The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	憲法保障における機能的等価物の比較憲法学的研究（三・完）：日本、ウズベキスタン共和国及びソビエト社会主義共和国連邦の実践を対象に
Author(s)	ウミロフ，フィトラト
Citation	阪大法学. 2022, 71(6), p. 69-94
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87406
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

憲法保障における機能的等価物の比較憲法学的研究（三・完）

――日本、ウズベキスタン共和国及びソビエト社会主義共和国連邦の実践を対象に――

ウミロフ　フィトラト

はじめに
第一章　ウズベキスタン共和国における合憲性審査制の沿革
　第一節　ソビエト社会主義共和国連邦における憲法保障制度の登場
　第二節　ソビエト連邦最高裁判所の構成とその活動の実際
　第三節　ソビエト連邦における特別機関による違憲審査制の登場（以上、七一巻二号）
第二章　ウズベキスタン共和国における合憲性審査制
　第一節　憲法裁判所による合憲性審査制
　　一　憲法裁判所による立法発議権と判決の効力
　　二　憲法裁判所の立法発議権と対立する事項
　　三　具体的規範統制の実現と対立する事項
第三章　ウズベキスタン共和国における合憲性審査制の機能的等価物
　第一節　ウズベキスタン共和国最高裁判所の憲法保障における役割
　第二節　ウズベキスタン共和国最高裁判所総会の実際
　第三節　現代のロシア連邦最高裁判所による憲法保障の実践（以上、七一巻五号）
第四章　合憲性審査制の機能的等価物としての法令案事前審査制
　第一節　ウズベキスタン共和国司法省による法令案事前審査過程
　　一　司法省による法令案事前審査の評価
　第二節　日本における内閣法制局による法案事前審査過程
　　一　内閣法制局による法案事前審査の評価
第五章　憲法保障理論の再考察
　第一節　憲法保障の理論的構成
　　一　保障における「憲法」と「憲法典」の区別
　　二　憲法保障の敵
第六章　結論（以上、本号）

第四章　合憲性審査制の機能的等価物としての法令案事前審査制

第一節　ウズベキスタン共和国司法省による法令案事前審査過程

一　司法省による法令案事前審査の評価

ウズベキスタン共和国憲法裁判所の合憲審査制の運用が消極的なものになっているという点であるが、この点について、司法省による法案事前審査の存在が指摘される。ウズベキスタン共和国司法省に法案の事前審査の権限が与えられたのは、直接には、内閣長官（同時、ウズベキスタン共和国大統領）の二〇〇三年八月二七日の「ウズベキスタン共和国司法省の活動の改善の措置に関する」規定が制定されたことに始まる。この規定は、国民の憲法上の権利及びその自由の保護を確保するため、司法省を法創造活動における国策を実現する統一の国家機関とし、さらに、法創造及び法適用の実態において、国家機関、執政府（執行機関）の命令案、政府提出法案や政令案などの憲法への適合性及び法体系との整合性について法的審査を行う統一の国家機関であるとしていた。

現在、法創造においては司法省の果たしている役割が非常に重要であり、法創造活動における国策を実現する統一の国家機関として法規創造分野における次の権限が与えられている。①法創造及び法令適用分野において国民の憲法上の権利や自由を保護し、法律の優位、国政において合法性の確保を目的とする国策を実現する、②法令について、国政における汚職及び他の違法行為を可能にする法規の有無の審査する、③国家機関の活動において基本的人権への尊重の確保について監督を行うことなどがある。(62)

司法省は法規創造における任務を実現するため、法規創造及び法適用の実態において、国家機関、執政府（執行機関）の命令案、政府提出法案や政令案などの憲法への適合性及び法体系との整合性について法的審査を行う統一

の国家機関として存在している。

「法規範に関する」法律の第二一条及び「法案の作成及びウズベキスタン共和国国会への提出の手続に関する」法律の第二四条は、法令案は、その原案作成機関において審査され、司法省による最終の法的事前審査を受けなければならないと定めている。(63)

司法省の法務部長のダヴロヌ・カラヌダロフは、「司法省による法案審査は法令案の合憲性や他の法令との矛盾の回避を保障しており、それは、①ウズベキスタン共和国憲法、他の法令及び国家政策やその施行の目的への適合性、②法案の厳格な解析、条文間及び条文内の矛盾の存否、③法案の基本的人権に対する影響、④汚職を可能にする状況の存否、⑤異説をもたらす解釈を可能にする用語の回避、⑥法案題名と内容の適合性などの法律的、技術的角度から行われている。法令案審査の結果について判断がなされ、その判断においては上記の基準に基づいて法令案が評価される」(64)と述べている。

司法省による法令事前審査の運用は非常に積極的であり、司法省の「二〇一七年度において実施された活動の報告（二〇一八年一月一日の時点で）」を見ると、二〇一七年～二〇一八年の時期において三一六三件の法規範案などが提出され、その内、二一七一件が審査され、二〇一七件に対して制定許可が与えられた（六三二件は訂正なしで、一三八五件は訂正付き）。事前審査の結果一五四件が棄却されたものであり、九九二件は政府規則の条件を満たしていないものと判断され差し戻されたのである。(65)

憲法裁判所が下した七つの違憲判決は政令の合憲性が問題となった判決であり、違憲と判断されたものの、二つは首長（ホキム）による命令（第一は、「デノヴ綿花再製造」工場の経済的自由が争われた「スルハヌダリヤ州の首長（ホキム）の命令の合憲性に関する」判決、第二は、ホキムヤットの社会団体の活動への違法介入が争われた

「ホラズム州の執政府（ホキムヤット）の決議によって制定された規定の合憲性審査に関する」判決）であり、次の四つは内閣の規定（その第一は、内閣の「教育従事者との労働契約の締結のコントラクト〔期間の定めのある労働契約一律者〕方式に関する規定」の合憲審査に関する判決、第二は、内閣の決定により承認された「書面による労働契約の締結に関する勧告」総則第二の合憲性に関する判決であり、第三は、「第二世界大戦の障害者などに対する居室面積の賃料及び公共料金の支払いについての特典の供与を定めているいくつかの法規範の合憲性に関する」判決であり、第四は、「労働法典第一一八条の適用の合憲性に関する」判決[66]）であって、残りの一つは労働及び国民社会保護省の規定（「国家社会保険による手当の査定及び支払いの手続に関する規定」の合憲性に関する判決）である。

憲法適合性審査の件数は上記の七件であり、しかも、それらは一九九七年二月から一九九八年二月までに集中している。憲法裁判所は、一九九八年二月二六日付違憲判決を最後に、法令の憲法適合性審査の権限を行使していないが、司法省に法令案事前審査の権限が与えられた二〇〇三年から法律より下位の規定の合憲性審査もなされていないという実態がある。それは、司法省による積極的な事前審査の運用の結果ではないかと考えられる。

第二節　日本における内閣法制局による法案事前審査過程

内閣法制局は、各省庁が起草する法案、政令案や条約案が憲法をはじめとする既存の法体系に反しないかを審査する内閣の機関である。内閣法制局法によれば、内閣法制局は内閣に置かれ、その所掌事務は「閣議に付される法律案、政令案及び条約案を審査し、これに意見を附し、及び所要の修正を加えて、内閣に上申すること」、「法律案及び政令案を立案し、内閣に上申すること」、「法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を

述べること」などがある。[67] 具体的に、大きく分けて、法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べる意見事務と、法律案、政令案、条約の審査立案を行う審査事務がある。以上の所掌事務は、四つの部（第一部から第四部まで）において分掌されている。意見事務を行うのは第一部であり、第二部から第四部までが審査事務を担当する。定員が全部で七六人おり、組織長は内閣法制局長官である。[68]

更に、内閣法制局には、学識経験者の意見を求めるために参与が置かれている。これは法律上置かれたものではなく事実上置かれたものであるが、月一回参与会を開いている。この学識経験者は高度の法律的判断の必要とされる事案について意見を求めるものであるが、必ずしもこの参与会の意見が内閣法制局の意見となるわけではない。[69]

「内閣法制局設置法」の上記の規定を根拠にして、内閣法制局は憲法や法律の解釈を行政政府内で専権的に行っていると言えよう。すなわち、行政府内での有権解釈権を実態上握っているのである。

内閣法制局の法案審査は、閣議講義された法案が内閣官房から内閣法制局へ送付されてから、はじめられることになっている。西川伸一教授によれば、内閣法制局は、法案審査を次の四つの基準を中心に行う。①「憲法や他の現行の法制との関係、立法内容の法的妥当性」、②「立法の意図が、法文の上に正確に表現されているか」、③「条文の表現及び配例等の構成は適当であるか」、④「用字・用語について誤りはないか」である。更に、内閣法制局には「法令整備会議」が設けられ、言葉づかいのルールに常に気を配っている。[70] また、これにとどまらず、「法律的、技術的にあらゆる角度から検討する」という。[71] 佐藤岩夫教授によれば、法案の審査は、主務官庁の担当官と内閣法制局の審査担当参事官との間で、原案の説明、質疑応答、原案の修正、質疑応答といった一連の手続が繰り返し行われる。もっとも、審査は、基本的には形式的な側面に重点があり、法案の目的の正当性や政策的妥当性などに及ぶものではないとされる。[72] 例えば、平岡秀夫教授は、「〔法案の〕内容については、基本的に内閣法制局に持ち

込まれる前の段階で、審議会や各省間の折衝で決定されている場合が多く、内閣法制局に持ち込まれた段階で内容の基本的な部分が否定される場合はまずあり得ないと思われる」。「審査のポイントについては、政策の中身自身を内閣法制局の方が左右することは少なく、法体系上のバランスをとる、表現を統一する、論理的整合性をとる、正確な文章にするというような形式的な整理を行うことが中心になる」[73]と述べている。

それに対して、中村明教授は、「内閣法制局は政府部内での憲法の最高有権解釈権者として、『法の支配』を盾に、官僚や政治家が憲法や法律を逸脱しないように睨みを利かせている」[74]と表現している。更に、審査のポイントについて、内閣法制局長官であった茂串俊氏によれば、「法律は強制力をもち、国民の権利義務にかかわることが多いということから、その政策について本当に法律が必要であるのかということをまず審査する。審査するとは、議論を通じてその法律の必要性を考えるということである。その法律が必要であるということになった場合には次に、憲法で保障された基本的人権などの観点から、どのような要件でどのような対象をどのような手続で規制するのかという点で審査を行う。その後は表現などをどうするかといった形式的な問題についても検討する。その際に最も重要なことは、出来る限り正確な条文になるようにするということである」[75]と述べている。

内閣法制局による法案審査について意見が分かれるにしても、内閣法制局が政府内での「第一次違憲審査所」[76]として重要な役割を果たしていると言えよう。

内閣法制局の上記の法案審査権に加え、もう一つの機能として、法制意見というものがある。内閣法制局設置法において、所掌事務が規定されており、その内の第三条第三号の「法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べること」という規定が法制意見の法的根拠である。

意見事務において文書または口頭による法律的な意見の照会に対して文書で回答するものは、特に「法制意見」

と呼ばれ、政府・行政部内では、最高裁判所の判例に対応する機能を有していると考えられる。

また大石眞教授によれば、「法務総裁意見年報」が内閣法制局の法律問題に関する意見書を収めるものであり、これによると、一九四八年に一〇件、一九四九年に四五件、一九五〇年に八〇件、一九五一年には五〇件が記録されており、その内には憲法解釈に関連する問題も多く、最高裁判所が活動を開始して間もない憲法施行初期には、法制意見がいわば準判例的機能を果たしたとのことである。(77)

例えば、郵政大臣官房電気通信監理官の提出した法律問題への回答として、「通話の秘密について」の意見書(78)（一九六三年一二月九日）は以下の内容で下されていた。

本意見書では二つの問題に対して意見があげられている。

「（イ）電話を利用して刑法第二二二条を規定する脅迫の罪を現に犯している者がある場合に、被害者の要請によって、日本電信電話公社（以下『公社』という。）の職員の当該電話の発信場所を探索し、これを司法警察職員などの捜査官憲に通報することは、公衆電気通信法（以下『法』という）第五条(79)第二項の規定に違反することになるか。

（ロ）司法警察職員などの捜査官憲が、電話による通話の一方の当事者甲の同意を得て、甲の利用する電話の端末の設備において他方の当事者乙の通話を録音することは、法第五条第一項の規定に違反することになるか」という問題が通信の秘密という憲法第二一条上の権利、さらに憲法第三三条、第三五条に関連する問題であり、内閣法制局は当該事項が通信の秘密を侵害するものではないと意見を下している。

その理由について以下の解説を下している。

「三　理由

（イ）公衆電気通信法第五条は、第一項において『公社……の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない。』と規定するとともに、第二項において『公衆電気通信業務に従事する者は在職中公社……の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。この職を退いた後においても同様とする』と規定している。電話の発信場所は、発信者がこれを秘匿したいと欲する場合がありうるから、第二項にいう『他人の秘密』に該当するものと解すべきであろう。

そうであるとするならば、公社の職員が電話の発信場所を探索し、これを他人に知得させることは、原則として法第五条第二項に違反し、許されないものといわなければならないが、お尋ねの場合のように、電話を利用して脅迫の罪を現に犯している者がある場合において被害者の要請があるときは、公社の職員が当該電話の発信場所を探索し、これを捜査官憲に通報することは、許されるものと解すべきである。その理由を要約していえば、上記の探索及び通報は、脅迫の罪の現行犯人の逮捕に協力するために行なわれるものだからである」。

つまり、電話を利用して脅迫の罪を現に犯している者がいる場合、被害者の同意があれば、当該電話の発信場所を探索することは「通信の秘密」を侵害するものではないということである。また、この理由の前提として、日本国憲法第三三条と第三五条[80]を引用する上で捜査権による逆探知の合憲性を明らかにしている。

（ロ）の問題については以下の理由をあげている。

「電話による通話の一方の当事者甲がその利用する電話の端末の設備において聴取しうる他方の当事者乙の通話の内容は、甲の支配の下に置かれた事項であって、法第五条第一項にいう『公社……の取扱中に係る通信の秘密』の範囲外にある事項である。したがつて、甲がその利用する電話の端末の設備において、乙の通話の内容をみずから録音することはもちろん、第三者に録音させることもまた、法第五条第一項の規定に違反することにはならないも

のと思われる。もつとも、甲が第三者に録音させ、乙の通話の内容を第三者に知得させることについては、見方によれば、乙の通話の秘密の侵害があるものとはいえようが、それは、甲の乙に対する責任の問題を生ずることがありうるだけである」と解説を下し、公衆電気通信法第五条第一項が定める「公社……取り扱い中に係る通信の秘密」に違反しないとしている。

以上によって、内閣法制局の法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べるという事務、いわゆる意見事務は、直接的に憲法解釈に関連する活動であり、諮問的な役割を果たすにせよ、憲法保障においても重要な役割を果たしていると言えるだろう。

一　内閣法制局による法案事前審査の評価

中村明教授は、二〇〇一年時点で出された五つの判決について、違憲判決を受けた法律がいずれも内閣法制局の審査を経ていないことを指摘している。最高裁判所の法令違憲判決の中には次のものがあるが、①尊属殺人重罰規定違憲判決（一九七三年四月四日大法廷判決、刑集二七巻三号二六五頁）が違憲とした刑法二〇〇条（明治四〇年四月二四日施行）を別とすると、②薬事法距離制限規定違憲判決（一九七五年四月三〇日大法廷判決、民集二九巻四号五七二頁）が違憲とした薬事法六条二項・四項は、薬事法自体は政府提出法案だが、問題となった六条二項・四項は、一九六三年に議員立法で追加されたものであり、したがって、内閣法制局の審査は経ていないということである。③衆議院議員定数配分違憲判決（一九七六年四月一四日大法廷判決、民集三〇巻三号二二三頁）と④衆議院議員定数配分規定違憲判決（一九八五年七月一七日大法廷判決、民集三九巻五号一一〇〇頁）において判決で問題となった公職選挙法の改正は議員立法である。⑤森林法共有林分割制限規定違憲判決（一九八七年四月二二日大

法廷判決、民集四一巻三号四〇八頁）で問題となった森林法一八六条についても、森林法自体は一九五一年に農林省において立案されたものだが、政府提案とせずに、議員提出とするいわゆる「依頼立法」の形式で行われ、審査したのは衆議院の法制局であった。[81] ⑥郵便法免責規定違憲判決（二〇〇二年九月一一日大法廷判決、民集五六巻七号一四三九頁）で違憲とされたのは郵便法である。同法は一九四七年に政府提出法案として成立したものであり、したがって、法制局の審査を経ていることになる。しかし、佐藤岩夫教授によれば、同判決が出された一九四七年という時期は、終戦直後の新体制の下で多数の新しい法律の制定が問題となっており、また、GHQの指示で法制局の廃止が議論されていた時期とも重なり（一九四八年二月に一旦廃止）、当時の法案審査は通常と比較するとやや精密さを欠いていたという状況も推測できないわけではないとのことである。[82] それ以降下された違憲判決すなわち、⑦在外邦人の選挙権制限違憲判決（二〇〇五年九月一四日大法廷判決、民集五九巻七号二〇八七頁）で問題となった公職選挙法（一九五〇年四月七日成立）と⑧非嫡出子の国籍取得制限違憲判決（二〇〇八年六月四日、民集六二巻六号一三六七頁）で問題となった国籍法（一九五〇年四月二六日成立）も法制局が廃止になっていた時期に成立したものであり、⑨非嫡出子の法定相続分規定違憲判決（二〇一三年九月四日、民集六七巻六号一七二〇頁）で問題となった民法第九〇〇条四号と⑩女性の再婚禁止期間違憲判決（二〇一五年一二月一六日）で問題とされた民法第七三三条などについては（一八九六年三月二三日成立）、内閣法制局の審査を経ているが、それよりも明治期の規定をそのまま引き継いだというような要素が大きいとのことである。

すなわち内閣法制局が審査した法律で違憲判決が下されたものは二件あるものの、それらは明治期の法律と戦後直後の法律である。いずれも施行後相当の年数を経過している。[83]

西川伸一教授によれば、これは、すべての法律が議員立法に委ねられ、内閣法制局のような機関が設置されてい

ないアメリカの立法事情と比較するときわめて対照的だということである。日本の法律が「非常にシステマティックで洩れがない」一方、アメリカでは「法体系がぐちゃぐちゃ」でそれゆえ弁護士商売がはやるという。法律間の矛盾はむしろ当然で、同じことをある法律では認め、別の法律では禁じている。(84)

茂串俊元内閣法制局長官は「それが後日問題になって、極端な場合、裁判になって国が負けたということになりますと、国政を混乱させる元になりますから、そういうことがないように、あらかじめわれわれが法令の立案についても綿密に審査をいたします」と語る。(85)

佐藤岩夫教授は、五十嵐敬喜教授らの次のような論考を引用している。五十嵐敬喜教授らによれば、「行政機構の一角である内閣法制局が、裁判所が審査する前に、各省庁が法案を起草した段階で、それが新憲法下はおろか、明治以来連綿として築かれてきた法律の膨大な体系と整合性があるか否か事前に審査し、否ならば整合性を持つように法案を書き直させるのである。つまり内閣法制局こそ、第一次違憲審査所なのである。こうして日本の官僚は司法の役割も含めて三権をほぼ手中に収めたのである。これが三権のなかで官僚が突出した最大の理由である」(86)とのことである。佐藤岩夫教授が論じたように、日本の立法の重要部分である政府提出法案について、内閣法制局が政府部内での「最高有権解釈権者」として決定的に大きな影響力を行使していることについては異論がないと言ってよいであろう。(87)

しかし、内閣法制局が内閣に置かれている機関であり、内閣法制局長官も内閣によって任命されるという観点から見れば、内閣法制局に関する上記の評価について疑問が生じる。

安倍政権が、二〇一三年八月八日、内閣法制局長官を交代させ、新しい長官として、外務省出身の小松一郎フランス大使の起用を閣議決定したことは大きな話題になっていた。それは、内閣法制局は政府提出の法案について、

憲法や他の法律と矛盾がないかを審査するほか、憲法や法令の解釈で政府の統一見解を示す役割を担うという大きな権限を持っている上、安倍首相の狙いは集団的自衛権の行使に前向きだった小松氏を起用して、行使容認に踏み切ることにあるのだろうということであった。[88] 集団的自衛権に関する政府解釈が「我が国は主権国家である以上、集団的自衛権を保有しているが、集団的自衛権の行使については、必要最小限の範囲を超えるため、認められない」というものであったが、二〇一四年七月一日の臨時閣議で、第二次安倍内閣は、従来の憲法解釈を変更し、集団的自衛権の行使を限定的に認める閣議決定を行った。[89]

第五章　憲法保障理論の再考察

第一節　憲法保障の理論的構成

一　保障における「憲法」と「憲法典」の区別

憲法保障とは、「何を」（①保障の対象としての憲法秩序）、「何に対して」（②保障の「敵」としての違憲行為）、「誰が」（③憲法保障の担い手）、「いかに」（④保障手段の性格と形態）、「何のために」（⑤憲法秩序の維持）をそれぞれ検討しなければならないように、[90] 憲法学において様々な検討がなされてきている。

上記によって、憲法保障の構成を考えると、「何を」（①保障の対象としての憲法秩序）が憲法保障の客体であること、「誰が」（③憲法保障の担い手）が憲法保障の主体であること、「いかに」（④保障手段の性格と形態）がその手段であることになる。そこで、この主体と客体の関係を生じさせるのが「何に対して」（②保障の「敵」としての違憲行為）であることになる。憲法保障の理論的構成を考える際、まず、「何を」（①保障の対象としての憲法秩序）、そして「何に対して」（②保障の「敵」としての違憲行為）、さらに「誰が」（③憲法保障の担い手）が憲法保

障の主体と「いかに」（④保障手段の性格と形態）がその手段という順番で考えなければならない。

芦部教授は、「憲法は、国の最高法規であるが、この憲法の最高法規性は、法律などの下位の法規範や違憲的な権力の行使によって脅かされ、ゆがめられるという事態が生じる。そこで、このような憲法の崩壊を招く政治の動きを事前に防止し、または、事後に是正するための装置を、あらかじめ憲法秩序の中に設けておく必要があり、その装置を、通常憲法保障制度という」[91]と述べる。ここで言う、憲法の崩壊を招く政治の動きを事前に防止し、または、事後に是正するための制度のことを憲法保障の主体だと考え、それを、事前的保障（事前に防止する）の主体と事後的保障（事後に是正する）の主体に区分して考えることができる。

憲法の概念について、一般的には憲法と憲法典という区分が存在する[92]。芦部教授は、憲法を形式的意味の憲法と実質的意味の憲法に分けて説明する。すなわち、形式的意味の憲法は、憲法という名前で呼ばれる成文の法典（憲法典）を意味する場合である。この意味の憲法は、その内容がどのようなものであるかには関わらない。実質的意味の憲法は、ある特定の内容をもった法を「憲法」と呼ぶ場合である。成文であるか不文であるか、問わないということである。

小嶋和司教授によれば、憲法典に何を規定するかは、事柄が実質的に憲法事項であるか否かのみを考えて決せられるのではなく、他の考慮によっても決せられるとのことである。憲法典には、他の制定法に比べて高い法的権力が認められることが多いから、そこに「抱き合わせ規定」がもうけられることもあるとのことである。その最も有名な例は、一八九三年のスイス連邦憲法典に挿入された、動物の殺し方についての次の規定である。「出血せしめる前に麻酔せしめることなく動物を屠殺することは、どのような屠殺方法、どのような動物種類についても、例外なく禁止される。」（第二五条）[93]。

憲法保障の客体を憲法典であると考えると、憲法典に定められる如何なる規定であっても保障の対象とみなされるということになる。憲法典において人権・自由に関する規定よりも国家秩序が重視されると、国家秩序の保持のために、人権・自由に対していくらでも制限が付けられることになり、憲法というものはその本質的な意味を失うのではないかと考えられる。また、憲法が規範的に上位に立つということから、その保障においても国家秩序の保持に注目が集まることになる。

石村修教授は、憲法保障といった場合、憲法の全てをその侵害から護っていこうとする意図・意味をもっていることもあり、固有の意味での憲法保障（国家存立の安全ないし保持）は理念論としては成立しえても、憲法学としては成立しえないと述べる。その理由については四つの事項をあげている。第一に、憲法典にはさまざまな規範が含まれていることである。人権に関しては、その制度的保障として立法・行政府にある程度の裁量権を与えたもの、統治に関しても、権力構造における民主制の確保を定めているものから、各統治構造における法慣行を定めたものまで諸々である。これらを全く均一にして護るということは、憲法保障の本来的意図に反することになる。第二に、憲法典保障を意図する限りでは、憲法秩序が固定的に理解されてしまう。しかし、憲法典の全体像は憲法制定時でその内容が固定化されるのではなく、むしろ将来的な展開に委ねられている部分がかなりある。憲法保障が憲法の改正を認めるのは、実は憲法典の一部についての改正を認めるのであって、実質的憲法部分にまで憲法改正作用が及ぶことは拒否される。第三に、憲法保障において使用される「憲法の概念」は、「近代的意味・理想的意味・立憲的意味の憲法」と同義のものとして考えられている。つまり、「近代の憲法史において、立憲主義（constitution-alism）の政治理想をかなりの程度にとりいれている憲法だけを憲法ということがある」[94]。第四に、憲法典は下位の法規と一体となって、強制・実効規範としての意味をもちうるのであって、憲法典の保障は全体の法規構造とのバ

ランスの中で図られなければならない。これに比して、憲法の保障は高次の価値体系を保障するものであるから、他の法規範以上に政治の力関係の渦中に置かれる。内容的に特殊であり、それを実行し、護る手だてをもたない憲法にとって、自ら憲法の保障の観念を設定し、制度を完備して行くことがますます重要になってくるとのことである。[95]

今日、憲法保障と語るべき制度の意味は、国家保障ではなく、憲法典全体の保障でもなく、国家の法的秩序の基礎を構成する実質的な憲法を保障することにあると考えられる。すなわち、憲法保障の目的が、成文憲法の全体である憲法典の保障にあるのではなく実質的な憲法の保障にある。

要するに、憲法保障の客体を考える際、如何なる規定をも含んでいる成文の憲法典ではなく、国家権力を制限し、人権・自由を保障するということを内容とする憲法を意識しなければならないということである。

二　憲法保障の敵

憲法の保障をめぐる次の問題は、「何に対して」（②保障の「敵」としての違憲行為）という点にある。憲法秩序に対する侵害行為について様々な指摘がなされることがあり、その内で「国家権力の違憲行為」から憲法を保障するという観点が一般的である。

国家権力による憲法秩序の侵害行為は、形式的な観点から見れば、憲法より下位にある法規範であり、違憲と判断されない限り、その実効性をもつものと考えられる。さらに、国家権力による侵害行為は実質的な観点からも考えられる。国家権力による、実質的な意味の侵害行為は、形式的な意味の侵害行為と異なって、直接的ではない。そのような意味で、実質的な意味の侵害行為がより悪質だと考えられる。

有倉遼吉教授は、国家機関による侵害について、保障の「敵」となりうる国家権力が、同時に保障の「味方」＝担い手として構想されているということに注意すべきであると述べている。すなわち、権力分立制、違憲立法審査制といった主要な保障制度は、いずれも一つの国家機関の違憲行為を他の国家機関が抑制する趣旨のものであり、国民による保障を別として、国家機関による保障制度に内在するこの性格は、保障制度を無力化しやすい。国会、内閣、裁判所を担う公務員の憲法意識や憲法感覚が接近すればするほど、違憲行為に対する抑制機能は鈍化する。これが合憲の外形をよそおう実質的違憲行為、すなわち憲法上の脱法行為とも言うべき現象であり、このような脱法行為は、形式的には合憲に見える行為であるから、その表面における合憲性によって実質における違憲性が覆われる結果となる。[96] 大須賀明教授は国家機関による侵害行為について違憲行為とは別に脱法行為という現象についても説明する。脱法行為は、憲法上の明文の規定に直接には違反しない手段により、結局はある憲法上の規定に違背する事項を事実上実現する行為である。違憲行為が憲法秩序に対して真正面から挑むのに対して、憲法上の脱法行為はその背後から挑む。違憲行為は、それがいかに国家権力の強行性によるものであれ、絶えず憲法秩序による抵抗を排除して行なわれなければならない。それに対し憲法上の脱法行為は、形式的に合憲な行為であるから、その表面における合憲性によって実質における違憲性が覆われ、憲法秩序に対する侵害もかかる表見的な合憲性に支えられて行なわれる。[97] 違憲行為と比べて、脱法行為のほうが実質的な侵害行為であり、憲法秩序に対するより大きな脅威だと考えられる。[98]

立法行為による脱法行為の例を二〇二〇年のロシア連邦憲法の改正に関する法律に見ることができるのではないか。この法律は、二〇二〇年三月一四日に制定された最近のものである。二〇二〇年三月一一日、ロシア連邦の国家院[99]が、第三読会においてロシア憲法改正案を採択した。提案された改正案の一つは、大統領任期は通算二期まで

（従来は連続二期）、改憲時の現職と大統領経験者の通算任期数はゼロとすることである。[100] 改正前の憲法は大統領任期を「連続二期」[101]までと定めているほか、プーチン大統領の改憲案は「通算二期」までとしていた。二〇〇〇年から大統領を二期目を務め、一二年の復帰後も既に二期目に入っているプーチン大統領は、次期大統領選に立候補できないはずだったが、在任期間リセットとなり立候補できるようになった。[102] ロシア連邦憲法裁判所も三月一六日に、プーチン大統領が署名した憲法改正法案について合憲と判断した。[103] これは、本来違憲である行為を合憲にしようとしている行為ではないかと考えられる。

このような状況の下、憲法保障制度がどのようなものであり、どのような方法で、どのような機能を営んでいるかが次に検討すべき問題である。

第六章　結論

本稿では、ウズベキスタン共和国憲法裁判所、最高裁裁判所総会、司法省等の憲法保障における役割について検討が行われた。上述の通り、憲法保障に関しては、「何を」（①保障の対象としての憲法秩序）、「何に対して」（②保障の「敵」としての違憲行為）、「誰が」（③憲法保障の担い手）、「いかに」（④保障手段の性格と形態）、「何のために」（⑤憲法秩序の維持）という観点から検討しなければならず、[104] これらの制度の在り方について再考察する必要がある。

まず、ウズベキスタン共和国憲法裁判所の存在に関しては、その審査基準あるいは解釈方法が十分ではないという審査基準の問題、立法発議権と判決の効力に関連する問題、具体的規範統制の実現と対立する事項などの存在からみると、憲法の保障を期待することは難しいと思われ、上記の「いかに」という点においては憲法裁判所自体の

本来の役割が確保されていないと言える。

次は、ウズベキスタン共和国最高裁判所総会であるが、その活動が法律によって拘束されているということ、[105]そして法律を語義内解釈することによって憲法保障に貢献しているという現状から見ると、憲法保障を法律範囲内で実施しており、先述の「何に対して」という点においてはその役割が不十分であり、「誰が」という点に関してその立場が弱いと思われる。

更に、ウズベキスタン共和国司法省による法案事前審査に関しては、比較憲法学的な観点から考えると、法案事前審査は抑々政府機関により行使される制度であるので、司法省自体が政府の影響を受けているという観点から見ると、先述の「何を」という一番重要な点において、十分な憲法保障を期待することはできないと思われる。

この三つの制度の中で、最高裁判所総会の憲法保障における役割がより積極的に見える。しかし、先述の通り、憲法保障と語るべき制度の意味は、国家保障ではなく、憲法典全体の保障でもなく、国家の法的秩序の基礎を構成する実質的な憲法を保障することにあると考えるのであれば、最高裁判所が法律によって拘束されており、法律を語義内解釈することによって憲法を保障しようとしていることを考慮に入れると、実質的な意味の憲法でなく憲法典の保障しか期待することはできないのである。

憲法保障の目的が、実質的な憲法の保障にあると主張されてきている。そのため、やはり上記の五つの基準を満たしている制度、つまり違憲審査制が望ましいと考えられる。しかし、違憲審査制の運用において、反多数派主義の難点や司法消極主義等が必然的であり、少なくとも、アシュワンダー判決（Ashwander v. TVA 二九七U.S.二八八）においてブランダイス裁判官が提示した準則の範囲内で行使される違憲審査制が必要である。もちろん、ブランダイス裁判官が提示した準則は通常裁判所による違憲審査についてである。しかし、上記の準則を適用するこ

とによって、ウズベキスタンにおける具体的規範統制の実現を不可能にしている事項を緩めるために立法者の納得を得ることができるのではないかとも思われる。

以上、ウズベキスタン共和国憲法裁判所による合憲性審査制の運用が消極的であるという状況下で、民主主義に抵触しない、立法府の判断を尊重した上で行われる憲法保障制度について、旧ソビエト連邦における歴史的根拠の視角から検証してきた。

ソビエト連邦の崩壊後、ウズベキスタン共和国が憲法裁判所による違憲審査制を導入したにもかかわらず、その運用が消極的であり、このような状況の下では、最高裁判所と司法省の憲法保障における役割が大きいのではないかという意見があげられた。

最高裁判所は下級裁判所に対し法令の適用に関する意見を下す権限を行使する際、法令の合憲性について審査をしないが、憲法の保障を考慮に入れて法令を適用するための解説を行っている。本制度は、旧ソ連時代に登場し、ソビエト連邦最高裁判所に属する権限であり、登場した段階では、合憲性審査制の専門機関としての役割を果たしていたが、時代が変わっていくことにより、合憲性をはかる専門機関としての性質を徐々に失い、合法性監督の機能を果たすことになっていく。現在も、ロシア、及び他の旧ソ連諸国の最高裁判所に属する権限として残存しており、憲法を解釈することができるのかという意味では、合憲性審査制の専門機関として認められていないが、事実上合憲性審査制への貢献ではあるにせよ、合憲性審査制の機能的等価物であると言うことができる。

また、司法省による法案事前審査の存在については、それが憲法裁判所による合憲性審査の領域を狭めているという意味で、憲法保障における役割が現れてくる。しかし、政府機関により行使される制度であるという観点から、司法省自体が政府の影響を受ける可能性を考慮に入れ、十分な憲法保障を期待することはできないという結論に至

った。

以上、ウズベキスタン共和国憲法裁判所の消極的な活動を明らかにし、機能的に憲法裁判所に近い他の制度（司法省と最高裁判所総会）による憲法の保障についてもソ連時代における歴史の流れを踏まえ、さらに日本における憲法保障制度と比較して行った検討を以下の通りまとめた。

（一）ウズベキスタン共和国における司法消極主義について

ウズベキスタンにおける合憲性審査制については、憲法裁判所の設立後二八年の間で、憲法裁判所の活動の中心となるべき法令の憲法適合性審査による違憲判決の件数は七件であり、一九九八年二月の違憲判決が最後のものである。また、ウズベキスタン共和国憲法裁判所による合憲性審査（事後的審査）の実際について、憲法裁判所による合憲性審査の法的問題としてその審査基準あるいは解釈方法が十分ではないという審査基準の問題、憲法裁判所の立法発議権と判決の効力に関連する問題、具体的規範統制の実現と対立する事項などがあげられた。

憲法裁判所による合憲性審査の法的問題について、「一九九二年八月二四日の内閣の命令により制定された『教育従事者との労働契約の締結のコントラクト方式に関する規定』の憲法適合性審査に関する」判決などで見たように、憲法裁判所が違憲とした理由を明らかにせず、不十分な性質を持つ審査を行ったこと等が述べられた。

具体的規範統制の実現と対立する事項については、刑事訴訟法典第一一条は、法適用における各種の不適用は刑事訴訟法に違反し、法律上の責任をもたらすと規定しており、裁判所は法律を文言どおりに適用し、その結果、法令の合憲性の疑いも生じないことになっているという現状について述べた。更に、最高裁判所総会の法令適用に関する解説権（下級裁判所は最高裁判所総会の法令適用に関する解説に従い、法律などを適用しなければならない）の存在も具体的規範統制の実現を不可能にすることを明らかにした。また、一九九六年一二月二〇日（一／六〇

番）の「司法府に関する」最高裁判所総会及び最高商事裁判所総会の共同決定により（第二項により三号）、下級裁判所は訴訟において法律の合憲性について異義が生じた場合、審理を中止することについて決定を下すべきであるという解説が下されたことに対し、それが憲法裁判所の一九九八年六月一六日の判決により、「訴訟手続の中止に関する事項が法律上定められない限り、訴訟手続を中止することができない」とした判断も具体的規範統制の実現を更に不可能にしたと言う事項について検討を行った。

そして、二〇一七年五月三一日の新憲法裁判所法が制定され、下級裁判所が最高裁判所を通じて憲法裁判所に申立てをする権限を得たにも関わらず、その実際の手続に関する事項は定められていないという現状についても述べた。

（二）司法省による法案事前審査制について

ウズベキスタン共和国に違憲審査制の運用が不活発であるのに対し、法令案事前審査制が登場した二〇〇三年から司法省は積極的に法案の合憲性かつ合法性を審査し始めた。法令案は、その作成機関において審査され、さらに司法省による最終の法的事前審査を得なければならないとしている（「法規範に関する」法律第二一条）法律上の根拠も司法省の積極的な法案審査を保障していることについても述べられた。例えば、二〇一七年度においては三一六三件の法案が審査され、その内一五四件が制定許可を得なかったこともその例であった。そのような実態があることに鑑み、司法省による事前審査の役割が非常に大きいのではないかと考えた。

しかし、ウズベキスタンと同様の制度を導入している日本における内閣法制局の実践を見ると、二〇一三年に内閣法制局長官を交代させることによって、「我が国は主権国家である以上、集団的自衛権を保有しているが、集団的自衛権の行使については、必要最小限の範囲を超えるため、認められない」という従来の政府解釈を変更し、集

団的自衛権の行使を限定的に認めた内閣の行動を考慮に入れると、ウズベキスタン共和国司法省も政府の影響を受ける可能性があるという観点から、やはり十分な憲法保障を期待することはできないという意見があげられた。

（三）最高裁判所総会の役割について

憲法裁判所型の違憲審査制を導入しているウズベキスタン共和国の司法制度において通常裁判所を指導する最高裁判所（最高裁判所総会）も憲法裁判所とは別に法令の解釈を行っており、法令の適用において下級裁判所に義務付けられている意見を下していることについて検討した。最高裁判所の総会は憲法保障において憲法裁判所と機能的に等価であると評価することができるのかということについても、形式的にはそうではないのに対して、実質的・間接的な意味において憲法保障機能を行使しているとは言える。

しかし、最高裁判所総会の役割について、憲法保障を法律範囲内で実施しており、法律を語義内解釈することによって憲法を保障しようとしていることを考慮に入れると、憲法を憲法典として保障することしか期待することはできないのである。

最高裁判所総会は、ウズベキスタン及びロシア連邦の実践に関する事例などでみた通り、憲法上の権利を違憲行為の侵害や法律の違憲的適用によって生じる侵害から保護している。

例えば、二〇一三年一二月一一日に採択された第二号の「企業活動についての裁判例に関する」最高裁判所総会の決定を検討したところで見た通り（一一二頁）、最高裁判所総会は、企業活動の定義を下し、間接的にせよ、憲法上保障されている財産権、労働権（五三条）また所有権（五四条）を法規範（行政的責任法典第一六五条、第一七六条、第一七六三条、刑法典第一八八条、第一九〇条）の適用による侵害から保護している。

しかし、ロシア連邦最高裁判所の場合は、直接的な憲法保護の実践もあり、最高裁判所総会の一九九四年四月二

八日の「通貨または有価証券の偽造に関する裁判について」の第二号の決定において、通貨または有価証券の偽造に対して例外的な刑罰として死刑を規定していたソビエト連邦の刑法典第八七条、第二項（一九六二年七月二五日制定のソビエト連邦刑法典）は、死刑について定めているロシア連邦憲法第二〇条に矛盾しているから、その適用が禁止されるというような事例などについても検討し、最高裁判所総会の憲法保障における役割がロシア連邦においても非常に重要であるという結論に至った。

違憲審査制の機能的等価物の存在について、違憲審査制の活発な運用はその機能的等価物に妨げられるということも考えられるし、場合によって、その等価物がより実質的な憲法保護に資するということも考えられる。

先述の通り、民主政治において、裁判所による合憲性審査制があまり望ましくないと考えられている司法消極主義という状況の下で、民主主義に抵触しない、立法府の判断を尊重した上で行われる憲法保障制度について、法律の解釈を行うことにより、法令の適用に関する解説を出して、下級裁判所による法令の適用において、憲法の保護を確保しようとしているウズベキスタン共和国最高裁判所総会の役割と法案を事前に審査し、法令制定の前の段階において憲法保護に貢献している司法省の役割を明らかにしたことをもって本論文を閉じることにしたい。

(62) «О мерах по дальнейшему совершенствованию деятельности Министерства юстиции Республики Узбекистан»,27.08.2003г.№ 370.

(63) Закон Республики Узбекистан «О Порядке Подготовки Проектов Законов И ИхВнесениявЗаконодательную Палату Олий Мажлиса Республики Узбекистан» 11.10. 2006г., № ЗРУ-60.

(64) «Роль Министерства юстиции Республики Узбекистан в проведении правовой экспертизы проектов нормативно-правовых актов», Начальник отдела Министерства юстиции Республики Узбекистан Даврон Каландаров, 2014г. Сентябрь.

(65) «Адлия вазирлиги томонидан 2017 йилда норматив-ҳуқуқий ҳужжатлар лойиҳаларини ҳуқуқий экспертизадан ўтказиш

фаолиятида амалга оширилган ишлар», Адлия Вазирлигининг расмий сайти: https://www.minjust.uz/uz/activity/npaprojects/89498/（閲覧日二〇一九年八月）.

(66) 本判決は、一九九七年三月一一日付の内閣の命令により承認された「特殊な仕事に従事する従業員の一覧表」は労働法典一一八条の意義に適合しないとした判決である。

(67) 「内閣法制局設置法」昭和二七年法律第二五二号、第一条・第三条。

(68) 平岡秀夫「政府における内閣法制局の役割」北大法学論集四六巻六号（一九九六年）三四四頁。

(69) 平岡・前掲注（68）三四六頁。

(70) 西川伸一「内閣法制局による法案審査過程―『政策形成過程の機能不全』の一断面として―」政經論叢七二巻六号（二〇〇四年）二六二－二六三頁。

(71) 内閣法制局百年史編集委員会（編）『内閣法制局百年史』（内閣法制局一九八五年）二二二頁。

(72) 佐藤岩夫「違憲審査制と内閣法制局」社會科學研究巻五六五－六号、（二〇〇五年）八八頁。

(73) 平岡・前掲注（68）三四七頁。

(74) 中村明『戦後政治にゆれた憲法九条：内閣法制局の自信と強さ〔第三版〕』（西海出版、二〇〇九年）二〇頁。

(75) 平岡・前掲注（68）三四四－三四五頁。

(76) 五十嵐敬喜＝小川明雄『議会―官僚支配を超えて』（岩波書店、一九九五年）七二頁。

(77) 大石眞「内閣法制局の国政秩序形成機能」公共政策研究六巻（二〇〇六年）一三頁。

(78) 「内閣法制局意見年報」一〇巻（昭三七－昭三九）内閣法制局（一九六五年）三五頁。

(79) 公衆電気通信法（法律第九六号（昭和二八年七月三一日））第五条第一項「公社又は会社の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない」。第二項「公衆電気通信業務に従事する者は、在職中公社又は会社の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。その職を退いた後においても、同様とする」。

(80) 日本国憲法第三三条「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となっている犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない」。第三五条「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利は、第三三条の場合を除いては、正当な理由に基づき発せられ、且つ捜

索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。捜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行う」。

(81) 中村・前掲注（74）三一頁。
(82) 佐藤・前掲注（72）八六頁。
(83) 西川・前掲注（70）二六九頁。
(84) 長谷川慶太郎＝植草一秀『これからの日本経済』（学研プラス（学習研究社）、一九九三年）六三頁。
(85) 西川・前掲注（70）二七〇頁。
(86) 五十嵐＝小川・前掲注（76）七二頁。
(87) 佐藤・前掲注（72）八八頁。
(88) 「なし崩し変更許されぬ　集団的自衛権を考える」東京新聞社説、二〇一三年八月九日付。
(89) 呉明上「安倍内閣の集団的自衛権行使容認に関する研究」問題與研究四四巻第二号（二〇一五年）一－三〇頁。
(90) 有倉遼吉『憲法秩序の保障』（日本評論社、昭和四四年）三－七二頁。
(91) 芦部信喜『憲法〔第六版〕』（岩波書店、二〇一六年）第三七四－三七五頁。
(92) 石村修『憲法の保障――その系譜と比較法的検討――』（尚学社（文京区）、一九八七年）四頁。
(93) 小嶋和司『憲法学講話』（有斐閣、一九八二年）八頁。
(94) 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第三版〕』（有斐閣、一九七九年）七－八頁。
(95) 石村・前掲注（92）四－五頁。
(96) 有倉・前掲注（90）一〇頁。
(97) 大須賀明「憲法上の脱法行為」早稲田法学会誌一五巻（一九六五年）二頁。
(98) 例えば、改憲による大統領の過去の在任期間のリセットは一つの例であろう（https://www.jiji.com/jc/article?k=202003110996&g=int）（閲覧日、二〇二〇年八月）。
(99) ロシア連邦議会の下院（Государственная дума、国家ドゥーマ）。
(100) Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 N 1-ФКЗ “О совершенствовании регулирования отдельных

вопросов организации и функционирования публичной власти”（二〇二〇年三月一四日、ロシア連邦憲法の改正に関する連邦憲法的法律「機関の特定問題の規制及び公権力の機能の改善について」）（http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_346019/）（閲覧日、二〇二〇年八月）。

（101）「ロシア改憲投票、賛成七割超　プーチン氏五選『信任』」日本経済新聞、二〇二〇年七月二日、（https://www.nikkei.com/article/DGXMZO61053860S0A700C2000000/）（閲覧日、二〇二〇年八月）。

（102）「プーチン大統領続投、急浮上　改憲に突然の提案―ロシア」JIJICOM、二〇二〇年〇三月一二日、（https://www.jiji.com/jc/article?k=2020031100996&g=int）（閲覧日、二〇二〇年八月）。

（103）「ロシア憲法裁、プーチン氏五選への改憲法案は『合憲』」日本経済新聞、二〇二〇年三月一七日、（https://www.nikkei.com/article/DGXMZO56871320X10C20A3000000/）（閲覧日、二〇二〇年八月）。

（104）有倉・前掲注（90）三頁。

（105）ウズベキスタン共和国刑事訴訟法典第一一条に、「法適用における各種の不適用は刑事訴訟法に違反し、法律上の責任をもたらす」と定められている。