

## 日本「公法=政治社会」の現代的展開とその展望 The outlook and modern development of Japan “public law”

趙元濟\*  
Jo, Won-je

### 目 次

- 一 はじめに ~日本の現況
- 二 安倍政権における具体的な変化
- 三 日本国憲法改正の論議とその手法
- 四 安全保障のための新たな制度構築
- 五 日本における客観訴訟の現状と韓国の憲法裁判所
- 六 おわりに

### 국문초록

현재 일본의 정치 사회는 크게 바뀌려 하고 있다. 그 하나는 현행 헌법의 개정 논의에서 볼 수 있다. 전쟁 포기 (헌법 9조 1항)와 전력 불 보유 (동조 2항)를 정하고 있는 헌법 제9조의 개정이 논의되고 있으며, 또한 헌법 개정의 방법을 둘러싸고 큰 논쟁이 있다. 이러한 헌법 개정을 포함한 정치 사회의 변화는 결국 직접 민주주의의 방법으로 국민의 정치적 선택에 맡길 문제이지만, 拙稿는 현재의 일본 정치 사회의 변화, 개헌 논의 및 최근에 제정된 특정 비밀 보호에 관한 법 등을 소재로 해서 이러한 변화의 배경과 그 구체적인 내용을 소개하면서 그 문제점을 考究하는데 있다. 이를 통해 사익 (개인의 자유

논문접수일 : 2014.03.26

심사완료일 : 2014.04.30

게재확정일 : 2014.05.01

\* 法学博士・駒沢大学法学専門大学院 教授

와 권리)을 보장하면서, 공익과 사익의 충돌이 있을 경우에 이를 조정하기 위해서 공익 보호를 규정하고 있는 「공법」과 일본 사회가 어떻게 변해 갈 것인지 대해서 개괄적인 전망을 하고자 한다.

**주제어** : 평화헌법, 헌법개정, 객관소송, 집단적 자위권, 안전보장

## —はじめに～日本の現況

日本における戦後レジームの1つは、自由民主主義とともに、国際紛争を解決する手段としての戦争放棄（憲法9條1項）と戦力不保持（同條2項）で表れる「平和主義」を挙げることができる。平和主義の具体的な証左としては、集团的自衛権行使の否定、武器輸出三原則、自衛隊海外派遣の禁止をあげることができよう。ところが、現在における自民党・安倍政権のとる武器輸出三原則の見直し、必要最小限の自衛から集团的自衛権行使への容認、憲法改正などといった一連の行爲が現實化されると、以上の戦後レジームは、大きく変貌するのではないかと思われよう。この変貌とともに、安倍首相がA級戦犯の祭られている靖國神社に参拝したこと等に垣間見るような現政権の歴史認識が中國・日本・韓國といった三國の關係を戦後最悪の狀況に至らしめているのも事實であろう。

私の恩師である故室井力は、國などの行政活動の掲げる公益が「それに對立する私人の自由と權利という個々の利益（＝私益）を壓倒することを合理化する傾向がある」（傍点筆者）という現状認識の下で、「公益」ないし「公共性」といった多義的不確定概念の具体的内容の分析・検討とそれによって正当づけられる行政活動の特殊性を、それぞれの行政領域において分析・検討することの必要性を強調した(1)。その成果として、先生を含め多くの研究者によって「公共性」の分析が行なわれてきた(2)。

公益論争の最近の事例の1つとしては、國歌齊唱行爲や伴奏行爲をすることが自らの歴史觀ないし世界觀等に反するため、これらの自らの歴史觀ないし世

界観等に由来する外部的行動としての不起立・退席等をするという個人の自由権の保障と、これに對して公益保護を理由とする規制として、国歌斉唱の際に起立斉唱行為や伴奏行為をすることを求める職務命令の發動と職務命令違反に對する懲戒處分等をするという行政権限の行使との對峙を擧げることができよう。職務命令と懲戒處分が自由権の侵害にならず、正当なものであるためには、同自由権の侵害を優越するものとして守るべき公益が必要であるのはいうまでもない。言い換えれば、一部教員の不起立・退席等という個人の自由を許容した場合に、これらによって如何なる公益、いわゆる如何なる不特定多數の具体的な利益が侵害されているか（あるいは、されることになるのか）、一例として生徒らの成長過程において如何なる不利益や影響がもたらされているのか（あるいは、もたらされることになるのか）どうかについての實証的な分析検討が必要であると思われる(3)。

以上の事案に對しては、日本の最高裁は、公立高等學校等の教職員が卒業式等の式典における国歌斉唱時の起立斉唱等に係る職務命令の違反を理由とする懲戒處分の差止めを求める訴えについて行政事件訴訟法37條の4第1項所定の「重大な損害を生ずるおそれ」があるとしつつ、また、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えについては、行政處分以外の處遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律關係に關する確認の訴えとして、その目的に即した有効適切な争訟方法であるということができるとし、確認の利益を肯定しつつも、本件職務命令が違憲無効ではないことを理由に、原告のいずれの請求を棄却している(4)。

以上の判決は、その一例に過ぎないが、公益性に關する具体的・實証的分析検討が行われることなく、「私益を壓倒する公益の現状」を示すものといつてよい。2012年12月26日發足の第2次安倍政権は、すでに教科書作成や授業内容の指針になる學習指導要綱を改定し、道徳教育を教科とし、同教育の強化を図ったし、韓國との間に獨島（日本名称；竹島）をめぐる主張の相違があるという従來の記述を、「韓國によって不法に占據されている」に改訂し、また、「尖閣諸島については、我が國の固有の領土であり、また現に我が國がこれを有効に支配し ており、解決すべき領有權の問題は存在していない」という

部分を新たに挿入した。さらに、同政権は、政治からの中立性を確保することを目的としてきた現行の教育委員会制を廃止し、その権限を地方公共団体の長に移すなどによって政治主導の教育改革を行うと標榜し、このための関連法改正案を國會提出する構えである。

本稿では、以上のような公益性の「實態」を念頭においつつ、安倍政権の提唱する武器輸出三原則の見直し、集団的自衛権行使の容認、憲法改正などといった一連の行爲の具体的な内容を紹介しつつ、これらの一連の行爲によって日本の公法ないし政治社會は、戦後から今日までに培われた日本の平和主義から如何なる変化を遂げることになるかについて、その展望を試みる。その上、行政活動の適法性の維持などの客觀的な法秩序の維持または一般公共の利益などの確定を目的とする客觀訴訟の現状を一瞥し、日本「公法」の現代的展開について、大雑把かつ雑駁に展望してみる。これらの展望が未來志向の自由・開達の社會づくりに少しでも貢獻できれば幸いである。

## 二 安倍政権における具体的な変化

### (1) 武器輸出三原則の見直し

武器輸出三原則とは、1967年に当時の佐藤榮作内閣が①共產國、②國連安保理決議で武器輸出が禁止されている國、③紛争当事國やその恐れのある國に輸出を禁じたのが始まりである。1979年の三木武夫内閣は、「武器輸出に関する政府統一見解」を公表し、これによってすべての國への禁輸を決めた。これ以降の歴代政権は「武器輸出三原則等」として、これを堅持してきた。その例外としては、兵器の共同開發が世界的に主流になりつつあることなどから、1983年の中曾根政権における「對米武器技術供与についての内閣官房長官談話」以降、アメリカへの武器技術供与ないし武器輸出は認められている。そのほかに、テロ・海賊対策の場合は例外とされている。規制對象品目は、外國爲替及び外國貿易法と輸出貿易管理令によって定められている。違反に對する罰則

は、同法によって5年以下の懲役と科料である。1987年の東芝機械ココム違反事件では、取引額が40億円を超えていたが、裁判では200万円の罰金と逮捕された社員への執行猶予付きの判決がある(5)。

ところが、安倍内閣は、2013年12月17日に「防衛計画の大綱（防衛大綱）」など中長期の安全保障の基本方針を閣議決定し、中国の海洋進出をにらみ、陸海空の自衛隊の一体運用と機動力強化を一段と鮮明にするとともに、その裏付けとして今後5年間の防衛費を増額するとし、さらに武器輸出三原則等について、三原則の撤廃を含めた根本的な見直しに着手している。同見直しによって一部の例外を除いて禁じてきた防衛装備品の輸出や他国との共同開発に道を開くことになる。実際に、安倍政権は、2013年12月23日に内戦の危機にある南スーダンでの国連平和維持活動（PKO）で、陸上自衛隊の弾薬1万發を現地で活動する国連南スーダン派遣団（UNMISS）を通じ、韓国軍に無償譲渡する方針を閣議決定した。日本の弾薬が国連や他国に譲渡されるのは初めてで、武器輸出を原則禁じた武器輸出三原則の例外がさらに拡大されることになった。今回の安倍内閣の決定は、これまでの政府の正式な見解が仮に国連から提供要請があっても断るというものであったことからすれば、PKOにおける従来政府の見解を抜本的に見直すものであった。

以上の弾薬譲渡に對しては、國會にもかけず、閣議決定だけで、政府の判断で勝手に武器輸出三原則等を踏みにじるものとして、安倍政権は「積極的平和主義」という名の下に、海外で戦争できる國づくりへの危険な一步を踏み出したとの批判（市田忠義・共産党書記局長）がある(6)。同様に、閣議決定による弾薬譲渡は、武器輸出禁止三原則等をなし崩し的に形骸化させるものであるとして極めて問題であるとの批判もなされていた（吉田忠智・社民党党首）(7)。

やがて、安部政権は、2014年4月1日に武器輸出三原則等に代わる「防衛装備移轉三原則」を閣議決定した。同三原則は、（1）国連安保理決議の違反國や紛争当事國には移轉しないこと、（2）平和貢献・國際協力の積極推進や我（わ）が國の安全保障に資する場合に限定し移轉を認め、透明性を確保しつつ厳格審査を行なうこと、（3）目的外使用および第三國移轉について適正管理が確保される場合に限定すること、という三本柱で構成されている。

## (2) 集团的自衛權行使の容認

集团的自衛權の行使については、これまでの政府解釋によると、「自國と密接な關係にある外國に對する武力攻撃を、自國が直接攻撃されていないにもかかわらず、實力をもって阻止する權利」であるとされてきた。これまで政府は、憲法第9條の下において許容されている自衛權の行使は、我が國を防衛するため必要最小限度の範囲にとどまるべきものであると解しており、集团的自衛權を行使することは、その範囲を超えるものであって、憲法上許されないとしてきた。

ところが、安倍政權は、從來の憲法解釋を変更して集团的自衛權の行使を容認しようとする方針を打ち出している。從來、憲法解釋上禁じられてきた集团的自衛權行使が、憲法改正によらず、憲法解釋の変更によって容認されることになれば、同容認に関わる一切の行政活動に對しては、司法統制はもちろんのこと、民主的統制にも服することもなく、政權与党の閣議決定のみによって國の根幹に係る方向性が決まってしまうようになる（この点については、さらに後述する。）。以上の点から、集团的自衛權行使の容認に對しては、閣議決定による憲法解釋変更ではなく、憲法改正手續によるべきであるという根強い反對意見がある。

## (3) 自衛隊の海外派遣

自衛隊の海外派遣については、安倍政權ではなく、すでに1992年に制定された國際連合平和維持活動等に對する協力に關する法律（PKO法）がこれを可能にした。PKO法に基づくものとして、カンボジアへの自衛隊派遣（1992年9月～1993年9月）を最初として、現在、ゴラン高原（1996年2月から）、ネパール（2007年3月から）およびスーダン（2008年10月から）に自衛隊を派遣しており、そのほかに國際的人道救援活動の一環として自衛隊を海外に派遣してきた。

これまで、日本が米國のベトナム戦争などに自衛隊を派遣せず、自國の自衛隊隊員を死なせなかったのは、現行憲法の掲げる平和主義の故によるものであ

る。だが、自國を防衛するための必要最小限の範囲における自衛権の行使から集団的自衛権行使への容認が現實化されることになれば、自衛隊の海外派遣は、PKO法の枠を超え、同盟國との集団的自衛権行使の下で確實にその範囲を広げることになろう。

#### (4) 小括

以上にみるように、日本の「平和主義」は、これまでの東アジアにおける一定の秩序維持にそれなりの役割を果たしてきたと評されよう。しかしながら、冷戦構造の崩壊後、日本の経済不況などによる社会経済の沈滞化と相まって、平和主義では、自國を守れないという主張が盛んに行われる中で、1992年成立のPKO法による自衛隊海外派遣から始まって、そして最近における集団的自衛権行使の否定から容認への動き、武器輸出三原則の大幅な見直し、さらに現在の平和憲法の改正論議などの主張がより力を増してきた。これらは、現在の日本における右翼化への傾向としても受け止められる。だが、これらの現象は、現在の自民党・安倍政権を支持する右傾化の特有現象として理解されるべきなのか、どの程度の國民によって支持されているかどうか(8)、あるいは如何なる理由で支持されているについての精査が必要であるのは、いうまでもない。雑駁にいうと、現在の安倍政権に対する支持率は、むろん、保守・右翼の支持層によるものもあるが、民主党政権(2009年9月～2012年12月)の公約違反等の失政に対する反動はもちろんのこと、とりわけ円安誘導や量的金融緩和政策などの経済成長戦略(アベノミクス)による支持率の獲得によるものが大きいと思われよう。

### 三 日本国憲法改正の論議とその手法

#### (1) 憲法改正の必要性について

憲法改正論者、とりわけ政権与党の自民党によれば、現行憲法の改正を必要

とする理由として、以下のことが挙げられている。まず、憲法の成立過程に大きな問題があったことを指摘し、この問題を解消すべきであるとして憲法改正を唱えるものである。つまり、憲法草案作りには日本の憲法學者も入っておらず、國際法に通じた専門家も加わっていない中で、同草案が当時のGHQ司令部によって押しつけられて、現行の憲法が制定されたことを挙げている。したがって、このことは、自主憲法の制定の必要性を唱えるものである。

第二に、憲法が制定されて60年以上が経ち、新しい価値観、課題に対応できていないことが挙げられている。例えば、制定当時は想定できなかった環境権、プライバシー保護の観点から生まれてきた権利などの保障が盛り込まれていない。もちろん、國際紛争を解決する手段としての戦争放棄（憲法9條1項）と戦力不保持（同條2項）を定める憲法規定と自衛隊の現實的活動との乖離を埋めるべくとして、第9條では「自衛軍保持」を明記すべきであるとか、自民党案では、「國防軍」と明記すべきであるとの主張がなされている。憲法學者の中には、憲法裁判所の設置のための憲法改正論を唱える者もいる。しかし、現在、憲法改正論議は、戦争放棄（憲法9條1項）と戦力不保持（同條2項）で導かれる「平和主義」を定める憲法9條の改正にその主たる目的があるといつてよい。

ところが、以上のような憲法改正の必要性を唱える實質的な理由は、以下のような精神論に起因するのではないかと思われよう。すなわち、自主憲法の制定の背後には、第2次大戦敗戦後、日本の現行憲法が占領軍によって押しつけられたという考え方があり、そして、第2次大戦の敗北主義ないし加害者の立場を貫く「自虐主義」の歴史観を間違いだとしてこれから脱却し、「新たな日本國」の再出發を期するという精神論がその根底にあるのではないかと考えられよう。これは、自由經濟主義や日米安保條約による同盟關係などの一部を除く戦後レジームの平和主義を否定し、最終的には「日本の第2次大戦」を大東亞共榮のためのものとして位置づけ、さらに戦前の植民地支配を正当化する傾向をより一層強めることにほかならない。

もちろん、憲法改正は最終的に日本國民が選擇すべき政治的問題であるが、以上のような自民党案の通りに憲法が改正されることになれば、これまで培われてきた戦後レジームを否定する最終的段階となろう。このため、日本におけ

る憲法改正が周辺国との関係または国内的にどのような影響を具体的にもたらすことになるのかについては知る余地がないものの、何らかの形で影響をもたらすことになるのは確實であろう。

## (2) 憲法改正の手法について

現在、憲法改正の手法をめぐる論争が起こっている。その論争とは、安倍政権が憲法9条を含む基本権保障などに係る重要事項の改正を行う前に、憲法96条の定める「各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、國會が、これを發議し…」という憲法改正のための發議要件を、「各議院の総議員の過半数」へと緩和し、緩和された發議要件の下で現行憲法9条を含む基本権保障などに係る重要な事項について、その改正を行うという「發議要件先行緩和後の憲法改正」の意向を表明したことによるものである。この「發議要件先行緩和後の憲法改正」に對しては、改憲論者である小林節（慶応大法學部教授）からもこれが「裏口入學」ないし「邪道」で許せないとする批判がなされている(9)。

以上のような「發議要件先行緩和のための憲法改正」の手法に對しては、さしあたり、以下のような問題点を指摘することができよう。すなわち、一旦、憲法96条の憲法改正のための發議要件のハードルを緩和しておけば、緩和以降は、政権与党の單獨でも重要事項についての憲法改正案を發議することができるようになる。このため、政権が変わるたびに憲法改正のための發議が行われる可能性が高くなり、これらに伴って憲法改正手續としての國民投票も頻繁に實施されることになる。つまり、政権与党の党離党略による憲法改正の發議が起りやすくなるという問題点を指摘することができよう。

そして、こうした手法に對しては、これが憲法上重大な疑義を有すると思われる場合でも、現行の裁判制度上、その是非を法律上争うことができる方法は皆無である。何故なら、同手法の是非を問う訴えが裁判所法3条1項の定める「法律上の争訟」にあたらなからである。かりに以上の手法が現實化され、憲法96条の發議要件緩和のための憲法改正の發議がなされた段階において、同發議に對する有効無効の法律判斷を問う裁判所への訴えが行われても、裁判所

は、同發議が高度の政治性の故に、主權者たる國民に對して政治的責任を負うものであり、最終的に國民の政治的判斷による選擇（國民投票）に委ねられている國家行爲の範疇に屬するものであるため、高度の政治性の表裏一体として司法權が憲法上の本質に内在する制約を受けるとして、同手法について司法審査の埒外にあると解して、その法律判斷の一切を放棄することになろう。この点については、さらに以下の「五 日本における客觀訴訟の現状と韓國の憲法裁判所」で見てみる。

## 四 安全保障のための新たな制度構築

### (1) 国家安全保障會議の創設

安倍政權は、2013年6月7日に國家安全保障會議を創設するための關連法案（安全保障會議設置法等の一部を改正する法律案）を決定し、同年秋の第185回國會に法案が提出され、自民党、公明党、民主党、みんなの党、日本維新の會などが賛成し、11月27日の參議院本會議にて成立した。

同會議は、「總理を中心として、外交・安全保障に關する諸課題につき、戰略的觀點から日常的、機動的に議論する場を創設し、政治の強力なリーダーシップにより迅速に對応できる環境を整備する」ことを目的とする。

同會議の組織は、國の安全保障に關する重要事項を審議する機關として内閣に置かれ、總理大臣に對して建議を行う諮問機關になるが、國家安全保障會議のなかに外交・防衛・安全保障に關する基本方針と重要事項を審議する4大臣會合を新たに設置して司令塔とするとともに、そのほかに、9大臣會合、緊急事態大臣會合の3つの審議形態から成る合議体である。そして、同會議は、内閣官房に50名規模の國家安全保障局を設置して各省廳の情報を集中させ、平時から有事までの重要な外交・軍事の政策を官邸主導で決定しようとするものである。國家安全保障局に設けられる班には十數名の制服自衛官も加わって影響力を行使することが予定されており、軍事司令塔の役割を果たすことになる。

## (2) 特定秘密の保護に関する法律

特定秘密保護法は、2013年12月13日に制定・公布された。同法により、特定秘密とは、公務員法上の秘密の中で、①防衛、外交、特定有害活動（スパイ行為等）の防止、およびテロリズムの防止に関する事項であって、②公になっていないもののうち、③その漏えいが我が国の安全保障に著しい支障を与えるおそれがあるため、特に秘匿することが必要であるものをいう。行政機関の長は、これらの事項に関して特定秘密だとして指定すれば、特定秘密となる。もちろん、指定権限は、行政機関の長の裁量権となっている。

指定の有効期間は上限5年（更新可能）であって、通算で30年までとなっている。30年を超える延長には、内閣の承認が必要である。暗号や人的情報源等を除き、60年を超える延長は不可である。

特定秘密の漏えい等に對する罰則としては、以下のような規定が置かれている。特定秘密を取り扱うことを業務とする者が特定秘密を故意に漏えいした場合は10年以下の懲役および1千万以下の罰金に處し、過失による場合は、2年以下の禁錮または50万円以下の罰金に處する（23條1項・4項）。

公益上の必要により行政機関から特定秘密の提供を受け、これを知得した者が特定秘密を故意に漏えいした場合は、5年以下の懲役に處され、過失による場合は、1年以下の禁錮または30万円以下の罰金に處する（23條2項5項）。

外國の利益若しくは自己の不正の利益を図り、又は我が國の安全若しくは國民の生命若しくは身体を害すべき用途に供する目的で、特定秘密を取得した者は、10年以下の懲役に處し、又は情狀により10年以下の懲役及び千万円以下の罰金に處する（24條1項）。そのほか、上記の漏えい（故意に限る。）又は取得行為の未遂、共謀、教唆又は煽動も處罰されることになっている（24條・25條・26條）。

この法律の適用に当たっては、これを擴張解釋して國民の基本的人權を不当に侵害するようなことがあってはならず、國民の知る権利の保障に資する報道又は取材の自由に十分に配慮しなければならない（22條1項）とか、出版又は報道の業務に従事する者の取材行為については、専ら公益を図る目的を有し、か

つ、法令違反又は著しく不当な方法によるものと認められない限りは、これを正当な業務による行為とするものとする（同條2項）配慮事項が規定されている。しかし、以上の配慮規定がどの程度実効性を有するかについては、今後の司法における同法の運用などに関わっている。

### (3) 小括

以上の集团的自衛権行使の容認や安全保障會議の設置および特定秘密保護法の制定などの一連の行為は、將來、アメリカとの共同軍事行動をめざす動きと密接に関連する。アメリカとの共同軍事行動は、アメリカとの軍事秘密情報の共有とその保護を当然に要請するからである。しかし、集团的自衛権等の行使を前提とする共同軍事行動、外交・安全保障政策を立案、遂行することが現行憲法上許されない。憲法解釋の変更による集团的自衛権等の行使が可能となった場合にも、共同軍事行動、外交・安全保障政策を立案、遂行するために、「特定秘密保護法」の制定が是非とも必要であったとあってよい。このように、「特定秘密保護法」の制定は、集团的自衛権等の行使容認による共同軍事行動を大前提としているといえよう。

むろん、集团的自衛権行使の容認後の同行使のための関連法が整備されることになれば、同関連法と、すでに制定された特定秘密保護法などが、いずれ、これまでに享受されてきた個人の自由と権利という個々の私益を壓倒し、制限する力として機能することになるのは、いうまでもない。日本弁護士連合会は、特定秘密の限定が困難であることや、「いま、日本に必要なことは情報公開の充實」であることなどを理由に、秘密保護法制定に反対し、情報管理システムの適正化及び更なる情報公開に向けた法改正を求める意見書を提出したところであり、現在、同法の廢止を求めている(10)。同法に對する反対の運動については、「市民の自由の幅をできるだけ守るべきだという意識の表れだと思いません。戦前への回歸の恐れというより、官僚の秘密主義が今も残っていることへの危機感が強いからだと思っています。」（憲法學者東京大學名譽教授・奥平康弘）と述べられている(11)。

## 五 日本における客観訴訟の現状と韓国の憲法裁判所

上記の「發議要件先行緩和のための憲法改正」の場合は國民投票の手續を経ることになっているため、最終的に國民の政治的選擇に委ねられている。そして、憲法解釋変更による集团的自衛權行使の容認の場合は、總理大臣の私的諮問委員會の議を経て閣議決定によって實現されることになる。いずれも、一応民主的かつ合法的な手續によるものであり、正当なもののように思われよう。しかしながら、これらの一連の行爲が日本の「公法=政治社会」にもたらず変化の重大性を考えると、内閣による閣議決定あるいは國會の政治部門の判斷だけで最終的には國民の政治判斷に投げかけられる前に、現行憲法価値体系から許容されるかどうかといった法律専門家による憲法學的論点整理を含む違憲の可否を明らかにすることのできる制度上の装置が必要ではないかと思われよう。この装置を通じて、政治的選擇の以前に憲法學や政治學・哲學の各分野の専門家による十分な議論は、國民への正しい選擇の機會を与えるという点において必要不可欠と思われよう。以上の装置としては、とりあえず、行政活動の適法性の維持といった客観的な法秩序の維持または一般公共の利益とその他の事項の確定を目的とする客観訴訟が擧げられよう。以下では、日本における客観訴訟の現状や、韓國の憲法裁判所が果たしている機能役割について一瞥し、兩國における客観的な法秩序の維持に如何なる相違点があるかについて見てみる。

日本の各選舉區における「1票の格差」の是正をめぐる問題について、選舉人が公職選舉法（203條・204條、207條・208條）の定める「選舉の効力に関する訴訟」を用いて、1票の格差のある選舉區の區割りを「違憲」として争っている(12)。「1票の格差」の是正をめぐる争うことができるのは、公職選舉法が行訴法5條、42條および43條の定める民衆訴訟の1つとして「選舉の効力に関する訴訟」を法定しているからである。この訴訟は、客観訴訟として選舉人が原告となり、選舉管理委員會を被告にして、選舉の結果として当選の無効を争う形で「1票の格差」の是正を図ろうとするものである。いわば、この訴訟は、客観訴訟としての「是正訴訟」にあたる。

そして、地方自治法242條の2の定める住民訴訟は、地方公共団体の住民が原告となり、地方公共団体の長などの財務會計上の行爲、とりわけ公金の支出などの是非をめぐって裁判所に訴えて争うことにより、公金の適正な執行の確保を図るものである(13)。同訴訟は、地鎮祭違憲訴訟控訴審判決(14)にみるように、公金の支出行爲が憲法の定める政教分離の原則に違反したかどうかを争われることにより、行政活動の憲法的価値規範や實質的法治主義への從屬をより一層図る方法の1つとして活用されている。また、日韓高速船補助金訴訟事件第一審(15)にみるように、住民らは、地域活性化などの公益性を理由として第3セクターに支拂われた補助金の支出行爲が違法であるかどうかを争うことにより、最終的に地方公共団体の政策そのものの是非を問うことになる。とくに、住民訴訟は、住民の直接請求の1つである事務監査請求(地自75條)の要件である選挙権者の連署を必要としないため、住民が利用しやすいという簡易・利便性の特徴を有する。また、地方公共団体の行政活動の多くが必ずといってよいほどに、公金の支出を伴うものである故に、客観訴訟としての住民訴訟はその射程範囲が廣い。このため、同訴訟は、理論上、前掲の「選挙の効力に関する訴訟」と同様に、「是正訴訟」として財務行政の適正な運営の確保のみならず、政策の是非ないし行政活動の憲法的価値規範への從屬を図るものとしてよく活用されている。以上のような特徴を有する住民訴訟は、その適正化による積極的な活用がより一層行われるとすれば、同行政活動の是非や違憲の可否を問う有効な方法であるといつてよい。以上に見るように、選挙の効力に関する訴訟や住民訴訟は、民衆訴訟の1つとして法定主義が採られているものの、一定の役割を果たしていると評されよう。

以上に對して、國の行政の場合は、日・韓の兩國が共通して住民訴訟のようなものを設けていないため、違法若しくは不当な公金の支出等があったと思われても、司法統制に服することがない。確かに、憲法改正などのように、高度の政治性のある國家行爲の場合は、最終的に直接民主主義の制度上の保障の1つである國民投票という形で國民の政治判断に委ねられるべきであろう。政治的判断に委ねるべき事項に関して、韓國憲法は、外交、國防、統一その他の國家安危に係る重要な政策についての國民投票(72條)と、憲法改正のための國

民投票（130条）の二種類の国民投票の範疇を定めており、これを受けて、これらに関する国民投票を実施するための国民投票法が制定されている。そして、何が国民投票に服すべき重要な政策にあたるかについては、解釋論に委ねられているといえよう。これに對して、日本の場合、周知の通りに、實定法上、直接民主主義の方法による統制（いわゆる民主的統制）に服されることになっている國家行爲は、現行實定法上、憲法改正のみである。

たとえば、日本國憲法9条を含む基本權保障などに係る重要な事項の改正を行う前に、憲法96条の定める「各議院の總議員の三分の二以上の賛成で、國會が、これを發議し…」という憲法改正のための發議要件を、「各議院の總議員の過半数」へと緩和し、緩和された發議要件の下で現行憲法の全体の重要な事項について改正するという「發議要件先行緩和後の憲法改正」の場合に、發議要件先行緩和のための憲法改正と、同憲法改正に基づく憲法の重要事項の改正のための憲法改正は、前者の「發議要件先行緩和のための憲法改正」という手法に憲法違反の重大な疑義があったとしても、国民投票という形で最終的に民主的統制を受けることになっている。

そして、集团的自衛權行使の場合、從來の憲法解釋上禁じられてきたが、これを解禁とする同行使の容認が本來、かりに高度の政治性のある國家行爲にあたると見なされ、憲法改正手續によって最終的にその可否を決せられることになれば、国民投票という形で民主的統制を受けることになる。以上に對して、憲法改正によらず、憲法解釋の変更のための閣議決定のみによって集团的自衛權行使が容認されることになれば、同容認に関わる閣議決定等の一切の行爲は、高度の政治性のある國家行爲にあたるとしても、制度上の不備の故に民主的統制を受けることがなく、かつ砂川事件上告審判決(16)のように、高度の政治性の故に、違憲判斷に関する司法消極主義を前提とすれば、裁判所がこれらについて司法審査權の範囲外にあると判斷することになり、結局のところ、司法統制にも服することがないと考えられよう。翻って、このことは、高度の政治性のある國家行爲であるが故に、國民の現在や將來の生活などに重要な影響を及ぼすことになる國家政策が内閣あるいは國會の政治部門の判斷のみによって決せられてしまうことになるということの意味する。

他方では、現在の社會經濟の複雑多様化とともに、行政機關は行政目的の達成のために様々な行政活動を積極的に行っており、同活動が私人に對して様々な不利益や法的不安感をもたらしているのも現状である。こうした現状があるにもかかわらず、従來、裁判所は、行政活動を不服とする私人の訴えが取消訴訟の對象となる處分に当たるかどうか、原告適格を有するかどうかなどの訴訟要件を満たしていないことを理由に、同行使の違法・適法の法律判断をすることなく、私人の訴えを却下してきたのも事實である。このことは、とりもなおさず、私人が司法救済を得られないことはもちろんのこと、裁判所が同行政活動の違法か適法かについての法律判断をすることなく、自ら審査を放棄していることにほかならない。そして、行政活動の場合は、高度の政治性のある憲法改正と違って、直接民主主義の方法による統制をも受けることもない。この点からすれば、行政活動の多くは、民主的統制に服することもなく、司法統制にも服することがないのがその現状であろう。この現状は、とりもなおさず、國民の裁判を受ける権利を侵害し、かつ民主的統制に服しないという非民主性の故に、「法治主義に悖る違法な行政活動の野放し状態」を意味するにほかならない。ところが、最高裁が2004年改正行訴法の施行の前後を通じて、いくつかの事例において「本來」處分性を有しないととして「従來」處分ではないとされた行政の行爲を取消訴訟の對象とする處分性の擴大を積極的に行っている(17)。これは、行政活動に對する司法統制の範囲擴大を意味するものであろう。

確かに、高度の政治性のある憲法改正などの場合は、最終的に直接民主主義の制度上の保障としての國民投票という形で國民の政治判断に委ねられるべきである。しかし、「發議要件先行緩和のための憲法改正」の手法が、現行憲法価値体系からして重大な疑義があると思われた場合には、國會の政治部門の判断だけで最終的には國民の政治判断に投げかけられる前に、法律専門家による法的争点整理を含む違憲の可否を明らかにすることのできる制度上の装置が必要ではないかと思われよう。集团的自衛權行使を容認する憲法解釋の変更のための閣議決定の場合にも同様に制度上の装置が必要であろう。ここでいう制度上の装置とは、既存の裁判制度である主観訴訟及び法定の客観訴訟の範疇を超えて、抽象的規範統制や行政活動の是正を可能にする新たな仕組みや制度の創

設を意味し、このことは、新たな法律等の整備によって可能となろう。

以上のような現状に對して、韓國の憲法裁判所は、新行政首都建設のための特別措置法（2004年1月16日制定・同年3月17日施行）が憲法違反とされた決定例（憲裁2004. 10. 21. 2004헌마554・556、判例集16 2下）などの多くの事例にみるように、憲裁法68條2項の憲法訴願審判が抽象的規範統制の機能を果たしているが故に、法院（司法裁判所）に對して訴訟要件の柔軟な解釋を誘導し、行訴法上の客觀訴訟の限界ないし不備を補いつつ、かつ國民の裁判を受ける權利をより一層具体させ、國民の權益の十全な救済保護に努めているのではないかと思われるよう(18)。このことは、憲法裁判所が政府や國會における高度の政治的判斷に對しても憲法規範的價值判斷を持って法的統制を加えることにより、「公法」形成ないし發展に一定の役割を果たしていることにほかならない。このことからすれば、日・韓における比較「公法學」の現代的展開において韓國の憲法裁判所の役割と機能は、大きな意味を有するのではないかと考えられよう。

## 六 おわりに

現在、日本における右傾化の現象に對する原因などについては、専門家による科學的實証的検討・分析が必要であるが、素人である筆者の雜駁な見解を述べると、以下の通りである。

一例として、2010年9月7日の尖閣諸島に起きた日本の海上保安廳の巡視船と中國漁船との衝突事件以降、当時東京都知事であった石原慎太郎氏が尖閣諸島を地權關係者から買い取る方向（公有化）で基本合意したことを明らかにし、これを契機に、2012年9月に民主党・野田政権がこれらの島を國有化したという経緯がある。このことを契機に、尖閣諸島をめぐる領有權紛争が表面化したともいえる。尖閣諸島（中國では、釣魚島およびその付屬島嶼と呼ばれている。）などの領有權をめぐる對立が日本における右傾化（たとえば、他國に對する嫌惡感や排斥する感情）に拍車をかけていると言って良い。領有權をめぐる對立の原因がどちらの國にあるのかについては、立場によって大きく変わる

だろう。しかし、確かなことは、外國との對立が國民の右傾化を助長し、一部の政治家がこれを支持基盤とするという特徴を指摘することができよう。他方で、領有權の問題は、自民党、とりわけ安倍政權のみに由來するものではなく、ほとんどの政党にとって多かれ少なかれ讓歩することのできない性質のものとなろう。このことは、いうまでもなく、他の國においても同様であろう。

そして、右翼と称される人々の精神論は、これらの者が目指す國の方向性からも知ることができよう。その方向性とは、戦争放棄（9條1項）と戦力不保持（2項）で象徴する「平和主義國家」から、「戦争のできる普通の國」への回歸を目指すものであると述べると言い過ぎであろうか。安倍首相は、第一次安倍内閣（2006年9月26日から2007年8月27日）の發足時に日本を「美しい國」にする」と述べており、その第2次安倍内閣（2012年12月26日～）に入ってから、戦後のこれまでの平和主義の形を「消極的平和主義」と位置付け、これに代わる「積極的平和主義」への轉換を図る必要があることを力説している。そして、戦争放棄（9條1項）と戦力不保持（2項）の「平和主義國家」から「普通の國」への回歸や、戦後の「消極的平和主義」から「積極的平和主義」への轉換のためには、現行憲法9條の改正を大前提とするのであろう。

「積極的平和主義」は、「戦争のできる普通の國」を言い換えたものとして聞こえてくるのは筆者のみであろうか。「美しい」という言葉が意味するものは、個々の人の主觀そのものであって、全國民が「美しさ」について唯一の価値觀を共有することなどはあり得ない。この点からすれば、一國の首相が思想や哲學を持つのは当然であるが、「美しい國づくり」から始まって、これを具体化する方法として學校における新たな道徳教育が實施強化され、その結果として造られる「國策」ないし公益重視の風潮が私益ないし個々人の自由を壓倒することにならないか、あるいは個人の自由かつ多様な価値觀の涵養を抑制し、これらを排除し、唯一の価値觀を強制することにはならないかという懸念がある。

さて、改憲論者らが唱える自主憲法の制定の必要性については、第2次大戰敗戦後、日本の現行憲法が占領軍によって押しつけられたという考え方によるものも大きいと思われよう。他方で、自主憲法の制定の必要性を力説する者の精

神論の多くには、第2次大戦の敗北主義ないし加害者の立場を貫く「自虐主義」を間違いであるとし、これから脱却し、「新たな日本國」の再出発を期するというものがその根底にあるのではないかと考えられよう。言い換えれば、右翼と称される人々の精神論の根底には、第2次大戦と植民地支配がアジアの共存共榮のためのものであって、過去の戦争や植民地支配を正当化するという歴史認識があるのも否めない。こうした歴史認識のルートは、かつての戦争犯罪人、陸海軍の職業軍人および超国家主義団体等の有力分子、大政翼賛會等の政治団体の有力指導者などが1946年の公職追放令によって追放されたが、1952年の公職追放令廢止法によって一部を除いて多くのものが復歸したことに辿り着くであろう。日本の政治社会は、敗戦後、第2次大戦に対する反省の下に築き上げられているともいわれているが、他方では、以上の歴史認識からすれば、現在、日本の政治社会は、「戦前戦後連続論」をもその特徴の1つとすることができよう。A級戦犯が祭られている靖國神社に安倍首相などの政治家が参拝するのも、以上の精神論に依據するものであろう。こうした精神論は、自由経済主義や日米安保條約による同盟関係などの一部を除く戦後レジームを否定するものとして、最終的には過去の戦争や植民地支配をも正当化する傾向をより一層強め、再び戦争の途を歩むことにならないかという危惧がある。

以上の精神論のほかに、外在的要因による精神論の發露として、バブル経済崩壊後、1990年代以降の30年間にわたる日本経済が停滞を續ける中で、周辺國の経済的な躍進と軍事大國化への警戒感が日本の右傾化に拍車をかけているのではないかと思われよう。こうした日本の置かれている歴史的・地政學的立場からすれば、日本の右傾化は自國を守るという精神論からその端を發しており、その必然性を否めない。だが、かつての戦争も自國を守るという精神論から始まったことに氣づかれるべきであろう。安倍首相が2013年12月26日に踏み切った靖國神社参拝について、「評価しない」(53.0%)との回答が「評価する」(38.1%)を上回ったことにみるように、多くの日本人がこれに反對していることを斷っておきたい。そして、評価する人の74.0%が「戦争の犠牲者に哀悼の意を示した」ことを理由に擧げており、評価しないとした理由は「外交的配慮に欠ける」が61.9%で最も多かったこと(19)からすれば、現在の日本の政治社

會を戦前への回歸と評するのは、誇張であろう。

さて、以上の右傾化と憲法改正論議の両者は、相互に密接なかかわりを有しており、政治的主導による兩者の動きに對しては、以上の世論は無力であろう。だとすれば、日本の保守・右翼によって支持される政治勢力ないし基盤がより強固なものとなれば、個人の自由と權利といった私益を壓倒する抽象的な公益論やこれを合法化する個別法律の制定の傾向はより一層強まり、後戻りができなくなろう。一例として特定秘密保護法の制定が擧げられよう。これに伴って、戦後培われた平和主義は必然的にその姿を消し、個人の自由と權利をより伸張する「自由闊達の雰囲気」がこれまでよりも委縮・脆弱化せざるをえないと思うのは危惧に過ぎないかと自問してみる。

### (注)

- (1) 室井力『現代行政法の原理』前掲書13～15頁（勁草書房、1973）、同『現代行政法の展開』112頁（有斐閣、1978）、同「行政法學方法論議について」杉村敏正先生還曆記念論文集『現代行政と法の支配』所収（有斐閣、1978）、同『行政の民主的統制と行政法』228頁（日本評論社、1989）など参照。
- (2) 室井力ほか編『現代國家の公共性分析』（日本評論社、1990）、神長勲ほか編『公共性の法構造』（勁草書房、2004）参照。
- (3) 拙稿「行政法學上の「公益」に関する一考察」駒澤法曹8号(2012)参照。
- (4) 最判平成24年2月9日民集66卷2号183頁・教職員國旗國歌訴訟（予防訴訟）上告審判決。
- (5) 東京地裁昭和63年3月22日昭和62年（特わ）第1547号・東芝機械ココム規制違反事件判決。
- (6) 朝日新聞デジタル2013年12月24日  
(<http://www.asahi.com/articles/ASF0TKY201312240446.html>)。
- (7) 朝日新聞デジタル2013年12月25日  
(<http://www.asahi.com/articles/ASF0TKY201312240448.html>)。

(8) 安倍政権の支持率（共同通信世論調査）

調査は2013年12月26日の首相による靖國神社参拝後に行われた。共同通信社が28、29兩日に実施した全國緊急電話世論調査によると、安倍晋三内閣の支持率は55.2%と、今月22、23兩日に行った前回調査に比べ1ポイント増加した。不支持率は32.6%（前回33.0%）だった。首相参拝について「よかった」との回答は43.2%、「よくなかった」は47.1%。「よかった」と答えた理由で最も多かったのは「首相が靖國神社で戦没者を慰霊するのは当然だから」の48.6%、「よくなかった」で最多は「近隣諸國との關係に影響するから」の74.2%だった。

(9) 朝日新聞デジタル2013年5月4日

(<http://www.asahi.com/shimen/articles/TKY201305030439.html>)、そのほかに、この点については、既に法論理的に不可能であるとの指摘がなされている（清宮四郎『國家作用の理論』（有斐閣、1968）178頁。

(10) これについては、日本弁護士連合會ホームページ・秘密保護法對策本部  
(<http://www.nichibenren.or.jp/activity/human/secret.html>) 参照。

(11) 朝日デジタル2013年12月11日

(<http://www.asahi.com/articles/TKY201312100400.html>)。

(12) これに関しては、一票の格差による当選の無効を問う多くの争訟が提起されており、最高裁判決は、当選の無効を主張する訴えを斥けながら、一票の格差についてこれが憲法上の平等原則違反の疑いのあるとして違憲状態にあるとしている。これらに關する最近のものとしては、最大判平成24年10月17日平成23年（行ツ）第64号、最大判平成25年11月20日平成25年（行ツ）第226号を参照。

(13) 日本の住民訴訟の機能・役割などについては、拙稿「住民訴訟」『實務行政訴訟法講義』所收（民事法研究會、2007）参照。

(14) 最大判昭和52年7月13日昭和46年（行ツ）第69号。

(15) 山口地判平成10年6月9日平成6年（行ウ）第3号・平成6年（行ウ）第5号。

(16) 最大判昭和34年12月16日昭和34年（あ）第710号。

- (17) 處分性の擴大に關しては、拙稿「處分性論としての争訟開始タイミングの適否に關する一考察」駒澤法曹第10卷(2014)。
  - (18) 韓國の憲法裁判所の機能などについては、拙著『行政救濟 ～日・韓の制度と現状～』281頁(信山社、2003)、前掲論文「處分性論としての争訟開始タイミングの適否に關する一考察」83頁以下參照。
  - (19) 産経ニュース・2014年1月6日。以上の注(8)にみるように、調査機關や調査日によって世論調査の結果が異なっていることがわかる。
- (\*) 付記：拙稿の用いる多くの事實關係などは、インターネット媒体(たとえば、ウィキペディアなど)を參照して記述していることを斷っておく。

[Abstract]

## The outlook and modern development of Japan "public law"

Jo, Won-je

*Komazawa University law graduate schools*

Japan's political community is currently trying to change significantly. One of the current discussion is the amendment of the Constitution. Constitution Article 9 which is prescribing the renunciation of war (Section 1) and not holding of forces (Section 2). Now the revision of Article 9 and the method of constitutional amendments is being discussed. It is a big controversy. Finally these political and social changes, including amendments of the Constitution would be resolved by democracy in the way of the people's political choices. By the way, this Paper attempts to make clear the background and the specific details of the current Japanese political and

social change, law amendment and legislation, etc. Such attempts is also a study about the public law of present and future public law which is ensuring individual freedom and rights and adjusting the conflict of public interest and self interest.

**Key words** : Peace Constitution, Constitutional Amendments, Right of collective self-defense, Objective lawsuit, National security