

秋田法学

2022年 第63号

論 文

重要土地等調査規制法の制定をめぐって

佐藤克枝

裁量行為に対する憲法的統制について

佐藤寛穏

日本国憲法改正論点について

—特に憲法の「語」について— (3)

中川修一

監査等委員会設置会社規制再考

道端忠孝

実行行為について

岡崎頌平

2021年議会選挙から連立政権発足に至る

メカニズムにみるドイツと日本の共通性と対照性

寺迫剛

判例評釈

共同正犯論の現状について

—最高裁判所令和2年8月24日第二小法廷決定を素材に—

秋山栄一

ノースアジア大学法学研究所

秋 田 法 学

第 63 号

ノースアジア大学

法学研究所

目 次

論 文

- 重要土地等調査規制法の制定をめぐって 佐 藤 克 枝 (1)
- 裁量行為に対する憲法的統制について 佐 藤 寛 稔 (15)
- 日本国憲法改正論点について
—特に憲法の「語」について— (3) 中 川 修 一 (39)
- 監査等委員会設置会社規制再考 道 端 忠 孝 (73)
- 実行行為について 岡 崎 頌 平 (97)
- 2021年議会選挙から連立政権発足に至る
メカニズムにみるドイツと日本の共通性と対照性
寺 迫 剛 (111)

判例評釈

- 共同正犯論の現状について
—最高裁判所令和2年8月24日第二小法廷決定を素材に—
秋 山 栄 一 (135)

重要土地等調査規制法の制定をめぐって

佐 藤 克 枝

- 1 はじめに
- 2 立法の背景
 - (1) 立法に至る状況
 - (2) 制定前の問題点
 - (3) 政府の取り組み
 - (4) 有識者会議提言
- 3 法の骨子と審議経過の概要
 - (1) 法の骨子
 - (2) 審議経過の概要
- 4 外国資本による土地買収の状況
- 5 諸外国の制度
 - (1) 米国
 - (2) オーストラリア
 - (3) 韓国
 - (4) イギリス
 - (5) フランス
- 6 おわりに

1 はじめに

令和3年6月16日、「重要施設周辺及び国境離島等における土地等の利用状況の調査及び利用の規制等に関する法律」が成立し、同月23日に公布された（以下「重要土地等調査規制法」という。）。

重要土地等調査規制法は28カ条と附則からなり、総則において目的¹、定義のほか措置の実施に当たっての留意事項が示されている²。対象と

なる区域として注視区域と特別注視区域とし、重要土地等調査規制法に規定する事項を処理するために土地等利用状況審議会を設ける。また、土地等利用状況調査に応じなかった場合や命令違反、事前届出義務違反の場合について罰則規定を設けている。これは、安全保障の観点からの行為規制である。

本稿では、重要土地等調査規制法が成立する背景と成立に至る経緯、外国資本による土地買収の状況、諸外国の規制例などについて見たうえで、今後の検討課題について、考察するものである。

2 立法の背景

（1）立法に至る状況

外国資本等による土地の取得に対しては、地方公共団体から懸念が示され、2013年頃からは地方議会において問題提起がなされはじめた³。

2013年9月12日の長崎県対馬市議会第3回定例会では、市長に対する質問の中で、外国人による土地、建物などの不動産取得が見受け

-
- 1 第1条において、「重要施設の周辺の区域内及び国境離島等の区域内にある土地等が重要施設又は国境離島等の機能を阻害する行為の用に供されることを防止するため、基本方針の策定、注視区域及び特別注視区域の指定、注視区域内にある土地等の利用状況の調査、当該土地等の利用の規制、特別注視区域内にある土地等に係る契約の届出等の措置について定め、もって国民生活の基盤の維持並びに我が国の領海等の保全及び安全保障に寄与することを目的とする。」としている。
 - 2 第3条において「内閣総理大臣は、この法律の規定による措置を実施するに当たっては、個人情報の保護に十分配慮しつつ、注視区域内にある土地等が重要施設の施設機能又は国境離島等の離島機能を阻害する行為の用に供されることを防止するために必要な最小限度のものとなるようにしなければならない。」とし、個人情報の保護と必要最小限の措置であることとしている。
 - 3 「国土利用の実態把握等に関する有識者会議」（令和2年11月9日 内閣官房 土地調査検討室）

られるが現行法の下では規制はできないとの発言がなされた。これを受けて市長は外国人による土地購入の問題が週刊誌にも掲載され国会でも取り上げられたため、県と市で外国人による市内の土地の購入状況を調査したこと、市議会とともに国にあてて、国境離島特別措置法制定の要望書を提出するとしている。

2014年6月11日の北海道千歳市議会第2回定例会では、市長は、防衛施設等周辺の外国資本の土地取得に関する質問に対し、中国の企業による大規模な土地取引があったこと⁴、市の外国資本による森林の取得状況については、これまでも穀田利用計画法、森林法に基づく届け出や北海道との情報交換などを通じて把握に努めてきていること、外国資本の土地取得にかかる法整備は自治体の権限を超えるものであり、国防の観点から、国において適切に対応されるべきものであると答弁している。

2016年9月20日の沖縄県八重山郡竹富町議会9月定例会では、外国資本からの土地買収の申し出に対し、企画財務課長から憂慮している旨の答弁がなされた⁵。

2018年3月5日、6日の鹿児島県奄美市議会第1回定例会では、外国資本の土地取得について報道がされているものの行政上は対応が難しいとの質問に対し、同市総務部長が、「(自衛隊の) 駐屯地を抱える自治体では重要な案件」である旨を答弁している。この答弁に対し質

4 2014年1月に、新千歳空港の滑走路南端に近接する苫小牧市域内の森林役8ヘクタールが外国資本に取得されたことを確認しており、利用目的は、資産保有のためとされている情報提供を得ている旨を答弁している。

5 西表白浜地区の24,000平米の売却予定地（宅地）について、中国ファンド、台湾から買収の申し出があった不動産会社から町に連絡があり、外国資本には譲りたくないため土地取引を不動産会社に待ってもらうよう要請していること、土地所有者や不動産会社との協議を進めていくことを考えている旨答弁している。

問者は、自治体等が調査権限を持つようにする立法でさえ進捗が見られないこと、奄美が防衛力配備の観点から重要拠点であることから土地買収の規制をするべきで、情報収集が必要である旨を発言している。

（2）制定前の問題点

土地の所有や利用については、農地法や森林法で政策的な規制を定めるが、外国人等の土地の所有、利用については、明治時代の当初は認められておらず、大正末に入って外国人土地法が制定された⁶。

外国人土地法1条は相互主義により、外国人等の都市の所有を禁止、制限するための勅令の制定が予定されていたが、勅令は制定されていなかった⁷。また、4条では勅令により国防上必要な地域を指定し、土地の取得を制限することを定めており⁸、施行当時は同条に基づく外国人土地法施行令が定められ、国防上必要な地区を指定していた⁹。しかしながら、第二次世界大戦後の昭和20年に同勅令は廃止され、

6 法務省所管の法律として、大正14年制定同15年施行

7 1条は、「帝国臣民又ハ帝国法人ニ對シ土地ニ關スル權利ノ享 有ニ付キ禁止ヲ為シ又ハ条件若ハ制限ヲ附スル國ニ屬スル外国人又ハ外国法人ニ對シテハ勅令ヲ以テ帝国ニ於ケル土地ニ關スル權利ノ享有ニ付同一若ハ類似ノ禁止ヲ為シ又ハ同一若ハ類似ノ条件若ハ制限を附スルコトヲ得」とされる。

8 4条1項は、「国防上必要ナル地区ニ於テハ勅令ヲ以テ外国人又ハ外国法人ノ土地ニ關スル權利ノ取得ニ付禁止ヲ為シ又ハ上限若ハ制限ヲ附スルコトヲ得、同条2項は、前項ノ地区ハ勅令ヲ以テ指定ス」と定めている。

9 外国人土地法施行令（大正15年11月2日）第1条は「外国人土地法第四条第二項ノ規定ニ依リ別表ニ掲ゲル地域ヲ国防上必要ナル地区ニ指定ス」とし、第2条で、「外国人、外国法人又ハ外国人土地法第五条ニ規定スル帝国法人ハ別表ニ掲ゲル地域ニ於テ土地所有権、地上権又ハ永小作権ヲ取得セントスルトキハ地方長官（権太ニ在テハ権太府長官）ヲ經由シテ陸軍大臣及海軍大臣ノ許可ヲ受クベシ」として、別表に指定地区を列記していた。なお、離島については、択捉島、八丈島、南鳥島、沖縄本島等が指定地区に含まれていた。

外国人土地法4条に基づく指定はされていない¹⁰。

（3）政府の取り組み

2013年、国家安全保障戦略において「国家安全保障の観点から国境離島、防衛施設周辺等における土地所有の状況把握に努め、土地利用等の在り方について検討する。」とした¹¹。さらに2017年には土地取引等に関する基本方針を定め、「有人国境離島地域における土地の取引については、国家安全保障に関わる重要な問題との認識の下、国（内閣府、防衛省及び関係省庁）は、当該地域、防衛施設周辺等における土地所有の状況把握に努め、土地利用等の在り方について検討する。」としている¹²。2018年には内閣府は海洋基本計画¹³の中で、国境離島の保全上重要と考えられる土地について、所有状況の把握を行うこと、土地利用等の在り方及び必要な措置について検討するとし、2020年に閣議決定された「骨太の方針2020」では、「安全保障等の観点から、関係府省による情報収集など土地所有の状況把握に努め、土地利用・管理等の在り方について検討し、所要の措置を講ずる。」¹⁴と明記した。

国会でも議論がなされ、内閣総理大臣も国境離島や防衛施設周辺等における外国人や外国資本による土地の取得に関しては「国家安全保障にかかわる重要な問題」との認識であり、関係省庁間の連携を図りつつ、制限の必要性や個人の財産権の保護の観点、国際約束との整合性等の諸事情を総合的に勘案した上で、必要な施策について検討を

10 升田純「外国人の日本国内の土地取得と土地法制度上の根本問題」（土地総合研究2013年秋号）

11 2013年12月17日閣議決定

12 「有人国境離島地域の保全及び特定有人国境離島地域に係る地域社会の維持に関する基本的な方針」（2017年4月7日内閣総理大臣決定）

13 2018年5月15日閣議決定

14 2020年7月17日閣議決定

行っていく考え方を示した¹⁵。

この方針を受け、2020年10月29日には、小此木領土問題担当大臣（当時）の下に「国土利用の実態把握等に関する有識者会議」が設置された。同会議は、同年11月及び12月に計3回開催され、対応方針の基本的な考え方や具体的な制度の在り方に関し検討を重ねた結果として、同年12月24日、「国土利用の実態把握等のための新たな法制度の在り方について」と題する提言（以下「有識者会議提言」という。）が取りまとめられた¹⁶。

（4）有識者会議提言

有識者会議提言では方向性として、安全保障上のリスクに適切に対応するためには、まずは、政府が重要な土地の所有・利用状況を確実に把握することが必要であるとして、諸外国においても、まずは必要な情報を収集した上で、土地の適切な管理を行うという考え方が主流になっているとしている。

基本的な考え方として、国民の権利との関係では、憲法は第29条第1項において、「財産権は、これを侵してはならない」としており、土地を所有し、その所有権に基づき自由に利用することは、財産権として、保障されていることを示したうえで、公共の福祉とのバランスを十分に考慮することが必要であるとし、我が国の安全保障の確保は国民の生命、身体及び財産の保護等のために必要不可欠な要素として、国民の平穏な生活の実現に資するものであり、そのために財産権を一定の範囲で制約することは、公共の福祉による制約として、許容され得ると考えられるとしている。

また、内外無差別原則との関係との関係では、本政策目的が安全保

15 2019年2月15日 衆議院本会議・総理答弁

16 「重要土地等調査規制法 — 新法の概要及びその解釈に係る国会答弁一」小倉 理沙（内閣委員会調査室）（立法と調査 2021. 9 No. 438）

障の観点からの土地の不適切な利用のは正又は未然防止であり、日本の法律に基づいて設立された会社であっても、実質的な所有者や支配者が日本人ではないケースもあるなど、土地の所有者の国籍のみをもって差別的な取扱いをすることは適切でないことから新しい立法措置を講ずる場合には、内外無差別の原則を前提とすべきであるとした。

これらを踏まえ、2021年3月26日に政府は法律案を閣議決定し、同日、国会（衆議院）に提出した。

3 法の骨子と審議経過の概要

(1) 法の骨子

重要土地等調査規制法は、重要施設周辺と国境離島等¹⁷の機能を阻害する土地等の利用を防止することを目的とする（第1条）。

ここにいう重要施設とは、防衛関係施設、海上保安庁の施設及び原子力発電所など重要インフラであり、これらの周辺区域や国境離島等を「注視区域」（第5条）に指定し¹⁸、その区域内の土地及び建物の所有者、賃借人の氏名、住所、国籍等や利用状況を調査することとし、必要に応じて報告を求め、求めに応じない場合には罰則を課すことができるのこととした。

また、特に重要な施設周辺や離島は、「特別注視区域」（第12条）に指定し¹⁹、一定面積以上の取引に関しては、事前の届出を義務付けることとし、電波妨害やライフライン供給の阻害、施設への侵入準備行為など機能を阻害する行為があれば、中止の勧告を行い、これ

17 国境離島や有人国境離島地域を構成する離島

18 重要施設または国境離島等の機能を阻害する行為に供することを特に防止する必要があるとして指定される重要施設の敷地周囲おおむね1,000メートル以内の土地及び国境離島等の区域。告示で個別に指定される。

19 注視区域のうち、重要施設または国境離島等の機能が特に重要または阻害が容易であって機能の代替が困難である場合に告示で個別に指定される。

に従わない場合には、罰則を伴う命令を出せるとしている。

（2）審議経過の概要

国会審議では、立憲民主党や共産党から、区域の指定基準、調査できる事項及び罰則の対象となる行為などが曖昧で恣意的な運用が可能であり、私権の制限につながるなどの批判がされた。一方で、法の有効性についての疑義として与党内から、行為を規制するだけで売買や所有をやめさせることができない、国が買い取ることができる規定があるが所有者の任意で強制力がないといった指摘もあった²⁰。

4 外国資本等による土地買収の状況

重要土地等調査規制法が制定される背景として、外国資本等による土地買収が問題とされたが、遍く調査をする立法はないものの、森林法三に基づく調査などが行われている。

農林水産省の報告によれば、平成31年1月から令和元年12月（2019年）までに合計31件、163ヘクタールが外国資本により買収されており、中国の法人による資産保有目的とされるものが多い²¹。令和2年（2020年）は12件で22ヘクタールであったが、英領バージン諸島の法人が資産保有目的で入っている。中国の法人による買収も見られる²²。

5 諸外国の制度

ここでは、有識者会議の報告をもとに、米国、オーストラリア、韓国、

20 幹部学校運用研究部ロジスティックス研究室 大川幸雄「(コラム) 重要土地等調査法の成立」

21 「外国資本による森林買収に関する調査の結果について」（令和2年5月8日 農林水産省）なお、国内の外資系企業と思われるものによる森林買収は31件288ヘクタールであった。

22 「外国資本による森林買収に関する調査の結果について」（令和3年8月8日 農林水産省）なお、平成18年から令和2年の事例の累計は278件、2,376

イギリス、フランスの外資に対する各制度を概観する²³。

(1) 米国

自国民、外国人を問わず、連邦・州レベルで、軍の基地・施設周辺の土地利用を規制しており、「外国投資リスク審査現代化法（FIRRMA A）」の審査対象に不動産投資を追加（2020年2月施行）している。

FIRRMA は規制場所の対象を、全米約200施設ある軍事・安全保障関連施設近接地及び周辺、大規模ハブ空港、戦略的港湾等とし、対米外国投資委員会（CFIUS）による審査方法のプロセスを定めている。CFIUS は財務長官を委員長とするメンバーで構成され、必要に応じ国家安全保障会議（NSC）や国家経済会議（NEC）も関与することとなっている。

(2) オーストラリア

自国民、外国人を問わず、「防衛エリア」「防衛航空エリア」を指定することで、同エリア内の立ち入り制限、動産の撤去、建物の高さ制限等が可能である。また、防衛目的の土地収用が可能である²⁴。また、外国人等が土地の権利を取得するに当たり、一定額以上の場合は政府への通知・承認が必要であり、対象は、農地、商業地、居住地等である²⁵。

近年の動きとしては、安全保障上のリスクのある対内直接投資の審査強化の観点から、国家安全保障上センシティブな事業への投資等は投資額の閾値無しに事前承認を義務付けるべく「外資による取得及び

ヘクタールであった。

23 前掲「国土利用の実態把握等に関する有識者会議」

さらに詳しくは、JETRO が地域別・国別に規制内容を記載し、最近の動向についても紹介している。

24 根拠法は「国防法」「土地収用法」

25 根拠法は「外資による取得及び買収に関する法律」

買収に関する法律」の改正を行い、2021年1月に施行している²⁶。

（3）韓国

自国民、外国人を問わず、軍事基地及び軍事施設保護区域内における建築物の新築・増築又は工作物の設置等に際しては、関係行政機関の長が許可等を行う際には、国防部長官又は管轄部隊長等との協議が必要である²⁷。また、外国人等による軍事基地・軍事施設保護区域やその他国防目的で制限する区域等の土地取得については、所在地を管轄する市長の許可が必要である²⁸。

（4）イギリス

安全保障上の土地規制や、外国人による土地取得等に対する規制は存在しないが、近年の動きとして、英国に土地を有する外国企業に対し、実質的な所有者や管理者を政府に登録し年次更新を求める目的で「外国企業登録法案」が政府から国会に提出されている。

（5）フランス

安全保障上の土地規制は存在しないが、自国民、外国人を問わず、国防の用途を理由に、私人土地所有権を制限する「公役地役」の設定が可能である²⁹。また、政府は、外国人は外国機関への贈与・遺贈について異議申立てが可能であり、非居住者による一定額以上の不動産の取得・譲渡はフランス中央銀行に届出が必要となっている。近年の動きとして、2018年には、議会が「外国投資家の農地買収を防止するための法律案」を提出している³⁰。

26 不動産における対象は、国防省や国家安全保障施設周辺といった国家安全保障の観点から重要とされる土地である。

27 根拠法は「軍事基地及び軍事施設保護法」

28 根拠法は「不動産取引申告等に関する法律」

29 根拠法は「都市計画法典」「国防法典」

30 外国投資家に対し、機微な分野への投資につき政府の事前承認を求める政令の対象分野に農業を追加するもの。

5 おわりに

重要土地等調査規制法は、内容を政令や基本方針に委ねている事項も多く、国会審議でも賛否や問題点にかかわる質疑答弁が行われてきた。附帯決議62号では、機能を阻害する行為について基本方針で類型を例示して明確かつ具体的に定め、本法律の目的と無関係な行為を対象としないこと、「生活関連施設」を政令で定めるに当たっては、本法の目的を逸脱しないようにするとともに、その対象を限定列挙すること、「経済的社会的観点から留意すべき事項」を具体的に明示すること等が運用上の留意事項として加えられた。政府は区域指定について令和4年9月に公示する方針で、令和4年5月までに区域指定の基本方針案を検討することとしている。また、同年6月1日から一部施行して土地等利用状況審議会を設置した上で、同年9月1日から全面施行し、指定区域を公示すると報道されている³¹。

国会審議を踏まえた運用の適切な推進が求められる。

外国人等による土地の取得制限については、WTO協定など国際的な調和の観点からの反対もあり、私権の制限に当たるとの議論もなされてきた。しかし、米国やオーストラリア、韓国などは保護すべき区域に関する制限を行っており、安全保障上の土地規制がないイギリス、フランスでも外国人等の不動産取得に関しては一定の制限を課している。かつて、わが国でも外国人土地法施行令の別表には国防上必要な地域を列挙し、外国人等については所有権のほか地上権や永小作権についても、管轄大臣の許可を必要としていた。

近年では重要土地等調査規制法が成立する間近に、駆け込みでの土地取得も見られたことからも、安全保障にかかわる区域の保全は喫緊の課題である。重要施設の周辺や国境離島等の保全は対処処置ができなくなつてからでは遅きに失する。

31 前掲「重要土地等調査規制法 — 新法の概要及びその解釈に係る国会答弁 —」

令和4年度からは、土地等の利用状況の調査や制度周知、土地等利用状況の管理システム整備が行われる³²。重要土地等調査規制法により実施できるようになった施策を適切に運用していくことが求められる。

また、近時の国際情勢を見ても、国が平穏に存続してこそ国民の幸福が担保されることは自明である。法の適時の見直しはもちろん、私たちも動向に関心を払い、国の安全保障を「わがこと」としていかなければならない。

【図表】

居住地が海外にある外国法人又は外国人と思われる者による森林買収の事例

(平成31年1月から令和元年12月まで(2019年))

都道府県	市町村	取得主体	取得者の住所地	森林面積(ha)	利用目的
北海道	富良野市	法人	中国（香港）	0.4	未定
		法人	中国（香港）	4	未定
		個人	シンガポール	2	資産保有
		個人	タイ	0.03	資産保有
		個人	オーストラリア	0.04	資産保有
	ニセコ町	法人	英領ヴァージン諸島	2	未定
		法人	中国（香港）	1	資産保有
		法人	英領ヴァージン諸島	2	資産保有
		法人	シンガポール	1	別荘地開発
		法人	中国（香港）	0.3	不明
		法人	中国（香港）	0.2	不明
		法人	中国（香港）	0.2	不明

32 予算としてそれぞれ、約9億円、約15億円が計上されている。

	個人	タイ	4	未定	
	個人	中国（香港）	3	別荘用地	
留寿都村	法人	シンガポールと日本の共有	0.5	資産保有	
	法人	中国（香港）	2	資産保有	
	法人	中国（香港）	5	資産保有	
	個人	中国（香港）	2	資産保有	
俱知安町	法人	中国（香港）	12	未定	
	法人	中国（香港）	2	資産保有	
	個人	中国（香港）	0.05	不明	
	個人	中国（香港）	2	別荘用地	
上富良野町	個人	シンガポール	3	資産保有	
洞爺湖町	法人	サモアと日本の共有	93	資産保有	
	法人	オーストラリア	12	資産保有	
弟子屈町	個人	オーストラリアと日本の共有	1	資産保有	
	計	26件	154		
長野県	軽井沢町	個人	中国（香港）	0.2	資産保有
		法人	中国	4	資産保有
	計	2件	4		
愛知県	新城市	個人	中国	0.07	不明
	計	1件	0.07		
福岡県	直方市	法人	タイ	4	太陽光発電
	計	1件	4		
沖縄県	石垣市	個人	中国（香港）	0.7	住宅、宿泊施設等
	計	1件	0.7		
合計		31件	163		

農林水産省令和2年5月8日

(林野庁 HP <https://www.rinya.maff.go.jp/j/press/keikaku/200508.html>)

(令和2年1月から令和2年12月まで（2020年）

都道府県	市町村	取得主体	取得者の住所地	森林面積(ha)	利用目的
北海道	蘭越町	個人	香港	2	資産保有
	ニセコ町	個人	シンガポール	1	資産保有
		個人	シンガポール	2	資産保有
		個人	マレーシア	0.7	住宅建築
	真狩村	個人	シンガポール	10	別荘建設
	留寿都村	法人	英領バージン諸島	0.4	未定
		法人	英領バージン諸島	3	未定
	喜茂別町	法人	英領バージン諸島	0.8	未定
	計	8件		20	
	神奈川県	箱根町	法人	英領バージン諸島	0.2
			個人	英國	0.3
		計	2件	0.6	
京都府	京都市	法人	中華人民共和国	0.2	住宅
		法人	英領バージン諸島	1	資産保有
	計	2件		1	
合計		12件		22	

農林水産省 令和3年8月3日

(林野庁 HP <https://www.rinya.maff.go.jp/j/press/keikaku/210803.html>)

裁量行為に対する憲法的統制について

佐 藤 寛 稔

目次

- I 問題の所在
- II 司法国家における司法の役割
 - i 司法国家と行政国家の間
 - ii 司法国家への流れ
 - iii 司法権の限界
- III 裁量行為の違法判断基準と憲法
 - i 行政事件訴訟法30条の意味
 - ii マクリーン事件の悪夢
 - iii 剣道受講拒否事件再読
- IV まとめ 憲法の人権保障機能

I 問題の所在

きわめて単純なところから問題を提起したい。憲法は国家の最高法規である。したがって、憲法上の権利は、他の憲法規範群との優劣関係に服するものの、下位規範である法律には優位するはずである。そして、憲法上の権利を制約できる明文の根拠は「公共の福祉」のみであるから、ある憲法上の権利を制約できるのは、その権利に優越する憲法規範と「公共の福祉」以外にはないはずである。そして、行政庁による行政行為は、法律の具体的執行であるから、行政行為が憲法に服するのは当然である。また、日本国憲法81条が「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」(下線は筆者による)と定めるところからも、それは裏付けられる。

しかし、伝統的な憲法・行政法の考え方では、行政行為をする際の行政庁の裁量が、司法権の限界を画する理由の一つとなっている。本稿は、この行政庁の裁量に属する行為を憲法上、どのように評価できるかを「司法国家」の理念の進展という観点から検討するものである。

II 司法国家における司法の役割

i 司法国家と行政国家の間

権力分立制の現代的変容として、芦部信喜は、積極国家・社会国家の要請から「行政権が肥大化し、法の執行機関である行政府が国的基本政策の形成決定に事実上中心的な役割を営む『行政国家』の現象が顕著になっている」とこと、そして、それと並べて、「裁判所による違憲審査制が導入され、司法権が、議会・政府の活動をコントロールする『司法国家』の現象が進展している」ことを挙げている¹。一見違和感のない「行政国家」と「司法国家」の並列は、それぞれの国家像が同時に進展すると大きな矛盾を孕むことになる。社会の複雑化・多様化・専門化が進めば進むほど、法律が条文上一義的に書ききれない事象も増え、結果、行政権が事態の性質に応じて、法律の内容を第一次的に判断し、対処すべき事柄が増大する。「行政国家」において行政権による裁量行為の増大は不可避である。他方、「司法国家」の要が立法・行政の諸活動を裁判所の憲法解釈に照らしてコントロールすることで、憲法の規範力を高めるのが違憲審査制である。そして、「司法国家」の体面を保つためには、「法律上の争訟」であるにも関わらず、裁判所が介入できない、すなわち違憲審査の対象から外れる問題は少ない方が適当である。しかし、多くの主要な憲法学の教科書等にも記載されているように行政権による裁量行為は、司法権の限界事項として分

1 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第7版）』（岩波書店 2019年）299頁

類されており、原則的には裁判所が介入しえない領域となっている²。法律が羈束しえない行政権による裁量行為が増大している。そして、今後ますます増大していくであろう状況において、司法権による行政権の裁量権行使へ対するコントロールの在り方を見直さなければ、「司法国家」の理念は「行政国家」現象の単なる伴星に墮すことになる。

ii 司法国家への流れ

このような「司法国家」と「行政国家」と相矛盾する理念の並立は、どのようなバランスのもとに成り立つべきであろうか。この点について、田中二郎は以下のように述べて、現代国家における「行政国家」から「司法国家」への転換を認めている。「戦後、日本国憲法の制定に伴い、明治憲法下の行政裁判所は廃止され、行政事件訴訟も、民事・刑事の事件とともに、司法裁判所の管轄に属することになった」。そして、それは、「行政国家体制から司法国家体制への変革を意味するものであり、一切の行政について、司法裁判所によるコントロールを認めるに至ったことを意味するものと受け止めている」。さらには、このことについての国民の期待についても、「日本国憲法は、典型的な司法国家体制を採用し、行政事件を含めて、一切の法律上の争訟について、裁判所の裁判権を認めているため、裁判所に最後に期待をかける傾向がいよいよ顕著になったことも事実」³ と述べている。

但し、田中は、このような前提を受け入れつつも「裁判」そのものの性質にから来る限界にも言及し、「国民の人権保障の必要性が如何に大きくとも、また、この点について裁判所の使命の重要性が如何に切実であろう

2 例えは、芦部前掲注1353頁など

3 田中二郎『司法権の限界』(弘文堂 1976年) 1頁以下

とも」「ただ、イデオロギッシュに、裁判的救済の可能性と必要性とを根拠づけようとする態度や見解」⁴ を否定する。

このような戦後初期の学説の枠組みの中で、大まかに言えば、戦後、日本国憲法下において、国民が行政権からの侵害を受けた場合に司法権が介入し、救済を図るための法制度や行政機関による「前審」としての救済制度、裁判所の判例の動向は、以下の通り、行政事件訴訟制度、行政不服審査制度、国家賠償制度について、それぞれ漸進的に「司法国家」の理念に即した発展をしてきたと言える。以下でその点を概観する。

行政事件訴訟制度

法制度の観点から、行政事件訴訟については、戦後、日本国憲法が成立し、その76条2項で「特別裁判所は、これを設置することができない。」と規定されたため、司法裁判所システムの外にある特別裁判所の一つである行政裁判所は存立できなくなり、行政裁判は司法裁判所に係属することになった。行政訴訟を司法裁判所が独占することになって、戦後直後「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」に幾つかの規定が、置かれたのみであったが、1948年に行事件訴訟特例法、1962年に行事件訴訟がそれぞれ施行され、そして2004年の行政事件訴訟法大改正により、出訴期間の延長、被告適格について、処分をした行政庁から行政主体への変更により被告特定の容易化、従来法定外抗告訴訟とされていた義務付け訴訟と差し止め訴訟を法定化する等、国民が制度を利用しやすい方向への修正が行われた。

判例についても、最高裁は行政事件訴訟において、司法国家への方向性と一致する理論を蓄積してきた。例えば、行事件訴訟における取消訴訟の訴訟要件の一つである处分性については、伝統的には处分性がないと言われた行政活動の一部に处分性を認めた。行政手続法が「処分に該当しない

4 田中前掲注3 5頁

もの」と定義づけた行政指導について、医療法に基づく都道府県知事が行う病院開設の中止勧告に处分性を認めた事例⁵、行政計画について、かつては行政の「青写真」とされ、处分性を否定された判決⁶を覆し、土地区画整理事業計画の事業計画の決定に处分性を認めた事例⁷など、国民に対する裁判的救済の途が広がった。

また、原告適格について、行政事件訴訟法9条1項の处分の取消を求めるにつき「法律上の利益を有する者」を「当該処分により、自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は、必然的に侵害されるおそれのある者」⁸と解する「法律上保護に値する利益」説の立場を形式的には維持している。しかし、そのような前提のもとで、当該「行政法規が、不特定多数の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規の趣旨・目的、当該行政法規が当該処分を通して保護しようとしている利益の内容・性質等を考慮して判断すべきである」として「法律上の利益を有する者」を柔軟に解する余地を提示して原発周辺住民の原告適格を認めた事例⁹など、原告適格についても拡張できる解釈を展開している。

このように行政事件訴訟法は、行政活動からの裁判所による救済を図る仕組みを着実に充実させてきている。その意味では、「行政国家」から「司法国家」への進展の方向にあると評価することができよう。

行政不服審査制度

行政不服審査制度は、司法裁判所とは異なる系統の行政組織内部の機関により、行政上の法律関係に関する争いを裁断する制度－狭義の行政争訟

5 最判平成17年7月15日 民集59巻6号1661頁

6 最大判昭和41年2月23日 民集20巻2号271頁

7 最大判平成20年9月10日 民集62巻8号2029頁

8 最判昭和53年3月14日 民集32巻2号211頁

9 最判平成4年9月22日 民集46巻6号571頁

制度であり、「司法国家」の理念と直接的な関係を有するものではない。しかし、処分庁の処分後の事後救済システムであることは、裁判所と同様であり、憲法上禁止されていない行政機関による「前審」としての裁判として位置付けることもできる。こうした性質を持つ、行政不服審査制度が、より「公平な手続き」で、「国民の権利利益」の救済を図る方向で進展すれば、それは「司法国家」の理念と適合的ということができよう。そのような観点からその進展を見てみよう。初期の行政不服審査制度はドイツなど大陸法で発展し、明治憲法の下、訴願法を基本法として、わが国にも導入された。わが国の場合には、訴願や異議の申し立てに加えて、行政裁判所において行政事件は審査されることとされ、一応、近代国家としての行政救済制度が整った。しかし、訴願法に関しては、訴願事項について概括主義を採ったこともあり、国民の救済の観点からは十分なものとは言えないものであった公平性を欠く裁判所であったことなど不備が目立つものでもあった。

狭義の行政争訟制度は日本国憲法によって、行政訴訟と切り離され、その進展は行政訴訟の変遷と連動する形で行われる。行政事件特例法に対応する形で訴願法が改正され、行政事件訴訟法と連動して行政不服審査法が制定され、前述の2004年行政事件訴訟法改正を受けて、行政不服審査法も行政不服審査制度検討会の答申を受け、政府が国会に改正法案を提出し、2014年に大改正がなされた。

とりわけ、「審査請求に係る処分若しくは当該処分に係る再調査の請求についての決定」、または、「審査請求に係る不作為に係る処分」の関与していない者で審査庁が指名する審査庁に所属する職員が審理員となり、審査庁に意見書を提出する審理員制度（行審法9条1項）、その委員は行政機関に属する公務員ではなく「審査会の権限に属する事項に関し、公正な判断をすることができ、かつ、法律又は行政に関して優れた見識」を有する者から委員が任命され構成される行政不服審査会（行審法69条1項）の新設など、より公平な見地からの審査を期待できる制度が導入された。

行政不服審査制度もまた、「司法国家」の理念に向かった進展をしてきていると言えよう。

国家賠償制度

上述の行政事件訴訟制度、行政不服審査制度以上に、日本国憲法制定以降、飛躍的な進展を遂げたのが国家賠償法制度であろう。そもそも明治憲法下、というよりは当時の近代国家の標準的な考え方の下、国家無答責ないし主権免責の原則が妥当し、わが国においては、国家賠償責任は否認され、また、公務員個人の民事責任も問えなかった。この原則の下でも、国が純粹に私経済活動に主体として登場をする場合には、民法はじめ私法の規定に服すると考えられており、そして、大審院のいわゆる「徳島小学校遊動円棒事件判決」において、行政の非権力活動と考えられていた教育活動に民法上の不法行為責任が認められるようになったものの、権力的活動について、戦前の判例では、ついに国家責任を問われることはなかった。

このような近代国家の国家無答責・主権免責の法理を日本国憲法は、17条に「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国または地方公共団体に、その賠償をもとめることができる。」と規定することにより葬り去った。そして、その新たな土壤に、国家賠償法を中心とする国家賠償制度を敷いた。

公権力の行使に基づく損害の賠償責任を定めた国家賠償法1条に関して、判例は個々の用語を拡張的に解して、国民の救済に資する方向で判例が形成されてきた。例えば、伝統的な行政法理論では、公務員による命令強制等を伴う本来的な権力作用を伴う行為に分類されるもののみならず、公立学校における授業中の事故に関して、国家賠償法1条にいう「『公権力の行使』には、公立学校における教師の教育活動も含まれる」と解すべきとした事例¹⁰、県から委託されて行う入所児童の養育監護行為を行う民間の

10 最判昭和62年2月6日 判時1232号100頁

児童養護施設の職員を国家賠償法1条にいう「公務員」に当たるとした事例¹¹、「その職務を行うについて」の意味について「客観的にみて職務行為の外形を備えている行為」とし、自己の利を図る意図で、職務行為を装って、殺人を犯した警視庁の警察官の行為を職務行為に当たるとして、東京都の賠償責任を認めた事例¹²などがある。

また、2条に関しても、道路等「公の营造物」が「通常有する安全性を欠いている」ことのみで設置管理の瑕疵が認められ、国や公共団体の過失を問わないとした事例¹³など、広く国家賠償責任が問い合わせ易くなる方向で判例が形成されてきたと言える。

「司法国家」である国家とそうでない国家の境界線が果たして何処に行かれるべきかということについて、そして厳密な意味での「司法国家」の定義を本稿で確定することはできないが、戦後のわが国の行政救済制度や最高裁判所の判例は概ね「司法国家」の理念に向けられて進展してきたと言えよう。

iii 司法権の限界

上記のように、わが国の行政救済制度が「司法国家」の理念に向けた進展を遂げていると認められるにしても、司法制度も制度である以上、当然そこに限界が存在する。「国民の権利利益」の保護や人権保障の要請から直ちに、全ての紛争に裁判所が介入できるというわけではない。このような司法権の限界としては、二つ類型を示すことができる。一つは司法権の定義上の限界のため司法判断をしない類型であり、もう一つは定義上は司

11 最判平成19年1月25日 民集61巻1号1頁

12 最判昭和31年11月30日 民集10巻11号1502頁

13 最判昭和45年8月20日 民集24巻9号1268頁

法権の概念に含まれているにも関わらず、裁判所がその判断を控える類型である。

周知のとおり、司法権の定義は、明治憲法下における「民刑事の裁判」を変更し、日本国憲法下では「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家作用」に改められた¹⁴。この定義上の限界としては、警察予備隊の憲法適合性を問うたものの「裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする」として具体的な争訟性を否定された事例¹⁵、宗教団体の本尊が偽物であるとして、宗教団体への寄付金返還訴訟を提起したものの「信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断」は司法審査の対象とならないとし、裁判所による終局的解決性を否定された事例¹⁶、学問上・技術上の論争 国家試験の合否判定などは試験実施機関の最終判断するものとし司法判断を控えた事例¹⁷が挙げられる。

もう一つは、定義上の司法権の概念に含まれているにも関わらず、裁判所がその判断を控える類型としては、①議員の資格争訟の裁判、②裁判官の弾劾裁判、③国際法上の治外法権・条約による裁判権の制限、④国会や議院の内部事項に関する自律権に属する行為、⑤団体の内部事項に関する行為（部分社会の法理）、⑥統治行為 ⑦行政庁による自由裁量行為がある。上記のような司法権の定義変更の経緯に照らせば、定義上、法律上の争訟に当たり、かつ、法を適用することにより、終局的解決が図れる事柄については全て司法裁判所の審査に服せしめることができるはずである。ところが、新しい定義上、司法権が及ぶはずの事項のいくつかが「司法権

14 清宮四朗『憲法 I』（有斐閣 1957年）335頁

15 最大判昭和27年10月8日 民集6巻9号783頁

16 最判昭和41年2月8日民集20巻2号196頁

17 最判昭和41年2月8日民集20巻2号196頁

の限界」として、司法審査の対象から外れることになった。このうち①、②はそれぞれ憲法55条、64条に規定されたものであり、憲法自体が司法権の対象から外したものである。③については、外交関係におけるウイーン条約に基づく外交関係や日米安全保障条約に基づく日米地位協定上の駐留軍等に対する刑事裁判権に関する限界などである。したがって①から③について、その限界が明文で規定されており、いわば司法権の外在的限界に当たり、当該条約に対する違憲判断が前提にならない限りは、裁判所の介入ができないことになる。一方で④（憲法58条に規定された議院規則制定権など外在的限界の要素を含む）から⑦については、司法権が制約される憲法その他の法令上の明文の根拠がなく、司法権の内在的な限界として分類することができる。こうした外在的制約については、その明文上の根拠がない故に、その限界線が論者によって動きうる。以下にその点に注目して④から⑥による司法権の限界を見る。

国会や議院の内部事項に関する自律権に属する行為

憲法58条は1項に「両議院は、各々その議長その他の役員を選任する。」、2項に「両議院は、各々その会議その他の手続及び内部の規律に関する規則を定め、又、院内の秩序をみだした議員を懲罰することができる。」として、議院の自律権を明文で規定している。ただし、議事手続が明白な憲法違反である場合に司法審査が可能であるとの見解がある¹⁸。

団体の内部事項に関する行為（部分社会の法理）

団体の内部事項に関する行為には「一般市民社会の中にある、これとは別個に自律的な法規範を有する特殊な部分社会」には、司法審査が及ばないとされる。伝統的には、地方議会、大学、政党、労働組合、弁護士会等がその例とされてきた。しかし、実際上、世に無数にある団体の中で、

18 佐藤幸治『日本国憲法論（第2版）』（成文堂 2020年）507頁

これらの団体の内部事項についてのみ「部分社会」の考え方が妥当するのかは分かりにくい。学説上も「部分社会」という包括的な概念を基礎とする司法権の限界線を検討する仕方に疑問が提示されている¹⁹。判例も、その団体の性質に応じて対応が異なっている。例えば、大学について議論された「単位認定は純然たる大学内部の問題」とした事例²⁰においては、「一般市民法秩序との直接の関係」の有無が司法判断の基準となっている。一方で、政党について議論された事例²¹では、政党には「高度の自主性と自律性を与えて自主的に組織運営をなしうる自由を保障しなければならない。」とし、政党の特殊性を前置きし、「一般市民としての権利利益を侵害する場合であっても、右処分の当否は、当該政党の自律的に定めた規範が公序良俗に反するなどの特段の事情のない限り右規範に照らし、右規範を有しないときは条理に基づき、適正な手続に則ってなされたか否かによって決せられるべきであり、その審理も右の点に限られる」として、大学に比べて、政党に対してより高度の自律性を認めている。

ところで、地方議会については近時重要な判例変更がなされている。かつては出席停止の懲罰議決の効力を「内部規律の問題」として司法審査の対象外、除名の場合は「内部規律の問題にとどまらない」として司法審査の対象²²としていたが、地方議会がその議員に出席停止処分を科すと、「議員としての中核的な活動をすることができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる」として、「出席停止の懲罰の性質や議員活動に対する制約の程度に照ら」し、「その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるということはできない」。そして、「出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてさ

19 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法II 総論・統治』（日本評論社 2020年）308頁

20 最判昭和52年3月15日 民集31巻2号234頁

21 最判昭和63年12月20日 判時1307号113頁

22 最大判昭35年10月19日 民集14巻12号2633頁

れたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきであるものの、裁判所は、常にその適否を判断することができるというべき」であり、「地方公共団体の議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否は、司法審査の対象となるというべきである」とし、従来の判例を変更した²³。この判例変更が、本稿にとって重要なのは、従来の部分社会の法理が適用される典型的な団体例として挙げられていた地方議会が、そのカテゴリーから放逐され、議会の裁量の問題として司法審査の余地が残るカテゴリーに新たに分類されたことである。このことは司法権の限界に関する上記の①～⑦のカテゴリーが議論の仕方によっては司法権の限界論全体に相当なインパクトを与えるものといえる。

統治行為

司法権の限界論として、憲法学上、特に大きな問題をはらんでいるのがい統治行為論による司法権の不介入の場面である。この統治行為論を用いたもの最高裁の先例としては、衆議院の解散の合憲性が問われた事例²⁴（苦米地事件）と日米安全保障条約の合憲性が論点となった事例（砂川事件）がある。苦米地事件では、衆議院の解散について「直接国家統治の基本に関する高度の政治性のある国家行為」は、「それが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であっても」、このような「国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているもの」とし、なんらの留保なく、司法権の対象から外した。砂川事件では第一審東京地裁判決（いわゆる伊達判決）では駐留米軍を「実質的に考察するとき、わが国が外部からの武力攻撃に対する自衛に対する目的で合衆国軍隊の駐留を許

23 最大判令和2年11月25日 民集74巻8号2229頁

24 最大判昭和35年6月8日 民集14巻7号1206頁

容していることは、「日本国憲法第9条第2項前段によって禁止されている陸海空軍その他の戦力の保持に該当するものといわざるを得ず、結局わが国内に駐留する合衆国軍隊は憲法上その存在を許すべからざるもの」とし、日米安全保障条約によって認められた米軍の駐留を違憲であると断じた。それを受けて跳躍上告された上告審判決²⁵で最高裁判所は、第一審判決を覆し、日米保障条約の合憲性判断を避ける文脈で以下のように判示した。日米安全保障条約は「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係を持つ高度の政治性を有するものというべきであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣及びこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点が少なくない」、したがって、日米安全保障条約について「違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり」、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであって」…「終局的には主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきものである」。

「高度の政治性」を有する問題に対する国民の政治的批判を惹起する方法として当該問題に対する憲法適合性の判断を裁判所の司法審査権の「範囲外」とすることに関して、もちろん批判的な見解も出されているが²⁶、この判決を受容していると思われる見解が実は、極めて有力な憲法学者から多数出されている。例えば、宮澤俊義は「統治行為」については、「裁判所の審査に服せることが、実際上合目的的ではないから」「裁判所の審査権から多かれ少なかれ、除かれるべき」としている。さらに、「統治行為」について「かりに裁判所が議院なり内閣なりの行為の違法ないし無

25 最大判昭和34年12月16日 刑集13巻13号3225頁

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

効を宣言してみたところで、その執行はほとんど不可能であり、むしろ選挙や、一般の政治上の言論をつうじて、いわば政治的なコントロールに服させる方がはるかに効果的である」²⁷ として必ずしも否定的にはとらえていない。現代の憲法学説においても蟻川恒正は、「政治部門と決定的に『対決』した場合、自らの判断を『執行』するための固有の（政治的）資源を有していない裁判所は、挫折するしか」なく、「その政治的敗北が不可避的にもたらす司法の威信の喪失は、当該事件のみ」では終わらない。「司法の果たすべき」役割を全般的に阻害することになり、「その事態を防止することは」「司法にとっての死活問題」であるとして、積極的にそうすべきとは言わないまでも、最高裁の立場を擁護している²⁸。また南野森は、蟻川説と歩調を合わせ「最高裁が立法行為や行政行為に対して違憲審査権を行使するということは、つまるところ、自らの存在基盤あるいは存在形態そのものを根本的に動搖させうる政治勢力と敵対することを意味する」のであり、「最高裁の政治部門に対する『政治的敗北』を何としても避けるためにやむを得ざる戦略として」統治行為論をとることも首肯されるとしている²⁹。

III 裁量権行使の違法判断基準と憲法問題

i 行政事件訴訟法30条の意味

憲法81条の規定にも関わらず、実際にこれまでの最高裁の態度は、「一切の」国家行為を裁判所のコントロールに服せるようなものではなく、

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

28 蟻川恒正『憲法解釈権力』(勁草書房 2020年) 61頁

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

司法審査の対象とならないカテゴリーを作ってきた。また、多くの憲法学説も、個別の事件において、司法審査の対象とならない論理を用いることへの批判はあっても、司法権の対象とならない領域が存在すること、それ自体を否定するものではない。

本稿では、ここまで、行政庁による自由裁量行為以外の司法権の限界を提示してきた。この章では、行政庁の自由裁量行為と憲法上の権利の衝突があった場合について論じたい。行政庁の裁量に委ねられている行為が憲法上の権利と何らかの“関わり”を持つ場合に裁判所はいかなる態度をとるべきかということが、この章の課題である。言うまでもなく、行政庁に裁量があるという場合には、その第一的判断権が行政庁に存するということである。さらに、憲法上の権利についてもその解釈権が行政庁に委ねられるということである。そして、それは裏を返せば、行政庁の裁量行為については、憲法問題であっても、司法判断は、そこにはほとんど及ばないということが考えられる。しかし、上記の司法権の限界の議論の展開でも示唆したとおり、「裁量」という言葉は司法審査の限界の一つのカテゴリーであるにもかかわらず、司法審査の可能性を完全に遮断するものでもないという特色を持っている。上記の地方議会の判例の変遷においては、地方議会の出席停止処分に関する争いを部分社会の法理から地方議会の自律権に基づく裁量の問題とすることによって、それを司法判断の対象に引きずりこんだ。また、砂川事件型の統治行為論でも、「一見明白に違憲でない限り」との一言が、純然たる統治行為論だけでなく、裁量論を含んでいると理解され、それがまさしく、司法権の限界論の蟻の一穴になりうるものと考えることができる。この一穴を広げることこそが、より一層「司法国家」の理念に即した法理論の構築に資するものと思われる。

そもそも行政庁の裁量行為とは何故認められるのであろうか。行政権に多くの役割を期待する「行政国家」においては、法律が行政活動の全てを羈束することができず、行政庁が自ら判断しなければならないことが多い。また、時宜に応じた行政運営の弾力性の確保や行政官の専門的知識・能力

の尊重が求められることがあることがその理由となる。しかし、このような行政庁の裁量行為は、法律がそれを明示的に認めている場合とは限らないからなお難しい。美濃部達吉は、以下のいわゆる美濃部三原則でそのことを示している。「人民に対してその権利を侵害し、あるいは新たに義務を命ずる行為は、かりに法律の明文が自由裁量を認めるようにみえる場合であっても、常に羈束行為であり法規裁量行為である」。「人民のために新たに権利を設定し、または利益を与える行為は、法律の特別の規定のある場合を除くほか、原則として自由裁量行為に属する」。③「人民の権利・義務に直接の影響を及ぼさない行為は、法律の特別の規定ある場合を除くほか、原則として自由裁量行為に属する」³⁰。結局は、何が羈束行為であって、法規裁量行為であって、自由裁量行為に該当するかは、その行政活動の性質ということになる。

但し、行政事件訴訟法30条は「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と規定し、自由裁量行為であっても、司法審査の完全な枠外にあるわけではないこと、行政庁に裁量権の逸脱・濫用があればそれが違法になることを確認している。それではどのような場合に裁量権の逸脱・濫用になるのであろうか。判例は、「社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合」に違法判断の余地を残しているが³¹、一般的には、裁量権の限界は、比例原則、平等原則、目的拘束の法理に拘束されると考えられる³²。児童福祉法の目的と異なる風俗営業店の取り締まりが問われた事例³³において、児童福祉法に規定された児童公園の設置の目的とは異なる風俗営業店の「規制を主たる動機・目的とす

30 美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房 1929年）152頁

31 最判昭和52年12月20日 民集31巻7号1101頁

32 芝池義一『行政法読本（第4版）』（有斐閣 2016年）75頁

33 最判昭和53年6月16日 刑集32巻4号605頁

る余目町の若竹児童遊園設置の認可申請を容れた本件許可処分は、行政権の濫用に相当する違法性があり、被告会社のトルコぶろ営業に対しこれを規制しうる効力を有しないといわざるをえない。」として、行政庁の裁量権の逸脱・濫用を認めたのは、まさしくこの目的拘束の法理によるものである。

この行政事件訴訟法30条上の裁量権の逸脱・濫用は、その行政庁の行為が、憲法が保障する人権を制約する場合には、どのように作用するのであろうか。人権は、言うまでもなく国法秩序上、最上位にあるものであり、最も手厚く保護されるべき性質の権利である。本来的に、行政庁の自由裁量の枠内での保障ということは認められるべきではないはずのものであるが、この点について、最高裁はその方向では議論していない。そして、人権保障とは逆向きの方向性を示したのがマクリーン事件最高裁判決³⁴である。

ii マクリーン事件の悪夢

マクリーン事件は、憲法上の権利と行政庁の裁量権行使の限界が争点となつた代表的な事例であるとあると同時に憲法規範による行政裁量の統制という点では大きな問題を残した事案でもある。

周知のとおり、マクリーン事件は、在留期間中に政治的活動を行った外国人が、在留期間の更新申請をしたところ、法務大臣が申請拒否処分を行つたことに対して提起した取消訴訟である。

この事件の主要な論点の一つは外国人の人権享有主体性である。この点につき最高裁は、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが

34 最大判昭和53年1月4日 民集32巻7号1223頁

国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべき」であるとして、いわゆる「権利性質説」の立場に立った。その上で、マクリーン氏が行った政治活動の自由についても、「わが国の政治的意意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることができない」と解されるものを除き、その保障が及ぶものと解する」として、外国人の日本における政治活動を「権利の性質上」認められる権利であることとした。そうであるにもかかわらず、最高裁は、マクリーン氏が行った政治活動を「評価」して、法務大臣が在留期間の更新を拒否することは認められるとしたのである。最高裁によれば、行政事件訴訟法30条「裁量権の範囲をこえ、又はその濫用があった場合に」取り消すことができる基準として、「法が処分を行政庁の裁量に任せる趣旨、目的、範囲は各種の処分によって一様ではなく」、これに応じて裁量権の逸脱・濫用にあたる場合も「各種の処分ごとにこれを検討しなければならない」が、この法務大臣の「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由」があるかどうかの判断の場合についてみれば、在留期間の更新の拒否に関する法務大臣の裁量権は「その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となる」と解して、この事件におけるマクリーン氏に対する在留資格更新不許可処分については、法務大臣による裁量権の逸脱濫用はなかったと判断している。確かに、外国人が、在留期間中に自ら行使した憲法上の権利とは別に不許可にあたる理由があれば、申請拒否処分もやむをえない措置といえる。問題は最高裁が、「在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。」としたことである。憲法上の権利と行政庁の自由裁量行為を正面衝突させたことこそが、まさしくこの判例の問題点である。最高裁は続けて、「在留中の外国人の行為が合憲合法な場合でも、法務大臣がその行為を當不当の面から日本国にとって好ましいものとはいえない」と評

価し、また、右行為から将来当該外国人が日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者であると推認すること」も認めている。

しかし、憲法で保障された政治的活動の自由の行使と認定した行為を在留資格の更新審査において消極的事情と考慮することさえも、「社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるとはいえない」とする最高裁の姿勢は、憲法の最高法規性、そして、最高法規によって人権を保障していることの意味を著しく軽視しているものと思われる。裁量があるということはある法律上の行為についての第一次的判断権が行政庁にあるということと、そしてまた、その行為の憲法適合性の第一的判断権も行政庁にあるということであろう。このことはあくまで自由裁量行為については行政庁が、憲法・法律の憲法適合性の判断をなし、裁判所はその判断を尊重するということに過ぎない。けして行政庁に憲法・法律に違反する、あるいはその趣旨に反する行為を認めたわけではない。

何故、最高裁はこのような姿勢をとったのか。最高裁は、外国人の在留の拒否それ自体を国の裁量と位置づけ、外国人の人権は、その在留制度の枠内で保障される一つまり、外国人の人権は、まさに国の手のひらの上で保障されるものに過ぎないとしているのである。この点、この事件の調査官解説では出入国管理令が挙げる退去強制事由に当たらない場合でも、「適法行為を當不当の面から評価すること及びその行為事実から他の事実を推認することは、当該適法行為が憲法の保障を受けているからといって何等妨げられるものではなく、憲法の保障はそのような事実の推認を禁止する効力を含むとは考えられない。」としている³⁵。

しかし、このような見解には憲法上重要な問題が含まれている。人権を保障するということの意味から公権力からの「評価」を外してあり、その公権力による「評価」を裁量権行使の一内容として肯定していることである。通常、公権力による人権侵害には、私人の人権行使を公権力による

35 越山安久・法曹時報34巻1号247頁

「評価」が含まれるもの考えることができる。例えば、市政を批判する芸術作品を市が運営する作品展への展示をその批判を「評価」して禁止することなど挙げられる。こうしたことは表現の自由を侵害し、市の裁量権の濫用と判断できるのではないか。おそらく最高裁自身も憲法上の権利を公権力が「評価」すること自体が憲法上の問題を惹起することは自覚しているように見える。例えば、憲法19条が保障する思想・良心の自由と内申書の記載が問題となった事例（麹町中学内申書事件）において「内申書の記載は X の思想、信条そのものを記載したものでないことは明らかであり、ここに書かれた外部的行為によって X の思想、信条を了知しうるものではないし、また、X の思想、信条自体を高等学校の入学者選抜の資料に供したものとは到底解することができない」³⁶ としているのは、高校入学者選抜の際の「評価」資料である内申書に公立学校の教師が生徒の思想・良心そのものを書き込んだとすると憲法違反の疑いが出るから、そのような構成を回避することで憲法上の問題から争点をずらしたことからもうかがえる。憲法上の権利行使を「評価」することはそれ自体、人権侵害であり、憲法上認められるべきではない。そして、マクリーン事件がこのような「評価」を人権保障の対象外としたのは、まさしく外国在留制度の運用を国の裁量の下に外国人の人権保障を置いたからである。

そして、その判例の悪夢は、これがその後の外国人の在留制度にかかる法務大臣の裁量という枠を超えて、広く外国人の人権を争点とする事件の先例として引用され続いているということである。

iii 剣道受講拒否事件再読

上記のマクリーン判決のように、憲法上保障された権利を行政の裁量の枠の中に位置づけると、その憲法上保障された権利が問題となる事件も

36 最判昭和63年7月15日 判時1287号65頁

結局は裁量権行使の実体面・手続面での逸脱・濫用があったかという論点に矮小化される。この点から剣道受講拒否事件³⁷もその観点から批判できる。

この事件も周知のとおり、信仰上の理由から、必修科目である剣道実技を拒否した高等専門学校の生徒が体育の単位を落とし2年連続原級留置処分を課され、そして退学処分になった事例である。一般的には、生徒の信教の自由に配慮した判例として挙げられるが、本件も校長の裁量の問題として扱われたが故に退学処分が違法であるとの判断が下されたために、相当の困難を伴うものとなった。最高裁は、生徒に対し、原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、「校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきもの」とし、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、「校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超える又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきもの」として、上記マクリーン判決と同様、非常に広範な校長の判断権を認めた。本来、この事件は生徒の信教の自由にかかる問題であるのだから、厳格な司法審査に服すべき事案であり学校側が、この生徒を退学処分にするやむにやまれる目的とそれが目的を達成するための必要最小限度の制約であるとを立証しなくてはならないはずである。したがって、同じく憲法上規定された政教分離原則から導き出される公教育の宗教的中立性などがその目的として詳細に検討されるべきものであったと思われる。

しかしながら、本件を「校長の裁量権」の逸脱・濫用という問題にしたことで、生徒の請求が認められるために相当な理由が求められることになる。最高裁によれば、校長の裁量権が違法の評価を受けた理由として、第一に「高等専門学校においては、剣道実技の履修が必須のものとまではいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代

37 最判平成8年3月8日 民集50巻3号469頁

替の方法によってこれを行うことも性質上可能というべきである」としている。この点、公立学校が組んだカリキュラムに裁判所が優劣をつけるということの不適切さ、また代替措置が性質上とれない場合には違法判断が困難であることを指摘できる。さらに最高裁は、「被上告人が剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真なものであった。」、「他の科目では成績優秀であった」と述べているが、その信仰の核心部分と関連する真なものであったことを証明することは著しく困難であること、また、その材料として他の科目的成績が優秀であったかどうかを問うことは、生徒の成績次第では、校長の裁量権行使が適法の評価を受けかねないなど不適切なものとなりうることが指摘できよう。

IV まとめ 憲法の人権保障機能

全ての公権力の活動を「憲法」に服さしめること、「行政国家」現象から生じる行政活動の肥大化からもたらされる司法判断の空白部分を極力減らし、司法審査の可能性を最大限模索することが「司法国家」の理念に資するものである。そして、その理念の究極的な目的は、「司法国家」の理念と違憲審査制が不可分の関係にある以上、司法権による憲法解釈に他の国家機関の行為を従属させ、国民の権利を司法的に救済することにある。

こうした観点からすれば、上記の通り、現在のわが国の行政救済法の諸制度、判例の動向は、概ねその理念の方向に推移していると言ってよい。

こうした動向の中で、憲法上の権利とかかわる行政庁の自由裁量に対する裁判所の統制のあり方が際立って遅れているように見える。他方で、現在、司法権の限界としてカテゴライズされるものの中で行政庁の自由裁量行為は、司法審査の可能性を広げることがその理論上可能なところである。上記マクリーン事件、剣道受講拒否事件はいずれも憲法上の権利を行政庁

の自由裁量の枠内で判断した事案である。本稿での結論としては、憲法上の権利を行政庁の裁量の下に置くことは適切ではないと考える。上記の通り、憲法は国家の最高法規である。そして、何よりも国民から国家に向けた法規範であることに思いをいたせば、行政庁の裁量自体が憲法的統制に服すべきものであろう。こうした大上段からの疑義が、必ずし有効な議論を惹起できないにしても、少なくとも行政庁の裁量は、あくまで法令の第一次的な判断権を行政庁に留保したというだけのことであり、憲法や法律に反することを多少なりとも認めたということではないということはもつと強調されるべきであろう。

最高裁のいうところの「社会観念上著しく妥当を欠き」、裁量権の逸脱・濫用に当たる場合の「社会観念」とは生の社会の価値観ではなく、憲法が想定する価値観に準拠した市民によって構成される社会における観念—いわば空想上の社会観念に基づいて行わるべきであって、マクリーン事件で問題となったような憲法上保障された権利の行使が消極的に評価することなどは本来「社会観念上著しく妥当性を欠く」事案と判断され、司法権の介入を認めるべきであろう。

日本国憲法改正論点について —特に憲法の「語」について— (3)

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(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) 私擬憲法案について
- 5 日本国憲法改正か変遷化について (本号) (3)
 - (1) 明治憲法改正手続
 - (2) 日本国憲法改正手続
- 6 日本国憲法改正に伴う「幸福追求権」に属する問題点について
 - (1) 特に新しい人権とは
 - (2) 新しい人権の判例
 - プライバシー権
 - 肖像権
 - 名誉権
- 7 諸外国の新しい人権規定について

諸外国で新しい人権に関する「条文」を網羅している。

 - (1) アメリカ合衆国憲法の発展
 - (2) ボン基本法
 - (3) スウェーデン憲法第16条－名誉権
 - (4) スペイン憲法
 - (5) 大韓民国憲法第17条－プライバシー権
 - (6) スイス連邦憲法
 - (7) ポーランド共和国憲法
 - (8) ロシア憲法
 - (9) ブラジル連邦共和国憲法
 - (10) インド憲法
- 8 憲法改正手続きについて (次号)
- 9 私擬憲法案について
- 10 結び

5. 憲法改正手続か変遷かについて（3. 本号）

憲法の変動は、憲法の構造に矛盾が生じ、憲法制度や憲法体制等が変化、変動解体し、新しいものへと移行するとき生まれる。憲法改正とか憲法変遷の時に生まれる。日本国憲法に対しては、成立の当初、この憲法制定にかかわった連合国総司令部から、日本政府に対して国民の意向を再確認するため、再度意見を徴収するため、当時の政府に確認したのであるが、当時の政府は何等の確認をもしなかった。この点を踏まえて、連合総司令部の強制的な押し付け憲法ととらえられている。

しかし、改正は時代に沿った変化に伴う改正であり、明治憲法も日本国憲法もそれぞれ改正手続きを定めている⁽¹⁰⁷⁾。

（1）明治憲法改正手続

明治憲法の草案及び改正案に憲法の解釈は、枢密院の権限中最も重要視すべきものである。初めに明治憲法草案の解釈は枢密院の権限中も重要視すべきものである。初め帝国憲法草案の審議方法につき諸種の意見があったが、結局枢密院たる機関を創設し当代の指導的人士を構成員として審議することになった。即ち枢密院の審議は外見的には一般国民とは関係なき国事機関による審議であるが実質的には天皇総裁の下において、皇族、元勲閣僚、宮中、練達の士を網羅した当時の有識階級の合同会議というべきものであった⁽¹⁰⁸⁾。

枢密院二閥スル勅令草案第2章職権

第5条 枢密院ハ天皇陛下ノ裁可ヲ仰ギ第1憲法及憲法ニ附属スル法律ノ解釈及ビ適用ニ關シ 第二憲法第 条ニ依リ予算及ソノ他会計上ノ疑義ノ決定ニ關シ帝国政府ト帝国議会トノ間ニ起リル争議ヲ裁決ス

I 勅令

II 憲法又ハ憲法ニ附属スル法律ノ改正ニ關スル法律ノ草案

III 其他ノ法律ノ草案列国交渉ノ条約其他国家重要ノ件ニ関シ勅令ヲ以テ諮詢セラレタルトキ

明治憲法は、憲法の発布勅語・上論・本文で、憲法改正について言及している。具体的には、第73条が「(1項) 将來此ノ憲法ノ条項ヲ改正スルノ必要アルトキハ勅命ヲ以テ議案ヲ帝国議会ノ議ニ付スヘシ」・「(項) 此ノ場合ニ於テ両議院ハ其々其ノ総員3文ノ二以上出席スルニ非サレハ議事ヲ開クコトヲ恵得ス出席議員三分の二以上ノ多数ヲ得ルニ非サレハ改正ノ議決ヲ為スコトヲ得ス」と規定していたように、天皇が発議しなければ憲法の改正はできなかった⁽¹⁰⁹⁾。

明治憲法上論「朕は我ガ臣民ノ権利及財産ノ安全ヲ貴重シ及之ヲ保護シ此ノ憲法及法律ノ範囲内ニ於テ其享有ヲカンゼンナラシムルコトヲ宣言ス」と規定している。

どちらかというと、明治憲法は立憲主義的憲法で専主的四色彩の強い憲法であった。

①天皇主権

上論「国家統治ノ大権ハ朕カ之ヲ阻宗ニ承ケテ之ヲ子孫ニ伝フル所ナリ」(二項)

本文第1条「大日本国憲法ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」とし、欽定憲法となっている。

②大権中心主義

第4条「統治権ヲ」総攬する。

第5条「天皇ハ帝国議会ノ協賛ヲ以テ立法権ヲ行フ」その他57条で、三権分立の権限を天皇に集中している。

③統帥権の独立

第11条「天皇ハ陸海軍ヲ統帥ス」

④非常時の独裁

第14条「天皇ハ戒厳を宣告ス」

第31条「本章ニ掲ケタル条規ハ戦時又ハ国家事変ノ場合ニ
於テ天皇大権ノ施行ヲ妨クルコトナシ」と規定した⁽¹¹⁰⁾。

ここで言う「建国ノ体」は「国体」に結びつき、これが憲法の実定法概念に結びつき、超実定法なものにいたることになった。戦後の新憲法定期「国体論争」においてまで、展開されていく憲法問題がここにあった。

その修正箇所で多少実質的なものを挙げると次の通りであるが、一部枢密院審議の及ぼした影響と見ることができる。

これに対し適當なる修正を加えたい意向もないではなかったが、結局この改正案は「最も我が國がポツタム宣言を受託したのに伴い、日本國の最終の形態は日本國民の自由に表明した意思に依り決定されるべきことであることを顧みるとき妥当の構想であると謂わねばならない。しかしこの案の内容も大体においてその趣旨に適合するものと認められるものである。本案はその条項にあるものについては未だ疑問の余地なしとしないのであるが、すでに政府の名言通り憲法改正の速やか実現を図ることは緊迫する内外の情勢やむを得ないものがあること、本案の趣旨は之を是認するほかはない。

明治憲法の草案及改正並びに憲法の解釈は、枢密院の権限中最も重視すべきものである。初め帝国憲法草案の審議方法につき諸々の意見がなされたが、結局、枢密院という機関を創設した。枢密院の審議は、実質的に天皇統裁の下に於いて審議された。このため、枢密院の権限を大幅に制限された。例えば、各種の特別裁判所の設置を認めるなどの修正が行われようとしたのであるが、これらは立案の幅を大幅に動かすものではなかった。

明治憲法は制定以来変更を加えられることなくして経過したが、第二次大戦後、敗戦の結果、改正を行わざるを得ざる

に至り、明治21年4月17日明治憲法改正案として枢密院に諮詢されたが、ほとんど認められなかった。従って、明治憲法は制定以来何等の変更を加えられことなく経過したが、昭和21年4月17日明治憲法改正案として枢密院に諮詢された。枢密院は明治21年4月30日枢密院管制に基づいて創設された。詔勅22は「朕元勲及練達ノ人ヲ撰ビ、國務ヲ諮詢シ、其啓沢ノ力ニ倚ルノ必要ヲ察シ、枢密院ヲ設ケ、朕ガ至高顧問ノ府トナサントス、茲トニ其管制及事務規定ヲ裁可シ、之ヲ公布セシメル」として創設された。

枢密院が「元勲及練達ノ人」による天皇の「至高顧問ノ府」としての任命を帯びることを位置づけた。というのも、枢密院は「明治憲法」に先立って昭和21年10月29日枢密院会議において可決した。この直後、明治憲法改正案に対する天皇の裁可があり同案が成立。昭和21年11月3日に「日本国憲法」として公布され昭和22年5月3日施行された⁽¹¹⁴⁾。

(2) 日本国憲法改正手続

日本国憲法の制定については、かなり複雑な現象がみられた。日本国憲法の制定は明治憲法の改正として行われた。明治憲法にはその改正について、第73条に改正規定が置かれている。

第73条「将来ノ憲法ノ条項ヲ改正スルノ必要アルトキハ勅令ヲ以テ議案ヲ帝国議会ノ議ニ付スヘシ」

「此ノ場合ニ於テ兩議院ハ各各其ノ総員三分ノ二以上出席スルニ非サレハ議事オ開クコトヲ得ス出席議員三分ノ二以上ノ多数ヲ得ルニ非サレハ改正ノ議決ヲ為スコトヲ得ス」と規定している⁽¹¹⁵⁾。

実際に「帝国憲法改正案」が天皇の勅書をもって帝国議会に提出され、議会は右憲法第73条の定める要件によって、これを議決し、

更に天皇の裁可を経て、公布令第3条の規定により、上論を附して、「日本国憲法」として公布された。

上論は、新憲法の定立が明治憲法の改正の形式で行われたために、公式令第三条の規定の諮詢によってつけられたもので、そこにはただ「朕は、日本国民の総意に基づいて、新日本建設の礎が、定まるに至ったことを、深くよろこび、枢密顧問及び帝国憲法第73条による帝国議会の議決を経た帝国憲法の改正を裁可し、ここにこれを交付せしめる」にすぎない⁽¹¹⁶⁾。

憲法の「改正」とか「変遷」とか「革命」とかいうことは、感情論にすぎず、語句にとらわれすぎないことが求められる。現行憲法が誕生したのは、GHQ すなわち諸外国の力があったことは、否定することはできない。すなわち、天皇統治から国民主権、基本的人権尊重主義、平和主義の三原則をはじめ、福祉国家主義へと民主主義の発展であった。

現憲法作成に大きく影響を与えた「憲法改正草案」は、4月10日に衆議院議員の総選挙が行われた。それはポツタム宣言にいう、「日本国民の自由意思による政府に樹立、及び、昭和20年8月11日の連合回答にいわゆる、日本国民の自由意思による政府の形態の決定の第一歩である。6月20日、解散後の第90回議会が開会された当日、政府立案の「憲法改正草案」は、明治憲法第73条によるものとして、勅書をもって帝国議会に付議された。議会の大勢もこの手続きを支持し連合国最高司令官は6月23日に声明を発し、憲法改正草案が明治22年発布の現行憲法と完全な法定連続性を保障されること」を要求した。

帝国議会を通った憲法改正草案は、枢密院に諮詢され、10月29日に可決され、天皇の裁可を経て、11月3日に、「日本国憲法」の名のもとで上論を受け、公布された。上論は新憲法の定立が明治憲法の改正の形式で行われたため、旧公式令第3条の規定によって付さ

れた。「朕は、日本国民の総意に基づいて、新日本建設の礎が定まるに至ったことを深くよろこび、枢密顧問の諮詢及帝国憲法第73条による帝国議会の議決を経た帝国憲法の改正を裁可し、ここにこれを公布せしめる」と述べている。

日本国憲法は明治憲法上論第五段「将来若此ノ憲法ノ或ル条章ヲ改定スルノ必要ナル時宜ヲ見ルニ至ラバ朕及ビ朕ガ継続ノ子孫ハ發動ノ權ヲ執リ之ヲ議会ニ附シ、議会ハ此ノ憲法ニ定メタル要件ニ依リ之ヲ議決スルノ外朕ガ子孫及臣民ハ敢テ之ガ紛更ヲ試ミルコトヲ得ザルベシ」⁽¹¹⁷⁾との規定及び、第73条「将来此憲法ノ条項ヲ改正スルノ必要アルトキハ勅命ヲ以テ試案ヲ帝国議会ノ議ニ付スペシ」現行憲法は形式的手続きのうえでは、欽定憲法改正の仕方によって定立せられた⁽¹¹⁸⁾。「日本国憲法は・・・この憲法を確定する」と記し新憲法が日本国民の手により制定されたことを明記している。しかし、この部分は、上論に新憲法が明治憲法第73条に基づいて制定されたと書かれているのと明らかに矛盾している。

明治憲法第73条は天皇が議案を提出し、帝国議会の議決のみで改正されると規定されていた。また、現実に新憲法が総司令部主導型で作成されたことも事実である⁽¹¹⁹⁾。

一方、国家の基本法としては弱さがみられる。占領中の出来事であり占領軍の指揮のもとにおいて行われた改正だからで、ここに基本法としての弱さがみられる。国家の基本法は、国民感情がその基本法とならなければならない。国家の基本は国民から支持された、いわゆる国民感情がその基盤でなければならない。

現行憲法の著しい変化した部分をおもに上げてみると

① 天皇制の変化である。

明治憲法では天皇は統治権の総覧者（第1条・第4条）国憲の発動は天皇主権者である。国権の発動はすべて天皇意思に根源した。

日本国憲法では、天皇は国の「象徴」としての地位に過ぎず、国民統合の象徴であるが、国憲を総攬するということはなくなった。現行憲法では、主権は国民に存し国民の代表機関としての国会は國權の代表機關たる最高機関となった。

(憲法1条・41条) 明治憲法では、天皇は国の主権者で、国民統合の代表機関となった。このように旧憲法では、天皇は国の主権者なおかつ帝国憲法では天皇を国の主権者として帝国憲法下の三権分立主義も日本国法独特の形において現われた。すなわち立法権も司法権も行政権も天皇が掌握した。立法権の行使を翼賛するものは帝国議会であり(帝国憲法5条)、司法権を翼賛するものは裁判所であり(帝国憲法75条)、行政を翼賛するものは政府である。(帝国憲法10条)というのが帝国憲法下の三権分立主義であった。国家の統一が強固に維持された。ところが、憲法が変わり日本国憲法となってからは、立法、司法および行政を統括するものとしての天皇制はなくなり、立法権は国会が司法権は裁判所が、行政権は内閣がこれを行うというモンテスキュー流の三権分立が形式に変わった(日本国憲法41条・76条・65条)⁽¹¹⁹⁾。

② 戦争の放棄

一般に国家が国際紛争を解決する手段として用いる方法には二種ある。

- (1) 平和的方法であり
- (2) 實力行使の方法である

日本国憲法第9条第1項が「国際紛争を解決する手段としては専ら平和的方法に限るものであり、いかなる場合においても実力行使の手段を以って国際紛争を解決することは認めない。」

日本国憲法第9条第1項が「国際紛争解決の手段としての戦争は「永久にこれを放棄する」というのはこの意味である。しかし、国

際紛争解決の手段としてではない実力の行使、例えば、純然たる自衛隊の発動の可否について、憲法は何も定めを設けていないから、自衛隊の発動は日本国憲法の下に於いても許される。この部分については紙面の都合上次回に譲ることとする。

6. 日本国憲法に伴う「幸福追求権」に属する問題点について

(1) 特に新しい人権とは

明治憲法たる日本国憲法の近代的憲法であり、基本的人権の保障を定めていたのであるから日本国憲法では、この保障を定め強化した。思想及び良心の自由権、学問および自由権、職業選択の自由権、生活権、勤労権、勤労者の団体行動の自由権、および教育を受ける権利の如きは日本国憲法で新しく設けられた基本的人権である。

もちろん、日本国憲の下に於いても、自然権の自由を無制限に認めるということはない。基本的人権と称せられるものも公共の福祉の限界を超えることはできないことは、憲法自身これを明示している。すなわち、憲法第12条・第13条に規定している。勿論、公共の福祉に反する場合のいかなる場合であるかは国会の最高機関である国会で定めるよりほかにないということになる。

しかし、憲法制定当時予期しない人権の存在が目立つようになってきた。セラルヘシ「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ヲアル政府ガ樹立セラルルニ於テ」という文言がある。

ボッツタム宣言の中に、「日本国軍隊ハ完全ニ武装ヲ解除セラレタル後各自ノ家庭ニ復帰シ平和的且生産者ノ生活ヲ営ムノ機會ヲ得。」「日⁽¹²⁰⁾本国政府ハ日本国国民ノ間ニ於ケル民集主義的傾向ノシメラレルベシ復活強化ニ対スル一切ノ障壁ヲ除去スベシ言論、宗教及

思想ノ自由並ニ基本的人権ノ尊重へ確立セラルベシ、「日本国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ヲアル政府ガ樹立セラルルニ於テ」という文言がある。平和主義・民主主義・基本的人権尊重・国民主義が表現されており、前文の基調となった。

上村千一郎編 憲法見直し作業覚書—全文関係、第一法規出版 昭和57年3月25日。1頁。「われらは、平和を維持し、宣誓と奴隸、圧迫と遍狹を地上から永遠に除去しようと努めている國際社会において、名譽ある地位をすすめたいと思う。われらは、全世界の国民ひとあいく恐怖と欠乏から免がれ平和のうちに存在する権利を有することを確認した。」—マッカーサーノートにはなかった（142頁）⁽¹²¹⁾

（2）新しい人権について

日本国憲法は、国民の権利・自由を詳細に規定している。ところが経済の発展、科学技術の発展に伴い、情報科学の発展に伴い、科学技術の発達など目覚ましい社会経済の変革が人権と異なる新しい法的利益を伴った権利が盛んに裁判所で争うようになった。現代に於いて必要になってきた保障規定が網羅されておらず、新しい人権として、憲法第13条に規定している「幸福追求権」という用語を利用し裁判所で盛んに係争するようになった。新しい人権と言って裁判所で認められたものしか、係争することができない。

裁判所の判断によって日々何が新しい人権か不透明であり、人権として必要であるならば、新しい人権として裁判で認められた人権を条文化する必要性が存在しなければならない。諸外国ではすでに憲法を改正し条文化し保障している。裁判は人が裁くものでありいつ変更するか不透明であり、安定性に欠ける場合がある。特に人権部分は必要不可欠なものであり、早急に条文化する必要性が求められる。ここでは、判例で幸福追求権にかかる判例を検討しつつ、諸外国すでに定めている幸福追求権の条文を挙げ改正案の一助に

したい⁽¹²²⁾。

(1) 幸福追求権とは⁽¹²³⁾

新しい人権は第13条の「幸福追求権」が根拠となっている。現代において必要となってきた保障規定が憲法に網羅されておらず、幸福追求権を根拠に、これらを「新しい人権」として定義する必要性が生じてきた⁽¹³⁰⁾。第13条「個人の尊重・生命・自由・幸福追求権の権利の尊重」条文すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及幸福追求権に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上に最大の尊重を必要とする。新しい人権が憲法で直接明記されているわけではない。そのため、解釈が分かれており現在も議論が交わされている。

① 肯定説

新しい人権をそのまま認める説

直接書かれていなくても憲法上の人権として機能することを承認している立場。これからも時代の変化された権利は増えており、身分化された権利は増えていくため、明文化された権利がすべてではないということ。肯定説の主張となっている。

② 否定説

既存の中に挿入する。既存の公官を組み合わせる。

つまり新しい人権がなくてもそれと同様の保障

日本国憲法は、周知のように国民権利、自由を評価に保障している。プライバシーの権利、環境権、日照権、儲謗権、健康憲、プライバシー権嫌煙権、知る権利、アクセス権などに関する新しい人権⁽¹²⁴⁾。

1. 新しい人権に対する判例

幸福追求権を主な根拠として判例・通説に認められている「プライ

バシーの権利は「ひとりで放っておいてもらいたい権利」としてアメリカ合衆国裁判所で諸国に先駆けて認められ現代に諸国で条文化し発展してきた。我国では、1946年（昭和39年）「宴のあと」事件地裁判決で「私生活を乱れに公開されない法的保障ないし権利」と定義し、この私法上の権利（人格権）は個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障するうえに おいて個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障する上に於いて不可欠なものであるとし、憲法に基盤付けられた権利であることを認めた。このことは、後の裁判にも認められるようになった⁽¹²⁴⁾。

主な、代表的な判例を上げ検討してみると次のようなものを上げることができる。

（1）プライバシー権について

① 宴のあと事件一審裁判⁽¹²⁵⁾

〈事実〉

X は外務大臣を務めたこともある衆議院議員の一した。一度当選したこともある X は、立候補したが1959（昭和34年）の東京都知事選挙には社会党より推薦されて立候補したが落選した。X の妻で、有名な料亭の女将であった A は、夫の選挙に尽力したが、選挙後離婚した。Y（三島由紀夫）は、この事件にヒントを得て1960（昭和35年）に「宴のあと」と題する小説を月刊誌「中央公論」に連載した。後に Y₂（新潮社）を通じて同名の単行本として出版した。Y₂は、発売に当たって本書がモデル小説である旨の広告を繰り返した。

X は、Y₂およびY₂を相手としプライバシーの侵害を理由に謝罪広告と損害賠償を請求して訴えを提起した。

〈判旨〉

近代法の根本理念の一つであり、また日本国憲法のよって立つところでもある個人の尊厳という思想は、相互の人格が尊重

され不当な干渉から自我が保護されることによってはじめて確実なものであって、そのためには正当な理由がなく他人の私事を公開することが許されてはならないことは言うまでもないところである。このことの片鱗はすでに成文法上にも明示されているところであって、例えば他人の住居を正当な理由がないのにひそかに覗き見る行為は犯罪とせられており、その目的とするところが私生活の場所的根拠である⁽¹²⁶⁾。

住居の保護を通じてプライバシーの保障を図るにあるとは明らかであり、また民法235条1項が相陸地の觀望について一定の規制を設けたところに帰する。

いわゆるプライバシー権は、私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解されるから、その侵害に対し手は侵害行為の差し止めや精神的苦痛に困る損害請求請求権認められるべき」として「プライバシーの侵害に対して法的な救済が与えられるためには、公開された内容が私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られる恐れのあることからであること。一般人の感受性を基準として当該私人の立場に立った場合公開をよくしないであろうと認められる事柄であること。「一般人にいまだ知られていない事柄であることを必要とし、このような公開によって当該私人が実際に不快・不安を覚えたことを必要とする」とし、また存在し得るとしても言論、表現等の自由の保障が優先されるべきであるという被告などの見解はプライバシーが個人の尊厳性の認識をかいりして民主主義社会の根幹をやしなうものであることを軽視している点で到底賛成できないものである。

この判決は裁判所がプライバシー権を初めて正面から認めさらにプライバシー権侵害が認められるための要件を示したものである。この判決が示したプライバシー権侵害の要件は、その

後のプライバシー権をめぐる裁判所においても、多少の差異はあるが、重ね重ね踏襲されており、我が国におけるプライバシー権の先駆的な判決となり、プライバシー権侵害の要件は、その後のプライバシー権を巡る裁判所に於いても、多少の差異はあるが概ね踏襲されており、我が国におけるプライバシー権の先駆的な判決となった。

「プライバシーの権利を捉える場合、強制機関による個人情報の収集・取得・保有・利用・開示・提供を制限し、個人からの開示・訂正請求権を具体的に保障するためには、プライバシー保護法の制定が求められた。すでに世界各国では、この種のプライバシー保護法ないしデータの保護法が制定された。」⁽¹²⁶⁾

② 「エロス＋虐殺」事件高裁決定⁽¹²⁷⁾

衆議院議員を辞めたばかりの高名な元婦人解放運動家が、自己の過去の事件を素材とした映画の上映は名誉・プライバシーを侵害するとして上映の差止めを求めた事件。

〈事実〉

A をめぐる 3 人の女性の愛憎を描いた映画である。「エロス＋虐殺」が製作されたところ、モデルとされた女性の一人で著名な婦人解放運動・社会主義運動家であり、前衆議院議員であった X（債権者）が名誉権・プライバシー権の侵害を理由に上映禁止の仮処分を求めた。

〈要旨〉

プライバシーの侵害について、債権者が公開を欲しない私生活と主張する前記日陰茶屋事件〔X が旅館「日陰茶屋」において A の暗部に短刀で切創を負わせる事件〕および債権者らと A との恋愛関係の葛藤は本件映画の中心的素材として抽出されていることは是帰任手の通りであるが、それがすでに半世

紀以上経過した過去の歴史的事実とはいえ、前期認定のように、昭和30年代から40年代にかけて多数の伝記、小説等として公刊され、現代に於いても世上公地の事実となっているばかりではなく、前期のように債権者自身昭和32年3月初版の前記「わが青春の告白」や比較的最近の昭和40年3月初版の前記「私の履歴書」(23巻)において、右事件簿の概要を著述している事実さらに債権者が著名人でごく最近政界の第一戦を退いたばかりであること等に徴すれば、もはやプライバシー要件である秘匿県はないもというほかない。・・・前掲公刊の資料に依拠して比較的忠実に描いた右事件を素材とし、本件映画を全体として創作した意図、過程を忠実に描いた右事件などを素材として、本件映画を全体として創作した意図、過程を窮屈し得ないわけではなく、プライバシーの侵害の違法性も表現の自由との比較考量なし価値選択の問題であることに鑑みれば、少なくとも本件映画について、その上映差止め請求権を生ずべき高度のプライバシー侵害の違法性があるとは断定できないと言わざるを得ない。

衆議院議員を辞めたばかりの高名な元婦人解放運動家が、自己の過去の事件を素材として映画の上映は名誉・プライバシーを侵害するとして上映を差止めした事件で、裁判所は、名誉・プライバシーという人格的利益と映画との関係を「個人の侵害及び幸福追求の権利の保護と表現の自由の保障との関係」として捉えている。

③ 石に泳ぐ魚事件（プライバシー権に基づく差止請求・最高裁判決） 〈事実〉⁽¹²⁸⁾

「新潮」1994年9月号に掲載された「石に泳ぐ魚」は、Xと柳の交友関係をテーマとしているが、Xのモデルとされる

「朴 里花」の顔面を腫瘍についての記述等がXのプライバシー、名誉を侵害するとして、Xの本件小説を単行本として出版しないように、出版差止めを求めて仮処分を申請した。柳側が審査期日に小説としての公表をしない旨を陳述したため、Xが仮処分申請を取り下げ、損害賠償、謝罪広告、修正版についての出版差止めを求めて東京地裁に提訴した。ところが、柳出版が修正なしのまま単行本としての出版をしようとしたため、これの差止めについても、訴えを追加した。なお、この間の事情について、柳が「新潮」1995年12月号に「表現のエチカ」として公表し、仮名を用いXが「朴 里花」のモデルだとしたため、これについても、損害賠償の支払いを求めた。

〈判旨〉

「・・・原審は、次の通り判断し、上告人 A 及び新潮社らに対して100万円の慰謝料及びこれに対する遅延損害金の支払いを命じ、また、上告人及び新潮社に対し、本件小説の出版等の差止めを命じるべきものとした。

- (1) 本件小説中「朴 里花」と被上告人とは容易に固定可能であり、本件小説及び「表現のエチカ」の公表により、被上告人の名誉が毀損され、プライバシー及び名誉感情が侵害されたものと認められる。被上告人は、「本件小説及び「表現のエチカ」の公表により精神的苦痛をこうむったものと認められ」る。
- (2) 小格的価値を侵害されたの者は、人格に基づき、加害者に対し、現に行われているのを排除し又は将来すべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求める
- (3) ことができるものと解するのが相当である。・・・以上によれば、被上告人の上告人ら及び新潮社に対する本件小説の出版等の差止め請求は肯認されるべきだからである。・・・原案の不確定した事実関係の下に於いて、原案の上記各判断部分かいずれ

れも憲法21条1項に違反するものでないことは、投裁判所の判断の趣旨に照らして明らかである。所論のその余の違憲の主張は、その実質は事実誤認又は単なる法令違反を主張するものに過ぎない。論旨をいずれも採用することができない。」とした。

(3) 前科紹介事件⁽¹²⁹⁾

〈事実〉

X は、自動車学校から解雇されたことを争っていたところ、その自動車学校の B 弁護士は、X の前科などにつき「中央労働委員会、京都地方裁判所に提出するため」と記載して照会を申し立てた。これを受けて京都弁護士会が京都市伏見区役所に照会し、同市中京区長に照会し、同市中京区長に照会文書が回付されたところ、同区長は照会に応じ、X の前科等を回答した。そこで、X は、Y（京都市）を相手取り、損害賠償を請求して出訴した。第一審は X の請求を棄却したが、控訴審は請求を一部認容したので Y が上告した。

〈判旨〉

前科及び犯罪経歴（以下「前科等」という。）は人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有するのであって、市区町村長が、本来選挙資格の調査のために作成保管する犯人名簿の記載されている前科等をみだりに漏洩してはならないことは言うまでもないところである。前科等の有無が訴訟等の重要な争点となっていて、市区町村長に照会して回答を得るのでなければ他に立証方法がないような場合には、裁判所から前科等の照会を受けた市区町村長は、これに応じて前科等につき回答をすることができるのであり、同様な場合に弁護士法23条の2に基づく照会に応じて報告することも許されないわけのものではないが、その取扱いには格別の慎重さが必要である。

求されるものといわなければならない。本件において、原審の適法に確定したところによれば、京都弁護士会が訴外 B 弁護士の申出により京都伏見区役所に照会し、同市 C 区長に回付された被上告人の前科等などの照会文書には、初回を必要とする事由としては、右照会文書に添附されていた B 弁護士の照会の申出書に「中央労働委員会、京都地方裁判所に提出するため」とあったにすぎんしというのであり、このような場合に、市区町村長が漠然と弁護士会の照会に応じ、犯罪の種類、輕重を問わず、前科等のすべてを報告することは、公権力の違法な行使にあたると解するのが相当である。原審の適法に確定した事実関係の下に於いて、C 区長の本件報告を過失による公権力の違法な行使にあたるとした原審の判断は、結論に於いて正当として是認することができる。原判決に所論の違法ではなく、論旨は採用することができない。として区長の照会の違法性を認めた。

〈補足意見〉

他人に知られたくない個人の情報は、それがたとえ真実に合致するものであっても、その者のプライバシーとして法律上の保護を受け、これをみだりに公開するものと言わなければならない。このことは、私人による公開であっても、国や地方公共団体による公開であっても変わることはない。このことは、私人による公開であっても、国や公共団体による公開であっても変わることがない。国や地方公共団体においては、行政上の要請など公益上の必要性から個人の情報を収集補完することがますます増大しているのであるが、それと同時に、収集された情報がみだりに公開されてプライバシーが侵害されたことのないように情報の管理を厳にする必要も高まっているといってよい。近時、国または地方公共団体の保管する情報について、

それを広く公開することに対する要求も強まってきている。しかし、このことも個人のプライバシーの重要性を減退せしめるものではなく、個人の秘密に属する情報を補完する機関にはプライバシーを侵害しないよう格別に慎重な配慮が求められるのである。

この判決には、真正面からプライバシーないしプライバシーの権利に言及した箇所はないが、実質的に自己情報コントロール権説と同旨の考え方を前提としている点で、注目される。

（基本的人権の保障に関する調査小委員会。平成15年5月衆議院憲法調査会事務局17頁）

本件で問題とされた前科等は、個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたくないものの一つであろう。

⑤ 講演会参加者リストの提出—江沢民講演事件⁽¹³⁰⁾

〈事案〉

Y（被告）は、国賓として来日する江沢民中華人民共和国国家主席（当時）の講演会を、1998年（平成10）年11月28日に学内講堂で開催することを決定し、参加希望学生には、事前に、学内に備え置かれた名簿に学籍番号・氏名・住所・電話番号を記入させ、参加証を交付することとした。Yは、この講演会の開催に当たり、警視庁、外務省、中華人民共和国等から万全の警備体制を取るよう要請され、特に警視庁からは、警備を理由に本件名簿の提出を求められた。そのため、Yは、本件講演会の警備を警察に委ねるべく、学生の同意を得ないまま、本件名簿の写しを警視庁に提出した。Xらは、上規参加証を得て本件講演会に参加中、座席から立ち上がって「中国の核軍拡販対」と大声で叫ぶなどしたため、建造物侵入および威力業務妨害の嫌疑で現行犯逮捕され、その後Yからけん責処分を受

けた。そこで X らは、Y に対し、けん責処分の無効確認などと共に、本件名簿提出によるプライバシー侵害を理由に損害賠償を求めて出訴した。

一審・二審とも X らの請求を棄却したため、プライバシー侵害による不法行為につき、X らが上告した。

〈判旨〉

- (i) 「学籍番号、氏名、住所及び電話番号は、Y が個人識別等を行うための単純な情報であって、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。また、本件講演会に参加をも申し込んだ学生も同断である。しかし、このような個人情報についても本人が、自己がよくしない他者にはみだりにこれを本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと考えることは自然のことでありそのことへの期待は保護去るべきもであるから本件個人情報は、X らにプライバシーに係る情報として法的保護対象となれる。

本判決は、個人情報の非公表型開示を問題としている点で本書33事件と類似しているが、個人情報保護法の成立などを背景に情報保護ないし情報コントロール権説的な視角をさらに前進させていり点で、同事件と同一というわけではない。例えば本判決は、「秘匿されるべき必要性が必ずしも高いもので」氏名・住所等の単純情報をプライバシーに係る情報として法的保護の対象とした。

⑥ 住基ネット訴訟⁽¹³¹⁾

住民基本台帳は住民基本台帳ネットワークシステム（住基ネット）を導入したが、それは市町村が保有する住民基本台帳上の本人確認書類（氏名・生年月日・性別・住所・住民票コード・変更情報）を都道府県のサービスに送信し、都道府県はそれを

全国サービスに送信してそこに保存し、行政機関が個人情報を可能にするものである。そこで住民は市町村が住民は情報を住基ネットに提供することは、データマッチングや名寄せによりプライバシー侵害の具体的危険を発生させるとして、提供の差止めあるいは国家賠償を求めた。

最高裁は、憲法13条が「個人私生活の自由の一つとして何人も個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと解される」と述べた上で、本件では本人確認情報の目的外使用には住基上重い刑罰により禁止されるなどの制度的担保が組み込まれていることは言えないとして合憲の判断をした。

「幸福追求権を主要な根拠として判例通説により認められるプライバシー権利は、ひとりで放っておいてもらいたい権利」としてアメリカ判例において発展してきたものである。わが国では1964年（S.39）の「宴のあと」事件一審判決が、「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利と定義し、この私法上の権利（人格権）は個人の尊厳を保ち幸福の追求権を保障することにおいて必要不可欠なものであるとし、それが憲法に基礎付けられた権利であることを認めた。その後の名誉、プライバシーに関する裁判でも打ち出された。

芦部信喜・高橋和之補訂「憲法第6版」2015年122頁～127頁。
衆憲資料第94号「新しい人権等」に関する資料平成29年5月衆議院憲法調査会事務局

(3) 肖像権

① 被疑者の写真撮影—京都府学連事件⁽¹³²⁾

〈事案〉

当時 A 大学の学生であった Y は1962（昭和37）年 6 月 21 日

に行われた京都府学生自治連合主催の「大学管理制度改悪反対」「憲法改正反対」のデモ行進に参加し先頭集団である A 大学の学生集団の先頭列外で隊列を先導した。デモ行進に際して、警察官が犯罪捜査のために行った写真撮影の適法性が争われた事件で、1審は、本件写真撮影は適法な公務執行に当たらないないとする Y 側の主張をしりぞけ、Y を懲役 1 月に処し、2 審も、本件写真撮影は、違反者等に物理的な力を加えたり特別な受容義務を負わすことなく行われたもので刑訴法上強制処分と言えないから、任意捜査として令状を要求しない。肖像権が認められたとしても、現に犯罪が行われている場合には現行犯処分に準じて許容されるとして、控訴を棄却したため、Y が上告した。

「13条による一般的自由権の一つとして、結局、肖像権というべき権利の実態主体を認めた判決であり、それはまた各人の生活について、一般にプライバシーに関する憲法上の保障を確認した事例であると理解することができる。」

田口精一「基本権の理論」肖像権の保護。1996年12月 7 日 信山社
〈判旨〉

憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由および幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しているのであって、これは、国民の私生活上自由が、警察権などの国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものということができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしにみだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由がないのにもかかわらず個人

の容ぼうなどを撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されないものと言わなければならない。・・・その許容される限度について考察すると、身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定した刑訴法218条2項のような場合の外、次のような場合には、撮影される本人の同意がなくまた裁判官の令状がなくても、警察官による個人の容ぼうなど撮影が許容されるものと解すべきである。すなわち、現に犯罪が行われ若しくは行われた後間がないと認められる場合であって、しかも証拠保全の必要性及び緊急性があり、且つその撮影が「一般的に許容される限度を越えない相当な方法を持って行われるべきである。このような場合に行われる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼうなどのほか、犯人の身辺または被写体の容ぼう等を含むことになっても、憲法13条、35条に違反しないと解すべきである。」と判示した。

最高裁は「個人の私生活上の自由一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう、変態を撮影されない自由を有する。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が正当な理由もないのに、個人の要望などを撮影することは、憲法13条の趣旨に反し許されない」と判示して、肖像権の具体的権利を認めた裁判所の判断である。

(4) 名誉権

人格的自律としての人間存在の根幹にかかわるものである。従来から、名誉は民法や刑法などの保護対象とされ、我が国ももとよりその例外ではない。しかし、個人の人格を潰した全体主義体制の経験、「個人の生活事実情報」に貪欲な現代化管理化国家等の文脈の中で、名誉権も人権と考えられるようになってしまった。一般に第13条を根柢とする名誉権が憲法によって保障されると解するようになっている。

サンケイ新聞事件 最判 S62・4・2 民集41巻3号490頁

① 北方ジャーナル事件⁽¹³³⁾

〈事実〉

昭和54年4月の北海道知事選の立候補予定者、当時の国會議員Yは、かねてからXの発行する政界情報誌「北方ジャーナル」がYを誹謗する名誉棄損の記事を掲載するたびに雑誌の販売禁止の仮処分を申請し、認められてきた。同誌の同年4月号に関する仮処分申請について、札幌地裁は無審離で認めた。原告Xは損害賠償を求めて出訴。1, 2審との原告敗訴し、上告した。

〈判旨〉

「一定の記事を掲載した雑誌その他の出版物の印刷、製本、販売、頒布等の仮処分による事前差止めは、裁判の形式によるとはいえ、口頭弁論乃至債務者の審問を必要とせず、立証についても疎明で足りるとされているなど簡略な手続きによるものであり、また、いわゆる満足的仮処分として争いのある権利関係を暫定的に規律するものであって非訴的な要素を有することを否定することができないが、仮処分による事前差止めは、表現物の内容の網羅的一般的な審査に基づく事前規制が行政機関によりそれ自体を目的として行われる場合とは異なり、個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき差止め請求権等の私法上の非保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものであって、右判示にいう「検閲」には当たらないものというべきである。」「出版物の頒布等の事前差止めは、このような事前差止に、該当するものであって、とりわけ、その対象が公務員又は公職選挙法の候補者に対する評価、批判などの表現行為に関するものである場

合には、そのこと自体から、一般にそれが公共の利害に関する事項であると言うことができ前示のような憲法21条1項の趣旨に照らし、その表現が私人の名誉権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみて、当該表現行為に対する、事前差止めは、原則として許されないといわなければない。ただ、茂木のような場合においても、その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、ひがいしゃが重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときは、当該表現行為はその価値が被害者の名簿に劣後することが明らかであるうえ、有効適切な救済方法としての差止めの必要性も肯定されるから、かかる実体的要件を具備するときに限って、例外的に事前差止めが許されるというべくものであり、このように解しても來說示にかかる憲法の趣旨に反するものとは言えない。」「事前差止めを命ずる仮処分命令を発するについては、口頭弁論又は債務者の審問を行い、表現内容の真実性等の主張立証の機会を与えることを原則とすべきものと解するのが相当である。ただ、差止めの対象が公共の利益にかんするじこうについての表現行為である場合においても口頭弁論を開き又は債務者の審尋を行うまでもなく、債務者の提出した資料によって、その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であり、かつ、債権者が重大にして著しく回復困難な損害を被るきらいがあると認められるときは、口頭弁論又は債務者の審尋を経ないで差止めの仮処分命令を発したとしても、憲法21条の前示の趣旨に反するものということはできない。と判示している。

(5) 自己決定権・人格権

① エホバの証人輸血拒否事件⁽¹³⁴⁾

〈事実〉

X（原告）は、30代半ばでエホバの証人の信者となり、以後30年ちかく同宗教を信仰していた。エホバの証人は、聖書の解釈からエホバ神が人間に対して血を避けるよう指示していると考え、Xも、輸血以外に救命手段がない場合でも輸血の拒否しようという固い意思を有していた。

Xには、夫と3人の子がおり夫と長男はXの意思を尊重していた。・・・Xは予想以上の出血があり輸血しない限り死に至るとものと判断し、説明せずに輸血がなされた。Xは、手術後、その事実を知りYらが国に対して損害賠償を請求した事件である。

〈判旨〉

「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合にこのような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。・・・ところが、M医師らは、手術の際に輸血が必要とする、YはM医師損害賠償を請求していかなければならない。

プライバシーの権利を捉える場合、行政機関による個人情報の収集・保有・利用・開示・提供を制限し個人からの開示・訂正・請求権を具体的に保障するためには、プライバシー保護法の請求が求められる。既に世界各国では、この種のプライバシー保護法ないしデータ保護法が制定されている⁽¹³⁵⁾。

2. 諸国憲法の採用

国民のプライバシー権、個人情報保護について定めた部分の責務・政策等について定めた部分を上げてみると。

(1) アメリカ合衆国憲法の発展⁽¹³⁶⁾

合衆国憲法は、良しくも悪しくも18世紀の自由主義的立憲主義の精神を具体化した憲法で、この文書をのちの時代へ影響を与えるため、憲法の本文をそのまま維持し、これに不適切な部分の修正条項を追加しつつ、修正条文としていった（第5条）。しかし、実際上憲法の修正方法は容易ではなかった。具体的な憲法問題において、憲法の意味するところは何かを宣言する最高裁判所の役割が重要な地位をしめるようになった。合衆国裁判所の判例が修正条文とする。プライバシー権もその一部をなしている。合衆国憲法修正14条。「いかなる州といえども、適正な法の手続きによらないで何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない。」ときていしている。

(2) ボン基本法（妙） Das Grundgesetz fur die Bundesrepublik

Deutschlandv.23.Mai 1949⁽¹³⁷⁾

第2条1項「人格の自由な発展の権利」

第5条(2)これらの権利は一般法律の規定、少年保護のための法律上の規定、および個人的名誉権によって制限を受ける

(3) スウェーデン王国統治法典⁽¹³⁸⁾

プライバシー権個人情報保護を規定

（個人の尊重、男女の平等および少数民族の保護

第1章 第2条④「公共機関は社会のあらゆる分野における指針としての民主主義の理念を尊重し、および国民の私生活及び家族生活を保護しなければならない。」

第16条（前略）国王は、法律による裁判と宣告によるのでなければ、各人の生命、名誉又は個人の自由もしくは福利を奪い又はわせることはない。

出版に自由に関する法律（1949年4月5日制定）

第7章 出版の自由に関する罪について（1953年までの憲法を含む）

第3条 ある報知が私人の名誉を棄損するものであるときは、第1章第1条第2項の定めるところにより、印刷物として頒布するため引き綿されたがまだ印刷されなかった場合でもこの名誉棄損の責任については、法律の関係規定を適用する。

(4) スペイン憲法 プライバシー権、個人情報保護を規定⁽¹³⁹⁾

（名誉・プライバシー権・肖像権・住居の不可侵・通信の秘密）

第18条①「名誉・個人および家族のプライバシーならびに個人の肖像権はこれを保障する。

④「市民の名誉・個人および家族のプライバシーならびにこれらの権利の完全な行使を保障するため、情報の利用の完全な行使を保障するためこれらの権利の完全な行使を保障するため、情報の利用については、法律でこれを制限する。

(5) 大韓民国憲法 1948年7月12日、1969年10月2日改正公布⁽¹⁴⁰⁾

（私生活の秘密と自由）

第17条「すべて国民は、私生活の秘密および自由を侵害されない。

第18条⑤「言論及び出版は、他人の名誉及び権利並びに公衆道徳及び社会倫理を侵害してはならない。

(6) スイス連邦憲法 プライバシー権、個人情報保護を規定⁽¹⁴¹⁾

(プライバシーの保護)

第13条①「すべての人は、私生活および家族生活、住居、郵便および通信におけるプライバシーの権利を有する。」

②「すべての人は個人データが誤って利用されないよう保護される権利を有する。」

(7) ポーランド共和国憲法⁽¹⁴²⁾

(プライバシーの保護と自己決定権)

第47条「各人は、私生活、家族生活、名誉及び名声の法的保護を受ける権利、ならびに自らの個人的生活について決定する権利を持つ。」

(8) ロシア連邦憲法⁽¹⁴³⁾

(私生活と通信の不可侵)

第23条①「各人は、私生活の不可侵、個人と家族の秘密、事故と名誉と名声の保護の権利を有する。」

(情報プライバシー権)

第24条①「個人の私生活に関する情報の収集、保管、利用と流布は、本人の同意なしに許されない。」

(9) ブラジル連邦共和国憲法⁽¹⁴⁴⁾

(法の前の平等、生命、自由、平等、安全、所有の権利の不可侵)

第5条⑩「個人のプライバシー、私生活、名誉及びイメージは不可侵であり、その侵害により生ずる財産的または精神的損害の補償を請求する権利が、保障される。」

(10) インド憲法 1950年1月26日⁽¹⁴⁵⁾

自由権

第19条2 「一項一号の規定は、その法律がインドの主権と統治、国会の安全、外国との友好関係、公に秩序、良俗もしくは道徳の為、または、裁判所の侮辱、名譽棄損もしくは犯罪の教唆に関して、同号によって考えられた権利の行使を合理的に制限するものである限り、いかなる既存の法律を施行をも妨げず、また、国がいかなる法律を制定することをも妨げるものではない。

かつての「新しい人権」論は、人格権、名誉権、氏名権、環境権、日照権、静穏兼、眺望権、入浜権、プライバシー権、自己決定権、知る権利、アクセツ権、学習権、健康権、嫌煙権、喫煙健、平和的生存権など種々雑多な「権利」を論じていた。これ等の中には、その後裁判所によって、憲法上の権利として承認されたものである。全面的な承認を得たもの（名譽権など）もあれば、部分的な承認な承認を得たもの（名譽権）もあれば部分的な承認しか得られないものもあった。多くは裁判所の承認を受けていない。憲法改正による場合は、司法による人権創出の問題はクリアできるが、「人権のインフレ化」や人権概念の拡散に対する懸念は残る。この懸念を払拭するためには、憲法改正し人権のインフレ化を防ぐためには、条項を設定し「保障規定」を設定すべきである。第9条に自衛隊の名を設定すべし、人権のインフレ化を防ぐための条文規定による保障を設定すべし、という問題が山積している⁽¹⁴⁵⁾の点については次回に譲ることとする。

芦部信義「人権と憲法訴訟」81頁に「ただ、知る権利はプライバシー権と並べて「新しい人権」太といわれることが多いが、表現の自由を保障した憲法21条に含まれる権利であるから、憲法上の根拠が明確である。これ

に対して一般にプライバシーを直接、根拠とする規定はない。けれども判例、学説、はプライバシー権を認め、その根拠として憲法第13条を適用する。」と説明している。

4、国民投票制度について（次号）

「日本国憲法の改正手続きに関する法律」は日本国憲法第96条に定めた日本国憲法の改正について、国民の承認に係かかわる投票制度に関する手続き⁽¹⁴⁶⁾を定めたものである。第96条による改正は、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得なければならない。承認には特別の国民投票又は国会の選挙の際行われる投票に於いて、その過半数の賛成を必要とする。（紙面の都合上次回に掲載）

憲法改正手続きとりわけ国民投票制度の在り方は、国民の自己の国民の自己統治の究極的成否を左右するものであるから、立憲主義のみならず、国民主権論、「民主主義」にとって最も重大な一つである。

「判例回顧と展望」2005. 6月臨時増刊」

引用文献

- (107) 清宮四郎「憲法要論」1976年4月20日 法文社 47頁
- (108) 日本帝国憲法（明治憲法の改正）手続きに
- (109) 前掲書同上 60頁
- (110) 村川一郎「帝国憲法改正案議事録」1986年2月28日国書刊行会
- (111) 高橋和之「立憲主義と日本国憲法」第4版 有斐閣 145頁
- (112) 芦部信喜・高橋和之「憲法」第6版 119頁～40頁
- (113) 長谷川恭男「憲法」6版 2014年 新世社 158頁
- (114) 衆議院憲法調査会報告書（平成17年4月）343頁
- (115) 野中俊彦他編「憲法I」第5版2012年 有斐閣 516頁
- (116) 佐藤幸治「日本国憲法論」2011年 250頁

- (117) 佐藤功「日本国憲法概論」学陽書房 47頁
- (118) 前掲書 48頁
- (119) 佐藤達夫「日本国憲法成立史第三巻」1977年10月30日118頁
- (120) 蘆部信喜「憲法学II」1994年 有斐閣 188頁
- (121) 宮澤俊義「憲法II」1974年 229頁
- (122) 横口陽一編「講座・憲法学第3巻権利の保障」日本評論社
- (123) 蘆部信喜「幸福追求権とプライバシー」演習憲法 51頁
- (124) 酒井吉栄「日本国憲法13条の思想的背景」ジュリスト174号
- (125) 東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁
- (126) 松井成記「日本国憲法」500頁
- (127) 東京高判昭和45年4月13日高民集23巻2号172頁
- (128) 最高裁平成14年9月24日第三小法廷判決 判時1802号60頁
- (129) 最高裁昭和56年4月14日第三小法廷判決民集35巻3号620頁 判時1001号3頁
- (130) 最高裁平成15年9月12日第二小法廷判決民集57巻8号973頁判時1837号3頁
- (131) 最高裁平成20年3月6日第一小法廷判決民集62巻3号665頁判時2004号17頁
- (132) 最大判昭和44年12月24日大法廷判決刑集23巻12号1625頁
- (133) 最判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁
- (134) 東京地裁平成9年3月12日判決訟月44巻3号315頁 判タ964号82頁
- (135) 佐藤功「日本国憲法概説」学陽書房 47頁
- (136) 初宿正典・辻村みよ子編「新解説 世界憲法集」2006年11月25日三省堂
- (137) 前掲書 154頁
- (138) 阿部照哉。畠博行「世界の憲法集」1998年3月10日235頁
- (139) 前掲書 125頁
- (140) 前掲書 368頁
- (141) 前掲書 259頁
- (142) 前掲書 135頁
- (143) 前掲書 292頁
- (144) 前掲書 221頁

- (14) 阿部照哉・畠博行編「世界の憲法集」1991年3月9日有信堂 高文社 140頁
初宿正典「基本判例・憲法25議」1998年3月10日335頁
大石憲法研究会編昭和48年9月26日 嵐峨野書店

参照文献

- ① 芦部 信喜・高橋 和之「憲法（最6版）」119頁～122頁。
- ② 高橋 和之「立憲主義と日本国憲法」（第4版）144頁～145頁。
- ③ 衆議院憲法調査会報告書（平成17年4月）238頁。
- ④ 長谷部 恭男「憲法6版」2014年新生社 158頁。
- ⑤ 野中俊彦・中村 男・高橋和之・高見和利「憲法I」2012年。
- ⑥ 衆議院憲法調査会報告書（平成17年4月）。
- ⑦ 衆議院欧州各国憲法及び国民投票制度
調査議員団報告書（平成26年10月）。
- ⑧ 佐藤幸治「日本国憲法論」2011年9月成文堂
- ⑨ 松井成記「日本国憲法論第3版」2007年 有斐閣
- ⑩ 長谷部恭男「注釈日本国憲法（2）」2017年 有斐閣
- ⑪ 辻村みな子「憲法第5版」2016年 日本評論社
- ⑫ 時の法令 1741号（2005年）・1948号（2014年）
- ⑬ 中川由賀「法務研修セミナー第40回報告 CH KYO LAW E R 22巻
- ⑭ 芦部信喜「幸福追求権とプライバシー」演習憲法
- ⑮ 包括的基本権条項の裁判規範性 法協百年論集2巻
- ⑯ 酒井吉栄「日本国憲法13条の思想的背景 ジュリスト274号
- ⑰ 種谷春洋「生命・自由及び幸福追求権」憲II
- ⑱ 大石眞・大沢秀介編「包括的基本権」 29頁
- ⑲ 竹中勲「新しい人権」の承認の要件 法学教室1989年4月 NO103 有斐閣
32頁
- ⑳ 奥平康弘「人権体系及び内容の変容」ジュリスト638号 251頁
- ㉑ 植田哲也「憲法13条を根拠とする新しい人権の資格認定基準」 四天王寺大学

紀要第56号（2013年9月）

- ㉒ 法律時報 増刊号2002年「憲法と有事法制」211頁
- ㉓ 法律時報 増刊号2005年「憲法改正問題」 5頁
- ㉔ 法律時報 2005年 77巻10号
- ㉕ ジュリスト1289号（2005年）96頁

監査等委員会設置会社規制再考

道 端 忠 孝

一 はじめに

平成29年（2017年）に、監査等委員会設置会社について考察したことがあるが⁽¹⁾、その後わずか4年で、この監査等委員会設置会社が東京証券取引所（東証）上場企業のうち1,237社となり、東証上場企業全体の33.1%に達した⁽²⁾とともに、令和元年（2019年）12月に、会社法が改正され、上場公開大会社（監査役会設置会社）において1人以上の社外取締役の設置が強制されることになった（会327条の2）。また、平成26年（2014年）会社法改正後の翌年の2015年に、2名以上の独立社外取締役の選任を要求するコーポレートガバナンス・コード（以下、「CG コード」という。）が制定され（原則4－8）、さらに同コードは2018年及び2021年6月に改正されている。

そこで、再度、この監査等委員会設置会社を中心に考察し、公開大会社の監査体制を再考したいと思う。

この監査等委員会設置会社規制及びその改正案を再考し、東証上場企業1,237社に至った監査等委員会設置会社について、そのコーポレート・ガバナンスの在り方について若干の考えを述べたいと思う。

なお、公開大会社の監査体制においては、監査役会設置会社は「取締役会外監査体制」であり、指名委員会等設置会社及び監査等委員会設置会社は「取締役会内（的）監査体制」（前者が取締役会内監査体制で、後者が取締役会内的監査体制）であり⁽³⁾、監査役会設置会社は取締役会において監査機関が議決権を有せず、適法性監査を行うのに対し、指名委員会等

設置会社及び監査等委員会設置会社は取締役会において監査機関が議決権を有し、適法性監査及び妥当性監査を行うが、このことは両者の大きな相違といえるので、この点に留意し、再考していきたい。

二 監査等委員会設置会社の増大の背景

監査等委員会設置会社数の増大の理由は、監査等委員会設置会社を創設した平成26年会社法改正法の監査役会設置会社から監査等委員会設置会社への移行誘導策が実ったものと解される⁽⁴⁾が、加えて、平成26年改正会社法と同時期に改定されたCGコード2015が独立社外取締役2名以上の選任を要求し(CGコード2018がさらに強化して社外取締役2名以上で、必要と考える場合は全取締役のうち社外取締役を1/3以上選任することを要求し、CGコード2021がプライム市場上場会社では全取締役の1/3以上(必要と考える場合は過半数)、並びに支配株主を有する上場会社では全取締役の1/3以上(プライム市場上場会社では過半数)の社外取締役の選任を要求し)たことも、監査等委員会設置会社への移行増大の要因と考えられる⁽⁵⁾。

社外監査役が2名以上いる監査役会設置会社に社外取締役の設置を義務付けるのは監査面の負担感・重複感があり、規制としては過剰であるとともに、指名委員会等設置会社の指名委員会や報酬委員会を置くことへの抵抗感から、中間的な監査等委員会設置会社を設けるというものである⁽⁶⁾。しかも、いずれかは、各会社の判断によるというものであり、コーポレート・ガバナンスの強化という点で、監査等委員会設置会社が設けられたものではない⁽⁷⁾。むしろ、指名委員会等設置会社を規制緩和し、指名委員会及び報酬委員会の設置を強制せず、監査役会設置会社が選択容易な、社外取締役を活用する監査等委員会設置会社が設けられたものと解されるからである⁽⁸⁾。

なお、日本監査役協会が実施したアンケート(2015年7月～8月、有効回答会社数104社、複数回答可)によると、監査等委員会設置会社に移行

した最も多いう理由は「会社のガバナンス強化のため」という積極的な理由が93.3%で、次が「社外監査役に加えて社外取締役を選任することが負担になるため」という消極的な理由が65.4%で、「株主・投資家（特に海外投資家）の理解のため」が19.2%であった⁽⁹⁾。

法務省は、平成26年改正法の中間試案の補足説明において、「監査役会設置会社において、監査役の半数以上を社外監査役とすることに加えて、社外取締役を設置することには、最低でも3名の社外者が必要となり、負担感・重複感がある」との指摘があるとともに、指名委員会等設置会社については、「指名委員会及び報酬委員会を置くことへの抵抗感等から、広く利用されるには至っていない」との指摘がなされていることを踏まえ、監査等委員会設置会社制度の創設は、社外取締役の機能を活用するための方策として新たな機関設定を認めるものであると説明していた⁽¹⁰⁾。

特に、監査役は、代表取締役等の選定及び解職の権限を有しておらず、取締役会決議における議決権を有していないことから、その監査機能の強化には限界がある⁽¹¹⁾との指摘があるほか、上場会社においては、代表取締役に対する監査は社外取締役の機能を活用すべきであるとの指摘もなされていた。取締役会において議決権を有する社外取締役には、代表取締役から独立した立場で、業務執行全般を評価し、取締役会における代表取締役の任免権を持つことで代表取締役に対する監督の実効性を期待できるというのである⁽¹²⁾。また、欧米の投資家からは、取締役会において議決権を持たない監査役による監査機能に対する理解が得られず、監査役会設置会社のコーポレート・ガバナンスに対する評価は低い点にもある⁽¹³⁾。

三 監査等委員会設置会社規制の内容

会社法は、公開大会社について、従来型の監査役会設置会社と指名委員会等設置会社の選択性として、そのいずれが優れているかは、会社法の関知するところではなく、それは、経営者そして市場に任せた態度をとっているが、これは、会社法のガバナンスのあり方について明確な立法政策が

ないことの裏返しである。会社法は、モニタリング・モデルを目指すのか、そうでないのかについて、企業組織の基本法としてそのあり方を示すべきであったのであり、したがって、会社法の立場は、はなはだ中途半端のように思えるのである、といわれていた⁽¹⁴⁾。このことは、監査等委員会設置会社を創設した会社法改正についても、そのまま当てはまるといえよう。

前述のように、監査等委員会設置会社は、代表取締役が業務執行を行うのであり、監査等委員会が取締役の指名や報酬の決定に意見陳述権を有するものの、取締役指名権や報酬決定権が事実上代表取締役に存しうるのであり、取締役会が代表取締役の任免権を有するとはいうもののコーポレート・ガバナンスのあり方としては十分でないようと思われる⁽¹⁵⁾。少なくとも、コーポレート・ガバナンスの強化を図れない監査等委員会設置会社も存するように思われる⁽¹⁶⁾。監査役会設置会社が社外取締役を置くのが大変ということで、社外監査役2名を社外取締役として社内取締役を加え監査等委員会を組織して監査等委員会設置会社に移行するということで、単に形だけの監査等委員会設置会社化が可能なのである。

そこで、現在の監査等委員会設置会社規制の下で、どのような監査等委員会設置会社づくりができるか、見ることにしたいと思う。

この点について、①監査役会横滑り型、②独自型（オペレーティング型）、③準指名委員会等設置会社型、④独自型（モニタリング型）などが挙げられている⁽¹⁷⁾。①の監査役会横滑り型は、監査役会を監査等委員会に横滑りさせ、制度設計もなるべく従来の監査役会設置会社としての制度を維持するものである。監査役会設置会社には、社外監査役が2名以上いるので、その社外監査役2名を社外取締役2名に横滑りさせて社内取締役を加え監査等委員会を組織する。社外取締役設置要件も具備でき、社外役員を減員できる。②の独自型（オペレーティング型）は、マネジメント・モデルを採用するものの、監査役会設置会社的な制度設計を行わず、監査等委員会設置会社として許容されている範囲で、監査役会設置会社とは異なる仕組みを取り込んだ制度設計をするものである。たとえば、取締役会構成員の

過半数を社内取締役とし、常勤監査等委員を置かず、任意指名委員会や任意報酬委員会の設置などを行うものである。③の準指名委員会等設置会社型は、指名委員会等設置会社を参考に、取締役会構成員の過半数を社外取締役とし、監査等委員会に加え、任意指名委員会や任意報酬委員会の設置をし、代表取締役への重要な業務執行の決定の委譲も行うものである。④の独自型（モニタリング型）は、モニタリング・モデルを採用し、取締役会構成員の過半数を社外取締役とするものの、任意指名委員会や任意報酬委員会を設置しないものである⁽¹⁸⁾。

ここでは、①の監査役会横滑り型的な監査等委員会設置会社と③の準指名委員会等設置会社型の監査等委員会設置会社を考察することにする。

（1）監査役会横滑り型的な監査等委員会設置会社

監査役会横滑り型は、監査役会を監査等委員会に横滑りさせ、制度設計もなるべく従来の監査役会設置会社としての制度を維持するものである。監査役会設置会社では、監査役会構成員3名以上の半数の社外監査役（監査役3名の場合は社外監査役2名）が必要があるので、その社外監査役2名を社外取締役2名に横滑りさせ社内取締役を加えて監査等委員会を組織するものである。社外取締役設置要件も具備でき、社外役員を減員できる。

①監査役会横滑り型のメリット

監査役会横滑り型の監査等委員会設置会社は、移行が最も簡単で、移行に伴う各種労力・コストの発生の抑制、混乱の回避による安定的な運営を図ることが可能である。

②取締役会の構成

取締役会の構成は、最低で4名必要である。監査等委員3名（その過半数が社外取締役；会331条6項）に加え、代表取締役1名が必要である。監査等委員である取締役は、監査等委員会設置会社もしくはその子会社の業務執行取締役若しくは支配人その他の使用人又は当該子会社の会計参与（会計参与が法人であるときは、その職務を行うべき社員）もしくは執行役を兼ねることができない（会331条3項）からである。

取締役4名であれば、そのうち2名が社外取締役の監査等委員である取締役会は、どちらかと言えば、マネジメント・モデルといえようか。（もちろん、社外取締役を1名加えて、取締役会の過半数を社外取締役とし、又は定款の定めで、代表取締役へ取締役会決議事項を委譲すれば（会399条の13第5項・6項）、モニタリング・モデルの取締役会となる。）

③監査役会横滑り型の問題点

監査役会横滑り型の監査等委員会設置会社への移行について、いかに説明するかという問題点については、次のような積極的な理由で説明できるといわれている⁽¹⁹⁾。監査役会横滑り型であっても、社外取締役2名以上の設置が義務づけられていることから、社外取締役によるコーポレートガバナンスの基礎が強固であること、監査等委員である取締役は取締役会の議決権を有し、かつ、それ以外の取締役の選解任や報酬等についての意見陳述権を有しているため、代表取締役に対する監督が監査役会設置会社よりも強化されている、と。

ただ、確かに、監査役会横滑り型の監査等委員会設置会社では、社外監査役が社外取締役になるので、取締役会では、代表取締役の解職議案には議決権を有することになり、監査の実効性があるといわれる。しかし、取締役会の社内取締役が過半数であれば、監査等委員の2名の社外取締役が代表取締役の解職議案に賛成しても、代表取締役の解職議案は否決されるおそれが多く、実質的には、監査の実効性が高いとはいえない。また、そもそも取締役会議長が代表取締役であれば、迅速に代表取締役の解職を決議できないことになるおそれがあるので、取締役会議長の定め方を考えなければならない（取締役会招集権については、監査等委員会選定監査等委員が有する（会399条の14）ので問題はない）。

②準指名委員会等設置会社型の監査等委員会設置会社

準指名委員会等設置会社型は、指名委員会等設置会社を参考に、監査等委員会に加え、任意指名委員会や任意報酬委員会の設置をし、代表取締役への重要な業務執行の決定の委譲を行うものである。

① 準指名委員会等設置会社型のメリット

指名委員会等設置会社の利用は少なく、その理由は、過半数が社外取締役で構成されている指名委員会・報酬委員会が取締役の指名及び報酬の決定権を有し（会404条）、経営上最も重要な権限である人事権及び報酬決定権を手放したくない現経営陣が導入に消極的であること、そのような指名委員会・報酬委員会が取締役会よりも強い権限を持つことに対する批判が挙げられている⁽²⁰⁾。

しかし、準指名委員会等設置会社型の任意指名委員会及び任意報酬委員会は、任意の委員会であり、会社のニーズに合う委員会構成が可能であり、多くは取締役会への諮問機関である点で、準指名委員会等設置会社型のメリットがあるといえる。そういう点では、指名委員会等設置会社から準指名委員会等設置会社型の監査等委員会設置会社への移行に際しての説明としては十分であるともいわれている⁽²¹⁾。その他、定款の定めで、代表取締役に重要な業務執行の決定を大幅に委譲できる点が移行のメリットとの意見もある⁽²²⁾。

② 取締役会の構成

準指名委員会等設置会社型では、監査等委員会のほか、任意指名委員会及び任意報酬委員会が設置されるが、任意指名委員会及び任意報酬委員会のメンバーを取締役や監査等委員である取締役が兼務するとすれば、取締役4名で良いことになる。代表取締役1名に加え、監査等委員3名（その過半数が社外取締役；会331条6項）が必要となるからである。ただ、準指名委員会等設置会社型をモニタリング・モデルにするとすれば、もう1名社外取締役を加え、代表取締役1名、社内取締役1名及び社外取締役3名の合計取締役5人とし、代表取締役へ取締役会決議事項を委譲すれば（会399条の13第5項・6項）、モニタリング・モデルの取締役会となる。モニタリング・モデルに必要なことは、まずは、業務執行者からの独立性がある取締役会とすること、すなわち業務執行者との「しがらみのない社外取締役」が過半数であること、次に、個別具体的な業務執行の決定は

業務執行者に委譲し、取締役会は、業務執行者の決定に基づく執行の結果たる業績から業務執行者の適否を判断するという監督者に徹すること、そしてまた、取締役会の監督機能の重要なポイントとなる①業務執行者の業績評価とその解職・不再任の判断、②次期取締役候補の指名、③取締役の報酬決定について、社外取締役が過半数を占める指名委員会や報酬委員会を設けて、実質的な議論をし、適正に決定されることである⁽²³⁾。そして、モニタリング・モデルを採用する理由は、業務執行者との「しがらみのない社外取締役」が多数を占めるなど、業務執行者からの独立性がある取締役会において、経営陣の適法性をチェックし、業績評価及び業績改善策を講じるとともに、業績向上を期待できない業務執行者の解職・不再任を適時に行い、有能な人材を業務執行者候補とし、中長期的に企業業績の向上を図りうるようにすることである⁽²⁴⁾。

なお、現行の指名委員会等設置会社は、取締役会の過半数を社外取締役とする規定を置いておらず、指名委員会等設置会社が当然にモニタリング・モデルであるとはいえない。また、任意指名委員会及び任意報酬委員会のメンバーについては、会社の考え方により決めることができるが、代表取締役を加えることもできる。ただし、2021年に改定されたCDコードには、「上場会社は、会社法が定める会社の機関設計のうち会社の特性に応じて最も適切な形態を採用するに当たり、必要に応じて任意の仕組みを活用することにより、統治機能の更なる充実を図るべきである」(原則4-10)とし、「上場会社が監査役会設置会社または監査等委員会設置会社であって、独立社外取締役が取締役会の過半数に達していない場合には、経営陣幹部・取締役の指名（後継者計画を含む）・報酬などに係る取締役会の機能の独立性・客観性と説明責任を強化するため、取締役会の下に独立社外取締役を主要な構成員とする独立した指名委員会・報酬委員会を設置することにより、指名や報酬などの特に重要な事項に関する検討に当たり、ジェンダー等の多様性やスキルの観点を含め、これらの委員会の適切な関与・助言を得るべきである。特に、プライム市場上場会社は、各委員会の構成

員の過半数を独立社外取締役とすることを基本とし、その委員会構成の独立性に関する考え方・権限・役割等を開示すべきである」と（補充原則4－10①）記されている⁽²⁵⁾。

四 監査等委員会設置会社のコーポレート・ガバナンス

監査等委員会設置会社の基本理念は、モニタリング・モデルに移行しようとする会社がモニタリング・モデルに移行し易い環境を用意することにある⁽²⁶⁾。そのため、取締役の過半数が社外取締役である場合、あるいは取締役会決議で一定の重要な業務執行の決定を取締役に一任できる定款の定めがある場合は、一定の重要な業務執行の決定を取締役に一任できるものとする（会399の13第5項・6項）。これにより、業務執行者に対する監督を中心とした取締役会、いわゆるモニタリング・モデルを指向した機関設計をとることができるようにしている⁽²⁷⁾。

前稿において、監査等委員会設置会社及び指名委員会等設置会社のコーポレート・ガバナンスについて、少し長くなるが、次のように述べた⁽²⁸⁾。

指名委員会等設置会社を規制緩和し、指名委員会及び報酬委員会の設置を強制せず、監査役会設置会社が選択して利用容易な、社外取締役を活用する監査等委員会設置会社が設けられたものであるが、そもそも我が国の指名委員会等設置会社に問題がある⁽²⁹⁾のに、これを緩和した監査等委員会設置会社を創設して、コーポレート・ガバナンスを強化したといえるのであろうか⁽³⁰⁾。

指名委員会等設置会社では、業務執行機関が取締役資格を要しない執行役であり、その任免権が取締役会に存するほか、業務執行機関から取締役指名権や報酬決定権を奪っている点で、取締役会の業務執行機関に対する監督機能は期待できるとともに、取締役や執行役の任期が1年である点で、株主の株主総会を通じた直接の監督機能も存する点でも、コーポレート・ガバナンスは優れているように見える。しかし、社外取締役が全取締役の過半数であることを要しないとか、代表執行役に取締役兼執行役が選ばれ、

取締役兼代表執行役が存しうるとか、監査委員会に常勤監査委員を置くことと要しない等、まだ問題点はある。そもそも指名委員会等設置会社では、企業風土、業種や業態、組織の大きさ、経営者の質などに応じ、複数の選択肢の中からある程度自由にデザイン設計することが可能なのであり、取締役と執行役の兼任を認めるかどうか、特に、取締役と代表執行役の兼務を認めるかどうか、取締役兼代表執行役を何人にするか、取締役会の中に社外取締役を何人置くかなども自由なのである⁽³¹⁾。ただ、指名委員会等設置会社では、基本的には、執行役の業務執行とそれを監督する取締役会とが分離されているという考え方であるが、取締役は執行役を兼ねることができるとともに、取締役兼執行役の数の制限もなく、取締役兼代表執行役も存し、完全に分離しているとはいえない。取締役会において全員が業務執行を担当しない者である場合に適切な業務の決定や監督が可能かという問題もあり、また比較法的に見てもそこまで両者の分離が徹底していない例があることも参考とされた結果、そのような取り扱いになった。しかし、取締役の選解任議案の決定権が指名委員会にあり、その委員会の過半数が社外取締役であり、取締役会及び委員会のそれぞれの権限の適切な行使によって、業務執行とその監督との分離の関係を適切な状態におくことができるものと考えたことによる⁽³²⁾。しかしながら、わが国の現状を考慮して、指名委員会等設置会社では社外取締役が取締役会の過半数を占めることが要求されていないことから、社内取締役が取締役会の過半数を占め、かつその大部分が執行役との兼任ということになれば、取締役会が執行役を選任監督することも有名無実化してしまうのである⁽³³⁾。

それゆえ、経営と監督の分離について、次のような指摘も存していた。会社法の規定によれば、代表執行役の解任権は取締役会の決議事項となっているが、実質上、社外取締役が過半数の取締役会ができる限り、まずは、トップの首を切る決議は行われない。また、取締役と兼務している代表執行役を代表執行役のポストから外そうとした場合、社内取締役が過半数の取締役会である限り、代表執行役側に対抗手段を講じる余地がある。

したがって、執行側のモラルハザードに対する歯止めは、社外取締役が取締役会の過半数にならなければ十分に機能しないのではないかとの懸念が示されていた⁽³⁴⁾。特に、指名委員会等設置会社において執行役並びに代表執行役の選解任は取締役会の決議事項となっているため、取締役会議長の最も重要な役割は、代表執行役、すなわち CEO を解任すべき事態に陥った際に解任議案を提出し、決議することである。実務上、CEO が自らの解任動議を取締役会に上程することは考えられないし、CEO を諫めることができるのは、社外取締役か CEO の前任者しかいないと考えるのが自然である。加えて、CEO は執行の最高責任者であり、取締役会の役割が業務執行の監督にあることに鑑みれば、議長を兼務しない方が第 3 者の理解が得られやすいのではないかと思う⁽³⁵⁾、と。監督される CEO が監督する取締役会の議長を兼務すべきでないことは監督の実効性確保の観点より当然といえる⁽³⁶⁾。

指名委員会等設置会社創設当初、取締役は、執行役を兼任できることから、執行役との兼任取締役が取締役会の多数を占めると、経営者が経営者を監督することとなるから、取締役会による執行役の監督が不十分となるおそれがあるので、過半数が社外取締役で構成される 3 委員会の設置を強制し、かつその委員会の権限を強化することにより、執行役の監督が十分になされることを狙ったのであった⁽³⁷⁾。しかし、アメリカと比較すると、相当な違いがあると、指名委員会等設置会社創設時に指摘されていた。特に、「第 1 に、指名委員会等設置会社は、アメリカのように、取締役会のメンバーの過半数が社外取締役とはなっておらず、取締役会に設置される 3 委員会のメンバーの過半数が社外取締役でなければならないとされるにとどまっている。わが国の現状では社外取締役の過半数が取締役会メンバーになるというのは困難であるとの認識があり、それゆえ、委員会のみ社外取締役が過半数であることを義務付け、委員会の権限を強化し、実効的な監督の実現を企図したのである。第 2 に、・・・・アメリカの取締役会は、経営者の経営をモニタリングすることに特化している。そもそも、アメリ

カの取締役会は、多数を占める独立取締役が経営者の経営が株主利益の確保になっているか監視し、そうなっていないときは、当該経営者を解任して新しい経営者に代えることがその中核的任務である。それゆえに過半数以上の経営者から独立した独立取締役は必須となるのである。これがアメリカのモニタリング・モデルといわれるものである。これに対して指名委員会等設置会社の取締役会の取締役は、執行役との兼任が許容され、・・・・しかしも社外取締役は委員会のレベルにおいてのみ過半数とされるにすぎない。指名委員会等設置会社は、アメリカのモニタリング・モデルを取り入れたとよくいわれるが、実際のところそれとは似て非なるものといわざるを得ないのである、と⁽³⁸⁾。

監査等委員会設置会社は、前述のように、代表取締役が業務執行を行うのであり、監査等委員会が取締役の指名や報酬の決定に意見陳述権を有するものの、取締役指名権や報酬決定権が事実上代表取締役に存しうるのであり、取締役会が代表取締役の任免権を有するとはいうもののコーポレート・ガバナンスのあり方としては十分でなく⁽³⁹⁾、コーポレート・ガバナンスの強化を図れない監査等委員会設置会社も存するようと思われる⁽⁴⁰⁾。前述のように、監査役会設置会社が社外取締役を置くのが大変ということで、社外監査役2名を社外取締役として社内取締役を加え監査等委員会を組織して監査等委員会設置会社に移行するということで、単に形だけの監査等委員会設置会社化が可能なのである。

取締役会の監督機能の実効性の確保策は、取締役会が業務執行者から独立していることである。特に、業務執行者からの独立性を有する社外取締役を選任し、社外取締役が取締役会の中心メンバーとなることが求められる。また、取締役会が業務執行者の業績評価をし、その業績が業務執行者の経営責任によるものか否かを適切に判断するという観点からは、取締役会自身が、個別具体的な業務執行事項の決定に関与しないことである。その決定に関与すれば、取締役会が決定したことに基づく執行の結果を自ら評価することになるからである。それゆえ、個別具体的な業務執行の決定

は業務執行者に委譲し、取締役会は、業務執行者の決定に基づく執行の結果たる業績から業務執行者の適否を判断するという監督者に徹するべきである⁽⁴¹⁾。それゆえ、監査等委員会が選定する監査等委員が取締役会招集権を有する（会399条の14）ことに加え、取締役会のメンバーの過半数が社外取締役でない場合には、選定監査等委員が取締役会議長になるとか、常勤監査等委員の設置を義務づけるなどの改正が必要であると思われる⁽⁴²⁾。常勤監査等委員については、実務上も社内の情報の把握において常勤者が重要な役割を果たしていると指摘されているが、常勤監査等委員を置いている監査等委員会設置会社は監査等委員会設置会社の3割程度にとどまっている⁽⁴³⁾。

2016年3月、米国の資産運用会社 RMB キャピタルがオプトホールディング（RMB キャピタルが5%超の株式を保有）の監査等委員会設置会社への移行に反対した理由は、任意指名委員会及び任意報酬委員会の不設置、社外監査役を監査等委員（社外取締役）に就任させる安い監査等委員会設置会社への移行、常勤監査役の不在による監査機能の低下、移行後の社外取締役が全取締役8名中3名で、監査等委員による議決権行使の効果が期待できることであった⁽⁴⁴⁾。それゆえ、形ばかりの監査等委員会設置会社への移行ではなく⁽⁴⁵⁾、各会社にあったコーポレートガバナンスの観点より、監督の実効性がある監査等委員会設置会社づくりが必要である。

まずは、公開大会社では、取締役会の過半数を社外取締役とするか、又は常勤（又は選定）監査等委員である取締役より取締役会議長を選出すべきである。社外取締役が過半数の監査等委員会設置会社の場合、選定監査等委員はいつでも取締役会を招集でき（会399条の14）、代表取締役に不正等があれば、代表取締役の解職動議を提出して解職できるが、もし、社外取締役が過半数でない場合には、監督機関である取締役会の議長は、監督される代表取締役等でない者であることは監督の実効性確保の観点より当然であり、常勤（又は選定）監査等委員が議長となり、議事進行を執り、必要に応じ代表取締役の解職動議を審議できるようにすべきものと考え

る⁽⁴⁶⁾。これは、公開大会社では、他の監査役会設置会社でも、指名委員会等設置会社でも、同様である。CG コード2021により、プライム市場上場会社で、社外取締役を全取締役の過半数としなければならない場合は、この点はクリアーされる。

また、常勤の監査等委員を置き、監査等委員会と内部監査部門との緊密な連携策⁽⁴⁷⁾を講ずるべきである。そしてまた、任意指名委員会及び任意報酬委員会を設置し、それらの委員に監査等委員を加えるべきである。その任意指名委員会及び任意報酬委員会の構成並びに取締役会の業務執行の決定事項を代表取締役に移譲すべきかどうかは、各会社がモニタリング・モデルを採用するか、マネジメント・モデルを採用するかにより判断すればよいと思う⁽⁴⁸⁾。ただし、2021年に改定された CG コードには、前述のように、上場会社は必要に応じて任意の仕組みを活用することにより、統治機能の更なる充実を図るべきであるとし（原則 4－10）、その補充原則において、独立社外取締役が取締役会の過半数に達していない場合には、経営陣幹部・取締役の指名（後継者計画を含む）・報酬などに係る取締役会の機能の独立性・客観性と説明責任を強化するため、取締役会の下に独立社外取締役を主要な構成員とする独立した指名委員会・報酬委員会を設置することにより、指名や報酬などの特に重要な事項に関する検討に当たり、これらの委員会の適切な関与・助言を得るべきであるとし、特に、プライム市場上場会社は、各委員会の構成員の過半数を独立社外取締役とすることを基本とし、その委員会構成の独立性に関する考え方・権限・役割等を開示すべきである（補充原則 4－10①）と定めていた⁽⁴⁹⁾。

五 おわりに

公開大会社のコーポレート・ガバナンスは、経営機関とその任免権を持つ監督機関の分離強化であるとの結論は変わっていない。指名委員会等設置会社については、次のようにいわれていた。会社法の規定によれば、代表執行役の解任権は取締役会の決議事項となっているが、実質上、社外取

締役が過半数の取締役会ができる限り、まずは、トップの首を切る決議は行われない。また、取締役と兼務している代表執行役を代表執行役のポストから外そうとした場合、社内取締役が過半数の取締役会である限り、代表執行役側に対抗手段を講じる余地がある。したがって、執行側のモラルハザードに対する歯止めは、社外取締役が取締役会の過半数にならなければ十分に機能しないのではないか⁽⁵⁰⁾、と。特に、指名委員会等設置会社において執行役並びに代表執行役の選解任は取締役会の決議事項となっているため、取締役会議長の最も重要な役割は、代表執行役、すなわちCEOを解任すべき事態に陥った際に解任議案を提出し、決議することである。実務上、CEOが自らの解任動議を取締役会に上程することは考えられないし、CEOを諫めることができるのは、社外取締役かCEOの前任者しかないと考えるのが自然である。加えて、CEOは執行の最高責任者であり、取締役会の役割が業務執行の監督にあることに鑑みれば、議長を兼務しない方が第3者の理解が得られやすいのではないかと思う⁽⁵¹⁾、と。監督されるCEOが監督する取締役会の議長を兼務すべきでないことは監督の実効性確保の観点より当然といえる⁽⁵²⁾。

以上に鑑みれば、プライム市場上場会社で、取締役会構成員の過半数を社外取締役としなければならない場合以外の公開大会社では改正する必要がある。正確には、CGコードによる規制ではなく、会社法で、すべての公開大会社に対して規制を改めるべきである。監査等委員会設置会社では、代表取締役が取締役会に参加し、多くは取締役会の議長に就任すると思われるが、少なくとも公開大会社ではこれを改め、社外取締役の数が取締役会メンバーの過半数でない場合は、代表取締役は取締役会の議長にはなれないものとし、取締役会議長は、常勤監査等委員又は監査等委員会で選定した監査等委員が行うべきものとすべきである。（なお、取締役会招集権については、たとえ取締役会の招集権者を定めた場合であっても、監査等委員会が選定する監査等委員は招集権を有するので（会399条の14）、招集権についての特別の定めは要しない。）また、常勤の監査等委員を置き、

監査等委員会と内部監査部門との緊密な連携策⁽⁵³⁾を講ずるべきである。そして、監査等委員会設置会社においても、各会社のニーズに合った任意指名諮問委員会や任意報酬諮問委員会を設け、コーポレートガバナンスを強化・充実すべきである⁽⁵⁴⁾。2021年に改定されたCGコードは、「・・・必要に応じて任意の仕組みを活用することにより、統治機能の更なる充実を図るべきである」（原則4-10. 任意の仕組みの活用）と明記し、その補充原則において、独立社外取締役が取締役会の過半数に達していない場合には、経営陣幹部・取締役の指名・報酬などに係る取締役会の機能の独立性・客觀性と説明責任を強化するため、取締役会の下に独立社外取締役を主要な構成員とする独立した指名委員会・報酬委員会を設置することにより、指名や報酬などの特に重要な事項に関する検討に当たり、これらの委員会の適切な関与・助言を得るべきであるとし、特に、プライム市場上場会社は、各委員会の構成員の過半数を独立社外取締役とすることを基本とし、その委員会構成の独立性に関する考え方・権限・役割等を開示すべきである（補充原則4-10①）と定めていた⁽⁵⁵⁾。

注

- (1) 秋田法学58号（2017年）48頁以下。
- (2) 2021年8月2日時点では、監査等委員会設置会社は1,273社で、東証全上場会社の33.1%である（東京証券取引所「東証上場会社における独立社外取締役の選任状況及び指名委員会・報酬委員会の設置状況」<https://www.jpx.co.jp/news/1020/20210802-01.html>）。
- (3) なお、監査等委員会については、指名委員会等設置会社の指名委員会等とは異なり、取締役会の内部機関としては位置づけることはできず、むしろ、取締役会から一定程度独立したものとして位置づけられ、監査役に類似した位置づけから（坂本三郎他「平成26年改正会社法の解説[II]」（以下、「前掲改正会社法の解説[II]」と引用）商事法務2042号20頁参照）、会議体である「取締役会」と「監査等委員会」は独立し、「監査等委員でない取締役」と「監査等委員である取締役」は取

締役会に属すると考えられている（宮内義彦「監査等委員会は取締役会の中か外か」<https://www.keiei123.info/entry/2017/03/18/070000>、塚本英巨『監査等委員会導入の実務』32頁参照）。監査等委員のすべてが取締役会構成員であり、議決権を有しているので、ここでは、便宜的に取締役会内（的）な監査機関と位置付けることにする。

- (4) 萩野昭一「監査等委員会設置会社制度創設の意義と課題」（以下「前掲監査等委員会設置会社の意義・課題」と引用）北大経済学研究65巻1号18頁、山口利昭「監査等委員会設置会社への移行に関する検討ポイント」財経新聞2014年7月23日コラム参照。
- (5) 江頭憲治郎『株式会社法第8版』607頁（なお、取締役会の業務執行の決定事項の委譲が認められる点も移行の一つに挙げているが、これは監査役会設置会社では取締役会の業務執行の決定事項の委譲ができず、モニタリングモデルを目指すのが困難であることによるものと思われる。）、村田敏一「監査等委員会設置会社の創設とその課題－不思議なコーポレートガバナンス－」立命館法学2015年1号（359号）267頁以下参照。
- (6) 石山卓磨『会社法改正後のコーポレート・ガバナンス』40頁、水川聰＝江口真理恵（二重橋法律事務所編『Q&A 平成26年改正会社法第2版』（以下、「前掲 Q&A 平成26年改正」と引用）42頁、清水三七雄『最新コーポレートガバナンスの基本と実践がよ～くわかる本』（以下、「前掲 CG の基本と実践」と引用）36頁参照。
- (7) ただし、監査役会設置会社に対するコーポレートガバナンス強化とは解される（清水三七雄「前掲 CG の基本と実践」36頁、44頁参照）。
- (8) 塚本英巨『監査等委員会導入の実務』31頁、33頁参照。なお、監査等委員会設置会社は、「監査役が取締役を兼務する機関設計、あるいは監査役が取締役会の決議における議決権を有する機関設計」とみることもできるといわれる（同、17頁）。
- (9) 牛島信「日経ビジネス：成長戦略としてのコーポレートガバナンス監査等委員会設置会社をめぐる留意点」（以下、「前掲監査等委員会設置会社をめぐる留意点」

と引用) [https://business.nikkei.com/atcl/skillup/15/275626/071500016/。](https://business.nikkei.com/atcl/skillup/15/275626/071500016/)

- (10) 法務省民事局参事官室「会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明」(平成23年12月) 2頁～4頁、坂本三郎他「前掲改正会社法の解説[Ⅱ]」商事法務2042号20頁、太子堂厚子『Q & A 監査等委員会設置会社・社外取締役の実務』(以下「前掲 Q&A 監査等委員会設置会社」と引用) 3頁以下、松浪信也『監査等委員会設置会社の実務(第2版)』(以下「前掲監査等委員会設置会社の実務」と引用) 3頁。
- (11) 萩野昭一「前掲監査等委員会設置会社の意義・課題」北海道大学経済学研究65巻1号7頁以下、重泉良徳『監査等委員会設置会社の実務と Q&A』(以下「前掲監査等委員会設置会社 Q&A」と引用) 3頁参照。
- (12) 塚本英巨『監査等委員会導入の実務』32頁、浜辺陽一郎「監査等委員会設置会社の導入によるガバナンス改革の行方」青山法務研究論集9号18頁、小林秀之『委員会等設置会社 VS.監査役強化会社－14年商法改正後のコーポレートガバナンスのあり方－』(以下「前掲委員会等設置会社 VS.」と引用) 10頁、石山卓磨『会社法改正後のコーポレート・ガバナンス』2頁、福岡真之介・高木弘明『監査等委員会設置会社のフレームワークと運営実務(以下「前掲監査等委員会設置会社の FW」と引用)』49頁、松浪信也「前掲監査等委員会設置会社の実務」14頁参照。
- (13) 「監査役が取締役会での議決権を有しない機関(役職)であり、代表取締役の選定・解職をはじめとする経営問題の中核に積極的に関与していく恐れのない(=社長の権限を脅かすおそれのない)機関」ゆえ、監査役会設置会社が多かったともいわれている(清水三七雄「前掲 CG の基本と実践」38頁)。
- (14) 落合誠一『会社法要説』127頁以下。
- (15) 山口利昭「監査等委員会設置会社への移行に関する検討ポイント」財経新聞2016年6月9日参照。
- (16) 萩野昭一「前掲監査等委員会設置会社の意義・課題」北大経済学研究65巻1号18頁以下、三品和広「経営学からみたコーポレート・ガバナンス改革」商事法務2109号64頁参照。なお、監査等委員会設置会社制度が経済的効率性と関係者の公

正とを確保する良い形で利用されるか否かは、運用の在り方次第であるともいわれている（江頭憲治郎『株式会社法第8版』608頁）が、各公開大企業が最低限度の確保すべきコーポレートガバナンス体制の法的枠組みは必要である（「特集ガバナンス地獄」週刊東洋経済6998号（2021年7月10日）38頁以下参照）。

- (17) 福岡真之介・高木弘明「前掲監査等委員会設置会社の FW」56頁。なお、監査等委員会設置会社は、監査役会設置会社と同様の運営を行い、マネジメントモデルを継続することが可能であるとともに、会社の実情に合わせた柔軟な制度設計ができる点に、監査等委員会設置会社のメリットがあるともいわれている（野口葉子「監査等委員会設置会社における実務の在り方」監査役720号64頁以下、塚本英巨『監査等委員会導入の実務』10頁以下参照）。
- (18) 福岡真之介・高木弘明「前掲監査等委員会設置会社の FW」58頁。
- (19) 福岡真之介・高木弘明「前掲監査等委員会設置会社の FW」62頁。
- (20) 福岡真之介・高木弘明「前掲監査等委員会設置会社の FW」66頁。
- (21) 福岡真之介・高木弘明「前掲監査等委員会設置会社の FW」70頁。
- (22) 塚本英巨『監査等委員会導入の実務』27頁、江頭憲治郎『株式会社法第8版』607頁。
- (23) 塚本英巨「『モニタリング・モデル』の意味から考える機関設計の選択」（以下、「前掲モニタリング・モデルの意味」と引用）商事法務2267号12頁～15頁。
- (24) 塚本英巨「前掲モニタリング・モデルの意味」商事法務2267号13頁。
- (25) 東京証券取引所「コーポレートガバナンス・コード～会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上のため」（以下、「前掲 CG コード」と引用）（2021年6月11日）19頁：<https://www.jpx.co.jp/equities/listing/cg/tvdivq0000008jdy-att/n/sgeu00005/nul.pdf>。福岡真之介・高木弘明「前掲監査等委員会設置会社の FW」67頁、塚本英巨『監査等委員会導入の実務』58頁以下参照。なお、経済産業省「コーポレート・ガバナンス・システムに関する実務指針」（以下、「前掲 CGS ガイドライン」と引用）41頁、43頁、82頁参照。
- (26) 松浪信也「前掲監査等委員会設置会社の実務」25頁。
- (27) 太子堂厚子「前掲 Q&A 監査等委員会設置会社」44頁以下、坂本三郎他「前

掲改正会社法の解説[II]」27頁、松浪信也「前掲監査等委員会設置会社の実務」55頁、66頁。

- ②8) 秋田法学58号（2017年）48頁以下。
- ②9) 例えば、指名委員会等設置会社東芝の不正会計事件（日本経済新聞2016年6月16日）では、取締役会や監査委員会の監督は機能していなかった。「東芝事件にもみられるように、社外取締役や社外監査役の数の問題ではなく、本当に機能するかどうかの問題である」（重泉良徳「前掲監査等委員会設置会社 Q&A」5頁）。もちろん、社外取締役の数が取締役の過半数になれば監督の実効性は期待できる。なお、尾崎安央『別冊法学セミナー新基本法コンメンタール会社法2（第2版）』321頁参照。
- ③0) 前注6参照。
- ③1) 日本取締役協会（宍戸善一・広田真一編）『委員会等設置会社ガイドブック』36頁、56頁、71頁以下参照。
- ③2) 前田庸『会社法入門第11版補訂版』550頁、和仁亮裕他「前掲委員会等設置会社 VS.」（小林秀之編著）103頁参照。
- ③3) 小林秀之『新会社法とコーポレートガバナンス—委員会設置会社 VS. 監査役設置会社—』49頁。
- ③4) 日本取締役協会（宍戸善一・広田真一編）『委員会等設置会社ガイドブック』77頁以下。なお、現行の指名委員会等設置会社の規律を見直し、社外取締役を取締役会構成員の過半数とし、モニタリングモデルに純化した形に改めるべき提案もある（邊英基「指名委員会等設置会社の検証—モニタリングモデルを志向する機関として適切かー」商事法務2271号5頁）が、CGコード2021によれば、プライム市場上場会社では取締役会構成員の過半数の社外取締役が要求されることから、むしろ取締役会構成員の過半数が社外取締役であることを登記するなど、公示する方向の改正を行うべきではないかと思う。
- ③5) 日本取締役協会（宍戸善一・広田真一編）『委員会等設置会社ガイドブック』71頁以下。
- ③6) 経済産業省「前掲 CGS ガイドライン」2.5.1取締役会議長の論点には、取締役

会議長は監督を行う立場にある社外取締役などの非業務執行取締役が務め、執行側は業務執行に関する説明を行う役割に徹する方が、取締役会の監督機能の実効性を確保しやすいと考えられるとともに、監督側が取締役会議長を務めた方が、取締役会の審議が監督側を中心に行われ、監督側に対する十分な説明や情報の提供、十分な審議時間の確保や、監督側が議論や問題提起をしやすい雰囲気作ることなどが実現されやすくなると考えられる、との提言がある（18頁）。

<https://www.meti.go.jp/>

press/2018/09/20180928008/20180928008-1.pdf。

③ 落合誠一『会社法要説』126頁。

④ 落合誠一『会社法要説』127頁以下。また、指名委員会等設置会社の問題点が次のように指摘されている。「指名委員会等設置会社においては、業務に関する意思決定と業務執行の権限が執行役に集中します。しかも、執行役が多数を占めることが通例です。そうなると、指名委員会等設置会社の所期の目的に反し、執行と監督の分離が徹底されず、むしろ執行役の権限が強大化し、取締役と独立した監査役を置く従来型の株式会社と比べて適正な監督が実現されないのでないか、という疑問があります。・・・・」と（神余博史『国家試験受験のためのよくわかる会社法第7版』278頁）。

⑤ 山口利昭「監査等委員会設置会社への移行に関する検討ポイント」財経新聞 2016年6月9日参照。

⑥ 萩野昭一「前掲監査等委員会設置会社の意義・課題」北大経済学研究65巻1号 18頁以下、三品和広「経営学からみたコーポレート・ガバナンス改革」商事法務 2109号64頁参照。

⑦ 塚本英巨「前掲モニタリング・モデルの意味」商事法務2267号13頁。

⑧ 萩野昭一「前掲監査等委員会設置会社の意義・課題」北大経済学研究65巻1号 12頁以下、拙稿「委員会等設置会社制度の選択－持株会社の視点より－」月刊民事法情報195号99頁、重泉良徳「前掲監査等委員会設置会社 Q&A」19頁、松浪信也「前掲監査等委員会設置会社の実務」60頁、経済産業省「前掲 CGS ガイドライン」18頁、野口葉子「監査等委員会設置会社における実務の在り方について」

監査役720号61頁参照。常勤の監査等委員の有効性は、日本監査役協会の「監査等委員会監査等基準」においても明らかにされ、その確保が強く望まれている。

なお、「法が常勤の監査等委員を選定することを後見的に義務付けなかったからといって、監査等委員会の監督機能が低下すると結論付けるのは、早計といわざるを得ない」との意見もみられる（塚本英巨『監査等委員会導入の実務』50頁）。

- (43) 日本監査役協会「役員等の構成の変化などに関する第21回インターネット・アンケート集計結果」（監査等委員会設置会社版月刊監査役722号別冊付録12頁）。なお、アンケートは、2020年12月10日～2021年1月21日に実施したもので、監査等委員会設置会社1,003社を対象を行い、回答率は62・4%であった）。
- (44) 牛島信「前掲監査等委員会設置会社をめぐる留意点」<https://business.nikkei.com/atcl/skillup/15/275626/071500016/>。
- (45) 牛島信「前掲監査等委員会設置会社をめぐる留意点」<https://business.nikkei.com/atcl/skillup/15/275626/071500016/>。
- (46) 経済産業省「前掲 CGS ガイドライン」18頁参照。
- (47) この監査等委員会と内部監査部門との緊密な連携等については、福岡真之介・高木弘明「前掲監査等委員会設置会社の FW」127頁以下、松浪信也「前掲監査等委員会設置会社の実務」92頁以下参照。
- (48) 経済産業省「前掲 CGS ガイドライン」41頁、43頁、82頁参照。なお、当然に、他のコーポレートガバナンス委員会やコンプライアンス委員会などの設置も積極的に行うべきである（清水三七雄「前掲 CG の基本と実践」45頁参照）。
- (49) 東京証券取引所「前掲 CG コード」（2015年6月1日）18頁：<https://www.jpx.co.jp/news/1020/nlsgeu000000xbfx-att/ode.pdf>。
- (50) 日本取締役協会（宍戸善一・広田真一編）『委員会等設置会社ガイドブック』77頁以下。
- (51) 日本取締役協会（宍戸善一・広田真一編）『委員会等設置会社ガイドブック』77頁以下。
- (52) 経済産業省「前掲 CGS ガイドライン」18頁参照。
- (53) この監査等委員会と内部監査部門との緊密な連携等については、福岡真之介・

高木弘明「前掲監査等委員会設置会社の FW」127頁以下、松浪信也「前掲監査等委員会設置会社の実務」92頁以下参照。

- ⑥4) 経済産業省「前掲 CGS ガイドライン」41頁・43頁・82頁参照、太子堂厚子「前掲 Q&A 監査等委員会設置会社」12頁以下参照。
- ⑥5) 東京証券取引所「前掲 CG コード」(2021年 6月11日) 19頁。

実行行為について

岡 崎 頌 平

1.

筆者は、前稿¹⁾において、正犯と共に犯の区別に関する学説のうち、形式的客觀説が支持されうる見解であることを甚だ不十分な検討ではあるが確認した。その際、今後の課題として実行行為概念についての検討を挙げておいた。したがって、本稿では、この実行行為概念をめぐる問題について、検討することとしたい。もっとも、その検討については、個人的な事情から、前稿に引き続いだ不十分なものにとどまらざるを得ず、補充的な検討については後日を期すこととしたい。この点、読者諸賢の御海容をあらかじめ乞うばかりである。

さて、近時相次いでこの問題に関係する重要な判断が最高裁において示されている。すなわち、①最高裁令和3年1月29日第二小法廷判決（刑集75巻1号1頁；睡眠導入剤混入事件）、②最高裁令和2年8月24日第2小法廷決定（刑集74巻5号517頁；インスリン不投与事件）の2つが挙げられる²⁾。このうち、②については、次のような事件であった。すなわち、被害者（当時7歳）は現代医学での完治は難しいものの、インスリンを定期的に摂取すれば日常生活に支障がない1型糖尿病に罹り患しており、その母親がなんとか完治させようと被告人にその治療を依頼したことに始まっ

1) 岡崎頌平「正犯と実行について」秋田法学62号（2021年）91頁以下。

2) ①と②の事件名については、高橋則夫「実行行為とは何か」研修874号（2021年）3頁によった。

た。被告人は、非科学的な力による難病治療を標ぼうしているものの、被害者のり患している病気について医学的知識はなく、わらにもすがる思いで治療を依頼した母親に対して完治させられる旨断言した。そうして、母親から被害者の病状等について説明を受けるなどして、被害者の状態について認識はしたものの、インスリンは毒であると述べて、インスリン投与を中止させた。その結果、被害者の病状は悪化し、再入院を余儀なくされた。その後、病院での治療を受けた被害者は退院できるほどに回復したが、被告人は母親に対して指導を無視したことを強く非難して、病院の指導に従うならば被害者は完治せず、助からない旨繰り返し述べた。そのような被告人からの働きかけを受けて、母親は改めて被告人の指導に従う旨約束し、被告人の治療について半信半疑であった父親をも説得して、インスリン投与を中止した。そして、それに伴う深刻な症状が被害者に表れ始めても、被告人は母親に対して治療の効果が出ていると述べて、不投与の指示を継続したために、母親もそれに従った。被害者は、その後、母親の妹が呼んだ救急車で病院に搬送され、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。

最高裁は、このような事案に対して、「上記認定事実によれば、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型糖尿病にり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よう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型糖尿病にり患したこと強い精神的衝撃を受けていたところ、被告人による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、不保護の故意の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。」と述べた。

上掲の最高裁の判示によると、被告人は「母親を道具として利用する」とされるものの、第1審判決³⁾とは異なって、間接正犯と評価されているわけではない。また、本件被害者には「インスリンを投与しなければ…死亡する現実的な危険性がある」わけであるから、それを認識しながら「生命維持に必要なインスリンを投与せず」ということは、故意をもってその危険性を実現させるべく行為しているわけであるから、殺人罪の直接正犯として評価することも可能であるように思われる。もっとも、被告人は被害者の両親にインスリンを投与させないように指導していただけで、被告人にインスリンを投与する義務があったとは思われないから、ここは措辞の単なる誤りということになるのかもしれない。

また、父親との関係についても疑問がないわけではない。本件の第1審判決によれば、保護責任者遺棄致死罪の限度で共謀が成立し、共同正犯になる旨が述べられており、その結論については最高裁によっても是認され

3) 宇都宮地裁平成29年3月24日判決（裁判所HP）

ている。しかし、松宮孝明が指摘するように⁴⁾、この父親に保護責任者遺棄罪（おそらく保護責任者不保護罪のほうがより正確であろう）の故意が認められるかどうかが必ずしも明確ではない。したがって、最高裁としてこの問題について言及する必要はなかったであろうか。

以上のように、②事件については、疑問があるほか、そもそも事案がかなり特殊なものであったことをふまえる必要があることや、何より全体を通して検討するべき課題が複数あることから、本稿においてはこれ以上立ち入ることができない。しかし、本稿で検討する課題との関係で1点だけ挙げるとすれば、実行行為に「現実的な危険性」を要求しているという点である。

では、最後に、本稿の目的を述べておきたい。本稿は、実行行為概念をめぐる問題のうち、①事件を素材として、実行行為と危険性の関係について検討するものである。

2.

実行行為とは、「各構成要件が予定する行為を実行行為という。たとえば殺人罪の実行は、『人を殺す行為』である。結果犯の場合には、各犯罪類型ごとに定められた、結果を発生させる危険性を持った行為のことである。『殺す』行為とは、たまたま死の結果を生ぜしめた行為のすべてを含むのではなく、類型的に人の死を導くような行為でなければならない。」⁵⁾とされるものである⁶⁾。

4) 松宮孝明「『救助的因果経過の阻止』についての一考察」立命館法学393・394号（2021年）655頁以下参照。

5) 三井誠ほか『刑法法辞典』信山社（2003年）350～351頁〔前田雅英執筆〕。

6) このような説明については、学界一般のものである。この点については、三井ほか・前掲注5)が、そのはしがきにあるように、「刑法法全体にわたって、現時点における成果の集大成を目指したもの」（同書の「はしがき」7頁。）であることを挙げておけばよいであろう。なお、それ以後の理解についても、例えば大塚仁は次のように述べている。すなわち、「実行行為は、それぞれの構成要件の趣旨にかなったものでなければならない。たとえば、挙動犯の実行行為は、当該構成要件的定型を充たす行為であれば足りるが、結果犯の実行行為

上掲の説明にもあるように、ある行為が実行行為と呼ばれるためには、その行為に「犯罪構成要件の実現に至る現実的危険性」が認められることが必要である。それゆえに、「X が O に操縦士がミスすることを期待しつつ、セスナ機に便乗するように勧めて搭乗させたところ、予想どおり操縦士のミスによって墜落し、O が死亡した場合」については、「X の行為は一般的生活危険の範囲内にあり、実行行為とはいえない」ということになる⁷⁾。もっとも、改めてではあるが、ここで指摘されているのは、危険性そのものがないということではない。2022年1月にわが国で発生した戦闘機の墜落事故からも明らかなように、我々の生活にはさまざまな危険が潜んでおり、偶然何らかの拍子にその危険が実現することはあるわけである。しかし、そうして実現した危険をすべて取り上げていたのでは、我々は日常生活を円滑に送ることができなくなってしまう。そこで、法的に取り上げる必要のない、法的に重要でない危険については、一般的生活危険（法的に見て許される危険）として扱うことにしておきたいわけである⁸⁾。なお、中森喜彦が「客観的に見ておよそ犯罪を完成させる可能性のない行為は、法的に取り上げる必要がなく、不能犯として放置されてよいのである」⁹⁾と述べるように、危険性のない行為はまさに「可能性のない行為」である

は、所定の犯罪的結果を惹起する可能性、すなわち、その現実的危険性を含んだものであることを要する。」（後掲書149頁）とか、「実行行為、すなわち、犯罪構成要件の実現にいたる現実的危険性を含む行為」（同書171頁）とされる（大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』有斐閣（2008年））。また、大谷實も「実行行為とは、形式的には構成要件に該当する行為をいい、実質的には構成要件を実現する類型的危険を有する行為をいう」とされる（大谷實『刑法総論〔第5版〕』成文堂（2018年）71頁）。

7) 浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』成文堂（2019年）119頁参照。

8) この点については、卑近な例になるが、大学入学共通テストにおいて静穏な環境の保持が求められる一方で、日常生活的な生活騒音については許容されているのと同じように思われる。

9) 中森喜彦「実行行為の概念について」三井誠ほか『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』成文堂（2007年）192頁。

から、放置されることになる。

実行行為とは犯罪実現の危険を含んだ行為であり、通説はこの危険の内容を現実的危険性であると考えているわけである。この現実的危険性という基準は、実行行為が結果を帰属させる行為であること、その危険性を含んだ行為の開始をもって実行の着手と考えていることなどによると思われる。したがって、ある程度高いレベルの危険が想定されているようなイメージを抱く¹⁰⁾。しかし、そこでは次のような疑問が生じる。すなわち、文字通りに「現実的」危険性を捉えた場合に未遂が成立する時期は一体いつだろうか、というものである。この点、中森は「銳利な刃物で刺殺するという単純な例を考えれば、被害者の死の現実的危険性は、刃物が身体の枢要部に接近したときに初めて認められるとも言いうるのである。」¹¹⁾とされる。中森自身も述べるように、これでは未遂の成立時期は余りにも遅くなりすぎると思われるし、何より判例の立場をうまく説明できないであろう。

例えば、窃盗罪の実行の着手に関する、大審院昭和9年10月19日第4刑事部判決（刑集13巻1473頁）を挙げてみる。本判決は、生活費に困った被告人が妻の遠縁の親戚宅に金員窃取の目的で侵入し、寝室の隅にあった箪笥に近寄ろうとした際に被害者が目を覚まして誰何されたので、逮捕を免れるために携行していた日本刀で被害者に切りかかったというものである。つまり、窃盗罪の未遂が成立していれば、被告人には強盗傷人罪が成立するということになるわけであるが、大審院は次のように判示して、窃盗罪の未遂を肯定して、被告人に強盗傷人罪の成立を肯定した。すなわち、「窃盗ノ目的ヲ以テ家宅ニ侵入シ他人ノ財物ニ対スル事実上ノ支配ヲ犯スニ付密接ナル行為ヲ為シタルトキハ窃盗罪ニ着手シタルモノト言フヲ得ヘ

10) 横口亮介「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）34頁も、「現実的危険性という言葉はかなり高度の危険をイメージさせる」と述べる。

11) 中森・前掲注9) 192頁。

シ」（漢字については筆者において現代風に改めた。以下同様）。なお、本件の弁護人の上告趣意書によれば、着手は少なくとも簞笥に触れたときにあるといえるのではないかと主張しているが、大審院は「窃盗犯人カ家宅ニ侵入シテ金品物色ノ為簞笥ニ近寄リタルカ如キハ右事実上ノ支配ヲ侵スニ付密接ナル行為ヲ為シタルモノニシテ即チ窃盗罪ノ着手アリタルモノト言フ」としている。判示中の「密接な行為」という基準自体は現実的危険性という定義との乖離がそれほどあるようには思われないが、それを実際に適用する段階では簞笥に近づいたときに着手を認めているわけであるから、先ほどの単純な例よりは未遂の成立時期は早いことになり、厳密に考えられているわけではない可能性がある（そもそも危険性という概念それ自体が幅をもっており、それを限定するために「現実的」という修飾を付しているわけであるが、そうした限定に対するイメージは受け取り手によって異なる以上、厳密に考えられていない可能性があるとの評価自体不適切なのかもしれないとは思いつつも、なんとかそのイメージが実務を含めて共有できるように検討を重ねていきたい。もっとも、その本格的な作業は前述のように他日を期すことになる）。

では、最高裁の立場を確認するために、前掲の①事件についてみていくことにする。事案は、次のとおりである。被告人は、准看護師として老人ホームに勤務しており、同僚である A に睡眠導入剤数錠をひそかに混入したコーヒーを飲ませた。その数時間後、A は意識障害等を伴う急性薬物中毒の症状を呈して、机に突っ伏して寝ていたところ、被告人は A に帰宅を促した。その状態のまま A は帰宅するために自動車の運転を開始したが、車を脱輪させる物損事故を起こして、再び職場に戻って、眠り込んでいた。その後（睡眠導入剤摂取から約 4 時間半が経過）、被告人は自動車が走行可能である旨告げて、A を起こして帰宅を促して、職場から送り出した。そうして、運転を開始した A は、衝突事故を起こして死亡し、対向車を運転していた B には傷害を負わせた（第 1 事件）。第 1 事件から数か月後、被告人は、再び同僚である C とその夫である D（C を送

迎するとともに、仕事を手伝うために職場にいた）に対して睡眠導入剤数錠をひそかに混入したお茶を飲ませて、前記 A と同様の状態に至らせ、その数時間後（睡眠導入剤摂取から約 4 時間が経過）に帰宅時間である旨告げて、両名に帰宅を促した。帰宅のために運転を開始した D は、衝突事故を起こして C とともに傷害を負い、対向車を運転していた E にも傷害を負わせた（第 2 事件）。第 2 事件から 1 か月後、被告人は、同僚である F が置いていたお茶に睡眠導入剤数錠を溶かした液体をひそかに混入し、これを飲んだ F に約 8 時間にわたる意識障害等を伴う急性薬物中毒の傷害を負わせた（第 3 事件）。

このような事案に対して、第 1 審（千葉地裁平成30年12月 4 日判決・刑集75巻 1 号83頁以下）は、A に対する殺人、B・C・D・E に対する殺人未遂、F に対する傷害という各罪の成立を認めた（求刑は懲役30年であったが、懲役24年に処された）。続く第 2 審（東京高裁令和元年12月17日判決・刑集75巻 1 号102頁以下）は、第 1 事件及び第 2 事件について殺人罪の実行行為性について認めたが、B と E について未必の殺意は認められず、事実誤認があるから原判決を破棄して、千葉地裁に差し戻した。これに対して、最高裁は、「被告人が、A 及び D に対し、ひそかに睡眠導入剤を摂取させて自動車を運転するよう仕向けたことにより、同人らが走行中に仮睡状態等に陥って自車を対向車線に進出させて対向車に衝突させ、対向車の運転者である B 及び E に傷害を負わせたという殺人未遂被告事件について、B 及び E に対する殺意を認めた第 1 審判決に事実誤認があるとした原判決は、第 1 審判決について、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを十分に示したものとは評価することができない。そうすると、第 1 審判決に事実誤認があるとした原判断には刑訴法382条の解釈適用を誤った違法があり、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかであって、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。」として、第 2 審判決を破棄し、控訴棄却の自判をした。

以上によれば、第 1 審・最高裁と第 2 審で見解が分かれている。本稿が

検討の対象としている危険性については、それぞれ次のように述べられている。まず、第1審は、「後刻車を運転することが予定されている者に対し、睡眠を誘発する効果を有する睡眠導入剤を密かに、しかも、一般的な服用量以上に摂取させ、その効果がその者に生じていることが明らかな状況の下で、あえてその者を起こして車を運転するよう仕向けたものといえ、その因果として、その者が自身では認識していない睡眠導入剤の影響により、眠気を催して意識が混濁したり仮睡状態に陥ったりし、薬効であるためそれに抗うことができず、原因に思い当たらないまま運転を継続することで、周囲の状況を適切に把握しそれに的確に対処して運転操作をすることが困難となり、その者や巻き込まれた第三者を死亡させる事故を含めあらゆる態様の事故を引き起こす危険性が高い行為というべきであるから、殺人罪の実行行為に該当するものと認められる」（下線は筆者による。以下同様）とする。これは、第1事件に対する判示であるが、第2事件についても同様である。

次に、第2審は、「なお、原判示第1及び第2の殺人及び殺人未遂のいずれにおいても（第1事件及び第2事件のこと一引用者注）、本件のように睡眠導入剤の影響下にあって寝ている者を起こしてもうろうとした状態の者に自動車を運転して帰宅するように促した場合、促された本人は正常な判断ができない状態であって、そのまま運転を開始する蓋然性が高く、そのまま運転を開始した場合、交通事故を起こし、その結果として運転者、同乗者や事故に巻き込まれた第三者が死亡する危険性も一定程度認められる。そうすると、原判示第1及び第2の殺人及び殺人未遂のいずれにおいても、被告人は、被害者をして、被害者自身、同乗者及び事故に巻き込まれた相手方を死亡させる現実的危険性が認められる行為を行わせたものであって、殺人及び殺人未遂の実行行為に当たると認められる」として、前述のとおり、殺人罪の実行行為性については第1審の判断を是認した。しかし、実行行為性判断に続く未必の殺意に関する判示の中で、次のように述べている。すなわち、「原判示第1及び第2の各事実は、いずれも、運

転者に睡眠導入剤を摂取させた上で、睡眠導入剤の影響の下にある人に自動車を運転するよう仕向け、交通事故を起こさせて、運転者、同乗者及び事故の相手方を死亡させようとする点で共通している。このような行為においては、自動車の運転を仕向けた後にも、運転者が再び寝込んでしまうほか、他の者が運転者に対して運転しないように止めるなどして、自動車の運転をしなかったり、その運転を開始した後も気分が悪くなって運転を止めたりする可能性がある上、運転を継続して実際に交通事故を起こしたとしても、交通事故の程度や規模は様々であるから、運転者、同乗者又は事故の相手方は、傷害を負ったとしても死亡するに至らなかったり、そもそも傷害を負わなかったりする可能性も相当程度ある。したがって、このような行為は、前記のとおり、運転者自身、その同乗者、及び交通事故の相手方を死亡させる現実的危険性が相当程度あり、実行行為性は認められるとしても、例えば、鋭利な刃物で人体の枢要部を刺すとか、両手で頸部を絞めるといった、人が死ぬ危険性が高い行為とは異なり、結果が傷害や物損事故等にとどまる可能性もかなりあり、死亡の危険性が高いとまではいえない。このことを前提に、Bに対する未必の殺意に関する検討においては、「交通事故の相手方は、居眠り運転をしている A の車両が自車の車線上にはみ出してきても、これを避けて自らの命を守ろうとする行動を探ることが一応可能であって、その死亡の可能性は A と比較しても低かったとみるべきである」と指摘する（なお、Eについても同様の旨述べている）。

最高裁は、前述のとおり、第1審判決の判断を是認したわけであるが、次のように述べていた。すなわち、「第1審判決は、殺意の有無を検討するに当たり、巻き込まれた第三者を死亡させる事故を含むあらゆる態様の事故を引き起こす危険性の認識について説示している。このような説示では、被告人が死亡事故発生の危険性をどのように認識していたのかが明確にならず、いささか措辞不適切であるといわざるを得ない。しかし、判文全体を通覧すると、被告人の行為は、交通事故を引き起こす危険性が高い

行為であり、事故の態様次第で A らのみならず事故の相手方を死亡させることも具体的に想定できる程度の危険性があると評価したものと解される。また、第 2 審については、「A らは睡眠導入剤を摂取させられたことを認識しておらず、もうろう状態にあったことなどに照らすと、自らの判断で運転を避止又は中止できた可能性は低かったといえる。当時、被告人を除く本件老人ホーム職員の中で A らが睡眠導入剤を摂取させられていることを知っていた者はいなかったこと、被告人が他の職員の目が届きにくい状況で A らに帰宅を促していることなどに鑑みると、他の者が運転を制止する可能性も低かったといえる。顕著な急性薬物中毒の症状を呈していた A らが仮睡状態等に陥り、制御不能となった A 車や D 車が A らの自宅までの道路を走行すれば、死亡事故を引き起こすことは十分考えられるのであるから、原判決…は、第 1 審判決の危険性の評価が不合理であるとするだけの説得的な論拠を示しているとはいい難い。」、「A 車や D 車が制御不能の状態で走行した場合に対向車の運転者が採り得る回避手段が観念的には想定できるとしても、実際にそのような回避がされるとは限らず、事故の相手方が死亡することも十分あり得る。原判決の上記②の指摘（前掲した B に対する未必の殺意に関する検討の部分一引用者注）も、第 1 審判決の危険性の評価が不合理であるとするだけの説得的な論拠を示しているとはいい難い。」とした。

以上の各審級の判断によれば、全審級を通じて、被告人の行為には第三者をも巻き込んだ死亡事故を引き起こす危険性が認められる点で一致している（そして、それゆえに実行行為性が肯定された）。しかし、第 1 審は、ありうる事故の一例として、第三者が巻き込まれる死亡事故を捉えているだけであって、これでは犯罪実現に対する危険性としては抽象的なものにとどまっていると言わざるを得ない。事実、最高裁は、被告人の行為について、判文全体の趣旨から「事故の相手方を死亡させることも具体的に想定できる程度の危険性があると評価したものと解される」と述べている。また、第 2 審にしても、被告人の行為について、殺人罪の実行行為性は是

認しながらも、B と E に対する死亡の危険性については、回避行動を採ることが可能である点や、もともとそうした危険性が高くないことを指摘していた¹²⁾。それゆえ、措辞としては第2審でしか見られなかったが、本件による限り、最高裁が考えている「現実的危険性」の内容はそれほど高いものではないということになる¹³⁾。

仮に現実的危険性という用語の理解が以上のようなものでよいとすると、定義としては現実的危険性を要求しながら、その内実はそのイメージとはかけ離れたものであっても構わぬことになろう。しかし、そのような理解は罪刑法定主義の観点から大いに問題があると言わざるを得ない。本件の場合には、確かに発生した結果が重大であったという問題はあったかもしれないが、それが殺人罪の要求する危険性の程度を緩和させてもよい理由にはならないと思われる。この点、第2審は、死亡の危険性の低さを理由に未必の殺意を否定し、結語において、差戻し後の第1審には B と E に対する傷害罪の成否について審理を尽くすよう求めているのは妥当であったように思われる。

前述のとおり、危険性という概念は幅のあるものである。しかし、刑法には、罪刑法定主義、責任主義、最終手段性といったいくつかの観点があり、真に処罰するべき場面にだけ刑罰を科すことが許されることになる。それゆえに、実行行為については、判例の立場はともかく、通説が主張するように、「処罰規定から導き出される可罰的行為の類型」¹⁴⁾に合致し、そ

12) 松宮孝明「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.151 (TKC ローライブライマー) 4 頁注 3) は、「もとも可能性が低いのであれば、……、B と E に対する殺人の『実行行為』もないであろう。」と指摘する。

13) 高橋・前掲注 2) 6 頁は、「多くの判例や裁判例は、実行行為を『構成要件の実現に至る現実的危険性を有する行為』と定義づけるものの、その実質的内容は、より低い程度の危険性なのである。」とし、実行行為について、「形式的には、犯罪構成要件に該当する行為であり、実質的には、法益に対する抽象的危険性を有する行為であると定義づけることができ」るとする。

14) 中森・前掲注 9) 199 頁。

の実現に至る現実的危険性を有する行為であるとする必要があろう。ただ、ここにいう「現実的」とは、判例が考えているような抽象的なものではなく、外部から観察して、当該行為から結果発生の危険が客觀的に認められるといったような、具体的なものであり、その用語から受ける印象通りの高い危険性が求められるべきである。

3.

前章では、本稿が課題に設定した実行行為と危険性について検討したが、①事件には未必の故意の問題が他にも大きな問題としてある。これも別稿において検討しなければならない問題である。

ところで、実行行為をめぐる問題については、最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決（刑集72巻1号83頁）が詐欺罪における実行の着手について判断を示し、同判決を契機に実行の着手に関する議論が再燃している。この判決はいわゆる特殊詐欺をめぐるものであり、この問題については社会的関心も高い。筆者としても一日でも早い特殊詐欺の撲滅を期待するところであるが、それに伴って、刑法の基本理念が揺らぐことはあってはならない。

【追記】

脱稿後、最高裁令和4年2月14日第三小法廷決定（裁判所HP）に接した。同決定は、特殊詐欺の手口の1つであるキャッシュカードのすり替えに関するものであり、窃盗罪の実行の着手が争われたものである。事案は、警察官になりました架け子が被害者に対して詐欺の被害に遭っているなどの嘘を告げ、金融庁職員になりました受け子である被告人が被害者からキャッシュカードを受け取るべく、被害者宅まで約140mの路上まで赴いた時点で、警察官に尾行されていることに気づき、犯行を断念したというものであった。架け子らの犯行計画では、被告人が被害者宅に到着後に、被害者から受け取ったキャッシュカードを封筒に入れた上で、その際に割

り印が必要である旨告げて、被害者がその場を離れた隙に、事前に用意していた偽封筒とすり替えることで、キャッシュカード入りの封筒を持ち去って、窃取する予定であった。しかし、前述のとおり、本事案では、犯行が途中で断念されているが、被害者に対して計画上重要な嘘が告げられており、占有侵害に至る危険性が認められるから、被害者宅付近路上に赴いた時点では窃盗罪の実行の着手がすでにあったと認められると判断された。

本決定については、今後、実行の着手について検討する際に、平成30年判決とあわせて扱うこととしたい。

2021年議会選挙から 連立政権発足に至るメカニズムにみる ドイツと日本の共通性と対照性

寺 迫 剛

1. はじめに

2021年、日独両国では転機となる議会選挙が実施されたが、日本の衆院選（10月31日）よりドイツの連邦議会選（9月26日）は約1ヶ月早かったにもかかわらず、選挙後、日本の岸田首相再選（11月10日）より約1ヶ月も遅い新連邦首相の船出（12月8日）となった。なぜこうも差が生じたのか。

そもそも共に第2次世界大戦後に獲得した民主憲法下において、今回、ドイツでは20回目の下院相当議会選で9人目の首相、日本では27回目の下院相当議会選で33人目の首相を選出した。ともに議会任期4年の議院内閣制民主主義国家でありながら、回数および人数の多寡は対照的である。

日本とドイツの共通性と対照性は、例えば Pierson (2004) に代表される新制度論の文脈から、長い年月で生じる様々な事象のタイミングと配列によって形成される経路依存の蓄積によって構成される、制度発展の帰結として認識できる¹。

このように否応なく比較考察に誘われる日本とドイツを考察対象として、本稿前半では、政党カルテル論、政党システム論、「大統領制化」論という3つの分析枠組みについて検討する²。これを踏まえ後半では、2021年に両国で実施された議会選挙および新政権発足までの過程について考察する。これにより、両国が各々歩んだ制度発展の経路やメカニズムに起因する、両国の共通性と対照性を明らかにする。

2. 先行研究を踏まえた分析枠組みの展開

2. 1. 政党カルテル論

2. 1. 1. 政党論の系譜における政党カルテル論

岩崎（2015）（2021）は、政党研究を政党組織論と政党システム論の2系統に整理した上で、政党および政党システムが共に、19世紀以降から4回目の転換期に差し掛かっており、議会制民主主義そのものが動搖しているかの様相であるという³。

政党組織論については、20世紀を通じた先行研究の蓄積の中でも、1990年代半ばに登場したカツとメアの「政党カルテル論」が現在に至るまで主要テーマであり続けているとしている。政党システム論についても、その安定性を論じたリプセットとロッカンの凍結仮説を経て、1970年代後半以降に政党システムの変化が観察されるようになってから政党システム論も発展してきたという。その上で、政党組織の変化と政党システムの変化は、表裏一体で、両者は連動していると認識している。

2. 1. 2. 政党カルテル論は日独に当てはまるか

政党のカルテル化とは、端的にいえば、本来であれば社会と国家を仲介すべきだった既成の議会政党が、公費助成への依存度を増すにつれ既得権力化し、議会への新規参入を阻むようになる現象を指す⁴。

ただし、Detterbeck（2005）（2019）によればドイツの政党政治はこれに当てはまらないという⁵。確かに、ドイツ政党政治の枠組みは1980年代以降、段階的に多党化してきた。2013年結党の新興急進右派ポピュリスト政党 AfD（Alternative für Deutschland: ドイツ・オルタナティブ）が、他の議会政党から排除されている現状を既存政党によるカルテルであると自己主張したところで、それはカルテル政党論による説明とは相容れないだろう。排除される理由は、AfD 党内の極右的な言動や振舞にこそある。

一方で、日本についても、議会への新規参入の度合いからすれば、政党カルテル論の指摘は当てはまらないだろう。例えば2019年参院選において

泡沫政党であった「NHK から国民を守る党」（当時）や「れいわ新選組」が議席を獲得し国政政党としての要件を満たした事例からも明らかであろう。

2. 2. 政党システム論

2. 2. 1. 小選挙区制と比例代表制の対照的な組み合わせ

政党システム論の文脈からも、ドイツと日本の共通性と対照性は明確に認識できる⁶。両国の選挙制度については、ともに小選挙区制と比例代表制を組み合わせている点は共通するが、両制度の主従は対照的である。すなわち、ドイツは比例代表制を基盤とし、日本は小選挙区制を中心に据える。ドイツでは、各党の獲得議席数は比例代表選挙の得票率に基づき決定し、この獲得議席数にあてがう議員として小選挙区当選者を優先する仕組みである。

一方、日本では、1994年成立の選挙制度改革により、衆議院の中選挙区制は廃止され、小選挙区比例代表並立制へ移行した。小選挙区制と比例代表制で別個に選出された議員を合計して議席数とするものの、事实上、前者が選挙の趨勢を決する上、比例代表選は小選挙区との重複立候補者にとって敗者復活戦の様相を呈している。その挙句、メディアで復活議員がゾンビ呼ばわりすらされることで、両制度を並立すべき本来の意義が貶められている。

2. 2. 2. 選挙制度改革の有無と政党システムへの影響

比例代表制に基づくドイツでは、単一政党による単独過半数獲得は困難であり、連立政権となるのが常道である。一方、日本でも、小選挙区比例代表並立制の導入以降、連立政権が常態化している。

新川（2015）は、連立政権に関する理論的な因果分析枠組みの構築に向け、様々な先行研究の分析枠組みを架橋して質的比較分析（Qualitative Comparative Analysis : QCA）という手法を提起し、ドイツとオースト

リアの州レベルにおける連立政権の経験的事例について類型化している⁷。続く新川（2021a）では、QCA を用いてヨーロッパ各国の選挙後から連立政権成立までに日数を要する条件について考察している⁸。また新川（2021b）では、QCA を用いてヨーロッパ各国のメディアを介した政治コミュニケーションの類型化についても論じている。

日本に焦点を当てるに、山本（2021）は、小選挙区制導入により 2 大政党化が促進されたものの、2012 年以降には 2 大政党が弱い支持しか調達できていないことから、第 3 勢力が参入しやすい状況かつ制度であるという⁹。

一方で、民主党への一時的な政権交代はあったものの、自民党の得票率が一定で推移していることなどから、一党優位体制が継続しているという論調もある。この場合、日本の事例は、選挙制度改革を経たにもかかわらず、一党優位体制型の政党システムに変化がみられなかった事例、あるいは野党第 1 党への政権交代は一時的な揺らぎに過ぎなかった事例として認識できる。

2. 2. 3. ドイツ政党システムにおける非制度的予定調和の崩壊

日本の事例に対して、ドイツは対照的である。なぜなら、選挙制度は 1949 年の連邦共和国建国以来、基本的に一貫しており抜本的な選挙制度改革を経ていないにもかかわらず、ゆるやかな 2 大党派グループという議会政党政治の枠組みが段階的に変容し、今まさに岐路にあると認識できるからである。

一般的には多党化しやすい比例代表制でありながら、長らくドイツ連邦議会には 3 党しか議席を有していなかった。CDU/CSU（Christlich Demokratische Union Deutschlands / Christlich-Soziale Union Deutschlands：キリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟）対 SPD（Sozialdemokratische Partei Deutschlands：ドイツ社会民主党）の 2 大国民政党（Volkspartei）と、そのいずれとも連立しうる第 3 党 FDP

(Freie Demokratische Partei：自由民主党) の3党体制である。1980年代以降、段階的に5党まで増加したものの、2大国民政党のいずれかを中心とする連立政権が続いた。連邦レベルには極右政党が議会に入り込む余地がなかった。いわば非制度的予定調和が機能していたといえよう¹⁰。

しかし2010年代以降の変容は、これまでとは異なるかもしれない。2013年以降、議会過半数を確保するためには、本来なら政権を争うべき2大国民政党が大連立せざるえない状況が2期連続する一方で、政権担当能力なしとみなされているAfDが6番目の議会政党として新規参入することで、ますます議会過半数をめぐる駆け引きが複雑化している。

現在目の当たりにしているのは、ドイツの安定的な政党システムが、受け止められるキャパシティの限界に近づいている、あるいは限界を超つつあるということかもしれない。だからこそ、今回の2021年連邦議会選挙には重要な意味があった。すなわち、今回も結局のところ大連立政権となるか否かの問いは、70年を超えて機能し続けている現行のドイツ議会政党政治システムの限界に係る問い合わせでもあった。

2. 3. 「大統領制化」論

2. 3. 1. 議院内閣制からの制度転換なくして生じる「大統領制化」現象

岩崎（2021）は、議会制民主主義の揺らぐ現代にあって、ロザンヴァロンによるカウンター・デモクラシー論や、レイブルックによる議会制民主主義を抽選制代議制導入で補完するという大胆な提案を紹介しつつも、ボグントケとウェブが議院内閣制も含めて「大統領制化」と名付けて概念化しているように、執行権を担う統治者のリーダーシップの重要性が増していることを指摘している¹¹。

ボグントケ（2021）は、改めて「大統領制化」という概念を、ドイツの事例にも言及しつつ、憲法改正などを伴わずとも既存の制度内におけるリーダーへ政府執行部内や政党内の権力が集中することや、選挙キャンペーン等がリーダーへ個人化することとして明確化している。そして、これが各

国のポピュリズム台頭傾向と相乗してしまっていることへの問題意識を表明している¹²。

2. 3. 2. 日本でも確認できる「大統領制化」現象

日本とドイツにおいても「大統領制化」現象は確認できる。日本では、「自民党をぶっ壊す」と言いながら党内主導権を確立し安定政権を築いた小泉純一郎に、その典型を見出すことができよう。また、彼以降の政権交代を含む短命首相の連続も「大統領制化」現象の一側面として認識できる。なぜなら、「大統領制化」の要件たる首相のリーダーシップや「選挙の顔」としての期待値の不足をめぐるいわゆる政局が、短命の要因のかなりの部分を占めていると思われるからである。

そして、2013年に再登板した安倍晋三も「大統領制化」しつつ長期政権を維持した。後継の菅義偉は強引な「大統領制化」を試みて国民の支持を失い、衆議院任期満了を前に衆院選が不可避な状況下、短命政権に終わった。

「大統領制化」論の文脈からみた2021年衆院選の最大の意義は、衆院選そのものよりも、衆院選が実施されたタイミングこそにある。なぜなら、もし衆院選がこのタイミングでなければ継続していたであろう現職リーダーが、選挙に勝てないという理由で交代を余儀なくされたからである。リーダーシップに対する国民の不信任という民意は議会選前だからこそ反映された。

2. 3. 3. ドイツでも確認できる「大統領制化」現象

一方、ドイツにおいても「大統領化」現象がみられることは、2005年から2021年に至るメルケル政権の16年間をみれば明らかであろう。しかも日本の事例とは対照的に、彼女さえ望めば政権を継続できた可能性が高い。

そもそも歴代のドイツの連邦首相には長期政権の傾向がみられるものの、それでもメルケルは連邦首相を自らの意思で引退する初めての事例となっ

た。しかも、日本で二度も政権を投げ出しておきながらなおキングメーカーとして振舞おうとする元首相とは対照的に、メルケルは2021年の連邦議会選には出馬せず、けじめをつけて明確に政界を引退した。

従って、「大統領制化」論の文脈からみた2021年連邦議会選の最大の意義は、ポスト・メルケルを担う新たなリーダーシップの選出にあった。

ドイツでは、議会選挙期間中のハイライトとして2大党派の連邦首相候補が1対1で討論するTV対決（TV-Duell）が恒例となっている。1997年に都市州ハンブルク市長選で初めて実施されたのを嚆矢に、2002年に連邦議会選挙でも初めて実施されて以降、定着し恒例となっている。その経緯は、まさにドイツにおける「大統領制化」現象の進行と軌を一にする。

ドイツでは、緩やかな2大党派を軸にした非制度的予定調和の崩壊と、「大統領制化」現象を同時に観察できる。その象徴として、連邦議会選を前に生放送で数回戦実施されるテレビ討論では、前回まではCDU/CSU対SPDの2大党派の連邦首相候補による一騎打ち（Zweikampf）であったが、2021年は緑の党（Bündnis 90/Die Grünen）の筆頭候補も加わり三巴戦（TV-Triell）となつた¹³。そして実際に、3人に対する評価が選挙結果に決定的に影響した。

以上の分析枠組みで提示した論点に焦点を当てつつ、本稿後半では、同じ2021年に実施された日独議会選および新政権発足過程について考察する。

3. 日独2021年の議会選挙から新政権発足まで

3. 1. 前哨戦と選挙戦：長期戦のドイツと短期戦の日本

3. 1. 1. 解散と建設的不信任

同じ2021年、ドイツでは20回目の連邦議会選挙、日本では新憲法下で27回目の衆院総選挙が実施された。共に議会任期は4年であるにもかかわらず7回もの差がある要因は、任期途中での議会解散の頻度にある。

建設的不信任制度のあるドイツでは、連邦議会での連邦首相に対する不信任決議の際、原則として議会過半数を獲得できる後継候補が必須である。

従ってドイツでは不信任をめぐる政局は生じにくく、議会任期4年の満了が通例となっている。これまで議会任期途中に繰り上げ選挙となったのは3回、1972年、1983年、2005年のみで、極めて例外的な事例である¹⁴。

逆に日本では、任期満了こそ例外的であり、制度的な任期満了による衆院選は1976年の第34回のみである。今回は、任期満了前30日以内に国会が開かれていれば任期満了を超えてよしとする公職選挙法の規定を用いた「任期満了越え解散総選挙」であり、もちろん現憲法下で初の事例である。

任期満了を前提とするか否かにより、議会選挙へ至る過程も当然大きく異なる。両国の選挙戦の対照性は、決められた期日の選挙へ向け有権者を巻き込みながら時間をかけて盛り上がるドイツと、いつ選挙をするか自体を駆け引きするため往々にして有権者が蚊帳の外に置かれがちな日本に明らかだ。

3. 1. 2. ドイツ；確実な議会選へ向けた段階的な盛り上がり

基本的に選挙の実施時期が明確なドイツでは、各党は選挙に向けたタイムスケジュールで段階的に態勢を整えて、正面から選挙に臨む。有権者やメディアも含めて、国全体が4年に一度の連邦議会選挙に向けて盛り上がる。

CDUでは、メルケル連邦首相が早々に2021年連邦議会選挙に出馬せず政界を引退することを表明して党首職だけは先に辞任したため、2018年12月、第31回 CDU 党大会で後継党首選が実施された¹⁵。メルケル後継と目されていたクランプ＝カレンバウアー (Annegret Kramp-Karrenbauer) が、かつてメルケルのライバルだったメルツ (Friedrich Merz) ら対抗馬を破り新党首に就任した。しかし、その後の CDU に係る様々な経緯を経て、彼女は2020年2月10日に連邦首相候補にはならないことを表明した。これによりメルケル連邦首相後継レースは再点火された。

2021年1月にオンラインで開催された第33回 CDU 党大会で、ノルトライン・ヴェストファーレン州首相のラシェット (Armin Laschet) が、

再挑戦したメルツとの決選投票を制して新党首に就任した¹⁶。さらに連邦議会で CDU と統一会派を組む CSU 党首のゼーダー（Markus Söder）バイエルン州首相が連邦首相候補として名乗りを挙げたため政局（Machtkampf）化した。二人の州首相は対照的な新型コロナ対策等で競合した後、4月にラシェットを CDU/CSU の統一候補として合意が形成された¹⁷。しかし、以上の過程によって CDU/CSU が選挙へ向け一致団結したかというと、むしろメルツら党内右派や一般党員の不満やわだかまりが燻りぶり続けることとなった。

他の各党も、段階を踏んで筆頭候補を選出した。SPD では2021年5月のオンライン党大会でショルツ（Olaf Scholz）が連邦首相候補に選出された¹⁸。彼は、CDU/CSU と SPD の大連立政権である第4次メルケル内閣での副連邦首相兼財務大臣に至るまで、SPD 生え抜きとして数多くの役職をこなしてきた。例えば、ハンブルク市長だった2015年、オリンピック・パラリンピック誘致の為に実施した住民投票で反対多数となり誘致を撤回したように¹⁹、リーダーシップ発揮と民意尊重とを矛盾させない安定感抜群のキャラクターで知られる。

また今回、緑の党が、一時的にであれ世論調査で上記2大政党を上回ることもあり、場合によっては連邦首相の座も狙える可能性から、筆頭候補が連邦首相候補として認識された。緑の党執行部は2021年4月、男女二人の共同党首のうち女性のベアボック（Annalena Baerbock）を連邦首相候補に指名し、6月の党大会で正式に選出した²⁰。

以上の3人の他、FDP、Linke、AfD も各々筆頭候補を選出し連邦議会選挙に臨んだ。ドイツではこのように、9月末の連邦議会選へ向けて、前哨戦となる州議会選を挟みつつ、時間をかけて選挙戦が展開される。今の時代、各党筆頭候補のキャラクターが勝敗を決するが、もちろん、彼らの言動はけっして口先だけではなく、各党の選挙公約に裏付けられたものである。

連邦議会選に向け各党は、党大会等の党内手続きを経て包括的かつ詳細

な選挙公約を策定する。今回その長さは、最も短い SPD ですら65頁、CDU/CSU は139頁、緑の党は271頁、FDP は2段組みレイアウトで67頁、Die Linke も2段組み162頁、AfD は207頁に及んだ²¹。

3. 1. 3. 日本；議会選の恣意的な実施時期をめぐる短期的な政局の連続

日本では、首相がいわゆる「伝家の宝刀」として解散権を行使している現状がある。為政者が自らに有利なタイミングで議会選挙を仕掛け、しかも議会解散がある国々の中でも、日本は解散から選挙までの期間が特に短い。

実際に安倍政権は、自らに有利なタイミングで解散を繰り返して連勝し、長期政権を維持し続けた。しかし、表1のとおり、安倍首相辞意表明から菅首相を経て岸田首相に至る過程および、解散から総選挙へ至る過程は、いずれも極めて短期間に展開した。選挙はいずれも唐突かつ短期決戦となつた。

表1：2020～2021年の目まぐるしい総理・総裁の交代

年月日	事象	特記事項
2020.08.28	安倍首相辞意表明	2007年以来 2度目
2020.09.14	自民党総裁選→菅官房長官勝利	岸田政調会長敗北
2020.09.16	国会、菅首相選出	前首相辞意から20日
2021.09.03	菅首相辞意表明	解散めぐる政局で敗北
2021.09.29	自民党総裁選→岸田氏勝利	首相辞意から26日
2021.10.01	自民党と公明党が連立政権合意	合意文書約1500字程度
2021.10.04	国会、岸田首相選出	前首相辞意から1ヶ月
2021.10.14	岸田首相、衆議院解散	首相就任からの日数が、
2021.10.31	第49回衆議院議員総選挙	日本国憲法下で最短

【出典】著作作成²²

とりわけ、衆院選直前の自民党総裁選が報道等を席巻したことは、「大統領制化」論の文脈からみれば、筆頭候補のリーダーシップが決定的に作用する近年の議会選において、自民党に極めて有利に作用したといえよう。

ドイツと比較すれば、日本では解散ありきで議会選の時期が定まらないが故、党首選などあらゆる事象が関連付けられて、いわゆる政局化してしまう。結果として、選挙そのものに係る過程は極めて短期間になってしまふのである。

3. 2. 選挙結果：比例代表制と小選挙区制のパラドキシカルな帰結

3. 2. 1. ドイツ：小選挙区比例代表併用制

表2は、9月26日に実施されたドイツ連邦議会選の結果である。日本より2時間も早い18時に投票が締め切られるにもかかわらず、投票率は76.6%に達した。

ドイツの小選挙区比例代表併用制は基本的に、比例代表制で議席数を決め、小選挙区は獲得議席数にあてがう議員を選出するシステムである。従って、出口調査等に基づく各メディアの18時の速報で、各党の予想比例得票率=予想獲得議席数が判明する。これが連立交渉開始のゴングにもなる。

表2に示した選挙結果のうち特筆すべきは、第1に、CDU/CSUが敗北し、SPDに議会第1党的座を奪われたことである。2002年連邦議会選以来、19年ぶりの大逆転である。第2に、緑の党は前回の議会第6党から第3党へ躍進し、FDPも得票率を伸ばしつつ議会第4党的座を維持した。この結果、連邦議会議席獲得6党派を左右に並べたスペクトラムにおいて、中道に位置する上記4党派の得票率の合計は、前回を大きく上回った。

第3に、議会政党スペクトラム上の左右両極の2党は逆に得票率を減じた。前回、議会初進出で第3党を射止めたAfDは第5党へ転落した。またLinke（左派党）は、得票率をほぼ半減させ、第5党から第6党へ転落した。なお、SSW（南シュレスヴィヒ選挙連合）には少数民族政党と

して例外的ルールが適用されたことで1議席を初獲得した。

表2：ドイツ連邦議会選挙（2021年9月26日）結果

政党	得票率（前回比）	議席数（前回比）
SPD (ドイツ社会民主党)	25.7% (+5.2)	206 (+53)
CDU/CSU (キリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟)	24.1% (-8.9)	197 (-49)
B90/Grüne (90年同盟／緑の党)	14.8% (+5.9)	118 (+51)
FDP (自由民主党)	11.5% (+0.8)	92 (+12)
AfD (ドイツ・オルタナティヴ)	10.3% (-2.3)	83 (-11)
Die Linke (左派党)	4.9% (-4.3)	39 (-39)
SSW (南シュレスヴィヒ選挙連合)	0.1% (+0.1)	01 (+01)
投票率	76.6% (+0.4)	
総議席数（超過議席・均衡議席制度により毎回変動）		736 (+27)

【出典】連邦選挙管理委員会；連邦議会選挙2021最終結果²³

以上のとおり、9月26日18時に選挙結果の趨勢が明らかになった瞬間から、ドイツ政党政治のダイナミズムの展開は、次の局面に移行する。すなわち、数ヶ月かけて展開される連立政権樹立に向けた駆け引きである。

3. 2. 2. 日本：小選挙区比例代表並立制

日本では10月31日、第49回衆議院議員総選挙が実施された。49は国会開設以来の通算開催数であるため、戦後の新憲法下で初の第23回からは27回目の衆院総選挙となった。表3は結果を概観したものである。

表3：第49回衆議院議員総選挙（2021年10月31日）結果

政党	自民党	公明党	日本維新の会	立憲民主党	国民民主党
議席数	261	32	41	96	11
前回比	-15	+3	+30	-13	+3
比例得票率(%)	34.66	12.38	14.01	20.00	4.51
政党	共産党	社民党	れいわ新選組	無所属等	合計
議席数	10	1	3	10	465
前回比	-2	±0	+2	-2	+4
比例得票率(%)	7.25	1.77	3.86	投票率(%)	55.9%

【出典】総務省および国内主要報道メディアに基づき作成²⁴

結果について、本稿で注目すべき点は、以下の4点にまとめられる。

本稿前半の「大統領制化」論で述べたとおり、誰が筆頭候補かが勝敗に決定的に影響する現代の議会選において、自民党の勝因は、第1に選挙前に不人気な前党首を退任せ、第2に後継の党首選と衆院選を直結させて主要争点化したことによるだろう。

一方で第3に、野党第1党党首は、多くの小選挙区で野党統一候補を擁立する程のリーダーシップを發揮したものの、同時にその過程における不満や反感などでリーダーシップを擦り減らし、肝心な選挙戦で底力を出せず敗北した。第4にその間隙を縫い、大阪を地盤とする第3勢力が躍進した。

選挙結果にも日独の対照性がみられる。すなわち、日本では、本来は政権交代を促すために導入されたはずの選挙制度によって、逆に政権交代が生じにくい構造が定着しつつある。一方ドイツでは、比例代表制に基づく選挙制度を維持し続けたことによって多党化したものの、むしろ連立の組み合わせのパターンが増えることで、政権の選択肢は増えた。

3. 3. 新政権発足：連立後にもめる日本と連立前にもめておくドイツ

3. 3. 1. 日本；衆院選投開票日から新政権発足まで 2週間足らず

日本では10月31日の衆院選投開票日翌日の11月1日、自民党と公明党が連立政権合意に調印し²⁵、同月10日には岸田首相が第101代総理として再度指名された²⁶。選挙から2週間足らずである。とにかく短い。

短いのは時間的な短さだけではない。総選挙前後でほぼ同内容の自公連立政権合意は約1500字のみで大まかな政策目標を羅列したに過ぎない。それ故に、新内閣は最初に取り組んだ18歳以下対象10万円給付をめぐり迷走した²⁷。給付政策の目的と内容についても連立合意に明示しておけば、もめる余地はなかったはずだ。あるいは曖昧な連立合意だからこそ、はなから任期4年満了を想定しておらず、政権が恣意的な大義名分によって任期途中で解散する隙を残しているともいえる。

3. 3. 2. ドイツ：連邦議会選投開票日から新政権発足まで 2ヶ月超

一方でドイツは長い。各党は各々大まかな連立希望相手はいるものの、連邦議会選挙前に連立合意を締結することはない。民意の反映たる選挙結果、すなわち獲得議席数によって各党の力関係は変わるからである。加えて、議会過半数に達する連立の組み合わせから具体的な政策合意へ至るまでの駆け引きも重要である。連立をめぐる道のりは長い。

まず駆け引きの前提として以下の2点を踏まえておく。第1に、政権担当能力なしとみなされている AfD は、他の議会政党からは連立交渉の相手にされず、存在感を失う。第2に、選挙前に注目された Linke が連邦レベルで初めて連立政権に参加する可能性について、その際に想定される連立枠組みである SPD、緑の党、Linke の3党の合計議席数が結果的に議会過半数に達しなかった。このため、3党の政党カラーから赤・緑・赤連立と通称される3党連立の可能性はなくなった。

以上を踏まえて想定される連立枠組みは、第1に SPD と緑の党と FDP、第2に CDU/CSU と FDP と緑の党、第3に選挙前と同じく SPD

と CDU/CSU による大連立の 3 通りの組み合わせに絞られた。

前回、2017年 9 月に実施された連邦議会選挙後、CDU/CSU と FDP、緑の党は、12 月まで連立交渉をした挙句に決裂してしまった。この経緯を踏まえ、2021年 9 月 26 日の連邦議会選挙の結果、議会第 6 党から第 3 党へ躍進した緑の党と、第 4 党を維持した FDP は、9 月 29 日、連立政権樹立に向けて協調して行動すべく党首会談をおこなった²⁸。両党は、第 1 党争いに勝利した SPD と、敗北した CDU/CSU の双方と交渉前接触 (Sondierungen) をした。どちらとの組み合わせでも議会過半数に達するからである。その結果、10 月 15 日、SPD、緑の党、FDP の 3 党が連立へ向けて本格的に交渉を開始することを表明した²⁹。この連立は、3 党のシンボルカラー、赤 (SPD)、黄 (FDP)、緑にちなんで「信号連立 (Ampe lkoalition)」と通称される。

信号連立へ向けた 3 党の連立交渉は、11 月 24 日に合意に達した。約 1 ヶ月の時間を要した理由は、実に 177 ページに及ぶ連立協約を取りまとめていたからである。日本のまるでペラ紙のような連立合意とは対照的な長さである。公共放送 ZDF の人気風刺番組 *heute show* が公式 You Tube チャンネルのライブ配信で、連立協約を音読破するのに 8 時間 50 分もかかってしまう程の長さである³⁰。『さらに先へ進み行く (Mehr Fortschritt wagen) – 自由・公正・持続可能性の同盟 –』と題された連立協約には、今後 4 年の議会任期で達成すべき政策課題についての合意が網羅的に盛り込まれた³¹。

ただし、書かれていることが全て実現できるとは限らない。しかしそれでも、国内外に向けて、言わば成すべき課題メニューと実現へのレシピを体系的に明示しておくことによって、議会任期 4 年を全うする足腰の強い政権運営および一貫した政策課題への取り組みを期待させる。

3. 3. 3. ドイツ：連立協約には省庁再編による新体制も明記

日本の中央府省が設置法に基づく法定主義であることとは対照的に、ド

イツは連邦首相令によって府省再編が可能な裁量主義である。だからこそ連立協約には、新政権が取り組む政策課題に合せた府省再編の布陣と、どの党がどの省を担当するかが明示される。今回の連立協約では、表4のとおり、SPDが6省、緑の党が5省、FDPが4省を担当することで合意した。

表4：ショルツ信号連立政権の布陣

1府15省	大臣所属政党	大臣性別
連邦首相府 (Bundeskanzleramt)	SPD	M
連邦経済・気候保護省 (Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz)	緑の党	M
連邦財務省 (Bundesministerium der Finanzen)	FDP	M
連邦内務・郷土省 (Bundesministerium des Innern und für Heimat)	SDP	F
連邦外務省 (Bundesministerium des Auswärtigen)	緑の党	F
連邦法務省 (Bundesministerium der Justiz)	FDP	M
連邦労働・社会省 (Bundesministerium für Arbeit und Soziales)	SPD	M
連邦防衛省 (Bundesministerium der Verteidigung)	SPD	F
連邦食糧・農業省 (Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft)	緑の党	M
連邦家族・高齢者・女性・若者省 (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend)	緑の党	F
連邦厚生省 (Bundesministerium für Gesundheit)	SPD	M
連邦デジタル・交通省 (Bundesministerium für Digitales und Verkehr)	FDP	M
連邦環境・自然保護・原子力安全・消費者保護省 (Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz)	緑の党	F
連邦教育・研究省 (Bundesministerium für Bildung und Forschung)	FDP	F
連邦経済協働・開発省 (Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)	SPD	F
連邦住宅・都市開発・建設省 (Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen)	SPD	F

【出典】Koalitionsvertrag および Bundesregierung.de³²に基づき著作成

さらに連立協約は、各党で批准されなければならない。3党はそれぞれ党大会を開き連立協約を批准した。この機に各省大臣を誰が担当するかの人選も各党で確定する。その結果、ショルツ新内閣は、連邦首相、連邦首相府長官、15省担当の各大臣の計17名で構成され、男女比についてもショルツを除いて男女同数となるようバランスが取られた。

連立3党の各党大会での批准を経て、12月7日、3党の代表が連立協約に正式に署名した。そして翌8日、連邦議会で首相指名投票が実施され、ショルツが新連邦首相として宣誓し、ついに新政権が発足した。連邦議会選挙から約2ヶ月半。連邦議会選後にショルツが掲げた最初の目標、すなわちクリスマスまでに信号連立て新政権を樹立することは、達成された。

一方で下野したCDUは、2022年1月22日の第34回党大会で、三度目の正直でメルツを新党首に選出し、野党第1党として再出発した³³

もし3期連続の大連立政権となろうものなら、もはや限界に達したとみなされかねなかったドイツの議会政党システムは、これを回避して連邦レベル初の3党連立を実現することで、息を吹き返した。なぜなら、2大国民政党が与野党に分かれ政権を争うメカニズムが、再び機能し始めたからである。ただし、これが疲弊した枠組みの延命に過ぎないのか、あるいは新たなダイナミズムを生み出していくかは、今後も注視していく必要があるだろう。

以上が、日独の議会選挙から新政権発足までについて、時間の長短を含む様々な対照性が生じる要因である。これらの過程から生じる差は、それぞれの政権の寿命および政策課題の達成度にも影響を及ぼすだろう。

4. 結論

本稿は、歴史的な制度発展の経路等から比較の意義がある日本とドイツについて、2021年に両国で実施された議会選挙および新政権発足までの過程に焦点を当て、以下の3つの分析枠組みを援用しつつ、両国の共通性と対照性を明らかにしてきた。

第1に政党カルテル論の文脈が該当しないこと、第2に「大統領制化」論が指摘する現象が生じていることについて、両国は共通している。一方で、第3に政党システム論の文脈において、両国の様相は対照的である。

ドイツの政党政治に係る制度は、1949年の連邦共和国建国以来、一度も抜本的な制度転換をすることなく、非制度的予定調和によってこれを維持してきたものの、2010年代以降、崩壊の危機に直面していた。しかし2021年連邦議会選挙後、連邦レベル初の3党連立政権の発足により、予定調和の崩壊を乗り越え、政権交代可能な新たなメカニズムへの扉が開かれた。

一方で日本は、戦後継続した一党優位体制に替わる政権交代可能なメカニズムを目指して、1990年代に抜本的な制度転換を断行したにもかかわらず、2010年代以降、一党優位体制に回帰したかのようである。2021年衆院選を経て、この傾向はさらに固定化されつつある。

本稿の考察は以上である。両国を比較するからこそ明らかになることが多い。そして今後も、日独両国は相互に最適な比較対象であり続けるだろう。

【脚注・参考文献】Webpage は2022年1月23日時点確認

¹ Paul Pierson (2004) *Politics in Time: History, Institutions and Social Analysis*, Princeton University Press, I54-78頁

寺迫剛 (2014a) 「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』107号、15-33頁

寺迫剛 (2021a) 「ドイツ連邦の制度発展－新型コロナ危機にも耐え抜く連邦と16州の協働体制」秋月謙吾・城戸英樹編『政府間関係の多国間比較』慈学社、41-66頁

² 寺迫剛 (2021b) 「ドイツ超選挙年 (Superwahljahr) の州議会選－ドイツ政党政治の枠組み変容の最前線としてのザクセン・アンハルト州－」日本政治学会報告論文、1-34頁

³ 岩崎正洋 (2015) 「政党政治とデモクラシーの変容」、日本比較政治

学会編『政党政治とデモクラシーの現在』ミネルヴァ書房、66-70頁

岩崎正洋（2021）「はじめに」日本政治学会編『年報政治学2021-I：
政党システムの現在』筑摩書房、3-8頁

⁴ 浅井直哉(2019)「政党組織の変容とカルテル政党論」『法学紀要』、249
-268頁

⁵ Detterbeck, Klaus (2005) Cartel Parties in Western Europe? In:
Party Politics, Vol.11, No.2, 2005, pp.173-191

Detterbeck, Klaus (2019) Germany: The politicization of party
membership 1, In: *Do Parties Still Represent?*, Routledge, London,

⁶ 寺迫剛（2014b）「2013年ドイツ連邦議会選挙と2012年衆議院議員総
選挙－「政策」過程における選挙の前と後－」『早稲田政治公法研究』
105号、51-71頁

⁷ 新川匠郎（2015）「ドイツとオーストリアの州における合意型の政権
のパターン—概念の構造と経験的な分類に関する分析を通じて—」日本
比較政治学会編『政党政治とデモクラシーの現在』ミネルヴァ書房、
155-183頁

⁸ 新川匠郎（2021a）「欧州における政権発足へ至る困難な道のり一質
的比較分析（QCA）を通じた一考察」日本政治学会編『年報政治学2021
-I：政党システムの現在』筑摩書房、105-131頁

新川匠郎（2021b）「西欧における政治とメディアの関係構築—議会
制民主主義の問題として捉えなおす試み—」岩崎正洋編『議会制民主主
義の揺らぎ』勁草書房、157-181頁

⁹ 山本健太郎（2021）「何が政党システム変容をもたらすのか—1990年
代以降の日本を題材に」日本政治学会編『年報政治学2021-I：政党シ
ステムの現在』筑摩書房、15-39頁

¹⁰ 寺迫剛（2021b）、1-34頁

¹¹ 岩崎正洋（2021）「議会制民主主義の揺らぎ」岩崎正洋編『議会制民
主主義の揺らぎ』勁草書房、1-20頁

荒井祐介（2021）「政治の個人化と大統領制化」岩崎正洋編『議会制民主主義の揺らぎ』勁草書房、21-37頁

- ¹² ポグントケ、トーマス（2021）「リーダーによる政治か、それとも政党政治か—世界における政治の大統領制化」岩崎正洋編『議会制民主主義の揺らぎ』勁草書房、183-202頁

- ¹³ Spiegel.de (30.08.2021) **Körpersprache im TV-Dreikampf: Laschet wirkte dagegen ein paar Zentimeter kleiner**
<https://www.spiegel.de/politik/deutschland/annalena-baerbock-armin-laschet-olaf-scholz-experte-fuer-koerpersprache-analysiert-tv-triell-a-f238311e-70b7-48c0-83a6-a4491b5313bd>

- ¹⁴ Frank Decker (04.05.2017) **Die Bundestagswahlen seit 1949: Parteiensystem und Koalitionen**
<https://www.bpb.de/izpb/250399/bundestagswahlen-seit-1949>

- ¹⁵ CDU, 31. Parteitag der CDU Deutschlands
<https://archiv.cdu.de/hamburg2018>
寺迫剛（2021c）「ドイツ、テューリンゲン州における中層官庁の制度－TLVwA は生き残れるか－」『秋田法学第』62号、61-89頁

- ¹⁶ ARD Tagesschau, 16.01.2021, **CDU-Parteitag: Laschet zum neuen Vorsitzenden gewählt**
<https://www.tagesschau.de/multimedia/video/video-810365.html>

- ¹⁷ ARD Tagesschau, 12.04.2021, **Kanzlerkandidat der Union CDU-Präsidium für Laschet**
<https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/k-frage-cdu-103.html>

- ¹⁸ SPD, 09.05.2021, **Erster digitaler Bundesparteitag - Zukunftsprogramm beschlossen, Kanzlerkandidat Scholz bestätigt**
<https://www.spd.de/service/pressemitteilungen/detail/news/erster-digitaler-bundesparteitag-zukunftsprogramm-beschlossen-kanzlerkandidat-scholz-bestaeigt/9/5/2021/>

- ¹⁹ LeMO (Lebendiges Museum Online), Olaf Scholz geb.1958
<https://www.hdg.de/lemo/biografie/olaf-scholz.html>

**Hamburg: Behörde für Inneres und Sport, Vorläufiges
Endergebnis Olympia-Bewerbung abgelehnt**

[https://www.hamburg.de/olympia-referendum/4645784/
abstimmungsergebnis/](https://www.hamburg.de/olympia-referendum/4645784/abstimmungsergebnis/)

- ²⁰ **Bündnis 90/Die Grünen, 19. April 2021, Bundestagswahl; Unsere
Kanzlerkandidatin: Annalena Baerbock**
[https://www.gruene.de/artikel/unsere-kanzlerkandidatin-
annalena-baerbock](https://www.gruene.de/artikel/unsere-kanzlerkandidatin-annalena-baerbock)

Bündnis 90/Die Grünen, 12. Juni 2021, Veränderung schafft Halt
<https://www.gruene.de/artikel/veraenderung-schafft-halt>

- ²¹ 連邦議会選2021における議席獲得 6 党派の選挙公約

SPD

<https://www.spd.de/programm/>

CDU/CSU

<https://www.csu.de/common/download/Regierungsprogramm.pdf>

Bündnis 90/Die Grünen

[https://www.gruene.de/artikel/wahlprogramm-zur-
bundestagswahl-2021](https://www.gruene.de/artikel/wahlprogramm-zur-bundestagswahl-2021)

FDP

[https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-08/
FDP_BTW2021_Wahlprogramm_1.pdf](https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-08/FDP_BTW2021_Wahlprogramm_1.pdf)

Die Linke

[https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen2021/
Wahlprogramm/DIE_LINKE_Wahlprogramm_zur_Bundestagswahl_2021.pdf](https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen2021/Wahlprogramm/DIE_LINKE_Wahlprogramm_zur_Bundestagswahl_2021.pdf)

AfD

<https://www.afd.de/wahlprogramm/>

- ²² **自民党；第27代自民党総裁に岸田文雄衆議院議員が決定**
<https://www.jimin.jp/news/information/202062.html>

公明党；自由民主党・公明党連立政権合意（全文）（2021年10月1日）
<https://www.komei.or.jp/komeinews/p192128/>

**河北新報（2021.10.04）首相就任から10日で解散 戦後最短、異例の
「短期決戦」へ**
<https://kahoku.news/articles/20211004khn000037.html>

- ²³ **Bundeswahlleiter; Pressemitteilung Nr. 52/21 vom 15. Oktober 2021, Bundestagswahl 2021: Endgültiges Ergebnis**
https://www.bundeswahlleiter.de/info/presse/mitteilungen/bundestagswahl-2021/52_21_endgueltiges-ergebnis.html
- ²⁴ **総務省；令和3年10月31日執行 衆議院議員総選挙・最高裁判所裁判官国民審査 速報結果**
https://www.soumu.go.jp/senkyo/senkyo_s/data/shugiin49/index.html
- ²⁵ **公明党；自由民主党・公明党連立政権合意（2021年11月2日）**
<https://www.komei.or.jp/komeinews/p198268/>
- ²⁶ **首相官邸；令和3年11月10日 内閣総理大臣の指名**
https://www.kantei.go.jp/jp/101_kishida/actions/202111/10shimei.html
- ²⁷ **内閣府；子育て世帯への臨時特別給付について**
<https://www5.cao.go.jp/keizai1/kosodatesetaikyufu/index.html>
- ²⁸ **ZDF, 29.09.2021, Vorsondierung-FDP und Grüne: Erste Gespräche mit Selfie**
<https://www.zdf.de/nachrichten/politik/bundestagswahl-fdp-gruene-koalitionsgespraech-100.html>
- ²⁹ **ARD tagesschau, 15.10.2021, SPD, Grüne und FDP ziehen Bilanz der Ampel-Sondierungen**
<https://www.youtube.com/watch?v=iF2-VsaRMYc>
- ³⁰ **ZDF heute-show, 03.12.2021, Der ganze Ampel-Koalitionsvertrag, am Stück gelesen von Birte Schneider**
<https://www.youtube.com/watch?v=gZKh5NaWz8E>
- ³¹ **Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis90/Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen - Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, S.1-24**
<https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>
- ³² **Die Bundesregierung, Das Bundeskabinett**
<https://www.bundesregierung.de/breg-de/bundesregierung/bundeskanzleramt/bundeskabinett>

³³ CDU, 34.Parteitag der CDU Deutschlands, 22.Januar 2022,
Friedrich Merz: Die Arbeit mit Mut und Zuversicht angehen
[https://www.cdu-parteitag.de/artikel/
friedrich-merz-die-arbeit-mit-mut-und-zuversicht-an gehen](https://www.cdu-parteitag.de/artikel/friedrich-merz-die-arbeit-mit-mut-und-zuversicht-an gehen)

※本稿は、JSPS 科研費20H01449の助成を受けた研究の一環である。

判例評釈

共同正犯論の現状について —最高裁判所令和2年8月24日第二小法廷決定を素材に—

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言われるが、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よる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、被害者の状態を隨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も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型糖尿病にり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型糖尿病にり患したことによる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、不保護の故意のある父親と

共謀の上、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」。

1. 問題の所在

本決定⁽¹⁾は、非科学的な力による難治性疾患の治療を標榜していた被告人が、その患者である子（被害者）の両親に対し、生命維持のために必要な医療行為を行わないように指示し、その子を死亡させた事案について殺人罪の成立を認め、関与形態としては1個の事実につき、母親との関係では間接正犯を、父親には共謀共同正犯を認めたものである。

本稿は、まず共同正犯の本質、つまりはその成立範囲、そして間接正犯と共同正犯の関係等について、本決定において被告人と父親に共謀共同正犯が認められた点に焦点をあて、若干の検討をするものである⁽²⁾。

2. 共同正犯の成立範囲について

(1) 学説の状況

本決定においては、殺意が認められる被告人と不保護の故意が認められるとされる父親との間で、共謀共同正犯の成立が認められている。本件のように、故意の異なる複数の者が共同して犯罪を実行した場合に、いなかる範囲で認められるのかについて、学説上、争われている。すなわち、共同正犯の本質を巡る、犯罪共同説と行為共同説の対立である⁽³⁾。

犯罪共同説によれば、「共同正犯は一定の『犯罪』を共同して『実行』するものである。実行とは、ここでも基本的構成要件該当の事実を実現する行為を意味するものと解すべきである。すなわち、共同正犯は、一定の基本的構成要件に該当する実行行為を共同して行うものにはかならない。」とするものである⁽⁴⁾。この見解は、いわば数人一罪の思想といえる。

行為共同説によれば、共同正犯は犯罪事実を共同していれば足り、各共

同正犯者の故意に応じて異なる罪名間で共同正犯の成立が認められるとするものである⁽⁵⁾。この見解は、いわば数人数罪の思想といえよう。両見解の対立の論点は、特定の同一の犯罪を実現しようとする合意に基づいて、作業分担が行われるところに、法の予定する正犯性が生じるのか、あるいは、因果的思考を徹底し、とりわけ因果性さえ承認されれば共同正犯を認めるのかということに集約されうる。

加えて、犯罪共同説は2つの見解に大別できる。完全犯罪共同説と部分的犯罪共同説である。完全犯罪共同説も厳密にはさらに2つの方向性に分けられる。まず、完全犯罪共同を最も厳格に捉える、つまり、全く同一の構成要件に関わる場合にのみ共同正犯の成立を認めるという見解である。それによれば、例えば、講壇事例として、Xが殺人の故意でYが傷害の故意で被害者に暴行を加え、同人を殺害したような場合、殺害の結果については、共同正犯は成立しないことになる。かつて、このような厳格な完全犯罪共同説も主張されたこともある⁽⁶⁾が、現在では支持されていない。次に、その完全犯罪共同説と比較して厳格ではない完全犯罪共同説である。先の事例の場合、重い殺人罪の共同正犯を認め、傷害の故意のみを有したYについては、判例・通説のように結果的加重犯の共同正犯を認める見地からは⁽⁷⁾、刑法38条2項により、傷害致死罪の刑の限度で処断されることになるとする。同見解は、抽象的事実の錯誤に関して重い罪の成立を認めて刑のみを軽い限度にとどめる見解と共に思考に立つものであろう⁽⁸⁾。現在では、この厳格ではない完全犯罪共同説が一般的に完全犯罪共同説と考えられている。他方、部分的犯罪共同説とは、例えば、行為者らが異なった構成要件に該当する行為を実行した場合、それらが「構成要件的に重なり合うものあるときは、その重なり合う限度で、実行行為の共同、したがって共同正犯の成立をみとめるべき」とするものである⁽⁹⁾。先の事例では、Xは殺人罪の故意で、Yは傷害罪の故意で実行行為を行い、殺害の結果を生じさせた点について、XとYにはその重なり合う限度で傷害致死罪の限度で共同正犯が成立し、それぞれの故意に応じて、X

には殺人既遂罪、Yには傷害致死罪の罪責を負うことになる。この見解が通説と考えられる。

一方、行為共同説によれば、共同正犯は、各自それぞれが自己の犯罪を遂行するものであり、犯罪事実を共同していれば足り、各共同正犯者の故意に応じて異なる罪名間で共同正犯の成立が認められるのである。よって、先の事例の場合には、端的にXには殺人罪、Yには傷害致死罪の共同正犯が端的に成立することになる⁽¹⁰⁾。

(2) 実務の状況

このような学説の状況に対して、実務は如何なる姿勢を示してきたのであろうか。

まず、最判昭23・5・1⁽¹¹⁾である。これは、被告人が窃盗の見張りをする意思で見張りをしたところ、実際には、共犯者によって強盗が行われたという事案であるが、同判決は「被告人以外の共犯者は最初から強盗の意思で強盗の結果を実現したのであるがただ被告人だけは軽い窃盗の意思で他の共犯者の勧誘に応じて屋外で見張をしたと云うのであるから被告人は軽い窃盗の犯意で重い強盗の結果を発生させたものであるが共犯者の強盗所爲は被告人の予期しないところであるからこの共犯者の強盗行爲について被告人に強盗の責任を問うことはできない訳である。……原判決が被告人に対し刑法第三十八条二項により窃盗罪として処断したのは正当である」とした。この事案についての解釈は分かれている。①として、強盗罪の共同正犯が成立するとしたうえで、刑法38条2項を適用し、窃盗罪で処断するという趣旨なのか、②として、窃盗罪の限度で共同正犯が成立するという趣旨なのか、あるいは③として、窃盗と強盗の共同正犯を肯定し、被告人には窃盗の共同正犯、他の共犯者には強盗罪の共同正犯がそれぞれ成立するという趣旨なのかが、不明のままである。すなわち、この時代の判例は、前述の如何なる学説に親和的な立場なのかが判然としない。

もっとも、下級審裁判例においては、それぞれの学説に親和的なものも

存在する。まず、行為共同説によったものと指摘されているものとして、例えば、東京高判昭27・9・11⁽¹²⁾では、被告人と他の2名が被害者と闘争する共謀をし、被告人が未必の殺意、他の2名が傷害の意思をもって被害者に暴行を加えたうえ死亡させたという事案につき、「右死の結果たるやひつきようその全員の共謀に基づく暴行行為によって惹起されたものに外ならないから、右共謀者全員に対し、刑法第六十条を適用しても、あえて違法ではない」として、「原判決が、被告人の右所為に対しては刑法第百九十九条殺人罪の規定を、右原審相被告人両名の所為に対しては、同法第二百五条第一項傷害致死罪の規定を各適用しながら、右共謀者全員に対して同法第六十条共同正犯の規定を適用処断したからといって、原判決に所論のような判決に影響を及ぼすべき擬律錯誤の違法があるものということはできない」と判示した。東京高判昭30・7・19⁽¹³⁾も、被告人甲、同乙、同丙が丁女を強姦することを共謀し、甲において丁女を姦淫中、乙、丙が姦淫行為による丁女の抗拒不能状態を利用して強盗を共謀し、丁女の財物を強取したという事案につき、甲は強姦罪の共同正犯、乙丙のみに強盗罪の共同正犯が成立とすると判示している。

次に、部分的犯罪共同説に親和的なものとして、例えば、福岡地飯塚支判昭45・3・25⁽¹⁴⁾が挙げられる。同判決は、被告人甲は殺意をもって、被告人乙は傷害の故意をもって丙を襲撃することを共謀し、乙のみが被害者に傷害を負わせた事案であるが、「そもそも傷害と殺人との間にはその行為の態様、被害法益等において構成要件的に重なり合うものを有し、罪質的にも同質性を認めうるし、また殺人の意思の中には傷害の意思も含まれているものと解しうるから、数人の者がそれぞれ同一人に対する殺人の故意と傷害の故意で共同して犯罪行為におよんだ場合、その間に意思の連絡ないし共謀を認め、傷害の範囲において共犯関係を肯認することが可能である」とした上で、「被告人乙の行為に基づいて発生した本件傷害の結果については傷害の限度において共犯者としての罪責を免れることはできず、かくして被告人甲についても被告人乙との共同正犯としての傷害罪

が成立するものといわねばならない」と判示した。また、鹿児島地判昭52・7月7日⁽¹⁵⁾では、傷害を加えることを共謀した者のうち1名が、突如、包丁を持ち出し、殺意をもって被害者を突き刺した事案につき、「共同正犯は二人以上の行為者が特定の犯罪に関して故意を共同にして、これを実行することが必要であり、共同行為者の認識している構成要件的故意が共同行為者相互の間においてくいちがつている場合に、それが異なつた構成要件間のくいちがいであるときには、原則として共同正犯の成立は否定され、ただ例外的にそれが同質で重なり合う構成要件間のものであるときには、その重なり合う限度で故意犯の共同正犯の成立を認めることができ、その過剰部分についてはその認識を有していた者のみの単独の故意犯が成立することになると解せられる」とした上で、傷害罪の範囲で共同正犯を認め、さらに、包丁で突き刺した者については、「自ら殺人の実行行為に着手しているから殺人未遂で問擬される」と判示している。

このような状況下で、注目されたのが最決昭54・4・13⁽¹⁶⁾である。これは、AとBら7名の者が、Xに対して、暴行ないしは危害を加えることを共謀し、こもごも挑発的な怒声を浴びせ、これに応答したXの言動に激昂したAが、未必の殺意をもって、くり小刀でXの下腹部を突き刺し、よって同人を殺害したという事案において、原原審決定神戸地方裁判所は、AとBら7名の行為は刑法60条・同法199条に該当するが、Aを除くBら6名は暴行ないし傷害の意思で共謀したものであるから、同法38条2項により同法60条・同法205条1項の罪で処断するものとし、原審判決大阪高等裁判所もこれを維持した。それに対し最高裁は、「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素はいずれも同一であるから、暴行・傷害を共謀した被告人Bら七名のうちのAが……Xに対し未必の故意をもって殺人罪を犯した本件において、殺意のなかつた被告人Bら六名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである。すなわち、Aが

殺人罪を犯したということは、被告人Bら六名にとつても暴行・傷害の共謀に起因して客観的には殺人罪の共同正犯にあたる事実が実現されたことにはなるが、そうであるからといって、被告人Bら六名には殺人罪という重い罪の共同正犯の意思はなかったのであるから、被告人Bら六名に殺人罪の共同正犯が成立するいわれはなく、もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない」と判示した。同事案において、原審及び原原審が、「A・Bら7名の行為は、刑法60条・同法199条に該当するが、Aを除くBら6名は暴行ないし傷害の意思で共謀したものであるから、同法38条2項により同法60条・同法205条1項の罪で処断するものとして、完全犯罪共同説によった判断をしたのに対し、同決定が、「もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない」と判示していることから、判例においては、罪名と科刑の分離を認める完全犯罪共同説が否定されたと考えられている。この点について、学説からも一定の支持を得ている⁽¹⁷⁾。ただし、本決定では、殺意のあったAは上告しなかったために、殺意のあったAについて具体的に判示してはいない。よって、故意のある者についての処理は依然明らかにされていなかった。

その後、判例の立場が明確に示されたとされる事案が現れることになる。すなわち、いわゆるシャクティ事件といわれる最決平17・7・4（以下、最決平17年〔シャクティ事件〕とする）⁽¹⁸⁾である。これは、「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親族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事案である。同決定は、「被告人は、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上、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ゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である」と判示した。同決定は、「被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となる」とし、判例が部分的犯罪共同説に親和的な態度をとることが明らかになったと評価されている^{(19)○}。

以上のような実務の変遷を踏まえれば、判例は、基本的に部分的犯罪共同説に親和的な立場に立っていると考えてよい。

(3) 本決定の立場

本件原審及び原原審によれば、「父親自身については、……、殺意は認められず保護責任者遺棄の認識・認容に止まることから保護責任者遺棄致死の限度で共謀が成立すること」となり、したがって、被告人と「父親との関係では、共謀共同正犯が成立する」と判示している。これは、被告人と父親に成立する各犯罪について重なり合う限度で共同正犯の成立を肯定し、殺意は保護責任者遺棄致死罪の故意も含むものと解釈することで、保護責任者遺棄致死罪の範囲で共同正犯の成立を肯定することができる。これは、結論的には従来の判例の立場と整合的といえよう^{(20)○}。

部分的犯罪共同説に対しては、いくかの批判が投げかけられている。例

えば、先の講壇事例を修正した場合、すなわち、殺意のあった X ではなく、殺意のなかった Y から死亡の結果が発生した場合もしくはその疑いを排除できない場合において、X には、殺人未遂の罪責しか問えないのではないか、というものである⁽²¹⁾。なるほど、そのような結論に至るすれば、同講壇事例の修正前の結論とのバランスが崩れることになろうか。しかし、この批判に対しては、共同正犯の成立を認めるこの本質を一部実行の全部責任を承認することにあるとすれば、傷害罪の範囲で犯罪行為の共同がある限りにおいて、死亡の結果についても各自に正犯的に帰属することは可能であると考える⁽²²⁾。また、死の結果について、殺意のあった X に殺人既遂罪を認め、重なり合う部分である傷害致死罪と観念的競合とすることは、二重評価なのではないか、という批判もある。この点については、傷害致死罪は殺人罪に吸収されるという論理を開拓するならば、回避できよう。

3. 間接正犯と共同正犯の関係

(1) 間接正犯と共同正犯の検討順序

本件では、被告人と母親との関係では間接正犯が、被告人と父親とでは共謀共同正犯が認められているというように、母親と父親で法的評価が異なっている。そこで、間接正犯と共同正犯の関係とは如何なるものか。

まず、間接正犯と共同正犯の検討順序について確認しておく。そもそも間接正犯は、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⁽²³⁾。そして、それは、刑法典各則の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べきである⁽²⁴⁾。加えて、正犯とは、当該犯罪を実現したことについて、第一次的責任を負うべきものであり、共犯とは、正犯を通してその犯罪の実現に加わったことによって、第二次的責任を科せられるべきものである⁽²⁵⁾。このような観点から

は、まず、間接正犯の認定を先行させ、それが認められない場合に、共同正犯、更には狭義の共犯へと進めていくことが妥当であると考える。それは、刑法規定の解釈としても、基本的構成要件該当性の判断がまず行われ、それが否定された後、修正された構成要件該当性を判断すべきという点に合致する。

判例もこのような検討順序に親和的である。例えば、最決平13年10月25日（以下、最決平13年という）⁽²⁶⁾である。これは、スナックのホステスであった被告人が、スナックの女性経営者である被害者から金品を強取しようと企て、当時12歳10か月の中学生であった長男に対し、覆面をしエアガンを突きつけ脅迫するなどの方法により被害者から金品を奪い取つてくるよう指示命令して、強盗を実行させたという事案であるが、同決定は、まず、当時、同息子には「是非弁別の能力があり、被告人の指示命令は息子の意思を抑圧するに足る程度のものではなく、息子は自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどか明らか」であるとして、間接正犯の成立を否定した。その後、「被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、息子に対して、犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、息子が奪ってきた金品をすべて自ら領得することなどからすると、被告人については、本件強盗の教唆犯ではなく、共同正犯が成立する」としている。

（2）本決定における間接正犯と共同正犯の関係

次に、前述の検討順序を踏まえ、間接正犯と共同正犯の関係について検討する。例えば、殺人罪が問われた間接正犯の強制・欺罔の類型において、どの程度の強制・欺罔がなされ、被利用者が如何なる状況に陥れば、間接正犯が認められていたのか。判例・裁判例は、当初、被利用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、そ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を要求していたと考えられ

る⁽²⁷⁾。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。例えば、最決平16・1・20⁽²⁸⁾では、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、同決定は、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、被害者の道具性を肯定している。

他方で、強盗罪に問われた未成年者の事案ではあるが、前掲最決平13年では、間接正犯の被利用者か否かについて、当該息子の「是非弁別の能力があり、被告人の指示命令は息子の意思を抑圧するに足る程度のものではなく、息子は自らの意思により本件強盗の実行を決意したう上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らか」であるとしてその道具性を否定した。同決定では、当該息子が自己の意思によって強盗の実行を決意し、臨機応変に対処しながら強盗を遂行した事実から共謀共同正犯を肯定している。そこでは、自由な意思決定、つまり、他の行為を選択する可能性の余地があったかという点を重視している。このような観点を考慮すれば、判例は、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状況にあるか否かという基準で間接正犯の成立を考えており⁽²⁹⁾、そうでない場合にその道具性が否定され、共同正犯の成立の検討へ移行するということになるであろう。

そこで本決定を検討する。まず、被告人については、医学的根拠もないのに、被告人を妄信して、その指示に従っている母に対して、被告人の指導に従わなければ被害者である息子は助からないなどとして、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ようかつ強度の働きかけを行ったことなどから、被告人を正犯と評価している⁽³⁰⁾。次に、母親について、

その被告人による働きかけを受け、息子をなんとか完治させたいとの必死な思いとあいまって、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、息子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と認定している。そのような点から母親を道具とした。そして、父親については、被告人の治療法に半信半疑の状態ながら、被告人の指示に一途に従っている母親の説得に応じ、それに従っていたとして、母親を介し、インスリンの不投与について、被告人と相互に意思を通じたものとした。

このような評価を前提とすれば、母親は、被告人の指導に従うことなく、インスリンの不投与以外の行為を行う可能性が否定される程度に自由な意思決定が阻害されていると考えられる。他方、父親については、被告人の指導に一途に従っている母親の説得に従い、インスリンの不投与を決断したとはいえ、被告人の指導には半信半疑の状態であったという点が、他の行為の可能性がない程度に自由な意思決定が阻害されているとはいはず、インスリンの不投与について、被告人と相互に意思を通じたとされたのである。このような判断基準は、間接正犯と共同正犯の関係を判断するにつき、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状況にあるか否かという、現在の判例の立場と合致するものである^{(31)○}。

4. 結びにかえて

本決定は、被告人と父親との間で共謀共同正犯が認められた。まず、共同正犯の成立範囲については、前掲最決平17年〔シャクティ事件〕において、不作為ではあるが被告人に殺人罪を認め、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となるとの判断枠組みが示された。学説からは通説である部分的犯罪共同説に親和的な態度をとるものと評価されている^{(32)○}。本決定も、被告人に殺意を認め殺人罪が成立し、

父親に対しては、殺意は認められず、両者には保護責任者遺棄致死罪の限度で共謀が成立することになるとしている。また、原審及び原原審の判断を是認していることからも、この判断枠組みは、基本的に現在の判例理論の立場を維持しているものと考えられる。その点においては、妥当である。ただし、本決定は「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、不保護の故意の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」と判示しているに過ぎない。それ故、共同正犯の成立範囲の点については、本決定の評価からは必ずしも明らかではない。

次に、間接正犯と共同正犯の関係であるが、その検討順序について、前述のように、判例も間接正犯の検討を先行させ、その後共同正犯、狭義の共犯へと検討している。本件もまず、原原審において、被告人はインスリンの不投与と殺人の実行行為に対して、初動的且つ主導的に強い影響を与えたとして正犯の行為と評価している。そして、本決定も間接正犯の成否について、はじめに被告人の両親に対するそのような働きかけを前提に、母親の陥った状況を検討した結果、その影響が大として母親の道具性を認め、その後父親の状況について母親の道具性と比較等検討し、それを否定して共謀を認めるという検討順序をたどっている。このような判断構造は、前述のように、正犯とは、当該犯罪を実現したことについて、第一次的責任を負うべきものであり、共犯とは、正犯を通してその犯罪の実現に加わったことによって、第二次的責任を科せられるべきものであるという点、また刑法規定の解釈として基本的構成要件該当性が行われ、その後修正された構成要件該当性の判断をすべきあるという点などから、妥当であると考える。

加えて、間接正犯と共同正犯の関係について、判例は、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状況にあるか否かという基準によって判断するものといえる。本件も、母親にはそのよ

うな可能性がない程度に自由な意思決定が阻害されていたとされ、他方、父親には母親ほど自由な意思決定が阻害されていたわけではなく、インスリンを投与するとか、病院へ連れて行くなどの行動をとることが不可能ではなかったと評価されている。この点も現在の判例の判断枠組から外れるものではない。よって、同立場と整合的であるという限りで支持できる⁽³³⁾。

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)、松宮孝明「判批」立命館法学393号=394号 (2020) 645頁以下、矢田陽一「判批」比較法研究 (国士館大学) 43号 (2020) 99頁、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、鎮目征樹「判批」令和2年度重判解・ジュリ増版1557号 (2021) 114頁以下、松本圭史「判批」刑事法ジャーナル (2021) 167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、稻垣悠一「判批」専修大学法学研究所紀要44号 (2019) 61頁以下。
- (2) 本件母親の間接正犯の成否等の検討については、拙稿「判批」秋田法学62号 (2021) 107頁以下参照。
- (3) 犯罪共同説と行為共同説の分類を細分化する見解も存在する。例えば、亀井源太郎『正犯と共に犯を区別するということ』(弘文堂・2005) 18頁以下では、かたい犯罪共同説(完全犯罪共同説)、部分的犯罪共同説、行為共同説に分類し、さらに、後二者をそれぞれ、かたい部分的犯罪共同説、やわらかい部分的犯罪共同説、かたい行為共同説、やわらかい行為共同説に分類して議論している。
- (4) 団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』(創文社・1990) 389頁以下、大塚仁『刑法概説(総論) [第4版]』(有斐閣・2008) 282頁、井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005) 352頁、同『講義刑法学・総論 [第2版]』(有斐閣・2018) 512頁以下、高橋則夫『刑法総論 [第4版]』(成文堂・2018) 446頁等。

- (5) 佐伯千仞『刑法講義（総論）〔4訂版〕』（有斐閣・1981）332頁、中山研一『刑法総論』（成文堂・1982）449頁、山口厚「共同正犯の基本問題」山口厚他『理論刑法学の最前線』（岩波書店・2001）220頁、同『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣・2016）317頁、内藤謙『刑法講義総論（下）II』（有斐閣・2002）1362頁、林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会・2008）402頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂・2015）887頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社・2017）876頁以下、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論〔第3版〕』（弘文堂・2019）430頁等。
- (6) 徹底しているわけではないが、基本的にこの見解に分類される論者として、泉二新熊『日本刑法論総論』（有斐閣・1908）630頁、668頁以下、大場茂馬『刑法総論下巻』（中央大学・1917）999頁、1011頁、1045頁等。
- (7) 大判昭3・4・6・刑集7巻291頁、最判昭22・11・5刑集1巻1頁等。学説では、団藤・前掲註(4)402頁註(2)、平野龍一『刑法総論II』（有斐閣・1975）389頁、莊子邦雄『刑法総論〔3版〕』（青林書院・1996）468頁、井田・前掲註(4)『講義刑法学』530頁等。
- (8) 植松正『再訂刑法概論I〔総論〕』（勁草書房・1974）283頁以下、莊子邦雄『刑法総論〔第3版〕』（青林書院・1996）360頁以下等。
- (9) 団藤・前掲註(4)390頁、大塚・前掲註(4)282頁以下註(13)等。
- (10) この成立範囲の問題について、共犯の従属性、特に罪名従属性の問題と関連付けて説明する論者が散見される。平野・前掲註(7)364頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013）380頁、井田・前掲註(4)『講義刑法学』483頁註(21)、西田・前掲註(5)429頁以下、前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』（東京大学出版会・2019）331頁以下、町野朔『刑法総論』（信山社・2020）403頁以下等。
- (11) 刑集2巻5号435頁。
- (12) 特報37号1頁。
- (13) 高刑集8巻6号817頁。
- (14) 刑月2巻292頁。
- (15) 刑月9巻7=8号439頁。

- (16) 刑集33巻179頁。
- (17) 佐伯・前掲註⑩381頁等多数。
- (18) 刑集59巻6号403頁。
- (19) 藤井敏明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成17年度）』（法曹界・2017）206頁。
- (20) なお、本決定は部分的犯罪共同説に親和的なものか、それとも行為共同説になじむものかについて、学説の評価は分かれている。およそ、前者的であるとするものとして、例えば、平山・前掲註(1)、前田・前掲註(1)、原審の評釈から、豊田・前掲註(1)149頁、また、原審・原原審は部分的犯罪共同説的なものであるが、本決定は明示していないとするものとして、十河・前掲註(1)130頁、鎮目・前掲註(1)115頁。およそ、後者のであるとするものとして、例えば、松本・前掲註(1)173頁、原審の評釈から安田・前掲註(1)144頁、稻垣・前掲註(1)86頁。
- (21) 山口・前掲註(5)219頁以下、林幹人『刑法総論』（東京大学出版会・2000）408頁以下、亀井・前掲註(3)47頁以下等。
- (22) 井田・前掲註(4)『理論構造』352頁。なお、行為共同説も共犯の成立に一定の限界を認める見解が有力になっており、その結果、部分的犯罪共同説との差がほぼなくなりつつあるとの指摘について、例えば、佐伯（仁）・前掲註⑩ 381頁。
- (23) 大塚・前掲註(4)158頁以下、同『間接正犯の研究』（有斐閣・1958）1頁以下参考、同「総合判例研究叢書 刑法②」（有斐閣・1963）14頁、団藤・前掲註(4)154頁、島田聰一郎「注釈刑法〔第2版〕」西田典之他（編）（有斐閣・2010）786頁、山口・前掲註(5)『刑法総論』68頁、高窪貞人「大コンメンタル刑法（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。
- (24) 島田・前掲註⑨787頁等。
- (25) 大塚・前掲註(4)281頁、山口・前掲註(5)『刑法総論』307頁、井田・前掲註(4)『講義刑法学』476頁等。
- (26) 刑集55巻6号519頁。
- (27) 例えば、最決昭59・3・27刑集38巻5号2064頁、福岡高宮崎支判平元・3・24

高刑集42巻2号103頁、鹿児島地判昭62・2・10判タ637号234頁、広島高判昭29・6・30高刑集7巻6号944頁、鹿児島地判昭62・2・10判タ637号234頁。なお、松浦繁『最判解刑事篇昭和59年度』(1984) 253頁、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頁等。

⑧ 刑集58巻1号1頁。

⑨ 松生光正「判批」山口厚他(編)『刑法判例百選I 総論 [第7版]』(2014年) 151頁、十河・前掲註(1)130頁、拙稿・前掲註(2)119頁等。

⑩ 本件原審は、「被害者である息子へのインスリンの不投与という殺人の実行行為に対して、初動的かつ主導的に強い影響を与えたものとして、正に正犯の行為と評価すべきである」としている。

⑪ 本件原原審は、「間接正犯も共謀共同正犯（刑法60条）も、他人を利用して自己の犯罪を実行するという点で共通するところ、本件の場合のように、他人に対し指示・命令し、その者がこれに従うという形態においては、間接正犯か共謀共同正犯かの違いは、その他人が意思を抑圧されて他の行為に及ぶことができない、いわゆる道具となっているか否か、という点にある。そうすると、指示・命令及びこれへの隨従が認められる以上は、少なくとも共謀共同正犯は成立することになるが、なおそれ以上に、他人が上記のような道具と化していると認められる場合には間接正犯が成立する、という構造になる」としている。

⑫ なお、判例は行為共同説に立つと理解することが可能であるとする論者として、山口厚『問題探求刑法総論』(有斐閣・1998) 270頁、亀井源太郎「いわゆるシャクティ事件最高裁決定と共同正犯の成立範囲」『日高義博先生古稀祝賀論文集[上巻]』(成文堂・2018) 464頁等。また、判例の立場は明らかではないとするものとして、村上光鶴「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）111頁、前田・前掲註(1)331頁、松本・前掲註(1)171頁以下等。

⑬ 本稿では、本決定の論点について、概観を述べるにとどまり、また検討されていない不十分な論点が多々ある。紙幅の関係上、今後の課題としたい。

法学研究所所員名簿

法学部

道 端	忠 孝	(所長)
石 川	信 澄	
木 村	繁 支	
熊 谷	克 稔	
佐 藤	寬 一	
佐 藤	修 一	
中 渡	毅 (運営委員)	
川 山	栄 一 (編集委員)	
口 川	誠 (運営委員)	
高 橋	佑 輔	
渡 部	高 明	

経済学部

中 村 逸 春 (編集委員)

国家試験等センター

岡 崎 頌 平 (編集委員)
寺 迫 剛

第 61 号 目 次

論 文

日本国憲法改正論点について
—特に憲法の「語」について—
中川 修一

国民主権と裁判官
佐藤 寛 稔

A I 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 順 平

判例評駁

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序処理することが否定された事例
川口 誠

書 評

Martin Cadeal, *Pacifism in Britain 1914-1945*
中村 邑 春

第 62 号 目 次

論 文

蓮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、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 追 剛

正犯と実行について
岡崎 順 平

判例評駁

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

執筆者

佐藤克枝 ノースアジア大学教授
佐藤寛穏 ノースアジア大学教授
中川修一 ノースアジア大学教授
道端忠孝 ノースアジア大学教授
岡崎頌平 ノースアジア大学講師
寺迫剛 ノースアジア大学講師
秋山栄一 ノースアジア大学准教授

(掲載順)

令和4年3月25日印刷
令和4年3月31日発行

秋田法学 第63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. 63 March, 2022

CONTENTS

Articles

- Enactment of “Act on the Review and Regulation of the Use of Real
Estate Surrounding Important Facilities and on Remote Territorial Islands” *Sato Katsue*
- About the constitutional control for the administrative discretion *Sato Hirotoshi*
- On the Constitution Revision Issues Japan
—Especially about Constitutional Language(3)— *Nakagawa Shuichi*
- A Reconsideration on Japanese Corporate Law concerning the Company
with Audit and Supervisory Committee *Michihata Tadayoshi*
- On an execution *Okazaki Shohei*
- Entscheidendes Wahljahr 2021 in Deutschland und Japan
—Vergleich des Mechanismus von der Parlamentswahl zur Koalitionsbildung— *Terasako Go*

Case Exegesis

- Der gegenwärtige Zustand der Mittäterschaft *Akiyama Eiichi*

published by
Institute of Law
North Asia University