

法雑学のすすめ

——『憲法—日本国憲法解釈のために』（成文堂，2023）の周辺——

君 塚 正 臣

序

筆者は2023年2月に『憲法—日本国憲法解釈のために』（成文堂）を刊行した。教科書として、必要最小限の内容（特に、大事な試験の直前に必要なこと）に留めるため、余談は封印し、生真面目なトーンとなった。このことは筆者のフラストレーションを高めたということもあるが、それ以上に、法律学の学習に必要な周辺事項を省略することは残念である。民法の学習は民法をとことんやればできる、というものではなく、関連学問や知識があって理解が深まるというものであり、「民法」を他の実定法分野に置き換えても、ほぼ当たっていよう（「勉強の裏ワザ教えます！—法学・政治学では裏ワザはメビウスの輪の如く」関西大学通信282号5面（2000）参照）。

そのことを明らかにし、これを補充するため、本稿は書かれた。これは不真面目なことではない。法学を高めるためには、幅広い「諸学問の知恵」が必要である。法哲学、法社会学、法史学という言い方に擬して言えば、「法雑学」とでも言うべきものであろうか。その「体系」を示せない段階であるので（永遠に示せないのかもしれないが）、その「すすめ」と題したい。無論、その内容に絶対的なものがある筈もなく、各研究者の個性に頼っていることは揺るぎない。どことなく柳家小三治『ま・く・ら』（講談社、1998）とか、さだまさし『嘶歌集』（文藝春秋、1986）に似ていても、気のせいである。本稿の

正しい目的を理解して頂ければ幸いである。

第1部 憲法総論

第1章 憲法の基本概念

1 憲法とは何か

(1) 憲法の概念

イギリス「連合王国」は現在ピンチであるらしい。スコットランドがまた、分離独立の住民投票を求めている。2022年11月、最高裁が、スコットランド政府はイギリス政府の同意なくしてそのような立法はできないと判示したので、投票は遠のいたが、独立派の不満は溜まっている。北アイルランド独立運動も継続している。スコットランド独立の「国民」投票は、2014年に実施されたものの否決に終わったが、その後、2020年1月末に、移民や低賃金労働者がやってきたり、大陸から安い商品が入ってきたりすることなどを嫌ってイギリスがEUから最終的に離脱すると、EUに残りたいスコットランドはイギリスから離脱してEUに加入する途を模索し始めている。イングランドは、かなり保守党が強くなってきており、スコットランドと政党支持の状況の違いが鮮明だ。

もしもスコットランドが独立した場合、北海油田を頼りにしているイギリス経済に暗い影を落としそうであるし、スコットランドに集中する原子力潜水艦の基地から撤退するか何かせねばならず、軍事的にも影響が生じよう。大きな事件になる恐れがある。チャールズという名前

の国王が即位すると、不吉なことが起こるジンクスがイギリスにはあるのだが。

イングランドは英米法域であるが、スコットランドはそうではない。古代ローマ帝国の影響下にあったところが大陸法地域で、民法や刑法がパンデクテン・システムで編まれている。一時ローマに占領されただけのイングランドにはその影響は薄い。およそ占領されていないスコットランドや北欧諸国は、これらとはまた別の法系があるのである。

(3) 憲法の分類

民定憲法 日本国憲法は、その1条で「主権の存する日本国民」という語句があることから、国民主権の憲法、民定憲法であるということがわかる。ところが、その1条は天皇の記述であり、それが憲法の冒頭の条文であることから、立憲君主制の名残のような気分を醸し出す。だが、法律論としては日本国憲法は民定憲法であり、協約憲法や、ましてや欽定憲法ではない。

高校までの社会科、公民科の教科書・資料集に世界の国々が色分けされていることが多いが、そこで日本を「君主国」にしていることは殆どない（確実に誤りである）が、しばしば「その他」になっている。素直に共和政体に区分すればよいだけのことで、そこで象徴天皇制について注記の方が賢明ではないか。以前、よく、同じように「その他」だったのは軍政下のミャンマーとカダフィ政権のリビアだった覚えがあるが、日本はその仲間ではあるまい。

2 憲法の最高法規性とその解釈

(2) 最高法規性

基本法令の現代語化 1984年に大学に入った世代では、法律の条文は文語体カタカナ書きが普通であって、例外は、戦後に全面改正された、憲法、(民法後半の)家族法、刑事訴訟法程度だったので、中には、古文が苦手だという理由で憲法や家族法のゼミを選んだ人もいたとかいないとか、であった。

しかし、一部法学部の学生も読めないものを国民一般が読める筈もなく、特に、身近で、当

事者に突き付ける必要もある民法の財産法部分や刑法がそのままでは困るということで、法務省は現代語化(当初は、口語化と言った)を進めることとなった。建前は、意味は同じ、読み易くするだけ、ということだったが、中にはついでに改正されたものもある。

その最も有名なものが、刑法の尊属殺人罪・尊属傷害致死罪と思われる。1973年の尊属殺人罪違憲判決(最大判昭48・4・4刑集27巻3号265頁)から22年、与党の農村部選出の長老議員の、「親を殺してもいいとでもいうのか!」という類の抵抗がきつくと、法改正がままならず、検察が適用条文を殺人罪に代えて乗り切ってきたのであるが、この現代語化という大量の条文処理の間に紛れて、改正されることとなった。また、以前から違憲の疑いも指摘されつつも、最高裁は違憲としてこなかった尊属傷害致死罪規定(最判昭49・9・26刑集28巻6号329頁など)についても、一気に削除されたのである。

(3) 最高法規性の保障

憲法尊重擁護義務 筆者は2002年10月に横浜国立大学経済学部助教授として着任したのであるが、当時は国立行政法人化前だったため、文部科学教官、全くの国家公務員であった。ご挨拶の葉書を出したところ、高校の担任から電話がきた。九州出身の先生によって、国立はとてもエライことだったのかなーと思った。採用時、公務員としての宣誓をした。日本国憲法を尊重するという内容に入っていたが、この点は憲法の教員でもやはり確認される。

公務員の中には、個人的信条としては「改憲」論者、明治憲法や戦時体制が素晴らしいと思っている人も、ソ連型の社会主義体制が理想だと思っている人もいるのかもしれないが、憲法99条の趣旨は、それを改めよということではなく、法治行政なんだから、憲法を頂点とする法体系の執行を機関の一部としてやって下さい、ということにあるのだと思われる。そもそも、それぞれの思い通りに動き出すと、組織とは言えない事態が発生する。その意味で、ドイ

ツ基本法と一線を画して、国民の憲法尊重擁護義務を規定していない点は、日本国憲法理解の重要な点であろう。

抵抗権・革命権 憲法上、抵抗権はある、とする学説が多い。国家緊急権が時の権力者に濫用されがちに見えるのと比べ、抵抗権は民衆のものという思いがあるのかもしれない。ただの乱暴者集団が立憲主義を破壊するだけ、ということもあることには注意しなければならない。正当化できるのは、通常の統治機構が麻痺している場合だけとしたい。

それと、この、抵抗権や革命権はある、という議論が何をしたい議論なのか、という点も考えて欲しい点である。抵抗が大成功して政府を転覆すれば革命が成就するわけで、現実問題として日本国憲法上抵抗権があったかどうかは、殆ど意味がない。抵抗したいのにできないではないか、というのは、そもそも非常手段なのだから未行使段階で権利性を訴えるのも変である。大して抵抗しなかったのに逮捕されたような事例は、純粹に人身の自由、身体の自由の剥奪で、多くの場合は適正手続違反であろう。そう考えると、抵抗権の存在の主張は、抵抗運動の末に、後に付いてくる民衆もさほどなく、虚しく逮捕・起訴された活動家が裁判で訴えるような場面に限られるのではないか。惹かれ者の戯れ歌。シビリアン現実問題としては、どれほどの意味があるのかは解らない。

3 近現代立憲主義

(1) 近代以前

共和主義 ローマ共和政については、高校の世界史で少々勉強したと思われるので、当方がここで加筆することは少ない。直接民主政は素晴らしいと思っている人は結構いるようだが、国政を担える人に参加を限定する作業が加わってしまう。ローマでも、政治参加は、自由民の成人男子の家父長に限定されていた。奴隷は勿論、女性も完全排除であった。古代ギリシャのオリンピックが、観客も含めて男性限定で、馬車競技など以外は全裸で行われていたのも、こ

ういった事情と通じるものがある。

ローマは、市民による重装歩兵が軍事を担っていた。兵役と政治参加が一体という考えは、そう古いものでもない。アメリカで黒人男性が憲法上、投票の平等を保障されたのは1870年であるが、白人も含めて女性が保障されたのは、第一次世界大戦後の1920年のことである。銃後を守り、総力戦の一部を担ったのは私たちだ、という訴えがあつてのことである。2022年末現在、アメリカでは黒人男性は大統領になった例が出たが、まだ女性の大統領は出ていない。直接民主政の伝統の色濃いスイスが女性の政治参加を認めたのは、国政では1971年と遅い。

マグナ・カルタ 領土を失い、ローマ教皇から破門され、マグナ・カルタに署名させられたジョン王は暗愚な国王だとよく言われる。彼を「ジョン1世」などと呼ばないのは、その後、彼の名前を継ぐ国王が出なかったからで、一種の永久欠番である。

ただ、言うほど暗愚ではなかったのではないかと、いう研究も見た覚えがある。「マグナ・カルタができたのは」という問題に「ジョン王がバカだったから」と答えた人がいた(ホントです)が、誤りだったかもしれない。今更、中学の中間テストの得点を修正するのは遡及的不利益変更に当たり、マグナ・カルタ的にも許されない。なお、1215年の有名なマグナ・カルタは直後にローマ教皇によって無効にされており、現在でもイギリスで法的効力を有するものの基は、1225年に作成され、1297年に確認されたものである。

国民国家 (ネイション・ステイト nation state)

1人の君主に1つの国民という意味でも国民国家が誕生したのは、ウエストファリア条約以降である。中世はもっとごちゃごちゃしていた。そうした国家の主人公が君主から国民に代わると、近代立憲主義国家が誕生するわけである。

ワールド・カップやオリンピックは、基本的に、この国民国家を単位に代表を選出したり優勝が争われたりする。国家システムは根深い。

1つの国民は1つの民族なのだ、ということが強調され、1つの言語、1つの物語（歴史、国史）、1つの国歌と国旗が決められていく。近代立憲主義国家となるためには、革命を起こしたり独立運動を起こしたりすることが多いので、国歌はどうしても激しくなる。どことなく軍歌である。フランス国歌などは早々に「銃を持って、市民よ」(Aux armes citoyens!)と訴えかけている。だから、「君が代」は世界的に見ると特殊性がある（一般的展開では戦前は「宮さん宮さん」で、戦後は不明である）ということになるのか。それと、とても短い。レで始まりレで終わるのも特殊だろうか。それと、国歌たるもの一般大衆が歌い易いことは必要で、宇多田ヒカル作詞・吉田美和作曲・井上鑑編曲みたいな国歌はない。ただ、ミャンマーの国歌は最初の方、殆どのミャンマー人が難しくて歌えないらしい。

昔は、三波春夫など、「国民的歌手」という人がいた。国民一体となった、ということになっていた。1964年の東京五輪や1970年の大阪万博は国を挙げての、ちゃんと電通が入り込んだ、一大イベントのテーマ曲を歌っていた。この間、「国民的ロック歌手の矢沢永吉」という表現を聞いたが、どんなに有名でCDが売れていても、音楽的嗜好も割れたそれ以降の世代では違和感がある。明治の元勳と「軍神」たちになされた国葬ができたのは、吉田茂で最後だったのかもしれない。

(2) 近代

アメリカ合衆国憲法 アメリカの独立は1776年だが、最初から「アメリカ」が独立したわけではない。13邦（この時代のStateのことは、「国」でもなく「州」でもなく、こう書くのが符牒らしい）が独立して、さてどうしようか、皆で相談したところ、フェデラリストと言われる人たちが次第に有力になって、バラバラだと英本国が攻めてくると困るから、一緒にやらないか、という話が纏まり、連邦を作ったという話である。独立したものが一つの条約を結んで、連邦を作った。その条約がアメリカ合衆国憲法である。「条

約憲法」の例はこれで十分。

で、一緒になるとなると、いろいろ利害対立が生じる。自由州と奴隷州の対立があって、奴隷は5分の3人扱いにする妥協が成立する。それと、大きな州と小さな州の対立があり、大きな州は議会に人口比例で代表を送りたいと言い、小さな州は、州は州なんだから同じ数の代表だといって譲らない。そこで、上院は各州2人ずつ、下院は人口比例で、ということにして、二院制にした。大統領選挙は、あの時代だと、どこかに投票用紙を集めるのも大変だし、そもそも州は元独立国で独自性があるので、そうではなく、州ごとに大統領選挙人を選ぶ形になった。殆どの州は、自州の影響力を増すために勝者総取り (winner take all) 方式を採用する。で、その人たちがワシントン DC に集まって投票して、大統領が決まる、過半数取れないと下院が決めるとか、実は複雑な決まりになっている。だから、4年に1回、11月の頭にやっているのは、大統領選挙人選挙。あ、大統領選挙だ、と言う人を見付けたら、いや、あれは大統領選挙人選挙だよと指摘して、嫌われて下さい。

夜警国家 「夜警国家」というのは19世紀ドイツの社会主義者フェルディナント・ヨハン・ゴットリープ・ラッサールが自由国家・最小国家に付けた異称・渾名・皮肉の類。正式な学術的・科学的な名称ではないものの、言い得て妙で、非常に有名である。正式でなくとも、バンクシーの絵とか、二条河原落書（此比都ニハヤル物夜討強盗謀論旨）のように、歴史に残っていくものはある。

ところで、ラッサールは、女性問題に絡んで39歳にして決闘で死んでいる。決闘は、日本では現在でも、「決闘罪ニ関スル件」という明治時代にできた法律で罰せられる。よい子はやめましょう。

自由国家はアダム・スミスの古典派経済学と結び付く。アダム・スミスの言葉を「神の見えざる手」と覚えている人も多いようだが、「神の」とは言っていない。

(3) 現 代

ワイマール憲法 社会権バンザイの人にとっては理想的な憲法のように語られるが、あまりにも詳細な社会権規定は、第一次世界大戦の多額の賠償金を負わされたドイツにとっては「ない袖は振れない」ものであった。そこで、形而上学的ドイツ観念哲学とでも言うか、発明されたのがプログラム規定説というもので、権利と書いてあっても権利じゃない、という理屈。社会権以外にも流用されたので、戦後のドイツ基本法は、数多の社会権規定を羅列するということはやめた。

もう一点、非常時に大統領に全権委任する規定を置いていて、これがヒトラーに悪用されてしまった。そこで、どうも、緊急事態とか非常事態の規定を入れることは危険であることになり、日本でも国家緊急権を憲法から引き出すことには慎重な意見が学界では多いのである。なお、ヒトラー登場の原因は、ハイパー・インフレーションで、その原因は先述の多額の賠償金と世界大恐慌だったので、第二次世界大戦終了時に、敗戦国に多額の賠償金を請求することはなくなった。

大衆政党 2000年代にタイを旅行した(クワイ河鉄橋にも行った。アジアを旅すると、日本軍の侵略の痕跡に出会い、恐縮する)とき、ガイドが、バンコク(正式名称はとても長い、というのは有名なトリビア)の主要駅であるフワンポン駅周辺は危険だから行くな、という指示を受けた。説明としては、農村部の困窮が激しく、そこから首都に出てきた人々がセミ犯罪者集団化しており、スリはしょっちゅうなので、ということのようである。

だが、興味があり、殺人事件まではないので、妻をボディ・ガードに(?), 行ってみたが、やはり治安は悪く、駅の構造を見学して短時間で退散した。

フワンポン駅は、主にタイ北部へ向かう列車のターミナルである。日本で言えば上野駅である。上野駅の治安が悪いということは北関東・東北・北陸などの貧困が激しく、余剰人口が東京に流れていることを意味する。高度成長

がなければ、どうなっていたことか。それを思い、高速道路の建設が続くバンコクと、貧しい農村の格差を思った。農村の数多大衆の怒りのマグマは潜在的に溜まっていた。

こういった人々の声に支えられたタクシン政権が潰され、タクシン派市民が暴動を起こし、空港も占拠し、これを軍が弾圧した暗黒の土曜日事件が起きたのは2010年4月である。自民党もすっかり包括政党になった日本では、名望家政党と大衆政党という対立図式は見えにくくなったが、普通選挙制が導入された現代では、その原型が消えることはないであろう。

ゴルバチョフ 2022年8月末、ミハイル・ゴルバチョフが亡くなった。彼の人生を回顧する様々なテレビ番組を見て驚いたのは、ソ連の指導者であった時間がたった6年だったことである。しかも、就任後4年で東欧革命となるので、「東側陣営」のリーダーであった時間は4年しかなかったことになる。

「ゴルビー亭主」という流行語があったように、外では人気があったがロシアでは不人気だった。統制経済を急に改革して混乱も招いた、アメリカに並ぶ国際的地位を崩壊させたという厳しい評価のようだ。ただ、スターリンはよかった、と言われてもねえ、である。ウラジオストックに行ったとき、こんなに男の子が軍人になりたがる場所は見たことはないと思った覚えがある(横須賀でもそんなことはない)。「西側」の人間としては、彼がソ連の「負け」を潔く認めることで、「第三次世界大戦」を起さなかったことは感謝してもしきれない(マル経の先生などは困ったのかもしれないが)。ずるずると過去の栄光だとか、ロシア正教文明を守ろうと、その文明線(サミュエル・ハンチントン(鈴木主税訳)『文明の衝突』(集英社、1998)参照)を動かそうとしたウクライナに侵略し、近代戦が総力戦であることを忘れ、東西冷戦における決定的な敗北者となろうとしているプーチンを見るにつけ、しみじみそう思う。徳川慶喜ではないが、負け方は大事である。

ASEAN (東南アジア諸国連合) 「アセアン」が設立されたのはベトナム戦争中の1967年。当初は、社会主義国である北ベトナムに対抗するため、アメリカの支援で設立されたものであったが、1999年には南北統一後のベトナムなどが加入し、すっかり地域連合となった。「ASEANの原加盟国でない国は次のうちどれか」という問題の正解肢は「ブルネイ」などではなく「ベトナム」にしたい(1967年なら、「北ベトナム」か「南ベトナム」でないとおかしい、という判断力も含めて)。もし加盟10カ国が連邦国家になったとすれば、人口で3位、GDPでは4位の大国である。1981年のマハティール・マレーシア首相の「ルック・イースト」に引っ掛ければ、「ルック・サウスウエスト」とでも言うべきか。日中の綱引きは始まっている。

第2章 各国憲法史

1 近世・近代

(1) イギリス

名誉革命 以前、「17世紀のイギリスの市民革命の名前を2つ挙げよ」という問いに、清教徒革命とピューリタン革命と答えた学生がいたが、正解のもう一方は名誉革命である。一滴の血も流れなかったぞ、ということでイギリス人はこの事件を「名誉」革命と呼ぶのであるが、オレンジ公ウイリアムス3世からすると、長男ではない自分にはどうせオランダの国王になるチャンスはないし、と腐っていた(?)ところ、妻・メアリ2世の母国から国王にならないかという誘いがあったので、「侵略」したところ、大した戦争もせずに現国王は逃げ去って、ちゃっかりイギリスの国王(妻と共同君主)になったということである。英語のわからないウイリアムス3世は、よきにはからえ、となり、これが「国王は君臨すれど統治せず」に繋がっていく。なし崩し的に市民革命が進行したため、憲法典を作る機会も失い、貴族院(最近まで最高裁の役割も有した)も残ったと言えようか。

(5) 小括

成典憲法 19世紀には、ヨーロッパで成典憲法の制定が続く。日本の高校の世界史では、18世紀のアメリカ独立とフランス革命後の両国、そして、漸く統一してきたドイツのことが語られる一方、政治・経済では、市民革命の後、20世紀福祉国家モデルに飛ぶ構成になってきたため、19世紀ヨーロッパの動きは認識されない傾向にある。

ベルギーやオランダを含め、北欧諸国が立憲君主制憲法を制定したこと、イタリア、スペイン、ドイツ、オスマン帝国という大国が、樋口陽一によって「外見的立憲主義」だと揶揄されるが、それでも憲法典を制定したことは、憲法を語る上で、大事な出来事である。つい、見落としがちであるが、これらにより、近代国家は憲法典を有することが普通のこととなり、併せて、何らかの意味で君主の権限に箍^{たが}を掛けたという意味がある。「一等国」の仲間入りのために不平等条約の解消を欲した日本も、大日本帝国憲法を制定したのである。

これ以外に、フランスでは君主制と共和制が繰り返され、大革命で決着が付いたわけではない(ナポレオン3世は何故登場するのか)のであるが、そういったことは飛ばされがちである。フランスでさえ、君主制と最終的に手を切るのは19世紀後半であって、わずか120年前、20世紀冒頭は、南北アメリカ大陸以外の殆どの地域は、君主制か植民地であったことはよく認識しておくべきである。

2 現代

アルジェリア独立運動 日本からアルジェリアは遠い。アルジェリアからも日本は遠い。相当の懐メロで恐縮だが、「ここは地の果てアルジェリア どうせカスバの夜に咲く」という歌(エト邦枝「カスバの女」, 1955年)があったくらいである。このため、1954年から62年までのアルジェリア戦争(独立運動)は高校の世界史でも政治・経済でも殆ど教えられていない。

この運動はフランス植民地帝国を揺るがす。フランスは西アフリカに広大な植民地を有して

いた。今でも、フランスがサッカーのナショナル・チームにアフリカ系と思しき選手を多く抱えるのは、これが遠因である。この独立運動は周辺諸国にも影響し、1960年にはアフリカ大陸で多くの国が独立して「アフリカの年」と呼ばれた。1945年からアジア諸国の独立が続いたが、15年遅れて、アフリカも植民地から脱するチャンスが生まれた。そして、これに対応するため、フランスは、第二次世界大戦時の英雄、ドゴール将軍に首相ポストを打診するのだが、第3共和制以来、戦後の第4共和制憲法でも伝統的に議会在強、これでは、フランスから見て「クーデタ」であるものに対抗できないとして、大統領権限を強めることを求める回答をする。そこで、1958年に現在まで続く第5共和制憲法が制定されるのである。大統領が首相を任命するが、議会の承認が必要という、半大統領制が発明された。そういった2つの意味で、重要な事件である。

第3章 日本憲法史

1 大日本帝国憲法時代

(1) 大日本帝国憲法の制定

黒船 ペリーの乗っていた黒船は何故黒いのか、というのはよくクイズの問題にされる。鉄できていたわけでも、あまりの恐怖に黒く見えたわけでもなく、木の船に防腐用のコーラルを塗っていたかららしい。日本人であれば、ほぼ誰でもペリーは知っているが、アメリカ人は殆ど知らないらしい。日本開国の大任を果たすと、持病の悪化を理由に香港で離任し、5年後に亡くなっている。いまだに、外国から脅威的なスポーツ選手がやってきたようなとき、「黒船襲来」と呼ぶ島国根性は如何なものか。ところで、2006年、リア・ディゾンがグラビア界の黒船と呼ばれたが、その後どうしているだろうか？

文明開化 文明開化と言えば、鉄道である。1872年10月14日に新橋・横浜間で開業したと言われるが、これは開業式の日であって、そ

の前の6月12日には品川・横浜間で仮営業が始まっている。横浜駅は現在3代目であり、初代は現在の桜木町にあった。かなりの部分が海を埋め立て、堤の上に線路を敷いた。芝あたりは大名屋敷などが多く残っており、そこを通過するのが難しかった。

鉄道ピクトリアルのお読者の少年は工学部に、鉄道ジャーナルのお読者は社会科学系に、鉄道ファンのお読者は人文系か芸術系に進学している気がするが、本当か。

江藤新平 薩長土肥のうち、肥前佐賀藩の代表的人物。初代司法卿。近代的な司法制度の基礎を作った。ナポレオン法典(民法)の翻訳「誤訳も妨げず、ただ速訳せよ」と急がせたと言われる。ところが、征韓論に敗れ下野すると、佐賀の乱の首謀者に祭り上げられ、不平士族の反乱は失敗に終わる。皮肉にも、自ら確立した写真手配制度によって高知で逮捕され、佐賀に送られると、司法省の元部下による簡単な裁判で、上訴などの機会もないまま、判決日に斬首された。日本の司法制度の苦難を予感させるように。

大日本帝国憲法 大日本帝国憲法の草案は、伊藤博文らごく少数で、神奈川県夏島の別荘で執筆された。草案入りの鞆を盗まれるも、単なる泥棒であったようで、草案は無事だったというエピソードがある。夏島は、現在は地続きになり、横須賀市に属して、京急の追浜駅からバス、日産自動車追浜工場の裏手に石碑がある。

ところで、明治憲法には「内閣」という機関名がない。1885年の内閣職権では大宰相制が敷かれていたのであるが、憲法にはない。井上毅(井上馨でも井上勝でもない点、注意)が、内閣の連帯責任と総理大臣の優越は、天皇主権と非整合的だと頑なに主張し、伊藤らが折れたとされる。理屈としてはそうだとし、誰も国政に責任を負えないことになる。伊藤は、内閣官制に閣議決定事項を7つ残し、一矢を報いるのがやっとだった。結果、各大臣の単独輔弼ということになり、これが後々、軍部大臣現役武官制と相俟って、明治憲法体制を崩壊させること

になる。これを何とかパテのように繋いでいたのが、憲法外機関である元老であったが、明治維新の功労者はいずれいなくなるのが必定である。ヒトラーは「総統」だったが、東條英機が独裁体制を敷くためには、首相、陸軍大臣、参謀総長などを数多兼任する必要があった。

明治憲法の解釈は、1条の神勅主権を強調する流れと、4条の統治権の総覧者を立憲的に読もうとする流れに分かれ、最後は軍部や上杉慎吉と、大正デモクラシーや美濃部達吉との対立にまで至る。

このように、明治憲法体制には、当初の、神勅主義と立憲主義の対立から、曖昧で矛盾した構造が時限爆弾のように入り込んでいた。やや制度主義的アプローチが過ぎるのかもしれないが、逆に、明治の日本人は立派だったが昭和になるとダメになったという、いわゆる司馬史観(司馬遼太郎の歴史小説を貫く観方)が妥当かについては、疑問がある。

日本内閣年表 教科書には内閣表を載せた。内閣総理大臣の名前を載せるなど、首相中心主義なのかヒロイズムなのかと言われかねないのであるが、首相の名前を覚えておくと、誰の時代に何があったか、多分、多くは内閣の意思が絡んでいたり、内閣がそれに対応せざるを得なかったりした事件なので、因果関係も掴み易いように思えた。

戦前は、歴代天皇の名前を覚えさせられたようだが、政治権力者・為政者の名前によれば、以上のことは古代から近世まで使えるであろう。天皇、次は摂政や関白、院政を敷いた上皇、鎌倉将軍・執権、室町将軍、江戸の将軍という順であろうか。摂政や関白となった藤原氏は大変な権力者で、孫の帝でもビシビシ引っ叩いたとかで、それを、摂関(折檻)政治と言うんだとか言わないとか。

(3) 大日本帝国憲法の運用

政党内閣 しばしば、本格的政党内閣の初めは原敬内閣だとされる。それまでに政党内閣はなかったのか？

1898年の第1次大隈重信内閣は、軍部大臣以外は政党人が占めたが、内部対立のため僅か4カ月で崩壊してしまった。第4次伊藤博文内閣は、加えて、外相が外務省出身の加藤高明であった。第1次・第2次西園寺公望内閣は蔵相も官僚で始まるほか、農商務相などが貴族院から選ばれている。第2次大隈重信内閣の時点で、大隈は民間人の伯爵であった。文相や内相を務める一木喜徳郎は貴族院基盤であるほか、内相や農商務相を歴任した大浦兼武は軍人である。

1918年発足の原内閣は、貴族院からの入閣はあったものの、いずれも立憲政友会の党员であり、非政党人は軍部大臣と外相のみということで、「本格的」政党内閣と呼ばれた。原が現職の衆議院議員で、爵位を有さず、当該政党を把握していたこと、基本的にその政党の党员で閣僚を占めていたことから、そのように理解されたようである。逆に、戦前は、軍部大臣のほか、外相も政党の手の届かない世界であったことが浮き彫りにされる(このことが、戦後に幣原喜重郎と吉田茂という、外務官僚出身の首相2人を生む)。「憲政の常道」はイギリスを模範とする西園寺公望の希望ではあったものの、明治憲法の根拠は薄く、状況により消える運命にあった。

何故原内閣がそう言われるのか、高校までの歴史の時間に十分な説明を受けたことが少ないのではないか。歴史の先生は、卒論のテーマを聞いていると、古代か中世などが多く、近現代は専門でないことが多く、こういった説明には政治学や経済学の基礎知識が必要なことが多く、なんとなく避けられているのではないかと憶測してしまう。法学部では法制史や政治史の授業が必要なわけである。

桂太郎 安倍晋三に破られるまで、内閣総理大臣の通算最長記録の保持者であった。桂については、山縣有朋に連なる軍人であったとか、大逆事件を指揮したとか、最後は第1次護憲運動で失脚したとか、あまりよい評判を聞かない。それでもなお、長期政権を担ったのは、華族で政党人、リベラルな西園寺公望とのバランスも

さりながら、何とも言えない人柄のせいだと言えようか。「ニコボン」の語源はこの人であるらしい。

血盟団事件 主に、三井合名会社理事長の團琢磨と前蔵相の井上準之助が1932年に暗殺された事件。要人テロは続いていた。5.15事件や原敬暗殺事件、濱口雄幸暗殺未遂事件は有名だが、その前から、安田財閥の祖である安田善次郎が1921年に暗殺される事件などもあった。享年82。「五十、六十は鼻たれ小僧、男盛りは八、九十」というのは彼の言葉らしい。学園紛争時代に有名になった、東大の安田講堂にも名前を残した。日比谷公会堂も麹町中学校も彼の寄贈地にあるようなので、憲法事件にも関係がある。また、JR鶴見線に「安善」という駅があるが、安田善次郎から取ったもの。鶴見線には浅野、扇町（浅野家の家紋）、武蔵白石（日本鋼管創業者）、昭和（昭和電工）、海芝浦（東芝）など、新興財閥から名を取った駅名も多く、この辺りが重化学工業地域になっていることと符合する。新興財閥は重化学工業シフトである。

日独伊三国軍事同盟 筆者の頭のサイズは大きい。ある百貨店の帽子売り場で、入る帽子を探したところ、2つしかなかったことがある。その後、夏の盛り、パナマ帽を買うため、銀座の某専門店に行き、次のような説明を受けた。「お客様のお帽子ですが、日本製だと63 cmになります。ドイツ製だと62 cmで入ると思います。でも、イタリア製だと64 cmでも入らないと存じます。」この3カ国の同盟は失敗したわけである。

2 日本国憲法時代

(1) 日本国憲法の制定

憲法問題調査委員会 ここに集まった公法学者は顧問の清水澄、美濃部達吉、野村淳治、委員の宮沢俊義、清宮四郎、河村又介、補助員の佐藤功が著名。来ずに、内大臣府の改正案に関わったのが佐々木惣一。戦後憲法学は、美濃部と佐々木が飛び抜けて長老というところから始まっている。顧問の3人は戦後すぐに亡くなっ

てしまい（清水は、国体に殉じて自死した）、設立された日本公法学会の理事長には宮沢が就任、長期政権を担った。

憲法改正草案要綱 日本政府が纏めた明治憲法改正案。GHQ案では、日本は連邦国家ではないのだから一院制だろう、となっていたのを二院制にするなどした。日本国憲法について、「押し付け憲法」という右派のレッテル貼りがあるが、日本政府が意思を通したところ、帝国議会で修正されたところなどもある。有名などころでは、現行9条2項冒頭のほか、社会権規定がざっくり整理され、この部分の原案作りに努力したベアテ・シロタ・ゴードンががっかりしたという話がある。なるほど、現在の家族に関する24条は不思議な場所にあるが、寡婦や非嫡出子の国家的保護が主軸であれば、社会権との親和性が高いというものである（現在、24条は14条の平等権の特則か、13条も含めた包括的人権の特則とする理解が有力になっている）。根本的に新憲法制定を拒否し、ヤルタ体制を否定して、日本は生きていけなかったであろうし、当時の国民は、占領下だからというのを差し引いても、新憲法を歓迎したと言ってよいであろう。

そもそも、「押し付け憲法」というのであれば、明治憲法は、一般国民にとっては明治政府による押し付けである。明治憲法の改正限界を超える日本国憲法は無効だという説もあるが、それを言うならば、明治維新は、幕藩体制を支える不文憲法（武家諸法度や関東御成敗式目）の改正限界を超えて制定されたことになり、どこまで遡れるのかわからないことになる。憲法制定権力が登場しないと説明は難しく、かといって、1946年は、それまでの法体系全部を否定する「大革命」でなかったことも確からしい。

戦前と戦後は、憲法学などをやっていると、断絶したものと捉えがちであるが、（まるで、古典落語の舞台が江戸と明治、両方であるように）実は連続面は多い。最近までの第2期安倍晋三政権などを見ると、明治維新や戦時体制はなお続いているかとも思わせる。「うちあけ話」で「お

国のために頑張らないといけない」と語っていた長谷川町子、軍歌の録音も多く、慰問先で終戦を迎えた藤山一郎は国民栄誉賞を受賞しているが、反体制的だった手塚治虫、ディック・ミネや淡谷のり子らには声は掛からなかった。

日本国憲法 憲法の教科書の書名は『日本国憲法』と『憲法』が二大派閥である。佐藤幸治『日本国憲法論』〔第2版〕(成文堂, 2020)は明らかに佐々木惣一『日本国憲法論』(改訂版)(有斐閣, 1952)をリスペクトしたものであろう。松井茂記『日本国憲法』(有斐閣, 2022)もあり、雲竜型と不知火型ではないが、師匠筋という点では、当方も『日本国憲法』を選ぶべきだったのかもしれない。

他方、大学の憲法科目名称としては、通常、法学部の科目が「憲法」で、教養科目が「日本国憲法」なのである。「日本国憲法」であると、教養科目・他学部生向けの教科書なのか?と思われるのは僕は嫌だ、という不協和音が生じるころでもある。このことが筆者には重く、編集者も推した『日本国憲法』を蹴り、『憲法』(成文堂, 2023)になったという経緯がある。最終的に副題「日本国憲法解釈のために」を付けたのは、自分のやっていることは現行法の解釈論であり、それを超えた自分の思想の押し付けではないという自負と、以上のことへの斟酌である(決して、村度ではない)。

(3) 日本国憲法の運用

バカヤロー解散 品位ある、厳粛なる憲法学の時間に、「バカヤロー」などという語句を発しても問題にならないのは、「ワンマン」とも渾名あだされた吉田茂のお陰である。「ワンマン」と言えば路線バスかと思ってしまうが、そもそも最近の皆さんは路線バスに車掌さんが乗っていた時代を知らず、わざわざワンマンバスという言い方もしなくなった。また、昔は、衆議院の解散に名前を付けるのが習わしだったが、最近この種の文化(?)は廃れてきた。

そう言えば、国家予算に語呂合わせをするという風習もあったが、最近、聞かない。政府側

は明るい未来を謳い、野党やマスコミはそこに批判を込めていた。1964年度予算3兆2554億3800万円について、大蔵省は「みんなにいい予算や」と言ったそうである。1997年度、大蔵省主計局長が「今年はやりません」と言って、終わったようである。

内閣についても、「元勲内閣」(第2次伊藤博文内閣)のように、入試で出題されるものもあった。「お友達内閣」がやっとか。

田中角栄 学生はもう、生身の田中角栄を知らない。バブル経済も歴史のようで、いつまでも自分を若手(法学者と政治家と落語家は、40代前半は若手である)だと思っていたら、還暦が近づいてしまった。田中角栄を知らないと言うことは、戦後、55年体制の「自民党政治」を体感できない、ということなので、話が進めにくい。昔は、日本人なら、田中角栄のものまね(というよりも、その真似をした加藤茶や佐々木つとむのものまね)は、誰でもできた。同じ調子で田中真紀子(娘)のものまねをする酷い例もあった。その意味で、もうそろそろ「戦後法政史」のような授業を法学部が置くべき段階にあらう。

「東西冷戦」が続く中で、日本社会党に政権を渡すわけにはいかない保守2党は1955年に「保守合同」の結果、自由民主党を結党した。「中選挙区制」の下で過半数を維持するため、党内党とも評される「派閥」が出来、それが選挙区の定数ためにほぼ5つに収斂した。1975年頃には、その領袖の名前から、「三角大福中」と呼ばれた。保守派閥の競争は、イデオロギーではなく、橋を架けます、鉄道を引きますというサービス合戦になり易く、田中派はそれに長けて拡大したとされる。田中は「道路族」のドンであった(ガソリン税を特別会計にして、他に回せないようにしたことが大きい)。その行き着く先が、これまた数多くの流行語(よっしゃよっしゃ、記憶にございません、黒いピーシーズ、蜂の一刺し、灰色高官、コーチャン氏・クラッター氏、など)、流行語大賞がその当時にあれば上位を独占したであろうロッキード事件であり、日中国交回復の功

續も吹っ飛んだ。

ヤンキー化する自民党 精神医斎藤環の命名。特に、小泉純一郎政権以降の、「気合いアゲていけばなんとかなるべ」という気風を評したもののようである。自民党といえば、政治重視の右派・経済重視のリベラル派、官僚派・党人派という2つの軸で派閥が色分けされ、リベラルな官僚派の大平派などが「保守本流」だった印象が強いが、福田派から旧安倍派に連なる右派が強くなった。そればかりか、首相を多く輩出した旧安倍派は、エリート官僚出身者や上流階層ではなく、西日本農村部の「草の根保守主義」に支えられ、また、小泉郵政解散は首都圏の若いニートなどの熱気で成功したように、土地持ち・店持ちではない庶民に政権が支えられるようになっていく。このため、労働者階級が社会党支持者となり、産業の高度化と共に自民党政権は終わるとした石田博英元労相の予言（「保守政党のビジョン」中央公論78巻1号88頁(1963)）は外れ、ソ連社会主義の終わりと共に、日本の左派も展望を描けなくなった。低成長下、排外主義的な庶民（下流社会）が自民党にがっかりしがみ付きだしたのではなかろうか。この結果、旧統一教会問題その他があっても、旧民主党の政党を中心とする政権は選ばれず、「ネオ55年体制」とでもいうべき状況が生まれてきている。このことは、元は名望家政党の典型であった筈のイギリス保守党が、EU離脱を決めたことや、金持ちになると入党すると言われたアメリカの共和党が、今やトランプ支持のブア・ホワイトに席卷されていることなども波長を共有していそうな気がする。

第4章 平和主義

1 平和主義の理念

(1) 近世

徴兵制 中世まで、戦争を生業とする階層があり、日本ではそれは武士階級であった。江戸時代になると、大坂夏の陣の終焉による元和偃武を境に大きな戦争はなくなり、武士は官僚に

なっていく。それから88年、こんなことでは武士道精神が廃れていく、と思ったところに赤穂浪士の吉良邸討入り（1703年1月30日）話が出てきたので、幕府は、高家の整理も念頭に、煽ったという話もある。今から見ると、逆恨みして老人を多数で襲う話で、凶器準備集合から住居不法侵入に殺人、最後は東京都公安条例違反に至る犯罪である（野田進=松井茂記編『新・シネマで法学』90頁（有斐閣、2014）[君塚正臣]）。他方、最近の皆さんは「忠臣蔵」を知らないらしいが、それはそれで困る。

兎に角、農民や町人は戦争に参加しない。関ヶ原の戦いは、近隣の人々は見物していたという話もある。ところが、明治維新後、徴兵制が敷かれる。突然できた共和政体で、君主制諸国に囲まれたフランス革命後のフランスの産物。ナポレオンの指導もあって、徴兵された平民の軍隊が強かったことをきっかけにしており、明治政府もそれに倣った。西南戦争では、その政府軍が元武士の反乱を最終的に鎮圧する。徴兵制は一般化する。与謝野晶子が「君死にたまふことなかれ」を発表するのは日露戦争の最中の1904年である。「堺の街のあきびとの老舗を誇るあるじにて」と、旅順包囲軍の中にいた弟を描写している点は、徴兵制を実感できない心情をよく示しているように思える。ただ、晶子は晩年、第二次世界大戦期には戦争賛美に回ったとも聞く。日本国家主義の断末魔である。

総力戦 国民国家同士の戦いは、前線と銃後の区別も曖昧な総力戦と化していく。最初の総力戦は南北戦争だと言われ、戦死したアメリカ人は、アメリカが参加した他の戦争の総数より多いとされる。その後、第一次世界大戦は、当初は鼓笛隊も登場する牧歌的な様子も見られたが、毒ガスが使われ、塹壕戦となり、工業力や補給などの総合力の戦いとなっていく。ハンニバルや源義経のような戦上手がどうにかできる話ではなくなった。

にも拘らず、圧倒的に劣っていた状況で、それまでヨーロッパ内部の戦争だったものを、ア

アメリカを引っ張り出して「世界大戦」にしてしまったこと、沖縄が陥落して大都市への空襲が止められなくなっても降伏しなかったことなど、「大東亜戦争」の反省点は多い。

フォークランド紛争 1982年にイギリスとアルゼンチンで戦われた戦争。この憲法史の意味も(アルジェリア独立運動のように)2つある。一つは、新保守主義を掲げ、政権を取ったマーガレット・サッチャーが不人気に陥ってきたところで、イギリスに勝利を齎したことで人気を盛り返し、長期政権を担って、「小さな政府」モデルを対外的にも示し続けられるようになったことである。鈴木善幸が首相になり、「三角大福中」でただ一人首相を経験せず、飛ばされかけた中曽根康弘が、行政管理庁長官というマイナーなポストで冷飯を食いながら、それを機に、あまりイメージでない行政改革を錦の御旗に自民党総裁選に臨み、これに勝利して長期政権を担ったのも、サッチャーやレーガンの成功があってこそである。

もう一つは、アルゼンチンの軍政に批判が集中し、民主化のきっかけとなったことである。この時期まで、ブラジルをはじめ、南米は軍事政権・開発独裁が多かった。これが崩れていった。その後、南米の政局は、親米右派と反米左派の戦いとなり易く、2022年末現在、相当に反米左派に振り子が振れているのである(そう思っていたら、ペルーの左派の大統領が拘束された)。中東やアフリカも併せて、単純に、民主主義対権威主義という図式にはならない。「欧州」でなくとも「天地は複雑怪奇」(平沼騏一郎)である。

2 冷戦期の戦争の放棄と日米安保体制

(2) 前文・9条解釈の前提問題

マニフェスト 現在、選挙において政党が掲げる、「公約」と呼ばれるものより)比較的具体的な政策を文書化したものという意味で使われるが、もともとは、政治的な宣言、少なくとも、多数に対してなされる法的拘束力のない主張という意味。「政治的マニフェスト説」というのは、そういう意味である。

以前、RADWIMPSの「マニフェスト」(2010年)という曲に、「僕が総理大臣になったら」「君の家まで電車走らせよう」などという歌詞があったが、これでは独裁者なので、ちゃんと、埼玉県都市計画委員会かなんかを通して頂きたい(埼玉高速鉄道延伸の場合)。

(3) 日米安全保障条約

国連軍 国連憲章は、安全保障をまずは安全保障理事会に委ね、手が回らない緊急事態のために集団的自衛権を創設した。集団的自衛権は、それまでの個別的自衛権が、国家である以上当然にある、自然権的にあるとされたのと異なり、この時期の人工的なものである。そもそも、日本で「国際連合」と訳されているものは、第二次世界大戦の最中の連合軍そのものであり、旧枢軸国も反省したのなら入れてやるか、というものである。東西冷戦、米ソの対立で、安全保障理事会が麻痺したことはご存知の通りであるが、国連軍も創設できなかった。ときどき、「国連軍」のように見えるのは国連平和軍(PKF)であり、本来は中小国を中心とする軽武装の軍事活動であって、国連の軍隊などではない。本物の国連軍を作ろうとすると、米ソで予算と将兵の大半を賄わなければならなかったであろうが、そうした軍隊が、国連の意思に刃向かったとして、自分たちに攻め込んでくるのでは馬鹿馬鹿し過ぎ、米ソとも乗り気にならない。結果、本来予定していた国連軍は未だにない。

砂川事件 米軍基地というと、沖縄に集中していて、という話にすぐなるが、以前、東京周辺には横田基地や横須賀基地以外にも、米軍の「領地」があった。立川基地は、返還後、昭和記念公園ができたほか、東京地裁の支部を八王子から奪った。多摩地区で、八王子と立川の覇権争いは激しい。

代々木公園やNHKのあるあたりは、もともとワシントンハイツと呼ばれた空軍のための団地であった。その前は、代々木の練兵場であり、戦前の小学校では、戦争ごっこ(黒い制服を着て、白い球を投げ合い、服に白い痕が付いたら名誉の戦死)

もした場所らしい。2.26 事件の将校を銃殺した場所でもある。現在、正式の山手線 (渋谷・目白經由の品川・田端間) が走っているあたりは、明治時代はだいたい野っ原で、明治神宮も空き地にできた。明治神宮の「森」は人工的に植えられた、しかし、その後の剪定などはせずに自然に任せてできたものである。この辺りには、自然の森が残ったようなところがあちこちにある。以前、野性の猿が「遠征」したとか、ハクビシンが出たとか、という話のとき、「うちの大学にはタヌキがいるのよ」と仰る先生があったので、間髪を容れず「ああやっぱり」と言ったところ、暫くしてから大爆笑になった。老獺なのがいるでしょうねえ。

練馬区には陸軍のための団地、グラントハイツがあった。現在の光が丘団地など。埼玉県朝霞市などにはキャンプ・ドレイクがあった。返還後そこには、陸上自衛隊朝霞駐屯地や司法修習所がある。返還前のそれらには、当然のように米兵の犯罪問題が付いていた。米軍基地には直営の FEN (現・AFN. 810wHz. 昔の新聞のラテ欄にはプログラムが載っていた) の放送局もあるなど、近隣で育った人には身近なアメリカ文化だった側面もある。

3 冷戦終結後の安全保障・世界平和と国際協調 (2) 周辺事態法

地政学 世界戦略を考えると、地理学は地政学になっていく。あまりに単純化し、地理的条件を宿命のように語ることも適切でないが、その場所がそこにある「意味」があることも避けられない。網野善彦が日本地図を逆さにして、日本海側が大陸に近い「表日本」であったことを端的に見せたように、歴史を語る上でも無視はできない。

現在の日本の高校の地理は人文地理学である。昔は、自然地理の「地理 A」と人文地理の「地理 B」が併存しており、共に共通一次の選択科目であった (言うまでもなく、両科目を選択することはできなかった。念のためであるが、センター試験時代の難易度の異なる A・B の区分けではない)。

地理学を学ぶのが理学部という大学と、文学部・人文学部という大学があり、東北大、東京教育大 (筑波大)、東京都立大などの前者が、京都大など多数派に屈した形である。現在、高校の地理の教科書を自然地理のノリで作ってしまうと、相当厳しい検定意見が付くそうである。戦前の地図は軍事的に都合の悪いところが隠蔽されていたなど、軍事戦略と結び付いた学問なのであろうが、A と B の戦いはそれとは無縁の話である。

強いドイツ (ロシア) 兵 北欧、東欧 (東西冷戦も終えあった今、「中欧」と言うべきか)、バルト 3 国を旅行したことがある。北欧は、男女共同参画基本法制定時の外国法調査で、国費であった (ただ、昼食・夕食代は出ない。デンマークもノルウェーも消費税は高く、福祉国家の代償は極東から来た若い研究者にも容赦なく襲ってきた。だが、両国民は、老後、高負担であっても確実に福祉があることを選択しているように見えた)。どうしても避けて通れないのが戦争と冷戦の影である。結局のところ、この範囲では、歴史的には軍事的にドイツとロシア (ソ連) が強く、これに翻弄されてきたものである。大陸で国を建てることは、島国の日本には理解できないほど難しい。釜山までは、やる気なら、ナポレオン軍は歩いてやって来られる。

ハンガリーでは、ガイドが高級車から降りてきた男性を指して、「この方はこの国の大統領です」と言われ、びっくりしたが、本物で、思わず握手した。国家元首 (ドイツやイタリアと同様の象徴元首だが) と握手したのは今のところ唯一である。ただ、この方はその後、博士論文の捏造が明らかになって職を追われた。剽窃の代償は大きい。

第 5 章 憲法改正

1 憲法の変動

硬性憲法 憲法自体の改正が法律の改正より難しく規定されている憲法を硬性憲法と呼ぶ。憲法が憲法制定権力によって制定されるものであるとすれば、その憲法によって創設された、

例えば議会が、憲法の改正を通常単独に（一般的には過半数の賛成で）できるとすれば、孫悟空が自らの毛を吹いて出来た分身が孫悟空自身を消せるような矛盾を帯びる。このため、憲法改正はそれより難しく、憲法制定権力の代替物の意思を聞かすにはできないようになっているのがごく普通である。

ドイツ基本法（憲法）が国民投票を省いているのは、喝采によってヒトラー政権が誕生した忌まわしい歴史があるためで、直接民主政的なものは排除する意思がそこにあるからである。しかし、ドイツ憲法の改正が日本国憲法より構造的に容易である、とは必ずしも言えない。ドイツ下院は小選挙区比例代表併用制で選挙されるので、議席配分はほぼ比例代表で決まる。このため、特定の党派が3分の2の議席を占めることは相当に困難で、連立政権が野党の一部も賛同する改正案を提示しないと、微細な憲法改正も成し得ないことになる。アメリカは小選挙区主体であるので、極端な結果がでそうだが、長く二大政党制が定着して、上下両院の3分の2を一方の政党が占めることは難しい。そして、そもそも連邦制であるアメリカ合衆国（意味としては「合州国」だとして、そう書きたがる同業者がいる）憲法の改正には、全州の4分の3の賛成が必要である。ネブラスカ州を除いて、州議会も二院制である（連邦議会が二院制である理由は大州・小州の妥協の産物だという説明をよく聞くが、その必要のない州議会まで二院制なのは何故だろうか。惰性、慣れ。一度、議会は二院制が当然と思うと、一院制の可能性を疑わないからか。戦後の日本政府もそうだった）ことから、州レベルの99の院のうち異なる州の13の院が反対すれば、連邦憲法改正は阻止できるのであり、これを突破するのは容易なことではないのである。このように、憲法改正というものは難しいのが先進国・立憲主義国の常であり、議会の3分の2が妥協できる内容でなければ、まず通らない。ヤルタ体制と戦う気なのか、とでも思わせるような、レジームの復古を求めれば、議論にならない。

「改憲」派指導者が、それでは、とその硬性憲法性を改正すべく、憲法96条の改正を提案してきたことがある。日本国憲法の硬性憲法性は、およそ近代立憲主義憲法のコア部分であり、憲法改正の限界のように思える。そもそも、憲法の修正に関する「ゲーム」は憲法制定によって始まっており、ゲームの途中でルールを変更することはあり得ないことである。2019年7月11日に東京ヤクルトスワローズは5イニング制のOB戦を実施した（野村克也の最後のユニフォーム姿として記憶される）が、これに負けた野村監督率いるチームの古田敦也ヘッドコーチ以下が、若松勉監督率いるチームに土下座して6イニング目を懇願したことがあった。これは、もうコントである。公式戦ではあり得ない。憲法改正のルールを改正しようというのはこれに匹敵することである。

第2部 基本的人権

第6章 人権総論

1 人権の概念・体系

(1) 人権の保障と義務

制度的保障 制度的保障は、人権そのものではないが、ある人権を守るため、特定のそれと歴史的に結び付いている制度・システムとでも言え、政教分離原則や大学の自治が有名である。「制度的保障」というテクニカル・タームは、いかにもドイツ語直訳な香りがするのであるが、命名権は先達にあり、よほどおかしくなければ、甘受するしかあるまい。

人権と制度的保障の関係は、船と防波堤の関係に擬せられる。この場合、外洋からの大波は、主として国家権力ということになるのか。これを板書で示そうとするのであるが、なかなか上手に描けない。証明したことは、絵が下手でも憲法学者になれる、ということである。教科書では、自治体のWebページを載せることで勘弁させて頂いた。

(2) 人権の概念

私有財産制 「私有財産制度」は制度的保障

だという主張をよく聞く。要するに、社会主義化することは憲法違反だ、というわけである。ところが、既にソ連はなく、中国は社会主義市場経済というものになって、人民公社は見る影もない。他方、サッチャー以前のイギリスには国営の炭鉱なども多くあり、資本主義を掲げていても、基幹産業の多くが国営だった例は多い。かくいう日本も、3公社5現業があり、郵便事業も国の仕事であった(「親方日の丸」である。中学生の頃だったか、これを間違えて「日の丸親方」と言ってしまったことがある)。金融機関の金利も、出店も、大蔵省の行政指導に管理されていた日本は「世界で唯一成功した社会主義」とも揶揄された。班田収授法を社会主義だとは言わないであろうが、果たして、どこまでが資本主義でどこからが社会主義なのか。経済的自由の規制は合理性の基準をベースにすべきこともあり、この主張にあまり実践的な意味を感じない。

(3) 人権の体系

憲法上の人権の分類方法 人権の体系としては、イェリネックの分類は有効で、「国家からの自由」である自由権や古典的平等権と、「国家への自由」である社会権や国務請求権とではベクトルの向きが逆であるということである。参政権・請願権はもっと強いベクトルだということだろう。

ところで、本教科書のベースは、現代憲法の基本軸は国民主義(民主主義)と立憲主義(権力分立、法の支配)の相剋であり、そのことは司法審査基準における文字通りの二重の基準論として表出するというのであれば、イェリネック流の権利の性格論よりは、伊藤正己流の分類に寄せるべきだったかと反省するところがある。具体的には、「国務請求権」を小さな章として立てては見てみたものの、国家賠償請求権と(主として民事・行政)裁判を受ける権利は一般的な人権侵害の際の救済手段・手続に関するもので、包括的人権のエクストラという位置付けであるのに対し、刑事補償請求権は、まさに刑事手続上の人権・身体的自由権を担保するも

のである。多分に、司法審査基準も異なる筈である。この意味で、もし、本書が改訂の機会を頂けるとすれば、「国務請求権」という章は消滅させ、「包括的基本権及び生命・身体的自由」の章の各節にその内容を入れ込む方が適切であろうと考えているところである。

このことを進めれば、「包括的基本権及び生命・身体的自由」も「包括的基本権」と「生命・身体的自由」に分割すべきとの衝動にも駆られるところではあるが、憲法13条は両者一体の規定になっており、また、幸福追求権と生命権と身体的自由の分化は難しい問題を伴うことであり、章の分割は時期尚早な印象がある。

併せて、理屈としては、経済的権利として、経済的自由権と社会権は章として合併すべきということになるであろうが、戦後、社会国家の憲法として日本でも社会権規定が登場したインパクトは大きく、これを合一させることには勇気がいる。それは、社会権の自由権的側面や「教育を受ける権利」を学習権を軸に理解し、また、「自由権から社会権へ」というスローガンに否定的な当方(解釈論的説明としては、以上のことは、包括的基本権や精神的自由の問題として解決すればよい)をもってしても、ということであろう。

2 人権の主体

(3) 天皇・皇族

退位の自由 天皇・皇族の人権について、以前は、「ある」というのが通説かつ多数説で、「ない」が少数説であった。ところが、現在、長谷部・佐藤など、「ない」とする有力説もあり、数的にも優勢である。事実上、こちらが「準通説」(これは、憲法14条1項後段列挙事由厳格審査説を、芦部説がこれとは若干異なるとしてそう表記したように)とでも表記すべきものになっている。学説は変遷する。建前上、煮て食っても焼いて食ってもいい、ということになる筈だが、それを主張する学説があるわけではない。だとすれば、人権「総論」として、外国人の人権についても同じ説明はできるのではないだろうか(しかも、外国人の場合、日本が締結した条約の範囲内で国際法

上も、合憲ならば、国内法上も人権は守られる)。

とは言え、天皇・皇族の人権に関して、具体的に何が違憲だと主張されたことは少なく、奥平康弘が退位の自由や婚姻の自由を真剣に論じたぐらいしか思い出せない。伝統的には、天皇は退位できた(終身というのも明治期の「作られた伝統」である)。その方が自由で、なおかつ、まるでどこかの会社の会長の如く、「元天皇」の権威も使えた。「日本一の大天狗」と呼ばれた後白河上皇のような人もいたわけで、将来登場する上皇様が悪さをしない、院政を敷かないという保証はない。無論、平成の末期に制定された法律は特例法であるが、一度認めれば、先例として、後の代はダメだとは言い難い。

4 人権の適用範囲

(1) 特別権力関係

絶対王政 特別権力関係論については、絶対王政崩壊の歴史から正当化されてきた感がある。絶対王政が維持できなくなると、名望家たちが集って議員となり、立法権を奪っていった。今度は法曹集団がやってきて、司法権を奪っていった。残った部分、特に絶対王政に必須とされる常備軍と官僚へは支配を完璧に及ぼしたい君主は、立法権と司法権の影響を排除する理屈を編み出し、それが特別権力関係論だというわけである。これを真剣にやっていたのが、遅れてきたドイツ帝国で、後進国であるがゆえに科学技術の発展も大切で、大学(だからドイツの大学は基本的に国立なのである)にもそれを及ぼし、一方で「大学の自治」を公的に認めた、という話である。この説明は、「行政」の定義についての行政・控除説にもそっくり使われる。

日本国憲法が、絶対王政崩れで、仕方なく、こうなっていると自己規定している筈もなく、規範の学としては説明がラフであろう。また、この議論は、明治憲法にドイツから直輸入され、当然のように説明されてきたが、戦後の基本的人権保障を要点とする日本国憲法の解釈理論として妥当だったかは、頗る疑問であった。「憲法は変わっても行政法は変わらない。行政法が

変わっても行政実務は変わらない」という法諺(?)を証明するようにこの理論は残ってきたのであり、それに押されて、また、戦前に公法学を学んだ世代からの伝承により、修正されて、「特別な公法関係の理論」として生き残ってきたものである。これをどんどん個別具体的に妥当な判断を、とマイルドな対応を繰り返していけば、統一した理論ではなくなるのは必定であって、そろそろ寿命も尽き果てるのではないか、というのが筆者の予言である。

「よど号」ハイジャック記事抹消事件(最大判昭58・6・22民集37巻5号793頁) 昔は飛行機が貴重で、一機一機に名前が付いていた。今では、「機材」などと機械的に呼ぶようになってしまったが、墜落事故としても木星号、ばんだい号などは記憶されている。よど号も日本航空の旅客機の名前で、1970年3月、東京から福岡へ飛び立ったところで、過激派に乗っ取られ、北朝鮮行きを要求された。ソウルの金浦空港を平壤と偽って着陸したが失敗し、最終的には平壤へ飛んで、犯人らは亡命した。山村新治郎運輸事務次官が一部乗客の身代わりとなり、後に「男やましん」と呼ばれた。犯人たちが発した「我々はあしたのジョーである」も有名。福岡の医学会に行く予定の日野原重明も乗客であった。日野原はここを生き抜き、紅白歌合戦の審査員として「マツケンサンバⅡ」に啞然としつつ、100歳を超えて生きた。

猿払事件(最大判昭49・11・6刑集28巻9号393頁) 北海道の稚内の近く、猿払村の郵便局を舞台とする事件である。寒村に住む人にとって、「親方日の丸」の郵便局員は安定した職業であり、対する漁民は貧しかった。そんな時代の、官公労組合の政治活動に共感は今一つだったのではあるまいか。

一審(旭川地判昭43・3・25下刑集10巻3号293頁)は、機械的業務しか行わない公務員に政治活動禁止の規制をしても意味がないとして、適用違憲で無罪を言い渡しており、憲法学界の評判は最高裁判決より俄然高い。確かに、自民党

寄りの郵便配達の仕事とか、社会党寄りの郵便貯金の受付方とか、ましてや、共産党寄りのかんぽの売り方というのはあるまい。憲法理論的には一審の方が筋が通っている。ただ、郵便局が丸ごと総評一色になったとき、高度経済成長期の村人への影響が全くないとも言い難い。

ところが、現在、猿払村は帆立貝の養殖で大変潤っている。冬場はバスを連ねて札幌あたりに滞留するのだそうで、要するに大変儲かっているそうである。対して、郵便局は、小泉純一郎の一枚看板「郵政民営化」で民営化された。それ以前に、中曽根行革を境に官公労組合の弱体化は顕著になった。村では、ほぼ誰も、郵便局員を羨ましい仕事だとは思わなくなった。国鉄天北線の線路も、もうない。この先に、堀越事件（最判平24・12・7刑集66巻12号1337頁）がある。この事件での公務員は組織的な組合活動の徴憑がなく、聞かなければ被告人が公務員であることはわからない状況で、なおかつ、官公労組合も弱体化し、官尊民卑の風潮も薄れ、公務員がそう言っているからだからどうしたという時代になっていることもあっての無罪判決なのだと思う。

寺西判事補事件（最大決平10・12・1民集52巻9号1761頁） 公務員の表現の自由に関する事件だが、その公務員が裁判官だったという事案である。裁判官だから違う、という理屈を認めていくと、特別権力関係論は次第に細分化されて最後は溶けてなくなるであろう。

この決定で興味深いのは、10対5の判断だが、多数意見が、裁判官、検察官、行政官という「官」の出身者で構成されているのに対し、逆に、反対意見の5裁判官が全員、弁護士と私立大学教授歴のある研究者という「民間」で構成されているということだろう。政治的中立性とは何か、ということが、官と民では異なるのであろう。公務員（国立大学の教員の大半はそうではないけれど）は、官職に着けば、自分の意見を発することをやめ、兎に角無色透明になり、上意下達の世界で生きていくのを常としてき

た。それに徹するのが彼らの思う中立なのであろう。これに対し、民間人は、個人がいろいろな意見を言って、その平均値やベクトルの総和によって中立点が出来上がるという感覚なのではないだろうか。そのことが、法服を脱いだ時点での判事補の自由な発言を許すかどうかの判断に、図らずも反映したという印象である。

部分社会の法理 憲法の授業に登場する、数多の法理論で、唯一のものと言っていいであろう。日本の裁判所が作り出した判例法理である。田中耕太郎最高裁長官の主張であるとされ、世界法があり、国家システムの下では国家法があるように、全体と部分の関係は以下同文で繋がっていくという話である。このため、国家法の下には、無論、地方公共団体に条例があるほか、学校には校則があり、クラブ活動にも先輩から受け継がれた不文律があり、そのまた一部には、表に出せない「お約束」があるということになっていく。

しかし、この理屈では、どんな「法」であっても尊重せねばならないことになる。堅気でない世界にも歪で固めたルールはあろうが、裁判所が尊重するのだろうか。そして、これは、評判のよくない、特別権力関係論を民間にも拡張するだけのものだ、という批判がある。その意味では、「司法権」の章で紹介するのがセオリーだが、人権総論か憲法総論で取り上げるべき論点なのかもしれない。

最高裁も、名張市議会事件（最判平31・2・14民集73巻2号123頁）で、議会内の議員の処分を認容する判断を、その理由付けから見ると地方議会の自律を根拠にしていたのであるが、先例として引いたのが山北村議会事件（最大判昭35・10・19民集14巻12号2633頁）であったので、おかしいと重要判例解説で批判したところ、翌年の岩沼市議会事件（最大判令2・11・25民集74巻8号2229頁）において、先例変更がなされた。小さくガッツポーズである。これで、部分社会の法理は判例法理から消えた。

(2) 憲法の私人間効力

社会的権力 2022年12月11日、民間宇宙船の打上げが初めて成功したというニュースが流れた。宇宙開発は国家プロジェクトの典型であったが、この分野も当然・自動的に国家独占というわけではなくなった。以前から、多国籍企業の資産は、小さな国の資産や予算規模を凌駕しており、「権力」が王様だけではないにせよ国家だけを指す時代は去った。

とは言え、憲法は、憲法制定権力が社会契約によって国家（政府）を作ったもので、そうであれば、巨大企業・組織とはいえ、民間のそれを直接縛ることは、原理原則からは説明しづらい。また、こういった原理原則に関わることが、人権の種類によって異なる（例えば、奴隷的拘束からの自由は直接効力を有するが、参政権は無効力だ、など）というのも一貫しない。近年の有力量説は、以前の言い方で言えば間接効力説で一貫させようという傾向にあり、その説明の仕方でも争ってきているという状況にある。拘束する相手はあくまでも法令と（裁判所を含む）公的機関であり、私法の一般条項も例外ではないとすれば素直に説明できる、というのが自説である。

この結果、社会的権力概念は特に自説では必要ないことになる。しかし、憲法学説の多くは、新聞接効力説に分類できる説であっても、どうしても巨大企業を憲法理論として屈服させておかねばならないと思うらしい。果たして憲法論の守備範囲を超えていないか。そして、実は、直接効力説への憧憬を捨ててきていないのではないかと考えてならない。

三菱樹脂事件（最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁）原告は、その後、会社と和解して、子会社の社長も務めて生涯を終えた。支援者は、財閥企業に対する徹底抗戦だったが、本人は本採用してくれればいいわけで、運動体としての裁判も難しい。この判決を原告有利に決着させるため、学界・法曹界・労働界で盛り上がったのが私人間効力論だと言っても過言ではなく、多くの研究者は肩透かしを喰った。また、芦部

通説がいいところ取りの学説を提示したことで、理論的にも沈静化した。

そもそも、この事件で、大学生協の理事をしていると左派の運動家だと思われるというところは、現在では実感が無いであろう。学園紛争時代はそうであり、生協は革新系で、商店街は自民党の集票マシンであった。

日産自動車事件（最判昭56・3・24民集35巻2号300頁）最高裁を動かすことがあまりなかった私人間効力関連の事件の中で、輝かしい「戦果」を挙げた事例である。その後、最高裁が憲法を引き合いに、公序良俗違反を判示した例は、性差別のものが非常に多い。この時代、常識とされていた5歳差程度の定年年齢の違いもダメとされたインパクトは強かった。昔の企業は、女性は20代で結婚退職するものという常識を反映した社則が多くあり、順次潰され、天王山がこの判決である。

ところで、労働判例は企業名が付いていることが普通であり、拗れるといくつもの同名の事件が並ぶ危険がある。「日産自動車事件」も一つではない。これに対し、憲法判例の名付け方には特別な決まりがない。だんだん、当事者名を付ける（朝日訴訟など）のは、有名人以外は憚られるようになっていく。また、地名が付くのは大きな事件だけという暗黙の了解があるのではないか。北海道砂川市で生じた政教分離事件のように、既に「砂川事件」（最大判昭34・12・16刑集13巻13号3225頁）が存在するので、社名を採って「空知太訴訟」（最大判平22・1・20民集64巻1号1頁）というのが一般化した。

第7章 包括的基本権及び生命・身体的自由

1 幸福追求権

(1) 憲法13条の権利性

パターナリズム 元の意味は、家父長制の下で、家父長が全権を握り、他の者は、彼の思う「お前のためだ」に従う在り方のことで、現在では一般に、当人のために当人の人権や選択を制限することやそういった考え方を指す。法哲

学ではいろいろ議論があるところであるが、他者加害を禁ずるのが「公共の福祉」だと考えがちな憲法学では、それは権力による人権制約の根拠にされがちであり(だから「国家保護義務」などという語句は使いたくないのである)、少なくとも大人の権利制限の根拠としては不人気であった。

ただ、多くの人は、ビルの屋上から飛び降りようとしている人を警察が確保することを、自殺をする大切な自己決定権を違憲的に制限したものだ、とは言わないであろう。マヨネーズの取過ぎを医師が止めることも同じである。また、日本国憲法は社会権規定を有する福祉国家憲法である。パターンリズムを全面否定するものとは思えない。他方、猥褻の表現規制の理由として、国民が性的に墮落するのを阻止するのだという根拠は人気がない。そうすると、人権の種類か司法審査基準によって異なるのか。被告人がした上訴取下げを弁護人が取り消してよいものか。逆に、どうにも裁判官や裁判員に心証の悪い主張をしたい被告人を弁護人が止めてよいものか。刑事手続上の人権は司法審査基準も高目に思うのが普通だと思うが、精神的自由の規制場面とも異なり、また、その中でも場面によって異なる印象もある。難しい。

(3) 自己決定権

中絶の自由 日本では、経済的理由による中絶が多数なされているので、理解が難しいが、アメリカでは1973年に連邦最高裁がそれを憲法上の権利と認めて以来、この女性の権利を守ろうとするリベラル派と、これを覆そうとする宗教保守派との攻防が続いた。2022年、連邦最高裁は先例を覆した。これに反発したリベラル派が、同年の中間選挙では与党民主党を大敗させなかったと言われる。この問題は大統領選挙、中間選挙での大争点であり続けている。この譲れない戦いは、そのまま東西の海岸部のリベラル派と、中西部・南部の宗教保守派という分断となって続いている。

余談であるが、保守派の金城湯池であったテキサス州は、次第にIT企業などが増えており、

その分、東西の海岸部からの人口流入が続いている。このため、次第に大統領選挙の接戦州になってきている。このまま、民主党の強い州(ブルー・ステイト)になる可能性もある。結果、現在、全米の半数の死刑を執行している同州で死刑が廃止又は停止となる可能性が生ずる。そうすると、アメリカは死刑存置州が稀となり、先進国の中で日本が浮き上がった存在になる可能性がある。国際捕鯨問題でもそうであったが、多勢に無勢となる恐れもあり、因果は巡り、テキサス州についてはダルビッシュ投手以外にも日本人が注目すべき事項は多いのである。

丸刈り裁判 (熊本地判昭60・11・13行集36巻11=12号1875頁) 今では、中学生男子の丸刈り校則など、ブラック校則の一つであるという認識が固まっているであろうし、そもそも公立学校でこのように決めるのは(男女とも、と決める奇特な学校を除いては)性差別、憲法14条違反の疑いが濃いものであろう。しかし、この判決が出された1985年当時、筆者は法学部の同級生の間で、この判決の是非を巡って結構な激論になったのを記憶している。丸刈りになって「大人の階段を上った」と感激した、という意見もあった。また、神戸市が意外にも丸刈り強制だったようで、違和感はない、という感想もよく聞いた。高校が私立の男子校で、丸刈りだったという者もいた。そういう経験のない筆者には、丸刈りは囚人扱い、もしくは貧乏家の散髪代節約の手段という感覚なのである。そう言えば、遠泳を赤ふんでやる(男子のみ、念のため)学校もある。政教分離についてもよく論争になったが、結局は、何が普通、当然か、というところに左右され、なかなか修正がきかないものである。だから、ではないのだが、多数者の常識に支配され易い中間審査基準の守備範囲を拡げる理論構成には、特に少数者の人権を守れないという観点から、反対である。

(4) 名誉権・プライバシー権

江沢民講演会名簿提出事件 (最判平15・9・12民集57巻8号973頁) 何がプライバシーなの

か。昔、住所はそれほどプライバシーではなかった。電信柱に住所が書いてあり、表札も掛かっていた。当時、分厚くて、物語性もなくただ情報が詰まっている例えとして「電話帳」という言い方があった。電話（当然、固定電話で、日本電信電話公社と契約。高いお金を出して「株」を買う必要があった）を持っている家は、住所と共に全部載っていた。今世紀初頭まで、6つか7つの法学会共通名簿が、学会に行くと毎年売っていて、抜刷を送るのに使っていた。しかし、あるときから売らなくなった。それどころか、昔の漫画雑誌には、漫画家の住所がページの隅っこではあるが堂々と載っていた。「〇〇先生にお手紙を書こう！」などという文字もあって、トキワ荘から出て西武池袋線沿線に住んでいます、という様相の住所が並んでいた。中には、お宅まで尋ねて行ってサインを貰う猛者（子どもだけ）までいて、今頃になって「開運！なんでも鑑定団」あたりにそれが出てくるわけである。この判決では、そういった感覚が最早過去のものであることが解る。

指紋押捺拒否事件（最判平7・12・15刑集49巻10号842頁）昭和も終わる頃、東西冷戦末期の頃に在日外国人の指紋押捺問題が炎上した。在留外国人は、外国人登録申請が必要であるが、当時、その際に、親指全面、即ち、囚人並みに指紋を取られることと、登録証明書を常時携帯しなければならなかったことが人権問題とされたのである。最高裁は、プライバシー侵害の危険性に言及しつつも、結局のところ、この措置を合憲としたのであるが、より簡易な指紋採取に変更され、若干ではあろうが、心理的負担は減ったとされた。それでも、日本国民とは異なるガイジンは管理の対象なのであった。

ところが、2001年に9.11同時多発テロが生じると、アメリカは入国管理を厳しくし、渡航に際しては指紋認証を原則必要とするようになった。日本も追従した。この結果、自分が自分であることを示すために指紋を出すことは一般化した。それどころか、指紋や虹彩を登録し

ないと、マンションの玄関が開かないとか、自分の預金がおろせないということになっており、プライバシーの範囲が確実に変化してしまった。顔認証もある。

再度、ところが、なのだが、2022年秋、筆者の取引先銀行から手紙が来て、預金をおろしたり定期預金を作ったりする際などに必要だった手のひら認証をやめる、と通告してきたのである。どうやら、手のひら認証で個人の特定を完全にできなかったのではないか。いい証拠に、暗証番号の打込みはずっと必要であった。最後は、髪の毛を1本出してDNA鑑定でもするのだろうか。髪の毛が全くなくなったらどうするのだろうか。私は自分の預金、5000円ほどおろしたいだけなのだが（銀行にとって借金だろう。菓子折持ってお返しに参上すべきではないのか。取敢えず、安い金利をなんとかして欲しい）。

ノンフィクション『逆転』事件（最判平6・2・8民集48巻2号149頁）伊佐千尋の小説。米占領下の沖縄で、米兵への傷害致死で日本人が有罪となった事案（伊佐はそこで陪審員の一人であった）を書いたもので、被告人が実名だったため、その後、沖縄を離れて平穏に暮らしていた元被告人が伊佐を訴えた。米占領下、不当に重い刑が宣告され、危うく死刑だったという事案であり、確かに、本土で同様の事件が生じて、取り上げられなかったであろう。

伊佐は陪審員として、被告人が重い刑罰が及ぶことを阻止したこと、陪審制度の利点を訴える気持ちでこの小説を公表したようである。また、裁判記録は公知のものであるので、アメリカでも実名報道が当然という感覚だったようだ。釈放され、時間が経過すると、よほどの有名事案、有名人でない限り、前科には触れるべきでないといわれる日本社会の常識に抵触し、伊佐の敗訴となった。

ところで、伊佐の真面目な執筆意図である、陪審制の紹介という意図は本土側の多くの人に伝わただろうか。最近知ったことであるが、米占領下なのだから、教育委員会の公選も長く

行われていた。そういったことのメリット・デメリットは研究されたのだろうか。沖縄の人たちは、屈辱的な占領下の時代を語りたくないであろうが、英米法と大陸法が混在する本土とは異なる、アメリカ法の「継受」の貴重な結果が分析されていないことは、残念でもある。

(5) 一般的手続的権利

成田新法事件 (最大判平4・7・1民集46巻5号437頁) 成田新法と呼ばれている法律は、「新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法」として制定された(現・成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法)。引揚げでやっと得た土地を空港用地に取られる(元々、新空港は内房の海岸沿いに計画されたが、急転直下、成田に決まったこともあって)農民がそれに抵抗し、過激派学生の加勢も得て、飛行ルートを邪魔するように鉄塔を立てるなど、反対運動は激化していた。政府はこれに対抗するため、この法律を制定し、運動を鎮静化させ、新たな国際空港を開港させることに躍起となった。反対運動側は、開港前の管制塔などに乱入して破壊活動を行ったため、開港が遅れる事態となった。そこで、要は、鉄塔を倒すための法律を作った。そして、2023年にも実際に鉄塔を倒している。

こういった法律は、特定の市町村に適用されるのだから憲法95条により、制定には当該地方公共団体で住民投票を行う必要があるのではないか。終戦直後は、これに該当する地方自治特別法が数多く作られたのであるが、住民投票のハードルは、立法する側にとっては障害である。そこで、より一般的文言にして、形式的にはその地方公共団体だけに適用されるわけではないことにすれば住民投票は必要ないということに気付くことになり、この手続で立法される例はほぼ皆無となった。憲法95条は空文化された。成田新法も、そのようなわけで地方自治特別法ではない。

成田空港は、そういった建設時の経緯から、警備が厳重で、最初の成田空港駅(現・東成田駅)からバスを使わないと空港に入れなかった。今

や東京からスカイライナーで36分、といっても日暮里だが、その繊維街に真っ先に行く外国人も多いとか。他方、羽田空港も沖合に拡張して国際空港化しており(どんどん拡張すると房総半島まで達するとか?)、成田は意味があったのかという辛辣な意見もある。

3 刑事手続上の生命・身体的自由

(1) 総説

糺問主義 役人が自ら捜査し、自ら裁く構造を有するもの、検察官と裁判官が未分離のものは糺問主義構造である。「遠山の金さん」は北町奉行が自ら「遊び人の金さん」と称して捜査を行い、犯人を前に桜吹雪の刺青を見せて立ち去り、お白洲でシラを切る下手人の前で片肌を脱いで、自らが証人であることを示し、極刑を言い渡すというコントになっていた。顔見て解らないものが刺青見て解る筈がない、というビートたけし氏の指摘は適切である。同様に、「水戸黄門」は他の藩で平然となされる糺問主義のコントである。

現代劇はマシかという、刑事が机を叩いたり、どやしついたりという「太陽にほえろ!」も大いなる適正手続違反で、誤った刑事手続を警察官に教える教材であった。それに、次から次へと若手刑事が殉職しても、署長が左遷されないのは疑問であった。

第三者所有物没収事件 (最大判昭37・11・28刑集16巻11号1593頁) この判決の性格については争いがある。この判決が関税法118条1項を憲法違反としたとすれば、よく知られたような、尊属殺人罪違憲判決(最大判昭48・4・4刑集27巻3号265頁)が最高裁初の法令違憲判決という常識は覆る。もし、これは、同法を本事案に適用する限りで違憲だとしたものと解すれば、適用違憲判決だということになるが、日本の最高裁は適用違憲判決を出した例がないとされ、しばしば、憲法判断において自らを憲法裁判所と心得違いしていると揶揄される。そこで、こういった処分については、法令違憲・適用違憲の区別は適切ではなく、その処分を違憲としたのだと

いう処分違憲概念が提唱された。しかし、当該事案の解決を第一義とする通常司法裁判所の憲法判断は、憲法違反の判示としても、当該事案への適用を違憲とするのがまずは第一歩であり、それを超えていかなる適用も違憲となるか、権利の性質上、違憲の芽を摘む必要がある場合が法令違憲なのであって、それ以外があるものだろうかという疑問がある。この事案であっても、少なくとも本件適用は違憲と考えたのだとは思えるが、それを超えて当該条文の適用をおよそ全域で違憲と考えたかどちらかである。国や地方公共団体の政教分離事違反のケースを考えても、この事案を違憲と考えるか、それを超えて一纏まりのケースを束にして違憲と考える、即ち、ある種の行為を禁じる立法の不作为が法令違憲と考えるべきで、処分違憲という概念は必要ないのではないかと、とも思える。

閑話休題。第三者所有物没収事件判決はどのタイプの憲法判断なのか。謎は深まるばかりだが、当時は法令違憲と適用違憲の区別など、理解がなく、その認識もないままに下された判決だった、というのが真相なのかもしれない。

ミランダ告知 アメリカの刑事ドラマでは、今や、逮捕のときに必ず出てくるもので、刑事は定式化したものを読み上げる。抜け落ちると適正手続違反で、その後の自白などが違法収集証拠となる危険があるからである。「刑事コロンボ」シリーズでもそうであった。

「刑事コロンボ」で、ファンシー押しなのが「別れのワイン」というエピソードである。ワインの専門家が友人を殺す。鍵となるのは、彼の管理しているワインの味が微妙に劣化しているのだが、そのことはテイティングの名人である彼にしかわからない。そのことを突いて、コロンボは自白に追い込む。大変見事な推理なのであるが、気になるのは、証拠は本人の証言だけだろうし、証拠についても本人の特殊技能がなければ鑑定できないもののようなので、果たして公判の維持ができたのか、という点である。地下鉄はどこから入れたか (© 春日三球・照代)

のレベルで、気になって夜も眠れない。

4 平等権

(1) 平等の理念

学生無年金障害者訴訟 (最判平19・9・28民集61巻6号2345頁) 生来の差別の事案ではないので、合理性の基準が妥当することになるであろうが、違憲の疑いが濃いように思える事案である。当事者がもし未成年(当時、20歳未満)だったら、生来の障害者であったら、学生ではなく既にサラリーマンとして厚生年金に加入していたら、あるいはその妻として第3号加入者であったら、もう少し後の世代で強制加入だったら、そして、気付いて国民年金に任意加入していたら貰えたであろう障害基礎年金が生涯得られなかったことは、周辺のあらゆる事情と比較して酷な取扱いであるように思えてならなかった。つまり、合理性の基準は無審査を意味するものではなく、幾つもの線引きの間に落ちたようなケースでは、不合理な差別と認識してよいように思えるものである。

これに対し、近年、コロナ禍での給付金が性風俗を除外したケースは、単一の基準で職種により一線を引いたものであり、生来の差別の事案とは言い難い事案で、不合理な差別と言うのは難しいであろう。職業差別の意図が見える、とするコメントが同業者から結構あったのであるが、これを救済しようとすれば、平等権の判断基準は「合理性」の基準へと先祖返りしてしまうであろう(それが比例原則なのか?)。同情は禁じ得なくとも理論的にぐずぐずにすることは如何なものか。ならば、一律の基準による救貧政策を求めべきではなからうか。

積極的差別是正策 (アフターマティヴ・アクション, ポジティブ・アクション) 元々は、アメリカで始まった黒人優遇策である。奴隷解放宣言で解放された南部の黒人たちは、結局、その身一つで農場から放り出されることになる。貧乏である。貧乏だと学校にまともに行けない。そうするとお金の稼げる仕事に就けない。やはり貧乏である。その子も貧乏である。これが続く

ていく。これを断ち切るには、入学試験や就職試験で、やや成績が劣っても、過酷な環境の中でそれなりに優秀な黒人を優先的に合格させてはどうか、というような形で生まれた制度である。アメリカでは一般にアファーマティヴ・アクションという。

ところが、この結果、例えば、入試で、黒人の合格ラインより高得点の白人男性が不合格になる。彼が人種差別主義者であれば、因果応報だと言いたいところであるが、そうでなくてもそうなる。このことは、人種に基づく差別ではないか。1978年、連邦最高裁は、多様性の確保のためという目的は適切だとしつつ、初めから一定の人数のマイノリティを合格させるというクォータは手段として不適切だと判示した。但し、司法審査基準については裁判官の過半数を構成できず、その点は先例とならなかった。その後、総じて保守化傾向にあった連邦最高裁は、積極的差別是正と言っても人種差別には違いないので、司法審査基準は厳格審査が妥当するとし(但し、従来考えられてきたような、この基準の下ではほぼ何をやっても違憲という「致命的」なものではないとも述べた)、基本的に厳しい姿勢を採るようになった。

これに対して、EU諸国での積極的差別是正の対象は主に女性であり、特に、男女平等の先進国である北欧諸国がノルウェーを除いて加入するとこの議論をリードし、基本的には、全くの機械的なクォータ以外のそれを是とするようになった。ヨーロッパでは一般にポジティブ・アクションという。

日本での問題は主に女性の地位向上の遅れである。国際機関からも、議員の数や管理職の数が少な過ぎると指摘されている。そこで、近時、各所で積極的差別是正が打ち上げられている。大学においても、理系を中心に「女性のみ」募集が数多くなされ(まさにクォータ)、東京大学が女性教員数の目標値を出すに至った。また、アメリカでは失敗、ヨーロッパでは成功したというイメージから、ポジティブ・アクションと

いう語を使う傾向にある。現在、これを積極的に認めるかどうかガリベラル派・人権派の踏み絵になっている感がある。

ただ、その空気に逆らったが、筆者はこれにはやや異論がある。特に公的機関のクォータはほぼ違憲であろう。

まず、一見して性別によって別異取扱いを行っている場合、何が悪き差別で、何が適切な差別是正策かをア・プリアリに断ずることはできない。そうであれば、日本では、性差別は憲法14条1項後段列挙事由の差別であり、厳格審査するのが筋であろう。卑近なところでは、女性のキャリアアップのため、熟考の末に設置された女子大と、良妻賢母教育のための女子大とを、一見明らかに見分けるのは難しい。仮に、前者の目的が認められたとしても、今度はそこの教育から男性を排除する理由はあるのだろうか。法学部、経済学部、工学部だとすると、寧ろ、その後の社会と同じく、男女比が1対1に近い方が自然である。多元性を配慮して、極度な偏りは避けることが肝要であろう。ある法学部は、以前、助手以上の教員全員が男性だったが、これは流石に会議体としても多元性を損ねる。このレベルであれば、その男尊女卑気風を払拭するため、女性教員の積極的採用を進めることは妥当であろう(逆に、近時、報じられた、有力私立医大での男性等の優遇は、仮に募集要項で事前に示したいとしても、公序良俗違反でもってのほかである)。

クォータは最も先進的で、北欧では一般的だという主張もあるようであるが、筆者が1998年にノルウェーとデンマークを公式調査した限り、そして公的機関の公式見解を聞いた限りでは、公的なそれはないのである。主な政党は、比例代表名簿に候補者を男女同数で載せることに尽力していた。これは任意であり、そうでない政党は人気なくなるからである(一部の保守的な政党の中にはこういったことを配慮しないところもあった)。北欧諸国ですら、公的なクォータはなく、日本でもその合憲性は疑わしい。

積極的差別是正措置のアキレス腱は、生来の属性により、その時点での能力が劣る人を、優れた人を排して採用し、高い地位に就けることにある。国家・組織としても損失である。現在、全国の数学科や物理学科は、30歳前後の優秀な研究者を逃しているであろう（決めている老教授集団は、自分のポストに影響はない）。また、自分が女性であることをアピールすれば、少ない努力でそのポジションをゲットできることになる。決して、次世代に向けての適切なキャリア・モデルではない。

もう一点、現時点での日本で積極的差別是正を行う際、前述のように、一定の地位に就く女性が少ないことに絞った施策が行われ易い点も疑問である。現在の40代・50代はやっと均等法世代であり、総合職や専門職としてバリバリ働く女性は少数派であった。優秀な人材が家庭に入っているケースも多い（同窓会で見た光景である）のであるが、その活用は視野にない。結局、その組織の「長」の寵愛を受けた人を一本釣りする便法として、ポジティブ・アクションという先進的な語のメッキがなされているということはないか。寧ろ日本の後進性を示す危険すらある。より差別を受けているGBTや人種・民族等の差別是正は後回しにされがちになる。

この問題の解決は、本来、現在の20代以下の活躍に委ねるべきである。そして、子どもの頃から差別なく扱うことである。委員長は男子で書記は女子と決めてかかるなどは論外で、無論、専ら女子に家政学部や文学部を勧めることや、男子校・女子校もやめるべきである。優秀な卒業生がいる学校ほどその改革には激しく抵抗する傾向にあるが、そちらを放置しておき、不平等な競争をさせておいて、後で辻褃を合わせようとするれば、憲法論として合理的な説明が付かない。1998年の北欧調査の際も、デンマークの女性官僚は、是正には30年かかると述べていた。急ぐべきだが、無茶はすべきでない。

関連して、上場企業は、社外取締役・学識経験者・女性の取締役起用が求められているの

で、それを1人の人に集約していることもよく見る。この人は、学会理事・学部長・審議会委員などを山ほど兼任していることも多い。優秀な、もしくは著名な女性研究者の研究の芽を摘んでいる。ある大学で、某先生（A先生）が「そろそろ女性の学部長が欲しい」と、唯一の執行部適齢期の女性教授（B先生。研究を続けたい!）に語り、某女性教授が困った顔をする、という展開が続いたので、「え、A先生、性転換されるんですか!?!」と言って大爆笑を取り、この話は一旦収まったことがある。しかし、B先生は4年後には遂に逃げられなくなった。逆に、それでも役職が大好きな、妙な権力志向の人（チョウになりた「さなぎ族」というらしい）は困るが、

民族 民族と人種は、日本では混同されることが多い。日系アメリカ人は人種的には東洋人、モンゴロイドだが、英語を喋りすっかりアメリカ文化の中で育てば、そのうち「アメリカ人」になっていく、と言えよいだらうか。ナショナル・オリジンは変わらないのであろうが、人種的には、東洋人は、南方系か北方系かという方が大きく（ラーメンも、細麵豚骨と太麺味噌を典型に、継受の道筋が違うのだとか）、いわゆる日本人でも、縄文系か弥生系かというような違いの方が、国境線よりも大きいという説を聞いたことがある。

アメリカで大きな問題となってきたのは人種差別の方である。「黒人」もしくは「有色人種」の定義とやらはややこしいが、取敢ず、お互い、見ただ目で大体解る。そもそも、近年の進化論の成果によれば、人類はアフリカ大陸を出たところで、まず、モンゴロイドが分離したらしく、白人の登場はそのずっと後である。「有色人種」という纏め方は生物学的に適切でなく、大航海時代から大植民地時代の産物であろう。これに対し、民族は、見た目では解らない。随分経ってから、民族名を知って、「在日」の方なんですわ、ということもある。某先生が、ソウルの空港でてっきり韓国人と間違えられた、ということは不思議ではない（筆者は32歳の時、受験生

と間違えられた。これは民族問題ではなく、童顔だから)。このため、日本の民族問題(及び被差別部落差別問題)は、そのプライバシーを暴くな、という点が強調される。人種差別問題解決理論の直輸入では、民族差別問題の解決にはならない。

5 家族に関する権利

(1) 婚姻の自由と家族の保護

夫婦同氏強制違憲訴訟 (最大判平 27・12・16 民集 69 卷 8 号 2586 頁) 選択的夫婦別姓は、20 世紀末に法務省法制審議会が提言したものだが、未だに実現されていない。「選択的」であっても、認めたくないとする守旧派が、高度の政治力学の結果、これを阻止し続けている。専門職に就いている場合、途中で戸籍名が変わると結構困ることになる。昔、国立大学は通称を認めなかったのが、以前書いた論文との同一性を認知させられない危険もあった。弁護士は裁判所で「顔パス」ならぬ「名前パス」を受けられず、仕事に障害が出る。そうでなくても、銀行口座の書換えなど、面倒なことは多い。それでも、なのだから、いかに「〇〇家」に全面転属(それも、決まって女性が)するのが当然という、匿名の思想のいかに強いことか、である。教科書でも触れたことであるが、現在の氏名のルールは明治期の「作られた伝統」である。それまで、日本人が一つの氏(姓、苗字)と一つの名で一生呼ばれ続けるなどということはなかったのである。因みに、元々、氏は基本的に天皇が与えたもの(源、平、藤原、橘、豊臣など)、名字は自らが地名などから名付けた血族集団の名称であった(幼名もないし、現在の民法は伝統には沿っていない。幼名といえば、「〇〇丸」というのは高貴なお方に限られる。お名前は出しにくい、ある落語家は、そう言った後で「私は桂竹丸といいます」と言われた)。

最高裁が、現行制度を違憲と言わないのは、無論、裁判官がかなりの年長であり、7 割以上が男性であることにもよるのであろうが、氏名に関する権利を近代的な自己決定権から解こうとすることに齟齬がある点である。現在、氏名を自己決定することは、基本的にない。これ

を、13 条の延長で憲法上の権利だと説明すると、似たような罠に引っかかる気がする。ドイツでも昔同様な制度があったが、夫婦で意見が一致しないときは夫の氏となるとの規定だったので、性差別で違憲とされた。日本の民法 750 条は「夫又は妻の氏」なので、直截に憲法 14 条違反とも言い難い。ただ、個人主義を基盤とする日本国憲法から見ると、頑なにイエ優先が見られ、そこに 24 条独自の存在意味を見出す途はあるのかもしれない。

人の名前は民族によってルールが異なるのは確かで、ミャンマー人には氏がなにか、エチオピア人は本人の名前+父の名前であるとか(女子マラソンのファツマ・ロバ氏を「ロバさん」と報道するのは不思議なことであった)、様々である。韓国・中国は結婚しても改姓しない。ただこれは、嫁を家に入れないという古い考えの遺物のようである。ただ、いずれにせよ、夫婦別姓の余地がない先進国はほほないのだそうである。また、このような中で、日本で国際結婚し、相手方の氏がそのままだったとしても、日本人側の氏が自動的に変わることはない。以前、ヨン様(ペ・ヨンジュン 裴勇俊)ブームの際、彼と結婚したい日本人女性に向けて、「でもあんた苗字『ペ』ですから、残念！」(© 波田陽区)というネタがあったが、国際私法的には誤りである。

氏名と言えば、日本人の名前を書く際、全体が 3 文字であるとき、氏と名の間を 1 マス空けて、「森 鷗外」や「大空 翼」と書くことに慣れているが、中国人・韓国人が「毛 沢東」や「金 大中」と表記することはない、という指摘を受けたことがある。広く漢字文化圏の中ではあるが、自己同一性の相互尊重の観点から、留意したい。

再婚禁止期間 2022 年末、民法 733 条から女性の再婚禁止期間が消えた。以前から、ビタ 1 日あっても、厳格審査の下で違憲だと主張してきた者としては感慨深い。日本では、明治時代、外見的に妊娠が解る日数として 4 カ月が考えられるところ、誰からも解るところとして 6

カ月で立法され、それが戦後も生き残ってきたもので、近時、100日を超えると違憲だとされ(最大判平27・12・16民集69巻8号2427頁)、改正されたのである。100日の根拠は民法772条の嫡出推定であったが、嫡出否認の訴えを夫だけができるのはおかしいと言われるようになり、そうであれば、最早、子の父の推定のために必要だとする再婚禁止期間の存在理由がなくなるというのが理由であって、不合理なことが纏めて片付いたことはよかったと思う。

ところで、日本の再婚禁止期間は、妊娠が外見的に解るようになる期間であるとか、嫡出推定から決まるなどとされてきたが、ヨーロッパは伝統的に10カ月、300日程度であった。これは、妊娠期間に相当する一つの考え方である。中間審査基準であれば合憲になり、180日が違憲で、より長い300日が合憲というパラドクスがあると指摘してきた。なお、各国微妙な差があった。タイは310日、オランダは306日、コロンビアは270日で(永井紀昭「婚姻適齢及び待婚期間に関する覚書(下)」戸籍488号4頁、22頁以下(1984)など)、オランダ人は意外と細かい。

第8章 精神的自由

2 思想・信条の自由

(1) 保護の意義と歴史的経緯

闘う民主主義 ドイツでは、民主主義の中から最も民主的でない(正確には、立憲的でない、か)ナチズムが生まれた。国民投票での「喝采」を認めると、ドイツの将来宛に届いた知らせに黒い縁取りがある危険もあるので、憲法改正は議会両院のそれぞれ3分の2の可決で承認できることになっている。共和政体で大統領は置くが、いわゆる象徴元首ということにした。兎に角、ヒトラーの再降臨には警戒的なのである。

その考え方の象徴的な表現が「闘う民主主義」というものである。自由の敵に自由を与えるな、ということで、全体主義政党を解散させるために憲法裁判所を作り、ついでに抽象的違憲審査などをさせているのである。憲法裁判所は、特

別裁判所が日常という大陸法的伝統に沿うものであるが、むしろそういった事情から誕生したものである。

これに対し、日本は、民主主義の欠如から「大東亜戦争」に至ったのだと解され、戦犯などを除き、民衆は責められなかったと言えよう。このため、民主的であることが大事とされ、若く明るい戦後民主主義の原型が終戦直後にはあったのである。GHQは、戦前の文部省を悪の権化のように扱い、全ての地方自治体に公選制の教育委員会を導入することにシャカリキになった。憲法19条が、思想良心の自由を保障しているのはその象徴である。全体主義思想であれ、まずは何を考えても自由だということが保障された。戦前の治安維持法などの再来を警戒したものでもある。ただ、内心、何を考えているかは、基本的には他人から解るものではなく、比較憲法的には珍しい条文である。

ところで、本当に、日本の民衆は単なる犠牲者だったのかは、なお宿題である。教育勅語や軍人勅諭の結果か、「お国のために頑張る」と出征兵士を送り、異議を唱える者を非国民と呼び、白馬に乗った東條英機大将の巡回を心待ちにしていたという、空気にはける日本式の全体主義を、我々はこれまでに払拭できたのだろうか。

保障に関する2つの考え方 法律学の世界では、一般に、手厚い保障は狭い保障で、広い保障は薄い保障である。どうやっても、広く手厚い保障などという、どこかの保険会社のCMの謳い文句のようなものは無理である。平等権における「合理性」の基準や政教分離の目的効果基準は、薄くても広い保障であり、前者の14条1項後段限定絶対的平等説や後者の絶対的基準は、文字通り、狭くても手厚い保障を目指したものである。確実に核心部分を保障するのか、一般的な基準にするのかは、難しいところである。それでも、14条1項後段限定絶対的平等説は「性別」で例外を語り出して失敗し(子どもの喧嘩同様、絶対を言い出すと負け易い)、政

教分離の絶対的基準説は来世を相手にしない宗教や世俗的な超人「信仰」を含んでしまうところで躓いた。「絶対」とでも言わなければ、狭い保障を語る価値が下がるので、なお、難しい。「絶対」は、「検閲」の禁止など以外はなかなか難しく、狭い保障で厳格審査を要請するか、広い保障で合理性の基準でよしとするか、の選択が多くなるろう。

(2) 限界・制約

政府言論 近年、「政府言論」なる議論が憲法学界では流行のようである。民主的に選ばれた首長は、その政治的メッセージを語ることになる。議場での発言は当然として、市報・区報などにおいて、意見を述べることもある。なかなか強烈なメッセージを伝える人は少ないが、首長の交代により終戦の日に語る内容が替わるようなこともあろう。配布する紙媒体が許されるのなら、テレビで広報の時間を買い取り、知事や市長が施政方針を示すとか、Web ページで語ることも生じよう。

「政府言論」として問題となっているのはそのようなことではない。国や自治体が、その媒体を使って、或いは賞金などその費用が生ずる中で、住民などの誰かが表現をなす場合、国や自治体はその選別ができるとする理屈として語られるようになってきていることである。自治体主催の展覧会や演奏会において、首長の立場とは異なるメッセージを含む作品を出品・演奏することは、それがまるで当該自治体の主張であるかのように受け取られるので、これを排除するという理屈である。

これまで、憲法学は、集会の自由の議論の中で、公民館や公会堂など、当該自治体が建設した限定的パブリック・フォーラムでは、一度建設した以上は、利用は表現中立的であるべき、特に思想中立的であるべきことを、アメリカの判例などを紹介しながら展開してきたところである。箱物が紙媒体となろうと、電波や Web ページになろうとも、その法理は及ぶのではあるまいか。逆に、我々もまた、そこでの表現を、

検定合格の特定の教科書の内容が文科省の主張そのものでないように、その自治体の主張そのものと思う必要はない。

君が代ピアノ伴奏拒否事件 (最判平 19・2・27 民集 61 卷 1 号 291 頁) 市立小学校の入学式で斉唱する「君が代」の伴奏を音楽教諭に強制できるかが争われた事件。最高裁は、要するに、機械的に鍵盤を叩くだけのことに思想信条というものは無い、と言いたげであるが、ホロヴィッツやブーニンが聞いたら怒るであろう。もし、機械的業務だというのであれば、音楽教諭でなくともできる。CD を用意してもいいし、今ではそういったサイトはどこかにあるのではないか。そもそも、小学校の教諭になるには、現時点では、全科目が教えられることが前提で、原則として 25 m 泳げないと教員免許が貰えない筈である。「君が代」をリエゾンで歌うための伴奏は、別に専門家でなければいけないものでもないであろう。副校長が一所懸命に練習して伴奏したとすれば、感動的である。無論、音楽教諭になるということはこれも織り込み済みだという、特別権力関係論的反論も出そうだが、歌詞が付き、歴史が付いている場合に、どうしてもできないというケースは想定しておく必要がある。これが、自分の宗教宗派では偶像崇拜は禁じられているので「日の丸」(この場合、仮に国旗が別のデザインに変更されても、ということになる)に敬礼できない、という人が出てきたらどうするのだろうか。

7 学問の自由

(3) 大学の自治

東大ポポロ事件 (最大判昭 38・5・22 刑集 17 卷 4 号 370 頁) 事件は、松川事件を題材にした学生演劇の練習を舞台に発生するので、1952 年に発生しているが、最高裁判決は 1963 年のことであり、長期裁判の一つに数えられる。被告人の 1 人は後に横手市長も務めていて、この点は東京大学らしい。

憲法の有名判例としては、麴町内申書裁判(最判昭 63・7・15 判時 1287 号 65 頁)の原告は、その

後、東京23区の某区の区長になっている。『宴のあと』事件判決(東京地判昭39・9・28下民集15巻9号2317頁)の被告は、ご存知の通り、その後、市谷の自衛隊で割腹自殺している(三島由紀夫)。猥褻的表現や名誉毀損関係では有名な作家が次々出てくるので省略。北方ジャーナル事件(最大判昭61・6・11民集40巻4号872頁)の原告は、連立政権の時期の建設相や内閣官房長官も務めた五十嵐広三。旭川市長として、歩行者天国や動物園の開設に尽力した。神近市子など、政治家も出てくるが、表現権の保護を訴えることの多い革新側が言論の餌食になっているケースが何故か多い印象なのは、皮肉である。そして、判例百選登場人物で「あの人は今」ができてしまいそうである。

第9章 経済的自由

3 職業選択の自由・財産権

(1) 職業選択の自由

白タク営業事件(最大判昭38・12・4刑集17巻12号2434頁) 白タクとは、白いナンバー・プレートを付けている自家用車がお金を取って送り迎えをすること。タクシーは、営業免許を得て、緑のナンバー・プレートを付けており、旅客営業を認められている。過当競争を避けるため、そして、問題が生じたときに行政が管理し易いため、ということで、目的二分論では説明が難しい。ナンバーには拘りがあるようで、人気のある番号は奪い合いである。ただ、どの番号が交通事故が少ないかという統計は見たことがない。また、「袖ヶ浦」や「和泉」はどうかの、「練馬」や「足立」から独立したい、「世田谷」ができると自分の住所だと「品川」が付けられなくなるから嫌だと言う人もいて、自動車が単なる移動手段ではないことがよく解る。

弁護士業務も弁護士だけに認められており、それ以外の方が報酬を得ることは非弁活動になり、弁護士会が黙っていない。筆者も、簡単な法律相談を受けることはあるが、このことを説明し、菓子折一つでも固く辞退している。

薬事法違憲判決(最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁) 薬局の距離制限の正当化理由は何であったか。2軒並んだ薬屋は、過当競争のため、安かろう悪かろうの薬を作って売るから国民の健康を害するというものだった。ところが、今や、鉄の独楽みたいな奴で漢方薬かなんかを作っている薬局は殆どない。製薬会社の作った薬を仕入れて売っている。2軒並んだ薬屋は、いい薬を選んで安く売る競争をする。だから、目的は兎も角、手段に実質的関連性がないと指摘されたわけである。違憲になったので、今や、マツキヨの横にトモズとスギ薬局がある、などという光景がある。渋谷なんか行くと、何で若いのにそんなに薬が必要なのか、というくらい、並んでいる。兎に角、勝手に競争すればいい、となった。そうであれば、公衆浴場の距離制限を国民の健康を目的に合憲と認めた判例(最大判昭30・1・26刑集9巻1号89頁)が妥当だったのか、という疑問は沸々と湧いてくる。お風呂屋さんに、およそ財閥系の大企業はなく、大概零細企業なので、その距離制限こそ、過当競争を避けて、零細企業を守ろうという目的なのではないか。1989年の判決(最判平元・1・20刑集43巻1号1頁、最判平元・3・7判時1308号111頁)は、もう、純粹にそういった内在的・自由国家的規制だという論理には立っていない。小売市場の距離制限の判例(最大判昭47・11・22刑集26巻9号586頁)でも、近隣の小売市場が競争して、腐った野菜を売るかもしれないという内在的・自由国家的規制の面がないとは言いきれない。そう考えると、経済的自由の事例での目的二分論は妥当なのか、疑問が生じたのである。

(3) 自由国家的規制と社会国家的制約

医業類似行為 ある先生が、最近ストレスが溜まっていて疲れると仰るので、ストレスはやはり仕事が重なると溜まっていき、血管に血の塊が出来、特に週末がピークだ、「けっせんは金曜日」と言いますからね、と申し上げたのだが、通じなかった。相当お疲れのご様子。

森林法違憲判決(最大判昭62・4・22民集41巻3

号408頁) 森林法の目的は内在的・自由国家的目的なのか、政策的・社会国家的目的なのか、はっきりしない。はっきりしないけれど、最高裁は、その点には触れず、半分ずつで共有している森林の分割が全くできないことは不合理だとして違憲だと判示した。目的二分論が妥当なのかどうかは争いがあり、通説は、森林法の事例は例外だと言って、二分論を維持しているが、有力説は、こういったことは一般的だとして、一元論に傾れ込んだ。通説というのは、基本にお爺さんが長年主張してきた学説なので、定年近くなって、今まで言ってきたことが間違いだと言いたくない。だから変えない。若手は通説と同じことを言っているでも成果にならないので、違ったことを言いたがる。その争いだったのかもしれない。その後の酒税販売業免許事件」(最判平4・12・15民集46巻9号2829頁)なども考えると、一元論に軍配が上がる気がする。税金で、一般財源のものは、防衛費から社会保障費まで広く使われるので、内在的・自由国家的規制とも政策的・社会国家的規制とも、本質的に言えない。残る問題は司法審査基準で、二重の基準論の元の姿に戻って、経済的自由の規制は合理性の基準だと言えよ。これを、折角得た陣地は手放せないと言って中間審査に拘ると、全体が厳格審査と中間審査の二層構造になって、合理性の基準の妥当範囲が殆どなくなる。それで「中間」審査だと言いつけるのは如何なものか。

なお、森林は広くないと経営が成り立たない。稲は1年で刈り取れても、木は20年とか30年かかるので、狭い土地でやると、苗木を植えて、じーっと30年待ってないといけなくなる。その間、何で食うのか。だから、毎年十分な材木が採れるくらいの土地を持っていないと森林経営は成り立たない。子の代で半分、孫の代で4分の1、曾孫の代で8分の1になっていき、要は細分化された森林で、それに耐える経営は出来まい、というのが、森林法の分割制限の心のようである。経営が成り立たなくなると、木を切って材木にして売ってしまう。山はハゲ山に

なる。鉄砲水は出る、岩清水は枯れる、光合成で生まれる綺麗な空気がなくなる、紅葉を見にくる観光客はいなくなるなどというわけである。これらのことを考えると、分割制限という規制目的は内在的・自由国家的目的なのか、政策的・社会国家的目的なのか、解らないということになる。綺麗な水と言っても、水が本当になくて生死に関わるなら内在的・自由国家的目的規制だろうが、「六甲の美味しい水」とかで売れなくて困るというなら、政策的・社会国家的目的規制で、その線引きも難しい。目的二分論は維持できないと見た。

ところで、筆者の母方の祖父は山持ちだった。101歳まで生きた。亡くなる少し前までラジオ体操が日課だった。90代でも、山道を早足で散歩するのが日課で、伯父だの伯母と一緒にいったら、はーはーいってついていけない。それをみて祖父は「早死にする奴はバカやぞ」などと言う。この話を、大学院時代にしたら、ある後輩が「君塚さんはその方の血を継いでおられるのですね」などと言うので、「どういう意味だ」ときいたら、「いや、長生きされそうで」と宣う。嘘つけ。

農地改革の対象に山林はならなかった。このため、山林地主は残り、高度経済成長を経て、大都市近郊でそこが宅地化されると、大儲けした一族もあったであろう。相模原土地で昔、4月に見た、お屋敷の大きな鯉轆のぼりは、そんなことの動かぬ(?)証拠でもある。

第3部 統治機構

第14章 国会

4. 立法以外の国会の権能

(1) 財政

私学助成 ある国立大学卒の落語家が先輩に説教された。国立大学は税金でやっているんだ、噺家なんぞになっていいわけではない、ということだったのだが、私立学校でも大概は私学助成を受けているので、量的な違いに過ぎないところまで来ている。国立の授業料は上がり、研究

費は削減された。その意味では、私学は、授業料設定の自由と、宗教施設や創設者の銅像が建て放題かどうかだけなのかもしれない(本当か?)。

大きな私立大学への助成額は相当に大きい。日本大学の不祥事が昨今大きく報じられたが、これだけ大きく、社会的にも影響力のある大学であると、最早「公的」な問題である。新たな理事長に、作家の林真理子氏が選ばれたが、注目を受ける人が選ばれるということは、抵抗勢力のやることも日光の下に晒されるということでもあり、しかも、何かあれば後に小説に書かれる恐怖もあるだろうから、改革推進という意味では結構なことである。

憲法 89 条の解釈を巡っては、欧米では、教会が慈善事業も学校経営もするので、これも封じなければ政教分離原則が尻抜けになることなども指摘されるようになってきた。日本では、宗教とは無縁の私立学校も隆盛であり、GHQ には理解できないことだったのかもしれない。

第 15 章 内閣

2 内閣・行政機関の組織・構成・活動

(1) 内閣の組織

無任所大臣 大臣、国务大臣については、省のトップではない、国家公安委員長や内閣官房長官、「沖縄及び北方担当」などの内閣府特命担当大臣、以前の防衛庁長官のようなものを、財務大臣(大蔵大臣)や法務大臣と区別している言い方がある。但し、憲法の用語として、これはなく、内閣総理大臣を含むか含まないかだけが注意すべき点である。

政治家というものは、内閣総理大臣でなければ、財務大臣や外務大臣になりたいようだ。近時、自分の職が地味だということの言い方に問題があって、辞任に追い込まれた大臣があった。兎に角、どんな組織でも財布を握っている人は強いらしい。

筆者が、以前、ある大学で若手教員だった際、順番だからと教員組合の役員をやったことがある。労働組合の役員には様々な担当があるとこ

ろ、着任 2 年目だったため、仕事が単純明快そうな会計担当を希望して、無競争でその任に就いた。計算が苦手な人がいかに多いか、兎に角、役員の中では 2 番目に若い教員で、面倒そうな、賃上げ交渉担当とか書記長は回避した。

あるとき、役員会で、副委員長の高教授が、突然に、労働組合のやることか疑問な提案をした。隣で委員長も困った顔をしていた。当方は立ち上がり、「予算がありません」と叫んだところ、委員長も、「会計担当の責任者もそう言われていますので、……」ということでその話はおしまいになった。別のときには、法学部代表として、「それは規約の解釈として無理がある」と叫んだところ、また「法律の専門家もあ言われていますので、……」ということで副委員長の提案を葬った。

かくのごとく、当人がいくら若造でも、財務担当は強く、ルールの解釈を握っている者も強い。だから、内閣だと財務大臣は強い。それと、労働組合の主たる仕事は賃上げ、もしくは引下げの阻止なので、賃上げ交渉担当の責任者の発言力も強い。内閣でも、国家でないといさなき権限である外交の担当者、外務大臣はエライということになる。その意味では、今後、防衛大臣の重みも増していく予感がある。まあ、どこでも人事権を握っている人が強く、内閣総理大臣が最強であることは憲法上も明らかだが、そういうわけで、法学部の人には教養レベルでいいので経済学や統計学を、経済学部・経営学部の人も民法をはじめとする基本的な法律学を学んでおくとよいと思える。後で勉強するのは大変(私事を言えば、大学 4 年で、3 年半ぶりに高校の数学 IIB をやり直しつつ勉強した畠中道雄先生の「経済統計」は役に立っている。少なくとも、古い文系人間を脅すには十分?)。

第 17 章 地方自治

2 地方公共団体の組織・構成・活動

(2) 地方公共団体の組織

特別区 東京にのみ 23 ある特別地方公共団

体。戦後すぐには22だったが、練馬区が板橋区から分離して新たな区となり、23となった。以前、練馬区を通過した際、商店街が「練馬区独立60周年」のペナントを吊るしていた。東チモールや南スーダンではあるまいに。

元々、東京府と東京市があったところ、戦時体制の下の1943年、首都で意思統一ができないのを嫌った政府が、その合併を求めて設置されたもの。道府県は名称は異なれど性質は同じだが、「都」だけは、そういう事情で、性格が異なる。自治という点では後退した形態なのであって、推奨できない。

それ以前の東京市はもっと狭かった。山手線(品川—渋谷—田端)の大半は元祖東京市に触れていない。目白から曲げて田端を目指したが、当時の蒸気機関車では勾配を登りきれないということで、分岐点は北豊島郡池袋村になった。これが運命の分かれ目で、池袋は大ターミナルに発展する。そして、本来、東京市内の大塚(南総里見八犬伝の犬塚信乃はこの住人)を通る予定が無理となり、巣鴨村宮仲にできた駅が、市内のブランドのために大塚と名乗った。このため、巣鴨プリズンや巣鴨高校がほぼ池袋にあったり、筑波大学(及びその附属学校)の東京キャンパスや、2023年4月から中央大学法学部が移ってくる場所(元都電大塚車庫)の地名が文京区大塚であったりという、一見ややこしいのはそういった事情である。ついでに、品川区に品川駅はなく、目黒区に目黒駅はなく、板橋駅の駅事務室は北区で、すぐ南は豊島区という立地である。新宿駅南口は渋谷区で、正直に北代々木と名乗るべき。東京は怖い所である。

多摩地区は元々神奈川県であったが、多摩川の水を東京が確保したかったことと、自由民権運動が盛んであった(五日市憲法草案は有名)ことから、東京府に移された。狛江市民は市外局番が03だというのが自慢である。また、保谷(現・西東京市の一部)と大泉(現・練馬区の一部)は埼玉県から割譲された。石神井と大泉で、どっちが都会かという、どうでもいい戦いの際、

石神井側が出すのが、快速急行とS-trainが止まることとコレ(大泉側は松本零士による「銀河鉄道999」の執筆地で、東映撮影所、東京学芸大学の附属があることを挙げ、石神井公園は通勤準急が通過するだろう、と罵ることになっている)。もっと古い話をすれば、隅田川の東は(武蔵ではなく)下総だったが東京府に編入された。そこに架かる橋が「両国橋」であることがその証拠である。また、その辺りの多くは現在葛飾区であるが、「葛飾」という地名は1都3県に跨って存在する。

教育委員 終戦直後に教育委員会が設立された際は、教育委員は公選とされた。全国展開(保守的な農村部にも)は1952年で、吉田自由党政権が推進し、日教組などが反対する構図であった。だが、GHQの占領も終わったところで、1956年に任命制に変更される。

アメリカの学区区委員会同様、公選であるべしという意見はずっとあった。これが、1979年の東京都中野区の教育委員準公選制実現に結実する。何故、この時期にかと言えば、東京23区の区長もやはり任命制に変えられており、これを公選とすべく住民運動が展開されていた(一部の区での準公選条例実施を経て、1974年の地方自治法改正で公選制に戻る)、その延長、という要因がある。また、1972年には沖縄返還があったが、アメリカ施政下ということもあり、沖縄は教育委員の公選制を勝ち取っており、これを任命制に変えるのか、という争いが生じ、改めて教育委員公選制が目玉されたことがある。何故、ここでかと言えば、その後、武蔵野、国分寺、国立でも同様の動きが生じる(条例制定までには至らず)のであるが、この辺りにはインテリ的でサブカルチャー的で反自民政権的な「中央線文化」があるからである。以前、2014年都知事選挙の得票状況の絵地図を見たことがあるが、当選した舛添要一の中央線沿線での得票率は明らかに、相対的に低いのである。

3 地方自治の本旨以外の権能

(1) 地方公共団体の事務

3割自治 国の業務は国の出先機関で処理す

るのが原則だろうということを体現すれば、例えば、婚姻届で住民票を作るのに市役所に行った上で、新しい戸籍を作る(未だにこれを「入籍」と言う人がいるが、まだ明治民法の下で生きているらしい。因みに、明治憲法のことを「旧憲法」とも言うように、明治民法のことを「旧民法」と書いてしまいがちであるが、普通、それはボアソナードが執筆して施行されなかったものを指すので、注意)のに、戸籍を管理するのは法務省なので、法務省の出先機関に行かねばならないこととなる。面倒である。だったら、全国にある、市区町村の役所や出張所で受け付けてくれればお互いに有難いこととなり、この仕事を国は市区町村に押し付ける、元い、法定受託事務として地方交付税交付金というお土産を付けてお願いすればいい、ということになる。こういったことを山のようにやった結果、市町村は、法定受託事務(旧・機関委任事務)で溢れ、自治事務は3割しかない事態に陥ったのである。打者なら立派だが、地方行政の在り方としてはどうか。

なお、王貞治が早々に引退したのは、その年、本塁打が30本「しか」打てなかったからというのが定説だが、もう1年やると生涯打率が3割を切りそうだったからだとの説もある。打者としてその称号は重い(そう言えば、本塁打王、打点王と並ぶのは「打率王」ではなく「首位打者」と、一格上の印象もある)。6000打数以上で生涯打率が最も高いのは若松勉(31918 なお、イチローの日米通算は322)。300打席以上の通算代打率の最高も若松勉(.349)で、「ですが問題」にならない。

第18章 天皇

1 象徴天皇制及び天皇の性格・地位・組織・構成

(1) 国民の総意

象徴 昔、ある先生が法学部の憲法科目の期末試験に「国会の性格」という出題をされた。国権の最高機関で唯一の立法機関であり、国民の代表機関であるなどと書くことが求められていた。翌年、「内閣の性格」という出題をされた。法律を誠実に執行し、国務を総理するということの意味を書くのが答案として求められているのかもしれない。その次の年、「天皇の性格」という出題をされたところ、「優しい人である」という解答があったそうである(©覚道豊治)。

懐かしい話のついでで言うと、「まあ、そういうわけです」(©山口幸五郎)というのがある。会社法の授業で、子会社が親会社の株式を持つには制限がある、で、これはだめ、これはいい、とどんどん板書の例が複雑になっていかれ、遂に書いた例がアウトかセーフかわからなくなった先生が、「まあ、そういうわけです」と言って授業を終わらせた。そういうわけで、本稿もこれで終わりとする。

付記

原則として敬称は略させて頂いた。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究院教授]