

# 秋田法学

---

2020年 第61号

## 論文

日本国憲法改正論点について  
—特に憲法の「語」について—

中川 修一

国民主権と裁判官

佐藤 寛稔

AI兵器に関する国際指針合意と国際人道法

佐藤 克枝

自殺の法的評価に関する一考察

岡崎 頌平

## 判例評釈

危険運転致死傷罪についての一考察

秋山 栄一

専属の管轄合意に反する訴え提起の場合に、移送申立てを却下し自庁処理することが否定された事例

川口 誠

## 書評

Martin Ceadel, *Pacifism in Britain 1914-1945*

中村 逸春



# 秋 田 法 学

第 61 号

ノースアジア大学

法学研究所

# 目 次

## 論 文

- 日本国憲法改正論点について  
—特に憲法の「語」について— 中 川 修 一 …… (1)
- 国民主権と裁判官 佐 藤 寛 稔 …… (25)
- A I兵器に関する国際指針合意と国際人道 佐 藤 克 枝 …… (47)
- 自殺の法的評価に関する一考察 岡 崎 頌 平 …… (61)

## 判 例 評 釈

- 危険運転致死傷罪についての一考察 秋 山 栄 一 …… (79)
- 専属的管轄合意に反する訴え提起の場合に、  
移送申立てを却下し自庁処理することが否定  
された事例 川 口 誠 …… (93)

## 書 評

- Martin Ceadel, *Pacifism in Britain 1914-1945*  
中 村 逸 春 …… (107)

# 日本国憲法改正論点について —特に憲法の「語」について—

中 川 修 一

- 1 はじめ
- 2 種類・特質
- 3 憲法の「語」の使用について
  - (1) 明治憲法の語について
  - (2) 日本国憲法の語について
- 4 日本国憲法改正論点について
- 5 結び

## 1 はじめ

法とは何かという問題ほど、まじめな思想家たちによって問われ、しかも様々な矛盾した方法で解答を与えられようとしている問題は、人間の社会ではあまり見られない<sup>(1)</sup>。

憲法は言うまでもなく国家の基本法である。この基本法を簡単に変更することは、国家の土台を揺るぎかねない状況になる。憲法は簡単に改正すべきでないことは誰も理解されていると思われる。

憲法の威信を害すれば、国民の憲法に対する信頼関係が低下するおそれがないにしもあらずということになる。国民の憲法に対する憲法遵法精神が薄弱になりうる。憲法の多くは、固よりニュアンスの違いはあるが改正手続きを硬性し遵守する必要から、改正手続規定を定め、憲法改正を阻止

---

(1) 法学協会編「第2巻憲法・行政法・刑事法」法学協会百周年記念論文第2巻。

しようとするのは当然であるが、憲法であると言っても普遍的なものではない。時代の変遷、すなわち、内外の社会情勢・政治・経済の変化に伴って変遷に弾力性をもって適応していかなければ国際情勢から衰退せざるを得なくなってしまうため、憲法の改正の必要性を求められることがある。

改正について、数多くの資料、著書、論文が数え切れないほど発表され、社会情勢、経済情勢においても論議されているが、憲法の原点について論議されているものが少ないように思われる。その中でも、憲法の歴史的意義がおろそかになり、表面の論議のみに集中しがちである<sup>(2)</sup>。

昨今憲法の改正をする、しないの社会情勢の気運もあるが、その情勢を検討するならば、憲法の基本原理とは何か、憲法が制定された歴史的経緯は何か、憲法の三原則とは何か、を理解した後に、憲法改正を論議しなければならない。ここでは憲法の原点、すなわち、意義・種類・憲法という「語」の歴史を理解した後に日本国憲法改正論点を検討する<sup>(3)</sup>。

(2) 土橋友四郎 「憲法改正に関する若干の点に付いて」

## 2 種類

憲法学は、憲法現象を研究する科学である。その対象が政治・科学・経済であり憲法現象であるところの、政治学・科学・経済学・歴史学とともに成立する。そのうち社会現象として憲法思想史・判例・学説等を研究するのが憲法学である。わが国の憲法は歴史的変遷に基づいて展開された憲法学が、その時代々々において歴史的制約を受け憲法典として確立しながら発展してきたのである<sup>(4)</sup>。

憲法史の歴史的段階にいたる国家の状況を把握すれば、基本的に国家を規律する法、すなわち、基本法である憲法が歴史的過程を経て現出してい

---

(2) 新正幸「純粹法学と憲法理論」1992年4月15日 日本評論社 182頁

(3) 土橋友四郎「憲法改正に関する若干の点に付いて」

(4) 憲法理論研究会「現代の憲法理論」敬文堂 1900年4月10日 77頁。

る。憲法史の展開は、様々な政変を経て発展してきた<sup>(5)</sup>。

(1) 近代的意味の憲法（成文憲法）と形式的意味の憲法（実質的意味の憲法）

近代憲法の大部分は、特別の法典つまり成文憲法として成文化された特別の形式をそなえている。ここに成文憲法という言葉がうまれた。成文憲法は歴史的に発展してきた。近代的意味の憲法（成文憲法）の最初は1776年～1789年に制定されたニュー・ハンプシャー、ヴァージニアその他のアメリカ諸州の憲法、1787年アメリカ合衆国憲法、1189年ヴェルサイユの条約によりその独立を承認された。1790年に至って13州は、1777年以来本国との交戦のため本国統合して一つの国家連合を組織した。アメリカの独立の精神である。近代憲法史は1789年の革命に始る。1791年フランス憲法は、人権宣言を冒頭にかかげた憲法が革命の効果として成立したといえる。王政を残しながら国民主権主義を基礎原理として三権分離主義をみちびいる。しかし、フランスは社会の変化が極めて頻繁になされそれに応じて憲法の改廃がさかんに行われている<sup>(6)</sup>。1814年スウェーデン憲法、1818年バイエルン憲法、ドイツ諸州の憲法、1831年ベルギー憲法君主政を保有しつつ国民主権原理をとっている。1848年オーストリア憲法、1850年プロイセン憲法、1871年ドイツ帝国憲法等が18世紀～19世紀にわたって諸国で成文憲法が制定されている。このうち端的な例として革命時の1789年フランス人権宣言 *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*

第16条「すべて権利の保障が確保されず、権力の分立が定められ

---

(5) 清宮四郎「憲法の理論」1969年3月30日 有斐閣 9頁。

(6) 浦部法穂他編「現代憲法講義」[講義編] 2002年5月30日 法律文化社

ていない社会は、憲法をもつものではない。」実定法上の用例である<sup>(6)</sup>。

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution des pouvoirs. 実定法上の用例である。

近代立憲主義は国民の自由のため、君主の専制権力に制約を加え、国民参加・基本権の保障・権力分立・法の支配等の原則を実現する国家体制を要請している。より明確に言えば、「権利の保障」という目的と、そのための手段として統治原理を定めているのが「近代的意味の憲法」である<sup>(7)</sup>。

イギリスの憲法の歴史は、国家権力に対する国民の自由の伸展・王権の制限と議会の権力の伸展の歴史である。1215年大憲章、1628年権利請願書、1690年権利章典が、イギリスの憲法の基本形成である<sup>(8)</sup>。明治憲法も国際的影響に基づいて作成されたことは、自然の成り行きであると察しが付くといえる<sup>(8)</sup>。

この種の憲法体系的展開が近代国家に至って見られようになったことから「近代的意味の憲法」と呼ばれるようになった。

イギリスでは実質的意味の憲法に属する慣習法や個々の法律はあるが成文憲法という憲法は存在していない。憲法典などの成文形式をとるかたらないかで、「形式的意味での憲法」と「実質的意味の憲法」の分類が考えられる。この形式的意味の憲法はわが国では、建国以来、実質的憲法があるにはあったが、例えば604年聖徳太子の17条憲法を憲法と呼ばれているが、内容は主として公務員の道徳的心得を規定したもので憲法というものではない。憲法典なるものは明治憲法からである。諸外国で成文憲法が作成されたのは、革命

---

(7) 中谷実「ハイブリッド憲法」1995年7月10日 勁草書房 10頁

(8) 旬刊時の法令第21号 5月3日 3頁。

(憲法施行四周年記念特集) 佐藤功



に伴って新たな国家の成立に伴って国家存立の統治制度を確立するため法典によって明文化したのである。憲法とは何かという問題も、いろいろと議論されてきたし、これからもいろいろと問いなおし再検討されるべき意味を持っている。普通自明のように使用されている概念は、様々に用いられている。歴史的に展開してきた憲法はどの部分を中心に捉えるかによって、人によって研究分野が大きく変遷してくる。それによって捉え方も大きく変わってくる<sup>(9)</sup>。足立「例外的に実質の意味の憲法と言えないものもある。スイス憲法25条の2出欠前の麻酔せしめず動物を殺すことは、一切の撲殺方法及び一切の種類の家畜について、これを禁ず」と規定している。また、実質の意味の憲法、形式的意味の憲法以外の形式的即ち法律又は慣習法等に於いても存在する<sup>(10)</sup>。」

井上 密「大日本帝国憲法講義」の著書に「近代憲法の発足」と題して「実質的意義ニ於ケル憲法ノ如何ナルモノナルヤヲ定ムルニ当リテハ形式的意義ニ於ケル憲法即チ成文憲法ヲ基礎トナシ其各条ヨリ帰納シテ其ノ事件ヲ規定スルモノカ憲法ナリト断定スルモノナルカ故ニ両意義ニ於ケル憲法ハ其實質ニ於テ一致スヘキモノナリ」147頁。「国法上ノ説明ハ必ス国法ノ規定ニ基キテ之ヲ為スヘ而シテ国法上憲法ト称スルトキハ成文憲法ノ規定全体ヲ指シ其實質ハ此規定ニ由リテ確定セラレ他ニ憲法ナルモノナケレハナリ若シ其規定以外ニ於テ憲法ノ実質ヲ増減セント欲スルハ憲法ノ変更ヲ要スヘキモノナリ然ルニ如上ノ見解ニ従ヘハ国法上憲法ノ如何ナルモノヤニ拘ハラズ一定ノ事件ニ関スル規定ヲ国法全体中ヨリ湊合シテ之ヲ憲法トナシ或ハ国法上憲法ト称スルモノ、中ニ於テ規定セルモノヲ以テ憲法的規定ニアラストナシ或ハ国法上憲法ニアラストナスモノノ中ニ憲法的規定ヲ認ムル等全ク国法ノ度外視シタル説明ナリ余輩ハ憲法ナリヤト云フ問ニ対シテハ国法上憲法トシテ制定公布セラレタ

(9) 清宮四郎 前掲書 10頁。

(10) 上田勝美「新版憲法講義」1996年11月29日 評論社 23頁。

ルモノト云フ問ニ対シテハ国法上憲法トシテ制定公布セラレタルモノト即チ成文憲法ナリト答ヘントス而シテス憲法ト他ノ国法トヲ區別スヘキヲ標準ヲ求ムルモノアラシキ余輩ハ其實質ニ依ラス法力ニ依リテ之ヲ決シ憲法ハ国法中最高ノ法力ヲ有スルモノナリト云ハントス」<sup>(11)</sup>。と説明している。

(2) 改正手続きにより種別

- ① 硬性憲法とは、これを容易に改正できないとする。普通の法律に比べ特により慎重な条件を充足するような手続きにより改正を必要とする憲法。改正手続きを硬性とする理由であるが、民主主義国家では、憲法改正に十分反映するように配慮されている。

清宮四郎博士によれば「わが憲法は、硬性の資格を二重にそなえており、世界の憲法のうちで改正のむづかしい憲法の部類に属する。」と説明している<sup>(12)</sup>。

- ② 軟性憲法とは、普通の法律と同じ手続きで改正できる。軟性憲法は柔軟に対応できる長所を持つ反面、憲法の最高法規性という観念は厳密な意味では生じる余地はない。通常の立法に対して規範性を発揮しにくい<sup>(13)</sup>。

成文憲法は通常、硬性憲法であるが1848年のイタリア憲法、1947年のニュージーランド憲法のような例外もある。

しかし、世界で成典国憲法を制定している諸国は硬性である。わが国の明治憲法および日本国憲法はもれなく硬性憲法で、改正規定を定めている。

明治憲法第73条第1項「将来此ノ憲法ノ条項ヲ改正スルノ必要アルトキハ勅命ヲ以テ議案ヲ帝国議會ノ議ニ付スベシ」、第2項「此ノ場

---

(11) 井上密「大日本帝国憲法講義」 148頁。

(12) 清宮四郎「憲法 I」法律学全集 3 1936年2月25日 有斐閣 380頁。

(13) 同上 11頁。

合ニ於テ兩議院ハ各々其総員三分ノ二以上出席スルニ非ザレハ議事ヲ開クコトヲ得ス出席議員三分ノ二以上ノ多数ヲ得ルニ非サレハ改正ノ議決ヲ爲スコトヲ得ス」日本国憲法第96条第1項「この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、国会がこれを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行われる投票において、その過半数の賛成を必要とする。」

成文憲法を一度制定すれば改正できないわけではない。1879年制定されたフランス憲法は十数回もの改正が行われている。明治憲法は50年以上もなるが一度も改正されていない。明治憲法の規定には、憲法の「発案権」「裁可権」が君主に「留保」されており、国民代表である議院に「同意権」だけが認められており、国民に直接参加させるようにしていない<sup>(15)</sup>。

### (3) 制定権威の素材による種別

制定権威の所在如何によつての区別について、明治における出版で取り上げられた著書として、美濃部達吉博士の「憲法撮要」に取り上げられている<sup>(16)</sup>。

「成文憲法ノ制定諸国ニ於テ成文憲法ノ制定セラレタル歴史ヲ見ルニ其ノ制定ノ手続ニ於テ凡ソ四種ヲ分ツコトヲ得。」

#### ① 欽定憲法

専制君主制ニ於テハ立法権ハ一ニ君主ニ專屬スルガ故ニ、憲法ノ制定ニ付テモ、君主国ニ於テ専制政ヨリ立憲政ニ移ルニハ、革命ニ依ルカ又ハ特ニ国民代表ノ會議ヲ開キテ其ノ審議ニ付スルカノ外ニハ、唯君主ノ権力ニ依ルノ外ナシ。君主ノ

(15) 美濃部達吉「憲法撮要」1952年8月5日 有斐閣 69頁。

(16) 美濃部達吉「日本憲法原理」 67頁。

権力ノミニ依リテ制定セラレタル憲法ヲ欽定憲法ト謂フ。

② 協約憲法

君主国ニ於テ憲法ヲ制定スルニモ、時トシテ君主ノ単独ノ権力ニ依ラズ、君主ト国民又ハ国民ノ代表機関トノ合意ニ依リテ制定セラレ、外形上恰モ兩當事者間ノ約束ノ如キ觀ヲ爲スモノアリ、之ヲ協約憲法ト謂フ。

③ 民定憲法

民主国ニ於テハ国民ガ自ラ直接ニ又ハ其ノ代表期間ニ依リテ憲法ヲ制定セルモノナラザルハナシ、之ヲ民定憲法トス。

④ 連合各国ノ協定（連邦憲法）

是レ連邦国ノ憲法ノミニ特有ナル所ニシテ、多数ノ独立国ガ相結合シテ各其ノ独立ノ破棄シ其ノ全体ヲ以テ新ニ連邦国ヲ作ラントスル場合ニ於テハ、其ノ憲法ハ連合各国ノ協定ニ依リテ定メラルルノ外ナシ

區別ハ唯憲法制定ノ制定ノ歴史ニ付テノ區別タルニ止マリ、憲法ノ効力ニ関スル差異ニ非ズ、憲法ハ其ノ如何ニシテ制定セラレタルカ問ハズ、常ニ国家ノ制定法トシテノ効力ヲ有シ、国家ハ唯憲法ノ定ムル所ノ方法ニ依リテノミ之ヲ改正スルコトヲ得ベシ」と説明している<sup>(17)</sup>。

「憲法ハ欽定憲法タルベキ論ナリ。当事世論西洋ニ心酔シ彼我ノ別ヲ忘レテ一意之ニイワハントスル傾向アリ」<sup>(18)</sup>。

---

(17) 宮島誠一郎「国憲編纂起源」明治38年。

(18) 明治文化全集「第1巻憲政編」1928年3月3日 日本評論社 425頁。

(4) 憲法の分類（一般的著書の説明による分類）

① 成典憲法主義対不成典憲法

不分憲法主義に対する観念であって、「憲法」という名称を有する総合的成文法典が存在することである。

我が憲法は日本国憲法という成文法典として、昭和21年11月3日を以って公布され、翌昭和22年5月3日から施行された。「憲法の法源は、まず、大きく成文法源と不分区法源に分けられる。」「法律学序説」学精社 1956年5月20日。

② 民定憲法対欽定憲法

国民の名に於いて其の代表機関によって制定された憲法のことであって、君主の一方的意思によって制定された欽定憲法及び君主と国民との合意によって制定された。我が憲法は民定憲法である<sup>(19)</sup>。

③ 硬性憲法対軟性憲法

軟性憲法に対する観念であって、憲法改正案の議決の手續が法律案のそれに比してより慎重を要するもの。

また、清宮四郎博士も「硬性の度合いは、機関及び手續の両面において、かなり硬い規律をなしている。日本国憲法において機関及び手續の両面において、かなり硬い規律をなしているとして、憲法は硬性の資格を二重に捉えており、世界の憲法のうちでも改正の難しい憲法の部類に属する」と説明している<sup>(20)</sup>。

美濃部達吉の分類に近いものとして、佐藤幸治「憲法 現代法律学講座5」青林書院 平成6年2月25日の著書によれば

---

(19) 野中俊彦 他編「憲法I」（第4版）2006年3月30日 有斐閣 14頁。

(20) 法学協会編「法学協会百周年記念論文集」第二巻 憲法・合成分法・刑事法 3頁～15頁。

- ① 欽定憲法とは、君主主権原理に基づき、君主の権威を憲法制定の終局の根拠とする憲法のこと、1814年のフランス憲法、明治22年の明治憲法。
- ② 民定憲法とは、国民主権原理に基づいて、国民の権威を憲法制定の終局の根拠とする憲法。アメリカ諸州の憲法や、1814年のフランス憲法、1831年のベルギー憲法や、日本国憲法
- ③ 協約憲法とは、君主主権と国民主権との妥協に基づき、君主と国民の代表組織との合意を基礎に成立する憲法 1830年の憲法アメリカ合衆国憲法、1871年のドイツ連邦憲法。
- ④ 条約憲法とはアメリカ合衆国憲法<sup>(21)</sup>

(5) 憲法の特質について

近代以降の憲法の構成は、人民の国家権力に対する民主的コントロールの理念を基本としているが、現実の国家権力に対する人民の行動範囲と国家権力による人々の生活保障につて憲法上の配慮が認められている。憲法の基本的原理の基調となるような条項は、「憲法の憲法」は憲法の根本的性格な一面を表している。日本国憲法の根本規範としては、国民主権、基本的人権の保障、平和主義の原理をあげられる。日本国憲法は、法秩序の根本規範である性格を有している<sup>(22)</sup>。

ア 授権的規範としての憲法<sup>(23)</sup>

国家における統治は、能力・権利・権限などを与えることをいう。憲法は少なくとも国家秩序における最高の基に根拠について基本を定めている。憲法—法律—命令—処分。

---

(21) 小林直樹「憲法の構成原理」・「憲法学原理」・「帝国憲法条義」中村哲「憲法入門」・宮沢俊儀「構00成憲法の変遷」国家学会雑誌第38巻 第8号。

(22) 小林直樹「憲法講義」1980年 第1章 17頁。

(23) 清宮四郎「憲法要論」1976年4月20日 法文社 49頁。

イ 制限的規範としての憲法

憲法が授権規範として国民秩序の基本を定めるところからして、法律・命令・国家機関の具体的行為について、その行動半径を定めることになる。この制限規範たることの実効性は、違憲法令審査権制度によって、保障されることになる。

ウ 最高規範としての憲法

憲法第96条1項に日本国憲法を「国の最高法規」と定め、条項に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為は効力を有すと定めている。

## 4 憲法の「語」の使用について

憲法という語は

- ①「おきて、のり」という一般的な意味
- ②国家の基本にかかる根本法という意味  
と一般的に説明されている<sup>(24)</sup>。

(1) 明治憲法の「語」の淵源について

明治時代にあっては、憲法のために「根本律法」・「原律」・「政典」「朝綱」などの語が用いられ、中でも最も権威あるのは「国憲」・「政体」・「国政」という語である。憲法の語は明治6年箕作麟床がフランス六法を翻訳するに当たってはじめて使用されたといわれている。明治15年伊藤博文が「憲法取調」のためヨーロッパに派遣されることとなって、「憲法」という語が現行の意味、すなわち、国家の（統治組織（機構）の）基本法の意味に用いられ大日本帝国憲法制定に至って確定語となった<sup>(25)</sup>。

勅語の中に「欧州各立憲君主国ノ憲法ニ就キ其淵源ヲ兼ネ其沿革

---

(24) 佐藤幸治「憲法（現代法律学講座5）」1994年2月25日 青林書院 11頁、清水 他編「憲法講義Ⅰ総論・統治行為」1981年8月30日 有斐閣 36頁。

(25) 佐藤功「日本国憲法講義案」学陽書房 3頁。

ヲ考へ其現行ノ実況ヲ視利害得失ノ在ル所ヲ研究スヘキ事、」ここに憲法という語が公的に用いられた。

「明治初年に我が国に輸入せられた立憲政治思想には、主としてベンダム、ミル、スペンサーなどの流れをくむ福沢諭吉らのイギリス的政治思想、ヴァルテール、モンテスキュー、ルソーなどの流れをくむ中江兆民らのフランス的政治思想、グナイスト、シュタイン、ブルンチュリーなどの流れをくむドイツ的政治思想の三者がある。<sup>(26)</sup>」

そもそも幕末に至って幕府の衰勢と共に、徳川幕府の独立を排して公卿、諸侯、武士等の政治勢力の参政を認めようとする運動が生じ、このいわゆる公議思想は、明治維新の成立以降にも引き継がれた<sup>(27)</sup>。

ところで **Constitution** はラテン語の **Constitutio** に由来し当初は国家の法一般の意味で用いられている。

しかし、国家の全法秩序の中には、基礎的な根本法があるという観念がイギリスに於いて成立し、それとロックに代表される自由主義的な近代自然法思想における社会契約の観念とが結合して、ここに国家の根本法としての近代的憲法観念が成立し、**Constitution** が徳川末期にわが国に入ってきたのである<sup>(28)</sup>。

(2) わが国で最初に憲法と呼ぶべきもの（これは新しい日本國建神明にちかわれた維新の国是は、新しい日本国建設の精神的基礎として、その後の日本の進路に対する大きな指標となった。）

① 明治元年3月14日五箇條御誓文発布される。

「皇国味噌有ノ変革ヲ為サムトシ 朕躬ヲ以テ衆ニ先ンシ天地神明ニ誓ヒ大ニ斯国是ヲ定メ万民保全ノ道ヲ立テムトス衆亦此旨趣ニ基キ協心努力セヨ」

② 明治元年4月21日政體書発布される。

---

(26) 水木惣太郎「日本法学第18巻6号」684頁。

(27) 佐藤幸治 前掲書4頁 時の法令21号5・3・2より218

(28) 同上前掲 4頁



第一項に「大ニ其国是ヲ定メ制度期律ヲ建ルハ御誓文ヲ以テ目的トス」ことを、趣旨とする。

第二項に「天下ノ権力総テ之ヲ太政官ニ帰ス則政令ニ出ルノ患無カラシム太政官ノ権力ヲ分チ立法司法行政ノ三権トス則則偏重ノ患無ラシムルナリ」

第三項に「立法官ハ行法官ヲ兼ヌルヲ得ス行政官ハ立法官ヲ兼ヌルヲ得ス」とし、政体書の最も重要な点は三権分立主義によるべきことを、宣明にし、立憲政体を打ち出し、近代国家としての基礎ができたのである。

第5項に「各府各藩各県皆貢士ヲ出シ議員トス議事ノ制ヲ立ツルハ輿論公議ヲ執ル所似ナリ」とし、公議採択の精神を明らかにした。

これらについて、穂積八束博士は「立憲ノ宏謨ハ維新ノ初即ニ決スル所ナリ。所謂五箇条ノ御誓文是レナリ。此ノ御誓文ハ實ニ明治維新第1憲章ニシテ、後ノ帝国憲法ハ正ニ其ノ基礎ヲ茲ニ置ケリ<sup>(29)</sup>」

「是レ正ニ一部ノ憲法タリ、三権ヲ分立シテ議院ヲ開キ以テ権力ノ偏重専制ヲ防グノ事夫ニ具ハル。称シテ立憲ノ政體ト謂フモ内外ヲ通ジテ此ノ外ニ出ズルコトナシ。20年ノ後憲法ノ制定アリト難其ノ本旨ニ於テマタ之ニ加フル所ナキナリ。」としている<sup>(30)</sup>。

このように、わが国最初の憲法と呼ぶべきことは政体書であるといえることができる。御誓文の趣旨に従って、「政体」「職制」とを定めたものである。

上記のように、五箇條の御誓文が発せられたのであるが、一般的にこの御誓文を以て明治政府の制定した憲法の萌芽と一般的に言われているが正しくは、御誓文の趣旨を具体化した「政体書」が後年の憲法の淵源をなすものである<sup>(31)</sup>。

(29) 松本昌悦編「原典日本国憲法資料集」1988年4月1日 創成社 8頁。

(30) 渡邊幾次郎「日本憲法制定史講」1944年7月14日 千倉書房 28頁。

(31) 清水登「帝国憲法講義」1938年5月28日 松華堂書店 69頁。

③ 廃藩置県ノ詔書 明治4年7月14日<sup>(32)</sup>

「詔書」

「朕惟フニ更始ノ時ニ際シ内以テ億非ヲ保安シ外以テ万国ト対峙セント欲セハ宣ク名実相副ヒ政令一ニ歸セシムヘシ朕々ニ諸藩籍奉還ノ議ヲ聴納シ新ニ知事藩事ニ命シ各其職ヲ奉セシム然ルニ数百年因襲ノ久キ或ハ其名アリテ其实挙ラサル者アリ何ヲ以テ億非ヲ保安シ万国ト対峙スルヲ得ンヤ朕深ク之ヲ慨ス仍テ今更ニ藩ヲ廢シ県ト為ス是務テ冗ヲ去リ簡ニ就キ有名無実ノ弊ヲ除キ政令多岐ノ優無ラシメントス汝群臣其レ朕カ為ヲ体セヨ」とし、廃藩置県の断行により、徴兵令の発布・士族の解体、秩禄処分への着手等、封建体制の克服が進行するにつれて其処に必然的な問題となったのは、近代国家としての法の制定であった。それと並行して幕末に於いて伝来した西洋の議会政治の思想が逐次強い影響を与えることとなり、この公議思想は、明治7年副島種臣・後藤象二郎・板垣退助、江藤新平等にとって提出された民選議会設立建白書に最もよく現れているように、当時の官僚的、藩閥的中央政府に対抗する「民選議会設置論」に発展した。

④ 元老院国権案について<sup>(33)</sup>

これと並行して明治8年4月14日の詔書に「勅ヲ発シ左右院ヲ廢シ元老院ヲ設ケシ立法審議ノ任ニ當ラシメタ大審院ヲ設ケル審判ノ事ヲ掌ラシムルコトト為セリ是我カ國ニ於テ立法權ト司法權トヲ分タントスル始メニシテ以後法律ノ名ヲ以テ発布セラレルモノハ必ス元老院ノ議決ヲ經シメ以テ太政官ノ布告ト區別シ民事、刑事ノ裁判ハ特設ノ司法機關ヲシテ行ハシメタリ」とし、「酢段ニ我建國ノ体ニ基キ広ク海外各国ノ成遂シ以テ國憲ヲ定メントス」とあったように、最も適する

---

(32) 伊藤博文編 憲法資料下巻 1998年8月15日 憲法資料刊行会 357頁

(33) 松本昌悦他編「原典日本国憲法資料集」1988年4月1日 創成社 47頁。

憲法を制定しようとした。

明治8年7月5日、「立法ノ源ヲ広メ」るために明治政府は元老院を設置し、9月7日には、元老院議長有栖川熾仁親王に対して国憲草案起創ノ勅書として「朕爰ニ我建国ノ体ニ基キ広ク海外各国ノ成法ヲ斟酌シ以テ国憲ヲ定メントス、汝等ソレ宜シク之ヲ草按ヲ起創シ以テ聞セヨ朕將ニ撰ハントス」と勅語がなされ、海外各国の成法を斟酌して国憲を編纂することになって数種類の草案を起草した。参考書の一つとしてA・トットの著書「英国における議院政治」(A Todd On parliamentary Government in England : its origin, development and practical 2 vols 1867-69) を賜った。元老院ではこれを機に諸外国の文献を研究した。特にイギリス・アメリカを参考にした<sup>(34)</sup>。

元老院の国憲案は、明治9年第一次草案(明治9年)が出来たが、この案には民選議会がない。この案は政府でも同意を得なかった。第二次草案(明治11年)が作成され、ここでは帝国議会が元老院と代議士院とで構成された。最終的には明治13年になってから第三次草案が作成された。

国憲に関する「語」が使用されている部分は

#### 第九編 国憲修正

第1条 若シ国憲中修正ヲ要スル者アリテ果シテ已コトヲ得ザルヲ見ルトキハ立法権之ヲ宣告ス

第2条 国憲ノ修正ヲ議スルハ両院ノ議員三分ノニ以上相会スルニ非レハ其事ヲ議スルコトヲ得ズ シテ其事ヲ可トスル者三分ノニ以上ニ上ラサレバ之ヲ変更スルコトヲ得ズ<sup>(35)</sup>。

しかし、この「国憲」は、わが国にそぐわないものとして採用さ

(34) 金子堅太郎「帝国憲法制定ノ由来」49頁。

(35) 伊藤博文編 憲法資料下巻 1998年8月15日 秘書類纂刊行会 357頁。  
国家学会編「明治憲法経済史論」原書房 20頁。

れなかった。これを堺に明治憲法が制定されるまで、民間内で数多くの私擬憲法案が作成された。また、明治政府部内に於いても、大隈重信が、イギリス議院内閣制及び政党政治を内容とする憲法を制定することを強く主張した。

この件で、当事の政府指導者の岩倉具視は、対立していた大隈派を野に左遷し「立国ノ体ニ従ウ憲法ヲ制定」すべきことを明らかにした。これを「明治14年の政変」という。明治政府の憲法制定の大方針が定まり明治15年伊藤博文を憲法調査のため欧州へ派遣した。その時の直所に始めて「憲法」という言葉が用いられた。この当時の民権論者は主として「英米仏の自由過激論者の著書のみで金科玉條のごとく誤信し殆ど国家を傾けんとする」ものでありとし<sup>(36)</sup>、国家の基本方針に沿うものとした「君主制論」であるプロシア憲法を中心に学び「大権不墜」の「大眼目<sup>(37)</sup>」を達成し、我が国の達成に沿うものと施行された。

(2) 民間における私擬憲法案について 「国憲・政体・国体等私擬憲法案」の例をあげる。

① 東京日日の君許憲法論 明治9年10月9日<sup>(38)</sup> (国憲起草詔勅前後の民間憲法論)

「我国憲ノ草拵ハ如何ナル起創ニナリ如何ナル勅選ニ制定セラレルベキ乎ノ緊目ニ至リテハ吾曹ガ今日ニ於テ少シモ像測スベキ所ニ非ズト雖厄ニ我ガ建国ノ體ニ基キ広ク海外各国ノ成法ヲ斟酌スベキノ」今日ノ元老院ニ於テ起創セラルベキ国憲ノ草拵ハ即チ制定国憲中ノ第三類タル君許国憲ナルベシト推測スルヲ以テ足レリトシ謹

---

(36) 家永三郎他編「明治前期の憲法構想」1985年2月16日 福村出版 70頁。

(37) 佐藤功「日本国憲法講義案」学陽書房 25頁。

(38) 清水伸「明治憲法制定史中」1974年3月25日 原書房。

て国憲制定ヲ勅諭給フノ日ヲ佇望スベキ也」（明治9年9月12日第1431号）「日本帝国ノ国憲ノ制定スルノ今日ニ當リ之ヲ新創スベキ乎將タ之ヲ編纂スベキ乎吾輩ハ大聲疾呼シテ須ク之ヲ編纂スベシ決シテ之ヲ新創ス可カラザル也ト蓋シ新創ノ制定憲法ハ概ネ是レ紙上ノ憲法ニシテ其ノ實際ニ益アルモノ或ハ尠シ故ニ吾輩ハ切ニ日本帝国ハ欧米ノ憲法ニ模擬スルコト無ク我が建国ノ體ニ基キ從來ノ法令ヲ改良編纂シテ以テ憲法ヲ確定セラレンコトヲ希望スルナリ。」<sup>(39)</sup>ここでは「憲法」という用語を用いている。

② 元田 永孚「国憲大綱」で憲法構想を表明している。明治13年9月30日頃<sup>(40)</sup>

1、国境ノ仁義豊饒忠孝正直ヲ以テ主義トス君民上下政憲法律此主義ヲ離ルルコトヲ得ズ

1、天皇ハ全国人民ノ賞罰黜陟生殺ノ權ヲ統フ一ニ憲法ニ拠テ処断ス

③ 筑前共愛会 明治13年<sup>(41)</sup>

「大日本帝国憲法概略見込書」

第1章 国体及政体

第1条「大日本ノ国体ハ皇太神ノ神孫タル無姓ノ皇統即チ今上00皇帝ノ系統ヲ抵尊シ萬世不易ニ皇位ヲ伝ヘ如何ナル事響ニ由ルモ冒姓ノ臣民タルモノ此實稱ヲ侵スコトヲ得ス」

明治11年の元老院国憲案とにている。

④ 嚶鳴社草案 憲法 明治13年12月頃<sup>(42)</sup>

---

(39) 清水伸 前掲書 117頁。

(40) 家永三郎 他編「明治前期の憲法構想」117頁。

(41) 清水伸 前掲書 117頁。

(42) 伊藤博文編「秘書類纂憲法資料 下」385頁。

「国憲ノ改正」

第一条憲法ヲ改正スルハ特別會議ニ於テスベシ。

⑤ 交詢社 「私擬憲法案」明治14年4月25日<sup>(43)</sup>

「将来我国ニ制定アリタキ憲法ハ行様ノ憲法ナルヤ略固有ノ人間風俗有テ…専ラ我国ニ適切ナル憲法ヲ問フトノ質問アリタルヲ以テ」「国会開設ノ日如何ノ憲法ヲ制定アランニハ以テ邦国ノ安寧ヲ永遠ニ保持シ其權利ヲ天下ニ伸暢シ」

民間私案の代表的なもので、ドイツ流憲法構想に対峙する民間草案である。

⑥ 小野 梓「国憲汎論」上巻 明治10年刊<sup>(44)</sup>

「国憲即チ建国法ハ一ニ大本ノ法ト稱シ甚タ重ク之ヲ説キタリト雖モ今其本質ヲ分析シ仔細ニ之ヲ討索スレハ是レ主冶者ノ職分ヲ明示シ其暴政非治ヲ防禦シ被治者ノ安堵ヲ謀ルモノタルヲ知ル故ニ平易ニ其意義ヲ解ケハ則チ主冶者被治者ノ關係ヲ正シ官民ノ分限ヲ定メ官人ノ職權民人ノ權利ヲ示スモノナリト謂フ可シ」国憲という用語を用いている。明治13年前後における民間憲法制定案である。

⑦ 「五日市憲法草案」1881年（明治14年）4月から5月頃<sup>(45)</sup>

日本帝国憲法

「国憲ハ立法行政司法ノ三部ヲ総輔ス日本国民ハ国憲許ス所ノ財産智識ノアル者ハ国事政務ニ参与シ之レカ可否ノ発言ヲナシ之ヲ

---

(43) 「明治文化全集」正史篇六巻 252頁。

(44) 家永三郎 他編 「明治前期の憲法構想」1985年2月10日 福村出版 306頁。

(45) 色川編「民家憲法の創造」326頁。

議スルノ権ヲ有ス」「国会ハ其議決ニ依リ憲法ノ缺典ヲ補充スルノ権総テ憲法ニ違背ノ所業ハ之ヲ矯正スルノ権新法律及憲法変更ノ発議ノ権ヲ有ス」「国憲ノ改正一國ノ憲法ヲ改正スルハ特別會議ニ於テス可ジ」

⑧ 岩倉具視ノ意見書中綱領及大綱領 明治14年7月5日<sup>(46)</sup>

「大綱領」

1 欽定憲法之体裁可被用事

「壹國之最初ニ憲法ヲ発スルニ当テ紛紜ヲ生セシ事跡ハ別ニ具陳スヘシ」

1 帝位繼承法ハ祖宗以來ノ遺範アリ別ニ皇室ノ憲則ニ載セラレ帝國ノ憲法ニ記載ハ要セサル事

⑨ 植木 枝盛 「日本国々憲案」明治14年8月28日<sup>(47)</sup>

第1条 日本国ハ日本国憲法ニ循テ之ヲ持ス

第70条「政府國憲ニ違背スルトキハ日本人民ハ之ニ從ハザルコトヲ得」

第220条「日本国憲法施行ノ日ヨリ一切ノ法律条例布告等ノ國憲ニ抵触スルモノハ皆之ヲ廢ス」

⑩ 立志社「日本憲法見込案」明治14年9月19日頃<sup>(48)</sup>

総則「明治14年此ニ制定スル所ノ日本憲法ヲ以テ國家諸種ノ政務ヲ區画シ其權義職制ヲ規定シ日本公衆ノ安寧ヲ維持シ其權利自由ヲ保全シ國脈ヲシテ天地ト共ニ存セシメ國威ヲシテ旭日ト共ニ高カラシメントス故ニ如何ナル身位職爵ニ在ル者ト難トモ此憲法ノ上位ニ在ル能ハス而テ其之レヲ要スルニ當リテハ適任ノ職官ノ外

---

(46) 家永外編 前掲書 186頁。

(47) 家永外編 前掲書 240頁。

(48) 同上 250頁。

復タ之レニ干カルコトヲ得ズ此憲法ハ日本立憲帝政ノ廃没ト共ニ其効力ヲ失フヘシ」

⑪ 山田 顕義 「憲法草案」明治14年9月<sup>(49)</sup>

「天ノ保裕ヲ得祖宗ノ遺詔ヲ承ケ以テ万世一系ノ帝作ヲ踐メル大日本国天皇特權ヲ以テ憲法ヲ制定シ以テ国家ノ基礎ヲ定メ上下永ク其慶ニ依ラント欲ス汝衆庶夫レ之ヲ遵守セヨ」

⑫ 井上 毅私案「憲法草案」明治15年4月から5月<sup>(50)</sup>

「天ノ明命ヲ受ケ万世一系ノ帝位ヲ踐ミ朕明治十年 月 日ヲ以テ憲法ヲ裁定シ立国ノ大典トシ竝ニ憲法ノ限闕内ニ於テ国民ノ權利ヲ賜予スルコト左ノ如シ」

35条「各省郷ハ歛其管掌ノ政令ニ就テハ責ニ任スヘシ其事国憲ノ改正ニ関リ」

⑬ 立憲帝政党党議綱領 明治15年3月18日<sup>(51)</sup>

第2条「憲法は聖天子の親裁に出ること。聖勅に明なり。我党之を遵守し敢て欽定憲法の則に違はず。」

第3条「我皇国の主権は、聖天子の独り総覽し給ふ所なること勿論なり。而して其施用に至ては憲法の制に依る。」

⑬ 西 周 「憲法草案」明治15年秋頃<sup>(52)</sup>

第1編 国土并ニ人民

第1章 国域

---

(49) 家永三郎「明治前期の憲法構想」261頁。

(50) 同上 280頁。

(51) 松本昌悦 他編「原典日本国憲法志料」創成社 40頁。

(52) 同上 286頁。



第・・・条「・・・本邦従来本嶋ノ名無シ是欠典ナリ宜シク  
国憲ヲ立ツル・・・」

⑭ 井上 毅 「憲法試案（甲案）」 明治20年 4月<sup>(53)</sup>

第1条「日本帝国八万也一系ノ天皇ノ治ス所ナリ」

第3条「天皇ハ大政ヲ総覽シ此ノ憲法ニ於テ勅定スル所ノ条款ニ循  
ヒ之ヲ施行セシム」

乙案 明治20年 5月

第2条「天皇ノ国憲ヲ総覽シ此ノ勅定スル所ニ循由シテ之ヲ施行セ  
シム」

⑮ ロエスレル・渡辺兼吉改訳「日本帝国憲法草案」明治20年 8月<sup>(54)</sup>

第2条「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラサル帝国ノ主權者ナリ天皇ハ  
一切ノ國權ヲ総覽シ此憲法ニ於テ欽定シタル規定ニ從ヒ之ヲ  
施行ス」第7条

第37条「国会ハ憲法ニ於テ明カニ予ヘラレタル權利ヲ有ス

⑯ 大日本帝国憲法 草案（上奉案） 明治22年 2月 5日<sup>(55)</sup>

第10条「天皇ハ行政各部ノ管制及文武官ノ俸給ヲ定メ及文武官ヲ任  
免ス但シ此ノ憲法又ハ他ノ法律ニ特例ヲ掲ケタルモノハ各々  
其ノ条項ニ依ル」

このように私擬憲法案は発表されているだけでも90以上の数に上る。ほとんどの諸外国の文献を翻訳し、作成している。特にイギリス、アメリカ、をはじめヨーロッパを中心に立憲民主主義・立憲君主制・君主主権・欽定憲法などを参考に作成されている。

---

53) 稲田正次「明治憲法成立史〈下〉」71頁。

54) 3-9稲田正次「明治憲法成立史の研究」239頁

55) 清水伸「帝国憲法制定会議」483頁。

岩倉具視が提出した憲法大綱領は「欽定憲法、巨大な天皇主権、二院制議会、議員内閣制の否定等の構想など、明治政府側の憲法起草の基本となる方針が列挙されたものであった<sup>(56)</sup>。

古くは聖徳太子の憲法17条はすでに「憲法」の語を用いていた。徳川時代に編纂された「憲法部類」「憲法類集」は明治時代に編纂された「憲法類編」「憲法志料」は一般の法規の意味に用いられている。明治7年に大政官達として「議員憲法」が定められたが、それは唯地方官会議の組織機能を定めたものであった。Constitutionの観念が伝わった後にも、明治の遅くまで該当する「語」は無く、憲法学者の著書・専門書の中には「国憲」・「政規典則」「建國法」「根本律法」という用語が使用されていた。

公的「語」は明治9年に元老院議長に憲法の取り調べを命じた詔勅に「以テ国憲ヲ定メントス」とあり、「国憲」の「語」が用いられており、また、明治8年詔勅には「漸次ニ国家立憲ノ政体ヲ立テ」とある。何れも「憲」の語を其の本来の意義から転じてConstitutionの意義に用いられており、後15年に伊藤博文を欧州に派遣されるに当りその調査洋行の中に「憲法」という「語」が用いられた<sup>(57)</sup>。

明治22年2月11日「大日本帝国憲法」いわゆる明治憲法は発布された。憲法上論に従いこの日をもって、明治憲法が効力を発したのである。

この憲法は近代的君主政治の憲法の淵源をなす1814年フランス憲法の影響を受けたのである。直接的には1850年プロシア憲法の影響をうけたもので、イギリス流の議院内閣制、憲政常道論を排し、プロイセン憲法の君主主義的官僚内閣制を採用したことは、明治14年政變以来の方針である。伊藤博文が主としてグナイスト・シュタインの教えを請い、憲法起草にあたってはロエスレル・モッセの影響もあった。そのみならず、世界各国

---

56) 佐藤功「日本国憲法講義案」学陽書房 3頁、阿部照哉編「憲法資料集」係堂 1966年 396頁。

57) 江村栄一 他編「憲法構想」(日本近代思想大系9) 岩波書店 1989年 216頁・22項。

の憲法が参照された。

昭和20年「ポツダム宣言」を受諾したため、明治憲法も大きく変革を受けるようになったのである<sup>(58)</sup>。

(2) 日本国憲法の「語」について（次号）

## 4 憲法の改正論について

憲法とは何かという考え方につて、また、それに関する論文、著書、専門誌の間でも、常に問い返され論述も蒸し返されている。普通使用されている概念は、さまざまに用いられており、共通な理解なしに議論されていることが多い。

また、歴史的に展開してきた憲法現象のどの部分に注目して定づけるか、論者の考え方次第で視点が異なり、価値観や視点が異なり概念も大きく異なってくる。したがって議論もまとまりのない議論になり混乱に陥る場合が多々見受けられる。憲法学でのそのような混乱をなくすにも、憲法という性質上、他の実定法の分野よりも一段と深く生じやすい部分である<sup>(59)</sup>。（次号）

他、引用文献

- 1、伊藤博文「伊藤博文公修正憲法稿本」
- 2、藤井新一「帝国憲法と金子伯」
- 3、清水登「帝国憲法講義」2001年5月28日 松華堂書店 56頁。
- 4、渡辺幾次郎「日本憲法制定史講」2002年7月14日
- 5、国家学会編「明治憲政経済紙論」原書房 20頁。

---

(58) 「註解日本国憲法上巻」1966年7月30日 有斐閣 20頁。

(59) 小林直樹「憲法概念の不案」

- 6、尾咲善次郎「憲法政論」有斐閣 36頁。
- 7、清宮史郎「ケルゼンの」
- 8、坂野淳二郎「明治憲法体制の確立」1982年11月20日東京大学出版会
- 9、芦部信喜「健保制定権力」1987年10月30日 東京大学出版会
- 10、尾咲善次郎「憲法理論」1972年9月10日 創文社C・シュミット
- 11、F・wメートランド・高田勇道「英国憲法史」1954年 明玄書店
- 12、田畑忍 「憲法改正論」 勁草書房
- 13、家永三郎 「美濃部達吉の思想史的研究」 岩波書店
- 14、法学協会雑誌 73巻2号
- 15、ジュリスト576号
- 16、法学教室80号10月号
- 17、小早川 欣号「明治法制論考」
- 19、阿部照哉他編「憲法資料集」1966年 有信堂
- 20、江村栄一他編「憲法構想」(日本近代思想大系9)1989年 岩波書店
- 21、阿部照哉他編「憲法論」1982年9月20日 三陽社
- 22、尾佐竹 毅「明治憲政論」1937年9月15日 宗高書房
- 23、稲田正次他編「明治国家形成過程の研究」1977年9月10日 お茶の水  
書房
- 24、清水「憲法講義Ⅰ」(総論・統治機構)1980年8月30日 有斐閣
- 25、筧 克彦「帝国憲法の根本義」1944年1月5日 岩波書店
- 26、工藤達朗他編「憲法」2014年2月28日 信山社
- 27、須貝脩一「ロesslerと明治憲法」1943年 産大法学
- 28、川口由考「日本近代法制史」第2版2014年12月25日 新世社
- 29、松本重敏 「憲法真義」1928年2月10日 巖松堂書店

# 国民主権と裁判官

佐藤寛稔

## 【目次】

はじめに

- 1 「憲法の番人」としての裁判官
- 2 違憲立法審査権に対する最高裁判官の考え方
- 3 司法権の限界
- 4 フランス憲法院判決と憲法改正
- 5 憲法訴訟と憲法改正
- 6 裁判官の民主的正統性

おわりに

## はじめに

日本国憲法第81条は、最高裁判所が「一切の法律、命令、規則、又は処分」の憲法適合性を審査する「終審裁判所」と規定している。また、第99条は「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負う。」（下線は筆者による。）と裁判官を含む公務員の憲法尊重擁護義務について定めている。本稿の課題は、このように国民主権に基づいて制定された日本国憲法から明示的に権限と義務を課せられた裁判所及び裁判官の違憲立法審査権を国民主権や民主制の名において制約する議論を批判的に検討することである。違憲立法審査権を国民主権や民主制の観点から否定的、あるいは消極的に捉える考え方は、違憲立法審査権の議論に常に付きまとうものである。しかし、裁判部門が、国民主権を理由に政治部門への介入を自己抑制した場合に、そこで裁判所からの糾弾を逃れた政治部門の決定が、果たして国民意思を

体現したものといえるのであろうか。ある問題について裁判所が憲法問題を回避した後に、生の政治的議論や感情論を超えて、それが憲法問題として国民的議論を呼び起こすことがこれまでであったらうか。

裁判部門がその判断を回避した問題は、国民の最終的な意思決定の土俵に乗らないまま、あやふやな議論の中で追認されることになる。このような状況では、結局は国民の意思表示の場が作られず、少なくとも憲法上、選挙であれ、国民審査であれ、国民による直接の審判には服しない最高の行政機関である内閣が、そして、その首長である内閣総理大臣が、多くの場面で憲法の実質的な最終の有権解釈権者になる。裁判官が「憲法の番人」の役割を果たさないことが結局、主権者国民の意思から非常に離れたところでの国家の意思の決定につながる。本稿の執筆動機はそのことに対する違和感である。

本稿では、日本の最高裁判官自身の違憲立法審査権の考え方を検証し、そして日米安全保障条約の憲法判断を回避した砂川事件最高裁判決とそれに対する学説の反応に注目し、日本国憲法上、違憲立法審査権の行使について裁判官はどのように臨むべきかを検討する。

## 1 「憲法の番人」としての裁判官

日本国憲法は、国会が法律を制定し、内閣を最高の機関とする行政が法律を執行し、司法権が帰属する裁判所がその執行の法律適合性を審査する古典的な三権分立制度に止まらず、裁判所に対して国会が制定した法律の憲法適合性を審査し、不適合の場合にはその法律を無効にする力—違憲立法審査権を授けた。日本国憲法は、憲法の最終の有権解釈権を最高裁判所裁判官に委ね、「憲法の番人」として政治部門の行為の監視を託したのである。

このような制度は、明治憲法下の裁判制度にはもちろん存在しない。し

かも裁判所規則制定権や人事権など司法行政権を司法省が担っていた戦前の制度を、それらを最高裁が一手に担う制度に変更し、行政権に対する司法権自体の独立を確保し、さらに裁判官の身分保障についても最高裁裁判官に対する国民審査で罷免を可とする国民の決定がなされた場合を除けば「心身の故障」と「公の弾劾」以外には辞めさせられないなど明治憲法に比べて身分保障も強力になった。このような裁判官に違憲審査制を託したことを併せ考えるとより一層、この制度の導入が新憲法制定の中でも極めて大きな改革であったことをうかがわせる。

戦前はアメリカを除く、欧米の立憲主義諸国の多くが議会優位の統治制度を採用し、選挙で選ばれたわけでもない裁判官が、国民代表議会の作った法律を無効にしうる違憲審査制に否定的であったこともあり、戦後初期の憲法学説においても、このように新憲法が裁判所に違憲立法審査権を委ねたことについて、民主制との緊張関係にあるという指摘は、早くからなされている。

例えば、清宮四郎教授は、違憲立法審査権について「裁判所は、元来このような強大な力を行使するに適しないものであり、国民から選挙された国会以上に『憲法の番人』となりうるか疑わしい」としている。しかしながら、このような疑いにも関わらず、「憲法がこの制度を採用しているのは、憲法の保障を確保し、国民の権利を守るために、全体として、この制度の長所は短所をつぐなって余りあるとみたから」と民主制との緊張関係にも関わらず、この制度に好意的な姿勢を見せている<sup>1</sup>。

そもそも違憲立法審査権を裁判官が持つことにはどのような意味があるのだろうか。この点、芦部信喜教授は憲法の最高法規性の確保、権力相互の抑制と均衡を確保することに加えて、「基本的人権が立法・行政両権によって侵害される場合に、それを救済する『憲法の番人』としての」裁判所の役割をあげている<sup>2</sup>。確かに日本国憲法は、日本国民は、「正当に選

1 清宮四郎『憲法 I（第3版）』（有斐閣 1979年）378頁

2 芦部信喜著 高橋和之補訂『憲法（第7版）』（岩波書店 2019年）390頁

挙げられた代表者を通じて行動」するとして、そして全国民の代表者である議員で構成される国会を「国権の最高機関」(第41条)と定めている。それにもかかわらず、選出に当たっては国民から直接的に選出されたものではない裁判官に憲法保障と人権保障の最終的な守護者としての役割を託したのであるから、“民意”から遠いということがまず裁判官の行動指針の第一にはあってはいけないものであろう。

ところが日本国憲法制定から今日まで最高裁が出した法令違憲判決はごくわずかで1973年の尊属殺重罰規定違憲判決<sup>3</sup>から2015年の民法の女性の再婚禁止期間規定違憲判決<sup>4</sup>までわずかに10件(2019年12月31日時点)しかない<sup>5</sup>。違憲判決の数の観点から、最高裁の司法消極主義の姿勢を指摘することについては、最高裁裁判官経験者の中から批判がある<sup>6</sup>。しかし、1947年に施行された日本国憲法のけして短いとも言えない歴史の中で、法令違憲判決が10件というのは、如何にも少なすぎる数字であり、最高裁の違憲立法審査権に対する意識の方向性を示すものとして目に留められるべきものであろう。

## 2 違憲立法審査権に対する最高裁裁判官の考え方

当の最高裁裁判官は自らに付与された違憲立法審査権の行使について「憲法の番人」としての役割についてどのように捉えているのだろうか。最近、最高裁を退官された後に、その経験を回顧録として著書等にまとめられる元裁判官も一部におられることから、そうした資料から伺える最

---

3 昭和48年(1973年)4月4日 刑集27巻3号 265頁

4 平成27年(2015年)12月16日 民集69巻8号 2427頁

5 他国との比較については、内山奈月・南野茂『憲法主義 条文には書かれていない本質』(PHP 研究所 2014年)参照。

6 例えば藤田宙靖『最高裁回顧録—学者判事の七年半—』(有斐閣 2012年)118頁はこのような数字によって最高裁の違憲審査の消極性を導き出すことは「著しい飛躍」としている。



高裁裁判官が考える「憲法の番人」の役割の一断面を見てみたい。

もとより、現職の最高裁裁判官が自らの裁判官としての姿勢を国民に示す機会がほとんどないことは承知している。また、「良心に従い独立してその職権」を行使する職責を負っている以上、自らに付与された違憲立法審査権の在り様についての考え方も、それこそ千差万別であることも理解している。したがって、一部の最高裁裁判官の退任後の見解のみを見ることで、最高裁としての違憲審査に対する態度そのものを読み取ることはできない。しかし、時代や出自の異なる裁判官の考え方を、たとえ断片的であったとしても知ることは、我が国の違憲審査制の方向性を考える上では重要な手がかりとなるものと思われる。

このような元最高裁裁判官の回顧録を残された先駆けは、伊藤正巳裁判官であった。そして、伊藤裁判官の場合には、最高裁裁判官就任以前は、わが国を代表する憲法研究者の一人であったことも併せて考えると、伊藤裁判官が「憲法の番人」としての役割をどのような思われていたかを知るとは興味深い。伊藤裁判官は最高裁の「司法消極主義」の実態を認めている。その理由は様々であるが、注目したいのは日本における「理想的な裁判官像」である。日本においては「顔のない裁判官、共通した画一性のある裁判官職のもつ良心にしたがってできる限り没個人的な裁判」をする裁判官が理想とされていると伊藤裁判官は認識されている<sup>7</sup>。そのような裁判官が理想とされる中において、伊藤裁判官は「学者的思考に傾いて、「司法消極主義をとることに抵抗感を覚えるとともに、他方で、裁判の拘束力、事実状態の尊重などを意識する裁判官的思考との間を」さまよったと言われている<sup>8</sup>。

また、伊藤裁判官と同様に学者出身の最高裁裁判官としては藤田宙靖元裁判官があげられる。しかし、藤田裁判官の場合には学者としての自らの出自へのこだわりはむしろ意図して封じていた。藤田裁判官が自身の回顧

---

7 伊藤正巳『裁判官と学者の間』（有斐閣 1993年）132頁

8 伊藤前掲書注7 134頁

録の中で、最高裁判官に就任するにあたり、裁判官としての「実務」と、学者としての「学問」は大いに性質が異なるものとしてとらえ、「目の前にある当事者間の現実の争いについて、そのいずれかに軍配を上げることこそが基本的な課題」であり、しかもそれを「すみやかに行なわなければならない」と考えられている。そして「その場合の決定基準は」「一重に『適正な紛争解決』」であると述べている<sup>9</sup>。

このように裁判の目的を紛争解決に置くと、その帰結として違憲立法審査権の行使について、必ずしも積極的な立場になるとは言えない。藤田裁判官自身は、「憲法の規定や法の一般原則が引き合いに出されるのも、基本的にはあくまでも、目の前の具体的な事件について『最も適正な解決』をもたらすための一手段」に過ぎず、「憲法の基本的価値」や「法の一般原則」の「実現自体が自己目的とされているわけでは決して」ないというスタンスを取られている。当然、違憲立法審査権についても紛争解決のための手段として捉え、「現に目の前に存在する個別的な事件が、そういう判断をするのに適した事件であるという判断を大前提」とするものというように位置付けている<sup>10</sup>。伊藤裁判官が裁判官と学者の間で揺れていたとすれば、藤田裁判官は、少なくとも裁判官在任中は、徹底して裁判官たろうとした。この二人の見解から伊藤裁判官と藤田裁判官ともに違憲立法審査権の行使については裁判官としての職制上の良心に忠実であれば、それが中心になるものではないということが伺える。

このような学者出身の裁判官に対して、泉徳治元裁判官の違憲立法審査権に対する見解は注目できる。泉裁判官は最高裁の違憲立法審査権の行使の在り方の問題点をかなり突っ込んで指摘されている。泉裁判官によればこの問題点は、以下の3つが存在する。第一は、裁判所が「一步下がって」政治部門の裁量を尊重ばかりしては「国民の権利自由をまもるべき『司法の役割』が果たせない」にもかかわらず、政治部門の裁量権行使の

---

9 藤田前掲書注6 136頁

10 藤田前掲書注6 138頁

合憲性を審査する違憲審査基準が存在しないこと、第二が、最高裁は「憲法上の規定を文字通りに限定して解釈する傾向があり、憲法による人権保障を実効的なものとする努力に」欠けること、第三に、既存の大法廷判決の趣旨を拡大解釈し、小法廷限りで合憲の裁判を行うという仕方を多用していること、である<sup>11</sup>。このように最高裁の姿勢に対し踏み込んだ批判をそのキャリアのほとんどを裁判所で過ごされてきた泉裁判官から示されたことは意義深い。そして泉裁判官は「憲法は、裁判官が国民によって選任されるものでないことを承知の上で、裁判所に違憲立法審査権を付与し、その適正な行使によって憲法秩序を保とうとしているのである。裁判所は、国民によって選任されたものではないことを理由として謙抑的であることに努め、国会・政府に広範な裁量権を認めてばかりいては、憲法によって課せられた責務を果たすことはできない」と力強く述べ、裁判所が現状よりも「一步前に入る」ことを提唱している<sup>12</sup>。もちろん泉裁判官もこれまで多数おられた最高裁判官の一人であり、泉裁判官の見解はもとより泉裁判官個人のもので、そうでない考えの裁判官がおられることは承知の上で、これまでの過度に政治部門に遠慮した最高裁の姿勢が、その内部でも十全に通用するものではないことを示されたことになる。このような様々な裁判官の見解がある中で、これまで戦後最高裁が示してきた司法権の限界—違憲立法審査権不行使の場面について検討する。

### 3 司法権の限界

周知のとおり、司法権の定義は、明治憲法下における「民刑事の裁判」

---

11 泉徳治『私の最高裁判所論 憲法の求める司法の役割』（日本評論社 2013年）152頁以下

12 泉前掲書注11 158頁

を変更し、日本国憲法下では「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家作用」に改められた<sup>13</sup>。このような定義変更は日本国憲法第76条第2項によって「特別裁判所」が禁止されたことに伴って、従来、行政裁判所に係属した行政事件を司法裁判所の審査に服せしめるためのものである。このような経緯に照らせば、定義上、法律上の争訟に当たり、かつ法を適用することにより終局的解決が図られる事柄については全て司法裁判所の審査に服せしめることができるはずである。ところが、新しい定義上、司法権が及ぶはずの事項のいくつかが「司法権の限界」として、司法審査の対象から外れることになった。判例上、認められるものとしては、国会や両議院の議事手続等に関する自律権に属する行為<sup>14</sup>、政治部門の裁量に委ねられているとされる行為<sup>15</sup>、団体の内部事項に関わる行為<sup>16</sup>などが挙げられる。

これら以上に司法権の限界論として、裁判官の権限行使の観点から特に論ずべきはいわゆる統治行為論による違憲審査権の不行使の場面である。この統治行為論を用いた最高裁の先例としては、衆議院の解散の合憲性が問われた苦米地事件<sup>17</sup>と日米安全保障条約の合憲性が論点となった砂川事件がある。ここでは戦後日本の国家統治に関してよりシリアスな論点を含んでいる砂川事件を題材としたい。というのは、この事件程に裁判所の違憲立法審査権行使の在り方と政治の緊張が高まったものは他にないからであり、政治部門と裁判部門のどちらの判断を尊重することが国民主権の観点から望ましいものかを考える恰好の事件だからである。日本の安全保障の要ともいえる日米同盟を根拠づける日米安全保障条約の憲法適合性が争われたこの事件で、もし万一最高裁が安保条約は違憲であるとの判断を下せば、アメリカとの関係上、自衛隊を違憲といわれること以上に日本政府

---

13 清宮前掲書注1 335頁

14 最大判昭和37年(1962年)3月7日 民集16巻3号 445頁など

15 最大判昭和57年(1982年)7月7日 民集36巻7号 1235頁など

16 最大判昭和52年(1977年)3月15日 民集31巻2号 234頁など

17 最大判昭和35年(1960年)6月4日 民集14巻7号 1206頁

にとって致命的な痛手であったということは想像に難くない。しかし、こうした事情にもかかわらず、第一審東京地裁判決（いわゆる伊達判決）では駐留米軍を「実質的に考察するとき、わが国が外部からの武力攻撃に対する自衛に対する目的で合衆国軍隊の駐留を許容していることは、」「日本国憲法第9条第2項前段によって禁止されている陸海空軍その他の戦力の保持に該当するものといわざるを得ず、結局わが国内に駐留する合衆国軍隊は憲法上その存在を許すべからざるもの」とし、日米安全保障条約によって認められた米軍の駐留を違憲であると断じた。それを受けて跳躍上告された上告審判決<sup>18</sup>で最高裁判所は、第一審判決を覆し、日米安全保障条約の合憲性判断を避ける文脈で以下のように判示した。

日米安全保障条約は「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係を持つ高度の政治性を有するものというべきであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣及びこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点が少なくない」、したがって、日米安全保障条約について「違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり」、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであって」…「終局的には主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきものである」と。

国民主権原理のもとで、「高度の政治性」を有する問題について終局的に国民の政治的批判に服するべきという最高裁の見解は確かにその通りであろう。しかし、「高度の政治性」を有する問題に対する国民の政治的批判を惹起する方法として当該問題に対する憲法適合性の判断を裁判所の司法審査権の「範囲外」とすることは果たして適切であろうか。この点に關

---

18 最大判昭和34年（1959年）12月16日 刑集13卷13号 3225頁

して、もちろん批判的な見解も出されているが<sup>19</sup>、この判決を受容していると思われる見解が実は、極めて有力な憲法学者から多数出されていることは注目すべきである。例えば、宮澤俊義教授は「統治行為」については、「裁判所の審査に服させることが、實際上合目的的ではないから」「裁判所の審査権から多かれ少なかれ、除かれるべき」としている。さらに、「統治行為」について「かりに裁判所が議院なり内閣なりの行為の違法ないし無効を宣言してみたところで、その執行はほとんど不可能であり、むしろ選挙や、一般の政治上の言論をつうじて、いわば政治的なコントロールに服させる方がはるかに効果的である」<sup>20</sup>として必ずしも否定的にはとらえていない。現代の憲法学説においても蟻川恒正教授は、「政治部門と決定的に『対決』した場合、自らの判断を『執行』するための固有の（政治的）資源を有していない裁判所は、挫折するしか」なく、「その政治的敗北が不可避的にもたらす司法の威信の喪失は、当該事件のみ」では終わらない。「司法の果たすべき」役割を全般的に阻害することになり、「その事態を防止することは」「司法にとっての死活問題」であるとして、積極的にそうすべきとは言わないまでも、最高裁の立場を擁護している<sup>21</sup>。また南野森教授は、蟻川説と歩調を合わせ「最高裁が立法行為や行政行為に対して違憲審査権を行使するということは、つまるところ、自らの存在基盤あるいは存在形態そのものを根本的に動揺させう政治勢力と敵対することを意味する」のであり、「最高裁の政治部門に対する『政治的敗北』を何としても避けるためにやむを得ざる戦略として」統治行為論をとることも首肯されるとしている<sup>22</sup>。

なるほど確かに、最高裁が砂川事件以降の裁判を政治部門の不当な介入

19 栗城壽夫 樋口陽一・野中俊彦編『憲法基本判例（別冊法学教室）』（有斐閣 1966年）165頁など

20 宮澤俊義著・芦部信喜補訂『全訂 日本国憲法』（有斐閣 1978年）598頁

21 蟻川恒正『憲法解釈権力』（勁草書房 2020年）61頁

22 南野森『違憲審査制』穴戸常寿・林知更『総点検 日本国憲法の70年』（岩波書店 2018年 249頁）

から逃れ、適切な司法を維持する上で、この事件で統治行為論を持ち出すことには意味があったかもしれない。しかし、蟻川教授や南野教授のような見解は、最高裁が政治部門との政治力学上の均衡点を探って出した砂川事件判決に対する「理解」であって、けして法理論的に支持をしているようには見えない。もし、最高裁が事件後の政治部門による圧力を気にかけたということであれば、そのような事情は最高裁と政治部門の単なる政治力学上の事情であり、蟻川教授がその理解の基礎に置く入江俊郎裁判官の「司法権には、それが政治の領域と対決した場合に、政治の必要と妥当とのために」「踏み込み得ない領域がある」という主張<sup>23</sup>は、本来入江裁判官が「墓場まで持っていく”べき筋の話でしかない。法原部部門を司る最高裁判所の在り方として法律学論上、正面から認められるべきものではないだろう。

そうであるにもかかわらず、最高裁が砂川事件で統治行為論を用いたことに対しての有力憲法学者からの“理解”を得られているのは何故であろうか。

実はこのことによって、違憲判決によって政治的混乱をもたらすことの危険を回避した最高裁、当面、日米安全保障条約を維持できる政治部門の思惑と、仮に最高裁が違憲判決を出した場合にそれを契機にした憲法改正論議の活性化を避けられたといういわゆる護憲派に属する憲法学者の三者に一定の満足をもたらす奇妙な一致があったのでないか。

第9条第2項によって「陸海空軍その他戦力」の保持を禁止している日本国憲法のもとで、米軍の駐留と日本国有事の際の日米の共同防衛義務を定め、極東の平和と安定のために米軍の駐留を認めた日米安全保障条約の存否が、日本の安全保障にとって極めて重要な意味を持つことは否定できない。このような重要な条約について政治的批判に服せしめる必要があるのであれば、むしろはっきりと憲法判断をして、その合憲性、違憲性を示

---

23 入江俊郎「統治行為」『公法研究』13号（1955年）75頁

した方がより、国民の政治的批判を惹起するべきものであろう。そうした方が、仮に最高裁で違憲判決が出たとしても、日米安全保障条約の否定が、日本を取り巻く安全保障環境上不適切であれば、それに合わせた憲法改正を議論することで「主権を有する国民の政治的批判」が初めて可能となる。司法院が日米安全保障条約の憲法適合性判断を放棄してしまったために、結果として政府の憲法解釈が国民的議論を起こさないまま“なんとなく”追認されるという結果を生じさせている。判決が言うような「主権を有する国民の政治的批判」を巻き起こすのであれば、主権者国民にそのままこの問題を投げつけるべき—すなわち憲法改正するかどうかの政治的決断を国民に促す方向での判決をすべきだったのではなかろうか。

## 4 フランス憲法院判決と憲法改正

ここで、同様に極めて重要な政治問題について違憲審査機関である憲法院が憲法判断を行い、それが国民の憲法論議を惹起したフランスの事例を見てみたい。

日本においては、憲法制定権力が発動され、新憲法が制定されるという局面を除けば、国民主権の最高の制度的表現は憲法改正国民投票（第96条）である。ところが日本国憲法が1947年に施行されて70年以上が過ぎたにもかかわらず、この国民投票は一度も行われていない。それどころかその前提となる両議院による憲法改正による発議さえ行われていない。

1955年以来、ごくわずかな期間を除けば、憲法改正を党是とする政党が長期間に渡って政権の座にあったことを考えれば、この事実は「意外なものとして受け止められるべきことではないか。

---

24 樋口陽一『憲法I』（青林書院 1998年）540頁は「最高裁は、たしかに違憲判断には消極的だが、憲法判断をすること自体については、全体的に積極的であると指摘している。



この「意外」な事実とわが国の司法消極主義、より端的には樋口陽一教授が言うところの「違憲判断消極主義」<sup>24</sup>の関連はないのであろうか。違憲判断の少なさと憲法改正が皆無であることは決して偶然ではない。フランスの実例などからも明らかなように違憲審査機関による違憲判断と憲法改正は密接な関係にある。例えば1992年2月7日に締結されたのマーストリヒト条約のうち国籍を持たない欧州連合市民に対し居住国の市町村会選挙における選挙権・被選挙権を付与する条項（8B条第1パラグラフ）に対し、憲法院は「市民的・政治的権利を有する両性の成年であるフランス国民」を選挙人としたフランス第5共和政憲法（旧）第3条第4項に違反するとした<sup>25</sup>。そしてこれを受けて1992年6月25日に憲法的法律によってフランス国籍を持たないフランスに居住する欧州市民の市町村会選挙の選挙権と被選挙権の付与を含む「第14章 欧州共同体及び欧州連合」を付加する憲法改正と条約批准の国民投票を行った。そしてさらに憲法院でこの憲法改正後の憲法にマーストリヒト条約が適合するか否かを審査され、その憲法適合性が確認されている<sup>26</sup>。

このような違憲審査機関による判断と国民による憲法論議が相互に行きかう一すなわち、違憲判決を下すことによって「主権を有する国民の政治的批判」を惹起し、憲法自体をどうするかを国民が考えるようにすることは少なくとも政治部門に問題をただ投げかえすやり方よりは、余程、国民主権に適う方法ではないか。マーストリヒト条約とフランス第5共和制憲法の関係をどうするかという問題は当時のフランスにとっては日本における日米安全保障条約と日本国憲法の関係をどうするかという問題に比肩するような国家の「存立の基礎に極めて重大な関係を持つ高度の政治性を有する」極めて重要な問題ではあるが、日本の対応とはかなり異なっている。日本とフランスのどちらがより適切なアプローチであるかという点につい

---

25 Décision n°92-308DC du 9 avril 1992 Journal Officiel,Lois et Décrets du 11 avril 1992,p.5354

26 Décision n°92-312DC du 2 septembre 1992 Journal Officiel,Lois et Décrets du 25 septembre 1992,p.13337

では、それぞれの違憲審査機関の性質や憲法改正の手続き、政治に対する国民の意識など考慮すべき点は多々あるため一概には言えないものの、憲法院の違憲判断が国民へ憲法問題を提起し、憲法を改正したことにより、現状と現行の憲法規範の間の矛盾を回避しているこのフランス的なやり方は立憲主義の一つのモデルとして大いに参考になろう<sup>27</sup>。

裁判官が憲法上認められた違憲立法審査権を適切に行使しないことによって、憲法問題に関する国民的議論の惹起を阻害しているとしたら裁判官と国民の関係が適切であるとは言えない。政治部門による政治決定と裁判部門による違憲立法審査権の行使とそのことを受けた国民の審判が円環を描くようなシステムが国民主権ないし民主制の観点からは、望ましく思われる。以下では、このような観点から憲法訴訟と憲法改正の関係について論じたい。

## 5 憲法訴訟と憲法改正

憲法改正には凄まじい政治的エネルギーが必要となる。憲法の「硬度度」が高いほど、改正のために充填されるべきエネルギーは強大でなければならない。そしてそれは国民への発議に必要な両議院の総議員の3分の2という数の問題をクリアするのが極めて難しいことに加えて、国民投票が課されている以上、それが国民的議論に値するほどの国民生活への切迫感がなければならないのである。かつて第一次安倍晋三内閣は「消えた年金問題」よりも、さして国民的関心のない「憲法改正」を重視した。そしてそれが、政権崩壊につながったことから明らかなように、国民の政治への期待は日々の国民生活の安定であり、それを脅かす諸課題の解決である。

---

27 フランス第5共和政憲法下での憲法院判決と憲法改正の動向を詳細に分析するものとして辻村みよ子『市民主権の可能性—21世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー』(有信堂 2002年) 107頁以下

主権者であり、憲法改正権の主体である国民は、日ごろ憲法問題などにはほとんど関心を寄せない、そして、成熟した国家ではそれは普通のことである。国民を突き動かすには、年金や介護サービスの安定的供給、災害対応、株価の安定、保育所の確保、感染症対策など日々の何の前触れもなく発する国民の日常生活に関わる諸問題と同等かそれ以上に国民にとって重要な憲法問題が国民に突き付けられなければならない。ところが、憲法改正にその政治生命をかけているかのような安部晋三首相でさえ、「祖父」の「意思を引き継ぐ」ことであることが推測されたり（2017年7月27日産経ニュース）、また、9条3項新設の改憲案の根拠とし「自衛隊が全力で任務を果たす姿に対し国民の信頼は9割を超えている一方、多くの憲法学者は『違憲』と言っている」（2017年5月3日読売新聞）と述べているなど、およそ国民生活への切迫感とは縁遠いレベルで憲法改正論議を起こそうとしている。祖父（岸信介元首相）の悲願の達成などは単なる個人的信条であり、そもそも国政レベルで展開される筋の話ではないし、第9条第3項新設の件についてもほとんどの憲法学者が違憲と言っている状態を解消したいということも憲法改正の動機としては非常に弱い<sup>28)</sup>。そもそも、このほとんどの「憲法学者」が自衛隊を違憲であると言っていること自体がその正確さを問われることであるが<sup>29)</sup>、それを一先おいたとして、首相自身が主権者国民の9割が現行憲法下で自衛隊を合憲であると評価しているのなら既に主権者の審判は下っており、わざわざ憲法を変える必要はなかるう。改憲派の標的が社会の中では圧倒的に少数で、さして世論の動向に影響を与えているとは思えない「憲法学者」であるとすれば、いったい国民にとって何に不足があつての改憲論なのかが見えない。憲法改正という大事業を成し遂げようとする者の仮想敵が、さほど国民に認知されているわけでもなく、国民全体から見れば極々“希少種”でしかない

---

28 辻村みよ子『憲法改正論の焦点 平和・人権・家族を考える』（法律文化社 2018年）7頁

29 長谷部恭男『憲法の良識「国のかたち」を壊さない仕組み』（朝日新書 2018年）を参照

「憲法学者」の言動を引き合いに出さなければその根拠が示せないとすれば、国民の側も改憲エネルギーも充填することはできないのではなからうか。憲法改正をすることによって国民にとって何かが決定的に変わるといふ事態を作らずして、憲法改正を政治日程に入れることはかなり困難であろう。

本稿は特に現行の日本国憲法を改正すべきということを主張するものでも、改正すべきでないということを主張するものではない。

本稿ではこれまで述べてきたような日本の裁判所の“極端な”司法消極主義ないし違憲判断消極主義が、結局は日本の健全な民主制—憲法改正を含めて、一憲法が用意した制度の効果的な運用を妨げているのではないかということを目指したい。確かに統治行為論のような手法を用いて裁判所が重要な憲法問題に対する判断を回避すると、当面の政治的混乱は回避できる。しかし、その後、日本国憲法第9条の解釈論に対する国民的議論すらも回避され、ただ現状が追認される状態になっている。日米安全保障条約や自衛隊の憲法的位置づけに対する最高裁の実質的判断がなされていないことがその原因の一つであろう。そして、他の事件については比較的合憲判断をしているにも関わらず、こうした日本国憲法第9条関連の事案の憲法判断を悉く回避しながら、しかし合憲と言わないことの怪しさを保ちながら、その論点が“宙ぶらりん”になるのである。このように国民に議論を投げない裁判所の手法は政治部門の憲法改正論議のイニシアティブの弱さにもつながっている。過度の憲法判断の回避は結局、裁判官の民主主義に対する責任回避にしかならない。

そして、またこれは政治部門にも言えることである。付随的審査制の下では最高裁によって、ある法律が違憲の評価を受けた場合に直ちにその法律が法令集から削除されることはなく、通常は、行政府はその法律の執行を控え、立法府はその法律を廃止するよう努める最高裁の違憲判断を尊重するのが通常であり、またそうすべきものである。しかし、政治部門がその法律をどうしても存続させたい場合の対抗手段として、主権者国民へ憲

法改正の提案がありうるのではなかろうか。

## 6 裁判官の民主的正統性

通常、多くの憲法研究者の中で共有されている見方として、裁判所が違憲審査権を行使することは民主的になされた政治部門の決定をその民主的正統性が薄い裁判官が覆すことに妥当性があるのかどうかということから議論される。「憲法判断の積極化により違憲判断が増加することも予測されるべきであるが、国民と、より近いところにある政治部門の判断を裁判官が否定することには、我が国憲法に明示的に承認されているとはいえ、憲法理論上、問題がないわけではない。いわゆる司法審査の民主的正統性の問題である」という前提が裁判所の違憲審査権に関する議論の出発点として置かれる<sup>30</sup>。裁判官の違憲立法審査権行使の在り方について山元一教授は「社会における構造的な少数者」「に対して、多数者意思の反映される傾向の強い政治部門が適切な法的保護を与えていない場合」と「表現の自由や選挙制度など、民主的な意思決定のプロセスにおいて不当な規制が行われている場合には」司法積極主義が妥当し、他方で、「それ以外の場合」には、「司法消極主義の考え方が妥当する」とされる。その理由は「選挙で選ばれたのではなく国民に責任を負わない裁判官が政治部門の決定を踏みにじり国民主権をないがしろにする懸念が生じる」<sup>31</sup>からとされている。山元教授は、これらの区別を硬直的にすることには否定的な考え方を合わせ持っているものの、おおむねこれが通常の憲法学説の考え方といえよう。そしてこれは日本の最近の憲法学者によって考えられたもの

---

30 土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣 2018年）第1章（山田哲史執筆）1頁

31 山元一『グローバル化時代の日本国憲法』（一般財団法人 放送大学教育振興会 2019年）201頁

というよりはむしろ、違憲立法審査権の展開に関する比較憲法史を通じて言われてきたことである。

したがって、本稿においてもこのような比較憲法史的知見を真っ向から否定することはしない。しかし、日本国憲法が規定する統治システムを全体としてとらえたときに、裁判部門が果たして政治部門に介入することを抑制する議論として国民主権論ないし民主主義論がそれほど大きな力を持ち得るかどうかは検討の余地があるだろう。本稿では日本国憲法論においては国民主権論ないし民主主義論を用いた司法権の抑制論はアメリカ等と比較した場合にはその通用力は大きくないという立場をとる。

一般に裁判官は、国会議員や内閣総理大臣及びその他国務大臣と比較し、その民主的正統性が低いと考えられている。すなわち、国民の直接選挙によって選出される国会議員が最も民主的正統性が高いものとされる。その国会議員の中から国会の指名によって決定される内閣総理大臣が国務大臣を任命し、内閣を構成する。そしてその内閣の指名によって最高裁判所長官が実質的に決定され、その他の最高裁裁判官も内閣によって任命される。国会議員の選挙に参加した民意を起点とした、そこからの“距離”という点では確かにその任命システムという視点から見ると遠いとは言える。また、我が国の違憲審査制はしばしば“アメリカ型”と言われている。確かに裁判官による憲法判断は、司法裁判所に係属する事件を解決するためのものであり、その点では“アメリカ型”と言える。そして本家アメリカでは、常に裁判官の違憲立法審査権行使には、その民主的正統性の問題が付きまとう。このようなアメリカ憲法の影響から、日本に憲法学説は最高裁の違憲立法審査権の行使の消極性に対して否定的な見解が多い割に、上記に挙げた「司法権の限界」の論理に加え、憲法判断回避準則など、司法権の民主的正統性の低さを前提とする理論を積極的に展開してきた。

しかし、この点アメリカと日本では決定的な違いがある。まずは、アメリカの違憲審査制は、憲法上明文の根拠があるわけではなく、1803年の連邦最高裁判決マーベリー対マジンソン<sup>32</sup>を通じて、判例法上確立した制度

であること、それに対して日本国憲法はその第81条で明確に最高裁判所を立法を含めた一切の国家の行為の憲法適合性を審査する「終審裁判所」として定めている。また、これはあまり指摘されていないところであるが、連邦最高裁裁判官は合衆国憲法第2条第2節第2項に基づき上院の同意を得て大統領に任命されるが、任命された後は、弾劾されない限り、辞めさせられないし、定年も存在しない。要するに本人が辞めようと思わなければ、死ぬまで続けられる。それに対し、日本の最高裁裁判官は、まず、「法律の定める年齢」に達したときに退官することが日本国憲法第79条第5項によって定められている。さらに同条第2項の定めにより国民審査に服する。要するにいかなる裁判官であってもその地位は国民代表機関によって定められる定年によって地位を奪われ、国民の直接的な意思によって罷免される仕組みを日本国憲法は用意している。国民審査は、憲法改正国民投票（第96条）、普通選挙（第15条）、地方自治特別法制定のための住民投票（第95条）と並ぶ、国民が具体的に権力を行使する局面、すなわち、国民主権の権力的契機を具体化した制度である。日本国憲法上、「国民固有の権利」（第15条第1項）として定められる公務員の選定罷免権について、国民の自らの意思の表明によって直接、公務員を「罷免」できる唯一の制度である。

この国民審査は「解職のための制度」＝最高裁裁判官のリコール制度と理解されている。このような制度は国民の多数派の積極的な意思表示によって裁判官を選ぶものではないが、国会議員や内閣総理大臣及びその他の国務大臣に対しては存在しないことを考えると、一概に最高裁裁判官の民主的正統性が国会議員や内閣総理大臣及びその他の国務大臣と比べて低いものであるともいえない。

しかも、この国民審査は「衆議院議員総選挙の際」に行われることも本来注目されるべきものである。“下院”の選挙と同じ日に、同じ有権者団

の審判を受けることになっていることも最高裁裁判官の民主的正統性を支える論拠として用いることはできるのではなからうか。

また、憲法により直接創設された制度ではないものの、裁判員制度については、最高裁は、「裁判員法1条は、制度導入の趣旨について、国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資することを挙げており、これは、制度が国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図るものであることを示していると解される。」と述べている。<sup>(33)</sup> 裁判員制度自体は憲法上の制度ではないが国民主権に基づく司法権の民主的正統性を補強する大きな材料となっている。

このように裁判官、とりわけ最高裁裁判官の民主的正統性を支える仕組みは日本国憲法及び法律上設置された諸制度によって認められるものであり、そうした制度的基盤のないアメリカ等とは異なる裁判官の職責や違憲立法審査権の行使の在り方が問われるべきではなからうか。

そして一方で、政治部門の民主的正統性それ自体も問われなければならない。周知のとおり、アメリカの行政府の長である大統領は合衆国国民による選挙で進出される。大統領選挙人を介在させる間接選挙制度ではあるものの、実質的には国民意思によって決せられる。つまり、その選定プロセスで国民との接点があるのである。これに対して日本の内閣総理大臣は国会議員の中から国会の指名によって決せられる。このように選出される内閣総理大臣は内閣の首長として閣内において強いリーダーシップを振ることが期待され、その他の国务大臣に比べて、非常に民主制的正統性の高い地位にあると言える。しかし、内閣総理大臣になる者は、国会議員としての国民からの審判は得てはいるものの、少なくとも内閣総理大臣になることを国民から直接託されたということを示す制度は、日本国憲法上は存在しない。この点に注目すれば罷免プロセスについて国民との接点

---

33 最大判平成23年(2011年)11月16日 刑集65巻8号 1285頁



をもつ最高裁裁判官に比べても内閣総理大臣の民主的正統性が高いものとは言い難い。このような制度の中において内閣および内閣総理大臣に実質的に憲法の最終的有権解釈権を禅譲するような裁判所の対応は、実は国民主権ないし民主制の観点からも適切でないことになる。したがって、裁判官、とりわけ最高裁裁判官には「高度の政治性」を有する問題は、政治部門ではなく国民に返す判断が本来は求められよう。「高度の政治性」を有する問題にこそ、国民的議論が活性化させる責務が違憲審査権を付与された機関にはあるものと思われる。

## おわりに

守屋克彦元裁判官は、日本国憲法の価値の体現にその生涯を捧げた気骨の裁判官であった。

東北大学法学部に在学していた若き法学徒であった守屋青年は、当時の法学部教授陣、とりわけ民事訴訟法の大家である斎藤秀夫教授の教えに共鳴し、裁判官を志した。

裁判や裁判官自体もその研究対象とされた斎藤教授はまず裁判は、①独立になされること、②適正であること、③迅速になされること、④国民の信頼を勝ち得るものでなければならないとした。したがって裁判官にはこの4つの条件を満たした裁判をなしうる適格を求めた。より具体的には「民主国家における国民のものとしての裁判を不羈独立に行う気魄」そして「人権擁護の念に徹し、特に誤判のないよう反省する心」を求めたのである<sup>34</sup>。

斎藤教授らの教えを受け、「裁判官の独立、その中でも立法府や行政に対して、違憲立法審査権の担い手として独立して職権を行使できる」裁判官にあこがれ、「日本国憲法の価値を、実際に自分の手で、裁判に生か

---

34 斎藤秀夫『裁判官論（増補2版）』（一粒社 1982年）5頁

すような『憲法の番人』としての仕事をしてみたい」という情熱を持った。守屋青年はその後、若き日の志を成し遂げ、司法試験に合格し、裁判官として活躍した。とりわけ、長沼事件に関する1969年平賀書簡問題、1971年宮本判事補再任拒否事件など「司法の危機」の時代にあってもぶれることなく、日本国憲法の価値を擁護した。そして、退官後は刑事訴訟法及び少年法の大家として複数の大学で教鞭をふるった。

その守屋裁判官は齢80にして2015年9月15日、安保法案反対声明を発した75名の裁判官OBの代表として、日本国憲法の価値を擁護するために立ち上がった。その記者会見でも中心に座る守屋裁判官はまさに「現代の護民官」<sup>35</sup>そのものであった。2018年にその生涯を閉じるまで、まさしく日本国憲法の擁護に努めたのであった。

このような日本国憲法の下で私なりにあるべき裁判官のモデルとして守屋克彦裁判官をあげて、彼の裁判官としての生涯を讃え、本稿を閉じたい。

---

35 「現代の護民官」という言い方は守屋克彦著 インタビューアー石塚章夫・竹内謙治『守柔—現代の護民官を志して』(日本評論社 2017年)から拝借した。なお守屋裁判官の生前最後の著作となったこの本の発行年月日を2017年5月3日—憲法記念日としたこともまた日本国憲法に殉じた守屋裁判官らしさの表れである。

# AI兵器に関する国際指針合意と国際人道法

佐藤 克枝

- 1 はじめに
- 2 自律型致死兵器システム (LAWS) とは
- 3 国際指針合意までの経緯と各国の主張
- 4 適用される国際人道法と問題点
- 5 安全保障上の必要性和今後の規制の方向
- 6 おわりに

## 1 はじめに

高度な人工知能 (AI) を搭載し、人間が関与せず相手を殺傷できる自律型致死兵器システム (LAWS: Lethal Autonomous Weapons Systems) の規制について、特定通常兵器使用禁止制限条約 (CCW: Convention on Certain Conventional Weapons) 締約国の政府専門家会合 (GGE: Group of Governmental Experts) による指針が、2019年11月に初めて採択された。2014年から CCW の枠組みで続けられた議論が5年目にして一定の合意を得たものである。

完全自律型兵器については、これに反対する NGO である「キラーロボット反対キャンペーン (Campaign to stop killer robots)」が2012年に完全自律型兵器開発の全面的な禁止を訴えた<sup>1</sup> ことから、すでに現実の脅威

---

1 ヒューマン・ライツ・ウォッチ「武器：殺人ロボットに反対する新キャンペーン発足」2012年4月23日 <https://www.hrw.org/ja/news/2013/04/23/249550>  
「本運動は、完全自律型兵器開発の先制的かつ全面的な禁止を目的とする、国際的な新 NGO 連合である。キラーロボットの禁止は、国際条約の制定に加え、国内法ほか数々の措置により達成されるべきである。」としている。

であるかのように議論されることもあるが、現時点では、人間が介在せず兵器のみで行動する完全自律型の兵器は存在しない<sup>2</sup>。また、自律型の兵器システムがいかなるものであるかについても、現時点では国際的に明確な定義はない。今回合意された指針の内容も具体的なものではなく、「努力目標」が示されたものである。

AI兵器の進化系である LAWS の規制に関する今後の課題について考察する。

## 2 自律型致死兵器システム (LAWS) とは

自律型兵器の定義については、GGE での見解は一致していないもののシステムの機能によって分類が可能である。特定の条件下において一定の処理を繰り返すように作られた制御構造という意味で使用される「ループ(loop)」概念に着目し、人間の介入の程度によって分類されている<sup>3</sup>。ヒューマン・ライツ・ウォッチの定義によれば、①半自律型兵器システム、②人間監視自律型兵器システム、③完全自律型兵器システムの3つである<sup>4</sup>。

それぞれの機能を見ていくと、①半自律型兵器システム(「Human in the loop weapons」(人間が輪の中にいる兵器))は、ロボットは標的を選択できるものの、人間の命令によってのみ攻撃ができる兵器であり、②人間監視自律型兵器システム、(「Human on the loop weapons」(人間が輪の上にいる兵器))は、ロボットが標的を選択し、攻撃もできるが、人間がロボットの動作を無効にできる兵器である。③完全自律型兵器システム(「Human out of the loop weapons」(人間が輪の外にいる兵器))は、ロボットが人間の入力や命令などの関与なしに標的を選択し、攻撃で

---

2 開発には、今後20～30年を要するとされる。

3 「自律型ロボット兵器を規制する国際法」

Wireless Wire News 2016.02.10 <https://wirelesswire.jp/2016/02/50129/>

4 「自律型致死兵器システム (LAWS) に関する国際会議について」(トピックス071 2019/09/06) 海上自衛隊幹部学校

<https://www.mod.go.jp/msdf/navcol/SSG/topics-column/071s.html>

きる兵器である。このうち②と③がLAWSに該当するとしている<sup>5</sup>。

現在の兵器は、①半自律型兵器システム(Human in the loop weapons)が中心であり、現存するプレデターなどの無人化兵器は地上から人間が操作し行動をコントロールするものであり、人間が輪の中にいる状況で制御されている。②人間監視自律型兵器システム(Human on the loop weapons)としては対空脅威を自動的に探知・識別・迎撃する米海軍の艦船搭載の近接防御火器システムや米陸軍の対ロケット・野戦砲・迫撃砲システム等が挙げられる。この人間監視自律型兵器システムについては、ロボットによる目標の検知・評価・対応過程が秒単位であることから、判定の際に人間が適切に監視をし、人間が意図しない行動をした際の停止決定をすることは実体として不可能であるため、③の完全自律型兵器システム(Human out of the loop weapons)に含まれる可能性も指摘される。③の完全自律型兵器システム(Human out of the loop weapons)ははまだ存在しないが、その前駆的なものに静止型武装歩哨ロボットや、ロボットが敵対的なレーダー信号を検出して攻撃する徘徊型兵器がある<sup>6</sup>。

完全自律型兵器システム(Human out of the loop weapons)は、自律兵器(autonomous)と自動兵器(automated)に区分できるとされる。自律兵器は、事前にプログラムがなされ、信号の入力により機械が反応して攻撃するものであり、自動兵器は、自ら搜索し、目標物を発見、把握し、攻撃するものもある。それぞれの境界は明確に規定できず、兵器の信頼性の度合いにより変動するとされる<sup>7</sup>。防護兵器として限定的な自律兵器は現存しているが、問題となるのは攻撃が可能な兵器である。

---

5 前掲「自律型ロボット兵器を規制する国際法」

6 上野博嗣「ロボット兵器の自立性に関する一考察—LAWS(自立型致死兵器システムを中心として—)海上自衛隊幹部学校戦略研究2019年7月(9-1)」

7 佐藤丙午「「キラー・ロボット」をめぐる技術革新と倫理」外交 Vol.58 Nov/Dec.2019

### 3 国際指針合意までの経緯と各国の主張

#### (1) 指針の概要

指針は11項目<sup>8</sup>であり、LAWS について国際人道法や関連する国際法の遵守を確認するとともに、兵器を使用する責任は人間にあることを規定している。また、開発から配備、使用に人間が関与する原則も示した。また、一方で知的な自立技術の発展や平和利用についてはこれを妨げるものではないことも確認している。これは、いわゆる AI 技術が民間と軍事技術のデュアルユースであり、LAWS が現存しない中で開発が制限されることへの反対に配慮したものである。

#### (2) 慎重派と推進派

CCW 締約国が LAWS に関する法規制を推進するか否かの主張は、それぞれの国が兵器開発においてどの位置にあるかによっても異なる。AI 技術の開発がなされていない、または能力的に不十分な国は法規制を推進する立場にあり、一方、開発を推進する国は法規制に慎重な立場をとっているといえる。

#### (3) 法規制を推進する立場<sup>9</sup>

法規制を推進する立場をとるのは、CCW のうち、中南米と東西冷戦期にどちらの陣営にも加盟しなかった非同盟諸、中国等の 32 か国である。ブラジルは、人間の介入なしに単にプログラムのパラメーターに従って攻撃することを問題視する。また、パキスタンは、人の生死を決定する際（攻撃する際）に人間が意思決定過程の輪にいないこと（human out of the loop）を批判の対象にしている。ブラジルやパキスタンのいう LAWS は、完全自律型兵器システムのうち自動兵器を範疇としている。

---

8 内容は別表のとおり。新保史生「自立型致死兵器システム（LAWS）に関するロボット法的視点からの考察」IEICE Fundamentals Review Vol.13, No.3 p223

9 各国の立場と主張内容に関して、前掲 上野

中国は、LAWSが既存の兵器と関連するものの、現存しないことについての認識は多くの国で共通であるとした上で、5つの特性を含むものをLAWSと見なすべきとの主張をしている。それらの特性とは、①十分なペイロードがあり致死性を有すること。②任務を遂行する全過程において、人間の介入と制御が行われない自律性を有すること。③一旦起動されれば、システムを停止する方法がないこと。④状況やシナリオに関係なく標的を殺害する無差別性を有すること。⑤環境との相互作用を通じて、自律的に学習する進化性を有することである。中国は、完全自律型兵器システムの自律兵器と自動兵器をLAWSと捉えているといえる。

#### (4) 法規制に慎重な立場

中国を除く安保理常任理事国や完全自律型兵器として批判される兵器を保有するイスラエルや韓国の12か国が完全自律型兵器に関する新しい国際法を制定することについて慎重な立場をとっている。

アメリカは、米国国防省が2012年に「国防省指令 3000.09」を發布し、兵器システムと国際人道法の関係を、政策ガイドラインに反映させている。指令では、自律型兵器システムを「いったん稼働した兵器システムが、人間のオペレーターの介入なしに、標的を選別し攻撃するもの」<sup>10</sup>と定義して、一定の制限を設けシステムの信頼性が担保されるまでは、米軍が自律型兵器システムを運用することを禁止するとしている。

イギリスは、2011年に英国国防省による統合ドクトリンで、自律型兵器システムは、自らを認識でき、人間と同じレベルの状況理解を達成することができなければならないとしている。また、2016年第3回GGEにおいて、LAWSは存在せず、今後も存在しないと言及しており、プログラムの規則に従いロボット兵器自身で標的を捜索、選択し、攻撃する兵器を自国で開発する可能性があるが、これは自動兵器であって自律型兵器ではないとしている。

NATOは、2015年に、武力紛争法及び国際人権法は軍事機能を自律システムに委譲することを禁止していないとしている一方で、ロボットは戦闘員の手の中にある単なる道具であると評価し、米国防総省と同様の見解を示している。

法規制に慎重な立場からは、自律型兵器システムの規制が必要とされるのは、人間の意思を介することなく兵器自らが標的の選択を行うことができるようになった場合との主張であり、自律型兵器を規制の対象としているといえる。

#### (5) 日本の立場

2019年3月に外務省が公表した、自律型致死兵器システム (LAWS) に関する政府専門家会合に対する日本政府の作業文書に、我が国の考え方が述べられている<sup>11</sup>。

これによると、特定通常兵器使用禁止制限条約 (CCW) の枠組みの下で、自律型致死兵器システム (LAWS) に関する政府専門家会合 (GGE) の2019年第一会期が同月25日から29日まで開催されるに当たり提出したものであり、その目的は、日本がこれまでも、通常兵器に関する軍備管理・軍縮に積極的に取り組んできているところ、GGEにおいて、人道と安全保障の観点も勘案したバランスの取れた議論を行い、国際社会が将来目指すべき取組の方向性を示すことに貢献することにあるとしている。日本としては、国際社会において共通認識が得られるよう、LAWSに関する議論を更に深めていく必要があると考えており、日本の安全保障の観点も考慮しつつ、引き続き、国際的なルール作りに積極的かつ建設的に参加していく考えであるとしている。

また、作業文書のポイントとしては、①目的：国際社会が将来目指すべき取組の方向性を示すことに貢献。②議論の整理：過去の議論を踏ま

---

11 自律型致死兵器システム (LAWS) に関する政府専門家会合に対する日本政府の作業文書 (外務省平成31年3月22日)

[https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/press4\\_007229.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/press4_007229.html)



え、関係者間で認識共有すべき事項を指摘。③日本の考え方：日本は、完全自律型の致死性を有する兵器を開発しないという立場。有意な人間の関与が確保された自律型兵器システムについては、ヒューマンエラーの減少や、省力化・省人化といった安全保障上の意義があるとしている。

さらに、LAWSの定義については、致死性や人間の関与の在り方等の議論を深めることが必要であるとし、致死性を有する自律型兵器システムのみについて議論を進めることが望ましいとした。そこで直接的に人間を殺害する設計がなされた兵器システムをルールの対象とすることも一案であるとしている。

有意な人間の関与については、致死性兵器には、使用される兵器に関する情報を十分に掌握した人間による関与を確保する等、有意な人間の関与が必須であるとして、兵器のライフサイクルにおいて有意な人間の関与が必要な段階と程度について議論を深めるべきとしている。

また、ルールの対象範囲については、致死性兵器に用いられる可能性があるといった安易な理由で、自律化技術の研究・開発の規制は厳に慎むべきであり、ルールの対象範囲は、致死性があり、かつ有意な人間の関与がない完全自律型兵器とすべきであるとする。

国際法や倫理との関係については、LAWSを含め、武力の行使に当たっては、国際法、特に国際人道法を遵守することが必須であり、国際人道法違反に対しては、通常の兵器と同様に使用する国家や個人の責任が問われるべきであるとする。

信頼醸成措置については、透明性の確保のため、兵器審査の履行体制をCCW年次報告に加える等、いかなる仕組みが適切か検討することが適当と述べている。

最終的には、あり得べき成果として、主要国を含む、国際社会で広く共通認識を確保した上でルールについて合意するのが望ましいが、意見の相違があるため、法的拘束力のある文書を直ちに実効的なルール枠組みとすることは困難であるとし、現状においては、GGEにおける議論

を踏まえた成果文書が適切なオプションの一つであり、今後、他の関係者と協力するとしている。

#### 4 適用される国際人道法と問題点

##### (1) 適用される国際人道法

LAWS に適用される国際人道法は、CCW のほか、国際的な武力紛争の犠牲者の保護を定めるジュネーブ諸条約第一追加議定書（第一追加議定書）がある。第一追加議定書のうち LAWS に関わる内容は、①攻撃対象や戦闘手段・方法の制限、文民の巻き添え防止等に関する事項と、②新たな兵器に対する締約国の義務に関する事項に区分できる。

①は、3つの主原則によって示される。第一に、戦闘方法・手段を紛争当事者が選択する権利は無制限ではなく、過度の傷害や無用の苦痛を与える兵器や戦闘方法は禁止されるという禁止原則である（第35条）。対人地雷や弾頭に細工をし、被弾した際の殺傷力を高める兵器などはこれにあたる。一時的に戦闘力を減殺するために最小限の苦痛を与えるものや非致死性ものは許容される。第二に、文民と戦闘員とを、民用物と軍事目標とを常に区別し、軍事目標に限定して攻撃する区別原則である（第48条、第51条、第52条等）。民用物と軍事目標については、第52条2項に定義がされており、民用物は「軍事目標以外のすべての物」との規定ぶりである。すなわち、軍事目標は限定的であり、保護対象である民用物を広くとらえている。第三に、予測される文民の巻き添えの損害と予期される軍事的利益との均衡原則である（第51条5項）。また、攻撃の手段及び方法の選択にあたっては、巻き添えによる文民の死亡や傷害、民用物の損害を防止し、少なくとも最小限にとどめるため、すべての実行可能な予防措置をとることとされる（第57条2項）。しかしながら、付随的損害を防止するための措置にあたっては、当時の情報の程度や戦闘員、装備の能力、戦闘地域の状況などによって判断は困難であるため一様に解決しがたい問題である。

そのため、各国の軍隊は、武器の使用などについて組織の指揮系統に関する内部的な規定である交戦規定 (ROE: rules of engagement) をおき、一定の戦略を達成するための作戦方針を反映する。英国軍は教義と交戦規定でこれを示している。教義の中では、「指揮官は、作戦期間の補給所要、戦機、自軍への危険といった考慮事項があっても、それでも、敵国の文民への巻き添え損傷を回避または減らすために、自軍へのより高い危険を受け入れなければならない場合がある。」とされ、ROEには「その目標が軍事目標であることは確かか。少しでも疑念があるならば、その目標を攻撃してはならない。その目標を攻撃しなかった場合、自軍や友軍が危険にさらされるか。そうでないならば、その目標を攻撃してはならない。」と規定されている<sup>12</sup>。

国際人道法を困難な場面で適用するために、ROEで運用を規定する。しかし、規定は直面する場面を解釈し、適用することではじめて生きるものであり、指揮官はもとより戦闘員に至るまで、適正な判断を求められるが、国際人道法の原則を順守するためには、可能な限りの情報収集と事実に基づいた厳格な判断が必要とされる。人間を介入しない形でこの判断が行われることは倫理的にも問題を残す。

②について、追加議定書は新たな兵器が登場した場合の国際人道法の対応について規定する(第36条)。締約国は、新たな兵器又は戦闘の手段若しくは方法の研究、開発、取得又は採用に当たり、その使用がこの議定書又は当該締約国に適用される他の国際法の諸規則により一定の場合又はすべての場合に禁止されているか否かを決定する義務があるとす。すなわち、合法性については、兵器自体と使用方法の2つの側面からの合法性を求めているのであり、国際人道法に抵触するか否かについては、研究、開発、取得、採用のそれぞれの段階で決定する義務を締約国に課している。

---

12 大濱明弘「ブリーフィングメモ 無人化兵器と国際人道法」NIDS NEWS 2015年3月号

(2) LAWS に関する国際人道法上の問題点

ア 兵器自体の合法性

LAWS についても兵器自体の合法性と、兵器の使用の合法性が問題となる。兵器自体については、無差別兵器を禁止する区別原則（追加議定書51条4項）により、信頼しうるデータに基づき、軍事目標に対して攻撃をするのであれば無差別兵器とはならない。また、不必要な苦痛を与える兵器の禁止原則（議定書35条2項）を満たすものであればよい。したがって、締約国は区別原則と禁止原則に適合するかどうかの決定をする義務を負う。実際には法的審査を実施する義務を負う（同議定書36条）。法的審査については議定書に細部規定はなく、各国に委ねられているが、国ごとに LAWS の定義が異なる現状から、今後さらに重要性を増してくるものと考えらる。

イ 兵器使用の合法性に関する議論<sup>13</sup>

兵器自体が合法であったとして、次に区別原則、均衡原則にのっとった兵器の使用方法がなされるかについて検討する必要がある。

Michael N Schmitt と Jeffrey S Thurnher は<sup>14</sup>、LAWS の問題は、その兵器自体であることは少なく、使用にあるとする。国際人道法の区別性と均衡性について言及している。

区別性に関して、兵器の無差別的使用の禁止には、文民が存在するかもしれない事態において区別能力を向上させることができる LAWS と連携したセンサーの使用が要求される。

また、均衡性は文民等に生じる損害と軍事的利益の間の均衡をみるものであり、攻撃が過度であるかが焦点となる。したがって、攻撃か

---

13 岩本誠吾「致死性自律型ロボット（LARs）の国際法規制をめぐる新動向」（産大法学 47巻3・4号（2014.1）規制派に対する反対論として Michael N Schmitt と Jeffrey S Thurnher の主張を挙げ解説されている。

14 Michael N. Schmitt & Jeffrey S. Thurnher, "Out of the Loop? : Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict", Harvard National Security Journal, vol. 4, 2013

ら生じる合理的に予期される軍事的利益が大きければ大きいほど、武力紛争法は、予期される付随的損害もより大きく許容される。このことは、LAWS が比例性の計算ができるか否かの問題を棚上げにするという。2013年当時で標的付近の物や人への付随的損害の可能性を決定するための効果的なシステムである「付随的被害見積法 (Collateral Damage Estimate Methodology、CDEM)」は開発されており、標的領域内の文民被害の可能性を決定するために CDEM のような分析をするようプログラムもできるとされた。しかし、文民被害の予測だけをする分析は、予期される軍事的利益に照らして付随的損害を考慮していないので、それだけでは、特定攻撃が比例規則を遵守しているか判断できないとする。

では、LAWS が状況(文脈)によって変化する軍事的利益を測定することができるかであるが、均衡原則を遵守するためには付随的損害が低いか、または調整が可能であることが必要である。最大限の付随的損害の基準を超えるような状況に LAWS を投入しないか、付随的損害基準が調整できるのであれば問題は生じないことになるという。近未来でも、現実の比例性の決定は人間によって行われ続けると付言している。

#### ウ 兵器の適合性の審査

兵器の法的審査(追加議定書36条)では、法審査でマルテンス条項<sup>15</sup>の適用を主張する意見について、マルテンス条項は法の欠缺に対応する多重安全装置であり、すべての場合に考慮すべき包括的原則ではないとし、兵器に関する諸条約が制定されており、自律型を含む将来の兵器システムが適用可能な条約に違反しないが、マルテンス条項に基づき不法であるという可能性は、極めて低くなっているとする。

法的責任に関して、LAWS による不法行為の法的責任を課すよう

---

15 明文規定がない場合でも、人道の諸原則と公共の良心の要求、国際慣習法に拘束されことを確認するもの。

な公平で効果的な方法が存在しないので、LAWS による国際人道法の侵害を抑止できないという批判について、その結論の前提が間違っていると反論する。人間が特定の交戦行為の統制の中にいないという単なる事実は、いかなる人間も当該兵器システムの行動に責任を負わないことを意味するものではない。人間は、当該システムにプログラムする方法やその投入時期を決定する。個人は、戦争犯罪に達する行動に従事するようプログラムすれば、当然、責任を負う。可罰の可能性と責任論の論議を同様にしてはならないとの指摘である。

指揮官や文民の上官は、当該システムのプログラムの問題を認識していたにもかかわらず、その使用を停止するために何もしなかった場合、又は当該システムが戦争犯罪を構成する方法で使用されたことを認識していたが、関連の個人に説明責任を課すために何もしなかった場合、戦争犯罪の責任を負うという。アメリカは、「国防省指令 300 0.09」で「自律型及び半自律型兵器システムの使用を許可し、命令し又は運用する者は、適切な注意を持って戦争法、適用可能な条約、兵器システム安全規則及び適用可能な交戦規則 (ROE) に従ってそのように行動しなければならない」と規定し、作戦関係者に責任を課している。また、戦闘司令部司令官も、同一の義務を課している。これは、軍刑法に規定される銀人の義務及び責任と何ら変わらないものである。

法と兵器との関係で重要なことは、国家において法的な審査が行われることで合法性を担保することである。兵器審査を行っている国が少ないなどの不十分な点もあるが、すべての国家が兵器審査制度を有するように進めることが重要である。

## 5 安全保障上の必要性和今後の規制の方向

技術革新が進むに従い、リスクも増大するが、リスクについて、①利用することの脅威、②利用しないことによる脅威、③利用に反対すること

による脅威の三つの側面から考えるべきとされる<sup>16</sup>。

利用することの脅威は、AI そのものへの脅威、AI を用いたサービスや装置の利用に伴う脅威、AI を利用した犯罪やテロなどであり、利用しないことによる脅威は、紛争当事者の一方が利用しないか利用が不可能な場合に軍事バランスが崩れることによる脅威やテロリストなど正規軍によらない集団による使用によって法的にも国際法上も制限の対象外の者による利用を結果として放置してしまうことである。利用に反対することによる脅威は、AI 兵器の開発は人類への脅威になることが明らかであるため、絶対的に禁止すべきであるとの理想論はあるが、技術の進化は誰にも止めることができず、その利用を止めることも困難であること、AI 兵器は、核不拡散防止のような高度な技術を要するものとは異なり、市販の廉価なドローンと武器の組み合わせによって、簡単に強力な兵器を作り出すことができる状況であることを指摘する。

また、民用と軍事利用とのデュアルユースもあり、これまでの兵器と比較しても、AI が搭載された自律型兵器の研究開発を止めることは現実的には極めて困難である。

## 6 おわりに

火薬の発明、核兵器の開発に続く戦争における「第三の革命」と言われる LAWS の登場は、文民の保護などを定める「国際人道法」上も見逃すことはできない問題として、国際的な議論が重ねられてきた。

AI 兵器には、もともと人間が避けたい、いわゆる3D(汚い、危険、屈辱的)仕事を代わってできるとの出発点から導入を見た経緯もあるが、その性能が人間に近づくにつれ、ロボットに人命を奪う判断をさせてよいのかという疑問が生じてきた。また、AI 兵器が兵士の行動にとって代わることで、自国の戦闘員の損耗が格段に減少し、その結果戦争への閾値が下

---

16 前掲 新保史生「自律型致死兵器システム(LAWS)に関するロボット法的観点からの考察」

がるのではないかという懸念も生じている。さらに兵器自体が、テロリストや独裁者など制御をすることが期待できない者の手に渡る危険性やサイバー攻撃によるハッキングで制御不能な状態になれば直接手を下すことなく標的とされた対象が危険にさらされる恐れもある。

現在も技術開発はさらに急速化しており、現時点では実現は20～30年後とされる LAWS も、より早期の完成を見ることになるかもしれない。AI が人間に反乱する事態を警告する科学者も多数存在する。

LAWS が現実のものとなる前に共通の理解を進め、規制の方向性を定められるかが現在の焦点であり、継続した議論が重要である。

【別表】

今後のガイドとなる原則指針

① 国際人道法が、自律型致死兵器システムの将来的な開発と使用を含め、すべての兵器システムに完全に適用され続けること。
② 兵器システムの使用に関する決定における人的責任を保持し、アカウントビリティを機械に移譲してはならない。これは、兵器システムのライフサイクル全体を通して考慮されなければならない。
③ ヒューマン・マシン・インタラクションには多様な形態が存在するとともに、兵器システムのライフサイクルの各段階で実装されるものであるため、致死性自律兵器システム分野において用いられる可能性がある新興技術においてヒューマン・マシン・インタラクションを確保することが必要であり、特に国際人道法をはじめとする適用される国際法を遵守しなければならない。ヒューマン・マシン・インタラクションの特質と範囲を決定する際には、運用方法並びに兵器システム全体の特性及び機能などの各種要素を考慮すること。
④ CCW の枠組みにおいて新たな兵器システムを開発、配備及び使用する際の責任は、人間の指導統制の責任の範囲内で当該システムを運用することを含め、適用できる国際法に基づかなければならない。
⑤ 新たな兵器、手段又は戦闘方法の研究、開発、取得又は採用において、その使用の一部又は全部が国際法によって禁止されるか否かにかかわらず、国際法のもとにおける国家の義務に従う決定がなされなくてはならない。
⑥ 自律型兵器システムの領域において、新技術に基づく新しい兵器システムを開発し又は取得する場合、物理的セキュリティ、適切な日物理的保護手段（ハッキングやデータのなりすましに対するサイバーセキュリティを含む）、テロ集団による取得のリスク及び拡散の緊急性を考慮しなければならない。
⑦ リスクアセスメント及びその低減策は、あらゆる兵器システムにおける新技術の設計、開発、テスト及び展開サイクルに組み込まなければならない。
⑧ 自律型致死兵器システム領域において新たに開発された技術を使用するにあたっては、国際人道法及びその他の適用される国際法上の義務が順守されるように検討しなければならない。
⑨ 将来的な政策を策定する際に、自律型致死兵器システム領域において新たに開発される技術を擬人化してはならない。
⑩ CCW が関係する議論及び将来的な政策判断は、インテリジェントな自律技術の平和的な使用の促進又はアクセスを妨げてはならない。
⑪ CCW は、本条約の対象と目的の観点から、自律型致死兵器システム領域において新たに開発された技術と関係する問題に対処するための適切な枠組みを提供し、軍事的必要性と人道的配慮のバランスを追求する。

出典：新保史生「自立型致死兵器システム（LAWS）に関するロボット法的視点からの考察」IEICE Fundamentals Review Vol.13, No.3 p223



# 自殺の法的評価に関する一考察

岡 崎 頌 平

## 1.

筆者が現在住む秋田県は、自殺率（人口10万人に対するもの）が20.3人と全国平均である16.1人を大きく上回り、平成27年（2015年）から平成29年（2017年）までの3年間にあっては連続全国1位という状況にあったが、平成30年（2018年）には全国4位となり、状況は若干改善した（なお、自殺者数としては199人<sup>1)</sup>）。この自殺という問題は、近年の日本にあっては全国的な問題であり、平成10年（1998年）に32,863人と3万人を超え、平成15年（2003年）にはピークとなる34,427人となり、平成24年（2012年）にようやく3万人を切るまでの間、高い水準を維持していた<sup>2)</sup>。このような状況を踏まえて、平成18年（2006年）に「自殺対策基

- 
- 1) 令和元年（2019年）12月27日に秋田県が発表した「秋田県における自殺の現状」による。なお、同資料によれば、平成元年（1989年）から平成29年までの間、平成5（1993年）、6（1994年）、26年（2014年）の3年をのぞいて、自殺率が全国1位ということであり、秋田県としては今後も継続して自殺者減少に向けた対策を講じて、この危機的状況を打破する必要がある。
  - 2) 令和元年版自殺対策白書2頁による。なお、平成30年にあっては、自殺者数が20,840人と、平成22年（2010年）から9年連続の減少であり、また、昭和56年（1981年）以来実に37年ぶりに21,000人を下回ったようである（同頁参照）。なお、ここまで引用した数値については、いずれも警察庁の自殺統計によるものであり、自殺対策白書にはこれに加えて厚生労働省の人口動態統計に基づくものも紹介されている（前掲白書3頁参照）。

本法」が議員立法によって制定された<sup>3)</sup>。同法2条1項は、「自殺対策は、生きることの包括的な支援として、全ての人がかけがえのない個人として尊重されるとともに、生きる力を基礎として生きがいや希望を持って暮らすことができるよう、その妨げとなる諸要因の解消に資するための支援とそれを支えかつ促進するための環境の整備充実が幅広くかつ適切に図られることを旨として、実施されなければならない」と規定し、続く2項および3項はそれぞれ次のように規定される。すなわち、「自殺対策は、自殺が個人的な問題としてのみ捉えられるべきものではなく、その背景に様々な社会的な要因があることを踏まえ、社会的な取組として実施されなければならない」(2項)、「自殺対策は、自殺が多様かつ複合的な原因及び背景を有するものであることを踏まえ、単に精神保健的観点からのみならず、自殺の実態に即して実施されるようにしなければならない」(3項)とされている(下線はいずれも筆者による)。

これらの規定が明らかにしているように、自殺者数を減少させるためには、自殺という現象の背景にあるさまざまな問題を丹念に分析し、それに対処していくしかなく、その場において刑法に出番はあるだろうか。この点、周知のように、わが国の刑法は、その202条において、自殺関与罪(と同意殺人罪)を規定しており、他人に自殺を教唆する行為や他人の自殺を幫助する行為を可罰的であるとしている。しかし、刑法は、自殺そのものは犯罪としていない。こうした事情から、学説において自殺の法的評価をめぐって激しい争いがあり、さらにはそれと関連して、自殺関与を自

---

3) 同法1条によれば、「この法律は、近年、我が国において自殺による死亡者数が高い水準で推移している状況にあり、誰も自殺に追い込まれることのない社会の実現を目指して、これに対処していくことが重要な課題となっていることに鑑み、自殺対策に関し、基本理念を定め、及び国、地方公共団体等の責務を明らかにするとともに、自殺対策の基本となる事項を定めること等により、自殺対策を総合的に推進して、自殺の防止を図り、あわせて自殺者の親族等の支援の充実を図り、もって国民が健康で生きがいを持って暮らすことのできる社会の実現に寄与することを目的とする」とされる。

殺に従属する共犯と考えるべきか、あるいはそれ自体が独立の犯罪行為（正犯行為）と考えるべきかという問題もある。

そこで、本稿においては、まず自殺の法的評価に関する学説の状況について概観・検討した上で、若干の私見を述べることにしたい<sup>4)</sup>。

## 2.

自殺の法的評価をめぐることは、周知のように、適法行為と見るか、違法行為と見るかという基本的な対立があり、さらに後者の間で、可罰的違法性はないが違法であるとする見解と可罰的違法性はあるが責任がないとする見解で対立している。

まず、適法行為と見る論者としては、香川達夫が挙げられる。香川は、自殺関与罪の性格に関する記述の中で、「自殺は罪とならない。自殺とは、意識的になされる自己の生命の断絶であり、自己法益の自己処分だからである。ただ、自殺不処罰の根拠を自己法益の自己処分に求めるのなら、専属的法益である自己法益の自己処分は、構成要件該当性を欠くとしなければなるまい。」<sup>5)</sup>と述べている。また、これに続く記述で、香川は、「同様に普通殺人罪にいう人とは、他人を意味し自己を含まないとするなら、やはり自殺は同条の構成要件該当性を欠くとするほかなくってくる。」<sup>6)</sup>とする。

香川によれば、自殺はそもそも自己法益の自己処分であるから違法性がなく、殺人罪（199条）が要求する客体（＝「人」）は他人を意味するから殺人罪にも該当しないとされる。しかし、この点に関連して、内田文昭が、次のように述べている。すなわち、「『個人的法益』といえども無制限に『個人』の自由に委せられてはならないのである。国室に指定された

4) なお、202条の未遂に関する問題については紙幅の関係もあり、割愛せざるを得ない。したがって、この点は他日を期したい。

5) 香川達夫『刑法講義〔各論〕第三版』成文堂（1996年）370頁。

6) 同上。

『個人財産』も恣に処分することはできないし（文化財保護法193条以下）、不要になった『財産』を恣に処分することも許されない（廃棄物処理法16条・25条1項14号）。<sup>7)</sup>と。また、内田は、「人の生命とは、……、人の『神聖な法益』である。それ故に『タブー』なのである（生命の不可処分性・非意思従属性）。それは『人の法益』ではあるが、決して『その人』だけのものではない。『人類の法益』なのである（生命の没個人性）。」<sup>8)</sup>とも述べる。このように、内田によれば、個人の自由な処分が観念ししやすい財産についてすら制限がかかる場合もあるし、生命はその性質上個人の意思では処分しえないとされ、先に引用した香川の見解と真っ向から対立している。これは、「死に対する権利」に関する基本的な理解の違いから生じたものと思われるが、個人にそのような権利があるかどうかは刑法学界の議論だけを参照して解明できるものではなく、そもそも複数の法領域にまたがる議論でもあるので、今回は差し当たって憲法学においてどのように議論されているかを簡単に確認してみたい。

土井真一によれば、「『生命に対する権利』は、その根源性にもかかわらず、逆説的に言えばその根源性のゆえにこそ、従来の憲法解釈学において、本格的な論議の対象とはなり得なかった。」<sup>9)</sup>とされる。そこで、土井は、その呼び水として、現状の議論を整理した上で、自身の与する人格的利益説の妥当性を訴えながら、人格的利益説からは自殺を権利として認めることはできないと結論する。

それによれば、まず自殺を①本人は通常健康状態にあり、死期に直面して、疾病・傷害等による激痛に苛まれているなどの特段の状態にないこと、②本人は通常精神状態にあり、死への意図が直接的かつ確定的であ

7) 内田文昭「正犯なき共犯論の展開—「正犯なき共犯」肯定論・三一」神奈川法学48巻2・3合併号(2015年)118頁。

8) 内田文昭「受託殺人・自殺関与の可罰性—「正犯なき共犯」肯定論序説」岩瀬徹ほか『刑事法・医事法の新たな展開(上)』信山社(2014年)364頁。

9) 土井真一「『生命に対する権利』と『自己決定』の観念」公法研究58号(1996年)92頁。

ることを前提にした「自由な死」であるとして議論を進める。「自由な死」としての自殺が憲法の保障する権利・自由に含まれるかどうかは、憲法13条に規定される幸福追求権をどのように解するかが問題になるとされ、そこには「手続的基本権観」と「実体的基本権観」の対立があると述べる。このうち、前者では「生命に対する権利」の中でも「生命を享受する権利」は生命の存在が民主主義過程への参加にとって不可欠の前提であるから問題なく保障されるが、一方で「死に対する権利」については論理的に認められるわけではなく、そもそも民主主義過程への適正な参加という基準が適切な態度決定を指導することは難しいとされる。これに対して、後者の見解に立っても、その内部で一般的自由説と人格的利益説とでさらに対立があるとす。もっとも、近時広範な支持を獲得しつつある一般的自由説も、その中で無限定説と限定説の2説に分かれ、このうち無限定説は殺人行為なども含めて一切の行為自由を憲法上の自由と理解する見解である。この見解については、そこで語られる自由は憲法上の保障が推定され得る「一応の自由」でなければならないと批判される。また、限定説にはいくつかのバリエーションがあるとされ、そのうちもっとも有力な論拠を有するとされるのは「(重大な) 他者加害行為を除く」という限定を付す見解であると述べる。この見解によると、自己加害行為と考える行為をも憲法上の自由に広く含まれ、①一定の条件下で行なわれる自殺には他者加害性がないこと、②生命が自己に固有のものである以上、生と死の決定こそが自己決定の核心を形成すべきこと、③幸福は主観的価値評価に依拠すべきものであり、死を幸福と解することも可能であることなどから自殺を憲法上保障された自由と理解することができる。<sup>10)</sup>

以上のように、憲法学においては、自殺を憲法が保障する自由として認める余地があるわけであるが、それにもかかわらず、前述のように土井は自殺を憲法上の自由とすることには消極的である。引き続き、土井の見解

---

10) 本段落については、同上93～96頁参照。

について見ていくことにしたい。

土井は、「自殺は人格が自ら人格たることに終止符を打つ行為に他ならない。しかし、なにゆえに彼の決定が尊重されなければならないのであろうか。それは、彼が人格としてその根源的な存在意義を承認されなければならないからである。それでは、彼は何を決定したのであろうか。それは、自らがもはや人格として存在する意義がないということである。」<sup>11)</sup>と述べて、そこに矛盾があることを指摘する。ここで、土井は、自身によって立つ人格的自律権論について、「共同体の構成員が相互にその存在意義を承認し、自律的存在として『共に生きていく』ことを求めるもの」(傍点は引用者による)<sup>12)</sup>と述べ、「生きている」ことに意義があるとする。それゆえに、土井は、「自らの存在意義に対する否定的評価を前提にして、自己の生命及び身体に対する重大かつ不可逆的な侵害を直接的にもたらす行為については、それ自体を憲法上の権利として類型化すべきでない。」<sup>13)</sup>と述べて、自殺の自由を承認しない。この点、佐藤幸治も「『基本的人権』ないし『人格的自律権』の大前提には、“生きることは尊いことである”という考え方がある」<sup>14)</sup>と述べ、さらに「『人格的自律権』(自己決定権)の行使といっても、そのときそのときの自律権の行使と、人の人生設計全般にわたる包括的ないし設計的な自律権の行使とに大別でき、後者の観点から前者が抑止されることがありうるということである。基本的な考え方として、回復が不可能で苦痛をとまなうような場合、本人の明確な意思をもとに、『延命治療拒否』(『品位ある死』を選び取ることを認めうるのは、人の人生設計全般にわたる自律を問題とすべき余地がもはや存在しないからである。）」<sup>15)</sup>と述べている。

---

11) 同上97頁。

12) 同上。

13) 同上。

14) 佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂(2011年)189頁。

15) 同上。

このように、土井にせよ、佐藤にせよ、尊厳死・安楽死については自殺と異なって、憲法上容認する余地があるとするも、自殺については消極的な態度をとっている。しかしながら、一方で、前述のように、自殺の自由を肯定する学説もある。ここで、改めて憲法13条の文言を確認すれば、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」となっており、「生命」という文言は後段の最初に出てきている。この点、土井が「『生命に対する権利』が人の生物的生存それ自体を保障する権利」（傍点は引用者による）<sup>16)</sup>と述べていたことに注意する必要があるように思われる。憲法は、生命権を生存保障権として、生命の不可侵性を保障するために規定しており、その不可侵性を破るような行為（この場合、自己加害や他者加害を問わない）を肯定するわけにはいかないといえることができる<sup>17)</sup>。

以上による限り、生命の処分権は原則として本人にも与えられていないということになる。したがって、前述した自殺＝適法行為説は採用することができない。しかし、それで直ちに自殺＝違法行為ということになるかといえば、微妙である。というのも、平野龍一が「自殺は法的には放任された行為であり、違法な行為ではないというべきであろう。」<sup>18)</sup>とする

16) 土井・前掲注9) 92頁。

17) もっとも、前述のように、尊厳死が問題となるような場面において生命の処分権を本人に一切認めないといえることができるかという問題については、消極に解さざるを得ないように思われる。

18) 平野龍一『刑法概説』東京大学出版会（1977年）158頁。また、金澤文雄「生命の尊重と自己決定権」三島淑臣ほか『人間の尊厳と現代法理論』成文堂（2000年）91頁以下も、自殺を「法が違法か適法かの法的評価を行うことを差控えて、各人の良心に委ねる『法的に空虚な領域（法的空白領域）』に属するのではないかと考えている」（98頁）や、「法的に『禁止されてもいないし、許されてもいない』行為」（99頁）とする。なお、上田健二「自殺—違法か、適法か、それとも何か」同『生命の刑法学』ミネルヴァ書房（2002年）331頁以下も、金澤と同じく、自殺を法的に自由な領域に属するとしつつ、平野の放任行為説とは立場が異なるとする（371頁以下参照）。

からである。この放任行為説については、佐伯千仞が「近代法の見地からは、人は、原則として何をしようとする自由であって、法が、特に、制限し禁止している行為でない限り、すべて適法なものと考えられる」<sup>19)</sup>と述べるように、そもそも放任行為という第3のカテゴリーの存否がまず論じられるべきであって、そうした論証もなしに放任行為であると述べるのは唐突の感が否めず、疑問である<sup>20)</sup>。

このようにして、ようやく自殺＝違法行為という結論に達することができたように思われる。以下では、自殺を違法とする諸見解について検討することとしたい。

まず、大塚仁は、「自殺は、自損行為の極端な場合として、刑法上、可罰的違法性を欠くものとみるべきであろう。すなわち、いやしくも生命を放棄する行為である以上、たとえ行為者自身の生命に関する場合でも、一般的法秩序の立場からは是認されるべきではなく、その意味において、自殺は、本来、違法ではあるが、刑法的に処罰される程度の重い違法性を具備するものではなく、生存の希望を喪失した者が、自己の生命を絶つ行為については、行為者に対する責任非難を躊躇するにとどまらず、その行為自体を刑法秩序の範囲内において不問に付してよいとするのが刑法の立場であると解する。」<sup>21)</sup>とする。すなわち、後述する責任阻却説によるのではなく、可罰的違法性阻却説に立つことを表明するのである。この可罰的違法性阻却説については、自殺関与行為との関係で、「可罰的違法性のない行為への関与が可罰性を持つのは奇妙である」<sup>22)</sup>と中森喜彦から指摘さ

19) 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』有斐閣（1981年）164頁。また、山中敬一「ドイツにおける自殺関与罪をめぐる最近の議論にもとづくわが刑法202条の処罰根拠の再考」井田良ほか『新時代の刑事法学（下巻）』信山社（2016年）119頁も同旨。

20) 法的に自由な領域については、山中敬一「法的に自由な領域の理論再批判」原秀男ほか「法の理論3」成文堂（1983年）173頁以下など参照。

21) 大塚仁『刑法各論上巻〔改訂版〕』青林書院（1984年）44頁。

22) 中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』有斐閣（2015年）10頁。



れている<sup>23)</sup>。自殺関与行為を自殺行為に従属する共犯行為と解する場合には、重要な指摘であり、これは解消されるべき問題である<sup>24)</sup>。しかし、前述のように、自殺関与罪の性格については、従属犯説のほか独立犯説がある。大塚は、同罪の性格論について、独立犯説を採用する<sup>25)</sup>。したがって、その限りではこの問題は回避されるが、そもそも自殺を「自損行為の極端な場合」と説明する点に疑問がある。自損行為（自傷行為）については構成要件がなく不可罰であることから<sup>26)</sup>、その延長線上に自殺を捉える趣旨であると思われるが、生命は身体以上に重大な法益であり、その特殊性に鑑みると、自殺を違法とした点はその限りで妥当だと思われるが、後述する瀧川説のように、可罰的違法性も含めて肯定する必要はないだろうか<sup>27)</sup>。

次の見解の検討に移ろう。林幹人は、「わが国の刑法が自殺関与を犯罪としているのは、自殺を違法とする一少なくとも違法なものがある一という前提に立ったものと解さざるをえない。それにもかかわらず自殺を犯罪

23) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』弘文堂（2018年）14頁も同様の疑問を呈する。

24) 中森・前掲注22）11頁によるかぎり、中森は自殺の評価について平野と同様の見解を採っているものと思われる。もっとも、自殺関与罪の未遂成立時期については、平野と異なって、本人の自殺行為の開始時点に求める（同12頁参照）。

25) 大塚・前掲注21）45頁は、この問題を意識して、「本条（刑法202条：引用者注）の前段も、諸国の立法例と同様な意図において、自殺の教唆・幫助行為を独立罪として規定したものである。」とする。

26) 香川がいうように（63頁参照）、199条の「人」は他人を意味するから、傷害罪における「人」も他人を意味する。もっとも、後述する見解に、この通説的な理解とは異なった理解を示すものがある。

27) この点、松本俊彦「自傷行為の援助と理解」精神神経学雑誌114巻8号（2012年）985頁によると、「自傷とは『生き延びるために』繰り返されながら逆説的に死をたぐり寄せてしまう行為なのである。」とされる。自傷行為に自殺のリスクを高める危険性が認められることや、自傷行為に保険適用がないこと（健康保険法160条は「被保険者又は被保険者であった者が、自己の故意の犯罪行為により、又は故意に給付事由を生じさせたときは、当該給付事由に係る保険給付は、行わない。」とする。）を考えると、自傷行為についても法秩序からは違法と評価することができよう。

としていないのは、やはり、自殺が刑罰による抑止の不可能な、すなわち責任のない行為だからであろう。死を恐れない者が、刑罰を恐れるはずもないのである。」<sup>28)</sup>と述べて、自殺については責任阻却説を唱える。しかし、林の場合、自殺が違法であるのは、生命侵害行為だからではなく、「本人以外の、周囲の人々の法益を侵害する」<sup>29)</sup>からであるとするところに特徴がある（したがって、生命侵害行為としての自殺は適法ということになるだろうか）。この「周囲の人々の法益」の内容について、林は、「各個人の生命には、周囲の人々の精神的・経済的利益が依存していることが少なくない。」<sup>30)</sup>として、精神的・経済的利益だとする。しかし、このように、自殺関与罪の保護法益を生命以外に求める場合、刑法が本罪を殺人罪と合わせて第26章殺人の罪に規定している点と整合するであろうか。殺人罪が個人的法益である生命に対する侵害犯であるならば、やはり同意殺人罪とあわせて202条に規定されている自殺関与罪は同じく生命に対する侵害犯であるとする必要があるように思われる<sup>31)</sup>。

また、林に類似する見解として、深町晋也の見解を挙げることができる。深町は、「202条の保護法益は、199条との関係で以下のように解釈されるべきと考える。即ち、199条においては、①個人の生物学的基盤としての生命（個人的法益としての『人』）と、②個人が社会共同体のメンバーであることについての社会共同体の期待（社会的法益としての『人』）とを複合的に規定しており、202条においては、①の個人的法益の側面は（完全に法益主体に属するものであり、法益主体による自律的＝自己決定的処

28) 林幹人「自殺関与罪」法学セミナー402号（1988年）108頁。

29) 同上。

30) 同上。

31) もっとも、林もこの点に注意をしており、「殺人罪もこのような利益を保護しているのである。ただ、そのような利益と比べて、生命があまりに大きな価値をもつために、いわば背後に退いているにすぎない。したがって、自殺関与罪は殺人罪の違法減少類型だということになる。」とする（林・前掲注28）109頁）。

分が可能である以上、) 自律的=自己決定的処分によって放棄されているから、②の社会的法益としての『人』のみが独立に保護法益として規定されていると解釈するのである。」<sup>32)</sup>と述べる。深町に対しても、林と同様に、そもそも生命の処分権は他者にはもちろん、本人にも原則的に認められていないという点を指摘できるように思われる。

第3の見解としては、秋葉悦子の見解を挙げることができる。秋葉は、「不自由な自殺意思は生命という重要な法益に陵駕されるという本条（刑法202条：引用者注）の前提からするなら、不自由な自殺意思に基づく自殺それ自体もまた原理的には違法であるということになる。だが自殺者本人については刑罰の効果は期待しえないため、謙抑的に刑法の介入が差控えられているにすぎない。」<sup>33)</sup>と述べる。すなわち、秋葉も自殺については責任阻却説に立つわけである。しかし、その一方で、秋葉は先の引用からもわかるように、自由な自殺意思による自殺の存在も認められるとして、その場合には処罰根拠が失われることになるから、当然違法性阻却が認められるとする<sup>34)</sup>。したがって、その限りで生命の処分権を本人に認めるわけであるが、内田が『『意思』は『尊厳』を守るために『自由』であらねばならないし、そのために『生命』に『従う』のである。」<sup>35)</sup>と指摘するように、意思決定の基本的基盤である生命が意思によって左右されるというのは矛盾であるように思われるし、また、細かい論点になるが、上田が前掲の秋葉論文に対する評釈の中で、「もし憲法的保護価値を有する自己決定権の尊重が自由答責的自殺を本条（刑法202条：引用者注）から脱落せしめるのであれば、それはむしろ最初から少なくとも不法構成要件には該当しないとした方が一貫するのではないであろうか。（傍点はいずれも

32) 深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要9号（2000年）126頁。

33) 秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集32巻2・3号（1989年）191頁。

34) 同上参照。

35) 内田文昭「自由死否定論の展開」神奈川法学50巻2号（2017年）13頁。

原文のままである：引用者注）」<sup>36)</sup>と指摘するように、全くの権利行為であれば不法を構成することはないと考える必要はないであろうか。もっとも、秋葉はその後改説している。すなわち、「バイオテクノロジーの進歩により、かつてない次元、規模で自己の生命・身体の恣意的な処分が他者—それもしばしば不特定多数の一に重大な侵害をもたらす具体的危険性が飛躍的に増大し続けている現在、自己の生命・身体を処分する個人の意思を自己決定権として無条件に尊重することは困難になりつつある。… (中略) …以上のような脈絡の中で考えると、202条の処罰根拠はむしろ自己決定権の内在的限界によって根拠づけられるべきであるように思われる。」<sup>37)</sup>とされる<sup>38)</sup>。この新しい秋葉説は、自己決定権の限界に言及して、「死ぬ権利」について否定的である点で好意的に受け止めることができるが、前掲の山中論文(注19参照)で山中が疑問を呈するように<sup>39)</sup>、「共同体への義務と結びついた自由」の内容が必ずしも明らかでない点が気になるところである。

第4の見解として、瀧川幸辰の見解について検討する。瀧川は、「刑法は自殺を罰すべき価値のある違法行為と見ている。ただ、自殺者を非難することは(自殺者が自殺に失敗したことを前提とする)残酷である。自殺を中止した者は罰せられる、ということは、自殺の実行に着手した者を、死ぬか刑を受けるか、の二者択一の窮地に追込むことになる。法がかような無理を要求するわけではない。自殺そのものは罰せられるべき違法行為で

36) 上田健二『『自殺関与をめぐる正犯と共犯の限界—西ドイツの判例・学説を中心に』神山敏雄(岡山大学法学会雑誌39巻4号)、『自殺関与罪に関する考察』秋葉悦子(上智法学論集32巻2・3合併号)(刑事法学の動き)』法律時報64巻5号(1992年)102頁。

37) 秋葉悦子「同意殺人」法学教室232号(2000年)3頁。

38) なお、小林憲太郎も「自己決定の内在的限界」という観点から202条の可罰性を説明する見解に改説した(旧説の概要も含めて、同「被害者の同意の体系的な位置づけ」立教法学84号(2012年)19~20頁参照)。

39) 山中・前掲注19) 131頁注76) 参照。

あるが（英米法は自殺を犯罪としている）、自殺者には責任阻却原因があるから罰せられない、ということになる。」<sup>40)</sup>と述べて、自殺を一律に違法（可罰的違法性も認める趣旨であるように読める）とした上で責任阻却を認める（責任阻却説）。したがって、瀧川の理解によれば、自殺罪の創設も考えられるところではあるが、責任阻却が認められるので、そのような犯罪は規定されておらず<sup>41)</sup>、責任阻却原因が認められない自殺教唆行為や幫助行為だけが独立の犯罪として規定されたということになる<sup>42)</sup>。

瀧川と同じく、期待可能性の不存在を理由に自殺を違法とする見解とし

40) 瀧川幸辰『刑法各論』世界思想社（1951年）30頁。なお、引用にあたっては、旧字体を新字体に改めた。

41) この点、阿部純二「自殺の刑法解釈論」Law School 2号（1978年）94頁は、責任阻却説として瀧川の見解を引用して、構成要件該当性を肯定し、それは殺人罪の構成要件に該当するものと思われる、とする。しかし、瀧川自身は本文で引用したように、それには言及していない。なお、石川正興「自殺関与罪」岡野光雄『刑法演習Ⅱ〔各論〕』成文堂（1987年）14頁は、「自殺は自らの意思に基づく生命の放棄であるとは言え、なお可罰的違法性を有し、199条の『殺シタル』行為に該当すると考えられる。しかし、刑法は、恐らく、期待可能性の不存在を理由に、およそ自殺者の責任は阻却されたとしたのであろう。」とする（最後の一文につき、石川は瀧川の見解を引用している）。このような見解については、阿部が、その前掲論文94～95頁において、詳細に批判しているところである。例えば、「自他の区別に関する刑法の規定のしかたをみると、大体において、人そのものが客体である場合は単に『人』といい（199、204、209、220、222、225、231等）、人に属する物、財産などが客体である場合は『他人の』物といている（235、236、247、252、260等）。この趣旨は、物が客体の場合は、主体と客体は常に分離可能であるから、単に『物』または『人の物』とただだけでは自己の物をふくむと解する余地が十分にあるので、誤解を避けるため『他人の』物であることを明確にする必要があったが、人そのものが客体である場合は、『人』のなかに自己をふくめると主客未分ということになり、その不当なことは余にも自明であるため、とくに『他人』と断るまでもなかったであろう（以上は個人的法益に対する罪に関してのことである。国家的、社会的法益に対する罪については別個に考えるべきであろう。）」（94頁）とされ、いずれも適切な批判であると思われるので、このような見解は採りえないことになる。

42) 瀧川幸辰『刑法各論』弘文堂書房（1938年・8版）92頁によれば、「自殺者という身分は期待可能性の予測的欠缺に基き責任を負わないのである。」と、期待可能性に言及していた。

では、阿部純二の見解を挙げることができる。阿部は、まず自殺は適法かとの問題について、次の3点に言及したうえで、「こう考えると、自殺は現行法上は違法と解される。しかし、自殺が違法であり、『自殺するなかれ』という義務が各人に課せられるとしても、あくまでも自殺を希望する者に対し、合義務的な決意を要求することは期待不可能である。」<sup>43)</sup>と結論する。それで、阿部の言及する3点とは、①自殺は適法であるのにその教唆・幫助がなぜ違法となるのかの説明が困難であること、②自殺を強制力を用いて阻止できるか、③自殺が適法なら不作為の安楽死が病者の意思にもとづく場合、医療辞退、「リビング・ウィル」等々は、現行法上直ちに許されることになること、である<sup>44)</sup>。このうち、本稿との関係で差し当たって重要なのは②であり、この問題については多くの論者によって言及されている<sup>45)</sup>。阿部も述べるように、適法と解しても緊急避難は可能であるが、違法だとすれば正当防衛もさらに可能となる点で<sup>46)</sup>、その法的効果はやはり大きいように思われる。このように阿部は自殺を違法と解したうえで、最後に構成要件に該当しない行為について違法といえるかという問題について検討する。それによれば、「自殺は、たしかに199条には該当しないが、202条前段から論理的に導出し得る自殺の基本的構成要件が存在し、これに該当することができる。立法者がこれを明文で規定しなかったのは、前述のように、自殺の正犯者はすべて責任が阻却されるので処罰の可能性がなく、規定する実益に乏しいとされたものであろう。」<sup>47)</sup>

---

43) 阿部・前掲注41) 95頁。

44) 同上。

45) 例えば、松宮孝明「自殺関与罪と実行の着手」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会『生命と刑法（中山研一先生古稀祝賀論文集第1巻）』成文堂（1997年）253頁注31)が「自殺が仮に適法なら、自殺を阻止する行為は強要罪ないし暴行罪となることになる。」とする。また、橋本正博「自殺は違法か」一橋法学2巻1号（2003年）56頁も「もし、自殺の権利があるならば、自殺者の命を救うことは権利侵害になってしまう。刑法上の違法性はないとしても、法はこれを望ましくない行為として否定するのが論理的帰結である。」とする。

46) 阿部・前掲注41) 95頁参照。

47) 同上。

とされる。この阿部説については、吉田宣之が「罪刑法定主義は、『Nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege.』との標語で示されるように、犯罪を認定し、刑罰を科するためには、あらかじめ、成文の法律が必要であるとする。とするならば、自殺の構成要件を刑法202条前段から理論的に推論することは成文の法律の存在を必要とするのであり、それ故に、この主義に形式的に違反するといえようし、また、そうすることで共犯の処罰を可能にしているのであるから、この主義に実質的にも違反しているといえよう。」<sup>48)</sup>と批判する。この点、阿部もそのような批判を意識してか、先の引用に続いて「このように解してもなら処罰の範囲をひろげることにはならないので、罪刑法定主義からの問題はないと考える。」<sup>49)</sup>と簡潔にはあるが述べている。また、山中も、阿部説（山中は自殺構成要件擬制説と呼ぶ）について検討して、「類推解釈でもなく、202条が自殺関与を可罰的としている以上、処罰範囲に影響しない解釈上の技術的説明のための理論措置に過ぎないので、罪刑法定主義違反と断定することは困難である。問題は、そのような構成要件の措置が必要かどうかである。」<sup>50)</sup>と述べる。この山中の問題に対しては、次のように答えることができるか。自殺そのものを犯罪ではないが、202条前段が教唆・幫助という狭義の共犯を処罰する目的で規定され、共犯の従属性に関する問題のうち要素従属性に関して、通説が制限従属形式を採用している以上、正犯には構成要件に該当する違法な行為が必要となる（自殺関与罪を従属犯説と考えて、共犯論に関する現在の一般的理解に即して考える）。したがって、この理解を前提にすれば、書かれざる構成要件としての自殺構成要件を措

---

48) 吉田宣之「自殺教唆・幫助罪の処罰根拠」同『違法性阻却原理としての新目的説』信山社（2010年）57頁。また、鈴木晃「自殺関与罪の処罰根拠」中京法学38巻3・4号（2004年）477頁も、吉田よりは表現のトーンが下がるものの、「罪刑法定主義違反の疑いが強いと思われる」とする。

49) 阿部・前掲注41) 95頁。

50) 山中・前掲注19) 128頁。

定する必要が認められることになる。もっとも、要素従属性に関する学説には、一般違法従属形式と呼ばれる見解もあり<sup>51)</sup>、これによれば、正犯が違法であることが共犯成立の必要条件とされる。したがって、この見解によるならば、これまでのところで明らかになったように、自殺は原則的に違法な行為であるから、共犯が成立することになり、結論自体は変わらない。しかし、この一般違法従属形式の妥当性について本稿において検討することは紙幅の関係もあるが、それ以上に現時点で筆者にその準備がないことから、この点も別稿に譲るほかない。

以上の検討を簡単にまとめながら、若干の私見を述べれば、次のようになるだろうか。まず、生命の処分権について憲法学の知見をたずねて、憲法13条後段に規定される生命権は個人に原則として生命の処分権を認めていないことが示された。したがって、そのような前提からは、自殺を適法行為と見る余地はなく、違法行為ということになる（もっとも、第3の見解として、自殺を放任行為とする見解も学説上は見受けられるが、そもそもそのようなカテゴリーがあるかどうか疑問である）。自殺を違法行為と見る見解にはさまざまなものがあったが、単に違法であるだけなのか、それを超えて可罰的違法性も認められるのかという点については、後者の見解が妥当であった。これは、可罰的違法性がないとする見解が、自傷行為の延長線上に自殺行為を考えている点に疑問があったからである。生命法益の根源性（ないしは特殊性）を考えれば、身体とは次元を異にする扱いができるように思われる。また、他の見解においては、生命の処分権を一定の場合に認めている点で本稿と理解を異にするほか、社会的法益を考慮するなどの点で難点があった。したがって、期待可能性の不存在を理由に責任阻却を認める見解が妥当であり、かつ現在の共犯論に従って考える限り（制限従属形式によるなら）、書かれざる構成要件（自殺罪という構

---

51) この名称については、浅田和茂『刑法総論 [第2版]』成文堂（2019年）423頁によった。



成要件：責任阻却が認められるがゆえに構成要件が形成されなかった）を  
措定する見解が最終的に採用されることになる（自殺関与行為は自殺に従  
属するものとする）。

### 3.

前掲した自殺対策基本法1条に「誰も自殺に追い込まれることのない社  
会の実現を目指して」とあるように、追い込まれた結果の死としての自殺  
という実体がある以上、やはり自殺は違法であるが責任が認められないと  
する本稿の結論は受け入れがたいものではないように思われる。

もっとも、本稿では、自殺の法的評価だけを検討の課題としたために、  
202条をめぐって問題となっている多くの論点について検討ができていな  
い。また、本文中で述べたように、現在の通説である制限従属形式ではな  
く、一般違法従属形式の妥当性という大きな問題も残されている。これら  
残された課題については、いずれも大きなものばかりであるが、今後検討  
していきたい。



## 判例評釈

## 危険運転致死傷罪についての一考察

東京高等裁判所判決令和元年12月6日

(WestlawJapan 文献番号 2019WLJPCA12069001)

秋 山 栄 一

## 【事実の概要】

被告人は、平成29年6月5日午後9時33分頃、普通乗用自動車（被告人車両）を運転し、東名高速道路下り線パーキングエリアにおいて、A（当時45歳）から駐車方法を非難されたことに憤慨し、同人が同乗するB（当時39歳）運転の普通乗用自動車（以下、「被害車両」という。）を停止させようと企て、同高速道路上において、同車の通行を妨害する目的で、①第2車両通行帯を走行する同車を重大な交通の危険を生じさせる速度である時速約100kmの速度で左側から追い越して同車直前の同車両通行帯上に車線変更した上、減速して自車を被害車両に著しく接近させ、②自車との衝突を避けるために第3車両通行帯に車線変更した被害車両直前の同車両通行帯上に重大な交通の危険を生じさせる速度である前記速度で車線変更した上、減速して自車を被害車両に著しく接近させ、③自車との衝突を避けるために第2車両通行帯に車線変更した被害車両直前の同車両通行帯上に重大な交通の危険を生じさせる速度である前記速度で車線変更した上、減速して自車を被害車両に著しく接近させ、さらに、④自車との衝突を避けるために第3車両通行帯に車線変更した被害車両直前の同車両通行帯上に重大な交通の危険を生じさせる速度である時速約63kmの速度で車線変更した上、時速約29kmまで減速して自車を被害車両に著しく接近させた

ことにより、⑤同日午後9時34分頃、Bをして、同高速道路下り54.8キロポスト先道路に同車を停止することを余儀なくさせ、同日午後9時36分頃、同所において、同車の後方から進行してきた大型貨物自動車前部をC（当時15歳）及びD（当時11歳）が乗車していた被害車両後部に衝突させて同車を押し出させ、同車左側部をその前方で停止していた自車右後部に衝突させるなどするとともに、これらいずれかの車両を被害車両付近にいたA及びBに衝突させ、よって、……、A及びBを死亡させるとともに、C及びDにそれぞれ傷害を負わせたというものである。また、直前停止行為から死傷結果の間には、Aの胸ぐらをつかむなどの暴行を加えた。

原審横浜地方裁判所は、公訴事実記載の日時場所において、被告人が公訴事実記載の運転行為に及んだこと、被害者らの死傷結果が生じたことは争いがなく、また、危険運転致死傷罪（自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律2条4号、）関し、被告人の運転行為のうち、前記①から④までの4度の妨害運転が同罪の実行行為にあたることにも争いがなく、同罪の成否に関する争点は、1：被告人が被害車両の直前で自車を停止した行為（以下、「直前停止行為」という。）について、重大な交通の危険を生じさせる速度で運転したといえるか、2：被告人の運転行為とAらの死傷結果との間の因果関係の有無であるとした。その上で、争点1について、被告人の一連の妨害運転（以下、「本件妨害運転」という。）は本件の実行行為に該当するものの、被告人の直前停止行為は、本件の実行行為には含まれないと判示した。また、争点2について、本件妨害運転と死傷結果との間には、危険運転致死傷罪の制定経緯や同条の文言に照らすと、通常の因果関係があれば足りることを前提に、被告人は、パーキングエリアでAから非難されたことに憤慨し、被害車両を停止させてAに文句を言いたいとの一貫した意思のもとで、その直前停止行為は4度の妨害運転と密接に関連する行為であって、これにより、被害車両は停止せざるを得ず、さらに被告人のAに対する暴行行為も前記被告人の一貫した意思に基づく妨害運転と密接に関連する行為であるとした。しかも、本件

事故現場は、高速道路の第3車両通行帯で時刻は照明が設置されているとはいえ夜間であること、相応の交通量があったという当時の状況を踏まえると、被害者らの生命・身体に対する危険性は極めて高かった。本件事故は、前記の追突可能性が何ら解消してない状況下のものであった。以上によれば、本件事故は、被告人の4度の妨害運転及びこれと密接に関連した直前停止行為、Aに対する暴行等に誘発されて生じたもので、Aらの死傷結果は、被告人が被害車両に対し妨害運転に及んだことによって生じた事故発生の危険性が現実化したにすぎず、本件妨害運転とAらの死傷結果との間の因果関係が認められるとして、同罪の成立を認めた<sup>(1)(2)</sup>。

### 【判旨の概要】

控訴審である本件東京高等裁判所は、原審の判決についてその説示に相当とはいえない点があるとしながらも、結論的において是認することができるとしている。

すなわち、争点1について、「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」2条4号は、「人又は車の通行を妨害する目的で、走行中の自動車の直前に進入し、その他通行中の人又は車に著しく接近」する行為について、「重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する」との要件（以下、速度要件という。）をみたす場合に限りて処罰の対象としている。その趣旨は、相手方と衝突しても重大な事故を生じさせると一般的に認められない低速度での運転行為は、重大な死傷事故を発生させる危険性が典型的に高度のものとはいえず、危険運転致死傷罪として特に重く処罰するだけの当罰性を肯定することが困難であることによるものと解される。このような同条同号の立法趣旨を踏まえると、速度要件をみたす具体的な数値で一般的に画することは困難であるとしても、速度が零となる直前停止行為が典型的にこれに該当しないことは前記の立法趣旨及び法文の文理に照らして明らかである。そして、この法理は、高速道路

上で行為が行われた場合であっても、異なるところはないと解すべきである。この点に関する原判決の説示は、速度要件の下限を20km から30km と限定している点が必ずしも相当とはいえないが、直前停止行為が速度要件をみかさず、本件の実行行為に当たらないとした判断に誤りはないとした。

争点2について、本件妨害運転は、高速道路上で時速約100km 又は約63km の速度で4回にわたり被害車両直前に進入し、減速して同車に接近することを繰り返したというものであって、それ自体、被害車両に無理な……回避行動を余儀なくさせ、……重大な事故を引き起こす高度の危険性を内包する行為であるといえる。さらに、このような危険性を省みることなく、高速道路上で執拗に被害車両の直前への進入等を繰り返す行為は、被害車両の運転者に対し、強引に停止を求める強固な意思を示威するものであって、同人らに多大な恐怖心を覚えさせ、焦燥あるいは狼狽させるものであるから、このような本件妨害運転は、それ自体同人にハンドル操作等の運転方法を誤らせる行為を惹起する危険性を有するにとどまらず、……被告人車両を振り切ってこれ応じないことが、……著しく困難であることから、高速道路の第3車両通行帯上に自車を停止させるという、極めて危険な行為以外に他に採るべき手段がないと判断することを余儀なくさせるものといえる。被害車両の前記停止は、被告人の直前停止行為を直接の契機とするものではあるが、本件妨害行為自体が有する被害車両の運転者に与える前記影響が直接に作用して生じた結果とみることができる。さらに、本件死傷結果は、このような被害車両の停止という事態が、Aに対する暴行等という被告人自らの行動によって増強され継続された結果、後続車両の追突の危険が高められて顕在化されたものとみることができるから、被告人の直前停止行為とAへの暴行等という介在事情は異常なものとはいえない。加えて、後続の追突車両の運転者による適切な車間距離の保持義務違反等の過失行為という介在事情については、本件事故の一因となったことは否定できないが、高速道路上において、車両通行帯に停止車両はないである

うとの信頼の下に走行することは、それほど特異、不合理な運転行為とはいえず、追突車両による追突は、高速道路上での被告人車両及び被害車両の停止という極めて特異な事情が前提となって生じていることからすれば、特段の事情がない限り、本件因果関係を否定する介在事情に当たるとみるのは困難であり、危険運転致死傷罪における実行行為と結果との因果関係を一般の刑法上の因果関係と別異に解する必要がないとして、本件因果関係を認め、同罪が成立するとした。

なお、本件東京高裁は、弁護人による本件控訴趣意の一つである「原裁判所は、公判前整理手続において、本件については因果関係が認められず、危険運転致死傷罪は成立しないとの見解を予め表明していたにもかかわらず、その見解の変更を一切当事者に告げることなく、原判決で因果関係を肯定したのは、被告人に不意打ちを与えて防御の機会を失わせたのであるから、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反がある」という点についてこれを認め、原判決を破棄し、原審に差し戻している。

## 【評釈】

### 1. 問題の所在

周知のように、危険運転致死傷罪は（以下「本罪」という。）、2001年（平成13年）11月の刑法の一部改正（法律第138号）により刑法208条の2に新設されたものである<sup>(3)</sup>。それに先立ち、同年6月には道路交通法（以下、「道交法」という。）の一部も改正（法律第51号）され、酒酔い運転、過労運転、無免許運転、共同危険行為などの法定刑が加重された。従来、判例によれば、無謀な危険運転などの道交法違反罪によって人を死傷させたような場合には、道交法違反の罪と刑法の業務上過失致死傷罪（当時の211条1項）とが成立し、それらは併合罪として処理されてきたのであるが（最判昭49・5・29刑集28・4・114）、このような併合罪の処理によっても適切に対処することが困難な交通事犯が頻発していること、故意に危

険運転を行っている点に着目すれば、その実態は過失犯というよりは暴行による傷害・傷害致死罪に準じた犯罪とすることが適当であること、被害者感情や一般予防の観点を考慮すれば、一定の厳罰化が要求される立法事実があることなどが、その立法理由とされる<sup>(4)</sup>。その後いくつかの改正作業を経て、新たに特別法として2013年(平成25年)に「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」(法律第86号)(以下、「本法」という。)が制定された。この法律に、これまで刑法典208条の2に規定されていた本罪が移され、従来にはなかった新たな犯罪類型も追加されて、現在に至っている。

このような制定過程を経た本法2条の本罪には、現在、1号から6号まで、6つの犯罪類型が規定されている。それらに共通する事項として、まず、第1次的に人の生命・身体の安全を保護法益とした上で、従来の刑法上の犯罪類型と性質の異なるいくつかの特徴がある。立案当局者によれば、主として、第1に、本罪は、故意に危険な自動車の運転を行い、その結果人を死傷させた者を、その行為の実質的危険性に照らし、暴行により人を死傷させた者に準じて処罰しようとするものであり、暴行の結果的加重犯としての傷害罪、傷害致死罪に類似した犯罪類型である。第2に、本罪に掲げられている危険運転行為は、悪質・危険な自動車の運転行為のうち、現在の死傷事犯の実態等に照らし、重大な死傷事犯となる危険が典型的に極めて高い運転行為であって、過失犯として捉えることは相当でなく、故意に危険な運転行為をした結果、人を死傷させる犯罪として、暴行による傷害・傷害致死に準じた重い法定刑により処罰するものに限定されているものである。第3に、本罪には危険運転行為自体を処罰する規定は刑法典上設けていないが、これらの危険運転行為については、酒酔い運転その他道交法違反として処罰が可能であり、死傷の結果が発生する前の段階でおよそ処罰ができないという不都合はなく、また、本罪が新設されるのに先立ち、道交法の酒酔い運転、その他一定の危険な運転行為について、罰則の引き上げも行われたところでもあることから、危険運転そのものを処罰



する特段の必要がないと考えられるというものである<sup>(5)</sup>。

そこで、本件において対象となる本法2条4号は、まず柱書に、「次に掲げる行為を行い、よって、人を負傷させた者は十五年以下の懲役に処し、人を死亡させた者は一年以上の有期懲役に処する。」とされ、さらにその4号において「人又は車の通行を妨害する目的で、走行中の自動車の直前に進入し、その他通行中の人又は車に著しく接近し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為」と規定されている。本稿では、刑法解釈論上の観点から、前記2つの争点について若干の検討をするものである。

## 2. 実行行為について

本法2条4号の「人又は車の通行を妨害する目的で、走行中の自動車の直前に進入し、その他通行中の人又は車に著しく接近し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為」という構成要件を確認すると、まず、「通行を妨害する目的」とは、相手方に自車との衝突を避けるため急な回避措置をとらせるなど、相手方の自由かつ安全な通行を妨げることを積極的に意図することをいい、未必的な認識、認容があるだけでは足りないとされる<sup>(6)</sup>。次に、「走行中の自動車の直前に進入」する行為とは例示であり、通常、危険な割込み、幅寄せ、追上げ、あおり、はみだし等が考えられる。また、「重大な交通の危険を生じさせる速度」とは、妨害目的で特定の相手方に著しく接近した場合に、相手方と衝突すれば大きな事故を生じさせると一般的に認められる速度、あるいは相手方の動作に即応するなどしてそのような大きな事故になることを回避することが困難であると一般的に認められる速度を意味する。以上の要件を踏まえ、前記⑤の直前停止行為について、原審及び本件東京高裁は、本罪の実行行為には該当しないと判断した。すなわち、原審の説示によれば、本罪の速度要件は、「単に重大な死傷事故を惹起する危険性が高い行為により死傷

の結果を生じさせた場合の全てを処罰対象としているわけではなく、そのうちそのような危険性の高い類型の運転行為を実行行為として抽出した上、これに該当する運転行為により人を死傷させた場合に限って特に重く処罰する趣旨であることは、同罪の制定経緯及びその規定の形式から明らかである。」重大な交通の危険を生じさせる速度とは、その下限は概ね時速約20km ないし30km 程度であることからすれば直前停止行為、すなわち、時速0 km で停止することは、「一般的・典型的に衝突により大きな事故が生じる速度又は大きな事故になることを回避することが困難な速度であるとは認められない」とした。さらに、「『重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為』との文言によれば、運転行為として、自動車を進行させることが要求されると解され、そこに停止まで含まれると読み取ることは、文言の解釈上無理がある。」とし、結論的に、直前停止行為は速度要件をみかさず、本罪の実行行為には該当しないとした。本件東京高裁も速度要件の下限を概ね時速約20km ないし30km 程度であるとした点を必ずしも相当とはいえないとしながらも、この判断を妥当としている。

なるほど、本件死傷結果との因果関係を前提に考えると、それは後続車である大型貨物自動車被害車両へ追突したことによって生じたが、それは高速道路の第3車両通行帯（追い越し車線）上での被害車両の停止に内在していた追突事故の危険性、さらには、被害車両を同所に停止せざるを得なくさせた被告人の直前停止行為による危険が現実化したものとみることには違和感がない。そのような観点から、本罪の速度要件をクリアし、前記⑤の直前停止行為を本罪の実行行為とするために、「4度の妨害運転に更に減速して直前停止行為に及んだという一連一帯の運転行為が危険運転致死傷罪の実行行為である」と主張した検察官の主張にも一理ある<sup>(7)</sup>。

とはいえ、速度要件が設けられた趣旨等が、本類型に運転者の進行制御能力に特段の支障がないことから低速度での進行中の事故等、典型的に重大な死傷事犯となる危険性が高いとは認められない行為を排除するために設けられた処罰拡大化の限定にあるとするならば、停止行為自体は本罪の

構成要件が予定する行為の実体を備えたものとはいえないこと<sup>(8)</sup>、加えて、道交法はその2条1項17号及び19号において運転と停車という文言を区別していることなどに鑑みれば、本件東京高裁が直前停止行為を本罪の実行行為に該当しないと判断した点は、妥当である。

### 3. 因果関係について

結果的加重犯の成立について、判例は、大正3年の大審院判決において、「凡ソ結果的加重犯タルヤ一定ノ犯罪行為ヨリ一定ノ重キ結果ヲ生セシメタルトキハ其ノ重キ結果ヲ基本タル犯罪行為ニ結合セシメテ重キ責任ヲ負ハシムル場合ナレハ苟モ基本タル犯罪行為ト重キ結果トノ間ニ若シ前者ナカリシナラムニハ後者ナカリシナルヘシトノ関係存スルニ於テハ基本タル犯罪行為カ其ノ重キ結果ニ対シ直接ノ原因ヲ成スト否トヲ問ハス絶対ニ結果的加重犯ノ成立ヲ来スモノト解スヘキモノトス」（大判昭3・4・6刑集7・291）と判示して以来、一貫して基本犯と重い結果の発生の上に因果関係さえあれば認められるとし、その基本的理解は現在に至るまで踏襲されている（最判昭25・3・31刑集4・3・469、最判昭26・9・20刑集5・10・1937、最判昭46・6・17刑集25・4・567、最判平15・7・16刑集57・7・950、最決平成18・3・27刑集60・3・382等）。他方、学説は、このような判例の立場に批判的なものが多数を占めている。すなわち、それは、結果的加重犯を古い時代の結果責任の遺物として理解するものであり、近代刑法学における責任主義の原理に合致しない。それ故、今日の学説では重い結果の発生したことについて、行為者に予見可能性ないし過失のあったことを要求するのが通説である<sup>(9)</sup>。このような理論的状況下において、原審は、本法「2条各号所定の運転行為により人の死傷結果が生じた場合に成立する結果的加重犯であるところ、その制定経緯や同条の文言に照らせば、運転行為と死亡結果との間の因果関係があれば足り、刑法上の因果関係と別異に解する理由はない」と認識しており、本件東京高裁も同様に解している

ことから、従来判例理論に倣っていることになる<sup>(40)</sup>。

原審の認定によれば、被告人は、Aから非難されたことに憤慨し被害車両を停止させてAに文句を言いたいとの一貫した意思のもとで、本件の実行行為である4度の妨害運転を行い、その後の死傷結果が生じた。両者の間には、被告人の直前停止行為、Bによる被害車両の第3車両通行帯上での停止行為、被告人がAに対して加えた暴行行為、及び後続の追突車両の運転者による過失行為という複数の行為が介在している。本件妨害運転と介在事情との関係について、被告人は「4度目の妨害運転後にも減速を続けて自車を停止させたものであるから「直前停止行為は4度の妨害運転と密接に関連する行為といえる」。これによって被告人の本件妨害運転により被害車両は、停止せざるを得なかったし、加えて、被告人のAに対する暴行等も、前記の一貫した意思に基づくもので、「4度の妨害運転と密接に関連する行為といえる。」さらに、本件事故現場は「高速道路の追い越し車線に当たる第3車両通行帯で、」照明灯が設置されているとはいえ、夜間であること、相応の交通量があったという当時の状況を踏まえると、「後続車が衝突を回避する措置が遅れて追突する可能性は高く、かつ、一旦そのような事故が発生した場合のAらの生命身体に対する危険性は極めて高かった」。「以上によれば、本件事故は、被告人の4度の妨害運転及びこれと密接に関連した直前停止行為、Aに対する暴行等に誘発されて生じたもの」で、「Aらの死傷結果は、被告人が被害車両に対し妨害運転に及んだことによって生じた事故発生危険性が現実化したにすぎず、被告人の妨害運転とAらの死傷結果との間の因果関係が認められる。」とした。

しかし原審は、前記一貫した意思を根拠に、「4度目の妨害運転後にも減速を続けて自車を停止させた」という点を引き合いに出した上、直前停止行為は密接に関連する行為といえとし、さらに、被告人運転車両が被害車両の前方に停止したために被害車両は停止し続けることを余儀なくされたということができるとも説示している。そうであれば、検察官の主張の通り、4度の妨害運転と最終的な直前停止行為という一連の危険運転行

為により本件事故が誘発され、死傷結果を生ぜしめたとする方が、自然な流れなのではなからうか<sup>(11)</sup>。

なるほど、本件東京高裁は、原審の理由中の説示に一部適切でない部分もあるとしている。すなわち、原審が前記一貫した意思を根拠に、「4度目の妨害運転後にも減速を続けて自車を停止させた」という点を引き合いに出し、直前停止行為は密接に関連する行為といえるとするところに因果関係を肯定する根拠の一つに挙げている点について、直前停止行為は4度の妨害運転と密接に関連する行為といえるとしてそれを実質的に本件の実行行為に取り込むかのような説示は相当でないというべきであって、直前停止行為はあくまでも介入事情の一つと位置付けるべきものとしている。また、一貫した意思に基づく実行行為に密接に関連する行為と位置付けていることについても、本件因果関係の有無の判断に当たっては、実行行為に内在する危険が具体的に現実化したものといえるかを客観的に検討すべきであるから、原判決の前記説示は、被告人の主観的な事情を重視したものと解し得るのであって、適切とはいえないとしている。とはいえ、原審は、前記説示に引き続き、本件妨害運転が有する妨害の相手方に与えた影響も考慮した上で本件因果関係を肯定したものと解され、専ら被告人の一貫した意思をもとに直前停止行為を本件妨害運転と密接に関連する行為として取り込んだ上、因果関係を肯定したのではないと解されるから、実質的に本件東京高裁の判断と異なるものではなく、この判決を結論的には是認できるとしている。この点については、原審に向けられた疑念を客観的に示そうとする姿勢がみえる。そういった観点からは、従来の結果的加重犯の因果関係の理解と異なるようにはみえない。

#### 4. 結びにかえて

特に、因果関係について、前述のように、判例は、結果的加重犯の重い結果につき、予見可能性ないし過失を不要としている。しかし、危険運転

致死傷罪については、死傷結果につき予見可能性ないし過失もない事案にその成立を肯定するとすれば、結果との関係で過失運転致死傷も成立しない場合にも本罪を認めるといふ、不当な結論に至ってしまう<sup>(12)</sup>。そこで、立案当局者によれば、本罪の成立をみとめるためには、条文上特定されたそれぞれの危険な運転行為と死傷結果の発生との間の因果関係が要求される。換言すれば、本罪の因果関係が認められるのは、法が規定する危険行為運転行為の本来有する危険性が現実化したといえる場合に限定されるべきである<sup>(13)</sup>。およそ、故意の暴行行為が認められる限り、それを原因として死傷結果が発生すれば足りると一般に解されている傷害罪・傷害致死罪とは構造的にはパラレルに考えることができても、異なる本質を有するということである。本罪は、あくまでも、暴行の結果的加重犯としての傷害罪、傷害致死罪に「類似した」犯罪類型であって、「一種の」結果的加重犯なのである。

このような観点からは、本件は、4回の妨害運転である実行行為に内在する固有の危険が被害者らの死傷結果の原因となったとされるべきであるが、被告人のその後の停止行為などの介在事情に有する危険が死傷結果の原因となったという点も否定できない。そうだとすれば、本件東京高裁の判示は、その点について不明な部分があることを否めない。前記のように、実行行為に直前停止行為を含むことが可能なのであれば、このような疑問も払拭されるであろうが、しかし、本類型の速度要件が設けられた趣旨等に鑑みれば、それは困難といえる。今後の裁判例の集積等を待ちたい<sup>(14)</sup>。

## 註

- (1) 原審横浜地裁判決に対する評釈・解説等について、主に、前田雅英「あおり運転等により高速道路上に停車させる行為と危険運転致死傷～横浜地判平成30年12月14日危険運転致死傷、暴行（予備的訴因監禁致死傷）、器物損壊、強要未遂被告事件」WLJ判例コラム臨時号第176号、成瀬幸典「東名あおり運転事件第1審判決」法学教室470号（2019）138頁以下、松宮孝明『『危険運転致死傷罪』～制

- 度の解説と今後の展望～、研究者からの解説と今後の展望」月刊弁護士ドットコム47号（2019）24頁以下参照、広瀬健二『『危険運転致死傷罪』～制度の解説と今後の展望～、裁判官の経験から法制度の解説と今後の展望」月刊弁護士ドットコム47号（2019）28頁以下参照、また、古川伸彦「あおり運転と危険運転致死傷罪」刑事法ジャーナル60号（2019）10頁以下参照。
- (2) 被告人は、この他に、別の機会に行われた強要未遂2件と、器物損壊1件の計3件の事件でも起訴され、本件との関係では、Aに対する暴行も含め併合罪とされている。
  - (3) 平成19年法律第54号において、さらに一部改正されている。
  - (4) 井上宏ほか「刑法の一部を改正する法律の解説」法曹時報54換4号（2002）33頁以下参照、井上宏「刑法の一部を改正する法律等について」現代刑事法4巻4号（2002）91頁以下参照。
  - (5) 井上ほか・前掲註(4)43頁以下参照、井上・前掲註(4)92頁以下参照。
  - (6) この要件については、本件のようなあおり運転に本目的が認定できないということは、ほとんど考えられないとするものとして、島戸純「危険運転致死傷罪の妨害態様類型に関する事実認定について」警察学論集72巻1号（2019）38頁参照、古川・前掲註(1)12頁。
  - (7) 同旨、前田・前掲註(1)参照。
  - (8) 成瀬・前掲註(1)138頁。
  - (9) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣・2018）242頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣・2008）180頁、川端博『刑法総論講義〔第2版〕』（成文堂・2013）58頁、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社・1990）337頁、中義勝『講述犯罪総論』（有斐閣・1980）96頁、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣・1972）56頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣・2016）203頁以下、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂・2015）180頁等。
  - (10) 因果関係の第三者の行為の事後的介入の事案について、判例の判断枠組みは、従来、学説から条件説に立つものと評価されてきたが、最近では、主に危険の現実化として理解していると考えられている。最決平22・10・26刑集64・7・1019、最決平24・2・8刑集66・4・200等）。
  - (11) 前田・前掲註(1)参照。
  - (12) 井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣・2016）75頁。
  - (13) 井上ほか・前掲註(4)43頁参照、井上・前掲註(4)93頁参照、井田・前掲註(11)75頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣・2012）53頁以下等参照。

- (14) なお、現法務大臣は、妨害態様類型の危険運転に強制停止行為を盛り込むとする自動車運転死傷処罰法の改正について法制審議会に諮問している（諮問第109号）、令和2年1月15日開催第185回法制審議会議事録参照。他方、古川・前掲註(1)12頁以下は、本罪を、基本犯（故意犯）の結果的加重犯ではなく、元来過失犯の、その行為態様が所定の危険運転行為当たることを条件とした特別な加重類型と理解した上で、立法的措置も必要ないとする。



## 判例評釈

専属の管轄合意に反する訴え提起の場合に、移送申立てを却下して自庁処理することが否定された事例

# 川 口 誠

---

### 〈対象事件〉

大阪高等裁判所 平30（ラ）623号 移送申立て却下決定に対する抗告事件  
平成30年7月10日第9民事部決定

### 〈裁判結果〉

（原審の東京地裁への移送申立て却下決定を）取消、請求認容、移送  
（原審 大阪地方裁判所 平30（モ）477号決定、平成30年5月17日決定）

### 〈参照条文〉

民事訴訟法16条1項、17条、20条1項

---

## I. 事案の概要

本件は、X1社とA社間の建物転貸借契約に、その目的物件の所在地である東京地裁または東京簡裁を第一審専属管轄とする合意があったとして、民訴法16条1項(管轄違い)、又は、民訴法17条(裁量移送)に基づき、基本事件（A社から転借人としての地位を承継したY社が、貸主（転貸人）X1社およびX1社代表者X2に対し、不法行為に基づく損害賠償を請求した事件）を東京地裁へ移送するとの決定を求めた事案である。

事案は、目的物件の所有権移転、転貸借の地位承継などで、関係者が変遷している。本件建物の所有者は、亡Z（賃貸借の関係では貸主）から有限会社B、そしてD社に変わっている。また、亡Zから本件建物を賃借した借主（転貸人）X1はA社に転貸借し、その後その地位は（当時商号を株式会社CとなっていたA社から）、Yが承継した。

この間、B社からX1社に対し、無断転貸等を理由とする賃貸借契約解除に基づく建物明渡し等訴訟が提起され、X1らはY社を関与させないまま、本件建物の賃貸借がX1社の債務不履行解除により終了したことを認める等の訴訟上の和解をした。これにより、有限会社B社から本件建物の所有権を取得したD社から明渡しを求められたY社は、明渡しを余儀なくされ、4725万円余りの損害を被った。そこでY社は、X1社ら（代表者X2）に対し不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を（その義務履行地としての管轄裁判所である）大阪地裁に提起した（基本事件）。

これに対しX1らは、本件はもともとのX1・A社間の建物転貸借契約に起因する事件であるので、締結時に作成された「事業用建物賃貸借契約書」第18条に基づき、本件建物が所在する地方（簡易）裁判所の専属的管轄合意が成立するとして、東京地裁への移送を申し立てたところ、大阪地裁は専属的管轄合意を認めながらも、移送申立てを却下して自庁処理を決定した。X1らの抗告に対し大阪高裁は、専属的管轄合意を認め、原決定を取消し、東京地裁への移送を決定した。

2. 基本事件である不法行為に基づく損害賠償請求訴訟について、（転貸借契約での）専属的合意が成立するかどうか問題となる<sup>\*1</sup>。契約書上では「本契約に起因する紛争に関して訴訟を提起する必要があるときには、本物件の所在地を管轄する地方（簡易）裁判所を第一審管轄裁判所する」との定型的な管轄合意が記載されており、また、後日作成された公正証書にも同趣旨の合意がなされた旨の条項が記載されている。

---

1 そもそもこの管轄の合意が、専属的管轄合意なのか否かの問題がある。判例・学説ではこの場合一般的に専属的合意管轄と考えるが、X1社が動産賃貸業であることからすると、「事業用建物賃貸借契約書」もいわゆる約款である可能性がある。特に約款による管轄の合意については、特別な考慮が必要であると考えるが、本稿では一応専属的管轄合意として、以下検討する。この問題に関しては、拙稿「管轄の合意・再考（一）」から「同（十・完）」、秋田法学第50号～59号参照。

この点について、原審は「本件転貸借契約に起因する紛争」に当たるとし、抗告審も該当するとしている。転貸借契約自体の効力や契約に基づく権利義務に関する訴訟ではなく、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟ではあるが、その主要な争点は、X1社が本件建物を転貸するに際し、所有者・貸主である亡Zからその旨の承諾を得ていたか否かということであり、またX2の「亡Zの承諾がある」との説明が虚偽であったか否かという点であることから、該当するとする。

もともと管轄の合意の解釈として、合意の内容として特定の訴訟を排除するとか、特定の訴訟に限定するといった意図はないと考えられ、転貸借契約と基本事件との間に、原因・結果としての法的・事実的な関連性が認められれば、「起因する」といってよいのではないか。原審も、また抗告審も、「訴訟物や法律構成のいかんを問わず」と述べている。ただ、原審や抗告審が想定し指摘する基本事件の「争点」の関連性は、法的・事実的関連性を判断する際の一つの要素としての意味をもつに過ぎず、必ず「争点」について関連性が必要であるという趣旨ではないと思われる。

つぎに、専属的管轄合意があっても、法定管轄のある受訴裁判所は事件を移送しないで自庁処理することができるかが問題となっている。民訴法17条は、「事情を考慮して、訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため必要があると認めるときは」、裁量移送ができる旨を規定している\*<sup>2</sup>。したがって、専属的合意がある場合でも、17条の要件が具備する場合には、専属的合意管轄の裁判所とは異なる管轄裁判所に裁量移送することができる。17条の要件が具備しなければ、11条に従い専属的合意管轄の裁判所に、法定管轄がなくても、移送しなければならない。しかし、法定管轄ある受訴裁判所は、移送しないで自庁処理をすることはできるのか。明文規定はない。従来想定されている事例とは逆の事例ということに

---

2 ちなみに20条で専属管轄の場合はこの17条を適用除外しているが、本件のような専属的管轄合意については、括弧書きで適用除外を否定している。

なる。解釈上、11条との関係で、17条の要件が具備していなければ、自庁処理はできないと考えられる。

原審は、17条の趣旨から、その要件が具備する場合には、専属的管轄合意の裁判所に移送しないで自庁処理できるとし、諸事情を検討した上で、自庁処理を決定した。これに対し、抗告審は、「17条、20条1項の法意に照らして」自庁処理は解釈上認められるとしながらも、結論としては、原審の決定を否定して専属的管轄合意の裁判所である東京地裁に事件の移送を決定した。

両決定ともこのような場合に自庁処理が許されるという点では一致しており、一般論として是認できる\*<sup>3</sup>。ただ結果的には、原審は自庁処理を決定し、抗告審はそれを否定して専属的管轄合意の裁判所である東京地裁に移送決定をしている。この違いの原因がどこにあるのであろうか。

原審は、民訴法17条の要件の検討において、人証尋問の必要性などを考慮した上で、なお基本事件の発端となったX 1らと有限会社B間の訴訟上の和解において、Yを関与させずにX 1らが本件建物の賃貸借契約の債務不履行解除（無断転貸）を自認してしまった点に、転貸人としての契約義務違反を見据えて、X 1らの主張する専属的合意管轄の裁判所（Yの住所地と異なる裁判所）への移送が、「当事者間の衡平」に反するという理由で、移送申し立てを却下し、自庁処理を決定している。基本事件の発生原因を作出したX1らが、専属的管轄合意を主張して、自らにとって有利な地での訴訟追行を認めることが、当事者間の衡平に反すると判断したのである。

これに対して、抗告審は、抗告人X 1の所在地（東京）やX 2の居住地（東京）、Y社の本社所在地および代表者（大阪府吹田市、ただしA社から転借人としての地位を承継した当時の本社所在地は東京）のみならず、両

---

3 裁判例としては、東京高決平22.7.27 金融法務事情1924号103頁、名古屋高決平28.8.2判タ1431号105頁など。

者の訴訟代理人の事務所所在地、また関係するA社（大阪）や有限会社Bの本社所在地（東京）、その代表者の住居地（東京）などを詳細に検討した上で、Y社やその代表者が東京地方裁判所まで出頭することは、「格別重い負担ないし不利益とはいえない」とし、本件では、「訴訟の著しい遅滞を避け、当事者間の衡平を図るため、本件専属的合意管轄に反してまで大阪地裁で審理する必要があるとは認められない」として、自庁処理を否定した。あくまでも客観的に、専属的管轄合意による東京地裁への移送が両当事者にとってどの程度の負担・不利益となるか、その負担・不利益が（専属的管轄合意に反してまで）自庁処理を認める程のものなのか、比較考量した上で、自庁処理を否定している。

原審が、紛争発生の原因まで踏み込んで、「当事者の衡平」という点に自庁処理の必要性を認めていることに対し、抗告審はあくまでも17条の要件である「訴訟の著しい遅滞を避け、当事者間の衡平を図るため」に必要か否かを判断していると思われる。17条の要件をどのように認定するかについては、一般的な基準が設定されている訳ではない。ただ、合意管轄との関係では、法が特に諸要請から専属管轄を定めていることとの対応で、当事者の合意をできる限り尊重すべきではないか。そうすると、本件のような場合に自庁処理するか否かの判断は、より抑制的になされるべきであると考えられる<sup>\*4</sup>。

なお、民事調停法4条、家事事件手続法9条が自庁処理について「特に必要があると認めるときは」（特段の必要性）という加重要件を規定している関係で、この場合にも特段の必要性が求められるか否かが問題となる。通常の場合に民訴法17条が適用されることから、逆の場合にのみ解釈で「特段の必要性」を加重し、民事調停法、家事事件手続法と整合性を図る必要はなく、民訴法17条の要件と同一と解すべきである。

---

4 本件の解説として、判例タイムズ1458号（2019.5）154-157頁。

----- 〈関係人仮名、添付別紙省略〉

**【決定】**

抗告人（原審申立人・基本事件被告）	株式会社 X 1
同代表者代表取締役	X 2
抗告人（原審申立人・基本事件被告）	X 2
抗告人ら訴訟代理人弁護士	甲野太郎
相手方（原審相手方・基本事件原告）	Y株式会社
同代表者代表取締役	乙川次郎
同訴訟代理人弁護士	丙山三郎

主文

- 1 原決定を取り消す。
- 2 基本事件を東京地方裁判所に移送する。

理由

第1 抗告の趣旨及び理由

別紙抗告状、抗告理由書及び抗告人ら第1準備書面（各写し）のとおり

第2 当裁判所の判断

- 1 当裁判所は、基本事件を東京地方裁判所に移送すべきであると判断する。その理由は、以下のとおりである。

(1) 基本事件の概要

一件記録によれば、次のとおり認められる（別紙時系列表参照）。

基本事件は、相手方が、抗告人らに対し、原決定別紙物件目録記載の建物（以下「本件建物」という。）を所有していた亡Z（以下「亡Z」という。）から本件建物を賃借していた抗告人株式会社X（以下「抗告人会社」という。）が株式会社A（以下「A社」という。）との間で本建物の転貸借契約（以下「本件転貸借契約」という。）を締結した際、抗告人会社の代表取締役である抗告人X2（以下「抗告人X2」という。）は、本件転貸借契約締結について亡Zの承諾を得ていると説明したにもかかわらず、亡Zから本件建物を買い受けた有限会

社B(以下「有限会社B」という。)から抗告人会社に対して提起された無断転貸等の債務不履行による賃貸借契約解除に基づく本件建物明渡等請求訴訟において、本件建物の賃貸借契約が抗告人会社の債務不履行に基づき解除をもって終了したことを認める旨の条項を含む訴訟上の和解をしたため、A社から本件転貸借契約上の転借人たる地位を承継した相手方(当時の商号「株式会社C」)が、有限会社Bから本件建物の所有権を取得したD株式会社に対して本件建物を明け渡さざるを得なくなったことによって損害を被ったと主張し、不法行為に基づく損害賠償として4725万3350円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める事案である。

(2) 基本事件についての専属的管轄合意

ア 抗告人会社とA社との間で本件転貸借契約締結時に作成された「事業用建物賃貸借契約書」(甲4)には「本契約に起因する紛争に関して訴訟を提起する必要があるときは、本物件の所在地を管轄する地方(簡易)裁判所を第一審管轄裁判所とする。」との条項(第18条)があり、後日作成された「賃貸借契約公正証書」(甲7)にも「各当事者は、本契約に係る訴訟については、本物件の所在地を管轄する地方(簡易)裁判所を第一審管轄裁判所とすることを合意した。」との条項(第19条)がある。

以上によれば、抗告人会社とA社とは、本件転貸借契約締結の際、本件転貸借契約に起因する紛争に関する訴訟については、本件建物の所在地である東京都新宿区を管轄する東京地方裁判所又は東京簡易裁判所を第一審管轄裁判所とする旨合意したものと認められ、この合意の趣旨は、他の法定管轄を排除し、指定した特定の裁判所に専属的に管轄権を生じさせる専属的管轄合意(以下「本件専属的管轄合意」という。)と解するのが相当である。

イ そこで、基本事件が本件専属的管轄合意の対象となる本件転貸借契約に起因する紛争に関する訴訟に該当するか否かを検討する。

本件専属的管轄合意をした抗告人会社及びA社の意思を合理的に解釈すると、本件転貸借契約に関して紛争が生じ、訴訟になった場合は、その訴訟における訴訟物や法律構成のいかんを問わず、合意した裁判所において訴訟を進行することを合意したものと解するのが相当である。

基本事件は、本件転貸借契約自体の効力や本件転貸借契約に基づく権利義務に関する訴訟ではないが、抗告人会社が本件建物をA社に転貸することについて亡Zの承諾を得たか否かを主要な争点とする不法行為に基づく損害賠償請求事件であるから、本件転貸借契約に起因する紛争に関する訴訟に該当するというべきである。したがって、基本事件は、本件専属的管轄合意により東京地方裁判所の専属管轄に属する。

しかるに、相手方は、本件専属的管轄合意に反して基本事件を大阪地方裁判所に提起した。なお、同裁判所は、本件専属的管轄合意がなければ、基本事件の損害賠償義務の履行地として基本事件について管轄を有する裁判所である（民事訴訟法5条1号）。

(3) 基本事件を東京地方裁判所に移送することの当否

ア 民事訴訟法17条、20条1項の規定によれば、当事者の合意により当該訴訟につき専属管轄を有する裁判所（以下「専属的合意管轄裁判所」という。）に訴えが提起された場合でも、当該裁判所は、訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため必要があると認めるときは、当該訴訟を専属的管轄合意がなければ、当該訴訟につき管轄を有する他の裁判所（以下「法定管轄裁判所」という。）に移送することができる」と解される。この規定の趣旨に照らすと、当事者が専属的管轄合意に反して法定管轄裁判所に訴えを提起した場合であっても、訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため必要があると認めるときは、専属的合意管轄裁判所に移送せず、法定管轄裁判所において審理することが許されると解するのが相当である。専属的管



轄合意の存在は、その合意の成立経緯、内容において相当かつ合理的であると認められる場合には、当事者間の衡平を判断する際の一事情として考慮することができる。

イ この点に関し、本件転貸借契約は、東京都新宿区に本店を置き不動産賃貸等を業とする株式会社である原告人会社と大阪市に本店を置き飲食店経営等を業とする株式会社である A 社との間で、A 社が東京都新宿区所在の本件建物において飲食店を経営する目的で締結されたものであり、本件専属的管轄合意は、本件転貸借契約に付随して、本件転貸借契約に起因する紛争に関する訴訟については、本件建物所在地を管轄する東京地方裁判所又は東京簡易裁判所に専属的に管轄権を生じさせる趣旨でなされたものである。このような本件専属的管轄合意の成立経緯及び内容からすると、この合意は、相当性、合理性を有するといえることができるから、これを尊重することが合意をした当事者間の衡平に適うといえるべきである。

ウ そこで、基本事件について、訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため、本件専属的管轄合意に反してまで大阪地方裁判所で審理する必要があるか否かについて検討する。

基本事件においては、原告人会社が本件建物を A 社に転貸することについて亡 Z の承諾を得たか否か、原告人会社が本件転貸借契約を締結する際に A 社に対してどのような説明をしたか、原告人会社が有限会社 B と本件建物の賃貸借契約が原告人会社の債務不履行に基づき解除をもって終了したことを認める旨の条項を含む訴訟上の和解をした経緯などが争点となると予想される。

原告人 X 2（基本事件被告）は、原告人会社（基本事件被告）の代表取締役として上記争点のすべてに関与した重要な人証であり、尋問を受ける可能性が高いと考えられるところ、東京都新宿区に居住している。また、有限会社 B の本店所在地及び代表者の住所も同区内にある。他方、A 社の本店所在地は大阪市であるが、A 社は本件専属的管

轄合意をした当事者であるから、代表者等が証人として尋問を受けるために東京地方裁判所まで出頭することになっても、格別重い負担ないし不利益ということはできない。さらに、相手方（基本事件原告）の本店所在地及び代表者の住所はいずれも大阪府吹田市であるが、相手方は、A社から本件転貸借契約上の転借人たる地位を承継した者であるから、本件専属的管轄合意の効力が及ぶ上、上記承継当時の本店所在地はもともと東京都新宿区であったことからすれば、代表者等が尋問を受けるために東京地方裁判所まで出頭することになっても格別重い負担ないし不利益とはいえないことは前同様である。相手方訴訟代理人は、大阪市に事務所を有するが、電話会議等を利用した効率的な争点整理手続や集中的な証拠調べを行うことにより、相手方訴訟代理人の出頭の負担を軽減し、訴訟の遅滞を防止することも可能である。

以上によれば、基本事件について、訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため、本件専属的管轄合意に反してまで大阪地方裁判所で審理する必要があるとは認められない。

したがって、基本事件は、本件専属的管轄合意により東京地方裁判所の専属管轄に属するものというべきであり、大阪地方裁判所の管轄に属さないことに帰する。そうすると、基本事件は、管轄違いを理由として、民事訴訟法16条1項に基づき東京地方裁判所に移送するのが相当である。

- 2 よって、抗告人らの移送申立てを却下した原決定は相当ではなく、本件抗告は理由があるから、原決定を取り消し、基本事件を東京地方裁判所へ移送することとして、主文のとおり決定する。

（裁判長裁判官松田亨、裁判官上田日出子、裁判官大淵茂樹）

----- 〈関係人仮名、地名省略、添付別紙省略〉

【参照】原審決定

大阪地方裁判所 平30（モ）477号決定、平成30年5月17日

主文 本件申立てを却下する。

理由

第1 事案の概要

本件は、申立人らが、申立人らと相手方との間の本件紛争は、申立人株式会社X（以下「申立人会」という。）と株式会社Aとの間の別紙物件目録記載の建物（以下「本件建物」という。）の賃貸借契約（以下「本件転貸借契約」という。相手方は、株式会社Aから賃借人の地位を譲り受けた。）に起因するものであるところ、本件転貸借契約に起因する紛争に関する訴訟は、目的物件の所在地を管轄する裁判所（東京地方裁判所）を第一審の専属的合意管轄とする合意があるとして、民訴法16条1項に基づき、又は、訴訟の著しい遅滞を避け、当事者間の衡平を図るため、民訴法17条に基づき、基本事件を東京地方裁判所へ移送するとの決定を求めた事案である。

第2 当裁判所の判断

- 1 本件の基本事件は、相手方が、申立人らに対し、本件転貸借契約を締結するに際し、申立人らが、本件建物の転貸について所有者兼原賃貸人から承諾を得ておらず、原賃貸借契約を解除され、申立人らと所有者兼原賃貸人（Zの承継人である有限会社B）との間の訴訟において申立人会社の債務不履行による原賃貸借契約の解除を認める和解（以下「本件和解」という。）をしたことが不法行為に当たるとして、損害の賠償を求めたものである。
- 2 そこで、検討するに本件転貸借契約には、本件転貸借契約に起因する紛争に関して訴訟を提起する必要性が生じたときは、本物件の所在地（東京都新宿区〈以下略〉）を管轄する地方（簡易）裁判所を第一審の

管轄裁判所とする旨の約定があり、申立人会社と相手方との間には、いわゆる専属的合意管轄が成立しているといえることができる。

相手方は、基本事件は、申立人会社が本件建物を転貸することにつき所有者兼原賃貸人の承諾を得てなかったことを根本的な理由とする不法行為に基づく損害賠償請求であり、本件転貸借契約に起因する紛争に当たらない旨の主張をする。

しかしながら、申立人らが主張する管轄の合意は、その趣旨・目的に照らして考えると、本件転貸借契約に関して紛争が生じ訴訟になった場合には、その訴訟における訴訟物や法律構成のいかんを問わず、すべての訴訟が合意した裁判所に集中的に提起され追行されるべきことを合意したものと解するのが相当である。したがって、基本事件も本件転貸借契約に起因する紛争に当たるといえるべきである。

3 ところで、専属的合意管轄が成立している場合であっても、受訴裁判所が法定管轄を有し、かつ、著しい訴訟の遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため、当該受訴裁判所で審理する必要があると認められるときには、民訴法17条の趣旨に照らし、専属的合意管轄の裁判所に移送しないで当該受訴裁判所において審理することが許されると解すべきである。

そこで、検討するに、当庁は、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟の義務履行地である債権者の住所を管轄する裁判所であり、法定管轄を有することが認められる。そして、基本事件の審理においては、(1)不法行為の成否、(2)損害額が争点となることが予想されるところ、申立人らは、所有者兼原賃貸人の承諾を得ていたと主張しており、申立人らが、本件和解において、原賃貸借契約が申立人会社の債務不履行に基づき平成27年4月25日の解除をもって終了したことを認めているとしても、直ちに当事者及び証人の尋問を行う必要性がないとはいえず、このことは、専属的管轄の合意がある本件建物の所在地を管轄する東京地方裁判所に移送すべき事情といえる。しかし、申立人ら

が、相手方を関与させることなく、本件和解において原賃貸借契約が申立人会社の債務不履行に基づき平成27年4月25日の解除をもって終了したことを認めたことは、本件転貸借契約における転貸人としての義務を尽くしているとはいえないことが明らかであり、これによって生じた紛争である基本事件を、専属的合意管轄がルことを理由として、相手方の住所地とは異なる東京地方裁判所に移送して審理をさせることは、当事者間の衡平に反するというべきである。

そうすると、基本事件は、当事者間の衡平を図るため、当庁で審理する必要があると認められるのであって、専属的管轄の合意がるとしても、専属低合意管轄裁判所に移送しないで審理することが許される場合に該当するというべきである。

4 よって、主文のとおり決定する。



## 書 評

Martin Ceadel

*Pacifism in Britain 1914-1945: The Defining of a Faith*

(Oxford University Press, 1980, x + 342pp.)

## 中 村 逸 春

本書は、世界大戦の時代におけるイギリスの絶対平和主義の思想と実践について、二つの平和主義の概念を用いて分析した研究書である。イギリスの政治学者である著者の Ceadel は、平和主義の類型論によってわが国でもある程度知られているが<sup>1</sup>、しかし彼の歴史研究についてはこれまで十分紹介されてこなかったため、ここで本書を取り上げることにしたい。

最初に、平和主義には二種類のものがあることを確認しておく必要がある。まず、第一の平和主義は、政治的構想ではなく道徳的信条としての平和主義である。これは、あらゆる戦争は常に誤りであり、結果が何であれ決して戦争に訴えられるべきではないという、個人的信念に基づいた反戦平和の立場である。良心的兵役拒否の態度に象徴されるように、ここでは戦争に参加することが誤りであるのは言うまでもないが、場合によっては悪に抵抗することさえも誤りとされる。この種の平和主義は絶対平和主義 (absolute pacifism) と呼ばれ、典型的にはロシアの作家トルストイによって代表される。次に、第二の平和主義は、道徳的信条ではなく政治的構想としての平和主義である。この立場は、戦争が非合理的かつ非人間的な紛争解決の方法であると認識し、戦争の防止をその目的に掲げる一方で、絶対平和主義とは対照的に、戦争を防止するためには軍事力が必要とされる場合があることを承認する。また、このタイプの平和主義者は多くの場合、

---

1 松元雅和『平和主義とは何か：政治哲学で考える戦争と平和』中央公論社、2013年、第1章。

国家間において利益の調和が実現される可能性を信じており、こうした利益の調和は、国際的組織への権限の移譲といった形で国家主権を制限することによって達成されうると考える。その意味で、人々の良心の変化を待つというよりも、政治的次元における改革に着手することこそが、戦争を防止する唯一の現実的方法だと信じる反戦平和の立場であると言える。なお、この種の平和主義は、相対平和主義 (pacifism) と呼ばれ<sup>2</sup>、具体例としては例えば戦間期の国際連盟支持者を挙げることができる。

本書で Ceadel はこうした二つの平和主義の相違を前提とし、相対平和主義の立場と対照させつつ、イギリスの絶対平和主義の運動について、①1930年代以前の時期、②1931年から35年にかけての時期、③1936年以降の時期の三つの時期に分けて具体的に分析している。

①1930年代以前の時期 (第1部第1章～5章)。Ceadel によれば、第一次世界大戦は、近代イギリスの平和主義運動の始まりを告げた。14年、絶対平和主義を基調とする二つの団体——社会主義者を中心とした反徴兵制協会 (No-Conscription Fellowship) とキリスト教徒を中心とする友和会 (Fellowship of Reconciliation) ——が設立され、その後、16年の徴兵制導入によって、良心的兵役拒否をめぐって平和主義が初めて政治的問題になった。イギリスの兵役免除制度は、宗教的理由だけでなく政治的理由による兵役拒否も認め、また戦闘業務からの免除だけでなく無条件の兵役免除すら認めており、他国の制度に比べて適用の範囲の広いものであった。ただし実際は、兵役免除の申請者16500名の内、無条件の免除が認められたのは350名だけであり、そのほとんどはクェーカー教徒であった。免除審査局の決定に異議を唱えた者は5944名いたが、その内1298名は無条件免除を要求し続け投獄されることを辞さず、絶対兵役拒否者 (absolutists) と呼ばれ、その姿勢は国民全体に訴えるものであった。なお、良心的兵役拒否者の中には、キリスト教徒だけでなく、割合は少なかったが社

---

2 pacifism には、平和優先主義、漸進的平和主義、パシフィズムといった訳語が当てられる場合もある。



会主義者も含まれていた。

第一次世界大戦を通じて戦争の恐怖を体験したことは、戦間期における反戦運動の広がりにも寄与した一方で、絶対平和主義という特定の立場への影響は小さなものであった。第一次世界大戦の終結以降1920年代を通じて、平和主義は全体として例のないほど共感を呼んだが、しかし絶対平和主義は相対平和主義の影に隠れてしまっていた。すなわち、20年代の平穏な国際情勢が、国際連盟は軍縮を確実にし、道徳的権威によって平和を保障するであろうという希望を後押ししたのである。とりわけ、当時最も影響力のあった18年設立の平和団体、国際連盟協会 (the League of Nations Union) は、ロカルノ条約以後の国際的平和を持續させるべく仲裁と軍縮双方を重視し、20年代末には会員数が百万人に迫ろうとしていた。多くの平和主義者は、絶対平和主義者の諸団体に参加するよりも、相対平和主義の立場を掲げる国際連盟協会に集まったのである。他方、20年代を通じて絶対平和主義は、相対平和主義との相違を明確に打ち出すには至らず、結果として相対平和主義に「寄生」していたとされる。

②1931年から35年にかけての時期 (第2部第6章～10章)。国際連盟は、31年に勃発した満州事変に対して有効な手立てを講じることはできなかった。しかし、この満州事変をめぐる危機は、軍縮は達成可能であり、国際連盟は世界の世論を背景に国際的合意の履行を不履行国に対して迫ることができるという、相対平和主義者の確信を揺るがすものではなかった。というのは、32年に世界軍縮会議が持たれ、また、似たような危機が生じたなら、国際連盟は次こそは経済制裁により適切に対処するであろうとの期待がまだ存在していたからである。

1933年1月のヒトラーの政権掌握が転換点であった。ドイツが軍縮会議と国際連盟を脱退した後、国際連盟による制裁といった力の行使が平和の保持にとって不可欠であるか否かという問題をめぐり、平和運動は分裂し始めた。少数の者たちが絶対平和主義の立場を選択した一方で、多数の者は何らかの抑止力が必要であると認めた。その結果、国際連盟による制裁

を重視する相対平和主義の立場が支持を集め、35年の春までに労働党は連盟を通じた集団安全保障を強く支持するに至り、同年に実施された国際連盟協会による平和投票は集団安全保障に対する国民の圧倒的な支持を示した。ただし、その一方で、34年から35年にかけて、イングランド国教会の聖職者ディック・シェパードを中心に絶対平和主義の運動を立ち上げようとする動きも見られた。

③1936年以降の時期（第3部第11章～16章）。イタリアによるアビシニア併合、ドイツのラインハルト進駐、スペイン内戦、36年に起こったこれら三つの国際的危機が大きな分岐点となった。国際連盟による非軍事的制裁が平和を保障するという幻想は消え去り、集団安全保障への支持は戦争を意味することが明白となり、平和運動はついに相対平和主義と絶対平和主義とに分裂したのである。

シェパードは、1934年に新聞への投書の形で不戦の誓いを求める呼びかけを行い、36年、呼びかけに応じた誓約者たちを中心に絶対平和主義を基調とする「平和の誓い連合 (Peace Pledge Union)」を設立した。翌年「ノーモア・ウォー運動」と合流しイギリス最大の平和主義団体となった「平和の誓い連合」は、戦争を拒絶するとともに、戦争を防止するためには「持てる者」と「持たざる者」の間における「経済的宥和と和解」が必要だとするマニフェストを掲げた（「新平和主義」）。この宥和の主張は、チェンバレンに代表される政府の武力行使込の宥和政策とは異なるものであったが、平和主義者たちは政府の宥和政策を支持しなかったわけではなく、またドイツに対して寛容な態度を示していた。そして39年3月、ヒトラーによるプラハ占拠が多く宥和論者を幻滅させた後、依然として宥和を支持していた人々は大部分が親ナチ的であり、またメンバーの内にナチスに親和的な人々が見られたこともあり、「平和の誓い連合」には親ナチ運動だという批判が加えられた。とりわけ、40年春のドイツの軍事的侵攻によってイギリス国民は現実的な危険に直面し、平和主義者の活動は一層批判に晒されるようになり、政治から退却するセクト的な態度だけが批判

に耐えるものであると認識された。実際、良心的兵役拒否者も社会のメンバーとの不和を意識せざるを得ず、偏見から解雇されることもあり、様々な社会奉仕を通じて兵役免除の負債に報いようとした。

1945年以降、戦争の終結により「平和の誓い連合」は、平和主義を組織するという試みに内在する矛盾に直面することとなった。平和主義とは本来は個人の良心の問題であり、政治とは無関係であるはずだが、しかし組織の存在は政治的関心の強い人々も引き寄せる。実際、「平和の誓い連合」の意義は、平和主義という立場が短期的な実践的思考を超えてたものであることを証明した点にあったが、戦後の新会員たちは、平和主義を政治的な改革を実現するためのテコとみなす傾向があった。そして、その後、非政治的な平和主義者が引退し、「平和の誓い連合」は政治的な平和主義者が主導するようになり、平和主義という言葉の意味も厳密さを失って広く薄く拡散していったという。

以上が本書の概要であるが、最後に本書の意義について指摘するなら、それは第一に、20世紀イギリスにおける絶対平和主義の具体的動向に関して詳細に分析している点にある。すなわち本書は、絶対平和主義の立場が戦時において独自性を発揮する一方で、平時においてはその独自性を維持しがたいという、その立場が内包する困難を具体的に描き出している。また第二の意義は、絶対平和主義と相対平和主義を区別するという本書の方法が、20世紀イギリスの平和主義者を分析するにあたり極めて有用であることを示した点にある<sup>3</sup>。この方法は、本書が取り上げていない同時代の思想家たちを分析する際にも有益であろう。そして第三に、すでに憲法学者によって指摘されているように、二つの平和主義を区別するという、他の諸著作でも繰り返し説かれるこの Ceadel の視点は、日本国憲法の平和主義が意味するところについても貴重な示唆を与えられる<sup>4</sup>。

---

3 なお、クリスチャンの平和主義論に関しては、Martin Ceadel, "Christian Pacifism in the Era of Two World Wars", in W.J.Sheils(ed.), *The Church and War* (Oxford: Basil Blackwell, 1983) を参照。

4 参照、君島東彦「安全保障の市民的視点：ミリタリー、市民、日本国憲法」、水島朝徳編『シリーズ日本の安全保障 3 立憲のダイナミズム』岩波書店、2014年。



## 法学研究所所員名簿

### 法学部

小 泉 正 樹 (所長)  
熊 谷 繁  
中 川 修 一  
渡 部 毅 (運営委員)  
秋 山 栄 一 (編集委員)  
川 口 誠 (運営委員)  
高 橋 佑 輔  
渡 部 高 明  
中 村 逸 春 (編集委員)  
佐 藤 克 枝

### 国家試験等センター

佐 藤 寛 稔  
岡 崎 頌 平 (編集委員)

## 第 59 号 目 次

### 論 文

- |  |         |
|--|---------|
| 明治憲法の制定について                                    | 中 川 修 一 |
| 行政不服審査における“憲法判断”の可能性                           | 佐 藤 寛 稔 |
| 昭和 20 年代の行政委員会委員選挙<br>—秋田県における農業・教育・漁区漁業調整委員会— | 鹿 谷 雄 一 |

### 研究ノート

- |               |       |
|---------------|-------|
| 管轄の合意・再考（十・完） | 川 口 誠 |
|---------------|-------|

## 第 60 号 目 次

### 論 文

- |                               |         |
|-------------------------------|---------|
| 明治憲法の歴史的検討（2・完）<br>—第 2 章の流れ— | 中 川 修 一 |
|-------------------------------|---------|

### 判例評釈

- |   |         |
|---|---------|
| “受信料”と経済的自由権                                  | 佐 藤 寛 稔 |
| 「威力」業務妨害罪についての若干の検討                           | 秋 山 栄 一 |
| 契約書に訴訟についての管轄合意がある場合に、<br>調停についての管轄合意が否定された事例 | 川 口 誠   |

執筆 者

中 川 修 一 ノースアジア大学教授  
佐 藤 寛 稔 ノースアジア大学教授  
佐 藤 克 枝 ノースアジア大学准教授  
岡 崎 頌 平 ノースアジア大学助教  
秋 山 栄 一 ノースアジア大学准教授  
川 口 誠 ノースアジア大学准教授  
中 村 逸 春 ノースアジア大学講師

(掲載順)

令和2年3月25日印刷  
令和2年3月31日発行

**秋 田 法 学 第 61 号**

編集兼  
発行人 ノースアジア大学法学研究所

印刷所 株式会社 三 戸 印 刷 所  
秋田市旭北錦町3番50号  
電話 018-823-5351

---

発行所 ノースアジア大学法学研究所  
秋田市下北手桜守沢46-1  
電話 018-836-6592

# AKITA HŌGAKU

## LAW REVIEW OF NORTH ASIA UNIVERSITY No. 61 March, 2020

### CONTENTS

#### Articles

- On the Constitution Revision Issues Japan  
—Especially about the Constitution Language—  
.....*Nakagawa Shuichi*
- The sovereignty of the people and the judge  
.....*Sato Hirotohi*
- Agreement with guiding principles on LAWS and IHL  
.....*Sato Katsue*
- A study on suicide in Penal Code  
.....*Okazaki Shohei*

#### Case Exegesis

- A Study on the Dangerous Driving Causing Death or Injury  
.....*Akiyama Eiichi*
- Eine Entscheidung gegen die zulässige Zuständigkeitsvereinbarung  
.....*Kwaguchi Makoto*

#### Book Review

- Martin Ceadel, *Pacifism in Britain 1914-1945*  
.....*Nakamura Itsuharu*

*published by*  
Institute of Law  
North Asia University