

# ジョジョの 奇妙な冒険



「ジョジョ」25周年  
荒木飛呂彦氏30周年  
記念制作

## 第二部 戦闘統治



# 目次

003	第一章	はじめに
003	(1)	まえおき
003	1-1	試験について気が付いたこと
005	1-2	第一部の補足
006	第二章	人権各論(残り) ※試験範囲外
006	(2)	思想信条の自由
006	2-1	「内心」の思想について(三・四学期の復習)
009	2-2	思想はどこからやってくる
013	2-3	政教分離
023	2-4	表現の自由
028	(3)	経済的自由権
028	3-1	職業選択の自由と財産権: 2レベルの規制
029	3-2	最高裁の曖昧さ
033	3-3	その他の問題
036	第三章	統治
036	(4)	統治のまえおき
036	4-1	憲法改正の限界
041	4-2	憲法観
043	(5)	国民主権・権力分立・選挙制度
043	5-1	国民主権
049	5-2	国民代表①
053	5-3	国民代表②
058	5-4	選挙制度①
062	5-5	選挙制度②
068	(6)	国会・内閣
068	6-1	国会
077	6-2	内閣①
084	6-3	内閣②
088	(7)	政策決定
089	7-1	政策決定のプロセス
092	7-2	与野党の対立
096	7-3	統治機構と政策決定
103	(8)	天皇制
103	8-1	天皇制の諸問題
108	(9)	憲法第9条の問題
109	9-1	基本的な枠組み
114	9-2	第9条の解釈
119	9-3	政府の第9条の解釈
122	(0)	さいごに
122	0-1	細かいことを気にすること

## ※注意

- ①12組のとあるものが趣味で作っただけなので、法学部シケなんかとは関係ないです。
- ②教官はご存知の通り日比野さんです。なので頑張りはしましたが内容の正確性を担保できません。
- ③シケプリではなくノートです。よって簡潔さはありません。むしろ出来るだけ全てを載せきる勢いです。

# 第一章

# はじめに

## (1) まえおき

四月に入っても、休講や休日のため憲法第二部の授業が始まるのは遅かった…。本当に遅かった…。

しかし、ついに…待ち望んだ日比野さんに会うことができる…。4月も後半にさしかかった19日の1号館25番教室には暖かい歓迎、おかえりムードが漂っていた…。

そうして迎えた2時間目、10:30…。**日比野氏、遅刻ッ！！！！**

日比野さんは10分後にやってきた。ヒーローは遅れてやってくるものだが、さっそく「教室移動が大変だろうから、授業は40分からはします」とのこと。

お気づきだろうか？奇しくも日比野氏の提案は授業時間を、自身の遅刻時間と同じ10分遅らせるというものである。なんとルールを変えて遅刻を遅刻でなくしてしまったのだ。常人には到底至りえない逆転の発想である。やはり天才か…！

ということで、憲法第二部、始まるよ！



さっせくの自分ルール

## 1-1 試験について気が付いたこと

せっくなので試験について述べてくれた。

彼曰く、読んでいて気になったのは、

①記憶をしてきているのは分かる。判例の年月まで、あとは判例集の巻数まで書いてある人がいておもしろかった。でもそれと、答案の出来がそこまで関係はしていなかったように思える。

まず、日比野さんを楽しませた時点でこれが相当なことであるのは事実である。

しかしながら、これが重要だと言って触れた**判例等の事実の記憶と、その議論への結びつけとは話が別だし、非常に稚拙なものもあった**。結局判例を授業で挙げたのは、なにか問題意識があるからなので、本来重要なことをはき違えてはいないだろうか。少なくとも日比野さんは「年月・巻数まで覚えるのは重要でない」と思っている。

試験ではある程度ものを「覚える」というのは、たしかにどの学問でも一緒の要素のはず。そして試験の最中は、少なくとも結果だけでなく、そのプロセスまで「覚える」必要があるというのは、自然科学でもなんでも一緒である。これは日比野さんの知り合いの数学者も本に書いていたことである。

でもそれは、教科書何ページに書いてあったとかいう暗記ではない。判例の見方としても、一見関係のない領域の判決のなかに共通項があり、それを覚えて取り出して、法解釈の核心として覚える、こういう暗記が必要なのであって、関連性、有機性のない知識の暗記の優先順位は低い。言ってみれば**「脈絡」を覚えらるような暗記こそが、求められている暗記**なのであって、それをまず自覚してほしい。

②日比野さんは概念先行に批判的で「現実在即せ」という立場だったのに、現実との距離の取り方の「一例」だった日比野説が再び概念化している。

暗記の話から話の糸口を広げてもう一つ。でもこれを説明するには少し前置きがいる。

## ◎抽象性の話

私達は**言葉**を使ってコミュニケーションをするよね。学問とか日常とか、種類には関わらず。ここでは言葉で表すこと、すなわち**象徴**がなされるが、象徴した概念と、象徴される具体物の間には、差があり、そしてそのズレがどれくらいであるのかは重要な意味を持つ。

ズレが大きければ、そのぶん象徴性、一般性はさすが個別的要素が曖昧になり、独りよがりの空論化してしまいがち。逆にズレを縮めれば個別具体的だが普遍性は減少した「現実」の議論になる。

ここで、**法律学が相手にしているのは、あくまで生きている現実**である。それを法律上の概念でどう処理するのか、と言うのが少なくとも(概念法学とかは別にして)現代の日本の法学の議論すべきことである。

法律の条文は要件として、生きた現実から諸要素を取り出し、それを議論のテーブルに乗せる。そして取り出し切れない例外は一般条項で是正する。そうやって法学は現実の写像を作りだし、それを処理し紛争を解決するなかで、判例が蓄積され、そして一方で学説がつくられるのである。

そこには常に「乖離」が存在する。法の世界は現実に関わる一方、存在として最初から現実世界と乖離しているのである。もちろん乖離の仕方は実務か学説かで差があり、実務家は現実に近い位置にいることが多く(とくに調停の場合はね)、学説は乖離を大きくしても論理的整合性を保とうとする。そもそも学問の世界は、現実に触れる可能性が小さい。

※実務家も調停の時は限りなく現実在即した妥協をするが、いっぽう裁判では乖離も起きやすい。だが学説よりは事実に根差すのは明らかで、「法律家でなく**紛争解決者**でしかない」と揶揄されることすらある。だがどちらにせよ、私たちは乖離についてつねに自覚せねばならない。そしてその乖離を、常に自覚して、それが「**自分の立場にふさわしいのか**」をつねに検討せねばならないのである。

こういうことを言い出したのはビオンと言う精神分析家。彼は作成したグリッドという表の中で、人間の思考がどのような立ち位置にいるのかをはっきりさせようとしたので有名だが、同じことが法学者にも言える。学者でも裁判官でも自分の立ち位置を固定して考えて、常に可變的に自分の位置を捉えなくてはならない。従来の判例が存在する時は、それを踏襲するときは踏襲するし、批判する時は批判することになるだろう。しかしそのときに、「批判」するのに最高裁の立ち位置のままでは意味がないし、逆も同じである。もちろん同じ立場からぶつかるほうがいいときもあるけれど、そもそもの立ち位置の概念がないとそれも意味の少ないことになってしまう。

弁護士も裁判官も、常に事案を見ながら物事を判断することが必要になるわけで、何か抽象的なルールで全ての問題が処理できるわけではない。規範だけでは適切に対処できないときに、何か工夫をしなくてはならなくなり、そこに生きた現実につき従う「立ち位置」があらわれてくる。

そのときの道しるべに確かに判例はなるが、それでも判例は絶対ではない。

#### ◎抽象性を意識するべきだという話

もう一つおさえておかないといけないのは、**概念は現実には先行しない**ことである。日々の活き活きとした現実に触れる中で、そこから概念を形成しないといけないし、それが本来の流れである。

だからその形成した概念は、どこまで、どの範囲の現実にも当てはめていいのか、**概念の射程**はつねに検討しなくてはならないのである。

概念形成自体は確かに大事である。たとえば**争点効**とかも、訴訟物理論のなかで成立した争点効がまず表示されることで学問的な刺激になり、議論が行われるようになったし、学問として大事なものは新しい概念が打ち立てられることである。ただ問題は、生き生きとした**現実を「処理」する時に、その概念自体を持ち出すのが適当か否かは考えないといけない**こと。概念が正しかろうが間違っていようがそんなことは次元の違った話であって、処理に適するかは逐一、現実在即して判断しなくてはならないのである。

そしてそれはあくまで、現実の世界と理論の世界との間にズレがあるところからくるのである。

#### ◎理想的な研究

理想的な研究はかくあるべきだし、実際そうしていた人もいた。

ファントム病(イコール関係がおかしい。天皇＝人間、私＝人間、よって私＝天皇とか言っちゃうらしい)という精神分裂病の発生過程を研究していた安永先生が、患者に話をしていたときのようすで特徴的だったのは、難解な理論を展開していた彼が患者にはまったくそのようなことは説明せず、あくまで現実在即した話に徹して接触していたことだったという。他にも「甘え」という概念を作り活用していた土井先生も、患者に接する時は自ら作った概念としての「甘え」と言う言葉は使わなかったという。

彼らは生の現実の時に使う概念と、精神医学者として使う概念との間に、明確な区別をしていたのである。それは言ってみれば現実と概念との乖離、「ズレ」を調整していたということだろう。

#### ◎テストの話によろしく戻ります

裁判官が先例や事案に現実を引きだし組み合わせながら「こう考える」と述べていうことと、学者がそれを「これは何々の基準だ」と思って概念にすること、それ自体は別にオッケーである。

でもその逆はおかしい。現実に関わる世界ではどこでもそうだけど、**概念から現実には生み出せない**。なのに学説は昔からこうしたズレを意識せず、ただの規範のあてはめとして憲法解釈を行う傾向が強かった。学問

の主体性を重視するあまりに、実体に捕われない反面ひとりよがり非常に乖離した議論を展開していたのである。

いわゆる「生き生きとした現実」の仮想、写像としての法的現実を捉えるのが、概念法学へのアンチテーゼとして発生してきた現代日本の採用した法学であるべきなのに、学者はたとえば「**厳格な基準**が望ましいんだ」だとかの抽象的議論に終始してきた印象を受けるのである。そこでは、非常に広まったスペースを、「縮める」、生き生きとした現実をどうやって法解釈に取り込んでいくのかという視点が欠如していたと思う。だから日比野教官の「憲法第一部」の講義では、最高裁が比較考量を行うのに対し学説が「違憲審査の基準論をすべきだ」というような状態に批判的だったのである。そしてそこからすれば「**日比野さんが言ったこと**」も、あくまで現実との距離の置き方の一例でしかないのである。

答案では、現実との距離の近くへの取り方、そのためのアプローチとして挙げた一例を再び「一人歩き」させて、現実との距離感を増させてしまっているものが散見された。ひとえにこの「現実」の意識が足りていなかったからではないだろうか。

## 1-2 第一部の補足

ようやく研究室の引っ越しが終わったのだけど、その時に色々なノートの断片がこんがらがってしまい、いつの年の授業に使ったメモなのかよくわからなくなってしまった。どこまで説明したかうろおぼえなので、もう一度同じこと説明するかもしれないとのこと。いまさら何を言っているんだ。とまあ前置きは置いておき、憲法第一部の付けたしを少しばかりするとのことでした。

さっそく捕捉すると、講義のなかで、「**権利**」と「**利益**」とを区別した点について少し付け足しがある。そのとき「利益」として現実社会のなかで求められるものにまで事象を解体していくと、**利益というモノは公権力に対するものだろうが私人に対する者だろうが別に関係なくなる**のではないかと、と言ったはず。

それ自体では修正の必要はないと思っているのだが、関連して、それゆえアメリカで人権の私人間効力が問題になったことなどは、アメリカのような連邦制、ドイツのような裁判制度をとっていない日本では議論の益がないと、いうことに、「言い過ぎた感がある」らしい。

というのも**制度自体が、しばしば概念を前提にして組み立てられる**からである。

たとえば、日本は最高裁が頑張っているのに対しドイツでは行政裁判所が特別に出張してくる。日本のなかでも、刑事事件か民事事件かで手続きがかわる。日本の民事事件のなかでも、相手が行政かどうかで手続に差異がある。ここにある当然の前提は、「それは分けられるべきだ」という概念ではないのだろうか？というわけで、精度の奥には「べき」論もあるし、ここで制度だけに焦点をあてて概念論に入る余地がないみたいな印象を与えてしまったかもしれない、という意味では誤解を与えた。

ここで判例リストに挙げたもののなかで、私人間効力の問題について挙げたものもあるが、そこで言いたかったのは、あくまで**私人間の利益の対立が常に考慮されてね**？ってことなのである。

確かに、刑事事件で追及されるべき利益と民事事件で追及されるべき利益が違うのは確かだが、刑事制裁のときも、そこでは私人間の利益の対立が問題なのであって、刑事制裁を加えるに際して、両当事者が持っている基本的権利を考量して、合憲と言う判断を導いたりしていた。ものによっては民事制裁と刑事制裁との利益による区別ができず、個人に対する制度的制裁としてはほとんど差異がないケースがある。

他にもビラ貼りの規制は、軽犯罪により刑事手続きにものつかる。公権力の発動として、国が主体となって訴訟に登場しているからここでは人権の私人間効力は問題にならないようにも見えるけど、サンケイ新聞事件あるいは長崎の教師のビラ配布事件での表現の自由と表現される側の利益の対立でも、同じように利益は考量されている。

だから結局のところ、国が出張ってこようがこまいが意味なくね？両者を片方が私人間効力、片方をそうでないと区別する意味がなくね？と授業でいった、ということである。

ということで補足は以上。本題に入っていきます。いつものごとく果てしない遠回りな議論になるけれど、頑張ってついていこう！真の理解には、それこそが近道なのかもしれないからな！



## 第二章

# 人権各論（残り）

### （２）思想信条の自由 ※2013 年度夏学期の試験範囲外

#### 2-1 「内心」の思想について（三・四学期の復習）

ちょっと大急ぎで三学期の最後に言っていたことをまとめてみよう。

さて、そもそも「**内心**」はみえないしうかがい知れないのだから、他人に侵害されることは本来「ない」というべきで、そうすると本来保護する必要があるのかって問題が出てくるんだよね。

もちろん思想が表に出ると話は別で、そこでは保護がなされないといけない。ただ、逆に言えば表に出された限りで制裁や不利益が生じてきたという観点からすれば、「**表に出たときだけ保障すればよくね？**」ということになってしまう。確かにアメリカとかだとそのようなアプローチの手法がとられているのは事実。すなわち、思想が外面化されない限り思想は決められず、それを知られることもない。内心の限りにおいて思想の自由は当然に保障されているのである。

芦部先生は「処罰されない」というが、「処罰できない」のである。これに対して思想の吐露を強制することまで内心に含める人もいるが、そうすると逆に、内心の自由の奥行を浅くすることになるので注意が必要。一般論としてだが、射程を拡大すればするほど、権利の質と言うか奥行がなくなる。ここでも一緒に、射程の外側の程度の低い「自由」とごっちゃになることで、むしろ本来無敵スター状態だった「内心」が侵しうるものになりかねない。以上を前提に、ここでは思想の自由についていくつかの判例をみていこう。

#### 判例

##### 謝罪広告強制事件（昭和 31 年：最高裁）

最高裁は事態の真相発表と陳謝の強制に関しては、それが著しく思想、良心の自由を侵害しない限りは合憲であるとした。謝罪広告として陳謝と言う形態をとったとしても、事実として訂正をさせたとしても、冷静にここでの問題は何かというと、それは「言いたくないことを言わせる」ことであろう。そうだとすればこの謝罪広告の問題は、表現の自由もしくはプライバシーの侵害で処理するべきではないだろうか？

#### 判決

「民法七二三条にいわゆる「他人の名誉を毀損した者に対して被害者の名誉を回復するに適当な処分」として謝罪広告を新聞紙等に掲載すべきことを加害者に命ずることは、従来学説判例の肯認するところであり、また謝罪広告を新聞紙等に掲載することは我国民生活の実際においても行われているのである。尤も謝罪広告を命ずる判決にもその内容上、これを新聞紙に掲載することが謝罪者の意思決定に委ねるを相当とし、これを命ずる場合の執行も債務者の意思のみに係る不代替作為として民訴七三四条に基き間接強制によるを相当とするものもあるべく、時にはこれを**強制することが債務者の人格を無視し著しくその名誉を毀損し意思決定の自由乃至良心の自由を不当に制限することとなり、いわゆる強制執行に適さない場合に該当することもありうる**であろうけれど、単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のものにあつては、これが強制執行も代替作為として民訴七二三条の手続によることを得るものといわなければならない」

「原判決の是認した被上告人の本訴請求は、上告人が判示日時に判示放送、又は新聞紙において公表した客観的事実につき上告人名義を以て被上告人に宛て「右放送及記事は真相に相違しており、貴下の名誉を傷け御迷惑をおかけいたしました。ここに陳謝の意を表します」なる内容のもので、結局上告人をして右公表事実が虚偽且つ不当であつたことを広報機関を通じて発表すべきことを求めるに帰する。されば少なくとも**この種の謝罪広告を新聞紙に掲載すべきことを命ずる原判決は、上告人に屈辱的若くは苦役的労苦を科し、又は上告人の有する倫理的な意思、良心の自由を侵害することを要求するものとは解せられないし、**また民法七二三条にいわゆる適当な処分というべきであるから所論は採用できない」

※これ、内心の自由の問題（憲法 19 条）の問題として議論がなされるが、日比野さんの謎ということになる。この点、「いや思想の自由の問題じゃなくね？」とした裁判官の反対意見も判決には付されている、というかその方が主文より長い事態になっている。おなじみの部分社会論の田中耕太郎さんとかも反対意見を書いている。

### 麹町中学内申書事件（昭和 63 年：最高裁）

麹町中は千代田区立で、ここから日比谷にいて東大行くのがルートだったらしい。

内申書の記載について、学生の集会活動等の記載において、思想の自由の侵害を否定した事案。

内申書に関して記載されたことが思想信条を**了知**させるものだとは言えないというのには賛成だが、それに対して「**推知**させるものでない」といえるかは微妙だよね…。

ただしさっきの議論に従えば、これによって侵害された自由があるとしても、これは**プライバシー**の問題であって思想の自由の問題ではないのではないかと、言う見方もまた出来るわけだ。

だってこういう事実が記載されても「これが正しいんだ」とおもうことが出来るんだし。**問題はむしろ「こういう思想を持っている」と周りにばれたこと**にあるんじゃないか？

※本判決では情報の公開についても、公開先は少数の人だけだし大丈夫としている。

日比野さんへの個人的私見として、これはそこまで狭めて思想良心の自由を捉えるともはや有形無実となってしまうのではないかっていう気がする…。それに、保護を求める個人としてはより権利性の保障の強いとされる思想良心の自由から訴えを起こすのは当然と思われる。

※公立学校において「破壊活動やったから不合格」という考慮は許されるのだろうか？許されるのならば、具体的な例証としてその当該生徒の事実については記入しなくてはならないだろう。書けないのならばもはやその意味がない。という、公立学校が何をもって生徒を採用できるかの問題でもある。

#### 判決

「原審の適法に認定したところによると、本件調査書の備考欄及び特記事項欄にはおおむね「校内において麹町中全共闘を名乗り、機関紙『砦』を発行した。学校文化祭の際、文化祭粉砕を叫んで他校生徒と共に校内に乱入し、ビラまきを行つた。大学生ML派の集会に参加している。学校側の指導説得をきかないで、ビラを配つたり、落書をした。」との記載が、欠席の主な理由欄には「風邪、発熱、集会又はデモに参加して疲労のため」という趣旨の記載がされていたというのであるが、右の**いずれの記載も、上告人の思想、信条そのものを記載したものでないことは明らかであり、右の記載に係る外部的行為によつては上告人の思想、信条を了知し得るものではない**し、また、上告人の思想、信条自体を高等学校の入学選抜の資料に供したものと到底解することができないから、所論違憲の主張は、その前提を欠き、採用できない」  
「なお、調査書は、学校教育法施行規則五九条一項の規定により学力検査の成績等と共に入学者の選抜の資料とされ、その選抜に基づいて高等学校の入学が許可されるものであることにかんがみれば、その選抜の資料の一とされる目的に適合するよう生徒の学力はもちろんその性格、行動に関しても、それを把握し得る**客観的事実**を公正に調査書に記載すべきであつて、本件調査書の備考欄等の記載も右の客観的事実を記載したものであることは、原判決の適法に確定したところであるから、所論の理由のないことは明らかである」

### 東京電力事件（昭和 63 年：最高裁）

営業署長が女子従業員に共産党員かどうかを問い質し、かつ、共産党員でない旨を書面にして提出するように求めた行為につき、使用者に対し損害賠償を請求した事例である。

この判決では、「**必要性**」「**合理性**」が無い場合、そして「**強要**」など著しく正当さを欠く態度につき、これが思想信条の自由を侵す可能性を認めているように思われる。

#### 判決

「右事実関係によれば、亡Aが本件話合いをするに至った動機、目的は、本件営業所の公開されるべきでないとしていた情報が外部に漏れ、共産党の機関紙「赤旗」紙上に報道されたことから、当時、本件営業所の所長であった亡Aが、その取材源ではないかと疑われていた上告人から事情を聴取することになり、本件話合いは企業秘密の漏えいという企業秩序違反行為の調査をするために行われたことが明らかであるから、亡Aが本件話合いを持つに至ったことの必要性、合理性は、これを肯認することができる。右事実関係によれば、亡Aは、本件話合いの比較的冒頭の段階で、上告人に対し本件質問をしたのであるが、右調査目的との関連性を明らかにしないで、上告人に対して共産党員であるか否かを尋ねたことは、調査の方法として、その相当性に欠ける面があるものの、前記赤旗の記事の取材源ではないかと疑われていた上告人に対し、共産党との係わりの有無を尋ねることには、その**必要性、合理性を肯認することができないわけではなく、また、本件質問の態様は、返答を強要するものではなかった**というのであるから、**本件質問は、社会的に許容し得る限界を超えて上告人の精神的自由を侵害した違法行為である**とはいえない。さらに、前記事実関係によれば、本件話合いの中で、上告人が本件質問に対し共産党員ではない旨の返答

をしたところ、亡Aは上告人に対し本件書面交付の要求を繰り返したというのであるが、企業内においても労働者の思想、信条等の精神的自由は十分尊重されるべきであることにかんがみると、亡Aが、本件書面交付の要求と右調査目的との関連性を明らかにしないで、右要求を繰り返したことは、このような調査に当たる者として慎重な配慮を欠いたものというべきであり、**調査方法として不相当な面**があるといわざるを得ない。しかしながら、前記事実関係によれば、本件書面交付の要求は、上告人が共産党員ではない旨の返答をしたことから、亡Aがその旨を書面にするように説得するに至ったものであり、右要求は、**強要**にわたるものではなく、また、本件話し合いの中で、亡Aが、上告人に対し、上告人が本件書面交付の要求を拒否することによって不利益な取扱いを受ける虞のあることを示唆したり、右要求に応じることによって有利な取扱いを受け得る旨の発言をした事実はなく、さらに、上告人は右要求を拒否した、というのであって、右事実関係に照らすと、亡Aがした本件書面交付の要求は、**社会的に許容し得る限界を超えて上告人の精神的自由を侵害した違法行為であるということとはできない**。したがって、右確定事実の下において、上告人につき所論の不法行為に基づく損害賠償請求権が認められないとした原審の判断は、これを正当として是認することができる」

### 東京電力事件（平成5年・6年：前橋地裁など）

東京電力事件の判決文を探していたらなんか見つけたのでおまけ掲載。

※これは集団訴訟が提起されたため、前橋など6か所で訴訟が起きた。5か所で原告勝訴ののち、最後の地裁判決（東京地裁）が出る前に和解が成立した。そのため最高裁判決はなし。

昇進にあたっての思想信条による差別が、違憲だとして争われた事件。ここでは東京電力の差別的な賃金につき、思想信条の自由が制約されているとしている。

#### 判決（前橋地裁）

「ところで、憲法一四条は、思想、信条による差別待遇を禁止し、同法一九条は、思想の自由を侵すことを禁止し、さらに、同法二一条は、言論等一切の表現の自由を保障しているが、憲法の右各条項は、専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであって、私人相互間の関係を直接規律するものではないと解するのが相当である。したがって、私人間において、思想信条に基づく差別行為又は思想の自由を侵害する行為がなされたとしても、直ちに右各条項を適用又は類推適用することはできない。しかしながら、労働基準法三条は、使用者が、労働者の信条等を理由として、賃金、労働時間その他の労働条件について、差別的取扱いをすることを禁止していることに加えて、前掲乙第二号証によれば、被告会社及び東電労組間において締結された労働協約六条には、被告会社は、従業員に対し、政治的信条等を理由として差別待遇をしない旨定められており、しかも、被告会社は原則的にユニオン・ショップ制を採用し（同協約二条二項参照）、全従業員について右協約が適用されると認められることに照らせば、被告会社は、従業員の思想信条の自由を侵してはならず、また、これらを理由に、差別待遇をしてはならないのである。このように、被告会社が従業員の思想信条による差別的取扱いをしてはならないということは、労働基準法により公序を形成しているばかりでなく、被告会社の労働協約上の義務ともなっているのである。仮に、**会社の経営秩序の維持、生産性の向上の観点から従業員の思想信条が問題とされる場合であっても、右思想信条が原因となって、被告会社の経営秩序、生産性を阻害するような現実かつ具体的体危険が認められる場合でない限り、思想信条の自由を制約する等の行為は許されない**のである」

最後に「法の下での平等」でなく「思想信条の自由」が制約されていると書かれているわけだが、このような点に日比野さんはさっき見たように「いやこれって内心じゃねーだろ」とかみついているのである。

### 三菱樹脂事件（昭和48年：最高裁）

こっちは、同じく企業VS個人のバトルであるが、より沈黙の自由の制限可能性を認めているように思える。「当然に違法とすることはできない」という文言などがその証左。私人の間の自由でありながら、沈黙の自由について東京電力事件と三菱樹脂事件との間でレベル差が生じているように思えるが、これは雇入れ（試用期間）の段階か、雇ったあとの段階だったのかという問題があったのだらうとされる。雇用に際して応募者の思想信条に関心を持つことは一定程度において許されるのは当然であるという見方も有力である。まあ沈黙の自由は**プライバシー**の自由じゃね？って日比野さんは思いうろく、そうすると教科書で問題になっている内心説とか信条説とかの区分は意味をなさなくなる気がする。

沈黙の自由を広げることによって内心の自由の保障に制約の余地が生れているわけだからね。間口を広げるってのは決していい意味だとは限らないんだよね。

## 判決

「憲法は、**思想、信条の自由**や法の下での平等を保障すると同時に、他方、二二条、二九条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであつて、**企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもつて雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできない**のである。憲法一四条の規定が私人のこのような行為を直接禁止するものでないことは前記のとおりであり、また、労働基準法三条は労働者の信条によつて賃金その他の労働条件につき差別することを禁じているが、これは、雇入れ後における労働条件についての制限であつて、雇入れそのものを制約する規定ではない。また、思想、信条を理由とする雇入れの拒否を直ちに民法上の不法行為とすることができないことは明らかであり、その他これを公序良俗違反と解すべき根拠も見出すことはできない」

「右のように、企業者が雇傭の自由を有し、思想、信条を理由として雇入れを拒んでもこれを目して違法とすることができない以上、**企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためその者からこれに関連する事項についての申告を求めることも、これを法律上禁止された違法行為とすべき理由はない**。もとより、企業者は、一般的には個々の労働者に対して社会的に優越した地位にあるから、企業者のこの種の行為が労働者の思想、信条の自由に対して影響を与える可能性がないとはいえないが、法律に別段の定めがない限り、右は企業者の法的に許された行為と解すべきである。また、企業者において、その雇傭する労働者が当該企業の中でその円滑な運営の妨げとなるような行動、態度に出るおそれのある者でないかどうかに関心を抱き、そのために採否決定に先立つてその者の性向、思想等の調査を行なうことは、企業における雇傭関係が、単なる物理的労働力の提供の関係を越えて、一種の継続的な人間関係として相互信頼を要請するところが少なくなく、わが国におけるようにいわゆる終身雇傭制が行なわれている社会では一層そうであることにかんがみるときは、企業活動としての合理性を欠くものということとはできない。のみならず、本件において問題とされている**上告人の調査が、前記のように、被上告人の思想、信条そのものについてではなく、直接には被上告人の過去の行動についてされたものであり、ただその行動が被上告人の思想、信条となんらかの関係があることを否定できないような性質のものである**ということとどまとすれば、**なおさらこのような調査を目して違法とすることはできないのである**」

企業においても労働者の思想の自由があり、調査方法には問題もあったが返答を強制するものではなく、合理性もあったため人権侵害にはあたらない。とした。本件では「**直ちに**」内心の自由は侵害されていない。とするが、逆に言えば内心に対して沈黙する自由も含めて「内心の自由」とし、其の結果沈黙の自由を制約する可能性すなわち内心の自由が制約されうる可能性に言及している。

※東京電力では、人格の核心に関わる世界観、信条が問題にあったので強制が問われたが、謝罪広告掲載強制事件はそうではないとの判断と思われる。

## 2-2 思想はどこからやってくる

以上のように、謝罪広告の掲載が議論されること、思想信条に関する事項について、会社側や学校が従業員、生徒に対してどこまで説明を求めることができるのかということで、麹町中学事件や三菱樹脂事件などを取り扱ったんだよね。

問題は、思想の自由を憲法で保障するというのは、ある意味では当たり前であるのだが、しかし他方で、そして多くの国で同様だとしても、アメリカなど「保障していない」国があり、そういう国では保障していないことによってそこまで困ったことが起きていない、ということである。

むしろプライバシーなどのとらえ方においては、そういう国のほうがうまくとらえられている気もすること。

ここで大事なのが、そもそも**思想**はどこから来るのか、と言う話。結論から言えば思想とは、**表現**のなかからやってくるのである。以下に説明するので長いけど見とけ。

## 表現の自由が保障するもの

エマソンという憲法学者が「表現の自由」について述べたのだが、実はそれをもとにして芦部先生が、2つの理念として「**自己実現**(自分の生き方を最高度に表現しきる)」「**自己統治**(国民の政治参加を可能にする)」を取り出し、さらには「送り手の自由から受け手の自由へ」今日の社会では表現の自由の射程が変わってき

たことを指摘した。そういう意味で「**コミュニケーションの自由**」として、知る権利の観点から表現の自由は射程を再構成しなくてはならないとされた。

※当初の論点は別にそれでいいし、受け入れられるのだが、インターネットの時代になって、受け手と送り手の「立場」が非常に対等化しつつあることを踏まえると、写像の前の現実が変わったのでその写像、議論も再び変わらないといけないときではある。

「自己実現」「自己統治」が表現の自由を形作るというのはなるほどそう思えるのだが、この2つの見方で捉えきれぬのか？もっと根源的なものがあるのではないか、と思うのである。それを踏まえて、はじめて表現の自由が捉えられ、そこから思想の自由の意味についても再考できるのではないか。

「スピーチには**エクスターナルスピーチ**と、**インナースピーチ**があるのだ」と帝政ロシア時代のある学者がいった。

※失念したけどたぶん**ヴィゴツキー**だと思う。おそらくは彼の著書『思考と言語』の話のはず。

ここからは「メッセージ(象徴)」と「情報(被象徴)」という象徴の関係を意識しながら進めよう。エクスターナルスピーチは外話、すなわち他人へのスピーチであるが、内話は自分へのスピーチ、言ってみれば心の中の言葉である。ここで他者のメッセージから情報を得るとき、一発で言いたいことの全てが分かるわけではないのだから、メッセージにつき「考えて」また別のメッセージとして相手に送りかえすのが普通の会話の流れである。

すなわち**外話だけでなく、内話があって初めて何かを表現し、正しさを確かめたり議論したりすることができる**のである。



インナースピーチ (たぶん)

### 内話と外話はいつ生まれるのか

問題は、人間は発達心理学的にはいつごろからこの両者を使い分けるようになるのかだが、もちろん生れてすぐ「ぶーぶー」だとかのエクスターナルスピーチは行うはずである。

そのエクスターナルスピーチがどのような情報を与えるのかを、家族はそのうち理解するが、他者にまで理解できるものになるのはまだ先である。

ここで、**エゴセントリックスピーチ**(自己中心話)という**ピアジェ**の概念を思い出す。(ご承知の通り、社会1でやった人物である)ここでは自分の頭のなかで通常行われる「メッセージ」と「情報」の転換、内話が、外部に露見する形で行われているのである。例えば大人になっても「**独り言**」と言う形でこれは現れる。結局この作業を、年齢を重ねるにつれ(それが恥ずかしさからか大人びたからかはわからないが)「内化」することを通じて外話と内話がだんだんと分離し、内話としてメッセージを返還し、情報にまとめる作業が「頭の中で」行われるようになるのである。

このように、われわれはものを考える(ようになる)時に、常に象徴を使っている。その象徴は多くの場合言語であり、自分に対して言葉を発しながら習得されているのだ。

つまり、**他者へのスピーチ、他者からのスピーチのなかで「様々な言語、概念」を取り込み、内化していく作業の中に、発達心理学的に見れば「思想」は生れてくる**のである。

だとすれば、スピーチの自由、もっと言えば「**表現の自由**〈言語〉」が保障されているのであれば、「思想の自由」は保護されているのと同じなのではないか？だから、思想の自由を取り立てて保障しなおす必要のない、という意味で、アメリカなどではそれがなくともうまくいくのである。

これを端的に表したのは、他でもない「1984」であろう。不可欠の「意味そのもの」、言葉を奪うことで人々を支配していたストーリーは思考活動の根源につながるが、芦部説はここに踏み入らない可能性がある。

※1984…ジョージ・オーウェルの小説。1949年に刊行。

登場する社会は、「ビッグ・ブラザー」による一党独裁的な支配を受けているが、そこでは「**ニュー・スピーク**」と呼ばれる新語法が作られ、語彙を意図的に少なく、かつ政治的意味を持たないように改竄することで人々がそもそも思考しうる範囲を狭め、独裁的支配の安定に資させている。語彙は最小限度まで削減され、それに合わせて過去の文献も改竄されていく。そのなかでたとえば「政治的自由」「思想の自由」といった区別は失われ、およそ権利を謳う文書を意味あるままに読み解くことは不可能になる。

## 注意

### ①真に根源的な思想は、言葉から生まれてくるのだろうかという疑問

アインシュタインは「もやもやした映像のようなものから」新しい思想が出てくるのだと言っていた。そもそも言葉とは全く別の方法で人間が思想を持ちうる可能性は、いまだ否定できないはずである。

### ②言葉の同一性と思考の同一性の対応

**言葉**とは、ある共通性を取り出した「象徴」としての約束事なのであることは述べた。で、それは共通性を前提としているのだから、思想のレベルにこれを移せば「**思考の同一性**」と対応する。思考は人によって異なりうるものであり、その違いが保障されなければならない。

しかしその多様な思考を生み出す「**言葉**」は、**最低限の共通性を持って居なくてはならない**はず。

今日では「非強制」という中立性が国の在り様として憲法などから求められているし、それは思考の多様性と対応する。しかし国は「言葉」のように、ある種の同一性の原理を強制する必要があるわけで、当然のことながら非同一化の原理だけでは話は進まないのである。政教分離を徹底すべきだという主張は十分に理解できるとしても、非同一化の原理一本では社会はまわっていない。

その際によく議論に持ち出されるのが、**市民宗教**である。われわれが日常的に考えているとされることは「市民宗教」と言われる(人殺しはNG だとか)が、それは政教分離の対象に含まれない。明らかにここに非同一性の原理以外のものが適用される。そして現在の宗教が非常に多様となるなかで、ではこの「非」の区別はどこからすればいいのか、というのが問題になっているのである。

例えば「国家斉唱」「十字架の持ち込み」そういった問題が「市民宗教」とそうでないものとの重なり合いとして、今日の社会に立ち現われている。

## 市民宗教の話：くわしく

ということで、信教の自由を考える際に重要な論点となるのは、一つに**宗教の概念が多義的であって、宗教の内容が拡大してきていること**である。そして問題は、市民宗教との境目、線引きがあいまいな「宗教」がたかさんでくるなかで、何を信教の自由で保護し、何を保護しないか、である。

いわゆる**旧宗教**(浄土宗とか)が保護される「宗教」なのは疑いが無いけれど、それに引き続いてでてきた**新宗教、新新宗教**とかの扱いは問題になる。そして、近年の「**スピリチュアルムーブメント**」は、宗教的性格を持ちながらもよりその「信仰」的な性格は薄れている。憲法の保護する「宗教」をどこまで認めるのかと言う問題が生じているのである。

### ※新宗教

新宗教とは、幕末から明治にかけて生まれた宗教のこと。時代的なくくりなので、多種多様な宗教概念を含んでいる言葉である。代表的なものとしては**天理教**や、**創価学会**などをあげることができる。多様な新宗教の内容をひとえに表すのは難しいが、特徴を挙げるとすれば、旧宗教がある程度壮大な狭義の体系(とくに死後)を持っているのに対し、新宗教は**問題関心を日常生活にあてている**ことである。

こういう運動によくあるのが、「座談」だったりする。信者が皆で集まって、悩みや日常の中の問題を話し合うというのは、こういう新宗教が日常の生き方の後悔・反省に焦点を当てていることの証左である。日常的問題を取り上げて、プラクティカルな議論をするところに新宗教の特徴がある。

これをもっとも早い段階で示したのが**天理教**。天理教では「8つのほこり(埃。誇りではない)」という概念を作り「をしい」・「ほしい」・「にくい」・「かわい」・「うらみ」・「はらだち」・「よく」・「こうまん」、という罪業たる「ほこり」を自覚し、それを实际的に自分の問題として理解することに重きを置いている。そこでは宗教は助け合いの共同体として、極めて現世志向的に機能している。病や貧しさ、争いからいかに人間は健康でありうるか、平穩に暮らさうか、という現実の生活の苦難からの救いを求める宗教なのである。

### ※新新宗教

新新宗教は戦後、とくに1970年代にユリ・ゲラーやエクソシスト等に代表される社会現象的な霊的なものへの興味のなかで出現した宗教である。

例えば、**幸福の科学**や**統一教会**、**オウム真理教**などをあげることができる。そこでは**現世離脱的で、自己の靈魂の永遠性を解くとともに、超現実的な世界の存在が説かれる**。

そのなかでは自分の現在の在り様、そして自分の不幸の現認は他者(現世)とのかかわりの中にあるのではなく、自分自身のなかにあることになり、それをどう処理するか(救済されるのか)が問題になっているのである。生活の貧しさからの離脱でなく、ここでの関心は「心」の貧しさからの解放である。

救済の方法としては冥想やポジティブシンキングといった学問的な、似非科学的なものになる。

## ※スピリチュアルムーブメント（新霊性運動）

新霊性運動は、とくに 1990 年代になって出てきた、組織的な体系を持たない、もはや**宗教と言うより生き方の問題として意識されてもよい（無意識的な）信仰**を、既存の宗教と対置して呼ぶものである。

ようするにこれは「別に宗教は入ってないけど、霊はいるんじゃないね」くらいの精神的な傾向であって、たとえば「占い」「菜食主義」「有機農法」「エコロジー」とか近年の生き方としての運動も、このようなものの延長上にある。より実践的な形では「**吉本内観法**」「**森田療法**」など、臨床心理療法のなかで現在も有効に使われるものもある。

ある意味で最近の**自己啓発セミナー**、**ヨガ**、といったものもこのように含まれるし、今までの宗教とは段違いに現実の社会のなかに息づいたものである。

## 生き方の問題



DIO の哲学はどこからが宗教になるのか？

から、実は分かつ前と分かつ後（骨とか身とか皮とか）に、人間がその手で世界を「概念として」分離しているのである。これが分化しているという意味であり、このように人間のなかで分化を介していく道を「人道」という。人道を観念する時、人道への方向性と逆のものとして、（右を定義すれば左が同時に出てくるように）天道が観念される。人間は、もともと一つの（大極という）混沌であった状態から、天道と人道とを分かつなかで生きていくのである。

そして、人間は個として生きるのであるから、人道に対して生きていかななくてはならない。すなわち、自ら積極的に、この本来的に一元融合的な世（世といえるのかすら微妙だが）との距離の取り方を変えていく必要があるのである。そして「距離の取り方」とはたとえるなら、張ってある水に入る時、かがんで深く水につかるか立って浅くつかるか、といった**極めて日常的**なレベルまで落として実践することのできるものなのである（立つ、かがむ…ここにあるのが主体的な「動作」であるからこそ、実践できる）。

さて、報徳思想の細かい内容なんてまったくもってどうでもいいのだが、問題は「これをたとえば学校で教えたとしたら、政教分離に抵触するのだろうか」ということに他ならない。

このような「**人の生き方**を教えるというのは宗教とどうかかわるのか？」その答えは簡単なものではない。抽象的には人の考えをおよそ完全に宗教から分離することは不可能だが、そんな極端な意味でなくとも、思想と宗教との区別はかなり難しい問題として、私たちの前に現れているものだということである。「思想」の問題は、このように曖昧で多義的なところに線を引いて、どこまでを保護されるものとしていくか判断するという困難な要求をつきつけるのである。

※法と現実との「距離の取り方」に腐心する日比野氏が、このような「距離の取り方」の思想たる報徳の概念に興味を引かれると言うのも、ある意味で納得できるような気もする。

このような「生き方」のようなものが宗教的背景を持つとすれば、政教分離など憲法の射程にどれだけ入るものなのか、区別の基準を設定するのが非常に難しくなる。

「生き方」で一つ付け足すなら、日比野さんは「**報徳**」の思想が気になっているらしい。この教えは二宮尊徳に由来し、東大の国法学の二代目か三代目の教授で市立の武蔵高校の創立者である一木喜徳郎さんが、大日本報徳社という公益法人で普及につとめ活動していたりする。

報徳思想は、「一元融合」と呼ばれる、世界を分化して捉える前の姿と、その中で「個」として生きる個人との、距離の取り方の教えである。

たとえば人は魚を食べる時には「骨」と「身」を分け、もしやもしや食べながら「骨がなければいいのに…」と思うものである。このとき、魚は本来的には魚でしかないのだ

## 2-3 政教分離

信教の自由、政教分離を考えるに際しては、こういう問題提起の必要性が、とりわけよくあてはまるように思える。最高裁判例で著名なものをいくつか挙げておきます。

大法廷 津地鎮祭事件（昭和 52 年）  
殉職自衛官合祀違憲訴訟（昭和 63 年）  
愛媛玉串料事件（平成 9 年）  
富平神社事件（平成 22 年）  
空知太神社違憲訴訟（平成 22 年：そらちぶとじんじゃいけんそしょう）  
小法廷 大阪地蔵像事件（平成 4 年）  
箕面忠魂碑違憲訴訟（平成 5 年：みのおちゅうこんひいけんそしょう）  
箕面遺族会補助金違憲訴訟（平成 11 年）  
白山比咩神社事件（平成 22 年：はくさんひめじんじゃじけん）  
などなど。詳しくは判例リスト参照をお願いします。

ほかにも**皇太子の結婚の儀**だとかにも宗教色をめくり問題がでたりするよね。あとは首相の**靖国神社奉納**の問題とかも争われることが結構ある。中曽根首相、小泉首相の参拝については争われたはず。これらの政教分離については、最後の問題は首相の自分の意思で持って国費を支出しているので厳密には政教分離の対象ではないけど(私人が自ら好き勝手に神社にいたり寺院にいたりできる信教の自由の範囲だが、相手方の信教的な人格権が侵害されたと言う訴え)、それ以外は**津地鎮祭事件**がリーディングケースです。ということでその判決を見ながら、政教分離をどう判断すべきか考えよう。

### リーディングケース：津地鎮祭事件

#### 津地鎮祭事件（昭和 52 年：最高裁）

三重県津市で、市立体育館の起工式に際して行われた、市職員が進行役等を務め行われた地鎮祭への公金の支出などをめぐり、市議員が政教分離（20 条）違反ではないかとして起こした住民訴訟である。

#### 判決

「**一般に**、政教分離原則とは、およそ宗教や信仰の問題は、もともと政治的次元を超えた個人の内心にかかわることからであるから、世俗的権力である国家（地方公共団体を含む。以下同じ。）は、これを公権力の彼方におき、宗教そのものに干渉すべきではないとする、**国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するものとされている**」

「しかしながら、元来、**政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であつて、信教の自由そのものを直接保障するものではなく**、国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものである。ところが、宗教は、信仰という個人の内面的な事象としての側面を有するにとどまらず、同時に極めて多方面にわたる外部的な社会事象としての側面を伴うのが常であつて、この側面においては、教育、福祉、文化、民俗風習など広汎な場面で社会生活と接触することになり、そのことからくる当然の帰結として、国家が、社会生活に規制を加え、あるいは教育、福祉、文化などに関する助成、援助等の諸施策を実施するにあつて、宗教とのかかわり合いを生ずることを免れえないこととなる。**したがつて、現実の国家制度として、国家と宗教との完全な分離を実現することは、實際上不可能に近いものといわなければならない**」

「政教分離規定の保障の対象となる国家と宗教との分離にもおのずから一定の限界があることを免れず、政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は実際上宗教とある程度のかかわり合いをもたざるをえないことを前提としたうえで、そのかかわり合いが、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが、問題とならざるをえないのである。右のような見地から考えると、わが憲法の前記政教分離規定の基礎となり、その解釈の指導原理となる政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、**国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが右の諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである**」

## 判例解釈と目的効果基準

判例ではまず、一般論として政教分離の本旨を述べる。そのなかで「**完全な分離**」はそもそも求められていないとしたうえで、信教の自由を間接的に守ることができるレベルでの制度的保障があるのだ、としている。その際にどのような事由が考えられるのかが述べられたが、政教分離の原則に反しているかの判断に際しては、以下のような基準がとられることが示された。

### ①そもそも宗教と関わるか

まず政教分離の有無の判断に際しては、一つは国の公費について、宗教とのかかわりがそもそもあるのかどうか。なければ違憲性とかそもそもない。だが、関わりがある場合にはそれは一切許されないのかと言うとそうでもない。ここでは、**目的効果基準**と通常言われる判断枠組みが提示される。

#### ①その行為の目的として、宗教的な関わり合いがあるか（**目的基準**）

#### ②その行為の主要な効果は、宗教を振興・抑圧するか（**効果基準**）

という二つの基準を持ち出し、当該行為が宗教的意義をもつこと、宗教を助長、圧迫、干渉するかどうか、という効果の観点から関わり合いが相当とされる限度のものと限り許されるというのである。

ぶっちゃけここまでで判断するのが普通に判決を解釈して得られる答えなのだけど、ここで

#### ③その後「関わり合いの是非」を「個別に」判断する（**関わり合い基準**）

というプロセスを入れるべきだとする主張がある。

この目的効果基準は実は、オリジナルとしてはアメリカの**レーモン判決**（レーモンテスト、ともいう）で使われた基準が援用されて日本に入ってきたものなのだが、アメリカの判例においては、目的、効果、関わり合いの程度という三つの点について**個別に**審査がされる。その結果、政教分離上の許容される範囲が決まるので、このアメリカスタイルの目的効果基準を日本の目的効果基準にもそのまま持ってこようぜ！ということである。

※ということで、目的効果基準には、アメリカタイプ（三つの基準）と、日本タイプ（二つの基準）がある。

ごっちゃにしないように。津地鎮祭事件判決には確かに「かかわりあい」とは書かれているが、文脈からしてこれを個別的に判断しろとは言われていないように見える。

ここでは、アメリカ側の基準に似ているようでいながら、そのまま導入しないのがけしからん！**基準を緩めてしまって、目的効果の審査しか持ち込まなかった**のはアホ！という理由付けをする人もいる。確かにアメリカのやり方は三つの基準を個別的に見て、一つでも引っかかったらアウト、というものなので、それを緩めた日本の基準は政教分離につき甘いと言えるかも。

でもまあいずれにしても、最高裁の判例の読み方としてはあまり素直でないような気がするし、そもそもアメリカでやっているから日本でも！というのが意味不明ではある。

最高裁がこういう基準に従うと言ったのに対して、アメリカの読み方を持ち込んでこれに従えと言うのはあまりにこじつけだし、しなきゃいけないわけでもないでしょう。じゃあ公用語英語にするか？

言ってみればこれは、なんでもアメリカを持ち出す傾向が行きついた結果とも言えるかもしれない。こういう事態が横行していた事実自体、おもしろい研究対象かもしれないとのこと。

※というか**アメリカでも目的効果基準は変更された**。今は若干緩やかな「**エンドースメント・テスト**」という基準が採用されていて、目的審査は「政府の目的が宗教を是認又は否認するメッセージを伝えることを意図したかどうか」、効果審査は「政府の目的に関わりなく審査に付されている行為が事実上、宗教を是認もしくは否認する効果を持つものかどうかを問う」ことが必要で、どちらかが積極的にアウトなら違憲とのことです。（芦部憲法参照）

## 注意点

話がそれたけど、この判決の中で目的効果の基準以上に判決のなかで注意しておくべき二つの点があるので言うておく。

### ①目的効果基準を適用する際に判断に考慮しなくてはならない事由をいくつか挙げている点

## 判例（続き）

「宗教的活動とは、前述の政教分離原則の意義に照らしてこれをみれば、およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつすべての行為を指すものではなく、そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであつて、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。その典型的なものは、同項に例示される宗教教育のような宗教の布教、教化、宣伝等の活動であるが、そのほか宗教

上の祝典、儀式、行事等であつても、その目的、効果が前記のようなものである限り、当然、これに含まれる。そして、この点から、ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するにあたっては、当該行為の**主宰者**が宗教家であるかどうか、その**順序作法**（式次第）が宗教の定める方式に則つたものであるかなど、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる**場所**、当該行為に対する**一般人の宗教的評価**、当該行為者が当該行為を行うについての**意図、目的及び宗教的意識**の有無、**程度**、当該行為の**一般人に与える効果**、影響等、**諸般の事情を考慮し、社会通念に従つて、客観的に判断しなければならない**」

判例は赤字に示したような様々な考慮事由を列挙しているのだが、目的効果との関係で、ここで列挙された者はどのような対抗関係にあるのか、よくわからないところがある。

解釈として、宗教とのかかわりの有無なら主催者が宗教家かどうか、順序作法が公式にのっとっているか、というここで列挙した外見的側面にのっとって判断し、そして宗教との関わりがあるとされたら、改めて目的効果の判断をしてねということなのか、それともこのような外形的な側面を目的効果基準の段階で考慮してねってことなのかがよくわからない。

## ②結論、雑すぎ

### 判例（続きその2）

「以上の**諸事情を総合的に考慮して判断すれば**、本件起工式は、宗教とかかわり合いをもつものであることを否定しえないが、その**目的**は建築着工に際し土地の平安堅固、工事の無事安全を願い、社会の一般的慣習に従つた儀礼を行うという専ら世俗的なものと認められ、その**効果**は神道を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められないのであるから、憲法 20 条 3 項により禁止される宗教的活動にはあたらないと解するのが、相当である」

挙げた事由の扱い方が曖昧なのは今言った通りだけど、それは結論においてさらに増幅される。起工式に関する判断について、具体的な列挙で判決のなかで健闘した結果、諸要素を総合的に判断したら、宗教的な活動には当たらなかったよ！というスタンスだけど、**総合的**って何？

この諸要素は、結局目的効果と「別」に判断されたの？「一緒に」判断されたの？そしてそこには目的効果とかも書かれているけど、主観的なものと客観的なものとどっちが大事なの？

一定の基準を提示はしているけど、レレバントと考えられる諸事情を列挙し結論として合憲だと判断するこのやりかたは、その基準の実際の適用をうかがい知るのが難しいものである。

たしかに、目的効果基準を使ってますよーと言う感じで、判決の中には「目的は建築着工に…」「効果は神道を援助…」とあからさまな形で記載がなされてはいる。いるのだが、じゃあその基準は実際にどの事由について判断するときに使われているのか、物事を判断する際の準拠枠組みとして本当に機能しているのかどうか、といわれるとどうもよくわからないところがあるのである。

置いてある位置が文末だけど、「**枕詞**みたいなもんじゃねーのかこれ、と日比野さんは思うらしい。

ようするに、相当の関わり合いがあるのかどうかを、先に挙げた諸事情を并勘定して判断しちゃったあとに、判決としての体裁に飾り程度にくつつけただけに見える、というわけだ。

つまり**目的効果基準は、形式的な根拠づけめいたものを与えるだけに過ぎない**のではないかな。そうであるがゆえに、様々な政教分離の事案があるのに、どこでも「目的効果基準」が持ち出されるのではなからうか。ようするに、ちょっとしゃんとした程度の「アクセサリー」でしかないから、誰でも、どこでも使えるのである。そんな様子を、実際に判例を見ながら確認してみよう。

### 殉職自衛官合祀違憲訴訟（昭和 63 年：最高裁）

自衛隊員の OB 組織が殉死した自衛官を山口県の護国神社に合祀したことに対して、遺族女性がその取り消しを求め、原告の信教の自由を侵害していること、そして政教分離原則に反することを理由として訴えを起こした事案である。**目的に関しての言及が必ずしも十分ではないし、相当な関わり合いがないことについてとくに言及がなされていない。**

### 判決

「右条項にいう**宗教的活動とは、宗教とかかわり合いをもつすべての行為を指すものではなく、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいい、ある行為が宗教的活動に該当するかどうかを検討するにあたっては、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従つて、客**

**観的に判断しなければならない**ものである（最高裁昭和四六年（行ツ）第六九号同五二年七月一三日大法廷判決・民集三一巻四号五三三頁※**津地鎮祭事件**）。合祀は神社の自主的な判断に基づいて決められる事柄であることは前記のとおりであつて、何人かが神社に対し合祀を求めることは、合祀のための必要な前提をなすものではなく、本件において県護国神社としては既に昭和四六年秋には殉職自衛隊員を合祀する方針を基本的に決定していたことは原審の確定するところである。してみれば、本件合祀申請という行為は、殉職自衛隊員の氏名とその殉職の事実を県護国神社に対し明らかにし、合祀の希望を表明したものであつて、宗教と**かかわり合い**をもつ行為であるが、合祀の前提としての法的意味をもつものではない。そして、本件合祀申請に至る過程において県E会に協力してした地連職員の具体的行為は前記のとおりであるところ、その宗教とのかかわり合いは間接的であり、その意図、**目的**も、合祀実現により自衛隊員の社会的地位の向上と士気の高揚を図ることにあつたと推認されることは前記のとおりであるから、どちらかといえばその宗教的意識も希薄であつたといわなければならないのみならず、その行為の態様からして、国又はその機関として特定の宗教への関心と呼び起こし、あるいはこれを援助、助長、促進し、又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるような**効果**をもつものと一般人から評価される行為とは認め難い。したがつて、地連職員の行為が宗教と**かかわり合いをもつものであることは否定できないが、これをもつて宗教的活動とまではいうことはできないものといわなければならない**」

確かに目的効果基準を形式的には津地鎮祭事件から引き継いでいるようにも見える。しかしながら、特に目的に関する事実関係との関わりはかなり意味不明。実際の判断の是非とは別として、**どの要素がどのように働いて「相当の関わりがない」とされたのかうかがい知る上では、目的効果基準はほぼ無意味**と断言していい。

### 大阪地蔵像事件（平成4年：最高裁）

地蔵像を作るために大阪市の土地を使用することが憲法違反にあたるかが争われた。政教分離違反を否定している。大坂地蔵像事件でもこれは特定の宗教と言うより習俗に根差したものだ、と言う判断がなされたのだとおもつが、そもそも目的効果の基準が使われていないと評価しうるレベルである。事実関係を明らかにして、相当の範囲内と述べただけである。

### 判決

「右事実及び原審が適法に確定したその余の事実関係によれば（１）本件において、大阪市が各町会に対して、地蔵像建立あるいは移設のため、市有地の無償使用を承認するなどした意図、目的は、市営住宅の建替事業を行うに当たり、地元の協力と理解を得て右事業の円滑な進行を図るとともに、地域住民の融和を促進するという何ら宗教的意義を帯びないものであつた、（２）もともと本件のような寺院外に存する地蔵像に対する信仰は、仏教としての地蔵信仰が変質した庶民の民間信仰であつたが、それが長年にわたり伝承された結果、その儀礼行事は地域住民の生活の中で習俗化し、このような地蔵像の帶有する宗教性は希薄なものとなっている、（３）本件各町会は、その区域に居住する者等によって構成されたいわゆる町内会組織であつて、宗教的活動を目的とする団体ではなく、その本件各地蔵像の維持運営に関する行為も、宗教的色彩の希薄な伝統的習俗的行事にとどまっている、というのである。**右事実関係の下においては、大阪市が各町会に対して、地蔵像建立あるいは移設のため、市有地の無償使用を承認するなどした行為は、その目的及び効果にかんがみ、その宗教とのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし信教の自由の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず、憲法二〇条三項あるいは八九条の規定に違反するものではない。**このことは、最高裁昭和四六年（行ツ）第六九号同五二年七月一三日大法廷判決（民集三一巻四号五三三頁※**津地鎮祭事件**）及び最高裁同五七年（オ）第九〇二号同六三年六月一日大法廷判決（民集四二巻五号二七七頁※**自衛隊員合祀取消請求事件**）の趣旨に徴して明らかであり、これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる」

この「枕詞」感がもうやばい。ポルナレフの前でボスが姿を現したときくらいやばい。さっきから言っている通り、目的効果基準がどう作用しているのか謎すぎる。ここでは全て引用できなかったが、目的効果基準について、判決の最初の一般論の部分でもあまり触れられない。

### 主基斎田の抜穂の儀違憲訴訟（平成14年：最高裁）

読みは「すきさいでんぬいぼのぎ」のはず。たぶん。まあ県知事がこの儀式（天皇家の儀式なんだけど）に参加したら、住民訴訟で政教分離違反だと言われちゃった事案。同じく皇室行事の参加をめぐり、ほぼ同時に**鹿児島大嘗祭違憲訴訟**判決も出ているが、これとほぼ同じ判断である。（主基斎田が7月9日、鹿児島が7月11日である）結局、政教分離には違反しないとされたが、かなり丁寧に目的効果基準を明示する。

## 判決

※一般論として津地鎮祭事件に従い目的効果基準を明示した後で、以下のように事案にあてはめる。

「原審が適法に確定した事実関係によれば、主基Dの儀は、天皇が皇祖及び天神地祇に対して安寧と五穀豊穰等を感謝するとともに国家や国民のために安寧と五穀豊穰等を祈念する儀式である大嘗祭に関連して行われる諸儀式の一つであり、神殿等が設置された斎場において、神道の儀式にのっとり一定の祭具を使用して行われたというのであるから、大分県の知事、副知事及び農政部長である被上告人らがこれに参列した行為は、**宗教とかかわり合いを持つもの**といわざるを得ない。しかしながら、原審が適法に確定した事実関係によれば、(1) 大嘗祭は、7世紀以降、天皇の即位に当たり行われるようになった儀式であり、一時中断された時期はあるものの、皇位継承の際に通常行われてきた皇室の重要な伝統儀式であるところ、主基Dの儀は、大嘗祭の中心的儀式である主基殿供饌の儀において使用される新穀を収穫するための儀式であり、大嘗祭の一部を構成する一連の儀式の一つとして大嘗祭挙行の際に欠かさず行われてきたものであって、天皇の即位に伴う皇室の伝統儀式としての性格を有するものである、(2) 被上告人らは、宮内庁から案内を受け、地元の農業関係者等と共に主基Dの儀に参列して拝礼したにとどまる、(3) 主基Dの儀への被上告人らの参列は、その開催地において重要な公職にある者の社会的儀礼として、地元で開催される天皇の即位に伴う皇室の伝統儀式に際し、日本国及び日本国民統合の象徴である天皇の即位に祝意、敬意を表する目的でわれたものであるというのである。【要旨】これらの諸点にかんがみると、被上告人らの主基Dの儀への参列の**目的**は、地元で開催される天皇の即位に伴う皇室の伝統的儀式に際し、日本国及び日本国民統合の象徴である天皇に対する社会的儀礼を尽くすというものであると認められ、その**効果**も、特定の宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるようなものではないと認められる。したがって、被上告人らの主基Dの儀への参列は、宗教との**かかわり合いの程度が我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず、憲法上の政教分離原則及びそれに基づく政教分離規定に違反するものではない**と解するのが相当である」

この事件では例外的に、非常に丁寧に、目的効果基準の一般原則を示した上でそれにそった事案の分析がなされているが、珍しい。だが明示的に使われているとはいえ、先に言った通り「諸般の事情」がどのように効果や目的の基準に引かかるのかは依然としてブラックボックスの感がある。

## 白山比咩神社事件（平成22年：最高裁）

読みは「はくさんひめじんじゃ」である。市長が同神社の儀式に参加し祝辞を述べたことに対し、政教分離原則に反するとし、それに伴う公金の支出に対し損害賠償を行った事案である。

ここでは一般論としての目的効果論への言及もない。

## 判決

「前記事実関係等によれば、本件大祭は本件神社の鎮座2100年を記念する宗教上の祭祀であり、本件発会式は本件大祭に係る諸事業の奉賛を目的とする奉賛会の発会に係る行事であるから、これに出席して祝辞を述べる行為が宗教とかかわり合いを持つものであることは否定し難い。他方で、前記事実関係等によれば、本件神社には多数の参詣客等が訪れ、その所在する白山周辺地域につき観光資源の保護開発及び観光諸施設の整備を目的とする財団法人が設けられるなど、地元にとって、本件神社は重要な観光資源としての側面を有していたものであり、本件大祭は観光上重要な行事であったというべきである。奉賛会は、このような性質を有する行事としての本件大祭に係る諸事業の奉賛を目的とする団体であり、その事業自体が観光振興的な意義を相応に有するものであって、その発会に係る行事としての本件発会式も、本件神社内ではなく、市内の一般の施設で行われ、その式次第は一般的な団体設立の式典等におけるものと変わらず、宗教的儀式を伴うものではなかったものである。そして、Dはこのような本件発会式に来賓である地元の市長として招かれ、出席して祝辞を述べたものであるところ、その祝辞の内容が、一般の儀礼的な祝辞の範囲を超えて宗教的な意味合いを有するものであったととうかがわれない」

「そうすると、当時市長の職にあったDが本件発会式に出席して祝辞を述べた行為は、市長が地元の観光振興に尽力すべき立場にあり、本件発会式が上記のような観光振興的な意義を相応に有する事業の奉賛を目的とする団体の発会に係る行事であることも踏まえ、このような団体の主催する当該発会式に来賓として招かれたのに応じて、これに対する市長としての社会的儀礼を尽くす**目的**で行われたものであり、宗教的色彩を帯びない儀礼的行為の範囲にとどまる態様のものであって、特定の宗教に対する援助、助長、促進になるような**効果**を伴うものでもなかったというべきである。したがって、これらの**諸事情を総合的に考**

慮すれば、Dの上記行為は、宗教とのかかわり合いの程度が、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、**信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず、**憲法上の政教分離原則及びそれに基づく政教分離規定に違反するものではないと解するのが相当である」

この引用部分の前では一般原則として目的効果基準には触れられておらず、先の主基斎田抜穂の儀違憲訴訟で少し明示的に目的効果基準を使用すると思ったらまた雑な扱い（超・形式的な使い方）に戻っているように思える。

## まとめ

結局のところ、大体の判決は、「一般論」として目的効果アプローチを挙げ、事実を述べた後に「まとめ」としてその基準に合わせた評価を行ってはいいるのだが、それは**極めて形式的で、事案中に掲げられた諸事情との関連が曖昧なまま**である。なかには大阪地蔵像事件や白山比咩神社のように、そもそも一般論としての扱いから雑なモノすらある始末である。

よって今見た津地鎮祭事件の判例を目的効果基準の先例とし、それが援用されているんですよ！という教科書の書き方は、本当に審査の基準になっているの？ 実際使うとしたらどうやるの？と言われてしまうともうよくわからないレベルのものだと言わざるをえない。

その点で、目的効果基準を使った判決のなかでも違いがあるように見える。じゃあ判決の中で「実際の所」は何が考慮され、何が重要だとされているのかを考えるほうが大事であろう。

だとすれば、その重要なものをどうやって探そう？ 今まではなんやかんや「合憲」とするものばかり見てきたから、混乱しつつある。そうだ…違憲判決見よう！！

## 愛媛玉串料訴訟（平成9年：最高裁）

違憲判決。靖国神社での神道行事への玉串料の公金からの支出につき、損害賠償を求める訴訟が行われた。長いので省略したが、いつものように「政教分離とは～」「目的及び効果の～」と、政教分離の一般原則と目的効果基準が示され、またいつもの合憲判決かよ～と思ったら、まさかの違憲。今までの判決とはいったい何が違うのだろうか。

## 判決

「一般に、神社自体がその境内において挙行する恒例の重要な祭祀に際して右のような玉串料等を奉納することは、建築主が主催して建築現場において土地の平安堅固、工事の無事安全等を祈願するために行う儀式である**起工式の場合とは異なり**、時代の推移によって既にその宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとまでは到底いうことができず、一般人が本件の玉串料等の奉納を社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとは考え難いところである。そうであれば、玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を有するものであるという意識を大なり小なり持たざるを得ないのであり、このことは、本件においても同様というべきである。また、本件においては、県が他の宗教団体の挙行する**同種の儀式に対して同様の支出をしたという事実**がうかがわれないのであって、県が特定の宗教団体との間のみ意識的に特別のかかわり合いを持ったことを否定することができない。これらのことからすれば、地方公共団体が特定の宗教団体に対してのみ本件のような形で特別のかかわり合いを持つことは、一般人に対して、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心呼び起こすものといわざるを得ない。」

「確かに、**靖国神社及び護国神社**に祭られている祭神の多くは第2次大戦の戦没者であって、その遺族を始めとする愛媛県民のうちの相当数の者が、県が公の立場において靖国神社等に祭られている戦没者の慰霊を行うことを望んでおり、そのうちには、必ずしも戦没者を祭神として信仰の対象としているからではなく、故人をしのぶ心情からそのように望んでいる者もいることは、これを肯認することができる。そのような希望にこたえるという側面においては、本件の玉串料等の奉納に儀礼的な意味合いがあることも否定できない。しかしながら、**明治維新以降国家と神道が密接に結び付き種々の弊害を生じたこと**にかんがみ政教分離規定を設けるに至ったなど前記の憲法制定の経緯に照らせば、たとえ相当数の者がそれを望んでいるとしても、そのことのゆえに、地方公共団体と特定の宗教とのかかわり合いが、相当とされる限度を超えないものとして憲法上許されることになるとはいえない」

「以上の事情を総合的に考慮して判断すれば、県が本件玉串料等を靖国神社又は護国神社に前記のとおり奉納したことは、その**目的が宗教的意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、**

促進になると認めるべきであり、これによってもたらされる県と靖国神社等とのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものであって、憲法 20 条 3 項の禁止する宗教的活動に当たると解するのが相当である。そうすると、本件支出は、同項の禁止する宗教的活動を行うためにしたものとして、違法というべきである。これと異なる原審の判断は、同項の解釈適用を誤るものというほかはない」

ではちょっと検討してみよう。

#### 愛媛玉串料事件判決と他の判決の違い

判例省略部分には、一般に認められる可能性の高い「お賽銭」や「香典」と「玉串料」との性質の違いなども書かれているが、どう考えても愛媛玉串料事件判決で決定的だったのは、**靖国神社との関わり**である。自衛官合祀の場合も自衛官を合祀したのは確かに護国神社だが、それに対して合祀申請したのは自衛隊の外郭団体で、公権力をになうモノではないという点、**私人間適用の話**になる。

私人間適用の話では、結局のところ政教分離そのものより「**祀る人間は排他的なのか**」のほうが問題になる。奥さんは護国神社とか嫌だと思っているけど、彼のことを祀りたい人間が祀ることは許されないのか、といった問題にシフトしてくるんだよね。

例えば、なんでもいいけどある学者がいて、其の奥さんが「日比野にだけは祀られたくない」といったなかで日比野さんが「いいや限界だッ！祀るね！」というのが許されないのか？という話である。

実際、小説家とかが事実上の妻と母親のどちらに祀られるのか…みたいな感じで問題になったりするよね。ここで母親が「あいつにだけは絶対ヤダ！」とか言ったとき、これはあくまで宗教的人格権の問題になるのである。事実に妻に祀る利益はないのか？みたいなね。でもそれは、政教分離とは性質を異にしている。すなわち、宗教的行為主が**公的なモノかどうか**というのは**訴えの性質を変えかねない**。すると、護国神社ないし靖国神社に関わるものかというのが、非常に大きな問題になってくるのである。

※護国神社だから腹が立つ！という意味合いも大きいのだろう。「英霊」とか言っちゃってる安倍ちゃんの問題もここに根差す。

結局、靖国神社が**旧日本軍**に関わっていたから、日本の**軍国主義思想**と関わるから、問題になっているのである。すなわち、やっとなつ見えた「政教分離」の基準は、「それが護国神社に関わるか」である。

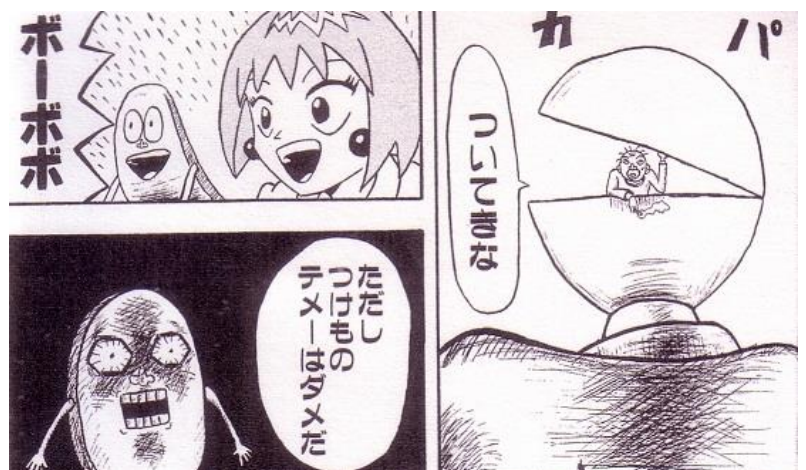
#### 靖国神社は特殊なのか

しかしそういう過去を靖国神社が背負っているからといって、靖国神社を差別的に取り上げて厳格に政教分離を判断すべきなのだろうか？

少なくとも旧軍と護国神社とのつながりをそのまま持ち込んで政教分離原則を厳格にあてはめるのには問題があるように見える。何故ならこれは、ダブルスタンダードを意味するからである。**あくまで政教分離は、「一般的」な宗教に対してのも**で、それを厳格にするために「軍」と「宗教」の結びつきを述べていくのはそうかもしれないけど、一般的な政教分離の対象になるかとしての**判断枠組みにまず「軍国」を入れてくるのは変**じゃないかと日比野さんは思うとのこと。

すなわち、「一般的」な宗教と国家の距離感の問題である政教分離は、まずは「神道だろうがキリスト教だろうが」適用されるアプローチをとるべきであるのに、最初から「ただし神道でめーはダメだ」というのはおかしい、というわけだ。それが許されるのはつけものだけである。むしろここでは**9 条**と結びつけたほうが素直じゃないか？とすら思えるとのことである。靖国では A 級戦犯の合祀をしていて、それをどこまで政教分離の問題にカウントされるのか、そしてそもそもカウントしていいのか、が問題になる。

※ただし、歴史性の問題は、正直本来取り上げるべき事柄ではないとは思いますが、**A 級戦犯**はそれとも少し異なるやや特殊な要素である。その他の宗教団体とこの点で扱いを変えるべきかは、議論の方向としてはありうる。



## 場所と時間の問題

靖国神社のところで少し気になった「靖国神社だから」ヤダと言う問題は、ちゃんと言い直せば以下の3点に主に帰する。

①護国神社という場所、あるいは祭りという時間が意味することは、宗教上の外見としての側面と質的に異なるものなのか。

②時間と場所は決定的なものなのか

③公金の支出は決定的か

たとえば同じ参拝でも、正月の伊勢神宮の参拝については文句が言われることは無いのに、靖国神社だと問題になっているけど、これはつまり「場所」もしくは8月15日という「時間」に問題があるのだろうか。それとも問題はないのだろうか？

そして愛媛玉串訴訟は公金の支出が行われているがゆえに、民集訴訟が提起できることになったわけだが、対して首相の勝手な参拝は宗教的人格権を定立することで訴えている。

つまりここで政教分離原則一般を判断する際に、**公金の支出**が重要なのかという問題が生じている。仮にここで**私費**で支払うのだったら、毎年一定の時期に参拝したとしても何ら問題はないのだろうか？

でも一般人からしたら、私費か公費なのかって問題じゃないことが多いよね。毎年同じ日に、同じ神社に行くのなら、私費だろうがある宗教にコミットしている外観が出てくる。だから民集訴訟が起きている。

ということで私費であるから許されるとは限らなそうだが、他にも首相**就任前**にずっと参拝していたなんてとき、それをどう位置付けて違憲判断をすればいいのか？なんて問題もある。

こういう諸問題は、統一的基準でどうこうできるようなタイプではない。だからきつと、ここで「**政教分離の問題を具体的に判断していく時に、目的効果基準とかそんなことを言っても意味はない**。大切なのは「どこまで具体的事情に踏み込むか」の**バランス感覚**、もっと言えば日比野教官がずっと言っている「**距離の取り方**」に他ならないのである。実際に裁判でもその「距離感」を考えつつ（その距離の取り方のスタート地点に「靖国神社」などを持ってくるのには問題がある、とは今述べたが）判決を出しているように思えるのである。空知太神社事件なんてまさにそれ。

## 空知太神社事件（平成22年：最高裁）

読みは「そらちぶと」神社。神社を無償で公的な土地の上に存続させ続けていた事案で、政教分離違反によりその明け渡しを求める訴訟が起こされたのだった。ここでは違憲が言われたが、明け渡し請求は認めず、違憲状態を解消すべく審議を求め判決を差し戻した。まずは判決の最後を見てほしい。

### 判決

「以上のような事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すると、本件利用提供行為は、**市と本件神社ないし神道とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとして、憲法89条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法20条1項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当すると解するのが相当である**」

**目的効果基準**を採用していないことに気付くだろうか！いつもなら枕詞のように置かれていた、目的効果の文字が無い。しかしながら、ここでなぜか**相当限度の関わり合い**の基準はまだ採用している。なんで相当限度の関わり合いの基準は使っておいて、目的効果基準はクビにしたのだろうか。

これはやはり、この事案の特性に関わるのである。ここで争われているのは、まず「公金で宗教施設を存続させつづけている」という事実であった。

たとえば、ある行為（たとえば、地鎮祭）の違憲を問うのなら、その行為が宗教的な目的・効果を持つか判断することには意味があるかもしれない。しかしながら、タダで宗教施設を存続させていて、それに宗教的目的がないだとか、効果がないだとか、言えるわけがない。

ここでは目的効果なんてものはそもそも問題にされていないのであって、気にすべき点は、「この状態が、完全分離が不可能なこの日本において、不可能だといっても許される限度かどうか」なのである。その旨は、判決にも示される。

### 判決（ちょっと前の部分にもどる）

「もっとも、国公有地が**無償で宗教施設の敷地としての用に供されているといっても、当該施設の性格や来歴、無償提供に至る経緯、利用の態様等には様々なものがあり得る**ことが容易に想定されるところである。例えば、一般的には宗教的施設としての性格を有する施設であっても、同時に歴史的、文化財的な建

造物として保護の対象となるものであったり、観光資源、国際親善、地域の親睦の場などといった他の意義を有していたりすることも少なくなく、それらの文化的あるいは社会的な価値や意義に着目して当該施設が国公有地に設置されている場合もあり得よう。また、我が国においては、明治初期以来、一定の社寺領を国等に上知（上地）させ、官有地に編入し、又は寄附により受け入れるなどの施策が広く採られたこともあって、国公有地が無償で社寺等の敷地として供される事例が多数生じた。このような事例については、戦後、国有地につき「社寺等は無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律」（昭和22年法律第53号）が公布され、公有地についても同法と同様に譲与等の処分をすべきものとする内務文部次官通牒が発出された上、これらによる譲与の申請期間が経過した後も、譲与、売払い、貸付け等の措置が講じられてきたが、それにもかかわらず、現在に至っても、なおそのような措置を講ずることができないまま社寺等の敷地となっている国公有地が相当数残存していることがうかがわれるところである。これらの事情のいかんは、当該利用提供行為が、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等と評価されるか否かに影響するものと考えられるから、**政教分離原則との関係を考えるに当たっても、重要な考慮要素とされるべきもの**といえよう」

ということで、具体的な事案に重きをおいて、**適切な解決**の観点から目的効果基準は採用しなかった。基本的な発想を同じくしながら、事案の種類が別だったので別のやりかたを取って射程を限定したのだ。だがこれは目的効果基準をもう捨てたというわけではなく、「この事案」では前面に押し出すまでもないとしただけである。ここでは自分の立ち位置をわきまえて、目的と効果をどこまで要求するかの判断をしていると言えよう。その旨は補足意見にも表れる。

#### 補足意見（藤田宙靖裁判官）

「目的効果基準の採用に対するこのような反対意見にあっても、国家と宗教の完全な分離に対する例外が許容されること自体が全く否定されるものではないのであり、また、これらの見解において例外が認められる「完全分離が不可能であり、かつ分離に固執すると不合理な結果を招く場合」に当たるか否かを検討するに際して、目的・効果についての考慮を全くせずして最終的判断を下せるともいい切れないように思われるのであって、問題は結局のところ、「そのかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超える」か否かの判断に際しての「国家の宗教的中立性」の評価に関する**基本的姿勢ないし出発点の如何**に懸ることになるともいうことができよう。このように考えるならば、仮に、理論的には上記意見に理由があると考えとしても、本件において、敢えて目的効果基準の採用**それ自体に対しこれを全面的に否定するまでの必要は無いもの**と考える。但し、ここにいう目的効果基準の具体的な内容あるいはその適用の在り方については、慎重な配慮が必要なのであって、**当該事案の内容を十分比較検討することなく、過去における当審判例上の文言を金科玉条として引用し、機械的に結論を導くようなことをしてはならない**」

さらには最後の一文には、日比野さんの問題意識、距離の取り方の議論すら読み取れるように思える。そう思っていると、ようやくこの目的効果基準の本当の在り様が見えてくる。そしてここで「箕面忠魂碑違憲訴訟も同じような判断しているよね」って言われたら、授業内で説明されていなくても見るしかないよね！！

#### 箕面忠魂碑違憲訴訟（平成5年：最高裁）

小学校の改修工事の際に、その敷地にあった忠魂碑を、市が土地を買う形でそこに移転したため、この公金の支出は政教分離原則違反だとして訴えが提起されたのだった。

#### 判決

「（１）旧忠魂碑は、地元の人々が郷土出身の戦没者の慰霊、顕彰のために設けたもので、元来、戦没者記念碑的な性格のものであり、本件移設・再建後の本件忠魂碑も同様の性格を有するとみられるものであって、その碑前で、戦没者の慰霊、追悼のための慰霊祭が、毎年１回、市遺族会の下部組織である地区遺族会主催の下に神式、仏式隔年交替で行われているが、本件忠魂碑と神道等の**特定の宗教とのかかわりは、少なくとも戦後においては希薄**であり、本件忠魂碑を靖国神社又は護国神社の分身（いわゆる「村の靖国」）とみることとはできないこと、（２）本件忠魂碑を所有し、これを維持管理している市遺族会は、箕面市内に居住する戦没者遺族を会員とし、戦没者遺族の相互扶助・福祉向上と英霊の顕彰を主たる目的として設立され活動している団体であって、**宗教的活動をすることを本来の目的とする団体ではないこと**、（３）旧忠魂碑は、戦後の一時期、その碑石部分が地中に埋められたことがあったが、大正５年に分会が箕面村の承諾を得て公有地上に設置して以来、右公有地上に存続してきたものであって、箕面市がした本件移

設・再建等の行為は、右公有地に隣接する箕面小学校における児童数の増加、校舎の老朽化等により校舎の建替え等を行うことが急務となり、そのために右公有地を学校敷地に編入する**必要が生じ、旧忠魂碑を他の場所に移設せざるを得なくなった**ことから、市遺族会との交渉の結果に基づき、箕面市土地開発公社から本件土地を買い受け、従前と同様、本件敷地を代替地として市遺族会に対し無償貸与し、右敷地上に移設、再建したにすぎないものであることが明らかである」

「その**目的**は、小学校の校舎の建替え等のため、公有地上に存する戦没者記念碑的な性格を有する施設を他の場所に移設し、その敷地を学校用地として利用することを主眼とするものであり、そのための方策として、右施設を維持管理する市遺族会に対し、右施設の移設場所として代替地を取得して、従来どおり、これを右施設の敷地等として無償で提供し、右施設の移設、再建を行ったものであって、専ら世俗的なものと認められ、その**効果**も、特定の宗教を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められない。したがって、箕面市の右各行為は、宗教との**かかわり合いの程度**が我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で**相当とされる限度**を超えるものとは認められず、憲法20条3項により禁止される宗教的活動には当たらないと解するのが相当である」

ようするに、目的効果基準は、憲法判断に際しての都合のいいスタートブロックなのである。

結局は最高裁は、かなりの場合に「事案の類型」に即した形で、重要だと思われる事案を取捨選択する。本件でははっきり言って、目的効果基準を使いつつも、実際に行われている考量は、「宗教活動団体じゃなかったじゃん」とか「そこまで宗教的じゃないじゃん」とか、**ほぼ「関わり合いの相当性」の判断に終始している**。「目的」「効果」「関わり合い」何を重視すればいいのかは、事案によって異なるだろうし、それが当然なのである。この事件や、空知太神社事件ではその大事なものが「関わり合い」だったから、目的と効果は詳しく扱わず議論したのである。この事件だと「目的効果基準」の衣は着せたけどね。

ということで、事実を列挙し、その後にきわめて形式的に「目的」「効果」「かかわりあい」を述べて終わり、という印象だった判決文たちも、ここまで見れば「極めて実質的に作られた」形式的判決だったのである。こういうわけで、今だらだと必ずしも判決を十分に紹介することなく述べたけど、問題はようするに**具体的な事案と、そこにおいて問題解決にとってレバントと思われる諸事実をどのような網ですくうのか**である、その問題が政教分離の最高裁判決を理解するに際し、非常に大事である。そしてこういう見方をすれば、それなりに最高裁は事実に即した判断を行おうとしている、と見ることはできるのではないか。そして目的効果基準も、スタート地点を提供するという点では、なお意味を持つものである。

#### 目的効果基準の現実の効果の現れについて（まとめ）

以上のように評価をしていくのならば、目的効果基準の議論は違憲審査の「**基準**」なのか、それとも違憲審査の「**手順**」なのかの問題については、この目的効果の問題から、直ちに違憲の判断は導くことはできず、「まず目的、次に（目的とそれに対しての）効果を考えるやりかたをとろう」という指針として、**判断の手順としてみるべき**と言うことになる。

それから、津路鎮祭事件など判例では目的効果論を判断するに際して、それぞれどういった自由を比較するのか具体的に列挙された。それらの考慮事由にしたがって判断を最高裁はしていくことを述べたが、これは同時に今後の審査ではこれらの自由について考慮して判断したらどう？という提案にもなる。

※もちろん、その評価事項に「靖国神社」などをいれていいのか？とか言う個別の問題はある。

ただ、途中で若干「判例も結構具体的に考えてるよね」とは言ったけど、そもそもこういう**考慮事由は目的及び効果の判断とどのような関係にあるのかは、必ずしも明らかではない**ということは確かだし、非難される原因ではある。どういう場合が憲法上許されない関わりなのか、どういう条件を満たせば憲法上考慮されることなのか、それが一番大事なのに、そこははっきり書かれていないのである。

色々な判決があるが、目的効果論で判断しますという総論的な宣言のあとに、当該事案を簡単に最高裁の観点からまとめ、そのあとさあ目的効果論で事実へ当てはめを行う、という形式的な判決文のなかから、何をどう考えたら宗教上の目的になり、何が宗教上の効果になるのか、は必ずしも理解はできない。**箕面忠魂碑違憲訴訟**や**空知太神社事件**など、判例から関係性のある程度推測できるものもあるが例外的である。そういう意味では判決の射程は非常に短く、今後の判断のための導きの意図を引き出してくるのが非常に難しい論証にとどまっているのだ。

そうであるがゆえに目的効果論についてはあまり評判はよくない。結局のところ、最高裁の政教分離に違反しないという判断を法律学的に説得付ける議論のように見えて、その実なにも論拠付けていないに等しいと

非難される原因の一つになっている。ようするに、最高裁がやっていること自体は具体的解決に資するものとしてはある程度評価できるが、でも参考にならないんだよね。裁判所の具体的事案に寄り添う心意気はわかったと思うけど、反面このような欠点がどうしても生じてくることは注意しておく方がいいだろう。

### 信教の自由と政教分離

政教分離の最後におさえておくところをあげるならば、政教分離と信教の自由は、「**片方をとればもう一方が損なわれる**」ような関係にあるということである。

信教の自由を厳格化すると、政教分離原則との抵触が問題になり、神戸高専事件などの事例につながる。最高裁の原則は非常に緩やかで（神戸高専事件では留年処分が違憲だとしたよね）、そうであるがゆえに信教の自由を厳格に守ることが「逆に」可能になっている感もある。

他方政教分離を厳格にすると、信教の自由との抵触が問題になる。特に最近はイスラム教徒がスカーフを着用するのが許されるのかが問題になった。これは政教分離を厳格に解すならば、公の場所にはおよそ宗教的色彩があってはならないしスカーフの着用が許されないという結論になる。

然し、政教分離をそこまで厳格に解することになれば、それは極限までいくとある特定の宗教的な立場、すなわち**無神論**を擁護することになるがそれは適当なのか？このように、政教分離はその極限に（無神論という）「宗教」じみたもの、強制を持つことは注意すべき点である。では政教分離については終わり！

## 2-4 表現の自由

最後に表現の自由についても問題になっているのではないかと思うことを述べるみたいです。ここでもやはり、目的効果基準の際に出てきた問題意識が今一度でてくる。

### 行動と態様、内容と形式の区別

**表現の自由**について判断する時に、表現行動の規制と、表現態様の規制だとか、内容中立規制と内容規制だとか、こういう区別のもとで判別されることがあるけれど、果たしてそれぞれ（若干論者によって違うけど）マジで区別できるの？と言うのが問題。たとえば**内容**規制について、

- ①**犯罪**
- ②**わいせつ**
- ③**名誉棄損**

とかは表現内容とされるが、これは表現の**態様**と区別できないところがあるのではないか。

たとえば犯罪行動の奨励だって、一定のコンテキストの中で行われるからそういう意味を持つのであるし、名誉棄損にも同じことが言えるだろう。逆に表現態様の規制としても、その態様は内容にとってみても致命的であることが多い。デモ行進のなかで言うことと、雑誌のなかで書くことでは判断されるべき基準もなんか違わね？デモって一定の場所で一定の時間に行われるから意味があったりするし、場所だって通産省を囲むから意味があるんでしょ？

こういった観点から見てみると、むしろ判断する際に**重要なのは具体的な事案との関わりでレレバントなものなのか、それを分けして、それが果たして合憲性を根拠づけるものなのか、考慮すべき事項なのかどうかを考えていくこと**。この観点は今まで見てきた経済的自由、思想の自由などの個々の人権と共通だよね。まずはそういうことを意識することが大事で、頭から表現内容と態様の区別みたいなことを区分して考え始めてしまうのは、どうかと思うよ、というわけである。とにかく自分で考えた方がおもしろいよね！

### 芦部先生に物申す

こう見ていくと、「芦部先生の議論は、分かりが良すぎる（安易に割り切れすぎる）のではないか」ということになる。とはいえ事実としては表現の自由については、**内容規制**、**内容中立規制**にわけるという理論が芦部先生以来有力で（芦部さんは必ずしもそれ一本でいけないとしていたけど）、最高裁でも「時と所と方法」に関する規制類型を取り上げ、極めてゆるい基準で合憲とするという判断を結構早い時期にしていたなど、この分類は受け入れられていた。

### 教育委員会委員選挙罰則事件（昭和 24 年：最高裁）

参考までに昭和 20 年代、時・所・方法による規制類型を取り上げた事件を引用しておく。選挙運動において個別訪問が禁止されることにつき、表現の自由との抵触があるとされた。

## 判決

「しかし憲法二一条は絶対無制限の言論の自由を保障しているのではなく、**公共の福祉のためにその時、所、方法等につき合理的制限のおのずから存する**ことは、これを容認するものと思うべきであるから、選挙の公正を期するために戸別訪問を禁止した結果として、言論自由の制限をもたらすことがあるとしても、これ等の禁止規定を所論のように憲法に違反するものということとはできない。それ故論旨は理由がない」

### 共産党北見地区無許可街頭演説事件（昭和 35 年：最高裁）

その後も、この街頭演説の許可制が問題となった事件などで、時・所・方法による類型化は採用されていた。

## 判決

「憲法二一条は表現の自由を所論のいうように無条件に保障したものではなく、公共の福祉の為め必要あるときは、その**時、所、方法等につき合理的に制限できるもの**であることは当裁判所の夙に判例（昭和二四年（レ）第二五九一号、同年九月二七日大法廷判決※**教育委員会委員選挙違反事件**、刑集四巻九号一七九九頁、昭和二八年（ア）第四〇三〇号、同三〇年三月三〇日大法廷判決、刑集九巻三号六三五頁各参照）とするところであつて、今これを変更する要を見ない。そして、道路において演説その他の方法により人寄せをすることは、場合によつては道路交通の妨害となり、延いて、道路交通上の危険の発生、その他公共の安全を害するおそれがないでもないから、演説などの方法により人寄せをすることを警察署長の許可にかからしめ、無許可で演説などの為め人寄せをしたものを処罰することは公共の福祉の為め必要であり、この程度の制限を規制した所論道路交通取締法規、すなわち道路交通取締法二六条一項四号、同二九条一号、道路交通取締法施行令六九条一項、道路交通取締施行細則（昭和二九年一月二七日北海道公安委員会規則一二号）二六条八号及びこれら法規に則つてなされた原判決は憲法二一条に抵触するものとは認められない」

判例のさわりでは時・所・方法についての規制類型を取り上げている。

この少し前に起きた**チャタレー事件**などから段々と**内容規制**がおもな問題になり始めると、このアプローチは判決としてはあまり引用されなくなっていたが、猿払事件の判決で「間接的付随的規制」という形で内容規制と態様規制の区別の考え方が再びしめされ、長きにわたり通説化しているのは承知の通りである。

### チャタレー事件（昭和 32 年：最高裁）

イギリスの作家であるローレンスの『チャタレイ夫人の恋人』を伊藤整が日本語に訳したところ、わいせつ物頒布罪にあたると問われた事件。

## 判決

「この原則を出版その他表現の自由に適用すれば、**この種の自由は極めて重要なものではあるが、しかしやはり公共の福祉によつて制限されるものと認めなければならない**。そして性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持することが公共の福祉の内容をなすことについて疑問の余地がないのであるから、本件訳書を猥褻文書と認めその出版を公共の福祉に違反するものとなした原判決は正当であり、論旨は理由がない」  
**教育委員会委員選挙違反事件も引用しながらもここでは内容に着目した**。個人的にはこれはすなわち、「時・所・方法」規制はあるけどここは違うパターンだね、と区別を認めている証拠に思える。

### 猿払事件（昭和 49 年：最高裁）

「次に、利益の均衡の点について考えてみると、民主主義国家においては、できる限り多数の国民の参加によつて政治が行われることが国民全体にとつて重要な利益であることはいうまでもないのであるから、公務員が全体の奉仕者であることの一面のみを強調するあまり、ひとしく国民の一員である公務員の政治的行為を禁止することによつて右の利益が失われることとなる消極面を軽視することがあつてはならない。しかしながら、**公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず**、かつ、国公法 102 条 1 項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない」

芦部先生以来の議論、すなわち「内容」かそうでないかの峻別を前提とする議論が、判例を通じて採用されていたことが分かる。

しかし内容規制と態様規制は、区別できるのか？内容規制も態様規制ではないか、その逆ではないか？という、微妙～な場合が存在するのである。

そうってみていくと、実はこの区別が先の目的効果論のごとく「出発点」たる形式的分類に過ぎないことが見えてくる。猿払事件も、実は後述する**徳島市公安条例事件**の所で確認するけど、その実に区別を超えた具体的判断を含んでいるのには、注意しよう。

まあまずは、区別が至極曖昧になりうる類型を試みることにしよう。

## 曖昧な規制

### ①内容規制が態様規制にも見えるパターン

**犯罪扇動的表現、脅迫表現、ヘイトスピーチ**の規制などは、表現される態様と関わりなしに、当該内容であるがゆえに規制されているのかと言われるとそうでもない。

#### 例：犯罪扇動

犯罪の扇動においてはその行動に**期待可能性があるか、そして可罰的違法性があるのかどうか、が論点としてでてくる**はず。誰もいない山の中でいくら犯罪を扇動しても無意味だよね。

#### 例：名誉棄損

名誉棄損について言えば、その表現が**どの媒体にのせられていたのかは大きな問題**だろう。たとえば新聞のなかで名誉棄損的な表現がされた場合でも、朝日新聞での場合と新聞赤旗の場合とで、区別しなくてもいいのだろうか？朝日新聞「安倍首相は独裁者」と、新聞赤旗「安倍首相は独裁者」は意味を異にしないだろうか？ということである。

#### 例：週刊誌

週刊誌も最近はゴシップだが、かつては「プレステッジ」なものもあったわけで、そういうまあ言ってみれば**まともな週刊誌とただの三文ゴシップとを区別しなくていいのか**という問題がある。

#### 例：ネット

あとは最近、2ちゃんねるとかの**インターネットでの表現とそうでない表現とで（最高裁は形式上同一の規制がかかるとしたが）実質的な判断が変わる**とは言えないのだろうか。

#### 例：わいせつ表現

これについても、**一般紙で発表された場合と、そーゆー系の雑誌で掲載された場合で規制の判断の仕方は変わる**とは言えないのだろうか。

### ②態様規制が内容規制にもかかるパターン

態様だって絶対に内容中立的とは限らないはず。態様規制によって問題が生じないように一定の態様での販売を業者に禁止するのは、そういう販売で表現されるものがやはり一定の（規制すべき）表現物だからである。

#### 例：選挙運動

選挙運動に関わる態様規制とかは明確。選挙運動によって態様規制の対象になる表現と言うのはおのずから限定がされているが、その限定の外にある表現によって伝えることのできる内容については自由な表現ができるのだから、**事実上ある種の内容規制的な側面を持っている**と言わざるを得ない。

このように見るとすると、必ずしもどっちかに割り切れるものではない。

もちろん区別することが一切できないのではない。しかしながら区別できない事例もかなりの場合にあるのではないかと日比野さんは思うみたいです。

## 萎縮効果

あとしばしば、なぜ表現の自由を制限してはいけないかの理屈付けについて「**萎縮効果**」「**モアスピーチ**」という議論がある。

要するに、何か批判的なこと、間違っていることを言われたとしても「言論には言論で」対抗すべき（**対抗言論**：モアスピーチ）であって、規制してしまうのはそれにより言論を萎縮させる（**萎縮効果**）ことになるから好ましくないというのである。

萎縮効果論自体は確かになるほどと思うし、納得できる所もあるが、言論には言論で理論ってつまり、**言論攻撃に対しては反撃しないと「認めた」ことになる**わけで、周りに気を配ってピリピリと相手を見て、反論

をすぐしないといけないということになる。でもそれって息苦しいよね。コミュニケーションが成立しない人間は一定数いるわけで、こういう人間を相手にするのは疲れるよ。そんなの相手にしたくないから「勝手に言わせておけ」という人だっているじゃん。国際政治の藤原帰一教官も安倍首相に facebook で批判されたとき、あえて反論しないって言っていた。ようするに人を攻撃する元気がある人に対して、こっちが元気がなくても反論をしないと「いけない」と言われると、本当にそうなのか？という気がしてくるのである。

### ◎思想の自由

この背景には、思想の自由への信頼が存在するのだろう。

きっと規制はすべきでないとする人は、正しい思想は生き残り、間違いは淘汰されるという**思想の自由市場論**を一つの前提にしている。でも、これは必ずしも達せられる結果とは限らない。

言論の自由市場は確かに大事だが、それはすべての領域において妥当するとは限らない。**妥当する範囲には一定の限界がある**のだろうということは押さえておかないといけないのである。例えば名誉棄損だとかの話では、「人間の性」としての嗜好好きな部分を無視するわけにはいかないし、多くの場合そのまま自由市場に委ねていたら「尾ひれ」がつくだけである。

### ◎萎縮効果の射程

萎縮効果についても、「これが**本当に表現の自由の規制における萎縮効果として問題にされるべきものなのか**」という吟味が必要である。

たとえば表現の自由とかで規制が行われるときは、基本は法律による規制なのだから、それを違憲だと思えない限りは萎縮も何もないはず（萎縮とは議論の流れとしては「正しいことも」できなくなっちゃうよ、というものであって、違法行為に向かうものではないと思う）。ある法律を違憲だと思い、それを「破って」表現をしようとするときには、裁判して合憲とされた場合に法律をやぶったことによるサンクションが与えられる以上「萎縮」が生れる可能性はあるが、これが表現の自由がもたらす萎縮効果なのだろうか。

むしろこれはもっと本質的に、一般的な問題、「**法の不知は許さず**」の問題ではないかと疑うことができる。前提として、一般人が判例や実務の集積、判断の集積について十分な知識を持っているわけではないのだから、私たちは「一般的」な考え方で「これは罰せられる」「これは罰せられないだろう」と言う判断をしているにすぎない。つまり、憲法や刑法に書いてあるかは知らないが、とにかく「これはしちやいけないよね」と思っていて、まさにそれを原理にして人々は行動しているのである。

とするならば、ここで議論されている萎縮効果とは、場合によっては例えば横領と窃盗の区別に十分な知識がないがゆえに、もしくは脱税と節税が区別できないがゆえに、それをもって人々の間に萎縮効果が生れたと言えるのだろうかとかいう意味での「一般的な意味の」萎縮効果の問題であって、**正確には「表現の自由の規制が生む」萎縮効果の問題ではないこともありうる**とも言える。だから萎縮効果、と言うときに、その射程をしっかりとらえないといけない。

### 最高裁の態度

そして重要なのは**最高裁が、以上のような議論を無視して形式的な内容規制、内容中立規制の二分論に終始してきたわけではまったくくない**ということである。

### 徳島市公安条例事件（昭和 50 年：最高裁）

デモ行進の禁止を規定する公安条例には、この事案で問題になった「フランスデモ」の禁止が明示的に書かれていなかった。まずは判決を見てほしい。

#### 判決

「前述のように、このような殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為は、思想**表現行為**としての集団行進等に**不可欠な要素**ではなく、したがって、これを**禁止しても国民の憲法上の権利の正当な行使を制限することにはならず**、また、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為であるかどうかは、通常さほどの困難なしに判断しうることであるから、本条例 3 条 3 号の規定により、国民の憲法上の権利の正当な行使が阻害されるおそれがあるとか、国又は地方公共団体の機関による恣意的な運用を許すおそれがあるとは、ほとんど考えられないのである」

判決自体はこのように、本条規定が憲法の保護する表現の自由を侵害する違憲なものだとは認めなかった。さらには「表現行為」としているし、一見するとここにさきほどからの二元的な理解が見える。しかしながら、補足意見を見てみると、その実際は、単に二元的に表現内容規制と表現中立規制との区別をしていたわけではないことが分かる。

## 補足意見（岸盛一裁判官）

「規制の目的が**表現を伴う行動**を抑制することにあるときは右と事情を異にする。この場合の規制は、国又は地方公共団体による検閲にひとしいような性質のものではない。そればかりでなく、**表現を伴うあらゆる行動が、表現という要素をもつということだけの理由で憲法上絶対的な地位を占めるものとするときは、利益較量による相対立する利益の調和（それは、単なる平均的な調和ではなく、いわば配分的なそれというべきであろうか）という憲法解釈の要諦を忘れたものとの譏を免れない**であろう。当裁判所の従来からの判例が、このような類型の規制について、適正な利益較量の手法により、大阪市屋外広告物条例（昭和43年12月18日大法廷判決・刑集22巻13号1549頁）、他人の家屋その他の工作物にはり紙をすることを禁止する軽犯罪法1条33号（昭和45年6月17日大法廷判決・刑集24巻6号280頁）、公務員の政治活動の禁止（昭和49年11月6日大法廷判決・刑集28巻9号393頁、694頁、743頁）などを合憲と判断したことは、このような考慮がめぐらされたものと解されるのである」

「また、その行動を伴うことが、当該表現活動にとつて唯一又は極めて重要な意義をもつ場合には、行動それ自体が思想、意見の伝達と評価され、表現そのものと同様に憲法上の保障に値することもありうるが、そのようなときでも、**規制の真の目的が行動による思想、意見の伝達を抑制することにあるのではなく、行動自体のもたらす実質的な弊害を防止することにある限りは、これを直ちに違憲であるということとはできない**」

「ところで、集団行動の規制について、しばしば、一定の**時間、場所、方法**の規制あるいは一定の態様の行動（一定の属性をもつた行動）の規制であれば合憲であるとされるのは、その規制が概して**当該行動のもたらす弊害の防止を目的とするものであると認められるから**であつて、その真の根拠は前述したところに存するのである。換言すれば、ある一定の態様の集団行動についていうならば、**一定の態様に限定された規制であるが故に直ちにそれが合憲とされるのではなくて、実質的な弊害をもたらすような当該行動の規制であり、しかも、それに伴う表現そのものに対する制約の程度も適正な利益較量として許容されるものであるからにほかならない**。一定の態様による集団行動を禁止する規制であつて、他の態様による表現活動の余地が残されている場合であつても、規制の目的が表現そのものを抑制することにあるならば、その規制は矢張り違憲であるとされなければならない」

ここにはまさに、先ほどの日比野さんの問題意識があらわれている。すなわち、ある規制が表現の自由を侵害するかどうか（端的には萎縮効果をもたらすかどうか）は、**その規制が真に「表現」を狙い撃つ射程を持っているのかを含めた判断をして導いていかなくてはならないもの**なのである。

その上で「**内容規制**」「**内容中立規制**」に分けてみる作業は、先の目的効果基準と同様指標としてまず見るべきものだし、必要性もある。しかしながらその区別は便宜的で、絶対ではない。結局いつもの通り、具体的事案に即した理解をしなくてはならないのである。

※団藤重光裁判官も補足意見で、これよりは二元的だが、なお表現行動と表現内容を完全に分かつことはできない理解を述べている。

この場合なら例えば、萎縮効果が一般的「法の不知」によるレベルを超えた、表現の自由を狙い撃つレベルのものかどうかなどを考えるとしても、「デモを扇動する人」の知識の多寡といった個別の状況を考えていかなくてはならない。何故なら首謀者は専門的な知識を持っているのが普通で、公安知識が完璧でなくても、フランスデモが禁止されることを実務としては知っていることが多いからである。この事実の有無は、「萎縮効果」を事案に即して考えるなら必要ではないだろうか？

萎縮効果の他に考慮すべきものをあげるなら、たとえば**権力性の要請**があるかどうかというのも考慮すべきである。公務員の政治活動の規制、意見表明のビラ配布の規制などについては、ここで国が刑罰を持ってこれに対応することが必要かどうか、憲法の謙抑性への要請を考慮したほうがいい。

※実は萎縮効果の問題とこの権力性の要請の問題は似ているが区別できるらしい。だが説明はされなかった。まあとにかく、表現の自由の規制は抽象的に「萎縮の効果をもつ」とかそういうレベルの議論で終わらせてしまうのはちょっと軽率すぎるし、判例も一見形式的に見えながらもそう思って具体的な判断している。こうして見ると、今までの議論には再興してみる余地があるはずであろう。



萎縮の理論はエニグマ戦のように乗り越えねばならないッ！

### (3) 経済的自由権

#### 3-1 職業選択の自由と財産権：2レベルの規制

憲法 22 条 1 項は、自己の従事する職業を決定する「**職業選択の自由**」を保障する。しかしながら経済的自由の一種たるこの職業選択の自由も、社会的に拘束を負ったものとして一定の制限に服するものとされる。職業規制については、**小売市場距離制限事件**以降、規制を①「**積極目的規制**」、②「**消極目的規制**」とに区別し、そのもとに判断が行われるようになってきた。文言の「**公共の福祉**」を自由国家的な意味のみならず、社会国家的な意味にもとらえた結果である。

①積極目的規制とは、「福祉国家の理念に基づいて、経済の調和のとれた発展を確保し、とくに社会的、経済的弱者を保護するためになされる規制であり、社会経済政策の一環として取られる規制である（芦部）」。  
②消極目的規制とは、「主として国民の生命及び健康に対する危険を防止もしくは除去ないし緩和するために課せられる規制であり、通常、**警察的規制**と呼ばれてきたものである（芦部）」。

#### 小売市場距離制限事件（昭和 47 年：最高裁）

小売商業調整特別措置法が、小売市場の解説の条件として一定の距離制限という制約を課していたことにつき、合憲性が争われた事件。判決の中で、二段階の「規制」が考えられている。

#### 判決

「憲法二二条一項は、国民の基本的人権の一つとして、職業選択の自由を保障しており、そこで職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべきであり、ひいては、憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定しているものといえることができる。しかし、憲法は、個人の経済活動につき、その絶対かつ無制限の自由を保障する趣旨ではなく、各人は、「公共の福祉に反しない限り」において、その自由を享有することができるにとどまり、公共の福祉の要請に基づき、その自由に制限が加えられることのあることは、右条項自体の明示するところである」

「おもに、右条項に基づく個人の経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許されるべきことはいうまでもない。**のみならず**、憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的発展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、**憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといえることができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なつて、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり**、国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的発展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであつて、決して、憲法の禁ずるところではないと解すべきである。もつとも、個人の経済活動に対する法的規制は、決して無制限に許されるべきものではなく、その規制の対象、手段、態様等においても、自ら一定の限界が存するものと解するのが相当である」

ようするに、精神的自由とかとは別レベルで、もうちょっと規制していい余地があるんだよ、社会国家的な政策にはね、と言っているのである。

財産権については必ずしもこのような「積極・消極」という区別がなされるわけではないのだが、同じように 29 条が「**公共の福祉**」の文言を持つところから、同様な区別自体は理論的には行うことは可能である。公共の福祉を自由主義的に解した財産権への一般規制と、特定人物に対して社会福祉的な目的から課す特別規制との区別である。ここから、一般規制とは警察規制などを主たるものとして先の「消極目的規制」に対応し、対して特別規制は積極目的規制と対応させることができる、とかなりの部分で言えそうである。

人権	文言	自由権的限界	社会権的限界
職業選択の自由	22 条「公共の福祉」	消極目的規制	積極目的規制
財産権	29 条「公共の福祉」	一般規制	特別規制

### 3-2 最高裁の曖昧さ

上のように基本的には言われるが、最高裁判決を見るに、非常に問題となる点が出てくる。

まずは、さすがに「自由権」の話だから、自由権的な規制についての憲法判断の問題を述べたい。

さて、財産権の消極的規制についても、営業の自由の消極的な規制についても、**日航よど号事件判決**で示されたルールを基本にしながら判断に適用しているのは憲法第一部で触れた通りである。

※よど号基準について

**御承知の通り**かと思われそうですが、一応復習をしておくと、よど号基準は「自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである（**在監関係下の喫煙権訴訟**…昭和 45 年：最高裁）」という、在監関係下の判例理論を表現の自由の話としてとらえなおし、以後最高裁の自由権規制の合憲性判断に際し比較考量の基準として一般に使われるようになった、①**必要とされる程度**、②**制限の内容と性質**、③**具体的制限の態様及び程度**、という要素を取り入れた判断枠組みである。

かつては**猿払事件**（昭和 49 年：最高裁）の示したより緩やかな違憲判断の枠組みとの間で変遷もあったが、つい最近も**宇治橋事件**（平成 24 年：最高裁）などでよど号基準が使われるなど、より具体的な考量に踏み入るようになりつつある最高裁に受け入れられつつある。

ところが問題は、判断するに際して、**よど号事件のルールの順序に従って検討を加えているのかと言われると必ずしもそうではない**点である。これは注目しておくべき点であり、そして以前触れた「目的基準論」が形式的な運用をされていることと非常に深く関わっている。

端的に言えば、一定のルール（よど号基準）に従って判断するよ！と言っているわりに、規制の目的・内容・種類・程度等の比較考量と銘打って事実を見ていくなかで、挙げた判断事項を明示的に切り分けて取り上げてはいないのである。消極規制について、リーディングケースは**薬事法違憲訴訟**の判決だけど、ここでもよど号と同じように比較衡量の判断ルールが掲げられつつも、具体的事案の判断はそのルールに従い行われているかという点と実際の所なされていない。抽象的なルールを提示して、諸事実を十派ひとからげに提示して結論「合憲」という感じがしてならないのである。積極規制についても昭和 49 年の**小売市場事件**判決、平成元年の**公衆浴場事件**判決、平成 5 年の**たばこ小売販売業の距離規制事件**や生糸売渡、平成 17 年の**保険医療機関指定拒否事件**とかがあがるが、いくつか見ていこう。大急ぎでな！

#### **公衆浴場事件（平成元年：最高裁）**

公衆浴場を経営するには知事の許可を受けなければならないというのが行政上のルールになっていて、公衆浴場法 2 項は、「都道府県知事は、公衆浴場の設置の場所若しくはその構造設備が、公衆衛生上不適当であると認めるとき又はその設置の場所が配置の適正を欠くと認めるときは、前項の許可を与えないことができる」とし、さらに設置場所配置の基準については都道府県が条例で定めることができる、としている。これらの規制の合憲性が争われた。合憲判決。

#### **判決**

「法 2 条 2 項による適正配置規制の目的は、国民保健及び環境衛生の確保にあるとともに、公衆浴場が自家風呂を持たない国民にとって日常生活上必要不可欠な厚生施設であり、入浴料金が物価統制令により低額に統制されていること、利用者の範囲が地域的に限定されているため企業としての弾力性に乏しいこと、自家風呂の普及に伴い公衆浴場業の経営が困難になっていることなどにかんがみ、既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体を確保しようとすることも、その目的として」おり、「適正配置規制は右**目的を達成するための必要かつ合理的な範囲内の手段と考えられ**」、「法 2 条 2 項及び大阪府公衆浴場法施行条例 2 条の規定は憲法 22 条 1 項に違反しない」

#### **たばこ小売販売業の距離規制事件（平成 5 年：最高裁）**

タバコ流行らなくなったし自販機になってるけど、昔はタバコ屋さんがあって、そこでおばあさんがタバコを売っているというのが実際のところだった。しかしタバコ売りは誰にでも出来るのではなく、資格規制と配置規制がなされ、一定の利益の確保にして優先的地位が与えられていた。

たとえば寡婦（夫がいない）とかに、生活保障的な意味もこめて資格があたえられたりしていた。一定の種類のの人に特別な地位が与えられていたことに対する違憲性が争われた。結果、請求棄却（合憲）。

## 判決

「たばこ事業法 22 条は、たばこ専売法（昭和 59 年法律第 68 号により廃止）の下において指定を受けた製造たばこの小売人には零細経営者が多いことや身体障害者福祉法等の趣旨に従って身体障害者等についてはその指定に際して特別の配慮が加えられてきたことなどにかんがみ、たばこ専売制度の廃止に伴う激変を回避することによって、たばこ事業法附則 10 条 1 項に基づき製造たばこの小売販売業を行うことの許可を受けた者とみなされる右小売人の保護を図るため、当分の間に限り、製造たばこの小売販売業について許可制を採用することとしたものであり、右許可制の採用は、**公共の福祉に適合する目的のために必要かつ合理的な範囲にとどまる措置**ということができる。そして、同法 23 条 3 号、同法施行附則 20 条 2 号及びこれを受けた大蔵大臣依命通達「による製造たばこの小売販売業に対する適正配置規制は、右目的のために必要かつ合理的な範囲にとどまるものであって、これが**著しく不合理であることが明白であるとは認め難い**。したがって、製造たばこの小売販売業に対する右規制が、憲法 22 条 1 項に違反するということとはできない」

## 特定石油製品輸入暫定措置法事件（平成 8 年：最高裁）

原油は生成の過程でなんか頑張ることによっていろんな石油製品を生み出すことができる。

よって、ガソリンをたくさん消費したいと言うことで生成した際のガソリン以外の残存物なども、別の業者にしてみれば必要かつ国内ではレアアイテム。つまり勝手に色んな会社が原油を輸入していると、限りある原油を有効に使うことができないことになる。

そこで石油製品を輸入する者は、登録をして、どういう事業のためにどれだけのものが必要ですよということを登録、業者間で調整し輸入業を押さえると言う産業政策的な配慮が目的とされこの法律ができた。これ、違憲なんじゃね？という訴訟がなされたのでした。

## 判決

「特定石油製品輸入暫定措置法 3 条及び 5 条による特定石油製品の輸入事業の登録制度は、石油製品貿易をめぐる国際環境の著しい変化等に対応し、石油製品全体の需給のバランスを保ちつつ、特定石油製品の輸入を円滑に進めるために、暫定的な措置として、自ら各石油製品の製造割合を調整し、特定石油製品等を備蓄し、また、輸入した特定石油製品を需要に適合した品質の製品に改質することのできる設備を保持する者を輸入主体として登録することにしたものと解される。」「我が国では、1 次エネルギーの石油依存度及び石油の輸入依存度が諸外国に比べて高い水準にあり、エネルギー構造が極めてぜい弱であって、石油の安定供給の確保がエネルギー政策の根幹をなすものであるところ、(1)石油製品は、原油の精製過程において各種の製品が一定の比率で製造されるという連産品特性を有し、ある種類の石油製品だけを製造することができないため、一部の石油製品の輸入が無秩序に増大した場合、当該石油製品だけではなく、石油製品全体の需給に混乱が生じかねず、(2)そのため、我が国では、従来、国内の需給動向に対応した石油製品の安定的な供給を図るべく、原油を輸入し国内で精製するという消費地精製方式を基本とする石油政策が展開され、特定石油製品の輸入は行われておらず、(3)加えて、特定石油製品の貿易市場は、原油の貿易市場に比べて規模が小さく、不安定な状況であって、内外の石油情勢の見通しも不透明であったが、(4)他方、石油製品の輸入拡大を求める国際的な要請も強く、我が国においては、輸入の拡大と石油製品の安定供給の基本となる消費地精製方式との調和を図る必要があったというのである。これらの点にかんがみると、前記登録制度の採用は、特定石油製品の円滑な輸入と石油製品全体の安定的な供給という**重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であって、公共の福祉に適合する**。」「そして、同法 5 条 1 号及び 3 号による規制は、右**目的のために必要かつ合理的なものであって、これが著しく不合理であることが明白であるとは認められない**。したがって、同法 3 条、5 条 1 号及び 3 号に基づく特定石油製品の輸入事業の規制が、憲法 22 条 1 項に違反するということとはできない。」

ほら！最後にとってつけたようじゃあないですか！！

## 生糸の売渡規制事件（平成 2 年：最高裁）

国会は昭和 51 年に、生糸の一元輸入措置の実施及び輸入生糸を売り渡す際の売渡方法、売渡価格等の規制を内容とする繭糸価格安定法の改正を行った。生糸を原料として絹ネクタイ生地を生産している織物業者らが、同改正によって、それまで自由であった外国産生糸の輸入生糸を国際糸価で購入する途を閉ざされ、国際相場の約 2 倍の国内価格で生糸を購入せざるを得なくなり損害を被ったとして同改正の合憲性を争った事件である。合憲と判断。

## 判決

「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらずあえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものでない」、「また、積極的な社会経済政策の実施の一手段として、個人の経済活動に対し一定の合理的 制措置を講ずることは、憲法が予定し、かつ、許容するところであるから、裁判所は、立法府がその裁量権を逸脱し、当該規制措置が著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲としてその効力を否定することができる」。「昭和51年法律第15号による改正後の繭糸価格安定法12条の13の2及び12条の13の3は、原則として、当分の間、当時の日本蚕糸事業団等でなければ生糸を輸入することができないとするいわゆる生糸の一元輸入措置の実施、及び所定の輸入生糸を同事業団が売り渡す際の売渡方法、売渡価格等の規制について規定しており、営業の自由に対し制限を加えるものではあるが」、「右各法条の立法行為が国家賠償法1条1項の適用上例外的に**違法の評価を受けるものではない**」

## 農業共済組合事件（平成17年：最高裁）

農作物は気象に影響されるので、特に日本人の主食であるコメを作るに際して統一的な保険制度を作ることにした。この保険制度の実現のためには全員参加が望ましいとして、お米の農家が共済組合に強制加入する仕組みを設けた。しかしそれに対し「自己責任でやるから！ふざけんな」と違憲訴訟が起きたのだった。

## 判決

「法が制定された昭和22年当時、食糧事情が著しくひっ迫していた一方で、農地改革に伴い多数の自作農が創設され、農業経営の安定が要請されていたところ、当然加入制は、もとより職業の遂行それ自体を禁止するものではなく、職業活動に付随して、その規模等に応じて一定の負担を課するという態様の規制であること、組合員が支払うべき共済掛金については、国庫がその一部を負担し、災害が発生した場合に支払われる共済金との均衡を欠くことのないように設計されていること、甚大な災害が生じた場合でも政府による再保険等により共済金の支払が確保されていることに照らすと、主食である米の生産者についての当然加入制は、米の安定供給と米作農家の経営の保護という重要な公共の利益に資するものであって、その**必要性和合理性を有していた**ということができる」

「もっとも、その後、社会経済の状況の変化に伴い、米の供給が過剰となったことから生産調整が行われ、また、政府が米穀管理基本計画に基づいて生産者から米を買い上げることを定めていた食糧管理法は平成7年に廃止されるに至っている。しかしながら、上告人が本件差押えに係る共済掛金等の支払義務を負った当時においても、米は依然として我が国の主食としての役割を果たし、重要な農作物としての地位を占めており、その生産過程は自然条件に左右されやすく、時には冷害等により広範囲にわたって甚大な被害が生じ、国民への供給不足を来すことがあり得ることには変わりがないこと、また、食糧管理法に代わり制定された主要食糧の需給及び価格の安定に関する法律（平成15年法律第103号による改正前のもの）は、主要食糧の需給及び価格の安定を図ることを目的として、米穀の生産者から消費者までの計画的な流通を確保するための措置等を講ずることを定めており、災害補償につき個々の生産者の自助にゆだねるべき状態に至っていたということとはできないことを勘案すれば、米の生産者についての当然加入制はその必要性和合理性を失うに至っていたとまではいえないと解すべきである」

「このように、上記の当然加入制の採用は、**公共の福祉に合致する目的のために必要かつ合理的な範囲にとどまる措置**ということができ、立法府の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので**著しく不合理であることが明白であるとは認め難い**。したがって、上記の当然加入制を定める法の規定は、職業の自由を侵害するものとして憲法22条1項に違反するということとはできない」

## 保険医療機関指定拒否事件（平成17年：最高裁）

かつては医療機関でのベッド数の制限があった。常に一定の利潤を医者が獲得できるような状態を確保することによって、安定した医療が認められるからである。そのために「適正ベッド数」を定めようとしていたのだが、ベッド数を指定したための過剰もしくはサボりサービスを防ぐため、病院開設にあたっては許可がいるとされていた。

ある医療機関は許可が得られず、この規制の違憲性を争ったのだった。合憲判決。

※同時に医療機関には自由診療と保険診療があり、保険診療を行わない機関に対して医療機関の指定を行わないと言うのが違憲ではないかと争われた。

## 判決

「ところで、原審の適法に確定したところによれば、医療の分野においては、供給が需要を生む傾向があり、人口当たりの病床数が増加すると1人当たりの入院費も増大するという相関関係があるというのである。そうすると、良質かつ適切な医療を効率的に提供するという観点から定められた医療計画に照らし過剰な数となる病床を有する病院を保険医療機関に指定すると、不必要又は過剰な医療費が発生し、医療保険の運営の効率化を阻害する事態を生じさせるおそれがあるといえることができる。このような事情に照らすと、前記の事実関係の下において、良質かつ適切な医療を効率的に提供するという観点からされた本件勧告に従わずに開設された本件病院についての保険医療機関指定の申請につき、医療保険の運営の効率化という観点から「其ノ他保険医療機関若ハ保険薬局トシテ著シク不適当ト認ムルモノナルトキ」に当たるとしてされた本件処分は、健康保険法43条ノ3第2項に違反するものとは認められない」

「前記第2において判示したところに照らせば、医療法30条の7の規定に基づき病院の開設を中止すべき旨の勧告を受けたにもかかわらずこれに従わずに開設された病院について、健康保険法43条ノ3第2項にいう「其ノ他保険医療機関若ハ保険薬局トシテ著シク不適当ト認ムルモノナルトキ」に当たるとして同項により保険医療機関の指定を拒否することは、**公共の福祉に適合する目的のために行われる必要かつ合理的な措置といえることができる**のであって、これをもって職業の自由に対する不当な制約であるということとはできない。したがって、同項を上記のとおり解すること及び同項を適用してされた本件処分は、憲法22条1項に違反するものではない」

## 検討

いずれも合憲判決を、極めて**形式的**に「違憲とまでは言えないな」と締めくくっていることに気付くはず。まあこれだけ載せればな！！多くの場合は規制の目的・必要性のあとにざっと規制の種類や程度をのべて、「立法目的を達するにつき合理性、必要性を欠くには足りないので合憲～☆」、としてこれ、いつかの「枕詞」のような状態である。

出来事を十派ひとからげにとりあげて目的と手段の審査を行っているわけだが、合憲性を判断するに当たり、三つの比較考量自由をあげ一応まんべんなくふれたあととはいえ、それらについて詳細に比較考量したことに触れずに「合理性必要性に欠くことは無い」とかいう形にしてまとめてしまっている。

ただ、注意してほしいのはそのための立法目的や手段に対しての判断の仕方は、かならずしも一枚岩ではないこと。判決内で青線を引いたところに特に注目してほしい。「公共の福祉」を持ち出したり「合理的」と言ってみたり、言葉づかいはテンプレになっているけど、微妙に違うし何よりも**立法目的とその達成手段が非常に多様なものとしてそれぞれ別個に、丁寧に認定されている**。

違憲審査について、もし仮に「最低限度の基準」があればいいのであって一応の「合理性」が認められればいいんだよ、それなら全部合憲ですとかいうんだったら、こんな事実認定の細かさはありえないし、そもそも「公共の福祉」や「合理的」だとかの、持ち出してくるテンプレの言い回しだって「なぜか微妙に違う」理由が示せないはず。

つまり、結局はこれもさっきの議論と同じで、具体的事案に密着した形で判断を行っているのである。そしてそれに服を着せる形で、理論づけとして、「枕詞」みたいな形式論を付けている。

確かに、これは今言ったようなやり方をとっているんじゃないかって、一般的なルールについて、もっときめこまかな「基準」を設けて判断をしようとしているだけなんだよ、と言う見方も出来なくもない。芦部先生的なダブルスタンダードをさらに細かく分けてるんじゃないか？という見方だね。

しかしながら、ここまで**具体的な事案**から出発している見方が違憲審査の中で表れているというのは、芦部さんの理解からは別の視座を事案に対して最高裁が与えようとしている証左なのではないか？と日比野さんは思っているのである。

そして、このような理解を仮にとるとすれば、これから問題になるのは、**同種の判例を引用し、当該事案について判断を行い、配慮を行い健康的な論証を行い、こうした判例の積み重ねによって今日の積極規制、消極規制と十派ひとからげにされていた規制の、憲法判断の微妙な違いを踏まえた規制領域の基準を固めること**なのである。それによって最高裁の行う論証の内容が深められ、精度が増す。なぜ当該規制が合憲なのか、どういう規制が許されるのかが正当化されることになるはずである。

学説ではとにかく「事案超越的」な分類が先行しているせいで、判例も読みにくくなっているんだよね。まあとにかく、この「着せられた」感を見抜けるようになって。より細かく…そしてよりザッハローグッシュにな！（ザッハなんとかは、たぶん**個別具体的**な、という意味だと思われる）

### 3-3 その他の問題

時間がなかったために駆け足で問題提起をするだけで終わってしまった感じが強いんだけど、もう少し問題となる点はあるので、大急ぎで述べていく。

#### 社会権的規制

もう一つの問題は、社会権的な規制との兼ね合いと、それにつき判例の取る立場についてのものである。職業選択の自由の問題については、先の判決にも多少書いてあるが、「**消極目的規制**」においては**厳格な合理性**の基準が使われる一方で、「**積極目的規制**」については「**明白の基準**」が使われているため立法裁量が広がっている。

とすれば対応関係からして、財産権についての規制についても、特別規制からすれば甘めの基準になりそうである。ところが、判例はそういう立場をとらない。例えば**損失補償**の局面を例にあげてみよう。

営業の財産権については、消極規制に該当する一般規制はともかく、積極規制に重なる特別規制には損失補償が行われるのが普通とされている。問題はその額なわけだが、損失補償には、完全補償説と相当保障説という二つの考え方があるのはご承知の通りだろう。

ここでもおもしろいことに、最高裁は「**抽象的には**相当保障説にたちながらも、**土地収用法などに際しては**どうみても実質的判断は完全補償説に立ち、**他の場合においてもそれに引っ張られる形なのか、かなりの場合に完全補償に近い保障を行っている**」ことである。

つまりここで、営業の自由の積極規制にはかなりの自由裁量を認め保障をあまり考えなくてもよいとしながら、それに対応する特別規制に関しては完全な補償を行うという差別が行われているのである。

そうだとすると、そこに不対応が生じている問題がでてくるし、もっと言えば、「財産権の行使と営業の自由の行使が**重なる場合**にどう対応すればいいのか」という問題が出てくる。

例えば石油精製の登録制の問題については、石油精製施設を業者が所有しているのだから、絶対的なはずの（どう利用してもいいはずの）施設への所有権、何をどれだけ生産するのと言う自由、病床規制の問題についても病床を有する病院の所有権に基づく決定を、それぞれ営業の自由にもかかる規制にかけているのである。**財産権**の行使（スーパー保護される）と**営業の自由**（保護弱し）が同時行使されているとき、**両者にかかる規制をどちら側に立って見るのかによって結論は相当違うものになりうる**のである。これはかなり面倒な問題だと言わざるを得ない。

時間の都合上あまりここには立ち入らないが、この点で面白いのは、積極規制に関する制約が（小売市場事件など）、経済政策に関わる問題から**弱者保護**、**公衆衛生**、**産業政策**、**社会保険**などなど、その性質は様々だと言うことである。つまり、積極規制は目的それ自体が非常に多種多様なのである。

そういうなかで、最高裁が積極規制について合憲だと判断を下す際の文言の違いを見てみると、結論としてはいずれも「著しく不合理でない」としているけれど、実は立法目的的判断については「一応の合理性」から「公共の福祉の適合する」「必要かつ合理的な範囲に留まる」「必要かつ合理的な措置」とか「**微妙に言い回しを変えつつ**」、財産権の侵害（こっちではもう言い回し事態が厳格）よりはハードルが低いとはいえ、年々と目的、手段の判断についてより高いハードル、厳格な審査を課すようになってきている。

※判例集のなかで述べられているところをきちんと追って行ってもらえば必要があるのだけれど時間がないのでやらなかった。

以下、いくつかの判例の中で「微妙に立法目的的判断に関する言い回しが違う」ことを概観しよう。

#### 奈良県ため池条例事件（昭和 38 年：最高裁）

##### 判決

「本条例の条項の法意を考えてみるに、記録によると、奈良県においては、13,000 に余るかんがいの用に供する貯水池が存在しているが、県下ならびに他府県下における貯水池の破損、決かい等による災害の事例に徴し、その災害が単に所有者にとどまらず、一般住民および滞在者の生命、財産にまで多大の損傷を及ぼすものであることにかんがみ、且つ、貯水池の破損、決かいの原因調査による科学的根拠に基づき、本条例を制定公布したものであることを認めることができる。そして、本条例は、「ため池の破損、決かい等による災害を未然に防止するため、ため池の管理に関し必要な事項を定めることを目的」（1 条）とし、本条例においてため池とは、「かんがいの用に供する貯水池であつて、えん堤の高さが 3 米以上のもの又は受益農地面積が 1 町歩以上のものをいう」（2 条 1 号）とされているところ、本条例 4 条においては、右 1 条の目的を達成するため、右 2 条のため池に関し、何人も「ため池の余水はきの溢流水の流去

に障害となる行為」(1号)、「ため池の堤とうに竹木若しくは農作物を植え、又は建物その他の工作物(ため池の保全上必要な工作物を除く。)を設置する行為」(2号)、「前各号に掲げるものの外、ため池の破損又は決かいの原因となる行為」(3号)をしてはならないとすると共に、同9条においては、右「第4条の規定に違反した者は、3万円以下の罰金に処する」ものとしている。すなわち、本条例4条は、ため池の破損、決かい等による災害を防止し、地方公共の秩序を維持し、住民および滞在者の安全を保持するために、ため池に関し、ため池の破損、決かいの原因となるような同条所定の行為をすることを禁止し、これに違反した者は同9条により処罰することとしたものであつて、結局本条例は、奈良県が地方公共団体の条例制定権に基づき、**公共の福祉を保持するため、いわゆる行政事務条例として地方自治法2条2項、14条1項、2項、5項により制定したものであることが認められる**」

### 森林法共有輪分割制限違憲訴訟(昭和62年:最高裁)

#### 判決

「したがつて、当該共有物がその性質上分割することのできないものでない限り、分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法29条2項にいう公共の福祉に適合することを要するものと解すべきところ、共有森林はその性質上分割することのできないものに該当しないから、共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に分割請求権を否定している森林法186条は、**公共の福祉に適合するものといえないときは、違憲の規定として、その効力を有しないもの**というべきである」

### インサイダー取引規制違憲訴訟(平成14年:最高裁)

#### 判決

「法164条1項の規制の目的、必要性について検討するに、上場会社等の役員又は主要株主が一般投資家の知り得ない内部情報を不当に利用して当該上場会社等の特定有価証券等の売買取引をすることは、証券取引市場における公平性、公正性を著しく害し、一般投資家の利益と証券取引市場に対する信頼を損なうものであるから、これを防止する必要があるものといわなければならない。同項は、上場会社等の役員又は主要株主がその職務又は地位により取得した秘密を不当に利用することを防止することによって、一般投資家が不利益を受けることのないようにし、国民経済上重要な役割を果たしている証券取引市場の公平性、公正性を維持するとともに、これに対する一般投資家の信頼を確保するという経済政策に基づく目的を達成するためのものと解することができる。このような目的が**正当性を有し、公共の福祉に適合するもの**であることは明らかである」

#### 様々な規制の意味

これっておもしろいねー、で話は切り上げられたが、これって何かに似ているのが分かるだろうか。そう、二重の基準の際の議論である。ここから私見だが、何故年々と厳しい判断が行われるようになるのかって、最高裁がより「事案に即した解決」を志すように比較考量するようになったからではないのか?そして年々と人々の価値観が多様化し、様々な職業が出来る中で重視して考慮すべき事案も増えたからではないのか?結局、ここでも行われていることは一緒なのである。確かに積極基準と特別規制という「外面」から入れば、判例の立場は謎にも見える。しかし、ずっとずっと言っているように、こんな基準はほとんどの場合枕詞なのである。

だとすれば、結局ここでもおなじみの「**レバントな事実**」というやつがごちゃごちゃと判断されるなかで、実はそこには「社会権的」規制、「自由権的」規制ではないもっとごった煮な判断が行われていたのであろう。そこからは、必ずしも同じような保障の在り方が出てくるとは限らない。かつては財産権はその意味で強い保護に服したが、時代の変化の中で、新しい考慮事由の出現の中で、職業の自由も、その保護される範囲をじりじりと広げている、と見るのが妥当ではないのだろうか。

#### 特別な財産権規制

財産権に関するわがくにの規制は、実は大きく3つあるいは4つに分けることが可能である。

##### ①特別規制、一般規制にあたる、改革的な規制や警察的な規制

これはさっきやったが、残る例外事項にも目を向ける必要があるだろう。時間がないので問題提起だけで終わってしまったのだが、ここでは以下に3つほど問題を挙げておこうと思う。

## ②農地解放に関する問題

農地解放については判断の分かれるところで、最高裁自身は憲法にのっとった国の処分で、ほとんど「没収」状態だったこの農地解放につき絶対保障はしなくて合憲とした。ただ問題は、それが本当に相当保障に値するとしていいものなのかということである。田中次郎裁判官の意見では、「憲法 29 条に乗った措置とするのは無理じゃね？超憲法的な措置なんだよ」とされている。日比野さんもそう思うとのこと。そうしないと最高裁の判決を「実質的な補償」の面で整合性をもって判断することができない。

## ③戦争災害に関する問題

全国民が負担を分かち合うべき問題で、国は保障しないとするが、

A 開戦に際し外地に出た人の在外資産が戦争終結の際外国によって凍結または没収された場合の被害

B 戦争災害について平和条約で請求権を放棄しているため、損害賠償を当該国または日本政府に対して請求することができないことによる被害

C 戦争が終わったのちに、かなりの間駐留していた占領軍によってこうむった被害などが大きな問題になる。

## ④駐留米軍基地に関する問題

などなど、このように大きな例外を残して論ぜられるのが財産権の問題であることは意識しておこう。

## 追記

以上が、憲法第一部で本来扱うべき範囲、すなわち人権各論の範囲であった。日比野さんの授業のスケジュール管理能力に脱帽したのは確かだが、何より驚いたことは、最後の授業で「**第一部でどこまでやって、第二部でどこからはじめたのか覚えてないから、ここはテストに出さないよ**」と言われたことであった。

判例通説はここで、「日比野さん…もうめちゃくちゃじゃあねーか…」と彼の記憶能力と性格に根本的な原因を見出すことになる。

だがここでは、必ずしもそのような見方では彼の行動は説明しきれないのではないかということを書きたい。そもそも、**日比野さんはこの憲法第二部の開始の際、どこから人権各論をはじめるべきかということをおぼろげながらある程度把握していた。**

あのとき、すでに第一部の講義が終わってから三か月経っていた事実を踏まえると、この7月の授業で彼が「忘れた」と言ったことについて、疑義がなくはないのである。そもそもゼミ生にでも聞けば、ノートの一つや二つは見せてくれるだろう。

とすれば、ここで日比野さんがわざわざ嘘をついたことになる。この仮説が正しいとすれば、理由付けのためにクリアすべき条件は「では、**嘘をつくメリットがあるのか**」ということになるだろう。

端的に言って、「**テスト範囲が短くなる**」と言う点は挙げられる。問題作成における負担が減るのではないか、というのはまず指摘できることである。

だが、この点に関しては、日比野さんのテストが、あくまでもものすごい雑な仕様に近年はなっていることを踏まえると、そこまで彼にメリットがあるとは思えない問題点がある。

むしろ、ここで考えるべきは、「実は生徒の為であった」ということなのではなかろうか。

まあ悲惨な答案をあまり見たくないというのはあるだろうが、実は日比野さんは、授業進行の予定がカオスであったことを、申し訳なく思っているのではないか。**ささやかながら法学徒たちに、償いの意味を込めて負担軽減を施したのではないだろうか**という理解も、できなくはないのである。

もちろん、試験範囲を広げると見るも無残な答案が増えることになり、彼の目が汚れてしまうと言う彼自身の利点もここにはあるのだろう。しかしながら、日比野さんの態度には、私達に対しての暖かい想いが込められていたのではないかと信じたいのである。

このように見ていけば、範囲の削減は日比野さんにとってもメリットのあったことであると言えるだろう。

彼が実際に何を考えていたのか、そして何を求めていたのかは、このような思索だけでは当然明らかにはしきれない。それ以前・以後の日比野さんの表情、声など、**レレバントな事実**を個別具体的に検討する中で、各人が答えを出してほしい。個人的には、ボケを垣間見せながらも暖かい心意気

を見せたジョセフと同じように、日比野さんは「黄金の魂」を私達に見せてくれたのだと信じている。



## (4) 統治のまえおき

### 4-1 憲法改正の限界

さて、統治機構の問題に接続するうえで一つ触れておきたいことがある。

それはすなわち、**憲法改正の限界**についてである。

限界論というのは大変面白い問題であり、日比野さんはけっこう好きらしい。特に最近の政治情勢のこともあるからね。

#### 憲法を学ぶ意味

さて、いったん話が飛ぶけれど、あるとき日比野さんのもとにこんな質問が来たらしい。

「憲法の授業では一生懸命判例の勉強をして、教科書にないような細かい事案も見て、そうやって頑張るのはいいけど、**こういう勉強をしたところで、この憲法改正のような昨今の話題について、果たしてどんな意味があるのだろうか？**」

日比野さんが出す一つの答えは、「講義で学ぶものは、こうした問題の大前提として憲法に立ち向かう**技術**であり、同時に基本的な、歴史的な**知識**であり、それはなお必要なものだ」ということである。そういう意味で日本国憲法のもとでの憲法解釈の論点を勉強することには意味があるのだという。

つまるところ、この法律の学問と言うのは、「旧来」の知識が無駄にならない学問なのである。たとえば民法やら何やらが改正されて新しい法規になったからと言って、今までの勉強が無になることがあろうか？

※この点は理科系と違うかもね。新しい議論が出たら古いものに価値がなくなるというのが理系の世界では結構普通だし。

そして、「憲法」の改正が万が一起こったとしてもそれは同じなのである。とくに「基本的な人権」の運営について、多少の規定の変化が、なにかさまざま理念的変化につながるかということとそうでもないだろうと日比野さんは思うとのことである。

実際、いくら憲法が書き換えられても最高裁が取りうる立場は一定で、それを大きく変えてしまうことはもはや国会ないし行政の仕事にとってかわることと同義なのである。表現の自由に「公の秩序」が書き足されても二重の基準論は（その運用に関しての細かい第一部での議論は別として）いまだに意味を持ちうるだろうし、意味を持ちうるなら変わることはそこまでない。

まともな人間の世が一度できたなら言論弾圧なんてなかなかこの世でうまれることはないのだし、逆に表現の自由が無制限になるかもしれない…というのも落ち着いて当事者として考えてみればおかしい話であるのはモアスピーチのところでしたはずだね。何も言えないと言うことも、何を言われても言い返せばいいというのもおかしいだろう。

ということで、多少の偏差はあるかもしれないけれど、極めて厳格な保障が保たれ続けるのは予測できる。言論の自由に限らずね。統治機構の改編については少しはありうるかもしれないけれど、実質的な変更はあまりないだろう。議会と政府との関係が多少改められたりすることはあるかもしれないけれど、二院制ことも結構論ぜられているけど廃止はたぶんない（自分のパイを減らす奴はいないだろう）はず。

日比野さんが楽観的なせいかもしれないと保険をかけておくけど、**民主主義の根幹が崩れることはない**だろうとのこと。

※二クソンの弾劾裁判のとき、当時の教官が「たぶん弾劾されないよー」と言っていたら弾劾されて、「あんま先の事はいうもんじゃないよね～」と笑っていたらしい。死亡フラグである。

#### 補足：なぜ日比野さんは楽観的でいられるか

「楽観的」である日比野さんだが、誤解を招くかもしれないので、とこれを補足した。

※まあ補足してくれたのはいいのだが、出来れば一か月もたったあとに補足してほしくはなかった。

日比野さんはそもそも、「司法の**裁量**」の大きさを意識しているんだよね。たしかに憲法の解釈はなるほど憲法のテキストに規定されるけど、それはほとんど**曖昧な意味合いしか持ちえない以上、論者の主観によっ**

て多分に補完されることを指摘する。人権論のなかでもっとも重要な原則の一つとして「**二重の基準論**」が出てくるだろうが、別に憲法には書いていないのである。芦部先生が言い出したのがわーっと広がった（考え方はすでに知られてはいたが）のだけれど、別に何条にこうあるよ、ということではない。

他にも、「**必要最小限度**」「**合理性**」の基準が、憲法のどこにあるのだろうか。このようなとき、憲法条文はほとんど意味を持ちえない。公共の福祉と言う文言の有無が言及されることがないわけではないが、それほどの決め手にはなっていない。ようは論者が「take right seriously」するかどうかなのである。

**これが「公の命令」に変わったところで、最高裁のこの裁量が劇的に変わるかと言われると、それは難しい**だろう。これはそもそも（結局裁量でごまかされるのなら）憲法を改正する必要があるのか、と言う問題にもつながるが、結局こういうわけで改正したところで大きく変わるとは思えないのである。少なくとも二重の基準が否定されるだとかいうことはないだろうと日比野さんは言う。

実際、明示的でなくとも「これが憲法の条文の背後の理念から出てくるのか」、と言われるとそもそもそうとも言えないものが、解釈でどんどんと引き出されているのである。例えば「知る権利」などの概念もこの範疇である。そんななかで、現実には天皇が元首として接待されている世の中で天皇を元首に変えたところで、別に何か受け入れられないような事態が起こる可能性は、ほぼない。そういう意識が、日比野さんをして「楽観」せしめたのであろう。

※天皇制についてもっと言えば、天皇制のなかで一番明治と変わったのは、**象徴性とともに、「それを支える根拠」がなくなったところ**にある。天皇はいまや大権にかわる権能を持たないにもかかわらず、象徴であり続けなくてはならないのである。ならば象徴の地位は、いまや何にも支えられていない。だからこそ天皇や公家は、国民の支持を調達するように熱心な活動をしてきた。昭和天皇は非常にそういう活動に熱心だし、今もそうである。天皇制そのものへの評価とは別に、なかなか天皇のする活動に対し批判をするのは難しいところであろう。そしてそれが象徴性を今は支えているが、これが永久に続くかは問題であろう。そして、まさに重要な実質はここである。結局問題は、「**根拠なく象徴たる**」ところであり、仮に元首になっても、「**根拠なく元首たる**」だけであるのだ。

#### 問題は何か

本題に戻って、ここから話そうと言うのは、もう少しこの憲法改正について学問的観点からなす説明である。ここからは、後述するが「机の上」の話になる部分もある。しかしながら、今言った通り、それが**現実への憲法学の実行力を失わせるかとはまた別の話**なのである。そのことに気を付けて、始めていこう。

これは非常に面白い話だが、今まではあまり解釈学上で議論する意味がなかった。概念論でしかなく、総論の初めにちょろっと言っていただけであつたとのこと。しかもわかってくれなかったらしい。だが、この機会である。各論もやったし、今なら話せるか…憲法の限界をな…！！

ということで、まず一つ考えないといけないのは、**憲法制定の限界**（制約付け）と言う問題は、**いくつかの次元で考える必要がある**ということ。ここでは二つに分けてみる。

##### ①現実問題の話

憲法改正、制定に限界があるというなら、「**実際に改正がなされたときにその限界とやらはどう働くのか**」こんな憲法はダメだダメだと言ってるうちに、限界突破したスーパー憲法がでてしまったとき、それはどうなるのだろうというのが、まず一つの問題になる。無効なの？

芦部先生なんかは**抵抗権**の存在（違法だと思うなら、抵抗権を発動して旧憲法に従って行動してよく、新憲法下での構成要件該当行為も旧憲法下で合法ならば許される）をとくが、これは少数説だし、芦部さんはなかば「自分の憲法学が学問的（頭の整理の問題）な次元だ」ということをある種自覚的に発言していたように思える。そもそもそのように抵抗権を主張したところで、現実には起こるのは逮捕だとかそんなものだからである。

つまり、仮に改正限界があるという立場をとれば、その**限界を超えるような事態に対して出来るところといえば、これを憲法上の革命があつたと説明することができるだけ**なのである。宮沢さんが明治憲法からの改正につき**八月革命**だといったのと一緒であって、天皇主権から国民主権に代わったから有



勝ったり正義になってしまう。理論は別にしてである。

効な改正だとか、これが逆なら無効な改正だとかいうことではなく、憲法のレベルでは、その改正限界を超えるような改正が事実起きてしまえば革命だと説明するしかない。ここは法律と憲法が異なる点である。法律なら違憲無効が議論できるが、憲法レベルでは成り立たない。

そのことをまず一つ抑えておく必要があると日比野さんは言う。ここでする議論は頭の整理のための議論であって、それ以上のものではないいわばやったもの勝ちの議論なのである。これは当たり前のことなのだが、これをきちんと押さえない議論が多かったりする。

## ②概念としての話

この際の道具立てとしては、**憲法を制定する権利**、**改正する権利**、**立法権**の三つの段階にわけることが必要である。

まず立法権については端的に、通常の立法権は憲法で定められた限界を超えることはできない。しかしこれは厳密には難しい問題で、憲法に反する法律の違憲性を争う手続きが用意されるかというところで違いが出てくるところではある。日本含め多くの国では手続きは用意されている（日本では事件性のある限り憲法の適合性を判断する）が、こうでないとき、**立法権が憲法を侵害した場合にどうなるのだろうか**。

こういった場合、まだ対応策は考えられそうだが、事態としては限界を超える憲法改正がされちゃったときの議論と似てくることになる。日比野さんは時間ないから省略したけど、単純な革命とはとらえきれない感じはする。規範と立法の事実はいくまで別次元な気がするし、規範は規範として残るのではないかと少し思うので。（戦時中なので人を殺していいという法律ができたとき、人権を尊重せよとの憲法が「ひっくり返される」というのは変な気がするし。憲法9条がこのように変わった…みたいに憲法の場合の改正とは先後である程度の対応関係を持つが、法律の場合必ずしも憲法と直接対応しないと言うのも考慮しなくてはならないのではと思う）

さて、話を戻して、憲法制定権、改正権（特に後者）について限界があるのかは、しばしば議論されている。日比野さんが勉強しているのはドイツ語圏だけど、結構この限界論はばらつきがあり、世界的に見れば「憲法改正に限界はない」というのがスタンダードとか言う本もあった。ただどれだけの国が限界があると考え、どれだけの国が限界がないとするかはあまり意味がなく、問題は理論づけ、**説得力**である。

そういう点からすれば憲法改正権に限界がある、というのがドイツ、日本での通説である。だが、この議論は日本では屈折している。実はここに、

### ①カール・シュミット

#### ②自然法的な改正限界論

の二つの「限界論」があり、これがごっちゃになっているのせいなのである。

## 二つの改正限界論

### ①カール・シュミット

彼は『憲法論』で憲法概念を述べるが、まず憲法制定権力を**事実的**なものであって、そこになんら限界はないのだとする。

その事実的権力であるところの制定力が技術的な法を作るのならば、**「事実的無制限なる制定権力が作った」というカッコ付きの憲法が認める権力は、当然憲法制定権力に依存する**。

これは親亀の上に子亀がのっているようなもので、**論理的に立法権、憲法改正権は「憲法制定力」に依存する**のである。だから、改正、立法も不可逆として制定された憲法の根源、「制定力」に制約される。

ここでは限界があるとされるとき、限界の内容は何か特定のなものではない。ただ単に先立つ決定に対しての制約であって、内容中立的なものである。ということで、彼の議論は非常に論理的である。

### ②自然法論

上は段階的なかたちで、制定権と改正権、立法権を区別し、論理的帰結を述べたわけだが、彼の理論は「中身」は影響を与えず「枠組み」として日本に影響を与えてしまった。

つまり、この制定権、改正権、立法権を「区別」するということにだけとびついたのである。代表的なのは**清宮四郎**さんとか。彼は若いころにシュミットを読み、この「区別」を受け入れた。

こういう前提で、戦後に日本国憲法を考える時に、彼らは日本のおかれた悲惨な状況のなか作られた憲法をこの区別にいわば中身として入れ込んだ。日本には永久平和主義とかの規定があるがそれ自体への賛意、シンパシーもあったろうし、世界の憲法のありようはこうでないと！という考えがあったのだろう。**基本的なものの基礎にある人権の根本原則という考え方は、憲法改正権を制約するだけでなく、そもそも憲法制定権をも制約するものだとしたのである**。

シュミットは力の論理として憲法をとらえ、制定権からのびる関係をとらえたが、清宮先生は、制定権自体が内容的な裏打ちを持つとしていたのである。

※ここでは制定権が制約されているのだから、先の親電子亀理論でも、改正権や立法権もその制約に服することになるのは当然である。

この意味ではこっちでの自然法的な憲法概念からくる「限界」とは、シュミットらの制定権力からくる限界よりももっと広範である。

これは極めて**情緒的**、**日本的**であって、シュミットのような**概念**としての切れ味は失われている。シュミットはこの限界論を事実的なものだと言い放ち、その潔さに魅力があるわけだが、対して清宮先生の議論は情緒的であって、「恐れ入る」（情緒的なレベルであって、反論可能性がない）ものになる。

これを自然法的と言うと清宮さんは気に入らなかったところではあったのだが、これに対してさらに全力を尽くし、学問的に、（歴史的に）根拠づけうるものだとして弁証しようとした人物がいた。**芦部信喜**先生である。彼はこの根拠づけのために憲法制定権力の論文を書いた。

※論文集をみればよくわかるが、ある先生が「自然法論だろ」と批判したら、これに非常に強い反発をして、わざわざ個別に再批判をしている。

芦部さんは温厚な人なので、ここで感情的だと文章から分かるレベルの批判をしているのが面白いとのことである。日比野さんは「自然法だと言われて何か困るのかな…」とちょっと思うらしいが。

まあ日比野さんとしてはまだ自然法から脱却できていないと見る。そもそもイデオロギー的なものとして憲法を捉えている芦部さん、イデオロギーなら自然法でよくねというわけである。

※その批判のために日比野ルームにやってきて、文献をかき集めていたらしい。

さて、時代的には芦部さんより後だが、**宮沢俊義**先生もこの考え方に与されることになる。宮沢先生は**イデオロギー批判**（自然法的な学説が理論的なものとして真理値があるものとしてとらえるとき、「いやこれ好みの問題っしょ」と批判するやりかた）から、従来のには前期二人を批判しそうな感じだったが、ここで大きく立場を変えて、憲法には「名」があり、正しい憲法と正しくない憲法と分けることができるとした。結局はその分ける根拠が歴史的なもので、やっぱ好みじゃんとするのがいつものやり方だったのだが、その彼がこっちサイドに（情緒的な概念に）与するようになったのである。

このように論者も多く有力になるこの考えであるが、こうなると憲法制定権力それ自体に限界がある、ということになる。制定権力に限界があるのなら、改正権、立法権も拘束されることになる。だから限界が認められる、という議論が日本の通説となったのだった。

このように「限界」論にも二つあり、これがシュミットから清宮さん以降の系譜もあってごっちゃになっているのが日本の特徴であって（なまじいちおう「継承」しちゃってるぶんめんどくさいんだよね）、そういう基盤の上で改正が議論されていることを理解しておこう。

## 限界があるとしたら

では、いざ改正には限界があるとしてみよう。この時特に問題とされていることが2つある。

### ①憲法の中に**改正禁止規定があるなら、その規則を改正することはできないか**

※日本でも「永久に」冒すべからずなどの形でそう理解できる規定はある。

### ②憲法改正のための**手続き規定を改正することができるのか**

である。この問題を、さきの限界についての総論的な枠組みのなかで考えるといくつか議論の対立が出てくるし、今一番の焦点である手続き規定の改正についてもとうぜん争いがでることになる。もちろん先の議論のなかの立ち位置如何で、様々な考え方が出うる。

#### ①**改正禁止規定**

ここからしていくのは、そもそも憲法が改正できるとしてその対象はなんなのか、と言う問題である。まずは改正禁止規定についてだが、これはさきほどの事実としての議論からすれば改正可能ではあったが（例：八月革命）、制限が課されると言う立場から見れば、自然法的な見方をとれば改正の限界を超えていると評価される蓋然性が高いだろうし、シュミット的な立場に立ったとしても、制定権による「改正するなという規定」がある以上は改正の対象とはならないと言う考え方も成り立つことになる。

#### ②**手続き規定**

手続き規定については、シュミット的な立場からすれば同様に規定の問題になりうる余地があるが、自然法的な概念からすると憲法典のなかの上下関係について考えないといけな。先には「制定権」「改正権」「立法権」という区分をしたが、ここでは手続き規定についてそれをうまく区分する分けかたを考えよう。

ケルゼンは、憲法の中にも規範としての段階構造があり、制定権力以前の「**根本規範**」というものが存在すると考えた。このような規範は通常規定よりも上位にあり、改正限界説からすれば「改正」できないものになる。とすれば、憲法改正を自身が定めることで**手続き規定を改正することができるのかは、手続き規定が根本規範になるかどうかの問題**である。手続き規定は根本規範よりは下にあるが、通常の規定よりも上位にあるとされる。とすれば、たとえば憲法自身が定める三分の二規定という「上位」の規定を、三分の二の規定という「普通」の規定を改正する用の手続きを使って改正出来るのだろうか、というような問題がさらに生じてくる。今は一般ルールとともに憲法改正を語るのが普通だが、これは区別できる。

※この根本規範は自然法とは同一ではない。自然権を実定化したものとして憲法はとらえられるだろうが、根本規範はその憲法をひくくするめた法秩序のなかでの序列最高位に来るものである。

有名な学者では、ケルゼンなどと近いアメリカの学者 **A・ロス**などは改正手続き規定は改正することが無理だとしている。スイスの **W・ブルックハルト**も同じようなことを述べていて、もちろん無理だとしても事実行われうることはあるので、そういうときはなどが採用する「革命」とする理解をとるしかないといった。

※このブルックハルトは文化史学者の同名の人物とは別。

この問題は今はほとんど議論されないが、今の議論は改正手続きを緩和することの以前に、そもそも改正自体ができないという話につながる。だがまったく改正不可能と言うのは行き過ぎであるなら、厳しい条件を定めると言うことになる。では、その厳しい条件とは何なのか、という疑問につながるし、それを法律で定めることができるのか、は憲法と法律の段階的な差異からして無理っぽい。ではどうするのか、結局無理じゃないと言う問題にもつながるのだった。

※私見…これによりシュミットの議論でも制定権の範囲内としてならば改正可能だし、自然法論でもこのように国民に改正権を認め「ない」としてしまうこと自体が、国民主権と言う根本規範に反するようになる。

## 改正されたら

ただ最初の問題に戻ってもう一度触れておくが、彼らは憲法形成手続き規定を改正することはできないとかいうけど、その意味はなんだろうという事実上の問題が残る。



ブルックハルトはこれがもし「なされたら」これは新しい憲法の制定と一緒に、革命と呼ぶほかになくなくなると言う。ここには憲法典に対する情緒的な思い入れがない。法論理的には、という極めて**形式的帰結**である。

「自分の教え子が南方の地で死を持ってあがなったものなのだ、だからなんとしても守らねば」だとかという思いはそこにはないのだが、この理論にこうした「精神論」が入った批判がなされると話は全く進まなくなる。

ここでは「**論理的**」帰結と「**思想的**」帰結との**区別、両者を分けて考える必要がある**。これは憲法解釈の議論から情緒議論と切り離して展開することそれ自体は唯一正しいあり方だと言っているわけではなくって、あくまで議論としてかみ合わせると言う意味である。

むしろそういう意味では区別できるかがそもそも難しいことでもあるんだけどね。

そしてもう一度言うておくが、改正が行われてしまったら結局いくら議論しても終わりである。裁判所が何か言うことはできないだろうし、1989年より少し前、ルーマニアの独裁者**ニコラエ・チャウシェスク**が革命によって惨

殺されたときも、彼は「国民に対してやったこと、国民からやられたこと、その意味をのちのちおめーらは知ることになるだろう」みたいな恨み文句を残したが、つまり過去の独裁を信じたが、でも結果としては死んだ。憲法が変わるといえるのはそういうこと（彼は旧憲法を信じた人間と同じではないか？ここでどうして抵抗権は発動しないんだよ、とか言っても無駄なのだ）であって、**古い憲法に従っていれば、旧憲法下での合法活動にも刑罰的制裁が加えられうる可能性は否定できない**のである。

※日比野さん「この人はイケメンだった」とのこと。左上の写真参照。

現在の体制のほうが、憲法学説的なものの見方からすればより好ましい憲法から悪しき憲法に改正された際に、それによって厳しい制裁が科せられたとしても、どうしようもない。それに対して抵抗権というのは極めて情緒的で、まあ負けたもんは負けたというだけである。どちらにしても、憲法改正をめぐる議論はそういう文脈の中で話されてきたのであることは何回も言うておきます。

## 4-2 憲法観

以上の問題は、憲法改正のスコープだけに留まる話ではない。ここにはもっと大きな問題、すなわち憲法をどのようなものとしてとらえ、どう運用していこうとするのかも関わっている。

### 命令？

（憲法第一部と混乱していて話したか分からないが）憲法制定権力の限界だとか、改正の限界だとかの議論はいろいろ最近あるが、そこでこういう種類の指摘がなされることがある。

「**国民が権力に対して約束した、命令だ！そんな簡単なことも分からないで最近の議論は行われているんだ！**」と初歩的な知識の欠落を言う人が居るのである。だがこれは必ずしも正しくない。このような発想をすること自体が自由主義な憲法概念のもとで行われていることは確かだが、そこで重要なのは、この当時のドイツにおいては現に**国家権力**というモノがあり、それに**対抗する存在**として市民が存在する中で説かれた議論だということである。

権力から切り離された非市民社会的な政治空間があり、そのなかへ有産者から彼らに権力が渡される、という構図がそこでは想定されていた。市民社会に介入しないという約束とともに、政治権力と言う原則的な立場に立ちながら、徴税やのちに立法も含まれる一定の事項において有産者の介入を認め、市民社会を自由放任に任せたのでは弊害が生じるので、それに対して一定の介入を行う**約束事**として憲法が存在した。

そこでは君主が有する権力、対抗する市民の間での約束事（命令）が確かに憲法である。これは一つの重要な憲法の特質を捉えているのは間違いない。ただ、それが**今日の憲法のもとでもあてはまるかという決してそうでもない**。もちろん君主がいる国もあるけれど、多くの国では国民自身が政治権力を握っている。市民社会と政治空間が重なりあう体制の国がわがくにを含め世界の大勢になっている。そういうところでは、国自体を作り出すのが憲法になるのだから、憲法に先立つ国家権力があるならそれに制約を課するというのも十分理解できるが、今日ではそもそも所与のものとして国家権力が観念されているわけではない。政治権力であれ、国家権力であれ、政府であれ、多かれ少なかれ正当性の根拠、それを組織するのは**国民**である。そして**国民と国家権力の間の調整**が第二の問題領域として出てくることになる。

すると簡単に「**命令**」と言っているのは、**極めて古い憲法観と言わざるを得ない**。実はこれは非常に大きな問題を含む。

たとえば古い憲法観における市民社会、政治社会の概念は、今日のドイツに置いても国家と社会と言う概念対として今なお生きている。だがしかし、これは以上にのべた歴史的背景をもった概念ゆえに、現在の民主主義体制とかみ合わない部分が出てきているのである。**現代の民主的国家が、国家と社会の概念対を引き継いだままで、憲法解釈学のドグマを組み立てることができるのか**、といったいわば原理的な問題が出てきていることは、注意しておこう。これはおもに 1950 年～70 年代に提起された問題である。

これだけなら、まだ机の上の話なのだが、その後は実際上の問題がでてきた。昨今は EU の登場の中で、国の主権性がきわめて危うくなっているということである。

ドイツではそのなかでゲマインデという市町村レベルの組織と、国と、ラントと、連邦国家と、EU との間に、色々なごちゃごちゃした問題が生じてくるのだ。これは例えば商業上の規制はただちにゲマインデにおいての規制に関わるのに、話し合うのは連邦政府だったり、ラントごとの代表者が集まる意思家体のスタイルに EU が加わることで、政策決定をどこで行うのかだったり、様々な問題が出てきている。

市町村の要望はブンデスラートという議会で表明され、それが連邦政府に移される…と言う感じだったが、EU が強くなってくると話が変わる。条約の締結と同じようなシステムならまだよかったのだが、EU が国の体をなすようになると、このような政治システムが現実的には動かなくなるのである。

わがくにのような EU みたいなのと関係ない国でも、**議会が、政府が国際的な問題に対処する、その手綱が条約承認、と言う古典的図式では成り立たなくなってくる**。

**実際上の工夫**が必要になるなかで、制度化がなされたり制度以外でも変更が起きると、憲法問題が生じてくるのである。こうすると、実は**憲法の問題が「原理的な」問題への関心から、「具体的」問題の解決へとシフトしてきていることが分かる**。

※具体的な問題から入るとともすれば原理的な問題がないがしろにされ、虫食いの研究になりかねないというのは気を付けないといけないことだけだ。

原理的な問いも 1970 年代くらいまでは盛んに行われ、たとえば「国家と社会」の代替種として、アメリカのモデルを取り込むことが魅力的と考えられていた。国家と社会の区別にかえて、ポリティカルソサエティの概念を取り入れるというやりかた。しかし今述べた事情でしりすばみになってしまう。

とまあ多少の原理・現実問題のシフトはあるが、**権力と国民との間の対立ということだけでは、きわめて一面的なものの見方に留まる**と言うことは、おさえておくべきことであろう。とりわけ**主権在民**を宣言した日本ではその必要性は高い。天皇を頂点とする明治憲法とは違うんだよね。

## 導入のおわりに

ここでは統治機構の問題に先立って、前提となるようなことがらを一つ取り上げた。こういう議論で出たようなこと、すなわち**概念の立て方の問題と現実の乖離は、我が国の統治機構の問題の様々な部分で表れる。**

### 例①純粹代表

**代表論**においても、**純粹代表**（自らを殺し、いかなる勢力からも独立して国政にあたるような人間をとらえる）を建前としても実際には選挙だとかが邪魔をする。むしろ地域代表としての、純粹代表とは真逆の利益代弁者になるわけである。様々な支持を取り付けないといけませんが、そのためにひも付きとなり、独立した存在ではありえない。

また選挙には**政党**と言う存在も関わる。多くの議員は正当に所属し、政党は党議規律に従い、それに逆らえば除名されるなどの処分を受けることになる。これは憲法の予定することではないが、反憲法とする議論はあまりなく、一種の妥協、現実を認めることから出発しないといけない。

では議員の独立性は「どこまで」保障されるのか。かつては選挙制度としては個人に対しての投票が行われていたが、今では比例代表制もあるから、所属政党をやめること、会派を離脱すること、反対党に入ることなどは「全国民の代表」として独立に行動するなら正しいが、現実にはおかしいものだと言われ、憲法で要請されるものと割り切られることはあまりない。

**概念の持っている「理念系」と、現実の中で実際に果たされる様々な役割とは、ブレる。**これが結果的に憲法とは相反する、法的良識と相反する事態を生じさせることがあるのである。

### 例②政策決定

これは政策決定においてもそうであって、たとえば憲法の基本的な原則は国の政治の在り様は**議会**が決め、**内閣**が実行することだが、実際はまったくそうっていない。実際に政策形成能力を持っているのは議会とは関わりもなく、内閣とも直接関わりのない**官僚**である。そういう官僚に支えられた内閣が、いくらかでも政治を正しい方向に持っていく一つの存在である。今日の世界においては官僚すらさらにテクノクラートに大きく依存せざるをえないし、より前段階の議会としてはもうそれをなんとかすることができない。

※内閣は、大臣とは関わるが、官僚とは直接に委任責任関係に立たない。

現在はほとんどの国内問題は国際問題化するけど、外国と交渉するのは役所以外にはない。国務大臣がでかけて行って署名するわけだが、（非常に大きな決定については大臣や首相が決定する余地もあるけど）ほとんどの問題は議論は「他の人」が煮詰めた上で、決定される。しかも諸問題は一定の領域にあるだけでなく、他の分野とも連関している。そういう意味で微妙なバランスの上での決定が必要になっているのである。とくに**WTO**だとか**TPP**の問題においてはそういった性質は顕著である。そういう政策決定が行われる中、議会がなんらかの決定を行われているのか、そもそも参与できるのか。と言われるとかなり難しいし、むしろぶちこわしになることが多い。

しかし議会のコントロールなしに役所が政策決定すればそれでいいのだろうか、と言う問題はある。ここではなにがしかのコントロールが必要で、その根拠は国民主権、議会政治の要請であり、憲法である。そして憲法の要請は、守られて然るべきである。すると、**「現在の問題は何か」をまず明らかにして、それに対しどこまで議会がコントロールを与えるのか考え、法的に、事実に、それに適した装置を考える、という作業が必要になる。**憲法学の問題はまさにそのようなところにあるのである。

## まとめ

すなわち、ここでいいかかったことは、**憲法の理論を説明して、それだけで政治は説明できない**ということである。問題なのは、現実の政治で何が行われているのか判断し、そこでイデオロギーをいったん否定する（イデオロギー批判）。そのうえで権力分立や政治制度の正当化の契機などを重視しつつ、それにどこまで**権力的契機**をあたえるのかを考える。**イデオロギー的な乖離を埋める努力、それこそが統治を憲法が問題にする際の課題**である。

これは基本的な人権を考える時に判例を研究し、判例を分析し、それを超えるというやりかたと同じである。憲法の現実を知ること、あるべき姿を導くのが憲法第二部の課題である。ここからはより概念的なものを述べていくことにして、選挙制度についてまず触れます。その後で、政治システムの在り様を考えよう。

## (5) 国民主権・権力分立・選挙制度

この統治というトピックにつき、どういう話をしていくのかは前回話した通りである。

統治機構の問題を話すには、(機構の問題につき)「どういうセッティングをするのか」そして「それがどう動いていくのか」といった二つの段階で話さなくてはならない。

そしてその際に、教科書的には、**国民主権**とか**国民代表**とか**権力分立**とかの問題について理解しておくことが基本的前提になる。少し時間を割いて、まずはこうした概念について簡単に説明をしていこうと思う。

### 5-1 国民主権

我が国の統治機構の最も基本的な観念が**国民主権**だと言うことには争いが無いはずである。

しかし、その国民主権がいったいどういう意味かと言うと、それほど明確なものではない。学説の解釈を述べる上でも争いがあってわかりにくいというのもあるけど(とくに統治の基礎についての争いだから、それは影響力もデカくそれ自体重要な論点)、そもそも国民主権と言う概念が、どういう位置づけを与えられているのか、ということそれ自体について必ずしも憲法解釈学上一致しているわけではないところにこの不明瞭さの根源はある。

#### 主権をめぐる諸問題



主権概念

**主権**と言う概念はそれ自体は古くから用いられる概念である。憲法のドグマ以前から、とりわけフランスにおいて使われてきた概念であり、たとえばドイツにおいても取り込まれて憲法上の概念として用いられるようになった。

その際に主権と言う概念は権力と言う属性それ自体の問題なのだが、あるものの属性を示すための概念であると同時に、属性を有するものそのものすら表す概念であることに気を付けよう。このことがけっこ

う議論をややこしくしていて、国民主権と言うときに、属性と言うよりは、属性を有する何者かという意味が強くなるのはこのせい。

ただ、少なくともドイツの憲法学の歴史などを見ていくと、むしろ主権は属性を示す概念として**最高性、独立性、絶対性、始原性**だとかを表す概念として用いられる。そのことをまず頭において、以下の議論を見ていくことにしよう。さて、重要なのは以下の二点である。

#### 問題①主権の類似品

主権に類似の概念が憲法解釈学では用いられる。

一般に日本では用いられることは少ないが、**国権**と言う概念、**統治権**と言う概念があげられる。

ではこの**国権**や**統治権**は、どこで**主権**と異なるのだろうか。

#### 問題②主権の帰属の問題

主権と言うのは、主権は誰なのかという問いにつき「国民」にあるか「人民」にあるかの対立がある。

明治憲法まで行けば「君主」に主権があるという考え方も生まれたが、主権の帰属の問題がある。

同時にこれとは別のレベルで、**国家主権**という言葉との兼ね合いも問題になる。

今の安倍内閣はしばしば「主権」というが、これはほとんどの場合国民主権や人民主権と言うことではなく、「国家」であろう。そうすると**国家主権**と言う概念と、**国民あるいは君主主権**などというときの**主権概念は、どのようなところで違っているのだろうか。**

関連する問題として、**国家法人説**と言う考え方がある。

しばしば主権の所在を廻る問題を曖昧にするため(主権は国民でもなく、君主でもないところの国家にあるということにして、ごまかす)に唱えられた学説だと言われるが、そういう説明が与えられる限り、国家法人説は国家に主権があるという意味では「国家主権説」と言い換えられるだろう。そうすると、今日しばしばいわれるところの、安倍首相が言うような意味での国家主権とどのような関わりがあるのだろうか。

これらについて考えることが、国民主権がどのような概念なのか、どのような文脈の言葉なのかという問いの答えを考える際の一助になるだろう。

## 国権と統治権

①の問題から言うと、国権あるいは統治権という言葉は、今日でも用いられる（とくに国権）。

例えば、現行憲法では、「国権の最高機関（41 条）」「国権の発動としての戦争（9 条）」などとあるし、明治憲法でも「天皇は統治権を総攬す（4 条）」と書いてある。ここではまず、国権と統治権と言う言葉を区別するかどうかの問題が、とくに明治の学説史で重大な問題になった。

さて、統治権は、規定のように**総攬**するものである。

総攬という言葉はそんなに古くから用いられているわけではなく、明治憲法制定時にドイツ語をそのまま日本語に翻訳したものではないかと思われる。いずれにしてもドイツには対応する言葉があるし、ワイマール憲法の規定を踏襲していると美濃部も指摘している。そこから「複数の何かしらのものを手中に収める」、と対応関係を利用して意味をわりだすことができる。これを憲法上で捉えれば、1818 年 **バイエルン憲法**にあるような、Alle Rechte der Staatsgewalt（**国権の諸権利**）を、自己自身において一つにまとめると言うのが、「統治権を総攬」の意味するところである。天皇が一つの物として、立法権であれ、司法権であれ、諸権利を自身において一手に収めているということになる。

すると、**統治権とは国権に対し「複数形」たるべきものである**。

それに対して、**国権**（Staatsgewalt: シュターツゲバルト）は人格に置いて最も重要な「**意志力**」（法人含め「人格」が持つ法的な意思表示の力。そこからドグマが建てられる）に対応する概念である。

あらゆる国家活動の源泉たる国家意思の決定力たるものとして、国権は存在するのである。すなわち、ある人格につき意思は一つである以上、国権と統治権はその性質を異にすることが分かる。

## 国権と主権

しかし、統治権は国家組織、活動のなかで多少なりばらされたものとしてとらえるにしても、その源泉たる意思活動に関わる**国権と、「主権」は、概念としてどこが違うのか**という問題が出てくる。国権自体がほとんどの場合最高独立という性質をもった gewalt（権利）であり、それを誰が担うのか（誰が träger か）によって、それが国民であれば国民主権、君主であれば君主主権になるのであるし。

※ただ、これも歴史的に制約された言葉で、träger 自体が国家法人説のなかで生まれた概念ではある。国権が国家にある、その国家にある gewalt（権利）を誰が保持するのかという問いにつきの言葉だし。

※実はここで一つ面白いのは、アメリカ GHQ が日本に憲法草案を提示してそれを受け入れた際に、その草案の最初のバージョンでは「**国権（state power）**」という言葉は使われていなかったことである。その代り、state authority（国家の**権威**）という言葉が使われていた。それが最終的に state power（国家の**権力**）にかえられている。そのことを指摘した議論自体がないのだが、なぜかなと考えるに、たぶんこれは誰かが GHQ に入れ知恵をしたのだらうということである。

できたばかりの草案に意見を出す作業をする際、アメリカにいたドイツ憲法学者に意見を求めて手を加えたもらった可能性が一つ、そして日本人の憲法学者に意見を聞いた際に対応する言葉が従来のなかったから、ドイツの憲法学で対応する Staatsgewalt（国権）を持ち出したのではないかという可能性が推測されるとのことである。

state authority という**正当性**に重きを置いた言葉と、state power という**権力性**の重きを置いた言葉のニュアンスの違いはアメリカ側においてはあまり区別されることはなく、「国権」は正当性も権力性も含む概念として使われていたのだが、実はまさにこの区別こそ、芦部先生の教科書にはしばしば出てくる「**正当化契機**」と「**権力的契機**」との区別に他ならない。彼の教科書はまさにこの分類をうまく使い分ける形で、体系だてられているわけだが、このような言葉の使い方一つとっても、しばしば議論の前提とされるような重要な思想、物の考え方につながるの面白い。

問題は戻るが、このように **Staatsgewalt（国権）は意志力に対応する概念であるから、まさに憲法においては重要な概念である**ということである。すなわち、それ自体ドグマとしての憲法解釈論を組み立てる作業と同時的に成立し使われるようになった、憲法解釈学に**内在的な概念**なのである。

※つまり、かつてギリシア時代などではあくまで「実践的」な学問として、より良い政治の在り方などを議論していた「政治」としての憲法学を、いざドグマとして「憲法学」に論理体系として組み立てようとしたときに、既存の法律論（民法など）の「意思」による法律行為論を憲法学に取り込もうとして出てきたものが「国権」なのである。

それに対して、憲法学とはもともと別だてで議論されてきたのが「主権」（もともとフランス由来）なのだから、この概念を、憲法のドグマにポンと持ち込むのにはなかなかやりにくい問題がある。

というかそもそも最高性とか独立性とか、始原性とかの性質は意志力たる Staatsgewalt（国権）自体が持っているように思える。主権性は最高性、独立性、始原性と言った性質をドイツ法学ではあらわしたと言うのは確認した通りだから、その限りでは主権には特に出番はないように思える。

しかし主権は、その Staatsgewalt（国権）に「付随する」、そして「**不可欠な**」要素として、**形容的な存在**としてだが確かに機能しているのである。

すなわち、Staatsgewalt（国権）は意志力であるのだから、「最高性、独立性、始原性」を持つことが、確かにほとんどである。だが、例えばドイツのラントには、各ラントに留保された限りでの意志力すなわち Staatsgewalt（国権）が存在するが、かといってそれは最高性、独立性を有するわけではない。性質としての主権を有する国権が、その限りにおいて、存在としても主権たりうるのである。

すなわち、**主権は意志力とは全く別の、最高性、独立性といった「性質」であり、国権は最高性、独立性とは本来別の「意思力」なのである**。そしてこのことを紛らわしくしていたのが、主権が「性質」だけでなく「あらわされるもの自体」も示す概念であること（つまり、主権性を持った国権を「主権」と呼称できてしまうのである。これ以降の講義でも、ここでの議論のレベルで厳密に区分する必要性が無い限り、「主権」とくることが多い）、そして意思力と、最高性や独立性などが根本的に親和的で結びつきやすいことであった。

「主権は**最高又は独立の意**に用いられる。これ主権という語の本来の意義であって、その語の沿革より謂うも主権は Sovereignty の訳語であって Sovereignty とは本来他の如何なる権力によっても支配せられないことを意味する。主権と対外主権と対内主権に区別するは、この意味においてするものであって、対外主権とは国家の意思力（国権）が外に向って独立なることを意味し、対内主権とは国家の意思力（国権）が内に向かって最高なることを意味する。この意味において**主権は国家の意思力（国権）そのものでもなく、国家の権利でもなく国家の意思力に属する性質（本質的属性）である**」（美濃部達吉『憲法撮要』）

美濃部さんの説明がとても分かりやすい。

#### 国権・統治権・主権のまとめ

すなわち、**国権**たる意思力は、本質的に「**主権性**」を必要とするし、意思の最高性としてこの性質は当然に備わっていることが多いが、これらは根本では別物である。そしてそういう主権的な国家権力が分化されて、国家組織を構成するなかで、言い換えれば、**Staatsgewalt（国権）たる意志力が切り売りされるなかで、ばらされたそれらをもう一度手に収める対象物としてとらえ直す時、明治憲法4条の「統治権」というものが出てくる**のであろう。

だからまさに統治権は、単一のものではなく、**複数形**のものと言ったのである。立法権も裁判権も、統治権。そういうものとして統治権は用いられ、国権とは区別される。

国権と統治権の区別は必ずしも明確ではなかったと言うのは（ドイツでも日本の憲法学でもそうであった）ドイツの国権だとか主権だとかが出てきた「当時」の支配的憲法学の構造が、十分に理解されていなかったこと、そのせいで今日でもあまり理解がなされていないこと、それが影響していたのである。

こういう概念の歴史の整理をすると、**主権と、国権、統治権はそれぞれ、歴史的には区別されて用いられてきた**ことが理解できる。ただ同時に注意しないといけないのは、ゲルバー、ラーバント流の憲法解釈学のうえで、それぞれの概念が存在し、それぞれの概念についてこの意味が与えられるということであって、今日の日本の憲法学でもその概念をそのまま受け入れないといけないというわけではない。

とくにこれは、**国民主権**という日本のスタイルのもとではなかなか無理難題である。君主権力が強固なものとして現にある権力配置ならば、Staatsgewalt（国権）は実体的に理解することができるし、そういったものに対峙する者として国民をとらえ、その両者の間での**約束事**として、「憲法」をとらえることができるであろう。

しかし今の日本では、国民自体が国家権力を組織する「**国民の二重性**」とでもいうべきような状態が生まれている。国民が国民を支配する、そういう建前のなかで憲法というものを一方的な命令としてとらえるだけでは、説明不能な個所が出てくる。

いずれにしても、**歴史上の文脈、権力配置の変化のなかで、伝統的な憲法概念はそのまま受け継がれるというだけでは無理が生じてくる**というのは理解しておこう。強固な国家権力は今や存在せず、不断に更新されるプロセスの中にしか国家権力はない。そんななかで国民と権力は関わると言う、「プロセス」的な性格が、日本国憲法の問題を考えるには非常に重要である。

## 国家主権と国民主権

さてここからは、問題②のほうについて考えていくことにしよう。

上に述べたことは、まず国家主権と国民主権と言う概念の使い方にも見てとることができる。つまり、世界を構成する国々が**君主国家**によって形成されていた時代、そういう状況に置いては、君主の**国内的**な側面と**国外的**な側面とを分けて考えるということで、主権という概念を使い分けつつも整合的に理解することができた。国内において国民を統治する君主が、国際関係においてもこれを処理するのだから、概念としては分かりやすい。君主らは互いに対等な位置につくのが国家主権の原則となる。

今日において、権力配置の構造が崩れると、国際レベルの主権と国内レベルの主権の所在は、そう簡単には接合しなくなってくる。そういうなかで国民によって構成された政治的共同体が国際レベルで主権的な地位を占め、国内においては国民自身が最高権力を持つことになる。ここでは、**帰属主体がいわば分化してしまう**のである。かつては分化していなかったものが分化することになり、やや概念の問題として混乱が招かれつつあったわけである。

## 君主主権と国民主権の諸問題

もう一つ主権の帰属の問題として面白いのは、**君主主権**と**国民主権**の関係である。

君主主権と国民主権はしばしば**二者択一**の問いとしてとらえられる。主権は君主か国民かのどちらかにあるはずだと考えられるのである。

こういうものの考え方が非常によく示されるのが、明治憲法から日本国憲法への移行期である。

御承知のように、日本国憲法は「**革命**」によって成立したと考えられる。これは血を流したという意味でなく、法的な革命としての「**八月革命**」である。これは宮沢先生が提唱した概念である。で、この考え方は我が国の憲法学説では多くの人々によって（例えば芦部さん、清宮さん）支持されている。まあ圧倒的に有力説である。ここでは、革命が起きたとして、天皇から国民へと主権が当然に移る議論がなされている。

しかしながら、ここには大いに問題がある。

※当時、日本国憲法が制定されるときには、どういうふう新しい憲法を制定するのか、手続きをどうするべきかは、かなり議論されたところである。特に宮沢先生と美濃部先生との間には大きな対立があった。そしてこれは二人の憲法学へのアプローチの仕方の対立と緊密に結びつく。

宮沢先生も美濃部先生も、敗戦直後は憲法を必ずしも改正する必要はないと言っていたのだが、マッカーサーが近衛文麿などに改正を指示し、政府内でも松本譲二などが動き始める中で、これはどうも急いでやらねばならん…と考えるようになった。

で、このような状況のもとでどうやって草案を作り、どうやって新しい手続きを制定するかが問題になるのだが、美濃部さんはまず「憲法制定国民会議」をひらくため、専門家を集めて議論しないといけないと思った。そしてその後の手続きはそこから考えようとした。対して宮沢さんは「もはや憲法制定権力の所在がかわってしまった」のだから、「どう変えるか」などは問題でなく、「もう変わった」ことを確認しないといけないという考え方をしていたのだった。

ここには、まさにさきの **state authority** と **state power** の対立があった。美濃部さんは、国民の「power」を認める議論をすべきで、どこまで認めるか話し合おうという考え方。対して宮沢さんは「authority」として正当性をいかに付与するのかを考えるべきで、power 自体は革命によって変化しているのだとしたのである。すなわち彼によってみれば、power の所在を決めるような憲法制定国民会議なんていらないよ、ということになるわけである。宮沢にとってそこにあるのはかつての明治憲法ではなく、基礎をなす憲法規定はすべて失効してしまったうえで、国民主権がとって変わった明治憲法ダブルツインマークⅡセカンドである。新たな原理と衝突しない限りでかつての規定が生き残っているにすぎず、旧来の根幹は否定され死んでいて、主権の所在とは関わらない、根幹とは関わらない規定が明示憲法の名の下で妥当しているのだというのである。



ボボボーボ・ボーボボ  
WT マークⅡセカンド(参考)

とすれば、**宮沢によっては今の憲法はもう、国民主権を基礎をおくもの**

**なっている**のである。だとすれば、変化した明治憲法に従って憲法を改正すればいいというだけであって、そこで憲法的な革命は終了している。ポツダム宣言のタイミングがすなわち革命のタイミングであって、それ以降の憲法改正は革命ではない。美濃部さんの理論では、一方で改正のとき国民の賛意をえることによって、革命が起きることになり、それまでは「かつての」明治憲法に縛られる。

## 八月革命の前提

宮沢先生によれば、法的な革命があると言うが、八月革命説は、宮沢先生のとらえたところでは、それ自体成り立ちうるのかが問題になるのだが、無理。彼はいくつかの「前提」をおいて議論している。

前提①ポツダム宣言の受諾が、**主権者の変更**という内容を含んでいること

**主権者を変更すると言う内容をポツダム宣言受諾が含まないなら、革命は起きえない。**主権者がこのポツダム宣言のタイミングで変わっていると理解するから、この議論はなりたつ。

前提②天皇が放棄した主権は、そのまま**国民へと帰属**すること

天皇はポツダム宣言を受諾した。そこで天皇主権という地位を降りたことを宣言したとは言えるが、そのことから主権が国民に移行したのかは直接には言えない。**主権が直ちに国民に移行するところまで、天皇の宣言は含むのかと言う問題がある**わけだが、宮沢さんは含むと言うことを前提にしている。

前提③国際文書たるポツダム宣言は、直ちに**国内効力**を発生させる

ポツダム宣言は、国際的な文章であるから、国際的な文章に同意署名した、と言うのは条約類似の制約性を持つことになる。その時に問題になるのは、国際法的効力と国内法的効力との関係である。**国際法上の文書に署名し合意したときに、これがただちに国内法上効力を持つかには争いがある。**

たしかに直接に効力を持つ**優位説（一元説）**（抵触する規定は廃絶される）もあるが、他方でそうではないとして、直ちに国内法的な効力を持たず、その法を「実施する責務」を負うことになるという説（**二元説**）もある。この考え方ではただちに効力が発生するとは限らない。これはしばしば物権的効力が債権的効力かという論点として話されるが（物権的というのは優位説、債権説は二元説と言うことになる）、宮沢さんは優位説に立つと言うことになる。

※③につき、もう一つ論点を加えるなら、ここでは**通常国際法で「国際条約の国内的効力」とかで説明を受ける際の問題とはレベルの違う議論**をしている。国際法で言っている国内法的効力の問題は、日本国憲法のもとで条約上動員した内容は、日本国憲法のもとでの国内法として影響を及ぼす影響を持っているか、ということで、**日本国憲法を前提にして、その国際主義的性格を議論している**、日本国憲法の解釈論。ところが、八月革命説の問題は、日本国憲法が成り立つか、と言う次元、**憲法「それ自体」の効力**を議論しているのである。言ってみれば憲法解釈論とは全く別次元の、憲法採用論。よってここでの結論は、憲法解釈論としての国際的効力や国内的効力の議論から引き出される答えとは、違うのである。明治憲法であれ日本国憲法であれ、当該憲法の解釈として一元論、二元論を問う訳ではない。

いずれにせよ、**宮沢先生は非常に厄介な要素を含んだ前提のもとで、八月革命説というものを捉えていた**のであることは、理解しておかなくてはならない。宮沢先生はこの議論を受け入れるに当たり、細かな配慮はある程度までしていたのだが、後続する学説はこのようなめんどくさい点をほぼスルーして議論を進める。

## 君主主権を基礎とする国民主権

以上、国民主権を当然にポツダム宣言から受け入れることにつき問題点を概観したが、さしあたって最も深刻に立ちはだかるのは、「天皇が自ら主権者でないと宣言したことから、ただちに国民主権が引き出されるのか」という②の問題である。これは言い換えれば、君主主権の補集合として単純に国民主権を捉えることができるのか、ということに他ならない。

国内的効力などの問題を、いったん棚上げにして認めたとしても国民主権はそのまま引き出せるものなのか。これは単に「君主か国民か」で割り切れないとかいう意味ではなく、それ以上の問題を含む。

つまるところ、天皇が主権を放棄すればそのまま国民主権になるという命題を認めると言うことは、「**日本国憲法のもとでの国民主権は、結局天皇が、しかも専断に決めたもの**」ということにつながりかねないのである。少なくとも国民はこれに際し血を流したとかいう訳ではないし、天皇が「やーめた」と言って主権を放棄したというだけなのだから、革命と言うにはあまりにただの施しである。論理的には**君主主権だからこそその国民主権**と言う話になってしまう。

ここにはそもそも、このように**複雑な理解上の問題が生じうる歴史の経過の中で、もはや主権の所在を正確に割り切ろうとすることにどのような意味があるのか**、という問題も隠れているように思える。

これはどういう場合に真に国民主権であるのか考える意味自体を疑ってかかるような論だけれど、決して日本だけの問題ではない。たとえば日本と違って「血を流した革命」を経たアメリカでも、合衆国憲法制定に際して、そのときは国民に女性や黒人は含まれていなかった。ではこのとき、国民主権における国民とはなんなのだろうか。このように、国民主権の概念を憲法上どう規定するか、どう主権を帰属させていくのかは、かなり難しい問題を含むと言ってよい。

## 国民主権と人民主権

で、この帰属の問題の難しさは、日本での広い意味での国民主権を前提として、**人民主権**と区別が生じる時に再び現れてくる。広い意味での国民主権については、**正当化の契機に重きを置く（狭い意味での）国民主権、権力性の契機に重きをおく人民主権の区別**が生れるのはご承知の通りのはず。実はこの問題の立場の取り方次第で、また主権の帰属の在り様は変わってくる。

※訳す時に power と authority のどちらの意味も取り込んだ、というのは前述した。そういう意味で「広い意味での」国民主権としている。

※だが、概念的に区別がなされるのかと言う問いにつき考える際に、冷静になると全面的に、その「片方」の契機しか持ちえない状況は事実上想定しえない。観念の世界ですら疑問である。ましてこれを制度的に区別することはとても難しい。

この問題については古くから話されたところであり、学説上は宮沢先生と清宮先生との間で議論がなされ、その後も樋口先生などが議論を交わしたところである。

宮沢先生の場合は、「八月革命」についての美濃部との対立でも確認したととおり、**そもそも権力の所在は国民へと動いているのを当たり前だとしている**から、もっぱら憲法の「**たてまえ**」を重視する。それゆえ彼は**正当化の契機**に重点をおくことになり、たてまえそのものを突き崩すような状況でない限り、権力性の契機はあまり問題にしなかった。だから彼は「権力の所在」の議論についてあまり興味がなく、「天皇の権能」の限定についてほとんど関心を向けないのだった。自身でも言っているが「たてまえ」が大事で、実際に天皇が何をするかは重要ではないのである。

国民主権の建前を壊しかねないようなとき以外は問題は「正当化の契機」であり、主権者は誰？と言う問いに対しても彼は「**jedermann** イエーダーマン（誰でも）」として、主権者の一人として**天皇**も含む。

※読み方はたぶんこれであっていると思うのだが、何せグーグル先生に聞いても「助けて！チョッパーマン」では？みたいなこと聞いてくるだけで役に立たないのでよくわからなかった。チョッパーマンは右図。



対して清宮先生は、これは美濃部さんに近い立場に思われるが、「**憲法上いかなる権限を誰が有するのか**」が**大事なので**あって、建前でなく**権力性の契機**が大事だと言われるわけである。権力性の契機を重視する時、権力の所在がはっきりと入れ替わったことが示されなくてはならないのだから、天皇から新たな主権者（国民である）に明確に権力が移らなくてはならない。つまり、ここでは新たな主権者、有「**権**」者たる国民には、天皇は含まれないことになるのである。

このように国民主権の概念と言うのは、非常に簡単な概念に思えながら、そして教科書でもさらっと説明されるわけだが、今述べたところからも（曖昧なところは残したが）、歴史的な概念であり、さらに憲法学の組み立てそれ自体に関わる概念である。

## 主権と言う問題の重大性

その上で実際上の問題は別として、そこで生じてくる色々な見解の対立は、実定法上の法解釈の対立にもつながることに注意しなくてはならない。「主権」の属する範囲の問題に関して、現在天皇が選挙権を持たないことは、（今日では疑問ははさまれないが）これが本来の憲法の予定したところなのかという話になるよね。

憲法改正の限界論に関しても、日本国憲法制定についての対応が、**宮沢俊義**と**尾高朝雄**の論争（**宮沢・尾高論争**）ではもろに主権とその所在の在り様が火種となっている。

まあ大急ぎで説明すれば、前述した通りに「八月革命」で1から0、天皇はその地位を180度変えることになったのを受け入れがたい尾高が、「主権はノモスにある」と反発したんだよね。

※ノモスは「時代によって形を変えつつもあらゆる時代を通じて確認される『**人間共同生活の根本の正しいあり方**』」であり、「具体的には『平均的正義』や『配分的正義』によって内容を規定される『平等』であり、『平等の福祉』である」（「」内は杉原泰雄『国民主権と国民代表制』）とされる。なんのこっちゃというかもしれないが、結局は「人」を超えたところに主権の所在を観念することによって、国民も天皇も「支配」的な主権者ではありえないとしたのである。こうして「統治権や最終決定権としての主権概念が天皇から国民へがらっと移ったんじゃないよ、だってもともとそういうのは人を超えたノモスに属するからね！」という感じに、**天皇主権の否定によってもたらされる天皇制への打撃を和らげようとしていた**のである。

それに対して主権者は「人だ」として、観念に主権の所在を求めるのは適当ではないと宮沢が反論する。誰が主権を持つのかは、具体的な人間が答えに含まれた議論でなくてはならないとする。それにもっといえば「もしノモスがあるとしても、その**ノモスを決めるのは誰かが問題**でしょ？」ということなんだよね。まあすごく適当に見たけれど、こういう問題は、憲法制定権力のときの問題とも似通う。現実としての力関係を見る**シュミットの理解**からは、「いや革命しちゃったよ」という宮沢さんの理解につながるし、尾高は一方で「天皇制の否定は、国民感情からして忍びない」という思想的（日本にとっては**自然法的**ともいえる）出発点から入ってしまったんだよね。憲法制定のときも、シュミットの理解と自然法的な理解があったよね。これと一緒にある。

※宮沢さんについては、前述したとおりスタートはこうだったとはいえ、のちに自然法論に向かう。

## まとめ

少し話がそれたが、いずれにせよ国民主権の概念に対して答えるのは非常に難しく、かつ重大な問いを含んでいるのである。学説史、学説上、なかなか複雑な問いを含み、簡単に答えが出せる者でないし。答えが出たとしたら、まず**それがどのような前提なのか、どのような議論の文脈でなりたつものなのか、こそが問題**なのである。

それぞれの論者についてそれをまず検討して、一定の答えを出さなくてはならない。ただそこまで議論もせずに、学説史的な前提に立ち返らず表面に逃げる議論が今日の学説になっているように思えるとのこと。主権は本来は**学説史的**な説明を踏まえて議論しなくてはならないのだが、学説史と言ってももう分かるように、ただ学説史の中の概念として理解するのではなく、**学説を組み立てる最も主要な概念であるから、それをどのように理解していくのか、主権をどう定義したうえでドグマとしてどこに位置づけていくかまで含めて理解していかないといけない**のである。でなければ生半可に終わるし、なんとなく理解できたようで理解できていない状態になってしまう。

たかだか数時間で説明はできないのだが、しかしそれでも説明しないといけないのであーでもないこーでもないという話をしたのだ。混乱したかもしれないけど、それでも意味がないわけではないので（自明の概念だと思っていた、一義的だと思っていた概念がぶっこわれたなら）いいでしょう。まあ表面をなぞるような憲法学の問題点を、端的に指摘する分野であった、とまとめることができるだろう。ということで、主権概念は分類し簡単なものとして整理するのが非常にむずかしい。ただ分類すると言うことではまず、学説史全体を見通す作業になってしまうからである。そこでは国民代表が、あるいは議会制が、どのような意味を持っているのか等も「含まれて」しまうのである。

## 5-2 国民代表①

もう一つ重要なのは**代表**の問題である。

さて、国民代表の概念は、それが単にイデオロギーとしてつかわれているうちは、ただの言葉の問題、頭の整理の側面が強くさしあたった問題ないのだが、逆に言えばイデオロギーから逃れえない部分としての現実、「国民代表とはいっても、実際に国民を代表しているのかということとそうでもない」という事態に際しては、**代表が代表としての実質をそなえるためにはどのような制度的装置をとるか**、という重要な問題に関わってくる。

制度的装置はたくさんあるが、例えばまあ大事なものは「選挙」である。その選挙は適切に効果を果たしているのか、果たすためにはどうあるべきなのか。こういったことが、現実の代表を見据えたうえでは重要な問題として浮上してくることになる。

そして、後述するが根本的な前提として、現代の選挙制度をはじめ各種の統治枠組みが、イデオロギーではごまかしきれない破綻（それは例えば、選挙制度が「**一票の格差**」をごまかしきれなくなっている点にあらわれる）に向かいつつある中で、単に思考をこねるだけではない、新しい立場が求められつつある。

## 代表論の二つの系譜

前置きはこのくらいにして、代表とは何か？という問題は古くから議論のあるところである。むしろ、憲法学上もっとも争いのある概念であったともいえる。

これについてはそもそもの説明概念のレベルですら、論者の意見は必ずしも一致していない。ということで、概念の分類学が必要になる。ただまあ、分類ができるという点では、前述した「分類すらできない」主権概念のややこしさとは、また毛色が少し違うともいえるが。

その際、日本では代表概念の分類学にはさしあたり以下の二つの系列があるので、述べておく。

#### A 純粹代表・半代表、半直接制・人民代表に分類する

#### B 法的代表、政治的代表、社会的代表に分類する

歴史的には②のほうがより古典的な概念のとらえ方なのだが、便宜上①から説明する。

#### A のやりかた

A は一橋大の**杉原康雄**先生によって提唱された概念であって、杉原先生と少し対立していた樋口先生の代表概念も、大まかな枠組みはこの分類と共通する。ここでは、ごく簡単にだがその分類を紹介しておく。

彼は、代表が国民からどれだけ独立であるか、独立性が高いものから順に「**純粹代表**」「**半代表**」「**半直接制**」「**人民代表**」（若干、著作によって取り上げる制度に違いがあるが）という代表制の分類を行い、その差異を「**自由委任**」「**免責特権**」「**選挙制度**」「**直接民主制**への態度」「**違憲審査**」、といった要素への態度の差に見出した。文章で言ってもなんのこっちゃなので、以下に図示する。

	純粹代表	半代表	半直接制	人民代表	
自由委任	◎	◎	◎	×（強制委任）	
免責特権	◎	◎	◎	×（罷免権）※ 1	
選挙制度	制限選挙※ 2	直接普通選挙	直接普通制度	直接普通選挙	
直接民主的制度	×	×※ 3	例外的に導入※ 4	◎	
違憲審査	×	×	認める	認める※ 5	
代表の独立性	高				低

※ 1 人民は強制的に代表不適格な人物を解任することができる。

※ 2 多選禁止条項がおかれる。これは、純粹代表は真に国民のために行為する人物を、そういった人物を選べる人間が選挙しなくては選出できないことによる。

※ 3 直接選挙が導入されている時点で、直接民主的要素が加味されていることは注意しておこう。

※ 4 憲法改正作業の際の国民投票など。

※ 5 ただし、議会でなく国民による審査である。

このように表にされうる時点で、この議論が非常に分類学的だと言うことが分かる。

ここから分かるように、彼の分類を使うと**国民代表とのかかわりの中で主要な国家の制度を概観**することができ、国家がどのような態度を取っているのかと言う観点からある憲法がとる制度を分類していくことが可能になる。

ただし、杉原先生の特徴は、ほとんどすべての統治制度を代表との関わりで見ただけでなく、**歴史の発展法則**を信じる中で、憲法解釈も歴史の発展法則に適合する形で行われるべきだとしたことにある。

もちろんその進歩の方向は上の図では左から右へである。すなわち日本国憲法は現在は「**半直接制**」の段階だが（これは日本の選挙制度や違憲審査制を思い返せば分かるはず）、**人民代表的な観点から解釈し直すべきだとする**のである。議員の罷免や強制委任を認め、人民発案などを認めるように憲法を解釈するのが望ましいということになる。杉原先生の俗にいう「憲法神学」はここからくる。

#### 余談：立場を斟酌すること

同じ枠組みを共有する樋口先生だが、先に述べたように多少異なる理解をしていた。ここではあまり詳しくは言わないが、例えば位置づけにおいても、半直接性や人民代表などは使っていないし、もうちょっと複雑なやりかたでの分類をしている。

この対立は結構いろんな細かいところに波及していておもしろいのだが、なぜこんなことを述べたのかって、代表概念は一方の系列だけ見ても、様々な対立があることを言っておきたかったからである。

代表と一口に言うときにも（もっと言えば同じ分類枠組みの中ですら）、**一体その「代表」概念はどんな立場で、何ををもってそう言っているのかははっきりさせないといけない**のである。これは立憲主義なんて概念を使うときにもそうだね。立場を斟酌することを忘れてはならないのである。

※右の学者も左の学者が 96 条改正反対で意見が一致した！**立憲主義**護持だ！と今言っているけど、注意すべきは学問的には立憲主義の概念も（主権やら代表やらと同じで）多様な意味を持っていることだね。美濃部の立憲主義は**責任主義の原則**、**議会政治の原則**を表した。すくなくともそうすれば、このたびの 96 条改正は、その原則は保つものだから立憲主義を負い崩すものにはならない。しかし芦部先生のように

「**多数決的民主主義**ではない」、という文脈で出てくるような「立憲主義」は今度の 96 条の改正への批判に、なりうる。**立憲主義**と言う何か共通の考え方があり、それに矛盾するのだ！というような「**1 + 1 = 2**」という客観的な議論ではないのである。

問題になるのは個々の立場であり、各人がとる立場を丁寧に設定したうえで、政治的漂白が行われている。憲法上の概念にはその種の概念がとても多いのである。学問的な「解釈すべき」という見解を表出しているものであり、「見解」に根拠を置く主張がなされているのだ。

これから憲法改正の問題などいろいろな憲法上の問題があるだろうが、少なくとも憲法を学んだ者としてそれらに関する言説に向かうときに、この基本前提を自覚しておく必要がある。

とにかく、いろんな概念を整理してものを考えないと、何かちょっとした、聞きかじった概念が一見正しく見えただけで信じてしまいがち。そんなのでは憲法を勉強したということにはならないだろう。

## B の系列

**法的代表・政治的代表・社会学的代表**と言う分類は、上の「概念」としての問題ももちろんのこと、しばしば非常に誤解を招きやすい。まずは大前提として、この 3 つの概念はそれぞれどういうものを説明する。

### ① 法的代表

「代表」とは、国民の意思表示に際する法的な意味での代表だとする見方。すなわち、国民は意思能力をもたず、その点で代表が必要なのだが、それが国会という法的な力を持つ代表であり、国会を通じて表明する人々の意思が法的なものとしてみなされるという趣旨になる。

### ② 政治的代表

「代表」は法的効力の観点で述べられるのではなく、国民が代表機関を通じ行動し、代表が国民意思を反映するとみなされるという政治的な意味で解釈すべきとする見方。ここでは議員は選挙母体の代表ではなく、(全)国民の代表であるから、自己の信念に基づき発言し、選挙母体の訓令には従うべきでない。ここからは票決の自由すなわち**命令委任の拒否**が導かれる。

### ③ 社会的代表

「代表」とは政治的にそうであるかどうかよりも、**事実として民意を忠実に反映することだ**と言う社会学的な観点からの見方である。具体的には選挙制度が社会の多様な意思を反映することが要請される。

以上の説明は基本的に芦部先生の議論の依拠し、一見大変分かりやすいが、立ち入って見ると少しばかりもやっとなところがある。

この系列の概念は第一の概念の系列と対比して、よく「政治的代表」を「純粹代表」に、「社会学的代表」を「半代表」に、「法的代表」を「人民代表」に対応させて説明される。確かに、さきほどの分類表の自由委任の可否と照らし合わせれば、たとえば「法的代表は法的委任のようにも見えるし、法的委任は強制委任だから、人民代表に対応するっぽいな～」なんて思える。

だが冷静になって考えてみると、似ているようでまったく似ていないところがある。後述するが実際には法的代表は法的委任ではかならずしもないし、政治的代表は制限選挙を要請するわけでもない。単純な振り分けには疑問が残るのだ。というか、もしぴったり対応するならそもそも名称が違うだけの問題であって、わざわざ別に系列だてていく意味がない気がする。

ただまあ、このような説明だけでは何かなんだかわからないだろうから、上にあげた概念を理解するため、これらがわが国で用いられた前提を考える必要がある。

## ① 法的代表

法的代表の概念は、明治憲法下で美濃部達吉によって説明され、当時支配的な考え方になった。ここで留意しておくべきは、**法的代表は、あくまで法的委任の一種としてとらえられたわけではない**ということである。

**法的委任**としての例をあげるなら、たとえばヨーロッパの封建議会の議員は、選挙区が選出しそれを派遣したわけだから、貴族や都市といったものが権能を強制的に委任し、いつでもこの議員が解任されることがありえた。まさにこれこそ**命令委任**もしくは**強制委任**である。

だが、法的代表説はこのような委任の一種として代表を理解したわけではない。委託をうけ訓令のもとで決定権を代理行使するという意味では、まったくないのである。美濃部にとっては「代表」は**選挙民の代表**ではなく、**全国民の代表**として捉えられていた。すなわち**法的代表説は法的委任と違い、かならずしも自由委任を排斥する主旨ではない**のである。それでは法的代表説の本質的特色はどこか。この点を明らかにするには、明治憲法下における議会の役割・地位を考えなくてはならない。

明治憲法5条には、天皇は帝国議会の協賛をもって立法を行うと書いてある。この規定は**君主権力**と**議会権力**との折衷案と言われているが、その制定の際にお手本とされたのが（出発点）が、ドイツの法実証主義的な憲法学で、これは法律の内容と形式とが区別される（それぞれ別の主体に作られうる）学問であった。すなわち、議会は法律の内容を与えるが、それに対して国王が裁可により形式を与えることで法律が作られるのだ。そして立法過程のうちで**法的**に意味を持つ唯一の部分は、形式の部分、国王の裁可であると説かれることになる。明治憲法においては立法権の主体は天皇で、協賛するのが議会と言う位置づけであったから、それがそのままあてはめられる。立法権の主体は君主たる天皇にして、**帝国議会はそれに内容を与える形で協賛するが、議会の決定は、いわば意見の表明にすぎず、それだけでは法的効力をもたない**のである。こういう議論をした代表的な論者は**穂積八束**になる。

では、このとき議会の役割は何か。穂積はそれを「国民をして法律形成に参加せしめる」こととする。つまり、天皇が公論に問うことを可能にするところに議会の目的があるのであって、その際には、**議会と国民との間に法的関係は存在しない**のである。立法権は、すべて天皇のもとにあるのだから当然である。

この論点では、議会に国民の意思が反映されることを法的に認めるかどうかが問題になっていたのだった。議会は国民社会の実相を縮写表出する、国政に反映させると言う要請に基づくし、それは穂積も認めるところだが、議会と天皇を「内容」を作作者と「形式」を作るものに区分し、後者に立法権を全面的に帰属させ二者の間の法的な関係を否定することによって、議会の果たす役割を法的には認めず**事実的**なレベルにとどめようとしたのだ。

これに対して美濃部は、国民と議会の関係をまさに**法的**なものと構成することによって、その果たす役割をも法的なレベルに上げようとしたのである。ここに、**法的代表**と言う考え方の意義がある。このように、美濃部の学説は、穂積への批判の文脈ででてきたものなのである。

そしてこの意味は、国民の意思を国政に反映させるかどうか、というところにあったのではなく（これは穂積八束も認めたところである）、まさにそのようなことを前提にしたうえで、「**国民と代表との関係を法的なものとして構成するかどうか：議会の行動が、法的なものとして認められうるかどうか**」という点にあった。穂積はその点を否定して天皇の裁可を法的なものとしたが、美濃部は議会・代表の行動を法的なレベルに高めたのである。

### ①法的代表の注意点

この議論の注意点は、「代表」の選ばれ方、具体的には**選挙と代表の関係は気にしていない**ことである。

我々にとっては代表と言うモノは選挙によって選ばれるもので、選挙なければ代表なしである。だが美濃部はそれを認めない。法的代表とかれが言う所の代表は、全国民の代表として全国民の選挙によって選出されることを要求せず、選挙と代表との関係は切断されている。

美濃部は「選挙によって代表関係を生ずるのは**政治的思想**であって、法的には直接に関係がない。全然選挙からかけはなれているとしも、代表なりうる」と言っている。

思い出してほしいが、あくまで彼は「議会という代表が、法的な力を持ちうるかどうか」につき、穂積八束の「議会には法的効力ねーから！天皇の行う行為こそ立法だ」という議論に対抗するためにこの話をしているのである。

だから、とりあえず選挙からは切り離して、「全国民の代表」として位置づけたものが、その上で第二段階として、議会の立法への参与する際にできることはなにかを考えているのだ。そしてこれにつき、**議会の行為が「意見の表明」にはとどまらない法的なものだということにしているだけ**なのである。法的代表説はあくまでそういう次元での話だから、注意しておこう。

### ②政治的代表

政治的代表概念は、選挙人の指図に拘束されることなく、独立して全国民の代表として行動することを述べたわけだが、この「**自由委任**」は法的代表説においても必ずしも排斥されるところではないことは今指摘したばかりである。

ということで政治代表説の特色は実はそこにはなく、真の特色を明らかにするには、代表概念の**イデオロギー**的な性格を理解する必要がある。この点を指摘したのが、宮沢先生の『国民代表の概念』である。是非読んでほしいのだぜ。

学説史を理解しないと衝撃が薄いかもしれないが、彼は「近代人の常識となっている**代表概念はイデオロギーで、法律学的概念に高めようとはされたがいまだにされていない**」「国民代表の概念は、**実定法の不存在**



より議論として重要になるのが①だが、ここからは以下の二点が導かれる。

### 1 全国民を代表ならしめることを可能にする形で、選挙が行われなくてはならない

言い換えれば世論による変動可能性があるような形で、選挙がされる必要がある。かつてから貴族院にも国民代表性が認められていたが、ここでは国民の裁量が必ずしも手続きと関連しなくてもよいとされていた。しかし現代の代表の場合には、少なくともここでは**選任手続き**において何らかの**国民の参与**を要求するというわけである。議員は国民の意思を反映するように選出されるべきなのである。

### 2 選任された議員は、公論の意向を反映すべきである

これは国民の意思を察知し反映する道徳的責務を負うと言う意味である。ここから選挙人の意見を心得て、その人たちのため（もちろん、特定の人ではだめだが）に行為する「**代議士**」としての側面がでてくる。このような要求が代表概念からは導かれるが、逆に言えば憲法上はこのような要請しか導かれない。そのような前提で、どのような選挙制度を取るのか、が問題になってくるのである。さらに進めば、議員に対する政党の拘束の問題、政党そのものの位置づけの問題がでてくることになる。

## 諸問題①—2 矛盾

代表の概念で問題になっているのは、**当然に全国民の代表であることが代議士的な側面を持つ**ことだが、これは良く考えるとおかしいことである。

つまりそこでは、選挙を通じて「選挙人の事情をよく知る」ことになるが、当然そのためには小選挙区制かはともかく全国一選挙区制ではない制度がとられるべきになる。確かにそれは基本であり、現在までそうである。しかしそういう**選挙民の意向**を知って、それに従って行動することが、「**全国民の代表**」としての側面と抵触しないだろうか。

これは最近の選挙制度の違憲論、参院の違憲論の中心になる考え方である。それぞれ一つの県に1人を分配した後に小選挙区制として議席を振り分けるいまの**一人別枠方式**は（参院選では半数改選だし、事実上2人別枠）違憲だと言われたけど、議員に地方代表的性格を認めるからこそ非難されるいっぽう、維持する勢力もあるのが現実である。

実のところ、従来の選挙は**イデオロギーとしては全国民の代表を選出すると言う側面のもとに、実際には地域代表を選出すると言う側面をもっていた**のである。見え隠れしているだけではまだイデオロギーで覆い隠すことができたが、地方優遇に手をいれないレベルに問題がでてきたとき、従来の選挙制度では全国民の代表と言うイデオロギーで覆い隠されていた「**地域代表**」の側面がもう完全に表にでてくるんだよね。そのとき議会制度をどのように考えて、どう組み立てていくのかがマジで問題になってきている。

全国一選挙区で選挙すれば別だけど、言うまでもなくもう建前では本音を覆い隠せなくなっているわけ。まさに今そういう問題が問われる（現に最高裁に問われている）状況だと言うことは、一つ理解してこう。

## 諸問題②党議拘束の問題

全国民の代表というのを委任とみれば、**党議拘束**と言うのはいったいどのように位置づけられるのか。

前提として一つ理解しておく必要があるのは、**政党**と言う言葉と**会派**と言う言葉の区別である。

国会のなかでは政党と言う言葉は少なくとも正規には用いられない。国会、議会、議院のなかでは政党と言う概念は本来的にはない。選挙では使われるけどね。

※議院と議員は、言葉として紛らわしいのでそれぞれハウス、メンバーと呼称することがある。

ニュースとかだと政党と普通に述べられるけど、法律上の用語だと会派の問題。

会派は基本的に政党に対応するけれど、場合によっては複数の政党が一つの会派を構成することもあるし、会派のメンバーは政党のメンバーに限られない。

そしてハウスの中では、いろいろな活動において大きな会派に有利な取り扱いがなされる。

たとえば本会議や委員会での**質問時間の配分**なども、会派の大きさ、当選者の数の大きさに応じて時間配分が行われる。その限りで少数会派は冷遇されることになる。一人の議員しかいない会派などは、質問時間を割り当てることは、なかなか難しくなる。まあ6時間あれば大体360分だし一人あたりなら1分くらいだしね。本来無所属の議員が他の政党と一つの会派を作ったり、複数政党が合同会派を作ったりするのは、このような不利益に対抗するためである。

他にも、最近は民主党からどんどんと議員がやめていったわけだが、政党を離脱した場合に、他の政党に所属する国会議員として活動することは制限されている。特に**名簿式**の比例代表制を取っている場合には、個人への投票でなく政党への投票によって当選した側面がのこることになるし、場合によっては全面的にそう

である。そうして当選した議員が敵対した政党に入ると言うのは良識的に考えると問題がある。まあ理屈はこれくらいにして、とにかくある政党の正式なメンバーになることができないとき、ここにも会派として合同する意義が生れてくる。最近だと**政党大地**などは当選者が一人しかいなかった際、民主党を主メンバーとする会派に合同した。あと**公明党**は創価学会の影響力が非常に強いわけだが、政党方針にはシンパシーを持つが創価学会やダとかいうときには、会派を結成することで協力することができるよね。このように、**具体的には国会法のレベル、物理的には議院の中でのルールでは、会派と言うものが現れる。**

政党はそれに対し、少なくとも少し前までは政治結社の一つとして、いわば選挙までの存在として理解されていた。会派と親和性は高いし、一般的にもちゃんぽんにして使われることが多いが、形式的にはこのような区別がある。

※このとき、「少し前までは」といったのは、**政党助成法**ができたからである。政党助成においては、あくまで「政党」と言うのが助成の対象にあげられ、会派という言葉は選ばれていない。

## 問題②－２ 党議拘束の是非

**議員は實際上、その所属する政党ないし会派の意思に拘束される。**つまり、政党でもって一定の決定を下した場合（ある法案につき賛成か反対か）には、その決定に即して議員は従わなくてはならない。

この決定は目に見える形で行われており、本会議の開かれる朝には、議員は党の「〇〇の法案は賛成しろ」「××は反対しろ」という指示にしたがう。

※支持と言えども聞こえがいいが、ぶっちゃけ「教える」意味すらあるから情けない。議員は数も多く、ある政党がどの立場をとるのか、その時までそもそもわからずに、どうしていいか判断できない連中も多いのである。実際、教えたのにもかかわらず、指示に従わず賛成すべき法案に反対したり、反対すべき法案に賛成することがままある。これが「従わねー」という意思に基づくなら別だが、**そもそも「よくわからなかったから間違えちゃった」というのが割と頻繁にあるのである。**ひでえ話やで…。

拘束に反した場合には処分が下り、党員資格の停止だとか、役職を辞すとか色々なパターンがある。ここで一番問題になるのは、言うまでもなく「**除名処分**」ができるかどうかである。

**自由委任**として全国民の代表をとらえれば、党議拘束は憲法上許されないと言うのが素直な理解である。対して自由委任としてとらえない（**強制委任**）ならば、むしろ積極的にサンクションを加えていくべきだとなる。いろいろな解釈がここから現れてくる。が、ここではごく簡単に筋をお話しよう。

結論から言えば、**議員は本来的には党議拘束には従わなくていい**と思われる。反した投票行動に基づき除名されると、身分を喪失せしめるならば違憲であり、そうした効果を伴わない限りで拘束が「黙認」されるというのが一般的な考え方だとされる。

これに対して前回指摘した杉原先生のような人民代表観に立てば、政党による拘束は憲法の趣旨に合致するものとして肯定的に評価される。だが、どうも代表論からは杉原先生の結果を引き出すのは難しそうである。というのも、もし先生の理解に立っても、代表とは選挙区の代表であり、全国民ではなくともあくまで**選挙区の有権者の代表**であると言う建前は崩れそうにないからである。党議拘束は、選挙区の中の「一部」の有権者の意見についての拘束に留まる。

むしろ**党議拘束を評価するのであれば、今日の政党の果たす役割と言う観点から正当化していくべき**だろう。このことは、比例代表選出議員の除名・議席の関係とも同じである。

## 問題②－３ 政党と国法の関係

ここでは政党をみるうえで、**政党の段階論**という議論も踏まえてみよう。**トリーペル**によって指摘された議論である。彼は政党に対する国法の態度を歴史的に分析し、**敵視・無視・承認・編入**という四つの段階を経て国法にとりこまれるのだとした。今日でもしばしばこの議論は持ち出され、「基本法が制定されたことにより憲法への編入の段階になったのだ…」「政党助成制度によって、新しい段階に入った」などという評価がなされる。ここで、**日本国憲法は政党条項をもっていない（「編入」が憲法のレベルではなされていない）。**これに対する評価は、憲法の見方によって変わる。

### ①憲法を政治的登記簿とする考え方

ドイツにおいては、伝統的に憲法を政党の位置づけの点から見て、これを**政治的な登記簿**としてとらえる見方がある。つまり、憲法は政治参加をどこまで認めるのかの一つの決定であり、この決定に含まれないものは政治参加できない、というわけである。トリーペルはこの立場であるが、こうした立場に立つとすれば、政党が**編入**されていない段階で、議員から除斥によって議席を奪うことはできないことになる。

## ②憲法は政治的基本秩序とする考え方

憲法は、およそ政治参加にかかわることについての、**基本的秩序**に妥当するという考え方である。

こちらの立場にたてば、**政党が今日の政治過程で要不可欠の役割を果たす**ことに鑑みれば、この問題につき別の答えが出る余地もあるだろう。

政党内の内部手続きにつき、立候補者の選任や名簿順位などにも一定のありようが憲法上要請されると説かれることがある。これは政治的には今日のような選挙制度のもとでは党中央の権限が肥大化する懸念があるため、党内民主主義を確立する目的で出てきた議論であるが、こうした議論は、憲法を政治的基本秩序とみるときに、はじめて可能になる。

もちろん、こういう立場にたてば無媒介に政党が憲法学の射程に入るというわけではない。立法論としてはともかく、ただちにある党首などの選任が憲法違反になるとはいえないだろう。

### 諸問題②－4 注意

ここまで、「自由委任に反するかどうか」という視点で党議拘束を見てきたわけではあるが、まあいずれにせよ政党制が現実には確立した世の中で、実質的には「党議拘束」があることによって、政党はある程度は国民の代表たりうる側面がある。知らないおっさんに政治をまかせるときに、党のマニフェストとやらを参考にして、これに従ってくれるなら投票しようとするのは、ある意味で当然だし、そこではそれに従うことが期待されているのは、れっきとした事実なのである。

だから党議拘束の問題は、**自由委任に違反するとみるのではなく、自由委任の枠外と見るべき**だろうと思うのが日比野さんの考え方である。さきほど、今日の「政党の役割」からこそ、党議拘束を評価すべきと言ったのも、このような文脈である。ここで、少々論理性に欠く（「実際そうなんだから別にいいじゃねーかよ」という議論だし）のは日比野さんも認めるところである。だが、リコールのところで後述するが、日比野さんはこういった点につき「それでいい」と思っていることには注意しよう。

※教科書について…芦部さんの本は強い拘束力については憲法に違反すると解しておられるように見えるが、芦部先生の見解は樋口先生の見解に比べればそれほど固いものではない。

### 諸問題③リコール制度の問題

リコール制度にはいくつかの論点がある。すなわち、

A リコールはそもそも認められるのか

B リコールは当該選挙区にのみ認めるのか、それとも違うのか

である。憲法 15 条 1 項の規定（「**公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である**」）に整合的に理解すれば、政党の意思を十分に反映していないと評価される議員に対して一定の要件のもとで議員の解職請求をすることが直ちに違憲になることはないだろう。ただ、これは具体的な選定罷免権をあたえたものではなく、すくなくとも今日まで実体的にそれを実施できる法はない。

例外となるのが**地方自治**で、ここではリコールが認められている。ここで地方公務員法上は、**当該選挙区**の有権者がリコールをすることができることになっている。

これは一つの筋としては成り立ちうるが、地方自治体の議員が、**地方自治体全体の代表**と考えるならば、その建前からの帰結としてはこの「選挙区に限る」と言うのには問題がある。

逆に言えば、ここでは選出の制度のほうに問題があるということもできる。

国会議員は**全国民の代表**であると考えられる。しかし現在は代表と国民の間には「**選挙**」という存在が憲法上要請されるようになってきているところ、**現実には個々の選挙区の有権者が議員を選定する制度が認められている**のである。これはどう考えるべきかはかなり問題だが、こういう制度が取られている以上、全国民の代表とは言えないのだろうともいえるし、美濃部さんの「法的代表」論のように、いっそ全国民の代表と言い切ってしまう見方も成り立つ。

もし後者だとすれば、**およそ選挙を媒介とすることを前提としないやりかたとどこが違うのか**（つまり、選挙を憲法が要請した意味が不明になる）という問題もでるが、前者の見方をとっても、おのずから**選挙区一区**という制度を取らざるを得ないことになるため、これが適切な制度なのかという問題が出てくる。

良識が教えるところでは、そういう選挙は組織化と腐敗を招くだけで、実体を持った議員の選出を保障しないことになるのは、参議院のかつての全国選挙における結果を見て知っている。またウィルソンフィリップス上院議員の絵を貼らなくてももう大丈夫だね。

## 論理的にわりきれない

どうもここで、論理的に筋の通った結論を出すのはなかなか難しいようである。制度の問題は一般的にそうなのだが、とくに統治機構の議論をする際に重要なのは、そもそも**論理で割り切るのが適切なかどうか**と言う問題である。

論理で持って割り切ると言う見方はどこでも大なり小なり根底にはあるのだろうが、政治の制度を完全に論理でわりきったところで、それが健全なものになるのかと言われるとそうでもない。**人間はそもそも論理的**



**活動にしか与さないわけではない**のであり、それが人間の面白いところであるのだから。

人間がかかわる活動はいつもそうで、経済学がいくら発展してもノーベル賞とった有数の投資学者が破産するし、政治学がいくら発展しても、利益を最大限確保するという政治家の基本原則とやらは常に貫徹されているわけではないだろう。国家国民の利益を最大化することを第一に考えている人も、いないとはいえないだろうから。

大統領のような人もいるかもしれない

※ノーベル経済学者の**マイロン・ショールズ**と**ロバート・マートン**が鳴り物入りで設立から携わったヘッジファンドである **LTCM** (Long-Term Capital Management) は、1997～1998年の通貨危機を読み切れず崩壊の危機に瀕し、前例を見ないレベルでの公的資金の注入を受けるみじめな失敗に終わった。

もちろん完全に非合理的と言うことでもなく、時と場合によると言う意味である。人間の行動はそういう意味で、シンプルに非合理と割り切ることすらできないほどに非合理的である。

※非合理的な話の例としてフロイトとユングの逸話がある。彼らは喧嘩別れ的に疎遠になったのだが、これについて一つ有力に言われる原因が女性問題らしい。ユングが患者に手を出して妊娠させたとかいうチャラっぴりがフロイトにしられ、なんかお互いすごい気まずくなって顔向けならないことになり、疎遠となった…とかいう説らしい。

まあ人間は建前だけで議論するにはすまないのである。建前では済まない行動を人間は現実にとるわけで、それを無視していたら適切な規制やらはできず、そこで必要なのは「**大人の判断**」と言う奴になる。

話は戻るが、リコールの制度でもそう。

リコールはなるほど論理的な観点からだけだとうまく説明がつかない。しかし**良識的に考えれば今の制度以外にありえないかはともかく、今の制度が憲法に違反するほど問題**ということは、**なかなかできない**と思われるのである。

## 論理的にわりきれない話：ついでに権力分立についても

もっと大きく言えば、**権力分立**などもそうである。「論理的には」権力分立も、ある意味おかしいところではある。

たとえばいわゆる「じゃんけん」みたいな感じで三権分立を理解すると、少なくとも典型的な制度は**均衡・抑制**をもとにするが、**果たして均衡抑制に足る資格が三権にそれぞれあるか**と言われると微妙なところがあるのは確かである。

**議会**はいっぱうで直接的な国民代表であるのに対し、**内閣**は議会によって選ばれる存在である。「内閣が議会が解散すると言うのは、使用人が主人に歯向かうようなものだ」というが、ここには国民の影響力は間接的にのみ働く。さらに裁判所は、およそ民主的な国民による正当化は受けていない。内閣が絡むことで一定の国民のコントロールを受けているとはいえ、つまりはその間に、裁判所をコントロールする「内閣」、その内閣をコントロールする「議会」をはさむ遠い道のりを含んでいる。

このような関係性を考慮すると。果たして民主制の観点からは「対立して」望ましいものなのだろうか？という問いが生じてくる。もちろん立憲民主制だとか多数代表的な国会との対立だとかいろいろ言い訳としては言えることがあるだろうが、問題があること自体は否定できないだろう。

いまは論理的に権力分立を理解しようとしたわけだが、はっきり言って「そのようにして答えを出そうとすること自体が不適切」なのではないだろうか？

こうした問題は、もう少し人間学的に考えて、**古くからの知恵**と言うことから考えてしまうほうが、むしろすっきりするような気がする。

この場合なら、**多数派はいいこともするけど、調子にのって悪いこともする**というのは経験からわかる。ならば牽制させ合っておけば行き過ぎた行動をしないだろうとして、このような制度をとるべき道筋と考えるなんて言うのは、古くからの教えとしては納得のいくところではある。

権力分立と言うのはむしろこのように理解したほうが、より正しい、適切なとらえかたではなかろうか。逆に言えばここからは、権力とは常に分化させることが望ましいといえる。よって、いわゆる通常考える三権分立と言う意味での権力分立というだけでは話は終わらなくなる。

#### 例①**地方分権**

「国」の話ならば、たとえば上院と下院、連邦議会と州議会というように、国を中央と地方にわけ、権力を分化させることでコントロールしやすくする意味での権力分立もこの話の射程である。

#### 例②**労働者保護**

会社と労働者の関係についても、同じようなことと見ることができるようになる。一対一では労働者は会社に対して有効に立ち向かうことができない。その際に労働法の場合は労働者が団結することで権力の均衡をはかる、というのは、権力側を分割することによって、（なお十分とはいえないが）対抗しやすい形にもってきているのと同じだと見ることができよう。

このように、**人間の知恵が生み出した制度としての「分化」の思想からくるものとして権力分立をとらえるほうが、有効ではないか**ということである。

これは論理的なものではない。しかし人間の集合体の活動は不合理なところがしばしば含まれるし、それを前提として、どのようにして権力機構を組み立てるのが適切な権力の行使につながるのか（国民の安全性や一定性などの）を考えてバランスをとるとするのは一つの解決案なのだろう。

残された問題はまだあるが、それを考える時にも論理的に行くだけではなく、ある程度人間学的な考えをすべきだろうと思うのである。これは方法論的にも重要であって、人間の行動を**現実的**にどう規制するかに関わる。所与のものとして制度を受け止めるというのではなく、われわれがそれに参加して（選挙とか言う意味では必ずしもない）人間の行動を規制する仕組みについて、アクチュアルな行動を踏まえつつ判断すべきなのだ。

静的に、論理の世界だけで権力をとらえるのではなく、現実の権力の在り様を**動的**にとらえ、それに自身が参加して、不断に捉えなおす。そして制度を（場合によっては立法で）変えていくことが、いま必要なのだ。

## 5 - 4 選挙制度①

選挙は代表民主制に不可欠で、その結果は選挙「制度」に影響される。すなわち民主制の在り様に選挙制度は大きく関わる。代表の問題はここで一区切りにして、ここからは**選挙**の問題に焦点を当てていく。

### 前提

前提として、選挙に関して考えるなら常に念頭に置いてほしい問題がいくつかある。

重要なのは以下の二つである。

#### ①**国民の意思**は実在するのか

選挙制度をどう組み立てるのかという問題は、通常は「国民の意思」を前提とし、それをどのような形で議会に反映させるのかを本筋として議論される。そこでは、国民の意思を「どう」反映させるかが制度の是非に関わっているのであって、そもそもの前提として国民の意思がほぼ所与のものとされる。しかしながら、これは本当に存在しているのか？ということが問題になる。

おぼろげなものとしては国民の意思は存在するかもしれないが、一般的に、私たちがとくに政治の問題についてする議論は所与のものではあまりなく（絶対にはないとはいえないけど。銀行に勤める人は一定の国際経済についての見解をもっているのは疑いが無いし、それぞれに関心のあるものがある。だがそれには、限界がある）、国民生活全般について何か特定の見解はおそらく持っていない。だとすれば、われわれが通常存在するような「**意思**」は、**例えば選挙による「民意」だとかいうように、国民に対するある問いかけへの「答え」というような形でしか想定しえないものではないだろうか。**ようするに、政党がどのような政策を訴えるのか、政党の政策選択の問いかけに対して、そこではじめて国民の意思が明確な姿が想定できるということではない。とすれば、政党の政策選択の問いかけ如何で、国民の意思は変化することになる。ここにあるのは真に実在たる国民の意思だろうか。

## ②代表の性格

国民の意思に対置するものとして、**代表の性格**というのは実在するのか、これもまた問題である。代表の性格も、国民の意思がないのなら同じようにフィクションに過ぎないわけだが、ここをどうとらえるのか。このあたりを前提に、主要な点を概説していくこととする。

※選挙制度については、憲法は法律に丸投げしており、憲法制定当初は、別個の衆参の選挙法が、現在は公職選挙法が規定している。

さしあたっての概念の整理としては、選挙制度についての類型化の道具概念として、その性格を規定する、**選挙区の大小**（当選者の数と言う意味である）と**投票の方法**について述べていく。その具体的な在り様は、より広い政治的、経済的、社会的文脈の中で規定されるのは確かだが、まずは基本概念から攻めていこう。

## 選挙区

選挙区は選挙権者の区分の単位であると同時に、議員の選出の単位である。

### ①選挙区の区分け基準

この選挙区は**地域**を基準に区分されるのが普通だが、**職能別**というのも考えられないわけではない。ここでとくに参議院の構成は当初、職能代表的な色彩を与えることも考えられていたというのもあって、職能代表議員の合憲性がしばしば議論されることがある。

そのとき、「職能別の代表は全国民の代表ではない。これは憲法上許されない」という意見が見られるが、これはおかしい。このとき**職能団体も選挙区の一種になるから、全国民の代表としてとらえてよい**ことをまず述べておく。

なにせ、議員と言うのは選挙区に拘束されないのが憲法の建前なのだから、選挙区が職能だったところで、強制委任関係が成り立つわけではない。建前のうでで成り立たないのなら、建前としては全国民の代表であってなにも問題ないのである。むしろ実体としても地域生活者のつながりより職能の間のつながりが強いのなら、職能で選挙区を区分することは考えられてしかるべきである。

単に、全ての国民を一義的に分類するのが事実上無理なので、選挙区構成の単位としては考えにくい、というだけである。

### ②境界画定

地域を基準に選挙区を分ける時には、境界設定が大事になる。重要であるゆえにときには恣意的な境界設定が行われ、これは**ゲリマンダー**と言われたりするの是有名だろう。これはアメリカで実際に行われたときの呼び名を踏襲している。

※割とマジでどうでもいいが、わが国ではゲリマンダーを言い換えて**ハトマンダー**、**カクマンダー**とか言っていたことがある。これはそれぞれ当時首相だった鳩山一郎（宇宙人の祖父）と田中角栄の名前をもっているのであるが、彼らが中選挙区制を小選挙区制に改めるという選挙改革を行おうとしたときに、自民党の優位を維持するための小細工を取り入れようとしたことへの揶揄であった。鳩山一郎は小選挙区に不自然な二人区を導入しようとしたり、田中角栄は小選挙区の得票を比例代表制に反映させるシステムを作ろうとしていたとのことである。まあ実際の効果や、小選挙区制がどれだけ第一党に有利なのかという問題はともかくとして、いずれにしてもこのような試みがなされたことにつき、そのことをハトマンダーとかカクマンダーとか言う。これはゲリマンダーをもじったものだが、**選挙の区割りとはまったく種類の異なるものであるから、比喻としては適切ではない**。

話は戻って、特定の政党や候補者に有利に恣意的な選挙区配分を行うのがゲリマンダーなのだが、これを防止するには、さしあたり**行政区画**を基準にするのがさしあたり有効な手段だとされている。

このことは選挙区画定審議会がその設置法で定めているところでもある。ちなみに憲法は選挙区については47条で、選挙区は**法律**で定めるとしている。これは**行政による恣意的な決定を防ぐため**にほかならない。

### ③小選挙区、大選挙区

次に、選出される議員の数が1人か、複数かでそれぞれ**小選挙区**、**大選挙区**という。これは選挙に際して国家をどの程度まで区分していくのかの問題でもある。二人以上ならすべて大選挙区なので、実はこれは幅の広い概念である。すなわち、小選挙区制の性格は一義的にきまることになるが、大選挙区制の性格は様々になりうるのである。

※なおわが国では大選挙区のなかにも、全国及び都道府県を一選挙区にする場合と、都道府県をさらに区分する場合とがある。前者を**大選挙区**、後者を**中選挙区**と呼ぶのが通例になっているがこれは我が国独自の言葉づかいであり、国際比較では大選挙区と言われる。

この両者は裏腹な関係にあるので、どちらかが優れているとか言う訳ではない。

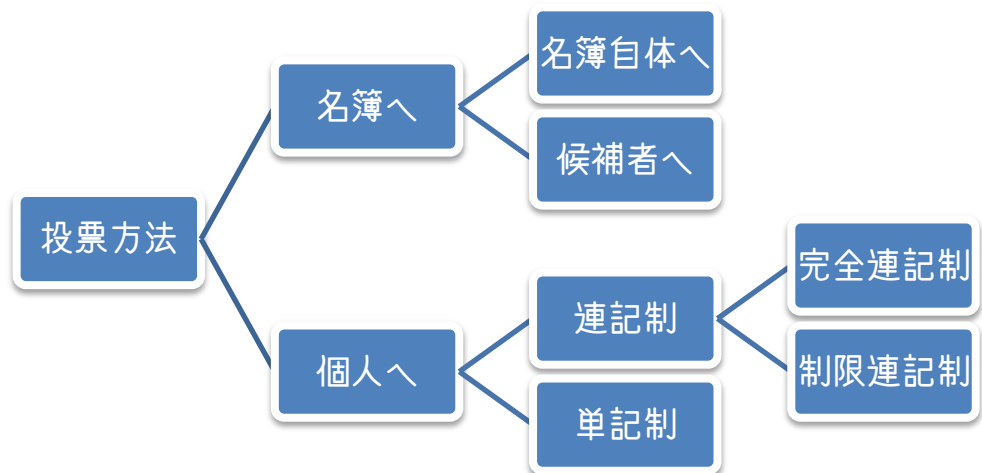
小選挙区制の長所…候補者の特徴をしりやすい、安く選挙できる、二大政党制になるので安定する

小選挙区制の短所…利益誘導になりやすい、少数派の意見は通らないことが多い

これを裏返せば、そのままそれが大選挙区の長所と短所になる。まあ傾向であって論理必然的にそうなるというわけではなく、政治的経済的社会的な部分に依存することも多い。

### 投票の方法の問題

投票の方法にはさしあたり名簿に投票するものと個人に投票するものがあり、名簿の中でも名簿自体に投票するか、名簿の中の候補者を指名して投票する場合がある。個人投票には複数名の候補者の名前がかけられるかどうかで、それが可能な**連記制**と、不可能な**単記制**があり、連記制においても定員の数の候補者をかけるのが**完全連記制**で、それ未満の数しか書けないのが**制限連記制**であるというふうに区分ができる。**制限連記制**では、記載できる人数如何では他の制度に近くなることもある。



### 選挙区制の性格

選挙区制の性格は、説明した通り選挙区の大小と投票の方法によって規定されるわけだが、選挙区制の性格は「**多数代表**」「**少数代表**」「**比例代表**」の三種類に類型化されるのが普通である。

#### ①多数代表

小選挙区単記制、大選挙区制で完全連記性がとられた場合など。多数派に有利で、少数派には当選の機会が与えられない可能性がある。

#### ②少数代表

大選挙区制で単記制がとられたり、完全連記制で、累積投票性が認められるような場合。少数派にも当選の可能性がある。大選挙区制でも選挙区の大きさによるが、大きい程この傾向が強い。制限連記制ならば、**累積投票**の可否や連記できる人数などに左右される。とまあ、結構運ゲー。

※累積投票…同じ名前を何回も書いてよい。その分カウントされる。

#### ③比例代表

各選挙区での得票数に比例する議席を各会派に与えるやり方である。これは**死票**を減らすところに意義がある。ただし、具体の比例代表制の比例代表的性格は、選挙区の大きさに決まってくる。選挙区が1議席なら小選挙と変わらないし。

### 比例代表制

比例代表制にはいくつか手法があるが、大別するとA単記移譲式 B名簿式の二つがある。

#### A 単記移譲式

当選者に、**当選希望順位**をつけて投票し、最初の計算では第一順位のみを計算し、あらかじめ定められたクォーター（**当選基数**）に達したものを当選させ、クォーター以上の余りは第二順位に移して票を足していく。このように票を委譲していくのが短期移譲式である。開票にはそれなりに時間がかかるわけだが、開票中に当選基準に達したら、そののちに開票された票が移譲されるというのはさすがにおかしいので（偶然によって移譲先が変わる）、過剰票の移譲先は、**比率**によって定められなくてはならない。いずれにしても**個人に投票するという方法を取っており、党派の選択ではなく個人の選出として位置づけている**わけだが、その限りで全国民の代表と言う観点からすればプラスとして評価される。しかし、手続きは煩雑で、大きな選挙区では実行が不可能に近い。それゆえに比例代表の根本思想と相いれない部分もある。

## B 名簿式

さらに**厳正拘束名簿式**と**単純拘束名簿式**とにわかれる。

前者は選挙に当たり、名簿にあらかじめ順位付きで候補者の名前を書く。候補者は順位付きの名簿に投票する。党派が得票し、各党派は名簿の順番に当選者を出す。後者は、名簿には順位がついておらず、選挙人は名簿に登載された党派を書くわけだが、ここでは**個人に対する投票であると同時に党派に対する得票も行う**ことになる。党派の得票で議席を決めて、名簿中の候補者の個人の得票の順序に従って当選者が決まる。名簿式では、重要なのは党派の選択としても機能するということである。

### 当選基数の問題

残された問題はクォーター（**当選基数**）をどう定めるかだが、これは非常に重要で、様々な制度がある。ヘア式やドント式など様々なものがある点とかいうのはもうめんどくさいし省略するが、ここでは**ドント式**が現行だということは習ったよね。ドント式にも最大平均法とかなんかあったけど、通常のやりかたでは獲得した議席を1、2、3とそれぞれ単位数でわりその商を出し、その商の大きい順番に番号をつけ、議席を配分すると言うやり方が取られることになる。

まあ最高裁の議論との関係で述べるなら、ドント式の合理性を認めたくて（それ自体は認めざるをえないだろう）それを変更して、1、2、3と言う整数で各会派の得票を割るのでなく、少数会派に有利なように単位を変更したりすることで少数会派に少なくとも不利でない結果が与えると言うのが考案されているが、このような**少数政党優遇は、憲法判断にどうかかわるか**が問題になってくる。

※具体的にはドント式を修正したものとして**サン・ラグ式**と言うやりかたがある。

このやりかたでは連続する自然数に変えて、1、3、5という連続する**奇数**を自然数に変えて使用するやり方をとる。そして、その商の大きな順番に議席を割り当てていくのである。ニュージーランドなど、選挙に採用している国もある。

最初の単位を1でなく、他の数字に置き換える（どういうものかは必ずしも問わないが、整数である）方法として**修正サン・ラグ式**というやり方もある。なぜこのようなやりかたがとられるのか、であるが、このようなやり方は**結果的に少数政党に有利**だからである。少数政党をより優遇するというのは、実際にみてみればわかる。

【20人の議員を選挙しよう！】

ふつうの基数のドント式の場合

得票÷	A 党	B 党	C 党	D 党
÷ 1	944 ○	640 ○	250 ○	166 ○
÷ 2	472 ○	320 ○	125 ○	83 ×
÷ 3	314.6○	213.3○	83.3×	——
÷ 4	236 ○	160 ○	——	——
÷ 5	188.8○	128 ○	——	——
÷ 6	157.3○	106.6○	——	——
÷ 7	134.8○	91.4○	——	——
÷ 8	118 ○	80 ×	——	——
÷ 9	104.8○	——	——	——
÷ 10	94.4○	——	——	——
÷ 11	85.8×	——	——	——
当選	10人	7人	2人	1人

サン・ラグ式の場合

得票÷	A 党	B 党	C 党	D 党
÷ 1	944 ○	640 ○	250 ○	166 ○
÷ 3	314.6○	213.3○	83.3○	55.3○
÷ 5	188.8○	128 ○	50 ○	33.2×
÷ 7	134.8○	91.4○	35.7×	——
÷ 9	104.8○	71.1○	——	——
÷ 11	85.8○	58.1○	——	——
÷ 13	72.6○	49.2×	——	——
÷ 15	62.9○	——	——	——
÷ 17	55.5○	——	——	——
÷ 19	49.6×	——	——	——
÷ 21	——	——	——	——
当選	9人	6人	3人	2人

このやり方が少数政党に有利なのは、たとえば D 党の「166」議席は、ドント式では A 党に勝つには上から6列目の「157.1」まで待たなくてはならないが、サン・ラグ式では4列目にして A 党の「134.8」に勝っている、というような状況が一般的にみられるからである。

つまり、使う基数が一般のドント式より大きい数になるぶん大政党の得票も大きい数で割られ、比較的早く小さい値として扱われるようになるので、少数政党に有利になるのである。

話を元に戻す。このあとで選挙制度の概説をするのだが、この少数政党（もしくは、地方）優遇が問題になってきたのは、**最高裁が議員定数の不均衡に厳しい態度をとるようになった**ことと関連している。

本来どこまで最高裁が選挙制度に立ち入るのかには議論もあって、従来はその差が1：3までは立ち入らないんだ、という理解がなされていたところ、最近では自浄作用の欠如を重く見た裁判所が、かなり重く判断しようとする感じになってきているのである。

これは過疎や過密のせいで、**一人別枠方式**とかの在り様が見直されつつあることが理由である。**ブロック化**なども有力な見解として述べられるようになるなか、選挙制度と言うものの選択がどこまで自由なのか、と言う問題が出つつあるのである。比例代表はある意味で一つのあるべき姿だが、小選挙区制も人間の知恵のなかで生み出されたものであるのは確かである。

むずかしい問題だが、しかし著しい不均衡が目に残り、小選挙区制だとか従来当然とされてきたものが違憲になりうる余地がでるなかで、**少数者により有利なように、という趣旨が明確な制度を採用することが、現在憲法で認められるのか**と言う問題がでてきているのである。これまではこういう問題はほとんど論点の外にあった。従来の議論は比例代表制をとることも小選挙区制をとるのも議会の裁量の範囲内で、あまりにアンバランスならちょっとまずいよね、平等じゃないよという枠組みがとられていただけだったのである。**選挙制度・議員定数**の二段階判断といえるだろう。

しかし、いまやそれが必ずしも妥当しなくなっている。完全にそうでなくなったわけではないが、**立法上の配慮（第一段階の裁量）それ自体が問題**になっているのであって、選挙制度と議員定数がまとめて判断されてきそうな気配なのである。

そしていったんその枠が壊れると、果たして裁判所はどこまで選挙制度の問題に関わることができるのか、その外延は不明になってくる。少数政党への配慮と言う「**裁量**」はどこまで判断できるのか？そういったことが、いまわが国で大きな問題として立ち現われているのである。ドント式の議論は、最初日比野さんが説明を始めたときはあまりの説明の下手さに愕然としたのも確かだが、このように近年の本質的な問題に関わるのである。これはこの節の最後にもう一度述べます。

## 5-5 選挙制度②

選挙区制というのは、さしあたり選挙区の大きさと、投票の方法に基づいて多数代表、少数代表、比例代表の三つに類型化されるわけだが、どのような選挙制度で選出された議員が国民の代表になるのかが問題であるわけだった。以上で、わりと理論的なことは確認したので、ここからはどういう選挙制度をとればいいのか、もう少し日本の制度に立ち入って見てみよう。もちろん、定まった見解は無い。

この問いは非常に難しい。

一般の評価のポイントは、①**政治の安定性**と、②**国民の意思を反映させた代表が選べるか**の二つの要素になるが、そもそもこれらを同時に満足させるのは困難である。しかも、選挙制度の実際の動作は、政治的文化、社会的背景、歴史的伝統によって異なってくる。よってここで一般解を出すことは不可能に近い。

そこで、一般解を出す事にはこだわらず、現代の日本の代表的制度である**小選挙区制**と**比例代表制**につき、以上の二つの観点から別個に考えてみることにする。ここではまず一般的な制度としての両者を概観し、その後日本で取られている制度として再び見直していくこととする。

### 注意点：代表と支持

このとき注意すべきこととして、代表の性格だとか、国民の意思が思ったよりも曖昧だよね、ということはすでに述べた。5-4の最初の方に書いたはず。

ここまでは前に述べた注意点を繰り返しているだけなのだが、ここでもう一つ言っておきたいことがある。すなわち、現代において私たちがある代表を支持するとき、**個々の論点については支持していると言えたとしても、それをある党の政策全体についての支持としてとらえることは、必ずしもできないことである**。今日の政党の社会では、かつてのいわゆる「世界観政党」は存在しないわけである。そういうなかでは、いろいろな論点について、それが体系化されずに選挙の際のプラットフォームにのってくる。

### ※世界観政党

かつてのドイツでは、世界観政党と呼ばれる、人々の特定の政策選好のみならずその人生そのものを包み込むような政党が（その実態は別として）で存在していた。そこでは「ゆりかごから墓場まで、その人は一定の党派のなかで生活する」といわれ、日常的な世界においても党派的な活動を背景にしていたとされる。

例えばどこに入院するか、どこで葬儀をするのか、どこで生まれるかといったことも、労働者か貴族階級化でおのずから違いがあった（労働者のための病院もあった）。このような社会的な背景の中では、**政党**

**の政策は、極めて体系化されたものとして提示された。**一方で労働者、他方でそれに対峙する貴族階級、資本家の政党もあり、彼らの政策はそれぞれ体系化されており、この両者の間で選挙は戦われる、そういうものであった。

世界観政党のない日本では、投票者はごっちゃに提示された政党の政策のなかで、自分の関心のある分野を中心にして投票する先を選ぶことになる。そこでは同じプラットフォームに異なる政党が政策をのつけることも、異なるプラットフォームに同じ政党が政策を提示することもありうる。彼らは一つの政党の体系的判断を提示してはいないのである。

たとえば**日中問題**と**貿易問題**は絡んでいるが、両者が関連付けられて選挙の題目になっているかどうか、あるいは**年金問題**と**財政問題**は関連付けられているか、そうした点につき、必ずしもはっきりしなかったりすることは多い。現実のそのような状況を、選挙制度をどのように考えればいいのかの議論につき、捨象している議論がとても多いのである。

国民の意思を代表するといっても、これは今述べたように非常に曖昧な蜚蜚楼のようなものに過ぎず、これ自体が何か根拠のあり具体性のある概念ではないことをあらかじめ確認しておく。

※その点で、**政治の安定**と言う概念は、もちろんそれほど自明ではないが、代表としての性格というものが持つ曖昧さに比べれば共通の意味内容をもっている。

代表の性格は今述べたように、あるいは常識的に分かるが、きわめてあいまいな概念だということはおさえておこう。この曖昧な概念を振り回して憲法学者が議論するが、そのレベルなのである。

### ①小選挙区制について

イギリスに代表される選挙制度である**小選挙区制**は、政治の安定にとっては最適なやり方だと言われることが多い。これは、制度的心理的要因により、得票が二大政党に集約されるためである。大政党が政治の中心的役割を単独で担う可能性が大きくなるので、結果として政治決定は安定的に進むこととなる。

#### ◎制度的要因

イギリスにおいては二大（最近は三大）政党間の議席比が、得票比の三乗になるという**三乗比の法則**が指摘されている。たとえば獲得投票数の比が保守党：労働党＝1.5：1であるならば、議席数の比も保守党0.6対労働党0.4とはならず、比はその三乗である0.064：0.216、すなわち、1対3.3となるのである。イギリスに限らず、**小選挙区制のもとでは、死票の存在により二位以下の政党の得票が意味を失うなかで、議席数にはより増幅された形で得票が反映される**ため、勝つ奴は勝ち、負ける奴はすごく負けるのである。この結果、単独政権の樹立が容易になる。日比野さんはこのくらいを述べるにとどまったが、この点についてのより詳しい証明については日本政治の講義などを参照しよう。

#### ◎心理的要因

同時に、この制度的帰結は明らかだから、第二党以下は「投票しても意味がない」と過小評価される傾向がでてくる。選挙する側の死票の回避という規制がくわわることで第三党以下はさらに不利となり、政党の二分化が進むことになる。

この議論が本当にあてはまるのかどうかはなかなか難しいところではあって、日本で小選挙区制が導入されても実際にはそうはなっていないのは周知のとおりである。しかしいずれにしても、理念的な結果としては、小選挙区制のもとでは**世論の多元性**は選挙の段階で集約され、二つの動向のみが大寫しにされることになり、得票は政府の政策決定につき大きな役割を果たすことになる。

また得票が増幅して反映されるために、**浮動票**が大きな意味を持つ。選挙人の浮動的な変化が議席数にめっちゃくちや反映され、**政権交代**が容易になるのである。これは日本にドラスティックに現れた。

このように、**小選挙区制は政党の二元的傾向をもたらし、政権の安定と交代に資する**。これは強いられた政治の安定と言うこともできるし、代表の不正確が政権交代で緩和されるとも評価できる。

### 小選挙区制の前提

ただ、ここで小選挙区制が代表を選出するにおいて前提としている以下の二点を見落としてはならない。

①国民全体においても、政党間においても、**基本政策については一致が見られる**。

②国民の政策的な立場は**体系化**されており、それを同様に体系化された政策を掲げる政党がすくい上げる。

①がないと、国民の間には政策につき安定した合意がないわけだから、国政は絶えず**浮動票**によって動揺することになる。そしてここで国民の政策的立場があまりに多元だと、そもそもこれが政党に吸収されることがなく、大量の死票を生むことになってしまう。

そして、②がないと、**人々は包括的に統治を任せる相手としての政府を選択しているのではなく、個々の争点について選択しているに過ぎない**から、政権はその行動に包括的に合意を得たわけではない以上、非常に不安定になる。これはまさに、さきほど「世界観政党」がない日本において注意しなくてはならないと述べた点である。

現在の日本で言えば、たとえば今思いつくだけでも**核政策**や**財政問題**、**農業問題**、**消費税**と言うように様々な問題がある。これらの問題に対するある政党の立場が、世界観政党とまではいえずとも系列化されているなら、A に投票するか B に投票するかに応じて他の目的についても態度表明をすることができるが、これらが系列化されていないのならば、それぞれの投票者が何を重要な問題と考えるのかによって投票先が変わることになる。**それぞれがそれぞれの思惑に従って投票した結果現れる与党は、自らが重視する政策単体の支持をもっているだけ**なのであって、すべての政策に支持をえたわけではないだろう。現代の政党は、体系化された立場を持っているとは言い難いし、そもそも各方向に多様化した現代の政策問題は、体系化できる範囲を超えているような気がする。そして当然、国民の立場もそんななかでは体系化されることはない。

※これが非常に問題になったのが、**郵政解散**である。「郵政民営化に賛成か反対かを問う選挙」として解散総選挙がなされ、それに（完全ではないが）乗った判断を国民がしたところまあ、自民党が大量の得票をした。しかしながら自民党は結局何をやったかという、憲法改正だとかを強引に通すわけである。確かに憲法改正は自民党の党是ではあるが、自主憲法制定などは選挙の際には指摘されていたわけではないし、それを念頭に投票した人も数は多くないはずである。ここでは郵政問題が成立したからと言って、もう一回憲法改正について意思が問われたわけではなく、衆議院で三分の二の議席を超えたことを理由に、無理矢理国会を運営し、国民投票法などを成立させたのである。

このことは現実的な意味での小選挙区制の是非を考える上で、とても重要だろう。これは国民の意思の問題にも関わってくる。

## ②比例代表制について

これに対し、比例代表制によって選ばれる代表は、**代表の正確性**の観点からは最適なものと言える。ここでは少数派にも代表の機会が保障され（死票はない）、国民の投票価値の平等も全国一区である限りにおいて保障されている。

しかし、問題はある。**多党化をもたらし政治を不安定にする**傾向があるからである。この制度のもとでは比較的少数の投票でも当選自体はできるから、部分的な利益のみを求める少数政党が乱立することになる。かつてはドイツで緑の党、（正確に訳すと「緑の人々」）日本ではスポーツ平和党（気合があれば何でもできる！）などが出てきたが、こういう政党は政権担当可能性が小さい分現実性がない政策を掲げがちである。たとえば、「核の即時全廃」を唱える勢力は一定数いる。政界の**キャスティングボード**を握るような特殊な状態でない限り、このような政党は理想的な政策をとるようになる。

※核問題は重要ではあるが、考えた結果措置をとるべきで、はじめから全廃だと言う議論はおかしい。

※キャスティングボードを握る時は、いわゆる**連合政権**、すなわち日本では**連立政権**を作るときである。このときには、もちろん**政策的な距離が近い政党、そしてポストをやりたくないことから政権運営が可能な限りでできるだけ小さい政党（すなわち、最小勝利連合）がパートナーとして求められる**。100 議席のハウスがあったとして、50 議席を持っているのなら、20 議席持っている政党と組む必要はないが、1 議席では政権運営に不安があるので 55 議席くらいが望ましいことになるだろう。当然前者の政策的要件がかかるので、ありえない政策は政権が欲しければ言えなくなる。

次に、比例代表制では多数の中政党が成立することになるが、ここでは複数政党の**連立**が必要になる。一党の脱退で内閣が運営不可能になるという不安定な状態が起き、政権交代のたびに多数政党間の交渉が必要になるから、**政治的空白**がもたらされやすいという欠点がある。政治的空白は、独裁につながるともされ、その最たる例がワイマール憲法とヒトラーである。

そもそも国民の意思の多様性はいずれにせよどこかで「集約」しなくてはならず、その集約にこそ立法やら何やらはあるのだが、ここで比例代表制が作り出すのは多様性の集約ではなく、単なるミニチュア化でしかない。**比例代表制は集約と言う役割を果たすことを、原理として拒否している**制度なのである。国民の多様性をそのまま議会に持ち込むわけだが、そうなると政党は差異を強調せざるをえず、政党はしばしば過激なものとなるし、結果として協力ができなくなる。話を聞いてくれないことになるのだ。



## 補題：緑の党から考える政党の「世界観」性

緑の人々について補足すると、彼らはドイツにおいて原発廃止を訴える人々が集まって形成された政治的な運動を発端にしている。彼らは当初、当時きわめて不可能に近いとされていた「原発廃止」一本で進んでいたため、泡沫政党と同じような扱いを受けていたが、のちに政権与党となった。彼らのたどった道を踏まえてみると、日本にはないドイツの「世界観」的な政党の特徴が浮かび上がる。

緑の人々は、発足した当初は **CDU** こと**ドイツキリスト教民主同盟**（Christlich-Demokratische Union Deutschlands）の人々を中心としていた。彼らはナチス政権以前からの「**エコロジー**」の路線を信条にする保守的な思考をしていたのだった。

しかし議会に進出しはじめると、それを見た当時衰退期にあった左派が急接近してくるようになる。過激な左派が 80 年代以降急速に流入し始めると、かつての右派は新たに政党を作り離脱してしまった。左派となった緑の党は、原発反対以外にも軍事行動への反発や、もっといえばナショナリズムへの反感すら示すようになったのである。ただ、これが結果的に **SPD** こと**ドイツ社会民主党**（Sozialdemokratische Partei Deutschlands）との協力を可能にした。中道左派である SPD は、この緑の党の左派への転換ゆえに彼らを連立政権のパートナーとしたのである。こうして、州議会から着々と政界に進出していた緑の党は、結果的に政権党となるまでにたったのである。

ここで、この**緑の党の変遷のなかにあるのは日本で言う「派閥の対立」なんてものではなく、もっと大きな、生き方に関わるような世界観の対立**である。エコロジーという価値観から変遷はしたが、左派の流入の中でその政策は反ナショナリズム、反軍事的な方向にやはり「体系」づけられていたのである。そしてだからこそ、右派は緑の党から（決して某小沢さんのように選挙目的でなく）出ていくことになった。

対して日本では、自由民主党のような非常に保守的な自主憲法の制定を主張する人々から比較的反リベラルな人まで含んでいる存在もあれば、民主党のように労働組合出身の議員がいると同時に、自民党と政治的信条によっては保守的な思想を共有する人々のいる存在もある。日本にはドイツのような亀裂に根差した対立はないのである。そんななかで比例代表や小選挙区がどう機能するのかは、西欧と同じようには考えられないだろう。**社会的な背景としてどのようなものが日本の政党のなかにあるのか、もしくはないのかをはっきりさせておかないと、前述したとおり政党はそれが世界観的であるかどうかで選挙制度の是非に大きく関わってくる以上は、あらゆる議論は空文化してしまう。**

結論じみたことを先にいうことになってしまうが、このような点に注意しておく。

## 日本の制度をみていこう①総説

以上に小選挙区制と比例代表制の一般的な在り様を確認した。もちろんこれは図式的にすぎるところが多々あるし、実際には選挙制度はこのような考えだけでそう簡単にいくことではないのは繰り返し述べているところである。しかしながらこのような図式が、制度の是非を論ずる際に一定程度役に立つことも確かだから、これらは理解した上で、現実と照らし合わせつつどういう制度が望ましいかを考えないといけないう意味では必要な確認であった。

ここからは日本で取られていた、あるいはとられている選挙制度を見ていく作業に移る。

## 日本の制度をみていこう②衆議院選挙

1925 年の普通選挙法以降は、一時的な例外を除き基本的には**中選挙区制**で衆議院の選挙は行われてきた。この制度に対しては、戦後は万年与党となった自由民主党から強い批判があつて、幾度か小選挙区制への改正が政治日程に上った。いつか述べたカクマンダーとかハトマンダーとかの議論は、ここで出てくる。だが結局はマスコミの批判や党内の異論で見送られてきたのだ。

※中選挙区制は原則として 1 選挙区に 3～6 の議員定数を配置し、単記投票で選ぶ仕組みである。よって性質的には、小選挙区制よりも死票が少ない少数代表の選出システムである。

実はここでは、大政党に不利な構造があった。定数が 1 以上であると、大政党は複数の候補者を 1 選挙区に擁立することになる。ここでは得票を無駄にせず均等に自らの党の候補者たちに分配することが勝利の肝となるが、派閥があればそれぞれが候補者を出そうとするから、**異なる派閥の候補者がお互いに戦いあい、同士討ちしたりするケースがでてくる**のである。少数政党はそもそも多数の候補者など出さないの、ここで損をすることはほぼなく、「少数政党の勝利」が現実味を帯びることになる。

まったくの余談だが、これについては中選挙区制が大政党にとって少なくともドント式の比例配分選挙よりも不利であることが理論的に証明されている。

まあ全国的に見れば、多少の不均衡はあれど（議員定数の配分など）**代表の正確性と政府の安定性**の均衡がとれていた制度であったのだが、このような理由から自由民主党を中心に反発があり、早い事政策本位の選挙にすることで派閥の問題を解消するために中選挙区制の廃止は強く主張されていた。

確かに一党優位のもとで大政党に有利な小選挙区制が導入されるのは、問題も多かったのは事実だろう。しかし、**リクルート事件**以降の政治改革の波も手伝って、派閥の対立から**金権選挙**につながるような広い選挙区制の改革が緊急の議案にのぼると、現行の**小選挙区比例代表並立制**になった。

※小選挙区制の導入について

ここで、小選挙区制に移れば、以上のような派閥の問題を解決する目的が達成されるかと言うと、必ずしもそうでもなかったであろうことは指摘しておきたいし、そもそもこのような事態を問題視することも自明のことではないだろう。

そもそも派閥の問題は、こうして小選挙区を導入したとしても、**依然としてその選挙区への出馬に際して同じように問題が残る以上、根本的には解決していない**はずである。逆に言えばこの問題の解決は選挙区の大きさによらないのだから、中選挙区制のもとで解決できた可能性もあったはずだろう。たとえば選挙資金の削減は、規制により可能である。

そしてこれを「問題」とすることについても、党内の分派化が進むことは**権力分化の思想からすれば、コントロール可能な次元に権力を貶めることにつながる**のだからそれ自体必ずしも悪い事ではないのである。政策本位にすべきとは言いが、そもそも古典的な代表概念からすれば、個人に対する信頼の表明こそ選挙の意味なのだから、ここでは個人選挙の持つ意味を否定しきれないように思える。

小選挙区制にすべき理由として**二大政党制への期待**も訴えられたが、先に述べた小選挙区制の二つの前提条件（①基本政策につき国民・政党の間に一致、②政策が体系化）も整っていなかったように思える。

### 日本の制度をみていこう③小選挙区比例代表並立性

衆議院選挙では小選挙区制と比例代表制が並立する。そのため、評価に際しては両制度で選出される議員の数の比率、比例代表制の選挙区の大きさの二つを考量していかななくてはならない。

数々の案があったのだが、現行でとられる制度のもとでは、議員定数 480 名のうち、小選挙区が 300 名で比例が 180 名であり、比例代表制については厳正拘束名簿式のやり方をとって、選挙区は 11 のブロックを単位に行う。

比例代表制の大きさはそこまでではなく、どちらかと言うと**多数代表的性格**が強いといえる。

この制度がどのように動作するかの予想はかなり難しい問題であって、今日でもその難しさは変わっていない。たとえば、この並立制のもとでは比例部分で勝つためには小選挙区に知名度、存在感発揮のために力を割かなければならず、そのぶん反与党連合の形成が阻止され、政権交代が封じられる可能性があると言われていた。確かに自民優位ではそうなるかもしれないが、現在の政党配置からすれば政権交代可能性はあるように見えるし、事実生じた。

※まあこの変化と言うのは選挙制度によるというよりはかなり敵失によるものが多い様な気がするけど。

小選挙区制によって一党の突出した安定政権が樹立され、**国民が政治に参加するインセンティブが小さくなる**可能性も大きそうだが、**二大政党化が進むことで立場の差異が鮮明になり、むしろ政治参加が拡大することもありえない**ことではない。まあこのように非常に読みにくい制度だし、実際読めていない部分が多い。

### 日本の制度をみていこう④参議院選挙

第二院である参議院は、当初は**全国区**と**地方区**と言う二つの選挙区制を併用していた。当初は職能代表の性格を取り入れるために政府推薦の枠を取り入れようと言う議論もあったが GHQ に却下されたために、衆議院同様にすべて選挙で選ばれることとなった。

ただ、フランスの政治家シェイエスの「第二院が第一院と一致すれば無用であり、一致しなければ有害である」との言葉が示すように、参議院の存在価値については疑問もあった。ようするに、第一院と同じ判断をするなら無意味であるし、違う判断をしてもねじれ国会となるだけであるから、参議院はただめんどくさいだけじゃないか、というわけである。

#### ●全国区

とくに全国区選挙で選ばれた代表については、これが多額の資金を必要とし、金権選挙につながることもあって厳しい批判を受けることになる。当選した議員が一週間くらいで死んでしまった（疲労で！）という事件があり、これはあかんといわれたのをきっかけに、全国区選挙は廃止される。

代わって 1983 年には、**厳正拘束名簿式比例代表制**が採用された。大選挙区単記投票制から、比例代表制に変えることで、ここでは少数代表制度がとりいれられたのである。その後、法律の改正に従って現在に至るのだが、比例代表制については 2001 年以降、**非拘束名簿式比例代表制**が使用されていることについてはもうのべることはないだろう。

## ●地方区

地方区は各都道府県ごとに 1～5 人の当選者を選出する者だが、参議院については半数改選性が採用されている関係で、なんだかんだで一つの区から当選する人数は多くはない。

※現行法（2013 年）では

5 人区…1 選挙区	東京都
4 人区…2 選挙区	大阪府、神奈川県
3 人区…3 選挙区	埼玉県、千葉県、愛知県
2 人区…10 選挙区	北海道、宮城県、茨城県、新潟県、長野県、静岡県、京都府、兵庫県、広島県、福岡県
1 人区…31 選挙区	青森県、岩手県、秋田県、山形県、福島県、栃木県、群馬県、富山県、石川県、福井県、山梨県、岐阜県、三重県、滋賀県、奈良県、和歌山県、鳥取県、島根県、岡山県、山口県、徳島県、香川県、愛媛県、高知県、佐賀県、長崎県、熊本県、大分県、宮崎県、鹿児島県、沖縄県

以上で 73 人を一回の選挙で改選する。ご覧の通り、大体は一人区である。

結局は小選挙区とそこまでは変わらず、地方区では少数代表的な性格は薄かったと言える。**結局はこの仕組みは、小選挙区比例代表並立制とかなり近い選挙制度である。**

## 日本の選挙をみていこう⑤小選挙区比例代表併用制

小選挙区比例代表併用制は、選挙改革の中で社会党や公明党によって主張されたものである。

基本的な事柄としては、有権者はそれぞれ 2 票を持ち、1 票は小選挙区に、1 票は党派に投票する。議席はブロックごとに比例配分されるが、そのなかで誰をどう選任するかについては、まず各党は小選挙区の当選者を優先して選び、それをあててなお自らの政党の議席に剰余がある時には事前につくってある名簿の順序に従って候補者が選ばれると言う制度である。制度の趣旨としては比例代表制だが、当選人の決定につき選挙人の意向を一定程度反映させようと言うものである。その限りにおいて単純拘束名簿式の亜種みたいなものである。当然、大政党がこれに賛成するはずもなく、お蔵入りした。

ちなみに「小選挙区で勝ったやつは名簿に優先して当選できる」ルールがある以上、小選挙区で勝ちまくって、比例で得た議席以上に「優先される」人が出てしまった場合の扱いが気になるが（たとえば、比例で 20 議席得た政党が、小選挙区で 21 人当選させていたとき）、この超過分は**超過議席**として認められる。ドイツなどはこのようなシステムを取り入れている。

※ちなみに超過議席を認めないやりかたを、**小選挙区比例代表連用制**というが、区別されないことも多い。

## 議員定数の不均衡について

問題になっていたものは大体みてきたのだけど、我が国における選挙制度をめぐる違憲審査の対象としてよく議論になる、**議員定数の不均衡**についての問題に最後に触れておく。

あまり大きく触れられないのだが、我が国の違憲審査は実は二段階からなっている。

### ① どういう選挙制度をとるのかと言う問題

この段階については国会に委ねられる。憲法上は比例代表か小選挙区制かは議会が決めてよいとされる。

### ② 決定に基づいた議員定数の配分に不均衡がないか

そして、ここの段階についてはじめて裁判所が判断する。

このような二段階審査が従来はとられており、この選挙制度の選択のところは、非常に広範な裁量に任されていた。並立制、併用制、いったい何を選ぶかについては、すべて立法政策の問題だったのである。前にも言ったが、厳密に投票価値の平等を実現するには全国一区が最も現実に即した話であるが、そうでなくても憲法違反とならないのだから、議会の裁量は存在を認めるほかない。

しかし、とくに参議院については（衆議院でもだが）そうはいかなくなってきた。人口配分の不均衡が増大し、都会と地方の人口の格差が顕著になるなかで、従来**参議院においては半数改選の方式で、選挙制**

度としては県を単位として作られていた仕組みそれ自体が維持できなくなってきたのである。言ってみれば、是認できない不均衡が現行の制度の中では絶対にある程度は生じてしまうような状態が出てきたのである。これに対抗するには、半数改選と言う制度のもとでは県単位とすることができないので、県単位を改める（島根と鳥取を一区にする）などをしなくてはならない。

だがこれは、日本の選挙制度の伝統的な二段階の司法判断の観点からすれば、**選挙制度の問題**、つまり第一段階の問題にすでになっているのは確かである。

すなわちこれは、従来裁判所の判断することではないものに首をつっこんでいるのではないか、と言う問題につながる。衆議院でも一人別枠がおかしいものとされはじめていて、とは前にいったはずであるが、このような問題に、現実として裁判所は切り込み始めている。

これはあまり議論されないが、**司法判断のあり方が、ここにきて新たな局面にきているのではないだろうか**。極めて端的に言えば従来の選挙制度は過疎化する地方に一定の優遇措置を取ることを黙示的に内在しているし、それを認めていたのである。

※さきに言った通り、それを認めなければ全国一区で選挙を行うほかにないが、現行法はそうでない選挙制度を認めているのは承知の通りである。

この配慮は一方で**激変緩和措置**ともなるが、**地方に対する配慮**の側面は否めないわけで、その側面をとらえれば、**選挙制度の選択権**の一つとして位置づけることもできなくはなかったのである。そうであるはずだったものを、裁判所が追いかけることの是非が今、問われているのである。

そしてその是非については、「裁判所が口を出すことが、具体的にどういう帰結をもたらすのか」も踏まえて議論すべきであることは最後に留保しておく。

具体的に言えば、最高裁はこの一連の判決の中で、この4～5年の中非常に厳格な態度をとるようになってきている。この一連の立場を貫けば、今回の衆議院選の無効訴訟についても、最高裁はきっと違憲とせざるを得ないだろう。しかし、そこで違憲「無効」の判決を出すことは、さすがに難しいと思われる。そしてそれは、裁判所の「NO」が、ここでたいして実効性がないことが大きな理由となる。

結局のところ選挙を「無効」にしてしまっても、それに代わる**新たな選挙制度を作るのは「かつての議会」すなわち、過大代表だったところでは「これから自分たちの首が締まる人たち」であり、過小代表だったところでは「どうせ当選する人たち」**なのだから、実効性があるのかといわれるといかにも片手落ちなのである。そこには、実際に選挙無効を訴えるだけの利益を持つ人々の意見が反映される余地がない。最高裁のありようからしても、そのような状況でまで政治の世界に足を踏み入れるというのはやりすぎであろう。とすれば結局、事情判決なんじゃないかなと言う結論に落ちつく。

※当選議員が「多すぎる」選挙区においては自分の選びたかった人間は当選しているのだし、侵害された権利（自己決定権でもなんでも）が無い以上、選挙無効の訴訟は起こせない。だから訴訟が起こせるのは過小のところになる。

このようなことも踏まえば、現在の状況についていえば、**人口に比例して議席が配分されるとすると意見が反映されなくなる地方の意見を反映するために、意図的に一定程度議員を確保する選択は、やはり選挙制度の選択の範疇に含めることができるのではないかと日比野さんは思うとのことである。**

以上が選挙制度の問題である。何度も言うが、現実には立ち入る議論をするのなら、とくに「**国民代表**の存在が本当にあるのか」、という一番の前提、そして一番ふわふわした前提を疑っていくところから始めることが肝心である。

## （6） 国会・内閣

前回までで、代表の話や、選挙制度について簡単にだけ説明をした。

ここからは、統治機構の制度的な問題について話していこうと思う。この問題は、大きく分けてセッティングの問題とプロセスの問題に区別することができるので、そのどちらが問題になっているのか、常に意識するようにしよう。では、まずは国会について、そしてその後に内閣について述べていく。

### 6-1 国会

ここからは、国会の権能とそこから生じる問題について述べていく。

網羅的に説明するわけではなく、教科書で書かれていない所などに絞ろうと思いますとのことである。まあともかく、これを考える時にはいくつか心にとどめておかなくてはならない前提がある。

## 前提

### ①憲法上の権能と法律上の権能

議会の権能については、それが憲法上与えられているものと、個別の法律とで与えられているものとがあることは気を付けよう。この後の説明で議員規則などの話が出てくるのだが、議会について述べるときに、個別の立法が憲法上の権能にどう関わり、どう方向付けをしているのかを考えないといけない。

※ここで一つ言いたいのは、**天皇の権能**との対比である。言うまでもなく、天皇の権能は憲法上のそれしか認められず、法律をもって新たな権能を付与することはできない。しかし議会はこのような限定を受けないのである。

### ②国会の権能と議院の権能

国会の権能としてはご承知のように**法律案の議決**、**予算の議決**、**条約の承認**などなど一般的なものが教科書であげられることになる。これはすなわち**国権の最高機関としての行為**と言うことになるが、対して**議員の集まる「ハウス」の行為**として、議院は**役員の選任**や**議院規則**の選定、メンバーの**処罰**、**国政調査**などを行うし、衆議院については**内閣信任**、参議院については**緊急措置**とそれに対する同意などが憲法上できることになっている。

以上は大前提である。ここまでふまえると、これらをまとめきって国会の権能と一言でいってしまうのはとくに②の前提からして少し語弊があり、**議会**の権能と言ったほうがいいのかもかもしれない。

さらに二点捕捉しておく、

#### ①国会の議決と両議院の議決には区別がある

議案には先議後議の関係にあるものと、そうでなく二つの議案が同時に審議できるものがあるが、この区別をするために、前者を国会の議決、後者を両議院の議決という言い方で区別する。

先議後議の関係にある議案については、衆参で不一致があれば必ず両院協議会が開催されることになっている。その関係にないものは両院協議会は必ずしも開かれず、任意に請求して行うことになる。

#### ②議案とは何か

予算案とか法案が議案なのは察しがつくが、さらに国会においては**動議**という言葉や、案件と言う言葉が使われることがある。

案件と言う言葉は非常に定義のはっきりしない言葉なのでとりあげないが、公式上の言葉である動議を議案と区別すると、**議案**は国会で審議される対象で、**案を含んでいるもの**であり、**動議**は審議対象ではあるが案をそなえていないものである。

案と言う言葉に明確な定義を日比野氏は与えなかったが、まあ形成的な選択肢としての案をここでは意味しているのであろう。たとえば法案や予算案、人事案も「案」をそなえているからこれは議案である。それに対して審議の過程のなかで質疑打ち切りを提案することや、賛成討論や反対討論で、その討論が延々と続くときに討論打ち切りを提案するときには、広義には案ではあっても、議案において言う意味での選択肢としての「案」を備えてはいない。これは動議である。

## 議員の権能

さて、議会の権能と対比されるものとして、**議員の権能**があるので紹介しておこう。これは**発議権**、**質疑権**、**討論権**、**評決権**、**質問権**と具体的に言われる。このうちで発議権から評決権までは一連の審議のプロセスのなかで行使されるものだが、質問権とはこれとは性質を異にするものである。

ここで、**討論権**と**質問権**と言うものはややわかりにくいところがあるので少し補足しておくことにする。いずれにしてもこれらの権能を議員が行使する中で、議会の権能が行使されることになる。

#### ①討論権

伝統的には、国会での審議にあたっては本会議でも委員会でも、ある議案が**発議**されるとその議案について審査することになる。審査するために議員には**質疑権**が与えられるが、審査を終えると議案についての**評決**をするのが一連の流れである。(発議→質疑→評決)

実は、ここで「質疑」が終わった後、議案に賛成の会派と反対の会派でそれぞれ**討論**が行われるのである。そしてその反対討論、賛成討論(まあ、意見表明のようなもの)をしたうえで評決を行うことになっている。ここに討論権の存在する余地が生まれるのである。

もちろんここで、**現実としては法案が提出された際にはもう、各会派の態度はおおむね決まっている**。そもそも決まっていなかったら審議日程が調整不能であるし、もともと重要な法案については、選挙等の場面で記者会見も含め賛否がより明確になっている。

※本会議は週二回、委員会は衆三回が基本であるから、通常国会には 150 日の期間があると言っても、休みを除けばフルに審議しても 40 日から 50 日くらいしか審議ができない。それに、たとえば予算など衆議院に**先議権**のあるものは、同時審議ができずさらに時間が足りなくなっていて、衆議院で審議したあとおせおせになってから参議院に回される可能性が高い。そして先議権のある議題はたいていの場合、重要で時間がかかる。この時間の制約は**選挙**などでさらに短くなる可能性がある。

しかし参議院も一応は審議した体裁を保たなくてはならないから、実際の審議日数があまりとれないなかで無理矢理審議を終えなくてはならない。そのためには、**議案の交通整理をしなければならず、その議案が「通過するのか」という見通しがある**のである。与党は、反対派が議案に対してどういう態度をとるかをあらかじめ議論のなかで察知し、それを前提としたうえで、適切な時間設定（いつごろから審議をはじめるか、どのような順番で審議をするのか、期間はいくらばかりか）を組むことで、日程的な限界、時間的な制約があるなかで一定の議案を通すために工夫するのである。

というわけで、どのような評決をするのかはわかっているのだが、一応は建前として「真っ白」な立場で議案を受けとり、質疑の中でその問題点を究明し、反対派の意見に理があるなら修正するという立場をとらざるをえない。そしてそのうえで、各会派が立場を申し入れるという慣行が今日でも実際に残っているのである。そのような順番のなかで、あくまで建前だが、討論権も権能として認められるのである。

## ②質問権

これは、**内閣に対して書面でもって個々の議員が質問をできる権能**である。これに対して内閣も文書でもってこれに答えなくてはならない。内閣が文章を出すということは閣議決定が必要になるので、公式な意味をもった答えを期待することができる。

なぜ質疑権のほかにはわざわざ質問権が規定されているのかというと、これにより**少数会派**の質疑権を実質的に確保するためである。審議時間は限られているし、審議時間をどう分配するかは各会派の大きさによって決まるから、小会派はほぼ審議ができない。さらには反対会派には優遇などもあたえられるなどというイレギュラーもあり、いずれにしても小会派が十分に質疑を行える保障はない。

そのなかで**少数会派に属する議員は何も立法に関与できなくなるので、それを補うものとして質問権が与えられている**のである。

公開で審議されることがないから世間受けを狙うことはできないが、文書で公式に回答してくれるならば、少数会派もハンデを埋めることが可能である。とくにこの答えには閣議決定をもった文章で記録され残るというのも大きな利点である。ただ、質問権についてはかつてはほとんどその意味に着目する者がいなかったため、行使されることがほぼなかった。

※**菅直人**と言う人が厚生大臣を務めた後によくわからない本を書いたのだが、そのなかで正直なのか恥知らずなのか、「自分はつい最近になって質問権があることを知りました」とかいう趣旨の事を言っていたらしい。彼の大臣としての資質については知らないが（知らなくていい程度のものだが、という皮肉でもある）、質問権とはその程度の存在であったのだ。彼は大臣を務めたとかいう以前に議員を長く勤めていたわけで、本来なら質問権を行使する立場だったのであるから、そんな人間が派手な立ち回りをするのに便利な道具を知らなかったというのは象徴的である。

その後質問権に光をあてたのは、**鈴木宗男**である。彼は新党大地という政党を作ったが、北方領土の問題をいわば得意分野としていたので外務省にとってめんどくさい存在だった。ここで、質疑権がほとんど確保されないというなかで質問権を行使しまくったのである。そして内閣に答えを出させ、機密事項に近い情報も引き出そうと政府に詰め寄った。

ここでようやく、質問権が便利だなということがわかりはじめたのである。ただまあ最近の質問の例では、首相官邸におぼけはいるのかとか聞いていたりしてもうなんかあれなんだけど。

## 議員の特権

次に、議員の特権について触れておく。議員の特権は大きくわけて以下の二つと言えるだろう。

①**不逮捕特権**（50 条）

②**免責特権**（51 条）

### ①不逮捕特権

#### ●憲法第 50 条

「両議院の議員は、法律の定める場合を除いては、国会の会期中逮捕されず、会期前に逮捕された議員は、その議院の要求があれば、会期中これを釈放しなければならない。」

この特権の存在理由としては、**審議権の確保**と**身柄の自由の確保**の二つが普通言われる。しかしながら、前者をもって説明するには少し歴史的に見て問題がある。というのも、審議権の確保が不逮捕特権の理由だというと、**造船疑獄事件**などの一連の議員逮捕・不逮捕劇の説明が合理的にはつかなくなるからである。

さて、造船疑獄事件で佐藤栄作を逮捕しようとした際には、当時の犬養法相が指揮権を発動してそれをおしとどめたが、その根拠が審議権の確保であった。当時、予算案が出ていない段階で与党幹事長が逮捕されるとすると、予算案審議がうまくいかねーだろうということである。

しかしながら、これで説得力があるかといわれるとどうもそうではない。なぜなら、彼が造船疑獄に関与した疑いがあり、取り調べの過程で逮捕する必要が生じたが「審議権」を確保するためにその時点で逮捕することができなかったのなら、**閉会後に逮捕すればそれでよかったはずなのに、そうはならなかった**からである。結果としてタイミングを逸したために、彼を起訴できなかったということはありうるかもしれないが、検察はそのようなこともないままに、何かよくわからないうち事件を終わらせてしまったのである。法務大臣が指揮権を発動したから逮捕することができず、そのせいで捜査が行き詰まるというのは意味が分からない。

さらには、**このあと検察は実務的には会期終了後に議員を逮捕することをしている**。さらには大蔵族の役人としてのちに衆院議員になった**新井将敬**や、**鈴木宗男**などを逮捕するに際して、**会期の終了を待つことなく逮捕に踏み切っている**。議院の側はそれに逮捕許諾請求を認めた。

ここで指摘しておくのは、この逮捕された鈴木宗男などは、わりとスタンドプレーの目立つ議員で、当時の与党から煙たがられている部分があり、人物としてもある会派で主要な人物ではなかったことである。明らかにここには政治の裏側に流れるような「よくわからないもの（unknown という意味ではなく、得体の知れないという意味）」があるのであって、このあまりに不整合な対応を「審議権の確保」とか言っても納得はできるものではない。

## ②免責特権

### ●憲法第 51 条

「両議院の議員は、議院で行った演説、討論又は表決について、院外で責任を問われない」

免責特権については、その特権の対象となる**行為の範囲**が問題になる。条文構造は単純であって、「院内の言論」について責任が問われないというだけであるにしても、実際には行動は単純にこの要件で二分できないからである。

#### その 1…院内の**非言論的行為**

とくに安保改定期の乱闘国会では、言論にともなつて暴力的な行動がなされていた。暴力行為だけなら当然に対象ではないにしても、このように両者が合わさった場合はどうなるのだろうか。

判例としては、最高裁のものではないが第一次・第二次国会乱闘事件に関わる東京公判などがこの問題を解消している。

### **第一次国会乱闘事件（昭和 37 年：東京地裁）**

与党の強引な議会運営に対し、野党が実力行使的に議会を妨害した。その過程で全治三か月のけが人がでてしまい、加害議員が傷害罪で起訴された。議員側は憲法 51 条を、拡大解釈すべきとして無罪を主張し、判決も無罪を言い渡した。

#### **判決**

「民主主義にとっては社会の健全な発達をもたらすために言論の自由を確保することが必要不可欠の要件である。このことは一般国民の間においてもそうであるが、直接国家意思の形成に当たる議員の議会における発言は一般国民に比してより一層の自由が確保されなければならない。国会では行政、司法等に対する徹底的な批判が行なわれなければならない、そのため往々にして個人の名誉、社会の治安を害することがありうるものであり、通常の場合には尊重さるべき個人、社会等の反対利益も譲歩を余儀なくされざるを得ないのであって、もしこれにかかざらっているときは言論を萎縮させ、また場合によってはこれを抑圧することになりかねないのである。本条において議員の院内の言論について院外における責任免除の特権を認めたのはこのような政策的考慮から処分を免除し、発言の自由を保障し、もって国会の機能を遺憾なく発揮せしめんことを企図したものである」

**「特権の対象たる行為は同条（※51 条）に列挙された演説、討論または表決等の本来の行為そのものに限定せらるべきものではなく、議員の国会における意見の表明とみられる行為にまで拡大されるべき」**

このように、判例は意見の表明に付随する限りでの言論外の行動も 51 条の射程に含める。

## その2…**院外の行為**と絡む院内の行為

議員が、このような質問をしてくれ！という要請にこたえること自体は国会議員の職務であるにしても、その質問を行うにつき、たとえば薬品業界などから一定の金銭の授受があり、この見返りとして薬品の認可についての質問が行われていたとなるとどうだろうか。

院内の行動でも、それが院外と絡んでくるときに、線引きが問題となる。だがまあ、院内の言説についてもそれに付随したところまでしか免責は認められないのだから、冷静に考えてほぼアウトである。

たとえば **KSD 事件** では、大学の認可を認めさせようとワイロを渡して国会で質問をさせようとしたことにつき、議員に受託収賄罪を認めている。

### **KSD 事件（平成 20 年：最高裁）**

ものづくり大学とか言う大学を作りたいかったので、議員に口利きしてもらった。代わりにお金をはらったよ！という典型的なパターン。

#### **判決**

「被告人 A は、これら各請託を受けたことなどの報酬として供与されるものであることを知りながら、また、被告人 B は、被告人 A が上記勧誘説得の請託を受けたことなどの報酬として供与されるものであることを知りながら、被告人両名は、共謀の上、C から、同月から平成 10 年 7 月まで前後合計 226 回にわたり、被告人 A が実質的に賃借して事務所として使用しているビルの部屋の賃料相当額合計 2288 万円の振込送金又は交付を受けた。さらに、被告人 A は、平成 8 年 10 月 2 日ころ、同様の趣旨で C から現金 5000 万円の交付を受けた。以上のような**事実関係によれば、被告人 A は、その職務に関し、C から各請託を受けて各賄賂を収受したものにほかならない**のであって、これと同旨の原判断は相当である」

そもそも、ここでは憲法 51 条が問題にすらされていない。

とまあ行為についてはこのように、議院のなかでの言論と、それに付随する行為が対象になっているようである。まあ「付随する」とはどこまでなのかは別の問題だが、基準設定としてはこんなもんだろう。

ただし、まだ問題は残る。すなわち、「**責任**」とはどこまでの責任なのかである。院内で免責される責任とはいったい何なのだろうか。あるメンバーについて院内の行為を参考にして、それを問題にして彼らに投票したり落選させたりすることは規制もできないし問題もない事なのだから**社会的責任、政治的責任**はこの範疇から抜けているのはわかる（そもそも、議員が政治をする議会で責任が問われないのなら、およそ政治的責任とは何なのかという話になる）。だが、残る**法的責任は完全にここで免責されるのだろうか**。

指摘しておきたいのは、**裁判所が損害賠償責任が発生しうると判示している**ことである。ただし、その発生のさせかたは少し技巧的である。

これは最高裁の平成 9 年 9 月 9 日の判決で示された。

### **病院長自殺事件（平成 9 年：最高裁）**

北海道のある精神病院の病院長が、今日でいうところのハラスメントを行っていることを議員が質疑に取り上げ、その結果院長が自殺したと言う事件である。

公の場で、質疑をしたせいで名誉を棄損され殺されたんだ！と遺族からすれば当然なる。しかしここで損害賠償を求めると、責任を院外で求めることができるのかどうかにつながってくる。

#### **判決**

「そして、国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で**政治的責任**を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での**法的義務を負うものではなく**、国会議員の立法行為そのものは、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法行為を行うというごとき、**容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法上の違法の評価は受けない**というべきであるが（最高裁昭和五三年（オ）第一二四〇号同六〇年一一月二一日第一小法廷判決・民集三九卷七号一五一二頁）、この理は、独り立法行為のみならず、条約締結の承認、財政の監督に関する議決など、多数決原理により統一的な国家意思を形成する行為一般に妥当するものである」

最高裁は、議員の免責を法的責任においてはまず貫徹する立場をとっている。しかしながら、国の賠償責任一般の論点として、ある役人が行った措置によって損害を被ったとしても、当該役人に対してではなく国が損害賠償責任を負うのが国賠法の建前であるとした。

国会議員は公務員であるので、ここで議員に国賠の責任を求めることは本来的にできないことになる。これはハウスのなかにおける演説、討論、評決などによって損害が生じた場合でもそうでなくても同じである。

つまり、「**議員の免責はされるけど、もともと損害賠償については責任負うのが議員じゃねーし**」と迂回させて賠償責任が国に発生しうる構成をとった。

だが、そう述べたうえで、国会議員が個別の国民の名誉信用を低下させる質疑を行っても、国賠法上の損害賠償責任が肯定されるためには国会議員に付与された権限に明らかに背いて行使されたと認めうる**特別な事情**が必要だとしたのである。

まとめると、①国会議員ではなく国の損害賠償の問題である。②国の損害賠償責任が認められるにしても、公務員一般のときとは違い、国会議員の権限に違背するような事情が必要だ。ということになる。

しかしまあ、議員の免責特権を認めるということ自体はいわゆる立憲主義の立場に立つ諸憲法が多く採用することであり、必要性自体は認めうるところだが、そもそもこのような法的責任を国が負うときにまで免責を認めるべきなのか、は考えるべきことであるような気がする。なんというか、法的責任はないっていうのは無敵過ぎだよね。逆に言えばそれだけ**国会議員が制度上信頼されている**ということでもあるんだけど。

## 議会の権能

次に、議会の権能について説明するが、国会の権能の中で重要なものは**国政調査権**である。他については大体教科書通りでいいので見とけということであった。

国政調査について結論からいえば、これは実定法上の仕組みとして、**議案の審査と対をなすものとしてとりあげられる**。そしてその際には、**証人制度と参考人制度は、ともに議案の審査と国政調査に共通の制度として位置づけられている**ことを押さえておかななくてはならない。

さて、憲法上の関係規定を見てみると、62条に国政調査権が規定されている。ここからはいわゆる条文祭りになるので頑張ってついていこう！

### ●憲法第62条

国政調査権と議案の審査は  
互いに引き立てあう存在



「両議院は、各々**国政に関する調査**を行ひ、これに関して、**証人**の出頭及び証言並びに記録の提出を要求することができる」

さきほどの説明と違い、ここでは**議案の審査**という問題はおよそ出てこないし、**参考人制度**も凡そ言及されていない。むしろ、国政に関する調査と証人と言う制度がワンセットになっているような印象を受ける。事実、憲法のテキストにもこれをくっつけて説明しているものが多い。

これだけ見て満足すると、さっきした「議案と対になる」「証人・参考人制度が議案審査と国政調査に共通」といった結論には永久にいたれない。こと国政調査権に関しては、その実定法上の仕組みを確かめるためには国会法などの諸法律を鑑みないといけないのである。以下にいくつか並べるが、少し見ていくだけで、気付くことがあるはずである。

### ●国会法第103条

「各議院は、**議案その他の審査若しくは国政に関する調査のために**又は議院において必要と認めた場合に、議員を派遣することができる」

### ●国会法第106条

「各議院は、**審査又は調査のため、証人又は参考人が出頭し、又は陳述したときは**、別に定めるところにより旅費及び日当を支給する」

### ●議院証言法第1条

「各議院から、**議案その他の審査又は国政に関する調査のため**、証人として出頭及び証言又は書類の提出を求められたときは、この法律に別段の定めのある場合を除いて、何人でも、これに応じなければならない」  
ここまで見ると、やはり憲法上の規定では読めなかった部分が浮かび上がる。すなわち、

①議院の権能はさしあたり**議案その他の審査と国政調査とに二分**されている

②証人の制度とともに**参考人制度**があり、これが審査と調査に共通の制度となっている

ということである。証人は国政に関する調査にのみ用いられるのではなく、議案その他の審査においても用いられるし、参考人制度も国政において用いられることがあるとされている。

このことは他の法律でも同じように表現されている。たとえば議会のなかの衆議院規則、参議院規則などを見てみるとわかる。

●衆議院規則第 53 条

「委員会は、議長を経由して**審査又は調査のため**、**証人**の出頭を求めることができる」

●衆議院規則第 85 条の 2

「第八十五条の二 委員会は、**審査又は調査のため**必要があるときは、**参考人**の出頭を求め、その意見を聴くことができる」

●参議院規則第 33 条

「委員会は、付託を受けた案件の**審査又は調査のため**これを開くことができる」

●参議院規則第 72 条

「委員会が案件の**審査又は調査を終つたとき**は、報告書を作り、委員長からこれを議長に提出しなければならない」

●参議院規則第 182 条

「**審査又は調査のため**、会議に**証人**の出頭を求める動議があるときは、議長は、議院に諮りこれを決し、議長がその出頭を求める」

●参議院規則第 186 条

「委員会は、**審査又は調査のため**、**参考人**の意見を聴くことができる。委員会が参考人の出席を求めるには、議長を経なければならない」

ここでも明らかに、証人と参考人は審査と調査に**共通な制度**として位置づけられている。これを見ればわかるように、**憲法で考えられている制度と国会法で考えられている制度との間には、やや不一致がある**ことはおさえておこう。憲法はいわば基本的な点だけをさだめ、細かい部分を国会法などで具体化しているともいえるかも。いずれにせよ法律のレベルでは**議案の審査**と**国政の調査**が区別され、証人と参考人が調査と審査のいずれにも資する両者に共通の制度となっていることを覚えよう。

※もちろん、証人と参考人は制度そのものとしては異なる。証人は議院証言法に規定されるように正当な理由なくしてこれを拒めず、また宣誓が必要で虚偽証言などについては罰則規定もある。対して参考人には出席義務や専制手続きもなく、罰則もない。運用としては前者は重大な事件の責任者を呼ぶような時、後者はそれより広く関係者の見解を得るために行われることが多いが、境目ははっきりしない。

## 審査と調査

さて、法制上別物とはなっている審査と調査だが、どこでどう区別されるのだろうか。実務ではこれらは明確に区別されるのだが、教科書ではなぜかこれがあまり取り扱われない。

実務上はどうなっているのかは、結論から言えば「法案が議題になっているか」が基準となっていることが議事録からわかる。ということで、いくつか議事録の中身をみていこう。(以下のセリフはそのままではなく、要旨であることはご了承ください)

①「財政及び金融に関する件につき、**調査**を進めます、所信を聴取いたします」

財務大臣の**所信表明**は、調査である。

②「財政及び金融に関する件につき、**調査**を進めます、●●の法律案の起草につき、議事を進めます」

**起草**に関することも、調査である。

③「●●省関連の基本施策に関する件につき、**調査**をすすめます。これにつき、参考人として〇〇君を…」

**立法**を行ったり、**基本施策**における審議は、調査である。

④「内閣提出●●の法案を議題とします。本案**審査**のため、参考人として〇〇君を招致いたそうと思います」

**法律案**については審査である。

見てみると③と④から参考人制度が審査にも調査にも使われることも注意が必要だが、やはり**法案が審議の内容となるかどうか**が**審査と調査との分かれ目となっている**ようである。こういう審査と調査の区別は、大体諸外国でも同様に行われ、より性格をつきつめると**審査は内部的**だが、**調査は外部的**で**報告書**が作成されるのが一般的である。ただ、我が国の場合は、審査においても調査においても報告書の作成が求められることになっているが、それと同時に衆議院規則第 86 条、参議院規則第 72 条のために、「**簡明な報告書**」で済むこととなっている。したがって調査についても審査と同様に簡明な報告書で良いこととなる。その結果、**国政調査そのものが非常におざなりな結果になっている傾向が認められる**。

●衆議院規則第 86 条

「委員会が付託案件について審査又は調査を終つたときは、議決の理由、費用その他について**簡明に説明した報告書**を作り、委員長からこれを議長に提出しなければならない」

## ●参議院規則第 72 条

「委員会が案件の審査又は調査を終つたときは、**報告書**を作り、委員長からこれを議長に提出しなければならない。前項の報告書には、委員会の決定の理由、費用その他について**簡明**に説明した要領書を添えなければならない。委員会において国会法第五十七条の三により内閣が意見を述べた場合は、その要旨を要領書に記載しなければならない」

### 国政調査の本質

この国政調査の本質、そして後述する限界については、かつてはかなり力を入れて議論された。ちなみにそれを象徴的に示するのが芦部先生の助手論文だった。芦部さんがこれを助手論文にしたところから見て取れるように、これは当時から憲法学界のメインイシューの一つであったのだ。まあ今日では一応教科書で触れられるにとどまるが、問題はなぜそう変化したのかである。

さて、国政調査の本質についての議論は、大まかに言って**独立権能説**と**補助権能説**となる。

**補助権能説**は、本案審査について必要な場面、主たる権能の行使に補助、奉仕するものとして国政調査権を捉える理解である。それに対して**独立権能説**は、しばしばいわれる言い方をすれば、調査のための調査も認められるという見方である。これだけだとなんのこっちゃだが、ようするに**主たる権能が何かあってそれを補助するために国政調査権があるのではなく、それ自体主たる権能として行使する**というものである。

ただ、国会の権能とは何かを考えると、これは多少は人によっても重要なものは「**立法**」そして「**行政のコントロール**」である。立法も政府のコントロールの手段に過ぎないともいえるが、ともかくこの権能は行政のやらねばならないことが拡大した福祉国家 JAPAN では非常に広範であり、**結局このだっぴろい「主たる権能」に属するとすれば補助権能説だろうが大体のことはできる**ので、もはや独立権能説と補助権能説を区別すること自体あまり意味がなくなるような気がする。

※今日の現実的な政策決定のありかたからすれば、主たるものは政府の権能のコントロールらしい。

そういう意味では国政調査の本質は、もはや議論する実益のない問題といってよいのではないか。ただし、一応通説となっているのは補助権能説で、芦部先生の教科書もそれになっている。

### 国政調査の限界

次に問題になるのは国政調査の限界である。国政調査の限界について言えば、これは大きく分けて三つの論点が挙げられるだろう。さしあたり、①について尺をとって説明することにする。

- ①**平行調査が許されるのか**
- ②**行政機密の取り扱いの問題**
- ③**それぞれの個人の基本的人権の問題**

#### ①平行調査

**平行調査**と言うのは、とくに**司法作用**との関わりにおいて問題になる。とくに刑事事件で裁判が行われている間に、その裁判について問題になっているのがどのような事件なのか、どのような判断が行われるのかを議院が調査するのは許されるのかという問題である。

いったん判決がなされると上級の裁判所以外にはこれを覆せないし、判決が確定したらもう無理である。また、裁判官を罷免するにしても弾劾裁判の所定事由がなければならない。これらによって**司法権の独立**が保障されているわけだが、こうしてまで保障した**司法権の独立を破って、国政調査がどこまでできるのかを改めて論じる意味はないのではないか**という理解も一方では考えられる。

他方で、判決の内容が適切でないと考えられたとき、**判決について調査し、その原因となったところの法律を改正するのは言うまでもなく国会の本来的任務の一つ**である。「**司法権の独立**」と、「**国政調査の意味**」、この微妙なバランスのとりかたが大きな問題となるのが平行調査の問題なのである。

司法権の独立を徹底的に重視すればおよそあらゆる刑事報道が禁止されかねないし、そのようなことは妥当ではないのだから、裁判官がプロであることも含め、司法権の独立はあらゆるものに優先するというわけではない。しかしながら**現在の通説は、このbalancingにつきかなり司法権の独立に重きを置いている**のが現状である。

※ただし、準司法的活動であるが**検察権**については、これが行政権の管轄であることから、**日商岩井事件**などの判例でそれが原則として認められることが示されている。

## 日商岩井事件（昭和 55 年：東京地裁）

授業では取り扱われなかったもので、詳しく説明はしません。参考までに。

### 判決

「行政作用に属する**検察権の行使との並行調査は、原則的に許容されているものと解するのが一般**であり、例外的に国政調査権行使の自制が要請されているのは、それがひいては司法権の独立ないし刑事司法の公正に触れる危険性があると認められる場合（たとえば、所論引用の如く、（イ）起訴、不起訴についての検察権の行使に政治的圧力を加えることが目的と考えられるような調査、（ロ）起訴事件に直接関連ある捜査及び公訴追行の内容を対象とする調査、（ハ）捜査の続行に重大な支障を来たすような方法をもつて行われる調査等がこれに該ると説く見解が有力である。）に限定される」

この平行調査が問題になった事件は**浦和事件**である。

## 浦和事件（昭和 23 年：浦和地裁）

母が子を殺した事件につき、いわゆる「温情判決」として割に甘い刑が科されることとなった。すると量刑が軽すぎるのではないかということが問題になり、参議院法制委員会がこれにつき国政調査権を発動した。被告や検察官などが招致され、「検察官および裁判官の本件犯罪の動機、その他の事実認定は不満足であり、執行猶予付きの懲役 3 年の刑は軽きに失し当を得ない」との報告書が翌年に出されると、これに対し最高裁がこの国政調査権の発動を違憲とする旨の意見書を提出することとなった。

### 意見書

「司法権は、憲法上裁判所に専属するものであり、他の国家機関がその行使につき容喙干渉するが如きは憲法上絶対に許さるべきではない。この意味において、同委員会が**個々の具体的裁判**について事実認定若しくは量刑等の当否を審査批判し又は司法部に対し指摘勧告する等の目的を以て前述の如き行動に及んだことは、**司法権の独立を侵害し、まさに憲法上国会に許された国政に関する調査権の範囲を逸脱する措置と謂わなければならない**。裁判官に対する民主的監視の方法は、自ら他に存するのであって、すなわち、憲法の定める最高裁判所裁判官に対する国民審査及び裁判官に対する弾劾の各制度の如きがそれである。憲法は国の最高法規であり・国会もまたこれを尊重しなければならないこと論を俟たず、ここに深甚な反省を求める次第である」

「個々の具体的裁判」との文言から察するに、立法等のより**一般的な目的**のための調査ならまだ許されるにしても、**個々の事案**に立ち入った指摘をすること（ここでは不当判決との宣告）は許されないという立場で、この主張は基本的に学説にも共有されていった。芦部先生も同主旨である。

ノート作成者の私見としては、裁判所は個々の事件を解決するものであり、対して立法府は一般的な規範としてのルール作りを行うべきだという観念があるのではなかろうか。まあようするに、個々の出来事に口出しをすることは原則として否定されている。

しかしながら、最近は裁判官にも様々な原因から（非）人間的な行為をする人が出たりするが、その原因にある種の社会環境や生活環境があると考えられるのならそれにつき、リクルート方法に問題があるのならそれにつき、何らかの改革を行うのは国会の本来任務の一つであろう。そういうことを考えるにつき、改善を考える**基礎的なデータ**として裁判官の活動や非行、そしてもっと言えば**個別の出来事につき調査することは国会とすれば当然になすべき**で、最高裁の事務総局に丸投げすればいいというわけではないだろう。

とすれば、**平行調査を一般論として否定するのが適切なのかは非常に疑わしい**ものである。とくに日本の平行調査論は一定の時期の物を取り上げて、その時期の学者の答えに直結して結論を出しているくらいがあるが、とにかく司法権が独立しているからと言って、判決の結果が適切でないと考えられるような刑事事件があった時に、刑法を改正しようとする、裁判官の非行が増えたときにその深い原因を検討する時、それは立法と言うところの範疇に含めても良いのではなかろうかと日比野さんは思うとのことである。

### 補論：司法権の独立の「具体性」

司法権の独立と言うモノの本来的な基本的な意味は、個々の裁判官の**自由な法的確信**を形成する所にある。そして裁判所があくまで「個々の事案」を解決するときに、自らの自由な確信に基づいて判決を出すことが肝心なのであって、たとえば新聞報道でいろいろな事実が報道された時に、その時その時で自由な法的確信を妨げられていないかが判断されるわけである。そしてこれは、単なる抽象論と言うより、かなり**現実的な話**である。

法的確信の形成に影響を与えているから報道を制限する、というのは制度としては考える余地はあるが、国民の知る権利とのバランスが問題になる。いずれにせよ、裁判官はプロとしてそのような報道に目をつぶるすべを覚えていなくてはならないのも確かである。

福島事件（長沼ナイキ訴訟）で、裁判官に対して法的な仕組みとしては保障されている自由な確信が人事権によって脅かされるという問題がでたときも、松川事件で裁判所の批判が著名な評論家や作家からなされたときに、田中耕太郎氏が言うように「社会の雑音」としてそれを切り捨てていいのかが問題になったときも、結局は司法権の独立と周りからの圧力のバランスの問題だったわけだが、決して抽象論の次元で話が進んでいたのではなく、**事実的な影響力を前にしてそれをどこまで裁判官の自由な確信として守っていくかの議論**であったことを忘れてはならない。

そしてこの理解からは、やはり「国政調査権」を抽象的に司法権の独立に劣後させることは疑問が残る。

## ②行政機密の問題

国政調査における当該事項が**行政機密**にあたる時に、これを紹介しろといわれたのに行政が拒否してよいのかが問題になる。これについてはいろいろ議論があるが、少なくとも制度としてはどうなっているのかは抑えておこう。

どうも行政が悪いという見方は散見されて、行政機密のせいで国政調査ができない！というが、制度としては政府の側がそれを主張するには、国会法 104 条の規定である**疎明**と**内閣声明**という二つの段階をクリアしなくてはならない。

これはクリアするのが結構難しく、**世間一般で言われるよりはよっぽど、機密を機密とするのは難しい**。

### ●国会法第 104 条

「各議院又は各議院の委員会から審査又は調査のため、内閣、官公署その他に対し、必要な報告又は記録の提出を求めたときは、その求めに応じなければならない

②内閣又は官公署が前項の求めに応じないときは、その**理由を疎明しなければならない**。その理由をその議院又は委員会において受諾し得る場合には、内閣又は官公署は、その報告又は記録の提出をする必要がない

③前項の理由を受諾することができない場合は、その議院又は委員会は、更にその報告又は記録の提出が国家の重大な利益に悪影響を及ぼす旨の**内閣の声明を要求することができる**。その声明があつた場合は、内閣又は官公署は、その報告又は記録の提出をする必要がない

④前項の要求後 10 日以内に、内閣がその声明を出さないときは、内閣又は官公署は、先に求められた報告又は記録の提出をしなければならない」

## ③基本的人権の問題

議院証言法には**刑事訴追**を受けるおそれ、**有罪判決**を受けるおそれがあるときは証言を拒める旨が記載されている。これは配偶者や後見人、後見監督人についても証言が拒否できるとされている。

しかしながら、このとき同時に証人は拒む際に事由を示さなくてはならないから、相当程度に国政調査権の行使は人権を制約するものであることは間違いない。この規定は結構厳しく、基本的人権を理由に拒否することはかなり難しいと言える。

しかしながらこれは裏返せば、議員が良識にそって行動すること、良き代表であることを想定し信頼しているともいえるかもしれない。そう思えば、実はこの代表観念の話とまた絡んでくることになるのである。

以上が国会についての説明であった。

## 6-2 内閣①

ここからは内閣について説明します。

大まかにいって、ここでは内閣がどうセッティングされているのかと、それがどのようなプロセスで動いているのかをそれぞれ注目していくのが理解にとって肝心である。まずは内閣のセッティング面を、諸法律を参照しながら確認し、その後により実測的に政治決定などの過程、プロセスの問題を考える。

## いくつかの内閣

内閣と言う制度の説明については、一番大事なものは**憲法上の内閣**の制度と、**法律上の内閣**の制度、それと**憲政(現実の政治)上の内閣**の制度との乖離状態をしっかりと把握することである。かなり違っているとのこと。

すると、現実の内閣の政策決定を、どうコントロールするのかの問題も、すべての「内閣」における政策決定に沿うようにすることを考えていかないとはいえないし、そもそもそれは可能なのかという問題も出てくる。これは法的にまでにとはいえずとも、政治的に見るとかなり難しいところがあるし、それが望ましいのかという議論もあるだろう。

その答えに応じて、現実には与えられる内閣の権限をどうコントロールしていくかの問題にやっと入れるし、その前提をたどることが大事だと思うのだが、この点が取り上げられることはほとんどない。

まあ教科書のページが足りないのが原因な気もするけど、憲法の教科書には憲法上の内閣しかのってないことがほとんどで、新聞とかみたときに「え？おかしいぞ」と思ってしまうのである。これは大学での憲法の知識と言う意味ではなくて、いままで得てきた知識との乖離と言う意味でもそうだろう。ある意味でこの知識は枝葉末節、それだけでは足りないにも程があるのである。

ここではそのような視点から問題を考えてみよう。悪く言えば大ざっぱな前提論だが、まあ我慢しろ！

## 憲法上の内閣

関連規定は、第 65 条以下。この辺りの知識はすでに高校レベルで知っているだろうが、いくつか重要な条文だけ見ておくことにしよう。

### ●憲法第 65 条

「行政権は、内閣に属する」

### ●憲法第 66 条

「内閣は、法律の定めるところにより、その首長たる内閣総理大臣及びその他の国务大臣でこれを組織する。

②内閣総理大臣その他の国务大臣は、文民でなければならない

③内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ」

### ●憲法第 73 条

「内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ（以下省略）」

この規定から素直に理解すれば、73 条の**一般行政事務**とその他の事務を、**国务大臣**で構成される合議体（すなわち、**閣議**）で**全員一致**で行うのが内閣ということになる。第 65 条により「行政権は内閣に属する」ということで行政権をにない、また第 66 条では国务大臣により構成された内閣が同 2 項より議会への連帯責任を負うとされるのだから、連帯責任を肯定するために合議体での全会一致が必要となる。

ここでは、**行政権は内閣総理大臣に属するのではなく、それを構成する国务大臣らによる構成体そのものが担う**のである点に注意しよう。総理は一定限度で内閣を代表する責任、権能を持つ（たとえば裁決権）が、しかしそれはあくまで内閣で決定されるまでの事であるし、内閣で決定された方針に基づいてのことである。

この点つねに内閣の決定に従うことが想定されているのだが、つまりここでは明治憲法下でのそれぞれが輔弼…とかいうような事実上バラバラのチョコラータのような内閣とは別の、一体感重視の記述がなされているのである。



↑ バラバラなチョコラータ

## 法律上の内閣

ところがこれを法律レベルで見えていくと、思いのほか明治以来のバラバラ内閣システムが生き残っているのを見て取れるのである。法律で持って内閣の在り様について定めたものには、**内閣法**と**国家行政組織法**というのがある。まずは参照してほしい条文を並べておこう。

### ●内閣法第 3 条

「各大臣は、別に法律の定めるところにより、主任の大臣として、**行政事務を分担管理**する」

### ●国家行政組織法第 5 条

「各省の長は、それぞれ各省大臣とし、内閣法（昭和二十二年法律第五号）にいう主任の大臣として、それぞれ**行政事務を分担管理**する」

ここで重要なのは、**当然に大臣に行政事務が分割・配分されるのを前提とした規定**だと言うことである。憲法第 74 条が「主任の国务大臣」という言葉を使うように、憲法上では内閣を構成するメンバーの一人として大臣が観念されている。財務大臣なら財務大臣として内閣のメンバーとして政策決定に参加するような場合に、彼らは、内閣に一括で任された国全体に関わる仕事、すなわち「国务」のための大臣として内閣を構成することが予定されているのである。

ところが、ここで想定されている大臣は、そもそも分担された事務を任される、役所のトップである。言い換えれば、彼らが主任の大臣を務める省庁の代表者として、省庁の利益を代表する者として内閣に参加することを法律レベルでは当然に予定しているのである。

※当然に予定はしているが、例外はある。内閣法第 5 条 2 項は、行政事務を分担管理しない**無任所大臣**を置くことも妨げないとはしている。

これは憲法のレベルで予定されていることでは決してなく、**大臣は内閣の一員たる国务大臣の側面と、行政庁の代表である行政大臣との側面を、多くの場合併せ持つ**ことになるのである。法律上は自らの省において利益になることを主張することが本務であるかの如くに想定されるが、憲法上はそうではない。

これは**全国民の代表**としての議員と同じような議論である。議員はとりわけ地方の利害の代弁者の役割を色濃く果たすし、大体はバックに組織の応援を受ける。したがってそのような組織の利益に沿うような形で様々な政策活動の実現を図る。しかしあくまでは彼らは全国民の代表として活動することが想定されている。現実にはそうではないけど。往々にしてそのせいで、現実的でない試算のもとに利益誘導を主張する議員が大量に現れるのである。

※各省大臣を講学上、行政大臣と言い国务大臣と区別している。ここには厳密には区別があるらしいが、細かいのでここでは省略するとのこと。まあ通称三つの大臣があるのである。

## 行政事務の分担

法律上の規定を素直に理解すると、内閣は固有の事務をもたない以上、余ったもんをひっくるめて自分たちの権限の及ぶ「一般事務」とすることになる。これを象徴するのが、かつての**総理府設置法**である。

### ●総理府設置法第 4 条（廃止）

「総理府の所掌事務は、次のとおりとする。（中略）

14 前各号に掲げるもののほか、**他の行政機関の所掌に属しない事務**及び条約又は法律（法律に基づく命令を含む。）で総理府の所掌に属させられた事務」

よってここでは、各省で分担をする際に**どこまでこの省庁に権限が持っていられるのかが内閣の存在価値を決めることになる**。しかし内閣にとっては残念なことに、彼らは基本的に権限を拡大するのに熱心である。ここでは権益獲得のための争いばかりが生じ、各省において分担が徹底的になされる。

実際のところそのような事務は、ほとんどなかった。大蔵省から総理府にいったある役人が述べるところでは、「マジ仕事無かった。生きがいないわ〜（要旨）」とのこと。行政事務はほとんど分担しきられていたのである。例外としてあった仕事は公害対策基本法の制定や、被差別部落の解消などである。どちらも従来の省庁が手を付けたがらないようなものであった。日本社会のタブーにはあまり手を触れたがらないので総理府がやる羽目になるが、ほとんどの問題は各省が分担管理し、そのどこかに分類されることになる。

※ある先生が勲章をもらった。亡くなった時、もう一つ上の勲章をもらえないか弟子がかけかったところ、文書を出せと言われ、出しても修正させられまくりだったらしい。総理府に足を運びまくり、文書を修正させられてえらくおこっていたらしい。何がしたいかと言うと、こいつら暇。

## 二ート？

ここまでくると、内閣の職務として何が残るのか少し問題になってくる。そこで引き出されるのが「**総合調整**」という役割である。内閣法 12 条 2 項には、以下に示すように調整係としての内閣の色が濃くでている。

### ●内閣法 12 条 2 項（改正前）

「内閣官房は、閣議事項の整理その他内閣の庶務、閣議に関わる重要事項に関する総合調整その他行政各部の施策に関するその統一保持上必要な総合調整及び内閣の重要政策に関する情報の収集調査に関する事務を掌る」

これらは日比野さん流に分けると、「①閣議事項の整理その他内閣の庶務」「②閣議に係る重要事項に関する総合調整、その他行政各部の施策に関するその統一保持上必要な総合調整」、「③内閣の重要政策に関する情報の調査、調査に関する事務」と分けできる。なんかこれだけみるとこいつら仕事してそうである。

しかしながら、まあそんなことはない、実際にその役目を実行する人間を考えるとすぐわかる。

①について…内閣の**参事官**らによって行われていた。彼らは基本的に**厚生省**から課長級がでており、こいつらは三名で、**運輸省**、**建設省**の役員がこれに加わっているのが普通だった。ここには旧内務省の伝統がひかれている。

②について…**審議室**というものがおかれ、これが**内政審議室**、**外政審議室**に分かれて調整を行っていた。内政は**大蔵省**、外政は**外務省**が統轄するのが普通であり、審議官としてほかの役所からも役人が出向してくるのだった。

③について…**情報調査室**であつかつており、これは基本的に**警察庁**から課長クラスが出てきて室長になっていた。

結局、**内閣官房**と言うのは、**独自の人材供給ルートをもっていない**のである。現在は多少なり独自ルートもあるが、かつてはほぼ2年おきに、省庁の都合で人を変える慣行の下、何か腰をすえてやろうと言う組織ではなかった。現実としては、内閣官房では何も行われることはなく、各省庁の実務担当者が事務を行う場所ではしかなかったのである。

※象徴的なエピソードとして、内閣官房に出かけて行って、これを内閣官房であつかつてくれと言ったら、「案を関係省庁でまとめてからこい」と言われた官僚がいたらしい。内閣官房はじゃあ何をするんだ…。このことはさらに言えば、**内閣における政策調整もほとんど意味をなさない**ということである。結局は省庁でバラバラに決定されるだけなのであって、統一する「制度」は我が国には現実的には存在していなかったのである。

### 現実の調整決定

総合調整について少し述べると、わが国にはそもそも**政策調整官庁**があり、科学技術庁や経済企画庁や沖縄開発庁などがそもそも調整を担当しており、もともとこれらの庁は調整を行う色彩が非常に強かったといえる。もちろん、科学技術庁では原子力開発、環境庁では環境保全などの固有の仕事をもっていたのも確かだが、とくに経済企画庁などはこの調整の色が濃かった。ここでは、「ほらみて調整していたんだよ!」というために経済企画庁の予算作成の流れを述べていくことにしてみよう。

さて、予算作成の際には、来年度のマクロ経済予測が必要で、これを踏まえて景気の過熱を防がないといけなかった。自然にまかせるとこの程度の経済成長になるよと予測した上で、これをどう修正するように投資するのかなどを考えることになる。この予測は、経済企画庁の調整局がこれを担当していた。彼らには大蔵省の出向者や通産省の人間のいる課があり、こいつらが話し合っ方針を決めていた。

ここで、**予測と言うのは思いのほか「ズレ」が予測者の間で生じる**ものである。

大蔵省は支出（公共投資）を嫌い、通産省は成長率を見込みたいと公共経済投資も拡大したいと思っているし、そのような観点から予測も数学的な予測とはいえ政治的なバイアスを帯びてくる。

たしかに高度経済成長のときなどは、通産省側の主張を聞いても、年々予算は拡大していたから執行上大きな問題はなかったが、昭和50年ぐらいから、この両者の主張をかみ合わせる作業がマジで必要になるのである。ほかにも枢要な部署はこのようなかたちで複数の役所の関係者が占めているので、**結局日本の政治の現実としては企画庁が勝手に制御するという事態には至らず、あくまで「総合調整」によって決定されていた**のである。

まあここからは法律上の分担管理という原則が、行政の隅々にまで徹底した考え方であることもわかる。行政庁は互いにひかず、あくまで主張をやめない。

### 憲政上の内閣のまえおき：政策決定について

さて、ではここから、現実の内閣のありようをみていく作業に移ろうと思う。

憲法上の規定では、非常に簡単な政策決定プロセスとして、「議会」が作った法律を「内閣」が執行し、問題がないかは「裁判所」が確かめることになっている。わがくににおける政策決定は、少なくともこの意味では**トップダウン**形式である。

しかしながら現実の内閣がどうかというと、ご承知のようにわが国ではトップダウンの方式では政策は作られず、むしろ**ボトムアップ**の政策決定が行われ、「政策の出発点は課」だと言われる。各省庁のなかの、事務を主管する「課」で法案はまず作られ、関係各課との間で議論を経て政策が調整される。その中で内容が次第に固まって行き、それにつき局、省へと上がって行くのである。ちなみにこのとき、「**総務課**」が重要な役目をはたして、根回しをする。

※ちなみに官房には官房三課として総務課、人事課、会計課があり、もっとも重要だと言われている。実際の名称は様々で、人事課を「秘書課」とか言ったりもするけど、内実はそうである。

そして最終的に案は**事務次官会議**に提出される。これは一時民主党内閣で「諸悪の根源」とか言って廃止されたのだが、事務次官会議というのはもうここまでくればそれ自体お飾りであり、これによって当該法案について閣議提出に異論が出されることは例外的である。出されるとしたら根回しが完成していない場合。ということで、そもそも全く根源でなかったわけである。これを大真面目に議論すること自体が能力の限界を示しているといえるだろう。

※「今日俺の嫌いな昼飯出るからお前行けよ」ということがあったらしい（役人談）。それくらいのもの。日程的にもこれは閣議の前日で、これを変えたところで**内閣と言う場が調整機能を果たす余地はほぼない**。

## 憲政上の内閣

このように見てくれば内閣の制度は「憲法」「法律」「憲政」三つのレベルで非常に大きく異なっていることは察してもらえるだろう。現実の内閣の在り様をもう少し突き詰めていくが、とくに**閣議**からみていくとこの「想ったより形骸化している」内閣の在り方がよくわかる。

本来の閣議は、この閣議と言う小さな合議体においての国务大臣による「**主務官庁を離れた自由な議論**」によって政策を決定していくことが目的であった。閣議はいずれにせよ比較的小さな合議体であり（閣僚の数は法定される）、自由な形で決定した方針を、主務官庁に作成実現させることを予定したのである。

これは憲法上、法律上もそう想定されていたことである。

しかし、**実際では閣議において国务大臣が議論することはない**と言われている。

かつての閣議がこの理念系に近かったのかは、議事録が残されていないので検証できないのだが、何らかの話し合い自体は行われていたようである。たとえば宮沢喜一が酒税を挙げると言ったところ、皆ノンベイなのに困る！と皆が騒ぎまくっていったんお開きになったのが佐藤栄作の日記に残っている。

端的に、これが決定的に変化したのは**細川内閣**のときである。

連合政府、日本風に言えば連立内閣ができたことによって、**政策決定の場が、内閣ではなく連立政権の中の専門家らで構成される委員会に移ってしまった**からである。

※有名な例としては**自社さ政権**があげられる。一般的に評判は悪いのだが、細かな点からすれば非常に良くできていたらしい。この連立政権では問題が生じるとプロジェクトチームが作られた。ここには自社さの国会議員が必ず入るのだが、ここにはいくつかのルールがあった。自民党が多数派をしめない（社さが反対すれば決定できない）こと、リーダーは三党で順送り…などである。自民党は圧倒的多数を占めたのだが、無理をしない連立を保つことで、運営自体はうまくいっていたのだった。

いずれにせよ、連立政権のもとではこのようなチームレベルで決定が行われることになるから、閣議における話し合いの余地がない。というか話し合っても決めることができないのである。

そこでどういうことをしたかという、閣議と閣僚懇談会を同時に開催することにしたのである。閣僚懇談会は閣僚が自由に発言出来る機会なのだが、これはここまで閣議とは別個で行われ、閣議でまとまらない問題があるときに、そのガス抜きの意味も込めて開催されていた。しかし細川内閣の時代に、閣議をもくもくと書類にサインをするという形にし、それだけじゃあれだからすぐ後に閣僚懇親会が開かれるというやり方になったのである。今も続いているかは謎だが、結構続いていた制度である。この意味で、閣議とは**署名と押印**。内閣の仕事を最初に捉えたように見れば、明らかに形骸化しているのである。**担当大臣**を設けたり**関係閣僚会議**を設けたり、**対策本部**を設けたり**政府与党連絡会議**を設置したり、**代替的な組織・人物が政策形成における総合調整の場として働くようになり、結果として、閣議はその存在意義を大きく失っている**。

## 総理大臣の権限

このように近年になってますます形骸化してきた内閣に対して、内閣総理大臣の権限は強化されているように見える。

憲法上では内閣総理大臣には限られたリーダーシップしかなく、あくまで行政の担い手は**内閣**である。総理大臣には任免権しかなく、政策決定についてはあくまで内閣が責任を負う。しかし総理大臣が「**指示**」するという文言が、最近は良く出てくる。今や各省の大臣に、わりと好き勝手に指示を出しているわけだが、これは憲法にないところである。本来は閣議決定を行ったうえで当該政策の立案が行われなくてはならないはずであるが、現実の政治はそうではなくなっている。閣議が衰退すると同時に、憲法以上の総理大臣の権限の強調がなされているのが、現代の特徴である。

※憲法第 72 条には、内閣総理大臣の指揮監督権が規定されているが、行政権が内閣に専属すること、そして内閣法第 6 条が「内閣総理大臣は、閣議にかけて決定した方針に基いて、行政各部を指揮監督する」としている点からしても、閣議決定を経ないようなものは少なくとも法上は当然に認められているものではないと解すべきである。

じつは平成 13 年に内閣制度の改革がなされたのだが、ここが総理大臣の強化に関わった。大きく 3 つの論点があるので、見てみることにしよう。とりあえず先送りになっちゃって決められない状況を変えたいという意識からの決断力・権限アップのための改革になる。ポコのような決断が今必要なのである。ポコは右図。



#### 論点①内閣総理大臣の権限強化

#### 論点②内閣官房の権限強化

#### 論点③内閣府の設置

### 内閣総理大臣の権限強化について（論点①）

内閣法 4 条 2 項に、**基本政策発議権**が規定された。

#### ●内閣法 4 条 2 項

「閣議は、内閣総理大臣がこれを主宰する。この場合において、**内閣総理大臣は、内閣の重要政策に関する基本的な方針その他の案件を発議することができる**」

この権利を有する総理大臣が、**内閣府**の補佐を受けて、**内閣官房**がより具体化した政策を主任の大臣に「指示」している実態がある。ただこの際、本来ならば憲法・内閣法上の枠組みがある以上、あらかじめ閣議決定しないと指示はできないはずであるが、これは現実には守られていない。

※基本政策発議権はしかし、ここで初めて内閣総理大臣に与えられたものではない。

国務大臣は如何なる案件も内閣に提出すること自体は出来たので、**基本政策発議権自体は内閣総理大臣という国務大臣自体ももともと有していたのである**。

さて、この点で注目されるのは、ドイツ基本法第 65 条の**政綱決定権**である。

#### ●ドイツ基本法第 65 条

「連邦首相は、政治の方針を決定し、かつその責任を負う。この方針の範囲内において、各連邦大臣は、独立してかつ自己の責任において、所管の事務を指揮する。連邦大臣間の意見の相違については、連邦政府が決定する。連邦首相は、連邦政府によって決定されかつ連邦大統領によって認可される事務処理規則に従って、事務を指揮する」

これは政策大綱を首相が規定できるというものであるが、**他の大臣は大綱について、自らの意見を政府の見解として主張すること自体が出来ない**のである。ドイツは連立政権が取られていたわけだが、外務大臣は特に相手方の党の党首にケースが多かったので、気ままな発現が首相決定と衝突した時にためにこのような制度を取るのだった。日本ではこの点、国務大臣が発言権を持たない所までは書かれていないのだが、運用ではそう解釈することで首相権限を強めている。最近では**国家戦略局**を置こうとかいわれるけど、これらも総理大臣の権限強化、とりわけ基本政策発議権と密接に関わるものである。

### 内閣官房の権限強化について（論点②）

論点②は内閣の**補佐機構の整理強化**が目的である。

#### ◎組織について

かつては内閣官房には官房長官、それから政務担当・事務担当の官房副長官と首席参事官、内政・外政・安全保障審議室、情報調査室、首相秘書官といったもので構成されていた。

しかし、ここで強化のためにめっちゃ人が増えて、**危機管理官、総務官、官房副長官補、情報官、広報官、首相補佐官**などが作られるようになった。

※広報官は今日では広報が非常に重要なために設けられたものである。首相補佐官は、首相補佐役がもう少し必要だと言うことで権限強化に資する役所として設置した。当時は有識者を充てる予定が、ほとんど機能せず国会議員で大臣や副大臣に充てられなかったものを充てるのが普通になっているけどね。

総務官は主席参事官を変えたものである。

審議室はこれまで室長が三名いたが、この三名を官房副長官補にして、三室体制を改めることが謳われた。たがこれは名目上で、官房副長官補の文章には、かつこがきで内政担当や外政担当と書いてあるので、実体はあんまりかわらないようだ。

## ◎地位について

内閣官房については、組織よりもむしろ地位の強化のほうが重要である。

かつての内閣法 12 条 2 項では、総合調整が内閣の役割とされたが、ここでそれに加えて**企画立案**と言う仕事が内閣官房に与えられるのである。

内閣が新しい施策をしようとする、これまでは「お前の仕事じゃねーよ」といった非常に反発があったので、そもそも文言を改め、内閣官房が主体的に政策立案をすることができるようになったのである。

これにより、行政各部の統一的施策の企画立案が可能となったのである。

もちろん条文自体はあまり変わっていないが、企画立案ができるようになったというのはでかい。これは内閣それ自体の仕事の拡大でもある。ただ実行力の観点からはまだまだどうなのかわからない。

## ●内閣法 12 条 2 項（改正後）

「内閣官房は、次に掲げる事務をつかさどる。

- 1 閣議事項の整理その他内閣の庶務
- 2 内閣の重要政策に関する基本的な方針に関する**企画及び立案**並びに**総合調整**に関する事務
- 3 閣議に係る重要事項に関する**企画及び立案**並びに**総合調整**に関する事務
- 4 行政各部の施策の統一を図るために必要となる**企画及び立案**並びに**総合調整**に関する事務
- 5 前 3 号に掲げるもののほか、行政各部の施策に関するその統一保持上必要な**企画及び立案**並びに**総合調整**に関する事務
- 6 内閣の重要政策に関する情報の収集調査に関する事務

## 内閣府の設置について（論点③）

最後に、内閣府の設置について。これも内閣の権限強化の中で行われた改革の一つで、補佐機構の整備の例である。まず機構的なものからすると、重要政策に関する会議が設けられるようになった。骨太の方針の決定をする**経済財政諮問会議**などが有名である。他には**中央防災会議**、**男女共同参画会議**と言うのも設けられ、それぞれ名前通りな感じの事をしている。

※ただ、経済財政諮問会議などは調査審議と意見具申が任務なのに対し、男女共同参画会議などは、それに加え計画作成と実施促進まで任務にしている。

また、**政策統括官**というものがあらたにおかれるようになった。これは内閣の重要政策について内閣を補佐するために、事務局として行政各部の統治のために必要な企画立案の総合調整に関する事務を担当するものである。

従来の政策決定では他省に関わるような政策に関し意見を具申する専門家の会議を開かせることはしばしば行われていた。とくに他省庁と競合する任務については、他省庁の代表者含めた会議体が出来たが。ここで**事務局をどこが担当するのかは結論を左右しかねない大きな問題であった**わけである。

そこで事務局を内閣官房側におくという制度を設けることで、切り離しを行っているのである。これにより内閣が一元的に政策決定を目指すことになる。

ただ、統括官が省庁からくる局長クラスの人たちでローテされているので、そういう意味では内閣の意図していた結果が生じるかと言うと微妙であるが。

それから内閣府には**局長**もおかれる。総理府を前提とするから、総理府を前提とする部分はそのまま受け継がれたために、総合的な政策調整とは必ずしも相いれないもの、また事情により政策統括官がおけない事務もあった。そこで置かれるのが局長である。

## 内閣全体についての補足

内閣全体として補足をする、**理念と実際の改革には大きな不対応がある**。

たとえば内閣府というのは本来内閣強化のために組織され、とくに人・者・金をどうおさえるのかという力の源泉につきなんとかしようとしていた。この三点を、**予算局・人事局・国家戦略局**という組織を置くことで掌握するというのが繰り返し主張されてきた。

しかしながら、そういう制度は結局とられなかった。人事については一定の物には内閣の承認が必要な制度になっていて、ときどき作用することはあるが、このような予算局・人事局・戦略局と言うような組織は結局導入されない。

また、内閣府と内閣官房ではともに主任の大臣は**総理大臣**である。屋上屋という形容が非常によくあてはまり、内閣の権限強化からするとマイナスに働く側面がある。法制上は内閣官房が内閣を直接に支え、内閣府

はその下請け、知恵袋としての役割を果たすのだが、このような**二元的な補佐機構の存在によって内閣機能の強化がどうもおざなりになっているくらいがある。**

また、内閣府あるいは内閣官房もそうだが、ポストへの人的配置について、これがかつてと一緒に総理府の時代と大差ない。

**財務省、警察庁、外務省から同じように人が来るのなら、それを内政審議室とか外政審議室と呼んでいた時代だろうが、官房副長官補と呼んでいた時代だろうが同じなのである。**結局、現行でも内閣が一本釣りて人を雇えるシステムではほとんどの場合ないので、この限りで改革には限界がある。特に官房副長官補は官僚制度のルーティーンの一環として、退任・任官の流れが完全に出来上がっている出来レースである。

このようななかで、現実にはその理念を実行できるのかにはなお疑問がある。

### 6-3 内閣②

統治機構について考える時には、法的な制度面だけにこだわることなく、常に現実の作用面にも目を向けていかななくてはならない。ここまではセッティングの話に重点をおいてきたが、ここからはプロセスの話により比重をおいていく。もちろんプロセスについて考えるには法律上だけではなく、事実上のプロセスとして統治作用に重要な機構とかも見ていかなければいけないことになる。ここでは明治時代からの歴史的な変遷をたどりながら、その中で実際の内閣制度がどう働いてきたのかについて述べていく。

※ここで、統治機構の際には**議院内閣制**が問題になることが多いが、それがどのようなものかについては必ずしも十分に理解されてはいない、議論のあるものであることにも注意しておくべきである。

#### 概観

さて、内閣制度は明治憲法下を含めて考えると、時代を経るにつれかなりの変容をしている。この歴史は、

①明治 18 年～明治 22 年の**内閣職権**の時代

②明治憲法下の**内閣官制**の時代

③**内閣法**の時代

にわけられる。ちなみに内閣職権も内閣官制も、法令の名前である。

※前者の内閣職権は当時の太政大臣三条実美の名で、内閣制への移行を定めた太政大臣達第 69 号と同日に出された内閣の職権などを定める通達である。後者の内閣官制は、大日本帝国憲法の公布と施行との間に  
出された勅令であり、当時の憲法で規定されなかった細かい職権について定めたものである。もちろん後述するが、両者の内容には似た部分もあるとはいえ相違がある。

これにつき、

①**内閣法と比較して、内閣職権と内閣官制はどのような特徴があるのか**

②**内閣職権、内閣官制だけによって内閣総理大臣の位置づけが決まると言うことではない**

と言う点に気を付けながら述べていこうと思う。

#### 明治の内閣と総理大臣

①内閣職権の時代

内閣職権の時代は総理大臣に比較的強力な権限が付与されていた。以下にいくつか条文を示しておく。

●内閣職権第 1 条

「内閣は天皇の直轄に属し大権の施行に関し国務大臣**輔弼**の任を致す所とす」

●内閣職権第 2 条

「内閣総理大臣は内閣の**首班**とし機務を奏宣し旨を承て大政の方向を**指示**すへし」

●内閣職権第 4 条

「内閣総理大臣は行政全部を**統督**し各部の成績に付**説明**を求め及ひ之を**検明**することを得」

条文を見れば分かるように、内閣総理大臣が単独でその方針を決めることができたし、行政各部にも大臣と言うものを通さずに干渉することができることになっている。また、「**内閣**」が**天皇を輔弼することがここには明記されている**点にも注目したい。

②内閣官制の時代

ところが、明治憲法下においてはその総理大臣の権限は弱められたし、そもそも内閣自体が明治憲法上の組織ではなかった。そもそも内閣が天皇を輔弼するということは法定されず、大日本帝国憲法第 55 条には大臣がそれぞれ天皇を輔弼すると規定されていただけである。

## ●大日本帝国憲法第 55 条

### 「**國務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責ニ任ス**

2 凡テ法律勅令其ノ他國務ニ関ル詔勅ハ國務大臣ノ副署ヲ要ス」

**國務大臣**こそが天皇を輔弼するために設けられた組織体で、**内閣官制**はその前提のもとで内閣の基本的事項を改めて定めなおしたものとなる。輔弼の範囲は、軍の**統帥権**には及ばず、枢密院のような天皇補佐の機関がまた別におかれていた。すなわちその**存立自体が構成上脆弱で権限が弱く、同時に類似の権限をもつ組織があつた**のである。

そんななかで内閣総理大臣の地位は、内閣官制では「首班」として統一保持をすることにはなっていたが、内閣職権の第 2 条と比べるとそれに対応する規定が削除されているため弱くなっている。

## ●内閣官制第 2 条

「内閣総理大臣ハ各大臣ノ**首班**トシテ機務ヲ奏宣シ旨ヲ承ケテ行政各部ノ統一ヲ保持ス」

これがおもな権限を示すものであるが、他の条文を見ても「大政の方向を指示」するだとかは書いていない。総理大臣は憲法上の機関ではなく、國務大臣が単独で天皇に対する輔弼の責任を負っていた。國務大臣も天皇によって任命されるものであつたし、総理大臣は「**同輩中の首席**」として、**閣議を代表する者ではあつたが基本的には大臣と対等な地位にいた**。

しかし、公文書の取扱いに関する法令などを見ると、現実には内閣総理大臣がおかれていた状況に対しての評価は少し変わる。明治 19 年には公式文書の取り扱いに関する**公文式**が出されたが、その第 3 条には内閣職権第 5 条の定めに対応する、「法律や勅令を公布するに際しては主任の大臣が責任を負うのみでなく総理大臣もこれに副署して責任を負う」定めが置かれていた。

## ●公文式第 3 条

「法律及一般ノ行政ニ係ル勅令ハ親署ノ後御璽ヲ鈐シ**内閣總理大臣**年月日ヲ記入シ主任大臣ト俱ニ之ニ副署ス其各省専任ノ事務ニ屬スルモノハ主任大臣年月日ヲ記入シ之ニ**副署ス**」

## ●内閣職権第 5 条

「凡そ法律勅令には**内閣總理大臣**之に**副署**し、其各省主任の事務に属するものは内閣総理大臣及主任大臣之に副署すべし」

そして大日本帝国憲法下の明治 40 年の公式令でも、第 6 条に同主旨の規定が置かれている。同上 2 項には、帝国議会が立法過程に参加することが規定されたのに対応した規定の中に「内閣総理大臣」が署名しないとできないことが規定される。ここでも総理大臣は全ての法律について副署することになっており、責任が負われる建前になっているのである。

## ●公式令第 6 条 2 項

「前項ノ上諭ニハ帝国議会ノ協賛ヲ經タル旨ヲ記載シ親署ノ後御璽ヲ鈐シ**内閣總理大臣**年月日ヲ記入シ之ニ副署シ又ハ他ノ國務各大臣若ハ主任ノ國務大臣ト俱ニ之ニ**副署ス**」

明治憲法では 55 条 1 項に、國務大臣が天皇を輔弼し其の責を負うことが定められたが、**現実の行政作用のレベルでは責任が内閣総理大臣にもとばされることとなっている**のである。

そういう意味では内閣官制においても、内閣総理大臣はなお天皇に対してそれを輔弼する組織として位置づけられており、そのような認識がなされていたことが分かる。だとすれば**総理大臣を単に同輩中の主席と言**い、**内閣を代表するだけで他の大臣と対等だ**という言い方は、**必ずしも適当ではない**ことになる。より総理大臣を重視する主旨の規定はなお存在するが、このような点がしばしば十分に目配りされず議論が進められるきらいがある。

## 今日の内閣と総理大臣

もうやったので一応の確認だが、総理はいまでは事実上「指示権」をもつということになっており、指示権は憲法や法律（とくに内閣法）の要請から導ける指揮監督権の範疇ではないのだった。

内閣法に定める諸権限（指揮監督権、権限・議事の裁定権、処分・命令の中止権などなど）はあくまで**閣議によって決定された方針に基づいて使用されるもの、つまりは閣議にかけて行われるべきもの**である。例外的に処分又は命令の中止権だけは総理が単独で行使できることもあるが、これは暫定的な、内閣の決定を待つまでの処分・命令でしかない。

ただ他方で内閣総理大臣は**國務大臣任免権**を持っている。これは明治憲法下とは大きな違いであり、これを背景にして、内閣の権限行使について閣議で話し合うときに、きっと総理は主導的地位を占める。この意味で「指示」することはなるほど可能であるが、あくまで事実的なものであり、法的なものではないのである。



実際、わけもわからぬままに大臣を外国を訪問させたりして、ニュースで首相は「俺が指示した…」とかいうが、これ自体は何等憲法上法律上の根拠を持つと言うものではない。誰にでもわかりやすい例で言うとヴァニラアイス（左図）のような忠実に言うことをきく奴を勝手に送り込むわけである。さらに言えば、内閣総理大臣は閣議決定した方針に基づかずに各大臣を指揮監督することはできないことになるが、**閣議にかけて決定したものであっても、当該事務当局を直接には指揮監督できない**ことになっているのは注意しよう。

しかしながらこれについても現実にはそうはなっておらず、新聞の「首相の動き」みたいなものを見ると大蔵省の幹部などが首相官邸を訪れるのが茶飯事

である。ここでは事実上指揮監督が行われるし、これは主任の大臣を介した間接的なやりかたではないだろう。これを正当化するのは「**政治主導**」というよくわからないスローガンだけである。

※まあ今日では大臣も専門家ではないので大した違いはないのかもしれないが。

このような例は以前からあり、例えば佐藤栄作は、個人的な意向をくんだ人間を当該国の首脳へ送り、しばしば接触させていた。特に沖縄返還の際には重要な役割を果たしたのは有名である。

### ロッキード事件

この点で面白いのはロッキード事件の最高裁判決である。

#### ロッキード事件（平成7年：最高裁）

どの飛行機を採用するかという問題において、田中角栄が特定の会社の物を採用するように働きかけたために受託収賄罪となったわけだが、刑法典の受託収賄には要件として「職務に関し」賄賂を收受することが必要である。先に見たように**憲法上、内閣法上は閣議にかけないような指示は総理大臣の指揮権限外**であるわけだが、ここで閣議にかけない事実上の総理大臣から運輸大臣へなされた指示を、最高裁は職務に関係するものとして扱い、権限を有してねーだろという上告を棄却した。

※この事件は他にも論点があったが、いずれの上告理由も否定された。

#### 判決

「内閣総理大臣は、憲法上、行政権を行使する内閣の首長として（六六条）、国务大臣の任免権（六八条）、内閣を代表して行政各部を指揮監督する職務権限（七二条）を有するなど、内閣を統率し、行政各部を統轄調整する地位にあるものである。そして、内閣法は、閣議は内閣総理大臣が主宰するものと定め（四条）、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し（六条）、行政各部の処分又は命令を中止させることができるものとしている（八条）。このように、内閣総理大臣が行政各部に対し指揮監督権を行使するためには、閣議にかけて決定した方針が存在することを要するが、閣議にかけて決定した方針が存在しない場合においても、内閣総理大臣の右のような地位及び権限に照らすと、流動的で多様な行政需要に遅滞なく対応するため、**内閣総理大臣は、少なくとも、内閣の明示の意思に反しない限り、行政各部に対し、随時、その所掌事務について一定の方向で処理するよう指導、助言等の指示を与える権限を有するものと解するのが相当**である。したがって、内閣総理大臣の運輸大臣に対する前記働き掛けは、一般的には、内閣総理大臣の指示として、その職務権限に属することは否定できない」

この判決は、確かに法上の権限の關係に着目すると批判もあるだろう。運輸大臣はまだしも、これは完全に総理大臣の**職務権限外**にある。

しかしながら、**事実上**は具体例に見たように、様々な形で事務当局に働きかけているし、それによって指示がとんでいる。これに着目すると、**総理大臣には職務権限に「準ずる」何かがあったのではないかとも思える**のである。行政法学の塩野先生などはかなり批判的な見解を述べているが、注意しておかないといけないのはこれがあくまで**刑事事件**と言うことである。行政法的に見れば、いわゆる法的な「建前」に従って考えられるべきであるのもその通りなのだが、刑事事件の問題では話は別で、法律上ではなく**事実上の影響力**が職務権限の有無を決する際に問題になる。そのように、あくまで**実際の作用に注目する限りではロッキード事件の判決は、さほどおかしいものではない**と言えるだろう。

※刑法判例は、これ以外の事件について、職務権限外であってもその職務に密接に関連する行為につき、賄賂財の成立を認めている。批判的な意見はこのような結論建てにつき、本来的には職務とは無関係なのだから、職務に含めるのがおかしいと批判するのである。

## 閣議

職権の行使は閣議によるが、閣議でおもになすこととしては閣議決定と閣議報告、閣議了解がある。

**閣議報告**…話を聞くだけで決定をしない。

**閣議決定**…国政上重要な案件はこれで行う。

**閣議了解**…本来は各大臣の権限に属する者のうちで、他省庁にも関係するなど閣議で意思決定することが必要だと思われるものにつき行われるもの。

※ただし最近では閣議了解にかかる一定の事項とは、他省庁にかかわるどころか影響が国政全般に及んでしまい、それぞれの行政大臣の所管事項にまで相当程度に関係すると言う超★重要なものが多くなっている。そこででは**閣議決定と閣議了解の区別は相当程度に曖昧化している**。

閣議の実際の在り方としては、週二回官邸で開催されるのが通例で、これに加え臨時に行われたりする。あとは官僚をパシリにして持ち回りの署名ゲットの旅として行うこともある。

閣議は最終的な意思決定の場として非常に重要だが、運営について明瞭なルールと言うモノは存在しない。ここでは決定の要件について、**全会一致**と言う**慣行**（と、そうあるべきだとする憲法の解釈）しかなく、実際のルールがあるわけではない。通常は閣僚会議でのフリーディスカッションで意思疎通を図りつつ、全会一致を保つことになる。

ちなみに閣議には公式には議事録が存在しないため、その細かい部分は謎に包まれている。閣議のありかたについては、**後藤田正晴**が内閣官房副長官をしていたときや、**石原信雄**が長期に（宮沢・村山・細川内閣など）官房副長官を務めていたときの回想などから伺えるくらいである。

※ただまあ、その回想ですら細かい意見は一致していない。後藤田さんは会議には簡単な議事録があり、自分の時代にはこれを作ったという。一般の議案については官房副長官が、重要なモノには法制局長がそれぞれ説明出てくるのだが、彼らで簡単な議事録メモを書いていたということが記されている。対して石原さんは逆に「ない」とか言っていて、何がなんだか分からない。まあ議事録があるにしても、門外不出であることはかわりない。一応整合的に解釈するなら、石原さんのいた連立政権の時代になると、それを構成する政党間の合意が重要になるから閣議の意味がかなり薄れ、手続き的なものになっていったために議事録が作られなくなったのかもしれない。

そうはいつても閣議のありようについて全く知られていないのではなく、基本的なやりかたは分かる。

※というか、首相官邸のホームページに書いてある。

閣議は**内閣総理大臣**が主催し、実際の議事の進行と整理は**官房長官**が行っている。したがって内閣官房長官は非常に大事。そして閣議では事案についての決定が行われるわけだが、閣議に案件を付議するには**閣議請議書**を提出しないとイケない。さて閣議がはじまると、法律案については内閣法制局長官、その他の案件は官房副長官から説明されながら、書類に花押（サイン）を各大臣がしていくという楽しい作業の時間になる。署名しているし話は分らんしで、**ぶっちゃけ山●パン工場みたいな感じ**になっていると言われている。

※法案書類の上に張ってある紙が次々に入れ替わりながら、法案は成立する。

閣議請議書は法案の上に張り付けてあり、これが提出されると内閣法制局に送られる。そこで請議書は認証しましたよ的な書類にかえられて官房に送られ、さらに閣議へGO。そこで認証しましたよ的な書類は閣議決定書に張り替えられ、これに各大臣が署名する。

## 議院内閣制

国会と内閣という組織について概観してきた。こいつらが織りなす日本の政治を、**議院内閣制**と呼ぶのが一般的であるが、しかしここで議院内閣制とは何なのだろうか。

単なる言葉の問題としては、これが「**内閣の成立が議会の信任にかか**る」ということを言っているだけなのであれば、それを素直に議院内閣制と呼ぶのも構わないだろう。

しかしここで注意をしておくならば、議院内閣制と言う用語は広く欧州においても使われる言葉であるが、必ずしも日本の議院内閣制と同じ意味ではない。議員と内閣との関係そのものが、議院内閣制というのを日本がもってきたもとである欧州とは違うのである。

日本の政治については**大統領制**との対比からはフランスやドイツなど大陸系の国と共通性があると言われるが、**日本国憲法のもとでの議会と内閣の関係規定は、実はこれらの国の物とは、少なくともヨーロッパの古典的な議会制とは異なる**のである。

以下に説明するがそもそもの違いとして、ヨーロッパの議会制は三権分立のもとの日本の一元的な執行権概念を採用しておらず、執行権が二元性をもっていることを大きな柱にしている。

## 欧州議院内閣制の権力（とくに行政権）の二元性

ヨーロッパでは歴史的にみて、君主制が国家のスタート地点であった。しかしそのうち「議会」が出張ってきて、権力の一部、具体的には立法権を国王から奪うようになる。そして、行政権については「内閣」ができてきて、大臣責任制、国王無責任の制とか言ったりしながら奪い取る。このようにして権力のうち主要な部分は内閣と議会によって担われるようになったが、実は、とくに**行政権の行使などの立法権程は国王から全て奪われてしまったわけではなく、一定程度の権力はのこっていた**のである。**行政権の二元性**とでもいうべきものがそこにはあった。具体的には君主には「**内閣首班の任免**」だとかに代表される権限がまだあった。そのような経緯から、行政権の中でも特に執行権について二元的なシステムが構築されていたのである。この伝統は、君主制が廃止されたのちもおおかれ少なかれ維持されていると言える。たとえばドイツについて言えば、基本的には連邦宰相が権力を担うが、これを任命するのは連邦の大統領で、つまりは連邦政府と大統領と言う二元的な構成がとられている。ドイツの場合には大臣の任免権も大統領が担っている。まあ留保しておくなら大臣の任免権は首相の提案に基づいて行われるし、首相は基本的に連邦議会の多数派から選ばれるから、大統領の権限が限定されているのにはかわりなくて、結局は政党間の協議を受けてから、首相任命を行うというやりかたなんだけど、それでも執行権の一部の担うということには変わらない。

## 具体的な制度

以上が大枠での違いだが、もっと細かいところも国にとって異なる。二つだけ具体的に見てみよう。

### A ドイツ

ドイツの首相権限は日本と大きく異なる。以下に示すのが、議院内閣制の特徴である。すぐ上に述べたものは改めて書くまでもないので、省略する。

- ①政治の方針を決定するのは連邦首相である。（**宰相原則①**）
  - ②大臣の実質的な任免権は首相が持っている。（**宰相原則②**）
  - ③どういう省を設けるかという意味での組織権が首相の決定にかかる。（**宰相原則③**）
  - ④議会に対して責任を負うのは首相である。連帯責任と言う観念は存在しない。
- ※つまり、日本で言う「**内閣 不信任は存在せず、首相に対して決議を行う**」。
- ⑤閣議は多数決で決定される。政治の方針については対象外であり、首相が決められる。
  - ⑥建設的不信任として、次の首班を指名しなければ不信任出来ず。

これだけだと「ははっ全く大統領出番ねーじゃん」的な感じもするし、実際形式的なことばっかりしているのだが、連邦が危機に瀕した際に議会解散権を行使できたりする。あくまで大事なものは、実質どうかと言う前に、そもそもの行政の権限が「二元的」に理解されていることである。

### B フランス

フランスは**大統領が強い**。

- ①首相は大統領が任命し、大臣も首相の提案に基づき大統領が任命する。これはドイツと同じ。
- ②首相の権限は、政府の活動を指導し、国防に責任を負い法律の執行の確保をすることである。
- ③内閣の権限は国政の決定と指導である。これは大統領の委任に基づく。
- ④大統領の権限はハイレベルになっており、憲法の主語、公権力の正常な運営、などなどおおむね重要な権限は大統領に在り、これを実行するのが首相や内閣となる。大統領は政治的に無答責になり、各大臣が決定につき副署する。
- ⑤不信任案は、政府に対して出される。

このようにざっとみただけでも執行権が二元的に捉えられたうえで、それを要素として議院内閣制が観念される。しかしながら日本では天皇は執行権は一切持たず、これは**内閣**に一元化されている。この点で**わがくにの議院内閣制はヨーロッパにおけるそれとはかなり異なる**ことになる。これについては比較憲法的にみて極めて大きな違いなので、記憶しておく必要があるとのこと。

## （7）政策決定

内閣での政策決定は、おもに予算の作成と法案作成となる。だがこれは作成すればいいのではなく、**法案を通し執行することが重要な使命**となる。法案についても予算についても議会の信任が必要で、議案の審議のプロセスが非常に重要になる。法案も予算案も、ここではあくまで議会で質疑が行われる以上は、議会の組織運営の問題に立ち入らざるを得ないだろう。ここからは、議会の組織運営、そのなかでの政策決定の過程を見ていくことにする。

## 政党

大前提として議会を構成する政党、**自民党**と**民主党**には説明を加えておくことにする。

### A 自民党

自民党には、**総裁**、**幹事長**、**総務長**、**政調会長**などの役職がある。党としてのトップは総裁であったが、こいつは大体総理大臣に成っちゃうので、幹事長に政党内の統治は任されている。党内の意思決定の最高機関は**総務会**と呼ばれ、これは年齢・地域別、当選回数別に選ばれて構成される結構うるさいところである。このトップが総務長になる。とりわけ総務会は近年にいたるまで、具体的には小泉首相の郵政法案までは**全員一致**で決定がなされていた。いまや内閣提出法案についても党による事前審査が行われており、この総務会を通らなくては慣行では議案として出せなかったのが党の存在は非常に大きいものとなったのである。

総務会は自民党の最高意思決定機関だが、その前段階にも**政務調査会**と言う政策決定の場が設けられ、そのトップが政調会長である。政務調査会は**審議会**と**部会**にわかれるが、審議会は言ってみれば内閣、部会が各省庁のような関係である。つまり、ここでの政策決定は部会を経て審議会を経て、そのあと総務会でも合意を得なくてはならないという構造になる。

政務調査会の部会長は割に若い人が任され、そこから「顧問」として成りあがって権力を行使する流れができていた。そのため自民党では一定の業界からの影響を受けた人間（いわゆる**族議員**）が、このシステムの中で無視できない力を発揮するのである。

ここまでを言い換えると、内閣が法案を出す時も、行政庁→内閣→議会というような簡単な流れで法案ができていたのではなく、政調部会→政調審議会→総務会という党内意思決定手続きを介すことで、**議会における主要アクターである政党が当初の行政庁の段階から非常に影響をふるっているのである。**

### B 民主党

**どうもよくわからない**（日比野さんがそう発言した）が、**代表**と**幹事長**と**政策調査会長**と言う三つのトップ職が置かれている。幹事長は常任幹事会の会長で、政策調査会長は政策調査会の会長である。

この組織と内閣の意思決定との関係は謎で、たとえば小沢さんの時代は政策決定を内閣に一元化しようとし、党は関与しないとかいう議院内閣制からすると存在意義を疑うようなやりかたをとろうとしていた（が、さすがに若手などが反発してやめた）これについては短い間に変化しきった（最近も**総合調査会**とかいうのができたし）のではっきり決まっていなかったと思われる。というかまあ菅さんと小沢さんと鳩山さんとで構想する党の在り方が微妙に違ったことが原因である気がする。まあ紹介はこれくらいにして、ここからは政策決定を予算案とその他の法案とに分けてみていくことにしよう。



### ① 予算の決まり方

これは大体4月から始まることになる。つまりは新年度が始まると、それと同時に次の年度の予算案の策定を頑張ることになるのである。ここでは予算獲得のために各省庁の**会計課**が中心となり、どのような政策を行うのか、新しい政策の実行を各局に対して訴える。

各省庁はこの中で重点公務などを作り、ランク付けもおこなって優先順位をはっきりさせていく。

政府の側を見ると重要なのが**経済財政諮問会議**で、そこで「**骨太の方針**」とか基本的な枠組みが決定される。これは内閣としてどういう政策を行うのかという主要な政策の在り方を定め、予算分配の基本的方針を作ったものである。

これが閣議で決定されると、合わせて予算が編成される。この骨太の方針によって予算の全体像が決まると、大蔵省が**概算要求基準**と言うのを作る。これはかつては大体何%増加させるとか言う楽しいものだったのだが、今では増額よりもむしろ削るとか言う方向になっている。

各省庁は概算要求重点項目を決定して、大体やりたいことを決めているのだが、この概算要求基準に合わせて、また調整を進める。概算要求基準に沿った形に重点項目を絞り、予算が大体8月の終わりにまとまると、予算概算要求書を大蔵省に提出し、査定が行われる。

これは各省庁ごとに行われ、担当者もだんだんとハイレベルな人になった交渉になって行く。このような作業のなかで来年度の収入がある程度正確な数字として出てくるので、概算要求基準も場合によってはさら

に絞られることになる。それにしたがって査定はさらに進み、折衝が進む。最終的には大臣間の折衝が行われ、予算がまとまるのが12月くらい。来年度の経済見通しなどがこのころにはより具体化し、収入と支出、政策の目玉などが決まってくる。

年末には予算原案が大蔵省から出され、それを受けて、もう一回**復活折衝**（これおねがいしますマジでと言う大会）が行われ、最終的に再び大臣らの話し合いを経てマジの予算書が作成される。

これが国会に提出され、審議されていくことになる。

※ここでは予算執行には根拠法案が必要であるから、そういったものも示さなくてはならない。これは主計局だけでなく内閣官房から把握できるように制度設計されており、いつどのタイミングで内閣から法案を提出するのかの作戦建てにも使える。

## ②法案の決まり方

これまでに説明したのと、少し被るところもあるかもしれないがご承知ください。

一般的な法案については、ふつう議会ではなく省庁ごとに作成される。各省庁では文書課が作成した法案についての調整を行い、同時に関係議員に対して了解をとることで議会を通すための足掛かりを作る。それがまとまるとそれ省・庁議に付され、ここで通れば閣議請議の手続きが踏まれて内閣官房へと回されることになる。同時に予備審査が内閣法制局で行われ、法案の妥当性が審査される。予算がかかる場合は、財務省にも根拠法案とかを添えて提出しないとイケない。主計局は来年度内閣から出される法案全体がどのようなものか知りうることになり、それゆえ力にもなる。

議員立法とやらは？とか思うかもしれないがこれは非常に少なくなっており、これには自民党の事前審査システムが整備されたことがかかわっている。

さきほどのべたように、**事実上自民党での審査が必要になる**のだから、ここではとくに総務会でオッケーが出なければその法案は閣議にかからず国会に提出することはできないことになる。**総務会**は**全会一致**をルールとしているのだから、厳密には一人でも「ノー」というだけで閣議決定はなされず、議会には提出されないことになる。特に自民党には「うるさい」人が総務会のメンバーになる運用がなされており、ここではいろんな人が自由に意見を述べ意見を交わしあうことが行われる以上、このハードルは高い。

この辺が自民の面白いところだが、実際はここで、言ってしまうと「取引」がなされるのである。まあ首相とかの意向ならばここでは黙認するという慣行もあり、わりに大人な合意形成が行われている。

これは悪く言えば族議員がきわめてつよいということだが、まあコントロール機能が及んでいると評価することもできなくもない。議員と言うもののとらえ方次第だねという感じ。ここでもオッケーがもらえれば、閣議にかけられ国会に回される。逆に見ればこの手続きがある以上、はっきりいって**議員が立法をしなくてもある程度のイニシアチブをとれる**のであるから、慣行が確立して以降は議員立法は激減し、先の前提の通り、ほとんどの法案は政府側が作成することとなっているのである。

※省庁で合意がとれている法案が回ってくる、という利点は大きいわけで、後から調整できるならまあそっちに任せてもいい合理性はあるだろう。あくまで議員がシロートだから任せたほうがいい、と言うのは微妙に的を外した言葉である。実際にはこの事前審査の中で**官僚的政治家**とでも呼ばれるような非常に詳しい知識を持った議員が多数いる。

## リーダーシップ

もっとも、法案成立までにリーダーシップを発揮するのが誰か、と言うのは省庁によって異なる。色々な省の人の話を見るに、大蔵省なんかは局長が銀行関係のいくつかの改革については音頭を取っていたとされるが、通産省では若手がわりに政策形成を主導していたそうである。局長はそれを適当に見ながら手綱をとり、偉い人間が必要なときに出ていくらしい。ただこれは話半分に聞いていたほうがいいのかもしいけど。

※とはいっても、日比野さんが実際に聞いてみたところそこまで信憑性がないわけでもないらしい。まあいずれにせよ**主管課中心であるのであって、内閣自体が調整機能を果たすことはあまりない**のである。結局のところは重要政策として引き取ったもの以外は、省によって作成されるのが法案なのである。

確かに、「**政治主導**」との名のもと、いわゆる官邸主導が打ち出されることはある。官邸に会議体が作られ、推進本部とかなんとか本部とかいって関係閣僚が集められ、事務局が内閣官房に置かれる。だがその事務局にいるのは、内閣官房担当の役人と言うより、関係省庁からいわば兼務の形で「実務担当」として出てきた人たちである。その政策と関わる関係各省の人間が出てきているだけであって、一見内閣主導に見えるが実体としては今まで政策決定をしていた事務方の官僚、主管課の課長が依然として政策を決めているのだ。

はっきりいって**従来それぞれがインフォーマルに稟議や合議をしていたのが、表向きに体制化されただけ**である。まあ官邸で政策が作られているかのような外観を作り出すために、官僚の座る座布団を作っているのである。さすがに内閣の目玉政策ともなるとまた話は別になるけどね。

結局のところ内閣審議室、今の内閣副長官補など、内閣の政策決定を主導する組織は、今日でも独自の人材供給ルートを持っておらず、省庁の都合で人が来ている現状がある。

仕組みはずいぶん内閣主導になる外観がでてきた（ローテじゃなく、関係するところの課長をひっぱってくるなど）が、実体としては内閣が企画機能を果たすなどはない。

### 自民党における事前審査

党議決定を行うには、政調会と総務会での承認が必要であった。それを経て閣議決定も行われ、政策は議会に提出される。

郵政法案（郵政公社法案や、郵政民営化法案など）のような場合は（争乱じみた）多数決になったりするなど例外もあったが、ここでは基本は**全会一致**が要求されており、これは高いハードルであったのだ。全員一致で当該議案を閣議決定に付す旨の合意を形成しなくてはならず、これはしばしば自民党の**事前審査制**と言われる。あくまで皆が賛成になるまで話し合おうというよりは、法案に反対する議員は自主退席するとかいう感じで形式上の全会一致を保っているのだけだね。

このようなシステムは、自民党の政調会には**部会**がおかれてそれが省庁に対応していることに支えられる。

※議員は部会や両院の委員会（これも省庁に対応する）に所属し、当選回数があがると部会や委員会での地位も上がって行く。

このような中で内閣提出法案はまず対応する部会で審査され、その際には関係省庁の課長や審議官クラスが出かけて行って説明をするというやり方が形成される。そこで同意が得られると、政調会、そして総務調査会の最高決定機関である総務会に行き、閣議決定がなされて法案が提出されるのである。ちなみに自民党の規定上の建前では多数決だったのだが、慣行で政務調査会と総務会は全会一致とされている。まあこのおかげで、事前審査を全部総務会でやるとカパンクしまくりなことにはなっていない。

沿革としては、**事前審査制は 1950 年代を通して予算を必要とするような議員立法が乱発され予算案が無茶苦茶に翻弄される中で、与党と政府の法案形成を一元的に統括するためにできたものである。**

大蔵省などの働きかけもある中で 1962 年に「法案審議につき各法案提出には、**先だって総務会にご連絡願いたい**、なお政府提出の各法案については**総務会につき修正することもありうる**のでよろしく！あと政府で修正したらまた自民党に言えよな」みたいな文書がでたことをきっかけに慣行として確認されたものであり、1970 年代には定着していた。

※日比野さんはこの 1962 年の文書で事前審査制が生れたかのような説明をしたが、実際にはこの文書自体が「再確認」という形式をとっており、そもそもこの文書が出た時点で慣行が形成されていたと言える。このような形で自民党は内閣の政策形成に関与していて、このような党の存在感に政府がかすむ様子を揶揄して**党高政低**と呼んだりもしていた。あるいはこのような中では各部会で特定の利益と密接につながりを持った人物の強さが増すので、こういういわゆる「**族議員**」による政治の端点になったとも言えるだろう。

### 政治のコントロール

良く考えると、党高政低とかいう評価が出てくるのは、**政策形成においてアクター同士が互いをコントロールしあう体制が存在し、どちらが主導権を握るかが問題になってくるからだ**とも言える。

こういう形で党高政低だとか官高政低ということが言われること自体が、「族議員の政治」「官僚政治」とかへの批判の大きさを示している。ただ、**誰が主導権を握るかを度外視すれば、このような形で様々なアクターがコントロールしあうこと自体は否定されるべきではない**ように思える。

**権力分立**と言うのはもともと権力を分割することで互いにコントロールせしめるものだし、むしろコントロール可能にするために分流しているとすらいえるわけである。そのような点から言えば、それぞれのアクターとの関係でコントロールを及ぼしあうこの仕組みがなぜ否定されよう。問題があるとすれば、どちらが最終的により上位に立つかについて、コントロール不能なほどの一方的な**支配のメカニズム**が存在するとか、コントロールの中身に当然かかる**憲法上の制約**を守れていないとかいう場合であろう。

憲法の授業なので後者についてはもう少しちゃんとみていこう。コントロールとはいっても、じゃあどんなコントロールが求められているのだろうか。ここでの憲法上、とはかなり広い意味だが、次の四つを大切にすべきであろう。

- ① **民主的正統性の確保**
- ② **決定プロセスの透明性**の確保
- ③ **基本権**の保障
- ④ **事物的正当性**の確保

このうち、①～③はわりに分かりやすい。言うまでもなく国民主権を根底に置く現代の民主制の中では民主的な正当性は最も重要なものであるし、その実現には透明性も肝要である。さらにはそのプロセスにおいて基本権が侵害されることがあってはならないから、この領域における自由の確保が求められる。

だが、今日において一番しっかりと考えておくべきは、むしろそれらと④**事物的正当性ととのバランス**である。今日では、**テクノクラシー**の思想を支える現実が様々な領域で生じてきているが、このテクノクラシーの要請と言うのを突き詰めると、ある場合にはデモクラシーと対立する側面をもつことになるからである。事物としての正当性は、民衆がそれにつきどう思うかとは別の次元にある。地球は丸いといくら声高に主張しても、教会に首をはねられる時代がかつてあったことがそれを証明する。

結局、**一方で専門集団の自律性がより必要となり、他方でデモクラシーの領域が拡大したこの時代に、彼らの結論と民主的なプロセスを経て出た結論が衝突したとき、それをどう扱うのか**が非常の大きな問題なのである。それがまったく政治的でない場合にまで民主性を優先するのはあれだが、かといって一切の場合に民主性を排すのは適当でないだろう。最終的な次元において、民主性は一定程度影響を及ぼしうるようにしなくてはならない。これは当該問題の性質に応じてバランスをとるべきもので、一定の解はないと言える。これは一見新しい、奇妙な議論に聞こえるが、昔から憲法の教科書などでは行政委員会制度などの議論で話されてきたことである。

## 政治主導

このような権力コントロールへの議論を踏まえつつ近年の動向にも触れておくと、最近では**政治主導**と言うのがものの考え方として有力に出てきた。ようするに**党や官に対して政の立場を上昇させていく**、というのが政治の世界でのトレンドなのである。**政高官低**の名のもと内閣の権限強化が行われたわけだし、具体的には内閣府が設置され内閣官房も強化された。事前審査制を廃止し政策決定を一元化するという民主党政権下の試みなどは、**政高党低**の現れである。つまり、コントロールの主体を徐々に「政」へと変えようという動きがあるということになる。

※ただ、それがどこまでかつてと違っているのかについてはなお検証の必要がある。これは政治の現実の検証を必要とする。

しかし一方で、この動きは内閣などに関与できない若手議員などに非常に大きな不満を生み、大きな軋轢になったのも確かである。政治主導については民主党政権においても非常に修正が図られたのには注意しよう。そして、**権力のコントロール**という観点から見ると、これはさらに大きな問題を生んでいることに気付く。**厳密に政高党低を貫徹すると、議院内閣制の基本原則として、民主的正統性が確保できないのではないか、決定の透明性が確保できないのではないかという問題がある**のである。結局政府というのはいまだにある種のブラックボックスであり、これはなお批判する余地があるだろう。これらについて、関連するアクターにおいてどのような政策決定が行われているのか、そこにパターンはあるのかを見ていく必要があるが、まだここで簡単に紹介できるようなプロセスは生まれていないようである。

## 7-2 与野党の対立

民主党政権が非常に不安定であって、自民党政権に戻ってから相当程度にかつての伝統がよみがえったとはいえ、民主党政権下での変化は現に残っている。したがって、現に動く政策決定プロセスを単純化して行政への活かし方などをまとめて述べられる状況ではまだない。そこでここでは、もっぱら**議会制**との関わりをもって政策決定を検討してみたいと思う。

## 与野党対立の構図

我が国は承知の通り**議院内閣制**をとっているので、国会と内閣の対立というよりも、むしろ**政府と党と野党との対立のなかでコントロールが行われる**のが通常である。これは単に我が国が議院内閣制をとっているのからではなく、**党議拘束**がわが国で非常に強いと言うのも関わっている。

※**アメリカ**のように党議拘束が弱い国では同じ党の政策に反対し、相手の党の政策に賛成することが多く起きる。というかそもそも大統領の所属政党がつねに多数派をしめているわけでもない。大統領と議会の多

数派の政党の関係はこのせいである意味複雑にもなるが、一方で相互のコントロール関係は大体的場合**議会对大統領**と言う構図で見ることが可能なのである。わが国では無理。

問題となるのは、「では政策決定において野党はどのような影響力を及ぼすことができるのか」である。これは、国会というものをどうとらえるのかと言うことと密接に関わってくる。つまり議会の本質、議会での審議、議論と言うものをどうとらえるかに関わってくるのであるが、ここには大きくわけて二つの理解があると言える。

一方の極にあるのは、議会とは「**自分の政策を提示することで、国民に対して姿勢を打ち出す場**」(**提示モデル**)と言う考え方で、もう一方は「**互いの見解を調整し、妥協することで政策実現をする場**」(**調整モデル**)という考え方である。

我が国においての現実はと言うと、相当程度において議会では**政策の調整**が行われていたといえる。ただ、ここでは議会審議に「議論を通じて政策調整をする」という位置づけが与えられたのでは必ずしもなく、いわば「**裏取引**」の場として機能していた節がある。裏取引の成立のために政府与党と野党が妥協し、調整は政策に反映した。その結果、議会に於いて野党の影響力が発揮されたのである。

### 野党の影響力の源泉

問題は、なぜわが国で野党が影響力を行使できたのかである。より具体的には、**裏取引と言うが野党は何を取引材料にしているんだ**ということである。

これについては、国会の審議についての**日程の問題**が非常に重要な意味を持っている。この点に着目したのは、アメリカの**マイク・モチヅキ**という政治学者(日系の人)である。彼は日本の国会での審議のプロセスを分析し、審議の時間のもつ影響の大きさを指摘した。

モチヅキは「**粘着性**」と言う概念を分析に多用していた。彼は議案が提出され、審議され可否が決定されるこのプロセス自体はブラックボックスにして、単に成立する率を見る。そして何かをきっかけに率にばらつきが出れば、これをブラックボックスの中で野党が影響力を行使した結果であると捉えるのである。

実際、与党が多数を握っているならば一見 100%議案は成立するかと思いきや、自民党一党優位のなかでもそうはならないのである。これは**野党が組織的な役割を果たしている**からだとして、その役割の事を**粘着性**と言うのである。

いわば**ゴキブリホイホイ**のようなものを考えるとわかりやすい(この例は、日比野さんが出したものである)。ゴキブリを法案として(!)考えると、ねばねばしたものがなければ、法案はかさかさとして通過するだけである。しかし粘着性シートがあることにより、ゴキブリいや法案は脱出不可、法として成立しないことになる。この粘着性シートに野党がどれだけなっているかによって、その影響力がはかれるわけである。

我が国においては比較してみるとそのホイホイ率というか、粘着性は高いらしい。

では何故なのだろうか?これがここでの問いだったよね、自民の優位で与党が強いはずなのに、どうして野党が強かったのか、これがモチヅキの分析である。彼はこの理由として**時間的な制約の有効性**を説くのである。ここに、先の「裏取引」の内実が見えてくる。

### 制約

具体的な制度的条件としては、①**会期制**、②**二院制**、③**委員会制**があげられる。

#### ①会期性

日本の国会では**会期不継続の原則**がとられているので、会期内に成立しなかった法案は、そこで審議うちとめである。次回の会期でももう一度同じ手順を踏む必要があるので、時間がかかることになる。

さらに、**予算先議の慣行**があり、当該法案が予算と関わりを持つ場合はそれは置いておいてまず予算について審議を行い、そののちに法案について審議を行うということになっている。予算がいる法案は予算がなければともに審議できないからまあ当然ではあるが。

また**定例日**と言うものが存在する。国会の審議については定例日が設けられ、衆参それぞれの常任委員会については火曜と木曜を定例日とし週二日しか会議しない。本会議も月水金が定例日である。

つまり、150 日間の会期といっても、実はそのなかで審議されている日は限られており、42 回の委員会、63 回の本会議ということになるのである。

#### ②二院制

二院制である以上、両院で議決されない限り法案は成立しないのが原則である。もちろん三分の二ルールがある時もあるが、これは変則的なものであり、いずれにせよ両院で審議する必要がある。**先議後議制**がわが

国ではとられているから、同時に審議することはほとんどない。**どちらかの議院でまず審議し、その結論にのっとってもう一つの院で審議が行われることになるので、時間がかかる。**ちなみにその際に重要な法案は衆議院を先議とすることになっていて、他の法案も多くの場合衆議院が先議になっている。

※例外は**予備審査**。衆議院の先議の間に参議院でも予備審査を行える。だが実際にはあまり行われていない。

### ③委員会制

国会では委員会制がとられるが、実質的な審査はやはり**委員会**で行われ、その審査の結果を本会議で報告して議決する。その際委員会でいつ審議するのか、いつ議案を提出するのか、提出された議案のうちどのような順番で審査していくのかは、それぞれ議院運営委員会と委員会の理事会で決定されることになる。**議事整理については、議院運営委員会と各委員会の理事会で決定する**のである。その際の決定は**全会一致**が原則になっているから、ある法案を内閣から提出しても、それを本会議にかけるかについては議院運営委員会、そして各委員会の理事会での決定を経なくてはならない。

委員会に付議することが拒否されたり、理事会で「後回し！」とか言われると審査されないことになる。

### より細かく確認！

ではこのような制度的な制約のなかで、予算案・法案についてどれくらい審議できるのかを具体的に確認してみよう。ということで、国会の召集日がやってきたと仮定する。1991 以降は1月20日くらいに国会が開かれ、大体6月20日までで150日の審議期間がとられる。参院選などがあれば常会はここで終わりにするが、なければ30日くらいまでは延長することができる。それが終わると夏休みになり、これ以上延長はされない。つまり、**150日から180日の会期がある**わけである。ここでは**180日**審議できるとしよう。さて、国会ではまず予算が審議しようと思っても、会期の初めには首相の**施政方針演説**や、大蔵大臣の**財政演説**、外務大臣の**外交演説**とかが行われ、(今も名前は変わるが同じようなものがある)、それに対して衆参で質疑が行われるのでこれで15日くらいは日程が消費されてしまう。つまり180日の期間のうち、まず15日くらいを演説タイムで持っていかなければならないのである。残り**165日**。

長い演説を終えるとようやく予算審議である。3月初めくらいまでに予算案を通過させないとまずいことになるが、そこまでを予算審議にかけることになる。残り**140日**。さらに、連休は休むので、二週間ひかれて残り**125日**である。

ここで衆議院先議の実態から、衆議院ではどれくらいの審議日数が残されているかというと、まあ簡単には決まらないが衆議院が**75日**、参議院が**50日**くらいとなる。そうすると、衆議院が法案を審査できるのは、約11週間ということになる。実質審査をするのは委員会であるとはさっき述べたが、そのうち委員会の定例日は二回なので、全ての週について委員会を開いて審議を行うとしても**22日**(定例日が三日の委員会もあるので、**33日**)しかない。

法案の提出の委員会への割り当ては年度によって変わるが、法案の数自体は大体閣法が100本弱、委員会提出の法案は20本と言う感じで120本である。これを各委員会に分担させるわけだが、ここで委員会の数は約20くらいであるから20~30日で一委員会当たり5~6本の法案を審議しなくてはならないことになる。単純計算で一本あたり**4~5日**である。

※委員会の数は、常任委員会と、常任ではないがほぼ常設されるものの合計である。

しかも、委員会での審議については、提案した大臣からの趣旨説明と、専門家を呼ぶ参考人質疑、そして審査とは別に評決を行わなくてはならない。これはそれぞれ別日をとるのが慣例とされているので、さらに審議にあてられる日にちは減り、4~6日のうち、そこから別に3日持っていかなければならないことになる。

つまり、**ある法案について国会議員が自ら質疑を交わし審議を行う時間は、ほんの数日しかない。**

言い換えれば、議会の場で政府与党と野党が意見をぶつけ合い、法案を修正する時間など、およそ存在していないのである。であれば、野党としての選択肢は

### ①議会は審議調整の場ではなく、政策提示の場であると考え

### ②事前に与野党で調整をおこなう

のいずれかにせざるをえない。この選択肢のもとで、一般的に**事前調整**がとられていきただのである。そしてその限りで、(無理矢理に与党が決定をするにも時間的・政治的コストがかかる以上は)野党と与党は調整において「取引」をせざるを得ないのである。**野党は、限られた法案審議の時間と与党が有効に使うための「協力」というカードを切る引き換えに、政策的妥協やある種の行動を引き出す**のである。

これが「裏取引」の内実であるが、この事前決定は**国家対策委員会**に任されており、そのような政治のありようは「**国対政治**」と呼ばれてきた。

## 国会对策委員会

議案をどの委員会に提示するか、そして委員会ではいつ審査をするかはそれぞれ議院運営委員会や理事会で決定するわけだが、いわばこれは政策決定の表の議論である。制度として法律上、法令上定められている組織での決定であり、この組織における決定を指揮している存在として**国会对策委員会**が各党に置かれている。これは議会の委員会ではなく、党の委員会であるのだが（これを理解していない答案が非常に多かった！）、その委員長が集まって話し合いを行い、その場で議員運営委員会や理事会での審議の仕方を話し合うのである。その場で自民党としては「どうしてもこのような法案を通したい」といい、社会党はそれを拒否するとなれば、成立しない。だが、絶対法案でないのならばたとえ妥協として「じゃあ社会党の要求する法案を一個通したるから」といって審議する合意を求めてみたりすることになる。それに基づいて議会の運営が行われるということが、しばしば行われていた。これは制度的要因に基づいた**事前調整の事実上の必要性から生まれたものであり、言うまでもなく透明性の欠如という問題を生むものである**。議会決定に求められる要求の一つではあるのだが、この観点からすれば極めて問題のあるものと言える。ただ同時に、これがあることで野党が**与党への影響力**を発揮していたというのも間違いのないところであって、この評価は様に定まらない複雑なものである。極めて日本的なものとしてこの在り方を批判する人も多いが、必ずしもそうではないと思う。以下に少し述べるが、政治とは人間的な営みでやはり人間的な知恵が反映されるのである。



透明性

## 民主主義的な議会の在り方とは

国会对策委員会のようなシステムをどう評価していくかには、**民主主義と議会の関係というものをどう理解するかという、非常に根本的な問題が関わっている**。

確かに、今の日本のいわゆる「妥協政治」を快く思わない政治家、国民、識者は多い。なかなかまとまらない妥協、それによる閉塞感を打ちやぶる**決定**が政治に必要な人の中には、決定力のある欧米の政権を引き合いにだして、民主主義とは、「多数派をどちらが取るのかの問題だ」とし、多数派が政策をどんどん行い実現しろ、反対党は反対である所以を明らかにして自らの所信を次の選挙で問い、支持されれば政策を変更すればいいだけだと理解をするものがある。

しかし、この理解が本当に正しいあり方なのかには、疑問を抱かないことはできない。

そもそも、これは近年の欧州における議会の在り方とは必ずしも一致しない。

アメリカと日本とを比較してみると、むしろ日本のほうが多数派にとって決定に好都合な制度が設けられている例もある。たとえば**職権で委員会を招集**したり、各院規則では**質疑終局の動議**で野党の質疑を終結させたり、討論についても**討論終結の動議**が提出可能である。

そのような意味では制度的には多数派にとって有利な、支配可能なルールが定められているが、それに対してヨーロッパではむしろ日本とは逆、一般の批判とは逆で、議事妨害が制度的に認められる。**フィリバスター**と言われるのだが、これは不必要に長時間にわたり無関係な演説を行うことで会期を消費し法案成立を妨げる制度である。アメリカでは料理本を読み続けるというのが実際に行われているらしい。

※ただし英米で差異はある。イギリス下院ではアイルランドの独立運動が高まる中で、フィリバスターの無制限の続行を認めず討論終結の動議をだせるようにした。当初は下院の過半数の賛成で討論終結ということだったのだが、現在では緩和され、600人の議員のうち100人以上の賛成があればよかった。ただし、この動議が出てもこれが採決されるかどうかは議長の裁量に任されているので、実際にこれが行われたとき、討論終結の動議につきその可否が採決され打ち切りが行われるかどうかは必ずしも一様ではない。対してアメリカの連邦議会の上院では、1919年以来、6分の1以上の議員が発議し、その3分の2以上の議員が賛成したら一時間以内に討論を終わらせないといけない。だがこの条件は厳しく、やはりフィリバスターを止めるのは難しい。

そして何より重要なのは、**議決の在り方の問題は必ずしも理論上の問題ではなく、実践知、人間の知恵の問題であって、どこまで少数派の反対を認めるのか、という問題でもある**ということである。これはけっして、**民主主義の正統性**だとかの理論だけでは割り切れる問題ではないことは注意しておくべきである。アメリカ、

イギリスではわりにこのような点からの配慮があるのに対し、日本の議員や学者の一部は民主的正統性のみに着目しているくらいがあるように思える。

※ここで言っているのは決して「アメリカでの実践知のやりかた、システムはうまくいっているから、これと同じものを日本にも取り入れるべきだ」という話ではない。

わが国ではしばしば「**強行採決**」とそれに対しての野党の「**牛歩戦術**」という光景がしばしば見られた。

（上にした議論を見れば、少なくとも「欧米では議会と言う審議の府では牛歩をしない」と言う批判も当たらないものであることは知っておこう。まあ牛歩よりはまともなやりかただが）日本は、野党がなかなか邪魔ができないシステムであるがゆえに苦肉の策で牛歩などが起きていたともいえるが、それではアメリカのようにフィリバスターを取り入れ、終局動議について、同程度の厳しいハードルを設ければいいのだろうか？ はっきりいって、**わが国の政治状況でそれを取り入れて、どのような効果があるのかはなお検討が必要であるように思えるし、過去に照らして、適切な進行を妨げる可能性が高かったのは確かである。**少なくとも、極めて大ざっぱに言えば、フィリバスターとかがあったら日米安保条約の延長と言ったものは起こらなかっただろうと思われる。与野党に国民がそっぽをむいて新しい政治状況が生まれたか、与野党が歩み寄って新たな状況が生れたのかはわからないが、フィリバスターなどの野党有利のシステムがないゆえに、**牛歩**だとか**強行採決**が一定の効果を持ち、妥協政治という枠組みが一定の効力を持った現実是否定できない。この実践知の話は歴史的的政治的文脈を抜きにして語ることは出来ないのである。

確かに、第一次安倍政権下などで顕著だったのだが、近年この日本的な「実践知」をめぐる状況はかわりつつある。彼は再議決可能な勢力があったがために、野党の影響を相当程度退けて強行採決を行ってきた。ところがその結果なのかわからないが、**ねじれ国会**が常態化し問責決議が乱発されるようになった。従来の裏取引、国対政治が機能しなくなってきたのが現在の政治であって、第二次安倍政権はそれゆえに参院選に「ねじれの解消」を掲げてやってきたのである。

とはいえ、**国会がねじれているからこそ野党がある程度コントロールが行われ、一定の妥協だとかもとの合意が見出されていた**のも確かである。これが裏でやられるから透明でなく問題だったのであって、表舞台での妥協と言う方向にいけばそこまで否定すべきでもない。

そのためには解決すべき制度的障害が多々あるのは先に確認した通りだが、妥協がうまくいかなかったからといってすぐに「妥協政治がダメ」というのではなく、方向性としてはむしろ、例えば審議の時間の確保など、より妥協がしやすい方向にまず向かうべきものであるように思える。

**少なくとも多数決の原理だ！ 民主的正統性だ！ 決定だ！**という思考は議会で**の決定を考えるにつき、極めて短絡的であると言わなくてはならない**。たとえば年金制度の問題につき、民主党が案を作り、自民党が反対だ！ という政権交代のたびに制度が別物になることも考えられる。議会の場をこのように理解すると、政策的な不安定性が生じることになるが、これもやはり望ましいものではないだろう。

**実践知**というものを背景にして、政策決定の在り様は問われなければならないし、そのためにはねじれ国会自体を否定するレベルの議論では根本の解決にはならないし、実践知からの議論は、必ずしも憲法の問題と合致しないものではないだろう。

### 7-3 統治機構と政策決定（小括）

ここで小括として、統治機構の問題全般と関連させながら、話したことをまとめてみようと思う。

統治機構の問題については「**セッティング**」と「**プロセス**」とについて注意すべきとは言ってきたが、そのあたりも含め少し付け加えながら話していきたい。

#### 権力分立

これまでも話したことであるが、日本の統治機構の問題を考えるに際して、教科書的な説明のレベルだと非常に分かりにくいのが、「**権力分立**」の原則をはたしてどう説明するのか」であった。

権力分立の理論はそれ自体が憲法において最も基本的な論点であるのに、まずこれが良くわからないというのが、憲法自体をめんどくさい学問にしている要因でもある。

学説史的な研究は最近では流行っていないとはいえ、権力分立原理と言うのはこれまでも古くから議論されていたところである。そうしたものを参考にして考えると、わが国での権力分立の議論は「**機能説**」というのが主流だった。

これは要するに、国家作用を**立法・行政・司法**に分かち、その担当機関としてそれぞれ**国会・内閣・裁判所**があると考えすることで、国家作用を対応機関がそれぞれ抑制・均衡を及ぼしあうなかで公民の教科書に出て

くるあの三角形のように捉える理解である。このような単純化が、「国会は法律を制定、内閣が執行、裁判所が審査する」という説明を生む訳である。

これを権力分立ととらえるのが、もっとも基礎的な理解であるように思えるし、われわれも第一義的にはそのような理解をしているのではないだろうか。

しかしながら、わが国では同時に**議院内閣制**と言う政治制度が取られている。そこでは本来の意味での権力分立がそれ自体として立ち現われると言うことはまずなく、むしろ議院内閣制における現象として、**国会と内閣との対立が、政府与党対野党の関係にとって代わられている**と言える。

このような議院内閣制と組み合わせられた形でとらえるなら、**ねじれ国会と言うのは、権力分立の観点から言えば極めて正常な形であると言えます、異常な事態と言う批判はまったくあたらない**ことになる。

このような「権力分立の議院内閣制における在り様をどう見るか」と言う観点からすると、日本における議会の伝統的な意味での本質と言うかモデルというか、それ自体が変容を強いられているのだと言えるだろう。

## 議会のモデル化

その「議会」というものをどうとらえるのかにも非常に個人差があり、例えば**アリーナ型と変換型**とか、**ウエストミンスター型と多極分立型**とか、さまざまなモデル化がなされる。

モデルの立て方はいろいろあるのだが、おさえておくべきは**モデル論と言うのはどちらかが正しいとか言う訳ではなく、現実と言う制度の一面を捉え拡大したに過ぎない点**に他ならない。

これはアリーナ型と変換型との対比で考えるのが分かりやすい。

●アリーナ型の側面…政策提示の場として議会を考える。**政権交代志向型**

●変換型の側面…政策を調整する場として議会をとらえる。**政策形成志向型**

これって、議会の中にはどちらの側面もあるよね。

もちろん、議会に関連する諸制度の組み立てとかの問題を考える時には、どちらのモデルに重きを置くかで違いが出てくる点是否定できない。あくまでここで言っているのは、**議論の出発点であるモデル論を、議論の目的とする必要はないということにとどまる**。

ここで、「じゃあどちらのモデルをとるべきなのか」が問題になるわけだが、ここでは議会制に関わる論点についてどういう**波及効果**があるかについて考えることが必要になる。

例えば政策調整型のモデルは、政策の調整を議会の審議のなかでの歩み寄りに求めることになる。そういう議会の在り様を前提とするならば、選挙制度としては**少数代表**または**比例代表**が、政党制としては**多党制**が、党議拘束については存在しないことが一般的に望ましいことになる。絶対ではないが。

対して政策提示型のモデルは、議会の外での変革というものが重視される。すなわち選挙による**政権交代**によって政策を実現することが求められることになる。

そういういわば対立型のモデルにおいては、選挙制度は**多数代表**が望ましく、政党制は**二大政党制**または**連合制**、党議拘束も拡大していくことが望ましいことになる。

## 民意を反映する選挙

ただその際の問題となるのは、これらのモデルのいずれにおいても、基本的には少なくとも一つの想定の上に立っていることである。それは、「**選挙が民意を反映している**」と言うことである。だが、**マニフェスト**には政策の見解が示されるとしても、**選挙において示された得票は、マニフェストにおいて提示された各政策における民意を反映しているのだろうか？**これが恐らく最大の問題点と言える。

そもそも選挙における意思表示は、**単一**のものでしかない。ここでは**政策ではなく、特定の者を当選人とすべく我々は投票をする**わけである。しかしながら選挙の公約あるいは政策問題は決して単一ではないのである。政策問題は多数あり、その多数の問題というのはしばしば「あちらを立てればこちらが立たず」の関係にある。ここに生まれる多元性と、選挙と言う単一性の不整合が生じる以上、選挙が反映させる民意にはおのずと限界があるのである。

前にも言ったが、ドイツには**世界観政党**と呼ばれる政党が存在し、本当にそうであったかは別として政党は人々の世界観をおおむね包み込むようなものであったとされる。そのような場合であれば一定の予測可能性、価値観的な関連性をもって、様々な論点につき一定の答えを共有する政党があることになる。それならまだ話は別であるが、今の日本にはそれはない。自由貿易に賛成する人や反対する人、軍事の拡大に賛成する人、反対する人、対中国強硬政策に賛成する人、反対する人、そのような**YES/NOの集積に一貫性を与えることは今現在、たぶん無理**である。財政支出を抑えることは望ましいという人は多いが、だからといってそれ

が自分の関わる分野への公共投資の削減なら反対する人はいるし、原発事故が起きた今なお原発を再開させようとする人も多い。総論と各論と言う意味でも対立はあるし、総論の中でも意見はこのように対立する。そのような状況の中で、選挙公約に国民の全面的な支持があったと言うのは、大変難しいことである。

※**郵政民営化**で小泉首相が衆院解散をした。あの選挙はさしあたりは郵政民営化に賛成するか反対するかを問うものと述べられ、ある程度その問いに対しての答えが国民から返されたとは言えるだろうし、そうなるように、自民党側も細工をしたと言える（いわゆる「刺客」を差し向けることで演出を行った）。だがその結果、二つ問題が出たといえる。一つは、自民との支持が格別 50%を超えたわけではないが、最大党派になったことで「**国民は郵政民営化に賛成した**」と判断したこと、そしてもう一つは、本来なら「各政党がどのような公約をたてた」のかを調べ、それに対する賛否を分析すべきであるところ、そうはされず**選挙分析はほとんど自民党のみに終始して議論されていた**ことである。選挙で圧倒的に自民党が勝つと、これを自民党が掲げる政策パッケージについての支持だと小泉さんは主張して自らの政策を実現しようとしたわけだが、果たして選挙はその様な論点を反映するのか、上に述べたような問題点はほとんど問われることが無かったのである。選挙公約は一定の世界観に立っており整合的であるならばまだいいが、「郵政選挙」で判断した国民の支持は、果たして「おまけ」的についていた部分にまで活きるのだろうか。

### 政党の在り方の変化：集権化

もう一つ重要なのは、選挙制度改革で、中選挙制度から**小選挙区制**を導入した現行のやり方に変わり、さらには**政党助成金**が導入されたことによる影響である。

政党助成金と言うのは政党に配分されるわけだが、この助成金をどう配分するのかについては、党の執行部の意向に沿って分配されることになる。このことがは従来の我が国の選挙の在り様を大きく変化させた。

かつてから自民党では**派閥**というものがある種の権力分立の在り方を示していたと言えるし、ご承知のようにそれは中選挙区制によって支えられていた。

※ 5 人前後が一つの選挙区だった時、自民党の派閥は、5 つ程度の派閥が適正規模であり、それぞれがミニチュアの政党として活動することが理にかなっていたが、小選挙区ではその余地は大きく損なわれる。

だが、この改革によって**派閥に代わり党の中央が大きな権力を担うことになる**のだった。たとえば名簿の順位だとか選挙費用の分配だとか、決めるのはすべて党の中央の人たちである。いうなればこの選挙区が勝ちそうで、どこに金をかけるべきかをこいつらが決めるのである。そうすると**かつての自民党のような（ある種の権力関係がそこに存在しないわけではないが）、多元的な権力の集合体として存在していた政党のありかたが、大きく変容した**と言える。

こうすると当然、かつての政調会や総務会と言うような決定の在り様、多元的な派閥間の調整・協力のもと全員一致で審議を行っていた慣行も変わらざるを得ないことになる。党の中央からの指令に従って議員が動く、そういう**中央集権的**な制度が政党において成立することになるだろう。

また、「**連立**」を考えると、さらに与党間の政策調整機関に権力が集中する。このような場において、かつての派閥政治のもとで議員が持っていた力は大きく失われることになるだろう。**我が国における政党の在り方は、この 10 年あるいは 20 年で大きく変わってきている**のである。そうすると、政府与党と反対派の間の権力コントロールのやり方も変わらなくてははいけない。

また、そうした中で「**マニフェスト選挙**」と言うやり方もこの変革を加速させる。投票は（都合のいい解釈によってだが）マニフェストへの信任を表すこととなり、こうした信任に基づく強引な決定が行われることは、確かに増えている。わが国の議会はどちらかといえば「協調型」として野党の意向を含め、妥協の中で政策を実現していたわけだが、このような政策決定は、どんどんと失われていくことになる。

議連や理事会の「全会一致」という制度が示すように、今までの野党も含めたゆるい「全会一致」のルールが多数決へと変化していくことになると、妥協的な国会運営は否定され、「**民主主義の本旨**」というレッテルを張ったうえで、**スピードはともかく理由も言ってくれないような強引な選挙運営が行われる**こととなるのである。これがねじれ国会を否定す



る勢力の興隆につながるようになるのは、言うまでもないだろう。

少なくとも小泉内閣以前の自民党は、閣法の成立の割合が大体 90%くらいあったが、最近は成立の割合が非常に落ちている。かつては相当数の法案が全会一致で成立していたのだが、そのような妥協的な成立は、かなり減少している。

※まあこの成立率は議会に提出される法案数などにも影響されるので一概にいけないが。

この率の低下の説明を**ねじれ国会**に求める論者は多いが、これが間違いなのは歴史を調べてみれば分かることである。かつてのねじれタイムも含めて分析しても、このような低い閣法成立率にはなっているのは近年の特徴なのである。**妥協なく、野党の意見に触れることなく、自分の提示した法案をそのままの形を保ち国会で通過させようとするようになった**という変化に、まさにこの根本的な原因はあるし、国会のあり方がここで**政策提示型**になっているというのが示されるのである。

よって真に問われるべきはねじれ国会うんぬんではなく、結局は「果たして妥協政治から決別すべきなのか」なのである。衆参の多数派が一致するようにしないといけないだとか、国民の投票行動に原因があるかのような説明の仕方は、やはり繰り返すが安直に過ぎる。

### アクターの限界①議会のコントロールとは

そして、アクターたちの能力の問題も指摘しておきたい。より具体的に言えばこれは、「**議員は何ができて、何をすべきか**」そして「**官僚は何ができて、何をすべきか**」が、**従来の理解では立ちいかなくなってきている**のだという問題である。はっきりいって、彼らの手にはおえないような事象がでてきたことが、従来の理解を完全に時代遅れにしている。

今日では**脱議会化**がドイツなどでは指摘されるし、もちろん日本でも指摘される。議員の手におえないような政策次元が出てくる中で、議会はどう「行政」をコントロールしていくかという問題が出ているのである。議会において政策を決定するという現実の制度を前提とするならば、新しいやり方で政策決定のコントロールをしなくてはならない時期に来ているのである。

このような脱議会化のもとで政策決定をコントロールするのに何が必要かといえ、これはやはり以前に述べたような**民主的正統性**と**透明性**の確保、**基本的人権**の確保、**事物的正当性**の確保であろう。この4つの要請を満たすような政策決定の在り様を考えることが、今日の憲法学では重要な論点なのだろう。ただ、これは抽象概念を先行させた議論として「権力分立は機能説的に理解できるから、こうすべきだ」とかいう次元で話すのではなく、やはり**憲法現実**にどう対処するのかという問題意識のもとでとらえていかなくてはならない。これは確実に憲法学の重要な問題の一つであって、憲法学の対象の「外」と割り切るのではなく、このような事実をとらえてこそ議論は進むものである。

### アクターの限界②政策の専門化

今は政策に対してのコントロールの問題をみてきたわけだが、政策自体も変化してきている。

第一、政策決定者には非常に高度な**専門的知識**が必要になってきている。政策決定について非常に重要な論点において、議会が十分な対応能力を持たないような政策論点がとて多く存在し、それが大きな問題として立ち現れている。従来はそのような問題の解決は**官僚**が当たっていたからまだよかったわけだが、**はっきりいって官僚でも対応できないような専門的な政策問題が生じてきつつある**。

※典型的な例として一つ挙げるなら、1997 年の**金融破綻**であろう。証券会社がつぶれそうになったとき、適切な対応策を見出すことができなかったために問題が表面化した。

このような事態に対しては従来ならば、大蔵省が他の優良な銀行に当該会社を引き取らせ、代わりに規制権限を行使して褒美をあげて処理させていたのだが、今回は引き取り手がいなかった。

国が破たん処理が得意な弁護士を世話したりしていて、この時点で自由経済なのか統制経済なのかよくわからない状態になっていたのだが、問題はその後。結局証券会社をつぶすことはあったが、その混乱で**無担保コール市場**が麻痺するようというみじめな失敗をしてしまうのである。

金融機関は非常に高額なお金を普段から交換しているのだが、実はいつでも自前のお金を持っているわけではなく、手元にある額自体は非常に小額に抑えている。そういう経営をしていると、日によってはお金が足りなくなることがある。そこで無担保コール市場という、短期だが無担保でお金を貸し借りできる仕組みが存在していたのだ。多くの金融機関などは、これを利用してお金を調達していた。

しかし、良く考えると無担保である以上、貸した相手が破綻して返せなくなったときはそれで話が終わりになってしまう。にもかかわらず担保なしでお金をやりくりするのは、「**金融機関がつぶれるわけではなく、**

何かあったとしても役所が対応するだろ」という考えがあつてのことだった。さて、この「つぶすぞ～」となっていた証券会社、つぶれると言うのは極秘事項だったが、そのせいでここに無担保でお金を貸し出してしまった奴もいた。対応していた証券局の官僚は、律儀に機密を守り、それを止めなかった。証券がつぶれると言うことになった朝から、どっかの信用組合とかがそのせいで大損をして、経営に大きな影響を及ぼすことになった。当然びっくりするのは無担保コール市場に参加している人間である。これが意味することはただ一つ、「官僚側は、損した奴がお金をどぶに捨てるのを黙って見ていた」ということである。当然「役所への信用」すなわち無担保でのやりとりを支えていた前提が崩れ、無担保コール市場はほぼ無能と化した。お金を無担保で貸すような人間はほとんどいなくなり、金融機関は大混乱に陥ったのである。

面白いのは、官僚にインタビューしたら「銀行局の人間からすればこの結果は目に見えていたのに、証券局の人間は無能すぎ」という結果が返ってきたことである。ようするに、**この事態は不可避ではなかった**というのである。たぶん、証券局の人間に大きな欠陥があつたことは確かなのであろう。能力がないものは市場から淘汰すると言う大きな政策は誰でも建てられるのであって、大切なのはその実現をいかにひずみなく行うかであるのに、このときの官僚にはその問題意識が大きくかけていたのであるし。

話を戻すとこれに続いて銀行がいくつも破綻し、最終的には長銀までも破綻することになる。実はその時にも無能っぷりは発揮されており、これを食い止めようとして宮沢大蔵大臣が住友信託銀行に吸収させようとしたが失敗し、20兆近くのお金が飛んでいくとともに長銀を破綻させてしまったのだった。

長くなったが、端的にこれは**官僚の限界**を示している。

他にも、その後りそな銀行が破綻の危機に陥った時には長銀の経験が活きて、破綻を回避したが、そのことは逆に「長銀の破綻」というとんでもない代償を払って初めて、彼らは学習することができたということでもある。

結局、所轄の役人は所轄しているだけあってある種の専門性を持っているが、それを超えるような問題が生じてきている中で、従来の方式では対応しきれないことになっているのである。同様の事態は原発事故でも起きた。当時の原発に関わる指揮監督者は、経済学部出身の官僚であるが、こいつが果たして原発事故を収集させる専門知識をもっていたのだろうか。そういう意味では役人という政策の専門家に対応しますという方式自体がもうどうしようもないのである。

※さきの例でも「証券局」は無理でも「銀行局」の人間は対応できたといっている点などから、ここでの議論は「従来の官僚制」としての官僚の限界を示すのであって、官僚さんはもう全員無能、ということがいいたいのではない。少なくとも完璧に適切な人材を適切に配置するようなシステムに今の官僚制はなく、それまでは官僚のうわっぺらの専門知識がこれをなんとかカバーしてきたわけだが、もうそれが無理なほどに現在の政策が高度化してきた、ということであろう。

### アクターの限界③政策のグローバル化

もう一つ付け加えておきたいのは、経済の**グローバル化**が進むとともに**政策もグローバル化していくなかで、そもそも一つの「国」が関われる政策実現空間そのものが非常に縮小してきた**ことである。

一時我が国の金融機関にとって大問題だったのが、**貸出資金の規制**である。

さて、ある金融機関がお金をどれだけ貸し出せるのかというのは破綻した時のインパクトに直結するから、その規制は破綻の影響力を最小限に食い止めることにつながるとされる。

この点で日本の金融機関はお金をたくさん貸し出して運用することに重点がおかれていて、あまり貸し出しの制限や資産の確保にこだわっていなかった。そのため日本の金融機関はとても脆弱であったのだ。

それが世界経済にもつながる不安になりそうだということで、それぞれの金融機関で貸出額の規制を行おうとすることになった。結果、「自前の資金の〇〇倍まで貸せます」ということを決めた。逆に言えば貸出総額の何%までを自前の資産として保有していなくてはならないといけないルールをつくるのだった。これを相談したのは国際組織だが、ここに出向したのは**議員ではなく**日銀や大蔵省の人間であった。

そこでの規制は具体的に、国際的な活動をする金融機関は自己資金を貸出額の8%、国内活動だけをする金融機関は貸出額の4%とすることが決められた。

※言い換えれば、国際活動する奴らは自己資金の12.5倍、国内活動だけする奴らは25倍まで貸し出せる。これは法律で定められたことではなく、**直接的には国会のコントロールが及ばないものであったのに大蔵省と日銀の影響力は行使され、そしてこれがもたらした影響は非常に大きかった。**

具体的には、いわゆる「**貸しはがし**」が行われることになったのだった。

そもそも、この規制は勝手に貸しまくっていて基準なんか守れていない日本の金融機関に「自己資金の増大」か「貸し出しをやめる」のどちらかを求めていることになる。だが簡単に株の発行で自己資本を発行できるような状況ではないし、さらには株の発行は株価の低迷を生むに違いなかった。貸出額を減らす（貸しはがす）ことで、自己資本の規制をクリアしようとしていくことになるのは、当然の事であった。

ここまで、**このやり方には議会は関与しえない**。

銀行の行動に何か法律でサンクションを与えることは、はっきりいって無理であった。国際機構への出向は日銀や官僚が独占していた以上、**政策形成の独占**が生じていたのである。同様に日米構造協議だとかの問題についても基本的には官僚が政策形成を行い、このような場に議会は関与しえなかったし、できたとしても非常に例外的な事態に限られていた。

しかしながらここでのさらなる問題は、**役人すら決して政策形成に関して十全ではない**ことである。役人と言うのは数年ごとにあっちこっちと局を移動するものであって、そのようななかで政策に十分に専門的な配慮はできないだろう。ここでのリーダーシップは端的に言って日銀が握る。いわゆる「国」がかかっていた政策形成は、いまやグローバル化の枠の中で、それぞれの**専門業界**や**市場**に立つ瀬を奪われつつあるのである。政策決定にアクターが関与できる範囲は限定されつつある。

※もっとも専門家ならば決定ができるというかというそうでもない。例えば原発事故で専門家が事態をちゃんと把握していたのかは非常に怪しいだろう。日比野さんが知っていた東大の原子力工学者は「たいしたことない」とか言っていたが、たいしたことあった。この専門家が無能ならまだあれだが、そうではなくこれは構造的な問題として、**ある問題に正確な専門的判断が必ずできるという保証も、システムもない**のである。そしてそのようなシステムがないことが、近年はグローバル化、専門化を背景に問題としてはっきりと顕在化してきたのである。

このような状況まで踏まえて、憲法学の政策コントロールは行われなくてはならず、当然アクターには今見たように限界があることも踏まえないといけない。議会で無理なら官僚が、官僚でダメなら専門家が、それぞれを埋め合わせる中で政策決定は行われなくてはならず、そこでは**民主的な正当性**をどう確保するかも考えていく必要がある。必要ならば対抗的な決定機関を存在させると言うのも一手であろう。

### 政策決定のフォーマルなプロセスとインフォーマルなプロセス

やや視点は変わるが、政策決定には**フォーマルなプロセス**と**インフォーマルなプロセス**が存在するということを指摘しておきたい。まあ大前提としてだが、前者だけではプロセスは貫徹できない。

民主的なプロセスは、多くの場合**正統性**や**透明性**を（つまり、フォーマルさを）求める。しかし、そのようなプロセスだけで何もかもやれるのかという点必ずしもそうでもない。

全ての情報が公開され、全てが共有され、全ての人が議論を知り、批判をする可能性が保障されるべきだと言う議論が最近では主流だが、それだけではかならずしも意思決定は正しく行われない。**インフォーマルな決定があってはじめて、なだらかに意思決定が行われる領域が必ずあって、そのことは考えないといけない**のである。透明性の確保☆即☆適切な決定という議論は、少し早急に過ぎる点是指摘しておこう。

むしろ問題は、フォーマルではないとしたらどんなプロセスをここで想定していくべきなのか、どういう決定の在り様が考えられるのか（**適切なインフォーマルなプロセスとは何か**）であろう。

これは我が国が抱えている政策決定がどのような形で行われ、どのような結果となったのかという事例研究を通して考えていく必要がある。これについては大変申し訳ないが日比野さんはケーススタディをいくつか試みた程度で、一つの政策決定プロセスモデルを考案するまでに研究を進められてはいないらしい。

だが、ここでは逃げの説明として憲法学者が好む、外国の例を紹介すると言うものをやってみよう。

### 外国の例①アメリカ

アメリカには**ファストトラック**（fast track）という制度がある。これは政府が提案する法案を、議会が無修正で一括審査する手続きの事である。対象は特定の事案に関わるというわけではないが、現実には**通商交渉**についてよく行われる。多国間貿易協定や二国間通商協定においてファストトラックが認められると、それ以降は政府が作った協定の内容については修正が認められず、無修正で同意するか、それとも同意しないかのどちらかになる。

※日本ではある論点について一つの議案が提出されそれを審査するのが普通だが、アメリカではいろいろな議員から修正案が提出され、修正が大きい案から順番に多数決をとって採決がなされる。ファストトラックが認められるとこの修正案が出せなくなるので、かなり効率があがることになる。

このような制度があると、大統領が強力なリーダーシップを以て通商交渉を実現することができる。これは1974年に当時の**フォード**大統領政権の際に初めて認められた割に新しいものであり、1994年に一度失効したがブッシュ政権で再び復活している。

このようなやり方は、わが国の状況を顧みる際にも、一つ参考の余地があるものではなかろうか。日本では確かにアメリカと違いいくつもの修正案は出ないのだが、それでも議会での議案の審査の過程では**委員会制度**が取られるから、場合によっては条約も特別委員会もしくは部会で審査される。いずれにしても通商交渉は政府とくに外務省主導で行われる以上、このプロセスのなかで政策決定に関与しにくい少数派の議員は、「ここぞとばかりに」様々な事項についてそれぞれ修正を求めることが予想される。

業界としても政府の決定に口を出すことは考えられるし、その動機はある。たとえばWTOなどについて、日本では「米」の扱いが重要だったが、他にも外国弁護士の日本勤務だとか、様々な事柄についての合意が行われていた。そうすると米業界、弁護士業界反など、様々な業界団体が政府に修正を求めることになる。ファストトラックが採用されれば、このような状況に対して迅速かつ大きな決定ができることになる。もちろん一方でこの決定は勝手だと非難される可能性はあるが、このような制度は、**近時の政策問題がパッケージ化して提示されているなかで、とくにグローバルな要請の中でそのまごとの実現を提示していく必要があるときに有用**であろう。

## 外国の例②ドイツ

ドイツには**政治的計画**という一つのテーマというか、制度設計論がある。

これも外交交渉が念頭に置かれており、政策のパッケージ化の進行にどう対応するかのなかで研究されてきたものである。

やはり外交交渉で政策が決定されると、一度決定されたものについて個別の部分部分で考え直すと言うのはとても難しいものになる。それぞれが一定の妥協をし、不利益を受け入れることで合意が出来上がり条約が成立しているのだから、いったん成立した条約案につき、個別の部分を取り上げて協議しなおすというのはとても難しい。

とすれば、**条約が出来上がった後で議会で審査するのでは、議会によるコントロールは十分に機能しえず、議会による事前審査のための制度的工夫が必要となる**。そのような問題意識から、新しい政治決定の枠組みとして、より小さな組織なども交えつつそもそも立法案にのぼるものの審査の密度を上げ、大枠でのコントロールを目指すというのが、政治的計画論の骨子であるっぽいが、日比野さんの話の感じだとそんなに議論があるわけでもなく、煮詰まっていない（というか議論がなされていない）感じがする。

※とはいえドイツはいわゆる「計画法」として、大枠でパッケージを作り建設やら何やらの国家政策を進めると言う議論が行政学で盛んであったのは確かである。日比野さんの話を聞きながらノートを書いているなかでの個人的な感想としては、このようなドイツの側面も議論の根底にあるのではないかという気がする。

だから、政治的計画論がなされた結果こんな法律が！とか言うわけではないのだが、このような方向に位置づけられる制度はいくつかある。

たとえば外交交渉についても、交渉の段階で、議会に対して説明をさせたり国政の調査を行ったりすることが現実に行われている。議案としてまとまらないうちから制度設計の段階で、当局の人間を議会に召喚しているのである。その際、通常の意味での国政調査ではなく、そのために**法案合同審査会**あるいは**元老審査会（長老評議会**というのが一般的である）と言う組織を活用して、正規の両院での国政調査とは別に調査を行う。

このような形で事前調整を行うことがなされるわけだが、ここでは審議の密度をあげ、合意形成をはかる目的から、組織の人数は多くないし一定の制限を設けている。

もちろんこのような**「先取りの」な議論をするには、中身をばらすようなやつがいたら台無しなので当然与野党の議員のモラル形成が必要になる**。

もちろん、常秀と定助くらいの信頼関係（とりあえずコミックス4巻時点くらい）ではダメである。まあモラルはともかくとしてこのようなやりかたも、政策のパッケージ化や専門化のなかで有用な一つのコントロール手段として示唆を与えてくれるのではなかろうか。



## 注意とまとめ

もちろんそのようなもののみしかないのであるとか言う訳ではなく、これは日比野さんが参考例としてあげただけである。何よりも我が国における政策決定の在り様を踏まえうえて、憲法的に予定されるコントロール（とくに、権力分立の要請）がどう機能するだろうか、機能しなかったらどう実現すべきだろうかを考えることが、憲法学からの課題である。その際には単一の政策論点に傾倒するのではなく、全体としての在り様を眺める必要がある。

もちろん、現実をただ眺めればいいのかというところではなく、議会の本質とは何なのか、などなど抽象的な理念も意識する必要がある。**理念と現実の両者をじっと眺めて、今日の憲法は進んで行かなくてはならない**のである。

今日は非常に物事を単純化して**官高政低**とかの言葉でまとめようとするが、物事はそんなに簡単ではない。繰り返しだがある問題には、**実践知**の観点からの解決も必要であるし、単なる二分論や、とってつけたような諸悪の根源論ではそれには不十分なのである。そこまで踏まえて物をみれば、ある制度を一面的にとらえることはできなくなるだろう。

そのような中で高度化していく政策の形成過程において、「事前」審査だとか「一括」の決定だとかは、実践的な意味において重大な価値を持つのは見た通りである。

なるほど事前の合意で勝手に決めて、それを一括で決めてしまおうだなんて、まったく政府の権限が阻害されているという文句は、一般的な権力分立の機能論からすればもっともである。しかしそれにたとえば族議員の及ぼす影響力は、果たして民主的なコントロールに服していないのか？実践知の観点から見て、もう一度問い直してほしいところである。

## （８）天皇制

基本的な論点を中心に、天皇制についてざっと確認しておこう。見ようと思うのは天皇制の連続性と不連続性、権能、内閣の助言と承認などなど。限られた時間だが、主だった論点につき概説することにしよう。

### 8-1 天皇制の諸問題

#### 連続性と不連続性

天皇と言う存在を、明治憲法から昭和憲法へのシフトのなかでどうとらえるべきなのかはしばしば教科書に取り上げられるのだが、これ自体をあまり議論しても意味がなく、重要なのは以下の二点である。

##### ①天皇制の存在根拠

かつては天皇は神勅に基づいたが、現在は国民の意思に基づくものであり、支持の調達が必要なのである。

##### ②象徴性の根拠

天皇は国民の象徴だとされるが、なぜなのか。

かつての象徴性の根拠は、権能とその行使であり、それゆえに成り立った。しかし今日では天皇は純粋な意味での権力はもたず、天皇の象徴性は、新たな存在根拠の中で再生産が必要である。

これをどのようにして行われるかにつき、一般的には「**伝統**であり、**憧れ**であり、**共感**であり」という理由付けが行われる。しかし少なくとも昭和天皇は神として存在する時期があり、確かに伝統として象徴性を持っていたのは確かだが、天皇が神だった時期を知らない人間が世を構成しつつある今はそれは明らかに違う。変わって出てきたのが、「憧れ」「共感」論である。美しい妻、三人の子、このような生活に国民はあこがれるのだ、というわけである。それがまさに我が国における天皇制を再生産したわけであるが、今日ではそのような価値観もあるとは必ずしも言えない。今はキャリアウーマンを妻に迎え、登校拒否の娘を持つ家族。憧れたり共感したりするには、少しイレギュラーの感が強い。不断の支持の再生産が必要であるのだが、**憲法以外の支持基盤を今や持たないし、その支持基盤も支持を調達しようというある種循環した前提がここにはあり、それ非常に疑わしいものである。**

#### 天皇の権能の分類①法的権能

さて、天皇はその権能を、私的な行為の他には憲法第 7 条に定められる「**国事行為**」に限定され、国政に関する行為をおこなうことを有しない。またその行為のためには内閣の助言と承認という厳しい規律を要するものとされている。ということで国事行為についてまとめておくと、これは大まかに言って以下の二つに分けられる。

### ①法的権能としての国事行為

### ②事実行為としての国事行為

外国の大使接待についてはどちらに対立があるが、他はおおむね区分されている。

ここで、①の法的権能についてはさしあたり、以下の二つに区分が出来る。

A 天皇が形式的に主体として決定し、それを外部へ宣旨するもの（形式的決定権がある**形式的宣旨行為**）

B 天皇以外の者が主体として決定しそれを外部へ宣旨するもの（形式的決定権のない形式的宣旨行為）

これだけでも相当にめんどくさくなってきたが、A にはさらに2パターンある。

#### 1 実質的な権限の所在が憲法で定められている場合

#### 2 定められていない場合

1 の場合には権限の所在は**国会**か**内閣**にある。国会にある時はたとえば内閣総理大臣の指名とかで、内閣にあるのは、最高裁判所長官の任命や政令の公布のときなど。

2 の場合については、これには**国会の召集**、**衆議院の解散**、**総選挙の公示**、**栄典の授与**の四つがある。これらは実質的決定権の所在が憲法で（少なくとも明文では）定められていない。

これ等の場合、実質的決定権は**内閣**にあるということで学説はおおむね一致しているが、その根拠づけにはいろいろあって、たとえば実質的決定権を憲法のテキストから論証すると言うやりかたや、天皇の国事行為の関わる内閣の助言と承認のなかにこれを組み込む考え方などがある。

ようやく細切れにされたAについての説明が終わり、B については、実質的決定権は基本的に内閣にある。以上の形式的宣旨行為は、憲法上は**認証**の行為として扱われ規定されている。

### 法的権能の行使

このように分類できるわけだが、法的権能の行使の在り方が問題になる。

法的権能の行使は、具体的には**署名押印**として行われることになる。このいわゆる**印璽**には、**天皇御璽**と**大日本国璽**との二つがある。前者を**御璽**、後者を**国璽**と呼ぶのが通例である。

この二つの印璽の使い分けについては明治期には**公式令**が定めた。今日では明文に用法を定めたものはないが、そのまま公式令によって使い分けのが通例である。

※たとえば法律については公式令6条が、「御璽」が必要としている。勅令、国際条約、予算についても同様で御璽が必要である。一方で13条が、国書その他外交上の親書などには「国璽」を付ける必要があると規定している。

天皇の法的権能の行使はこのように文書と言う形で行われる。

※この文書がさらに天皇によって公布される場合、**公布自体は後述する「事実行為」に留まる**ことに注意しておこう。

この「文書」であることは、実は意味を持つ。法的権能の行使は文書によるとなれば、内閣総理大臣の助言と承認に係る**副署**がないと当該文書が有効な公的文書とならないことを意味するからである。そして、この副署ということに、さらなる意味がある。

細かいが、文書の様式は①御名御璽（天皇の名前と印鑑）＋年月日＋総理大臣の副署、②年月日＋内閣の官印＋御名御璽、③年月日＋御名御璽＋総理大臣の副署官印＋**関係大臣の官印**という三つのタイプがある。（それぞれ挙げた順に書かれる）注意すべきは、③のパターンである。

多くの文書は①のパターンであり、②のパターンは官吏の任命認証を行う場合などである。

そして、③のパターンは、信任状の認証や、批准書などの外交文書の認証とかようするに**外交関係**に用いられるわけだが、これは派出人が天皇であり、それに総理大臣や関係大臣が署名官印をする、すなわち**かつての大臣責任制と同じ決定スタイルを維持している**ことを意味する。

#### ●公式令第6条2項

「前項ノ上諭ニハ帝国議会ノ協賛ヲ経タル旨ヲ記載シ親署ノ後**御璽**ヲ鈐シ**内閣総理大臣年月日**ヲ記入シ之ニ**副署**シ又ハ他ノ國務各大臣若ハ主任ノ**國務大臣**ト俱ニ之ニ**副署**ス」

明らかにここでは**大日本帝国憲法下のシステムが続いており、外交に関する限りなお天皇が元首としての地位に立っている**のである。

ここでは元首としての地位での行為に、大臣責任制のもと総理らが代わりに責任を負うとされるのである。外国の大使公使について信任状の宛先が天皇であることもその外観を補綴する。

ようするに、外国政府から見ると、日本政府は天皇が元首の地位にあるというのが当然の理解なのである。

※さらに細かいが、大赦は文書で行われるが、特赦、減軽、刑の執行停止については文書では行われない。

## 天皇の権能の分類②事実行為

法的権能に対して、事実行為は三種類あるとされている。

- ① **本来的な事実行為**…儀式や大使公使の接受
- ② **法的行為に伴う事実行為**…法的文書の公布や、認証
- ③ **公的行為**（広義の事実行為）…国会の開会式における「おことば」

①についてだが、外国の大使公使の接受の理解には先に言ったように争いがある。外国から派遣された場合、彼らは信任状をもってくるのが例であり、通常はこの受理と言うのが外国の大使公使の接受になる。

**信任状を受け取るということ自体に国際法上は意味があり、接受しないと言う場合もありうる**のである。その意味では当該人間が大使公使と言う役割を果たせるのかどうか、ここには**法的権能**があるととれる。

※ただしありえないと思われる。ある国から大使を派遣する時には事前の問い合わせを行うから、その際に拒否することが可能である。そしてその際拒否されずやってきたと言う場合に、受け取らないと言うことは考えにくい。

いっぽうで、日本に大使公使がやってきた場合、天皇と面談する機会が与えられる。ここで宮内庁「馬車 or 自動車？」大使「馬車 please…」こんなやり取りを経て東京駅近辺から乗り換えてやってくる和気あいあいとした流れを「接受」と解釈するのであれば、それは法的な権能ではなく事実行為になるだろう。実際には、大使公使が信任状の副本を外務省に提出したのち、信任状の原本を持って天皇と面談、原本を天皇に渡し天皇が（たぶん署名して）それを認めるという慣例があるので、一般的には法的権能として捉えられている。

②はまあおまけ的に出てくるものであり、あまり問題ない。

ここまでが憲法条文上の行為なのだが、良く考えると、本来的には国事行為だとかの議論の外の**私的な行為**だとしても、**天皇が行うことに事実上の意味が相当程度あるような行為が存在する**。天皇は私的行為以外には国事行為しかできず、政治行為は出来ないという単純な理解だけ貫徹することは出来ず、ここに私的行為でも国事行為として、あるいはそれに準ずる形で扱った方がいい行為が存在するのではないかという議論が出てきた。このような行為を、講学上公的行為と言い、条文外の広義の事実行為として認める必要があると解されているのである。この③公的行為については後述することにして、まずは①～③全てに関わる原理的問題にひとこと触れておくことにする。

## 事実行為をコントロールすることができるのか

問題は、今述べた**事実行為に、果たしてどのようにコントロールを及ぼすことができるだろうか**ということに他ならない。内閣の助言と承認は、ある文言に法的効果を発生させる、もしくはさせないことについては有効に働くだろうが、果たして法的には**要件も効果もない事実行為**に対して、何かしらの制御になるだろうか。はっきり言って、限界があるだろう。

例えば天皇は「接受」の際にはいろいろな言葉を発するわけだが、この内容を完全に把握することは無理だろう。さすがにアメリカが「イラクって○○だわ～」とか言ったときの答えとか、FAQ が作れそうなものについてはレクチャーがあるだろうが、それは当然会話のひと時をすべてカバーしきれものではない。このような時に、どこまで天皇の行動をコントロールできるのだろうか。

もちろん天皇の個性にもよるだろうが、まさか天皇の口をふさぐわけにはいかない。本来天皇が発すべきでない言葉を発したときに、それ自体を他の要式の行為と同じように批判ができるかというとな難しい。

さらにここで、このコントロールが難しい**天皇の事実行為は、先に述べた「天皇の象徴性の再生産」にとつては非常に重大な意味をもっている**ことを意識しておかなくてはならない。天皇は支持の再調達を行わないといけなかったが、ここで天皇がもっている法的権能によって支持が手に入ることはあまり期待できず、むしろ再生産は、天皇（あるいは皇族）の**事実行為**によるところが非常に大きい。大震災のさなか、天皇はかなり無理をしてでも被災地を回ったし、これは確かに天皇制の再生産につながったと言えるだろう。そうだとすれば、なおさら天皇の事実行為へのコントロール可能性が考えられないといけなくは必ずであるのだが、**事実行為についてはそのコントロールにはおのずと限界があるし、実際相当甘いコントロールがなされている状態なのである**。そのことは押さえておくべきである。



会話の中身は制御できない

## 内閣の助言の承認の趣旨と必要

また、内閣の助言と承認と言う行為の意味もここでは問われなくてはならない。これも冷静に考えてみると当たり前理解できるものではなくてくる。

そもそも問われるべきは、**内閣の助言と承認には、どこまで効果があるのか**である。実質的な権限主体が憲法上の他の部分にちゃんと定められているのなら、後からの助言と承認には意味はあまりなさそうである。だが、先ほど確認したように、天皇の行使する法的権能には、実質的決定権の所在が憲法で定められていない場合があったのであった。

そのとき、実質的決定権の所在を、憲法上の「内閣の助言・承認」以外の部分のテキストの主旨から読み取る立場につけば、そこで決まる実質的な決定権者によって完全に決定が尽くされているのならそもそも後で内閣の助言と承認を行うことに意味はない。その意味で、ここでわざわざ**閣議**にかける必要はないのではないかという理屈がでてくることもありうる。

これに対して、実施的決定権の所在を「内閣の助言・承認」の中に取り込んで理解する立場からは、いやそうではないという考え方になる。天皇は形式的以上の権限を本来的に持たないはずであり、そのような建前があるのにわざわざ内閣の助言と承認を要求して決めさせているのだから、むしろ**閣議**にかけるのは憲法上の要請であるというのである。

では**内閣の助言と承認に、実質的な意味で天皇の行動をコントロールする余地があるのかどうか**、すなわち「天皇の行動は、果たしてどこまで形式化され実質を失っているのか」が、そのどちらの立場に立つか考える際の分岐点となるだろう。

このためには、天皇の権限行使のプロセスをもうちょっと詳しく見る必要がある。

実は重要なのは、国事行為の際に必要な「文書」の本文中の「**年月日**」が誰によって記入されているのかである。内閣の助言と承認システムが意味するところは、先にも少し述べたが**国事行為の文書化**であった。だからこの文書のなかで、内閣はどのようなことができるかが問題になるのである。

まあ記入するのは**天皇か内閣総理大臣**かくらいしか選択肢がないだろうが、ここでもし、内閣総理大臣が記入している（すなわち派出の年月日は内閣が決めたことになる）のでなく、天皇が決めたこととれるならば大きな意味を持ちうるだろう。例えばいつから新しい内閣総理大臣になるのかというのは「だれになるのか」とは別に重要な事である。ということで、**非常に細かな事務上の問題も、実は憲法問題に関わる**。

段階としても、内閣が事前の助言・承認を与える段階で年月日を記入するのか、それとも天皇が署名した後なのかも重大である。事前記入している場合はそれで派出の日がちが決まるが、そうでないときは、事実上天皇は派出の年月日を遅らせることが可能となる。もちろん附属文書も問題になるが、いずれにしても天皇の文書作成のプロセスを見ることで、より実質的にコントロールする余地が決まってくることになる。

ただ、公式令では内閣総理大臣が大体に年月日を記入するとはいえ、このような文書作成過程まで公開してもらえないような状況には現行法はないので、ここはちょっと謎につつまれている。

また、実質的意味においてコントロールする余地が残されていないとしても、内閣の助言と承認に従って権能を行使「しない」場合どうするのかと言う問題が残る。おそらく現行憲法では解決できないだろうが、これは重箱の隅をつつくような扱いである。考えてみる余地はあるように思えるが、それは今ではないッ！

## 天皇の公的行為

さっき後回しにしてしまった天皇の**公的行為**と言う概念についてだが、沿革については後回しにする前に説明した通り、天皇の行為について国事行為と私的行為とに分けるのみでなく、その中間に**公的行為**を認めるべきだという考え方から議論されていたものであった。

じゃあ何が公的行為なんだということで、ここには三つくらいの説の対立がある。

### A 準国事行為説

公的行為を国時行為に密接に関連する準国事行為とする。範疇は狭いと思われるが、密接に関連するとは何なんだという曖昧さは否定できない。

### B 象徴行為説

公的行為を天皇の象徴としての地位による行為とする。準国事行為説よりは公的行為は広く解されるが、象徴と言う地位に積極的な意味が付与されること、なお範疇は明確でないことなど問題はある。

### C 公的行為説

公的行為を天皇の公人としての地位に伴う社交的儀礼的行為とする。公的行為は広汎に及ぶことになるだろうが、当たり前だがこれも範疇は明確でない。

※というか、公的行為の範疇が明確なら諸説生まれたりしないからねそもそも。これはある意味当然のこと。以上三つだが、どれがいいのと言う問題につき、ここでは普通とはちょっと違う考え方から検討していきたいと思う。

そもそも概念と言うものは、その概念を建てること自体に意味があるわけではない。概念は現象を把握し記述するためのものであって、**概念を建てる時にはかならず「何のための概念なのか」に立ち返っておく必要がある**のである。じゃあ公的行為と言う類型を建てる意味は何なのだろうか？これには二つの観点がある。

#### ①天皇の行為の**禁止の解除**の根拠となる

ようするに、私的行為を除き、国事行為以外の権能は有しない天皇に「公的行為」として書いてない新たな国事行為を与えてやれば、天皇がやれることが増えるんじゃないか？ということ。

#### ②天皇の行為への内閣による**コントロール**の根拠になる

「公的行為なんだから天皇勝手にやるなよ」ということで、本来自由だった私的な範囲についても内閣がコントロールできる可能性がでてくる。通説で、さきほどの公的行為についての説明も基本的にこちらの見方に依拠する。

前者からすれば公的行為は狭く解釈することが望ましくなり、後者からするとなるべく公的行為の概念は広く解釈すべきとなる。つまり問題は、**公的行為を行為の禁止の解除の根拠としてとらえるか、それとも内閣からのコントロールの根拠とするか、どちらが望ましいのか**である。この問題については機能的に見ていくことが有用であると思われる。

### 公的行為を機能的にみていこう

①だとすると、結構憲法の規定は厳しくて、**今さら何を公的行為として天皇に解☆禁していくのか**が問題になる。**国事に関する行為と国政に関する権能**を区別する憲法第7条の規定は、もちろん事実行為についても述べているだろうが、素直に解せば**天皇にどんな法的権能を与えるか**と言う規定として、憲法で列挙された国事行為以外の法的決定のプロセスに天皇を噛ませることができない強力な禁止規定となっている。

※具体的に天皇以外のもつ権能と比較してみると、たとえば国会は憲法で定められた様々な権能を有すとともに、憲法外でも法律で国会や各院に様々な権限が付与されていて、**国会承認人事案件**などなどが足されている。しかし、天皇にこのように法で権限を与えて、決定のプロセスに新たに組み込むことは第7条ゆえおおよそ不可能であることになる。

このように天皇の権限がそもそも憲法で禁止されまくっている状況下で、公的行為として条文外の行為に「許可」を出せる部分はおおよそ限られるであろう。ようするに、**天皇の法的権限を解き放てるフリースペースがもともと第7条によって4畳半くらいに狭められている**のである。

ここで、多少無理矢理言い訳をして「いやいや、法的には確かにもう天皇に何かさせる余地はなさそうだけど、事実行為まで踏まえれば、公的行為として新たな国事行為を天皇にさせることができるよ」と言う人がいるかもしれない。だが、これも失当である。

というのも、天皇の行為のうちで現在公的行為と考えられていることのうち、公的行為の枠組みを外せばそれは大体が**私的行為**になるからである。たとえば国会の開会式の「おことば」はそう。

※国会の効力の不可欠の要件とするならば私的行為とならないだろうが、それはそもそも憲法の原則に反するだろうし。

他にも国が戦没者慰霊際に天皇を招待し、天皇がお言葉を述べる、東京五輪で天皇が開会の辞を述べる、被災者を激励する…天皇が賓客と面談する…これらの行為はそもそも憲法上禁じられているだろうか。禁じられていると解する余地がまったくないとは言いきれないかもしれないが、さしあたりどのように位置づけられるか考えれば、**もともと禁止されていない私的行為ではないだろうか**。いずれにしてもこれらは事実行為であるが、これをもって行為の禁止解除の説明の材料にはできないだろう。

ここで、以上の公的行為と解される行為類型の実質を私的行為であるとすれば、その当否は本来的には天皇の自由意思にゆだねられる。だが、**国政に関する天皇の行為と直接には関わらなくても、それが現実には大きな社会的意味を持つことはありうる**。よって、そこには内閣のコントロールの必要性は当然に出てくるし、全てを天皇の自由意思に任せるのはまずいという考え方もありうることになる。

その観点からは、①**禁止の解除**というより②**内閣のコントロール**の考え方からの意味は見受けられるだろう。従って、公的権限を拡大する主旨と言うより、正規の厳格なコントロールではないにしても、宮内庁におけるコントロール、そのもとの内閣のコントロールを及ぼしめようとする点に公的行為と言う類型の意味があると言えるだろう。そしてその際には、公的行為の範囲を広くとって行くことにも合理性がある。

準国事行為説、省庁行為説、公人行為説という諸説はそれぞれ限定の程度を異にしたが、必ずしも準国事行為説のような狭い限定で捉える必要はなく、公人行為説のような広いとらえかたをしてもいいのではなかろうか。

また、議論をぶちこわすようなことを言ってしまうと**実際には天皇だけではなく、天皇ご一家における純粋に私的な行為にも宮内庁のお世話が及んでいる**のは周知の事実であるのだから、このような事態を踏まえるところでは、公的行為と言う行為類型をたてる意味さえも失われているのかもしれない。

## 小括

まあ天皇制については、このように大きな論点が「天皇はどうやってコントロールできるのだろうか」そして、「いざ事前のコントロールが無理な時は、事後的にどうコントロールをするのか」といった**コントロール可能性**から生じてきていると言える。そしてこの問題が生じるのは端的に言って、天皇の事実上の行為というのには、内閣が何を言おうが止められない限界があるからなのである。

確かにいろいろなコントロールは憲法上存在する。天皇が国会で述べる「おことば」も外国訪問も閣議決定の対象となり、宮内庁の補佐のもと内閣のコントロールが及ぶ。事前のコントロールとしてそもそも何らかの行為を発意することは認められない。

だが現実には、たとえば現在の天皇はサイパンへの慰霊の旅を希望した。普通アメリカとの間で行き来する順番だとかの儀礼的決まりごとがあるし、それが実現したのは少なくとも憲法の予定することではなかっただろう。さらには天皇が皇太子の時代に、宮沢喜一のメモワールの中に夜遅くまで「おことば」に手を加えている様子が報告されているが、憲法的に見れば極めて問題が多いところである。

現在の天皇は「憲法を守り」といい（これは一部の勢力に衝撃を与えたが）非常に誠実な態度であったために批判がなされることはなく、むしろこのような行為は評価されることになったが、**実態的な評価とは別として手続き的には憲法的なコントロールが十分に機能していない側面がある**のだということは指摘しておくなくてはならないだろう。

## 内奏と上奏の問題

その他に言うておくべきこととしては、**内奏**や**上奏**の問題がある。内装や上奏は雑に言えば天皇に政治状況を伝えることだが、とくに昭和天皇が的確な**質問を行ったりしていたことなどにつき、これが天皇の政治的影響力の観点から問題ではないかという論点**である。

※**ニクソンショック**でドルを防衛するに際して東京市場の閉鎖がとて遅れた。その背景にはいろいろな要因があり、大蔵省の財務官が政策判断をミスったというのが定説であるが、しばしばいわれるのは佐藤栄作が天皇に会った際に「市場閉鎖しなくて大丈夫かも☆」的な内奏をしたために、閉鎖するのが政治的に難しくなったということである。これなんか、内奏問題の具体例である。

少なくとも、「**政治家が説明を行い、それに対し天皇が質問する**」というこのシステムが何らかの政治的影響を及ぼすのではないかという点は、**否定できない**。岸信介が首相になるとされたとき、昭和天皇は「岸で大丈夫か」とおっしゃったという話もある。

### ※内奏と上奏

どちらも、天皇に対して現在の政治状況を説明することである。**上奏**と言うのは、国事行為に関する説明であり、**内奏**と言うのはその他国政に関する説明である。天皇を徹底的に形式的な存在と見れば、上奏は不要となる。また国事行為は基本的に形式的だから、上の問題も上奏についてはあまり問題にならない。こういう問題についてもどうコントロールを及ぼすのかが問題だが、はっきりいってこれは**内閣側**が行うことであるためコントロール不能に近い。というわけで、システムごとやめよという意見もあったりする。その他「中立性」の問題として、**天皇に非宗教性は要求されないにもかかわらず非政治性が求められることの整合性**などがなかなか面白い観点であるが、時間が無いのでここでは紹介するだけにとどめる。

## （９）憲法第9条の問題

憲法の問題としては（他にも細かいものはあるが）**戦争放棄**の問題がまだ残っている。

この問題については、非常に流動的な情勢にあるので、事細かな現在の法制度とかをここで話してもあまり仕方がない感じがするし、この問題を考えるには、もちろん政治状況も大事だが、それと同時に基本的な問題枠組みと言うものを考えることも重要である。よって、ここではまずその基本的な枠組みを確認し、そして法的な視点から基本的な諸問題をみていこうと思う。

## 9-1 基本的な枠組み

自衛権一般の問題を考える時には、主権の問題、主権の所在の問題を合わせて考える必要がある。何故なら、おおむね自衛権と主権と言うのは両者をパラレルな枠組みのなかで論じることが可能だからである。

### 主権とは（その性質編）

「主権とは何か」「国家に主権は帰属すると言えるのか」については、これまで法学の中でずっと議論されていたことである。具体的にはドイツでは連邦制がとられている関係で、今日でもなお極めて重要な意味内容を持っていたりする。これ自体も憲法学説史を追っていく上で非常に大事だが、もう国民主権のときに一通り扱ったので省略し、常識的な点としていくつか補足するにとどめる。

主権概念はまず**ボーダン**によって提唱されたが、彼は 8 つの「具体的作用」を取り上げるなど極めて事実的なレベルで主権を捉えていた。それに対しイエリネックはむしろ抽象的な形で主権を捉え直して、そのような限りでは必ずしも国家にとって本質的なメルクマールとして扱うことはしていなかったのだった。

彼は国家をそもそも「主権国家」と「非主権国家」とに分けて論じられていたし、代わりに出てくるのは自己の権利に基づく**支配権力**とその**現存**であり、そこに国家の本質的なメルクマールがあるとした。

自己の力と言うのは**自己の意思による決定の可能性、義務付けの可能性を持つ権力の事**であり、したがって非主権国家にも自己の決定についての力があれば国家性はある、それがより上位の共同体に方向づけられる限りで、非主権的であるといえることになる。

ただ、このようにある程度主権がイエリネックによって抽象的に捉えられてなお**主権とは上に見たように現実の力関係によってとらえられていた側面**があり、同時に**現実における社会学的な様相と「国家」概念も密接不可分としてとらえられていた**ことに気を付けよう

これを象徴するのが、**連邦国家**と**国家連合**という言葉が、使い分けられていることである。

連邦国家（Bundes Staat ブンデスシュタート）は、複数の国家が結合して出来上がった国家自体に新たに国家性がみとめられるような場合を指し、国家連合（Staaten Bund シュターテンブンツ）は例えば国連とかのそれぞれの国家の結合体のことを指す。ここでは、その実態的な意味における力関係が、命名を変えていることに注意してほしい。

ようするに、彼の法学は、大前提として**社会学的意味**における国家、そしてそこにおける現実の社会での力関係の中で主権を観念していたのである。このような考え方が、ケルゼンが出現するまでのドイツでの通説であったのだが、彼はそれに対して面白い問題提起をしたのだった。

### ケルゼンの主権論のまえにしないといけないイエリネックの主権論

ケルゼンについて第一部の時から折に触れて話してきたが、とくに国家についての彼の考えは、彼の基本的な視点を良く示すものであった。ちなみにケルゼンの主権論を考える時には、その方法論的な基礎について述べておく必要がある。言い換えると、当時の支配的国法学者**イエリネックへの批判を基礎にして彼の議論は成り立つ**ことは知っておくとよい。

※というか、もう引用しまくりで一文一文批判するという半分嫌がらせみたいな本（『社会学的国家概念と法学的国家概念』ハンス・ケルゼン）が出ている。

イエリネックはさっき言った通り、国家を規範的な法の枠組みで捉える前に、社会的事実として自然的支配力を持つ定住する集団、社会的側面に着目した。このような考え方を**国家両面説**といったのだった。

要するに彼は、自然的側面と法的側面と国家の見方を二つ持ち、社会学的国家概念と、法的側面に着目した法律学的国家概念というものを定義し、それを共に認めたのである。

ここでは国家と言う**同一の客体に対して、複数の認識を可能とする**という前提をおいていることになる。社会学的視点、法的視点という認識の仕方の違いによって客体が異なる形で立ち上がるとしても、その客体の同一性は当然のものとして与えられているというのが、この議論の枠組みなのである。

彼はシンフォニーを例にとる。シンフォニーは生理学的には空気の振動とそれによる音隔ととれることになるが、美的芸術的観点からすれば音楽的享樂をもたらすものとしてとらえられる。そしてこれは同時に存在しても矛盾しないだろう？というわけである。ジョナサンのファンファーレはディオにとって振動であり、享樂であることになる。



## ケルゼンの主権論

ケルゼンはこれを痛切に批判して、以下のような形で「**国家法秩序説**」を提唱する。

イエリネックは同一の客体に対しての複数の認識が可能であるとして「シンフォニー」の例を述べるが、これをケルゼンは根本的に間違いだと言うのである。すなわち、彼の立つ**認識論からは認識の対象は、あくまで認識の方法によって規定されるものであり、二つの異なる方法は、同一ではなく単に二つの対象を作り出しているにすぎない**というのである。つまり、彼によれば生理学的意味においてそのシンフォニーを見ている限りにおいて、ほとんど正しく音楽的享樂としてのそれは存在しないし、音楽的享樂としてそれを見ている限りにおいてはまた、生理学的意味におけるシンフォニーはない。ここではシンフォニーはそもそも所与のものとしてあるのではなく、それに対する認識の仕方によって、それぞれ別の姿、すなわち対象が現れるのである。「異なる」認識の仕方が生むのは、異なる対象だけである。

これと全く同じように、あくまで**社会的自然的形象として国家を見るなら、そのとき国家は法律学的規範的認識においてはおよそ存在しないことになるし、逆もまた同じになる**のだと言うのである。

彼の基本的立場からして、国家が自然的事実であるとともに法的なものにもなり、同時に全く二つの異なる観察対象となりうるとする議論は、認識論の根本命題と矛盾していたのである。ケルゼンにしてみれば二つのまったく異なる対象に、国家と言う同一の名前を付けることは、混乱を招くだけである。

イエリネックはまず所与の対象があり、そこから対象が方法を規定するという理解だったのに対して、ケルゼンは方法が対象を規定するとする、とまとめられる。

彼の理論からすれば国家は法認識の対象であり、およそ国法学と言うものがある限り、法の性質を有す「法秩序」でなくてはならないことになる。方法が「法」ならば客体たる国家も「法」でしかないのである。

## ケルゼンの理論の帰結

このようにケルゼンの理解を突き詰めると、国家は所与でなく、それを法的に認識した時に初めて国家になるのであって、つまり**法秩序**としてのみ国家は存在し、国家はそれ以外の存在を持たないということになる。すなわち**法秩序は国家と法律学的な認識からは同視しうる**ものとなり、「法を保障する国家と言う組織が法の上に立つのかそれとも下に立つのか」という前国家学的に重大であった問題は、その時点で消滅することになる。上も下も何も、単に同じものの言い方の問題に過ぎなくなるのであるから。

こうすると国家の主権の制限に腐心したイエリネックの国家法人説による「**国家の自己制限論**」とかいうものも、彼にとってみれば一蹴すべきものとなり下がる。

**国家といえども法的な拘束をうけるというイエリネックの命題は、法的拘束そのものが国家だと見ているケルゼンにとってはまったくもって意味不明なものになってしまう**のである（いくらA君と言えどもA君には逆らえないよね、という命題の無意味さは明らかであろう）。こうするとそもそも国家の「自己制限」というのは、国家をあたかも法秩序とは別の者として扱い、さらにはその人格のみならず「人」としての実在までも想定し、他の「人」と同様に法秩序の枠内に落としてしまったことにより生じる見かけ上の問題に他ならなくなる。

## ケルゼンの主権

このような理解のもとではおよそ**主権**と言う概念も、国家と法秩序を同一視する限りにおいてしか存在しえないことになる。というか彼は国家権力を物理的実体的に捉える限り、伝統的なテーゼはその前提を失うと指摘している。良く考えると生活の全ての側面（経済・法・文化）において、実は国家は他の諸権力に規定され従属し、そこから自由ではないのである。事実的意味においては、国家はそもそも主権的でない。

むしろ、**国家権力を法の世界のなかでとらえて規範的に行為の秩序として理解する時に、国家の主権の最高性について有意義に語ることが可能**なのである。国家が「最高」の秩序であることはそのような議論ではじめてまともな意味を付与される所となる。

事実的社会においては全ての存在が事実的な力を持っているわけではなく、それには差異がある。なかには圧倒的な優位に立つものがいて、劣位に立つものもある。しかし、その事実的優位性や劣位性を甘受することは、ケルゼンにしてみれば主権の問題とは無関係なのである。

そしてそれは、そもそも主権と言う概念が法的概念であり、事実的概念ではないとするからなのである。

ケルゼンはこのような前提のもとで、主権と言うのはその**妥当性が上位規範から発生していない秩序**と考えるのである。ここでケルゼンにおいてとても重要なのは、その主権性の判断自体は、あくまで法律学者の理論構成に任されているとされることである。

なぜなら主権は社会的事実と言う外界から知覚可能な事実や特性ではなく、考察者の思考の前提、評価の前提に他ならなくなるからである。ここでは国家権力が主権的かどうかは**思考の前提**となる仮説であり、証明する命題ではないのだ。したがって誰に主権が与えられるかについては、観察者が「これ以上遡ることが無理」な秩序として何を想定するか、つまりは以下の、

- ①私と言う観察者は、何をしてある法秩序を「主権的」と評価するのか
  - ②主権の条件について観察者が一定の取捨選択をするならそれは何故か
- という問題に帰する。だがこれは法律学的と言うよりは**社会学的心理学的**なものであるから、これには法学や国法学からは解は出せないのである。というか、論理的妥当性や内容的真理性にとって、それらはどうでもよいものですらある。この理解のもとでは主権の所在は経験・機能的に得られるものではなく、さらにいかなる事実が法学者にその仮説を建てさせたかという問いは、あくまで法律学の外の問題であってその仮説の優劣を判定する基準は存在しない。

ケルゼンからすれば支分国が主権的かあるのかそうでないか、と言う議論は大真面目であるが無益な証明に過ぎないものになる。これはいずれも仮説であって、何らかの理由で「主権がある」といっても誤謬とはなかなかできない。彼らにそれぞれブチャティ風言えば「信じられる道」があるのである。それらを認め、そのうえで**規範的論理体系**としての非遡源性が認められる地点が、主権なのである。



### 始原的法秩序

では、その規範として「ここまでさかのぼることができる」地点は、（結局はこの理解からは仮説であるとはいえ）どこだということになるのだろうか。この問いについては、第一に**国家法優位説**と**国際法優位説**との検討が必要であり、国際法優位説のなかでも主観主義的な方法である**国家的考察方法**と、より客観主義的な**人類的な考察方法**との間でも議論がある。だが、**大まかな方向としては国際法優位説のうち、人類的な考察方向に向かって強い力が働いている**という。

まあようするに、Lv①国家法優位→Lv②国際法優位（主観的）→Lv③国際法優位（客観）と言う方向により高次の共同体を作る方向に進んでいるということである。**一方では世界は個別国家の上にある世界共同体への高みへと進みつつも、他方で主権的な国家の枠組みに依然としてあるから**、国際法は矛盾し（つまりLv②の主観的な段階が生まれるのである！）その過渡期的な曖昧さがあるのである。しかし、それでも客観的法把握への道の中にいるのは確かで、いずれ個別国家の主権性のドグマは克服され、より正しくは世界法、世界国家が誕生するとケルゼンと言う。そこでは**国家主権**は徹底的に排除される。何故なら国際法秩序のものの分業的組織の形成のためには、これが実質的な意味で妨げになってきたからである。

ケルゼンはこれを永遠の政治的努力の方向として位置づける。

君主から事物に対しての権利としてとらえられていた**主権**は、以上のべたように認識論の枠の中では思考の前提となるわけだが、そこで主権とはどこまで高次に行くのか、ケルゼン自身の前提は「**世界国家**」であったと言える。倫理的な立場からすると**平和主義**。

ここにおいて過渡期的に取り上げられていた主観主義的な法把握は、法「一般」というものの否定にいたる可能性を秘める。国家法秩序優位に内在するような主観主義は、国際法の妥当と客観性に対して純粋な力の主張に帰着することになってしまうので、ここで克服されるべきなのである。

**すべての国家の上にある法秩序というのは客観的な考察方法によってはじめて想定できる**のであり、それによって暴力的な介入と侵害、勢力拡大が違法とされることとなる。世界の上の等距離位置にあるものがあると思えるからこそ、このような理解がなされ、**法的単一性**、**世界組織**としての世界国家が生まれるのである。ケルゼンは国際法優位説のなかでも、客観的理解を求めるそれに対して法律学的仮説としての政治的確信を抱いていたのであり、同時にそれは国際政治の領域で帝国主義との対立軸を描き出した彼の平和主義の根本思想であるといえるだろう。

ただし、もちろん彼の思考はある種過激を尽くしている以上、とうぜん批判が多いし、次に二つほど主要な学者の批判を挙げてみることにする。

## 批判

### シュミットの批判

「政治理念は**政治的決断の回避**と言う点では自由主義と一緒にだが、相対主義的立場の帰結として、正義とか市民的自由と言うものへの信仰が存在せず、そこでは一線を画している(要旨)」

ケルゼンの思考は端的に言って法的な世界を現実の社会学的な世界と画することになる。**法的論理体系が機能する限りにおいて例外状況は存在せず**(これはすなわち、純粋法学は完璧に結論を出すからである。完璧なフローチャートがあれば、どんな事態もそこに代入するだけで正しい結論へと導かれる)、「**政治的決断**」は存在しない。これは、例外的な事態に対して決断が必要になったときを考えるにシュミットの**決断主義**からは思考放棄以外の何物にも受け入れられなかったのである。そしてそこに、自由主義だとかの一定の正義感があればまだ納得もできるが、ケルゼンは法実証主義者である以上、自然法たる「正義」だとかを侵攻することなどないので批判することになる。

### ヘラーの批判

「国家主権をめぐる争いは、事実をめぐる争いではないと言うのなら、もとより国家は主権者ではありえない。**ケルゼン一派の法学者がまさに主権者である**からである(要旨)」

「規範的内容の考えられうる思想を全て有するケルゼンの規範も、**恣意にのみ依拠しており、結局は法と権力を同一視する**にいきつくだろう(要旨)」

これは単純である。主権の所在だとか、法的世界の「正しさ」は各法学者が決めると言うのなら、これってただ単にお前の自己満足じゃね?という批判。ごもっとも。

ただ、注意しておくならばこのような批判はいずれも一定の政治的立場というより外からの批判であり、純粋法学、存在と当為の二元論からは再びの批判が可能であると思われる。ケルゼンへの批判はこのような政治的次元と言うより、もっとカントとかウィトゲンシュタインとか、彼が前提とした**哲学的立場**に向けなくては何も意味がないような気がする。

## まとめ

19世紀国法学における一つの流れは、いわゆる**憲法の学問化**による組み立てであった。ゲルバーやラーバント的な市民法学、民法学の成果を導入して、憲法学を実践のための憲政の学として学ぶ考えは、憲法が学問化されるなかで変わり、次第に抽象化され始める。そうしたイエリネックにおいて代表された議論は、ケルゼンで「法実証主義」「純粋法学」として最高潮に達したといえるだろう。

より具体的には、前にも述べたが主権の議論における「**連邦国家、国家連合**」などの問題で、彼の議論は大きく意味を持つ。これはドイツのなかでもっとも議論されたことだし、今日でも大きな問題である。(今日では若干問題意識がかわりつつあるが。EUのせいで)

※ちなみに、違憲審査基準や三段階論がドイツの議論として紹介されるが、そんなことはドイツでそこまで真面目にとり組まれているわけではないことは知っておこう。

ここでは、主権が連合体そのものにあるのか構成国にあるのかで名前の区別が行われていたわけだが、その区別の際には、「じゃあどちらに主権があるのか」というのが問題になる。A 権力の事実性に着目する、B 憲法の法的な文章、合意文書に着目する、など様々議論されたが、どいつもこいつも「**実体的に**」権力を持っているのが誰かを決めようとしたのである。つまり、概念と現実を突き合わせようとした。ケルゼンはそれを見ながら「いや、**概念と現実には絶対かみ合わないところがあるから無理じゃね**」と指摘したのである。実際、主権の所在をそのようなもので決めようとするには、概念と現実は整合性が無さすぎた。

たとえばアメリカではかつて、各州が連邦法を違憲無効とするような「**無効論**」が政治的にも主張され、南部の人種差別において表面化した。他にも第三代大統領ジェファソンは「連邦政府は州の契約において成立し、その契約履行に重大な違反があったというときには連邦から脱退できる」と言っていた。だがアメリカは「**合衆国**」である。スイス連邦憲法でも、改正前の第3条には「カントン(州)は、連邦憲法によって主権が制限されていない限り主権的である」と書いてあり、権力は基本的に州にあるとも言えた。が、今日これは実質が空洞化しており、これだけで所在は決まらない。

いわゆるイデオロギー批判と言われるが、このような**現実と概念の不整合と、そこからの純粋な理論世界の定立の意義を明らかにした**点に、ケルゼンの功績があると言える。

しかし同時にケルゼンまでいきつくとき、同時に「実践的には無力」と言うことに憲法学はなる。ここに学問化という憲法学の一つのプロジェクトは破綻することが、じつはケルゼン自身によって予言されることにもなるのだった。以上がケルゼンの主権論の紹介である。

## 主権論と9条

ではこのような主権論から、何が憲法9条を考える時に帰結されるのかを少し考えてみよう。こんな崇高な理論を憲法9条に代入していくのは結構格的な意味でアレなのだが、やってみよう。

※イメージとしては法学部ソフトボール大会にイチローを呼んでくることを考えてみよう。

繰り返したが、その際に**9条の問題が主権論の問題とそっくりの関係にある**ということを押さえておく必要がある。というか、だから話したんですよ！わざわざ尺をとって！

多少なりそのままではいけないところもあるのだが、さしあたりは以下の二点が9条とのかかわりにおいて大事であると言えるだろう。

### ①主権の所在は二者択一的な問いであることが明らかになった

純粋な論理から言えば、「主」権者はつねにひとりである。事実どうなのかはケルゼンの議論では別としていいのだから、主権の所在をある意味で一括のものとしてとらえてよい。

※この考えから、ケルゼンはいわゆる機能説的な三権分立モデルを考える。例の教科書の三角形の図は、たとえば与野党対決である日本の現実とは合致しなくても、ケルゼンの頭の中で正しければ、それでいいのである。

### ②主権の所在は論者の主観的な仮説であることが明らかになった

そして主権の所在を決める要因は、法学の世界の外にある。勝手に決めても、文句を言われないことになる。



## 二者択一

ケルゼンはこのような前提で主権は、**個別国家**か**世界国家**かに最終的には求められると言った。そしてその帰属は最終的には論者の主観的な立場（たとえば帝国主義、平和主義）によるのだった。

※ケルゼン自身の考えは、規範を根本までさかのぼれば世界でそれが共有されるとして、世界国家のほうへと向かう。だが、純粋法学者のなかにも根本規範が各国で共有できないとか言う論者もいたりする。いずれにしても主権の所在が二者択一的であるとした点にケルゼンの意味はあるのだが、この問題についてわが国はどう受け止めたかを見てみよう。

確かに日本でも、「国家における主権の所在は二者択一」だとしばしば論じられた。これは端的に、**君主主権**か**国民主権**か、である。そうであるからポツダム宣言の受諾において、明治天皇が自ら地位を否定した時に国民が主権者の地位についたのだと言えるわけである。

実際にはそこに国民は何も関与していないわけで、「いやだ」ということもできないままに主権を得た。かつて西欧で革命を蜂起したものはそれゆえに主権者になったが、日本はそうではない。なのに**天皇の意思が即国民の地位につながる理由は問として建てられることはほとんどなかったわけだが、これは二者択一的な理解が当たり前だとされていたから**であろう。宮沢さんが**八月革命説**を唱えたのは、このような前提のもとでのことである。

しかしながら指摘しておくべきは、これらの議論は**日本においては必ずしもケルゼンの言った次元、規範としての次元で話されているのではなく、あくまで権力論的な、世界像に依拠したレベルの話になっている感じがとても強い**ことである。

たとえば、我が国の学説では国家に主権性を認めるかについて、国家に主権性は見出すが、**国際連合**だとかの国際機関に積極的に主権を移譲していくべきだと言う議論がある。これは一見すると、ケルゼンが目指した「**世界国家**」思想と類似するように見える。だが、ケルゼンは**国家主権の認否の問題それ自体を、仮説として二者択一としている**のである。認めてからあーだこーだいうのはそもそも話がずれているし、そしてこの二者択一というのは、「規範」レベルでの話であって、現実になんのかはまた別の議論である。

彼は一元的な国際法による世界国家、とまあいわば世界大のマキシマムな存在（**civitas maxima 世界共同体/キビタスマキシマム**）に主権を任せた。だが、このようなものが存在しない状況において、では彼の言う主権は想定できないのかと言うとそうではないのである。この存在はあくまで論者の主観的な仮説である以上、仮説に際して事実的な権力性、有為性が想定されていないからだ。そもそも一端認めてそれを分譲していくかのような、主権を実在するアイテムのように扱う議論を、ケルゼンは認めないだろう。

さらに国連はケルゼンの言う *civitas maxima* では決していない。無加盟国があり、脱退することができる時点であくまでも**国家連合**にとどまるのである。したがって国際連合にうんぬんという議論は、少なくとも規範的に「誰に一元的な主権を与えるか」というような次元の話ではないのである。逆に言えばそもそもケルゼンの時とかは国際連盟しかなかったんだし、国連のようなものがあろうがなかろうが、彼の思想には全く影響しないことになるわけだが。

あと、この種の（ケルゼンとは今述べたようにズレた）議論のなかには**憲法のテキストに「世界国家に権力上げようぜ」という意思が読み取れる**ことを主張して根拠とするものがある。だが、仮に憲法に書かれていても、それがすなわち国家に主権がないということにはならない点も指摘しておこう。そもそもケルゼンは、憲法と言う規範を導いたさらなる根拠を追い求め、根本規範へと歩みを進めたわけで、そのなかで世界国家と言う観念を作ったのである。言い換えれば世界国家あつての各国憲法という、あくまで**トップダウン**の議論が展開されているのであり、憲法に書いてあるから世界国家・国際機関ができるとか言う議論は、論理関係が逆転した理屈に過ぎない。

このような主権論の前提を踏まえつつ、憲法9条については考えてみる必要があるだろう。ここでは極めて権力論的、世界像に依拠して議論が展開されることが多いのだが、もう一度ケルゼンと言う人物とその思想を考えてから、議論をしてほしいところである。

※日比野さん自身はケルゼンに対して批判的な人物の影響を受けている。だがそれでも彼の主張は聞いておくべきことと言う。

## 9-2 第9条の解釈

我が国の学説及び実務の状況の配置などは芦部先生の教科書で極めて鮮明に浮き彫りにされているので、ここで詳細に触れるようなことはしない。ここでは単純に支配的な解釈を中心にみていこう。

参考までに、以下に条文だけ書いておく。

### ●憲法第9条

- ①「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。
- ②「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」

### 通常解釈

さて、憲法9条の解釈における支配的見解は次である。

①**憲法は、自衛権までは否定していない。**（第9条第1項）

②**ただし自衛の為であっても軍事力の保持は否定される**（第9条第2項）

これが基本的には通説。これを明確に打ち出したのは、作成の総指揮者、**ダグラス・マッカーサー**である。彼は昭和25年にはこの主旨を述べているが、日本もの学説もこれをおおむね受け入れており、その後国際法の**横田喜三郎**先生がマッカーサーの声明を引き継ぐ形で「日本は自衛権を有する」と言う、宮沢先生もこのマッカーサーの理解を引き継いだ。これをスタート地点として、わが国の学説は横田―宮沢ラインを受け継ぐ。しかしながらこの通説的理解には、少しつつこんでおくべきところがある。

### ①自衛権を否定するとはどういうことか

まず、①について「**自衛権を否定**」というわけだが、**そもそもそんな簡単に否定できるものではない。**

主権国家が自国民に対しての急迫不正の行動を防ぐためにやむを得ず行使するのが自衛権だが、これが意味するのは次の事である。

たとえば、Aと言う主権国家がBという主権国家に「**自衛権を放棄**する」と条約を結んだとしよう。この後B国が急迫不正の侵害をA国にしたときに、Aが防衛をしたとする。

だがこの**防衛行為が条約違反として、国際法上国内法上違法と評価されるか**といえ、端的に「**そうした条約は無効になる**」と言うのが帰結だろうし、**そうなるところに自衛権の自衛権たる意味が認められる**べきであろう。**主権国家**がその主権を守るために行使する自衛権は、放棄することが主権の放棄にほぼ直結する。とすれば、主権国家である限り自衛権を放棄することができないというのは、自明の理であると言わざるを得ない。宮沢先生は、「自衛権放棄と解される規定がないから」と主張するが、このような解釈は無用の事柄であると言わなければならない。

※というかそもそも、宮沢先生はケルゼンを学び、自衛権を独立国家、主権国家として放棄することができないものであると主張しているにもかかわらず、日本国憲法では自衛権は「否定されていないから」日本には自衛権があるとしてマッカーサーの声明を支持することの整合性が問題にもなる。

むしろ日本と言う国家に自衛権がないことを論証するためには、主権が国家でなく、ケルゼンの議論でいう **civitas maxima** (世界共同体/キビタスマキシマム) にあることを論証しなくてはならないのである。

だがさっき確認したように、ここでケルゼンの述べた次元での議論をするものは、ほとんどいない。たとえば北大の**深瀬忠一**先生(芦部先生の弟弟子)などは、論文の中で「現代の戦争は正当化するものではなく、なんとか廃絶すべきだが、そのためには世界共同体を形成すべきで、日本だけでも武器を捨て9条の意思に合致するよう行動するべき。無法者が来ても博愛の精神でもう片方の頬を差し出そう」みたいなことを言っていた。

この議論は一見するとケルゼンの議論と類似しているように見えるが、ちょっと考えると違うと分かる。この人の無法者論にはキリスト教に基づく **主権放棄、警察作用の否定**があるのであって、**論理に基礎を置くのではない**からである。まあキリスト教を信じれば平和と言うならこれに従わないでもないが、キリスト教が広く信じられるアメリカの右の頬を殴ったら全力でカウンターパンチをしてきたわけで、信仰を共にしないものにまで十字架の愛をささげる必要はない。そもそもキリスト教でない日比野さんにはそのような思想を強制されるいわれはないだろう。

### パトスの議論

ただ、この議論から読み取れることは、以下に示す二つであろう。これは極めて重大である。

- ① **パトス(感情)を基礎とする議論は、理論を基礎とするケルゼンの議論とは根本的に異なる**
- ② **憲法 9 条の問題と言うのは、とりわけ我が国では論理の上ではなく、パトスの議論であることがとても多い**



厄介なのは後者である。論理を基礎に置く議論に対しては論理をもって対抗できるが、パトスの議論には、反論することはできないのだから。山岸由花子のヤンデレを説得することは不可能である。根本的に。

ただ、この批判は**パトス**に基礎を置くことを決して否定するものではない。むしろこの時代に見られるある種のパトスの欠落、物事にいい意味でも悪い意味でも「距離を置く」社会が法学に限らず生じてきたことは、非常に危険な側面を持つとさえ言えるだろう。もちろんパトスだけではあの戦争のような狂信的な事態に陥ることになるが、その対極もまた、極めて不幸である。このことは実はケルゼン自身が示していることであった。ケルゼンは個別国家か世界国家かの二者択一を提示して、自分の立つ瀬を世界国家とした。しかし**これは論理的な決定と言うよりは、主観的な態度決定、パトスに基礎を置く決定であったのである。**

いずれにしても**最終的な問題、選択の根拠がパトスにある**と(明示的でないにせよ)述べていることは重要であろう。パトスを抜きにした場合、二つの選択肢があるときには人はきっと立ち止まってしまい、現実の推移をただ見守ることになる。しかしながらここで「覚悟」を決めて、自分自身を現実の中に投げ入れることは、やはり法学の世界においても必要なのである。

これは最初にも言ったが、法学は生きている**法的現実**を相手取るものである。パトスを「現実飛び込む」なかで確かめて、それを逐一修正、再検討していくことが、本来あるべき姿だろう。

### ②軍事力を保持できないということ

次に、後半の部分、②**自衛のためでも軍事力を保持を禁止している**と言う命題を考えよう。

憲法が自衛権を認めることと軍事力の保持の禁止とが調和するのかがどうか、最大の理論的問題である。憲法**第9条第1項から自衛権を承認するなら、第2項も自衛のための軍事力の保持を禁止していないのではなかろうか**というのが、自然な疑問であるだろう。同じ憲法が一方で自衛権を認め、他方でそのための軍事力の保持を認めないというのは「正当防衛は認めても腕力の行使を認めない」ようなものではなかろうか。

これに対して、両者を切り離すと言う議論も、まあ可能ではある。事実自衛力の行使には、軍事力以外の方法もあるのは確かだからである。**外交交渉**や民衆による**文民蜂起**や**警察力の行使**によっても、可能なことはあるにはある。しかしながら、ここで良く取り上げられる外交交渉による侵害の未然の回避というのは、こんなものでは回避されないからこそ自衛権が認められるのでありその有効性に説得力がないし、おまわりさんや銃の携帯もできない国民の蜂起が、訓練された軍隊を相手に何の意味があろうか。侵害国の国民を追放したり拘束したり、財産を没収したりすることはありえなくもないが、これらもそれほど説得力をもつようなものではない。

実際何もできないからこそ、かつて人の命は何よりも重いとされる我が国は、犯罪者に大金を渡し非難を浴びたわけである。自衛権の行使に対して武力を行使せずとも何か可能なものがあるとすれば、やってきた軍隊のメンバーを日本の文化に感動させて帰らせるくらいしかないだろうというところとある東大教授(日比野さんじゃないよ)の一言も、大したブラックジョークである。

もはやばかばかしいと言う以外何物でもない議論になってくるわけだが、これも極限にまで持っていくとある種の**悟り**の境地、深瀬先生の議論と共通するような**情念**に支えられた世界に達する。そして**まさに第9条の議論は、ある種の悟りの境地を前提として議論されていたし、現在もそうなのである。**

そして仮に、最終的な決定だとか議論を担保するのが先の議論のように「パトス」、情念だとするならば、この理論はまったく妥当であるとする言えるのである。

むしろ問題は、こういう帰結をどのような態度で受け止めるかということにあるのではなかろうか。

宮沢さんや深瀬さん、小林さんなどをはじめとする我が国の憲法学者の多くや、現在でもそこから派生した人たちは、**積極的**にこの「悟りの境地」を認めた。対して美濃部達吉は『新憲法概論』で、この9条の規定するところは独立国の存在としての基礎を失うようなものであるが、いままで散々やらかしてしまった不幸の結果であり、**観念**しろとか言っている。

結局は最終的なところにパトスの議論が入ってくる限り、ある種の悟りを持って第9条による日本の立場は見ていかなくてはならない。これを開き直って積極的に認めるのか、それとも観念するのか。真に問われるべきはそこにあるのだろう。

ただ憲法第9条の成立過程を見るに、必ずしも「観念した」ような、ある種悲観的な見方しか出来ないと言うわけではないように思える。

## 第9条の成立過程

**マッカーサー**が**近衛文磨**に明治憲法の改正をもとめたところに改正作業は始まる。議会側は**佐々木惣一**を顧問にして改正作業に着手することとなり、そののち、政府においても明治憲法の改正作業が**松本譲二**などを筆頭に進むこととなった。だが、こうして出来た草案はなお旧態依然としたものであることが毎日新聞のスクープで明らかになる。

それを受けGHQ側が自分たちで起草することを決意すると、わずか二週間で草案はまとめられて1946年の2月13日(スクープは2月1日!)に外務大臣に手渡されたのだった。

基本的にはこれがそのまま受け入れられて、憲法が制定された。この辺が自主憲法の制定を訴える人たちからすると「押し付けられた」憲法というものの淵源にあるのだろう。

まあ今はそれには触れないで、内容について考えてみよう。GHQは2月3日に民生局のトップであった**ホイットニー**に**マッカーサーノート**という三つの大綱を示して策定をさせたのだが、その第二項目が9条につながった。

### ●マッカーサーノート II

「War as a sovereign right of the nation is abolished. Japan renounces it as an instrumentality for settling its disputes and **even for preserving its own security**. It relies upon the higher ideals which are now stirring the world for its defense and its protection. No Japanese army, navy, or air force **will** ever be authorized and no rights of belligerency **will** ever be conferred upon any **Japanese force**」

「**国権**の発動たる戦争は、廃止する。日本は、紛争解決のための手段としての戦争、さらに**自己の安全を保持するための手段としての戦争をも**、放棄する。日本はその防衛と保護を、今や世界を動かしつつある崇高な理想に委ねる。日本が陸海空軍を持つ権能は、将来も与えられることはなく、交戦権が**日本軍**に与えられることもない」

この項目は、当初試案では憲法前文の一部に組み込まれたが、実は多少の変更があった。

## ●GHQ 試案（草案ではない）前文

「War as a sovereign right of the nation is abolished. The threat or use of forces is forever renounced as a means for settling disputes with any other nation. No Army, Navy, Air force, or other war potential will ever be authorized and no rights of belligerency will ever be conferred upon the state」

「国権の発動たる戦争は、廃止する。他の国との紛争解決の手段としての武力による威嚇あるいは武力の行使は、永久にこれを放棄する。陸海空軍**その他の戦力**を保持することは将来にわたって認められず、**日本**は交戦権を持たない」

①前文に移された

②マッカーサーノートでは、自己の安全の保持のための戦争も放棄されるが、この文言は削除され、武力の行使あるいは威嚇が禁止されるにとどまる。

③その際、「**その他の戦力**」が足される。

④また交戦権を与えられないのも、日本軍でなく**日本**となる。

結局、マッカーサー草案は、特に自衛関連において**実定憲法とするにはあまりにも理想的に過ぎたのだろう**と言われている。そして自衛戦争について前文からも削除したのは、**不戦条約**など国際法上も認める自衛権を否定するのは、日本が主権国家である以上背理だろうという考えでのことである。

起草過程の中で、マッカーサーはこれを本文に再び移す指示を下したのだが、総指令案はあくまで**理念的**なものとしてこの規定をとらえていた節は否定できない。その後戦争放棄については第二章に規定され、天皇に経緯を払い第一章を譲ったとはいえ出来る限り最初のほうに持てこようとされていたのだった。

日本はこれを受け入れ、最終的に次の改正案を出す。

## ●憲法改正草案（帝国議会提出時）第2章 戦争の抛棄 第9条

「国の主権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、他国との間の紛争の解決の手段としては、永久にこれを抛棄する」

第2項 「陸海空軍その他の戦力は、これを保持してはならない。国の交戦権は、これを認めない」

この案は、「**戦争**」についても**目的限定を加えることで自衛権の承認をより明確にした**と言えるだろう。芦田修正と言われるが、この後の衆議院での修正で第二項に「**前項の目的**を達するため」との文言が付け加えられたことがそれをより補強することになる。

警察軍の派遣をできるようにするのがこの規定の狙いだろうと分析する者もいたが、まあ現実には自衛権があった方がいいという認識が日本にあったことは否めないだろう。「この修正は日本が自衛軍を保持できることを意味すると思うんだが」といったホイットニーに対して、芦田さんは「それっていい事とは思わない?」と返したと言われる。結局このように、前文的な性格を持つ、**政治的プログラム**であったはずの第9条は、わざとかどうかは別として、日本側には必ずしもそうはとられておらず、「理念」の側面よりも「日本は何を制限されるんだろう」という観点から見ていたというのが第9条の歩んできた道のりではなかろうか。

## 第9条は、本当に「観念」するべきものなのか

こうして見ると、日本側がある意味で悲観的な観点から（と言うか正確には、理念的な部分をあまりくみ取らずに）第9条を見てしまったがゆえに、さきの「観念するか」論が出てきている側面がある気がする。しかしながら今まさに確認したように、**第9条は日本が思っているよりも理念的であった**。

草案において助動詞 will が、条文で普通使われる shall にかわって使われているのは、総司令部案、マッカーサーノートからすでに will が使われているからである。それが訂正されなかったのは、これがまず前文に置かれていたと言う沿革の意味するところ、この**政治的プログラム**としての性質の証左にほかならない。

※松本譲二や吉田茂などが民生局と会談した際に、松本が「戦争放棄を独立の一章とするのではなく前文に入れたら?」と尋ねた。するとホイットニーは「これを独立の一章とするのは考えのあったことで、この重要な条項を最大限尊重するためなんです。これは**恒久的平和に対して世界へのリーダーシップをとる機会を日本に与える**もので、これが他の規定に埋没することがないよう、際立った形で述べられないといけません。マッカーサーはこの規定により、まさに世界によって好意的な目で中止されることとなると言っています。天皇の日本国民の心の中の地位に敬意を示して第一章を譲りましたが、そうでなければこれを第一章におきたいくらいなんです。ですからこれを前文ではなく章立てするのです（要旨）」といった。総司令部案では戦争放棄既定の法的性質はあくまで**前文的**であり、これが条項が本文へと移されたことは無関係であったことが分かる。

もちろん条文の制定のプロセスは解釈を拘束するものではない。特に占領軍が制定した憲法において、日本側が意図していなかったような意図が解釈を拘束していくことはないが、それでも条文制定の過程がとても解釈において大事であることは疑いようがないし、前文的性格であると言うことは、その性格を軽視していいということではない。むしろ**国家を挙げて達成すべき誓いを立てた、崇高な目的の一部分である**といえるのではなからうか。

とすれば憲法9条については「悲しむべき結果」「観念すべき結果」と言う理解も必ずしも唯一の正解ではなくなってくるだろう。

9条は国会ないし内閣を直接に拘束はしないとして**法規規範性は否定**し、これを国際的政治マニフェストと考えるいわゆる「**マニフェスト説**」はここからやってくるのである。

あとは法規規範性を認めつつも、これは国の政治過程に向けるのであって、裁判規範としては認めないとする理解もあるが、似たような立場である。この立場においては、政治過程における規範性は選挙などの結果がそれを遵守できているのか証明するものにならう。

まあ日比野さんもさしあたりはこのように理解すべきではないかというのが感覚的な正解らしい。ただ、以下に少し留保をつけている。

### 日比野さんの持論

日比野さんの理解は、このように法を単なる「プログラム」と捉えて終わるだけではなく、もうちょっとだけ先がある。ということで、日比野さんが法に対する持論を教えてくれるぞ！

日比野さんは法と言うのは、「人間がその置かれた状況の中で問題をどう解決するかというときに、その解決を目指す**試み的な答え**」であると考えている。そのような意味で「**法は行動草案である**」と言える。

法は試みである以上、**即席性**こそ否定出来ても**統一性**のなさは否定できないし、否定しない。よって、もろもろの要請に対して単一の法理的体系を形成することは不可能であるということになる。これこそまさに日比野さんが「ケルゼンあんまりいいと思わない」と言ったところと関係するのだろうが、**論理的統一性の中ではなく、もろもろの断片的な問いのなかにこそ法はある**のである。

こうして歴史的に法と言うものはいかなるときも草案的で部分的なものになるのである。

そうだとすると、歴史的法の実現の様式としての**法律学は、体系学としてではなく、むしろ取り組むべき問題の側から組み立てていくべきである**ことになる。つまりは究極の体系はないとしたうえで、置かれた状況や与えられた事態の中で、これまでに試みられた解決（その主体は学説だったり、裁判官だったり、政治家だったりする）と与えられた事態とを相互に接近させるべく努力することを指示されるのが法学なのである。ここでは実体化された**法の統一**が目的ではなく、法の**執行と実現**において具体される職務を、実践的に調和させることこそ、法の目的や課題があるのである。

法の目的は**問題解決の最も適切なやりかたを洗練し、もろもろの試み的な答えと（これには主体的な種類における重みの差はあるが）接近させる問答の設置にある**のである。

このような観点から憲法の前文的な規定を見てみると、理想主義的であるとする、確かにそうである。法命題であるわけではないし。しかしただのプログラムであろうか？さらなる具体化が必要であるが、**一定の行動草案を含むものとして、指示として機能している**のではなからうか。

やや9条とはズレるが、主権との問題とのかかわりで言うならスイス連邦憲法の3条では「制限されない限りで各州が主権をもつ」とすることを紹介した。これがもう全然現実とは一致しないんだぜ～とはその時にたしか言ったはずである。しかしながら、じゃあこの規定が何も意味を持たなくなったのかということではなく、連邦は各州に友好的な態度をとるべきだという方向への、ある程度の**行動草案**になっていると評価することができるだろう。

このように、一見プログラムである規定に行動草案の側面を見出すことができるのである。日本国憲法の前文も同じであろう。少なくとも「**帝国主義**」的諸国家に対してとる態度とは違う態度を、**国際組織**に対して取るべきであることは、日本国憲法前文が「指示」するところではないだろうか。

むしろ一番大切なのは憲法からどのような答えを引き出すかそれ自体であって、これは憲法9条でも変わることはないだろう。こういう意味で、プログラムだとかマニフェストと法を見ることで、そこにある行動草案性まで否定してしまうのは、きつとおかしいのである。

日比野さんはその点を注意深く補足したので、上の説明で少し政治的マニフェスト説よりだったからといって、彼の第9条解釈を割り切るようなことはしてはならないだろう。

### 9-3 政府の第9条の解釈

最後に、日本政府がとっている立場について述べようと思う。注意すべきは、1項と2項の禁止する所のもののレベルが、微妙に違う所である。ここでは自衛権や自衛権だとかの問題に対しての政府の解釈を確かめてみることにする。

#### 最初の立場と状況の変化

憲法が発効した当初、吉田首相はこの9条1項は「**自衛権自体を否定していない**」と示唆していた。だが、9条2項は自衛目的でも「**一切の軍備の保持を禁止している**」とも解釈しており、国家の正当防衛権を認めることそれ自体が有害であるというような立場であった。まとめると、「日本は**自衛権は持ってるけど、9条2項があるのでそもそも自衛のためでも戦力は持てません**」ということ。本来的な意味において一切の戦力の保持を禁止しようとしていたようである。

そのときの金森大臣も吉田の発言を受けて、侵略されたら「武力無くして防衛する」と述べていた。言うまでもなくここでは、**国際連合**による**安全保障**が想定されていたわけである。

しかしながら世界情勢は、日本国憲法のそう予定するようには進まなかった。

**米ソ**の関係が悪化する中で、アメリカの政策も日本を西側陣営とすることに向かい始める。端的にそれを象徴したのは**日本共産党**への態度が急変したことであろう。戦前の共産党の代表だったやつらの出獄の際には徳田とかはGHQと接触しており、共産党もGHQを非常に好意的に捉えていた。が、1950年になると、日本共産党の中央委員が皆訴追されてしまうことになる。赤旗の発行は禁止され、レッドパージが行われると同時に、占領前期に追放された人物の追放解除が行われ始める。

このような占領政策の転換の中で、9条の解釈も動いてきた。

昭和25年の声明でマッカーサーは、この憲法の規定は、**相手からの攻撃への自己防衛という犯すことのできない権利を否定したものではない**として、明らかに自衛権の存在を承認した。

そして朝鮮戦争の際には、アメリカ占領軍が出動することによる真空を防ぐため、**警察予備隊**と言う名の軍隊っぽい何か編成されることになった。



覚悟してきてる人理論は使えることになった

#### 政府解釈その2

このとき政府解釈は、「日本は自衛権を有するが、9条で戦争禁止&戦力不保持が決められているので、**自衛権の発動も戦力にカウントされない程度のものしかできないよね**」というものになった。

これは先ほどの金森大臣の答弁である「武力によらざる防衛」の延長上でとらえることも不可能ではなさそうだが、やはり素直にみるとさっきの答弁とは違うように思える。自衛権を「示唆」にとどまらず「**明示**」しているし、9条2項の解釈で新たに「**戦力にならない自衛権**」を創設している点である。ただし、これまでの答弁と厳密には矛盾はしていないので注意しよう。自衛のための戦力でも持てないということと、戦力にならないくらいで自衛していい、ということは両立する。

同時期に戦力の定義も大橋外務大臣によって指摘され、憲法9条の戦力にあたるかは、国際社会の通念に照らし、**現代戦における有効な戦争遂行手段たる力を持つかどうか**によって決めるとした。そして警察力を補い国内秩序の維持を責務とする**警察予備隊**は、ただちに戦力には匹敵しないとのことになった。

※ここまでは戦力については「**潜在的能力説**」と「**警察力以上の能力説**」という二つの理解があった。戦争に役立つものは何でも戦力だ！というのが前者で、外部との交戦に向けた「戦力」と、国内治安に向けた「警察力」とを区別するのが後者である。しかし前者はあまりにも広すぎるし、公安施設すべてが戦力にカウントされかねない。下手すると空港とかも戦力になることになるよね。そこで後者が通説になるわけだが、この戦力の定義もどちらかというと後者に寄り気味なように見える。

ただし、これがただちに警察力以上の能力説をとっているのかと言うと話は別である。彼は結局「現代戦における有効な戦争遂行手段」という基準を持ち出しているにとどまり、警察力はそれには当たらないとしているだけなのである。**警察力以上のものがあつたとしても、それでこの「現代戦争」基準にひっかかるとは直ちに言えない**ので、警察力以上の権力説と完全に一致してはいない。

## 講和会議後

さて、このあたりで交渉のトップにいつもいたマッカーサーはなんか首になったりしたが、1951年にはサンフランシスコ講和会議が行われる。まあソ連などは調印しなかったが、一応条約が結ばれて日本は**個別的自衛権**と**集団的自衛権**とを得るとともに、(米軍が駐留しながらも) **ある程度日本に期待される軍事力的な役割が増す**ことになる。

※ここで米軍基地協定もあくまで「**基地協定**」であったことに注意しなくてはならない。有事の際に日本の安全に寄与する目的はあったが、**この時期には米軍にとって日本の防衛は義務ではなかった**。

このような状況下で再軍備が進み、警察予備隊の代わりに、**保安隊・警備隊**など後の自衛隊になる存在が整備されることになったのだった。ちなみに警備隊はのちの海上自衛隊になる。

このころから、自衛権があるのだから自衛のための準備はしてもいいよねと少しずつ態度を改め始め、もちろん戦力の保持はこれを禁止しているとしつつも、「近代戦争遂行に役立つ程度のものが戦力であるが、この判断は具体的個別的に判断されるものである。この保安隊や警備隊は、戦争目的のための組織でなく警察組織で、**実力も近代戦争を遂行しうるほどのものではないので大丈夫**やで」という見解を出している。

ここではある実力が戦力にあたるかどうかの判断基準自体は今までのものであるのだが、「実力が警察力の範囲内」というのではなく「実力的に近代戦争の遂行は無理」といって正当化している点で多少あてはめにズレがある。

## 自衛隊

その後保安隊は**自衛隊**に改組されることになる。自衛隊は我が国の平和と独立を守るために我が国を直接的間接的に支援することが目的であるとされ、「**防衛目的**」がはっきりと打ち出されることになった。

憲法レベルにおいては、「国は自衛権を有する、近代戦争遂行できるくらいの戦力は無理です持てないよ」というのは変わらないので、自衛隊って近代戦争遂行できないか？と言うのが問題になる。

これにつき、基準に若干の修正がくわえられた。当時の林法制局長は、「日本は固有の自衛権を放棄したものではないです。従いまして、他国から急迫不正の侵害を受けた場合の自衛権の行使としての武力行使は否定されていないのです。国家が国土を保全するための実力を持つのは当然で、**防衛のために必要な限度における自衛力の保持を禁止している規定はありません** (要旨)」と述べる。

ここでは、自衛力の相当範囲が「**近代戦争遂行**」から改められ「**防衛に必要最小限度**な限り」と改められている。この時期には「自衛のために必要な相当限度」ということで、細部において必ずしも文言は一致していなかったが、すぐに統一される。そして具体的にはこのライン引きは当時の国際環境を見て決めるほかないとするのだった。

ここでその基準が、「近代戦争遂行できるぜ」基準とどのような関係に立つのかが問題になる。

政府は、両者は**言い回しの違いであって大きな違いはない**と片づける。後者ではなんかアクセントが弱まったような感じがしないでもないが、まあニュアンスの差くらいであって、確かに実体において見解が変わった感じでもないように思える。ということでその後は「必要最小限度とは何か」が主として問題とされることとなったのである。

政府によれば戦闘爆撃機についても、憲法上保持できないわけではない。が、B29のような長距離爆撃機は無理であるとした。核兵器も、わが国土への攻撃を阻止するに限る程度においては保持も許されるが、相手国の国土を攻撃するに足りるようなものは認められないことになるだろう。

※ただしわが国では**非核三原則**があるし、**原子力基本法**でも平和目的の開発しか許されていない。さらには核不拡散条約があるので、まあ無理ですけどね。

ということで、まあなんというか、**意外に政府の立場は一貫している**ことに注意しよう。「必要最小限」への変化などは若干怪しいところがないでもないが、ニュアンスでしょ？でまあ納得できるくらいには、ブレがない回答を続けているのだった。

## MSA 協定・新安保条約

一方で、**MSA (Mutual Security Act) 協定**が締結されるなど、単なる基地提供条約を相互防衛条約に変えようとする動きが 1950 年代半ばには出てきていた。MSA 協定はその足がかりであったが、国会内外での激しい対立のもとで、**新日米安全保障条約**が単独採決で承認を得て、発行した。

この新安保条約では、内乱の鎮圧の代わりに「**極東の鎮圧**」「日本の防衛」が米軍の仕事となり、日本の施設下にある領域における日米いずれかへの攻撃への**相互防衛**という義務が課されることになった。

※ということで、日本がアメリカ本土への攻撃に対処するようなものではないし、政府はこれは集団的自衛権を認めたものではないとしていた。あくまで日本の領域への攻撃に対しての相互防衛として、個別的自衛権の行使として説明されていたのである。

ここで問題となるのは、**駐留軍への攻撃への相互防衛を、日本国憲法上正当化できるのか**である。

とりわけ、日本の領海内にある米軍艦船などが攻撃されたとき、日本の義務は個別的自衛権で全て説得できるかと言うと、問題はそれほど簡単ではない。とくに安保が極東の安全維持も任務としていることを踏まえると、この問題が生じる可能性はわりとありうるものだった。

また同時に新安保条約では装備や人員につき「核弾頭の持ち込み」だとか重要な変更もあった。さらには戦闘作戦行動の基地としての利用も、事実上事前協議なく可能となっていた（必要だけど、なかったら必要もなかったものと理解するとか言う甘ちゃんルール）ため、かなり憲法上は疑義のあるものであった。

### 当てはめの変化

新安保は若干怪しさもあるが、とくに**自衛権について、以上のように政府の見解は割に一貫していた**。だが、それは**当てはめ**が一貫していたということを示すわけではない。

この「必要最小限」という基準はあくまで当時の仮想敵国の戦力の変化に応じて変わるのであって、ブレ幅はかなりあった。**冷戦構造**の中でアメリカの力が低下すると、いつの間にかこの必要最小限度の「戦力にあたらぬ」範囲は拡大していくことになったのだった。

日本の目標は「アメリカがくるまで自分たちでなんとかすること」として局地戦に一時耐える程度であったが、1970年代には**基盤的防衛力構想**としてより自律的なものになった。この内容もまた限定小規模侵略に対抗する、と曖昧だが、従来は通常兵器による局地戦が想定されていたのに対し事情は変わっている。

1980年代になると、米ソの全面戦争が想定されるようになり、政治的な構想を打ち出す（**日米共同声明** 1981）レベルになったのだった。このようにして、必要性最小限度という基準はそのままにしつつも、必



要性のほうを上げることで憲法上許容される「実体」は拡大していったのである。そしてこのような実態が必要最小限度であるか、近代戦争を有効に遂行するに足りない程度だったかということには、かなり疑義が残るが、わが国政府はこれを「必要最小限度」として許容しているということになる。同じく 1980 年以降の米国その他の国との軍隊との合同演習（**環太平洋合同演習**）も個別的自衛権からすると疑問が残ることであろう。

兵器にしても、かつては長距離爆撃機は無理で、医療用のものなどに限られる…と言う理解であったが、現代における多機能化してきた兵器を見るに、そもそも区別など不可能な時期に来ているのではないかという疑問もある。ようするに、「許可しない」条件が設定できなくなりつつあるのである。

### 冷戦後

ここまで自衛隊の「必要最小限」性を問題にしてみたが、実は**冷戦**が終結したいま、わが国の自衛隊が置かれている問題は、もうレベルの違うものになりつつあることは少しっておきたい。

結局は冷戦が終わっても、世界情勢は安定しなかった。国際的な混乱が終わりを見ないなかで、日本はついに基盤的防衛抑構想自体を捨て、今度は**動的防衛力構想**と言う枠組みを持ち出すことになる。バブルが終わり、自衛隊への費用捻出がなかなか出来ない状態になる中で、わが国の全土に軍隊を配備して安全を維持することはまだできない。これに加えて国際的な要請もあると言う中で、新たな構想がでてきたのである。動的防衛力構想のもとでは、全体に均一に防衛力を配置するのではなく、攻撃を受ける蓋然性のある場合には機動的にその地点の防衛力が増大し、随時自衛力が移動するようなやりかたを取ることが目指されている。そして、このような状況下では**はっきり言って我が国の自衛力は、必要最小限度におかれているかというの**  
**はもはや大きな問題ではなくなりつつある**。

現代でもこの「必要最小限度」の基準自体は確かに存在しているのだが、装備が徐々に肥大化するとともに財政的に厳しい状況になる中で、「必要最小限ですか？」と新たに問われなければならないような内実の変化が生じることはなくなってきているのだ。むしろ問題は、**従来の装備のもとでいかに動的な防衛力を確保するか**、というところにシフトしてきているのである。

※法律について、何年に出来たかとか防衛大綱についてとか一応

2010…防衛大綱、動的防衛構想に転換

2004…防衛大綱で国際安全保障即応がうたわれる 武力攻撃対処法

1994…防衛大綱で災害対処、周辺事態対処などがうたわれる

1976…防衛大綱に基盤的防衛力構想

1960～70 基幹的防衛力構想、第三次防衛大綱で通常兵器局地戦以下侵略有効対処をうたう

注意：なぜ急に言い出したのかは不明

## まとめる

以上に憲法9条、とりわけ自衛隊に関しての政府見解の推移を概観した。

憲法制定議会では、「自衛権を否定しない」ことを示唆しながら「一切の戦力の保持を禁止」するかのよう  
な発言をしていたが、日本は結局**警察予備隊**を認め、**自衛権**を正面から認め、**戦力にいたらない自衛力**と  
言う概念を作った。一見するとなんか政府は二転三転しているようにしか見えないが、よく彼らの解釈を見  
てみると、実は見解のなかには齟齬が無かったのであった。旧安保条約で再軍備は加速し、**保安隊**や**警備隊**  
が整備されて実力はさらに伸びた、そのときには、自衛への意思はより強力になった。だがそうなっても主張  
その物は従前のものであり、戦力にいたらない実力と言う基準も同じであった。

そして MSA 協定や新安保条約を経て**自衛隊**が出てくると、防衛目的を掲げる政治組織が誕生したが、これ  
でも解釈には変更は余りなかった。細かく言えば「近代戦を有効に戦える程度」から「自衛に必要最小限な  
程度」へと基準の言い回しは変わったが、基準自体が格別改められたわけではないように思えるし、今まで  
と同じような基準の適用で自衛隊は合憲とされた。

なるほど当時の自衛隊、冷戦後に世界各国へとんだ自衛隊が、果たして必要最小限度と言えようかという問  
題があるにはあるが、「**憲法9条が戦争を放棄したのであり、自衛のためであっても戦力の保持はできず、  
必要最小限度の実力だけ持てる**」のだということをずっと保持してきたことは、法解釈学の視点からは注目  
しておかなくてはならないことである。

そして、明らかに**防衛力は戦力と違う**というこの命題は、一定の意味を持ち続けている。と言うのは、**サン  
フランシスコ平和条約**以降、この区別が日本の自衛隊の海外活動をかなり長くにわたって阻止し続けてきた  
ことからわかることであろう。

この区別を無視したり、擬制だとか言うのは自由だろうが、真の問題はやはり、「**こうして防衛力と戦力を  
区別する解釈が生れ意味をもったことが、憲法の趣旨を発展させたのか、それとも逆なのか**」と言うことに  
求められないといけないうだろう。

こうした「戦力と防衛力が違う」ということの意味すら考えていく日比野さんの見解からすると、今日をめ  
ぐる「9条なんて建前は取っ払え」だとか「国防軍だ」とか言う事態は、かなり深刻なものなのではなかつ  
うか。

これ等の問題に並んで、周辺事態に対しての処理、国際的な協力にどう対処するかが問題になってきていて、  
周辺事態法やその前のPKO法が制定されたが、これについてはかなり詳しく教科書に書いてあるので、(ま  
た、特に原理的な問題も憲法上許されるかという従来のもの以外ないので) 省略する。

## (0) さいごに

### 0-1 細かいことを気にすること

最後の機会に、最近思うことを述べようと思うとのことである。

### 防衛参事官制度

ここまで述べたのはずいぶんおおまかな枠組みのみに着目した議論だったわけだが、日比野さんは**もうすこ  
し細かなところに着目することも必要なのではないか**と思い始めたらしい。とりわけ彼が着目したのは、**防  
衛参事官制度**の廃止である。

この防衛参事官制度と言うのは、「政治家が自衛隊を統率することで暴走を防ぐ」という**文民統治**の考え方  
を実現するために設けられていたものである。これは防衛庁時代からあるのだけれど、防衛庁のなかの局長  
級のものを防衛参事官にして、職務を果たすと同時に国務大臣である防衛大臣を補佐させるというシステム  
であった。

※通常は参事官と言うのは課長職くらいの役職だが、防衛参事官はそれとは異なっている。

実は、**文民統制の実態は、この防衛参事官と言う制度があることによって支えられていた**のである。官邸主導と言っても首相はあまりものを知らないなどと同じように、あるトップの人間に対して序言する機関（ドイツ語では **Rat** ラートという）が必要になるのは当たり前である。ここで、防衛においても首相や防衛大臣を補佐するために防衛参事官を置くことにしていたのである。

これは指定職のものが当然につくことになっていて、彼らが自衛隊の活動などについて長官ないし防衛大臣を補佐するのである。ところがこの制度が、防衛大学組と政府組との間に軋轢があったりするなかで**最近（2009年には）廃止されていた**のである。

これは、官僚統制、政治主導の立場からは官僚が間に挟まっただけの統制が好ましくないという理屈で、もっと直接的なコントロールシステム構築が望まれていることみたいである。

確かにシビリアンコントロールを実現するためには、「**官僚が軍を統制する**」のではなく「**大臣が軍を統制する**」仕組みを作るべきではあろう。だが、**大臣が十分な知識を持っていない状況においては、大臣のそばに連中も含めたシビリアンコントロールのもとで政策決定を行うことでこそ、その命運は明るいものになる**のではなかろうか。

その命運を握っている防衛参事官がいなくなり、政府組が直接軍を動かす（パイプ役がいなくなる）ことになる。これはある意味で「決定」を可能にするかもしれないが、一方でそれはシビリアンコントロールの意味そのものを奪いかねないものでもあるのではないだろうか。

### 細かい視点の必要性

このような話はほとんど憲法の話で注目されないのだが、こういう**細かい制度変更の積み重ねが、わが国の憲法の精神を大きく損なう**のではないのか、日比野さんはとても心配している。

なるほど**自衛権**のような問題はすぐに目につくし、確かに重要である。しかしながらこのような大枠の問題は（法的かは別に）多くの人々によって議論が行われるし、仮に強硬に何か決定が行われてもそれは批判の目にさらされる。

しかしながら一方で、目につかない問題が確かにある。そしてそのような問題こそが、ゆくゆくは私たちにとって危険になりうる可能性は、否定できないのである。憲法にとって大事な部分は、大上段の議論だというだけでは済まない世界になってきているのではないだろうか。

かつて、特に制度形成そのものを議論したような時代においては、そのような大枠での話を追いかけることはとても大事であった。しかし時代は変わる中で、新たなというか、より事実的な視点を以て細かい部分を（ときには批判的に）見ていくことが大事になってきている。

大きなものはすぐ目につくし、誰でも目に付く。そこに確かに本質はあることも多いし、原理的な部分については是非勉強しておいてほしいところでもある。だが、**誰にでも目に付かないような、細かいところに気を配れるようになること、それが憲法の在り方が問われつつある今求められている**のである。

もちろん、細かいところだけ見てもそれはいいことではない。現代の法学に必要なのは、両者の視点を結びつけながら、判例あるいは教科書、あるいは論文でも、読んでいくことなのである。

### 講義内容は以上

### ※試験について

試験の範囲は憲法第二部で話したところであるが、第一部でやりのこして第二部に超過した問題については**どこまでやったのか覚えていない**ので、多分やりませんとのことであった。

つまり、純粹に統治の範囲だけしか出ないということとされます。嘘だったら知りませんが。

最後ですが、まあとにかく試験をがんばりましょう。このノートはこれで終わりになりますが、間違い等がある可能性はなお否定できないので、もし見つけたら僕のためにも教えてください！お願いします！

法学部第五学期専門科目 憲法第二部（日比野教官） 講義ノート  
初版完成 平成 25 年 7 月 26 日 訂正 平成 25 年 9 月 15 日  
作成 12 組の人

おわり