

「経産省前テントひろば」裁判と抵抗権

—2016. 7. 28 最高裁決定の不当性を糾す—

内藤光博（専修大学教授・憲法学）

目次

1. テントひろば判決に見る「裁判官の質の劣化」と「司法崩壊現象」
2. 民主主義を支える「宿営型表現活動」の重要性
3. 憲法上の「抵抗権」行使としての「テントひろば」の「宿営型表現活動」
4. 今まさに再認識されるべき「抵抗権」の憲法思想

1. テントひろば判決に見る「裁判官の質の劣化」と「司法崩壊現象」

(1) はじめに

いわゆる「経産省前テントひろば」裁判について、私は、第二審（東京高裁）の審理から関わり、公共空間（公開空地）を占拠し、テントを設営して、寝泊まりをしつつ継続的に意見表明を行う「占拠型意見表明運動」を、とくに「宿営型表現活動」と命名し、集会の自由の一類型として保護されるべき表現活動であるとする理論構成を試みて、東京地裁に「意見書」を提出した¹。

しかしながら、1 審の東京地裁と控訴審の東京高裁は、形式的な法論理で、テントひろばの明渡しと損害賠償を認める不当判決を下した。さらに、2016 年 7 月 28 日には、最高裁も、市民側の上告を棄却する決定を下し、市民側の全面敗訴に終わった。

本稿では、東京地裁および東京高裁の判決に関する批判的考察を行うとともに、裁判所に提出した私の「意見書」では十分に触れなかった「憲法上の抵抗権」の視点より、再度「テントひろば」における「宿営型表現活動」の憲法上の正当性を論証する。

(2) 「テントひろば」判決は「裁判官の質の劣化」と「司法崩壊現象」の現れ

「テントひろば」裁判については、2015 年 2 月 26 日に東京地裁が、2015 年 10 月 26 日には東京高裁が、それぞれ政府（経産省）側の主張を全面的に認めて、テントの撤去と土地明渡しを命ずるとともに、総額 3800 万円を超える損害賠償を命じる判決を出した。市民側

¹ 拙稿『「宿営型表現活動」と表現の自由—いわゆる『経産省前テントひろば』裁判に関する憲法学的考察—』専修法学論集第 124 号（2015 年）を参照。

は、最高裁に上告していたが、2016年7月28日最高裁は、上告を棄却する決定を下し、東京高裁の判決を支持した。

最高裁が支持した東京高裁と東京地裁の判決はほぼ同様の内容であるので、両判決について批判的に考察する。

両判決はともに、「テントひろば」の運動が、憲法の表現の自由に関わる問題であることは認めているものの、十分に事案の政治的・社会的背景および憲法上の論点を検証することなく、形式的に民法の不法行為法を適用し、土地明渡しおよび損害賠償を認定した。これら判決には、次のような批判が妥当する。

第1に、「テントひろば」がなぜ創設されたのかについての理解に関わる問題である。

2011年3月11日の東日本大震災とそれにとまなう原発事故は、現在および将来にわたる甚大な被害をもたらした。原発事故にとまなう放射能汚染により、多くの市民は長期的に避難を余儀なくされ、故郷を離れて避難所暮らしを強いられている。これにより、避難民は、家や財産の喪失、失職、家族の離散、自治体や隣近所などのコミュニティの崩壊をもたらした。さらには、放射能汚染は、住民、とりわけ子どもたちに現在から将来にわたる放射能被曝による健康被害をもたらす危険性をはらんでいる。

すなわち、原発事故は、文字通り人々から「生存の基盤」を奪い去るものであり、「人間に値する生存」の基礎を大きく突き崩すものであり、この被害は将来にも及び、政府が原発推進政策を変更しない限り、再び生じる可能性が高い。

このように考えると、「宿営型表現活動」による政府に対する反原発・脱原発への政策転換を求める活動は、原発事故による「重大な人権侵害」という緊急事態に際し、「人間に値する生存」と「人間の尊厳」を確保するために行われた、被害者ら市民による「やむにやまれぬ意見表明活動」であり、政府に対する「抵抗運動」とであると理解できる。

第2に、テントの設営における国の逸失利益の問題である。

土地明渡しの対象となっている経産省前の土地は、経産省敷地内とは区別され、歩道と一体化しており、一般市民が通行するための「公開空地」である。したがって、政府（経産省）はその土地から何らの収益をあげているものでもなく、またテントが設置されたからといって公共の利便性を大きく損なうものでもない。つまり、政府（経産省）にとっては、逸失利益は存在しないのである。

両裁判所は、本件について、形式的に民法上の不法行為の法理を適用し、高額の賠償金を市民側に課す判決を下した。これらの判決は、民主政治の基本条件である表現の自由が有する重要性に深い理解をすることなく、事件の背景にある事実が、原発事故という「人間の尊厳」に関わる「重大な人権侵害」に関わる問題であること、政府の政策転換を求める本件の意見表明活動が民主主義に根ざすものであることへの深い洞察と思慮を欠いた、

きわめて不当な判決といえる。

とくに、東京高裁判決で驚かされたのは、「テントひろば」がポケットパークほどのわずかな土地にもかかわらず、損害額の算定に関して政府（経産省）側が提出した「不動産鑑定評価書」の中で展開されている、当該土地の「鉄道施設として賃貸した場合の試算賃料」を基礎とする損害の算定を「特に不当、不合理なものとなないえない」として採用している点である。

全く架空の、現実性のほとんどないケースを想定しての損害賠償の認定方法は、真の意味での「空理空論」であり、現実をまともに見ない、あるいは見るができない「高裁の裁判官」たちは本当に法律家なのかとの大きな疑問が沸いた。霞ヶ関の真ん中に鉄道を敷設することなど、ありうるだろうか。

日本の「裁判官の質の劣化」と「司法の崩壊現象」をここに見た思いがする。

2. 民主主義を支える「宿営型表現活動」の重要性

(1) 民主主義の基礎をなす「宿営型表現活動の自由」

「宿営型表現の自由」は、集会の自由の一類型であり、憲法 21 条 1 項の表現の自由により保障される。「テントひろば」の活動は「宿営型表現活動」であり、憲法上の正当な自由権の行使である。

憲法 21 条 1 項は、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と規定し、「集会の自由」を表現の自由の一形態として保障している。憲法の学説をまとめると、集会の自由とは、次のような自由と考えられている。

第 1 に、集会とは、「多数人が政治・経済・学問・芸術・宗教などの問題に関する共通の目的をもって一定の場所に集まること」をいう。

集会を行うためには、物理的空間（場所）を必要とするが、それは公共施設として設置された公園・広場・公開空地などの屋外の施設および公会堂など屋内の施設を含む。また集団示威運動が「動く公共集会」とされ、集会の自由に含まれると解されていることから、道路もその本来の利用目的の一つとして集会および意見表明のための施設として位置づけることができる。

第 2 に、表現の自由の一形態としての「集会の自由」とは、単に「多数人が共通の目的をもって集合する自由」のことをさすのではなく、「集団としての意思形成やその意思を実現するため集団としての行動をとることがその自由の内容となっている。」

したがって、「集会の自由」で保障されるべき内容は、「目的、時間、方法のいかんをとわず、集会の開催、集会への参加、集会における集団の意思形成とその表明、さらにはそ

れへの実現行為などを公権力が妨げてはならない」こと、つまり「公共施設の管理者たる公権力に対し、集会をもとうとする者は、公共施設の利用を要求できる権利を有する」ものとなる。

そして、「テントの設営および泊り込み」による「宿営型表現活動」は集会の実現方法の一つと考えられ、集会の自由の一類型として表現の保障を受けることになるろう。

(2)「宿営型表現活動の自由」の意義と特質

私は、「宿営型表現活動」は、次のような意義と特質を持つものとする。

①同じ意見を共有する人々が、誰もがアクセスできる「公共の空間（パブリック・フォーラム）」にテントをはり、寝泊まりしながら行う「恒常的・持続的な集会および集団示威運動」であること。

②テントを拠点とする「公開の討議の場」が創設でき、十分な資金力をもたない一般市民によるきわめて簡便かつ効果的なコミュニケーション活動であること。

このような「テント設営および泊り込み」による表現活動は、集会の自由の正当かつ有効な実現行為であるといえ、民主主義の基礎を成す憲法 21 条 1 項が保障する「集会の自由」の一類型として、「宿営型表現の自由」と命名されるべき表現権として保障されるべきである。

3. 憲法上の「抵抗権」行使としての「テントひろば」の「宿営型表現活動」

(1)「テントひろば」は憲法上の「抵抗権」行使

以上みてきたように、「宿営型表現活動」は集会の一類型として表現の自由の保障を受ける。ここまでは、私が東京高裁に提出した「意見書」の内容であった。

しかし、私の「意見書」で、憲法上「集会の自由」の一類型として位置づけた「宿営型表現の自由」について、どうしても超えることが難しかった点は、実定法上「違法」と評価される表現活動の違法性の阻却（違法性がないこと）の理論構成であった。

つまり、「テントひろば」では、表面上は、たしかに国有地を占拠し、表現活動に利用しているので、民法上の不法行為にはあたる。しかし、この「宿営型表現活動」による国有地の占拠は、表現の自由の行使であるので違法性がないと考えられるのだが、それを裁判所に納得させるにたる説得的な法理論が、法学者により考えられていないのである。

私は、この難しい問題に対して、新たな「宿営型表現活動の自由」の理論構成と、これまでのパブリック・フォーラム論、そしてスラップ訴訟の概念で乗り越えようと考え、「意見書」を書いたが、たいへん難しい問題であった。

しかし、実は、私の考えの中にはありながら、「意見書」には反映できなかったことがあった。

「テントひろば」で活動されている方々のお話をお伺いする機会が何度かあり、そのときに直感したのは「テントひろば」の「宿営型表現活動」の底流には、「抵抗」の思想が流れているのではないかということであった。つまり、憲法論でいえば「抵抗権」の思想である。しかし、「抵抗権」については、その法的性質について、憲法学説では学説が分かれており、その具体的意味についてはいまだ不明確なままなので、裁判所が受け入れるには難しいと考え、私の「意見書」では言及しなかった。

しかし、「テントひろば」の活動を具体的に見ていくと、その運動の背後にあって市民たちに運動を行わせている原動力は、政府の推進してきた原発政策により生じた原発事故という「重大な人権侵害」に対し政府が救済責任を回避し、さらに原発政策推進を実行しようとしている政府に対する市民たちの「怒り」である。すなわち、「テントひろば」で継続的に行われている「宿営型表現活動」の根底にあるものは、政府の原発推進政策による「重大な人権侵害」が帰結され、それに対し救済が充分になされないことはもとより、さらには将来的に同様な事故により生じるであろう「重大な人権侵害」を回避するためには、原発推進政策を変えようとしないうる政府に、原発推進政策の放棄を強く迫る「抵抗運動」としての側面である。

言い換えれば、「テントひろば」における「宿営型表現活動」は、政策により「重大な人権侵害」をもたらし、それを放置し、さらには政策を変えようとしないうる政府に対する「抵抗権」の行使を内包する集団示威運動であると考えられるのである。

(2) 憲法上の「抵抗権」とは何か

それでは、ここにいう憲法上の「抵抗権」とは何であろう。以下では、これまでの憲法学の議論を踏まえて検討したい。

近代初期の人権宣言には、抵抗権を規定しているものが多くある。たとえば、1776年のヴァージニア人権宣言の（三）では「政府というものは、人民、国家もしくは社会の利益、保護および安全のために樹立されている。あるいは、そう樹立されるべきものである。…いかなる政府でも、それがこれらの目的に反するか、あるいは不じゅうぶんであることがみとめられた場合には、社会の多数のものは、その政府を改良し、変改し、あるいは廃止する権利を有する。この権利は、疑う余地のない、人に譲ることのできない、また棄てることのできないものである」とし、1786年のアメリカの独立宣言では、「いかなる政治の形体といえども、もしこれらの目的（権利を確保するために政府が組織されたこと）を毀損するものとなった場合には、人民はそれを改廃し、かれらの安全と幸福とをもたらすべし

とみとめられる主義を基礎とし、また権限の機構をもつ、新たな政府を組織する権利を有することを信ずる」と規定している。

また 1789 年のフランス人権宣言 2 条でも、「あらゆる政治団結の目的は、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」ことを宣言し、さらには、1793 年の山嶽党憲法における権利宣言では、第 33 条で「圧政に対する抵抗は、それ以外の人権の帰結である」とし、35 条では「政府が人民の権利を侵害するときは、叛乱は、人民およびその各部分のため権利の最も神聖なものでかつ義務の最も不可欠なものである」と規定している。

こうした近代初期の人権宣言における抵抗権とは、近代以前の専制君主制のもとで、君主の暴政や圧政に抵抗して、市民が、まさに武器を持ち専制君主制を倒す根拠となった権利を意味している。いわば「革命権」に近いものといえよう。こうした「抵抗権」は、ジョン・ロックの『市民政府論』(1690 年) やジャン・ジャック・ルソーの『社会契約論』(1762 年) において説かれた自然法思想における自然権の一つとして位置づけられ、近代市民革命の正当性の根拠となった。

しかし、19 世紀に入ると、法実証主義の隆盛とともに、「自由主義的政治体制が諸国で多かれ少なかれ実現された」こと、他方で抵抗権が「その本質上実定法的な制度とされるに適せず、したがって、成文憲法で定められるには不向きとされた」からであるとされ、「抵抗権」を規定した憲法は見当たらない。

しかし、第 2 次世界大戦後に、抵抗権を実定法上の権利として、規定する憲法が現れた。これは、ナチズムおよびファシズムの経験から、全体主義に陥ったときに民主的憲法体制を護るための「憲法保障」に基礎を置くものであり、とくに（西）ドイツのいくつかの州（ラント）憲法では、実定法上の権利として抵抗権を規定した。たとえば、ベルリン州憲法 23 条 3 項は「憲法によって定置されている基本権が明らかに侵害された場合には、何人もこれに抵抗する権利を有する」と規定し、ヘッセン州憲法 147 条 1 項も「憲法に違背して行使された公の力に対する抵抗する抵抗は、各人の権利であり義務である」との規定を置き、またブレーメン州憲法 19 条では「憲法において定置している人間の権利が公の力によって憲法に違背して行使せられるときは、各人の抵抗は権利であり義務である」と規定している。

さらには、1946 年制定のドイツ連邦共和国基本法（ボン基本法）は、1968 年の改正に際し、緊急権条項の導入とともに、20 条 4 項で「この秩序を排除することを企てる何人に対しても、すべてのドイツ人は、他の救済手段が可能でない場合には、抵抗する権利を有する」と規定し、抵抗権を実定憲法上の権利として保障するに至っている。

しかし、日本国憲法には抵抗権を直接規定する条項は存在しないが、1950 年代の砂川事

件や 60 年安保闘争の頃、「抵抗権」の法的性質をめぐって憲法論がたたかわされている。また、判例では、1954 年のポポロ事件東京地裁判決が「官憲の違法行為を目前に見て徒らに坐視し、これに対する適切な反抗と抗議の手段を尽さないことは、自ら自由を廃棄することにもなるであろう。自由は、これに対する侵害に対して絶えず一定の防衛の態勢をとって護って行かなくては侵され易いものである。被告人が、官憲の職務行為の違法性を明かにして自由の権利を護ろうと考え、法定の手続による救済を求めるに先立ち、まづ自らの手で違法行為を摘発し、憲法上の原理を蹂躪するが如き不法な行動を問責することは、…その行動に粗暴の度が加わったとしても、…それを機として官憲の違法な自由侵害行為を排除し、阻止するという意味を持つ行為であると認められなければならない」としており、抵抗権という言葉こそ使っていないが、抵抗権の概念を前提とする論理を示しており、注目される。

一方、憲法学説では、抵抗権については、主として「憲法保障」との関係で、その法的性質をめぐって、①抵抗権の特質を、実定法をこえるより高い価値、すなわち「自然法」を守るために、実定法上の義務を拒否する権利としてとらえるものの、実定憲法上の権利とは認めない超実定法説、②抵抗権を実定憲法上の権利として、その憲法所の根拠を、本質的に抵抗権を内包している基本的人権、とくに自由権（権力からの自由権）や国民主権に根拠を求める実定法説、③抵抗権を、「人権」と「個人の尊厳」および「民主主義憲法秩序」という自然法に限定し、それを根底から蹂躪する政府の圧政に対する権利と理解する自然法説に分かれている。

(3)「抵抗権」を内包する憲法 12 条

こうした憲法学説の諸見解について、私は、抵抗権は、日本国憲法 12 条の「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない」とする規定に内包されている実定憲法上の権利と考えている。すなわち、まさに政府の圧政により憲法上の基本的人権や民主主義体制が大きく蹂躪され、あるいはされようとしているときに、最終的に立憲民主体制を基礎とする日本国憲法を擁護するために主権者である国民（市民）に与えられた権利であり義務であるといえるのである。

すなわち、国会が「人間に値する生存」を脅かし「重大な人権侵害」を招く立法を制定し、内閣がそのような政策を推し進め、かつ違憲立法審査権を有する裁判所がそれらを制御することを放棄した場合には、「最後の切札」として、主権者である国民（市民）が、そのような国会・内閣による暴政に歯止めをかけ、日本国憲法の体制を護るために「抵抗権」を行使しなければならないのであり、ここにこそ憲法 12 条の「憲法が保障する自由および権利を保持する国民の不断の努力」という規定の法的意味があると考えるのである

こうした抵抗権は、具体的には次のような内容を持つ権利として理解される。

第1に、憲法上の抵抗権の定義と特質については、「国家権力の違憲違法な行使に対して国民が実力を持って抵抗し、憲法あるいは人権を守ることができる権利のことをいう。違憲審査制が国家機関による組織的憲法保障制度であるのに対して、これは一般に国民自身による未組織的保障制度とされる点に特色がある。また、同じく未組織的保障制度とされる国家緊急権とは、後者が国家権力によるいわば上からの保障手段であるのに対して、抵抗権は国民自身によるいわば下からの保障手段」である。

第2に、抵抗権行使の効果としては、実定法上、つまり民法上および刑法上違法に当たる行為、あるいはそれらによって課された法的義務を拒否する行為であったとしても、その違法性は阻却されることになる。

4. 今まさに再認識されるべき「抵抗権」の憲法思想と「抵抗運動」

原発事故は、文字通り人々から「生存の基盤」を奪い去るものであり、「人間に値する生存」の基礎と「人間の尊厳」自体を大きく突き崩す「重大な人権侵害」であり、さらにその人権侵害状況は現在も継続しているとともに、政府の原発推進政策を変更しない限り、将来的にも再び同様の事態が生ずる可能性が高い。

このように考えると、「宿営型表現活動」により、原発政策推進を継続しようとする政府に異議申し立てをし、反原発・脱原発への政策転換を求める行動は、「人間に値する生存」を取り戻し、「人間の尊厳」を確保するための市民による「やむにやまれぬ直接表現活動」とであると理解される²。

したがって、「テントひろば」のテント設営および泊まり込み活動は、憲法21条1項の保障する表現の自由の保障のより強い保障がなされるべきであるとともに、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない」と規定する憲法12条により実体的な権利と保障されている「正当な」抵抗権の行使にあたるのであり、テントの設営と泊まり込みにより国有地を占拠しても、その民事上の違法性は阻却されるべきである。

すなわち、日本国憲法は、12条の「抵抗権」の保障により、「人間の尊厳」と「自由」および「生存」に最大の価値を置く立憲民主体制を最終的に守るべき権利を、主権者である国民（市民）に与え、またその責務を主権者たる国民（市民）に委ねているのである。こ

² この点について、エイエム企画編『生命たちの悲鳴が聞える―福島への怒りと脱原発テント』（エイエム企画、2012年）を参照。福島原発事故の被害者を中心とする「テントひろば」における「宿営型表現行為」が、やむにやまれぬ「生命を守り、民主主義を取り戻す闘い」であり、抵抗運動であることが分かる。

のことが、日本国憲法の「抵抗権思想」の神髄であるといえる。

故に、抵抗権行使としての「経産省前テントひろば」の運動は、政府や最高裁判所が何というとも、覆すことのできない憲法上の正当性を有する。

2010年代以降の日本の憲法政治をみたとき、原発推進政策の帰結としての原発事故により「人間に値する生存」が脅かされる「重大な人権侵害」により、「人間の尊厳」が踏みにじられる状況が生みだされ、政府の圧政により平和主義と民主主義が根底から突き崩されつつあり、日本国憲法の立憲民主体制は崩壊の危機に直面しているといえる。今まさに、日本国憲法の立憲民主体制を守るために、国民（市民）による抵抗権の概念とその憲法上の根拠、そして抵抗権の行為類型と要件についての議論が深められることが必要とされるとともに、主権者市民による「暴政」に対する抵抗運動が必要とされるに至っているといえよう。

「経産省前テントひろば」裁判の闘い、各地で根強く続けられている原発反対運動、安保法制廃棄運動、そして沖縄基地問題の闘いは、憲法上の「抵抗権」思想の重要性を再認識させてくれている。