

# 一般的行為の自由権と侵害行為原理

—実体的デュー・プロセス論による共謀罪法批判序説—

生 田 勝 義\*

## 目 次

はじめに—問題提起

- 1 侵害行為原理と憲法13条の「自由に対する権利」
- 2 憲法13条を巡る理論的混迷とその原因
- 3 一般的行為の自由権と人格的利益の関係
- 4 一般的行為の自由権の制約……「公共の福祉」
- 5 侵害行為原理から見た共謀罪の基本問題
- 6 共謀罪法比例原則違反の論証について

おわりに

## はじめに—問題提起

東京オリンピックをひかえテロ対策に必要という理由で「テロ等準備罪」法と称される共謀罪法<sup>1)</sup>が成立した。この法律については、レッテル詐欺であるとか、濫用の恐れがあるとの批判が強い。廃止すべきとの動きも有力である。

この法律が憲法に反するとの立論は実務法曹からなされ、憲法学者や刑法学者の中からも違憲の恐れへの指摘がなされている。

---

\* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

1) 「テロリズム集団その他の組織的犯罪集団による実行準備行為を伴う重大犯罪遂行の計画」罪の新設を中心とする組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律の一部改正法。同法に第6条の2として「計画」罪が追加された。以下では、計画罪を共謀罪、法律を組織的犯罪処罰法、その今次一部改正法を共謀罪法と略記する。

憲法学者からは例えば、①警察による監視が個人のプライバシー（憲法13条）を侵害、②他者とのコミュニケーションが共謀として処罰されると他人との意思疎通・意見交換に「萎縮効果」が働き表現の自由（憲法21条）との緊張関係、③「組織的犯罪集団」が処罰の要件にされることで組織的集団の活動が制約されることから結社の自由（憲法21条）の制約、④実質的に見て監視・捜査の対象にされるのは権力などに異論を唱える人々であろうから思想・良心の自由（憲法19条）の制約、⑤盗聴が利用されるなら通信の秘密（憲法21条2項）との関係、⑥ビジネス関連の共謀罪では経済活動への「萎縮効果は計り知れない」ということで経済的自由（憲法22条、29条）、⑦刑事手続や実体刑法の適正さに関する憲法31条や令状主義の35条などが問題になり、⑧総じて「精神的自由・人身の自由・経済的自由といった憲法が定める諸自由を全般的に脅かすもの」との指摘<sup>2)</sup>がある。そのような指摘を受け内心の処罰や結社規制ならびに監視による萎縮効果・同調効果などの憲法上の問題点をより詳しく論証するのが塚田哲之「人権論から見た共謀罪」<sup>3)</sup>である。

刑事法学者からは例えば、犯罪とするに値するだけの実質的な危険のある行為だけを処罰することができるとするのが憲法31条の適正手続保障原則であり、共謀罪法ではそれが満たされていないとの指摘<sup>4)</sup>がある。その保障原則は実体的デュー・プロセスと言われるものだが、これは日本国憲法31条の適正手続保障に含まれているとの理解が通説であり、実質的には判例でも認められているといえる。その内容としては、罪刑法定原則、明確性の理論、過度の広範性の理論、責任原理、侵害行為原理、罪刑均衡が挙げられよう。問題は、それらが憲法上の「適正さ」の判断基準になる憲法上の根拠はどこにあるかということである。

---

2) 本秀紀「立憲主義・民主主義から見た共謀罪」『別冊法学セミナー共謀罪批判——改正組織犯罪処罰法の検討』（日本評論社、2017年）53頁～64頁参照。

3) 同上『別冊法学セミナー共謀罪批判』65頁～77頁参照。

4) 高山佳奈子『共謀罪の何が問題か』（岩波ブックレット、2017年）50頁など参照。

今次共謀罪法は、とりわけ過度の広汎性や侵害行為原理に反するものであるが、それらの憲法上の根拠、すなわち憲法31条に含まれる「適正さ」の判断基準たり得る憲法上の根拠はどこにあるのか。憲法13条後段にある「自由に対する権利」は刑法原則に関係しないのか。これらの点の検討が刑法学によってもまた憲法学によっても必ずしも十全になされていなかったように思われる。本稿はその不十分さを埋めるためのものである。

## 1 侵害行為原理と憲法13条の「自由に対する権利」

### (1) 侵害行為原理の意味

近代刑法の原則として「刑法が犯罪にできるのは社会を侵害する行為だけである」というものがある。これは社会侵害行為原理というべきものが、単に行為原理 (Tat-prinzip)<sup>5)</sup>と言われることもある。

近代刑法の正統性は、個々人が有する生来的な自由や権利を守るために社会とその管理機構である強大な物理的強制力をもつ国家やその作用を規制するための法を作ったということに淵源する。国家権力の強大さは現代において強まりこそすれ弱まっていない。人々は自分たちの自由と権利を守るために社会を作り、自分たちの安全を刑罰権などを根拠に合法的に侵害することができ、また権力を濫用しかねない強大な強制力を持つ国家まで作った。自由・権利と安全を両立するには、自分たちを守るための社会を危うくする行為であって初めて強大な刑罰権を発動するようになる必要がある。この要請に応えるのが社会侵害行為原理なのである。

そのような原理は、啓蒙思想家であるベッカリーアがその著書『犯罪と刑罰』において「犯罪の唯一正しい尺度は社会に与えた損害である」、「そ

---

5) 行為原理については、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）53頁～103頁、同『人間の安全と刑法』（法律文化社、2010年）173頁～179頁、同「違法の質・相対性と法的関係の相対性（序説）」立命館法学352号（2014年）29頁～58頁、など参照のこと。

うでない行為は犯罪とされない」として定式化し、フランスの市民革命期の1789年「人及び市民の権利宣言」第5条が「法律は、社会に有害な行為を禁止する権利を有するにすぎない」と規定するに至ったものである<sup>6)</sup>。

もっともその後の展開の中で行為原理の本来の意味はゆがめられたり薄められたりしてしまう。それでも、「犯罪は行為である」との原則は今日でも広く認められている。それは性格の危険性や意思（内心）の危険性だけでは犯罪にできないという原則であるとされている。裏返せば、外部に現れる客観的危険性のある行為でなければ犯罪にできないということである。今日では行為原理は行為主義と表現されることもある。その場合、行為は、客観的な行為を指す Tat でなく、Handlung という主観・客観の統一体としての身体の動静の意味で使われることが多い。しかし、その場合でも「犯罪は行為である」との命題は維持され、それと併せて侵害原則とか加害（他害）原則（Harm-principle）が必要とされるので、侵害行為原理は今日でも広く認められていると言ってよい。

## （2）侵害行為原理と一般的行為の自由権

近代刑法原理の正統性は近代国家の正統性と同様、人々の生来的な自由と権利、つまり人権に求められなければならない。従来一般にはあまり議論されてこなかったが、侵害行為原理の拠って立つ人権は一般的行為の自由権である。この自由は、フランス革命期の人権宣言で定式化されたように、「自由は、他人を害しないすべてをなし得ることにある」というものである。

1789年の「人及び市民の権利宣言」は、その第2条で「あらゆる政治的団結の目的は、人の消滅することのない自然権を保全することである。これらの権利は、自由・所有権・安全および圧政への抵抗である。」と規定する。そのうえで、第4条において「自由」の内容をこう示している。

---

6) 行為原理の生成については、生田勝義・前掲書『行為原理と刑事違法論』56頁～58頁参照のこと。

「自由は、他人を害しないすべてをなし得ることに存する。その結果各人の自然権の行使は、社会の他の構成員にこれら同種の権利の享有を確保すること以外の限界をもたない。これらの限界は、法によってのみ、規定することができる。」と<sup>7)</sup>。

そこには自由という人権の（あらゆることをなし得るとい）積極的・能動的内容とあわせ、（他人を害しない範囲とい）その限界や（他人の同種の権利との調整とか法による規制とかの）制約原理が簡潔に示されている。この権利宣言で定式化された「他人を害しないすべてをなすことができる」という人権は「一般的行為の自由権」と言われてきた。

自己決定権の古典である J.S. ミル著『自由論』（“On Liberty”）がいう他害原理（“Harm-principle”）はこの自由を言い換えたものである。

ところが日本では、この一般的行為の自由権が憲法で保障されたものなのか、保障されたとしてその内容は何か、という問題が必ずしも正確に検討されてこなかったように思われる。

### (3) 憲法13条後段は個別具体的な一般的行為自由権を保障する規定

日本の憲法学は、憲法13条を長らく人権保障の抽象的な一般規定とか包括的な幸福追求権に関する規定であるとか解してきた。「生命」や「自由」が独立した権利であるとの位置づけは希薄であった。生命権についてさえ13条が裁判規範性をもつ具体的な人権規定であるとの解釈が有力になったのは最近のことである。

憲法学が抱えてきたそのような問題性は生命権について顕著になる。この問題については世界大戦の惨禍やナチズムによる暴虐への反省からする戦後人権観の変革を法はどう反映したかという観点から歴史的・比較法的手法によりすでに論じた<sup>8)</sup>。

---

7) 以上の訳文は、高木八尺ほか編『人権宣言集』（岩波文庫、1957年）131頁参照。

8) 生田勝義「死刑と生命権（再論）」立命館法学365号（2016年）110頁～141頁参照のこと。

本稿では日本国憲法12条と13条の文言を比較するという文理的・論理（体系）的解釈の手法により論じてみたい。

憲法はその12条で「この憲法が国民に保障する自由と権利は」と規定し、また13条で「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」と規定している。この13条の自由は（自由に対する）権利であることに疑いはないと私は考えてきた。

ところが、日本語の文理解釈としては13条の権利という言葉は「幸福追求」だけを受けてのものであり、幸福追求権は権利だが「生命」や「自由」は権利でないと解することができると思う人もいることが分かった。一部の学生だけかと思っていたのだが、法学者の中にもいることを最近知った。そのような学生たちの反応は、13条は包括的な幸福追求権を保障するものだとする憲法学説の影響を受けてのもの、法学者の受け止めは、「生命」は法益であっても権利ではないとする戦前からの実定法学説上の法益論に引きずられたもの<sup>9)</sup>であるように思われる。

しかし、13条の当該表現は1776年のヴァージニア権利章典やアメリカ独立宣言さらに戦後では1948年の世界人権宣言第3条にも見られたところであることから、人権の歴史やそれらにおける英文表記を見ておれば「権利」は「生命」や「自由」をも受けそれらにもかかるものであることに疑いは生じなかったのではなかろうか<sup>10)</sup>。13条の「自由」は「自由に対する権利」のことなのである。

そうだとすると、13条の「自由に対する権利」は12条における「自由及び権利」のうち「権利」に当たることになる。それでは、12条において13条の「自由に対する権利」と区別されている「自由」とは何なのか。12条の「自由」と13条の「自由」には違いがあるのではないか。素直に読み考

---

9) この点の論証は、生田勝義「死刑と生命権についての一考察」立命館法学360号（2015年）5頁、および生田「死刑を克服するための羅針盤」立命館法学379号（2018年）54頁～55頁、を参照のこと。

10) そのことを「生命権」につき論じたのが生田・前掲論文「死刑と生命権についての一考察」3頁～4頁。

えれば、そういう疑問が出てくるはずである。

現行憲法は GHQ による占領下で制定されたことから GHQ に提出された英文訳がある。日本語の自由に対応する英語には freedom と liberty がある。この違いが条文内容の解明に役立つように思われる。

それでは、日本国憲法の英文訳を検討してみよう。

Article 12. The freedoms and rights guaranteed to the people by this Constitution shall be maintained by the constant endeavor of the people, who shall refrain from any abuse of these freedoms and rights and shall always be responsible for utilizing them for the public welfare.

Article 13. All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs.

参考までに世界人権宣言も示しておく。

Article 2 Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, …

Article 3 Everyone has the right to life, liberty and security of person.

12条では freedoms, 13条では liberty とある。12条では freedom が freedoms というふうに変数形になっている。その理由は、freedom については個々の自由が別々の条文で列挙されているところにあるといつてよい。たとえば、憲法19条 Freedom of thought, 同20条 Freedom of religion, さらに同21条では Freedom of assembly …。なお、12条では権利も rights と変数形になっている。

以上の比較から分かることは、13条の「自由に対する権利」は、表現の自由などという個々の「自由」と区別された自由権であるということである。そのような自由権は「一般的自由権」ないし「一般的行為の自由権」と呼ばれるものである。

## 2 憲法13条を巡る理論的混迷とその原因

### (1) 理論の混迷状況

ところが、日本では、「生命、自由及び幸福追求に対する権利」を保障する13条後段は、幸福追求権という包括的な基本的人権を規定していると解するのが一般的である。しかも、その幸福追求権の内容については「自律的な人格の生存に不可欠な権利・自由」と解する人格的利益説<sup>11)</sup>（なお、可謬の人間観から導かれる人権観に基づき憲法13条の「個人の尊重」を「個人の自律」の「尊重」と解し、憲法13条後段からそれを可能にする条件整備のための権利と少数者の権利を引き出すと同条後段を「一般的な行動の自由」と解するには無理が出てくるとする見解<sup>12)</sup>もあるがこの説も人格的利益説に近いと言える）と、保障内実をそのように制限することなく広く一般の行為の自由と解する一般の行為自由説<sup>13)</sup>が対立しているが、前者が通説であるとされている<sup>14)</sup>。後者の見解も有力であるが少数であり、しかも幸福追求権という包括的基本権の内容が一般の行為自由であると解するに止まっている。さらに13条後

---

11) 佐藤孝治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）175頁～177頁、芦部信喜・補訂高橋和之『憲法第6版』（岩波書店、2015年）119頁～121頁、など参照。

12) 栗田佳泰「『新しい人権』と『一般の行為自由』に関する一考察——可謬主義の人間観に基づく憲法13条解釈の可能性」松井茂記・長谷部恭男・渡辺康行編『坂本昌成先生古稀記念論文集 自由の法理』（成文堂、2015年）607頁～634頁参照。

13) 坂本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）240頁～242頁、戸波江二『憲法〔新版〕』（ぎょうせい、平成10年（初版平成6年・1994年））176頁～178頁、根森健「『基本法の間人像』と基本法の経済政策的中立性——投資助成判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社出版、2003年）40頁、大藤紀子「第5章 自己決定権とプライバシー権」山内敏弘編『新現代憲法入門〔第2版〕』（法律文化社、2009年）106頁～107頁、など参照。なお、「憲法13条に言う『自由』には、一般的な行為の自由が含まれる」として「一般の行為の自由を権利として認め」とするものに木村草太『憲法の急所——権利論を組み立てる 第2版』（羽鳥書店、2017年）65頁～66頁がある。

14) この問題の議論状況を整理しているのが丸山教裕「憲法13条における一般的自由説とその周辺」前掲書『坂本昌成先生古稀記念論文集 自由の法理』573頁～605頁。



段には「切り札」としての権利に加え「一般的自由」もあるとする見解<sup>15)</sup>や、また、「一般的自由」を主観的な権利としてではなく「憲法の客観法的側面に着目し(権利の範囲の側ではなく、国家の可動範囲の側に着目し、)国家による恣意的で不必要な強制を受けない自由(違憲の強制からの自由)と捉える見解が有力化している<sup>16)</sup>」として評価されるもの<sup>17)</sup>もある。後者は、法治国家の原理や比例原則を重視し「違憲の強制を受けないことの保障」として一般的自由を位置づけるものとされる。それらにおいても、一般的行為の自由権が13条の規定する「自由に対する権利」に当たるものと明言するには至っていない。

もっとも、一般的行為の自由権に関して、フランス1789年人権宣言4条の「自由」、すなわち「自由とは他人を害しないすべてをなすことにあつた」との自由<sup>18)</sup>に言及するもの<sup>18)</sup>もあることに注意すべきであろう。

また、人格的利益説の主導的見解とされるものにおいても行為の自由が幸福追求権に含まれることを認めていることに注意すべきであろう。ここでは行為の自由の部分は個別の自由権保障でカバーすることで十分だとされ、13条の守備範囲に含めておく必要はないとするわけである。その理由は、散歩などを自由権の内容に含めると「権利が広がりすぎる」とか「人権のインフレ化を招く」ということに求められている<sup>19)</sup>。

そこに見られるような、権利の広がりすぎとか人権のインフレ化とかに対する警戒感は一般的にも、一般的行為の自由権を(包括的だが)独自の人権と解することへの躊躇や抵抗の主要な実質的根拠になっているように

---

15) 長谷部恭男『憲法第7版』(新世社、2018年)148頁～164頁参照。

16) 新井誠編著『ディベート憲法』(信山社、2014年)62頁(山本龍彦)。

17) 小山剛『「憲法上の権利」の作法 新版』(尚学社、2011年)95頁～96頁、安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本 第2版』(有斐閣、2014年)86頁(巻美矢紀)、参照。

18) 大藤・前掲論文106頁～107頁。

19) 佐藤孝治・前掲書177頁～178頁参照。佐藤説は自由の定義に含まれていた「他人を害しない」の部分を取り出し、人権の制約原理である「公共の福祉」を論じるのだが、行為自由にある「すべてのことをなし得る」という本体をも人間の尊厳の基礎として位置づけるべきであろう。フェルス判決の論理参照のこと。

思われる。

しかしながら、私が日課にしていた散歩を正当の理由なく警察により禁止されたら、それは私の自由権の侵害ではないのか。登山についても同じである。座ること、横になること、寝返りを打つことを正当な理由なく禁止されたらそれは多大な苦痛ではないのか。このような行為を禁じる監獄の服務規律があれば、奴隷的拘束や意に反する苦役（憲法18条）とか公務員による拷問（同36条）の禁止に反しないかの検討に加え、一般的行為自由権と関係させてその当否が検討されなければならないのではないのか。一般的な行為の自由は決して権利に値しないものではない。

憲法13条包括的幸福追求権説は戦後における世界的な人権法の展開に照らし憲法解釈としてガラパゴス化していることを13条の生命権につきすでに論証しておいた<sup>20)</sup>。生命権は包括的権利にとどまらず独立した個別の権利として13条に規定されているのである。13条の自由権についてもそれが包括的な幸福追求権という人格的利益にとどまらず、またそのような幸福追求権の内容としてではなく客観的な行為自由という独立した個別の権利とされていることは上述したところの条文の文理的・論理（体系）的解釈から一目瞭然となったのではなかろうか。

ここで注意すべきなのは、憲法で保障される一般的行為自由権には人格的自律権も含まれるということである。人格的利益説と一般的行為自由権説との違いは、後者の自由の最小限度である生存に不可欠な人格的自律という利益に限るか、それを包含する一般的行為自由まで保障されていると解するかの違いなのである。

憲法13条にアメリカの独立宣言などを通して何らかの関連を有するであろうと言われるジョン・ロックは、生命、自由および資産を Property という固有権として捉えたのであるが、彼は次のように述べていた。すなわち「自由とは、ある人がそれに服する法の許す範囲内で、自分の身体、行

---

20) 生田・前掲論文「死刑と生命権（再論）」116頁～125頁参照。

為、所有物、そしてその全固有権を自らが好むままに処分し、処理し、しかも、その際に、他人の恣意的な意志に服従することなく、自分自身の意志に自由に従うことにあるのである。<sup>21)</sup>」と。それは自由を広く捉える一般的な行為自由権説に親和的なものではなからうか。

## (2) 混迷の原因

それでは、そのように条文を論理的に読めば明らかになることに多くの憲法理論はなぜ目を閉ざしてきたのであろうか。また、日本の通説が一般的な行為自由権を棚上げしてしまうのはなぜか。

### 1) 自由権の能動的内容を看過

第1に、自由という権利が単なる「国家からの自由」という消極的・受動的な脈絡でしか捉えられておらず、そのもつ（「すべてをなし得ることである」という）積極的・能動的内容が軽視されていたからではなからうか。「国家からの自由」というだけであれば、自由が生来的権利として有する内実が棚上げされ、国家による強制がどこまで可能かという判断とか、そこにおける公共の利益や社会の秩序という観点とかが重視されてしまいがちになる。

次のような見解がある。「一般的自由説の問題は、人間のすべての行為が法的保障を受けるという出発点が、従来の法的思考から離れている点にある。すなわち、法的思考の基本は、人間行動を、禁止・放任・権利の3種に捉えることにあるが、この説は、従来は放任行為とされていたもの（例えば、散歩、登山、海水浴）がすべて憲法上の権利であるとする結論を導き出す点に問題がある。<sup>22)</sup>」と。

しかしながら、放任行為を理由とすること<sup>23)</sup>には基本的な問題がある。

---

21) ジョン・ロック著、加藤節訳『完訳統治二論』（岩波文庫、2011年）359頁。

22) 渋谷秀樹『憲法（第2版）』（有斐閣、2013年）186頁。

23) 放任行為を理由に一般的な行為自由権を批判するものとしてそのほかに宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011年）16頁～17頁、などがある。

法治国家原則からは法により禁止・命令されていない行為はすべて違法でないと言うにとどまらず合法なのであり、他害性のない行為が一般的に権利行使だと言うことに何ら問題はないはずだからである。「法的思考の基本」の捉え方が自由や権利を基本とするものでないところに問題があるというべきだろう。この点については佐伯千仞理論が参考になる。そこでは、「適法と違法しかない」というのが「近代社会の必然的結論」であるとか（佐伯「タートベスタント序論」）、すくなくとも「禁じられていない限り適法である」との命題が人権である自由に基づきを置くものであること（佐伯「違法性の理論」）が的確に指摘されている<sup>24)</sup>。この基礎にはフランスの1789年人権宣言第5条「法により禁止されないすべてのことは、妨げることができず、また何人も法の命じないことをなすように強制されることがない。<sup>25)</sup>」がある。同様の規定は1793年ジロンド憲法草案における権利宣言第3条、同年の山嶽党憲法権利宣言第4条、1795年の共和暦第3年の権利義務の宣言第7条にもある。

次のような見解もある。すなわち、「憲法は、基本権の章条において個人の主観的権利を保障すると同時に、権限規定において各国家機関の権限の範囲を定め、また、実質的法治国家の要請として恣意的な国家の活動を禁止する。一般的自由は、個別の主観的権利によってはカバーされない各人の行為であっても、憲法に反した強制が加えられないことを保障する。」、つまり一般的自由は「『違憲の強制』からの自由」として捉えられるべきだ<sup>26)</sup>とするわけである。しかし、このような理解だと、自由の消極的・受動的脈絡での理解から抜け出すことはできないように思われる。現に、その見解からは、「審査密度は一般に緩やかとなる」とか、「手段として刑罰が用いられる場合には、適正手続や罪刑の均衡（31条）で処理すれ

---

24) 生田勝義「違法性の理論について」犯罪と刑罰第18号（2008年）55頁参照。

25) 高木ほか編・前掲書『人権宣言集』131頁。なお、以下における人権宣言からの引用は、基本的に本書による訳文を参考にしたものである。

26) 小山剛・前掲書96頁。

ばよく、一般的自由に依拠する必要はない」、とかの帰結に至ってしまうことになる<sup>27)</sup>。「適正さ」の根拠を一般的自由権に求めなくてもよいことになれば、適正さの判断において公共の利益等が重視されてしまいかねないのではなかろうか。

一般的行為自由権については、「個々人が主観的に自らの幸福追求に重要と考える権利が救済される可能性を担保することこそが重要である<sup>28)</sup>」とのミルの自由観を基本にすべきように思われる。

## 2) 人格的自律性の一面的重視

第2は、「個人として尊重される」とか「人間の尊厳」を人格的自律性において捉えようとする思想<sup>29)</sup>の影響である。

この思想は、米国法の判例として Black's Law Dictionary Tenth Edition にも紹介されている「自由とは単に肉体的拘束からの自由を意味するだけではない。契約したり……有益な知識を獲得したり、結婚したり……、彼自身の良心の命じるところに従って神を崇拝したりする権利、総じて自由人による規律正しい幸福追求に必須のものとしてコモンローで長らく認められてきたそれらの特権を享受する権利をも意味する (Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399, 43 S. Ct. 625, 626 (1923))。」との説明<sup>30)</sup>に見られる、自由を幸福追求権に包摂するかの見解に通じるものであろう。また、ドイツ基本法2条の「人格の自由な展開」について「精神的・道徳的な人としての人間の本質を形成する人格の核心領域の内での展開だけ」を考える見解にも通じるものである。

しかし、比較法的に見てもそのような思想が一般的であるとは言えない

---

27) 小山剛・前掲書98頁。

28) 大藤・上掲論文107頁。

29) たとえば、佐藤孝治・前掲書173頁は「一人ひとりの人間が人格的自律の存在として最大限尊重されなければならないということである……。この『個人の尊重』は、……さらには『人格の尊厳』の原理と呼ぶこともできる。」とする。

30) Black's Law Dictionary Tenth Edition, p. 1058.

ように思われる。英米法系にあっても Liberty は一般的に行為の自由を意味すると解されており<sup>31)</sup>、また国際法上の理解としても有形的な自由 (physical liberty) を意味するとされている<sup>32)</sup>。また、ドイツにおいても後述するように、「人格の自由な展開」には一般的行為の自由が含まれるとするのが通説・判例となっている。

日本国憲法ではどうか。憲法13条の「個人として尊重される」については、「個人として」尊重される（英訳では、All of the people shall be respected as individuals.）のであって個人が「人格として」尊重されるとはなっていない。なお、1946年2月26日臨時閣議にて配布されたマッカーサー草案（1946年2月）外務省仮訳でも「其ノ人類タルコトニ依リ個人トシテ尊敬セラルベシ」（原文では by virtue of their humanity）となっていた。

次に、「人間の尊厳」についても、「人格的自律性」を中心にする見解だけでなく人間は物（件）でなく処分の対象にできない存在だというレベルで捉える見解も有力であることに注意すべきであろう。

人格的自律性を重視した哲学者としてイマニエル・カントが有名であるが、人間の尊厳についてはむしろ後者の見解に立っていたというべきであろう。すなわち、

「君自身の人格ならびに他のすべての人の人格に例外なく存するところの人間性を、いつでもまたいかなる場合にも同時に目的として使用し、決して単なる手段として使用してはならない<sup>33)</sup>」と。そこでは、人格 (Person) と人間性 (Menschheit) が区別されていることに注意する必要がある。さらに、次の言明も重要である。すなわち、自殺が目的それ自体としての人間性という Idee と共存できるかを問い、「人間 (Mensch) は物 (Sache) ではない……。……それゆえ、私は、私の人格の中にある人間をなんら意のままに処分することはできない……。……」とする点である。

---

31) Black's Law Dictionary Tenth Edition, p. 1058-59. 参照。

32) The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Volume 6, 2012, p. 856. 参照。

33) カント『道徳形而上学原論』（篠田英雄訳）（岩波文庫、改訳1976年）103頁。

参考までに、それぞれについてのドイツ語での現代語表記を掲げておく。

Der praktische Imperativ: “Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.”

“Der Mensch aber ist keine Sache. — Also kann ich über den Menschen in meiner Person nichts disponiern, ihn zu verstümmeln, zu verderben, oder zu töten.”<sup>34)</sup>

カントの実践命法にいう自己目的としての人間性、人間は物でないということが人間の尊厳であると解すれば、カントにおいては、人格の尊厳だけでなく、人間の尊厳が念頭にあったというべきであろう。

また、ドイツの判例としては航空安全法 (Luft-sicherheitsgesetz) 事件に関するドイツ憲法裁判所判例 (Urteil vom 15. Februar 2006, BVerfGE 115, 118)<sup>35)</sup>が重要である。そのなかで「人間の尊厳」の内容についてもカントと同様な理解が示されている。それらの部分の「要旨」を引用しておく。

「3. 人間の生命に対し投入されようとする航空機を、航空安全法14条3項に従い、武力の直接行使によって撃墜する権限を戦力に与えることは、そのことに関与せずに航空機に搭乗している人間に関する限り、基本法1条1項の人間の尊厳保障と結びついた基本法2条2項1文による生命に対する権利と一致しない。」

「6. 人間の生命は、基本的な憲法原理であり最高の憲法価値であるものとしての人間の尊厳の vital な基礎である (vgl. BVerfGE 39, 1, 42; 109, 279, 311)。……」

---

34) いずれも、Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Zweite Auflage, 1786, in: Kant, Immanuel [Sammlung] Werkausgabe / hrsg. von Wilhelm Weischedel. - Frankfurt am Main: Suhrkamp. Bd. 7. Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. 1. Aufl. - 1974. (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft; 56), S. 61.

35) これについては、日本でも多くの紹介がある。憲法学者によるものとしてたとえば、山内敏弘「ドイツのテロ対策立法の動向と問題点」龍谷法学40巻4号(2008年)335頁、森英樹「『戦う安全国家』と個人の尊厳」ジュリスト No.1356(2008.5.1-15)57頁~65頁、参照。

「8. ……人間の尊厳を尊重し保護することを義務付けているということは、人間を国家の単なる客体にすることをむしろ一般的に排除する (vgl. BVerfGE 27, 1, 6; 96, 375, 399)。」

「9. 航空安全法14条3項の防禦措置をとる国家は、尊厳と不可譲の諸権利を持つ主体としての拐取された被害者達を軽視するものである。彼らは、その殺害が他人を救助するための手段として利用されることによって、物体とされ同時に権利を剥奪される。つまり、国家によりその生命を一方的に処分されることによって、犠牲者自身として保護の必要な航空機の乗客から人間自身のために人間に属する価値が否定される。」と。

### 3) ドイツ基本法2条1項についての一面的理解

第3は、ドイツ基本法の条文とその一面的解釈の影響である。その基本法2条は次のようになっている。

第2条 各人は、他人の権利を侵害せず、憲法適合的な秩序若しくは道德律に反しないかぎり、その人格の自由な展開<sup>36)</sup>に対する権利 (das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit) を有する。

2項 各人は、生命および身体的な無傷さに対する権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利に対しては法律に基づいてのみ介入してよい。

- (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.
- (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

---

36) この「展開」という訳語につき日本では一般的に、「発展」とされることが多い。けれども、「発展」という言葉だと「発達」や「成長」というニュアンスで理解されるのではなかろうか。後述する基本法制定過程における議論 (例えば、『『自由な Entfaltung』はすべてを包括する』) を見ると、Entfaltung はやはり「展開」と訳す方がよいように思われる。



その第2条の法文には一般的自由権が明記されず、むしろ「人格の自由な展開に対する権利」として包括的な幸福追求権を保障するという人格的利益説に親和的な表現がとられている。

しかしながら、基本法2条の「人格の自由な展開に対する権利」の意味・内容については次の整理<sup>37)</sup>が参考になろう。すなわち、

そのように表現される権利は、当初の草案である Herren-chiemseer Entwurf には規定されていなかった。この草案にあったのは、「第2条(自由という基本権) (1)すべての人は自由である。(2)各人は、法秩序及び良俗の制約内において他人を害しない全てをなす自由を有する。」というものである。これは1946年12月1日ヘッセン憲法の第2条を直接のモデルとし、フランスの1789年「人及び市民の権利宣言」第4条にある一般的自由権の古典的言語表現に明らかに結びついたものとされている。それが憲法制定議会の原則問題委員会(Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rats)に提案され、その編集委員会で「人間は自由である」などと部分的に手直しされたものが審議されていくのであるが、原則問題委員会の第2読会になって、「人間は自由である。」との文言は何も言っていないのと同じだとして放棄され、現行基本法2条1項と同じように表現されるようになる。もちろん、この新表現に対して対立がなかったわけではない。「人格の自由な展開」はやはりより多く内心の事象である。むしろ個人は自由に行為する権利を有すべきなのだ。そのような批判がなされる。それに対し、人格は行為においてのみ展開することができるとか、人間の尊厳は何よりも自由答責的に行為することを意味するとかの反論がなされた。この議論は、「『自由な展開』はすべてを包括する」ということで決着を見る。このような議論の経過からすると、新しい言語表現の選択は何らの内容における変更、とりわけ基本権の保障内容における何らの制限をも意味するものではないということが見て取られるべきであるとされる。2条1項は包括的な意味における行為自由を保障するものと解すべきであり、判例も2条1項は「人間の一般的な行為自由を保障する独立の基本権である」(BVerfGE 6, 32 [36])としている。このように理解される2条1項は人間の尊厳を保障する1条1項と結びついて一般的人格権

---

37) D. C. Umbach / T. Clemens (hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band I, 2002, S. 143-155 参照。

を保障するものと解される。この一般的人格権の具体化のすべてに共通するのが、2条1項により保障された自己決定権の保護に役立つということである。一般的人格権はまず、私的で親密な領域の保護を命じる。自己決定権思想からは私的な秘密領域の保護が導き出されるとされる、と。それらに加えさらに、制定過程では世界人権宣言の国連草案3条の影響もあったことが指摘されている（S. 208）。

また、次のように述べるもの<sup>38)</sup>もある。すなわち、

人格の自由な展開の権利も議会で提案された新しいものとされている。それはフランス1789年人権宣言第4条の自由と内容的には同じ一般的自由を意味すると解されている。（vgl. S. 114）。もっとも、それは一般的自由権という性質を持ちそれゆえ補足的機能を果たすとされる、と。

それらから読み取れるのは、人格的自由に加え、いわゆる一般的行为自由が含まれているとの理解である。しかも、一般的行为自由の内容は上述したフランス1789年人権宣言第4条の自由と内容的には同じだとされているのである。

上記にある BVerfGE 6, 32 はドイツ連邦憲法裁判所第1法廷1957年1月16日判決であり、その憲法異議申立人の名を取ってエルフェス（Elfes）判決<sup>39)</sup>と言われている。この判決は明確に一般的行为自由が基本法2条1項の自由に含まれているとしたことで有名であり、リーディング・ケースとなっている。すなわち、

「2 連邦憲法裁判所は1954年7月20日判決（BverfGE 4, 7 [15 ff.]）において人格の自由な展開という概念のもとに最広義における人間の行為自由を理解するのかどうか、また基本法2条1項はこの自由の最小限、つまりそれなしには人間が精神的・道徳的な人としての本質的性向を決して展開できないもの、の保護に制限されるのか、未解決のままにしていた。

---

38) Michael Sachs (hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2011, Beck, S. 115.

39) これについての解説は、田口精一「国外旅行の自由と憲法による保障——エルフェス判決——」前掲書『ドイツの憲法判例（第2版）』42頁～46頁参照のこと。

a)基本法は、『人格の自由な展開』ということでもって、精神的・道徳的な人としての人間の本質を形成する人格の核心領域の内での展開だけを考えたとは言えない。なぜなら、この核心領域の内での展開が道徳法則や他人の権利に対してとか、あるいはさらに憲法に適合する、自由な民主主義の秩序に対してとか、にどのようにして反することができるのか、理解できまいからである。まさにこれらの、共同体の構成員としての個人に課される制限は、むしろ、基本法がその2条1項において包括的な意味における行為自由を言っているのだということを示している。確かに、基本法2条1項の荘重な定式化(表現)は、その条項を特に基本法1条に照らして(im Lichte des Art. 1 GG)見たり、そこから、その条項が共に基本法の人間像を刻印するように規定されているのだとかということを導き出すきっかけとなっていた。けれども、それでもっては次のこと以外の何も言われていなかったのである。すなわち、基本法1条は事実、——基本法のすべての規定と同様に——また基本法2条1項をも支配する根本的な憲法諸原理に属しているということ以外の何事でもある。法的に見ると、当該条項は人間の一般的な行為自由を保障する独立した基本権(法)なのである。(立法者をしてその気にさせたのは、法的な考量ではなく、語法上の理由なのである。)……基本法は、その2条1項が保障する一般的な行為自由と並んで、歴史的な経験に従うと公的権力による干渉に特にさらされてきた特定の諸生活領域のために人間らしい行動(menschlicher Betätigung)の自由を特別の諸基本権規定によって保護してきた。それらにおいて憲法は、それぞれの基本権領域にどの範囲において侵入されうるかを段階づけられた法律の留保によってはっきりさせてきた。このような特別の諸生活領域が基本権的に保護されていない場合に限り、個々人は公的権力によるその自由への侵害に際し基本法2条1項を盾にとることができる。この場合、法律の留保を必要としない。なぜなら、国家的侵害可能性の範囲は憲法適合的秩序による人格の自由な展開の制限から直ちに明らかになるからである」と。

以上から明らかなように、ドイツでは「人格の自由な展開」についても「精神的・道徳的な人としての人間の本質を形成する人格の核心領域の内での展開」だけを考えたのではなく一般的な行為の自由権が保障されていると解するのが通説・判例であると言うべきなのである。

#### 4) 日本のズレは何に由来するのか

それでは、日本に見られるズレは何に由来するのであろうか。13条の生命権については、すでに論じておいた<sup>40)</sup>。

一般的行为自由権については、日本では上述したように自由権を単なる「国家からの自由」という消極的・受動的な内容においてしか捉えようとしない思想と関係しているといってよい。人権先進国におけるように「自由」を（他人を害しない限りで）「あらゆることをなすことができる」という積極的・能動的な意味内容においても捉えるのでなく、そこを軽視しようとする。それはなぜなのか。

そのような思想は日本法やその解釈論の様々な問題にも連動しているように思われる。

自由主義国家観の中核をなす法治国家原則についても、それが国民の意思を体現した法律に国家機関が拘束されると言うのではなく、国民が法を守ることだと理解している人が、最高裁調査官の中にまでいる。たとえば、正当防衛が否定される積極的加害意思に関して「法治国家においては厳に禁じられるべき私闘であって、原則として、本人の加害行為もはじめから違法というべきであり、正当防衛・過剰防衛が成立する余地はないと解すべきである<sup>41)</sup>」とするものである。

また、侵害を予期したら警察に保護を求めるべきでそうしないで散歩を続けて案の定暴行を受けても正当防衛はできないと主張するものもある。けれども、悪いのは相手（正当な理由なく攻撃してきた者）であり、散歩は他害性のない自由な行為ではないのか。

これらの点は日本が抱える人権意識・人権状況の問題としてさらに深める必要がある。

なお、日独を比較してみると、次のことが分かる。すなわち、ドイツ基

---

40) 生田・前掲論文「死刑と生命権（再論）」116頁～125頁参照のこと。

41) 安廣文夫「判解（最判昭和60・9・12 刑集39巻6号275頁）」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和60年度』（法曹会，1989年）149頁。

本法1条1項の「人間の尊厳」が日本国憲法13条1項前段の「個人として尊重」に、ドイツ基本法2条1項の「人格の自由な展開に対する権利」と2項の「生命および身体は無傷さに対する権利」や「人身の自由」が日本国憲法13条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する権利」に、対応すると言えることである。

### 3 一般的行為の自由権と人格的利益の関係

上述したように、一般的行為自由権には「人格的利益」も含まれる。憲法13条の「自由」には人格的自律の利益も含まれるということである。もっとも、日本では同条において「幸福追求権」がそれと並んで明記されているのでそのような人格的利益はまずそれにより独自に保障される。

しかし、憲法31条では「自由」(liberty)として一般的行為自由が掲記されているだけなので、その「自由」には人格的利益も含まれ独自に保障されると解すべきである。

行為の自由は外部に向けられ他者に影響する。そのようなものまで自由として保障されるのであるから、必ずしも外部に向けられ他者に影響することのない人格的自律が自由に含まれ自由として保障されるのは当然であろう。人格的自律は人格内在的なものであり、それ自体として直接外部に表出されなくてもよいものである。しかし、他者により外部から侵害されるとか危険にさらされるとかすることはある。その意味で、プライバシーの権利、自己決定権、自己情報コントロール権などは人権として憲法により保障されなければならないものなのである。

もっとも、それらに対権力の関係において個人に保障することは当然だとしても、私人同士の関係におけるそれらの侵害を国家がどのように保護するかについてはさらなる検討がある。つまり個人間における人格的自律の衝突を国家が保護することはどうかという問題である。

国家権力による保護は、他者の人格的自律を侵害する者への強制力の行

使を伴う。そのような人格的自律の侵害を国家が禁止することは少なくとも、その対象とされる人の人格的自律を制約することになる。つまり、ある者の人格的自律を他人の干渉から保護する場合、少なくともこの他人の人格的自律との衝突が出てくるということである。「人格的自律」に趣味についての自律まで含むとなると、ある人の趣味を保護することが別の趣味をもつ他人の人格的自律を制約することになる。また、平穏な生活を享受する利益を幸福追求権としたうえで、それを保護するために生活の平穏を侵害するとか危険にするとかの私人による行為を犯罪とし自由刑で処罰できるようにすることは許されるのかという問題もある。ここでは人格的自律と身体的自由や安全との衝突が問題となる。このことと関係して重要となるのが共謀罪法についてその保護法益が何かという問題である。この点は改めて後述する。

なお、幸福追求権に関する人格的利益説が13条による保障の対象を「人格的自律の存在に不可欠なもの」に限るとするのは保障の範囲としては狭すぎると言うべきであるが、他者による人格的自律に対する侵害から国家が強制力を持って保護する基準としては検討に値すると思われる。

#### 4 一般的行為の自由権の制約……「公共の福祉」

##### (1) 憲法13条にある「公共の福祉」の位置づけ

この一般的行為の自由権は「公共の福祉」に抵触しない範囲で立法およびその他の国政において「最大の尊重を必要とする」とされている。

憲法13条の「公共の福祉」は、憲法22条や29条にわざわざ改めて明記された「公共の福祉」と異なり、抽象的な一般規定であることから人権相互の内在的制約原理である、と解されてきた。

しかし、前稿<sup>42)</sup>において解明したところであるが、人権の抽象的一般原

---

42) 生田・前掲論文「死刑と生命権（再論）」119頁、126頁、および同・「死刑を克服するための羅針盤」60頁～61頁、参照のこと。

理を定めるのは憲法11条と12条であり、13条はドイツ基本法や国際人権法である自由権規約等との比較からも明らかなように個別的人権を具体的に規定した条項なのである。このことは上述のように12条と13条の「自由」を比較検討することによっても明らかであろう。すなわち、12条において表現の自由などの種々の自由とそれと区別された権利とを合わせて公共の福祉との関係やそれらの濫用禁止を規定したうえで、13条において権利である自由を規定している。12条は自由や権利に関する抽象的な一般規定であるが、13条は生命権、一般的行為自由権、幸福追求権といった個人人権を具体的に定めた規定であると言ふべきなのである。

しかも、一般的行為自由権はすでに古くフランス革命期の人権宣言において定式化され広く認められてきた伝統的な権利なのであって、「新しい権利」ではないことに注意する必要がある。

## (2) 内在的制約原理とする理由

13条の「公共の福祉」を人権相互の内在的制約原理と解すべきなのは、「生命」等の権利が憲法22条等と異なり「最大の尊重を必要とする」とされているからである。公共の福祉が人権の抽象的一般的制約原理の意味でつかわれているのは憲法12条においてではないか。憲法12条は一般規定だが、憲法13条は、生命権、自由権等の特定の権利を定めた個別規定である。13条の公共の福祉はそのような個別的权利についてのものである。つまり、それぞれの個別的权利の内在的制約原理なのである。

それに対し、憲法22条や憲法29条では自由や権利に対する「実質的公平の観点」からする「外在的・政策的制約」も許容するものとして「公共の福祉」が規定され、財産権などへの公共の福祉による制約がより及びやすくされている。

比較法的に見た場合はどうか。日本国憲法13条の自由権については、「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」とある。

それに対し、ドイツ基本法では、「第2条 各人は、他人の権利を侵害せず、憲法適合的な秩序若しくは道徳律に反しないかぎり、その人格の自由な展開に対する権利を有する。第2項 各人は、生命および身体的な無傷さに対する権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利に対しては法律に基づいてのみ介入してよい。」とあるように、人権相互の内在的制約原理を超えた制約が可能な規定ぶりとなっている。ドイツではさらに表現の自由（基本法5条）や結社の自由（基本法9条）などにつき一般的法律による制約や目的・活動が刑法に反する団体の禁止などの制約がそれらの条項で規定され<sup>43)</sup>、しかも基本法18条では「闘う民主主義」による制約が規定されていることに注意する必要がある。日本国憲法とは規範内容にかなりの違いがある。

それでも日本の社会は維持できているのである。ドイツ法との比較研究ではこの違いにも留意しなければならない。

米国憲法では、修正第5条で「正当な法の手続によらなければ、その生命、自由または財産を奪われない。」とされるだけである。

それらと比較すると日本国憲法の自由権保障の手厚さが分かる。日独の治安法制を比較検討するに当たってはこの差を念頭に置く必要がある。

また、国際人権規約における人権の制約原理は日本国憲法より広いものがある<sup>44)</sup>。けれども、国際人権規約は国際的な最低基準であり、それを超えるより手厚い人権保障を禁止しているものではないことに注意する必要がある。

---

43) 第9条第1項「すべてのドイツ人は、社団及び組合を結成する権利を有する。」同2項「その目的もしくは活動が刑法（Strafgesetz）に違反する団体、または憲法的秩序もしくは諸国民間の理解に反する団体は禁止される。」

44) たとえば、表現の自由権を保障する国際人権B規約（自由権規約）第19条では、その「権利の行使には、特別の義務及び責任を伴う。したがって、この権利の行使については、一定の制限を課すことができる。ただし、その制限は、法律によって定められ、かつ、次の目的のために必要とされるものに限る。(a) 他の者の権利又は信用の尊重 (b) 国の安全、公の秩序又は公衆の健康若しくは道徳の保護」とされている。



### (3) 生命や自由にある当然の内在的限界

生命権については生命の自己処分権つまり自殺する権利を含むかという問題、一般の行為自由権については「何をやってもよい」権利かという問題がある。

前者については、人間はその尊厳において物（件）とは異なり処分できない存在であるとか、人間の尊厳を根拠にして自己決定権を認めても人間の尊厳や自己決定権は生命があってこそ享受できるものであるからそれらを根拠にして生命処分権を認めることは自己矛盾になり認められないとかの問題点がある。すなわち生命権の内在的限界としてそれらが否定される。

後者の「自由」という人権については、フランスの1789年人権宣言第4条が「自由」を「他人を害しないすべてをなすこと」と定式化した上で、「その結果各人の自然権（自由・所有権・安全および王政への抵抗）の行使は、社会の他の構成員にこれら同種の権利の享有を確保すること以外の限界をもたない。」と規定した。そこでは、自然権としての内在的制約を規定すると共に、自由権そのものに内在する限界として「他人を害しない」限りという条件を付していたのである。これは自然権を保全するために政治的団結をして作った社会においては当然のことである。すなわち自由とは何をしてもいいのではなく、「他人を害さない」範囲で何をしてもよいということなのである。その自由は人々が互いの自由や権利を守るために社会を作りその社会の中での自由である。それゆえ、その自由が他害性による制限を受けているのは当然である。社会の中での自由には他人を害しない限りという限界が当然内在する。一般的自由説に対し、一般的自由では「最終的には公共の福祉によって制限される一応のものとはいえ、殺人の自由」まで認めてしまうことになるとして批判するもの<sup>45)</sup>がある。けれども、一般的自由権は社会をつくった上での自由、つまり社会の中の自由なのだから、「他人を害しない限り」は当然の限界として自由に内在するも

---

45) 卷美矢紀・前掲書『憲法学読本 第2版』86頁。

のといえる。わざわざ「公共の福祉」を持ち出すまでもない当然の限界なのである。ドイツでも一般的行為の自由権はフランスの人権宣言がいう「自由」と同旨だと明言されている。

## 5 侵害行為原理から見た共謀罪の基本問題

上述したところより、侵害行為原理は憲法13条の「自由に対する権利」、つまり一般的行為の自由権に拠って立つ法原則であることがあきらかになった。この法原則は憲法13条から導き出された客観的憲法規範と言うことができる。そしてこの客観的憲法規範が憲法31条の要請する法律の「適正さ」を判断するに当たり規準となる。すなわち、憲法31条の憲法規範は、何人も、侵害行為原理に適う適正な法律によらなければ、「その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」となる<sup>46)</sup>。憲法31条は実体的デュー・プロセスをも保障しており、そこには侵害行為原理が含まれるとの命題は、以上のような憲法上の根拠に裏付けられたものなのである。

それでは、そのような侵害行為原理からすると共謀罪にはどのような問題があるのだろうか。紙幅の都合で詳細な検討は別稿に譲り、ここでは基本的な検討課題を提起しておくにとどめたい。

### (1) 共謀・合意は内心か行為か、行為の他害性は

計画や共謀も意思という内心にかかわる事柄である。内心の危険性で犯罪とすることは思想・信条の自由とか、「犯罪は行為である」という刑法原則とかに反するとの批判がある。

---

46) なお、次の指摘も参考になろう。すなわち、憲法31条は「『生命若しくは自由』につき科刑手続を法定すべきことを求めたものと解する立場に立てば……いわゆる罪刑法定主義や手続および実体の適正性の保障は、13条の『生命・身体の自由』の保障のカテゴリーの問題として考えるべき余地が出てくる。」（佐藤孝治・前掲書179頁）。

それに対し、「米国法の議論を参照する限り、共謀罪等の創設が内心を処罰するものであるとする理解は、再検討の余地がある。<sup>47)</sup>」とするものがある。その理由はコンスピラシーの要件たる「犯罪の合意 (criminal agreement) それ自体がアクトゥス・レウスであるとされる<sup>48)</sup>」ことに求められている。

しかしながら、合意はあくまでも観念的なものであり、また社会的には仲間内のものにとどまるものであるに過ぎず、未だ客観的な他害性、つまり外部者である他者への物理的な危険を発生させるには至っていない。それは、重大犯罪の計画を日記に書いただけの場合と同じ構造である。日記に書く行為そのものは未だ他者への物理的な危険を発生させていない。共謀や合意自体は少なくとも「他人を害しないすべてをなすことにある」とされる「一般的行為自由」の範囲内の事象ではある。

共謀にも「潜在的危険性」があると言われることもある。けれども、未だ危険性が顕示していないから「潜在的」と言わざるを得ないのであろう。「潜在的危険性」で足りるのであれば、意志の危険性だけでも犯罪にしてよいことになってしまう。そのような意思刑法は自由と権利を侵害するとして確立されたのが一般的行為の自由権であり侵害行為原理なのである。

侵害行為原理に反する刑事立法は憲法13条に反するだけでなく、「適正」でなく処罰する法律となり、憲法31条にも反することにならないか。共謀罪法にはその問題を克服する装置が用意されているのであろうか。

## (2) 「準備行為」による補正はどうか

従来、極めて重大な犯罪には未遂罪に加え個別に予備罪や陰謀罪が例外的に規定されることがあった。それらは原則のあくまでも例外であること

---

47) 亀井源太郎「共謀罪あるいは『テロ等組織犯罪準備罪』について」慶應法学第37号 (2017年) 159頁。

48) 同上154頁。

から、原則にできるだけ近づけるために「客観的に相当の危険性の認められる程度の準備が整えられた場合たることを要する」とか「明白かつ現在の危険を伴うものでなければならない」などと言った限定解釈がなされてきた<sup>49)</sup>。

ところが、法6条の2における「準備行為」は予備罪の「予備」行為とはわざわざ区別されているので、「計画をした犯罪を実行するための」準備行為とされてはいるが、犯罪実行につながる客観的危険性のある準備行為でなくてもよいとされる。「犯罪を実行するため」というだけでなく法文では「計画をした犯罪」とされているため、その犯罪は計画という観念の世界にとどまるものであるにすぎない。それゆえ、たとえば、帽子や手袋を買うなどの日常行為でも内心で犯罪の目的があったとの疑いをかけられれば「準備行為」とされかねない。ここでも結局のところ「犯罪の実行」は観念の世界にある主観的な目的であるにすぎない。それでは、一般的行為自由権や侵害行為原理に反するとの問題性を補正することにはならないといわざるをえないのではないか。

### (3) 未完成犯罪として犯罪実現の客観的危険性による限定は可能か

実行行為とされる「計画」や「準備行為」そのものには侵害行為原理によって必要とされる犯罪成立要件としての客観的な内実が備わっていない。それでは、共謀罪を従来の個別的な予備罪や共謀罪などと同様に、原則の例外である、未完成犯罪としての性質から客観的危険性による限定を引き出せるであろうか。共謀罪の法的性格に関わる問題である。

憲法13条の自由権を制約できる「公共の福祉」が人権相互の内在的制約原理なのであれば、その自由権をそれと同様の権利との調整でなく単なる抽象的な公共の利益や社会秩序、社会の平穩の保護を理由に制約することは許されないことになる。とりわけ刑事法による処罰の対象とすることは

---

49) 松宮孝明『「共謀罪」を問う』（法律文化社、2017年）36頁、安達光治『「共謀罪」の刑法解釈学的検討』前掲書『別冊法学セミナー共謀罪批判』36頁、など参照。

憲法13条に拠って立つ侵害行為原理という刑法原則に反することから憲法31条の「適正さ」を欠く法律による処罰となり、許されまい。

それでは、共謀罪法が保護するものは何か。共謀罪法提案者は、その保護法益は共謀の目的とする犯罪の法益と同じだとするが、後述するように法律の内容・構造はそのようにはなっていない。

共謀罪を広範囲に独自の犯罪としてきた米国<sup>50)</sup>では、共謀罪は例えば目的とした個人的法益に対する重大犯罪の未完成犯罪<sup>51)</sup>としてではなく、共謀それ自体の社会に対する危険を理由とする独立した犯罪であるとされてきた。もっとも、共謀つまり合意だけではいまだ仲間以外の他人に対する客観的危険は発生していないので、「潜在的危険性」などと人々が危険と感じる状態から人々の精神的な平穏を守るためのもの、つまり社会の平穏という社会的法益に対する犯罪であるというべきであろう。それゆえ、目的とした犯罪が行われた場合でもその行われた犯罪に加え共謀罪も独自に成立するものとされるのであろう。

日本の共謀罪法はどうか。共謀罪法は現行憲法の予定する市民刑法の諸原則（市民刑法原則）とは異なる原則に立つものであるといわざるをえないのではないか。それまでも特別刑法の中で特定犯罪の陰謀や共謀を個別に処罰するものがあつた。それらは原則の例外だが、まだ市民刑法犯罪の未完成犯罪と言うことができた。それらには特定の目的犯罪への未完成犯罪という性質・構造がある。今次共謀罪法の共謀罪とは構造を異にするのではないか。

---

50) 米国のコンスピラシーについては小早川義則『共謀罪とコンスピラシー』（成文堂、2008年）が詳しい。

51) 日本では未完成犯罪という言葉は、既遂に未だ至らない犯罪、すなわち未遂、予備、陰謀などであつて、既遂に達した場合は未遂、予備、陰謀などは既遂に吸収され独自に成立しないものを指すとされることが多い。共謀処罰規定がある場合も、既遂等に吸収される場合は未完成犯罪と言ってよい。それに対し、英米法での *inchoate crime* は、「未完成犯罪」と訳されることもあるが、それには予備や未遂に加え、共謀罪や幫助犯、教唆犯まで含まれるとされており、しかも共謀罪は既遂犯に吸収されないとされているので、（既遂犯を完全犯罪とすれば）「不完全犯罪」とでも言うべきものであろう。

次の例で検討してみよう。

第1に、共謀罪と目的とされる基本犯罪との関係が段階的になっていないことが挙げられる。たとえば威力業務妨害罪（刑法234条）および組織的な威力業務妨害罪（組織犯罪処罰法3条1項12号）には未遂処罰規定がない。それなのに後者の計画罪（共謀罪）は処罰される。これは共謀罪が未完成犯罪とは別物だとされたからと解さざるを得ないであろう<sup>52)</sup>。

第2は、法定刑は重い方の5年以下と軽い方の2年以下の2種類しかないことである。これは各共謀罪の保護法益はその対象となる犯罪の保護法益だと解することと整合しない。対象犯罪とは異なった保護法益と解さざるをえなくなろう<sup>53)</sup>。

学説には限定解釈によりなんとか行き過ぎを抑えようとして今次の共謀罪を「未完成犯罪」の一種だと解し未遂や予備の場合と同様の扱いをしようとするものがある。立法過程での政府答弁でもできるだけ問題を顕在化させないようにされている。

しかし、「立法時の議論と実際の運用がかけ離れた実例」はいくつもある。2004年に新設された証拠の目的外使用罪に関する例を2つ挙げながら「法律は条文がすべてだ。法律に明記されていなければ、立法時の議論も憲法上の保護も画餅にすぎない。<sup>54)</sup>」との指摘には耳を傾けておくべきであろう。

第3に、共謀罪法がカバーする範囲が広範なことである。目的とされる罪種が277にもものぼる。これでは原則の例外と言うよりそれ自体が原則になってしまいかねないのではなからうか。

共謀を危険視する根拠が集団的結合の危険性に求められるのであるならば、共謀罪法の問題性は近代刑法原則そのものに関わるものになる。近代

---

52) 「不均衡」を指摘するものとして亀井源太郎・前掲論文「共謀罪あるいは『テロ等組織犯罪準備罪』について」164頁。

53) 「仮に保護法益が計画された犯罪類型ごとに異なると考えるのであれば、このような法定刑の定め方には問題がある。」（松宮孝明・前掲書37頁）。

54) 井桁大介「共謀罪・監視・テロ対策」前掲書『別冊法学セミナー共謀罪批判』100頁。

的な刑法原則である個人行為責任の原則からは、生じた結果(実害に加え、実害の危険をも含む)をどの行為に帰責できるかということが問題とされ、他人の行為から生じた結果であっても共同行為の事実と共同意思があれば共同した者にも当該結果を帰責できるという構成になる。この構成では共犯の方が単独犯より危険だという発想は出てこない。それに対し、集団的結合による場合の方が単独犯よりも危険だという考え方が米国のコンスピラシー独立処罰の根拠となっている<sup>55)</sup>。

この問題に今次共謀罪法はどのように対応しているのか。もしも、集団的結合による方が単独犯よりも危険だとの考えを基礎にしているのであれば、目的とする犯罪の種類が277にもものぼる共謀罪は個人行為責任の原則に立つ従来の日本刑法体系に真っ向から挑戦するものであると言わざるを得ないだろう。

一人での犯行より二人以上での犯行の方が危険だから共同正犯の方が危険なのだと共犯学説もある。それは、自由を基礎とする個人行為責任の原則と対立する思想に基づくものと言わなければならないが、共犯従属性が原則であることを認める限りでは自由を否定するところまで行くものではない。けれども、広範囲に独立共謀を犯罪にすることになると、つまり今次共謀罪法になると自由を否定するものと言わなければならないまい。

そうであれば、今次共謀罪法は、一般的行為自由権を侵害し、一般的行為自由権に拠って立つ刑法原理、つまり侵害行為原理に反する過度に広範な刑事規制として適正でない法律、つまり憲法31条に違反することになるのではなからうか。

#### (4) 限定解釈の陥穽……組織性による限定がもつ問題点

共謀罪法と現行刑法体系との矛盾を後者の原則に合うように前者を限定解釈しようとする動きがある。この場合に注意すべきなのはそのことによ

---

55) この点については小早川義則・前掲書92頁～99頁に詳しく紹介されている。

り刑法原則を骨抜きし変質させてしまわないようにすることである。

結社罪はテロや犯罪の目的をもって結社を作るとかその結社に参加するとかの行為を犯罪とするものである。けれども、結社行為そのものは他者危害行為ではない。他者危害の危険性は結社の目的の中に求められる。要するに観念の危険性を根拠に処罰する。結社の「潜在的危険性」を持ち出すものもある。けれども、そのような根拠だけで侵害行為原理や結社の自由の問題がクリアできるのだろうか。

未遂・予備が処罰されないにもかかわらず計画が処罰されるという「不均衡」を超克する理論的可能性があるとすれば、犯罪目的でのグループの存在が有する危険性が一定以上高度であることを要するとして、「組織的犯罪集団」要件は厳格に解されなければならないとするもの<sup>56)</sup>がある。けれども、組織のもつ危険性による限定がかえって結社罪との親近性を持ってしまわないかという問題がある。その親近性を当然とするもの<sup>57)</sup>もある。それによると、テロ等準備罪は共謀罪と参加罪との「事実上、両方の要件を充足することを求める犯罪類型（いわばハイブリッド型の犯罪類型）なのである」とされる。

そのような「組織的犯罪集団」の限定解釈が、結果として「組織」や「団体」、結社の危険視につながると、結社の自由との関係も問題になる。

結社の自由はなぜ重要なのか。日本国憲法は戦前における治安維持法<sup>58)</sup>に代表される権力の横暴・圧政への反省から表現の自由と結社の自由をあわせて21条で保障している。多くの国や国際人権法の人権保障規定と異なり21条では公共の福祉などによる制限を明記していない。

---

56) 亀井源太郎「組織犯罪処罰法6条の2第1項の罪にかかる限定解釈の試み」法律時報89巻9号（2017年）91頁～92頁参照。

57) 井田良「比較法的視点から見たテロ等準備罪」刑事法ジャーナル55号（2018年2月）31頁参照。

58) これの問題性を詳しく論証しているものとして内田博文『治安維持法の教訓——権利運動の制限と憲法改正』（いすず書房、2016年）、同『治安維持法と共謀罪』（岩波新書、2017年）参照のこと。



それが日本国憲法の特徴であり、しかも、戦後70年間、それで日本社会がもってきたことは世界にとっても教訓として重要なものではなからうか。多くの権力者が安易に切望する結社禁止法がなくとも社会は維持できるのである。

なお、自由民主党の「日本国憲法改正案」(平成24年4月27日)第21条第2項が結社規制を定めていることとの関係にも注意する必要がある。組織の危険視を当然とする法解釈はその露払いを務めることになりかねない。

## 6 共謀罪法比例原則違反の論証について

第1は、目的の正当性や手段の目的適合性についての疑問である。

上述したように共謀罪法が憲法13条や31条に違反するものであればその立法目的自体が正当性を有しないことになるのではないか。あるいは少なくとも目的に対する手段の適合性にも問題をはらむことになるのではないか。

第2に、共謀罪法の必要性についても疑問がある。

すでに警察による広範な情報収集・監視活動が法的規制のほとんどないまま進行し、テロ対策はすでに万全であると言ってよい。暴力団排除条例などを利用した組織犯罪対策も進んでいる。

米国での共謀罪処罰の実態、日本での予備罪処罰の実態を見ると、それらがなくても重大犯罪の規制はできているのではないかと疑問が出てくる<sup>59)</sup>。

また、2017年7月11日施行のテロ等準備罪は1年たっても適用件数ゼロと言った状況にある。治安当局の様子見なのか。それとも、やはり適用の難しい法律だった<sup>60)</sup>のではないか。後者だとすると、濫用の恐れのある法

---

59) 亀井源太郎・前掲論文「共謀罪あるいは『テロ等組織犯罪準備罪』について」151頁～171頁参照のこと。

60) 共謀共同正犯の「共謀」と異なり、「共謀罪」では「二人以上で計画した」つまり

律であるにもかかわらずほとんど適用できないのであれば、必要のない法律というべきであろう。

さらに、今次共謀罪法は「包括的な処罰の早期化」であり、「277の犯罪それぞれについて、計画・未遂の段階での処罰が必要か、また相当かを、具体的に検討したわけではない。包括的な早期処罰の必要性は確認されていないのである。<sup>61)</sup>」との指摘も重要であろう。

第3に、狭義の比例性、相当性にも疑問がある。

共謀罪法という治安立法が濫用されないようにするシステムが整備されていない。治安立法の濫用を防止するには、権力を抑制する仕組みが必要である。ところが日本ではそのような仕組みが不十分である。

特に警察の情報収集活動に対し法的規制がほとんどないに等しい状況にある。日本では強大な強制権限をもつ司法警察（一般警察）とそれをもたない諜報機関との「分離原則<sup>62)</sup>」が確立されておらず、一般警察により一般情報の収集までが広範に行われ、大垣警察署事件に関する国会審議では「通常行っている警察業務の一環」だと公言されているのに、それを法的にチェックする制度がない。また、行政機関の保有する個人情報保護法でも警察の情報収集活動については情報ファイル簿そのものが作られていないのである。

また、治安法制のように人権や民主主義に大きな影響を及ぼすものについては立法の事後検証が不可欠であるのだが、今次共謀罪法にはそれに関する制度条項が欠落していることも重大である。そのような制度条項とし

---

↘「共謀した」が中核的な実行行為なのであるから、それについての「証明の縮減」は許されまい。今次共謀罪は証明の難しさがネックとならざるをえない。捜査は別として、裁判では共謀共同正犯の方が実務にとり使い勝手はよいのではないか。もっとも、どちらにも問題はあのだが。

61) 葛野尋之「処罰の膨張と捜査権限の拡散・浸透」世界第895号（2017年5月）69頁。

62) これについては上代庸平「安全確保権限の相互協力的行使と情報共有の憲法的課題」大沢秀介・新井誠・横大道聡編著『変容するテロリズムと法——各国における〈自由と安全〉法制の動向』（弘文堂、2017年）161頁～179頁参照のこと。

ては例えば、「法律の見直し時期」とか「時限立法」に関する条項、さらには「立法効果の測定」とか「立法事後評価」に関する条項<sup>63)</sup>が挙げられよう。今次共謀罪法については立法の必要性についても批判の多かったものであることから、その必要性の検証のためにも必要なものであると言うべきであろう。

そのように権力の濫用をチェックするシステムが未確立のまま、一般的行為自由権に介入することを認める共謀罪法には、その他の問題を検討するまでもなく、狭義の比例性・相当性に疑問があると言わざるを得ないのではなかろうか。

## おわりに

今次の共謀罪法は改めて、近代刑法原則である侵害行為原理<sup>64)</sup>の重要性に気づかせてくれたのではなかろうか。

ところが、その侵害行為原理が憲法上の権利に基礎を置くものであるとの理解は、必ずしも十分であるとはいえなかったように思われる。

実はその侵害行為原理は、フランス革命期の1789年「人及び市民の権利宣言」第4条に淵源する一般的行為自由権に拠って立つものであり、しかもその一般的行為自由権は日本国憲法第13条に「自由に対する権利」として明記されているのである。

本稿の最大の貢献は、そのことを憲法12条の「自由及び権利」(freedoms and rights)と13条の「自由に対する権利」(right to liberty)との文理解釈によっても解明したことにあると言えよう。少なくとも文理解釈によれば本稿の結論が正しいことを誰も否定することはでき

---

63) この問題については井桁・前掲論文103頁～106頁、植松健一「ドイツの治安法制における立法事後評価(1)」立命館法学379号(2018年)1頁～45頁、参照。前者の井桁論文は、米国の制度にも言及している。

64) 「刑法上の行為原理」に言及しつつ、共謀罪法を批判的に検討しているものとして安達・前掲論文38頁がある。

ないであろう。日本の憲法学や刑法学が本稿の問題提起により（それへの賛否にかかわらず少なくとも）新たな出発点に立つことになるよう期待したい。

今次共謀罪法については、刑法の原理・原則からする正面切った批判・検討が必ずしも十分でなかったように思われる。激動期にこそ揺れ動く枝葉の議論だけでなく根元の基本に立ち帰った検討が必要である。理論刑法学の使命はそこにあると言うべきだろう。

紙幅の都合とはいえ、本稿は共謀罪法の批判的検討については基本的な課題の提起に止まっている。副題を「共謀罪法批判序説」とした理由はそこにある。共謀罪法の批判的検討についてはさらに稿を改めて論じてみたい。