

秋田法学

2021年 第62号

論 文

違憲審査基準確立の困難性

— 憲法訴訟と行政訴訟の間 —

佐藤 寛 稔

日本国憲法改正論点について

— 特に憲法の「語」について — (2)

中 川 修 一

大災害における広域応援体制について

佐藤 克 枝

ドイツ、チューリンゲン州における中層官庁の制度発展

— TLVwA は生き残れるか —

寺 迫 剛

正犯と実行について

岡 崎 頌 平

判例評釈

間接正犯論の現状について

— 妄信状態の被利用者を利用する場合を素材に —

秋 山 栄 一

秋 田 法 学

第 62 号

ノースアジア大学

法学研究所

目 次

論 文

- 違憲審査基準確立の困難性
－憲法訴訟と行政訴訟の間－ 佐藤寛稔 …… (1)
- 日本国憲法改正論点について
－特に憲法の「語」について－ (2) 中川修一 …… (19)
- 大災害における広域応援体制について 佐藤克枝 …… (47)
- ドイツ、チューリンゲン州における中層官庁の制度発展
－TLVwA は生き残れるか－ 寺迫剛 …… (61)
- 正犯と実行について 岡崎頌平 …… (91)

判例評釈

- 間接正犯論の現状について
－妄信状態の被利用者を利用する場合を素材に－ 秋山栄一 …… (107)

違憲審査基準確立の困難性

— 憲法訴訟と行政訴訟の間 —

佐藤 寛稔

目次

- I 問題の所在
- II 違憲審査基準論の展開
- III 行政訴訟における判断基準
- IV 紛争解決手段としての違憲審査
- V まとめ

I 問題の所在

憲法学において、違憲審査基準が確立されるべきであるという主張は、伊藤正己や芦部信喜等がアメリカの憲法判例の蓄積を分析し、憲法訴訟論を展開して以降、多くの憲法学者によって支持されていると言ってよい。違憲審査基準を巡る議論は1980年代から90年代にかけて、憲法学において、まさに花形であった。しかし、このような憲法学の動向にもかかわらず、現在までのわが国の憲法判例の動向から見るに、最高裁によって体系的な違憲審査基準が確立されてきたとは言えない。このことについて、憲法学説は総じて最高裁の態度に批判的であるが、本稿はそのような立場から論じるものではない。むしろ、我が国の裁判制度において、違憲審査基準が定着しないことについて、とりわけ日本の行政訴訟制度との関連でその確立の困難性について検討することが本稿の課題である。

II 違憲審査制論の展開

今日では、最高裁裁判官経験者の中からも、違憲審査基準の確立を待望する意見が出されている。例えば、泉徳治は、最高裁の違憲審査権行使の問題点として違憲審査基準が確立されていないことを挙げ、「違憲審査基準は、個々の国民の基本的権利を立法・行政による規制・介入から守る防護壁」であるとし、その確立を求めるなど実務においても憲法訴訟における違憲審査基準の必要性が問われている¹。

ところで、そもそも憲法訴訟とはどのような訴訟を指すのであろうか。日本の実定法上、憲法訴訟という用語は存在しない。日本国憲法第76条第2項で、憲法裁判所等、司法裁判所の系統に属しない「特別裁判所の設置を禁止」している。したがって、大陸法に多く存在するような特定の事件から切り離された憲法問題のみを扱う裁判所を設置することはできない。日本国憲法の下では、法令の憲法適合性審査は、「特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができる」² 付随的審査が原則である。このように司法裁判所が法令の憲法適合性を審査するわが国の制度において、憲法訴訟と呼ばれるものは、要は憲法上の論点が含まれる民事訴訟、刑事訴訟、そして行政訴訟である。

実はこのもっとも単純なことが体系的な違憲審査基準の確立を困難にしている一つの原因ではなからうか。付随的審査制の下では、特定の事件—民事事件・刑事事件・行政事件—の解決のために必要な限りで、裁判所の違憲審査権は行使される。日々起こる様々な法律上の争訟の多様性に比べて、「二重の基準」論などで用意された憲法学説上の違憲審査基準は事件を単純に類型化しすぎている。しかし、一方で、この単純な類型化こそが

1 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）165頁

2 最大判昭和27年10月8日 民集 6巻9号783頁

違憲審査基準の設定の意義でもある。裁判官の過度の政治部門への禪譲や個々の裁判官による恣意的判断を抑止するためには、分かりやすい類型化が最も手っ取り早い方法である。

それでは、憲法学説では、どのような学説上の進展を経て、今日のような基準が必要と考えられるに至ったのであろうか。裁判所が、人権制約の可否をどのような基準で決めるのかということについては、学説の変遷があった。初期の「公共の福祉」論、比較較衡量論を経て、「二重の基準」論、そして、近年では、三段階審査を用いるべきであるとする考え方が有力に唱えられるようになってきた。ここではひとまず「二重の基準」論までの展開を見ていくこととする。

1 「公共の福祉」論

初期の学説は、憲法上、唯一の人権制約原理として明記された「公共の福祉」に依拠する。

「公共の福祉」論の標準的な説明によれば、大要次の3つの学説の展開が示される。第1に初期の代表的見解である一元的外在制約説、第2に内在・外在二元説、そして第3に一元的内在制約説である。以下ではこれらの学説の概要を示す³。

i. 一元的外在制約説

「公共の福祉」は、人権の外にあり、人権制約をすることができる一般的な原理であり、「公共の福祉」の要請があれば、人権を法律によって制

3 拙稿「表現の自由と公共の福祉」秋田法学56号41頁以下

約することが可能とする考え方である。しかし、このように「公共の福祉」を持ち出すことのみで、人権を制約できるとすれば、それは明治憲法下の「法律の留保」と変わらず、日本国憲法の人権保障機能を著しく弱めることになり、妥当ではないとされた。この説は、今日では全く支持されていないものの、初期の憲法学においては、かなり有力に主張されたのであった⁴。

ii. 内在・外在二元的制約説

次に、第2期に登場したのは、上記の説を批判した内在・外在二元的制約説である⁵。この説は憲法上の「公共の福祉」には2つの意味があるとする。まず、憲法第12条、第13条の「公共の福祉」は訓示的・倫理的規定であり、法的な人権制約の根拠とはなりえない。したがって、憲法第3章の人権は、一般的に「公共の福祉」を理由に制約できない。その上で、「公共の福祉」による制限は、憲法第22条、第29条に規定される経済的自由権及び国家による積極的な作為が求められる権利、すなわち国家の政策的配慮に基づく制約が、そもそも前提となっている社会権に限られるとする。この考え方に対しては、自由権と社会権の相対化の観点からの批判、憲法第13条を訓示的規定とする場合に、「新しい人権」を第13条から引き出すことができなくなるという批判があり得る。また、そもそも日本国憲法に定められた共通の用語が原理的に2つの意味に分かれるということが法技術的にありうるのかということも言えるであろう。

4 末川博編『基本的人権と公共の福祉』（法律文化社 1957年）所収の論文においても田中二郎「基本的人権の保障—その限界論について」、柳瀬良幹「基本的人権と公共の福祉—それに関する諸家の説について—」等がこの説を支持している。

5 法学協会編『註解日本国憲法 上巻』（有斐閣 1954年）294頁以下

iii. 一元的内在制約説

そして、第3期に宮澤俊義によって一元的内在制約説が説かれ、これが長く通説的地位を占める学説となった。

一元的内在制約説は、「公共の福祉」を「人権相互のあいだの矛盾・衝突を調整する原理としての実質的衡平の原理」⁶ であるとし、個人に優先する全体の価値は憲法上存在せず、人権に対抗できるのは、他者の人権だけであるとする。

「自由は、他人を害することのないもの全てを、なし得ることに存する。たとえば、各人の自然権の行使は、それが社会の他の構成員に、これらと同じ権利の享有を確保すること以外の限界を持たない」と規定する1789年フランス人権宣言第4条と共通の精神に立った考え方と言える。

要するに人権が持っている定義上の輪郭を人権の限界ラインとみる考え方であり、したがって「公共の福祉」は人権の外にあって人権を制約する機能を一切持たないとするものである。人権の制約は各人の権利を公平に保障するための必要最小限度の規制のみを認める自由国家的「公共の福祉」と社会権を実質的に保障するために自由権の制約を根拠づける社会国家的「公共の福祉」とが機能する。そしてこの両者は二つの「公共の福祉」が存在するのではなく、一つの「公共の福祉」が人権の性質に応じて調整的に機能しているものであるとしている。

そして、この意味での「公共の福祉」はすべての人権に論理必然的に内在しているとしている。

憲法学における「公共の福祉」論は以上の3段階を経て、宮澤の一元的内在制約説が通説的な見解として現在に至った。

6 宮澤俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣 1979年）235頁

2 比較衡量論

一元的内在制約説は、「公共の福祉」が、人権の外から人権を制約できる可能性を否定した優れた説ではあるが、実際上起こりうる人権制約について憲法違反かどうかを論じる際の判断基準としては抽象的すぎるために違憲判断の基準としては使い勝手が悪かった。そのため、その後、人権を制約することによって得られる利益とそれを制約しないことによって得られる利益を比較し、前者が後者を上回った場合に人権制約を認めるという比較量論が登場し、判例でもその考え方が用いられるようになった。これは表現の自由の制約の合憲性が争点となった事案においても見られる。例えば、未決拘禁者の新聞閲読禁止の合憲性が争われた、よど号ハイジャック記事抹消事件⁷では未決拘禁者の新聞閲読の自由に対する制限が「必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、」その「目的のために制限が必要とされる程度と制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の程度等を衡量して決せられるべき」ものとしている。また報道機関の報道の自由の制約の合憲性が問われた博多駅テレビフィルム提出命令事件⁸においても「公正な裁判を実現するにあたっての必要性の有無」と「取材したものを証拠として提出されることによって報道機関の取材の自由が妨げられる程度及び報道の自由に及ぼす影響の度合い」等を比較衡量して決せられるべきものと述べている。しかし、このような手法については比較の際に示される準則が明確でないこと、そして何よりも国家権力の利益と個人の利益の衡量が行われる場合には「国家権力の利益が優先する可能性が高い」⁹ という批判がある。

7 最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁

8 最大判昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁

9 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第7版）』（岩波書店 2019年）102頁

3 「二重の基準」論

こうした従来の「公共の福祉」論、比較衡量論に対する批判を受けて、日本の憲法学説に「二重の基準」論が広く受け入れられた。「二重の基準」論の生みの親はアメリカ連邦最高裁のカロリーヌ判決中のストーン判事が執筆した footnote4である。この footnote4が芦部信喜らによって日本に紹介された。その内容は、以下通りである。①「国家機関による制限が憲法上明確に禁止されている人権を脅かすような立法には、合憲性が推定されない」。②「不当な立法の改廃を行うことを通常禁止できる政治過程（political processes）を制約する立法—すなわち、選挙と表現の自由に対する制約、政治的結社のへの干渉、および平和的集会の禁止—は、経済過程に影響を与える立法の場合よりも、より厳格な司法審査に服する」。③「特定の宗教的、国民的もしくは人種的少数者、すなわち社会的に分離した少数者に対する偏見が通常は確実に保護してくれる政治過程のはたらきを弱める」ようになる場合には、「より厳格な司法審査」を要求することができる。

このアメリカ憲法史上に残る名高い footnote4が、その後のアメリカの判例の蓄積を経て理論化されたのが、「二重の基準」論である。

権限ある国家機関が物事の判定をする際の「ものさし」を判定するものの性質によって変えるという一見奇妙な考え方を支える2つの正当化論拠がある。1つ目は、民主的政治過程論であり、もう1つは裁判所の審査能力の限界論である。

民主的政治過程論

芦部によれば、「経済的自由を規制する立法の場合は、民主政の過程が正常に機能しているかぎり、それによって不当な規制を除去しないし是正することが可能であり、それがまた適当であるので、裁判所は立法府の裁量を広く認め無干渉の政策を採ることも許される」。一方で、「精神的自由の

制限または政治的に支配的な多数者による少数者の権利の無視もしくは侵害をもたらす立法の場合は、それによって民主政の過程そのものが傷つけられているため、政治過程による適切な改廃を期待することは不可能ないし著しく困難であり、裁判所が積極的に介入して民主政の過程の正常な運営が回復をはからなければ、人権の保障ができなくなる¹⁰⁾のである。

政策審査能力の限界論

さらに芦部は、「二重の基準」論を正当化する論拠として裁判所の政策審査能力の限界論を挙げる。それは「経済的自由の規制は、社会・経済政策の問題と関係することが多く、その合理性を判定するには諸所の複雑な利益の調整と政策的な判断を必要とするが、裁判所はそのような能力に乏しく、それを行う適切な機関ではない。したがって、特に明白に違憲と認められないかぎり立法府の判断を尊重する態度で望まれる。これに対して精神的自由の規制立法の場合には、社会・経済政策と関係することは少ないので、裁判所の政策審査能力の問題はそれほど大きくはない¹¹⁾」という考え方である。

上記のように、憲法学説における違憲審査基準に関する論の展開がこれまでのところ実務的に影響を与えたとは言えないまま、最高裁が一元的外在制約説に近い立場で「公共の福祉」を用い人権制約を正当化してきている。このことは、憲法学説が、「公共の福祉」を人権制約の論拠として具体的な事例に即して用いることを断念し、制約される権利の性質によって違憲審査基準に厳格度に強弱をつけようと試みる「二重の基準」論が圧倒的な支持を受けていたにもかかわらず、必ずしも、最高裁によって正面から用いられていない状況と併せると、一層深刻な問題と言える。最高裁が

10 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣 1996年) 218頁

11 芦部信喜前掲注10 219頁

この「二重の基準」論に依拠しないのは何故であろうか。「二重の基準」論は、立憲主義と民主主義との間の均衡を保ちつつ政治部門と裁判部門の役割論を展開した理論である。そして、このような大上段からの理論によって構築されている基準が、人権論と統治機構論を架橋する学問的な面白みを持つ反面、現実にかかる様々な事件の解決に適さないものとなっていることも否定できないであろう。

「二重の基準」論がその最大の保護を与えようとする表現の自由に関しても、その優越性を支える根拠には現在その虚構性を暴く議論がある¹²。例えば、自己実現の価値に関して個人が自分に思うように人格形成するという私的な利益を何故裁判所が特別な保護が与えられなければならないのかという指摘、そもそも自己実現の価値が擁護する人格概念自体が実体として存在しないものではないか—すなわち個人の内心は様々な「感情や感覚や想念が何の整合性もなく渦巻いている」だけではないかといった指摘がある。また、思想の自由市場論についてもその虚構性が指摘されている。「誰もが平等な立場で、しかも正しいと思うことだけを正直に発言する」という自由市場を想定することはあまりにも現実離れしている。また、仮に自由市場があったとしてそれが「真理」発見の場になりうるかということである。表現の自由の重要性を支える議論でさえ、突き詰めたときにその足元が揺らいでいるというのが現状である。

日本の憲法学界において、表現の自由論を発展させた比類なき碩学・奥平康弘は次のように述べている。「戦後日本のある時期には、表現の自由が保障されるのは『当然の事理』としてその根拠論を棚上げにしたうえで、いかにこの保障を獲得し、広げるかという方向に議論が展開し」、「現在のわれわれは、なおこのような」根拠論を棚上げした状況から「抜け切れていないのではなからうか」¹³。

12 長谷部恭男『続・Interactive 憲法』（有斐閣 2011年）158頁以下参照

13 奥平康弘『なぜ「表現」の自由か』（東京大学出版会 1996年）15頁

奥平の指摘の通り、日本の表現の自由論は表現の自由の特権性をほとんど疑いのない所与のものとして進められ、その一方でその裁判上の保障を強固にする「二重の基準」論が驚くほど進展・拡大してきたということがいえるかもしれない。しかし、裁判上の技術としての「二重の基準」論の精緻化が進められれば進めるほど、表現の自由の原理論・根拠論の不足はその特権化にとって重大なアキレス腱となりうる。表現の自由の原理論・根拠論なき「二重の基準」論は単純で形式的な基準論に堕ちていかざるを得ない。

このような、単純で形式的な基準論に堕ちて行ったことが、現実の多様な事件を解決するものとしてふさわしくなかったことが「二重の基準」論を裁判所が取り入れづらかった一因ではなからうか。日々起る法律上の事件において、全く同じ事件というものは、二つと存在しない。「同種同案」の事件であっても、事件にかかわる人間関係、当事者の感情、心理、社会の受け止め方など細部に微妙な違いがあれば、そこに同じ「ものさし」をあてることが不都合な場合もあろう。ひとくくりに経済的自由規制立法に対する合憲性判断と言って薬局開設不許可処分¹⁴の取消訴訟であった薬事法違憲判決¹⁵と森林の共有分割請求という民事訴訟である森林法違憲判決¹⁵を比較してみよう。前者の訴訟物は営業許可処分の違法性であり、後者のそれは森林の共有分割請求権である。行政庁の行為が違法であるか否かを争う訴訟と原告に民事法上の請求権があるか否かを争う訴訟ではおのずからその判定基準は異なってくるはずである。このような訴訟法上の仕組みや訴訟物の違いを考慮せず、単に争われている憲法上の権利の種類の視点から、判決を評価し、批判することが果たして妥当か一少なくとも裁判所の側から見て意味のある批判なのかは再検討の余地があるように思わ

14 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁

15 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁

れる。

iv. 「二重の基準」論の困難性

確かに、憲法が、裁判所に違憲審査権を付与している以上、付随的審査制のもとであっても、客観的な憲法秩序を維持すること、それに資するような違憲審査制の運用をしていくことは裁判所の重要な任務であるということ疑いない。しかしながら、それぞれに生々しい文脈がある具体的事件のもとで、そうした事件の物語を捨象して予め設定された違憲審査基準によって事実上裁判の行方が見えてしまうようなものであれば、司法は当事者の信頼に応えられるのであろうか。「二重の基準」論では、ある争点が表現の自由の対象になるかどうか。より詳細には「検閲」にあたるかどうか、規制立法の文言が「過度に広汎」でないかどうか、内容規制にあたるかどうか、内容中立規制にあたるかどうかが決め手になって、それが認められれば、それぞれの類型に応じた厳格審査基準が発動されることになる。厳格審査基準の発動は、形式的には、それ自体違憲判決を意味するものではない。厳格審査基準のもとでも、表現の自由の制約についてやむにやまれぬ政府利益があって、それが必要最小限度の規制であると認定されれば、合憲の判断が出ることになる。しかし、現実的にはそれはほとんどありえないことであって、厳格審査基準の発動は、違憲判決の序曲として捉えるべきものである¹⁶。そうすることによって当該事件において人権をまもる

16 いわゆる規制目的二分論においても最高裁は消極目的規制と積極目的規制を定式し、消極目的規制には厳格な合理性の基準を、積極目的規制には明白性の原則を適用している。これも理論的には厳格な合理性の基準を適用しても合憲になる事例、明白性の原則を適用しても違憲となる事例がありえようが、現実にはそのような事例はなく、違憲判断を導くための道具としての消極目的規制に対する厳格な合理性の基準、合憲判決を導くための明白性の原則として捉えるべきである。

ことは可能であるが、「二重の基準」論が裁判所の違憲審査基準として妥当してしまうと、結局は、人権に内在するであろう限界を無視して、ある行為がどの種類の権利に当たるかどうかだけが争われることになるであろう。いわゆる「筋の悪い」事件で争われる権利の性質に応じた予め定められた判断基準を当てはめることが、人権に対する国民の信頼が更に損なわれることになる危険性を「二重の基準」論は意識していないのではないだろうか。

近年、このような形式的な権利類型にしたがった当てはめの違憲審査基準論には憲法学説上も批判が高まり、ドイツの憲法裁判所でも用いられる三段階審査、すなわち第一段階で基本権の保護領域の確定、第二段階で、基本権を制限する国家行為の確認、第三段階で基本権制限を正当ができるか否かを検討する審査方法がわが国においても参考にできると主張されている¹⁷。このような三段階審査は、「二重の基準」論のような権利類型による当てはめの弊害がなく、それぞれの事案に応じた適切な憲法判断が期待でき、今後ますます注目されていくものと思われる。しかし、このような三段階審査も、抽象的審査を基本とするドイツの憲法裁判所の審査方法であるとすれば、付随的審査制のもとで、しかも、様々な訴訟類型に適合できる審査であるかについては未知数の部分が残されている。

Ⅲ 行政訴訟における判断基準

ここまで、憲法学説上の違憲審査基準が、現実にかかる生々しい事件を法律上解決するのになじみにくいという議論を提起してきた。それに加え本稿では、行政訴訟において、憲法学説上、従来、展開されてきた違憲審

17 渡部康行・穴戸常寿・松本和彦・工藤達郎『憲法 I 基本権』（日本評論社 2016年）60頁

査基準論を当てはまるものが果たして可能なのかということを検討したい。憲法問題が争点となる訴訟は、必ずしも行政訴訟だけではない。刑事訴訟も民事訴訟も憲法上の問題が争点になることはありうる。これらの訴訟における違憲審査基準の当てはめの是非について、論じる必要がないわけではない。しかし、本稿においては、さしあたり、最も憲法問題が俎上に上がりやすい行政訴訟を対象にしてその当てはめの困難さを論じてみたい。行政争訟は、その類型が多様である。行政事件訴訟法に規定された抗告訴訟においても、処分取消訴訟、裁決取消訴訟、無効等確認訴訟、不作為の違法確認訴訟、義務付け訴訟、差止め訴訟と6種類存在する。また他の行政関係法令でも、様々な種類の訴訟が制度化されている。このような訴訟累計の多様性は、当然のことながら、原告の請求を認容する、あるいは棄却する基準は異なっている。

i 取消訴訟と無効等確認訴訟

たとえば取消訴訟と無効等確認訴訟においても、取消判決と無効確認判決の際に求められる行政行為の瑕疵のレベルが異なっている。行政行為が無効であるためには、「取り消しうべき瑕疵」では足りない。行政行為の「瑕疵が更正処分を当然無効ならしめるには、それが重大かつ明白なものでなければならぬ。そして、その瑕疵の明白とは、処分の外形上客観的に処分庁の誤認が一見看取できる程度のものでなければならぬ¹⁸。これを薬局距離制限事件判決¹⁹の事例で考えてみたい。薬局距離制限事件では最高裁判所は、周知の通り、いわゆる規制目的二元論を展開し、消極目的規制には「厳格な合理性の基準」を、積極目的規制には「明白性の原

18 最判昭和44年2月6日裁判集民 94号233頁

19 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁

則」が妥当する。その上で、薬局距離制限を消極目的規制と判断し、規制目的と規制手段との間の合理的関連性を否定した。薬局開設不許可処分的前提となる法令を違憲としたうえで、当該処分の違法性を認定し処分を取り消したのである。これと全く同様に事例において、無効等確認訴訟で同様の基準が使えるであろうか。少なくとも現在の無効等確認訴訟の無効判断の基準に照らすと、この規制目的二分論は使えない。上記のとおり、無効等確認訴訟においても処分が無効と判断されるためには処分の「重大かつ明白」な瑕疵が認定されなければならない。その一方で「厳格な合理性の基準」は当該法令の目的が重要な目的であることとともに、目的と当該手段の間の「合理的関連性」が認められなければならない。すなわち、目的と手段の間に実質的な審査を「厳格な合理性の基準」はするのである。そして、薬局距離制限事件においても、まさに、この薬局開設に距離制限を設けることと、国民を薬害による健康危害から守ることとの間の関連を詳細に論じることによって違憲の結論を導き出したのである。しかし、無効等確認訴訟においては、こうした実質的な審理はない。このような実質的な審理をせずとも「明白」な瑕疵が認められるものでなければ、裁判所は処分無効の確認判決は出さない。薬事法違憲判決でとられた規制目的二分論は、取消訴訟に限定される基準でしかない。

ii 国家賠償法における違法判断

次に国家賠償法における憲法判断と違法判断の関係を見てみる。国家賠償法第1条は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と定めている。既に周知のことだが、最高裁は、この憲法上の論点が含まれたとしても、そのことが、違法判断に影響を及ぼしてはいない。最高裁は、公務員の行為

の結果ではなく、公務員の職務行為を基準とした違法判断を行っている。したがって、結果的に違憲の行為が行われたとしても、それが違憲判決につながるわけではない。いわゆる在宅投票制廃止事件²⁰では、選挙権の重要性を説きながら、それと国家賠償法上の違法判断を区別し、「国会議員は立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにも関わらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法第1条第1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない」とした。後に、この法理を用いながらも、在外邦人選挙権訴訟²¹において「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」として違憲判断を下している。同じように選挙権を巡る国家賠償請求訴訟であり、単純な権利類型による当てはめならば、同様の結論しか見えないが、事件の性質を読み込む裁判官の機微によって、国会議員の立法行為に対する損害賠償請求についての実質的な“死刑判決”ともとれる在宅投票制廃止事件の法理を使いながらも違憲の判断を導き出している。

このように行政訴訟においては、その判断方法が、長年の判例の蓄積に

20 最判昭和60年11月21日民集第39巻7号1512頁

21 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁

よって、訴訟類型ごとの判断基準が確立している。違憲審査の基準がもし確立されるべきものであれば、こうした訴訟類型に応じて審査基準が考慮されていくべきものと思われる。

IV 紛争解決手段としての違憲審査

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高裁裁判官が考える違憲審査に対する姿勢の一断面を見てみたい。

もとより、現職の最高裁判所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の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。

このような回顧録を出された最高裁裁判官経験者の一人として藤田宙靖があげられる。藤田が自身の回顧録の中で、最高裁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²²。

このように裁判の目的を紛争解決に手段を置くと、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あるとは言えない。藤田自身が「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っている。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²³。藤田は、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。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。

また、千葉勝美は最高裁が、違憲審査基準を明示しない理由を次のように説明する。裁判所が用いる憲法判断の基準は、「当然に事案により異なる。」また、「価値観の動向や社会的・政治的状况の変化等により、様々な展開を示すことが想定され、将来的に不変不動のものではない」という前提を置く。そして、そのような前提のもと、判例法理の全体像を示すこと、すなわち、法理を一般化した形で示すことは、「必要以上に裁判所の判断の枠組みを固定化してしまい、自らの手を縛ることになりかねず、柔軟な対応が難しくなる」と述べている²⁴。千葉の姿勢は、学説が主張する違憲審査基準が何故、最高裁が正面から採用しないのかに端的に答えるもので

22 藤田宙靖『最高裁回顧録—学者判事の七年半—』（有斐閣 2012年）136頁

23 藤田前掲書注22 138頁

24 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線—その先に見ていた世界—』（有斐閣 2019年）16頁

ある。そして、また、違憲審査基準の理論的体系化を求める学説は、そもそもが、たとえ憲法上の論点が含まれていようが、そこで争われている個別の事件の解決こそが裁判官の第一義的な役割であることを忘れてはいけないものと言えよう。

V まとめ

本稿では、違憲審査基準を設置することはそもそも難しく、とりわけ、行政訴訟の中で蓄積されてきた判断基準と接合させることは極めて困難であることを論じてきた。しかし、そのような事情のもと、今日まで違憲審査基準が確立されたとは言い難い状況を単純に批判することはできない、というのが本稿の立場である。

日本国憲法は、裁判官は、「その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」(第76条第3項)としている。究極的に、その事件の解決にその職責がある個々の裁判官の「賢慮」を憲法自体が求めている。理論的に確立された、あらかじめの基準は、事件の本質をつかまないうまま裁判を終わらせる危険をどうしてもはらむものである。そのような、理論的に作られた基準にとらわれることなく、個々の事件の性質に応じた対応が、むしろ裁判官に求められる資質ではなかろうか。そして、そのような「賢慮」の蓄積の中から基準は「発見」されるべきものではなかろうか。

日本国憲法改正論点について —特に憲法の「語」について— (2)

中 川 修 一

- 1 はじめ (1)
- 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 (本号) (2)
 - (1) ポツダム宣言が与えた影響
 - (2) マッカーサーの指針による三原則
 - (3) 私擬憲法案につて (日本)
 - (4) 諸外国での「国民投票制」についてどのように規定されているか
 - (5) 日本国憲法の制定過程
- 5 憲法改正か憲法変遷かについて (3)
- 6 結び

4 日本国憲法改正論点について

元老院は、政府が設置した立法審議機関（1875年5月4月）で1876年に憲法起草が任じられた。元老院では1876年10月に第1次草案を、1878年7月に第2次法案を、1888年7月に第3次法案を作成し上程したが、成案とはならなかったが、憲法研究の基となった。その後、数多くの憲法研究案なるものが発表されたが、最初に提案されたのは1879年3月頃起草発表された共存同衆の「私擬憲法意見」であるといわれている⁽⁶⁰⁾。1880年代以降大日本帝国憲法が制定されるまで90種以上の私擬憲法案のうち大半がこの年代に集中していた。憲法草案の起草が活発に行われていたのは、国会

開設の勅諭前であった。この勅諭と私擬憲法の前後関係は、憲法認識にとって決定的な意味を持っていた。1888年4月の脱稿後、枢密院の審議にかけただけで1889年2月11日「紀元節」の日に発布された⁽⁶¹⁾。日本国憲法制定過程を考察するに当たっては、ポッツダム宣言にまで遡る必要がある。また、日本国憲法制定に当たって、国民が研究した私擬憲法の影響がどうであったか、特に現行憲法第96条「改正」についての問題点及び「最高法規」との関わりを述べ、最後に憲法改正論点について述べることにする。

(1) ポッツダム宣言が与えた影響

敗戦によって、ポッツダム宣言を受託しその宣言には「非武装・民主主義・基本的人権の尊重の確立」の要請が含まれていた。また、受託ということは、欽定憲法である明治憲法の停止、新憲法の制定の問題をも含んでいた⁽⁶²⁾。

日本国憲法成立の過程を明らかにすることについては、少なくともポッツダム宣言の段階に出発点を求めなければならない。その代表的なものとして、「国体ヲシテ弥ガ上ニモ光輝アラシメルコトハ現代ニ生ヲ享ケテ居リマスル我々国民ノ重大責務デアリマス」とする。特にポッツダム宣言の第十・十二で基本方針をかかげている。

第十で、「吾等ハ日本人ヲ民族トシテ奴隷化セントシ又ハ国民トシテ滅亡セシメントスルノ意図ヲ有スルモノニ非ザルモ吾等ノ俘虜ヲ虐待セル者ヲ含ム一切ノ戦争犯罪人ニ対シテハ嚴重ナル処罰ヲ加ヘラルベシ日本国政府ハ日本国国民ノ間ニ於ケル民主主義的傾向ノ復活強化ニ対スル一切ノ障礙ヲ除去スベシ言論、宗教及思想ノ自由並ニ基本的人権ノ尊重ハ確立セラルベシ」とする。

第十二で「前記諸目的ガ達成セラレ且日本国国民ノ自由ニ表明セル意思ニ従イ平和的傾向ヲ有シ且責任アル政府ガ樹立セラルルニ於テハ、連合国ノ占領軍ハ直チニ日本国ヨリ撤収セラルベシ」と規定し、後段で「コノコトハ、平和ヲ愛好スル諸国家ニ、安全ニ満足スルニ足リル証拠ニヨリ将来ニ亘ッテ日本国ニオケル侵略的軍国主義ノ発展

ヲ不可能ナラシムルガ政策ヲ遂行セントスル真ノ決意ヲ有スルコトヲ確信セシメ得ル限り統制下ノ立憲君主制ヲ含ミ得ルモノトスル。」⁽⁶³⁾と規定している。This may include a Constitutional monarchy under the present dynasty if it be shown to the complotel satisfactory of the world that such a government will neven again aspire to aggresion will render impossible for future time thedevelopmen to of aggressive militarism in japan. Development of aggressive militarism in Japan follow policies whin render impossible for future time the developement of aggressive militarism in Japan⁽⁶⁴⁾.

第12項後段部分がポッツダム宣言発表の最後の部分において削除されている。ポッツダム宣言の「対日方針」には憲法改正に関する直接的な条項は存在しないがポッツダム宣言12項の基本となっている「民主主義の徹底」「基本的人権保障の強化」の要請は。明治憲法の再検討の契機を包蔵している⁽⁶⁵⁾。

このように、宣言に掲げた条項を受託したということは事実である。明治憲法の改正については直接明示されてはいないが、歴史的観点からして再検討の要素が含まれているものと察するものと受け取ることができる。

すなわち

Subject of From the moment of surrender the authority of the Emperor and the Japanese Government to rule the state shall be subject to the Supreme Commander of the Allied powers who will take such steps as he deems proper to effectuate to effectuate the Surrender terms⁽⁶⁶⁾.

The ultimate form of Government of Japan shall in accordance by the freely expressed will of the Japanese people⁽⁶⁷⁾

日本の最終的な統治形態は、ポッツダム宣言に尊い「日本国国民の

自由に表明する意思により決定」されるとした。

特に「日本国民自由な表明する意思により決定」することを認められていたにもかかわらず当時の政府は憲法制定に積極的ではなかった。降伏後、政府部内では連合国側から大日本国帝国憲法の改正を求められることは、明らかではあったが、当時の政府は早急のテーマとは考えずにいた⁽⁶⁸⁾。従って、GHQ 主体に日本国憲法制定に関して積極的に主導権を与えてしまう。1945年マッカーサーは、東久磨宮内閣時代の近衛文麿国務大臣に憲法改正を示唆した。その代表的な指針になったのが以下の通りで、すなわち

(2) マッカーサーの指針による三原則である⁽⁷⁰⁾。

イ、天皇は国家の元首の地位にある。皇位の継承は世襲される天皇の義務および権能は、憲法に基づき行使され、憲法に国民に示され国民の基本的意思の基本的意思に応えるもとすると定めるところにより、人民の基本的意思に対して責任を負う。

Emperor is at the head of the state. his succession is dynastic His duties and pawers will he exercised in accordance with the Constitution and responsive to the basic will of the people as provided therein.

ロ、国家の主権的権利としての戦争を廃棄する。日本は、紛争解決のための手段としての戦争、さらに自己の安全を保持するための手段としての戦争を放棄する。「日本はその防衛と保護を、今や世界を動かしつつある崇高な理想に委ねる。」「日本が陸海空軍を持つ権能は将来も考えられることはなく、交戦権が日本軍に与えられない。」 War as a sovereign right of the nation is abolished tapan renounces it as an instcumen fality for settling ist diputen and even for preserving its own security. It relies upon the higher idealu which are now stirring the wurld for ist defense and its protection. No Japanese Army. Navy or Air rce will Ever

be authorized and no rights of belligerency will ever be conferred upon are Japanese force ⁽⁷¹⁾.

ハ、日本の封建制度は廃止される。皇族を除き華族の権利は、現在生存する者一代以上には及ばない。華族の授与は、爾後どのような国民的または公民的な政治権力を含むものではない。予算の型は、イギリスの制度にならう。

The feudal system of Japan will cease. No rights of peerage except those of the Imperial family will extend beyond the lives of those

Naw existent. No patent of nobility will from this time forth embody with in it self and Nasional or Civic power of government patten budget after British System ⁽⁷²⁾.

ポッツダム宣言の受託に伴って当然に、近代的な各諸国程度の憲法をも参考でなければならなかったのであるが、それを疎かにした政府の責任でもある。マッカーサー側で提案するほかなかったのである ⁽⁷³⁾。

以上の観点から推察できるのは、明治憲法体制の基本的な欠陥、つまり、基本的人権の保障を最大限とする「法の支配」が確立されていなかったことである。その点を挙げたようなポッツダム宣言の諸条項を実施して、「日本国民ノ間ニ於ケル民主主義的傾向ノ復活強化ニ対スル一切ノ障礙ヲ除去」とともに「言論、宗教及思想ノ自由並ビニ基本的人権ノ尊重」を「確立」(10項)と「日本国民ノ自由ニ表明セル意思ニ従ヒ平和的傾向ヲ有シ且責任アル政府ヲ樹立」(12項)するためには、大日本帝国憲法体制を廃棄し新しい日本国憲法において「法の支配」の基本原理を確立しなければならぬ ⁽⁷⁴⁾。従ってポッツダム宣言の要請もその運用・改善によっては実現できるのではないか、という意識が芽生えたということも指摘することができる ⁽⁷⁵⁾。

わが国の私擬憲法草案（特に憲法研究会の憲法草案要綱）を世界各国憲法が参考となった。

(3) 私擬憲法案について（ここでは憲法改正部分の章・最高法規）の部分を中心とする。1945年10月4日マッカーサーは、東久磨内閣の国務大臣であった近衛文麿に、憲法改正の必要性を示唆した。東久磨内閣は10月9日幣原内閣と更替したが、近衛文麿は、内大臣府において、憲法改正の調査を行うことの手はずを整え、10月11日大臣府御用掛を命ぜられて、佐々木惣一博士とともに憲法改正案の起草に着手した。この作業は、アメリカ側のアチソン政治顧問らと連絡を取りながら進められた。10月11日に、マッカーサーは幣原総理大臣に対して、憲法改正について指示した。松本蒸治国務大臣を主任として憲法調査会で「日本国憲法」案作成に着手した⁽⁷⁶⁾。

着手するに当たっての憲法改正四原則として⁽⁷⁷⁾

イ、「天皇ガ統治権ヲ総攬セラルルト云フ大原則ハ、是ハ何等変更スル必要モナイシ、又変更スル考ヘモナイト云フコト」天皇が統治権を総攬するという大日本帝国憲法の基本原則は変更しないこと。

ロ、「議會ノ協賛トカ、或ハ承諾ト云フヤウナ、議會ノ決議ヲ必要トスル事項ハ、之ヲ拡充スルコトが必要デアラウ、即チ言葉ヲ換ヘテ申セバ、従来ノ所請大権事項ナルモノハ、其ノ結果トシテ或ル程度ニ於テ制限セラルルコトガ至当

ハ、国務大臣ノ責任ガ国政全般ニ互リマシテ国務大臣ハ帝国議會ニ対シ、即チ言葉ヲ換ヘテ申セバ、間接ニハ国民ニ対シテ責任ヲ負フト云フコト

ニ、民権ト申シマスカ、人民ノ自由、権利ト云フヤウナモノニ対スル保護、確保ヲ強化スルコトが必要デアラウ

この四原則に基づいて、松本は「憲法改正要綱」を作成着手するため、政府は憲法問題調査委員会を1945年10月末に発足し、近衛や松本各委員による憲法改正の調査活動が進められるにつれて国民の間にも憲法問題への関心が高まった⁽⁷⁸⁾。この頃から諸政党が結成されるようになり、各政党が憲法調査委員会に刺激され、1946年1

月頃から2月頃にかけて各政党が憲法改正案を発表するようになった。民間では憲法草案を最初に提起したのは都市の知識人達の結社で、最初に私擬憲法なるものを発案したのは、1879年3月頃起草の共存同衆による「私擬憲法意見」であるといわれる。1880年代になると次第に目立ち始め1881年10月に向けて活発となった。

①、近衛草案⁽⁷⁹⁾ 1945年11月22日（憲資・総第53号1項）

九、帝国憲法改正正議ニ付キ帝国議會モ之ニ参与シ得ルコトトス、但改正ニ関スル手續ハ之ヲ慎重ナラシムルコト必要ナルベシ、之ニ関連シ国民投票ニ依ル方法モ要アルベシ。

②、佐々木惣一草案⁽⁸⁰⁾ 1945年11月24日 上奏

「帝国憲法改正ノ必要」と題する全文第9章の公簡な論文体のものであり、その第7章 自治ニ帝国憲法改正ノ条項

第95条「帝国議會帝国憲法全体ノ改正ノ必要ヲ議決シタル場合ニ於テハ勅旨ニ依リ国民投票ヲ行ヒ国民投票ノ結果其ノ改正ノ必要可決セラレタルトキハ政府ハ前条第一項ノ特別審議機関ノ審議ヲ經テ改正ノ議案ヲ作り第93条第1項ノ手續ヲ奏請ス国民投票ヲ行フ方法ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」

第97条新設「帝國議會ニ於テ憲法議案ヲ修正シテ議決シタル場合ニ於テハ政府ハ其ノ議案ニ基キ憲法ノ改正ヲ奏請ス」「帝國議會ニ於テ憲法議案ヲ修正シテ議決シタル場合ニ於テハ勅旨ニ依リ國民投票ヲ行イ國民投票ノ結果其ノ修正可決セラレタルトキハ政府ハ其ノ修正ノ議案ニ基キ憲法ノ改正ヲ奏請ス」としている。

③、緑風会案⁽⁸³⁾ 1947年11月28日

「国民投票制を再検討し、衆参両院いずれも三分の二以上の賛成を得たときは国民投票を不要とし、いずれ一院の賛成が三分の二以上で他院の賛成が二分の一を越三分の二以上に達しないときに国民投票するかどうか。

④、憲法研究会案（憲法懇談会＝尾崎行雄・岩波茂雄・渡辺幾次郎・石

田秀人・稲田正次・海野晋吉) 日本国憲法草案⁽⁸⁴⁾ 1945年12月26日

(イ) 補則に

「憲法改正は立法により、また国民投票による。」

「憲法公布後遅クモ十年以内ニ国民投票ニヨル新憲法ノ制定ヲナスベシ」とある。

⑤、高野岩三郎の「改正憲法私案要綱⁽⁸⁵⁾」憲資・総第10号10頁1946年1月

第9 憲法ノ改正及ビ国民投票

「将来此ノ憲法ノ条項ヲ改正スルノ必要アルト認メタルトキハ大統領又ハ第一院若クハ第二院ハ議案ヲ作成シ之ヲ議會ノ議ニ付スベシ此ノ場合ニ於テ両院ハ各々其ノ議員三分ノ二以上出席スルニ非ザレバ議事ヲ開クコトヲ得ズ出席議員三分ノ二以上多数ヲ得ルニ非ザレバ改正ノ議決ヲナスコトヲ得ズ国民全般ノ利害ニ関係アル問題ニシテ国民投票ニ付スル必要アリト認ムル事項アルトキハ前掲憲法改正ノ規定ニ準ジテ其ノ可否ヲ決スベシ」と定めている。

「国民全般の利害に関係ある問題として国民投票に付する必要ありと認める事項であるときは憲法改正の手續きに準じてその可否を決する」と規定している。

⑥、松本案（憲法改正要綱⁽⁸⁶⁾）

31、両議院ノ議員ハ各々其ノ院ノ総員三分ノ一以上ノ賛成ヲ得テ憲法改正ノ議案ヲ発議スルコトヲ得ル旨ノ規定ヲ設クルコト

32、天皇ハ帝国議會ノ議決シタル憲法改正ヲ裁可シ其ノ公布及執行ヲ命スル旨ノ規定ヲ設クルコト

33、以上憲法改正ノ各規定ノ施行ニ関シ必要ナル規定ヲ設クルコトとしている。

⑦、石川吉右衛門「日本国憲法改正案」（憲資・総第39号⁽⁸⁷⁾）

第9 憲法改正 国民の承認について

「承認」は国民主権主義の一つの現われであって従来「国民投

票」の問題として論ぜられて来たのである。

第96条「特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はわれる投票をいうが、以下一括して国民投票という」
わが国では未だ国民投票は行われたことはない。

⑧、広瀬試案⁽⁸⁸⁾

「衆参両院いずれかの一院における賛成者が、二分の一を越え三分の二に達しないときは、国民投票に付するものとして両院いずれも三分の二以上の賛成を得たときは、国民投票を要しないものとする。」

⑨、憲法研究会の憲法草案要綱 1945年12月26日⁽⁸⁸⁾

（高柳岩三郎・馬場恒吾・杉森考次郎・森戸辰男・岩淵辰雄・室伏高信・鈴木安蔵）（憲資総第10号）

補 則

「憲法ハ立法ニヨリ改正ス但シ議員ノ三分ノ二以上ノ出席及出席議員ノ半数以上ニ同意アルヲ要ス国民請願ニ基キ国民投票ヲ以テ憲法ノ改正ヲ決スル場合ニ於テハ有権者ノ過半数ノ同意アルコトヲ要ス」
この点、占領下における憲法制定の特質が意識されていたことを示すものであり、他の諸案には見られない部分である。

⑩、各政党の憲法改正案⁽⁸⁹⁾

現在までの公表された各憲法改正案は、いずれも例外なく第96条の改正を包含している。

国民投票制度に関する憲法改正の諸案として。

ア、旧自由党案

「改正」発議権を内閣にも認めることとし、特別多数決と国民投票はその何れかの1によることとする。現行憲法の改正手続きに付ては、特別に考慮するものとする。

最高法規

前文中に国際協力主義を明らかにすると共に、国際協力による集団安全保障体制への加入と、国際条約と主権条約と主権制限の関係を

明定する。

イ、旧改進黨

現行の改正手続(96条)は各議院の三分の二以上の賛成と、国民の承認との双方を必要として、嚴重に過ぎるから、これを凡そ左の如くにするを考慮する。「憲法改正は各議院の三分の二以上の賛成で成立するものとして、參議院の賛成が二分の一以上に止るときは国民投票の過半数の賛成により成立せしめる。」但し、手続きによって行われなければならないことは勿論である。

⑪、 他は⁽⁹⁰⁾

イ、自由党案 憲法改正について議会に発案権を認めている。1946年1月21日

ロ、進歩党案 各議院ハ各々其ノ現在議員の三分ノ二以上ノ同意ヲ以テ憲法改正権ヲ發議スルコトヲ得(憲資総第10号) 1946年1月26日
ハ、社会党案 三分の二の出席および出席議員過半数の同意による。

(議院の發議権の規定はない。) 1946年2月14日

ニ、日本進歩党の憲法改正案 1946年1月26日

補則

明治憲法第76条「法律規則命令又ハ何等名稱ヲ用キタルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ総テ遵由ノ効力ヲ有ス歳出ニ政府ノ義務ニ係ル現在ノ契約又ハ命令ハ総テ第67条ノ例ニ依ル」としている。

各政党のほか、憲法研究会案、憲法懇会案、高野岩三郎案、等が發表。敗戦後の混乱期でもあり、憲法改正については政府もそうであるように、憲法改正に対しては、国民主権原理に立った改革について消極的で積極制に欠けていた⁽⁹¹⁾。

以上日本国憲法制定に関する私擬案なるものをあげたが私擬案の中で、憲法研究会案が補則のうちで「此ノ憲法公布後遅クモ十年以内ニ国民投票ニヨル新憲法ノ制定ヲナスベシ」と規定し、この憲法がいわゆる

暫定憲法たるべきことを明示していることに注意を注ぐべきである⁽⁹²⁾。最高司令官の管理下にあった間、法制に於いて特殊強権的な地位を占めていた。一方、大きな功績をもたらしたポツダム宣言命令は、平和条約などの効力発生による占領政策の終止に際して、法律の廃棄が数多く行われ、第13回議会で提出され、法律が成立した。

憲法問題調査委員会は明治憲法の基本原則は維持するものとして、簡単に若干の修正を加えることとしたゆえに1946年2月上旬に松本案が成立した。

昭和20年9月3日附指令第2号第4項により、連合国最高司令官の指令が発令官権の最終解釈であるとされたため、人権に対する拘束があちこちに見られた。その状況の中で発表するに当たっての私擬憲法案の発表は限られたものとなってしまった。従って、松本案をはじめ各種の私擬憲法案・各政党案は、日本国憲法起草にあたっての影響がとぼしかった⁽⁹³⁾。

総司令部側は松本案の内容を見てその評価として「改正案は、明治憲法の字句の修正に過ぎず、日本国家の基本的な性格は、そのまま使用されている。」と評価された。

マッカーサー側は2月1日ホイットニー准将に対して、松本案を拒否し、ただちに総司令部側で、自ら憲法草案の起草を命じ、その起草にあたっては、マッカーサー三原則とSWNCC-228を指針として早急に作成し2月13日総司令部側草案を日本政府に提示した。すなわち、マッカーサー草案といわれるもので、新しい憲法の制定を目指したのである。この案がすなわち日本国憲法の草案となった。憲法施行後現代に至っているのである⁽⁹⁴⁾。

- (4) 諸外国での「国民投票制度」についてどのように規定されているか⁽⁹⁵⁾。

ワイマル憲法は憲法改正の立法にとって行われることとし、法律の制定による国民投票の手続きが憲法改正にも運用されているが、

国民発案ないし国民請願とともに国民投票ないし国民表決の制度が広範に採用された第73条～76条)。

イ、Die der Verfassung Kanm in wege d-er Gesetzgebung geandert werden Jedock Kommen Beschlusse de Reichstage auf Abänderung der Verfassung nur zustande wenn zwei Drittel der gesetzlichen Mit-gliederzahl anwesend sind und wenigstens zwei Drittel der Anwesenden zustimmen.

ReichsGestzblatt, Nr, 152, 1397 (1919)

「憲法は、立法の方法で改正することができる。」と定めている。同項2項「ただし憲法の改正を求める国の議会の議決は、法律の定める議員定数の三分の二が出席し、かつ出席議員の少なくとも三分の二が賛成したときのみ成立する⁽⁹⁶⁾。」

ロ、第76条第1項第4文「国民請願に基づいて、国民投票により憲法改正が決すべき場合には、有権者の過半数の賛成が必要である。

Soll auf volksbegehren durch Volksentscheid einee Verfassung-sangsänderung beschlossen werden, so ist die Zustimmung der mehrheit der Stimmberechtigten erforderlich.]」と定めている。

Reichs-Gesetblatt, Nr. 152・1397 (1919)

ワイマール憲法におけるこれらの制度に依って、憲法改正手続に国民投票制度を広く採用した憲法として、次の諸国の憲法をあげることができる⁽⁹⁷⁾。

①、フランス第四共和国憲法 (1946年⁽⁹⁸⁾)

第90条「国民議会はその議員の絶対多数による決議によって改正の目的を確定する。その決議は共和国参議院が絶対多数で採用しない限り少なくとも三カ月後、国民議会の第二読会に付される。第二読会の議決後、国民議会は憲法改正の法律案を起草し、一般の法律の場合と同じ方法で議決される。この議決後、憲法改正は国民投票に付される。但し第二続会が国民議会で三分の二以上の多数

で可決した場合、若しくは両議院が何れも六分の三以上の多数で可決した場合は国民投票に付することを要しない。

②、フランス第5共和国憲法（1958年⁽⁹⁹⁾）

第89条（憲法改正） De Larevision

イ、憲法改正の発議は、首相の提案に基づいて共和国大統領に、および国会議員に、競合して所属する。改正の草案または、提案は同文で両議院により議決されなければならない。改正は人民投票（referendum）によって承認された後に完成する。

ロ、政府提出改正案または議員提出改正案は、第42条3項に定める期間に関する要件に従って審議され両議院によって同一の文言で表決されなければならない。改正は、人民投票（referendum）によって承認された後に確定的となる。

ハ、ただし、{政府提出} 改正案は、共和国大統領が両院共同会議 Congress として招集」される国会に付議するを決定したときは、人民投票にはからなければならない。この場合 {政府提出} 改正案は、有効投票の五分の三の多数を集めなければ、承認されない。両院合同会議の理事部は、有効投票の五分の三の多数を集めなければ、承認されない。両院合同会議の理事部は国民会議の理事とする。

第193条（全面改正）

イ、連邦憲法の全面改正は、国民または両院の一角がこれを提案することも、連邦議会がこれを決議することも可能である。

ロ、国民によりイニシアチブが提出される場合、あるいは両院の意見が一致しない場合、全面改正を行うかは、国民がこれを決定する。

ハ、国民が全面改正を行うことに同意する場合、両院は新たに選挙される。

ニ、国際法の強行規範を侵害することは許されない。

③、スイス連邦憲法⁽⁹⁹⁾ (1999)

第6編連邦憲法の改正と経過規定

第1章改正

第122条「連邦憲法の改正に関する国民発案並びに国民投票についての
の手續に関し、連邦法律が評細を決定する。

第126条「連邦議会の一院の全部改正を決議し、他の院がこれに同意
しない場合、若しくは投票有権者たるスイス市民の五万人が連邦
憲法の全部改正を要求する場合、このいずれかの場合もかかる改
正がなされるべきか否かの問題は、スイス国民の国民投票にふせ
られなければならない。」

第10編 憲法改正

第167条 (憲法改正の手續き、国民投票)

3, 憲法改正が国会により可決された場合、可決後15日以内に、両
議院のいずれかの議員の十分の一以上が要求するときは、承認を
得るため、これを国民投票に付する。

④、トルコ憲法⁽¹⁰⁰⁾

157条「この憲法は、人民投票によるその承認に基づきトルコ共和
国の憲法となり人民投票の結果と共に直ちに官報で公布されな
なければならない。」

⑤、大韓民国憲法 大韓憲法研究所⁽¹⁰¹⁾

第126条第1項「大統領が提案した憲法改正案は20日以上の間こ
れを公示せねばならず、公示された日から60日以内に国民
投票に付さなければならない。」

第2項 「国民投票に付された憲法改正案は議員選挙権者過半
数の投票と投票者過半数の賛成を得て憲法改正が確定され
る。」

⑥、イタリア共和国憲法⁽¹⁰²⁾ 1948年1月1日

〔憲法改正法律及び憲法法律の対決〕

〈第2節 憲法改正・憲法的法律〉

〈憲法的法律の手続き〉

第138条第1項「憲法改正の法律およびその他の憲法法律（憲法増補）は各議院に於いて少なくとも三カ月を下らない期間においてなされる連続して二回の審議をすることで採択するものとし、且第二回目の投票では、各議院の議員の絶対多数で可決するものとする。

第2項「憲法改正法律および憲法的法律は、公示から三カ月以内に、一議院の議員五分之一、五十万人の選挙権者は五州議會の要求があるときは、これを国民投票に付す。国民投票に付された憲法改正法律および憲法的法律は有効投票の過半数で承認されない限り審議されない。有効投票の多数の賛成がなければ認証されない。

第3項「憲法改正法律および憲法的法律が各議院の第2回目の表決に於いて其議員の三分の二の多数で可決されたとき国民投票は行わない。

⑦、オーストリア連邦憲法⁽¹⁰³⁾

第42項「による手続終了後、連邦大統領による公証に、全連邦国民の投票に付さなければならない。

第43項「国民議會によってなされた法律の議決は、国民議會が議決した場合には、第42条により手続きの終了後、大統領による法律議決の公証前に国民投票に付される。」

第44条(1) 「憲法的法律（Verfassungsgesetz）または、普通法律中に含まれる憲法的規定（Verfassungsgesetz）は、国民議會に於いてこれを、総議員の二分之一以上が出席し、且つ投票の三分の二の多数を得た場合に限り、これを議決することができる。これは、憲法的法律、憲法的規定と明示されなければならない。

(2) 連邦憲法 (Bundesverfassung) の全文改正は常に、その一部改正は国民議会議員もしくは連邦参議院議員の三分の一によって要求された場合に限り、第42条の規定による手続き終了後、大統領による公証前に、全連邦国民の投票に付されなければならない。

第45条第1項「国民投票は、有効投票の絶対数でこれを決する。」

連邦憲法 (Bundesverfassung) の全面改正は常にその一部改正は国民議会若しくは連邦議会の議員の三分の一によって要決された場合立法議会の議会と投票とに依って行うとする型。

⑧、スペイン憲法⁽¹⁰⁴⁾

第10編 憲法改正

第167条第2項「前項で定める手続きにより承認が得られない場合でも、成案が上院議員の絶対多数によって可決されたときは、下院は三分の二以上の賛成により、改正を議決することができる。

第3項「憲法改正が国会で可決された場合、可決後15日以内に、両議院のいずれかの議員の十分の一以上が要求するときは、承認を得るため、これを国民投票に付する。

第168条 {憲法の全面改正および特別の改正の手続き}

第2項「新たに選出された両議院は、前項の議決を承認し、新憲法草案の審議を開始しなければな。新憲法草案は、両議院議員のそれぞれ三分の二以上の多数の議決により、これを承認しなければならない。

第3項「憲法改正が、国会により可決されたときは、承認を得るため、これを国民投票に付する。」

⑨、チリー憲法⁽¹⁰⁵⁾

第109条第2項「両院は、大統領の提出した修正を承認したときは、当該改正案は、公布の為め、大統領に回付される。」「両院が大統領の修正意見の全部又は一部を否決し、且つ、出席議員の三分の二に

依り、先に可決した改正案の全部又は一部を固執する場合には、当該改正案は、公布の爲め、又は大統領が認めるときは三十日以内に国民投票を以て不一致の点に付き国民の意思を問う爲め、大統領に回付される。国民投票で可決された改正案は憲法改正として公布されると規定している。」

⑩、ユーゴスラビア連邦共和国憲法⁽¹⁰⁶⁾

The Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia.

第214条 {憲法改正に対する国民投票}

「憲法改正の動議が連邦議院および民族議院において採決された後15日以内に、議会の少なくとも三つの他の議院が、採択された憲法改正の動議の注文に対して同意しない場合は、憲法改正の動議は国民投票にかけられる。」

「憲法改正の動議に関する国民投票は、議会の議長にとって公示される。国民投票は、憲法改正の動議が連邦議院及び民族議院を通過した日から二箇月以内に行なわれる。憲法改正の動議は、ユーゴスラビアの領域の選挙人の過半数がそれに対して賛成投票をしたならば、国民投票を通過したものと見做される。憲法改正の動議は連邦議院によって公布される。

世界の憲法を検討してみれば、一般の法律改正よりも厳格な憲法改正手続を規定している。圧倒的多数の国が硬性憲法を採用している⁽¹⁰⁷⁾。

⑪、ロシア連邦憲法（1993年）⁽¹⁰⁸⁾

135条（第1．3．9章の改正と憲法議会

③、憲法議会は、ロシア連邦憲法を改正しないことは確認し、または、新しいロシア連邦憲法の草案を作成する。新しいロシア連邦憲法の草案は、憲法議会が議員総数の投票三分二によって、これを採択または国民投票に付す。国民投票が実施された場合、ロシア連

邦憲法は、選挙人の過半数の参加を条件として、投票に参加した選挙人の過半数を条件として、投票に参加した選挙人の過半数の参加を条件として、投票に参加した選挙人の過半数が賛成したときにこれを採択されたとみなす。

例えば、アメリカでは連邦議会両院の三分の二の発議または州議会の三分の二の要求で憲法会議を招集し、改正案について四分の二以上の発議または州議会の三分の二の要求で憲法会議を招集し、改正案について四分の三の批准または憲法会議の承認が必要としている。フランスでは、国民投票もしくは両院合同会議の五分の三以上の賛成が必要であるとする。なおアメリカ合衆国憲法の改正は形式的にも特色がみられ、改正は「修正」という形で本文はそのままにし、新たな条文を追加するという形式をとっている。スペインでは、重要事項以外の部分改正の場合、各議院の五分の三の発議後、いずれかの議院で十分の一以上の要求があれば国民投票に付する。としている。わが国では各議院の総議員の三分の二の賛成で発議し、国民投票での承認が必要とし、国民投票法を策定し憲法改正に厳格規定を置いている⁽¹⁰⁸⁾。

ここに憲法改正問題は新局面を迎えこの案が日本国憲法の草案となった。

(4)、日本憲法制定過程について

アメリカはポッツダム宣言の当然の帰結に基づいて日本の統治制度の大幅な改革として1945年10月頃から憲法の改正に着手し始めた。民政局はSWNCC-228号「日本統治制度の改革」「憲法制定の経過に関する小委員会」第二篇第三章で憲法改正の諸条項をあげて、1946年1月1日にマッカーサーに送付した。マッカーサーは松本案の内容を確認した結果、「草案は明治憲法の字句の修正にすぎず、日本国家の性格そのものである」とみなされた結果、総司令部側で憲法草案を起草させることが有効であると結論づけた。憲法草案の作成を命じられた

民政局は起草に当たって、草案するにあたってマッカーサー三原則を指針として短時間に憲法草案を作成した。2月10日草案が作成され2月13日には総司令部は日本政府に対して提示した。これがいわゆるマッカーサー草案である⁽¹⁰⁸⁾。国民主権・象徴天皇・戦争放棄・三権分立制など現代の基本権を確立することを目指した。

日本国憲法はポツダム宣言の受託の結果、占領軍の干渉の下に作成されたといえる。憲法の内容は明治憲法とは異なり

ここでのマッカーサー草案ではとくに「改正」「最高法規」のみを取り上げる⁽¹⁰⁹⁾。1946年2月13日

①、マッカーサー草案（改正・最高法規の条文のみの取り扱い）

第九章 改正⁽¹⁰⁹⁾

イ、第89条「此ノ憲法ノ改正ハ議員全員ノ三分ノ二ノ賛成ヲ以テ国会之ヲ発議シ人民ニ提出シテ承認ヲ求ムヘシ人民ノ承認ハ国会ノ指定スル選挙ニ於テ賛成投票ノ多数決ヲ以テ之ヲ為スヘシ右ノ承認ヲ経タル改正ハ直ニ此ノ憲法ノ要案トシテ人民ノ名ニ於テ皇帝之ヲ公布スヘシ」（憲資・総第9号33頁）

CHAPTER IX

Article LXXXIX. Amendments to this Constitution shall be initiated by the Diet, through a concurring vote of two-thirds of all its members, and shall thereupon be submitted to the people for ratification, which shall require the affirmative vote of a majority of all votes cast thereon at such election as the Diet shall specify.

Amendments when so ratified shall immediately be proclaimed by the Emperor, in the People, as an integral part of this Constitution⁽¹¹⁰⁾.

CHAPTER X

Supreme Law

第10章最高法規

第90条「此ノ憲法並ニ之ニ基キ制定セラルル法律及条約ハ国民ノ至上法ニシテ其ノ規定ニ反スル公ノ法律若ハ命令及詔勅若ハ基地ノ政府ノ行為又ハ其ノ部分ハ法律上ノ効力ヲ有セサレルベシ」

Article XC. The Constitution and the laws and treaties made in pursuance hereof shall be the suprem law of the nation, and no public law or ordinance and no imperial rescript or other governmental act, or part thereof, contrary to the provision hereof shall have legal force or validity

In pur

第91条「皇帝皇位ニ即キタルトキ並ニ摂政、國務大臣、国会議員、司法府員及其ノ他ノ一切ノ公務員其ノ官職ニ就キタルトキハ、此ノ憲法ヲ尊重擁護スル義務ヲ負フ 此ノ憲法ノ効力發生スル時ニ於テ官職ニ在ル一切ノ公務員ハ右ト同様ノ義務ヲ負フヘク其ノ後任者ノ選挙又ハ任命セラルルマテ官職ニ止マルヘシ」

Article XCI. The Emperor, upon succeeding to the Throne, and the Regent, Ministers of State, Members of the Diet, Members of the Judiciary and all other public officers upon assuming office, shall be bound to uphold and protect this Constitution,

All public officials duly holding office when this Constitution takes effect shall likewise be so bound and shall remain in office until their successors are elected or appointed.

ハ、CHAPTER XI Ratification ⁽¹¹²⁾

第11章 承認

第92条「此ノ憲法ハ国会カ出席議員三分ノ二ノ氏名点呼ニ依リ之ヲ承認シタル時ニ於テ確立スヘシ

国会ノ承認ヲ得タルトキハ皇帝ハ此ノ憲法カ国民ノ至上法トシテ

確立セラレタル旨ヲ人民ノ名ニ於テ直ニ宣布スヘシ」

Article XCII ⁽¹¹³⁾

The Constitution shall be established when ratified by the Diet by roll-all vote of two-thirds of the members present.

Upon ratification by the Diet, the Emperor shall immediately proclaim, in the name of the people, that this Constitution has been established as the supreme law of the nation.

②、憲法改正草案要綱 ⁽¹¹⁴⁾

第11章 承認

第九 改正

第92条「此ノ憲法ノ改正ハ各議院ノ総議員三分ノ二以上ノ賛成ヲ以テ国会之ヲ発議シ国民ニ提案シテ其ノ承認ヲ経ベキコトトシ国民ノ承認ハ国会ハ定ムル所ニ依リ行ハルル投票ニ於テ其ノ多数ノ賛成アルコトヲ要スルコト

憲法改正ニ付前項ノ承認ヲ経タルトキハ天皇ハ国民ノ名ニ於テ憲法ノ一部ヲ成スモノトシテ直ニ之ヲ公布スベキコト」

第93条「此ノ憲法並ニ之ニ基キテ制定セラレタル法律及条約ハ国ノ最高法規トシ、基ノ条規ニ矛盾スル法律ノ命令、詔勅及基ノ他ノ政府ノ行為ノ全部又ハ一部ハ基ノ効力ヲ失フコト」

第94条「此ノ憲法ノ日本国民ニ保障スル基本的人権ハ人類ノ多年ニ亘ル自由獲得ノ努力ノ成果ニシテ、此等ノ過去幾多ノ試練ニ堪ヘ現在及将来ノ国民ニ対シ永却不磨ノモノトシテ賦与セラレタルモノトスルコト

天皇又ハ摂政及國務大臣、両議院議員、裁判官其ノ他ノ公務員ハ此ノ憲法ヲ尊重擁護スルノ義務ヲ負フコト」

③、憲法改正草案 1946年4月17日発表 ⁽¹¹⁵⁾

第九章 改正

第92条「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ぬ。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。

憲法改正について前項の承認を経たときは、天皇は、国民の名で、この憲法の一部を成すものとして、直ちにこれを公布する。

第十章 最高法規

第93条「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し侵すことのできない永久の権利として信託されたのである。

第94条「この憲法並びにこれに基いて制定された法律及び条約は、国の最高法規とし、その条項に反する法律。命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。

第95条「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」

CHAPTER IX AMENDMENTS

Article96. Amendments to this Constitution shall be initiated by the Diet, through a concurring vote of two-thirds or more of all the member of each House and shall thereupon be submitted to the people for ratification, which shall require the affirmative vote of a majority of all votes cast thereon, at a special referendum or at such election as the Diet shall specify, Amendments when so ratified shall immediately be promulgated by the Emperor in the name of the people, as an integral part of the

Constitution.

CHAPTER X SUPREME LAW 最高法規⁽¹¹⁶⁾

The fundamental human by this Constitution guaranteed to the people of Japan are fruits of the ago-old struggle of man to be free ; they have survived the many exacting tests for durability and are conferred upon this and future generations in trust to be hold for all time inviolate.

第10章最高法規

第97条「この憲法施行の際に華族その他の貴族の地位にある者については、その地位は、その生存中に限り、これを認める。但し、将来、華族その他の貴族たることにより、いかなる政治権力も有しない。

Article98. The Constitution shall be the supreme law of the nation and no law, ordinance imperial rescript or other act of government, or part thereof, contrary to the provisions hereof shall have legal force or validity. the treaties concluded by Japan and established and established laws of nations shall be faithfully observed.

Article 99. The Emperor or the Diet judyes and all other public officials have the obligasion to respect and uphold this Constitution.

このように、日本国憲法の成立過程は、むしろマッカーサー草案に出発点を基とすることであった。日本国憲法改正の制定過程及び憲法の原文を致富に提出するようになったのは、当時の政府の方針は経済対策が主であったため憲法制定については消極的であった。ポッツダム宣言で定めた「日本の民主化」がおろそかであったため占領側でポッツダム宣言に定めた「日本人民の自由な意思」によって定められる政府の樹立・民主主義の復活強化であった。近代的憲法を

制定しなければならなかったにもかかわらず、松本案は明治憲法体制そのものであったため、総司令部は日本側へ憲法草案を提示しなれなかった。これがいわゆる一般的にいわれるマッカーサー草案といわれるゆえんである⁽¹¹⁷⁾。

憲法とは、国の根本法としての性質を持っており一般的に最高法といわれ、普通の法律よりも強度の固定制と長期に亘る通用性が要請される。憲法の制定の種類からみればこれを硬性憲法といわれる。ただ、いかに根本法と雖も絶対的普遍的なものは歴史にみても、存在しない。常に時代が変化しており、社会的状況に応じた憲法を作成しなければならない。一時代に作成された憲法が「普遍性を固執」すると、憲法と現実社会とのずれが生じてしまう。ぶれが生じないためにも、時勢の変化を把握しなければならない。

わが国の時代のながれとしては、わが明治憲法は、制定権者は、憲法を「不磨の大典」と価値づけていたが、それでも改正の必要性を認め第73条に改正手続条項をもうけていた。時代の変化に伴い憲法改正が予測される以上、論議によっては時代の変化にそぐわず混乱を招いてしまう。したがってあらかじめ、改正手続条項を明確に定めておけば憲法制定の改廃に順序よく行われる。また、憲法保障と憲法合憲性につて、特に憲法改正にたいする違憲審査の可能性についても、憲法改正の合憲性審査につて、日本国憲法がこれまでに憲法改正の経験をしていなかった。また、明治憲法第73条による改正としての現行憲法の制定に関しては、旧憲法下に違憲審査権そのものが存在しなかったため、アメリカとは異なり、実際の憲法裁判で問題とされなかった。

これにつて清水伸編「逐条日本国憲法審議録第三巻に金森国務大臣の提案理由説明で「憲法改正の手続きにつきましては、国家の基本の考え方に国民の総意を至高するという原理を取っておりますが故に、国の根本法たる憲法の改正案と致しましては、最後に国民に提案して

の承認を得るの途けて居ります」としている。

96条の憲法改正の場合の国民投票は一般の選挙の時を待って居るには、不便な時が相当あるだろう。独立レフェレンダムをやると云うことである。そこで独立の国民投票をやると言うことは、ちょっと書き方はおかしいか知れませんが独立した国民投票だけを矢張り国民投票でやるか、それではなければ選挙の際に同時に行われる国民投票でやる。この二つの場合を予想して宜しいのです。裁判官の場合とちょっと違っています。」と述べている。

5 憲法改正か憲法変遷かについて

清宮四郎教授の言葉を引用すれば、イエリネックの一般国家学の中で1906年「憲法改正と憲法の変遷」につて、Jelinek Georg: verfassungs und verfassungs wandlung 1906 の言葉を用い「変遷」とは「改正」とはを説明している。

この他に

山下意威士「憲法制定権力につてに研究」イデオロギー概念としての憲法制定概念。

美濃部達吉「人権宣言論」日本評論社

佐々木惣一「憲法改正の幻想」京都法学会雑誌第11巻11号39頁

樋口陽一「憲法源の変遷にいう概念」

清宮四郎「一般国家学」(kelsen・Hans: Allgemeinf 1925nenn)

岩波書店

清宮四郎「憲法Ⅰ」有斐閣

などで「憲法の変遷」について、「憲法違反の国家行為が存在することは認ざるを得ないがそれによって、憲法が変わるということは問題にならない。」424頁。

渡辺宗太郎「憲法制定権力と憲法改正権限」続憲法学の諸問題 950頁。

憲法制定権力のもつ「無条件性・自律性根源性」

上記部分については紙面の都合で次号で論ずることになります。

註 引用文献

- (60) 清宮四郎「新法律学演習講座憲法」466頁
- (61) 芦部信喜「憲法学Ⅱ 憲法総論」有斐閣 37頁
- (63) 清水 澄 「日本国憲法の位相」1976年日本評論社 294頁
- (64) 新 正幸「新憲法と変動の法理」1991年9月15日 木澤 251頁
- (65) 憲法調査会小委員会報告書「日本国憲法制定の由来」1961年12月1日時事通信社 90頁
- (66) 新正幸「憲法指定と変動の法理」1991年木澤
- (67) 憲法調査会委員会報告書「日本国憲法制定の由来」1961年12月1日47頁
- (68) 橋本公巨「現代法律学全集2 憲法」1977年10月20日青林書院 22頁
- (69) 同上掲載 122頁
- (70) 国家学会雑誌「日本の新憲法」65巻1号 37頁
- (71) 橋本公巨「前掲裁書」37頁
- (72) 橋本公巨「前掲裁書」251頁
- (73) 古関影一「新憲法の誕生」1989年5月25日 中央公論社 96頁
- (74) 佐藤 達夫「日本国憲法成立史第1巻」昭和52年10月3日有斐閣
- (75) 憲法調査会小委員会報告書「日本国憲法の由来」日本通信社 124頁
- (76) 同上 193頁
- (77) 同上 194頁
- (78) 「歴史のなかの日本国憲法」世界史から学ぶ
- (79) 佐藤達夫「日本国憲法成立史1巻」222頁・733頁・485頁
- (80) 佐々木惣一「帝国憲法改正ノ必要(妙)上納1945年11月24日有信堂 252頁
- (81) 阿部照哉・宮田豊・佐藤幸治「日本国憲法成立史第二巻」1976年11月24日有信堂 252頁
- (82) 阿部照哉・佐藤幸治・宮田豊編「憲法資料」1946年10月17日有信堂252頁

- (83) 佐々木惣一「帝国憲法改正必要（妙）奏 1945年11月24日 231頁
- (84) 佐藤辰夫「日本国憲法成立史第二卷」1976年10月30日有信堂 787頁
- (85) 高柳賢一・大友一郎・田中英夫編「日本国憲法制定の過程」2010年 8月10日有斐閣 381頁
- (86) 阿部照哉・畑博之編「世界の憲法」1991年 3月 9日有信堂高文社 76頁
- (87) 法曹時報第 4 卷 5 号 法曹界
- (88) 原 秀成「日本国憲法の糸真一戦後日本で」2006年 5月31日
- (89) 阿部照哉・佐藤幸治「憲法資料・憲法改正」 242頁
- (90) 阿部照哉・宮田豊・佐藤幸治編「憲法資料集」1946年10月11日253頁
- (91) 橋本公旦「現代法律学全集 2」1972年 7月20日青林書院新社 18頁
- (92) 橋本同上（掲載書） 21頁
- (93) 土橋友四郎「憲法改正の手續規定の類型」 4 頁
- (94) 長谷川正安・森英樹編「日本憲法13憲法改正編」1977年10月 2日10月 2日賛成同 6 頁
- (95) 原秀成「日本国憲法制定の系譜Ⅲ」戦後日本で 三省堂 36頁
- (96) 憲法草案要綱の改正と最高法規」26年 5月11日日本評論社 684頁
- (97) 長谷川正安・森英樹編「前掲書」 37頁
- (98) 初宿正典・辻村みよ子「新解読世界憲法」2014年 7月15日三省堂272頁
- (99) 初宿先生古稀祝賀記念「比較憲法学の現状と展望」2018年 9月18日成文堂 241頁
- (100) 京都大学憲法研究会編「世界各国の憲法法典」 317頁
- (101) 阿部照哉・畑博之編「世界憲法集」1991年 3月 9日有信堂高文社139頁
- (102) 同上「掲載書」 140頁
- (103) 辻村みよ子「比較憲法」2011年 3月16日岩波書店 2 頁
- (104) 大石憲法研究所編世界各国の憲法集」1973年 9月20日嵯峨野書院272頁
- (105) 水木惣太郎「憲法講義下」1956年 有信堂 235頁
- (106) 清宮四郎「憲法要論」1976年 4月20日法文社 73頁

参考文献

金丸 三郎「日本国憲法改正国民投票制度について」自治研究29巻 4・5・6号

- 宮沢 俊儀「憲法改正について」自治研究29巻1号
- 小島 和司「憲法改正国民投票法案について」法律時報25巻3号
- 鈴木 安蔵「註解日本国憲法」
法律時報 第26巻7号 (通巻第290号)
- 清宮 四郎「MSA援助をめぐる憲法論議」世界28年10月号
- 金森 次郎「憲法の根本的改正と国家再建の礎」法律時報第18巻12号
- 広瀬 久忠「憲法調査会第49回総会議事録」第三委員会の報告書6頁
- 有倉 遼吉「憲法秩序の保障」1969年7月31日
- 小島 和司「憲法改正国民投票法案」法律時報25巻3号
- 五十嵐 俊喜・小林 丈人「これはおかしい憲法改正国民投票法案」世界2005年4月号 40頁
- 清水 陵 「憲法96条における国民投票への一視座、日本国憲法の位相」1967年日本評論社 294頁
- 芦部 信喜「憲法制定権力」東大出版会 110頁
- 芦部 信喜「憲法改正国民投票制に関する若干の考察」「憲法改正文献選集日本国憲13」
- 鈴木 安蔵「憲法改正の基本問題」 世界78
- 田端 忍「憲法改正の基本問題」 平和24
- 芦部 信喜「憲法改正問題の概観」 ジュリスト73
- 鶴飼 信成「憲法改正論の二つの形」 ジュリスト73
- 佐藤 功「憲法改正論の背景」 中公68-1
- 宮沢 俊儀「憲法改正につて」 自治研究所29巻-1
- 佐藤 功「憲法改正の発展とその原理」法律時報26巻-7~9
- 小島 和司「憲法改正国民投票法案について」法律時報25-3
- 金丸 徳次郎「憲法改正と国民投票」 法タイムズ3-7
- 清宮 四郎「憲法改正の理論と実践」 昭和29年みすず書房
- 清宮 四郎「憲法改正の作用」 昭和31年野村記念論集

「大災害における広域応援体制について」

佐藤 克枝

- 1 はじめに
- 2 災害対策基本法による制度整備
 - (1) 制定の経緯
 - (2) 大災害の教訓を踏まえた数次の改正
- 3 広域応援規定等
 - (1) 全般
 - (2) 応援協定等による場合
 - (3) 国が関係する場合
- 4 広域応援体制の整備状況
- 5 広域応援体制の活動状況
 - (1) 全般
 - (2) 関西広域連合の活動
 - ア 概要
 - イ 災害への対応状況
 - (ア) 東日本大震災への対応
 - (イ) 熊本地震（平成28年）への対応
 - (ウ) その他の支援
 - ウ 関係機関・団体との連携
 - (3) 大規模災害時等の北海道・東北8道府県相互応援に関する協定等
 - ア 概要
 - イ 応援体制・災害への対応状況
- 6 おわりに

1 はじめに

今年で東日本大震災から10年となった。災害対策基本法も数次にわたり改正されてきている。また、今後30年以内に発生する可能性が70～80%とされる南海トラフ地震や、首都直下地震への対応として、政府は広域支援体制の構築を急務としている。

本稿は、今後起こりうる震災への対処として、都道府県を中心に相互に協力し応援・受援する体制の整備について考察するものである。

2 災害対策基本法による制度整備

(1) 制定の経緯

1959年の伊勢湾台風を契機として、災害に関し根幹となる基本的な事項を定める災害対策基本法が制定され1961年11月に公布された。この台風による犠牲者は全国32都道府県に及んだが、既往最高潮位を1m近く上回る観測史上最大の3.55m高潮が発生したこと、台風が日本最大のゼロメートル地帯に來襲したこと、さらには來襲が夜間であったことなどから、犠牲者の83%は高潮が原因で、愛知と三重の2県に集中していた。当時、都市防災上の配慮がなされておらず、水防の未整備や警報の伝達の不備など人災的側面もあり、被害は甚大で死者4,697名、行方不明者401名で、物的損害は7,000億円を超えたとされる¹。

大規模災害時の対応体制が未整備で防災に関する統一的な制度もなく、責任の所在も不明確であったことから法整備が進められた。災害対策基本法は、国や地方公共団体など責務や組織、防災計画作成の義務、財政金融措置などを定めた初めての基本法であった。

(2) 大災害の教訓を踏まえた数次の改正

災害対策基本法は、阪神・淡路大震災を契機として、平成7年

1 「1959 伊勢湾台風報告書」3～5頁中央防災会議 災害教訓の継承に関する専門部会（平成20年3月）

(1995年)には、緊急災害対策本部の設置要件の緩和、市町村長による都道府県知事に対する自衛隊の災害派遣の要請、自主防災組織の育成など自発的な防災活動の促進、地方公共団体の広域応援体制の確保など防災対策全般にわたる改正が行われた。

その後、大災害の教訓を踏まえて数次の改正が行われており、近年の改正としては、平成23年に発生した東日本大震災の教訓を踏まえて、平成24年6月に、防災に関する組織の充実、地方公共団体間の応援に関する措置の拡充、広域にわたる被災住民の受入れ、災害対策に必要な物資等の供給及び運送に関する措置などの多岐にわたる改正(第1弾)が、平成25年6月に、災害発生時に避難の支援が特に必要となる者についての名簿の作成その他の住民等の円滑かつ安全な避難を確保するための措置を拡充するとともに、併せて国による応急措置の代行などについての改正(第2弾)が行われた²。

さらに平成26年11月には、災害発生時に緊急通行車両の通行を確保するため、道路管理者の権限を強化する改正が、平成27年8月には南海トラフ地震等の来襲に備えて、災害廃棄物対策に係る措置の拡充を図る改正が行われた。平成28年5月には、緊急車両の通行ルートを迅速に確保するため、港湾管理者及び漁港管理者による放置車両対策を強化する改正も行われている。

近年では、平成30年6月に、被災都道府県からの応援の求めを受けた都道府県が、その区域内の市町村に対して被災市町村への応援を求めることができることを明確化する改正も行われている³。

これらの改正により、大災害時の広域応援体制の制度は整備されつつあるといえる。

2 細部については【表1】

3 『令和2年 消防白書』(総務省消防庁) 231頁

3 広域応援規定等

(1) 全般

災害対策基本法第33条（派遣職員に関する資料の提出等）では、「指定行政機関の長・・・、都道府県知事・・・は、内閣総理大臣に対し、・・・職員の派遣が円滑に行われるよう、定期的に、災害応急対策又は災害復旧に必要な技術、知識又は経験を有する職員の職種別現員数及びこれらの者の技術、知識又は経験の程度を記載した資料を提出するとともに、当該資料を相互に交換しなければならない。」とされている。また、同法74条の2第4項（市町村に対する県外応援の要請）では、「災害発生都道府県知事以外の都道府県知事は、・・・内閣総理大臣の要求に応じ応援をする場合において、・・・市町村長に対し、当該災害発生市町村長を応援することを求めることができる。」とされている。

(2) 応援協定等による場合

災害対策基本法第8条2号では、施策における防災上の配慮規定として、地方公共団体の相互応援及び広域一時滞在に関する協定の締結に関する事項について定め、災害対策基本法49条の2において、円滑な相互応援の実施のために必要な措置として、「災害予防責任者は、災害応急対策又は災害復旧の実施に際し他の者の応援を受け、又は他の者を応援することを必要とする事態に備え、相互応援に関する協定の締結、共同防災訓練の実施その他円滑に他の者の応援を受け、又は他の者を応援するために必要な措置を講ずるよう努めなければならない。」と定める。

また、災害対策基本法第74条において、都道府県知事等に対する応援の要求に関し、都道府県知事等は、他の都道府県の都道府県知事等に対し、応援を求めると規定している。

(3) 国が関係する場合

応援規定等に係る国の要請等の運用方針として、災害対策基本法の

規定により、要請があった場合、国はそれぞれそれぞれの要請に応じて必要な指示を行うものとされている。

4 広域応援体制の整備状況

地方公共団体間等の広域防災応援制度としては、災害対策基本法に基づく地方公共団体の長等相互間の応援、地方防災会議の協議会の設置等がなされている。

また、地方公共団体は相互応援に関する協定の締結に努めなければならないとされている。

前述したとおり、平成24年の災害対策基本法改正により、地方公共団体間における応援業務等に関し、対象とする業務内容・都道府県による調整権限の拡充、国による調整権限が新設されたほか、市町村・都道府県の区域を越えて被災住民を受け入れる広域避難に関する都道府県・国による調整手続も新設された。

都道府県間の広域防災応援については、阪神・淡路 大震災以降、各都道府県で広域防災応援協定の締結又は既存協定の見直しが進められてきた。従来、姉妹県、姉妹都市等で締結してきた災害時相互応援協定だけでは大規模災害に備えることは困難なことから、全国知事会で、全都道府県による応援協定が締結され、全国レベルの広域防災応援体制が整備された。これらは東日本大震災での経験を踏まえ、平成24年 5 月に見直しがなされている。

さらに、全国知事会では、平成27年 7 月に「大規模広域災害発生時における都道府県相互の広域応援の今後の方向性について」の報告書が取りまとめられた。

また、市町村でも、県内の統一応援協定や県境を越えた広域的な協定の締結など広域防災応援協定に積極的に取り組む傾向にあり、令和 2 年 4 月 1 日現在、広域防災応援協定を有する市町村数は 1,708 団体(全市町村のうち98.1%)であり、このうち、他の都道府県の市町村と協定を有する市町村数は 1,323 団体(全市町村のうち76.0%)となっ

ている⁴。

5 広域応援体制の活動状況

(1) 全般

現在、多くの地方公共団体は震災時等における相互応援協定を締結している。阪神・淡路大震災を契機に、平成8年(1996年)7月、全国知事会において「全国都道府県における災害時の広域応援に関する協定」が締結され、各都道府県間等の応援協定では対応できないような災害が発生した場合における、全国レベルでの相互応援体制が整備された。東日本大震災では、全国知事会が協定に基づき、被災4県からの要望等に応じて、食料品、生活用品、燃料等の救援物資を提供している。

また、地方公共団体と民間団体等間の、放送要請、救急救護、輸送、災害復旧及び物資などに関する応援協定の締結も進んでいる。

実際の活動状況はどうか。まず、最も制度化が進んでいると思われる関西広域連合の活動をみていく。さらに秋田県を含む、北海道・東北地区の取組みについてみていく。

(2) 関西広域連合の活動

ア 概要

関西広域連合は、分権型社会の実現、関西全体の広域行政を担う責任主体、国の出先機関の事務の受け皿づくりを趣旨として平成22年12月に設立された複数府県で構成される全国初の広域連合である。府県域を越える広域課題に丸となって取り組み、地方分権の突破口を開くことを目指すとしている⁵。

構成団体は、滋賀県・京都府・大阪府・兵庫県・奈良県・和歌山県・鳥取県・徳島県・京都市・大阪市・堺市・神戸市の2府6県

4 前掲 消防白書 233頁

5 「関西の広域防災・減災の取組」(関西広域連合広域防災局(平成31年3月))

4 政令市である。福井県、三重県は連携団体として活動に参加している。

関西広域連合が取り組むのは7分野の事業、すなわち広域防災(担当事務局:兵庫県)、広域観光・文化・スポーツ振興(同:京都府)、広域産業振興(同:大阪府)、広域医療(同:徳島県)、広域環境保全(同:滋賀県)、資格試験・免許(同:本部事務局)、広域職員研修(同:和歌山県)である。

広域連合で防災に取り組むメリットとしては、①広域連合が司令・調整役となることで、関西として迅速な意思決定・災害対応が可能になること、②構成団体の優れたノウハウを共有することで、質の高い災害対応を行うことが可能になること、③関西を活動エリアとする国の機関や事業者との連携が容易になり、円滑な災害対応が可能になること、④府県域を越える広域的な防災・減災事業の共同実施が容易になることとしている。

実際に、初動体制の確立、被害状況や支援ニーズの把握、カウンターパート方式による被災団体の支援など、広域的な応援・受援の調整を行っている。

イ 災害への対応状況

(ア) 東日本大震災への対応

発災後、支援対策について緊急声明を発表し、①被災地対策、②支援物資等の提供、③応援要員の派遣、④避難生活等の受入について積極的に取り組むこと等を表明している。また、被災地で直接情報収集に当たる「現地連絡所」を開設し、応援にあたった。

また、広域連合による総合調整のもとで、構成団体ごとに担当する被災府県を決めるカウンターパート方式により支援を行っている。広域連合では、大阪府及び和歌山県を岩手チームとして、鳥取県・兵庫県・徳島の3県を宮城チームとして、京都府及び滋賀県を福島チームとしてそれぞれカウンターパートを決め、これにより、被

災地のニーズ等を踏まえ、迅速で効果的かつ継続的な支援を実施している。

応援実績は、①物資の送付として、アルファ化米（約26万食）、飲料水（約46万本）、毛布（約64千枚）、簡易トイレ（約21千基）など、②職員の短期派遣として、警察、消防、DMATを除き、累計54,589人／日（平成23年12月1日時点）、③避難者の受入れ2,397人（公営住宅等）（平成31年1月1日現在）であった。

(イ) 熊本地震（平成28年）への対応

災害対策支援本部を設置し、熊本県庁に現地支援本部（担当：京都府、兵庫県、奈良県）、益城町（担当：滋賀県、京都府、兵庫県、奈良県、和歌山県、徳島県、鳥取県）・大津町（担当：大阪府）・菊陽町（担当：奈良県）に現地連絡所を開設して支援を実施した。なお、京都市、大阪市、堺市、神戸市は指定都市市長会の調整で熊本市を支援している。

応援実績は、①物資の送付として、アルファ化米（約33万食）、毛布（約9万枚）、簡易トイレ（約3千基）、ブルーシート（約9千枚）など、②職員の短期派遣として、警察、消防、DMATを除き、累計7,423人／日（平成28年7月19日時点）であった。

(ウ) その他の支援

東日本大震災、熊本地震のほかにも、平成23年台風第12号災害、平成25年台風第18号災害、平成26年8月豪雨災害、平成27年関東・東北豪雨災害、平成28年鳥取県中部地震、平成30年大阪府北部地震で支援を行っている。さらに平成30年7月豪雨では国への緊急提案や人的支援（専門家派遣）、物的支援（支援物資の送付）などを行っている。

ウ 関係機関・団体との連携

関西広域連合は、構成団体、広域連合他分野局、連携県、広域ブロック、全国知事会、国、広域実動機関のほか、民間事業者とも連

携した、体制整備を行っている。

すなわち広域ブロックや民間事業者との連携を推進し、大規模災害へ備えて、広域ブロック間における応援の仕組みを相互応援協定の締結により充実させている。関西広域連合、構成団体が、効果的な災害対応ができるように、平常時から企業・団体等との協定締結などにより連携体制を確保している。

広域ブロックでは、全国知事会、関東九都県市（神奈川県、埼玉県、千葉県、東京都、横浜市、川崎市、千葉市、さいたま市、相模原市）、中国地方知事会、四国知事会、九州地方知事会と協定を締結している。

また、民間事業者等として、コンビニエンスストア・外食事業者等（24社）、原子力事業者（関西電力、日本原電、日本原子力研究開発機構）、P & G（株）、ヘリコプター運航事業者6社、近畿旅客船協会及び神戸旅客船協会、阪神・淡路まちづくり支援機構、関西ゴルフ連盟及び徳島県ゴルフ協会、ライオンズクラブ国際協会335複合地区、近畿2府8県放射線技師会及び日本診療放射線技師会（11団体）、近畿2府8県宅建業協会、全日本不動産協会近畿2府8県本部、全国賃貸住宅経営者協会連合会及び日本賃貸住宅管理協会（22団体）、近畿2府8県バス協会（10団体）とも協定を締結している。

(3) 大規模災害時等の北海道・東北8道府県相互応援に関する協定等 ア 概要

北海道、東北ブロックでは、東日本大震災時においても相互応援協定⁶や協定実施細目に基づくカウンターパート方式により、初動対応時の応援先が明確であったが、協定の運用にあたり、広域応援

6 「大規模災害時等の北海道・東北8道府県相互応援に関する協定」(平成26年10月21日発効)

のための業務体制が明確にされていない等の問題があった。このため「全国都道府県における災害時の広域応援に関する協定」の改正に伴い、平成26年に全面的見直しを行っている。また、応援を迅速かつ的確に実施するため平成27年に共同でガイドラインを策定している。

イ 応援体制・災害への対応状況

広域応援の対象であるが、協定する 8 道府県内の被災道府県から会長道県⁷に対し応援の要請があったとき⁸のほか、関東ブロックからブロック間応援の要請があったときに対応する⁹ものとしている。

本年（2021年）2月13日午後11時過ぎに宮城県南部、福島県で発生した震度 6 強の地震を受けて、全国知事会は、自治体職員の応援などの調整を行うため緊急広域災害対策本部を設置し、14日午前、1 回目の会議をオンラインで開催した。

当該地震により東北地方から関東地方にかけて大規模な停電が発生したが、この中で、宮城県の村井知事は「宮城県は、県内ですべて対処でき、広域応援を要請する状況にはないと考えている。余震があるので油断はできないが、大きな地震や津波などがなければこのまま収束していくと考えている」とし、福島県の内堀知事は「東日本大震災から10年を目前にして、当時の記憶が呼び起こされて、非常にショックを受けた県民も多いと思う。自衛隊に給水の災害派遣要請を行ったが、今のところ広域応援を要請する状況ではない。

7 ローテーションにより担当する。実施細目第16条に定められており、【表 2】3 に示すとおりである。

8 カバー（支援）県は実施細目第 3 条に定められており、【表 2】1 に示すとおりである。

9 「大規模災害時等の北海道・東北 8 道府県相互応援ガイドライン」（平成27年 3 月）第 2 章 4 に定められており、【表 2】2 に示すとおりである。

コロナ対策を行いながら、避難者のサポートを続けたい」と述べた。

これを受け会議では、今後の地震も警戒しながら、被災地から要請があれば速やかに応援を派遣できる態勢をとることを確認している¹⁰。

6 おわりに

広域応援等体制が実際に有機的に機能するためには、事前に関係者間の協議を行い、方針や取極め内容を明らかにして、認識の共有をしていくことが必要とされる。

また、都道府県、市町村、関係事業者相互の連携要領を定め、組織的に活動できるようにしておくことも重要である。

今回、広域応援について見てきたが、首都圏や関西地域は首都直下や南海トラフ地震への対応が喫緊であるため、より進んだ体制を作り上げている。また、関西広域連合は全国に先駆けて広域支援体制の必要性に目を向け、実際に東日本大震災で応援体制を機能させてきている。

東北日本海側にある秋田県は、災害史から見ると1983年(昭和58年)の日本海中部地震と1833年の庄内沖の地震の震源域の間に挟まれた海域では、過去に大きな地震の発生が知られていないことから、この海域を「自身の空白域」とする考え方もあるとされる¹¹。

地域防災計画では、自身の都道府県が被災した場合の受援計画に軸足が置かれる。しかし、南海トラフ地震や首都直下地震では首都圏や関西地域は被災地となる。今後は、東北日本海側の県にはこれまでにない応援体制の構築と実際の支援が求められるのではないだろうか。今後 8

10 NHK NEWS WEB「地震 知事会が会議 宮城・福島 “広域応援要請の状況ではない”」(2021年 2月14日 14時10分) <https://www3.nhk.or.jp/news/html/20210214/k10012866361000.html> (2021年 2月 1 日閲覧)

11 「秋田県の地震活動の特徴」(地震本部) https://www.jishin.go.jp/regional_seismicity/rs_tohoku/p05_akita/ (2021年 2月 1 日閲覧)

道府県とも連携しつつ、応援態勢を整え、できうれば被災者の長期の受け入れなども検討していくべきであり、東北日本海側にはその潜在的な能力があるものとする。秋田県でも東日本大震災の被災者受入実績があり、現在も500名弱の避難者の生活を支援している。今後対応すべき大災害に対しては、東北日本海側の秋田県は特に応援県としての活躍が期待されるのではないかと。

さらに広域応援体制を補完するのは公助に限られない。今後30年のレンジで大災害に対応するためには大学にも、自助、共助を考えられる学生の育成やさらには防災教育を通じた行政を担う人材の輩出が求められている。

【表1】

○災害対策基本法改正（平成24年、25年）

地方自治体間の応援又は地方自治体への国の関与に関する改正

分野	従来の災害対策基本法	第1弾改正 (平成24年)	第2弾改正 (平成25年)
応急措置の代行	市町村の指揮命令系統が失われた場合に、都道府県が応急措置を代行（73条）	—	市町村及び都道府県の指揮命令系統が失われた場合に、国が応急措置を代行（78条の2）
物資輸送・供給	なし	国または都道府県による物資の供給（86条の16）	—
被災者の保護	なし	広域一時滞在制度（86条の8～12）	国による広域一時滞入手続きの代行（86条の13）
応援①	応急措置（消防・救助等）に限り自治体間で応援	自治体間の応援対象業務を拡大（応急措置→災害応急対策全般（67条、68条、74条）	災害応急対策に係る国による応援（74条の3）

応援②	なし	応援に関する都道府県・国による調整の拡充(72条、74条の2)	—
災害復旧	災害復旧の実施責任者による災害復旧の実施(87条)	—	国・都道府県による災害復旧事業の代行制度(大規模災害からの復興に関する法律)

出典：「災害法体系について」(内閣府政策統括官(防災担当)付作成資料を基に筆者作成)

【表2】

大規模災害時等の北海道・東北8道府県相互応援等に関する協定実施細目等

- 1 北海道・東北ブロック内の体制(協定実施細目別表2(第2条関連))
カウンターパート制によるカバー(支援)県

被災道県名	第1順位	第2順位	第3順位
北海道	青森県	岩手県	秋田県
青森県	北海道	秋田県	岩手県
岩手県	秋田県	北海道	青森県
宮城県	山形県	福島県	北海道
秋田県	岩手県	青森県	新潟県
山形県	宮城県	新潟県	福島県
福島県	新潟県	宮城県	山形県
新潟県	福島県	山形県	宮城県

- 2 ブロック間応援の要請があった場合の体制

応援のニーズ把握のため情報収集集を行う現地調査員を派遣する際の道県の割当

被災都県	第1順位	第2順位
栃木県	北海道	青森県
茨城県	青森県	北海道
群馬県	秋田県	岩手県
埼玉県	岩手県	秋田県
東京都	山形県	宮城県
千葉県	宮城県	山形県
神奈川県	福島県	新潟県
山梨県	新潟県	福島県
長野県	秋田県	岩手県
静岡県	新潟県	福島県

3 連絡協議会及び協定見直し当番道県のローテーション（協定実施細目別表4（第16条関連））

順番	道県名
1	北海道
2	青森県
3	岩手県
4	宮城県
5	秋田県
6	山形県
7	福島県
8	新潟県

ドイツ、テューリンゲン州における 中層官庁の制度発展 —TLVwA は生き残れるか—

寺 迫 剛

1. はじめに；本稿の目的

ドイツ連邦共和国 (Bundesrepublik Deutschland) を構成する全16州の中の一つであるテューリンゲン州 (Freistaat Thüringen) には、他州に先駆けて特徴的な州中層官庁として、TLVwA (Thüringer Landesverwaltungsamt：テューリンゲン州行政庁) が存在する。TLVwA が発足したのは、ちょうど今から30年前の1991年である。

そもそもテューリンゲン州自体が、その前年の1990年7月、当時はまだDDR (Deutsche Demokratische Republik：ドイツ民主共和国 (東ドイツ)) における州制度再導入によって他の4州とともに再建された。そして同年10月3日、ドイツ再統一によりDDRを構成する5州は連邦共和国へ編入された。ドイツ再統一とは、制度的には対等合併ではなく、連邦共和国 (西ドイツ) へのDDR (東ドイツ) の編入だったのである。そもそもDDRにおける州制度導入も「州」として編入されるための制度的選択であった。

さらにTLVwAの現状に影響を及ぼしたであろうテューリンゲン州の制度発展の経路を遡るなら、再統一前のDDR、第二次世界大戦敗戦後のソ連占領期、それ以前の国家社会主義体制 (NS Regime) 下、そしてほぼ100年前、在りし日の民主的なヴァイマル共和国における1920年のテューリンゲン州の成立へ至る¹。まさに歴史的制度発展の過程である。

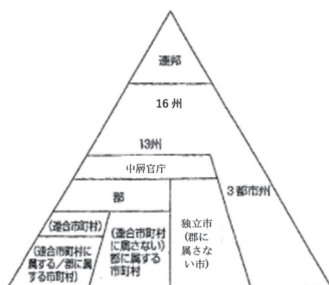
¹ 100 Jahre Thüringen, Ein Projekt des Weimarer Republik e.V.,
Gefördert von der Thüringer Staatskanzlei

そこで本稿は、寺迫 (2019) (2000) を踏まえつつ、第 1 に TLVwA を生み出すに至るテューリンゲン州行政の制度発展、第 2 にドイツ再統一後の TLVwA の設置過程、第 3 にその後の TLVwA の制度発展について考察する。

2. 中層官庁論

TLVwA はドイツの州行政構造において、中層官庁 (Mittelinanz) として認識される。ドイツの行政構造における中層官庁の位置づけは、図表 1 に示したとおりである。

図表 1：ドイツの行政構造



【出典】ボグミル (寺迫訳) (2009)、32頁 (一部修正)

図表 1 は、各州が州憲法によって独自に行政機構を定める多様な 16 州の行政構造について包括的に概観したものである²。本稿が考察の対象とする中層官庁とは、ベルリン市等のいわゆる 3 都市州を除く、13 州のうち 3 層制の州行政構造を採用する州に設置されている。3 層制とは基本的に、一方で州府省等の州政府レベルと、他方で郡市町村の州自治体レベルの間、すなわち中層レベルに両者を結節する中層官庁を設置する制度である。13

² ボグミル[寺迫訳] (2009)、32頁

州は各々、中層官庁を有する 3 層制と、有さない 2 層制に 2 分できる。

1949年のドイツ連邦共和国の建国時より連邦を構成する在来州の多くは 3 層制を採用している。そのいずれもが州内をいくつかの地域に区分して複数の中層官庁を設置していた。これが一般的な制度アレンジメントであり、1990年のドイツ再統一で新州として連邦に編入された旧 DDR 構成 5 州も、うち 3 州が 3 層制を採用した。そのうちザクセン・アンハルト州とザクセン州が州内を各 3 地域に区分して中層官庁を設置した。

しかし、3 州のうちチューリンゲン州だけが唯一、1991年に州内を地域区分せずに単一の中層官庁として管轄する州行政庁 (Landesverwaltungsamt; 略称 LVwA) を新設した。これはドイツ初の事例として、画期的であった。それから 30 年を経て、3 層制の州行政構造の中層に単一の LVwA を設置する事例は、ザクセン・アンハルト州やザクセン州へ敷衍している。このことから、チューリンゲン州が導入した LVwA 方式は、州行政構造をめぐる多様な選択肢の中でも、競争力を有していることがうかがえる。それが、積極的な評価ゆえであるのか、あるいは、「せざるをえない」選択の先取りだったのか、いずれにしてもである。

3. テューリンゲン州の歴史的経路

3.1. テューリンゲン地域の歴史

まずはチューリンゲン州の歴史をかい摘んで振り返る。なぜなら、現在のチューリンゲン州の 3 層制における中層官庁の枠組みは、下位の郡市町村レベルの枠組みに大きく左右されるからである。例えるなら、日本におけるいわゆる地方分権の受け皿論にも似て、郡の規模の大小によって、郡自体あるいは中層官庁に期待される機能は異なってくるからである。そして、郡はドイツにおいて最も歴史に根差した地域的枠組みのひとつであり、その制度発展は、歴史的な経路依存性に大きく影響されるからである。

現在のチューリンゲン州およびこれに隣接するザクセン・アンハルト州がおおよそ位置する地域の歴史は、「ドイツ文化の心のふるさと (Herz-

land der deutscher Kultur)」などと称され約1500年遡ることができる³。5世紀後半にテューリンゲンは独自の王国（**Königsreich**）を建国したものの、1世紀もたたない531年にフランク王国に侵略されて政治的独立を喪失した。

これ以降の約1400年、現在のテューリンゲン州の位置する地域は、歴史的にひとつの地域として認識されながらも、バイエルンやザクセンなどのように、現在の州に継承されるような国家的枠組みは存在せず、小国が群雄割拠するような状況が続いたのである。

3.2. テューリンゲン州の成立

テューリンゲン州は、2020年、州成立100周年を迎えた。州政府後援の100周年記念事業によれば、テューリンゲン州（**Land Thüringen**）成立の定礎として認識されているのは、1919年のヴァイマル共和国成立への引金となった1918年の11月革命である⁴。なぜなら、公王家（**Fürstenhäuser**）が廃止され、国民が主権を獲得したことによって、テューリンゲン統一への道も開けたからである。1920年5月1日、テューリンゲン地域の7ヶ国の小規模自由国（**kleiner Freistaat**）が、「民主的な手法と自由意志に基づき」州としての統一を実現した。このようにして州が新たに成立したのは、ドイツ史においても唯一とされる。

3.3. テューリンゲン州の沈黙：NS レジーム下のガウ

しかし、誰もが現代史で最も重要な教訓のひとつとして知るとおり、ヴァイマル共和国の民主制は、ヒトラー（**Adolf Hitler**）によりその弱みに付け込まれ国家社会主義体制（**NS Regime**）へ転落する。それは1933年

³ Raßloff (2020) , 8-11

⁴ 100 Jahre Thüringen, Ein Projekt des Weimarer Republik e.V., Gefördert von der Thüringer Staatskanzle および Raßloff (2020) ,81-89

のいわゆる権力奪取 (**Machtergreifung**) に先駆け、チューリンゲン州で先行した⁵。

1929年チューリンゲン州議会選挙を経て NSDAP (**Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei**: 国家社会主義ドイツ労働者党) は、1930年にドイツで初めて州政権に参加した。続く1932年州議会選挙でも大勝した NSDAP は、ヴァイマール・ガウ代表 (**Weimarer Gauleiter**) ザウケル (**Fritz Sauckel**) が州首相の座を獲得した。

ガウ (**Gau**) とは、中世に用いられた地域あるいは行政区画を指す語に由来し、NSDAP が地方党組織の呼称として復活させたものである。州全権を掌握したザウケル州首相によりチューリンゲン州は「チューリンゲン模範ガウ (**Mustergau Thüringen**)」へ体制転換されてしまった。これを嚆矢に、1933年以降、全ドイツがガウ体制へ転換されていった。ヴァイマール共和国と通称されるように、ドイツ民主制の象徴であったヴァイマール市を、ヒトラーはナチズム (**Nationalsozialismus**) を体現するモデル都市たるガウ首都 (**Gauhauptstadt**) へ作り変えようとした⁶。その中心として、党・政府機能の集約拠点施設ガウ・フォーラム (**Gauforum**) の建設が進められた。

この時整備されたガウ・フォーラムは、全体計画が余りに大規模であったため、結局、1945年までに完成には至らなかったものの、段階的に整備・運用された建造物群は戦後も残存した。旧ガウ・フォーラムの敷地の大半には現在、他ならぬ本稿が考察対象とする TLVwA が入居している⁷。

3.4. チューリンゲン州の分解：DDR 体制下で3県に分割

1945年、チューリンゲンはアメリカ軍によって解放されたものの、ポツ

⁵ MDR, *Zeit Reise* (2020)

⁶ Raßloff (2020), 92

⁷ 旧Gauforum 敷地には TLVwA の他にも、ショックピングモールが整備されるなど利活用されている。現地調査 (2019.03)

ダムにおける対ドイツ戦勝 4 ヶ国分割の合意に従い、米軍は撤退してしま
いソ連軍の占領地域となった。占領期を経て1949年、東西ドイツが個別に
成立、1990年のドイツ再統一まで、40年超の分断が続くことになる。

チューリンゲン州は東側のドイツ民主共和国 (DDR) を構成する 5 州
のひとつとなり、その州首都はヴァイマールではなく、エアフルト
(Erfurt) に移された⁸。しかし1952年、DDR を支配する SED (Sozialistische
Einheitspartei Deutschlands : ドイツ社会主義統一党) 独裁政権は、
中央集権化を推し進める為に州制度を廃止、5 州は14県 (DDR-Bezirk)
へ転換された。これにともないチューリンゲン州地域はエアフルト県、ゲー
ラ (Gera) 県およびズール (Suhl) 県の 3 県に再編された。

全国を14県に再編して中央集権化を進める一方、地方分権に関心のない
DDR 支配体制は、郡市町村レベルの枠組みを放置した。このことが、
1990年のドイツ再統一前後の州制度再建にあたって、州政府レベルと州内
自治体レベルとの間に中層官庁の必要性をめぐる議論が生じる要因となっ
た。しかもその議論は、単純に地域や人口を勘案すればいいだけの話では
けっしてなかった。なぜなら、中層官庁を置く場合にその枠組みは DDR
当時の県レベルと重なるため、これに対する政治的な反発が大きかったか
らである。

3.5. チューリンゲン州の復活：旧 DDR 地域は新 5 州として連邦共和国編入

1990年10月3日のドイツ再統一に至る過程は、1989年以降の DDR の民
主化過程が民衆の再統一要求へ変化することで極めて短期間で成し遂げら
れた⁹。1989年10月9日のライプツィヒ月曜デモの成功が、それまで抑圧
されていた国民と独裁政権との力関係の転機となり、ついに11月9日、か
の歴史的な「ベルリンの壁崩壊 (Mauerfall)」を引き起こした。

⁸ Raßloff (2020) ,98-108

⁹ 寺迫 (2003) (2005) (2009)

1990年3月18日、DDR初の民主的な人民議会選挙が実施された。地滑り的に大勝した政党連合AfD (Allianz für Deutschland: ドイツ連合) は、実際のところ連邦共和国の連立与党第一党CDU (Christlich Demokratische Union Deutschlands: キリスト教民主同盟) に強力に支援されていた¹⁰。これにより当時の東西両国政権の方針は連邦共和国基本法23条に基づく早期ドイツ再統一で足並みが揃った。後に「統一の立役者たる首相 (Kanzler der Einheit)」と賞される程のイニシアティブを発揮したコール (Helmut Kohl) 連邦首相が、ドイツ再統一とヨーロッパ統合が「メダルの両面 (zwei Seiten derselben Medaille)」であると表現したように、ドイツ再統一は1990年代以降のヨーロッパ統合へのマイルストーンとしても重要な歴史的偉業となった¹¹。

ただし本来であれば、ドイツ再統一は基本法146条に基づき、新憲法の制定によって成し遂げられるはずであった¹²。だからこそ連邦共和国基本法は憲法を名乗らず基本法と称していたのである。それにもかかわらず基本法23条に基づくドイツ再統一に至った要因としては、第1に、上述のとおりDDR人民議会選挙を通じた民意、第2に、DDR国内およびソ連ゴルバチョフ政権の逼迫する状況から時間的余裕が無かったという共通認識、そして第3に、23条方式であれば、連邦共和国への編入を望む側において手続きが必要となるだけで、迎え入れる連邦共和国側には現体制を変更する必要が全くなかったからである¹³。このことは同時に、戦後40年を超えて連邦共和国が築き上げた自由民主主義体制としての国際的な信頼性を担

¹⁰ このAfD (Allianz für Deutschland) と後述のAfD (Alternative für Deutschland) とは無関係。寺迫 (2013a) (2013b)

¹¹ Konrad Adenauer Stiftung: Deutsche Einheit

¹² 1990年当時の基本法146条は以下のとおり; Art.146GG(bis 1990),"das Grundgesetz seine Gültigkeit an dem Tage verliert, an Dem eine Verfassung in Kraft tritt, die vom deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist"

¹³ 寺迫 (2003) (2005)

保にすることによって、ドイツを統一させると再度脅威となるという疑念、いわゆる「ドイツ問題 (Deutsche Frage)」を払拭することにもなった。

以上の劇的な経緯から、かつてドイツを構成していた地域が州単位で連邦共和国へ復帰できると定められた基本法23条に基づくドイツ再統一で合意が形成され、これに備えた制度選択として、民主的に選出された DDR 人民議会において1990年7月22日に州導入法 (Ländereinführungsgesetz) が可決された¹⁴。これは、郡レベルでの州境界線は少し異なるものの、ほぼ1952年に廃止された5州の枠組みを再建するものであった¹⁵。

4. TLVwA の設置過程

4.1. 独自の制度選択として TLVwA

1990年10月3日のドイツ再統一により、テューリンゲン州は連邦共和国を構成する新州のひとつとなった。本章で注目すべきは、州行政制度の再構築にあたって、第1に州行政制度として中層官庁を有する3層制が選択されたこと、しかも第2に、連邦を構成する全16州で初めて州内単一の中層官庁として州行政庁 (Landesverwaltungsamt : LVwA) が設置されたことである。

旧 DDR から連邦共和国へ編入された5州の州制度構築は、一般的に在来州からの「制度移転 (Institutionentransfer)」の要素が大きかったとされるがゆえに、このテューリンゲン州独自の例外的な制度選択は特筆に値する。

König (1997) は、テューリンゲン州における LVwA 設置は2層制論と3層制論の「妥協の産物 (Kompromißlösung)」だったと評している¹⁶。

¹⁴ BMJV/juris; Verfassungsgesetz zur Bildung von Ländern in der Deutschen Demokratischen Republik (Ländereinführungsgesetz), 22.07.1990

¹⁵ MDR, Zeit Reise (2015)

¹⁶ König (1997), 229-230および234-236

すなわち、一方で、2層制の州行政構造を制度選択したブランデンブルク州と同様にDDR県行政機構は政治的に清算することと、他方で、連邦共和国在来州の機能的な中層官庁方式を導入することとの妥協である。その帰結が、州内を地域区分することなく州全体を一括して所掌する州内単一の中層官庁(LVwA)を設置するという、前例のない制度を生み出したのである。

4.2. 初の州議会選挙と最初期の州議会

1990年10月14日、新5州では最初の州議会選挙が実施された。テューリンゲン州で第1党となったCDUは州議会単独過半数に一議席及ばなかったものの、連立パートナーとして想定されたFDP(Freie Demokratische Partei:自由民主党)と組めば議会過半数は十分確保できる勢力となった¹⁷。

最初の州議会は、10月25日、ヴァイマールの国立劇場(Nationaltheater)にて開催された¹⁸。州立ヴァイマール交響楽団によるベートーヴェン「エグモント」序曲の演奏から幕開ける式典的色彩の濃い催しであったが、州議会議長の選出も実施された。翌26日から、場所をエアフルト市に移して暫定州設置法(Vorläufige Landessatzung für das Land Thüringen)の第1読会等実質的に動き始め¹⁹、続く11月7日の第3回州議会で、暫定州設置法が可決された²⁰。翌8日の第4回議会で、CDUのドゥハチ(Josef Duchac)が州首相に選出されるとただちに組閣し、CDU・

¹⁷ Thüringer Landesamt für Statistik (2009) S.20-21および Büro des Landeswahlleiters Thüringen Regina Mertins氏取材。寺迫(2014)23頁

¹⁸ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1990, 1. Plenarsitzung, Donnerstag, den 25. Oktober 1990

¹⁹ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1990, 2. Plenarsitzung, Freitag, den 26. Oktober 1990

²⁰ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1990, 3. Plenarsitzung, Mittwoch, den 7. November 1990

FDP 連立の初代州政権が発足した²¹。

4.3. 暫定州設置法

この暫定州設置法は州憲法制定までの州の基本的な体制について、暫定憲法に相当するものであった²²。同法第1条で州首都はエアフルトに定められるとともに、第2条第1項で「州議会は人民 (Volk) から選出され、議員は人民の代表として、その良心のみに従い、他に拘束されない」とされた。また州行政構造については、同11条で「州政府は州首相と州省によって構成される」とされ、同13条1項で「州首相は州政治の指針を定め、これについて議会に対して責任を負う。この指針の下、各大臣は個別にその所掌を指揮し、議会に対して独自に責任を負う」とされた。ここで確認しておくべきことは、府省の設置について、チューリンゲン州は、日本のように設置法を要する法定主義ではなく、州政府がこれを自ら決定する裁量主義を採用したことである。新政府は翌12月4日に「暫定州設置法第13条に基づく各州省設置令」を制定した²³。続く12月18日の「1990年12月18日付第一所掌確定令」では、郡および郡に属さない独立市等の自治体行政の枠組みについて取り決められた²⁴。ただしこの時点では、DDR 末期の35郡・5独立市の枠組みが維持されており、州行政構造として3層制か2層

²¹ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1990, 4. Plenarsitzung, Donnerstag, den 8. November 1990

²² Gesetzblatt für das Land Thüringen, 1990, Nr.1.; Vorläufige Landessatzung für das Land Thüringen. Vom 7. November 1990, 1-4

²³ Verordnungsblatt für das Land Thüringen 1990, Nr.1.; Beschluß der Thüringer Landesregierung vom 4. Dezember 1990. Zuständigkeit der einzelnen Minister nach § 13 Abs. 1 der Vorläufigen Landessatzung für das Land Thüringen

²⁴ Verordnungsblatt für das Land Thüringen 1991, Nr.1. ; Erste Verordnung zur Bestimmung von Zuständigkeiten vom 18. Dezember 1990. Beschluß der Thüringer Landesregierung vom 18. Dezember 1990

制のどちらを選択するかについても、まだ明確にはされていないかった。

4.4. LVwA 設置の根拠

州行政庁 (Landesverwaltungsamt : LVwA) について州議会本会議で初めての言及は、1991年3月20日の第13回議会において、ジークマン (Hartmut Sieckmann) 州環境大臣が旧 DDR 県の廃止にともない州内4地域に州環境省の外庁機能を必要としているとの文脈でなされた²⁵。そして1991年4月18日の第16回州議会で、ベック (Willibald Böck) 州内務大臣が本格的に言及した²⁶。州政府は3層制の州行政構造を予定しており、その要たる中層に結節官庁 (Bündelungsbehörde) として LVwA を設置するとの表明である。

その際、ベック州内務大臣が語った LVwA のコンセプトの要点は以下のとおりである。第1に、州行政の一体的な総合調整機能を有する LVwA を6局体制で設置する。LVwA なら、例えば廃棄物処理施設や道路整備計画、大規模施設建設など、あらゆる公共政策において、自然・環境保護、人々の福祉、州内各地域の発展あるいは経済的な競争力等の相反する利害が理性的に調整でき、加えて、財政的にも現実的な妥協を見出しやすい。

第2に、各州省が各々出先機関を設置あるいは設置後に廃止するよりも、LVwA の方が行政資源・人員の効率的かつ有効性の高い運用を可能とする。なぜなら、各州省の縦割りを超え LVwA 内で柔軟に活用できるからである。

第3に、LVwA があれば、これを有さない2層制よりも、より市民に近い行政を実現できる。なぜなら、各州省間の総合調整過程を含め、市民

²⁵ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, 13. Plenarsitzung, Mittwoch, den 20. März 1991

²⁶ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, 16. Plenarsitzung, Donnerstag, den 18. April 1991

が自身に係る情報を、一つ屋根の下で手に入れることができるからである。

第4に、もしLVwAの結節機能が無ければ、州行政において部門間の利益偏在が生じかねず、あるいは政策決定が郡レベルなどの分権的な地方行政レベルから集権的な州省レベルへ移管されてしまいかねない。

第5に、3層制の州行政の構築およびLVwAの早急な必要性について、職員組合(Berufsverbände)の代表からの疑義は呈されておらず、テューリンゲン州郡協議会(Thüringer Landkreistag)およびテューリンゲン州市町村協議会(Städte- und Gemeindebund Thüringens)の関係者からも賛同をえている。

以上のベック州内務大臣のLVwAの必要性についての演説は、具体的なテューリンゲンの事例としてだけでなく、中層官庁の存在意義を端的に明示した一般論としても普遍的な価値を有する。その内容は、30年を経た2020年代においても通用する。とくに、経済的利益と環境的視点との衝突をいかに均衡させるかについては、旧DDR体制による環境汚染の後始末に追われていた1990年代当初からの課題であり、地球規模の環境問題に直面する現在においても、ますますその重要性は増すことになる。

4.5. TLVwAありきの3層制の州行政構造

1991年6月5日の第19回州議会において第一テューリンゲン行政機能向上法(Erstes Gesetz zur Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Thüringer Verwaltung)の政府案が提出された²⁷。同法案は、LVwA等の行政組織設置法に相当するものではなく、州行政がどのように機能すべきかについての全体像を示したものであり、LVwAの存在も前提として構成されていた。同法案は州議会内務委員会に送付されて審議された後、

²⁷ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, 19. Plenarsitzung, Mittwoch, den 5. Juni 1991および
Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, Drucksache 1/334

7月11日の第26回州議会に送付された州議会内務委員会による決議案²⁸と野党会派「新フォーラム・緑の党・今こそ民主主義を (NF/GR/DJ)」による修正案²⁹を踏まえての第二読会を経て、内務委員会決議案が賛成多数で可決成立した³⁰。

これを踏まえつつ、翌週の7月18日付のテューリンゲン州機構設置令 (Anordnung der Landesregierung und Verordnung des Innenministers über die Errichtung von Behörden und Einrichtungen des Landes Thüringen vom 18. Juni 1991) により、他の州行政機構とともに TLVwA も正式に設置され、7月20日から稼働し始めた³¹。

上記のような経緯で設置された TLVwA は、1991年8月には、州環境監督庁 (staatliche Umweltinspektion) 所管の鉱業・地質部門を統合、1994年には独立専門家委員会の諮問に基づく組織改革に合わせて、農業政策および環境政策部門も再編され、地籍簿および登記業務も TLVwA へ移管されるなど、1990年代前半は TLVwA の拡充期となった。

4.6. 州首相交代と州憲法制定

州行政制度の再構築の道筋が整いつつあった1992年1月、初代州首相ドゥハチ (CDU) は5年の議会任期を全うできず辞職した。旧 DDR 当時に通称シュタージとして悪名を轟かせた国民監視・弾圧機関の国家安全保障省 (Ministerium für Staatssicherheit (Stasi)) に協力した過去が発覚したからである。

第2代州首相に就任したフォージェル (Bernhard Vogel) は、1976年か

²⁸ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, Drucksache 1/599

²⁹ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, Drucksache 1/610

³⁰ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, 26. Plenarsitzung, Donnerstag, den 11. Juli 1991

³¹ Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Thüringen, 1991, Nr.13.
および TLVwA(Thüringer Landesverwaltungsamt), Das TLVwA

ら1988年まで在来州のラインラント・プファルツ州首相を務めた人物である³²。ドイツ再統一後、在来州から新州へ、政治家、官僚など多くの人材が馳せ参じたうちの象徴的な一人である。フォーゲルは、2つの異なる州で州首相になった唯一の人物として、その後、連立を組み変えつつ2003年までの長期州政権を実現することになる。

この間、チューリンゲン州憲法 (Thüringer Verfassung) は、第1回州議会からちょうど3年後の1993年10月25日に開催された第95回州議会において、2/3超の賛成により承認され成立した³³。チューリンゲン州は正式名として **Freistaat** (自由国) を冠することになった³⁴。新たな州憲法体制下においても、暫定州設置法や第一チューリンゲン行政機能向上法等で積み上げられた州行政のしくみが、そのまま踏襲されることとなった。

5. テューリンゲン州と TLVwA の30年

5.1. CDU 主導の安定政権の継続

図表2は、新州としての州行政制度構築時に、3層制かつ単一の中層官庁としての **TLVwA** という16州で初の制度的枠組みを生み出したチューリンゲン州の、その後の制度発展の経路を示したものである。

州行政構造の2層制論と3層制論について論じる際、最も重要かつ不可欠な論点のひとつが、自治体の規模である。日本における地方分権論と同様に、州行政分権の受け皿として規模拡大の要請と、より小さくより市民に近い存在足らんという使命との間で、規模をめぐる論争は揺れる。日本の郡はもはや名称だけになって久しいが、そもそもその郡制度の輸入元で

³² Vogel, Bernd, Biografie および Der Spiegel, 03.02.1992, Schulbus in den Bergen

³³ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1993, 95. Plenarsitzung, Montag, den 25. Oktober 1993および
Thüringer Landtag, Thüringer Verfassungsgeschichte

³⁴ Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1993, Drucksache 1/2660,

あるドイツでは、市民と直接接する Stadt (市) および Gemeinde (町村) を包括する郡 (Landkreis) および、郡に属さない独立市 (Kreisfreie Stadt) が現存し、その規模と数が州政府からの分権の目安として重要となる。

図表 2：テューリンゲンにおける州制度改革と州政権枠組みの変遷

	州議会選挙	州政権	連立与党	主要な立法等
1990	①州議会選挙 CDU・FDP 過半数	CDU・FDP 連立 MP1(1990～1992): Josef Duchač		3層制/単一の TLVwA
1991		MP2(1992～2003): Bernhard Vogel		
1994	②州議会選挙 FDP 全滅	CDU・SPD 大連立		→1998.01 Eisenach 市 6番目の独立市に 3支庁設置(1997)
1999	③州議会選挙 CDU 単独過半数	CDU 単独		Sonderhausen, Meiningen, Stadtroda
2003		MP3(2003～2009): Dieter Althaus		
2004	④州議会選挙 CDU 単独過半数			
2009	⑤州外会選挙 CDU 過半数割れ	CDU・SPD 大連立 MP4(2009～2014) Christine Lieberknecht		
2014	⑥州議会選挙 CDU 第1党維持 FDP 全滅 AfD 進出	赤・赤・緑連立 MP5:(2014～) Bodo Ramelow ※LINKE 初の州首相		Koalitionsvertrag2014 2016 地域改革推進法 →2017 州憲法裁違憲判決 ThürVwRG2018
2019	⑦州議会選挙 10月27日			TLwA から分離統合して TLUBN 発足(2019～)
2020		赤・赤・緑少数連立+CDU 閣外協力		17郡・6独立市

政党公式カラーと 図表上の識別模様	CDU 黒	FDP 黄	SPD 赤	B90/G 緑	LINKE 赤
----------------------	-------	-------	-------	---------	---------

※MP は Ministerpräsident (州首相) 【出典】 著者作成

第 1 期州議会任期の末、フォーゲル州政権は郡再編 (Gebietsreform)

を実現した。1994年1月に自治体地域改革措置法 (ThürMaßnG) が成立し、旧 DDR 末期のまま35郡・5独立市の枠組みで発足した州自治体は、1994年7月から17郡・5独立市へ再編された³⁵。

郡再編直後の1994年10月に実施された第2回州議会選挙の結果、フォーゲル率いる CDU は連立を組み替え SPD (Sozialdemokratische Partei Deutschlands: ドイツ社会民主党) との大連立政権を組むことになった。CDU は得票率が前回比で漸減の42.6%となり単独過半数に至らなかった一方、これまでの連立パートナー FDP は得票率5%等の議席獲得要件を満たせず全滅してしまったからである。1999年までの州議会第2期において、郡再編に関しては、1998年1月より、ヴァルトブルク郡 (Landkreis Wartburgkreis) 内のアイゼナッハ市 (Stadt Eisenach) が郡に属さない独立市に昇格した³⁶。

続く1999年の第3回州議会選挙では、CDU が単独過半数を獲得し、単独で州政権を担った。州行政制度は比較的安定した状態で推移した。第3期州議会任期の末、フォーゲルからアルトハウス (Dieter Althaus) へ州首相は禅譲され、2004年の第4回州議会選挙でも CDU は単独過半数を維持した。この CDU 単独州政権の10年間は、制度的現状が維持された10年だった。

2009年の第5回州議会選挙の結果、再び CDU は過半数割れした。州首相はアルトハウスからリーバークネヒト (Christine Lieberknecht) へ引き継がれ、CDU と SPD による再度の大連立政権となった。引き続き、郡レベルおよび中層レベルの TLVwA の枠組みも、安定して推移した。

³⁵ Thüringer Gesetz über Maßnahmen zur kommunalen Gebietsreform (Thüringer Maßnahmengesetz - ThürMaßnG -)

³⁶ TLS, Kreisübergreifende Gebietsveränderungen nach dem 01.07.1994

5.2. 初の LINKE の州首相と 2 層制への転換論

2014年の第6回州議会選挙は、テューリンゲン州のみならず、連邦共和国史に残る転機となった。すなわち、LINKE (DIE LINKE; 左派党) 初の州首相 ラメロウ (Bodo Ramelow) 率いる LINKE、SPD、B90/Grüne (Bündnis 90 / Die Grünen: 90年連合/緑の党) による3党連立政権への州政権交代である。

LINKE は、旧 DDR 末期に独裁政党 SED の党組織を継承しつつ民主化し、新州の地域政党として再生した PDS と、SPD を離党した左派が2000年代に連合し結成された³⁷。ラメロウ州政権については様々に論じられるが、本稿で焦点を当てるのは、LINKE が TLVwA 廃止と3層制から2層制への州行政構造転換を掲げていたことである³⁸。ただし、5年間の州議会任期を担う州政権公約として3党が合意した連立協約『テューリンゲンを共に前進させる—民主的に、社会的に、エコロジカルに一』には、TLVwA の存廃について明記はされなかった。

ラメロウ州政権下、2層制への移行の前提として、郡合併を推進するための地域改革推進法 (Vorschaltgesetz zur Gebietsreform) が2016年7月に成立した。同法では郡の再編規模についての基準が示され、これが適用されれば17郡から8郡へ統合されることが想定された³⁹。しかし2017年に州憲法裁で違憲判決を受けるなど⁴⁰、郡再編は紆余曲折を重ねており、

³⁷ 寺迫 (2009)

³⁸ DIE LINKE. Fraktion im Thüringer Landtag, 24. Januar 2013, Landesverwaltungsamt langfristig abschaffen

³⁹ Vorschaltgesetz zur Durchführung der Gebietsreform in Thüringen Vom 2. Juli 2016
Ministerium für Inneres und Kommunales; *Vorschaltgesetz zur Durchführung der Gebietsreform in Thüringen Vom 2. Juli 2016, Allgemeine Anwendungshinweise für freiwillige Neugliederungen kreisangehöriger Gemeinden*, 10. August 2016

⁴⁰ Thüringer Allgemeine, 09.Juni,2017, Gericht erklärt Vorschaltgesetz zur Gebietsreform für verfassungswidrig

17郡6独立市の現状が維持されている。実のところ、郡再編をめぐる論争は、地域のあり方をめぐる対立であるが故、単純な州議会と野党間対立にとどまらない、連立与党内での争いでもあった⁴¹。

結果として現在に至るまで、チューリンゲン州では2層制移行は実現していない。ザクセン・アンハルト州のような2度目の郡再編は実現せず、17郡6独立市体制が維持されている。このように分権の受け皿としての州自治体改革が進まないことも、中層官庁としての TLVwA 存続の主因のひとつといえよう。

5.3. TLVwA から環境局が分離

将来的な2層制への移行論がくすぶる中、2018年12月にチューリンゲン行政改革法 (Thüringer Verwaltungsreformgesetz : ThürVwRG 2018) が成立した。これにともない、2019年初頭から TLVwA 内の環境局は分離し、既存のチューリンゲン環境地理事務所 (Thüringer Landesanstalt für Umwelt und Geologie) およびチューリンゲン鉱山庁 (Thüringer Landebergamt) と統合されて新たにチューリンゲン環境・鉱山・自然保護庁 (Thüringer Landesamt für Umwelt, Bergbau und Naturschutz (TLUBN)) が組織された⁴²。

1991年の設置当初に6局体制でスタートした TLVwA は、2019年改組直前の時点で7局体制となっていた⁴³。すなわち、第1局=総務局 (Abteilung I/ Zentralabteilung) と政策部門別に組織された第2局から第7局である。

⁴¹ Thüringer Allgemeine, 09.Juni,2017, Abgeordnete von Rot-Rot-Grün wollen Kreisreform stoppen

⁴² TLVwA (Thüringer Landesverwaltungsamt), Umwelt Thüringer Verwaltungsreformgesetz 2018 (ThürVwRG 2018)

⁴³ TLVwA 提供資料,TLVwA (現地調査 (2019年3月))

2019年からの TLVwA 改組により、再編前の TLVwA の第4局＝環境局（Abteilung IV/ Umwelt）が離脱した。TLVwA は、残った6局を2局づつまとめて3局群（Abteilungsgruppe）へ再編し、3局群の外部に長官・副長官に直属して、競争力センター・行政4.0局を設置した⁴⁴。その後、同直属局は3局群に吸収される一方、新型コロナ危機に対応するべく、長官直属でコロナ初動対策特別室（Sonderstab Corona EAE）が新設された⁴⁵。

ところで TLVwA の本庁は、州首都のエアフルト市ではなくヴァイマル市に設置されている。一方 TLUBN はイェーナ（Jena）市、ヴァイマル市、ゲーラ（Gera）市の3本部体制となっている。つまり、TLVwA から分離した旧環境局は、TLUBN の3本部のひとつとして、引き続き同じ TLVwA の建物に同居している⁴⁶。

かつてベック初代州内務大臣による TLVwA の設置コンセプトが示したように、多様な政策部門を結節する中層官庁として、環境的利害と経済的利害の衝突を調整しうることは、TLVwA の制度的競争力の大きな源泉のひとつであった。それにもかかわらず今回、TLVwA から環境局が分離された経緯には、2014年から連立与党に参画した B90/緑の党の影響があるとされる⁴⁷。

そうであるなら、テューリンゲン州の連立政権の枠組みが、TLVwA の行方に大いに影響しうるだろう。だからこそ、2019年改組後の TLVwA の新体制が定着するか否かは、同年の州議会選挙とその結果を受けた州政権の連立枠組みに左右されることになると想定された。

⁴⁴ TLVwA（Thüringer Landesverwaltungsamt），Das TLVwA（2019年2月確認）

⁴⁵ TLVwA（Thüringer Landesverwaltungsamt），Das TLVwA（2021年2月確認）

⁴⁶ TLVwA 現地調査（2019年3月）

⁴⁷ TLVwA 現地調査（2019年3月）

5.4. 2019年州議会選挙後の混乱とその克服

ところが、2019年10月27日に実施された第7回州議会選挙は、それどころではなく、チューリンゲン州のみならず全ドイツを揺るがす難局をもたらした⁴⁸。2013年結党で2015年の欧州難民危機を機に党勢を拡大した新興急進右派政党で政権担当能力を有さないAfD (Alternative für Deutschland: ドイツ・オルタナティブ) が議会第2党に躍進したため、他の4党によるいずれかの連立による議会過半数の獲得も困難になったからである⁴⁹。すなわち、LINKE、SPD、B90/緑の党による現州政権の3党連立ですら、過半数割れした。現実的に議会過半数を確保するには、第1党のLINKEと第3党のCDUが連立せざるを得ない状況となったが、CDU側がこれを拒否した。

膠着状態に陥ったまま2020年になり、後任不在のまま暫定州首相にとどまるラメロウが試みた2月5日の州議会での首班指名投票の決選投票で、FDPのケメリッヒ (Thomas Kemmerich) が勝利し州首相となった。しかし、ケメリッヒがFDPとCDUだけでなくAfDの賛成票ありきで選出され、しかも、当選直後にAfD党内でも最右翼の極右政治家として知られるヘッケ (Björn Höcke) 州代表が申し出た握手に応じた映像が、全国を駆け巡った。AfDの賛成票による州首相誕生のインパクトは全ドイツに大きな衝撃と反発を巻き起こした。ケメリッヒ州首相は翌日には辞意を表明し、州政府を組織せずに8日に辞任したため、チューリンゲン州は無政府状態に陥った。

混乱は州内にとどまらず、AfDと同じ投票行動をしたCDUに対する党内外からの反発は、チューリンゲン州内を超えて連邦レベルにまで波及し

⁴⁸ TLS, Wahlen im Freistaat in Thüringen, Landtagswahl 2019 in Thüringen - endgültiges Ergebnis

⁴⁹ このAfD (Alternative für Deutschland) と上述のAfD (Allianz für Deutschland) とは無関係。ただし、あえて1990年当時のAfDと同じ略称になるような党名を名乗った可能性も。寺迫 (2013a) (2013b)

た。メルケル (Angela Merkel) 連邦首相の後継と目されていたクランプ=カレンバウアー (Annegret Kramp-Karrenbauer) CDU 党首は、既に他にも様々な困難に耐えつつ党首にとどまっていたが、このチューリンゲン州の混乱を決め手に、メルケル後継を辞退し、後任の CDU 党首が決定的に、党首を辞することも表明した。

結果的に、混乱収束を求める世論の支持を獲得して交渉のイニシアティブを取り戻したラメロウは、これまでの 3 党連立と CDU とで協定を結び、本来なら 2024 年任期満了による次回の州議会選挙を 2021 年 4 月に前倒し実施すること、それまでは、議会過半数に満たない 3 党連立少数政権に CDU が閣外協力することで合意した。そして州議会選挙から 4 ヶ月以上を経た 2020 年 3 月 4 日に、改めてラメロウは州首相に就任し、少数政権ながら 3 党連立が継続することになった。

従って、本稿の関心事である TLVwA については、連立枠組みに変更がないことから、ひとまず現状を継続することになった。ただし、2021 年に予定される州議会選挙により、状況は変化しうる。なお、新型コロナ危機のため、日程は 4 月から 9 月へ延期された⁵⁰。州議選の焦点は、TLVwA の 2019 年再編を主導した B90/緑の党が、州連立政権に留まるか否かである。

TLVwA はひとまず現状のまま継続することになった。それどころか、例えば喫緊の新型コロナ危機対策を含め、3 層制の州行政構造の中層における多様な政策部門の結節官庁としての機能を増々発揮している⁵¹。

⁵⁰ MDR Thüringen, 14 Januar 2021, Landtagswahl in Thüringen auf September verschoben

⁵¹ TLVwA, Coronavirus: Aktuelle Information für Arbeitgeber und Selbständige
Freistaat Thüringen, Corona-Informationsportal der Thüringer Landesregierung

6. 結論 テューリンゲン州における制度発展の経過と現状

本稿では、TLVwAを念頭に、それを取りまくテューリンゲン州の政治行政の制度発展について考察した。本稿の考察を通じて指摘できることは、以下の6点である。

第1に、1990年に再興したテューリンゲン州が3層制の州行政構造を選択したのは、歴史的な制度発展の経路に大きく影響されている。ザクセン州やバイエルン州程には古くなく、一方でザクセン・アンハルト州のように新しくもない、100年という歴史の中で、ヴァイマル期に7小国が自発的にテューリンゲン州を結成したという自負や、DDR期に3県に分解されていたことなどが、郡レベルの自立的な地域性を涵養してきた。

第2に、そのことが、受け皿論のような安易な郡合併を阻み、州行政を機能させるために中層官庁を必要とすることになった。ただし、州の規模に鑑みれば、同規模のブランデンブルク州が2層制を選択したように、州内を複数地域に区割りする規模ではないことから、妥協の産物として、州内単一の州行政庁(LVwA)という、唯一無二の制度選択を生み出した。

第3に、このように妥協の産物として生み出されたテューリンゲン州独特のTLVwA体制は、現在に至るまで基本的に維持されている。それどころか、単一中層官庁としてのLVwA方式は他州へも普及するようになった。

第4に、しかし2014年州議会選挙の結果、それまで一貫して州政権を担っていたCDUが下野し、LINKEのラメロウ州首相が率いるLINKE、SPD、B90/緑の党の3党連立政権が成立した。野党時代のLINKEは政策選好として州行政構造の3層制から2層制への転換を掲げていた。

第5に、それにもかかわらず、四半世紀を経た州行政構造の経路依存性は強く、2層制移行への受け皿づくりとなりうる郡再編は実現していない。

第6に、ただし2014年から連立政権に参加したB90/緑の党の主導により、TLVwAから環境政策所管部門が切り離された。この制度改革を皮切りに、今後、他の政策部門も個別にTLVwAから分離していけば、なし

崩し的に2層制へ移行する可能性もはらむ、重要な制度改革として認識できる。

以上を踏まえた結論として、TLVwA が、今後も生き残れるかどうかは、30年の経路依存性に拠る強靱さと、他州にも敷衍したことからも裏付けられる政策的合理性、そして政権担当能力を持つ政党との政治的な影響力等のせめぎ合いに左右されるであろう。

【参考文献】 (Web は2021年3月1日確認)

1次資料

Thüringer Landesregierung

Freistaat Thüringen, Corona-Informationportal der Thüringer Landesregierung <https://corona.thueringen.de/>

Ministerium für Inneres und Kommunales; Vorschaltgesetz zur Durchführung der Gebietsreform in Thüringen Vom 2. Juli 2016, Allgemeine Anwendungshinweise für freiwillige Neugliederungen kreisangehöriger Gemeinden, 10. August 2016
https://www.thueringen.de/mam/th3/tim/2015/anwendungshinweise_komplett.pdf

100 Jahre Thüringen, Ein Projekt des Weimarer Republik e.V., Gefördert von der Thüringer Staatskanzlei
<https://www.thueringen100.de/>

TLVwA(Thüringer Landesverwaltungsamt), Das TLVwA
<https://landesverwaltungsamt.thueringen.de/tlvwa>

TLVwA, Coronavirus: Aktuelle Information für Arbeitgeber und Selbständige
<https://www.thueringen.de/th3/tlvwa/index.aspx>

TLVwA (Thüringer Landesverwaltungsamt), Umwelt.
<https://www.thueringen.de/th3/tlvwa/umwelt/>

TLS (Thüringer Landesamt für Statistik), Landkreise und kreisfreie Städte in Thüringen
<https://statistik.thueringen.de/datenbank/auflistung.asp?auswahl=krs>

TLS (Thüringer Landesamt für Statistik), Kreisübergreifende
Gebietsveränderungen nach dem 01.07.1994
<https://statistik.thueringen.de/datenbank/gebiet4.asp>

TLS (Thüringer Landesamt für Statistik_ (2009), Landtagswahl in
Thüringen am 30. August 2009, S.20-21

TLS, Wahlen im Freistaat in Thüringen, Landtagswahl 2019 in
Thüringen - endgültiges Ergebnis
[https://wahlen.thueringen.de/datenbank/wahl1/wahl.asp?wahlart=LW
&wJahr=2019&zeigeErg=L](https://wahlen.thueringen.de/datenbank/wahl1/wahl.asp?wahlart=LW&wJahr=2019&zeigeErg=L)

Thüringer Landestag

Gesetzblatt für das Land Thüringen, 1990, Nr.1.; Vorläufige
Landessatzung für das Land Thüringen. Vom 7. November 1990, 1-
4

Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Thüringen, 1991, Nr.13.;
Anordnung der Landesregierung und Verordnung des
Innenministers über die Errichtung von Behörden und
Einrichtungen des Landes Thüringen. Vom 18. Juni 1991, den 19.Juli
1991, 188-195

Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Thüringen, 1991,
Nr14 : Thüringer Verwaltungsreformgesetz 2018 (ThürVwRG 2018)

Thüringer Gesetz über Maßnahmen zur kommunalen
Gebietsreform (Thüringer Maßnahmengesetz - ThürMaßnG -), Vom
3. Januar 1994
<http://landesrecht.thueringen.de/jportal/?quelle=jlink&query=KomGRefG+TH&psml=bsthueprod.psml&max=true>

Vorschaltgesetz zur Durchführung der Gebietsreform in Thüringen
Vom 2. Juli 2016
https://www.thueringen.de/mam/th3/tim/2015/vorschaltgesetz_staatsanzeiger.pdf

Verordnungsblatt für das Land Thüringen 1990, Nr.1.; Beschluß
der Thüringer Landesregierung vom 4. Dezember 1990. Zuständigk
eit der einzelnen Minister nach § 13 Abs. 1 der Vorläufigen
Landessatzung für das Land Thüringen

Verordnungsblatt für das Land Thüringen 1991, Nr.1, ; Erste
Verordnung zur Bestimmung von Zuständigkeiten vom 18.
Dezember 1990. Beschluß der Thüringer Landesregierung vom 18.
Dezember 1990

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1990, 1. Plenarsitzung,
Donnerstag, den. Oktober 1990

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1990, 2. Plenarsitzung,
Freitag, den 26. Oktober 1990

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1990, 3. Plenarsitzung,
Mittwoch, den 7. November 1990

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1990, 4. Plenarsitzung,
Donnerstag, den 8. November 1990

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, 13. Plenarsitzung,
Mittwoch, den 20. März 1991

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, 16. Plenarsitzung,
Donnerstag, den 18. April 1991

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, 16. Plenarsitzung,
Mittwoch, den 5. Juni 1991

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, 26. Plenarsitzung,
Donnerstag, den 11. Juli 1991

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1993, 95. Plenarsitzung,
Montag, den 25. Oktober 1993

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, Drucksache 1/334,
Erstes Gesetz zur Verbesserung der Funktionsfähigkeit der
Thüringer Verwaltung / Gesetzentwurf der Landesregierung

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, Drucksache 1/599,
Erstes Gesetz zur Verbesserung der Funktionsfähigkeit der
Thüringer Verwaltung / Beschlußempfehlung des Innenausschusses
zu dem Gesetzentwurf der Landesregierung

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1991, Drucksache 1/610,
Erstes Gesetz zur Verbesserung der Funktionsfähigkeit der

Thüringer Verwaltung / Änderungsantrag der Fraktion

Thüringer Landtag Parlamentsdokumente 1993, Drucksache 1/2660,
Beschlußempfehlung des Verfassungs- und
Geschäftsordnungsausschusses

Thüringer Landtag, Thüringer Verfassungsgeschichte
<https://www.thueringer-landtag.de/landtag/geschichte/landesverfassungg/>

Bundesregierung

BMJV/juris: Verfassungsgesetz zur Bildung von Ländern in der
Deutschen Demokratischen Republik (Ländereinführungsgesetz), 22.
07.1990

Parteien

DIE LINKE. Fraktion im Thüringer Landtag, 24. Januar 2013,
Landesverwaltungsamt langfristig abschaffen
<https://www.die-linke-thl.de/nc/presse/pressemitteilungen/detail/news/landesverwaltungsamt-langfristig-abschaffen>

Medien

MDR (Mitteldeutscher Rundfunk), Zeit Reise (2015), Die
Volkskammersitzung vom 22.7.1990
https://www.mdr.de/zeitreise/stoeborn/damals/artikel98820_page-1_zc-43c28d56.html

MDR (Mitteldeutscher Rundfunk), Zeit Reise (2020), Der
"Mustergau" Thüringen im Nationalsozial
<https://www.mdr.de/zeitreise/mustergau-thueringen-100.html>

MDR Thüringen, 14 Januar 2021, Landtagswahl in Thüringen auf
September verschoben
<https://www.mdr.de/thueringen/wahltermin-thueringen-verschoben-100.html>

Der Spiegel, 03.02.1992, Schulbub in den Bergen- Bernhard Vogel
ist der erste Ministerpräsident, der ein zweites Bundesland
regieren wird
<https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13680176.html>

Thüringer Allgemeine, 09.Juni,2017, Gericht erklärt Vorschaltgesetz zur Gebietsreform für verfassungswidrig
<https://www.thueringer-allgemeine.de/politik/gericht-erklaert-vorschaltgesetz-zur-gebietsreform-fuer-verfassungswidrig-id222855575.html>

Thüringer Allgemeine, 09.Juni,2017, Abgeordnete von Rot-Rot-Grün wollen Kreisreform stoppen <https://www.thueringer-allgemeine.de/politik/abgeordnete-von-rot-rot-gruen-wollen-kreisreform-stoppen-id222854767.html>

2次資料

Fleischhauer, Markus (2010), *Der NS-Gau Thüringen 1939-1945: Eine Struktur- und Funktionsgeschichte*. (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Thüringen, Kleine Reihe, Band 28)

Klaus König(1997), Aufbau der Landesverwaltung nach Leitbildern, In: Hellmut Wollmann, Hans-Ulrich Derlien, Klaus König, Wolfgang Renzsch, Wolfgang Seibel, *Transformation der politisch-administrativen Strukturen in Ostdeutschland*, Leske+Budrich, Opladen, S.223-258

Pierson, Paul (2004) *Politics in time: Histroy, Institutions and Social Analysis*, Princeton: Princeton University Press 【邦訳】ポール・ピアソン著；粕谷祐子 監訳(2010)『ポリティクス・イン・タイム：歴史・制度・社会分析』勁草書房

Pitschas, Rainer. (Hrsg.)(2008), *Dezentralisierung im Vergleich - Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland und Südostasien am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Duncker & Humbolt, Berlin

Raßloff, Steffen. (2020), *Geschichte Thüringens*, Verlag C.H.Beck oHG, München

Reiners, Markus (2008): *Verwaltungsstrukturereformen in den deutschen Bundesländern: Redikale Reformen auf der Ebene der staatlichen Mittelinanz*, VS Verlag für Sozialwissenschaften

Schmidt-Eichstaedt, Gerd. (1990) : Das Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der Deutschen Demokratischen Republik vom 17. Mai 1990, In: *Zeitschrift Deutsches Verwaltungsblatt, 105.Jahrgang*, Carl Heymanns Verlag, Köln Berlin Bonn München, S848-855

Seibel, Wolfgang unter Mitarbeit von Stephanie Reulen.(1996),
*Verwaltungsaufbau in den neuen Bundesländern - Zur
kommunikativen Logik staatlicher Institutionenbildung*, Ed. Sigma,
Berlin

Vogel, Bernd, Biografie
<https://www.bernhard-vogel.at/de/biografie/>

Willmann, Hellmut.,Hans-Ulrich Derlien, Klaus König, Wolfgang
Renzsch, Wolfgang Seibel (1997), Die institutionelle Transformation
Ostdeutschlands zwischen Systemtransfer und Eigendynamik, In:
Hellmut Wollmann, Hans-Ulrich Derlien, Klaus König, Wolfgang
Renzsch, Wolfgang Seibel, *Transformation der
politisch-administrativen Strukturen in Ostdeutschland*,
Leske+Budrich, Opladen, S.9-24

Wollmann, Hellmut (Hrsg.) (2002) : Länderneugliederung - Ein
Modell für Ostdeutschland, Leske + Budrich, Opladen

ヨルク・ボグミル著・寺迫剛訳「改革圧力の下にあるドイツの地方自治－
近年の市民参加と経済効率化の傾向」坪郷實、ゲジネ・フォリヤンティニ
ヨースト・縣公一郎編 (2009)『分権と自治体再構築－行政効率化と市
民参加』法律文化社、31 - 42頁

縣公一郎(1992) 「統一後ドイツの協調的連邦主義 - ノルトライン・ヴェ
ストファーレン州とブランデンブルク州の水平的協力を事例に - 」日本
行政学会編『年報行政研究27：統治機構の諸相』ぎょうせい、167-169
頁

寺迫剛(2003), 「ドイツ統一過程の考察にむけた分析モデルの構築」『早稲
田政治公法研究』第74号

寺迫剛(2005), 「ドイツ統一過程についての考察 - 両ドイツ間政策の競合と
収斂 - 」, 『早稲田政治公法』, 第78号

寺迫剛(2007) 「拒否権プレイヤー論」、縣公一郎・藤井浩司編『コレク
政策研究』成文堂、81-108頁

寺迫剛(2009) 「ドイツ新連邦州(旧 DDR)における州制度の導入および発展
と、日本における道州制の導入をめぐる現状」『早稲田政治公法研究』
第90号、121-139頁

- 寺迫剛(2010)「ドイツ政党政治の枠組みにおける DIE LINKE の定着」『早稲田政治公法研究』第94号、77-97頁
- 寺迫剛(2012a)「ブランデンブルク州との比較にみるザクセン・アンハルト州における3県庁設置と州首都選定過程」『早稲田政治公法研究』第100号、79-96頁
- 寺迫剛(2012b)「ツェベリスの拒否権プレイヤー論」、岩崎正洋編『政策過程の理論分析』三和書籍、81-96頁
- 寺迫剛(2013a)「反ユーロ政党 AfD は23年目の皮肉たりうるかー揺らぐドイツのヨーロッパ政策および日本との対比」『季刊行政管理研究』No. 142、55-64頁
- 寺迫剛(2013b)「ドイツ連邦議会選挙および日本における官僚制批判ーWho governs?ー」『季刊行政管理研究』No.144、49-54頁
- 寺迫剛(2014)「ドイツ新連邦州における州制度構築と日本における道州制論」『早稲田政治公法研究』第107号、15-33頁
- 寺迫剛(2015)「ザクセン・アンハルト州における3県庁から LVwA への移行と州政権交代」『早稲田政治公法研究』第110号、17-36頁
- 寺迫剛(2016b)「危機管理政策：日本とドイツの危機管理体制の比較」縣公一郎・藤井浩司(編『ダイバーシティ時代の行政学ー多様化社会における政策・制度研究ー』早稲田大学出版部
- 寺迫剛 (2019)「ドイツにおける中層官庁モデルをめぐる制度発展ー三者三様の発展経路：ザクセン・アンハルト州、テューリンゲン州、ブランデンブルク州ー」、日本政治学会2019年度総会・研究大会報告論文
- 寺迫剛 (2020)「中層官庁は生き残れるかードイツ、テューリンゲン州の TLVwA ー」日本行政学会2020年度総会・研究会 (オンライン開催) 報告論文

正犯と実行について¹⁾

岡 崎 頌 平

1.

本稿は、刑法60条が「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」と規定していることを根拠に、そこから「犯罪を実行した者＝正犯」との解釈が可能であることについて検討するものである。この「犯罪を実行した者＝正犯」とする見解は、学説において、形式的客観説と呼ばれ、正犯と共犯の区別に関する学説としては、これ以外に次の諸学説が主張されている。すなわち、同じく客観説に属する実質的客観説、主観説などである。こうした学説については、章を改めて後に検討する。

さて、ここで本稿の構成について述べておきたい。次章では、形式的客観説に関する、ある疑問について検討することにしたい。その疑問というのは、犯罪を実行した者（＝実行行為を行った者）が正犯であるとの前提に立つ以上、実行行為を行う従犯という概念についてどのように考えるのかということである。形式的客観説を採用する以上、この概念を肯定することは矛盾であろう。したがって、この問題を扱った（裁）判例等について、まず検討することが重要であるように思われる。そして、それをふまえた上で、前述した諸学説について検討して、形式的客観説が支持される見解であることを示したい。

1) 本稿のタイトルは、平野龍一が『犯罪と刑罰：佐伯千仞博士還暦祝賀（上）』（有斐閣・1968年）に執筆した論文である「正犯と実行」に倣ったものである。なお、この論文は、のちに『犯罪論の諸問題（上）』（有斐閣・1981年）に収められた。

なお、以上の構成からも明らかであるが、次のことをあらかじめお断りしておかなければならない。すなわち、本稿では、本来このテーマで検討されるべきいくつかの問題について、紙幅等の関係から十分な検討をすることができず、あくまでも序論的な考察、あるいは現在の議論状況を確認して、今後の本格的な考察のための準備することを目的としている、という点である。この点、読者諸賢の御海容を乞うばかりである。

2.

既述したように、本章では、実行行為を行う従犯という問題について若干の検討を試みたい。そこで、いくつかの(裁)判例について見ていくことにしよう²⁾。

①最判昭和25年7月6日(刑集4巻7号1178頁)³⁾

本事案は、会社の代表取締役である被告人が会社の使用人に命じて同人を自己の手足として米を運搬輸送させたという食糧管理法違反に関するものである。これに対して、最高裁は、使用人が「その情を知ると否にかかわらず被告人の行為が運搬輸送の実行正犯たることに変わりはない」と述べて、被告人に直接正犯を肯定している。したがって、実際には使用人が運搬を行ってはいるものの、構成要件の解釈としては正犯性を肯定することができないということになる。もっとも、本章で問題としている従犯については何ら判示されていない。しかし、いずれにしても、使用人は単なる道具であって、実行行為がなかったということになる。

2) 本稿で取り扱ったものも含めて、裁判例の分析については、中森喜彦「実行行為を行う従犯」判例タイムズ560号(1985年)67頁以下を参照されたい。

3) 評釈として、高田義文「判批」警察研究23巻12号(1952年)64頁以下がある。

②福岡高判昭和27年6月11日（判特19号100頁）

本事案は、覚せい剤の所持者から、所持している覚せい剤の携行を依頼されたものが、その依頼に応じその依頼者に随伴してこれを携行したという覚せい剤取締法違反に関するものである。これに対して、福岡高裁は、その「所為は覚せい剤取締法第14条第1項第41条第1項第2号所定の所持罪を構成することなく、同罪の幫助罪を構成するものである」と述べている。その理由については、「物の所持とは人が物を実力的に支配する状態を指称するものであるから、物を実力的に支配している者からこれが携行を依頼されてこれに随伴してその物を携行する場合、その物に対する実力的支配は依然としてその依頼者に存し、依頼を受けたものにおいてこれを自ら支配する意思がない限り、その物に対する実力的支配関係を設定するものでなく、単に依頼者のその物に対する実力的支配を容易ならしめているに過ぎないからである」としている。本事案も、判例①と同じく、構成要件的解釈として所持にあたらぬとしており、被告人には実行行為がなかったといえよう。

③横浜地裁川崎支判昭和51年11月25日（判時842号127頁）⁴⁾

本事案は、AがBと覚せい剤の取引をした際に、被告人がその内容についてAに連絡し、取引場所においてAから覚せい剤を受け取り、これをBに手渡したという覚せい剤取締法違反に関するものである。これに対して、横浜地裁川崎支部は、被告人の行為は「Aの右犯行を容易にさせてこれを幫助した」と述べて、覚せい剤譲渡の幫助犯とした。もっとも、こうした裁判所の認定に対して、検察官の主張は被告人単独によるもの（本位的訴因）あるいはAとの共謀によるもの（予備的訴因）であった。この理由については、「被告人は、Bから1グラム1万円の覚せい剤50グラムの世話

4) 評釈として、香川達夫「判批」昭和52年度重要判例解説（ジュリスト666号）（1978年）155頁以下がある。

を依頼されてAに連絡し、取引の日時場所もAに知らせたが、同人から自身で取引するため判示ホテルに赴く旨を聞いたため、相手と引き合わすため判示日時頃同ホテルに行き、被告人に次いで同所付近に来たAが取引相手が快くないBであることを見聞了知して、被告人に覚せい剤を手渡すや、同人も本件覚せい剤の取引当事者はAとBであることを認識しながら、これをBに渡したもので、同人からその代金50万円を受け取ると、そのままこれをAに渡し、同人からは1円の分配も受けていないものであるから、被告人が単独でAから覚せい剤50グラムを購入してBに売却したとは到底認めえないのであって、本位的訴因は採用の限りではなく、さりとて被告人がAと共謀してBに右覚せい剤を譲り渡したことを認むべき証拠は存しないから、予備的訴因そのものは認定することができない。

しかし、被告人が覚せい剤50グラムをBに手渡した客観的事実は動かしえないものであるところ、右所為における被告人は、覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、AのBに対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認むべく（…中略…）、これを正犯に問擬することはできない」としつつ、「右認定にかかる事実について被告人は、防禦を尽したのみならず、判示第二（覚せい剤譲渡の幫助—引用者注）は、予備的訴因に関し、客観面において被告人の実行行為の分担的行為即ち構成要件的行為を認めながら、主観面において正犯意思を否定し正犯幫助意思を認めて幫助犯とした認定であって、構成要件該当行為以外の行為だけによる幫助犯認定の場合とは本質的に異なるもので予備的訴因範囲内の認定というに何の妨げもないから、更に訴因変更の手続は採る必要がないものである」とした。以上の引用によれば、先に見た判例②と同様に、主観面を非常に重視していることがはっきりとわかる。すなわち、客観的に実行行為を行った者もその主観において正犯意思を有していなければ正犯となり得ないのである。したがって、正犯幫助意思で実行行為を行う者はみな従犯とされるわけであり、この立場によれば実行行為を行う従犯の存在は肯定

されることとなる。しかし、本事案に関しては、こうした結論以外の選択肢も十分採り得たように思われる。例えば、被告人は、譲渡に関する実行行為についてはその全てを実行しているわけであるから正犯とすることもできたであろうし、先に見た判例①と②のように、譲渡に関する構成要件的解釈を示して単なる道具として考えるといったようなことも可能であったと思う。したがって、いずれにしても、本事案については、正犯幫助意思が認められるから従犯であるという、過度に主観面を考慮したものであつて⁵⁾、結論の妥当性に疑問を禁じ得ない。

④大津地判昭和53年12月26日（判時924号145頁）⁶⁾

本事案は、Aが覚せい剤を使用しようとしたところ、うまく注入することができなかつたために、Aに頼まれて被告人が注射したという覚せい剤取締法違反に関するものである。これに対して、大津地裁は、「Aの右犯行を容易にしてこれを幫助したものである」と述べて、覚せい剤使用罪の幫助犯とした。その理由は、「覚せい剤取締法19条にいう覚せい剤の使用は、自己使用に限定されるものではなく、他人に使用させる場合も含まれると解されるし、覚せい剤の水溶液を注射器で人の身体に注射することは、それ自体が覚せい剤の使用と目される場合もありえようが、前記認定の事実によれば、被告人は、Aにおいて自ら覚せい剤の水溶液を注射しようと試みる途中で、同人に頼まれるまゝその手で同人に注射をしてやったというもので、結局、同人の身体に注射をしたのは被告人自身であるけれども、しかし右所為における被告人は、自ら又は他人に覚せい剤を使用させよう

5) 小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報51巻8号（1999年）20頁も、本稿で取り扱った裁判例の②～④に対して、「いずれも被告人が実行行為の全部を行っている事案と認められるにもかかわらず、正犯意思の欠如等を理由に幫助犯と認定しているが、これは主観面を強調しすぎるものであって、不当である（下線は引用者による）」とする。

6) 評釈として、小西秀宣「判批」研修371号（1979年）67頁以下などがある。

との積極的意図を有していたとは認め難いのであって、覚せい剤使用の正犯意思を欠き、Aの覚せい剤使用行為を幫助する意思を有したにすぎないと認めざるをえないから、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認めるべく、これを正犯に問擬することはできないと解さなければならない。右のような被告人の所為の場合にまでAとの共謀共同正犯による覚せい剤の使用と解するのは相当でないと考える。そこで被告人の所為は、判示のようにAの覚せい剤使用の幫助犯と認定した次第であるが、右認定は訴因に掲げられた構成要件該当行為以外の行為だけによる幫助犯認定の場合とは異なるので、訴因の範囲内の認定といえるし、被告人の防禦を妨げないから訴因変更の手続は必要ないと解する」とした。以上の引用からも明らかであるが、本事案で覚せい剤を使用したのはAであって、あくまでも被告人はその介助をしたにすぎない。もちろん、注射の場面だけを切り取った場合には、被告人はAに覚せい剤の水溶液を注射しているから、客観的には「他人に使用させている」ことにはなる。しかし、そのような場面の切り取りをふまえた解釈は前後の流れを全く無視したものであり、公平性を欠くものである。したがって、この場合には被告人の行為に実行行為性はなく、単なる道具として関与したに過ぎないとするべきである。それゆえに、実行行為を認めた上で主観面を考慮した結果正犯幫助意思しか認められないから幫助犯であるという結論には疑問を禁じ得ない。

⑤福岡地裁昭和59年8月30日（判時1152号182頁）⁷⁾

本事案は、暴力団組長らに対立関係にある暴力団幹部を殺害するとともに、同幹部が所属する暴力団の資金源であった覚せい剤を奪取しようとし

7) 評釈として、森永真綱「判批」佐伯仁志ほか『刑法判例百選Ⅰ〔第8版〕』（有斐閣・2020）158頁以下、植村立郎「判批」山口厚ほか『刑法判例百選Ⅰ〔第7版〕』（有斐閣・2014）158頁以下などがある。

画して、同幹部に架空の覚せい剤取引を持ちかけて呼び出すことにしたものである。その際、被告人は、取引場所であるホテルを予約し、取引が事実であることを装うのに協力し、覚せい剤の受領後はホテルから脱出するなどした。これに対して、福岡地裁は、「Aらの前記犯行を容易ならしめてこれを幫助したものである」と述べて、強盗殺人未遂罪の幫助犯とした。その理由については、「およそ共同正犯が成立するためには、各行為者にそれぞれ共同実行の意思が認められることも必要であることは多言を要しないが、行為者が実行行為の一部を分担する場合、一般にほとんど右共同実行の意思が問題にならないのは、右実行行為一部分担の事実のみから、通常極めて容易に共同実行の意思が推認されるからであろう。しかしながら、実行行為一部分担の事実も、結局は共同実行意思認定の一つの有力な判断材料にすぎないことに鑑みると、当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何を問わず、単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でないと言うべきであって、前記推認を覆すに足りるような特段の事情の存する場合においては、たとえ当該行為者が形式上実行行為の一部に該当する行為を行なった場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である」としつつ、「①被告人は、Aから騙され、知らぬ間に本件犯行に巻き込まれたものであって、Aらの犯行計画を知った時（…中略…）には、既に犯行から離脱することがかなり困難な状態にまで陥っていたものであること、②被告人自身、Aに対し恩義を被っていたとか、特に深い付き合いがあったとかの事実はなく、他の共犯者とも本件犯行前は全く面識がなく、さらに本件被害者（…中略…）に対しては何の恨みもなかったことはもとより、被害者（原文では実名であったが引用者において「被害者」とした）が何者であるかさえ知らなかったものであり、また、覚せい剤自体を必要とする事情があったわけでもないのであるから、被告人には、Aらとともに被害者に対し強盗殺人を働かねばならぬ理由は全くなかったものといわざるをえないのであ

て、それにもかかわらず、被告人が本件犯行に加担したのは、そうしないと自己やその内妻にも危害が加えられるおそれを感じたからであること、③他方、他の共犯者にとっても、被告人はせいぜいAの手下程度の者にすぎないのであって、謀議の際にも何等その役割が定められなかったし、被告人自身も行きがかり上仕方なくその場にいたにすぎず自ら進んで謀議に加わる意思があったとも思われないこと、④被告人に対しては、Aからも、他の共犯者からも、本件犯行への加担に対する報酬付与の約束は全くなされなかったし、現実に報酬が与えられた形跡もないこと、⑤本件犯行に際しても、被告人は、自己の意思に基づいて行動したのではなく、すべてAのその場その場の命令に従って、Aから言われるままに、判示の加担行為を行なったこと、⑥覚せい剤を303号室から搬出した行為について見ても、それは、被告人がたまたまその時303号室に居合わせたから、Aが被告人に対し右搬出を命じたにすぎないのであって、仮に被告人が居合わせなければ、当然A自身が右搬出行為を行なったものと考えられ、Aが前記謀議の際及びBへの実行方法変更の指示の際に、覚せい剤は自ら搬出する旨明言していたことをも考慮すると、右搬出行為が被告人によって行なわれること自体にさほど重要な意義があったとも認められず、本件犯行を全体として見れば、被告人は本件犯行において不可欠の存在であったとは考えられないこと、などの諸事情を窺うことができるのであって、これら諸事情を総合的に検討する限り、被告人自身、実行行為の一部を担当した事実があるにもかかわらず、Aら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない。

そうすると、結局、被告人には、前記推認を覆すに足りる特段の事情があったというべきであって、前記認定の諸事実を総合すると、被告人は幫助の意思で判示の幫助行為を行なったものと認められるから、被告人には、共同正犯の成立を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である」とした。以上の判決文によれば、実行行為の一部であってもそれを分担した場

合には一般に共同実行の意思が推認される旨がまず述べられているが、本事案ではそのような推認を破る特段の事情（判決文中の①～⑥の各事情）が認められるから、共同正犯ではなく幫助犯であるとされた。しかし、本事案でも結論としては正犯意思が認められないという被告人の主観が問題となっている。したがって、これまで見てきた裁判例に関する若干の考察において述べてきたように、主観面を重視しすぎている嫌いがあるとの批判がまず挙げられる。また、それ以外にも、判例④と同様に、本事案についても被告人は単なる道具であったということが出来るから（前述の①～⑥の各事情によれば、そのような判断も十分可能である）、そもそも無罪という結論もあり得たように思われる⁸⁾。

以上、いくつかの（裁）判例について若干の検討をしながら見てきたが、裁判例上は認められている実行行為を行う従犯という概念は、実際には存在しないように思われる。したがって、その限りでは、この概念が形式的客観説の採用を難しくすることはないように思われる。また、判例（最判昭和24年10月1日刑集3巻10号1629頁）によれば、「従犯は他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるもの」とされ、これに続けて「自ら、当該犯罪行為、それ自体を実行するものでない点においては、教唆と異るところはないのである」とされている。この判例による限り、実行行為を行う従犯という概念を下級審が肯定することは判例違反となるように思われる⁹⁾。

8) 浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（成文堂・2019）455頁も、本事案について、「被告人は、（…中略…）共犯者の命令にしたがって行為したというのであるから、たんなる道具であり、無罪とされてもよい事案であったように思われる」とする。

9) 松宮孝明『先端刑法総論』（日本評論社・2019）184頁も、「『実行行為をする従犯』の承認は、従犯は自ら強窃盗の行為を実行するものではないから盗品等有償譲受罪の正犯になり得るとした最高裁判例とも矛盾することになる」とする。

3.

前章においては、形式的客観説を採用する上で疑問となってくる「実行行為を行う従犯」という概念について若干の検討を加えた。それによれば、裁判例においてはこの概念を肯定していると思われるものが見られるものの、最高裁判例から考えると、そのような概念は肯定されない可能性が十分に認められた。そこで、本章においては、正犯と共犯の区別に関する諸学説を（不十分ながら）検討していくこととしたい。

①主観説

本説は、行為者の意思内容に応じて正犯と共犯を区別するものである。本説の背景にあるのは、条件説であり、条件説を前提とすれば、因果関係によって正犯と共犯の区別をつけるのは不可能である。したがって、正犯・共犯の区別は、主観面によるという結論に至るわけである。この主観面については、その内部でさらに学説が分かれており、故意説と目的ないし利益説があるとされる¹⁰⁾。このうち、故意説は、「『自己の行為をする意思』(animus auctoris)をもって行為する場合を正犯といい、『他人の行為に加担する意思』(animus socii)をもって行為する場合を共犯と解している」¹¹⁾。一方、目的ないし利益説は、「自己の目的・利益のために行為をした場合を正犯とし、他人の目的・利益のために行為をした場合を共犯と解する」¹²⁾とされる。これらの見解は、それぞれが独立に主張されていたわけではなく、当初故意説が主張され、これを批判する形で目的ないし利益説が主張されたという経緯があるようであるが、そもそも出発点である条件説に疑問があるように思われる。我が国の因果関係をめぐる議論の現況を考えても、条件説では妥当性を欠く結論が出てしまうことを避けるた

10) 木村龜二「正犯と共犯」日本刑法学会編『刑法講座 第4巻』有斐閣(1963年)66頁参照。

11) 同上参照。

12) 同上参照。

めに、相当因果関係説、客観的帰属論、危険の現実化説といった見解が主張されているわけであるから、出発点に疑問が認められる主観説を採用することは難しいように思われる¹³⁾。また、このことに関連して、前章でいくつか見た（裁）判例による限り、判例が主観説的な考え方を採用しているように思われるので（「正犯意思」が認められないから幫助犯であるとの論理展開による）、本稿としては判例の立場に賛成することができない¹⁴⁾。

②客観説

前述の主観説が採用できない以上、あとは客観説によることになる。そこで、以下では客観説について見ていくことにしよう。

1) 実質的客観説

本説は、「正犯性を決定する基準を、構成要件該当行為の一部分担を前提としつつも、行為支配の概念を媒介として実行概念を規範的・実質的に理解しようとする」¹⁵⁾ものである¹⁶⁾。本説に属すると思われる見解として、

13) この他の批判として、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』東京大学出版会（2002年）224頁は、本文で紹介した主観説を伝統的主観説とされた上で、「この論理を徹底すると、一方では、単独で第三者の利益のためにするつもりであると勝手に思いこんで犯罪を実行した場合に、正犯とはならず、（正犯なき共犯を認めないのだとすれば）共犯ともならず、不可罰となりかねないという問題点がある」とする。

14) 中森・前掲注2）71頁も、「正犯意思の有無が最終的な判断基準とされることには危惧があるというべきであろう」とする。その上で、正犯意思の内実が明らかでないことをふまえると、「あらゆる当罰性の考慮をそこに持ち込むことができる点で、実際の処理に便利な概念ではあるが、他方で、正犯性判断の明確性・予測可能性を失わせるものである」とする。

15) 大塚仁ほか『大コンメンタール 第5巻〔第3版〕』青林書院（2019年）119頁〔村上光鷗執筆〕。

16) もっとも、本説は、学説史的に言えば、「因果関係において原因と条件とを区別し、結果に対して原因を与えた者を正犯とし、条件を与えた者を共犯とする説」であった（木村・前掲注10）69頁）。

例えば、橋本正博は、「正犯性とは、犯罪の中心的実現者である。中心的とは、『複数人の協力で実現した犯罪を、ある特定の人のものとして帰責できるほどに、犯罪事実の骨格部分を実現した』という事情をいう」¹⁷⁾とする。また、西田典之は、「正犯とは構成要件該当事実を実現するうえで支配的地位にある者をいう」¹⁸⁾とする。さらに、山口厚も、実質的客観説という用語の代わりに「実質的正犯概念」という用語を用いて、次のように述べる（ただし、共同正犯と教唆・幫助との区別に関して、である）。すなわち、「他の共同者と共同の意思に基づいて、構成要件該当事実惹起に重要な事実寄与を果たすことによる、構成要件該当事実全体の共同惹起を基準とすること」¹⁹⁾としている。以上によれば、前記した本説の説明にもあるように、実行概念を実質的に考える結果、実行行為の現実的分担は要求されない。この点、中山研一が指摘するように、「実行行為性を放棄することが共同正犯、教唆犯、従犯の概念的区別を棚上げのおそれがある」²⁰⁾との批判がある。また、この批判にあるように、概念的区別を棚上げするということは、正犯基準が抽象的にならざるを得ないということであり、この点については、島田聡一郎が次のような懸念を表明している。すなわち、「『支配』『重要な寄与』といった抽象度の高い概念が、次第に一人歩きし、解釈論を行う際にも、下位基準を示さず、これらの抽象的な概念をそのまま『要件』として、そこから結論を導く傾向が生じかねないのである」²¹⁾としている。これらの批判に加えて、実質的客観説に立つと

17) 橋本正博「共同正犯の構造把握」高橋則夫ほか「日高義博先生古稀祝賀論文集 上巻」成文堂（2018年）405頁。

18) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論〔第3版〕』弘文堂（2019年）351頁（ただし、引用部分は間接正犯に関する記述中にある）。

19) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』有斐閣（2016年）341頁。

20) 中山研一「争点の現況・共謀共同正犯」Law School 50号（1982年）71頁。

21) 島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」齊藤豊治ほか『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻』成文堂（2006年）457頁。

いうことは共謀共同正犯を肯定する方向に傾くという問題もある。共謀共同正犯については本稿で検討することができないため、他日を期したい。以上のような批判・問題がある以上、実行行為を行う者が正犯であるとするシンプルな見解がより理論的に妥当であるならば、本説を採用する必要はないと思われる。

2) 形式的客観説

本説は、これまで繰り返し述べてきたところであるが、「構成要件に該当する実行行為を行う者が正犯で、それ以外の行為で関与した者が共犯だとする見解」²²⁾である。前述のとおり、実質的客観説に対する批判として挙げられた正犯と共犯に関する「概念的区別」の問題はない。しかし、本説に対しては次のような問題点が指摘されているところである。すなわち、「その形式性のゆえに現実の社会に生起している共犯現象の多様性から遊離し、共同『正犯』としての当罰性を備える犯罪関与者を十分には捕捉しえない点にある」²³⁾とされる。そこでは、特に「背後にいて犯罪を計画し指揮した者」²⁴⁾の評価が問題となっており、論者は「実行者と同等に、あるいはそれ以上に『正犯』としての当罰性を有する」²⁵⁾とされる。しかし、そのように結論の妥当性（「処罰の具体的妥当性」）を優先することは、正犯基準のゆらぎを認めることになり、不当であるように思われる。

正犯とは何かという、前提の問いに、それは実行行為を行った者であるという解答を認めるのならば、単独正犯にせよ、共同正犯にせよ、その解

22) 大塚ほか・前掲注15)119頁。

23) 西田典之「共謀共同正犯について」内藤謙ほか『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』有斐閣（1990年）370頁。

24) 同上。

25) 同上。

答は貫徹されるべきである²⁶⁾。そして、そのようなあり様こそが罪刑法定主義を堅持する近代的な刑法のあり方であるように思われる。現に、改正刑法草案26条1項は、「みずから犯罪を実行した者は、正犯である」²⁷⁾として、形式的客観説に基いて(直接)正犯を定義している。また、同2項も「正犯でない他人を利用して犯罪を実行した者も、正犯とする」として、結論的には犯罪を実行した者が(間接)正犯であるとしている(この場合、他人の介在が予定されているが、この他人はいわゆる道具のことであるから、結論としては犯罪を実行した者は利用者であることになる)。

ただ、改正刑法草案は、27条で共同正犯について規定し、1項で実行共同正犯(「二人以上共同して犯罪を実行した者は、みな正犯とする」)とする一方(本稿の立場からは何ら問題ない規定である)、2項で共謀共同正犯について規定している。すなわち、「二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする」である。前述したとおり、本稿ではこの問題について立ち入った検討はできないが、実行担当者以外を正犯とする共謀共同正犯について、形式的客観説からは消極的に解するほかない。しかし、判例はこれを積極的に解している²⁸⁾。その理由の1つには、「刑事手続の簡便

26) 中義勝『間接正犯』有斐閣(1963年)192頁も、「間接正犯であると共謀共同正犯であることを問わず、およそ正犯とされるためには、その行為に直接・単独正犯と同一の実体的構造が認められなければならない。…(中略)…、基本たる実体的構造を欠くときはもはや『正犯』は存しえない。そして、この実体的構造こそ実行行為を措いて他にこれを求めることができない」とする。

27) 改正刑法草案の条文については、すべて法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案の解説』大蔵省印刷局(1975年)による。

28) 法制審議会刑事法特別部会・前掲注27)73頁は、「共謀による共同正犯を認めることは、大審院以来の確立した判例であり、本項(27条2項—引用者注)を新設しないからといって判例の考え方が改められるとは予想されない」とする。もっとも、それに続けて、「最近の判例(練馬事件大法廷判決(最大判昭和33年5月28日(刑集12巻8号1718頁))が例として示されている—引用者注)は、共謀共同正犯の成立する範囲をかなり厳格に解し」とする。

さがはかられるという手続的な理由」²⁹⁾が挙げられている。そのような理由から肯定される共謀共同正犯という概念について、法改正によって明確に根拠が与えられるというのは大いに疑問であろう。したがって、この概念についてはやはり否定的な評価が与えられるべきである。

以上、形式的客観説について若干の検討をしてきたが、正犯基準としては他説より妥当であることが示せたのではないだろうか。もっとも、形式的客観説の中核をなす実行行為という概念について、本稿では全く検討できていない。しかし、紙幅の問題もあり、この問題についても別稿に譲るほかない³⁰⁾。

4.

本稿では、正犯と共犯の区別に関して、いわゆる形式的客観説が支持されうる見解であることを示そうと試みた。したがって、これは文字通り共犯論の出発点について検討したに過ぎず、筆者としては共犯論という巨大な迷路の前にいまだ立ち尽くしたままである。それゆえ、実際に巨大な迷路に立ち込んだならば、今回迷路の導き手として採用した形式的客観説を頼りに、本稿において課題としたものも含めて、さまざまな課題に挑んでいかなければならない。もっとも、前述したように、形式的客観説の核となる「実行行為」概念について検討できていないわけであるから、これについては早く取り掛からなければならないと考えている。

29) 大野平吉「共同正犯論の周辺」Law School48号（1982年）4頁。

30) もっとも、この問題については、最近いくつか重要な論文が発表されているところである。例えば、樋口亮介「実行行為概念について」山口厚ほか『西田典之先生献呈論文集』有斐閣（2017年）19頁以下、橋爪隆「実行行為の意義について」法学教室424号（2016年）98頁以下（なお、この論文を含む一連の連載は、同『刑法総論の悩みどころ』有斐閣（2020年）として書籍化された。同書においては37頁以下を参照されたい。）などが挙げられる。

判例評釈

間接正犯論の現状について

一 妄信状態の被利用者を利用する場合を素材に一
最高裁判所令和2年8月24日第二小法廷決定⁽¹⁾

(裁判所時報1750号3頁、LEX/DB25571011)

秋 山 栄 一

【事実の概要】

当時7歳であった被害者は、平成26年11月中旬頃、1型糖尿病と診断され、病院に入院した。1型糖尿病の患者は、生命維持に必要なインスリンが体内でほとんど生成されないことから、体外からインスリンを定期的に摂取しなければ、多飲多尿、筋肉の痛み、身体の衰弱、意識もうろう等の症状を来し、糖尿病性ケトアシドーシスを併発し、やがて死に至る。現代の医学では完治することはないとされるが、インスリンを定期的に摂取することにより、通常の生活を送ることができる。

被害者の退院後、両親は被害者にインスリンを定期的に投与し、被害者は通常の生活を送ることができていたが、母親は、被害者が難治性疾患である1型糖尿病に罹患したことに強い精神的衝撃を受け、何とか完治させたいと考え、わらにもすがる思いで、非科学的な力による難病治療を標ぼうしていた被告人に被害者の治療を依頼した。被告人は、1型糖尿病に関する医学的知識はなかったが、被害者を完治させられる旨断言し、同年12月末頃、両親との間で、被害者の治療契約を締結した。被告人は、その頃、母親から被害者はインスリンを投与しなければ生きられない旨説明を受けるなどして、その旨認識していた。被告人による治療と称する行為は、被害者の状態を透視し、遠隔操作をするなどというものであったが、母親は、被害者を完治させられる旨断言されたことなどから、被告人を信頼し、そ

の指示に従うようになった。被告人は、被害者の治療に関する指示を、主に母親に対し、メールや電話で伝えていた。

被告人は平成27年2月上旬頃、母親に対し、インスリンは毒であるなどとして被害者にインスリンを投与しないよう指示し、両親は、被害者へのインスリン投与を中止した。その後、被害者は、症状が悪化し、同年3月中旬頃、糖尿病性ケトアシドーシスの症状を来していると診断されて再入院した。医師の指導を受けた両親は、被害者の退院後、インスリンの投与を再開し、被害者は、通常の生活に戻ることができた。しかし、被告人は、メールや電話等で、母親に対し、被害者を病院に連れて行き、インスリンの投与を再開したことを強く非難し、被害者の症状が悪化したのは被告人の指導を無視した結果であり、被告人の指導に従わず、病院の指導に従うのであれば被害者は助からない旨繰り返し述べるなどした。このような被告人の働きかけを受け、母親は、被害者の生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、被告人を信じてインスリンの不投与等の指導に従う以外にないと一途に考え、被告人の治療法に半信半疑の状態であった被害者の父親を説得し、同年4月6日、被告人に対し、改めて父親と共に指導に従う旨約束し、同日を最後に、両親は、被害者へのインスリンの投与を中止した。

その後、被害者は、多飲多尿、身体の痛みを訴える、身体がやせ細るなどの症状を来し、母親は、被害者の状態を随時被告人に報告していたが、被告人は、自身による治療の効果は出ているなどとして、インスリンの不投与の指示を継続した。同月26日、被害者は、自力で動くこともままならない状態に陥り、被告人は母親の依頼により母親の実家で被害者の状態を直接見たが、病院で治療させようとせず、むしろ、被告人の治療により被害者は完治したかのように母親に伝えるなどした。母親は、被害者の容態が深刻となった段階に至っても、被告人の指示を仰ぐことに必死で、被害者を病院に連れて行こうとはしなかった。

同月27日早朝、被害者は、母親の妹が呼んだ救急車で病院に搬送され、

同日午前6時33分頃、糖尿病性ケトアシドーシスを併発した1型糖尿病に基づく衰弱により死亡した。

原審判決である宇都宮地判平成29・3・24LEX/DB25448610は、被告人に母親を利用した間接正犯、父親との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯の成立をそれぞれ肯定した。被告人は控訴したが、原審判決である東京高判平成30・4・26LEX/DB25449488はこれを棄却したことから、被告人が上告した。

【判旨】上告棄却

「上記事実認定によれば、被告人は、生命維持のためにインスリンの投与が必要な1型糖尿病に罹患している幼年の被害者の治療をその両親から依頼され、インスリンを投与しなければ被害者が死亡する現実的な危険性があることを認識しながら、医学的根拠もないのに、自身を信頼して指示に従っている母親に対し、インスリンは毒であり、被告人の指導に従わなければ被害者は助からないなどとして、被害者にインスリンを投与しないよう脅しめいた文言を交えた執拗かつ強度の働きかけを行い、父親に対しても、母親を介して被害者へのインスリンの不投与を指示し、両親をして、被害者へのインスリンの投与をさせず、その結果、被害者が死亡するに至ったものである。母親は、被害者が難治性疾患の1型糖尿病に罹患したことに強い精神的衝撃を受けていたところ、被告人の上記のような働きかけを受け、被害者を何とか完治させたいとの必死な思いとあいまって、被害者の生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、インスリンの不投与等の被告人の指導に従う以外にないと一途に考えるなどして、本件当時、被害者へのインスリンの投与という期待された作為に出ることができない精神状態に陥っていたものであり、被告人もこれを認識していたと認められる。また、被告人は、被告人の治療法に半信半疑の状態ながらこれに従っていた父親との間で、母親を介し、被害者へのインスリンの不投与について相互に意思を通じていたものと認められる。」

「以上のような本件の事実関係に照らすと、被告人は、未必的な殺意をもって、母親を道具として利用するとともに、不保護の故意ある父親と共に謀の上、被害者の生命維持に必要なインスリンを投与せず、被害者を死亡させたものと認められ、被告人には殺人罪が成立する」。

【評釈】

1. 問題の所在

間接正犯は、近代刑法理論学の所産であるとされる。それは、通常、自ら手を下して、犯罪を実現した者のみを正犯とする制限的正犯概念に立ち、かつ、狭義の共犯における極端従属性説を採用する立場から生ずる不可罰的事態の隙間を埋めるために、二次的・補充的に編み出された、いわば弥縫策であるとされていた。そういう意味では、間接正犯は狭義の共犯から生成されたともいえる。しかし現在では、間接正犯は、法的評価として直接正犯と同視されるべき、その本質的性格の認識によって生成された観念というべきであると考えられている⁽²⁾。つまり、構成要件的评价の上で直接正犯と同等とされ、正面から構成要件該当性が肯定されるものである。間接正犯の定義も、従来は「他人を道具として利用することによって犯罪を実現する場合」と定義づけられることが通説的であった⁽³⁾が、近年では、「他人を利用して犯罪を実現したが、総則の共犯既定によらずに直接正犯と同じく各則の規定に基づき正犯として処罰される場合」⁽⁴⁾などと定義づけられているのは、間接正犯の正犯性という性質を意識した定義づけとみることもできよう。それ故、間接正犯は、各本条で処罰される点で直接正犯と同視する以上、罪刑法定主義の観点からは、その成立要件も同じとするべきであろう。そうであれば、両者の相違は、事実上のものに過ぎず、また厳密な区別の必要もないことになる⁽⁵⁾。

本決定は、難治性疾患の子を持つ母親が、その治療を標榜する被告人に対し妄信状態であったため、主にインスリンの不投与という同人の指示に従わざる得ない状態にあったことを理由として、母親の道具性を肯定し、

被告人に刑法199条の殺人罪の間接正犯の成立を肯定したものである。

本稿は以下の2点について若干の検討をするものである。まず、本決定を素材に、判例における間接正犯成立の判断枠組みを検討する。次に、本決定は、道具性を認定された母親が「被害者へのインスリンの投与という期待された作為に出ることができない精神状態に陥って」おり、「被告人もそれを認識し」、「母親を道具として利用」した」と判示されている。判例上、不作為を利用する間接正犯を肯定したものは、これまでに存在しない。この点にも検討を加える。

なお、本件母親の故意、また、本件父親に対する共謀共同正犯の成否なども論点であるが、諸般の事情のため、別稿に譲る。

2. 実務上の類型

実務上、間接正犯の成否が問題となるのは、主に、①責任無能力者、特に刑事未成年者・幼年者の利用、②錯誤に陥っている者の利用、③強制による利用、④適法行為の利用、⑤いわゆる故意ある道具の利用であるとされる⁽⁶⁾。

まず、①責任無能力者、特に刑事未成年者・幼少者の利用の類型については、すでに旧刑法下見られる。例えば、事例①-1として、是非弁別能力がなくただ畏怖し、被告人の命ずるままに従う16歳未満の少年に命じて放火させた被告人の行為を、放火罪の実行行為としたもの⁽⁷⁾、事例①-2として、被告人が知人に対する借用金の弁済を免れようと考え、その知人の息子であり満10歳に満たず是非弁別能力を欠く少年にその証書を自宅から持ってくるよう命じて窃盗を行わせた件について、窃盗の教唆ではなく実行正犯としたもの⁽⁸⁾などがある。このような当時の判例について、学説は、責任能力のない者を利用する類型を間接正犯の典型事例の一つと理解していた。その理由は、上述のように、間接正犯とは、狭義の共犯の極端従属性説を前提とし、狭義の共犯が成立しない場合の、いわば弥縫策としての理論構成と考えていたからである⁽⁹⁾。このような傾向が戦後当

初まで続くことになるが⁽¹⁰⁾、その後、学説において、狭義の共犯における制限従属性説が通説化するに従い、判例の傾向にも変化がみられるようになる。その例として、名古屋高裁判決である事例①-3は、被告人(父親)が満10歳の息子に窃盗をさせた件について、息子が刑事未成年者であるばかりでなく、金品を窃取してこない場合には被告人から拳固や平手で殴打されたり、足蹴りなどされていたことが認められ、・・・息子が自主的、主体的に窃盗行為をしたものとは認められないとして、被告人を窃盗の正犯とした⁽¹¹⁾のである。ここで注目すべきは、これまでのものとは異なり、同判決が、被利用者である息子が刑事未成年者であったという事実のみならず、「拳固や平手で殴打されたり、足蹴りなどされ」ていたという、被利用者が犯行へと強制されていた事実も指摘している点である。つまり、刑事未成年者を利用する場合、常に間接正犯とするのではなく、教唆犯にとどまる場合がありうるということを示している。このような実務の流れは、最高裁において次の決定として判示されることになる。すなわち、事例①-4として、「被告人は、当時12歳の養女を連れて四国八十八ヶ所を巡礼中、日ごろ被告人の言動に逆らう素振りをみせる都度顔面にタバコの火を押しつけたり、ドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた同女に対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせていたというのであり、これによれば被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行ったと認められるのであるから、たとえ所論のように同女が是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、被告人については本件各窃盗の間接正犯が成立する」としたもの⁽¹²⁾である。同決定は、被利用者は刑事未成年者であるが是非善悪の判断能力を有していると認めていることと併せて、利用者である被告人の一連の暴行により意思が抑圧されていたという点も指摘している。意思の抑圧がなければ間接正犯は否定され、教唆犯となるということを示しているといわれる。このような判例の理論構成は、狭義の共犯の制限従属性説に立脚していると評価され、学説からも支持される

ことになる⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾。

次に、②錯誤に陥っている者の利用の類型では、故意のない者を利用する場合がある。これには、被害者自身を利用する場合と第三者を使用する場合に大別できる。前者では、例えば、事例②-1として、愚鈍で被告人のことを厚く信頼していた被害者に対し、一時仮死状態になるが被告人により蘇生できると誤信させて、自ら縊死させたもの⁽¹⁵⁾、事例②-2として、精神疾患の被害者が通常の意味能力もなく自殺の何たるかを理解せず、しかも、被告人の命ずることは何でもする精神疾患のある被害者に対し、縊死の方法を教え、自殺に見せかけた行為を殺人罪としたもの⁽¹⁶⁾などがある。この2つの事例には、間接正犯という表現はみられないものの、直接実行していない被告人に正犯性を認める理論構成は、間接正犯と考えるべきものである。他方、後者では、事例②-3として、他人の所有物について、被告人が自身に処分権限があるかのように装って、事情の知らないUに売却し、そのUが事情の知らないSに転売し、Sに解体搬出させた被告人の行為を窃盗罪としたものなど⁽¹⁷⁾がある⁽¹⁸⁾。

さらに、③強制による利用の類型も、被害者自身を利用する場合と第三者を利用する場合に大別できる。前者については、事例③-1として、嚴冬の深夜、酩酊し且つ暴行を受け衰弱している被害者を河川堤防上に連行して取り囲み、その上衣、ズボンを脱がせた上、「この野郎いつまでふざけているんだ、飛び込める根性あるか」などと威迫して護岸際まで追い詰め、さらに垂木で殴りかかるような態度を示すなどして、逃げ場を失った被害者を護岸上から約3m下の川に転落のやむなきに至らしめて、加えて長さ約3.4mの垂木で水面を突いたり叩いたりして溺死させた被告人ら3名の行為を殺人罪としたもの⁽¹⁹⁾がある。事例③-2としては、度々暴行を加え、被害者を極度に畏怖させていた被告人が、自動車事故を装った方法により被害者を自殺させて保険金を騙取しようとして、暴行、脅迫を交えつつ、被告人に港の岸壁から自動車で海に飛び込むよう執拗に命令し、被害者を岸壁上から自動車のまま転落させたが、被害者は命令に応じて自

殺する気持ちはなく、水没前に車内から脱出して死亡を免れた件について、被告人の行為が殺人（未遂）罪の実行にあたるとしたもの⁽²⁰⁾、そして、欺罔も併用されている場合であるが、事例③-3として、66歳で独り暮らしの女性から金員を欺罔的手段で借り受けたが、返済の目途が立たず、債務の支払いを免れるため、同女を欺罔して被告人に金員を貸したことが出資法の違反の罪になり警察に追われ、刑務所に入ることになる。欺罔・威迫し、錯誤に陥れて不安と恐怖におののかせつつ、半月余の間逃避行させ、その間知人や親戚との接触を断ちながら、気力も体力も衰えた同女に自殺するしかないと言いつつ懲罰して、もはや逃げ場もない、身内にも迷惑をかけるためには自殺以外にないと誤信した同女自ら農薬を嚥下して死亡させた被告人の行為を、強盗殺人罪の殺人行為としたもの⁽²¹⁾がある。加えて、事例③-4として、夫が妻に不貞があると邪推し、妻が自殺するかもしれないと予見しながら、連日のように詰問し、外出や避難を監視したほか、「死ぬ方法を教えてやる」と言いながら失神するほど首を絞めたり足蹴りしたりして、錐、槍の穂先等で腕や腿部を突くなどし、さらには、不倫関係を承認する書類或いは自殺する旨の書面の作成を強制するなどした。その結果、妻が実家に戻ることもできず、心身ともに疲労し、これ以上夫の圧迫を受けるより死を選んだ方がましと決意して、縊死したもの⁽²²⁾がある。第三者利用の後者については、被利用者が成人の場合、従来、ほぼ共謀共同正犯として処理されてきた⁽²³⁾が、事例③-5として、利用者により生活・行動の全般にわたり、自由を奪われ、その絶対的支配下に置かれ、完全に意思を抑圧されていた状況下であり、しかも10歳と13歳10か月の刑事未成年者であった2名の被利用者が殺人を行ったというもの⁽²⁴⁾が、わずかにあるにすぎない。

また、④適法行為の利用の類型では、事例④-1として、妊婦から墮胎の囑託を受けた被告人が、自ら墮胎手術を施したところ、墮胎の結果を生じない前に妊婦の身体に異常が生じ、その生命に危険を及ぼす虞をきたしたので、医師に胎児の排出を求め、医師に、妊婦の生命を救うための緊急

避難としての墮胎をさせたとしたもの⁽²⁵⁾、事例④-2として、被告人が、外国から大麻を隠匿し航空貨物として被告人方に発送したところ、本邦空港到着後に事情を知らない通関業者が輸入申告し、税関検査が行われ、そこで大麻が発見された。そのため麻薬取締法4条に基づいてコントロールド・デリバリーが実施されることになり、税関長の許可を得て、配送業者が捜査機関からその存在を知らされ同機関の監視の下、貨物を被告人宅に配送し、同人は受領したというものである。同決定は、禁制品が本邦に引き取った時点で既遂となる関税法109条1項の禁制品輸入罪が既遂にあたるかどうか争われ、それが肯定されたものである⁽²⁶⁾が、実質的には、被告人は「通関業者や配送業者が通常の業務の遂行として右貨物の輸入申告をし、保税地域から引き取って配達するであろうことを予期し、運送契約上の義務を履行する配送業者らを自己の犯罪実現のための道具として利用しようとしたものであり、他方、通関業者による申告はもとより、配送業者による引取り及び配達も、被告人らの依頼の趣旨に沿うものであって、配送業者が、捜査機関から事情を知らされ、捜査協力を要請されてその監視の下に置かれたからといって、それが被告人らからの依頼に基づく運送契約上の義務の履行としての性格を失うものということはできず、被告人らは、その意図したとおり、第三者の行為を自己の犯罪実現のための道具として利用したというに妨げない」と「道具」という概念を用いているように、途中から事情を知った税関、さらに捜査機関の監視下にあり、ともにそれを知っている配送業者の介入が、被告人の既遂についての正犯性はどう影響するかというものであったとされる⁽²⁷⁾。

最後に、⑤いわゆる故意ある道具の利用の類型については、通常、目的のない故意ある道具、身分のない故意ある道具の事例が考えられているが、わが国において、この2つの類型に関する判例の判断は見当たらない⁽²⁸⁾。他方で、いわゆる故意ある帮助道具という類型が認められている。事例⑤-1として、会社の代表取締役であった被告人が、その娘を介して、会社の使用人にその運転するトラックで米を不法に運搬輸送させた行為について、

被告人を食糧管理法違反罪の実行正犯と解したもの⁽²⁹⁾がある。これは「輸送」という文言の解釈によって左右される問題である。同判決について、会社の使用人に対する罪責には言及されていないが、一定の学説は、この使用人について故意ある幫助道具の観念を用いることに肯定的である⁽³⁰⁾。下級審裁判例ではあるが、この観念を正面から認めるものも存在する。例えば、事例⑤-2として、注射器で自己の腕に覚せい剤を注射できない他人から依頼され、頼まれるがまま注射をその静脈にした被告人の行為について、覚せい剤使用には、自己のみならず他人に対しても使用することを含むとした上で、覚せい剤使用の正犯意思を欠くとして、幫助犯にとどまるとしたもの⁽³¹⁾がある。

3. 学説おける間接正犯の正犯性の概要

学説における理論構成としては、利用者の行為の性質に重きを置く立場と被利用者の事情に重きを置く立場とに大別でき⁽³²⁾、加えて、両者を考慮することも可能であるとされている⁽³³⁾。

従来の通説は、利用者の行為に重きを置き、「間接正犯の正犯的性格の実体は、・・・、直接正犯と質的に異ならない実行行為性が認められること、すなわち、背後の利用者の行為には、実行の意思が備えられ、客観的には、被利用者の利用に一定の犯罪を実現する現実的な危険性が見いだされることにあるというべきである」と主張する⁽³⁴⁾。すなわち、間接正犯も正犯である以上、直接正犯と質的に異ならない実行行為性を要求するべきと考える。

他方、このような従来の通説が利用者の正犯としての実行行為性を要求する点は評価しながらも、それは実態とはかけ離れていると批判して、被利用者の事情に重きを置く見解が主張されている。まず、利用者に規範的障害がある限り、利用者は間接正犯とならないとする規範的障害説である。同見解は、規範的障害という概念を巡り、その内部でいくつかの争いがあり、間接正犯の成立範囲もそれに応じて異なることにもなるが、例えば、

被利用者にとって結果が予見可能かつ回避可能な場合であると考えている⁽³⁵⁾。同見解の特徴の一つは、過失犯を利用した間接正犯を認めないというものである。すなわち、刑法は、結果予見可能性、回避可能性がある行為がなされない行為を期待しているのであるから、それがなされて結果が生じた場合は、特異なことであり、利用者の側からみれば、危険性が低い行為が結果に実現したといえ、正犯性は否定されるとするのである⁽³⁶⁾。

さらに、従来通説が主張する「危険性」の概念では、間接正犯の正犯性を説明することは困難とし、被利用者の観点に注目して正犯性を根拠づけようとする自律的意思決定説も主張されている。すなわち、「行為者が単独正犯となるのは、結果（あるいはそれを含めた構成要件該当事実）を直接支配していた場合であり、それは、①行為者が被害客体に、そのまま放置すれば、現に生じた結果が生じるような危険を設定した場合（いわば物理的な支配）、②現に生じた結果について、自律的に決定していない被利用者の行為を介して結果を生じさせた場合（いわば心理的な支配）のいずれかの要件が満たされることが必要」であるとし、間接正犯には、後者の基準が当てはまるとするものである。自律的意思決定の観点からは、実務が利用者に正犯性を肯定する偽装心中の場合は、それを否定し、故意ある補助道具の場合では、慎重な態度がとられている⁽³⁷⁾。

また、利用者の観点から、ほぼ従来通説の結論を採用しながらも、その採用する危険性という概念では、その正犯性の根拠づけは不明確のままであるとして、「支配性」という概念で説明しようとする見解が、行為支配説である⁽³⁸⁾。行為支配概念を巡り、その内部でいくつかの争いがあるが、基本的には、正犯に共通の要件は、故意に基づき犯罪事実を支配することが重要であるとし、直接正犯には行為の支配、間接正犯には意思の支配、共同正犯には機能的行為支配というように、正犯の3形態それぞれの性質に応じて行為支配を類型化し、それぞれの正犯性を特徴づけようとするものである。間接正犯の場合には、特に被利用者の錯誤・緊急状態について、意思の支配を論じていくということになる⁽³⁹⁾。行為支配説の観点

からは、実務の認める故意ある幫助道具の事例について、慎重な態度がとられている⁽⁴⁰⁾。

4. 判例における間接正犯成立の枠組と本決定について

本決定において、被利用者である母親は、利用者である被告人の息子に対する難治性疾患治療に妄信状態であったと認定されている。母親に対する被告人の働きかけの側面から言えば、科学的根拠もないのに難治性疾患の完治を約束し、その後、脅迫的な言動にも及んでおり、そこには自らの指示に従わなければならないと母親を誤信させる側面も相まって、威迫効果を高め、その妄信状態を高めていることになる⁽⁴¹⁾。また、そこには強制と欺罔の側面が混在している。一般的にも、自らの目的を実現するために、被利用者を強制しようとした事実と異なること述べたりする、また誤信させるために威迫などを加えることは、容易に想像できよう。上述の2.で挙げた過去の判例・裁判例にもあるように、これまで認められてきた強制による利用の類型にも、利用者の働きかけに欺罔の要素が混在する場合がみられる。例えば、被告人が自己の債務を免れるため、66歳の一人暮らしの女性を、出資法違反で警察に追われていると偽り、再三にわたり自殺を慫慂し、もはや逃げ場もない、身内にも迷惑をかけないためには、もはや自殺しかないなどと欺罔・威迫し誤信させ農薬を嚥下させ自殺させた上述事例③-3などはその典型例である。そこで、問題となるのは、利用者の強制や欺罔による場合の支配は、どの程度の強制・欺罔がなされ、被利用者がどういった状況に陥れば間接正犯が認められるのかである。

例えば、上述事例③-1では、厳冬の深夜に河川堤防に連行し、上衣、ズボンを脱がせた上、威迫的言動を繰り返しながら護岸際まで追い詰め、さらに垂木で殴りかかる態度を示すなど、被告人ら3名が被害者を直接川に突き落としたものでなくとも、実質的には被告人らか暴行等によって突き落としたものと変わらないと評価できる。被害者の自由を封じるほど被害者が支配されていたともいえる⁽⁴²⁾。また、同③-3でも、被害者であ

る女性の自殺は、同女の自由な意思に基づくものとは到底いえず、さらに同原審である鹿児島地裁も、「被告人の被害者に対する支配は、極めて強力であり、被告人と被害者の間には明らかな利用被利用の関係がある」と判示している⁽⁴³⁾。加えて、③-4の妻の不貞を邪推し、ついには自殺にまで追い込んだ事例においても、広島高裁は、夫の暴行・脅迫が妻の意思の自由を失わせる程度のものであったと認めるべき確証がないとして、殺人罪の間接正犯を認めず、自殺教唆罪にとどまるとはしたが、他方、「犯人が威迫によって他人を自殺に至らしめた場合、自殺の決意が自殺者の自由な意思によるときは自殺教唆を構成し進んで自殺者の意思決定の自由を阻却する程度の威迫を加えて自殺せしめたときは、もはや自殺関与罪ではなく殺人罪を以って論ずべきである」旨判示している。

このように、従来の判例・裁判例によれば、被害者が自由な意思決定を阻止されているかどうかという点を基準として殺人罪の実行行為性を判断し、その程度としてかなり強度のものが要求されていたと考えられる⁽⁴⁴⁾。しかし、現在では、その絶対的強制下ともいえる状況までの強度の支配は要求されていないとされている。例えば、上述事例③-2において最高裁は、被害者は被告人から再三にわたり港の岸壁から自動車で飛び込むように暴行・脅迫を交え命令されたが、被告人の命令に応じて自殺するつもりはなく、自動車で飛び込んで生きる可能性にかけ、死亡を装って被告人から身を隠そうと考えていたと認定している。そして、同被害者は、そのような状況下で海に飛び込んだのであり、自ら命を絶つというところまでは強制されておらず、命令に応じて自動車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない程度の精神状態に陥っていたことを殺人罪の正犯の根拠としている。加えて、判例は、適法行為を利用した間接正犯を認めている。とりわけ、同④-1の緊急避難を利用した間接正犯では、被利用者に補充性がその前提となる。そういった点から、現在の判例による間接正犯の基準は、「被利用者が他の行為の可能性がない程度に自由な意思決定を阻害されている程度」ものと考えられる⁽⁴⁵⁾。

以上を踏まえれば、まず、被告人の母親に対する働きかけについて、本決定は、被告人は「幼年の被害者の両親から依頼され、インスリンの投与をしなければ被害者が死亡する現実的危険があることを認識しながら、医学的根拠もないのに、自身を信頼して指示に従っている母親に対し、インスリンは毒であり、被告人の指示に従わなければ被害者は助からないなどとして、被害者にインスリンを投与しないよう脅しめいた文言を交えた執拗かつ強度の働きかけを行った」と認定している。また、被告人の母親らに対する具体的な働きかけは、原審および原原審ともに次のようにも認定している。「母親は被告人から、メール又は口頭で、頻繁に、被害者の病を治すためには、被告人の指導に全面的に従う必要があるなどと言われ、その後、インスリンは毒だから被害者への投与は中止しなければならないなどと命じられ、病院に行ったら3年はもたない、医師に従うことも禁じられ、更には、父親が被告人の指導に半信半疑になると、被害者を死神の自縛（呪縛の意と解される）から解きほぐして欲しかったら、被告人の指導に従うしかないなどと言われ、更に、被害者の病状悪化により、・・・再入院し、退院後に一時、インスリン投与を再開させると、被告人から、指導に従わなかったことを再三にわたって責められてきた上、被害者の症状の悪化は被告人の指導を無視した結果であるなどと言われ」たと。

このような被告人の母親に対する働きかけは、現在、判例の立場と考えられている「被利用者が他の行為の可能性がない程度に自由な意思決定を阻害されている程度」に至るものといえるのであろうか。なるほど、本決定は「幼年の被害者の両親から依頼され、インスリンの投与をしなければ被害者が死亡する現実的危険があることを認識しながら、医学的根拠もないのに、自身を信頼して指示に従っている母親に対し、インスリンは毒であり、被告人の指示に従わなければ被害者は助からないなどとして、被害者にインスリンを投与しないよう脅しめいた文言を交えた執拗かつ強度の働きかけを行った」と認定している。しかし、被告人の母親に対する具体的な働きかけそれ自体は、いずれも、メールや口頭といった手段の指示で

あったことを考えると、上述事例③-3、同③-2のような暴行・威迫を伴う肉体的・精神的な強度の抑圧の程度には至っていないと評価することもできる。そこで、次に、本決定において道具と評価されている母親の状態はどうか。

本決定は、母親自身の状態について、「被害者の退院後、両親は、被害者にインスリンを定期的に投与し、被害者は通常の生活を送ることができていたが、母親は、被害者が難治性疾患である1型糖尿病に罹患したことに強い精神的衝撃を受け、何とか完治させたいと考え、わらにもすがる思いで、非科学的な力による難病治療を標ぼうしていた被告人に被害者の治療を依頼した。被告人は、1型糖尿病に関する医学的知識はなかったが、被害者を完治させられる旨断言し、同年12月末頃、両親との間で、被害者の治療契約を締結した」。「母親は、被害者の生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、インスリンの不投与等の被告人の指導に従う以外にない一途に考えるなどして、本件当時、被害者へのインスリンの投与という期待された作為に出ることができない精神状態に陥っていたものであり、被告人もこれを認識していたと認められる」としている。わが子がインスリンを定期的に投与しなければ生きることができない難治性疾患に罹患したことに強い精神的衝撃を受け、それをなんとか完治させたいという母親の「わらにもすがる思い」という状態には、それ以外の冷静で正常な判断が相当程度鈍った精神状態に陥っていたことをみることができよう。

以上のような母親の心理・精神状態を踏まえると、かなり強度の強制などがなくても絶対的強制下ともいえる自由な意思決定が阻害される状態に陥る場合もあることは想像に難しくない。しかも、現在の判例の間接正犯の、「被利用者が他の行為の可能性がない程度に自由な意思決定を阻害されている程度」ものという基準であれば、なおのこと、そこまで強度の強制なども必要ない。本件の場合、被告人は母親に対し、「・・・執拗かつ強度の働きかけを行った」と認定されているが、その具体的な手段を考えると、上述事例③-3、同③-2のような暴行・威迫を伴う肉体的・精神

的な強度の抑圧の程度には至っていないと評価することもできる。とはいえ、本件母親の特殊な妄信状態に鑑みれば、それほど強度ではない働きかけでもよいことになる。このような本件被告人の働きかけの程度と母親の状態との関係・構造を示せば、本件は、被利用者にすでに存在している正常な心理的・精神的判断力が、利用者の強度の威迫や欺罔によって減退し、道具化していくような場合ではなく、むしろ、既に減退している或いは減退の方向性をもった心理的・精神的な判断力に対して威迫や欺罔を行うことにより、被利用者が道具化する場合である。本件は後者のように評価できる。そうすると本件は、「被利用者が他の行為の可能性がない程度に自由な意思決定を阻害されている程度」という、判例の判断枠組みの中で判断された事例であるというべきである。「被告人を信じてインスリンの不投与等の指導に従う以外ないと一途に考え、被告人の治療法に半信半疑の状態であった父親を説得」するという母親の行為にもそれが表れている。したがって、母親が被告人を妄信し、機械的に従わざるを得ない状態にあり、被告人は母親を道具として利用したと評価することができる。その意味で、被告人の行為を正犯とし、母親を道具と判断した本決定は、結論的には妥当である。

ただし、本決定は、道具とされた母親が「被害者へのインスリンの投与という期待された作為に出ることができない精神状態に陥って」おり、「被告人もそれを認識し」、「母親を道具として利用」したと判示している。これは、母親の行為は期待された作為をしないこと、つまり、本件は不作為を利用する間接正犯と考えるべきなのであろうか。この点について、本決定は特に言及していない。以下、若干検討する。

5. 不作為を利用する間接正犯について

利用者を正犯と評価する以上、正犯としての実体が備わっていなければならない。利用者を不作為犯の正犯とするならば、利用者に自身に不真正不作為犯成立のための要件が充足される必要がある。本件の場合、「被

被害者の生命維持に必要なインスリンを投与せず」に被害者を死亡させたという点が被告人の正犯性を基礎づけるというのであれば、少なくとも「インスリンを投与する」という作為義務が被告人自身に認められなければならないということになる。しかし、これまで不作為を利用する間接正犯を肯定した判例は見当たらない。

判例上、不作為の殺人罪のリーディングケースには、いわゆるシャクティパット事件が挙げられる。すなわち、「シャクティパット」と称する独自の治療を行い、信奉者を集めていた被告人が、脳内出血で病院に入院したその信奉者である被害者の治療を、同じく信奉者であるその息子Aに依頼されて引き受け、主治医が警告をしたのにもかかわらず、それを無視して入院中の病院からホテルの一室まで運び出させ、そのまま治療を受けさせず、被告人自身がホテル内で生命維持に必要な措置をとらず放置し、被害者を死亡させたというものである。同決定は、主として、被告人が自己の責めに帰すべき事由により、患者の生命に具体的な危険を生じさせたこと、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当を全面的に委ねられた立場にあった点などを判示して、被告人に作為義務を肯定したものである⁽⁴⁶⁾。理論的には、従来の通説の主張のように法令、契約、条理といった形式的根拠だけで作為義務を検討したのではなく、引き受けによる排他的支配の設定し、そこからの危険創出を重視して作為義務が認められたとされる⁽⁴⁷⁾。

本決定では、被告人が被害者の治療をその両親から依頼され、被害者を完治できる旨断言し、その治療を引き受け、治療契約を結んだとする事情に言及されている。ただし、これが積極的に作為義務を根拠づけている趣旨か否かは明らかでない。しかも、被告人は被害者に一度しか会っておらず、むしろ本決定は、「両親をして被害者へのインスリンを投与させず」とも述べている。とするならば、本決定の認定された被告人の状況下では、少なくとも排他的支配の設定はなされていないと考えるべきなのではなかろうか。もっとも、本件において作為義務を基礎づけるものでないのでは

れば、保護責任者である父親との共同正犯を根拠づける際、刑法65条が適用されるべきであろう⁽⁴⁸⁾が、この点の言及もなされていない。とすると、本件は、被害者の両親に命じ、被害者に対してインスリンを投与させないことによって殺害した作為犯ということになろうか⁽⁴⁹⁾。仮に、被告人に作為義務が基礎づけられるとするならば、ドイツのように明文規定のないわが国の刑法典においては、被告人を間接正犯とすることなく、被害者にインスリンを投与しなかったことという被告人自身の不作為について、端的に正犯とする⁽⁵⁰⁾ことが可能かどうか、検討の余地はある。

6. 結びにかえて

本決定は、被告人を間接正犯とし、被利用者である母親に道具性を肯定した。間接正犯の支配性については、利用者による働きかけと被利用者の具体的状態との相関関係で判断している⁽⁵¹⁾。既に減退している或いは減退の方向性をもった心理的・精神的な判断力に対して威迫や欺罔を行うことにより、被利用者が道具化することになる。このような構造は、例えば、被告人に日頃から怖いという印象をもち、ある程度是非弁識能力のある10歳の少年に対して、睨みつけるなどして窃盗をさせた被告人について、少年の「判断及び行為の独立性ないし自律性が乏しかった」として窃盗の間接正犯を肯定した事例などにもみられる⁽⁵²⁾。それ故、本決定は、「被利用者が他の行為の可能性がない程度に自由な意思決定を阻害されている程度」という、判例理論が示した現在の判断枠組みを踏襲している事例判断と考えることができる。したがって、母親との関係で、被告人に殺人罪の間接正犯を認めた点は、結論的には支持できよう。しかしながら、本決定は、被利用者の行為を通じた被告人の行為の法的性質について、不明の点がみられる。被告人が「被害者へのインスリンの不投与を指示し、両親をして被害者へのインスリンの投与をさせず、その結果、被害者が死亡するに至ったものである」という認定からは、被告人に作為義務を肯定する主旨かどうか不明であると考えられる以上、被害者の両親に命じ、被害者に対して

インスリンを投与させないことによって殺害した作為犯と考えざるを得ない。いずれにしても、そのような理論構成に疑問が残る。

註

- (1) 本決定の評釈として、平山幹子「判批」TKC Watch 刑法 No157 (2020)、前田雅英「判批」WLJ 判例コラム特報号第211号 (2020)、十河太郎「判批」法学教室484号 (2021) 130頁、林幹人「判批」法学教室485号 (2021) 68頁以下。また原審の評釈として、豊田兼彦「判批」平成30年度重判解・ジュリ増版1531号 (2018) 148頁以下、安田拓人「判批」法学教室455号 (2018) 144頁、稲垣悠一「判批」専修大学法学研究所紀要44号 (2019) 61頁以下。
- (2) 大塚仁『刑法概説(総論) [第4版]』(有斐閣・2008) 158頁以下、同『間接正犯の研究』(有斐閣・1958) 1頁以下参照、同「総合判例研究叢書 刑法 ②1」(有斐閣・1963) 14頁、団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』(創文社・1990) 154頁、島田聡一郎「注釈刑法 [第2版]」西田典之他編(有斐閣・2010) 786頁、山口厚『刑法総論 [第3版]』(有斐閣・2016) 68頁、高窪真人「大コンメンタール刑法(第5巻) [第3版]」大塚仁他編(青林書院・2019) 32頁、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣・2020) 48頁以下等。
- (3) 大塚・前掲註(2)『刑法概説』158頁以下、団藤・前掲註(2) 154頁等。
- (4) 松生光正「判批」山口厚編『刑法判例百選 I 総論 [第7版]』(2014) 151頁等。
- (5) 山口・前掲註(2) 68頁、島田・前掲註(2) 786頁等。
- (6) 島田・前掲註(2) 787頁以下等。
- (7) 大判明32・3・14刑録5輯64頁。
- (8) 大判明37・12・20刑録10輯2415頁。
- (9) 前掲註(2)の文献参照。
- (10) 仙台高判昭27・9・27判特22号178頁等。
- (11) 名古屋高判昭49・11・20刑月6巻11号1125頁。
- (12) 最決昭58・9・21刑集37巻7号1070頁。

- (13) その他、最決平13・10・25刑集55巻6号519頁、大阪高判平7・11・9高刑集48巻3号177頁。
- (14) 小野清一郎『新訂刑法講義 総論 [増補版]』(有斐閣・1950) 106頁、団藤・前掲註(2) 157頁、植松正『刑法概論 I (総論) [再訂版]』(勁草書房・1974) 297頁、大塚・前掲註(2) 『刑法概説』160頁(1)、平野龍一『刑法総論 II』(有斐閣・1972) 361頁、山口・前掲註(2) 72頁等。
- (15) 大判大8・4・19刑集12巻471頁。
- (16) 最決昭27・2・21刑集6巻2号275頁。
- (17) 最決昭31・7・3刑集10巻7号955頁。その他、大判明43・10・7刑録16輯1647頁(私文書偽造。同旨、大判明44・9・14刑録17輯1531頁、大判大12・12・15刑集2巻982頁)、大判大8・2・12刑録25輯100頁(有価証券虚偽記入罪)、大判昭12・4・7刑集16巻517頁(証拠偽造罪)、名古屋高金沢支判昭25・3・20判特7号46頁(盗品保管罪〔贓物寄蔵罪〕)、東京地判昭58・10・12判時1103号3(受託収賄罪)等。
- (18) また、この錯誤利用の類型における被害者自身の利用の場合には、偽装心中の事例も考えられる。最判昭33・11・21刑集12巻15号3519頁、仙台高判昭27・9・15高刑集5巻11号1820頁。いずれも殺人罪を認めている。
- (19) 最決昭59・3・27刑集38巻5号2064頁。
- (20) 最決平16・1・20刑集58巻1号1頁。
- (21) 福岡高宮崎支判平元・3・24高刑集42巻2号103頁。
- (22) 広島高判昭29・6・30高刑集7巻6号944頁。なお、殺意の証明がないとし、無罪としたものとして、浦和地熊谷支判昭46・1・26刑月3巻1号39頁。
- (23) 例えば、東京地判平8・6・26判時1578号39頁等。なお、本決定はこの類型にも関わる。
- (24) 福岡地小倉支判平17・9・28(裁判所 web [平成14(わ)227号] [北九州連続監禁殺人等事件])。
- (25) 大判大10・5・7刑録27輯257頁。
- (26) 最決平9・10・30刑集51巻9号816頁。

- 27) 同旨、島田・前掲註(2)793頁。なお、同決定は、事情を知らない被利用者が、途中から事情を知ったということから、この類型と考えるべきかどうかは、検討の余地がある。
- 28) なお、大判昭7・5・11刑集11巻614頁について、共謀共同正犯が成立した判決ではあるが、身分なき故意ある道具の事例として議論することも可能であると指摘として、大塚・前掲註(2)「総合判例研究叢書」40頁以下、高窪・前掲註(2)68頁以下参照。
- 29) 最判昭25・7・6刑集4巻7号1178頁。
- 30) 学説上、故意ある幫助道具の観念に肯定的な立場として、大塚・前掲註(2)『刑法概説』162頁以下、団藤・前掲註(2)159頁註13、莊子邦雄『刑法総論 [第3版]』(青林書院・1996)461頁、亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』(弘文堂・2005)114頁以下等。他方、この観念に否定的な立場として、平野・前掲註(14)361頁以下、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論 [第3版]』(弘文堂・2019)354頁、西原春夫『犯罪実行行為論』(成文堂・1998)283頁、曾根成彦『刑法の重要問題 [第2版]』(成文堂・2005)295頁等。
- 31) 大津地判昭53・12・26判時924号145頁。その他、横浜地川崎支判昭51・11・25判時842号127頁。
- 32) 松生・前掲註(4)151頁等。
- 33) 平山・前掲註(1)2頁等。
- 34) 大塚・前掲註(2)『間接正犯の研究』118頁以下参照、同・前掲註(2)『刑法概説』160頁等。
- 35) 植田重正『共犯の基本問題』(三和書房・1952)95頁(1)、中義勝『間接正犯の理論』(有斐閣・1962)134頁以下、浅田和茂『刑法総論 [第2版]』(成文堂・2019)431頁。なお、規範的障害概説における他の見解について、例えば、可罰的規範的障害という概念を採用するものとして、山中敬一『刑法総論 [第3版]』(成文堂・2015)869頁以下。また、西原春夫『刑法総論 [改訂準備版・下巻]』(成文堂・1993)358頁以下は、規範的障害のある状態について、「法秩序は責任能力ある者に対しては違法行為を避け適法行為に出ることを期待している」こと

から、この期待可能な者が介在した場合、法秩序の立場からは、それは規範的障害と考えなければならないとする等、主張されている。

- ③6 植田・前掲註 ③5 95頁(1)以下、中・前掲註 ③5 134頁以下等。
- ③7 島田・前掲註(2) 799頁以下、山口・前掲註(2) 85頁参照。
- ③8 橋本正博『「行為支配」と正犯理論』(有斐閣・2000) 172頁以下、井田良『講義刑法学・総論 [第2版]』(有斐閣・2018) 487頁、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂・2007) 74頁以下参照、その他、平場安治『刑法総論講義』(有信堂・1952) 150頁等。
- ③9 この見解はドイツにおいて、通説的地位を占めている。現在の代表的なものとして、Vgl. Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10. Aufl. 2019, S.157ff.
- ④0 例えば、井田・前掲註 ③8 492頁。
- ④1 同旨、安田・前掲註(1) 144頁。
- ④2 松浦繁「最判解刑事篇昭和59年度」(1984) 253頁。
- ④3 鹿児島地判昭62・2・10判タ637号234頁。
- ④4 例えば、亀井源太郎・判例評論570号36頁以下、園田寿「判批」山口厚他編『刑法判例百選 I 総論 [第7版]』(2014) 149頁。
- ④5 松生・前掲註(4) 151頁。
- ④6 最決平17・7・4刑集59巻6号403頁。
- ④7 佐伯仁志「注釈刑法 [第2版]」西田典之他編(有斐閣・2010) 292頁参照、山口・前掲註(2) 85頁、井田・前掲註 ③8 158頁以下等。
- ④8 被告人を主導者とし、父親も含む3名の共謀共同正犯が成立すべきとする見解として、林・前掲註(1) 73頁。
- ④9 前田・前掲註(1) 4頁。
- ⑤0 平山・前掲註(1) 3頁。
- ⑤1 安田・前掲註(1) 144頁。
- ⑤2 前掲註 ⑬3 大阪高判平7・11・9。また、妄信という観点から上述事例②-1の愚鈍な者を利用する場合として、前掲註 ⑮5 大判大8・4・19。

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
石 川 信
道 端 忠 孝

国家試験等センター

佐 藤 寛 稔
岡 崎 頌 平 (編集委員)
寺 迫 剛

第 60 号 目 次

論 文

- 明治憲法の歴史的検討（2・完） 中 川 修 一
—第2章の流れ—

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、
調停についての管轄合意が否定された事例 川 口 誠

第 61 号 目 次

論 文

- 日本国憲法改正論点について 中 川 修 一
—特に憲法の「語」について—

- 国民主権と裁判官 佐 藤 寛 稔

- A1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

書 評

- Martin Ceadel, *Pacifism in Britain 1914-1945* 中 村 逸 春

執筆 者

佐藤 寛 稔 ノースアジア大学教授
中川 修 一 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
寺 迫 剛 ノースアジア大学講師
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

(掲載順)

令和3年3月25日印刷
令和3年3月31日発行

秋 田 法 学 第 62 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. 62 March, 2021

CONTENTS

Articles

The difficulty in the establishment of unconstitutional examination standards —between constitutional and administrative litigation—
.....*Sato Hirotoshi*

On the Constitution Revision Issues Japan
—Especially about Constitutional Language(2)—
.....*Nakagawa Shuichi*

Analysis of the wide area support system in the case of occurrence
of a large-scale disaster
.....*Sato Katsue*

Institutionenentwicklung des Thüringer Landesverwaltungsamtes (TLVwA)
in Deutschland —101 Jahre Thüringen und 30 Jahre TLVwA—
.....*Terasako Go*

On a principal
.....*Okazaki Shohei*

Case Exegesis

Der gegenwärtige Zustand der mittelbaren Täterschaft.
.....*Akiyama Eiichi*

published by
Institute of Law
North Asia University