のいう「縦断的」「並列的」権力分立⁽⁸³⁾が現れる。しかしそもそも、立法事項の画定をもって立法機関と執行機関の「相互の抑制均衡」といえるであろうか、また、それが「政治の領域」に属するといえるであろうか。もつとも、高橋理論においてはこのような問いを立てることは無意味である。というのは、そこにおける立

法機関と執行機関の関係は、「国民主権モデル」の「下降型」においては、行政は、議会によって独占された立法の、「上位規範から下位規範へと向かう法の実現過程における上位規範の執行という意味で」の執行だからであり、⁽⁸⁴⁾そこにおいては、立法作用と執行作用の上下関係と立法機関と執行機関の上下関係とが一致する。その結果、立法機関と執行機関の抑制均衡は「政治の領域」では実現されず、そのためには組織上の関係における権限分配が必要となるのである。

二 組織上の関係と国民内閣制論

高橋理論における「政治の領域」の位置づけは、実は、モンテスキューの権力分立論も含めた「立憲君主政モデル」と「国民主権モデル」とでは異なる。すなわち、高橋理論の法の世界は、「法の忠実な執行」⁽⁸⁵⁾「法の領域」と「正しい法の制定」⁽⁸⁶⁾「政治の領域」とによって構成される権力分立論（⁽⁸⁷⁾対人的作用に限定された権限分配上の関係）と、組織上の関係とから成り、三層構造である。そして、この法の世界の一部の機能論が国民内閣制論であり、その際、国民内閣制論における立法機関と執行機関の関係を規定しているのは組織上の関係であるが、両機関の関係を規定するのが「立憲君主政モデル」から「国民主権モデル」への移行に連動して「政治の領域」から組織上の関係へと移行することはすでに述べたとおりである。問題なのは、後ほど述べるように移行後の組織上の関係が「政治の領域」といわれていることであり、その結果、「政治の領域」の内実は「立憲君主政モデル」における「正しい法の制定」と「国民主権モデル」における組織上の関係というように異なる。この相違にはそれなりの理由があり、その限りでそれを意識的なすり替え、さらには高橋理論の破綻とはあえていわない。⁽⁸⁸⁾

すでに述べたように、モンテスキューの権力分立論においては、立法機関と執行機関が立法権の分有をとおして抑制均衡関係を形成し、その結果として制定される正しい法によって「社会の調和的發展」が実現されるが、抑制と均衡が実現される場が立法作用であるのは、一八世紀の消極国家において立法作用が「最も重要な国家作用」であったからである。ということは、抑制と均衡が実現される時は時代とともに変化し、国家による不断の国際的および国内的介入を必要とする現代の専門技術化された行政国家においては、立法は抑制と均衡が実現されるべき「最も重要な国家作用」であるとはもはやいえない。では、高橋和之は現代国家において抑制と均衡が実現される場をどこに設定するのであろうか。まず看過してはならないのは、その場は議会や執行府といった特定の機関あるいは固定された場所ではなく、議会と執行府による「民意への接近競争」⁽⁸⁶⁾、あるいは両機関が民意に接近しようとするプロセスだということである。このことは、高橋が国家意思の形成を最高機関に求める静態的な発想に立脚していないことを示している。次に問題にすべきは民意である。彼によれば、「民主主義を理念に政治の仕組みを考える以上、制度的に表明される以前の民意の存在は、当然の前提とされるべきである」⁽⁸⁷⁾。もともと、民意の存在性は、「公式の国民意思は、選挙の外に選挙以前に存在するのではなく、選挙によって表明される」⁽⁸⁸⁾ということからすれば、微妙であるといわざるをえない。それはともかく、民意の内実は「次の選挙までの間実行されるべき一つの『政策体系』の選択である」⁽⁸⁹⁾。ここで「政策体系」とは、内的矛盾を含まないという意味で一貫性を有する政治プログラムであり、特定のイデオロギーによって規定された綱領のようなものではない。⁽⁹⁰⁾そして、この「政策体系」とその実施主体とを国民が選挙をとおして事実上決定することができる仕組みが彼のいう「直接民主政」であるが、問題はこのような意味における「直接民主政」を日本国憲法の規定する議院内閣制の下でいかにして具体化するかである。

すでに述べたように、わが国の戦後の憲法学界においては、厳格分離型の権力分立論が国会に権限を確保するため主張されてきた。高橋和之によれば、権力分立論の観点から捉えられた国会と内閣の関係は法の制定—執行であり、その結果によつてもたらされる国政を民主化するには法を制定する機関である国会を民主化すればよい。樋口陽一という議会までの民主主義であり、この観点からすれば、議院内閣制については責任本質説が適合的である。ところが、「法の領域」に属する権力分立によつて「政治の領域」に属する国会と内閣の関係を捉えることは、法によるコントロールのみによつて政治を捉えることを意味する。このような捉え方には政治に不可欠なアクション(能動的な要素)が欠如しているが、それは、「元来が法の支配の枠組みである立法・行政・司法の概念を政治領域にまで持ち込んだために、国会と内閣の適切な役割配置を捉ええなくなつてしまつた」からである。そこで、「政治の領域と法の領域を区別し、それぞれの特性に即した思考枠組みを設定」⁹¹しなければならぬ。「政治の領域」におけるアクションを回復するための方策について検討する前に指摘しておかなければならないのは、ここでは、国会と内閣の関係は「政治の領域」に属するとされ、アクションを必要とする「政治の領域」は権力分立から排除されているということである。その結果一方で、権力分立の射程範囲は狭められ、権力分立はコントロールによつて構成される「法の領域」のみによつて構成されている。他方で、「政治の領域」の実体は組織上の関係によつて構成されることになる。

「政治の領域」におけるアクションを回復するには、限定された意味における権力分立論の観点から民主政論の観点への転換が必要である。すなわち、「民主政治にとつて重要なものは、国政に民意を反映させることである」⁹²の、議会と政府をまず切り離し、それぞれについて民意の反映の仕方を考えるという思考法ではなく、……議会と政府の一定の関係を通じて行われる全体としての国政の中に、民意がどのように、また、どの程度、反映されるかを問うべ

きで」ある⁽⁹²⁾。その結果第一に、すでに述べたように、民意が反映されるのは議会や内閣といった特定の機関ではないので、樋口陽一の議会までの民主主義と行政府までの民主主義という枠組みが否定される⁽⁹³⁾。第二に、「議会と政府の一定の関係」としては、「自由な解散権を認める均衡型議院内閣制の方が「議会優位型と比べて」民主政により適している⁽⁹⁴⁾」。というのは、「均衡型議院内閣制」においては、「内閣も議会も、不信任されることを避け、あるいは、解散されることを避けるためには、相手よりもより大きな国民の支持を取り付けることが必要となるからであ⁽⁹⁵⁾り、不信任決議権と解散権との存在が議会と内閣の「国民意思への絶えざる収れん過程を……可能とする」。その結果、「議院内閣制とは……世論と議会と政府の間の意思一致を最大限に実現することを可能ならしめる体制「なの」であ⁽⁹⁶⁾り、そこにおいては、「解散権は一元型議院内閣制の本質的要素⁽⁹⁷⁾」である。そして、内閣と議会の関係はアクションとコントロールの関係として捉えられ、そこにおいては、少数者⇨内閣が提案し、多数者⇨議会が賛否を表明する。このようなアクション⇨コントロールという枠組みには、カピタン以上にオーリウの影響が感じられるが、若き高橋を苦しめたオーリウの影響はすぐ後で指摘するように他の点でより深い。第三に、民意が反映されるのは「全体としての国政」あるいは「政治プロセスの結果として承認される国政⁽¹⁰⁰⁾」であり、これはすでに述べたように固定された場所ではなく議会と内閣が民意に接近しようとする動態的プロセスである。そして、「政治の領域は国民・国会・内閣によって担われる⁽¹⁰¹⁾」ことから、高橋は明言しないが、高橋理論には、政府の主権・服従の主権・法の主権によって構成される多元的主権論あるいはその下における状態としての国民主権というオーリウの影響が感じられる⁽¹⁰²⁾（それぞれの三者が対応関係にあるという意味ではない）。このこと、すなわち現代的な行政国家の分析・描写に多元的な視点が導入されていることは、実は、必然的帰結であるということができる。というのは、立法が「最も重要な国家作用」で

ある消極国家においては、「法の忠実な執行」¹⁰³ 、「法の領域」と「正しい法の制定」¹⁰⁴ 、「政治の領域」というように立法作用を中心に国政を分析・描写することができるが、現代的な行政国家においては、「立法権の行使とは、法的には法律を制定することであるが、その政治的機能は、行政権のコントロール」¹⁰⁵ にすぎないので立法作用を中心に国政を分析・描写することはできないからである。その結果、消極国家については立法を中心とした一元的思考が可能であるが、現代的な行政国家については国政のプレイヤーに着目しなければならない。作用論から機関論への転換である。その結果として、一方で、高橋理論は憲法学の領域で多元的な視点によつて集権的な行政国家を分析・描写することに途を開いたが、他方で、すでに述べたように権力分立は「法の領域」に限定され、「政治の領域」は高橋にとつては権力分立の一部ではない議院内閣制あるいは組織上の関係によつて担われることになったのである。その際、「国民主権モデル」における「法の領域」と「政治の領域」¹⁰⁶ 、「組織上の関係とは有機的にむすびついてないどころか、異なる原理が支配し、それ故、高橋は前者を後者に持ち込むべきではないと繰り返し主張するのである」¹⁰⁴。そして、「国民が内閣を選出し、内閣は国民に対して責任を負う……政治のあり方を表現するため」の「造語」¹⁰⁵ である国民内閣論がかかわるのは後者であり、国民内閣制とは、「議院内閣制の「国民が政策とその担い手とを直接選択する」という意味での」直接民主政的運用形態¹⁰⁶ なのである。しかし問題は、国民内閣制の法的前提である「均衡型議院内閣制」が日本国憲法の規定する組織上の関係と適合するか否かである。

おわりに

高橋和之によれば、「内閣は憲法七条に基づき無制約の解散権を有するというのが、通説であり、かつ、確立され

た慣行でもある¹⁰⁷。確かに、憲法運用についてはそのようにいえるが、通説がそのような憲法運用を容認しているといえるであろうか。¹⁰⁸ここではこの点に踏み込むことなく、先の問い、換言すれば、高橋のいう「均衡型議院内閣制」と日本国憲法の規定する議院内閣制との適合関係に関する検討をとおして同憲法の解釈における高橋理論の有効性について判断することにしよう。

高橋和之の権力分立論に影響を与えたであろう小嶋和司が解散権論争において重視した日本国憲法の条文の一つは七〇条である。同条によれば、「……衆議院議員総選挙の後に初めて国会の召集があつたときは、内閣は、総辞職をしなければならぬ¹⁰⁹」。高橋は、権力分立や国民内閣制について論じるに際して、一貫して同条に言及しない。同条は一般にもあまり重視されてこなかったようであるが、小嶋によれば、選挙の結果にかかわらず内閣総辞職をもたらす同条からすれば、同憲法においては、「内閣の国会に対する従属関係が通常の議院内閣制におけるそれとは異質的な¹¹⁰」ものであるといわざるをえない。もつとも、議院内閣制のモデル¹¹¹としてどのようなものを想定するかによって、日本国憲法の規定する国会と内閣の関係が議院内閣制であるか否か、あるいはどのような議院内閣制であるかは変わってくる。しかし、議院内閣制の類型論とはかかわりなく、同条を「内閣と衆議院の対立を国民が裁定するといつた解散制度の図式や目的によって説明するのは、相当むずかしい¹¹²」といわざるをえない。その結果、同憲法においては、国民（有権者団）―国会―内閣という組織的な上下関係が設定されているとみななければならず、内閣の自由な解散権が「均衡型議院内閣制」の「本質的要素」というのであれば、それはこのような関係にとつて異質であるといわざるをえない。限定された解散権を有する内閣が一定の範囲で国会に従属しているという捉え方は、同憲法の下における第一回解散（一九四八年）に際して、七条三号にもとづく内閣の自由な解散権を主張する政府・与党（第二次

吉田内閣と自由党」と、解散は六九条の場合に限られるとしてそれに反対した野党（民主党・社会党・国民協同党）とが対立する中で示された連合国総司令部の見解と一致する¹¹³。そして、連合国総司令部のこのような見解はマッカーサー草案以来一貫している。すなわち一方で、マッカーサー草案の起草過程における行政権に関する委員会の内部には内閣（総理大臣）を強化すべきであるという意見があつたが、他方で、マッカーサー草案の起草過程で「拘束力のある文書として取り扱わ¹¹⁵」れたS W N C C—二二八「日本の統治体制の改革」は内閣を国会に強く従属させる枠組みを示していた中¹¹⁶にあつて、マッカーサー草案は最終的には後者の立場を採用し、民政局と日本側の交渉において部分的には紆余曲折があつたが、この立場が同憲法の骨格を形成することになつた¹¹⁷。ところが、占領解除後の一九五二年八月二八日、第三次吉田内閣は七条のみにもとづいて衆議院を解散し、以後七条解散が憲法運用として定着することになり、今日に至っている。この第二回解散は、その効果という点で、フランス第三共和制下において大統領の名目化をもたらした一八七七年のいわゆる五・一六事件とは逆の帰結を招来したわけである。しかし、はたしてこのような憲法運用が国会と内閣の関係に関する憲法構造から好ましいといえるであろうか。

ところで、日本国憲法における国会と内閣の関係を象徴しているのは、国会は「国権の最高機関」であるという四一条ではないか。この規定は、一方で連合国総司令部がイギリスの議会主権をモデルとして置いたものであり、他方で比較憲法的にみて異例であるといわれる¹¹⁹。ところが、金森徳次郎国務大臣は帝国議会の審議において、この規定の政治的重要性を認めつつ、法的にはすでに政治的美称説に近い説明に終始していた¹²⁰。そして、このような金森国務大臣の立場はすでに述べた紆余曲折、すなわち、マッカーサー草案の日本側への手交（一九四六年二月一三日）後の民政局との交渉において、国会に対する内閣の従属を緩和しようとした日本側の動向の延長線上にあるが、成立した同

憲法における国会と内閣の関係は「イギリスの議院内閣制とはかなり異なった」「議會支配制型のものである」⁽¹²¹⁾ こともすでに述べたとおりである。このような同憲法において、国会は「国権の最高機関」であるという規定は国会・内閣・裁判所に関する規定の冒頭に置かれ、しかも、国会は「唯一の立法機関」であることとは関係なく「国権の最高機関」なのである。このように、国会は「国権の最高機関」であるという規定はさまざまな点でからみて重要であるといわざるをえないにもかかわらず、通説である政治的美称説はこの規定に法的意味を認めてこなかった⁽¹²²⁾。問題は政治的美称説が否定し、法規範説が肯定する法的意味の対象である。それが総合調整機能や国家機関の権能および相互関係に関する解釈準則にとどまる限り、両説の対立点はそれらを法的なものとするか否かであり、両説ともそれらの存在自体は認めている。両説の相違は実質的に「相対的なもの」⁽¹²³⁾ にすぎないといわれる所以である。この点、大石眞によれば、両説「の対立の背景には、国会の『権限』と『機能』との区別があり、政治的美称説が否定するのは、『法』によって特定の組織や人間が国家意思を表すことのできる一定の範囲」という意味での「権限」であるのに対して、法規範説が法的性質を主張するのは、「ある国家機関が国政全体に対してもつ働き」であり、「法的な権限というかたちでくまなく定式化されているわけではない」という意味での「機能」である⁽¹²⁴⁾。ということは、政治的美称説が「法的な権限」というかたちで……定式化され」ないものの帰属先を国会は「国権の最高機関」であるという規定を根拠に国会とすることになるが、それでも政治的美称説の内容が政治的な意味にとどまるといえるであろうか。また、代表的な政治的美称説の一つによれば、この規定が意味するのは、「国会は選挙をつうじて直接に主権者たる国民に連結しているところから、多くの国家機関のうちで最も大きな重要性をみとめられること」⁽¹²⁵⁾ であるが、はたして、このことが政治的なものにとどまるといえるであろうか。このことは、政治的なものというよりも、「法的問題

に対する答えをある方向へ導く¹²⁶」が裁判所によって執行されないという意味での法原理といえるのではないか。そうであるとするならば、すでに言及したカレ・ド・マルベールの合法国家論、すなわち、最高機関という機関の性質が国会の作用を規定し、国会という立法機関を頂点とする機関の段階構造が作用の段階構造を規定する垂直的権力分立が同憲法に当てはまることになる。その結果、「法の領域」≡権限分配上の関係と「政治の領域」≡組織上の関係とを分離することはできず、国民によって選挙された議員によって構成される国会がいずれの領域あるいは関係においてもすでに述べた意味における最高機関として位置づけられるのである¹²⁷。

ただし、このような国会の位置づけはあくまで憲法構造上のものであり、「政治の領域」≡組織上の関係においては、政党状況などによって国会と内閣の現実の関係が変化するのは当然である。その中であって、高橋和之の「均衡型議院内閣制」を法的前提とする国民内閣制論は、すでに述べた意味での国会を最高機関とする法原理との関係で好ましいとはいえないであろう。

註

- (1) 執政権説ともいわれるが、対抗関係にある法律執行説が法律の執行という作用に着目した命名であることから、執政という作用に着目した執政説の方がふさわしいであろう。
- (2) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』二〇〇二年一九四頁、八〇頁および二三三頁。さらに、七九―八一頁も参照。
- (3) 同右・二二九―二三〇頁参照。
- (4) 毛利透『統治構造の憲法論』二〇一四年二四二頁。
- (5) 佐藤・前掲書註(2)、七五頁。

- (6) 毛利・前掲書註(4)、二三九頁。
- (7) 高橋和之『国民内閣制の理念と運用』一九九四年三四―三三五頁および三三七―三三八頁、ならびに同『現代立憲主義の制度構想』二〇〇六年一二五―一二六頁。
- (8) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三七〇―三七二頁)。
- (9) 佐藤幸治が高橋和之の権力分立論と国民内閣制論との相当部分に対して肯定的な評価を下している(佐藤幸治「内閣と『行政権』」佐藤幸治・中村睦男・野中俊彦『ファンダメンタル憲法』一九九四年二二五頁、ならびに佐藤・前掲書註(2)、七二頁、八三頁、二〇一頁、二二七頁、二三七頁および二四〇頁。ただし、佐藤・前掲論文註(9)、一三三頁、および佐藤・前掲書註(2)、七三頁参照)ことを看過してはならない。その理由は、全体としての行政の中にあつて内閣(総理大臣)を強化しなければならぬという認識で両者が一致しているからであろう。
- (10) 西村良太『執政機関としての議会』二〇一一年二四四頁。
- (11) 同右・五頁。なお、□内は本稿筆者による註記である。
- (12) 例えば、石川健治「統治のゼマンティック」憲法問題一七号二〇〇六年七六頁参照。
- (13) 西村・前掲書註(10)、二二四頁。毛利説に対する同様の評価については、二一六―二二七頁参照。
- (14) 同右・二一八頁。ただし、西村はこのような理解の正確さについて留保を付している。
- (15) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三六四頁)。
- (16) 西村・前掲書註(10)、二二四頁。
- (17) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三三八頁)。
- (18) この不一致を批判するものとして、阪本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望Ⅰ』一九九八年二五六頁。
- (19) 毛利・前掲書註(4)、一二五頁。ここで権力分立の「民主権モデル」とは、国民を代表する議会が立法権をとおして対象事項を限定されることなく始原的決定を下し、執行府はこの決定を執行するにとどまる(その結果、控除後に残るのは行政

ではなく立法であり、その限りで、日本国憲法四一条の国会は「国権の最高機関」であるという部分に法的意味が認められる」というものである(高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一二七—一三〇頁および一三三頁、ならびに高橋和之「権力分立」大石眞・石川健治編『憲法の争点』二〇〇八年二二頁)。さらに、高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三四一—三四二頁も参照。

(20) 拙著『国民主権と法人理論——カレ・ド・マルベールと国家法人説のかかわり——』二〇一一年二六二頁、二六七—二六八頁および二九六—二九八頁。なお、カレ・ド・マルベールの合法国家論との関係で、「カレ・ド・マルベールの *Etat de droit* と *Etat legal* の区別は、行政権の許容される発動範囲に着目したものであり、立法事項の広狭を基準とするものではない」(毛利・前掲書註(4)、二二九頁) という毛利の指摘が正鵠を得たものであることについては、前掲拙著註(20)、二九七—二九八頁参照。

(21) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、四三頁および三六四頁。

(22) 大石眞『憲法秩序への展望』二〇〇八年二七六頁(野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ 第5版』二〇一二年一七二—一七三頁(高橋執筆) 参照)。習律の具体的内容については、大石・前掲書註(22)、一七三頁参照。

(23) 例えば、植村勝慶「イギリスにおける庶民院解散権の廃止——連立政権と議会任期固定法の成立」本秀紀編『グローバル化時代における民主主義の変容と憲法学』二〇一六年参照。

(24) 本稿は裁判所を考察の対象としないが、「政治を担うのは、内閣のみではない。国会もコントロールの担い手として政治のアクターであるし、法の支配の中心的機関である裁判所さえ、法律を違憲と判断するときには、『阻止する権力』によって政治に参加するのである。日本国憲法の想定するメカニズムにおいては、政治は国会・内閣・裁判所の相互関係を通じて展開することが予定されている」(高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、九頁) ということらすれば、違憲立法審査権を付与された裁判所を純粋な法原理機関として位置づけることはできない。しかも、司法権とそれを付与された裁判所とは別であり、わが国の憲法学界は国家権力の担い手としての裁判所に対してあまりにも無防備ではないか。

(25) 高橋和之「日本国憲法は『合意形成型』と適合的か——高見教授の批判への応答——」岡田信弘・笹田栄司・長谷部恭男

編(高見勝利先生古稀記念)『憲法の基底と憲法理論』二〇一五年三三二頁。

(26) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三三二頁。

(27) Cf. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, 1920 (rééd., 1962. 同書は二〇〇四年にも復刊されたが、本稿は一九六二年版を用いた), pp.258-260 note 1.

(28) このような意味における執政説は、「実定法による一般的・抽象的な規律になじまない活動、あるいは、法定立の性格を有しない統治政策の立案・見直し」という意味での執政に力点を置く系統(阪本・前掲論文註(18)、二〇六―二〇七頁、二二一頁、二五七―二五八頁および二六一頁)と、行政各部が担う行政活動に力点を置く系統(中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ——法律の留保論の多様性、およびアメリカ行政法における法律の留保について——」神戸法学年報一四号一九九八年一五四―一六六頁)とに分けることができる。なお、独立行政委員会の問題は同条の行政権の定義とは別の問題として考えるべきであるというのが本稿の立場である。

(29) その際、強化されるのは行政権ではなく行政府であるということが前提である(初宿正典『日独比較憲法学研究の論点』二〇一五年四七五頁註(38) 参照)。なお、本稿は内閣総理大臣の強化も含めた内閣の内部関係は対象としない。これらの点については、上田健介『首相権限と憲法』二〇一三年一六一―二九〇頁参照。

(30) 佐藤・前掲書註(2)、七〇頁および七四頁。佐藤が、内閣は、アメリカにおける大統領(松井茂記『アメリカ憲法入門』[第7版]』二〇一二年一四七―一四八頁参照)のように、法律を自ら執行するのではなく「行政各部に……執行させる」(佐藤・前掲書註(2)、七五頁および二二三頁、ならびに佐藤幸治『日本国憲法論』二〇一一年四八〇頁)としてしていることから、毛利透は、佐藤説を、執政の主体としての内閣と法律を執行する主体としての行政各部とを分離してしまうと批判する(毛利・前掲書註(4)、三四〇―三四二頁)。このような批判に対する佐藤説の立場からの反論については、上田・前掲書註(29)、三三四―三三八頁参照。佐藤もこの反論を支持している(佐藤・前掲書註(30)、四八一―四八二頁)。

(31) たとえ六五条の行政権を形式的に定義してもそうであり、その場合には、実質的意味の行政権を形式的に定義するということがある。

(32) これらは欧米における執行権の概念に政治・統治の要素が含まれていることを前提としている(その際、執行権と執行府の権限とが意識的に区別されているのか大いに疑問である)が、このことは、特定の論者の特定の著作を挙げることなく、ある意味では当然であり(挙げられる論者と著作との数が多ければ多いほど、当然ということに、さらにいえば、陳腐な主張ということになる(独仏における執行権の伝統的概念を知るには、R. Carré de Malberg, *supra note* (27), pp. 463-474 が便利である)、重要なのは、このことをどのように国民主権に立脚する日本国憲法の解釈に反映させるかである。なお、フランス第五共和制憲法の規定する半大統領制においては、大統領が名目化していないことから、大統領が régner と gouverner の一部とを、内閣総理大臣が gouverner の一部と administrer とを、それぞれを担当するようになる(例えば、cf. Marcel Prélot et Jean Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11^e éd., 1991, pp. 646-647 et 735-737 ; Dmitri Georges Lavroff, *Le système politique français*, 5^e éd., 1991, pp. 463-464; Jean-Louis Quermonne et Dominique Chagnollaude, *Le gouvernement de la France sous la V^e République*, 4^e éd., 1991, pp. 57-58)。このうち、わが国の憲法学界においては、gouverner と administrer の区別に急なあまり、一部の例外を除いて、régner が議論の視野に入っていない。

(33) もっとも、行政法学からすれば、「憲法学からの関心は執政の観念を析出することであって、執政を取り除いたあとの行政の定義には関心が無い。控除説に対する批判は重ねられても、新たな積極説が提示されているわけではない。……積極的定義がなされない限り、控除説は論理上無傷のまま存続する」のであり、「執政の観念の析出は控除説そのものを否定するものではない」(塩野宏『法治主義の諸相』二〇〇一年三〇頁)。

(34) このような雑居性を典型的に示しているのは伊藤正己『憲法 第三版』一九九五年五一―五二―五三頁であろう。

(35) 入江俊郎「解散と憲法の規定」同『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題』一九七六年(初出は、一九四九年)四九六頁。

(36) 金森国務大臣によれば、「衆議院を解散致します行為は……立法、司法以外の執行権の範囲に属する」、また、解散「の実体を決めますのは、行政権の所管になる」清水伸編著『逐条日本国憲法審議録「増訂版」第三巻』一九七六年一九八頁。「執行権」の意味については、二八一頁参照。

(37) 小嶋和司「解散権議論について——既成憲法学の盲点をつく——」同『憲法と統治機構』一九八八年(初出は、一九五二

年) 八四頁。

- (38) 小嶋によれば(小嶋和司『憲法学講話』一九八二年一六四頁)、直接六五条説を批判の対象としたのは「権力分立と衆議院解散権」一九六七年である(とくに、同・前掲書註(37)、一四二―一四五頁)。
- (39) 小嶋和司「権力分立」同・前掲書註(37)、二四二―二四二頁。
- (40) 佐藤・前掲論文註(9)、二二三頁。
- (41) とくに、佐藤功『憲法下「新版」』一九八四年八一〇―八一二頁参照。
- (42) 佐藤・前掲論文註(9)、二二三頁。
- (43) 小嶋和司『憲法概説』一九八七年四三七頁註(2)。控除の対象を形式的意味の立法作用とした場合、実は、次のような不都合が生じる。すなわち、政令制定権(七三条六号)は憲法によって内閣の権限とされており、形式的意味の立法権ではなく、「限定的控除説」によれば控除されない、控除されないということは、実質的意味の行政権ということになる。しかし、四一条の「立法」の定義しだいで、政令制定権は実質的意味の立法権であると同時に実質的意味の行政権ということになる。
- (44) その結果、六五条の実質的意味の行政権の範囲と形式的意味のそれとの間には大きなズレが存在し、国会による内閣の責任追及に関する六六条三項の行政権は範囲の広い後者に解すべきであるが、小嶋は「本来の意味の」行政権といたうえで、同条項は「内閣が……本来の意味の行政権の行使以外に責任を負わぬ趣旨ではない」という(小嶋和司「内閣の職務と責任」同・前掲書註(37)、三五七頁)。それに対して、たとえ六五条の行政権を法律の執行に限定しなくても、六六条三項の行政権は範囲の広い形式的意味の行政権に解するべきである(佐藤・前掲書註(30)、五〇四頁、辻村みよ子『憲法 第5版』二〇一六年四二二頁、および渋谷秀樹『憲法 第2版』二〇一三年六一九頁など)。
- (45) 小嶋・前掲論文註(39)、二二〇―二二二頁参照。
- (46) 阪本・前掲論文註(18)、二四六頁。
- (47) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』)、三四二頁。
- (48) 「限定的控除説」を前提とする限り七三条二号ないし五号を六五条の行政権に含めることはできないはずであるが、この

点佐藤は、「六五条の『行政権』の意味を問うことは、七三条との関係を問うことでもある」(佐藤・前掲書註(30)、四七九頁)といいつつ、曖昧である(同・前掲書註(2)、二二五頁参照)。ただし、同・前掲論文註(9)、二一九頁は肯定的に読まざるをえないであろう。いずれにしても、六五条と七三条の關係に關するこれまでの議論の對象は重複する部分であったが、阪本昌成は、六五条は実体としての作用を分配するのではなく、いわば器を設定するにとどまり(「権限帰属先の同定規定」)、その内実を充填するのは七三条(「権限付与の規定」)であるという新しい解釈を提示する。この解釈によれば、「権限帰属先の同定規定」と「権限付与の規定」とを分離するのは、憲法制定者がこれらの規定の對象を「最も危険な統治部門」とみなして、「権限付与の規定」によってその権限を限定するためである。もともと、阪本によれば、日本国憲法の場合、七三条に「『国務を総理すること』、『外交關係を處理すること』等の概括条項を置いた關係で、このねらいは成功していない」(阪本昌成『権力分立』二〇一六年一二五—一四五頁)。また、この解釈は、議會主權の克服を目指したフランス第五共和制憲法にも当てはまるように思われ、「権限付与の規定」に当たるのが法律事項を列挙した三四条であろうが、「権限帰属先の同定規定」は存在しない。

(49) 高橋・前掲書註(7、『現代立憲主義の制度構想』)、一二—一三頁。

(50) 佐藤は、「行政権者がなしていることまたはすべきことをすべて法律の執行で説明すること」「に」はどうしても無理があるように思える」(佐藤・前掲書註(30)、四八一頁)というが、このことは法律執行説に対する批判にはならない。というのは、法律執行説も、あまりも当然であるが、形式的意味の行政権の存在を否定しないからである。

(51) このような解釈はすでに長谷部恭男によって示唆されている(水島朝穂・石川健治・蟻川恒正・長谷部恭男「国民主權、議會、地方自治」『討論』法律時報六九卷六号一九九七年二七頁(長谷部発言))が、長谷部がその後国務の総理を六五条の行政権の中に取り込んでいるか否かは微妙である(長谷部恭男『憲法 第6版』二〇一四年三七五—三七七頁参照)。また、このような解釈においては「法律を誠実に執行」することは確認規定になるのとかというところ、「誠実執行条項」との關係で必ずしもそうとはいえない(「誠実執行条項」については、駒村圭吾『権力分立の諸相』一九九九年二三七—二四八頁、および駒村圭吾「内閣の行政権と行政委員会」大石他編・前掲書註(19)、二二八—二三一頁参照)。

- (52) それに対して、佐藤説以外の執政説が六五条の行政権を「国家の対国民作用」への限定から解放するとすれば、同条の行政権に解散権が含まれる可能性が生じ、六五条説を否定することが困難になるということ忘れてはならない。なお、解散権の帰属主体に関する上田健介の次のような指摘は興味深い。すなわち上田によれば、一方で、「内閣総理大臣」は「内閣存立の基礎であり」、他方で、「衆議院の解散は、内閣総辞職を必然的に導く、内閣の組織の根幹にかかわる行為である」ことから、「解散権は内閣総理大臣の権限であるという習律が成立している」ことはうなずける（上田・前掲書註(29)、一六八頁）。この指摘には、内閣総理大臣の解散権を憲法構造から導き出すことができる可能性が秘められているように思えるが、このような憲法構造のみでは、解散権の帰属主体を内閣総理大臣とする決め手としてはやや弱いのではないか。もっとも、彼が主張しているのは、「解散権は内閣総理大臣の権限であるという習律が成立している」ということまでであるが、解散権が内閣に帰属することの根拠について、彼がどのような立場に立っているのかは明らかではない（同「衆議院解散権の根拠と限界」大石他編・前掲書註(19)、二四二―二四三頁参照）。
- (53) 小嶋は、「国務を総理すること」とは立法や司法に関する「決定にいたらない調整的配慮」である（小嶋・前掲書註(43)、四四二頁）というが、この「調整的配慮」（傍点は引用者（ただし、ここ以外は原著者））に解散権を含めることはできないであらうか。
- (54) 芹沢齊・市川正人・坂口正二郎編『新基本コンメンタール 憲法』二〇一一年三六九頁（毛利透執筆）、および毛利・前掲書註(4)、二二二頁。
- (55) 西村・前掲書註(10)、一六二頁。
- (56) 同右・一六七頁。「機関構造に適した権限配分を通じて機関間の円滑な協働関係を構築し、もって国家任務の適正な遂行を実現する」（六二二頁）ともいわれる。
- (57) 西村は機能という用語を多用するが、彼のいう機能は作用と同義のようである（同右・一五八頁など参照）ので、本稿は作用という用語に統一する。
- (58) 同右・二二四頁（四頁も同頁）。

(59) 同右・一五八頁。

(60) Cf. Charles Eisemann, “L’Esprit des lois” et la séparation des pouvoirs” in *Mélanges R. Carré de Malberg*, 1933 (現在は ‘Le même, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, 2002 に所収)。同論文の枠組みをフランス憲法史に適用したのが Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, 1973 (rééd., 1980 et 2014) 及び (cf. Olivier Beaud, “M. Troper et la séparation des pouvoirs”, *Droits*, 2003 ; Christophe Alonso, *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, 2015, pp.183-198)。なお、フランスにおいて厳格分離型の権力分立論 (cf. Mauro Barberis, “La séparation des pouvoirs” in Michel Troper et Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. I, 2012, p.718) が流布する原因を作ったもの一つは Léon Duguit, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, 1893 である。もともと、デュギーはモンテスキューを厳格分離型の権力分立論者とは理解しないが (cf. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. II, 1928, pp.665-666)。

(61) 同右・一六四頁。

(62) 同右・一六七頁。その際、抑制均衡と分業または協働とは「同義」である (二〇〇頁) というように、西村において、分業と協働が明確に区別されていない。しかし、両者は異なる組織原理であり、オーリウによれば、分業によって効率が、協働 (＝均衡) によって自由が、それぞれもたらされる (拙著『法人・制度体・国家——オーリウにおける法理論と国家的なものを求めて——』二〇一五年二一〇頁)。このようなオーリウの立場は、すでに述べた、自由の保障をもたらす分離の側面と国務の効率的遂行をもたらす抑制均衡の側面という西村の立場と逆になるが、このような相違が生じる原因は力点をオーリウが機関に、西村が作用に、それぞれ置いているからであろうか。

(63) 西村・前掲書註(10)、七頁。

(64) 同右・一六八頁および二〇四頁。

(65) 同右・二四四頁。

(66) 例えば、内閣の法案提出権について、西村は、法律案が日本国憲法七二条の「議案」に含まれる根拠を、「日本国憲法が

国会と内閣の協働を……『要請』していること」に求める（同右・二二九頁）。これは、機能的権力分立論を前提とした協働執政理論を決め手として内閣の法案提出権を認めるということであるが、このような方法は解釈論としては邪道であるといわざるをえない。というのは、「精密使用に耐える剃刀ではなく、重量感でのみ勝負しようという大型鈍刀・マサカリのようなもの」（小嶋和司「主権論」おぼえがき〈その一〉）同・前掲書註(37)、四三頁）という点で権力分立は主権と同じであるからであり、その結果、「『権力分立』のみを決め手にする解釈論は、避けなければならない」（同・前掲論文註(39)、一四五頁）。また、このような解釈論は権力分立の多義性（例えば、cf. Ch.Alonso, *supra* note (60), pp.60-63）という点からも回避すべきである。法律案が同条の「議案」に含まれることは、内閣法の制定も含めた同憲法の成立過程から容易に論証可能であり（マッカーサー草案については、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』一九七二年二八九頁、日本国憲法の制定については、清水編著・前掲書註(36)、三五九―三六〇頁、内閣法の制定については、大石・前掲書註(22)、二二九頁、二四三頁、二四八頁、二五二頁、二五四頁および二六一頁、それぞれを参照。さらに、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅲ』一九九八年二三五頁（中村執筆）も参照）、解釈論としては、機能的権力分立論を前提とした協働執政理論はこのような論証の結果を補強するものとして位置づけるべきであろう。したがって、本稿は内閣法五条の「内閣提出の法律案」は同憲法七二条の「議案」を具体化したものであり、前者は後者の確認規定であるという立場に立つが、創設規定であるという理解も含めて詳しくは、奥村公輔『立法手続と権力分立』二〇一六年二一五―二一八頁参照。

(67) 阪本昌成「行政権の概念」大石他編・前掲書註(51)、二二三頁。それ故、西村は中立権あるいは調整権を議論の対象としないのであろうか。いずれにしても確かに、現存する国家に執政的なものが存在することは否定できない。しかし、執政的なものは君主制と共和制では異なるのではないか。すなわち、君主制においては、それが絶対君主制であろうと制限君主制であろうと、執政的なものは君主という自然人によって体现され、その意味で静態的で実体的であるのに対して、共和制においては、機関の活動によって形成される動態的で機能的なものともみるべきであろう。そして、後者において権力分立の対象となるのは、機関の活動（＝作用）であって執政的なものではない（後者において執政的なものを実体的なものと考えても、重要なのはその存在ではなく、その分配である）。

- (68) 山元一『現代フランス憲法理論』二〇一四年六三二頁。
- (69) 上田・前掲書註(29)、四〇三頁註(5)。
- (70) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一二六―一二七頁。
- (71) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三二二―三二三頁註(3)および(4)参照。
- (72) 同右・三一〇頁。高橋は自然法として、一七・八世紀啓蒙期の古典的自然法論のいう自然法を想定しているようである。古典的自然法論とカトリック思想に立脚した伝統的自然法論との相違については、前掲拙著註(62)、第一章第一節三（とくに、註(77)）参照。
- (73) 高橋和之「権力分立論再訪」初宿正典・米沢広一・松井茂記・市川正人・土井真一編（佐藤幸治先生古稀記念論文集）『国民主権と法の支配「上巻」』二〇〇八年五頁。
- (74) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一九頁。
- (75) 阪本・前掲論文註(18)、二二八頁。
- (76) 例えば、高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、三三九頁註(4)、および同・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一一頁参照。
- (77) 小嶋・前掲書註(39)、二四二頁。小嶋によれば、権力分立の対象である「国家の対国民作用」以外の国家作用としては、「純粹に政治組織上のもの」だけでなく、外交作用に加えて「対内関係でも、直接国民への能動的支配作用たる意味をもたぬ国家作用」（財政作用や行政組織に関する作用など）があるが、高橋は最後者をほとんど議論の対象としない。
- (78) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三二七―三二八頁。
- (79) 同右・三二九頁。
- (80) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一二五頁。
- (81) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三四〇頁。
- (82) 同右・三四一―三四二頁。

(83) 小嶋・前掲論文註(39)、二二〇—二二一頁参照。

(84) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三四二頁。さらに、同・前掲書註(7、『現代立憲主義の制度構想』、一二九—一三〇頁も参照)。

(85) 「抑制・均衡関係を形成するのは、機関としての権力であり、「そ」の権限は、『立法』権や『行政』権とは異なる」。そして、抑制・均衡のための権限と組織「のあり方に応じて、立憲君主制・大統領制・議院内閣制などの制度類型が区別される」(高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三三八—三三九頁)。ここで問題となっている抑制・均衡のための権限が組織上の関係における権限であることは明らかであるとともに、立憲君主制と大統領制・議院内閣制とが同じ次元で区別されていることは「正しい法の制定」∥「政治の領域」と組織上の関係とが意識的に区別されていないことを示唆しているといえるのではないか。また高橋が、「法の支配を実現するためには、政治領域の活動は、法の言語へと翻訳されねばならない」(同・前掲書註(7、『現代立憲主義の制度構想』、九七頁)というとき、「法の言語」が「法の忠実な執行」∥「法の領域」を意味することから、この「翻訳」は「法の忠実な執行」∥「法の領域」と「正しい法の制定」∥「政治の領域」とを別系統とするという出発点に反するであろう。以上は「民主権モデル」が前提であるが、では、「立憲君主政モデル」における立法機関と執行機関の関係は、「正しい法の制定」∥「政治の領域」における権限分配と組織上の関係におけるそれとによって二重に規定されるのであろうか。この問いに対する答えは、モンテスキューが権力分立論において組織上の関係(における権限分配)を想定してたか否かの理解にかかっている。この点、高橋が肯定的である(同・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三一六頁)のに対して、阪本昌成は否定的(「モンテスキューの盲点」である(阪本・前掲論文註(18)、二四七—二四八頁)であるが、本稿はこの点には踏み込まない。なお、高橋は「法の忠実な執行」と「正しい法の制定」を権力分立のフランス型とイギリス型という形で一般化している(高橋・前掲論文註(73)、二〇—二九頁参照)。

(86) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三七六頁)。

(87) 同右・三六八頁。

(88) 高橋・前掲書註(7、『現代立憲主義の制度構想』、八五頁)。

日本国憲法における権限分配上の関係と組織上の関係(時本)

- (89) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三六七頁。
- (90) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、六九頁註(3)。
- (91) 同右・一三頁。
- (92) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三六六頁。
- (93) 同右・三六六頁。樋口の枠組みについては、樋口陽一『現代民主主義の憲法思想』一九七七年二〇三―二三〇頁参照。
- (94) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、四〇頁註(24)。なお、高橋によれば、責任本質説と均衡本質説は「政治を『決定―執行』図式で捉えるか、『統治―コントロール』図式で捉えるかと密接に関連している」（同・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、九八頁）。
- (95) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、九九頁。
- (96) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三九四頁。
- (97) 同右・三九三頁。
- (98) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、七註(3)、および同・前掲論文註(25)、三三三頁。オーリウのいう少数派権力と多数派権力については、前掲拙著註(62)、三三〇―三三二頁参照。
- (99) 高橋和之『現代憲法理論の源流』一九八七年iii―iv頁参照。
- (100) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一一頁。
- (101) 同右・九頁。
- (102) 高橋によれば、「オーリウ研究の若干の成果は目に見えぬ所に反映されている」（高橋・前掲書註(99)、v頁）とのことであるが、「オーリウ研究の若干の成果」として、三四八―三六三頁参照。また、オーリウの多元的主権論と状態としての国民主権については、前掲拙著註(62)、第三章第一節三および三九九―四〇〇頁参照。
- (103) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一三四頁。
- (104) 一方で、権力分立の対象である立法は对人的作用のみを対象とし、他方で、高橋は法律を形式的に定義する（高橋和之

『立憲主義と日本国憲法 第3版』二〇一三年三四六頁)ので、立法ではない法律が存在することになる。日本国憲法における立法と法律の関係については、他のありうる場合も含めて、同・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三四三—三五四頁参照。

(105) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、六三頁。

(106) 同右・六六頁。高橋は、「直面している最大の問題がポピュリズム的政治であるというなら……、代表者により大きな自律性を許容する媒介民主政的運用をめざすことも、選択としてありえよう」という(高橋・前掲論文註(25)、三三九頁)。なお、国民内閣制論に対するもつとも徹底した批判は、高見勝利『現代日本の議会政と憲法』二〇〇八年五三—八三頁であろう。

(107) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、四三頁。

(108) 「憲法習律」という概念を用いる(深瀬忠一「衆議院の解散——比較憲法史的考察」宮澤俊儀先生還暦記念『日本国憲法体系(4)』一九六二年一二九頁)か否かはともかく、内閣の解散権に何らかの制約を付そうとするのが主流の考え方(芦部信喜『憲法 新版補訂版』一九九九年一九九頁、および佐藤・前掲書註(30)、四七九頁など参照)であろう。

(109) 同条の成り立ちについては、ごく簡単ではあるが、拙稿「日本国憲法70条の精察」龍谷大学社会学部紀要一四号一九九九年三九頁参照。

(110) 小嶋和司「憲法の規定する統治機構——はたして議院内閣制か——」同・前掲書註(37)、三七三頁。

(111) 議院内閣制のモデルとして、ここでは、主として一元型と二元型が念頭に置かれているが、議院内閣制の類型化の一つとして樋口陽一によって提示された責任本質説と均衡本質説(樋口陽一「議院内閣制の概念」小嶋和司編『憲法の争点(新版)』一九八五年)は現在でも大きな影響力を有する。この類型論においてこれまで注目されてきたのは、責任本質説に立脚した場合における議院内閣制と会議制(議会支配制・議会統治制などともいう)の相違である。ところが、均衡本質説に立脚した場合、高橋のいう「均衡型議院内閣制」も解散権論争における六九条限定説の下での議院内閣制とともに議院内閣制ということになり、均衡本質説においては内閣による解散権行使の裁量の度合は反映されないことになる(均衡が幅のある概念である可能性については、前掲拙著註(62)、三八四頁参照)。この点、大石眞による対抗的解散と裁量的解散の区別(大石眞『立憲民

主制』一九九六年一九八—二〇二頁、および大石眞『憲法講義Ⅰ 第3版』二〇一四年一一八頁参照）は有意味であろう。なお、長谷部恭男は議院内閣制の本質と議院内閣制を他の政治体制から区別するその標識とを意識的に区別する（長谷部・前掲書註(51)、三七〇—三七四頁参照）。

(112) 大石・前掲書註(111)、『立憲民主制』、一九九頁。

(113) 第一回解散前後にさまざまなルートから得られた連合国総司令部の日本国憲法の規定する解散制度に関する見解については、佐藤達夫「解散権論議の回想」ジュリスト二二七号一九六一年参照。その中で、「第六九条の場合でも、内閣が解散するのではない。衆議院がみずから解散するのである。……衆議院は、それ自身の不信任案可決または信任案否決という行為の効果として解散となるのである」（一四—一五頁）というケイデイスの見解は、すでにふれたイギリスの二〇一一年議会任期固定法との関係で大変興味深い。

(114) 拙稿「日本国憲法の規定する国会と内閣の関係(一)——六八条一項但書をてがかりにして——」法学論叢一三九卷三号一九九六年六六—六九頁、および大石・前掲書註(22)、一九二頁参照。

(115) 高柳他編著・前掲書註(66)、一三一頁。さらに、原秀成『日本国憲法制定の系譜Ⅱ』二〇〇五年五四〇—五四五頁も参照。

(116) 前掲拙稿註(114)、六三—六六頁参照。

(117) なお、内閣を国会に強く従属させるという日本国憲法の枠組みは、「解散権行使を限定して議会優位を確保しようとした『第二次世界』大戦直後の西欧型憲法の傾向」に属するという捉え方（樋口・前掲論文註(111)、一八三頁）については、それに与する論者が存在する（杉原泰雄・只野雅人『憲法と議会制度』二〇〇七年一四三—一四四頁（只野執筆））が、必ずしもそうとはいえない（前掲拙稿註(114)、六一—六二頁参照）。なお、このような枠組みの背後には、次のような「天皇制の影」が存在することを看過してはならない。すなわち、「日本国憲法が要求する民主制は、国政に民意を反映させるといふ目的を有するのみではなく、選挙人団↓国会↓内閣↓天皇という回路を通して、最終的に天皇を民主的に統制する手段でもある」（前掲拙稿註(114)、六五頁）。

(118) 日本側は「憲法起草のときから「衆議院の解散には」別段の制限はないものと考えてた」（佐藤・前掲論文註(113)、一四

頁)。

(119) 成田憲彦「日本国憲法と国会」内田健三・金原左門・古屋哲夫編『日本議事会史録4』一九九〇年六〇—六三頁、および高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程Ⅱ』一九七二年一九五頁。

(120) 清水編著・前掲書註(36)、四四—六一頁参照。ただし、土井真一『国権の最高機関』論の再検討』法学論叢一四八巻五・六号二〇〇一年三〇三頁参照。

(121) 大石眞『日本憲法史』第2版』二〇〇五年三六二—三六四頁。

(122) このような主張は、支配的学説の内部において、一方で控除説と軌を一にするが、他方で厳格分離型の権力分立論によって国会に権限を確保しようとするのと矛盾する。支配的学説の問題点の一つはこのような一貫性の欠如であるが、ここでこれらの点について踏み込むことはできない。

(123) 高見勝利『芦部憲法学を読む』二〇〇四年一〇三頁。

(124) 大石・前掲書註(11)、『憲法講義Ⅰ 第3版』、一三〇頁。憲法上どの機関に属するか明らかではない権限は国会に属すると推定することは、「権限」にかかわるので、単純な控除説の立場に立つ限り、国会は「国権の最高機関」であるという規定の法的意味として認めることはできない。したがって、清宮四郎のそれを認める政治的美称説と単純な控除説(清宮四郎『憲法Ⅰ』第三版』一九七九年二〇三頁および三〇〇—三〇一頁)とは矛盾するといわざるをえない(ただし、野中他・前掲書註(22)、七二頁(高見執筆)。その際、清宮は国法の執行から司法を除いたものを行政とすることから一種の限定的控除説に立脚しているという理解(中川丈久「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察——権力分立の捉え方について——」小早川光郎・宇賀克也編(塩野宏先生古稀記念)『行政法の発展と変革(上)』二〇〇一年三四二頁)があるが、彼が七三条の諸権限を六五条の行政権に含める(清宮・前掲書註(124)、三三二頁)ことからすれば、このような理解には賛成できない)。

(125) 宮澤俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』一九七八年三三八頁。

(126) 長谷部・前掲書註(51)、九六頁。

(127) さらに、前掲拙著註(62)、四一〇頁註(68)も参照。このような理解においては、機関が作用を支配するという意味で「法

の領域」Ⅱ権限分配上の関係と「政治の領域」Ⅱ組織上の関係とを分離することができないのであり、分離することができない結果として結びついているといっても、国家作用の定義と機関への分配とに未確定の部分があるのでこの部分は権限分配の関係性Ⅱ抑制と均衡によって補完されなければならないという意味で「国家作用の観念確定と抑制・均衡法理の構想とは相補的な関係にある」（駒村圭吾『権力分立の諸相』一九九九年一一―一六頁）のとは異なる。後者において機関間の関係を規定するのは組織上の関係ではなく権限分配上の関係である。

財産上の負担を伴う表現行為の規制と「やむに已まれぬ利益」

——ニューヨーク州サムの息子法をめぐる違憲判決を中心に——

長谷川 貞 之

- 一 はじめに
- 二 犯罪人利得禁止法—サムの息子法の制定と展開
 - 1 サムの息子法の誕生—Berkowitz 事件
 - 2 Simon & Schuster 社事件とニューヨーク州サムの息子法の違憲判決
 - 3 Children of Bedford 事件とニューヨーク州サムの息子法違憲判決
- 三 サムの息子法に関する判例法理と「やむに已まれぬ利益」の衡量
 - 1 連邦最高裁判所の立場
 - 2 ニューヨーク州サムの息子法のその後

財産上の負担を伴う表現行為の規制と「やむに已まれぬ利益」(長谷川)

四七一(二四一三)

四 「やむに已まれぬ利益」と犯罪被害者補償制度

- 1 アメリカにおける犯罪被害者補償制度の現状
- 2 没収と犯罪被害者基金の財源
- 3 犯罪被害者の損害てん補―「やむに已まれぬ利益」の存否、出訴期限法との関係
- 五 サムの息子法による規制と表現の自由
 - 1 表現内容に基づく規制と内容に中立的な規制の二分論
 - 2 表現内容に基づく規制と「やむに已まれぬ利益」の審査基準
 - 3 規制目的の「やむに已まれぬ利益」と「狭く策定された」規制手段との関係

六 結 語

一 はじめに

被害者の保護を求める各国の法律は、疎外された被害者の地位の回復、被害者の支援・保護という観点から、被害者に刑事手続の各段階での情報の提供、刑事手続への参加などを保障するほか、被害者に財政上の援助を提供することも、その多くが共通の内容として定めている。アメリカ合衆国（以下、単に「アメリカ」という）においては、被害者に対する財政上の援助を提供する制度として、刑罰としての「被害弁償」(restitution)、「犯罪被害者補償」(victim compensation)のほかに、「サムの息子法」(Son of Sam Laws)による被害者への賠償が認められている。¹⁾ これら三つの制度は、その目的や適用範囲もそれぞれ異なり、相互の関係の考察は重要であるが、全体的な考察は別の機会に譲る

ことにして、本稿ではこのうちサムの息子法について検討を行うことにしたい。

サムの息子法とは、アメリカの各州や連邦において、個人や法人などの第三者が告発または有罪と認定された者と映画、書籍、雑誌などの表現形態により、犯罪の再現、犯罪についての犯罪者の考え方や感情を表現する契約を結ぶ場合に、その個人や法人は、契約上、犯罪の加害者または犯罪者に支払うべき金銭を、犯罪被害者委員会などを通じて第三者預託口座 (escrow account) に預け、その口座開設の日から五年以内に犯罪被害者が犯罪の加害者等に民事の損害賠償請求の訴えを提起し、勝訴判決を得たときは、その預託金から犯罪被害者に賠償金が支払われる (第三者預託口座開設の日から五年を経過して係属中の訴訟がないときは、預託金は本来受領すべき犯罪加害者等に返還される) という仕組みを定める法律の総称である。⁽²⁾ サムの息子法については、わが国においては二・三の紹介があるのみで、その詳細は余り知られていない。

アメリカの憲法学においては、表現の自由は最も重要な基本的権利と考えられており、言論の内容を理由に表現に制限を加えるとか、特定の表現活動に経済的負担を課すことは、後述するように、表現の自由を保障した合衆国憲法修正第一条 (First Amendment) に反すると考えられている。表現の自由を制限する方法としては、表現内容を理由に制限する規制 (表現内容の規制) の場合と、表現内容とは直接関係がない表現の時・場所・方法を制限する規制 (表現内容中立の規制) の場合とがある。表現内容の規制は憲法が禁止する検閲・事前規制に通じるものであり、表現される内容の適否でもってその表現を禁止することは、法的に許されない。そのような規制が許容されるためには、厳格な司法審査 (strict judicial scrutiny) が要請される。これに対し、表現の内容中立的な規制は、表現内容に着目することなく特定の表現行為を規制するものであり、表現の自由に対する制限は間接的であるから、表現内容の規制ほ

ど厳格な司法審査に服する必要はないといわれる。

サムの息子法が採用する著作等を通じた犯罪の再現によって得られる利益の享受の制限・剥奪については、現在、アメリカの連邦最高裁判所（以下、単に「連邦最高裁判所」という）が説く表現内容に基づく規制・内容中立的な規制の二分論を前提に、表現の自由を保障した合衆国憲法修正第一条の解釈を通じて、規制目的に是非とも実現したい州の利益、すなわち「やむに已まれぬ利益」(compelling interest) の存在を必要とし、その利益の実現を促進・達成するため、その規制手段は規制目的との関連で「狭く策定された」(narrowly tailored) ものであることが要求されている。現在、このような解釈理論を導くために、サムの息子法には厳格な司法審査の定式が普及している。

本稿は、サムの息子法が最初に導入されたニューヨーク州のサムの息子法を取り上げ、ニューヨーク州サムの息子法をめぐる連邦最高裁判決を検討することによって、サムの息子法に対する厳格な司法審査の意義、問題点を明らかにするとともに、併せて損害賠償との関係についても考察を加えることにしたい。

二 犯罪人利得禁止法—サムの息子法の制定と展開

1 サムの息子法の誕生—Berkowitz事件

まず、サムの息子法制定の契機となったBerkowitz事件を紹介し、サムの息子法制定の経緯をみておくこと⁽⁴⁾しよう。

一九七七年夏、ニューヨーク州で、無差別に女性を狙った連続殺傷事件が起こり、六人が殺害され、七人が傷害を

負う事態となった。犯人は、その後逮捕され、デービッド・バーコヴィッツ (David Berkowitz) という男であったが、犯行の中で「サムの子」(Son of Sam) と名乗り、犯行予告などをしてニューヨーク州の人々を震撼とさせた。この連続殺人事件について、バーコヴィッツは好奇的となり、その犯罪事実を出版物により公表して多額の収益(出版権の売却で約七、五〇〇ドル)をえる可能性が話題となった。

犯罪者が自分の犯罪について書いた著作や手記、収録されたビデオ、犯罪に関する逸話などは、一般人の関心も高く、よく売れる。バーコヴィッツの逮捕後、彼の犯罪に関する独占手記を買い求める出版社等のメディアが殺到し、購入希望価格は巨額なものとなった。大手の出版社であるマグローヒル (McGraw-Hill) 社からの申出額は二五万ドルであった。これを知った市民は、大いに憤慨し、公衆の怒りが湧きあがった。出版契約によって犯罪者と出版社は儲かるが、犯罪被害者やその遺族は出版によって再び忘れ難いことを思い出させられて、心の傷が癒されないことになる。ニューヨーク州議会は、世論の声を背景に、犯罪者が自己の犯罪から多大の利益を得る一方で、犯罪被害者が何の補償も与えられないという事態を憂慮し、一九七七年八月、大急ぎで法改正を行い、犯罪者利得禁止法 (Notoriety-for-profit statute) を制定した⁵⁾。同法は、犯罪で告発または有罪の認定をされた者が自己の犯罪で利益を得ることを阻止するとともに、犯罪で得た収益を被害者救済委員会が没収し、第三者保管の預託口座に預け入れて、それを犯罪被害者の賠償にあてるというものであった。犯人であるバーコヴィッツが「サムの子」(Son of Sam) と名乗ったことから、この犯罪者利得禁止法は、「サムの子法」(Son of Sam Law) とも呼ばれるようになった。

ニューヨーク州サムの子法 (N.Y. Exec. Law § 623-a) は、後に連邦最高裁判所から違憲の判決を受けて改正されることになるが、制定当時、次のような内容をもつ法律であった。

財産上の負担を伴う表現行為の規制と「やむに已まれぬ利益」(長谷川)

・ 犯罪者とその犯罪に関する実話をもとにした出版の契約をした者は、その契約の写しを犯罪被害者救済委員会に提出し、その契約に基づいて支払う金銭を同委員会に引き渡さなければならぬ。

・ 犯罪被害者救済委員会は、上記の金員を第三者預託口座に五年間、その犯罪の被害者に対する賠償金の支払いのために保管する。

・ 犯罪被害者は、第三者預託口座の開設の日から五年間、損害賠償を求める民事訴訟を犯罪者に対して提起することができない。その訴訟で勝訴判決を得た被害者は、預託金から直ちに賠償金の支払いを受けることができる。

・ 第三者預託口座の開設の日から五年を経過した時点で、損害賠償に係る民事訴訟が提起されない場合には、預託金の残金は犯罪者に返還される。

ニューヨーク州サムの息子法によれば、犯罪を再現し、犯罪者の「考え、感じ方、意見あるいは感情」を表現する映画、書籍、雑誌記事などの作成のために、被疑者や有罪認定を受けた者（犯罪者）と契約を結んだ者は、その契約書の写しを犯罪被害者委員会（Crime Victims Board）に提出し、その契約からえた収益を同委員会に譲渡しなければならぬ。犯罪被害者委員会は、受領した金銭を第三者預託口座に預け、その預託口座開設の日から五年以内に犯罪被害者が民事の損害賠償の訴えを提起し、犯罪者またはその代理人に支払いを命ずる勝訴判決が下された場合には、その預託金から犯罪被害者に賠償金が支払われることになる。

ニューヨーク州サムの息子法は、犯罪者に不当な収益を得させてはならないという目的をもって制定された法律であるが、法の定める手続を踏めば、犯罪被害者は出訴期限を徒過しても民事訴訟を提起することが可能であり、勝訴判決を得ることにより預託金から自動的に賠償を受けられるという点に特徴がある。また、州の犯罪被害者補償制度

にあるような、犯罪被害者が「深刻な財政上の危機にある」ことを要件としていない点も、この法律の特徴の一つである。

その後、連邦政府と他の州は、ニューヨーク州サムの息子法に倣い、同じような法律を制定して行った。連邦法としては、一九八四年に「犯罪被害者法」(Victims of Crime Act, 18 U.S.C. § 3681-82) が制定された。これは、州や地方の被害者支援プログラムを援助するために、犯罪被害者基金 (Crime Victims Fund) を創設するものであり、連邦犯罪に係る罰金、没収保釈保証金、刑罰付加金などを主な財源とするものであった。⁽⁶⁾ また、ニューヨーク州以外の他の州においても、犯罪者や有罪の宣告を受けた被告人が自分の犯行を著作や印刷物、メディアなど通じて公表し、収益を得ることを防止するため、ニューヨーク州サムの息子法と同様の法律〔収益のための悪名条項〕(notoriety-for-profit statute) と呼ばれる犯罪人利得禁止法) を設ける州が相次いだ。一九八〇年代後半までに、少なくとも約四二の州で「サムの息子法」またはそれに類似する法律が制定されている。⁽⁷⁾ 各州で制定されるサムの息子法は、立法趣旨はほぼ同じであるが、適用範囲やその要件・効果に幾分違いがみられる。⁽⁸⁾

2 Simon & Schuster 社事件とニューヨーク州サムの息子法の違憲判決

ニューヨーク州サムの息子法については、その後、別の事件を契機に、憲法違反であるとの挑戦を受けることになる。⁽⁹⁾ それが、Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board, 112 S. Ct. 501 (1991) である。⁽¹⁰⁾ この事件の概要は、以下のとおりである。

マフィアの構成員であったヘンリー・ヒル (Henry Hill) は、一九八〇年、麻薬売買の共同謀議の容疑で逮捕・起訴

されたが、司法取引に応じて、起訴を免れ、連邦証人保護プログラム (Federal witness protection program) による保護の下に、検察側の証人としてギャング組織の撲滅に協力することになった。これを知った出版社のサイモン&シュスター社 (Simon & Schuster, Inc.) は、一九五五年から一一歳で犯罪の人生を歩み始め、長年ギャングとして犯罪組織に関与してきたヒルの実生活を基にして、ニューヨーク市のギャング組織の内幕物を出版することを計画した。著名な出版ブローカーであるステアリング・ロード (Steering Lord) の仲介を通じて出版の依頼を受けたヒルは、一九八一年八月、内幕物を得意とする記者のニコラス・ピレッギ (Nicholas Pileggi) との間で、犯罪の情報提供者をヒル、その執筆者をピレッギとして、ヒルがこれまで関与してきた犯罪の内幕を実話書として執筆することに合意した。そして、同年九月、ヒルとピレッギ、およびロードは、サイモン&シュスター社との間で、同社から犯罪の内幕を描いた実話書を出版する契約を締結し、サイモン&シュスター社は二人に印税を支払うこと、ヒルに支払う印税等の一〇%が仲介代理人のロードに支払われることが取り交わされた。

それから数年を経て、一九八六年一月、サイモン&シュスター社より、ピレッギ著『ワイズガイ…マフィアの家族の生活 (WISEGUY: Life in a Mafia Family)』と題する犯罪実話書が出版された。この本の中で、ヒルが関与した贈収賄 (bribery)、暴行 (assault)、ゆすり (extortion)、窃盗 (theft)、強盗 (burglary)、放火 (arson)、麻薬取引 (drug dealing)、クレジットカード詐欺 (credit card fraud)、殺人 (murder) など犯行歴が記され、ケネディ国際空港のターミナルでルフトハンザ航空会社から現金五〇〇万ドルと数十万ドル相当の宝石を盗取したこと、ボストン大学のバスケットボール選手から賄賂を授受したことなどが暴露されると、この本はたちまちベストセラーとなり、サイモン&シュスター社は初版で約九万部を売り上げ、翌一九八七年二月には一〇〇万部以上のペーパーバックが出版された。¹¹⁾

犯罪実話書『ワイズガイ』の評判を耳にしたニューヨーク州犯罪被害者委員会は、一九八六年一月三十一日、サイモン&シュスター社に対し、上記の出版契約書の写しを同委員会に提出すべきこと、この出版契約に基づく著者らに対する印税等の支払いを一時凍結すべきことを要請し、サイモン&シュスター社はこの要請に従った。そして、翌一九八七年六月十五日、犯罪被害者委員会は、審査した結果、犯罪実話書『ワイズガイ』についてはニューヨーク州サムの子法が適用されるとの結論に達し、サイモン&シュスター社に対し、次のような決定通知を行った。『ワイズガイ』は、サムの子法にいう犯罪実話に該当する。従って、ヒルはすでに支払い済みの金額（九六、二五〇ドル）を、ヒルの仲介代理人は自らが報酬として受け取った金額（ヒルの取り分の一〇％）を引き渡すべきこと、また、サイモン&シュスター社は、今後、ヒルに支払うべき印税等をすべて犯罪被害者委員会に引渡し、すでにヒルに支払った約一〇億ドルについてヒルが同委員会に引き渡さなかった場合には、サイモン&シュスター社がその分を引き渡すべきことを命じた。この犯罪被害者委員会の決定に対してはサイモン&シュスター社に聴聞を受ける権利が与えられたが、同社はこの権利を行使しなかった。それから一ヶ月後の同年七月十五日、上記決定が確定し、執行されることになった。これに対し、サイモン&シュスター社は、ニューヨーク州サムの子法が合衆国憲法修正第一条に違反すると主張し、この決定の無効確認と執行停止および救済を求めて、ニューヨーク州南部地区の連邦地方裁判所に提訴した。

連邦地方裁判所は、一九八九年一〇月六日、州政府には犯罪被害者を救済するという「是非とも実現すべき利益」があり、そのために犯罪の著作から生じる収入の引渡しを認めても、そのこと自体、表現の自由を不当に抑圧するものではないと述べ、ニューヨーク州のサムの子法は合衆国憲法修正第一条に矛盾しない旨の判決を下し、サイモン

& シュスター社の訴えを退けた¹²⁾。これに対し、サイモン&シュスター社は控訴して争った。

連邦控訴裁判所は、一九九〇年一〇月三日、連邦地裁の判決を支持し、控訴を棄却する旨の判決を下した¹³⁾。連邦控訴判決によれば、犯罪者が被害者に損害を生じさせ、その賠償を必要とする場合において、被害者の救済のために犯罪の著作から生じる収入の引渡しを求めることは、州の「やむに已まれぬ利益」(compelling interest)である。サムの息子法は、その内容が被害者に関して著作の大半を占めるかどうかにかかわらず、犯罪被害者を描写する著作からの印税を犯罪被害者の救済のために優先的に弁済にあてるものであるが、これを認めても、犯罪者は犯罪について表現する自由を制限されるわけではなく、また、犯罪の著作から生じる収入のすべての引渡しが要求されるわけではない。サムの息子法は「狭く策定されて」(narrowly tailored)ており、「過度に包括的」(overinclusive)ではなく、合衆国憲法修正第一条に抵触しない、というのがその理由である¹⁴⁾。これに対し、サイモン&シュスター社より連邦最高裁判所に裁量上告の受理の申立てがなされた。

裁量上告は、当該事件が憲法問題または連邦法の問題を含むと考える場合には受理され、連邦最高裁判所で審理が行われる。本件事案について、連邦最高裁判所は、連邦政府および大部分の州が同様の目的のために類似する同種の法律を制定しており重要な問題を包含し、何度も繰り返し提訴される蓋然性が高いとの理由で、裁量上訴を受理した。連邦最高裁判所は、審理の結果、一九九一年一月一〇日、全員一致で、ニューヨーク州のサムの息子法は言論の自由を保障した合衆国憲法第一修正に違反し、連邦控訴裁判所の判決は破棄されると判示した¹⁵⁾。法廷意見を書いたオコナー (O'Connor) 判事は、その理由を、次のように述べている¹⁶⁾。

- (1) ある法律が言論の内容 (content of speech) を理由に言論者に財政的な負担 (financial burden) を課す場合、その

法律は合衆国憲法第一修正 (First Amendment) に違反すると推定される、と考えるのが確立した原理である。これは、言論の内容に基づいて差別することを政府に認める規制は合衆国憲法修正第一条のもとでは許容されない、という原則の一つの現れである。サムの息子法は、そのような内容に基づく法律である。

本件における言論者がヒルまたはサイモン&シユスター社のいずれであると考えるにせよ、サムの息子法は、表現活動 (expressive activity) から得られた収入 (income) に対して財政的な負担を課すものであり、特定の内容をもつ作品にのみ向けられている。財政的負担を課すいずれの形態も、発言に対する負のインセンティブ (disincentives) として機能する。

被害者救済委員会は、議会が特定の思想を抑圧する意図をもっている場合にのみ、差別的な財政的取扱いは合衆国憲法修正第一条のもとで疑わしいものとなると主張するが、この主張は正しくない。我々は長い間、適切な政府の関心に向けられた規制であっても、合衆国憲法修正第一条によって保障された権利の行使を不当に制限することがあり得ることを認めてきた。

被害者救済委員会は、サムの息子法はメディアに対する内容に基づく財政的な規制ではなく、犯罪者とその言論を伝達する旨の契約を締結した主体 (entity) に対して一般的な負担を課しているにすぎず、合衆国憲法修正第一条と矛盾しない、と主張する。しかし、この主張は、規定の論理構造および憲法的な理由から採用できない。

サムの息子法は、特定の内容をもつ作品の創作および出版に対して財政的な負のインセンティブを与える。このような差別的な取扱いを正当化するためには、その規制が是非とも実現すべき州の利益に資するものであり、かつ、その目的を達成するために限定的に規定されていることを、州は証明しなければならない。

(2) 州は、犯罪の被害者が犯罪の果実 (Fruits) より賠償を受けるということについて、また、犯罪の被害者が損害の回復を受ける前に、犯罪者が犯罪から利益 (profit) を得てはならないということを確認するために、是非とも実現すべき利益をもっている。しかし、賠償を加害者の犯罪に関する表現 (speech about the crime) に限定する場合には、この利益はたとえあつたとしても、僅かなものでしかない。

(3) 被害者が犯罪から得た収益 (proceeds) から賠償を受けるための手段として、サムの息子法は過度に包括的 (overinclusive) である。この法律は、犯罪についての著者の考え方や回想が表現されていれば、著作の直接的な主題とは関係なく、あるいは、付随的であるとしても、あらゆる主題の著作 (works on any subject) に適用されるからである。また、この法律にいう「ある犯罪で有罪の認定を受けた者 (person convicted of a crime)」の定義は広汎であるため、著者が実際に告訴され、あるいは、有罪判決を受けた否かに関わりなく、ある犯罪を行ったことを著作の中で認めた場合にも、この法律は適用される。これら二つのことが結びつくと、潜在的にはきわめて多くの著作に適用が及ぶことになる。例えば、マルコム X (Malcolm X) の『自伝 (Autobiography)』、H・ソロー (Henry D. Thoreau) の『市民的抵抗 (Civil Disobedience)』、聖アウグスチヌス (Saint Augustine) の『告白 (Confessions)』などの著作でさえ、サムの息子法の適用を受け、犯罪被害者委員会にその印税 (royalty) を寄託しなければならないことになる。以上のことから、犯罪の果実から被害者に賠償を与えるという州の利益は「やむに已まれぬ利益」ではあるが、サムの息子法はその目的を達成するために限定的に規定されていない。その結果、サムの息子法は、合衆国憲法修正第一条に違反することになる。

(法廷意見に同調する意見)

ブラックマン (Blackmun) 判事の同調意見… ニューヨーク州法は、「過度に包括的」(overinclusive)であったのと同様に、「過少に包摂的」(underinclusive)であり、この点について裁判所は言及すべきであった。⁽¹⁷⁾

ケネディー (Kennedy) 判事の同調意見… ニューヨーク州法は、書かれたことの内容を唯一の基準とし、著者および出版社に対していくつかの重大な制限を課している。規制される内容が合衆国憲法修正第一条によって完全に保護される場合には、このこと自体がこの法律を違憲と判断する完全かつ十分な理由となる。この法律が是非とも実現すべき州の利益を実現するために必要であり、その目的を達成するために限定的に規定されていることを、州が立証できるか否かを問題とする必要はない。言論の内容に基づく規制に是非とも実現すべき利益基準を適用しないことは、裁判所が繰り返し述べ、実践してきたことである。政府は、表現のメッセージ、その思想・主題、もしくはその内容を理由に表現を制限する権限を有していないということを、合衆国憲法修正第一条は意味している。⁽¹⁸⁾

3 Children of Bedford 事件とニューヨーク州サムの息子法違憲判決

次に、前述の Simon & Schuster 社事件の訴訟期間と時期が一部重なる部分もあるが、Simon & Schuster 判決（一九九一年）の趣旨に鑑みて、ニューヨーク州サムの息子法に関するニューヨーク州最高裁判所の合憲判決を取り消し、事件を同裁判所に差戻した Children of Bedford, Inc. v. Petromeliss, 541 N.Y.S. 2d 894 (Supp. 1989) を取り上げておこう。この事件の概要は、以下のとおりである。⁽¹⁹⁾

一九八〇年三月、名門女学校の校長ジーン・ハリス (Jean Harris) は、一四年間愛人関係にあった医師ハーマン・タルモバー (Herman Tarnower) を射殺した。射殺の理由は、タルモバーが、ハリスより若い女性と深い男女の関係

になったことが原因であった。ハリスは、この事件で逮捕され、殺人罪で懲役一五年ないし終身の実刑判決を受けた⁽²⁰⁾。ただし、ハリスは、一二年の服役後、一九九三年一月に仮釈放された。ハリスは、刑務所に服役中、出版社であるマクミラン (McMillan) 社から『二つの世界における見知らぬ人 (Stranger in Two Worlds)』と題する本を出版する契約を取り交わし、そこから得る印税を自分の税金と弁護士費用に充てたうえで、残りを非営利法人「ベッドフォードの子どもたち」(Children of Bedford, Inc.) に譲渡することにした。この非営利法人は、受刑中の女性たちの子どもたちの福祉を目的とする団体であり、ハリス自身が設立したものであった。

この出版の話聞きつけたニューヨーク州犯罪被害者委員会は、マクミラン社から出版に関する契約書の写しを提出してもらい、『二つの世界における見知らぬ人』がサムの子法にいう犯罪実話に該当するか否かを審査することにした。審査の結果、犯罪被害者委員会は、一九八七年一〇月二六日、この著作がサムの子法にいう犯罪実話に該当すると判断し、その旨の決定を通知した。これに対し、非営利法人「ベッドフォードの子どもたち」は、犯罪被害者委員会を相手取り、この決定の無効確認を求めて、ニューヨーク州地方裁判所 (Supreme Court, New York County) に訴えを提起した。

第一審のニューヨーク州地方裁判所は、一九八九年四月一二日、原告「ベッドフォードの子どもたち」の訴えを棄却した⁽²¹⁾。原告より控訴されたが、第二審のニューヨーク州控訴裁判所 (Supreme Court, Appellate Division) は、一九九〇年五月二四日、第一審の判決を支持し、控訴を棄却した⁽²²⁾。さらに、本事件は上級裁判所に上告されて争われた。上告審のニューヨーク州最高裁判所 (Court of Appeals of New York) は、一九九一年五月七日、控訴審判決と同様、本件著作がニューヨーク州のいわゆるサムの息子法の規定する犯罪実話に該当すること、サムの子法は自由な言論

の権利を侵害するものではないことを判示し、「ベッドフォードの子どもたち」の上告を退けた。⁽²³⁾

「ベッドフォードの子どもたち」は、ニューヨーク州のすべての裁判所で敗訴したことから、連邦最高裁判所に裁量上告の受理の申立てを行ったところ、これが受理され、本事件は連邦最高裁判所で審理されることになった。ちなみに、本事件について、ニューヨーク州最高裁判所の判決があつたのが一九九一年五月七日であり、それから約半年後の同年十二月一日に、連邦最高裁判所で前述のサイモン&シユスター社判決（一九九一年）が下されている。その意味では、本事件の審理は、サイモン&シユスター社判決（一九九一年）の影響からまったく無関係というわけでもない状況の下で行われたものといえる。

連邦最高裁判所は、一九九二年一月一三日、サイモン&シユスター社事件についての連邦最高裁判所の判決（一九九一年）の趣旨に鑑み、ニューヨーク州最高裁判所の判決を取り消し、本事件を同裁判所に差し戻す旨の判決を下した。⁽²⁴⁾ 差戻しを受けたニューヨーク州最高裁判所は、翌一九九二年四月三日、ニューヨーク州サムの息子法は合衆国憲法修正第一条に違反し無効であると述べ、犯罪被害者委員会の上記決定を取消す旨の判決を言い渡した。⁽²⁵⁾

三 サムの息子法に関する判例法理と「やむに已まれぬ利益」の衡量

1 連邦最高裁判所の立場

これまでの判例の検討を踏まえて、ニューヨーク州サムの子息法に対する連邦最高裁判所の立場および判例法理を確認しておこう。連邦最高裁判所は、サイモン&シユスター社判決（一九九一年）において、犯罪者や有罪の宣告を

受けた被告人にその犯罪に関する著作から得た収益を第三者預託口座に預託させ、それを犯罪被害者に分配するサム
の息子法が、表現の自由を保障した合衆国憲法修正第一条に違反すると判示した。同判決は、表現の内容に基づく規
制との類似性を強調し、厳格審査が適用されることが明らかにされた。その骨子は、次の点にある。

連邦最高裁判所は、前述したように、ニューヨーク州サムの息子法は合衆国憲法修正第一条が保障する表現の自由
のうち表現内容の規制に当たるとしたうえで、かかる規制に対しては「厳格な審査」が要求されるとし、それが合法
であるためには州政府の側で「やむに已まれぬ利益」の存在を立証しなければならず、その立証がなければ当該
規制は違憲を免れないとして、審理の結果、全員一致で、ニューヨーク州サムの息子法を違憲とした。オコナー判事
の執筆による法廷意見の要旨は、次の二点からなる。

まず、連邦最高裁判所は、ある法律が内容を理由に言論に制約を加える場合、その法律は合衆国憲法修正第一条に
違反すると推定されるのが確立した原理である。ニューヨーク州サムの息子法は表現の内容を理由に表現者に財政的
な負担を課す法律であるが、これにも表現内容の規制に関する厳格な審査基準が適用されるとした。

次に、連邦最高裁判所は、ニューヨーク州サムの息子法においては、同法にいう「ある犯罪で有罪の宣告を受けた
者」との文言が広すぎて、実際に有罪の宣告を受けた者以外の者も含まれることになり、著者が自己の犯罪について
僅かに触れた作品にも適用されるため、過度に広汎であるとした。

そのうえで、連邦最高裁判所は、犯罪の収益から被害者に賠償を行うことと犯罪者に犯罪で儲けさせてはならない
ことは、州において「やむに已まれぬ利益」であることは認められるが、賠償を犯人の犯罪に関する表現活動から生
じた収益に限定する場合は、この利益はたとえあったとしても僅かなものでしかなく、特定の内容の表現活動に制約

を加えることを正当化するものではないとした。ここでは、「やむに已まれぬ州の利益」という立法目的とその利益を実現すべき規制手段との比較衡量を通じて、規制手段が立法目的との関連で「狭く策定され」ているかどうかを審査する態度がみられる²⁶。

連邦最高裁判所は、このような厳格な司法審査の定式を示しながら、ニューヨーク州サムの息子法が、適用される人の範囲が犯罪の有罪宣告を受けた者以外の告発を受けたにすぎない者にまで及んでいる点で法律の適用範囲が「過度に広汎」であり、また、預託される金銭を犯罪者の犯行に係る著作の出版から生じた収益に限定している点で「過少に包摂的」であることを問題とした。

表現内容の規制は、政府による恣意的な制約の危険が常に大きくつきまとう。一方、表現の自由が果たす役割ないし機能を考えるならば、表現内容の規制に対しては、最も厳格な審査基準が要請される。表現内容の規制の場合、規制立法に対しては厳格な審査基準が適用され、その合憲性が判断される。これに対し、表現内容の中立の場合には、厳格な審査基準よりも緩やかに、より制限的でない他の選びうる手段の基準を用いて、規制立法の合憲性が判断されることになる。連邦最高裁判所は、本来、内容の中立的な規制であるサムの息子法に対して、これを「やむに已まれぬ利益」の衡量を通じた合憲性判断の司法審査を行うために、あえて表現内容の規制に準じた厳格審査を要請したようにも思えなくもない。

連邦最高裁判所の説くところによれば、表現の内容を理由に表現者に経済的負担を課す法律は、表現内容に対する規制の場合と同様に厳格な審査に付され、規制当局の側にやむに已まれぬ利益があるなど特段の事情がなければ、表現の自由を保障した合衆国憲法修正第一条に違反し、無効となる。また、「やむに已まれぬ利益」など特段の事情が

ある場合であっても、法律の定め方としては、その目的を達成するのに「狭く策定された」規制手段が必要とされるということになる。

2 ニューヨーク州サムの息子法のその後

連邦最高裁判所によりサムの子法を違憲と判断されたニューヨーク州議会は、その後、連邦最高裁判所で指摘した点を踏まえて、サムの子法の改正法案を作成し、一九九二年七月、議会で同法案を可決成立させ、知事の署名により法律改正を行っている²⁷。

一九九二年の改正法は、まず、従前の法律が「過度に包括的」であると指摘された批判を免れるために、犯罪および犯人の定義を狭いものとした。その結果、一九九二年の改正法では、同法にいう犯罪とは、刑法および州のその他の統一的法律の章に定められた重罪をいうと定義された。これは、従前の法律が有罪判決を受けた者だけでなく、告発を受けたにすぎない者も含むため漠然としていたとの批判に応えるものである。

次に、一九九二年の改正法は、犯罪の収益の定義を、前の法律よりも広いものとした。すなわち、一九九二年の改正法によれば、同法にいう犯罪の収益は、著作からえられる利益のみならず、被告人が犯罪により得た財産、またはその結果生じた所得（これらには犯罪の実行中またはその準備の過程で習得した知識を用いてえた資産が含まれる）を包含するものである。

ニューヨーク州サムの子法と同じような法律を有する他の州でも、サムの子法の改正を余儀なくされた。他州の子法の息子が、どのように連邦最高裁判所の指摘した違憲問題を回避し、有効な法律として将来の存続を図って

行ったのかは、ニューヨーク州の場合と同様に興味ある点である。その詳細は別の機会に譲るが、ここでは次の点を指摘しておきたい。それは、ニューヨーク州サムの息子法が違憲の判断を下されても、他の州におけるサムの息子法が違憲の挑戦を受けることはほとんど見られないということである。⁽²⁸⁾これが何を意味するのか。この点については、各州の実情を踏まえ、被害弁償や犯罪被害者補償制度で犯罪被害者の損害がどの程度でん補されているかを検討する必要がある。そのうえで、「やむに已まれぬ州の利益」の存否を明らかにして行くことが求められるといえよう。⁽²⁹⁾

四 「やむに已まれぬ利益」と犯罪被害者補償制度

1 アメリカにおける犯罪被害者補償制度の現状

アメリカは、世界の犯罪被害者対策をリードしてきた国の一つである。前述したように、犯罪被害者に対する公的補償制度は、被害者援助の最初期から存在する。それが「やむに已まれぬ州の利益」とどのように関わるのか。以下では、両者の関係を、アメリカにおける犯罪被害者補償制度の歴史的展開を振り返りながらみることにしよう。⁽³⁰⁾

まず、一九六五年に、カリフォルニア州で全米初の犯罪被害者補償プログラムが制定された。これを契機に、一九六〇年代半ば頃から各地で犯罪被害者の経済的な救済措置が図られるようになり、ニューヨーク州など幾つかの州においても同様の犯罪被害者補償プログラムが制定された。七〇年代初頭からは、犯罪被害者のための全国的な民間組織として「全米被害者支援機構」(National Organization for Victim Assistance [NOVA])などが設立され、これらが中心となり被害者の精神的援助と被害者の権利に対する認識の強化などを目指して、その活動の輪を全国に拡大して

行った⁽³¹⁾。また、警察や検察などの刑事司法機関の側においても、連邦法執行援助局 (Federal Law Enforcement Assistance Agency [LEAA]) が犯罪被害者のモデルプログラムを創設し、犯罪被害者への協力および検察の向上を図るために、地方検事局における犯罪被害者および証人プログラムに資金を提供するなどした。一九七七年には、既存の二二の犯罪被害者補償プログラムが、各州に対する情報提供や技術的な支援、および全国的な補償制度の創設を促進するために、「全米犯罪被害者補償委員会協会」 (National Association of Crime Victim Compensation Board) を設立した。さらに、八〇年代に入ると、刑事手続上の犯罪被害者の保護や法的地位の向上に力点が置かれるようになり、一九八二年には連邦裁判所における犯罪被害者および証人の公正な処遇を定めた「連邦被害者および証人保護法」 (Victim and Witness Protection Act) が制定された。

このような状況の中で、大きな転機となったのは、連邦政府がレーガン大統領の政権時代に設立された「犯罪被害者に関する大統領特別委員会」 (President's Task Force on Victims of Crime) の勧告を受け、本格的な犯罪被害者の対策に乗り出したことにある。具体的には、一九八三年、連邦司法省計画局内に「犯罪被害者対策室」 (Office for Victims of Crime [OVOC]) が設置され、専門家の育成、被害者の権利を擁護するためのモデル立法例の発案などを行う一方、翌一九八四年に、「犯罪被害者法」 (Victims of Crime Act [VOCA] 42 U.S.C. 10607(e)(2)) が制定され、州や地方の被害者支援プログラムを援助するため、犯罪被害者基金 (Crime Victims Fund) を創設したことが挙げられる。

この犯罪被害者基金は、犯罪被害者対策室 (OVOC) がその運営を司るが、基金総額および支給対象が大規模であること、国家予算に依存しない財源システムをもつ点が特色である。犯罪被害者基金の財源は、一般の税金を用いず、連邦法に違反した者から得た罰金 (42 U.S.C. § 10601(b)(1))、没収された保釈保証金 (42 U.S.C. § 10601(b)(3))、刑罰賦課

金 (42 U.S.C. § 10601(b)(1))、および自己の犯罪に関する事柄を公表することなどによって得られる利益の没収金 (42 U.S.C. § 10601(b)(4), 18 U.S.C. § 3681) が用いられる。犯罪被害者基金は、その一部が裁量的助成金として犯罪被害者対策室 (OVC) による独自のプログラムの開発・実施、および、その支援に活用されるほか、その九〇%以上は全米各州に配分されている。連邦から支出される補助金により、各州の犯罪被害者補償プログラムや被害者支援組織の財政的基盤が整備され、その活動が飛躍的に促進されることになった。ただ、犯罪被害者基金については、その財源の性質上、年度ごとの資金の調達額に大きな差があり、各州で安定した資金供給の方途を探る努力が必要と考えられている。犯罪被害者対策室 (OVC) は、配分される助成金について、受給資格や条件などに一定の基準を設けているものの、どのように被害者対策を展開して行くかは全面的に州当局に委任されている。州当局は、独自の申請手続を定め、助成対象を決定するうえで、また、継続的に助成するかどうかに関する条件を定めるうえで、大きな裁量権を有している。

補償の対象となる犯罪被害者は、性犯罪を含むすべての暴力犯罪の被害者である。被害者の配偶者や被扶養者も給付の対象となりうる。一九八八年に犯罪被害者法 (VOCA) が改正され、家庭内暴力の被害者および酒酔い運転による事故の被害者にも補償を行うことになった。補償の対象は、医療費、カウンセリングの費用、犯罪による傷害のために就労できなかった期間の損失賃金、殺人被害者の被扶養者の生活費、葬祭費などである。犯罪被害者が補償を受けるためには、警察に対する迅速な届出や捜査に対する協力など、幾つかの受給要件を満たしている必要がある。

犯罪被害者補償制度による補償は、いわゆる「最後の拠り所」と位置づけられるものである。労災などの保険給付や犯罪被害者からの賠償など損害がてん補される場合には、その限度において補償されない。犯罪被害者法 (VOCA)

の補助金の財源は、連邦犯罪の犯罪者の罰金、没収金が主なものである。各州の財源もまた、主に犯罪者からの罰金・没収金などにより賄われている。州の中には、一般財源との併用により運用がなされているところもあるが、財源は必ずしも潤沢ではない。そのため、支給される補償金には、ほとんどの州で上限が設けられている。補償の上限は、概ね一万ドルから二万五、〇〇〇ドルであり、被害者一人当たりの受給額は全米で平均約二、〇〇〇ドルである。ただ、ニューヨーク州だけは、てん補される補償金の額に上限を設けていない。

2 没収と犯罪被害者基金の財源

財源との関係で、アメリカにおける没収制度について触れておこう。連邦法には、特殊な類型の没収制度として、有罪判決後に、人身犯罪で有罪となった被告人が自分の犯罪の映画化・小説化などの権利から得た収益を没収して犯罪被害者の民事賠償に当てる制度が設けられている⁽³²⁾。民事の没収制度は、人の死をもたらした物を国が没収する deoband の制度に由来するものであるが、人の死の原因となった物は壊れているので、没収されなければならないという考え方に基づいている⁽³³⁾。

民事没収の手続は、刑事手続とは別個に、没収対象財産を被告として民事訴訟手続によって行われる。刑事手続が開始されていることは要件ではない。民事の没収は、合衆国当局（行政庁）が連邦地方裁判所に訴状を提出することによって開始される。民事没収の対象財産は、法禁物と犯罪の道具として使われた財産が中心である。

民事没収の場合、行政庁は、まず、相当の理由を示して裁判所から令状を得て、所定の財産を押収することができ、押収にあたっては、当該財産が民事没収の対象となり得ると信ずる相当の理由の存在が必要である。行政庁は、

没収対象財産が没収の対象となり得るものであると信ずる相当の理由を示せば足り、合理的な疑いを超える程度の立証は必要でない。没収対象財産に関して権利を主張する者は、当該財産またはそれに関する利益が没収の対象とならないことを証拠の優越の程度に証明しなければ、没収を免れることはできない。

次に、没収対象財産について、これを押収した後は、その価格の算定が行政庁によって行われ、当該没収財産が存在した場所の新聞に週一回・連続三週間、没収に関する公告をなし、かつ、利害関係人には民事没収手続へ参加する機会が与えられる。所定の期間内に異議の申立がなされない場合には、没収の効力が発生する³⁴。没収の要件に当たらない場合、または、異議の申立があった場合には、司法手続に移行し、連邦民事訴訟規則に基づいて証拠開示手続が行われ、この段階で決着しないものについては公判手続によって没収の可否が決せられることになる。

一方、刑事の没収は、刑罰として有罪判決を受けた被告人に対して科されるものであり、有罪判決後に執行される。刑事没収の範囲は、個々の法律に個別において規定されており、それぞれ異なっているが、当該犯罪行為の遂行・助長のために使用されたまたは使用を意図された財産、当該犯罪から得た収益またはそれに由来する財産などが一般的に規定されている。刑事没収の手続において被告人の財産を没収するには、起訴状に没収の対象となる財産が記載されていないなければならない。陪審は特別評決によって没収の可否を決定し、裁判所が被告人に対して没収を命ずる。

アメリカにおける民事・刑事の二つの没収制度は、当然のことながら、その適用範囲において重なるところが少なくない。しかし、刑事没収の制度の下においては、手続上、被告人は没収の対象となる財産を移転・隠匿などして没収を免れる危険が大きい。そのため、財産の没収手段としては、起訴の必要もなく、証明責任などで有利な民事没収を選択することが多いといわれている³⁵。

このほか、アメリカには、犯罪から得た収益を剥奪する没収に類似した制度として、いわゆる RICO 法（正式名称を「暴力団の影響下にある腐敗した組織の規制法」(Racketeer Influenced and Corrupt Organization) という⁽³⁶⁾) の下で、被告人が所定の団体 (enterprise) を法の定める事項に違反して運営するなどした場合に、当該団体に対して被告人が有する権益および当該団体に影響を与える原因となっている財産・契約上の権利のすべてを没収する「エンタプライズ没収」が認められている⁽³⁷⁾。RICO 法は、一九七〇年の「組織犯罪規制法」(Organized Crime Control of Act) の第九編として制定され、連邦刑法典一八編一九六一条から一九六八条に編入されたものである。没収の対象となる権益などの中には、当該団体における被告人の地位・役職、そこから得る利益（例えば、給料、賞与など）も含まれる。これは、この立法が当該団体から被告人の影響力を排除することを目的としていることから、没収の対象となる権益が犯罪と関係あるかどうかを問わない⁽³⁸⁾。没収すべき財産を没収することができなかった場合には、同価値の被告人の財産を没収できる代替没収の制度が設けられている⁽³⁹⁾。このようなエンタプライズ没収および代替没収と同様の規定は、薬物取引の継続的犯罪組織 (CCE) についても置かれている⁽⁴⁰⁾。

いずれにせよ、民事没収は民事上の制度であり、起訴の必要もなく、証明責任などで有利であることから、比較的多く活用されている。また、刑事被告人に与えられている憲法上の権利は民事没収手続には適用がないことも特徴の一つである。しかし、法禁物や有害物質の没収を除いて、民事没収を民事罰として扱うこと、および、犯罪と関係のない財産の没収を認めることに対しては、批判が強い⁽⁴¹⁾。むしろ、没収は、犯罪利益の剥奪に限定すべきであるという意見がある⁽⁴²⁾。また、没収よりも、犯罪利益に比例した罰金制度を充実させるべきであるとする意見も少なくない⁽⁴³⁾。

3 犯罪被害者の損害てん補―「やむに已まれぬ利益」の存否、出訴期限法との関係

以上のように、アメリカでは、犯罪被害者の権利運動がきわめて活発であり、全米被害者支援機構 (NOVA) などの民間団体は、ロビー活動や啓蒙活動を通じて、立法府や行政府に犯罪被害者の権利を法的に確立するように働きかけている。また、犯罪被害者法 (VOCA) を中心とした犯罪被害者補償制度の下で、現在では、都市部の大規模警察の多くは、被害者支援プログラムを設置しており、犯罪被害者援助活動は、着実に増加・拡大する傾向にある。

しかし、アメリカにおける犯罪被害者補償制度は、暴力犯罪や飲酒運転、家庭内暴力などの被害者に対して経済的援助を行うものであつて、⁴⁴ 心理的カウンセリングを含む医療費、犯罪による身体的傷害によって失った賃金、殺人の場合の葬儀費用、および被扶養者の生活費などが補償の対象である。犯罪による財産的損害は、原則として補償の対象外とされている。⁴⁵ のみならず、犯罪被害者補償制度は、申請の顕著な増加に由来する財政的困窮や人的資源の不足などの慢性的な課題を抱えており、申請から実際の交付までには遅延が生じている。しかも、補償の上限は、前述のように、大半の州で一萬五、〇〇〇ドルから二萬五、〇〇〇ドルで、一人あたりの平均補償額は約二、〇〇〇ドルである。犯罪被害者基金の財源は、連邦犯罪に係る罰金、保釈保証金、刑罰付加金、および被害者が自分の版材を映画や図書により公表することによって得られた利益の没収金などの預託によるものであるが、今なおアメリカでは十分に援助を受けている犯罪被害者は少数であり、情報提供も十分でない。

一方、アメリカでは、犯罪被害者補償制度とは別に、刑事裁判において、刑の宣告猶予や執行猶予の条件として、被告人に被害回復や賠償を含む被害弁償命令 (restitution order) を科すことが、比較的古くから行われてきた。⁴⁶ 被害弁償命令は、被害者の刑事司法に対する満足に重大な影響を及ぼす要因の一つであり、また、犯罪者に対する更生の

効果をもつという理由から、現在、すべての州においてこれに関する規定が設けられ、弁償すべき損害（精神的治療や社会復帰のための治療の費用、逸失利益、転居・移転の費用、葬儀代など）や被害者の範囲（被害者本人に限らずその家族や被害者への援助を行った支援団体など）の拡大、およびその執行方法（弁償命令に基づく民事執行）に関する改善が行われている。⁽⁴⁷⁾ ニューヨーク州などの州では、被害者援助団体を含む私的団体に弁償金の回収を請け負わせるところもある。⁽⁴⁸⁾ しかし、いずれにしても、賠償資力に乏しく、刑務所などに収監されている犯罪者から賠償金などの弁償を得る機会にはほとんどいつて期待し難い。

このような実態を考慮し、ニューヨーク州はサムの息子法を制定し、一方で、犯罪被害者およびその家族に対する損害のてん補を図るとともに、他方で、犯罪被害者に対して不当な利益の獲得を阻止しようとした。しかし、前述のサムの息子法の違憲を問う裁判所の審理では、州の側で十分な証明がなされなかったこともあり、実態を踏まえた「やむに已まれぬ州の利益」が正面から議論されていない。

また、ニューヨーク州などで制定されたサムの息子法は、犯罪の加害者または犯罪者に帰すべき金銭を、州の犯罪被害者委員会を通じて第三者預託口座に預け、その口座開設の日から五年以内に犯罪被害者が犯罪の加害者に民事の損害賠償請求訴訟を提起し、勝訴判決をえたときは、その預託金から犯罪被害者に賠償金が支払われるという仕組みをとっており、時効消滅したはずの民事損害賠償請求であっても、後日、その復活を認めるものである。一般に、不法行為を理由とする民事損害賠償請求訴訟は、各州で脅迫・暴行 (assault & battery) や不当死亡 (wrongful death) の場合を中心に二年の出訴期間 (time-periods) を定めている。⁽⁴⁹⁾ サムの息子法は、係属中の訴訟がないときは預託金が本来受領すべき犯罪の加害者などに返還されるとしても、制定法上の出訴期限法 (Statutes of Limitation) を実質的に変

更するものである。その意味では、サムの息子法が実務に与える影響には頗る大きいものがあるといえる。この点、犯罪の再現に開する著作等が公表された時点で新たな権利侵害が生じたと評価することも可能であり、サムの子法(50)の合憲性を判断するうえでは、出訴期限についての検討もまた重要であるように思われる。

五 サムの息子法による規制と表現の自由

1 表現内容に基づく規制と内容に中立的な規制の二分論

合衆国憲法修正第一条は、連邦議会が言論の自由・出版の自由、平和的に集会する人民の権利を縮減する法律を制定することを禁止し、言論・出版の自由、集会の自由を保障している。⁽⁵¹⁾ 修正第一条が保障する言論・出版の自由は、両者を総称して、一般に「表現の自由」と呼ばれている。修正第一条は、条文上、連邦議会だけが禁止の名宛人となっているが、連邦政府のどの部門もこれに拘束されると解されている。また、修正第一条が、差別の禁止を定める修正第一四条を通じて州にも適用され、州政府の行為を拘束することも、今日では一般的に認められている。⁽⁵²⁾ 従来、表現の自由の中核的内容を占めていたのは、検閲の禁止ないし事前抑制の禁止である。しかし、合衆国憲法の権利規定は数も少なく、それだけに修正第一条が市民的権利の一般的規定のような機能を担っている。

このような憲法が保障する表現の自由の下で、表現の自由の規制は、規制目的を達成するため必要最小限度においてのみ認められる。目的を達成するために、他により制限的でない代替手段が存在する場合には、採られた手段は修正第一条に違反する。また、規制が過度に広汎であれば、その規制は修正第一条に違反することになる。過度に広汎

な表現の規制は、合憲的に制限し得ない表現まで制約させる恐れを生じさせ、本来であれば合憲的になし得る表現行為にまで萎縮効果 (chilling effect) を及ぼすからである。⁽⁵³⁾

アメリカ憲法学では、表現の自由の規制に対する合憲性判断の司法審査において、表現内容に基づく規制と内容に中立的規制とを区別する二分論の考え方が、判例および学説上も盛んに主張されている。⁽⁵⁴⁾ この二分論は、合衆国憲法修正第一条の分析に対するバーガー・コートの司法審査を通じて形成されてきたものであり、今日、表現の自由論において最も広く用いられている判例法理である。もつとも、連邦最高裁の説く表現内容に基づく規制と内容に中立的規制の区別 (二分論) については、連邦最高裁判所に現れた判決の事案をみる限り、必ずしも区分の基準に従って論理的に一貫したものとはなっていないとの指摘がある。⁽⁵⁵⁾

2 表現内容に基づく規制と「やむに已まれぬ利益」の審査基準

表現と内容に基づく規制とは、表現者が伝達しようとする表現の内容そのものを理由とした規制である。表現内容に基づく規制が合憲であるかどうかは、厳格な審査に服するとされる。⁽⁵⁶⁾ 厳格な審査とは、表現の内容に基づく規制が合憲とされるためには、政府による表現規制の目的が「やむに已まれぬ利益」のためのものであること、その規制手段が規制目的のために「必要不可欠」か、または「狭く策定された」ものであること (規制目的・規制手段の厳格な関連性) を必要とするという司法審査である。⁽⁵⁷⁾ 「厳格審査」の起源や厳格審査を構成している規制目的と規制手段の間の関連性などについては、アメリカ憲法史の研究においてもいまだ必ずしも十分な説明は得られていない。⁽⁵⁸⁾ また、「やむに已まれぬ利益」の基準が連邦最高裁判所に定着して行った過程についても、必ずしも明確な説明がなされて

いるわけではない。⁽⁵⁹⁾

最近の研究によると、「やむに已まれぬ利益」の概念は、*Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942)⁽⁶⁰⁾ と *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)⁽⁶¹⁾ にその萌芽があり、ウォーレン・コート時代の人権保護の裁判を通じて、州政府に規制を正当化するための重い立証責任を課す必要性から、厳格な司法審査の一つの基準としてその輪郭が形成されてきたとの指摘がある。⁽⁶²⁾ とりわけ、合衆国憲法修正第一条の下で憲法上保護される権利の規制に対して、「やむに已まれぬ利益」の存在が必要とされ、それを規制する側の州政府が立証することを要し、かつ、規制手段としても人権保護の観点から「狭く策定された」ものであることを要するとの考え方が、一九五〇年代・一九六〇年代の裁判を通じて形成され、支配的となって行ったといわれている。⁽⁶³⁾ それを象徴的に表するのが、*Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957) において F・フラン克福ーター (Felix Frankfurter) 判事が説いた「法律により委任される州の利益はやむに已まれぬものでなければならぬ」(the subordinating interest of the State must be compelling)⁽⁶⁴⁾ という言葉であったという意見もある。⁽⁶⁵⁾

いずれにしても、今では、表現内容に基づいた規制が政府などの規制当局によって行われた場合、司法審査としては、「厳格審査」の基準が適用され、州政府には「やむに已まれぬ利益」があることの証明が課され、しかも、それが人権保護の観点から「狭く策定された」ものであることが要求されている。この厳格審査は、規制当局の違法な目的を探り出すこと、および、規制目的と規制手段との関連性を問い質し、規制当局による規制の正当性を明らかにすることにある。⁽⁶⁶⁾ そのための審査基準の一つが、いわゆる「やむに已まれぬ利益」の基準であったと考えられる。⁽⁶⁷⁾

表現内容に基づく規制については、連邦最高裁の説く判例法理によれば、まず、範疇化ないし定義衡量のアプロー

チを用い、規制の対象とされた表現があらかじめ厳格に定義された一定の範疇に属する表現か否かを検討することになる。⁽⁶⁸⁾ そのうえで、修正第一条の下で保護される表現であることを前提に、規制目的と規制手段の厳格な関連性が問われ、内容に基づく厳格な司法審査に服することになる。⁽⁶⁹⁾

これに対し、表現の内容中立的な規制とは、表現の内容以外の表現活動における時間や場所、あるいは態様について、政府などの規制当局が規制を課す場合である。表現内容に向けられていない規制には、大別して、二つの類型がある。すなわち、その一つが表現行為の時・場所・態様を内容中立的に規制する場合⁽⁷⁰⁾であり、もう一つが、表現行為以外の行為の制約が表現行為の規制として作用する場合である。⁽⁷¹⁾ 前者は、州のお祭り広場で物品の販売・頒布を行う際に、主催団体から賃貸したブースで行うことが強要される場合である。⁽⁷²⁾ 後者は、ベトナム戦争反対の意思表示として徴兵登録証明書を公衆の面前で焼却したことが、徴兵登録証明書を故意に焼却・破損したことにあたるとの理由で起訴される場合である。⁽⁷³⁾ 両者は、状況の違いから、当該規制に対する合憲性判断の審査に差異を設けることも考えられるが、連邦最高裁判所では両者を区別することなく、内容中立的な規制として扱われている。⁽⁷⁴⁾

表現の内容中立的な規制については、その規制が表現の主題や主体を含む表現の内容ではなく、政府の重要な利益 (significant or important interest) を達成するために規定されたものであって、表現活動のための代替的な表現手段が十分に確保されている場合には、当該規制を合憲と判断する解釈が示されてきた。⁽⁷⁵⁾ この場合の合憲性審査の基準としては、第一に、重要な規制目的と最小限の規制手段という要件が満たされること、第二に、その規制が課されてもなお十分に表現を伝える他の回路が存在すること、すなわち、代替的表現手段が存在することである。第一の要件は、規制手段が重要な政府の目的を達成するために、できるだけ少ない範囲で適切に工夫されたものであること意味し、

「重要な利益」を保護する目的があれば十分であると解されている。この点、厳格な審査に服し、「やむに已まれぬ利益」が必要とされる表現内容に基づく規制の場合と比べると、内容中立的な規制の場合には、「重要な利益」の存在で足りることから、比較的緩やかな審査基準が採用されているといえる。⁷⁶しかし、表現活動に対する規制が、時間や場所、あるいは態様についての規制という外見だけで内容中立的な規制であるとはいえず、合憲性の審査にあたっては個別のかつ実質的な判断が必要とされなければならない。

表現の内容中立的な規制について、連邦最高裁判所が規制当局の判断を尊重し、低いレベルの司法審査しか行わない背後には、特定の思想を差別的に扱っていることが明確に示されない限り、言論利益と規制利益の調整に関する規制当局の判断は信頼することができるという前提があるように思われる。表現内容に基づく規制と内容の中立的な規制の二分論を前提に、政府の規制目的ないし狙いが表現の内容に向けられているか否かの違いは、衡量すべき利益や価値の相違に由来する部分が少なくない。表現の自由に対する憲法上の保障を根拠づける価値としてしばしば主張されるのは、民主政治のプロセスにおける表現の自由の重要性、個人の自己表現にとっての不可欠性、および、思想の自由市場論である。⁷⁷しかし、このような論拠に基づき、表現内容に基づく規制⇨厳格審査、内容中立的規制⇨合理的関連性の審査というように、それが司法審査の範囲や程度の相違と結びつくためには、表現内容に基づく規制の方が内容中立的規制の場合よりも表現の自由にとって一般的に脅威であることが論証されなければならない。⁷⁸

連邦最高裁判所は、表現内容に基づく規制と内容の中立的な規制の二分論に基づき、表現の主題ないし主体に基づく規制についても、表現の内容に基づく規制の場合と同様に原則として許されないと説くが、前述したように、必ずしも一貫した態度が示されているわけではない。とりわけ問題となるのが、当該規制が表現内容に基づく規制と内容

の中立的な時・場所・態様に関する規制の両者の性格を併せ持った場合である。この点に関して、United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968) は、非パブリック・フォーラムたる公共施設・財産での表現行為に対する内容の中立的な規制の合憲性が争われた事例で、その規制が政府の憲法上の権限の範囲内にあり、重要な政府の利益を促進し、政府の利益が表現の自由の抑圧と無関係であつて、主張されるところの修正第一条にいう表現の自由に対する付随的影響が政府利益の促進にとつて不可欠である以上に大きくないならば、当該規制は正当化されるとしている。

これに対し、Police Department of the City of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972) では、授業時間中の学校周辺でのピケッティングを、労働争議中の学校に対する平和的ピケッティングを除いて全面的に禁止した市条例が違憲と判示された。本件市条例は、表現の主題に基づく区別を行っているだけでなく、労働争議中の組合によるピケッティングを認めている点では表現の内容による区別を許容しているといえなくもないが、本判決は、その点にまったく言及することなく、表現の主題による区別がなされていることをもって表現の内容に基づく規制と捉え、本件市条例による「規制は時・場所・状況の中立性を踏み外し、内容に関心を向けたものになっている。これは、決して許されない」として、違憲の判断を下している。

この Mosley 判決 (一九七二年) と対照的な結論を示したのが Young v. American Mini Theaters, 427 U.S. 50 (1976) である。Young 判決 (一九七六年) では、成人向け映画館の立地を規制するゾーニング条例の合憲性が問題となった。連邦最高裁判所は、本件ゾーニング条例を五対四で合憲と判断した。その理由として、連邦最高裁判所は、犯罪の煽動、鬭争的言辞、名誉毀損的表現、営利的表現、猥褻の表現を例に挙げながら、Mosley 判決 (一九七二年) のいう中立性原理の考え方を批判し、本件ゾーニング条例は表現の内容に対して中立的であると判断している。Young 判決

(一九七六年)の論理に従えば、表現の主題に関する規制であっても、内容に中立的な規制とみなされる場合があり、厳格な審査に服せしめる必要はないということになる。

しかし、表現の主題や主体の意味するところは広汎であるから、表現内容に基づく規制の要素と内容中立的な規制の要素の双方を併せ持っているような場合、どちらの要素を重視するかにより司法審査の基準も異なるといわなければならない。文面上は内容に中立的な規制であつても、実質的には表現内容に基づく規制となつている場合もあり、この場合には厳格な審査に付されることになる。

このように、表現の内容に基づく規制と内容中立的な規制との二分論による限り、表現の主題に関する規制を区別論の中でどのように位置づけるかは、憲法上、重要な問題とならざるを得ない。Mosley 判決(一九七二年)および Young 判決(一九七六年)以外の判決でも、連邦最高裁判所は、ある場合には、表現の主題に着目した規制を表現の内容に基づく規制と捉え、厳格な審査基準を適用している⁽⁷⁹⁾。また、連邦最高裁判所は、ある場合には、表現の主題に着目した規制を本質的に内容中立的規制と捉え、緩やかな比較衡量を用いて合憲性の判断を行っている⁽⁸⁰⁾。

また、表現の主題に基づく規制の場合と同様、表現の主体に基づく規制の場合においても、規制の合憲性審査において、連邦最高裁判所の態度には一定の混乱がみられる⁽⁸¹⁾。

例えば、First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978) は、住民投票にあたり、会社の財産または事業に影響を与えることのない問題であるにもかかわらず、会社が献金することなどを禁じる州法を違憲と判示した。Bellotti 判決(一九七八年)は、保護された表現の領域では、表現の主題や公共的問題について話すことのできる主体を指定する権限は憲法上立法府には認められていないとし、やむに已まれぬ利益の存在と規制の目的・手段の厳密な

関連性の証明を政府に課した。

これに対し、*Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983) は、学校区がその学校間に独自に設けている郵便システムとその一端である教師用郵便受けの利用について、排他的交渉の代表者である労働組合には認めるが、そうでない労働組合には認めないとする政策を合憲と判示した。*Perry* 判決(一九八三年)では、表現の内容に基づく規制が行われているわけではなく、郵便受けを非パブリック・フォーラムとしたうえで、非パブリック・フォーラムの概念の中には、表現の主題や話し手の主体に基づいてアクセスを区別する権利が暗黙の前提として含まれているとして、合憲の判断を下したものといえる。

さらに、表現形態の規制についても、規制当局は、表現内容の規制か表現行為の態様に関する規制かの区別がしばしば曖昧であるため、内容に中立的な手法で規制することがあるが、実際には、表現の内容に基づく規制であるとして厳格な審査に服し、違憲と判断されることがある⁽⁸²⁾。

例えば、*Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971) では、“Fuck the Draft”と書かれた服を着用して裁判所の廊下を歩いたことが州の禁じる人を不快にさせる行為にあたるとして起訴されたが、連邦最高裁判所は、州裁判所の下した有罪判決を破棄した。

このほか、*Cohen* 判決(一九七一年)のような例としては、街の汚れを防止するという理由でビラまきを全面的に禁止する条例を違憲と判示した *Schneider v. New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939) や、プライバシーの保護を理由として戸別訪問を全面的に禁止する条例を違憲と判示した *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943) などを挙げることができる。

もつとも、最近の連邦最高裁判決には、表現形態の規制の重大性に対する認識が希薄化し、問題となった規制が内容中立的な規制であることが重視されて、内容に基づく規制の場合よりも厳格でない司法審査に服するものとし、当該規制を合憲と判示したものが幾つかある⁽⁸³⁾。例えば、*Members of the City Council of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent*, 104 S. Ct. 2118 (1984) は、街灯・電柱などへのビラ貼りを禁止する市条例について、本件を非パブリック・フォーラムにおける表現活動の規制の事例と捉え、前述の *O'Brien* 判決（一九六八）で示された内容に中立的な規制の合憲性審査基準に沿って、当該規制を合憲と判示した。また、*Clark v. Community for Creative Non-Violence* (CCNV), 104 S. Ct. 3065 (1984) は、家のない人々の窮状を訴えるデモに関して、デモ参加者の公園内で寝泊りを国立公園管理規則により禁止したとしても、合衆国憲法修正第一条に違反しないと判示した。この二つの判決は、当該規制が内容中立的であるか否かを重視し、比較衡量のアプローチを用いた内容に中立的な時・場所・態様の規制に対する比較的緩やかな審査基準が適用され事例と解することができる⁽⁸⁴⁾。もつとも、両判決については、経済的にあまり恵まれておらず、また、政治的には、あまり有力でない人々の言論に対して連邦最高裁判所の鈍感さを例証するものであるとし、その判断を厳しく批判する者もいる⁽⁸⁵⁾。

学説は、連邦最高裁判所が説く表現の自由に関する二分論を比較的好意的に受け容れているが、論者ごとにその区分の基準・内容が微妙に異なっていることに注意しなければならない⁽⁸⁶⁾。代表的な学説を挙げれば、*J・イーリー* (Ely) や *L・トウライプ* (Tribie) が説く意思伝達のインパクト理論では、規制が意思伝達のインパクトに向けられているか否かによって、その規制が表現の自由の保障に及ぼす意味が異なり、従って、司法審査のあり方も異なるとしている⁽⁸⁷⁾。*ジェフリー・R・ストーン* (Stone) は、連邦最高裁判決とほぼ同じ観点に立って、表現内容に基づく規制

と内容に中立的な規制を根拠づける諸事由を当該規制が脅かす程度に応じて区分し、前者の規制についてはほぼ絶対的保護に近い基準によって修正第一条の保護が与えられるとするが、後者の規制については、その本質上、特定の伝達手段の有用性のみを制限するのであるから、見解を他人に伝達する能力を当該規制が意味ある程度にまで損なうかどうかを比較衡量のアプローチにより行い、そのような観点から当該規制の合憲性が判断されるとしている⁽⁸⁸⁾。

このほか、学説には、連邦最高裁判決の必ずしも一貫しない立場の状況を反映して、表現の内容に中立的な規制のみを擁護し得るとする見解⁽⁸⁹⁾、表現の主題や主体に基づく規制と区別し得ないとする見解⁽⁹⁰⁾、フォーラムの性質に応じて考え得るとする見解⁽⁹¹⁾などがあり、見解は多岐に分れる⁽⁹²⁾。最近では、二分論を排して、三分論を主張する見解⁽⁹³⁾や、二分論における区分の一貫性の欠如、表現の自由の保護水準の低下を指摘し、区分論自体を否定する見解⁽⁹⁴⁾も現れている。

3 規制目的の「やむに已まれぬ利益」と「狭く策定された」規制手段との関係

これまで概観してきたように、連邦最高裁判決では、表現内容に基づく規制と内容に中立的な規制の二分論が違憲・合憲の司法審査の判断基準を決める法理と考えられているが、両者の区別に関する連邦最高裁判所の立場は、これまでの判決をみる限り、必ずしも論理的に一貫したものとはなっていない。このような連邦最高裁判決の中にあつて、Simon & Schuster 判決 (一九九一年) は、連邦最高裁判所がパブリック・フォーラムや公共の財産の利用とは関係がない事案で、表現内容に基づく規制との類似性を強調し、厳格審査が適用されることを明らかにした。

Simon & Schuster 判決 (一九九一年) では、被告人や有罪判決を受けた犯罪者に、その犯罪に関する著作から得た収入を第三者預託口座に預託させ、被害者に分配するいわゆるサムの息子法が、「やむに已まれぬ利益」の確保のため

め必要不可欠のものとはいえないとされている。本件訴訟で問題となったのは、ニューヨーク州のサムの息子法である。上告人の出版社は、著名なギャングであるヘンリー・ヒルの自伝を出版したところ、自伝の発行契約に基づいて現在から将来にわたりヒルに支払われるすべての金額を州へ納付するように命じられたことが本件訴訟の発端であった。

当時、ニューヨーク州サムの息子法は、一九七七年八月の制定から三回ほどの改正（一九七八年・一九八一年・一九八六年）を経ていたが、犯罪の加害者が犯行を題材に著作を出版・販売して得る現在から将来にわたるすべての金銭は、いったん州の犯罪被害者委員会は開設する第三者預託口座に寄託されるとし、その後、犯罪被害者が損害賠償請求訴訟を提起して勝訴判決を得た場合、その預託金から賠償を受けることができるとされていた。口座開設の日から五年を経過して損害賠償請求訴訟が提起されない場合には、預託金は加害者に返還される仕組みであった。ニューヨーク州サムの息子法は、憲法が保障する表現の自由との関係に配慮し、出版とか発言などの表現行為や表現活動そのものには制約を加えていない。犯罪の加害者が犯罪行為を題材に金儲けをすること許さないこと、無権利のまま賠償を受けず放置されている犯罪被害者の救済を図ることが、ニューヨーク州サムの息子法を制定した立法趣旨であった。

しかし、Simon & Schuster 判決（一九九一年）は、連邦最高裁判所判事の全員一致により、ニューヨーク州サムの息子法が合衆国憲法第一条に違反し違憲であると判示した。オコナー判事が執筆した法廷意見は、州法は特定の内容の言論について財政的な負担を課すものであり、犯罪被害者の救済を確実にするという州法の立法目的は「やむに已まれぬ利益」を目的とするものであるが、その利益を達成するために州法の採用する規制手段は「過度に包括的であ

る」として、表現の自由を保障した修正第一条に違反すると判断し、原判決を破棄して、事件を原審に差し戻した。犯罪の収益から被害者に賠償を行うことと犯罪者に儲けさせてはならないということは、是非とも実現すべき州の利益（やむに已まれぬ利益）であり、そのような利益が州にあることは認められるが、賠償を犯罪者の犯罪に関する表現活動から生じた収益に限定する場合は、この利益はたとえあつたとしても僅かなものでしかないというのが、連邦最高裁判所の法廷意見が説いた理由である。この法廷意見の中には、修正第一条の下では表現の内容に基づいた差別は禁止されており、州法のような財政上の負担を通じて特定の内容の言論に対して差別的な取扱いがなされている場合には、州政府に「やむに已まれぬ利益」があり、その利益を達成するため規制目的との関連で「狭く策定された」規制手段が採用されているということを州政府は立証しなければならぬという、これまで連邦最高裁判所で説かれた厳格審査の基準が定式をもつてはつきりと表れている。

もつとも、法廷意見でクローズアップされたのは、ニューヨーク州サムの息子法が適用される人の範囲が犯罪の有罪宣告を受けた者以外に、告発を受けたにすぎない者にまで及んでいたことから、規制手段が過度に広汎であること、すなわち、規制手段における「過度の包括性」に集中している。しかし、ブラックマン判事の指摘にみられるように、本判決では規制手段における「過少の包括性」も重要な論点の一つである。むしろ、後述するように、これまでの連邦最高裁判所で展開された厳格審査の状況をみるならば、規制手段における「過少の包括性」の問題を軽視することはできない。

表現の自由の規制は、規制目的を達成するため必要最小限度においてのみ認められるのであって、目的を達成するために、他により制限的でない代替手段が存在する場合には、とられた手段は合衆国憲法修正第一条に違反する。も

し規制が過度に広汎であれば、その規制は修正第一条に違反することになる。過度に広汎な表現の規制は、合憲的に制限し得ない表現まで制約させる恐れを生じさせ、本来であれば合憲的になし得る表現行為にまで萎縮効果を及ぼすことになるからである。

表現の自由に対する規制には、表現内容と無関係に時・場所・方法を規制する内容中立規制と、表現内容に関する内容規制とがあり、後者の方が、表現の自由に対してより強度の規制といえることから、内容中立規制については緩やかな基準により判断すべきであり、内容規制については厳格な基準により、その合憲性を判定すべきであることが考えられる。Simon & Schuster 判決（一九九一年）では、法律が特定の表現の内容を理由として表現者に財政的な負担を課す場合には、合衆国憲法修正第一条に違反するという推定が働くとし、この事案を表現の内容に基づく規制に分類して、厳格な審査を導いている⁹⁵。表現活動によって得られる利益の享受の制限ないし剥奪は、本来、利益追求を目的とする表現者の動機を弱めるにすぎず、表現活動の不能や縮小に直接つながるものではない。その意味では、内容に中立的な規制に対する合憲性判断の審査として比較的緩やかな審査基準を採用し、表現行為の文脈に配慮した利益衡量のアプローチを取り入れることも可能であるようにも思われる。しかし、連邦最高裁判所の多数意見は、州が実現したい「やむに已まれぬ利益」の衡量との関連で、より狭く策定された規制手段が要請されたとした。財政上の負担を伴う表現行為の規制に対する厳格審査は、そのような解釈を導くために採られたといえなくもない⁹⁶。

表現内容に基づく規制と内容中立的な規制との二分論を前提とする場合、表現行為に対する同じ規制が政府の主張する規制利益に応じて、表現内容に基づく規制とされることもあれば、内容中立的な規制とされることもあり得る。例えば、ドライブイン・シアターの営業を禁止する場合に、規制当局が猥褻と考える映画が上映されるという理由で

の禁止であれば、表現の内容に基づく規制となり、厳格な審査に服する。これに対し、映画の上映が交通の混乱を引き起こしやすいという理由での禁止であれば、内容に中立的な規制となり、比較的緩やかな審査に付されることになる。このような審査基準の差異は、表現内容に基づく規制または内容中立的規制の区別を、司法審査の範囲や程度、その方法論の相違に結びつける点にある。

また、表現内容に基づく規制と内容中立的な規制を区別して論じることには、かりに理論的根拠があるとしても、表現の「内容」とは何か、表現の主題と主体に基づく規制は内容に基づく規制に含まれるか、表現内容に基づく規制の要素と内容に中立的な規制の要素を併せ持つ場合に適用される審査基準とは何かなど、前提問題としてあらかじめ決めておかねばならない問題は少なくない。そのうえで、表現内容に基づく規制と内容に中立的な規制という二分論に立った司法審査の判断基準が表現の自由の理論として正当化できるかどうか、この点が問われなければならない。

サムの子法は、犯罪についての著者の考え方や回想が表現されていれば、著作の直接的な主題とは関係なく、あるいは、それが付随的であるとしても、あらゆる主題の著作に適用される可能性を有している。また、サムの子法にいう「ある犯罪で有罪の認定を受けた者」の定義は広汎であるため、著者が実際に告訴されたか、あるいは、有罪判決を受けた否かに関わりなく、ある犯罪を行ったことを著作の中で認めた場合にも、この法律は適用される危険性がある。この二つのことが結びつくと、サムの子法は潜在的にきわめて多くの著作に適用が及ぶことになる。Simon & Schuster 判決 (一九九一年) の法廷意見では、この点の価値判断が「やむに已まれぬ利益」の衡量という言葉となつて現れたようにも思われる。

また、Simon & Schuster 判決（一九九一年）の法廷意見では、通常の立法の場合に妥当する合憲性の推定は表現内容に基づく規制の場合には働かないということを前提に、パブリック・フォーラムや公共の財産の利用とは関係がない事案においても、裁判所が表現の規制を慎重に審査しなければならないということを、表現の自由を保障する合衆国憲法修正第一条の解釈問題とすることによって明らかにしようとしたものといえる。従来、修正第一条の中核的内容を占めていたのは、検閲の禁止ないし事前抑制の禁止である。Simon & Schuster 判決（一九九一年）の法廷意見は、特定の内容の言論について財政的な負担を課し、犯罪被害者の救済を図るサムの子法について、検閲との類似性を強調し、表現内容に基づいた規制の原則的禁止に結びつけたということが出来る。

六 結 語

以上、検討してきたように、サムの子法が採用する著作等を通じた犯罪の再現によって得られる利益の享受の制限・剥奪については、現在、連邦最高裁が説く判例法理によれば、表現の自由を保障した修正第一条の解釈において、規制目的に「やむに已まれぬ利益」の存在を必要とし、それとともに、その利益の達成手段が規制目的との関連で「狭く策定された」ものであることを要求することによって、厳格な違憲審査の定式が普及することになった。

しかしながら、表現の自由が問題となる場面において、この厳格な審査基準が常に適用されるわけではない。表現内容に基づいた規制に対しては厳格な審査基準が適用されるが、表現内容に中立的な規制に対してはより緩やかな合憲性判断の審査基準が適用されている。また、表現の内容以外の表現行為に関する時や場所、態様に対する規制の審

査でも、内容に中立的な規制の場合と同様、比較的緩やかな審査基準が適用されている。

表現内容に基づく規制と内容中立的規制を区別して論じる二分論に立脚する場合には、表現の内容とは何か、表現の主題と主体に関する規制は内容の規制に含まれるかなど、これらの点は前提として明らかにしておかなければならない問題といえる。しかし、表現の自由の保障にとって重要なことは、規制の目的や狙いがどこにあるのかということ、そして、その規制が表現活動にとってどのような影響を及ぼすかということを見極めることである。その際、表現内容の規制または内容に中立的な規制のいずれであれ、その合憲性審査にあたっては、表現行為の文脈を考慮した比較衡量のアプローチを避けることができない。その上で、その規制がなぜ必要なのか、表現活動にどのような影響を及ぼすか、より制約的でない他の代替的規制手段は存在しないのかなどを、具体的かつ実質的に検討する必要がある。大上段に振りかぶって、演繹的な手法により、表現内容の規制・内容中立的規制の二分論を当然の前提に、類型的な発想に基づき「やむに已まれぬ利益」の衡量から一定の結論を導く手法には、どこか釈然としない違和感が感ぜられる。

犯罪被害者やその遺族が被った損害について、損害の賠償がなされないまま、犯罪の加害者が犯罪に関する著書や映画、雑誌記事、ビデオなどを通じて多額の収益を得ることは許されないとすることは、誰もが一致して認めるところである。わが国においては、組織的犯罪処罰法において没収の対象となる財産の範囲が金銭債権に拡大され、犯罪収益等に係る規制が強化されたが(同法二条二項(四項)、被害者がその財産について正当な権利を有し、犯人からこれを没収することによって被害者の犯人に対する損害賠償請求などの私法上の権利の行使が困難になると認められる場合には、没収を控るべきものとされている(同法一三条二項)。ただ、被害者が私法上の権利を十分に行使できない

状況にあるときは、その限りに於いて被害者保護の観点から例外的に没収することが認められているにすぎない(同法二三条三項⁹⁷)。ニューヨーク州サムの子法のような犯罪人利得禁止法を制定する場合、表現の自由との関係では、細心の工夫が必要とされるということを連邦最高裁は我々に知らしめたという点で、Simon & Schuster 判決(一九九一年)は大きな意義を有するといえることができる。

- (1) 安東美和子ほか「アメリカにおける犯罪被害者施設及びその運用実態」〈法務総合研究所研究報告九〉『諸外国における犯罪被害者施策に関する研究』(法務総合研究所、二〇〇〇年) 一頁、五頁以下。
- (2) Suzan Dudley Gold, *First Amendment Cases: Son of Sam Case*, Cavendish Square, 2014, pp. 45 et seq., 50. のほか、本稿で引用する論文および著書を参照。
- (3) 椎橋隆幸「犯罪被害者の財政的救済策」書齋のひろば四四四号(一九九五年)二五頁以下、岩本一郎「最近の判例」Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board, 112 S. Ct. 501 (1991) —— 犯罪者が犯罪事実を表現する作品からえる収入を犯罪犠牲者にまわすための法律、いわゆるサムの子法の合憲性」アメリカ法一九九二—一九九三年) 九九頁以下なす。
- (4) Jessica Yager, *Investigating New York's 2001 Son of Sam Law: Problems with The Recent Extension of Tort Liability for People Convicted of Crimes*, 48 N. Y. Sch. L. Rev. 433 (2004); Sean J. Kealy, *A Proposal for A New Massachusetts Notoriety-for-Profit Law: The Grandson of Sam*, 22 W. New Eng. L. Rev. 1 (2000); Orly Nosrati, *Son of Sam Laws: Killing Free Speech or Promoting Killer Profits?*, 20 Whittier L. Rev. 949 (1999); Steven P. Vergas, *New York's Son of Sam Law: Alive and Well Today*, 11 Touro L. Rev. 629 (1995) なす。なす' 併せし' Gold, *supra* note 2, at 7 et seq. を参照。
- (5) N.Y. Exec. Law § 623-a.

財産上の負担を伴う表現行為の規制と「やむに已まれぬ利益」(長谷川)

- (6) 安東ほか・前掲注(1)三三頁。
- (7) 詳細は、Gilbert O'Keefe Greenman, *Son of Simon & Schuster: A "True Crime" Story of Motive, Opportunity and the First Amendment*, 18 U. Haw. L. Rev. 201, 201 (1996); Connie Koshol, *Strict Scrutiny Sounds The Death Knell for New York's Son of Sam Law*, 17 S. Ill. U. L. J. 599, 600 (1993); Lisa Ann Morelli, *Simon & Schuster, Inc. v. Members of The New York State Crime Victims Board: How the Characterization of A Speech Regulation Can Effectively Destroy A Legislative Law*, 42 Cath. U. L. Rev. 651 (1993); Lori F. Zvack, *Can States Enact Constitutional "Son of Sam" Law After Simon & Schuster, Inc. v. New York State Crime Victims Board?*, 37 St. U. L. J. 701, 702 (1993); Kealy, *supra* note 4, at 6; Nosrati, *supra* note 4, at 453.
- (8) First Amendment Center — <http://www.firstamendmentcenter.org> 2011年5月現在、全米には四五の州がサム・息子法が制定されているとし、これを、①裁判所によって廃止されるかまたは削除されない有効な法律をもつ州(三四州)、②改廃により新たに有効な法律をもつ州(一〇州)、および、③裁判所によって削除されるが有効な法律として存置されている州(一州)に大別し、根拠法を掲げてその内容を紹介している。また、John Allyn Soderberg, *Son of Sam Laws: A Victim of The First Amendment?*, 49 Wash. & Lee L. Rev. 629, 634-637 (1992) は、一九七七年以降制定された四四の州におけるサム・息子法を取り上げ、簡単な内容の分析を試みている。
- (9) 本件は、連邦裁判所が管轄する事件である。本件の経過については、Kathleen Howe, *Is Free Speech too High a Price to Pay for Crime? Overcoming the Constitutional Inconsistencies in Son of Sam Laws*, 24 Loy. L. A. Ent. L. Rev. 341, 344-250 (2004); Tracy Cobb, *Making A Killing: Evaluating the Constitutionality of the Texas Son of Sam Law*, 39 Hous. L. Rev. 1483, 1489-1494 (2003); Michelle G. Lewis Liebeskind, *Back to Basics for Victims: Striking Son of Sam Laws in Favor of an Amended Restitutionary Scheme*, [1994] Annual Survey of American Law 29, 33-43; Kelly Franks, "Son of Sam" Laws After *Simon & Schuster v. New York Crime Victims Board: Free Speech Versus Victims' Rights*, 14 Hastings Comm. & Ent. L. J. 595, 600-611 (1992); Ralph W. Johnson, III, *Simon & Schuster v. New York Crime Victims Board: The Demise of New York's*

Son of Sam Law and the Decision that could Have Been, 2 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 193, 202-211 (1992);

Greenman, supra note 7, at 204-205 *なまじ*。

(10) 本文で述べる事実関係は、第一審の *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board*, 724 F. Supp. 170 (S.D.N.Y.1989) および控訴審の *Simon & Schuster v. Fischetti*, 916 F. 2d 777 (2nd Cir., 1990) の確定した事実による。併せて、*Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board*, 112 S. Ct. 501 (1991) を参照。

(11) 後に、本件の犯罪実話書『ワイズガイ (WISEGUY)』に基づき、マーティン・スコセッシン (Martin Scorsese) の監督による映画『グッドフェローズ (Goodfellas)』が制作・公開され、一九九〇年度のアカデミー賞を受賞している。

(12) *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board*, 724 F. Supp. 170 (S.D.N.Y.1989). 判決文は、キーナン (Keenan) 裁判官の執筆による。

(13) *Simon & Schuster v. Fischetti*, 916 F. 2d 777 (2nd Cir., 1990). 判決は、マイナー (Miner) 裁判官とウォーカー (Walker) 裁判官による多数意見である。

(14) この多数意見に対しては、ニューマン (Newman) 裁判官の反対意見がある。ニューマン裁判官は、次の点を指摘する。内容によって規制対象となる著作を区別することは言論の自由を保障した合衆国憲法修正第一条に違反し、許されない。犯罪人が犯罪から利益を得ることを阻止し、これにより被害者の苦痛を緩和することは、州の利益ではない。公共の利益に関わる事項の出版を阻止する実際的効果を生じさせる立法は許されない。誤って告発された者が無罪を主張するために書いた著作についてもサムの子法は適用されることから、過度に包括的である。犯罪者が著作から得る印税等の金員の引渡しを拒絶する場合、出版社が著者に代わって引渡しの責任を負うことになり、出版社は前払を躊躇することになりかねない。

(15) *Simon & Schuster v. N.Y. State Crime Victims Board*, 502 U.S. 105, 112 S. Ct. 501 (1991).

(16) *Id.*, 105 U.S. 105, at 108-124, 112 S. Ct. 501, at 504-512. オ'CONNOR (O'Connor) 判事が執筆した法廷意見に、レインクイスト (Rehnquist) 最高裁長官、ホワイト (White) 判事、スティーブンス (Stevens) 判事、スカリア (Scalia) 判事、お

よびソーター (Souter) 判事が同意し、ブラックマン (Blackmun) 判事とケネディ (Kennedy) 判事は、同調意見を述べている。トーマス (Thomas) 判事は、本件の審理および判決に参加していない。

- (17) *Id.*, 105 U.S. 105, at 123-124, 112 S. Ct. 501, at 512.
- (18) *Id.*, 105 U.S. 105, at 124-128, 112 S. Ct. 501, at 512-515.
- (19) Nosrati, *supra* note 4, at 956-957 を参照。
- (20) *People v. Harris*, 456 N. Y. S. 2nd 694 (Ct. App. 1982).
- (21) *Children of Bedford, Inc. v. Petromelis*, 541 N.Y.S. 2d 894 (Supp. 1989).
- (22) *Children of Bedford, Inc. v. Petromelis*, 556 N.Y.S. 2d 483 (A.D.1990).
- (23) *Children of Bedford, Inc. v. Petromelis*, 77 N.Y. 2d 713, 570 N.Y.S. 2d 453 (Ct. App. 1991).
- (24) *Children of Bedford, Inc. v. Petromelis*, 502 U.S. 1025, 112 S. Ct. 859 (1992).
- (25) *Children of Bedford, Inc. v. Petromelis*, 79 N. Y. 2d 792, 583 N. Y. S. 2d 188 (Ct. App. 1992).
- (26) Soderberg, *supra* note 8, at 658-666; Howe, *supra* note 10, at 364; Cobb, *supra* note 10, at 1508 を参照。
- (27) 詳細を Liebeskind, *supra* note 9, at 30; Yager, *supra* note 4, at 435, 441-449; Howe, *supra* note 9, at 349-351; Mark A. Conrad, *New York's New "Son of Sam" Law — Does It Effectively Protect the Rights of Crime Victims to Seek Redress From Their Perpetrators*, 2 Fordham Ent. Media & Intell. Prop. L. F. 27, 38-45 (1992); Anthony J. Annuncci, *Anatomy of the modern Prisoners' Rights Suit: New York's Expanded Son of Sam Law and Other Fiscal Measures to Deter Prisoners' Suits While Satisfying Outstanding Debts*, 24 Pace L. Rev. 631, 643-650 (2004).
- (28) Nosrati, *supra* note 4, at 962.
- (29) 各州における被害弁償や犯罪被害者補償制度の概観については、Susan Kiss Sarnoff, *Paying for Crime: The Policies and Possibilities of Crime Victim Reimbursement*, Praeger, 1996, pp. 1 et seq., 45-55; 安東ほか・前掲注(一)三三三頁 を参照。
- (30) 以下の記述は、安東ほか・前掲注(一)五頁以下、久山立能「米国政府の被害者対策——司法省犯罪被害者室報告書から——」

- 警察政策研究三号（一九九九年）一四四頁以下、安田貴彦「諸外国にみる犯罪被害者対策の現状—アメリカを中心に—」法律のひろば一九九五年五月号四二頁以下、Sarnoff, *supra* note 29, at 17 et seq. [Victim Restitution], 45 et seq. [Civil Litigation], 59 et seq. [Crime Victim Compensation] などに基づいている。このほか、富田信穂「アメリカ合衆国における犯罪被害者補償制度」警察学論集五四卷三号（二〇〇一年）五八頁、川崎友己「企業に対する刑事制裁としての被害弁償命令—アメリカ合衆国の動向を参考にして—」同志社法学五四卷三号「通卷二八八号」（二〇〇一年）一一一〇頁以下など参照。
- (31) 全米被害者支援機構 (NOVA) 以外の組織について、安田・前掲注(1)四四五頁を参照。
- (32) 18 U.S.C. § 3681.
- (33) 詳細は、芝原邦爾「アメリカ合衆国の没収制度」法時六三卷二号（一九九一年）七四頁以下、佐伯仁志「アメリカ合衆国の没収制度」ジュリー一〇一九号（一九九三年）一六頁以下、谷口正孝「没収及び追徴の研究—無差別没収を中心として—」司法研究報告書第八輯第四号（一九五五年）一頁、三〇頁以下など。
- (34) 民事没収と刑事没収に共通して、没収対象財産に関するすべての権利や権益は、没収の原因となる行為が行われた時点で合衆国に帰属するという考え方 (Relation Back Doctrine) が認められている。例えば、薬物に関する民事没収二一編八八一条(h)、一八編九八一条(f)、二二編八五三条(e)、一八編九八二条(b)。この考え方に基づき、合衆国はその後犯罪者以外の者に譲渡された財産も没収することができる。
- (35) David J. Fried, *Rationalizing Criminal Forfeiture*, 79 J. Crim. L. & Criminology 328, 410 (1988) は、犯罪利益の没収をすべての犯罪に規定し、没収の利益は被害弁償のための基金とされるべきであるとしている。この点につき、前述の注(33)で引用の芝原孫文および佐伯論文のほかに、原田明夫「犯罪により生じた利得と没収(1)(2)」判タ五四九号五〇頁、五六五号四六頁（ともに一九八五年）、江原伸一「アメリカにおける不法財産没収制度の概略」警察学論集四一卷一一号（一九八八年）七〇頁以下など参照。
- (36) RICO法に関する最近の紹介・分析として、田上富信「アメリカにおける組織犯罪と民事責任—Civil RICO法の理念と現実—」法と政治五八巻一号（二〇〇七年）二五頁以下。このほか、池田啓倫ほか「米国組織犯罪規制法 (RICO法) について

て」金法二二八六号(一九九一年)一八頁以下「付・全文訳」、佐伯仁志「アメリカ合衆国 RICO 法について(上)(下)」商事法務二二二二号(一九九〇年)九頁以下、二二二二号(一九九〇年)三三頁以下、飯柴政次・千野啓太郎「アメリカにおける組織犯罪対策法制—RICO 法及び特別捜査手法に關して—」ジュリ九六〇号(一九九〇年)四七頁以下、リンダ・B・ラクデューア、〈訳〉松本和道「民事・刑事で活用される米国の暴力団対策法(上)(下)：日本企業のための RICO 法概観」NB L 五四五号(一九九四年)八頁以下、五四八号(一九九四年)二六頁以下、江原伸一「アメリカにおける不法財産没収制度の概略」警察学論集四一卷一號(一九八八年)七〇頁、七五頁以下など参照。RICO 法は、民事的権利実現のための規定に基づいて提起された訴訟に關する出訴期限を明文で規定していない。そのため、いかなる場合に出訴期限法を適用すべきかが問題となる。この点につき、楠元純一郎「民事 RICO 法上の請求訴訟と適切な出訴期限法」商事法務一三三五号(一九九三年)四三頁以下。

- (37) 18 U.S.C. § 1963 (a)(b).
- (38) 佐伯・前掲注(33)一七頁。
- (39) 18 U.S.C. § 1963 (m), § 1467 (n), § 2253 (o).
- (40) 21 U.S.C. § 853 (a)(3), 21 USC § 853 (p).
- (41) 佐伯・前掲注(33)二二頁。
- (42) Fried, *supra* note 35, at 410.
- (43) Note, *A Proposal to Reform Criminal Forfeiture under RICO and CCE*, 97 Harv. L. Rev. 1929, 1940 (1984).
- (44) 犯罪被害者法 (VOCA) は、基金配分に關して各州が優先的に措置を行うべき分野として、児童虐待、家庭内暴力、性的暴力を規定しているほか、ギャングによる暴力の被害者や殺人事件被害者の遺族、憎悪・偏見を動機とする犯罪の被害者などに対しても支援の実施を行うことを強調している。詳しくは、久山・前掲注(30)一四五頁。
- (45) 安東ほか・前掲注(1)三三頁。
- (46) 安東ほか・前掲注(1)二二頁。

- (47) 連邦レベルでも、裁判所は、すべての事件において弁償命令を科する権限を有し (18 U.S.C. § 3663など)、弁償命令に対しては民事執行が可能であり (18 U.S.C. § 3613)、弁償金の支払いがない場合には、執行猶予の取消 (18 U.S.C. § 3613A) など行われる。
- (48) 安東ほか・前掲注(一)二二頁。
- (49) Harry B. Little, *A Comparison of the Statutes of Limitations*, 21 Ind. L. J. 23, 39-41 (1945) [APPENDIX A — TIME-PERIODS (BY YEARS) ALLOWED FOR BRINGING ACTIONS]. 併せて、Francis E. McGovern, *The Status of Statutes of Limitations and Statutes of Repose in Product Liability Actions: Present and Future*, 16 Forum 416, 438-440 (1986) [APPENDIX A — OVERVIEW] 参照。アメリカにおける出訴期限法のイギリス法からの継受と発展については、Note, *Developments in the Law — Statutes of Limitation*, 63 Harv. L. Rev. 1177 (1950); Charles C. Callahan, *Statutes of Limitation in Background*, 16 Ohio State L. J. 130 (1955); John R. Mix, *State Statutes of Limitation: Contrasted and Compared*, 3 Rocky Mt. L. Rev. 106 (1931); Tyler T. Ochoa & Andrew J. Wistrich, *The Puzzling Purpose of Statutes of Limitation*, 28 Pa. L. J. 453 (1997) など(詳し)。
- (50) Sarnoff, *supra* note 29, at 55.
- (51) 鈴木康彦『註釈アメリカ合衆国憲法』(国際書院、二〇〇〇年)一六七頁。合衆国憲法修正第一条は、それが加えられた一七九一年から現在に至るまで、何を意味しているかについては議論が絶えない。アンソニー・ルイス著、池田年穂・初岡宏成訳『敵対する思想の自由…アメリカ最高裁判事と修正第一条の物語』(慶応義塾大学出版会、二〇一二年)四頁以下。修正第一条の保障する表現の自由をめぐる論点につき、樋口範雄『アメリカ憲法』(弘文堂、二〇一一年)三二七頁以下参照。
- (52) 松井茂記『アメリカ憲法入門「第六版」』(有斐閣、二〇〇八年)一五一頁。
- (53) この法理は、過度の広汎性ゆえの無効の法理 (over-breadth doctrine) と呼ばれる。松井・前掲注(52)一六八—一六九頁、一七〇頁。
- (54) 詳細は、長岡徹「表現の自由と規制類型—表現内容に基づく規制と内容中立的規制区分論の検討(一)」香川大学教育学

- 部研究報告第一部六八号 (一九八六年) 七一頁、八〇頁以下、市川正人「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由 (一)」三重大学法経論叢四卷一号 (一九八六年) 一頁、八頁以下、神谷雅子「表現の自由 (一) —合衆国最高裁判所にみる表現の時間、場所、方法および態様に対する規制と、表現の方法と場所の類型—」国家学会雑誌一〇一卷一・二号 (一九八八年) 一頁、八頁以下、梶原健祐「衡量枠と準則—表現の自由論における司法審査基準の再検討—」山口経済学雑誌五八巻六号 (二〇一〇年) 二五頁以下、城野一憲「表現の自由と厳格審査—アメリカ連邦憲法の修正一条解釈におけるルールと展開—」早稲田法学会誌六五巻二号 (二〇一五年) 九九頁以下など。全体を鳥瞰できる最近の欧文の文献として、Mark J. Richards, *The Politics of Freedom of Expression: The Decisions of the Supreme Court of the United States*, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 103 et seq.
- (55) 長岡・前掲注(54)「検討 (一)」八七頁。
- (56) 例⁵⁶ Police Department of the City of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972); First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978); Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association, 460 U.S. 37 (1983) など。詳細は長岡・前掲注(54)「検討 (一)」八二頁、城野・前掲注(54)九九—一〇〇頁、Mark Rienzi & Stuart Buck, *Neutral No More: Secondary Effects Analysis and the Quiet Demise of the Content-Neutrality Test*, 82 Fordham L. Rev. 1187, 1192 (2013) など。
- (57) 連邦最高裁判所によって運用されている司法審査の基準は、「厳格審査」(strict scrutiny)、「合理的根拠のテスト」(rational basis test)、「おまび」[中間審査基準](intermediate scrutiny) の三つに分類・整理されるのが一般的である。城野・前掲注(54)一〇〇頁。
- (58) Richard Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. Rev. 1267, 1270 (2007).
- (59) Stephan A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 Am. J. Legal Hist. 355 (2006) は、「厳格審査の原型は修正第一四条の平等保護条項の解釈ではなく、修正第一条の言論保護条項の解釈に求められるとしている。修正第一四条と修正第一条の関係については、城野・前掲注(54)一〇二頁以下も参照。
- (60) Skinner, U.S. at 541.

- (61) *Korematsu*, 323 U.S. at 216.
- (62) *Siegel, supra* note 59, at 356.
- (63) *Siegel, supra* note 59, at 357-361, 380 et seq.
- (64) 354 U.S. 234, at 265.
- (65) *Siegel, supra* note 59, at 367. *Fallon, supra* note 58, at 1273 et seq. もまた、*Siegel*と同様、厳格責任の誕生と発展の中で、「やむに已まれぬ利益」の概念が審査基準の一つとして登場してきたことを指摘するが、論証のために引用する裁判例に若干の違いがある。ただ、両者とも、一九六〇年代に連邦最高裁判所が厳格審査の法理を確立する過程の中で、規制当局である州政府に規制目的として「やむに已まれぬ利益」があること、そして、それが「狭く策定された」規制手段により実現されるべきことを要求されてきたという点、言い換えれば、「やむに已まれぬ利益」の概念は厳格審査の一つの基準であり、厳格審査の誕生よりやや遅れて登場してきたという点では、一致した見方をしている。
- (66) *Siegel, supra* note 59, 393-394, 397. *Fallon, supra* note 59, at 1326もまた、規制手段としての「狭く策定された」ことの要件は、規制の正当性根拠を示すものと捉えている。
- (67) *Siegel, supra* note 59, at 402.
- (68) 連邦最高裁判所が合衆国憲法修正第一条の保護を受けないものとして析出してきた表現活動には、差し迫った非合法行為の煽動、闘争的言辞、猥褻の表現、名誉毀損的表現、虚偽・欺瞞的な営利的表現、チャイルド・ポルノを挙げることができる。営利的表現については、その規制が経済的規制の面を有していることもあって、連邦最高裁は伝統的に表現の自由の射程外に置いてきたが、広告でも情報伝達という機能を果たしているとして、現在では表現の自由の保護を認めている。*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976) など。この点につき、松井・前掲注(52)一八八頁以下、城野・前掲注(54)一三三頁以下。なお、併せて、Daniel Farber, *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, 84 *Ind. L. J.* 917 (2009) 参照。
- (69) 詳細は、長岡・前掲注(54)「検討(一)」八二頁、市川・前掲注(54)「二分論(一)」一九頁、二二頁以下、市川正人「表現

内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由(三・完)「三重大学法経論叢七卷一号(一九八九年)一頁以下、城野・前掲注(54)一三二—一三三頁など。

(70) 表現活動の日時が不適切である場合(例えば、デモや集会の開催が夜中であつたり、集会場の休館日に開催を試みたりする)や、表現する場所が不相当である場合(例えば、子どもの目につくような場所でポルノグラフィを掲示する)、あるいは、態様・方法に問題がある場合(例えば、電柱への張り紙のように街の美観を損ねる方法を使つたりする)である。

(71) 行為自体は表現行為ではないが、それが表現目的で行われた場合に、それを規制することが表現の自由の問題を提起する場合である。

(72) *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, Inc.*, 452 U.S. 640 (1981).

(73) *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

(74) 松井・前掲注(52)二〇一頁。

(75) 例えは、*United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983); *Heffron v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943) など。詳細は、

長岡・前掲注(54)「検討(一)」八二頁、長岡徹「表現の自由と規制類型—表現内容に基づく規制と内容中立的規制区分論の検討(二・完)」香川大学教育学部研究報告第一部六九号(一九八七年)九五頁、一〇五頁以下、神谷雅子「表現の自由(二)

—合衆国最高裁判所にみる表現の時間、場所、方法および態様に対する規制と、表現の方法と場所の類型—」国家学会雑誌一〇二卷一・二号(一九八九年)四六頁以下、市川・前掲注(54)「検討(一)」一九頁、市川正人「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由(二)」三重大学法経論叢五卷一号(一九八七年)三二頁以下。

(76) 内容中立的な規制の場合に用いられる比較的緩やかな審査基準を「中間審査基準」(intermediate scrutiny)ということがある。城野・前掲注(54)一〇〇頁以下、樋口範雄『アメリカ憲法』(弘文堂、二〇一一年)三九七頁など。

(77) 長岡・前掲注(75)「検討(二・完)」九六頁。

(78) 人が何かを表現するとき、それをどのような形で表現するかは、非常に重要なことであり、その表現行為を通してしか、我々は表現内容を表出することができない。両者は不可分の関係にあるから、その媒体としての「時・場所・方法・手段」に

ついで制限されるということと内容を制限されるということとを区別して論じることは、現実的ではない。それにもかかわらず、内容中立的な規制というマジックワードの範疇により処理される「表現」は、厳格な審査基準の保護を受けることなく、切り捨てられてもよいということになってしまう。

(79) *Erznoznic v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975) 「ドライブイン・シアターの公道からみえるスクリーン上でヌードシーンを上映することを禁止した条例を違憲とした」; *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981) 「商業地区でのライブ・エンターテイメントを禁止するゾーニング条例（本件ではヌードダンス）を違憲とした」; *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981) 「公認学生団体には大学の施設利用を認めながら、宗教活動をする学生団体には施設利用を認めない大学規則を違憲とした」など。

(80) *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974) 「市バスの車内広告を商業広告に限り、それ以外の政治広告を認めない車内規則を合憲とした」; *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976) 「軍事基地内で民間人が劇やミュージカルを上演し、麻薬の弊害について演説することは認めるが、政治的な演説や示威行動を行うことを一切禁止する基地規則を合憲とした」など。

(81) 長岡・前掲注(54)「検討(一)」八六頁以下、八七頁。

(82) 長岡・前掲注(75)「検討(二・定)」一一二頁以下、一一五頁以下。

(83) 長岡・前掲注(75)「検討(二・定)」一一五頁。

(84) 長岡・前掲注(54)「検討(一)」八三頁。

(85) Laurence H. Tribe, *Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency?*, 98 *Harv. L. Rev.* 592, 601 (1985).

(86) 詳細は、長岡・前掲注(54)「検討(一)」八九頁以下、市川・前掲注(69)「二分論(三・定)」一二二頁以下。

(87) John H. Ely, *Democracy and Distrust*, *Harv. Univ. Press*, 1980, 110-111; John H. Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 *Harv. L. Rev.* 1482, 1497-1501 (1975); Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, *Foundation Press*, 1978, § 12-2, at 580-82, 602-04.

(88) Geoffrey R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 25 *William & Mary L. Rev.* 189, 198 (1983).

- (88) Paul B. Stephan, *The First Amendment and Content Discrimination*, 68 Va. L. Rev. 203 (1982).
- (90) Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 Vand. L. Rev. 265 (1981).
- (61) Ronald A. Cass, *First Amendment Access to Government Facilities*, 65 Vaq. L. Rev. 1987 (1979).
- (92) 学説の整理として、長岡・前掲注(75)「検討(二・定)」九三頁、市川・前掲注(69)「二分論(三・完)」一二三頁以下。
- (93) Daniel A. Faber, *Content Regulation and the First Amendment: A Revisionist View*, 68 Geo. L. J. 727 (1980); Daniel A. Faber & John E. Nowak, *The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication*, 70 Va. L. Rev. 1219 (1984).
- (94) Martin H. Redish, *The Content Discrimination in First Amendment Analysis*, 34 Stan. L. Rev. 113 (1981).
- (95) 表現活動に対する規制と財政的負担との関係は、一般に、次の三つの類型に分類することができる。①表現活動のための支出に対する規制(例、選挙運動資金の制限など)、②表現活動にかかる費用の増加負担(例、物品税の賦課、補助金の拒否・削減、デモに対する保証金など)、および、③表現活動によって得られる利益の剥奪・制限(例、新聞紙税など)である。このうち、①と②は表現活動の不能や縮小に直接つながるが、③は利益追求を目的とする表現者の動機を弱めるにすぎない。
- (96) 「*やむを得ない利益*」の概念の起源については、Siegel, *supra* note 59, at 355を参照。
- (97) 組織的な犯罪においては、不正の利益を得ることを目的として種々の活動が行われ、これによる犯罪収益が犯罪組織の維持・拡大に用いられるとか、将来の犯罪活動に再投資されるほか、事業活動に投資されて合法的な経済活動に悪影響を及ぼすことがある。わが国では、刑法の没収が有体物に限られ、犯罪収益等のはく奪の措置としては十分とはいえない状況にあることから、一九九九年八月に「組織的犯罪処罰法」(平成十一年法律一三六号)が制定され、没収の対象となる財産の範囲を有体物から金銭債権に拡大するなど、犯罪収益等に係る規制が強化された(同法二条二項〜四項、一三条以下)。これは、組織的な犯罪に経済的な側面から対処する措置として、犯罪収益等の確なはく奪を可能とするものである。もともと、被害者がその財産について正当な権利を有する場合(犯罪被害財産)であって、犯人からこれを没収することによって被害者の犯人に対する損害賠償請求権などの私法上の請求権の実現を困難にするなど、被害者保護の観点から適当でないと認められる場合に

は、没収を控えるべきものとされている（同法一三条二項）。ただし、その場合でも、被害者が民事上の請求権を十分に行使できない場合には、被害者の犯人に対する損害賠償請求権等を保護するため、例外として没収することが可能である（同法一三条三項）。三浦守ほか「組織的犯罪対策関連三法の解説（三）」法曹時報五二卷八号（二〇〇〇年）四三頁、五二頁以下。わが国における犯罪被害者等の加害者に対する損害賠償請求権については、長谷川貞之「損害賠償命令制度の意義と機能——刑事司法のパラダイム転換による損害賠償制度の再検討の可能性——」日本法学八二卷二号（二〇一六年）五七一頁以下を参照。

コーポレート・ガバナンス・コードと説明責任

——株主総会のベストプラクティスならびに金融商品取引法における「相当な注意」の履行に係る判例の交錯、英国法における不実開示責任および米国シヨートターミズム——

藤 川 信 夫

序章—問題意識—

本稿は二〇一五年六月日本版コーポレート・ガバナンス・コード（CGC、以下コード）策定・適用、二〇一五年改正会社法施行を踏まえて、上場企業における説明義務あるいは説明責任の変容について理論・実践の両面から組織法的考察を進めたものである。上場企業においてはプリンシプルベースによるソフトローとしてのコード・上場規則とハードローである会社法制の二重の規制がかかり、また機関投資家向けのスチュワードシップ・コード（SWC）適

用による株主との対話・エンゲージメント作りも加わってくる。主として株主総会等の対応を前提にして上場企業におけるベストプラクティスについて、金商法上の判例、英国や米国の新しい動向も含め、最新の論点を検討していきたい。コードの制定・適用直後であり先行研究の少ない領域であるが、かかる考察の意義は大きいと料する。

金商法、コードにおける説明義務・責任が加わり拡大する反面、適正意見に基づく責任を限定していくアプローチもあり、両面からの考察を行った。更にはかかる義務に違反した場合について、コードゆえにエンフォースメントの別途考察が必要となる。ハードローを含めたソフトローミックスとして今後の制度設計にかかってこよう。

第一章 会社法における株主総会の説明義務の内容と情報開示

— 参考書類の記載事項等を中心に —

二〇一五年改正会社法下の株主総会の説明義務について、組織法的観点から経営陣全体の俯瞰を図る。ガバナンスの観点から社外取締役導入の他、経営の選択、会計監査人が監査役等との連携において果たすべき説明義務なども重要となる。上場企業においては二〇一五年六月一日よりコーポレート・ガバナンス・コードが上場規則として既に施行され、説明義務・責任を負うべき内容が実質的に従前とは異なるものとなってきた。会社法三二四条において取締役等の説明義務が規定され、説明拒絶事由については同条および会社法施行規則七一条に規定がなされている。^① 会社法においては情報開示の充実が理念の一つとなる。先ず、情報開示の面から参考書類への記載等を中心に検討したい。情報開示の充実には株主資本等変動計算書等の計算書類の種類拡大(会四三五条二項)、連結計算書類の作成主体の拡大(会四四四一条)等の規定により図られ、法務省令も事業報告、計算書類、参考書類等の個別規定を設け、開示

対象の情報量と質を充実させている。

会社法下における説明義務の範囲と内容に関し、決議事項について合理的な平均的株主が議案の賛否に合理的な判断をするのに客観的に必要な範囲で説明義務を担うものと解される^②。一括説明につき、実務上は株主から事前に送付された質問状は内容を事前に整理し、総会の場で項目毎に一括説明することも行われるが説明義務の履行ではない。説明義務が尽くされたことの考慮要素の一つにはなる（東京地判平成一六年五月一三日金判一一九八号一八頁）。ここで参考書類記載事項が一応の基準といえるかどうか議論がある^③。

会社法施行規則では個別に列記されない議案について、提案理由の記載義務づけを廃止し、会社法においては定款変更議案、資本金額・準備金額の減少議案、自己株式取得議案、株式・新株予約権の有利発行議案等は議案の内容以外に参考書類記載事項がなくなった。

決議事項の取締役の説明義務は議案の提案者であることに由来し、説明義務を怠れば株主総会決議取消事由となると解されていた^④。会社法においても提案理由について参考書類の記載義務はなくなったものの、株主総会での説明義務があることは否定できないとみられる。剰余金の配当議案も同様である。会社法は、必ずしも参考書類記載事項が説明義務の範囲の基準となる必要はないと考え、提案理由が必ずしも全議案について議決権行使に必要な情報とは限らないと理解し、参考書類の記載を免除しつつも、議決権行使に必要なものであれば参考書類に任意に記載（会規七三条二項）、または株主総会で説明をすることで株主に必要な情報を提供し、議決権行使がされることを期待しているといえる^⑤。

第二章 会社法上の経営陣における具体的な説明義務―実務上のプラクティス―

I. 株主総会にかかる説明義務者の概要ならびに具体的な説明義務の例示

株主総会にかかる経営陣における説明義務について、主要なものについて実務面からの具体的な例示をみていきたい。コード適用前の時点のものであるが、会社法上の経営陣における具体的な説明義務として検討の意義は大きいと考える。①会社法における説明義務者は取締役、会計参与、監査役および執行役であり、説明義務者は適当な補助者に答えさせることができる^⑥。取締役について、その説明は一般に業務執行であり、これに関する決定は取締役会において行い、執行である説明は代表取締役が行うことになる^⑦。質問の都度に取り締役会を開き、説明の要否、説明の範囲、程度を決することは困難となる。株主総会の議題を決する場合(会一九八条一項二号)、総会における議題についての説明が当然に予想され、特段他の取締役を説明者に事前に定めて授權をしない限り、代表取締役が説明の授權を包括的に受けたものとして履行をなすべきである。

代表取締役は、質問者に対して質問事項の説明を行うことが義務の内容となり、それをもって足りる。株主の指名に拘束されず、自らまたは適当な取締役を自身の責任において指名して説明させることができる。株主としても要点を尽くした説明を求めることができ、それで十分であるため取締役個人を指名して説明を求める権利まで有するものではない。

議長の議事整理権に基づく指名は説明義務者である取締役等の指名に止まり、説明義務者でない補助者をいきなり指名できるものではないが、議長が取締役として説明するために補助者を指名することはなし得る。補助者の採否・

指名は説明義務者の専権に属する。

執行役員制度の採用会社では、執行役員が説明をする事例もあるが、議長である代表取締役の補助者、または他の取締役の補助者としての説明となる。説明に当たり、その旨を明確にしておくことが望まれる。執行役についても執行役が説明義務を負うが、どの執行役に説明させるかは取締役会の定める執行役の職務分掌（会四一六条一項一号ハ）に依拠する。説明義務者の判断で補助者により説明させることもできる。会計参与については、上場企業において選任事例は殆どないが、会計参与は取締役と共同して計算書類等を作成し、会計参与報告を作成（会三七四条一項、施一〇二条）、書類保存を図ることになる（会二七八条）。会計参与の権限は計算書類の作成等に限られ、説明義務の範囲もその範囲に限られる。

監査役に対する質問について、議長は監査役会または監査役の協議により定められた監査役を指名し、その者が説明をする。当該監査役がその責任において補助者に答えさせる旨を述べ、補助者に説明させることもできる。

②株主から指名された説明義務者は答弁義務を負わない。他の適当な説明義務者に答えさせることができる。取締役等の候補者はあくまでも候補者であり、答弁義務がないが、IR（インベスター・リレーション）の観点から抱負などを述べることは構わない。③社外取締役・社外監査役を指名してなされた質問に対して、社内取締役・監査役に対する質問と変わりはない。④監査役に対して経営方針に関する質問があった場合、経営方針について法令もしくは定款に違反するか、または著しく不当な事項があるか否かについてのみ答える義務があり（会三八四条）、一般には答弁義務はない。⑤監査役会または監査委員会に対する質問が出された場合、株主総会における説明義務は監査役であり（会三二四条）、監査役会としては説明義務を負わず、監査役会として回答する必要はない。議長は監査役会に対する

質問であっても、監査役に対する質問として説明義務の範囲内にある事項について監査役を指名して回答させれば足りる。株主が監査役会としての説明を求めるものであれば議長は却下が可能であり、監査委員会も同様である。

Ⅱ. 会計監査人の選解任と監査役の説明義務の実務対応

二〇一五年改正会社法において、会計監査人の選解任等に関する議案の内容は監査役会が決定することとなった(会三四四条)。監査役は、会計監査人の選解任等に関する議案等の内容について従来以上に株主総会において説明義務を負うことになる⁽⁸⁾。法務省令において、会計監査人の解任・不再任に関する議案を提出する場合には、監査役が議案の内容を決定した理由を株主総会参考書類に記載しなければならず、会計監査人の報酬等に監査役が同意した場合には、その理由を事業報告に記載しなければならない(会規八一条二号、一二六条二号)。会計監査人を選任する議案については監査役会が決定することとなり、決定権を前提とした主体的なかかわりが必要となる。実務上の手続(会計監査人の解任・不再任の方針の確認・策定、不再任を株主総会議案としないこと「再任すること」についての監査役会での決議についての執行側への連絡など)を行う必要がある。会計監査人の再任に疑念が感じられる場合、株主総会に提出するための会計監査人の不再任議案のみでなく、新たな会計監査人の選任議案を同時に決定しなければならないため、早期に監査役会において審議し、新たな会計監査人の選任議案を決定できるよう準備する必要がある。会計監査人が再任される場合(会三三八条二項)、選解任等に関する議案を決定するわけではないため株主総会参考書類への記載は必要ない。

Ⅲ. 監査役等と会計監査人との連携と説明義務、不正リスク対応基準

監査役等と会計監査人との連携と説明義務に関して、会社法、金商法の規定を見ていきたい⁽⁹⁾。監査役等による会計

監査人の監査の方法と結果の相当性の判断に関する規定として、会計監査に関しては、監査人が会計監査人として監査役等に会計に関する監査の方法とその結果である監査意見を含む会計監査報告の内容を通知し、これを受けて監査役等が会計監査人の監査の方法と結果の相当性を判断し、相当でないと認めるときは、取締役及び会計監査人にその旨及びその理由を含む監査報告の内容を通知する関係にある（会社計算規則第二二七条第二号、第二二八条第二項第二号、第二三二条第一項）。このため、会計監査人は、監査役等が会計監査人の監査の方法と結果の相当性を判断するために必要かつ十分な情報提供と説明義務を果たさなければならない。

会計監査人による法令・定款違反発見時の報告義務について、会社法第三九七条第一項では、「会計監査人はその職務を行うに際して取締役の職務の執行に不正の行為又は法令若しくは定款に違反する重大な事実があることを発見したときは、遅滞なくこれを監査役に報告しなければならない。」とし、監査役等の会計監査人に対する報告請求権について会社法第三九七条第二項では「監査役はその職務を行うため必要があるときは、会計監査人に対しその監査に関する報告を求めることができる。」と規定される（監査役会設置会社および委員会設置会社における第一項・第二項の適用について同条第三項・第四項に読替規定）。監査人による法令違反等事実発見時の通知義務に関して、金商法第一九三条の三では公認会計士または監査法人が「特定発行者における法令に違反する事実その他の財務計算に関する書類の適正性の確保に影響を及ぼすおそれがある事実（次項第一号において「法令違反等事実」という。）を発見したときは当該事実の内容及び当該事実に係る法令違反の是正その他の適切な措置をとるべき旨を遅滞なく、内閣府令で定めるところにより当該特定発行者に書面で通知しなければならない。」とし、その通知を「監査役又は監事その他これらに準ずる者」が受ける（財務諸表等の監査証明に関する内閣府令第七条）。監査役等が取締役の不正行為や法令・定款に

違反する事実や著しく不当な事実があると認められるときは取締役(取締役会)に報告する義務を負う立場にあることに照らし、法令違反等事実につき監査役等に対する通知が確実になされることが必要と考えられたことによる。監査における不正リスク対応基準では、監査人は監査役等に不正リスクに関連して把握している事実を質問しなければならぬ(不正リスク対応基準第二二)。また「監査人は、監査の各段階において、不正リスクの内容や程度に応じ、適切に監査役等と協議する等、監査役等との連携を図らなければならない。」ほか、「不正による重要な虚偽の表示の疑義があると判断した場合には、速やかに監査役等に報告するとともに、監査を完了するために必要となる監査手続の種類、時期及び範囲についても協議しなければならない。」(同一七)。「監査実施の過程において経営者の関与が疑われる不正を発見した場合には、監査役等に報告し、協議の上、経営者に問題点の是正等適切な措置を求めるとともに、当該不正が財務諸表に与える影響を評価しなければならない。」(同一八)。

第三章 コーポレート・ガバナンス・コードと説明義務と開示

I. コーポレート・ガバナンス・コードにおける説明義務

1. コーポレート・ガバナンス・コードの概要と名宛人

二〇一五年三月五日「コーポレートガバナンス・コードの策定に関する有識者会議」は「コーポレートガバナンス・コード原案」会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上のために(コード原案)をまとめ、五月十三日東京証券取引所は「コーポレートガバナンス・コード」(コード)を上場制度の枠組みに取り入れるための取引所規則改正を行った¹⁰⁾。コードはOECDコーポレート・ガバナンス原則をベースとし、英国などの原則・指針も参考として

上場会社における実効的なコーポレート・ガバナンスの実現のための主要な原則を定めたものである。^⑪

コードの定める規範については基本的に「プリンシプルベース・アプローチ（原則主義）」とコンプライ・オア・エクスペレイン」(Comply or Explain 遵守せよ、さもなければ説明せよ)の考え方が採用され、攻めのガバナンスが強調されていることも特徴である。このためコードは、上場企業における説明責任に大きな影響を与えることとなる。^⑫

コードの基本原則には適切な情報開示と透明性の確保として、以下の内容が定められている。上場会社は、会社の財政状態・経営成績等の財務情報や、経営戦略・経営課題、リスクやガバナンスに係る情報等の非財務情報について、法令に基づき開示を適切に行うとともに、法令に基づき開示以外の情報提供にも主体的に取り組むべきである。その際、取締役会は、開示・提供される情報が株主との間で建設的な対話を行う上での基盤となることも踏まえ、そうした情報（とりわけ非財務情報）が、正確で利用者にとって分かりやすく、情報として有用性の高いものとなるようにすべきである。

取締役会等の責務としては、上場会社の取締役会は株主に対する受託者責任・説明責任を踏まえ、会社の持続的成長と中長期的な企業価値の向上を促し、収益力・資本効率等の改善を図るべく、(1)企業戦略等の大きな方向性を示すこと、(2)経営陣幹部による適切なリスクテイクを支える環境整備を行うこと、(3)独立した客観的な立場から、経営陣（執行役員及び執行役員を含む）・取締役に対する実効性の高い監督を行うこと等の役割・責務を適切に果たすべきである。かかる役割・責務は、監査役会設置会社（役割・責務の一部は監査役および監査役会が担うこととなる）、指名委員会等設置会社、監査等委員会設置会社などいずれの機関設計を採用する場合も等しく適切に果たされるべきである。

株主との対話・エンゲージメントとして、上場会社は持続的な成長と中長期的な企業価値の向上に資するため株主

総会の場以外でも株主と建設的な対話を行うべきである。情報開示や説明などを求めるものとして、上場会社は株主総会において株主が適切な判断を行うことに資すると考えられる情報については、必要に応じ適確に提供すべきである(補充原則一―二①)。上場会社が政策保有株式として上場株式を保有する場合には、政策保有に関する方針を開示すべきである。毎年、取締役会で主要な政策保有についてリターンとリスクなどを踏まえた中長期的な経済合理性や将来の見通しを検証し、保有の狙い・合理性について具体的な説明を行うべきである。上場会社は、政策保有株式に係る議決権の行使について、適切な対応を確保するための基準を策定・開示すべきである(原則一―四)。

コードの名宛人として、①取締役を名宛人とする例は、「取締役・監査役は、その役割・責務を実効的に果たすために、能動的に情報を入手すべきであり、必要に応じ、会社に対して追加の情報提供を求めるべきである。」(原則四―二三)。②独立社外取締役を名宛人とする例は、「独立社外取締役は、例えば、互選により『筆頭独立社外取締役』を決定することなどにより、経営陣との連絡・調整や監査役または監査役会との連携に係る体制整備を図るべきである。」(補充原則四―八②)。③経営陣幹部を名宛人とする例は、「取締役会・経営陣幹部は、中期経営計画も株主に対するコミットメントの一つであるとの認識に立ち、その実現に向けて最善の努力を行うべきである。仮に、中期経営計画が目標未達に終わった場合には、その原因や自社が行った対応の内容を十分に分析し、株主に説明を行うとともに、その分析を次期以降の計画に反映させるべきである。」(補充原則四―一②)。④監査役、監査役会を名宛人とする例は、「…監査役または監査役会は、社外取締役が、その独立性に影響を受けることなく情報収集力の強化を図ることができよう、社外取締役との連携を確保すべきである。」(補充原則四―四①)。⑤外部会計監査人を名宛人とする例は、「外務会計監査人及び上場会社は、外部会計監査人が株主・投資家に対して責務を負っていることを認識し、適正な

監査の確保に向けて適切な対応を行うべきである。」(原則三―二)。⑥株主を名宛人とする例は、「上場会社は、必要に応じ、自らの株主構造の把握に努めるべきであり、株主も、こうした把握作業にできる限り協力することが望ましい。」(補充原則五―一③)。

2. コーポレート・ガバナンス・コードの実践ならびに説明義務と開示

コーポレート・ガバナンス・コードの実践においては、コンプライ・オア・エクस्पラインのアプローチに関して具体的な原則毎に使い分けられることが想定され、例えば独立社外取締役導入に関しては、導入しないことにより逆に企業価値が向上するなどの説明が求められ、政策投資株式の保有理由に関しても同様とされる。この二つは上場企業においては事実上の強制となりかねないが、それ以外の項目についてはコンプライしないのであれば一般的説明を持つて足りる部分もあるともされる。不十分な説明に対しては上場維持の可否、金融・資本市場の評価からのエンフォースメントはかかるが、法制上の罰則規定はない。我が国のガバナンスの現状の問題点は、経営陣にリスクテイクを促す複数の独立社外取締役導入、更には持合株式解消を念頭に置いた政策投資の扱い等に大きな焦点があり、コンプライ・オア・エクस्पラインの説明責任についても企業側の焦眉の急の課題となっている。他方、政策投資株式の保有についてはオペレーションナルリスク管理、内部監査、資本・財務政策などの実体的な金融機関経営を踏まえた説明責任¹³、開示にかかる検討が重要となる。

II. 取締役関連―独立社外取締役など―

1. 日本版コーポレート・ガバナンス・コードと取締役・執行役員を選任

日本版コーポレート・ガバナンス・コードにおいて取締役・執行役員を選任等に関し、以下の記載がされる(原則

三一、補充原則四―二など)。

- (1) 取締役会で以下の事項を決定して開示する。① 経営陣幹部・取締役の報酬を決定するに当たつての方針と手続 (原則三一・情報開示の充実)¹⁴。経営陣の報酬は、中長期的業績と連動する報酬割合や現金報酬と自社株報酬の割合を適切に設定すべきである (補充原則四―二①)。② 経営陣幹部の選任・解任と取締役・監査役候補の指名を行う場合の方針と公正かつ透明性の高い手続 (原則三一、補充原則四―三①)¹⁵。③ 取締役会が経営陣幹部の選任と取締役・監査役候補の指名を行う場合、個々の選任・指名についての説明 (原則三一)。多様性 (女性活用等) と適正規模維持に配慮する (原則四―二前段、取締役会・監査役会の実効性確保の前提条件、原則二―四、女性の活躍促進を含む社内多様性確保)。
- (2) 取締役会は、取締役会の全体としての知識・経験・能力のバランス、多様性 (女性の活用を含む) および規模に関する考え方を定め、開示する (原則四―二前段、補充原則四―二①、原則二―四)。
- (3) 上場会社は、法令に基づく開示を適切に行うことに加え、会社の意思決定の透明性・公正性を確保し、実効的なコーポレート・ガバナンスを実現する (原則三一)。社外取締役・社外監査役をはじめ、取締役・監査役はその役割・責務を適切に果たすために必要となる時間・労力を取締役・監査役の業務に振り向けるべきである。かかる観点から、例えば取締役・監査役が他の上場会社の役員を兼任する場合には、その数は合理的な範囲に留めるべきであり、上場会社は、その兼任状況を毎年開示すべきである (補充原則四―二②)。
- 以上の通り、報酬基準、選任基準が明確でない会社は抽象的なものでも取締役会で決定しておくことが望まれる。取締役候補者・監査役候補者の選任についての説明や兼任状況は、株主参考書類等の個々の候補者欄に多様性に配慮して記載する。取締役会の規模・人数に関する考え方は、取締役選任議案の (注) 等において記載することが考えら

える。多様性（ダイバーシティ）等は、事業報告の中で、対処すべき課題として記載する。

2. 日本版コーポレート・ガバナンス・コードと独立社外取締役

(1) 全上場会社 独立性判断基準の策定・公表が求められる（原則四―九・独立社外取締役の独立性判断基準及び資質¹⁶）。取締役会は金融商品取引所が定める独立性基準を踏まえ、独立社外取締役の独立性を實質面において担保することに主眼とする独立性判断基準を策定・開示すべきである。また取締役会は取締役会における率直・活発で建設的な検討に貢献が期待できる人物を候補者として選定するよう努めるべきである。

(2) 独立社外取締役が複数名存在するが、取締役会の過半数に達しない場合 ①独立社外者のみの定期的会合等による情報交換・認識共有（補充原則四―八①）。②互選による筆頭独立社外取締役の決定、経営陣との連絡・調整、監査役会との連携に係る体制整備（補充原則四―八②）。③指名・報酬等について独立社外取締役が関与する任意の諮問委員会を取締役会の下に設置（補充原則四―一〇①）。上場会社が監査役会設置会社または監査等委員会設置会社であつて独立社外取締役が取締役会の過半数に達していない場合には、経営陣幹部・取締役の指名・報酬などに係る取締役会の機能の独立性・客観性と説明責任を強化するため、例えば取締役会の下に独立社外取締役を主要な構成員とする任意の諮問委員会を設置することなどにより指名・報酬などの特に重要な事項に関する検討に当たり独立社外取締役の適切な関与・助言を得るべきである（補充原則四―一〇①）。④自主的な判断により、独立社外取締役を三分の一以上とすることについて取り組みの方針（原則四―八・独立社外取締役の有効な活用）。

(3) 独立社外取締役が一人の場合 ①独立社外取締役が二名以上存在しないことを説明・開示（原則四―八）。②指名・報酬等について独立社外取締役が関与する任意の諮問委員会を取締役会の下に設置（補充原則四―一〇①）。

(4) 独立社外取締役が一人も存在しない場合 社外取締役を置くことが相当でない理由の説明・開示を行う。⁽¹⁷⁾ 独立社外取締役が二名以上存在しないことを説明・開示に準拠する(原則四一八)。

3. 日本版コーポレート・ガバナンス・コードと社外取締役がない企業における説明義務ならびに社外取締役を置くことが相当でない理由

(1) 説明義務に違反した場合の責任 会社法上の説明義務違反は株主総会における取締役選任決議の取消事由となり得る(会八三二条一項一号)。正当な理由がないのに株主総会で株主の求めた事項について説明をしなかったときは、過料に処される(会九七六条九号)。

明文規定が存在し、不遵守の場合は善管注意義務の内容として任務懈怠責任を生じることとなるが、他方でコーポレート・ガバナンス・コードに関しては上場企業において二名以上の選任を行わない(コンプライシない)場合のエクस्पラインに関し、全く行わず理由の説明責任を怠った場合には東証による制裁措置等の対象になり得るが、直ちに任務懈怠責任を構成するものとは思料する。この点で、上場会社にはコード原則自体を遵守しない自由もあることが指摘されている(東京証券取引所の有価証券上場規程四三六条の三参照⁽¹⁸⁾)。本稿では会社法上の説明義務、コードについては説明・開示責任として用語を使い分けることとしているが、広義では役員の説明責任の概念として両者が包摂されることになろうか。

(2) 社外取締役がない場合の説明義務 会社法と日本版コードの接点として実務上、最も関心が高い部分の一つである。二〇一五年改正会社法において有価証券報告書提出会社・監査役会設置会社・公開会社・大会社であつて期末に社外取締役がない場合、定時株主総会で社外取締役を置くことが相当でない理由を説明しなければならない(会

社法三二七条の二。改正会社法施行規則でみれば、株主総会参考書類（施行規則七四条の二）、事業報告（施行規則一二四
条二項）の記載事項となる。また改正会社法施行規則でみれば、株主総会参考書類（施行規則七四条の二）、事業報告
（施行規則一二四条二項）の記載事項となる。①期末時点で社外取締役がない場合、毎年定時株主総会で説明する。
但し、社外取締役選任議案を提出する場合は株主総会参考書類および事業報告の記載は不要となり、株主総会で行う
説明も簡便なもので足りることになる。②コード原則四―八について、上場会社は独立社外取締役を二名以上選任す
べきであること、自主的に少なくとも三分の一以上の独立社外取締役を選任することが必要であると考えられる上場会社
はそのための取組み方針を開示すべきであることが規定されている。会社法規律と異なり、日本版コードの要請部分
については、文言上は相当でない理由ではなく、コードに従わない理由を説明すれば足りると思われる¹⁹。もともと、
東証側がコード違反に関する説明が不十分である等として修正を迫るリスクはある。プリンシプルベースとしての運
用の局面となろう。説明不十分の形式的な問題に留まらず、内実として複数名の選任がなされない状態が継続すれば、
コードのルール化・会社法への織り込みが今後検討されることとなろうか（私見）。

(3) 社外取締役を置くことが相当でない理由の説明・開示 社外取締役を置くことが相当でない理由について改正会
社法、施行規則に規定される（会社法三二七条の二、会社法施行規則七四条の二第一項、会社法施行規則一二四条二項）。社外
取締役を置くことがマイナスになる事情を書き込むことになるが、各企業の当該時点における事情に応じて記載しな
ければならないこと、社外監査役が二人以上であることのみをもって理由とすることはできないこと、適任者不在だ
けでは理由として不十分とする意見もあること、社外取締役は取締役や利害関係人との利益相反の監督機能が規定さ
れていることに留意がされる。

第一に社外取締役の選任について、法制審議会において選任義務付けが議論されたが見送られた⁽²¹⁾。しかし改正会社法・改正法務省令により、一定の会社が社外取締役を置いていない場合、社外取締役を置くことが相当でない理由の開示・説明をすべきこととされた。社外取締役を置くことが相当でない理由の説明・開示に関して、社外取締役を置いていない有価証券報告書提出義務⁽²²⁾がある公開かつ大会社の監査役会設置会社は、下記の場合に相当でない理由を説明・開示しなければならない。

(a) 株主総会での説明義務 (会社法三二七条の二) として、事業年度末日に社外取締役を置いていない場合、取締役は、当該事業年度に関する定時株主総会において、社外取締役を置くことが相当でない理由を説明しなければならない。

(b) 株主総会参考書類への記載義務 (会社法施行規則七四条の二第一項) として、社外取締役を置いておらず (株主総会の終結の時に社外取締役を置いていないこととなる見込みである場合を含む)、かつ社外取締役となる見込みである者を候補者とする取締役の選任に関する議案を株主総会に提出しないときは、株主総会参考書類に社外取締役を置くことが相当でない理由を記載しなければならない。(c) 事業報告への記載義務 (会社法施行規則二二四条第二項) として、事業年度末日に社外取締役を置いていない場合は、社外取締役を置くことが相当でない理由を事業報告の内容に含めなければならない。(b)の株主総会参考書類、(c)の事業報告への記載に当たっては、株主総会参考書類作成時点または各事業年度における各社の個別の事情に応じて記載しなければならず、社外監査役が二人以上いることのみをもって理由とすることはできない (会社法施行規則七四条の二第三項、第一二四条第三項)。事業年度末に社外取締役を置いておらず、当該事業年度に関する定時株主総会で社外取締役の選任議案を上程する場合は、(b)の株主総会参考書類への記載は必要ないが、(c)の事業報告への記載のほか、(a)の株主総会での説明は行わなければならない⁽²³⁾。(b)の株主総会参考書類への

記載は、株主総会に取締役選任議案が上程される場合の参考として必要とされるため、取締役選任議案が上程されない場合は、当該記載は不要となる。²⁴⁾

第二に適用時期について、社外取締役を置くことが相当でない理由の説明・開示に関する規定の適用開始時期は次の通りとなる。(a)株主総会での説明義務は経過措置は設けられておらず、改正会社法施行後(二〇一五年五月一日以降)に開催される定時株主総会から適用される。(b)株主総会参考書類の記載は、経過措置として施行日前に招集手続が開始された株主総会に係る参考書類の記載については従前の例による(改正法務省令附則二条第五項)。施行日前に招集の手続が開始された場合とは、施行日前に株主総会参考書類の記載事項が取締役会決議により決定された時点を指している(会社法一九八条第一項第五号、同条四項、会社法施行規則六三条三号イ参照)²⁵⁾。三月決算会社は、通常五月上旬以降に開催される取締役会において定時株主総会の招集および株主総会参考書類記載事項が決定され、実質的には二〇一五年定時株主総会に係る参考書類から適用されることとなる。(c)事業報告の記載は、経過措置として、施行日以後に監査役の監査を受ける事業報告について、会社法施行規則一二四条二項三項の規定が適用され、相当でない理由を記載しなければならぬものとされる(改正法務省令附則二条六項但書)。監査役の監査を受ける事業報告について、監査役会設置会社では特定取締役が監査役会の監査報告の内容の通知を受けた日に監査役の監査を受けたものとする²⁶⁾とされ(会社法施行規則一三二条二項)、施行日以後に特定取締役が監査役会の監査報告の内容の通知を受ける事業報告は会社法施行規則一二四条二項および三項の規定が適用されることとなる。三月決算会社は、四月下旬から五月上旬以降に監査役に対し事業報告が提供され、五月上旬以降に監査報告の内容を特定取締役(通常、代表取締役)に対し通知するとの実務スケジュールが想定され、実質的には二〇一五年三月終了の事業年度に係る事業報告から適用される

こととなる。

第三に監査役としての留意点をみると、監査役は、取締役が株主総会に提出しようとする議案、書類等を調査しなければならず、法令もしくは定款に違反し、または著しく不当な事項があると認めるときは、その調査の結果を株主総会に報告しなければならぬ(会社法三八四条)²⁷。監査役は、事業報告が法令または定款に従い当該株式会社の状況を正しく示しているかについての意見を監査報告の内容としなければならない(会社法施行規則二二九条一項二号)。株主総会の説明に関して、取締役が社外取締役を置くことが相当でない理由の説明をしなかった場合、株主総会参考書類に当該理由を記載する必要があるのに記載をしなかった場合は、取締役選任議案の取消事由になり得ると考えられ、株主総会の運営準備の段階から留意が必要となる²⁸。

監査役の対応として、社外取締役を置くことが相当でない理由が参考書類、事業報告に記載されているか、記載されている内容が施行規則の趣旨を踏まえて十分か(社外取締役を置くことが当該株式会社の企業価値にマイナスの影響を及ぼすような事情が記載されているか、³⁰各社の事情に応じた説明がなされているか)³¹について検討する必要がある。改正の背景と議論を踏まえて取締役会において十分な検討が行われたか、検討された内容と結果は株主への説明として合理的で十分か、について検証して必要に応じ取締役会で意見を述べるべきである。上記対応にもかかわらず、理由が記載されていない場合、結論に影響するおそれのある虚偽の事実が理由中に存在する場合、事業報告が法令定款に従い当該株式会社の状況を正しく示していない、または参考書類、事業報告の記載に法令定款違反や著しく不当な事項があるため、監査報告の意見の記載が必要となる。

第四に独立社外取締役の複数選任(コード原則四一八)については、市場第一部・市場第二部の上場会社の場合、遵

守・実施（コンプライ）しない、あるいはできないとしても、直ちに東証の制裁措置等の対象となるわけではないが、独立社外取締役の複数選任を遵守・実施しない、あるいはできない理由の説明（エクスプレイン）義務が課される。理由の説明義務を怠った場合には、東証による制裁措置等の対象となり得る。マザーズ・JASDAQの上場会社の場合、独立社外取締役の複数選任は、コードの基本原則ではなく、原則（四―八）に該当するため、実施・遵守がなくてもその理由の説明は必要ないことになる。⁽³²⁾

Ⅲ. その他のコードの主要な事項の説明義務

1. 政策保有株式に関する事項とコードの説明義務

日本版コードの原則一―四において、上場会社がいわゆる政策保有株式として上場株式を保有する場合、政策保有に関する方針を開示すべきである。また、毎年、取締役会で主要な政策保有についてそのリターンとリスクなどを踏まえた中長期的な経済合理性や将来の見通しを検証し、これを反映した保有の狙い・合理性について具体的な説明を行うべきである。上場会社は、政策保有株式に係る議決権の行使について、適切な対応を確保するための基準を策定・開示すべきである。

現在の有価証券報告書の記載事項は、保有区分（特定投資株式およびみなし保有株式）、銘柄、株式数、貸借対照表計上額、保有目的となっている。コードの対応として、開示の規律の強化により市場との対話を通じて合理的な解決策を見いだすことに主眼がある。その上で、政策保有をどうするかは各上場企業の経営判断であり、更に市場との対話が継続されるべき問題である。検証の内容自体の公開を求めているものではない。⁽³³⁾ 上場持ち株会社の保有分のみならず、非上場の子銀行の保有分も含めて対応されるなど、グループ全体のガバナンス構造を含めて考えることになる。⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾

2. 関連当事者間の取引に係る適切な手続の枠組みとコード

コード原則一―七において、上場会社が役員や主要株主等と取引（関連当事者間取引）を行う場合、会社や株主共同の利益を害すること、その懸念を惹起することがないように取締役会は予め取引の重要性や性質に応じた適切な手続を定めて枠組みを開示し、監視（取引の承認を含む）を行うべきである。関連規律として、改正施行規則一一八条五号では親会社等との取引に関する開示が定められる。子会社の事業報告における記載事項として、親会社等との間の取引をするに当たり当該株式会社の利益を害さないように留意した事項等の開示を求める。関連当事者間の取引の範囲に子会社との取引を含めないことの当否が問題となる。³⁶⁾

3. 情報開示の充実とコード

コードの原則三―一において、上場会社は法令に基づく開示を適切に行うことに加え、会社の意思決定の透明性・公正性を確保し、実効的なコーポレート・ガバナンスを実現するとの観点から、以下の事項について開示し、主体的な情報発信を行うべきである。(a) 会社の目指すところ（経営理念等）や経営戦略、経営計画、(b) 本コード（原案）の各々の原則を踏まえたコーポレート・ガバナンスに関する基本的な考え方と基本方針、(c) 取締役会が経営陣幹部・取締役の報酬を決定するに当たっての方針と手続、(d) 取締役会が経営陣幹部の選任と取締役・監査役候補の指名を行うに当たっての方針と手続、(e) 取締役会が上記(d)を踏まえて経営陣幹部の選任と取締役・監査役候補の指名を行う際の、個々の選任・指名についての説明。また補充原則四―一一①では、取締役会は全体としての知識・経験・能力のバランス、多様性および規模に対する考え方を定め、取締役選任に関する方針・手続と併せて開示すべきである。経営陣幹部はCEO（最高業務執行責任者）・CFO（最高財務責任者）等を指している（補充原則三―一二②）。

4. 株主との建設的な対話に関する方針とコード

コード原則五―一において、上場会社は株主からの対話（面談）の申込みに対して、会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上に資するように合理的範囲で前向きに対応すべきである。取締役会は、株主との建設的な対話を促進するための体制整備・取組みに関する方針を検討・承認し開示すべきである。補充原則五―一①は、株主との実際の対話（面談）の対応者について株主の希望と面談の主な関心事項も踏まえた上で、合理的範囲で経営陣幹部または取締役（社外取締役を含む）が面談に臨むことを基本とすべきである。補充原則五―一②は、株主との建設的な対話を促進するための方針には、少なくとも以下の点を記載すべきである。(a)株主との対話全般について、下記(b)―(e)に記載する事項を含めその統括を行い、建設的な対話が実現するように目配りを行う経営陣または取締役の指定。(b)対話を補助する社内のIR担当、経営企画、総務、財務、経理、法務部門等の有機的な連携のための方策。(c)個別面談以外の対話の手段（例えば、投資家説明会やIR活動）の充実に関する取組み。(d)対話において把握された株主の意見・懸念の経営陣幹部や取締役会に対する適切かつ効果的なフィードバックの方策。(e)対話に際してのインサイダー情報の管理に関する方策。

補充原則五―一③では、上場会社は必要に応じ自らの株主構造の把握に努めるべきであり、株主もこうした把握に努めるべきで把握作業にできる限り協力することが望ましい。

5. 内部統制とコード

(1)改正会社法におけるグループ内部統制と日本版コード

(イ)改正会社法下の内部統制と日本版コードの関連をみていきたい。第一に、改正会社法における内部統制において

は、グループ内部統制の強化が明記される。第二に、監査役関係で内部統制として決定すべき事項として以下の事項が追加される。①監査を支える体制(監査役室の設置、人員、子会社監査役の連携など)。②監査役による使用人からの情報収集に関する体制(監査役から内部監査室、各部署に対する質問方法等)。第三に、事業報告において内部統制の運用状況の概要を事業報告の内容に追加する。従前の内部統制報告書において運用状況は報告されるが、会社法の内部統制は金商法の内部統制より範囲が広く、内部統制システムについての運用状況を具体的に記載することになる。

(ロ)グループ内部統制について、グループ統制(会社法施行規則一〇〇条一項)が明記される。内部統制システムに関する取締役会決議(会社法三三二条四項六号)において、グループ内部統制について子会社の体制を従前の規則よりも具体的に規定する。会社法施行規則一〇〇条一項五号では、次に掲げる体制その他の当該株式会社ならびにその親会社及び子会社からなる企業集団における業務の適正を確保するための体制と規定される。イ 当該株式会社の子会社の取締役、執行役、業務を執行する社員、法第五九八条第一項の職務を行うべき者その他これらの者に相当する者(ハおよびニにおいて取締役等という。)の職務の執行に係る事項の当該株式会社への報告に関する体制、ロ 当該株式会社の子会社の損失の危険の管理に関する規程その他の体制、ハ 当該株式会社の子会社の取締役等の職務の執行が効率的に行われることを確保するための体制、ニ 当該株式会社の子会社の取締役等および使用人の職務の執行が法令および定款に適合することを確保するための体制。

子会社の取締役が職務執行に係る事項を親会社に報告する体制とされ、この場合の子会社は全子会社が対象であるが、子会社の重要性、海外子会社等の特殊性などに応じ各子会社の内部統制システムのレベルは相違があつても構わない。³⁷⁾

(ハ)内部統制システムの運用状況(会社法施行規則二一八条二号)では、事業報告には、取締役会で決議した内部統制システムの概要に加えて、内部統制システムの運用状況の概要を記載しなければならない。実際に取締役会で決議した内部統制システムが実際に機能していることを具体的に示すことになる。³⁸⁾

(ニ)内部統制等と日本版コードの関係 (a)コードでは、経営陣に対する委任の範囲の明確化と概要の開示(補充原則四―①)が求められる。取締役会規程、決裁規程等において取締役会決議事項および委任の範囲は明確に示され、概要の開示は抽象的となる。³⁹⁾ (b)コードでは、中期経営計画が目標未達に終わった場合の原因および対応などの十分な分析、株主へ説明、次期以降の計画への反映が規定される(補充原則四―②)。コードへの対応としては、事業報告等で従前より説明していると考えられる。(c)コードでは、取締役会全体の実効性について各取締役の自己評価を参考に取締役会による分析・評価を行い、結果の概要を開示することが示される(補充原則四―③⁴⁰⁾)。取締役会による評価が求められ、今後のガバナンスの論点の一つであると考えられる。

6. 改正会社法における監査役監査とコード

(1)監査役の監査体制に関する内部統制をみていきたい。監査役設置会社では監査役の権限行使について以下の事項が追加される(会社法施行規則一〇〇条三項)。^①監査役補助者に対する指示の実効性の確保に関する事項(三号)。日本版コード原則四―三(取締役会の役割・責務^③)を前提とすれば監査役における補助者(監査役室)は事実上必須であると考えられる。監査役が補助者を置くことを求めない場合には一号・二号と同様に記載は不要となる。^②子会社の取締役、監査役、執行役、使用人等またはこれらの者から報告を受けた者が親会社の監査役に報告をするための体制(四号ロ)。^③監査役へ報告をした者が当該報告をしたことを理由として不利な取扱いを受けないことを確保するため

の体制(五号)。(4)監査役の職務執行について生ずる費用の前払または償還の手續その他の当該職務の執行について生ずる費用または債務処理に係る方針に関する事項(六号)。日本監査役協会からは会社法および法務省令改正に対する監査役の実務対応が公表されている。

(2)監査役補助者と日本版コード 日本版コード原則四―一三(情報入手と支援体制)において、上場会社は人員面を含む取締役・監査役の支援体制を整えるべきである。取締役会・監査役会は、各取締役・監査役が求める情報の円滑な提供が確保されているかどうかを確認すべきである。監査役補助者として監査役室を設置し、監査役の指示を受け監査業務の一環として各部署に情報提供等を指示する。監査役室の役割と権限を監査役会規程等で明確にすることが望まれる。

内部統制、監査役監査と内部監査の関係をみると、監査役の下に就く監査役室と代表取締役・CEO等に直結する内部監査室は別の機能を果たし、監査役が内部監査室に報告を求めることは可能であるが、内部監査室を補助者とみなすことは問題なしとしない。監査役室の人事・報酬などの待遇は監査役会等の承諾を要すると監査役会規程等に記載し独立性を明記することが望まれる。日本版コード補充原則四―一三③では、上場会社は、例えば社外取締役・社外監査役の指示を受けて会社の情報を適確に提供できるよう社内との連絡・調整にあたる者の選任など、社外取締役や社外監査役に必要な情報を適確に提供するための工夫を行うべきである、と記される。連絡調整の機能は監査役室等が担うことになろう。

(3)監査役に対する報告体制と日本版コード 会社法施行規則では子会社の取締役、監査役、執行役、使用人等またはこれらの者から報告を受けた者が親会社の監査役に報告をするための体制(会社法施行規則一〇〇条三項四号ロ)が規

定される。監査役が子会社の取締役等から報告を受ける場合、以下のルートが想定できる。(a)子会社取締役等が親会社取締役・執行役員を通じて取締役会等で子会社の運営状況を定期的に報告する。(b)子会社取締役等が監査役の求めにより定期的に運営状況等を報告する。(c)子会社取締役等が監査役の求めにより、随時不正行為等について報告する。(d)子会社取締役等が任意に不正行為等を報告する(内部通報)。(e)グループ監査役連絡会を組成し、子会社監査役が親会社監査役に定期的に報告する。(f)子会社監査役が監査役の求めにより、随時不正行為等について報告する。日本版コードでは、社外監査役を含む監査役は法令に基づき調査権限を行使することを含め、適切に情報入手を行うべきである(補充原則四―一三①)。

監査役は、外部会計監査人、内部監査部門、更に社外取締役と十分な連携を図ることも求められている(補充原則三―二②⁽ⁱⁱⁱ⁾、四―四①)。このため、会計監査人の監査役会の出席、監査役と内部監査部門の情報共有、監査役と社外取締役との会合等が検討される。

(4)内部通報者保護と日本版コード 日本版コードでは、内部通報に係る体制整備の一環として、経営陣から独立した窓口の設置(例えば、社外取締役と監査役による合議体を窓口とする等)を行うべきであり、情報提供者の秘匿と不利益取扱いの禁止に関する規律を整備すべきである(補助原則二―五①)。会社法施行規則において取締役会は内部統制の決定として、監査役へ報告をした者が当該報告をしたことを理由として不利な取扱いを受けないことを確保する体制を決定しなければならない(会社法施行規則一〇〇条三項五号)。

実際の体制整備として、社内窓口と社外窓口(弁護士等)に入る情報の内、取締役の職務執行に関するものを社外取締役・社外監査役に伝達する制度が現実的となろう。一般の内部通報者保護制度は内部通報窓口に報告した者の保

護を規定しているが、内部通報と無関係に監査役へ報告した者の保護は規定していないため、監査役へ報告をした者が当該報告をしたことを理由として当社または子会社において不利な取扱いを受けないことを確保するための制度の整備が必要となる。

7. 会計監査人の選任等とコード

(1) 会計監査人の選任 会計監査人の選任等に関して、監査役・監査役会・監査等委員会は株主総会に提出する会計監査人の選任、解任・不再任の議案についての決定権を有する(会社法三四四条・三九九条の二第三項二号)。株主総会参考書類において監査役会が当該候補者を候補者とした理由を記載する⁽⁴¹⁾。監査役会が議案を決定した場合、取締役会は総会の招集決定をしなければならない。会計監査人の報酬は代表取締役等が決定し、監査役会は同意権を有する。事業報告に監査役が同意した理由を記載しなければならない。

(2) 会計監査人の選任基準の策定と日本版コード 日本版コードの補充原則三―二①において、監査役会は少なくとも下記の対応を行うべきであると規定される。(a) 外部会計監査人候補を適切に選定し外部会計監査人を適切に評価するための基準の策定⁽⁴²⁾。(b) 外部会計監査人に求められる独立性と専門性を有していることの確認⁽⁴³⁾。

改正会社法において監査役会が会計監査人の選任等議案決定権を付与され、監査役会規程等に、①議案決定手続き、②取締役会の伝達(総会招集請求を含む)等の規定を追加する必要がある。①の議案決定の手続きにおいて日本版コードの補助原則三―二①の選定基準、独立性・専門性を確認する規定を置くことにより、コードの趣旨が達成できる。

(3) 会計監査人の選任等に関する議案の内容の決定権行使に関する監査役の対応指針(日本監査役協会二〇一五年三月五日)⁽⁴⁴⁾

(a) 会計監査人の選解任等の議案決定権に関する監査役の法的責任 監査役の法的責任は議案決定権が付与されることにより大きく変化するものではない。会社法改正前も監査役は会計監査人の選解任等の議案同意権および株主総会議題提案権、選任議案提出請求権が与えられ、権限の適切な行使のためには会計監査人の監査活動の適切性、妥当性を評価し、選解任等の議案同意や再任の適否を判断しなければならない。但し、同意権から決定権に移した結果、監査役が株主総会に提出する議案の内容を決定することになり、監査役は議案決定権行使に当たり、より主体的に取り組み判断しなければならない。判断のプロセス・理由について、監査役は株主総会で株主からの求めに応じ説明を行う必要がある。(b) 議案決定権行使における監査役の留意点 第一に、経営執行部門との連携にあたっての留意点として、監査役は会計監査人の選解任等の議案決定および再任に関してより主体的に取り組み判断しなければならない。判断に当たり、監査役は会計監査人についての情報を有する経営執行部門（経理・財務部門）の検討プロセスおよび結果を踏まえ、取締役会に替わり会計監査人の選解任等の議案決定権を行使する。監査役が議案決定権を適正に行使・判断するため、経営執行部門の連携が一層重要となる。⁽⁴⁵⁾

実務として、監査役は会計監査人の選解任等の議案決定に際して経営執行部門から会計監査人の選任候補案を受領する。経営執行部門の推薦の有無にかかわらず、会計監査人の選任候補に関して公認会計士または監査法人の概要、欠格事由の有無、内部管理体制、監査報酬の水準、会計監査人の独立性に関する事項等職務の遂行に関する事項（会社計算規則二三二条）等につき、経営執行部門から事前に十分な報告を受け、経営執行部門で適切な検討プロセスを経ているかを確認する。

第二に、株主総会および開示に関する留意点として、(a) 株主総会における説明について、決定権付与により監査役

は会計監査人の選解任等の議案決定権の行使（再任の場合は不行使）について株主に対して合理的な説明を行うことが求められる。監査役は株主から説明を求められた場合、議案決定権行使（または再任の判断）に至るプロセスおよび理由について合理的な説明を行う。(b)会計監査人の解任または不再任の決定の方針について、公開会社では会計監査人の解任または不再任の決定の方針が事業報告の開示事項となる。事業報告は経営執行部門で準備するものであるが、会計監査人の選解任等の議案決定権が監査役に移行し、会計監査人の解任または不再任の決定の方針の策定は監査役が行うことになろう。事業報告には監査役が策定した方針が経営執行部門を通じて記載されることとなる。(c)選解任等の議案の決定権および報酬等の同意権の行使状況の開示について、会計監査人の選解任等の議案を提出する場合、会計監査人の候補者とした理由、もしくはは会計監査人を解任又は不再任とする理由を株主総会参考書類に記載しなければならぬ（会社法施行規則七十七条三号、八一条二号）。監査役が会計監査人の報酬等に同意した場合、同意した理由を事業報告に記載しなければならぬ（会社法施行規則一二六条二号）。経営執行部門を通じ株主総会参考書類もしくは事業報告に記載される。

(4)会計監査人と日本版コード コードの補充原則三―二②において、取締役会および監査役会は少なくとも下記の対応を行うべきであると規定される。⁽⁴⁶⁾(a)高品質な監査を可能とする十分な監査時間の確保、(b)外部会計監査人からCEO・CFO等の経営陣幹部へのアクセス（面談等）の確保、(c)外部会計監査人と監査役（監査役会への出席を含む）、内部監査部門や社外取締役との十分な連携の確保、(d)外部会計監査人が不正を発見し適切な対応を求めた場合、不掛問題を指摘した場合の会社側の対応体制の確立。

(d)は、会計監査人が監査役や社長・財務担当取締役の不備・問題点を指摘した場合、他の取締役、就中社外取締役

に周知して全社的対応をしなければならぬ。

8. 内部統制等の強化および取締役の責任とコード

改正会社法、コーポレート・ガバナンス・コードにより取締役会の決定事項、説明事項、遵守手続きが増加しており、取締役の善管注意義務違反に繋がり得る問題である。(a)経営判断原則では親子間関連当事者取引の理由開示、キャッシュアウトにおける対価の相当性等に関する判断の開示が該当する。(b)手続違反として報酬決定手続き・選任手続きによらない決定、内部統制システムの基本方針に従った規程に違反し報告・承諾等を怠ることが考えられる。(c)内部統制システム構築義務違反として報酬基準・選任基準等の不設定、子会社を含む内部統制のための規程等の整備、内部統制の運用状況に関する監督懈怠が該当する。(d)開示義務違反として報酬基準・選任基準等の不開示および虚偽開示、内部統制システムに関する開示漏れおよび虚偽開示、内部統制の運用状況についての虚偽開示、コーポレート・ガバナンス・コードの不順守に対する虚偽説明が考えられる。

9. 監査体制の強化ならびに監査役の責任とコード

監査役の有する監査義務は取締役の監督義務と類似し、主に具体的な不祥事を知りつつも監査を怠る場合等で善管注意義務違反を問われたが、改正会社法施行、コーポレート・ガバナンス・コード導入により、監査役の職務自体に以下の変化が起きている。(a)監査役会における監査体制構築に積極的に関与する責務 監査役会が監査体制構築に積極的に関与する責務が強調され、具体的には監査役室等の整備、会計監査人の選任基準設定・報酬に対する意見が挙げられる。(b)監査役室の権限・情報提供方法・費用償還等の監査体制強化 監査役室の権限・情報提供方法・費用償還等監査体制が強化され明確化し、監査役が具体的問題に対して権限をいかに行使したかが問題とされる可能性が高

くなってきた。(c)社外取締役および子会社監査役の連携と情報共有 監査役において、社外取締役、子会社監査役の連携等の体制が整備され、社外取締役、子会社監査役との情報共有の内容・あり方が問題とされる可能性が高まってきた。(d)親子間関連当事者取引および内部通報制度 日本版コードの導入により、親子間関連当事者取引の監査、内部通報制度の関与など従前の監査計画が予定していない問題が重点監査事項として発覚する可能性がある。監査役の職責遂行上、以下の事項に注意を要する。①監査役会で定めるべき事項については漏れなく定めておく。②情報取得・情報交換の制度を整備して活用する。③取得情報について適正な監査を行う。④監査報告の記載事項を漏れなく適切に記載する。

10・親子会社間取引の決議・監査とコード

改正会社法施行規則において、親子会社間取引（自然人オーナー等の取引も含む）が、子会社個別注記表に関連当事者取引として開示される場合、子会社の事業報告またはその附属明細書⁽⁴⁷⁾に以下の事項を記載することとなった（会社法施行規則一一八条五号、一二八条三項⁽⁴⁸⁾）。①当該取引をするに当たり当該株式会社の利益を害さないように留意した事項（当該事項がない場合にあつては、その旨）。②当該取引が当該株式会社（子会社）の利益を害さないかどうかについての当該株式会社の取締役会の判断およびその理由。③社外取締役を置く株式会社において、②の取締役の判断が社外取締役の意見と異なる場合にはその意見。

具体的には、親子会社間で取締役兼任がない場合も関連当事者取引に該当する以上、子会社の事業報告に記載しなければならぬ。上記は監査対象となり、監査役はその意見を監査報告書に記載することになる（会社法施行規則一二九条二項六号）。日本版コード原則一一七（関連当事者間取引）において、親会社も取締役会における取引の重要性、

その性質に応じた適切な手続きを定めてその枠組みを開示するとともに、その手続きを踏まえた監視（取引の承認を含む）を行うべきである旨が定められている。

11. その他主要な事項とコード―取締役会評価、資本政策、後継者計画など―

日本版コードに関して、その他対応を求められる主な事項として以下のものがある。招集通知の早期発送、発送前の電子的公表（補充原則一―二②）、議決権の電子行使を可能とするための環境作りや招集通知の英訳（補充原則一―二④）、信託銀行等の名義で株式を保有する機関投資家等が株主総会における議決権行使を希望した場合に対応するための検討（補充原則一―二⑤）、資本政策の基本的な方針についての説明（原則一―三、外部会計監査人の選定・評価基準の策定等（補充原則三―二①）、外部会計監査人監査の実効性確保のための取組み（補充原則三―二②）、最高経営責任者等の後継者の計画（プランニング）の適切な監督（補充原則四―一③）、業績連動型報酬、自社株報酬の割合を適切に設定（補充原則四―二①）、独立社外者のみを構成員とする会合の開催等（補充原則四―八①）、筆頭独立社外取締役の決定等（補充原則四―八②）。

(1) 資本政策の基本的な方針とコード 取締役会評価の項とも関連するが、企業において資本コストを上回る収益を上げるべき最適資本構成の構築が主題となる。かかる資本政策の基本的な方針に関して、日本版コード原則一―三では、上場会社は、資本政策の動向が株主の利益に重要な影響を与え得ることを踏まえ、資本政策の基本的な方針について説明を行うべきである。原則五―二では、経営戦略や経営計画の策定・公表に当たっては、収益計画や資本政策の基本的な方針を示すとともに、収益力・資本効率等に関する目標を提示し、その実現のために、経営資源の配分等に関し具体的に何を実行するのかについて、株主にわかりやすい言葉・論理で明確に説明を行うべきである。資本政

策において、資本構成（自己資本比率等）、資本効率（自己資本利益率（ROE）等）、株主還元（配当、自己株式取得等）を勘案することになる。⁴⁹⁾

(2)後継者の計画（サクセッション・プラン）とコード 日本版コードの補充原則四―一③では、取締役会は会社の目指すところ（経営理念等）や具体的な経営戦略を踏まえ、最高経営責任者等の後継者の計画（プランニング）について適切に監督を行うべきである。取締役会において、①通常時の社長・CEO等の後継者計画、②緊急時（死亡等の事故時）の後継者計画を監督する。企業の対応として、①では、社長・CEOや人事部・報酬委員会の協力、複数名の内部候補者の特定と育成、外部の候補者の特定が鍵となる。②では、緊急時の後継者計画（Contingency Plan）、緊急時に登板する者と責任について規定する。評価主体は、取締役会・委員会（外部コンサルタントを含む）となる。評価基準は戦略的ビジョン、リーダーシップおよび業務執行力等になる。

(3)独立社外取締役の独立性判断基準とコードならびに東証における上場制度の整備

日本版コードの原則四―九では、取締役会は独立性判断基準を策定・開示すべきであるとし、二〇一五年二月二四日東証における上場制度の整備（独立役員制度）⁵⁰⁾が図られ、独立性基準（上場管理等に関するガイドラインⅢ五。(3)の二）の改正が行われ、⁵¹⁾開示加重要件が廃止された。

東証における上場会社の整備では、①企業行動規範の遵守すべき事項として、コーポレート・ガバナンス・コードを実施しない場合の理由説明を規定する。②コードを実施しない場合の理由説明は、コーポレート・ガバナンス報告書において行う。③従前の上場会社コーポレート・ガバナンス原則尊重規定をコードの趣旨・精神の尊重規定に置き換える。④主要な取引先の元業務執行者などを独立役員に指定する場合の開示加重を廃止して、属性情報開示に統一

する。④については、現行の取扱いを改め、要説明類型（開示加重要件）を廃止し、要開示（属性情報）に開示方法を統一し、上場会社が独立役員を指定する場合、当該独立役員と上場会社との間の特定の関係の有無およびその概要を開示する。全ての独立役員について等しく情報の開示を求め、上場会社が独立性を判断する際における過度に保守的な運用を是正せんとする。

この結果、東証における上場会社の整備では、①上場会社・子会社の業務執行者については現在・最近、過去（二〇年以内）の者は独立性がない。過去（二〇年以前）の者は要開示となる。②親会社・兄弟会社、主要な取引先、多額の金銭その他の財産を得ているコンサルタント等の業務執行者、近親者については現在・最近の者は独立性がない。過去（二〇年以内）、過去（二〇年以前）の者は要開示となる。③主要株主の業務執行者については全て要開示となる。④主要でない取引先、相互就任先、寄付先の業務執行者については現在・最近、過去（二〇年以内）の者は要開示となる。⑤左記に該当しない者については開示の必要もない。なお、①の上場会社・子会社の業務執行者については、過去（二〇年以前）の者は、会社法改正に伴う上場制度の改正により、要開示類型となる（二〇一五年一月三〇日公表「平成二六年会社法改正に伴う上場制度の整備について」参照）。

(4)取締役会全体の実効性の分析・評価と日本版コード コードの補充原則四―一一③では、取締役会は毎年、各取締役の自己評価なども参考にしつつ、取締役会全体の実効性について分析・評価を行い、その結果の概要を開示すべきである。取締役会評価 (Board Evaluation) について評価対象は取締役会全体であり、評価者は取締役会自体となる。評価の手法は、各取締役の自己評価なども参考にしつつ、質問票、インタビュー等を用いて行い、外部評価の利用も選択肢となる。評価結果の取扱いは、分析・評価の結果の概要を開示し、分析・評価の結果から課題を抽出し、課題

解決、具体的アクションに繋げる。取締役会評価を通して、経営陣と株主との建設的な対話の進展が図られることになる。

12. 会社補償と会社役員賠償責任保険 (D & O 保険) にかかる説明責任

(1) 会社補償 攻めのガバナンスの実効性確保に関し、適切なリスクテイクに対する報酬付与と共にコードに規定のない会社補償と会社役員賠償責任保険 (D & O 保険) のインセンティブ作りも重要となる。会社補償は役員が損害賠償責任を追及された場合に会社が当該賠償責任額や争訟費用を補償するもので一定要件を満たせば現行法下でも認められるとされ、適法性、合理性を担保する視点からインセンティブ機能と決定手続において構造的に利益相反類似の関係にあることが考慮される。適切な補償条件設定によりリスクが適切に軽減され職務執行が可能となり、職務執行のインセンティブに影響する⁵²⁾。社外取締役の役割・機能として、①指名・報酬決定を通じた業務執行の適切な評価、インセンティブ付けによる監督、②利益相反の監督、③助言や議決権行使による業務執行の意思決定の関与が挙げられ、会社補償については監督①を行い、適法性や合理性が確保できる。株主の関係では、インセンティブ機能の分かりやすい開示に向けた取組みが重要となる。

(2) 会社役員賠償責任保険 (D & O 保険) の保険料負担 会社役員賠償責任保険 (D & O 保険) の保険料のうち、株主代表訴訟担保特約 (代表訴訟敗訴の場合における損害賠償金と争訟費用を担保する特約) 部分の保険料 (本保険料) は実務上は役員個人が負担するが、会社が負担することには解釈上の争いがある。攻めのガバナンスのインセンティブとして、会社が本保険料を負担することの可否が問題となる。役員が会社に対して損害賠償責任を負うことには、①会社損害の填補機能、②違法行為抑止機能があるが、会社が本保険料を負担することにより、かかる機能が害されないことが

重要となる。①損害填補機能の観点からは、D&O保険により会社の損害が回復される。②違法抑止機能の観点からも、標準的D&O保険は犯罪行為や法令違反を認識しつつ行った悪質な行為等は免責とし、職務執行から不可避的に生じるリスクのみをカバーするため、不適切なインセンティブが設定されることもない。従って、会社が本保険料を負担することに問題がないことを会社役員が株主等に説明する責任があろう。現行法下で会社が適法に本保険料を負担することができる具体的手続きとして、利益相反の観点から取締役会承認が必要となり、更にインセンティブ機能、決定手続における利益相反も踏まえ社外取締役が過半数の構成員である任意の委員会の同意を得ること、または社外取締役全員の同意を得ることにより社外取締役が監督①、②を行い、適法性や合理性を確保することが掲げられる。

第四章 コーポレート・ガバナンス・コードと株主総会

―上場会社の説明義務、プロセスの重要性―

I. 株主総会における権利行使に係る適切な環境整備と上場会社の説明義務―コードとの整合性、ソフトローを通じた情報開示の一元化―

1. コードにおける情報提供

コードは上場会社に対し、株主総会における株主による権利行使のため、適切な環境整備を行うことを要求する。「上場会社の株主にとって、株主総会は議決権行使等を通じて上場会社に対して直接意見を発信することができる数少ない機会であることを踏まえたもの」と説明される。⁵³⁾

株主総会における権利行使について、上場会社は株主総会が株主との建設的な対話の場であることを認識し、株主

の視点に立ち、株主総会における権利行使に係る適切な環境整備を行うべきである(原則一一二)。補充原則において情報提供(補充原則一一二①)、招集通知の早期発送やウェブ公表(同②)、開催時期(同③)、議決権の電子行使や招集通知の英訳(同④)、信託銀行等の名義の株式の取扱い(同⑤)を規定する。

情報提供に関しては上場会社に対し、株主総会において判断材料となる情報を必要に応じて株主に提供することが求められる(補充原則一一二①)。株主にとり、総会の議決権行使に当たり判断材料とすべき情報が適時、適切に提供されることが重要である。コードを会社法、金融商品取引法、東証規則と比較すると適切な情報提供の確保を目的とする点では共通するが、コードは「必要に応じ適確に」とあり、上場会社に画一的な情報提供でなく、株主の判断材料として重要・有益な情報を必要に応じて提供することを求める。

2. コードと会社法との関係

会社法は書面投票制度等を採用した会社に対して、直接株主総会に出席できない株主が議事を通じ議案の賛否の判断材料を得られない点を補うべく株主総会参考書類の提供を義務付ける。参考書類の記載不備は株主総会決議の取消事由(会社法八三二条)ともなりかねず、厳格な法定書面として記載すべき情報は会社法施行規則により規定される⁵⁴。柔軟性よりも画一性・明確性が重視されている。この結果、コード実施の上でコードが求める「必要に応じ適確」な情報提供と会社法上の参考書類における画一的な情報提供の整合性の問題が生じ得る。株主の立場からは全情報の一体的提供が望ましいが、上場会社として法定記載事項以外の事項を法定書面の参考書類に記載する法的リスクは無視できないと考えれば、コードが求める柔軟な情報提供について適時開示やウェブ公表など別手段を講じる必要が生じてくる。

コードによる情報開示に関するソフトローを通じた新たな一元化の自然発生的な動きといえようか。この意味では、会社法は必ずしも参考書類記載事項が説明義務の範囲の基準となる必要はないと考え、提案理由が必ずしも全議案について議決権行使に必要な情報とは限らないと理解し、参考書類の記載を免除しつつ、議決権行使に必要な情報であれば参考書類に任意に記載（会規七三条二項）、または株主総会で説明をすることで株主に必要な情報を提供し、議決権行使がされることを期待している、という考え方に根底から大きな変革が生じる可能性がある（私見）。

3. コードと金融商品取引法の関係

金融商品取引法（委任状勧誘規制）の関係について、金融商品取引法では上場会社における議決権の代理行使の勧誘に規制が設けられ（委任状勧誘規制）、株主の議決権行使のための情報を与え、株主総会決議を公正なものとする規制と説明される⁵⁶。流通市場における投資者に有価証券の投資判断に有益な情報の提供する機能も有している⁵⁶。

委任状勧誘規制において、委任状勧誘を行う者に対し代理権授与に参考となるべき事項を記載した参考書類を作成し、勧誘に際して相手方に交付し（金融商品取引法施行令三六条の二）、金融庁長官に提出しなければならない（同三六条の三）。委任状勧誘規制違反は罰則規定があり（金融商品取引法二〇五条の二の三第二号）、株主総会決議の取消事由に該当するとの見解もある⁵⁷。委任状勧誘規制上の参考書類についても記載すべき情報について、「上場株式の議決権の代理行使の勧誘に関する内閣府令」（委任状勧誘府令）により明確に規定されている。会社法上の株主総会参考書類と同様の問題が金融商品取引法上の委任状勧誘規制についてもコードとの整合性の問題として生じる可能性がある⁵⁸。

4. コードと東証規則の関係―事実上のエンフォースメント―

東証の有価証券上場規程は、上場会社に対して会社法上の書面投票制度または金融商品取引法上の規制を遵守した

委任状勧誘のいずれかを採用することを企業行動規範上の東証による制裁措置等を伴う「遵守すべき事項」として定め、企業行動規範上の東証による制裁措置等を伴わない「望まれる事項」として「議決権行使を容易にするための環境整備」が定められる。「環境整備」の具体的内容として総会の分散開催、招集通知等の早期発送、招集通知等の英訳などがあり、明示的には総会において必要に応じ適確な情報提供をすることは規定されない。

5. 取締役候補などの選任・指名についての情報提供

株主総会に伴う情報提供と明記されないものの関連する上場会社の説明義務として、「取締役候補などの選任・指名についての説明」がある。

(1) 株主総会参考書類などで求められる情報―独立役員と経営陣・業務執行者の相違―

改正会社法施行規則は、株主総会参考書類において社外取締役の候補者について「理由」の説明を求める。東証「コーポレート・ガバナンスに関する報告書」も「当該社外取締役を選任している理由」、「独立役員に指定した理由」の説明を求める。⁵⁹ 独立役員と異なり、経営陣・業務執行者については「略歴」、再任者について「地位及び担当」の開示を求めるが、「選任・指名についての説明」は求めている。委任状勧誘府令(二〇一五年四月改正(施行二〇一五年五月一日))も参考書類において基本的に会社法施行規則に準じた内容の情報の提供を求める。東証有価証券上場規程がコード以外で、上場会社に対し「株主総会における議決権行使に資する方法により株主に提供するよう努める」ことを求める情報も「独立役員に関する情報」、「独立性に関する情報」など独立役員である一般株主と利益相反の怖れない社外取締役・社外監査役に関連する情報である。この他適時開示事項として「代表取締役又は代表執行役の異動」が規定され(東証有価証券上場規程四〇二条一号a)、適時開示資料では「異動の理由」、新任代表取締役等の「略

「略歴」などの記載が要請されるが、「異動の理由」としては「経営体制の刷新・強化」など一般的・包括的記載が多い。⁶⁰

Ⅱ. コードで求められる情報―説明義務を果たすプロセスの重要性―

他方、コードでは経営陣、業務執行者を含む取締役候補者の選任・指名に際して「略歴」、「地位及び担当」に留まらず、「個々の選任・指名についての説明」を求める。選任・指名された者が上場会社の置かれた状況に照らして適任者かを一般株主が自ら判断して適切に議決権を行使し、必要に応じて代替案を示すことは不可能に近い。⁶² 経営陣、業務執行取締役の選任・指名について一般株主は取締役会の判断に依拠せざるを得ず、上場会社が取締役会の判断について説明責任を果たすプロセスが重要性を増すことになる。コードが、「個々の選任・指名についての説明」を求めることに合理性がある。東証はコードを実施（コンプライ）するための開示につき、原則として「コーポレート・ガバナンスに関する報告書」（コーポレート・ガバナンス報告書）における開示を求める（改正後有価証券上場規程施行規則四一五条一項二号、「コーポレート・ガバナンスに関する報告書記載要領（二〇一五年六月改訂版）」I・一(2)コードの各原則に基づく開示など）。コーポレート・ガバナンス報告書の提出時期はコード策定後の新制度でも定時株主総会后、遅滞なく提出するとする運用が続けられる。

経営陣や業務執行取締役の選任・指名に係る説明は定時株主総会の終了後に開示され、説明を総会の議決権行使には活用できない点について、⁶³ ①コードの各原則を実施しない場合の理由の説明、コードの各原則に基づく開示項目については各社の状況等に照らして上場会社が自ら判断すべきと考えられる。②ガバナンス報告書について、コードの各原則を実施しない場合の理由の説明、各原則に基づく開示項目のみならず、コードと直接関係しないが従前から継続して当該報告書の記載を求めている事項も含め、コーポレート・ガバナンスを巡る幅広い事項に係る記載も求めら

れる。ガバナンスを巡る事項には定時総会を経て確定・変更されるものも少なくないことに鑑み、引き続きガバナンス報告書については定時総会終了後遅滞なく提出することが適当と考えられ、翌年の定時総会に向けた株主との通年の対話も促進されることに繋がる(東証の見解)。

コーポレート・ガバナンス報告書はコードに関する事項を一覧性のある形で開示するもので、翌年の定時総会に向けた株主との通年の対話の促進が期待される。他方コードの補充原則一―二①(株主総会での適切な判断に資する情報の提供)を実施(コンプライ)するための媒体として、コーポレート・ガバナンス報告書とは別に、各社のおかれた状況等に照らして、上場会社が自ら判断すべきと考えていると思料される。「取締役候補などの選任・指名についての説明」も定時総会後のコーポレート・ガバナンス報告書による開示に加え、コード補充原則一―二①(株主総会での適切な判断に資する情報の提供)の実施(コンプライ)の観点から、必要に応じ適確な情報提供が求められる。定時総会前にウェブサイト、招集通知等、株主との対話⁶⁴などを通じた情報提供を各社の状況等に照らして上場会社が自ら判断することが望まれる。

Ⅲ・開示内容の整理―共通・合理化―

開示関係では、日本版スチュワードシップ・コードおよび東証コーポレート・ガバナンス・コードにおける建設的な対話・エンゲージメント実現に向けて、複数の開示制度が重なることにより情報開示の不効率性等が課題となる。取引所規則(決算短信および半年期決算短信)、会社法開示(計算書類・事業報告)、金融商品取引法開示(有価証券報告書)の記載事項の他、非財務情報の開示、選択的開示の禁止ルール導入などを含めた開示内容の整理、共通・合理化、監査の要否、虚偽記載の罰則の有無等が問われよう。⁶⁵

第五章 コーポレート・ガバナンス・コードと株主総会のベストプラクティスならびに説明義務の限定、対話・エンゲージメントの関係、ショートターミズムとの調整

I. 株主総会のベストプラクティスと企業価値向上

1. 説明義務の範囲の制限、コードのエンフォースメント

コード導入、改正会社法等を受け、実質的に説明義務の範囲が大きく拡大する感もある中で、法令上から一定の限定を試みる議論⁶⁶が出されている。総会における報告事項の範囲は広範囲で説明義務の対象範囲も同様に広いと考えられ、答弁する取締役の負担は増大する。しかし報告事項が広範囲に及ぶことと説明義務として履行すべき範囲の問題は別異の問題との指摘がされる。

従前の議長主導の株主総会運営は特殊株主対策のための効率性重視の例外的な手法であり、コーポレート・ガバナンス・コードをコンプライした上場企業としてはベストプラクティスの運営手法と従前の手法を単純に比較するのではなく、株主権の実質的行使に資する視点から進めていくことが示される。コーポレート・ガバナンス・コードはプリンシプルベース・アプローチながら上場規則として取り込まれたことから、虚偽の説明は処罰対象となり、上場規程四三六条の三（コンプライ・オア・エクスプレイン）、四四五条の三（コードの尊重義務）、五〇二条（改善報告書）、五〇八条（公表措置）、五〇九条（上場契約違反）など、細則主義（ルールベース）ではなくとも実質的なエンフォースメントを伴う内実となっている⁶⁷。ソフトローのハードローへの接近といえようか（私見）。またコーポレート・ガバナンス・コードの趣旨をコンプライするためには、①実質的な株主権行使の機会を提供すること、②適切な情報を提

供することが求められ、②では非財務情報の提供方法、そのための環境整備が必要となる。実質株主の議決権行使、ESG投資ならびに統合報告書などの論点に繋がる場所である。

2. 議長の議事整理権、取締役の説明義務の範囲と裁判例

説明義務と回答拒否事由について、取締役は株主総会において株主が質問した事項については説明すべき義務があるが、会社法では一定の場合には回答を拒否してよいとする(同法三二四条)。回答拒否事由の論点など解釈上の疑義がある場合、昭和五七年商法改正以降の初の裁判例として取締役等の説明義務は、合理的な平均的株主が目的事項を理解し、議決権行使に当り合理的な判断をするのに必要な範囲において認められると判示された(福岡地判平成三・五・一四判時一三九二号一二六頁)。もつとも上記判例により総会実務が軽減されたわけではなく、株主総会の目的事項には決議事項の他に報告事項が含まれ、事業報告書の他に会計監査人と監査役全員が無限定の適正意見を付した貸借対照表と損益計算書とが報告事項となる。貸借対照表と損益計算書は株主総会の承認(決議)事項であるが、上場会社に会計監査人と監査役会が設置され、無限定適正意見を表明した場合には報告事項に転換する。三つの報告事項は当該企業の一年間に及ぶ活動を対象とし、目的事項に関する説明義務の範囲も広範に及ぶとする立法担当者見解もあり、当該企業においては広範な内容の報告事項も目的事項の一つとして合理性のある説明をしなければならず、詳細な想定問答作成を余儀なくされてきた。

3. 説明義務の範囲の限定とコーポレート・ガバナンス・コード、株主総会活性化

従前は議事進行の効率性を優先させる目的の下、一括上程審議方式など議長の議事整理権の活用等の方法論が論じられてきた。今後は、コードによる株主との対話の充実を指向する株主総会の運営方法は議長整理権を追及する視点

とは別異の方向性となる。会計監査人設置会社における承認特則（会社法四三九条）として、①計算書類が法令定款に従い財産・損益の状況を正しく表示していること、②計算書類規則一三五条に該当していること、即ち会計監査人の無限定適正意見があること、および監査役会の監査報告書において会計監査人の監査報告書は相当であることが掲げられる。これにより報告事項の内容の適正ならびに確定、決議事項の内容の適法性が担保され、説明義務の範囲と程度は法定開示事項を補足するものとなる。説明義務の範囲は法定開示書類と議案が画することとなり、具体的には招集通知書の提供または添付書類に係る事業報告書、損益計算書ならびに貸借対照表となる。説明義務の程度は報告事項であれば付属明細書、議案であれば参考書類を各補足するものとなる。報告事項の内容は広範囲に及ぶが、無限定適正意見が会計監査人ならびに監査役等により示される場合、付属明細書に準じた程度の説明を行うことが最小限の説明義務であるとも考えられる。報告事項に関する質疑の説明義務が付属明細書程度の説明で足りるとすれば報告事項は決議事項の前提として質疑すべき必然性はなく、コード導入後の株主総会の運営方式の選択として決議事項先議が妥当性を有することになる。⁽⁶⁸⁾

Ⅱ. 株主総会と取締役会、経営陣の役割分担の明確化と攻めのガバナンス

― 米国判例にみる買収防衛策による中長期的利益とショートターミズムの調整 ―

株主総会のベストプラクティスに関連して、ダブルコード導入後の攻めのガバナンスに関わる株主・株主総会、取締役会と経営陣の役割分担について指摘がなされている。⁽⁶⁹⁾

1. 株主総会と the Board の役割分担

役員報酬、また業務執行事項を定款変更を経由して総会で決議できる総会決議事項の広さ、株主提案権制度など役

員における本来的な利益相反事項に関して、株主総会ならびに社外役員を含む the Board (取締役会) の機能にかかる役割分担の必要性が挙げられる。米国では独立社外取締役主体の訴訟委員会設置により、株主代表訴訟に対する防弾チョッキ (bullet proof) の役割を社外役員が担う中、我が国ではこうした制度設計・インセンティブもないまま社外役員導入が喧伝され、導入が進んでこなかった。今後の制度的課題として、指名・報酬・監査の全てに關与する非業務執行取締役の機能が法定される柔構造を有する監査等委員会設置会社導入⁽⁷⁰⁾を押し進め、利益相反処理権限の拡大の下、取締役会 (業務執行役員と非業務執行役員) と監査等委員会 (非業務執行役員) の役割分担、D & O 保険や会社補償で活用される社外取締役の同意、将来的には立法論としての訴訟委員会などが検討の俎上に上ろう。

2. 株主意思間の役割分担——ライツプラン型買収防衛策による中期的利益とショートターミズムの調整——

総会における議決権行使と株式公開買付け (TOB)・市場での売却意思など株主意思間の役割分担に関して、近時米国裁判所はライツプラン型買収防衛策にかかる複数の事案においてライツプランの発動解除をしないことは取締役の善管注意義務違反にならないとのユノカル基準⁽⁷¹⁾を踏襲する司法判断を示し、レブロン基準⁽⁷²⁾の主張を退けている (二〇一〇年 Barnes & Noble 社事件⁽⁷³⁾、二〇一四年 Sotheby's 社事件⁽⁷⁴⁾、二〇一〇年 Airgas 社事件⁽⁷⁵⁾)。持続的成長、中期的利益と投資家のショートターミズムの調整に関して、上場企業の取締役会が中長期的利益の最大化の観点から正当な事業戦略を有する場合、当該戦略に対して脅威となり得る短期的利益の実現行動には裁判所は少なくとも助力しないと見る⁽⁷⁶⁾。異なる株主意思の存在、即ち中長期保有で企業価値向上を指向する機関投資家と短期保有で配当増加などの株主還元指向の強いアクティビストが併存することをむしろ前提とする考え方であろう。

3. 上場企業法制における役割分担とエンゲージメント、取締役会活性化

上場企業における中長期的利益とショートターミズムの調整に関して、近時の米国判例法理では、株主総会での議決権行使による判断がなされる前に株式の売買を通じた支配権の取得により決着がつくことを上場企業側が一時停止させる行為（当該時点での株主構成で株主総会での決選投票を行うこと）を広く許容する法解釈を強化している。前提として、Managementがかかる事業計画を有し、Managementから独立した取締役会が支えていることがあり、最終的には総会の委任状合戦などの判断を経ることになるため、経営非効率性が温存される訳ではない。上場企業法制のあり方として、Management（業務執行役員などの経営陣）と株主・株主総会、中間に位置するthe (Supervisory) Boardの間の役割・機能分担がイノベーションを含む中長期的成長促進の鍵となる。デラウェア州会社法ではthe Boardである取締役会の裁量が尊重されている。中長期的時間軸とショートターミズムの利害調整に関する司法判断として、上場企業がデフォルト時に採用できるライツプラン型防衛策の場面がある。株主の判断権とその他ステイクホルダーの利害調整、株主の意思表示の手段としての株主総会における議決権行使と相反する株式売却行為との役割分担、経営陣の利益相反性の解消措置のあり方等の論点が生じてくる。米国のライツプラン型買収防衛策は、中長期の適正な事業プランを有する上場企業において、株式売却を通じた株主意思の前に株主総会を経た株主意思の反映を差し挟む機会を保障する効能を有している。

他方でダブルコードを持つ英国等ではEU株主権指令改正が議論され、伝統的機関投資家等がスチュワード責任を適切に行行使すればショートターミズムの弊害が防止できるとの発想がある。ソフトローたるコードのない米国では、エリサ法などで機関投資家側に信託義務が課されている。ダブルコード導入、実効・実質化を図る過程にある我が国

ではエンゲージメント促進を通じ、企業側と株主・投資家の理解を深めていくことになるが、Supervisory Board (the Board) の Management Board の機能分離が可能となる監査等委員会設置会社が今次会社法改正で創設され、コード導入で取締役会等 (the Board) の機能も透明化・開示の進展が期待できるようになった(コード基本原則四)。業務執行取締役 (ED) と非業務執行取締役 (NED) を one tier (一層制) の Board に峻別しつつも後者の中で内部情報に疎い社外独立取締役が内部非執行取締役と協同可能な状態で配することで内部監査部との親和性も高まること、監査以外に指名・報酬権限に関する一定の権限も担い(会三四二条の二第四項・三六一一条六項・三九九条の二第三項二号)、利益相反緩和措置(会四二三条三項四項)など独自の柔構造を有すること等、ソフトローたるコードとも親和する監査等委員会設置会社制度の特長も活かし、持続的な企業価値向上に向けたガバナンス改革が期待される。本来的な the Board の議論では決議事項、報告事項の他、審議事項も重要となり、投資家の中長期保有、経営陣の対話の前提とも思料される。中長期的利益と短期的利益の調整機能を the Board が果たせる法制度面の環境が我が国でも整いつつあるといえよう。

第六章・ 有価証券報告書の虚偽記載等における役員等の損害賠償責任と説明義務

— 近時の判例における金融商品取引法上の「相当な注意」の履行ならびにコードによる変容 —

I. 有価証券報告書の虚偽記載等に関して非財務担当の取締役に「相当な注意」の履行が認められた事例

有価証券報告書の虚偽記載等に関して非財務担当の取締役に金融商品取引法二四条の二、二二条一項一号、二二条一項に基づく責任が追及され、「相当な注意」の履行が認められた近時の判例として、東京地判平成二五年二月

二二日・判例タイムズ一四〇六号三〇六頁（シニアコミュニケーション事件）を見ていきたい。役員の説明義務違反の問題の前提として、そもそも入手可能な情報開示の問題が検討される。コード導入による説明義務あるいは情報開示の変容等について考察してみたい。

1. 事案の概要

本件は、Xが、東京証券取引所に上場されていた株式会社A（株式会社シニアコミュニケーション）の株式を購入したところ、同社が有価証券報告書等に架空の売上げを計上するなどの虚偽記載をしていたことが発覚してその株価が大幅に下落し、損失を被ったとしてY1に対して、金融証券取引法（以下「金商法」という）二二条の二、民法七〇九条、七一九条・会社法三五〇条に基づく各責任を追及し、またAの取締役であったY2、Y5に対して、金商法二四条の四、二二条一項一号、二二条一項、民法七〇九条、七一九条・会社法四二九条に基づく各責任を追及した事案である。

2. 判旨

① A社では各取締役の間で職務の分担がされており、財務に関する事項は、専らこれに関する専門的な知識、経験を有するY2やY4に委ねられていたこと、② Y5は、現場の実務を担当して財務に直接携わっていなかったこと、③ Y5は、ほぼ毎回取締役会に出席し、取締役会に提出される会計に係る報告書類に目を通していたが、④これらの書類は、いずれも創業者被告らにより証憑を偽造するなどして巧妙に虚偽記載が含まれることを判別できないようにされていた上、監査法人の無限定適正意見の付されたものであったこと、⑤創業者被告らは、不正な会計処理をするに当たりY5を謀議から排除し、Y5がこれに気付かないように秘密裏にことを進めていたことに照らすと、Y5は本件虚偽記載等について知らず、かつ相当な注意を用いたにもかかわらず知ることができなかつたものと認めるのが相当である。

3. 判決内容の考察

本判決では有価証券報告書等の虚偽記載等に関し、財務事項に直接的に関与していなかった業務執行取締役について虚偽記載等を「知らず、かつ、相当な注意を用いたにもかかわらず知ることができなかった」という免責事由の存在を認め⁷⁷た。

取締役に関する同免責事由の存否はこれまで、ライブドア事件やアーバンコーポレーション事件等で問題となったが、「相当な注意」の意義は判決において比較的厳格に解釈されている。これに対して本判決は、一般論としては述べていないが、比較的緩やかな免責を認めているよう考察できるため、本判決の意義ないし位置付けが問題になる。そこで株式会社の取締役が担う相当な注意について検討し、従来の裁判所における非財務担当取締役に関する判断を確認する。その上で、本判決における「相当な注意」の理解を検討する。

(1) 株式会社の取締役が担う相当な注意

(a) 会社の役員の責任 株式会社の財務書類に虚偽または不実記載がなされた場合に、当該会社の役員は株主、投資家に対する関係のみをみても、主として金商法の虚偽記載の責任のほか、民法上の不法行為責任と会社法の対第三者責任の三種の責任を問われる可能性が生じることになる。三種の責任について簡単に分析を図る⁷⁸。(b) 会社法と金融商品取引法の各々が保護するもの 金商法では、同法第一条で「国民経済の健全な発展及び投資者の保護に資することを目的とする」と規定されており、投資家保護がその大きな柱の一つとなっている。金商法における損害賠償は投資家が直接被る損害を念頭に置いていると考察できる。会社法は、会社をめぐる利害関係者の調整を図るが、株式会社であれば、株式株主の利益あるいは会社債権者の方が重視され、よって会社関係者の私的利益の調整を主に意図する

ものと考察できる。即ち、金商法は金融資本市場の健全な発展を目的とするが、これに対して会社法は中立的に利害調整を行い、金商法においては、会社株主全体の利益や企業価値向上よりも投資家の利益が優先することになる。(c) 金融商品取引法の責任と民法上の不法行為責任 流通市場における虚偽開示について、発行会社の責任を追及する場合には不法行為責任ではなく、金商法二二一条に基づいて発行会社の責任が追及される。金商法の損害賠償については損害回復は手段であつて、市場の機能を保護するのが目的である。よつて金商法が損害賠償責任により保護せんとするものは、民法と同様の投資者の自己決定権の侵害、投資者の私的利益保護でなく、価格形成機能を目的としたものと考えられる。(d) 役員 役員責任の要件 会社法四二九条二項によれば、取締役、執行役は計算者類、事業報告、附属明細書、臨時計算書の重要事項に係る虚偽記載等について、役員（取締役、会計参与、監査役若しくは執行役又はこれらに準ずる者）が虚偽記載した場合に、当該行為をすることについて注意を怠らなかつたことを証明したときを除き、当該役員はこれによつて第三者に生じた損害を賠償する責任を負うことと規定されている。金商法によれば、有価証券報告書等のうち重要な事項について虚偽記載があるか、あるいは重要な事項が欠けている場合に、提出時における役員が虚偽であり、また欠けていることを知らず、かつ相当な注意を用いたにもかかわらず、知ることができなかつたことを証明する場合を除き、有価証券取得者に対し損害賠償責任を負うとされている。(e) 相当な注意 金商法による役員責任の要件の中に、上記の相当な注意を用いたにもかかわらず、有価証券報告書等のうち、虚偽記載について知ることができなかつた場合においては損害賠償責任を負わないと規定される。この相当な注意が適用される条件について検討を進める。

(2) 従来の裁判例と本判決の位置付け 第一に、「相当な注意」の基本的意義は、ライブドア事件（東京地判平成二二

年五月二日・判例時報二〇四七号三六頁、東京高判平成二三年一月三〇日・判例時報二一五二号一一六頁）およびアーバンコーポレイション事件（再生債権査定異議控訴・東京地判平成二二年三月九日・金融・商事判例一四〇九号三五頁、同附帯控訴・最高裁平成二四年二月二日）共に、当該取締役の地位や役割等に依りて検討されるとして、本判決もこれらに沿う判断である。第二に、「相当な注意」の具体的意義について、記載の正確性に疑念を抱くべき事情の不存在という類似性という点で、ライブドア事件の地裁判決が比較対象となる。同判決では、取締役として用いるべき最低限の「相当の注意」はその者の担当や地位にかかわらず一定のものであり、単に与えられた情報を基に有価証券報告書の正確性を判断しているだけでは最低限の「相当の注意」を用いたことにはならないと判断しているところ、本判決は、取締役会に出席して与えられた情報を通覧していたことしか認定していないにも関わらず「相当な注意」を用いたと認められたため、その意義を緩やかに解釈した判断と位置付けることもできる。本判決は、取締役らが虚偽記載等の処理を他の特定の取締役に気づかれないように秘密裏に行っていたという点で、ライブドア事件やアーバンコーポレイション事件と異なっており、そうした中で財務事項の担当者と非担当者との認識し得る情報等が異なり、予見可能性も異なるため、「相当の注意」の程度も異なることから、本判決の結論は妥当と解される。しかしながら、旧証取法二四条の四が二二条を通じて準用する二二条は有価証券報告書の作成に関与していると否とを問わず、相当の注意を払わせ、開示の正確性を確保せんとするものである。⁷⁹

本件のように取締役会に出席して与えられた情報を通覧していたことしか認定していないにも関わらず「相当な注意」を用いたと認められたことは、旧証取法二二条の意義とは整合性を欠くようにも思われる。開示書類の作成・提出という自己が直接関与しない職務に関して他の取締役を信頼し、与えられた書類のみの確認で「相当な注意」を用

いたと認められ、また旧証取法二二条がより担保されるためには、内部統制システムの構築・適切な運営が必須であり、シニアコミュニケーション事件における内部統制システムに対する被告Y5の信頼の合理性について、更なる検討が必要となる。

(3)内部統制の不備と注意義務 最判昭和五五年三月一八日判決では、名目取締役であっても他の取締役に対する監視義務が認められ、他の取締役の執行に対する信頼の前提として、内部統制システム整備の必要性を指摘している。本件では出席・非準備取締役が検討対象であり、常勤ではあるが途中入社のため情報共有がなされていない。名目取締役と同視しうる素地はある。金商法上の相当の注意義務も会社法上の監視義務と少なくとも同等以上に想定され、自己が関与しない職務に関する金商法上の開示書類の作成・提出について、本件では計算書類の確認で足りるとし、その上で信頼の原則を効かせるためには適切な内部統制システム整備が前提となる。平成二二年七月三〇日内部統制報告書において平成二一年三月期および平成二二年三月期における内部統制が有効でなかった旨を当社自身⁽⁸⁰⁾が報告している。

(4)対象となる報告書類 本判決は、「会計に係る報告書類」の内容を明確には認定していないため、被告が具体的にいかなる書類に目を通していたのか明確ではないが、会社法三六三条二項の報告のための会計資料が含まれると解される。また本判決は、「これらの書類は、…監査法人の無限定適正意見の付されたものであった」とも認定している。無限定適正意見が付されるのは計算書類・連結計算書類および附属明細、ならびに有価証券報告書または有価証券届出書における財務諸表・連結財務諸表および内部統制報告書である。このうち会社法上の書類に関しては、取締役会の承認が必要なため、「会計に係る報告書類」に含まれるものと解される。一方、金商法上の書類に関しては、

提出手続きは法定されておらず、当社においても付議されていなかった可能性がある。即ち、財務事項に直接的には関与していない被告は、本件で問題となった有価証券報告書および有価証券届出書における財務諸表・連結財務諸表を提出前に見ていなかったこと、会社法上の計算書類の計数と金商法の財務諸表の計数は差異が生じないように調整が図られているところ、本件虚偽記載等は「売上や損益、純資産額等」に関するものであるため、計算書類の確認で足りるとされたことが可能性として推測される。

Ⅱ. 会社法、金商法の接点に係る領域におけるコードのデファクトスタンダード化

以上の検討を通じて、株主総会のベストプラクティスとして説明義務の範囲を報告事項に無限定適正意見が付される場合には限定を図るとの考え方と上記の判例の結論は親和する。以下、若干の私見を提示しておきたい。

判例の傾向としては金商法上の相当の注意義務自体は厳格に解しつつ、本案判決では検討対象は会社法上の計算書類で足りるとして、準備・非関与・出席（取締役会）の業務執行役員の責任を否定している。業務執行者である社内取締役の役割に鑑みて、非関与・非準備監督者の社外取締役候補者と同じ情報が提供されるべきとは当然にはいえない。社外取締役に関する参考書類記載事項が社内取締役にについての説明義務の基準になるわけではなからう。合理的な平均的株主にとり業務執行者としての適格性の判断に必要な情報というものが検討されるべきである。上場企業における攻めのガバナンス、コーポレート・ガバナンス・コードの実践の観点からも重要な課題となる。

他方で企業の備えとして実態上の観点からは、次のように考えられよう。会社法は、必ずしも参考書類記載事項が説明義務の範囲の基準となる必要はないと考え、提案理由が必ずしも全議案について議決権行使に必要な情報とは限らないと理解し、参考書類の記載を免除しつつ、議決権行使に必要なであれば参考書類に任意に記載（会規七三条二項）、

または株主総会で説明をすることで株主に必要な情報を提供し、議決権行使がされることを期待しているといえる。こうした考え方と平仄を合わせるとすれば、本事案のように内部統制の不備があり、準備・非関与・取締役会出席の業務執行役員に対して、たとえば意図的に社内で情報が行き渡らないように仕組まれていたとしても、今後はコードの趣旨に鑑み、上場企業では本件のような虚偽開示の事態に対処するために情報開示あるいは内部統制の整備を自社内に巡らすことが実務上望まれる。当該役員についても事業報告書程度のチェックでよいとして免責とせず、取締役会全体の責務である内部統制の体制整備の前提となる情報開示の不備として、少なくとも取締役会の一員として完全なる無答責と扱うことにはやや躊躇を覚える⁽⁸¹⁾。金商法上の相当な注意義務の責任追及において、事情はあるにせよ、会社法上の計算書類程度の確認で足りるとしたバランスの悪さも釈然としない⁽⁸²⁾。射程距離も本事案に限られてこようか。

常勤の業務執行取締役として、社外取締役よりは重責を担うはずであり、今後はチェックの対象を事業報告書から社内取締役として当然掌握すべきであった情報に実務的に拡大することがコードの遵守からデファクトスタンダード化すれば、判例規範の流れの変化をコードがもたらすことも考えられる（私見）。開示と説明責任の会社側の守りの局面においても、攻めのガバナンスの一環としてこうした対象が求められようか。その場合、内部統制システム構築責任の有無というフィルターを通して、会社法あるいは金商法の責任か、コードのコンプライ・オア・エクスプレインの責任に留まるかが分かれると思料される。

業務執行者である社内取締役の役割に鑑みて、非関与・非準備監督者の社外取締役候補者と同じ情報が提供されるべきとは当然にはいえない。社外取締役に関する参考書類記載事項が社内取締役についての説明義務の基準になるわ

けではなからう。合理的な平均的株主にとり業務執行者としての適格性の判断に必要な情報というものが検討されるべきである。コードによる役員の説明義務の拡大、限定の方向性が交錯することになる。⁽⁸³⁾ 上場企業における攻めのガバナンス、コーポレート・ガバナンス・コードの実践の観点からも重要な課題であり、判例の更なる検討を含め、今後の研究課題としたい。

第七章・英国法における不実開示に関する民事責任——我が国法制への示唆——

I. 英国法における不実開示への対応

関連して英国における不実開示の取り組みをみていきたい。民事責任追及は拡大の方向にあるとみられるが、我が国に比して十分とはいえないと指摘もされる。英国法ではEU指令により監査人の注意義務を否定したCaparo判決の枠組みが崩れることを懸念し、FSMA 90A条、90B条改正により不実の発行開示に関する民事責任規定が漸く制定法上整備された。不実の情報開示に関する民事責任については目論見書等の不実記載に関する事案を主に詐欺的不法行為による判例法が先行して形成され、判例法は理念的に厳格な内容となり、制定法に受け継がれた。他方で不実の流通開示に関する民事責任規定の整備はなされなかったが、流通開示については開示・会計制度の発展と共に民事責任規定の整備以外の方法で不実開示の問題に対処せんとしたことの反映ともみられる。⁽⁸⁴⁾ かかる英国の不実の流通開示の考察を通じて、私見であるが、シニアコミュニケーション事件における有価証券報告書等の虚偽記載等に関して非財務担当の取締役に相当な注意の履行が認められた点は、法制度面等の相違もあり一概にはいえないものの、方向性としてはかかる個人責任追及の限定の流れに沿っているともいえよう。

Ⅱ. 英国における役員の責任と民事責任に関する制定法規定の変遷

英国の株主に対する情報開示に関し役員が負うべき民事責任について英国法の変遷、コモン・ローにおける不法行為責任、判例等を基にして確認する。英国では一九〇〇年会社法 (CA the Companies Act, 1900, Ch. 48, 63&64 Vict.) により初めて目論見書の記載事項を法定し、目論見書に関する規制を行った。その後も目論見書の不実記載等に関して一九世紀から二〇世紀にかけ厳格な民事責任規制が制定法上整備されていった。しかし会社の計算書類等の不実開示等に対する会社や取締役等の民事責任についての制定法規定は二〇〇六年会社法改正まで設けられず、専らコモン・ローに委ねられることとなる。二〇〇四年EUの透明性指令 (Transparency Directive, 2004/109/EC) の国内法化に当たり、コモン・ローの立場である Caparo Industries plc v. Dickman 事件 (Caparo 事件) 貴族院判決の原則が覆されるのではないかと懸念がされ、英国政府は二〇〇六年会社法一二七〇条により、金融サービス市場法 (FSMA) 九〇条の後に九〇A条、九〇B条を追加し、新たな民事責任規定を設けた。特徴的なことは民事責任の主体を発行会社とした点である。情報開示に責任を負う者 (取締役・上級役員) に悪意または重過失 (reckless) があつた場合も発行会社の責任が発生する。九〇条六項において発行会社は他の法律による民事責任を免除し (not subject to any other liability)、発行会社以外の者は発行会社に対するものを除き民事責任を免除される。二〇〇六年会社法には計算書類の不実開示等に関する取締役の責任が規定されている。しかし取締役については悪意または重過失 (reckless as to whether it was untrue or misleading) の場合に限り会社に対してのみ民事責任を負うことが規定される (CA 四六二条二項―四項)。刑事責任はこの限りでない (FSMA 九〇A条八項)。九〇A条は過失による不法行為責任 (negligence) は生じないとする従来のコモン・ローの規定であり、解釈を変更するものではないとされた。このため第三者は不実の流通開示が

あった場合、取締役でなく発行会社へ責任請求するにとどまる。またコモン・ロー上、不実開示について詐欺による不法行為 (deceit) が成立する場合には責任が生じる規定が導入された。F S M A 九〇 A 条は二〇一〇年改正されたが、発行会社が民事責任を負う適用対象を拡大したにとどまり、責任対象に関しては従来通りとなっている。

Ⅲ. コモン・ローにおける不実開示の不法行為責任— Hedley Byrne 事件、Caparo 事件—

コモン・ロー上、不実表示により損失・損害を被った者の救済としては主として不法行為 (tort) によることとなるが、詐欺的不法行為 (tort of deceit)、過失による不法行為 (tort of negligence) がある。詐欺による不実表示の場合に損害賠償を負担する一方、過失による不実表示により生じた損失に対しては不法行為は適応されないと判示されていた。⁽⁸⁶⁾

かかる判例は、一九六〇年代の Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd 事件 (Hedley Byrne 事件) の貴族院判決によって変更された。Hedley Byrne 事件では過失による不法行為の認定のために必要な注意義務 (duty of care) が定義され、一当事者間に特別な関係 (special relationship) が存在する場合に経済的な損失についても注意義務が生じるという立場を明らかにした。その後 Caparo 事件 (一九九〇年) により、注意義務が生ずる特別の関係の三条件が定義され、①予測可能性 (foreseeability)、②当事者間の近接性 (proximity of relationship)、③義務を課すことの合理性 (reasonableness of imposing a duty) であるとされた。計算書類の目的は取締役に対するガバナンスを効率的に行う立場に株主を置くことであり、投資決定をするためのものではなく注意義務は存在しないと判断している。⁽⁸⁷⁾

Caparo 事件の概要について、一九八四年三月終了事業年度の計算書類において業績予測と比べて利益が少なかったために株価が急落した A 会社 (ロンドン証券取引所上場会社) の株主 X (Caparo Industries plc) による企業買収に関する

る事案である。Xは一九八四年六月に三月末日までの監査済み計算書類が送付される前からA株式の取得を開始、二九・九%まで取得し、残りのA会社株式は公開買付によりA会社の買収を行った。しかしながら買収後に計算書類の不実記載が明らかとなり、A会社のY会社監査役に対し過失による不法行為として損害賠償を請求した事件である。Xは監査済み計算書類を信頼してA株式の買増しと公開買付を行ったこと、Y会社監査役は公開買付の対象となる事態を予想すべきであつてA株式の潜在的取得者やA株式を買増した株主に対して注意義務を負うことを主張した。第一審判決はY会社監査役がXに対して注意義務を負うことを否定し、控訴院判決ではXの主張が一部認められたが、貴族院判決は第一審の判断を支持している。

このように目論見書の不実開示については過失による不法行為責任が認められる場合があり得るのに対して、計算書類の不実開示については特別な関係の存在の有無が問題となるため一般的には認められにくいと考えられる。英国では会社法四二九条の内容を持つ成文法は存在せず、従前はシニアコミュニケーション判決のような取締役の民事責任については英国では問題とされずに発行会社のみが責任を負うものとされた。しかしながらHedley Byrne事件、Caparo事件が問題となり、条件付きではあるが取締役にも民事責任を負わせるように現在変化しつつあるものと思料される。英国の不実の流通開示に関する考察を通じて、大枠としては個人責任追及の限定の傾向にあることは我が国同様といえよう（私見）。

第八章． おわりにーコード導入と説明義務、総会・取締役会のベストプラクティスー

上場企業においては株主総会等における説明義務に関し、二〇一五年改正会社法制に加えてコーポレート・ガバナ

ンス・コードの遵守が求められる。コードと役員の説明義務・責任に焦点を当て多面的・包括的な考察を行ってきたが、最後に若干の私見を提示したい。上場企業においては機関投資家向けの二〇一四年スチュワードシップ・コード適用開始による株主・機関投資家との対話・エンゲージメント作りと合わせて、一義的にはコード導入によりコンプライ・オア・エクスプレイン、プリンシプルベース導入による説明義務・責任の範囲、負担が実質的に増加することになる。

これに対して株主総会のベストプラクティスを検討する上で報告事項の内容に関して説明義務を限定せんとする実務面からの検討もなされている⁸⁸。コーポレート・ガバナンス・コード対応の株主総会運営を考える場合、議事進行の効率性を過度に求めることなく、株主との建設的対話の実現など総会本来の目的を実現すること等の検討が求められる。コード導入は株主との対話を重視し、取締役等の説明義務・責任の範囲と程度について精度を高める時期が到来したといえ、株主総会のあるべき姿を見直す好機ともなり、総会・取締役会の運営手法なども抜本的に変容する可能性がある。取締役の説明義務の限定を図る考え方からは、報告事項に関する質疑の説明義務は付属明細書程度に留まり、総会の運営方法の選択として決議事項先議の考え方に繋がる。コードによる役員の説明義務の拡大、限定の方向性が交錯する中、実務面あるいは制度面の変化に如何に繋がるかが注視される。

他方、これとは別に説明責任の基軸、根幹にかかる企業価値の時間軸の視点からの議論も起こりつつある。総会の決議機関としての本来的機能の再評価、新たなベストプラクティスの模索と共に、異なる株主意思の存在に関して取締役会のショートターミズムの調整機能等が問われる。英国同様コモン・ローの歴史を持ちながら、ソフトローの伝統に乏しく買収防衛策の判例規範を中核とする米国では取締役会に中長期的時間軸における広範な裁量を認め、裁判

所は短視眼的な株主還元に至るアクティビズムとの比較論には謙抑的である。我が国ではダブルコード改訂・進化等を通じてスチュワードシップ責任の明確化、ショートターミズムの調整等、総会・取締役会の組織・機能の改革を進めることになろうか。⁸⁹⁾ 経営陣の説明責任の内容面に影響を及ぼし、株主・投資家とのエンゲージメントの中身にも繋がるものとなる。会社法等と一体化したコードの実践は開示と経営陣の説明義務・責任のあり方、総会・取締役会機能論に大きな影響をもたらすことになる。今後はガバナンスの組織面、更には権限分配論、株主間差別化なども含め大きなフレームワークに立った考察が一層重要となり、プリンシプルベースにおける具体的なエンフォースメント設計等も求められよう。

- (1) 松井秀樹「会社法下の株主総会における説明義務」東京大学法科大学院ローレビュー Vol.1 (二〇〇六年八月) 二四—三四頁参照。
- (2) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ』判例タイムズ社 (二〇〇六年) 四二八—四三二頁。大阪高判平成二年三月三〇日判時一三六〇号一五二頁。
- (3) 前田庸『会社法入門 (第一〇版)』有斐閣 (二〇〇五年) 三三三頁。
- (4) 竹内昭夫『改正会社法解説 (新版)』有斐閣 (一九八三年) 一〇七頁。
- (5) 相澤哲・郡谷大輔「会社法施行規則の総論等」商事法務一七五九号 (二〇〇六年) 一六頁。
参考書類記載事項と説明義務の範囲が異なる事項であることを前提としている。
- (6) 東京弁護士会会社法部編『新・株主総会ガイドライン [第二版]』商事法務 (二〇一五年四月) 一一三—一三三頁参照。
- (7) 末永敏和「説明義務の機能」民商法雑誌八五巻四号 (一九八二年一月) 二九頁以下。
- (8) 公益社団法人日本監査役協会「改正会社法及び改正法務省令に対する監査役等の実務対応—施行に向けた準備対応及び平

成二七年六月総会への準備対応を中心として」(二〇一五年三月五日) 一―四一頁参照。

- (9) 「会計監査人との連携に関する実務指針」公益社団法人日本監査役協会会計員会(二〇一四年四月一〇日) 一―四二頁。
- (10) 金融庁「コーポレートガバナンス・コードの基本的な考え方」(二〇一五年二月五日)、金融庁『責任ある機関投資家の成長と中長期的な企業価値の向上のために』有識者会議(第九回)(二〇一五年二月五日)、金融庁『責任ある機関投資家の諸原則(案)』(日本版スチュワードシップ・コード)投資と対話を通じて企業の持続的成長を促すために』有識者検討会(二〇一四年二月二六日)、「コーポレートガバナンス・コードの策定に伴う上場制度の整備について」(東京証券取引所(二〇一五年二月五日))。
- (11) 経済産業省産業組織課長中原裕彦「コーポレート・ガバナンスの最近の動向」(経済産業調査会(二〇一五年三月一二日))、「稼ぐ力を高めるためのコーポレートガバナンス(攻めの経営判断を後押しする仕組み)―コーポレートガバナンス・コードを中心に」(東京大学第四回比較法政シンポジウム(二〇一五年三月三〇日))、葉玉匡美「改正会社法及び会社法施行規則への実務対応」(コーポレートガバナンス・コードにも触れつつ)TMI総合法律事務所セミナー(二〇一五年三月一八日)。
- (12) 横山淳「コーポレートガバナンス・コードと金商法、会社法の論点①②③」(大和総研(二〇一五年一月一五日)―二〇頁、二〇一五年三月一〇日)―三七頁、二〇一五年六月一日―四〇頁) 参照。PwCあらかた監査法人編『コーポレートガバナンス・コードの実務対応Q&A』(中央経済社(二〇一五年二月) 一―一六五頁)。
- (13) 会社法・金商法上の罰則規定のある説明義務とコードにおける説明・開示責任は峻別すべきでもあろうが、独立社外取締役関連など上場企業においてはコードが事実上のエンフォースメントとなっており、本稿では広義の説明責任として包含して考察を進める。
- (14) 例として、業務執行取締役及び執行役員報酬は、取締役会で決定した報酬基準を基礎として社長が決定する。当該報酬基準は、当社の事業規模およびグローバルな人材確保の観点から業界水準を勘案して設定され、役位に基づく報酬に個人の実績および会社業績に連動する業績連動型報酬を加算して支給される。役員退職慰労金は無い。
- (15) 例として、取締役会において、各取締役から推薦を受け、取締役候補者(監査役・執行役員)を決定する。当該決定にあ

たつては、取締役会議案審議に必要な広汎な知識、経験及び実績を具備していること、管掌部門の問題を的確に把握し、他の役員と協力して問題を解決する能力があること、人望があり、法令および企業倫理の順守に徹する見識を有することを基準とする。

(16) 株主総会参考書類の役員選任議案、事業報告の役員に関する事項等に記載するなど。

(17) この場合も、社外有識者等が関与する指名・報酬等についての任意の諮問委員会を設置することも検討することが望まれる。

(18) 塚本英巨「独立社外取締役の活用と取締役会上程事項の見直し」商事法務二〇八〇号(二〇一五年)三二―四五頁。コーポレート・ガバナンスの取締役会について業務執行の意思決定機関としてよりも監督機関としての取締役会を重視していると理解されるが、企業価値向上という目的に合致している限り、自社に適したガバナンス体制として業務執行の意思決定機関としての取締役会を重視することを選擇する余地も残されている。

(19) 前掲・葉玉匡美「改正会社法及び会社法施行規則への実務対応」参照、以下同。従前は東証の上場規則で一名以上の独立取締役を選任する努力義務が規定されている。また施行後二年以内に社外取締役の義務付けを検討する(附則二五条)。議決権助言会社の大手であるISS (Institutional Shareholder Services) は、①独立社外取締役がない会社は経営トップの選任に反対する。②親会社がある会社は独立社外取締役が二名以上いない場合、経営トップの選任に反対する。③独立社外取締役が二〇%以上かつ二名以上いなければ買収防衛策に反対する、という基準がある。

(20) 具体例として、①兼業の困難性、役員定年制、報酬等との関係で就任を承諾する適任者をみつけることができず、独立性に乏しいあるいは適性を欠く人物を社外取締役として選任することはかえって当社のコーポレート・ガバナンスの構築の障害となりかねないこと、②当社は、取締役会を事業に精通した業務執行取締役のみで構成して事業全般に迅速に専門的意思決定を行うこと(マネージングボード化)が企業価値向上に資すると判断し、社外取締役選任は迅速・柔軟な経営判断を困難にするおそれがあり、独立社外監査役二名は取締役の選任・報酬等利益相反事項についても監査して意見を述べており、社外取締役を置く必要性は乏しく、取締役増員はコストベネフィットの観点から相当ではないと考えていること等が相当でないと判断

する理由として考えられる（葉玉匡美弁護士）。もっとも、こうした記載がひな型化してはプリンシプルベースに反することは勿論であろう。

(21) 附帯決議を受け、上場規則において「取締役である独立役員を少なくとも一名以上確保するよう努めなければならない。」との努力義務が規定される（東京証券取引所有価証券上場規程第四四五条の四、二〇一四年二月一〇日施行）。

(22) 金融商品取引法第二四条第一項の規定によりその発行する株式について有価証券報告書を内閣総理大臣に提出しなければならない（会社法三二七条の二）。

(23) 選任議案が上程される場合にはその説明は比較的簡潔なものでよいとされる。坂本三郎編著『一問一答 平成二六年改正会社法』商事法務（二〇一四年）八四頁。

(24) 坂本三郎編著・前掲『一問一答 平成二六年改正会社法』八七頁。

(25) 法務省民事局参事官室「会社法の改正に伴う会社更生法施行令及び会社法施行規則等の改正に関する意見募集の結果について」第三二(7)⑯一九—二〇頁。

(26) 法務省民事局参事官室「会社法の改正に伴う会社更生法施行令及び会社法施行規則等の改正に関する意見募集の結果について」第三二(11)⑳四三—四四頁。

(27) 法令定款違反や著しく不当な事項がない場合、調査結果の報告および監査役（会）監査報告の内容を口頭で報告するかは任意となるが、株主総会冒頭に両者を合わせて口頭報告をする実務も行われる（日本監査役協会「監査役監査実施要領」月刊監査役五八八号三四四—三四五頁参考資料一四（二〇一一年））。株主総会に提出せんとする議案、書類等に法令または定款違反や著しく不当な事項があり是正されなかった場合の調査結果の報告について書面、電磁的記録、口頭でもよいとされる。落合誠一編『会社法コンメンタール八—機関「二」』四二—二三頁〔吉本健一〕商事法務（二〇〇九年）。

(28) 坂本三郎編著・前掲『一問一答 平成二六年改正会社法』八九頁。

(29) 相当でない理由に関して株主総会へ虚偽申述があった場合、事業報告へ不記載、虚偽記載があった場合は関係者が過料に処せられる可能性がある（会社法九七六条六号、七号）。

(30) 衆議院法務委員会「第一八六回国会衆議院法務委員会会議録」第一二号八頁〔深山卓也政府参考人発言〕(二〇一四年四月一六日)。

(31) 適任者がいないことのみの説明も相当でない理由の説明とは認められないこととなり得る。坂本二郎編著・前掲『一問一答平成二六年改正会社法』八五頁(注三)。

(32) 横山淳・前掲注(12)「コーポレートガバナンス・コードと金商法、会社法の論点②」六頁以下。

(33) パブリックコメントへの金融庁回答。

(34) 金融庁有識者会議(第八回)の議論。

(35) 政策保有により対象先企業に対する営業が容易になる等の内容を実際に書き込めるものか等も議論となろう。

(36) 会社法改正の検討過程における子会社少数株主等の保護に関する議論として、独立当事者間基準を適用するのであれば実際の企業結合を必要としている企業の経済的ニーズあるいはグループ経営に合わないのではないか、総体的に利益・不利益の判断をする必要がある。法制審議会会社法制部会(第一一回会議)岩原紳作部会長発言。

(37) 親会社の内部統制との重複も多く、一体的に決定する形式を記載することが考えられるが、子会社から親会社への報告等難しいものもある(葉玉匡美)。

(38) 取締役会で決議した内部統制システムの要綱に従い、各種規程等の整備、規程等の従業員への周知、内部統制システムが機能していることのチェック等を記載する。

(39) 記載例として、当社では執行と監督の分離の観点から、法令上、取締役会が決議しなければならない事項を除き、取締役会は取締役等に業務執行の決定権を委任している。取締役会において取引の性質および金額等を基準として決裁規程を定め、重要な業務執行以外は取締役または執行役員に決裁権限を付与している。

(40) 実効性の意味は監督の実効性が主たるものとなるか。取締役会において各議題について議論が尽くされ、問題事象について取締役会に適切に報告されたこと、取締役会が適切な対応策を決定したこと等を分析し、ガバナンス報告書等に記載することになる。

(41) 会計監査人は再任が想定され、通常、かかる決定権が行使されることはないが、取締役と会計監査人間に意見の相違等があり監査役が会計監査人を変更する場合、監査役の善管注意義務違反が注意される。ゴーイングコンサーン、減損の要否等が例となろう。

(42) 当社あるいは他社の監査実績、世界的ネットワークの有無、監査報酬の適正性、監査法人（所属する公認会計士）が監査に関する行政処分や損害賠償等を受けたか否かなど。

(43) 監査法人およびそのグループ法人（アドバイザー等）との利害関係、役員親族関係の有無、監査法人の規模、会計および財務についての知識の程度等。

(44) 日本監査役協会・前掲注(8)二五―二九頁参照。

(45) 監査役は、執行部門と連携し会社として会計監査人選任議案の内容を決定する。必要な情報を全て監査役として独自に調査・収集することは求められていない。

(46) (a)(b)(c)は、現状も適宜対応しているとみられるが、(c)は監査体制に関する内部統制が強化されたため、監査役会規程、内部監査規程等に明文化することが望まれる。

(47) 会計監査人設置会社は事業報告、それ以外の会社は通常は附属明細書となる。

(48) 経営指導料、キャッシュマネジメントシステムにおける低利貸付け等は要注意となる（葉玉匡美）。

(49) 資本政策の基本的な方針に関して、デット・エクイティ比率などの具体的方針、政策保有株式に関する方針（原則一―四）および株主の利益を害する可能性のある資本政策（原則一―六）の対応など原則の背後にある基本的な考え方が議論された。金融庁有識者会議（第七回）における議論。

(50) 二〇一五年二月二四日東京証券取引所「コーポレートガバナンス・コードの策定に伴う上場制度の整備について」（CGコード上場制度整備）、横山淳「コーポレートガバナンス・コードに伴う東証の上場制度整備案」大和総研（二〇一五年二月二五日）一―六頁。

(51) コード原案に対するパブリックコメントへの回答として、金融商品取引所が定める独立性基準により独立性が否定される

者は独立社外取締役には該当しない。他方この点さえ確保されていれば、取引所に対して現実に独立役員として届出を行っている者であることは必ずしも必要ない。そうした者でも独立社外取締役たり得る。MHM会社法セミナー石綿学・石井裕介・内田修平・神作裕之・静正樹・寺下史郎「コーポレートガバナンス・コードへの対応」森・濱田松本法律事務所セミナー（二〇一五年三月二四日）参照。

(52) 経済産業省「コーポレート・ガバナンスの実践―企業価値向上に向けたインセンティブと改革―」コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会（座長神田秀樹教授）報告書（二〇一五年七月二四日）第三の二、別紙三『法的論点に関する解釈指針』、別紙二『会社役員賠償責任保険（D&O保険）の実務上のポイント』八一―一二頁。

(53) 油布志行・渡邊浩司・谷口達哉・中野常道「『コーポレートガバナンス・コード原案』の解説」『I』商事法務二〇六二号（二〇一五年三月二五日号）五二頁以下参照。

(54) 江頭憲治郎『株式会社法 第五版』有斐閣（二〇一四年）三四二頁、三六二頁。

(55) 近藤光男・吉原和志・黒沼悦郎『金融商品取引法入門』第三版』商事法務（二〇一三年）六五頁。

(56) 松尾直彦『金融商品取引法』商事法務（二〇一一年）六一〇―六一六頁。

(57) 松山遥『敵対的株主提案とプロキシファイト』第二版』商事法務（二〇一二年）七〇―七二頁。

(58) 上場会社は主に会社法上の書面投票制度を活用し、委任状勧誘は現経営陣に反対する株主側が活用することが多いと考えられ、コードとの整合性が問題となる局面は多くはないかもしれない。横山淳・前掲注(12)「コーポレートガバナンス・コードと金商法、会社法の論点②」一八頁以下。

(59) 東証「『コーポレート・ガバナンスに関する報告書』記載要領」（二〇一五年二月版）五―六頁。

(60) 株式会社東京証券取引所上場部『会社情報適時開示ガイドブック（二〇一四年六月版）』（二〇一四年）二六七頁。

(61) 不祥事に伴う異動では比較的、詳細な事情説明がされるが、旧経営陣の辞任に関する説明が中心で、新任者の「選任・指名についての説明」は少ない。横山淳・前掲「コーポレートガバナンス・コードと金商法、会社法の論点②」二〇頁。

(62) 株主が分散・流動化した上場会社では、一般株主が内部事情を知ること、新たな経営陣や業務執行取締役として選任・指

名された者の人物像を知ることが困難である。

- (63) 東京証券取引所「『コーポレートガバナンス・コードの策定に伴う上場制度の整備について』に寄せられたパブリック・コメントの結果について」No.13-16。
- (64) 経済産業省「持続的成長に向けた企業と投資家の対話促進研究会報告書」対話先進国に向けた企業情報開示と株主総会プロセスについて」(二〇一五年四月二三日) 一―三三六頁。
- (65) 金融審議会ディスクロージャーWG第二回・第四回事務局資料、経済産業省「持続的成長に向けた企業と投資家の対話促進研究会」報告書(平成二七年四月)、日本公認会計士協会「開示・監査制度の在り方に関する提言」(平成二七年一月四日)。
- (66) 渡邊顯『ベストプラクティス株主総会―コーポレートガバナンス・コード対応』商事法務(二〇一六年一月三〇日)一〇―三七、五四―六〇、一〇四―一四、一九六―二〇五頁に詳説され、参照した。
- (67) コードは重要な経営指標の一つとなり、これに対応すべく、上場企業においてコーポレート・ガバナンス・オフィサー(CGO)設置が提唱される(渡邊顯)。
- (68) 渡邊顯・前掲注(66)五四―六〇頁。
- (69) 武井一浩・石崎泰哲「上場企業法制における企業の中期的利益とショートターミズムとの調整(上)(下)―最近の欧米の議論の諸相から―」二〇九七号(二〇一六年)二二―三三頁、二〇九八号(二〇一六年)三六―四六頁に詳説され、参照した。
- (70) 監査等委員会設置会社に移行済みあるいは移行を表明している上場企業数は既に六八四社に上り、指名委員会等設置会社への移行が伸び悩むことと対照的となっている。川井信之「監査等委員会設置会社への移行を公表した上場企業一覧(二〇一六年)(二〇一六年六月三〇日現在)」<http://blog.livedoor.jp/Kawailawjapan/archives/8331552.html>
- (71) *Unocal v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985). 多くの米国上場企業が設立準拠法とするデラウェア州会社法では企業経営を行う権限は株主総会でなく取締役会にあることが徹底され、市場で株式を買収され取締役会が考える中長期施策

の実現に支障が出ることに対応するため、中長期的施策への脅威が存在すると信じる合理的理由があること（脅威要件）、防衛措置が当該脅威の關係で相当な内容であること（相当性要件）の要件が示された場合、ライツプランの発動解除をしないことは取締役の善管注意義務違反にならない。ユノカル基準は伝統的な経営判断原則と完全公正性の基準の中間的審査基準といえる。脅威要件は取締役の誠実性（good faith）と合理的調査（rational investigation）により立証可能とされ、独立社外取締役が過半数を占める取締役会承認により証明度を高められる。前掲・武井一浩・石崎泰哲注(69)（上）二二―二三頁。

(72) Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc, 506 A.2d 173 (Del. 1985). 会社経営陣が中長期的な施策を持たず会社の支配権を手放す状況になるとユノカル基準は適用されず、取締役会は株主が手にできる売却価格を最大化する義務を負うとする。

(73) Yucaipa American Alliance Fund II v. LR, I A.3d 310 (Del.Ch.2010). ファンドアクティビズムへの差別的発動比率の買収防衛策発動を適法と判示した。

(74) Third Point LLC v. Ruprecht, CA 9469-VCP (Delaware Court of Chancery May 2 2014). ファンドアクティビズムへの差別的かつ一〇%の発動比率の買収防衛策を適法と判示した。

(75) Air Products & Chemicals, Inc. v. Airgas, Inc., 16 A.3d 48 (Del.Ch.2011).

Airgas v. Air Products & Chemicals - Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation- Martin Lipton, Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, on Friday, December 18, 2015. <https://corpgov.law.harvard.edu/>アービトラージャー株主の株式売却意思を勘案して買収防衛策発動を適法と判示した。

(76) 武井一浩「攻めのガバナンスへの実務対応と上場企業法制上の論点」東京大学第五〇回比較法政シンポジウム報告『ダブルコード時代の攻めのコーポレートガバナンス』（二〇一六年三月二八日）。

(77) 藤林大地「東京地判平成二五年二月二二日・判例タイムズ一四〇六号三〇六頁（シニアコミュニケーション事件）有価証券報告書等の虚偽記載等に関して非財務担当取締役に「相当な注意」の履行が認められた事例」早稲田大学商法研究会報告（二〇一五年六月一八日）参照。

- (78) 近藤光男「金融商品取引法の役員責任と会社法の役員責任―虚偽記載をめぐる役員責任を中心に―」金融商品取引法研究会研究記録第四号 (二〇一三年一月二四日開催) 一―五三頁、北村雅史「発行市場・流通市場における開示書類の虚偽記載と民事責任」大証金融商品取引法研究会 (二〇一一年十二月一六日開催) 一―四一頁を参照した。太田洋「証券訴訟を巡る近時の諸問題―流通市場において不実開示を行った提出会社の責任を中心に―」金融商品取引法研究会研究記録第五三三号 (二〇一五年九月九日開催) 一―二〇二頁。金融庁総務企画局資料「流通市場における虚偽開示書類に係る損害賠償責任」(二〇一三年一月二〇日)。
- (79) 黒沼悦郎「ライブドア株主損害賠償請求訴訟東京地裁判決の検討〔下〕」東京地判平成二二年五月二二日」商事法務一八七二号 (二〇〇九年) 一七頁。
- (80) 株式会社シニアコミュニケーション「内部統制報告書に関するお知らせ」(平成二二年七月三〇日)、同「有価証券報告書の訂正報告書」(提出日平成二二年一〇月一五日)。
- (81) 法定開示書類の作成は、その他重要な業務執行に含まれると解することができるのであれば、取締役会決議が必要になり、取締役会で議論されるわけであるが、取締役会で配付されない書類もあり得るところであり、職位等に応じて適切に参画すれば、少なくとも責任を果たされたと考えるべきだという意見として、吉川純「金商法開示と役員責任」資料版商事法務三三八号 (二〇一二年) 三九―四〇頁。
- (82) 日本交通事件一審判決 (松江地判平七・二・一五資料版商事一五五・八四) 控訴審 (広島高〔松江〕判平八・九・二七資料版商事一五五・四八) では部門別・地区別の収支状況等について商法や計算書類規則等に準拠した計算書類の範囲の説明で足りるとして取締役による説明義務を否定し、現時点で計算書類に準拠すること自体は全般的判例の流れともいえるよう。
- (83) コードの趣旨による説明義務の拡大指向に対し、他方で限定する試みもあり交錯する状況ともいえるが、会社法上規定される報告事項に該当するから局面が分かれ、コード適用後の総会のベストプラクティスとしては、非規定事項でも社内的にみて重要事項にかかる情報には実質上広範に説明義務が及ぶと考えれば矛盾なく整合性が保てよう。
- (84) むしろ我が国の金融商品取引法の方が進んでいる印象を受けると指摘されている。川島いづみ①「不実の流通開示に関する

る民事責任―イギリス法の動向を参考に―」RID ディスクロージャーニュース vol.5 (二〇〇九年七月) 一〇五―一一頁、同②「イギリス法における不実の企業情報開示に関する民事責任―判例法の展開―」早稲田社会科学総合研究第一三巻一号 (二〇一二年七月) 一―五六頁参照。

(85) Caparo Industries plc v. Dickman [1990] 1 All ER 568.

(86) Le Lievre v. Gould [1893] 1QB491.

(87) 現在では格付け条項の開示懈怠を理由に注意義務が生ずる可能性があり、立証事実にかかっている。Hall v. Cable and Wireless plc [2010] 1 BCLC 95, at p104. 川島いづみ・前掲注(84)①五五頁。

(88) コード適用・対応の進展に伴い、第二章で述べてきた計算書類など報告事項に係る実務あるいは判例上のプラクティスに影響を及ぼす可能性もあろう。

(89) 短期的視点の株主・投資家の姿勢を中長期的指向に変えることを是とすることにかかってこようが、米国では基本的には是非の判断に立ち入らず、その調整であると考え、他方で英国や我が国規制当局は中長期的指向へ誘導せんとしている感も窺える。長年のリスクカルチャー、ガバナンスの蓄積の相違を背景にしたアプローチの相違といえ、最終的に企業価値向上に向けた方向性は同一であると思料される。

「本稿は、財団法人民事紛争処理研究基金の研究助成金を利用した研究成果の一部である」

アメリカ大統領の連邦公務員任命権と上院の承認手続

阿 部 竹 松

はじめに

アメリカ合衆国憲法第二条第二節第二項第二段は、「大統領は、大使、その他の外交使節ならびに領事、連邦最高裁判所の判事、および任命について本条項に別段の定めがないが、法律によつて設置されるアメリカ合衆国〔連邦政府〕のその他のさまざまな職種の公務員を指名し、上院の事前と事後の助言と同意を得て任命する。ただし、連邦議会は、連邦議会が適當であると判断する場合には、法律によつて、下級公務員の任命権を大統領のみに与え、または司法裁判所もしくは各省の長官に与えることができる」と規定している。さらに、第一条第二節第三項は、「大統領は、上院の次の会期末に任期が満了する任務を与えて、上院の休会中に生じた欠員を補充する権限を有する」と規定している。このように、大統領には、大使、その他の外交使節ならびに領事、連邦最高裁判所の判事をはじめ各省庁

アメリカ大統領の連邦公務員任命権と上院の承認手続（阿部）

五九七（一五三九）

の最高責任者である閣僚から連邦下級裁判所の判事、独立行政機関の委員などの文官公務員から軍人に至る連邦公務員を任命する権限が与えられている。本稿の目的は、大統領が連邦政府の要職に就く者を任命するに当たって、どのような手続で人選をしているか、また、上院がどのような手続をとって承認を与えているかについて論述して、アメリカ大統領の連邦公務員任命権と上院の承認手続の実態を説明することにある。

一、大統領任命権

1. 憲法起草者の意図

アメリカ合衆国憲法の任命条項は、憲法制定会議に出席した憲法起草者のうちで「権力の分散」(separation of powers)に関心をもっていた二つの派閥の妥協の産物であると言われている。マサチューセッツ州のエルブリッジ・ゲリー (Elbridge Gerry) とペンシルヴァニア州のベンジャミン・フランクリン (Benjamin Franklin) は、単一の機関に過剰な権限を集中して与えることに懐疑的であった。フランクリンは、「大統領は、此処彼処を問わず、独裁者になるまで休まずに権力を増大させる¹⁾」と主張して、大統領に権力を集中させることに反対の立場をとった。一方、ヴァージニア州のジェイムズ・マディソン (James Madison)、ペンシルヴァニア州のジェイムズ・ウィルソン (James Wilson)、ニュー・ヨーク州の (Alexander Hamilton) アレクサンダー・ハミルトンは、行政府の要員を選任する専属権が与えられた強力な大統領が望ましいと考えていた。ジェイムズ・ウィルソンは、憲法制定会議での討議中に「良い法律といえども良い行政長官なしには効を奏さない。法律を執行する公務員を任命する権限を有しない行政長

官〔大統領〕は、良い行政長官であるはずがない。また、大統領の職責が上院のような機関よって打ち壊されるかもしれない⁽²⁾と述べて、任命権を二分して大統領と上院に与えることに反対した。ジョン・アダムズ (John Adams) は、連邦政府の公務員の任命に関して、上院が極めて大きな役割を果たすべきであることを一七八七年にトマス・ジェファソン (Thomas Jefferson) に宛てた書簡に記述している⁽³⁾。比較的短い討議の末、憲法起草者たちは、「抑制と均衡」(checks and balances) の原理を導入して、連邦政府の公務員を任命する権限を大統領と上院に分散して与えた。

2. 大統領任命権の性格

上述したように、アメリカ合衆国憲法は、大使、その他の外交使節ならびに領事、連邦最高裁判所の判事および連邦下級裁判所の判事、連邦法よって設置される連邦行政省庁の長官 (閣僚) や次官、独立行政機関の長から軍人に至る多勢の連邦政府の公務員を任命する権限を大統領に与えている。近年では、大統領は、約六万五、〇〇〇名の武官の公務員 (軍人) と連邦政府に勤務する約二百六十万名にのぼる文官の公務員のうちの約五、五〇〇名の上級公務員と独立行政機関に勤務する約一〇〇名の下級公務員を上院議員の過半数の承認を得て任命している⁽⁴⁾。任命条項には「大統領は、任命について本条項に別段の定めがないが、法律よって設置されるアメリカ合衆国〔連邦政府機関〕のその他のさまざまな職種の公務員を指名し、上院よる事前と事後 (事前と事後) は、事前ないしは事後」と解されてきた。) の助言と同意を得て任命する」と規定されているが、法律よって設置される連邦政府機関のその他のさまざまな職種の公務員とは、現在では十五省に増設されている省庁の長官、次官、次官補および連邦下級裁判所の判事のことであると見做されている。さらに、任命条項の但書は「連邦議会は、連邦議会が適当であると判断する場合には、法律よって、下級公務員の任命権を大統領のみに与え、または司法裁判所もしくは各省の長官に与えるこ

とができる」と規定しているが、下級公務員とは、どのような公務員であるかについて長年にわたって定かではなかった。一九八八年、連邦最高裁判所は「モーリソン対オルソン事件」⁽⁵⁾ (Morrison v. Olson) で一九七八年に制定された「政府倫理法」(Ethics in Government Act) に基づいて、連邦法に違反した行政府の上級公務員を調査し、訴追するために設置された独立規制委員会の委員は、下級公務員であると判示した。なぜならば、独立規制委員会の委員は、限られた管轄内で連邦特別裁判所によって与えられた職務のみを遂行する権限しか与えられておらず、大統領によってではなく、司法長官によって任免されるからであると説明している。

任命条項の但書に基づいて、連邦議会が適当であると判断した場合には、法律を制定して、上院の承認を得ないで下級公務員を任命する権限を大統領に与えることができることは言うまでもない。近年、連邦政府のホワイト・ハウス大統領人事局による指名候補者についての過度な身元調査や上院の怠慢な承認審議が、連邦政府の要職に就こうとしている者を失望させているとの批判が高まってきた。第一一二連邦議会(二〇一一―二〇一三)は、上院の超党派の議員たちが準備した任命手続を簡素化して敏速化を図るための二法案を発議した。そして、上院は、双方の法案を可決させることに成功した。一部が即時発効し、残余部分が制定六十日後の二〇一二年十月九日に発効した「大統領任命の効率化および簡素化法」(The Presidential Appointment Efficiency and Streamlining Act of 2011; P. L. 112-166) によつて、連邦政府内の一六三の管理職の役職者(殆どが次官補、局長、次長である)の任命については、上院の承認条件が削除された。すなわち、大統領は、上院の承認を得ないで、それらの役職者を独断で任命することができるようになった。⁽⁶⁾

理論上では、連邦最高裁判所首席判事ジョン・マーシャルが、一八〇三年、「マーバリ対マディソン事件」⁽⁷⁾ (Marbury

v. Madison)で「大統領の任命権は、大統領の専属権である」と判示したように、閣僚や連邦最高裁判所の判事などの上級公務員を任命する大統領権限は、上院が政治的な理由から承認を拒否することがあるけれども、大統領に賦与された固有の特権 (prerogative power) である⁽⁸⁾と見做されている。特に、閣僚を任命する大統領権限は、広範である。したがって、閣僚の任命には、いかなる資格条件も課せられていない。実際には、大統領の自由裁量で閣僚が指名されている。他党に属している者を閣僚に加えることも可能である。一九四〇年、民主党のフランクリン・ルーズヴェルト (Franklin D. Roosevelt) 大統領は、共和党のヘンリー・スティムソン (Henry L. Stimson) を陸軍長官に任命し、同じく共和党のフランク・ノックス (Frank Knox, 1874-1944) を海軍長官に任命している。通常、閣僚に選ばれる者は、大統領選挙で大統領を当選させるための原動力となった人達や大統領が政策を実行していくために必要な有為な人物である。したがって、閣僚は、概して、大統領の政策やイデオロギーに共鳴している人達である。これとは対照的に、上院の承認を得て、大統領によって任命される連邦最高裁判所の判事は、必ず大統領の期待に沿った判断をする人達である⁽⁹⁾と言い難いのが通例である。歴代の連邦最高裁判所の判事が下した判決は、多くの場合、大統領の期待を裏切ってきた。その有名な実例は、ドワイト・アイゼンハワー (Dwight D. Eisenhower) 大統領によって任命されて連邦最高裁判所首席判事を務めたアール・ウォーレン (Earl Warren) である。アイゼンハワー大統領は、ウォーレン判事が保守派の判事であると信じていた。しかし、ウォーレン首席判事が下した一連の判決は、アイゼンハワー大統領が「あの任命は私が今までにした失敗のうちの最も馬鹿げた失敗であった」と漏らしたほど比較的保守的な共和党の見解とは遠くかけ離れたアメリカ裁判史上で最もリベラルな判断に基づいた判決であった⁽⁹⁾。

二、上院の任命承認権の性格

上院は、会期中に大使やその他の外交使節ならびに領事、連邦最高裁判所の判事、連邦控訴裁判所の判事、連邦地方裁判所の判事、特別裁判所の判事、連邦行政府省庁の特定の上級管理職の役職者、独立行政機関 (Independent Agencies) の役職者、規制委員会 (Regulatory Boards and Commissions) の委員長や委員などの文官の公務員と軍人の任命について承認審議をしているが、そのうちの外交官の指名候補者の承認は、日常茶飯事のごとく機械的になされている。上院は、多数の指名候補者を一会期中の短時間内に審議しなければならないので、全員について詳しく審議することができないのが実情である。したがって、上院は、時折、数百名を一括して承認することもある。特に、軍人や昇格人事の承認は、一括審議に付されている¹⁰。

上院は、伝統的に終身官である連邦最高裁判所判事の指名候補者の任命承認には、慎重な審議をして、より強力な影響力を及ぼしてきている。換言すれば、上院は、概して、連邦最高裁判所判事の指名候補者の任命承認には厳しく、閣僚の指名候補者には寛容である。一七八九年のジョージ・ワシントン初代大統領政権下の一七八九年に最初に上院が任命承認をして以来、二〇一六年のバラク・オバマ大統領政権までの二二七年間に歴代の大統領が任命承認を得るために上院に提出した連邦最高裁判所判事の指名候補者は、一六一名にのぼる。それらのうち上院によって承認された者は、承認されたものにも拘わらず判事に就任しなかった七名を含めて一二四名である。上院によって承認されなかった三十七名のうちの九名は、上院議員の点呼表決 (roll-call votes) で承認が否決されている。その他の二十八名は、上院の審議未了や議決をしないままで棚上げにされたり、上院の反対が強かったために、指名した大統領によつ

て取り下げられたりしている。また、上院によって承認されなかった三十七名のうちの六名は、再度、大統領によって指名された後に、上院によって承認されている。⁽¹¹⁾これに対して、上院が承認した閣僚の指名候補者は五〇〇名以上にのぼるが、承認が否決された者はたったの九名であり、上院の反対で大統領が取り下げた者は十二名である。⁽¹²⁾

三、 行政府の候補者指名手続

アメリカ合衆国憲法は、連邦政府の公務員を補充する責務を大統領と上院に分担させている。すなわち、大統領が特定の候補者を指名し、上院の事前ないしは事後の助言と同意を得て任命することになっている。しかしながら、アメリカ合衆国憲法は、大統領が候補者をどのようにして指名するか、上院が大統領によって指名された候補者をどのような手続をとって承認するかについては沈黙している。そのために、大統領による候補者の指名と上院による候補者の承認は、長年にわたって培われた慣行に基づいてなされている。

大統領は、当選直後から、閣僚、大使やその他の外交使節ならびに領事、連邦最高裁判所および下級裁判所の判事、特別裁判所の判事、連邦行政府省庁の上級管理職の役職者、独立行政機関 (independent agencies) の役職者、規制委員会 (Regulatory Boards and Commissions) の委員長や委員などの人選を開始している。まず、指名候補者の人選は、ホワイト・ハウス大統領人事局 (White House Office of Presidential Personnel) によってなされる。連邦議会議員や圧力団体が、時折、特定の候補者の承認に助言や同意する立場から推薦文書をホワイト・ハウス大統領人事局に送付したり、直接コンタクトをとったりする形式で大統領に候補者を推薦することもある。しかしながら、ホワイト・ハウス大統

領人事局は、これらの推薦を尊重する義務はない。候補者が指名されると、連邦政府の諸機関が指名候補者を詳しく調査する業務に介入させられる。まず、大統領協議局 (Office of Counsel to the President) が、指名候補者の人物保証 (clearance) について調べる。この調査業務は、時折、連邦捜査局 (FBI)、内国歳入庁 (Internal Revenue Service)、政治倫理局 (Office of Government Ethics) および指名候補者の配属予定先の省庁の倫理委員会の委員によってさらに厳格になされることがある。指名候補者は、候補者の選出と調査の手続が執られている期間中に、「俸給等所得公開報告書」 (Public Financial Disclosure Report; Standard Form 278)、「国家安全保障職務に関する調査書」 (Questionnaire for National Security Positions; SF 86)、「ホワイト・ハウスの「個人情報陳述調査書」 (Personal Data Statement Questionnaire) を含む諸書類を提出しなければならない。素姓調査で利害関係に問題が生じた場合には、政治倫理局と独立行政機関の倫理委員会が問題解消のために指名候補者と話し合っ解決する。大統領協議局が指名候補者の人物調査を終えると、候補者の人選と第一段階の調査手続が終了する。大統領は、慣例に従って、上院の承認を得るために、指名候補者の調査書類を添えて「大統領指名教書」 (presidential nomination messages) を上院に送付する。このことにより、⁽¹³⁾ ホワイト・ハウス大統領人事局が行う候補者の指名手続が完了する。

四、立法府の候補者承認手続

1. 大統領指名教書の受理と委員会付託

上院が大統領指名教書を受理すると、行政担当事務官 (Executive Clerk) がそれに番号を付して、本会議場でそれ

を読み上げる。行政事務官は、個々の候補者に番号を付すのではなく、個々の大統領指名教書に番号を付すことになっていく。一つの大統領指名教書に複数の指名議案が含まれていることもある。したがって、それらの指名議案が同じ番号をもつことになる。大統領が提出する大統領指名教書と呼ばれている指名議案は、連邦議会の事務局にも配布され、オンラインでも見ることができ、「行政議案審議日程表」(Executive Calendar)の特別欄である「特権指名」(Privileged Nominations)の欄に記載されることになっている。実際問題として、上院の本会議で指名議案が満場一致で採決される場合を除いて、殆どの指名議案は、受理された日に採決されることはない。それは直ちに常任委員会に付託される。手続上では、所轄常任委員会の委員長が指名候補者の履歴書と俸給等所得公開報告書を含む指名議案を受理した旨を行政担当事務官に通知した後に、指名議案は行政議案審議日程表に記載されることになっている。十日後、指名議案は、行政議案審議日程表の特権指名欄から取り除かれて、委員会から上程される指名議案と同じ取り扱を受け、指名議案の欄に記載される。重要なことは、指名議案が行政議案審議日程表に記載されると、いかなる上院議員でも、その指名議案を特定の委員会に付託する要請をすることができることである。上院規則第三十一条(Senate Rule XXXI)によると、指名議案は、特定の委員会に付託することが指定されている場合を除いて、所轄の常任委員会に付託されることになっている。しかしながら、特定の役職に就くことが要請されている指名候補者の指名議案は、特定の上院議員の要請がない限り常任委員会に付託することができないことが第一一二連邦議会で議決されている。¹⁴ 指名議案が付託された所轄常任委員会は、聴聞会(hearing)を開催して、その指名議案について審議して決議する。そして、その決議結果を上院の本会議に上程することになっている。

2. 委員会審議

上院の各常任委員会は、正式に聴聞会を開催したり、または聴聞会を開催したりしないで指名された候補者の情報を独自に収集して調査をしている。しかしながら、連邦政府が最初に候補者を調査して指名選出することになっているために、上院の各委員会は、概して、ホワイト・ハウス大統領人事局があらかじめ収集した候補者に関する基礎資料や連邦調査局(FBI)が作成した報告書に頼りがちである。連邦調査局が行った調査の報告記録は、主にホワイト・ハウス事務局に付託されることになっている。しかしながら、その報告書ないしは報告書の要約は、大統領の関連省庁や所轄委員会の上院議員にも配布されている。連邦調査局の資料の取り扱いに関する委員会の慣行は、まちまちである。ある委員会では、委員長と役職委員のみが連邦調査局が作成した報告書を検討することができるようになっていたり、他の委員会では資料の提供要請をした上院議員のみが検討することができるようになっていたりして、委員会によって異なっている。委員会スタッフ(委員会事務官)は、通常、連邦調査局が収集作成した資料を検討することができるできないことになっている。指名候補者の殆ど全員が大統領協議局より俸給等所得公開報告書の提出を求められるが、その俸給等所得公開報告書には、指名候補者が在職する省庁を所轄する倫理委員会や政治倫理局長から提出された意見書が添付されて各委員会に付託されることになっている。連邦調査局の報告書とは異なり、俸給等所得公開報告書は、一般に公開されている。したがって、委員会の委員は言うまでもなく、委員会スタッフや一般市民も俸給等所得公開報告書を閲覧することができる。¹⁵⁾

委員会によって程度の差はあるが、指名議案が付託された常任委員会は、指名候補者に関する情報を独自に収集している。各委員会は、ホワイト・ハウス大統領人事局から送付された指名候補者の俸給等所得公開報告書、国家安全

保障職務に関する調査書、個人情報陳述調査書を検討することになっている。委員会によっては、それらを検討した後、指名候補者に対して再度にわたって諸々の報告書や調査書の提出を求めることもある。司法委員会は、委員会専属の調査委員を有しているが、時折、大統領によって指名された候補者を支持するか否かについての意見を求める「青色伝票」(blue slips)と呼ばれている文書を指名候補者の出身州の上院議員に送付して、回答してもらう形式で指名候補者に関する情報を収集している。上院の議事運営委員会(Committee on Rules and Administration)は、比較的小員数の指名候補者しか審議していないが、連邦調査局や連邦会計検査院(General Accountability Office)の支援を得て独自の調査を行っている。委員会の委員長や委員会スタッフが、聴聞会の開催以前に、俸給等所得公開報告書の内容やその他の懸案事項について話し合うために指名候補者と面会することは、珍しいことではない。特に、上級管理職に就くことが予定されている指名候補者は、個人的に委員会の委員や指名候補者の出身州の上院議員に面会することができる。これらの個人面談は、概して、指名候補者からの要請でなされている場合が多いが、相互理解に役立つ⁽¹⁶⁾いる。

1) 審議規則

殆どの委員会は、承認審議に関する規則を定めている。その多くは、指名候補者から提出された履歴書や俸給等所得公開報告書に記載されている情報をいかに処理するかについての基準である。さらに、殆どの委員会は、委員会が調査する期間の時間割に関する規則も定めている。その典型的なものは、委員会が決議をしたり聴聞会を開催したりする事前の一週間か二週間に限定された期間に、指名候補者が提出した書類を特定の上院議員に再調査させる時間割に関する規定である。規則の中には、過半数採決、満場一致採決、委員長採決などの決議方法に関する規則も含まれて

いる。¹⁷⁾

2) 聴聞会

歴史上では、大統領によって指名された文官の指名候補者の約半数の者が聴聞会の手続を経ないで審議されて承認されてきた。指名議案が付託された常任委員会は、特定の指名候補者について調査するために聴聞会を開催することになっている。聴聞会の形式は、指名候補者が就任する予定の官職の職種の重要性や役割内容によって異なるが、たとえば、多数の指名候補者を審議する司法委員会でも、検事などの連邦法務官 (attorneys)、連邦保安官 (U.S. marshals)、補助裁判官 (part-time commissions) の指名候補者の調査のためには聴聞会を開催していない。一方、農業・食物・林業常任委員会 (Committee on Agriculture, Nutrition, and Forestry) とエネルギー・資源常任委員会 (Committee on Energy and Natural Resources) は、殆どの全員の指名候補者についての聴聞会を開催している。聴聞会の開会時間や審議内容も多種多様である。聴聞会は、通常、指名候補者の出身州の上院議員が指名候補者を紹介することから始まり、候補者が徹底的に詰問される審議方法を採用している。時折、連邦議会の下院議員を含む大勢の証人を召喚して審議が進められることもある。指名候補者は、特定の政策に対する個人的な見解についても質問され、それについての意見を披露しなければならないこともある。上院規則二十六条には、委員会の出席委員の多数決によって公開としないと決議しない限り、公聴会は公開としなければならないことが明記されている。¹⁸⁾

3. 本会議審議

上院は、通常の法案審議とは切り離して指名議案や条約法案などの行政関係の議案の審議をしている。委員会から上程されたすべての指名議案は、まず、承認または不承認、あるいは推薦書のあるなしに関係なく、審議未了の法案

や決議案が記載されている議案審議日程表 (calendar of business) とは別の行政議案審議日程表 (executive calendar) に記載される。通常、多数党の院内総務 (Majority Leader) が指名議案の審議日程の順番を決定している。指名議案は、条約法案と同様、独自の議事録や審議手続の規則をもつ上院の行政議案審議会 (executive session) で審議されている。指名議案が上院の本会議に上程されると、行政議案審議会にかけられて、定足数を満たした出席議員の過半数議決で指名議案に承認か不承認かの議決がなされる。殆どの指名議案は、反対もなく満場一致の賛成で承認されるのが通例である。割合としては少ないが、指名候補者が上級職に就くことが予定されている指名議案は、概して、入念に審議される。指名議案に議論が沸騰しそうな場合には、所轄委員会の委員長が、通常、冒頭演説をすることになっている。特に候補者を人選する指名手続過程において関与した上院議員は、指名候補者についての推薦の弁をとることができ、上院規則の下では、討論終結 (cloture) の動議が出されない限り討論の時間制限がないので、上院議員は自己の欲するままに長時間にわたって指名議案について議論をすることができる。一九二九年までは、行政議案審議会は、非公開であったが、今日では上院から特別の要請がない限り公開になっている。上院規則第三十一条によると、指名議案に賛成する上院議員は誰でも採決の動議を出すことができることになっている。¹⁹⁾

1) 議事妨害演説

上院は、殆どの場合に、上院議員が好きなだけ長時間にわたって討議することを容認してきた。法案や指名議案に反対する議員が議決妨害をするために長演説をすることが議事妨害演説 (filibuster) と呼ばれてきたが、上院議員が指名議案に対して議事妨害演説の戦術を行使し始めたかについて正確に知ることは困難である。なぜならば、一九二九年以前では、上院本会議での指名候補者の承認審議は、非公開の行政議案審議会で行われていたからである。議事

妨害演説を止めさせる方法に討議を打ち切る討論終結 (closure) の手段がある。上院が討論終結の基準を最初に定めたのは、一九一七年のことである。⁽²⁰⁾

2) 討論終結

上院規則二十二条には、討論終結についての規定がある。最低十六名の上院議員が署名して、指名議案についての討議中の議事妨害演説 (filibuster) を終結させるための討論終結の動議を提出することができる。満場一致の賛同がある場合には例外として、上院では討論終結動議が提出された日の後の会議の第二日目の会議までは、討論終結動議の採決をすることができない。たとえば、討論終結動議が月曜日に提出されたとすると、水曜日に採決することになる。議長は事務局長に定足数を満たしているかを確認させてから、採決に入る。上院議員は、討論を終結させるべきであるという動議に賛成か不賛成の票を投じる。従来では、指名議案に対する討論終結動議が成立するには、三分の二以上の賛成が必要であった。それが二〇一三年の上院議決によって変更されて、定足数を満たした出席議員の過半数議決になっている。ただし、連邦最高裁判所の判事候補の指名議案に対する討論終結動議が成立するには、上院議員の五分の三 (六〇名) 以上の賛成が必要である。討論終結動議が成立すると、その後の討論時間は三〇時間に制限される。⁽²¹⁾

3) 審議停止

審議停止 (holds) とは、指名議案や通常法案についての審議が遅延するのを防止するために、審議を一時的に停止させる手段のことである。いかなる上院議員でも審議停止の動議を帰属政党の院内総務に提出することができる。審議停止に関する規則は、上院規則には見当たらないが、上院議員が指名議案について時間をかけて調査したいときや

指名候補者と直接面会して話し合いたいときに審議停止の動議を提出するのが通例である。また、上院議員が指名候補者の政策上の見解に同意できない場合や行政からの譲歩を期待している場合にも、審議停止の動議を提出することが⁽²²⁾できる。

4. 大統領指名教書の大統領還付

上院規則第三十一条第六項によって、指名議案は、承認されても承認されなくても、会期末または上院が三〇日以上の休会に入るときには必ず大統領に還付しなければならないことになっている。本会議で指名議案に承認か不承認の議決がなされると、上院事務局長 (Secretary of the Senate) が指名議案に議決報告書を添付してホワイト・ハウスの還付することになっている。大統領は、指名候補者が上院で承認されなかった場合には、新規に候補者を指名して、大統領指名教書を上院に送付しなければならない規則になっている。しかしながら、上院は、満場一致の賛成によって、この規則を無視することができる。そして、上院の会期間休会や長期の会期内休会中では、大統領指名教書を棚上げにして審議しないで放置することも⁽²³⁾ある。

五、上院休会中の欠員補充権

アメリカ合衆国憲法第二条第二節第三項は、「大統領は、上院の次の会期末に任期が満了する任務を与えて、上院の休会中に生じた欠員を補充する権限を有する」と規定している。この条項は、大統領には上院の承認を得ないで独断で上院の休会中に生じた公務員の欠員を一時的に補充する権限があることを明記したものである。最近では、レー

ガン大統領は、この権限を行使して、二四三名、クリントン大統領は一四〇名、ジョージ・ブッシュ大統領は一七一、息子のジョージ・ブッシュ大統領は七十七名、バラク・オバマ大統領は二〇一二年までに三十二名の欠員補充をしている。²⁴

歴代の大統領は、上院が休会する以前に欠員が生じていた場合でも、敢えて休会中の時期を選んで本条項に基づいて裁判官や閣僚の欠員補充をしてきた。休会には会期と会期の間の休会である会期間休会 (inter-session recess) と夏休みのような二週間ばかりの短い期間の会期内休会 (intra-session recess) とがある。建国後一五〇年間では、歴代の大統領は会期間休会中に限定して欠員補充をしてきた。しかしながら、第二次大戦後と特に一九八〇年代の中期から大統領は会期内休会中に欠員補充をするようになった。欠員補充条項によると、大統領によって欠員補充の任命を受けた者は、上院の次の会期末に任期が満了することになる。近年では、上院の会期は十ヶ月間から十二ヶ月間になっている。上院は殆ど年中開会しているといっても過言でない。したがって、会期間休会中に任命された者は、上院の次の会期が終了するまでの約一年間にわたって任務に就くことになる。しかしながら、会期内休会中に任命された者は、任命されたときの会期の残余期間と次の会期が終了するときまでの二年間近くも任務に就くことになる。このように任命されたときの休会が異なることで任務期間が異なることになる。また、上院が休会中の欠員補充権とは、休会中に生じた欠員を補充する権限であるのか、それとも上院が休会する以前に生じた欠員をも含めて上院の休会中に欠員を補充する権限であるのかについては異説が多くて定かではなかった。連邦法 (5 U.S.C. § 5503) は、上院の開会中に生じた欠員を補充するために休会中に任命を受けた者に対する俸給の支払いを禁じている。二〇一四年、連邦最高裁判所は、「全国労働関係委員会対ノウエル。カニング事件」²⁵ (National Labor Relations Board v. Noel Canning) で上記

の疑問を解く全員一致の判決を下した。すなわち、「①大統領は、上院が休会中であつて審議することができない場合以外には、憲法第二条第二節第三項の欠員補充条項に定められた任命権を行使してはならない。②休会とは、会期間休会と会期内休会の双方の休会のことである。③欠員が休会中に生じようと休会以前に生じようとも関係なく、大統領が欠員補充の任命をするときが休会中であればよい」と判示した。

六、大統領罷免権と上院の承認

日本国憲法第六十八条第二項は、「内閣総理大臣が任意に國務大臣を罷免することができる」と規定している。しかしながら、アメリカ合衆国憲法は、大統領の罷免権については沈黙している。そのために、大統領の罷免権について第一連邦議会で、はやくも論議をよんでいる。アレクサンダー・ハミルトン (Alexander Hamilton) は、「大統領の罷免権は、任命権に包含されるもので、上院の助言と同意を得て行使する権限に帰属する」と主張した。アレクサンダー・ハミルトンの主張に対して、ジェイムズ・マディソン (James Madison) は、「行政権は、大統領だけに属しているので、大統領は行政府に属する公務員を上院の承認を得ないで罷免することができる」と主張して対立した。一八六七年、連邦議会は「大統領が上院の助言と同意を得て任命した公務員の罷免については、大統領がその公務員を罷免するときにも上院の承認が必要である。大統領は、上院の助言と同意を得て後任を任命した後に前任者を罷免することができる。連邦議会が休会中で同意を得られない場合には、大統領は任意に公務員を停職させることができるが、罷免することはできない。そして、上院は、会期再開後に大統領の停職措置に同意するか否かを決定する」とい

う内容の公務員任期法 (The Tenure of Office Act) の法案を通過させた。しかし、アンデュリユー・ジョンソン (Andrew Johnson) 大統領は、「大統領の連邦公務員を罷免する権限は、大統領の単独行使権である。したがって、公務員任期法は、違憲である」と主張して通過法案に署名するのを拒否した。しかし、この法案は、再び両議院を各々三分の二以上の多数で可決した。そして、一八六九年に一部修正されて法律となった。その後、この公務員任期法は、グロヴァー・クリーヴランド (Grover Cleveland) 大統領の反対にあつて、一八八七年に全面的に廃止された。

一八七六年、連邦議会は、公務員任期法と同じ内容の郵便局長の任命に関して規定している「郵便局長法」 (The Postmaster Act) を制定した。一九二〇年、ウッドロー・ウィルソン大統領は、郵便局長であつたマイヤーズ (Myers) を上院の助言と同意を求めないで罷免した。その後、ウィルソン大統領が後任者について上院の同意を求めたが、上院はそれを拒否した。これに勇気づけられたマイヤーズは、大統領の罷免行為が郵便局長法に違反していると主張して、任期残存期間の俸給の支払請求の訴えを行政裁判所に提訴した。マイヤーズは、この裁判で敗訴したが、大統領の罷免権に関する事件に憲法解釈問題をからめて連邦最高裁判所に上訴した。一九二六年、ウィルソン大統領の一期前に大統領を務めてウィルソン大統領に任命された連邦最高裁判所のウィリアム・タフト (William H. Taft, 1921-1930; 在任) 首席判事以下九名の陪席判事が審理した結果、連邦最高裁判所は「マイヤーズ対アメリカ合衆国事件」⁽²⁶⁾ (Myers v. United States) で「マイヤーズが主張したのと同じ内容の「上院の承認を得て大統領によって任命された行政府に属する公務員を罷免する権限は、大統領だけに与えられている。よつて大統領の罷免行為が連邦議会によつて制約されることは妥当ない」と判示した。タフトの見解は、「大統領は、法律が誠実に執行されるように監督する」(第二条第三節) と明記された職務を遂行するために部下を罷免することができるはずであるというものであつた。この連邦最

高裁判所の判決により、大統領が上院の事前ないしは事後の助言と同意を得ないで行政府の公務員を罷免することができるが確立した。

一九三三年、フランクリン・ルーズヴェルト (Franklin D. Roosevelt) 大統領 (民主党) が、共和党員であり連邦取引委員会 (Federal Trade Commission) の委員でもあつたウィリアム・ハンフリー (William S. Humphrey) を大統領の政策に従っていないという理由で罷免した。一九三五年、連邦最高裁判所は「ハンフリーの遺産相続執行人ラーズバン对美国合衆国事件」⁽²⁷⁾ (Rathbun, Humphrey's Executor v. United States) で「連邦議会は、行政府内に必ずしも行政上の機能を果たすとは限らない機関を設置することができる。連邦取引委員会は、大統領の権限が全面的に及ばない行政府内に設置されているこの種の独立委員会である。連邦議会は、無能力、怠慢、背任行為などの理由によつて委員を罷免することができるが、大統領の罷免権は、準立法的 (quasi-legislative) もしくは準司法的 (quasi-judicial) な役割を果たしている独立行政機関の公務員には及ばない」という判決を下した。

この裁判では、準立法上もしくは準司法上の役割を果たす公務員と行政上の役割を果たす公務員とを明確に識別して定義がなされなかつたけれども、一九八八年、連邦最高裁判所は、「モーリソン対オルソン事件」⁽²⁸⁾ (Morrison v. Olson) で「大統領は、相当な理由があり、罷免される公務員に身体障害、心身障害ないしは職務を遂行する上で重大な障害になる事情がある場合に限つて、独立委員会の委員を罷免することができる」と判示した。

二〇一〇年、ジョン・ロバーツ (John G. Roberts, Jr.) 首席判事が率いる連邦最高裁判所は、「自由企業基金対公開会社会計監視委員会事件」⁽²⁹⁾ (Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board) で「公開会社会計監視委員会の委員は、サーバーンズ・オックスレイ法 (The Sarbanes-Oxley Act) の下で大統領の罷免権から二重の保護を

受けている。すなわち、この委員会の委員は、無能力、怠慢、背任行為などの理由で大統領によって罷免される証券取引委員会 (Securities and Exchange Commission) の委員が示した正当な理由によつてのみ大統領によつて罷免されることになっている。この大統領の罷免権に対する二重の制限は、任命条項の「権力の分散」と「抑制と均衡」の原理を具現化した規定に違反しているので違憲である」と五対四で判示した。公開会社会計監視委員会の委員は、政策決定と法律を執行する行政府の権限を行使している公務員である。憲法第二条第三節第四項の監督条項 (take care clause) は、法律が誠実に執行されるようにすべての公務員を監督し、指揮する権限を大統領に与えている。サー・バーンズ・オックスレイ法は、大統領の罷免権に対して二重の制限を課している。このこは、監督条項に定められている大統領権限を妨げていると説明している。この判決の注目すべき点は「大統領の罷免権は、準立法的もしくは準司法的な役割を果たしている独立行政機関の公務員には及ばない」と判示した「ハンフリーの遺産相続執行人ラースバン対アメリカ合衆国事件」の判決を支持して、監督条項を盾にとつて、大統領の罷免権が行政上の役割を果たしている独立行政機関の公務員に及ぶことを真正面から確認しているところにある。

七、大統領単独任命の職種と役職

上述したように、二〇一二年に制定された「大統領任命の効率化および簡素化法」(議案番号一一二—一六六)によつて、大統領が連邦行政府内の一六三の管理職に就くことが予定されている指名候補者を上院の承認を得ないで任命することができるようになった。この法律が制定される以前では、連邦行政府内の省庁や独立行政機関に勤務していた

公務員の総数は、約一七四万であった。そのうちの大統領が上院の承認を得て候補者を任命する連邦政府内の文官の管理職数は、五、五〇六であった。二〇一二年に連邦政府が刊行した「政策と後援管理職」(Policy and Supporting Positions)によると、大統領が上院の承認を得て候補者を任命する連邦政府内の文官の管理職数は、ジョン・ケネディ (John F. Kennedy, 1961-1963) 大統領政権以後に約三六五も増加している³⁰⁾。この増加の原因は、全十五省庁のうち
の五省庁がこの半世紀間に増設されたからである。たとえば、一九六五年に住宅・都市開発省 (Department of Housing and Urban Development)、『一九六六年に運輸省 (Department of Transportation)、『一九七七年にエネルギー省 (Department of Energy)、『一九七九に教育省 (Department of Education)、『二〇〇二年に国土安全保障省 (Department of Homeland Security) が創設されている。さらに、『一九七〇年に環境保護庁 (Environmental Protection Agency)、『一九七二年に消費者製品安全委員会 (Consumer Product Safety Commission)、『一九七五年に連邦選挙委員会 (Federal Election Commission) が設置されている。下記は、大統領任命の効率化および簡素化法によって、大統領が上院の承認を得ないで単独に役職者を任命することができるようになった連邦政府内の一六三の職種と役職である。

農業、食物、林業 (Agriculture, Nutrition and Forestry)

農務省、行政担当次官補 (Assistant Secretary for Administration, Department of Agriculture)

農務省、農村地帯公益事業管理官 (Rural Utilities Service Administrator, Department of Agriculture)

農産物信用貸付公社、理事七名 (Directors (7), Commodity Credit Corporation)

軍事 (Armed Services)

アメリカ大統領の連邦公務員任命権と上院の承認手続 (阿部)

国家安全教育委員会、委員六名 (Members (6), National Security Education Board)

選抜徴兵局、局長 (Director, Selective Service)

金融、住宅、都市問題 (Banking, Housing and Urban Affairs)

財務省、地域開発財政研究所基金、所長 (Administrator, Community Development Financial Institution Fund, Department of the Treasury)

住宅・都市開発省、公共問題担当次官補 (Assistant Secretary for Public Affairs, Department of Housing and Urban Development)

経済諮問審議会、委員二名 (Members (2), Council of Economic Advisers)

商業、科学、運輸 (Commerce, Science, and Transportation)

連邦航空管理局、次長 (Deputy Administrator, Federal Aviation Administration)

国家海洋および大気管理局、主任自然科学者専門官 (Chief Scientist, National Oceanic and Atmospheric Administration)

セント・ローレンス水路開発公団、総裁 (Administrator, St. Lawrence Seaway Development Corporation)

運輸省、予算・事業計画担当次官補 (Assistant Secretary for Budget and Programs, Department of Transportation)

環境、公共事業 (Environment and Public Works)

アパラチア地域委員会、連邦共同委員長代行 (Alternate Federal Co-Chairman, Appalachian Regional Commission)

ミシシッピ川流域開発公社、監督官七名 (Commissioners (7), Mississippi River Corporation)

財政 (Finance)

財務省、公事担当次官補 (Assistant Secretary for Public Affairs, Department of Treasury)
連邦出納官 (Treasurer of the United States)

財務省、行政管理担当次官補 (Assistant Secretary for Management, Department of Treasury)

外交 (Foreign Relations)

国務省、公事担当次官補 (Assistant Secretary for Public Affairs, Department of State)

連邦国際開発庁、行政管理担当次長 (Assistant Administrator for Management, U.S. Agency for International Development)

国務省、行政担当次官補 (Assistant Secretary for Administration, Department of State)

保健、教育、労働、年金 (Health, Education, Labor and Pensions)

教育省、行政管理担当次官補 (Assistant Secretary for Management, Department of Education)

労働省、公事担当次官補 (Assistant Secretary for Public Affairs, Department of Labor)

教育省、教育統計局監督官 (Commissioner, Education Statistics, Department of Education)

全国心身障害審議会、委員十五名 (Members (15), National Council on Disability)

保健社会福祉省、公事担当次官補 (Assistant Secretary for Public Affairs, Department of Health and Human Services)

全国科学財団、全国科学審議会、委員二十四名 (Members (24), National Science Board, National Science Foundation)

全国・地域社会奉仕公団、業務執行理事二名 (Managing Directors (2), Corporation for National and Community Service)

全国教育科学委員会、委員十五名 (Members (15), National Board of Education Sciences)

労働省、行政管理担当次官補 (Assistant Secretary for Administration and Management, Department of Labor)

アメリカ大統領の連邦公務員任命権と上院の承認手続 (阿部)

六一九 (一五六一)

識字諮問委員会国立研究所、委員十名 (Members (10), National Institute for Literacy Advisory Board)

労働省、婦人局、局長 (Director of the Women's Bureau, Department of Labor)

全国芸術人文科学基金、国立博物館・図書館サーヴイス委員会、委員二十名 (Members (20), National Museum and

Library Services Board, National Foundation of the Arts and Humanities)

国土安全保障、国政問題 (Homeland Security and Governmental Affairs)

国土安全保障省、麻薬対策執行局、局長 (Director, Office of Counternarcotics Enforcement, Department of Homeland Security)

国土安全保障省、主任医務専門官 (Chief Medical Officer, Department of Homeland Security)

国土安全保障省、連邦緊急事態管理庁、補助金制度担当次長 (Assistant Administrator for Grant Programs, Federal

Emergency, Department of Homeland Security)

国土安全保障省、米消防管理局、局長 (Administrator, U.S. Fire Administration, Department of Homeland Security)

インディアン問題 (Indian Affairs)

ナヴァホウ族およびホウピ族インディアン移転問題事務局、監督官 (Commissioner, Office of Navajo and Hopi Indian

Relocation)

アメリカ・インディアンおよびアラスカ原住民文化芸術振興研究所、評議会、委員十三名 (Members (13), Board of

Trustees, Institute of American Indian and Alaska Native Culture and Arts Development)

司法 (Judiciary)

司法省、司法統計局、局長 (Director, Bureau of Justice Statistics, Department of Justice)

大統領府、国家薬物統制政策局、次長 (Deputy Director, Office of National Drug Control Policy, Executive Office of the President)

司法省、司法支援局、局長 (Director, Bureau of Justice Assistance, Department of Justice)

大統領府、国家薬物統制政策局、需要減少対策局、次長 (Deputy Director, Demand Reduction, Office of National Drug

Control Policy, Executive Office of the President)

司法省、国立司法研究所、所長 (Director, National Institute of Justice, Department of Justice)

大統領府、国家薬物統制政策局、供給減少対策部、次長 (Deputy Director, Supply Reduction, Office of National Drug

Control Policy, Executive Office of the President)

司法省、犯罪被害者局、局長 (Director, Office for Victims of Crime, Department of Justice)

大統領府、国家薬物統制政策局、州郡市町村の部族民問題対策本部、次長 (Deputy Director, State, Local, and Tribal

Affairs, Office of National Drug Control Policy, Executive Office of the President)

司法省、青少年審判および青少年犯罪防止局、局長 (Administrator, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention,

Department of Justice)

退役軍人問題 (Veterans' Affairs)

退役軍人省、行政管理担当次官補 (Assistant Secretary for Management, Department of Veterans Affairs)

退役軍人省、戦略、安全、軍備担当次官補 (Assistant Secretary for Operations, Security, and Preparedness, Department of

Veterans Affairs)

退役軍人省、人的資源管理担当次官補 (Assistant Secretary for Human Resources and Administration, Department of Veterans Affairs)

退役軍人省、公共および政府間総務担当次官補 (Assistant Secretary for Public and Intergovernmental Affairs, Department of Veterans Affairs)

結び

上述したように、アメリカ合衆国憲法は、連邦政府の公務員を補充する責務を大統領と上院に分担させている。すなわち、大統領が特定の候補者を指名し、上院の事前ないしは事後の助言と同意を得て任命することになっている。憲法起草者たちが任命権を二分して大統領と上院に与えた意図は、大統領の任命権に「権力の分散」と「抑制と均衡」の原理を導入して、立法権を行使する上院が大統領の行政権を牽制することが好ましいと考えたところに窺うことができる。換言すれば、行政権は広範な権限であるので、行政権を与えられた大統領は、必然的に独裁者になる可能性を秘めていると考えた憲法起草者たちは、上院に承認権を与えて連邦政府の公務員を任命する大統領権限を抑制することを期待していたことが憲法制定会議の議事記録として知られている『マディソン・ノート』(James Madison's Notes on the Debates)からも推察することができる。しかしながら、上院が果たしてきた承認役割の実績は、司法院の連邦最高裁判所判事の指名候補者の任命承認には厳しく、行政府の要職に就く指名候補者の任命承認には寛容なものであった。

アメリカ合衆国では、普通法 (common law) が幅を利かしている。普通法とは裁判官が言い渡した一連の判決の集大成とでも言うべき判例法のことである。換言すれば、普通法は、裁判官が作った法律である。また、アメリカ合衆国の裁判所には、裁判官が判決を下すに当たって先に下された判決に拘束される「先例拘束性の原理」(doctrine of precedent / stare decisis) が導入されている。そのために、一つの判決がその後には判決を下す裁判官に甚大な影響を及ぼすことになる。少数で審理して下される判決が、多数で審議して制定される法律と同等の拘束力をもつ法律になるために、上院が最終審裁判所である連邦最高裁判所の判事指名候補者の任命承認には慎重にならざるを得ない法慣習の背景がアメリカ合衆国にはある。これに対して、立法には関与することなく、法の執行業務に専念する行政の要員は、立法府に対してさほどの影響力を及ぼさない。したがって、上院は、裁判官の指名候補者の任命承認には厳しく、連邦議会議員でもなく、ただ単なる大統領の政策推進者である閣僚をはじめ行政の要職に就くことが予定されている指名候補者の任命承認には寛容になりがちである。この傾向に追い打ちをかけるように、二〇一二年、上院は「大統領任命の効率化および簡素化法」を制定して、連邦政府内の一六三の管理職に就くことが予定される指名候補者を上院の承認を得ないで大統領が独断で任命することができるようにした。このことは、上院が大統領の任命権に対する抑制権を自らの手で放棄したようなものである。今後、上院が憲法起草者の意向に沿って判断する原意主義 (originalism) の見地に立脚して、裁判官の指名候補者の任命承認のみに偏重して厳しくするのではなく、平等に行政の役職に就くことが予定されている指名候補者に対しても広範にして厳しい任命承認をするような方向転換をはかることが期待される。

〔備考〕 条文中の括弧「」中の語句は、条文中にはないが、筆者が読者の理解に役立てるために加筆したものである。

[註]

- (1) James Madison, *The Debates in the Federal Convention of 1787 Which Framed the Constitution of the United States of America*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1920, p. 55.
- (2) *Ibid.*, p. 528.
- (3) Joseph P. Harris, *The Advice and Consent of the Senate*, University of California Press, Berkeley, California, 1953, p. 29.
- (4) Barbara A. Bardes, Mack C. Shelley, and Steffen W. Schmidt, *American Government and Politics Today: The Essentials*, 2015-2016 Edition, Cengage Learning, Boston, Massachusetts, 2016, pp. 348-349. And also see www.senate.gov/artandhistory/Nominations.htm.
- (5) *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).
- (6) Maeve P. Carey, *Presidential Appointments, the Senate's Confirmation Process, and Change Made in the 112th Congress*, Congressional Research Service, October 9, 2012, p. 1.
- (7) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 2 L. Ed. 60 (1803).
- (8) David M. O'Brien, *Constitutional Law and Politics*, Vol. 1, *Struggles for Power and Governmental Accountability*, Ninth Edition, W. W. Norton & Company, New York, 2014, p. 391.
- (9) Todd S. Purdum, "Presidents, Picking Justices, Can Have Backfires", *Courts in Transition: Nominees and History*, New York Times, July 5, 2005, p. A4.

- (10) Elizabeth Rybicki, Senate Consideration of Presidential Nominations: Committee and Floor Procedure, Congressional Research Service, March 9, 2015, p. 1.
- (11) David M. O'Brien, Constitutional Law and Politics, Vol. 1, Struggles for Power and Governmental Accountability, Ninth Edition, W · W · Norton & Company, New York, 2014, p. 395. And also see [https://en.wikipedia.org/List of Nominations to the Supreme Court of the United States](https://en.wikipedia.org/List_of_Nominations_to_the_Supreme_Court_of_the_United_States).
- (12) www.senate.gov/artandhistory/Nominations.htm.
- (13) Maeve P. Carey, Presidential Appointments, the Senate's Confirmation Process, and Change Made in the 112th Congress, Congressional Research Service, October 9, 2012, pp. 3-4.
- (14) Elizabeth Rybicki, Senate Consideration of Presidential Nominations: Committee and Floor Procedure, Congressional Research Service, March 9, 2015, pp. 2-3.
- (15) *Ibid.*, pp. 4-5.
- (16) *Ibid.*, p. 5.
- (17) *Ibid.*, p. 4.
- (18) *Ibid.*, pp. 5-6.
- (19) *Ibid.*, pp. 8-9.
- (20) Betsy Palmer, Evolution of the Senate's Role in the Nomination and Confirmation Process: A Brief History, Research Service, May 13, 2009, p. 10.
- (21) Elizabeth Rybicki, Senate Consideration of Presidential Nominations: Committee and Floor Procedure, Congressional Research Service, March 9, 2015, pp. 9-10.
- (22) *Ibid.*, pp. 10-11.
- (23) *Ibid.*, p. 11.

- (24) Larry Berman and Bruce Allen Murphy, *Approaching Democracy*, Eighth Edition, Pearson, Upper Saddle River, New Jersey, 2013, p. 157. And also see https://en.wikipedia.org/wiki/recess_appointment.
- (25) *National Labor Relations Board v. Noel Canning*, 573 U.S. ____ (2014).
- (26) *Myers v. United States*, 272, U.S. 52 (1926). And see also Ralph A. Rossum and G. Alan Tarr, *American Constitutional Law: Volume 1, The Structure of Government*, Seventh Edition, Thomson / Wadsworth, Belmont, California, 2007, pp. 197-201.
- (27) *Rathban, Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).
- (28) *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).
- (29) *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*, 561 U.S. 477 (2010).
- (30) *Policy and Supporting Positions*, Chapter 13, Known as “Plum Book,” Washington D. C., Government Printing Office, 2012. And also see Maeve P. Carey, *Presidential Appointments, the Senate's Confirmation Process, and Change Made in the 112th Congress*, Congressional Research Service, October 9, 2012, p. 7.

タイにおける政治の司法化と脱民主化

玉田芳史

一 はじめに

本稿では、東南アジアのタイを具体的な事例としながら、政治の司法化 (judicialization of politics) について考察する。タイでは、立憲主義を後ろ盾として二〇〇六年に始まった司法化が、民主主義を崩壊へ導いてきた。司法化は民主化をどう妨げたのか。

政治の司法化は、代表的な定義によれば、「中核となる道徳的な難問、政策上の疑義、政治論争の解決を、裁判所や司法手段に頼ろうとする傾向の強まり」である (Hirschi 2008a: 94; 2008b)。ドレッセルはもつとかみ砕いて、政治の司法化とは、狭義には「判事による違憲審査が政策に寄与したり影響を与えたりする方法」であり、広義には「政治や社会において司法過程や裁判所の判決の存在感が増すこと」であると定義する (Dressel 2012: 4)。

司法化は、立憲主義に立脚しており、多数決民主主義との間に緊張関係を生み出している。司法化によって、「政治の領域、民主主義の範囲は、司法的権限に取り囲まれ、その有利になるようにされる」という面があるからである(タマナハ2011:156)。歴史的な経緯からいえば、司法化は多数決民主主義の暴走への反省から第二次世界大戦後に欧州で始まった。ファシズムが民主主義にとって大きな脅威となったがゆえに、自由を重視し、多数派支配に警戒の目を光らせる憲法の起草が行われ、憲法護持のための憲法裁判所が設置される事例が増えた。憲法裁判所は、旧植民地諸国が独立時に導入し、一九七〇年代に始まる民主化の第三の波とともに世界中へ広まった。東アジア地域では、民主化が八〇年代後半に始まって、「議会主権という伝統的な考え方から、専門裁判所による立憲的な抑制という考え方への変化」が生じて、新たに憲法裁判所が設置されるようになった(Ginsburg 2008: 82)。変化は先進民主主義国でも起きた。「かなり最近までウェストミンスター流の議会主権の最後の砦と見なされていたイギリス、ニュージーランド、イスラエルといった国々でも、それぞれの政治システムに憲法優位の原則を盛り込むことを狙って、憲法の包括的な改正に近年乗り出した」(Hirschl 2004: 1-2)。「二〇〇八年には、司法の介入を免れる政策決定領域の割合は二五年前よりも明らかに小さい。一九八〇年代初頭と比べると、従来は純粹に政治の争点であったものが、まずもって司法あるいは憲法の争点と考えられるようになっていいる」とハーシュルが述べる通りである(Hirschl 2008a:113)。違憲審査制とセットになった立憲主義のグローバル化を語りうる時代を迎えているのである(阪口2002)。

司法化は、法学者からも政治学者からも注目を浴びるようになってきている。我が国でも、アジアに関しては、アジア経済研究所の作本直行や今泉慎也らの法学者グループが研究を積み重ねてきた(作本編1998; 小林・今泉編2002; 作本・今泉編2003; 今泉2006; 今泉2008; 今泉編2012)。東南アジアについては、政治学者の川村(2012)が丁寧な比較研究を

図 司法と政治の関係

大	司法の独立	司法の <u>自制</u> 日本 マレーシア(1957~90年)	司法の <u>積極主義</u> 韓国 インドネシア フィリピン
小		司法の <u>沈黙</u> カンボジア	司法の <u>政治化</u> タイ(2006年以後)
		小	大

司法による政治関与

出所：Dressel 2012: 6の図1.1を一部改変

試みている。しかしながら、ドレッセルによると、司法化とは何か、司法化が生じる理由は何か、司法化の政治的効果は何かといった基本的な点について、世界の研究者の間でまだ一致があまりみられない (Dressel 2012: 3)。

ドレッセルによれば、先行研究の多くは、司法の権限強化の原因に関心を向けてきた。司法が何をしたのか、政治にどのような影響を与えたのかといった司法の実績についてはあまり注意を払ってこなかった。彼は、①司法の事実上の独立(制度上の独立、判事の介入の意欲と能力、政治エリートからの支援)、②純粹政治への判事の関与という二つの次元から、司法と政治の関係について四つの類型を描き出す。それは、司法の自制、積極主義、沈黙、政治化の四つである (Dressel 2012: 6) (図参照)。司法が政治に積極的に関与する国は、それが民主化に寄与している韓国、インドネシア、フィリピンと、民主化を阻害しているタイに二分されている。

司法化は立憲主義と民主主義の交点で生じる現象である。ヒルビンクによれば、従来は主として法学者が研究を担当し、アメリカ合衆国に焦点を合わせ、あらかじめ決めた結論に都合のよい証拠を並べるものが多かった。実証的な比較研究をもっと積み重ねる必要があり、その作業に適しているのは比較政治学である (Hilbink 2008: 228)。ハーシュルもまた、政治の司法化に関する「実証

研究は、社会科学全般、とりわけ政治学を抜きにしては、ありえない」(Hirschi 2014:15)と指摘する。政治学の観点からの実証研究が求められているといえよう。

日本では、二〇一五年に安保法制が重要な政治的争点となり、国会での多数派の地位を利用して憲法を軽視してよいのかという形で話題になった。立憲主義と民主主義が正面衝突しても、日本や欧米のような先進民主主義国では、民主主義が崩壊する可能性は乏しい。しかし、民主化途上にある国では、民主主義は立憲主義に負けず劣らず脆弱である。まず司法化と民主化について考察した後、司法化によって民主主義体制からの離脱つまり脱民主化が生じたタテの事例を具体的に見てみよう。

二 政治の司法化と民主化

(一) 立憲主義と民主主義

立憲主義と違憲審査をほとんど無条件に是認する人びとの中には、本当の民主主義は立憲民主主義であって議会主権の原則に基づくと多数派支配と同義ではなく、憲法によって少数派を多数派の暴政から守らなければならないと考えるものが存在する (Hirschi 2004: 1-2)。

民主主義国では、執政権や立法権の担い手には、選挙で選ばれたという正当性がある。そうした国民代表に対して司法審査つまり違憲審査を行うのが司法府である。具体的には、憲法裁判所(もしくは違憲審査権を持った司法裁判所)が、法律や政策の合憲性を審査する。原理でいえば、民主主義(多数決主義)と立憲主義が衝突する。立憲主義者は、

選挙で多数派の支持を得たならば、何をしてもよいのかと警鐘を鳴らす。反多数決主義である。他方、民主主義者は、国民に選ばれたわけではない裁判官が民意を否定してもよいのかと批判する。

このため、政治の司法化には賛否両論が渦巻くことになる。研究者は当初はこの立憲主義（違憲審査の拡大）を歓迎していた。国民の権利保護や民主主義の深化に寄与すると捉えたからである。しかし、近年は懐疑的な見方が増えてきた。ひいき目には現実を十分には踏まえない素朴な理想主義、悪くいえば腹黒いエリート主義の過剰な自由主義という批判である。そうした批判者にとっては、立憲主義の拡大は、基本的な政策の決定が、国民を代表せず、国民に説明責任を負わず、国民と接点のないエリート、つまり特権的少数者に奉仕する関心や能力しかない判事によって担われると映じることになる (Hilbink 2008: 227)。

平等志向の多数決主義者ばかりではなく、保守主義者の中にも司法化を辛辣に批判するものがある。「西洋諸国は『アメリカ病』に罹ることを恐れていた。正しくは国民と民選代表に帰属する権威を判事が奪い取る病気である。それらの諸国は、いささか手遅れながら、この帝国主義がアメリカ病ではないことに気付きつつある。それは司法の病であり、国境を知らない。この病弊は、判事が執政府や立法府の決定を覆す権力すなわち違憲審査権を付与されたり入手したりしたところではどこでも発生する。∴これは古くからの先進民主主義国において顕著である。西洋諸国民の自己統治能力は稀釈され、どのような倫理環境で暮らすのかを選ぶ能力は着実に低下している。∴裁判所は、民選代議士が作った法律に表明される民意に体系的に背くにもかかわらず、統治の民主的な諸制度よりもはるかに尊敬を集めてきたし、今でもそうである」 (Bork 2003: 1)。

立憲主義と民主主義の対立に関連して、法の支配について留意すべきではないかと思われる点がある。司法化とは、

国家の三権分立において、司法を重視する考え方である。その際に、多くの人びとが暗黙のうちに前提としがちなのが、司法の無謬性である。ハーシュルが「実証研究によれば、大方の立憲民主主義国では、裁判所は、政治的な判断を下している場合であっても、ほかのあらゆる政治制度よりも大きな正当性や支持を得ており、」しかも、「立憲主義化や違憲審査の導入によって、体制は国際的な評判や信頼度を高めることができることが、先行研究では定説となっている」と指摘するように (Hirschi 2008a: 106, 108)、裁判所は政治から独立していれば、無垢で誠実だというように、いわば性善説の立場から捉えられがちである。単純化していえば、一方で政治には悪と善があり、他方で司法には善しかなく、政治との関係で強弱の差違が生まれる。つまり、司法は政治からの独立性を確保できれば、本来の善性を発揮しようというわけである。司法に独立性が必要なことは言を俟たない。しかしながら、司法が必然的に善と判断してよいのであろうか。

「法の支配とは、政治権力が法に基づき法に従って行使されることを要求する原理」である。そのために、「第一は、正しい法の制定」、「第二は、その法の忠実な執行」が必要である (高橋2006:141)。これらの立法と行政の合法性を担保するのが司法である。その司法の合法性はどのように担保されるのか。「法の支配」の曖昧さについて、愛敬が先行研究を丁寧で紹介しているので引用しておこう。「法の支配」は、「善」と同様に、誰もがそれに賛成するにもかかわらず、それが正確には何なのかについて、合意の存在しない概念である。「法の支配という用語は長年の利用によつてそれ自体に一定の力があるから、それを利用する実体的な主張は分不相応の説得力を与え「る」。「法の支配は明らかに理念であり、それが理念である以上、法の支配の妥当な概念には不可避的に最小限の道徳的要素が含まれる」(愛敬2012:51, 52, 53)。また、法の支配と近接したフランス語の概念「法の国家」ないし「法治国」について、ト

ロペールによれば、「今日では、法治国という表現はあらゆるところであらゆる論者によって用いられ：それらの言説すべてが：法治国に好意的な立場をとっている。」「このような全員一致の状況は当然のことながら怪しむに足るものであり：きつとそこには何らかの曖昧さや混乱が潜んでいると考えないわけにはいかない。」「法治国と民主政の關係について言えば、法治国は民主政を補うものであるのか、それとも民主政に代わりうるものなのか、あるいはまた民主政に対するブレーキの役割を果たすものなのか、といった問いに対する答えは、すべて、法治国という表現にかなる意味を与えるのかによって変わる」（トロペール 2013: 87, 88, 93）。「法治国が望ましいものとして示されるのは、それが自由と民主政を保証するものと考えられているからである。」「法治国のないところには民主政はない」けれども、「あらゆる法治国が必ずしも民主政ではない」（トロペール 2013: 100, 101）。

法の支配にしても司法化にしても、無批判に是認することはできないであろう。法の支配を実現する鍵を握る司法府が権力を過剰に行使するならば、国民代表が担い手となる立法府や執政府は権力を不当に制限される可能性があるからである。

立憲主義と民主主義に関連して、もう一つ大切なことがある。世界のたいていの国には憲法があり、立憲主義がある程度実現されている。先進民主主義国では、すでに民主主義が根づいており、立憲主義と正面衝突しても、民主主義は崩壊しない。ところが多くの国では、民主主義は実現していない。途上国政治研究で、民主化が主たるトピックになるのは、民主化していない国が多いからである。経済好調な東アジアに限って見れば、二〇一六年時点では、中華人民共和国、北朝鮮、ヴェトナム、ラオス、タイ、ブルネイといった国では国政選挙が実施されておらず民選議員が存在しない。加えて、競争的権威主義体制の例に漏れず、選挙が実施されていても、それが自由でも公平でもない

国が少なくない。シンガポール、マレーシア、カンボジアがそうである。つまり、民主主義とは無縁な国、民主化途上の国が少なくないのである。民主主義なき司法化は権威主義体制の強化にほかならない。そうした国でまず必要なのは民主化であろう。

(二) 三つの実証研究

本節では、司法化と民主化の関係に関する三つの代表的な先行研究を紹介したい。二つは、司法化が民主化に付随する理由を、旧エリートの権益保護に求めるものである。ひとつはギンズバーグの「保険モデル」、もうひとつはハーシュルの「覇権維持モデル」である。三つめは、多民族社会で民主化後最初の選挙だけではなく二度目以後も自由で公平な選挙を可能にする鍵は立憲主義だと主張するアイサチャロフの「脆い民主主義」論である。

第一に、ギンズバーグによれば、憲法起草当時の権力者が、選挙に負けて権力を失う可能性を認識していれば、政治的保険として違憲審査を強化しようとする。「違憲審査は、立法院における敗者が紛争を裁判所に持ち込むように促す。それによって、敗者が憲法秩序体制に忠実であり続ける可能性を高める。」「違憲審査は民主主義にとっての基本的な価値を表現することができ、権威主義体制の過去との断絶を記す。新しい指導者を、過去の指導者にはなかったような方法で拘束することによって、違憲審査は正義と法に関する新しい考え方を表現し構成する」(Ginsburg 2003)。ギンズバーグは二〇〇三年の著書では、違憲審査と民主主義の共存共栄という楽観的な考え方を表明していた。しかし、彼は権威主義体制における裁判所を考察した二〇〇八年の共著では、政治の司法化は民主主義体制でも権威主義体制でも生じると述べる。権威主義体制では、支配を温存するために司法化が進められる¹⁾(Ginsburg and

Moustafa 2008)。

第二に、ハーシュルによると、「裁判所が政治制度であることをより強く認識することによって、近年の政治学者は、違憲審査は政治的に構築されることが多く、民選政治家には憲法裁判所を強化する政策的理由があると主張するようになってきている。」「具体的な政治権力闘争、エリートとその他の有力者の利害、そして世界観や政策選好の衝突が、純粹政治の司法化の主たる触媒と考えられている。政治が司法に対して示す打算的な尊重、そして政治的に抜け目のない司法の行動が、ここでの爆発の化学式である」(Hirschl 2008a: 97)。「政治権力を失うことを懸念する有力な社会政治集団は、覇権維持の機略として、純粹政治の司法化を支持し、より一般的には違憲審査を確立し、憲法裁判所の権限を強化しようとするかも知れない」(Hirschl 2008a: 106-107; 2010:246も参照)。

第三に、アイサチャロフは、冷戦終焉から二五年がたっても、民主化が順調に進んでいないことを憂え、打開策として憲法裁判所の活用を強く主張する。民主主義は選挙に基づく多数派支配である。しかし、選挙だけでは十分ではない。「選挙は誰が多数派であり誰が少数派なのかを数え上げるにすぎない。選挙そのものは、被治者に対する勝者の礼節や説明責任を保証するわけではない。」「選挙は…多数派の暴政にすぎないものに、正当性があるかのような偽りの雰囲気醸し出すことが多い」(Issacharoff 2015: 5)。民主化の第二の波を経験している諸国は、言語・民族・宗教などが多様な多民族社会が多い。そうした分断社会で選挙政治が始まると、社会の分断を利用した票の動員合戦が始まり、社会の分断が一段と鮮明になる。

「民主主義がうまくゆくには、勝てる能力も負ける能力も必要である」(Issacharoff 2015: 3) かしながら、初回の選挙で勝利した勢力は政権に居座るために手を尽くし、二回目以後は自由でも公平でもない選挙しか実施しないことが多い。この意味で「二回目の選挙は民主主義の成熟のリトマス試験紙」である (Issacharoff 2015: 129)。

文化的に多様な社会における数字偏重の民主主義の問題を緩和するのが、多極共存主義と立憲主義である。「民主主義が意思決定を多数派に委ねるのに対して、立憲主義は政治の一定の重要な部分を民衆の直接支配（多数派支配）から除外する。」「民主政治と立憲的抑制は緊張関係にあるため、抑制を課しうる媒介機関が必要になる。」憲法を遵守させるために、憲法裁判所を設置するか、最高裁に違憲審査を行う十分な権力を付与するか、いずれかの措置を講じている (Issacharoff 2015: 8-9)。なかで「厄介なのは、民主的な権威がもつとも乏しい司法府が、フォーマルな合法性という枠組みの中で諸問題をめぐって、選挙の洗礼を受けた政府に対峙するという点にある」 (Issacharoff 2015: 275-277)。とはいえ、「立憲主義は民主主義にとって安全装置である。しかし、民主主義そのものの代用品ではない」 (Issacharoff 2015: 280) ということを忘れてはならない。

二三 多数決民主主義に挑むタイの司法

(一) 一九九七年憲法

タイの政治は二一世紀初頭には東南アジアでもっとも民主的と見なされていた。まず民主化の大きな見取り図を示しておこう。タイは一九世紀に列強の植民地になることを免れ、君主が中央集権化を進めた。一九三二年に革命が勃発し、憲法が施行され国会が開設されて立憲君主制の時代が始まった。その後は、クーデタと憲法改廃が繰り返されて、軍事政権の時代が長く続いた。民選議員の首相就任が慣行上も法制上も定着するのは一九九二年以後である。軍人や官僚に代わって台頭する下院議員の権力を抑制することを一つの目的として、一九九七年に新憲法が起草された。

これは三二年から数えて一六番目であり、国民代表が初めて起草に参加した憲法であった。九七年憲法は次の二点においてその後のタイ政治に甚大な影響を与えた。第一に、安定した内閣の登場を願って、選挙制度を不安定な連立政権の主因となっていた中選挙区制から二大政党制を生み出しやすい小選挙区と比例代表制へと改革した。同憲法下で最初の総選挙が二〇〇一年に実施されると、政治が一変した。タックシンが率いるタイラックタイ党（以下ではTRT）がタイでは前例のないマニフェスト選挙を展開し、富裕層にも貧困層にも具体的に魅力的な公約を提示した。同党はほぼ過半数の議席を獲得し、安定した政権が登場した。同党は公約の多くを実現することで、四年後には下院議席の四分の三を獲得する圧勝をおさめた。有権者の側も、候補者本位から政党本位の投票へと変化し、選挙政治への拘りを強めた。

同憲法は、第二に、そうした多数決民主主義への抑制装置として司法制度を改革した。①最高裁を頂点とする司法裁判所を法務省から切り離れた。それまでは判事が法務省事務官職に就任することが可能であった。たとえば一九九二年から九六年にかけて最高裁長官を務めた判事は事務次官経験者であった。分離は、政党政治家の法務大臣を司法裁判所から遮断することを意味した。②裁判所を一元制から多元制へと変更した。司法裁判所とは別個に、憲法裁判所と行政裁判所を設置した。前者は一審制、後者は二審制である。③政治家が被告となった刑事事件を専門に扱う最高裁判事犯罪部を設置した。ここでは、通常の三審制とは異なり、一審制が採用された。④政治家の不正を監視・摘発することに主眼を置いて、汚職防止取締委員会、選挙管理委員会、オンブズマン、会計監査委員会が設置された。監視能力を高めるべく、予算や人事の独立性が確保されているため、独立機関と総称されている。それらは、裁判所と連携して調査や訴追を行い、メンバーには判事出身者が多いという意味で、広義の司法機関と見なさう。

これらの司法機関は、二〇〇六年に突然眠りから覚めて、〇六年、〇八年、一四年の三度にわたって、民選政権の打倒に決定的な役割を果たすようになった。司法は政権をどう倒したのか(玉田2013; 2015b)。三幕にわけて概観してみよう。

(二) 第一幕

二〇〇五年総選挙後にはタックシン首相の汚職や不敬を批判する声があがるようになり、同年末には黄シャツを着用し国王に首相更迭を請願するデモ隊(PAD)が登場した。反政府集会の勢いが増すと、首相は〇六年二月に国会を解散し、四月二日に総選挙を予定した。野党のボイコットで選挙が混乱した。①無所属議員禁止、②政党の公認を得るには国会解散以前から党員であること、③立候補者一名の選挙区で当選するには有権者総数の二割以上の得票が必要、④一選挙区で同一政党による複数候補者擁立禁止、⑤一カ月以内に当選者確定、といった法律上の縛りがあった。与党候補は野党支持が厚い選挙区では当選ラインの得票を得ることが難しく、初回の投票では四〇選挙区で当選者が確定しなかった。四月二三日に二回目の投票が実施され、それでも確定しなかった一四議席をめぐる三回目の投票が四月二九日に予定された。その矢先の四月二五日に、就任宣誓のために拝謁した最高裁と憲法裁の判事への訓示で、国王は進退をかけて事態を打開するよう厳命した。この訓示は放送メディアや活字メディアを通じて国民への周知が図られた^②。

四月二八日には、行制裁が翌日の投票を差し止めた。続いて、五月八日に憲法裁が総選挙違憲無効判決を下した。訴状の論点は、①解散から選挙までの日数が少なすぎる、②選管は投票の秘密を守らなかった、③選管は与党が泡沫政党を雇って候補者を擁立させるのを放任した、④選管は全会一致で決定を下していない、の四点であった。裁判所

は③と④については判断せず、最初の二点を根拠として違憲と判断した。①については、立候補者一名の選挙区が多い、与党が圧勝、泡沫政党が議席獲得、比例区に欠員といった異常さを羅列して、選挙が公平でも民主的でもなかったと指摘した。ところが、重要なことに、訴因となった日数との因果関係への言及はなかった。^③②については、投票用紙記入台の向きを一八〇度回転して投票所立会人に背を向ける方式に変更した結果、覗き見可能となり投票の秘密を守れなくなったので違憲と判断した。日本など多くの国と同じ方式であり、タイでも〇五年の統一地方選から導入されていた。実質的にはこれが違憲判断の唯一の根拠であった。

選挙の完遂にこだわり、辞職勧告の受入を拒んでいた選管に、首都地裁は七月二四日に懲役四年の実刑判決を下し、異例なことに保釈を認めず収監することで、失職に追い込んだ。直前の一六日に最高裁と行政裁の長官が会談し、選管更迭を確認済みであった。九月に判事四名を含む後任の選管五名が任命されたものの、選挙ではタックシン派の勝利が確実なため、九月一九日に軍隊がクーデタを執行し、政権を崩壊へ追い込んだ。

(三) 第二幕

軍事政権下の二〇〇七年五月に、憲法裁^④は〇六年四月に選挙違反によって不当に国家権力奪取を企てたという理由でTRTを解党した。同時に、不利益処分には遡及効がないという一般原則ならびにタイの判例を無視して、クーデタ後の命令に基づいて同党役員一一一名に五年間の政治職追放処分を下した。しかも、タックシンの資産を凍結し、タックシン復活阻止に主眼をおく二〇〇七年憲法で選挙制度を中選挙区制に戻した。それにもかかわらず、〇七年一二月総選挙では、TRTの後継政党(PPP)が勝利し、新たに党首に迎えられたサマックが首相に就任した。

サマック政権の外務大臣は二〇〇八年六月一九日に、カンボジアがタイ国境に位置する寺院の世界遺産登録を申請

することを認める共同宣言に署名した。政府は批准が必要な条約と見なさず国会で承認を求めなかった。しかし、PADは領土喪失につながると主張し、行政裁判所に訴えた。行政裁判所は六月二七日に差し止めを命令した。著名な公法学者は、^⑤ 批准が必要としながらも、行政裁判には管轄権がないと指摘し、上級審に棄却を求めた。上級審が棄却判決を用意すると、行政裁判官が担当判事を交代させ、一審を支持する判決を出させた (Puangthong, 2013: 68; Lokwanni, 2013: 112-113)。他方、憲法裁判は国会議長から判断を求められると、七月八日に、「国境を変更することになるかもしれない」(傍線は引用者) から批准が必要であったという理由で違憲と判断した。風が吹けば桶屋が儲かるというよう^⑥ なこじつけに反発するものが少なくなかった。

PADデモ隊が八月二六日から首相府を占拠する中、憲法裁判は九月九日に首相失職判決を下した。首相が料理番組に出演して報酬を受け取ったのは「従業員」であることを意味しており、憲法が禁止する利益相反規定に抵触するということであった。民法、税法、労働法などに共通する「従業員」の解釈と異なるという批判に対しては、憲法は最高法規であり、ほかの法律と同じ解釈をする必要がないと主張した。PADが一月二五日から首都の国際空港を占拠する中、一月二二日に憲法裁判は与党PPPの解党を命じた。二〇〇七年憲法で新たに解党事由に加えられた党幹部の選挙違反が理由であった。解党で首相が議員資格を失って政権は崩壊した。解党で移籍が自由になった議員の説得に陸軍幹部が乗り出し、PPP議員二三名が野党民主党支持に転じたため、政権交代が実現した。

(四) 第三幕

民主党政権は二〇一一年の任期満了が近くなると憲法を改正して選挙制度を見直した。民主党に有利になるよう、比例区の定員を増やすものであった。しかし、同年七月の総選挙では、タクシン派の後継政党プアタイ党が大差で

勝利し、タックシンの妹インラックが首相に就任した。

1 憲法改正違憲判決

インラック政権は二〇〇七年憲法の全面改正に乗り出した。一二年には憲法改正の手続きを定める憲法二九一条改正案の可決を目指した。国会審議が終わり、採決を待つだけになった六月一日に、憲法裁は憲法六八条に抵触する(体制転覆の)疑いがあるという理由で採決を差し止め、続いて七月一三日に、六八条に違反しない、全面改正には国民投票が必要、個別条文の改正なら可能という判決を下した。^⑦ この判決を受けて、国会は翌年になって個別の改正に乗り出し、上院改革と条約批准条件見直しの二点の改正案を可決した。

憲法裁は二〇一三年一月二〇日に、〇七年憲法で民選・非民選がほぼ同数となっていた上院議員全員を九七年憲法と同様な民選に戻す改正案については、起草手続き^⑧と改正内容の双方において憲法に抵触しているという判決を下した。内容については、上院議員をすべて民選にすると、下院議員の親族が増えて下院への抑制均衡機能を果たせなくなり、六八条が禁止する憲法に違反した方法による権力獲得の機会を準備することになり、違憲だといっているのである。次に、条約の国会批准に関連する改正案は一三年一月四日に可決された。憲法裁は一四年一月八日に、①審議を尽くしていない、②立法府を弱体化し抑制均衡を崩すという二つの理由により、憲法六八条に抵触するとして違憲判決を下した。判決はさらに、国民主権や法治主義に反しており、憲法一二二条の議員が国民代表として行動するという原則にも反しているとも指摘した。

これらの違憲判決には批判が相次いだ。第一に、違憲判断の根拠とされる六八条は憲法の「第三章国民の権利と自由」に置かれていて、個人が権利や自由を統治体制の打倒や違憲な方法による権力獲得に用いることを禁止する規定

であり、国会の職務権限には適用できない (Somlark 2013; Ekkechai 2013)。第二に、憲法は国会に憲法改正権限を認め、(二九一条および一三六条)、改正を禁じるのは国家の体制と形態の変更の二点のみであって、上院や条約批准の見直しは該当しない。第三に、六八条違反は検察を通じて起訴すると憲法に規定されているにもかかわらず、いずれも検察を通していないので憲法裁は受理できないはずである。この点について、裁判所は憲法改正が少数意見を無視した多数派の横暴であって、多数決では覆せない法の支配の原則に違反しているので、憲法裁判所は受理しうると述べた。

2 総選挙無効判決

インラック政権は反政府デモの盛り上がり直面して、二〇一三年一月九日に国会を解散し、二月二日に総選挙を実施することにした。ところが、反政府デモ隊は選挙先送りを要求し、立候補届出や投票を妨害した。南部の二八選挙区では、届出を受理できなかったため、候補者が不在となった。内外の有権者二千万人以上が投票し、投票率は四八%であった (玉田 2016)。憲法裁は、オンブズマンからの訴えを受理し、三月二日に総選挙無効判決を下した。第一に、二八選挙区で日を改めて選挙を実施するのは、選挙を同一日に実施すべきという憲法の規定に違反している、それゆえ第二に、選挙実施政令のうち選挙の日程を二月二日と定めた部分だけが憲法違反であると判断した。選挙は無効ながら、国会解散は有効というわけである。

これに対して与党議員や学者が批判を浴びせた。①オンブズマンには総選挙無効確認を求める権限がなく、憲法裁は訴えを退けるべきである。②憲法は総選挙を全国で同日に実施すべきとは規定していない。政令で二月二日に実施と決めたことも憲法が定める条件にならなっており合憲である。事後の妨害行為から憲法違反とするのは本末転倒であ

る。③二八選挙区で再選挙をすれば済むことであり、残る三四七の選挙区ならびに世界中の在外公館で実施された投票を無効とする必要はない。妨害者の肩を持ち、投票した者の権利を侵害する不当判決である。④この判決を受け入れるならば、今後も、どこか一つ選挙区で立候補や投票を妨害すれば、総選挙は無効ということになってしまう。

3 首相失職判決

国家安全保障会議（NSC）事務局長タウインは、インラック政権発足直後の二〇一一年九月初旬に首相府顧問への異動を命じられた。タウインが一二年四月に取り消しを求めて訴訟を起こすと、行政裁は一四年三月七日に、異動理由の説明がなかったので違法という判決を下した。それを受けて即刻、任命上院議員が異動を決めた内閣の更迭を求めて憲法裁に訴えた。憲法裁は四月二日に訴えを受理し、五月七日に判決を下した。それは、タウインの異動はその転出で空いたNSCのポストに一一年一〇月に警察長官を転任させ、それによって空いた警察長官に首相の義兄を任命するための工作であったと断じて、違憲の利益相反行為と認定し、一一年九月当時の閣僚のうち判決時の第五次内閣にとどまっている一〇名を失職させるものであった。

この判決も批判を招いた。①一二月の国会解散で選挙管理内閣になっている閣僚はすでに失職しているので重ねて失職させることはできない。②仮に失職対象になるとしても、該当するのは二〇一一年九月当時の閣僚ポストであり、閣僚自身ではない。第一次内閣と第五次内閣で同じポストにとどまっているものは二名しかいない。判決通りならば、違法な人事異動の決定に加わった段階で、当該人物はその後の入閣資格を失っていたことになる。しかし、憲法二六六条によると、憲法裁は失職させることができても、閣僚就任権を剥奪することはできない。憲法に違反した判決である（Prachathai 2014）。③裁判所は、首相の親族だから利益相反と自動的に即断し、当該人物に就任の適格性が

あるかどうかの判断をいっさいしなかった。義兄は副長官中の序列が二〇〇九年には第一位になっていたので、必ずしも不当な縁故人事とはいえない。⁽⁹⁾

四 おわりに

タイでは、司法化は二〇〇六年四月に始まり、一〇年後にも進行中である(玉田2015a)。立憲民主主義や司法積極主義を強く支持する研究者アイサチャロフは、憲法裁判所が立憲民主主義の確立や維持のために重要な役割を果たしてきた南アフリカ、インド、コロンビアなどの事例を紹介した後、二〇一三年のタイにおける憲法改正に言及する。彼は、国会による憲法改正に、憲法裁判所が違憲判断を下すこと自体には反対しない。しかし、任命の上院を民選に変更する憲法改正については、「立法院を任命制にとどめておくことを支持する民主主義運動は、アメリカの Tea party 以外には、想像しがたい。」「憲法秩序への根本的攻撃といえる明白な特徴がなく、手続き上も問題がない憲法改正を阻止しようとするような憲法上の原則が存在するのだろうか?」(Issacharoff 2015: 266)。彼によると、裁判所は対立の一方当事者と明らかに同盟し、非司法目的に司法判断を用いた。司法が二〇一四年軍事クーデタの先導役になったことは否定しがたい (Issacharoff 2015: 267, 275)。

タイにおける司法化は、選挙で勝利して政権を握る多数派の暴政を批判しつつ、実際には少数派の暴政を実現しようとする勢力に荷担してきた。第一に、司法化はタクシン派政権の打倒に利用されてきた。同派は二〇〇一年以後の国政選挙で全勝しているが、〇六年から〇七年、〇八年から一一年、そして一四年以後は野におかれた。裁判所が、

デモ隊や軍隊と連携して政権を打倒したからである。

第二に、司法化の根拠となる憲法は、ご都合主義で書き換えられてきた。二〇〇七年にも一六年にも、主眼は政党政治家の権力を抑制・統制することであり、国民代表を蚊帳の外に置いて、新憲法の起草が行われた。一目瞭然なのは上院である。九七年憲法では全員が民選であったものが、〇七年には民選・非民選がほぼ同数となり、一六年には全員が非民選へと変更された。一六年憲法は軍隊の政治力温存を狙っており、不安定な連立政権の登場を促す選挙制度、首相の民選議員限定の解除といった措置に加えて、施行当初の五年間のみ適用される経過規定において上院議員の任命権を軍隊に付与し、定数を二〇〇名から二五〇名へ増やしている。

二〇〇七年にも一六年にも憲法草案をめぐる国民投票が実施された。民意を憲法に反映させるためではなく、草案の起草過程と内容の非民主性を覆い隠す民主的な正当性の衣をまとうためにすぎなかった。一六年には、それゆえ恥じらいなく、「当初の五年間は上院議員に首班指名選挙での投票権を認めてもよいか」という主旨の追加質問を、憲法草案とともに国民投票に付すことにした。下院議員は五〇〇名なので、軍隊任命の上院議員が両院議員の三分の一を占めて、最大党派となり、首相選出を強く左右する可能性が高い。憲法草案本文に書き込むのではなく、別添の文書として用意し、国民投票に同時にかけるというのは姑息な手法というほかない（玉田2016a; 2016c）。

第三に、司法化を中心となって担う憲法裁判所は、憲法条文や判例を無視した判決をたびたび下してきた。〇七年憲法に関していえば、民主党政権による改正には合憲判断を下しつつ、タックシン派による改正は解党処分直結する体制転覆の疑いありとして一度も容認しなかった。しかも、憲法を破棄する軍事クーデタという立憲主義への挑戦に違憲判断が下されたことはない。また、憲法に基づいて設置され、憲法を守る任務を果たす憲法裁判は、〇六年クー

データ時には憲法破棄に伴って廃止されたものの、一四年クーデタ後には廃止されず存続した。根拠法がなくなっても、多数決民主主義との戦いに有用と期待されたからであろう。その憲法裁は、一六年の憲法草案国民投票では賛否のキャンペーンを厳しく規制する法律に合憲判断を下した。

二〇〇六年以後のタイでは、憲法裁にとどまらず、最高裁や行政裁も、そして準司法機関（選挙管理委員会、汚職防止取締委員会、オンブズマン、会計監査委員会）も、中立の審判者であるべきところ、対立の一方の当事者にしばしば荷担してきた (Nithi 2012; Mériau 2016; 外山2014; McCargo 2014)。司法が果たしてきた役割は、司法権の強化による少数派の権利の保護（政治の司法化）ではなく、司法の政治利用によって少数派に奉仕すること（司法の政治化）といえよう。それは、立憲主義の防衛でも民主主義の防衛でもなく、多数決民主主義から少数派エリートを防衛することでしかない。それは法の支配ではなく、法による支配である。司法機関の決定や判断の多くは、政治的な価値判断の表明に過ぎない。アメリカで教鞭を執るタイ人歴史学者トンチャイは二〇〇八年七月に「INQUISITION」と題するエッセイを発表した。共同宣言違憲判決の数日後に、タイ語でタイ人読者向けに書いたものである。中世ヨーロッパでは、被告を異端者と想定した上で、捜査、訴追、裁判を行い、厳罰にいたる異端審問が行われていたと概説する内容である (Thongchai 2008)。今日のタイで、有罪と推定し、理由をこじつけるといふのはそうした魔女狩りと似ている。

最後に、タイで司法化が始まったのは、民主主義の急速な定着への反発がきっかけであった。首相が総選挙の結果で決まるようになった分岐点は一九九二年であった。それまで政治で大きな役割を果たしていた軍隊や官庁が後景に退き、下院の多数を占める地方選出議員が前景に登場してきた。この状況に対応するために政治改革が目指され、一九九七年憲法が起草された。選挙制度改革を通じて安定した二大政党制を目指したほか、都市中間層の声を国政に

反映させやすくするために、国会議員の立候補資格に大卒以上の学歴を求めたり、選挙区議員の入閣を禁止したりした(玉田2003: 4章)。しかし、予想に反して、マニフェスト選挙が始まり、有権者直結で高い人気を誇る政治指導者が登場した。有権者は馴染みの候補者からの金品や便益の提供ではなく、政党の公約に応じて政権選択のための投票をするようになった。有権者が選挙の価値を実感し、選挙への拘りを強めたため、民主政治の定着が進んだ。選挙で勝てず、権益を脅かされるようになった旧来の政治エリート(軍隊、官庁、マス・メディア、都市中間層など)は、一九九七年憲法で用意しておいた司法化のための制度を、〇六年に作動させ始めた。これは、「法曹支配」への移行に警鐘を鳴らすハーシユルが、「代議政治における決定を下す諸制度が、確立された社会サークル(典型的には富豪、政治貴族、専門職業人、都市インテリゲンチヤ)の掌中に安全にとどまっている限り、政治家や憲法理論家は議会主権をもつとも神聖なる民主的価値であると賞賛した。」「ところが、確立された利害の政治的代表者たちが、(国によって時期は異なるのであるが)それらの諸制度への統制力を失い始めると、彼らは『多数派の暴政』を心配し始めた。その結果、違憲審査制を絶賛して採用し、重要な政策決定機能を裁判所に移した。」(Hirschi 2004: 217)と述べたことと見事なまでに合致している。ただし、タイでこのまま司法積極主義が進み、法曹支配へと向かっていくとは限らない。司法にとって都合のよい法改正が続けられているにもかかわらず、法令や判例を軽視した判決を下して、自らの権威や信頼を損ねているからである。

(1) 彼は二〇二二年の書評論文では、司法の権限強化や司法の独立が伝統的には重視されてきたものの、そうした権限や独立性は地域、時代、争点などに応じて大きく異なることがあるので、よりきめ細かい実証研究が必要であると指摘する

(Ginsburg 2012)。

- (2) 訓示の全文(和訳)は(玉田2010)を参照されたい。
- (3) 国王が訓示で、日数が少なく過ぎたのではないかと述べたのに対して、国会解散から六〇日以内に選挙実施という憲法の規定に反していなかったからであろう。
- (4) 厳密に言えばこの憲法裁判は、二〇〇六年クーデタで九七年憲法が破棄されたことに伴い廃止された憲法裁判の代わりに設置され、最高裁(六名)と行制裁(三名)の判事で構成された憲法判事委員会を指している。
- (5) 一九九七年憲法起草の中心人物の一人であり、二〇一四年クーデタ後にも憲法起草委員長になったボーウォーンサクである。
- (6) この事件を担当し、二〇一一年から一三年まで長官を務めた憲法裁判事は、批判に次のように反論している。「今現在国境を変更するならば国会の同意を得る必要がある。しかし、「将来領土を他国に譲り渡す」と取り決めに書かれていれば、将来のことゆえに見直される「かもしれない」し見直されない「かもしれない」から、国会の批准は不要であると解釈してよいのか。政府が、国会への通知や国会での同意を抜きにして、領土を将来他国に譲り渡すという売国的な取り決めをしてもよいのか」(Wasan n.d.: 54)。件の共同宣言には国境線の見直しやその可能性に関する言及はまったくなかったため、これは稚拙な言いがかりといえよう。
- (7) 審理手続き面では、この裁判は改正案可決前の違憲審査なので、立法権の侵害である。
- (8) 手続きについては、①二〇一三年三月二〇日に提出された改正案の原案と国会の第一読会に提出された改正案の内容が一致しない。②国会での審議が始まってから一四日目の四月一八日になって審議日数を一五日間と決めた結果、残り一日となり時間不足で発言できないものが多数出た。これは議事運営規則に違反している。③代理投票をした下院議員が一名いた。
- (9) 義兄はタックシン政権時代に警察副長官に任命された。二〇〇六年クーデタ直後に警察を追われて首相顧問へ左遷された。〇八年六月に副長官に復帰したものの、同年一二月発足の民主党政権は彼を嫌って年功序列軽視の長官人事を行った。

引用文献

(日本語)

- 愛敬浩二・2012.『立憲主義の復権と憲法理論』日本評論社。
- 今泉慎也・2008.「裁判制度改革…タイ政治の司法化とその限界」玉田芳史・船津鶴代編『タイ政治・行政の変革1991—2006年』アジア経済研究所、六七—一六頁。
- 今泉慎也編・2012.『アジアの司法化と裁判官の役割』アジア経済研究所(調査研究報告書)。
- 川村晃一・2012.「司法制度」中村正志編『東南アジアの比較政治学』アジア経済研究所、七七—一〇二頁。
- 小林昌之・今泉慎也編・2002.『アジア諸国の司法改革』アジア経済研究所。
- 阪口正二郎・2002.『立憲主義と民主主義』日本評論社。
- 作本直行編・1998.『アジア諸国の民主化と法』アジア経済研究所。
- 作本直行・今泉慎也編・2003.『アジアの民主化過程と法』アジア経済研究所。
- 高橋和之・2006.『現代立憲主義の制度構想』有斐閣。
- 玉田芳史・2003.『民主化の虚像と実像』京都大学学術出版会。
- ・2010.「司法による政治統制…はじめの一步」『タイ国情報』二〇一〇年一月号、一一—一〇頁。
- ・2013.「民主化と抵抗」『国際問題』第625号、一八—三〇頁。
- ・2015a.「タイにおける政治の司法化…2014年クーデタ後の状況」『タイ国情報』二〇一五年五月号、一一—二頁。
- ・2015b.「タイにおける脱民主化とナショナルリズム」『アジア研究』61(4)、四二—六〇頁。
- ・2016a.「選挙を弄んだ選挙管理委員会」『タイ国情報』二〇一六年一月号、二—一二頁。
- ・2016b.「新憲法起草で注目を集める憲法裁判所」『タイ国情報』二〇一六年三月号、一—二三頁。
- ・2016c.「新憲法草案をめぐる不自由な国民投票」『タイ国情報』二〇一六年五月号、一—一二頁。
- タマナハ、ブライアン・Z. 2011.『法の支配をめぐって』(四本健二監訳) 現代人文社。

トロペール、ミシエル。2013。『リアリズムの法解釈理論：ミシエル・トロペール論文撰』（南野森訳）、勁草書房。

外山文子。2014。「タイにおける体制変動：憲法、司法、クレータに焦点をあてて」『体制転換／非転換の比較政治』（日本比較政治学会年報第16号）、一五七—一八一頁。

(英語・タイ語)

- Bork, Robert H. 2003. *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges* (Aei Pr).
- Dressel, Bjorn. 2012. “The judicialization of politics in Asia: Towards a framework of analysis”, in Bjorn Dressel (ed), *The Judicialization of Politics in Asia*, (Routledge), pp.1-14.
- Ekkachai Chaivanut. 2013. “San rathathammanun khian rathathammanun mai phan khamwinitchai 20 phrutsacikanyon 2556”. *Prachathai*, November 10, 2013 (http://prachatai.com/journal/49888/11/2013_110111#11月11日最終確認).
- Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, (Cambridge UP).
- . 2012. “Courts and New Democracies: Recent Works”, *Law & Social Inquiry*, 37 (3) (Summer 2012): 720-742.
- Ginsburg, Tom and Moustafa, Tamir (eds). 2008. *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (Cambridge UP).
- Hilbink, Lisa. 2008. “Assessing the New Constitutionalism” (review article), *Comparative Politics*, 40 (2) (Jan 2008): 227-245
- Hirschl, Ryan. 2004. *Towards Juristocracy*, (Harvard UP).
- . 2008a. “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, *Annual Review of Political Science*, 2008.11: 93-118.
- . 2008b. “8 The Judicialization of Politics”, in Calderira, Gregory A., Kelemen, R. Daniel, and Whittington, Keith E. (eds), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford UP), pp.118-141.
- Issacharoff, Samuel. 2015. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts* (Cambridge UP).

- McCargo, Duncan. 2014. “Competing Notions of Judicialization in Thailand”, *Contemporary Southeast Asia* 36 (3): 417-441.
- Méreau, Eugénie. 2016. “Thailand’s Deep State, Royal Power and the Constitutional Court (1997-2015)”, *Journal of Contemporary Asia*, 46 (3): 445-466.
- Lokwanni. 2013. *Aphinhan san cao* (Bangkok: Lokwanni).
- Nithi Losiwong. 2012. *Phipak san* (Bangkok: Matichon).
- Prachathai. 2014. “Woracet, Kittisak, Sathit thok tulakan kap sathanakan thang kamnuang”, *Prachathai*, April 27, 2014 (<http://www.prachatai.com/journal/2014/04/52896>, 11014年四月二十八日最終確認).
- Puangthong R. Pawakapan. 2013. *State and Uncivil Society in Thailand at the Temple of Preah Vihear*, (Singapore: ISEAS).
- Somlak Catkrabuanphon. 2013. “Rathathammanun matra 68, 291 kap san rathathammanun”, *Matichon*, Dec 19, 2013 (http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1387362764&gripid=01&catid=&subcatid=, 11011年11月11日最終確認).
- Thongchai Winitcakun. 2008. “INQUISITION”, *Prachathai*, July 11, 2008 (<http://www.prachatai.com/05web/th/home/12807>, 11008年七月十五日最終確認).
- Wasan Soiphisut. n.d. *Ruang (mai) sanuk nai san rathathammanun* (Bangkok: Tontham).

自由改良の時代と救貧法からの離脱

矢野 聡

1. 自由党の社会政策

成文憲法を有しないイギリス連合王国は、それゆえに近代に至ってコモン・ローの伝統を踏まえながら法実証主義の近代的統治体制を整えていった。社会政策上は、すでに一九世紀前半の新救貧法制定時には、わが国でいうところの憲法第二五条第一項の生存権規定が実効性を持っていた。しかしその思想は、経済学説からいえば貸金基金説に基づいた貧困層の創出の必然性と、プロテスタントおよびイギリス国教会の思想に特有な質素儉約による貯蓄及び勤労思想の奨励による勤労精神の高揚が強調された。新救貧法に特有なワークハウス収容の原理や、低位性の原理は、こうした勤労精神の高揚と裏表をなす、むしろ懲罰的な政策の道具として用いられたというべきである。しかし、一八六〇年代から労働者の状態に関する楽観的視点は次第に薄れて、不況と経済循環、そして労働者とりわけ下層労働

働者の失業との関連が明らかになってきた。さらに首都ロンドンやヨーク市における貧困調査の結果、住民の三分の一以上が貧困状態であるという事実が明らかになるにつれて、議会では保守党、自由党を問わず社会政策の遂行に力を注ぐことになった。

一九〇一年、イギリス帝国主義の繁栄の象徴であるとともに、ワークハウス収容に見る貧民の処遇の悲惨さの時代の象徴であったヴィクトリア女王が逝去し、イギリス社会は新たな局面を迎えた。政治場面では選挙法改正による労働者階級の政治参加の増大とともに社会政策の改革が保守、自由両党を問わず共通のテーマとなっていた。二〇世紀初頭の大イギリス帝国主義の国策に沿った対外政策、金融・財政政策及び社会政策は、かつてのグラッドストーン (William Ewart Gladstone, 1809-1898) 内閣が謳歌し、イギリス流の理想主義及び楽観主義を有していた自由主義的帝国主義の政策とは異なっていた。帝国主義による世界的植民地化による収奪の野望と、イギリス国内の社会政策が直接に結びついていたのは南アフリカの豊富な資源を収奪する明快な目的を有していたボーア戦争 (1899-1902) の勃発と展開であった。南半球の厳しい自然環境と、主にオランダから何代かにわたって住み着いた居住者の頑強な抵抗による南アフリカ戦線の苦戦の経験で、イギリス兵士として駆り出された貧民の不衛生・不完全な栄養状態から起きた体力低下と軟弱な兵士の戦いぶりが政治問題として浮上した。下層労働者の栄養改善や保健医療サービスの普及、そして基礎となる教育や住宅の供給が「国民的効率 (National Efficiency)」の名のもとで左翼社会主義者のスローガンにとどまらず、保守政党までが行うべき社会政策の課題となっていた。社会政策については、この時代には普通選挙法の改正による労働者階級の政治的影響力の増大と呼応しながら、いわゆる自由主義的社会改良の掛け声とともに労働者階級や生活困窮者全体を見通した国家的社会政策の役割の増大が提唱された。この近代的国家による社会政策の遂

行は、すでにヨーロッパの新興工業国ドイツをはじめとし、他のヨーロッパ諸国でも積極的に行われ、先進国から注目を集めていた。社会政策では、公的扶助政策Ⅱ救貧政策がそれまで主に地方自治庁 (Local Government Board; 以下LGBという) によって行われてきたが、中央政府主導による問題の提示とサービスの刷新が強く主張されたのも、こうした時代的背景を踏まえた結果であった。

ところで一般にイギリスの社会立法の時代というのは歴史的には一九〇五年以降を指すが、この年にイギリスでは総選挙が行われ、自由党が圧倒的勝利を収めて保守党から政権を奪回し、思い切った社会政策を行おうとしていた。⁽¹⁾ 目立ったのは労働者階級の利害を代表する議員の躍進である。この選挙で自由党と労働者代表 (後の労働党) は選挙協定を結んで協力を行い、全国の選挙区で立候補する議員候補が自由党単独あるいは労働者代表単独の場合、それぞれの候補者に投票するようにした。選挙時に呼称していた労働者代表委員会 (Labour Representation Committee LRC) は全国で五十一名の立候補者を出し、そのうち二九名が当選して一九〇六年に労働党 (Labour Party) にその名称を変えた。一方一八九五年に総選挙で保守党に敗れ、一〇年の間雌伏を続けていた自由党も多くの議席を獲得したが、内部には旧来の帝国主義的社会改良を声高に表明するものと、むしろ対外的アピールを抑えて労働党寄りの社会政策を中心とした国内政策の主張をするものがおり、その政権基盤は盤石ではなかった。さらに下院で勝利を収めたものの、貴族院では保守党が多数派を占めており、政権運営には「ねじれ」現象が起きていた。自由党政府にしてみれば、自分たちを支持する選挙民の基盤はイギリス国民の左派で非国教会系の比率が多いとされていたが、同時に労働党もまたこの同じような政治意識の人々によって支持されていた。したがって第一党である自由党が政権を維持するためには労働党を頼りとするのは当然であり、同時に労働組合主義の人々も自由党政権を支持した。これを当時の人々は自

由党と労働党をミックスして「リブ・ラブ (the Lib-Labs)」と呼んだ。

ところで急速に台頭するヨーロッパ大陸の諸国、とりわけドイツに伍してイギリス本国の政治的な政権基盤を安定的に維持するには、中央集権的な政府および行政による強力な雇用政策や貧困対策が必要であった。したがって政治的には、むしろ頑迷で保守的と思われたLGBによる救貧法行政の見直しと、救貧法体制からの国内行政の離脱を進めるのが政治的にも必要であるという考え方が次第に大きくなった。こうして自由党の党主であるヘンリー・キャンベルバナム (Sir Henry Campbell-Bannerman, GCB, 1836-1908) 率いる内閣の下でロイド・ジョージ (Lloyd George 1863-1945) が入閣し、LGBが行っていた救貧法行政とは距離を置いた社会政策が進められた。この政策の背後には、社会政策の焦点として注目していたドイツ型社会政策の導入、という視点があつた。

一九〇五年から政府は「救貧法に関する王立委員会」を開催し、救貧法の行政上の問題点について審議していた。その議題は当然ながら当時取り上げられていた失業問題と高齢者を含む貧困問題、そしてヨーロッパで採用されはじめていた国家年金問題にも及んだ。一九〇七年、同委員会の席で、当時はまだ若い一官僚に過ぎなかつたベヴァリッジ (William Beveridge) が発言を許され、拠出制のドイツ失業保険制度の説明をするときに次のように述べた。「この問題 (年金問題・筆者) を取り扱う大きな総合的手法の一つです。²⁾これを聞いたロイド・ジョージは、次節で述べる無拠出制国家年金制度が成立した後の一九〇八年の八月に、拠出制疾病保険 (後の国民保険) 制度の可能性を探るために五日間のドイツ訪問を行った。このドイツ訪問が、その後の社会保障制度を軸にしたイギリス福祉国家形成に大きな影響を与えたのはよく知られている通りである。同時に新救貧法思想を引きずり、地方自治制度の独立性に隠然たる力を有していたイギリス救貧法行政機構の運命も定まっていた。政治的にはロイド・ジョージとベヴァリッジ

ジラの積極的な改革主義者こそ、イギリスにビスマルク型社会保障制度の導入を促した主要人物であった。同時に社会保障制度が中央集権型の社会民主主義的社会政策を目指す方向を定めた転換点となるものでもあった。

2. 老齡年金法の成立

イギリスの老齡年金制度は、公的年金関係の通史からは政治課題として重要な審議過程から生まれたという理解が可能だが、そのような性格のものでは必ずしもない。年金そのものでいえば、すでにエリザベス救貧法の時代から老人に対して定期的な定額院外給付（ペンション）が給付されており、これを無拠出型の公的年金制度と置き換えても別に不思議はない。年金の仕組みそのものも、ヨーロッパにとっては資産を有する階層の相続や国家的役割をなした人々にはなじみ深いものであり、普通の人々にとっても別段目新しく興味深いものではなかった。ところで、高齢貧困を意識した公的年金制度の提案が本格的に表れたのは一九世紀の後半からである。とりわけ、聖職者であったブラックレイ（Canon William Blackley）による提案が有名である。ブラックレイは強制による公的な拠出制老齡年金の提案を行った。すなわち、若年時代に強制的に年金保険料を納め、人々から集めた積立金を年金財政の原資として老齡年金や疾病の給付に充てる、という内容であった。ブラックレイの案は明らかに社会保険方式に影響されたものと考えることができる³⁾。しかし彼の提案は強力な反対に遭遇した。特に反対したのは、すでに類似の年金型共済制度を組合内に保有していた友愛組合であった。彼らにとって、自分の友愛組合が有する共済型の積立および福祉給付に対抗する、いかなる形の国家制度も容認せずこれに反対を表明したのである。

一八八一年になってジョセフ・チェンバレン（Joseph Chamberlain）が老齡年金制度を取り上げた。彼もまた、拠出

制の強制年金制度を提唱し、自由党の有力な国会議員としての立場から世論を喚起して年金実現の活動を強めた。彼の年金提案はそれなりのアクチュアリー計算に基づき、現実性に富むとともにイデオロギー的に強烈で、友愛組合の反対を押しつけるには十分であった。実際ロイド・ジョージらがチェンバレンの唱えた老齡年金制度実現に向けて具体的な検討を始めていた。しかし、実際の制度実現にはまだ困難な課題があり、当時のチェンバレンらはそれを十分に認識していなかった。困難な課題とはフレイザー (Fraser, D.2009) によれば、年金の財源を一般労働者から徴収しようという計画には過度に楽観的で、厳密なリスクの分析が伴わず、また当時の友愛組合が実施していたような死亡率の計算等は計画されていなかった^④、と説明している。

もう一人の老齡年金提唱者はチャールズ・ブース (Charles Booth) である。彼は自費でロンドン東部地区の貧困調査を行い、一八九〇年代に大著「ロンドン市民の生活と労働 (The Life and Labour of the People in London: 1892-1902)」をまとめ上げた人物だが、貧困調査から得た結論の一つとして高齢者の悲惨な貧困の実態に対して国家年金による貧困高齢者への給付を行うことを提唱した。この提案はブラックレイやチェンバレンのもととは全く異なり、一定年齢以上の貧困高齢者に強制的に無拠出の国家年金を給付する、というものであった。政治家ではなく実業家にすぎなかったブースは、それでも実際に彼が唱えた年金制度の普及活動を行い、彼の提案も実際に運用されている救貧法給付に近いこともあってイギリス世論の注目を浴びた。しかし、当時の自由党政府の方針は国家財政の現実性を重視する立場から年金給付に伴う増税には反対で国税、地方税の支出を原則的に行わないことであり、ブースが提唱した制度の実施によっておよそ一六〇〇万ポンド (一八八〇年代当時) と見込まれる一方的国家財政支出が見込まれるため、一貫して否定的な態度を取り続けた^⑤。

すでにこの時期には、混合型のワークハウスは各々の専門的福祉施設へと分化し始めており、多くのワークハウス収容者は高齢者という実態であった。したがって高齢者向け年金の審議について、この時期は公的年金の創設を前提とした高齢者に対する複数の委員会調査報告書が発表されていた。一八九三年に「貧困老人に関する王立委員会 (Royal Commission on the Aged Poor)」が招集され、これには代表的提唱者であったブースとチェンバレンも委員として加わっていた。王立委員会では高齢者の貧困実態が明らかとなったが、報告書の多数派報告も少数派報告も公的年金創設を描く明瞭な結論には至らなかった。むしろ全国のLGBが独自の判断のもとに行う救貧行政に現実的な解決の方向を見出そうとするなど、およそ中央政府が統一的に行う社会政策としての公的老齡年金制度の創設とはかけ離れた内容の提示であった。

また、当時イギリスの植民地であったニュージーランドがいち早く高齢者国家年金制度を制定したのを受けて、保守党政権下の一八九九年には「貧困に値する高齢者に関する特別委員会 (Select Committee on the Deserving Old Poor)」が招集された。しかし一九世紀後半のイギリスでは実際には新救貧法体制の下ですでに七〇歳以上の男子の四分の一から二分の一、女子の二分の一から四分の三のものが実質的に年金と同じ内様の定額院外給付を受給していたとされていた。このうち最も受給率の高かった地域はイギリス南部および東部で、低かった地域はロンドンとその他の新興工業都市であった。このように一九世紀後半から自由党で年金制度が論議され、ジョセフ・チェンバレンやロイド・ジョージが実現に尽力した高齢年金制度法案は、イギリスでは救貧法行政の現実性の存在と機能まで突き破る画期的な力は当時なかった。その大きな理由の一つは、主に地方の救貧法保護官の利害と直接にかかわっていたことによる。すなわち国家年金の支給はすでにLGBが行っていた地域の独立した定額院外給付を否定するもので、国家規模の給

付は受給者の依存性も招く、との主張であった。これは中央集権型社会保障制度の理想論と相いれない、イギリス救貧法行政の伝統的な態度でもあった。しかしイギリスには新しい動きがあった。後の救貧法に関する王立委員会の少数派報告にもあったように、躍進して議席を増やした労働党は当初から普遍的な国家年金成立に賛成の立場であった。自由党内閣は労働党の賛同も得て比較的容易に国家年金制度の制定に向けて着手することができたのである。保守党から政権を奪還した自由党のロイド・ジョージにしてみれば、社会政策の目玉として以前に自身が手掛けて実現にいたらなかった老齡年金法の制定から着手しようとするのは当然の動きであった。一九〇七年にはチャールズ・ブースが年金制度の提案を出版して世論の注目を引いた。キャンベル・バナマンの引退後の一九〇八年に政権を引き継いだアスキス (Herbert Henry Asquith, 1st Earl of Oxford and Asquith, KG, PC, KC, 1852-1928) 自由党政権下の政治的状况は、当時イギリスが外国勢力、特に躍動著しいドイツに対して政治的にも軍事的にも優位に立ち続けなければならないという命題があった⁶⁾。本来この当時のイギリス国家は個的市民としての国民中間層の増強と保全のために社会政策、とりわけ保健医療サービスの充実を優先しようとする考え方も強かった。にもかかわらず、アスキス政権は、このような背景から低所得層を強く意識した社会政策を先取的に実施せざるを得なかったのである。自由党内閣はこうした動きを背景に、ついに無拠出制の国家による普遍的な老齡年金制度を一九〇八年に制定した。

高齡による貧困および貧困の恐怖からの離脱、言い換えれば救貧法からの離脱の第一歩は、一九〇八年の無拠出老齡年金法の成立であった。アスキス内閣は、ワークハウスに収容せざるを得ない高齡者が多数存在している事実、および現在の低所得現業労働者が、自分たちの絶望的未来をワークハウス居住と重ね合わせざるを得ない、という事実を直視していた。五月に成立した法の内容⁷⁾は、年間の所得が二一ポンドから三一ポンド一〇シリングの七〇歳以上の

高齢者が受給資格者となり、週一シリングから五シリングまでの年金を受給する、というものであった。無拠出老齢年金制度が施行された一九〇九年一月時点で、イギリス全体でおよそ四九万人が支給対象となっていた。これらの七〇歳以上高齢者は、救貧法の給付対象ではないながらも、きわめて窮乏化したものたちであって、その多くが女性であった。⁸⁾ 同時にこの年金受給の条件には「道德条項」が付与された。すなわち、無拠出老齢年金の被受給者は請求の一〇年前までに刑務所に収監されたことがないこと、この中には飲酒による収監も含むこと、外国籍のものでないこと、また配偶者が外国籍ではないこと、であった。しかし道德条項はその後多くの批判にさらされ、二年後には修正が加えられ、そして一九一一年に除去された。とはいえ、後に示すように高齢者の施設処遇に関していえば、一九一三年から一九四〇年代にいたるまで、高齢者とワークハウスの関係は、それ以前の処遇と特段急激に変化するということとはなかった。

成立した国家による老齢年金は一九〇九年初めから施行された。またそれまで救貧法による院外定期給付金を受給していた対象老人は、二年の経過措置の後に老齢年金に切り替えることが決められた。年金を受け取る場所は、救貧法が有していた貧困のステイグマ（汚名）を避ける意味からも、郵便局と決められた。しかし、病弱の理由から従来ワークハウスに収容されていた高齢者は、年金受給の資格を得ることができなかった。ブランデージ (Brundage A. 2002) は、老齢年金法の成立により地方の貧民保護官行政が負担軽減となる部分は確かにあったが、それは微々たるものだ、と述べている。⁹⁾ 国家老齢年金法の成立は理念的には確かに救貧法からの決定的な離脱と映った。国家老齢年金法には、それ以前に受けていたLGBによる院外給付との連続性を明確に否定する条項が盛り込まれていた。¹⁰⁾ それは一九世紀初頭からや労働関係法令が救貧法から離れ、国家としてのイギリス社会政策に明確に組み込まれていく過

程を追隨するものという見方もできる。しかし他方では、従来の救貧法行政が行った院外定額給付を全国的に統一し、その残滓を多く引きずっていたという見方も可能である。たとえば道德条項の審査は、救貧法保護官が加わっていた年金委員会を通じてLGBに布告することになっていた。過去に救貧法受給申請した当時の審査内容記録の、まるで取るに足りない部分が理由で年金受給ができないという例もあった。⁽¹⁾

一九〇八年国家無拠出老齡年金法は結局三年間続いた。その間、身体虚弱の理由から年金成立以前も以後も、ワークハウスに収容される高齡者の動機や動向になんらの影響を与えなかった。七〇歳以上の高齡者のワークハウスの収容は、同時に無拠出国家年金の支給停止を意味した。すなわち無拠出制国家老齡年金制度が成立したといっても、孤獨な無産かつ身寄りのない高齡者にとってワークハウスは恐怖の施設とステイグマの象徴、というイメージのままだったのである。救貧法の恐怖やステイグマという否定的なイメージは、その後救貧法が最終的に消滅したのちまでも続くことになる。もう一つの特徴は、一九〇八年に制定された無拠出国家年金法が、イギリスの年金問題の決着であるとはほとんどの関係者が思っていなかったという事実である。翌年の一九〇九年には早くも年金改正法が下院を通過したが貴族院で否決されている。翌年の一九一〇年に総選挙を施行した自由党は、再び多数派を形成するとともに無拠出国家年金制度の取り扱いについて労働党及びアイルランド国民主義派と提携した。新法の成立のためである。いずれにしても、他の社会政策立法に比べて一九〇八年イギリス無拠出国家年金法は確かに救貧法との関連を有する立法であった。しかし無拠出制度実施から三年後に発足した新たな年金制度、および一九二五年の拠出制年金制度は、いずれもドイツの社会保険の様式を強く意識した老齡年金制度であった。したがって救貧法離脱の性格をそこに伺うことはできず、社会保障制度としての老齡年金は一九二五年になって成立し、ようやくイギリス救貧法との関係を

絶つたとみるべきである。

3. 救貧法と児童教育

ヴィクトリア王朝時代を通じて、ワークハウスの児童教育は有名になり、あたかも児童福祉と教育が昔から同時に唱えられていたかという点、必ずしもそうではない。旧救貧法時代にも、ワークハウスの児童に対する教育の仕組みはあったといわれるが、それは例外的なもので成人の労働者としての再教育の場に交わっていた程度であるといわれる⁽¹²⁾。有名なのはリーズ (Reeds)、バーミンガム (Birmingham)、それにいくつかのロンドン内の教区であるが、そこで行われていたのは主にいわゆる読み書きそろばん (Three Rs) であった。当時のワークハウス内に収容されていた児童は孤児や極貧の家庭の子どもで、彼らは徒弟奉公か中産階級以上の家庭の給仕になることが予定されていたので、こうした素養が必要だったのである。イギリス救貧法立法化の過程は、地方の事例が次第に普及するとともにある時点から議会による法律となって全国的に制度化する。児童に対しては一八三二―四年の救貧法に関する王立委員会報告に学校に代わる読み、書き、宗教の教育が行われるべきことが勧告された。そこには基本的素養を身に着けるとともに、世代を通じて受け継がれるという貧困状態の負の連鎖からの脱出の手段としても位置付けられていたとみられる。

新救貧法が施行されたのち、この方針は救貧法委員会 (Poor Law Committee 以下、PLCという) によつて全国的に奨励され、大規模な混合型ワークハウスの中に児童教育の部門が設けられた。このため、ワークハウスでは学校教師を雇用したが、彼ら (彼女ら) の給料は驚くほど低かった。さらにワークハウスと言う環境の中での教育では、通常

の学校教育とは全く異なった環境の下で行わざるを得ず、その成果は通常の教育が期待するものとは程遠かったといわれる。こうした中で、ワークハウス内の児童教育に効力を発揮したものとして、ブランデージ (Brundage, A. 2002) は地域の教会牧師 (chaplain) の役割を挙げている。⁽¹³⁾ 牧師は宗教的伝道の使命から、ワークハウス内の児童に関心が高く、一般にワークハウスの施設長や施設内教師よりも高い素養を持ち、したがって個別児童の教育にも熱心だったからである。彼らはワークハウスを訪れ、児童に熱心な教育を与えた。さらに、新救貧法成立後間もなく、ワークハウス内の教育環境の悲惨さに留意したチャドウィックらの補助委員の提唱によって、人口が比較的少ない教区連合で複数の教区連合による統一した児童教育の提唱が行われ、ロンドンでは一〇〇〇名程度の救貧学校も設立された。さらにこの事例を受けて、一八四〇年代にはマンチェスターとリバプールにも同様の救貧学校が設立されたという。⁽¹⁴⁾ 実際政府も教育の効用を重く見て、一八三九年には児童教育に関する予算が計上され、枢密院評議会に学校教育に関する委員会が設置され、公教育の普及に関する関心が高まった。自由党内閣は保守党よりも比較的救貧教育に熱心で、一八四八年には地区学校法⁽¹⁵⁾を議会で成立させ救貧教育の充実を図った。

ところで一般のイギリスの公的学校教育の始まりは一八七〇年の義務教育法、別名フォスター法⁽¹⁶⁾といわれているが、同法は初等教育を義務付けたというよりはパブリック・スクールや宗教団体系の民間の教育団体による教育を受けられない労働者階級や下層民の子弟の教育を目的としていた。フォスター法が成立する背景の一つに、北部ドイツ (当時は統一前のプロシア) による国家教育制度の成立がある。北部ドイツでは一八七〇年までにはすでに国家による強制の児童教育システムが完備していたといわれる。ちなみに、一八三三年までにはプロシアの児童の八〇%はすでに何らかの学校に通っており、その教育に関する費用を国家が負担するようにしたのが一八七二年、学校監督法で

あった。⁽¹⁷⁾この後もドイツは幼児、中等教育だけでなく、技術教育、高等教育など若者の様々な教育の整備に国家予算を費やす政策を積極的に進めた。アメリカ合衆国でも国の予算で行う、必ずしも強制とは限らないが自由な公教育が連邦政府の規定により建国初期の一七八七年から行われていた。このため一九世紀末までにはアメリカのほとんどの都市には地区ごとに自由学校が配置され、子供たちは教育にアクセスすることができた。さらには北部中心の白人学校のアクセスが充実したのち、南部では黒人の学校が順次整備されていった。同様の動きはフランスにも見られた。

イギリスで国家による義務教育制度が遅れた理由は、アングリカン派と英国国教会との宗教的対立があったからといわれている。その後教育法は一八七六年（初等教育を両親の義務とした）、一八八〇年（義務教育年限を一〇歳までとした）、一八九九年（年限は一二歳に引き上げられ、中央に教育委員会が設置された）と改正を重ね、一九〇二年のバルフォア法（義務教育の年限が五歳から一二歳までとされた）にいたってほぼ完成した。中等教育や職業教育は一歳から一六歳までとされた。地方自治体もまたバルフォア法によって私立学校にも助成金を出すことができるようになった。

学校給食はフランスで始まったといわれている。二月革命の翌年の一八四九年、パリ地区で学校基金が設けられ、小学校の出席を促すために商品を与えたりしていたが、やがて給食を出すようになった。一八七一年の普仏戦争後、学校教育が普及した。この頃から大きな自治体は学校給食に予算を出すようになった。⁽¹⁸⁾イギリスでは一八六四年、ウェストミンスターの貧民学校の児童に給食するため貧困児童給食協会が作られた。一八七〇年教育法以降、この種の団体が乱立した。親からの徴収は一食一ペンスで、とくにCOSはこの運動に積極的であった。

一九世紀から二〇世紀を跨いだボーア戦争によるイギリス兵士の弱体化を究明する中で明らかになった国民体力の低下の原因が、下層労働者階級の不衛生や栄養不足に起因するという事実は、植民地主義による帝国主義的世界侵略

を遂行する軍事・政治支配層に衝撃を与えた。とくに強い関心がもたれたのは、学童の栄養不良と健康の問題であった。これに対して敏感に反応したのは自由党よりもむしろ保守党であった。トインビーホール(Toinbee Hall)の支持者、ゴースト(John Gorst)保守党議員は、東ロンドン地区のスラムの惨状から、児童の学校に給食制度を導入することを提案した。しかしバルフォア内閣はこの課題に立ち向かおうとはしなかった。フレイザー(Fraser, D. 2009)によれば、その理由は国家老齢年金制度と同様に国税、地方税の負担になる政策を行いたくなかった、また結果的に自由党の利益になるような政策をしなくなかったからだと述べている。¹⁹⁾一九〇六年に自由党内閣の時代になってCOSによる貧困児童の給食及び保健指導に関する要望もあって給食(学童)令が成立した。²⁰⁾だが、この内容は極めて制限的で財政援助も少なくLGBにより救貧法保護官に学童給食を命ずるものであった。しかし時代はすでにLGB行政を前面に出す方法では十分に機能しなくなっていた。救貧法受給のステイグマとの印象が重なり合うこの制度は、貧民の両親さえ申し込みを躊躇するものであったという。一九〇六年、労働党議員ウィルソン(Wilson, W.T.)は、LGB所轄ではなく地方教育当局による学校給食法案を提案し、教育委員会書記のモラント(Morant, R.L.)はこれに大きく賛成した。だがこの法案は貴族院で否決された。結局一九〇六年教育法は、地方教育当局が学校給食を行うことを強制ではないが許可した。財源は慈善団体を通じての個人の寄付、児童の両親の適度な給食費の負担というもので、両親が給食費を払えなくても、そのために市民権その他の権利を失うことにはならない、とした。これによって貧困児童の給食に関する問題はLGBの手を離れ、地方自治体政府の所轄となった。しかしこれは救貧法行政組織の直接的関与がなくなっただけで、救貧法が引きずるステイグマまでも排除したものではなかった。言い換えれば救貧法の名を変えただけの延長制度であり、すでに二〇世紀初頭のイギリスの貧困問題を解決する手段ではなかった。一九一四年の教育法改

正は、この矛盾の解決を目指すものであった。中央の教育当局は、必要な学童の給食を命ずるといふ強制権を持った。総費用の五〇%までが国庫負担となった。給食は休暇中も続けられるし、どの児童に給食を行うべきか決定する権利は、学校の医療査察官にあると規定された。

児童への社会保障については給食の他に学校保健制度の確立がある。一九〇七年には議員立法の一つとして学童保健法が上程され、国会で成立した。学童保健法²¹の意義は、従来から行われていた身体検査を行うだけでなく、そこから摘出された医療上問題がある児童に対し、治療への道を開いた点にある。しかし、その実施は強制されたものではなく地方教育当局の責任とされ、実施は自治体の任意となっていた。同法の内容は学校に医療査察官が巡回することを義務付けるもので、自由党はあまり乗り気ではなかったが議会内、あるいは学会からの個人の熱意によって成立した。一九〇八年に成立した児童法は、今日の児童憲章のもととなる法律で児童の法的権利の保障や親等の虐待やネグレクトからの保護をうたったものであった。

しかし、今まで見たように、児童教育とりわけ貧困児童に着目した教育システムは、自由党内閣が積極的に取り上げた課題とは言い難いと思える。議員立法によって立案がなされ、モラントの情熱の他は内閣を含め自由党はむしろ消極的であった。にもかかわらずイギリスがこの時期に矢継ぎ早にこれらの社会政策に関する法律を成立したのは、内的必然というよりむしろ当時イギリスに立ちはだかったライバルとなっていたドイツやフランス等の大陸諸国がこれらの充実した諸制度を有しており、それを意識しながら行われた公算が大きい。実際一九一一年時点でこの事業を行っていたのは、イングランドとウェールズ三三二教育当局のうち、わずか一三二に過ぎなかった。

4. 救貧法に関する王立委員会

チャールズ・ブースらの貧困調査による、およそ四〇%に迫る首都ロンドンの驚くべき貧困者数の多さは、ポプラー連合教区における救貧法保護官の労働者階級による政治組織の参入等、大都市貧困地区に大きな社会的影響を与えた。これはとりわけロンドン貧困地区居住者の失業問題を顕在化させた。政治的意図によって救貧法保護官となったポプラーのジョージ・ランズバリー (George Lansbury) やウィル・クルークス (William Crooks) らは、一九〇三年に失業者の居住のためにポプラーのワークハウスを開放したり、条例によって規制されていた有能貧民への院外給付を行ったり、失業対策のためエセックスに最初の農場である救貧法入植コロニー (Poor Law farm colony) を設立した⁽²²⁾。こうした地域による個別救済の試みは、逆に政府の失業問題に対する無策を際立たせる。しかし一九〇二年七月から政権を担当したバルフォア (Arthur James Balfour, 1st Earl of Balfour, KG, OM, PC, DL, 1848-1930) 保守党政府は失業者救済に乗り気ではなかった。失業を問題として取り上げる際に政治的意図を見抜いていたからであろう。

こうした中でも当時LGB長官であったウォルター・ロング (Walter Long) は失業と貧困の問題に関心が高く、彼の信念と情熱で一九〇五年失業労働者法が成立した⁽²³⁾。保守党政権下でまとめられたこの法律は、個人の平等を意識した情熱が他の議員を動かしたという側面が強く、政府自身が社会保障確立の展望を持って作られたものではない。したがって現行行政の根拠となる救貧法に依拠する性格のものであった。法律の内容は、ロンドンのすべてのバラ (borough) および人口五万人以上の救貧法行政区に「窮乏委員会 (distress committees)」を設立して、LGBが緊急時の窮乏化に対応する、というものであった。つまり、失業という結果への対処と同時に失業予防の対処までが中央政

府や一般の地方行政ではなく、LGBが担うこととされたのである。委員会のメンバーには、地区評議会の会員、慈善団体、貧民類官らによつて地方税及び慈善団体の寄付金等から運営された。²⁴⁾

しかしすでに失業者を自由放任の思想の残滓が色濃いとみられていた（この観点から反対を受けていた）救貧法行政そのもので取り扱う時代ではなかった。失業労働者法の施行によつて制度の不具合がさらに際立ち、中央政府が失業問題を解決するべきとの機運が高まるのは必然であった。イギリス労働総同盟（以下TUCという）は同法施行後、直ちに攻撃に移った。彼らはワルワース (Walworth) やポプラー (Poplar) からウエストミンスター (Westminster) まで音楽隊付きの行進を行い、同法による失業対策の不備を訴えた。こうした労働党による強い政治的はたらきかけもあつて、結局失業労働者法は三年しか持たず、失業問題は再度の審議を経て社会保障関連法に属する諸制度（一九〇九年職業紹介法、一九〇九年最低賃金法、一九〇九年住宅、都市計画法）の実現を見ることになるのである。²⁵⁾

LGBと失業者対策、貧困対策のかかわりや混乱等の事実を受けて、保守党内部からも現行救貧法行政の刷新を図る動きがみられた。また救貧税の高騰が再び問題となり、すでにヴィクトリア時代に定着したワークハウス収容による「低位性原則」の否定的側面は誰の目にも明らかであった。もつともこの見直しは一九世紀まで行われていた新救貧法改正をめぐるものとは異なり、明瞭な理論的動機のもとに行われたわけではない。むしろ救貧法の問題点をとらえて社会政策において優位に立とうとする政局を意識した保守党の選挙対策が反映されていたとみてよいであろう。救貧法に関する王立委員会の審議過程も審議期間である四年の歳月を要したが、委員会審議は決して活発なものではなく、低調な中で推移した。委員会の活動が実際に行われたのは一九〇五年一月からであった。しかしこの委員会を総選挙対策の一つにとらえていたバルフォアの思惑は外れ、選挙期間中「社会的事項 (social issue)」として取り上

げた失業、貧困に関するキャンペーンも盛り上がらなかった。こうした経緯を経てバルフォア内閣が一二月に総辞職し、自由党のキャンベル・バナマンによる内閣が成立した。翌年の一九〇六年一月に行われたイギリス総選挙でも自由党が躍進し、保守党は惨敗した。

救貧法に関する王立委員会について詳しく見てみよう。保守党政権の下で発足した委員会の正式名称は「救貧法及び生活困窮者救済に関する王立委員会」と称され、これには二〇名の委員が選出された。構成する委員のうち、主要な六名は慈善組織教会 (Charity Organization Society; 以下COSと呼ぶ) のメンバーで、創設者の一人であるオクティヴィア・ヒル (Octavia Hill 1838-1912)、書記局長に従事していたチャールズ・ロック (C.S.Lock)、歴史家のヘレン・ボサンケット (Helen Bosanquet 1860-1926) などであった。次いで重要であった委員は救貧法保護官代表で、五人によって構成されており、このうち二名は後の労働党に所属する人たちであった。中でもとりわけ大きな存在感を持ったのは、後の労働党員として救貧法保護官に就任したポプラー連合教区のジョージ・ランズバリである。同時に彼は下院国会議員に所属していたほか、スコットランド及びアイルランドのLGB主席と、イングリランドおよびウェールズのLGBの恒久主席も兼務していた。そのほかのメンバーとしてはグラスゴー大学とオクスフォード大学の経済学者、イギリス国教会、ローマン・カトリック教会、そしてアイルランド教会からの代表、それに著名人としてロンドン貧困調査を行ったチャールズ・ブース (Charles Booth 1840-1916)、ベアトリス・ウェブ (Beatrice Webb 1858-1943) ²⁶⁾ が委員に就任した。委員長は保守党のジョージ・ハミルトン卿 (Lord George Hamilton 1845-1927) であったが、総選挙で敗れたため、一二月までの任期となった。なお、これらの委員の氏名の公表は、一九〇九年に報告が発表されるまで行われなかった。

王立委員会は審議開始の時点からCOSの代表六人と労働党・フェビアン協会の代表四名との基本的思想の違いが鮮明になった。すなわち、巧妙なウェップ夫妻の論述によつて救貧法は解体させるべきであること、および現行救貧法の役割はカウンティカウンシルないしバラによる自治体行政として純化されるべきことが主張された。これに対しCOSの代表たちは必ずしもすべてのメンバーが労働党・フェビアン協会側の意見を反対としていたわけではないが、現行の救貧法が有する抑制的な公的救済措置の存在を全く否定するという立場ではなかった。ブランドーじによると、COSの思想の背景にあつたのは一八三四年に打ち立てられたワークハウスや給付決定の際に新救貧法が有していた宗教的慈善の動機による判断を取り戻すことであつた。²⁷ COSの存在根拠は宗教的寛容さの普及であつて、この分野を認めようとする社会主義者らと同じ歩調に立つことはなかつたのである。結論を先取りしていえば、貧困者に対する慈善活動は、あくまでも救貧法を前提にして発生、生成し、存続していた。COSは、救貧法との共存によつてはじめて自分たちの活動が認知されているという認識に立つていたのである。こうして王立委員会のCOS代表らの意見は彼らの組織としての存在意義を自ずから説明していくことになる。

委員会は委員長の趣旨によるLGBの一四名の一般巡察官が任命されて、王立委員会の事項に関する調査に当たつた。加えて無数の救貧法保護官、自治体職員、それに保健担当官らがこの調査に協力した。さらに、委員会のメンバーの中でも救貧法に対して独自に調査を行うものが現れた。ベアトリス・ウェップは膨大な著作であるイギリス救貧法史の執筆に取り掛かり、ベアトリスの夫のシドニー・ウェップはフェビアン協会内に独自の調査チームを組織して一八三四年以降の救貧法の動きを調査し、これをパンフレットに公表して救貧法少数派報告の議論の一助とした。²⁸ このほかには、チャールズ・ロック、チャールズ・ブースらが独自の調査を行った。なおチャールズ・ブースは後に

王立委員会の委員を辞任している。参加した委員の多数は、主にCOSの指導者たちの思想を受容した。しかし、一九世紀までの貧困対策で主要な原理であった貧民に対する公的取り扱いに関する「低位性原則」に見られる抑圧的な精神については、委員全体の間でもすでに受け入れられないという共通認識があり、関連調査についてもこの精神の下で行われた。したがって調査の結果が示したものは救援抑制の結果貧民に不衛生な状態がまん延し、健康に有害であるという事実であった。

一九〇九年に発表された王立委員会報告は多数派報告と少数派報告とに分かれ、当時行われていた救貧法行政及び社会政策の将来についての基本的な哲学の違いをそのまま反映した。多数派報告を執筆したのは、ヘレン・ボサンケトと、グラスゴー大学経済学部教授のウィリアム・スマート (William Smart) であつた。²⁹⁾ 多数派報告は、現在も一部の研究者によって理解されているような一八三四年報告の思想に準拠した考え方を表明することとは全く異なっている。さらにそれはCOSが初期に有していた教義とも異なるものであつた。最大の特徴は、それまで社会の主流であつた貧困の考え方として知られる「低位性原則」すなわち貧困者に対して劣等的処遇で臨む差別的取り扱いを完全に放棄しようとしたことであろう。多数派報告は生活困窮者を生活できないような墮落者、とみるのではなく「緊急で差し迫った必要に駆られているもの (necessitous)」と表現した。³⁰⁾ こうした背景のもとに、多数派報告は現行救貧法行政機構を「公的扶助局 (Public Assistance Authority)」に名称変更すること、保護官委員会はカウンティないしバラ (borough) 評議会 (council) に移すこと、ワークハウスを一般混合型から保健医療や福祉に専門化した施設にすること、等を提案した。

一方少数派報告の大部分はベアトリス・ウェブ (および委員ではないがシドニー・ウェブ) の手によるものであつ

た。彼らは貧困問題をヴィクトリア時代の遺産としてはとらえなかった。救貧法行政の現実性や積極的評価について認めようとしなかったのである。社会主義者としての彼らの視点から見れば、生活困窮者は「新しい行政組織による処遇が必要なもの」とみなされた。つまり、それぞれの生活困窮はその人のライフ・サイクルに置き換えるべきで、出生から老齢までを考え、政府の部局が適切な対応をすべきであると述べた。これは基本的にシドニー・ウェッブの思想に基づく。それゆえ、老齢年金は普遍的であるべき³¹で失業問題は職業紹介所や労働省が担当すべきだと主張した。救貧法の解体という彼らの主張は、救貧法が取り扱っている対象を代わりに政府や自治体が社会政策の一環として直接受け入れるという意味であった。これは社会主義的行政運営を求める労働党の目的になつていた。

ここでもう一度王立委員会多数派と少数派の意見をまとめてみよう。報告内容で両者に共通する認識は、一八三四年当初の新救貧法思想からの完全な離脱である。法の思想である抑圧的行政措置を批判し、有能貧民でないものを低性原則で扱うことは不相当と批判した。抑圧的行政によって生じた不衛生、病気のまん延等については、「予防と治療」のために公費が使われるべきことを勧告した。一八三四年新救貧法の所産である救済委員会、教区連合、一般混合ワークハウスは廃止されるべきと提案された。代わりにこの行政を執行する組織はカウンティ、カウンティ・バラが適当であると勧告した。普遍的な国家老齢年金の設立には賛成をし、また知的障がい者、危険な精神障がい者の取り扱いは別に行うことを勧告した。児童問題については孤児、養育児童に寄宿学校を、また里親制度の促進を勧告した。失業問題を救貧法行政から特化し、政府による職業紹介、政府が季節的失業、循環的失業などの失業対策を行うこと、年少労働者の雇用促進などが勧告された。

次に両者の間で決定的に異なる見解について述べてみよう。先に述べたように、一八三四年救貧法から継続する行

政組織は一新することで両者は一致していたが、多数派は公的扶助委員会の設置は認めるが同時に民間慈善組織委員会の設置を提案していた。これに対し少数派は民間組織の存在は認めず、中央政府と自治体が行政サービスとしてすべてこれを行うことを主張し、カウンティごとに教育、健康、施設、年金の四つの委員会を作り、そのうえで公的扶助登録の機関を設置することを主張した。少数派は、現行自治体サービスの不十分性を強く批判していた。彼らの唱える救貧法解体は、現行救貧法行政の解体と同意義でもあったのである。多数派はそこまでの革新を唱えてはいなかった。しかし後の社会保障の確立過程から言えば、少数派の主張の理論的根拠は日本国憲法でいう「最低生活を営む権利」から導かれるもので、施設の機能分化の勧告も同様の思想から派生していた。ここに少数派報告の先進性と革新性を見て取ることができる。

ウェッブ夫妻は少数派報告の発表に前後して自ら「救貧法解体促進全国委員会 (National Committee to Promote the Break-up of the poor law)」を組織し、現行行政組織が有能貧民の生活と衛生に関してより予防的な行政措置を取るよう求める運動を起こした。COSもまたパンフレット等を通じて多数派としての自分たちの主張を広くアピールした。両者はこのように積極的に働きかけたが、当時のイギリス、アスキス内閣で蔵相を担当していたロイド・ジョージは救貧法委員会の多数派、少数派報告をいずれも無視した。ブランデージ (Brundage, A. 2002) はこの理由について二点述べている。一つには、この報告が一八三四年当時と異なり、統一した勧告としてまとめ上げられなかったこと、したがって多数派、少数派両報告ともに勧告の正当性、強制性が薄れたことである。もう一つは一九〇九年当時のロイド・ジョージ蔵相は当時「人民予算」として知られる再分配を重視した予算を議会に提案し、これがとくにイギリス貴族院で紛糾してその克服にエネルギーを集中せざるを得ず、救貧法改革の実施までは手が回らなかったこと

による。

この報告は、当時現実的に行われていた救貧法行政の執行体制にも大きな動揺となった。両者とも現行救貧法行政組織の刷新を求めた、という事実は救貧法保護官その他のスタッフに脅威と懸念を与えた。その不安は全国の保守的なスタッフだけでなく、ポプラー連合教区の職員のように社会主義よりの人々にも波及した。同じ労働党及びそのシンプであるポプラーの保護官たちは、自分たちの地位と職業の消滅を恐れてウェツプらの運動に論争を仕掛け、彼らは次第に王立委員会少数派報告に対する抵抗運動を広げることになる。この動きは即座に保守的な地方の保護官組織にも波及した。

5. 自由社会改良の特徴

今まで見たように、イギリスの二〇世紀初頭の自由改良の時代を推し進めた要因は大きく二つに分けられる。一つは、普通選挙法の普及による、労働者階級への利害に対する配慮である。これはわが国でも、この時期を扱った社会政策関係の書籍によって述べられている通りである。しかし、この側面だけから社会政策の推進の必然性を説明し尽くすことはできない。もう一つの要因は、一九世紀後半から急速に台頭したヨーロッパの大国、とりわけドイツ帝国の状況に影響を受けていることである。ドイツは大小の公国に分裂したまま近代を迎えたが、プロイセンの鉄血宰相であるオットー・フォン・ビスマルクの政治的主導と参謀長モルトケの軍事作戦により、シュレスビヒ・ホルシュタイン地方をデンマークから併合した。さらにその後、普墺戦争（一八六六年）、普仏戦争（一八七一年）に勝利して、同年ドイツ帝国として統一を果たした。新たな統一ドイツは、ビスマルクのもとで自由主義的社会改良政策を次々に

実施して、国力の増強と政治の安定を図った。イギリス王室の血統をハノーバー公国(当時)に持つイギリス帝国としては、こうしたドイツの政治動向に無縁ではいられなかったと考えられる。しかし、ドイツに倣って近代的社会保険による社会政策の路を進むには、大きな障害となるのが伝統的に行われてきた救貧法行政だったのである。

二〇世紀初頭の社会改良は、救貧法からの離脱を理念的には伴いながらもLGB所属の救貧法保護官らによる従来からの貧困者、失業者への救貧法政策における社会政策を根本的に変革させる形で推移したわけではなかった。選挙法改正と労働運動の高まりの最中に政権を担当した自由党政府は、労働者階級の保護と地位向上には一定の理解を示しながら、この時点では全国的に数百年にもわたる地方組織を軸にした全国のLGB組織には手を加えようとしなかった。つまり貧困問題はLGBの救貧法行政機構に委ねてこれを温存する一方で、ドイツ型の社会保険の導入によつて財政対策をもにらんだ貧困の予防と労働者の保護、育成を別個に図るといふイギリスの新たな道を模索した。したがつて貧困層に対しては救貧法解体によつて直接行政サービス機構の隔離・整備を訴えていたウェッブらは、この自由党的社会保険型の政策に極めて冷淡であった。ちなみにフェビアン協会など労働党内部では救貧法解体をスローガンとして政治活動が行われたが、LGBの存在は圧倒的で必ずしもこれが労働党の議員や支持者の間に深く浸透して、広く国民の政治的関心を生みだしたわけではなかった。その意味では、ウェッブ夫妻の運動にもかかわらず、第一次世界大戦以前のイギリス社会政策は救貧法解体の方向に動いていたわけではなかった。

自由社会改良(リベラル・リフォーム)と地方自治組織の一部であるLGB(地方自治庁)との政治的妥協の接点がほとんどなかったのは、LGBが現実的な人々の貧困問題のみに対処していて、自由党政府が許容した社会主義の特徴ともいえる効率的な国家政策の理念としての社会改良に興味を示さなかつたという点が指摘できる。しかし、この関

係を改善させ、自由党政府とLGBとの協働となるきっかけが一九〇九年に行われた。これが住宅及び都市計画法(Housing and Town Planning Act)である。労働者の住宅問題とその供給は、一九世紀後半から主にCOS等の民間慈善団体から提唱されていた。しかし、建物の建設や保持に関する行政への実現は当時ほとんどなく、わずかにロンドン・カウンティ評議会(London County Council; 以下LCCという)が一八九〇年及び一九〇〇年の条例で最初に建設した程度であった。LCCによる労働者向け住宅の建設によつても、一九一〇年までに建設した労働者向け住宅は、労働者人口の二%以下しか供給ができていなかったといわれる³²。ボーア戦争による国民の体力低下が特に都市下層階級に顕著であった事実は、ロンドンの貧民地域の保健衛生や人口過密問題の解消として語られ、実際住宅公社や様々な人物の発案による都市下層労働者向けの住宅建設促進が試みられた。しかしそれは必ずしも功を奏しなかったのである。一九〇九年法は、それまでLCCを始め、自治体による公的住宅建設および住宅の維持・管理が公的セクターに託されていたものを、民間のセクターに移譲することができるようにした。LGBは決して民間部門ではないが貧民の行政には詳しかったので、労働者住宅に関する建設及び衛生状態の保全を担当するよう促された。その後住宅供給は必ずしも順調に推移したわけではなかったが、都市計画という長期ビジョンを伴う社会立法の制定は自由党政権では珍しいものであった。この事実からも、社会主義的視点から述べたように、長い期間にわたってイギリスの貧困問題に対処してきた救貧法行政部門が時代の要請にそぐわないと断定するには、この時点では相当の無理があると考えられる。

すでにみたようにこの時期に矢継ぎ早に審議、成立した社会政策関連諸立法全般は他の時期に比べてその数が多い。その原因は一般的に考えると自由党政府による積極的社会政策の結果によるところ、となるが実際はそうではなかつ

た。むしろ近代から国民国家を成長させてきた他のヨーロッパ先進諸国や世界に散らばるイギリスのコモンウェルスが労働者階級に積極的に選挙権を付与し彼らの社会主義的要求を認めてゆくプロセスの一時期に自由党政権が位置していただけ、という評価のほうが現実的であろう。イギリスが社会を動かすより速いスピードで、ヨーロッパや当時の植民地諸国の動きが急激に展開し、それがイギリスにもどつて更なる社会改良を促した、とみるのが妥当であると思われる。

- (1) この選挙で保守党は四〇五議席から一五七議席と大敗し、首相のバルフォア自身もマンチェスターで落選した。
- (2) Harris B. (2004), *The Origins of the British Welfare State*, Palgrave Macmillan,
- (3) ドイツが社会保険方式の年金制度を採用するのは一八八九年である。
- (4) Fraser D. (2009), *The Evolution of the British Welfare State*, p.180.
- (5) Fraser D. (2009), p.181.
- (6) アスキスは海軍の戦力増強に特に力を入れ、ドイツとの増艦競争を行った。
- (7) 1908. 8 Edward VII. cap. 40. (無拠出老齢年金法)
- (8) Thane, P., (1982), *The Foundation of the Welfare State*, Longman, pp.81-84.
- (9) Brundage, A. (2002), *The English Poor Laws, 1700-1930*, Palgrave, p.142.
- (10) 1908. Edward VII. Cap. 40.:section 2-3
- (11) 前掲
- (12) Brundage, A. (2002), p.94.
- (13) Brundage, A. (2002), p.93.

- (14) これをノーウッド・モデル (Norwood Model) と呼ぶ。
- (15) 1848. 11 & 12 Victoria. cap. 31.
- (16) 1870. 33 & 34 Victoria. cap.75.
- (17) Thane, P. (1996), p.96.
- (18) 小山路男 (一九七八年) 『西洋社会事業史論』、光生館、二〇〇頁
- (19) Fraser D. (2009), p.178.
- (20) 1906. 6 Edward VI. cap. 57. (教育 (学童給食) 法)
- (21) 1907. 7 Edward VII. cap. 43.
- (22) Thane, P. (1996), p.66.
- (23) 1905. 5 Edward VII. cap. 18.
- (24) Thane, P. (1996), p.67.
- (25) 1909. 9 Edward VII. cap. 7. (職業紹介法)
1909. 9 Edward VII. cap. 22. (最低賃金法)
1909. 9 Edward VII. cap. 44. (住宅、都市計画法) (地方教育当局 (診療) 法)
- (26) ヘアトリス・ウェップが結婚前のヘアトリス・ポッターであった時代に、従兄弟に当たり、同じユニタリアン教徒として
また富裕な中産階級として親交をしていたチャールズ・ブースのロンドン調査に加わっていたのは有名な話である。
- (27) Brundage, A. (2002), *The English Poor Laws, 1700-1930*, Palgrave, p.137.
- (28) パンフレットで印刷されたこれらの意見は、後に「イギリス救貧法政策一九一〇」としてまとめられた。 Webb S.&B. (1910), *English Poor Law Policy*, London: Longmans Green
- (29) Brundage, A. (2002), p.137.
- (30) Brundage, A. (2002), p.138.

(31) イギリスではすでに一九〇八年から普遍的老齡年金制度が施行されていた。少数派報告は七〇歳以上の支給を六五歳に繰り上げる主張をした。

(32) Thane, P. (1982), p.89.

安全保障法制をめぐる 日本人の戦争観と安全保障意識

福 田 充

1 章 はじめに ～ 日本の安全保障法制をめぐる社会情勢

2016年現在、中東のシリアではアサド政権と反政府勢力による内戦が続き、アメリカを中心とする有志連合軍による「イスラム国 (IS)」への限定的空爆が実施されている。「イスラム国 (IS)」による戦闘は隣国イラクでも継続中であり、その「イスラム国 (IS)」がインターネットやソーシャルメディアにより世界に発信するメッセージに呼応するかのようになり、2016年に入ってからフランスやベルギー、ドイツ、アメリカなどの欧米諸国において、またバングラデシュ、トルコ、アフガニスタンなどアジアにおいてもテロ事件が相次いだ。それらのテロ事件を「イスラム国 (IS)」が後付けで追認する犯行声明を発表する形であっても、これこそがその「イスラム国 (IS)」が実践する「グローバル・ジハード」の戦略に他ならない。かつて、非対称的な低強度紛争とも表現された「対テロ戦争」は、現在においても形を変えて続いている。

他方で、東アジアの安全保障についてみても、北朝鮮は核開発を継続し、日本海に向けて弾道ミサイルの発射実験を繰り返している。国連安保理決議違反であるこれらの行為に対してもアメリカをはじめ先進国や周辺国、国連など国際機関は未だ有効な手を打てないでいる。また、南シナ海においては、中国が建設した人工島における空港など

の軍事施設により、フィリピンやベトナムなど周辺諸国との緊張がさらに高まっている。遠洋進出を目論む中国人民解放軍にとって南シナ海の制海権確保は至上命題であり、着々と手段を講じる中国に対して、アメリカなど先進国や国際機関の対応は後手に回っている。

このようにグローバリズムの時代において、世界の安全保障環境は常に変化し続けている。それと同時に、世界の安全保障において、日本に求められる国際貢献にも変化が見えつつある。

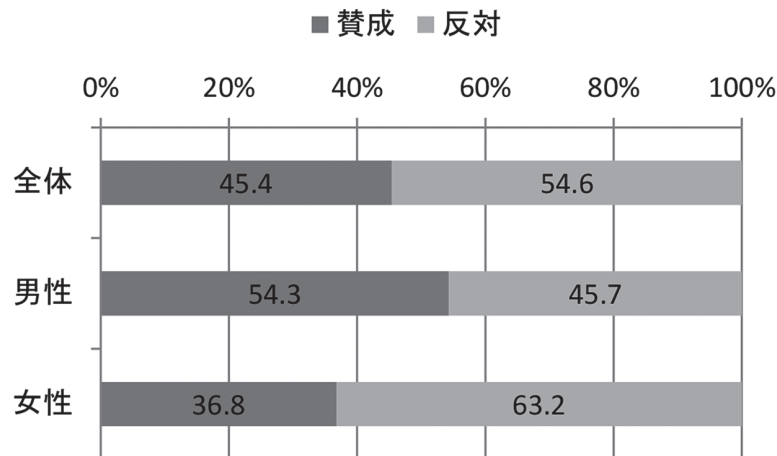
このような国際情勢の中、日本では積極的平和主義を唱える安倍政権により 2015 年 9 月に安全保障関連法が成立した⁽¹⁾。安全保障関連法は、日本の政府と自衛隊に対して集団的自衛権を認めるもので、日本国憲法と照らして合憲か違憲かが問われる憲法論争にまで発展した。国会開設中も全国各地において安全保障関連法案に対する反対デモが発生し、メディア報道も過熱するなど、社会的混乱が発生した。法案成立後も、この社会的混乱はしばらく続いた。

このように変容する国際情勢の中で、日本の安全保障政策がどうあるべきか、そして日本人が安全保障についてどのように考えているか、意識の構造を解明するために、全国アンケート調査を実施した。日本人の安全保障意識の構造を解明し、それが日本人のどのような戦争観と結びついているか、調査データに基づいた多変量解析により検証を行う。

2 章 調査計画と結果の概要

「日本人の安全保障意識に関するアンケート調査」の調査概要は以下の通りである。調査主体は、日本大学法学部・福田充研究室（当時）である。調査対象は、日本に在住する 18 歳以上の男女（調査モニター）の 500 人、標本抽出法は調査モニターに対する多段階抽出法である。調査実施方法は、インターネット・オンライン調査で、調査期間は 2016 年 1 月 10 日から 15 日までの 6 日間である。回収数は 500 票で回収率 100%、有効回答率も 500 票で有効回答率も 100%であった⁽²⁾。この調

図表 1 安全保障関連法に対する賛否と性差 (N=500)



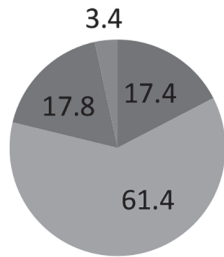
査の実施以前に、2015年8月には安保関連法案を国会審議中の国民の世論についても、福田研究室においてプレ調査を実施している⁽³⁾。

ここからアンケート調査データをもとに現代の日本人の安全保障観について考察する。まず、安全保障関連法に対する態度についてみると、「賛成」は45.4%、「反対」は54.6%であった。クロス分析の結果をみると図表1のように性差が大きく、男性は「賛成」が54.3%、女性は「反対」が63.2%であった。安全保障関連法に対して男性の方で賛成派が多く、女性の方で反対派が多い傾向が見られた(統計的有意水準: $p < 0.001$)。年齢については20代以下において「賛成」と「反対」が50%ずつと拮抗しており、70代において「賛成」が51.4%とやや多い傾向があった以外は、30代、40代、50代、60代のすべてで「反対」が多い傾向が見られた。「賛成」派が多い世代は、20代以下の若者と70代の高年齢層であるといえる。

続いて、「今の世界の情勢から考えて、日本が戦争や紛争に巻き込まれたり、ほかの国から侵略を受けたりする危険がどの程度あるか」を問うたところ、図表2のような結果が得られた。これは戦争に対する「リスク認知」をたずねたもので、「非常に危険がある」という回答が17.4%、「ある程度危険がある」という回答が61.4%と、戦争に関する危険があるとするリスク認知の割合は合わせて78.8%にのぼった。ま

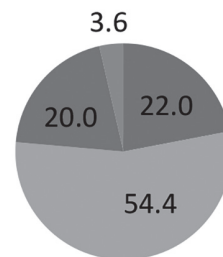
図表2 戦争に対するリスク認知 (N=500)

■非常に危険がある ■ある程度危険がある
■あまり危険はない ■全く危険はない



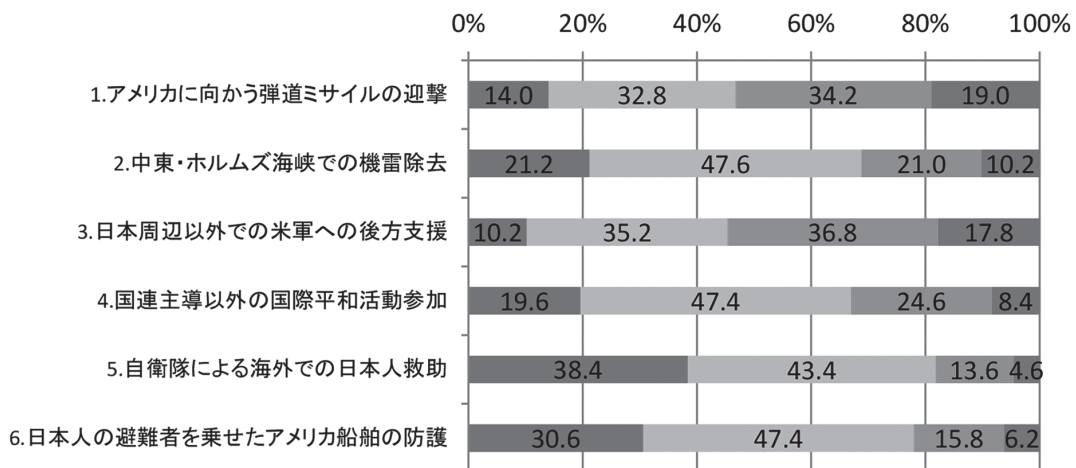
図表3 戦争に対するリスク不安 (N=500)

■非常に不安だ ■やや不安だ
■あまり不安ではない ■全く不安ではない



図表4 日本の自衛隊の活動に対する賛否 (N=500)

■賛成である ■どちらかといえば賛成である ■どちらかといえば反対である ■反対である



た、「今の世界の情勢から考えて、日本が戦争や紛争に巻き込まれたり、ほかの国から侵略を受けたりすることに対してどの程度、不安を感じるか」についてたずねたところ、図表3のような結果が得られた。「非常に不安だ」という回答が22%、「やや不安だ」という回答が54.4%と、戦争に対するリスク不安を感じている層は76.4%にのぼることが明らかとなった。

それでは、日本人は自衛隊のさまざまな国際的活動の現状や今後の活動の可能性に対してどのような態度を持っているのだろうか。図表4のように、「賛成である」と「どちらかといえば賛成である」の割合を

合計した結果をみると、安全保障関連法に関して今後活動の可能性が発生する「自衛隊による海外での日本人救助」に対しては賛成派が81.8%と最も多く、「日本人の避難者を乗せたアメリカ船舶の防護」に対しても賛成派が78%と多いことがわかった。また、「中東・ホルムズ海域での機雷除去」に対しても68.8%が賛成しており、「国連主導以外の国際平和活動参加」に対しても67%が賛成している。それに対して、「アメリカに向かう弾道ミサイルの迎撃」については反対派が53.2%と多く、「日本周辺以外での米軍への後方支援」に対しては54.6%と反対派が多いことがわかる。このように、自衛隊の活動については、個別的な事象に対して賛否は割れており、日本人が積極的に活動を認めている部分と、慎重な態度を示している部分があることが判明した。

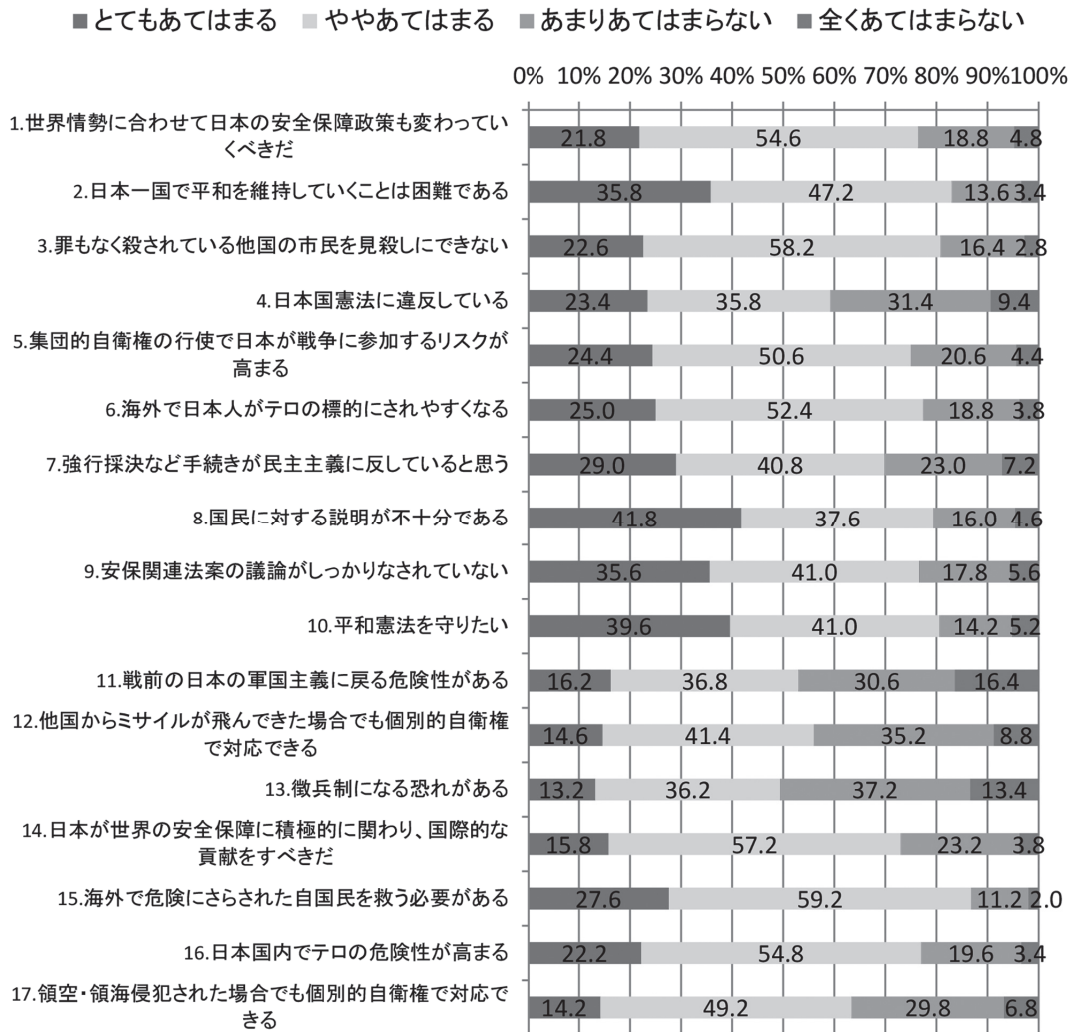
3章 日本人の安全保障意識とその構造

ここから本論文の本題である、日本人の安全保障意識について調査結果をもとに考察する。2015年の1年間でテレビや新聞などメディア報道において語られた安全保障関連法に対する論点を17項目抽出し、その論点に対してどのような態度を持っているかを4段階の順序尺度でたずねた結果が、図表5である。

この図表5の安全保障関連法に対する意識についての17項目をカテゴリーに分類するため、因子分析を行った。その因子分析の結果を示したのが図表6である。因子分析の結果、日本人の安全保障関連法に対する意識には、批判的態度（第1因子）、積極的平和主義（第2因子）、個別的自衛権（第3因子）の3つの因子が存在することが明らかとなった。

安全保障関連法に対する意識の中で、第1因子の「批判的態度」には「強行採決など手続きが民主主義に反していると思う」、「集団的自衛権の行使で日本が戦争に参加するリスクが高まる」、「日本国憲法に反している」、「海外で日本人がテロの標的にされやすくなる」などの、

図表5 安全保障関連法についての意識 (N=500)

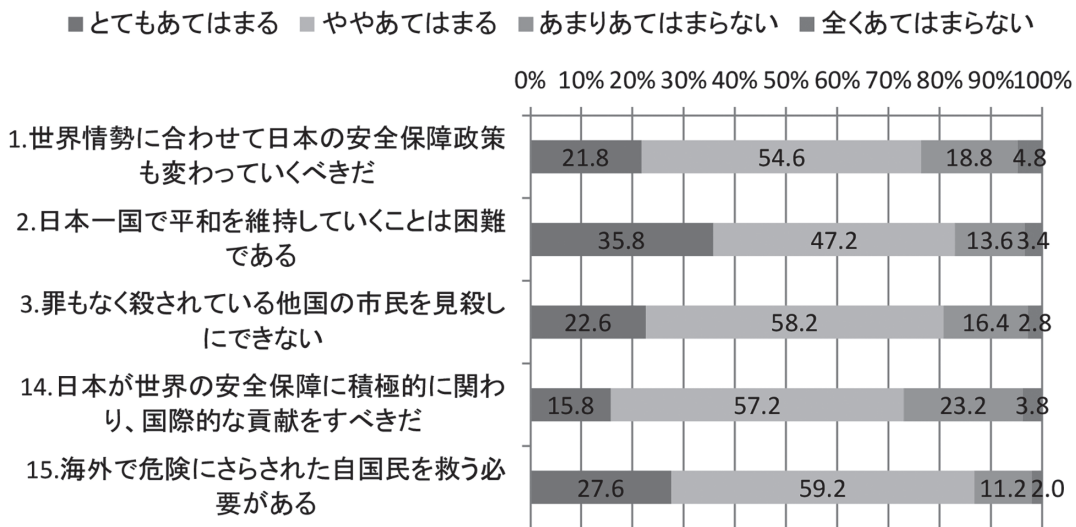


安全保障関連法に対する批判的な項目が含まれる。また、第2因子の「積極的平和主義」には、「日本一国で平和を維持していくことは困難である」、「世界情勢に合わせて日本の安全保障政策も変わっていくべきだ」、「日本が世界の安全保障に積極的に関わり、国際的な貢献をすべきだ」など、安倍政権が掲げる「積極的平和主義」に基づく安全保障観を支持する項目が含まれる。また、第3因子の「個別的自衛権」には、「領空・領海侵犯された場合でも個別的自衛権で対応できる」と「他国からミサイルが飛んできた場合でも個別的自衛権で対応できる」という2つの項目が含まれる。日本の安全保障には個別的自衛権があれば十分で、集団的自衛権の必然性を疑問視する態度である。

図表6 安全保障関連法に対する意識の因子構造

	第1因子	第2因子	第3因子
	批判的態度	積極的平和主義	個別的自衛権
7.強行採決など手続きが民主主義に反していると思う	0.846	0.005	0.067
9.安保関連法案の議論がしっかりなされていない	0.814	0.073	0.069
8.国民に対する説明が不十分である	0.803	0.098	0.061
5.集団的自衛権の行使で日本が戦争に参加するリスクが高まる	0.795	0.107	0.167
13.徴兵制になる恐れがある	0.745	-0.069	0.186
6.海外で日本人がテロの標的にされやすくなる	0.723	0.188	0.12
11.戦前の日本の軍国主義に戻る危険性がある	0.719	-0.265	0.283
4.日本国憲法に違反している	0.666	-0.181	0.239
10.平和憲法を守りたい	0.661	0.066	0.242
16.日本国内でテロの危険性が高まる	0.635	0.153	0.234
2.日本一国で平和を維持していくことは困難である	-0.019	0.687	-0.144
1.世界情勢に合わせて日本の安全保障政策も変わっていくべきだ	-0.27	0.679	-0.117
15.海外で危険にさらされた自国民を救う必要がある	0.102	0.663	0.16
3.罪もなく殺されている他国の市民を見殺しにできない	0.208	0.596	0.117
14.日本が世界の安全保障に積極的にに関わり、国際的な貢献をすべきだ	0.069	0.504	0.272
17.領空・領海侵犯された場合でも個別的自衛権で対応できる	0.268	0.113	0.761
12.他国からミサイルが飛んできた場合でも個別的自衛権で対応できる	0.258	0.065	0.749
因子抽出法: 主因子法	回転法: Kaiser の正規化を伴うバリマックス法		

図表7 積極的平和主義に関する意識 (N=500)



この第2因子の積極的平和主義に関する項目を見ると、日本人の中にもこうした国際主義、人道主義に基づいた安全保障観が根付いていることがわかる。これらの項目に対する単純集計結果をみると、図表7のようになる。それぞれの項目に対して「あてはまる」と「ややあてはまる」の回答の割合を合計して考えると、「世界情勢に合わせて日本の安全保障政策も変わっていくべきだ」とする意見が76.4%あり、「日

図表8 安全保障関連法に対する「批判的態度」を構成する因子

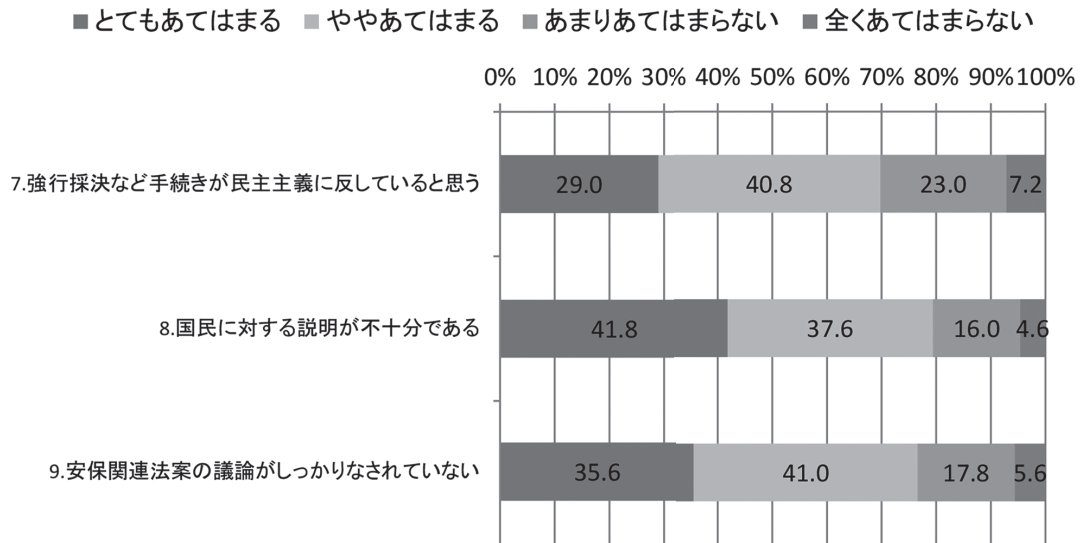
	第1因子	第2因子	第3因子	第4因子
	手続批判志向	反戦志向	テロリスク志向	護憲志向
8.国民に対する説明が不十分である	0.843	0.239	0.194	0.232
9.安保関連法案の議論がしっかりなされていない	0.828	0.26	0.181	0.284
7.強行採決など手続きが民主主義に反していると思う	0.758	0.334	0.35	0.097
13.徴兵制になる恐れがある	0.215	0.822	0.238	0.168
11.戦前の日本の軍国主義に戻る危険性がある	0.314	0.815	0.213	0.154
5.集団的自衛権の行使で日本が戦争に参加するリスクが高まる	0.456	0.558	0.334	0.169
6.海外で日本人がテロの標的にされやすくなる	0.369	0.2	0.824	0.085
16.日本国内でテロの危険性が高まる	0.09	0.301	0.775	0.39
4.日本国憲法に違反している	0.529	0.379	0.301	0.822
10.平和憲法を守りたい	0.37	0.251	0.249	0.798
因子抽出法: 主成分分析	回転法: Kaiser の正規化を伴うバリマックス法			

本一国で平和を維持していくことは困難である」とする意見も83%もあるように、日本の安全保障政策の変更や集団的安全保障に対する肯定的な意見が多数派であることがわかる。また「日本が世界の安全保障に積極的に関わり、国際的な貢献をすべきだ」という意見も74%にのぼっている。このように日本国民は、安倍政権が掲げる積極的平和主義のうち、これらの項目に関する安全保障観には賛同しており、日本が積極的に国際安全保障に貢献することを望んでいることがわかる。

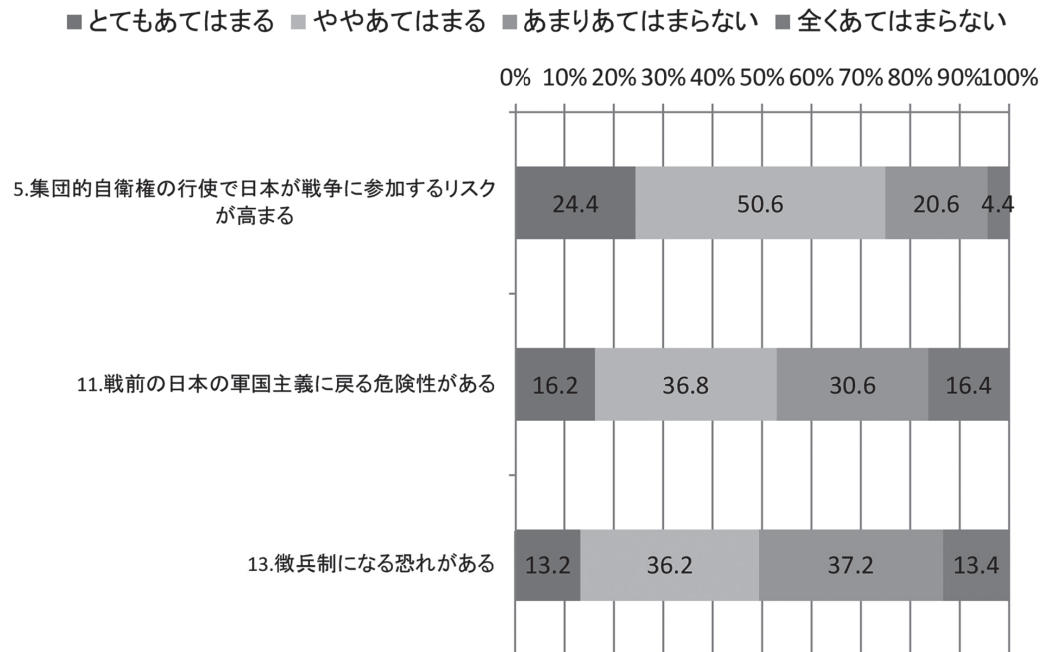
しかしながらその反面、安倍政権が進める安全保障関連法に対して、批判的な項目に対しても「あてはまる」とする意見が多いことが図表5からもわかる。第1因子の「批判的態度」がどのような構造をもっているのかを明らかにするため、批判的態度を構成している10項目を抽出し、主成分分析を行った結果が図表8である。その結果、安倍政権による安保関連法に対する批判的態度は、①「手続批判志向」、②「反戦志向」、③「テロリスク志向」、④「護憲志向」の4つのパターンから構成されていることが明らかとなった。

第1因子は「国民に対する説明が不十分である」、「安保関連法案の議論がしっかりなされていない」、「強行採決など手続きが民主主義に反していると思う」などの項目から構成される「手続批判志向」である。これは、安倍政権が安保関連法案を国会で審議する過程で、国民への説明責任が十分に果たされていないこと、また国会の審議においても強行採決の手段がとられるなど議論が十分になされていないとい

図表9 第1因子「手続批判志向」を構成する項目への態度 (N=500)



図表10 第2因子「反戦志向」を構成する項目への態度 (N=500)



う、安倍政権による法案可決への手続きに対する批判である。

具体的に調査結果のデータを見ると「安保関連法案の議論がしっかりなされていない」とする意見が76.6%にのぼり、「国民に対する説明が不十分である」という意見も79.4%にのぼるなど、安倍政権による国民への説明責任の問題、議会運営の問題に対する反発が強いことが

わかる。「強行採決など手続きが民主主義に反している」とする意見も69.8%にのぼっている。つまり、安全保障関連法に関する国民の混乱は、この安倍政権による法制化の手続きにも要因があったといえる。

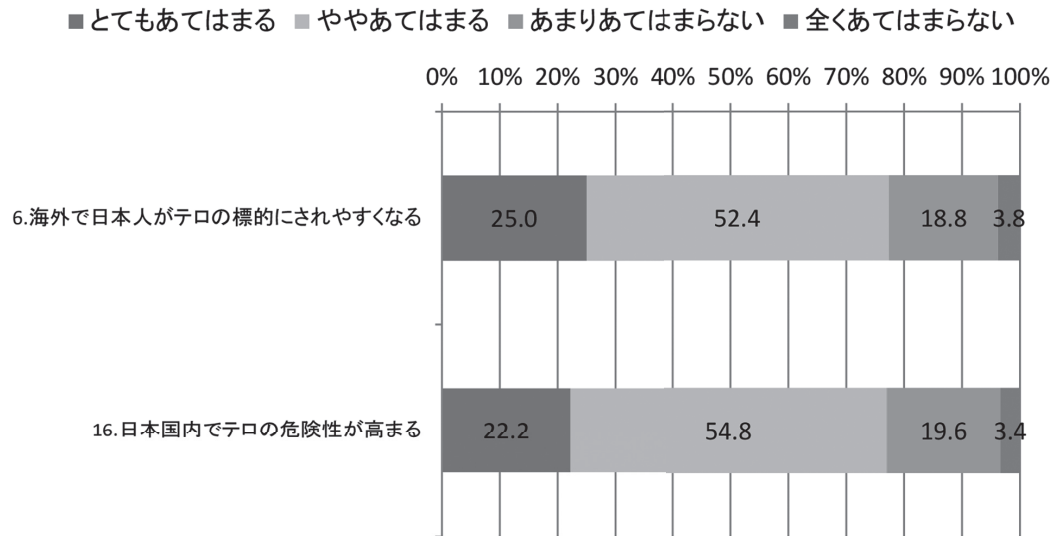
そして、第2因子は「戦前の日本の軍国主義に戻る危険性がある」、「徴兵制になる恐れがある」、「集団的自衛権の行使で日本が戦争に参加するリスクが高まる」の項目からなる「反戦志向」である。2015年に国会で安全保障関連法案が議論されている最中でも、同法案が野党やマスコミ各社から「戦争法案」と呼ばれ、「徴兵制につながる恐れ」が指摘された。こうした野党やマスコミ各社の戦術から、こうした言説は拡散し、国会周辺を埋め尽くすまでの大規模なデモの発生につながった。

図表10のように具体的な調査結果のデータをみると「戦前の日本の軍国主義に戻る危険性がある」という回答が53%、「徴兵制になる恐れがある」という回答が49.4%にのぼり、5割前後を占めていることがわかる。また、「集団的自衛権の行使で日本が戦争に参加するリスクが高まる」という回答は75%に達し、集団的自衛権の行使が日本の戦争参加につながることを多くの日本人が危惧していることも明らかとなった。

続いて第3因子は、「海外で日本人がテロの標的にされやすくなる」と「日本国内でテロの危険性が高まる」からなる「テロリスク志向」である。これは、安倍政権が掲げる積極的平和主義と集団的自衛権の行使により、対テロ戦争に関わっている欧米諸国と歩調を合わせることによって、日本もイスラム過激派のテロの標的になる可能性が高まるという態度である。実際に2015年1月には「イスラム国 (IS)」による日本人人質テロ事件が発生し、日本人男性2名が殺害された。これは、安倍政権がイスラエルで積極的平和主義を掲げて中東諸国への資金援助を表明した直後に発生したテロ事件であった。

具体的に調査結果のデータを見ると、図表11のように「海外で日本人がテロの標的にされやすくなる」という回答は77.4%と極めて高く、

図表 11 第3因子「テロリスク志向」を構成する項目への態度 (N=500)



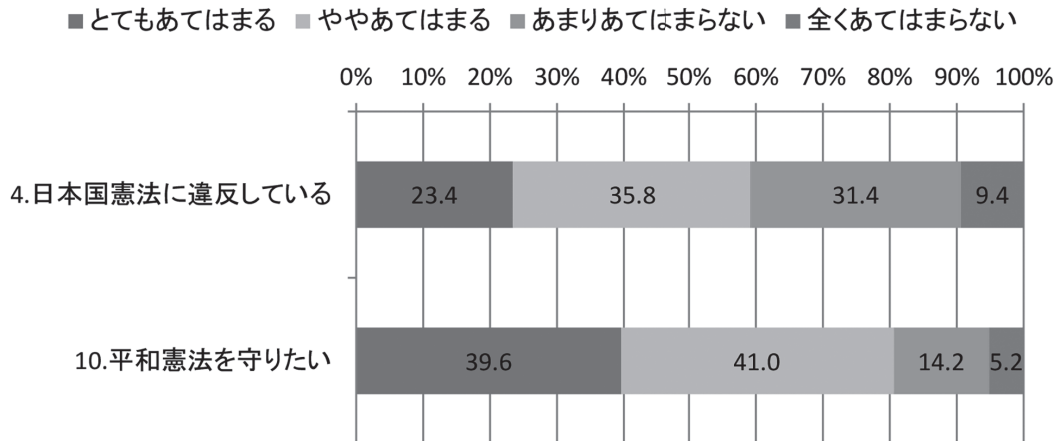
「日本国内でテロの危険性が高まる」という回答も77%にのぼっていることがわかる。日本人は日本の安全保障政策とテロリズムのリスクを関連させて理解していることが明らかとなった。

最後の第4因子は、「日本国憲法に違反している」と「平和憲法を守りたい」の2つの項目から構成されている「護憲志向」である。この安全保障関連法は、その審議の当初から衆院憲法審査会で「法案は違憲である」と3人の憲法学者が結論づけたところからメディア報道や世論の中でその位置づけが憲法問題へとシフトした。この安全保障関連法は合憲か違憲かについての論争には未だ決着がついていない。いわゆる「護憲派」の立場から安全保障関連法案は厳しく批判され、世論に大きな影響を与えた。

アンケート調査の結果をみると、図表12のように「日本国憲法に違反している」とする意見は59.2%、「平和憲法を守りたい」とする意見は80.6%にのぼった。このように、日本人の過半数は安保関連法を憲法違反であると考えていることがわかる。

以上の主成分分析の結果とデータから、現在の多くの日本人は、安保関連法が日本国憲法に反しているという意識を持ちながら、日本の国際的安全保障への貢献をどう構築するかというジレンマを抱えてい

図表 12 第4因子「護憲志向」を構成する項目への態度 (N=500)



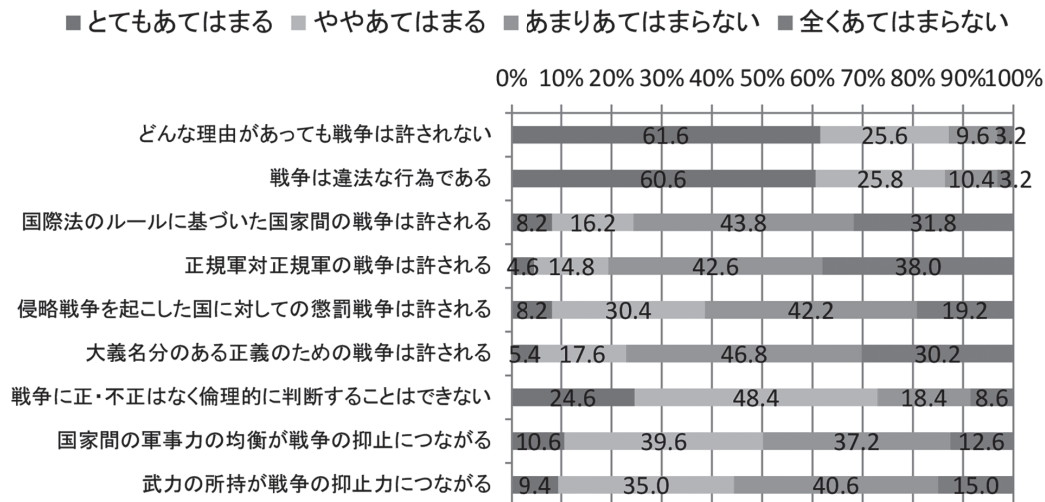
るといえる。このジレンマに対して安倍政権は国民への十分な説得材料と論理を持ち得ておらず、その結果として、国民への説明責任を果たせないまま、安全保障関連法案の強行採決という結論に結びついた。安全保障関連法への批判的態度は、護憲志向と反戦志向という日本人の根強い心理にもとづいており、さらに安倍政権への運営手法に対する手続批判志向によってより強化されたと考えられる。

4章 日本人の戦争観と安全保障意識との関係

日本人の安全保障意識の構造について考察してきたが、この日本人の安全保障意識にはどのような戦争観が裏打ちされているのだろうか。日本人はどのような戦争観を持っているのか、本章で考察を行う。戦争に関する多様な態度を測定したのが図表 13 である。さらにこれらの結果について主成分分析を行った結果が、図表 14 である。9つの質問項目が5つの戦争観、「合法戦争観」、「違法戦争観」、「リアリズム戦争観」、「正戦論的戦争観」、「無差別戦争観」にパターン化された。

この中でも日本人がもっとも多く支持したのは「どんな理由があっても戦争は許されない」(87.2%)、「戦争は違法な行為である」(86.4%)から構成される「違法戦争観」であった。これは20世紀以後のとくに第1次世界大戦による総力戦、全体戦争以後に発生し一般化した、戦争

図表 13 日本人の戦争観 (N=500)



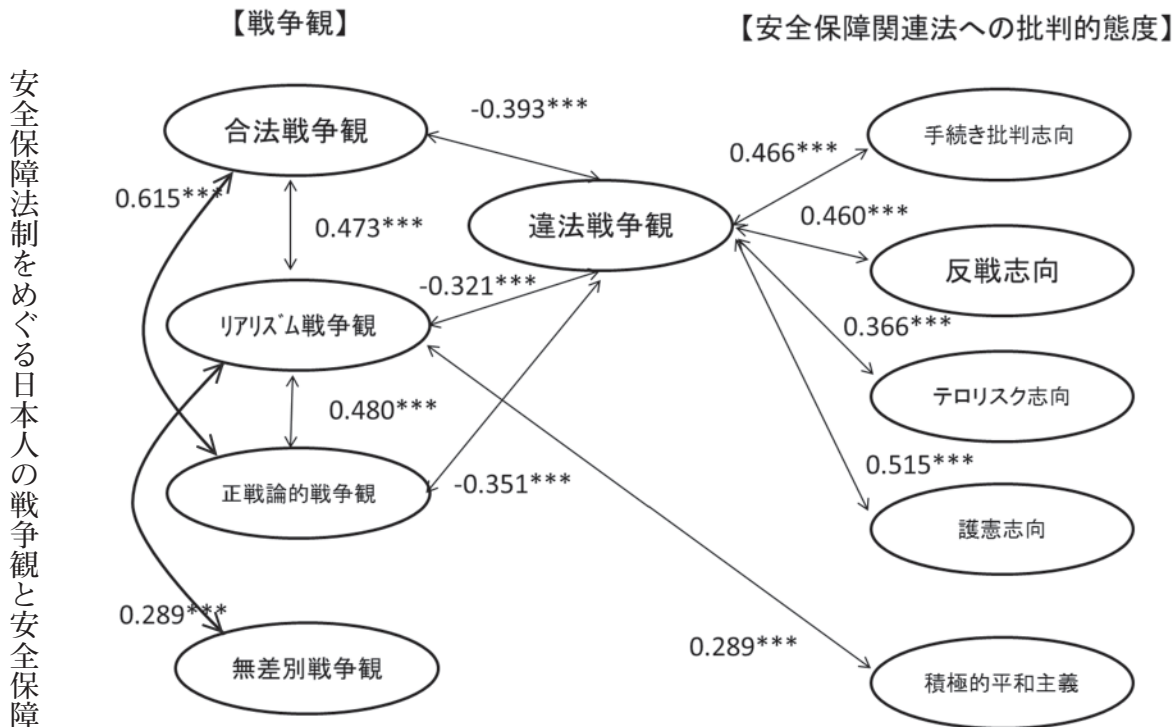
図表 14 日本人の戦争観に関するパターン

	第1因子 合法戦争観	第2因子 違法戦争観	第3因子 リアリズム戦争観	第4因子 正戦論的戦争観	第5因子 無差別戦争観
国際法のルールに基づいた国家間の戦争は許される	0.884	-0.128	0.227	0.215	0.05
正規軍対正規軍の戦争は許される	0.829	-0.213	0.209	0.311	-0.003
戦争は違法な行為である	-0.115	0.915	-0.1	-0.11	0.056
どんな理由があっても戦争は許されない	-0.167	0.907	-0.101	-0.09	0.027
国家間の軍事力の均衡が戦争の抑止につながる	0.222	-0.06	0.878	0.145	0.15
武力の所持が戦争の抑止力につながる	0.191	-0.17	0.848	0.235	0.11
侵略戦争を起こした国に対しての懲罰戦争は許される	0.191	-0.093	0.191	0.893	0.118
大義名分のある正義のための戦争は許される	0.419	-0.153	0.22	0.748	-0.005
戦争に正・不正はなく倫理的に判断することはできない	0.027	0.075	0.192	0.085	0.973

因子抽出法: 主成分分析 回転法: Kaiser の正規化を伴うバリマックス法

そのものが悪であり違法性のあるものとしてとらえる戦争観である⁽⁴⁾。その次に支持が多かったのは「戦争に正・不正はなく倫理的に判断することはできない」(73%)の「無差別戦争観」である。これは世界に違法戦争観が浸透する以前に一般的であった戦争観であり、戦争は善悪など倫理的な視点や合法・違法の法的観点から判断することはできない現象であるとする戦争観である。

また、「国家間の軍事力の均衡が戦争の抑止につながる」(50.2%)や「武力の所持が戦争の抑止力につながる」(44.4%)といったリアリズム的な安全保障観は、バランス・オブ・パワー(勢力均衡論)などの理論に裏打ちされた戦争観といえる(Waltz, 1979)⁽⁵⁾。そして、「大義名分のある正義のための戦争は許される」(23%)や「侵略戦争を起こした国に対しての懲罰戦争は許される」(38.6%)などの態度は、正戦論的

図表 15 戦争観と安全保障意識との相関モデル (数値は相関係数。*** : $p < 0.001$)

な戦争観と関連している。正戦論とは、倫理的基準や宗教的基準、法的基準などに基づいて戦争を正当な戦争と不当な戦争とに区別し、正当な戦争を合法と認める考え方である⁽⁶⁾。中世以前から存在した古典的な正戦論に対して、グロティウスの正戦論を経て、現代的な正戦論も再検討がなされている (Walzer, 1977)。

因子分析の結果、パターン化されたそれぞれの戦争観を構成する項目の順序尺度の得点を足し合わせた合成変数を構成し、同時に、安全保障意識に関する因子についてもそれらを構成する質問項目の順序尺度の得点を足し合わせた合成変数を構成した。こうして構成された戦争観の合成変数と、安全保障意識に関する合成変数の関係を考察するために、相関分析を行った。こうした処理に基づいて得られた相関モデルが図表 15 である。

図表 15 にそって、まず戦争観における合成変数の相関関係をみると、合法戦争観とリアリズム戦争観の間に ($r=0.473$)、リアリズム戦争観と正戦論的戦争観の間に ($r=0.480$)、合法戦争観と正戦論的戦争観の間に

図表 16 安全保障関連法への賛否と戦争観に関する重回帰分析

	非標準化係数		標準化係数	t	有意確率
	B	標準誤差	ベータ		
(定数)	1.233	0.122		10.127	0
合法戦争観	0.002	0.017	0.008	0.143	0.886
違法戦争観	-0.074	0.015	-0.223	-4.996	0
リアリズム戦争観	0.091	0.016	0.286	5.558	0
正戦論的戦争観	0.013	0.017	0.041	0.76	0.448
無差別戦争観	-0.006	0.025	-0.011	-0.246	0.806

従属変数：安全保障関連法への賛否

($r=0.615$)、それぞれ正の相関関係があることがわかる。またリアリズム戦争観と無差別戦争観の間に相関関係がみられる ($r=0.289$)。それに対して、違法戦争観は合法戦争観に対して ($r=-0.393$)、リアリズム戦争観に対して ($r=-0.321$)、正戦論的戦争観に対して ($r=-0.351$) と、それぞれに負の相関関係があることが判明した。このように、日本人の世論には解釈可能な一定の戦争観が構造化されていることが明らかとなった。

さらに、戦争観と安全保障意識の間の相関関係をみると、安全保障関連法への批判的態度を構成する合成変数である手続批判志向、反戦志向、テロリスク志向、護憲志向のすべてと違法戦争観との間に正の相関関係が見られた。違法戦争観と手続批判志向の間に ($r=0.466$)、違法戦争観と反戦志向の間に ($r=0.460$)、違法戦争観とテロリスク志向の間に ($r=0.366$)、違法戦争観と護憲志向の間に ($r=0.515$) と、それぞれ正の相関関係が見いだされた。つまりこの関係は、違法戦争観の傾向を持っているほど、手続批判志向、反戦志向、テロリスク志向、護憲志向の傾向が強いということを意味している。反対に、これらの安全保障関連法への批判的態度の合成変数は、それぞれ合法戦争観や正戦論的戦争観、リアリズム戦争観と負の相関関係があった。この関係については、モデルを簡略化するために図表 15 からは省略している。

さらに安全保障関連法に対する「賛成」「反対」の態度に影響力を持

つ戦争観について考察するため、安全保障関連法への賛否を従属変数として、5つの戦争観を独立変数として重回帰分析を行った。その結果を示したのが図表16である。強制投入法による重回帰分析の結果、安全保障関連法への賛否の態度にもっとも影響力を持つ戦争観は「違法戦争観」（標準化係数 $\beta = -0.223$, $p < 0.001$ ）と、「リアリズム戦争観」（標準化係数 $\beta = 0.286$, $p < 0.001$ ）の2つの変数であることがわかった。つまり、安全保障関連法に対する日本人の態度は、リアリズム戦争観が賛成派を、違法戦争観が反対派を形成し、それぞれの戦争観が安全保障関連法に対する態度形成に大きな影響力を持ったといえる。

5章 日本人の国際テロリズム問題とテロ対策への意識

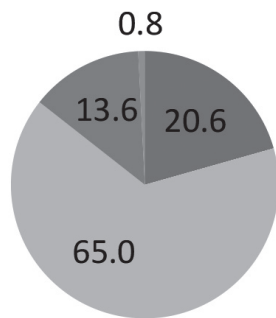
最後に日本人の国際テロリズムに対する意識について概観したい。2016年にはG7伊勢志摩サミットのためのテロ対策が日本国内においても強化され、警備体制や出入国管理が強化された。また同年7月にはバングラデシュのダッカで発生した銃乱射テロ事件によって日本人7人が死亡した。「イスラム国 (IS)」などイスラム過激派やそれに呼応する形で世界各国において発生するテロリズムに対して、日本人はどのような意識をもっているのだろうか。

「今の世界の情勢から考えて、日本国内においてテロが発生する危険がどの程度あるか」という質問に対する回答が図表17である。これは日本国内でのテロ事件に対するリスク認知を問うたものであるが、「非常に危険がある」という回答が20.6%、「ある程度危険がある」という回答が65%であった。また、「日本国内でテロが発生することに不安」を感じるかを問うた結果が図表18である。これは国内でのテロ事件に対するリスク不安を問うたものであるが、「不安を感じる」という回答が35%、「どちらかといえば不安を感じる」という回答が49.4%と非常に高い値を示した。このように日本人の中にテロリズムに対するリスク認知とリスク不安が非常に高い状態にあることが明らかになった。

日本人の国際テロリズムに対する意識については、図表19のような

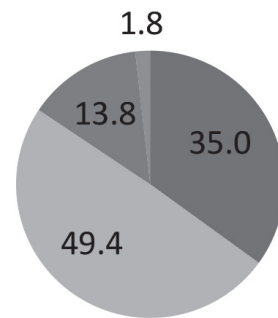
図表 17 テロに対するリスク認知
(N=500)

- 非常に危険がある
- ある程度危険がある
- あまり危険はない
- 全く危険はない



図表 18 テロに対するリスク不安
(N=500)

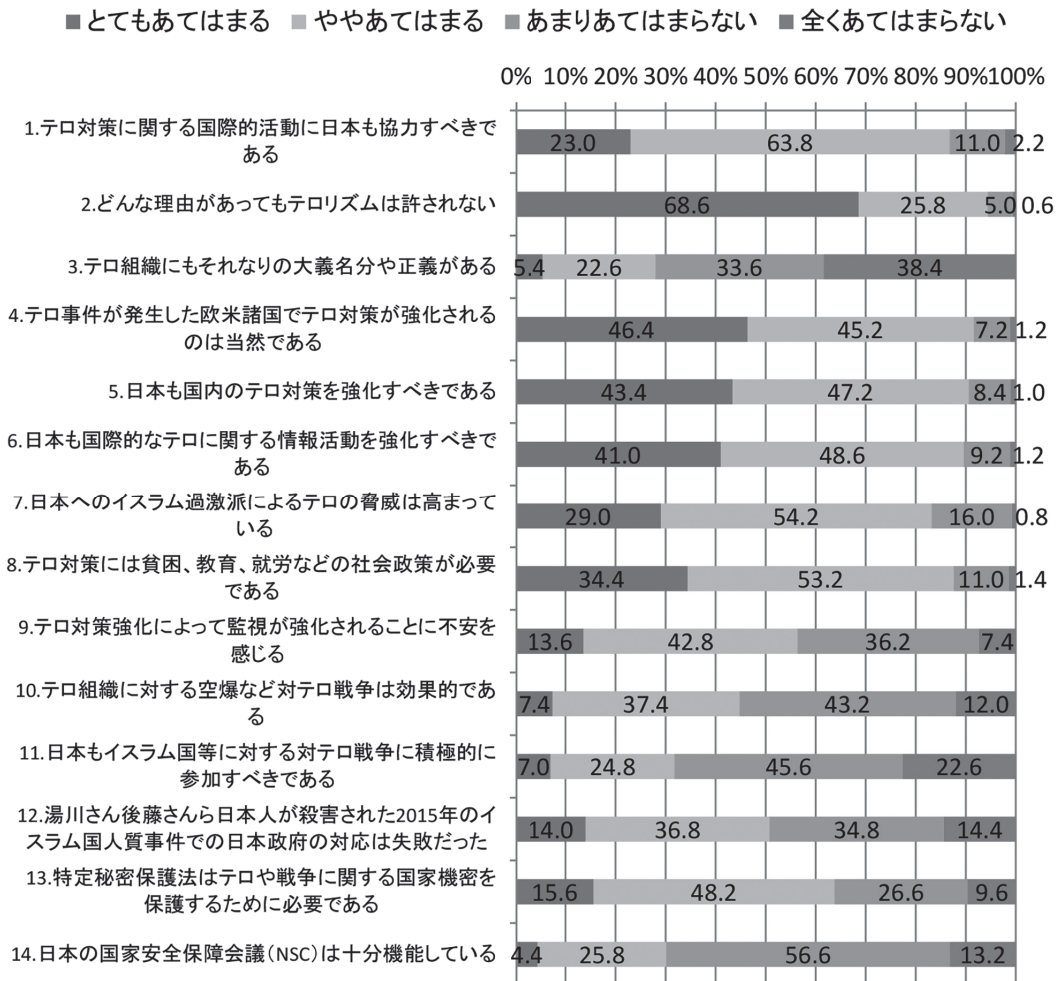
- 不安を感じる
- どちらかといえば不安を感じる
- どちらかといえば不安を感じない
- 不安を感じない



結果が得られた。ここでは非常に雑多な質問項目をまとめた形で概観するが、「とてもあてはまる」という回答と「ややあてはまる」という回答を合計した割合で見ると、「日本へのイスラム過激派によるテロの脅威は高まっている」とする回答は83.2%にのぼった。そしてそれに対して、「テロ対策に関する国際的活動に日本も協力すべきである」とする意見が86.8%にのぼり、「日本も国内のテロ対策を強化すべきである」とする意見は90.6%、「日本も国際的なテロに関する情報活動を強化すべきである」とする意見も89.6%という極めて高い値を示した。このようにこれらのデータから、現代の日本人は高まる国際テロの脅威に対して、日本のテロ対策を強化すべきであるという強い態度を持っていることが明らかとなった。その背景にあるのは日本人の中に高まっているテロに対するリスク認知とリスク不安である。

しかしながらその一方で、「日本もイスラム国に対する対テロ戦争に積極的に参加すべきである」とする回答は31.8%と低く、軍事作戦による対テロ戦争への参加には抑制的であることがわかった。さらに「テロ対策強化によって監視が強化されることに不安を感じる」という回答は56.4%に達するなど、テロ対策の強化による監視社会に対する不安も同時に抱えている現状が明らかとなった。以上のように、現代

図表 19 テロリズムに対する意識 (N=500)



安全保障法制をめぐる日本人の戦争観と安全保障意識 (福田)

の日本人は国際テロリズムの高まりに対して日本のテロ対策の強化を求めながらも、それによる日本の対テロ戦争への参加や国民への監視強化に対しては慎重であるという態度が見て取れる。このような日本人のテロ対策に対する意識に配慮した、テロ対策や危機管理体制の構築が求められる。

以上のように、本論文では日本人の安全保障意識と戦争観の関係性を社会調査のデータ分析をもとに検討した。調査データとそれに基づいた多変量解析により、日本人の安全保障意識と戦争観、国際テロリズムに対する意識には一定の構造があり、特徴があることが明らかとなった。違法戦争観が安全保障関連法への批判的態度につながり、手続批判的志向や反戦志向、テロリスク志向、護憲志向と結びついてい

六八五 (一六二七)

た。また、リアリズム戦争観が積極的平和主義と正の相関関係で結びついていた。そして、安全保障関連法への賛否に関する態度にはこの2つの違法戦争観とリアリズム戦争観が強く影響力を与えていることが明らかとなった。日本人の世論の中にはこうした戦争観と安全保障意識が構造化されているのである。日本は民主主義国家である以上、こうした日本人の世論や意識、政治的態度を十分に考慮しなければならない。こうした日本人の意識を考慮した上で、今後の安全保障政策やテロ対策の構築が求められる。

【注釈】

- (1) ここでいう安全保障関連法は、平成27年9月19日に成立し、同30日に公布された平和安全法制関連2法のことを指す。自衛隊法や国際平和協力法などを一部改正したものを束ねた平和安全法制整備法と、新規の国際平和支援法の2法である。平成28年3月29日、平和安全法制関連2法は施行された。
- (2) この「日本人の安全保障意識に関するアンケート調査」における質問項目は、①安全保障関連法に対する賛否、②戦争に対するリスク認知、③戦争に対するリスク不安、④安全保障に関する意識、⑤安全保障関連法における諸規定への賛否、⑥戦争観、⑦テロに対するリスク認知、⑧テロに対するリスク不安、⑨テロ対策に関する意識、⑩フェイスシートなどである。すべての質問項目が順序尺度か名義尺度による強制選択肢法からなる無記名式のインターネット・オンライン調査である。調査委託をした株式会社サーベイリサーチセンターの全国調査モニターの中から多段階抽出法により抽出された対象者に調査を実施した。よって、回収率も有効回答率も100%が可能となる。
- (3) 2015年8月に実施したプレ調査の概要は以下の通りである。調査対象者は18歳以上の日本全国に在住している日本人男女414人、標本抽出方法は調査モニターを利用した層化抽出法、調査実施方法はインターネット・オンライン調査である。調査実施期間は2015年8月24日から25日の2日間、回答数(率)は414票(100%)、有効回答数(率)は414票(100%)であった。本論文では、この調査データは使用しない。
- (4) 第1次世界大戦後の、国際連盟規約や不戦条約によって、戦争の違法化とそれに基づいた違法戦争観が世界に広がった。国際連盟規約では国際連盟理事会や国際裁判を通じた紛争の平和的解決義務が課せられた。不戦条約では国際紛争の解決手段として戦争に訴えることが禁止された。カール・シュミットは、1917年のアメリカ合衆国ウィルソン大統領の教書を

もって、それまでの無差別戦争観から違法戦争観（差別戦争観）へ転換した契機とみなした。

Schmitt, C. (1938) *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, Berlin : Duncker & Humblot.

(5) 安全保障研究、国際政治学においてバランス・オブ・パワー理論（勢力均衡論）を展開したのはケネス・ウォルツである。

Waltz, K.N. (1979) *Theory of International Politics*, McGraw-Hill. ケネス・ウォルツ (2010) 『国際政治の理論』、河野勝・岡垣知子訳、勁草書房。

(6) マイケル・ウォルツァーによる正戦論はその著書『正しい戦争と不正な戦争』(Just and Unjust Wars) において展開され、現代の正戦論として評価されている。

Walzer, M. (1977) *Just and Unjust Wars*, Basic Books. マイケル・ウォルツァー (2008) 『正しい戦争と不正な戦争』、萩原能久訳、風行社。

※ 本研究は、平成 27 年度日本大学理事長特別研究「危機管理学の構築とレジリエントな大学の創造のための総合的研究」(研究代表者・福田充) の研究プロジェクトの一部として実施した調査研究である。この研究成果は日本大学理事長特別研究による研究助成に負うところが大きく、謝意を表したい。

【参考文献】

Beck, U. (2002) *Das Schweigen der Worrer : Uber Terror and Krieg*.

Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, ウルリッヒ・ベック (2003) 『世界リスク社会論』 島村賢一訳、平凡社。

Beck, U. (2003) The silence of words: On terror and war, *Security Dialogue*, Vol.34, No.3, 255-267.

Betts, R. K. (2007) *Enemies of Intelligence: Knowledge & Power in American National Security*, Columbia University Press.

福田充編 (2016) 『危機管理学の構築とレジリエントな大学の創造のための総合的研究』、日本大学理事長特別研究・平成 27 年度研究報告書。

福田充 (2015) 「テロリズムとメディア報道～英米におけるテロ報道に関する制度の考察」、『海外調査情報』、日本民間放送連盟研究所、Vol.11, pp.9-15.

福田充 (2014) 「ソーシャルメディアの政治コミュニケーションと社会変動」『治安フォーラム』、第 20 巻、11 号 (2014 年 11 月号)、pp.28-36.

福田充 (2010) 『テロとインテリジェンス～覇権国家アメリカのジレンマ』 慶應義塾大学出版会。

- 福田充 (2009) 『メディアとテロリズム』新潮新書。
- 福田充 (2007) 「テレポリティクスに関する一考察 ～テレビと政治をめぐる言説のメディア論的再検討」『Sophia Journalism Studies』, 2007, Vol.2, pp.41-58.
- Hoffman, B. (1998) *Inside Terrorism*, Victor Gollancz Inc., London. B. ホフマン (1999) 『テロリズム～正義という名の邪悪な殺戮』上野元美訳、原書房。
- Jervis, R. (2005) *American Foreign Policy in a New Era*, Routledge Taylor & Francis Groupe.
- Nacos, B. L. (2007) *Mass-Mediated Terrorism: The Central Role of The Media in Terrorism and Counterterrorism*, Rowman & Littlefield.
- Sageman M. (2008) *Leaderless Jihad: Terror Network in The Twenty-First Century*, University Pennsylvania Press.
- Schmitt, C. (1938) *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, Berlin : Duncker & Humblot.
- Waltz, K.N. (1979) *Theory of International Politics*, McGraw-Hill. ケネス・ウォルツ (2010) 『国際政治の理論』、河野勝・岡垣知子訳、勁草書房。
- Walzer, M. (1977) *Just and Unjust Wars*, Basic Books. マイケル・ウォルツァー (2008) 『正しい戦争と不正な戦争』、萩原能久訳、風行社。

ロシア連邦憲法裁判所と政治の司法化

河 原 祐 馬

はじめに

本稿は、ソ連崩壊後ロシアの政治プロセスにおいて司法が果たしている実際の役割について、主として、ロシア連邦憲法裁判所の活動を中心とする憲法監督制度をめぐる問題との関連において、論じようとするものである。「ソヴィエト体制の経験は憲法を有してはいても、憲法秩序を有してはいなかった⁽¹⁾」と述べたのはイギリスの政治学者リチャード・サクワであるが、ソ連崩壊後のロシアでは、1990年代のエリツィン時代以降における民主化プロセスの進展の中で、憲法裁判所が政府や議会の行為もしくは決定に対して司法判断を示す事例が数多く見られるようになっており、他の旧ソ連東欧の体制移行諸国と同じく、いわゆる政治の司法化をめぐる問題が今日、同国内外の論者たちの間で研究上の大きな物議の対象となっている。

ペレストロイカ期のソ連から現在へと至る体制移行期のロシアにおいて、独立した司法審査の基本的な枠組みを構築するための試みがこれまで大きく分けて3度にわたってなされてきた。1989年から91年のソ連崩壊まで存在したソ連憲法監督委員会、1991年から93年まで活動した最初のロシア連邦憲法裁判所および1995年に新たに活動を再開した現ロシア連邦憲法裁判所の試みがそれである⁽²⁾。通常、憲法裁判所は司法府の中で議会や政府ともっとも近接した立ち位置にあり、それはロシアの政治制度においても例外ではない。ソ連崩壊後のロシアに

において、同国の憲法裁判所は、議会や政府諸機関との間での、また、連邦と地域・地方の諸機関との間での競合する利害をめぐる対立の中、国家指導者をはじめとする当該の利害関係者たちによる政治的利用のための制度上の主たる手段の一つとなっていると考えられる。

こうした状況にあって、政治における司法の役割について論じることとは、特にロシアのような未だ体制移行途上にある国の民主化プロセスの進展を考察する上で多くの示唆を与え得る重要な研究課題の一つであると考えられる。本稿では、主として、2008年以降のプーチン＝メドヴェージェフ政権下における憲法裁判所の活動を中心としたロシアの司法制度の役割に目を向け、同国における政治の司法化をめぐる問題について論じることにはしたい。その際、特に裁判官の地位をはじめとする司法の独立をめぐる問題や最近になって国際的な注目度が大きな高まりを見せている欧州人権裁判所（ECHR）との政治対立問題を取り上げ、同国の法治国家としての脆弱性や疑似立憲主義的傾向をめぐる議論について一考することにする。

I. ソ連憲法監督委員会と旧ロシア連邦憲法裁判所

ソ連において、議会や政府の行為が憲法の諸規定に則ってなされるという司法監督に関わる問題は、先のサクワの指摘にある通り、ゴルバチョフによるペレストロイカ期の時代まで、實際上、ほとんど重視されてはいなかった。1977年に制定されたブレジネフ憲法はその第173条に同憲法の最高法規性の規定を置いており、同条に基づき、この憲法の最高法規性を担保するための措置として講じられたのが、ソ連最高会議および同幹部会に憲法遵守の管理を委ねる憲法保障制度であった⁽³⁾。今日、この憲法保障制度が担っていたとされる憲法遵守の管理という同制度が課せられていた本来の機能は、ソ連時代において、全く果たされてはいなかったと見られている。

ペレストロイカ期の1988年6月に開催された第19回ソ連共産党協

議会において、共産党と国家の分離、党の民主化、議会の制度改革および法治国家の確立といった基本方針が打ち出され、1988年12月、ソ連憲法監督委員会が法令等の憲法適合性審査を行う権限を与えられる独立した司法機関として設置された。同委員会は、ソ連人民代議員大会や同最高会議、ソ連大統領、連邦構成共和国の国家最高機関および政府高官などからの質疑を受ける形で提起された問題の検討を行い、また、場合によっては、委員会の裁量で自らそれを行行使する権限を有していた⁽⁴⁾。しかし、ソ連憲法監督委員会は裁判所としての機能を有してはいなかったため、それは訴訟を裁定する立場にはなかった。故に、同委員会は、司法審査の勧告権限のみを有する憲法監督のための諮問的な意味合いの強い制度であった⁽⁵⁾と考えられる。1990年1月、ソ連憲法監督委員会は正式にその活動を開始したが、翌91年8月の連邦政府保守派によるクーデター未遂事件へと至るその後の混乱した政局の中で内実を伴うこれといった成果を上げぬまま、1991年12月の連邦崩壊をもって、その短い活動を終えることになった。

この時期、ソ連の連邦構成共和国の中で最大のロシア・ソヴィエト連邦社会主義共和国においても、1989年10月、1977年のソ連憲法の改正に伴う同共和国の78年憲法の一部改正を受けて、ロシア憲法監督委員会の設置が決定された。しかし、この憲法監督委員会はその後の展開の中で実際の設置へと至らず、1990年10月、この78年憲法をさらに一部改正する形で同共和国に憲法裁判所を準備するための規定が設けられた。翌91年5月、ロシア・ソヴィエト連邦社会主義共和国最高会議はこの憲法裁判所の組織および権限についての規定を採択し、それに続く7月、同人民代議員大会は、ロシア・ソヴィエト連邦社会主義共和国憲法裁判所法を正式に承認した。これにより、ロシアは連邦構成共和国の中でいち早く憲法裁判所を創設した最初の共和国となった⁽⁶⁾。

1991年7月に採択されたロシアの憲法裁判所法では、同憲法裁判所の独立性の担保を主たる目的として、裁判官の身分保障のための幾つ

かの措置が講ぜられていた。同法は65歳定年制を採用し、裁判官は終身で任命を受け、また、自らの同意なくして、退職や他の職位への転属等を強いられることはないとされた⁽⁷⁾。同憲法裁判所の裁判官は最高会議の議長提案に基づく形で人民代議員大会により選出され、本職の採用に当たっては、35歳から60歳までの同国市民であることや、「10年以上の法律専門職の経歴」といった幾つかの要件が求められた⁽⁸⁾。

同憲法裁判所に付与された主たる権限としては、抽象的規範統制の権限や憲法不服申立て審査の権限、意見提示の権限などが挙げられる⁽⁹⁾。また、人民代議員大会や最高会議、大統領、閣僚会議といった同国の最高権力機関が抽象的かつ具体的な審査の請願を行うことができることに加えて、下級裁判所や市民団体および個々の市民についても具体的な審査請求の申請を行うことが可能であると共に、裁判所自らがその司法権の範囲内で問題を提起することができた。中でも、同裁判所は自らの「意見にしたがって大統領等の行為および決定を合憲または違憲と認定することを当該機関に義務づける⁽¹⁰⁾」ことができるとされており、この意見提示の権限は「93年政治危機」を経て1995年に新たにその活動を再開した現在のロシア連邦憲法裁判所には認められてはいない高次の権限の一つであると言えるものである。

ソ連邦の崩壊が間近に迫った1991年10月、第5回ロシア・ソヴィエト連邦社会主義共和国人民代議員大会は憲法裁判所の裁判官13人(定員15名)を選出し、これにより、ロシアにおいて最初の憲法裁判所が事実上、発足することになった。同憲法裁判所は、1978年に制定されたロシア・ソヴィエト連邦社会主義共和国憲法およびその一部改正法を前提とする法的環境の下にあって、ソ連崩壊後の混乱した政情の中、独立した憲法審査機関としての自らの活動を開始した。1992年1月、ロシア連邦憲法裁判所は、国家安全保障委員会と内務省を一つの省庁に合併するというエリツィン大統領の大統領令を違憲とする決定を下した。同裁判所にとって初となるこの決定はエリツィン大統領によって遵守され、それはソ連崩壊直後の同国における効果的な司法審

査の先例となった⁽¹¹⁾。

このように、この最初の旧ロシア連邦憲法裁判所は、上記のソ連憲法監督委員会の諮問的な権限とは異なって、その原則において、より大きな司法審査の権限を有するものであった。しかし、同憲法裁判所は、その後、「93年政治危機」へと至るロシアの新たな連邦憲法の起草をめぐる大統領と議会との間の激しい政治対立のプロセスを経て、「結果的に、大統領側と議会側との権力抗争において反大統領側に立つことになり、このことがロシア連邦憲法裁判所の活動の停止、さらにはその「改組」という大統領側の超法規的措置をもたらすこと⁽¹²⁾」になるのである。

II. 「93年政治危機」後のロシア連邦憲法裁判所

1. 1993年憲法と憲法裁の権限

新たな憲法の起草をめぐる大統領と議会との間の政争は、最終的に、1993年の劇的な政治危機へと行き着いた。1993年9月21日、エリツィン大統領は最高会議を解散し、新憲法採択のための国民投票および新憲法の規定に基づく新たな議会のための選挙を要求する大統領令1440を發布した。同大統領は、この大統領令の法的根拠を1991年6月の大統領選挙および93年4月の国民投票の結果、さらには、国家安全保障に対する大統領としての自らの憲法上の責任に求めた。これに対して、ロシア連邦憲法裁判所のヴァレリィ・ゾルキン長官をはじめとする10名の裁判官は、エリツィン大統領には議会の解散権および活動停止権はないとの判断を示し、大統領令1440に対して憲法規定に反するとの意見提示を行った⁽¹³⁾。これに対して、エリツィン大統領は、旧ロシア連邦憲法裁判所の任を解き、1993年10月7日、同裁判所の活動を停止させた。「93年政治危機」が大統領側の勝利に終わった当初、この政争の中で議会側の立場を示した憲法裁判所の存否が危ぶまれたが、それは、93年憲法体制下での新たな政治環境の中で、独立した司法審査の

制度として存続し続けることになった。

新たなロシア連邦憲法裁判所の権限については、1993年憲法第125条において定められている。まず同憲法裁は、「ロシア連邦大統領、連邦会議、国家会議、連邦会議または国家会議議員の5分の1、ロシア連邦政府、ロシア連邦最高裁判所およびロシア連邦最高調停裁判所、ロシア連邦構成主体の立法および行政権力諸機関の質問」に応じて、以下に掲げるものがロシア連邦憲法と一致しているかどうかについての問題を解決するものとされている。「連邦法、ロシア連邦大統領、連邦会議・国家会議およびロシア連邦政府の規範法」、「共和国憲法、ロシア連邦国家権力諸機関の行為およびロシア連邦国家権力諸機関とロシア連邦構成主体の共同行為に関わる諸問題について公布された連邦構成主体の規約、同じく、法律およびその他の規範法」、「ロシア連邦国家権力諸機関とロシア連邦構成主体の国家権力諸機関との間の協定およびロシア連邦構成主体の国家権力諸機関との間の協定」、「ロシア連邦の未発効の国際条約」がそれらである⁽¹⁴⁾。

また、同憲法裁は、「連邦の国家権力諸機関間の」、「ロシア連邦の国家権力諸機関とロシア連邦構成主体の国家権力諸機関間の」、かつ、「ロシア連邦構成主体の最高国家諸機関間の」権限についての争議を解決し、また、「市民の憲法上の諸権利と自由の侵害に関する請願および裁判所の質問に応じて、具体的な問題において適用された、もしくは、適用されようとしている、然るべく連邦法によって定められた法律の合憲性について審査する」とされている。さらに、同憲法裁は、「ロシア連邦大統領、連邦会議、国家会議、ロシア連邦政府、ロシア連邦構成主体の立法権力諸機関の質問に応じて、ロシア連邦憲法の解釈を行う」。また、「違憲であると認められた法令もしくはそれらの個々の規定は効力を失う」ものとされる。ロシア連邦憲法に即さないロシア連邦の国際条約についても同じである。最後に、同憲法裁は、「連邦会議の質問に応じて、国家反逆もしくはその他の重大な犯罪の科でのロシア連邦大統領の弾劾決議に関わる既定の手続きの遵守についての判断

を与える」ものとされている⁽¹⁵⁾。

2. 新たなロシア連邦憲法裁判所

1994年7月、新しいロシア連邦憲法裁判所法が採択されたが、連邦議会がエリツィン大統領に指名された裁判官の任命を数度にわたって拒否したために、実際に同憲法裁判所がその活動を再開したのは1995年2月になってからのことであった⁽¹⁶⁾。

この新たなロシア連邦憲法裁判所には、主に、ロシア連邦の法律をはじめとする連邦および連邦構成体の法令等を対象とする抽象的規範統制の権限、権限争議を解決する権限、憲法不服申立てまたは裁判所の質疑にもとづく法律の憲法適合性審査の権限および93年ロシア連邦憲法の解釈権といった権限が与えられている⁽¹⁷⁾。旧憲法裁判所時代との比較において、その権限上の大きな相違は、新たな憲法裁判所には自らの発意にもとづいて法令の合憲性を審査する権限や意見提示の権限等が認められてはいないことである。また、同裁判所裁判官の定員は15名から19名へと拡大された⁽¹⁸⁾。同憲法裁判所法の規定に従って、裁判官の任期は更新不可の12年と定められ、終身ではなくなった。義務的な70歳定年制が採用され、任官の下限年齢についても、35歳から40歳へと引き上げられた⁽¹⁹⁾。しかし、旧憲法裁判所時代から任官していた13人の裁判官については、この規定の適用対象とはされず、ひき続き、65歳までの勤務が認められた。さらに、法律専門職の経歴に関わる任官に当たっての要件についても、10年以上から15年以上へと改められ、また、公認の資格証明書をもつことなどが同裁判所裁判官候補の新たな資格要件となった⁽²⁰⁾。

カーラ・トーソンは、1995年から97年にかけてのウラジーミル・ツマノフ新憲法裁判所初代長官の時代、新しく活動を再開した同裁判所は、「訴訟についてのその選択において、基本的に異なる戦略に携わり」、旧憲法裁判所のゾルキン長官時代と比べて、同裁判所の訴訟内容は、「政府諸機関の注目を集めた司法論争から共和国や地域によって提起さ

れた市民的権利の問題と連邦制度の問題へと大きく推移した」と述べている⁽²¹⁾。その際、トーションによって示された指標では、ゾルキン時代の憲法裁判所によって審議された訴訟の全体の配分は、権力の分立が42%、連邦制度が28%、個人の権利が30%であったのに対して、ツマノフ時代では、それはそれぞれ、10%、30%、60%となっている⁽²²⁾。この新旧裁判所の両長官時代の比較において、新たな憲法裁判所において最も多くなった訴訟は市民的権利に関わる問題であった。また、司法審査のために受理された訴訟についても、ゾルキン長官時代の裁判所が、「異議申立てを受けた法令の3分の2以上を全部または一部違憲であるとしたのに対して、ツマノフのそれは、異議申立てを受けた法令の半分程度しか違憲とはしなかった⁽²³⁾」とされている。

1997年2月、95年にロシア連邦憲法裁判所が活動を再開した時に長官となったツマノフが定年退職となる。このツマノフの後任となったのはマラット・バルガイであり、彼が、1997年から2003年まで、2期6年にわたって、同裁判所の長官職を務めた。この時期はエリツィン時代からプーチン時代への移行期に当たるが、バルガイ時代の憲法裁判所は、前任者の時代と同様に、高次の政治問題への関与をでき得る限り回避しつつ、政治的含意をもつ訴訟を注意深く取り扱ったとされる⁽²⁴⁾。ツマノフおよびバルガイの両長官時代におけるこうした傾向は、新たに活動を再開したロシア連邦憲法裁判所における政治訴訟の減少へとつながり、それはまた、93年政治危機以後の議会と政府との間の政治論争の相対的減少に相応したものであると考えられる。

ロシア法学者の佐藤史人は、同国の大統領権限をめぐる憲法裁判の展開を研究テーマとした論考の中で、「九四年制定の憲法裁判所法によって新たな法的基礎づけを与えられ、九五年に活動を再開した憲法裁判所は、その歴史的背景ゆえに、自らの「生き残り」のために大統領に対して向けられた申立てのほとんどを退けざるをえなかったが、その結果として、大統領への権限の集中を促す政治プロセスが形成され、それは、今日のロシア憲法体制が抱える最大の矛盾にもなってい

る⁽²⁵⁾」と述べ、特に、「プーチン政権の集権化政策の結果として、中央および地方の国家機関からの憲法裁判所への申立て」は減少し、「大統領の権限が憲法裁判所において争点化しにくくなった⁽²⁶⁾」との見解を示している。

Ⅲ. プーチン以後のロシア連邦憲法裁判所

1. ロシア連邦憲法裁判所の活動

1993年憲法体制下のロシアにおいて、連邦政府と共和国もしくは地域との間の権限をめぐる問題を主たる対象とした連邦制度に関わる訴訟は、新しいロシア連邦憲法裁判所が行った裁定の中でも特に政治的に重要なものであると考えられる。エリツィン時代を通じて、連邦政府と議会との間の政治対立が常態化する中、共和国をはじめとする地方の自治的要求が高まりを見せ、エリツィン時代のロシアでは、中央と地方との関係において、非中央集権的な傾向が顕著なものとなっていた。プーチン大統領は、こうした中央と地方との関係を「垂直権力」の下に強い中央集権的な政治体制の構築に向けて大きく改めるための一連の改革を行った。この「垂直権力」の強化の流れの中で、プーチン時代を通じて、「憲法の下で連邦構成体の権限を限定すること⁽²⁷⁾」が新しく発足した同憲法裁判所が果たすべき重要な役割の一つとなった。1990年代を通して、ロシア連邦憲法裁判所は基本的に連邦法を支持する一連の決定を行ったが、同裁判所の連邦政府寄りのこうした傾向は、先の佐藤論文における指摘にもあったように、プーチン大統領の時代に入って、より明確なものになっていった。

現在のロシア連邦憲法裁判所が活動を再開した1995年からタンデム政権が誕生した2012年までの17年間において、同裁判所は約350件の裁定を行った⁽²⁸⁾。これらの裁定のほとんどは特定の法令や諸規則の合憲性を審議するものであった。例えば、1995年、憲法裁判所は分離傾向が強まったチェチェン共和国における軍の使用に関わる大統領令

と連邦政府の法令を支持し、翌96年にはモスクワをはじめとする幾つかの都市において居住を制限する市法を違憲とする判決を行った。また、連邦会議と大統領の権限紛争の形をとった1999年のグシンスキー検事総長の停職問題では、「検察庁法には検事総長の停止についての特別な規定が欠けている以上、大統領令による検事総長の職務停止は合憲⁽²⁹⁾」であると判断した。さらに2005年には、連邦構成主体の知事をはじめとする最高役職者の候補を連邦大統領が提案する権限を認める判決が同裁判所によって下された。

ロシア連邦憲法裁判所は、年に20～30程度の判決を行うが、この他にも判決に至らない年に数百の決定を行う。また通常、同裁判所が訴訟もしくは調査を受け入れる上での前提となる請願については、年間1万5千件程度の数に達するとされる⁽³⁰⁾。特に、プーチン＝メドヴェージェフ政権下のロシアにおいては、その判決数は、2011年以降、年に30件を超えるペースで増大傾向にあり、2008年から2016年6月10日現在までの判決の延べ数は229件となっている⁽³¹⁾。これら判決にまで至った訴訟の内、主に政治問題に関わると思われるものを列挙すると、裁判官の地位、アルタイ共和国の議員の地位、チェルノブイリ事故に関わる補償等の問題、憲法裁判所法、選挙法とレファレンダムに参加する権利、クラスノヤルスク地方の議員選挙、ロシアにおけるクリミア併合、外国エージェント法関係、ロシアへの出入国手続き、ロシアにおける外国人の法的地位およびエイズのロシアでの拡大防止など、それらの内容は多岐にわたっている⁽³²⁾。

このように、1995年に活動を再開した現ロシア連邦憲法裁判所の活動はけっして停滞したものとはなっておらず、特に、市民の憲法上の権利と自由の侵害に関わる訴訟において一定の重要な役割を果たしていると考えられる。その意味において、1995年にその活動を再開した現在のロシア連邦憲法裁判所の存在は、政治の司法化をめぐる一連の問題とも密接に関わりながら、同国における今後の民主主義的な発展を促す上での潜在的な可能性を秘めたものであると考えられる。し

かし、プーチン以後の大統領府を中心とした連邦権力の強化を目指した中央集権的な諸政策の動向にロシア連邦憲法裁判所をはじめとする同国の司法府の活動も大きな影響を蒙ることになったことも、また周知の事実である。次節では、主として、司法の独立性との関連で、プーチン以後のロシアにおける同憲法裁判所の裁判官の地位をめぐる問題について、一言することにする。

2. 裁判官の地位について

先述したバルガイ長官時代は旧憲法裁判所時代から在職していた裁判官たちの多くにとっての退職時期と重なっており、この時期、ロシア指導部の関心は同憲法裁判所の裁判官たちの任免をめぐる問題へと向けられた。裁判官の任免をめぐる問題は司法制度の独立にとって極めて重要な意味をもっており、特に、雇用保障の条件は裁判官の在職中の拳止に少なからぬ影響を与えるものであると考えられる。1994年の憲法裁判所法の定めでは、現在のロシア連邦憲法裁判所の裁判官の在職制限と退職年齢は12年で70歳とされていることについては先述したが、こうした雇用保障の条件は、プーチン以後の時代において、先ず2000年に、1994年から2000年にかけて任命された裁判官については15年で退職年齢なしとされ、その後2001年に、同じく1994年から2000年に任命された裁判官に対しては15年で70歳と改められた。また2005年には、すべての裁判官に対して終身で70歳と定められ、このように、その雇用保障の条件が幾度も改められている⁽³³⁾。さらに、メドヴェージェフ大統領時代の2010年末、ロシア連邦議会は憲法裁判所長官の年齢制限をとり除く法改正を行った。この背景として、翌年2011年に実施予定の下院議会選挙を見据えて、2003年に同裁判所の長官に復帰した政権に忠実なヴァレリィ・ゾルキンの長官職の続行を望む大統領府の政治的意向が働いていたとされている⁽³⁴⁾。

プーチン以後のロシアにおいて、特に、ロシア連邦憲法裁判所の政治的独立性をめぐる問題との関係で必ず話題にされるのが、2009年の

同憲法裁判所の長官および副長官の選出方法に関わる憲法裁判所法の改正問題である。2009年5月、メドヴェージェフ大統領は、憲法裁判所の長官と副長官が大統領の指名に基づき連邦会議に提案される方向での憲法裁判所法の改正案を提示し、同6月、この改正案は正式に承認された。同法の従来の規定では、憲法裁判所の長官および副長官は同裁判所の裁判官によって互選されることになっており、長官と副長官は更新可能な3年任期で単純過半数によって選出されていた⁽³⁵⁾。これらの職位は同裁判所の手続きや行政上の業務に関わる権限とも密接に結びついており、中でも、長官は同裁判所の裁判官の任免において特に重要な役割を果たしていた。

この改正問題との関連で、同裁判所の裁判官であったウラジーミル・ヤロスラフツェフが、2009年8月付のスペインの新聞「エル・パイリス」に対するインタビューにおいて、大統領と国の保安機関がロシアの司法的独立を侵食しているとして、先述の憲法裁判所改正法に関わる政権側の措置を批判した。同10月、憲法裁判所は、ヤロスラフツェフ裁判官が同国の司法の権威を貶めたとして、彼を告発した。これに対して、憲法裁判所の同僚であったアナトーリィ・コノノフがヤロスラフツェフ裁判官を擁護し、ロシアには独立した司法は存在しないとの主張を行い、上記の憲法裁判所法の改正内容が非民主主義的であると公然と非難した⁽³⁶⁾。この結果、コノノフは、自らの任期をあと7年残して、2010年1月、同裁判所の裁判官を辞任することを余儀なくされた。この発端となったヤロスラフツェフ裁判官については同憲法裁判所に留まったが、同裁判官が兼任していた裁判官の規律を監督するロシア裁判官会議の役職を辞する結果となった。

2010年11月、ロシア連邦憲法裁判所法の改正がさらに続いた。この改正では、同裁判所長官の影響力強化を目的として、これまで2部制であった小法廷の廃止、長官の解任手続きの複雑化および先述した長官に対する70歳定年制の適用除外などの規定が同法に盛り込まれた⁽³⁷⁾。翌2011年2月、この2010年改正憲法裁判所法が施行されたが、同改

正法は先述の「垂直権力」の実現を企図した政権側による制度改革の一環を成すものであると考えられ、同改正法によって、昇進、給与・賞与や住居、懲罰など、また、重要な訴訟における裁判官の人選といった権限が長官に付与され、これにより、裁判所における長官の他の裁判官たちに対する影響力はさらに高められる結果となった。一般にロシアでは、裁判官は月額1万8千ルーブリ（約6百ドル）から3万ルーブリ（約1千ドル）の給与を受け取っているが、裁判所の長官は自らの裁量で年間20万ルーブリ（約7千ドル）までの賞与を個々の裁判官に与えることができると言われている⁽³⁸⁾。

また、退職後、裁判官は年金およびその他の便益故に自らが勤務した裁判所に依存する傾向が強く、そのことは裁判官たちが置かれる状況をはじめとする司法の独立性をめぐる問題について彼らが異議を唱えることをより困難にしている⁽³⁹⁾と考えられる。さらに、憲法裁判所をはじめとする同国の裁判所は、概して、政治問題に関わる重要な訴訟において、執政府からの独立性を欠いていることがしばしば指摘される。クレムリンの政治的指導者たちは、大統領によって任命される裁判所の長官を通じて、裁判官たちに対して様々な圧力を課すことができる。政権側の意図に反する判決は頻繁に上訴・逆転され、もし、その裁判官が何度も判決を覆された場合、彼は訓告の対象となり、場合によっては、処罰として解雇のリスクを背負うことになる⁽⁴⁰⁾。こうしたことすべてが裁判所長官の特権と深く結びついており、それ故に、裁判官たちは、上級審による差し戻しという事態を避ける形で迅速に結審を行うという強い動機を有しており、それは、通常、検察に迎合するということを意味しているとの指摘がなされている⁽⁴¹⁾。

プーチンとメドヴェージェフは、「司法審査を行う独立した、かつ、強力な憲法裁判所の価値を大いに誉めそやした」が、同裁判所に対する両大統領の対応は、エリツィン時代に比して、実際の「政治システムにおいてその影響と権威を周辺化させる」方向に進んでいると考えられる⁽⁴²⁾。プーチン＝メドヴェージェフのタンデム政権下のロシアに

において、ロシア連邦憲法裁判所をはじめとする同国の司法府に対する政権による政治圧力の強化については内外の多くの論者が指摘するところであるが、特に、プーチン以後の憲法裁判所の政治姿勢が政権に対してより迎合的なものになっていることは実際に否めない事実であると考えられる。2014年になされたクリミア自治共和国とセヴァストポリ特別市を連邦構成体としてロシア連邦に編入することを定めた国家編入条約の合憲性の認定や政治活動に関わる外国から資金提供を受けるすべてのNGOに対して外国のエージェント機能を有する組織としての登録を義務づける外国エージェント登録法の合憲性の裁定など、国際的にも注目を集めたこれらの問題に対するロシア連邦憲法裁判所の最近の判断は、同裁判所のこうした政権寄りの姿勢を如実に示す諸例であると言えるだろう。

IV. ロシアと司法のグローバル化

1. CE加盟と欧州人権裁判所

欧州人権裁判所（以下、ECHR）は、1950年に調印された欧州人権条約に実効性を付与することを主たる目的として、1959年にフランスのストラスブールに設置された人権救済機関である。1998年11月における同条約の改定以降は常設の組織となっており、欧州評議会（以下、CE）のすべての加盟国は、1950年の欧州人権条約に基づいて、この裁判所の判決を履行する義務を負っている。ロシアは、1992年5月にCEへの加盟申請を行い、96年2月、チェチェン紛争や死刑制度など同国の法的環境の欠陥に関する問題がCE内部で大きく議論される中、「欧州の人権保護制度への統合が人権および法の支配に対するロシアの関与を改善するということが期待されて⁽⁴³⁾」、同国のCEへの加盟が正式に承認された。続く98年3月、ロシアは1950年の欧州人権条約を批准し、これにより、同国は、人権と基本的自由の保護に関わる欧州人権条約の違反に関わる事案について、ECHRの裁判権とロシア市

民が個人として同裁判所に告訴する権利を承認した。

ロシアが1998年に欧州人権条約を批准して以降、同国とCEとの関係で最も大きな注目を集めている問題が、ロシア市民によるECHRに対する告訴の申請数の多さである。例えば、ECHRの2009年1月1日の国別統計によると、1998年から2008年に至るまでの同人権裁判所に対するロシアに関わる申立ての件数は56,885件となっており、2010年12月31日現在、ロシアに関わる同裁判所の判決総数は1,079件に上っている（この判決総数のうち、1,019件が同条約違反の対象となっている⁽⁴⁴⁾）。また、ECHRによる直近の国別統計では、2013年から2015年の3年間において、同裁判所は46,607件のロシアに関わる申請を取り扱い、昨年2015年分の申請6,713件については、6,553件を未承認等とし、受理された残りの申請160件に関しては、2016年1月現在、判決が出された116件の内、109件の事案に対して、人権侵害との判定を下している⁽⁴⁵⁾。1959年から2010年までの国別統計では、同人権裁判所の判決数および、その内、何らかの形で条約違反が認定されたものについては、ドイツ、フランス、トルコおよびロシアでそれぞれ、193件（128件）、815件（604件）、2,573件（2,245件）および1,079件（1,019件）となっており⁽⁴⁶⁾、ロシアによる欧州人権条約の批准が比較的最近の1998年であることを考えると、こうしたロシアの判決総数および条約違反認定件数は、CE加盟国中、かなり高い比率を示すものであると言えるだろう。

2002年5月7日、欧州人権裁判所は、ロシアに関わる最初の判決を下した。この「ブルコフ対ロシア」判決を皮切りに、同国に関するECHRの判決数は2002年の2件から2008年の244件へと大きく増大し、2009年5月には、ロシアに関わる同裁判所の判決数は745件に達している⁽⁴⁷⁾。ロシアに関するECHRの判決の中で「最大のものは非刑事訴訟における国内裁判所の決定の不執行に関わるもの⁽⁴⁸⁾」であり、これだけで総訴訟数のほぼ半分を占めている。また、同国に関わるECHRの判決総数の内、その「約15%が司法手続きの過度の長期化に

ついでのもの」であり、こうした状況は、「その他の CE 加盟諸国が直面しているものと類似した」傾向であると述べることができる⁽⁴⁹⁾。このように、ロシアに関わる ECHR の判決は、「訴訟遅延、確定判決の不執行ないしは執行遅延、監督手続きによる確定判決の取り消しによる法的安定性の原則の侵害」といった「公正な裁判を受ける権利を保障している人権条約第 6 条違反」を主たる対象とする事例が大半を占めていると見なすことができる⁽⁵⁰⁾。

この他、ECHR のロシアに関する判決では、「非合法的な拘留、外国人の追放、プライバシーの侵害、表現の自由、集会の自由、移動の自由、財産権および教育の自由⁽⁵¹⁾」といった事例が数多く取り扱われており、特に、他の CE 加盟国との比較において、欧州人権条約の第 2 条（生存権）、第 3 条（拷問、非人道的または不名誉な取り扱いの禁止）および第 5 条（自由と安全に対する権利や拘留についての司法審査に対する権利など）の違反に関わる訴訟の数で同国は他の加盟国を抜き出ていると考えられる。17 名の判事によって構成される大法廷におけるこれらの条項に関わる同裁判所の代表的な判決としては、モルドヴァの未承認のエンティティである沿ドニエストル共和国における虐待と拘留を取り扱った「イラシュキュおよびその他対モルドヴァとロシア」（2004 年 7 月）や審理中の囚人に対する非人道的な取り扱いを対象とした「スヴィナレンコおよびスリャドネフ対ロシア」（2014 年 7 月）および 2006 年秋におけるグルジア人たちの逮捕、拘留、集団追放に関わる行政上の問題を対象とした「グルジア対ロシア」（同 7 月）などが挙げられる⁽⁵²⁾。

2. ECHR の判決とロシア連邦憲法裁判所

ロシアが CE 諸国の中でも ECHR への告訴数が最も多い加盟国の一つであることは先に示した通りであるが、「彼らが国内の裁判所では公正な審理を受けることができないと信じている⁽⁵³⁾」ということが、こうしたロシア市民の選択の背景にはあると考えられている。ユーリ・レヴァダの分析センターが 2005 年に実施した世論調査によると、「ロ

シア人の4%しか法執行機関を信じてはおらず、一方73%が、自らが警察による専横の犠牲者になり得ることを恐れており、かつ、46%は、当局が政敵を抑圧するために法の執行を利用すると信じている」という結果⁽⁵⁴⁾が出ており、また、2007年に、ВЦИОМ（ロシア世論リサーチ・センター）によって実施された全国規模の世論調査では、「ロシア人たちの27%が自らの権利を守るためにECHRに告訴する準備をしており、また、68%が同裁判所を市民が人権侵害の訴訟において、自らの政府に対して告訴する場所であると信じている⁽⁵⁵⁾」との結果が出ている。こうした世論調査の結果にも表れているように、ロシア市民の意識において、同国の法執行機関に対する信頼度はかなり低いものであり、こうした同国の社会的背景がECHRに対する高い期待となって、同裁判所に対する告訴数の著しい増大へとつながったと考えられる。

ECHRの判決は、通常、「1950年の協定違反に対して生じた諸々の条件をとり除くこと」と「成功した申請者に対して補償を支払うこと」という2種類の命令を含んでおり⁽⁵⁶⁾、ロシア政府は、これまで、特に勝訴した申請者に対する補償の履行という点において、同裁判所の判決をほぼ遵守している。それ故に、多くのロシア人たちにとって、「ECHRに申請することは、その判決が単に書面上のものではなく、実際に個人の権利の侵害を是正するようロシアに対して命じるために、ますます魅力的な選択肢となっている⁽⁵⁷⁾」と考えられる。1993年の連邦憲法には欧州人権条約の諸規定が組み込まれており、ロシア連邦憲法裁判所のヴァレリィ・ゾルキン長官も、「ECHRの決定が一般的に承認された国際法の原則と規範を示す限り、それらはロシアの裁判所を拘束するものである⁽⁵⁸⁾」との明確な見解を示している。「同国政府の役人たちの多くは、ECHRを欧州のコミュニティが同国における欧州人権条約の実施を監視するための指揮棒として用いている」と論じており、また、クレムリンの政策決定者たちは、「ストラスブールにおけるあらゆる損失を同国の立場の正当性を掘り崩す可能性をもつ政治的スキャンダル」であると見なしている⁽⁵⁹⁾。それ故に、ロシアの当局者

たちにとって、こうしたリスクを最小限にとどめることが最優先の課題となっており、それは現在、同国市民による ECHR に対する告訴の申請をできる限り制限するという形でその基本的な対処が講ぜられている状況にあると考えられる。

欧州人権条約の水準に自国の法制度を適合させるという問題は、今日のロシアにおいて、現在進行中の複雑なプロセスを辿っており、このプロセスの中で、「権力保持者たちは、ロシアのガバナンスにおいて欧州の人権水準の国内化を制限するという、自国の法的自主性の問題と格闘している⁽⁶⁰⁾」段階にあると言えるだろう。ECHR とロシアとの間のこうした関係性の中で、最近になって、特に大きな物議を醸しているのが、ロシア連邦憲法裁判所と ECHR 双方の判決の齟齬をめぐる政治対立問題である。この両者の政治対立問題の背景には、ECHR が、1996 年における同国の CE 加盟以来、ロシアが国内で「再発する人権侵害へと導く、その根底にある状態に目を向けてはいないために、しばしば、ロシアを非難⁽⁶¹⁾」してきたという経緯がある。2011 年、この両者の関係は、ロシアの軍人コンスタンチン・マルキンの ECHR への告訴をめぐる問題をめぐって、大きく公然化した。すなわち、ECHR は、このマルキン訴訟において、初めて、ロシア連邦憲法裁判所による決定を本質的な意味において覆したのである。マルキン訴訟の具体的内容とその経緯については、以下の通りである。離婚した 3 人の子持ちの軍人であるマルキンは 3 年間の育児休暇を軍に対して求めたが、この要求は、こうした長期の育児休暇は女性軍人に対してのみ許されているというロシア軍人地位法の規定に基づいて却下された。彼はこの件で軍裁判所に告訴したが国内の裁判所も同様の判断を示し、ロシア連邦憲法裁判所も、マルキンが「軍人になるに当たって、自らの市民的権利と自由に対する一定の制限に明確に同意している⁽⁶²⁾」等の理由を持って、同じく、こうした下級審の判断を支持した。

これに対して、マルキンの告訴を受け入れた ECHR の小法廷は、2010 年 10 月、基本的な市民的権利と自由を保障するためにロシアの国

内法を総体的に改正することを要求し、かつ、人権の個人的な侵害に対して補償金の支払いを命じるという判決を下した。ECHR は、この訴訟で、「3年間の育児休暇を女性軍人のみに認めるロシア軍人地位法が男性軍人を差別し、人権条約に違反することを判示するとともに」、この法律が「平等原則に違反せず、合憲であるとした連邦憲法裁の2009年の決定の論拠を判決理由において名指しで批判した⁽⁶³⁾」。ECHR のこの判決は、「より広範な法的原則—そして、ロシアにおける法制度の完全性—に対する明確な攻撃」であり、それ故に、この事件は、「ロシア憲法裁判所と ECHR との間の裂け目を公然化させる」結果となった⁽⁶⁴⁾。通常、「形式的には、ヨーロッパ人権条約が憲法の人権規範に統合されていない限り、ヨーロッパ人権裁判所と憲法裁判所が直接的に関係を持つことはない」とされるが、「実際は、両者の保護する人権内容がほぼ一致するため、権利解釈において大きく異なる場合には人権規範が不安定になる。そうした状態を避けるには、両裁判所の解釈が相互に接近する必要がある、結果として憲法の自立性が失われる⁽⁶⁵⁾」という根本的な問題がこのマルキン訴訟をめぐって顕現化したと考えられ、この事件を契機として、以後、ロシア連邦憲法裁判所と ECHR との関係は、大きな政治対立問題へと発展していくことになるのである。

3. 欧州人権裁判所との政治対立問題

マルキン訴訟は、ECHR に対する「ロシアの将来にわたる関わりについての重大な問題を提起する一連の対決の一つを示している⁽⁶⁶⁾」と考えられる。ロシア憲法裁のゾルキン長官は、マルキン訴訟をめぐる問題について、「ECHR の行動を過度に政治化させることに対して警告を与えた」けれども、ECHR の「この決定が、ロシアの立法者たちに対する敬意を欠いていることを示しているだけではなく、また、ロシアの国家主権に対する基本的な挑戦を示すものである」と主張した⁽⁶⁷⁾。例えば、ゾルキンは、ロシア連邦憲法第 15 条(4)の規定に焦点を当て、

この規定が「国際的な諸条約を「ロシアの法制度の構成要素」として承認し、かつ、そのことによって、ECHRの決定がロシアの法律に適用される導管の役割を果たしている」とした上で、「この分析枠組みが、国際的な合意とロシア憲法そのものとの間ではなく、国際的な諸条約とロシアの諸法との間の意見の不一致の場合においてのみ当てはまるものである」と論じる⁽⁶⁸⁾。このように、彼は、欧州人権条約が1993年憲法の第15条(4)の規定に則ったロシアの法制度の構成要素であることを認めはするが、同条約が法的にロシア連邦憲法の上位に位置するものではないと主張することによって、自国の憲法に関わるロシア連邦憲法裁判所の判決がこれに関わるECHRのそれに対して優先されるとの主張を展開した。

ゾルキン長官のこうした考え方は概ね憲法裁判所をはじめとするロシア側の公的な立場を体現するものであると捉えることができるだろう。当時、大統領であったドミートリイ・メドヴェージェフも、即座に「我々は、それが如何なる国際裁判所であれ、如何なる外国の裁判所であれ、我が国の主権に関わる国内法を改正させる決定には屈しはしないであろう⁽⁶⁹⁾」との声明を出し、ロシア連邦憲法の最高法規性に関するこのゾルキン長官のECHRに対する反論に対して賛意を示した。ロシアとECHRとの政治的対立が進む中、2011年6月、連邦会議の副議長であったアレクサンドル・トルシンが、こうしたロシアの政権側の主張を踏まえる形で、ECHRに対する憲法裁の立場を強固なものにすることを主たる目的とする一つの法案を国家会議に提出した。この法案では、「ロシアの憲法裁が、問題となっている規範がロシア憲法と一致したものであることを確認しなければ、国際機関による如何なる決定も実効性を伴うものではない」とされ、それ故に、同法案は、ロシアの「憲法裁が、ECHRに対して事実上の拒否権を行使し得る」ことを想定していた⁽⁷⁰⁾。内外のメディアや人権団体は、このトルシン法案が欧州人権条約に根本的な意味において違反するものであると批判し、多くの批評家が、同法案をロシア法の構成要素としての国際法を

承認するロシア連邦憲法に違反するものであるとの意見を述べた。また、当時、ECHRのロシア代表であったアナトリイ・コヴレル判事は、「トルシンの発議がストラスブールの裁判所の指導部に不安をひき起こしている⁽⁷¹⁾」と報告した。トルシン法案は、2011年7月、国家会議の「第一読会で採択される予定であった」とされているが、実際には、それは審議未了に終わり、同法案をめぐる議論は急遽、立ち消えとなった⁽⁷²⁾。その背景には、「技術的な⁽⁷³⁾」な問題とともに、メドヴェージェフ大統領の反対など、同法案の成立が及ぼす影響に対する一定の政治的配慮があったと言われている。

ECHRとロシア連邦憲法裁判所との間の政治的対立問題は、メドヴェージェフの後を継いで、プーチンが大統領再任を果たした現タンドム政権下のロシアにおいて、今日、さらなる展開を見せている。2015年12月15日、ロシア連邦憲法裁判所法の新たな改正法が、プーチン大統領の署名をもって発効した。同法は、2015年7月14日付のロシア連邦憲法裁判所の判決（「No.21-II」）に従って準備されたものであり、それは、ロシア連邦憲法裁判所に対して、国際的な人権諸機関の判決がロシアにおいて有効であるかどうかを決定する権限を付与するものであった。憲法裁の判決「No.21-II」は、「立法者が、それによって、ロシア連邦憲法裁判所が、ロシアに対する告訴に関して、ECHRの判決を行使するために、他の法律に対するロシア連邦憲法の優越性および優先性の諸原則に基づいて、その行使の是非をめぐる問題の解決を可能なものにする特別な法手続きを導入すべきである⁽⁷⁴⁾」との提案を行っており、この判決において、ロシア連邦憲法裁判所は、ECHRの決定がロシアの連邦憲法と矛盾していない場合においてのみ、同国内での執行が可能であるとの判断を示した。

2015年12月に発効したこの新たな改正法は、「憲法裁判所が、それによって、ECHRをはじめとする国際的な人権諸機関の判決が、行使し得るものであるのか、ないのかを決定するプロセスを定義するものであり、それは、ロシア憲法の解釈のために、権限のある連邦行政機

関の特別な要請もしくはロシア大統領およびロシア政府の要請において、開始され得るものである⁽⁷⁵⁾」と規定している。また、同改正法は、「もし憲法裁判所が、国際人権機関の判決が行使され得ないという帰結へと至る判決を出すならば、または、憲法裁判所がロシア憲法の諸規定がその判決の行使を認めるものではないと解釈するならば、このことは、ロシアにおける判決の行使を目的とする如何なる行動もしくは行為を遂行または採択することが禁止されるということの意味するであろう⁽⁷⁶⁾」とされている。先述のロシア憲法裁の判決「No.21-II」では、「憲法裁判所が、例外的な場合において、もし、それがロシア憲法の基本的な原則および規範の違反を回避するための唯一可能な道であるならば、ECHRの判決を行使する義務からロシアが離れることができる⁽⁷⁷⁾」と言及されており、同改正の主たる目的もまたここにあると指摘することができるだろう。ロシア憲法裁は、この改正が、オーストリア、イギリス、ドイツおよびイタリアの事例と同じく、「ECHRのバランスのとれたアプローチを保証する⁽⁷⁸⁾」ことを目的としたものであり、それが、「ほとんどの場合において、ロシア憲法と人権条約との間に軋轢を生じさせることはない⁽⁷⁹⁾」と述べているが、例えば、CE議会会議のアンネ・ブラッスール議長は、それが欧州人権条約に基づく「人権保護制度の権威と効率性を掘り崩すことになる」と警鐘を鳴らしつつ、ロシアによるこの法的措置に対して遺憾の意を表明している⁽⁸⁰⁾。

2015年12月のこの新たな改正法は、ロシア連邦憲法裁判所に国際人権機関の判決が合憲であるか否かの決定を行う高い権限を認めるものであり、その意味において、同改正法はロシア憲法裁の権限の強化につながるものであると言えるが、同憲法裁が政権による強い政治的圧力に晒されている現状において、この法的措置が同国における政治の司法化の誘因となり得るものであるのか、その是非については、現時点では定かではない。ECHRとロシア連邦憲法裁判所との間には、先に記したマルキン訴訟をめぐる対立以上に深刻な問題が山積みされて

いる。ユーコスの株主たちに対する18億ユーロの支払いを命じたECHRの判決、同人権裁判所のFSB（ロシア連邦保安庁）の電話盗聴に関わる「ローマン・ザハロフ対ロシア」判決、外国エージェント法やベスラン事件、ロシアによるクリミア併合をめぐる問題などはECHRとロシア連邦憲法裁判所との間の潜在的な対立の可能性を大きく秘めたものであると考えられ、2015年12月に発効した新たなロシア連邦憲法裁判所法の改正に基づく今後の展開が、この両裁判所間の関係にどのような政治的影響を与えるものとなるのか、また、それが、ロシアにおける司法の政治化もしくは政治の司法化という文脈との関係において如何なる意味を持つものとなるのか、その推移を注意深く見守っていくことが必要であると言えるだろう。

おわりに

メドヴェージェフが大統領に就任した2008年、彼は、ロシアの現行の司法制度が同国指導部の政治的利害に利用されているという問題を「リーガル・ニヒリズム」と呼び、「政治的影響から裁判所をより独立した存在にするために真摯に努めていく」姿勢を示した⁽⁸¹⁾。ロバート・オチュングは、裁判官の地位をはじめとするロシアにおける司法の独立性の欠如について指摘した上で、今日の同国の裁判制度が直面する中心的な問題として、裁判所の決定の未執行率の高さ、判決前の根拠のない市民の拘留、裁判手続きの長期にわたる遅延および裁判所による情報公開の欠如といった基本的な弊害を挙げている⁽⁸²⁾。また、彼は、「独立した裁判所の欠如が、ロシアの政治的野党を当局からの恒久的な圧力に対して脆弱なものにしている⁽⁸³⁾」と述べた上で、現在の「プーチンの施政が、反対グループに対して広範な嫌がらせを行うために裁判所を組織的に利用している⁽⁸⁴⁾」状況に大きな批判の目を向けている。

2008年以降のプーチン＝メドヴェージェフ政権下のロシアでは、官

僚の汚職を摘発しようとして逆に逮捕された弁護士セルゲイ・マグニツキーが審理前の拘留中に拷問で死亡した事件に関わる訴訟、チェチェン問題で政権を公然と批判し暗殺された著名なジャーナリストのアンナ・ポリトコフスカヤの容疑者に関わる訴訟、資産隠匿を主張する検察により2度目の審理が開始されたミハイル・ホドルコフスキーおよびユーコス問題に関わる訴訟、ヘロイン売買で禁固刑を受けた野党活動家の妻タイシヤ・オシポーヴァに関わる訴訟、プーチンに批判的な芸能活動を行ったロック・グループ「プッシー・ライオット」の2人の女性メンバーの禁固に関わる訴訟など、この数年だけでも、反政権の色調を帯びた政治的事件に関わる幾多の訴訟を取り上げることができる。これらの訴訟のほとんどが同国の裁判所において政権寄りの判決を見ており、これらの事件はまた、被告の自由と人権の侵害をめぐる問題に大きく関わるものである。ロシアにおける最近のこうした状況は、CEをはじめとする国際機関からの厳しい批判の目に晒されている。例えば、上述のセルゲイ・マグニツキー訴訟に関する報告書を作成したCEの議員会議であるPACEの書記アンドラス・グロスは、この訴訟を「所管の省庁、検事総局、調査委員会および幾つかの裁判所の上級官僚たちが関与した大規模な隠ぺい工作⁽⁸⁵⁾」として記述している。

以上のように、現政権下のロシアにおいて、憲法裁判所をはじめとする同国の司法府に対する政権による政治圧力の強化については多くの論者が指摘するところであるが、特に、プーチン以後の憲法裁判所をはじめとするロシアの司法府が、その政治姿勢において、政権に対してより迎合的なものになっていることは確かな事実であると思われる。ロシア連邦憲法裁判所との関係で言えば、本論でも言及したように、2014年になされたクリミア自治共和国とセヴァストポリ特別市を連邦構成主体としてロシア連邦に編入することを定めた国家編入条約の合憲性の認定や政治活動に関する外国から資金提供を受けるすべてのNGOに対して外国のエージェント機能を有する組織としての登録を

義務づけた外国エージェント登録法の合憲性の裁定など、内外の注目を集めたこれらの問題に対するロシア連邦憲法裁判所の最近の一連の判断は、同裁判所のこうした政権寄りの姿勢を如実に示すものであると考えられる。このように、プーチン以後のロシアにおいて、現在のロシア連邦憲法裁判所は、独立した司法審査機関としての自らの政治的中立性を維持することがとても困難な状況下に置かれていると言えるだろう。

本稿の冒頭でも記したりチャード・サクワは、こうしたプーチン以後のロシアにおいて、エリツィン時代の1990年代の同国においても見られた疑似立憲主義的な傾向が著しく進んでいると論じる。彼によれば、「立憲国家の構造と、市民社会、特に、政党と議会のアカウントビリティの構造との間に、行政レジームが現れ」、その「疑似立憲主義的な制度の創設が、1993年憲法の精神を侵食した」とされる⁽⁸⁶⁾。例えば、プーチンは2000年に、大統領が議長を務める協議機関として、連邦構成主体の執行機関の長により構成される国家評議会を創設したが、同評議会は、上院である連邦会議に類似した機能を持つものである。また、政府の協議機関である2005年に創設されたロシア社会公共院は、「法案と議会の活動を監視し、連邦および地域行政の活動を審査し、また、議会や政府に対して、国内問題についての拘束力のない勧告を行い、法令違反の嫌疑を取り調べ、国の諸機関からの情報提供を要請する」権限をもっている⁽⁸⁷⁾。この2つの協議機関は、「議会の幾つかの審議上の代表機能に比肩するものであり、それ故に、議会の役割を損なう⁽⁸⁸⁾」ものとなっている。こうしたプーチン以後のロシアにおける疑似立憲主義的な政治の在り方は、憲法秩序とは別に大統領の実質的な権力強化の方向へと導くものであり、現行憲法で定められた議会をはじめとする国家の公的諸機関の権威を大きく掘り崩すものであると考えられる。

このようなプーチン以後のロシア政治の現実にあって、憲法裁判所をはじめとする同国の司法機関が置かれている状況は、長年にわたる

司法審査の経験を育んできた欧米諸国の民主主義的な観点から判断すれば、基本的に、政治の司法化ではなく、司法の政治化という文脈で論じられがちであると考えられる。確かに、ソ連崩壊の時期から現在へと至るロシア連邦憲法裁判所の活動をめぐる基本的なプロセスは、同憲法裁判所の権限を相対的に制限するものとなっており、これに加えて、プーチン以後の時代における政権による政治圧力の高まりは、ロシアにおける司法の独立をめぐる問題にとって望ましいとは言えない数々のネガティブな影響を与えている。しかし、ロシアには、欧米民主主義諸国とは異なって、これまで、「市民の権利を保護し、かつ、独立した司法機関をもつ法治国家を維持するという伝統が欠如」しており⁽⁸⁹⁾、1991年に憲法裁判所が同国において初めて創設されてから、まだ四半世紀の月日を数えたに過ぎない。アンドレイ・ティガンコフは、現在のロシアの政治制度が「民主主義とも、確立した権威主義体制とも言えない」状況にあり、「同国の制度を権威主義的なものとして提示する欧米諸国の評価は、しばしば、ロシアについての欧米との潜在的に誤解を招く比較に基づいている」と論じた上で、「研究者が、主として、すべての国家を並べて比較するよりも、むしろ、ロシアをそれ自らの歴史的な文脈の中に位置づける」観点こそが肝要であるとの指摘を行っている⁽⁹⁰⁾。

先にも言及したように、憲法裁判所の活動は、ロシアにおいて、まだその途に就いたばかりである。欧米諸国の基準に従えば、憲法裁判所をはじめとするロシアの司法府が有する権威は未だ高いものであるとは言えないが、しかし、憲法裁判所を中心とする憲法監督制度の存在はこれまでのロシアの歴史には見られなかった現象であり、特に、憲法裁判所の活動は、1993年憲法下の同国において、市民の憲法上の権利と自由の侵害に関わる問題との関係で少なからぬ重要な役割を果たしてきたと考えられる。それ故に、同裁判所の今後の活動は、ロシアの政治的近代化と民主化プロセスを進展させる上で、決して無視し得ない潜在的な可能性を有するものであると考えられる。ECHRと

の関係で言えば、例えば、ロシア連邦憲法裁は、2009年11月、欧州人権条約第6議定書の批准問題との関連において、「1999年以降とられてきた死刑適用・執行の凍結措置を、2010年1月1日以降も引き続き維持することを決定」しており、同国の死刑制度をめぐる判断に際して、その審理が「ロシア連邦の国際条約及び一般に認められた「国際法の原則と規範」の諸規定も考慮に入れて実現されなければならない」との裁判所としての明確な立場を示している⁽⁹¹⁾。CEとの関係をはじめとするこうした、いわゆる「司法のグローバル化」をめぐる問題とのロシア連邦憲法裁との関係性はロシアにおける民主化プロセスの進展と密接に結びついたものであると言えるだろう。

最後に、本論で論じた ECHR との政治対立問題との関連で、ロシア連邦憲法裁判所の最近の判決に一言触れて、本稿の締め括りとしたい。2016年4月、ロシア連邦憲法裁判所は、昨年12月にロシア連邦憲法裁判所法の新たな改正法が発効して初となる ECHR 判決の合憲性に関わる問題についての判決 (No.12-II/2016) を下した。この判決において、ロシア憲法裁は、囚人の選挙権行使を禁じるロシア連邦憲法の規定に関わる問題を取り扱った2013年7月4日の「アンチュゴフおよびグラドコフ対ロシア」訴訟における ECHR の判決について、「これらの市民が、特別に重い犯罪の犯行のために、長期にわたって、自由の剥奪の判決を受けており、かつ、それ故に、ECHR によって作成された基準に従ってさえ、選挙権の行使を期待することができない⁽⁹²⁾」ことを主たる理由として、ロシアの条約違反を指摘した上記の ECHR 判決を実行に移すことは不可能であるとの判断を示した。ECHR とロシア連邦憲法裁判所の法的関係性をめぐるこの問題がどのような決着を見るのか、今後の具体的な進展が大いに待たれるところである。

(1) Sakwa, Richard. 2009. *Power and Policy on Putin's Russia*, Routledge, p.10.

(2) Thorson L, Carla. 2012. *Politics, Judicial Review, and the Russian Constitutional Court*, Palgrave macmillan, p.1 を参照。

- (3) 小森田秋夫編 2003『現代ロシア法』、東京大学出版会、138頁を参照。
- (4) 河原祐馬 2015「ロシアにおける政治の「司法化」：憲法監督制度をめぐる問題との関連で」『岡山大学法学会雑誌』第64巻第3・4号、4頁を参照。
- (5) Thorson, *op.cit.*, p.33.
- (6) 河原前掲論文、6頁を参照。
- (7) Thorson, *op. cit.*, p.39.
- (8) 小森田前掲書、139頁を参照。
- (9) 同上。
- (10) 同上、140頁。
- (11) この時期の憲法裁判所によってなされたもう一つの重要な決定は、共産党を非合法化し、かつ、その財産を国有化するという1991年秋に出された大統領令に関わるものである。1992年11月、同裁判所は、エリツィン大統領の行為の合憲性を審査しつつ、1991年8月のクーデター未遂事件の余波の中で大統領が行ったこの行為は同大統領の権限の範囲内でなされたものであったこと、しかし、共産党の党员たちが一般市民に働きかけて「草の根」的な諸組織をつくることを同大統領が禁止する権限を有してはいないとの裁定を行った（河原前掲論文、8頁を参照）。
- (12) 小森田前掲書、140頁。
- (13) 「ロシア連邦憲法裁判所の主な判決・決定」[http://ruseel. World. Coosan.jp / RCC index. htm](http://ruseel.World.Coosan.jp/RCC/index.htm) (14.10.2014).
- (14) Попорница, Б.Н., Ю.М. Батурина и Р.Г. Орехова, *Конституция Российской Федерации: Комментарий*, Юридическая Литература, стр. 522-523.
- (15) *Там же*, стр. 523-524.
- (16) 1994年のロシア連邦憲法裁判所法は、司法資格委員会の推薦に基づく形で大統領が指名し、連邦会議での単純多数決による承認をもって、同裁判所の裁判官を任用すると定めているが、中央と地方との権限をめぐる政治的な利害関係を背景として、連邦構成主体の代表たちから成る連邦会議は大統領に指名された候補者たちを厳しい審査に晒し、こうした候補者たちの多くが同会議によって拒否された。1994年7月から19人目の最後の委員が決定された1995年2月までに約7カ月の月日を要した（河原前掲論文、19頁を参照）。
- (17) 小森田前掲書、141頁。
- (18) 1994年7月のロシア連邦憲法裁判所法の制定当初では、この19人の裁判官たちはそれぞれ10人と9人という割り振りで2つの小法廷に配置された。ほとんどの訴訟はこの2つの小法廷で審理されるが、ロシア連邦憲法と共和国憲法や地域の憲章との合憲性を争う訴訟や憲法解釈および大統領の弾劾手続きといった特に重要な判断を求められる裁定については、

- これとは別に、全員参加の大法廷が開廷されるとされた (Thorson, *op. cit.*, p.45)。
- (19) 小森田前掲書、141-142 頁。
- (20) Danks, Catherine. 2009. *Politics Russia*, Pearson-Longman, p.212.
- (21) Thorson, *op. cit.*, p.121.
- (22) *Ibid.*, pp.121-122.
- (23) *Ibid.*, p.122.
- (24) 河原前掲論文、24 頁を参照。
- (25) 佐藤史人 2014. 「現代ロシアにおける権力分立の構造—大統領権限をめぐる憲法裁判の展開」『法政論集』、482 頁。
- (26) 同上、497 頁。
- (27) Remington F, Thomas. 2010. *Politics in Russia*, Pearson-Longman, p.237.
- (28) Shiraev, Eric. 2013. *Russian Government and Politics*, Palgrave macmillan, p.139.
- (29) 前掲資料「ロシア連邦憲法裁判所の主な判決・決定」を参照 (14.10.2014)。
- (30) Herspring R. Dale. 2007. *Putin's Russia: Past Imperfect, Future Uncertain*, Rowman & Littlefield, p.109.
- (31) ロシア連邦憲法裁判所ホームページ <http://www.ksrf.ru/ru/Pages/default.aspx> 10.06.2016 を参照。
- (32) 同上 (20.01.2016)。
- (33) Thorson, *op. cit.*, pp.147-149.
- (34) Orttung, Robert W. 2011. “Russia”, Sylvana Hadbank-Kolaczowska and Christopher T. Walker (eds), *Nations in Transit 2011: Democratization from Central Europe to Eurasia*, Freedom House, p.469.
- (35) Thorson, *op.cit.*, p.46.
- (36) *Ibid.*, p.152.
- (37) Orttung 2011, *op.cit.*, p.469.
- (38) Orttung, Robert W. 2010. “Russia”, Sylvana Hadbank-Kolaczowska and Christopher T. Walker (eds), *Nations in Transit 2010: Democratization from Central Europe to Eurasia*, Freedom House, p.449.
- (39) Orttung, Robert W. 2012. “Russia”, Sylvana Hadbank-Kolaczowska and Christopher T. Walker (eds), *Nations in Transit 2012: Democratization from Central Europe to Eurasia*, Freedom House, p.464.
- (40) Orttung 2011, *op.cit.*, p.468.
- (41) Orttung 2004. “Russia”, Sylvana Hadbank-Kolaczowska and Christopher T. Walker (eds), *Nations in Transit 2004: Democratization from Central Europe to Eurasia*, Freedom House, p.485.

- (42) Thorson, *op.cit.*, p.145.
- (43) Trochev, Alexsei. 2009. “All Appeals Lead to Strasbourg? : Unpacking the Impact of the European Court of Human Rights on Russia”, *Demokratizatsiya*, No.2, Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper 1082, p.147.
- (44) 杉浦一孝 2012 「人権保障におけるロシア憲法裁判所とヨーロッパ人権裁判所」『比較法研究』73号、205-206頁を参照。
- (45) Press country profile “Russia” http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Russia_Eng.pdf, Last uploaded: January 2016, p.1.
- (46) 門田孝 2012 「人権保障におけるドイツ連邦憲法裁判所とヨーロッパ人権裁判所」『比較法研究』73号、172-173頁を参照。
- (47) Trochev, *op.cit.*, p.149.
- (48) *Ibid.*, p.149.
- (49) *Ibid.*
- (50) 杉浦前掲論文、206頁を参照。
- (51) Trochev, *op.cit.*, p.149.
- (52) Press country profile “Russia”, pp.2-5.
- (53) Orttung, Robert W. 2008. “Russia”, Sylvana Hadbank-Kolaczowska and Christopher T. Walker (eds), *Nations in Transit 2008: Democratization from Central Europe to Eurasia*, Freedom House, p.488.
- (54) Danks, *op.cit.*, p.223.
- (55) Trochev, *op.cit.*, p.148.
- (56) *Ibid.*
- (57) *Ibid.*
- (58) *Ibid.*, p.158.
- (59) *Ibid.*, p.146.
- (60) *Ibid.*, p.147
- (61) Pomeranz, William E. 2012. “Uneasy Partners: Russia and the European Court of Human Rights”, *Human Rights Brief* 19, no.3, p.17. http://www.american.edu/hrbrief/19/3_pomeranz.pdf #search=Russia%2c + (15.03.2016).
- (62) *Ibid.*
- (63) 小森田秋夫・佐藤史人 2011. 「ロシア連邦憲法裁判所の判決—2011年」、『法律時報』84巻5号、131頁。
- (64) Pomeranz, *op.cit.*, p.18.
- (65) 建石真公子 2012. 「総論」(ミニ・シンポジウム「人間保障における憲法裁判所とヨーロッパ人権裁判所」)、『比較法研究』73号、167-168頁。
- (66) Pomeranz, *op.cit.*, p.19.
- (67) *Ibid.*, p.18-19.
- (68) *Ibid.*, p.19.

- (69) Pomeranz, *op.cit.*, p.19.
- (70) *Ibid.*
- (71) *Ibid.*
- (72) 小森田・佐藤前掲論文、132頁を参照。
- (73) 当時、この法案が取り下げられた理由の一つとしては、「人権裁判所が下す膨大な判決の事後審査は、連邦憲法裁の裁判官の大幅な増幅なくして不可能」といった事情などを考えることができる（小森田・佐藤前掲論文、132頁を参照）。
- (74) Julia Zagonsk and Pavel Boulatov, “Russian law on the priority of the RF Constitution over resolutions of intergovernmental human right bodies”, *White&Case*, 02.02.2016. p.1. <http://www.whitecase.com/publications/alert/russian-law-priority-rf-constitution-over-resolutions-intergovernmental-human> (15.03.2016).
- (75) “Law on the Procedure for Review by the Constitutional Court of the Russian Federation of Enforcement of ECHR Judgments”, *Debevoise&Plimpton*, 21.12.2015, p.1. 20151221a_law_on_the_procedure_for_review_by_the_constitutional_court_of_echr_judgments_1.pdf. (02.03.2016).
- (76) *Ibid.*, pp.1-2.
- (77) *Ibid.*, p.1.
- (78) “Putin signs law allowing Russia to declare decisions of ECHR unconstitutional”, *Tass*, 15.12.2015, p.2.
- (79) Julia Zagonsk and Pavel Boulatov, *op.cit.*, p.5.
- (80) Philip Leach and Alice Donald, “Russia Defies Strasbourg: Is Contagion Spreading?”, *European Human Rights Advocacy Centre*, 19.12.2015. pp.3-4. <http://www.ejitalk.org/russia-defies-strasbourg-is-contagion-spreading>. (04.01.2016).
- (81) Orttung 2008, *op.cit.*, p.432.
- (82) *Ibid.*, p.433.
- (83) Orttung, Robert W. 2014. “Russia”, Sylvana Hadbank-Kolaczowska and Christopher T. Walker (eds), *Nations in Transit 2014: Democratization from Central Europe to Eurasia*, Freedom House, p.527.
- (84) *Ibid.*
- (85) *Ibid.*, p.528.
- (86) Sakwa, *op.cit.*, p.10.
- (87) *Ibid.*, p.11
- (88) Remington F, *op.cit.*, p.65.
- (89) Sakwa, *op.cit.*, p.7.
- (90) Tsygankov P., Andrei. 2014. *The Strong State in Russia*, Oxford Univ. Press, p.139.

(91) 島村智子 2010. 「ロシア—死刑の凍結措置をめぐる憲法裁判所の判断」『ジュリスト』No.1397、97頁。

(92) “By the Judgment of 19th April, 2016 No.12-P/2016 the Constitutional Court resolved the question of the possibility to execute in accordance with the Constitution of the Russian Federation the Judgment of the European Court of Human Rights of 4th July, 2013 in the case of *Anchugov and Gladkov v. Russia*”, p.2. ロシア連邦憲法裁判所ホームページを参照。
[http://www.ksrf.ru/Decision/Judgments/Documents/ Resume 19042016.pdf](http://www.ksrf.ru/Decision/Judgments/Documents/Resume_19042016.pdf)
(19.05.2016).

- * 本稿は、2016年度日本比較政治学会研究大会での報告ペーパーに加筆修正を加えたものであり、平成28年度日本学術振興会科学研究費補助金・基盤研究(B)「東南アジアにおける政治の民主化と司法化」(研究代表者 玉田芳史)による研究成果の一部である。

フランスにおける 同性愛嫌悪表現の法規制について

光 信 一 宏

- I はじめに
- II 差別防止機構設置法第三章
- III ヴァネスト事件
- IV むすび

I はじめに

フランスは、同性愛に関し「両義的な国」であり、1791年に他国に先駆けてソドミー罪を廃止する一方、「伝統的に同性愛を罪と恥辱に結びつけてきた」といわれる⁽¹⁾。

実際、フランスでは毎年、性的少数者（LGBT）に対する差別事件が多発している。SOS ホモフォビアという団体が1996年以降、自己申告にもとづく被害の実態調査を行い、年次報告書にまとめているが、それによると、被害件数は1996年から2002年まで年間200～400件台であったのが、従来の電話と手紙に加えEメールによる申告を受けつけた2003年に653件に増加した。そして2004年から2012年まで概ね年間千数百件で推移し、同性婚法⁽²⁾が制定された2013年には3500件を超えている（2104年は2197件、2015年は1318件に減少）⁽³⁾。また被害の内容は、2015年では、「拒絶・無視」（55%）、「侮辱」（48%）、「差別的取り扱い」（18%）、および「ハラスメント」（17%）などとなって

いる（複数回答）⁽⁴⁾。

フランスにおいて同性愛嫌悪の刑事規制が主題として前景化されるのは1980年代以降であり、第二次世界大戦後しばらくは、同性愛——正確には、成人年齢に達しない同性の相手との合意にもとづく性行為——の禁止が基調をなしていた。すなわち1945年2月8日のオルドナンス⁽⁵⁾は、ヴィシー体制下の法律を踏襲し、刑法典に、「21歳未満の同性の未成年者」と淫らなまたは自然に反する行為を行った者に拘禁刑および罰金刑を科す規定を置いたのである。ちなみに異性との合意にもとづく性行為が処罰の対象となるのは、相手が15歳未満の場合に限られる。成人年齢は1974年に21歳から18歳に引き下げられたが、こうした性的同意年齢における差別が消滅するには、性的同意年齢を一律に15歳とする1982年8月4日の法律⁽⁶⁾の制定を待たねばならなかった。

ともあれ同性愛が非処罰化されるに伴い、今度は同性愛嫌悪の処罰化が進められていった⁽⁷⁾。その第一歩が1985年7月25日の法律⁽⁸⁾であり、刑法典に「品行 (mœurs)」を理由とする雇用の拒否や財物または役務の提供の拒否等の処罰規定を置いた。品行 (素行) という言葉は性的指向 (orientation sexuelle) を意味していたとされる⁽⁹⁾。そして2001年11月16日の差別禁止法⁽¹⁰⁾によって、差別禁止事由の一つに「性的指向」が加えられた。

このように当初、処罰の対象が一定の同性愛嫌悪行為に限られていたが、一方、同性愛嫌悪表現 (同性愛者に対する差別的表現) についても、同性愛者団体を中心に規制を求める声が高まり、紆余曲折を経て、2004年に法律が制定された。「差別と闘い、平等を促進する高等機構の創設に関する2004年12月30日の法律第1486号⁽¹¹⁾」 (以下「差別防止機構設置法」という) の第三章であり、「性差別的または同性愛嫌悪的な差別的言辞に対する闘いの強化」という表題がつけられている。フランスは、ヨーロッパではベルギー、デンマーク、スペイン、オランダおよびスウェーデン等に続く同性愛嫌悪表現の処罰国になったのである。

本稿は、差別防止機構設置法第三章の制定の経緯、同性愛嫌悪表現規制の評価、および主要事例を中心に考察するものである⁽¹²⁾。なお差別防止機構設置法第三章は性別や障害を理由とする差別的表現も禁じているが、立ち入らない。

II 差別防止機構設置法第三章

一 フランスでは、差別防止機構設置法第三章が制定されるまで、同性愛嫌悪表現は、名誉毀損罪（出版自由法 32 条 1 項）、侮辱罪（同 33 条 2 項）または犯罪の教唆罪（同 23 条、24 条 1 項）等にあたる場合を除き、処罰の対象とならなかった。1980 年代初頭の例であるが、「私は同性愛者を障害者のように敬いますが、もし同性愛者が自分の障害を健全さとみなすことを望むならば、賛成しないと言わざるを得ません」というように同性愛者を障害者と同一視する発言を行ったストラスブールの司教を、同性愛者団体が名誉毀損罪の容疑でストラスブール大審裁判所に訴えたが、同裁判所は、同性愛者という法人格のない集団に対しては、その構成員が直接的な被害を受けない限り、名誉毀損罪が成立しないとして訴えをしりぞけ、二審のコルマル控訴院もそれを支持している⁽¹³⁾。なお人種差別表現については、1972 年にプレヴェン法⁽¹⁴⁾が制定され、出生または特定の民族、国民、人種もしくは宗教への帰属の有無を理由とする人または人の集団に対する名誉毀損、侮辱、および差別・憎悪・暴力の扇動が禁じられており、同様の問題は生じない。

法律のこうした不備の是正を求める同性愛者らの運動が始まった時期は定かでないが、運動が大きな盛り上がりを見せるのが 1990 年代末のことである⁽¹⁵⁾。民事連帯契約（PACS）を結んだ異性および同性のカップルを保護するパクス法案⁽¹⁶⁾の賛否をめぐって世論が二分されるなか、1999 年 1 月 31 日にパリで行われた反対派の最大規模のデモにおいて「ホモを火刑に」がスローガンとされるなど、同性愛嫌悪が激化

する事態に危機感を持った SOS ホモフォビア、アクト・アップ・パリ、ゲイ・レズビアンセンターなどの諸団体が共同で、性別、性自認または性的指向を理由とする差別的表現の規制を内容とする法案を作成し、上下両院の全議員に送った⁽¹⁷⁾。

そして同性愛者らのロビー活動を背景に、議会の諸会派が法案を提出したが、本会議の審議に付されたおそらく唯一のものが、フランス社会党のパトリック・ブローシュ下院議員らの「差別的言辞の処罰に関する法律案第 1194 号⁽¹⁸⁾」である。詳細は省くが、性別、健康状態、障害、品行または性的指向を理由とする人または人の集団に対する名誉毀損、侮辱および差別・憎悪・暴力の扇動を禁じている。法案は 2003 年 11 月 27 日の下院の本会議において国民運動連合など与党議員の反対多数で否決される⁽¹⁹⁾が、反対票を投じた議員の中に、内閣法案の作成——当時、ラファラン首相の指示により、関係省の代表者からなる作業グループが活動を開始していた——を支持した者がいた⁽²⁰⁾ことが注目される。

二 こうしたなか、年が明けた 2004 年 1 月 16 日に、セバスティアン・ヌーシェという同性愛者が自宅の庭で何者かによって火をつけられ、瀕死の重傷を負うという事件が起きる⁽²¹⁾。目撃者はいなかったが、昏睡状態から脱した青年は、「死ね。汚れたホモ野郎」と罵声を浴びせられたことや、犯人の一人が過去に彼を襲撃して服役した男であることを証言した⁽²²⁾。そして事件の発生を受け、ペルベン司法大臣はマスコミに対し、規制法案の作成を急ぐ意向であることを表明した⁽²³⁾。

こうして 6 月 23 日に、ラファラン内閣によって「性差別的または同性愛嫌悪的な差別的言辞に対する闘いに関する法律案⁽²⁴⁾」(以下「6 月 23 日法案」という)が下院に提出された⁽²⁵⁾。提案理由によると、2003 年 3 月 18 日の国内治安法⁽²⁶⁾および 2004 年 3 月 9 日の第二ペルベン法⁽²⁷⁾によって、刑法典に、被害者の性的指向を理由とする特定犯罪(殺人、拷問、暴力、強姦、性的攻撃、脅迫、窃盗および強要)の重罰規定が置かれたが、さらに、こうした同性愛嫌悪犯罪を誘発するおそれのあ

る差別的、暴力的メッセージの流布をより一層処罰できるようにすべきである。しかし出版自由法には明らかな不備があるとして、次のような改正が提案されている（括弧内は改正後の出版自由法の条数）。

(1) 同性愛嫌悪表現罪の新設

① 性別または性的指向を理由とする憎悪扇動罪

出版自由法 23 条の定める公表手段⁽²⁸⁾によって行われる性別または性的指向を理由とする人または人の集団に対する差別・憎悪・暴力の扇動に、1 年の拘禁および 4 万 5000 ユーロの罰金またはそのいずれかの法定刑を科す（24 条 9 項）。累犯の場合は刑を加重しうる（63 条）。また裁判所は被告に判決文の掲示または頒布を命じ、公民権を剥奪することができる（24 条 9 項）。

② 性的指向を理由とする名誉毀損罪および侮辱罪

出版自由法 23 条の定める公表手段によって行われる性的指向を理由とする人または人の集団に対する名誉毀損および侮辱に、それぞれ 1 年の拘禁および 4 万 5000 ユーロの罰金またはそのいずれか、6 カ月および 2 万 2500 ユーロの罰金またはそのいずれかの法定刑を科す（32 条 3 項、33 条 4 項）。累犯の場合は刑を加重しうる（63 条）。また裁判所は被告に判決文の掲示または頒布を命ずることができる（32 条 3 項、33 条 4 項）。

(2) 団体訴権の付与等

上述の憎悪扇動罪、名誉毀損罪および侮辱罪について、犯罪が行われた 5 年以上前に届け出をしていた性的指向——性別を理由とする憎悪扇動罪については性別——による差別と闘う団体、およびこれらの差別の犠牲者を支援する団体に私訴原告人の権利を付与する。ただし被害者が個人の場合、団体の訴えは本人の同意が得られたことを証明した場合に限り認められる（48 条の 4、5）。また名誉毀損罪および侮辱罪の場合、被害者の告訴に加えて、検察官の職権による訴追が認められる（48 条 6 項）。

(3) 時効期間の拡張

上述の憎悪扇動罪、名誉毀損罪および侮辱罪の時効期間を通常の出
版犯罪における3カ月でなく、1年とする(65条の3)。

6月23日法案は、「出生または特定の民族、国民、人種もしくは宗教
への帰属の有無」を理由とする人または人の集団に対する名誉毀損、
侮辱および差別・憎悪・暴力の扇動を犯罪として処罰するとともに、
犯罪が行われた日から5年以上前に届け出をしていた人種差別と闘う
団体に私訴原告人の権利を認めるプレヴェン法(前述)、および人種差
別表現罪の時効期間を1年とする第二ペルベン法(前述)にならったも
のといえよう。

だが法案——夏の臨時会期に予定されていた審議が10月の通常会期
に持ち越された——に対しては、報道機関、カトリック教会、女権団
体および同性愛者団体等から批判や要望が出され⁽²⁹⁾、さらに11月18
日に独立行政機関の国家人権諮問委員会(CNCDH)が撤回を勧告する
意見を採択した⁽³⁰⁾。諮問委員会が同性愛嫌悪表現の処罰に反対した理
由は概ね次のとおりである。

第一に、処罰が人間相互の差異を超越する人権の普遍性に反するこ
とである。人はある属性のゆえに保護されるのではなく、それ自体とし
て保護されるべきである。特定階層の保護は他の階層を犠牲にし、権
利の平等を侵害するおそれがある。同性愛者の保護は、性的指向を民
族的出自、国籍、性別および宗教と同じアイデンティティーに格上げ
し、フランスの社会を様々な性的コミュニティに分裂させるもので
あり、コミュニタリズム(共同体主義)の傾向に拍車がかかろう。また
性的指向が特別な保護を必要とするという論証がなされていない。

第二は、表現の自由の侵害である。6月23日法案は、人種的名誉毀
損罪、同侮辱罪、同憎悪扇動罪およびホロコースト否定罪を除く出版
犯罪について拘禁刑の廃止を提言した2000年3月2日の国家人権諮問
委員会の意見⁽³¹⁾、およびそれに従った同年6月15日の無罪推定法⁽³²⁾
90条や、表現の自由を重んずる欧州人権裁判所の判例⁽³³⁾等に逆行する。

性別や性的指向による差別が深刻であることは確かだが、不寛容との闘いは自由の制限でなく、教育、情報提供および討論等の手段に訴えるのが最も効果的である。諮問委員会は、「人の最も貴重な権利の一つ」(1789年人権宣言11条⁽³⁴⁾)である思想および意見の自由な伝達によって、フランス社会は差異の承認および各人の尊厳の尊重へと進歩してきたのであり、これからも進歩し続けるであろうと述べて、意見書を結んでいる⁽³⁵⁾。なおジャン＝マリ・リュスティジェ枢機卿の個別意見があり、同性愛および同性愛者の子育て(homoparentalité)⁽³⁶⁾の問題については社会生活および文明の性格を議論する必要があるが、性的指向を理由とする名誉毀損罪および侮辱罪の規定が明確でなく、表現の自由を不当に侵害するおそれがあると批判している。

三 国家人権諮問委員会の意見が採択された5日後に、6月23日法案は下院の議題から外される。だが内閣は、差別防止機構設置法案を審議していた上院第一読会に、6月23日法案とほぼ同内容の条文を追加する修正案(以下「内閣修正案」という)を提出しており⁽³⁷⁾、撤回の勧告に従ったわけではない。むしろ政府総事務局長は、「(同性愛嫌悪表現規制だけでなく)人種差別表現規制の正当性までもが揺らぎかねない」、「女性や同性愛者に対する暴力の実情を考慮していない」と諮問委員会の意見を批判している⁽³⁸⁾。

ただし内閣修正案の内容は6月23日法案と同一というわけではなく、次のような変更がなされている。①性別を理由とする名誉毀損罪および侮辱罪を設けたこと。②性別または性的指向を理由とする差別・憎悪・暴力の扇動にいう「差別」に、「刑法典225条の2および432条の7に定められた」という限定を付したこと。③時効期間を3カ月に短縮したこと。

これらの変更点のうち、特に注目されるのが②である。差別について刑法典225条の1は、同条の列挙事由——性的指向が含まれる——による自然人の間の「あらゆる区別」というように広く定義しており、例えば同性婚に反対することも、異性愛者と同性愛者の区別すなわち

差別の扇動にあたると解される余地がある⁽³⁹⁾。そこで内閣修正案では、差別の意味を、正規の経済活動の妨害や雇用の拒否といった刑法典 225 条の 2 および 432 条の 7 で禁止される差別的取り扱い⁽⁴⁰⁾に限ったのである。

だが憎悪扇動罪の規定にこうした限定を施しても、性的指向を理由とする名誉毀損罪または侮辱罪の問題があり、11月23日の上院第一読会において、クリスティアン・クワンタ上院議員（国民運動連合）は「異性のカップルを『正常なカップル』と言うと、訴えが起こされるおそれがある」ことを指摘した⁽⁴¹⁾。これに対しては、ジャン＝ジャック・イスト上院立法委員会委員長（国民運動連合）が、「同性婚や同性カップルによる養子縁組に反対することは名誉毀損でも侮辱でもなく、民主的議論の中に含まれる」と反論している⁽⁴²⁾が、論戦が行われなまま終わり、内閣修正案は12月7日の下院第二読会⁽⁴³⁾を経て、12月21日の上院第二読会において賛成多数で可決成立した。なお2014年に法改正が行われ、時効期間が1年に変更されている⁽⁴⁴⁾。

四 では、差別防止機構設置法第三章における同性愛嫌悪表現規制をどう評価すべきであろうか。ここでは、前述の国家人権諮問委員会が提起した「人権の普遍性」および「表現の自由」の問題を中心に、主な見解を検討する。

まず、ベルトラン・マテュー（パリ第1大学教授）は同性愛嫌悪表現規制を同性愛者集団への特権の付与ととらえ、これを批判する⁽⁴⁵⁾。マテューが同性愛者個人の保護はともかく、同性愛者集団の保護を非難する理由は、①各人はただ人であるがゆえに同等の尊厳を認められるべきであるという人権の普遍性に反すること、②個人がその意思に反して集団の中に埋没してしまうおそれがあること、および、③平等原則の要請によって他の諸集団についても保護を余儀なくされることである。

そして①に関しマテューは、前述の国家人権諮問委員会の意見⁽⁴⁶⁾のほか、意見の採択の翌日に出た憲法院判決⁽⁴⁷⁾の次の一節を援用してい

る。「(共和国の不可分性、出生・人種・宗教による差別の禁止、共和国の言語および国民主権等をうたう——引用者) 1958年憲法1条ないし3条は出自、文化、言語または信条の共有によって定義されるいかなる集団に対してであれ、集団的権利が承認されることを禁じている。」そしてジャン＝イヴ・モンフォール（ヴェルサイユ大審裁判所所長）も人権の普遍性の観点から同性愛嫌悪表現規制に反対している⁽⁴⁸⁾。

だがこれに対し、グェナエル・カルヴェス（セルジ・ポントワーズ大学教授）がマテューの批判に反論し、フランスの差別禁止法の保護対象は、英米法と異なり、独特のアイデンティティやマイノリティの文化ではなく、属性のない個人（*individu sans qualités*）であると主張している⁽⁴⁹⁾。そしてカルヴェスのこうした理解は、オリヴィア・ブイ＝スアン（エヴリ大学教授）の次のような議論——同性愛嫌悪表現規制を俎上に載せているわけではないが——と符合している。いわく、「差別と政治的に闘おうとする場合、当然、集団への個人の帰属を暗黙裡にまたは明示的に考慮する。だがフランスでは、普遍主義の伝統とこのこうした断絶は暫定的なものにすぎない。断絶の目的は集団間の差異を維持することではなく、差異を消去し、各人がその帰属する集団の如何を問わず同じ扱いを受けられるようにすることである⁽⁵⁰⁾」。法律が「人の集団」に言及しているからといって、それを当該集団への特権の付与とみなすのは論理の飛躍であろう。カルヴェスの見解が妥当である。

一方、1789年人権宣言11条および欧州人権条約10条で保障される表現の自由の問題については、同性愛嫌悪表現規制の正当性ないし必要性をめぐる意見の対立が見られる。

まず規制の歴史的正当性を主張するのが、カロリーヌ・メカリ（弁護士）である。メカリによると、人種差別表現規制は、「第二次大戦中のユダヤ人多数の強制収容所への収容が、大戦前に蔓延したヘイトスピーチによって助長された」という歴史的教訓にもとづいており、同性愛者もユダヤ人と同じ運命を辿ったこと⁽⁵¹⁾から、同性愛嫌悪表現規制についても同様の正当化が可能であるという⁽⁵²⁾。

だが同性愛嫌悪表現規制を人種差別表現規制と同列に置いて論ずることについては、異論もある。セバスティアン・ベナルカザール（私法学博士）の見解がそれであり、人種主義は民主主義体制の転覆をもたらす革命性を有するが、異性愛主義（hétérosexualisme）にはそうした危険がない。そして人種間の不平等を肯定することそれ自体が邪悪であるのに対し、異性カップルと同性カップルの間の不平等を肯定することは必ずしも断罪されるべきでないため、規制の必要性が認められないという⁽⁵³⁾。またナタリ・ドロワン（フランシュ・コンテ大学准教授）もベナルカザールの見解を支持し、同性愛者がナチスの犠牲になった歴史は同性愛嫌悪表現規制を正当化するのに不十分であること、人種差別表現と異なり、同性愛嫌悪表現は公序および民主的秩序の土台を損なうものでなく、処罰の必要性がないことを論じている⁽⁵⁴⁾。

同性愛嫌悪表現規制の必要性については、同性愛嫌悪表現の危険性の内容およびその程度だけでなく、同性愛者が受けている差別の状況等にも照らして総合的に判断すべきであると考えられる。ドロワンは同性愛者が特別な保護を要する弱者ではないとしている⁽⁵⁵⁾が、本稿の冒頭で見た被害の実態を考えると、疑問なしとしない。

ともあれ、同性愛嫌悪表現規制の表現の自由との関係については破毀院の判断が示されている。欧州人権条約 10 条との適合性は次章で取り上げるが、1789 年人権宣言 11 条との適合性については 2013 年 4 月 16 日の破毀院判決⁽⁵⁶⁾がある（憲法院判決はない）。出版自由法 24 条 9 項（性的指向等を理由とする差別・憎悪・暴力の扇動の禁止）について合憲性優先問題（QPC）を憲法院に移送することを求められた破毀院は、当該問題が重大な性質を持たないと判示して移送を認めなかったが、そのように判示した理由の一つとして、同規定による表現の自由の侵害が、他者の名声、尊厳および権利ならびに公序の保護という立法目的から見て必要であり、適合しており、均衡がとれていることを指摘している⁽⁵⁷⁾。規制目的の正当性を承認したうえで、規制の「必要性」、「適合性」および「均衡性（比例性）」という比例原則にもとづく事実上の合

憲判断を行ったわけであり、規制の必要性を否定するベナルカザールらの見解がしりぞけられたとあってよい。なお同日に出た別の破毀院判決⁽⁵⁸⁾では、出版自由法 24 条 8 項（人種等を理由とする差別・憎悪・暴力の扇動の禁止）について——立法目的は人種差別に対する闘いおよび公序の保護であるとされたが——同様の合憲判断をしたことを付言しておく。

Ⅲ ヴァネスト事件

一 フランスにおける性的指向または性自認⁽⁵⁹⁾を理由とする差別的表現に係る刑事裁判の数は少なく、裁判所がこれまでに下した有罪判決は、名誉毀損罪および侮辱罪については、2009 年が 13 件、2010 年が 12 件、2011 年が 11 件、2012 年が 16 件、および 2013 年が 21 件であり、憎悪扇動罪については 2012 年の 1 件を数えるだけである（無罪判決の数は不明⁽⁶⁰⁾）。被害者が自分の性的指向が公にされることを恐れ、訴えを断念するという事情があるのかもしれない。

それはともかく、本章では事例研究としてヴァネスト事件を取り上げる。本件は差別防止機構設置法第三章の最初の適用事例であり、犯罪の成立をめぐる裁判所の判断が分かれた境界事例であるという点でも興味深い。

まず事実の概要を説明する⁽⁶¹⁾と、クリスティアン・ヴァネストは哲学の教授資格を持つカトリック教徒の下院議員（国民運動連合）であるが、2004 年 12 月 7 日、差別防止機構設置法案が審議されていた下院において、同性愛嫌悪表現規制に反対の立場から、「同性愛行為が人類の存続にとって脅威であることは明白です」などと発言し、物議を醸した。

同性愛者の抗議を受けたヴァネストは、2005 年 1 月 26 日付の『ラ・ヴォワ・デュ・ノール (La Voix du Nord)』紙に載ったインタビュー記事の中で次のように釈明した。

「私が暴力を呼びかけたとでも言うのでしょうか？ 私の発言は差別的ではありません。なぜなら私が非難しているのは民族または人種ではなく、行為だからです」、「同性愛は宿命ではありません。人間は自由です。同性愛はやめるか行うかの、いずれかでなければならない行為です。同性愛を行う場合、慎ましやかにそれを行うべきであり、自分を、社会において特別の権利や承認を求めるコミュニティーの一員として誇示すべきではありません。行為は認めますが、集団のアイデンティティーについては拒否します」、「私はただ彼らが集団やコミュニティーではないと考えているだけです。……私はいかなる非難も処罰も求めてはいません。同性愛はできるだけ秘密裡に行うべき個人的な行為です」、「私は同性愛が危険であると言っはいません。私が言ったのは、同性愛が異性愛よりも劣っているということです。もし同性愛を普遍的なものへと推し進めるならば、人類にとって危険でしょう。異性婚および子どもの教育という社会的模範が存在するのです」、「組合の代表でしたら喜んで会いますが、彼らはいかなるものも、いかなる社会的利益も代表していません。私にとって、彼らの行動はセクト主義的です」。

また2月4日付の『ノール・エクレール (Nord Éclair)』紙は、2月2日の記者会見においてヴァネストが、「私が批判しているのは同性愛者の行為です。私が言っているのは、彼らが道徳的に劣っているということです」などと発言したことを報じた。

これに対しアクト・アップ・パリ、全国ゲイ企業組合およびSOS ホモフォビアの三団体が、上述の二紙に掲載された上述の発言（以下「当該発言」という）が性的指向を理由とする侮辱を禁じた出版自由法33条4項（以下「本規定」という）に違反するとして、ヴァネストをリール大審裁判所に直接召喚する手続きを行った。そして2006年1月24日に同裁判所が有罪判決を下し⁽⁶²⁾、2007年1月25日にドゥエ控訴院もそれを支持して⁽⁶³⁾、被告に、3千ユーロの罰金、各団体への500ユーロの賠償、および『ラ・ヴォワ・デュ・ノール』紙、『ル・モンド (Le

Monde)』紙および『レクスプレス (L'Express)』誌への判決要旨の掲載を命じたが、しかし2008年11月12日に破毀院が原審判決を破毀無効とする逆転判決を下し、被告の無罪が確定している⁽⁶⁴⁾。

二 裁判の主な争点は、(1)本規定は表現の自由を保障する欧州人権条約10条⁽⁶⁵⁾に適合するか、(2)当該発言は議員の免責特権の対象であるか、および(3)当該発言は本規定に違反するかである。以下、それぞれの争点に関する裁判所の判断を見る。

(1) 周知のように、表現の自由への公権力の介入が欧州人権条約10条に適合するためには、当該介入が、①「法律」に定められ、②同条2項に挙げられた「正当な目的」を有しており、③民主的社会において「必要」であることが要件となるが、本規定が三つの要件をすべて満たすことは、すべての審級の裁判所で一致して認められている。要件②に関し、本規定の「目的」を、「他の者の権利の保護もしくは秩序の保持⁽⁶⁶⁾」(一審)と解するか、それとも「他の者の信用もしくは権利の保護」(上告審)と解するかの違いはあるが、本筋とは関係がないであろう。

上告理由の中で被告は、要件①にいう法律は接近可能で予見可能なものでなければならない⁽⁶⁷⁾にもかかわらず、性的指向という文言が曖昧不明確であると主張した。破毀院は被告の主張を暗にしりぞけたが、判決を支持する学説⁽⁶⁸⁾は、欧州人権裁判所は予見可能性の要件を必ずしも厳格に適用していないこと、および少なくとも同性愛が性的指向に含まれることが明らかである⁽⁶⁹⁾以上、被告は本規定の予見可能性を問題にすることができないとしている。

また被告は、すでに民法典9条および刑法典225条の1および2の規定があることから、本規定は要件③を満たさないと主張した。だが民法典9条は私生活の尊重を求める権利を保障する規定であり⁽⁷⁰⁾、刑法典225条の1および2は前述のように性的指向等を理由とする一定の差別的行為を禁ずる規定であって、同性愛嫌悪表現を規制しえないとして、しりぞけられている(一審および二審判決)。さらに一審判決では、本規定が制定されるまで、同性愛者に対する名誉毀損や侮辱が、

特定人を標的にする場合以外、処罰されなかったこと、および同性愛嫌悪的な暴力および誹謗が続いていることも指摘している。

こうして欧州人権条約 10 条との適合性の問題は実務上、決着がついたといえよう。

(2) 議員の免責特権に関する規定として、「国会議員は、その職務の行使においてなした意見または表決に関して、訴追、捜索、逮捕、拘禁または裁判されることができない」と定める 1958 年憲法 26 条 1 項と、「国民議会または元老院において行った演説……についてはいかなる訴訟の対象にもならない」と定める出版自由法 41 条 1 項がある。被告は、当該発言が下院（国民議会）の審議の終了後、間もなく行われたこと、および発言の内容が下院における被告の演説を補強するものであったことを理由に、免責特権を受けると主張したが、破毀院は、当該発言が議員の職務の行使の際になされたものでも、下院において行われたものでもないことを理由に、被告の主張をしりぞけている。破毀院の解釈は上述の憲法および出版自由法の文言に忠実であり、妥当であろう。

(3) 犯罪成立の有無は、下級審と上告審の間で判断が分かれた点である。

二審の法廷でヴァネストが強調したのは、当該発言の批判の対象が同性愛者ではなく、同性愛行為であること、および発言には哲学的根拠が存することである。ヴァネストは次のように陳述している⁽⁷¹⁾。「私の発言の出発点はカントの定言的命法です。カントによると、行為には普遍化しうるものとしえないものがあり、より良いのは前者です。私はカントの立場をデカルトの誇張懷疑 (doute hyperbolique) という意味において誇張的に表現しました。『同性愛行為が人類の存続にとって脅威である』というのはまさに、もしこの行為が普遍化されるならば、人間がもはや繁殖しなくなるという意味で脅威であることを示しています」、「同性愛は異性愛よりも劣っている。もちろんこれは誇張法です。……私は哲学者であり、カトリック教徒です。聖アウグスティヌスは、『私は罪を憎むが、罪人の言葉には耳を傾ける』と述べました。

彼と同じく私が評価を下すのは行為であり、人々ではありません。私は人々に敬意を表します」。

だが二審のドゥエ控訴院は「行為に対する評価」と「人に対する攻撃」の区別⁽⁷²⁾をしりぞけ、「性的指向は行為であるだけでなく、人格を形作っている」という基本的理解のもと、「同性愛行為は排斥され、または秘密裡に行われるほかないと非難することによって、被告は同性愛的指向を選択した人々に対する狭量さを侮辱的に示した」と断じている。

また当該発言が哲学的根拠によって支えられているという弁明については、二つの点を指摘している。一つは、哲学的観点からなされたとしても、当該発言は同性愛者の尊厳を侵害し、憎悪・暴力・差別を扇動する性質を有すること⁽⁷³⁾である。もう一つは、同性愛の道徳的劣位という価値判断の哲学的根拠が思想的議論の一環をなさないことであり、その理由としてドゥエ控訴院は、当該発言が政治家の立場で、新聞の幅広い読者層に向けて行われたことを指摘している。このように二審判決では、政治家としての発言であったことが被告に不利に働いたが、むしろ政治家は表現の自由の保障を強く受けると解すべきではなかろうか⁽⁷⁴⁾。

一方、破毀院は、「表現の自由の制限は縮小解釈 (interprétation étroite) による」という原則を示したうえで、当該発言が議会における差別防止機構設置法案の議決後に行われたことを指摘する。そして発言は「一部の同性愛者の感受性を傷つけたかもしれない」が、表現の自由の限界を超えるものではなく、原審は発言の意味および射程を見誤ったと結論づけている。

判決文が簡潔であるため、判旨がつかみにくいところがあるが、『破毀院年報』によると、犯罪が成立しないという結論は、「欧州人権条約の保障する表現の自由の制限についてなされるべき縮小解釈」および「当該発言が公共的議論 (débats publics) の中で行われたという特別な状況」から導かれたものであるという⁽⁷⁵⁾。縮小解釈は刑罰法規の厳格

解釈 (interprétation stricte) とは異なる概念であり、表現の自由をできるだけ制限しない解釈をいう⁽⁷⁶⁾。また公共的議論は社会全体の利害に係る議論を意味する。ヴァネスト発言は、同性愛嫌悪表現規制の是非という公的問題をめぐる議論に資するとされたのである⁽⁷⁷⁾。

本判決については当該発言の持つ危険性を軽視しているという批判⁽⁷⁸⁾があるが、表現の自由を重んずる姿勢は、「表現の自由は、好意的に受け止められたり、あるいは害をもたらさないまたはどうでもよいこととみなされる『情報』または『思想』だけでなく、国家や一部の人々を傷つけたり、驚かせたり、または混乱させたりするようなものにも、……あてはまる。こうしたことは、『民主的社会』を存在させるのに不可欠な多元主義、寛容および寛大さからの要請である⁽⁷⁹⁾」とする1976年12月7日の欧州人権裁判所ハンディサイド判決⁽⁸⁰⁾と軌を一にするものと解されている⁽⁸¹⁾。

もとより、そのことは表現の自由が常に差別の禁止に優越する価値をもつことを意味しない。破毀院が有罪判決を下した事案を一つ紹介すると、それは2013年の同性婚法の施行後の事案であり、フランス初の男性カップルの結婚式が挙行されることに抗議して、「ホモ野郎 (pédés) を叩き出せ。ホモ野郎はいらない」と連呼した男が性的指向を理由とする侮辱罪に問われたというものである。二審では、「pédé」が侮蔑語であり、それが被害者を故意に傷つける目的で使われたこと、および、「叩き出せ。いらない」という言葉が侮蔑語の侮辱的性格を強めるものであったことを認定して、一審と同様に執行猶予付きの二カ月の拘禁刑を言い渡し、2016年3月30日の破毀院判決⁽⁸²⁾もそれを支持している。ヴァネスト発言と異なり、「ホモ野郎を叩き出せ。ホモ野郎はいらない」という発言に公益的性格が認められる余地はなく、有罪判決は妥当であろう。

IV むすび

フランスでは、同性愛者が差別や偏見に苦しめられてきた長い歴史を背景に、差別防止機構設置法第三章が制定されたが、その制定までには紆余曲折があった。規制反対派が特に懸念したのは、同性婚や同性カップルによる養子縁組など、同性愛をめぐる問題に関する言論の萎縮であり、出版自由法 24 条 9 項（性的指向等を理由とする憎悪扇動罪）の規定に適用範囲を限定する文言が付されたが、一方、同 32 条 3 項（性的指向等を理由とする名誉毀損罪）および 33 条 4 項（性的指向等を理由とする侮辱罪）についてはそうした限定がなされず、反対派の不安を完全には払拭するにいたらなかった。

そうした状況の中で起きたのがヴァネスト事件であり、破毀院は、出版自由法 33 条 4 項の欧州人権条約 10 条との適合性を肯定しつつも、縮小解釈の原則のもと、被告の発言を公共的議論への貢献という観点からとらえ、原審の有罪判決を破毀無効とした。本判決は、差別禁止の原則と表現の自由の保障という対立する要請の間に適切な均衡を図ったものとして評価できる。そして判決が——明示的にではないが——示した公共的議論の概念は、許される言論と禁止される言論の間の線引きを行ううえで一つの指標となりうると思われるが、詳しい事例研究は他日を期したい。

わが国では、同性愛嫌悪表現規制に関する比較法研究は人種差別表現規制に比べると、手薄であるが、研究の必要性が乏しいとされているのかもしれない。確かに、同性愛者に対するヘイトスピーチは今のところ、マスコミの報道を賑わすほどの深刻な事態にはいたっていない。だがフランスにおいて見られたように、同性愛者の権利の向上が進み、同性婚論議等が本格化するようになると、反動として同性愛嫌悪が先鋭化していく可能性は十分あろう。本稿はフランス法の紹介にとどまるが、今後の議論の参考になれば幸いである。

- (1) ピエール・アルベルティニーニ（山本訳）「フランス」ルイ＝ジョルジュ・タン編（金城克哉監修 齊藤笑美子・山本規雄訳）『〈同性愛嫌悪〉を知る事典』（明石書店、2013年）474頁。
- (2) Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *J.O.R.F.*, 18 mai 2013, pp.8253 et s.
- (3) SOS homophobie, *Rapport sur l'homophobie 2016*, p.13 (https://www.sos-homophobie.org/sites/default/files/rapport_annuel_2016.pdf).
- (4) *Ibid.*, p.33.
- (5) Ordonnance n° 45-190 du 8 février 1945, *J.O.R.F.*, 9 février 1945, p.650.
- (6) Loi n° 82-683 du 4 août 1982 abrogeant le deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal, *J.O.R.F.*, 5 août 1982, p.2502.
- (7) ダニエル・ポリヨ、トマ・フォルモン（齊藤訳）「非処罰化」タン・前掲注(1)、450頁。
- (8) Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, *J.O.R.F.*, 26 juillet 1985, pp.8471 et s.
- (9) 齊藤笑美子「性的指向と人権——フランスにおける同性間婚姻論議」一橋法学第5巻第2号（2006年）569頁。
- (10) Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *J.O.R.F.*, 17 novembre 2001, pp.18311 et s.
- (11) Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *J.O.R.F.*, 31 décembre 2004, pp.22567 et s.
- (12) 注で引用する法令および判例はフランス政府の公式サイト (<https://www.legifrance.gouv.fr>) から、法案および議事録等は下院のホームページ (<http://www.assemblee-nationale.fr>) から入手が可能である。
- (13) Cour d'appel de Colmar, 27 juin 1983, *Dalloz*, n° 38, 1983, pp.550 et s., note Renée Koering-Joulin.
- (14) Loi n° 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, *J.O.R.F.*, 2 juillet 1972, pp.6803 et s. プレヴェン法の詳細は、拙稿「フランスにおける人種差別的表現の法規制(1)」愛媛法学会雑誌第40巻第1・2合併号（2014年）43頁以下を参照。
- (15) Cf. Julien Landfried, *Contre le communautarisme*, Armand Colin, 2007, pp.56 et s.
- (16) パクス法案について、林瑞枝「フランスのカップル法制の行方」時の法令1595号（1999年）68頁以下を参照。
- (17) Cf. Prochoix Action, *Lutter contre l'homophobie* (<http://www.prochoix.org/pages.action/homophobie/loi.homophobie.html>).
- (18) Proposition de loi n° 1194 portant pénalisation des propos à caractère discriminatoire (Cf. *Rapport n° 1244 de Patrick Bloche*, Assemblée

- nationale,25 novembre 2003).
- (19) *J.O.R.F.*,28 novembre 2003, *Débats parlementaires*,Assemblée nationale,p.11339.
- (20) *Ibid.*,p.11331.
- (21) ヌーシェ事件の詳細について、François Billot, *L'affaire Vanneste:La mise à mort de la liberté d'opinion*,Fr.-X.de Guibert,2008, pp.19 et s. および及川健二『ゲイ@パリ——現代フランス同性愛事情』（長崎出版、2006年）68頁以下を参照。
- (22) ヌーシェが犯人だと名指した男について、事件の数年後に予審判事は免訴の決定を行っている。
- (23) Guillaume Perrault,“Perben veut sanctionner les injures homophobes”, *Le Figaro*,13 février 2004.
- (24) Projet de loi relatif à la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobe, *Documents parlementaires*, Assemblée nationale,25 juin 2004.
- (25) 法案が提出される直前の6月5日に、ジロンド県ベール市において、緑の党に所属するノエル・マメール市長が男性カップルの結婚式を挙行したのに対し、市長のもとに数千通に及ぶ抗議のメールや手紙が送られてきた。その中には同性愛者を口汚く罵るものもあり、フランス社会における同性愛嫌悪の根深さが改めて浮き彫りになった (Blandine Grosjean, “Enquête: Homophobes en toutes lettres”, *Libération*,22 juin 2004. (http://www.liberation.fr/grand-angle/2004/06/22/homophobes-en-toutes-lettres_483947))。
- (26) Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *J.O.R.F.*, 19 mars 2013,pp.4761 et s.
- (27) Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *J.O.R.F.*,10 mars 2004,pp.4567 et s.
- (28) 現行の23条によると、公表手段とは、「公共の場所または集会において行われた演説、訴えもしくは威嚇」、「公共の場所または集会において販売され、もしくは陳列された販売用または頒布用の著作物、印刷物、図画、版画、絵画、紋章、映像その他、著作、言語あるいは映像の媒体となるあらゆるもの」、「公衆の面前に貼り出された貼り紙またはビラ」および「公衆に対する電子技術によるあらゆる伝達手段」である。
- (29) Cf.Yann Pavoda,“La genèse de la loi du 30 décembre 2004:présentation des nouveaux délits et des nouvelles règles de poursuites”, *Légicom*,n° 35, 2006,pp.119 et s. 同性愛者団体はトランスセクシュアルの保護を主張した。
- (30) Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur le projet de loi relatif à la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobe*,18 novembre 2004.

(<http://www.france.qrd.org/spip.php?article1378>)

(31) Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur la répression des infractions en matière de presse*, 2 mars 2000.

(http://www.cncdh.fr/sites/default/files/00.03.02_avis_repression_infractions_presse.pdf)

(32) Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *J.O.R.F.*, 16 juin 2000, pp.9038 et s.

(33) リュスティジェ枢機卿の個別意見では、ハンディサイド事件判決（後述）が引用されている。

(34) 同条は、「思想および意見の自由な伝達は、人の最も貴重な権利の一つである。したがってすべての市民は、法律により定められた場合にこの自由の濫用について責任を負うことを除き、自由に話し、書き、印刷することができる」と定める。

(35) 諮問委員会は、もし6月23日法案が撤回されない場合、法案にいくつかの修正を加えるべきことも勧告しているが、ここでは立ち入らない。

(36) 同性愛者の子育ての問題について、マルティヌ・グロス（齊藤訳）「同性愛者の子育て」タン・前掲注（1）、395頁以下を参照。

(37) 内閣が変則的な手段をとったことについては、内閣修正案の内容を支持する議員からもこれを疑問視する声があった（Intervention de Patrice Gélard, Séances du 23 novembre 2004, *Compte rendu intégral des débats*, Sénat）。

(38) Pascal Mbongo, *La liberté d'expression en France*, mare & martin, 2012, p.190 note 1.

(39) Pavoda, *supra* note (29), p.120.

(40) 刑法典 225 条の 2（現行）は、同 225 条の 1 の列挙事由にもとづき、①財物または役務の提供を拒むこと、②正規の経済活動を妨害すること、③雇用を拒んだり、懲戒または解雇を行うこと、④財物または役務の提供につき差別的条件を課すこと、⑤求人、実習の申し込み、または企業研修期間につき差別的条件を課すこと、⑥社会保障法典 L. 412 条の 8 第 2 号の定める実習を認めないことを禁じ、同 432 条の 7（現行）は、公権力または公役務の担当者が、上述の列挙事由にもとづき、法律上の権利を否定したり、正規の経済活動を妨害することを禁じている。

(41) Intervention de Christian Cointat, Séances du 23 novembre 2004, *Compte rendu intégral des débats*, Sénat.

(42) Intervention de Jean-Jacques Hyest, *ibid.*

(43) 下院の第二読会において、クリスティーヌ・ブタン下院議員（フランス民主連合）の提案により、差別禁止事由に「障害」が加えられた。

(44) Loi n° 2014-56 du 27 janvier 2014 visant à harmoniser les délais de

- prescription des infractions prévues par la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, commises en raison du sexe, de l'orientation ou de l'identité sexuelle ou du handicap, *J.O.R.F.*, 28 janvier 2014, p.1561.
- (45) Bertrand Mathieu, “Le délit d’homophobie ou la violation de la Constitution par consensus”, *Actualité juridique du droit administratif*, 24 janvier 2005, p.113.
- (46) Commission nationale consultative des droits de l’homme, *supra* note (30).
- (47) Conseil constitutionnel n° 2004-505 DC 19 novembre 2004. 同判決について、フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例Ⅱ』（信山社、2013年）17頁以下（中村民雄執筆）を参照。
- (48) Jean-Yves Monfort, “Les nouveaux délits de presse introduits par la loi du 30 décembre 2004, au regard de la liberté d’expression et des droits de l’homme”, *Légicom*, n° 35, 2006, p.128.
- (49) Gwénaële Calvès, “«Communauté homosexuelle» et communauté des citoyens: pour qui sonne le glas?”, *Recueil Dalloz*, 2005, p.1497.
- (50) Olivia Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *Economica*, 2004, p.189.
- (51) ナチス・ドイツによる同性愛者の迫害については、ギュンター・グラウ（永岑三千輝訳）「同性愛者」ウォルター・ラカー編（井上茂子ほか訳）『ホロコースト大事典』（柏書房、2003年）364頁以下を参照。
- (52) Caroline Mécarry, “La loi du 30 décembre 2004: une pierre à l’édifice de lutte contre les discriminations en droit de la presse”, *Légicom* n° 35, 2006, p.133.
- (53) Sébastien de Benalcazar, “La liberté d’expression, la démocratie et la CEDH. À propos de la loi du 30 décembre 2004”, *Droit de la famille*, Septembre 2006, pp.8 et s.
- (54) Nathalie Droin, *Les limitations à la liberté d’expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881*, *L.G.D.J.*, 2010, pp.151-152, 156-157.
- (55) *Ibid.*, p.156.
- (56) Cour de cassation, chambre criminelle, 16 avril 2013, n° 13-90010.
- (57) 破毀院は、「立法府が予め網羅的に列挙しえない諸々の行為の罪名決定を裁判官に委ねる出版自由法 24 条 9 項の文言は、刑事裁判官の職務である同規定の解釈が恣意の危険なく行われることを可能にするほど、十分に明確かつ厳密である」と判示し、罪刑法定主義（刑法の明確性の原則）を定める 1789 年人権宣言 8 条との適合性も認めている。
- (58) Cour de cassation, chambre criminelle, 16 avril 2013, n° 13-90008.
- (59) 2012 年の法改正により、差別禁止事由に「性自認」が加えられた（Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *J.O.R.F.*,

7 août 2012, pp.12921 et s.)。

- (60) Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, *Rapport de l'ECRI sur la France*, 1^{er} mars 2016, p.20.
(<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/France/FRA-CbC-V-2016-001-FRE.pdf>).
- (61) ヴァネスト事件の詳細については、Billot, *supra* note (21). を参照。
- (62) Tribunal de grande instance de Lille, 24 janvier 2006.
(<http://www.actupparis.org/IMG/pdf/jugement-TGIlille-vanneste.pdf>).
- (63) ただし「彼らの行動はセクト主義的です」という発言については、団体活動のあり方に向けられたものであり、犯罪が成立しないとされている (Cour d'appel de Douai, 25 janvier 2007 (<http://www.actupparis.org/IMG/pdf/jugement-CiourAppelDouai-vanneste.pdf>))。
- (64) Cour de cassation, chambre criminelle, 12 novembre 2008, n° 07-83398.
- (65) 同条は次のように定める。「1 すべての者は、表現の自由に対する権利を有する。…… 2 1の自由の行使については、義務および責任を伴い、法律で定める手続き、条件、制限または刑罰であって、国の安全、領土保全もしくは公共の安全のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、他の者の信用もしくは権利の保護のため、秘密に受けた情報の暴露を防止するため、または司法機関の権威および公平性を維持するため民主的社会において必要なものを課することができる」(奥脇直也(編集代表)『国際条約集 2008年版』(有斐閣、2008年) 332頁)。
- (66) 英文の邦訳では「無秩序の防止」であるが、ここでは仏文の邦訳に従い、「秩序の保持」と表記しておく。
- (67) 法律の接近可能性および予見可能性について、Louis-Edmond Pettiti et al. (dir.), *La convention européenne des droits de l'homme*, Economica, p.390. を参照。
- (68) Geneviève Tillement, “Lutte contre l'homophobie et liberté d'expression: la difficile conciliation”, *Légipresse*, n° 258, 2009, p.14.
- (69) 2004年12月1日の下院立法委員会の報告書によると、内閣修正案にいう性的指向とは異性愛、同性愛および両性愛であり、小児愛および近親愛は含まれない (Pascal Clément, *Rapport n° 1965 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de la loi, modifié par le Sénat (n° 1952) portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, pp.45 et s., Assemblée nationale, 1^{er} décembre 2004.)。
- (70) 同規定について、北村一郎「私生活の尊重を求める権利——フランスにおける《人の法=権利》の復権——」北村一郎編集代表『現代ヨーロッパ法の展望』(東京大学出版会、1998年) 215頁以下を参照。

- (71) *Procès en appel de Christian Vanneste.6^o chambre de la Cour d'appel de Douai.L'audience publique du 12 décembre 2006,p.2*
(http://www.actupparis.org/IMG/pdf/CR-Proces_Appel_Vanneste1.pdf).
- (72) Cf.Bertrand Mathieu, “La liberté d’expression en France:de la protection constitutionnelle aux menaces législatives”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2007,p.249.
- (73) 二審は、当該発言を侮辱罪よりもむしろ憎悪扇動罪にあたと解しているようだが、同じ見解をとるものとして、Emmanuel Dreyer,“Cassation d’une condamnation pour injure homophobe”, *La semaine juridique-Édition générale*, n° 50,2008,10206. がある。
- (74) Agathe Lepage,“Injure à raison de l’orientation sexuelle”, *Communication, Commerce électronique*,septembre 2007,p.45.
- (75) Cour de cassation, *Rapport annuel 2008*,p.359
(https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Cassation_2008.pdf).
- (76) Jean Pradel,“Injure à raison de l’orientation sexuelle et liberté d’expression”, *Recueil Dalloz*,2009,p.404. 本判決以外にも、破毀院が縮小解釈によるべきことを明示した例として、Cour de cassation, chambre criminelle,21 mai 2015,n° 14-80430; Cour de cassation, chambre criminelle, 19 mars 2013,n° 11-88309; Cour de cassation, chambre criminelle,14 février 2006, n° 05-81932. などが挙げられる。
- (77) 破毀院は人種差別表現規制についても、縮小解釈の原則および当該表現の公益的性格を踏まえた判断を行っている（拙稿「フランスにおける人種差別的表現の法規制(3)」愛媛法学会雑誌第42巻第1号（2015年）71頁以下）。
- (78) エマニュエル・ドレイエル（パリ第一大学教授）は、同性愛を人類にとって危険な存在とみなすことは、ナチスによる同性愛者の迫害を言外に正当化しているのではないかと指摘している（Dreyer, *supra* note (73).）。
- (79) 邦訳は戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008年）145頁以下（江島晶子執筆）による。
- (80) European court of human rights, *Handyside v. the United Kingdom*,7 December 1976.
- (81) Pradel, *supra* note (76),p.404.;Emmanuel Derieux,“Cassation d’une condamnation pour injure homophobe”, *La semaine juridique-Édition générale*,n° 48,687.
- (82) Cour de cassation, chambre criminelle,30 mars 2016,n° 14-88144.

憲法改正と環境条項

小 山 剛

I. はじめに

日本国憲法は、1947年の施行以来、何度も改正論議に直面してきた。近年は、憲法9条のほか、96条の憲法改正要件の緩和、新しい人権、財政規律、国家緊急権、国会議員の全国民の代表から都道府県代表への性格変更など、様々な「改憲」ないしは「加憲」が論じられている。その中で、環境は、プライバシーと並んで憲法に加筆すべき新しい人権の最有力候補の1つであり、これまでに政党や諸団体から提案されたほとんどの改憲案に、環境条項が含まれている⁽¹⁾。

諸外国の憲法を見ると、環境条項には、①権利という形式で規定するもの（以下、「環境権」条項と呼ぶ）、②国民の責務をうたうもの、③国家目標規定という形式で（客観法的に）規定するもの（以下、「国家目標規定」または「環境国家条項」と呼ぶ）、これら3つまたはそのうちの2つを併記するものがある⁽²⁾。ちなみに、2012年4月27日の自由民主党草案（以下、「自民党案」と呼ぶ）で提案されているのは、国の義務と国民の責務を併記するものである⁽³⁾。

環境条項を憲法に加えることは、世論調査においても相対的に高い支持を得ている⁽⁴⁾が、筆者は、以前、参議院の憲法調査会において、新しい人権のために憲法を改正することには実践的意義が乏しいと述べたことがある⁽⁵⁾。その主旨は、憲法観についての自覚的な検討と合意なしに、——環境権であれ、女性や高齢者の権利であれ——多分に

理念的な、具体的内容に乏しい条項を導入する主張に対して異を唱えたのであり、当然のことながら、環境保護の重要性自体に異を唱えたものではない。

本稿では、環境条項の候補となる諸形式についてその法的構造と長短を概観したうえで、日本国憲法に整合的な環境条項について考察する。

II. 国民の権利／責務としての環境条項

1. 国民の権利（環境権）

(a) 日本において環境保護は、まず環境「権」として主張された⁽⁶⁾。これに応じて、憲法学説においても、自然環境の保護は環境権として主張・構成されてきた。代表的な見解は、環境権を良好な自然環境を享受する権利としたうえで、憲法13条および25条によって基礎づけうると解している⁽⁷⁾。その一方で、有力な見解は、保護されるべき「環境」の範囲、権利主体の範囲、その法的性格等について不明確で空漠にすぎ、裁判において具体的権利として主張されるものではないとしている⁽⁸⁾。

確かに、憲法上の権利はその程度に大小こそあれ抽象性を伴う。特に日本国憲法では、生存権（25条）や13条に基づく自己情報コントロール権の積極的・請求権的側面のように、いわゆる抽象的権利が条文上または解釈上承認されているため、その抽象性だけを理由にして環境権の権利性が否認されるべきではない。実際、通説は、環境権を具体的権利であると解しているわけではなく、例えば芦部信喜は、抽象的・理念的権利と性格づけたうえで、環境権を肯定している⁽⁹⁾。しかし、私見では、環境権は、抽象的権利としての要件すら満たすものではない⁽¹⁰⁾。

(b) 憲法学において抽象的権利の典型であるとされているのは、生存権である。生存権は、「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容が不明確であり、さらに、国はどのような手段でその作為義務を履

行すべきか（現物給付か金銭給付か）についても憲法の次元では明らかではない。このような意味で生存権は具体性に欠けるが、生活困窮者が自己の利益のために国の作為（または不作為）を請求する、という権利の最低限の要件は満たしている。自己情報コントロール権も同じである。ところが、環境権は、そうではない。

保護されるべき「環境」の定義にかかわる⁽¹¹⁾ことであるが、環境権については、具体的内容および実現の程度・手段が漠然不明確であるというだけでなく、保護の対象となる環境自体が特定の権利主体に帰属しない、一種の公共財だという問題がある⁽¹²⁾。抽象的権利という言葉は、生存権等のように、主体は明確であるがその具体的内容および実現手段が法律による具体化にゆだねられている権利に限定して用いるべきである。環境権は、抽象的権利としての要件すら満たさない。それでも「権利」と呼ぶのであれば、単に「理念的」と性格づけるしかない。そして、環境権のこのような構造は、憲法で権利として明記したからといって解消されるものではない。

(c) なお、同じことは、基本権保護義務論を用いて環境保護を基礎づける試みにも妥当する⁽¹³⁾。加害者／被害者／国家の法的三極関係を前提とする限り、基本権保護義務は、特定の基本権主体の生命、健康、財産等の法益が環境を媒介として害された場合に、その規制・排除を国に義務づける。しかし、基本権保護義務の射程はそこまでであり、環境保護全般には及ばない。

2. 国民の責務

国民の環境保護責務については、国民の日常の活動も環境汚染をもたらす原因の一つであり、国民の義務規定も必要であるとの見解がある⁽¹⁴⁾。

憲法が国民の義務ないし責務を定めることは稀ではない。徴兵制を採用する国では、憲法に兵役の義務を明記するのが通例である。日本国憲法には、国民の義務を定めたものに、納税（30条）、勤労（27条1項）、義務教育（26条2項）がある。性質としてはこのうちの勤労の義

務に近いであろう。ちなみに、「勤労の義務」規定は政府原案にはなく、衆議院の審議において加えられたが、政府側はこの規定に特別の意味は認めていなかったとされる⁽¹⁵⁾。

もともと、環境保護については、象徴的意味の条項を置くことに意味がないわけではない。もともと環境保護は、自然環境という公共財が対象であるため、環境保護に対する国民の関心は、自然に発生するものではないためである。ただし、国民の責務を憲法でうたうことに意義があるとしても、その限りにとどまろう⁽¹⁶⁾。いずれにせよ、国民の責務は環境条項の主役たりえず、他の条項と併記することに意味がないとはいえない、という程度のものであろう。

Ⅲ. 国家目標規定

権利規定の有力な対案となるのは、国家目標規定である。国家目標規定としての環境保全条項は、世界の多くの憲法で採用されているものであり⁽¹⁷⁾、自民党草案もまた、環境権の権利としての未熟性を理由に、国家目標規定型を提案している。

1. (単純な) 国家目標規定

(a) ここで国家目標規定とは、国家学上の国家目標を条文化した憲法規範のすべてを指すのではなく、一定の構造なり特性を備えた憲法規範を指す概念であり、具体的には、「市民に主観的権利を与えることなく、国家権力（立法、執行、司法）を特定の目標の遂行に向けて法的拘束力をもって義務づける憲法規範」であるとされる⁽¹⁸⁾。「国は、次の世代に対する責任を果たすためにも、憲法的秩序の枠内において立法を通じて、また、法律および法の基準に従って執行権および裁判を通じて、自然的生命基盤および動物を保護する」と定めるドイツ基本法 20a 条は、環境保護という重要な国家目標の実現を、これに主観的権利が対応しない客観法として国家に義務づける規定だということに

なる。

環境保全条項の利点として、学説では次のように説かれている。①環境保護立法を促進しうる⁽¹⁹⁾。②行政の環境保護政策を促進し、関心が高まることでその運用の監視の役割を果たす⁽²⁰⁾。③国家の環境保全義務を根拠づけうる⁽²¹⁾。

(b) ところで、国家目標規定は、古典的自由権・平等権と同じような仕方・同じような程度で国の三権を拘束するものではない⁽²²⁾。国家目標規定は、基本的には直接に適用可能な法という性格を持たず、国家活動の目標ないし方向のみを指示する。すなわち、①国家目標規定は立法者に対して「形成委託」として作用する。②これには、手段の選択に加え、目標自体の具体化が含まれる。③立法者の形成余地は広範であるため、違憲となりうるのは、完全な立法不作為か明らかに不十分な立法など、極めて例外的な場合に限られる⁽²³⁾。

このように、裁判を通じた実現には、事の性質上、限界がある。ドイツ基本法 20a 条にある「立法を通じて、また、法律および法の基準に従って……」という文言は、創設的な規定というよりも、確認的な意味合いの文言であろう。国家目標規定の拘束性は、国家に対して特定の目標の追求およびこれに違背する行為の禁止を義務づけるにとどまり、条件プログラムではなく、目的プログラムという基本的性格を持つ⁽²⁴⁾。もとより、憲法の意義は、憲法訴訟とだけ結びついているわけではない。およそ憲法訴訟が存在しなかった戦前の日本においても、憲法（大日本帝国憲法）は、「憲政の常道」という言葉が一定の訴求力を持つなど⁽²⁵⁾、相応の規範力を有していた。日本国憲法下においても、25 条の存在は、社会福祉の増進に大きな役割を果たしたと評価できる。いずれにせよ、重要なのは、国家目標規定という規範形式の特徴と限界を自覚することである。

2. 人権（基本権）規定と国家目標規定の互換性

ところで、憲法により国家に作為義務を課すという場合に、基本権

規定と国家目標規定との間には一定の互換性がある。高齢者の権利や障がい者の共同体への参加は、国民の権利としても、国家目標としてもこれを記述することができよう。

日本国憲法は、25条1項で「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」と規定し、いわゆる生存「権」を保障している。しかし、それによってドイツ基本法20条、28条の社会国家原理とは異なる法的効果が生じるのかということ、目に見える差異は何もないといってよい。最高裁自身、おそらくは権利という視点からではなく、憲法によって課せられた国家の客観法的義務という視点で憲法25条を理解している⁽²⁶⁾。

では、一定の互換性があるとして、どちらの形式が望ましいのか。ゾンマーマンは、権利規定は憲法が直接に出訴可能な権利を与えているという誤った印象を一般市民に与えることを理由に、憲法政策的には国家目標規定の方が望ましいとしている⁽²⁷⁾。もっとも、憲法25条の生存権について抽象的権利説に立つ限り、基本権の具体化立法には主観的権利化の委託が伴う、と解されることになる。すなわち、単なる措置的給付ではなく、給付請求権が保障されなければならない。他方、国家目標規定の具体化については、そのような委託は生じない⁽²⁸⁾。その限りで、権利規定に一定の長所があるように見えるが、公共財を保護対象とした環境権については、この長所を生かす余地がないように思われる。このため、環境については、国家目標規定の形式のほうが望ましい。

3. 具体性の高い国家目標規定

(a) ところで、国家目標規定には、具体性の程度の高低がありうる。ドイツ基本法の環境保全条項は、目標をうたうのみでその実現手段を定めていないという点で、具体性の程度は低い。他方、スペイン憲法45条3項は、環境保護について「前項の規定に対する違反については、法律は刑罰あるいは場合によっては行政上の制裁を予定し、原因者に

損害を再び回復させる義務づけを予定する」と規定する。また、消費者保護についてであるが、同憲法 51 条 2 項は、消費者・利用者団体を促進し、同団体に対して関連する問題全般についての質問権を与えなければならない旨を規定している。具体性の程度が高い国家目標規定の例である⁽²⁹⁾。

(b) 国家目標規定としての環境保全条項の実践的意義を高めるためには、単に環境の保全という目標をうたうのではなく、具体性を盛り込むことが考えられる。もっとも、環境保護の「程度」を憲法に書くのは、現実的な選択肢ではない。「最大限」の環境保全に対しては、経済活動のみならず人間の活動全般を阻害するという批判が出るであろう。「最低限」に対しては、環境保護を軽視するものであり、憲法改正をしない方がましだという批判が出よう。両極端を排した折衷的規定(例えば、経済活動との調和を求めるもの)は、何も具体的なことを言っていないに等しい。

これに対し、環境保護の(広義の)手段を憲法に書き込むのは、選択肢となりうる。スペイン憲法のように、刑罰という具体的手段を明記したり、あるいは、ドイツ基本法 20a 条から解釈上、導出されている事前配慮原則などの諸原則⁽³⁰⁾を明記すること、あるいは、環境保護団体に特別な法的地位を与えること⁽³¹⁾などが、その内容となりうる⁽³²⁾。残るのは、憲法典におけるすわりのよさであろう(後述)。

IV. 憲法と環境条項

以上、環境権と国家目標規定を中心に環境条項について概観したが、次に、現行の日本国憲法に整合的な環境条項について検討することにした。

1. 憲法に環境条項は不可欠か

人権(基本権)と統治は、憲法の二本柱であるが、両者は事情が異な

る。統治は、憲法でルールを定めること自体が重要である。これは、連邦制の憲法において顕著であるが、日本のような単一国家においても、二院制をとるかどうか、いかなる場合にどの院に内閣不信任の権能を与えるのか、二院相互の関係をどうするのか等、憲法で定めることによってのみ決着しうる一連の問題がある。統治のシステムには、論理的に要請される一定不変の形態が存在するわけではない。それぞれの国において、その国の歴史や実情に即して憲法において具体的に決定されるべきものである。

一方、普遍性を本質的属性とする（憲法11条、97条）人権については、憲法典で詳細が決まっていなくても困らない。極論をすれば、個人の尊重と一般的自由、一般的平等権、一般的手続的基本権、参政権があれば、古典的人権カタログの大方はそこから演繹可能である。社会国家原理があれば、25条以下の社会権規定も大幅にカットできよう。憲法改正論議では、新しい人権条項を加えることに目が向いているが、反対に現行の人権条項をどこまで簡素化できるかと考えた場合、若干の包括的規定さえ用意すれば、表現の自由や生存権といった重要な条項を削除しても、解釈の負担が増すだけで、自由の内実が論理必然的に縮減されることにはならない（もとより、そのような簡素化を推奨するものではない）。

同じことは、環境保護にも当てはまる。憲法学の通説のように、環境権を憲法13条／25条によって基礎づけることができると考えるのであれば、環境権の明記は、さしあたり確認的意味しか持たない。国家目標規定についても、憲法の要点は国家権力を制限することであり、国家が目指すべき方向を掲げることではないとすれば、憲法に条文がないというだけの理由で環境保護という国家目標が否定されることにはならない⁽³³⁾。

2. 憲法観

憲法に環境条項を盛り込むべきか、という問いに対する答えは、憲

法に何を期待するのかわによって異なったものとなりうる。

周知のように、ワイマール憲法の制定者は、基本権の章をドイツ法文化の結実であり、将来の法発展のプログラムであると理解した⁽³⁴⁾。これに対し、ドイツ基本法の制定者は、ワイマール憲法を引き合いに出して、次のように言っている。「ワイマール憲法では、基本権および基本義務の中で、新国家の共同体秩序に関する基本方針を憲法により定めようとし、とくに将来の文化的・社会的な生活秩序に関する諸原則を確立しようとした。しかし、この基本法では、将来の発展が現時点では不確実であるため、範囲をそこまで拡張することはできない」⁽³⁵⁾。こうして基本法は、「古典的基本権」、「前憲法的権利」のカタログを持つことになった。

目的プログラムの性格の規定を導入することの是非は、ドイツにおいても折に触れて議論され、ドイツ統一後に成立した新5州において憲法が制定された際にも、それは繰り返された⁽³⁶⁾。国家目標規定の反対派は、達成し得ない理想によって憲法に過剰な要求を課すことを警告し、また、国家目標規定が政治の法化をもたらし、決定権が立法者から司法部へと移行してしまうこと、期待された給付を国家が提供しない場合には国民の不満は憲法自身に向けられるであろうことなどを指摘した。これに対して、賛成派は、国家目標規定はむしろ憲法の統合力を強化するものであり、市民は自分たちの関心事と欲求を憲法に見出すことによって、公民としての自覚と憲法への誇りを高めるのである、などと反論した。どちらを望むかの自覚的な選択の問題であり、どちらが正しいというものではないであろう。

3. 日本国憲法との整合性

歴史の転機にまったく新しい憲法を起草する場合には、憲法の姿という正解のない問いについて、ゼロから議論する必要があるだろう。これに対し、平和な時代にそれなりの安定性のある憲法を改正する場合には、従来の憲法観を前提としたうえで、憲法としての一体感の保持が

重要となる。この点、日本国憲法は、ワイマール憲法とドイツ基本法の中間的な性格であるように思われる。日本国憲法には、ドイツ基本法の父たちが自覚的に排除した一連の社会権規定が含まれている。日本国憲法に国家目標規定を加筆することは、その数が過度に及ばない限り、憲法の一体感を損なうものではない。

しかしながら、具体性の高い国家目標規定は、日本国憲法の体裁にそぐわない。憲法は一般に法律と比べて簡素な条文であることを特徴とするが、とりわけ日本国憲法の条項は簡潔である。ベッケンフェルデは、ドイツ基本法の基本権規定について「断片的規定」と表現したが⁽³⁷⁾、日本国憲法のそれは、さらに簡潔である。

例えば、日本国憲法 21 条は、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。」と規定するのみである。出版、放送、芸術などの細分化は行われていない（検閲禁止は 2 項で規定）。これに対し、ドイツ基本法 5 条 1 項は「何人も、言語、文書および図画をもって、その意見を自由に発表し、および流布し、ならびに一般に入手できる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由ならびに放送および放映の自由は、保障する。検閲は、行わない。」と規定しており、広義の表現の自由を細分化して規定している。さらに 5 条 3 項には、芸術の自由が（学問の自由とともに）保障されており、8 条では集会の自由が、9 条では結社の自由が保障されている。また、例えば基本法 11 条 2 項は、移動の自由の限界として「この権利は、法律によってまたは法律の根拠に基づいてのみ、かつ、十分な生活の基礎がなく、そのために公衆に特別の負担が生ずる場合、連邦およびラントの存立もしくは自由で民主的な基本秩序に対するさし迫った危険を防止するために必要な場合、伝染病の危険、自然災害もしくは重大な災害事故に対処するために必要な場合、または、青少年を非行化から守り、もしくは犯罪行為を防止するために必要な場合にのみ、これを制限することができる。」という、極めて詳細な留保（特別な法律の留保）を置いている。これに対し、日本国憲法は 12・13 条で人権

一般的に対する「公共の福祉」の留保をうたうほかは、22条（職業の自由）と29条（財産権）に対して付されているに過ぎない。環境保護についてだけ詳細な規定を置くことは、日本国憲法の体裁にそぐわないであろう。

V. 結論

環境保護の重要性については、これを否定する者はいないであろう⁽³⁸⁾。(自由主義的)法治国家は20世紀前半に社会的法治国家へと変わり、20世紀後半の国家は環境国家へと進んだと指摘される。環境保護が国家の基本的任務の一つであること、また、——特に通説とは異なり——環境保護は憲法13条の幸福追求権や25条の生存権から当然に導けるものではないと解すれば、憲法で環境保護をうたうことには十分な理由があるといえよう。

とはいえ、詳細な規定は、日本国憲法の一体感を害するばかりではなく、解釈の足枷となり、解釈による憲法発展を封じることになる。さらに、環境保護やプライバシーだけではなく、女性、障がい者、高齢者の人権など、これまでに提案されてきた様々な「新しい人権」条項が導入されることになれば、簡素さが特徴の日本国憲法は、一部分が突出して煩雑な憲法となる。簡素な憲法には、簡素なりの利点もある。

スイス憲法は、第2条において国家の「目的 (Zweck)」をうたい、その中で国民の自由・権利の保護と国の独立・安全の保障などと並んで、「スイス連邦は、自然的生存基盤の永続的な保全と、平和で正義にかなった国際秩序とのために尽力する」と規定している。この条文は、環境保護が今日の国家の基本的任務であることを宣明している。日本の改憲論では、環境条項を25条の生存権規定に併記することが一般的であるが、基本的任務の簡潔な宣明という観点からは、9条の平和主義と並んで、憲法第2章で環境保護を加筆するほうが合理的だと思われる⁽³⁹⁾。

- (1) 例えば、「改憲賛成7党に温度差」朝日新聞2015年5月4日朝刊2面によれば、「各党の憲法論議をとりまとめる責任者、政策担当者から聞き取った」ところ、環境権を加えることについて、生活、自民、公明、民主、維新、次世代の6党が賛成している。さらに、宇津木真也「新しい人権—第183回国会の参議院憲法審査会における議論②—」立法と調査344号(2013年)112-113頁(http://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/rippou_chousa/backnumber/2013pdf/20130903105.pdf)〔2016年7月29日最終閲覧〕、渡辺治編著『憲法「改正」の争点——資料で読む改憲論の歴史』(旬報社、2002年)。なお、大阪維新の会(2016年3月)の改憲案など、いくつかの提案には環境権が含まれていない。
- (2) 諸外国の憲法については、那須俊貴「シリーズ憲法の論点14 環境権の論点」(2007年)11頁以下を参照(<http://www.ndl.go.jp/jp/diet/publication/document/2007/200703.pdf>)〔2016年7月28日最終閲覧〕。
- (3) 自民党案は、第25条の2として、「国は、国民と協力して、国民が良好な環境を享受することができるようにその保全に努めなければならない」との規定を加えることを提案している。
- (4) 朝日新聞による2015年の全国郵送世論調査では、憲法に新たな権利や条項を「加えるべき」とした人が「加えるべきもの」を複数回答で選んだところ、財政規律条項(67%)に次いで環境権(51%)が選ばれた(「改憲不要48% 必要43% 9条改正 反対63%」朝日新聞2015年5月2日朝刊1面)。また、読売新聞の2016年1~2月郵送全国世論調査では、「憲法について、今の条文を改めたり、新たな条文を加えたりする方がよいと思うもの」として、健全な財政の維持・自衛のための軍隊保持に次いで、「良好な環境で生活する権利」が挙げられている(「憲法論議 高い関心 改正賛否 自・公支持層に温度差 本社世論調査」読売新聞2016年3月17日朝刊7面)。
- (5) 第183回国会参議院憲法審査会会議録第5号(<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/183/0154/18306050154005.pdf>)〔2016年7月28日最終閲覧〕。
- (6) 大阪弁護士会環境権研究会『環境権』(日本評論社、1973年)。環境権の定義は、同書85頁。
- (7) 学説の状況につき、野中俊彦ほか『憲法I〔第5版〕』(有斐閣、2012年)514-515頁を参照。
- (8) 例えば、伊藤正己『憲法〔第3版〕』(弘文堂、1995年)237頁。松本和彦は、環境権は憲法で保障されていないと解し、かつ憲法を改正して環境権規定を導入する必要もないと考えている。松本和彦「憲法における環境規定のあり方——憲法研究者の立場から」ジュリスト1325号(2006年)82頁。
- (9) 芦部信喜『憲法の焦点 Part 1』(有斐閣、1984年)93頁。さらに、同

『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）363頁（「理念的」）、364頁（「抽象的」）も参照。

- (10) 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』（尚学社、2016年）120頁。
- (11) 環境権の内容につき、樋口陽一ほか『注解法律学全集 憲法Ⅱ』（青林書院、1997年）159-160頁〔中村睦男〕を参照。「自然環境」のみならず、「歴史的文化的環境」や「社会的人工的環境」も含めて環境権を論ずるものとして、松本昌悦「環境権」奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学(3)』（有斐閣、1977年）90頁。
- (12) 環境汚染により個人の生命・身体・財産が害される場合に基本権の問題となるのは当然であり、憲法で環境権を定めるまでもないことである。憲法上の環境権の構成ないし意義として、松本和彦「権利保護としての環境保護—「環境権」の成立可能性」阪大法学64巻（2014年）865頁以下は、①人格権構成のほかに、②持分権構成、③手続参加権構成、④もう一つの手続参加権構成（「市民が意思決定過程に参加することを通して、公共の利益としての環境公益を保全する責務を果たすための権利」）を検討する。また、同「環境汚染の自由の保障？」村上武則ほか編『高田敏先生古稀記念論集 法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、2007年）318頁以下は、ムルスヴィークによる、「各人は公共の環境財を平等に配分された持分（Teilhabe）に限って利用できる」とする、持分権（Teilhaberecht）論を紹介する。また、原田尚彦は、自然環境や資源が「国民（ないし人類）共有の有限な財産として法的に保護さるべきものとなった」ことを踏まえて、「生存権保護のための規制的な制約原理」ではなく、「地域環境の人為的管理法」として構成すべきとする（原田尚彦『環境権と裁判』〔弘文堂、1977年〕74頁）。
- (13) 以下につき、小山剛「環境保護と国家の基本権保護義務」ドイツ憲法判例研究会編『未来志向の憲法論』（信山社、2001年）187頁以下。
- (14) 岩間昭道「環境保全と日本国憲法」ドイツ憲法判例研究会編『人間・科学技術・環境』（信山社、1999年）226頁以下。
- (15) 樋口ほか・前掲注(11)、195頁〔中村睦男〕。
- (16) 勤労の義務は、資本主義経済の下、文字通りの義務ではないと解されている。もっとも、勤労の義務にも、法的帰結が全くないわけではない。勤労の能力と機会があるにもかかわらず勤労しようとしなない者に対しては、生存権や労働権（勤労の権利）の保障が及ばないという限りで、勤労の義務に法的意味を認める見解が有力である（宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』〔有斐閣、1974年〕330頁以下、佐藤功『ポケット註釈全書・憲法（上）〔新版〕』〔有斐閣、1983年〕463頁以下、芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール憲法』〔日本評論社、2011年〕236頁〔倉田原志〕）。環境保全責務は、国民による環境破壊行為に対する国家による規制の根拠を与え、国家が調達や課税の際に優遇等を行う（国民を不平等に取り扱う）ことを正当化し

よう。もっとも、これらは、国民の環境保全責務がなければ難しいというものではない。

- (17) 岩間・前掲注(14)、219-220頁、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、2004年）、265頁注8、278頁注58および那須・前掲注(2)、8頁などを参照。
- (18) 詳しくは*K.-P. Sommermann*, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997および小山・前掲注(17)、264頁以下を参照。
- (19) 加藤一郎「『環境権』の概念をめぐって」来栖三郎・同編『民法学の現代的課題』（岩波書店、1972年）332頁以下。
- (20) 戸波江二「『環境権』は不要か」ドイツ憲法判例研究会編『先端科学技術と人権』（信山社、2005年）374頁以下。
- (21) 松本・前掲注(8)、85頁。また、大塚直は、国家の環境保護義務規定を導入する理由として、次のものを挙げている。①「環境権に関する規定だけでは、どのような訴訟がなされるかによって、環境の保全がアドホックになされるだけ（いわば、「虫食い状態」の環境保全）となる可能性がある」。②「環境権を支える環境情報についてみれば、行政等がすでに作り出している情報の公表・開示だけでなく、むしろ、必要な環境情報を行政等が新たに作り出すことが重要であるが、環境権を根拠としてこのような請求を認めることは困難である」ところ、「国家の環境保護義務を規定すれば、それを根拠とする立法により、国家による環境情報の生産に結び付けることが可能となる余地がある」。大塚直「憲法環境規定のあり方——環境法研究者の立場から」ジュリスト1325号（2006年）113頁。
- (22) ザクセン・アンハルト州憲法は、基本権・制度保障・国家目標の3類型を区別するのみならず、さらに3種の規範の拘束力を区別し、第3条において次のように規定している。「①以下の基本権は、立法、執行権および裁判を、直接に妥当する法として拘束する。②以下の制度保障は、ラントに対して、それらの制度を保護し、ならびに制度の存続と発展を保障することを義務づける。③以下の国家目標は、ラントに対して、力の及ぶ限りそれらの国家目標の実現に努め、ラントがそれらの国家目標に向けて行動することを義務づける」。
- (23) 詳しくは小山・前掲注(17)、278頁以下を参照。
- (24) 目的プログラム、条件プログラムという2種の規範構造モデルを提示・区別するものとして、西原博史『自律と保護』（成文堂、2009年）。
- (25) 大石真『日本憲法史〔第2版〕』（有斐閣、2005年）274-275頁。
- (26) 堀木訴訟上告審（最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁）は、25条1項は「いわゆる福祉国家の理念に基づき、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営みうるよう国政を運営すべきことを国の責務として宣言したものであり」、同条2項は「同じく福祉国家の理念に基づき、社会的立法及び社会的施設の創造拡充に努力すべきことを国の責務

として宣言したものである」としている。小山・前掲注(10)、119-120頁。
なお、後出注28参照。

- (27) *Sommermann*, (前掲注(18)) S. 419. なお、ゾンマーマンは、現代的憲法国家 (moderner Verfassungsstaat) の基本国家目的」の一つとして法治国家、社会国家、文化国家、環境国家と並んで「平和国家 (Friedensstaatlichkeit)」を挙げ、その発現の一形態 (戦争放棄) の例として、日本国憲法9条を挙げている (S. 239 f.)。
- (28) なお、ドイツには「抽象的権利」という観念はない。もっとも、2010年にドイツ連邦憲法裁判所はハルツIV判決 (BVerfGE 125, 175) で、社会国家原理と結びついた人間の尊厳から、「人間に値する最低限度の生活の保障を求める基本権」を導き出した。そこでは、同基本権が具体化を要することが前提となっており、さらに、主観的権利化の委託が要請されている。玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』(尚学社、2013年) 225頁以下は、同権利を主観的権利化の委託付き国家目標規定と評する。これに対し、石塚壮太郎「『生存権』の法的性質」『法学政治学論究』第110号 (2016年) 110頁以下は、審査が実質化したことを以って、同権利に基本権としての独自の意義を見出している。
- (29) 国家目標規定と解した場合 (前掲注(27)を参照)、憲法9条は、具体性の程度の高い国家目標規定といえるであろう。すなわち、9条は、1項で「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」とうたう。これに加えて、2項が「前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない」と規定する。1項を目標の宣言、2項を手段と読めば、9条は全体として相当程度に具体性が高い。自衛隊違憲論や9条改正論など、9条をめぐる激しい対立があるのは、この規定の具体性ゆえである。
- (30) 環境国家条項から導出される部分原則につき、ライナー・ヴァール (小山剛監訳)『憲法の優位』(慶應義塾大学出版会、2012年) 58頁 [石塚壮太郎訳] は、次のように述べている。「環境法の原理の見取り図は、今日では、4つの領域または区分を含んでいる。すなわち、持続性原則、事前配慮原理、原因者責任負担原理および協働原理である」。ヴァール・同頁は、「事前配慮命令によって、環境法は初めて本格的に革新の舞台に足を踏み入れ、自らの対象と中心点を確認した。環境法のこの指導原理は、まさに環境法の大きな発見であり、その原理によって、環境法は初めて独自の法領域となる」としている。さらに、石塚壮太郎「社会国家・社会国家原理・社会法」『法学政治学論究』101号 (2014年) 204頁。
- (31) 参照、アマミノクロウサギ裁判 (鹿児島地判平成13年1月22日判例集未登載)、ホトケドジョウ訴訟 (東京地判平成22年4月20日判例集未

登載) (=原告ホトケドジョウの訴えを不適切と判示)。

- (32) なお、日本の実務の現状に照らせば、ドイツ基本法 20a 条の「立法を通じて、また、法律および法の基準に従って」という文言が、ドイツとは別の意義を持つことになるかもしれない。この文言は、そもそもは環境保全条項が直接適用されることを避けるためのものであったと思われるが、「法律」という法形式を跳躍した行政立法を排除するという機能も持つ。日本の実務においては、法律という法形式でなければ規律できない法律事項の範囲が狭く、また、法律の規律密度も低いことからすれば、「立法を通じて……」という文言を加えることには、行政の専断を排するという意義が生じよう。
- (33) 1994 年になって環境保護の国家目標を基本法に導入したドイツにおいても、「本来的に環境に関する命題として、国家目標は時間的に法律に先行してそこにあったわけではない。むしろ、憲法テキストに採用された国家目標は、一般環境法において表現されている保護目標や原則的な国家の義務を、事後的に格上げしたものである」とされる。ヴァール・前掲注(30)、68 頁 [石塚壮太郎訳]。
- (34) *K. Stern*, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 185 Rdnr. 6.
- (35) フォン・マンゴルトの発言である。引用は *Stern*, (前掲注(34)) § 185 Rdnr. 7 による。
- (36) 以下の記述は、*A. Naumann*, *Grundrechte, Staatsziele, Einrichtungsgarantien*, in: M. Kilian (Hrsg.), *Verfassungshandbuch Sachsen-Anhalt*, 2004, S. 147 ff. に依拠している。
- (37) E.-W. ベッケンフェルデ (初宿正典編訳) 『現代国家と憲法・自由・民主制』(風行社、1999 年) 279-280 頁 [小山剛訳]。
- (38) ライナー・ヴァール (小山剛・吉村良一訳) 「環境保護と憲法」立命館法学 237 号 (1995 年) 1114 頁は、「環境保護は、もはや国家の多数の任務のうちの一つなのではなく、まさにこれこそが現在国家の任務であり、国家の正当化はこの任務を十分に達成できるかどうか依存するといつてよい」と述べる。
- (39) 本稿とは異なる結論をとる論者について紹介しておく。赤坂正浩 (『立憲国家と憲法変遷』[信山社、2008 年] 173 頁) は、次のように説く。「日本の学説と判例は、すでに 25 条の生存権規定の解釈にあたって、法律による具体化待ちの権利という『抽象的権利』のコンセプトによって、ドイツの学説が指摘するような難点には一定の解答を与えてきた経緯がある」。「日本国憲法には、ドイツ基本法 20 条 1 項のような簡潔な国家構造規定・国家目標規定が欠けているので、環境保護だけを新たに国家目標として掲げることは、かえって憲法の体系的なバランスを崩すことになりか

ねない]。「仮に憲法に環境保護条項を追加するとすれば、国家目標規定ではなく環境権の形式をとることが、日本国憲法のテキストやこれまでの議論の流れには沿うことになるだろう」。また、石川健治は、「生圏中心主義 (Ökozentrisk)」を標榜する環境規定を憲法に新設する場合には、国家目的規定として環境保全義務を規定する以外に選択肢はないとする。そして、「ただし、環境について権利定式を採用せず、環境保全義務規定だけを現行規定に増設するという選択肢は、日本国憲法の体系上は、権利定式で書かれた 25 条 1 項とのかかわりで、生存権よりも環境 (権) の方が劣位におかれる、という意味合いを含むことになる」と指摘する。石川健治「憲法改正論というディスカール——WG 提案を読んで」ジュリスト 1325 号 (2006 年) 97 頁。

論 説

軍人の良心と言論の自由に関する覚書

— 2003年イラク戦争とドイツ軍人による2つの事案 —

松 浦 一 夫

はじめに

2003年3月20日に開始された米英軍によるイラク軍事作戦（以下、「イラク戦争」という。）の際、ドイツ政府（G.シュレーダー政権）はその正当性と合法性に疑義があることを理由に参加を拒否したが、NATO加盟国としての立場から対応を求められた。イラクに出撃する米英軍のドイツ領空通過やドイツ国内の施設の使用を認めるとともに、その安全確保措置をとっただけではなく、同盟国トルコの領空警備のためにAWACSを国内基地から派遣し、Patriot防空システムを提供した⁽¹⁾。ドイツ政府がとった対応は、いずれもイラク戦争を直接的に支援するものではなかったが、連邦軍内部では、こうした政府の対応に批判的な態度をとる軍人が現れ、軍当局により懲戒処分が下された。

本稿では、良心の自由を理由にITプログラム開発業務への従事を拒否し降格処分を受けた事案（Pfaff事案）と雑誌に連邦軍上層部を批判する記事を掲載したことにより罰金処分を受けた事案（Rose事案）の2件について、処分取消を求める訴訟における裁判所の判断を検証し、この種の政治事案への対応の問題点を探ることにしたい。

I 良心の自由を理由とする上官命令拒否 (Pfaff 事案)

—連邦行政裁判所第二軍務法廷 2005 年 6 月 21 日判決⁽²⁾

1 事実概要と判旨

Florian Pfaff (少佐) は、連邦軍の IT 関連部署に勤務していたが、イラク戦争は国際法違反であると主張し、射撃訓練等の活動への参加は違法なイラク侵略戦争へのドイツの参加につながるため、禁じられるべきであるとする意見を周囲に述べた。さらには、連邦軍の業務合理化のためのソフトウェア SASPF⁽³⁾ 開発プロジェクトへの従事と部下の監督を命ぜられたが、これをイラク戦争への間接的支援であるとして良心上の理由から拒否した。

北部部隊服務裁判所第一部会は、2004 年 2 月 9 日 (2 月 18 日送達)、これを職務違反行為であるとして、Pfaff を大尉に降格する判決を下した⁽⁴⁾。2004 年 3 月 15 日、Pfaff はこれを不服として、連邦行政裁判所に上訴した。連邦行政裁判所第二軍務法廷 (ライプツィヒ) は、2005 年 6 月 21 日の判決で、Pfaff の主張を認め、降格処分の取消を命じた。判決理由の中で第二軍務法廷は、軍人の上官への服従義務 (軍人法第 11 条 1 項・2 項) が無条件のものではなく、「自主的に考え、とくに命令実施の結果を考慮した—まさに現行法による制約と自己の良心の《境界標 (Grenzmarke)》を考慮した—服従である。」⁽⁵⁾として、命令服従義務が受命者たる軍人の良心の自由により限界づけられ、良心の決断が命令違反の違法性を阻却する理由足り得る場合があると判断した。

良心の自由の基本権は、武器をもってする戦闘役務への徴用を拒否する良心的軍務拒否 (基本法第 4 条 3 項) を申請した者のみに与えられるのではなく、職業軍人にも保障される。それは、「執行権 (vollziehende Gewalt)」の一部としての軍隊が、例外なく「法と法律」に拘束される (基本法第 1 条 3 項) ことの帰結であり、軍事的合目的性もこの拘束を免除する理由にはならないというのがその理由である。

2 判決理由の検討

①軍人の服従義務とその限界

上官命令への服従は軍人の最も重要かつ基本的な職務上の義務である。各軍人は、「全力をもって完全に、忠実 (gewissenhaft) かつ遅滞なく上官の命令を実施しなければならない」(軍人法第 11 条 1 項 2 文)⁽⁶⁾。

しかし、この服従義務は無条件ではない。今日のドイツの法秩序においては、軍人に盲目的服従を義務づけることはない。命令実施の法的結果を考慮に入れることが受命者には求められる。基本法と軍人法は、拘束力ある命令のみが服従義務の根拠となりうることを定めることにより、服従義務の限界を設定する。

第二軍務法廷判決によれば、基本法と軍人法から導かれる命令服従義務の限界は、以下の 7 項目に要約される⁽⁷⁾。これらの命令に拘束力はなく、従わなくても不服従の罪に問われることはない。

- i. その実施が自身及び第三者の人間の尊厳を侵害する命令 (軍人法第 11 条 1 項 3 文)。
- ii. 職務上の目的のために下されたものではない命令。すなわち基本法に (完結的に) 定められた連邦軍の任務のために下されたのではない命令 (同法第 11 条 1 項 3 文)。
- iii. その実施が国内法及び国際刑法により犯罪となる命令 (同法第 11 条 2 項 1 文)。
- iv. 客観的に不可能な命令。内容に矛盾のある命令。状況の根本的変更により無意味となった命令 (防衛刑法第 22 条 1 項及び判例・学説上の通説)。
- v. 諸国民の平和的共存を阻害し、侵略戦争を準備することに加担する命令 (基本法第 26 条 1 項 1 文)。
- vi. その実施が、国際法上の武力禁止や国際人道法の原則といった「国際法の一般規則」に違反する命令 (基本法第 25 条)。
- vii. そして最後に一上記 i ~ vi のほかに第二軍務法廷がこの判決で新たにその論拠を示そうとするのであるが一、あらゆる事情を

考慮した結果、一定の条件のもとに、上官命令が部下の良心の自由（基本法第4条1項）を侵害する場合には、その命令に拘束力はない⁽⁸⁾。

②「良心の決断」の法的意味

命令服従義務の例外の根拠となり得る「良心の決断」について、第二軍務法廷判決は、連邦憲法裁判所及び連邦行政裁判所の従来判例に従いつつ次のように定義する。「良心の決断は、真摯な倫理的、すなわち、『善』『悪』のカテゴリーを志向する決定」であって、個人が「ある特定の状況において、自己を拘束し、かつ、内面において絶対的に義務づけるものと知覚され、深刻な良心のディレンマを感じることなくこれに背いて行動することができないものである」⁽⁹⁾。本件の場合、「それは、軍人の行動の具体的文脈からだけでなく、……主張された良心の決断の真摯性、深刻性及び絶対性が推定される、つまり、彼の人格の信頼性と〔命令拒否の〕結果への覚悟が推認される事情の合理的に信頼できる説明からも明らかとなる。」として、Pfaffの行動が基本法第4条1項により保護されるべき「良心の決断」に該当するものと評価された⁽¹⁰⁾。

こうした評価の背景には、Pfaffが命令拒否の理由として主張したイラク戦争の違法性が十分な根拠を有していることを認める同法廷の立場がある。

③イラク戦争とドイツ政府による支援の国際法的評価

判決は、イラク戦争が国際法違反であり、間接的であれこれに加担するドイツ政府の措置が同じく違法であるとするPfaffの主張に十分な理由があることを詳しく検討し、国連憲章の武力禁止原則やその他の国際法に照らして重大な法的疑義が存在することを論証する。

米英政府は、イラク戦争について、これを授権する国連安保理決議に依拠することなく⁽¹¹⁾、国連憲章第51条の自衛権に基づいてもいな

い⁽¹²⁾。ドイツ政府は、イラク戦争に関連して米英軍に対してドイツ領空の通過のために「領空通航権 (Überflugrecht)」を付与し、ドイツ国内にある施設の使用に同意し、この施設の保護のために詳細に定められた範囲において配慮することを米英政府に約束し、これを実行した。さらにトルコ上空域監視のために AWACS に搭乗するドイツ軍人の派遣に同意した。

国際法違反の戦争を支援することの国際法適合性の評価の根拠と基準は、1974年12月14日の国連総会決議「侵略の定義」(第3条f)、国際法委員会の作業、ならびに1907年10月18日ハーグ第5条約に規定された国際中立法から明らかになる⁽¹³⁾。ドイツはNATO加盟国であるが、そのNATOにイラク戦争実施国(米国や英国その他同盟国)が所属することにより、ここから生じる国際法上の義務を免れることはない⁽¹⁴⁾。NATO条約、NATO軍地位協定及びNATO軍地位協定ボン補足協定も駐留条約も、国連憲章や現行国際法に違反してまでNATO同盟国の国際違法行為を支持しなければならないドイツの義務を定めてはいない⁽¹⁵⁾。

④ SASPF 開発業務とイラク戦争への支援との関係

ここで問題となるのは、違法の可能性が高いと判決が認める米英軍へのドイツ政府の支援と Pfaff が拒否した IT プロジェクト SASPF 開発業務の関係である。SASPF は、連邦軍の保守・修理、補給・輸送、情報処理、会計処理等の業務の合理化・適正化を促進するためのものであるが、その開発に関わることは、間接的に米国による侵略戦争の指揮を様々な形で支援することになると Pfaff 側は主張していた。

この点について判決は、「SASPF 開発へのさらなる協力により、……実際に、原因として有効に、米国とその同盟国により実施されたイラク戦争へのドイツの支援を促進し、あるいは、少なくともこれへの重要な貢献を果たしたか否か」という問題について、「最終的審査と決定を下す必要はない」と述べるにとどまる。判決は、その理由を、

「いずれにせよ、彼が主張する良心の決断について、これ〔SASPF 開発業務が違法なイラク戦争を支援する結果になること〕を危惧する合理的な動機を有しているからである」とする⁽¹⁶⁾。

こうして Pfaff の SASPF 開発業務従事命令拒否が「良心の決断」として、「善」と「悪」のカテゴリーを志向したものであり⁽¹⁷⁾、彼にとって良心の決断に必要な真摯性、深刻性及び絶対性により特徴づけられており、深刻な良心のディレンマなくこれに反して行動することができないものであったことが改めて認められる⁽¹⁸⁾。

⑤良心の自由の保護と軍隊機能との関係

次に問題となるのは、軍人の良心の自由の基本権の保護と国の防衛機能を支持する憲法規定（基本法第 12a 条、第 65a 条、第 73 条 1 号⁽¹⁹⁾、第 87a 条、第 115a 条以下）との関係である。

連邦憲法裁判所は、これまで多くの判決でこれらの諸規定から「効果的な軍事的国防を支持する憲法上の基本的決断」を読み取り、連邦軍の設置とその実効機能性（Funktionsfähigkeit）には「憲法上の地位」が認められてきた。このため一本稿後半で検討するように一、連邦軍の防衛機能維持のために、軍人の表現の自由が法律により制限されるほか、集会の自由、請願権等にも制限が加えられ、法律の留保の下に置かれる。これに対して第二軍務法廷判決は、良心の自由の基本権が「法律の留保を含んではない」⁽²⁰⁾として、その保護が憲法の直接的命令であることを強調する。また良心の自由は「数量的留保（numerischer Vorbehalt）」を伴うことはなく、その主張は他者もこれを行使するか否か、どの程度の範囲において行使されるかに関わりなく、各基本権保持者に保障されるものとみなす⁽²¹⁾。

こうして（軍人を含め）良心の自由の保護と国の防衛機能の維持は、ともに「憲法上の地位」を有するため、この 2 つの保護法益が衝突することが考えられる。しかし、第二軍務法廷判決は、軍人の良心の自由の保護領域は、防衛憲法規定の内容を阻害するものではなく、これ

により排除されることはない⁽²²⁾と評価する。

- 基本法第 12a 条は、満 18 歳以上の成年男子に軍隊、連邦国境警備隊又は文民保護隊での勤務の義務を課し（1 項）、良心的理由から武器をもってする軍務を拒否する者には非軍事的代替役務を課す（2 項）権限を立法府に与えている。加えて、防衛事態（基本法第 115a 条）においては、法律により、又は法律に基づき一定の役務従事の義務を課することができる。第 12a 条により立法府や執行府に付与されるこれらの憲法上の権限は、軍人が良心の自由の権利を下された命令に対して行使しても、阻害されることはない。
- 基本法第 73 条 1 号〔外交並びに防衛に関する連邦の専属的立法権限〕は立法権限を定めるにすぎない。基本権の保護領域内でこの権限がどの程度行使されるかは、この権限規範から明らかになるのではなく、各基本権の保護領域と立法者により定められる（あるいは定められない）法律の留保による。第 73 条 1 号のような憲法規定により特定の立法行為が授権されることにより、その「立法の所産」が憲法レベルの地位を獲得することはない。「外交並びに防衛」に関する連邦の専属的立法権限は、軍人により良心の自由の基本権が主張された場合であっても、法的にも事実的にも、制限されることも削減されることもない。
- 基本法第 115a 条以下の憲法規範〔防衛事態における諸措置〕も、その法的効果を制限されることはない。軍人が上官の命令に対して良心の自由を主張し、良心に配慮した行動の選択肢を求めたとしても、これらの規定が国家機関に付与する権限は、廃止されることも削減されることもない。
- 基本法第 87a 条 1 項により「防衛のため」に軍隊を設置する憲法上の決定が下されたからといって、ある軍人の基本権への依拠がその時の上官の目に連邦軍にとり「障害となり (störend)」あるいは業務遂行に「負担となる (belastend)」ものと映る場合には常に軍人の基本権は退けられねばならないわけではない。基本法によ

り「効果的国防の実効機能性」を保障することには、憲法による基本権の強行的保護、とくに良心の自由が侵害されないことも含まれる。

- 基本法第 65a 条の連邦防衛大臣の軍隊命令・司令権は、無条件に保障される良心の自由のような基本権を執行権の行為により制限する権限と結びつけるものではない。そのような権限は立法府には与えられない。軍隊命令・司令権の行使にあたっては、憲法、特に基本権に規範化された憲法命令を遵守しなければならない。これは、憲法改正によっても変更できない基本法第 1 条 3 項の要請である。したがって、基本法第 65a 条に保障された連邦防衛大臣の軍隊命令・司令権並びにそこから導き出される軍事上官の命令権は、基本法第 1 条 3 項により特に憲法上保護される基本権の留保及び行使の留保の下にある。

判決はこのように、軍人の良心の自由に基づく権利主張が基本法の防衛関連規定を阻害することはないと、むしろ効果的国防の実現には軍人の基本権の保護が不可欠であることを強調するが、一方でこの権利主張が連邦防衛大臣の軍隊命令・司令権と緊張関係にあることを認めている。しかし、留保条件なく保障される基本権の保護が、軍事的合目的性に譲歩することはないとして、以下のように述べる。

「憲法により強行的に措定されたことが下令の際だけでなく命令実施に際しても遵守されなければならないということ、それは憲法の構成要素であり、したがって基本法第 65a 条に規範化された『命令・司令権』の一部でもある。その限りにおいて、……連邦防衛大臣の命令・司令権は一大臣により軍事上官に委任された命令権と同様に一、憲法の実施留保の下にある。つまり、憲法から生じる『法と法律』（基本法第 20 条 3 項）、「国際法の一般規則」（同第 25 条）そして基本権への厳格な拘束（同第 1 条 3 項）が蔑にされてはならず、かりにそれが場合によっては個別事案において政治的又は軍事的に目的に適っているととしても、その効力内容と効力要求において『比較衡量』により「基本権への拘

束が] 弛緩してはならないのである。個別事案においてそこから生じる実際の不和と不都合は、『実践的調和』の要請に従って解決あるいは回避されなければならない⁽²³⁾。

⑥命令者と受命者双方の協力

良心の自由の基本権により保護されるべき決断を下した場合、受命者は、公権力に妨げられることなく、彼を拘束し絶対的に義務づける良心の命令に従い行動することを要求できる。このような要求に応え、自律的人格としてのその精神的—倫理的存在において受命者に生じた高権的命令と良心の命令の不可避の衝突を解決するために、「良心に配慮し、差別的でない行動の選択肢」が受命者に提供されなければならない。もっとも、それは「その軍人や他の軍人に対して軍人法第11条1項1文・2文から生じる服従の普遍的な法的義務の一般的効力を廃止することを意味するものではない⁽²⁴⁾。

そこで、良心の自由を主張する軍人と命令服従を求める上官双方の建設的な協力・協働（『実践的調和』）が求められる。判決はその具体的方法を示している⁽²⁵⁾。すなわち、良心の決断により上官の命令に従うことができない軍人には、それにより不都合が生じることがないように、自身の良心のディレンマをできるだけ早期に権限ある上官に説明すること、並びに、根拠となる問題をできるだけ早く公正に解明することが求められる。他方、彼の上官には、軍人により主張された良心の決断に対応することが期待される。上官は、部下の良心の決断を無視したり、馬鹿にしたり、あるいは隠蔽したりすることは許されない。

下された命令に対するある軍人の良心のディレンマが、国際法あるいは憲法の規範から生じたものであるか、あるいは、これに基づいている場合、とくに軍人が恐れている命ぜられた業務の実際の効果、並びに命令が実施されないことにより軍隊やその他の保護法益に生じる結果に関して、なるべく早期に率直な意見を交換することが必要である。場合によっては、裁判所がこの事案についてどのような判断を下

すと見込まれるか、重要な法的状況に関するすべての関係者の可能な限り客観的な情報提供が求められる。

このような対応にもかかわらず、当該軍人が、その良心のために命令を実施することができず、上述の意味でこれが合理的であるならば、命令解除、配置転換等の寛大な調停が図られなければならない。

II 軍人の言論の自由とその限界 (Rose 事案)

—連邦憲法裁判所第二法廷第三部会

2007年4月28日憲法異議不受理決定⁽²⁶⁾

1 事実概要と憲法異議申立に至る経緯

申立人 Hans-Jürgen Rose (中尉) は、2006年5月27日、雑誌 Ossietsky に論文を発表した。Ossietsky 誌は、政治、文化、経済分野を扱う総合雑誌であり、隔週で発刊されている。誌名は、1936年にノーベル平和賞を受賞した Carl von Ossietzky に由来する。発行部数は各号 2,000 部であり、特約店と定期購読者のほか、インターネット上でも購読可能であった⁽²⁷⁾。「将官たちの気質と邪心 (Geist und Ungeist der Generalität)」と題された論文の中で Rose は、以下のような表現でイラク戦争時の軍上層部の姿勢を批判した。

「軍の将官たちは、知性の欠如ゆえに、何が起ころうとしていたか理解できなかったことは至極当然である。……したがって、愚鈍 [という表現] が除外されなければならないのであれば、説明として残されるのは、第2の選択肢のみである。すなわち、楽観主義、卑劣、厚顔無恥である。……もし、ドイツの将官たちに自尊心と法意識、道徳心の一かけらでもあるのならば、連邦軍総監は、各軍総監と協力して、赤緑政府 [G. シュレーダー政権] の、国際法に違反し、憲法に違反する命令に従うことを拒否したであろう。」

この論文には、著者である Rose の階級とともに、その内容が筆者個人の見解であることが明記されていた。

2006年7月24日、ミュンヘンの第四防衛地域司令部

(Wehrbereichskommando IV) は、Rose の意見表明が上官の人格を貶め、名誉を棄損するものであるとして、罰金750ユーロの懲戒処分を下した。これに対する Rose の異議申立は、同年8月18日に軍隊支援司令部 (Streitkräfteunterstützungskommando) により斥けられた⁽²⁸⁾。Rose はさらに南部部隊服務裁判所に処分取消しを訴えたが、同年12月12日に斥けられた。同裁判所は、申立人には誇張的で論争的な方法であっても自らの意見を表明する権利があることを認めつつも、それが他者の人間の尊厳 (基本法第1条1項) を侵害する場合には譲歩しなければならないとして、Rose の意見表明もこれに該当するものと判断した。連邦軍の将官が概して「自尊心がない」などとする言明は、彼らそれぞれの尊厳を否定し、その主体性 (Subjektqualität) を否定するものである。また、連邦軍総監や各軍総監に対する誹謗中傷を含む。申立人はこれを意図的に行っており、職務違反行為 (軍人法第23条1項) に該当する⁽²⁹⁾。

Rose は、南部部隊服務裁判所の判決を不服とし、基本法第5条1項の言論の自由を侵害されたとして連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。申立人の主張によれば、論文は辛辣な批評の形式をとる価値判断であり、表現の自由を保障する基本法第5条1項の「特に強化された」適用領域に属する。申立人の意見表明に対する部隊服務裁判所の判断は、論文の問題箇所を全体的文脈から切り離し、総合的に評価せず、具体的な事実状況についての価値判断を含まないものであると誤認している。また、申立人の批判的論争は関係者の名誉を害するものではない。批判は特定の人物に向けられたものではなく、将官全体に向けられたものであり、将官全体が基本法第1条1項に依拠することはできない。政治的批判が禁じられることにならないように、誹謗中傷の概念は狭く解釈されるべきである。申立人の批判は、制度に対するものであり、個人に関係するものでないことから、誹謗中傷には該当しない⁽³⁰⁾。

2 決定理由の検討

連邦憲法裁判所第二法廷第三部会は、連邦憲法裁判所法第 93a 条及び第 93b 条により、3 名の裁判官全員一致で憲法異議を受理しないことを決定した。この異議申立には、原則的な憲法的意味は含まれず、かつ、申し立てが認められる見込みもないため、申立人の基本権又はそれと同等の権利の実現に資するものでもなく、受理の理由がないからである（連邦憲法裁判所法第 93a 条 2 項）。

①基本法・軍人法による軍人の表現の自由の制限

ドイツ基本法は、最初の 2 箇条で人間の尊厳の不可侵（第 1 条 1 項）と人格の自由な発展の権利（第 2 条 2 項）という基本権の基礎を明示している。そして、第 4 条で良心の自由、第 5 条で言論の自由、情報の自由、出版の自由、報道の自由（1 項）、さらには芸術と学問の自由が保障される（3 項）。ただし、言論の自由は、第 5 条 2 項により、一般的法律（allgemeine Gesetze）、少年保護のための法律の規定、個人の名誉権により制限され得る。とくに軍人について、第 17a 条は、防衛任務の期間中、言語・文書及び図画によって自己の意見を自由に表明し及び流布する基本権（第 5 条 1 項 1 文前段）等が制限されるものとしている。

これらの憲法規定に基づき、軍人法は、たとえば第 8 条（民主的基本秩序の擁護）、第 10 条 6 項（上官の節度保持義務）、第 12 条（僚友としての義務）、第 15 条（政治活動の制限）、第 17 条（勤務の内外における態度）といった諸規定で、軍人の意見表明の自由を制限している⁽³¹⁾。このため、軍人は勤務中特定の政治的傾向を支持し又は反対するために活動してはならず、政治団体の宣伝や勧誘をしてはならない。また、職務の共同性（Gemeinsamkeit）を重大に阻害する行動を禁じられる。とくに幹部軍人は、その職務上の地位により、意見表明にあたり、節度と抑制的な態度、上官への配慮と忠誠を義務づけられる。また、個人的な意見表明にあたって、それが職務としての性格がある印象を与えてはなら

ない⁽³²⁾。

②審査対象と適用法律規定

第三部会はず、本件憲法異議の受理の可否決定において連邦憲法裁判所が審査するのは、Rose の意見表明を職務違反行為と認めた部隊服務裁判所が「自由主義秩序自体を構成する言論の自由の基本権の意味が適切に考慮されるように規定を解釈し適用しているか否かだけである。」と審査対象を限定したうえで、本件で適用される軍人法の範囲を特定する。

言論の自由は、それが思想形成の前提である場合には、少なくとも価値判断と事実の主張を保護する（参照、連邦憲法裁判所判例集第 61 巻 1 頁 [8 頁以下]）。Ossietzky 誌において発表した申立人の思想がこれに該当するとしても、言論の自由の保護は無制限ではない。上述のように、基本法第 5 条 2 項にいう「一般的法律」により制限され得る。

連邦憲法裁判所の判例によれば、この「一般的法律」は、「意見そのものを禁止するのではなく、絶対に保護すべき法益の保護に資するために定められた法律である（参照、連邦憲法裁判所判例集第 62 巻 230 頁 [243 頁以下]；第 97 巻 125 頁 [146 頁]）。そのような法律として、ここでは軍人法第 10 条 1 項と結びつく同法第 10 条 6 項、第 12 条 2 文、第 17 条 1 項及び同条 2 項 2 段が考慮される。これらの規定は意見そのものを禁ずるのではなく、自由な意見表明の基本権を基本法第 17a 条 [の要件を] を満たしつつ制約するものである」⁽³³⁾。

③人間の尊厳の侵害の存否

後で詳述するように、第三部会は、部隊服務裁判所の決定の根拠となる軍人法の関係規定の解釈が憲法上許容されない程度にまで申立人の言論の自由を制限するものではなく、憲法上の結論において妥当なものであると評価するのであるが、一方で、同裁判所が指摘した将官軍人に対する人間の尊厳の侵害の存在を明確に否定する。

「確かに一言論の自由との衡量を受け付けない—基本法第1条1項の人間の尊厳への抵触は存在しない。というのも、人間の尊厳は、優位する憲法価値として、特定の処遇が価値の低い状況を惹起する時すでに侵害されたと認められるものではないからである。そうではなく、本件の場合その可能性がありうる名誉棄損の場合であっても、重要なのは、言及された人がもはや主体としてではなく、単なる客体とみなされていることである……。[人間の尊厳の侵害の存在が認められるには] 関係者から“人間として尊重される”ことが奪われていなければならない……。申立人の意見表明には、このような効果は認められない。……申立人の表現内容は、将官たちには特定の主体的メルクマール（道徳心、自尊心）が無いというものであるが、人間として尊重されることを求めること自体を否定するものではない。将官たちは、意のままに扱われ得る単なる客体として取り扱われたのではないのである（参照、連邦憲法裁判所判例集第87巻209頁[228]）」⁽³⁴⁾。

④ 誹謗中傷の存否

また、申立人の意見表明においては、誹謗中傷も問題にはならない。「誹謗中傷のメルクマールは、客観的関心事を完全に排除した個人的な侮辱である（参照、連邦憲法裁判所判例集第93巻266頁[303頁]）。……本件の場合、政治雑誌の要点を絞った論争的様式の短評が問題となっている。このような表現形式の場合、自由な表現の一部分としての表現の選択を許されない方法で制限することがないよう、客観的論拠の意義やその明示をそれほど求められる必要はない。申立人の記事は、そのほとんどの部分で連邦軍の歴史的概観を扱っており、記事の第2部で初めて問題とされた意見表明がなされている。集団としての将官に対象を絞った批判により、表現内容は将官たちの個人的名誉棄損が申立人にとって重要だったのではなく、本件の場合イラク戦争に関して欠如している価値観への批判が重要であったと解釈することができる」⁽³⁵⁾。

⑤基本権と基本権制限規範の相互作用と軍人法の目的

基本権を制限する「一般的法律」は、自由民主主義国家における基本権の意義認識に照らして解釈されなければならない、かつ、そうすることでこの基本権を制限するその効果において、再び自ら制限されなければならない（参照、連邦憲法裁判所判例集第7巻198頁[208頁以下]；第66巻116頁[150頁]；第71巻206頁[214頁]）。本件で適用される軍人法の表現の自由制限規範も、このような相互作用の中で解釈されるべきであるが、そこで注目しなければならないのは軍人法の諸規範の目的である。それは軍隊の実効機能性維持という憲法次元の利益に資することにあり、その限りで自由な意見表明の基本権は譲歩を求められる。

「基本法第12a条、第73条1号、第87a条及び第115b条からも効果的な軍事的国防を支持する憲法上の基本的決断を読み取ることができ、これにより連邦軍の設置とその実効機能性に憲法上の地位が与えられていることからして（参照、連邦憲法裁判所判例集第69巻1頁[21頁]）、この法律[軍人法]の関連規範は、連邦軍の実効機能性に資するものである。連邦軍の機能は、軍隊所属員により、勤務の内外における態度により守られなければならない。軍隊の実効機能性は、勤務内においては、軍隊所属員が軍隊の特別の利益を考慮せず、現に個々の命令がもはや実施されないような形でその基本権を行使する場合には、脅かされることになる。勤務外での意見表明の場合、連邦軍の実効機能性は、軍隊内の道徳と規律の腐食により脅かされることになる。自由な意見表明の基本権は、ここで、憲法上の地位を備える連邦軍のその機能保全の利益と対立することになる」⁽³⁶⁾。

⑥部隊服務裁判所による軍人法の解釈・適用の合憲性

軍人法は、第10条6項により、指揮任務を果たす連邦軍士官に、勤務外においても、その意見表明にあたり、上官としての信頼を維持するために必要な節度を維持することを求めている。また、軍人法第12

条2文により、僚友の尊厳、名誉及び権利を尊重しなければならない。これは、勤務の内外で効力を有し、同法第17条1項により、特に上官の職務上の地位を尊重しなければならない。軍人は、連邦軍の声望又はその職務上の地位が必要とする尊敬と信頼を深く侵害することがないよう行動しなければならない（同法第17条2項2文）。そして、軍人は、上官として、その態度と義務の履行において模範となることを求められる（同法第10条1項）。

結論として第三部会は、部隊服務裁判所によるこれら軍人法諸規定の解釈適用を妥当と認め、以下のようにその判断を支持した。

「部隊服務裁判所は、基本法第17a条1項により把捉される特別地位関係（Sonderstatusverhältnis）において、言論の自由を制限するこれら諸規則を、連邦軍の機能の保全と維持を考慮しつつ解釈した。裁判所は、申立人がその意見表明に際して節度保持義務に違反し、それが申立人の権威を揺るがし、かつ、その忠誠を疑問視されることになり得るという前提から出発している。申立人の意見表明は、その中でドイツの将官全体に、自尊心、法意識、道徳心が欠如していると述べており、将官を含む僚友の尊厳を貶めている。これは、関係者を嘲笑にさらし、他者の娯楽の対象にし得るものである。そして軍の結束、したがって相互信頼と相互保証の覚悟がこれにより脅かされる。加えて、申立人は、その上官の職務上の権威を守る法律上の義務にも違反している。というのも、[申立人により] 選択された表現は客観的批判の程度を超えているからである。上官の権威の保護は、連邦軍の内部秩序のために必要である。この比較衡量は、憲法により異議を唱えられるべきものではない。選択された意見表明の形式は、特に人格攻撃を伴うものであり、連邦軍の機能を大きく阻害し得るものであったことを誤認すべきではない。この種の行動が許容されず、職務違反として評価されるとしても、言論の自由の基本権は、その原理的意味において、明らかに侵害されてはいない」⁽³⁷⁾。

Ⅲ 軍人の良心と言論の自由—両事案の関係

1 軍人の良心の自由と軍隊の機能維持

1872年ドイツ帝国軍刑法典⁽³⁸⁾第48条は、以下のように定め、国家が個人の良心を違法行為を正当化する理由として承認しないことを明らかにしていた。

「作為又は不作為の可罰性は、行為者がその良心又は宗教の規則によりその行動を命ぜられたものとみなすことにより排除されるものではない。」

第二次大戦後、基本法制定者は、軍務拒否権の導入によりドイツ法制史上初めて国民の義務が良心の留保の下にあることを認めた（基本法第4条3項1文）。また、「制服を着た市民（Staatsbürger im Uniform）」とされる軍人は、何人にも保障される良心の自由の基本権を享受する（同第4条1項）。それは違法な行為を強制されることから軍人を保護するものでもあった。

もっとも、軍人の良心の自由と命令服従義務の間に衝突が生じた場合に、良心の自由は、同じく憲法に定められる連邦防衛大臣の軍隊命令・司令権（同第65a条）及び軍隊の機能維持と出動準備態勢確立を支持する憲法諸規定に対して緊張関係に立つ。連邦行政裁判所第二軍務法廷 Pfaff 判決も、この緊張関係の存在を認識し、良心の自由と職務上の義務の衝突状況を、「実践的調和」により2つの保護法益が可能な限り侵害されない解決を模索することにより止揚しようとした。判決は、上官がここで「良心に配慮した行動の選択肢」を受命者たる部下に提示する必要があったことを認め、その具体的方法を示した。また、受命者たる部下にも、自己の良心のディレンマについて早期に説明することを求めた。上官は、命令の実施が軍隊の任務遂行にとっていかに重要であり、必要であるかを説明すべきである。そして部下に深刻かつ解決しがたい良心のディレンマがある場合には、上官は彼が命じた任務が他の軍人により実施することができないか、問題を抱える軍人

を他の任務に就かせることはできないか、考慮しなければならない。

誤解してはならないのは、このような「実践的調和」により、服従義務と良心の自由の衝突において良心の自由が原則的に優先され、服従義務が一般的に排除されることを認めたわけではない点である。軍人個人の良心のみを優先させれば、軍隊の実効機能性を阻害し、これを個人の同意に依らしめることになる。判決が求める「実践的調和」はこのようなことを認めるものではない。上官の部下に対する服従要求は部下の良心の同意に依存するのではなく、個々の具体的事案において服従義務の範囲と限界を決定するにあたり、部下の良心の状況を考慮に入れることを法律が許容するというにとどまる。「軍人がその服従義務を免れるためには、それに反する良心の決断を適切に表明すれば足りる」という意味で判決の主旨を理解すべきではないであろう。

第二軍務法廷判決は、軍人の服従義務の範囲と限界という防衛法の基本問題をあらためて提起する意味で重要であるが、不可解な点もある。

判決は服従義務の限界を定める軍人法第11条2項1文の外に基本法の良心の自由に直接根拠を置く命令服従義務の例外を認めることに固執しているが、その必要があったのか疑問である。なぜなら、Pfaffは当初からドイツのイラク戦争への関与が国際法上違法であるがゆえに命令に従うことができないと主張していたのであり、犯罪（刑法第80条）への関与を予防するための命令拒否だからである。命令実施を拒否する動機はもっぱら法的（特に国際法的）理由であった。彼は、少なくともイラク戦争終結まで、又は連邦憲法裁判所がその憲法適否を判決するまでは命令には従わないと主張することにより、この点を明確にしている⁽³⁹⁾。個人の良心の自由を命令拒否の理由として主張したのは、軍務法廷の手続きが開始されて以降のことであった。この点を重視するならば、Pfaffの申し立ては、軍人法第11条2項1文に照らして審査されることが適当であったはずである⁽⁴⁰⁾。

また、上官の職務命令を拒否する理由として「良心の決断」を認め

るにしても、ITプログラムの開発に協力することが実際にイラク戦争に貢献することになり、命令拒否の根拠となり得ることを合理的に証明しなければ、判決理由は説得力を欠くのではないか。このITプログラムは、裁判所自身が認定するように、2004年9月の時点ではまだ試験段階であり⁽⁴¹⁾、国際部隊の兵站支援に役立つことは全くなかっただけに、なおさら判決理由には疑問が残る。

さらに言うならば、Pfaff 事案の場合、良心の自由と言論の自由との境界も明らかにされなければならなかったはずである。Pfaff はイラク戦争に対する反対姿勢を表明するために、「法と自由のために」「私はイラク戦争には関わらない」と書いたハガキ大のワッペンを制服に付け公の場に出る等の行動をとっていた⁽⁴²⁾。ITプログラム開発業務への協力拒否は、連邦政府の同盟政策に対する政治的動機に基づく否定的態度の一端にすぎないからである⁽⁴³⁾。

2 軍人の言論の自由と軍隊の機能維持

軍人によるイラク戦争反対の意見表明に関する司法判断の例として本稿で取り上げた Rose 事案は、憲法異議提起の十分な理由が認められず受理されなかったケースである。連邦憲法裁判所は、本来、不受理決定にあたり理由を明らかにする必要はないのであるが（連邦憲法裁判所法第93条1項3文）、軍人の言論の自由の限界に関する所見を述べる機会として利用した。それは、Pfaff 判決を修正する必要があったからであろうと推察される⁽⁴⁴⁾。

Pfaff 判決では、基本法第4条1項に関連して、防衛憲法規範が自由権的基本権の保護領域と衝突することはなく、前者が後者に優先することはないと主張し、従前の連邦憲法裁判所の立場と異なる見解に立脚していた。これに対して連邦憲法裁判所第二法廷第三部会の決定は、軍人の基本権が「効果的な軍事的国防を支持する憲法上の基本的決断」との相互作用の中にある（参照、連邦憲法裁判所判例集第28巻36、51頁；第69巻1頁）とする従来 of 連邦憲法裁判所の立場を再確認した。軍人

が安全保障問題に関する公共の議論に参加すること自体は許容されるべきであるとしても、その自由な意見表明の基本権は、軍隊の整然とした内部秩序の職務上の必要性に対して当然に優位性を認められるべきものではない。連邦軍の機能維持の利益とそのため軍人法上の義務を、意見表明の言葉の選択にあたり考慮しなければならない。第三部会が重視したのは、Rose の懲戒異議を斥けた南部部隊服務裁判所の決定が、基本法第 5 条 1 項の意味内容を誤認したか否かである。そして同部会は、明確にこれを否定し、従来の連邦憲法裁判所の立場に変化がないことを確認し、この憲法異議には「成功の見込みがない」と断じたのである。

なお Rose は、連邦憲法裁判所による憲法異議不受理決定を不服として、この決定により欧州人権条約第 10 条の権利をドイツ国が侵害したとして、欧州人権裁判所に個人申立を行った。この申立を却下する 2010 年 9 月 14 日決定⁽⁴⁵⁾において、欧州人権裁判所第五部会は、過去の判例を引きつつ⁽⁴⁶⁾、締約国の高権的権力の下でも欧州人権条約第 10 条が保障する言論の自由の権利が軍人に対しても他の人々と同様に効力を有することを確認しつつも、同条 2 項が列挙する「正当な理由」を追求するため「法律で定められ」、かつ、これらの目的を達するために「民主的社会において必要」である場合には、言論の自由の制限が認められることを指摘する⁽⁴⁷⁾。権利を制限する法律は「恣意に対する十分な保護を与えるものでなければならず、かつ、その適用の結果を予見できるものでなければならず」が、本件で問題となったドイツ軍人法の諸規定（第 10 条 1 項及び 6 項、第 12 条 2 文、第 17 条 1 項）はこの条件を満たすものであり、また Rose に対する罰金処分も連邦軍の機能と軍隊の秩序維持という「正当な目的」を追求するものと認めた。「申立人は公共の議論において、その意見表明のために処罰されたのではなく、連邦軍の機能を脅かすものとみなされる方法で上官の名誉と声望を攻撃したがゆえに処罰されたのである」。

冷戦終結後の安全保障環境の変化に対応して、ドイツ連邦軍がその

任務を自国及び同盟地域の防衛から国際平和創設・維持、さらにはテロ対処へと拡大し、平時有事を分かつ「働く軍隊 (Armee im Einsatz)」に変貌を遂げて久しい。この間にドイツの国防制度の根幹であった義務兵役制も運用を停止された⁽⁴⁸⁾。基本法が再軍備以来維持してきた「制服を着た市民」という軍人像も、こうした変化に対応を迫られることになる。本稿で取り上げた2つの事案は、司法の対応の動揺を示すものといえるかもしれない。

- (1) とくに AWACS の派遣については、その運用スタッフの3分の1がドイツ軍人であったこともあり、連邦議会の事前の承認を経ずに実施されたことについて、派遣差止の仮命令を求める申立と派遣決定の違憲無効を訴える機関争訟が提起された。この憲法訴訟に至る経緯と連邦憲法裁判所の判決について、参照、松浦一夫『立憲主義と安全保障法制—同盟戦略に対応するドイツ連邦憲法裁判所の判例法形成』(三和書籍、2016年)第7章(309～328頁)。
- (2) Urteil des 2. Wehrdienstsenats vom 21. Juni 2005, BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03.
- (3) SASPF とは「標準適用ソフトウェア製品ファミリー」(Standard-Anwendungs-Software-Produkt-Familie) の略称である。それまでの防衛省内の IT 環境は時代遅れで、多くのソフトが相互に齟齬を生じ業務効率化の妨げとなっていた。SASPF は、経営管理ソフトとして定評のあった SAP R3 を防衛省のニーズに合わせ機能を拡張したもので、その導入により、業務の流れを適正化し、コストを削減し、重複を回避し、さらには透明性を高めるメリットを得ることが期待されていた。2010年までに軍隊、防衛行政、装備の分野で働く45,000人以上のユーザーを結ぶことが予定されていた。Vgl. BT-Drs. 16/11574 vom 08.01.2009 (Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Abgeordneten Elke Hoff, Birgit Homburger, Dr. Rainer Stinner, weitere Abgeordneter und der Fraktion der FDP-Drucksache 16/11266- Probleme bei der Einführung von Standard-Anwendungs-Software-Produkt-Familien in der Bundeswehr).
- (4) Truppendienstgericht Nord vom 9. Februar 2004 Az.: N1 VL 24/03.
- (5) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.3.1.1.
- (6) 軍人法第11条「(1)軍人は、その上官に服従しなければならない。軍人は上官の命令を、全力をもって完全に、忠実かつ遅滞なく実施しなければならない。人間の尊厳を侵害し、又は職務上の目的のために下されたも

のではない命令に従わなかった場合には、不服従の存在は認められない。そのような命令にあたるという誤った仮定により責任が免除されるのは、このような錯誤が回避できず、かつ軍人が知り得た状況により、命令に対して法的救済手段をもって対抗することが期待できないときだけである。

(2)命令に従うことが犯罪となるであろう場合には、命令に従ってはならない。それにもかかわらず部下がこの命令に従った場合には、それが犯罪となることを彼が認識し、又は彼に知り得た状況からそれが明らかである場合にのみ責任を負う」。

- (7) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.2.1 ~ 7.
- (8) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.2.7.3. 「場合によっては、他の憲法規定に違反しても、具体的状況において内面的に決断することが不可避となり、命令よりも基本法第4条1項の良心の自由の基本権により高い重要性を認め、命令が拘束力を持たないこともあり得る。」
- (9) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.3.1.3.
- (10) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.4.
- (11) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.4.1.1a.
- (12) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.4.1.1b.
- (13) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.4.1.2, 4.1.4.1.4.
- (14) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.4.1.3.
- (15) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.4.1.3a ~ c. なお、構成国相互間に適用される NATO 軍地位協定、この地位協定のドイツ国内実施の細則を定める NATO 軍地位協定ボン補足協定、ドイツ国内への外国軍隊の駐留根拠を定める駐留条約の関係については、参照、松浦一夫「ドイツにおける外国軍隊の駐留に関する法制—1993年 NATO 軍地位協定・補足協定改定とその適用の国内法との関係を中心にして—」本間 浩他著『各国間地位協定の適用に関する比較論考察』（内外出版、2003年）第2章（とくに50～55頁）。
- (16) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.4.1.5. ちなみに、判決は別の箇所、「良心の決断」が保護に値するか否かの判断において重要なのは、その「真摯性、深刻性、絶対性」の証明であって、良心の決断が正しいか誤りかは問題にはならないとして、以下のように述べる。「基本法第4条1項により保護される人格の内面的な精神的—心因的事象としての良心の決断の存在は、通常は外部から確認することは困難である。なぜなら、『内なる声』としての良心の訴えは、外部環境においては、良心の決断と良心のディレンマを示唆するしかるべき兆候とシグナルから間接的に推定され得るにすぎないからである」。兆候とシグナルを伝えるものは主に言語であるため、言語を介して必要となるのは、「外部に表れ、合理的に伝達可能で、文脈に従って相互主観的に理解可能な良心の決断の真摯性、深刻性、絶対性の証明である」。良心の自由を理由に上官の命令に違

反する行動をとろうとする軍人は、これを説明する義務を負うが、「その際、説明の合理的理解可能性は、[良心の決断の]『存否』、つまり良心の命令の存在とそれが行動の原因となったことの十分な蓋然性にのみ関係するのであって、良心の決断自体が『錯誤』『誤謬』であるか、あるいは『正当』であると評価され得るか否かに関係するのではない」。(BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.3.1.)

- (17) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.4.2.1.
- (18) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.4.2.2.
- (19) 連邦の専属的立法権限を定める基本法第73条は、2006年8月28日の第52次基本法改正法律で2項が追加されたため、従来の文言が1項となった。本稿では改正前の申立提起時点の旧表記で記述するが、[旧]第73条1号は、現行規定では第73条1項1号である。
- (20) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.5.1.
- (21) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.5.2.
- (22) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.5.3.2a) ~ e).
- (23) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.5.3.2e).
- (24) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.3.1.3.
- (25) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 4.1.5.3.2e aa) ~ dd).
- (26) BVerfGE, Beschluss 28.04.2007, 2 BvR 71/07.
- (27) Ossietzky 誌のホームページ <<http://www.ossietzky.net/>>による。
- (28) BVerfGE, Beschluss 28.04.2007, 2 BvR 71/07, I.1.a), b).
- (29) BVerfGE, Beschluss 28.04.2007, 2 BvR 71/07, I.1.c).
- (30) BVerfGE, Beschluss 28.04.2007, 2 BvR 71/07, I.2.
- (31) 第8条「軍人は、基本法の意味における自由民主的基本秩序を承認し、かつ、その全行動をもってその擁護に努めなければならない」。

第10条「(1)上官は、その態度と義務の履行において、模範となることを求められる。……(6)士官及び下士官は、勤務の内外において、その意見表明にあたり、上官としての信頼を維持するに必要な節度を保持しなければならない」。

第12条「連邦軍の結束は、主に僚友精神 (Kameradschaft) に基づく。これは、僚友の尊厳、名誉と権利を尊重し、かつ、危難にあってはこれを助けることを全軍人の義務とする。これは、異なる意見を相互に承認し、考慮し尊重することを含む」。

第15条「(1)軍人は、勤務内において、特定の政治的傾向を支持し又は反対するために活動してはならない。僚友との会話において自己の意見を述べる軍人の権利は、影響を受けない。(2)営舎及び施設内においては、自由時間の間、自由な意見表明の権利は、僚友精神の基本規則により制限される。軍人は、職務の共同性が重大に阻害されることがないように行動しなければならない。とくに軍人は、演説を行い、文書を配布し、あるいは

政治組織の代表者として活動することにより、ある政治集団の宣伝者として活動してはならない。相互尊重が脅かされることがあってはならない。(3)軍人は、政治的行事において、制服を着用してはならない。(4)軍人は、上官として、ある政治思想を支持し、又は反対するよう、影響を与えてはならない」。

第17条「(1)軍人は、規律を守り、上官の職務上の地位を、その人格において勤務外でも尊重しなければならない。(2)軍人の行動は、連邦軍の声望並びに軍人としての職務に必要な尊敬と信頼に値するものでなければならない。勤務外において、軍人は、営舎及び施設外において、連邦軍の声望並びに軍人としての職務に必要な尊敬と信頼を重大に損なうことがないよう行動しなければならない。(3)士官又は下士官は、軍務を退いた後も、その職階での再任用のために必要な尊敬と信頼に値するものでなければならない。……」。

このほか、第14条（守秘義務）、第33条（公民・国際法教官の中立性保持義務）等も軍人の言論の自由を制限する規範といえる。

(32) ドイツにおける軍人の言論の自由の制限問題全般について論じる最近の論考として、山中倫太郎「ドイツ防衛憲法における軍人の意見表明の自由の基本権の保障と制限の法理」『防衛大学校紀要（社会科学分冊）』第百十二輯（2016年3月）19～65頁。また、同「軍人の意見表明の自由の基本権に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要裁判例—紹介と検討」『防衛大学校紀要（社会科学分冊）』第百十一輯（2015年9月）25～78頁。

(33) BVerfGE, Beschluss 28.04.2007, 2 BvR 71/07, II.1.

(34) BVerfGE, Beschluss 28.04.2007, 2 BvR 71/07, II.2.a).

(35) BVerfGE, Beschluss 28.04.2007, 2 BvR 71/07, II.2.b).

(36) BVerfGE, Beschluss 28.04.2007, 2 BvR 71/07, II.2.c). この点で Pfaff 事案連邦行政裁判所判決とは評価が大きく異なる点に注目したい。

(37) BVerfGE, Beschluss 28.04.2007, 2 BvR 71/07, II.2.d).

(38) Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, in: Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1872, Nr. 18, Seite 174-204. バイエルン国立図書館のデジタル・アーカイヴを参照（2016年8月5日閲覧）。<http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb11003082_00001.html>

(39) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 3.3.

(40) Klaus Dau がこの点を指摘する。Vgl. NZWehrr 2005, H. 6, S. 255ff.

(41) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 3.3.

(42) BVerwG 2 WD 12.04, TDG N 1 VL 24/03, 3.3.

(43) Vgl. NZWehrr 2005, H. 6, S. 257. なお、通勤に使用する自家用車に「原発? 要らない!」という文面のステッカーを貼り付け、営舎・施設内に乗り入れた軍人に対してこれを禁じた上官の命令が適法か否かが問題に

なった事案について、連邦行政裁判所第一軍務法廷はこの命令を適法とし、反原発ステッカーの表示が、軍人法第15条2項3文列記の「政治集団のための宣伝」と同等の政治プロパガンダ手段に該当するものとみなしたことがある。Vgl. BVerwGE73, 237, 1. Wehrdienstsenat, Beschluss 06.08.1981[NJW 1982, S.118].

- (44) Ulrich Lucksがこの点を指摘する。Vgl. NZWehrr 2007, H. 4, S.159.
- (45) Fifth Section Decision as to the Admissibility of Application no. 51001/07 by Hans-Jürgen ROSE against Germany.
- (46) Case of ENGEL and Others v. The Netherlands (Article 50) (Application no.5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/722), 23 November 1976; Case of Vereinigung Demokratische Soldaten Österreichs and GUBI v. Austria (Application no.15153/89), 19 December 1994; Case of PASKO v. Russia (Application no.69519/01), 22 October 2009.
- (47) 欧州人権条約第10条は、表現の自由を1項で保障するが、2項でその行使については義務と責任が伴うものとし、「国の安全、領土保全若しくは公共の安全のため」等の正当な理由のために、「民主的社会に必要な制限や罰則等を法律で定めることを認める。
- (48) この点について、参照、松浦一夫「ドイツにおける義務兵役制停止の背景—その法的側面と政策的側面」『防衛法研究』第35号(2011年10月)113～158頁。ただし、兵役制度自体が廃止されたわけではなく、兵役関連規定は現在も維持されている。

国家緊急事態条項の比較憲法的考察

—とくに OECD 諸国を中心に—

西 修

1. はじめに—本稿の目的

昨今、国家緊急事態条項を日本国憲法に導入することの是非が議論されている。

本稿は、当該条項の日本国憲法への導入の是非そのものを論じることを主たる目的とするものではない。筆者は、百地章教授と同様⁽¹⁾、国家緊急事態条項を憲法に追加すべきと考えるが⁽²⁾、本稿では、国家緊急事態条項が国際社会、とりわけ経済協力開発機構（OECD）加盟国の憲法にどのように規定されているかを比較検討することを主眼とする。

OECD 加盟国を主に比較検討の対象としたのは、国家緊急事態への適切な対処は民主主義にもとづく憲法体制と密接な関連があり⁽³⁾、加盟諸国は先進国に属し、おおむねその憲法体制は民主主義にもとづいているとみなされるからである。

本来ならば、非成典化憲法国を含めて、OECD 加盟 34 か国すべての国を対象にすべきであるが、ここでは紙数の関係もあって、非成典化憲法国たるイギリス、ニュージーランドおよびイスラエルを除くことにする⁽⁴⁾。

あらかじめ対象とする 31 か国と憲法制定年を記せば、以下のとおりである⁽⁵⁾。

国名および憲法名	憲法制定年	国名および憲法名	憲法制定年
オーストラリア連邦憲法	1900年	オーストリア共和国憲法	1920年
ベルギー王国憲法	1831年	カナダ憲法	1982年 ⁽⁶⁾
チリ共和国憲法	1980年	チェコ共和国憲法	1992年
デンマーク王国憲法	1953年	エストニア共和国憲法	1992年
フィンランド共和国憲法	1999年	フランス共和国憲法	1958年
ドイツ連邦共和国基本法	1949年	ギリシャ共和国憲法	1975年
ハンガリー共和国基本法	2011年	アイスランド共和国憲法	1944年
アイルランド憲法	1937年	イタリア共和国憲法	1947年
日本国憲法	1946年	大韓民国(韓国)憲法	1987年
ルクセンブルク大公国憲法	1868年	メキシコ合衆国憲法	1917年
オランダ王国憲法	1983年	ノルウェー王国憲法	1814年
ポーランド共和国憲法	1997年	ポルトガル共和国憲法	1976年
スロバキア共和国憲法	1992年	スロベニア共和国憲法	1991年
スペイン憲法	1978年	スウェーデン王国統治法典	1974年
スイス連邦憲法	1999年	トルコ共和国憲法	1982年
アメリカ合衆国憲法	1787年		

2. 国家緊急事態条項とは

ここに、国家緊急事態条項とは、「戦争⁽⁷⁾、外部からの武力攻撃、内乱、組織的なテロ行為、重大なサイバー攻撃、経済的な大恐慌、大規模な自然災害、その脅威が広域に及ぶ伝染病など、平時の統治体制では対処できないような国家の非常時にあって、国家がその存立と国民の生命、安全を守るために、基本的人権の一時的制約をふくむ特別の措置を講じることができる条項」と定義づけておきたい。

尾高朝雄教授によれば、国家緊急権の思想は、西洋、とくにドイツ国法学にあって、dominium eminens「優越支配権」の概念に由来するという。すなわち、国法は、一般には個人の「普通支配権」、とくに個人の所有権を尊重しなければならないが、国家そのものの福祉が問題となるときには、国家はその内在する「優越支配権」を発動させて、全体の利益のために個人のもつ諸権利を排除することが許される。このような観念が一般化されて、個人の権利に対する保護—逆にいえば、

権力の行使に対する国法上の制限—も、国家全体の存立のためには必要に応じて排除され得るという思想、すなわち「国家緊急権」の思想が生まれたと説かれる⁽⁸⁾。

このような、いわゆる「法を破る力」としての国家緊急権は、超憲法上の存在として観念されていた。たとえば、カール・シュミットは「予想もしなかったような非常の事態にあっては、国家の存立を救うため、憲法の条規に反してでも、国家機関が国家緊急権に依拠する」必要性を唱えている⁽⁹⁾。

また、ケルゼンも「国家は生存しなければならない。だから、適法な方法での生存が不可能になれば、最上級の国家機関は、(中略)国家存続のために必要なことならどんなことでもしなければならない義務を負う」と述べている⁽¹⁰⁾。

しかしながら、「国家緊急権」を超憲法的あるいは憲法外の存在とみなしておくことは、立憲主義の観点から疑問視されるようになり⁽¹¹⁾、現代の諸国憲法は、なんらかの形で憲法のなかに組み込むようになってきている。

3. 国際的規範としての欧州人権条約、国際人権規約（自由権規約）および米州人権条約

国家緊急事態を前提とした包括的な国際条約として、『人権および基本的自由の保護のための条約』（欧州人権条約）、『市民的および政治的権利に関する国際規約』（国際人権規約、自由権規約）、および『人権に関する米州条約』（米州人権条約）があげられる。

欧州人権条約は、1948年の『世界人権宣言』にかかげられた人権の多くを包含し、その実効性を担保した最初の国際条約である。1950年11月4日に署名、53年9月3日より発効されている。現在、OECD加盟国中、ヨーロッパ諸国のすべてが同条約の締約国である。

同条約第15条は、以下のように規定する。

「①戦争その他の国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合には、いずれの締約国も、事態の緊急性が真に必要とする限度において、この条約にもとづく義務から離脱する措置をとることができる。ただし、その措置は、当該締約国が国際法にもとづき負う他の義務に抵触してはならない。②前項の規定は、第2条（注：第2条は生命の保護を規定しているが、合法的な戦闘行為から生ずる死亡の場合を除くと定めている）、第3条（拷問または非人道的取扱いの禁止）、第4条1項（奴隷・隷属状態の禁止）、および第7条（刑法の遡及的適用の禁止）からのいかなる離脱も認められない。③離脱の措置をとる権利を行使する締約国は、そのとった措置およびその理由を欧州評議会事務総長に十分に通知する。締約国はまた、その措置が終了し、かつ条約の諸規定が再び完全に履行されているとき、欧州評議会事務総長にその旨、通知する」。

また、自由権規約は、1966年12月16日、『経済的、社会的および文化的権利に関する国際規約』（社会権規約）とともに、国連総会で採択され、76年3月23日に効力が発生した。

同規約第4条の規定は、次のとおり。

「①国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合において、その緊急事態の存在が公式に宣言されているときは、この規約の締約国は、事態の緊急性が真に必要とする限度において、この条約にもとづく義務から離脱する措置をとることができる。ただし、その措置は、当該締約国が国際法にもとづき負う他の義務に抵触してはならず、また人種、皮膚の色、性、言語、宗教または社会的出身のみを理由とする差別を含んではならない。②上記の措置は、第6条（生命に対する権利の保障）、第7条（拷問または残虐な刑罰の禁止）、第8条1項および2項（奴隷・隷属状態の禁止）、第11条（契約義務不履行による拘禁の禁止）、第15条（刑法の遡及的適用の禁止）、第16条（法律の前に人として認められる権利の保障）、ならびに第18条（思想、良心および宗教の自由の保障）の規定に違反することを許すものではない。③義務から離脱する措置をとる権利を行使するこの規約の締約国は、離脱した規定および違反をするにい

たった理由を、国際連合事務総長を通じてこの規約の締約国にただちに通知する。さらに離脱が終了する日に、同事務総長を通じてその旨、通知する」。

さらに、1969年11月27日には米州人権条約が制定され（78年7月17日発効）、前述の両条約と同旨の条項がおかれた。ただし、同条約には、時代の進展にともない、家族の権利、氏名をもつ権利、国籍を有する権利、統治に参加する権利を停止してはならないことが追加されている。

今日、国際社会のほぼ全体をカバーする人権条約として、自由権規約が最も重みのあることはいうまでもない。自由権規約には、すべてのOECD諸国のみならず、2015年7月現在、168か国によって締結され（外務省ホームページ、16年10月8日閲覧）、国際規範として、広く認知されている。

自由権規約第4条について、国連自由権規約委員会は、2001年7月24日の第1950回会合で採択された「一般意見」第29号において、「規約第4条は、規約上の人権を保障するシステムにとって、最重要なものである」ことを確認し、規約の効力を停止するにあたって基本的に必要とされる要件は、その措置が「事態の危急性にとって真に必要とされる限度」であるべきこと、合法的な効力停止は、第4条2項に列挙されている以外にも、「人間の固有の尊厳を侵してはならないこと、人質にとってはならないこと、マイノリティに属する者の権利を保護すべきこと、強制的に追放されないこと」などが列記されている。

そして、実際、規約第4条1項で対象とされていない事態に人権の効力停止が発せられた国として、タンザニア（1992年）、ドミニカ（1993年）、イギリス（1995年）など9か国をあげ、「懸念」を表明した⁽¹²⁾。

4. 主要諸国の国家緊急事態条項

(1) 明示規定のないアメリカ憲法

1787年9月に制定されたアメリカ憲法には、国家緊急事態に関する明示の条項は存在しない。憲法上、連邦議会に戦争を「宣言する」(declare) 権限が付与されている(第1条8節11項)。実は、制憲議会において、連邦議会に戦争を「おこなう」(make) 権限を与えることが提案された。しかしながら、国の安全に対処するのに立法手続きを経ていたら、とても間に合わないという理由から、侵撃を排除する裁量権を大統領にゆだねるべきだということで決着したいきさつがある⁽¹³⁾。

実際に、南北戦争時(1861～65年)にはエイブラハム・リンカーン大統領が、また第二次世界大戦(1939～45年)ではフランクリン・ルーズベルト大統領が、緊急権(エマージェンシー・パワー)を発動した。その憲法的根拠として、大統領は行政権の執行権者であること(第2条1節1項)、軍隊の最高司令官であること(第2条2節1項)、人身保護令状の停止権をもつこと(第1条9節2項)などに求められた。理論的には、イギリスのコモン・ローの伝統にもとづく「必要性の理論」などに依拠した。

重要な点は、大統領がとった措置について、連邦最高裁判所が司法審査権を行使してきていることである。リンカーンのとった措置について、メリマン事件(1861年)、ミリガン事件(1866年)において⁽¹⁴⁾、また1941年12月8日未明(ハワイ時間12月7日)、日本による真珠湾攻撃後にハワイ属領知事が発し、フランクリン・ルーズベルト大統領により承認されたマーシャル・ロー(戒厳令)の違憲性が問題になったダンカン対カハナモク事件で⁽¹⁵⁾、さらにハリー・トルーマン大統領が朝鮮戦争中の1952年に大規模ストライキを封じ込めるために発した命令について⁽¹⁶⁾、それぞれ違憲判断がくだされた。

ベトナム戦争後、1973年11月7日には「戦争権限法」が、また76年9月11日には「国家緊急事態法」が制定された。前者は、「敵対行

為または敵対行為にまきこまれることが急迫し、」軍隊を投入するに際して、連邦議会と大統領の「共同判断を確保すること」を目的としている（同条第1条）。また後者は、「大統領の国家緊急事態宣言および細部にわたるその運用を、明らかな議会の授権によって行うべきこと」が意図されている⁽¹⁷⁾。連邦議会は、大統領が緊急事態宣言後、6か月ごとに当該事態について審議しなければならないという議会拒否権を有している⁽¹⁸⁾。

(2) 緊急権の母国としてのフランス憲法

フランスは、すでに1789年の革命から2年後の1791年7月には、「要塞の維持および分類に関する法律」を制定、要塞が合囲状態にあるときは、統治権力が文事官憲から軍事官憲に移ることを定め、また1848年の第2共和制憲法第106条に戒厳令の規定をおくなど、緊急権条項の母国といわれている。

現行憲法でとくに注目されるのは、戦争宣言条項（第35条）、戒厳条項（第36条）に加えて、第16条に大統領の非常措置権が導入されたことである。

第16条「共和国の諸制度、国の独立、領土の一体性または国際的取極めの履行が重大かつ直接脅かされ、かつ憲法的機関の正常な運営が妨げられるときは、共和国大統領は、首相、両議院議長および憲法院と公式に協議した後、状況により必要とされる措置をとる。②共和国大統領は、これらの措置を教書によって国民に知らせる。③これらの措置は、憲法的機関がその任務を遂行する手段を、できるだけ短期間で確保しようとするものでなければならない。この点については、憲法院に意見を求めるものとする。④この場合、国会は当然に集会する。⑤非常措置権限を行使している期間は、国民議会を解散することはできない。⑥非常措置権限が行使されてから30日後に、憲法院は、第1項に定められた要件が存在しているかどうかを決定する目的で、国民議会議長、元老院議長、60人の国民議会議員または60人の元老院議員

により、申し立てを受けることができる。憲法院は、できる限り早く、公開の声明により、その立場を公知しなければならない。憲法院は、非常措置権限が行使されてから 60 日後、およびその後はいつでも当然に審査をおこない、かつその立場を公知しなければならない」。

上記のうち、⑥項は 08 年 7 月の改正で追加された。もともと同条は、ドゴール大統領の憲法論に依拠して導入されたもので、モーリス・デュベルジェをして、フランスの 1814 年の憲法憲章第 14 条やワイマール憲法第 48 条よりも、さらに大きな権限を与えたものと評されていた⁽¹⁹⁾。2007 年 5 月に大統領に就任したニコル・サルコジが「より適正化された大統領権限」を目指して、大々的な憲法改正を断行、その一環として⑥項が追加され、憲法院の審査権に重きがおかれることになった。本条が発動されたのは、1961 年 4 月のアルジェリア騒動のときの 1 回のみである。もし今後、発動されるとすれば、憲法院の真価が問われることになるだろう。

なお、2015 年 11 月 13 日にパリで発生した同時多発テロの際に発せられた「国家非常事態宣言」は、1955 年 4 月のアルジェリア独立戦争のさなかに制定された「緊急状態を制度化し、アルジェリアにおいてその適用を宣言する法律」にもとづくものである。

(3) ナチスの反省の上に立つドイツ憲法

ドイツ憲法は、1990 年 8 月 31 日の旧・東西両ドイツの統一以降、旧西ドイツの憲法（基本法）が全ドイツで施行されているが、国家緊急権事態条項としてあげられるのは、対外的緊急事態と対内的緊急事態への対応条項である。前者の対外的緊急事態条項として、①防衛事態、②緊迫事態および③同盟事態が、後者の対内的緊急事態として、①国内緊急事態および②災害緊急事態がある。前者の各事態は、1968 年の 6 月 24 日の第 17 次改正により、補充された。

このうち、とくに重要な条項が第 115A 条の「防衛事態」への対応である。

「①連邦領域が武力によって攻撃され、またはこのような攻撃が直前にさし迫っていること（防衛事態）の確定は、連邦参議院の同意を得て、連邦議会がこれをおこなう。その確定は、連邦政府の申立てにもとづいておこない、連邦議会議員の投票数の3分の2以上の多数で、少なくともその過半数を必要とする。②状況からして不可避免的に即時に行動することが必要とされ、かつ克服しえない障害があつて、連邦議会が適時に集会することが妨げられ、または連邦議会が議決することが不可能なときは、合同委員会がその委員の投票数の3分の2以上の多数で、少なくとも過半数をもってこの確定をおこなう。③（中略）。④連邦領域が武力によって攻撃され、管轄の連邦機関が、即時に第1項第1文の確定をおこなうことができないときは、この確定はおこなわれたものとみなし、かつその攻撃が開始された時点で公布されたものとみなす。連邦大統領は、事情が許せばただちにその時点を告知する。⑤防衛上の緊急事態が確定されたことが公布され、連邦領域が武力によって攻撃されるときは、連邦大統領は、連邦参議院の同意を得て、防衛上の緊急事態の存在について国際法上の宣言をすることができる。合同委員会は、第2項の要件のもとに、連邦議会に代わるものとする」。

ここに、外国から武力攻撃がある場合には、連邦議会が、連邦参議院の同意を得て「防衛事態」が確定されるが、連邦議会が集会できないような状況が生じている場合には、あらかじめ両院議員で設置されている合同委員会（連邦議会32人、連邦参議院16人）でこの確定がなされる。それでもなお現実に武力攻撃があり、即時の行動がとり得ないときには、「防衛事態があつたものとみなされ」、対処措置が講じられる。こうして、いざというときに即応できるよう「切れ目のない」条項が周到に用意されている。注視されるべきは、外国から武力攻撃がある場合かいなかの認定を連邦議会に帰属せしめている点である。このような措置は、ナチス時代の反省の上に立っていることはいうまでもない。

「緊迫事態」は、「防衛事態」にいたる可能性の高い場合に備えるた

めのもので、その認定は、連邦議会の投票の3分の2以上の多数決により決定される（第80a条1項。「防衛事態」の場合と違い、構成員の過半数の必要はない）。また「同盟事態」とは、NATO（北大西洋条約機構）に加盟していることもあり、同盟条約上の義務を履行するために緊急の措置をとる事態をいう。措置を講ずる必要性を判断するのは政府であるが、連邦議会の構成員の過半数の要求があれば、措置を終了しなければならない（第80a条3項）。

「国内緊急事態」は、ラントが独力で騒擾などに対応できないときに、「公共の安全および秩序を維持し、または回復するために」、連邦国境警備隊や他のラントが支援する措置を講ずるもので、「災害緊急事態」は、「自然災害またはとくに重大な災厄事故の場合」に、おなじくラントを支援するために、連邦国境警備隊や他のラントが支援する措置をいう（第35条、第91条）。

このような憲法体制のもとで、ボスニア・ヘルツェゴビナ上空監視活動への参加、コソボ紛争、アフガニスタン紛争への軍隊派遣などがおこなわれ、憲法との関係が議論され続けている⁽²⁰⁾。

(4) 永世中立国としてのスイス、オーストリア憲法

スイスは、国内外から、「永世中立国」として認められているが、第185条および第173条に次の諸規定がある。

第185条「①連邦政府は、スイスの対外的安全、独立、および中立を確保するための措置を講ずる。②連邦政府は、国内の安全を保持するための措置を講ずる。③連邦政府は、公共の秩序または国内外の安全について、現に生起している、またはさし迫っている重大な障害を除去するために、本条項にもとづき、直接に命令および指令を発することができる。当該命令には、期限を付されなければならない。④緊急の場合には、連邦政府は、軍隊を動員することができる。連邦政府が4000人以上からなる軍隊を動員するとき、または当該出動が3週間以上に及ぶときは、遅滞なく連邦議会が招集されなければならない」。

第 173 条「①連邦議会は、さらに次の各号に掲げる任務および権限を有する。(a)連邦議会は、スイスの対外的安全、独立および中立を保全するための措置を講ずる。(b)連邦議会は、国内の安全を保持するための措置を講ずる。(c)連邦議会は、例外的な事情により必要とされる場合は、(a)号および(b)号に定める任務を遂行するため、命令または単純連邦決議を定めることができる」。

このように、スイスは、永世中立を国是とし、憲法で連邦政府も、連邦議会もそれを固守するための規定を設けている。「例外的な事情」とは、国家緊急事態を指すとされている。同国の憲法学説の多数の理解によると、自由な国家の存立、国の独立または住民の存在が問題になっている場合には、憲法秩序の維持のため、権利の制限は正当な措置として認められ、そのような緊急事態においては、連邦議会が招集され、必要な措置を講じ、それが民主的な権利、自由権、連邦制国家の権限を侵害する措置であっても許される。また連邦議会が招集できない場合には、連邦参事会（政府）に包括的な国家緊急権が認められる⁽²¹⁾。国家のドクトリンとして、連邦政府は、国の安全、独立、中立を保持するために、たとえ憲法違反であっても、必要なあらゆる措置を講ずる権限を有しているとの見方もある⁽²²⁾。

おなじく永世中立政策をとるオーストリアは、包括的な国土防衛政策（軍事的、政策的、市民的および経済的な国土防衛を含む）という立場をとり、外部に対する独立ならびに連邦領土の不可侵および統一を、とくに永世中立の維持および防衛のために保持することを国の任務とし、その際には憲法上の組織およびその活動能力ならびに住民の民主的自由も、外部からの武力による攻撃を保護および防衛することとしている（憲法第 9 条）。

同国では、1955 年に永世中立を宣言しつつ、国連に加盟したが、EU 共通安全保障防衛政策への参画は、中立政策とは矛盾しないとの立場をとっている。

なお、両国とも憲法で成人男子に対して兵役の義務を課し（スイス第

59条、オーストリア第9a条)、いまやヨーロッパで実際に徴兵制が実施されている数少ない部類の国である。

5. 憲法に明記している諸国の事例

以下で、国家緊急事態条項を憲法に明記しているいくつかの諸国の概要を掲示する。

- (1) 韓国憲法は、国家緊急権事態条項として、緊急処分、緊急命令権および戒厳宣布権が大統領にあることを設定している。すなわち、大統領は「内憂、外患、天災、地変または重大な財政上および経済上の危機に際し、国家の安全保障または公共の安寧秩序を維持するために緊急の措置が必要となり、かつ国会の集会を待つ余裕がないときに限り、最小限に必要な財政上および経済上の処分をなし、またはこれに関して法律の効力を有する命令を発することができる」。

また大統領は、国家の安危にかかわる重大な交戦状態に際しても、法律の効力を有する命令を発することができる。これらの処分または緊急命令は、遅滞なく国会に報告し、国会の承認が得られなければ、その時点から効力を失う（第76条）。

さらに大統領は「戦時、事変またはこれに準ずる国家非常事態に際して、兵力をもって軍事上の必要に応じ、または公共の安寧秩序を維持する必要があるときは、法律の定めるところにより、戒厳を宣布することができる。大統領は、戒厳の宣布について、ただちに国会に報告し、国会が在籍議員の過半数の賛成により、戒厳の解除を要求したときは、大統領は、これを解除しなければならない」（第77条）。

- (2) チリ憲法は、「憲法上の例外状態」の見出しのもとに、第39条から第45条にわたり、詳細な規定をほどこしている。大きく、外国との戦争の場合における「例外事態」、内乱または重大な国内的騒擾の場合の「戒厳」（第40条）、大規模な自然災害の場合における「大災害事態」（第41条）、公共の秩序の重大な変更をもたらし、または国

の安全に重大な損害をもたらす場合の「緊急事態」(第42条)に分けられる。

「例外事態」または「戒厳」の宣言は、国民議会(2院制)の承認を得て、大統領によりおこなわれる。これらの宣言は、発出後5日以内に国民議会に提出され、国民議会はその受諾の是非を決定しなければならない。国民議会がこの期間内に決定しないときは、国民議会はこれを受諾したものとみなされる。

「大災害事態」は、大統領により宣言され、国民議会に報告されなければならない。国民議会は、大統領の宣言後180日以内に無効を議決することができる。

「緊急事態」は、大統領により、15日を超えない範囲で宣言される。大統領は、同一期間、緊急事態を延長することができるが、緊急事態を引き続き延長するためには、かならず国民議会の承認を必要とする。

- (3) トルコ憲法は、「緊急事態」を二つに分けている。一つは「自然災害、危険な伝染病または深刻な経済危機」(第119条)の場合で、いま一つは「憲法によって定められた自由な民主的秩序、または基本的権利および自由の破壊を目的とする広範な暴力行為の重大な状況、暴力行為による公共の秩序の深刻な悪化」(第120条)の場合である。

前者にあっては大統領を議長とする閣僚会議が、その裁量により、また後者にあっては大統領を議長とする閣僚会議が、国家安全保障会議と協議したのちに、それぞれ6か月を超えない期間、「緊急事態」を宣言することができる。この宣言は、ただちに国民大会議(1院制)に提出され、その承認を得なければならない(第121条)。

- (4) ポーランド憲法は、第11章に「緊急事態」のタイトルを付し、第228条から第234条まで7か条を配している。「戒厳」(国家に対する対外的脅威、ポーランド共和国の領土に対する武力攻撃、または条約により侵略に対する共同防衛の義務が発生する場合の措置)、「緊急事態」(国家の憲法体制、または公共の秩序に対する脅威があるときの措置)、および「自

然災害事態」(天然による大災害または自然災害の特徴を備えた技術的な事故を防止するための措置)のような、特別の危険がある状況において、通常の憲法上の措置をもってしては適切に対応できない場合を総称して、「非常措置事態」と位置づけている。このうち、「戒厳」および「緊急事態」については、大統領が導入し、「自然災害事態」は、閣僚会議によって導入される(第228～第230条、232条)。また前二者に関し、大統領は、決定から48時間以内に国会(2院制)に提出しなければならず、国会は法定議員総数の少なくとも半数の出席のもとに絶対多数決により、当該決定を取り消すことができる(第231条)。

(5) ポルトガル憲法では、「戒厳状態」または「緊急事態」は、大統領が、政府の意見を聞き、国会(1院制)の承認を得て(国会の即時の集会在不可能なときは常設委員会)、布告する(第138条)。「戒厳状態」も「緊急事態」も、「外国の軍隊による現実のもしくは切迫した攻撃、民主的な憲法秩序への重大な脅威もしくは混乱または公共の災害の場合」であり、このうち、「緊急事態」は、「上記の前提条件の重大性がより低い場合」とされる(第19条1項、2項)。その期間は15日間を超えることができない(延長は可能、第19条5項)。

(6) ルクセンブルク憲法は、第3章の「主権」の表題のもとにおかれているという点で、やや異色といえる。すなわち、第32条1項に「主権は、国民(Nation)にある。大公は、憲法および国法に従って、その主権を行使する」と定め、2項から3項にかけて、大公の行為を憲法および法律以外で指定された以外に及ぶことを制限しつつ、4項で以下の規定が配されている。「国際的危機の場合にあっては、大公は、緊急の事態が存すれば、現行法の規定に反してでも、あらゆる事項に関する規則を採択することができる。これらの規則の期間は、3か月に限定される」(この条項は、2008年3月に追加された)。

(7) メキシコ憲法では、「侵入、公共の治安の重大な騒乱、または社会を重大な危険もしくは紛争におくその他のいずれを問わない場合において、メキシコ大統領は、各省庁の長官、および共和国検事総長

の職にある者の合意のもとで、かつ連邦議会の、これが開かれていない場合は常設委員会（19人は下院議員、18人は上院議員）の承認を得て、国土の全域または一定の地域において、迅速かつ容易に状況に対処するために、障害となっている憲法上の権利および保障を停止することができる」（第29条）。

- (8) アイルランド憲法にあっては、戦争は、下院の同意がなければ、宣言されることはないが、現実の侵略があるときには、政府は、国の防護のために必要と考えるあらゆる措置をとることができ、下院が開会されていないときは、できるかぎりすみやかに集会するように招集されなければならない（第28条3節1項、2項）。
- (9) 連邦制をとっているオーストラリア憲法にあって、連邦はすべての州を侵略から防護し、また州の行政府の要請があったときには、州内の暴力行為から防護しなければならないとの規定をおいている（第119条）。
- (10) エストニア憲法は、同国の憲法秩序に対する脅威がある場合には、国会（1院制）が、大統領の提案にもとづき、その議員の過半数により、「緊急事態」を宣言する。ただし、その期間は3か月を超えることができない（第129条）。
- (11) ギリシャ憲法では、「戦時、国外からの危険による動員時または国の安全に対する切迫した脅威がある場合、および民主主義体制の転覆を目的とする武装活動が発生した場合は、国会が、政府の提案にもとづく決議により、領土の全部または一部において、戒厳に関する法律を適用し、非常裁判所を設置し、人権の全部または一部の効力を停止する」（第48条）。この決議は、国会（1院制）の総議員の5分の3以上でおこなわれなければならない。このように、「戒厳」の適用範囲を広く設定している点に特色がある。
- (12) スウェーデン憲法は、第15章を「戦争および戦争の危険」とし、11か条を配置している。「国が戦争状態または戦争の危険に陥った場合」には、国会（1院制）が召集される。国会は首都のストックホルム

ム以外で召集されることができ（同章第2条）。国会が召集されることができないときは、国会内部から選出される戦争委員会が国会を代行する。戦争状態によって戦争委員会も召集することができないような場合には、決定は、政府によりおこなわれる。また戦争の危険に陥っているときは、総理大臣を加えた外務委員会が決定する（同章第2条）。国内で発生した事件等に由来する緊急事態にあっては、政府が措置を講じ、その適否については国会内に設置される憲法委員会が事後的に審査するものとされている⁽²³⁾。

- (13) スロベニア憲法は、戦争または国の存立を脅かすような重大かつ一般的な緊急事態の宣言は、政府の提案にもとづき、下院により決定される。ただし、下院が招集されることができないときは、大統領が決定し、次の下院が招集されたときにただちにその承認を求めなければならないとしている（第92条）。
- (14) オランダ憲法では、「戦争状態」の布告は、国会（2院制）の事前の承認が必要とされるが、実際に戦争状態が発生し、国会との協議が不可能のときは、かならずしも事前承認は必要とされない（第96条）。また憲法は、国内外の安全の維持のために、法律により指定される「非常事態」を勅令で宣言できる場合とその効果について、法律が制定されることを定めている（第103条）。
- (15) イタリア憲法では、「両議院が、戦争状態を議決し、必要な権限を政府に与える」（第78条）ほか、第77条2項および3項で、「必要かつ緊急の非常の場合において、政府がその責任において、法律の効力を有する暫定の応急措置」をとることができるが、この暫定措置令は、同日に両議院に提出されなければならない、60日以内に法律に変えられなければならない、その効力を失うとされている。

なお、第78条の「戦争状態」のなかに、戦争以外の自然災害や動乱に対処するための合囲状態、戦争体制のための動員が含まれるかいないかについて、学説が分かれている⁽²⁴⁾。

- (16) スペイン憲法では、「警戒事態」、「緊急事態」および「戒厳」の3

種を規定している。「警戒事態」にあっては、15 日間を期限として内閣が宣言し、下院に報告される。「緊急事態」は、事前に下院の承認を得て、30 日間を期限として内閣が宣言する。そして「戒厳」は、内閣の提案にもとづき、下院が、その絶対多数により宣言する（第 116 条）。

憲法は、それぞれの事態の内容を定めていないが、1981 年の組織法によれば、「警戒事態」とは、自然災害、衛生上の危機（伝染病など）、基礎的な共同体における物資不足、公共サービスの麻痺などが該当する。また「緊急事態」は、市民の権利や自由の行使、民主的諸制度の正常な機能、広範なテロリズムなどにより公共の秩序が脅かされ、通常の権力では対応できないような事態が想定されている。さらに「戒厳」は、外国からの武力攻撃による独立や領土保全に対する侵害、内乱、革命、クーデタなどの場合に発せられる⁽²⁵⁾。

- (17) スロバキア憲法では、外部から攻撃を受けた場合に、国会（1 院制）の決定にもとづき、大統領が戦争を宣言するが、軍隊の動員、「戦争状態」および「戒厳」の宣言は、大統領の裁量によりおこなわれる（第 102 条）。
- (18) ハンガリー憲法は、「国家的危機事態」（戦争状態の宣言または外部勢力からの軍事攻撃の危急の危険がある場合）、「緊急事態」（法秩序もしくは権力の排他的奪取を目的とする軍事行動、または大規模な範囲にわたり武器もしくはこれに準ずる器物をもって国民の生命および財産を危険に陥れる深刻な暴力行為の場合）、「予防的防衛事態」（外部からの武力攻撃の危険、同盟国から生ずる義務に対応するための措置を講ずる場合）、「外部からの不測の武力攻撃事態、危険事態」（自然災害、または生命および財産を危険にする産業事故の場合）に分け、前三者については、基本的に国会（1 院制）が宣言する。とくに「戦争状態」の宣言は、国会の 3 分の 2 以上の賛成を、「予防的防衛事態」は、出席議員の 3 分の 2 以上の賛成を得るものとされている。後二者については、政府が対応する（第 48 条～ 53 条）。

- (19) チェコ憲法は、1992年12月に制定されたが、98年4月には付録として、『チェコ共和国の安全に関する憲法法』が公布・施行された⁽²⁶⁾。同法は10か条からなり、第1条では、チェコ共和国の主権、領土保全、民主的基礎の保護、生命、健康および財産の保護を確保することを国家の義務とし、第2条1項では、チェコ共和国の主権、領土保全もしくは民主的基礎が著しい程度で直接に脅かされ、または集団的自衛に関する国際的義務に対応することが必要な場合は、緊張の度合い、領土への侵犯の程度および事態の性格に従い、「緊急事態」、「国家に対する脅威状態」もしくは「戦争状態」が宣言されるとの規定をおいている。

「緊急事態」は、「生命、健康、財産もしくは民主的な秩序および安定を著しい程度において脅かすような自然的大災害、生態もしくは産業上の事故その他の危険がある場合に、政府によって宣言される（第5条1項）。政府は、下院に遅滞なく緊急事態の宣言を通知し、下院は当該宣言を無効にすることができる（同条2項）。

「国家に対する脅威状態」は、「国家主権、領土保全、民主的基礎が直接に脅かされる場合に、政府の提案にもとづき、国会によって宣言される」（第7条1項）。このように、国家にとって、より重大な危機事態に際しては、国会によって宣言されるとしているところに特色がみられる。なお、国会では、当該宣言の採択について、すべての下院議員の絶対多数とすべての上院議員の絶対多数の承認が必要とされる（同条2項）。

以上のように、憲法で定められている国家緊急事態条項は、区々である。おおざっぱに類型化すれば、判断の比重を、より行政府に与えている国（韓国、トルコなど）、より立法府に与えている国（エストニア、ギリシャなど）、事態によって分属せしめている国（スペイン、ハンガリーなど）に類型化することができる。いずれにしても、単独の判断は避け、相互のチェック機能が働らく体制がとられている。これが現在の立憲体制における国家緊急事態対処条項の共通現象といえる。

6. 憲法に明示していない諸国の事例

上記では、憲法上の規定を中心にみてきたが、憲法では十分な規定がないにもかかわらず、法律で詳細な国家緊急事態を定めている国として、カナダやフィンランドがある。

カナダは、1988年7月に「緊急事態法」を制定した。同法には「戦争緊急事態」（戦争もしくはさし迫った戦争または武力紛争によりカナダ本国または同盟国が巻き込まれる事態—第37～45条）、「国際緊急事態」（威嚇や威圧の行為、武力または暴力の現実もしくはさし迫った使用により引き起こされたカナダや複数の国家を巻き込む事態であって、それが深刻な場合—第27～36条）、「治安緊急事態」（カナダの利益に損害を与える諜報または破壊行為、カナダ政府が確立した立憲制度に対する隠密の違法行為または暴力によって転覆もしくは破壊をもくろむ諸活動など—第16～26条）、「公共の福祉緊急事態」（火災、洪水、地震その他の自然現象、人間または動植物の疾病、事故または汚染のいずれかにより、生命もしくは財産、社会破壊等を生ぜしめるような深刻な現実または急迫の事態—第5～15条）に分け、詳細な手続きが規定されている⁽²⁷⁾。

フィンランド憲法は、以下のように定める。「①基本的権利および自由について、法律により、または法律で特別な理由のために定められ、かつ適用範囲を厳格に限定された政令により、一時的な例外を定めることができ、この例外は、フィンランドに対する武力攻撃に際して必要とされる場合または国家にとって深刻な脅威を与えるその他の緊急事態がであって、法律で定めるものの際に不可欠なものとし、かつフィンランドの国際的人権に関する義務に合致するものとする。ただし、一時的な例外の根拠については、法律で定めなければならない。②一時的例外に関する政令は、遅滞なく国会の審議に付さなければならない。国会は、当該政令の効力について決定することができる」（第23条）。

そして、1991年に制定された同国の緊急権法は、第1条で法律の目

的を次のごとく定める。「この法律の目的は、緊急状態においても、国民の暮らしと国家経済を守り、法的秩序ならびに憲法上の権利および人権を維持し、フィンランドの領土保全および独立を防護することにある」(本条は2000年に改正)。ここに、緊急権の目的として、「憲法上の権利および人権を維持する」と設定したことに注目される。

同法律は、「緊急状態」として、次の5つをあげている⁽²⁸⁾。①フィンランドに対する武力攻撃ならびに戦争および戦争直後、②フィンランドの領土保全に対する深刻な侵犯およびフィンランド国土に対する戦争の脅威、③外国間の戦争および戦争の脅威、フィンランドの防衛体制強化のために必要とされる深刻な国際的危機、ならびにそれに匹敵する影響力を有するフィンランドの外部で発生するその他の状況で、第1条に規定する国家の存在および福祉の基盤に重大な危機を与える場合。④国民生活および国家経済にとって不可欠な燃料、その他のエネルギー、原材料、商品の輸入が妨害もしくは中断されることにより、またはそれに匹敵する深刻な混乱により、国民生活もしくは国家経済の基礎に深刻な脅威が生じる場合。⑤大災害。ただし、当局が通常の権限をもって状況を制御できない場合にかぎる。

アイスランド、ノルウェーおよびデンマークのいわゆるノルディック諸国の憲法にも、国家緊急事態について、十分な規定がおかれていない。しかしながら、これら3国の各裁判所において、戦時のような例外的な場合には、行政府による緊急事態への対応が容認されてきている。ノルディック諸国の憲法理論は、緊急事態が必要とされるかいなかについては国際法が役割を演ずること、個人の権利の制約に向けた法手続きが適用されること、および行使に際しては比例基準が常に適用されることに同意しているという⁽²⁹⁾。

また、ベルギー憲法にも、国家緊急権に関する明示規定はない。憲法第187条では、この憲法の全部または一部が停止されることはないとも規定している。けれども、一般的に“超憲法的”と考えられる事態や、憲法制定議会によって定められた原理の範囲を超えるような事

態において、国王や政府に対して“すべて必要な措置”を与えるなどして、憲法のもとで保障されている基本的権利および自由との関連でも、うまく対処してきた⁽³⁰⁾。

7. 人権の制約について

(1) 制約できない人権を明示している国ぐに

前述のように、国際諸条約は、制約できない人権を明示している。国家緊急事態にあって、この方式を取り入れている国ぐにと、その範囲を示せば、次のようである。

- ・エストニア憲法 「緊急事態」または「戦争事態」にあっては、国の安全および公共の秩序の利益のために、法律に定める条件と手続きにもとづき、権利と自由は制約され、また義務が課せられると定められているが、その一方で、民主社会に必要な権利および自由、法の前の平等、国および法律の保護を受ける権利、立法府、執行府、司法府および地方政府による権利および自由に対する保護義務、裁判所に訴える権利、生命に対する権利、名誉を汚されない権利、拷問、同意なしの医学的・科学的実験の禁止、契約の義務不履行による自由の剥奪、無罪推定・刑事罰不遡及の原則、対審裁判・上級審への上訴に対する権利、損害賠償の請求権、プライバシーおよび家族の権利の不可侵、国による家族の保護、健康の保護、高齢者等への支援、外国への引き渡しの禁止、良心・信教・思想の自由、意見・信条の自由、ナショナル・アイデンティティを保持する権利、国、地方の機関および官吏に親書を提出し、受け取る権利は制約されない(第130条)。実に多くの権利、自由が制約されないことを明記している。
- ・スロベニア憲法 「戦時中」または「緊急事態」にあっては、平等の原則、死刑の禁止、拷問・非人道的処罰の禁止、人格・人間の尊厳の保護、刑事手続き、刑事罰不遡及の原則、刑事被告人の権利、良

心・信教の自由は、一時的にも停止または制約されない（第16条）。

- ・トルコ憲法 「戦時」、「動員」、「戒厳」、「緊急事態」にあって、基本的権利および自由は、国際法の義務に違反しないかぎり、部分的または全面的に停止され得るが、個人の生命権、身体的・精神的完結性を侵犯することはできず、信教・良心、思想・表現の自由、遡及処罰の禁止、無罪の推定の原則は制約されない（第15条）。
- ・ハンガリー憲法 特別の法秩序のもとで、人間の尊厳、胎児の生命、拷問、人身売買、同意を得ない医学実験、人間のクローン化、無罪推定・刑事罰不遡及の原則は、停止または制約されない（第54条）。
- ・ポルトガル憲法 「戒厳」または「緊急事態」にあって、生命、個人としての完結性とアイデンティティ、民事上の行為能力と市民権、刑事罰不遡及の原則、被告の防御権、良心・信教の自由を侵害することができない（第19条6項）。

(2) 制約できる人権を列記している国ぐに

- ・オランダ憲法 「緊急事態」にあって、信仰または信条の権利、思想・表現・出版の自由、ラジオ・テレビによる報道の自由、結社・集会・デモの権利、住居の不可侵、親書・電話・電信によるプライバシーの権利、刑事裁判、自由剥奪に対する司法権の保護の全部または一部が停止され得る（第103条）。
- ・ギリシャ憲法 戒厳に関する法律が適用された場合には、移動・居住の自由、身体の自由、裁判を受ける権利、住居の不可侵、集会の権利、組合・非営利団体設立の自由、信教の自由、表現・出版の自由、親書・通信の自由、公務員による労働協約の締結、ストライキ権、軍事裁判所による一般人への裁判管轄権の禁止の一部または全部が停止され得る（第48条）。
- ・スペイン憲法 「憲法に定める基本的権利および自由に関する規範は、世界人権宣言ならびにスペインが批准した人権に関する国際条約および国際協定に従って、これを解釈する」（第10条2項）と定める一

方で、「緊急事態」または「戒厳」が宣言されたときは、予防拘禁・逮捕に対する保障、住居の不可侵、通信の秘密、居住・移転の自由、表現・出版の自由、集会の自由、ストライキ・集団労働争議の権利は、制限される。これに加えて、武装集団またはテロリスト分子に対し、特定の人物を指定して、裁判所の必要的介入と十分な議会統制のもとに、予防拘禁、住居の不可侵および通信の秘密の権利を制限することが特記されている（第55条）。

- ・韓国憲法 前述のように、大統領は「戒厳」を宣布することができる。この戒厳には、非常戒厳と警備戒厳とがある（第77条2項）。そして、非常戒厳が宣布されたときには、令状制度ならびに言論・出版・集会・結社の自由および政府または法院（裁判所）の権限に関して、特別の措置を講ずることができる（第77条3項）。なお、憲法の規定を受けて制定された戒厳法第9条に、憲法の規定以外にも居住・移転の自由と団体行動に関する特別措置が定められていることについて、憲法違反であるとの主張がなされているという⁽³¹⁾。

(3) 事態によって人権の制約を異にしている国ぐに

- ・ポーランド憲法 「戒厳」または「緊急事態」にあつては、人間の尊厳、国籍の保護、国外におけるポーランド市民の保護、生命の保護、人道的取扱い、刑事手続きの保障、裁判を受ける権利、プライバシーの保護、良心・宗教の自由、請願権、親および子どもの権利については制約することができない。他方、「自然災害事態」にあつては、経済活動の自由、人身の自由、住居の不可侵、移動・滞在の自由、財産権、職業選択の自由、安全で衛生的な労働条件、休息の権利に関しては、制限することができる（第233条）。
- ・チリ憲法 大統領は、「例外事態」にあつては、身体の自由、集会の権利、労働の自由、結社の権利、情報公開、所有権の制限と物資の調達命令の発出を、「戒厳」においては、移動の自由、集会の自由を、「大災害事態」では、移動・集会の自由、財産権の制約と物資の調達

の命令の発出を、そして「緊急事態」にあって、移動と集会の自由を、それぞれ制約できるとされている（第43条）。

8. 国会の解散の禁止、任期の延長など

- ・エストニア憲法 「緊急事態」または「戦争事態」において、国会、大統領、および地方政府の代表機関は、選挙されることはなく、また任期が当該事態の終了から3か月以内まで延期される（第131条）。
- ・スロバキア憲法 大統領に国会の解散権があるが、「戦争」、「戦争状態」、または「戒厳」が宣言されている期間は、国会を解散することができない（第102条）。
- ・スロベニア憲法 下院の任期は4年であるが、「戦時中」もしくは「緊急事態」の期間は任期が延長され、「戦時中」もしくは「緊急事態」の期間が終了してから6か月後、または国会がそれ以前の時期に開会を決定するときまで、延長される（第81条）。なお、大統領もおなじく「戦時中」もしくは「緊急事態」の間中は、その任期は「戦時」もしくは「緊急事態」の終了後、6か月間、延長される（第103条）。
- ・ポーランド憲法 「非常措置事態」にあって、憲法、国会、上院および地方自治機関の選挙法、大統領選挙法、非常措置事態に関する法律を改正することができない（第228条4項）。
- ・イタリア憲法 各議員の任期は、法律により、かつ戦時の場合にのみ、これを延長することができる（第60条）。
- ・ハンガリー憲法 国会は、「国家的危機事態」の間中、自律的にも他律的にも解散されることができない。「国家的危機事態」の間中、国会の選挙もおこなうことができない（第48条7項）。なお、同事態の間中、または国会が「予防的防衛事態」とであると決定すれば、ハンガリーに居住する成人の男子ハンガリー市民は、兵役の義務を負う（第31条）。

- ・ポルトガル憲法 「戒厳」または「緊急事態」が施行されている期間中は、国会を解散することができず（第172条）、またいかなる憲法改正もおこなうことができない（第289条）。
- ・スペイン憲法 「警戒事態」、「緊急事態」および「戒厳」のいずれかが宣言されている期間中は、下院が解散されることはない（第116条）。

このように、前述のフランス憲法を含め、多くの憲法は、「緊急事態」の期間中、国会議員の選挙が実施されず、また国会が解散されることはないとの規定をおいている。ポーランドおよびポルトガルでは、憲法改正をも禁じている。その一方で、ハンガリー憲法は、「国家的危機事態」または「予防的防衛事態」の期間中、兵役の義務規定を課している。

司法審査との関係で、スロバキア憲法には「戒厳」または「緊急事態」の決定について、憲法裁判所に合憲判断の権限を与えているが（第129条）、トルコ憲法は「緊急事態」、「戒厳」または「戦時中」に発せられた法効力を有する命令の合憲性を審査できないとの規定をおいている（第148条）。

この点に関して、アイルランドの最高裁判所で、1942年のレモン事件（The State (Walsh) v. Lennon）において、デュファイ判事が以下のように述べていることを付言しておきたい。「戦時または武装反乱時には、司法が介入すると、政府が危機を乗り越えて国家という船のかじを取るのに、可能なあらゆる力と自由とを必要としている、まさしく何かきわどい瞬間に、立法府または執行権が干渉を受けることが憂慮されるのであって、結果として、憲法は、当該緊急事態の間、政府のその他の機関に対する司法審査を停止する特別の権限を立法者としての国民議会の手ゆだねたのである」⁽³²⁾。

9. おわりに

私は、1990年以降、今日までに制定された103か国の憲法を調べたところ、103か国のすべての国の憲法に国家緊急事条項が設定されていることが判明した⁽³³⁾。おなじ調査で、平和条項は、101か国の憲法に導入されている。いまや平和条項と国家緊急事態条項は、憲法上、不可欠の両輪規定になっているといえる。それが世界の憲法常識である。

このような認識は、OECD加盟諸国のなかで、1か国を除いて共有されている。1か国とはいうまでもなく、日本国だ。わが国にあって、国家緊急事態を憲法のなかに導入することに反対論が根強く存在している。国家緊急権そのものの存在を否定する向きもある。国家緊急権の最大の目的は、文字通り、国家の平和と国民の生命、自由および権利が脅かされるような国家緊急事態にあって、それらを保護し、もって憲法秩序と立憲政治を維持する点にある。

その意味で、各国は、いかなる国家緊急事態に、どのように対処しようとしているのかを広い視野から分析することの意義は大きい。

- (1) 百地章教授は、「速やかに憲法改正の発議を」(産経新聞『正論』「2016年7月12日づけ、同「国民の生命守る緊急事態条項を」(同2016年2月11日づけ)、同「非常事態に対応できない憲法なんて!？」(『正論SP 日本国憲法100の論点』産経新聞社、2016年)などで、同条項の導入を強く主張されている。
- (2) 拙著『いちばんよくわかる!憲法第9条』(海竜社、2015年)、同『憲法改正の論点』(文春新書、2013年)などを参照されたい。
- (3) ジョン・ハチャード、ムナ・エンドゥロおよびピーター・スリンの共著によれば、たとえばジンバブエは、憲法上も法律上も、大統領の裁量権が大きく、濫用の危険があること、ザンビア、タンザニア、南アフリカなど発展途上諸国では、人権の制約が多いことの危険性を指摘している。「危険性は、制約する権利が広範になればなるほど、緊急命令や緊急規則による執行府の統制権力がますます増大し、その結果、主要な憲法上の権利が、最も必要なときにほとんどあるいはまったく意味をもたなくなる」。John Hatchard, Muna Ndulo and Peter Slinn, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth, An Eastern and Southern*

- African Perspective*, Cambridge University Press, 2004, pp. 282-289.
- (4) とりわけイギリスは、コモン・ローとの関係で論ずべき多くの点がある。その概要については、拙稿「イギリス」(大平善梧・田上穰治監修『世界の国防制度』第一法規出版、1982年所収)参照。また、1970年前半までの各国の憲法を対象にしたものとして、「各国憲法における非常事態対処規定」(拙著『現代世界の憲法制度』成文堂、1974年所収)を参照されたい。
- (5) これらの憲法の多くは、制定後、何度も改正を重ねており、本稿ではできるかぎり、現行の当該規定を対象にした。
- (6) 1867年憲法法を含む。
- (7) 今日では、「戦争」の語は国際法上、使用されていないが、各国憲法では、warあるいはstate of warという表現をもちいている国がいくつも見られる。
- (8) 尾高朝雄『法の究極に在るもの』(有斐閣、1965年)104～105頁。尾高教授はまた、次のように述べている。「法のために国家の安危を顧みないというのは、最もはなはだしい本末転倒である。(中略)国家の存立を擁護するために、緊急事態に際して法を破る権力がなおかつ法として発動し得るとというのが『国家緊急権』の理論である」(尾高、同書、103頁)。
- (9) Carl Schmitt, *Diktatur*, 2 Auf., 1928, S. 234.
- (10) Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 157. この二人を含め、リヒャルト・トーマ、ゲオルク・イエリネク、カール・フリードリッヒ、J. C. ブルンチュリらの所見の紹介については、小林昭三「『国家緊急権』に関する若干の考察」(『早稲田政治経済学雑誌』第157号<1959年>)所収、参照。
- (11) たとえば、マーク・タシュネットは、超憲法的な措置による合法性の停止についての危険性を指摘している。Mark Tashnet, *Emergency and the Idea of Constitutionalism*, in Mark Tashnet (editor), *The Constitution in Wartime*, Duke University Press, 2005.
- (12) CCPR General Comment No. 29 : *Article 4: Derogation during a State of Emergency*.
- (13) Leonard W. Levy (Editor-in-Chief), *Encyclopedia of the American Constitution*, 1986, p. 628.
- (14) *Ex Part Merryman*, 17 Fed. Cas. 144, No. 9,487 (C.C.D. Md. 1861), *Ex Part Milligan*, 4 Wall, 2, 18 L. Ed. 281 (1866). 両事件につき、拙稿「<研究ノート>国家緊急権に関する南北戦争時の若干の判例について」駒澤大学法学論集第13号(1976年3月)所収。
- (15) *Duncan v. Kahanamoku* 327 U.S. 704 (1946).
- (16) *Youngstown Sheet and Tube Company v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).
- (17) 浜谷英博『米国戦争権限法の研究』(成文堂、1990年)73頁。

- (18) 拙著『現代世界の憲法動向』（成文堂、2011年）263頁。
- (19) Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11ed.,1970,p.705.
- (20) ドイツのとくに同盟戦略に対応した措置と憲法裁判所の判例形成については、松浦一夫『立憲主義と安全保障体制』（三和書籍、2016年）が詳しい。
- (21) 国立国会図書館調査及び立法考査局『各国憲法（6）スイス憲法』（2013年3月）19～20頁。
- (22) European Commission for Democracy through Law,*Emergency Powers*, 1995,p.5.
- (23) 国立国会図書館調査及び立法考査局『各国憲法（1）スウェーデン憲法』（2012年3月）26頁。
- (24) 国立国会図書館調査及び立法考査局『主要国における緊急事態への対処』（2003年6月）34～35頁。
- (25) Oren Gross & Fionnval Ni Aolain, *Law in Times of Crisis Emergency Powers in Theory and Practice*, 2006, Cambridge University Press. (2016年6月20日閲覧)。『衆議院欧州各国憲法及び国民投票制度議員調査団報告書』（2014年10月）209頁。
- (26) Appendix B: Constitutional Act of 22 April 1998 No.110/1998 Sb., On Security of the Czech Republic.
- (27) 詳細については、富井幸雄『憲法と緊急事態法制 カナダの緊急権』（日本評論新社、2006年）を参照。
- (28) Emergency Powers Act (1080/1991;amendments up to 696/2003 included) 2016年10月10日閲覧。
- (29) Ragnhildur Heigadottir, *Economic Crisis and Emergency Powers in Europe*, 2 Harvard Business Law,Online 130(2012) 閲覧2016年6月11日。
- (30) André Alen, *Belgium*, Kluwer Laws and Taxation Publishers,1992, p.297.
- (31) 衆議院憲法調査会事務局『大韓民国憲法—概要及び翻訳』2003年3月）27頁。
- (32) 国立国会図書館調査及び立法考査局『各国憲法（2）アイルランド憲法』（2012年3月）26頁。
- (33) 拙著『世界の憲法を知ろう』（海竜社、2016年）131頁。

百地章教授
略歴

百地章教授 略歴

- 昭和二十一年一〇月四日 静岡県森町に生まれる
- 昭和三七年 四月 静岡県立浜松北高校入学
- 昭和四〇年 三月 同 卒業
- 昭和四〇年 四月 静岡大学人文学部入学
- 昭和四四年 三月 同 卒業
- 昭和四四年 四月 京都大学大学院法学研究科修士課程入学
- 昭和四六年 三月 同 修了
- 昭和四六年 四月 愛媛大学法文学部助手
- 昭和四九年 四月 愛媛大学法文学部講師
- 昭和五二年 八月 愛媛大学法文学部助教授
- 昭和五八年一〇月 ドイツ連邦共和国（西ドイツ）フライブルク大学留学（昭和五九年八月まで）
- 昭和六〇年一〇月 愛媛大学法文学部教授
- 平成 五年 三月 京都大学博士（法学）

- 平成 六年一〇月 日本大学法学部教授
平成一四年 二月 ドイツ連邦共和国留学（平成一四年三月まで）
平成二一年 四月 国士舘大学大学院客員教授（現在に至る）
平成二四年 四月 日本大学法学部比較法研究所長（平成二五年九月まで）
平成二八年一〇月 日本大学法学部を定年退職

学会及び社会的活動

- 平成 四年 四月 政教関係を正す会幹事（現在に至る）
平成 七年一月 比較憲法学会常任理事（平成二六年九月まで）
平成 八年一〇月 憲法学会理事（現在に至る）
平成 八年一月 宗教学会理事（現在に至る）
平成一一年 一月 愛媛県公文書公開審査会会長（平成一七年三月まで）
平成一三年一月 「二十一世紀の日本と憲法」有識者懇談会（略称「民間憲法臨調」）事務局長（現在に至る）
平成一三年一月 愛媛県個人情報保護審議会会長（平成一七年三月まで）
平成一五年 四月 さいたま市精神医療審査会委員（現在に至る）
平成一七年 二月 産経新聞「正論」欄執筆メンバー（現在に至る）

- 平成二二年 九月 千葉の教育を元気にする有識者会議委員（平成二二年三月まで）
- 平成二四年 三月 産経新聞「国民の憲法」起草委員会委員（平成二五年四月まで）
- 平成二五年 一月 国家基本問題研究所理事（現在に至る）
- 平成二六年 二月 産経新聞「正論大賞特別賞」受賞（「国民の憲法」起草委員会）
- 平成二六年 九月 美しい日本の憲法をつくる国民の会幹事長（現在に至る）
- 平成二六年 一〇月 比較憲法学会理事長（平成二七年九月まで）

学会報告等

- 昭和六二年 一月 政教分離解釈の方法をめぐって（宗教学学会）
- 平成 元年 一〇月 政教分離と信教の自由（日本公法学会）
- 平成 二年 一〇月 政教分離と少数者の信教の自由（比較憲法学会）
- 平成 五年 一〇月 首相公選制について（比較憲法学会）
- 平成 六年 一月 わが国における政教分離判例の動向（宗教学学会）
- 平成 七年 一月 宗教団体の政治活動とその限界（宗教学学会）
- 平成 九年 一〇月 愛媛玉串料訴訟の問題点（憲法学会）
- 平成 九年 一〇月 近代日本の政教関係の枠組みをめぐって―特に「国家神道」を中心として―（皇学館大学）

神道研究所シンポジウム

平成二二年 一月 日本の宗教と政治―近現代二三〇年の視座から―（国学院大学日本文化研究所シンポジウム）

平成一七年 九月 日本国憲法における国家と宗教共同体（国際比較憲法会議二〇〇五年）

平成一七年 一月 急務は男系維持のための宮家整備―憲法学の立場から（国士舘大学日本政教研究所

二〇〇五年シンポジウム）

平成一七年 二二月 憲法九条と日本の選択（国際安全保障学会二〇〇五年度年次学会）

平成一八年 一〇月 天皇条項―象徴天皇制度の再検討と君主制の再生（憲法学会）

平成一九年 一二月 靖国参拝訴訟の問題点と今後の課題（宗教学学会）

平成二一年 六月 国家論の再構築（憲法学会）

平成二二年 六月 永住外国人の参政権―国政と地方―（憲法学会）

平成二二年 一〇月 外国人の人権―参政権問題を中心に（比較憲法学会）

平成二三年 六月 国家主権―対人主権の行使としての「国籍付与」（憲法学会）

平成二四年 一二月 宗教法と犠牲者の葬送・追悼・慰霊―被災者の心のケアも含めて（宗教学学会）

平成二五年 六月 海上保安庁法等の改正と残された課題（憲法学会）

平成二七年 一〇月 安保法制合憲論（憲法学会）

平成二八年 六月 憲法改正と家族の保護（憲法学会）

国会・内閣・裁判所での意見陳述・意見書提出等

- 昭和六二年 三月 意見書「愛媛県玉串料訴訟の問題点」（高松高裁宛）
- 昭和六三年 一月 要望書「踐祚および御大喪の諸儀式について」（内閣官房長官宛）
- 昭和六三年 二月 要望書「御大喪の儀について」（内閣官房長官宛）
- 平成 元年 九月 要望書「大嘗祭の国事齋行について」（内閣官房長官宛）
- 平成 元年 一月 政府「即位の礼準備委員会」にて意見陳述
- 平成 七年 一二月 参議院宗教法人等に関する特別委員会にて公述人
- 平成 一一年 七月 衆議院内閣委員会国旗国歌法案に関する中央公聴会にて公述人
- 平成 一四年 二月 意見書「東京都即位の礼・大嘗祭訴訟について」（東京高裁宛）
- 平成 一四年 五月 参議院憲法調査会にて公述人
- 平成 一四年 四月 衆議院憲法調査会にて公述人
- 平成 一九年 一二月 意見書「空知太（そらちぶと）訴訟の問題点」（最高裁宛）
- 平成 二〇年 一二月 意見書「白山比咩（しらやまひめ）神社訴訟の問題点」（最高裁宛）
- 平成 二四年 一〇月 内閣官房「皇室典範改正準備室」における第三回「皇室典範に関する有識者ヒアリング」での意見陳述
- 平成 二六年 四月 衆議院憲法審査会にて参考人

平成二十七年 三月 参議院憲法審査会にて参考人

平成二十八年 一月 政府「天皇の公務の負担軽減等に関する有識者会議第三回ヒアリング」にて意見陳述

（二〇一六（平成二八）年 一月現在）

百地章教授
主要業績

百地章教授 主要業績

1 著書

(1) 単著

- ① 憲法と政教分離
成文堂（平成三年）
- ② 政教分離とは何か―争点の解明―
成文堂（平成九年）
- ③ 靖国と憲法
成文堂（平成一五年）
- ④ 伊勢神宮と公民宗教
伊勢神宮崇敬会（平成一七年）
- ⑤ 憲法の常識 常識の憲法
文藝春秋（平成一七年）
- ⑥ 「人権擁護法」と言論の危機
明成社（平成二〇年）
- ⑦ 憲法と日本の再生
成文堂（平成二二年）

(2) 共著

- ① カール・シュミット論集（宮本盛太郎、初宿正典ほか）
木鐸社（昭和五三年）
- ② 憲法Ⅰ 総論・統治機構（佐藤幸治、平松毅、渡辺良二）
成文堂（昭和六一年）

- ③ 国家と宗教の間―政教分離の思想と現実― (大原康男、阪本是丸) 日本教文社 (平成元年)
- ④ 信教の自由をめぐる国家と宗教共同体 (河合隼雄、大石眞、加地伸行、フランシス・メスネル、ゲルハルト・ロツベルスほか) 政光プリプラン (平成一〇年)
- ⑤ 新憲法のすすめ (大原康男ほか) 明成社 (平成一三年)

(3) 翻訳

- ① G・ライプホルツ・現代民主主義の構造問題 (阿部照哉、初宿正典、平松毅) 木鐸社 (昭和四九年)
- ② 世界の憲法集 (阿部照哉、畑博行ほか) 有信堂 (平成三年)

(4) その他 (単著、共著、分担執筆)

- ① 「国家」を見失った日本人 (田久保忠衛編著) 小学館 (平成一三年)
- ② 「靖国神社への呪縛」を解く (大原康男編著) 小学館 (平成一五年)
- ③ 昭和史二〇の争点 日本人の常識 (秦郁彦編) 文藝春秋 (平成一五年)
- ④ 新世紀の靖国神社 (小堀桂一郎、渡部昇一編) 近代出版社 (平成一七年)
- ⑤ 新版外国人参政権問題Q & A―地方参政権付与も憲法違反 明成社 (平成二一年)
- ⑥ 「女性宮家創設」ここが問題の本質だ! (櫻井よしこ、竹田恒泰) 明成社 (平成二四年)
- ⑦ 人権侵害救済法で人権がなくなる日 (別冊宝島編集部) 宝島社 (平成二四年)

2 論文

(1) 学術論文

- ⑧ 日本文明の肖像Ⅱ（遠藤浩一編）
展転社（平成二六年）
- ⑨ ニッポンの懸案（櫻井よしこ）
小学館（平成二六年）
- ⑩ 「民意」の嘘（櫻井よしこ、花田紀凱）
小学館（平成二八年）
- ⑪ 緊急事態条項Q&A
明成社（平成二八年）
- ① 西ドイツの緊急事態憲法
愛媛法学第六号（昭和四八年）
- ② カール・シュミットとヴァイマル大統領の独裁
愛媛法学会雑誌一卷二号（昭和五〇年）
- ③ 憲法保障権としての抵抗権
愛媛法学会雑誌二卷二号（昭和五二年）
- ④ 三菱樹脂採用拒否事件
『戦後政治裁判史録四』（昭和五五年）
- ⑤ 政教分離と財政援助の禁止
愛媛法学会雑誌九卷二号（昭和五八年）
- ⑥ 緊急議会制度 — 西ドイツ憲法下の合同委員会を中心に —
法経研究三一卷三・四号（昭和五八年）
- ⑦ 国家緊急権
憲法の争点（新版）（昭和六〇年）
- ⑧ 象徴天皇と国政への関与
愛媛法学会雑誌一三卷一号（昭和六一年）
- ⑨ 大阪地蔵像訴訟について
愛媛法学一九号（昭和六一年）
- ⑩ 政教分離解釈をめぐる若干の問題点
愛媛法学会雑誌一四卷一・二号（昭和六二年）

- ⑪ 西ドイツの政教関係について
政教関係を正す会「研究報告」(昭和六二年)
- ⑫ 愛媛玉串料訴訟の問題点
愛媛法学会雑誌一四卷四号(昭和六三年)
- ⑬ 政教分離解釈の方法をめぐって
宗教法八号(平成元年)
- ⑭ 政教分離と信教の自由
公法研究五二号(平成二年)
- ⑮ 愛媛玉串料訴訟一審判決をめぐって
愛媛法学会雑誌一七卷一号(平成二年)
- ⑯ 憲法と大嘗祭
阿部照哉先生還暦記念論文集『人権の現代的諸相』(平成二年)
- ⑰ 政教分離と少数者の信教の自由
比較憲法学研究三号(平成三年)
- ⑱ 政教分離訴訟をめぐる判例の動向
愛媛法学会雑誌二〇卷三・四号(平成六年)
- ⑲ 新穀献納行事訴訟判決の意義
神道史研究四二卷二号(平成六年)
- ⑳ 首相公選制について
比較憲法学研究六号(平成六年)
- ㉑ 大嘗祭関連訴訟判決をめぐって
明治聖徳記念学会紀要一六号(平成七年)
- ㉒ わが国における政教分離判例の動向
宗教法一五号(平成八年)
- ㉓ 宗教団体の政治活動とその限界
宗教法一六号(平成九年)
- ㉔ 事前報道された最高裁の「違憲判決」
榎原猛先生古稀記念論集『現代国家の制度と人権』(平成九年)
- ㉕ 愛媛玉串料訴訟最高裁判決の問題点
憲法研究三〇号(平成一〇年)
- ㉖ 愛媛玉串料訴訟最高裁判決をめぐって
日本法学六三卷四号(平成一〇年)
- ㉗ 玉串料訴訟最高裁判決の問題点と今後の政教関係
『神道と国家九卷』(平成一〇年)

- ②8 憲法と永住外国人の地方参政権
都市問題九二巻四号（平成一三年）
- ②9 戦後日本の政教分離
『日本の宗教と政治』（平成一三年）
- ③0 宗教的情操の涵養と道德教育の強化
『新教育基本法 六つの提言』（平成一三年）
- ③1 首相の靖国神社参拝の合憲性と「職務行為」性
政教関係を正す国会報二二号（平成一四年）
- ③2 近代欧米諸国における政教関係
皇學館大學神道研究所紀要一九輯（平成一五年）
- ③3 愛媛玉串料判決以後の政教分離判例
『自治行政と訴訟』（平成一五年）
- ③4 大阪靖国参拝訴訟の問題点
日本法学六九巻二号（平成一六年）
- ③5 違憲の証明…人権擁護法案を考究する
『危ない！人権擁護法案』（平成一八年）
- ③6 「皇位の世襲」の意味と「女系天皇」への疑問
阿部照哉先生喜寿記念論文集『現代社会における国家と法』（平成一九年）
- ③7 思想・良心の自由と国旗・国歌問題
日本法学七三巻二号（平成一九年）
- ③8 靖国神社参拝訴訟の問題点と今後の課題
宗教法二七号（平成二〇年）
- ③9 近現代の憲法と政教関係
明治聖徳記念学会紀要四六号（平成二一年）
- ④0 砂川・空知太訴訟最高裁判決の問題点
日本法学七六巻二号（平成二二年）
- ④1 国家論の再構築に向けて―試論―
『憲法における普遍性と固有性』（平成二二年）
- ④2 外国人の人権―参政権問題を中心に―
比較憲法学研究（平成二三年）
- ④3 「白山比咩神社奉賛会発会式」市長参列訴訟の問題点
日本法学七八巻四号（平成二五年）

- ④④ 宗教法と犠牲者の葬送・追悼・慰霊
宗教法三二号 (平成二五年)
- ④⑤ 国家主権の行使としての「国籍付与」
日本法学八〇卷二号 (平成二六年)

(2) 判例評釈

- ① 罰則適用の不平等
憲法判例百選Ⅰ [初版] (昭和五五年)
[第二版] (昭和六三年)
- ② 古都保存協力税条例と無効確認の訴え
宗教判例百選 [第二版] (平成三年)
- ③ 靖国神社公式参拝と憲法判断—大阪高裁平成四年七月三〇日判決
法律のひろば四五卷一—号 (平成四年)
- ④ 町会に対する地蔵像のための市有地の無償貸与の合憲性 (最判平成4・11・16)
民商法雑誌一〇八卷四・五号 (平成五年)
憲法判例百選Ⅱ [第三版] (平成三年)
[第四版] (平成一二年)
[第五版] (平成一九年)
- ⑤ 宗教団体に対する国有財産の譲与
法律のひろば五〇卷七号 (平成九年)
- ⑥ 愛媛玉串料訴訟最高裁判決の問題点
法学教室二六三号 (平成一四年)
- ⑦ 時の判例 寺院墓地を経営する宗教法人は、その宗派を離脱した墓地使用权者に対し、当該寺院と異なる宗教方式の墓石の設置を拒否できるか (最判平成14・1・22)
法律のひろば五七卷七号 (平成一六年)
- ⑧ 最近の判例から 首相の靖国神社参拝と憲法判断

- ⑨ 最新判例批評(32) 首相の靖国神社参拝をめぐり、国、首相個人及び靖国神社に対する損害賠償請求等が棄却され、公式参拝の違憲確認請求等も却下された事例(大阪靖国訴訟(1)事件) ほか、三件の事例

判例評論五五五号(平成一七年)

(3) その他(翻訳、研究会報告ほか)

- ① J・H・カイザー・経済憲法と企業憲法(翻訳) 法学論叢九二卷三号(昭和四七年)
- ② 岩手靖国訴訟判決の問題点 政教関係を正す会会報七号(平成三年)
- ③ 政治と宗教・宗教団体の政治活動の限界をめぐって 政教関係を正す会会報一三号(平成八年)
- ④ 近代日本の政教関係の枠組みを巡って―特に「国家神道」をめぐって 皇学館大学神道研究所紀要一五号(平成一一年)
- ⑤ シンポジウム「皇位継承をめぐって」 国士舘大学日本政教研究所紀要二八輯(平成一八年)

3 その他の執筆活動(主な雑誌論文等)

- ① 天皇機関説論考 祖国と青年七号(昭和四六年)
- ② 三島義拳の思想史的位置づけ―天皇論および革命哲学をめぐって― 祖国と青年九号(昭和四七年)
- ③ 天皇論の視座 祖国と青年一三号(昭和四八年)
- ④ 国体の「護持」か「破壊」か 祖国と青年二二号(昭和五一年)

- ⑤ 天皇の「戦争責任」とは何か
祖国と青年二五号 (昭和五一年)
- ⑥ 憲法第一条の問題点をめぐって
祖国と青年三〇号 (昭和五二年)
- ⑦ 自衛隊と国防政策
祖国と青年三四号 (昭和五三年)
- ⑧ 西ドイツにおける国家と宗教
祖国と青年七五号 (昭和五九年)
- ⑨ 「平和」に呪縛される裁判官
諸君！一月号 (平成四年)
- ⑩ 「宗教法人基本法案」と靖國参拝
祖国と青年二〇九号 (平成八年)
- ⑪ 最高裁を狂わせた「国家神道」という神話
祖国と青年二二四号 (平成九年)
- ⑫ 象徴天皇制と国民主権
祖国と青年二四八号 (平成一一年)
- ⑬ 「保守」も知らない「日の丸・君が代」の精髓
諸君！九月号 (平成一一年)
- ⑭ 永住外国人の参政権問題 Q & A
祖国と青年二五八号 (平成一二年)
- ⑮ 憲法上の君主および元首のあり方
改革者四七八号 (平成一二年)
- ⑯ 永住外国人「地方参政権」は憲法違反だ！
諸君！六月号 (平成一二年)
- ⑰ 立法府が犯す憲法違反の愚
諸君！一月号 (平成一二年)
- ⑱ 首相公選制の問題点 (上、中、下)
動向 (二六〇九号～一六一二号) (平成一三年)
- ⑲ 日本再生と新憲法の提唱
祖国と青年二七三号 (平成一三年)
- ⑳ 何用あつての「靖國」殺し！
諸君！九月号 (平成一四年)
- ㉑ 「サンデープロジェクト」の追悼施設推進論を批判する
祖国と青年二八九号 (平成一四年)

- ②② 憲法改正はなぜ実現しなかったのか
諸君！七月号（平成一五年）
- ②③ 教育基本法に「愛国心」の明記を
祖国と青年二九九号（平成一五年）
- ②④ 小泉、靖国参拝、福岡地裁判決のトリック 「違憲」という意見、「傍論」という暴論
諸君！六月号（平成一六年）
- ②⑤ 靖国を危うくする政教分離訴訟原告と裁判官の正体
月刊正論九月号（平成一六年）
- ②⑥ 皇室典範改正に向けて「女帝」論議は時期尚早だ
月刊日本五月号（平成一七年）
- ②⑦ わが九条「改正」試案 二項改正で「普通の国」に
諸君！七月号（平成一七年）
- ②⑧ 憲法改正諸案の概要と問題点
世界週報八月号（平成一七年）
- ②⑨ 靖国参拝 天皇ご親拝の道を開け
Voice 一〇月号（平成一七年）
- ③⑩ 人権擁護法案の行方
改革者一二月号（平成一七年）
- ③⑪ おかしなおかしな小泉靖国参拝違憲判決
WILL 一二月号（平成一七年）
- ③⑫ 中国の容喙、違憲の暴論を排し堂々の参拝を
諸君！一二月号（平成一七年）
- ③⑬ 皇室典範の改悪を許すな
Voice 一月号（平成一八年）
- ③⑭ 「韓国では外国人に地方参政権を与えた。だから日本も見習え」と言われたら 諸君！七月号（平成一八年）
- ③⑮ 自ら国を守る気概をもてない憲法では、北の脅威、に対峙できない SAPIO 八月九日号（平成一八年）
- ③⑯ 「天皇の政治利用」を許すな―富田メモへの疑問
祖国と青年三三六号（平成一八年）
- ③⑰ 皇室の危機は終わらない
週刊新潮九月二一日号（平成一八年）

- ③8 男系男子孫を皇族にするための特別立法を
諸君！一〇月号 (平成一八年)
- ③9 天皇の政治利用を排す
W i L L 一〇月号 (平成一八年)
- ④0 どこまでつづく知的ヌカルミ『憲法九条を世界遺産に』の「極楽平和論」
諸君！三月号 (平成一九年)
- ④1 日本国憲法の「正体」これでも改正不要か
別冊正論Extra6 (平成一九年)
- ④2 改憲世論育成の草の根的国民運動を
改革者六月号 (平成一九年)
- ④3 憲法改正の方向と展望
世界と議会七月号 (平成一九年)
- ④4 民主党「改憲試案」に潜む恐るべき矛盾
月刊正論一〇月号 (平成一九年)
- ④5 またぞろ蠢き出した人権擁護法案
月刊正論四月号 (平成二〇年)
- ④6 人権擁護法で日本は暗黒社会になる
W i L L 四月号 (平成二〇年)
- ④7 何度でも言おう！だから人権擁護法には賛成できない
月刊正論七月号 (平成二〇年)
- ④8 自由社会を崩壊させる新・人権擁護法の潜行を阻止せよ
W e d g e 一〇月号 (平成二〇年)
- ④9 思想信条をめぐる朝日新聞の恐るべきダブルスタンダード
月刊正論一月号 (平成二一年)
- ⑤0 改正「国籍法」が日本を溶解させる
月刊正論二月号 (平成二一年)
- ⑤1 「悪法」推進議員は誰だ！
V o i c e 四月号 (平成二一年)
- ⑤2 朝日新聞のダブルスタンダード
W i L L 八月号 (平成二一年)
- ⑤3 危うし！日本の安全保障
W i L L 一〇月号 (平成二一年)
- ⑤4 外国人参政権法案の国会提出阻止を！
祖国と青年三七四号 (平成二一年)

- ⑤5 外国人参政権は憲法違反だ
WiLL 一二月号 (平成二二年)
- ⑤6 提唱者までが否定した外国人参政権
WiLL 一月号 (平成二二年)
- ⑤7 外国人参政権 園部元最高裁判事の俗論
WiLL 五月号 (平成二二年)
- ⑤8 「皇位世襲」の憲法解釈と「女系天皇」への疑問
別冊正論Extra.14 (平成二三年)
- ⑤9 「次官通達」「情報保全隊」事件の深層
月刊正論四月号 (平成二三年)
- ⑥0 憲法改正運動の課題と展望
祖国と青年三九八号 (平成二三年)
- ⑥1 キーワードは「二つの国家」 尖閣を守る愛国の憲法学
月刊正論七月号 (平成二四年)
- ⑥2 女系論者が画策する「女性宮家」の断乎阻止を
伝統と革新一〇月号 (平成二四年)
- ⑥3 「女性宮家」創設問題
月刊正論三月号 (平成二五年)
- ⑥4 今こそ憲法改正実現を…国家緊急権、九条二項改正、九六条改正をめぐって
祖国と青年四一五号 (平成二五年)
- ⑥5 憲法を国民の手に 九六条改正はその第一歩
月刊正論八月号 (平成二五年)
- ⑥6 憲法改正の国民投票に如何に勝利するか
祖国と青年四二一号 (平成二五年)
- ⑥7 憲法改正提言 日本を蝕む「一〇の桎梏」(その一〜その十)
月刊正論平成二六年五月号〜二八年一月号 (平成二六〜二八年)
- ⑥8 なぜか疎外されている「集団的自衛権は合憲」の憲法学者座談会
週刊新潮七月三〇日号 (平成二七年)
- ⑥9 急がれる「安保関連法案」の成立〜憲法学者の変節と無責任を問う
Voice 九月号 (平成二七年)

- ⑦〇 「緊急事態条項」で一点突破を
祖国と青年四五二号（平成二八年）
- ⑦1 熊本地震：次なる巨大地震に備え、緊急事態条項の創設を！
月刊正論七月号（平成二八年）
- ⑦2 「陛下のご意向」と立憲君主制
W i L L 九月号（平成二八年）
- ⑦3 あえて「生前退位」に反対する
S A P I O 九月号（平成二八年）
- ⑦4 立憲君主制と皇室典範の意義
週刊新潮八月二五日号（平成二八年）

執筆者紹介（掲載順）

東 裕	日本大学教授	時本義昭	龍谷大学社会学部准教授
池田 実	日本大学教授	長谷川 貞之	日本大学教授
高畑 英一郎	日本大学教授	藤川 信夫	日本大学教授
柳瀬 昇	日本大学教授	阿部 竹松	日本大学名誉教授
甲斐 素直	日本大学教授	玉田 芳史	京都大学大学院アジア・アフリカ地域研究研究科教授
設楽 裕文	日本大学教授	矢野 聡	日本大学教授
杉山 幸一	日本大学准教授（危機管理学部）	福田 充	日本大学教授（危機管理学部）
小林 宏晨	日本大学名誉教授	河原 祐馬	岡山大学法学部教授
新 正幸	金沢大学名誉教授	光 信一宏	愛媛大学法文学部教授
長尾 一紘	中央大学名誉教授	小山 剛	慶應義塾大学法学部教授
初宿 正典	京都産業大学大学院法務研究科教授	松浦 一夫	防衛大学校教授
新田 均	皇學館大学現代日本社会学部教授	西 修	駒澤大学名誉教授
鈴木 秀美	慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所教授		

Aspects of Constitution and State

CONTENTS

Dedication

Yutaka Higashi, *“Doctrine of Necessity” as an Emergency Power*

Minoru Ikeda, *La importancia de la Constitución no promulgada de 1856 en la historia constitucional española*

Eiichiro Takahata, *Prohibition of Sectarian School Aid in U.S. State Constitutions*

Noboru Yanase, *Constitutionality of the Saiban-in(Lay Judge) System in Japan*

Sunao Kai, *New Discussion about the Treaty*

Hirobumi Shitara, *Void-for-Vagueness-Doctrine and Article 31 of the Constitution*

Koichi Sugiyama, *The Limitations of Right to Self-Defence by the Japanese Constitution*

Hiroaki Kobayashi, *Kopftuchverbot, Religionsfreiheit und Religionsneutralität des Staates : Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (2003 und 2015)*

Masayuki Atarashi, *Eine Ansicht über das Bild des modernen Konstitutionalismus*
—Aus dem Gesichtspunkt des Disputs zwischen H.Kelsen und F.A.Hayek—

Kazuhiro Nagao, *Kelsens Kritik der Naturrechtslehre*

Masanori Shiyake, *Die »Abstraktheit« des sog. konkreten Normenkontrollverfahrens*

Hitoshi Nitta, *On the Meaning of “Imperial-Line” Koutou in the Old and New Imperial House Law*

- Hidemi Suzuki, *Volksverhetzung nach § 130 StGB und Meinungsfreiheit in Deutschland*
- Yoshiaki Tokimoto, *Relations which Distribute Powers and Organizational Relations in the Constitution of Japan*
- Sadayuki Hasegawa, *Content-Based Regulation of Speech Imposing Financial Burden on the Offender and a “Compelling Interest”*
—A Study of Unconstitutional Decisions on “Son of Sam” Statute in N.Y. State—
- Nobuo Fujikawa, *Corporate Governance Code and Accountability of Directors and Officers*
—Mixture of Best Practice of General Meeting of Shareholders, and Judicial Precedents concerning Performance of Duty of Due Care in the Financial Instruments and Exchange Act, Responsibility of Fraudulent Disclosure in U.K. and Short-termism in U.S.A.—
- Takematsu Abe, *Presidential Appointments of Officers of the United States and the Senate’s Confirmation Process*
- Yoshifumi Tamada, *Judicialization and De-democratization of Politics in Thailand*
- Satoshi Yano, *The Era of Liberal Reform and the Break Away from the Poor Law System*
- Mitsuru Fukuda, *Japanese View of the War and Awareness of National Security in Regard to the National Security Bill*
- Yuuma Kawahara, *The Constitutional Court of the Russian Federation and the Judicialization of Politics*
- Kazuhiro Mitsunobu, *Les sanctions légales des propos à caractère homophobe en France*

Go Koyama, *Verfassungsänderung und Umweltschutzklausel*

Kazuo Matsuura, *Anmerkung über das Recht des deutschen Soldaten auf Gewissensfreiheit und freie Meinungsäußerung in Bezug auf den Irak-Krieg 2003*

Osamu Nishi, *Some Comparative Constitutional Considerations on Powers during a State of National Emergency—Focusing on the OECD Countries—*

Career and Main Works of Professor Akira Momochi

○ 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

- ① 日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)
- ② CiNii (<http://ci.nii.ac.jp/>)

○ 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等が御座いましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) kenjimu@law.nihon-u.ac.jp

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 82 No. 3 December 2016

Aspects of Constitution and State

Special Edition in Honour of
Professor Akira Momochi's 70th Birthday