

「現在の大学教養課程における (憲法2単位を含む) 法学教育について」

田 和 俊 輔

目 次

は じ め に

P P. 18—19

第 一 章 法と社会規範との関係 P P. 19—20

I 精神面から把握した概念 P P. 19—20

II 技術実効面から把握した概念 P P. 20—22

III 有効性からの把握 P P. 22—24

IV 立法者の予定と存在 P P. 24—28

第 二 章 法に強制力をみとめる根拠(制裁など) P P. 28—31

第 三 章 法の種類 P P. 35—39

○成文法と慣習法 P. 35

○公法と私法 P. 36

○一般法と特別法 P. 36

○実体法と手続法 P. 36

○判 例 P. 37

○条 約 P. 38

○条 例 P. 38

○法の段階について P P. 39

第 四 章 法のはたらき P P. 40—50

○総 説 P P. 40—41

○未遂と既遂 P. 41

○故意と過失 P P. 41—42

○予備と陰謀 P P. 42—43

○正犯と共犯 P P. 43

○不作為犯と作為犯 P P. 43—44

○刑法における故意過失と民法における故意過失の比較 P. 44

○刑事責任と民事責任の比較 P P. 44—46

○民法について P P. 46—50

○憲法について P P. 50—55

1. 概念および意義 P. 50

2. 天皇について P. 50

3. 戦争の放棄について	P. 51
4. 国会について	P. 51—52
5. 内閣について	P. 52
6. 司法について	P P. 52—54
7. 地方自治について	P P. 54—55

は し め に

大学教養部における法学を講義して、非常に意外に思ったことは、学生が法に対する意識に乏しいということである。学生の法に対する意識と反応、もっと平たくいえば受け取り方といってもよいであろうが、つぎのように大別される。

一、法は自分達に対立する国家権力によって制定され、国家権力によって、一方的に施行されている。

二、法は、善良な者には無縁なものである。但し、この場合の「善良」なる概念もきわめて主観的、独善的なものであることに注意を要する。

三、訴えて行かなければ、法は発動しないのだ（所謂、不告不理の原則）に近い考え方。

四、悪法であれば守らなくてもよい（自然法的ともいえる考え方）。

一、については、階級国家観に類するものが、底流にあり、階級をなくするための国家、国家を消滅させるための国家という発想に立つようであり、現行憲法の下に生きるものとしては、到底、正当視できぬところである。

二、については、潜在的に法益保護の対象になっている自分に気づかぬ立場であり、

三、は、談合、妥協、寛容という、古い東洋的紛争処理観であり、

四、は、恣意による多数決原理および、議会制民主主義の否定であり、無政府主義か、独裁主義に近い考え方といえよう。

見方をかえれば、一は、政治的イデオロギーの相違、四は、圧力団体が与党と反対の立場に立った時の構成員を指導する論理であって、到底自然法上の抵抗権といえるものではない。

問題は二、の法的無関心と、三の法律的無知についてである。元来、市民社会の下における市民は、国家構成員の一人である。ということは、その法的地位が、対国家、市民相互の権利義務の関係において、基本的人権が根底にあり、この担保機関としての裁判所、さらに、国家、市民、行政機関、裁判所を包括する概念としての最高法規たる憲法、その制定者としての国民という地位を考えたとき、決して法的に無関心であってはならないのである。法は、自ら制定したものであり、それを守るのは、国民の自発的意思であり、義務である。法を犯す者は、国民の名において制裁され（刑法、罰則をとともう行政法、政令など）、あるいは、効力をみとめられない（民法、商法など一連の私法）、ということは、民主主義の法理からして、きわめて当然のことであるという観点に立って、学生を指導して行きたいと考えるものである。

第 一 章

法 と 社 会 規 範 と の 関 係

講学のはじめに、この章の標題の概念を定義づけ、おおむねつぎのような把握をさせている。

（Ⅰ）精神面から把握した概念。

- 一、法は正義である。
- 二、法は道徳の最低限の表現である。
- 三、法はその規律する社会の習慣の実現である場合が多い。
- 四、法はその規律する社会の絶対的（あるいは相対的）多数の住民の信ずる^{補1）}宗教の倫理が表現される場合が多い。

一、については、1628年英国の権利請願（Petition of Rights）の文章「国王は、わが国の法律と慣習にしたがって、正義が行われることを欲し、また国民の臣民がその正しい権利と自由に反して、不正または圧制をうけたと訴える原因となるようなことが全然ないよう、法律が正当に執行されることを欲する。国王は、この臣民の正しい権利と自由の保持については、国王の大権の保持についてと同じくらいに、義務を感じるものである」→この請願に対し、6月7日付慣例方式をもって、「裁可」「希望されたとおりになさるべし」※ を示し、この請願が「正しきは、正しきが故に行わるべし」という英国の法理を形成し、さらに、「国王は、不正(法)は行なわない」—The King can not do wrong.—という法概念を導いたことを説明し、近かい概念として、聖書の「汝

（補1）終戦迄の唯神道と日本国民一般。なお旧憲法発布勅語、同告文、旧江戸時代における儒教と武家社会、武家諸法度、同時代における仏教と庶民の御定書 100ヶ条の関係、回教とイスラム法→太陽アラーを絶対者、モハメッドをその具体的象徴、絶対主権者とする思想→コーラン第一章第一節：「われらの主なるモハメッド、アラーのほかは、光なく、アラーのほかは榮なし、モハメッドは神の使なり。」

※ 高木八尺、末延三次、宮沢俊義編岩波文庫5741—5744人権宣言集岩波書店P.62参照

盗むなかれ、殺すなかれ、姦淫するなかれ」を引用し、状況により、大石良雄以下の処分についての徳川綱吉と東叡山宮法親王との対話¹⁾ から、正当概念を結論づけるようにつとめた。

(II) 技術、実効面から把握した概念

一、規範性 1. 違反者に対して、制裁を加える。たとえば、刑法犯に対しては、刑罰（死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料）を科する。²⁾

行政法違反に対しては、行政罰が科せられる。もっとも、これには三つの場合があって、刑法9条に刑名のある³⁾ 刑罰を科する場合→行政刑罰と、行政上の秩序罰と称して、過料を科する場合、さらに、地方自治法上の過料を科する場合がある。

上記の行政法違反と科罰の関係については、行政法規が一見、倫理とは無関係であり、単に取締り規定のカラーが強く、第一章(1)、一、二、(P4)との矛盾を学生が感ずる場合が多いので、便宜上、やゝ技術面にはいり、憲法第三章第11条の基本的な人権を第12条の公共の福祉に適合せしめ、その制限に服せしめることによって、高次元の公共の福祉が発生し、そのことが、ひいては25条にいう文化国家につながる、という結論に導いている。

説明：行政罰^(補2) とは、行政法上の義務の違反に対して科せられる罰で、過去の義務の違反に対する制裁であるので、将来における義務の履行の強制を目的とするものでない点で、執行罰と区別される。ちなみに、執行罰とは、行政上の強制執行の一方法であって、不作為義務又は他人の代ってすることができない作為義務の履行を強制するために科する罰で、一定の期間内に義務履行のないときは一定の過料を科する旨を予告し、履行のない場合に徴収するものであり、旧憲法時代の行政執行法は、これを一般的な強制執行の手段として認めていたが、人権上の問題（人権保障が充分でない上、濫用される危険が多かった）から廃止され、現在は、特別法（砂防法36）中に存在するだけである。

また一般の行政罰と異なるが制裁機能をもつものに懲戒^(補3) がある。これは、特別権力関係、そ

1) 初等科国語8 58頁～64頁 対話の部分64頁
対話の内容

すると、またこのことが法親王のお耳に入った。

法親王は左右の者に、「あの話を、將軍から聞いた時ほど苦しいことはなかった。もとより、將軍の心はよくわかっていた。自分とても、かれらを法衣の袖にくるんで助けたいのは山々であるが、それはかえってかれらの心であるまい。散ればこそ、花は惜しまれるのだ。かれらをりっぱに国法に従わせるのが、仏の大慈悲であると思って、自分は、わざと將軍のなぞも解かず、そのまゝ退出したのである。」と仰せられた。

2) 刑法9条、刑法199条人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ処ス

3) 刑法総則によらず、非訟事件手続法206～208の2によって科する。

4) 地方自治法15、228、244の2

(補2) 我妻栄（編集代表）「新版新法律学辞典」有斐閣1969 P. 229

(補3) 前出新法律学辞典P. 836

の他公法上の特別の監督関係の紀律を維持するために、その関係に属する者に対して、一定の制裁を科すること、その制裁を懲戒罰といい、刑罰とその目的を異にするから、両者を併科するのを妨げず、別個に手続を行なうことができる（国家公務員法85条）。一般職の国家公務員及び地方公務員には、その服務上の義務違反に対して、免職、停職、減給、戒告の懲戒処分がある（82、地公29）。懲戒は任命権者がその判断により一定の手続を経て行なうのを原則とする。⁽⁴⁾ ただし、裁判官、会計検査官、国立大学教官等については、その身分を保障するため懲戒裁判、⁽⁵⁾ 検査官会議、⁽⁶⁾ 大学管理機関の審査等⁽⁷⁾ の特別の手続がとられる。そのほか、特別職の職員については法規の定めがある場合もある（自衛隊法46）が、ない場合にも、原則として任命権者の任意による懲戒がみとめられる。公共企業体の職員にも懲戒の制度がある（日本国有鉄道法31）（日本電信電話公社法33）国会及び地方議会の議員の懲戒は懲罰⁽⁸⁾と呼ばれている。なお、特別の身分関係にあるものの懲戒として、教師の学生、生徒、児童に対する懲戒、⁽⁹⁾ 親権者の子に対する懲戒⁽¹⁰⁾、少年院長の収容者に対する懲戒等⁽¹¹⁾がある。

過料について^(補4)：金銭罰としての罰金や科料と異なり、秩序罰、執行罰、懲戒罰、地方公共団体の条例又は規則で定める場合に科せられるものである。すべて、刑ではなく、刑法総則の適用はなく、手続上も、刑事訴訟法の適用がない。一般手続規定としては、非訟事件手続法（206～208の2）によることとされ、地方公共団体の条例又は規則で定める過料については、非訟事件手続法を適用せず、条例又は規則で定める手続に従い、当該地方公共団体の長がこれを科するものとしている。

秩序罰としての過料は、法律上の秩序を維持するため、法令違反者に対し、制裁として科されるものであり、行政罰の一種として、商法（18,22）、戸籍法（120～123）、独占禁止法、銀行法（35,36）、民事訴訟法（269～277）等、公私の各法にわたり広く認められており、地方自治法にも一定限度を限り条例、規則により過料の規定を設けることができるものとしている（地方自治法15,228,244の2）ことは、前述のとおりである。執行罰としての過料^(補5)は、前述のごとく、現在、砂防法の規定がこれである。懲戒罰の一種として過料を科する場合もあり、裁判官分限法⁽²⁾や、公証人法（80②）は、その例である。地方公共団体の条例又は規則による過料については前述

4) 国公84、89、昭和27年人事院規則12-0職員の懲戒、地公6。

5) 憲78、裁判所法49、裁判官分限法

6) 会計検査院法6

7) 教育公務員特例法9

8) 憲58②、国会法121～124、地方自治法134～137

9) 学校教育法11、刑35

10) 民法882、刑35

11) 少年院法8

（補4）前出新法律学辞典 P. 151

（補5）前出新法律学辞典 P. 151

のとおりである。

なお執行罰については、前述のとおり、一般的な行政上の強制執行の手段としての規定であった行政執行法^(補6)は廃止されているが、これの過料は、懲戒罰と同様、それぞれの法律で独自の手続を定めることができる。

以上は、(執行罰の場合をのぞき)、すべて、過去の義務違反に対する制裁であるが、現在のよ
うな複雑な行政組織の下に市民生活を送っている以上、行政法上の義務の不履行に対し、行政権の
主体が、将来に向かい実力をもって、その義務を履行させ、又はその履行があったと同様の状態を
実現するのを受忍せざるを得ない。これも公共の福祉の概念による私権の制御と解釈するのが妥当
である。ただし、職権の濫用になってはならないという迄もない。¹²⁾ 警察上の強制執行や、租
税の強制徴収等がこれに当たり、行政上の義務の不履行を前提とせず、直接に行政上必要な状態を
実現する場合の即時強制^(補7)と区別している。これは警察官職務執行法3条の身体の保護や、性病
予防法11条の強制検診、警職法6条の立入り、消防法29条、30条の土地物件の使用、処分、使用の
制限等である。

(Ⅲ) 有効性からの把握

法は、その効力の及ぶ範囲が、場所と人と時によって限定されている。場所的限定の基礎概
念が、主権である。主権とは、国家の最高権力ある。すなわち、国の最高意思国の政治のあ
り方を最終的に決定し、¹³⁾ 最高独立であり、¹⁴⁾ 統治権¹⁵⁾(国権)を行使する権力である。

主権についての現在の解釈は、ほぼ上記の三通りであるが、脚注15)に施したように、戦
前と戦後でかなりの概念の相違があるので、主権の意義について、やや補足説明を加える。

明治憲法は、その1条において、「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」さらに同4条にお
いて、「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」として、明瞭に天
皇が主権者であることを規定していたのに対し、現行の日本国憲法は、「天皇は、日本国の象徴で
あり日本国民統合の象徴であって、この地位は、主権の存する日本国民の総意に基く」(1条)と
して、国民主権をうたっている。ここに、終戦を境として、日本国の国体は変わったのか、^(補8) 変
らなかったのかという問題が生ずる。これ、いわゆる国体論争であって、変らないとする者は、国

12) 公務員職権濫用(刑193)、特別公務員職権濫用(刑194)なお(国家賠償法1)

(補6) 前出新法律学辞典P.153, P.225, P.228

(補7) 前出新法律学辞典P.755—756

13) 憲前文1項および1条にいう主権

14) “ 前文3項にいう主権

15) 旧憲法第4条：天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フの場合の意味であっ
て、現憲法では、41条(国会)、65条(内閣)、76条(裁判所)の総合権力と解すべきであろう。

民の中に天皇は含まれる、¹⁶⁾ すなわち、ここにいう国民とは、相対的な国民を指すのである、国家は、株式会社同様、法人と考えることができ、その国家が主権を持つのであるから、国体は変っていない→（国家主権論の立場）などと主張し、また形式的には、終戦の際、旧帝国憲法73条の改正規定によってなされたのであるから、（天皇が帝国議会の協賛を以て立法権を行われたのであるから、）国体は変っていないという主張がなされたのであるが¹⁷⁾、変ったとする者は、ポツダム宣言受諾申入に対する連合国政府の回答書には、日本国政府の最終の形態¹⁸⁾は、国民の自由に表明する意思により決定せらるべきことを要求しており、この要求は、わが国に対し、絶対の拘束力を有するものであるが、憲法73条の規定がこの要求と両立し得ず、国民の自由意思によって最終の政府の形態を決定するということは、いうまでもなく国民が新憲法の制定者である。また、新憲法自身1条において「…主権の存する日本国民」とうたっているから、国体は変ったと反論したようである。形式論は兎に角、実体的には、後者の説が正しいと思われる。

このように、国民主権という概念は、多少、あいまいな点があるが、主権とは、近代国家の絶対君主制の沿革から見て、内において最高¹⁹⁾、外に対しては独立の国家権力であり、その権力を行使するものは誰かということになる。その権力を行使する者は、法すなわち正義を行なう者であり、法主権論、ノモス主権論と称され、行使する制度に重きをおくものをイギリス主権論という。ここに、人民主権、プロレタリアート主権²⁰⁾、これらと対立する概念として、君主主権が考えられるから、国民の中に天皇を含める前述のような考え方はできないことになる。

ここで「国民主権」の意義が一応明らかになったわけであるが、更に「主権」の意義を限定づけるために、従来の天皇の地位がどうなったかを確認しておきたい。現行憲法は、1条により、むしろ裏側から、国民の主権者としての地位を規定したと考えられ、天皇の地位が、前述のように、いろいろ解釈される場合があるようである。しかし、明治憲法下の天皇が、神の意思により²¹⁾主権者であったのに対し、現行憲法の下のはそれは、国民の意思にもとづき、²²⁾しかも象徴という地位を占める。制度的にも、これが担保されて、20条で、政務の分離がいわれ、89条で、国家神道に対する財産支出利用を禁止し、旧帝国憲法の一部を構成した旧皇室典範を廃止し、法律としての新皇室典範を制定することに依り²³⁾、さらに、新憲法8条、88条と皇室経済法、2条、4条、6条、

16) 憲法制定議会答弁

17) 第90回帝国議会勅書：帝国憲法第73条によって、帝国憲法の改正案を帝国議会の議に付する。（補8）NHK大学講座法学（1970年4月～9月）川添利幸教授第14回人権の確保（一）P.86参照

18) ポツダム宣言第12号、ポツダム宣言受諾申入に対する米政府回答6項「最終の政府の形態は国民の自由に表明する意思に依り決定すべきこと。」

19) 前出注（14）

20) この二者が既に同じ平面ではない。

21) 旧憲法発布勅語「…朕祖宗ニ承クルノ大権ニ依リ…」「国家統治ノ大権ハ朕カ之ヲ祖宗ニ承ケテ…」

旧憲法告文：「皇宗ノ神靈ニ詔ケ白サク皇朕レ天壤無窮ノ宏謨ニ循ジ惟神ノ宝祚ヲ承継シ…」旧憲3条：

「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」

22) 新憲1条：「天皇は、象徴であり、主権の存する国民の総意に基く」

（補9）1970年4月～9月NHK大学講座法学第14回人権の確保(1)P.89（川添利幸教授）講義参照

8—10条, 皇室が国民の手の届く所に位置され, 天皇の地位そのものが, 内閣の助言, 承認を前提とした国事行為担当者²³⁾となったといえるのであり, その行為も, 責任は内閣が持つのであるから, 単なる形式的儀礼行為にすぎない。

現在国民主権といわれるものには, 二つの側面があり, 一、は階級的考え方の側面であり, 二、は, 国民全体が主権者であるという考え方である。1791年フランス憲法はその第三編公権力に, 「主権は国民に属する」とし, 第2条(12)において「すべての権力は第1条(11)国民からだけ発するが, 国民は委任によってしか, それを行使することができない。」²⁴⁾と定めた。すなわち, 大革命前のアンシャンレージュ君主に対する国民主権であり, ルソー的ラジカルな人民主権を排斥する。^(補10) 1000人の市民がおれば, 各々1/1000の権利をもつのであり, 代表代理は委任がない限り, 行使できないという考え方は, 急進的国民主権論と呼ばれるものであるが, 第三階級は急進的にすぎ, 国民は市民の全体ではないといった考え方から生れたものである。これに対し, ドイツ的抽象的国民国家観は, 代表制によるしかない。その代表制は, 小さなギルドや都市国家で発生しただけでなく, 国民主権とむすびついた代表制²⁵⁾を発達させており, 選挙制も財産制限や有産階級を仮定していない。この点でドイツ的国民主権論は, 対君主的でありながら, 反ラジカル, 反第三階級代表的であるといえる。ただし, 東陣営²⁶⁾では, 国民代表を排斥し, 労働者人民が国政の担い手という考え方である。

以上の諸要素を総合すると, 西欧民主主義的国民主権の理念は, 討議をより良い²⁷⁾ものにということにつきるようであり, この理念を貫くための制度として, 選挙権, 被選挙権の拡大強化²⁸⁾, 第二院の合同化, その不足点を補う措置として直接民主政たる国民審査, 憲法改正,²⁹⁾ 議院解散(一種の国民投票)を考えるようである。わが国の主権概念もほぼこれに近いと考えてよいであろう。

(IV) 立法者の予定と存在

前項に法を有効とする前提条件として主権の存在と意義をあげたのであるが, その主権の中の立法作用を何人が, いかなる根拠で行使するかということが, 法の有効条件として考えられなければならない。古代の貴族制の氏族国家においては, 貴族が, 18世紀末の専制君主国家においては, 専

23) 憲3条, 7条, 6条

24) C.ボルンハーク著山本浩三訳憲法の系譜, 法律文化社1963.9.1 P.196, 1789年, 人および市民の権利宣言3条同旨「全主権の淵源は, 必ず国民に存する。如何なる団体も, 如何なる個人も, 国民より出でない権力を行使することはできない」(人権思想研究叢書第四巻「世界各国人権宣言集」人権思想研究会編巖松堂書店S.29.9.5 P.99)

25) ワイマール憲法109条2項及び3項, 125条, ボン憲法1条, 38条(-)

(補10) 前出NHK大学講座法学第14回人権の確保(1)P.90(川添利幸教授)講義参照

26) 東ドイツ憲法51条(-), (三)

27) ワイマール憲法131条

28) ワイマール憲法125条, ボン憲法38条

29) ボン憲法17条, ワイマール憲法126条

制君主が、文字どおり法そのものであったといえよう。³⁰⁾ 啓蒙思想は、国家の統治体制の基礎を定め、自由主義に立脚するものとしての憲法を求める風潮を生み出した。そのために、単一の立法者による恣意立法はみとめられないことになり、憲法という枠をはめた上での君主国と、共和国が通常の形体となったといえる。しかも18世紀後半から19世紀後半にかけて発生した産業革命は、18世紀の「身分から契約へ」を「契約から関係へ」と変化させ、法そのものの概念を変えてしまったといえるであろう。例をイギリスにとると、1832年、67年、84年と選挙法（Reform Act）、1918年（Representation of the People Act）1928年の改正という形で、国民の広い層に国政参加の機会をひろげていっており、身分、財産に依る差別を撤廃することにより、立法権を庶民の手に移していったといえる。いわゆるベンサム（Jeremy Bentham）の最大多数の最大幸福の法律、政治上の実現といってよいであろう。

憲法は、それが、自由主義、民主主義、の要求をみたすものとして制定される場合、上の条件をみたすことが必要であり、国家の根本法（Grundgesetz）、国家の最高法規（Verfassung）などという考えは、ここから出てくるのである。それ故、憲法は、立法権者、立法権の範囲を明示し、主権の行使者、国民の権利義務（政治参加の程度、範囲）、主権の内容（立法、行政、司法）、それが総括的か、分立か、相互に優劣を設けるか否かなどを規定しているのが普通である。たとえば、バーヂニア権別宣言（1776年）は、「すべて権力は人民に存し、したがって人民に由来するものである。行政官は人民の受託者であり、かつ公僕であって、常に人民に対して責任を負うものである」とし、ボン憲法（1949年）〔ドイツ連邦共和国基本法〕→Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschlandは、「人間の尊厳は不可侵であり、これを尊重し、かつ保護することは、すべての国家権力の義務である」、「ドイツ国民は、それゆえに世界における各人間共同社会の平和および正義の基礎として、不可侵の、かつ譲渡し得ない人権をもとめる」、「以下の基本権は直接に適用される法として、立法、行政（Verwaltung）および裁判を拘束する。」フランスにおいては、1852. 1. 14 憲法が、「皇帝のみが法律発議権をもち、法律及び元老院会を裁可し、裁判も皇帝の名において行われる」とあったのを、1946. 10. 27 憲法において改め、前文で「人類を隷従と墮落に陥れようと企図した体制に対して自由人が勝ちえた勝利の翌日において、フランス人民は、ここに改めて、およそ人間は、人種、宗教、信仰の如何を問わず、譲渡することのできない神聖な権別を有することを宣言する。フランス人民は、1789年の権別宣言³¹⁾の確立した人間及び市民の権利と自由並びに共和国の諸法律の認める基本原則を厳粛に再確認する「これに革命当時、強い影響を与えたロック（John Locke）も、市民政治二論において、自然状態を、自由、平等、独

30) ルイ14世「朕ハ国家ナリ」

31) 1. 人間の権利は天賦である

2. 国家または法律によって与えられたものではなく、神聖不可侵である。→1. 2. については、「人間の権利の無知、忘却または軽視が政府の腐敗と公衆の不幸の唯一の原因」であるとする権利宣言には、民約論との結びつきがみられる）

立の状態と規定し、専制権力を排し、社会契約をもって成立した国家の権力を制限的なものとし、最高権は、人民にあり、政府はその受託者にとどまることを主張し、^(補11) アメリカ、フランス両革命の思想的根拠をあたえたのである。

専制君主国でありながら、啓蒙的といわれたフリードリッヒ大王の1848年12月5日プロシヤ国憲法（欽定憲法）が、やはり、人権と法治主義の原則をかかげ、「神の恩寵により、プロシヤの国王たる朕フリードリッヒ、ヴイルヘルムは、つぎのことを告知する。すべてのプロシヤ人は、法律の前に平等である。」「人身の自由は、保証される。拘禁がゆるされる要件と方式は、本年9月24日の人身の自由の保護に関する法律によって定められる」とし、わが旧憲法に非常に近い概念を読みとることができるのである。すなわち、旧憲法は、その19条において「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ応ジ均ク文武官ニ任セラレ及其他ノ公務ニ就クコトヲ得」また23条において、「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕、監禁、審問、処罰ヲ受クルコトナシ」としており、要するに、憲法、法律があるから、専断的に主権者、や執行権者が行使して、国民の権利を侵害することはない、しかし、一般国民は本来、主権を行使される側であって、行使するものではない、³²⁾ 国民の権利は臣民の権利なのだから当然の権利ではなく、国王から与えられたものなのだ、従って、法律という枠内においてのものであるから、法律を変えさえすれば剥奪できるということになるのである、要するに法律のわく内の権利であるから、ロッキヤアメリカ、フランス両革命の自然法的な天賦人権思想、法以前の法という概念とは、よほど遠いものであった。古く、イギリスの 1215. 6. 15 のマグナカルタ (Magna carta) や、ビルオブライツ (Bill of Rights)なども、前者が専断的な逮捕拘禁にかんする国王大権の濫用の制限と、正当な裁判手続の保障、課税権の制限を骨子としており、後者が、名誉革命の結果として、1689年に制定されたイギリスの法律であったが「国王が議会の同意をえないで、法律の効力を停止し、その適用の免除、常備軍の設置、租税を賦課することの禁止（租税承諾権）、または、それを違法とし、さらに国民の請願権や議会における言論の自由を保障し（議員）、また過度の保釈金や罰金を科したり、残虐で異常な刑罰を科したりすることを禁止する」という趣旨のものであったから、やはり、旧プロシヤ憲法や日本憲法と類似したイデオロギーということになるであろう。

注意すべきは、前述のように、君主対臣民という関係で主権者、立法権者、行政権者が争われるのは、歴史的にやむを得なかったとしても、同一の平面にひきおろされた主権が、同一平面内で、さらに争われるということである。すなわち、西ヨーロッパ型民主主義の指導的存在たる合衆国憲法は、「われら合衆国人民は、一層完全な連邦を形成し、正義を確立し、国内の安寧を保障し、共同防衛に備え、一般の福祉を増進し、われらとわれらの子孫のために自由の恵沢を確保する目的をもってアメリカ合衆国のために、この憲法を制定する」と前文で述べた上で、「この憲法によって

(補11) 政治学事典平凡社昭和26年5月18日P. 1408

32) 「凡ソ官吏ハ天皇陛下及天皇陛下ノ政府ニ対シ忠順勤勉ヲ主トシ」(旧官吏服務紀律)

付与された一切の立法権は、合衆国連邦議会に属する³³⁾」とのべているのに対し、ソビエト社会主義共和国同盟憲法は、「ソビエト社会主義共和国同盟は、労働者および、農民の社会主義国家である」³⁴⁾「ソ同盟の政治的基礎は、地主および資本家の権力を打ち倒し、プロレタリアート独裁を闘い取った結果成長し強国になった勤労者代議員ソビエトである³⁵⁾「ソ同盟のすべての権力権力は、勤労者代議員ソビエトにより代表される都市および農村の勤労者に属する」³⁶⁾と、さらに、ソビエト国家法によれば、「新しいソビエト国家は、搾取者の抵抗を抑圧するための、搾取を廃止するための、そして搾取者の階級支配を廃絶するための、さらにまた階級なるものの完全な清掃と共産主義への移行の目的のために、プロレタリアートによる階級支配と他の勤労人民に対するその指導を強化するための機関にほかならない³⁷⁾」とし、エンゲルスの「国家は永遠の昔からあるものではない、国家がなくてもよい社会、国家と国家権力を予想すらしなかった社会が、存在したはず、階級の発生が不可避的であったと同様に、その消滅も不可避で、階級とともに、国家は不可避的に消滅する」という考え方、具体的には、古い国家装置—軍隊と官僚制—が、そのプロレタリア的反対物によって代位されたとき、ロシアにおける帝政のあとをうけついでブルジョア民主主義国家形態の廃虚の上に、ソビエト国家は出現したという見方に基いているようである。結論的に、西欧的民主制の下における主権と、その立法行使の概念が、国家の中の個人を中心としながら契約を基礎にした考え方であるのに対し、東欧のそれは、国家を中心としながら、やがて、その国家の消滅を目的とするという、全く相反する法概念であることに着目しなければならない。

以上で、法の有効性とその根拠を主権と立法者の関係から述べたので、わが国の現行法の規定を見ておくことにする。

刑法典によれば、第一条①項に、「本法ハ何人ヲ問ハス日本国内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス³⁷⁾」とあるから、主権属地主義をあらわしている。しかし3条は、「日本国外ニ於テ、（日本国民が、日本人としての道徳基準に従って行動するよう要請するのが相当であると認められる罪）→現住建造物と放火、非現住建造物等放火、激発物破裂、および此等の未遂、建造物浸害、私文書偽造、虚偽記載行使、私印偽造及び、偽造私印不正使用の未遂、強制猥褻、強姦、準強制猥褻強姦、強盗致死傷害、重婚、殺人、尊属殺及び其未遂、傷害、傷害致死、業務上墮胎、不同意墮胎、

33) 合衆国憲法1条1節（エドワード・S・コーウィン京都大学憲法研究会編村上義弘、畑博行、中山健男、宮田豊共訳アメリカ合衆国憲法、有信堂昭37. 6. 10 P P. 7—9）

34) ソビエト社会主義共和国同盟憲法1条、

35) 同2条、(一)

36) 同3条(一)（白井正他：教養憲法学、法律文化社1963. 9. 15P. 201）

※ J. タウスターン同盟における政治権力1—1917—1947前芝確三、川口は訳岩波現代叢書岩波書店1953. 5. 6 P. 10

37) 第②項において、「日本国外ニ在ル日本船舶又ハ日本航空機内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ付キ亦同シ」とあるから、日本籍にある船舶や航空機は、日本国内と看做されていることに注意を要する。

同致死、加重的遺棄、同条の罪を犯し、因て人を死傷に致したる罪、逮捕監禁、逮捕監禁致死傷、略取誘拐、名誉毀損、窃盜、強盜、事後強盜、昏酔強盜、強盜致死傷、強盜強姦以上の未遂、詐欺、背任、恐喝及びその未遂、業務上横領、贓物故買、これらは、主権の属人主義と考えられ、さらに、日本国の公務員にかぎり4条ノ日本国外において、（被拘禁者）を逃走させる罪、虚偽公文書の作成、職権濫用、看守護送者の暴行陵虐、収賄、看守護送者の暴行陵虐の罪を犯し因て人を死傷に致した罪を犯した場合やはり、属人主義が適用される。また、何人を問はず、（内外人を問はないという意味）、日本国外に於て、内乱、外患、通貨偽造行使、同未遂、証書偽造行使、公文書偽造、公正証書不実記載、偽造公文書行使、有価証券偽造、偽造有価証券行使、御爾公印公記号偽造と御璽不正使用、公印不正使用、公記号不正使用の未遂を犯した場合処罰されるのは、その法益が自国の利益保護に関係するからであって、保護主義と呼ばれている。これも国家主権の保護と解すればよいであろう。

民法1条ノ三が「私権の享有ハ出生ニ始マル」同二条が「外国人ハ法令又ハ条約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私権ヲ享有ス」としていることは、日本国において出生し、（国籍法によって、日本国籍を取得しない者を除き）または、日本国内に居住する者には、法令、条約の例外がないかぎり日本民法が適用されることを示しており、商法は、1条に「商事ニ関シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」としる条で「当事者ノ一方ノ為ニ商行為タル行為ニ付テハ本法ヲ適用ス」としているところから、わが国において商行為を行なう者に適用することになり、刑法民法の場合と同じ結果になる。

第 二 章

法に強制力をみとめる根拠（制裁など）

このことについては、国家権力によるものであるからというのが通説のようである。国家の最高権力とは、主権のことを意味し、主権概念について、時代と国家によってかなりの相違のあることは、前章において述べたから、ここではくり返さない。ただし、国家権力と被行使者である国民の権利との関係は、国家権力の行使者たる王に対し、制御を加えるマグナカルタ、権利請願、権利章典、王位継承法などのようなイギリスだけの人権と、自然法思想に立脚したロックの天賦不可譲人権論、バージニア権利章典^{※イ}、フランスの人権宣言および市民の権利宣言（第一条）、のような「人は生れながらにして自由平等であり、それは、国家以前の権利である」といった考え方、さらに1852年フランス第二帝制憲法^{※イ}や、プロシヤ憲法、旧日本国憲法の枠内での自由、さらに第二次

※イ 1852年1月14日フランス憲法大統領は、「人民はルイ、ナポレオン、ボナパルトの権威の維持を希望し、12月2日宣言の原理に基き憲法を制定する為に必要な権力を彼に賦与する」決議に関し、フランス人民がその意思を表明する為に召集されたことを考慮し、～（野村敬造：フランス憲法、行政法概論、有信堂P. 610）

大戦直後の（1946年10月27日）フランス憲法のフランス革命精神の再確認⁴⁰、ドイツ連邦共和国基本法の「人間尊厳不可侵と、その尊重、保護の国家義務」という変遷をたどったのではあるが、今後に課せられた問題は、前に一連の行政罰でのべたように、公共の福祉という土俵で、国家権力と、人権をどこ迄調和させるかということに尽きるであろう。

何故なれば、人権を個人の自由に重点をおいて考えれば、当然個人優先であり、社会の発展に重点をおいてみれば、国家優先であり、その質も、前者では、抽象的（プログラムの）、後者では具体的、人権の保障も前者は、労働権や、最低生活の保障が、裁判（三権分立の関係で、裁判所が裁判結果を他の立法、行政に対し、上位の立場から強制はできない）→憲法違反だとしても、その法の改廃を命ずることはできない、具体的な事件の判決理由書の中で、見解を示すに過ぎない→個別効力説）で充分でない。これに対し、後者の社会発展重視の立場では、行政、立法を含めての国家保障という形になる（イギリスの場合、ある意味で、社会保障制はこれに近いといえる）。

つぎに国家権力の行使を違法と適法、正当と不当という風に分類してみると、私的紛争の復仇³⁸⁾や避難³⁹⁾、内乱⁴⁰⁾、暴力革命⁴¹⁾、犯罪は、すべて違法であり、法の定立、法の執行、法の宣言、外交交渉、批評、宣伝、ゼネスト、戦争、中傷、デマ等は、法の枠内をこえなければ、適法になる。しかし、当、不当という分類をするならば、復仇、避難、宣伝、批評、外交交渉、法の宣言、法の執行、法の定立は、正当であり、ゼネスト、戦争、中傷、デマ、内乱、暴力革命、犯罪等は、不当である。

してみると、内乱、暴力革命や、犯罪一般は、法治国の一般社会人は、違法、不当なものとして排斥、非難するところであるが、ゼネスト、戦争、中傷、デマの類は、不当ではあるが適法、復仇や避難は、違法ではあっても、正当な場合も主観的には、あり得ることになって、ここに、「はじめに」の一、四にかかげた問題が発生するのである。

ここに、権力は、適法であると同時に、客観的な正当性を要求されるのが現代であるといえるが、歴史的には、メシア思想にみられるカリスマ^{補12)}的正義が、永く支配しており、周代の天子を全知全能有徳なるものとし（易姓思想）、モハメッドをアラーの使者とし、ルイ14世をボーダンが王権神授説で正当づけたこと、旧プロシヤ国憲法前文の「神の恩寵により、プロシヤ国王たる朕

※ロ ～フランス人民は、1789年の権利宣言の確立した人間及び市民の権利と自由並びに共和国の諸法律の認める基本原則を、厳粛に再確認する（前出：フランス憲法、行政法概論 P.652）

38) 国際法上の自助のうちの自力救済であって、他国の国際不正行為に対し、実力をもってその中止や救済を求めることであり、自助である。自助は、国際平和機構において禁止している。また刑事法では自救行為をいい、判例は一切これを違法としている。

39) 刑法37条

40) 刑法77条により、内乱罪として処罰される。

41) 77条「政府ヲ…顛覆シ…其他朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的トシテ暴動ヲ為シタル者」で処罰される。なお、破壊活動防止法38条

（補12）NHK大学講座政治学（1970、4月～9月）第8回飯坂良明教授第3章政治権力第2節権力の正当性 P.55参照

フリードリッヒウィルヘルムは～」と述べていること、さらに、旧帝国憲法告文「惟神ノ宝祚ヲ承継し」とし、天皇の神性をうたっていたことは、すべてこの類である。これに対し、伝統的、慣習的に、あるものをタブー、たたり、としてうやまう原始宗教的な権力正当化も行なわれてきた。

このようなことは、すべて、国家権力の背景をもってすれば、行使が容易であり、国家のやることは、正義であるというような発想にもとづくのであるが、すでに述べてきたように、現代の国家権力の正当性は、文字どおり、国民の国民に依る国民のための政治であることが人類不変の真理とされ、国家の権力は、国民に発するからこそ正当であるという結論になるのである。但し、これには、「多数決の原理をみとめた上での」という条件がつくことは勿論である。憲法の条文とみるならば、18条の奴隷的拘束および苦役からの自由とか、19条の思想及び良心の自由とか21条の集会、結社、表現の自由、通信の秘密保護とか、25条の生存権の保障（すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。国はすべての生活部面について、社会福祉、社会保障および、公衆衛生の向上および増進に努めなければならない、とか28条の勤労者の団結権（地公法37条）などのような規定は、このように、国家構成員たる国民の一人一人に、できるかぎり精神、経済、社会面の自由を与え、人格面において等価値の統合意見に依るものなるが故に、その行使は、正当といえるのである。

つぎに、行使を受ける側からの正当観についていえば、現在各国の憲法は、かつての自由保障から、社会保障にウエイトがかかってきているといわれ、わが国の憲法も25条で、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有し」、26条で教育を受ける権利を、27条で勤労の権利義務が、28条で、勤労者の団結権がみとめられて、要するに、客観的に等価値の統合意見を出している状態に、国民を向上発展させる義務を国家が負わされていると解釈でき、（憲法の社会化）、このような状態に高められた国民は、当然に法の下に平等であり、人種、信条、性別、社会的身分又は門地などに依て差別されることはないのである（14条）。こういった政治的、経済的、社会的関係において平等なことを三面平等といい、自由権と異なり、裁判所と三権との関係（前述判決の個別効力）もあって、国家の保障が充分でないというきらいがある。結核療養について国家補助を求めた朝日訴訟や、公害補償を求めた水俣病訴訟は、この適例であるといえるであろう。このように、裁判所による保障は充分でないとしても、少なくとも、上の三権からみて、妥当なかぎり、国家権力は妥当に行使されたと考えてよいではなかろうか。すなわち、権力の行使をうける側から、正當にチェックされたといえるのである。

ここで、注意を要するのは、ここにいう平等とは、決して、悪平等を意味しないということであって、合理的な差別^(補13)は認められるということである。すなわち、公職選挙法に違反して、禁錮以上の刑に処せられたものは、立候補を制限され、（公選法252）、懲戒免職の処分を受け、当該

（補13）前出NHK大学講座法学第16回人権の体系(2)P.71参照

処分の日から二年間は、国家公務員になれない（国公法38），交通機関従事者の過失を特に注意義務違反の故を以て重く罰する（刑129②），尊属殺に対し、重きに従って処断する（刑200）⁴¹⁾，等の制約がみとめられるのは当然であろう。ただし、従来、特に旧法時代の倫理感では、合理的差別とみられながら、戦後、さらに最近不合理差別とみられるにいたったものが少ない。旧法時代の民法の妻の無能力規定が削除せられ、旧法時代の姦通罪（刑183削除）が妻の姦通のみを罰していたのを廃止し、女子労働者の結婚退職を憲法の婚姻の自由を侵すものとして無効⁴²⁾とせられ（昭41 2 最高裁判例），女子の30才停年が、やはり、性別による差別として無効とせられた（昭42 最高裁）等がその例である。

ま と め

以上述べてきたことは、現行法は、すべて、憲法の指導原理であるところの基本的人権をふまえて構成され、解釈されなければならない（憲11），その行使は、公共の福祉に適合するようになされなければならない（憲13, 22, 29）（民1①③）そして、公共の福祉に適合するような権利主張は、立法、行政両機関共にこれを尊重しなければならない、それを具体的に確保するのが司法機関である（憲32, 81）（なお、破防法2，軽犯罪法4），そして、刑法は、主として、社会秩序維持のために、反社会的行為に制裁を加えることを目的とし、民法は、私人相互社会における安全と保護を目的とし、この二本の柱の間隙をうめるものとして、民法に対する特別法としての商法（商人たるの資格にもとづく社会生活の迅速性に対応するために），国家と個人の公関係の紐帯としての一連の行政法規が存在し、これら四本の柱の上に位する最高法規が憲法である（憲98①）。すなわち憲法をその制定過程からみれば、君主の制定したものを欽定憲法、国民の制定したものを民定憲法といい、わが国の現行のそれは、終戦を機にしたものであるが、明らかに民定憲法である。⁴³⁾ すなわち天皇に代って、新らしく、日本国の主権者になった国民が（憲法前文，同1条後段），その代表者をもって、立法機関を構成（憲43①，15①）する関係上、国会は、他の二権であるところの行政、司法より相対的に優位にあると理解される。41条の「国憲の最高機関」という語句にこだわりすぎて、明治憲法の天皇（旧憲1.4）のように、三権すべての上に立って統治したり、統治権を総攬

41) これについては、昭和25年10月25日飯塚地裁に係属し、最高裁に持ち込まれた判決があり、個人本位に考えれば、尊属卑属の間に人格の差等なしという見解と、尊属を敬まうは、淳風美俗の道徳であるから、許さないという見解があり、後者が勝を占めた。

42) 直接には、このようなことは、民法90条「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無放トス」法例2条「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」違反とされた。

43) この点につき、新憲法公布文が帝国憲法73条による改正といている点に着目して、異説を唱えるものもあるが、形式論にすぎない。

この点につき、美濃部達吉著 宮沢俊義増補：新憲法概論，有斐閣〔普及版〕昭和25年9月20十版 P P. 9—10参照

したりするものでないのはいうまでもない。行政権は、この国会の制定した法律（憲59条）を実行段階に移す作用をいとなみ（憲65条）、内閣が、国会に対する（実質的には国民）責任において、その任にあたる。（66条③）しかも、内閣のメンバーの過半数は、国会議員の中から選ばなければならないから、人事面において、閣僚は、同時に立法部のメンバーと同一人であるということになる。わが国の憲政が、中央においては、議院内閣制（Parliamentalism）といわれるのはこのためである。このことは国家権力のにない手が単一であることをやめて、少くとも三者に分立（separation of powers）の状態にしておくことが基本権確保に通ずるとする Montesqué 以来の check and balance の理想には遠いようでもあるが、J. Lockè に指導され、英国の名誉革命に結実した Parliamenfalism の例に倣うものであり、前述の国民主権、国民代表＝国会のルールをとる以上、政治的基本権の直接担保として、議院内閣制は、すぐれた法制であるといえるであろう。

以下この法制の下に成立する行政機関と司法機関について畧述しておく。

行政機関について：憲法によれば、行政権は、内閣に属するとされ（65条）、一見、立法、行政は、三権分立の原則が打ち立てられているように見えるが、実情はそうでないことは前述した。

議院内閣制は、形の上では、行政機関が立法機関に従属することになるが、実情は、さらに異っている。すなわち、68条により、首相は、内閣を構成するところの国務大臣を任命、罷免、することができるし、72条によって、内閣を代表して（内閣法5条）議案を国会に提出し、行政各部を指揮監督することができ（内閣6条）、独立を担保（76条）されているはずの裁判所に対して、最高裁判所の長たる裁判官を内閣の名において指名し（6条）、下級裁判所の裁判官を任命することができるということは、行政機関の最高責任者としての首相は、執行機関の長として、行政機関のみでなく、司法機関に対しても優位にあることになり、立法機関の構成メンバーの議員という身分から出ていることは、人事の上から（与党党首が首相になるという慣行）、立法機関もまた支配しうるという結論になる。さらに、公安委員会、公正取引委員会のように、政治性からの独立がのぞましいもの、ないし、専門性からの独立がこのましい行政委員会も、個々の仕事の内容について独立するだけで、内閣の統一の下にあるから、完全な内閣からの独立であるとはいえない。こうした行政権の権限強化は、明治憲法時代主権者たる天皇の任官大権を楯にとって内閣の不統一という弊害が少なかったもので、首相を一般大臣より上位において、統一をはかり、主権者たる国民に対する政治責任66③を明確にし、民主的責任態勢をとらせるための政治的配慮にもとづいていたとはいえる。しかし行政権の強化は、議会の犠牲において政府の強化につながるわけであり、かつてのファシズム、ナチズム体制の再来ということにもなりかねなく、議会制民主政治の危機として、社会主義国家群は否定しており、西欧民主主義諸国は、むしろ参政権の拡大、二院制の改正、政党システムの憲法くみ入れ、などの形で防止しようとつとめている。現在わが国の地方自治制は、地方で、三権分立制の一種（大統領形式）をとり（憲93条②）、自治財産権、自治財産立法権（94）をみと

められて、法のわく内で自治をみとめられ、中央政府からの独立した団体自治、住民自治が行われているはずであるが、その現状は、時代の発展に合わない⁴⁴⁾とか、広域行政に名を借りた開発行政の必要、道州制の発想、公害除去、国鉄財政の救済、国、地方、国鉄の三分担（負担）といった形、地方事務官制の残存、など、地方に対する国の監督は、助成の域を越えていく傾向にあるようである。これも亦、中央行政権が、すべての国家機関の上に立つという形になってくる傾向の実証ではないであろうか。

司法権の関係について：憲法は、司法権は、「裁判所に属す」とし、「裁判官は良心と法律にのみ拘束される」として、三権分立であることをうたっている。前に、立法と行政の関係は、分立とは、いいがたいことをのべたが、現行憲法上、少くとも形の上では、司法機関と、地方自治については、三権分立乃至、その垂流に属するものといえる。司法機関と行政機関の関係が、人事の面では必ずしも分立といえず、むしろ、行政に従属しているといえるかもしれないことはすでにのべたところであるが、権限上も疑問点がないとはいえないので、まとめておくことにする。形の上で、各国共、多かれ少かれ、裁判所に強い権限をみとめようとする傾向にある理由は、人権の保障のためである。公正な裁判の制度をつくることは、裁判機構を通じて人権が確保されることになるし、人権の保障と司法権の関係は、絶対主義の権力支配に対する国民の権利保護ということになる。しかし最近のすう勢は、公共の福祉をめぐる、デモクラシーそのものと、個人の基本権の調整が問題化してきている現状である。最大多数の最大幸福は、民主主義の理想ではあるが、多数者の法が、公共の福祉の美名にかくれて権力の名において行われるということになれば、それは、個人より社会の優先ということになり、一種の全体主義的専制に逆行するのではないかという疑がある。憲法は、法の下での平等をいい、「人種、信条、財産、社会的地位、門地、性別などによって差別されず、人はすべて個人として尊重される」という。しかし、「すべて個人として尊重される」という点には、疑点があるのではないであろうか。たしかに、18世紀末に発生した人権尊重の思想は、まづ、封建的差別を撤廃し、ついで19世紀から20世紀初頭にかけて財産による差別を撤廃してきたといえる。

しかし、20世紀後半の現在、能力による差別がないといえるであろうか。むしろ憲法とは逆に、教育の受益権についても「能力に応じて均しく」として、能力による差別として肯定しているように解せられる。加えて、社会の複雑化、専門化は、必然的にデモクラシーの素人主義と両立しない場面を生じており、職業的行政機関担当者に依て決定された裁量行為によって人権が軽視されるおそれもないとはいえない。今の公害問題、企業保護と国民（住民）の健康、行政機関の実力行使と居住権との問題、交通、宅地造成と文化財保護、公務員、準公務員の争議行為の正当、不当、適法、違法性、さらに、これらのいわゆる実力行使と、これによって蒙る国民（利用者）の精神的、

44) 警察法が改正され、市町村自治警は廃止され、都道府県警に改変されたこと。教育委員会法が改正されて、地方教育行政の組織運営に関する法律が施行され、地教委の任免権は、都道府県教委にうつった。

経済的損失，特別公務員の実力行使の合法性の限界（職権濫用は，著しい人権侵害になる場合がある），医療と研究，安全と合理化といった，およそ半世紀前には法の予想だにできなかった事態が発生している。このような中において憲法改正の発議規定にあるように，憲法自体は，少数者の保護をプログラムのにはあるが，留意しているのであって，裁判所は，それらを具体的に担保する機関であるといえる。この役割をはたすために，司法権の独立の原則があり，職権の独立，裁判官の身分の保障がおこなわれている。旧憲法時代でも，57①によって，「司法権は，天皇の名において，法律により裁判所がおこなう」とし，身分については，一般行政官は命令（天皇の任官大権）によって任免できるとしていたのに対し，裁判官は，法律によらねばならぬ[※] とし，行政府からの独立^(補14) につとめていた。

しかし，明治24年の大津事件で，当時の大審院長の児島惟謙が，行政府の干渉を排して，被告を，現行法で無期懲役に処したことは，今日の目からみれば，罪刑法定主義の原則を貫いたものであっても，結局，担当裁判官の独立であり，司法部の独立ではあっても，司法権の独立とはいえなかったのである。今日は，司法権は，前述の主権の一部として，しかも国民主権の大前提の下にある以上，裁判は，国民の名で行われなければならない，他の二権，（立法，行政）と対等なものではないはずである。ここに新憲法76条の生まれた根拠があるのである。すなわち，「その良心に従い」とは，裁判官個人の良心，信条が率直にということではなく，裁判官という職能そのものがという意味である。この意味で裁判官は，執務不能，公の弾劾，国民審査，以外に罷免されることはなく，在任中報酬を減額されることもないのである。さらに，国会からの独立として，最高機関という名において司法権をおかしてはならないという例として，終戦後間もなく，浦和事件なる^(補15) ものが発生し，この判決が軽すぎるという申し入れを，国政調査権にもとづいて行ない，裁判所は，司法権の独立をもって，これに対抗した。結果，参議院法務委員会の意見として，最高裁の司法権の独立がとおった事例があった。

しかしながら，司法部内における司法行政権からの独立については，任期更新期にあたっての転所拒否と，再任拒否，上司裁判官から担当裁判官への書簡，裁判官任用についての思想傾向との関連についての談話などが，しばしば問題とされ，人権の番人としての裁判所と国民の役割の重大さと，困難が痛感されるのであるが，要は，個々の権利について批判したり，圧力をかけたりすることではなく，目的や，主体，時期，対象，方法に関心を向け，疑点の生じたときは，われわれに与えられたルール（国民審査，その弾劾）によって行なうべきであろう。

（補14）前出NHK大学講座川添利率教授16回人権の確保(3) P.100参照

※ 大日本帝国憲法10条「天皇ハ行政各部ノ官制及文武官ノ俸給ヲ定メ及文武官ヲ任免ス但シ此ノ憲法又ハ他ノ法律ニ特例ヲ掲ケタルモノハ各其ノ条項ニ依ル，同58条裁判官ハ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任ス，裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ処分ニ由ル外其ノ職ヲ免セラルルコトナシ懲戒ノ条規ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」（筆者付線）

（補15）前出NHK大学講座川添利率教授16回人権の確保(3) P.101参照

第 三 章 法 の 種 類

立法、行政、司法の三機関によって法として、定立され、適用され、執行されるもののみが、その国家の法として、そこで通用する。これが国家の実定法である。しかし、国家の実定法のほかにあるいはその根底に人間の当然ふみ行なうべき道を示している。自然法と呼ばれるものがこれであって、古代ギリシヤ人の「道徳的に正しいものについての人間の心の直覚」^(補16)という考えに出發するものである。すなわち、世界を支配するものは、神のえい知ないし意思そのもの（永久法）、人間に手わたされた永久法として、人定法という概念がみちびき出され、この中から、人間を放任するのではなく、社会生活の秩序を維持するためのものとして、実定法が生まれたのであり、自然法と実定法は調和すべきものである、というトーマスの見解が基になったようである。

これに対し、経験主義や実証主義の考え方は、法としてあるものは、すべて、実定法かぎられ、実定法を実定法としてそのままに認識しようとする立場を法実証主義といいケルゼン（Hans Kelsen）のとする立場である。ケルゼンによれば「すべての法規範は根本規範を前提とし、その制約のもとに効力を有するものである点に法の安定性がある」とする。^(補17) こういった考え方から、自然法は正義という絶対的な規準を求めようとするのであるから、戦争を防止して平和を建設するという人類の至上命令と解釈するものもある。そして、これを国際法に持ち込もうとするものは、国家の主権的行動を制約する客観的な法の原則を承認し、これに対する違反には、制裁をもって臨みうる国際組織が建設されなければならない、とする。

○ 成 文 法 と 慣 習 法^(補18)

実定法は、原則として、国家の立法作用によって制定され、国家の司法作用によって保障されている成文法すなわち、文字で書きあらわされた文書の形式をそなえた法形式をとる。しかし、社会生活の諸事実の具体的関係に対して、成文法の規定では適合しない場合がある。したがって、このような形式的一般的な法規にかわって、あるいはこれを補うために、社会生活の実情にかなった規律が自ら生まれ、おこなわれるようになる。地方地方の特殊性に応じてその地域に広く深くおこなわれている「慣習」がこれである。それは、国民生活の具体的事実の中に深く根ざし滲透しているもので、国家の立法行為によって、はじめて定立される。国家法一成文法一とは、次元を異にする成立の基礎をもつ「慣習」は、それが単に慣習として地方地方の特殊性のゆえに、その地方の人々にまもられ、したがわれる規律であるかぎり、「自然法」と同様に、社会規範の一種にとどまる。しかし、国家の立法作用によって、正規の強制をあたえられ、あるいは、裁判所が慣習による裁判

^(補16) 尾高朝雄編：「法学概論」青林書院P. 61

^(補17) 前出法学概論P. 64

^(補18) 前出法学概論P. 71—72

を適当とし、慣習の効果を保障する判決を行なった場合、慣習の効果を保障する判決を行なった場合、慣習は「法」となる。この時点で慣習法が成立し、秩序の一部となる。

○ 公 法 と 私 法^(補19)

成文法と慣習法の区別が、形式的または生成原因からする区別であるが、公法と私法との場合は、法の内容からする区別といえる。

法的関係に立つ者の一方が国家ないし公共団体であるときは、その法関係を規制する法は、公法であり、関係双方がともに私人のときは、私法であるとする見解がある（関係説）。この立場からは、公法は、上下支配服従の関係を規制するものであり、私法は、平等並立の関係を規制するものであるといえるであろう。しかし、私法も法である以上、強制規範として裁判の規準となる。その点、公法と異なるところはなく、国家作用にむすびついている。（利益説）の立場は、国家あるいは、社会の公益をまもる法は公法で、私人としての国民の利益をまもる法は私法であるとする。

○ 一 般 法 と 特 別 法

一般法とは、普通一般に適用される法であり、特別法とは、特別の事項、特別の身分の者に適用される法である。たとえば、私法の分野では、商法は民法に対する特別法であり、手形小切手法、海商法、保険法は、商法に対する特別法である。

また公法の分野でいえば、旧陸軍軍法会議法は、旧裁判所構成法に対する特別法であり、教育公務員特例法は、国家公務員法、地方公務員法に対する特別法であり、公共企業体労働関係調整法は、労働組合法に対する特別法であるといえる。

特別法と一般法はその規律する適用範囲が異なるだけでなく、適用される側から見ると、一般には、禁止されている事項が、特定の者に対しては許される場合がある。たとえば、商人としての資格にもとづく商法の適用、軍人たるの資格にもとづく旧陸軍軍法会議法、犯罪捜査の対象が場所的に特別事項であるため刑事訴訟法に対して特別法の地位を占めるものに、海上保安庁法（に定める海上保安官および保安官補の捜査）、鉄道公安職員の職務に関する法律、犯罪捜査の対象が事件として特別事項であるものとして、労働基準法に定める労働基準監督官の行なう捜査、国税庁調査官の行なう捜査などが考えられる。

実 体 法 と 手 続 法

実体法とは、本体をあらわす法であり、手続法は、その手続をあらわす法である。例えば、刑法に対する刑事訴訟法、民法に対する民事訴訟法などである。

（補19）前出法学概論P P．77—78

判 例

これは、裁判の先例であるが、判決としてくり返えされると、抽象的な法則を生ずるから、^(補20)やはり一種の法と考えてよいのである。

裁判、判決によって明らかにされ、将来に向かって遵守される規範も判例であって、判例法とよばれるが、ただ一回であっても、そこに合理性が存在するかぎり、将来に向っての規範としての価値をもつので、判例と呼ばれることがある。

英米法系では判例が最も重要な法源であり、^(補21)判例法の国であるといわれるが、成文法を中心とするわが国で判例を法源と認めるかどうかについて争いがある。

わが国では、上級審の判断はその事件についてだけ下級審を拘束するにすぎず（裁判所法4条）、また最高裁の判決も大法廷の判決によって変更することができるから（同10条3項）、判例の拘束力は制度的には保障されていない。しかし実際には、最高裁判所は軽々しく判例を変更しないし、下級審では最高裁判所で破られるような判決は容易にしない。また一般人も敗訴しないためには、判例に従って行動しなければならぬ。こうして判例の拘束力は事実上は、きわめて大きい。そしてこれを重視する者は判例を直ちに法源であるとするが、これを否定する者も判例が反覆により、慣習法として法源の地位を占めるようになることをみとめている。

判例法主義⁴⁵⁾について付言すると、イギリスにおいて、国会主権という憲法原理から、当然に国会の制定する法律は最高の法とされ、判例法を自由に改廃できると考えられている。アメリカにおいても、法律は効力において判例法にまさり、判例法に低触する法律も有効とされる。この場合は、判例法の修正という現象がおこる。しかし、判例法は、全体の法秩序の基礎をなし、それ自体として完結した体系をなしていること、制定法はいかに効力においてまさるとしても、それだけでは、連絡のない規範の不統一な集合をなすにすぎない。

法典国では民法典や刑法典がそれだけでは実質上の欠陥をもち、借地法のような特別法はもとより、さらに判例法による解釈などをもって補充をうけなければならないとしており、ともかく包括的な規制を行なうのと同様に、英米においては判例法とくにコモンローが基本的法形式であり、制定法はあくまで判例法を前提として構成されている。

判 例 拘 束 の 原 理

そこに含まれる法原則が一般的拘束力をもつ法規範となり、のちの事件を拘束するという原理であり、ゲルホンは、「概して、アメリカの裁判所は用心深く先例拘束性の原則に従っており、もしそうしなかったら、判例法体系は働きえないことになるだろう。予測可能性は、法の重要な要素で

^(補20) 前出新法律学辞典 P.1005

^(補21) 前出新法律学辞典 P.1005

45) 伊藤正己：アメリカ法入門，日本評論社 P.48

ある。もし昨年または前世紀の判決が、明日の期待をうち立てるべき固い基礎でなかったら、予測可能性は全然存在しないことになる。…過去の判決固守が一般的慣行である。この慣行がなければ、判例法の体系は、はなはだしい混乱と矛盾に陥ることであろう、⁴⁶⁾ といっている。そして誤ったと思われる判例や時代とともに社会に適合しなくなった判決も、もとより拘束力を失なうことはない。それを修正するのは立法であり、立法部がその行動を通じて将来にわたって判例の変更を行なうことがのぞましいが、イギリスのように、判例を区別する技術によって、先例の拘束力の範囲を限定することはできるのであって、これによって、判例法の新しい発展をみちびき、時代に即応させることができるという判例法そのものに内在する適応手段をみのがすることはできない。

イギリスにあっては、最高裁判所たる貴族院の判決には絶対的拘束力を認められているのに反して、アメリカの連邦最高裁判所の判決が、しばしば覆えられ、それも短い年月ののちに変更をうけたことは、判例法主義への信頼を根底から動揺させたといえる。このことについて、学者の中には、アメリカ法が、徐々にイギリスの判例法主義から大陸的成文法主義に近づいてゆく⁴⁷⁾ ことであるというものもある。

○ 条 約

条約は、国家がその主権作用に基いて、外国と締結するものであり、その効力を、国内法に優先させるのが通例である。しかし、国内法のうちの最高法規たる憲法との優劣については、各国まちまちである。すなわち、国家主権主義を貫徹すれば、憲法は当然、条約に優先するが、国際協調主義乃至、国連憲章に徹すれば、憲法は条約に一步ゆづらざるを得ないのである。わが国において、憲法条文上は、条約は憲法と同格以上と解釈できるが、砂川事件のように第一番が、憲法優位、最高裁判決が条約優位と考えられる判断をしており、一概に決しがたいところである。⁴⁸⁾

○ 条 例

各地方公共団体が公事務を処理するために憲法ならびに地方自治法の自治立法権の規定に基いて制定した法形式であり、違反に対して罰則を設けることができるが、法律の規制をうけ、その内容が、法律、憲法に違反するとき裁判所の判断の対象とせられることは勿論である。最近の新潟県公安条例合憲判決や東京都公安条例合憲判決は、この例である。

46) ゲルホン「基本的人権」早川、山田訳有斐閣1959 P P. 22～3

47) 前出アメリカ法入門 P P. 53—57

48) 第一審東京地裁判決（昭 34. 3. 30）「～安保条約が極東の平和と安全の維持のためという米軍の広範囲な出動をみとめていることは～憲法の精神に、反する疑いがある。」と、最高裁判決（昭34. 12. 16）「安保条約について、米軍は、第9条2項前段「の戦力」ではない。その目的が「わが国およびわが国を含めた極東の平和と安全を維持し、再び戦争の惨禍が起らないようにすることに存し…わが国がその防衛力の不足を、平和を、愛好する諸国民の公正と信義に信頼して補なおうとしたものに外ならないこと」によって、その駐留は、第9条、第98条第2項及び前文の趣旨に適合こそすれ、一見極めて明白に違憲無効であるとは到底認められない。

○ 法の段階について

法の種類について、縦わりの状態から見てきたのであるが、これを横わり状態、すなわち、段階の面から見ると、つぎようになる。

憲法→法律→命令→規則→処分、これは法律をもって憲法を改正することはできず、命令をもって法律を、規則をもって命令を、処分をもって規則を変更することはできないことを意味する。けれど、憲法は国家の根本法であり、最高法規であるから、憲法の下に成立するところの国会で制定された法律に優り、行政機関が法律の規定実施のために出す命令に優り、命令は、その細目化の規則より優り、規則は、さらに行政庁が具体的、個別的に行なう処分より優先するのは、当然である。例をあげてみると、憲法と皇室典範は、前者が憲法であり、後者が法律であるから、前者をもつて後者を変更することはできるが、後者をもつて前者を変更することはできない。旧憲法時代の皇室典範は、憲法と一体をなすものであったから、憲法をもつてしてもこれを変更することはできなかったと解せられる。法律と命令、規則の関係については、刑事訴訟法と刑事訴訟規則、学校教育法と学位規則、学校教育法と大学設置基準（命令）、外国人登録法と入国管理令（命令）、国立学校設置法と国立学校設置規則、教育職員免許法と教育職員免許法施行令（命令）←省令などの関係がこの例である。ちなみに、この段階の例外をなすものとして、旧憲法時代の、天皇の執行命令（9条）、緊急命令（8条）があり、いずれも勅令であったが、9条のものは、法律と同格であり、8条のものは、法律に代るものであるが、非常大権に属する独立命令であったため、法律と同等以上と解釈された。

また、ポツダム緊急勅令といわれる昭和20年9月20日の勅令542号は、ポツダム宣言の受諾に伴い、^{（補22）} 連合国最高司令官の命令を実施するために前記の緊急勅令の形で定めたものであり、内容は連合国最高司令官の要求が立法事項である場合、一々法律をもって定めることが不可能、不適當である場合に應ずるため、一括して授權法として定めたものであり、占領管理のための超憲法的規範といわれた。すなわち、連合国最高司令官が事実上の支配者であったが、占領管理のために、日本国の憲法以下の法規と秩序を利用したという形である。

（補22）日本政府のポツダム宣言受諾の申入に対し、8月11日付を以て米英、ソ、中の四国政府を代表して米
国政府より回答、8月13日に日本政府に到達、同回答中に「降伏ノ時ヨリ天皇及日本国政府ノ国家統治ノ権
限ハ降伏条項ノ実施ノ為其ノ必要ト認ムル措置ヲ執ル連合国最高司令官ノ制限ノ下ニ置カルモノトス」と
あり、降伏条項（9月2日、政府、大本營代表者と連合国最高司令官及び米、中、英、ソ、濠、カナダ、
仏、蘭、ニュージーランドの諸国代表者との間に降伏文書調印）第二項「日本の統治権は其の間連合国最高
司令官の命令の下に服し、日本国政府は其の命令に服従する義務あるもので、日本は其の限度において其の
最高独立性を失うこと→前出美濃部達吉著宮沢俊義増補新憲法概論 P.P.3—4参照なお、前出新法律学辞
典 P.1135参照

第 四 章

法 の は た ら き

○ (総 説)

さきに、まとめの所で畧述したが、国家の根本法としての憲法の下に、国家の秩序に違反した場合の犯罪と刑罰を規定する刑法、私人相互の関係を規律する民法、商人たる資格をもつものの関係を規律する商法、雇傭者間の労働条件を規律する労働法などが、機能面からは考えられる。しかし、法の精神は、どこ迄も、憲法の基本権の尊重の下に、公共の秩序維持と、福祉の増進にあるのであるから、以下、国家社会に対する個人の責任と権利という観点で分説、整理してみたいと思う。

刑法は、国民の倫理感に非常に近い規範であることがみとめられるのであるが、それに違反したとき、国家の手で、国民の名によって処罰される。このことは逆にいえば、刑法は、国家の安寧秩序を維持し、国民の幸福すなわち生命、自由、財産を保護するためにあるのであるが、その制裁もまた、生命、自由、財産の剝奪である以上、その適用は、きわめて慎重でなければならぬといえる。すなわち、基本権の尊重のために、他の基本権が侵害される可能性もあるのであり、その手続を厳正にするために刑事訴訟法があるのであるが、このことは刑事人権にゆずるとして、ここでは、刑法を個人の行為と刑責という形でのべてみたい。

刑罰各条文は、すべて「……の行為をなしたるものは……の罪となし……（死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料）に処する」としており、逆にいえば、……の行為をしない者は、処罰されない→刑責から自由であるということの意味する。これを罪刑法定主義といい、犯罪なければ、刑罰なく、刑罰なければ犯罪なし、犯罪者のマグナカルタといわれる所以である。

おおむね犯罪は、刑罰規定の定める型概念→「人ヲ殺シタル」（199）とか、「火ヲ放テ現ニ人ノ住居ニ使用シ又ハ人ノ現在スル建造物、汽車、電車、艦船若クハ鉤抗ヲ焼燬シタル者ハ」（108）とか、「人ノ身体ヲ傷害シタル者ハ」（204）とか、「他人ノ財物ヲ窃取シタル者ハ」（235）のようなものを、犯罪構成要件といい、この要件を罪を犯かすの意すなわち故意を以て犯かし、しかも有責であったときはじめて、処罰されるのである。それ故、故意がない場合は、過失そのものが型概念になっている場合、たとえば過失傷害とか、業務上過失傷害、過失致死、過失往來危険、失火罪のようなもののほかは処罰されることはない。また故意があっても、法律上正当とされる行為、たとえば、刑務所における死刑の執行行為や、警察官の正当なけん銃使用に依る犯罪けん疑者の殺傷行為、医師の治療行為、親権者や教師の懲戒行為などは表面上は、殺人傷害、監禁のように見えてもそれ自体犯罪ではないのである。そしてその行為は、原則として、犯罪の実行に着手し、これを遂げた時処罰され、未だ遂げないものは、未遂犯を処罰する旨を、刑法各本条にかかげている場合

のみである。実行に着手さえしていない状態のものは、予備、陰謀と称し、特にこれを構成要件としているもののみが犯罪となるにすぎない。さらに以上のすべての条件がととのっていたとしても、行為者が犯かすとき、正常な精神能力をもたなかったり、もっていたとしても不充分であったりすれば、刑を減輕されたり免除されたりする。

いわゆる14才未満の刑事責任無能力は、全く犯罪能力なしとされるが、20才未満の者の行為や、心身喪失者、心身耗弱者の行為がこれに相当する。また責任を阻却される場合として、緊急避難がある（正当防衛については、違法性阻却という考え方と責任阻却という考え方とがあるから注意を要する）。また行為の時、行為者に適法な行為を期待できなかった場合は、やはり期待可能性のないものとして責任が阻却される。また、錯誤と称して、犯罪になるとしなかった場合も、やはり犯罪になるが、軽罪と錯誤して重罪を犯かした場合重く処罰できないということが定められている。

以下以上のことを、項目にわけて説明する。

○ 未 遂 と 既 遂

犯罪の実行に着手して、未だこれを遂げざる者を未遂という。遂げたものを既遂という。

「未だこれを遂げざる」とは、構成要件該当の行為を認識し、その内容の実現を意図しながら実現の結果を生じなかったことである。

未遂犯は、既遂犯に対し、その刑を軽減することができ^(補23)、また未遂犯は、刑法各本条に「本罪、未遂犯はこれを罰する」旨の規定がない限り、罰せられることはない（刑44）。

これは、犯罪の対社会的影響を重視した結果であろうが、犯罪という反社会的行為の罪責からいえば、刑に差等をつけることは不合理といわねばならない。ただし、本人の自発的意思により、犯罪の発生を防止した場合は、中止未遂（43後段）として、必ず刑を減輕または免除される。

リストは、中止未遂を「引き返すための黄金の架け橋」^(補24)（die goldene Brücke zum Rückzuge）というが、刑事政策的にきわめて当を得た規定であるといえる。

故 意 と 過 失

故意とは、刑法（38①下段）にいう「罪を犯す」の意である。「罪を犯す」とは、犯罪構成要件該当性を認識しつつ行為にでることである。

過失とは、上記の認識をなすべきであったのに不拘、注意義務に反して、認識を欠き、結果が発

（補23）徳川時代 300年の後半期において、その生活を支配していた法制の根源であった御定書第70条火附御仕置之事○火を附候者火罪但もへ立不申候ハハ引廻之上死罪、教唆の場合も、68条に火附御仕置之事○とし一火を附候もの或ハ人を頼ミ火為附候而も火罪但燃立不申候ハハ引廻之上死罪捨札三十日：奥野彦六：定本御定書の研究、酒井書店1968、10、15発行 P.P.545—546参照とあり、未遂は、既遂より軽く罰せられたようである。（火罪は火あぶり、死罪は斬首で前者の方が重刑とされた。）

（補24）井上正治：「刑法学総則」朝倉書店昭和26年6月30日 P.197参照

生した場合である。116（失火），117（激発物破裂），117の2（業務上過失，重過失）122（過失侵害），129（過失往来危険），209①（過失傷害），210（過失致死）等の場合である。

刑法上は，故意のみを罰することを原則とし，過失を罰するのは，過失そのものが犯罪として，可罰類型に規定されていなければならない。

例えば，過失犯のうち，211（業務上過失致死傷）というものがあり，一般の過失より重く罰せられることになっている。宗教上の倫理からいえば，過失は処罰すべきではないし（例，新約聖書「父よ彼等を許し給え，彼等はそのなす所を知らざればなり」）過失の内，業務上過失を特に重く罰することは，法の下での平等を唱える憲法の問題から問題がないとはいえない。しかし特に危険な業務を行う者に通常以上の注意義務を課することは，複雑化して行く社会機構の中において，公共の福祉のための対社会的責任であり，合理的差別と解釈できる。

「業務」とは必ずしも業として行なうことを要するわけではなく，一定の資格を要する行為を無資格の者が行なって発生した結果についても「業務上過失」の刑責を問われる。

故意と過失の概念のうち，注意を要するのは，未必の故意と認識ある過失の相違である。未必の故意とは，結果発生の危険を予知できなかったわけではないが結果の発生を積極的に抑止する意思のなかった場合の結果発生であり，たとえば，窓外を見ずに物を落しても人の通ることはまづあるまいが，もし，たまたま通行人があつてけがをしても構わない。という認識で傷害事故が発生した場合がこれである。これに反し，雑踏の中に乗り入れて，危険ではあるが，自分の運転技術をもってすれば，まづ大丈夫と思って，事故をおこしたような場合は，認識ある過失として区別される。すなわち，後者の場合は，結果発生の危険を予知できたが，結果を防止できると判断して行為に出た場合の結果発生をいう。

故意と過失について今一つ問題になるのは，刑法38②にいう「罪本重カル可クシテ犯ストキ知ラサル者ハ，重キニ從テ処断スルヲ得ス」の概念である。要するに，重罪であることを知らずに，罪を犯した者に，罪一等を加えてはならないということである。しかし反面，「法の不知は許さず」という概念があり，事実の錯誤は故意を阻却するが，法律の錯誤は故意を阻却しないという妥協が結論になっている現状である。

罪刑法定主義の概念をつらぬけば，当然ではあるが，罰則を伴う法令の改廃とくに，特別法，政令が老大な数にのぼり，かつ特別法のなかには，一般人には，なじみにくいものが多い昨今，人権保護の上からは，問題がないとはいえない。

予 備 と 陰 謀

予備とは犯罪の準備をすることである。前章にのべた未遂が，犯罪の実行に着手して遂げないものであるが，予備とは着手の前の段階と定義できる。予備が処罰されるのは，内乱（78），外患（88），私戦（93），殺人（201）であって，陰謀は，予備の更に前の段階である。通俗的には，計

画の段階である。内心の自由は、罪刑法定主義の建て前からいって、保障されるべきであり、具体的実害を生じない陰謀を処罰する範囲を限定するのは当然であろう。ただし、国家、政府そのものをてん覆、破壊するような挙に出るような行為がこの段階で処罰されるのは、国民の意思によって作られた法と、その下に成立した国家や政府を破壊することであり、秩序そのものの否定にほかならないからである。

○ 正 犯 と 共 犯

犯罪は一行為者が犯し、その刑責を問うのを原則とする。しかし、賄賂罪のように、はじめから、贈る者と受ける者が予定される犯罪（対向関係）、騒擾罪（106）、内乱（77）のように衆合が前提とされるような犯罪がある。このようなものをとくに必要的共犯というが、必要的でなくても、犯罪が複数者によって行なわれ、その中の特定行為の結果責任の追及が、技術的に不可能なため、便宜的に行為者全部を加功者と看做し、差等をつけない（共同不法行為）ような場合が考えられる。（207）。

刑法は、犯罪を自ら計画し実行したものを正犯、これに加功したものを共犯とし、共犯をさらに（共同正犯（60）教唆犯、従犯に区別し、「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタ者ハ皆正犯トス」として、構成要件該当行為を共同して行なった者は、甲乙なく正犯としている。しかし「共同して」には、疑義があるのであって、行為の共同であるか、犯意の共同を以て足りるか、あるいは、その両者を必要とするか争のある所である。判例の中には、犯意のみの共同を以て足るとするものがあるが、（共謀共同正犯）、前章にのべた内心の自由を強調する立場をとれば、人権擁護上問題なしとはいえない。ちなみに、教唆犯とは、人に犯罪実行の決意を生じさせること（刑61①）であり、従犯（幫助犯）とは、正犯を幫助する意思、と行為をもって、幫助した者である（62）。

○ 不 作 為 犯 と 作 為 犯

作為犯とは、禁止命令に違反することによって成立する犯罪である。「人ヲ殺シタル者ハ死刑、又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ処スル」（199）といえ、「人を殺してはならない」という禁止令に違反したものに「死刑、または無期懲役、若くは、三年以上の懲役という制裁がある」ということである。同様に、（235）竊盗罪は、他人の者を盗ってはならないという禁止であり、（230①）名誉毀損は、犯人の名誉を傷つけてはならないということであり、（256）贓物罪は、盗品とわかっている物を貰ったり、買ったりしてはならないということであり、偽証罪（169）は、法廷で証人となったものが嘘の陳述をしてはならない、ということである。このように刑法は、禁止命令を規定したものが大部分ではあるが、社会生活の平穏と静謐という面からのみ、みれば、これだけでは充分でない。すなわち、ある行為に出なかったために、社会、公衆に取り返しのつかない迷惑と損失を及ぼすことがあるからである。「不作為」とは、このような概念であって、真正不作為犯

と、不真正不作為犯にわけられる、前者は、作為命令に反することで成立し、^(補25) 後者は不作為によって作為を犯すことで成立する。不解散罪(107)、不退去罪(130①)、の變死者密葬罪(192)、不保護罪(218①)は、前者の例であり、母親が乳児に授乳しないで餓死させるとか、失火者が現認しながら消火しないとか、鉄道係員が不注意で転轍しなかったために列車をてん覆させたような場合である。

○ 刑法における故意過失と民法における故意過失の比較

民法における故意、過失の概念も、刑法におけるそれと同様に解してよい。ただ結果責任が、刑責でなく、被害者に対する心的物的の補償責任(慰籍料)の形をとる点が相違するだけである。

民法は709条において、故意と過失を不法行為としてとらえ、被害者は加害者に対し、損害てんばのための債権を発生するというとらえ方をしている。このことは、故意と過失を区分しない点で、律令にいう「贖」の概念の民事への導入とも考えられるが、最近の産業社会の発展は、大企業による公害を、刑事について、公害罪、民事について無過失責任をみとめようとする傾向にあることは、基本権の尊重と社会的責任すなわち「贖」の概念からすれば、民、刑を問はず、故意と過失を区別する理由は消滅するであろう。

さらに、最近のすう勢は、国家をも、一つの法人ととらえ(国家法人説)、法の下における平等は、国家内の国民相互の平等にとどまらず、国民個人対国家もまた平等であるとの観点に立っている。国家賠償法1条の規定は、このような法意に基くものと解する。

ちなみに、民法における悪意と善意も、刑法にいう「罪ヲ犯スノ意」とは異質の概念である。前者は、単に「しっていた」を意味するのに反し、後者は、積局的な犯罪構成要件の実現の意図を意味するからである。このことは、民法32①、94②、112、162②、186、189～192等にあきらかである。

○ 刑事責任と民事責任の比較

現代諸国家の法制は、程度の差こそあれ、自己帰責の原則が貫かれているようである。権力の発する所、責任もまた帰するのであって、対社会的にみれば、法を犯かさぬ者は自由であり、法を犯かしたと疑われる場合でも、正当な裁判をうけて有罪とされないかぎり、処罰されることはない(憲31、32、33、37①、39、旧憲23、24)、外国例をみても、ソビエト刑事訴訟法は、①「いかなる者も、法律に定められた基礎と場合によらなければ、被疑者として刑事責任を追及されず」②「い

(補25) この点につき、通説では、構成要件がその内容として不作為即ち消極的行為を規定している場合をいうと解し、真正不作為犯のみが不作為犯で、不真正不作為犯は、真正不作為犯(不解散、不退去、變死者密葬、不保護)以外のすべての犯罪につき原則として成立しうるものとされる(窃盗と、住居侵入についてだけ例外的に問題がある) 滝川幸辰：「刑事法学辞典(増補版)有斐閣昭和43年12月1日再版第6刷P.667

かなる者も、裁判所の判決によらなければ有罪とされ、刑罰を科せられない」^{※イ}とし、合衆国憲法修正第5条は^{※ロ}「何人も大陪審の告発または起訴によるのでなければ、死刑または自由刑を科せられる犯罪の責を追わされない。何人も同一犯罪について、重ねて生命または身体の危険に臨ましめられない。正当な法の手続によらないで、生命、自由または財産を奪われない。

ボン憲法（1949年5月23日ドイツ連邦共和国基本法（103②「ある行為は、その行為がなされる前に、その可罰性が法律で定められていた場合にのみ、これを処罰することができる」^{※ハ}→一事不再理の原則。

フランス憲法（人間及び市民の権利宣言第8条）1791. 9. 3憲法「法律は、厳格かつ明白に必要な刑罰のみを定めるべきであり、何人も犯罪に先立って制定、公布され、かつ適法に施行された法律によるほか、処罰されることはない」^{※ニ}

1810年フランス刑法典4条「いかなる違警罪、軽罪または重罪も、その犯行前に法律の定めていない刑をもって処罰することはできない」^{※ホ}といった例である。

しかしこれは、いずれも、正常な社会人としての能力をもつ者を対象にした規定であり、社会的平均に達しない者、たとえば、年少であるとか、成人であっても責任能力の充分でない者についての法律上の取り扱いは一律ではない。

刑法においては、故意または過失をもって、構成要件の内容を実現すれば、一応形式的には、違法ということになるが、それは直ちに刑責を問い得ることにはならない。

刑事責任を問い得るためには、その行為者が有責でなければならない。未成年者のうち14才に満たない者の行為は、絶対的責任無能力者⁴⁹⁾として処罰されない（刑41）、心神喪失者の行為（39）も同様であり、癡癡者（つんぽでおしの者）の行為はこれに準ずる（40、なお後段参照）。

しかし、刑法で責任能力を充分でないとする者は、これに限らず、通常人であっても、行為当時の客観状況からみて、到底、適法な行為によることを期待できぬ場合も、責任能力なし、あるいは、これに準ずるものとみるのである。

すなわち、急迫不正な侵害に対し自己または、他人の権利を守るためにやむことを得ざるに出たる行為（正当防衛）〔刑36条〕がこれに当り、刑37条の「自己又ハ他人ノ生命、身体、自由、若クハ財産ニ対スル現在ノ危難ヲ避クルタメ己ムコトヲ得サルニ出テタル行為ハ其行為カラ出タル害ソノ避ケントシタ害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限リコレヲ罰セス」とする緊急避難については、責任阻

※イ 稲子恒夫：ソビエト法入門，法律文化社1968. 6. 10第2刷P. 19

※ロ 前出憲法の系譜P. 185

※ハ 高木八尺，末延三次，宮沢俊義編岩波文庫5741—5744：人権宣言集：岩波書店P. 228

※ニ 野村敬造：フランス憲法，行政法概論，有信堂，昭和37年2月20日P. 444

※ホ 野村敬造：フランス憲法と基本的人権，有信堂，昭和41年2月1日P. 104（フランス憲法，行政法概論下巻）

49) 少年法：満20才未満の者に対する措置

却とするものと違法阻却とするものが対立⁵⁰⁾ している。

正当行為は違法阻却原因とされ、労働組合法 1 条 2 項の団体交渉や、警察官職務執行法 7 条の武器の使用、刑事訴訟法 213 条の私人による現行犯人の逮捕、学校教育法 11 条の教員の懲戒権、監獄法 71 条①による死刑の執行などは、この例である。

以上の責任能力を民法の側から対比してみると、能力を意思能力と行為能力にわけている点、意思能力を刑法の満 14 才未満の者や、心神喪失者のラインと考え、行為能力を満 20 才以上の者にとらえることによって、同一性をみいだすことができると思う。民法の判例と通説は、ドイツ民法 105 条と、スイス民法 18 条にならって幼年者と精神傷害者を意思能力のない者と想定し 712、713 の責任無能力者としている。[※] けだし、民法の想定する「人」は、刑法のように犯罪能力をもち、犯罪責任を問いうる「人」ではなく、権利を享有できる地位の主体であり、(民法 1、1 の三) その権利は、相続とか、贈与、売買などの契約によらなければ取得できない。

これらの取得原因のうちでは、各人がその欲する所に従ってなす行為(法律行為)が最も主要なものであるが、これらの行為は普通精神能力を有する者なら問題ないが、そうでない者に単独にやらせると自由競争の犠牲となる危険がある。そこで前記のような者は、単独では法律行為をなしえず、法律的には効力を生じさせないこと(無効)にしているのである。すなわち、意思能力とは、法律がある人の意思に法律上の効果をあたえる価値があると考えられた判断能力であり、本人ならびに相手方の保護と、私人間の取引の安全が目的である。この意味で、刑法上の責任能力とは意義を異にする。

○ 民法について

民法は、条文が龐大であり、特定の職業や、分野にある者をのぞき親しまれていないが、一般人が、常識と慣習、条理で処理している問題がほとんど民法の支配をうけているのであり、一致する場合は問題がないが、強行規定と常識、慣習、条理が一致しない場合は、善意のものが思わぬ損失を蒙ったり、悪意の者が法網の裏をくぐって、有利な立場に立つ場合がある。民法は、刑法とちがいで、人の処罰を目的とせず、取引の安全と、社会秩序の維持という私人生活の規律を定めるものである。そういう意味で、国家社会の中で生活する国民相互の権利の自覚を学生にさせておく必要がある。

以下、できるだけ簡略に、私権の享有と行使の関係を人、財産権、身分権に三大別して解説する。

民法上の私権の享有主体としての人の存在は、出生に始まる。(民法 1 条の 3)。人は、20 才に

50) これを違法阻却とするものは、もし責任阻却とすれば、正当防衛に対して、さらに正当防衛をみとめなければならないからとする。これを責任阻却とするものは、正対正の関係なりとする。違法阻却とするものは、後段の法益均衡に着目する。なおこの点につき青柳文雄：テキスト刑法立花書房昭 39、1.20 P.65 参照

※ 我妻栄，民法総則（民法講義 1）岩波書店刊行昭和 26、6、10 P.50 参照

なれば、行為能力がみとめられる。行為能力とは、自分の意思を自分で決定し、それにもとづいて法律行為をなし、その結果に対して責任を負う能力である。勿論、人間として基本的人権の主体たりうる能力は、出生によってはじまるのであるから、これとは全く別個の概念である。

民法は、行為能力のない者、不十分な者を無能力者として、その行為を取消し得るものとして、あるいは、補完しうるものとして本人の保護をはかるとともに、相手方も保護している。

民法が無能力者とするものは、前記の満20才に達しないもの（未成年者）、心神喪失の常況にある者（禁治産者）、心神耗弱者、聾者、啞者、盲者、及び浪費者（準禁治産者）であり、これらの者がなし得る行為の範囲を規定している。

すなわち未成年者は、権利だけを不得、義務を免れるような行為のほかは、すべて法定代理人の同意を要し、これに反した行為は取消しの対象になる。もっとも一定限度額の財産と、単位をきめた営業について、法定代理人が許可したときは例外である。禁治産者には後見人を付けることになっており、単独でできる行為はなく、すべて後見人が行なわねばならない。準禁治産者は、保佐人を付けることになっており、特定の行為だけ保佐人の同意を要するものとされる。特定の行為とは、① 元本を領収し又は之を利用すること ② 借財又は保証をなすこと ③ 不動産は重要な動産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること ④ 訴訟行為をなすこと ⑤ 贈与、和解又は仲裁契約をなすこと ⑥ 相続を承認し又は之を抛棄すること ⑦ 贈与若しくは遺贈を拒絶し又は負担付の贈与若しくは遺贈を受諾すること ⑧ 新築、改築、増築又は大修繕をなすこと ⑨ 10年をこえる山林の賃貸借（樹木の栽植又は伐採を目的とする）、5年をこえるその他の土地の賃貸借、3年をこえる建物の賃貸借、6ヶ月をこえる動産の賃貸借をいう（民法12条）が、家庭裁判所が、これ以外に同意事項をきめることはある（12②）。しかし禁治産者も、婚姻、離婚、認知、養子縁組、離縁遺言などの行為は単独に行なうことができ、準禁治産者も認知、遺言などは、保佐人の同意なしに行なうことができる（780、962）。身分法上の行為については、本人の意思を尊重するという趣旨である。意思能力の不十分な者に対する保護はそれで足りるとして、相手方は、いつ取消されるかわからないという不安と不利益があるから、法は、無能力者が能力者になった場合、1ヶ月以上の期間内に追認するかどうかをたづねて、返事をしなければ、追認したものとみなすことにし、能力者にならなかった時の法定代理人に対する催促、特別方法を要する場合も、これと同列に扱っている。

準禁治産者に対し保佐人の同意を得て追認せよといって、返事のない場合は、取消しがあったものとみなす（19①～④）。これは、かんたんに有効な行為にできるのに、しないのは、「取消し」の意思があったものとし、かんたんに有効な行為にできないものは、追認したとみなす方が当事者の意思を尊重したと考えたからである。

無能力者が能力者であるような詐術を用いた場合、たとえば、未成年者が「自分は、成年に達している」というようなていを装った時は、成人同様の責任を負わされる。→その行為を取消すことができなくなる。（20）。なお、旧法にあった妻の無能力規定が削除されたことは、憲法の両性平等

の精神の実現である。そのほか、未成年者といえども、父母の同意を得て（737）婚姻すると、成人としての行為能力をみとめられ、責任を負わなければならない（753）ことに注意を要する。

無能力者が代理人になったとき、無能力者たるの理由でその行為を取り消すことができない（102）というのも、前記の詐術行為を働いた無能力者を能力者に擬制するのと同趣旨であろう（20）。

人は、自ら思考し、その意思を発表し、その表示を信頼したものに対し責任を負うのが本然の姿である。一たん意思を発表しておきながら、あれは嘘だった、じょう談だった、思いちがい、勘ちがいだった、人にだまされた、おどかされた、では、周囲に不測の損害や迷惑をかけることになる。そうかといって、ミスの訂正を一切みとめないことは、表意者に酷である。この調整が規定されているのであって、本心でないことを自覚して意思表示をしても、そのとおりの効力を発し、相手方がウソを承知または、常識でウソとわかるような表示だけが無効になる（93）。お互い同志のウソは問題にならなくても、それを信用した第三者にあれはウソだったとはいえない（94）。

表示内容に思いちがいがあれば無効、ただ、あまり大きな思いちがいがあれば、表示したものの方から無効にしてくれとはいえない。だまされたり、おどかされたりしたための意思表示は、取り消せる。しかし、第三者がウソをいったための事故は、相手が、そのいきさつをしらなければ、取り消せない。だまされたものは、意思表示を取り消してもそれは相手方だけのことで、それを信用した第三者が善意ならそのものに対しては取り消せない（96①～③）としている。

はなれた土地にいるものに対しては、相手にとどかなければいけない。意思表示をしてのち、死んだり、無能力になったとしても意思表示は有効、というような規定の仕方をしている。

法律行為は、本人がするのが原則であるが、代理ということがみとめられており、代理人は、だれその代理であるということを明らかにして（99）、自分の権限内で意思を表示し、それが本人の意思表示になる点に特色があり、完成された意思のメッセンジャーにすぎない使者や、他人の所持によって本人が物の占有権をもつ代理占有（181）とは異なる。占有は事実状態であって法律行為ではないからである（法律行為なら意思を伴う）。

代理は本人の代りに意思表示をしてその効果を直接本人におよぼすものであるため、代理権限の範囲を厳格に規定しておかないと第三者および、不特定多数のものに不測の影響や迷惑を及ぼすおそれがある。巷間見聞する事例として、「私は、〇〇の代理だ」と称して詐欺を行なう、あるいは、解雇されたものが、従前の会社の使用人のような顔をして集金に来る。あるいは、代理人としてみとめられている範囲以上のことをやって、本人および相手方との間にトラブルを起こすといった類である。民法は、こういう事故を防止するため、無権代理という概念で規制することになっている。すなわち、代理権を持たない者が他人の代理人としてやった契約は、本人の承諾がなければ効力がなく、その承諾（追認）や拒絶も相手にしなければならない（相手が知っている場合のほかは、そうしなければ対抗できない）、（113）。人に向かって、誰それに代理権をあたえたといっ

たものは、それを信じた者と代理権をあたえられたとされる者との行為については責任を負わねばならない（109）。きめられた代理権のわくをこえた場合に、それを信ずるだけの正当な理由があれば、本人は、やはり責任を負わなければならない（110）、代理権が消滅してしまった後で代理権を詐称した場合も、第三者が善意であれば、本人は責任を負わなければならない。ただ従来ガス電気会社の従業員として来ていたものが、領収証も、身分証も呈示せず、それを求めもしなかった場合は、第三者は過失があって解雇の事実を知らなかったのだから、本人は責を問われない（112）。ちなみに代理権が消滅するのは、本人の死亡、代理人の死亡、禁治産又は破産と、委任による時、その終了で消滅する場合がある（111）。

では、代理権をもたない者が代理人として契約をした場合（113）、相手方は非常に困った立場におかれるから、相手方は本人に対して相当期間内に追認するかどうかをたづねて、本人が返事しなければ、追認をこたわったものとみなし（114）、また逆に本人が追認しない間は相手方が取り消すことができる（もっとも、契約当時から、相手方が代理人に代理権のないことをしつていれば別である）（115）。

代理人と称した者が代理権の証明ができず、本人も追認しないとかな場合は、無権代理人自身が責を負わねばならない（相手が、代理権のないことを知っていた時や、うっかりして知らなかったようなときは別である（117）。契約でない単独行為の時は、相手が代理人と称するものの無権に同意したり、代理権を問題にしなかったときだけ、無権代理の催告、取消、追認、責任などについてと同じような取扱いをする（118）。

個人の意思は、以上のような形で保全されるのであるが、その行為は、さらにつぎのようなわくがはめられる。すなわち、公序良俗（90）にしたがい、秩序違反でない時は、その意思を尊重し（91）秩序をおかさない範囲で規定とちがう慣習があって特にそれに従い度い意思を示した時（92）、というようなわくがある。

さらに、条件と期限というわくがあって、法律的には付かんというテクニカルタームが用いられている。法律のいうのは、出したものの意思だけを条件としたり、物理的にできないようなこと（富士山に1分でのぼったら）や、定まってしまっているようなことは条件にできない、期限をきった法律行為は、債務者はその時期がくる迄は履行をしなくてよい（つまり、債務者の利益のために、期限はある）（136）。というような趣旨である。

既成条件の規定だけ説明をかかげておくと、法律行為の当時既に成就している場合、停止条件なら、無条件、解除条件なら無効、不成就が確定していたら、停止条件なら無効、解除条件なるときは無条件になる（131 ①②）。つまり、もし入学したらこの時計をやるという時すでに入学していたら、無条件でもらえる。もし入学できなければ、時計を返せといった時、すでに不合格になっていたら、無効だから、返さなくてよい。

転動しなかったら、この家に入れてやるといった時、すでに転動しないことに定まっていたら、

無効だから、その相手方は入居できない。これに対して、転動しなかったら、この家を出てやるといった時すでに転動しないことに定まっていたら、無条件で出なければならないことになる。

その他条件で大切なことは、条件成否未定の間に、成就に因って利益を受ける相手方の利益を害してはならない(128)、条件成就によって不利益を受けるものが成就を邪魔したときは、相手方は条件が成就したものと看做することができる(130)としている。

民法は、このほか、法律上の人として法人、所有権、地上権、永小作権、のような物権、人に一定の行為を要求する(与える、なす)債権、これを人的に担保する手段としての不可分債権、連帯債務、保証債務、物的担保手段としての留置権、質権、抵当権、先取特権、というような担保物権、さらに、人の身分関係(婚姻、離婚、親子、養子、離縁、親権、後見、扶養)相続関係を定めており、要約すると、人の身分関係は、両性の本質的平等と、精神能力の不十分な者でも、民法総則規定を排して、その個人意思の徹底的尊重の精神が貫かれているといえる。

○ 憲法について

1. 概念および意義

「はじめに」ならびに第一章において、法の規範性のかなめとしての憲法、各国における憲法をもとめての歴史的けいについて述べたのであるが、この論文のまとめとして、さらに、学生に憲法の精神とその擁護を正しい意味において求めるためにこの章を設けた。憲法の法的特色を要約すると、

1. わが国の憲法は民定憲法である(前文および1条)
2. 成文憲法である
3. 改正を困難にしている点は硬性憲法である(96)
4. 他のすべての法の上に立つ最高法規である(98)(国際条約との優劣については二説がある98②)のようになるとおもう。

2. 天皇について

天皇はもはや主権者ではなく、主権の存する国民の総意にもとづき、象徴という地位をしめ憲法改正、法律及び条約を公布し、国会を召集し、衆議院を解散し、国会議員の総選挙の施行を公示し、国务大臣及び法律の定めるその他の官吏の任免並びに全権委任状及び大使及び公使の信任状を認証し、大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を認証し、栄典を授与し、批准書及び法律の定めるその他の外交文書を認証し、外国の大使公使を接受し、儀式を行なうなどの国事行為を行なうが、これは、国民のために、内閣の助言と承認によって行なわれ、かつ国政に関する権能を有しない(4, 7)とされるから、全く、形式的儀礼的行為にすぎず、その行為は実質的には、国民によって決定されたものといえるのである。

3. 戦争の放棄について

この憲法の制定時に、世界にさきがけて戦争放棄を明文化したとして評価されたものである。その後の国際情勢の変化は、自衛権と憲法という法律論争が多年くり返されて来た。最近では、自衛隊の合憲違憲をめぐる、論義は、さらに、はくちゅうしている。政治的解釈は別として、憲法そのものは、「国権発動の戦争、武力による威嚇、行使は」が、「国際紛争を解決する手段としては」にかかるのだから、紛争解決手段でなければ、すなわち、自衛戦争なら構わないというような文字解釈（論理解釈）も一応はできるのであるが、9条2項で「国の交戦権はこれをみとめない」としているので、形の上では、すべての戦争をする権利を否定されたとみるよりほかないのである。もっとも、前項の「目的を達するため」に着目すれば、また、自衛戦争合憲論も可能なものではあるが、このかかりは一応「～これを保持しない」で切れるとみる方が妥当であろう。また②項には、陸海空軍その他の「戦力」という言葉があるため、「戦力」に達しないものなら保持して良い、「戦力」とは、現時代では、核戦力程度のものを指し、これに達しないものは支障ないという考え方もあるようであるが、解釈としてはむづかしいであろう。ただ、国の安全保障は集団であれ、単独であれ必要であり、軍隊を保持しない独立国は現実世界に存在しないから、さらに、客観的で合理的な解釈がのぞましいように思われる。いたずらに憲法論を盾にして、政治的にすぎる解釈をするのは、賛成しがたいところである。

○ 国民の権利及び義務について

国民は個人として尊重され（13）、生命、自由、幸福追求というような18世紀末以来の自然法的人権が憲法に規定されたということは、過去において、法律以上の保障がなかったため「法律ニ依ルニアラズシテ～サレルコトナシ」国家権力の名において、国民の人権は侵害されることがあまりにも多かったからである。法の下での平等（14）、政治上の人権保障（公務員の選定罷免権）、思想良心の自由、集会結社、表現の自由（21）などは、すべて自由権の表明であり、教育を受け、勤労し、労働者として団結するなどの権利は、生存とそのための受益を保障しているといえるであろう。しかし最も重要なものは、裁判官の令状なしには、現行犯以外逮捕されず（33）、理由なしに、かつ弁護人依頼権を与えない状態で抑留拘禁されない（34）、住居は特定の場合以外侵かされず（35）、拷問、残虐刑の禁止（36）、正当手続、罪刑法定主義の保障（39）などの刑事上の自由権であろう。これらはすべて、合衆国憲法修正条項や、欧州の憲法に古くから規定されていたのであるが、わが国が、憲法にうたったことは、基本権の尊重として、きわめて意義ぶかいことである。

4. 国会について

国会は、国権の最高機関とされる（41）。この最高は、前にものべたとおり、旧憲法時代の天皇

のような統治権の総攬者とか、国の元首とかいうような意味の最高機関ではない。立法、行政、司法という三権に分立してみた場合、立法機関たる国会は、その議院が全国民を代表する選挙された議員で組織され、その議員は、主権をもつ国民の代表（43）であるから、主権の代表機関として最高なのだから、三権のうちの相対的の最高権であって、他の二権、行政、司法に君臨するという意味に解釈されてはならない。

5. 内 閣 に つ い て

行政権は、内閣に属する（65）とされる。

現行憲法の内閣は、イギリス流の議院内閣制を採用しており、すべての案件に先立って、首長たる内閣総理大臣が、国会議員の中から、国会の議決で指名され（67①）、総理大臣は、国务大臣を任命するが、過半数は、国会議員の中から選ばなければならない（68①）から、行政機関のメンバーは同時に立法機関のメンバーであるということになる。一見、行政機関が立法機関に従属する、あるいは、立法機関が行政機関に従属するとも考えられないことはないが、要は、国民代表が間接に行政執行の責任者となっていると解釈したいとおもう（66③）←（国民主権の一表現）。内閣の職務は、以下のとおりである。

- 一、法律の執行、国务の総理
- 二、外交関係の処理
- 三、条約の締結（事前、または事後に国会の承認必要）
- 四、法律基準に従っての官吏事務掌理
- 五、予算作成、国会提出
- 六、憲法、法律規定実施のための政令制定
- 七、大赦、特赦、減刑、刑の執行免除及び復権の決定

6. 司 法 に つ い て

司法権は、国民の権利を最後にまもる機関の権利である。

現体系では、司法権は、最高裁判所と下級裁判所にぞくするとされ、積局的に、行政機関が終審として裁判を行なうことを禁止している（76）のである。

このために裁判所は、制度的に、裁判官は身分的につよい保障をうけている。すなわち、76条で、司法権の独立が、78条で身分の保障をうたわれ、81条で、最高裁判所の違憲立法審査権が認められている。

このことは、裁判所は、立法、行政権によって判断を拘束されず、法律、命令、規則、処分が憲法に適合しないと判断すれば、それを無効としたり、立法、行政機関の司法権の行使はみとめず、裁判官の人事もまた独立であるべきかのような印象をうけるが、そうではない。

81条についていえば、最高裁判所は、具体的な事件の判決をするにあたって、明きらかに憲法違反とみとめられるような法律や、命令、規則、処分の適用をこばむことができるというにすぎない。⁵¹⁾ もし81条の審査権を抽象的に解すると、裁判所は、立法、行政の上に立つことになり、分立の精神に反するからである。

行政権の準司法作用についても、76条2項の反対解釈から、前審としての裁判はみとめられている（裁判所法3条②項）。行政不服審査法による行政庁に対する不服申立て、行政事件訴訟法8条によって、まづ、当該行政庁に審査請求か異議申立をしなければならない場合（行政不服審査法4条、6条）、特許法、海難審判、税法、国家公務員法、地方公務員法、関税法、独禁法等違反の審査がその例である。つまり、憲法のいう司法権とは、終審としてのそれをいうことに注意しなければならない。

裁判官の弾劾が、64条をうけて、国会議員をもって組織される弾劾裁判所（国会法125—129）によって行なわれることも、司法権が裁判所以外のものによって行なわれる例外といえるであろう。

裁判官の身分保障にしても、人事面で内閣に掌握されているといえる面がある。すなわち、最高裁長官は、内閣の指名に基いて、天皇の任命（国事行為）が行なわれ（7条）、長官以外の裁判官（790）、下級裁判所裁判官いづれも、内閣で（80①）任命する（但し、下級裁判所裁判官については、最高裁の指名した者の名簿によることになってはいるが）、のである。

旧憲法時代の判事は、終身官とされ、退職してもその官を失なうことはなかった。裁判官の化石化を防ぐため、現行憲法は定年制を設けた（79⑤、80①）のであるが、下級裁判所の裁判官は、10年ごとに任期を更新し、その任命権者が内閣であることは形式的には内閣の任命権の下にあるといえる。

このことは、考え方によれば、国民を代表するものが国会であり、国会の最高機関性が肯定される以上、そして、内閣も、そのメンバーの過半数が国会議員であり、その内閣が司法権の行使機関であるところの最高裁判所及びそれ以下の裁判所すべての裁判官を任命し、任期を更新し、国会議員で構成される弾劾裁判所が弾劾し、さらに、国民投票という形で（最高裁の裁判官の場合）（憲79）審査されることは、国民主権の下に服するわけで、国民の裁判所、国民の名における裁判という概念に矛盾しないとも考えられる。しかしながら、国民審査がきわめて形式的に行なわれ、一般

51) このような考え方を、個別的効力説というが、最近、あらたに、統治行為という考え方が出現している。すなわち司法審査権と安保条約（統治行為）について、(1)安保条約は「主権国としてのわが国の存立の基礎にきわめて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、…内閣及び…国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、…純司法機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従って、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、司法審査権の範囲外のもの」、それは第一次的には内閣、国会、終局的には国民の政治的批判に委ねらるべきものである。最高裁判決（昭34. 12. 16）憲政事件札幌地裁判決（昭42. 3. 29）「～裁判所が一定の立法なりその他の国家行為について違憲審査権を行使しうるのは、具体的な法律上の争訟の裁判においてのみであるとともに、具体的争訟の裁判に必要な限度にかぎられることはいうまでもない。～当該事件の裁判の主文の判断に直接かつ絶対必要なばあいには立法その他の国家行為の憲法適否に関する審査決定をなすべきことを意味する」←以上判決理由（抄）

国民に、判決内容の個々について判断させることは無理である所から、必ずしも実効があるとはいえない。むしろ、現行法で停止されているが（昭和18年法律、88号陪審法の停止に関する法律）、刑事について、別に陪審の制度を設けた方がよいと思われる（裁判所法3③）。この点について、合衆国憲法はその修正第6条において、「すべての刑事上の訴追において、被告人は、犯行を行った州或いは地区の公平な陪審による迅速にして且つ公開の裁判を受ける権利を有する」としているばかりでなく、わが国では、検察官のみが行なう公訴（刑事訴訟法247条）も、死刑犯罪、拘禁又は市民的乃至政治的特権の喪失、重労働の刑を科せられる犯罪については、大陪審の告発又は起訴によるのであれば、罪を問えないとしている（修正5条）。

7. 地方自治について

民主主義の原理を基本権の尊重、それにもとづく主権在民、多数決と代議制とするのが通説であり、フランスの人権宣言も合衆国のバージニア宣言もこの原理をのべている。しかしながら、民主主義の今一つの要素と考えられるのが住民の自治である。すなわち、国家の中の一定の区劃をその住民の集約された良識をもって管理運営させて行く機能である。その地域の風土と特性に応じた行政は、当該地区住民が行うのがもっともふさわしく、その結果についても住民自身が責任を負うべきであるという考え方である。まさに、住民の住民による住民のための政治というべきである。

明治憲法の下においても、市制、町村制、府県会規則などがあって、自治の運営はなされていたのであるが、内務省を頂点とする官治行政の末端にすぎず、制度的にも、内務大臣→（内務省地方局）→各都道府県知事（高等官1、2等の勅任内務官僚）によって統治される国の機関であり、市、町村はさらにその下部機構として、徴兵、戸籍などの国の事務を行ない、警察事務は全く国の掌握するところで、内務大臣→（内務省警保局長）→各都道府県知事（東京都のみは警視総監）→各都道府県警察部長（軍隊の一部に属する憲兵がこれを補佐する）※ という中央集権形式で、各都道府県の警察官は、巡査部長、巡査にあっては判任官を以て、待遇される公吏であった。また、教育についても、都道府県立の学校（旧制中学、旧制高女、師範など）に勤務する教諭、市町村立の学校（旧制尋高小、国民学校など）に勤務する訓導は、いずれも奏任または、判任を以て待遇される官吏であった。

こうした事は、財政、行政の固有の面に多少の自治を都道府県、市町村会の議決にゆだねていたとしても、きわめて名目的であったといえるのである。

現行憲法は、従来の官治行政から、広はんな自治行政への転換をはかったといえる。すなわち、現行憲法第八章において「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める」とし、従来の府県会のような規則による定めを排斥しているのである。

このため、組織運営に関する総括的なことは、地方自治法で、財政については、地方財政法で、

※ 杉村章三郎、行政法要義下巻有斐閣昭和29年6月15日初版第二刷P. 114参照

交付税については、地方交付税法で、地方公務員については、地方公務員法で、教育行政については、地方教育行政の組織及び運営に関する法律で定め、これらを担保するために、国家行政組織法16条①は「各大臣が地方公共団体の長に対してなす命令、示達その他の行為について、地方自治の本旨に反するものがあると認めるときは、当該地方公共団体の長は、その旨を内閣総理大臣に申し出ることができ、その申出に理由があれば、内閣総理大臣は、30日以内に調査を行い、関係各大臣に対し、必要な指示をなし、その他適当な措置を講ずる」ものとしている。

こうしたことは、国の後見と助成の下に、地方自治の本旨が貫かれるべきことを意味しており、その行政事務は、公共事務、法律政令により普通地方公共団体に属するとせられる事務（固有事務）のほか、当該区域内におけるその他の公事務で国の固有とされるもの以外のすべてに及び得るとされるのである（地方自治法2条）逆にいえば、司法事務、刑罰及び国の懲戒に関する事務、国の運輸通信に関する事務、郵便に関する事務、国立の教育及び研究施設に関する事務、国立の病院及び療養施設に関する事務、国の航行、気象及び水路施設に関する事務、国立の博物館及び図書館に関する事務のほかは処理できると解釈されることになる（地方自治法2条⑩）そのためにまた国の事務でありながら、都道府県知事、市町村長に委任される事務（同法148①～③）があって、これらを執行する場合、当該地方公共団体の長は、国の機関と看做されるから、これに対して、国の監督命令があるのは当然である（同法150、146）。

地方公共団体は、このように、広はん自治事務をみとめられており、これを執行するために、法律のわく内で条例を制定することができる。（憲法94）「条例」は、「命令」と同格であり、法律の下位にあるものであるが、規則、処分より上位であるから、自治立法権といわれる。さらにその条例の制定をするために議会を設け（憲93①）るが、制定された条例の執行をする地方公共団体の長（都道府県知事、市町村長）は、国の場合と異なり、住民の直接選挙であることは注意を要する。このシステムは、合衆国大統領と国会の関係に似ているので大統領制（Presidential System）と呼ばれるものであるが、わが国の憲法体制が中央においては、英国流の議院内閣制（Parliamentarism）、地方においては三権分立の変形たる大統領制といわれるのはこのためである。

以上は、鳥取大学教養部において講述し、また今後の講義案として、考えたものである。今後の学生の反応を観察し、場合によっては、民法（物権、債権）を、憲法下の財産私有関係としてとらえたり、刑事手続と人権を刑訴法と憲法の関係でとらえることも必要になるかもしれない。

御批判を仰げれば幸いである。

