

憲法統治機構講義案（3）

佐藤潤一

Constitutional Systems of Government (3)

SATOH Junichi

目次*

問題の所在 統治機構をどのように学ぶか

第1章 天皇

第1節 「象徴」の意味

第2節 「国事行為」の性質

第3節 女系・女性天皇

第4節 皇室財産

第2章 権力分立

第3章 議院内閣制

第1節 国会

(以上大阪産業大学論集 人文・社会科学編 第17号)

第2節 内閣

第3節 内閣と国会の関係

第4章 司法権・違憲審査権の性格

第1節 司法権の性格

(以上大阪産業大学論集 人文・社会科学編 第18号)

(以下本号)

第2節 最高裁判所の判決は一貫しているか？	180
第5章 財政民主主義	203
第6章 地方自治	206
第7章 憲法の変動	210

平成25年7月1日 原稿受理

大阪産業大学 教養部

* 註番号は前稿から継続しているため、108 から開始している。

第2節 最高裁判所の判決は一貫しているか？

1. 最高裁長官毎の判例概観

アメリカでは、最高裁の裁判官は終身であり、本人が引退を表明しない限り、80歳だろうが90歳だろうが裁判官を続けられる。そのため、最高裁長官が誰であるかによって裁判の傾向が見えてくるといえ、たとえばウォーレン・コートのように呼ばれることがある。これに対して、日本の場合は必ずしも一人の最高裁長官だけではその判決の特徴を説明できない。しかし、それでも一応の傾向を指摘することはできる。以下、歴代の長官ごとに判決の傾向を見ておこう¹⁰⁸⁾。

初代長官は、三淵忠彦である（1947年8月4日～1950年3月2日在任）。学識経験者であるが、なにしろ日本国憲法が施行されたばかりの時期であり、占領中であるから仕方がない、あるいは現在の時点からすると先例とは考えがたい、といい得る判決があるとはいえるが、「判例」は多くない。ただ、「國体ハゴジされたぞ 朕はタラフク食ってるぞ ナンジ人民飢えて死ね ギョメイギョジ」という教育勅語をもじったプラカード¹⁰⁹⁾を作成した、皇居前で行われた「米よこせデモ」の参加者が、現在では削除されている刑法第74条の不敬罪¹¹⁰⁾で起訴された、いわゆる**プラカード事件**で大赦を理由とした免訴判決¹¹¹⁾や、死刑を残酷な刑罰には当たらないと判示した事件¹¹²⁾が目立つくらいであろうか。

108) http://www.courts.go.jp/saikosai/about/saibankan/hanzi_itiran/index.html から歴代判事の名前を確認することが出来る。また <http://www.courts.go.jp/saikosai/about/saibankan/> で現在の最高裁判所の裁判官を確認できる。なお以下大法廷判決については、違憲判決について本講義案で既に検討したし、またそれ以外についても大法廷判決については別途検討する予定であるため、註においては簡単な言及にとどめている。補足意見や反対意見がある場合にはその裁判官名と、特に重要なものについてはその内容を示した。他方で小法廷判決については、特徴的な反対意見などについては言及し、また小法廷毎の「傾向」が必ずしも見出し得ないことを間接的に示す意図もあって、若干煩瑣ではあるが、裁判所を構成する裁判官について一々注記している。

109) プラカード裏面には「働いても 働いても 何故私達は飢えねばならぬか 天皇ヒロヒト答えて呉れ日本共産党 田中精機細胞」とあるが、最後の「細胞」というのは、共産党員であることを示す独特の言い回しで、わかりにくいこともあるので、本文では省略した。

110) 「天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又ハ皇太孫ニ對シ不敬ノ行爲アリタル者ハ3月以上5年以下ノ懲役ニ處ス」(1項)「神宮又ハ皇陵ニ對シ不敬ノ行爲アリタル者亦同シ」(2項)。

111) 最大判昭和23(1948)年5月26日刑集2巻6号529頁。

112) 最大判昭和23(1948)年3月12日刑集2巻3号191頁(島保、藤田八郎、岩松三郎、河村又介裁

2代目長官は**田中耕太郎**(1950年3月3日～1960年10月24日在任)である。田中は学者(商法学者、法哲学者)ではあるが、参議院議員を経て文部大臣も経験しているので、「学者」であるから任命されたというわけではないようである。むしろカトリックであり且つ保守主義者であったことが重視されたと思われる。任命したのは第3代総理大臣吉田茂であった。在任期間がきわめて長く、最高裁が初めて**田中コート**とでもいべき継続性を持った時期といえる。裁判官の国民審査に関する判決¹¹³⁾、表現の自由に関する初期の有力判例としての石井記者事件¹¹⁴⁾、**警察予備隊違憲訴訟**(本章第1節2(1)参照)における門前払いの判決、農地改革に関する第29条第3項の「正当な補償」を「相当な補償」で良いとした判決(**農地改革事件**¹¹⁵⁾)、集会の自由に関する**皇居前広場事件**¹¹⁶⁾、デモ行進に関する**新潟県公安条例事件**¹¹⁷⁾及び**東京都公安条例事件**¹¹⁸⁾、後に何度か問題となる**公衆浴場適正配置規制**に関する事件¹¹⁹⁾、選挙運動期間中の文書活動の制限¹²⁰⁾、刑事訴訟法上の**緊急逮捕**を合憲と判断した判決¹²¹⁾、**特別裁判所の意味**が問われた事件¹²²⁾、**謝罪広告**に関する事件¹²³⁾、法廷秩序維持と取材の自由が問題となった**北海タイムス事件**¹²⁴⁾、租税法律主義の意義が問

判官らの補充意見[将来的な死刑廃止の可能性を認めた]、井上登裁判官の意見がある)。

113) 最大判昭和27(1952)年2月20日民集6巻2号122頁。

114) 最大判昭和27(1952)年8月6日民集6巻8号974頁。

115) 最大判昭和28(1953)年12月23日民集7巻13号1523頁・判例時報18号3頁(栗山茂裁判官の補足意見[財産権の内容は公共の福祉を尺度として定まる]、井上登裁判官・岩松三郎裁判官の意見(事件当時は憲法外、被占領中のことだが正当価額に至る対価の請求をなし得るといふ、実質的には反対意見)、真野毅裁判官の意見[自作農創設特別措置法第3条の補償は憲法第29条第3項にいう正当な補償ではないといふ、実質的には反対意見]がある)。

116) 最大判昭和28(1953)年12月23日民集7巻13号1561頁(栗山茂の意見[公共要物の使用許可は警察許可の性質を帯びているものがあり、皇居外苑使用不許可処分は違法であるとした]がある)。

117) 最大判昭和29(1954)年11月24日刑集8巻11号1866頁(藤田八郎裁判官の少数意見[条例を意見と断ずる、実質的には反対意見]がある)。

118) 最大判昭和35(1960)年7月20日刑集14巻9号1243頁(藤田八郎裁判官及び垂水克己裁判官の反対意見[いずれも条例を違憲とする]がある)。

119) 最大判昭和30(1955)年1月26日刑集9巻1号89頁。

120) 最大判昭和30(1955)年3月30日刑集9巻3号635頁。

121) 最大判昭和30(1955)年12月14日刑集9巻13号2760頁。

122) 最大判昭和31(1956)年5月30日刑集10巻5号756頁。

123) 最大判昭和31(1956)年7月4日民集10巻7号785頁(入江俊郎裁判官、田中光太郎裁判官、栗山茂裁判官がそれぞれ補足意見、藤田八郎裁判官が反対意見(「人の本心に反して、ことの是非善悪の判断を外部に表現せしめ、心にもない陳謝の念の発露を判決をもつて命ずるがごときは、まさに憲法19条の保障する良心の外的自由を侵犯する」)を付している)。

124) 最大決昭和33(1958)年2月17日刑集12巻2号253頁。

われたパチンコ球遊器事件¹²⁵⁾、条例による自治体による罰則の不平等が問われた東京都春防止条例違反事件¹²⁶⁾、チャタレイ事件¹²⁷⁾、口頭弁論を開かずに死刑を確定させた三鷹事件¹²⁸⁾、統治行為論を実質的に主張した砂川事件¹²⁹⁾、統治行為論を正面から採用した苫米地事件¹³⁰⁾、金銭債務臨時調停法（1951年廃止）第7条が定めていた、調停に代わる裁判と憲法第32条・第82条との関係が問われた純然たる訴訟事件¹³¹⁾など、判例として重要な意義を持つ判決が下されている。しかし、保守色の強い判決が多く出された一方で、少数意見も活発に表明された。

3代目長官は横田喜三郎（1960年10月25日～1966年8月5日在任）である。国際法学者であり、元々天皇の戦争責任とそれゆえの退位論を主張し、日本国憲法を絶対平和主義の憲法と解釈していたが、日米安保条約について後に評価するようになったことも、長官に推された一要因かもしれない。任命は池田内閣による。在任期間は6年に満たないが、東大ポポロ事件判決¹³²⁾や、適用違憲にかかわる第三者所有物没収事件判決¹³³⁾、東京都の特

125) 最二小判昭和33（1958）年3月28日民集12巻4号624頁（第2小法廷裁判長は小谷勝重。陪席裁判官は藤田八郎、河村大助、奥野健一）。

126) 最大判昭和33（1958）年10月15日刑集12巻14号3305頁（下飯坂潤夫裁判官・奥野健一裁判官らの補足意見〔条例制定権を認める規定のみを根拠として、抽象的に合憲の結論を導くべきではない〕がある）。

127) 最大判昭和32（1957）年3月13日刑集11巻3号997頁（小林俊三裁判官の補足意見、真野毅裁判官の意見がある）。

128) 最大判昭和30（1955）年3月30日刑集9巻8号1189頁。真野毅、栗山茂、谷村^{ただいろう}唯一郎、小谷勝重、藤田八郎、小林俊三、島保の各裁判官が死刑に反対した。死刑判決賛成と反対とが1票差であったため問題となった。栗山、真野、島、藤田、谷村の各裁判官が刑法第127条往来危険罪に結果的加重犯を適用することに反対（少数意見）、なお栗山、小谷、小林、谷村の各裁判官がそれぞれ控訴審での事実取り調べなしでの量刑変更について反対意見を付した。

129) 最大判昭和34（1959）年12月16日刑集13巻13号3225頁。佐藤註1前掲「憲法総論の再検討」第3章第3節3参照。田中耕太郎、島保、藤田八郎・入江俊郎、垂水克己、河村大助、石坂修一の各裁判官がそれぞれ（藤田裁判官・入江裁判官は合同）補足意見、小谷勝重裁判官の意見〔実質的に反対意見〕と、奥野健一裁判官・高橋潔裁判官の（合同）意見〔実質的に反対意見〕がある。

130) 最大判昭和35（1960）年6月8日民集14巻7号1206頁（小谷勝重裁判官・奥野健一裁判官による統治行為論適用に反対する「意見」、河村大助裁判官による、実質的反対「意見」、石坂修一裁判官による意見が付されている）。

131) 最大決昭和35（1960）年7月6日民集14巻9号1657頁。

132) 最大判昭和38（1963）年5月22日刑集17巻4号370頁・判例時報335号5頁。

133) 最大判昭和37（1962）年11月28日刑集16巻11号1593頁。

別区に関する判決¹³⁴⁾、信教の自由に関わる**加持祈祷事件**¹³⁵⁾、**奈良県ため池条例事件**¹³⁶⁾、自動車運送事業の免許制に関する判決¹³⁷⁾ (**白タク営業事件**)、**教科書費国庫負担事件判決**¹³⁸⁾もこの時期である。なお、憲法判例ではないが、利息制限法に関する判例変更¹³⁹⁾のような重要な判示もある。

4代目長官は、**横田正俊**(1966年8月6日～1969年1月10日在任)である。初めての裁判官出身の長官であるが、在任期間は3年に満たず、極めて短い。戦前に大審院判事を経て甲府地裁所長に45歳の若さで就任している。公正取引委員会や高裁判事も経験し、横田喜三郎3代目長官時代に最高裁判事であった。横田正俊裁判長時代は、**横田正俊コート**といってもよいほどレベルな判決が下されている。代表的なのが**全通東京中郵便事件**¹⁴⁰⁾である。「公労法¹⁴¹⁾17条1項[争議行為の禁止]に違反した者に対して、……民事責任を伴う争議行為の禁止をすることは、憲法28条、18条に違反」しない。公労法17条1項違反の刑事制裁はその沿革からすれば「しだいに緩和される方向をとり、現行の公労法は特別の罰則を設けていない。このことは、公労法そのものとしては、争議行為禁止の違反について、刑事制裁はこれを科さない趣旨であると解するのが相当である。公労法3条で、刑事免責に関する労組法[労働組合法]1条2項の適用を排除することなく、これを争議行為にも適用することとしているのは、この趣旨を裏付けるものといえることができる。そのことは、憲法28条の保障する労働基本権尊重の根本精神にのっとり、争議行為の禁止違反に対する効果または制裁は必要最小限度にとどめるべきであるとの見地から、違法な争議行為に関しては、民事責任を負わせるだけで足り、刑事制裁をもって臨むべきではないとの基本的態度を示したもの」である。「……争議行為が労組法1条1項の目的を達成するためのものであり、かつ、たんなる罷業または怠業等の不作為が存在するにとどまり、暴力の行使その他の不当性を伴わない場合には、刑事制裁の対象とはならない」と判示していることが注目される。横田正俊長官時代には、**朝日訴訟**¹⁴²⁾が結審し、結論に影

134) 最大判昭和38(1963)年3月27日刑集17巻2号121頁。

135) 最大判昭和38(1963)年5月15日刑集17巻4号302頁。

136) 最大判昭和38(1963)年6月26日刑集17巻5号521頁。

137) 最大判昭和38(1963)年12月4日刑集17巻12号2434頁。

138) 最大判昭和39(1964)年2月26日民集18巻2号343頁。

139) 最大判昭和39(1964)年11月18日民集18巻9号1868頁。

140) 最大判昭和41(1966)年10月26日刑集20巻8号901頁。

141) 公共企業体等労働関係法(昭和23年法律257号[昭和23年12月20日])のこと。旧「国営企業労働関係法」であり、現「特定独立行政法人等の労働関係に関する法律」である。

142) 最大判昭和42(1967)年5月24日民集21巻5号1043頁。

響しない「念のため」示された判示で憲法第 25 条をプログラム規定とした¹⁴³⁾ことも注目に値しよう。

5 代目長官は、石田^{かずと}和^と外 (1969 年 1 月 11 日～1973 年 5 月 19 日在任) である。裁判官出身で、労働基本権に関しては、4 代目長官の時期のリベラルな判決から一転、保守的な判断が下されている。いわゆる都教組事件¹⁴⁴⁾における判断で合憲限定解釈をとり、被告人を無罪としたこと、他方で都教組事件と同日に判決を出した全司法仙台事件¹⁴⁵⁾では被告人を有罪としていることが注目される。前者は地方公務員法(地公法)の争議行為禁止に関する事件であり、後者は国家公務員法(国公法)の争議行為の禁止に関する事件であった。都教組事件においては、地公法第 37 条及び第 61 条第 4 号の規定の合憲性を判断するにあたって、「争議行為を禁止することによつて保護しようとする法益と、労働基本権を尊重し保障することによつて実現しようとする法益との比較較量により、両者の要請を適切に調整する見地から判断することが必要である」という前提をおいた上で、「争議行為そのものに種々の態様があり、その違法性が認められる場合にも、その強弱に程度の差があるように、あおり行為等にもさまざまな態様があり、その違法性が認められる場合にも、その違法性の程度には強弱さまざまのものがあろう。それにもかかわらず、これらのニュアンスを一切否定して一律にあおり行為等を刑事罰をもつてのぞむ違法性があるものと断定することは許されないというべきである。ことに、争議行為そのものを処罰の対象とすることなく、あおり行為等にかぎつて処罰すべきものとしている地公法 61 条 4 号の趣旨からいつても、争議行為に通常随伴して行なわれる行為のごときは、処罰の対象とされるべきものではない」。「本件の一せい休暇闘争は、同盟罷業または怠業にあたり、その職務の停廃が次代の国民の教育上に障害をもたらすものとして、その違法性を否定することができないとしても、被告人らは、いずれも都教組の執行委員長その他幹部たる組合員の地位において右指令の配布または趣旨伝達等の行為をしたというのであつて、これらの行為は、本件争議行為の一環として行なわれたものであるから、前示の組合員のする争議行

143) 憲法第 25 条第 1 項は「すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的権利を付与したのではない」。「何が健康で文化的な最低限度の生活であるかの認定判断は、いちおう、厚生大臣の合目的な最良に任されて」いる。「……現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によつて与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合には、違法な行為として司法審査の対象となることをまぬかれない」。最後の部分の判示をもって、朝日訴訟で最高裁が依拠したのは抽象的権利説であると解する説があるが、ここではこれ以上立ち入らない。

144) 最大判昭和 44 (1969) 年 4 月 2 日刑集 23 卷 5 号 305 頁・判例時報 550 号 21 頁。

145) 最大判昭和 44 (1969) 年 4 月 2 日刑集 23 卷 5 号 685 頁・判例時報 550 号 29 頁。

為に通常随伴する行為にあたるものと解すべきであり、被告人らに対し、懲戒処分をし、また民事上の責任を追及するのはともかくとして、さきに説示した労働基本権尊重の憲法
 の精神に照らし、さらに、争議行為自体を 処罰の対象としていない地公法 61 条 4 号の趣
 旨に徴し、これら被告人のした行為は、刑事罰をもつてのぞむ違法性を欠く」と判断して
 いる。このような判断手法は、**二重の絞り論**と呼ばれる。①違法性の強い争議行為のみが
 禁止され、さらに②争議行為に通常随伴するようなあおり行為は、刑事罰の対象にならな
 い、というような判断を行ったからである。このような判断に止まれば、それほど批判さ
 れなかったであろう。しかし、同じ石田長官の下で判示された**全農林警職法事件判決**¹⁴⁶⁾で、
 判例を変更した。「公務員は、公共の利益のために勤務するものであり、公務の円滑な運
 営のためには、その担当する職務内容の別なく、それぞれの職場においてその職責を果す
 ことが必要不可欠であつて、公務員が争議行為に及ぶことは、その地位の特殊性および職
 務の公共性と相容れないばかりでなく、多かれ少なかれ公務の停廃をもたらし、その停廃
 は勤労者を含めた国民全体の共同利益に重大な影響を及ぼすか、またはその虞れがある」
 という総論に基礎を置き、さらに「公務員については、憲法自体がその 73 条 4 号におい
 て「法律の定める基準に従ひ、官吏に関する事務を掌理すること」は内閣の事務であると
 定め、その給与は法律により定められる給与準則に基づいてなされることを要し、これに
 基づかずにはいかなる金銭または有価物も支給することはできないとされており（国公法
 63 条 1 項参照）、このように公務員の給与をはじめ、その他の勤務条件は、私企業の場合
 のごとく労使間の自由な交渉に基づく合意によつて定められるものではなく、原則として、
 国民の代表者により構成される国会の制定した法律、予算によつて定められることとなつ
 ているのである。その場合、使用者としての政府にいかなる範囲の決定権を委任するかは、
 まさに国会みずからが立法をもつて定めるべき労働政策の問題である。したがつて、これ
 ら公務員の勤務条件の決定に関し、政府が国会から適法な委任を受けていない事項につい
 て、公務員が政府に対し争議行為を行なうことは、的はずれであつて正常なものとはい
 がたく、もしこのような制度上の制約にもかかわらず公務員による争議行為が行なわれる
 ならば、使用者としての政府によつては解決できない立法問題に逢着せざるをえないこと
 となり、ひいては民主的に行なわれるべき公務員の勤務条件決定の手續過程を歪曲するこ
 とともなつて、憲法の基本原則である議会制民主主義（憲法 41 条, 83 条等参照）に背馳し、
 国会の議決権を侵す虞れすらなしとしない」とまで述べる。そして、「その争議行為等が、
 勤労者をも含めた国民全体の共同利益の保障という見地から制約を受ける公務員に対しても、
 その生存権保障の趣旨から、法は、これらの制約に見合う代償措置として身分、任免、

146) 最大判昭和 48 (1973) 年 4 月 25 日刑集 27 卷 4 号 547 頁。

服務、給与その他に関する勤務条件についての周到詳細な規定を設け、さらに中央人事行政機関として準司法機関の性格をもつ人事院を設けている」から国公法による、違法な争議行為をあおる行為に対する罰則規定は合憲であって憲法第 28 条に反しない。「公務員の争議行為の禁止は、憲法に違反することはないのであるから、何人であつても、この禁止を侵す違法な争議行為をあおる等の行為をする者は、違法な争議行為に対する原動力を与える者として、単なる争議参加者にくらべて社会的責任が重いのであり、また争議行為の開始ないしはその遂行の原因を作るものであるから、かかるあおり等の行為者の責任を問ひ、かつ、違法な争議行為の防遏を図るため、その者に対しとくに処罰の必要性を認めて罰則を設けることは、十分に合理性がある」。ある意味非常に乱暴な論理で判例変更をしており、当然大変な批判を受けた。

しかし、この石田コートは、すでに見たように最初の違憲判決（**尊属殺重罰規定違憲判決**¹⁴⁷⁾）も出しており、また**和歌山時事新聞**に関する判示¹⁴⁸⁾（真実と確信した（誤った）事実報道による名誉毀損）、**「悪徳の栄え」事件判決**¹⁴⁹⁾（翻訳書がわいせつ文書にあたるか）、**博多駅テレビフィルム提出命令事件**¹⁵⁰⁾、肖像権侵害について一般論としては認める判決¹⁵¹⁾、**八幡製鉄政治献金事件判決**¹⁵²⁾、被告に原因がない訴訟遅延における免訴判決（**高田事件**¹⁵³⁾）など、立憲主義の確立に寄与した重要な判決も下しており、一概に保守的で問題のある時期とも言い切れない。

6代目長官**村上朝一**（1973年5月21日～1976年5月24日在任）は、裁判官・検察官経験者であった。戦前、「ジャカルタで陸軍司政官、敗戦で引きあげ司法省民事局勤務、戦後の民法改正や地方法務局設置などに参画、41歳の若さで法務長民事局長。法務省移行後も局長を約10年間つとめた。そのあと最高裁調査官を経て最高検公判部長。ここでは砂川事件の跳躍上告、松川事件の弁論に立ち会った。その後、横浜地裁所長、東京高裁判事、仙台、東京高裁長官から最高裁判事¹⁵⁴⁾」という経歴である。在任期間はそれほど長くないが（約3年）、旧都市計画法第16条第1項に基づく土地収用につき土地収用法による補償がいつの時点の価格に根拠をおくべきかが争われた、第29条第3項に関する土

147) 最大判昭和48（1973）年4月4日刑集27巻3号265頁。本章第1節3参照。

148) 最大判昭和44（1969）年6月25日刑集23巻7号975頁。

149) 最大判昭和44（1969）年3月13日刑集23巻10号1239頁。

150) 最大判昭和44（1969）年11月26日刑集23巻11号1490頁。

151) 最大判昭和44（1969）年12月24日刑集23巻12号1625頁（**京都府学連事件**）。

152) 最大判昭和45（1970）年6月24日民集24巻6号625頁。

153) 最大判昭和47（1972）年12月20日刑集26巻10号631頁。

154) 野村二郎『日本の裁判史を読む事典』（自由国民社、2004年）62頁。

地収用法事件¹⁵⁵⁾、私人間効力に関する**三菱樹脂事件**¹⁵⁶⁾及び**昭和女子大事件**¹⁵⁷⁾、国家公務員の政治行為に関する**猿払事件**¹⁵⁸⁾、集団行進・集団示威行動規制条例規定があいまい不明確で憲法第31条に反するかどうか争われた**徳島市公安条例事件**¹⁵⁹⁾、教育を受ける権利に関する重要判決である**旭川学テ事件**¹⁶⁰⁾、地公法違反及び道路交通法(道交法)違反が問われた**岩教組学テ事件**¹⁶¹⁾の他、**薬事法違憲判決**¹⁶²⁾並びに**衆議院議院定数不均衡訴訟違憲判決**¹⁶³⁾という二つの違憲判決を出していることは注目される。ちなみに村上長官時代に現在の最高裁が落成している(1974年5月13日)。

7代目長官は**藤林益三**(1976年5月25日～1977年8月25日在任)である。初の弁護士出身長官であった(今までのところ唯一の例)。就任時点で高齢であり(藤林は1907年8月26日生まれである)、任期が極めて短かった(1年3ヶ月)。しかし富山大学単位等不認定事件¹⁶⁴⁾、全通名古屋中郵事件¹⁶⁵⁾、狭山事件¹⁶⁶⁾の他、信教の自由、政教分離に関する、いわゆる目的効果基準を示した重要判決である**津地鎮祭事件判決**を出していることは注目される。藤林は無教会派キリスト教徒であり、津地鎮祭判決では長官でありながら少数意見に与した。

高齢のため2年に満たず退官した藤林の後任として8代目長官となったのは、**岡原昌男**(1977年8月26日～1979年3月31日在任)であった。岡原は検察官出身であるが、すでに最高裁判事としては7年間の経験があった。岡原長官時代、違憲判決はないが、取材の自由及び罪刑法定主義に関わる重要判決である**外務省秘密伝聞漏洩事件**(通称**西山記**

155) 最一小判昭和48(1973)年10月18日民集27巻9号1210頁(第1小法廷裁判長岸上康夫。陪席裁判官藤林益三[第7代最高裁長官]、下田武三、岸盛一。大隅健一郎[商法学者]裁判官は判決時に海外出張のため署名していない)。

156) 最大判昭和48(1973)年12月12日民集27巻11号1536頁。

157) 最三小判昭和49(1974)年7月19日民集28巻5号790頁(第3小法廷裁判長は坂本吉勝。陪席裁判官は関根小郷、天野武一、江里口清雄、高辻正己)。

158) 最大判昭和49(1974)年11月6日刑集28巻9号393頁。第3章第3節2参照。

159) 最大判昭和50(1975)年9月10日刑集29巻8号489頁。

160) 最大判昭和51(1976)年5月21日刑集30巻5号615頁。

161) 最大判昭和51(1976)年5月21日刑集30巻5号1178頁。

162) 最大判昭和50(1975)年4月30日民集29巻4号572頁。本章第1節3参照。

163) 最大判昭和51(1976)年4月14日民集30巻3号223頁。ただし事情判決の手法を用いて選挙自体は有効としている。本章第1節3及び第3章第3節4(4)参照。

164) 最三小判昭和52(1977)年3月15日民集31巻2号234頁(第3小法廷裁判長は天野武一。陪席裁判官は江里口清雄、高辻正己、服部高顯[第9代最高裁長官]、環昌一)。

165) 最大判昭和52(1977)年5月4日刑集31巻3号182頁。

166) 最二小判昭和52(1977)年8月9日刑集31巻5号821頁(第2小法廷の裁判長は吉田豊。陪席裁判官は岡原昌男[第8代最高裁長官]、大塚喜一郎、本林讓、栗本一夫)。

者事件)¹⁶⁷⁾と、在留外国人の政治活動の自由が問題となった**マクリン事件**¹⁶⁸⁾という、二つの重要判決がある。後者は全員一致の判決であることが注目される。一般にマクリン事件は権利性質説を表明した判決とされるが、子細に読めば、必ずしもそうではない。要するに、外国人は、出入国管理に関する法律制度の枠内でのみ権利が保障されるといっており、明治憲法下における（悪い意味での）法律の留保が外国人については当てはまるというもので、これが判例になっているのであるから、外国人の権利に関しては困難な問題が生じているのである。

9代目長官は、**服部高顯**^{たかあき}（1979年4月2日～1982年9月30日在任）である。9代目長官以後、裁判官出身の長官が続いている。服部長官時代には、選挙期間中の文書配布を制限する公職選挙法の規定が第21条第1項に反しないかが問われた事件¹⁶⁹⁾、わいせつ文書規制に関する「**四畳半襖の下張**」事件¹⁷⁰⁾、猿払事件同様、郵便職員の政治的行為の禁止の合憲性が争われた**全通プラカード事件**¹⁷¹⁾、企業の定年男女差が問われた**日産自動車女性若年定年制事件**¹⁷²⁾、司法審査の対象となりうる訴訟の内実が問われた「**板まんだら**」事件¹⁷³⁾、前科がプライバシーに当たるかが問われた**前科照会事件**¹⁷⁴⁾、表現の自由と名誉毀損に関する「**月刊ペン**」事件¹⁷⁵⁾、戸別訪問の禁止を合憲と判断した判決¹⁷⁶⁾、環境権が問われ

167) 最一小判昭和53(1978)年5月31日刑集32巻3号457頁(第1小法定裁判長は岸盛一、陪席裁判官は岸上康夫、團藤重光、藤崎萬里、本山亨)。

168) 最大判昭和53(1978)年10月4日民集32巻7号1223頁。

169) 最一小判昭和54(1979)年12月20日刑集33巻7号1074頁(第1小法廷裁判長は團藤重光、陪席裁判官は藤崎萬里、本山亨、戸田弘、中村治朗)。

170) 最二小判昭和55(1980)年11月28日刑集34巻6号433頁(第2小法廷裁判長は栗本一夫、陪席裁判官は木下忠良、塚本重頼^{しげより}、鹽野宜慶^{しおのやすよし}、宮崎梧一^{こいち})。

171) 最三小判昭和55(1980)年12月23日民集34巻7号959頁(第3小法廷裁判長は環昌一、陪席裁判官は伊藤正己、寺田治郎)。判決はメーデーのデモ行進に参加した郵便職員の行為を処罰すべきとの下級審の判断を覆し棄却したが、裁判長であった環裁判官が、国家公務員法の適用自体が誤りであるとの反対意見を表明している。

172) 最三小判昭和56(1981)年3月24日民集35巻2号300頁(第3小法廷裁判長は寺田治郎、陪席裁判官は環昌一、横井大三、伊藤正己)。

173) 最三小判昭和56(1981)年4月7日民集35巻3号443頁(第3小法廷裁判長は横井大三、陪席裁判官は環昌一、寺田治郎)。寺田裁判官による意見がある。

174) 最三小判昭和56(1981)年4月14日民集35巻3号620頁(第3小法廷裁判長は寺田治郎、陪席裁判官は環昌一〔反対意見(「過失の責めを問うことは過酷に過ぎ相当でない」)〕、横井大三、伊藤正己〔補足意見(前科のプライバシー性を強調)〕)。

175) 最一小判昭和56(1981)年4月16日刑集35巻3号84頁(第1小法廷裁判長は團藤重光、陪席裁判官は藤崎萬里、本山亨、中村治朗)。破棄差戻判決であるが、職権による判断の中で刑法230条ノ2の解釈という形で、実質的に名誉毀損に関する憲法論を展開している。

176) 最三小判昭和56(1981)年7月21日刑集35巻5号568頁(前科照会事件と法廷の構成は同一であっ

た大阪空港公害訴訟¹⁷⁷⁾、生存権の法的性質が問題となった堀木訴訟¹⁷⁸⁾、郵便貯金目減り訴訟¹⁷⁹⁾といった判例がある。

前科照会事件は、判決は上告棄却であるが、「他人に知られたくない個人の情報は、それがたとえ真実に合致するものであつても、その者のプライバシーとして法律上の保護を受け、これをみだりに公開することは許されず、違法に他人のプライバシーを侵害することは不法行為を構成する」。「本件で問題とされた前科等は、個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたくないものの一つであり、それに関する情報への接近をきわめて困難なものとし、その秘密の保護がはかられているのもそのためである」。「人の前科等の情報を保管する機関には、その秘密の保持につきとくに厳格な注意義務が課せられていると解すべきである。本件の場合、〔中略〕同区長が前科等の情報を保管する者としての義務に忠実であつたとはいえず、同区長に対し過失の責めを問うことが酷に過ぎるとはいえない」との伊藤裁判官による補足意見がある。これに対し次のような環裁判官による反対意見がある。「上告人京都市の中京区長は、照会者たる京都弁護士会を裁判所等に準ずる官公署とみたく、本件照会が身元証明等を求める場合に当たらないばかりでなく、前記のような事情のもとで本件回答書が中央労働委員会及び裁判所に提出されることによつてその内容がみだりに公開されるおそれのないものであるとの判断に立つて前記官公署間における共助的事務の処理と同様に取り扱い回答をしたものと思われるのであるが、このような取り扱いをしたことは、他に特段の事情の存することが認められない限り、弁護士法23条の2の規定に関する一個の解釈として十分成り立ちうる見解に立脚したものであるとして被上告人の名誉等の保護に対する配慮に特に欠けるところがあつたものというべきではないから、同区長に対し少なくとも過失の責めを問うことは酷に過ぎ相当でない。〔中略〕上告人の中京区長の過失をたやすく肯定した原判決はその余の点についての判断をまつまでも

て、第3小法廷裁判長は寺田治郎、陪席裁判官は環昌一、横井大三、伊藤正己〔従来の戸別訪問禁止が合憲であるとの判例における理由付けが不充分であるとの長文の補足意見を付した〕。

177) 最大判昭和56(1981)年12月16日民集35巻10号1369頁(補足意見・反対意見が多数付されている。差し請求に関して、横井大三・伊藤正己・宮崎梧一の各裁判官が補足意見を、團藤重光、環昌一、中村治朗、木下忠良の各裁判官がそれぞれ反対意見を付し、過去の損害の賠償請求に関する個別意見として、服部高顕・伊藤・宮崎・寺田・谷口正孝の各裁判官ら、また栗本一夫・寺田・谷口の各裁判官によるそれぞれの補足意見があり、環裁判官による補足意見及び意見があるのに加え、栗本・藤崎・本山亨・横井大三の各裁判官による反対意見及び補足意見、團藤・中村・木下・伊藤の各裁判官による反対意見、環裁判官による反対意見、さらに團藤・木下の各裁判官による追加反対意見がある。さらに将来の損害賠償請求に関する團藤裁判官による個別意見がある)。

178) 最大判昭和57(1982)年7月7日民集36巻7号1235頁。

179) 最一小判昭和57(1982)年7月15日判例時報1053号93頁・判例タイムズ478号168頁・集民136号571頁(第1小法廷裁判長は谷口正孝、陪席裁判官は團藤重光、藤崎萬里、本山亨、中村治朗)。

なく破棄を免れず、論旨は理由がある。よつて、本件は更に審理を尽くさせるためこれを原審に差し戻すのが相当である」。伊藤裁判官の補足意見は、現在のプライバシー権の考え方の基礎になっている。

戸別訪問禁止を合憲と判断した判決は、結論は法廷意見同様合憲ではあるが、伊藤裁判官による長文の反対意見があり、学説はこの反対意見を評価している。同反対意見は「(1) 戸別訪問は買収、利益誘導等の不正行為の温床となり易く、選挙の公正を損うおそれの大きいこと、(2) 選挙人の生活の平穩を害して迷惑を及ぼすこと、(3) 候補者にとつて煩に堪えない選挙運動であり、また多額の出費を余儀なくされること、(4) 投票が情実に流され易くなること、(5) 戸別訪問の禁止は意見の表明そのものを抑止するのではなく、意見表明のための一つの手段を禁止するものにすぎないのであり、以上にあげたような戸別訪問に伴う弊害を全体として考慮するとき、その禁止も憲法上許容されるものと解される」という従来の合憲論に対して一つ一つ反駁した。特に第5点に対する反論は注目される。すなわち「表現の自由を制約する場合、表現そのものを抑止することよりも、表現の自由の行使の時、場所、方法を規制することは、その制約の程度が大きくなり、したがつて憲法上前者が合憲とされるためにはきびしい基準に適合する必要があるのに反して、後者はそれに比してやや緩やかな基準に合致するをもつて足りると考えられる。しかし、表現の自由の制約は、多くの場合に、後者の手段によつてされるのであり、これが単に合理的なものであれば許容されると解されるのであれば、表現の自由の制約が広く許されることになり、正当な解釈とはいえない。表現の自由の行使の一つの方法が禁止されたときも、その表現を他の方法によつて伝達することは可能であるが、禁止された方法がその表現の伝達にとつて有効適切なものであり、他の方法ではその効果を挙げえない場合には、その禁止は、実質的にみて表現の自由を大幅に制限することとなる。たしかに選挙運動において候補者の政策を選挙人に伝える方法として多くのものが認められてはいるが、戸別訪問が直接に政治的意見を伝えることができるとともに、また選挙人側の意思も候補者に伝えられるという双方向的な伝達方法であることなどの長所をもつことを考えると、戸別訪問の禁止がただ一つの方法の禁止にすぎないからといつて、これをたやすく合憲であるとするは適切ではない」。しかしながら、「以上に挙げられた諸理由は戸別訪問の禁止が合憲であることの論拠として補足的、附随的なものであり、むしろ他の点に重要な理由がある…。〔中略〕法の定めたルールを各候補者が守ることによつて公正な選挙が行われるのであり、そこでは合理的なルールの設けられることが予定されている。このルールの内容をどのようなものとするかについては立法政策に委ねられている範囲が広く、それに対しては必要最少限度の制約のみが許容されるという合憲のための厳格な基準は適用されな

い……。憲法 47 条は、〔中略〕選挙運動のルールについて国会の立法の裁量の余地の広いという趣旨を含んでいる。国会は、選挙区の設定、投票の方法、わが国における選挙の実態など諸般の事情を考慮して選挙運動のルールを定めうるのであり、これが合理的とは考えられないような特段の事情のない限り、国会の定めるルールは各候補者の守るべきものとして尊重されなければならない。この立場にたつと、戸別訪問には前記のような諸弊害を伴うことをもつて表現の自由の制限を合憲とするために必要とされる厳格な基準に合致するとはいえないとしても、それらは、戸別訪問が合理的な理由に基づいて禁止されていることを示すものといえる。したがって、その禁止が立法の裁量権の範囲を逸脱し憲法に違反すると判断すべきものとは考えられない。もとより戸別訪問の禁止が立法政策として妥当であるかどうかは考慮の余地があるが（第 7 次選挙制度審議会では、人数、時間、場所、退去義務などの規制をするとともに、戸別訪問の禁止を原則として撤廃すべしとする意見がたつよかつた）、これは、その禁止が憲法に反するかどうかとは別問題である。実際には限りなく違憲論に近いものと解しうるものであった。

10 代目長官は寺田治郎（1982 年 10 月 1 日～1985 年 11 月 3 日在任）。この時期、違憲判決こそないものの、よど号ハイジャック新聞記事抹消事件¹⁸⁰⁾、札幌税関検査事件¹⁸¹⁾、吉祥寺駅構内ビラ配布事件¹⁸²⁾、福岡県青少年保護育成条例事件¹⁸³⁾のように、表現の自由、罪刑法定主義の観点から重要な判例があり、その他東京都議会議員選挙無効請求訴訟に対する判断¹⁸⁴⁾（公職選挙法違反を認定）、そして所得税の法定控除の合憲性が問われたサラリーマン税金訴訟¹⁸⁵⁾などの判例がある。

11 代目長官は、矢口洪一（1985 年 11 月 5 日～1990 年 2 月 19 日在任）である。森林法共有林分割禁止規定違憲判決¹⁸⁶⁾を出している他にも、結論としては合憲であるが重要な判例がある。選挙権、そして立法不作為にかかわる、在宅投票制度廃止事件¹⁸⁷⁾が司法権

180) 最大判昭和 58（1983）年 6 月 22 日民集 37 卷 5 号 793 頁。

181) 最大判昭和 59（1984）年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁。

182) 最三小判昭和 59（1984）年 12 月 18 日刑集 38 卷 12 号 3026 頁（第 3 小法廷裁判長は木戸口久治、陪席裁判官は伊藤正己、安岡満彦、長島敦）。伊藤裁判官が補足意見としてパブリック・フォーラム論を述べていることが注目される。

183) 最大判昭和 60（1985）年 10 月 23 日刑集 39 卷 6 号 413 頁。

184) 最一小判昭和 59（1984）年 5 月 17 日民集 38 卷 7 号 721 頁（第 1 小法廷裁判長は角田禮次郎、陪席裁判官は藤崎萬里、谷口正孝、和田誠一、矢口洪一）。藤崎裁判官による、訴え却下を主張する反対意見がある。

185) 最大判昭和 60（1985）年 3 月 27 日民集 39 卷 2 号 247 頁（伊藤正己裁判官の補足意見〔一部実質的に反対意見〕、谷口正孝、木戸口久治、島谷六郎の各裁判官によるそれぞれの補足意見がある）。

186) 最大判昭和 62（1987）年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁。

187) 最一小判昭和 60（1985）年 11 月 21 日民集 39 卷 7 号 1512 頁（第 1 小法廷裁判長は和田誠一、陪

を考察するに当たっては重要である。「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いというべきであつて、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国会があえて当該立法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1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない」と判示している。この判決により、立法不作為の違憲訴訟はほぼあり得ないことになったかのように思われた。しかし、15代長官町田顯の時代、**在外日本国民選挙権訴訟**¹⁸⁸⁾において立法不作為に対する違憲判断が下されることになった。表現の自由に関して、**北方ジャーナル事件**¹⁸⁹⁾、大分県屋外広告物条例違反事件¹⁹⁰⁾、岐阜県青少年保護育成条例事件¹⁹¹⁾ [これらは条例による罰則にもかかわる]、**サンケイ新聞事件**¹⁹²⁾、信教の自由・政教分離原則にかかわる**自衛官合祀拒否訴訟**¹⁹³⁾、司法審査の対象や裁判を受ける権利にかかわる、**共産党袴田事件**¹⁹⁴⁾及び天皇と民事裁判権の関係が問われた事件¹⁹⁵⁾、営業の自由にかかわる2度に亘る公衆浴場適正配置規制に関する事件¹⁹⁶⁾、平和主義及び私人間効力の関係が問われた**百里基地訴訟**¹⁹⁷⁾、教育を受け

席裁判官は谷口正孝、角田禮次郎、矢口洪一、高島益郎)。

188) 最大判平成17(2005)年9月14日民集59巻7号2087頁。

189) 最大判昭和61(1986)年6月11日民集40巻4号872頁。

190) 最三小判昭和62(1987)年3月3日刑集41巻2号15頁(第3小法廷裁判長は安岡満彦、陪席裁判官は伊藤正己、長島敦、坂上壽夫)。

191) 最三小判平成元(1989)年9月19日刑集43巻8号785頁(第3小法廷裁判長は伊藤正己、陪席裁判官は安岡満彦、坂上壽夫、貞家克己)。伊藤裁判官による表現の自由との関連での疑義を精緻に検討した補足意見がある。

192) 最大判昭和62(1987)年4月24日民集41巻3号490頁。

193) 最大判昭和63(1988)年6月1日民集42巻5号277頁。

194) 最三小判昭和63(1988)年12月20日判例時報1307号113頁・集民155号405頁。法廷の構成は岐阜県青少年保護育成条例事件と同様であるが裁判長が坂上裁判官となっている。

195) 最二小判平成元(1989)年11月20日民集43巻10号1160頁(第2小法廷裁判長は香川保一、陪席裁判官は牧圭次、島谷六郎、藤島昭、奥野久之)。天皇に民事裁判権が及ばない理由を「象徴であるから」としか述べていないため、学説からの批判が強い判決である。

196) 最二小判平成元(1989)年1月20日刑集43巻1号1頁(天皇の民事裁判権に関する判決と法廷と裁判官の構成は同様であるが、裁判長は藤島裁判官である)及び最三小判平成元年3月7日集民156号299頁(法廷の構成は岐阜県青少年保護育成条例事件と同様であるが裁判長が安岡裁判官である)。

197) 最三小判平成元(1989)年6月20日民集43巻6号385頁(第3小法廷裁判長は伊藤正己、陪席裁判官は安岡満彦、坂上壽夫)。伊藤裁判長による補足意見がある。

る権利に関わる**麴町中学校内申書事件**¹⁹⁸⁾及び**伝習館高校事件**¹⁹⁹⁾などである。

大分県屋外広告物条例違反事件においては、伊藤裁判官による次の補足意見が、表現の自由規制に関して注目される。「例えば、一枚の小さなビラを電柱に貼付する所為もまたそこで問題とされる大阪市の条例の規制を受けるものであつたが、このような所為に対し、美観風致の維持を理由に、罰金刑とはいえ刑事罰を科することが、どうして憲法的自由の抑制手段として許される程度をこえないものといえるかについて、判旨からうかがうことができない」。「本条例は、表現の自由、とくに思想、政治的意見や情報の伝達の観点からみると、憲法上の疑義を免れることはできない…。しかしながら、私は、このような疑点にもかかわらず、本条例が法令として違憲無効であると判断すべきではないと考えている。したがって、大阪市の条例の違憲性を否定した大法廷判例は、変更の必要をみない…。本条例の目的とするところは、美観風致の維持と公衆への危害の防止であつて、表現の内容はその関知するところではなく、広告物が政治的表現であると、営利的表現であると、その他いかなる表現であるとを問わず、その目的からみて規制を必要とする場合に、一定の抑制を加えるものである。もし本条例が思想や政治的な意見情報の伝達にかかる表現の内容を主たる規制対象とするものであれば、憲法上厳格な基準によつて審査され、すでにあげた疑問を解消することができないが、本条例は、表現の内容と全くかわりなしに、美観風致の維持等の目的から屋外広告物の掲出の場所や方法について一般的に規制しているものである。この場合に右と同じ厳格な基準を適用することは必ずしも相当ではない。そしてわが国の実情、とくに都市において著しく乱雑な広告物の掲出のおそれのあることからみて、表現の内容を顧慮することなく、美観風致の維持という観点から一定限度の規制を行うことは、これを容認せざるをえないと思われる。もとより、表現の内容と無関係に一律に表現の場所、方法、態様などを規制することが、たとえ思想や意見の表現の抑制を目的としなくても、實際上主としてそれらの表現の抑制の効果をもつこともありうる。そこで、これらの法令は思想や政治的意見の表示に適用されるときには違憲となるという部分違憲の考え方や、もともとそれはこのような表示を含む広告物には適用されないと解釈した上でそれを合憲と判断する限定解釈の考え方も主張されえよう。しかし、美観風致の維持を目的とする本条例について、右のような広告物の内容によつて区別をして合憲性を判断することは必ずしも適切ではないし、具体的にその区別が困難であることも少なく

198) 最二小判昭和 63 (1988) 年 7 月 15 日判例時報 1287 号 65 頁 (天皇の民事裁判権に関する判決と法廷と裁判官の構成は同様)。

199) 最一小判平成 2 (1990) 年 1 月 18 日判例時報 1337 号 3 頁及び民集 44 卷 1 号 1 頁 (第 1 小法廷裁判長は大堀誠一、陪席裁判官は、角田禮次郎、大内恒夫、佐藤哲郎、四ツ谷巖)。

ない。以上のように考えると、本条例は、その規制の範囲がやや広きに失するうらみはあるが、違憲を理由にそれを無効の法令と断定することは相当ではないと思われる。「しかしながら、すでにのべたいいくつかの疑問点のあることは、当然に、本条例の適用にあたっては憲法の趣旨に即して慎重な態度をとるべきことを要求するものであり、場合によつては適用違憲の事態を生ずることをみのがしてはならない」。

また百里基地訴訟では、「上告人らが平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であつて、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえず、また、憲法9条は、その憲法規範として有する性格上、私法上の行為の効力を直接規律することを目的とした規定ではなく、人権規定と同様、私法上の行為に対しては直接適用されるものではないと解するのが相当であり、国が一方当事者として関与した行為であつても、たとえば、行政活動上必要となる物品を調達する契約、公共施設に必要な土地の取得又は国有財産の売払いのためにする契約などのように、国が行政の主体としてでなく私人と対等の立場に立つて、私人との間で個々に締結する私法上の契約は、当該契約がその成立の経緯及び内容において実質的にみて公権力の発動たる行為となんら変わりがないといえるような特段の事情のない限り、憲法9条の直接適用を受けず、私人間の利害関係の公平な調整を目的とする私法の適用を受けるにすぎないものと解するのが相当である」と判示された。自衛隊に関する土地売買には第9条は無関係だとこの判示は、結論ありきの理由付けではないかとの疑いがある。

法廷意見の傾向は断言しにくいだが、長官が交代しても任期が続いていた伊藤裁判官の意見(補足意見・反対意見)は表現の自由に関する裁判所の判断を極めて精緻なものにすることに貢献したといえる。

12代目長官は**草場良八**(1990年2月20日～1995年11月7日在任)である。違憲判決はないが、表現の自由にかかわる重要判例がある。すなわち、政見放送の自由について判示したもの²⁰⁰⁾、**TBS事件**²⁰¹⁾、**ノンフィクション「逆転」事件**²⁰²⁾、**泉佐野市民会館事件**²⁰³⁾が

200) 最三小判平成2(1990)年4月17日民集44巻3号547頁(第3小法廷裁判長は安岡満彦、陪席裁判官は坂上壽夫、貞家克己、園部逸夫)。園部裁判官による意見がある。

201) 最二小決平成2(1990)年7月9日刑集44巻5号421頁(裁判長は藤島昭、陪席裁判官は香川一、奥野久之、中島敏次郎)。奥野裁判官による、放映済みビデオテープの差押を違法とする反対意見がある。

202) 最三小判平成6(1994)年2月8日民集48巻2号149頁(第3小法廷裁判長は大野正男、陪席裁判官は園部逸夫、佐藤庄市郎、可部恒雄、千種秀夫)。

203) 最三小判平成7(1995)年3月7日民集49巻3号687頁(裁判長は大野正男、陪席裁判官は園部逸夫、可部恒雄、千種秀夫、尾崎行信)。園部裁判官による補足意見がある。法廷意見による、公物管理

それである。情報公開請求権、知る権利とプライバシーが問題となった**大阪府水道部懇談会費事件**²⁰⁴も表現の自由を考える上で重要な判示であった。教科書検定にかかわる**第1次家永教科書事件判決**²⁰⁵は、検閲の意義と教育を受ける権利にかかわる。また参政権（選挙権・被選挙権）にかかわって、さきの政見放送の自由に関わる事件も含み、**外国人の地方選挙権**に関する事件²⁰⁶、**日本新党繰上補充事件**²⁰⁷に関する判決は解釈論への影響が大きい。刑事手続や刑事補償に関しても一定の影響力をもった判決がある²⁰⁸。草場長官時代には、現在に至る影響力を持った**非嫡出子相続分差別に関する判決**がある²⁰⁹。

13代目長官は**三好達**（1995年11月8日～1997年10月30日在任）である。最高裁長官になった初めての昭和生まれである。就任時に既に68歳であったので、在任期間が2年しかない。議員定数不均衡に関する訴訟²¹⁰、及び**愛媛玉串料訴訟**²¹¹で違憲判断を出している。違憲判断を除くと、代表的なのは**沖縄代理署名訴訟**²¹²、**剣道実技履修拒否事件**²¹³、

条例を厳格に解釈する立場に疑義を呈している。

204) 最三小判平成6（1994）年2月8日民集48巻2号255頁。（第3小法廷裁判長は千種秀夫、陪席裁判官は園部逸夫、佐藤庄市郎、可部恒雄、大野正男）。なお関連して大阪府知事の交際費に係る公文書の大阪府公文書公開等条例該当性が問われた最一小判平成6年1月28日民集48巻1号53頁（第1小法廷裁判長は大堀誠一、陪席裁判官は味村治、小野幹雄、三好達、大白勝）がある。

205) 最三小判平成5（1993）年3月16日民集47巻5号3483頁（第3小法廷裁判長は可部恒雄、陪席裁判官は坂上壽夫、園部逸夫、佐藤庄市郎）。

206) 最三小判平成7（1995）年2月28日民集49巻2号639頁（泉佐野市民会館事件と裁判官の構成は同じだが、裁判長は可部裁判官が務めている）。

207) 最一小判平成7（1995）年5月25日民集49巻5号1279頁（裁判長は三好達、陪席裁判官は大堀誠一、小野幹雄、遠藤光男）。本事件については、本講義案第3章第3節参照。

208) 最三小判平成3（1991）年3月29日刑集45巻3号158頁（裁判長は可部恒雄、陪席裁判官は坂上壽夫、貞家克己、園部逸夫、佐藤庄市郎。少年法23条2項による不処分決定は、非行事実が認められないことを理由とするものであっても、刑事補償法1条1項にいう「無罪の裁判」には当たらないと判示した。坂上裁判官の補足意見、園部裁判官の意見がある）、最大判平成4（1992）年7月1日民集46巻5号437頁（**成田新法事件**）、最大判平成7（1995）年2月22日刑集49巻2号1頁（**ロッキード事件**九紅ルート・内閣総理大臣の職務権限）など。

209) 最大決平成7（1995）年7月5日民集49巻7号1789頁。最高裁のこの決定では10対5で合憲判決が出されているが、非嫡出子相続分について問われている小法廷事件が、2013年2月28日の各紙報道では、大法廷に回付されたようであるから、状況は、今後変化する可能性がある。

210) 参議院議員定数不均衡訴訟で格差6.59倍を違憲状態とした。最大判平成8（1996）年9月11日民集50巻8号2283頁。

211) 最大判平成9（1997）年4月2日民集51巻4号1673頁。

212) 最大判平成8（1996）年8月28日民集50巻7号1952頁。

213) 最二小判平成8（1996）年3月8日民集50巻3号469頁（第2小法廷裁判長は河合伸一、陪席裁判官は大西勝也、根岸重治、福田博）。エホバの証人事件ともいわれるが、輸血拒否の事例（後掲エホバの証人輸血拒否事件）との混同を避けるために剣道実技履修拒否事件とか神戸高専事件など

国会議員の免責特権に関する判断²¹⁴⁾の他、**女性の再婚禁止期間**に関する判示²¹⁵⁾、**指紋押捺拒否事件**²¹⁶⁾、**オウム真理教解散命令事件**²¹⁷⁾、上尾市福祉会館事件²¹⁸⁾、**南九州税理士会事件**²¹⁹⁾、選挙に関して、拡大連座制の憲法適合性を判断した事件²²⁰⁾などがある。

14代目長官は**山口繁**(1997年10月31日～2002年11月3日在任)である。前任者三好長官時代に7ヶ月だけ最高裁判事を務めた後長官に任命された。かなりの抜擢人事であった。三好長官時代、参議院議員定数不均衡訴訟で格差6.59倍の格差を違憲と判断したが、山口長官時代に提起された参議院議員定数不均衡訴訟では格差4.97倍を合憲と判断している²²¹⁾。なお衆議院議員選挙定数不均衡訴訟も山口長官時代に提起されているがこれについては格差2.3倍を14対9で合憲判断した。ただし5人の裁判官が選挙区の区割

と言われる。信教の自由(第20条)、教育を受ける権利(第26条)、平等権(第14条)などの侵害が主張され、原告の請求を認容した大阪高裁の判決を認容した(高専側の上告を棄却)。

- 214) 最三小判平成9(1997)年9月9日民集51巻8号3850頁(裁判長は尾崎行信、陪席裁判官は園部逸夫、大野正男、千種秀夫、山口繁)。いわゆる病院長自殺国賠訴訟。註28(第3章第1節5)参照。
- 215) 最三小判平成7(1995)年12月5日判例時報1563号81頁・判例タイムズ906号180頁(第3小法廷裁判長は千種秀夫、陪席裁判官は園部逸夫、可部恒雄、大野正男、尾崎行信)。
- 216) 最三小判平成7(1995)年12月15日刑集49巻10号842頁(再婚禁止期間に関する前註掲示の判例と裁判官の構成は同様であるが、裁判長は可部裁判官である)。
- 217) 最一小決平成8(1996)年1月30日民集50巻1号199頁(第1小法廷裁判長は小野幹雄、陪席裁判官は高橋久子、遠藤光男、藤井正雄)。
- 218) 最二小判平成8(1996)年3月15日民集50巻3号549頁(第2小法廷裁判長は根岸重治、陪席裁判官は大西勝也、河合伸一、福田博)。裁判所サイト掲載の要旨等によれば、「何者かに殺害されたD【JR東日本】関係労働組合の連合体の総務部長の合同葬に使用するためにされた市福祉会館の使用許可申請に対し、上尾市福祉会館設置及び管理条例(昭和46年上尾市条例第27号)6条1項1号が使用を許可しない事由として定める『会館の管理上支障があると認められるとき』に当たるとしてされた不許可処分は、右殺害事件についていわゆる内ゲバ事件ではないかともて捜査が進められている旨の新聞報道があったとしても、右合同葬の際にまでその主催者と対立する者らの妨害による混乱が生ずるおそれがあるとは考え難い状況にあった上、警察の警備等によってもなお混乱を防止することができない特別な事情があったとはいえず、右会館の施設の物的構造等に照らせば、右会館を合同葬に使用することがその設置目的やその確立した運営方針に反するとはいえないなど判示の事情の下においては、『会館の管理上支障がある』との事態が生ずることが客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測されたものということとはできず、違法というべきである」と判示したうえで、差戻を命じている。
- 219) 最大判平成8(1996)年3月19日民集50巻3号615頁。詳しくは佐藤註1前掲「憲法総論の再検討」第3章第4節3を参照。
- 220) 最一小判平成9(1997)年3月13日民集51巻3号1453頁(第1小法廷裁判長は遠藤光男、陪席裁判官は小野幹雄、高橋久子、井嶋一友、藤井正雄)。
- 221) 最大判平成10(1998)年9月2日民集52巻6号1373頁。

りを違憲と判断し²²²⁾, 他方重複立候補制について全員一致で合憲判断を下している²²³⁾。同日に判決が下されている衆議院の小選挙区比例代表並立制違憲訴訟は二件の判決があり, 「重複して立候補することを認める制度においては, 一の選挙において当選人とされなかった者が他の選挙において当選人とされることがあることは, 当然の帰結である。したがって, 重複立候補制を採用したこと自体が憲法前文, 43条1項, 14条1項, 15条3項, 44条に違反するとはいえない」。「複数の重複立候補者の比例代表選挙における当選人となるべき順位が名簿において同一のものとされた場合には, その者の間では当選人となるべき順位が小選挙区選挙の結果を待たないと確定しないことになるが, 結局のところ当選人となるべき順位は投票の結果によって決定される・・・から, このことをもって比例代表選挙が直接選挙に当たらないということではできず, 憲法43条1項, 15条1項, 3項に違反するとはいえない」という全員一致の判示²²⁴⁾と, 「小選挙区制は, 選挙を通じて国民の総意を議席に反映させる一つの合理的方法ということができ, これによって選出された議員が全国民の代表であるという性格と矛盾抵触するものではないと考えられるから, 小選挙区制を採用したことが国会の裁量の限界を超えるということではできず, 所論の憲法の要請や各規定に違反するとは認められない」²²⁵⁾という9対5の判決がある。山口長官時代には, **郵便法国家賠償責任制限規定違憲判決**²²⁶⁾が下されていることが, やはりなによりも注目される。法人の権利能力にかかわって**群馬司法書士会震災支援寄付事件**²²⁷⁾, 裁判官の政治的中立性に関する**寺西判事補事件決定**²²⁸⁾, 刑事裁判手続にかかわる**接見交通制限事件**²²⁹⁾, **旭川電話傍受事件**²³⁰⁾, 自己決定権にかかわる**エホバの証人輸血拒否事件**²³¹⁾, 私人が無断で

222) 河合伸一・遠藤光男・元原利文・梶谷玄らによる反対意見と, 福田博単独の反対意見がある。

223) 最大判平成11(1999)年11月10日民集53巻8号1441頁。

224) 最大判平成11(1999)年11月10日民集53巻8号1577頁。

225) 最大判平成11(1999)年11月10日民集53巻8号1704頁。

226) 最大判平成14(2002)年9月11日民集56巻7号1439頁。

227) 最一小判平成14年4月25日206号233頁・判例時報1785号31頁(第1小法廷裁判長は深澤武久, 陪席裁判官は井嶋一友, 藤井正雄, 町田顯, 横尾和子)。深澤裁判官, 横尾裁判官がそれぞれ反対意見を書いている。本判決について詳しくは佐藤註1前掲「憲法総論の再検討」第3章第4節3を参照。

228) 最大決平成10(1998)年12月1日民集52巻9号1761頁。

229) 最大判平成11(1999)年3月24日民集53巻3号514頁。

230) 最三小決平成11(1999)年12月16日刑集53巻9号1327頁(第3小法廷裁判長は金谷利廣, 陪席裁判官は千種秀夫, 元原利文, 奥田昌道)。法廷意見は合憲判決であるが, 違憲とは断じていないものの, 電話傍受そのものの刑法違反を認定した元原裁判官による原判決破棄の反対意見がある。

231) 最三小判平成12(2000)年2月29日民集54巻2号582頁(旭川電話傍受事件と裁判官の構成は

モデル小説のモデルとされた場合のプライバシー侵害と出版差し止めを認めた「石に泳ぐ魚」事件²³²⁾、第29条に関連して、土地収用法の補償規定の合憲性が問われた事件²³³⁾や証券取引法事件²³⁴⁾の他、公務員の労働基本権が問われた全農林人勧スト事件²³⁵⁾などの判決がある。全農林人勧スト事件ではILO条約と国公法の適合性も問われたが、国公法の争議権を制限する懲戒規定がILO条約に反しないのは原審の言うとおりでであるとのみ判決している。

15代目長官は町田顯(2002年11月6日～2006年10月15日在任)である。1件の違憲判決がある(在外日本国民選挙権訴訟²³⁶⁾)。町田長官時代には、これ以外にも参政権に関わる判決がある²³⁷⁾。公務就任権(これを独立の「権利」といってよいかは問題であるが)に関して、外国人東京都管理職選考事件²³⁸⁾もあった。表現の自由にかかわって、長良川事件報道訴訟²³⁹⁾、プライバシーの権利に関する早稲田大学事件²⁴⁰⁾も起きている。これらの他、韓国入戦争犠牲者補償請求事件²⁴¹⁾、旭川市国民健康保険条例事件²⁴²⁾、内閣総理大臣靖国参拝事件²⁴³⁾もこの時期であった。

16代目長官は島田仁郎(2006年10月16日～2008年11月21日在任)。在任期間は2年ほどであるが非嫡出子国籍取得請求事件²⁴⁴⁾での違憲判決が重要である。下級審での違

同様であるが、裁判長は千種裁判官が務めている。

232) 最三小判平成14(2002)年9月24日集民207号243頁(裁判長は上田豊三、陪席裁判官は金谷利廣、奥田昌道、濱田邦夫)。

233) 最三小判平成14(2002)年6月11日民集56巻5号958頁(石に泳ぐ魚事件判決と裁判官の構成は同様であるが、裁判長は濱田裁判官が務めている)。

234) 最大判平成14(2002)年2月13日民集56巻2号331頁。

235) 最二小判平成12(2000)年3月17日判例タイムズ1031号162頁(第2小法廷裁判長は福田博、陪席裁判官は河合伸一、北川弘治、亀山継夫、梶谷玄)。河合伸一と福田博による補足意見がある。

236) 最大判平成17(2005)年9月14日民集59巻7号2087頁。

237) 参議院議員定数不均衡訴訟(最大判平成16(2004)年1月14日集58巻1号56頁)、参議院非拘束名簿式比例代表制違憲訴訟(最大判平成16(2004)年1月14日集58巻1号1頁)。

238) 最大判平成17(2005)年1月26日民集59巻1号128頁。

239) 最二小判平成15(2003)年3月14日民集57巻3号229頁(第2小法廷裁判長は北川弘治、陪席裁判官は福田博、亀山継夫、梶谷玄、滝井繁男)。

240) 最二小判平成15(2003)年9月12日民集57巻8号973頁(第2小法廷裁判長は滝井繁男、陪席裁判官は福田博、北川弘治、亀山継夫、梶谷玄)。亀山裁判官及び梶谷裁判官による反対意見がある。

241) 最二小判平成16(2004)年11月29日判例時報1879号58頁(第2小法廷裁判長は津野修、陪席裁判官は北川弘治、滝井繁男)。

242) 最大判平成18(2006)年3月1日民集60巻2号587頁。

243) 最二小判平成18(2006)年6月23日集民220号573頁・判例時報1940号122頁(第2小法廷裁判長は今井功、陪席裁判官は滝井繁男、中川了滋、古田佑紀)。滝井裁判官の補足意見がある。

244) 最大判平成20(2008)年6月4日民集62巻6号1367頁。

憲判断が注目された**ピアノ伴奏拒否事件**²⁴⁵⁾では合憲判断を下している²⁴⁶⁾。**広島市暴走族追放条例事件**²⁴⁷⁾、**学生無年金障害者訴訟**²⁴⁸⁾、検閲の意義にかかわる**メイプルソープ事件**²⁴⁹⁾、プライバシーの権利、より正確には自己情報コントロール権が問題となった**住基ネット訴訟**²⁵⁰⁾、反戦ビラの自衛隊宿舎に立ち入って投函する行為が住居侵入罪にあたとされることは21条1項の表現の自由を侵害しないかが問われ、正面からこれに答えなかったため

245) 最三小判平成19(2007)年2月27日民集61巻1号291頁(第3小法廷裁判長は那須弘平, 陪席裁判官は上田豊三, 藤田宙靖, 堀籠幸男, 田原睦夫)。藤田裁判官の反対意見と, 那須裁判官の補足意見がある。特に藤田裁判官の反対意見は, 《本件における真の問題は, 校長の職務命令によってピアノの伴奏を命じることが, 上告人に「『君が代』に対する否定的評価」それ自体を禁じたり, あるいは一定の「歴史観ないし世界観」の有無についての告白を強要することになるかどうかというところにあるのではなく(上告人が, 多数意見のいうような意味での「歴史観ないし世界観」を持っていること自体は, 既に本人自身が明らかにしていることである。そして, 「踏み絵」の場合のように, このような告白をしたからといって, そのこと自体によって, 処罰されたり懲戒されたりする恐れがあるわけではない。), むしろ, 入学式においてピアノ伴奏をすることは, 自らの信条に照らし上告人にとって極めて苦痛なことであり, それにもかかわらずこれを強制することが許されるかどうかという点にこそあるように思われる》。《本件のピアノ伴奏拒否が, 上告人の思想・良心の直接的な表現であるとして位置付けられるとしたとき, このような「違和感」が, これを制約するのに十分な公共の福祉ないし公共の利益であるといえるか否かにある(なお, 仮にテープを用いた伴奏が吹奏楽等によるものであった場合, 生のピアノ伴奏と比して, どちらがより厳粛・荘厳な印象を与えるものであるかには, にわかには判断できない…)》。《仮にこういった目的のために校長が発した職務命令が, 公務員の基本的人権を制限するような内容のものであるとき, 人権の重みよりもなおこの意味での校長の指揮権行使の方が重要なのか, が問われなければならない》。このように, きわめて具体的な問題点の指摘があり, 注目される。

246) 下級審判決については佐藤潤一「『愛国心』考一教育基本法「改正」の問題点を中心に一」『大阪産業大学論集 社会科学編』117号(2007年2月)1-30頁参照。

247) 最三小判平成19(2007)年9月18日刑集61巻6号601頁(第3小法廷裁判長は堀籠幸男, 陪席裁判官は藤田宙靖, 那須弘平, 田原睦夫, 近藤崇晴)。堀籠裁判官, 那須裁判官による補足意見と, 藤田裁判官, 田原裁判官による反対意見がある。余談であるが, 他の判決においても同様であるが, 5人からなる法廷で2人の反対意見があるのに「全員一致」という判示をするのは非常に違和感がある。2人の裁判官による反対意見はいずれも本件で問題とされた条例を違憲無効とする強い意見を表明しているもので注目されるが, 合憲限定解釈など高度な論点が論じられていることもあり, 詳細な検討は別稿で行いたい。

248) 最二小判平成19(2007)年9月28日民集61巻6号2345頁(第2小法廷裁判長は津野修, 陪席裁判官は今井功, 中川了滋, 古田佑紀)。

249) 最三小判平成20(2008)年2月19日民集62巻2号445頁(第3小法廷裁判長は那須弘平, 陪席裁判官は藤田宙靖, 堀籠幸男, 田原睦夫, 近藤崇晴)。堀籠裁判官による反対意見がある。わいせつ概念に関する興味深い指摘もあるが, 別稿で論じたい。

250) 最一小判平成20(2008)年3月6日民集62巻3号665頁(第1小法廷裁判長は涌井紀夫, 陪席裁判官は横尾和子, 甲斐中辰夫, 泉徳治, 才口千晴)。

に批判された**立川テント村事件**²⁵¹⁾などの判決がある。

17代目は**竹崎博允**(2008年11月25日～現在も在任)である。在任中であるから今後の傾向をここで軽々に記すわけにはいかないが、すでに1件の違憲判断がある(**空知太神社違憲判決**²⁵²⁾)。参議院議院議員定数不均についての訴訟が再び提起されたため、その判決がある²⁵³⁾。最大格差1対4.86であったが、改正までの時間的な切迫性などから合憲判断を下している。

9代目以後の長官はすべて裁判官出身である。すでに見たように、在任期間が非常に短く(2代目長官の田中耕太郎は例外)、特に第9代以降の最高裁判所を長官によって特色わけするのはあまり意味がない。けれども、ここまでに見てきたように、保守色が強い時期と、リベラルな時期、そして近年の一定程度積極的な違憲判断が下される状況のように、ある程度の傾向を見て取ることはできる。

2. 判決理由の変遷

1における概観を踏まえ、最高裁の判例傾向について検討してみよう。

日本が占領下にあった昭和27年(1952年)4月までは、現在から見れば、かなり乱暴ともいえる理由付けで簡単に上告人の主張を退けている。占領下であるためか、判決理由も「ポツダム宣言受諾の趣旨にもとづく当然の法的要請である」²⁵⁴⁾とすら答えることもあり、価値は乏しい²⁵⁵⁾。

その後、2人の学者長官の時代、2代目田中耕太郎および3代目横田喜三郎の時代は、若干長官の個性が現れたと見ることも可能である。先にも触れたように、田中耕太郎は学者出身であるが文部大臣も勤め、とくに9条関係の裁判においては自己の主張を前面に押し出した判決を書いている(田中はキリスト教徒でかつ保守派である)。

ただし、基本的人権侵害の主張に対しては、法律の条文を引用して、その趣旨は「公共の福祉」を達成するためにあるからやむをえない、とする判断が目立つ。これは理由とは

251) 最二小判平成20(2008)年4月11日刑集62巻5号1217頁(第2小法廷裁判長は今井 功、陪席裁判官は津野修、中川了滋)。

252) 最大判平成22(2010)年1月20日民集64巻1号1頁。なお本大法廷判決は破棄差戻であり、その後2010年12月6日に札幌高裁で一部原判決が取り消され、請求が棄却された後、2012年2月16日にはこの差戻高裁判決からの上告が棄却されている。また、空知太神社については違憲判決であったが、同日に判示された富平神社に関する判示は合憲判決である(民集64巻1号128頁)。

253) 最大判平成21(2009)年9月30日民集63巻7号1520頁。

254) 最大判昭和24(1949)年6月13日刑集3巻7号974頁。

255) 尾吹註24前掲書392頁参照。

言いがたく、まだ理由付け自体が非常に荒削りなものである。

横田喜三郎は国際法の研究者としても著名で、また平和主義者としても首尾一貫していたとみられていた。在任中にアメリカ連邦最高裁の判例を精査し、大著『違憲審査』をまとめており、最高裁判所の判決文を精緻なものとする一要因を作った。

この時期から、結論において合憲判断を下すとしても、判決理由が詳細なものとなっていく。従来は長文の理由が示されていても、立法事実の審査が非常に表面的であったが、すくなくとも違憲審査が、一定の理論枠組みに基づくものでなければならないという意識は共有されるようになったと解される。

昭和40年代(1965年以降)、若干名のリベラルな政治思想を持った裁判官が任命されていた時期に、初の法令違憲の判断が示されているが、5代目長官の石田和人が任命されてからは、1987年の森林法違憲判決以降、およそ10年間違憲の判決が下されていない。もちろん、実際の違憲主張がすべて合理的であるわけではないので、違憲判断が下されていないからといって最高裁判所の行動が不適切であるわけではないが、実際には、かなり無理をして合憲であるとの結論を導いている判決も存在する。

判決の理由付けが、結論が合憲であると違憲であることを問わず、初期には裁判官自身が大日本帝国憲法下で法曹教育を受けていた世代であることも反映されてか簡潔に過ぎる理由付けが目立った時期がある。その後、アメリカ連邦最高裁の判決が意識され、また日本の法曹教育の要とも言える司法修習所において憲法訴訟に関する講義が行われたこともあってであろう、理由付けそれ自体は時期を追って詳細なものとなっているが、理論で重視された面とは若干のずれが見られるように思われる。すなわち、実際に下された違憲判断は、基本的人権の領域においては、精神的自由に関するものはわずかで、ほとんどが経済的自由権、財産権に関するものである。また、一見政治的インパクトがあるようにおもわれる公職選挙法に関する議員定数の不均衡を違憲と宣言する判決も、実際の選挙を無効とはしないため、同様の主張に対するリップサービスになっているように思われる。

あえて一言で特徴付けるとすれば、従来の最高裁判決は、行政府・立法府に対して可能な限り政治的影響を与えないようにとの政治判断が先行していたとも解されるのである。そして、軍備を禁じていると学者の多くが理解している日本国憲法第9条に関する判決について、同様の主張がなされてきた。しかし、最も大きな理由は、日本の自衛隊にかかわるほとんどの法令は、内閣法制局が政府の有権解釈としての一貫性を損なわないように慎重な解釈を伴った法案を国会に提出してきたことがその理由として挙げられるであろう。最高裁判事を具体的に見てみれば、元大審院長・貴族院議院の霜山精一(1947年8月4日～1954年10月14日在任)、貴族院議院・衆議院法制局長を歴任した入江俊郎(1952

年8月30日～1971年1月9日在任)、仙台地方裁判所長だけでなく参議院法制局長を経験した奥野健一(1956年11月22日～1968年11月17日)、大阪高等裁判所判事部総括・参議院法制局長であった齋藤朔郎^{きたろう}、内閣法制局長官出身として、高辻正己(1973年4月4日～1980年1月18日在任)、角田礼次郎(1983年11月8日～1990年12月3日在任)、味村治(1990年12月10日～1994年2月6日在任)、大出峻郎^{たかお}(1997年9月24日～2001年12月19日在任)、津野修(2004年2月26日～2008年10月19日在任)がいる。もちろん法制局出身者が一人二人いたところで、必ずしも多数意見が法制局よりになるわけではない。けれども、すくなくとも法制局の意見を軽視はできないことが明らかである。

フランスのコンセイユ・デタが担ってきた、政府の諮問機関としての役割を、憲法上明文でその権限を認められた機関ではないけれども、内閣法制局は果たしてきたと解される。この点についての過小評価が、従来、多くの学者が、最高裁判所における違憲判決の少なさを一方的に攻めることとなった要因なのであろう。もちろん、だからといって、積極的に合憲判断を下すことが正当化される理由にはならない。積極的な合憲判断は、まさに政治的な動機によって行われていると解されるからである。

最高裁判所の積極的な合憲判断は、とくに先にすこし触れた憲法第9条と、労働基本権に関する領域で目立っている。著名なのは、国家公務員法上の争議行為に関する刑罰規定を、憲法に適合するように解釈する、いわゆる合憲限定解釈を行っていたのを、「刑罰規定の明確性を失わせる」との理由で覆した、「全農林警職法事件」と呼ばれる事件が注目される。判例変更の理由が説得的ではないことが、少数意見で指摘されているからである²⁵⁶⁾。

3. 今後憲法違反の判断は増えるか?

裁判員制度が導入された影響か、裁判員制度導入以前に比べると無罪判決が倍増しているとの報道がなされている。しかし、本稿で取り上げた判決⑥⑦のような例は、現時点ではあくまで例外にとどまり、今後も詳細な理由付けは付されるが、合憲であるとの判決は多く下されていくことになるであろう。最高裁判所は事実審ではなく、法律審であるから。日本の最高裁判所の司法審査の特徴は、憲法問題を取り上げること自体には積極的で、違憲判断を下すことには消極的であることにある。

一つの要因として、内閣法制局が政府提出法案についてはあらかじめ、憲法を含む法令との整合性についてチェックをしていることがあげられる。もっとも、内閣法制局が政府

256) 最大判昭和48(1973)年4月25日刑集27巻4号547頁。

提出法案についてチェックをしているからといって、直ちに当該法令が違憲の疑いがなくなくなるわけではない。けれども、現在までに法律に対して下されている違憲判決は全て、議員提出の法律であるか、大日本帝国憲法下で制定されていた法律に対して下されている。このことは、日本国憲法制定後の法律について内閣法制局があらかじめチェックしていることが、一定の影響を与えていると分析することを妨げない。けれども、このような指摘は、最高裁判所の判決において、法律が憲法に適合していると判断することの積極的根拠となるとはいえない。ひとつ言えることは、今後も、古い時期に制定され、改正されないまま維持されている法律が違憲と宣告されることはあるであろうが、そうでない法律について違憲判断が下される蓋然性は極めて低いであろうということである。また、行政処分に関する判断については未知数である。

第5章 財政民主主義

第1節 財政とは

財政とは、一般に国や地方公共団体が、その任務遂行のために営む経済活動のことである。憲法が財政の章を設けているのは、国が経済的活動をするためには税金を権力的作用の行使として徴収することへの意義がそもそも近代立憲主義当初から問題とされてきたこと²⁵⁷⁾を想起すれば十分であろう。憲法が納税の義務を定める(第30条)とともに、「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする」(第84条)と規定しているのはこのような意味が込められている(租税法律主義)。

第2節 財政立憲主義

日本国憲法は、明治憲法が第6章「会計」で規定した内容を第7章「財政」で規定する。行政権優位であった「会計」と異なり「財政」の章では国会の権限が強化されている²⁵⁸⁾。

257) マグナ・カルタにもその萌芽があったし、アメリカ独立宣言のスローガンは「代表なくして課税無し」(No taxation without representation, Taxation without representation is tyranny)であった。

258) 皇室財産について、第1章第1節4参照。

1. 予算

予算案は内閣が策定し国会が承認するが（第73条第5号・第60条）、第86条で改めて「内閣は、毎会計年度の予算を作成し、国会に提出して、その審議を受け議決を経なければならない」ことを規定する。なお予算は「予算総則、歳入歳出予算、継続費、繰越明許費及び国庫債務負担行為」によって構成される（財政法第16条）。そして「財政」の章は冒頭で「国の財政を処理する権限は、国会の議決に基いて、これを行使しなければならない」（第83条）と宣言する。これらの規定は、政府（内閣）は、政策実行のために予算案を策定するが、国民の代表機関であり（第43条）、国権の最高機関である（第41条）国会が承認することで初めて予算を使用できることを示している。なお内閣が作成する予算は国会審議と議決を経る（第86条）というが、ここでいう予算に関する国会の議決が何を意味するかが問題になることがある。すなわち、予算は法律なのかそれとも法律とは異なるものなのかということである。条約も内閣が締結して国会が承認するもので（第73条第3号）、条約批准後は原則として法律と同等ないし法律以上の効力をもつものとされるが、条約承認の議決は法律の制定と同義ではない。予算の場合、憲法の用語法は内閣が作成するものは「予算案」であるはずが「予算を作成」する（第73条第5号）としているものの、国会の議決が予算が法的に有効なものとなる条件である。ここで問題となるのが内閣提出の予算に対して国会は修正が可能か、減額増額の修正はいずれも可能か、そして予算に関する議決は諸外国がそうであるように「予算法」であるのか、である。憲法の規定は法律とは異なるものとして予算を規定しているようである。憲法制定直後は予算は行政であり、条約の事後修正がありえないのと同様に、原則として減額修正はありえないとしていたが、実務・学説ともに、現在、予算は法律との不一致も生じうる予算法形式説に立っているとされる。学説の名称が問題なのではなく、要は内閣が政策として実施する法律に根拠をおいた行政を行うために予算の裏付けがない、ということが生じないように実務が行われる必要があるというところに要点があり、財政立憲主義が実質的なものとなるためにも、国会の予算への関与が形式的なものであってはならないということである。憲法が予備費を認めつつも国会の関与について具体的に規定しているのもこの観点から理解できる（第87条）²⁵⁹⁾。

259) なお、予算を伴う法律案について、予算を伴う法律案提出には衆議院で議員50人以上、参議院で議員20人以上の賛成が要件とされている（国会法第56条第1項）ことは、一応合憲であると解されているが（第3章1（3）及び（6）参照）、仮に「予算を伴う法律案を発議するには、内閣の同意を必要とする」との要件が法律上設けられると、行政権による過度の立法権への関与となるから、憲法第41条が国会を「唯一の立法機関」と定める点に反し、違憲となると考えられる。

2. 決算と財務状況報告

「国の収入支出の決算は、すべて毎年会計検査院がこれを検査し、内閣は、次の年度に、その検査報告とともに、これを国会に提出しなければならない」(第90条第1項)。**決算**は、一会計年度における国家の現実の収入支出の実績を示す確定的計数を内容とする国会行為の一形式である。「会計検査院の組織及び権限は、法律でこれを定める」(第91条第2項)ものとされる。会計検査院は決算内容の合法性と的確性を法的見地から検査する。国会が政治的見地から議論をするのとは異なり、専門的見解を提示するものであり、検査官会議と事務総局によって組織される(会計検査院法第2条)、「内閣に対して独立の地位を有する」(同法第1条)行政機関である。また、「内閣は、国会及び国民に対し、定期的に、少なくとも毎年一回、国の**財政状況**について報告しなければならない」(第91条・なお財政法第46条参照)。

3. 国の財政決定権への憲法上の制約

憲法第14条が法の下の平等について定めている以上、租税平等主義が要請される。これに加えて憲法は「公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、又は公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、これを支出し、又はその利用に供してはならない」(第89条)と規定する。この規定は前段と後段がそれぞれ問題となる。

第一に、前段の「**宗教上の組織若しくは団体**の使用、便益若しくは維持のため」に公金その他公の財産を用いることができないのは**政教分離原則**(第20条)からの要請である。

まず、文化財保護の観点から神社仏閣等の修繕費を援助する(文化財保護法第35条)のは問題がない。また国有地を神社等に譲渡することがあるが、これは明治憲法時代に(かなり強引に)国有化された土地を返還するのが本来の趣旨であって本条とは関係がないとする判例がある²⁶⁰⁾。判例は、「宗教上の組織若しくは団体」とは、国家がそういった組織や団体に特権を付与したり、また、それらの使用、便益若しくは維持のため、公金その他の公の財産を支出し又はその利用に供したりすることが、「特定の宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になり、憲法上の政教分離原則に反すると解されるもの」すなわち「特定の宗教の信仰、礼拝又は普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし

260) 「社寺等に無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律」(昭22法53)についての最大判昭和33(1958)年12月24日民集12巻16号3352頁。

団体を指す」ともとされている²⁶¹⁾。箕面市戦没者遺族会補助金訴訟最高裁判決も同様に解している²⁶²⁾。これらの判決は、遺族会は宗教団体ではないとする。なお政教分離違反の判示をした空知太神社訴訟最高裁判決は、神社の氏子集団は「宗教的行事を行うことを主たる目的としている宗教団体であって、寄附を集めて本件神社の祭事を行っており、憲法第89条にいう『宗教上の組織若しくは団体』にあたる」²⁶³⁾とした。

第二に、後段の「公の支配に属しない**慈善、教育若しくは博愛の事業**」に公金その他公の財産を用いることができないとの規定はなかなか理解しにくい規定である。沿革的にはアメリカの州憲法に同様の規定があるが、キリスト教が事実上広範な勢力を持ち、かつ宗教的な観点から国家の介入を防ぐ点に重点があった規定であり（**自主性確保説**）、日本で同様に解することはできない²⁶⁴⁾。教育が何を意味するかについては公式見解があるが²⁶⁵⁾、概して言えば「慈善、教育若しくは博愛の事業」はむしろ公共性が高く、「悪い目的ではないのだから」という「美名」に乗じた公費濫用を防ぐことが目的であると解するのが妥当である（**公費乱用防止説**）。

なお、私学助成が合憲かどうかについては第89条にいう「公の支配」がどういう意味かに依存するが、第25条が福祉国家理念を表明していることから、緩やかに解しうる²⁶⁶⁾。また、地方公共団体が、学校教育法にいう幼稚園には該当しないが、これに類似した事業を行う幼児教室に対して補助金を支出する場合も考えられる。これは、「公の支配」を緩やかに解する上記の立場からすると、一定程度の監督が及んでいれば、許容される余地があろう。

第6章 地方自治

第1節 歴史

明治憲法時代にも、地方自治体はもちろん存在していた。歴史をさかのぼれば、明治維

261) 最判平成5（1993）年2月16日民集47巻3号1687頁：箕面忠魂・慰霊祭訴訟最高裁判決。

262) 最判平成11（1999）年10月21日判例時報1696号96頁。

263) 最大判平成22（2010）年1月20日民集64巻1号1頁。

264) **中立性の確保**が本来の目的だとする考え方も自主性確保説に近いものと思われる。

265) 法制局一発第8号昭和32（1957）年2月22日社会教育局長あて法制局第一部長回答 <http://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/nc/t19570222001/t19570222001.html>。

266) 長谷部 347頁。なお東京高判平成2（1990）・1・29高民集43-1-1（**幼児教室助成違憲訴訟**）参照。

新後、1871年に3府302県として藩が再編成され、人口等を考慮して1890年には3府43県となっている。1901年になってようやく北海道会法・北海道地方費法が施行されたが、北海道が現在のように府県と同等の地位を有するようになったのは、1922年に府県制の規定の大部分が北海道に準用されてからである。1929年に府県制改正され、東京都以外についてはほぼ現在と代わりがない行政区画ができあがった。1943年に戦争遂行との関係で東京都制（東京府+東京市）が施行され、終戦を迎える。戦後、1946年に道府県制（府県制・北海道会法・北海道地方費法を統合）が施行され、これらが地方自治法の元になるのである。市町村についていえば、明治憲法下の市制・町村制下の区域は、江戸時代の町村の区域とほとんどかわらなかったし、憲法施行後地方自治法は地方自治体の「区域は、従来の区域による」（地方自治法第5条第1項）としたので、現在の地方公共団体の区域は原則としては江戸時代から連続と続いているものであることがわかる。

第2節 地方自治の本旨

憲法は地方自治の章（第8章）で地方自治の原則を宣言する。第92条は「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める」と規定するが、ここにいう「地方自治の本旨」について直接に定義づける文言は憲法にない。けれども、第92条に続いて、地方公共団体に議事機関としての議会をおき、議会の議員、地方公共団体の長などを地方公共団体の住民が公選する旨を規定する第93条と、地方公共団体が「その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる」と規定する第94条が置かれている。この第93条と第94条が第92条に言う地方自治の本旨の内実であると解される。すなわち、地方自治の基本原則（第92条）に続いて、その内実としての地方公共団体の機関に関する規定（第93条）と地方公共団体の権能に関する規定（第94条）が置かれているのであって、地方自治の要素としての住民自治と団体自治がそれぞれ第93条と第94条で規定されていると解される。

団体自治の確保が住民自治の前提とされる。

住民自治は、人民自治あるいは政治上の意義における自治ともいわれ、地方の事務処理を、中央政府の指揮監督によるのではなく、当該地域の住民の意思と責任のもとに実施するという原則である。これは民主主義の理念に基づく。第93条第2項は間接民主制ないし代表民主制による住民自治の規定である。

これに対して団体自治は、法的意味の自治ともいわれる。国家の中に国家から独立した

団体が存在し、この団体がその事務を自己の意思と責任において処理することを意味する。憲法は章の表題としては地方自治を用い、第93条～第95条では地方公共団体の語を用いる。憲法規定からその相互関係は必ずしも明らかにはならない。地方公共団体によっておこなわれる地方政治を地方自治と称しているのであろう、という程度が限界である。

第3節 日本国憲法が地方自治を規定した意味

このこととの関連で問題になるのが、憲法が「地方自治」を保障したことの意味である。地方自治は、先にも触れたように、日本国憲法が制定されて始めて、日本の憲法典に取り入れられた。そのため、地方自治体の持つ権限について、それが中央政府により与えられたものである²⁶⁷⁾か、本来的に自然発生的に生じたものである²⁶⁸⁾か、あるいは憲法典によって初めて保障されたものである²⁶⁹⁾か、という理論的な問題（実際には憲法第8章の解釈問題）が生じた²⁷⁰⁾。

このような理論的な争いは一見すると生産的ではないけれども、憲法規定の解釈の仕方によっては、たとえば道州制の導入が可能であるか否か、都道府県と市町村の二段階に普通地方公共団体が区分されていることは憲法の要請であるか、といった問題に対する結論が異なることになる。日本の歴史を顧みれば、伝來說や固有権説には疑問があり、そのために、制度的保障説が通説とされる²⁷¹⁾。もっとも、憲法に規定がおかれたことによる地方自治という制度の保障、という制度的保障説は、本来の「制度的保障」という概念からすると不適切な用語法であるとの批判がある²⁷²⁾。ここでは、憲法で地方自治に関して定められた具体的内容が、地方自治体の住民に保障されることが核心であることが看取されれば足りる²⁷³⁾。

267) 伝來說。宮澤 764 頁，田中二郎『行政法（中）』（弘文堂，1955 年）109 頁以下。

268) 固有権説。手島孝『憲法学の開拓線』（三省堂，1985 年）254 頁以下。

269) 制度的保障説。成田頼明「地方自治の保障」『日本国憲法体系 5 巻』有斐閣，1964 年，135 頁以下。

なお、清宮 55 頁，田上讓治「新憲法と自治監督」『地方自治論文集』（地方財務協会，1954 年）26 頁。

270) 解釈論として最も極端な説は、「第92条は畢竟ただ単に地方自治が適当である限りにおいて地方自治を行うべきことを命じたものに止まり、その意味においては、極端に言へばそれは全くの無内容の規定」である（柳瀬良幹『憲法と地方自治』（有信堂，1954 年）15 頁）との説である。

271) 例えば、宇賀克也『地方自治法（第4版）』（有斐閣，2011 年）・松本英昭『要説地方自治法第七次改訂版』（ぎょうせい，2011 年）。

272) 憲法伝來說あるいは新伝來說。杉原泰雄『地方自治の憲法論（補訂版）』（勁草書房，2008 年）。

273) 「制度的保障」概念それ自体については別稿で検討したい。

第4節 第95条の意味

第95条は「一の地方公共団体のみに適用される特別法は、法律の定めるところにより、その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会は、これを制定することができない」と規定する。しかしながら、この地方自治特別法は、現在までに15本のみが制定されているだけであって(1951年が最後)、ほとんど使われていない²⁷⁴⁾。2001年11月30日に那覇地方裁判所で下された判決において原告が、沖縄のみに実際問題として適用される駐留米軍用地特別措置法改正法は、第95条の言う地方自治特別法に当たると主張していたのが注目される²⁷⁵⁾。なお、都制に伴う特別区の定めについては、第95条にいう地方自治特別法に該当しないとの判決がある²⁷⁶⁾。

第5節 地方自治法の法源

最後に地方自治を考える上で、地方自治法は欠かせないが、実際に「地方自治」に関する法を考察しようとするれば、憲法、地方自治法だけでなく、地方公共団体の組織に関して、「地方教育行政の組織及び運営に関する法律」「警察法」「消防組織法」「水防法」が、地方議会の解散について「地方公共団体の議会の解散に関する特例法」が、公務員に関して「地方公務員法」や「地方公務員災害補償法」「地方公務員等共済組合法」が、財政・税制に関しては「地方財政法」「地方交付税法」「地方財政再建促進特別措置法」「固有資産等所在市町村交付金及び納付金に関する法律」「地方税法」が、といった多くの法律がその法源となり、それだけでなく地方公共団体の議会が制定する条例や地方公共団体の長および委員会が制定する規則²⁷⁷⁾、これらに加えて、不文法源として、慣習法、判例法、条理も対象となる。なお慣習法に関連して、「旧来の慣行」による公有財産の使用権について地方自治法第238条の6第1項は「旧来の慣行により市町村の住民中特に公有財産を使用する権利を有する者があるときは、その旧慣による。その旧慣を変更し、又は廃止しようとするときは、市町村の議会の議決を経なければならない」と規定していることは注目される。

274) ただし、以下のような憲法95条に基づかない法律がある。「古都における歴史的風土の保存に関する特別措置法」「明日香村における歴史的風土の保存及び生活環境の整備等に関する特別措置法」。

275) 最大判平成8(1996)年8月28日民集50巻7号1952頁。最終的には最高裁で原告側が敗訴している。

276) 東京地判昭和39(1964)年5月2日判例タイムズ162～149頁。

277) 「告示」形式のものにも「規則」同様の拘束力がともなうことがある。

第7章 憲法の変動²⁷⁸⁾

第1節 憲法制定権力という考え方

1. 国民主権と民主主義

国民主権が、国民が国の政治を最終的に決めることを指す原理であるとする、民主主義との関係はどうなっているのか、疑問に思わないだろうか。実際に、国民主権というのは、論者の望むものを盛り込もうと思えばいくらでも盛り込める、大鈍のようなものであるから、憲法を解釈するための「道具」としては用いるべきではないという主張がある²⁷⁹⁾。

国民主権は憲法を制定するときには、憲法を作る力＝主権として問題となるが、いったん制定された後は、国民主権を具体化する民主主義の諸制度を問題とすれば足りるはずで、現にアメリカ合衆国憲法の解釈において国民主権はまず持ち出されないではないか、という説（松井）も一理あるといえよう。

しかし上の考え方も、国民主権にいう「主権」を、国民が憲法を作る力＝憲法制定権力と解釈している。この点に問題はないのだろうか。論点を絞って以下検討してみよう。

2. 国民主権＝憲法制定権力？

日本ではフランス人権宣言以来のフランスにおける国民主権に関する論争を参考に、1970年代には、フランス憲法における主権原理に示唆された主権論争が再燃した²⁸⁰⁾。この論争は、ルソー²⁸¹⁾、アベ・シェイエス（Abbé Sieyès, 1748-1836）²⁸²⁾、1789年フランス人権宣言、1791年フランス憲法、1793年フランス憲法の「国民主権」概念を考察の基礎においた、杉原泰雄（一橋大学名誉教授）と樋口陽一（東京大学名誉教授）との論争であった。フランス1958年憲法前文で言及されている、1789年8月26日フランス人権宣言は、「国民と

278) 本章は、佐藤潤一「改憲問題の現況と課題に関する覚書—憲法と平和を考える視点—」『平和学論集 IV』（産研叢書、2010年）63-88頁と同様の課題を扱っており、重複する部分があることをあらかじめお断りしておく。

279) 高見勝利「主権論—その魔力からの解放について—」『法学教室』69号・小嶋和司「『主権』論おぼえがき」〈その1〉同著『憲法と政治機構』（小嶋和司憲法論集2、木鐸社、1988年）所収。

280) 佐藤註1前掲「憲法総論の再検討」第3章第2節参照。一応別稿であるので、読者の別宣のため、若干の重複をいとわず簡単に述べておく。

281) ルソー（桑原武夫・前川貞次郎訳）『社会契約論』（岩波文庫、1954年）。

282) アベ・シェイエス（大岩誠訳）『第三身分とは何か』（岩波文庫、1950年）。

は、相互に平等な個人のみからなる」という考え方を示し、フランス 1791 年 9 月 3 日憲法は「国民とは、全国籍保持者の統一団体である」という「国民 (ナシオン nation) 主権」を規定したのに対し、フランス 1793 年 6 月 24 日憲法 (モンタニャール = ジャコバン憲法) は、国民主権に言う国民とは有権者の総体であるという「人民 (プープル peuple) 主権」を規定した。このような理解から、日本国憲法の定める国民主権理解についての論争が行われた。このような抽象的概念論争は、実際には憲法解釈に重要な帰結を与える可能性も秘めた大変重要なものであるが、ここではそういう論争があって、国民主権というのは議論が多い概念であるということがなんとなくわかればそれでよい。

国民主権には権力的契機と正当化契機があると考えられている。これが問題になるのは、国民主権をどのように解するか、という政治状況に対する憲法の規範力を考える場面であり、特に憲法改正問題と関連する。憲法改正問題と憲法制定権力の関係については後に検討する (⇒本章第 3 節) ので、ここではそれ以外の点についてのみ考えよう。

国民主権の権力的契機は、カール・シュミット (Carl Schmitt, 1888-1985) がシェイエスの議論に基づいて主張した「憲法制定権力」こそが、国民主権にいう「主権」の意味であるとの主張である (⇒本章第 3 節)。このような解釈をとる場合、憲法改正権は憲法制定権力の具体化であると主張される。これに対して国民主権の正当化契機は、民主主義の実質化 (充実) を要請するものであると解される。この両者の関係については、二つの有力な考え方が存在する。上記のフランス憲法を参照した国民主権の解釈論争の中で主張されたものである。

- ① 憲法制定権力としての主権は、憲法が一旦制定されたら凍結され、憲法の存在を正当化するものとしてのみ機能する。代表制民主主義が原則であるとする (樋口陽一)。
- ② 主権は、具体的には有権者の統治権として現れる。直接民主主義が原則であるとして、国会議員のリコールを認める (杉原泰雄)。

国民主権に関する有力説 (芦部) は、これらの折衷説として理解できる²⁸³⁾。

3. 根本規範と憲法制定権力—憲法制定権力概念は必要か？

憲法制定権力論概念は、つきつめて考えればケルゼンの根本規範論と同様無用な仮説概

283) 芦部信喜『憲法学 I 憲法総論』(有斐閣, 1992 年) 244 ~ 245 頁, 佐藤註 1 前掲「憲法総論の再検討」第 3 章第 4 節 4 (155 頁)。

念であり、不用であるとの批判がある（菅野喜八郎・長谷部）。現在安定して通用している憲法を、有効な憲法であるとして前提すれば足りるというのである。これは、憲法の法的正当化は無意味である、という主張として理解できる。シュミットは本来政治的な範疇に属する、憲法にまつわる事柄を憲法論に持ち込んだ、と言われるが、憲法の改正については別として、憲法の制定について憲法学の対象とすべきかどうかは改めて考える必要がある（⇒本章第3節）。

第2節 明治憲法と日本国憲法

明治憲法と現行憲法の制定時の議論を比較してみると、実は両方とも、一般国民が「主導」したとはとうていいえない。ラフな言い方をすれば、明治憲法も日本国憲法も「上から作られた」ものだと言ってもよいかもしれない。とはいえ、もちろん基本原理からなから大きく異なる二つの憲法にはやはりその制定過程に違いがある。明治憲法では民間からの意見はほとんど取り入れられなかった。制定史の参考資料としては枢密院の審議録が一番役に立つ。実際 1888 年に制定された枢密院官制第 6 条は次のように規定している。

枢密院ハ左ノ事項ニ付諮詢ヲ待テ會議ヲ開キ意見ヲ上奏ス

- 一 皇室典範及皇室令ニ於テ枢密院ノ権限ニ属セシメタル事項並ニ特ニ諮詢セラレタル皇室令
- 二 帝國憲法ノ条項ニ関スル草案及疑義
- 三 帝國憲法ニ附属スル法律及勅令
- 四 枢密院ノ官制及事務規程ノ改正
- 五 帝國憲法第 8 条及第 70 条ノ勅令
- 六 國際條約ノ締結
- 七 帝國憲法第 14 条ノ戒嚴ノ宣告
- 八 教育ニ關スル重要ノ勅令
- 九 行政各部ノ官制其ノ他ノ官規ニ關スル勅令
- 十 榮典及恩赦ノ基礎ニ關スル勅令
- 十一 前各号ニ掲ゲタルモノノ外特ニ諮詢セラレタル事項

これに対して、日本国憲法も、たしかにその基本枠組みが GHQ のマッカーサーによって作成されたことは事実である。けれども、最後の帝国議会では男女平等の普通選挙がお

こなわれ(1945年12月)、憲法制定時には、社会権(とくに第25条)、天皇の位置づけ、違憲立法審査権について、衆議院で出された修正意見が限定されたものとはいえ反映されたことが明らかになっている。

日本国憲法は、明治憲法の改正憲法ということになっているが、内容的には章立てはともかくかなり異なるように見える。形式的には明治憲法第73条の改正規定に従って審議が行われた。同条は「將來此ノ憲法ノ條項ヲ改正スルノ必要アルトキハ勅命ヲ以テ議案ヲ帝國議會ノ議ニ付スヘシ」(第1項)「此ノ場合ニ於テ兩議員ハ各々其ノ總員三分ノ二以上出席スルニ非サレハ議事ヲ開クコトヲ得ス出席議員三分ノ二以上ノ多数ヲ得ルニ非サレハ改正ノ議決ヲ爲スコトヲ得ス」(第2項)と規定していた。

欽定憲法の建前をとっていた明治憲法について、天皇が勅命を以て出した改正案に対し、議会在修正権をもっているかについては、明治憲法の解釈としては疑義も呈されたが、実際には衆議院が主体となって修正も行われた上で、明治憲法の手続きに従って「朕は、日本國民の總意に基いて、新日本建設の礎が、定まるに至つたことを、深くよろこび、樞密顧問の諮詢及び帝國憲法第73条による帝國議會の議決を経た帝國憲法の改正を裁可し、ここにこれを公布せしめる」(日本国憲法上諭)ものとして、「日本国憲法」が公布されたのである。けれども前述のように、あまりにも内容が異なるために、日本国憲法は新たに「制定」された憲法だという主張も有力である。では制定と改正は、どう異なるのか。こういった点を、少し抽象的になるけれども考えておこう。

第3節 憲法の制定と改正

1. 憲法制定とはいかなる「法現象」なのか

憲法学説としては、憲法の制定と改正を区別しない憲法改正無限説が存在する。日本国憲法はあきらかにこの無限説にたつて制定されており、あくまで明治憲法の改正憲法という位置づけが有権解釈であるといえる(憲法に附された上諭は天皇が帝國憲法の改正憲法として日本国憲法を公布すると述べている)。他方で、憲法学説上は、憲法改正には限界があるという説が有力である。

制定と改正に理論的限界があるかどうかについては諸説あるが、改正に限界があるという主張が、現実にその主張者がいうところの限界を超えた改正に対して有効であるかという点、悲観的な結論しか出てこない。ただ、憲法論的なアプローチだけではかなり弱々しい結論しか出てこないけれども、政治的というか、市民運動として何が出来るかというア

ブローチも同時に考慮しなければ、生産的議論にならない。改憲論議の中で、最近唱えられていることが、はたして新規なことか、昔から唱えられていることかを明確にしていく必要がある。

ドイツで（正確には主としてオーストリア、晩年はアメリカで活動した）ケルゼンは純粋法学の見地から次のように述べている。すべての規範はさかのぼると、歴史的に最初の憲法に至る。その最初の憲法の規範的根拠は、〈憲法は守らなければならない〉という意識があるからである。言い換えると、法律とはそういう仮設的な想像の産物（**根本規範**）にすぎない、ということで、自然法論を退けるための議論である。自然法論は人権の根拠として主張されるものである。これに対する批判として、ケルゼンの議論は肯定的にとらえつつも、逆に、ケルゼンの議論からは、何が憲法改正の限界となるのかという一義的な結論が出てこないという問題がある。

論理的にはケルゼンのいう根本規範論と同様の問題があるとの指摘もあるが、日本の憲法学説に多大の影響を与えた学説として、憲法制定は国民が集まって、決断するから意味を持つ、というカール・シュミットの（いわゆる）決断主義がある。シェイエス由来の憲法制定権力論概念を用いる学説である。

ケルゼンの根本規範論は結局歴史的に最初の憲法がその後の憲法の効力根拠ということになるのではないかという批判がある。しかしシュミットの憲法制定権力論にも、「そうすると、最初の憲法は改正できない」という反論に説得力を持って対処できないなど、問題がある²⁸⁴⁾。

284) 以上について本格的に議論を進めようとするとして独立の論文が必要となる。ここでは、関連する重要文献を挙げておくにとどめたい。さて、ケルゼンの著作における根本規範論は変遷があり、一冊の著作を挙げるだけでは十分ではない。入手しやすいものを中心に、代表的なもののみを挙げておく。*Hans Kelsen, Allgemeine Rechtslehre*, 1925 (清宮四郎訳『一般国家学』岩波書店, 1971年); *Reine Rechtslehre*, 934 (横田喜三郎訳『純粋法学』岩波書店, 1973年) *What Is Justice?*, 957, sp., p. 224.; *Hans Kelsen, General Theory of Law and State*, 1945, esp., p. 121 (尾吹善人訳『法と国家の一般理論』木鐸社, 1991年)。ケルゼンの学説については、長尾龍一『ケルゼン研究 I』(信山社, 1999年), 菅野喜八郎『国権の限界問題』(木鐸社, 1978年), 同『続・国権の限界問題』(木鐸社, 1988年), 同『論争 憲法-法哲学』(木鐸社, 1994年), 新正幸『純粋法学と憲法理論』(日本評論社, 1992年)などを参照。ケルゼンの主張する「根本規範」が日本の憲法学の通説的理解と異なると指摘するものとして、菅野前掲『論争 憲法-法哲学』所収の「Ⅶ 憲法制定権力論と根本規範論」(同219頁以下), 新前掲『純粋法学と憲法理論』所収の「第二章 清宮憲法学と純粋法学—根本規範論を中心として」(同111頁以下)を参照。シュミットの学説については、政治学に関するものまで視野に入れると膨大であるが、さしあたってはシュミット(尾吹善人訳)『憲法理論』(創文社, 1972年), 菅野前掲『論争 憲法-法哲学』所収の「Ⅶ 憲法制定権力論と根本規範論」(同219頁以下)参照。なおシュミットの学説は当然憲法改正の限界に関するものに限らないが、全てを網羅的に挙げることはとてもできないので、ここでは省略する。近年、菅野前掲論文(「Ⅶ 憲

要するに、既存の憲法を、全く作り替えてしまうような憲法「改正」であっても、結局有効なものとして通用することになるのであって、改正の限界をいうのは困難ではないかというのである。

2. 憲法改正はそもそも法学的に考慮することができるのか

(1) 憲法改正に関する法理論

1. でみたケルゼンおよびシュミットの議論は、まがりなりにも憲法改正を法現象とみている。けれども、これに対して、そもそも法的考察の埒外なのではないかという観点から論を進めていると見られる学説が存在する。スイスのブルクハルト (Walther Bruckhardt, 1871-1939) は、憲法テキストの改正は、実行された革命の正当化にすぎない、と主張する²⁸⁵⁾。これが現在蘇っていると思えるのが、アメリカのアッカーマン (Bruce Ackerman, 1943-) の主張である。それは、憲法の枠内で政治を行うのが通常政治で、革命を伴うかもしれないが、革命を起こさないようにするのが憲法政治である、その憲法政治にかなうところで、憲法改正が出てくる、という考えである²⁸⁶⁾。これを受けて、シュトラウス (David A. Strauss) は、憲法テキストの改正はやはり大して意味がない。実行を慣行として定着して始めて憲法テキストの改正は意味があるけれども、憲法テキストの改定が実現する頃にはもうその慣行は出来上がっているのだ。変えて意味があるのは、せいぜい市民や政権担当者の自己満足である、とした。

(2) 第96条の法意

第96条第1項は「この憲法の改正は、各議院の総議員の3分の2以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする」と規定する。第96条は憲法改正について国民投票で過半数の賛成を得ることを要請している。本章第4節で概観するように、自民党の憲法改正案は、憲法改正の衆議院及び参議院による発議要件を3分の2から過半数へと改正しようとしている。すでに、国会は、必要があると認めるときは、議決により法律案を国民投票に付することができる、という仮

法制定権力論と根本規範論」と同様の主張をしている (ただし理論的根拠は異なる) 論文として、長谷部恭男「われら日本国民は、国会における代表者を通じて行動し、この憲法を確定する」同『憲法の境界』(羽鳥書店、2009年)第1章(同3頁以下)がある。

285) *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2. Aufl. Zürich: Polygraphischer Verlag A. -G., 1944, S. 213.

286) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001年)参照。

想法律を例に検討したように²⁸⁷⁾、このような改正が可能であるとする、法律の制定や改正手続に国民投票を導入することは合理的であるということになりかねない。繰り返しになるが、国民投票の過半数というのは決して容易な要件ではないからそのような危惧は為にする議論であるとの反論も考えられるけれども、フランス第5共和制憲法が、第4共和制憲法の改正手続を無視して直接の国民投票によって成立したことを想起するのは有用であろう。

3. 憲法改正問題への学問的取り組みと市民の取り組み

以上から明らかなことは、日本国憲法の解釈として、法的限界があるということではできが、実際に成立した改正を無効であると主張することは、実は難しいということである。

従来の憲法改正限界論のうち有力であるのは、憲法の条文を、体系性を持って読み取ろうとするならば、改正規定は他の憲法条文より高度の基本性を持つ規範であるとする考え方に立ちつつ、憲法制定権力と憲法改正権限の峻別を図る説である。日本国憲法の解釈学説としてはこの考え方が穏当であろう。いずれの説に立つにせよ、市民が市民生活の実感から運動として反対することあるいは賛成することはありうる。この点、ケルゼンが法的には限界をいうことは実際上困難であると考えていたことは参考になるであろう。

第4節 憲法改正案（改憲案）の特徴

憲法改正論議の歴史の中で、各時代は、次のように特徴づけられる。

1955～64年は、天皇制論と、9条2項の削除、改正要件の緩和、国民投票規定の削除が主張された。この時期の改憲案は、今でもほぼ同様に主張される。これに対して、1965～80年は、自民党案が出されただけである。経済的に安定していた時期には、改憲提案があまりないようである。1981～90年は、多くの個人が改憲提案をし始めた時期であり、解釈改憲が進展した。そして、1990年～現在は、天皇が君主であるとか、人権を制限するのが当然であるというような復古的論調が後退し、新しい人権が重要だという議論が唱えられた。しかし個人情報保護とか、環境権に反対していた人たちが、この新しい人権論を唱え始めた。他方、近年自民党の改憲案は天皇を元首と明記する規定が復活し、また96条のみを改訂して憲法改正の発議のハードルを下げるべしとの提案が強力に主張されている。すなわち、改正のための衆参両院による発議要件を3分の2から過半数へと改訂

287) 佐藤「憲法統治機構講義案(1)」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』17号78～79頁。

しようとの主張が政治的争点としてクローズアップされているのである。さらに、近年の改憲案で特徴的である環境権が重要であると主張する人は、同時に、家族の条項を入れようとする。家族とは何かというと、そこに伝統的（ただし明治以来だけの「伝統」）な家族が入ってくる。結局、憲法を改正すること自体がいかなる意味を持つのかを考えず、施政者がやりたいことをやれない元凶をすべて憲法に求めたり、自己の道徳観に合わない社会状況を憲法が原因であると主張したりするような、非合理的な思考が改正案を支配していることには変わりがない。いずれ憲法改正が現実の政治日程に上ってきたときに、このような冷静な思考こそが求められることになるはずである。

「憲法統治機構講義案(1)」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』17号 82頁の表、国会の構成について、法改正による訂正及び重要な誤植の訂正を以下に記す。

国会の構成

衆議院			参議院	
475*人	小選挙区 295*人	議員定数	242人	選挙区制 146人
	比例代表 180人			比例代表 96人
4年		任期	6年(3年ごとに半数改選)	
満20歳以上の男女		選挙権	満20歳以上の男女	
満25歳以上の男女		被選挙権	満30歳以上の男女	
あり		解散	なし	

※平成25年8月23日法律第95号(平成24年11月26日提出法案)[2013年6月24日成立]「衆議院小選挙区選出議員の選挙区間における人口較差を緊急に是正するための公職選挙法及び衆議院議員選挙区確定審議会設置法の一部を改正する法律」による定数削減。

[校正段階で2013年9月4日に最高裁大法廷で民法の非嫡出子法定相続分規定を違憲とする判決を下したとの報に接した。近いうちに別稿で検討したいと考えている。]