

**科学研究費助成事業 研究成果報告書**

平成 27 年 6 月 12 日現在

機関番号：34315

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2012～2014

課題番号：24530027

研究課題名(和文)「市民の安心感」を手掛かりとした「立法の象徴化」現象の憲法的考察

研究課題名(英文)Analyse on the strakture of "Sinbolic Legislation":

研究代表者

植松 健一 (UEMATSU, Kenichi)

立命館大学・法学部・教授

研究者番号：90359878

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,700,000円

研究成果の概要(和文)：現実の害悪の除去・予防よりも、市民の「安心感」の維持向上を重視する象徴的立法(symbolosche Gesetzgebung)が増産される現状および理論の分析を通じて、立法に対する民主的正当性の付与と立法に対する法治国家的統制という2つの憲法的要請の持つ緊張・補完関係の構造を意識しながら、その背後にある民主主義の制度的構造についても検討を加え、それらの検討を基に「あるべき立法」についての憲法規範意識の抽出は可能か否かを考察の対象とした。その具体的実例として、日本における自治体ポピュリズムの問題や、ドイツにおける秘密保護法制や選挙制度の問題をなどを中心に検討した。

研究成果の概要(英文)：The aim of this study is (1) clear the delicate relations between two costitutional conditions,namely democratic legitimacy and rule oflaw,(2)as backgroundtheory,to identify circumstances and normative structure of democracy,and (3)as conclusion,to consider the possibility of setting ideal legislation as cositutional norm,by analysing on the "simbolic legislation",which has purpose rather to remove clear and present dangers or damagies from the society than to improve or maintain "national sentiment about safety".As concrete examples,I picked up particulaly the problems about "populism in Local-government" in japan,about legal structure of national-secret-Law in Germany,and about election system in the Germany in this study.

研究分野：憲法

キーワード：治安法制 ポピュリズム 選挙制度

## 1. 研究開始当初の背景

2000年代以降の西欧諸国に共通する現象として、具体的に存在する害悪や危険の予防や除去を目的とすることよりも、市民の「安全感」(日本では「体感治安」などという言葉もある)や犯罪等に対する処罰感情を充たすことをもっぱらの(少なくとも主な)目的としていると評せざるをえないような立法が顕著に登場するようになった。それは様々な分野に及ぶが、典型的な例としては、環境保護法、刑事法における厳罰化、そして「テロ対策」の名目で強化される治安・公安関連立法の拡大などである。

こうした立法、とりわけ刑事法や治安・公安関連立法の多くは、市民的自由に大きな影響を及ぼすものであり、本来は市民にとって忌避されるべきものである。ところが、近時では、市民の多くがこうした刑事法の厳罰化・拡大や治安立法の拡大による警察の早期対応を歓迎しており、このような市民感情がこうした立法の制定を支えている。ドイツでは法律の実効性を十分に検証することなく、市民の立法要求を重視して制定された立法を象徴的立法(symbolische Gesetzgebung)と呼んでいる。本研究の問題意識からすれば、ドイツのみならず、日本を含む多くの諸外国で、「立法の象徴化」が進んでいると思われるのである。

また、理論的にいえば、こうした諸現象への関心が法律学においても次第に高まる一方、2000年代後半の日本の公法学においては「あるべき立法」の定立可能性についての考察があらためて注目を集めるといった状況もみられた。

## 2. 研究の目的

1で述べたような現象を、法的に、とりわけ憲法学の観点からどのように把握し、その負の部分について、どのような理論的・実践的対応が可能であるかという問題意識を基軸に据えた上で、いくつかの現象の分析を通じて、「立法の象徴化」をもたらす政治的・社会的条件の解明、「立法の象徴化」への政治的ルートおよび裁判ルートによる統制の筋道を考察することを目的とした。また、こうした作業を通じて、究極的には憲法規範論的な意味における「あるべき立法」の定立可能性という巨視的な論点にも、一定の理論的貢献を提供することも視野においたのが本研究である。

## 3. 研究の方法

研究代表者がもともと本研究時に計画した問題関心と、課題採択後の後の社会状況の必要性の中で取り組むべき問題とは多少のずれが生じたが、それでも、「立法の象徴化」現象の解明という上記の問題意識の下で、いくつかの諸現象を考察するという姿勢では一貫していた。

比較法的な対象として、ドイツを素材とし

た。これは、象徴的立法という問題構成での議論について、不十分ながらも、一定の蓄積を有していたのがドイツの公法学(刑事法学も含む)であったからである。

(1)そこで、研究の初期段階では「象徴的立法」に関する理論的な考察を行っているドイツの文献を読み進めた。

(2)また、並行してドイツにおける治安法制や諜報法制についての現状を取り上げた文献にも接した。そうした問題関心から、ちょうどこの時期、日本で大きな問題になっていた特定秘密保護法についても「象徴的立法」という視座から考察を行った。

(3)「立法の象徴化」を支える政治制度的要因を検討するために、ドイツにおける近時の選挙制度改革論議とその周辺に存在する諸問題を考察する作業を行った。

また、この時期、日本の自治体で一つの現象(4)となった、「自治体ポピュリズム」については、「立法の象徴化」の問題と不可分の関係性を持つという仮説から、この問題についても憲法学の守備範囲の中で分析を加えた。

(5)最後に、本研究のひとつの総括として、象徴的立法の裁判的統制の筋道という点でも、ドイツの法学文献や関連する立法例・裁判例などを検証しながら、考察を試みた。

## 4. 研究成果

本研究では、さしあたり、以下のようなことが明らかになった。

(1)立法の象徴化は、複雑性・不確実性が高まり、対外的・対内的な安全、生活保障、環境など多様で複雑なリスクが発生により(場合によっては、「も発生している」というメディアなどの喧伝により)、有権者であるところの市民が「安心感」を敏感かつ貪欲に欲するようになったことを背景にとくに顕著となった現象として、別限すれば、それは「立法過程のポピュリズム化」ともいえる。このような現象は以前から存在していたが、1990年代以降とりわけ2000年代以降顕著になってきている。

(2)こうした現象は、一方では、政治が有権者=世論の選好に敏感に感応した結果といえる。その限りで民主主義の論理からは肯定的に捉えうる側面も含んではいる。しかし、世論における「熟慮」、議会を中心とした立法過程における「熟慮」という契機が、「立法の象徴化」においては大きく損なわれていると思われ、この点で、現在の民主主義のひとつの有力諸潮流である「熟議民主主義」という民主主義モデルとは相容れない要素をはらんでいる。

(3)法学的観点からいえば、「象徴的立法」の深刻な問題点は、法に求められる「確証可能性」の契機が見出しにくきという点である。また、当該立法の必要性や目的と手段との合理的な関連性という観点から判断すれば、不必要・不合理と評せざるをえないものが少な

くない。また、法における「規範明確性」という要請からも問題を有する。しかしながら、「象徴的立法」は、もともと具体的な適用よりは、一方で有権者に対するアリの的なアピールとして機能し、同時に、具体的な権力作用を（もとより背後には控えつつも）伴わない公権力のメッセージとして機能している。しかしながら、その実際の効果は、法的には十分に把握しにくく、それゆえ、例えば当該立法に基づく権利侵害を認定する際には、従来の法律とは別種の困難を伴うのであり、ここに象徴的立法の統制のための新たな枠組みの必要が求められる。本研究では、十分に解明しきれなかった論点ではあるが、さしあたり、法令に議会の事後的な検証・改善の義務を必置的に組み込むことによる検証作業の制度化、規範明確性の法理を梃にした統制密度の強化、市民の行動への「萎縮効果」という観点からの権利侵害の構成可能性、などを指摘しておきたい。これらは、ドイツの事案などの検討を行う作業を通じて、今後、より煮詰まったかたちで提案したいと考えている。

(4) 日本<sup>1</sup>の文脈でいえば、「立法のポピュリズム化」の進行は、同時に「自治体ポピュリズム」という現象として現われた。これも多くの論点を含む課題であるが、ここで一点だけ指摘するならば、「選挙・投票至上主義」（とくに首長選挙や首長主導の住民投票）を脱し、選挙の以外の日常的な民意発露ルートをいかに確保していくかという観点から、民主主義を捉え直す必要であろうということである。

(5) 「立法のポピュリズム」は、社会構造の変容と世論・民意の変容、SNS などのアーティテクチャの影響、政官関係や官僚制度さらに政党構造などの変容、等々多くの背景要因を抱えているが、本研究では、とくに政党構造の変動と連動した選挙制度の機能不全に着目した。ドイツ連邦共和国においては、有権者の選好の多様化に基づく政党の多党化伝統的な「比例代表併用制」の不具合が顕著になり（例えば、5%阻止条項や超過議席制度）、そのいくつかの点においては連邦憲法裁判所の違憲判断を受け改廃を余儀なくされている。また、他方では、住民の直接立法の動きが活発になり、議会立法と住民投票との齟齬が、「民意とは何か」を再問する契機となっている。とはいえ、むしろ住民立法にこそ「象徴的立法」の側面の強いものも含まれ、住民立法の活性化が常に望ましいとは本研究の観点からは言い難い点もある。いずれにせよ、ドイツにおけるこうした状況は、多くの点で日本の選挙制度や政党制度の問題に示唆と教訓をもたらすものとなっている。

以上、(1)～(5)については、下記5で挙げる発表済み論文の中で、検討されている。ただし、例えば(3)などは、まだ具体

的な論文や学会発表のかたちとなっていないので、本研究を通じて収集・整理した文献資料等を基に引き続き研究作業を行った上で、遅くとも2016年度中には、論文のかたちで発表したいと考えている。また、その他の点についても、今後の研究の中でより発展的な成果につなげていく予定である。

## 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 11 件)

植松健一「ドイツの民主政における阻止条項の現在(1)」立命館法学、359号、2015年、1-51頁、査読有

植松健一「ドイツにおける民主政の現在 選挙制度の『ゆらぎ』をてがかりに」憲法問題、26号、2015年、82-94頁、査読無

植松健一「財政 財政憲法の改編と健全財政主義」法律時報増刊『改憲を問う』、2014年、122-127頁、査読無

植松健一「特定秘密法と集団的自衛権行使容認の憲法的連関」季刊刑事弁護、2014年、124-129頁、査読無

植松健一「『積極的平和主義』の下で『暮らす』ということ」総合社会福祉研究 44号、2014年、16-25頁、査読無

植松健一「3・11 後の憲法状況と人権論の態様」法の科学、44号、2013年、60-69頁、査読無

植松健一「憲法における『イデオロギー』と『ユートピア』 - 自民党改憲案が描く社会と教育」教育、809号、2013年、25-33頁、査読無

植松健一「自民党改憲案の一考察」行財政研究、87号、2013年、2-14頁、査読無

植松健一「『橋下主義の論理と構造』を読む」季刊自治と分権、50号、2013年、88-101頁、査読無

植松健一「長谷川憲法学における地方自治-コミュン・住民参加・社会的なもの」杉原泰雄ほか編『長谷川正安先生追悼論集 戦後法学と憲法』(日本評論社)、2012年、1040-1056頁、査読無

植松健一「『既得権益』と『マネジメント』 - 憲法政治として診た橋下型ポピュリズム」労働法律旬報 1769号、2012年、27-34頁、査読無

〔学会発表〕(計 3 件)

植松健一「ドイツにおける民主政の現在 - 選挙制度の『ゆらぎ』をてがかりに」、全国憲法研究会、2014年10月17日 慈恵医科大学(東京都調布市)

植松健一「選挙制度における『ドイツ的なもの』のゆらぎ? 阻止条項をめぐる判決を手がかりに」、関西憲法判例研究会、2014

年9月27日、立命館大学（京都府京都市）  
植松健一「3・11後の憲法状況と人  
権論の態様」民科法律部会、2012年11月  
17日、南山大学（愛知県名古屋市）

〔図書〕（計 2件）

植松健一ほか『憲法講義』日本評論社、  
2015年、総506頁

植松健一ほか15名『秘密保全法批判』  
日本評論社、2013年、総240頁

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

植松 健一（UEMATSU KENICHI）

立命館大学・法学部・教授

研究者番号：90359878

### (2) 研究分担者

なし

### (3) 連携研究者

なし