

# 第3・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年初頭に『憲法—日本国憲法解釈のために』（成文堂）を刊行し、その周辺事項について「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」を本誌27巻4号（85-116頁，2023）、「続・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」を本誌28巻1号（105-150頁，2023）に掲載した。これをもって全編にわたる周辺記事を執筆したつもりでいたが、まだもう少し残っているものがある。今回は、連載（？）はこれが最後のつもりとして、それらに掲載することとする。

やや繰返しになるが、本連載は決してふざけているのではない。周辺事象が解らないと本質は理解できないと言いたいものであって、周辺事象の語り方が大真面目一本でよいというものでもないであろう（尾吹善人『憲法学者の大あくび』（東京法経学院出版社，1988）とは少々目的が異なると言うべきか）。本稿の意図が正しく伝わることを願いたい。

## 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) 憲法概念

憲法学 学問には貴賤はないが、強い弱いはある。本来、憲法学は「強い」筈である。以前、

大学入試センター試験「政治・経済」の出題をしていた頃があるのだが、そこで、経済学の出題者が、いくら、この選択肢素敵でしょ、と言っても、書かれていることが違法行為であれば正解にはできないので、法学の方が強いと言える（念のためだが、当方は貴賤について言っていない。多少、他分野の勉強はしておくとい。畠中道雄先生の「経済統計」で優を取ったと後々経済学者を脅せる、とか）。憲法違反は正解にできないので、他の法学より憲法学は強いことになる（因みに、憲法記念日は祝日だけれど民法記念日はないんだから憲法のほうが偉い、というのは全くの冗談である）。このときは貴重な経験で、様々な分野の研究者と交流して、半分ぐらいの人のそれはとても勉強になった。

ただ、憲法に関して、多くの人が好き勝手言っているし、一般にそれを許す風潮にある。憲法が主権者の手にあることはいいことであろうが、それを学問として語る場合には一定の「修行」が必要なのではないか。その意味で、新聞で「〇〇大学教授」の肩書きの人が政治や経済について放言し、よく見ると文学部だったりするのは本当に頂けないと思う（逆に、法律家が小説や映画自体の巧拙を安易に評論することも避けた）。それぞれの学問に対する敬意というものは必要であるし、そのことが憲法に関する諸事象を健全にしていくように思える。

国法学 (Staatsrechtslehre) 昔ながらの法学部には「国法学」という科目がある。今もある

だろうか。建前上は、日本国憲法という具体的な憲法の解釈論ではなく、国の基本法である憲法というものに関する理論的な問題を扱えば、国法学ということになるので、講義担当者によって内容はバラバラということになりがちである。筆者は高田敏先生のものを受講したので、全編ドイツでは、ドイツでは、というお話となり、「法哲学」(大阪大学では名称は「法理学」だった)の公法版という色彩が出てくることとなる。いや、ドイツが客観的基準ではないぞ、ということになると、英米独仏の理論ぐらいは検討するようになるので、「比較憲法」に接近する。何れにせよ、「比較憲法」という科目がこれまた講義担当者によってまちまちのものとなっており(「大学における『比較憲法』の存在意義—一般教養・法学部・法科大学院・法学研究科 関西大学法学論集 52巻2号1頁(2002)、「法学部における『比較憲法』を考える—変容する法学部の中で『刑事政策』・『法社会学』との対比をしながら」横浜国際社会科学研究所 23巻3号123頁(2019)参照)、ただでさえ人文主義的で文学青年的な憲法学者という人種の解放区になりがちである。

**実質的意味の憲法** 国会法や内閣法、公職選挙法はそうであって、日本国憲法とそれらは一体であって矛盾することはないと、昔は信じられていた。日本公法学会は宮澤俊義会長の長期政権(代わりがおらず、毛沢東の如きであった)の下、憲法学と行政法学は不分離の状態にあった。

しかし、国会法や内閣法は「法律」なのであるから、それが日本国憲法と一部適合的でなく、その部分が無効となることは想定されねばならない。2004年の旧司法試験で、参議院議員の被選挙権年齢に関する仮定の規定が合憲かが問われたのだが、旧来の公法学者の発想にはないもので、時代を画するものだったように思える。無論、一法律である皇室典範の規定の合憲性も議論の対象である。そして、公法に限らず、私法であっても憲法と矛盾してはならない。だからこそ、非嫡出子相続差別違憲判決(最大決平25・9・4民集67巻6号1320頁)が下せるのである。

一般法規でも同じ。そこでの問題を「憲法の私人間効力論」と呼んできたのであって、問題を複雑にして解答不能にはしてはいけない。

思い出したが、行政法の某先生は、「憲法(アメリカ)ではそう言うのですか。行政法(ドイツ)では……」と、民法の某先生は、「公法ではそう言うのですか。私法では……」と、よく言われていた気がするのだが、当該法学の体系的には尊重するものの、上位法である憲法と矛盾する主張ができないことは公理であることは念押ししておく(因みに、法哲学の某先生は「実定法の人ではそう言うの?」と、政治学の某先生は「法律の人ではそう言うの?」と、もっとざっくりとした言い方になっていった)。

**伊藤博文** 伊藤は長州藩の下級武士で、尊皇の志士として明治維新に参加する。大政奉還の時点で27歳。同世代の大隈重信は大正になってから第2次内閣を組閣するように、明治維新がいかに若いエネルギーに満ちていたかがよく解る。伊藤と大隈が最初に共に汗をかいた事業が鉄道開通である。

1878年に大久保利通が暗殺され、「維新の三傑」が全てこの世を去ると明治政府の中心人物に押し出され、対外的には清の李鴻章とたびたび外交交渉をした。無論、本書の関係では、大日本帝国憲法制定に尽力した人物として重要である。これと関連するが、伊藤は数多くの初代を経験しており(20代での兵庫県知事に始まり)、内閣総理大臣の前は1884年に制度取調局長官となり、後には1888年に枢密院議長になり、結局、大日本帝国憲法制定をコントロールした。「制度取調局長官」などという軽そうな役職名に騙されてはいけないのであって、よくよく見ると影響力の大きいポストにいつもいる(©山中永之佑)、政治的勘の鋭い人であったようである。1900年には立憲政友会初代総裁。1905年に初代朝鮮統監となり(「日本は韓国を合併する必要なし」と演説することもあったが)、退任後の1909年、これが仇となり暗殺された。

**サッカーのワールドカップ** 2022年ワール

ドカップでは、日本代表(最近、「全日本」という言い方をしなくなったが、いつから、そして何故なのだろう)は1次リーグでドイツとスペインに勝ち、もしかして強くなった?と思わせた。1993年にJリーグができ、同年のいわゆる「ドーハの悲劇」を乗り越えてワールドカップに初出場した1998年以降しか知らない世代が増えてきた。

それ以前、日本人の殆どはサッカーにあまり関心がなく、ワールドカップも知らないか夢の世界だったのである。1982年、筆者は高校生だったが、兎に角、それはニュースになっていたとは言えなかった(日本はアジア予選1次リーグで敗退していたが、いつの間にか、という感じであった)。そんな中、夜中(確か午前2時)にテレビをそうつと点けて、ワールドカップ決勝のイタリア対西ドイツ(統一前!)の試合(3対1でイタリアの優勝)を見たのである。アナウンサーが「日本はいつ?」みたいな質問をしたのに対し、解説者は(今回アジア1位で初出場した)「クウェートのサッカーを誰が知っていたか、そう考えると、日本にもチャンスがある」みたいなことを苦しうに言っていたのである。その頃からすると隔世の感がある。

## (2) 主 権

**ウエストファリア条約** 1648年にドイツ三十年戦争の講和のために締結された条約である。高校だと「世界史」と「政治・経済」、大学だと憲法でも国際法でも出てきて、曖昧な理解のまま終わっているものであるが、近代的な国家システムの成立を画する重要な法規である。プロテスタントの信仰や、オランダやスイスの独立が認められたり、フランスがアルザス地方と、ロレーヌ地方の一部を獲得したり、神聖ローマ帝国の事実上の解体がなされたり(最終的には1806年、ナポレオン戦争での敗北による)ということも大事であるが、神聖ローマ帝国に代わってドイツの各領邦(諸侯)が主権国家となり、中世的封建関係を廃して、排他的独立性と外交権を得て国際法上も主体として登場したことが大きい。ウエストファリア(ヴェストファー

レン)はドイツ西部の地方の名称(「ウエスト=ファリア」は誤記)。イギリスが参加していないのは、ピューリタン清教徒革命の最中だったから。バラバラとなったドイツは、イタリア同様に、近代的人権よりも国家統一が課題となり、ドイツ(プロイセン)帝国、鉄血宰相ビスマルクへと道は続く。

## (3) 憲法の種類

アメリカでは州(state)も憲法を有し、**民刑事の領域は州が主に担う**。日本人は単一国家に慣れており、秋田県と宮崎県では条例ぐらいは違うけれど、従うべき法令に大きな違いはないと思っている。しかし、アメリカ合衆国というのはアメリカ合州国と書くべきだという人がいるくらいに、独立国家50が条約を結んで連邦国家を設立したものである。それぞれの州は基本的に別の国である。本書には死刑の例が出ているが、裁判所の階層も州毎に異なり、小さな州で2審制(地裁と最高裁)のところもあれば、4審構造のところもある。ニューヨーク州の地裁に当たる裁判所の名前はDistrict CourtではなくてSupreme Courtで、最高裁はCourt of Appeals(普通の州では高裁・控訴裁判所の名称)というのだから、歴史と伝統は厄介である。英米法を学ぶ際のハードルの一つである。このほか、ルイジアナ州は基本的に大陸法だとか(州名の「ルイ」が示す通り、元はフランス植民地)、ネブラスカ州だけは一院制だとか、いろいろと異なる。それぞれが国家なのでもちろん州憲法はあり、連邦憲法とは違って、長大で詳細であることが多い。

**空中戦と地上戦** 法律学、特に実定法解釈問題ではその両方が渾然一体となっていてはならない。いわゆる一行問題のような抽象度の高い設問においては、そこで想定されている具体的な事例、その原則を適用したときにどうなるのかを、その適切さと共に示してやる必要がある。逆に、具体的な事例の解決を求める事例問題では、事例からだ単に「妥当性」という名の「落とし所」を示すのでは、無原則で、ときに恣意的とも思われるし、初学者がす

べきことでもない。必ず、大きなルール・原則に立ち返ってその妥当性を裏打ちさせることが必要である。この意味で、設問が抽象的であれ具体的であれ、答えるべきことは同じだと思うくらいの心構えが必要である。法律学は観念論ではないし、寝技師の修行でもない。

## 2 憲法の最高法規性とその解釈

### (1) 授権規範性

**憲法制定権力** なぜ皆、法律に従うのか。その正当性はどこにあるのか、と言え、国会で民主的手続の下で制定されたからということになる。では、その国会の正当性は、と聞かれたら、それが憲法の定めた機関だから、ということになる。そして、憲法自身の正当性の根拠は、との問いに対する通説的解答が、それは憲法制定権力が作ったものだから、ということになる。

問題は、その憲法制定権力は誰なのか、いつできて今もあるのか、とならうが、通説的解答は、憲法制定前のある時期にできて、憲法制定と共に憲法内に凍結されたというもの。憲法改正権はイコールではない。憲法制定権力とは、過去から未来への抽象的日本国民であり、具体的に誰とは言えない、というのである。このため、誰も主権者国民の名を語れない、とも言われるし、主権は正当性の契機ということになる(これに対し、プーブル主権論では、主権は権力性の契機であり、具体的な生身の人民が権力を奪取するところに力点を置くが、いろいろと日本国憲法解釈として難があるように思える)。では、憲法制定権力の正当性を支えるものは何かと言え、もうそれ以上遡れない、というのが現在の通説的見解と言ってよからう。ビック・バンの前には時空はなかったように、そうなると、憲法制定権力は意欲さえあれば作れることとなり、いわゆる「正しさ」からは生まれのではないか、という方向からの批判は可能であろう。難問である。カール・シュミットが決断主義だと批判されることは解らないではない。

とは言え、立憲的な日本国憲法が現在ある、ということは、憲法制定権力はあるということ

であるし、過去から未来に向けての日本国民はそういうものを作ったであろうし、その目から見れば憲法制定権力は正当だと解釈できよう。循環論法のように申し訳ないが、日本国憲法が現に存在しているということが以上の説明の厳然たる根拠である(大日本帝国憲法時代にはこういう説明はなかった筈である)。

### (2) 最高法規性

**欠缺** あるべきものがない状態のことで、今では法律学、特に民法で集中的に使われる用語である(このため、この字が書ける人は真面目に法律学を勉強したか、クイズ研究会に入っていたか)。「けんけつ」と読むのは不思議でならなかった。欠という字が「けつ」なので、ついつい字の順番が逆ではないかと錯覚するのである。「缺」は欠けるという意味で、ケツと読む。「欠」はその「缺」の俗字でもあるが、もともとはあくび(欠伸)の意味で音はケンという別の字だったが、そこから不足するという意味が生じたのである。「藝」と「芸」、「餘」と「余」のような例を同形衝突と呼ぶが、「缺」と「欠」もこれに該当する。だから、この字の順である。

**進化論** 進化論は進化しており、40年前の高校の「生物」の教科書は全く古くなった(40年前の高校の「物理I」の教科書=力学、波動、電子・放射線部分が今だに基礎学習・復習に使えるので、ドップラー効果という名前だけは何か皆覚えているのと大違いである)。脊椎動物は3つ目に爬虫類が分かれ、最後に鳥類と哺乳類が分かれたと習った気がするが、現在では、爬虫類と哺乳類の祖先が分かれ、爬虫類(恐竜)から鳥類が進化したということが判明してきている。また、人類の元はアフリカ起源の黒人であることはほぼ判明していたが、まず、黄色人種が分かれたのだという話になってきた。そうであれば、「有色人種」という括りは科学的ではない。肌の色よりも平均身長や、アルコール分解酵素の保持率などの方が決定的らしい。

**結論に至る理由付けこそが命** ただ、世の中には本当の理由がよくわからないこともあるら

しい。鎌倉幕府がなぜ滅亡したか、については、徳政令に対する武士の不満、元寇の際の「ご恩」の不足、北条得宗への権力集中への不満、それに北条高時の闘犬趣味までが挙げられた。だが、徳政令は貧乏武士を救った筈だし、自衛戦争に「ご恩」が出ないのはそんなところだろうし、得宗に権力が集中すれば権力は強固になりそうだし、闘犬趣味に熱中したって執権の仕事が執権がしていれば問題はない筈であるから、言い掛かりが多いように思われる。そうになると、決定的な理由はないのではないかと、というのが最近の歴史学の解答らしい。後醍醐天皇の執念深い指令を受けた武士団が緒戦でいくつか偶然にも勝ったので、勢いがついて、思わず幕府が倒れた(強いと言えば、足利尊氏が六波羅探題を落としたので、ライバルの新田義貞が鎌倉を落とすことに必死になった、という、何だかどこかの進学校の優等生2人の関係の様なことであろう)ということではないかということらしい。偶然なら偶然、理由不明なら理由不明と言い切ることも科学的な態度であろう。

**国際私法** 国際私法学というのは、いくら元「秋田の天才少年」宮田陽氏が漫才の最後の方で説明してくれても、世間ではマイナーな学問で、筆者の習った松岡博先生は、学会会場の看板が「国際司法学会」になっていたことがあるとか、改正前の「法例」という法律名がしばしば「法令」と書き間違えられたとかと辟易され(ぼやかれ)ていた。

外国の法令を日本国内で適用することを日本の裁判所が宣告していいかどうかは一考を要する場合が多く、松岡先生(余談だが、当方は、多くの3年生(関西では「3回生」と呼ぶ)に混じって4年次に最前列左方で履修したのだが、しばしば先生に、この話解るよね、という顔を向けられ、頷くのがタスクとなっていた)は公序条項の積極的活用を提唱されていたが、法律学で一般条項を積極的に活用するのは通常は許されず、民法の答案では一般的に失敗答案と評価されることが多い代物であって、国際私法でだけそれが許されるの

かは大問題である(憲法の私人間効力論の問題として処理できるというのが私見である。君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008)所収。本当に余談だが、松岡先生の期末試験は、予め15問を提示し、実際にその中の2問を出題するというやり方であった。3年生は15人でチームを作り、それぞれ模範答案を作成して14部コピーして相互に交換するということをしていた。当方は、ルーズリーフ一枚に15問の解法のキーポイントを纏めただけ。法律学でのこの1年の経験の差は大きい)。国際私法を支える法令(2006年、「法の適用に関する通則法」という法律に名称が変更され、口語化もされた)の条文が少ない(43条)ことがしばしば根拠とされるが、憲法の人権条項に関して憲法13条を積極的に活用してよいことにはなるまい。寧ろ現行法42条を持ち出す場合、上位法である憲法に違反しないように合憲限定解釈するとか、そうでない解釈が適用違憲と解すれば足りるのである。その意味で、国際私法、国際民事訴訟法におけるこの種の問題は、民法の一般条項を介した憲法の私人間効力の問題の亜種であると解すべきである。また、こうすることで、日本の憲法秩序と無関係な外国法の適用をむやみに排することも防止できよう。

**内閣法制局** 論文として検討したこともあるが(『続 司法権・憲法訴訟論—刑事手続と司法審査』(法律文化社、2023)所収)、内閣法制局は法制局として明治初期に始まっている。戦後、GHQに睨まれて廃止されるが、その後内閣法制局として復活している。特定の官庁から職員が派遣され、長官から次官へと代々職人芸が継承されるなど、いろいろと興味深いことが多いのであるが、以前は、内閣・与党のやったことを法律論として説明する役回りのため、この役所、もしくはその職員に対して非難を繰り返すのは専ら野党側という構図になっていた。

しかし、2度の安倍政権は、例えば安保法制を制定するため、これまでの公式説明を変更することを内閣法制局に求めることとなった。結果、これまでの慣例とは異なり、自分と立場の近い外務官僚を内閣法制局長官に任命し、職務

が滞ることとなった。寧ろ、民主党系の野党が内閣法制局の応援団で、自民党旧安倍派などは「改革」の邪魔をする集団だと扱うように変化している。この意味で、日本における民主主義と立憲主義の力学が変化してきており、憲法学は立憲主義（基本的人権の尊重や権力分立、法の支配）の重要性を叫ばねばならない局面にある。

**地球温暖化** アントニオ・グテレス国連事務総長が「地球温暖化の時代は終わり、地球沸騰の時代が到来した」と警告した2023年夏は、日本も本当に暑かった。東京の50年前を思い出すと、最高気温が31度の日はとても暑い日で、我が家でも、小さな庭に水を撒いて、やっと凌いだものである。大阪で長く住んでいると、本当に大阪（京都もそうだろうけれど）は暑！と思ったものである（因みに、1月の1日の最高気温の平均は東京より大阪が低いことが多いようであるが、体感では明らかに東京の方が寒い。これは、湿度と風速がいかに体感に影響を与えるかの好例であろう）。ところが、2023年には30度以上の真夏日の日数で記録更新がなされたほか、35度以上の猛暑日（そもそも、以前はこのような呼び名はなかった）も続いた。むやみに外出をせず、建物内にできるだけ潜んでいた。

2023年は10月も暑かった（杉山清貴&オメガドライブ「ふたりの夏物語」(1985)が「エリなしのシャツ10月が来てても夏は終わらない」と歌っていたのは、当時は、夏バンドの強がりだったのに）。30年ほど前、三揃いの背広を仕立てたのは、10月中旬に開催される日本公法学会に大学院生として出席するためであった。30年ほど前の10月10日頃はそれでちょうどいい程度の気候だった（学会に行くと、判例百選などで名前を知っている先生の顔を名札で確認して喜んでいたものである。学会初心者の心情は動物園に行く子どものような気分であった）。

確か、2023年の夏前にエルニーニョが始まっていた筈で、日本は暖冬冷夏になり易いというのが常識であったのだが、そうしたら、羽鳥さんの番組に立花義裕氏（気象学。昔、筆者と同僚だった時期がある）が出てきて、チベット高気圧

が強まって東に張り出して猛暑になる可能性があるとかないとか言い出し、その予言は的中した。それと海面水温とコリオリの力の関係などから、台風は猛烈に発達し、迷走したものが多かった。もう、日本はラニーニャでもエルニーニョでも猛暑になるのであろう。やれやれ。

立花氏に頼まれたわけではないが、このような異常気象の連続、地震の多発が宿命となっているにも拘らず、高校の「地学」が開講されないことが多くなっているのは困った問題である（ところで、「地学」とは何か、定義は難しい。理科のうち物理でも化学でも生物でもないもの、という地学控除説なる俗説がある）。宇宙大好き・石大好き・天気大好きな理系少年少女のためではなく、日常の問題を解決する基礎教養が欠落していくことに危惧がある。冬の「高気圧はバイカル湖が嫌い」という有名な話が永沢義嗣『天気図の散歩道』〔改訂版〕（クライム気象図書出版部、2008）にあって、面白いのに。

ついでに、NHKの気象情報でやっていた話なので間違いはないと思うが、東京で1年のうち最も晴れ易い日は12月24日なのだそうである。クリスマス寒波というのがあって、寒波が来ると日本海側は大雪で関東平野は晴れて乾燥するというのは本当たらしい。だから、東京でこの日、「雨は夜更け過ぎに雪へと変わるだろう」（山下達郎作詞・作曲・歌「クリスマス・イブ」、1983年）という予報は生じ難い。

**保守的** あの人は保守的・進歩的という言い方があるが、相対的なことでもある（戦前、岸信介らを「革新官僚」と呼んだ如く）。本書も前書きで「中道」を謳っているが、立場によっては保守的とも進歩的とも見えるのであろう。多元主義・自由主義だから甘受せざるを得ない。他方、レッテル貼りが感覚的で、殆ど根拠がないのは迷惑である。

2023年秋、もんたよしのり氏が亡くなって思い出したのだが、1980年に「ダンシング・オールナイト」（もんた&ブラザーズ）が突如大ヒットしたとき、最初に火が付いたのは札幌だっ

た。北海道からヒットし始めた曲は多く、エンタメ業界では「ヒットは北から」という格言もあるらしい。それ以前でも、ピンク・レディーの新曲が北海道ではすぐにチャートの1位になるのに、九州のラジオ局では2ヶ月前にリリースした曲がまだ1位ということもあった。そう考えると、北海道は開拓者精神、進取の気性があり、九州は保守的でもあり、多分、いくつかのデータ(政党支持率の変化など)を突きつけると、言い掛かりを超えた、一定の証明はできよう。そうやって社会科学(特に、最近の社会学、かなあ)は造られる。

さて、スカ電色のストライプのネクタイでも締めて、理屈から言って改革が筋だと言いたがるのが進歩派(革新)で、ブラウンの背広か何かを着て、経験を重視して変えざるを得ないことだけを変えるだけに留めよと言いたがるのが保守派のメンタリティである。そして、市民革命を推進しようという進歩派が登場しないと、カウンターパートとしての保守主義(と言うよりは保守的な感情と言うべきか)は存在せず、対となったこの概念は近代の産物とも言える。

因みに、保守的な立場を「右翼」、革新的な立場を「左翼」というのは、フランス革命後の国民議会で、議場の、議長から見て左側を、国王の権限を剥奪し一院制を希求する革新勢力が占めたことに由来する。急進(ジャコバン)派は議場の最も上の方に陣取り、「山岳派」と呼ばれた(中道派は議場中央の低い場所に議席があり、「平原派」「沼沢派」と呼ばれた)。

### 3 近現代立憲主義

**地球大世界史でもなければ「客観的」近現代史でもない** 本書の「はじめに」において、「歴史や特定の国の事情、特定の思想・哲学をもって結論を出そうという“人文主義”的傾向」などと述べてはいるが、その後、「第1部に歴史記述が多いことは、批判してきた“人文主義”の実践のためではなく、解釈を充実させるには『作られた伝統』を排除した史実の確認が必要だからである」と述べたように、筆者は、(偏

らない)歴史の学習は憲法学にとって重要であると考え、(マルクス主義や大日本帝国憲法中心・皇国などの)ある史観によってのみ歴史を叙述し、それを絶対として、たぶん近現代立憲主義的であろう筈の日本国憲法を席卷して解釈しようというのを忌み嫌うものである。

その意味で、以前、『高校から大学への法学』(法律文化社、2009)の前書きでも述べたことではあるが、地歴・公民の未履修問題は単なるルール違反を超えて憂慮すべき問題である。高校の地歴・公民、理科の基礎部分程度が一応学習されていない、法律学が理解できるのか、というのが筆者の信念である(この本の基本単語に理科で学習した「コリオリの力」なども出てくる)。入試科目が「日本史」だったからヨーロッパ史は全く知りません、は通じない(法科大学院「比較憲法」でこのことに驚愕している学生がいたが、そりゃあ、高校でも勉強していたし、その後も勉強しているよ、である)。少なくとも、近現代史は必要である。

そう思うと、高校の地歴科目に「歴史総合」が必修科目として立ったことは(文科省の施策としては珍しく)朗報であった。歴史の先生は大学の文学部国史学科や西洋史学科の出身であることが多く、学生時代の研究テーマを聞くと考古学やルネサンス文化だったりすることが多く、イギリスの選挙権拡大とかブラック・マンデーではなさそうである。このため、古代や中世にどうしても力が入ってしまい、近代はやらずに済ませることができたのである(筆者が高校で習った「世界史」の先生がローマに時間を割き、「ローマの問題は何度も繰り返して出てくるから」と言われたのは見識であるが、それでも入試科目「世界史」非選択者にはフランス革命まで到達しないことになってしまう)。しかし、現代を生きる我々にとって、最も密接に関係しているのは近代と現代の歴史である。現代は公民科「公共」(旧「現代社会」)の守備範囲と決めることができて、植民地主義や近代市民革命に始まり2つの世界大戦に至るまでの近代史は歴史科目として教授して頂くのが適切であろう。そして、新科目により、つ

い、分けて考えがちであった日本史と世界史が融合し、世界史の中の日本史を考えるようになり、見逃されていた問題が高校段階から発掘されようとしていることは結構なことである(実際、そのような意識の強い教科書のシェアが拡大しているそうである)。最後は、大学入試(つまりは、大学教員の策問側の認識)であり、「日本史」・「世界史」といっても、近代以降のそれと関係する世界史や日本史の事象は相互に出題範囲とすることを(たぶん、募集要項にはそれぞれの科目は「歴史総合」を含む旨の記載などがある筈だから、それをそのまま)実践して欲しいものである(この問題に関しては、君塚正臣「戦後法政史のすすめ—その講義機会の必要性」横浜法学32巻3号77頁(2024)参照)。

### (1) 近代以前

**古典的立憲主義** ローマ共和政は、政治的ベテラン(基本的には政務官経験者)からなる元老院、市民全体からなる民会(政務官を選出)、執政官や護民官などの政務官によって成り立っていた。

執政官は任期1年で2名が選ばれた。任期が短く、しかも2人で牽制し合うことから独裁体制は敷きにくい工夫がされていた。そして、緊急時には1名の独裁官(dictator)が選ばれたが、任期は6カ月に限定され、事態を収集したら退任した。ここでも、恒久的な独裁制を避ける工夫があった。だが、BC44年2月にガイウス・ユリウス・カエサルが終身独裁官となったことで事態は一変してしまう(翌月に暗殺される)。このラテン語は、ご想像の通り、ヒトラーやスターリンを指す独裁者(dictator)の語源である。

**十字軍の失敗** 中世において、聖地エルサレムを奪還しよう(イスラム教の攻勢に反撃しよう=イスラムから見れば侵略者)とキリスト教徒が組織した組織による一連の運動を十字軍(crusade)という。1095年に、イスラム教徒の攻勢に悩まされていたビザンチン帝国(東ローマ帝国)皇帝の要請を受けて、ローマ教皇ウルバヌス2世が布告し、キリスト教徒に呼びかけたことによって始まったものが第1回である。第1回は

エルサレム奪還に成功し、エスサレム王国を設立した(同時期にユダヤ人迫害が深刻化することも忘れてはなるまい)が、無論、イスラム教徒も黙っているわけもなく、1291年に滅亡した。第2回と第3回は失敗。第4回は本来の目的とは異なるコンスタンティノープル占領という結果を産む。十字軍の参加者の一つがヴェネツィア商人であり、その貿易独占欲の産物である。直後には、民衆の熱意からいわゆる「少年十字軍」も派遣されるが、商人の陰謀によりアレキサンドリアで奴隷として売られるという悲劇も生じた。5回目(1228年)はエルサレムを回復するも、6回目と7回目(1270年)はフランス国王ルイ9世が主唱するも、自身が捕虜になるなど失敗に終わる(な—お前、まだそんなことばかりやっとなのでっか!?)。商人と結び付いて腐敗した。

結果として、ローマ教皇の面目は丸潰れになり、神聖ローマ皇帝も弱体化し、戦闘に参加することが多かった諸侯も弱体化し、国王権力が相対的に強くなるきっかけとなったと言えよう。一連の動きの延長として、1492年にイスラム教をイベリア半島から排除したこと(そして、1453年の東ローマ帝国の滅亡)で、ほぼ同一宗教の世界で成り立つヨーロッパ世界の東西の境が確定し、近代法の礎ができた。また、東方貿易の隆盛から、北イタリア都市の勃興(腐敗しようと商人は儲けた)、イスラム文化に触れてのルネサンス運動を経て、大航海時代(アジア・アフリカなどの植民地化)、産業革命などに向かうきっかけともなったと言えるのかもしれない。

### (3) 現代

**産業革命** 産業革命を「革命」というのは違和感がないではない。フランス革命もロシア革命も数年の劇的な出来事で、政体が一変した(フランス革命を「典型革命」と書く憲法学者もいる)ものであるのに、それが長年かかった経済や技術に関する事象だからである(清教徒革命<sup>ピューリタン</sup>と名誉革命を合わせて「イギリス革命」という言い方が近年なされつつあるが、その間は47年と長期である)。

18世紀半ばから19世紀にかけてのほぼイギ

リス国内の出来事で、1733年のジョン・ケイの飛び杼 (flying shuttle) の発明あたりに始まり、1765年のジェームズ・ワットの蒸気機関の改良、1807年のロバート・フルトンの汽船 (外輪船) の開発、ジョージ・スティーブンスンの蒸気機関車の改良などが挙げられ、それを受けての1850年代の「交通革命」も何となく含んでいる印象がある。

その後、諸外国へも波及し、明治維新直後に日本でも明治政府主導（「上からの」文明開花）で鉄道が開通した（「陸蒸気」と呼ばれたのは、蒸気機関は船が先だったことをよく反映している）ことはご存知の通り（それにしても、「中性洗剤の革命」というCMは何だったのだろうか……）。

**貧富の差** 近代の資本主義の発達は、持つ者と持たざる者を大きく分けたと言われる。持たざる者は自らの労働力しか売るものではなく、工場などで欲される労働は単純労働に近かったので代替要員はいくらでもいるので、賃金は買い叩かれ、同時に長時間労働も強制されることとなり、要するに、市場原理に任せておくと一般大衆は搾取されるという図式である。

こういったことを避けるのが、現代福祉国家 (社会国家) だった筈である。国家が市場に介入して貧富の差を解消しようとするのである。ジニ係数も小さくなることでそのことは検証できる筈であった。そうしないと、一般大衆は社会主義を目指してしまい、資本家には広場で吊し上げられる恐怖があった。しかし、ソ連邦は崩壊し、中国は資本主義の中で巨大な下請となった。冷戦時代と異なり、経済的相互依存はかなりのものである。社会主義は失敗に終わったというのが、一部のマルクス経済学者や民科系法学者など以外では共通認識となったと言えよう。このため、旧西側諸国の支配的階層は安心したように、ナマの資本の論理を突きつけるようになった。要するに、貧富の差は仕方ないというのである。アベノミクスは、シャンパン・タワーに上から酒を注げば下のグラスにもそれが溜まっていくように、上からカネがまわりだ

せば、そのうち下まで回る、という理屈であった。だが、本当に十分なシャンパン (カネ) はあったのだろうか。安倍氏の死去で、これを検証する気運も薄れた (2024年2月、日経平均株価は史上最高となったが、スタグフレーションは続く)。だが、それは結果的に失敗したものではなく、そもそも現代国家の経済政策ではなかったのではないか。新自由主義の行方は近代の失敗の二の舞である。単なるばら撒きの福祉国家が不適切なのは確かだが、近代の反省の上の現代化を平然と黙殺することも妥当ではない。

**ヒトラー** なぜドイツ人は画家崩れのヒトラーに付いて行ったか、ということは大きな問題である。演説会場に、親衛隊をクロスに効率よく配置していたとか、様々な宣伝、煽動の工夫があり、ラジオ演説も夕方の判断力が鈍っている時間帯になされたことなど、心理学・社会学の悪用も多い。『孤独な群衆』(デイヴィッド・リースマン、1950年)ではないが、情報統制の中で、大衆は簡単に騙される、民主主義は脆いという教訓もある。

ナチス政権が選挙での相対多数を根拠にしている点で、クーデターによる軍事政権のようなものよりも問題は深刻である。フォルクスワーゲンとアウトバーンにより、中産階級に対して豊かな生活をプレゼントしたことで、彼らが付いて行ったという点は見逃ごせない。金融を握っていたユダヤ人を迫害したことには、彼らの財産を剥奪して、中産階級にばら撒くという意味もあった。多くのドイツ人は問題を見ようとせず、豊かな生活と、ベルサイユ体制の鬱憤を晴らす民族精神に酔いしれた。

ファシズム側は第二次世界大戦中、中立を守ったスペインのフランコ政権も含めて、イギリスとソ連以外の大半を支配した。やはり、ヨーロッパの小国にとって、ロシア (ソ連) 兵とドイツ兵は怖い (そして、アジアでは日本兵も)。諸国の抵抗は苦難を伴った (君塚正臣「デンマーク自由博物館—ファシズムへの抵抗の記憶」東海大文明79号口絵 (1998) なども参照)。

答案には、あなたの思想そのものは求められていない。このことで思い出したのだが、フェミニズム法学という分野があり、ちょっと前だとキャサリン・マッキノンがスターだった。近代法は男性中心主義に出来上がっており、根本的な見直しが必要であると主張、例えば、ポルノは性的搾取であるなどと主張していた。

そうなのかもしれない。しかし、表現の自由の保障は自由民主主義社会のほぼ共通する基本的な価値であり、自由な性表現・芸術を無闇な理屈を立てて規制する国家権力とは戦うべし、というのが、そこでの筋道である。これを大きく疑い出すと、90分や120分では纏まるまい。「法哲学」の期末試験などで大きな議論を展開するのはよいが、実定法学の答案で全く開かれた問題意識で終わり、解決は難しいで終わるのはどうか。出題者が何を求めているかを探るのが入試の現代国語の基本対応だという話を聞いたことがあると思うが、大学以降でも、その点はそうであり、それは思想検閲とは別の話である。マルクス主義や明治憲法史観・軍国主義は勿論、特定宗教や思想・信念に基づいていて、それはそれで思想信条の自由で尊重するが、日本国憲法全体とそぐわない解釈は（少なくとも答案レベルでは）無理と解して頂きたい（各自の宗教宗派に基づく解釈を認めていくと、一つの国策が決まらないことになり、その段階で多数決に従うとすれば、もはや政教分離原則違反の決定方法である。これは避けねばならない。信教の自由と政教分離原則は合成の誤謬の関係にあるのであろう）。この意味で、ラディカル・フェミニズムもそうである。

試験というゲームに合わせる必要がある、ゲームのルールを味方に付けた者が勝利し易いということは、最近感じた。カラオケの採点は細かく、人間の耳で聞いて上手かよりも、仮に歌詞を全部間違えても音程・強弱がきちり、発声の長さも正確であれば高得点が得られる。林修氏の言の、書きたい本と売れる本は違う、ではないが、好きな歌と点の出る歌も違う。その時、当方は何もかも捨ててド演歌で勝負し、

93点を<sup>も</sup>握ぎ取った。しかし、何のためだったのか、よく解らない。

**ソ連解体** ソ連解体で誕生した中央アジア5カ国は反時計回りに「加藤タキ」と覚えられる（カザフスタン、トルクメニスタン、ウズベキスタン、タジキスタン、キルギス。©TBS「ブロードキャストスター」）。これを母「加藤シヅエ」で覚えてしまうと、永遠に後半が出てこない。

**開発独裁** アジアでもアフリカでも、独立したのはよいが、その英雄とそのまた後継者が独裁体制を敷くことが多かった。近代立憲主義的なものはこれら多くの国の憲法にも反映していた筈であるが、なかなか実践されなかった。それよりもまず国家主導の経済発展が大事であり、多少の汚職や人権蹂躪は大目に見る、ということとなった（そう言えば、日本の明治政府もその類であろう）。こういった政治体制を以前は「権威主義」と呼んでいた気がするが、現在では開発独裁と呼ぶことが多くなった。

こういったものは、経済発展が十分となれば、まさに自由で民主的な政治体制に移行するのが筋書きであろうが、問題は、独裁体制で一度権力を握った者はなかなか手放さないとところにある。要するに、民主化革命（もしくはクーデター）が必要となり、流血の惨事がついて回るのである。

筆者の記憶を辿ると、韓国・朴正熙政権の崩壊は、1979年の秋、朝のNHKニュースがソウルの不穏な動きを報じて始まった。それまで、体制に反対する金大中、金芝河らを拘束し、主要大学（ソウル、高麗、延世の3大学は特に難関で、SKY = お空高くなかなか届かない と呼ばれているらしい）の学生を次々と逮捕するなど、わかり易い独裁体制を築いていた。韓国中央情報部（KCIA）長に大統領がいきなり殺されたのである（崔圭夏が昇格。実権は全斗煥に奪われる）。フィリピン・マルコス政権の崩壊は1986年2月。ニュース・ステーションが克明に「中継」していた印象がある（これをきっかけに同番組の視聴率が浮揚する）。公邸に残されたイメルダ夫人の多

くの靴が権力の私物化の象徴のように見えた(その次の大統領はコラソン・アキノ。長男が2010年から大統領。しかし、2022年にマルコスの長男が大統領となり、同一族の復権と言われた。あるいは南北朝時代なのか)。インドネシアでスハルト政権が崩壊したのは1998年5月、後を継いだハビビも翌年の大統領選挙でメガワティに破れ去る。やはり、世界中に中継された劇場型政変であった。

南米も長く軍事政権が続いており、ブラジルが1964年のクーデター以来の軍事政権から民政に移管したのは1985年である(大統領選ではネヴェスが勝利するも就任前に死去、副大統領候補だったサルネイが大統領に)。アルゼンチンは1982年のフォークランド紛争に敗れて民政移管となるのだが、それ以前は軍人ファン・ペロンがたびたび政権に就いていた(最初の妻となったエバ・ペロンは国内では「エビータ」と呼ばれ人気があったが33歳で死去)。クーデターでスペインに亡命していたが、1973年に大統領に復帰するものの、翌年病死。副大統領となっていた踊り子出身の妻イサベル・ペロンが大統領(女性では世界初)に昇格するが、1976年のクーデターで逮捕される。その頃、NHKニュースは「海外ニュース」を別途やっていたが、彼女を乗せたヘリコプターが逃げていく様子は小学生だった筆者の記憶にある(因みに彼女は2024年2月現在存命である)。要するに、現在、中進国となっている国々も、冷戦期の政治体制はこのようなものだったのである。

**女性参政権** 女性参政権獲得の歴史、ニュージーランドが最初だとか北欧が一般的に早いとかが高校の教科書に載り、入試でも平気で出題されるようになったのは最近のことである。昔は「婦人参政権」と呼んだが、バイアスのかかった表現なので、用語が変更された。なお、市川房枝などに代表される「婦人参政権運動」は歴史的用語なので、そのまま。

**実質的法治主義** 「法治主義」が法律さえあればいい、それに従って行政が動いていれば御の字だというドイツの意味だと説明すると、ド

イツ法の先生は嫌がる。それが大陸法で普通だったのは戦前までで、戦後は流石に現代憲法のコントロールの下に国内諸法令はあるので、法治主義概念は、ドイツ基本法の中身に鑑みても、法の中身の適正さも含むようになった。但し、司法手続を真っ先に念頭に置く英米法との違いはなおも残っていると言うべきである。

## 第2章 各国憲法史

### 1 近世・近代

#### (1) イギリス

**ウォルポール内閣** 近代的な意味でのイギリスの首相はウォルポールに始まる。そもそもイギリスの首相(Prime Minister)とは第一大蔵卿のことで、それが臣下筆頭の役職になったものである(やはり財布を握ってる奴が偉いんだな)。

昔、入試で「政治・経済」を選択すると、戦後のイギリスの首相ぐらいは記憶しておく必要があったのだが、最近はそうでもないのはイギリスの国力の相対的低下のせいなのであろうか。保守党と労働党の違い、延いてはサッチャー(新自由主義で、チャーチルの保守主義とはだいぶ違うけれど)とブレア(ニュー・レフトで、以前の主要産業の国営を当然としていたアトリー政権などとは異なる)の違いぐらいがわかれば十分か。

#### (3) フランス

**テルミドールの反動** 進歩派の人が保守派の巻き返しを(例えば、フェミニズム運動家が家族主義的保守派のバックラッシュを)こう例えることがある。因みに、テルミドールとは革命暦第11月(熱月。太陽暦の7月19日から8月18日)のことである。実際の日付は太陽暦1774年7月29日。

**ナポレオン** 「我が辞書に不可能という文字はない」「我が家には辞書がない」ではない)で有名な皇帝だが(マジシャンではない)、法律学の世界ではナポレオン法典を制定した人である。

近代的な民法や刑法がこの時期に編まれた意義は大きい。そのローマ以来のパンデクテン・システムは各国に影響を与えた。しかし、フランスの19世紀は、本書にも示したように、政

治体制が安定せず(第3共和制となっても、当初、帝政復帰を願う人々が一定の勢力を占めていたし、そもそも「第3共和制憲法」は不典憲法であった)、たびたび憲法が一から書かれることとなる。このため、フランスでは、民法は永遠だが憲法はそうではないとして、安定的な信頼は民法の方であったと言っても過言ではない。このため、日本のフランス法研究者が私人間効力を語ると、民法の独立王国ぶりを映してか、どうも無効力説寄りになる気がしてならない(繰り返すが、現行日本国憲法の解釈論としては、それが最高法規である以上、純粋な無効力説は誤りと断じておく)。

**ナポレオン3世** 「歴史は繰り返す」の後、「1度目は悲劇として、2度目は茶番として」と続く。カール・マルクスが、ナポレオンとナポレオン3世を語った言葉。

## (5) 小括

**オーストリア=ハンガリー帝国** 2011年1月に中欧・東欧旅行をし、最後にウィーンの宮殿跡を訪ねたが、その時点ではオーストリア=ハンガリー帝国の最後の皇太子は存命であった。この国の崩壊(第一次世界大戦)は近い昔の出来事である。

## 2 現代

**喝采** この言葉が本書でゴシック体になっていたのを見て、身近な某人物が誤植か?と聞いてきたのであるが、立派なテクニカル・タームである。直接民主主義の弊害を示すのに避けられない事象である。なお、ちあきなおみ歌唱の同名の名曲(1972年)を思い出すのは一定の年齢以上の人である。直接民主主義万歳と独裁的指導者に酔っていると、この国の未来への手紙には黒い縁取りがありました。になりかねない。

**保守政権は、連邦最高裁に保守的判事を次々と送り込み** アメリカでは、最高裁の裁判官は、大統領が指名し、上院の同意を経ることで任命される。このため、大雑把に言って、民主党が大統領も出し上院も制しているときにはリベラル派の法律家が、共和党がそうならば保守派のそれが任命され易く、両者一方のみを制してい

るときには妥協的に中道に寄る傾向がある。

12年続いた民主党フランクリン D. ルーズベルト政権(黒人が、リンカーンの共和党ではなく民主党に投票するようになり、リベラル連合が生じた)の下では、相当にリベラル派の裁判官が送り込まれた。その後、1953年に、共和党のアイゼンハワー大統領は、党内で大統領候補の座を争ったアール・ウォーレン元カリフォルニア州知事を最高裁長官に任命するのであるが、保守派の思惑とは逆に、ウォーレンの下では、表現の自由を保護し、人種差別に鋭いメスを入れる有名な判決を次々と下した。その後、ケネディ、ジョンソンと民主党の大統領が続くと、最高裁はリベラル派の牙城となっていったのである(この時期にアメリカに留学したのが芦部信喜、時國康夫であり、その判例を進歩的で輝けるものとして日本に紹介することとなった)。

ところが、その後、まず、大統領は共和党が占めることが多くなった。民主党のカーターは最高裁裁判官を指名する機会を得られなかった。そして、1980年に大統領選挙で共和党のレーガンが勝利する(古いタイプの南部民主党の牙城であった保守的な南部が共和党の岩盤に転化し、中西部にかけてレッド・ステイトの東が出来上がった)と、保守的な法律家が最高裁入りすることが次第に多くなり、クリントン大統領に指名された故ギンズバーグ裁判官のようなりベラル派は少数派となったのである(日本の憲法学も、アメリカの最高裁判例に輝きを覚えなくなり、寧ろ、日本でも応用可能な現実的な判例のような捉え方が多くなった気がする)。ウォーレン以降の長官(バーガー、レンクィスト、ロバーツ)は、時の悪戯か、全員、共和党の大統領の指名(それぞれ、ニクソン、レーガン、ブッシュ(息子))である。現職のロバーツは1955年生であり、しばらくはその職に居続けるであろう(ただ、保守派というよりバランスーとして機能しているという評価が多い)。

**鄧小平** 鄧小平は何度も失脚を繰り返しながら、国家主席や中国共産党主席になることなく、最高指導者にまで上り詰めた。1976年1月に

周恩来首相が死去すると、江青など四人組(この当時、宿題を忘れた生徒が男3人女1人いるとすぐに「四人組」と呼ばれるなど、日本でも有名な中国共産党用語であった)らが天安門広場でなされていたその追悼デモを弾圧し、デモの首謀者と名指しされた鄧はまたしても失脚した。この事件を以前は「天安門事件」と呼んでいたが、1989年の事件があまりにも有名となり(その弾圧を指揮したのが鄧小平というのが歴史の皮肉である)、1976年の事件は「第1次天安門事件」と呼ばれることが多くなった。

国家主席などにはなっていないが、鄧は党中央軍事委員会主席・国家中央軍事委員会主席などは長く務めている。中国の権力構造を見るに当たって、このポストがいかに重要かを物語っている。

### 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

**不平等条約改正** 高校の日本史でもそれ以上でも以下でもない話のような気がするが、文科省なのか歴史家の学界なのかは知らないが、小学校6年の社会科から教えられる話である。まあ、日本が「一等国」になった徴標であり、明治の人は偉かったという話にしたいのであろう。いや、改正されて有難いが。

整理すると以下の通り。1858年の5カ国との修好通商条約によって規定されていた領事裁判権については、陸奥宗光外相と青木周蔵元外相の尽力で次々と撤廃され、最終的には1899年に全廃が発効した。また、やはり同条約によって欠如していた関税自主権については、小村寿太郎外相の下、1911年の日米通商航海条約によって完全回復した。それよりも、陸奥が紀州藩出身で政治犯だったのに外相になったとか(そういえば、五稜郭に立て籠った榎本武揚も外相になっているし)、『蹇蹇録』の字が難しいとか(もっとフレンドリーな題名にしたらもっと売れたんじゃないのか、とか)、小村がポーツマス条約のときに

最後までフランス語が堪能であることを隠し通したとかというキレ者の人間臭い話の方が興味深い、それは余談。

(正編の「大日本帝国憲法」の補足) 大日本帝国憲法は全大臣が天皇を輔弼する形で、内閣総理大臣も「同輩者中の首席」であったに過ぎない、つまりは小宰相主義だった。井上毅が原理論を振り回したからである。原理主義もいい加減にしないと、社会党左派ではないが、本体を減らすことになる。

##### (2) 大日本帝国憲法の内容

**天皇は政治的決断を行うべきか否か** 天皇機関説・立憲的理解に立つとすれば、実際に政治を決めるのは天皇ではなく、内閣や議会だということになる。逆に、天皇主権説・神勅的理解に立っても、「神」である天皇が下水道管の設置ルートを決めるなどは畏れ多いことなので、実際には臣下の者が決めることになる。結局、天皇は決断しない、というのが大日本帝国憲法下の運用になりそうである。これを外した、共和演説を巡る明治天皇の対応や、張作霖爆殺事件に対して田中義一を叱責した昭和天皇の対応は波風を立てることとなった(究極のそれが、終戦時における昭和天皇の「御聖断」である)。

天皇機関説は戦前における、高等文官試験で書くことが推奨される公定学説(奥深い真理という意味で「密教」と呼ばれた)であった。ところが、本書で示したように、教育勅語が示され、「御真影」が各学校に安置されるようになるなど、神勅的天皇理解(通俗的で解り易いという意味で「顕教」と呼ばれた)が庶民では一般的になっていく。

(続編の「日本内閣年表」の補足) 表は日本の内閣総理大臣及び、内閣制度成立前の権力者を並べたものだが、総じて解ることは、戦前の首相等が畳の上で死んでいない人が多いということである。

暗殺されたのは大久保利通、伊藤博文、原敬で、襲われた傷が元で濱口雄幸も逝去している。内乱に巻き込まれたのが西郷隆盛、高橋是清、齋藤實で、岡田啓介は襲われたが難を逃れた(最

期は平穩)、東京裁判の結果、廣田弘毅と東條英機は刑死、小磯国昭は獄死、平沼騏一郎はほぼ獄死、近衛文麿は収監前に前に自殺している。近衛の54歳は最も若い享年でもある(内閣制度以前の指導者も含めれば大久保の47歳)。加藤友三郎と加藤高明は現職のまま、木戸孝允もほぼ同様な状況で病死。それ以外でも、桂太郎は第1次護憲運動で総辞職した年に病死、寺内正毅は米騒動で総辞職した翌年に病死、田中義一は張作霖爆殺事件の処理について昭和天皇の叱責を受けて総辞職した数カ月後に突然死した。病死の最も若い享年は黒田清隆の59歳。老衰で平穩に亡くなったのは清浦奎吾の92歳ぐらいで、長生きしての病死は大隈重信(但し、暗殺未遂で片足を失っている)、西園寺公望、山本権兵衛ぐらいというあたりに、戦前の指導者が、よくも悪くも命懸けの仕事だったかがよく解る。

戦後、100歳を超えた首相経験者が2名(東久邇宮稔彦王、中曾根康弘)あり、村山富市がこれに迫り(2024年3月3日で100歳)、長命で平穩な最期を迎えることが多くなったことは、日本が平和になった証拠でもある。在任中もしくは退任直後に逝去した人が3名(池田勇人、大平正芳、小淵恵三)あったとは言え、暗殺の類は皆無だったが、ご存知のように2022年の安倍晋三が初の例となり、それが崩れたことは痛恨であった。

**軍令** 1907年、軍令第1号(軍令ニ關スル件)は、軍の編制、司令部の官制に関して軍令というものが出せるということ宣言するものである。しばしば日本法制史の山中永之佑先生が授業中に言われていたことなのであるが、上位法令がその根拠となっておらず、この点について憲法にも明文の定めもなく、国法学的に極めて興味深い。

### (3) 大日本帝国憲法の制定

**護憲三派内閣** 憲政会・立憲政友会・革新倶楽部の3党による第1次加藤高明内閣の通称。男子普通選挙制度の導入が大きな成果だが、併せて治安維持法の制定もなされた。さらに、多くの選挙運動規制を導入したのだが、いかにも

大衆が選挙に大量に入ってくることを警戒したものである。後者は現在まで続いており、戸別訪問規制合憲判決(最判昭56・6・15刑集35巻4号205頁、最判昭56・7・21刑集35巻5号568頁など)に代表されるように、先進国及び韓国で全廃された類の規制を日本は続けているのである。

中選挙区制も、戦後、1994年まで延々と続いた。3つの党は利害関係が異なり、当然のように大政党は小選挙区制を、小政党は大選挙区制を望むので、妥協の産物が日本独特のいわゆる中選挙区制なのである(政治学的には大選挙区制の一種だが、その下での定数は10名以上が普通であるところ、3人や5人では「大」選挙区制と呼ぶのも鳥辭がましいので、一般にそう呼ばれた)。この選挙制度の下では3つから6つの政党が連立を組み替えながら政権を担っていくのが予定調和だった筈だが、実際には戦前は二大政党制、戦後は自民党一党優位体制を築くこととなり、自民党が派閥連合体である要因(選挙で勝ち抜くには党内にライバルがいるので、領袖の下に結束することとなる)となった。制度としての合理性は低いが、大選挙区制(比例代表制)にも小選挙区制にも欠点がある中、相対的にマシであるとか日本人のメンタリティに合っているとと言われることもある。

**張作霖爆殺事件** その後、奉天軍閥を掌握した息子の張学良は、1934年、国共合作のために蒋介石を軟禁した(西安事件)。その後、張学良は逆に中華民国政府に逮捕され、懲役10年の後も軟禁される。国共内戦の際には台湾に移送され、1981年頃まで軟禁。1991年に解放されハワイに移住し、2001年に100歳で死去。西安事件については何も語らなかった。

**東條英機** 軍部独裁の象徴のように言われ、ヒトラーやムッソリーニと並んで扱われることが多いが、他のファシスト2人とは異なり、東條に自ら考え抜いた独自の思想があったわけではなく、官僚機構の中の権力闘争を勝ち抜いて、邪魔者(石原莞爾など)を退役させてその地位に就いた人と言うべきであろう。また、東條が独裁体制を敷くには、首相のほか、軍需大臣や外

務大臣、内務大臣(以上、断続的)に陸軍大臣、果ては参謀総長も兼務する必要があった。ヒトラーが「総統」(強いて言えば、大統領兼首相の名称)でしかないのと大きく異なる。この辺りに、(多分に明治天皇と伊藤博文を守護神としたが、両者がいなくなると元老に託しても統制が難しくなった)責任分散の明治憲法構造が祟った。なお、その次男輝夫は東京大学で航空工学を学び、名機YS11の設計にも関与、三菱自動車社長などを経て、2012年に穏やかに長い生涯を閉じている。

## 2 日本国憲法時代

### (1) 日本国憲法の制定

**翌年4月の総選挙** 1946年のことである。女性参政権と共に、本書記載の通り、制限連記式ではあるが、都道府県単位の大選挙区制だったことはミソである。日本国憲法制定議会の構成員の選び方が、なるべく民意を集約される形であったことは意味がある。

憲法改正の発議が両議員の3分の2の賛成(特別多数決)であって過半数でないのは、憲法が国会議員の選挙を大選挙区制にすべきだと明文で定めておらず、憲法改正を発議する際だけそうすることも規定されていないことからすると、単に議員の過半数とするだけでは民意の過半数であることを推測するに足りない(一般に、小選挙区制では、半数に満たない一定数の民意を集めただけでも過半数の議席を制せる)ところから、単純に、最高法規の改正は慎重であるべきだからということを超える意義を感じるのである(内閣総理大臣の指名に衆議院の優位が最大級にあり、法律の制定にそれが最小限となっていることにも、統治機構論の奥深さを感じざるを得ない)。実際、単に議会の過半数だけで憲法改正ができるという軟性憲法は、(憲法制定権力より議会が上に立つという矛盾を抱えることもあって)滅多にない。

### (2) 日本国憲法の内容

**国際協調主義** 先の大戦を「大東亜戦争」と書く人は右翼で、「十五年戦争」と書く人は左派という傾向があるが、ここでも、9条論を「平和主義」と書かずに「戦争の放棄」と書く人は

進歩派で、「国際協調主義」と書いたり、「日本の安全保障」云々という表題を出したりするような人は保守的だと言える。

### (3) 日本国憲法の運用

**朝鮮戦争** 以前は、これを仕掛けたのは南北何れかという論争があったが、現在では北朝鮮から、というのが定説のようである。国連安保理が国連軍派遣の議決ができたのは、常任理事国のソ連がそのとき会議をボイコットしていたからである。出来立ての中華人民共和国は、直接的な介入はしないとのポーズから「義勇兵」を送り込んだ。

膠着状態を脱するため、マッカーサーは原子爆弾を使おうとし、トルーマンから解任される。このため、日本占領末期は総司令官がリッジウェイ中将となる。例の「老兵は死なず、ただ消え去るのみ」演説となる(若き2人目の妻はネバー・ダイであったが、2000年に101歳で死去)。

マッカーサーは大統領を目指したが、既に老いて、過去の人に見えてしまい、1952年の選挙で勝ったのは、「アイ・ライク・アイク」を標語に共和党から出馬したアイゼンハワー元帥である。民主主義は真面目でいかにもなエリートには酷なのか。

なお、マッカーサーが来日した(「こないだマッカーサーは厚木に来たと思ったらもう2024年で」(©柳家権太楼)という授業冒頭のネタは繰り返せない)ので、「浦賀にベリーが来た」「鹿児島にザビエルが来た」「奈良に鑑真が来た」とエスカレートしがちである)厚木飛行場(厚木基地訴訟で知られる)は厚木市にない。綾瀬市と大和市に跨っている。厚木駅は海老名市にある。綾瀬駅は東京都足立区にある(青梅と青海程度に間違える人がときどきいる)。神奈川も恐ろしい。

**社会党の主流(左派)が教条主義** 日本社会党は、顔の右派・組織の左派とも呼ばれ、有名な政治家は右派が多かったが、社会主義協会派などを中心に左派が数的には優位だった。両者はだいぶ体質が違う(「二本社会党」とも揶揄された)。このため、教条主義的になりがちで、そ

の象徴が、1964年から1986年まで同党の綱領的文書であった「日本における社会主義への道」である。逆に、江田三郎が掲げた構造改革路線、いわゆる江田ビジョン（アメリカの平均した生活水準の高さ、ソ連の徹底した生活保障、イギリスの議会制民主主義、日本国憲法の平和主義を目指すべき未来像として提唱した、社公民路線）を葬り去った。1977年に江田は社会党を離党して社会市民連合を結成するが、直後に急死。息子である五月（後、参議院議長・法相）にバトンが繋がれた（社会民主連合に改称）。要するに、そんなであった。ヨーロッパの社会党や社会民主党、労働党（大衆政党・無産政党でスタートした政党群）はもう少し社会民主主義的だと思われる。日本社会党は転換が遅過ぎたとも思えるが、立場による。保守政党にとってよい社会党は共産党から見れば悪い社会党で、その逆は逆である。

**ネオ55年体制** 東西冷戦の終焉（体制選択が政治から消えた）、高度経済成長の余韻も終わって（バブル経済の崩壊）、いろいろなことを改革せねばならない気運が高まると、「55年体制」は終わった。細川政権などを経た、橋本龍太郎政権後半からの体制を何と呼ぶかはまだ確定していない。ただ、近年これを「ネオ55年体制」と呼ぶことが多くなった。「ネオ」というからには、元の「55年体制」との共通項を抱えながら、何か新しいということであろう。

共通するのは、自民党一党優位体制が続いていること、与野党がイデオロギッシュなことである（境家史郎『戦後日本政治史—占領期から「ネオ55年体制」まで』283頁以下（中央公論新社、2023））。では、何が変わったかという点、衆議院の選挙制度が変わり、自民党では派閥の意向がやや薄くなり、その主要派閥が宏池会（大平派など）や田中派から清和会（安倍派など、「三角大福」時代は福田派）に変わり、端的に言えば右傾化し、党首には「選挙の顔」としての役割が増し、党内寡頭支配が進み、（主として公明党との）連立政権になり、野党が社会党から新進党や民主党、立憲民主党という、二分すれば保守派に属する

議員も抱える政党になってきたこと、そして、1度ではあるが、ドラスティックな政権交代があったことなどである。また、従来は、1人の大臣が落下傘で省庁に降りるだけの官僚主導と言われてきたが、行政改革により、複数の副大臣や政務官も引き連れての政治主導が強まったと言え、民主主義の成熟度がより一層問われることとなった。他方、従来にも増して、小選挙区の議席を守るため、世襲議員が増える傾向にあることは指摘せねばなるまい。保守合同以降1994年の政権交代まで、親が国会議員だった内閣総理大臣は宮沢喜一だけである。その宮沢も、成績優秀で大蔵官僚となり、別に2世でなくとも政治家になった印象がある。これに対し、1994年以降で、親が国会議員でなかった内閣総理大臣は、村山富市や菅直人、野田佳彦、菅義偉などに限られる。森喜朗も親は国会議員ではなかったが町長なので政治家一家にギリギリ入る。細川護熙も父は貴族院議員、母の父は近衛文麿である。2世でないといふと頂点に上り詰められない感が強まったのは間違いない。

これらは現在進行形であるので、近いうちに地滑り的な変化が生じれば、別の評価をし直さねばなるまい。現代史の厄介なところである。

## 第4章 平和主義

### 1 平和主義の理念

#### (1) 近世

**戦時国際法** 戦時国際法はなかなか普通の法学部では十分に講義されないであろうが、厳然とあり、戦争もルールがある。湾岸戦争あたりから戦争は中継されるものとなり、家庭でテレビという小さな箱の中の絵として、まるで何かのドラマのように見るものとなってしまった。その次のイラク戦争も中継されたのであるが、アメリカの勝利は、フセイン像が引き倒された時ではなく、その地に歩兵が星条旗を立てた（事実上の権力内に収めた）時に定まった。占領地に軍政を敷くことも、略奪の禁止も白旗を上げると降伏であることも非戦闘員を攻撃しないこ

とも中立国の義務も戦時国際法で認められてきた。だが、よく破られてきたのも実感であろう。

(正編の「徴兵制」のうち、「今から……で困る。」までを削除する)

## (2) 近代

**三国協商と三国同盟** これを代表する3C政策と3B政策である(この言い方は日本だけ、特に中学・高校の世界史だけのものらしい)。3C政策とは、19世紀後半から20世紀前半のイギリスの植民地政策のことで、3Cとはカイロ、ケープタウン、カルカッタ(現・コルカタ)を指す。3B政策とは、ドイツ皇帝ウエルヘルム2世によって提唱された長期戦略で、ベルリン、ビザンチウム(現・イスタンブール)、バグダッドを鉄道で結ぶというもの。両者は衝突することになる。同盟の方が後発工業国に見えるが、日本もロシアも協商側に付いた。日露戦争でイギリスは困った訳だし、フランス植民地が西アフリカに集中している理由でもある(アフリカを南北で貫きたいイギリスの意思が強いから)。当時の都市名で記述したのは、現在のもので書くと3Cや3Bにならないからである。そう言えば「飛んでイスタンブール」(ちあき哲也作詞・筒美京平作曲・庄野真代歌、1978年)という歌があったが、イスタンブールに沙漠はない。

## (3) 現代

**オーストリアやスイス** 両国は隣り合い、中立政策という点では共通するが、その姿は対照的である。オーストリアは非武装中立であり、それは東西冷戦の産物である。東西両陣営4カ国が緩衝地帯とするため、なかなか完全な独立を認めず(ドイツ同様、分断の危機もあった)、1955年に独立した際に永世中立を宣言したという経緯がある。これに対し、スイスは自主的な武装中立である。大国に囲まれたスイスは立場が弱く、しばしば傭兵として若い男子を「輸出」する状況が長く続いた。このため、その独立を保つため武装中立を保ち、EUにも入らず(2002年まで国連未加盟であった)、高速道路は戦時には滑走路にする仕様である。

## 2 冷戦期の戦争の放棄と日米安保体制

### (1) 憲法9条の成立過程とその後の経緯

**マッカーサーか幣原喜重郎首相の発案** 憲法9条については、マッカーサーの発案か幣原の発案か、議論がある。中には、両者の会談中、幣原が「長年考えていたことだが、新憲法にはもう戦争をしないという条項をいれたいと思う」と述べたところ、マッカーサーが駆け寄って幣原の両手を包み込み、「私もまた総理と同じことを考えていましたよ」と言ったという、あまりにも芝居がかった説まであるのだが。

### (4) 日米安全保障条約

**ベルリンの壁** ベルリンの壁は戦後すぐにできたと思っている人は多いが、本書記述の通り、東ドイツによって1961年に築かれた。また、東西ドイツ国境に延々とあったと思っている人も案外多いのだが、「ベルリンの壁」の名称通り、西ベルリンを囲むように出来上がっていた。西側は対抗して、物資を西ベルリン(西ドイツの一部)に空輸し投下した。しばしば、絶対に壊れないものの象徴のように言われたが、崩壊後は、その崩壊を予想だにしない絶対的な物の消滅等に例えること(誰某の結婚はベルリンの壁の崩壊だ、など)が多くなった。

(正編の「砂川事件」の補足) そう言えば、昔、中央東線の特急は、新宿を出ると八王子、甲府、茅野、上諏訪だけしか途中止まらなかった筈で、立川には急行の一部しか止まらなかった(「アルプス」の大半は通過した筈だ)。しかし、現在では、ほぼ全ての特急の停車駅になっている。こうして、「ありえへん」もしくは「さんま御殿」的な地域対決ネタが新たに生まれたのである。

## 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

(正編の「地政学」の補足) なお、ロシアが軍事に傾倒するのは、あるいは、強力な西欧各国との間に大きな川や高い山脈がなく、首都防衛の不安を感じるからとも思える。

### (4) 防衛省格上げ・安保法制など

パレスチナ問題の恒久的解決 政治学の試験

に出される、明快な解答が出せない例として示したのだが、2023年に新たな展開を迎えてしまった。最初に手を出したハマスが悪いとも言えるが、必要以上に市民を巻き込んだ報復を行っているイスラエルも悪い。加担するアメリカもよろしくない。中露が国連安保理に提出した案は否決されており、ロシアのウクライナ侵略を非難したアメリカの立場も二枚舌ではないかとの批判を浴びている。とは言え、その解決の難しさは2000年以上の歴史を踏まえねばならず、宗教対立でもあり、そう簡単ではない。

今回のガザ地区侵攻でイスラエルのネタニヤフ首相の支持率が上がっていないということには注意が必要である。通常、国家的危機であるとか戦争となると、反対できない心理が働き、支持率が上がるのが普通だからである。国防に自信を持っていた首相が隙を突かれた、その説明が言い訳じみている、などの批判があるようだが、ハマスを壊滅しても新たな憎悪を産み、新たな反イスラエル武装組織を産み、既に世界のあちこちでの反イスラエル抗議活動を生み出していることへの新たな思いがイスラエル国内でも生まれていると信じていたい。

## 第5章 憲法改正

### 1 憲法の変動

憲法の姿が一変する、これらの原理や権力分立原理の変更は、もはや「憲法改正」の範疇を超えよう。大日本帝国憲法の改正手続に則って日本国憲法は制定されたが、両者を「同じ」と解する人は少ない。形式的には旧憲法の改正であっても、当時「新憲法」と表記されたように、新たな憲法制定権力が現れて社会契約を結び、それが新たな憲法となったと解するのが自然であろう。日本国憲法の改正手続を用いて、全く新しい憲法が制定されるようなことがあれば、同様の説明をせねばなるまい。仮に「日本国憲法」という名称が続いてもそう思うべきである。

問題は、何度か的大幅改正を経て、元の憲法と全く異なる憲法が出来上がったときにそれを

どう考えるか、である。一般にこのような問題は「テセウスの船のパラドクス」と呼ばれる。アテネの英雄テセウスの乗った船は保存されていたが、修復に修復を重ねたため、テセウスが乗った当時の部品は何も残らないことになったが、それを「テセウスの船」と呼んでいいか、である(鉄道車両の場合、形式はそのままに、車体、走行機器類を順次交換して、当初とは似て非なるものとなった例は多い)。それは保存価値のない違うものとも思えるが、行く川の水は時として同じものはないが「鴨川」や「隅田川」であるとも思える(1974年の長嶋茂雄引退セレモニーの「我が巨人軍は永遠に不滅」も、長嶋が活躍し9連覇した巨人軍は高度経済成長を共に生きてきた人々の記憶の中に永遠に残る、という風な意味だろう。翌年の長嶋監督1年目は最下位。逆に、琴ノ若は大関になれない、何故ならば、その時は「琴櫻」だから、と言おうと思ったら、大関昇進最初の2024年3月場所後に襲名するということになった)。この問題を回避すべく、憲法については、その本質部分の改正はできないと解しておくべきであろう。何が本質部分であるかもまた解釈問題なのではあるが(例えば、9条がまるまる消えたとき、それをなお「日本国憲法」と呼ぶ気が残るか、意見は割れよう)。

## 第2部 基本的人権

### 第6章 人権総論

#### 2 人権の主体

##### (1) 国民

動物や植物、総体としての「森」や「大地」などに権利性を認めることは、日本国憲法の解釈としては認め難い。2023年秋、里山どころか都市部にも熊が出没する事案が急増した。山の食料が猛暑で少なく、他方、猪が増えたため、その少ない食料も先に食われてしまったということらしい。熊に襲われての死傷者も出たのであるが、中には、動物愛護精神から、猟銃で熊を射殺すべきでないという抗議を猟銃会に寄せた人もいるらしい。多分に、人間が動物の生息域を侵している、共存方法を考えるべきだ、と

いう長期的展望はあろうが、目前で人間が食い殺されているにも拘らず熊に優しい主張をするのは如何なものか。憲法は、主権者が人間由来であることは間違いなく、人権享有主体も生身の人間なのであろうから、動物の「人権」を認めるような主張は無理であろう。

## (2) 未成年者

18歳を境に大人と子どもを大別する方向に収斂しつつある世界的傾向である。ただ、本当のところ、17歳までは「子ども」で18歳の誕生日から大人だと、そんなはっきり線引きができるものかとも思う。12歳あたりから22歳頃まで段階的に大人の階段を登っていくイメージの方が個人的にはしっくりくる。人権による、とも思う。教科書検定もそうで、成人18歳配当の「日本史」や「政治・経済」に必要か。

日本の武家社会などでも、元服の年齢は統一されていない。堀越公方家が滅亡する足利茶々丸の乱(1487年)というのがあるが、彼が自害したときは数えて19歳であるが、元服していない。江戸7代将軍家継は数え4歳で(父家宣死去のため、朝廷に助力を頼んで)元服している。

江戸時代、幼い子は罪に問わなかった。八百屋お七は何度も年齢を聞かれ、それでも正直に答えたために大人扱いで火刑に処された。童謡「通りゃんせ」が「7つのお祝い」後は「行きはよいよい帰りはこわい」とあるのは、数え7つを過ぎると犯罪によっては不問というわけではなくなったからだという。

## (4) 外国人

**無国籍者** 無国籍者は(多くの人にとっては)意外と生じる。日本は血統(属人)主義だがアメリカは出生地(属地)主義である(アメリカが属人主義だったら、もともと殆どが移民だったわけで、イギリスやドイツの国籍ということに還元されて、帰化しないと、アメリカ国民がほぼいなくなる危険がある)。このため、アメリカで生まれた、両親が日本国籍の子は二重国籍を有するが、日本で生まれた、両親がアメリカ国籍の子は原則無国籍になってしまうのである。二重国籍より無国籍

は保護する国家がないという意味で問題であるので、国際私法上、救済がなされることになる。

## 3 人権の制約

### (1) 法律の留保

あらゆる人にあらゆる人権を全面的に認めれば、相互の衝突は限りなくなりいかなる人権規定も手厚くて広い保障とするのは無理である。このことは、人権論のところで度々指摘しているように、一般に、手厚いが狭い保障とするか薄いが広い保障とするかの解釈論争となりがちであることにつながる。また、人権の中には、裁判所が積極的に救済すべきものとそうでないものがあるとも言え(何故そのような区別があるかは、人権の価値の差なのか民主主義国家における司法権の役割論なのか裁判所の能力の問題なのかはさておき)、多くの学説が依拠する二重の基準論につながるわけである。

### (2) 公共の福祉

(統編の「美観」の補足) 表現内容中立規制に中間審査を及ぼすという通説的見解にあまり賛成できないのは、加えて、表現内容中立規制が比較的危険性が少ないという主張に賛成できないからである。この分野の例として挙がっている事案は「迷い犬」のビラ貼り事案などではなく、大阪市屋外広告物条例事件(最大判昭43・12・18刑集22巻13号1549頁)や愛知県原水協ビラ貼り事件(最判昭45・6・17刑集24巻6号280頁)など、政治的表現を狙い撃ちにした事案ばかりである。政治的表現規制と言うべきものである。関連して言えば、選挙運動規制を表現内容中立規制として説明する学説もあるが、戸別訪問などが禁じられるのは選挙期間中の政治的言論だからなので(銀行の勧誘や宗教の勧誘は止められていない)、表現内容規制である。

さらに、表現内容中立規制の方が、規制が広く長く大きくなる危険性もあるからである。安眠妨害の表現を禁止したい場合、特定のタイプの音質や耳障りな表現を最少時間規制すればよい筈であるが、それが表現内容規制だと指摘されると、表現内容中立規制とすればよいのであ

ろうと考えて、それを包括する規制を、規制側は(国家保護義務の行使だとしても言いたいのか)考えがちである。結局、保土ヶ谷区全域午後8時から朝7時まで50デシベル以上の音は出すべきでない、というような規制になりがちである。

### (3) 二重の基準論

答案としては、**精神的自由・身体的自由の事例では違憲、経済的自由・社会権では合憲とするのが基本線である**。そうでない答案を書いているのは、相当、常識的にその逆の結論となる場合に限られよう。当方は、以前、新司法試験論述式「平成18年公法系科目第1問・改」の解答例として、タバコのパッケージに喫煙は人を殺す」等のメッセージの記入を必須とする法令の合憲性について、合憲ベースのものを示したことがある(原田和明=君塚正臣編『ロースクール憲法総合演習』267頁以下(法律文化社、2012))。タバコの有害性は近年では相当知られており、副流煙などにより周囲の人の寿命を縮める、他者加害の色彩もあることがはっきりしてきていることがあり、また、パッケージの表示が、例えば商品表示に関する様々な経済法的規制(含有物を明記することなど)が果たして「表現」の自由の規制なのかという疑問もあり(君塚正臣「米判批」ジュリスト1110号161頁(1997))、やむにやまれぬ目的と必要最小限の手段をクリアしたと記述したものである。ただ、このような答案は、学生が90分や120分で書く場合には、本当によほどの場合だけ、まずやめた方がよい、というのが適切な指導というところだろう。

この点、経済的自由の規制(もしくは社会権保障の不備)などの場合で、何らの合理的な目的・手段すら欠いているとして違憲の結論を導く可能性の方が、「憲法」の答案としてはまだあり得るようにも思う。その場合、行政手続の不備や、それ以外の観点での違憲の指摘なども絡めて、できるだけ徹底的に違憲だという答案を作成することを勧める。22条だけでは弱いと思うべきである。

## 4 人権の適用範囲

### (1) 特別権力関係

現行法は**公務員の労働基本権を広く制限している**。その合憲論的理由付けにはそれぞれ反論が可能である。第1に、争議となったら被害が甚大かはわからない。林野の労組のストで、かえって木が成長するかもしれないし、警察のストですら、短時間でその間は管理職が対応すれば実害は少なからう。もし、そうであるなら警察官組合のストは短時間で効果が上がり、早々に終結する筈である。第2に、争議相手方である国や地方自治体は豊かな財源はあるとは言え、赤字財政であるため、長期のストではむしろ非難は組合側に浴びせられる危険がある。まず倒れそうもない大企業の労組の方が悠長なストに及ぶかもしれない(結果、下請け企業や販売店、ユーザーは大変困ることになる)。第3に、財政民主主義で財布を握っているのは国会だとしても、予算提出権は内閣にあり、議院内閣制の下、内閣を揺さぶれば与党が困り、国会が対応せねばならない関係にある。第4に、人事院勧告はあくまでも勧告であって法的効力はなく、代替措置とは言い難い。以上のことから、公務員一律の争議権剥奪や一部の団結権剥奪は合理性が乏しいように見える。

なお、本書の立場は、社会権規制は合理性の基準で審査するものであるので、それに立てば、およそ不合理であることを証明する必要がある(通説的な中間審査基準に従えば、実質的関連性がないことまで言えれば十分)。そうだとすれば、併せて、同種の民間労働者と比べて不合理な差別がなされていることも示してはどうか。仮に刑務所の民間委託が行われた場合などを想定するのである(警察は、まるで銭形の親分になってしまうので、完全民営化の想定はし難いが)。

**山北村議会事件判決**(最大判昭35・10・19民集14巻12号2633頁)での**部分社会の法理に基づく判断を変更した**(岩沼市議会事件=最大判令2・11・25民集74巻8号2229頁)この判決に至るに当たり、直前の名張市議会事件判決(最判平

31・2・14民集73巻2号123頁)では山北村議会事件判決を先例に挙げていたが、実質的には地方議会の自律を重視する理由付けとなっていたところ、それでは辻褃が合わないと指摘され(君塚正臣「判批」ジュリスト1544号『令和元年度重要判例解説』26頁(2020)),判例変更を明言せざるを得なかったのではないかと思うと、小さくガツポーズである(思い過ごしか)。

## (2) 憲法の私人間効力

(正編の「社会的権力」の補足) 補足すると、どれだけ巨大で社会的影響力があれば「社会的権力」と呼んでいいのか、基準もない。今やGAFAYトヨタ自動車はそうだとやってよいのであろうが、町工場はどうか、有名出版社(資本金や従業員は驚くほど少ないことがままある)はどうか、巨大宗教団体やマンモス私立大学はどうか(寧ろ憲法上の権利によって作られた結社)、となってくると、相当に微妙である。

## 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

**幸福追求権** 人間は幸福になりたいと思っている筈で、幸福追求権という言い方をすれば、全ての人権を包括する言い方になりそうである。中には、マゾヒストは不幸を望んでいるのではないか、という反駁をする人もあるかもしれないが、マゾヒストはマゾヒストで、不幸になりたいという、本人としては究極の幸福を追求しているので、幸福追求権という語に包摂されよう(やや強引ではあるが)。そう思うと、近代の理性に支えられた自己決定が幸福追求権の重要な要素だということにもなる。そして、一般則だけに、何でも13条論にすることは法学部で習う王道の法解釈に適っていない。

**環境権** 環境権と言えば、2023年には神宮の杜の開発問題が浮上した。特に、坂本龍一氏が亡くなる前にその保全を訴えていたことや、サザンオールスターズが楽曲を発表したことで注目されたのだが、そのことで世の中が動いた

印象も少ない。

神宮の杜は、もともと明治天皇と昭憲皇太后の遺徳を讃えるものであり、そこに手を加えることに右翼が黙っていることも不思議である(結局、再開発をした方が儲かるからか)。他方、従来の革新派はあれほど環境問題・公害問題(判例百選も昔は『公害判例百選』だったが今や『環境判例百選』である)を訴えてきた筈なのであるが、この問題に黙っているのは、天皇制賛美につながると思っているからなのか、多くの人にとって所詮東京ローカルの問題だからなのか。

ところで、「森」は自然のもので「林」は人工のものであり、「鎮守の森」であり「日光杉並木(杉林)」である。この点、明治神宮の木々は、赤土の荒野(?)に人工的に植えられたものであるが、その後の手入れなく自然に任せているという意味で「森」と言えなくもないのだそう。

#### (3) 自己決定権

**冬山登山** 聞いたところでは、世界で最も遭難死の多い山は谷川岳(1977m群馬県・新潟県)だそうである(ギネスブック認定のものであるらしい)。首都圏に近く、本格的登山の練習台らしく、多くの登山客がある(分母が大きい)ためだと思われる。高尾山(599m東京都)・小仏峠で遭難した話も聞く。山の装備は十分であって欲しい。

こういった観点から難易度を出すと、チョモランマ(8849m)よりK2(8611m)の方が危険であるらしい。また、麓に辿り着くのも一苦勞で、登頂者も少ない。

#### (4) 名誉権・プライバシー権

**モデル小説** モデル小説だと思われる。登場人物のモデルとなったと思った本人や遺族などから、名誉毀損やプライバシー侵害の訴えが起こされかねない。このため、ドラマや漫画には「この物語はフィクションであり、実在の人物・団体とは一切関係ありません」などの注釈が付されることとなる。週刊少年ジャンプでは「北斗の拳」にもそんな注釈が付いていた(誰があれをノンフィクションと信じるものか)。

## (5) 一般的手続的権利

群馬中央バス事件 (最判昭50・5・29民集29巻5号662頁) 憲法判例としては地味な事件であり、どちらかと言えば行政法判例として認識されている事件である。この判決では、公聴会審理の適正が求められたという点が肝要であり、まずは「審議会」における「公聴会」が必要とした点は見逃せない。ひょっとすると、ある種の権利の制約には、行政庁単独の判断が実体的に適正であればよいに留まらず、独立行政委員会や審議会の手続が必要であることを示唆したのではないかと取れなくはない。

## 2 生命・身体的自由

### (2) 奴隷的拘束・苦役からの自由

奴隷的拘束の禁止 学説の多くは、それは絶対だからとして、私人に対して憲法の直接効力を認めてきた。しかし、憲法が社会の基本法か国家の基本法かというのは原理的な問題であり、条文によって異なるという理解は大いに疑問である。私人による奴隷的拘束は明らかに公序良俗に反するものであり、そのように解することをほぼ絶対的に憲法は民法一般条項に命じていると言えれば、別段、間接効力説的解決で足りるのである。2023年に浮上した某芸能事務所創業者の行いはタレントを「性奴隷」としてきたもののようでもあり、以上の観点から法的に処理されるべきものである。タレント希望者本人の暗黙の合意は、奴隷的拘束案件もしくはその類似事案であれば、事務所側の責任の程度を低める理由になるまい。

2023年には「西の東大」とも関西では言われる某歌劇団のパワハラ自殺事件も発覚し、相変わらずスポーツ関係の同様の事案も多かった(甲子園出場は東大に入るより数字の上では難しい)。某歌劇団や有名高校野球部出身者が、しばしばその頃の「しごき」を思い出として語る人が多いのであるが、科学的合理的でないことを今後ものさばらすことは、日本社会の近代化の障害となっているように思えてならない。そして、不合理なことを改革できなかつた日本は、同年、

GDPでドイツに抜き返されたいらしい。

## 3 刑事手続上の生命・身体的自由

### (1) 総説

実際に国によって生命・身体的自由が侵害される最も深刻な場面は、刑罰によるその剥奪である。刑罰による生命・身体的自由等の制限の特徴は、必ず、他人の人権制限を行った本人のそれを制限するものでなければならないことである。犯罪の抑止のためであれば、犯人らしき者を処罰すれば威力は十分かもしれないが、当然、許されることではない。この点、財産権の規制の最たるものである収用は、何の罪もない人の土地でもその隣の人の土地でも、政策判断で認められる(無論、土地代の支払いは必要である)。表現の自由の規制ですら、他人が犯罪に走ることを理由に、限定的ではあるが、表現者の自由を規制する可能性がある。その意味で、刑事手続上の人権の規制は最も慎重でなければならないものであり、本書が厳格審査ベースで語る理由がある。

適正手続・実体法定説 本書では、特に答案作成上も触れる必要はない旨記述してきた(他方、適正手続説については批判対象として取り上げるべきだとした)が、4象限のうち3つを憲法31条の保障としながら、実体法の適正だけを比例原則の問題だとして13条に放逐するのが絵柄として美しくない、という直感的な疑問がまずある。そして、実質的にも、比例原則が個別条項の保障ではなく、人権の一般条項の保障の問題であるというのであれば、例えば、表現の自由の規制が過剰であってはならないというのは、21条ではなく13条であることになるであろう。いや、それは表現権規制なのだから裁判所は厳しい姿勢で臨むべきということになるのであれば、刑事手続についても同じことが言える筈であり、その根拠は31条と言うべきではあるまいか。

### (2) 被疑者・被拘禁者の権利

逮捕 逮捕は憲法や刑事訴訟法の定めた概念である。これに対し、「検挙」は、警察が被疑

事実を見定めて被疑者を特定すること一般を言い、厳密な法律用語ではない(テレビなどのニュースでは被疑者を「容疑者」と呼ぶが、これもいわゆるマスコミ用語である)。書類送検の場合も含む。

**黙秘権** 学説は、黙秘権が憲法34条などの要請なのか、刑事訴訟法198条2項の産物なのかは割れている。弁護人もなく適正な手続も欠いた被疑者の自白には証拠能力を欠く、被疑者の発言を抜きにしても検察側は有罪を立証しなければならないというのが憲法の要請であろう。刑事訴訟法はそれを黙秘権というレベルにまで高めたように思う。

黙秘権の重要性はなかなか一般に理解されない。それは、逮捕されると「悪い人」であろうという認識が一般にあるからで、検察によって被疑事実が立証されるまでは無罪の推定が及ぶという理解が浸透していないところにある。ドラマ「太陽にほえろ!」などの悪しき影響であろうか(しかもボスは左遷されない)。

**袴田事件**(静岡地決平26・3・27判時2235号113頁) 現時点では最も注目される冤罪事件である。死刑囚が釈放される経過は、裁判所も真犯人ではないと見てのことだと推察できる。元ボクサーの袴田巖さんの救済には輪島功一、ガッツ石松などの元世界チャンピオンが立ち上がり、ボクサーだから凶悪犯罪をしたに違いないという司法官憲の偏見と戦った。法を扱う者こそ、自らの偏見を注視せよ、か。

#### 4 平等権

##### (1) 平等の理念

**憲法判例で最も言及される憲法条項は14条** この理由について、本書は適用などが異なる2者間で容易に平等の問題となるから、という理由付けを挙げたが、他面、日本人は平等に敏感、人とちょっとでも違うと感情を害するからだ、という説明もある。心理学の話として聞いたところでは、看護師は医者との給料の差は気にならないが、看護師同士の僅かな違いは気になるらしい。「分離すれど平等」が問題となったアメリカ南部とは大違いなのか。そして、小

さな問題こそが私の大問題だ、ということか。

##### (2) 判断基準

**尊属殺重罰規定違憲判決**(最大判昭48・4・4刑集27巻3号265頁) 日本で最初の最高裁での法令違憲判決とされ(第三者所有物没収事件判決をそう読まなければ)、高校でも習う超有名判決である。一審は最も被告人に同情的であるが、果たして、この事実関係で「急迫不正の侵害」があったと言えるか。法律学において、情と理のバランスを考えさせられる場面である。二審は先例に従ったのである(なお、法律家が先例を重視することは、一般的には、法的安定性のためにむしろ望ましいことである)が、結果として最高裁が判例変更をしてしまったので、時代遅れの法感覚のように言われがちである。きちんと理由を述べて判例変更をするのも、特に、上位法である憲法を楯にできるときはそう言えばよかったということになりがちである。

この判例はいろいろ学ぶとことがあるが、授業で時間をかけ過ぎると終わらない。

**尊属に対する罪は1995年の刑法の現代語化による全面改正の際に削除された** 尊属殺重罰規定違憲判決の後、裁判書も送られた国会は、刑法200条を改正する(判決に従えば、少なくとも、刑の加重の程度が憲法上許される程度にする)ことが任務であった筈である。しかし、主に古風な考えの農村部出身の保守政党のベテラン議員の皆様が、そんなことではまるで親は殺していいかのようで、日本の淳風美俗が損なわれると改正に猛反対した。何十年も違憲の法令が残り、検察はわざわざ避けて起訴し続けていた。

だが、明治以来の文語体カタカナ表記(このため、戦後にできた憲法、家族法などのゼミを、それだけの理由で選ぶ学生もいたとかいないとか)の主要法典を現代語化する最初の対象に刑法典が選ばれると、どさくさで尊属傷害致死罪まで削除された。総合的視点を欠いた無駄な抵抗のあつけない幕切れ。

(正編の「学生無年金障害者訴訟」の補足をした続編の再補足) 何でも解釈者の意のままに救済で

きる、自らウルトラマンの如く振る舞うことは危険である。解釈を「プロクレステスの寝台」にしないよう。その意味では、多少、解釈者本人の感性に合わない結論に達する可能性があるような解釈理論の方が信用できる(恣意的でない)気がする(御題目のような、「憲法の精神に則して」「民主的に考えて」「論理必然的に」「三段階審査により」など、結局、解釈者のフィルターを通過する以上、根拠として実を伴わない。かと言って、あまりにも自分の感性と合わないが仕方ないという結論を乱発する説は、出発点たる価値判断や論理構成、憲法感覚などが随所で誤っている危険が高く、信頼できない)。

### (3) 列挙事由

(正編の「民族」の補足) 近年、人種を人類学的差異と捉えるべきではなく、実際に、他者と自己を切り分ける分類として、恣意的で偏見に基づいた意図的な分類として用いられてきたとの指摘がある。「人種」もまた歴史的・社会的な概念であり、日本には人種差別はないというのも誤解だとされる(小川幸司=成田龍一編『世界史の考え方』170頁以下(岩波書店、2022)〔貴堂嘉之〕参照)。そこでは、日本国憲法14条1項後段の「人種」と民族概念の区別は相対化されようし、これを憲法解釈論に取り入れるべきかは、歴史学で言われ始めたことを憲法学が独自に斟酌して考えるべき(日本国憲法14条の文言は「人種」なのだ)、今後の課題であろう。

アメリカ合衆国憲法には、女性差別一般を禁じる明文の条項はない。こうなったのは、アメリカ合衆国憲法の改正が非常に困難だからである。1970年代に連邦議会の上下両院を通過した男女平等条項は、35州の賛同を得たものの、憲法の定める4分の3の州(38州)の同意を得られなかった。

1932年ロス五輪100m男子背泳で表彰台を独占した日本水泳陣。教育現場で誤解を生むと困るので掲載しなかったが、「昭和30年代の海女」の写真を載せても意味は同じ(誰だ!三島由紀夫「潮騒」の映画化の際は時代考証に忠実であれ、と言っているのは!)。炭坑労働者は男女とも上半

身裸だったように、ホワイトカラーは上半身を隠し(オリンピックはもともとアマチュアリズムだった)、「労働者」は上半身裸で汗水垂らして働いていた。江戸時代、何度も混浴禁止令や盆踊り大会禁止令が出たのは、よく破られた証拠である。大らかだった(なお、ここへきて、タイトルの「語」が1990年代のB'zや大黒摩季の歌のタイトルのように長ったらしいことをお詫び致します)。

要するに、生理的な面を超えて、男女差は何でもあるとか結局それがあらゆるところに表出する、などと述べる学説や裁判例は、今や時代遅れで世界標準に不適合である。筆者はここで、そのように男らしく(?)言っておきたい。

母(母の父)の身分に振り回される 源頼朝(義朝から見て三男)が源氏の嫡流になったのはこのためである。競馬でも、母の父の馬名は載っている。一緒にして失礼だが。

## 5 家族に関する権利

### (1) 婚姻の自由と家族の保護

(統編の「[家]の存続を理由とした一夫多妻制」の補足) 婚姻は自由で、仲良く暮らしたい者同士、生物学的な性別関係なく暮らし、いざという時には相続も認めたらいいではないか、法律婚制度など古い!という先進的(?)な考えを突き詰めた場合、それは男女3人の共同生活も許容することになり、一周回って一夫多妻(一妻多夫)を許容する結果となる。このため、どこかで事実「婚」、同性「婚」、つまりは2人の生活までで止めているきらいがある。

氏名権 2024年1月、末期癌の病床で自分は連続企業爆破事件(1974-1975年)の被疑者「桐島聡」だと名乗った男が、その直後に死亡した。本名よりも長い間、捜査網を掻い潜り、「内田洋」の偽名で過ごしていた。保険証も持たなかった(現代福祉国家で暮らすのに難渋しよう)。

これは、逮捕されなかったのを勝ち誇ったのではないかと、との論評もあったが、人間は最期、「自分」に帰りたいだけなのではないかと、とも思う。その「自分」を示す呼称、ただの記号や番号ではない「意味」とは何か、考えさせられる。

森鷗外は、墓には「森林太郎墓」としか彫るなと遺言とした。様々の榮譽を彫らせなかった。他方、「桐島聡」も一人の人として、革命家になりきれなかったのだとも思える(革命家はこんな風にただ逃げ回らないだろう。いいか悪いかは別として、中東の過激派は本気で命懸けである)。日本は豊かになり、多くの人が民族の誇りでも民主主義の再獲得でも動かなくなり、そして極致のような政治腐敗を見る(勘繰り過ぎなのかも知れないのだが、だからこそ、憲法学説の多くが、経済的自由の自由国家的規制や社会権規制の司法審査基準を緩やかな合理性の基準でよいとは言わずに、中間審査基準だと言うのではないかとさえ思う)。

**呼称を歪められない権利** 日本と中国はお互いの名前はそれぞれの言語で読んでいいことになっており、毛沢東はモウ・タクトーである(この間、ケザワヒガシって誰ですか?と言っていた愚者がいたが)。これに対し、日本と韓国は原語で呼び合うこととなったので、金大中はキン・ダイチューだったのがキム・デジュンである(但し、歴史用語の金大中事件はキン・ダイチュー・ジケンである)。あまり勝手に呼ばれるのは迷惑で、ときに屈辱的なこともあるが、言語に拘らず完全に一つに統一することはまず不可能であろう。「ギョエテとは俺のことかと ゲーテ言い」という川柳もある。

## (2) 家族と平等

**北条政子** そもそも「政子」は朝廷が官位を与えるに際し、時政の娘だから政子だろうとした名前である。中世の女性は(藤原道綱母、紫式部、清少納言などのように)実名を名乗らなかった。晩年は二位殿、尼御台と呼ばれた。「北条政子」という表記は昭和以降のようである。

なお、西郷隆盛は、本当は「隆永」だったというのは知る人ぞ知る話。通称の「吉之助」で呼ばれていたが、官職任命に当たり間違えて父の諱と混同して伝えられ、そのまま放って置かれたものである。我々の氏名に関する感覚が明治維新当時に希薄だったことをよく示す逸話である(何れも、日本史の試験の答案では、最早現在の

常識で書くしか仕方ないものである)。

(正編の「再婚禁止期間」の補足) 2022年12月、民法733条が2024年4月1日(この期日は政令で決まった)に削除されることが決まった。嫡出推定制度が変わり、再婚後に生まれた子は後夫の子と推定されることとなり、嫡出否認の訴えが母や子にも認められたため、再婚禁止期間は無用の長物となったのである。古いフランス法では、父の搜索は許さず、だったものがはっきりと近代的に変わったのである(なお、政府は、2024年4月1日から1年間、それ以前に生まれた子についても母と子に嫡出否認の訴えの提起を認める措置を採った)。

## 第8章 精神的自由

### 2 思想・信条の自由

#### (2) 限界・制約

**絵踏み** 憲法学を愛しているかを判定するのに、芦部先生の写真を踏ませ、踏めない!というかどうかで判定するのはどうか、と思ったが、写真の人選を間違えると、憲法学をよく知る人ほど踏み付けるとか。

### 3 表現の自由

#### (1) 保護の意義と歴史的経緯

**社会的安全弁** この例えを本書執筆時には思い付かなかったが、「ええじゃないかええじゃないかええじゃないか」(幕末のお蔭参り)などはどうか。なお、庶民のお蔭参りの間に、武士階級は明治維新を成し遂げてしまう。この頃の伊勢神宮が明治天皇制の下での存在とも異なることにも注目したい。

**ウクライナとの連帯を示すために青シャツと黄色のネクタイを着用する** 当方が以前、銀座ロゴスキーに行ったときの姿。なお、店員はウクライナ出身者も多いし、ピロシキはもともとウクライナ料理だという説もあるので、反ロシアだとか言ってボイコットするのは逆効果の恐れもある。なお、黄色のシャツと青ネクタイを着用してもよい。

**政治的表現** ローマの昔から、政治権力者は

足元の民衆の政治批判も嫌うものである。ローマ皇帝はローマ市民に「パンとサーカス」を与えて、その緩和を図った。建武の新政を風刺した二条河原落書もある。江戸幕府も同じ。江戸落語は武士も多く登場し、しばしば揶揄されている。政治都市というのはそういうものである。戦前の演歌師はそういう歌を歌い、「のんきな父さん」の石田一松は戦後に衆議院議員となった。現在でも、政治家や官僚が論評されることはやむを得ない。それは、あたかもその人がそうしそうな話（いしいひさいちの漫画では、宮沢喜一は英語自慢だが政治的勘の悪い人、中曽根康弘は生臭い海軍ジジイということになっていた）を作られても、たかが小説家・漫画家・芸人風情だと思っていちいち名誉毀損で訴えるようなことはしないのが「大人の対応」である。

森喜朗を揶揄した有名なジョークに、クリントン大統領に「Who are you?」（無論、How are you?と言うべき）と挨拶してしまったところから始まる「ヒラリーズ・ハズバンド」と言われるものがあるが、このネタを流さないようにあるところに圧力がかったという話を聞いたことがある。もし、本当であれば、つまらないことである（政治都市の笑いは政治風刺は欠かせない）。

**非政治的表現** 学説の中には、非政治的言論は政治的言論より価値が低いので規制が大きくてもやむを得ず、司法審査基準もやや低く中間審査基準が妥当すると説くものがある。国家機関である裁判所が言論の価値を決め付けることができるものか、また、両方の性格を有する言論（環境問題を訴える自動車の広告、基地問題を提起するポルノ映画など）の区別ができるものか、などの疑問があり、筆者はこの説に与していない。

**法廷での写真撮影** 戦後すぐには、法廷での写真撮影がかなり自由に行われ、そのため、帝銀事件の一審の映像などが残っていたりするのであるが、裁判長席に駆け上がるカメラマンなどもあり、最高裁が一気に規制を強めたという経緯がある。

**情報受領権** 情報収集・編集・伝達権が保障されようと、情報受領権が確保されないのでは自由民主主義（立憲民主主義）国家の表現の自由とは言えない。家に警察官が待機して、新聞を全て破り捨てる国は自由な国とは言えない。無論、表現の自由は保障したぞ、と、沙漠の真ん中か絶海の孤島に連れて行って、何を叫んでも自由だ、という国は、勿論、自由民主主義国家ではない。

## (2) 表現の自由における特殊法理

**検閲** 戦前の検閲は厳しく、特に戦時中は、真実は大本営発表と報道管制の前に国民に伝わらなかった。ただ、それでも解るものは解る。

『新・シネマで法学』（野田進＝松井茂記編、有斐閣、2014）でも注に書いた話であるが、美声のテロリストと言われた川柳川柳師匠かわやなぎせんりゅうの新作落語「ガーコン」は歌いたい歌を歌っているネタで、戦前の歌謡曲・軍歌が数多く出てくる（他方、川柳川柳が歌わない日はあっても柳亭市馬が歌わない日はない、という寄席の格言もあるようで、現・落語協会会長も三橋美智也や三波春夫の曲を中心に、よく歌い、上手である）。しかし、そこで言いたいことは、そんな時代への郷愁ではなく、最初の頃は曲調が明るいのに、最後の方は短調の暗い曲が増えてきて、結局、敗戦が近いことを国民は薄々知ることになる、隠せるものではない、ということであった。他人の口に戸は立てられぬ、という。そして、ダメなプチ権力者ほど情報統制をしたがる。

なお、「検閲」も定義は学説によって微妙に異なる。「原則として事前に（事後であっても事実上表現を抑止するものは検閲である）」「行政庁が（行政委員会なら許容するという意味か）」「思想などを審査して（判例に近い理解か）」「実質的に差し止めること（教科書検定は教科書としての刊行を止めるものなので検閲となる）」などのバリエーションもあるだろうが、歴史的に否定されるべき内閣の説明に鑑みると、二元論の元祖とも言える佐藤幸治説にほぼ準拠したい。

（統編の「東京都公安条例事件（最大判昭35・7・

20 刑集 14 卷 9 号 1243 頁)」の補足) これまた、『新・シネマで法学』(野田進=松井茂記編, 有斐閣, 2014) で書いたことの「再生工場」で恐縮なのであるが, 地球上には乱暴で差別的な物語が多くあり, 忠臣蔵は凶器準備集合, 住居不法侵入, 殺人などの犯罪の山で, 最後は泉岳寺まで無断で更新しており, 東京都公安条例違反である(まあ, それを見聞きする人に犯罪を煽動していると言われると危なくて何も言えないし, 見聞きすることで溜飲を下げて犯罪に至らないとも言える。昔の東映映画で観客がみんな高倉健のつもりで映画館から出てきたとか, 浪曲の題材の多くは反社の皆さんだとか, 尾崎豊の CD は少年犯罪大全集であるとかであっても, 規制する必要はあるまい)。確かに酷い話(商売敵の老人を逆恨みして多数で襲う)だが, 平成生まれの多数は忠臣蔵を知らないらしい。歌舞伎でも文楽でも講談でも当然のテーマで日本文化の基礎知識だった筈だが, 時代は変わるのか。

暴徒と化したのは, 1985 年の阪神ファン(この年, 2023 年度朝ドラのモデルである笠置シズ子逝去。大阪の朝日新聞の訃報記事では代表曲は「買物ブギー」この辺が大阪)。カーネル・サンダース像をバース選手と信じて道頓堀川に投げ込み, あれから 38 年, 日本一はなかった(俗に言うカーネル・サンダースの呪い)。期せずしてハレー彗星再接近とその反対側の年, あの年の春場所で優勝した朝潮関(元高砂親方)が 2023 年秋に亡くなられた。ご冥福をお祈りする。

### (3) 表現内容に基づく規制

**煽動・教唆** 煽動とは不特定多数の感情面に働きかけるもので, 教唆とは特定人の理性に訴えるものと言われる。不特定多数の理性に訴えたり特定人の感情に訴えたりしたものはどうなるのかは不明である。また, 教唆は刑法が処罰するが, 煽動は刑法典に処罰規定はなく, 特別刑法に数多存在する。

煽動の典型例は, 過激派集会でのリーダーの演説であろう。これに対し, 教唆の典型は暴力団組長(何故団長ではないのか? © 牧伸二)が短刀を若頭に渡して, 対立暴力団の組長の殺人を

示唆するような, 昔の東映映画の一場面である。これを「理性」というのは, 若頭には, 成功の暁には刑務所から出てきて組での出世が約束されているからである。しかし, 現在, 組員の高齢化問題が生じている(若頭が 65 歳とか)。暴力団抗争事件について, 昔は, 勝手なことだと刑もあまり重くなかったが, 一般市民を巻き込むことが多くなると裁判所も厳罰に転じた。このため, 長く刑務所暮らしをしなければならない上, 出所してみたら組が解散して, なかった, 約束は自動的に空手形になっていた, という危険があるのである。このため, 絵に描いたような教唆は絶滅しつつある。

「明白かつ現在の危険」の基準 煽動や教唆の保護法理を一所懸念考えるのはどうか, という声がときどきあるのであるが, この基準すら満たさず, 何らかの危険性さえあれば言論処罰ができるとなると, 例えば, あなたが「わー」と叫んだのを奇貨として暴動が起きたとき, あなたが内乱罪か何かで起訴される危険が生じるので, 危なくて何も喋れないことになる。カクカクシカジカの場合には革命が起きても仕方がない, などと書いたものが後にそう評価される危険もある。穏当な, 決議しよう, 有罪という, 食糧緊急措置令違反事件判決(最大判昭 24・5・18 刑集 3 卷 6 号 839 頁)には疑問があり, これを戦後の混乱期の産物だと言うのであれば, 本判決の先例性は殆ど認めるべきでもない。その意味で, 日本国憲法のあるべき基準からすれば, 少なくとも 2・26 事件における思想家・北一輝の処刑は許されるものではない。

**世界報道自由度ランキング** インディラ・ガンジーは 1975 年 6 月 26 日にインド全土に非常事態を宣言した。翌日の天声人語は, 「政府に対する自由な言論を保障されているアジアの国々は, これで日本だけとなった」と記している(朝日新聞 1975 年 6 月 27 日 [深代惇郎])。遅れたアジアの国は独裁政権ばかりで, 先進国である日本は政治的自由が保障されている, 筈であった。アジア諸国民民主化が進み, 開発独裁政

権が次々と倒れ、韓国や台湾などの人々が自由に政治的意見を言え、政権交代を実現させてきたことはご同慶の至だが、安倍政権以降の日本が表現の自由の保障という点で国際的信用を失墜させていることは由々しきことである。記者クラブ制度、電波の総務省監理を振りかざす大臣の発言、政府文書の隠蔽など、徐々に遅れたアジアの独裁国家に近づいている印象がある。

本書は、結局のところ、安倍晋三に対して厳しい評価となっていることが多い。不幸な死を遂げ、国葬にまでなった総理大臣に対する敬意はないのか、というご批判はあろう。選挙運動中の至近距離からの銃殺という事態は誠に哀れむべきことで、なおかつ、民主主義の仕組みを揺るがすものとして許すべきものではないが、坂野潤治が、陸軍青年将校と手を結んだその内閣の成立こそが軍部独裁の第一歩だったと犬養毅を批判している(『近代日本政治史』159-160頁(岩波書店、2006)など)ように、それとこれとは別だと言えよう。法治主義の点でも、立憲主義という点(特に、精神的自由に打撃を与えた点)でも、民主主義という点でも、経済政策としても、近隣国との外交という点でも、日本人を分断したという意味でも、日本国憲法、近代立憲主義とは別方向を歩んだ人だったという評価は変えるべきではあるまい。

政権批判ばかりでは不公平という声もあるかと思うので、別の話もしておく。2023年夏は酷暑と、ジャニー喜多川氏の性加害問題で明け暮れた。本人が最も問題であり、事件が明らかになった後でも当該芸能事務所の対応は不十分だったことも指摘できる。ただ、人口に膾炙しているように、以前から、人気タレントの出演を握っている氏に対し、昔からマス・メディアが弱腰であり、テレビ局が新聞社で系列化しているために新聞もそうであったことは指摘される(当該事務所を退所した者の多くが、陰に陽にテレビから排除された)。多くの企業も、見て見ぬ振りしてCMで手を組んできた。氏に作詞作曲を依頼されたあるミュージシャンは、喜多川家

との関係は特別なものだとして、寧ろその批判者を排除する対応を採った。結局のところ、これを承知でファンであり続けた人々まで含めて(あるいは、それを追及した週刊誌やビデオが無視されたことまで含めて)、日本社会の問題なのである。民主主義が制度の問題だけではなく、少数者の意見にも配慮し、ただ数で集団主義的にゴリ押ししないという点までの精神の問題なのだと思うが、「今からでも遅くはない」のか、毎度少数者の声に冷たい、なおも心配な昨今である。

**放送法** 放送法の規制については、総務大臣の管理下にあり、電波監理委員会は国家行政組織法八条機関(総務省所属の審議会)のみである。だが、表現の自由を規制する機関が、まさに政治任用の内閣の大臣(基本的に政党政治家)というのは大いに疑問であり、先進国水準の制度設計ではない。当然に独立行政委員会とすべきである。また、それに匹敵する決定をする機関は同様の措置を行うべきように思う。独立行政委員会のラインナップはあまり整合的とは言えず、保革伯仲か「ねじれ国会」を契機に制度設計された場合が多く、政治の流れの偶然によることが多いのは、法の支配にそぐわない(言い出せば、この制度自体が、敗戦という究極の政治状況の中で導入されたものであった)。

**インターネット** 現在、大学院では主として社会人向けの配信授業として「憲法とメディア法」(1単位)を開講している。かなりの時間を表現の自由概論に費やしている。最近では、メディア法と言えば衛星放送だとかインターネットだとかが思い浮かぶのであろうが、結局のところ、憲法論は、演説の規制やビラ貼り規制に始まる、昔ながらの21条論の応用でしかないものであり、もともとの議論が何であったかから浮遊した「インターネット法」なるものがあるわけではないという理解に立ち、言わば準備運動(シコ鉄砲)をしっかりとやっているようなものである。もしも、2単位科目であれば、構成が違うのかもしれないが。

**差別用語** 放送禁止用語と言われるものがあ

り、放送局は、特定の語が出てくると自動的にその部分をカットして放送するようになった。そうでないと、外部から問題視され、時には糾弾されるため、それを避けるための措置のようである。問題を起こすと要注意語になるようで、意外な言葉が放送できないらしい(あるいは音を消されるらしい)。文脈によっては差別的ではないケースもあるように思えるのだが、特定の語については、放送人は放送上発せられるだけでアウトと考えられているようだ(税関検査で、性器の画像を機械的に墨塗りしているのと同じようなものか)。結果、政見放送でも同様の対応をして、かえって政権の伝達を障害したと解された(最判平2・4・17民集44巻3号547頁)。また、テレビ局は生放送を避けたがるようになった。放送は「送りっ放し」と書くし、実際、即時性が命だったように思えるが、何時間も収録して放送は45分程度というような状況になっている(その点、「徹子の部屋」は収録だが余分な収録は殆どしない在り方を守っているようである)。

**忘れられる権利** ビッグデータをコンピュータが記憶できるようになり、情報プライバシー権の意味が違ってきた。以前は、確実な情報だけを記録すべきであり、不正確な情報は人間の側に訂正する権利がある、という主張だった。

しかし、今や、機械はかなり正確で、忘れてくれない。このため、健康保険や住民票、クレジットカード、預金通帳などの情報をマッチングされると、予想外の間人像を勝手に作られる危険がある。前科があり、通院しており、転居が多いという情報が銀行に流れて住宅ローンが組めないということがあるかもしれない。それは、若い頃に一度バイクでスピード違反をして交通裁判所で罰金を喰らった、定期検診で肥満予備軍とされて定期的な通院を余儀なくされた、入った会社が全国に支店があるので転勤族になった、というようなことかもしれないが、データはそういった人間臭い事情は残さない。ある時間が過ぎれば、瑣末な情報は忘れてもらいたいということがプライバシー権の中身とし

て言われるようになってきたものである。

なお、人は死んだ後、忘れ去られることで2度死ぬ、ともいう。忘れてくれるな、か。なかなか我儘な動物らしい。

「わいせつ」概念が漠然不明確 猥褻の定義は難しい。辞書的な定義は可能であるが、実際に、特定の写真集や映画が猥褻と言えるかを判定する基準となるものを確定することは難しいであろう(専任講師時代、学生にこの質問をしたら、あるとき、「……お下劣な……」という答えが返ってきたことがある。面白いのでバカバカの評価と共に+10点)。被写体が若いから、全裸に近いから猥褻かと言えばそういうものでもない。結局、定義的な行為は虚しく、曖昧漠然なので文面違憲という主張に一理がある。そして、その先は、大島渚監督の「猥褻なぜ悪い」となる。

**囚われの聴衆** 見ざるを得ない場所に見たくないものがある場合、これを見ざるを得ない人を、視覚なのであるが、こう呼ぶ。無論、構造上は、聴覚に関しても同じであり、車内放送を聞く満員電車の乗客はこれである。

一般にこの議論は猥褻的表現の文脈でなされることが多い。大学の正門の真ん前にあるポルノ映画の広告の看板のようなものが典型例である。多分、ポルノ映画がホラー映画に代わっても話は同じであろう。

問題はこれをもう少し一般化できるか、である。例えば、あなたが嫌いな政治家のポスターがあった場合である。あなただけではダメだ、殆どの人が、でなければダメだということになると、人気のない政策や政治家・政党のポスターだけが禁止できることとなり、思想相互間で差別が生じる。それができないのは政治的言論だから、という説明をすると、では、政治的言論は非政治的言論よりも価値が高いので、規制が認め難い(通常の憲法学の用語で言えば、司法審査基準の厳格度が高い、もしくは絶対的に禁じられる)ということなのかという価値論争に戻ってしまう(無論、大看板は私有地にあるのだから、私人の財産権の規制は難しい、というのでは、ポルノ映画

の看板のケースとの区別ができない)。表現の価値に上下があるからではなく、生首の絵などは表現の性質が殆どの人にとって刺激的だから、というのが無難な説明であろうが、同様に、多くの人が目を背ける過激な政治思想だったらどうなのか、という疑問は残る。性質論は、個別具体的な、解釈者の価値判断に流れ、いわゆる裸の利益衡量に墮する危険もある。難しい。

#### (4) 表現内容中立規制

**北見街頭演説事件** (最判昭35・3・3刑集14巻3号253頁) 1950年代の北海道北見駅近くの繁華街での街頭演説規制が交通安全目的で合憲とされた事件である。見逃しがちな判決である。この地方の出身の方には申し訳ないが、事件はバブル全盛期の新宿駅西口で起きたわけではない。1950年代の北見は網走より小さな街だった筈で、果たしてどれだけの自動車が走っていたのか(但し、安全運転教育はまだ未熟で、交通事故死も多かったとは言えるが、それなら規制先が違う)。1台の車を使っての演説がどれだけの実害があったのか。この事件もまた、あまり望ましくない政治的主張を規制する目的で生じたものではないか、との疑念を拭えない。

#### (5) 情報公開

**情報公開条例・要綱** 横浜国立大学では、情報公開条例を都道府県レベルで最初に作ったのは神奈川県で、時の知事は長洲一二だよ、と教えている(長洲は横浜高商出身、元横浜国立大学教授であるので)。「地方の時代」も彼の言葉である。美濃部都政の研究はいろいろあるが、20年に及び、最後はオール与党体制となった長洲県政の行政学的検討をあまり見ない。革新自治体の成立の要因とその退潮理由の分析は必要だが、

### 5 集会・結社の自由

#### (2) 集会の自由

**皇居外苑使用不許可事件** (最大判昭28・12・23民集7巻13号1561頁) 学習が進んだ方にはご存知の通りであろうが、ムートの法理の代表的判例である。メーデーは本来5月1日であり(近年、軟弱?になって、ゴールデン・ウィーク前の4月

28日あたりに行くことが多くなった)、それを超えて、例えば5月5日に開催してよいと言われても、それはただの「こどもの日」の集会である。こうして、毎年毎年、判決が5月1日に間に合わないとして却下判決を下し続けると、集会の自由の侵害を救済できないという事態に陥るため、「繰り返されるが審理を免れる場合」には実体判断に進んでよいとする判例理論がアメリカで生じたわけである。女性の妊娠中絶を憲法上の権利だとする連邦最高裁判決(Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973))で、この理屈から実体判断が下されている。

### 6 信教の自由

#### (1) 保護の意義と歴史的経緯

(統編の「絵踏み」の補足) こういったことは印象からも間違いないのであるが、県別の宗派状況の統計(「都道府県民の信仰」 <https://honkawa2.sakurane.jp/7770.html> (2024年2月4日閲覧) 各県16歳以上900人を対象とした1996年の個人面接調査による)があり、数字としても確認できる。北陸3県が浄土宗・浄土真宗系でほぼ4割を占めて突出していること、広島もほぼ同じ状況であることが目を引く。一般に、宗教があると回答した(宗教人口)割合が東日本で低く、長野・静岡で上がり、愛知以西で高い傾向にあり、その差がほぼ丸々浄土宗・浄土真宗系の割合なのである(例えば、千葉の宗教人口は18.5%で浄土宗・浄土真宗系は4.5%だが、滋賀の宗教人口は34.3%で浄土宗・浄土真宗系は26.7%など)。沖縄の宗教人口の割合が低い(7.8%)のも興味深い。高知が西日本で突出して低い(23.7%)のも興味深い。以前、森本益之先生(刑事法、長く島根大学にお勤めだった)から、松江と高知では西日本の県庁所在地で人口規模も似ているのに、犯罪率が大きく違う、どうも、江戸時代に譜代大名だったところと外様大名だったところでも文化も違うからではないか(確かに、明治以降は150年程度だが、江戸時代は約270年と長いのである)、という御説を拝聴したことがあったが、単なる数量的処理では見えない日本が見える話で興味深い。

### (3) 政教分離原則

信教の自由と同様に広汎に解するとおよそ何でも政教分離違反となり、しばしば、国が宗教活動を行うことは、個々人の信教の自由に応えるものだという反駁もある(アメリカだって、大統領就任式では、今のところ全員クリスチャンなので、聖書に手をやるではないか、と)。しかし、それを言い出せば、他の宗教の信者や無宗教の人の信教の自由の侵害であり、また、憲法が政教分離原則を謳う意味がなくなる。また、慰霊行事は霊の存在を前提にしており、宗教性を排除できないから、政教分離原則の貫徹には無理がある、という反論もあろうが、だからと言って特定宗教の儀式を行うことはできず、政教分離原則の場合の「教」とは、特定宗教・特定教団に力点があり、できる限り特定宗教色を抜くということの徹底にあるのであろう。このため、国公立の霊園や慰霊碑は無宗教を前提に許容でき、それにも拘らず、特定宗教宗派に寄った行事を国や公共団体が行うことはやはり違憲であろう。

**絶対的基準説** 法律学の世界では、「絶対」を語る説は維持できないケースが多い。津地鎮祭訴訟二審判決(名古屋高判昭46・5・14行集22巻5号680頁)の「超自然的、超人間の本質(すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかんずく神、仏、霊等)の存在を確信し、畏敬崇拜する心情と行為」という定義によると、この世をパラダイスにしようという宗教もあるのに、その定義からは「宗教」ではなくなる。逆に、子どもが戦隊ヒーローものを見る行為、ドラえもんの秘密道具を待つ行為、プロレスファンが最後の5分でアントニオ猪木の逆転勝利を祈ること(時代劇マニアの「桃太郎侍」鑑賞も同じ)などは宗教と考えねばならなくなる。そこで、曖昧であり、人によって同じ事案の結論が異なる欠点を承知で、目的効果基準が通説になったことはやむを得まい。精神的自由に関する制度的保障であり、厳格に用いる(津地鎮祭訴訟最高裁判決少数意見)のが、筋が通っている。実際、近年の最高裁の、ささやかな宗教行為も違憲という判断の蓄

積は、実は静かなる判例変更にも見える。

**富士山頂贈与事件**(最判昭49・4・9判時740号42頁) 富士山頂は富士山本宮浅間神社のものとなり、山梨と静岡の県境が不鮮明だ。両県は、富士山は自分のものと言い張っている。

**国の政教分離違反の争い方** 那覇孔子廟訴訟最高裁判決(最大判令3・2・24民集75巻2号29頁)などを見ると、最高裁も政教分離原則についてかなり厳格になってきた印象である。神道や仏教、キリスト教は明らかな宗教だろうが、儒教は宗教なのか、微妙なところがある。要は孔子の言葉をよく信じることなのだから、周囲にあるちょっとした人の神格化(引退した徳勝龍が北の湖親方の「お前は左四つだな」を無条件に信じたような)の特別版のようにも思える。これでもダメ、神懸っていればダメというのが興味深い。憲法を、伝統的宗教と新興宗教を差別なく適用しようとするれば、そして、精神的自由の保障が厳格審査ベースであることを前提とすれば、このような厳し目の解釈に達するのはやむを得ないことのような気がする。

事案は地方自治体だから違憲判決となったようでもあり、国が政教分離違反を行っても、適切な原告が適切な訴訟形態で裁判を遂行しにくいので違憲判決に至らないだけだとも言えよう。特に、国の敷地での若干でも宗教的と見える活動は避けた方が無難である。国立大学の敷地内にいろいろな碑があるが、顕彰する、歴史を語るのはよいが、誰某を神格化するような儀式が始まると、危ない。この場合、無理やり参加させられた教職員が精神的苦痛を理由に行政訴訟を起こすことはできるであろうから、憲法判断に及ぶ道筋ができよう。公人による民間の宗教施設への参拝などでも、それによって何らかの権利利益を侵害された人があれば、同じであろう。宗教的人格権で訴えるのは内容が不明で難があったが、物理的な損害を被った人がいる例であれば、裁判所は憲法判断に踏み込めるであろう。私見は、精神的自由の制度的保障の場面では、却下判決であっても憲法判断を示す

義務が裁判所にはあると思うのであるが、現時点では少数無力説なので、別の知恵を示した。

## 7 学問の自由

### (3) 大学の自治

**教学** 経営と教学は異なる。大学の自治の本丸は教学の自治の方である。経営の方は、私学であれば学校法人ということになるが、こちらは法人格の問題であり、憲法23条プロパーの問題ではない。そして、ワンマン理事長の、学部の教育方針・採用人事への過剰な口出しは、教学の自治が侵されたという意味で「大学の自治」の侵害に当たる。

なお、従来の理解は「大学の自治」の核心は学部自治の保障、就中、教授会自治の保障にあるとされてきたが、学園紛争後、教員組織と学生組織の分断を狙ってか、両者を別にした大学があり得ることになり（学生組織は学群・学類、教員組織は系・学域とする筑波大学を端緒に）、大学院生は「学府」所属だが教員は「研究院」所属ということになっている。確かに、学部や研究科の改廃は大学経営に関わることであり、学部の再編が「大学の自治」の観点から一切許されないとするのは無理かもしれない。このことは、大学組織として見た場合、「大学の自治」は保障されていたとしても学長コーナーの寡頭支配が強まるということである（一般的に、教授会が時間短縮となり、一般教員の研究時間が確保される、とはなっていない。それは何故か。諸君も考えて見られたい（星野英一風））。

## 第9章 経済的自由

### 1 総説

#### (1) 近代市民革命と自由国家

**貨幣経済** 以前、国家の通貨発行権は、憲法上、別に「国家」だから当然に有するというものではなく、もともと有力銀行が発行していた銀行券が統一され、その発行を日本銀行が独占するに至ったものと説明したことがある（君塚正臣『司法権・憲法訴訟論下』（法律文化社、2018）所収）。憲法は、例えば、日本の東西で通貨制度

が異なって、関ヶ原で両替をするようなことを禁じているわけではない。ただ、そんな面倒なことは普通しないということだ。また、どこかの国（例えば韓国）と通貨を共通にするとか、いっそ何らかの通貨（例えば米ドル、人民元、ビットコイン）に任せるのに、憲法改正が必要には見えない。憲法（基本法）で自らの通貨発行権を規定していたドイツは、ユーロ導入の際には憲法改正が必要となり、抵触する条文を改正して丸く収めたのである。

#### (2) 貧富の差の解消と福祉国家

**ケインズ経済学** 以前、『高校から大学への法学』（君塚正臣編、法律文化社、2009）の前書きで、大野忠男訳の文章（『人物評伝』（東洋経済新報社、1980）を、根井雅弘『ケインズを学ぶ』（講談社、1996）より引用して、ケインズの以下の言葉を紹介したことがある。二番煎じだが、再引用する。「経済学の研究には、なんらかの人並外れて高次の専門的資質が必要とされるようには見えない。……それなのにすぐれた経済学者、いな有能な経済学者すら、類まれな存在なのである。……こういうパラドックスの説明は、おそらく、経済学の大家はもろもろの資質のまれなる組合せを持ち合わせていなければならない、ということのうちに見出されるであろう。……彼はある程度まで、数学者で、歴史家で、政治家で、哲学者でなければならない。彼は記号論も分かるし、言葉も話さなければならない。彼は普遍的な見地から特殊を考察し、抽象と具体を同じ思考の中で取り扱わなければならない。」

この趣旨が法律学でも共通する、多分に社会科学では共通するではないか。このことが、本書前書きにおける、近時の“人文主義”的憲法学への拒絶感に表れた。領いて頂ける方が一人でも多くあることを願う。

ただの連想ゲームだが、堀内孝雄&ケインズというユニットがあったな（「逆光線（ソニアのテーマ）」（1984年）など）。

#### 2 居住・移転・国籍離脱の自由

### (3) 国籍離脱の自由

**マルタ騎士団** 国際法を学ぶと出てくる、国土を持たない国家。十字軍時代のエルサレム発祥の聖ヨハネ騎士団に始まり、マルタ島などの本来の領土を喪失したカトリック教会の騎士修道会。国連やEUにオブザーバーを派遣しているほか、かなりの数の国と国交を樹立している。元首もちゃんという。

## 3 職業選択の自由・財産権

### (2) 財産権

**大きな財産** この議論は一時流行した。「大きな財産」規制は緩やかに認め易く、個人が生活に必要な「小さな財産」の規制は厳格に判断し、基本的には、安易に認めるべきではないとする理屈である。しかし、何が大きく小さいかの判定は難しい。大地主や大金持ちにとっては「大きな財産」であるものが、貧乏人からすると「小さな財産」になる、つまりは人による経済状態によるとなると、ますます判断が難しい。一応、憲法判断である。こういった難点から、このような説は現在では有力ではなくなった。

**文化財保護法 43条** この話を最初に聞いたのは白川郷である。合掌造の建物は個人所有だが、保存が指定され、無届での改築はおろか修理も難しい。貧乏な我が家も改築できないでいると、「高度経済成長期の武蔵野台地の典型的な一戸建て」か何かに指定され、改築できなくなる危険もある。

### (3) 自由国家的規制と社会国家的制約

**経済規制に対する司法審査基準を総じて中間審査とする見解** この見解は、経済的自由の自由国家的規制については、多くの学説も判例もせつかく中間審査をすることで来たのに、規制目的二分論が無理だからとして司法審査基準を下げ、司法の力を削ぐ必要はないという心情に支えられていよう。

しかし、この見解は、当然に社会権規制では中間審査を主張するであろうから、合理性の基準が妥当する領域が殆どなくなることになる。二重の基準が厳格審査と中間審査に収斂す

るのは人権擁護的なものかもしれないが、民主主義国家における議会の役割をどう考えるのか、割り切れないものが残るほか、下位の司法審査基準を中間審査と呼び続けるのも違和感がある。

**民法典への信頼** これを重視する見解は、ローマ法以来の私法の一般原則の安定感への信頼と、日本における法制審議会でもエライ先生方による十分に採られた議論の成果への信頼があるように思える。

しかし、建前は、憲法は全ての法律の上位法であって、民法や刑法でも、特殊な分野の特例法であっても同じであろう。民法の一般原則はローマ以来、つまりは中世や近代の常識によるもので、日本国憲法の拠って立つ現代の常識と齟齬があるかもしれない。また、家族法について言えば、戦後、全面改正して、これで大丈夫としていたものについてかなりの違憲判決や、憲法的価値との不適合からの改正を多く見た段階では、安易にその見解を認めるわけにもいかない気がする。要は、財産法分野の法令は合理性の基準で判断するので、違憲という結論となることは稀である、ということであろう。この点は、公法に属する租税法の課税対象や税率に関する事項でも同じではなからうか(税法分野が技術的法領域だから司法審査基準が緩やか、というわけではなからう)。

## 第10章 社会権

### 2 生存権

#### (1) 保護の意義

**GHQ(連合国軍最高司令官総司令部)草案(マッカーサー草案)の個別の社会権の規定** ベアテ・シロタ・ゴードンが、家族に関する23条(日本国憲法では24条)に続き、24条(日本国憲法では25条に纏められたもの)も原案を作ったとされる。共に細かい。前者は「家族ハ人類社会ノ基底ニシテ其ノ伝統ハ善カレ悪シカレ国民ニ滲透ス婚姻ハ男女両性ノ法律上及社会上ノ争フ可カラサル平等ノ上ニ存シ両親ノ強要ノ代リニ相互

同意の上ニ基礎ツケラレ且男性支配ノ代リニ協力ニ依リ維持セラルヘシ此等ノ原則ニ反スル諸法律ハ廃止セラレ配偶ノ選択、財産権、相続、住所ノ選定、離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ヲ個人ノ威厳及両性ノ本質的平等ニ立脚スル他ノ法律ヲ以テ之ニ代フヘシ」。後者は1項が「有ラユル生活範囲ニ於テ法律ハ社会的福祉、自由、正義及民主主義ノ向上發展ノ為ニ立案セラルヘシ」で、以下、「無償、普遍的且強制的ナル教育ヲ設立スヘシ」、「児童ノ私利的酷使ハ之ヲ禁止スヘシ」、「公共衛生ヲ改善スヘシ」、「社会的安寧ヲ計ルヘシ」、「労働条件、賃銀及勤務時間ノ規準ヲ定ムヘシ」。当時、イエ制度がいかにか君臨していたか、結核が不治の病であったか、などに思いを馳せたい。また、原案を見る限り、24条は政策指針のように見える。大雑把に「権利」と書き換えられたことで何が変化するのか、解釈上の難しい問題である。

なお、この2カ条が大きく違っていることなどが、日本国憲法制定に日本側の意思が相当入っている（単なる「押し付け憲法」ではない）証拠でもある。

## (2) 内容と法的性格

25条1項の問題が特に生存に関わることを理由に、立法府に広い裁量を認めることに反対し、中間審査（厳格な合理性の基準）が妥当するという見解。通説の見解は、権利性について抽象的権利説を選択し、司法審査基準について中間審査を選択した、つまりは両方とも中庸とも言えるが、妥協に妥協を重ねた説とも言える。理論的な正当化根拠が乏しいこともさりながら、実際、給付水準が低いとして憲法25条を頼って訴えを起こしたとき、この説で原告有利の結論を得られるかも疑わしいという実践的問題もあるのではないだろうか。抽象的権利ということは、現存する法律の水準を憲法上の保障範囲とするのがやっとなという筈であるから、その救済水準を違憲とすることがそもそも難しい上、実質的関連性があれば憲法上の要件はクリアできるのであるから、まずまずの水準であるもの

を違憲という立証も難しい。結局、ムード的理解の産物であり、憲法上の権利というものは具体的権利であるとした上で、本条が経済的権利であるため合理性の基準が妥当するとし、生命の危険に晒すような法令は著しく不合理で違憲とする余地があると考えべき（あるいは、故意・重過失の立法の不作為などの状況であれば、端的に憲法13条の生命権侵害）だったのではないだろうか。

（続編の「朝日訴訟」の補足）本件事案は、このように、原告死亡のため裁判打切りで終了したのであるが、生存権裁判で請求したものが金銭的なものであるならば、（未払いの給与の請求権や交通事故死の本人慰謝料のように）請求権は相続できるのではないかと、との疑問もある。

## 3 教育を受ける権利

### (2) 内容と法的性格

（続編の「高校無償化法」の補足）2010年のこの法律により、高校教育の無償化が立法によって可能なことが判明し、このことを実現するために憲法改正が不要なことも判明した（なお、念のため、大学教育の無償化を図ろうとする場合も同様のことが言える）。結果、うちは貧乏なので公立にしか行かせられないよ、という親の抗弁が通じにくくなり、私立高校の入試偏差値が相対的に上がることとなった。

これは、事実上、高校が全入になっている状況だから生じることであり、大学について無償化を行ったとき、同じことが起きるかは微妙である。本当に貧乏であれば、授業料がかからなくとも大学に行かず働いてくれ、ということになるであろうし、大学を出ただけの見返りが期待できない場合（当該大学学部の当該成績での卒業が給与に反映しないなど）もあるから、現状では、端的に、お金持ちのバカ息子（娘）がほぼタダで4年間ぼうっとする効用ばかりが目立つ危険もある。奨学金制度の充実や、採用する優秀な学生については企業が過去の授業料を肩代わりするような制度を考えた方が、教育機会の実質的公平と隠れた能力の活性化に役立つ、ということはないだろうか。

以前調べたこと(君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社, 1996)所収)だが、戦後のベビーブーム世代が高校進学を控えた時期に、大量の私立高校が誕生し、その受け皿として多くの私立短大(殆どは女子短大)が生まれたのである。これが、日本型雇用体系(理念としての男子終身雇用)と主婦婚(女子は短大進学者が4年制大学進学者を長く上回っており、今や公序良俗違反の結婚退職制・自若年定年制があった)を支えた。これが崩れると、短大の多くは4年制大学に改組したが、女子大の閉鎖や共学化も目立つ昨今である。

#### 4 労働基本権・勤労権

##### (2) 労働基本権

(統編の「労働組合法」の補足) 労働紛争と言えば労働組合と企業との対決という時代が終わろうとしているのか、労働基準法などの違反を問う事案が増え、都道府県労働委員会もこういったものの窓口を設けたが、労働審判制度が安定的に運用され、こちらの救済はすっかり裁判所の仕事となっている。個別的労働関係法優位はさらに進んでいるが、高い給料をよこせ、というのは労働組合法の世界であって、国家法の庇護の下、労組はひ弱になっているとも言えなくもない。

### 第12章 参政権

#### 1 選挙権・被選挙権

##### (3) 限界・制約

**被選挙権年齢** 衆議院議員は25歳で参議院議員は30歳である。この5歳差は何であるか(市長と県知事の差も不思議だが、後者の方が広域行政なので、まだ解らないでもない)。参議院は、良識の府として慎重に議論を進めるためだ、などと言われても、裏を返せば、衆議院は軽率でいいと言っているようなもので、解せない。

北欧などでは被選挙権年齢も18歳である。選挙権年齢が18歳になっても被選挙権年齢が25歳や30歳のままでは若者の政治離れが続く、という声も聞かすが、他方、被選挙権年齢を18歳にすると喜ぶのはいわゆる政治家一族で

あって、困った2世議員ばかり増えるのではないか、という予感もないではないのである。

##### (4) 選挙の基本原則

(統編の「議員定数不均衡」の補足) このように、日本の人口バランスは変化している。1877(明治10)年の人口1位は石川県(約181万人。但し、富山県・福井県嶺北を含む「大石川県」)、1886年は新潟県(約165万人)で、日本が農業国だったことを彷彿とさせる。1945年は北海道(約351万人)で、疎開の影響である。市町村レベルでも、昭和の初めは200万人を超えた大阪市が東京市を人口で上回っていた。1932(昭和7)年に現在の江戸川区、葛飾区、足立区、荒川区、北区、豊島区、板橋区、練馬区、杉並区、中野区、目黒区、大田区及び世田谷区の大半や、新宿区や江東区などの約半分など、元の東京市の周辺の広域、1936年に世田谷区砧・千歳地区を編入し、逆転が始まる。因みに、早稲田大学も慶應義塾大学も東京教育大学(現・筑波大学)やお茶の水女子大学も元の東京市の縁にあり、大学はその時点での東京の縁にできる(明治初めの東京大学が「本郷も兼康<sup>かねやす</sup>までが江戸の内」の本郷、高度経済成長後の中央大学が八王子など)法則はある。

### 第3部 統治機構

### 第13章 統治機構総論

#### 1 国民主権

##### (3) 国民が主権を有するというものの意味

**根本規範** 根本規範があるという人は、人々(後に憲法制定権力と評価されるもの)が社会契約(後に憲法と評価されるもの)をする前に、それによって揺るがない規範があると主張するのであるが、それが何であるかは確定できない。無論、「ねもとちかひ」という人名ではない。

##### (4) 有権者団としての国民

**半代表制** 樋口陽一はこれをプーブル主権寄りの修正であると評するが、杉原泰雄は、これはナシオン主権に変わりがないとして批判する。ナシオン主権説に立つならば、現代国家における習性の一つとしての普通選挙制度導入に

よる、主権原理の表れ方の変化だと捉えるのではない。原理論は兎も角、日本国憲法がどのような代表観を提示しているか、である。

### (5) 有権者団と選挙

**勝者総取り** アメリカの大統領選挙人選挙は、一般に各州勝者総取り方式となっている。そう決めなくてもいいのだが、その方が自州の選挙結果のインパクトを強められるので、殆どの州はそう決めてしまう（数少ない州は、下院の選挙区・上院の選挙区＝全州毎に選挙人を決める方式）のである。選挙人の数は州の上院議員と下院議員の数の和であるので、その意味では小州の方が相対的に過剰代表となる。ただ、大きな州をどちらが制するかが決定的なこともあるので、各陣営の働きかけはどちらかと言えば大州中心になり易い。とは言え、選挙毎に民主・共和両党の候補の間で揺れるスウィング・ステイトに関心が寄るのは、この選挙制度の宿命である。

二大政党は中央の意見を獲得するため、接近し、似てくると言われていたが、世論が割れると、憎悪し合う分断軸にもなりかねない。以前、イギリスの保守党と労働党は、もともと名望家政党・ブルジョア政党と大衆政党・無産政党であったにも拘らず、中間層の獲得のために政策が接近し、大差なくなってきたと言われていた。小選挙区制で争われる下院議員選挙でも、ロンドン周辺の浮動票の多い幾つかの選挙区の勝敗が雌雄を決するとも言われていた。ところが、近年、難民問題や経済的地盤沈下をEUのせいだとする保守派が保守党に結集すると、ロンドン周辺以外のイングランドは保守党の岩盤となり、スコットランドは、それならば大英帝国から独立してやるというスコットランド国民党が議席を独占し始め、相対的に労働党が沈むという事態が発生してきている（小選挙区制なので、次の総選挙では大逆転もあるのかもしれないが、やはり保守党優位の構造である）。そうして、二大政党が抜き差しならない対立軸になってきている。アメリカの民主・共和両党も、トランプ現象による共和党の変質（まさにヤンキー化する共和

党！）のため、同じような現象が起きている（小州が過剰代表の傾向があり、中部・南部で強い共和党がやや優位で、中西部のラスト・ベルト＝錆びついた工業地帯の選挙結果が左右する）。日本も、1990年代は社会党の衰退と新党ブームで新たな中道政党にいずれ纏まり、自民党も河野洋平総裁の下、中道寄りになるのではないかという予測もあった。しかし、現状は、立憲民主党は選挙戦略上、野党（主として左派）共闘に寄る傾向があり、自民党は安倍派優位の右派政党と化しており（自民党優位）、大雑把には英米と似た傾向である。

### 2 権力分立・法の支配

（統編の「独立行政機関」の補足） 戦後、削減傾向にあるという教科書の記載もよく目にする。国レベルではGHQの占領が終わって一気に削減されたがその後は増減を繰り返すものの減っているわけではなく、地方レベルでは当初のものが目立って廃止されたわけではない。どうも、増えるときは与野党伯仲か「ねじれ国会」であることが多いようだ。2012年、原子力規制委員会が設立され、その委員長が認証官となっているのはその表れであろう（他面、独立行政委員会の設立は政治的で、気まぐれで、制度的統一性に欠けるとも言える）。

（統編の「半大統領制」の補足） フランスでこの制度が誕生したのは、戦後、第4共和制の下、伝統的に議会、特に左右両派が強く、少数の中道政党をそれぞれが巻き込んだ政権闘争が続き、内閣が弱体化し、アルジェリア独立運動に対処できなかったことがあって、ド＝ゴールが大統領権限強化を求めたこと（その方向での憲法改正を首相就任の条件とした）にある。ときに、コアビタシオン（大統領と首相が左派・右派で異なる）が生じたが、ミッテランとシラクが強かだったからか、多くの人は慣れてしまった。

## 第14章 国会

### 1 国会の性格・地位

**身分制議会** この伝統を引き摺っているの、先進国の議会は貴族がいなくとも二院制な

のである。アメリカで、連邦議会が二院制である理由は連邦制ではあるが、ネブラスカ(一院制)以外の州議会についてその理由は通用せず、そういう惰性なのであろう。

### (1) 国民代表機関性

**ワシントンの訣別演説** ワシントンは大統領3期目を辞退して、その際、徒党をやめてアメリカのために団結せよと訴えた。そうは言っても、3人寄れば派閥ができる、というのが人間社会。議会制民主主義に政党は欠かせない。

## 2 国会の組織・構成・活動

### (1) 二院制

**世論調査** 内閣支持率や政党支持率が各社で違うのは何故か。無論、インタビュアーに好意的な回答をしたがる傾向が一般的にあり、進歩的なメディアほど保守的な政権の支持率が低くなるという傾向はあろう。それよりも大きいのは、回答に迷った相手に、「どちらかといえば支持しますか」と聞くか聞かないかである。聞かなければ、支持率も不支持率も低くなる。このため、支持率の推移は、同じ社のものを時系列的に見なければならぬ。そして、内閣支持率がほぼ各社30%を割り込むと、「危険水域」(首相を変えなければ次の選挙が危ない)だとされる。

**第二院で相対的に比例代表制に近い、もしくは比例代表優位の選挙制度が採られれば** 議院内閣制の下での第一院(下院)は政権選択の役割があり、単純比例代表は難しい。憲法が「全国民の代表」と謳っているため、小選挙区制が理想というのとも違う気がする。第一院は、政権選択ができればいいとすれば、小選挙区制でなければならないわけではない。現に、現在の小選挙区比例代表並立制は、2つの政党グループの何れかを選択する仕組みになっており、第一院の役割を果たしていると言えよう(比例代表制の割合が高まれば、連立第2党以下の発言力が高まり、あまりに高めると連立離脱カードが安易に切り出せることになるので、限度はあろう)。

これに対し、政権選択と無関係な第二院については純粋に「全国民の代表」であるべきとい

うのが憲法の要請であり、原則、大選挙区制や全国一区の比例代表制などを考えるべきであろう(首長を直接選挙で選ぶ地方議会議員選挙もそうであろう)。参議院は地域代表(特に県代表)であるべきだという意見も強そうだが、果たして憲法の要請と言えるだろうか。議員定数不均衡を認めてもある地域に過剰代表を認める理由はなさそうであるし、国会の総意にはある地域の絶対反対がないことが大事だとしても、それは参議院議員選挙の一部を地域ブロック(九州、東北、北関東など)の大選挙区制にすれば足りることである。そうすることで、政権は衆議院議員総選挙でほぼ確実に決まるが、法律の制定には参議院の可決を十分条件とし、国民過半数の賛成を擬制する形にしているのではなかろうか。決して、県境を超えた合区は嫌だとかいう話ではあるまい(但し、選挙管理を各県か総務省とするかの問題は発生する)。

**両院の権限を分配する** 二院制であれば、アメリカのように衆議院と参議院の役割を分けるのも一手である。条約締結の承認や独立行政委員会委員の承認などは参議院優位にするなどであろう。しかし、そのためには憲法改正が必要であろう。だが、もし参議院の権限強化を含むのであれば選挙制度などの縛りが必要であろうし、権限削減を含むとすれば参議院が抵抗するであろう。憲法改正は難しい。その意味では、一つの理想は理想として、憲法上は衆議院の優越と言いながら立法に関しては衆参が対等に近い以上、そうであれば議員定数不均衡を糺すなど、適切な選挙制度を考えるべきであろう。

### (3) 活動

**緊急集会** 衆議院が欠けているので、「国会」と呼べない。今では、何だか、暴走族の集会のようだが……。

## 4 立法以外の国会の権能

### (1) 財政

(正編の「私学助成」の補足) 私学助成制度を違憲とする説は国公立大学の教員ばかりだ、とも言われる。立場がモノを言う？

## (2) 外交

**国際法・国内法二元論** 国内法と国際法は異次元であることになり、優劣は決せないというのが理論的には妥当である。だが、実際には、国会で条約の事後承認を得られなかったとき、内閣は股裂き状態となり、どちらかを破ることとなる。実は、事前承認なしに締結した条約についても、国際法上有効・国内法上無効という結論になる筈であり、実際に行えば、非常識だと非難轟々ながら、同様の問題が発生してしまう。このため、条約法に関するウィーン条約を殆どの国が締結し、こういった問題を立法的に解決することが肝要である。また、日本国憲法が、条約の承認に衆議院の優越を認めているのは、衆議院の多数と内閣が通常一致することを前提に、国会承認が得られないことを避けようとしているものと考えられる。

## (4) 弾劾裁判所設置

**弾劾裁判所** 弾劾裁判所で罷免が決まった裁判官は法曹資格も剥奪され、弁護士業務もできない。他方、弁護士会が強制加入団体であるのは、弁護士の資格については国の機関ではなく弁護士組織の自主性に委ねるべきだから（もしも、裁判所や法務省がその資格の剥奪をできるのだとすれば、真っ先に、国を相手に勝訴を勝ち取る辣腕弁護士の資格を奪おうとするであろうから）と説明されるのであれば、弾劾裁判はあくまでも裁判官としての不適格を決めるべきもので、弁護士登録を認めるべきかどうかは弁護士会が決めるものではないかとも思える。もしも、それでも法曹資格剥奪とする制度を許容するのであれば、裁判官を弾劾できるのは、およそ全ての弁護士会が弁護士登録を認めないような非行や違法行為を裁判官が行ったときと、絞って考えるべきように思える。

## 6 議員の特権

**議員特権** 以前、予想外に当選して喜び過ぎたのか、「料亭に行けるんですよ」と発言した人がいたが、このような「特権」は憲法の保障するものではない（無論、グリーン車移動もそうだが、その意味は警備上の理由も大きいのではないか）。

が、その意味は警備上の理由も大きいのではないか）。

## (1) 不逮捕特権

**不逮捕特権** この制度に反対する意見が近年多くなっている。しかし、最近韓国で、検察が、検察改革をしようとした与党議員を取り調べるなどしたことがあった。議員にも汚職などがあったように報じられてはいるが、巨大な官僚組織を守るため、民選の議員に圧力をかける危険は捨象できない。個別案件における不逮捕特権の是非は民意に任ずとして、制度自体は必要ではないか。

## 第15章 内閣

### 1 内閣の性格・地位

#### (1) 内閣制度の概要

**内閣総理大臣の指名が衆参で異なった例** 憲法の規定で、衆議院の優越が突出している場面であるので、野党側が結束しても参議院の議決が優位することはあり得ない。あり得ないが、わざわざ指名するのは、その時点でなかなか生じない「ねじれ国会」が発生しており、政権交代が近いことを有権者にアピールする政治的意味があるからである。本書で取り上げた殆どの例で、その後、政権交代がなされている。例外は1989年だけで、社会党（例外と記したのは、1993年総選挙でその果実を得たのは幾つかの新党の方で、社会党はこのとき大敗したから。また、村山政権をそう呼ぶことは難しい）が土井たか子（TBS「クイズダービー」ゲスト解答者の連勝記録という不思議な記録を持っている）を党首にしたまま路線変更するのではなく、土井を下ろして路線変更しなかったことが多分に原因である（あとは、1990年総選挙で中途半端に勝ち過ぎて、他の野党の議席を減らして恨みを買ったことか）。

#### (2) 議院内閣制

**内閣の変遷（誰の信頼を要するか）** この表は、フランスの半大統領制を民主制二元型と位置付けたあたりで樋口陽一の受け売りである。ただ、樋口は、議院内閣制を民主制一元型としたのだが、大統領制を視野に入れておらず、寧ろ

それを民主制専制的一元型とし、議院内閣制を民主制立憲的一元型とした。大統領制をそう評価してよいかは悩んだが、大統領制が機能しているのはアメリカだけだという皮肉がある(アメリカでも、南北戦争の最中、閣僚全員が反対してもリンカーン大統領が決定をなしたように、執行権の主体は独任制機関の大統領である)。アメリカは連邦制であり、権力分立が徹底している。実は大統領権限が限られているのである。選挙で選ばれた大統領が暴君・独裁者と化さないようにするには、あとは、半大統領制にするか、ドイツやイタリアのように象徴元首にして議院内閣制にしてしまうかであろう。その意味で、多くの新興国で独立の英雄が大統領として権力を奮い、その後継者の横暴が目に見えたところで、なるべく円満に移行することを考えるべきではないか。しばしば、「大統領型首相」への憧憬を口にする(まさか、ドイツが念頭にあるわけではあるまい)首相が日本でもいるが、不勉強か非立憲的なのではないか。それよりは議院内閣制が優れていまいか。

## 2 内閣・行政機関の組織・構成・活動

### (1) 内閣の組織

**主要閣僚を複数経験し、自民党幹事長を経験することが内閣総理大臣となる条件** このパターンが崩れるのは、まず、自民党が苦境に立たされて、選挙の顔となる人を兎に角総裁にしないといけなくなった場合であった(文相などを歴任した海部俊樹など)。次に、首相が突然亡くなるなどして、党内で合意できる後継者が選ばれたときである(社会党から移籍し、総務会長を記録的な年数歴任してきた鈴木善幸など)。あとは、国民の人気で総裁選挙に勝利した小泉純一郎(厚相、郵政相など、党三役ゼロ)で、彼による郵政解散を境に小選挙区比例代表制の効果が表れて、寡頭支配体制になるのである。

**副総理** 実は日本国憲法は、内閣のナンバー2に関する規定がない。もしものときにどうするか、規定がないのである。小淵恵三首相が倒れたのを教訓に、臨時代理をはじめから明確に

決めておく(殆どの場合、官房長官)ことが慣例となった。しかし、アメリカで副大統領を最初から決めておいたことは賢明だった(最初、大統領選挙で2位の者が就任することになっていたが、敵対する者が選ばれ易いので改正された)。多少は大統領の独裁性をセーブできるし、大統領が欠けたときのリザーブでもあるし、将来を見越して「帝王学」を教育することも重鎮を配して大統領の若気の至りを抑えることもあり、「副」を置くのは結構な知恵のような気がしている。

日本の内閣は、長く、誰か大物を無任所大臣(省庁等の長ではない国務大臣)か何かに抜擢して副総理格と呼ぶことが多かった。総理大臣にもしものことがあっても、アメリカとは異なり、内閣総辞職だから気にならなかったのかもしれないが、本当は考えておくべきだった。議会での着席順には大臣の序列(まるで中国や旧ソ連のようだが)がある(省庁の順でもない)。

### (2) 内閣の活動

**国士型官僚** 国士型官僚としては大蔵事務次官だった村上孝太郎も挙げておきたい。1971年の参議院議員通常選挙全国区に立候補、当時のヒット曲「走れコウタロー」(ソルティーシュガー、1970年、メンバーの山本厚太郎を嘲した歌であった)をテーマソングに当選するが、3カ月後に死去。52位の野末陳平が繰上げ当選した(因みに50位=最下位で当選した立川談志は、トリをとったと言っただけ)。官僚として勤め上げてからではなく、その途上で出馬する選択がその後増えているのは、日本が官僚主導から政治主導に変わってきたからだろうか。

### (3) 内閣と行政機関

**重要政策に関する会議** 大平正芳は首相になると、独善的に政策を進めるのは嫌だと言わんばかりに私的諮問機関を作った。私的諮問機関を多用した首相としては中曽根康弘も挙がるが、中曽根の場合、靖国懇や行革審など、既に結論ありきのことをいかにも政治的中立な専門家集団が答えを出したかのように利用した感が否めなかった。総理大臣の取り巻きが「私的」

というものかどうかと思え、であれば内閣府に公式の機関を設置してはどうかということとなる。しかし、安倍晋三は、それならとばかりに、公的にそれを押し通した感がある。

本書記載の通り、昔の総理府は権力のない役所であった。筆者は1997年7月から1998年3月まで、総理府にあった「男女共同参画に関する諸外国の基本法制等に関する調査研究会(基本法・公務部門)」の委員だったのであるが、その印象が実感できる。しかし、総理の府という名前が重いので格上の委員に見える効用もあり(?)、勝手に恐れ多く人もいた。

### 3 行政

#### (2) 行政権の帰属

司法試験管理委員会 行財政改革で本独立行政委員会が廃されたのは残念であった。どうやらより大きな人権に関する委員会を作る構想があり、それまでのものはそこにぶら下げればいい、という話だったのが、そちらが消滅してこちらも消えたらいい。司法試験の管理は裁判所、法務省、弁護士会を股に掛けたものであり、管理が法務省の下にあることは(行政効率はいいであろうが、統治機構の形としては)疑問が残る。

#### 4 一般行政事務以外の内閣の権能

##### (3) 衆議院の解散権

(統編の「ハプニング解散」の補足) 大平首相死去を受けて、内閣は総辞職した。衆議院解散中なので衆議院は存在しない。このため、参議院の緊急集会で首班指名をすることも憲法解釈上あり得たが(衆参同日選挙となったため、参議院議員の約半数が選挙中という事情もあった)、伊東正義内閣官房長官が内閣総理大臣臨時代理となり、職務執行内閣、いわゆる事務内閣を続け、総選挙後の特別国会で首班指名がなされるという経過を辿った。

## 第16章 裁判所

### 1 裁判所の性格・地位

行政裁判所 大日本帝国憲法下の行政裁判所を現代人の思う「裁判所」だと思いが誤りで、

各種行政機関が有する審判機能を一カ所に集めたもののように思ったほうが近そうである。裁くのは行政官なので、心情的にも行政機関の味方だろうし、これを高等裁判所などが再審査することがないとなれば、結論は見えていよう。しかも、この時代、官僚たちは天皇の下僕という、文字通りの錦の御旗を有していた。

そう言えば、戦前は「官僚」と言わず、「官吏」といった。筆者は1990年に専門学校の非常勤講師になったのだが、そのとき、老理事長さんがカンコウリと言われたのが何のことか咄嗟に解らなかったが、官公吏、国家公務員・地方公務員のことである。

### 2 裁判所の組織・構成・活動

#### (1) 裁判所制度

2013年に独占禁止法が改正され、昔、経済法で習ったときには、公正取引委員会は強力な独立行政委員会、その審決は、これを争うにも地裁を飛ばしていきなり東京高裁であることを誇っているように見えた。しかし、助け合いのカルテルなどを目ざしたい政財界も官界(就中、通産官僚)も公取委の強大さを嫌がっており、経済法学界などの抵抗も虚しく、最も強力な牙を抜かれた。

他方、公取委の審決は、自らの判断を、別の行政官とは言え、身内が再審査する制度であり、まさに江戸町奉行と同様の糺問の構造である。その審査は司法機関、第三者である裁判所の法的判断に委ねるほうが適正であろう。その意味では、こういった改正は、法の支配の実現の方向に世の中が歩んでいる道標なのではないか(君塚正臣「憲法・統治機構論的公正取引委員会論—それを典型的独立行政委員会とよいか」横浜国際社会科学 28巻3号23頁(2024))。他の行政審判もその方向であるべきではないか(君塚正臣「憲法・統治機構論的国税不服審判所論—それは準司法機関にすべきか—海難審判・特許無効審判との対比の中で」横浜法学 32巻1号271頁(2023)参照)。

#### (2) 構成

東京(1974年以降、千代田区隼町)に置かれて

いる 最高裁は、東京メトロの永田町駅からちょっと歩いたところにあるが、地番は隼町である。隣は(改修工事に入るところだが)国立劇場と国立演芸場である。昔、国立劇場と国立演芸場が、どちらが正面なのかを争ったときに、それは隣に聞けばいいという冗談があったらしいが(6代目三遊亭圓窓『ふてくされ人生学』(社会思想社、1972)参照)、事件は起きておらず、法解釈問題でもなく、そもそも最高裁は一審を受け付けないので、無理。

**最高裁の裁判官は計15名** 下級裁判所も含め、法廷で判断を下す裁判官の数は1名、3名、5名、15名と必ず奇数と決まっている。言うまでもないが、同数で結論が下せないことを回避するためである(裁判官に欠員が出るなどのケースがあるので、絶対ではないが)。弾劾裁判所の裁判官が14名と偶数なのは、衆参同数であることと、罷免の判決には3分の2以上の賛成が必要という決まりだからである。

ところで、東西冷戦時代、米ソは宇宙開発競争をしていたが、相談したわけでもなく双方が達した結論は2人乗りの宇宙船は作らなかった、ということである。宇宙空間で2人の意見が完全に割れると救いようがないからである。こういうとき、「芸能人格付けチェック」でも、誤った選択をわざわざしてしまうことが多い気がする(間違っている方が無知の強みで不思議な理由を強弁し、それに引き寄せられることが多い感じがする。このことは、民主主義を支える議論への信頼に翳りを感じることもある)。

**支部も現在それぞれ203カ所** 地裁支部や家裁出張所、簡裁の例は、川岸令和ほか『憲法』(青林書院、初版は2002)でも裁判所の章を担当しており、執筆しているのだが、改訂の度、書く度に都道府県を網羅するようにローテーションさせている。誰も気付かない細やかな気配りだが。

### 3 司法

#### (1) 定義と性格

**住民訴訟** 住民訴訟ができるのであれば、国

の違法な公金支出を争う「国民訴訟」を立法によって創出できるか。純粹学問的には「できる」が答えなのかもしれない。そうすれば、靖国訴訟(仙台高判平3・1・10行集42巻1号1頁など)で問題となった、誰が何を訴訟物として訴訟を提起できるのかという問題も解決できよう。しかし、そうなると、およそ財政支出を伴う問題は訴訟提起で起用し、そもそも立法行為の際には国会議員に歳費が出され、光熱費がかかっているのだから、およそ全ての法律の是非が争えることとなる。そうなると、政治的に敗北した側は誰でも、裁判所で延々と延長戦を戦えることになり、法廷に政治闘争が持ち込まれる危険がある。そして、賢明な方はお気づきであろうが、当該法令の合憲性を、具体的事件もないままに裁判所で争えることとなり、抽象的違憲審査制がなし崩し的に導入されることとなるのである。果たしてこれが日本国憲法の予定した「司法」か、疑問である。本書はこのような訴訟概念の創設に対して消極的である。

#### (2) 事件争訟性

**談合的訴訟** その典型例は、AがBに対して土地甲の所有権を巡る訴えを起こしたが、AとBは実は裏では仲良しで、本当の敵はCで、兎に角、この土地の所有者がCではなくAかBだという判決を得られればいい、というような事案である。裁判所がうかうかと確定判決を与えてはならない。

**仮定的争訟** その典型例は、もし夫婦喧嘩になったら私が正しいと言ってくれ、もし俺がヒーローだったなら悲しみを近づけやしないかどうか判断してくれ(仮定法過去完了)、などの訴訟である。ただ、発生の蓋然性があれば差止訴訟が可能であり、表現の自由の侵害の一部は文面審査が可能だと学説は主張している。

#### (3) 司法権の限界

**警察法改正無効事件判決**(最大判昭37・3・7民集16巻3号445頁) 議院の自律が問題となった事案である。裁判所は法律の中身を審査できるのだからその手続も当然に審査できる、という

のは理屈だが、そうなれば、議会の手続は全て裁判所の管理下に置かれる危険もある。なかなか難しいところだが、議員集団の理性と、まさに自律に委ねるべきことなのであろう。

とは言え、強行採決はよろしくない。議会は議論を尽くすところである。他方、あまりにそれを言えば、少数派の抵抗はエンドレスになりかねない。実際には、国会対策委員長会談などあって、裏取引もあり、少数派に大見得を切らせて数に勝る側は可決だけ勝ち取るものらしい。このために正しい(?) 強行採決のお作法というのがあるらしく、議長や委員長はまず座ってマイクを離さないようにした後、「打切り動議が提出されました賛成の諸君の起立を求めます起立多数よって本案は直ちに採決に入ります賛成の諸君の起立を求めます起立多数よって本案は可決されました本日はこれにて散会と致します」みたいなことを一気に喋るのである。しかし、このような場合、野党議員は一斉に議長席・委員長席に駆け寄るので全員立っているのである(◎覚道豊治)。どうも文明国の議会とは思えないのであるが、1960年安保改定以来の伝統芸となっている。

#### (4) 先例拘束力

(統編の「先例拘束力」の補足) 大陸法学者の誤解は、どうやらイギリスが以前、判例拘束力を絶対的なものと考えていたことが今でも続いていると思ひ、このようなものは論外だとしているあたりにあるようだが、イギリスがそうであったのは1966年までのことであり、現在はそうではない。仮に今でも「絶対」なのだとしたら異常なことであって、参考にならない。

#### (5) 陪審制・参審制

**付審判請求** このような制度があるのは、公務員同士傷を舐め合う結果、身内は八百長が多いということを懸念してのことである。特に、検察官と警察官は被疑者を有罪に持ち込む「同志」でもあるので、多少の悪事を見逃す恐れがあると作られた制度である。

(統編の「法科大学院」の補足) 世の中には旧

司法試験の時代に戻したいという願望があるようだが、「現代の科挙」とも言われ、青春の全てを賭けて臨まねばならない過酷な試験であったことを忘れるべきでない。「苦節十年」型を理想とせず、法科大学院進学予定分の法学部入試改革を進めたい(いつまでも、3教科穴埋め試験を信奉・墨守してはいけなからう)。

#### (6) 裁判の公開

**判決公判は絶対に公開** 判決公判が公開されないと、いつの間にか死刑判決が出て直ちに処刑されて誰も気付かないというような、暗黒裁判の典型が横行するからである。

#### 5 裁判官の独立

**裁判官の独立** 以前、裁判官の独立について論説(『司法権・憲法訴訟論上』(法律文化社、2018)所収)を書こうと資料集めをして気付いたのだが、このテーマでの特集は法律時報(法学セミナーも含む)に数多あるが、ジュリスト(論究ジュリスト、法学教室も含む)には殆どないのである。この辺りに、特集を考える編集委員の微妙なスタンスの違い、両誌の違いが見える。

#### (3) 下級裁判所裁判官の任命・再任

**職業裁判官制度** この点は戦前のドイツ的な運用が続いている。裁判官とて人の子であり、出世したいのは山々であり、まさに樋口陽一という「事実の拘束力」を媒介に、最高裁判決に肅々と従った方がいいのではないかという圧力があるのではないかと、という疑いもある。

他方、およそおかしな判決ばかり書く裁判官を裁判官として延々と残しているのか、という視点があることも拭うことはできない。かと言って、何が「おかしい」かを恣意的に判断すれば裁判官の独立に関わる(学界における教授昇進人事と同じで、明らかに論説とは言えない論説ばかり書いているような人を除いては、どうしても論説等の数と年数が昇進の決め手となる)。かくして、形式的な昇格や人事が多くなされるので、司法試験の成績が後々まで響くことになる(この点も国家公務員上級職と類似する)。

ただ、幾つか、自衛隊違憲判決を書いたなど

を暗黙の理由として、家裁や手形決済ばかりの担当に回されたなどの例もある。そのほか、社会的インパクトのある事件があまり生じない地裁支部ばかりに回されるということはあるらしい。「洪々と支部から支部へ支部めぐり 四分の虫にも五分の魂」という悲しい狂歌もある。読み人知らず。

転勤の多い判事補は、現在、欠員が慢性化しているそうである。

## 6 違憲審査制

### (1) 背景

**憲法裁判所説** この説は、「憲法は付随的違憲審査制を基調としつつも、81条で、これとは別の抽象的違憲審査制を創設した」とする、米独ハイブリッドな解釈ばかりか、ドイツ流に、憲法76条は民事・行政・刑事の通常裁判権を付与し、81条が、それとは異なる憲法裁判権を司法権に付与したとも取れなくはない。しかし、そうすると、何故76条の「司法」の中身から憲法判断をわざわざ抜くのか、何故憲法訴訟は日本国憲法解釈上「司法」とは異なる特殊なものなのか、何故憲法判断だけ抽象的事件においてもできるのか、何故具体的争訟においても下級審の憲法判断は認められないのか、何故憲法裁判所を新設しないで最高裁にそれを委ねたのか、憲法判断できるのは何故上訴事案に限られるのか、「終審」と書いてあるなら下級審での憲法判断がある筈だがそれでも問題は起きないのか、など、謎は深まる。そういつたことまで考えると、平凡に見えるが、近年の通説（事実上、佐藤幸治説）にここは賛同したい。

**最高裁は司法消極主義が過ぎるという批判は常套句** 筆者が高校生の頃、最高裁の違憲判決は3つ程度（議員定数不均衡事案が2つなので、判決としては4つ程度）で、あまりに少なかったが、実は1998年あたりから増えている。2023年10月25日には性同一性障害特例法違憲判決が下されており、更に増えている（但し、この判決が24条違反ではなく13条違反としており、その理由は不明で、司法審査基準も不明なら、13条について人格的

自律説なのか一般的自由権説なのかもう一つ明確ではないなど、慎重に検討する必要がある）。増えている理由は、最高裁の裁判官の世代交代により、戦後教育を受けた世代が憲法判断をするようになったことが大きな理由に思える。人権感覚も異なれば、裁判所が憲法判断をすることも、大日本帝国憲法下とは異なり、別に当然のことと思えるからであろう。周辺事情としては、内閣法制局が審査して矛盾なき法律として提示されたもの以外のもの（議員立法や政治主導のもの、条例）が噴出してきたからかもしれない。政教分離違反事案は間違いなくそうである。かつ、戦後、日本国憲法に合わせて全面改正した民法の親族法・相続法部分に実は綻びがいろいろあったことに気付いたことも大きいか。

「親亀こけたら皆こけた」ナンセンストリオのギャグ。このほか、早口言葉シリーズでは、「赤上げて白上げて赤下げないで白下げて、ぐるっと回っちゃいけないよ」なども、早口は治らない（これは、早口でない人には全く理解されない）。早口の教員は、早口を治そうとするより（ここからの法学者は早口言葉ができなければならない）、重要な事項は2回繰り返すようにする、レジュメを配る、などの工夫をした方が賢明である。

## 7 憲法訴訟

### (2) 違憲審査権の限界

**立法不作為** 立法の不作為がある可能性は、実体法についてもそうだが、手続法についてもあり得ることである。その欠缺を、手続法の最高法規でもある憲法が補充して、あるべき訴訟ができるようにすることもある、とするのが棟居快行の基本権訴訟論ということであろう。筋論としては全くその通りである。多くの人が納得してこなかったのは、これが裁判所による立法なのではないかという懸念があったからであろうが、逆に言えば、訴訟法の欠缺（不備、憲法学の常識との乖離）は大きいとの認識が一般的だったことの表れかもしれない。懸念しているよりそれは小さく、肅々と合憲限定（拡張）解釈すればよいだけだったのではないか。

### (3) 憲法判断の方法と基準

中間審査基準の守備範囲が一般に非常に広くなっているのである。このような日本での事実上の「三重の基準」論のほか、新正幸のように、自由に優劣はない、一つの「自由」があるだけだ、とする見解がある。これによれば、司法審査基準は1つ、中間審査基準的なものだけということになる。両者は反対の方向のように見えるが、多くの学説による「三重の基準」論が中間審査基準の領域を非常に大きく設定する点で共通する(特に、高橋和之説について妥当する)。本書は、その何れも疑問と考える。中間審査基準は解釈者・判定者の裁量を極めて広くするもので、これを多用することは法の支配を脅かすものである(裁判官がそうするのはいけないが、私は大丈夫、私を信じよ、というのはおかしいであろう)。

### (4) 違憲判断の手法と効力

**不遡及的判例変更** この手法は、通常の民事裁判のように、被告の不利益は原告の利益という場合には使い難い、被告が国や公共団体、もしくは刑事事件で検察が訴えを提起した場合で、原告もしくは被告人が勝訴できたのに判例変更にされるときに用いられるべきものであろう。当該原告や被告人は先例に従って結論を下す一方、この判決以降の事案についてはこの判決が先例となることを示す。特に、罪刑法定主義の要請(憲法31条)から刑罰法規、言論規制立法の明確性の要請(憲法21条)から表現規制立法についてはそうすべきである。

## 第17章 地方自治

### 2 地方公共団体の組織・構成・活動

**固有説** 固有説に違和感があるのは、主権は分割できないという原理的問題もそうだが、具体的に東京都足立区の自治は固有だ、などと言っても、融通無碍に合併を繰り返してきた日本の地方自治体(都道府県も)について実感が湧かないということもある。

### 3 地方自治の本旨以外の権能

#### (2) 地方公共団体の組織

(正編の「特別区」の補足) また、東京市の業務を東京都が引き継いだため、路面電車もそうだが、ゴミ処理もそうであり、広域のごみ収集を一手に引き受け、江東・杉並のゴミ戦争を巻き起こすこととなった。

**二重の自治** イギリスでもロンドン市制度は長い間の争点で、市長を市民が直接選べるようになったのはそう古い話ではない。アメリカでもワシントン特別区の住民は連邦議会議員の選挙権がない。首都の自治制度は普通と違って当然、という議論もあり得るのかもしれない。とは言え、日本はアメリカのような連邦制ではない。また、憲法上、首都を例外とし、住民自治と団体自治の例外とする明文の規定もない。地方自治の中でも市町村は憲法上の基礎的自治体であり、それに当たる自治が保障されないということは難しい。このことは大阪や新潟が仮に「都」となっても同じであろう。都の下には区があり、二重行政の問題は避けて通れない。道州制の下でも市町村は残るので同じ。

**已年現象** こちらは筆者の造語だが、東京は浮動票が多く、その動向が示されると、直後の参議院議員選挙に全国的に影響を及ぼすことがままあるのである。

## 3 地方自治の本旨以外の権能

### (1) 地方公共団体の事務

**平成の大合併** この結果、どこにあるのかパッと解らない市町村名も増えた。元の市町村名も添えて欲しいほどである。愛媛県四国中央市は、伊予三島市・川之江市・土居町・新宮村が新設合併したもの。群馬県みどり市は、新田郡笠懸町・山田郡大間々町・勢多郡東村が新設合併したもの(郡の存在が薄い好例)。栃木県さくら市は、氏家町と喜連川町が合併したもの。下野市は、河内郡南河内町と下都賀郡国分寺町・石橋町が合併したもの。また、合併交渉のねじれから、津軽半島(青森県)に複数の飛地が相互にできるなど、しこりを残した。それより前だが、保谷と田無の合併で「西東京市」とは大袈裟な(まあ、東大阪市もあるけれど。この点、政令

指定都市の北九州市に文句はない)。

## 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

権威付けを求めて煽る周辺も同様である。平成時代に、園遊会で、ある棋士が、自分は教育委員として国旗掲揚と国歌斉唱に尽力している、と天皇に語ったことがある。天皇は、これに対し、「やはり、強制になるということではないことが望ましい」と応答した。天皇が政治的中立性を自ら侵したものと評価もあるが、もし、無言で通せば、棋士兼教育委員のこの発言を認めたことになる。どちらにせよ、一定の見解を示したことになる。やはり、天皇に政治的見解をぶつけたことに問題があったというべきではないか。一応、宮内庁の公式見解は、天皇の発言は国旗国歌法制定時の首相答弁に沿ったものだ、ということだが、それもまた政治的対立の多い論点である点で、それでよい、と片付け難い。

### 2 天皇の活動

#### (1) 国事行為

**相撲観戦** 上記の話とも共通するが、大相撲が大好きだった昭和天皇は最良力士が誰なのか、明言しなかった。もし判明すると、対戦力士は、天皇の最良力士に勝つことは「朝敵」かと思う恐れがあるからで、象徴天皇というのも厳しいものである。なお、天覧相撲では富士桜・麒麟児戦がほぼ毎回設定されたので、多分、お好みの取組だったのだろうと推測されている(現陛下は浩宮時代に某アイドルのファンであることを公言し、健全な男子であらせられることを証明された。だんだんあまり厳密ではなくなっているらしい)。

#### (2) 合憲性に論争のある行為

市長が中心駅の駅ビルの竣工式に招待される、東洋のサグラダファミリアと揶揄される3代目横浜駅ではよくあること(初代は桜木町に位置する、4代目は新横浜か?)。

\* \* \* \*

以上で、この「第3」も紙幅が尽きた。『磯野家の謎』(東京サザエさん学会編、飛鳥新社、1992)も、冗談は止まらないとして『おかわり』(1993)が出ているのに、余計なことをした気もするが、『韓国からの通信』(T・K生、岩波書店、1974)は『第4』(1980)まで出されているので、受難の報告として許容して頂きたい。

2023年3月で本学法科大学院が閉じられたが、このことは、法学部や政策系学部を有さない本学の場合、併せて、主として経済・経営学部で憲法を教える意味を考えねばならないということでもある(無論、「法学系」の廃止など、言語道断だと言っておく)。受講者の中にはもしかするとどこかの法科大学院を経て弁護士になるような人もひょっとして出るのかもしれないが、直接的な意味での学問の後輩ではない。下手をすると燃え尽きてしまう危険もあるのである。そこにあるのは、無論、法律学の基本知識の教授ということもあろうが、それ以上に、社会科学方法論と言うか、合理的に物事を考えるとは何かという方法論を自力で見つける力を養成することなのではないかと思うのである。そこに、現在の筆者の教育者としての存在意義(raison d'être)が辛うじてあるのかもしれない。まあ、経済・経営学部で法律を勉強していると、違法なことが何かの勘がある分、有利である(逆のケースでは、何でも正義を振り翳して経済的合理性のないことを叫ぶ癖はなくなるであろう)。

#### 〔付記〕

原則として敬称は略させて頂いた。なお、本連載は「第3」で一応終え、今後公表を志向するトピックが生じて、筆者の他の稿の〔付記〕とするか出版物の書き下ろし部分とするかとしたと思う。

#### 〔付記2〕

『憲法—日本国憲法解釈のために』(成文堂)初刷では、また、本稿の前編(続)、本誌28巻1号

105頁で示した以外にさらに以下の修正点が発見された。補正をお願いしたい。

- xvii 頁2行目 酒税販売→酒類販売  
 8 頁14 行目 といって→と言って  
 303 頁17 行目 (1) (iv) → (1) (iv)  
 308 頁10 行目 結社を創設をして→結社を創設して  
 339 頁1 行目 所有権の絶対を定められ、→所有権の絶対が定められ、  
 357 頁23 行目 酒税販売→酒類販売  
 357 頁30 行目 酒税販売→酒類販売  
 374 頁33 行目 幼稚園から高校まで全ての教員には→幼稚園から高校までの全ての教員にも  
 374 頁35 行目 幼稚園から高校まで教員→幼稚園から高校までの教員  
 393 頁33 行目 大竹敬人・ジュリスト1577号116頁、→興津征雄・ジュリスト1576号112頁、大竹敬人・同1577号116頁、同・法律のひろば75巻11号50頁、  
 393 頁34 行目 渡辺暁彦・新・判例解説 watch31号43頁、→渡辺暁彦・新・判例解説 Watch31号43頁、戸部真澄・同32号49頁、  
 393 頁35 行目 令和4年度重判解など→篠原永明・令和4年度重判解16頁、春日修・同51頁、長谷川俊明・国際商事法務51巻1号18頁など  
 417 頁19 行目 といって→と言って  
 484 頁図の説明3行目 原子力安全委員会→原子力規制委員会  
 500 頁19 行目 しているが→していたが  
 611 頁中列37 行目 酒税販売→酒類販売(かつ8行下げる)  
 また、本稿の前編(続)、本誌28巻1号105頁、119頁左9行目の「男女別の定員」の件では、その後、2024年度入試から東京都立高校も男女別定員もやめたので、その旨注記する。  
 同143頁左16行の「半代表制」は、「半大統領制」に改める。  
 同144頁左37行の「B面」は、「もう一方の面」に改める。

同145頁右36行の「日本電信電話公社」の項目の内容は、146頁左1行目の「電電公社」を「専売公社」に改めた上で146頁左2行目「日本専売公社」の項目の第2段落に移管し、「日本電信電話公社」の項目を削除する。

### 〔付記3〕

2023年10月に伊藤公一先生が亡くなられた。筆者の教養部時代のクラス担任であり「法学S」の先生であり先輩公法学者でもあった。民間奨学金が得られたのは、先生の推薦状があつたのである。教育法学者として国家教育権説を提唱されたため、東京方面では右翼と呼ばれることもあつたが、法の文言に従うべしとして、自衛隊については憲法9条1項違憲説を唱えられており(そんな右翼はいない)、古き良き京都学派であられた。学部を問わず、学生の人気も高かつた。クラスの会合で歌われた、いかにも真面目なお人柄の溢れた「王将」は、なお耳に残っている。

同年12月には中山勲先生が亡くなられた。大阪大学法学部首席で唯一母校に残つた方である(当時、楠本賞では「お墓」のような形の金属をもらったそうである)。天才肌・芸術家肌。幻想的な絵を描かれた。この先生の閃きのような憲法論を他大学関係者にしっかり伝えられないのは残念である。学生の人気も高かつたが、特に、司法試験受験生から頼りにされていた。石橋や池田のスナックで遅くまで2人で何度か呑んだことがあり、まだ正気のうち、最初に必ず「長崎の鐘」を歌われた。

両先生のご冥福を心から祈ります。

そう記していたところ、本年1月に本学法律系の西川佳代教授が急逝された。まだ若く、言葉もない。ご冥福を心から祈ります。

[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]