

総合法政策研究会誌

第2号

【招待論文】

英国憲法保障における憲法委員会の意義

桃山学院大学 教授 田中 祥貴 (1)

【研究論文】

個人情報目的外利用と「類型承認」

京都府立大学 准教授 下村 誠 (26)

【研究ノート】

能動的市民と政治的リテラシー

—シティズンシップ教育の脱政治化をめぐる一考察—

東海大学 講師 中村 隆志 (44)

二元的民主政理論における市民的権利運動の位置付け

—WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (2014)を手がかりとして—

東海大学 准教授 大江 一平 (54)

本誌の無断複製・転載等は、法律で認められた場合を除き禁じられています。

【招待論文】

英国憲法保障における憲法委員会の意義

The House of Lords Constitution Committee for
protecting the Constitution of the U.K.

桃山学院大学 教授

田中 祥貴

St. Andrew's University Professor

Yoshitaka Tanaka

要旨

本稿は、英国憲法保障における憲法委員会の意義について論じるものである。現在、英国上院は「憲法の守護者」としての地位を確立している。その憲法保障機能の遂行に際して、極めて重要な役割を果たしているのが、英国上院の憲法委員会である。当該委員会が 2001 年に創設されてから、すでに 18 年の歳月が経過した。創設当時は、かかる委員会の制度枠組自体に法的・政治的両面から様々な批判が展開されたが、現在では、これまでの上院改革の中で最大の成功を収めた例として称賛され、英国憲法保障の「支柱」と評価されるまでに至っている。そこで本稿は、かかる憲法委員会の創設背景、権限・機能、権限の射程、構成、審査・調査の仕組み、及び近年の新たな制度展開等への考察を通じて、総合的な制度研究を試みる。そのうえで比較法的視座から、我が国における憲法保障に一定の示唆を得ることを目的とするものである。

「一般国民を代表する民主的機関の欠陥は特別な訓練と知識である。その適切な匡正策は、その特別な訓練と知識を特徴とする機関を民主的機関に対置することである。^{*1}」（ジョン・スチュアート・ミル）

1. はじめに

英国憲法は、永きに亘る歴史の中で、時代の趨勢とともに、常に、変革の圧力に晒されながら、その環境の変化に適応してきた。かかる柔軟性は、英国憲法における最大の特徴の一つであり、まさにその柔軟性こそが、さまざまな変革を経験しながらも、英国憲法の歴史的継続性を支えてきたといえる。就中、英国上院（House of Lords）をめぐる近年の変革は、その「縮図（microcosm）」と表現してよいだろう^{*2}。英国上院は、他国の議会のように憲法上に根拠規定を有する訳ではなく、また、英国の歴史上、ある一定の時代にのみ適合し得る特殊な産物として生起したにも拘わらず、その柔軟性ゆえに今日までの永きに亘り存続することを可能にしてきた。

そして、英国上院は、今もなお継続して、現代に適合すべく様々な変革の圧力に晒されている。1999年の上院改革以降、世襲貴族が一部を除いて上院から排除されることで、上院の構成が大きく変化した。上院は、その多くが熟練した政治家や法律家、研究者等といった専門的知見と経験を有する専門家から構成され、また、非公選機関でかつ院内の党派の均衡が保持されている事情から、その審議では大きな党派的影響を受けず、常に、客観的で公正な合意形成を可能にしている。かかる事情を背景としつつ、英国上院は、政府立法への監督・統制に高い関心を有し、1999年改革以降、「憲法の守護者」という位置付けを鮮明にしてきたが、現在はさらにその憲法保障機能の「実質化」に向けた変革の段階を迎えている^{*3}。

2. 憲法委員会の創設

2001年、英国上院が憲法委員会（Select Committee on Constitution, Constitution Committee）を創設したのは、かかる文脈上に位置付けられる。そもそも、その直接的契機は、2000年1月に上院改革王立委員会（Royal Commission on the Reform of the House of Lords）が発表した報告書 *A House for the Future* に存する^{*4}。すなわち、王立委員会は、「第二院の最も重要な機能の一つは、過去においても同様であったが、十分かつ開かれた審議もなく、結果について十分な予見もないままに憲法的変革が実施されないように担保する、憲法の番人（constitutional long-stop）としての役割を果たすことにあり^{*5}」、それゆえ、「第二院は、憲法問題への関心と懸念に焦点を絞って活動する権威ある憲法的委員会（constitutional committee）を創設すべきである^{*6}」と勧告したことに、党派を超えた賛同があった。

例えば、当時の政権政党であった労働党は、かかる委員会が会期毎に創設されることが、上院の憲法的機能を向上させる可能性があることを認め、当該委員会に次の2つの機能遂行を求めた。それは、「すべての法案について憲法問題が内包されているか否かを審査すること（例えば、1998年スコットランド法、1998年ウェールズ法、1998年北アイルラン

ド法等）」、また、「近年及び今後の改革案に関する憲法問題の調査・検討を行うこと」である。英国では、一つの議会委員会がそのような「審査」と「調査」という2つの機能を担うことは、前例のない異例なことであった。しかし、そのような機能を担保することが、上院の現代化には必要だと考えたのである。もっとも、労働党は、上院が憲法問題を内包する法案に拒否権を保持することまでは主張していない*7。

他方で、John Major 元首相も、「英国の憲法が如何にあるべきかを理解し、また、憲法問題について独立した冷静かつ信頼しうる報告書を提出する責務を全うできる著名な人物によって構成された、尊敬に値する委員会を整備することは非常に望ましいことだ」と言及している。また、「この委員会は、熟慮されない (ill-considered) 憲法的変革を抑制することを一般的目的とするが、また、社会にくすぶる批判的見解を同定し、柔軟かつ漸進的方法でそれに対処することも併せて求められる。当該委員会は、かかる領域において、効果的な役割を果たすに必要な特性を有する」とも指摘している*8。

さらに、上院で大きな影響力を有する委任権限・規制緩和委員会 (Delegated Powers and Deregulation Committee) は、「上院には、憲法原理の問題を正規の方法で審議する空間が存在しない」ので、「憲法原理の問題に精通し、かかる視点から正規の方法で法案を審査することに熟練した委員から構成される憲法的委員会の助言があれば、上院が助けられる機会は数多く存在するはずである」との見解を示している*9。

これらの見解を踏まえ、王立委員会は、「権威ある憲法的委員会は、法案の審議や政府活動を審査する際に、あらゆる憲法上の影響を十分に考慮しなければならない議会の能力を全体として向上させることが期待される。」「そして、憲法上の重大な影響を伴う政策や法案について、議会の注意を引くことに大きな役割を果たすことになる。かかる委員会がなければ、重大な憲法問題でさえ、議会内で見過ごされてしまうか、又は、時間不足で審議できない手遅れの段階で取り上げられることになるだろう*10。」「ゆえに、改革後の第二院には、付加的な公的権限を付与するよりも、憲法的委員会を創設することこそが、憲法保障にとって、より適切かつ効果的な方法であると考えられる」ことから、「第二院は、憲法問題に特化した権威ある憲法的委員会を創設すべきである」と結論付けている*11。かかる王立委員会による憲法委員会創設の提案を受けて、上院がそれを承認したことで、2001年2月8日、正式に憲法委員会は発足することとなった*12。

3. 憲法委員会の機能

憲法委員会は、上記の経緯に基づき創設された事情から、制度上、その機能は次の2点に集約できる*13。すなわち、「審査機能 (scrutiny function)」と「調査機能 (investigative function)」である。

(1) 法案の審査機能 (function of legislative scrutiny)

当該憲法委員会は、12名の委員から構成され、また、法律顧問 (Legal Adviser) の補助を受ける。委員会創設以来、当該委員会は、元上院議長、元大法官 (Lord Chancellor)、元法務長官 (Attorney General)、元大学学長、元検事総長 (Director of Public Prosecutions) 等といった重厚な布陣で構成されている*14。彼らは、上院に提出されるすべての公法案

（Public Bills）に内在する憲法的関連事項（constitutional implications）を精査する。そして、その法案審査の過程で、憲法に影響を及ぼす原理的問題の検討に際して、憲法委員会は、当該法案を所管する大臣から必要な情報や説明を求めることができる。最終的に、かかる証拠に基づいた審査報告を上院に行うとともに、同時に、それを委員会のウェブサイトでも公開する^{*15}。

（2）憲法政策の調査機能（function of policy inquiries）

他方で、憲法委員会は、憲法政策の運用状況について広範な調査を行い、報告書を通じて主に政府に対して勧告を行う。かかる調査機能の遂行に際して、憲法委員会は、特別顧問（special adviser）に従事させ、口頭又は文書での証拠に基づいた報告書を作成し政府に提出する。その報告内容は委員会のウェブサイトでも公開され、政府は、当該委員会報告に対して説明責任を負うものとされている。

かかる憲法委員会の「審査機能」と「調査機能」は別個の制度枠組であるが、実際上は、法案審査を契機に憲法問題が発見され、それが政策調査の端緒となって調査が実施されるのだが、さらに、かかる政策調査の結果報告によって、その後の法案審査がより一層深化・発展させられるという相互関係を有していることは特筆に値する。

なお、この憲法委員会という構想については、オーストラリアやイスラエルの議会に同種の委員会が設置されていたという比較法的視座から着想を得たとの見方もあるが^{*16}、むしろ英国では、上院が過去に司法機能を担ってきた史的背景から、上院を「憲法の守護者」と位置付ける認識が上院の内外で形成されており、かかる認識を具体化したという理解が適切であろう。

4. 「憲法的」の範疇問題

英国は成文の憲法典を持たないため、憲法委員会が所管すべき「憲法的（constitutional）」問題の概念が曖昧で、その射程が極めて広範囲にわたることが懸念される。この点、王立委員会は、「なにが『憲法的』問題の範疇にあるかを定義することは、実際上、不可能であろう。不文憲法下において、『憲法的』法令とそれ以外のものを峻別する方法はない。事実、立法形式上、1911年議会法（Parliament Act 1911）は、同日に裁可された家畜法（Poultry Act）及び電話移設法（Telephone Transfer Act）と全く同じ位置付けがなされている」とし、また仮に、3本の地方分権法（Devolution Acts）、1998年人権法（Human Rights Act）や1972年欧州共同体法（European Communities Act）といった典型的な憲法的立法のみを指定対象にすると狭きに失し、十分な指定を試みれば過大包摂に陥るため、過不足のないリストを作成することは、やはり至難の業であることを指摘している^{*17}。

すなわち、英国は成文の憲法典を持たないため、何が「憲法的」であるかの評価は論者によって異なる。そして、英国では、憲法問題だと主張することで政治的な関心が集まる傾向があるため、しばしば特定の法案や新規の改革に反対する人々によって、それらが重大な憲法問題であると主張されてきた経緯がある。ところが、特定の政策が本当に憲法問題に該当することを立証する、又は、それを否定することは非常に困難な作業であった。仮に、これが成文憲法典を有する国の話であれば、事柄の軽重に拘わらず、いかに些細な

内容であれ、成文憲法典に記載されている事項は「憲法的」問題である。しかし他方で、成文憲法典を持たない国では、「憲法的」事項であるか否かの評価は、形式的にはなく、実質的になされなければならない、その評価には大きな困難が付随する。

もっとも、その英国でも、何を「憲法的」事項とみなすか単純な基準は存在しないが、それでも、その形式ではなく実質から捉えて、「憲法的」と評価するための基準を定式化する理論構成は、それほど困難ではないという見解もある^{*18}。例えば、議会、行政府、及び裁判所等への権限配分、その権限が行使される方法や手続、そして当該機関相互の関係といった、英国政府の構造と権限についての事項は、明らかに「憲法的」である。同様に、言論の自由や恣意的な逮捕・捜索に対する人身の自由といった個人の自由や権利の保障に関する事項も「憲法的」である。それは、基本権が社会の基本的価値又は憲法上の構造と密接に結びついているからである。

しかしながら、確かに、かかる最低限度での線引きが可能であったとしても、「憲法的」事項はこれだけに止まらないだろう。そして、そのほかの事項に「憲法的」とする範疇を拡大する余地があるかは、なお不明確なままである。例えば、英国では、教育を受ける権利や適切な住居を得る権利、健康な環境を維持する権利等の社会権は、憲法上、重要とは考えられていない。同様に、国王大権（royal prerogative）として知られる国王の裁量権のすべてが憲法的かは明確ではない^{*19}。したがって、英国での「憲法的」問題は、英国政府、議会、裁判所、国王大権、公民権（citizenship）、地方分権、選挙制度改革、公務員制度、欧州連合、表現の自由等の人権からその外延をさらに拡大すると、非常に広範かつ多岐に亘ることとなる。そうすると、憲法委員会が当該事項を重要だと判断すれば、「憲法的」問題とのレッテルを貼ることで、何でもその射程に収めることができることとなるが、それは望ましいことではない。

5. 憲法委員会の射程

そこで憲法委員会は、「憲法」の意義を「国家の基本的な諸機関、その構成要素、及びその関連要素を創出し、当該諸機関の権限並びにその機関相互の関係及び当該諸機関と個人との関係を規定する、一連の法律、規則、及び慣習」と定義付けている。また、英国憲法は、(a)議会主権（sovereignty of the crown in parliament）、(b)法の支配（the rule of law）、(c)連合国家（union state）、(d)代議政治（representative government）、(e)英連邦・欧州連合・その他の国際機関の加盟（membership of the commonwealth, the European Union, and other international organisations）という5つの基本原理から構成されているとも言及している^{*20}。

もっとも、事実上、かかる定義に該当するすべての問題を処理することは不可能である。すなわち、かかる範疇の問題には、主題そのものが憲法の基本要素と関係している法案に限られず、一見すると憲法問題とは無関係と思われる法案も包含され得るので、「憲法的」概念は非常に広範囲に亘ることとなる。具体的には、当該委員会に付託される審査事項は、主に、政府諸機関の関係、民事・刑事の裁判制度、議会の立法過程、選挙制度やレファレンダムに関する民主過程、中央・地方政府の権限配分、政府の説明責任、そして、議会主権、法の支配、人権・市民的自由といった基本原理に関する諸問題に加え、国際レベルの政府権限の問題等々、極めて広範かつ多様な内容を包摂するものとなる。

そこでかかる事情から、憲法委員会が対応すべき案件を、創設当初、「主要（principal）」と「原理（principle）」という「2つのP基準（two p's test）」によって絞り込むとの方針が示された。すなわち、憲法枠組において主要な事項に該当し、かつ、原理上、重大な疑念を生起する問題に対して、憲法委員会は非党派的な視座から審査を実施するのである^{*21}。それゆえ憲法委員会では、上院に送付されるすべての公法案（歳出（Supply）又は統合（Consolidation）法案以外）について、第二読会前に審査を実施するものの、大半の法案は簡単な審査に止まり、上院に報告すべき詳細な審査に値する対象は極めて限定的である^{*22}。従前、憲法委員会から上院に報告書が提出されるのは、年間に5件から多くて10件程度である^{*23}。また、憲法委員会から上院への報告は、客観的な手続問題が多い。他方で、個別の法案の実体に関して勧告を行うことは、委員会を党派に巻き込むこととなるので、かかる実体問題に踏み込むのは、何らかの法案が明らかに重大な憲法問題に影響するにも拘わらず、そのことが全く念頭に置かれていないという例外的な場合に限られる^{*24}。

憲法委員会は、かかる限定的で重大な憲法問題を有する法案の審査を行い、上院へ報告することを任務としているが、それらの業務は既存の委員会機能と重複する可能性が存する。そして、結論が合致した場合、任務の重複は時間と労力の浪費となり、他方で、結論が割れた場合、委員会間の軋轢の原因となることが懸念される。例えば、憲法委員会は、人権の幅広い趨勢に関わり、人権問題を継続的にチェックする役割を担っており、それは人権合同委員会（Joint Committee on Human Rights）の機能と多分に重複するが如くである。このように、通常、憲法委員会の機能と重複する委員会として、主に、人権合同委員会のほか、欧州連合委員会（European Union Committee）、委任権限・規制改革委員会（Delegated Powers and Regulatory Reform Committee）、及び下院の行政・憲法問題委員会（Public Administration and Constitutional Affairs Committee）等が挙げられる。そこで、これらの各委員会との間において、無駄な任務の重複を回避する必要がある^{*25}。

しかし、実際には、他の委員会との役割の重複に関する懸念は希有なものと思われる。仮に、他の委員会で審査済み又は審査される予定であっても、憲法委員会の独自で別個の視点から審査を行う、又は重複ではなく補完のための審査が可能であれば、憲法委員会の権限の範囲内で審査を実施することが必然的に排除されるべきとはいえない。ゆえに、憲法委員会の審査は、他の委員会審査と実体的に重複することを回避しながら実施されることが求められる。そこで、憲法委員会は、他の委員会による既発表報告書を考慮するほか、当該委員会と連絡・調整を担保する必要がある。それは、単なる情報・資料の交換に止まらない「相互協力の精神」をもって臨むことが期待されており、そして事実、これまでも憲法委員会は、他の委員会（議員、事務官、アドバイザー）との適切な連携を、公式に又は非公式に担保してきている^{*26}。

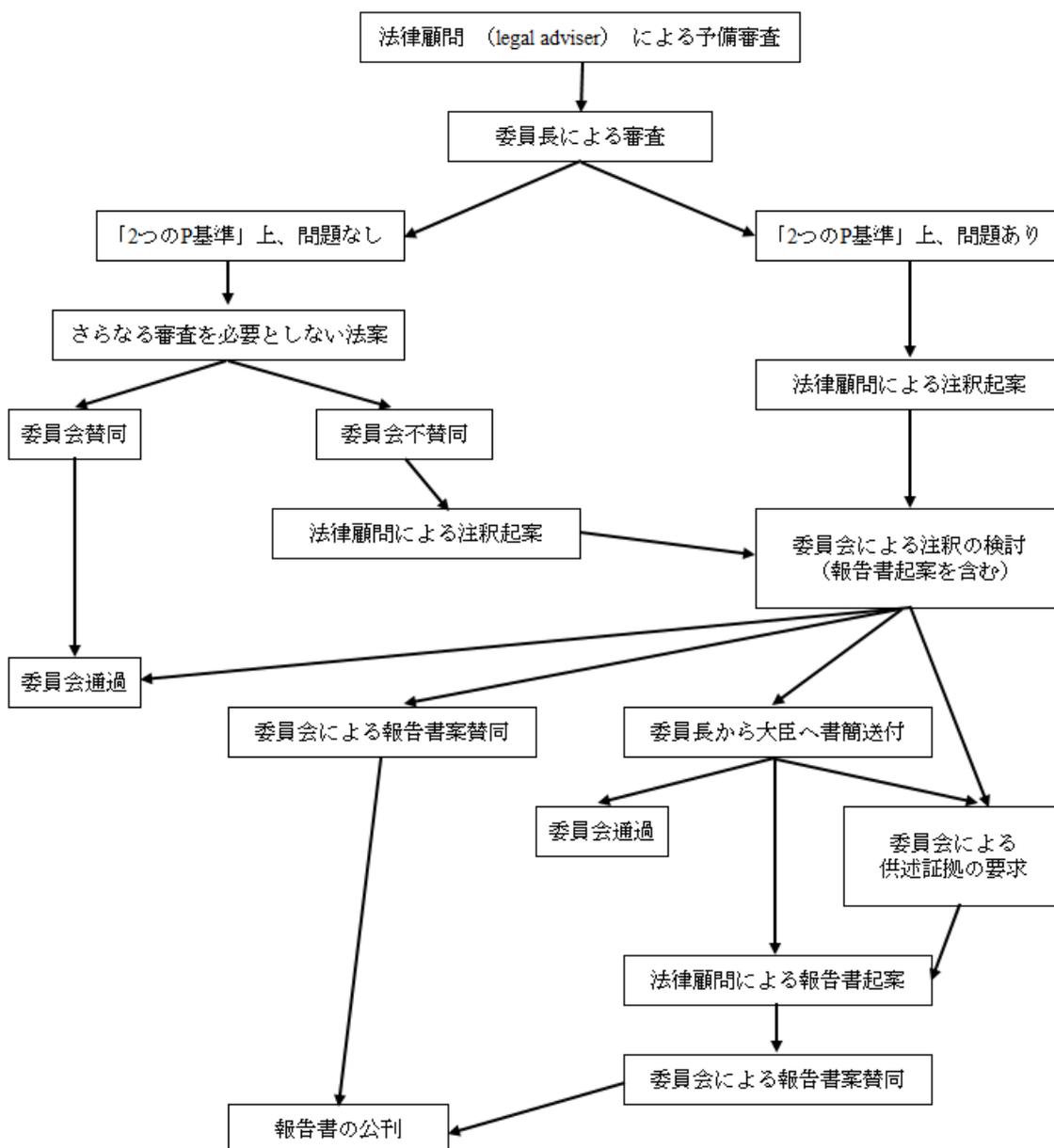
6. 法案審査のしくみ

(1) 法案審査の流れ

前述の通り、憲法委員会は、「2つのP基準」を満たした問題、すなわち、憲法枠組において主要（principal）な事項に該当し、かつ、原理上（principle）、重大な疑念を生起する問題に対して、非党派的な視座から法案審査を実施するのだが、そもそも、憲法委員会

が審査を実施するのは、各会期で上院に提出された「すべての政府提出法案 (government bills)」及び「成立する合理的見込みを有する議員提出法案 (private members bills)」である^{*27}。かかる審査手続は、法案が正式に上院へ提出された時点から開始される。

表-1 法案審査の流れ^{*28}



まず、法律顧問が予備審査（preliminary sift）として法案の選別を行った上で、委員長による審査が実施される。ほとんどの場合、「承認（cleared）」という評価がなされ、委員会には審査の必要性なしと報告される。通例、前述の「2つのP基準」を満たした場合のみ、その法案は委員会の審査手続の対象とされる。法律顧問の助言を踏まえた委員長の判断に沿って、委員会は、法案の事情を考慮しつつ、以下のような手続を経ることとなる。

(a) 通例、委員長は、法案を所管する官庁からの追加情報が必要な場合、担当大臣に書簡を送付し、委員会は、それに沿って提供された行政文書に基づき実施した法案審査の報告書を上院に提出するとともに、委員会のウェブサイトで公開する。

(b) 時に、審査活動は公式な制度から離れた形で実施される。すなわち、法律顧問は、当該法案に関して大臣に助言する行政官や弁護士からなる法案チームの会議に出席して、政府の立法趣旨や憲法に適合的な代替案の有無に関する情報を非公式に求める場合がある。逆に、担当大臣が委員会の非公式な会議に招かれ、解決困難な法案の問題を議論する場合もある。もっとも、このような非公式な会議が実施されるのは非常に稀である（後述の保健・公的介護法案の事例を参照）。

(c) 事前に法律顧問によって起草された報告書案を委員会構成員に回覧の上、委員会の承認を得て即時に委員会報告を公表する 경우가しばしば存する。これは委員会報告を行うべき第二読会までに十分な時間的余裕がない場合や、当該法案の憲法問題に関して政府の立場が明白でその修正が期待できない場合にも行われる。

(d) 委員会は、一般的な証拠収集の方法ではなく、法案の分析に貢献し得る専門家へその所見を求める方法を選択することで、より精密な審査を実施することができる。その専門的知見は、口頭又は文書若しくは両方による証拠提示を通じて担保される。もっとも、このような手続は、委員会が広範囲な専門的知見を必要とし、また、その時間的余裕が存する場合にのみ行われる^{*29}。

そして、憲法委員会は、法案に存する憲法問題が十分な重要性を有すると認めた場合、上院へ審査報告書（scrutiny report）を提出する。通常、その審査過程は、法律顧問の負うところが非常に大きい。委員長が法律顧問による勧告を拒否することは稀である。就中、2006年以降は、事実上、法律顧問が起草した報告書案を、委員会は改めて長時間をかけての議論や修正を行うことなしに承認する傾向にある^{*30}。もっとも、法案への批判や勧告を行う場合には慎重に委員会審査が行われ、さらに、重要な憲法原理との抵触を理由に条項の修正を求める場合、それらは委員会の全会一致による明確な合意に基づくことが要請される。

憲法委員会による審査報告の目的は、立法過程において、ある法案の憲法問題を如何に精査したのか、その情報提供を本会議や国民に向けて担保することに存する。そして、審査報告書は、絶対ではないものの、通常、当該法案の第二読会前に公表される。第二読会前に公表された審査報告書は、上院議案情報（House of Lords Business）でも取り上げられることから、上院議員の認知度も高い^{*31}。さらに加えて、通例と異なり、第二読会前という早期のタイミングで報告が行われることで、上院議員への周知の機会が十分に担保され、最大のパフォーマンスを実現している。その審査報告書では、個別条項の実体的評価には直接言及せず、単に、問題となる法案への憲法的懸念を示唆するに止まる場合もあれば、特定の条項が重要な憲法原理に抵触すると明示的に結論付ける場合もある^{*32}。

かかる憲法委員会による審査報告書が、これまでの上院審議に多大な影響を与えてきたことは明らかである。その影響力は、立法過程で当該審査報告に対して、上院議員たちが如何なる反応を示すかに依拠するが、上院では、憲法委員会の元委員やその理解者の数が年々拡大傾向にあり、かかる憲法問題に関心を有する上院議員たちによって、委員会が指摘した憲法問題が無視や看過されることはない。とりわけ、1999年の上院改革によって法案審査に関する上院の正当性が強化されて以降、その傾向は顕著であり、政府の改正法案が投票で否決される現実的可能性は極めて高い。事実、直近の2016-17会期において、政府は、38の条項の改正について上院での投票に敗れており、会期によって傾向に差はあるが、2015-16会期に至っては、60の条項の改正で敗れている^{*33}。

(2) 委員会による法案修正

しかしながら、時に、法案における憲法問題が早期の段階で指摘されたにも拘わらず、第二読会での対応ではなく、委員会段階（committee stage）又は報告段階（report stage）でそれらを解消する場合がある。すなわち、法案の政策方針を根本的に修正するのではなく、比較的簡単な法案の条項修正によってその問題が解消し得る場合、委員会を代表する委員長名で修正案が提出され、かかる委員会段階又は報告段階の過程で、委員会が指摘する憲法問題が十分に論じられ、法案修正による憲法保障の機会が担保されている^{*34}。

例えば、2007年規制施行・制裁法案（Regulatory Enforcement and Sanctions Bill 2007^{*35}）は、地方自治体の垣根を越えて一貫した規制の実施、中央政府と地方政府のより良き協調、諸規制のより効果的な実施を目的とした法案だったが、憲法委員会は、当該法案の第3章における3つの憲法問題を指摘し、上院の注意を喚起する報告書を提出した。すなわち、同法案は、大臣に、刑事犯罪に関与した個人や企業に課徴金納付を命じる権限を授権することを規定していたが、憲法委員会はこの制度枠組に対して次の3点を指摘した。

(a) まず、当該法案の枠組は、あまりに複雑で理解が困難であることにより、法の支配の最も重要な側面に違反する恐れが存する。すなわち、法は、合理的に確定可能でかつ理解可能でなければならない。同時に、規制当局（regulator）に付与された法的権限を命令（order）形式ではなく指示（direction）形式で一時停止することを大臣に認めることは適切ではない。

(b) また、法案に規定された枠組は、独立した公平な司法に拠らずして、犯罪行為を認定し制裁を科す権限を、未曾有の規模で大臣に授権することを可能にしている。

(c) さらに、当該枠組は「告知・聴聞」手続の要件を欠いており、自然法的正義であるコモン・ロー上の基本原則（audi alteram partem）を排除する危険性を有している。

憲法委員会は、これらの懸念について比較的簡単な修正で解決できると考えた。そこで、委員長は、課徴金納付が確定する前に、被疑者にいわゆる告知・弁解・防御の機会を担保することを修正案として提案した。さらに、委員長は、一定の規制当局に付与された法的権限を一時停止するには、命令形式に拠ることを大臣に要求する修正案を提出している。かかる修正案は、いったん委員会段階では政府によって拒否されたものの、その後の上院審議を踏まえて、報告段階^{*36}ではほぼ委員長案に沿う内容で、被疑者に対する告知・弁解・防御の権利保障も制度化される結果となり、委員会が指摘した法案における憲法問題は解消されるに至った。

7. 憲法委員会の構成員

(1) 委員会の委員構成

非公選機関である英国上院の正当性を担保しているのは、まさに専門家集団としての知見・経験であって、憲法委員会の構成にもそれが如実に反映されている。近年の憲法委員会の構成は、法律の専門家が多くを占めているが、発足当初とはやや傾向が異なる（表-2参照）。表-2の通り、委員会構成を経年比較すると、当初から近年にかけて、法律の専門家が占める割合が飛躍的に拡大していることが看取できる。憲法委員会の創設当初、弁護士は Acton 卿のみであった。それは、当該委員会を法律家が支配すべきでないとの見解が背景に看取される。例えば、創設当初、元委員の Peston 卿（経済学者）は、そのような法律家中心の委員会構成計画に懐疑的な見解を表明していた^{*37}。

しかし、それから10年後の2010-12会期では、当該委員会は、元大法官（Irvine 卿）、元法務長官（Goldsmith 卿）、二人の著名な元弁護士（Hart 卿、Pannik 卿）、元上級裁判官（Woolf 卿、Jauncey 卿）等が名を連ねるに至っている。また、法律の専門家と同様に、大臣経験者や50年以上の議員経験を有する政治家が含まれている。かかる著名な委員たちの構成によって、憲法委員会は英国社会で高い尊敬を集めるようになった。なお、委員会の構成員に関して、上院の多くの委員会では、「ローテーション原則（rotation rule）」が採用されており、4会期を超えて同一の委員会に再任されることは禁止されている。憲法委員会も同様であるが、但し、初代委員長の Norton 卿の如く、任期上限の後にインターバルを置くことで憲法委員会の委員に復職することも可能である。

表-2 憲法委員会の構成^{*38}

前職	2001-02会期	2005-06会期	2010-12会期
弁護士	1	1	4
公務員	1	0	1
議員・大臣経験者	3	3	4
実業家	1	2	0
財団	3	3	1
学識経験者	2	2	1
その他	1	1	0

（2）委員会の補佐体制

憲法委員会の運営に際して看過できないのが、委員を支える常勤の事務官（staff）と法律顧問（adviser）の存在である。少数の事務官がチームで委員会の活動をサポートしている。憲法委員会の機能が拡大するに伴って、現在では、政策調査の委員会業務をサポートする政策分析官（policy analyst）の職や、委員会の調査報告や審査報告を公表する広報担当官（press officer）の職が創設されている。当初、法律顧問は、憲法委員会専属の法律顧問ではなく、人権委員会、EU 委員会、委任権限・規制改革委員会における常勤の法律顧問から適宜助言を得ればよいとの見解に基づいていたが、委員会による法案の専門的な憲法適合性審査は、憲法に関する高度な専門的知見なくして行うことは不可能であるとの事情から、2002年以降、憲法委員会は、優秀な学識経験者を非常勤（パートタイム）の法律顧問として自ら雇用し、法案審査への助言を求めることとなった。さらに2009年以降は、業務量の拡大に応じて、法律顧問の人数は2名に増員されている^{*39}。そのほか、政策調査に際しても、憲法委員会は、その政策専門領域の学識経験者から必要な人材を、特別顧問（special adviser）として任命することが通例となっている。

8. 審査基準

成文憲法典が存在しない英国で、憲法委員会は法案の憲法適合性審査を如何なる基準をもって実施するのか。これまでに、憲法委員会はこの点を明らかにしていない。実際には、歴代の法律顧問が彼らの職務の効率化のため、非公式なチェックリストを作成しているが、しかし、憲法委員会はかかる基準の編纂を避けてきた経緯があり、これまでのところアドホックな対応を展開してきている。その理由は、①そのような基準の編纂は非常に論争的で政治的対立を招く困難な作業であること、②先例に基づく対応が、固定的でなく時代とともに発展してきた英国憲法規範の本質と調和的であること、③政府立法の監督・統制という文脈では、個別の対応を展開する方が効果的であることが挙げられる。また、憲法委員会で示される規範の多くは、特定法案の立法過程に固有のもので、そもそも基準を一般的・抽象的に論じることが困難ともいえる^{*40}。もちろん、憲法委員会はかかる基準を編纂する能力を有しており、かかる基準が存在することによって、政府立法に対する一定の抑制的效果につながることも期待できるが、上記の理由から、現在までにかかる基準の編纂は果たされていない。

もともと、他方で、憲法委員会はこれまでに数多くの法案審査報告や政策調査報告を実施してきており、その中で一定の憲法規範の形成が看取され、それらが憲法適合性審査に資するものとなっている。例えば、「法の支配」に関わる「遡及的立法」について、従前の委員会報告の中で、(a) 遡及効を有する立法は回避されなければならない^{*41}、(b) 遡及効を有する条項は可能な限り抑制的に起草されなければならない^{*42}、(c) 遡及的立法はやむにやまれぬ事由が存する場合にのみ許容され得る^{*43}、(d) 如何なる個人も実行の時に適法であった行為について刑罰や不利益処分を受けない^{*44}等といった規範を明確化している。これらの報告書で提示されてきた先例としての諸規範が、事実上、憲法適合性審査における基準を形成してきている点については特筆しておくべきであろう。法案審査を契機として開始された政策調査が、憲法規範を明確にしつつ、その後の法案審査をさらに深化させて

きた訳である。

なお、憲法委員会が審査対象にすべき「憲法的」問題か否かを判断する際の「2つのP基準」について前述したが、実は、かかる制度設計は委員会創設当初のもので、現在は、異なる枠組で運用されている。すなわち、「2つのP基準」は委員会創設当初に一定の役割を果たしたが、現在では、それよりも上記の委員会報告で提示された憲法規範が先例として、事実上、「2つのP基準」を具体的に代替する機能を果たしている。「2つのP基準」は抽象性が高いため、委員会の審査・調査報告で示された諸規範の方が現在では重視されている。もちろん、先例にない憲法問題が生じた場合には、「2つのP基準」によって合理的に判断せざるを得ないが、多くの場合は、過去の委員会報告（先例）に沿って法案審査が行われている。確かに、これまでに憲法委員会は基準の編纂を行っていないが、従前の法案審査や政策調査を通じて精力的に蓄積してきた憲法規範が、事実上、一貫性のある基準を構築し、かかる法案審査制度の運用を支えてきた経緯をここで指摘できる。

9. 事例研究

(1) 2006年立法・規制改革法案 (Legislative and Regulatory Reform Bill 2006)

2006年1月、政府は、立法・規制改革法案を下院に提出した。当該法案は、「すべての大臣が、如何なる目的のためであれ (for any purpose)、第一次立法、第二次立法を問わず、あらゆる法令の条項を命令 (order) によって修正及び廃止し得る」権限委任を実現する、すなわち、政府の委任立法によって如何なる議会制定法（課税・刑罰規定のみを除く）でも改正・廃止できる内容を有していたため、「議会廃止法案 (Abolition of Parliament Bill)」と厳しく批判された。当初、それでも政府は、下院での修正に抵抗したが、結局、議会からの多くの修正提案を受け入れることで事態は収束した^{*45}。

通例、憲法委員会は、法案が下院にある時点で政府と書簡のやり取りをすることはないが、当該法案に関しては例外であった。委員長は、まだ法案が下院にあったが、大法官 (Lord Chancellor) に書簡を送付し、憲法上の懸念を伝えていた。これに対する大法官からの回答では、政府は大きな論争を招くような当該法案の権限使用は想定しておらず、また今後、当該法案の権限に関するさらなる制約を受け入れる準備があることにも言及していた。

その後、下院での修正にも拘わらず、憲法委員会は、当該法案に対して異例なほど長く詳細な審査報告書を提出した。その内容を大別すると、(a) 法案の個別条項に対する詳細な分析と議院に向けてのその情報提供^{*46}、(b) 法案の取扱いに関する政府の説明責任の取り方^{*47}、(c) ヘンリ 8 世条項 (Henry VIII clause) の使用を規制する規範原理^{*48}に関する事項である。就中、憲法委員会は、かかる委任立法の問題に高い関心を示しており、ヘンリ 8 世条項は英国憲法の「議会主権」原理を形骸化させ、法律を改廃できるのは議会のみとする伝統を打ち破る危険性が存することに強い懸念を有していた。そして、ヘンリ 8 世条項に基づく大臣権限が法的正当性に欠け、権限濫用に繋がる危険性から、法的に明確な制限を課し、さらに適正な議会審査手続に服すべきことを強調したのである。

かかる審査報告書において、憲法委員会は当該法案の政策目的を損ねることなく、重大な憲法問題に対応するための安全確保策をいくつか提案しているが、その提案が実際上の影響力を有するに至っている。

例えば、(A) 議会審査手続の強化策として、上院の拒否権に対する制約を撤廃するべきと提案している^{*49}。かかる拒否権に関する手続的制約の撤廃は、委任権限・規制改革委員会 (DPRRC) から同様の勧告がなされており、政府もこれを無視することはできず、第二読会において両委員会からの勧告を受け入れることを決定した^{*50}。

また、(B) 命令による憲法枠組の変更を禁止することを提案した^{*51}。これは前述の勧告に比して、非常に野心的な勧告であった。当該勧告の実現には、新たな条項を設ける必要があったからである。しかし、多くの上院議員が当該勧告を支持し、その修正に向けた活動を展開した結果、当初、かかる修正の必要性を否定していた政府も^{*52}、報告段階 (report stage) において、当該修正を受容することを決定し、その結果、2006年立法・規制改革法第3条(2)(f)「憲法的重要性を伴わない条項」という規定の創設に結実している^{*53}。

(2) 2011年保健・公的介護法案 (Health and Social Care Bill 2011)

2011年1月、下院に提出された保健・公的介護法案は、保健担当大臣 (Secretary of State for Health) の国民保健サービス (National Health Service、以下 NHS) に関する法的権限を再定義するものであった。当該法案は憲法委員会の関心を引き、憲法委員会は、その法案審査報告書を2本も提出しており、そのいずれの報告書も上院審議に多大な影響を与えたことに加え、また他方で、憲法委員会は、非公式に政府との交渉を行い、修正案の起草を行うなど、その精力的な取組みは特筆に値する。その結果、憲法委員会は、当該法案の再定義に関わる主要部分を修正せしめたのである。

まず、憲法委員会の第一報告は、当該法案が NHS に関する政府の憲法上の責任を希薄化させ^{*54}、現行法における一連の憲法的責任を切断する危険性を指摘している^{*55}。すなわち、現行法第1条の「包括的な保健サービスを促進する大臣の義務」は、第3条の「医療施設・サービス等を必要かつ合理的な水準まで提供する大臣の義務」と整合するように解釈する必要があるが、当該法案は、第3条における大臣の義務を医療委託団体 (clinical commissioning group) に移行させることで、かかる条文相互の関連性を切断している^{*56}。また、当該法案に関して、大臣の義務を解除すると説明する注釈書 (explanatory notes) と大臣の義務に変更はないと主張する政府見解が矛盾することを指摘し、当該法案による変更は、「不確実性 (uncertainty)」と「不当な危険 (undue risk)」を生起させるものだと結論付け、その法案修正を求めたのである^{*57}。

前述の通り、法案に対する委員会報告の影響力は、その後の上院議員の反応如何で決まる。この点、当該法案に対する上院議員の反応は明確で断固たる決意に基づいていたが、結果的には、第二読会において政府案を阻止するには至らなかった。しかしながら、その後の委員会段階 (committee stage) で、上院は、憲法的分析と修正案起草の双方で見事な能力を発揮している。結局のところ、かかる上院審議は、政府案を根本的に修正することなく、大臣の政治責任を如何に担保するかに収斂していった。Williams 女性男爵、Jay 女性男爵及び Patel 卿らは、当時の現行法における大臣義務規定をそのまま残すことを提案したが、政府はその解決策には激しく抵抗した^{*58}。そこで、元大法官の Mackay 卿は、「英国での保健サービスに関する条項について、大臣は、議会に対して最終的な責任 (ultimate responsibility) を有するものとする」という代替案を提示した。かかる提案は政府見解をも踏まえた内容で、法案担当大臣の関心を引きこととなった^{*59}。

その後、報告段階 (report stage) の開始前に、憲法委員会は、追加調査による第二報告を提出した^{*60}。かかる追加の審査報告は上院の法案審査機能を補強するもので、殊に、その重要性を指摘し得る。当該報告は、憲法委員会と法案担当大臣及び保健省 (Department of Health) 担当官との非公式な協議を踏まえ、双方の合意から導き出された修正案を反映したものであった。前述の NHS に対する大臣の法的責任に関しては、「英国での保健サービスに関する条項について、大臣は、議会に対して大臣責任 (ministerial responsibility) を有するものとする」との修正案が勧告された^{*61}。その結果、かかる修正案が、その通りに保健・公的介護法第 1 条(3)として成立するに至った^{*62}。この他、第 4 条と第 10 条の修正案も併せて勧告されているが、いずれも憲法委員会の第一報告における憲法的懸念に対して、憲法委員会と政府が共同で対処した修正案であることは特筆に値する^{*63}。

10. 政策調査機能

(1) 政策調査報告

前述の通り、憲法委員会は、法案審査機能のほかに、憲法政策の運用状況について広範な調査を行い、報告書を通じて主に政府に対して勧告を行う機能を併有している。その調査機能の遂行に際しては、特別顧問 (special adviser) を任命してかかる作業に従事させ、口頭又は文書での証拠に基づいた報告書を作成し、政府に提出するのである。当該調査報告書は公開され、政府はその報告に対する説明責任を負うものとされている。憲法委員会は、創設された 2001 年から 2012 年までの期間に、以下の 20 本の報告書を公開している。

表-3 政策調査報告^{*64}

テーマ	報告書
憲法的手続	憲法改正：憲法改正手続 (2001-02) ^{*65} 英国人民投票 (2009-10) ^{*66} 憲法改正手続 (2010-12) ^{*67}
地方分権	地方分権：英国の制度間関係 (2002-03) ^{*68} 地方分権：英国議会の立法実務における効果 (2003-04) ^{*69} スコットランド独立の人民投票 (2010-12) ^{*70}
英国議会	議会と立法過程 (2003-04) ^{*71} 遂行中の戦争：英国議会の役割と責任 (2005-06) ^{*72} ウェールズ立法権授権令に関する調査 (2007-08) ^{*73} 迅速手続立法：憲法的関連事項と安全対策 (2008-09) ^{*74} 財政法案と予算に関する下院の優越 (2010-12) ^{*75} 一般選挙投票終了時の投票 (2010-12) ^{*76}

英国政府	規制国家：その責任の確保 (2003-04) *77 法務長官府の改革 (2007-08) *78 内閣府と英国政府中枢 (2009-10) *79 公務員の責任 (2012-13) *80
英国司法府	英国政府、英国司法府及び英国議会の関係 (2006-07) *81 英国政府、英国司法府及び英国議会の関係(追補版) (2007-08) *82 英国司法府の任命 (2010-12) *83
その他	監視：市民と国家 (2009-10) *84

(2) 政策調査手続

通例、憲法委員会は、一つの主要なテーマを設定したうえで政策調査を実施する。具体的には、政策分析官 (policy analyst) による資料準備に基づいて、委員会では調査テーマを一つに絞り込むまで協議を重ねる。そして、選択された調査テーマに関する文書資料を収集しつつ、他方で、必要な特別顧問の選任を行う。その後、事務官と特別顧問は、委員長との協議を踏まえて政策調査のスケジュールを作成する。委員会は、事前にテーマへの理解を深めるためや各委員の予備的見解を確認するために、特別顧問を講師として招聘し、私的な研究会 (seminar) を開催することがある。多くの場合、政策調査のスケジュールは、学識経験者への意見聴取 (hearing) から始まり、その後、さまざまな関係団体を経て、関係大臣への意見聴取で締め括られる。かかるスケジュールの中で、事務官と特別顧問が、一連の質問を準備し、意見聴取のおよそ一週間前に参考人へ送付している。意見聴取当日、参考人が委員会室に入室する前に、簡単な非公開の会合を開催し、委員長は委員と一連の質問内容の確認をする。意見聴取は通常 90 分間で実施され、その内容はウェブ公開のために録音又は録画される。その意見陳述の記録は、意見聴取の日から 2、3 週間以内に作成され、委員と参考人に配布される。

通常、すべての参考人の意見陳述が終了するまで、委員が調査テーマに関する議論をすることはないが、委員長は、随時、調査範囲の絞り込みなど必要な議論を簡潔に実施することができる。数ヶ月後、すべての参考人からの意見聴取が終了すると、事務官は特別顧問と連携しつつ、報告書案の構成作りに着手する。そして、報告書案が章ごとに整理され、委員長とも何度も反復して確認を行い、その草案内容に委員長が同意すると、各委員に配布され、また、書式を整えるなどの公表準備へと移っていく。その後、最終案にすべての委員が同意すると、委員会は、公表日程を設定しそれを報告書として公表する。当該報告書に対して、政府は、正式にその公表から 2 ヶ月以内に回答することが求められている。この調査報告は、法案審査の過程で生じた憲法問題を契機とする場合が多いが、報告書にまとめられる段階では、それを超えた憲法論議が展開されており、それは単なる議会への情報提供に止まらず、より広く英国国民一般にかかる憲法問題の状況を周知させる意義を有している。

(3) 事例研究

多くの政策調査報告書で憲法委員会からの勧告が提示されているが、法案審査に関わる委員会勧告とは異なり、そのうちのいくつが政府に受容されたかを数えることは、あまり意味がない。ここでの憲法委員会の役割は、議会や国民に対して憲法問題に関する情報を提供し、同時に、政府に対して当該憲法問題に対する説明責任を求めることであるから、勝ち・負けでその効果を判定することは馴染まないのである。また、法案審査は数ヶ月の期間で行われる一方で、政策調査はより長い期間をかけて展開される性質を有している。以下で、具体的な事例を紹介したい。

[英国軍の海外展開]

英国では、これまで英国軍の海外派遣は国王の大権事項と理解されてきたが、しかし、かかる戦争権限（war powers）を含む大権事項の改革が長年をかけて継続的に議論されてきた。その傾向は2003年イラク戦争を契機に顕著となり、2004年3月、下院行政特別委員会（Public Administration Select Committee、以下PASC）は、政府に対して、武力紛争における諸決定（decisions on armed conflict）を含め、国王大権下における全ての大臣権限に対する議会統制をより強化する法案を提案することを求めた^{*85}。その8ヶ月後、憲法委員会は、戦争権限に関する政策調査を開始し、2006年7月に、調査報告書「遂行中の戦争：英国議会の役割と責任（2005-06）」^{*86}を提出しているが、その結論はPASCとは異なっていた。憲法委員会は、これらがそもそも立法化には馴染まないという理由から、PASCが主張した政府決定に対する議会統制を成文化する方法ではなく、その代わりに、議会慣習（parliamentary convention）で、当該決定に対して議会が果たすべき役割を決めることを提案した。すなわち、当該報告書では、成文化することなく、海外に英国軍を配備する政府決定を統制する議会機能を確立するために、議会慣習が包括すべき特徴を一覧にすることを試みたのである。この提案に対して、政府は、2006年11月に「そもそも大臣は議会に対して責任を負い、議会の承認なしに英国軍の海外展開はなし得ないだろうから、これ以上の統制は不要であり、応じられない」との見解を表明した^{*87}。これに対して、憲法委員会は、この政府見解は「不適切」かつ「いい加減」であり、憲法委員会の勧告に誠実に対応できていないと非難する報告書を改めて公表した^{*88}。

2007年5月、下院は、上院の憲法委員会と下院のPASCの報告書に触発され、この問題を審議し、政府に対して、さらなる検討のうえ、より詳細な提案を議会に提出することを求める決議を行っている^{*89}。これを受けて、司法大臣（Ministry of Justice）は、当時のブラウン首相とともに、かかる議会決議によって定式化された（PASCの選択方式ではなく）戦争権限に関する憲法慣習の受容を一つの内容とする英国統治改革プログラムを進める旨を決定し、ブラウン政権の緑書「英国の統治（The Governance of Britain）」等において公表している^{*90}。その中で、政府は、英国軍の海外派兵を国王大権と見なすことは、もはや時代錯誤であり、議会統制の慣習を下院決議で定式化し、さらに法制化の必要性についてまで言及している。これらの経緯は、憲法再生法案起草合同委員会（Joint Committee on the Draft Constitutional Renewal Bill）からも「均衡のとれた効果的な進め方（well balanced and effective way of proceeding）」との高い支持を得ている^{*91}。

11. 司法府との対話機能

最後に、憲法委員会の機能として、創設当初、司法府との関係を有する特定の機能は想定されていなかったが、近年、法案審査及び政策調査機能に加えて、新たな機能として「司法府との対話（Dialogue with the Judiciary）」機能が認められている。当該機能は、非公式なものであるが、近年その重要性が増してきている。その背景には、英国で2005年憲法改革法（Constitutional Reform Act 2005）によって、（立法権及び）司法権での大法官（Lord Chancellor）の地位と権限が廃止、その職がイングランド・ウェールズ首席判事（Lord Chief Justice of England and Wales）に継承され、さらに、2009年には英国最高裁判所（Supreme Court of the United Kingdom）が創設され、最高法院（High Court of Parliament）としての貴族院の司法機能が終焉を迎えるというパラダイムシフトが指摘できる。2005年法に基づく大法官の司法権廃止や貴族院議員の上訴院判事（senior judge）資格の喪失によって、政府提案が司法を脅かすとき、司法府は、その懸念に対応する新たな方法を模索しなければならなかった。この点、憲法改革法案を担当した上院特別委員会は、議会と司法府とを架橋し得る合同委員会（joint committee）を議会内に創設することを勧告していた^{*92}。かかる改革提案を推進し、上院機能の空隙を埋めたのが、まさに憲法委員会であった。

当該憲法委員会の司法関連機能には4つの目的がある。まず、第一に、憲法委員会は、ファシリテーターである。すなわち、2007年7月、憲法委員会は、首席判事（Lord Chief Justice）や上訴院判事（senior judge）が、立法又は行政若しくはその他の政策提案が司法に及ぼす重大な影響に関する懸念を表明する安定的な機会を担保することを支持する、また、すでに首席判事は毎年一回この憲法委員会に出席してきたが、今後は、必要に応じて彼（女）が委員会へ随時出席できるよう、その門戸を開放するとの見解を表明している^{*93}。かかる機能は、司法府による司法関連の法律や予算等に関するロビー活動の機会として利用されている。例えば、裁判資料をオンラインで利用できるよう資料管理をハイテク化するための立法と予算を求めても政府が遅々として動きを見せない場合、憲法委員会を通じたロビー活動を行うのである。司法によるロビー活動は、従前から現在に至るまで、個別の大臣に対して私的に行われているが、この憲法委員会でのロビー活動は公的なもので、そこでの議論内容は公開もされている。

加えて、第二に、司法関連の政策に対する政府の説明責任を担保すると同時に、第三に、委員会の権限内で司法府指導部（senior judiciary）の説明責任を担保する機能を果たす。後者について、憲法委員会は、「司法の核心（core of the judiciary）」に抵触するような、例えば、個別の裁判で争われている実定法解釈に関する質問をすることは断固としてない。もちろん、個別の裁判に影響を与えるような質問は、司法の独立を侵害するからである。しかしながら、その周辺領域にある司法行政の適正な運営など、司法制度のあり方に関する議論は許容される。例えば、憲法委員会で、裁判官の採用・昇任人事に関して、女性比率や少数民族比率のあり方を議論することや、司法府とメディアの関係を議論することは実務的に重要である。また他方で、憲法委員会が、「法の支配」や「司法の独立」の意義を司法府指導部たちと議論することも有意義であろう。これらの議論を通じて、司法府の対議会責任は、英国国民への説明責任を担保し、国民の司法理解を促すことに資するため、

英国では、必ずしも司法の独立と抵触するとは考えられていない^{*94}。

最後に、第四として、2005年以降に創出された憲法構造（constitutional architecture）の監視機能である。これまでに憲法委員会は、かかる制度展開の方法論に関する精査・提案・説明を行ってきた。この点、多くの場合にそれらの勧告は拒否又は明らかに無視されたが、限定的な成果も存する。

(a) 特定の判事及び判決に対する大臣の抑制を欠いた批判に懸念を覚えた憲法委員会は、大臣が公共の場で判事に如何なる論評をすべきで、またすべきでないかを、大臣に対して明白かつ一義的な指導を行うべく、大臣行動規範（ministerial code）の改正を2010年に求めたが^{*95}、Gordon BrownもDavid Cameronもこれを行うことはなかった。

(b) 憲法委員会は、2004年1月に大法官のFalconer卿と首席判事のWoolf卿の間で合意された協定（concordat）^{*96}が根本的な重要性を有する文書と認識し、それを更新のうえ正式に議会に提出すべきことを主張したが^{*97}、これも実現はしなかった。

(c) 他方で、首席判事による年次報告は司法府の説明責任を担保する有効な方法となり得ることから、憲法改革法第5条(1)のもと、議会に正式に提出されるべきことを提案したところ、当時の首席判事Phillips卿は、まず、2006年4月から2007年9月までの期間の首席判事報告を2008年3月に議会へ提出し^{*98}、また、その後もJudge卿が2010年及び2012年に報告書を継続的に提出するに至っている^{*99}。

(d) 事後的立法審査（post-legislative scrutiny）はその必要性が高く、より一般的に実施されるべきであること、また、それが議会と司法府間の建設的対話の水準を大きく押し上げることを、憲法委員会は繰り返し主張してきた^{*100}。事後的立法審査は、法律の制定後に、その立法意図に合致するように法執行（司法の法解釈も含む）が行われているかを検証する制度で、これは、憲法委員会の勧告が（法律委員会（Law Commission）の支持を経て）制度化に至った好例である^{*101}。

12. 憲法保障と委任立法

前述における英国上院を「憲法の守護者」とする評価は、少なくとも1980年代には確立されていた^{*102}。かかる上院の憲法保障機能は、多くの一代貴族による専門知に拠って支えられてきたといえる。就中、上院が当該憲法保障機能の遂行に際して、最も精力的に活動してきた分野が、政府の委任立法（delegated legislation）に対する監督・統制である。

すなわち、政府法案の憲法適合性に関する上院のチェックはしばしば助言的なものに止まるが、時としてそのチェックは厳密で政府に方針転換を余儀なくさせることも多々存する。ところが、実際の多くの法案では、議会本会議の審議で大きな論争を招く可能性がある事項については、議会制定法には規定せず、事後的に、大臣の行政命令によって、法改正の手続を経ることなく、法の規範内容を修正・廃止することを可能とする立法権委任を行う例が少なくない。かかる権限委任規定は、「ヘンリ8世条項（Henry VIII clause）」と呼称され、担当大臣に実に広範かつ無制約な権限委任を行う場合があることから、それは、憲法秩序を大きく形骸化させるものとして警戒されている。この点、英国上院は、かかる委任立法に対しては現在もなお絶対的な拒否権を有しており、また、委任立法の統制に非常に高い関心を有している。

そして同様に、憲法委員会の委任立法統制に対する関心も高く、その実際は委員会報告の内容を見れば明らかである。例えば、憲法委員会は、創設された2001-02会期から2014-15会期までの期間内に、168件の報告書を公表しており、そのうち法案審査報告が102件で、その他は、特定の憲法テーマに関する調査報告又は年次報告である^{*103}。これらの報告書を通じて、憲法委員会は、単に、憲法の守護者として法案審査を実施するに止まらず、英国における憲法適合性 (constitutionality) に関する規範概念を徐々に形成してきている^{*104}。かかる文脈の中で、憲法委員会が実際に如何なる問題に関心を寄せ、審査及び調査を展開してきたのか、これまでの報告書を内容的に整理すると、以下の規範内容に分類できる^{*105}。

(a) 法の支配

- ①遡及立法 (Retrospective legislation) の禁止
- ②法的確定性 (Legislative certainty)

(b) 委任権限、委任立法、ヘンリ 8 世権限

- ①権限の限定 (Defining the power)
- ②立法権委任への安全装置 (Safeguards in delegation of legislative power)
- ③委任権限の適正使用 (Appropriate uses of delegated powers)
- ④委任権限の正当化事由 (Parliamentary justification of delegated powers)

(c) 権力分立

- ①裁判所 (Judiciary)
- ②政府 (Government)
- ③議会 (Parliament)

(d) 個人的権利

- ①一般原則 (General principles)
- ②裁判を受ける権利 (Access to justice)
- ③適正手続と手続的公正 (Due process and procedural fairness)

(e) 議会手続

- ①事前審査制度 (Pre-legislative scrutiny)
- ②法案注釈書 (Explanatory note)
- ③憲法問題を伴う法案 (Bills with constitutional implications)
- ④迅速手続法案 (Fast-track legislation)
- ⑤法案修正 (Amendments)
- ⑥事後審査制度 (Post-legislative scrutiny)

これらの整理から、憲法委員会が、その他の重要な憲法規範と並んで、就中、委任立法の問題に関心を寄せていることが看取できる。我が国では、些末な問題として取り扱われる傾向があるが、英国では、かかる委任立法の問題を憲法秩序への大きな脅威と捉え、精

力的な審査及び調査を展開してきた。この点は、我が国と大きく異なる。このような経緯に鑑みれば、前述した2006年立法規制改革法案 (Legislative and Regulatory Reform Bill 2006) の審査に、憲法委員会が精力的な批判を展開したことも首肯できる。英国では、委任立法は重大な憲法問題であり、また、憲法委員会はそれを主要問題として位置付けているのである。

13. 結びに代えて

憲法委員会の創設以前における英国立憲主義の一つの特徴として、憲法規範を詳細に語り、それを保障するための法制度が不在であったことを指摘できる。フランスの憲法院やフィンランド議会の憲法委員会に相当する、立法過程において法案の憲法適合性を客観的に精査する機関が存在しなかった。その結果、英国立憲主義を担保する責任が政治自体に求められてきたのである。不文憲法と議会主権という統治原理の特性が、法案の憲法適合性審査を実施する第三者的な機関の創設を拒んできたのだらう。しかし、かかる英国統治の特徴には、憲法的制度枠組の安全性に関する問題が内包されていることが2000年の王立委員会報告書で指摘され、法案の憲法適合性を抽象的に審査できる政府から独立した専門機関が求められた結果、終に、憲法委員会は創設されるに至った。創設当初、憲法委員会は、不文憲法下での委員会機能を説明する理論枠組をめぐって、政治的及び法的な憲法論の両面から問題が提起され、その立法過程で行われる審査機能の意義自体を疑問視する見解もあった。

しかし現在では、英国社会の憲法問題を効果的に精査する憲法委員会の創設・運営は、これまでの上院改革で最大の成功を収めた例として称賛されており、委任権限・規制改革委員会 (Delegated Powers and Regulatory Reform Committee)、人権合同委員会 (Joint Committee on Human Rights) と並んで、「憲法の新たな三大支柱 (three new pillars of the constitution)^{*106}」とさえ呼称されている。就中、憲法委員会は、近年、「憲法の守護者」としての地位を確立してきた上院において、その憲法保障機能を実質化する不可欠の要素を構成している。もちろん、憲法委員会 (上院) は、憲法違反の政府法案に対する拒否権を有する訳ではないが、その報告書が現在の政治的体系における憲法問題の所在を英国社会に向けて明らかにし、その上で、総選挙や国民投票等を通じて示される民意が憲法的不当性を矯正するという、民主的な制度枠組が担保されている。かかる文脈において、憲法委員会の飛躍的發展は、まさに英国立憲主義の新たな制度展開を象徴するものといえる。

翻って我が国の現状を見てみると、英国の憲法委員会に相当する機関はまず存在していない。我が国では、憲法適合性を含めて法案のすべての審査は、立法過程で付託された各委員会及び本会議で実施されることとなっており、憲法問題のみに特化した委員会は存在しない。この点、我が国で「憲法の守護者」といえば、憲法上、最高裁判所を想起することが通例である。憲法外では、内閣法制局が指摘されるかも知れない。かかる状況に鑑みて、さらに議会内に憲法保障を担う専門機関を創設することは屋上屋を架すことになるとの批判もあろう。しかし結論からいえば、政府からの憲法規範侵害に対する防御策として、これらの組織のみでは憲法保障として十分とはいえない。すなわち、内閣法制局は政府と一体の存在であるし、我が国の最高裁判所は司法消極主義の文化を有し、就中、高度な政

治問題には踏み込まない立場を堅持している。かかる文脈において、事実、我が国の立憲主義は十分に保障されてきたとは言い難い状況が随所に看取される^{*107}。現状における脆弱な憲法保障の枠組を補完する制度の構築が必要であろう。それが憲法委員会の創設である。憲法に精通した議員及びスタッフによって、法案の憲法適合性審査・調査のみに特化した専門機関が、政府から一線を画した位置付けで創設できれば、我が国の憲法保障にとって大きな前進となるだろう^{*108}。そもそも現行憲法上、「憲法の守護者」が最高裁判所のみ限定される必要はないのである。従前の「常識」を捨象して、政治的領域（立法過程）で、抽象的に法案の憲法適合性審査に特化した専門的委員会の創設を我が国でも検討する価値は十分に存するものといえよう。

*1 前田英昭『イギリスの上院改革』（木鐸社、1976年）118頁。

*2 F. N. FORMAN AND N. D. J. BALDWIN, *MASTERING BRITISH POLITICS* 5th ed., at 219 (PALGRAVE MACMILLAN 2007).

*3 通例、上院の機能は各国の歴史的・社会的・政治的背景に基づき規定されるが、英国上院では、かつて①法案の修正、②政府の責任確保、③政府政策の調査、④最高裁判所の構成、⑤憲法の保護という5つの機能が認められ、現在では、上院は自ら「憲法の守護者」という役割を重視し、英国社会もそれを承認する傾向にある。その背景には、裁判所が違憲審査権を持たず、また、2009年まで上院が最高裁判所としての機能を担ってきた歴史的経緯を指摘することができる。拙著「委任立法と議会」（日本評論社、2012年）244-45頁参照。

*4 Royal Commission on the Reform of the House of Lords, *A House for the Future* (2000, Cm 4534).

*5 *Id.*, para. 5.4.

*6 *Id.*, para. 5.17.

*7 *Id.*, para. 5.18.

*8 *Id.*, para. 5.19.

*9 *Id.*, para. 5.20.

*10 *Id.*, para. 5.21.

*11 *Id.*, para. 5.22.

*12 なお、この2000-01会期に、英国上院は、当該憲法委員会のほか、人権合同委員会（Joint Committee on Human Rights）及び経済問題委員会（Economic Affairs Committee）といった重要な3つの特別委員会を創設している。

*13 Constitution Committee, *First Report, Reviewing the Constitution: Terms of Reference and Method of Working* (Session 2001-2002, HL Paper 11), paras. 11.

*14 MEG RUSSELL, *THE CONTEMPORARY HOUSE OF LORDS*, at 215 (2013).

*15 HILAIRE BARNETT, *CONSTITUTIONAL & ADMINISTRATIVE LAW* 12th ed., at 394 (2017).

*16 *See supra* note 13, para. 13.

-
- *17 *See supra* note 4, para. 5.8.
- *18 ERIC BARENDT, *AN INTRODUCTION TO CONSTITUTIONAL LAW*, at 28-29 (1998).
- *19 国王大権の中には、首相の選任、大臣の任命と罷免、新規の貴族の承認、議会の解散、条約の承認、戦争宣言、国家の承認等といった非常に政治性の高い権限が存するものの、他方で、パスポートの授与・回収や欽定聖書の印刷・複写の許可といった大権事項は、憲法的な重要性を有するとは考えられない。 *See BARENDT, supra* note 18, at 29.
- *20 *See supra* note 13, paras. 20-21.
- *21 *Id.*, paras. 22-27. (もともと「2つのP基準」の重要性自体が現在では希薄化しているが、それについては後述する。)
- *22 *Id.*, para. 34.
- *23 毎年の報告書は、憲法委員会のウェブサイト <http://www.parliament.uk/hlconstitution> で公開されている。
- *24 *See supra* note 13, para. 37.
- *25 *Id.*, paras. 39-47.
- *26 *Id.*, paras. 48-49.
- *27 Constitution Committee, *Annual Report 2007-08* (Session 2008-09, HL Paper 20), paras. 3-4.
- *28 *See id.*, para. 5 (Figure 1 “Flowchart: Bill Scrutiny”).
- *29 *E.g., European Union (Amendment) Bill and the Lisbon Treaty: Implications for the UK Constitution* (Session 2007-08, HL Paper 84) and *Fixed-term Parliaments Bill* (Session 2010-12, HL Paper 69).
- *30 それ以前は、法律顧問は法案の分析とその覚書を作成するのみで、報告書案の起草については、事務官が、その覚書とその後の委員会審査を踏まえて起草していた。
- *31 *See supra* note 27, para. 6.
- *32 *Id.*, para. 7.
- *33 <http://www.ucl.ac.uk/silva/constitution-unit/research/parliament/house-of-lords/lords-defeats>
- *34 *See supra* note 27, para. 8.
- *35 *Regulatory Enforcement and Sanctions Bill, 1st Report* (Session 2007-08, HL Paper 16).
- *36 英国議会では、①法案の題名を朗読する「第一読会 (first reading)」、②法案の趣旨説明及び原則について審議する「第二読会 (second reading)」、③法案の逐条での詳細な委員会審査 (通常、全院委員会 (committee of the whole House) 又は公法案委員会 (public bill committee)、時に、特別委員会 (select committee)) を行う「委員会段階 (committee stage)」、④委員会報告を受けて本会議で法案の修正箇所をすべて再検討する「報告段階 (report stage)」、⑤最終審議となる「第三読会 (third reading)」 (上院では第三読会での修正も可能) を経て上院での採決という経緯を辿る。 *See Cabinet Office, Guide to Making Legislation*, (July 2017).
- *37 Andrew Le Sueur and Jack Simson Caird, *The House of Lords Select Committee on the Constitution*, in *PARLIAMENT AND THE LAW* (ALEXANDER HORNE et al. ed., 2013), at 285.
- *38 *Id.*, at 286 (Table 1: *Membership of the Constitution Committee at three points during its first ten years*).

-
- *39 A.W. Bradley 教授 (2002-05)、Andrew Le Sueur 教授 (2006-09)、Adam Tomkins 教授及び Richard Rawlings 教授 (2009-13)、Adam Tomkins 教授及び Maurice Sunkin 教授 (2013-16) が法律顧問を務めているが、いずれも第一線の公法研究者である。
- *40 Le Sueur & Caird, *supra* note 37, at 292-93.
- *41 Constitution Committee, *Nationality, Immigration and Asylum Bill Further Report* (Session 2001-02, HL Paper 173), paras. 6-8. ; *Final Progress Report* (Session 2005-06, HL Paper 255), para. 4.
- *42 Constitution Committee, *Banking Bill* (Session 2008-09, HL Paper 19), para. 7.
- *43 *Id.*
- *44 Constitution Committee, *Jobseekers (Back to Work Schemes) Bill* (Session 2012-13, HL Paper 155), para. 13.
- *45 詳細は、拙著・前掲注(3)220頁以下参照。
- *46 Constitution Committee, *Legislative and Regulatory Reform Bill* (Session 2005-06, HL Paper 194), paras. 6-18.
- *47 *Id.*, paras. 19-23.
- *48 *Id.*, paras. 30-44.
- *49 *Id.*, paras. 46-51.
- *50 Lord Bassam, HL Deb 13 June 2006, col. 124.
- *51 *Supra* note 46, paras. 52-57.
- *52 HL Deb 19 July 2006, col. 1357.
- *53 Legislative and Regulatory Reform Act 2006 (c 51), sec. 3(2) (f).
- *54 Constitution Committee, *Health and Social Care Bill* (Session 2010-12, HL Paper 197), para. 4.
- *55 *Id.*, para. 14.
- *56 *Id.*, para. 13.
- *57 *Id.*, paras. 18-19.
- *58 HL Deb. 25 October 2011, col. 727.
- *59 *Id.*, col. 733.
- *60 Constitution Committee, *Health and Social Care Bill: Follow-up* (Session 2010-12, HL Paper 240).
- *61 *Id.*, paras. 6-8.
- *62 Health and Social Care Act 2012 (c 7), sec. 1(3).
- *63 *Supra* note 60, para. 15.
- *64 Le Sueur & Caird, *supra* note 37, at 300 (*Table 2: Policy inquiries 2001-12*).
- *65 *Changing the Constitution: the Process of Constitutional Change* (Session 2001-02, HL Paper 69).
- *66 *Referendums in the United Kingdom* (Session 2009-10, HL Paper 99).
- *67 *The Process of Constitutional Change* (Session 2010-12, HL Paper 177).
- *68 *Devolution: Inter-Institutional Relations in the United Kingdom* (Session 2002-03, HL Paper

28).

- *69 *Devolution: its effect on the practice of legislation at Westminster* (Session 2003-04, HL Paper 192).
- *70 *Referendum on Scottish Independence* (Session 2010-12, HL Paper 263).
- *71 *Parliament and the Legislative Process* (Session 2003-04, HL Paper 173).
- *72 *Waging War: Parliament's Role and Responsibility* (Session 2005-06, HL Paper 236).
- *73 *Scrutiny of Welsh Legislative Competence Orders* (Session 2007-08, HL Paper 17).
- *74 *Fast-track Legislation: Constitutional Implications and Safeguards* (Session 2008-09, HL Paper 116).
- *75 *Money Bills and Commons Financial Privilege* (Session 2010-12, HL Paper 97).
- *76 *Voting at the Close of Poll* (Session 2010-12, HL Paper 245).
- *77 *The Regulatory State: Ensuring its Accountability* (Session 2003-04, HL Paper 68).
- *78 *Reform of the Office of Attorney General* (Session 2007-08, HL Paper 93).
- *79 *The Cabinet Office and the Centre of Government* (Session 2009-10, HL Paper 30).
- *80 *The Accountability of Civil Servants* (Session 2012-13, HL Paper 61).
- *81 *Relations between the Executive, the Judiciary and Parliament* (Session 2006-07, HL Paper 151).
- *82 *Relations between the Executive, the Judiciary and Parliament: Follow-up Report* (Session 2007-08, HL Paper 177).
- *83 *Judicial Appointments* (Session 2010-12, HL Paper 272).
- *84 *Surveillance: Citizens and the State* (Session 2009-10, HL Paper 18).
- *85 Public Administration Select Committee, *Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament* (Session 2003-04, HC Paper 422).
- *86 Constitution Committee, *Waging War: Parliament's Role and Responsibility* (Session 2005-06, HL Paper 236).
- *87 *Government Response to the House of Lords Constitution Committee's Report Waging War: Parliament's Role and Responsibility* (2006, Cm 6923).
- *88 Constitution Committee, *Waging War: Parliament's Role and Responsibility Follow-up* (Session 2006-07, HL Paper 51).
- *89 HC Deb 15 May 2007, col. 492.
- *90 Ministry of Justice, *The Governance of Britain* (2007, Cm 7170); Ministry of Justice, *Governance of Britain: War Powers and Treaties* (2007, Cm 7239). もっとも、その後も2011年3月の政府決定に従って実施されたリビア空爆は、議会の事前承認に基づいていない。
- *91 Joint Committee on the Draft Constitutional Renewal Bill, *Draft Constitutional Renewal Bill* (Session 2008-09, HL Paper 166, HC Paper 551) paras. 318, 473-78.
- *92 Select Committee on the Constitutional Reform Bill, *First Report of Constitutional Reform Bill* (Session 2003-04, HL Paper 125- I).
- *93 Constitution Committee, *Relations between the Executive, the Judiciary and Parliament* (Session 2006-07, HL Paper 151).

*94 英国では、司法の独立は、裁判官が議会や行政府に対して直接的な説明責任を負わないことを要請しており、司法の責任は、①公開裁判、②対審裁判、③証拠主義、④上訴裁判によって担保されるとする見解もある一方で、国民は司法のステークホルダーであり、議会はその国民の代表する最高位にある、したがって、司法を含めた権力者がその代表機関を通じて国民への説明責任を果たすことは民主主義社会の基本原則だとする見解が存する。See Constitution Committee, *Relations between the Executive, the Judiciary and Parliament*, paras. 121-23 (Session 2006-07, HL Paper 151).

*95 See *supra* note 82, para. 8.

*96 Department for Constitutional Affairs, *The Lord Chancellor's Judiciary-related Function: Proposals* (London, 2004).

*97 See *supra* note 82, para. 14.

*98 Lord Chief Justice of England and Wales, *The Lord Chief Justice's Review of the Administration of Justice in the Courts* (London, The Stationery Office, 2008).

*99 Lord Chief Justice of England and Wales, *The Lord Chief Justice's Review of the Administration of Justice in the Courts* (London, The Stationery Office, 2010); Lord Chief Justice of England and Wales, *The Lord Chief Justice's Review of the Administration of Justice in the Courts* (London, The Stationery Office, 2012).

*100 See, e.g., *supra* note 81, para. 188.

*101 See also the Law Commission, *Post-Legislative Scrutiny* (2006, Cm 6945).

*102 RUSSELL, *supra* note 14, at 187.

*103 See Jack Simson Caird, Robert Hazell and Dawn Oliver, *The Constitutional Standards of the House of Lords Select Committee on the Constitution* (2nd ed.), Appendix: List of the Reports of the House of Lords Constitution Committee 2001-02 to 2014-15 (UCL the Constitution Unit, Aug. 2015).

*104 RUSSELL, *supra* note 14, at 216.

*105 See *supra* note 103, at 6 (*A Code of Constitutional Standards Based on the Reports of the House of Lords Constitution Committee*).

*106 RUSSELL, *supra* note 14, at 225.

*107 委任立法に対する議会統制の不在・司法統制の形骸化という問題のほか、例えば、近年では、2015年安全保障関連法や2013年特定秘密保護法等の実体的妥当性及びその審議・成立過程の手続的妥当性を想起されたい。

*108 政府から一線を画した客観的かつ合理的な法案審査を想定するならば、憲法委員会、政府と融合した衆議院よりも参議院に設置する方が合目的的であろう。

※本研究は、JSPS 科研費 (JP16K03314) の助成を受けたものである。

[公開日 : 2019年1月11日]

【研究論文】

個人情報の目的外利用と「類型承認」

Use of personal information other than for intended purposes
and “categorical approval”

京都府立大学 准教授

下村 誠

Kyoto Prefectural University Associate Professor

Makoto Shimomura

要旨

自治体の現場では、個人情報の目的外利用の必要性が高まっている。しかし、個人情報保護条例の目的外利用に関する規定は自治体によって異なるため、行政活動に支障なく適正に目的外利用ができる自治体もあれば、不自由さを感じている自治体もあるようである。そこで本稿では、まず、京都府内自治体の目的外利用に関する規定を分析したうえで、規定の違いが目的外利用の実務に与える影響を検討した。特に、本稿が言うところの「内部利用例外」と「包括的規定」の有用性および問題点を検討した。

また、一部の自治体で慣行として行われている「類型承認」について、その正当性を確認したうえで、目的外利用の実務に資するかを検討した。本稿では、類型承認の有用性を認めつつも、恣意的な運用のおそれがあることから、類型の妥当性とその該当性を判断する主体について、これまで自治体で行われてきた運用上の工夫を参考にして、限定的に用いるべきことを指摘した。

I はじめに

昨今、普通地方公共団体および特別区（以下「自治体」という。）では、政策決定や行政計画の作成に際して、実態を把握するため、あるいは、政策等に住民の意思を反映させるため、実態調査、意識・意向調査、ニーズ調査などといった名称でアンケートを実施することが多くなった。アンケートの方法としては、住民の中から、政策内容や計画目的に照らして付された条件を満たしている者（例えば、65歳以上の者、〇〇地区の住民）を必要な数だけ無作為抽出し、抽出された者（調査対象者）の自宅にアンケート用紙を送付して回答を送り返してもらう、というのが一般的であろう。この場合、住民基本台帳などの住民の記録から、①調査対象者の氏名、②住所、③生年月日などの個人情報抽出することになるが、このような個人情報の利用は、個人情報を取得する際に明示した利用目的とは外れる利用（以下「目的外利用」という。）であり、原則として禁止されている¹。

一方、目的外利用には例外もある。例えば、京都府個人情報保護条例では、知事等の「実施機関は、収集目的以外の目的のために個人情報を利用し…てはならない」としつつ、「次の各号のいずれかに該当するときは、この限りでない」として、6つの例外規定を置いている（5条1項。内容はⅡ2.の表を参照）。ほぼすべての自治体において、何らかの例外規定を置いているが、例外規定の内容は条例によって異なるので、自治体により、認められ得る個人情報の目的外利用に違いが出てくる。

そこで、本稿では、まず目的外利用の例外規定について比較検討する。検討対象は著者の勤務校がある京都府および京都府内自治体の個人情報保護条例とする。そのうえで、例外規定の違いを所与のものとして、上記のような「個人情報のアンケート利用」に対して、根拠となり得る例外規定、踏まなければならない手続などの視点から、どのような対処が可能かを検討する（Ⅱ）。これが第1の目的である。

既存の条例の下で対処し得るとしても、それが必ずしも効率的な方法であるとは限らない。実際、著者が審査会委員を務める自治体でも、個人情報のアンケート利用に関する諮問事案が頻出するようになり、その処理に苦慮している²。そこで、一部の自治体で慣行と

¹ 住民基本台帳記載の個人情報のうち、「基本情報」である氏名、生年月日、性別、住所の利用について、住民基本台帳法の目的内での利用であれば「目的内利用」として利用し得るが、それ以外は後述する「目的外利用」として、当該自治体の個人情報保護条例の規制を受けることとなる。したがって、自治体が基本情報を目的外で内部利用できるかどうかは、後述するように、条例の規定次第となる。

² なお、以下では、いくつかの自治体を素材として取り上げるが、著者との関係は伏せることとする。本稿で述べることは、審査会委員としての見解ではなく、著者個人の見解だからである。したがって、責任

して行われている「類型承認」が効率的な対処法となり得るかを検討する(Ⅲ)³。これが第2の目的である。この類型承認は、法令・例規に明文の根拠を持つ制度ではないため、確固とした定義はない⁴。ここでは、ひとまず、「審査会に諮問すべき事項のうち、あらかじめ類型化して承認基準を定め、これらに該当するものについては、あらためて審査会の意見を聴く必要はないもの」としておく⁵。簡単に言えば、目的外利用が「承認」された「類型」である。

また、この類型承認は、これまでほとんど議論されたことのない慣行であり、検討の前提として、類型承認は明示の法的根拠を持たないがゆえに、そもそも法的に許容されるのか、許容されるとして、どのような手続・運用が求められるか、も問題となる。この点も検討する。

Ⅱ 個人情報 の 目的外利用

まず、個人情報の目的外利用について、その仕組み・概略を確認する。なお、本稿では、特定個人情報は検討の対象外とする。

自治体における個人情報の目的外利用を規律するのは、各自治体が定める個人情報保護条例である。したがって、条例を確認しなければならないのであるが、比較対象として、国の目的外利用を規律する「行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律」(以下「行政機関個人情報保護法」または「法」という。)の規定をまず確認する。

1. 国の行政機関の場合

国の行政機関の長(なお、自治体の場合には個人情報保護条例に従い「実施機関」という。)が行う目的外利用については、行政機関個人情報保護法8条に規定がある⁶。8条1

はすべて著者にある。

³ ちなみに、「個人情報」「目的外利用」「類型承認」の3キーワードでウェブ検索すると、多くの自治体や情報公開・個人情報保護審査会が表示される。江戸川区や板橋区など特別区では、「事前一括承認(基準)」と呼ぶようである。他にも類似の呼称が存在するが、本稿では、「類型承認」で統一する。

⁴ なお、条例に根拠を持つ自治体が、少なくとも1つある。後述する八幡市である。しかし、「類型承認」の名称は用いておらず、したがって、「個人情報保護事務の手引き」においても定義はない。

⁵ これは、江戸川区における「事前一括承認基準」の理解である。「江戸川区個人情報保護条例の解釈・運用(平成17年4月1日施行)」139頁。なお、「解釈・運用」は、区役所ホームページ「篠崎公益複合施設等 資料編」内において公開されている(最終閲覧2019年2月15日)。

⁶ なお、本条には、個人情報の目的外利用だけでなく、外部提供も規定している。「大津市個人情報保護事務の手引き」によれば、「利用」とは、「実施機関が当該実施機関の内部で保有個人情報を使用すること」

項は、原則として、目的外利用を禁じている。ただし、「法令に基づく場合」については、目的外利用を認めている。2項以下の例外規定と区別するために、「除外規定」と呼ぶことにする。

つづけて同条2項では、例外的に許容される目的外利用を列挙している。

- ①「本人の同意があるとき」（同1号、以下「本人同意例外」という。）。
②「行政機関が法令の定める所掌事務の遂行に必要な限度で保有個人情報を内部で利用する場合」かつ「当該保有個人情報を利用することについて相当な理由のあるとき」（同2号、以下「内部利用例外」という。）。

このうち、どちらかに該当すれば目的外利用が認められる。ただし、「本人又は第三者の権利利益を不当に侵害するおそれがあると認められるとき」（同条但書）は、目的外利用ができない。なお、同条1項の除外規定と区別するのは、同条1項にはこのような但書がないからである。

このような例外が認められる根拠は、同法の目的（1条）に求めることができる。同法はその目的として「個人の権利利益を保護すること」を挙げているが、本人同意例外については、本人が同意している以上、目的外利用を行っても、その者の権利利益を侵害する可能性は低いと考えられるからである。また、内部利用例外については、同法が「行政の適正かつ円滑な運営を図」ることも目的として掲げていることから、自治体（実施機関）内部における目的外利用は、行政効率の増大をもたらす、ひいては本人または公共の利益につながると考えられるからである⁷。

ところで、内部利用例外において、「相当な理由」要件が付加されているのは、所掌事務の遂行のために必要であれば無制限に認められるという趣旨ではなく、一定の限界があるということを示している。そうすると、同法には、条例でみられるような包括的規定、すなわち、条例に列挙された例外規定以外でも審査会の意見を聴いたうえで目的外利用を認める余地を残す規定はないので、たとえ所掌事務の遂行のために必要な個人情報であっても、目的外利用が認められない範疇がある、ということになる。しかし、その範囲は、「相当な理由」の解釈・運用次第である。「相当な理由」に関する問題については、後述する。

をいい、「提供」とは、「実施機関が当該実施機関以外のものに保有個人情報を渡すこと」をいう（25頁）。これは一自治体の解釈であるが、一般的に、このように理解されていると言えよう。本稿のテーマである類型承認は、自治体内部（同一の実施機関内）における個人情報の利用であるので、目的外利用に限定してみていく。なお、上記「手引き」は、大津市市政情報課よりご提供いただいた。

⁷ 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説 [第6版]』（有斐閣、2018年）439-440頁。高橋滋他編〔山口亨執筆〕『条解行政情報関連三法』（弘文堂、2011年）541-542頁。

2. 自治体の場合～京都府および京都府内自治体

ここでは、自治体における目的外利用の仕組み・概略を確認するため、京都府および京都府内自治体（15市、10町、1村）の個人情報保護条例を参考とし、検討する⁸。

京都府および京都府内自治体においても、個人情報の目的外利用は、原則禁止である。ただし、例外が認められており、その項目は、法律と比べて多様である。その例外を一覧にしたのが以下の表である。例外を確認するに当たっては、条例中、行政機関個人情報保護法が定める除外規定・例外規定（単なる「法令に基づく場合」例外を含む。）と同趣旨の規定の有無をまず調査し、次に、条例特有の例外規定を調査した。

自治体	法が定める除外・例外規定			条例特有の例外規定				
	法令に基づく場合 (除外規定)	本人同意例外	内部利用例外	公表済み例外	生命等保護例外	犯罪予防等例外	包括的規定	類型承認
京都府	○	○	○審		○	○	○	
①京都市	○	○		○	○		○	
②綾部市	○	○		○	○		○通*	
③宇治市	○	○		○	○通		○	
④亀岡市	○	○		○	○		○通*	
⑤木津川市	○	○		○	○通*		○通*	
⑥京田辺市	○	○		○	○通*		○通*	
⑦京丹後市	○	○	○	○	○		○	
⑧城陽市	○	○	○審		○		○	
⑨長岡京市	○	○		○	○通		○	
⑩南丹市	○	○		○	○通		○	
⑪福知山市	○	○	○					

⁸ 行政機関個人情報保護法と個人情報保護条例の関係について、「一般に、…条例の方が、国の法律よりも包括的な規制を定めている」という指摘がある。曾和俊文『行政法総論を学ぶ』（有斐閣、2014年）437-438頁。また、同書は「条例の内容は自治体によって多少の違いはあるが、その基本的な構造は似かよっている」（438頁）という理解を示しているが、本稿も同じ理解である。

⑫舞鶴市	○	○		○	○通*		○通*	
⑬宮津市	○	○	○	○	○		○通*	
⑭向日市	○	○		○通*	○通*		○通*	
⑮八幡市	○	○					△通	○
①井手町	○	○	○	○	○		○	
②伊根町	○	○	○	○	○		○通*	
③宇治田原町	○	○		○	○		○	
④大山崎町	○	○	○	○	○		○	
⑤笠置町	未公表							
⑥京丹波町	○	○		○	○		○	
⑦久御山町	○	○			○		○	
⑧精華町	○	○	○通*	○	○通*		○通*	
⑨与謝野町	○	○	○	○	○		○通*	
⑩和束町	○	○	○	○	○			
①南山城村	○	○	○	○	○			

（2018年9月24日時点の各自治体ホームページ「例規集」に掲載されている個人情報保護条例をもとに作成）

〔略語等〕ただし、条例により、表現や例外に含まれる範囲は若干異なる。

- ・公表済み例外＝「出版、報道等により公にされているとき」（京都市など）
- ・生命等保護例外＝「個人の生命、身体または財産の安全を守るため、緊急かつやむを得ないと認められるとき」（京都府など）
- ・犯罪予防等例外＝「犯罪の予防等を目的とするとき」（京都府）
- ・包括的規定＝列挙された例外規定以外でも審査会の意見を聴いたうえで目的外利用を認めるもの

「○」＝規定あり

「審」＝包括的規定以外で、審査会の意見を聴かなければならないもの

「通」＝目的外利用した事実を本人に通知するよう義務付けるもの

「通*」＝「通」のうち、審査会の意見を聴いたうえで通知を省略できるもの

法令に基づく場合と本人同意例外は、解釈・運用はともかく、すべての自治体で採用されており、逆に、犯罪予防等例外は京都府のみであった。

福知山市は、自治体に即した文言に置き換えてはあるものの、目的外利用については行政機関個人情報保護法と同じつくりとなっている⁹。

特徴的なのは、八幡市である。八幡市は、唯一、「実施機関が審議会の意見を聴いて、既に必要があると認めているとき」（10条1項3号）という例外を置いている。同市の「個人情報保護事務の手引き」によれば、『既に必要があると認めているとき』とは、目的外利用が以前の審議会において承認されており、その後において目的外利用の承認を受けた事務事業と同一目的の事務事業又は同一目的とみなす合理的な理由のある事務事業へ目的外利用するときをいう¹⁰。つまり、審議会がすでに認めた事務事業の「類型」に該当すれば、目的外利用が可能であるというのであるから、この規定は、本稿で検討する類型承認を制度化したものであると整理することができる。この点については、後述する。

もう1つの特徴は、包括的規定への審議会の関わり方である。八幡市では、「前3号に定めるもののほか、実施機関が公益若しくは市民福祉のため、又は正当な行政執行のために必要があると認めたとき」（10条1項4号）は、例外として目的外利用が認められる。そして、当該目的外利用が「特に重要と認める案件」（同2項）に係る場合は、あらかじめ審議会の意見を聴かなければならない。さらに、当該目的外利用を行ったときは、「速やかに、その旨を本人に通知するとともに審議会に報告しなければならず、また、「審議会は当該報告に対して意見を述べることができる」（同3項）と定め、本人通知に加え、審議会への事後報告を求めている。

このように八幡市では、包括的規定である4号に基づく目的外利用を「特に重要と認める案件」とそうでない案件に分けたうえで、前者には審議会の事前および事後的関与を、後者には事後的関与のみをさせるという、段階的な関与の仕組みをとっている。

3. 検討

自治体では、アンケートの実施のように、個人情報の目的外利用を必要とする事案が頻発するようになり、どのように処理するかが課題となっていることは、Iで述べた。この

⁹ 本稿で取り上げる問題を回避するために、法律に準拠した規定に改正したのではないかと推測していたが、著者が福知山市に問い合わせたところ、目的外利用を定めた11条は、2015年9月改正において保有特定個人情報が除外されたことを除けば、2004年の条例制定当初から変わりはないようである。

¹⁰ 40頁。なお、「手引き」は八幡市政策推進部市民協働推進課よりご提供いただいた。

場合、目的外利用の根拠となり得る例外規定は、まず内部利用例外である。

内部利用例外は、国の場合、「当該保有個人情報を利用することについて相当な理由のあるとき」という要件が課せられている。しかし、この「相当な理由」要件については、その内容が不明確であるがゆえに、これまでも懸念が示されてきた。すなわち、「相当な理由」の有無を判断するのは行政機関の長であることから、恣意的な運用を許容してしまうのではないか、ということである¹¹。

このような懸念は、自治体でも生じる¹²。現に、福知山市、精華町、和束町、南山城村の4市町村では、「相当な理由」要件を課している¹³。この懸念に対して、自治体では2つの工夫が見られる。

1つ目が、第三者による関与である。すなわち、個人情報を目的外で内部利用する前に、審査会への諮問を義務付けることによって、判断の妥当性を担保しようというものである¹⁴。京都府と城陽市がそうである。しかし、審査会への諮問を義務付けるということは、判断の妥当性や目的外利用の公正さを担保できる反面、行政活動の機動性を損なうことになり兼ねない。すなわち、そのような事案が少なければよいが、多くなればなるほど、行政の円滑な遂行あるいは事務事業の迅速な執行が滞るおそれがある¹⁵。

¹¹ 立法過程の議論も踏まえて指摘するものとして、高橋〔山口〕・前掲注7、545-546頁を参照。また、「相当な理由」要件に該当するかどうかについて、「しかるべき手続できちんと議論して、理由を付けて決める制度」の必要性を指摘するものとして、阿部泰隆『行政法解釈学I』（有斐閣、2008年）503頁。

¹² なお、「法令に基づく行政事務との関係で、どの程度の関連性があれば、当該行政事務を処理するために個人情報の目的外利用が必要（相当）と判断できるか」という視点から、個別的な問題への対応について考察したものとして、相川忠夫「市町村の保有する個人情報の目的外利用」関東学院法学24巻1号1頁以下（2014年7月）がある。

¹³ なお、その他の自治体では、「相当な理由」要件に代えて、「当該利用又は提供によって本人又は第三者の権利利益を不当に侵害するおそれがないと認められるとき」（京都府条例5条1項5号）という趣旨の要件を課しているが、恣意的な運用という懸念が残ることに変わりはないし、目的外利用がより容易になっている点で、より問題である。

¹⁴ 高橋〔山口〕・前掲注7、546頁は、国の場合も、「立法論的にはありえる」と指摘している。

¹⁵ 目的外利用の範囲拡大を制度的に制御する方法として、行政機関の裁量に委ねる①裁量型と第三者機関に委ねる②第三者機関型を挙げるものに、友岡史仁「個人情報保護に係る目的外利用等をめぐる課題」季報情報公開個人情報保護40号（2011年3月）がある（7-8頁）。この指摘自体は内部利用例外についてのものではないが、内部利用例外にも、ある程度当てはまると思われる。本稿においては、審査会への諮問が義務付けられていない内部利用例外が①裁量型、義務付けられている内部利用例外が②第三者機関型に相当すると整理できよう。また、裁量型について、行政機関による恣意的判断という懸念がある一方で、逆に、例外要件に該当するとの確証が持てない場合には、目的外利用を控えるという自己抑制が働く可能性を指摘している。実際に、2005年3月23日に開かれた近江八幡市情報公開・個人情報保護運営審議会会議録によれば、「目的外利用することについて、条例第10条第3項第5号（著者注：内部利用例外）の『相当な理由』とすべきか、第6号（著者注：包括的規定）の運営審議会に意見を聴く事項なのか判断がつかかねないため、審議会の意見をお伺いしたい」として、諮問が行われている。これは、内部利用例外の適用において、行政機関の判断が抑制的に働いた一例と言えよう。なお、議事録は、近江八幡市ホームページ「情報公開」内の「会議の記録（平成16年度）」で公開されている（最終閲覧2019年2月15日）。

それを危惧してかは不明であるが、その他の自治体では、内部利用例外を設けても、国同様、審査会への諮問を義務付けていない。

2 つ目の工夫が、本人通知による本人の関与である。すなわち、個人情報をも目的外で内部利用した旨を本人に通知するよう義務付けることによって、自身の個人情報の利用について、その可否を判断する機会を本人に付与するというものである。通知に対して利用停止請求がなされなかった場合は、ある意味で、目的外利用が追認されたと言えるかもしれない。逆に、利用停止請求がなされ、かつ、審査請求に至った場合には、原則として審査会への諮問が義務付けられるので、「相当な理由」に該当するとした判断の妥当性が事後的に審査されることになる。

唯一、本人通知を義務付けているのが精華町である。しかし、アンケートの実施のように多数人の個人情報を目的外利用するような場合、通知作業が煩雑になることが予想される。それを見越してか、「審査会の意見を聴いて合理的理由があると認めるとき」（9 条 3 項但書）は、通知を省略できると定めている。この場合、第三者である審査会が関与するので、また、通知の必要性について、審査会は事案の中身を検討したうえで判断するはずなので、「相当な理由」に該当するとした判断についても間接的に妥当性が担保されることとなり、1 つ目の工夫に近くなる。もっとも、通知対象者が少なければ、本人同意を取る方向で努力すべきであろう。

次に、目的外利用の根拠となり得ると思われるのは、包括的規定である。すなわち、アンケート実施の必要性が生じるたびに、個別の事情を踏まえて事案ごとに審査会の判断を仰ぐのである。ただし、内部利用例外と同様に、あるいは、それ以上に、行政活動の機動性が損なわれるというデメリットは生じる。京都府では、八幡市を除き、審査会への諮問が完全に義務付けられており、また、10 市町が本人通知を原則として義務付けている。

なお、包括的規定において、「前各号に掲げる場合のほか、実施機関があらかじめ審査会の意見を聴いた上で、目的外利用をすることが事務の執行上やむを得ない場合・・・であって、当該目的外利用をすることによって本人の権利利益を不当に侵害するおそれがないと認めるとき」（木津川市条例 8 条 1 項 5 号、傍点著者）と定める自治体もある。これは、審査会への諮問を義務付けるタイプの内部利用例外と整理することもできよう。木津川市の他にも、同趣旨の規定が宇治市、南丹市、八幡市にある。

以上を踏まえると、（京都府内）自治体には、内部利用例外と包括的規定のうち、少なくともどちらかの規定が存在するため、どの自治体においても、アンケートを実施するに当

たって個人情報の目的外利用が認められる余地はある。しかし、行政の円滑な遂行という視点から見たとき、必ずしも効率のよいものとは言えない。目的外利用の恣意的な運用を防ぐ工夫がかえって行政の円滑な遂行の妨げとなるのであれば、皮肉なことである。かと言って、個人情報が安易に目的外利用されてはならないのは当然であって、行政の円滑な遂行のために要件を緩和するだけの条例改正を行うことは慎まなければならない。

そこで、両者のバランスを取るものとして参考となるのが、段階的な審議会関与を定める八幡市の条例である。この方法を採用すれば、判断の公正さを担保しつつも、「特に重要と認める案件」でない場合には、事後的に審議会を関与させることによって、審議会への都度諮問する負担を軽減することができる。もっとも、何らかの場合分けをする場合には、それを明確に区別できなければ、「相当な理由」要件と同じ結果となってしまう点には注意が必要である。

では、類型承認はこの問題にとって有用な制度となり得るだろうか。Ⅲでその可能性を探る。

Ⅲ 類型承認

1. 類型承認の正当性

京都府内では、15市のうち11市で、「京都南部都市情報公開・個人情報保護連絡協議会」を設置している。そのうち7市が類型承認を行っているようである¹⁶。この中には、八幡市と長岡京市が含まれている。

八幡市は、前述した通り、八幡市個人情報保護条例10条1項3号において「実施機関が審議会の意見を聴いて、既に必要があると認めているとき」と定め、条例で類型承認制度を認めている。この規定に基づき、2001年4月24日に八幡市情報公開・個人情報保護審議会より答申を受け、目的外利用・外部提供として13類型が認められている。なお、類型承認という文言は使用しておらず、これに代わる特別な呼称もないようである。

一方で、類型承認を行っている長岡京市には、例規上、類型承認を認める明文の根拠規定はない。このような場合、類型承認の正当性が問題となる。

長岡京市には、自己情報の開示請求に対する決定等に対して審査請求があった場合に、

¹⁶ なお、類型承認には、本稿で取り上げる目的外利用の類型承認のほか、本人外収集や外部提供などに対する類型承認もある。

実施機関からの諮問を受けて答申をする情報公開・個人情報保護審査会とは別に、「情報公開制度及び個人情報保護制度の運用に関する重要事項について、当該事項に係る機関の諮問に応じて答申し、又は当該事項に係る機関に対して意見を述べること」（長岡京市情報公開・個人情報保護運営審議会に関する条例 2 条、傍点著者）を所掌事務とする情報公開・個人情報保護運営審議会がある。この運営審議会が 2000 年 2 月 16 日に「個人情報の取扱いに関する事項について」と題する答申を出している。これは、1999 年 10 月 27 日付で市長より諮問のあった「収集した個人情報を目的外利用及び外部提供できる場合」などについて答えたものである。

本件答申において、「当審議会は、情報公開制度及び個人情報保護制度の運用に関する重要事項について、諮問に応じて答申し、また意見を述べることとなっております。」と確認したうえで、後述する項目（類型）の目的外利用を認めている¹⁷。

このことから、長岡京市では、個人情報保護制度の「運用」について意見を述べることのできる審議会の答申に、類型承認の正当性を求めているようである。

江戸川区における事前一括承認基準も同様に審査会の答申に依拠しているようである。区長の諮問に応じ、江戸川区個人情報保護審査会¹⁸が 1994 年 10 月 7 日に「本人外収集等の事前一括承認基準について」（傍点著者）と題した答申を出している。この中で、目的外利用が認められる事前一括承認基準（類型）を 3 点示している¹⁹。

2. 類型承認の実態

類型承認の実態については、明文化された制度ではないため、自治体によって様々である。

以下の表は、先述した、類型承認を認めた長岡京市の答申に掲載されている表を作成し直したものである。このように、類型承認は表の形で示されるのが一般的である。

¹⁷ 答申は、長岡京市広報発信課からご提供いただいた。なお、答申では類型承認という言葉自体は使用していない。

¹⁸ 現在、江戸川区情報公開及び個人情報保護審査会。2001 年 3 月 27 日に制定された江戸川区情報公開及び個人情報保護審査会条例により設置。区長・実施機関の諮問に応じて答申を出すほか、「情報公開制度及び個人情報保護制度に関し、区長に意見を述べること」を所掌事務としている（同条例 3 条）。諮問事項には、「個人情報保護制度の運営に関する重要事項」（同 1 項 5 号）が含まれている。

¹⁹ その他、板橋区では、事前一括承認基準とともに、「平成 9 年 3 月 4 日審議会答申第 8-3-1 号」との一文が添えられていることから、同様と思われる。板橋区「情報公開・個人情報保護制度の手引き（第 3 版改訂版）（平成 22 年 3 月改訂）」7 頁。なお、「手引き」は、区役所ホームページ「区政情報・地域コミュニティ」内において公開されている（最終閲覧 2019 年 2 月 15 日）。

番号	項目	目的外利用が適当と認める理由及び留意事項
1	各所管課で保有する名簿等の個人情報、広報資料の送付や会議等の案内のために他課が利用する場合	<p>広報資料の送付や会議・イベント等の案内のために、各所管課が保有する名簿等の個人情報（事業の参加者名簿や各種団体名簿）を利用することは、広く市民に情報提供し、PR するという意味からも必要である。</p> <p>なお、運用にあたっては、条例の趣旨にのっとり、名簿管理を徹底する必要がある。</p>

この表のうち、表頭にある「項目」が「承認」された「類型」であり、いわゆる類型承認である。また、同じく表頭にある「目的外利用が適当と認める理由及び留意事項」とは、「類型」が「承認」された理由と運用にあたっての留意事項である。

表によれば、長岡京市では、目的外利用について、唯一1件の項目（類型）が承認されているということが分かる。その類型とは、対象となっている個人情報は「名簿等（の個人情報）」であり、それを「他課」が「送付や…案内のため」に用いる場合（名簿等の内部利用）ということである。この特徴は、1度きりの個別具体的な事案に対する承認ではなく、汎用性がある表記となっているということである。

先述の江戸川区の答申でも、表頭が「目的外利用の事前一括承認基準」と「例示」で構成された表形式で示され、3件の基準（類型）が列挙されている。江戸川区と同様に事前一括承認基準という呼称を用いている板橋区では、「情報公開・個人情報保護制度の手引き（第3版改訂版）」において、表頭が「類型」と「事例」で構成された表形式で、3件の類型が列挙されている²⁰。

比較対象として、江戸川区の事前一括承認基準を1件挙げる。

目的外利用の事前一括承認基準	例示
(1) 区が行政施策を行うに際し、居住要件等をあらかじめ登録された情報により確認等を行う必要があり、所定の法令等の認める範囲内において目的外利用をする場合	<p>「外国人登録原票」 区民課→保険年金課 (加入要件の確認等)</p>

江戸川区では、類型の承認理由は示されていないが、「例示」において、目的外利用される個人情報は「外国人登録原票」であり、「区民課」から「保険年金課」へ、個人情報の流

²⁰ 同上。

れが矢印で限定的に示されている。なお、『各種団体名簿』各保有課—企画課」という限定的でない例示もある²¹。

3. 類型承認の運用

類型承認の運用については、その実態以上に、不明なところが多い。

八幡市では、上述の通り、類型承認を制度として条例に明記し、答申を得た 13 類型をもって運用している。実際に「13 類型が適用できるか否かは、目的外利用を予定している課等において、決裁により決定する」としている²²。八幡市個人情報保護条例施行規則 6 条によれば、目的外利用の手続は、目的外利用をしようとする課等の長が当該個人情報を管理する課等の個人情報管理責任者に「個人情報目的外利用等申請書」を提出し、当該個人情報管理責任者から承認（個人情報目的外利用等承認書）を得ることになっている。類型承認の場合には、この手続に先立ち、課内で類型該当性の判断が行われ、さらに、通常の目的外利用の手続において、当該個人情報を管理する課内でも、類型承認該当性が判断されると思われる。このようにおそらく二重のチェックが及んでいる。

長岡京市では、類型承認を認めた答申において、「当該答申の内容に関しては、より一層、慎重な取り扱いに配慮することが必要です」となお書きされ、通常の目的外利用よりも慎重な運用をするよう注文が付けられている（なお、Ⅲ 2. で示したように、留意事項も個別に付いている。）。これを受けて、通常の手続にどのような上乗せをしているかは不明である。

板橋区では、事前一括承認基準に該当するとして目的外利用する前に、区政情報課への事前協議を義務付けている²³。

この他にも、類型承認を用いて目的外利用をした場合には、審査会に事後報告をするよう求めるなどの工夫があるようである。

4. 検討

（1）類型承認を行っている自治体と規定の関係

類型承認を行っている自治体とそうでない自治体との間には、個人情報保護条例の規定

²¹ 江戸川区「解釈・運用」・前掲注 5、141 頁。なお、江戸川区では、答申を「そのまま条例の運用指針」として扱い、「解釈・運用」内に掲載している。137 頁。

²² 八幡市「手引き」・前掲注 10、41 頁。

²³ 板橋区「手引き」・前掲注 19、7 頁。

の違いがあると思われる。すなわち、内部利用例外規定があるかどうか、である。一般論として言えることは、内部利用例外規定を置かない自治体が類型承認を行っている、ということである。確かに、内部利用例外規定があれば、必要に応じてその都度、実施機関限りの判断で個人情報をも目的外で内部利用できるため、類型承認制度を用いる必要性は低い。実際に、類型承認を行っている「京都南部都市情報公開・個人情報保護連絡協議会」所属7市のうち、6市には、内部利用例外規定がなかった。このことから、類型承認は、内部利用例外の代用として、所掌事務の遂行に必要な個人情報の目的外利用を補足していることが窺える。

一方で、内部利用例外規定がありながら、類型承認を行っている自治体もある。このような自治体は、本来類型承認に頼る必要はないのであるが、審査会の答申を得ることで公正な運用を手続的に担保しており、むしろ望ましいと言える。本稿が念頭に置くのは前者である。

次に、包括的規定との関係である。類型承認を認める答申を見て気づくことは、答申時期の早さである。長岡京市の場合、個人情報保護条例が1999年7月1日に制定され、答申が2000年2月16日（諮問は1999年10月27日）に出されている。また、江戸川区の場合、個人情報保護条例が1994年3月31日に制定され、答申が1994年10月7日に出されている。このように、類型承認は、個人情報保護制度の導入とほぼ同時期に認められている。このことから、類型承認は、運用の過程で発見された必要性の高い類型を補足したのではなく、運用に先立ち必要と思われる類型をあらかじめ補足し、条例とセットで運用が開始された、と考えられる。これを包括的規定と併せ考えるとき、目的外利用の必要性の高い事柄はすでに認められているのであるから、それ以外については、包括的規定を用いて、個別に審査会の判断を仰いだうえで、目的外利用の可否を判断することが想定されていた、と考えられる。

（2）類型承認の許容性

類型承認の正当性は、例規に根拠を持たない場合、一般的に、運用・運営に関する審査会の答申に求められるようである。この正当性を踏まえて、その許容性について検討する。

類型承認を認める答申でさえも、「諮問すべき事項については、個別に審査会に諮問し、その意見を聴くという手続が原則です」（傍点著者）とくぎを刺すように²⁴、あくまで類型承認は、例外であると認識されている。個人情報の目的外利用は原則禁止とされ、条例に

²⁴ 江戸川区「解釈・運用」・前掲注5、139頁。

列挙される事項に該当する場合にのみ例外的に許容されることを考えれば、そこに列挙されていない類型承認は、許容されるとして、当然に例外であろう。

しかし、類型承認は、ある意味で、インフォーマルな立法行為であると言えなくもない。すなわち、目的外利用の例外が列挙されている条項に、条例改正を経ないで例外規定を追加しているようなものである。この点をとらえて、たとえ類型承認を認める答申があろうとも、また、例外としてであろうとも、このような慣行は許されないという結論もあり得よう。

一方で、類型承認が、行政の円滑な遂行あるいは事務事業の迅速な執行に資するだけでなく、本人または公共の利益にもなるとすれば、①これまで大過なく行われており、慣行として定着しつつあること²⁵、②審査会に諮問することによって、第三者の客観的な判断を踏まえていることも考慮し、類型承認制度自体を許容する余地はある。さらに、③包括的規定に基づく答申が積み重ねられ、諮問を経て、その結果が類型承認に組み込まれるという前提があるのであれば、積極的に許容されてよいと思われる。例えるなら、判例法の条文化のようなものだろうか。仮に類型承認が認められるとしても、重要なことは、結局のところ、類型の妥当性とその該当性を判断する主体である。

では、どのような類型が妥当なものとして許容されるか。想定できるのは、例えば、成人式のように、毎年行われる行事の案内状を送付する場合、である。ここから、継続性・反復性という要素を導き出すことができよう。個人情報を繰り返し利用する必要性があるということで、この要素こそが、類型承認を活用する実益である。逆に、この要素を満たさないのであれば、包括的規定に基づき個別に諮問し承認を得るべきである。次に、同一性である。すなわち、個人情報に、同じ目的の下で、かつ、利用主体や利用手続など、同じ条件で利用される場合である²⁶。この要素によって、類型該当性の判断に縛りをつけることができる。このように、類型承認の必要性を満たしつつも類型の拡大解釈に歯止めをかける2つの要素に沿って、目的外利用される個人情報ごとに設定された類型が許容される類型と言えよう。

次に想定できるのが、すでに包括的規定に基づく諮問を経て承認されたことのある目的外利用を類型化する場合、である。すなわち、審査会に類似の事案が何度も諮問されるよ

²⁵ 2018年10月を基準とすると、長岡京市では18年以上、江戸川区ではほぼ29年、板橋区では21年以上の間、すでに類型承認は行われている。

²⁶ この要素は、八幡市の類型承認の運用からも読み取れる（Ⅱ2.）。ただし、利用主体や利用手続などの同一性までは求めないようである。

うになれば、そこに上記 2 要素を見出せるので、それを類型化するというものである。すでに個人情報保護制度は根づき、答申が積み重ねられていることから、今後類型承認を新たに行うのであれば、このような手順を踏むべきだろう。

他方、類型該当性の判断主体については、もし目的外利用をする課において行われるのであれば、Ⅱ 3. で述べた「相当な理由」要件の該当性判断と同様に、恣意的な運用の懸念が生じる。これでは、たとえ承認された類型が妥当であったとしても、台無しである。とは言え、仮に審査会の関与を義務付けるとすれば、類型承認の長所—迅速性—を削ぐことになる。この点も、「相当な理由」に関する議論と同様である。

そこで別の工夫が必要となる。まず、すでに江戸川区で実践されているように、類型ごとに、可能な限り目的外利用できる個人情報を特定し、その範囲を限定すべきである。また、当該個人情報を提供する課と利用できる課を明示し、個人情報の流れも限定すべきである。なお、ある自治体では、類型承認として処理してよいか、あるいは、包括的規定に基づき諮問をすべきかについて、審査会会長に事前相談するそうである。もっとも、これは、審査会の承認でないことはもちろん、自発的な運用でしかない。しかし、事前相談により会長の助言をもらうことができれば、判断について一定の公正さを保ちつつ、比較的迅速な執行が可能となり、Ⅲ 3. でみた審査会への事後報告と合わせて用いれば、バランスの取れた運用ではないだろうか。

最後に、公開の必要性である。類型承認は、例規に根拠を持たないがゆえに、このような取扱いが行われている事実を知っている住民は少ないであろう。類型該当性を実施機関が判断するのであれば、少なくとも、類型承認を行っていること、および、その類型を公開することがフェアな対応であり、肝要である。自治体の公式ホームページで公開してもよいし、個人情報保護制度を所管する課の窓口で供覧に付することにしてもよい²⁷。

（3）許容されない類型承認に関する運用

上述した運用以外にも、著者が実際に確認した類型承認に関する運用がある。1 つ目は、包括的規定に基づき諮問し、審査会によって承認された目的外利用を実施機関が(勝手に)類型化し、以後、そのみなし類型に該当すると判断した場合については、審査会に諮問せ

²⁷ 江戸川区では、類型承認の公開ではないが、「目的外利用をしたときは、規則で定める事項を記録し、区民の閲覧に供さなければならない」と定めている（条例 12 条 3 項）。規則で定める事項として、①保有課の名称、②業務の名称、③目的外利用をした理由、④目的外利用をした個人情報ファイルの名称、⑤目的外利用をした保有個人情報記録の項目、⑥目的外利用の根拠、⑦目的外利用を開始した年月日、⑧目的外利用の期限、⑨個人情報を使用する課の名称、⑩目的外利用の形態、⑪前各号に掲げるもののほか、区長が必要と認める事項を挙げている（条例施行規則 5 条 1 項）。参考になろう。

ずに目的外利用を行う、というものである。このような運用を行っていることが事後報告により判明したが、いずれも個別に諮問すれば承認されたであろう目的外利用ではあった。しかし、包括的規定に基づく承認の答申は、諮問された特定の事案について個別具体的な事情に基づき行うものであるから、その事案限りの判断である。このような運用は許されない。

なお、八幡市は、条例で「実施機関が審議会の意見を聴いて、既に必要があると認めているとき」と定めているが、このような運用を認めるものではないことはすでに述べた。

2 つ目は、すでに類型承認制度を導入している自治体において、新たな類型の承認（追加）を求めて包括的規定に基づき諮問する、というものである。これは、類型承認に関する手続の問題と言えようか。

類型承認は、個人情報保護制度の運用に関する重要事項について意見を述べることができる審査会の答申に正当性を見出すことができた。包括的規定に基づき諮問を受けるのもまた、同じ審査会であることから問題がないように見える。しかし、類型の追加を含めて、類型承認は運用の問題であり、かつ、重要事項であるから、個別具体的な事案における目的外利用の可否を判定するために設けられた包括的規定を用いるべきではない。正規のルートで諮問し、承認を得るべきだろう。

このような事態が起きるのは、類型承認に対する理解が不足しているゆえ、と思われる。また、導入当初の事情を知る者がいなくなり、うまく引き継がれていないことも原因として考えられる。

IV おわりに

さて、本稿は、自治体の現場で個人情報の目的外利用の必要性が高まっていることにかんがみ、個人の権利利益の保護と行政の適正かつ円滑な運営という、2 つの要請に適った目的外利用が行えるよう、既存の個人情報保護条例の下で対処できることを検討するとともに、これまでほとんど検討されてこなかった慣行である「類型承認」による解決の糸口を探った。

前者について、個人情報保護条例の規定の仕方、すなわち、目的外利用について、内部利用例外規定を置いているかどうかが大きく左右することが分かった。内部利用例外規定を置く自治体では、比較的容易に目的外利用ができるのに対して、そうでない自治体は、

包括的規定に頼らざるを得ず、その都度審査会に諮問して判断を仰がなければならない。しかも、包括的規定の場合、目的外利用が承認されるとは限らない。このような自治体においては、類型承認を導入しないのであれば、条例改正は必要となるものの、八幡市による審議会の段階的関与が参考になろう。

後者、すなわち、類型承認の可能性について、類型承認が認められれば、内部利用例外規定を置かない自治体にとって内部利用例外規定の代用となり、効率的に目的外利用が可能となる。しかし問題は、類型承認の正当性である。この点について、制度自体に問題はないというのが本稿の結論である。重要なのは、本文でも指摘したように、類型の妥当性と其の該当性を判断する主体など、運用の仕方である。類型の妥当性については、類型が承認されるには、少なくとも①継続性・反復性と②同一性を満たすことが求められよう。類型該当性を判断する主体などについてはすでに、自治体において様々な工夫が試みられており、参考となろう。例えば、目的外利用ができる課の特定、利用できる個人情報の特定制、審査会会長への事前相談である。

これらの工夫に加えて、類型承認の実態を公開していくことも必要である。

本稿は、個人情報の目的外利用について言えば、京都府内自治体の条例に基づき検討したにとどまり、また、類型承認についても、一部の自治体の取組みを検討したに過ぎず、網羅的ではない。今後は、他の自治体の条例や取組みからも創意工夫を抽出していくことが課題である。そして、それが自治体において共有され、積極的に取り入れられれば、よりよい運用となろう。

[公開日：2019年3月15日]

*本稿は査読を経て掲載されたものである。

【研究ノート】

能動的市民と政治的リテラシー

—シティズンシップ教育の脱政治化をめぐる一考察—

Active Citizen and Political Literacy

—A Study on Depoliticization of Citizenship Education—

東海大学 講師

中村 隆志

Tokai University Junior Associate Professor

Takashi Nakamura

要旨

本稿は、「能動的市民」の育成に焦点を置いた教育の脱政治化の傾向に対して、民主的な社会を支える市民に不可欠な教養としての「政治的リテラシー」が果たす役割を考察するものである。

近年注目を集めているシティズンシップ教育においては、特に「アクティブ・シティズンシップ」(活動的・能動的な市民性)が目指されており、市民活動の実践を通じた学びが重視されている。しかし、シティズンシップ教育が地域貢献活動やボランティア活動と結びつくときに、政治主体としての市民に求められる判断力や批判力を培うといった要素が抜け落ちる、という意味での脱政治化が生じる可能性も指摘されている。本稿では、シティズンシップ教育の脱政治化をめぐる議論を踏まえて、能動的市民が身につけるべき政治的リテラシーとはどのようなものであり、なぜそれが必要であるのかを検討する。

I はじめに

近年、シティズンシップ¹という概念が注目されている背景には、地域社会の再生、外国人労働者・移民・難民の受け入れ、マイノリティの地位向上などの課題をめぐって、人々の権利や社会のメンバーシップを問い直す議論が盛んになっていることがある。特に、人権や異文化間理解などの価値を基盤としつつ、「民主主義社会に自ら積極的に参加し、行動していくこと」（投票やコミュニティへの日常的な参加、責任ある消費行動、NPO への参加を含む多様な活動）を重視する「アクティブ・シティズンシップ」（活動的・能動的な市民性）が提唱されるようになってきている²。なぜなら、社会の分断を回避または修復し、人々間の公平・公正な権利の保障を実現する上で、市民の能動的な参加が重要な役割を果たしうると考えられるからである³。

このように、流動性・多様性がますます高まる社会に市民がいかに参加すべきかを再考する議論が、シティズンシップという視点から展開される時代状況にあつて、「良識ある公民として必要な政治的教養」（教育基本法 14 条 1 項⁴）のための政治教育として、「シティズンシップ教育⁵」が脚光を浴びるようになってきている。これは、「法や制度や社会のしくみなど、市民として必要な素養を受動的に学ぶだけではなく、それをもとに考え、行動することを通して『参加のスキル』を高め、参加型民主主義を構築する行動的な市民となること⁶」をめざすものだと考えられている。たとえばイギリスの中等教育では、2002 年から

¹ 「シティズンシップ (citizenship)」は、シティズン (citizen 市民・公民) であること (ship 資格・性質) が原義で、そこから、市民に与えられる権利・義務 (の主体たる法的地位) だけでなく、市民としての意識、資質、活動など、さまざまな意味で用いられる。このように、さまざまな意味を含む複合的な概念として用いられているため、「市民権」（市民として有する権利・義務）や「市民性」（市民として求められる意識や能力）と訳さずに、カタカナ表記されることが多くなっている。寺島俊穂『現代政治とシティズンシップ』（晃洋書房、2013年）3頁参照。

² 中山あおい「今、なぜシティズンシップ教育か」中山ほか『シティズンシップへの教育』（新曜社、2010年）13-19頁参照。

³ See, Richard Bellamy *Citizenship: A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2008, at 12-26.

⁴ 同法 14 条 1 項は、「良識ある公民として必要な政治的教養は、教育上尊重されなければならない」旨を規定する。

⁵ 「社会の構成員としての『シチズン』(citizen) が備えるべき『シチズン性』(citizenship) を育成するために行われる教育であり、集団への所属意識、権利の享受や責任・義務の履行、公的な事柄への関心や関与などを開発し、社会参画に必要な知識、技能、価値観や傾向を習得させる教育」と定義される。今野喜清・新井郁男・児島邦宏編『学校教育辞典〔第3版〕』（教育出版、2014年）375頁参照。

⁶ 森照代「学校教育におけるボランティア学習」田中雅文・廣瀬隆人編著『ボランティア活動をデザインする』（学文社、2013年）91頁。

「シティズンシップ」という科目が必修となり、民主的な社会の一員として備えるべき知識・技能を身につけた能動的で責任ある市民の育成が目的とされている⁷。

その一方で、共同体の生活や関心に役立つこと意図して、シティズンシップ教育が地域貢献活動やボランティア活動と結びつくときに、脱政治的な傾向をもつことも指摘されている⁸。この場合、「現行の社会制度や支配的価値を問い直すような異質な意見に開かれていない」ことが問題視されており、公式的政治制度への参加という狭い意味ではなく、「所与の社会の維持を志向するものではなく、人々の差異の相互作用と交渉を通じて、社会を市民自らの手でたえず（再）創造していく営み」としての「政治」が重視されている⁹。

本稿では、「相異なる利益の創造的調停¹⁰」としての政治に求められる判断力や批判力を培うという要素が抜け落ちることを「脱政治化（depoliticization）」と呼ぶ。財政危機を背景に、行政の効率化が叫ばれる中で、従来の行政中心の公的サービスにかえて、地域住民、民間企業、NPO、ボランティア等との協働による公的サービスが提唱されている。ただし、公共政策への市民参加の推奨には、公的な不払い労働、行政のアウトソーシング、といった批判もある。このように、公共政策の形成・実施が政府・議会から市場のような非政府領域へ移され、公的機関が責任を負う範囲が縮小することを指す言葉として「脱政治化」が使われることもある¹¹。本稿で検討するのは、後者の意味での脱政治化によって、非政府かつ非営利の社会活動領域（政府とも市場とも区別される第3の領域）としての市民社会の機能強化に期待が寄せられる中で、それを後押しするシティズンシップ教育が前者の意味で脱政治化する可能性である。

⁷ イギリスのシティズンシップ教育をめぐる政治理論上の論点については、蓮見二郎「イングランドにおける政治教育・市民教育の現状と課題」政治思想学会編『国家と圏域の政治思想（政治思想研究 第15号）』（風行社、2015年）を参照。

⁸ See, Harry C. Boyte “Reinventing Citizenship as Public Work,” in Harry C. Boyte (ed.) *Democracy's Education: Public Work, Citizenship, & the Future of Colleges and Universities*, Nashville: Vanderbilt University Press, 2015, at 6-8.

⁹ 古田雄一「社会変革への効力感を育む市民性教育——アメリカの「パブリック・アチーブメント」を事例として」『公民教育研究』第23号（2016年）55-57頁参照。

¹⁰ Bernard Crick *Essays on Citizenship*, London: Continuum, 2000, at 36. =関口正司監訳『シティズンシップ教育論——政治哲学と市民』（法政大学出版局、2011年）58頁。

¹¹ 吉田徹「脱政治化の時代の政治」<https://synodos.jp/politics/876>（最終アクセス 2019年2月4日）参照。また、「脱政治化」は、たとえば選挙区の区割りのように政治的利害関係の絡む問題について、党派的对立から距離を置いて、第三者機関などが公平・中立な立場から判断をする、というような意味で用いられることがある。See, Philip Pettit “Depoliticizing Democracy,” *Ratio Juris*, Vol. 17, No. 1, 2004, at 52-65.

本稿では、「能動的市民」の育成に焦点を置いた教育の脱政治化の傾向に対して、「自由な市民どうしの公開の議論で、紛争を解決し政策を決定する活動¹²」としての政治に不可欠な教養＝「政治的リテラシー」が果たす役割を考察する。

Ⅱ シティズンシップ教育の脱政治化

1. 戦後教育の脱政治化からシティズンシップ教育へ

国民主権の原則に基づく民主政治においては、主権者たる国民が国や自治体の運営に主体的に携わることが期待される。そのため、国民には、政治のよき担い手にふさわしい政治的知識や政治的批判力が求められる。したがって、教育基本法 14 条 1 項にいう「良識ある公民」（十分な知識をもち、健全な批判力を備えている、政治上の能動的地位における国民）を育成するための政治教育が要請されるのである¹³。

他方、教育基本法 14 条 2 項は、「法律に定める学校は、特定の政党を支持し、又はこれに反対するための政治教育その他政治的活動をしてはならない」と規定している。これは、学校が特定の党派の政策や主張を宣伝する場にならないようにして、学校教育の政治的中立性・超党派性を確保しようとするものである¹⁴。しかしながら、どのような教育内容がこの規定に抵触するのか、判断が難しい場合もありうる¹⁵。その結果、教育現場における政治的中立性¹⁶が必要以上に強調され、学校で政治を扱うことに対する警戒感や拒否感が強まることで、政治教育を行うこと自体が抑制される状況、いわば教育の脱政治化・非政治化が生じたと考えられる¹⁷。こうして、日本の戦後教育において脱政治化が進んだこと

¹² Crick, *supra* note 10 at 194. = 邦訳、275 頁。

¹³ 宇野重規「政治教育」 荻部直・宇野重規・中本義彦編『政治学をつかむ』（有斐閣、2011 年）84 頁参照。

¹⁴ 子どもが一市民として成長するために必要な学習をする権利の充足という観点から、初等中等教育機関における教師の教育の自由には、一定の制約が伴うと解されている。その理由として、旭川学力テスト事件（最大判昭 51・5・21 刑集 30 卷 5 号 615 頁・WestlawJapan 文献番号 1976WLJPCA05210002）では、児童・生徒には十分な批判能力が備わっていないこと、教師が児童・生徒に対して強い影響力・支配力を有すること、子どもの側に学校や教師を選択する余地が乏しいこと、教育の機会均等をはかる上からも全国的に一定の水準を確保すべき強い要請があること等が示されている。

¹⁵ 宇野・前掲注 13、85 頁。

¹⁶ 教育の中立性は、「何も教えないこと」ではなく、「多様な考えや意見を紹介することを通して多角的に物事を捉え、考えを深化させる機会を創出すること」、「物事を批判的に捉え、複合的に考える機会を創り出すこと」を通じて、「ひとつの考えに捉われるのではなく、多面的に物事を捉えることの大切さに気づかせること」だと考えるべきだろう。林大介『「18 歳選挙権」で社会はどう変わるか』（集英社、2016 年）83-85 頁参照。

¹⁷ 小玉重夫「日本における政治教育・市民教育の現状と課題」政治思想学会編『国家と圏域の政治思想（政治思想研究 第 15 号）』（風行社、2015 年）81-86 頁参照。

への反省から、あらためて何が主権者にふさわしい政治的教養なのかについて議論されるようになっていく。

以上のように、現代社会の民主政治において、主権者としての国民にいかなる政治的教養が求められるのかが問い直されているのだが、近年注目されているシティズンシップ教育は、模擬投票などを通して公的制度について学ぶような、狭い意味での政治教育（主権者教育）ではない。国や地方自治体のみならず、自らの所属するさまざまな共同体において、受動的・従属的な存在にとどまるのではなく、積極的にそれらの運営に参加することが重要だとするものである。教育基本法が掲げる教育の目標に「公共の精神に基づき、主体的に社会の形成に参画し、その発展に寄与する態度を養うこと」（教育基本法2条3号）とあるが、政府領域のみならず、広く市民社会に関わる公共的活動に携わることが求められており、その中で民主的な社会を支える市民にふさわしい知識と技能を習得することが目指されている。

また、文部科学省の「地（知）の拠点大学による地方創生推進事業（COC+）」や、2020年の東京オリンピック・パラリンピックでのボランティア活動など、教育現場の社会連携が政策的にますます要請されている状況下で、初等中等教育だけでなく大学教育においても、サービス・ラーニングやボランティア学習が重視されるようになっていく¹⁸。しかしその一方で、単なるサービス（奉仕）という面ばかりになってしまうと、「コミュニティの権力関係や多様性への視点が欠如」してしまうこと、つまり脱政治化が懸念されるのである¹⁹。

2. ボランティアとシティズンシップ

2002年にイギリスで導入されたシティズンシップ教育は、民主主義社会の有権者としての政治参加のみならず、地域社会の支え合いやボランティア活動などの社会参加の知識と技能を育む教育カリキュラムとなっている²⁰。これの基となった、「シティズンシップに関

¹⁸ ただし、大学が担っている従来の研究・教育との兼ね合い（人的・時間的なキャパシティ）は、別途検討すべき課題である。なお、筆者の勤務校の東海大学における地域連携の取り組みについて、大江一平「持続可能な地域社会と大学の役割——アメリカ合衆国のパブリック・アチーブメントを手がかりとして」小林直三・根岸忠・菊池直人編『法と持続可能な社会の構築』（新日本法規出版、2017年）を参照。

¹⁹ 若槻健「サービス・ラーニングとシティズンシップ教育の関連性について」『ボランティア学研究』第15号（国際ボランティア学会、2015年）17頁参照。

²⁰ 近年のイギリスのシティズンシップ教育について、川口広美『イギリス中等学校のシティズンシップ教育——実践カリキュラム研究の立場から』（風間書房、2017年）、北山夕華『英国のシティズンシップ教育——社会的包摂の試み』（早稲田大学出版部、2014年）を参照。また、後述のクリックの議論について、Crick, *supra* note 10を参照。

する諮問委員会」による1998年の最終報告書『学校におけるシティズンシップのための教育と民主主義の授業』（政治学者バーナード・クリックが中心となってとりまとめたため、通称は『クリック・レポート』）は、「アクティブ・シティズンシップ」という理想を掲げている。ここでは、単に政治に関する知識だけではなく、社会において効果的に活動するための知識・技能・価値観を身につけること（後述する「政治的リテラシー」を高めること）が求められている。

ところが、日本で現在提唱されているアクティブ・シティズンシップの涵養において、先ほど触れた戦後教育の脱政治化とは別の意味で、脱政治化が起きてはいないだろうか。

自発的な市民活動を促進するためのボランティア学習には、「①社会への関心を高める、②社会のニーズを把握する、③地域ニーズに適合した社会貢献活動を取り入れる²¹」ことなどが求められる。そして、「①社会問題の理解、②学習成果の応用、③自己への探求により、ともに生きる社会を実現するために若者に対して地域での生活力、実践力、自治力を育むこと²²」が期待される。

ただし、ボランティア活動への参加に潜む陥穽として、次の点が指摘されている。すなわち、安上がりな福祉行政の補完物となる可能性、無自覚なシステム動員への参加になる可能性、支配的言説が求める公益性によって活動内容が選別される可能性、現状とは別様なあり方を求めている諸個人の行動を現状の社会システムに適合的なように水路づける方策となる可能性である²³。

前出の「シティズンシップに関する諮問委員会」で座長を務めたクリックは、シティズンシップ教育をボランティア活動やサービス・ラーニングに切り詰めようとする動向を批判し、次のように指摘している。「ボランティア活動一辺倒になってしまうと、善意あふれる年寄りたちが若者に何をすべきかを言って聞かせるだけに終わってしまいかねないのだ。ボランティアに与えられた任務の目的や方法を誤っていると思ったり、つまらないことのように思ったりしたときに、その改善策を提案してゆく責任を与えないで、それを全うする責任だけを引き受けさせるということになれば、ボランティアたちは市民として

²¹ 森・前掲注 6、89 頁。

²² 同上 95 頁。

²³ 中野敏男「ボランティア動員型市民社会論の陥穽」『現代思想』第 27 巻第 5 号（青土社、1999 年）76、87 頁参照。

扱われていないことになる。こうなれば、ボランティアは単なる使い捨ての要員にされかねないし、また彼らを幻滅させることになるだろう²⁴。

このような罠に陥らないためには、社会を批判的に読み解く能力としての政治的リテラシーを身につけることが重要となる。これは、自らの所属する共同体のあり方を民主的に形づくることのできる能動的な市民に求められる能力・資質として、シティズンシップに欠かせない要素となるのではないか。活動の自発性が形式的に担保されていても、それが参加者にとって意図せざる方向に進んでしまう可能性はある。望ましいかたちで市民活動を実現するためには、事業内容が参加者自身および利害関係者にとって正当性を有するかどうかを検討する機会や能力が欠かせない²⁵。

Ⅲ シティズンシップ教育と政治的リテラシー

前出の『クリック・レポート』は、①社会的・道徳的責任、②コミュニティとの関わり、③政治的リテラシー、という三つの柱を立てている²⁶。この報告書は、「政治的リテラシー」を、「単に政治的知識というよりも幅広いものを示す語」で、「現代の主要な経済的・社会的問題の解決・意思決定の際に要する実用的知識ならびにそれに向けた心構えを包括的に含んだもの」を指すとしている。そして、「このような心構えは、一連の問題が地方・国・国際を問わずいかなる機関で発生しようとも、あるいは地域レベルと国レベルとを問わず、公的政治機関から任意団体に至るまでのいかなる団体で発生しようとも、必要とされるもの」だとしている²⁷。

²⁴ Bernard Crick *Democracy: A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2002, at 115. = 添谷育志・金田耕一訳『デモクラシー』(岩波書店、2004年) 199-200頁。

²⁵ 公共的課題の解決において、「市民社会」(中間団体・非営利セクター)の機能を重視するのであれば、その担い手が一部の集団や階層に偏ってしまわないか、不当な経済的負担をかけないか、政府や市場のほうが適している課題もあるのではないか、個人の自由や権利を蔑ろにしていないか、自らの集団の利害のみを反映させてはいないか、といった問題について、批判的な視点から公正に討議をする必要がある。筒井淳也「市民社会と公共性」盛山和夫ほか編著『社会学入門』(ミネルヴァ書房、2017年) 60-62頁参照。

²⁶ See, The Advisory Group for Citizenship “Education for citizenship and the teaching of democracy in schools,” <https://dera.ioe.ac.uk/4385/1/crickreport1998.pdf> (最終アクセス 2019年2月4日) at 11-13. = 長沼豊・大久保正弘編著『社会を変える教育 Citizenship Education——英国のシティズンシップ教育とクリック・レポートから』(キーステージ 21、2012年) 121-125頁(鈴木崇弘・由井一成訳) 参照。

²⁷ *Id.* at 13. = 邦訳、124頁。「あるボランティア団体が主張を展開し、公権力と交わり、宣伝活動や資金調達を行い、メンバーを募集し、その上で人々を動かそうと(あるいは静めようと)する場合、その団体は例外なく政治的手腕を利用しました必要とします」。*Id.* at 12. = 邦訳、123頁。

この報告書を取りまとめた中心人物であるクリック²⁸は、政治的リテラシーを「知識・技能・態度の複合体」だとしている。

まず、知識について、次のことを挙げている。すなわち、「①争点に関する基本的な情報（誰が権力を持ち、どこから資金が流れ、制度がどう機能しているか、など）。②争点の性質に関する知識や理解を活用して、能動的に参加する方法。③最も効果的な問題解決策を判断する方法。④問題が解決された場合、政策目標がどれくらい達成されたのかを評価する方法。⑤他者が物事をどう見ているか、自らの行動をどう正当化しているかを理解する方法、および、正当化の理由をつねに提示するよう他者を促す方法である²⁹」。

次に、技能については、「能動的に参加しコミュニケーションをとることができ、参加を拒否する場合には明確で筋の通った説明ができる。他者のさまざまな見解に寛容でありながら、改革やその達成方法について考えることもできる³⁰」ことを挙げている。このような技能を身につけるには、「何らかの形で学校での意思決定に参加することが欠かせない³¹」とされる。

そして、態度については、「自由」、「寛容」、「公正」、「真実の尊重」、「理由を示す議論の尊重」といった手続的価値を挙げている³²。これらは、争点に関するさまざまな実質的価値について議論を行う際に、「政治教育がたんなる刷り込み教育や社会化の強制にならないための必須の前提³³」だと考えられている。

以上のような知識・技能・態度が、「公的生活において影響力を持つことに意欲的で、影響力を持つことができ、そのために、主張し行動するのに先だって証拠を秤量する批判的能力をそなえている³⁴」能動的市民に必要な政治的リテラシーだと考えられている。このような政治的リテラシーは、ボランティア・市民活動が「安上がりな動員」や「対立や抗争性の隠蔽」といった落とし穴に嵌まるのを防ぐために重要な教養となるだろう³⁵。このことを踏まえて、シティズンシップ教育のあり方を検証していくべきである。

²⁸ クリックのシティズンシップ教育論について、関口正司「バーナード・クリックの政治哲学とシティズンシップ教育論」『政治研究』第60号（2013年）を参照。

²⁹ Crick, *supra* note 10 at 61. =邦訳、90頁。

³⁰ *Id.* at 62. =邦訳、91頁。

³¹ *Id.* at 72. =邦訳、104頁。

³² *Id.* at 62. =邦訳、90-91頁。ただし、「西欧リベラリズムの諸価値が全面的に受け入れられるとは期待していないし、そうした価値が普遍的に通用すると考えてもいない。伝統の一環としてわれわれが受け継いできたものは批判にさらされるべきだし、ときには懐疑の対象にすべきである」と断った上で、これらを提示している。*Id.* at 62. =邦訳、90頁。

³³ *Id.* at 96. =邦訳、136頁。

³⁴ *Id.* at 3. =邦訳、12頁。

³⁵ 小玉重夫『教育政治学を拓く——18歳選挙権の時代を見すえて』（勁草書房、2016年）153-162頁参照。

IV おわりに

シティズンシップ教育において、市民活動の実践は、課題解決のための情報収集力・判断力、企画立案力・実行力、他者との対話力・合意形成力などを育成することが目的となる。ところが、活動への参加が自己目的化してしまうと、共同体への奉仕活動を押しついたり、それに参加しない者を貶めたりすることになりかねない。市民活動に対する客観的な反省を欠いてしまうと、活動が半ば強制的な動員に転嫁したり、集団エゴイズムと非難されたりする危険性がある。このような事態を防ぐには、参加者の間で活動の内容と正当性を批判的に吟味し、活動の公共的な正当化をすることが大切になる³⁶。したがって、教育基本法の政治教育の精神に立ち戻りつつ、現代社会に求められる政治的教養とは何かをあらためて模索するべきではないだろうか。

アクティブ・シティズンシップの涵養が称揚される中で、政治的知識や政治的批判力をどのように身につけるべきかということが、今後の教育政策にとっての重要課題といえるだろう³⁷。そして、上述した市民活動の批判的な吟味・反省の必要性は、社会科学等の基礎教養の重要性を再確認することにつながる。というのも、市民活動の実践には、サービスマン・ラーニングとして高い学習効果が期待されるが、そのあり方を批判的に反省するためには、社会科学をはじめとする学問を学ぶことが必要となるからである³⁸。このような観点から、大学等におけるシティズンシップ教育を構築すべきと思われるが、これは今後の課題としたい。

³⁶ 山岡龍一「市民自治とは何か」山岡龍一・岡崎晴輝編『市民自治の知識と実践』（放送大学教育振興会、2015年）29頁参照。

³⁷ たとえば、「社会のさまざまな活動を身近に知り、そのなかで事実の本質を洞察することに努めること」で、既存の社会構造の問題点を見抜き、改善策を考える力を養うことができると考えられる。新藤宗幸『「主権者教育」を問う』（岩波書店、2016年）60-62頁参照。

³⁸ 「実践に従事した者が学問を学び、再び実践へと回帰するという過程が反復されていくことが、現実への対応として要求されてきているのである。（中略）そして実践と学問の融合は、実践と学問の両方に貢献を生むと考えることができる」。山岡・前掲注 36、31頁。

【注記】

本稿は、東海大学 2018 年度学部等研究教育補助金による研究成果の一部である。

[公開日：2019年2月7日]

*本稿は査読を経て掲載されたものである。

【研究ノート】

二元的民主政理論における市民的権利運動の位置付け

—WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (2014)を手がかりとして—

Study on the Status of the Civil Rights Movement in Dualist Democracy: With Reference to WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (2014)

東海大学 准教授

大江 一平

Tokai University Associate Professor

Ippei Ooe

要旨

本稿では、B・アッカーマンの著書 WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (2014) (以下、「CRR」と表記。)を手がかりとして、二元的民主政理論における市民的権利運動の位置付けについて検討する。アッカーマンは、CRRにおいて、1930年代から60年代にかけて、「我ら合衆国人民」と三権の相互作用による「インフォーマルな憲法改正」によって成立した、1964年市民的権利法に代表される1960年代の画期的法律が現代共和政の憲法規範の一部となっていると主張する。CRRの意義は、大規模な社会運動と憲法の関係に注目し、アメリカ合衆国憲法5条による正式な憲法改正と同等の役割を果たす画期的法律の成立プロセスを考察する点にある。ただし、成熟した現代社会においては、憲法制定・改正に重点を置く人民主権論的な「生ける憲法」論だけでなく、コモン・ロー立憲主義のように、地道な「通常政治」の積み重ねによる変革に注目する必要がある。また、日本においても、憲法の制定・改正・変遷といった憲法の変動を検討していく上で、二元的民主政理論をはじめとするアメリカの「生ける憲法」論は、重要な視座を提供すると考えられる。

I はじめに

1. B・アッカーマンの二元的民主政理論

直接の民主的基盤を持たない裁判官は、どのような場合であれば立法府の判断を尊重せずに独自の立場から司法審査権を行使することが許されるのか。アメリカ合衆国において、この司法審査と民主主義をめぐる議論は、裁判官の憲法解釈の法源は何であるのか、そこで前提とされる憲法上の民主主義観とはどのようなものか、といった論点を問うものであった¹。こうした議論に応答しようとする憲法理論のひとつに、イエール大学スターリング記念講座法学・政治学教授の B・アッカーマン (Bruce A. Ackerman) の二元的民主政理論 (Dualist Democracy)²がある。

アッカーマンは二元的民主政理論において、アメリカ合衆国憲法 (以下、「アメリカ憲法」と表記。) の定める民主プロセスを通常政治と憲法政治の二つに区分し、前者において人民は眠りについているがゆえに裁判所が司法審査を行うことで憲法を保障しなければならないが、後者の憲法政治において人民は「我ら合衆国人民 (We the People)」として行動し、熟議に基づく高次法形成を行うことで憲法のあり方を最終的に決定すると主張する³。

さらに、アッカーマンによれば、憲法政治における人民の高次法形成は、正式な憲法改正条項によらざる憲法改正 (いわゆる「インフォーマルな憲法改正」) によってもなされ⁴、建国期のアメリカ憲法の制定、再建期の再建修正、ニューディール期の福祉国家政策がその典型例であり、公立学校での人種別学を違憲とした **Brown** 判決⁵や、明文規定を欠くプライバシーの権利を承認した **Griswold** 判決⁶等に代表される連邦最高裁のリベラルな諸判決の淵源も、将来実現される価値を見越した裁判官による預言ではなく、こうした過去の憲法政治にあるとされる⁷。

¹ 大江一平「二元的民主政理論における司法審査の位置付け」東海大学総合教育センター紀要 29号 87-91頁 (2009年)。

² See, e.g., BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 1: FOUNDATIONS (Harvard U. Pr., 1991) [hereinafter ACKERMAN, FOUNDATIONS]; BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 2: TRANSFORMATIONS (Harvard U. Pr., 1998) [hereinafter ACKERMAN, TRANSFORMATIONS]. 二元的民主政理論については、大江一平「ブルース・アッカーマン——We the People の高次法形成とアメリカ合衆国憲法の変動」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像——理論家編』(尚学社、2010年) 159頁等を参照。

³ ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 165-199, 230-235, 236-265, 266-294. 大江・前掲注 2、161頁も参照。

⁴ ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 267-269; ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *supra* note 2, at 71-88, 122. 大江・前掲注 2、163頁も参照。

⁵ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483; 74 S. Ct. 686 (1954) (Brown I).

⁶ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479; 85 S. Ct. 1678 (1965).

⁷ 二元的民主政理論における司法審査は、過去の憲法政治の成果を通常政治の侵食から保護する憲法保障

2. 「生ける憲法」論との関連

アメリカ憲法 5 条は、憲法修正 (amendment) という形での憲法改正手続を規定する。しかし、その手続は非常に厳格であり、成立した憲法修正は数えるほどしかない。

ところが、アメリカ憲法史においては、1930 年代のニューディール政策や 1960 年代の市民的権利運動 (公民権運動) (civil rights movement)⁸等の事例に見受けられるように、5 条の手続では十分に説明できない多くの変革がなされてきた。それゆえ、5 条それ自身が人民の高次法形成を適切に反映する憲法改正のルール足り得ていないのではないか、「インフォーマルな憲法改正」の法的性質をどのように理解するのか、という憲法の変動をめぐる問題が活発に議論されてきた⁹。近年のアカカーマンは、上述の「インフォーマルな憲法改正」を、「生ける憲法 (living Constitution)」論との関連で論じている¹⁰。

日本においては、憲法の制定・改正・変遷等の憲法の変動を検討する際に、ドイツやフランスの議論を取り上げる傾向が強かった。しかし、上述したように、憲法の変動についてはアメリカにおいても豊富な議論がなされており、それを参照することは有意義であると考えられる¹¹。

3. 二元的民主政理論における市民的権利運動の位置付け

1991 年の著書 FOUNDATIONS において、アカカーマンは、黒人が人種平等を求めた 1950～60 年代の市民的権利運動が近年最も成功した人民による変革であること¹²、Brown 判決

機能 (preservationist function) と、ある成功した憲法政治によって生み出された憲法原理と従来の憲法原理を矛盾なく統合する世代間統合 (intergenerational synthesis) という役割を担う。See, ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 9-10, 86-94, 113-162, 191-195. 大江・前掲注 2、162、165 頁も参照。

⁸ 市民的権利運動については、上杉忍『アメリカ黒人の歴史——奴隷貿易からオバマ大統領まで』(中公新書、2013 年) 111-144 頁等を参照。

⁹ See, e.g., SANFORD LEVINSON (ed.), RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT (Princeton U. Pr., 1995); DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION (Oxford U. Pr., 2010); AKHIL REED AMAR, AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION: THE PRECEDENTS AND PRINCIPLES WE LIVE BY (Basic Books, 2012).

¹⁰ Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1737 (2007).

¹¹ 憲法の変動という観点から、近年のアメリカの議論を検討したものとして、川岸令和「立憲主義のディレンマ——アメリカ合衆国の場合」駒村圭吾・待鳥聡史編『「憲法改正」の比較政治学』(弘文堂、2016 年) 141 頁、塚田哲之「合衆国憲法の『民主化』をめぐる議論動向——S・レヴィンソンの『改憲論』を中心に」本秀紀編『グローバル化時代における民主主義の変容と憲法学』(日本評論社、2016 年) 308 頁、山本龍彦「憲法の『変遷』と討議民主主義——『法生成』に関する F・マイクマンの議論を素材に」法学政治学論究 61 号 259 頁 (2004 年)、同「アメリカにおける『人民主権』論と憲法変動」憲法問題 28 卷 45 頁 (2017 年)、同「主権者なき憲法変動——日本国憲法秩序のアイデンティティ」論究ジュリスト 25 号 148 頁 (2018 年)、横大道聡「憲法典の改正と憲法秩序変動の諸相」憲法問題 28 卷 7 頁 (2017 年) 等を参照。

¹² ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 108-111.

が同運動に大きな影響を与えたこと¹³を指摘している。

また、2007年の論文において、アッカーマンは、建国期や再建期のみならず、ニューディール期や市民的権利運動も成功した憲法政治であり、「生ける憲法」の一部となっていることを強調し¹⁴、連邦最高裁の役割が、ニューディール期や市民的権利運動のような「生ける憲法」を確認することにあると主張している¹⁵。

さらに、2014年の著書 THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (以下、「CRR」と表記。)において、アッカーマンは、「第二の再建期 (Second Reconstruction)」としての市民的権利運動がまさしく「市民的権利革命 (civil rights revolution)」であったとした上で、Brown 判決とその受容・定着過程を、人民主権と権力分立制度の観点から詳細に考察している¹⁶。

そこで、本稿では、主として CRR の議論を手がかりとして、二元的民主政理論における市民的権利運動の位置付けについて検討する¹⁷。

図1 WE THE PEOPLE 各巻の概要

著書	テーマ
WE THE PEOPLE 1: FOUNDATIONS (1991)	二元的民主政理論とその根拠、建国期からニューディール期に至る高次法形成の歴史についての考察。
WE THE PEOPLE 2: TRANSFORMATIONS (1998)	憲法5条によらざる形での再建修正条項 (修正13条および修正14条)、正式な憲法改正が行われなかったニューディールの変革についての考察。
WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (2014)	「生ける憲法」としてのニューディール・市民的権利運動体制 (ND-CR 体制)、1964年市民的権利法等の画期的法律の成立プロセスについての考察。

(FOUNDATIONS、TRANSFORMATIONS、CRR に基づき、大江作成)

¹³ *Id.* at 137.

¹⁴ Ackerman, *supra* note 10, 1757-1793.

¹⁵ *Id.* at 1804-1805.

¹⁶ BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (Harvard U. Pr., 2014) [hereinafter ACKERMAN, CRR].

¹⁷ FOUNDATIONS から CRR に至るアッカーマンの議論を詳細に検討した先行業績として、川岸・前掲注 11、160-168 頁、川鍋健「違法な憲法が従うに値する理由——Bruce A. Ackerman の dualist democracy theory における憲法の正当性と歴史との関係をめぐって」一橋法学 15 巻 2 号 289 頁 (2016 年) を参照。

II CRR の概要

1. 権力分立と人民主権の重視

アッカーマンは、CRR において、市民的権利革命について、従来の裁判所中心の観点 (court-centered) ではなく、人民主権と権力分立を重視する体制中心 (regime-centered) の観点から考察する¹⁸。

アッカーマンによれば、ニューディール期によって市民的権利運動のステージが設定され、1950年代の共和党アイゼンハワー政権、1960年代の民主党ジョンソン政権、1970年代の共和党ニクソン政権にかけて、リベラルな民主党と共和党によって現代共和政の基礎となるニューディール・市民的権利運動体制 (New Deal-Civil Rights Regime, 以下、「ND-CR 体制」と表記。) が構築されたと主張する¹⁹。

アッカーマンは、現在のアメリカにおいては、大統領、議会、連邦最高裁間の権力分立に基づいて人民の意思を反映する、「現代的システム」と称される「インフォーマルな憲法改正」の手續が確立されていると主張する²⁰。そこでは、変革を企図する勢力がリーダーシップをとり、繰り返しの選挙を通じて人民からの負託 (mandate) を獲得する。

2. ND-CR 体制の確立

アッカーマンによれば、1950年代から70年代にかけて、ND-CR 体制は以下のような展開を経て確立されたとされる²¹。

アッカーマンは、Brown 判決における E・ウォーレン長官による法廷意見が「20世紀における最も偉大な司法の意見」であるとして、高く評価する²²。アッカーマンによれば、CRR における変革の先鞭をつけたのは連邦最高裁であり、同判決は、及び腰だったアイゼンハワー政権と連邦議会に人種平等の問題への取り組みを促すものであった²³。

アッカーマンによれば、Brown 判決をめぐる連邦最高裁のリーダーシップは必ずしも十分ではなかったが、ジョンソン政権と連邦議会が同判決の前提をさらに推し進めた²⁴。1964

¹⁸ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 1-2.

¹⁹ *Id.* at 2.

²⁰ ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 267-269; ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *supra* note 2, at 71-88, 122, ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 3-4, 9.

²¹ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 9, 23-82. 川鍋・前掲注 17、307-312 頁も参照。

²² ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 317.

²³ *Id.* at 5.

²⁴ *Id.* at 5-6.

年大統領選挙で L・ジョンソンが共和党の B・ゴールドウォーター²⁵に勝利したことによって、公共施設から雇用に至る各分野での差別を禁止する 1964 年市民的権利法 (Civil Rights Act)、投票に際しての差別を禁止する 1965 年投票権法 (Voting Rights Act)²⁶、住宅の購入・賃貸の際の差別を禁止する 1968 年公正住宅法 (Fair Housing Act) といった画期的法律 (landmark statutes) が成立するに至った²⁷。

アッカーマンによれば、ジョンソンの任期終了までに、三権すべてが Brown 判決の前提を、公教育の領域を超えて推し進めた²⁸。「市民的権利革命」の指導者は革命的変革に自覚的であり、画期的法律は正式な憲法改正を代替するものであったとされる²⁹。

アッカーマンによれば、保守派のニクソン政権は、ニューディール・市民的権利運動の成果を否定せず、1960 年代の画期的法律の基盤を確固たるものとした³⁰。ニクソンの支持は ND-CR 体制に超党派的な基盤を与えるものであり、結局のところ、南部の保守派は Brown 判決と画期的法律の正当性を受け入れたとされる³¹。

アッカーマンによれば、上述した画期的法律は 20 年間にわたって権力分立によって仲介された人民の「熟考に基づく判断 (considered judgment)」に基づくものであり、また、1964 年大統領選挙でジョンソンに地滑りの勝利を与えたのは連邦最高裁ではなく人民であり、1960 年代から 70 年代初期にかけて、ワシントン DC の広範かつ超党派的な連合に継続的な支持を与えたのも人民であったとされる³²。

²⁵ ゴールドウォーターは州権論の立場から 1964 年市民的権利法に反対の姿勢をとっていた。西川賢『分極化するアメリカとその起源——共和党中道路線の盛衰』(千倉書房、2015 年) 238-240 頁を参照。

²⁶ 1870 年の修正 15 条の成立以降も、黒人は、読み書きテストや人头税によって長らく投票権の行使を阻まれてきた。有権者登録を呼びかける学生非暴力調整委員会 (SNCC) や M・L・キング牧師らによる 1965 年 3 月のアラバマ州セルマからモントゴメリーへのデモ行進は、州警察がそれを妨害した「血の日曜日事件」(同年 3 月 7 日)をはじめ、大きな反響を呼び、ジョンソン政権に 1965 年投票権法の制定を促した。連邦の選挙における人头税は 1964 年の修正 24 条によって禁止された。州の選挙における人头税も、Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663; 86 S. Ct. 1079 (1966)によって違憲とされた。See, ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 83-104, 160-162. 1965 年投票権法の詳細については、木下智史「合衆国における人種的少数者の投票権保障(1)」神戸学院法学 25 卷 3 号 83 頁 (1995 年)、倉田玲「ゲリマンダリングと合衆国の投票権法制 (上) ——代表を選出する機会の平等」立命館法学 268 号 1323 頁 (1996 年)、小竹聡「1965 年投票権法の合憲性—The Story of South Carolina v. Katzenbach, 383 U.S. 301 (1966)」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法と民主政』(成文堂、未刊)等を参照。

²⁷ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 5-6.

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.* at 11, 83-123.

³⁰ *Id.* at 6, 78. その例として、アッカーマンは、ニクソンが 1968 年公正住宅法を支持したこと (at 77, 204-205, 218)、1970 年投票権法に対する拒否権を行使しなかったこと (at 166-170) 等をあげている。

³¹ *Id.* at 6.

³² *Id.* at 6-7. アッカーマンは、市民的権利運動において、キング牧師、ジョンソン大統領、H・ハンフリー副大統領、共和党の E・ダークセン上院議員といった指導者が人民の代弁者としての役割を果たしたことを高く評価する。

3. 憲法規範としての画期的法律

ND-CR 期において正式な憲法改正は行われなかったが、アッカーマンは、1960年代の画期的法律が 5 条による正式な憲法改正と同等のものとして現代共和政の憲法規範の一部となっていると主張する³³。また、CRR を根拠づける憲法規範 (constitutional canon) は、Brown 判決のような特別先例 (superprecedents) だけでなく、当時の画期的法律をめぐる議論や決定にも求められるべきだとする³⁴。

かつて、修正 14 条の平等保護条項は州の行為を対象とするものであり、私人間の行為は対象外であったが、アッカーマンは、1964 年市民的権利法や 1968 年公正住宅法といった私人間での差別を禁止する画期的法律によって従来の憲法法理が大きく変容したことを指摘し、一定の場合に私人の行為を州の行為と同視するステート・アクションの法理では、これらの画期的法律において示された「生ける憲法」の意味を理解することはできないと批判する³⁵。

アッカーマンは、キング牧師をはじめとする市民的権利運動の指導者らが、人種差別の核心にある、黒人を制度的に貶める人種別学等の「制度的な侮辱 (institutional humiliation)」の問題に焦点を当てたこと、1960 年代の画期的法律が、私的領域における制度的侮辱を禁止することによってウォーレン・コートの論理を一般化したことを指摘する³⁶。

また、アッカーマンは、公教育と異人種間結婚の領域において、連邦最高裁が人々の支持が得られる解決方法を模索したことを指摘する³⁷。

4. 原意主義への批判

アッカーマンは人民主権の観点から、ND-CR 革命が根本的な変革に対する広範な人民の同意を獲得することに成功したこと、1964 年市民的権利法が「生ける憲法」の中核にあること、1960 年代の人種的正義に関する決定的勝利が女性、性的少数者、身体障害者のさらなる平等を求める運動につながったことを指摘する³⁸。

³³ *Id.* at 7-10, 21-123.

³⁴ *Id.* at 7-8.

³⁵ *Id.* at 12-13.

³⁶ *Id.* at 13-14, 127-153. アッカーマンによれば、官僚機構はこれらの画期的法律を、「数値目標による統治 (government by numbers)」という手法を用いて施行したとされる (at 14-15)。

³⁷ *Id.* at 15-16, 227-340.

³⁸ *Id.* at 17-18.

しかし、アッカーマンは、正式な憲法改正の有無に拘泥する従来の形式主義 (formalism) では、ND-CR 期の成果に否定的なロバーツ・コート (特に A・スカリアや C・トーマスの原意主義) に十分対抗できないとの危機感を持っている³⁹。FOUNDATIONS から CRR に至るまで、アッカーマンの議論に通底しているのは原意主義 (あるいは、形式主義的な条文主義) への批判である。特に、アッカーマンは、選挙制度変更の際に連邦政府による事前審査を義務付ける 1965 年投票権法 5 条の適用対象地域を規定する同法 4 条(b)を違憲とした 2013 年の Shelby 判決⁴⁰について、投票権に関する「第二の再建期」の成果を否定するものであるとして、同判決における J・ロバーツ長官の法廷意見を厳しく批判する⁴¹。また、アッカーマンは、自らの議論が、条文主義、コモン・ロー立憲主義、ポピュリズム立憲主義、批判的立憲主義といった様々な憲法解釈の学派を架橋する試みであると主張する⁴²。

図 2 二元的民主政理論における憲法政治の時期とその内容

憲法政治の時期	主たる憲法政治の内容
建国期	連合規約 13 条によらざる形での合衆国憲法制定、1800 年大統領選挙によるプレビシット的大統領制の確立。
再建期	憲法 5 条によらざる形での再建修正条項 (修正 13 条および修正 14 条) の成立。
ニューディール期	F・D・ルーズヴェルト大統領によるニューディール政策と連邦最高裁の態度転換による「憲法革命」。
市民的権利運動期	連邦最高裁の Brown 判決、キング牧師らによる市民的権利運動の高まり、ジョンソン政権による 1964 年市民的権利法等の画期的法律の成立、ニクソン政権による憲法政治の成果の確立。

(FOUNDATIONS、TRANSFORMATIONS、CRR に基づき、大江作成)

³⁹ *Id.* at 18-19, 328-329.

⁴⁰ *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529; 133 S. Ct. 2612 (2013). Shelby 判決については、中村良隆「米判批」比較法学 47 巻 3 号 326 頁 (2014 年)、高橋正明「米判批」アメリカ法 [2014-1] 167 頁等を参照。なお、ロバーツ・コートの全体的な動向については、大林啓吾・溜箭将之編『ロバーツ・コートの立憲主義』(成文堂、2017 年)を参照。

⁴¹ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 329-337.

⁴² Bruce Ackerman, *De-Schooling Constitutional Law*, 123 YALE L. J. 3104, 3105 (2014). アッカーマンは批判的立憲主義の論者として、S・レヴィンソンをあげている (at 3113-3115)。See, e.g., SANFORD LEVINSON, *OUR UNDEMOCRATIC CONSTITUTION: WHERE THE CONSTITUTION GOES WRONG (AND HOW WE THE PEOPLE CAN CORRECT IT)* (Oxford U. Pr., 2006); Sanford Levinson, *Popular Sovereignty and the United States Constitution: Tensions in the Ackermanian Program*, 123 YALE L. J. 2644 (2014). レヴィンソンの議論については、大河内美紀「Our “Settled” Constitution」論究ジュリスト 28 号 139-140 頁 (2019 年)、塚田・前掲注 11、中川律「サンフォード・レヴィンソン——合衆国市民にとっての憲法の意味の探究者」駒村ほか・前掲注 2、202 頁等を参照。ポピュリズム立憲主義の動向については、木下智史「合衆国におけるポピュリスティック立憲主義の展開と民主主義観の変容」本・前掲注 11、282 頁等を参照。

Ⅲ CRR への批判と検討

1. 市民的権利運動の位置付け

CRR で示された二元的民主政理論における市民的権利運動の位置付けについては様々な議論がなされている⁴³。

R・ケネディは、Brown 判決の扱いについて、同判決が隔離政策 (segregation) における人種差別 (racism) の存在について明言していないこと⁴⁴、同判決の射程が公立学校に限定されており、翌年の Brown II 判決⁴⁵も人種別学の即時廃止を命じたわけではないこと⁴⁶、同判決が 1964 年市民的権利法の成立にどの程度影響を与えたのか不明確であること⁴⁷を指摘した上で、「革新主義者 (Progressives) は同判決の限界を認識し、その射程を超えた問題を解決する権威ある指針として扱うのをやめるべき⁴⁸」と主張する。

T・ブラウン・ナギンは、「結集した人々」が果たした役割に注目する CRR の試みを高く評価⁴⁹しつつも、連邦レベルでの反差別立法や国政選挙といった公的な法形成プロセスだけでなく、キング牧師や連邦政府に経済的不平等の是正を促した SNCC 等の活動⁵⁰、ジョンソン政権による「偉大な社会」政策における「貧困に対する戦争」の中核をなす 1964 年の経済機会法 (Equal Opportunity Act) が果たした役割に注目すべきと指摘する⁵¹。L・グイニアおよび G・トーレスも、当時の法的エリート層のみならず、社会運動において一般の人々が担った役割に焦点を当てるべきと主張する⁵²。

CRR において、1964 年市民的権利法等の画期的法律は「第二の再建期」の核心に位置付

⁴³ 2014 年 2 月に、イェール大学ロースクールにおいて CRR に関するシンポジウムが開催されている。See, *The Meaning of the Civil Rights Revolution*, 123 YALE L. J. 2575 (2014).

⁴⁴ Randall L. Kennedy, *Ackerman's Brown*, 123 YALE L. J. 3064, 3066-3068 (2014).

⁴⁵ *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294; 75 S. Ct. 753 (1955) (Brown II). 同判決については、溜箭将之「初中等教育機関における人種統合のゆくえ」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』(成文堂、2014 年) 48-50 頁を参照。

⁴⁶ Kennedy, *supra* note 44, at 3071.

⁴⁷ *Id.* at 3072-3073.

⁴⁸ *Id.* at 3075.

⁴⁹ Tomiko Brown-Nagin, *The Civil Rights Canon: Above and Below*, 123 YALE L. J. 2698, 2701-2702 (2014).

⁵⁰ *Id.* at 2709-2716, 2725-2729. ブラウン・ナギンは、労働運動の指導者 A・P・ランドルフや、市民的権利運動の活動家 B・ラスティンがキング牧師を支援し、経済的不平等の是正に取り組んだことを併せて指摘する (at 2721-2725)。

⁵¹ *Id.* at 2729-2739. ブラウン・ナギンは、SNCC による州・地域における草の根レベルの活動が経済機会法の施行に際して大きな役割を果たしたことを指摘する (at 2725-2729, 2732)。

⁵² Lani Guinier & Gerald Torres, *Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements*, 123 YALE L. J. 2740, 2743, 2749, 2799 (2014).

けられる。しかし、C・フランクリンによれば、アッカーマン自身が自覚⁵³しているように、これらの画期的法律は包括的なものではなく、公共施設、教育、投票等の各分野における個別立法にとどまったために限界があり、人種差別を解決することに失敗したとされる⁵⁴。

なお、ND-CR 期に重大な社会変革があったのは事実であるが、修正 24 条を除き、市民の権利に関する正式な憲法改正が行われたわけではない。そのため、アッカーマンの議論については、歴史の記述からどのようにして憲法規範が導出されるのかという疑問が残る⁵⁵。

2. 「インフォーマルな憲法改正」ルールの問題

かつて、アッカーマンは、「インフォーマルな憲法改正」が次の 5 段階の手続を経て行われると主張していた⁵⁶。すなわち、①憲法改正を企図する勢力が通常政治から憲法政治への移行を人民に知らせる「合図 (signaling)」、②憲法修正あるいは従来憲法解釈を根本的に変更する変革的立法の形態で具体的な憲法改正の発案が行われる「発案 (proposal)」、③憲法改正に対する人民からの負託を獲得する「誘発 (triggering)」、④反対派の態度転換によって憲法改正が承認される「承認 (ratifying)」、⑤憲法改正の基盤が人民によって確立され、連邦最高裁の判決によって憲法規範となる「確立 (consolidating)」である。

しかし、CRR では 6 段階、すなわち、①「合図 (signaling)」、②「発案の段階 (proposal phase)」、③「誘発の選挙 (triggering election)」、④人民からの負託を画期的法律や司法の特別先例等によって履行する「集中的な精緻化 (mobilized elaboration)」、⑤「承認の選挙 (ratifying election)」、⑥「確立の段階 (consolidating phase)」として整理されている⁵⁷。ただし、6 段階に精緻化されているとはいえ、正式な憲法改正条項と比較して、その不明確さは否めない⁵⁸。また、アメリカは連邦制国家であり、アッカーマンの議論は連邦中心的に過ぎる傾向がある⁵⁹。

⁵³ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 12, 337-338.

⁵⁴ Cary Franklin, *Separate Spheres*, 123 YALE L. J. 2878, 2881-2882, 2886-2889 (2014).

⁵⁵ 川鍋・前掲注 17, 319-320, 328 頁。また、川岸令和「熟慮に基づく討議の歴史とアメリカ合衆国憲法の正統性——ブルース・アッカーマンの『二元的デモクラシー論』への覚書」早稲田政治経済学雑誌 320 号 313-314 頁 (1994 年) を参照。

⁵⁶ ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *supra* note 2, at 18-23, 40-377. 大江・前掲注 2, 163 頁も参照。

⁵⁷ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 44-46, 83. この点については、川鍋健「人民の、人民による、人民のための憲法——アキル・リード・アマールの憲法論から」一橋法学 17 卷 2 号 248 頁注 72 (2018 年) を参照。

⁵⁸ *See, e.g.*, Randy E. Barnett, *We the People: Each and Every One*, 123 YALE L. J. 2576, 2579-2580, 2584 (2014); David A. Super, *Protecting Civil Rights in the Shadows*, 123 YALE L. J. 2806, 2808 (2014).

⁵⁹ ただし、アッカーマンは、自らの議論が「ワシントン中心主義」であるとの批判に自覚的である。See, Ackerman, *supra* note 42, at 3116.

なお、アッカーマンが人民主権と権力分立による「生ける憲法」の形成を強調する点は、三権が憲法解釈の権威を共有し、その相互作用によって憲法秩序が形成されるとする部門主義 (departmentalism) ⁶⁰と親和的な部分があるように見受けられる。ただし、部門主義は主として憲法解釈レベルの議論であり、必ずしも人民による憲法変革 (transformation) のための議論ではない点に留意する必要がある ⁶¹。

3. 憲法条文との関係

R・バーネットは、憲法条文の役割を重視する立場 ⁶²から、アメリカ憲法 6 条のいう最高法規としての憲法はあくまでも成文憲法であるとして、アッカーマンのような「生ける憲法」論が同 5 条と矛盾すると指摘する ⁶³。また、バーネットは、修正 13 条と修正 14 条の存在を理由に、「市民的権利革命」のための憲法改正を行う必要はなかったと主張する ⁶⁴。

これらのバーネットの批判に対して、アッカーマンは、建国期に革命的指導者とその支持者が一連の選挙を通じて広範な人民の支持を得るという高次法形成システムが構築されたこと、再建期以降、連邦政府と州政府の力関係が変化し、権力分立に基づく「インフォーマルな憲法改正」ルールが成立したことを改めて指摘し、変革に対する人民の支持の「深さのほど (depth)」、「広範さのほど (breadth)」、「決意のほど (decisiveness)」という憲法政治のための三基準 ⁶⁵に照らして、1960 年代の「第二の再建期」が人民主権に基づいて自覚的に行われた変革であったと反論する ⁶⁶。

とはいえ、アッカーマンをはじめとする「生ける憲法」論については、憲法条文を軽視する議論であるとの批判がなされがちであることは否めない。この点について、アッカーマンとは対照的に、A・アマーが成文憲法の行間を読む形で不文憲法（「生ける憲法」）の解釈を行い、最高法規としての憲法を遵守する裁判官の司法審査によって成文憲法と不文憲法が

⁶⁰ 部門主義については、大河内・前掲注 42、130-138 頁、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐる」帝京法学 25 卷 2 号 103 頁 (2008 年)、同『憲法とリスク——行政国家における憲法秩序』(弘文堂、2015 年) 75-78 頁等を参照。また、連邦最高裁と政治部門の関係を考察する議論として、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス——現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景』(成文堂、2012 年) を参照。

⁶¹ この点について、憲法解釈におけるポピュリズムと部門主義の差異を整理した大河内・前掲注 42、130-131 頁を参照。また、大河内は、二元的民主政理論における「人々」の位置付けについて、「憲法修正についてイエス／ノーを示す決定機にこそ関与するが、それに尽きるようにも思われる」と指摘する (同 141 頁)。

⁶² Barnett, *supra* note 58, at 2585-2587.

⁶³ *Id.* at 2588.

⁶⁴ *Id.* at 2589-2590.

⁶⁵ ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 272-280, 285-288. 大江・前掲注 2、162 頁も参照。

⁶⁶ Ackerman, *supra* note 42, 3109-3110, 3112-3113.

矛盾しないように統制を試みている点が注目に値する⁶⁷。

4. 通常政治と憲法政治の相互関係

D・ストラウスは、コモン・ロー立憲主義の立場から、成熟した社会においては憲法改正条項の役割が低下するので、「生ける憲法」が憲法改正のほぼ唯一の手段になると主張する⁶⁸。しかし、二元的民主政理論における「インフォーマルな憲法改正」の場合、通常政治と憲法政治の区別は必ずしも明確ではなく、変革の当事者ですら、変革を行っているとの明確な自覚を持つことは困難である⁶⁹。

正式な憲法改正がほとんど行われない成熟した社会における憲法の変動を考察する際には、憲法条文の解釈に重点を置く原意主義や、憲法の制定・改正プロセスに重点を置く、アッカーマンやアマー等の人民主権論的な「生ける憲法」論だけでは不十分である。そこで、通常政治と憲法政治の相互関係を検討する上で、①憲法判例、通常立法、行政実務等の積み重ねを重視するコモン・ロー立憲主義⁷⁰、②憲法条文と同じ役割を果たすルール、慣習、制度に焦点を当てた歴史的・制度的な憲法理論のアプローチの必要性を説く発展的憲法理論⁷¹、③憲法条文や憲法判例からなる「大文字の憲法 (Constitution)」のみならず、1964年市民的権利法のような特別法律 (superstatutes)、大統領命令、連邦議会の承認を得た行政協定、行政機関の規則等からなる「小文字の立憲主義 (constitutionalism)」に注目する「法律の共和国 (republic of statutes)」論⁷²が有意義な観点を提供すると考えられる。

アッカーマンは憲法政治の前提となる通常政治の重要性を説き⁷³、また、市民的権利運動

⁶⁷ AMAR, *supra* note 9, at 5, 141, 194-199, 203-204, 206-207. アマーの不文憲法論については、大江一平「アメリカ合衆国の不文憲法」アメリカ法 [2014-1] 84頁を参照。

⁶⁸ STRAUSS, *supra* note 9, at 115-117, 120-139. ストラウスの議論については、大江一平「アメリカにおけるコモン・ロー的な生ける憲法の進化」アメリカ法 [2011-2] 447頁を参照。

⁶⁹ See, e.g., Stephen M. Griffin, *Constitutional Theory Transformed*, 108 YALE L. J. 2115, 2147 (1999); Barnett, *supra* note 58, at 2582-2583, 2594.

⁷⁰ STRAUSS, *supra* note 9. See also, David A. Strauss, *The Neo-Hamiltonian Temptation*, 123 YALE L.J. 2676, 2689-2692 (2014).

⁷¹ See, e.g., STEPHEN M. GRIFFIN, AMERICAN CONSTITUTIONALISM: FROM THEORY TO POLITICS (Princeton U. Pr., 1996); Stephen M. Griffin, *Rebooting Originalism*, 2008 U. ILL. L. REV. 1185, 1209-1213 (2008). グリフィンの議論については、大江一平「スティーブン・グリフィン教授の発展的憲法理論とその意義——アメリカ合衆国における生ける憲法をめぐる議論との関連で」東海大学文明研究所編『文明』16号29頁(2011年)を参照。

⁷² WILLIAM N. ESKRIDGE JR. & JOHN FERREJOHN, A REPUBLIC OF STATUTES: THE NEW AMERICAN CONSTITUTION (Yale U. Pr., 2010), at 1-24, 26.

⁷³ Ackerman, *supra* note 42, at 3119-3120. アッカーマンは通常政治における熟議を重視し、政治学者のJ・フィッシュキンと共に「熟議の日 (Deliberation Day)」構想を主張している。See, BRUCE ACKERMAN & JAMES S. FISHKIN, DELIBERATION DAY (Yale U. Pr., 2004). ブルース・アッカーマン・ジェイムズ・S・フィッシュキン(川岸令和・谷澤正嗣・青山豊訳)『熟議の日——普通の市民が主権者になるために』(早稲田大学出版部、2014年)。同構想については、大江一平「二元的民主政理論と『熟議の日』構想」関西大学

に関するストラウスの議論⁷⁴に注目する⁷⁵。しかし、ストラウスは、**Brown** 判決の根拠が憲法条文や制憲者の原意ではなく、むしろコモン・ロー的な「生ける憲法」に求められると主張⁷⁶し、さらには、一定の場合に、裁判官が「公正および善き政策」に関する自らの観点に基づいて判断することを率直に認める⁷⁷。そのため、アッカーマンは、裁判所の役割を憲法保障機能と世代間統合に求める自説と、ストラウスの議論には無視できない差異があると指摘している⁷⁸。

IV おわりに

1. CRR の意義

二元的民主政理論は、「裁判官は過去の憲法制定や憲法改正の際の人民の決定に憲法解釈の源泉を求めるべき」とする原意主義の強みを生かしつつ、「インフォーマルな憲法改正」という道具立てによって、憲法条文に拘泥するあまり、ND-CR 体制を擁護できないという原意主義の持つ問題点を克服しようと試みる。特に、CRR の意義は、市民的権利運動という大規模な社会運動と憲法の関係に着目し、正式な憲法改正と同等の役割を果たす画期的法律の成立プロセスを考察する点にある。

「インフォーマルな憲法改正」は、正規の憲法改正によらざる形で行われた変革を憲法規範に反映しようとする試みであるといえよう。ただし、現代社会においては、劇的な変革は起こりにくい。変革の当事者が自らの行為について無自覚な場合もありうる。そこで、今後は、人民主権論的な「生ける憲法」論だけでなく、コモン・ロー立憲主義のように、地道な「通常政治」の積み重ねによる変革に注目する必要がある。

2. 日本の議論への示唆

最近の日本の憲法学においては、憲法の変動をめぐる議論との関連で、「現実の憲法秩序と憲法典の規範との間に乖離が生じている状況で、当該乖離を埋めるために憲法典を改正

大学院法学ジャーナル 77 号 249 頁（2005 年）等を参照。

⁷⁴ Strauss, *supra* note 70, at 2692-2695.

⁷⁵ Ackerman, *supra* note 42, note at 3120.

⁷⁶ STRAUSS, *supra* note 9, at 77-80, 85-90, 90-92. See also, Strauss, *supra* note 70, at 2694.

⁷⁷ STRAUSS, *supra* note 9, at 44-45, 92. 大江・前掲注 68、452 頁も参照。

⁷⁸ Ackerman, *supra* note 42, at 3121-3125. 両者の差異については、川鍋・前掲注 17、337-340 頁も参照。

する」ことをどのように考えるべきか、という問題提起がなされている⁷⁹。また、集団的自衛権の一部行使を可能にした2015年の平和安全法制の合憲性をめぐる議論を背景として、国民主権論の観点から、二元的民主政理論や、主権者国民の存在を前提とする統治行為論⁸⁰を参照しつつ、憲法学における主権者国民を、制憲者(Lv.1)、改正権者(Lv.2)、有権者(Lv.3)に分類した上で、これらの中に「統治行為について決定する有権者、すなわち実定選挙制度を借用して直接的に政治に関与する国民」(Lv.2.5)を位置付ける議論が注目される⁸¹。

この「Lv.2.5」の日本国民については、いわゆる「解釈改憲」の危険を指摘する立場から、憲法改正国民投票を規定する憲法96条に依拠しない点で疑問があり、「不当な憲法改正のショートカット」ではないかとの批判がなされている⁸²。無論、こうした批判には十分な理由がある。しかし、違憲の疑いのある立法や政府の行為に対して、司法審査や憲法改正手続による憲法保障制度がうまく機能しない事態が生じる可能性は否定できない。なぜならば、違憲の疑いがある事例であっても、9条をめぐる問題のように、最高裁が明確な憲法判断を行わない場合があるし、最高裁の判決に一般的効力を認めるかどうかについて議論はあるが、終審である最高裁が合憲判決を下せば法的には有効なものとして扱わざるを得ないからである。

現実政治においては、その当否は別として、憲法改正国民投票よりも、むしろ憲法判例や各種法令の積み重ねによって憲法秩序が形成されていくことが否定できないのであれば、憲法の制定・改正・変遷といった憲法の変動を検討する上で、二元的民主政理論をはじめとするアメリカの「生ける憲法」論は重要な視座を提供すると考えられる。

【注記】

本稿は、2018年度科研費（課題番号：18H00797）による成果の一部である。

[公開日：2019年3月20日]

*本稿は査読を経て掲載されたものである。

⁷⁹ 横大道・前掲注11、14頁。

⁸⁰ 旧日米安保条約の合憲性をめぐる砂川事件最高裁判決（最大判昭34・12・16刑集13巻13号3225頁）（WestlawJapan 文献番号1959WLJPCA12160009）、いわゆる7条解散の合憲性をめぐる苫米地事件最高裁判決（最大判昭35・6・8民集14巻7号1206頁）（WestlawJapan 文献番号1960WLJPCA06080002）を参照。

⁸¹ 山本（2017年）・前掲注11、45、56-59頁（傍点原文）。

⁸² 川鍋・前掲注57、270頁。

編集後記

名古屋市立大学大学院 教授

小林 直三

Nagoya City University Graduate School Professor

Naozo Kobayashi

皆様のおかげをもちまして、無事、総合法政策研究会誌の第2号を発行することができました。

この第2号では、招待論文として、桃山学院大学法学部の田中祥貴教授から玉稿を賜りました。研究会を代表して、田中祥貴様に感謝申し上げます。

招待論文は、できるだけ執筆して下さる先生のご意向に沿う形で書式などの体裁を整える方針です。ただ、何分にも不慣れなところがあり、十分な対応ができないかもしれません。何卒、今後も諸先生方にご協力をお願いできればと思います。

今回は、招待論文以外では、「研究論文」が1本と「研究ノート」が2本となっておりますが、やはり、今後は「研究論文」を増やすことができると願っております。本研究会誌では、招待論文以外は基本的に研究会での報告を経て査読に付する手続をとっており、ときに研究会では厳しい意見が出されることもありますが、研究会の先生方におかれましては、ぜひ、「研究論文」を執筆して頂ければと思います。

最後に、本研究会誌創刊にあたって、多大なるご尽力を賜ったウエストロー・ジャパン株式会社代表取締役の二村功様が、この度、ご退任なさると伺っております。研究会を代表して、二村様への心からの感謝を申し上げますとともに、今後の益々のご活躍をお祈りしております。

[公開日：2019年3月28日]

総合法政策研究会誌 第2号 (ONLINE)

2019年3月28日発行

編者 総合法政策研究会

発行者 ウエストロー・ジャパン株式会社

〒105-0003 東京都港区西新橋 3-16-11

<https://www.westlawjapan.com/>

© 総合法政策研究会

March. 2019

The Journal of Comprehensive Law and Policy Research Association

No.2

【Invited Article】

The House of Lords Constitution Committee for protecting the
Constitution of the U.K.

St. Andrew's University Professor Yoshitaka Tanaka (1)

【Article】

Use of personal information other than for intended purposes
and “categorical approval”

Kyoto Prefectural University Associate Professor Makoto Shimomura (26)

【Notes】

Active Citizen and Political Literacy

—A Study on Depoliticization of Citizenship Education—

Tokai University Junior Associate Professor Takashi Nakamura (44)

Study on the Status of the Civil Rights Movement in Dualist
Democracy: With Reference to WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS
REVOLUTION (2014)

Tokai University Associate Professor Ippei Ooe (54)