

憲法統治機構講義案（2）

佐藤潤一

Constitutional Systems of Government (2)

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

(以上前号 [大阪産業大学論集 人文・社会科学編 第17号])

(以下本号 [第4章第1節まで])

第2節 内閣 178

第3節 内閣と国会の関係 181

第4章 司法権・違憲審査権の性格 198

第1節 司法権の性格 198

(以上本号)

第2節 最高裁判所の判決は一貫しているか？

第5章 財政民主主義

第6章 地方自治

第7章 憲法の変動

平成25年3月1日 原稿受理

大阪産業大学 教養部

* 前号における目次の階層構造を一部変更した。また紙幅の関係上、本号においては第4章第1節までを掲載する。なお註番号は前稿から継続しているため、33から開始している。

第2節 内閣

1. 行政権の意義と内閣

憲法第65条が「行政権」というとき、その中身は必ずしも明らかではない。

そもそも行政自体を定義することは、立法・司法と比較して困難がある。

憲法第72条が内閣総理大臣の職務として「一般国務及び外交関係」と「行政各部」の「指揮監督」とを「並びに」という接続詞でつなげていることからすると、これら全てが行政に含まれるのだろうか。

また憲法第73条が「他の一般行政事務の他」に、第1号で、「國務を總理する」のが内閣の職務であると規定している。一般行政事務が、いわゆる「お役所」でのルーティンワークを指すことは間違いなしとして、「國務を總理する」ことが「法律の執行」と並列されていることからすれば、法律の執行以外の内閣の職務、日常的な用語法で言えば政治がここでは想定されていると解される。「國務を總理する」ことは行政権の統括であるとの主張もあるが（たとえば宮澤）、賛成しがたい。

内閣が行使する権限が行政権である、としたのでは循環論法（tautology）で、何の意味も無い。積極的に内容を定義づけようとする説³³⁾もあるが、あまり成功していないと考えられるし、なによりも、法律の及ばない「行政」の領域を認めることになりかねないのであって、行政が法律に基づいて行われるべきであるという「法律による行政の原理」が徹底しないことになるのではなかろうか。

さしあたりは行政というのは、「法律を執行する」というのが中心になるが（憲法73条1号参照）、普通、「統治権」から立法権と司法権を「控除」した（差し引いた）残りが行政権であるという控除説が唱えられる。ただこのように解すると、立法でも司法でもなければなんでも行政ということになってしまい不都合もある。そもそも、憲法が国会を国権の最高機関としているのに対して、内閣が「政治を行う府である」こと、すなわち執政府であることが隠蔽されてしまうのではないかというのである³⁴⁾。

33) 代表的なものとしては田中二郎説がある。同説は、行政とは「法の下に法の規制を受けながら、現実具体的に国家目的の積極的実現をめざして行われる全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動」である〔田中二郎『新版行政法 上巻全訂第二版』（弘文堂、1974年）5～6頁〕と定義している。

34) 簡潔に内閣＝執政府説を説くのは、阪本昌成『憲法1——国制クラシック（全訂第3版）』（有信堂

2. 内閣の構成

内閣は、首長たる内閣総理大臣とその他の国務大臣で組織される（第 66 条第 1 項）。内閣構成員は文民であることが求められる（第 66 条第 2 項）³⁵⁾。内閣法は国務大臣を原則 14 人以内、最大 17 人以内とする（内閣法第 2 条）。国務大臣の過半数は国会議員でなければならない（憲法第 68 条第 1 項）。明治憲法時代とは異なり（本節冒頭で述べたところを参照）、国務大臣の罷免権を持つ（第 68 条第 2 項）日本国憲法における総理大臣は、名実ともに首相である。総理大臣は、さらに法律及び政令に主任の国務大臣と共に連署し（第 74 条）、国務大臣の訴追に対する同意権を有する（第 75 条）。

3. 内閣総理大臣

内閣総理大臣は、国会議員の中から国会の議決で指名される（第 67 条第 1 項）。この指名に当たって衆議院と参議院の指名が異なる場合は両院協議会を開くが、最終的には衆議院の議決が優先する（同条第 2 項、国会法第 86 条第 1 項・同法第 88 条）。内閣総理大臣が欠けたとき（死亡、国会議員の地位を失ったとき、辞職など）には、内閣は総辞職することになる（憲法第 70 条、国会法第 64 条）。ただし新たに総理大臣が任命されるまでは引き続き内閣の職務を行う（第 71 条）。総理大臣は「内閣を代表して議案を国会に提出し、一般国務及び外交関係について国会に報告し、並びに行政各部を指揮監督する」（第 72 条）³⁶⁾。

4. 内閣の職務

内閣は一般行政事務に加えて次の「事務」を行うこととされている。

- ①法律の誠実な執行（第 73 条第 1 号）
- ②国務を総理すること（第 73 条第 1 号）
- ③国会の召集（第 52 条～第 54 条）・衆議院の解散（第 7 条第 3 号・第 69 条）
・参議院の緊急集会（第 54 条第 2 項・第 3 項）
- ④外交関係の処理（第 73 条第 2 号）
- ⑤条約の締結（第 73 条第 3 号）

高文社、2011 年）である。

35) 佐藤註 1 前掲「憲法総論の再検討」第 3 章第 3 節参照。第 66 条第 2 項を根拠に自衛隊の合憲性を主張する見解は、解釈として成り立ちがたい。正面から 9 条の解釈として論ずべきである。

36) ここでいう「議案」に法律案が含まれるかという問題については第 3 章第 1 節 3 で内閣法第 5 条と最高裁判所規則について検討したところを参照。

- ⑥法律の定める基準に従い、官吏に関する事務を掌理する（第73条第4号）
- ⑦予算を作成して国会に提出すること（第73条第5号）
- ⑧この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない（第73条第6号）
- ⑨大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を決定すること（第73条第7号）

これら列挙されたものも「行政事務」だという解釈もある³⁷⁾が、条文の文言としては確かに「事務」ではあるが、単に「事務」であるといってしまうのは、ことが「政治」「統治」にかかわることからすると問題もありそうである。

基本的に、内閣の職務は、天皇の国事行為に対応している（正確に言うと、明治憲法時代に天皇の大権事項とされていたことが内閣の職務とされ、象徴としての天皇がその権威付けを行う）。天皇の国事行為に対しては内閣が助言と承認を行う（第3条・第7条柱書）。

国会の指名に基づく内閣総理大臣の任命と、内閣の指名に基づく最高裁判所長官の任命（第6条）は、対応する規定が特に内閣の章に置かれていない。けれども、憲法改正・法律・政令・条約の公布（第7条第1号）、内閣の決定に基づく国会の召集（第7条第2号）、衆議院の解散（第7条第3号）、国会議員の総選挙施行を公示すること（第7条第4号）、栄典（文化勲章など）の授与（第7条第7号）、大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権の認証（第7条第8号）、外国の大使や公使の接受（第7条第9号）、そして儀式を行うこと（第7条第10号）といった国事行為は、上記のように、原則として内閣の職務として対応する規定が存在する³⁸⁾。

この内閣の職務とされているもののうち、問題になるのは①条約締結への国会の関与の程度、②予算の法的性質、③衆議院の解散権の根拠と限界、である。②については、第5章 財政民主主義の項で述べる。政令の法律との関係、内閣の法案提出権限については、第3章1(6)で述べたほか、本章第3節1で若干の検討を行う。

①については、第73条第3号が、事前に、時宜によっては事後に国会の承認を得ることを規定するが、事前はともかくとして事後に国会で条約締結が否決されたり条約内容に修正を加えたりすることが許されるかが問題になる。この点従来は事後に国会で条約締結を否決したり修正したりしても国際法上無効であるとの説が有力であったようだが、条約

37) 宮澤註釈 560 頁は73条1号「国務を總理する」の解釈として「内閣が行政事務を統轄するとする趣旨を重ねて規定したものと解するよりほかはないが、そう解するとして、『国務を總理する』という表現は、立法技術上から見て、拙劣と評される可能性があるようである」と述べる。この解釈はむしろ73条1号の国務には、2号以下に列挙されたものが含まれないものとする前提があるようにも思われるが、そもそも、73条が、通常、政治作用ないし執政作用とされるものを「事務」と総称していることに問題があると解される。

38) 国事行為については本講義案第1章第2節参照。

法条約（条約法に関するウィーン条約）が日本について1981年8月1日に効力発生して以来、同条約の第27条及び第46条の解釈問題に帰着するものと解される。

すなわち、同条約第27条は「当事国は、条約の履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない。この規則は、第46条の規定の適用を妨げるものではない」と定め、同条約第46条第1項は「いずれの国も、条約に拘束されることについての同意が条約を締結する権能に関する国内法の規定に違反して表明されたという事実を、当該同意を無効にする根拠として援用することができない。ただし、違反が明白でありかつ基本的な重要性を有する国内法の規則に係るものである場合は、このかぎりでない」とする。結局、憲法第73条第3号但し書きが「基本的な重要性を有する国内法の規則」に該当するかどうかと言うことになるのである。最近では該当すると解する説も有力になってきている³⁹⁾。

③については、「内閣は憲法第69条に規定された場合にのみ衆議院を解散できる」とする主張の妥当性を検討する必要があるが、これについては、統治機構講義案（1）第1章2で検討したところに譲る。

第3節 内閣と国会の関係

1. 概観

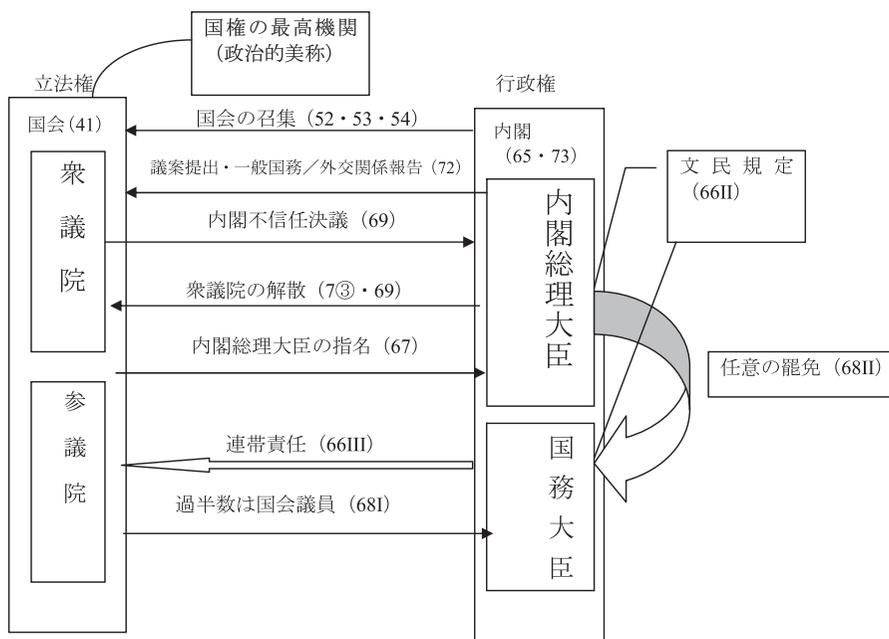
多くの憲法体系書や教科書類は、このような項目は立てていない⁴⁰⁾。しかし、立法府と

39) 最近の体系書では、たとえば辻村みよ子『憲法 第4版』（日本評論社、2012年）は次のように整理している。「…条約の締結は、当事国の署名によって成立するものと、批准により成立するものがあるため、いずれも、これらの成立時期（署名または批准）を基準にして、事前もしくは事後に、国会の承認を得ることが条件づけられている。したがって、国会の事後の承認が得られなかった場合には、条約は遡及的に無効となると解するのが妥当である。学説には、条約の国内法上の効力と国際法上の効力を区別し、前者に瑕疵があった場合にも国際法の安定のために後者は有効であるとする有効説もあるが、妥当ではない。条約に国会の承認を要することは憲法上の要件であって相手国も承知しており、国際法の安定のために憲法の要請に反することは認められないからである」。「また、国会の承認に際して条約の内容に修正を加えることができるか否かについても、解釈が分かれている。憲法61条が両院協議会の手続きを定めていることからすれば、両院の見解が異なる場合に協議して妥協の道を探る可能性が示唆されるが、この点のみから条約修正の可否を論じることは妥当ではない。技術的な修正や訳文等の修正ではなく実質的な内容が問題になる場合には、条約の承認が拒否されたものとして、審議の慎重を期すことが望ましく、その意味でも、国会承認に際しての実質的修正は原則として否定される」（同書432～433頁）。筆者は基本的にこの見解に同意する。

40) 本稿は、例外的にこのような項目を置く尾吹善人『基礎憲法』（東京法経学院出版、1978年）及び同『憲

行政府が一体である議院内閣制においては、立法における行政府の役割、財政に関する立法と行政の関わり方（予算〔案〕とその国会審議）、外政に関する立法府の関与（条約批准の国会承認など）を理解することは重要である⁴¹⁾。

図・国会と内閣の関係⁴²⁾



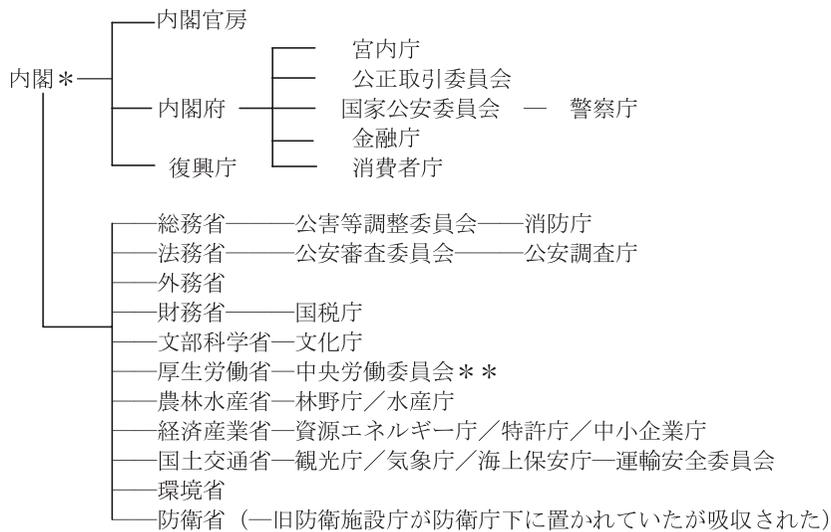
ここでは最初に、国会と内閣の関係について、本章1及び2で見てきたところを図で整理しておこう。

また、国会に法律案を提出するのは、内閣であることもあるが、実際には個々の省庁であることも多い。ここで、知識の確認を兼ねて、内閣及び国家行政組織を確認しておこう⁴³⁾。

法教科書』(木鐸社, 1993年)に示唆を受けた。

- 41) 内閣による衆議院の解散も、国会に対する内閣の連帯責任に関する問題であるからこの項目で扱うべき内容であるが、本講義案第1章「天皇の国事行為」に関する項及び第3章冒頭で、既に扱ったので、ここでは省略する。なお、参議院の緊急集会の制度(54条2項)は、内閣の防衛に関する職務をどう理解するかと密接に関わる。
- 42) ここで挙げた図において()内の算用数字は憲法の条文、○で囲んだ数字は条文に置かれた号の数字、ローマ数字(I, II…)は項を示している。
- 43) 2013年1月現在。国家行政組織法別表などに基づいて作成。詳細な組織図は、総務省のサイト内にある、<http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/satei_01_05.html>から見るができる。なお、総務省サイト内にある同頁は2012年7月のデータとなっているが、本稿執筆時(2013年1月)では基本的に変化はない。

内閣及び国家行政組織図



* 内閣直轄機関として、内閣法制局、安全保障会議、高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部、都市再生本部、構造改革特別区域推進本部、知的財産戦略本部、地球温暖化対策推進本部、地域再生本部、郵政民営化推進本部、中心市街地活性化本部、道州制特別区域推進本部、総合海洋政策本部、国家公務員制度改革推進本部、宇宙開発戦略本部、総合特別区域推進本部、人事院、が置かれている。

** 厚生労働省の外局として1962年以来置かれていた社会保険庁は、2009年12月31日に廃止され、その業務は2010年1月1日以降、特殊法人日本年金機構に受け継がれた。

立法における行政府の役割に関して、まず政府提出法案が法律案の大半を占めていることについては、すでに述べた(第3章1(3)参照)。財政に関する立法と行政の関わり方(予算[案]とその国会審議)については第5章で検討することにする。外政に関する立法府の関与のうち、条約批准の国会承認については、すでに第3章第2節4で検討した。ここでは、まず、2. で立法における行政府の役割について未検討の問題、とくに委任立法の問題について検討し、その上で、3. で国会に対する内閣の責任について、いままで述べてきたところを総論的にまとめることにする。これらの検討をふまえた上で、4. で、国会と内閣両者を結びつける存在であり、議院内閣制の理解それ自体に深くかかわる、政党について検討することにする。

2. 委任立法の問題

国家公務員の政治的行為に関して、旧郵政省職員が政治的行為が問題となった猿払事

件では、第1審⁴⁴⁾及び第2審⁴⁵⁾は違憲判断を下したが、最高裁判所は、きわめてあっさりとした理由付けで合憲判断を下している⁴⁶⁾。ここで、未検討の問題、つまり委任立法の限界が問題となっている。罰則の委任については人身の自由、とくに刑事裁判手続に関する諸々の人権、罪刑法定主義の問題とかかわるため、人権に関する別稿で検討するが、純粋に委任それ自体の問題を、ここで検討することにする。

本件で問題となったのは、国家公務員の政治的行為禁止に関する国家公務員法〔以下「国公法」〕第102条及びその違反を罰する同法110条第1項第19号⁴⁷⁾である。

国公法第102条は次のように規定する。

44) 旭川地判昭和43(1968)年3月25日下刑集10巻3号293頁。郵便職員のような「機械的労務に携わる現業の国家公務員」が、勤務時間外に、職務を利用することなく行った行為(自己の支持する政党の候補者のポスターを貼る行為)に対して刑事罰を適用することは必要最小限度の制約(LRA [least restrictive alternative] の基準)ではないと判示した。審査基準それ自体については、第4章で検討する他、人権に関する別稿で検討したい。

45) 札幌高裁昭和44(1969)年6月24日判時560号30頁。1審判決を支持。

46) 最大判昭和49(1974)年11月6日刑集28巻9号393頁。最高裁は、概要次のように判示している。「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならないというべきである。したがって、公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところである」。「国公法102条1項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が右の合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあたっては、禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の3点から検討することが必要である」。「…本件で問題とされている〔人事院〕規則5項3号、6項13号の政治的行為をみると、その行為は、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書を掲示し又は配布する行為であつて、政治的偏向の強い行動類型に属するものにほかならず、政治的行為の中でも、公務員の政治的中立性の維持を損うおそれが強いと認められるものであり、政治的行為の禁止目的との間に合理的な関連性をもつ」。「その行為の禁止は、もとよりそれに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしたものではなく、行動のもたらす弊害の防止をねらいとしたものであつて、国民全体の共同利益を擁護するためのものであるから、その禁止により得られる利益とこれにより失われる利益との間に均衡を失うところがあるものとは、認められない。したがって、国公法102条1項及び規則5項3号、6項13号は、合理的で必要やむをえない限度を超えるものとは認められず、憲法21条に違反するものということとはできない」。ここで見られるように、主たる争点が憲法第21条第1項で保障される「表現の自由」とのかかわりであるが、同時に、委任立法の問題を引き起こしていることが明らかである。表現の自由とのかかわりについては別稿で検討することとし、本稿では、委任立法の問題点についてのみ、検討することにする。

47) 国公法第110条第1項第19号は、〔国家公務員法〕「第102条第1項に規定する政治的行為の制限に違反した者」に対して「3年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する」と規定する。

職員は、政党又は政治的目的のために、寄付金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。

このように定める第1項が主たる規定であり、「職員は、公選による公職の候補者となること
ができない」との第2項の規定や「職員は、政党その他の政治的団体の役員、政治的顧問、その他これらと同様な役割をもつ構成員となることができない」と定める3項の規定は、いわば当然の帰結である。国公法題第102条第1項の規定を具体化する「委任立法」が、人事院規則14-7である。猿払事件後に改正されているが、基本的な規定は変化がない。現代的課題への対処という意味でも、現行の規則を挙げておこう(ここでは判例それ自体の検討にはあまり立ち入らない)。人事院規則14-7第1項では、適用範囲が定められている。

法及び規則中政治的行為の禁止又は制限に関する規定は、臨時的任用として勤務する者、条件付任用期間の者、休暇、休職又は停職中の者及びその他理由のいかんを問わず一時的に勤務しない者をも含むすべての一般職に属する職員に適用する。ただし、顧問、参与、委員その他人事院の指定するこれらと同様な諮問的な非常勤の職員(法第81条の5第1項に規定する短時間勤務の官職を占める職員を除く。)が他の法令に規定する禁止又は制限に触れることなしにする行為には適用しない。

但し書きで一応の例外規定はあるものの、ほぼ全ての「公務員」が対象となっており、すでに対象範囲が広すぎるように感じられる。これに次いで規定される第2項は「法又は規則によつて禁止又は制限される職員の政治的行為は、すべて、職員が、公然又は内密に、職員以外の者と共同して行う場合においても、禁止又は制限される」と定めており、「内密に」という文言の解釈如何によっては、問題になる。「職員が自ら選んだ又は自己の管理に属する代理人、使用人その他の者を通じて間接に行う場合においても、禁止又は制限される」(第3項)は、事実上の影響力行使を禁ずるものとして理解可能である。けれども、次の第4項は問題である。すなわち、「法又は規則によつて禁止又は制限される職員の政治的行為は、第6項第16号に定めるものを除いては、職員が勤務時間外において行う場合においても、適用される」のである。猿払事件で問題となったのもこの点である。勤務時間外にも一切の政治活動を禁じられるとしたら、公務員には投票の権利以外には政治的な行為は一切できないことになってしまうのではなからうか。これは、委任立法である行政権が制定する「規則」が規制しうる範囲を超えている。「投票の権利以外には政治的な行為は一切できない」という解釈があげさでないことは、以下で引用する人事院規則14-7の第5項及び第6項を一読すれば直ちに了解されるはずである。

(政治的目的の定義)

5 法及び規則中政治的目的とは、次に掲げるものをいう。政治的目的をもつてなされる行為であつても、第6項に定める政治的行為に含まれない限り、法第102条第1項の規定に違反するものではない。

- 一 規則14-5に定める公選による公職の選挙において、特定の候補者を支持し又はこれに反対すること。
- 二 最高裁判所の裁判官の任命に関する国民審査に際し、特定の裁判官を支持し又はこれに反対すること。
- 三 特定の政党その他の政治的団体を支持し又はこれに反対すること。
- 四 特定の内閣を支持し又はこれに反対すること。
- 五 政治の方向に影響を与える意図で特定の政策を主張し又はこれに反対すること。
- 六 国の機関又は公の機関において決定した政策(法令、規則又は条例に包含されたものを含む。)の実施を妨害すること。
- 七 地方自治法(……)に基く地方公共団体の条例の制定若しくは改廃又は事務監査の請求に関する署名を成立させ又は成立させないこと。
- 八 地方自治法に基く地方公共団体の議会の解散又は法律に基く公務員の解職の請求に関する署名を成立させ若しくは成立させず又はこれらの請求に基く解散若しくは解職に賛成し若しくは反対すること。

(政治的行為の定義)

6 法第102条第1項の規定する政治的行為とは、次に掲げるものをいう。

- 一 政治的目的のために職名、職権又はその他の公私の影響力を利用すること。
- 二 政治的目的のために寄附金その他の利益を提供し又は提供せずその他政治的目的をもつたなんらかの行為をなし又はなさないことに対する代償又は報復として、任用、職務、給与その他職員の地位に関してなんらかの利益を得若しくは得ようと企て又は得させようとする事あるいは不利益を与え、与えようと企て又は与えようとおびやかすこと。

三 政治的目的をもつて、賦課金、寄附金、会費又はその他の金品を求め若しくは受領し又はなんらかの方法をもつてするを問わずこれらの行為に関与すること。

四 政治的目的をもつて、前号に定める金品を国家公務員に与え又は支払うこと。

五 政党その他の政治的団体の結成を企画し、結成に参加し若しくはこれらの行為を援助し又はそれらの団体の役員、政治的顧問その他これらと同様な役割をもつ構成員となること。

六 特定の政党その他の政治的団体の構成員となるように又はならないように勧誘運動をすること。

七 政党その他の政治的団体の機関紙たる新聞その他の刊行物を発行し、編集し、配布し又はこれらの行為を援助すること。

八 政治的目的をもつて、第5項第一号に定める選挙、同項第二号に定める国民審査の投票又は同項第八号に定める解散若しくは解職の投票において、投票するように又はしないように勧誘運動をすること。

九 政治的目的のために署名運動を企画し、主宰し又は指導しその他これに積極的に参与すること。

十 政治的目的をもつて、多数の人の行進その他の示威運動を企画し、組織し若しくは指導し又はこれらの行為を援助すること。

十一 集会その他多数の人に接し得る場所で又は拡声器、ラジオその他の手段を利用して、公に政治的目的を有する意見を述べること。

十二 政治的目的を有する文書又は図画を国又は特定独立行政法人の庁舎(特定独立行政法人にあつては、事務所。以下同じ。)、施設等に掲示し又は掲示させその他政治的目的のために国又は特定独立行政法人の庁舎、施設、資材又は資金を利用し又は利用させること。

十三 政治的目的を有する署名又は無署名の文書、図画、音盤又は形象を発行し、回覧に供し、掲示し若しくは配布し又は多数の人に対して朗読し若しくは聴取させ、あるいはこれらの用に供するために著作し又は編集すること。

- 十四 政治的目的を有する演劇を演出し若しくは
主宰し又はこれらの行為を援助すること。
- 十五 政治的目的をもつて、政治上の主義主張又
は政党その他の政治的団体の表示に用いられる
旗、腕章、記章、えり章、服飾その他これらに
類するものを製作し又は配布すること。
- 十六 政治的目的をもつて、勤務時間中において、
前号に掲げるものを着用し又は表示すること。
- 十七 なんらの名義又は形式をもつてするを問わ
ず、前各号の禁止又は制限を免れる行為をする
こと。

そもそも、すでに引用した国公法第 102 条第 1 項の規定が、引用文中に傍点を附しておいたように、人事院規則に政治的行為の内実をほとんど完全に委ねていることは、問題である。傍点の直前にある、一応の例示箇所に下線を引いておいたが、下線部の具体化としては、過度の制約であると解さざるを得ないのである。

3. 国会に対する内閣の責任—まとめ

第 3 章冒頭で触れ、また第 1 章、天皇の国事行為に関する項で、衆議院の解散について検討したところでも述べたように、「内閣は、行政権の行使について、國會に對し連帯して責任を負ふ」(第 66 条第 3 項)。しかし行政の定義について論じた際に述べたように(第 3 章 2 (1))、要するに内閣の職務は全て行政権と解しうるのであるから、ここで、行政権の行使について、とされている部分は限定の意味を持たないから、「内閣は、その権限行使のすべてにわたり、国会に對し責任を負う」⁴⁸⁾のである。それゆえに、内閣総理大臣が「内閣を代表して議案を國會に提出し、一般國務及び外交關係について國會に報告」する(第 72 条)だけでなく、「内閣総理大臣その他の國務大臣は、兩議院の一に議席を有すると有しないとにかかはらず、何時でも議案について發言するため議院に出席することができる」し、「答弁又は説明のため出席を求められたときは、出席しなければならない」(第 63 条)。衆参両院の委員会も、「議長を經由して内閣総理大臣その他の國務大臣並びに内閣官房副長官、副大臣及び大臣政務官並びに政府特別補佐人の出席を求めることができる」(国会法第 71 条)とされているのである。さらに、第 5 章で検討するように、「内閣は、國會及び國民に對し、定期に、少くとも毎年一回、國の財政狀況について報告しなければならない」(憲法第 91 条)。

以上の概観を踏まえつつ、以下、国会と内閣両者を結びつける存在であり、議院内閣制の理解それ自体に深くかかわる、政党の役割について、若干の整理を行うことにしたい。

48) 尾吹註 40 前掲『憲法教科書』225 頁。

4. 政党

(1) 政党と憲法

日本国憲法は、特に政党に関する規定がない。というよりも、政党に関する規定を置いている憲法の方が珍しいのである。

政党は明治憲法制定以前から日本にも存在するが、政党自体は自主的に結成される団体である。明治憲法は、そもそも既に触れたように憲法の規定では議院内閣制を規定せず、むしろその起草者らの中には政党を歓迎していない者もいたようである⁴⁹⁾。

けれども、日本国憲法下において、最高裁は、非拘束名簿式比例代表制を合憲とした判決において、「憲法は、政党について規定するところがないが、**政党の存在を当然に予定しているものであり、政党は、議会制民主主義を支える不可欠の要素**であって、……国会が、参議院議員の選挙制度の仕組みを決定するに当たり、政党の上記のような国政上の重要な役割にかんがみて、政党を媒体として国民の政治意思を国政に反映させる名簿式比例代表制を採用することは、その裁量の範囲に属することが明らかである」⁵⁰⁾と判示している。そもそも、古くは**八幡製鉄所事件判決**⁵¹⁾においても、またその後の**南九州税理士会事件**⁵²⁾においても、政党の存在を当然の前提として論じているのである⁵³⁾。

(2) 政党に対する法的規制

政治資金規正法⁵⁴⁾においては、政党は次のように定義されている。

49) 愛国公党に始まる、明治憲法制定以前からの政党（自由党・立憲改進黨・立憲帝政党）に対して、憲法制定当初、政府が超然主義の方針を打ち出したのは、このような状況を反映しているといえよう。

50) 最大判平成 16 (2004) 年 1 月 1 日民集 58 卷 1 号 1 頁。

51) 最大判昭和 45 (1970) 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号 625 頁。「憲法の定める議会制民主主義は政党を無視しては到底その円滑な運用を期待することはできないのであるから、憲法は、政党の存在を当然に予定している」との言及がある。

52) 最三小判平成 8 (1996) 年 3 月 19 日民集 50 卷 3 号 615 頁。

53) 政治献金と法人との関係が問題となったこれらの判決については、佐藤註 1 掲「憲法総論の再検討」第 3 章第 4 節 3 (168 頁～170 頁) 参照。

54) 昭和 23 (1948) 年 7 月 29 日法律第 194 号。1975 年に、当初の「政党」の定義を「政治団体」についての定義に変え (昭和 50 年法律第 64 号)、政治団体のうちで、①直近の衆議院議員の総選挙で自治大臣の確認書交付を受けたもの、②直近の参議院議員通常選挙で、やはり自治大臣の確認書交付を受けたもの、③政治団体に属していない衆議院議員または参議院議員が 5 人以上所属しているもの、いずれかに当たるもののみを「政党」とした。さらに、1994 年に現在の定義に改正されたのである (平成 6 年法律第 4 号)。この改正は政党助成法 (平成 6 年法律第 5 号) の成立と連動した措置である。なお国会法で政党や政治団体とも区別されるものとして「会派」について規定している (国

すなわち、第3条第1項で、まず「政治団体」について、「政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対することを本来の目的とする団体」（同項第1号）、「特定の公職の候補者を推薦し、支持し、又はこれに反対することを本来の目的とする団体」（第2号）、「前二号に掲げるもののほか、次に掲げる活動をその主たる活動として組織的かつ継続的に行う団体」（第3号）として、「イ 政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対すること」及び「ロ 特定の公職の候補者を推薦し、支持し、又はこれに反対すること」のいずれかに該当するものとする。

この政治団体の定義を前提に、同条第2項で「政党」を「政治団体のうち次の各号のいずれかに該当するもの」とするのである。すなわち、「当該政治団体に所属する衆議院議員又は参議院議員を**5人以上**有するもの」（同項第1号）、「直近において行われた衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙若しくは比例代表選出議員の選挙又は直近において行われた参議院議員の通常選挙若しくは当該参議院議員の通常選挙の直近において行われた参議院議員の通常選挙における比例代表選出議員の選挙若しくは選挙区選出議員の選挙における当該政治団体の**得票総数が当該選挙における有効投票の総数の100分の2以上**であるもの」（第2号）と。

議員5人以上と、有効投票総数の2%以上という「絞り」が適切か、**南九州税理士会事件**⁵⁵⁾で、「政党など規正法上の政治団体に対して金員の寄付をするかどうかは、選挙における投票の自由と表裏を成すものとして、会員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄である」と判示している論理をそのまま推し進めれば、むしろ、政党助成金の交付それ自体が違憲となるのではないか、などの問題もあるが、政党となり得る条件として過大ではなく、一定の比例代表的制度が採用されていることで合憲と考えられている⁵⁶⁾。

このように、政治過程の中で政党が事実上大きな意味を持つことから法的に政党を統制すべきとの意見も強い。トリーペル（Heinrich Triepel, 1868-1946）は、その講演「憲法と政党」⁵⁷⁾において、政党に対する国法の態度は、歴史的に、①敵視（Bekämpfung）、②

会法第46条第1項）。

55) 最三小判平成8（1996）年3月19日民集50巻3号615頁。同事件で法人の権利との関係について判示したところについては、佐藤註1前掲「憲法総論の再検討」第4章第4節3、特に169頁参照。

56) ただし、衆議院議員選挙における小選挙区制、参議院議員選挙における選挙区制は事実上大政党に有利に働いているのであって、その点からは当然疑問もある。

57) Heinrich Triepel, „Die Staatsverfassung und die politischen Parteien“, Rede bei der Feier der Erinnerung an den Stifter der Berliner Universität, König Friedrich Wilhelm III. in der alten Aula am 3. August 1927, Berlin 1927, *Druck der Preußischen Druckerei- und Verlags- Aktiengesellschaft, Berlin SW 48*. 原文については、<http://edoc.hu-berlin.de/ebind/hdok/h74_triepel_1927/XML/> よ

無視 (Ignorierung), ③承認及び合法化 (Anerkennung und Legalisierung), ④憲法的編入 (verfassungsmässige Inkorporation)⁵⁸⁾と変遷しているとした。美濃部達吉による翻訳紹介がきっかけとなり, 多くの憲法教科書や体系書はこの4段階を紹介した後, 日本国憲法の体制は③の段階であり, 他方で「政党は, 国民の政治的意思形成に協力する。政党の結成は自由である。政党の内部秩序は, 民主制の諸原則に合致していなければならない。政党は, その資金の出所及び用途について, 並びにその財産について, 公に報告しなければならない」と定めるドイツ連邦共和国基本法⁵⁹⁾第21条第1項⁶⁰⁾は④の段階にあるとされる。しかし, そもそもトリーベルの議論は, 現代的な諸憲法を前提にしているわけではなく, しかも, ここでいう「憲法」は原則としては, 成文の憲法典のみを指しているため, 日本国憲法の解釈論において取り上げる必要があるかは疑問である⁶¹⁾。

(3) 党内民主主義

具体的に問題となる点として, まず, 政党助成法上生じうる問題点について検討しておこう。

り, 画像ファイルではあるが, 講演記録のパンフレットが全文ダウンロードできる。同講演は, 美濃部達吉『憲法と政黨—國法學資料五篇—』(日本評論社, 1934年)1~30頁に「憲法と政黨」として訳出されている。なお, 冒頭の献辞は略されている。

- 58) この訳語には若干の疑義がある。トリーベル自身は *verfassung* という時に成文憲法を念頭に置いていたようではあるが, 講演ではとくにイギリスに関する言及で「憲法上も制定法上も政党を認めるに至っていない」というような言い回しがあり, トリーベル自身のいう憲法上 *verfassung* との表現が, どの程度の意味を持っていたのか疑わしい。直訳すれば *verfassungsmässige* は, 「憲法上適切に」であり, *Inkorporation* は編入であるから, 憲法的編入とか憲法上編入されているといった美濃部訳には一見問題がないようであるが, そもそも憲法 *verfassung* 概念が実質的なものを含んでいるようにもおもわれる(イギリスについての言及を参照)ことから, あくまで「憲法への編入」であって「憲法典への編入」ではないと捉えうる。美濃部説は, そもそも実質的意義の憲法を重視し, 憲法変遷をも積極的に認める立場であったから, 訳語として憲法というときに, 実質的なものを当然に含んでいたと見ることもできよう。
- 59) 通称ボン基本法 (Bonner Grundgesetz)。Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland が正式名称であるから「基本法」と訳されるが, 実質的には憲法 (Verfassung) そのものである。制定会議がドイツのボンで開かれたために, この略称がある。なお「憲法概念」それ自体については, 佐藤註1前掲「憲法総論の再検討」第1章第1節を参照。
- 60) 訳文は, 高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集 第6版』(信山社, 2010年)223頁より。
- 61) トリーベルの議論が多くの憲法教科書や体系書で取り上げられているために検討したが, 「憲法への編入」という語は用いつつ, トリーベルの名には特段言及しないものもある(芦部など)。政党と憲法の関係について詳しくは, 加藤一彦『政党の憲法理論』(有信堂弘文社, 2003年), 上脇博之『政党国家論と憲法学——「政党の憲法上の地位」論と政党助成』(信山社, 1999年), 同『政党国家論と国民代表論の憲法問題』(日本評論社, 2005年)を参照。

共産党袴田事件⁶²⁾において、一般論としては、政党は「国民がその政治的意思を国政に反映させ実現させるための最も有効な媒体であって、議会制民主主義を支える上においてきわめて重要な存在である」と判示したが、政党内部の事項、党員の除名問題は司法審査の対象外であるとした。他方で、政党要件を(先に引用した政治資金規正法同様)厳格にした上で政党助成交付金を交付する要件を定める政党助成法は、要件さえ満たせば政党助成金が交付される。イギリスなどでは、党首が(党内)選挙で選ばれるのが通常であり、こういった党内民主主義は、政治上重視されている。このように、政党助成金交付の条件として党内民主主義を要求することは可能であろうか。政党助成金の交付を受けるためには「党首を党員の選挙によって選出しなければならない」との条件を法律で定めることは、憲法上の問題を生ずるであろうか。

日本国憲法上は、すでに述べたように政党について直接には規定していない。憲法第21条第1項が保障する「結社」の一種として容認されている。法律で「党首を党員の選挙によって選出しなければならない」との条件を定めることは、憲法第21条第1項の結社の自由に対する制限と解さざるを得ない。しかし、問題は、制限が合憲であるかどうかである。表現の自由に関する第21条第1項に規定され、「集団的表現活動」のための権利として集会の自由と並んで規定されている結社の自由は、しかし通常の意味での表現活動とは異なり、一定の制限には当然に服する。表現の自由それ自体が民主主義の維持強化のために認められるという側面を持っていることからすると、一見許容されうる条件であるようにも思われる。けれども、党内民主主義を法律で強制することは、日本国憲法が、ドイツ流の「戦う民主主義」の立場を取り得るということを意味しかねない。ドイツ基本法は、「政党のうちで、その目的又はその支持者の行動からして、自由で民主的な基本秩序を侵害し若しくは除去し、又はドイツ連邦共和国の存立を危うくすることを旨とするものは、違憲である。その違憲の問題については、連邦憲法裁判所がこれを決定する」⁶³⁾という規定を持つ。

これに関連して、ドイツの連邦憲法裁判所は、1952年10月23日の社会主義国党(Die Sozialistische Reichspartei: SRP)違憲判決(BVerfGE 2, 1)及び1960年12月20日のドイツ共産党(Die Kommunistische Partei Deutschlands: KPD)違憲判決(BVerfGE 5, 85)を下しているのである⁶⁴⁾。

62) 最判昭和63(1988)年12月20日判例時報1307号113頁。

63) ドイツ連邦共和国基本法第21条第2項。訳文は註60前掲高田・初宿編訳『ドイツ憲法集 第6版』223頁より。

64) BVerfGEはドイツの連邦憲法裁判所による判例集を示す。Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtsの略で、BVerfGE 2, 1はドイツ連邦憲法裁判所判例集2巻1頁を示している。ここでは立

SRP 判決においては「自由で民主的な憲法国家の最上位の基本価値が、基本法が国家の全秩序の内部で……根本的なものとみなす自由で民主的な基本秩序を形成している。基本法において行われた憲法政策的決定によれば、結局のところ、この基本秩序の基礎となっているのは、人は、被造物の秩序において、固有の独立した価値をもち、自由と平等が、国家的単一体の永続的な基本価値であるという観念である。それゆえ、基本秩序は、価値拘束的秩序である。それは、排他的支配権力として、人間の尊厳、自由と平等を認めない全体主義国家の反対物である」と述べた。

KPD 判決においては「基本法は、自由と人間の尊厳の保護をすべての法の最上位の目的と見る価値拘束的秩序である。その人間像は、独断的な個人というそれではなく、社会にあって、社会にさまざまな形で義務を負う人格というものである。市民を自らがその人的な担い手である社会の最上位の法益の擁護と保護に協力させることは、基本法違反ではありえない」ことを示している。

その上で、KPD 判決は、基本法は「目的と評価の多元主義から……それが、いったん民主的方法で承認された場合には、絶対的な価値と認められ、それゆえ、あらゆる攻撃に対して断固として護られるべき国家形成のある特定の基本原理郡を取り（出している）。さらに、「基本法は、……多様な社会的、政治的目的に開かれている……。この秩序は、何よりも、その究極の諸原理、自由で民主的な基本秩序が、あらゆる勢力によって肯定されている場合にのみ存続しうる」と断言しているのである⁶⁵⁾。

日本の場合は、憲法上一種の国家機関として政党を認めるドイツの憲法とは異なり、政治上大きな役割を果たしているにせよ、あくまで憲法第 21 条第 1 項が保障する「結社」として成立する政党に対して、党内民主主義を法律で強制することができるかは疑問である⁶⁶⁾。

議院内閣制を採用する以上、イギリス、そしてコモンウェルス諸国の制度こそが参照に値する。これらの諸国においては、党内民主主義の確保は、原則として各政党の自主性に委ねられている。なぜそのように解されるかという点、そもそも「党内民主主義」の内容

ち入らないが、ドイツは、憲法違反かどうかを、日本やアメリカのように司法裁判所が判断するのではなく、連邦憲法裁判所が決定する。もっとも、憲法判断が必要かどうかの判断を司法裁判所が判断することが多いので、その限りでは司法裁判所も憲法適合性審査を行っているといえる。

65) 赤坂正浩・片山智彦・川又伸彦・小山剛・高田篤編訳『シュテルン ドイツ憲法 I 総論・統治編 Klaus Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bund I/Bund II』（信山社、2009 年）110～113 頁より引用した。

66) 党内民主主義の問題を正面から扱っており、かつ読みやすい最近の論考として、ここでは本秀紀「ドイツにおける党内民主主義と法・序説」『名古屋大學法政論集』230 号（2009 年 6 月 20 日号）401～448 頁を参照。

が一義的には確定できないからである。投票権者は、イギリスの例を見れば、下院議員のみから一般党員に拡大されてきたが、一般党員に拡大されていなければ違憲だとの考えは存在しなかったのである。

（4）党議拘束と議員資格喪失

政党の項目で、最後に党議拘束と議員資格の喪失について触れておこう。

党議拘束それ自体は、直接に憲法の問題と言えるかは微妙である。ただ、個々の議員があくまで「全国民の代表」（第43条）である以上は、議院での投票に際して個々の判断が必要であるとはいえる。けれども、それを徹底すると、比例代表制によって「政党」に投票した有権者の意思に背くことになる。これは憲法が言う代表制を徹底した自由委任の制度とは解し得ず、かといって命令委任を徹底する（憲法第15条第1項をそのように解する人民主権論など）のも困難である以上、日本国憲法は、半代表（社会学的代表）を採用していると解されるので、政党の自主性に任されざるを得ない。

しかし、国会法第109条の2が次のように2000年（平成12年）に改正されたことは、憲法に照らしていかに解されるべきであろうか。

衆議院の比例代表選出議員が、議員となつた日以後において、当該議員が衆議院名簿登載者（公職選挙法（昭和25年法律第100号）第86条の2第1項に規定する衆議院名簿登載者をいう。以下この項において同じ。）であつた衆議院名簿届出政党等（同条第1項の規定による届出をした政党その他の政治団体をいう。以下この項において同じ。）以外の政党その他の政治団体で、当該議員が選出された選挙における衆議院名簿届出政党等であるもの（当該議員が衆議院名簿登載者であつた衆議院名簿届出政党等（当該衆議院名簿届出政党等に係る合併又は分割（2以上の政党その他の政治団体の設立を目的として一の政党その他の政治団体が解散し、当該2以上の政党その他の政治団体が設立されることをいう。次項において同じ。）が行われた場合における当該合併後に存続する政党その他の政治団体若しくは当該合併により設立された政党その他の政治団体又は当該分割により設立された政党その他の政治団体を含む。）を含む2以上の政党その他の政治団体の合併により当該合併後に存続するものを除く。）に所属する者となつたとき（議員となつた日において所属する者である場合を含む。）は、退職者となる。

2 参議院の比例代表選出議員が、議員となつた日以後において、当該議員が参議院名簿登載者（公職選挙法第86条の3第1項に規定する参議院名簿登載者をいう。以下この項において同じ。）であつた参議院名簿届出政党等（同条第1項の規定による届出をした政党その他の政治団体をいう。以下この項において同じ。）以外の政党その他の政治団体で、当該議員が選出された選挙における参議院名簿届出政党等であるもの（当該議員が参議院名簿登載者であつた参議院名簿届出政党等（当該参議院名簿届出政党等に係る合併又は分割が行われた場合における当該合併後に存続する政党その他の政治団体若しくは当該合併により設立された政党その他の政治団体又は当該分割により設立された政党その他の政治団体を含む。）を含む2以上の政党その他の政治団体の合併により当該合併後に存続するものを除く。）に所属する者となつたとき（議員となつた日において所属する者である場合を含む。）は、

退職者となる。

この問題を理解するためには、人権論と関わりがある選挙権・被選挙権、そしてそれを支える選挙制度について検討せざるを得ない。すでに第3章第1節6で選挙制度について若干の言及は行っているが、重複をいとわず、この問題を理解するために必要な事項を紹介検討しよう。

第15条第1項は「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」と規定する。憲法が国民主権原理を採用している（前文第1項・第1条）ことの、権利の側面への現れといえる。

国会「両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する」（43条1項）。そして「両議院の議員の定数」（43条2項）、「両議院の議員及びその選挙人の資格」（44条）を法律で定めるべきことが規定されている。憲法は、これらを明確に法律事項としているわけだが、仮に「法律で定める」との規定がなくとも、当然法律で定めなければならない。立憲主義は、通常政治を行う立法府と行政府とが、国民の代表者であることを定める、憲法に従って政治が行われることを原則とするが、政治の基本的仕組みが全て憲法典に規定されることは希で、通常は、国民の代表機関である、議会で定める法律で詳細を規定することになる。これらを受けて、公職選挙法が制定されている。

第15条第1項は、次の三つの原則に支えられる。

第15条第3項の「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する」（**普通選挙**の原則）、及び第4項第1文の「すべて選挙における投票の秘密は、これを侵してはならない（**秘密投票**の原則）。平等を定める第14条の原則からして当然であるが「両議院の議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める。但し、人種、信條、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて差別してはならない」（第44条・**平等選挙**の原則）。

「選挙人は、その選擇に關し公的にも私的にも責任を問はれない」（第15条第4項第2文）との規定との関連を重視して、最低限、選挙で「公務員」を選出しなければならない。「公務員」の責任は次の選挙で落とされることで問われる、と理解するにせよ、「罷免することができる」という点を重視して、リコールすら可能であると理解するにせよ、国民が「主権者」であることと関連する。

なお当然ながらここでいう「公務員」は、憲法上国会議員などを指す言葉で、試験で選ばれる通常の言葉の意味での「公務員」については「官吏」（第73条第4号参照）という大分古い言い回しが用いられている（第99条も参照）。

参政権の性質は、参政権を請願権や政治的表現の自由まで含める極めて広い概念である

と考えることも一応可能だが、ここでは通常用語法に従って選挙権と被選挙権について述べよう。

選挙権 選挙権の性格ないし性質をどのようにとらえるかについて、現在学説には主として3種ある。①選挙権は、選挙人団の一員として国会を構成するための選挙で投票をする資格ないし公務であるとする説、②選挙権は、なにしろ条文が「権利」といっているのだから権利には違いないが、①のこのような意味での資格ないし公務であり、義務的投票制とも結びつく側面があることも否定できないという二元説ないし権限説、③日本国憲法の「国民主権」は「人民主権」を意味するのであり、選挙権は「人民主権」の権利としての側面を示すものであれば、それは個々の「人民」の主観的権利であるという権利説。

ここで権限説や二元説と呼ばれる説が「公務」であるとか「義務」であるとかいうのは、言わば「道義的なもの」である。③権利説は、「命令的委任」を強調する点と「人民主権論」を日本国憲法下で解釈論として主張する意味には疑問もあり、この説をとるには躊躇もある。選挙権は「国民主権」原理を権利の側面から定めたものだと解釈は多数説を形成し、判例も、一貫してこの前提に立っているようである。

人権規定の体系的解釈として、参政権は「基本権を確保するための基本権」としての「政治的基本権」であるとの説⁶⁷⁾をも考慮すると、以下のように解すべきであろう。

選挙権の主体 選挙権の主体は、個々の有権者である。「有権者団」ないし「選挙人団」という概念は「払拭されるべき、ドイツ国法学上の残滓」である⁶⁸⁾。なぜなら選挙権の主体を個々の有権者であるにとらえるならば個々の有権者はそれぞれ固有の利害関心を持った独立の一個人であり、選挙区制をとることが定められ(第47条)選挙がそれぞれの地域を基礎として行われることからすれば「選挙人」(第44条)は統一的意思(国権)を有する国家の法的単位とみなすことはできないからである。

選挙権の性質 選挙権とは、技術的意味での権利としては、自らの投じた票を、そのものとして算えてもらうことができる権利(ケルゼン(Hans Kelsen, 1881-1973)説⁶⁹⁾)であり、主体の側から見れば代表を選出するための主観的権利である。選挙権は個々の国民が統治

67) 鶴飼信成『憲法(法律学講座)』(弘文堂, 1954年)及び同『憲法』(岩波書店, 1956年)参照。

68) 阪本昌成『憲法理論I』(成文堂, 1993年)136頁。

69) ハンス・ケルゼン著(尾吹善人訳)『法と国家の一般理論』(木鐸社, 1991年)161~163頁〔第一部VI. G. 公民的および政治的権利; Hans Kelsen, with a new introduction by A. Javier Treviño, *General Theory of Law and State* (Transaction Publishers, 2006) 87-90.〕参照。

者に対し有効にコントロールを及ぼすために重要な権利である。このように解釈すればその主体はまず「選挙人団」の構成員たる「国民」ではなく、**少なくとも国籍保持者たる国民の権利**であり、それ以上のことは選挙権の性質論から導き得ないと解される。またかかる選挙権は、国政と地方において、その性質が異なるものではない。

被選挙権 憲法に明文は見られないが、第15条第1項が選挙権と表裏一体のものとして保障しているものと解され⁷⁰⁾、有効に被選挙人となることのできる権利能力である（**美濃部達吉**）と解される。ではその主体は国民に限定されるか。

これは憲法の規定からすれば（第44条）、有権者たり得る者に限定されるが、国民主権原理と無関係であるとはいえず、判例も国民主権原理を理由に選挙権とともに外国人に対しては保障を否定するのであり、国民主権原理についての検討を経ることを要する。

選挙制度の歴史と問題点 日本では衆議院議員選挙においては中選挙区制と呼ばれる、一つの選挙区から複数の議院を選出する制度が長らく取られてきた。実際には一選挙区から3人～5人の定数を選出する制度であった。選挙区とは、行政区分である都道府県や市町村の境界とは別に、全国を区割りしたときの区分をいう。1889（明治22）年と1919（大正8）年に小選挙区制が採用されたのを除くと、中選挙区制は、1994（平成6）年に廃止され、**小選挙区比例代表並立制**が導入されることになったのである⁷¹⁾。小選挙区制は、一つの選挙区に多くの候補者が立候補する結果、当然死票が多く出ることになる。2009（平成21）年の民主党、2012（平成24）年の自民党はこの制度があったからこそ多くの議席を獲得したといえる。

投票価値の平等 第14条は、差別の指標を列举しつつ、列举されていない指標、とくに個別的人権条項に規定された諸権利についての平等原則を表明している。このような視点から、居住区域によって投票価値に差があることが裁判で問われてきた。一般にはこれを問う訴訟は、議員定数不均衡訴訟と呼ばれる。参議院議員選挙について当初の判例は立法政策の問題としてほとんど具体的な検討をしていなかった⁷²⁾が、1972（昭和47）年の衆議院議員選挙における1対4.99の格差に対しては違憲判決を下した⁷³⁾。この違憲判決は、

70) 参照、最大判昭和43（1968）年12月4日刑集22巻13号1425頁。

71) 第3章第1節6の末尾でその問題点については若干言及している。

72) 最大判昭和39（1964）年2月5日民集18巻2号270頁。

73) 最大判昭和51（1976）年4月14日民集30巻3号223頁。

行政事件訴訟法第31条が規定する「事情判決」の手法を、法律上は否定されているにもかかわらず、結論として援用したため、批判も多い。

これらの違憲判決は中選挙区制下でのものであったが、1994(平成6)年に小選挙区比例代表並立制を導入した公職選挙法改正時に、衆議院議員選挙区確定審議会設置法は「審議会は、衆議院小選挙区選出議員の選挙区の改定に関し、調査審議し、必要があると認めるときは、その改定案を作成して内閣総理大臣に勧告するものとする」(第2条)とした上で、「前条の規定による改定案の作成は、各選挙区の人口の均衡を図り、各選挙区の人口(官報で公示された最近の国勢調査又はこれに準ずる全国的な人口調査の結果による人口をいう。以下同じ。)のうち、その最も多いものを最も少ないもので除して得た数が二以上とならないようにすることを基本とし、行政区画、地勢、交通等の事情を総合的に考慮して合理的に行わなければならない」(第3条)と規定したため、原則として格差は1対2未満でなければならないはずである。

しかし、その後の展開は決してそのような分かりやすい基準にたっているわけではない。ここでは判例の詳細な展開に立ち入るのは控えるが、そもそも投票価値の格差という問題は、人口過疎地域と過密地域の差であって、過疎地域に居住している人が、自分の選挙権は都会の人よりも価値が高いから不平等だなどと訴えるはずはないということも考えてみる必要はある⁷⁴⁾。

以上の検討を踏まえつつ、改めて、所属政党の変更による議員資格剥奪が憲法上許容されるかを考えてみよう。

投票者の「権利侵害」に当たるかといえば、小選挙区制(衆議院議員選挙)や選挙区制(参議院議員選挙)による当選者を、このような制度の対象とすることはあきらかに問題であ

74) 「この種訴訟の数人の原告達は別にその選挙区の選挙人全体を代表するわけでもないのに、その選挙人全体の合同行為である選挙を無効とすることの『非常識』にどうして裁判官までが気づかずにいるのか、不思議でならない。また、『薄い代表』を一時的にでもさらにゼロにするという非条理的な結果にもなり、とうてい賛成できない」という指摘(尾吹372～373頁)は無視できない。議員定数不均衡訴訟については多くの問題があり、司法審査制度と立法府の負うべき義務の均衡がどこに見出されるべきかという問題として高度な争点を含む。多くの争点を整理して見通しをよくしてくれる、浅野博宣「第19講 投票価値の平等について」安西文雄他著『憲法学の現代的論点第2版』(有斐閣、2009年)439頁以下、若干古い時期の論文であるが安念潤司「いわゆる定数訴訟について(1)-(4)」『成蹊法学』24号181頁以下・25号61頁以下・26号39頁以下・27号131頁以下は非常に詳細な検討を行っており、参考になる。なお、平等権についてアメリカの判例を基軸に一般的分析をおこなった上で議員定数不均衡訴訟を位置づける木村草太『平等なき平等条項論 equal protection条項と憲法14条1項』(東京大学出版会、2008年)198～201頁は注目される。なお、2013年3月25日から27日にかけて、2012年12月16日実施の衆議院議員選挙にかんして広島高裁及び同岡山支部で選挙無効の違憲判決が出されており、今後の動向が注目される。

る。候補者個人に対して投票しているからである。

では比例代表制による選出議員であれば問題はないのであろうか。

選挙権について言えば、先に定義したように選挙権を解する限りにおいて、選挙権の侵害はないということになる（当選が確定した時点で違憲合憲の問題は生じなくなる）。けれども、選挙制度との関係で言えば、やはりできる限り、選挙民の意思と無関係なところで、議院が議席を失うことはあってはならないということになろう。したがって、当選時の政党とは異なる政党に所属することそれ自体が、比例代表制による当選者がその支持基盤を失ったと解することは一応合理性があると解される。現行制度でも、無所属になったこと、あるいは政党による除名処分を理由としては議席を失わないので、合憲と解する余地はあろう。

第4章 司法権・違憲審査権の性格

第1節 司法権の性格

1. 裁判所の仕組み・審級制度

(1) 審級制度

現在の日本の裁判は原則として三審制である。

刑事裁判の第一審は原則として地方裁判所であるが、罰金刑の場合、簡易裁判所が第一審となることがある。少年事件の場合には家庭裁判所が第一審となる。また民事裁判は、第一審が簡易裁判所（訴訟額が140万円未満・裁判所法第33条）である場合、また家庭裁判所である場合（家事事件など）がある。

こういった基本構造の上で、全国に高等裁判所が8箇所置かれ、第一審は、基本的には、簡易裁判所・地方裁判所・家庭裁判所などでおこなわれる。裁判の種類としては、原則として刑事裁判（検察官が原告・被疑者は被告人）及び民事裁判（原告：訴えを起こした人と被告：訴えを起こされた人との裁判）が原則で、これらの応用的裁判として行政裁判、労働裁判などがある。

刑事裁判であれば、通常次のような形で審議される。

第一審—**控訴**→第二審：高等裁判所—**上告**→最終審：最高裁判所

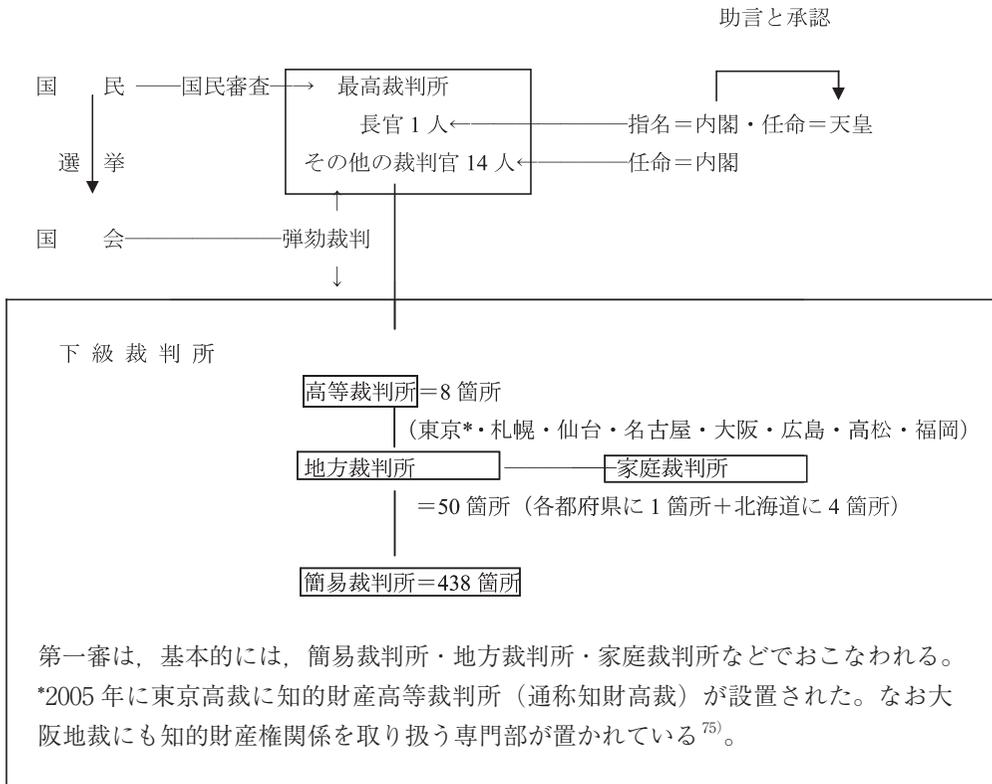
民事裁判の場合は、第一審が地方裁判所または家庭裁判所の場合、上記と同様であるが、第一審が簡易裁判所の場合は、

簡易裁判所—**控訴**→地方裁判所—**上告**→高等裁判所—**上告**→最終審：最高裁判所

となって、実質4回審理を受ける可能性が出てくる。

三審制とはいいつつも、「三回」審理をすることに重点があるのではなくて、複数回の審理を受けることを保障することをもって、「慎重な」審理を受けることが「裁判を受ける権利」(第32条)の保障に資するという点に重点がある。

裁判所の仕組み



75) 裁判所サイト内に知財高裁のページがあり、判決や取扱い事件などの資料を閲覧できるようになっている (< <http://www.ip.courts.go.jp/> >)。

(2) 司法審査制

日本の最高裁判所は司法審査それ自体には積極的である。と同時に、違憲判断を下すことには極めて消極的である⁷⁶⁾。その背景にあるのはなんだろうか。仮説的に結論めいたことを述べると、第一に、最高裁判所判事の任期はそれほど長くないことが挙げられる。そのために、判決に一貫性を見出すのは困難である。第二に、しかし、ある程度学説の影響を受けて、詳細な判決理由を提示するようにはなっているが、それがかえって立法府や行政府に対する過度の敬讓を示すことに奉仕しているように解される。第三に、近年若干の増加傾向にあるものの、今後憲法違反の判断が急激に増えることは考えにくい。これは背景というよりも結果であるが、最高裁判事が「むやみに違憲判決を出すべきでない」と考えているように思われることを示唆しようとしている。いずれにせよ、内閣法制局が、従来、法案を厳重にチェックしたうえで国会に提出していたことが、違憲判断が少なかった最大の理由であると解される⁷⁷⁾。

2. 司法権の意味と違憲審査制—概観

司法権は歴史的概念で、明治憲法下では行政事件の裁判を含まなかった（明治憲法第61条）。現在は「日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限」（裁判所法第3条第1項）を司法権の内実と理解するのが一般的だが、必ずしも明確な規定とはいえない。

というのは、①「法律上の争訟」が何を意味するのか、なんらかの事件を前提とするのか（「事件性」・具体的争訟性の問題、成熟性（ripeness）の問題であるとする立場もある）、②行政上の「自由裁量」と、立法上の「自由裁量（立法政策）」についてどこまで裁判所が判断を下せるのか（国会議員の立法行為（立法不作為を含む）をどのように考えるか）、③いわゆる「統治行為」は裁判所の判断対象か、村議会や学校のような「部分社会」について、裁判所は判断できないとの見解があるが、妥当か、といった様々な問題があるからである。

なお、②でいう行政上の「自由裁量」については、行政機関が法律の定める条件にした

76) 代表的なものとして、樋口陽一『憲法 I』（青林書院、1998年）の見解を参照。

77) Jun-ichi Satoh, "JUDICIAL REVIEW IN JAPAN: AN OVERVIEW OF THE CASE LAW AND AN EXAMINATION OF TRENDS IN THE JAPANESE SUPREME COURT'S CONSTITUTIONAL OVERSIGHT", *LOYOLA OF LOS ANGELES LAW REVIEW*, Vol. 41[Winter 2008], 603-627. 筆者の見解は、基本的にこの論文で示したものと変わりはない。ただし、第4章は、同論文公表後の判例及び文献を踏まえて加筆し再構成したため、構成も言及した判例の数もかなり増大しており、同論文の翻訳では全くない。

がって、一定の基準を満たせば許可などを与えなければならない、いわゆる「法規裁量」(羈束裁量ともいう)と、出入国管理に関して法務大臣が有する判断権のように、(理由は勿論示さなければならないが)、まさに「自由」に「裁量的判断」ができるものとの二種があるといわれてきたが、この点についても最近では異論がある。

なによりも憲法第81条に見られる違憲審査権(司法審査権)は、限界無く全ての国家行為に及ぶのかどうか。これが先に見た司法権の限界の問題として議論されてきた。日本の違憲審査制は、アメリカ合衆国のマーベリー対マディソン判決(*Marbury v. Madison*, 1 Cr. 137 (1803))で確立したアメリカの制度を成文化したものである。憲法の最高法規性(第98条第1項)と一切の法律上の争訟を裁判する司法権(第76条)の性質から導き出せるとする見解と、第81条が無ければ違憲審査権はありえないとする見解とがある。

日本国憲法第76条第2項に、「行政機関は、終審として裁判を行うことができない。」とあるのは、一つには明治憲法時代に憲法で行政裁判制度が認められ、行政事件は司法裁判所の管轄外とされていたのを改め、全ての事件が司法裁判所で審理される趣旨を示している。同時に、専門性の高い分野について、行政機関が裁判所類似の役割を果たしても、最終的に最高裁判所等での審理が保障されていれば、問題がないとの立場に立っていることもまた当然に読み取ることができる。

(1) 司法審査の原則

81条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と規定する。

日本国憲法制定直後には、この規定が最高裁判所のみ憲法適合性審査の権限を与えたものであるとする学説が佐々木惣一によって唱えられた⁷⁸⁾。しかし、最高裁判所は、1948(昭和23)年7月8日の判決⁷⁹⁾において、次のように判示している。

現今通常一般には、最高裁判所の違憲審査権は、憲法第81条によつて定められていると説かれるが、一層根本的な考方からすれば、よしやかかる規定がなくとも、第98条の最高法規の規定又は第76条若しくは第99条の裁判官の憲法遵守義務の規定から、違憲審査権は十分に抽出され得る。

その上で、さきに言及した佐々木説が想定していた抽象的違憲審査権を最高裁判所が有するか否かについて、**警察予備隊違憲訴訟**⁸⁰⁾において、次のように判示して、抽象的違憲

78) 佐々木惣一「国家行為の純粹合憲性に対する最高裁判所の決定権」同著『憲法学論文選一』有斐閣、1990年<復刻版>。

79) 最大判昭和23(1948)年7月8日刑集2巻8号801頁(裁判所法施行法等違憲訴訟)。

80) 最大判昭和27(1952)年10月8日民集6巻9号783頁。

審査権を否定した。

我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない。けだし最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異なるところはないのである（憲法76条1項参照）。[申立人は]「憲法81条を以て主張の根拠とするが、同条は最高裁判所が憲法に関する事件について終審の性格を有することを規定したものであり、従って最高裁判所が固有の権限として抽象的な意味の違憲審査権を有すること並びにそれがこの種の事件について排他的すなわち第一審にして終審としての裁判権を有するものと推論することを得ない。

現在においても、憲法解釈によって、ドイツやオーストリアの憲法裁判所と同じではないが、類似する機能を営むものとして第81条を解釈する立場は全くないわけではない。しかし、これらの最高裁判所大法廷によって示された判示はもはや覆らないものと解する立場が有力である。さらに、そのような解釈こそが日本国憲法の解釈として正当とする立場が存在し⁸¹⁾、著者もまたその理解を共有する。

ここで最高裁判所が憲法判断を行ったすべての判決を検討対象とすることが、司法審査の「特徴」を見出そうという目標に適う。しかしながら、主要なものだけでも相当の数であるので、司法権の役割と司法審査の対象と限界に関する主要な判例のみを取り上げることにする⁸²⁾。

(2) 司法審査の枠組み

①司法権の観念

司法審査の問題それ自体に取り組む前に、日本で「付随的司法審査制」がとられているとの理解の前提となる、「司法権」概念の理解について触れておくことにする。

裁判所も前提としているのは、司法権は歴史的概念であるということである。

明治憲法は行政裁判所を設けていたために、行政庁の行為に対する審判は司法権の対象外であると解されていた。第76条第2項は特別裁判所の設置を禁止し、行政機関が終審として裁判を行うことを否定したため、日本国憲法の下では、司法権の対象は一切の国家

81) 戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』（有斐閣、2008年）43～55頁。

82) ある程度網羅的な検討については、次の諸著作を参照。戸松註80前掲書、松井茂記「最高裁判所の憲法判例の半世紀」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法50年の展望Ⅱ』（有斐閣、1998年）203～280頁、小林武『憲法判例論』（三省堂、2000年）、新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社、2010年）、戸松秀典・野坂泰司『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）。

作用であると解されている。このような理解を前提としながら、裁判所法第3条第1項をどのように解釈するかによって説が分かれている。

裁判所法第3条第1項は「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する」と規定する。

同条は、伝統的な理解に従うと、主として民事訴訟を念頭に置いた伝統的な「事件性の要件」、つまり法主体間の具体的な権利義務をめぐる紛争という要素を中心に考え、「事件性の要件」は、裁判所法にいう「法律上の争訟を裁判」する作用と同一視される⁸³⁾。

これに対しては、裁判所法にいう「法律において特に定める権限」と「具体的事実について法を宣言し、維持する国家作用」とがどういう関係に立つのか、必ずしも明らかでない。当該権限を法定すること自体、憲法上どう根拠づけられるかについてもあいまいである。このような批判がある。憲法76条1項は、権力分立原理を背景とした権限配分規定の一環として、立法権・行政権と同様に、実質的な意味で理解すべきであり、「司法とは、一般に、具体的事実について法を宣言し、維持する国家作用」であるという佐々木惣一の学説を前提にしているようである⁸⁴⁾。

ここで触れた批判は、憲法上、「司法権」の本質が解釈論として確定可能だといっているのである(佐藤)。すなわち、裁判所の役割を、典型的な「裁判」機関(法原理部門)であることに求め、司法権の本質部分は、具体的事件・争訟性が要件となるが、それらの周辺領域にある争いも、法原理機関としての基本的性格に反しない限度で、法政策的に決定され得ると解釈する。すなわち、前者(具体的事件・争訟性を持つもの)が裁判所法3条1項のいう「法律上の争訟」であり、後者が「法律において特に定める権限」(裁判所法3条1項)にあたり、いずれも法原理機関としての通常裁判所が行うべき司法権の範囲に入ると解する。すなわち、伝統的な解釈も、ここで触れた批判的な解釈も、司法権観念に法律上の争訟・事件性の要件を読み込むのである。

これらに対し、司法権の観念から「法律上の争訟」の要件を除外しようとする試みがある(高橋)。すなわち、憲法上の司法権は「適法な提訴を待って、法律の解釈・適用に関する争いを、適切な手続の下に、終局的に裁定する作用」であるとするのである。

いずれの立場に立つにせよ、日本においては、そもそも司法権の対象ではない、裁判所が扱うべき対象ではないという理由で訴訟を棄却ないし却下する例が非常に目立つことは

83) 兼子一・竹下守夫『裁判法[第4版]』(有斐閣, 1999年)65-69頁・清宮335-336頁。

84) この説は、1990年代の有力説である佐藤幸治説(通称「法原理機関」説)の原型として注目に値する。佐藤幸治説については、同著『憲法[第3版]』(青林書院, 1995年)291頁以下及び佐藤575頁以下参照。佐々木説については、佐々木342頁以下、同「国家行為の純粋合憲性に対する最高裁判所の決定権」『法学論叢』61巻4号参照。

注目されて良いであろう（司法消極主義）。

②司法審査の対象

第81条は「一切の法律，命令，規則又は処分」につき司法審査を行う（＝憲法に適合するかしないかを審査する）ことができると規定する。この規定の文理解釈によって，条約（国連憲章や国際人権規約などの多くの国家が参加するものも，日米安保条約のように二国間条約も，いずれも含む）については別途の考慮が必要であるものの，基本的に一切の国家行為が対象となる。裁判所の判決についても，処分に含まれるとされている⁸⁵⁾。

旧日米安保条約の日本国憲法9条との適合性が争われた，いわゆる**砂川事件判決**⁸⁶⁾は，旧日米安保条約を「高度の政治性を有するもの」で，それが「違憲なりや否やの法的判断は，純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には原則としてなじまない性質のものであり，従つて，**一見極めて明白に違憲無効**であると認められない限りは，**裁判所の司法審査権の範囲外**のものである」と判示している。けれども，条約がすべて司法審査権の対象外となると判示しているわけではない。

条約については明示的にそれが司法審査権の対象外であるとする判決は存在せず，判例上は一応，一般的に司法審査の対象となると解される。

学説は第81条の条文のいずれの用語に位置づけるかについての見解の相違であるといえる。また，より詳しく言えば，憲法第8章の「地方自治」で規定されている地方公共団体が制定できる条例，憲法が法律以外の法形式として規定を置く，衆参両院の議員規則および裁判所規則についても，第81条規定のいかなる文言によって対象となるかにつき，解釈上の争いがあるが，いずれにせよ司法審査の対象となることについて争いはないので，ここではとくに立ち入らない。

③司法審査の形式的要件

最高裁判所は，訴訟法上の形式的な要件の観点からして疑義があっても一応の判断を下すことがあるが，実質的には否定的な結論を下すか，憲法違反ではないとの判示を行うことがあり，**警察予備隊違憲訴訟**⁸⁷⁾はその代表例とも解される。しかし，それは司法権の観念をどのように解釈するかの問題に収斂するので，すでに述べたところに譲る。なお憲法は，第55条（議員の資格争訟の裁判），第64条（弾劾裁判所による裁判官の弾劾裁判）が，

85) 最大判昭和23(1948)年7月8日刑集2巻8号801頁。

86) 最大判昭和34(1959)年12月16日刑集13巻13号3225頁。

87) 最大判昭和27(1952)年10月8日民集6巻9号783頁。

司法権の対象から形式的に除外される旨を示している。

ここで実質的な司法審査の限界について、まず、「憲法判断回避の準則」について述べておこう。

これはアメリカ合衆国の判決 *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U. S. 288 (1936) におけるブランドイス裁判官⁸⁸⁾ が、その意見 (Concurring Opinion) で示した諸準則 (Brandeis Brief) を、日本の裁判所が受け入れたものであるとされる。

「裁判所は、憲法問題が記録によって適切に提出されているとしても、その事件を処理することができる他の理由がある場合には憲法問題について判断しない」(第4準則)と、「裁判所は、法律の合憲性について重大な疑いが提起されたとしても、その問題を回避できるような法律解釈が可能であるか否かをまず確認すべきである」(第7準則)という二つの準則が重要であるといわれてきた。

これを典型的に示しているとされているのは、下級審の判決ではあるが、第9条と自衛隊法第121条の関係が争われた**恵庭事件判決**⁸⁹⁾である。恵庭事件においては、略述すれば、結論を導くのに必要でなければ、問題となっている法令が憲法に適合するかないかについて審査する必要はない、とされたのである。これを以て司法消極主義の表れであるとするのが有力な理解である。けれども、最高裁判所がこのような意味での憲法判断回避の準則を真に受け入れているといえるのかには疑問がある。合憲の結論を導いている多くの判決において、過度に政治部門の判断に対する敬讓を示していると考えられているからである。この点は後述する。

3. 違憲判断の特徴

最高裁判所は、法令の文面またはその法令の適用が違憲であるとの判決をほとんど下してきていない。法令の文面または行政処分に対する違憲判決は少なく、次の8件に過ぎない。事件名の後に附したのは、当該事件で問題となった憲法の条文である。

- ① 尊属殺重罰規定違憲判決 (14条)⁹⁰⁾
- ② 薬局距離制限事件 (22条)⁹¹⁾

88) Justice Louis Dembitz Brandeis, 1856-1941。ハーバード大学教授も務めている。

89) 札幌地判昭和42(1967)年3月29日下刑集9巻3号359頁。

90) 最大判昭和48(1973)年4月4日刑集27巻3号265頁。

91) 最大判昭和50(1975)年4月30日民集29巻4号572頁。

- ③ 衆議院議員の議員定数不均衡裁判に関する違憲判決（14条）⁹²⁾
- ④ 同じく衆議院議員の議員定数不均衡に関する違憲判決（14条）⁹³⁾
- ⑤ 森林法違憲判決（22条）⁹⁴⁾
- ⑥ 郵便法違憲判決（17条）⁹⁵⁾
- ⑦ 在外日本国民選挙権訴訟（15条）⁹⁶⁾
- ⑧ 非嫡出子の国籍取得制限（14条）⁹⁷⁾

これに対して、法令そのものは合憲と解するが、事件で問題となっている者に適用される限りで違憲であるとする、いわゆる適用違憲の裁判は数え方によるが、一定数存在する。ただし、通常は「処分」を違憲と判断したに過ぎないもので、「処分違憲」でなくあえて「適用違憲」という必要がある判示はそれほど多くない。

「処分違憲」としては、愛媛県知事の靖国神社・県護国神社に対して行われた、玉串料等の、22回にわたる合計16万6000円の支出「処分」を違憲とした**愛媛玉串料支出違憲判決**⁹⁸⁾が典型であり、最近下された**空知太神社判決**⁹⁹⁾も市有地の連合町内会への無償提供「処分」を違憲としたものであった。

単純な窃盗事件に関する被疑者が逃亡の恐れもないのに過度に長期にわたって（109日）拘禁された後に得られた自白を元に有罪判決を下した下級審判決を38条2項違反と判示したもの¹⁰⁰⁾などは、刑事訴訟法学説において取り上げられることがあり、これを適用違憲とする見解があるが、疑問であり、処分違憲とみるべきであろう。

「適用違憲」判決の典型例は、**第三者所有物没収事件**である¹⁰¹⁾、と解される。実は最高裁判所の判決は、適用違憲には基本的に懐疑的である。この点は、この事件を検討するところで述べる。

以下、まずは法令違憲判決の特徴を概観しよう。

92) 最大判昭和51（1976）年4月14日民集30巻3号223頁。

93) 最大判昭和60（1985）年7月17日民集39巻5号1100頁。

94) 最大判昭和62（1987）年4月22日民集41巻3号408頁。

95) 特別送達郵便物損害賠償責任免除違憲判決とも。最大判平14(2002)年9月11日民集56巻7号1439頁。

96) 最大判平成17（2005）年9月14日民集59巻7号2087頁。

97) 国籍法3条1項違憲訴訟とも。最大判平成20（2008）年6月4日判例時報2002号3頁・判例タイムズ1267号92頁。

98) 最大判平成9（1997）年4月2日民集51巻4号1673頁。

99) 最大判平成22（2010）年1月20日民集64巻1号1頁。

100) 最大判昭和23（1948）年7月19日刑集2巻8号944頁。

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

判決①**尊属殺重罰規定違憲判決**は、尊属殺人を通常の殺人より重く罰する規定を置いていた旧刑法 200 条が日本国憲法第 14 条第 1 項に反すると判示した。けれども、「重く罰する」ことそのものを憲法違反としたのではなく、情状酌量しても執行猶予がつかないことから、罰則が「重過ぎる」として憲法違反としたのである。立法目的として「尊属の殺害は通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきである」ことを不合理ではないとしているのは、同じ判決において示されている反対意見においてすら反論されているもので、現時点から見れば、結論はともかくとして、理由付けには相当の疑問が呈されている。

判決②**薬局距離制限事件**は、薬局開設の距離制限をしていた旧薬事法第 6 条 2 項ならびに県の条例は、日本国憲法第 22 条に違反する、と主張する原告によって提起された訴えに対する判決である。

本判決は、職業に対する規制について、「規制措置が憲法 22 条 1 項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない」。このような「検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務である」。職業に対する規制措置が許可制を採用することは、問題となっている法令の目的とその目的達成の手段としての合理的関連性があるかによって決せられる。「医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、〔中略〕業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体として公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として是認することができる」。本件で問題とされている薬事法の規定は、立法者による提案理由をみると、薬局の「適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置である」。けれども、「競争の激化—経営の不安定—法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとするのは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない」。したがって、薬事法の規定は「不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものということができないから、憲法 22 条 1 項に違反し、無効である」。理由付けそれ自体は従来判決に比べて若干緻密にはなっている。立法事実の不存在を理由として違憲の結論を導いていることは憲法適合性審査の手法として判決①より説得的ではある。

判決③は、衆議院議員の議員定数不均衡裁判に関する違憲判決であるが、公職選挙法が明文で準用を禁止している行政事件に関する一般的な訴訟法である行政事件訴訟法が採用している事情判決という手法を法の一般原理であるとなし、選挙自体は無効としなかったことから、政治的なインパクトは弱いものであった。これは④にも同様の問題があった¹⁰²⁾。

判決⑤**森林法違憲判決**は、判決②を引用して、立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、財産権の規制立法を憲法 29 条 2 項違反ということが出来ると判示する。本件は共有物の分割に対する制限を課していた森林法 186 条について、「共有物は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、憲法第 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第 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というべきである」と判示した。

本判決は、判決②とならんで、経済的自由の領域に関する第 22 条および第 29 条という、日本国憲法上、「公共の福祉に反しない限り」という一般条項的な権利制限文言が付されている権利に関わる。後に検討するように、合憲性に多くの疑問が提出されている法令に関して、かなりの無理をして合憲判断を下している¹⁰³⁾のとは対照的である。すなわち、違憲判決がこれらの判決において下されたことそれ自体は異論がないが、同じ論理からすれば、もっと多くの違憲判断が出ているのではないかの疑問がでてくるのである。

このような点を踏まえて、判決⑥以下についても若干の概観をしておくことにする。

判決⑥～⑧は、新傾向の判決である。

判決⑥**郵便法違憲判決**は、国の賠償義務（第 17 条）とのかかわりで一定の画期性を持ったものと理解することが可能である。

また、判決⑦**在外日本国民選挙権訴訟**は、いわゆる立法不作為の違憲確認訴訟を、限定的にはあるが認めたもので、選挙権の性質論の観点からも、また行政事件訴訟法の規定の解釈とのかかわりでも、大きな意義を持つ判決であると解される。

102) 裁判官の自己認識としては必ずしも「政治的インパクトは弱い」とは考えていないようである。たとえば、山田隆司『最高裁の違憲判決 「伝家の宝刀」をなぜ抜かないのか』（光文社新書、2012 年）に収録されている泉徳治元最高裁裁判官のインタビューでは、③判決を、「最も印象に残る法令違憲判決とはなにか」との問いに対して挙げており、「議員定数の配分は、立法問題から司法問題に転換した」と答えている（同書 288～289 頁）。

103) 合憲限定解釈と呼ばれる手法で、先にふれた憲法判断回避の準則との類似点が指摘できる。

⑧**非嫡出子の国籍取得制限に関する国籍法違憲判決**は若干特殊な判断手法であって、法令の一部(国籍法3条1項)を違憲としたうえで、国籍を求める主張を(国籍法の明文に反して)認めている。

以上の法令違憲(厳密には③④は異なるが)判決は、近年下された2件を除くと、ad hocな意味では妥当性があるとしても、全体として首尾一貫したものを見出すことは困難である。

処分違憲に関する判決についても若干触れておく。

愛媛玉串料違憲判決¹⁰⁴⁾は、愛媛県知事が靖国神社・県護国神社に対する玉串料等を22回にわたって、合計16万6000円を支出した「行政処分」を違憲とした判決である。本判決は、**津地鎮祭判決**¹⁰⁵⁾の判断枠組みである「目的効果基準」を表面上は用いているように見えながら、実際には、あてはめに疑問があり、判決の論理構成に多くの疑問が出されている判決である。ここでいう「目的効果基準」は、アメリカ連邦最高裁で形成されたいわゆるレモンテスト¹⁰⁶⁾を換骨奪取したものとして批判があったものであり、本判決によ

104) 最大判平成9(1997)年4月2日民集51巻4号1673頁。

105) 最大判昭和52(1977)年7月13日民集31巻4号533頁(結論は合憲)。津地鎮祭判決は、「憲法20条3項……にいう宗教的活動とは、…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つては、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どうかなど、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ぬ」と判示している。

106) 政教分離に関するアメリカの連邦最高裁判例の分析がなければ、この「テスト」は理解しがたい。1971年のLemon v. Kurtzman(403 U. S. 602)において示された、合衆国憲法修正第1条国教禁止条項関連の諸判例を元に定式化されたテストで、目的(purpose)、効果(effect)、過度のかかわり合い(excessive entanglement)の3要素を考慮すべきとする審査基準である。前註で引用したように、津地鎮祭事件判決は、政教分離原則違反の行為について、①その目的が世俗的なものでなく、宗教的なものか、②その効果が宗教を援助、助長、促進、圧迫、干渉等をもたらすものか、③それが宗教と過度のかかわり合いをもっているか、の3要素を審査し、そのうちの少なくとも一つが肯定されれば、政教分離原則違反であるとするものであるが、目的効果基準は、アメリカにおいてもゆれ動いており、必ずしも当然に政教分離原則に適用されるべき妥当な基準とは言い切れない側面があ

って、すくなくとも判例上は、かえって混乱が拡大したように思われる。

適用違憲判決である**第三者所有物没収事件**は、最高裁判所のものとしては違憲との結論を下している希有な例であるため、傾向を言うのは困難であるが、逆にいえば、同様の主張に対する合憲との結論が非常に多いことを示している¹⁰⁷⁾。

そこで、2節において、合憲との判示を下している判決にも検討対象を拡大し、なんらかの特徴を見出しうるかにつき若干の検討を行う。

る。なお、戸松註 80 前掲書 325～328 頁参照。

107) いわゆる**高田事件**判決〔最大判昭和 47 (1972) 年 12 月 20 日刑集 26 卷 10 号 631 頁〕も、15 年の裁判中断を第 37 条に反し違憲と判断しており、これを適用違憲とする例もあるが、処分違憲と解すべき事例であろう。