

## 近畿大学法科大学院 2014年講演会

日 時 平成26年11月29日（土）14：00～16：00

場 所 近畿大学東大阪キャンパス BLOSSOM CAFE ルームA

テーマ 「現代社会における『憲法』の役割

—憲法イメージの変容と守備範囲の拡大—

講 師 大石 真 氏（京都大学大学院総合生存学館（思修館）教授）

ただ今、上田健介先生からご紹介いただきました京都大学の石です。この3月までは法学部にいましたが、京大の別のところに来てくれということで、博士課程だけがあるところに移りました。名前は総合生存学館とありますが、俗に「思修館」と申しまして、仏教の聞・思・修（聞く・思う・修める）から取ったものです。聞くことは学部の段階でやっているはずなので、思って修めるところを大学院でやろうという趣旨のようです。今年度は思修館の授業とともに、京大の公共政策大学院、法科大学院、学部の講義・ゼミもやっていますから、去年よりも負担が増えましたので、やや多忙な日々を送っているところです。

### 1. はじめに——資料の説明も含めて

今日は、上田先生などから、憲法のことについて話していただきたいというお申し越しを頂いたので、「現代社会における憲法の役割」というタイトルにし

ました。かなり幅広いタイトルなので、これだけでは分かりませんので、サブタイトルを付けました。憲法のイメージは一定のものがあります。当然、私の思っている中身、ロックインされたものがありますが、それが少し変わると、論じる範囲や考える範囲がずいぶん違ってきます。少なくなることはなく、広がるだけです。そのことを幾つか例に取ってお話をしたいというのが全体のテーマです。

レジュメで説明しますと、最初にそのイメージの問題の話をし、2番目、3番目は、憲法を習っていると当然皆さんお分かりですが、憲法の大きな中身として、統治機構の問題と人権の問題があるということで、その両者にわたって、少し各論的な話と原理的な話を織り交ぜて申し上げたいと思います。

なお、レジュメだけでは中身がよく分からないところがありますので、普段、皆さんがあまりお目に掛からないような資料を幾つか用意しました。無理を言ってカラーで印刷をしていただきました。一つは、「憲法秩序と現行法令」というものです。2番目は、今回の解散や統治機構の一部の論点にも関わりますが、「内閣提出の法律案・条約案と政令制定件数」ということで、表の左の「年」のところにわずかに網掛けがしてありますが、それは一番右の「備考」欄に書きました「総選挙」および「参院選」というものと重なっています。衆参両院合わせて国政選挙と言っておきましょう。その国政選挙のあった年を網掛けにしていますが、ほとんど毎年選挙をやっています。こんな国はありません。突然解散になったということも原因の一つですが、あまりに頻繁に選挙をやっているのは、アメリカ以上です。アメリカは下院議員が2年ですが、それよりもさらに短い周期でやっているわけで、どうかしているのではないかと思います。

3番目は、一見風変わりな資料を用意しました。「墓地の種類と使用权」というものです。これは行政法にも関わる論点を含むものです。実は、現在、私も、ここにいらっしゃる片桐直人先生などと一緒に研究会をやっており、そ

の中の一つの資料として私なりにまとめたものです。まだ完全に整っていないので、「(未定稿)」としておきました。どうしてこれが憲法に出てくるかという話になりますが、それは後でお聞きになれば、何となく得心がいただけるのではないかと思います。

最後は法務省の資料です。「人権侵犯事件の件数と種類」ということで、下の方に円グラフが描いてありますし、細かな内訳は裏にあるので、併せてご覧いただければ幸いです。

先ほどのご紹介にありましたように、私は、これまで、第1に議会制度・議会議法、2番目は宗教制度・宗教法の分野、3番目は日本憲法史を中心に研究を進めてきました。憲法にはいろいろな分野がありますが、私は大体その3点セットで専門的に40年近くやってきました。

さて、今日は、憲法のイメージとともに論じる内容が変わり得るということをお知らせするわけです。先ほど見た資料はそのためのもので、実際にどのようなことを論じるかということが変わってくることを確認することにしたいと思います。

今日の話の大きな中身は、3点あります。統治機構や人権など、いわば各論を議論した後に憲法のイメージ全体について論じた方がいいのかもしれませんが、最初に憲法のイメージということで、いわば総論から各論をやるという、甚だ芸のない組み立てをしていまして、第1に憲法イメージについて少しお話を申し上げます。

2番目に、憲法のイメージがある程度変わっても、その中の一つの中心的な議題が統治機構や統治組織の問題であることは間違いありません。すなわち、国会、内閣、裁判所、あるいは財政をどうするか——日本の場合は天皇制度をどうするかも含まれます——、そのような統治機構、または統治組織の問題について、少し違った角度から議論してみたいと思います。

最後に、「基本権保障と『人権擁護』とのあいだ」というやや不思議なタイ

トルを付けています。私どもが教え、あるいは皆さん方が習う憲法で規定されている人権の規定——日本流に言うると、基本的人権ということになります——の問題と、実際に政府の間で進められている人権関係の施策は、必ずしも一致していません。政府が議論している、あるいは進めようとしている政策の中身は、私ども憲法の専門家が言っている、いわゆる公権力と個人との関係という意味での人権問題ではまったくありません。皆さん方、お隣同士の問題も含めて、全部人権問題ということで、人権擁護施策ということが進められようとしています。そのために具体的な法律案も何度か作られましたが、いろいろな問題があって、そのたびに全部潰えています。その点も後で詳しく申し上げます。そして、統治機構および権利保障という、いわば全般を見た後に、先ほど申し上げたサブタイトルの意味、憲法のイメージによって憲法で議論すべき事柄、あるいは憲法学で取り扱うべき中身が非常に大きく異なってくる可能性があります。その展望を持って議論しなければ、現在ある憲法の条文の解釈だけを念頭に置いていると分からないところがだんだん増えてきます。最後にそういうことを簡単に申し上げて閉じたいと思います。

## 2. 「憲法」イメージをめぐって

### 2-1. 古典的な憲法観念

最初は全体の憲法のイメージです。これも少し勉強した人であればみんな知っていますが、それをここでは古典的な憲法の観念と名付けました。つまり、憲法という言葉で何を思い浮かべるかの問題です。一般の方、憲法をあまり専門的に勉強していない方は、日本国憲法という全103カ条の条文のことを思い浮かべるでしょう。ここでは、(1)として、そのことを憲法典といっています。

もう一つの捉え方は、必ずしも憲法の条文、まとまった法典というものでは

なくて、内容的に見て、その国の政治、国政の組織や内容、あるいは手続について重要な点について規律しているということが大事だというときに、憲法の初学者向けには、時に「実質的意味の憲法」という使い方があるということをも必ず教えられるはずで、ここでは「憲法秩序」という全体像で示すことにしました。

古典的な憲法の観念としては、とにかく一つの法典の中に国政の組織、内容、手続を体系的、網羅的に規律する意味で憲法典という捉え方をすることが非常に多いでしょう。これに対して、憲法典という一つのものに着目するのではなく、そういう最高法規ではなく、内容から見て国政の秩序をつくり上げるものが幾つかあるはずだということで、憲法秩序という言葉を使いました。この二つの捉え方が昔からあるもので、古典的な憲法の概念と名付けておきました。

では、そこで述べた中身（内容）について大きな違いがあるかという点では大きな違いはありません。憲法典として捉えるにせよ、憲法秩序と見るにせよ、共通しているところがあります。すなわち、国の組織、あるいは国政の内容、あるいは手続を規律するのだという意味では、まったく違いはありません。その点での共通点はあります。その憲法典に着目してみると、国会、内閣、裁判所、あるいは財政のあり方、あるいは地方自治をどう規定するかというような統治機構の問題は当然含まれる、というのが重要なポイントです。もう一つは、ご存じのように、日本で言う基本的人権をどう保障するかということが大きな要素になります。この基本的人権のところを「権利保障」とここでは言っておきますが、例えば表現の自由、信教の自由、住居の不可侵を守るというような、自由権を中心とする国民の権利を保障する部分が非常に大事だということが、初学者でも必ず教えられます。

しかも、憲法典なので、最高法規とされていることが大事です。国にはいろいろな法令がたくさんありますが、制定法として定められたものの中でいうと、一番力が強いという言い方をします。それは形式的効力という表現をとり

ます。つまり、「国の最高法規」という意味で、その他の法令に比べて一番強いということ表現するために、Supreme law of the land（最高法規）という言葉を使います。憲法典の場合には、そのような特徴があります。

他方で、憲法秩序、つまり、内容的に見て国政の組織、内容、手続を規律しているという点から見ると、必ずしも憲法典だけとは限りません。憲法典は確かに国の最高法規として存在しています。どこの国でも基本的にはそうなっています。しかし、憲法典の中に全てが含まれるかという点、必ずしもそうではないので、それを補うものが大事になるのです。

その憲法典は、例えば日本国憲法であれば、21条あるいは28条を解釈して、最高裁判所が出したものは一般的に言う、「憲法判例」として位置付けられます。これは憲法典に準ずる力を持ちますから、憲法秩序にとって重要なものですが、しかし、具体的な裁判がなければ憲法の判例は登場しないので、裁判にならない分野はどうかという点、そこで活躍するのが憲法附属法ということになります。その種類については、配布資料の図の憲法附属法の後に幾つか並べておきました。国籍法は第1の憲法附属法です。われわれ国民の範囲を決めて、国籍を認める。そこから参政権も認められるということで、全部連動します。その国籍法をはじめとして、憲法改正手続法は当然そうですし、天皇の章に関わる皇室典範、国会に関わる公職選挙法や政党助成法、国会法があります。内閣に関わるものとして内閣法・内閣府設置法・国家行政組織法というものがあります。さらに、裁判所については、もちろん裁判所法がありますし、財政については財政法、地方自治については地方自治法があります。第9条との関連でいくと、自衛隊法もかなり重要な規定を含んでいるものです。自衛隊に対する評価は別として、現在の国政秩序を成り立たせるという意味での憲法附属法が大事になってきます。

なお、憲法附属法の「附」は、必ず「こざとへん」を付けるようになっています。「付」では「与える」という意味を持つことになり、意味が全然違って

きます。本体があってそれにくっついているものが「附属」です。憲法ですから、憲法典が一番コアなところにおいて、それを今言った憲法附属法が取り巻いているというのが制定法の話です。

その他に青い部分がありますが、これは何かというと、先ほど申しました憲法を解釈して、最高裁判所が下した判断があります。その憲法判例は制定法とは言えないし、憲法典でもないので、青い部分のところで憲法判例を思い浮かべると分かると思います。

それが普通の体制ですが、イギリスなどは憲法典がないので、非常に古くから、日本で言うと鎌倉時代あたりから、王様と貴族がけんかをして議会をつくりました。正確に言うと、1265年から議会が始まったとされ、1965年には700年祭を祝うというような行事もイギリスでは行われました。そのような附属法は当然あります。

憲法判例は具体的な事件をめぐる裁判になって、結果的に出てきたものが判例として結実しますが、附属法では国会で議論をして制定されたものが大きな意味を持つことになります。特に日本の憲法は大きな特色があります。つまり、明治憲法は76カ条でしたし、現在は103カ条ありますが、後の4カ条はもう意味がないので、実質は99カ条しかありません。複雑な国政が常にそれで動くかということ、必ずしもそうはなっていません。しかも条文の決め方がかなり簡短で、簡素で簡明な書き方をしているので、その分だけ憲法附属法の役割が大きくなります。つまり、行政法でよく使われる統制密度・規律密度という点からすると、相当に甘いわけです。そこをきちんと埋めるため、規律密度を高めるために憲法附属法や憲法判例がある、と位置付けた方がよろしいと思います。

さらに、先ほどの人権、権利保障という点からすると、例えば女子差別撤廃条約、人種差別撤廃条約、そして自由権規約・社会権規約のような国際人権規約というものがあります。日本の場合は特殊なやり方ですが、それが官報で公

布されると国内法になる、という仕組みをとっています。そうすると、国内法化されたということで、憲法典の人権条項と同じように、各種の人権条約の中身は日本の実定法になります。ですから、人権条約も、ある意味で、かなり簡短な憲法の人権条項を補う役目を持つ部分もあるわけです。そうすると、憲法典は筆頭に挙げられますけれども、憲法判例および人権条約、他方では憲法判例をも見据えた上で、全体として憲法秩序が分かるという構造になっていることを知る必要があります。

ただ、国政の組織・内容・手続という点では全く同じで、大きく分けると、それが統治機構の分野と権利保障の分野になるという点では、まったく間違いありません。

## 2-2. 比較法的な視点から

いま述べた点は、実際にアメリカやドイツ、イギリス、フランスの関係の教科書などをひもとくと分かります。アメリカの『Constitutional Law』という本を開くと、書いてある内容は司法審査制、日本流に言うとは違憲立法審査権の話、最高裁判所の話です。あとは、具体的に判例になって登場した個別的な権利保障、人権保障の問題が縷々紹介してあります。それがアメリカ的な憲法の教科書の中身です。なお、ここで Constitutional Law という場合の Law というのは、判例というチャンネルを通したものが強調されるので、結果的に今言ったような話になります。

これと正反対なものはフランスです。フランスで Droit constitutionnel と言うと、アメリカと正反対と言うと少し語弊がありますが、人権や権利保障の問題は出てきません。もちろん、憲法典とはいかなるものか、憲法秩序とはいかなるものかという意味での憲法の総論は当然あります。しかし、それから後はもっぱら統治機構の問題です。国会、大統領、内閣、裁判所などの権限や中身の問題が縷々説かれることになります。そして、これはフランスの憲法学の



大きな特徴ですが、*Histoire constitutionnelle de la France*、つまりフランス憲法史が必ず加わることになっています。したがって、アメリカとはずいぶん違います。

これとは違って、ドイツやイギリスの憲法の教科書が日本的な感覚に一番近いように思います。なぜかというと、イギリスには「憲法と行政法」と名付けた本や単に「憲法」(Constitutional Law)と書いたものがありますが、特にイギリスは憲法典がないので、憲法ということは何を論ずるかという憲法のスコープ(範囲)の問題を、序論でまず扱います。その次に、当然、国王の話や議会の話や裁判所の話、それから、上田先生が専門的に研究しておられる首相や行政の議論がかなり出てきます。また、地方自治も出てくる。要するに、国内の公法的なものを網羅してイギリスでは議論します。したがって、行政法も一部含むという話になります。

同じようにドイツも、アメリカ的に権利保障だけを扱うことはなくて、やはりアメリカとフランスをプラスしたものです。統治機構の問題も当然扱いますし、ドイツは憲法論と称して、*Verfassungslehre* というものがありますが、*Staatsrecht* (国法学) という名前の本も多いのです。その中で統治機構の問題と同時に、権利の問題、基本権の問題を取り扱います。ですから、では、ドイツの憲法書の中身が日本的な感覚に一番合うかも知れません。

このように、アメリカ的、フランス的、ドイツ、イギリス的な憲法論をみると、少しずつずれはあります。しかし、そこで扱われている問題は、国の統治機構の問題や国民の権利保障を内容とするという点では、まったく変わりありません。先ほどから古典的な憲法の観念、中身ということを申し上げましたが、これは比較法的に見ても、現にそのように論じられてきましたし、現在でもそうであると言えます。

### 2-3. 憲法典の守備範囲と「憲法」の役割の増大

しかしながら、最近では、古典的な憲法の中でも少しずつイメージが変わってきたように思います。まず憲法典に着目してみると、扱う範囲がやや広がっています。憲法のイメージ、憲法の観念が変わるということは、その役割が変わるということですが、それが減ることはなく、増大しているということになります。すなわち、国会、内閣、裁判所というような統治組織の問題を憲法典は当然に規律します。同時に、基本的人権と称する権利保障の問題も、当然書き込まれます。この二つはいわば必須の項目になります。日本ではあまり意識しませんが、国際関係に関する規範も書き込まれることが多いのです。ヨーロッパのEUを考えてみると、EUとの関係がどの国の憲法でも必ず書いてあります。日本の現行憲法は、1946（昭和21）年の制定ということからして、やや古典的な憲法の部類に属するので、国際関係に関する規範はほとんどありません。わずかに98条において、日本が締結した条約や確立した国際法は尊重すべきだという程度のことは書いてあります。ヨーロッパは地続きなので、必ず隣の国とどうするか、あるいは、当時作られつつあったEC（ヨーロッパ経済共同体）との関係をどうするかという問題があったので、このような国際関係の問題をどうするかはかなりシビアな論点になるので、ヨーロッパの憲法は必ずこれを定めるといわけです。

したがって、古典的な憲法の範囲として、統治組織に関する規範、権利保障に関する規範、国際関係の規範を考えることができますが、新しくそこに加わるものが出てきました。その代表格はドイツの憲法20a条です（1994年憲法改正による）。いわば環境に関して、国の目標を定めようというものがあります。日本では環境権という短い言葉で言いますが、ドイツではその規定を入れたときに、国家目標規定だと紹介されました。

他方、フランスでは、憲法典中ではなく、憲法典と並んで環境憲章というものを受けました（2004年）。10カ条ほどあります。そのような環境に関する

規定を設けると、われわれが現在の自然環境を享受すると同時に、将来の世代もそれを受け取ることができるようにするために、いろいろな政策、施策を実施しなければいけません。そのような国家目標規定を憲法に置くことになると、そういう問題もすべて憲法の問題として議論する必要があるというように拡大してきます。

いずれにしても、憲法典というものに着目すると、書かれたものを取り上げただけでもそのように微妙に違ってきておりまして、少し拡大していることをうかがうことができます。

もちろん、一部の人はご存知のように、国は基本権を保護する義務があるという議論に立つと、もう少し幅が広がってきます。ここでは、憲法典の中身として論じていますので、解釈の作法としての基本権保護義務論については、ここでは取りあえず外しておきます。

### 3. 統治機構または統治組織について

#### 3-1. 権力分立の意義と国家作用論の矮小化

さて、憲法といわれる分野の中で、もともとは憲法プロパーといわれましたが、統治機構、統治組織は憲法の第1分野であることは疑いがありません。アメリカの合衆国憲法が作られたときに条文としてあったのは統治機構の分野だけです。その後、1791年に10カ条の人権条項が設けられ、そこで初めて全体として統治機構プラス権利保障という、今で言う憲法典のスタイルが出てきました。

そこで、まず、憲法典の第1の要素である統治機構の問題について扱い、その後第3として基本権保障の話をしていきたいと思います。

統治機構の問題についてですが、最初は「権力分立の意義と国家作用論の矮小化」という少し硬い言い方をしています。2番目は国家作用論や統治機構論

を再生させる必要がある、あるいは再生しつつあるということを申し上げます。3番目に新しい論点として、多分、私ども研究者の一部では議論をしていますが、地方自治体のやるべき事業として、ヨーロッパではごく常識的ですが、例えば東大阪市であれば東大阪市、大阪市であれば大阪市が、市民に墓地を提供する義務があるという話をします。その話をすると少し広がりがあり、新しい視点も持ち込むことができますので、少し変わった資料を配布いたしました。

第1の資料には「実質的意味の憲法」と書いてありますが、今まで憲法附属法とともに話を進めてきました。あとは現行法令数で、これも参考として知っておいた方がいいでしょう。それから自治体の数。そこで墓地を提供するという話とも結び付きます。都道府県と市町村を合わせると、現在は1,765の地方自治体があります。都道府県は広域自治体と呼ばれ、市町村は基礎自治体と呼ばれる基本的な単位です。ただ、市といっても、現在20ほどの政令指定都市がありまして、これはいわば府や県からの独立宣言をしたものです。というのも、一級河川や高校や警察関する事務は県や府が持ちますが、それ以外の事務は、例えば京都市、大阪市にすべて下ろすことになるので、府や県とほぼ対等な立場になります。これが政令指定都市の強い立場です。しかも、東京都の23区と、20の政令指定都市を合わせると、いわば大都市圏に住んでいる人は今や日本の人口の27.7%に上ります。ですから、4分の1の人々は大都市に住んでいるという計算になります。したがって、他方で、自治体としてはもう消えるのではないかという限界集落のような話が問題になるのです。そういうことも念頭に置くために、このような資料を作っておきました。

さて、固有の統治機構論の問題に移ります。最初は少し原理的な話になりますが、今日では国が行うべき働き、これを国家作用と言っておきます。その国家作用を議論する際に、私どもは当然に、立法権、司法権、行政権という、いわゆる権力分立の議論をまずは反射的に思い浮かべます。それは日本国憲法の

影響もあります。憲法41条で立法、65条で行政権、76条で司法権とっており、まさしく立法権、行政権、司法権という言葉が出てきますから、三権分立、権力分立が採用されていることはすぐに分かります。「行政とは」と問われたときに、「引き算をしてください」とよく言われますが、そのように、およそ国家作用と権力分立とはワンセットで論じられる傾向があります。しかし、よく考えると、国が行う働きは必ずそのように考えなくてはいけないのか、初めから国が行う働きをそのように分類しなくてはならないのかは問題で、実は、必ずしもそうではないということに注意を促したいと思います。

そもそも、この国の作用というのは、まずは働きがどのようなものがあるかという区分をしなければなりません。それを作用の区分と言っておきます。その各作用、働きを区分するのは、別々の機関、組織に担当させるということですから、機関の分離ということを考えなければいけません。ですから、作用の区分、機関の分離です。機関の分離というのは、それぞれの作用を専門的に担当する組織が必要だという話です。

それと同時に、ある働きを性質上区分し、違う組織を作るということは何のためにやるかという、それぞれに割り当てをするからでしょう。したがって、それをいわば権限の分配という概念で表します。すなわち、機関ごとに活動の範囲を割り当てる必要があります。このように、作用の区分、機関の分離、権限の分配によって国家の作用をどのように認定し、推進していくかというときは、一般論として議論することができ、そこにはまだ権力分立は入っていません。およそ国家作用というものを考えるときは、そういうふうに考えることができます。

今申しました原理的な考え方をしっかり持っておくと、次の「理論上の種別」と「制度上の種別」ということが大事な論点として浮かび上がってきます。これは戦前から戦後にかけて京都大学におられた佐々木惣一という大先生が的確に指摘されたところです。別のやり方で、例えば非常に頭の切れたハンス・ケ

ルゼンなどのような純粋法学の人たちも同じようなことを述べています。

佐々木先生の言葉を中心に、あるいはそれを参考にしながら説明すると、国家作用の「理論上の種別」とは、どこの国でもあるような国家という社会一般の性質を考えたときに生まれてくる区分のことをいいます。これにも、いろいろな分け方がありますが、まず、支配作用と非支配作用との区別が語られます。この支配作用ということで分かりやすいのは、刑罰権・処罰権ですが、さらに課税権力も典型的なものです。税金をかける、取り上げる、徴収するというのは、支配作用の最たるものの一つで、きわめて強い。他方で、生活保護というものを考えると、保護するためにはその生活を全部把握しなければいけないので、プロテクションはドミネーションに通じるという話はよくありますが、一般的にその中身は、強制的にお金を取り上げるという話ではなくて、お金を渡して保護するというものですから、先ほどの分類でいうと、非支配作用として区別することになります。

それから、別の観点に立つと、国家の存立の必要上な作用と社会・国家の発展のために行われる作用というものを区別することもできます。国は何のためにあるかという社会契約論的な発想から考えても、前者、すなわち、われわれの共同生活を守るために必ず必要になってくる働きは幾つかあるだろうと思います。いろいろな国がそれぞれ対峙していれば国防は大事な問題ですが、国内の中にもいろいろな人間がいます。ストーカーが大好きだという人もいますので、やはり警察も大事でしょう。警察があるならば、犯罪を証明して、きちんと更生してもらうというように、刑罰を科すという働きも大事なことです。さらには、軍隊や警察を動かすためには当然お金が要るわけです。したがって財務という働きは当然に必要です。これは、例えば社会経済をもう少し良くするために、あるいはGDPをもう少し拡大するためにというお話とはまったく違うでしょう。もともと、われわれの国、あるいは政治的な共同体を認めて、維持するために最低限必要な働きが、今言った、国防、警察、科刑、財務という

作用で、これらは必須のアイテムになります。

そのように、国家の存立上必要なもろもろの作用と、もう少し今の社会を住み良いものにするという意味で、社会・国家の発展のために必要とされる作用というかたちで分けることもできます。社会国家をもう少し発展させるとか、もう少し良くするために行われるもの、例えば産業の振興を図る、労働関係を改善する、貿易を発展させるなど、もろもろの働きがあります。しかし、それは国として、必要最小限、現状を維持するために必要かという点、必ずしもそうとは見られないもので、先ほど言った国の存立上必要とされる働きと、そうでない働きを区別することもできます。このような区分が「理論上の区別」として考えられます。

一方の「制度上の種別」は、時間的・空間的に特定された、したがって特定の国や国家群について見た場合に、そこで現に行われている区分のことを言います。その意味で、実際の国家作用の区分を問題とするわけですが、近代的な議論は、言うまでもなく、ジョン・ロック、あるいはモンテスキューを開祖とするような権力分立の議論です。あれは全世界的に、いわばユニバーサルにデザインされたものではなく、フランス人モンテスキューがイギリスに1729年にイギリスに行き、1731年に帰ってきて、そのときに見たイギリスの憲政の実情を基に理想化された理論を、「それが望ましい」というかたちで一般論として展開するという、一種の操作をしました。したがって、あくまでも時間的、空間的に特定され、制約された議論だということです。

しかし、特にモンテスキューに強く影響されたものが、権力分立論の中での三権分立という形で広く流布されることになります。アメリカの憲法は、実際、モンテスキュー的な権力分立論に強い影響を受けています。なぜかという点、時代的にもアメリカの憲法は1787年にできました。モンテスキューの『法の精神』が刊行されたのは1748年ですから、年代的にすごく近いわけです。そういう意味で、制度上の区別にすぎないはずの立法権、行政権または執行権、

および司法権という並べ方が当然のように定着したと言えるかもしれません。

そういう意味での権力分立や三権分立はよく知られていますが、レジュメには「三権分立論への過度のコミット」とやや微妙な書き方をしていますのは、あまり入れ込み過ぎているということをそこでは申し上げたいからです。権力分立論や三権分立論は、今言った意味で時代的に制約された考え方です。ですから、本来、「理論上の種別」ではなく、「制度上の種別」にすぎませんでした。これが一般化したために「国家作用は」と問われたら、反射的に「立法・行政・司法」と答える傾向が強いわけです。しかし、ここで改めて注意したいことは、あくまでもモンテスキュー的な議論は、法を立てる、法を作る、それを執行するという点に着目した国家作用論にすぎません。日本でも、そういう議論を知っていたので、幕末から明治にかけて「政体書」というものを定めましたが、そこには、「立法権・行法権・司法権」——「行政権」とは書かないで「行法権」と書かれています——と記されており、法を立て、法を行い、法を司るという三つを対峙させるかたちで書いています。法を立てること、それを執行することを中心にして考えると、立法・行法・司法の三権となります。

これをもう少し広げて言うと、確かに権力分立論、三権分立論になるかもしれませんが、あくまでもその場合のメルクマール・基準は、法を立て、それを執行するというところに着目したものです。それは、古くから国家作用はいろいろな理論上の区別ができますが、その全部を覆い尽くしてしまうような分類かと言われると、そこにずれがあります。すべてが立法、司法、行政に埋没してしまうと言えるかという、かなり怪しい。その点が、多分、三権分立論の落とし穴で、いかにも国家作用を論じているように見えながら、国家作用の全体像は実は論じていないのです。現実の国家が行う、あるいは行うべき働きが、すべてそのような権力分立論、三権分立論によってまかなうことができるかという、かなり疑わしいのです。後で述べる、例えば軍事、あるいは外交というような作用は、法を立てて、法を執行するというところに核心があるわ



けではないのです。

そのような問題が、時に憲法論でこと新しく、例えば行政とは何かというときに、それは執政のことであるとか、法律の執行であるとかという議論と密接に連動しています。法を立てて執行するという側面にだけ着目して分類を立てよう、すべてそれで押し切ろうとすると、位置付けが微妙になってくるものはたくさんあります。そのことを少し考え直した方がいいのではないかというのが、「過度のコミット」ということの意味です。

また、「自由保障・権利保障との関係」と書いたのは、もう少し別の論点から権力分立論を見直すということです。つまり、モンテスキュー的な権力分立論がもともとなぜ唱えられたかということ、権力を持つ者は乱用しがちである——これは昔から言われていることです——とにかく権力が集中すると自由がなくなる、ということが基本にあります。したがって、それを分散しようということですから、いわゆる自由権の保障というためには権力分立論はきわめて有効です。要するに、国が活動する範囲を狭めれば狭めるほど、しかも、それを別のものに分けるほど自由の余地が生まれるということは、ほとんど論理の示すところと言ってもいいです。

ところが、現在、私どもは、憲法が保障する権利は自由権だけだとは思っていません。自由権の他に、むしろ国の積極的な関与を求める国務請求権があります——人によっては社会権といたり、受益権といたりすることがあります——が、それは裁判請求権一つを取ってみても、国が積極的に動いてくれなくては困るというものです。あるいは、生存権もそうです。生活保護を充実させるということは、国がみんなから税金を取って、それを積極的に分配するという機能を果たしてもらわなければ困るものです。ですから、財政の働きとして、所得再分配機能ということがよく言われますが、そのことなどを考えると、権力を分立したからといって、国務請求権が当然保障されるという話には結び付きません。したがって、権力分立論は自由権保障のためには有用な議論だと

と思いますが、国務請求権、社会権、われわれが国政に参加するという参政権を考えてみても、伝統的な自由保障のために権力分立がいいという議論とは、少なくとも直接につながりません。

その意味での権力分立論、あるいは三権分立論にあまりに入れ込み過ぎると、すなわち先ほどの言葉で言ば「過度のコミット」をすることは、必ずしも当を得たものではないのではないかと思います。その意味で、佐々木先生のことを借りると、「制度上の種別」にとらわれた議論からいったん離れて、「理論上の種別」という議論に立ち返ってみる必要があるのではないかと思います。

### 3-2. 国家作用・統治機構論の再生

これまでかなり原理的な話をしましたが、後は簡単にいきたいと思います。まず、19世紀までのドイツ国家学の傾向は、五つの領域に分けて考えるのがごく普通の議論でした。すなわち、外務・内政・財政・司法・軍事というものです。そのうちの内政や司法などの部分を切り取って、例えば、今言っている権力分立論があります。そこで外務の位置付けというのは、ジョン・ロックがそうであったように、必ずしもはっきりしません。国家作用を国という政治的共同体の名義人が権力的に国民を支配するという働きだと見ると、外交はそういう要素がないので、権力分立論の中で議論をするのか、それとは別に議論するのか、ジョン・ロックの時でもすでに問題になっています。そこで、あらためて「理論上の種別」という点に立ち返る必要がある場合には、古典的な五領域説も時々振り返ってみる必要があるのではないかと思います。

先ほども話しましたが、上田先生が中心的に仕事をしておられるいわゆる執政権や首相権限などを、法の定立、執行という観点だけで見ると、必ずしもうまく捉えられない部分がたくさんあります。「行政権は何ぞや」と問うて、「国家作用の中から立法と司法を差し引いた残りだ」と言っても、何の積極的意味もありません。「では、残されたものが何の働きか」と言われたときに、答え

ようがないわけです。

そのときに出てくるのが、執政という固有の領域があるのではないかということ。もちろんそれを否定する議論もありますが、そのような執政という考え方にも、いわゆる法の定立、執行というところからではなく、もう少し違う視点から見た反省をしたら当然出てくるようなことがらではないかと思いません。

また、片桐先生が中心的に仕事をやっておられる財政もそうです。国の財政は、現在、1千兆円になる負債を抱えています。しかも、それが累計で年々増えているという状況は、財務省のホームページでも公表されています。そこで、これをどう改めていくかという問題がありますが、そのためには、原理的には入りを多くすること（歳入増・税収増）、少なく出すこと（歳出減）、それに、最低限、プライマリーバランスの黒字化を図らなければいけません、それがなかなかうまくいきません。うまくいかないのはなぜかということ、いろいろな原因が考えられますが、頻繁に国政の選挙があって、社会保障削減、増税という話をすると選挙に負けるからで、選挙になるとそういう話は封印されます。ですから、頻繁な国政選挙は累積債務残高の問題と密接に結び付いている、と私は思っています。そういう意味で、財政の問題は、五領域説、古典的な議論の中でも、重要な働きとして認識して、それをコントロールすることが大事だと強調されましたが、三権分立・権力分立に焦点を当て過ぎたために、財政がどこに位置づけるべきかが分かりません。そこで展開されるのは、予算を立てることが法律かどうかという議論です。この点について言えば、中身としては、予測的な算定をして、それを政治計画として実行するのは、紛れもなく行政です。いわゆる執政です。その執政の働きを法律という器の中に埋めて議会を通すかどうかというのが、法律形式かどうかの問題ですから、中身は関係ありません。予算権論を書いたパウル・ラーバントでも、法律の中身は実質的意味の法律とは限らないと言っています。

そのような古典的な議論は別として、現在も問題になるような論点に関わることと言えば、議院内閣制の問題です。国家作用論、あるいは統治機構論の一つの問題として、大統領制にするか、それとも議院内閣制にするかという問い掛けがあります。この点も、国民と議会との関係を探ねるときに代表民主制かどうかという議論をしますが、今度は成り立った議会と政府との関係を論ずるときに、大統領制か議院内閣制かという議論をします。日本ではこの区別が曖昧で、何を問題とするかというのが甘い議論がたくさんありますが、ヨーロッパの体系書を見ると、明晰に分けて議論されています。そういう意味で、ここでは、議会と政府との関係という古典的な論点に焦点を当てます。

わが国はイギリス式の議院内閣制を採用していると一般に言われ、多くの教科書にもそう書いてあります。しかし、本当はイギリス式ではありません。しかも、その運用の実際はイギリスとは大きく異なっているということを理解する必要があります。以下にその点を詳しく検討してみましょう。

まず、細かく憲法典の条文レベルで言うと、違う点が二つあります。イギリスの議院内閣制は、まずすべての大臣が議員でなければいけません。もちろん、いわゆる民間人を登用することはできますが、補欠選挙などがあった場合に、すぐに選挙に出させます。取りあえず選挙の洗礼を経た者が大臣のポストに就きます。日本の場合には、例えば、民主党政権時代に森本敏さんは防衛大臣に就任されましたが、防衛問題という重要ポストに選挙の洗礼を経していない人が就くというのは、イギリス式の議院内閣制ではあり得ません。森本さんは個人的には立派な方だと思いますが、ことは政治責任という問題ですから、選挙の洗礼を経た人になるのが当たり前の話ですが、民主党の中でその適任者がいないのか、貧乏くじを引きたくなかったのか、森本さんに頼んだというのが実情でしょう。それを引き受けることは、もちろん国民全体のためにいいのかもしれませんが、あの時におかしいではないかと違和感を持った方がずいぶんいました。つまり、民間人を登用するのは結構ですが、そういうポストに選挙

の洗礼を経ていない人を就けるということは、全体の政治責任の問題からするとおかしいではないかという、原理的な批判が当然可能で、私もその一人の論者です。イギリスでは大臣になる人は、みんな国会議員でなければいけません。選挙の洗礼を経た者になるものであり、民間人になることはありません。日本の内閣の制度は、憲法68条の規定から、憲法上、ぎりぎり半数までは国会議員でなくてもいいということになっていますから、イギリス式とはベクトルがまったく逆です。どちらかという、内閣総理大臣は大臣の自由な任用ができるという話なので、アメリカの大統領的な要素を持っている部分があります。そういう無意味で、議院内閣制はイギリス式だと言われると、明らかに違うというのが第1点です。

もう一つは、イギリスでは首相の指名は国会でやりません。上院議員は現在750人強いますが、一代貴族がほとんどなので、選ばれていません。ですから、いわゆる庶民院、下院だけを国民は選びます。そこで指名の議決をするわけはありません。多数派の代表だと目される人をエリザベス女王が呼んで、組閣を命じておしまいです。ですから、議会の代表、多数派がどれか分からないときが1950年代にありましたが、そういう時は女王（国王）の選択権が働くことがあります。日本ではそれはあり得ないでしょう。議会で首相指名選挙をするわけですから。しかも、それは衆参両院の権限として、いずれも首相指名権があるという話ですから、ややこしくなるわけで、参議院にも大臣のポストをという話と結び付くわけでしょう。そういう点でも、ミクロ的に見た場合、まずイギリス式とはまったく違います。

次に、マクロ的に見ると、「運用への懷疑」と書いてありますが、その点でもイギリスとは大きく違っているというのが二つの点です。一つは、資料の「内閣提出の法律案・条約案と政令制定件数」に関連しています。というのは、日本の場合は二院制・両院制をとっていて、しかもそれぞれ直接選挙で選ぶ仕組みになっているので、国政選挙の影響が大きいわけです。ドイツ連邦議会は

ほとんど一院制で、下院議員の選挙しかやりません。イギリスも庶民院、下院議員の選挙しかやりません。フランスは、上下両院があり、選挙をしますが、上院は間接選挙なので、直接選挙で選ばれるわけではありません。イタリアの上院は下院の半分ほどの議員を持ちますが、権限はほぼ対等で、下院も上院も解散するというスタイルをとっていて、国政がなかなか動かないという憾みがあります。そこで、今、憲法改正のさなかにあります。

今の点から見ると、イギリスの下院議員は5年任期です。しかも数年前に議会任期固定法という法律が定められて——これがいいか悪いかは難しい問題です——とにかく任期満了まで職務をまっとうするというのが大原則です。解散というのは、内閣でいわば議員の首を切って無職にするわけですから、そんなものが首相の専権事項で自由にやってくださいという話には本当はならない。解散は強力なかみそりのようなものです。そんなかみそりを自由に使ってもいい、憲法上制約はないという議論は、それとして解りますが、めったやたらに使うものではないので、国政選挙——上院選挙はない——5年か4年に一度しかないわけです。ですから、投票率も高くなります。

日本の場合、国政選挙は、例えば参議院議員の選挙の結果によって内閣が動揺する例はたくさんあります。直接選挙だから影響が大きいのです。それは具体的に調べると分かりますが、ここでの資料を用いて言うと、四角で囲んで網掛けにしているのが衆議院議員の総選挙で、普通の字体で書いてある囲みが参議院の通常選挙ですが、参議院は3年に1度必ず通常選挙があります。総選挙は、2000年から数えても十数回やっているでしょう。戦後、日本国憲法が施行されてから今まで、両院を合わせて大体1年7カ月ごとに選挙をやっています。衆議院議員の選挙のほか参議院の選挙をやりますが、そのたびに政権が脅かされます。ですから、安定政権と言葉では言いますが、まったく怪しい話で、政権は常に選挙に脅かされるという運用になっていますから、思い切った政策はとれません。例えば、社会保障関係費を削ると言うと票が入らない、

税金を上げると言うと同じように票が入らないわけで、今回は増税は延ばしますと言ったら票が入るとい話に結び付くわけです。頻繁な国政選挙は明らかに政権の安定をもたらしません。そういう意味で通常の議院内閣制の運営とはずいぶん違うというのが、第1点です。

もう一つは、「与党の事前審査」ということです。自民政権ならば自民党、民主党政権ならば民主党という与党の中で事前審査をほとんどやってしまうので、表向きの国会ではほとんど審議はやらないというのが、現在は普通の状態になっています。だから、国会審議の形骸化に密接に結び付きます。では、同じ議院内閣制をとっているからイギリスもそうしているかということ、基本的にはやっていません。フランスも議院内閣制と大統領制の混交形態ですが、やっていませんし、ドイツでもそんな運営はやりません。

現在、学習院大学の政治学者、野中尚人教授などと研究会をやっていますが、この間も、なぜ同じ議院内閣制の国なのに、日本だけあって向こうはないのだろう、その根本的な原因は何だろうという話になりました。私は、答えとして、結局のところ、立法期の問題になるのではないかとつぶやきましたが、要するに日本では議案審議が短期決戦なのです。というのも、外国はすべて立法期という制度をとっていますから、4年間は議案をずっと継続しますが、日本はその4年間あるいは3年の任期をさらに細分化した会期制をとっています。その短い会期中で、全部案件を処理しなければいけないので、短期決戦をやるために議会で悠長なことをやられていけないわけで、そうすると、事前に与党で官僚も取り込んで審査をして、議会に出したら、あとは通すだけというようにしますし、野党も日程闘争でやります。こういう立法期の制度が関連しているのではないかという話をしたのですが、そのようなことが考えられます。

ですから、同じ議院内閣制といっても、動き方が全然違います。先ほどミクロ的に憲法の条文に即して申しましたが、マクロ的にもそんなに違うわけです。そうすると、イギリス式のモデルで議会制度を進めよう、運営を進めよ

うといって、小沢一郎という政治家などは頑張っておられた時期がありましたが、前提がまったく違います。では立法期の制度にすぐ変えれば良いと思うかもしれませんが、憲法を改正しないといけない部分もあります。単なる国会法の改正では済まないところがあるので、実は大問題に発展します。そうすると、現状でいいではないかという意見の方が大勢を占めて、ずっとそれできています。その意味で、やはりもう一度問い直す統治機構論が必要ではないかということで、「再生」という言葉を用いました。

ここで注意したいことは、今、改善を要するというを中心に申し上げましたが、もっとここで強調したいことは次の点です。すなわち、このような議院内閣制の運用を見つめる目の問題です。単に憲法の規定だけでなく、広く国政全体の在り方について一定の見識を持たなければいけない。それを持てば、比較法的に外国ではどう運用されているか、その前提は何かという議論に発展していきます。そういう意味で、条文そのもの解釈というよりも、国政全体のあり方について、一定の見識を持つことが必要になります。その意味でも、憲法を見る目はかなり広がりを持っていなければいけないという話になるので、従来の憲法解釈論では必ずしも立ちゆかないところがたくさん出てくるということになります。

### 3-3. 地方自治論への新視点

一方、地方自治に目を向けてみると、道州制論などは盛んに行われてきましたから、その主な論点をご承知だと思います。基本的に言うと、先ほど言った基礎自治体をなす1,718の市町村は残して、その上の包括的な広域自治体をなくし、より広い範囲で自治体を見直そうということです。このような都道府県を廃止して道州制にしようということは盛んに議論されてきました。今は少し下火になったと思いますが、私も自民党の本部に呼ばれて具体的な案について問われたことがあります。



しかし、今は、道州制論があまりうまく展開しないのか、あるいは線引きが難しいということがあるのか、少し下火になっているように思います。線引きの難しさは、北海道、四国、九州はそれで完結ですが、例えば、三重県の人の意識として、中京に属するのか近畿圏に属するのか、その帰属意識は微妙で、このような地続きのところが問題です。また、地方自治については、税源移譲と権限移譲の問題があります。いわゆる権限移譲論は、そこにまず収入分を渡す税源移譲をしないと、進みませんが、そういういろいろな論点が扱われてきたことはご承知のことと思いますので、ここでは扱いません。先ほど地方自治論でほとんど議論の対象とならなかった論点、すなわち地方自治体の墓地提供義務という問題についてのみ、ここでは中心的に話をします。

そのために「墓地の種類と使用権」という資料を用意してきましたので、ご覧いただきたいと思います。ベルリンは、ドイツの16の州（land）の中の一つですが、それ自体が独立の国です。「州＝自治体」と書いているのは、その意味です。パリはもちろん自治体の一つですが、ウィーンも微妙で、一つの国でもあるし、自治体でもあるという構造です。京都と並べるとほぼ同じ人口規模をもつのがドイツの中のミュンヘンですが、パリと同じ人口規模をもつのは名古屋です。

そういうことを前提にお話すると、ドイツにしろ、オーストリアにしろ、フランスにしろ、すべて自治体が多く墓地を持っています。バイエルン州では、憲法の明文で、墓地を住民に提供する義務があるということを書いています。イタリアでも同じです。われわれは、市営墓地もちろんありますが、すぐに寺院墓地のようなものが念頭にあって、一度買ったら、その墓地の区画はずっと自分のものとして使えると思っていますが、ヨーロッパの市営墓地はそんなことはありません。資料に「使用権の種類」と書いてありますが、大体10年、20年、30年で期限が切れることになっています。なぜならば、もともと行政法的に言うとか公物ですから、永久に一つの家族が使えることはあり得ませ

ん。期限を区切って貸す。特定の使用权の設定をするというだけの話です。

ここで注目したいのは、例えば名古屋とパリ、あるいは京都とミュンヘンを比べてみると、名古屋の人口とほぼ同じなのはパリです。しかし、名古屋では市の墓地は15しかありませんが、パリでは20ほどあります。宗派墓地として伝統的なカトリックやプロテスタントの墓もありますが、市が主体になって市民に墓地を提供します。人口350万人というベルリンは、多分横浜と同じぐらいなので、横浜と比べると分かると思いますが、当然に一定の期限付きですし、根拠法規もあります。

さらに面白いのは、主管する部局です。日本の場合、墓地は、墓地埋葬法という特殊な法律があり、厚生労働省の管轄です。ですから、すべて公衆衛生問題としてそこが担当します。ところが、ベルリンを見ていただくと分かりますが、これは都市計画の問題ですし、ウィーンの場合には文化局の問題です。ここでは、墓地という公園を造るわけで、そこにみんな平等に納まることとなります。日本の場合は、寺院で立派な墓地を持っている方は、そのファミリーで立派な大きい墓を持つという構造になっています。

かつ、ヨーロッパの場合には土葬ですから、棺に入れて埋めるわけですが、日本の場合は、亡くなった方のうち99.9567%が火葬です。おととしの実績で言うと、土葬は都会ではありませんが、田舎ではまだ一部あって570人ぐらいが土葬になっています。ですから、日本の火葬率は100%に近く、世界では異常な高率です。ヨーロッパでみると、イタリアの火葬率は13%、フランスとオーストリアは30%くらいで、イギリスは73%とちょっと高くなっています。他の国は土葬が基本でからもっと低いわけですが、だから、公衆衛生の問題が発生します。すなわち、亡くなると腐乱状態になるので、例えばいろいろなものが井戸に入ってくるとまずいこととなりますから、公衆衛生の問題になるのですが、日本のようにほとんど火葬だと、基本的には公衆衛生の問題はありません。そういう点も考えると、パリのように緑地環境局で所管するということもあり

えます。日本のように、例えば名古屋や京都で分かるように、衛生局で担当するのが当たり前という感覚ではありません。日本は衛生局で担当しながら、基本的に衛生問題はありません。そこに大きなずれがあります。

そのことも問題ですが、ここでは墓地提供義務が自治体にあるということを知覚した上で、自治体でその事業を進めるかということ、かなりおっくうなのです。つまり、市の墓地というのは、例えば京都の場合は人口が147万人いますが、市営墓地は6か所しかありません。年々亡くなる人もたくさんいらっしゃいますが、それがすべて市営墓地に納まるかということ、そんなことはありません。そもそも墓地の募集がありません。無縁墓地になったら完全に撤去することができますが、そのための手続きは墓地改葬手続といって、まずは権利者を探さなければいけません。権利者がいれば、その人の承諾を必要としますので、官報に墓地改葬公告を出して、この墓地はやがてすべて取っ払って共同墓地の方に移すということを官報で明記した上で、誰も異議申立がないとなったら初めてできるという制度なので、かなり時間がかかります。

そうすると、かなり多くの方が亡くなる都市でも、市営墓地の用意ができません。例えば京都市でも市営墓地の募集は毎年しませんで、何年かに1度、例えば23基分募集するということから、申し込みが殺到し、数十倍という状況になるのです。そこに自治体が墓地を提供する義務があるという感覚はありません。明治以来、日本はヨーロッパに追い付け、学びということをやってきたように思いますが、この点ではまったく見習ってはいません。

それはともかく、なぜ墓地を自治体が提供する義務があるかということ、亡くなったらみな同じで、弔う人は誰もいないという話ではなくて、市が責任を持って墓地を提供します。何のためかといったら、死者の尊厳を守るためです。どこかの裏山に放っておいてもいいという話ではありません。モーツァルトでも誰でも、みんな亡くなったら同じで、それは、死者に対して対等に尊厳を払うことが大事だということです。

この死者の尊厳という考え方は、死者自体の尊厳のように思われますが、実は、われわれ生者の、死者に対する態度や姿勢を表すものです。したがって、それはわれわれ自身の問題で、生者の姿勢、態度を映す鏡が、自治体の墓地提供の義務という問題と関連していて、そのことをわれわれは死者の尊厳と言いつつ習わしているだけの話です。つまり、死者の尊厳を語るということは、人間の尊厳を語ることと同じです。そこで、次に人権や基本権の問題に移ります。

## 4. 基本権保障と「人権擁護」とのあいだ

### 4-1. 古典的な「人権保障」論（人権世代論も含む）

古典的な人権保障論は、あくまでも個人や団体と公権力との関係を問題にします。分かりやすい例で言うと、私人と公務員との関係で意味をもつものということができます。憲法上保障された権利ということで、基本権(Grundrechte)という言葉を使うことがあります。これは、ワイマール時代のカール・シュミットが使ったような基本権というものとは意味が違います。

そうすると、例えばAさんとBさん、あるいはAさんがBの会社に入ったというような、いわば民・民の関係はどうするかといえば、伝統的には今言った基本権の立場から見ると、憲法の権利規定の適用の問題ではないので、しばしば私人と私人との関係については、憲法の規定を間接的に及ぼすのだという、間接的な効力説というもの何となく通説的に語られた時代があります。これは一定の前提を置くと、そうならざるを得ないという話です。別の見方をすると、例えば私人と私人との関係を規律する基本的なものは民法なので、民法の規定を憲法に適応するように解釈するのだから、民法規定の合憲的な解釈と再構成することも可能です。

その点は措くとして、古典的には個人ないしは団体と公権力との関係が憲法による基本権保障の本来の意味であるということは、ほぼ定説的に言われてき

ました。レジュメに人権世代論と書いてありますが、この第1世代というのは、例えば自由権と平等を保障するというもの、第2世代はいわゆる生存権や社会権を含むもの、そして第3世代はフランスなど国際人権論の話ではよく出てきますが、例えば環境の問題、あるいは社会的な連帯に基づくさまざまな義務や権限の話を行うことがあります。それらを含めて民・民の関係ではなく、公権力とわれわれというのが、憲法による権利保障の基本です。

#### 4-2. 新たな「人権擁護」論

それに対して、新たな人権擁護論以下の政府の関係施策は、まったく別の方向に走り出しています。これについては、法務省の人権侵犯事件を資料として見てください。表の方を見ると判りますように、1年間で大体2万2,000件の人権侵犯事件を、法務省が認知件数として調べています。法務省には人権擁護局がありますが、全国の高等裁判所があるところには法務局があり、その下に地方法務局があります。全国8カ所ある法務局の中には、人権擁護部があります。そういうところで人権相談員などに正式に相談をして、それを取り上げて調査をした件数がこれですから、隠れている人権問題はもっとたくさんあると考えた方がいいと思います。

では、これがすべて、われわれが先ほどから議論している基本権侵害あるいは憲法違反の問題かということ、違うわけですね。もちろん、公務員や刑務職員が関係していれば、明らかに憲法問題です。個人と公権力との関係だからです。しかし、法務省の人権侵犯事件で挙げられているそれ以外のもの、例えば差別待遇やプライバシー関係、住居生活の安全や学校におけるいじめといった問題は、基本は子供と子供、生徒と生徒、児童と児童との関係でしょう。そこに公立学校の先生が関係していれば、憲法問題になりえますが、そうでない限り個人と個人の問題なので、基本は憲法問題そのものではないはずです。しかし、それを含めて人権侵犯事件として法務省では調べています。そのための根

扱規定は何かというと、平成16年の法務省訓令第2号としての「人権侵犯事件調査処理規程」というものです。これは、もちろん、小さな六法には載っていませんし、大六法にも載っていないのではないのでしょうか。これを調べると分かりますが、当然、それは、法律ではないので、人に強制的に義務付けるわけにはいきません。「相談があったので、ちょっと来てください」「話を聞かせてください」ということは、本人が同意すればできますが、無理やり身体を拘束して調べることなど不可能です。

その具体的な内容をご覧になるとよく分かりますが、広く人権侵犯事件統計資料というものがあります。新しく受けたものと、1年前から受けているものを合わせると総数になりますが、これが2万3,593件あります。その内訳をみると、公務員等の職務執行に関する人権侵犯事件というものがありますが、まさしくこれは憲法問題となります。しかし、それは7,534件にすぎません。これに対して、私人等に関する人権侵犯事件、私人と私人との関係で生じたものは1万6,000件余りですから、広く人権侵犯事件と言われる総件数の68%は、基本的には私人の関係で、憲法の基本権規定の直接適用という問題ではないわけです。大半がそうなのに、法務省としては全体として人権侵犯事件と扱っているので、われわれが専門的に憲法で勉強していることと違うかたちで動いているのです。

#### 4-3. 政府の「人権擁護」関係施策

さらに政府は、実は、その線に沿って、関係施策を進めてきたというのが実情です。その一つは、人権擁護施策推進法（平成8年法律第120号。平成14年3月5日失効）という全5カ条ぐらいの短い法律ができました。それから、人権教育・啓発推進法に移りました。その背景には、国連での「人権教育のための国連10年」という決議があり、それを受けて国内的にも措置をしようということで、行動計画まで作られました。人権擁護施策推進法は平成8年にできまし

たが、時限立法でしたから、平成14年3月に期限切れで失効しました。

その法律で作られたのが、人権擁護推進審議会です。その成果もまとめて、議員立法で新しく作られたものが、先ほど述べた人権教育・啓発推進法（平成12年法律第147号）です。正確に言うと、「人権教育及び人権啓発の推進に関する法律」ですが、そのために人権の啓発などに関する基本計画が政府で閣議決定されました。

ところが、奇妙なことに、今言った人権擁護法関係のものの中で、では人権をどう捉えているかということは、われわれとしては気になります。憲法で定められた、公権力との関係での権利保障規定を、われわれは基本的人権と言い、それに関わる問題を人権問題と言ってきましたが、それと同じかという、法律では何も書いていません。

しかし、平成14（2002）年に閣議決定があり、その「人権教育啓発に関する基本計画」の中で、わずかに人権とは何かということが書いてあります。それを引用すると、「人間の尊厳に基づいて、各人が持っている固有の権利であり、社会を構成する全ての人々が個人としての生存と自由を確保し、社会において幸福な生活を営むために欠かすことのできない権利」というものです。ここには、公権力が相手だということは何も書いていませんから、誰との関係でも起り得る話です。皆さん同士がこれを尊重し、幸福な生計を営むために守らなければいけない権利だと想定されています。ですから、家庭の中でも学校でも、私立学校の中でもどこでも起り得るわけで、人権問題の範囲はぐんと広がってしまいます。そうすると、例えば、私と報道機関との間、犯罪の加害者と被害者との間にメディアスクラムで押し掛けますが、あれも人権問題なのです。

そのことを問題として取り上げるのが、「人権擁護法案の行方」というところからです。先ほど述べた意味での人権擁護のための具体的な措置を盛り込んだものが、2002年から始まり、2012年までの10年間に3件ほど国会に出されました。

基本的には、先ほど述べたように強制力が本来なかった法務省の訓令に対して、強制力を与えようというもので、内容はかなり似ています。というのも、委員や職員が立ち入り、検査、質問とかたちで強制調査をすることのできる人権委員会——これは国家行政組織法第3条に定める独立行政委員会になります——を法務省の中に設ける、法務大臣の下に設けるといふものだからです。強制調査なので、拒否したり違反したりすると、罰則が科されます。これが特徴的ですが、元をたどれば国連の決議に基づくものでありまして、一連の政府の動きが駄目だと批判しているわけではありません。ここで注意したいことは、われわれが考えてきた憲法上の人権問題、憲法問題としての基本権の問題、つまり基本的人権の侵害とか破壊とかの問題とは違うところで「人権」擁護が語られている、という事実を知っておく必要があるということです。

その中で大きな論点になったのは、その人権擁護法案によれば、報道機関による取材活動も当然に規制対象になるということです。それもあろう人権侵害の一つとなっていて、要件に当てはまると罰則付きです。なお、事業主と労働者との関係については、「労働関係特別人権侵害問題」という特例が設けられ、今度は、独立行政委員会として想定されていた人権委員会ではなく、厚生労働省大臣がじかに強制力を発揮できるという仕組みになっています。要するに、普通の労働関係の場合、労働者と事業主との間に「人権」侵犯事件があったら、特別人権侵害問題として厚生労働大臣が直接強制力を発揮できるということで、これが船員の場合には、国土交通大臣がそのような特別救済措置を講ずることができる法案化されています。

さて、そのような人権擁護関係の法案ですが、これには、先ほど述べましたように、2002年に内閣が提出した「人権擁護法案」、それが廃案になった後、2005年に民主党から提出された「人権被害救済法案」、これも廃案になったので再度内閣から2012年に提出された「人権委員会設置法案」の3つがあります。しかし、そのたびに強い批判を浴び、廃案になり、内容的にも大きく縮減され



できました。最初の内容は、先ほど紹介しましたようになりかなり範囲が広く、特に報道機関にとっては、取材に行っただけで特別人権侵害問題になりうるということですから、とんでもない話だということになります。ですから、2012年の人権委員会設置法案は組織的な規定に絞り込み、狭くまとまって、報道機関は要するに自主規制をしてくださいとしか書いていません。その意味では、報道機関にとっては結構なことですが、すべて廃案になっているので、国連決議に基づいた具体的な法律になるかどうか、依然として分かりません。しかも、今回のように解散になると、大事な中身の法案であっても、不意打ちですべてが廃案になってしまいます。現に人権委員会設置法案は、まさしく2年前の11月で廃案になりました。

いずれにしても、一連のこのような人権擁護法案の行方や内容を見ると、伝統的な憲法では必ずしも正面から取り扱わなかった問題に対する取り組みが求められていることは事実です。したがって、憲法学としては、あらためて人権とは何であるかを考えさせられますし、広く人権と言われるものの中で、基本権、つまり憲法上規定された人権であって、公権力とわれわれとの関係を規律する部分だけを特別扱いにするということの意味について、もう一度考え直す必要が出てきます。現に学校現場では——私は福岡県の高校の校長先生方を相手に話をしたことがあります——親御さんたちが「これは人権問題だ」と怒鳴ってくる、「人権問題だから憲法問題だと言って、目の前で罵倒されるという場面があって、大変困る」とおっしゃっていました。私は、「それは広い意味で人権問題であるかもしれませんが、憲法問題ではありません」と言って一応なだめましたが、人権の観念にずれがあってなかなか収まりません。むしろ、先ほどみたような政府のやり方が一方的に悪いとも思えません。むしろ、それをも取り込んだ人権論、基本権論を考える必要があるのではないかと、現在考えているところです。

## 5. おわりに

以上、いろいろなことを申し上げましたが、要するに、憲法、あるいは憲法学で取り扱うべきことからの範囲は、憲法というものをどうイメージするかによってだいぶ変わってくるだろうということが大きなポイントです。この点からすると、単なる憲法典の条文解釈にとどまるような従来の憲法論は、その範囲を広げる必要があるかもしれません。逆に言うと、すべての問題がいわゆる人権問題になっても困るわけですし、あらためて限定する必要に迫られるかもしれません。ですから、根本的に考え直す必要があるのではないかと思います。

本日はさまざまなことを申しましたが、法科大学院主催の講演会として、その趣旨にはどうも合わなかったというのが実感でして、甚だ心もとないものがあります。しかし、従来の法科大学院では、必ずしも適切に位置付けられなかったような問題に少しでも関心を持っていただき、それを考える一つの契機になれば、私としてはこれに過ぎる幸いはありません。

以上で私の話を終わります。大変長丁場になり、ご迷惑をかけましたが、これで閉じさせていただきます。ご清聴ありがとうございました。