

原孝至・基礎講座

# 法律學習 導入講義

【憲法】VOL. 2

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

## 辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA



# 原孝至 基礎講座 導入講義【憲法】

## 目 次

～以下はVOL. 1に収録しています～

はじめに	1
一第1部 憲法総論一	
第1章 「憲法」とは何か	2
第2章 何のために憲法はあるのか	10
第3章 法の支配	11
第4章 日本国憲法の基本原理	16
一第2部 基本的人権一	
第1章 人権の歴史	21
第2章 人権享有主体性	27
第3章 基本的人権の限界	37
第4章 私人間効力	45
第5章 人権の概観	50
第6章 包括的基本権	52
第7章 法の下での平等	55
第8章 思想・良心の自由	58
第9章 信教の自由	61
第10章 学問の自由	67
第11章 表現の自由	69
第12章 経済的自由権	72

～以下はVOL. 2に収録しています～

第13章	人身の自由・適正手続の保障	75
第14章	参政権	77
第15章	国務請求権（受益権）	79
第16章	社会権	80

### — 第3部 統治機構 —

第1章	権力分立	87
第2章	国会	93
第3章	内閣	111
第4章	裁判所	118
第5章	地方自治	136

## 第13章 人身の自由・適正手続の保障

◆ 31条：何人も、法律の定める手続によらなければ、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。

### 一 「人身の自由」を保障する意味

専制主義が支配していた時代には、不法な逮捕・監禁・拷問、および恣意的な刑罰権の行使によって、人身の自由が不当に踏みにじられました。

しかし、人身の自由の保障がなければ自由権そのものが存在し得ません。国家によって監禁された状態で、「表現の自由」や「職業選択の自由」等が保障されても、全然意味がないですよ。

そこで、近代憲法は、専制主義時代の苦い歴史を踏まえて、「人身の自由」を保障する規定を設けるのが通例となっています。

### 二 日本国憲法における「人身の自由・適正手続」を保障する規定

1 日本国憲法は、18条・31条・33条～39条で「人身の自由・適正手続」に対する詳細な規定を置いています。これは諸外国の憲法に例を見ないほどです。全部で103条しかない中の9条を「人身の自由・適正手続」にあてるというのも、いかにもバランスが悪い気がします。

また、憲法の条文というのは、言葉は悪いですが、ものすごく大雑把です。例えば、「表現の自由」は極めて重要な権利だと言われますけど、21条の規定自体は「その他一切の表現の自由」というものです。23条なんて、「学問の自由は、これを保障する」で終わりです。これに対して、「人身の自由・適正手続」についての規定は、ものすごく具体的です。

2 こんなにも多くの、そして具体的な規定を置いて、「人身の自由・適正手続」を保障するのはなぜでしょうか？

明治憲法下では、捜査官憲によって「人身の自由」が過酷な制限を受けました。例えば、「蟹工船」等を著した小林多喜二は、過酷な拷問の末、息を引き取った後に釈放されたと言われています。

こうした過去への大いなる反省から、日本国憲法は、「人身の自由・適正手続」に関する詳細な規定を置いたのです。刑事手続における人権侵害から国民を守ろうという強い決意が現れています。

### 三 具体例（黙秘権）

1995年、地下鉄サリン事件など数多くの事件に関して、多くのオウム真理教の信者が逮捕されました。教団の顧問弁護士であったA元弁護士は、逮捕された信者らに接見して、「尊師とともに黙秘せよ」という紙をみせて、信者に黙秘を指示したといわれます。

当時、マスコミはこれがあたかも悪いことのように騒ぎ立てました。

当時のオウム真理教に対する報道は、完全に「オウム憎し。オウムがやることは何でも悪い。」という感じでした。そういう雰囲気の中で、大した法律の知識もない人が、記事を書き、番組を作れば、そういう報道になってしまうのもやむを得ないことだったのかもしれない。

もちろん、報道のとおり地下鉄サリン事件などがオウム真理教の組織的犯罪であったとしても、その犯罪自体は許されるものではありません。しかし、如何に凶悪な犯罪を行った者であっても、刑事被告人・被疑者には、憲法上の諸権利を行使することが保障されなければいけません。

黙秘権は、憲法上の権利です（38条1項）。

◆38条1項：何人も、自己に不利益な供述を強要されない。

ですから、弁護士が、被疑者に黙秘権を行使するように指示したとしても、それは憲法上保障されている権利を主張するように勧めただけのことです。決して、悪いこと、責められるべきことではないのです。

これを、まるで悪いことのように報道し、国民に誤った知識を植え付けたことに対して、マスコミは大いに反省しなければいけないでしょう。

## 第14章 参政権

◆ 15条1項：公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である。

一 15条1項は、国民の選挙権を保障します。15条1項は、被選挙権も保障すると考えられます（最大判昭43.12.4）。

また、最高裁判所裁判官の国民審査制（79条2項）、憲法改正国民投票制（96条）、地方特別法住民投票制（95条）の三つの国民投票制があります。

これらの、選挙権、被選挙権、国民投票制をまとめて、「参政権」といいます。

国家に関わっていく、積極的に政治に関わっていくというイメージです。方向性が国家の方に向かっているので、「国家への自由」と言われます。

### 二 「選挙権」の法的性格＝「選挙権」の構造

1 「選挙権」については、いろいろな論点があります。このテキストでは、それらの論点には深く踏み込みません。それよりも、それらの論点を理解する上で、「選挙権」が他の人権とどのように違うのか、その構造の違いをしっかりと押さえておく必要があります。

2 「選挙権」というと、国民一人一人が選挙の際に投票所へ行って行う「投票」のことを思い浮かべるのではないのでしょうか。でも、「投票」と「選挙」は異なります。

「選挙」とは、法律で構成された「国家機関としての選挙人団」が候補者を選任する行為をいいます。ですから、「選挙」自体は個人の行為ではありません。個人は候補者を選任する「選挙人団」の一員として、「選挙人団」の意思表示を決する「投票」をするだけなのです。ここに「選挙権」が他の人権と異なって扱われる理由があります。

### 三 「選挙権」は、権利か公務か？

「国家機関たる選挙人団」に加入してしか行使できないという「選挙権」の特質をどう捉えるかにより「選挙権＝公務」という考え方と「選挙権＝権利」という考え方とに分かれます。

「選挙権＝公務」という考え方（公務説）は、有権者は「国家機関たる選挙人団」の一員として行動するという点を重視します。

対して、「選挙権＝権利」という考え方（権利説）は、主権者たる国民（前文・1条）が自分たちの代表者（前文・43条）を選び出すのだから、権利以外の何のものでないと言います。

通説的な考え方は、権利・公務の両側面があるのではないかと言います（二元説）。

### 四 「選挙権」に関する論点への導入

1 「選挙権」に関しては、①罰金などで投票を義務付けることができるか、②受刑者には選挙権の行使を認めないなど法律で「選挙権」を制限できるか、③議員定数不均衡は違憲か、などの論点があります。

「公務説」・「権利説」・「二元説」で、これらの論点について、どう考えるかが異なってきます。以下、大まかに説明します。

2 「公務説」からは、「選挙権＝公務」である以上①罰金などで投票を義務付けることは可能、②法律で選挙権を制限することも可能、③議員定数不均衡も合憲、という結論になりやすいです。

3 「権利説」からは、「選挙権＝権利」である以上、「公共の福祉」による必要最小限の制限だけが許容されます。①選挙権を自ら放棄することは自由に認められなければならないから、罰金などで投票を義務付けることはできない、②受刑者には選挙権の行使を認めないということは選挙権に対する必要最小限の制限であるから認められる、③議員定数不均衡は違憲になりうる、④在外日本人に選挙権を与えないことは違憲になりうる、という結論になりやすいです。

4 「二元説」からは、公務性と権利性のどちらを強調するかで、結論が異なってきます。しかし今日では、「公務」の面を強調するのは妥当ではないといわれています。



## 第15章 国務請求権（受益権）

- ◆ 16条：何人も、損害の救済、公務員の罷免、法律、命令又は規則の制定、廃止又は改正その他の事項に関し、平穩に請願する権利を有し、何人も、かかる請願をしたためにいかなる差別待遇も受けない。
- ◆ 32条：何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。
- ◆ 17条：何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。
- ◆ 40条：何人も、抑留又は拘禁された後、無罪の裁判を受けたときは、法律の定めるところにより、国にその補償を求めることができる。

国民が国家に対して一定の作為を求める権利のうち、社会権（第16章）に分類できないものを国務請求権（受益権）といいます。

社会的・経済的な弱者を保護するために、社会的・経済的な弱者が国家の積極的な配慮を求めることのできる権利が「社会権」です。国務請求権（受益権）は「社会的・経済的弱者の保護」という特定の目的を持つものではなく、およそ国家に対して一定の行為を請求する権利です。

国務請求権（受益権）には、請願権（16条）、裁判を受ける権利（32条）、国家賠償請求権（17条）、刑事補償請求権（40条）があります。

## 第16章 社会権

### 第1節 総説

「社会権」とは、社会的・経済的な弱者を保護するために、社会的・経済的な弱者が国家の積極的な配慮を求めることのできる権利です。社会権には、生存権（25条）、教育を受ける権利（26条）、勤労権（27条）、労働基本権（28条）があります。社会権は、「社会的・経済的弱者の保護」という観点で共通します。

自由権は、国家に「何もしないでくれ。放っておいてくれ」と請求する権利＝不作為請求権です。これに対して、社会権は、国家に対して「〇〇してくれ」と請求する権利＝作為請求権です。

自由権＝不作為請求権 ←————→ 社会権＝作為請求権

### 第2節 生存権（25条）

◆ 25条1項：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。

2項：国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。

#### 一 生存権の内容

25条1項は、生存権を保障します。生存権の保障は、社会権の中で原則的な規定であり、国民が誰でも人間的な生活を送ることができることを権利として保障したものです。

25条1項の趣旨を実現するため、2項は国に生存権の具体化について努力する

義務を課しています。それを受けて、生活保護法、児童福祉法、老人福祉法、身体障害者福祉法などの各種の「社会福祉」立法、国民健康保険法、国民年金法、雇用保険法などの各種の社会保険立法等の「社会保障」制度が設けられています。また、保健所法、食品衛生法、環境基本法など「公衆衛生」のための制度の整備も図られています。

## 二 生存権が生まれた背景

- 1 近代市民社会は、合理的判断力を持った一般人を想定し、そのような合理的判断力を持った一般人が「所有権の絶対」と「営業の自由」の保障の下に、その才覚を發揮して「自由競争」を展開すれば（レッセ・フェール＝自由放任）、「見えざる手」によって「予定調和」が達成されるとのモデルの上に展開されました（\*アダム・スミス著\*「諸国民の富」参照）。

\*アダム・スミス：1723～90。イギリスの経済学者・道徳哲学者。「諸国民の富」（「国富論」）によって自由主義経済学を完成し、古典派経済学を開いた。  
 「諸国民の富」（「国富論」）：1776年刊のアダム・スミスの主著。経済の理論・歴史・政策を検討して、初めて資本主義社会を体系的に分析し、自由放任こそ国の富を増す政策なりと説いた。古典派経済学の代表作とされる。

ところが、現実の人間は、力・才能・性別・境遇などにおいて対等ではありません。また、敗者はそうそう容易に再起できるものではありません。したがって、このモデルは現実には、富の偏在を招き、階級対立・恐慌・植民地争奪という社会矛盾を引き起こしました。

- 2 そこで、これらの矛盾を克服し健全化するために、近代原則（＝自由競争原理）に付加されたのが現代原則としての「福祉主義」です。「福祉主義」とは、現実の社会には弱者も貧者もあり、人間は力・才能などにおいても決して対等ではないことを正面から認め、国家が富を平準化し、弱者をバックアップして「条件の平等」を図るものです。
- 3 この「福祉主義」を権利として規定したのが「生存権」に他なりません。

国家が富を再分配し、国民の富を平準化するということは、皆が必要なものを欲しがって、生産も活発に行われるようになって、必要なものが皆に行き渡って、社会自身が円滑に動くという意味があります。

ですから「生存権」は、哀れなる貧者を救うために、お情けでやっているというものではありません。「ハンディキャップを負っている者・弱い者にも収入を与えて有効需要を創り出し、社会を円滑に動かして皆で共存共栄しましょうよ」、とい

うためのものです。したがって、「生存権」によって救われるのは何も貧乏な者だけではありません。お金持ちとしても一旦は自分のお金を取り上げられますが、自分の生産したモノを多くの人に買ってもらえれば結局は得になるのです。

「生存権」は、弱者も強者も皆で共存共栄するための「社会契約の再構成」という意味があるのです。

### 三 生存権による社会の健全化

- 1 完全なる自由競争によって富が偏在し、階級対立・恐慌・植民地争奪という社会矛盾が引き起こされました。「生存権」によってそれらの社会矛盾を打破して、社会を健全化することができます。この過程をもう少し詳しく見てみましょう。
- 2 まず、貧者にも富を分配して「富の偏在」を是正し、有効需要を創出するという方法が考えられます。これが「生存権」の基本バージョンです。

#### (1) 空間的平準化による「消費＝有効需要」の創出

福祉主義国家は、累進課税で富者から多くの財産を取り上げ、これを公共事業や福祉事業に振り向けます。そして雇用を作り、あるいは生活保護を与えて富者と貧者の所得を平準化します。その結果、皆が消費して生活できるようになります。

#### (2) 時間的平準化による「消費＝有効需要」の創出

福祉主義国家は、国民が若くて働けるうちに社会保険をかけさせます。そして、年老いたり、病気になったりして働けなくなったときに年金や保険金をもらえるようにします。その結果、国民は年老いたり、病気になったりして働けなくなったときでも消費して生活できるようになります。

- 3 次に、「富の偏在」の結果、「恐慌」が起こり「富の不在」が生じたときにも、有効需要を創出して景気を回復するという方法が考えられます。これは「生存権」の応用バージョンです。

(1) 不況時であっても、福祉主義国家は①公共事業等を展開して雇用を作り、②公定歩合を下げて民間投資を刺激して雇用を作り、③とりあえず減税して消費者の懐を暖かくします。そして①②③により、消費＝有効需要を作って景気を回復させます。

「国家は不況のとき緊縮財政ではなく、積極財政を採らなければならない」という考え方を、「\*ケインズ政策」といいます。積極財政によって雇用を作れば消費が発生し、消費が発生すれば生産が発生するので景気がよくなるというものです。

\*ケインズ：1883～1946。イギリスの経済学者。ケンブリッジ学派から出てケインズ学派を生み出した。修正資本主義の代表的理論家として、近代経済学を確立し、その後の資本主義国家の経済政策に指針を与えた。

現代福祉国家は、ケインズ政策を実施しており、ケインズ理論に依拠するところが大きなのです。

(2) 話は脱線しますが、「ケインズ政策」のような政策って、なんか聞いたことないですか？ 1990年代の日本の経済政策ですよ。

バブル崩壊後、日本は戦後最悪の不況に見舞われました。打開策として、日本政府は①②③の政策を実施しました。でも①的外れな公共事業は、その場限りの雇用を創出するだけで全く発展性がありませんし、②銀行自身が不良債権を背負い込み体力がないので、いくら公定歩合を下げて民間投資を刺激するどころかいわゆる「貸し渋り」が生じ、③国民が将来に不安を感じている状態では、減税分は消費されることなく預貯金に回されてしまいます。

マスコミや評論家は、これを「政府の失政」と言います。そして、やたらと「無能な首相、無能な政治家、無能な官僚」のせいにしたがります。

そういう批判は、ある程度は的を得ているでしょう。しかし、彼らは彼らなりに懸命です。「ケインズ政策によって、何とかこの不況を乗り切ろう」という努力はしているのです。

しかし、先進国においてはケインズ理論はもはや行き詰まっています。ケインズ理論は、「貧しい者に富を再分配すれば消費＝有効需要が生じ、経済が活性化する」ということを前提にしています。つまり、一般市民にとって「欲しくて欲しくてたまらないモノ」があるときにこそ、ケインズ政策は有効に機能します。高度経済成長期の‘三種の神器’（白黒テレビ、電気洗濯機、電気冷蔵庫）、‘3C’（Car, Cooler, Color TV）なんか典型ですよ。ところが、先進国では生活必需物資が行き渡り、一般市民は特に欲しいモノなどありません。消費意欲のない者にいくら富を分配したところで消費＝有効需要は生まれません。ケインズ理論の前提が綻びているのです。

ですから、「政府の失政」のみに不況の原因を求めるのはおかしいわけです。首相も、政治家も、官僚も、彼らの能力に応じた努力はしています。その努力が空回りしているのは事実ですから、彼らは当然批判されなければいけません。でも、彼らが依拠するケインズ理論自体が破綻している以上、100%の責任を彼らに押しつけるのは気の毒と言えれば気の毒なのです。

### 第3節 教育を受ける権利（26条）

- ◆ 26条1項：すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する。
- ◆ 26条2項：すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。義務教育は、これを無償とする。

人間はいくらお金があっても、教養・知性がなければ人間的な発展はありません。人が人らしく尊厳を保ってその人生を全うするためには、無知で欲望の赴くままに…というわけにはいきません。やはり世の中を知り、自らを知ってこそ人間的に発展し、幸福に生きていくことができます。

こうした教養や知性を身につけるためには、適切な教育を受ける必要があります。しかし教育というものは、国民各自がいくら頑張っても限界があります。適切な教育を受けるには、どうしても専門の教師・施設・教材などが必要だからです。

そこで国家に対し、適切な教育を受けられるように要求する権利として認められたのが「教育を受ける権利」です。

26条を受けて教育基本法および学校教育法等が定められ、小中学校の義務教育を中心とする教育制度が設けられています。

「義務教育」という言葉のイメージから「子供には教育を受ける義務があるんだ」と思う人もいるかもしれませんが、しかし、それは大いなる勘違いです。26条はあくまでも「国民の教育を受ける権利」を保障するものです。決して「子供に教育を受けるように義務付ける」ものではありません。

2項は、発展途上国などで現在も見られる児童労働を裏から禁ずる意味があります。日本でも昔は、働き手を奪われることを理由として「義務教育反対一揆」が起こったほどです。即ち、義務教育はあくまでも親の「義務」なのです。

## 第4節 勤労権（27条）

- ◆27条1項：すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ。  
2項：賃金、就業時間、休息その他の勤労条件に関する基準は、法律でこれを定める。  
3項：児童は、これを酷使してはならない。

19世紀の資本主義の発達の過程において、労働者は失業や劣悪な労働条件のために厳しい生活を余儀なくされました。

そこで労働者が人間に値する生活を実現できるように、憲法は27条1項で勤労の権利を保障し、2項で勤労条件の法定を定めました。とくに、児童については、心身の健全な発達を促すために、3項で酷使を禁じました。

1項を受けて、職業安定法、雇用対策法、雇用保険法などが制定され、2項を受けて、労働基準法、最低賃金法などが制定されています。また、3項を受けて、労働基準法第六章、児童福祉法などが制定されています。

## 第5節 労働基本権（28条）

- ◆28条：勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する。

### 一 労働基本権の内容

28条を見ると、①団結権、②団体交渉権、③団体行動権が保障されています。労働基本権といえば①②③の三つだということは、中学の「公民」でも学びました。

団結権とは、労働組合を作る権利です。団体交渉権とは、文字どおり団体で賃上げなどの交渉をする権利です。春先には「春闘」の話題が新聞やテレビで報じられます。団体行動権とは、団体交渉を有利に進めるためにストライキやサボタージュなどの争議行為を行う権利です。

28条を受けて、労働組合法・労働関係調整法などが規定されています。

## 二 「労働基本権」が生まれた背景

1 皆さんは、「憲法は21条1項で『集会・結社の自由』を保障しているんだから、好きなもの同士・考え方を同じくするもの同士が、グループを作って交渉に当たったり、圧力を加えたりしたって何も問題ないんじゃないの」と思うかもしれません。

しかし、好きな者同士・考え方を同じくする者同士がグループを作って交渉に当たったり圧力を加えたりすることは、近代原則からすると大いに問題があるのです。

近代市民社会は、個人を縛り付けていた封建的集団・団体を徹底的に破壊し、その団体的紐帯を断ち切って「個人」を自立させるところから出発しました。この意味で、自立する「個人」こそが近代社会の出発点なのです。

そして、この「個人」が自らの判断に基づいて契約を締結し、過失がない限りは責任を負わないという「私的自治の原則」こそが、「個人」を守る砦だと考えられました。

「私的自治の原則」こそが「個人」を守る砦だという考え方の下では、人が集まり集団行動をすることは、個人の自由にとって「脅威」と捉えられました。ですから、政党すら近代社会の実現当初は自由の敵として敵視されました。また、「集会・結社の自由」が認められるに至ったのも、近代市民社会が安定して集会や結社という集団の自由を認めても、もはや中世に先祖返りしないという状態が生まれた後です。「集会・結社の自由」も決して当然のものではなかったのです。

2 私的自治の原則によれば、使用者と労働者はお互いに合意して、自由な内容の労働契約を締結することができます。そこへ労働組合がしやしやり出てきて、使用者と交渉することは、「私的自治」・「自由」への干渉になります。

しかし近代の自由競争社会では、使用者の方が圧倒的に有利でした。「仕事をさせてやる」という感じです。しかも当時の使用者＝資本家は利潤の追求のみを考えて労働者の生活を顧みず、不衛生な生活環境の下で低賃金と長時間労働を強制しました。でも、労働者は使用者に言われるがままの労働条件を受け入れるしかありませんでした。労働者は過酷な労働条件の下で疲弊し、それに文句を言えばクビをきられ、飢えて死ぬしかないという凄まじい状況でした。ですから、労働者としては、団結し、団体で交渉し、団体行動せざるを得なかったのです。

特にヨーロッパの場合、団結してマトモな労働条件を死守しないと自分たちの生活水準を下回る外国人労働者が入り込みかねないという事情もあり、企業の枠を越えた産業別・地域別労働組合が成立し、自分たちの労働条件を守ろうとしました。

そして先に述べた自由競争の弊害が自覚され、また労働組合自身が力を付け、さらには普通選挙で労働者の代表者が議会に進出する中で、労働基本権の正当性が認められるに至ったのです。



# 第3部 統治機構

憲法の基本原理を現実のものにするために各条文が定められています。

憲法の構成は大きく二つに分かれます。一つは主権者である国民の権利（人権）について、もう一つは国民の信託を受けた国家の統治機構についてです。

第三部では、国家が権力を行使するためのルールと、なぜそうなったか、その背景について説明します。

---

## 第1章 権力分立

---

権力分立とは、国家の諸作用を性質に応じて立法・行政・司法というように「区別」し、それを異なる機関に担当させるよう「分離」し、相互に「抑制と均衡」を保たせる制度です。その狙いは、三つの国家作用が互いに抑制と均衡を保つことで権力の濫用を防ぎ、国民の権利・自由を守ることにあります。

日本国憲法も、国会に立法権を（41条）、内閣に行政権を（65条）、裁判所に司法権を（76条1項）担当させています。

「権力分立」といったり、「三権分立」といったりしますが、同じ意味だと思って下さい。

- ◆ 41条：国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。
- ◆ 65条：行政権は、内閣に属する。
- ◆ 76条1項：すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。

## 第1節 なぜ権力を「三権」に分けるのか？

一 では、なぜ、「四」権分立や「五」権分立ではなく、「三」権分立なのでしょう  
か？ 権力の濫用を防ぐという目的のためには「五」権でも「十」権でも、多けれ  
ば多いような気がしませんか？

実は、「三」権分立になったのには、歴史的な理由があります。

二1 近代市民革命が打倒したのは中世身分社会（封建制）の最後の形態である絶対  
王政でした。そこでは「朕は国家なり」というルイ14世の言葉に象徴されるよ  
うに、すべての権力は国王の「執行権」として、一身に集中していました。その  
結果、国王が勝手に税金を決めたり刑罰を決定したりしていました。

**式：絶対王政＝国王の円満な権力**

2 これでは国民はたまったものではありません。そこで自分たちの「権利や義務  
に関する規範」の定立は、自分たちの代表者のいる議会でしかやらせないという  
ことで、まず国王の「執行権」から「立法権」を奪いました。

**式：国王の円満な権力－立法権**

3 この「規範」に基づいて実際に執行するのは「執行権」です。でも、議会在  
が定めた「法律」の執行について疑義や紛争が生じたときに、「執行権」を持つ国王  
自身が裁定する権限を持っているのでは、とても公平な判断は望めません。

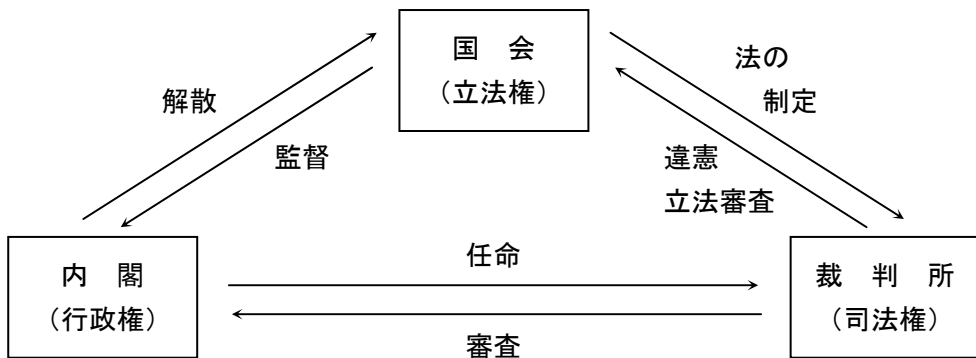
そこで議会の制定した「規範」について、国王が「執行」する際に争いが生じ  
たときは、国王からも議会からも中立な裁判所に判断してもらうことにしました。  
つまり、国王の「執行権」から「司法権」をも奪ったのです。

その結果、国王の下には「行政権」が残りました。

**式：(国王の円満な権力－立法権)－司法権＝行政権**

4 このようにして、立法・行政・司法の三権が分立することになりました。です  
から「四」権でも「五」権でも「十」権でもなく、「三」権分立なのです。

## 第2節 三権の関係



一 権力分立の狙いは、三つの国家作用が互いに抑制と均衡を保つことで権力の濫用を防ぎ、国民の権利・自由を守ることにあります。

### 二 「均衡と抑制モデル」と「行政統制モデル」

しかし、権力分立の形成過程から見たとき、「抑制と均衡」は必須の要素でしょうか？

「立法・行政・司法の三権が互いに抑制と均衡を保つこそ、権力の濫用を防ぎ、国民の権利・自由を守ることができる」という点を重視して、三権の「抑制と均衡」という体系にこそ意味があるとする考え方もあります（抑制と均衡モデル）。

でも、権力分立の形成過程から見ると、権力分立は執行権（行政権）抑制にこそ本来の役割があったはずで、この「執行権（行政権）への抑制」という点を重視して、行政権の側からの立法権・司法権への抑制は必ずしも権力分立の本質ではないと考えることも可能です（行政統制モデル）。

### 三 権力分立制の現代的変容

#### 1 行政国家現象

20世紀の積極国家・社会国家の要請にともない、現代国家においては、行政活動の役割が飛躍的に増大しています。その結果、行政権が肥大化し、法の執行機関である行政府が国の基本政策の形成・決定に事実上中心的な役割を営むようになってきました。このような現象を「行政国家現象」といいます。

本来、行政は国会にコントロールされて、国会の定立した法律を執行するだけの

機関にすぎないはずですが。ところが今日では、行政は執行機関の役割のみならず、意思決定機関の役割までも担うようになっていきます。つまり財務省や経済産業省などが国の基本政策を決めてしまい、国会は官僚の作った法律案をほとんどそのままの形で議決するというのが現実です。

もちろん、政治家の能力にも問題があります。しかし、それよりも、積極国家・社会国家の要請が強いため、行政に期待される役割があまりにも大きくなり、官僚機構でなければ対処しきれないという背景があります。

## 2 権力分立制の現代的変容

積極国家・社会国家の要請に応えるためには、行政国家現象もやむを得ないという面があります。官僚の技術的専門的知識の重要性も認めなければいけません。しかし、そもそも憲法は国家権力に歯止めをかけ、国民の人権保障を図るために存在するものなのだという発想をもう一度思い出して下さい（制限規範性）。

「均衡と抑制モデル」と「行政統制モデル」。どちらが正しいとか誤っているとかがいってはいけません。でも、権力分立制の究極的な狙いは国民の権利・自由を守ることにあります。そして、行政権の肥大化が進む中で、行政権による人権侵害を防ぐ必要があります。その意味では、「行政統制モデル」の方が、現代の状況にはマッチしているといえるのではないのでしょうか。

- 3 実は、権力分立に限らず、「行政国家現象への歯止め」という視点は、憲法の「統治機構」を考える上で極めて重要なものです。この先何度も出てくるので頭に留めておいて下さい。

## 第3節 大陸型の権力分立と英米型の権力分立

### 一 大陸型の権力分立

法の支配のところでお話ししたことの繰り返しになりますが、大陸、特にフランスでは「アンシャン・レジーム」と呼ばれる打倒すべき旧体制が存在しました。強大な絶対王政です。そこでは、強大な王権の下で貴族が裁判官職を独占し、王権と裁判所が結びついて国民を抑圧していました。そのため、革命権力は「自分たちのことは自分たちで決めるのだ」という決意のもと、まず国王から立法権を奪い、議会を通じて国王や裁判所に対抗するという形で市民革命が実現されていったのです。つまり「議会」は市民革命で旧体制を打ち破った革命軍＝国民代表により構成されていたため、フランスでは伝統的に議会に対する信頼が厚いのです。この歴史的沿革により、大陸型の権力分立は、立法権が行政権・司法権に対して優位的な立場に

あります。

## 二 英米型の権力分立

これに対して、英米型の権力分立は違います。

### 1 イギリス型

これも法の支配のところでお話したことの繰り返しになりますが、イギリスでは、議会と裁判所が力を合わせて国王の権力を制限する形で市民革命が実現されたため、フランスのような裁判所に対する不信はなく、また、議会を裁判所に比べて特に信頼するという事もありませんでした。当然、議会で定める法律が一番信頼できるものだという考えも生まれませんでした。

むしろ、イギリスは異民族によって支配され続けたがゆえ、誰が支配者になろうと人間のバランスとして当然守るべき共通法（common law）が、慣習や裁判の中で生み出されました。そして、このような common law には国王や議会を含めた全ての国家権力が拘束されるという考え方が確立されました。

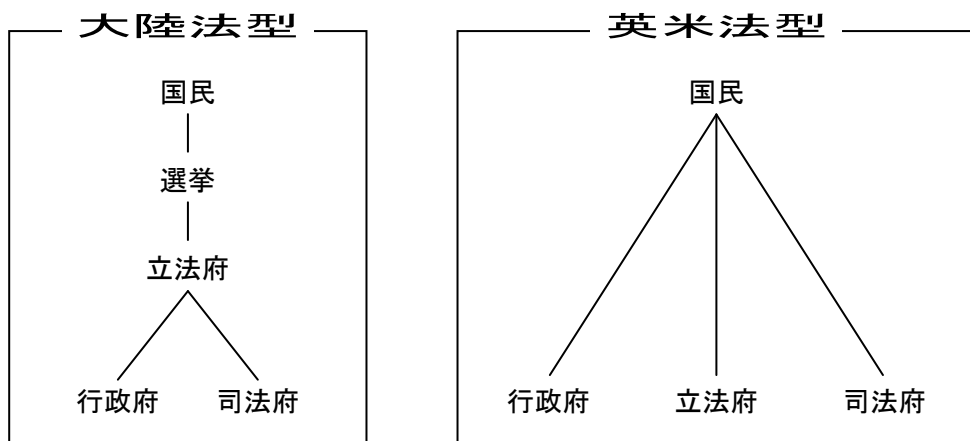
そういうなかで、立法府より common law に従って裁判する司法府の方を基本的に信頼すべきだという考え方が生まれてきました。

ただ、現在のイギリスはかなり議会主義に傾いているので注意して下さい。

### 2 アメリカ型

アメリカが立法権優位にならないのはよく分かってもらえると思います。

アメリカとは、ヨーロッパ大陸から逃げていった少数者が作り上げた国です。大陸で、立法府・行政府によって、虐げられ、いじめ抜かれた人たちが作った社会です。そこで新天地を作りながら、最も信頼できる人を判事に選び、自分たちで事実認定をし、そして自分たちの作った財産権を守ってもらうという、司法に対して厚い信頼を置くシステムを作り上げたのです。



【MEMO】

## 第2章 国会

### 第1節 国会の地位

国会は、憲法上、①国民の代表機関（43条1項）、②国権の最高機関（41条）、③唯一の立法機関（41条）、という三つの地位を有します。

◆43条1項：両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する。

◆41条：国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。

#### 一 国民の代表機関（43条1項）

◆42条：国会は、衆議院及び参議院の両議院でこれを構成する。

◆43条1項：両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する。

1 国会は衆参両議院で構成され（42条）、衆参両議院は「全国民を代表する」議員で組織されます（43条1項）。したがって、国会には全国民の代表者が集まっています。ですから、国会は、国民の「代表機関」です。

2 国会議員は「全国民の代表」だというと、「エッ？」と思う人もいるかもしれません。

ある政党の国会議員は「労働者のために」活動し、ある政党の国会議員は「企業のために」活動します。こんな国会議員がはたして「全国民の代表」といえるのか（？）という疑問はもっともです。

でも、こんな国会議員も「全国民の代表」なのです。ある政党の国会議員は「労働者のために」活動することが、ある政党の国会議員は「企業のために」活動することが、最終的には「国民のためになる」と信じて行動している以上、「全国民の

代表」といえます。国会議員自身が「自分のやっていることが国民のためになる」と思っていればそれでいいのです。

もっとも、43条1項では「選挙された」ことも要件になっているので、やはりできる限り選挙民の意思を事実上反映することも必要であると考えられます。

つまり、国会議員は、事実上選挙民の意思を反映するように努力しつつも、民意が正しくないと思えば自分の信念に従って活動すればよいのです。

- 3 実は、上記の結論に至るには、『全国民の代表』とは一体どういう意味なのかを明らかにする必要があります。でもそれを説明し始めると大変なことになり、「基礎講座を受講する方に、『憲法とはこんなものだ』と知ってもらおう」という、このテキストの狙いから大きく外れてしまうことになります。ですから、ここでは、その説明には踏み込まないことにします。

## 二 国権の最高機関（41条）

◆ 41条：国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。

- 1 国民は主権者です（前文・1条）。そして、国会は国民の「代表機関」です（43条1項）。したがって、国会・内閣・裁判所のうち、主権者たる国民に最も近いところに位置するのが国会です。主権者たる国民に最も近いからこそ、国権の「最高機関」とされます。

- 2 では、この「最高機関」とは、どういう意味なのでしょう？

憲法学説には東大学派と京大学派があり、京大学派は「書いてある以上は何らかの意味を認めなければいけない」と考えます。ですから、京大学派の中には、「最高機関と書いてある以上、文字どおり他の国家機関を凌駕する最高の機関であると解さざるを得ない」という強烈なことを言う先生もいらっしゃいます（統括機関説）。

しかし、日本国憲法は国民主権を採用している以上「国民」が最高位にあるはずですが。また、権力分立はもともと三権の対等を前提にしているはずですから、そのうちの一権が他を凌駕するのでは、権力分立に反することにもなります。

ですから、多数説である東大学派は『最高機関』というのは、主権者たる国民に最も近いという点を意識した、単なるヨイショにすぎない。法的には全然意味がない」と解します（政治的美称説）。



### 三 唯一の立法機関（41条）

◆ 41条：国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。

- 1 先程述べたように国会・内閣・裁判所のうち、主権者たる国民に最も近いところに位置するのが国会です。主権者たる国民に最も近いからこそ、「唯一の立法機関」とされます。
- 2 では、この「唯一の立法機関」とはどういう意味なのでしょう。
  - (1) 「馬鹿にするな。そのくらい知ってるぞ。国会は法律をつくるところだ」というだけでは、ここは全然分かっていないということになります。「国会は法律をつくるところだ」というだけなら、41条は、「国会は…国の立法機関である」という文言になるはずですが、単なる「立法機関」ではなく、「唯一の立法機関」であるところがミソなのです。
  - (2) 第一に、「唯一の立法機関」には、国民自身の権利義務に関するルールや、この国のあり方に関する一般的ルールは、国民の代表者から構成される国会以外では決めさせない、という意味があります。行政やその下の地方自治体などには勝手に決めさせない、国民の代表がいるところで決めるんだ、ということです。これを「国会中心立法の原則」といいます。
  - (3) 第二に、「唯一の立法機関」には、国会が立法を行うに際して他の機関からの干渉を許さない、という意味があります。内閣や天皇に、「ああしなさい。こうしなさい」などと口を出させない、ということです。これを「国会単独立法の原則」といいます。
- 3 国会が「唯一の立法機関」であることから、以下の結論が導かれます。
  - (1) 国会以外の機関が、憲法上の根拠や国会の委任もないのに、国民自身の権利義務に関するルールや、この国のあり方に関する一般的ルールを決めることは名目の如何を問わずできません。
  - (2) 国会自身、その重大な任務を他の機関に全面的に任せることはできません（白紙委任の禁止）。
 

とはいえ現実には、現場でいろいろと執行するのは行政です。国会は細かいことまではよく分かりません。特に、現代の社会国家・福祉国家の要請の下では、国家によるきめ細かいサービスが求められます。どんなサービスを提供すれば国民のためになるかなど、現場にしか分かりません。ですから、国会が行政に「細かいことは任せる」と委任することは認めなければいけません。

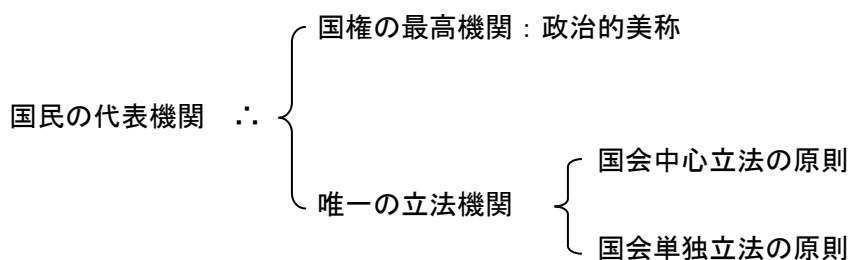
でも、「唯一の立法機関」というからには、全面的に委任しては困ります。そこで、「唯一の立法機関」ということから導かれるのが、「白紙委任の禁止」です。「白紙委任の禁止」とは、「国会がその重大な任務を他の機関に委任することは全くダメというわけではない。でも、その場合であっても、大枠だけは決めておかなければいけない。なぜなら、国会は国民の代表者からなる『唯一の立法機関』だからだ」ということです。

#### 四 まとめ

国会は、憲法上、①国民の代表機関（43条1項）、②国権の最高機関（41条）、③唯一の立法機関（41条）、という三つの地位を有します。この三つの地位は、「代表機関」であるがゆえに、「最高機関」であり「唯一の立法機関」であるという関係にあります。

「国権の最高機関」とは政治的美称にすぎず、法的な意味はありません。

「唯一の立法機関」とは「国会中心立法の原則」と「国会単独立法の原則」を意味します。



## 第2節 国会議員の地位

国会議員は、憲法上、①歳費受領権（49条）、②不逮捕特権（50条）、③免責特権（51条）、という三つの特権を有します。49条、50条、51条と並んでいますので、覚えやすいですね。

- ◆ 49条：両議院の議員は、法律の定めるところにより、国庫から相当額の歳費を受ける。
- ◆ 50条：両議院の議員は、法律の定める場合を除いては、国会の会期中逮捕されず、会期前に逮捕された議員は、その議院の要求があれば、会期中これを釈放しなければならない。
- ◆ 51条：両議院の議員は、議院で行った演説、討論又は表決について、院外で責任を問はれない。

司法試験における重要度の高さに従い、免責特権、不逮捕特権、歳費受領権の順に説明します。

### 一 免責特権（51条）

1 51条は、要するに、「あなたの思うとおりにやってください。そのことによって、あなたの法的な責任を問うことはありません」という規定です。

なぜ、こんな規定が必要なのでしょう？ 自分の演説・討論・表決によって法的な責任が課されるとしたらどうなるかを考えてみましょう。

2 例えば、農地改革法を考えて下さい。農地改革法は、GHQの主導で作られた法律ですから、厳密に言えば具体例としては適切ではありません。そこで以下は、「農地改革法が、一般の法律同様に作られた法律だったとしたら」という仮定の下の説明だと思って下さい。

戦後の日本は国土が荒廃し、多くの国民はその日の食料にも事欠くという有様でした。そんな状況下で、「一部の大地主が甘い汁を吸い、小作人は息も絶え絶え」というのでは、「日本経済を立て直し、国民皆が幸福になる」ことなど、いつまで経っても夢物語でした。「日本経済を立て直し、国民皆が幸福になる」という目標を達成するには、国民に平等に財産を与え、勤労意欲を持たせ、消費を生み、国民経済を潤滑に動かすことがどうしても必要だったのです。もちろん、国家が地主か

ら適正な価格で土地を買い受け、それを小作人に安く売り渡すことができれば、それに越したことはありません。でも、戦争で疲弊しきった国家財政では、それこそ夢物語でした。

そこで、農地改革法の登場です。大地主からタダ同然で強制的に土地を収用し、それを極めて廉価に小作人に売ります。これにより、国民に平等に財産を与え、勤労意欲を持たせ、消費を生み、国民経済を潤滑に動かすことができます。それによって、「日本経済を立て直し、国民皆が幸福になる」という目標を達成することができます。

でも、大地主にしてみればたまったものではありません。先祖伝来の土地をタダ同然で奪われるのです。腹の虫が収まろうはずがありません。「そりゃ小作人は喜ぶだろう。でも、俺達の生活はどうなるんだ！ ご先祖様にどうお詫びすればいいんだ！」と言いたくなるでしょう。

ここで免責特権がなかったら、これはエライことです。「国会議員がとんでもない法律を作ったから、俺達は土地を奪われたんだ。この損害は国会議員に賠償してもらおう（民法709条）」と地主たちは主張します。これを、裁判所が認めたら、国会議員は損害賠償責任を負います。現在の貨幣価値に直せば、おそらく数兆円あるいはそれ以上の金を、わずか700人あまりの国会議員で支払うことになるのです。ちょっとやそっとでは払えません。これが罷り通るなら、国会議員はビビッてしまい、「この法律は絶対に国民のためになる。絶対に必要だ。でも、割を食う人もいるのは事実だ。後で損害賠償させられたらたまらん。この法律は廃案にしよう」となってしまいます（それ以前に、国会議員の成り手がなくなる可能性さえあります）。そんなことになれば、国政はにっちもさっちもいなくなります。

- 3 そこで、国会議員に、後顧の憂いなく、「国家百年の大計」を慮って自由に議論させるために、その演説・討論・表決について刑事上も民事上も一切法的な責任を負わないとする免責特権が与えられたのです。

## 二 不逮捕特権（50条）

- 1 50条によれば、国会議員は、国会の会期中は原則として逮捕されません。悪いことをしても逮捕されないのですから、一般人に比べて、ずいぶんと優遇されています。
- 2 なぜ、国会議員には不逮捕特権が与えられるのでしょうか？
  - (1) 近代市民革命当時、議会（＝革命勢力）は「自分たちの権利義務は自分たちで決めるんだ」と、国王（＝時の行政府）に反抗して生まれました。したがって、国会議員は革命勢力たる議会の構成員として国王からニラまれました。近代市民

革命が成功・定着して議会優位の体制が整う中でも、時の行政府にとって好ましくないからざる法律を作ろうとする議員はニラまれました。

行政府も馬鹿じゃありません。国王や皇帝といった行政府は「あいつがいなければ議会なんて烏合の衆だ。あいつさえ潰せば何とかなる。自分に刃を向けさせぬようにあいつをどうにかしよう」と考えます。そのために、行政府に刃向かう勢力のリーダーについて、犯罪をでっち上げ、兎にも角にも身柄を拘束することで議会の力を削ごうとしました。

そんなとんでもないことのないように、国会議員には不逮捕特権を与えようということになったのです。

ですから、不逮捕特権の第一の目的は、国会議員「個人」に対する、行政府、とくに検察からの不当な圧力を防止するという点にあります。

- (2) ところが、国王の権力が倒れ、議院内閣制などによって民主化されてくると、不逮捕特権の目的は、「議員個人の身体的自由の保障」から、「議院の審議権の確保」に重点が移ってきたのではないと言われるようになりました。つまり、「この法律を作るためにはあの議員がどうしても必要だ。彼は悪いことをしたかもしれないが、国民のために、この法律を作るまでは彼を逮捕しないでくれ」ということです。
- (3) 現在では、議員に不逮捕特権が与えられている目的は、「議員個人の身体的自由の保障」と「議院の審議権の確保」の両方であると考えられています。

### 三 歳費受領権（４９条）

皆さんは、「議員も仕事なんだから報酬をもらうのは当たり前じゃないか。いまだきタダで働くお人好しがどこにいるんだ」と思うかもしれませんが、でも、それは世知辛い現代人の感覚です。

もともと、国会議員というのは、「知性も教養も財産もある人が、国民代表として議会に出る」というものでした。「私には知性も教養も十分な財産もあります。お金なんていりません。粉骨砕身！ 不撓不屈！ 一意専心！ 不惜身命！ 堅忍不拔！ 国民のために我が身を投げ出す覚悟です」、だから、「その上、オカネまでもらうなんて…」という考え方だったのです。

ところが、普通選挙によって議会に無産階級の代表が入ってくるようになりました。貧乏人の代表は、「私はオカネなんて…」などとは言ってられません。「議員になったが最後、スッテンテンで一家離散」ではシャレになりません。つまり、そういう無産階級の代表が自律的に活動できるためには、ちゃんとお金を与えなければいけません。そこで、議員の活動をしっかり保障するために、議員に与えられたの

が歳費請求権です。

## 第3節 国会の構成＝二院制

### 一 二院制の意義

国会は、衆議院と参議院の二つの院から構成されています（42条）。こういう制度を二院制といいます。

◆42条：国会は、衆議院及び参議院の両議院でこれを構成する。

なぜ、わざわざ二つの院を置く必要があるのでしょうか？

かつての二院制は、「貴族院」と「下院」という構成原理が異なる二院から成っていました。優雅な伝統を受け継ぐ貴族院と、選挙によって選ばれる（＝民意を反映する）下院です。伝統を重んじる人々の代表と、勢力を拡大する民衆の代表として、両者は対抗関係にありました。イギリスやかつての日本はこういう二院制でした。

また、現在でも、アメリカのような連邦国家であれば、「州の代表」たる下院と「連邦の代表」たる上院を置く意味があります。

これに対して、日本のような単一国家で、しかも、ともに選挙によって選ばれた二院を置くのであれば、お金がかかるばかりで無駄なのではないかという疑問が生じます。

しかし、民意というものはそれほど絶対で正しいのでしょうか？

たしかに、一院制は効率的です。お金もかかりません。でも効率的であるということは、暴走しやすい、歯止めが利かないということでもあります。ですから、二院ともに選挙が要件とされるようになった今日でも、任期（45条・46条）や選挙方法（47条）を変えることで、一時の多数意見だけで暴走しないようにすることには意味があるといえます。

- ◆ 45条：衆議院議員の任期は、四年とする。但し、衆議院解散の場合には、その期間満了前に終了する。
- ◆ 46条：参議院議員の任期は、六年とし、三年ごとに議員の半数を改選する。
- ◆ 47条：選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。

例えば、ある選挙ではボロボロに負けた政党が、違う時期に、あるいは、違う方法で行われた選挙では、大躍進するということが現実に起こります。その結果、衆議院ではAを内閣総理大臣にと言うけど、参議院ではBを内閣総理大臣にと言うという事態になります。これは本当に非効率的で、歯がゆいことです。しかし、この歯がゆさもまた、民意の反映です。これによって、一院による暴走を防止しているのです。

国政の運営というのは、会社経営のように、何でもかんでも「効率的」「能率的」「合理的」がいいというわけではありません。国政も会社も多数決で運営されるという点では同じです。でも、会社の場合は、「自分の意見が採用されない。こんな会社やっつけられない」と思えば、株主は株式を売り払ってしまえばそれで済む話です。ですから、徹頭徹尾、「効率」を追求すればいいわけですが、でも、国政の場合はそうはいきませんよね。「自分の意見が採用されない」と思っても、国籍を捨てて他の国の国民になるのは容易なことではありません。ですから、国政の運営について、憲法は、二院制を採用して、あえて「非効率的」「非能率的」「非合理的」にしようとしているのです。「摩擦があつて前に進もうにも進めない。何とも歯がゆい。でもそれがまたいいところだ。それが人権を守るのだ」というふうに、憲法は考えているのです。

## 二 衆議院の優越

今日では、一方の院に優越性が認められるものが増えてきています。日本の二院制もそうです。

衆議院も参議院もともに選挙された議員によって構成されます。しかし、衆議院議員の方が任期が短く（45条・46条）、また、衆議院にのみ解散制度が存在するため（45条・69条）、衆議院の方が国民意思をより直接的に代表する機関であるといえます。そのため、衆議院が参議院に優越するのです。

## 第4節 国会の権能と議院の権能

### 一 概観

#### 国会の権能

- ①法律の議決権（59条）
- ②条約の承認権（61条，73条3号）
- ③内閣総理大臣の指名権（67条）
- ④弾劾裁判所の設置権（64条）
- ⑤財政監督権（60条，83条以下）
- ⑥憲法改正の発議権（96条）
- ⑦皇室財産授受の議決権（8条）
- ⑧法律に基づく権能

#### 議院の権能

- ①自律権
  - a) 内部組織に関する自律権
    - ・議員逮捕の許諾・釈放要求権（50条）
    - ・議員の資格争訟の裁判権（55条）
    - ・議院役員選任権（58条1項）
  - b) 運営に関する自律権
    - ・議院規則制定権（58条2項）
    - ・議員懲罰権（58条2項）
- ②国政調査権（62条）

### 二 国会の権能

- 1 一で概観したように、国会には①～⑧の権能があります。もちろん、どれも重要なのですが、全部について説明するわけにもいきません。ここでは、①法律の議決権（59条）、②条約の承認権（61条，73条3号）、及び⑤財政監督権（60条，83条以下）のうちの予算の議決権（60条）について説明します。
- 2 国会の一番重要な役割は、「自分たちの権利義務は自分たちで決めるんだ」という立法権能です。それに加えて、「予算を決めること」「条約を承認すること」も国



会の大切な役割です。

### 3 三者の手続きの相違

まず押さえておかななくてはならないのは、法律の議決・条約の承認・予算の議決は、それぞれ手続きが異なるということです。このことは、条文を見ればすぐに分かります。

三者ともに、衆議院の優越が認められています。

◆ 59条1項：法律案は、この憲法に特別の定のある場合を除いては、両議院で可決したとき法律となる。

2項：衆議院で可決し、参議院でこれと異なつた議決をした法律案は、衆議院で出席議員の三分の二以上の多数で再び可決したときは、法律となる。

3項：前項の規定は、法律の定めるところにより、衆議院が、両議院の協議会を開くことを求めることを妨げない。

4項：参議院が、衆議院の可決した法律案を受け取つた後、国会休会中の期間を除いて六十日以内に、議決しないときは、衆議院は、参議院がその法律案を否決したものとみなすことができる。

◆ 60条1項：予算は、さきに衆議院に提出しなければならない。

2項：予算について、参議院で衆議院と異なつた議決をした場合に、法律の定めるところにより、両議院の協議会を開いても意見が一致しないとき、又は参議院が、衆議院の可決した予算を受け取つた後、国会休会中の期間を除いて三十日以内に、議決しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする。

◆ 73条：内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。

五 予算を作成して国会に提出すること。

◆ 61条：条約の締結に必要な国会の承認については、前条第二項の規定を準用する。

◆ 73条：内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。

三 条約を締結すること。但し、事前に、時宜によつては事後に、国会の承認を経ることを必要とする。

### (1) 法律案

59条1項により、法律案は、原則として、両議院で可決したとき法律となります。しかし、2項により、法律案については、衆議院で出席議員の3分の2以上の多数で再び可決したときは、衆議院は参議院の議決を無視できることになっています。さらに、4項により、60日というかなり長い期間参議院が法律案を放置した場合は、衆議院は、参議院がその法律案を否決したものとみなして、衆議院で出席議員の3分の2以上の多数で再び可決することにより、法律案を法律にすることができます。つまり、4項の場合は衆議院は参議院を完全に無視できるわけです。

### (2) 予算案

予算案は、60条1項により「衆議院先議の原則」があります。そして、2項により、参議院が30日放置しただけで、「3分の2以上の多数での再度の可決」がなくても、衆議院の議決したとおりの予算ができあがります。

予算というのは、国を動かすために、とにかく必要です。一刻の猶予もありません。「60日待って、もう一度3分の2以上の多数で…」などと悠長なことを言っていたのでは、国民生活が回らなくなります。ですから、先に衆議院に議決させて、30日待っても参議院が決めてくれなければ、衆議院の議決をそのまま国会の議決にして、予算を迅速に成立させるのです。

### (3) 条約

条約には、60条1項は準用されませんので、「衆議院先議の原則」こそありませんが、61条により60条2項が準用されますので、基本的には予算案と同じです。

条約は相手国のあることです。相手国としては、60日も待たされた上、「衆議院で3分の2以上の多数の賛成が得られなかったので、このお話はなかったことに…」などと言われたのでは、たまったものではありません。ですから、相手国に配慮し、30日待っても参議院が決めてくれなければ、衆議院の議決をそのまま国会の議決にして、条約を迅速に成立させるのです。

## 4 国会の修正権

### (1) 法律案

法律は国会で作るものですから(41条)、国会は法律案にどのように手を加えることもできます。

問題は、予算案や条約も同様に考えてもいいかということです。

### (2) 予算案

予算は、一言でいえばお金の話です。国民・住民に税金を納めてもらって、そのお金を上手に使って、国民・住民に還元していく。そのための準則が予算です。つ

まり、予算とは、お金の話であるがゆえに、国民・住民の権利義務に非常に深く関わってくるのです。

そうだとすると、予算についても国民の代表機関たる国会（43条1項）が十分に手を加える必要があると考えられます。

反面、3で見たように、「法律」と「予算」は憲法上区別され、その成立手続きも異なります。ですから、法律と予算を全く同一に考えるというのも疑問があります。

### ① 予算行政説

そこで出てくる一つの考え方は、国や財務省が採る考え方で、「73条5号により『予算は内閣が作成する』と規定されていることからしても、予算＝行政である」というものです。

◆73条：内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。

五 予算を作成して国会に提出すること。

「予算＝行政」と考えると、立法機関たる国会（41条）が予算に勝手に手を加えたり、修正することはきびしい条件の下認められることになります。

財務官僚の本音は、結局、「国会はごちゃごちゃ口出しするな」と言いたいのです。「財政の専門知識もない議員のオッサンが国のお金のことに口出しするな。法学部を卒業し、国家I種試験に素晴らしい成績で合格した優秀な財政の専門家が、その専門知識を生かして、しかも何日も徹夜して作成した予算なんだから、そのまま国会を通せ！」というのが、彼らの本音なのです。

### ② 予算法律説

予算行政説に対して、民主化を主張する人たちは、「予算＝法律」と言います。確かに、予算は、国民の権利・義務に直接関わるものではありません。しかし、予算は、国政のあり方の最も基本的な部分に関わるものですから、最終的には国民の権利・義務に関わってくる部分もあります。その点を重視して、「予算＝法律」と考えるのです。「予算＝法律」と考えれば、立法機関たる国会（41条）は予算に手を加えるのも、修正するのも自由であることになります。

要するに、予算法律説は、「予算は国民生活に重大な影響を与えるものであるから、国民自身が代表者を通じて決めることが大切だ。財務官僚の作った予算案なんてくそ食らえ。そんなものはズタズタに切り裂いて全部変えても構わない。遠慮は無用」と考えます。

### ③ 予算法形式説

予算法律説が主張するように、予算は、国政のあり方の最も基本的な部分に関わるものであり、最終的には国民の権利・義務に関わってくる部分もあります。ですから、国会による民主的なコントロールを及ぼすべきです。

しかし、予算行政説が主張するように、予算と法律は成立手続が違います。また、予算は、国民の権利・義務に直接関わるものではありません。ですから、ストレートに「予算＝法律」と考えるのも無理があります。

そこで、多数説は、「予算は、行政でもないし、法律でもない。法律と異なる特殊の法形式である」と考えます。

予算は、行政でもない法律でもないどっちつかずのものと考えますから、「内閣の提出した予算を国会が手直しできるのか」という問題に関しては、予算国法形式説の内部でも、結論が割れます。政府寄りの方は「ちょっとしか手直しできない」と考えます。これに対して、民主化を重視する人は「大きく手直ししてもいい」と考えます。

予算国法形式説は憲法学会の多数説ですが、腹を割って言うと、「国会の民主的コントロールを及ぼすのがいいのか。それとも、もともと予算とは国王の財布だったのだから、国会の口出しは限定した方がいいのか」というバランスを問題にしているだけです。中心哲学はありません。

ですから、皆さんが論文試験の答案を書く場合でも、「両者のバランスを取るべきだが、自分としては、こっちを重視したい」という姿勢を鮮明に打ち出さないと、説得的な文章になりません。この点は注意して下さい。

### (3) 条約

法律・予算は、所詮は日本国内の問題ですから、「成立させるのか、成立させないのか、それとも修正した上で成立させるのか」について、ある程度国会の自由にさせても、それほど困ったことにはなりません。法律・予算がなかなか出来上がらなくて国民が困るということはありません。でも、そんな国会議員を選んだのは他ならぬ国民自身なので、国民自身が割を食うのもやむを得ないといえそれまでです。不満なら次の選挙で再選させなければいいのです。

これに対して、条約には特殊な問題が二つあります。①相手国の存在と、②相手国との微妙な交渉です。

#### ① 相手国の存在

条約は相手国があることです。国会が勝手に条約を手直しして、相手国に、「修正したから、こんな具合でよろしく」と言うと、相手国は困ってしまいます。例えば、相手国から何かモノを買い、日本がお金を払うという条約を結んで

たとしましよう。その条約に対して国会が「モノをもらうのはいいが、金を払うのはダメだ」と修正したとします。そこで、内閣が相手国に「モノはもらうが金は払わないという条約になったので、そこのところよろしく」と言ったら、相手国は怒るでしょう。これを通せば、日本は国際社会から完全に孤立します。下手をすれば戦争です。

## ② 相手国との微妙な交渉

条約とは、ある意味で非常に高度な心理戦を通じて、あるいは非常に細かいこととの詰めを通じてようやく結ばれるものです。そんな微妙な駆け引きの場に、多人数は馴染みません。

例えば、アメリカと条約を結ぶのに、国会議員全員がジャンボ機で出掛けて行って、ホワイトハウスで喧々囂々たる議論をすることは、まず不可能です。

①②の特殊事情があるからこそ、憲法は、73条3号本文で条約の締結を内閣の権能としたのです。そして、73条3号但書の「国会の承認」とは、内閣が、相手国の立場に配慮し、微妙な交渉を経て結んできた条約案を、「呑むか呑まないか」「YES or NO」ということです。法律や予算のように、条約にも国会のコントロールを及ぼすとしても、法律や予算とはその意味が違います。

つまり、「国会の条約修正権」と言ってみたとところで、実際にはあまり意味がありません。相手国からモノはもらっておきながら、「国会で修正されたからお金は払えない」と言って相手国に呑ませることはできません。「国会の条約修正権」を認めても、「もう一度この点について相手国と交渉しなさい」と言う義務を内閣に負わせるだけの話です。相手国との関係では、当然に修正されることにはなりません。

## 三 議院の権能

1 一で概観したように、議院には① a) b) ②の権能があります。もちろん、どれも重要なのですが、全部について説明するわけにもいきません。ここでは、① b) 議院規則制定権と②国政調査権(62条)について説明します。

### 2 議院規則制定権(58条2項)

◆58条2項本文：両議院は、各々その会議その他の手続及び内部の規律に関する規則を定め、(後略)。

## (1) 議院の自律権

憲法は、各議院が他方議院等の他の国家機関から独立して自律的運営ができるよう配慮しています。つまり、憲法は、議院役員選任権（58条1項）や議員の資格争訟の裁判権（55条）といった自主組織権を与えると同時に、議員懲罰権（58条2項）という自主運営権を与え、特に運営についてのルール作りを独自にできるように議院規則制定権（58条2項）を与えました。これらをまとめて「議院の自律権」といいます。

## (2) 議院規則と法律との関係

このように、各議院が運営について他の議院からの干渉を受けないように、運営についての独自のルール作りを認めたのはとてもよいことです。しかし、そうすると「国会は、…国の唯一の立法機関である」（41条）こととの関係が問題となります。

「国会は、…国の唯一の立法機関である」ということの意味は、国民の権利・義務に関するルールや国政一般の方針作りは「国会」が独占するということです。にもかかわらず、その国会を構成する各「議院」が、両院が各々議決した末によりやく成立した「法律」を排除して、自分勝手に議院「規則」でルール作りをしてよいのでしょうか？

実際には、国会の運営を定める国会法と、各議院が独自に定める議院規則がその内容を異にし、抵触した場合にどのように考えればよいかという形で問題になってきます。

この点については、議院規則が優位するという考え方も有力ですが、法律が優位するという考え方が支配的です。

法律優位説は、41条の「国会は、…国の唯一の立法機関である」という原則を重視します。また、両議院の議決を必要とする「法律」が、一院の議決だけで足りる議院「規則」に優位するのは、民主主義の観点からして当然であると考えます。

しかし、法律は、参議院がたとえ全員一致で否決したとしても、衆議院が三分の二以上の多数で再可決すれば、成立してしまいます（59条2項）。つまり、国会法が議院規則に優位すると単純に考えると、せっかく参議院が規則を定めても、衆議院の意思だけで参議院の意思を踏みにじることができてしまいます。

ですから、法律が規則に優位するとしても、国会法の改正には衆議院優越の原則を適用しない慣行と、規則固有の所管に属する内部事項（「会議その他の手続及び内部の規律に関する」）については規則を尊重し、法律をそれに適合するよう改訂する慣行を樹立すべきでしょう。

### 3 国政調査権（62条）

◆62条：両議院は、各々国政に関する調査を行ひ、これに関して、証人の出頭及び証言並びに記録の提出を要求することができる。

#### (1) 国政調査権の趣旨

近代市民革命は、国民代表からなる議会に国の一般の方針作りを委ねて、国のあり方をコントロールさせる体制を作りました。当然その前提として情報を収集することが必要です。そのために憲法は、立法に携わる各議院に情報収集・調査のための国政調査権を与えたのです（62条）。

#### (2) 国政調査権の性質

国政調査権は、「国権の最高機関」性に基づく、国権統括のための独立の権能であるとする見解があります（独立権能説）。

しかし、かつてのソ連のKGBやアメリカのCIAのような独立の情報機関を認める必要はありません。そんなものを認めると、その機関にあまりにも強大な権力を与えることになりすし、また、かえって国民の生活が窮屈なものになってしまいます。

国政調査権は、立法機関たる国会の権能として与えられている点からしても、国会が本来有する立法や行政監督という権能を有効に行使させるための補助的な権能であるとするべきです（補助的権能説）。「国権の最高機関」＝政治的美称と考えることも補助的権能説の根拠になります。

#### (3) 国政調査権の新たな機能

近代市民革命は議会中心の統治体制を予定していました。しかし、それは、社会国家・福祉国家化に伴う膨大かつ専門的・技術的国家事務の発生により変容しました。つまり、行政官僚こそがその事務の内容を知り、把握しているという行政国家現象が進展しました。それにより、議会の地位は必要な行政事務の根拠たる法律を製造・供給する場にすぎないとみえるまでに低下しました。

しかし、本来、政治（＝国のあり方）を決めるのは、国民や国民代表からなる議会（国会）のはずです。

そこで、各議院が持つ国政調査権を有効に使い、それにより収集した情報を積極的に主権者たる国民に提供し（情報提供機能）、また、これによって争点は何であるかを国民に対して投げかける（争点提起機能）という機能を重視すべきではないかといわれています。そして、これらの機能をうまく活用すれば、主権者たる国民

は国政について判断を下す前提となる情報・資料を得ることができます。この点で、国民の「知る権利」の保障にもなります。

こういう過程を通じて、行政国家現象の中での議会の没落をくい止め、復権が図れないかということが言われています。

また、国政調査権をうまく使って、行政を監視する「行政オンブズマン制度」を導入できないかということも言われています。



## 第3章 内閣

### 第1節 「行政」とは何か

内閣は行政権を行使する国家機関です。

◆65条：行政権は、内閣に属する。

65条は、行政権が内閣に属することを定めています。しかし、同条は「行政とは何か」について何ら規定していません。憲法全体を見ても、「行政」について明確に定義している条文はありません。

学説では、「行政とは全ての国家作用から立法と司法を除いたもの」という考え方が通説です（控除説）。

#### 行政＝国家作用－（立法＋司法）

「なんだかやる気のない定義だな～」と感じる人もいるでしょうが、これでいいのです。その理由は以下のとおりです。

第一に、控除説は権力分立の歴史的沿革に合致することが挙げられます。

近代以前は国王は円満な「執行権」を独占していました。そこから、議会在、国の一般的ルール作りをする「立法権」を奪い取りました。さらに、議会在定めた「法律」の適用について争いが生じた場合に、それを裁定する権能を「司法権」として独立させました。その後に残った「執行権」がすなわち「行政権」に他ならないのです。

第二に、控除説は、社会国家・福祉国家の要請の下、内閣が、多種多様な行政事務や行政サービスを行うのを説明しやすいということが挙げられます。

社会国家・福祉国家の要請に伴い、多種多様な行政事務や行政サービスを行う必要性が生じました。内閣は、バックに官僚機構を有しているため、現場をよく知り、専門的・技術的に有能な人材を豊富に抱えています。また、内閣は、少人数であるので

国会よりも迅速に動けます。したがって、多種多様な行政事務や行政サービスを行うのに最も適した国家機関は「内閣」であるといえます。

「行政」を広く解すれば、この多種多様な行政事務や行政サービスを「内閣」の権限として取り込みやすくなります。

逆に言えば、行政を積極的に定義付けようとする、多種多様な行政事務や行政サービスが「内閣」の権限からはみ出てしまい、国民の利益にならなくなる可能性があります。

以上の二つの理由から、「行政とは全ての国家作用から立法と司法を除いたもの」という控除説が妥当といえます。

## 第2節 内閣の組織

- ◆ 66条1項：内閣は、法律の定めるところにより、その首長たる内閣総大臣及びその他の国務大臣でこれを組織する。  
2項：内閣総理大臣その他の国務大臣は、文民でなければならない。
- ◆ 67条1項：天皇は、国会の指名に基いて、内閣総理大臣を任命する。
- ◆ 67条1項：内閣総理大臣は、国会議員の中から国会の議決で、これを指名する。この指名は、他のすべての案件に先だつて、これを行ふ。
- ◆ 68条1項：内閣総理大臣は、国務大臣を任命する。但し、その過半数は、国会議員の中から選ばなければならない。  
2項：内閣総理大臣は、任意に国務大臣を罷免することができる。
- ◆ 75条：国務大臣は、その在任中、内閣総理大臣の同意がなければ、訴追されない。但し、これがため、訴追の権利は、害されない。

### 一 明治憲法下の内閣

現行憲法における内閣の組織を理解するには、明治憲法との比較が必須です。

明治憲法下では、明文上は「内閣」という制度はなく、天皇親政のタテマエの下に、第四章に「国務大臣及枢密顧問」という章が設けられているだけでした。

〈大日本帝国憲法（明治憲法）〉

- ◆ 55条1項：国務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責ニ任ス
- ◆ 56条：枢密顧問ハ枢密院官制ノ定ムル所ニ依リ天皇ノ諮詢ニ応ヘ重要ノ国務ヲ審議ス

「内閣」は、憲法上の制度ではなく、明治22年、明治憲法の成立と同時に公布された内閣官制に基づく、憲法外の官制とされていました。

明治憲法下では、一人一人の大臣が直接天皇を助け（55条1項）、内閣総理大臣はこれを束ねる「同輩中の首席」でしかありませんでした。クラス委員のようなものです。

また、「枢密院」が置かれ（56条）、そこには「元老」という、明治維新の政治的動乱を生き抜いてきた海千山千の維新の元勳らがいました。彼らが全体をコントロールしているうちは、政治は安定していました。しかし、枢密院に人材が得られず、政治的大物がいなくなると、軍部が横から揺さぶってきました。

「内閣」はこのようなものでしたから、藩閥政府は、天皇の政府として議会を無視した超然内閣を宣することも可能でした。また、後に軍部は、天皇親政を強調し、「統帥権の独立」を主張して暴走しましたが、これは内閣構成に必要な軍部の大臣を出すことを拒否して、内閣の成立に牽制を加えることができたからです。例えば、宇垣一成（1868～1956）が組閣できなかったのも陸軍の協力が得られなかったためです。

## 二 日本国憲法下の内閣

このような状況に対する反省の下に、日本国憲法では、内閣を憲法上の制度として、内閣が行政全体について責任を負えるようにしました。つまり、行政権は内閣に属することとされ（65条1項）、内閣は国会によって選任された内閣総理大臣が（66条1項、67条1項）、全ての国務大臣の任免権を有して組織できることとしたのです（68条）。内閣総理大臣は「同輩中の首席」から「組織権者」「首長」となりました。内閣総理大臣の地位には劇的な変化があったといえます。

そして、国家中枢をなす内閣行政事務が滞ることのないように、大臣在任中は、内閣総理大臣の同意がない限り、各大臣は訴追されないこととなっています（75条）。

また、明文はありませんが、慣例上、閣議は全員一致で決し、行政の運営について内閣が一体として国会に責任を負うことになっています。

## 第3節 内閣の権能

内閣はどのようなことをやっているのかについては、条文を見てもらえば分かります。

- ◆73条：内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。
  - 一 法律を誠実に執行し、国務を総理すること。
  - 二 外交関係を処理すること。
  - 三 条約を締結すること。但し、事前に、時宜によっては事後に、国会の承認を経ることを必要とする。
  - 四 法律の定める基準に従ひ、官吏に関する事務を掌理すること。
  - 五 予算を作成して国会に提出すること。
  - 六 この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。
  - 七 大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を決定すること。
- ◆3条：天皇の国事に関するすべての行為には、内閣の助言と承認を必要とし、内閣が、その責任を負ふ。
- ◆6条2項：天皇は、内閣の指名に基いて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。
- ◆79条1項：最高裁判所は、(中略) その長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する。
- ◆80条1項：下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。(後略)

つまり、内閣の役割は、国家を組織して、国家全体を運営していくことです。それぞれの詳しい内容については、勉強が進むにつれて学ぶことになります。今は、「いろいろあるんだな」くらいに思っていてください。

## 第4節 議院内閣制

### 一 議院内閣制とは

議院内閣制とは、①議会（立法）と政府（行政）が一応分離しつつ、②政府が議会の信任に依拠して成立・存続し、政府が議会に対して連帯責任を負う制度です。

立法権と行政権の関係にはいろいろな形態があります。議院内閣制というのは、その中の一つの名称です。議院内閣制以外の形態についても簡単に説明しましょう。

アメリカ型＝大統領制 : 議会と政府とを完全に分離し、政府の長たる大統領を民選とする制度

ドイツ型＝超然内閣制 : 君主制の下で、政府は君主に対して責任を負い、議会に対しては何の責任も負わない制度

スイス型＝会議制 : 政府がもっぱら議会によって選任され、その指揮に服する制度

イギリス型＝議院内閣制

### 二 日本国憲法における現れ

日本国憲法が議院内閣制を採用していることは明らかです。

- ◆ 66条3項 : 内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ。
- ◆ 67条1項 : 内閣総理大臣は、国会議員の中から国会の議決で、これを指名する。この指名は、他のすべての案件に先だつて、これを行ふ。
- ◆ 68条1項 : 内閣総理大臣は、国务大臣を任命する。但し、その過半数は国会議員の中から選ばなければならない。  
2項 : 内閣総理大臣は、任意に国务大臣を罷免することができる。
- ◆ 69条 : 内閣は、衆議院で不信任の決議案を可決し、又は信任の決議案を否決したときは、十日以内に衆議院が解散されない限り、総辞職をしなければならない。

### 三 議院内閣制と大統領制の比較

大統領制は、国民が選挙で大統領を選びます。国民が大統領を選ぶのですから、大統領も国民を向いて政治を行います。議会とは関係がありません。

アメリカの大統領は、しばしばテレビを通じて国民に語りかけます。医療保険制度改革等重要政策についても、オバマ大統領は国民に直接訴えかけていました。また、最近ではオバマ大統領は、アメリカ軍のイラクからの撤退を国民に対して約束しました。

日本の総理大臣は、消費税増税についても、沖縄のアメリカ軍基地問題等についても、国民に語りかけて、説明してくれることはほとんどありません。マスコミはそんな総理大臣の姿勢を批判します。国民も、もっときちんと説明して欲しいと感じます。でも、総理大臣には、重要な国政について国民に説明する道徳的・政治的義務はあると思いますが、法的義務はないのです。

そもそも、憲法上の体制自体が、日本とアメリカでは違います。アメリカの大統領は国民に対して責任を負っていますから、国民に語りかけて、国民の理解を得るように努力するのが当たり前ののです。日本の内閣は国会に対して責任を負っていますから、内閣総理大臣は国会に対して弁明し、国会の理解を得るように努力するのが当面の職務なのです。

## 第5節 衆議院の解散

解散とは、衆議院議員の全員について、任期満了前に議員の資格を失わせる行為をいいます。万歳とともに衆議院を解散する風景は、ニュースでもお馴染みです。

憲法上、7条3号と69条に衆議院の解散についての規定があります。

◆7条：天皇は、内閣の助言と承認により、国民のために、左の国事に関する行為を行ふ。

三 衆議院を解散すること。

◆69条：内閣は、衆議院で不信任の決議案を可決し、又は信任の決議案を否決したときは、十日以内に衆議院が解散されない限り、総辞職をしなければならない。

しかし、7条3号も69条も解散を正面から規定してはいません。

1952年8月28日、第3次吉田内閣が衆議院を抜き打ち的に解散しました。その事件を契機として、①69条の場合以外にも解散権が行使される場合があるのか、②あるとすればその主体は誰か、③その根拠は何か、についての議論が活発になりました。いわゆる解散権論争です。

多数説は、①69条以外の場合でも、③7条3号を根拠に、②内閣が解散権を行使できると解しています。現在では、実務でも、そういう取り扱いがされています。

## 第4章 裁判所

### 第1節 司法権の概念

#### 一 司法権の意義

裁判所は司法権を行使します。

◆76条1項：すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。

76条1項には、「司法権は裁判所に属する」と規定されています。しかし、憲法は、「司法権とは何か」については規定していません。

司法権というと、「裁判をすること」と思う人が多いかもしれませんが、これは誤りです。司法権とは、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」をいいます。

なぜ司法権をこのように定義付けるのでしょうか？ これは司法権の歴史的沿革から考える必要があります。

#### 二 司法権の歴史的沿革

1 実は、「裁判をする」という意味のオリジナルの「裁判権」は、近代市民革命を経て、「司法権」に変わりました。「自分たちの自由を守るためには、司法権を作るしかない」と考えられたからです。

では、「司法権」が成立する前にあった「裁判権」とはどういうものだったのでしょうか？

2 人間が社会を作って生活するようになれば、必ず何らかの紛争が発生します。ですから、この紛争を裁定して解決する権力が必要となってきます。この紛争を裁定して解決する権力のことを「裁判権」といいます。

中世封建社会では、この「裁判権」を国王や貴族・領主が独占していました。こ



これらの権力者は、紛争が表に現れる前からしゃしゃり出てきて、裁定の権力を発動し、道徳や条理に沿うように、あるいは自らの気分で、裁定を下しました。しかもその過程は公開されませんでした。ですから、熟考の末の結論か、信頼のおける家臣に相談したものか、はたまたアマダかジャンケンか、分かったものではありませんでした。

要は、頼みもしないのにいきなり出て来て、自分の感性で事態を把握し、自分で独自の調査をして、自分の感性で裁定を下す権力者を想起して下さい。思い当たる人はいませんか？ そうです。「水戸黄門」です！

「水戸黄門に判断してもらえたら結構じゃないか」と思うかもしれませんが。それは、「水戸黄門はいい人。その上、助さん・格さん・弥七・お銀・飛猿・八兵衛という心強い腹心もいる。しかも間違った判断はしない。対するのは越後屋と結託した悪代官」という前提があるからです。この前提が取り払われるとどうなるでしょうか？

世の中、黄門様のようないい人ばかりではありません。悪代官がしゃしゃり出て来て、「とりあえず越後屋に勝たせておいて、後でたんまりと賄賂を…」と考えて裁定されたのではたまったものではありません。

仮に、黄門様のようないい人に裁いてもらうとしても、勝手に裁定されたのでは困ることも多々あります。例えば、すごく素敵な人に足を踏まれて怪我をしたとします。踏まれた方としては、「謝ってもらえばそれで水に流そう。それどころか、こんな素敵な人とお近付きになれてラッキー！」と思っているのに、黄門様がしゃしゃり出て来ます。「なにっ！ 足を踏んで怪我をさせた？ お前さんは治療費を支払わねばなりませんよ。それから、過失致傷罪だから罰金もな」。これでは、あまりにも暮らしにくい世の中になってしまいます。せつかくの素敵な人との出会いも台無しです。

- 3 このように権力者が勝手に裁判をしたのでは、国民の自由は守れません。そこで、国民の自由が守れるように、「裁判権」に手を加えました。

#### (1) 当事者主義の採用

第一に、裁判所を受け身の機関にしました。

まず、裁判所は国民の「助けて」という「申し立て」があって初めて動き出すことになりました。さらに、判断についても、当事者の申し立ての範囲に限定するものとししました。これを、「当事者主義」といいます。

例えば、当事者が「本当は500万円貸したけど、100万円だけ返してもらえば、それで諦めよう」と言うのであれば、裁判所は100万円についてだけ判断するのです。残りの400万円については、当事者が「返せ」と言っていない

のに、裁判所が勝手に「なにっ！ 500万円貸した？ じゃ、500万円返せ」と判断することはできません。

## (2) 裁定基準の明確化

第二に、裁判所がどのような基準で裁定するのかを明確にしました。

「条理」という曖昧で訳の分からないものを裁定基準にすると、当事者は、「何を主張すればよいのか」、「それについてどんな証拠を出せばよいのか」、「裁判所はどんな判断を下すのか」、全く「予測」が付きません。

そこで、立法府が「要件」と「効果」を定めた近代的な法律を定めておき、この法律に定められた要件の存否をめぐって当事者に争わせ、裁判所は中立的な立場で法律にあてはめればよいようにしたのです。こうすれば、当事者に「予測」が付きまします。

三 オリジナルの「裁判権」に、当事者主義を加え、裁定基準を明確にして出来上がったものが「司法権」というわけです。ですから、「司法権」の定義は「①具体的な争訟について、②法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」となるのです。当事者主義から①が、裁定基準の明確化から②が導かれます。

## 第2節 司法権の限界

### 一 法律上の争訟

1 司法権の定義のうちの「①具体的な争訟」という要件は、「具体的事件性の要件」と言われることも多いです。裁判所法3条1項の「一切の法律上の争訟」も同じ意味です。

◆裁判所法3条1項：裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。

判例は、「法律上の争訟」（＝具体的事件性の要件）の意味について、（a）当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、（b）それが法律を適用することにより終局的に解決することができるものに限ら

れる、と説明しています（最判昭29. 2. 11, 最判昭41. 2. 8参照）。

なんだか難しい言い回しでイメージがわきにくいですね。具体的事件性の要件が欠けるため、裁判所の審査権が及ばない場合又は事項の具体例を挙げて説明しましょう。

- 2 第一は、(a) 当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争がない場合です。

例えば、自衛隊の基地の周辺に住んでいるAさんが、ものすごい騒音によって体調を崩して医者にかかったという場合を考えて下さい。Aさんは、財産的損害・精神的損害を被っていますから、民法709条・710条に基づいて国に損害賠償請求訴訟を起こし、裁判所に判断してもらうことができます。こういう具体的権利侵害がある場合には、(a) の要件を満たすので、Aさんは、損害賠償請求訴訟の中で、「そもそも自衛隊は憲法9条に反しているのではないか」という主張をして、裁判所に判断してもらうことができます。

これに対して、自衛隊の基地からはるかに離れたところに住んでいて、何の損害も被っていないBさんは、(a) の要件を満たしません。ですから、Bさんはどんなに自衛隊が嫌いでも、「自衛隊は憲法9条に反しているのではないか」という主張をして、裁判所に判断してもらうことはできません。

- 3 第二は、(b) 法律を適用することにより終局的に解決することができない場合です。

例えば、「これが本当に御本尊様かどうか」という宗教上の争いや、「天が動いているのか、地が動いているのか」という科学の争いなどは、法を適用して解決できるものではありません。ですから、裁判所は判断しません。

これらは、具体的な権利が侵害されたというものではないので、(a) の要件を満たさないとと言えます。

## 二 統治行為

- 1 統治行為とは、一般に、「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為」で、法律上の争訟として裁判所による法的な判断が理論的には可能である（＝要件(a)(b)は満たす）のに、事柄の性質上、司法審査の対象から除外される行為をいいます。
- 2 『直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為』で、法律上の争訟として裁判所による法的な判断が理論的には可能であるのに、事柄の性質上、司法審査の対象から除外される行為」の具体例としては、例えば、衆議院の解散があります。

衆議院議員<sup>とまべち</sup>苦米地義三は、1952年8月28日のいわゆる抜き打ち解散の効力につき、①解散は憲法69条の場合に限り行われうると解せられるのにこの解散は7条を根拠に行われたこと、②（天皇の）解散行為には、内閣の助言と承認が必要であるにもかかわらず、いずれも認められないこと、を理由として争いました。

最高裁は、衆議院の解散が統治行為にあたり、「かかる国家行為は、裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられている」と判示しました（最大判昭35.6.8<苦米地事件>）。

3 裁判所に法律問題として持ち込まれたにもかかわらず、裁判所があえて判断しないとはどういうことなのでしょうか？

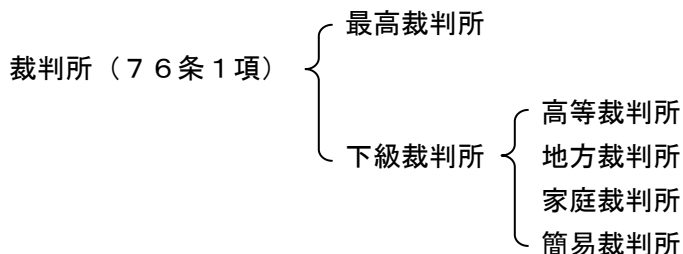
苦米地事件判例は、裁判所では判断できない。国会や内閣で政治的な解決をしてほしい。後は、お任せしますと言っています。

つまり、こういうことです。衆議院の解散が合憲か違憲かなどは、最高裁判所のわずか15人の裁判官で決めてしまうことはできません。それよりもむしろ、国民が大いに議論し、自分の意見を発表し、選挙や政治の過程を通じて、きちんと決めて下さい。その方がより適切な判断ができるのではないのでしょうか。最高裁判所自身がこう考えたわけです。

### 第3節 裁判所の組織と権限

#### 一 裁判所の組織

◆76条1項：すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。



## 二 最高裁判所

### 1 構成

- ◆ 6条2項：天皇は、内閣の指名に基いて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。
- ◆ 79条1項：最高裁判所は、(中略) その長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する。

最高裁判所 { 長官：内閣の指名+天皇の任命  
                  { その他の裁判官：内閣の任命

### 2 権限

- (1) 一般裁判権
- (2) 違憲審査権
- (3) 最高裁判所規則制定権 (77条1項)

- ◆ 77条1項：最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する。

裁判所は「中立・公正」を保ち、多数者の支配から免れるためにも「司法権の独立」が要請されます。そのためには、裁判所自身が自らを運営していけるルール作りの権能が与えられていなくてはなりません。これを認めたのが77条1項です。

「規則制定権」というと何か思い出しませんか？

議院規則制定権のところ、「各議院が運営について他の議院からの干渉を受けないように、運営についての独自のルール作りを認めたのはとてもよいことですが、そうすると『国会は、…国の唯一の立法機関である』(41条) こととの関係が問題となります」と言いました。

最高裁判所規則についても同じ問題があります。

「国会は、…国の唯一の立法機関である」ということの意味は、国民の権利・義務に関するルールや国政一般の方針作りは「国会」が独占するということです。にもかかわらず、たった15人の裁判官で構成される「最高裁判所」が、国会が両議院で

各々議決した末にようやく成立した「法律」を排除して、自分勝手に最高裁判所「規則」でルール作りをしてよいのでしょうか？

最高裁判所規則制定権の範囲内の事項について法律と規則が競合的に制定された場合、両者が矛盾するとき、どちらが優先するのでしょうか。実際には、例えば、裁判所法と最高裁判所事務処理規則、民事訴訟法と民事訴訟規則、刑事訴訟法と刑事訴訟規則がその内容を異にし、抵触した場合にどのように考えればよいかという形で問題になってきます。

この点については、最高裁判所規則が優位するという考え方、両者は同位にあり、後に制定された方が優位するという考え方も有力ですが、法律が優位するという考え方が支配的です。

法律優位説は、41条の「国会は、…国の唯一の立法機関である」という原則を重視します。すなわち、訴訟・裁判は国民の権利義務に密接に関連するので、国民の代表機関たる国会が制定した法律が優位すると考えます。

もともと、実際の取り扱いとしては、規則事項はなるべく規則で規定し、もし法律と矛盾する規則が制定された場合は、法律を規則に矛盾しないように改廃するように措置することが望ましいといえます。実際、かつて、裁判所法10条1号に抵触する最高裁判所裁判事務処理規則9条4項につき、法律の方に事後修正を加えたことがあります。

#### (4) 下級裁判所の裁判官指名権（80条1項）

◆80条1項：下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。（後略）

#### (5) 司法行政権（裁判所法80条1号）

◆裁判所法80条1号：最高裁判所は、最高裁判所の職員並びに下級裁判所及びその職員を監督する。

### 三 下級裁判所

#### 1 構成

◆76条1項：すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。

◆裁判所法2条1項：下級裁判所は、高等裁判所、地方裁判所、家庭裁判所及び簡易裁判所とする。

下級裁判所 { 高等裁判所  
地方裁判所  
家庭裁判所  
簡易裁判所

#### 2 下級裁判所の裁判官

◆80条1項：下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。その裁判官は、任期を十年とし、再任されることができる。但し、法律の定める年齢に達した時には退官する。

2項：下級裁判所の裁判官は、すべて定期に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない。

{ 最高裁判所の指名＋内閣の任命  
任期10年  
再任されることができる  
定年制  
報酬あり→10年の在任中は減額されない

## 第4節 司法権の独立

### 一 司法権の「独立」の意味

- 1 日本国憲法においては、司法権の独立が著しく強化されています。しかし、これは考えようによってはおかしな話です。

日本は民主国家なのですから、裁判所を含む全ての国家機関は国民の意思を反映していなければなりません。また、15条に「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」とある以上、裁判官の職権行使についても、民意からの「独立」など認められないようにも思えます。それにもかかわらず、「司法権の独立」が強調され、裁判官の職権行使についての「独立性」が強調されるのはなぜでしょうか？

- 2 民主主義原理を採用し、一人一票を前提とする以上、現実の政治的決定をなす上では、多数者の意見を全体の意見とみなして運営していかざるを得ません。多数決原理です。

この体制の下では、多数派に属する人々は、選挙を通じて自分たちの意見を立法院に反映し、それを行政府に実行させることによって、自らの幸福の実現を図っていくことができます。

しかし、国家のすべての機関が多数決で割り切られてしまうと、少数者は居場所がなくなってしまう。かつてヒトラーが95%の民意を背景にユダヤ人や障害者を合法的に虐殺したのは、そのよい例です。

そこで、三権からなる国家機関のうち少なくとも一つは、多数決原理から免れしめ、多数者の横暴から少数者の人権を守る機能を持たせる必要があります。これが「司法権の独立」の意味です。

だからといって、「何が何でも司法権は独立している」と考えるのは間違いです。少数者を守るという任務を放棄して、「司法権は独立しているのだ！ 裁判所は勝手にやる！ お前らの言うことは聞かない！」と言うことは許されません。それは司法権の独立ではありません。司法権の独善です。「司法権の独立」は、あくまでも、少数者保護の最後の砦として与えられたものだというのを忘れてはいけません。



## 二 「司法権の独立」の内容

1 司法権独立の原則には、二つの意味があります。一つは、司法権が立法権・行政権から独立していることです（司法府の独立）。もう一つは、裁判官が裁判をするにあたって独立して職権を行使することです（裁判官の職権の独立）。後者の裁判官の職権の独立こそ、司法権独立の核心といえます。

### 2 司法府の独立

- ◆ 76条1項：すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。
- ◆ 77条1項：最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する。
- ◆ 80条1項：下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。（後略）

### 3 裁判官の職権の独立

裁判官は司法の独立を最終的に支える人たちですから、憲法と法律に忠実に、その良心に従って独立して職権を行使できることが憲法上保障されています（76条3項）。

- ◆ 76条3項：すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。

また、独立して職権を行使できるように、その身分も、報酬も憲法上保障されています（78条，79条6項，80条2項）。

- ◆78条：裁判官は、裁判により、心身の故障のために職務を執ることができないと決定された場合を除いては、公の弾劾によらなければ罷免されない。裁判官の懲戒処分は、行政機関がこれを行ふことはできない。
- ◆79条2項：最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする。
  - 3項：前項の場合において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免される。
  - 4項：審査に関する事項は、法律でこれを定める。
  - 5項：最高裁判所の裁判官は、法律の定める年齢に達した時に退官する。
  - 6項：最高裁判所の裁判官は、すべて定期的に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない。
- ◆80条1項：下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によって、内閣でこれを任命する。その裁判官は、任期を十年とし、再任されることができる。但し、法律の定める年齢に達した時には退官する。
  - 2項：下級裁判所の裁判官は、すべて定期的に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない。

### 三 司法権の「独善」の防止

#### 1 総説

以上見てきたように、憲法は司法権の「独立」を強く保障しています。既に説明したように、司法権の「独立」を強く保障することは、少数者の人権保障にとって重要な意味があります。

しかし、司法権の「独立」を強く保障するということは、反面、司法権が「独善」化する危険を孕んでいます。

そこで、司法権の「独立」を害しない限りで、司法権が「独善」化しないように民主的コントロールを及ぼす必要があります。

以下、民主的コントロールの主体を、国民、国会、内閣に分けて説明します。

## 2 国民によるコントロール

### (1) 国民審査制（79条2項, 3項, 4項）

◆79条2項：最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする。

3項：前項の場合において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免される。

4項：審査に関する事項は、法律でこれを定める。

衆議院議員選挙に行ったことのある人なら分かると思いますが、衆議院議員選挙用の投票用紙とは別に最高裁判所裁判官国民審査用の投票用紙を渡されることがあります。そこには裁判官の名前がズラッと並んでいます。投票者は、「この裁判官にはやめてもらいたい」と思う裁判官の名前の上に×を付けます。過半数の人に×を付けられた裁判官は罷免されます。

どの裁判官がどんな裁判をしたかについては、一応の情報が与えられます。でも、一般の国民が、「この裁判官にはやめてもらいたい」なんて、そう簡単に判断できるものではありません。ほとんどの人は、一つも×を付けずに投票します。結果、一人の裁判官も罷免されることなく、めでたしめでたしとなります。

「こんなの意味あるの？」という疑問はもっともです。費用ばかりかかって、結局誰も罷免されないのなら無意味なようにも思えます。

でも、実は、「通常は誰も罷免されない」というところがミソです。「司法権の独立」を考えると、そうそう簡単に罷免されてはならないのです。裁判官には、「こんな裁判をすると罷免されるかもしれない。ここは一つ、国民の多数派にウケる判決を出しておこう」などと考えてもらっては困ります。自分の「良心」に従って裁判してくれることが、少数者の人権保障に何より役に立つのですから。

国民審査は、通常は、機能しない方がいいのです。「明らかに国民の意思からかけ離れた裁判」、「誰が見てもマトモじゃない裁判」が行われたときに初めて働く「最後の安全弁」。それが、国民審査の役割です。

### (2) 陪審制

陪審制とは、一般国民の中から選任された陪審員が、正式起訴をするかどうかを決定したり（大陪審）、審理に参加して評決したりする（小陪審）制度です。○。

J. シンプソンの殺人事件やアメリカ映画などで、日本でもお馴染みですよね。陪審制は、国民自身が司法権の行使に直接関わっていく制度といえます。

戦前、日本では、1923年（大正12年）に「陪審法」が制定されましたが、あまり活用されず、その法律の効力は1943年（昭和18年）に停止されました。戦後、陪審法は停止されたまま現在に至っていますが、司法制度改革の一環として、裁判員制度が導入されることになりました（2009年（平成21年）5月21日より）。この裁判員制度は、国民の中から選任された裁判員が、裁判官と共に刑事訴訟手続に関与するというもので、厳密には陪審制ではないが、国民の司法参加の制度の一つといえるものです。

### (3) 裁判の公開（82条1項）

◆82条1項：裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ。

裁判を公開することで、国民の監視の下で公正な裁判を実現し、司法に対する国民の信頼を確保することを狙いとします。国民の知る権利に応えるという機能はあくまでも副次的なものであることに注意してください。

## 3 国会によるコントロール

### (1) 公の弾劾（64条、78条前段）

◆64条1項：国会は、罷免の訴追を受けた裁判官を裁判するため、両議院の議員で組織する弾劾裁判所を設ける。

◆78条前段：裁判官は、裁判により、心身の故障のために職務を執ることができないと決定された場合を除いては、公の弾劾によらなければ罷免されない。

司法権の独立の一環として、裁判官の身分保障が設けられていますが（78条等）、独善化防止のためこれに一定の制約を課し、裁判の公正と国民の信頼を確保することを狙いとします。

(2) 国政調査権（62条）

◆62条：両議院は、各々国政に関する調査を行ひ、これに関して、証人の出頭及び証言並びに記録の提出を要求することができる。

4 内閣によるコントロール

内閣は、最高裁判所長官の指名権（6条2項）、及びその他の裁判官の任命権（79条1項、80条1項）を有します。

◆6条2項：天皇は、内閣の指名に基いて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。

◆79条1項：最高裁判所は、（中略）その長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する。

◆80条1項：下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。（後略）

## 第5節 違憲審査制

◆81条：最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。

### 一 違憲審査権の根拠

1 81条により最高裁判所に違憲審査権が認められます。81条は最高裁判所が「終審裁判所」だといっているだけであって、下級裁判所にも違憲審査権が認められます。

この違憲審査制は、理論的には、①憲法の最高法規性の観点、②基本的人権尊重の原理、③憲法の下に三権が平等に併存すると考えるアメリカ的な権力分立の思想、という三つの根拠に支えられています。

## 2 憲法の最高法規性の観点

憲法は、国の最高法規であつて、それに反する法律、命令、その他の国家行為は違憲・無効と判断されます。それを判断する機関が裁判所です。

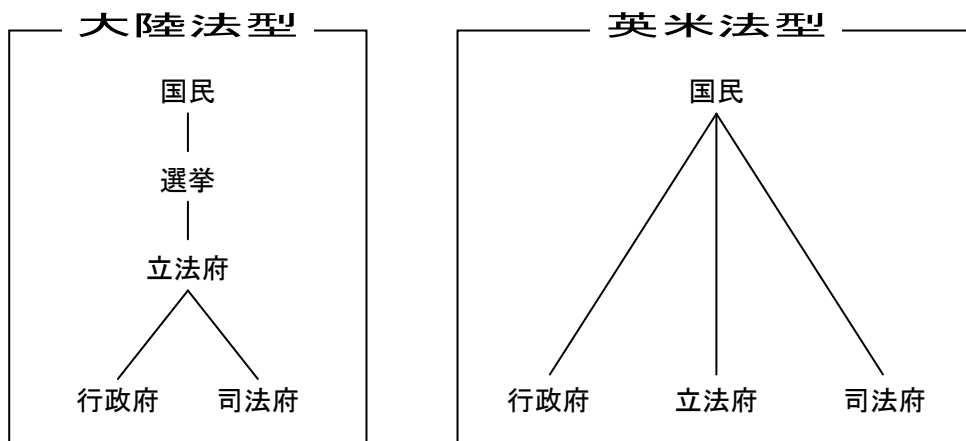
◆ 98条1項：この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。

## 3 基本的人権尊重の原理

基本的人権が立法権・行政権によって侵害される場合に、それを救済する「憲法の番人」として、裁判所による違憲審査制が要請されます。

## 4 憲法の下に三権が平等に併存すると考えるアメリカ的な権力分立の思想

アメリカ的な権力分立は裁判所を重視します。立法権・行政権・司法権の三権が全く対等であるというのが、アメリカ的な権力分立の発想です。



裁判所を重視するタイプの権力分立だからこそ、裁判所に違憲審査権を認め、国会・内閣の違憲的な行為を裁判所が統制できるようにするのです。

## 二 違憲審査権の性格

1 違憲審査権は、初めにアメリカで認められ、その後、日本やドイツやフランスでも認められるに至りました。でも、日本やアメリカの違憲審査制とフランスやドイツの違憲審査制は性質が違います。

### 2(1) 付随的違憲審査制

アメリカの違憲審査制というのは、具体的な人権侵害などが起きた場合、通常の裁判所がその事件についての裁判をする際に、その前提として事件の解決に必要な限度で、違憲審査をするというタイプです。具体的事件に付随して違憲審査するという意味で、「付随的違憲審査制」といいます。日本もこのタイプに属するというのが判例の立場と解されています（最大判昭27. 10. 8<警察予備隊違憲訴訟>）。

### (2) 抽象的違憲審査制

これに対して、フランスやドイツの違憲審査制は、特別に設けられた憲法裁判所が、具体的事件がなくとも、とにかくこの法律が違憲なのか合憲なのかを審査します。これを「抽象的違憲審査制」といいます。

3 日本は付随的違憲審査制だということを、具体例を挙げて説明します。

現行刑法は、1995年に改正されました。改正前の刑法では、直系尊属一つまり父母や祖父母などを殺した者は、死刑又は無期懲役に処されることになっていました。直系尊属を殺すことを「尊属殺」といいますが、「尊属殺」は「普通殺」に比べてあまりにも重かったのです。条文を見て下さい。

- ◆旧刑法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
- ◆旧刑法200条：自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス

実際に父親を殺してしまった女性がいる、その人が旧刑法200条で起訴され、その審理の過程で旧刑法200条の合憲性が争われました（最大判昭48. 4. 4参照）。

刑法で勉強することですが、3年以下の懲役の場合は執行猶予を付けることができます。執行猶予になれば、刑務所に入らなくていいのですから、執行猶予になるかならないかは被告人にとって大きな違いです。普通殺の場合は、場合によっては執行猶予になります。ところが、尊属殺の場合は、どんなに減刑しても3年6月の懲役になり、絶対に執行猶予になりません（減刑については刑法で勉強します）。これではあまりにも刑の差が大きくて、旧刑法200条は憲法14条に反するので

はないかが問題となり、違憲とされました。

このように、「具体的な事件が起こって、その事件の審理の中で、ある規定の合憲性が判断される」というのが付随的違憲審査制です。

抽象的違憲審査制であれば、尊属殺しの事件などなくても、旧刑法200条の合憲性を争うことができます。

### 三 付随的違憲審査制の特質

#### 1 私権保障型と憲法保障型

付随的違憲審査制は、具体的な事件があるときのみ違憲審査するのですから、個人の権利保護を第一の目的とします。これを私権保障型といいます。

対して、抽象的違憲審査制は、違憲の法秩序を排除して、憲法を頂点とする法体系の整合性を確保することを目的とします。これを憲法保障型といいます。

#### 2 私権保障型と憲法保障型の合一化の傾向

付随的違憲審査制と抽象的違憲審査制は、本質的に違ったシステムであり、その果たす機能も大きく異なっていました。

しかし、近年、両者はそれぞれ他の機能を合わせもつようになり、一定の限度で、歩み寄りの傾向がみられます。付随的違憲審査制も、実際には、個人の人権の保障を通じて憲法秩序そのものを保障するという意味を強く帯びるようになっていきます。ですから、日本の違憲審査制の問題を考える時にも、伝統的な私権保障型の付随的違憲審査制を基本としながらも、それが憲法保障の機能を持つべきであることにも十分に配慮しなければなりません。

### 四 違憲判決の効力

- 1 ある法律について、最高裁判所が違憲と判断した場合は、その法律自体が法令集から除かれたのと同様になり、他のケースでも適用できなくなるのでしょうか？それとも、その法律は、その事件限りで違憲であり、他のケースでは適用できるのでしょうか？

前者を「一般的効力説」、後者を「個別的効力説」といいます。

付随的違憲審査制によれば、具体的な事件が起きたときに、その事件の解決に必要な限度で合憲か違憲かの判断をします。この付随的違憲審査制を前提にすれば、その事件の解決に必要な限度で合憲・違憲の効力が生じると考えるのが素直です。

また、最高裁判所が違憲と言った瞬間に、その法律が法令集から消えてなくなるのもおかしな話です。41条で、国会が「国の唯一の立法機関」とされている以上、法律を作るのも廃するのも国会の権限です。それを最高裁判所がやってしまうのは、



41条に反するといえます。

以上の理由から、個別的効力説が通説です。

2 でも、個別的効力説によると、同じ法律の合憲性が問題となる事件が次々に起きた場合、ある事件については合憲、また、ある事件については違憲ということもあり得ます。こうなると、国民はすごく混乱します。ですから最高裁判所が、ある法律を違憲と判断した場合は、他の国家機関はこれを尊重せざるを得ないと考えべきです。

3 尊属殺の事例で説明します。

最大判昭48. 4. 4は、旧刑法200条は14条に反し、違憲であると判断しました。

個別的効力説によれば、この違憲判決はあくまでもこの事件限りのものですから、また別の尊属殺人の事件が起きたときに、検察官は旧刑法200条で起訴することができます。そして、その事件の審理の中で、再び旧刑法200条の合憲性が判断されることとなります。これが個別的効力説からの形式的帰結です。

でも、一旦旧刑法200条が違憲と判断された後は、検察官は、最高裁判所の違憲の判断を尊重して、旧刑法200条で起訴することはありませんでした。

結局、1995年の刑法改正で旧刑法200条は削除されました。

## 第5章 地方自治

### 第1節 地方自治の意義

—

1 地方自治とは、地方公共団体に独自の自治権を与え、これを国の一統治機構として位置づけるものです。

何だか難しい言い方をしましたが、「住民が選挙で市長や議員を選び、地方公共団体が条例を制定したり、国税とは別に地方税を徴収したりする」、ということです。皆さんが、「地方自治」という言葉から持つイメージとそう違わないと思います。

2 地方自治は、明治憲法ではすべて法律で定められていました。ところが、現在は、憲法上の制度として厚く保障されています。

- ◆ 92条：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づいて、法律でこれを定める。
- ◆ 93条 1項：地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する。  
2項：地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する。
- ◆ 94条：地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。
- ◆ 95条：一の地方公共団体だけに適用される特別法は、法律の定めるところにより、その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会は、これを制定することができない。

地方自治は、なぜそれほど重要なものなのでしょうか？

実は、これを教えてくれたのは、ヒトラーでした。地方自治の歴史的沿革を見ましょう。

## 二 地方自治の歴史的沿革

### 1 近代市民国家による地方自治の否定

近代国家を作り上げる過程で、各地方の特殊性・独自性は無視され、単一の言語・単一の民族からなる「国民国家」の建設がスローガンとして掲げられました（近代における「ナショナリズムの呪縛」）。例えば、日本では、藩を廃し、江戸の庶民言葉を統一の日本語＝標準語として押しつけました。フランスでも、それまで使われていたブルトン語・ロマン語・バスク語などを使用禁止としました。

このような状況の下では、地方自治は、近代市民憲法の中で重要な要素とは考えられていませんでした。

### 2 政治的アパシーと議会制民主主義の崩壊

そして、近代市民国家は、当初は、近代市民革命のスポンサーであったブルジョワジー（有産階級）が制限選挙によって国政を独占しました。ですから、近代市民国家は、ブルジョワジーにとって都合がいいように、経済活動の自由を最大限保障する国家を目指しました。すなわち、余程のことがない限り口を出さない、最低限のことしかしない、「小さな政府」です。

ところが、「小さな政府」の下での際限なき自由競争（レッセ・フェール）は、一握りの経済的強者と大多数の貧者を作り出しました。その結果、階級対立が生じ、富の偏在のために恐慌が起きました。

このような社会状況を打破すべく、①制限選挙に代えて、全ての成年者に選挙権を与える「普通選挙」を実施し、また、②社会国家・福祉国家の理念を採用して、「小さな政府」に代えて「大きな政府」を是認しました。

ここで皮肉なことが生じます。「貧乏人にもモノを言わせろ」ということで普通選挙を実施したのはよいことですが、今度は、「何十万分の一の自分の一票が何になるんだ」という政治的無力感・無関心（アパシー）が生じます。

そして、議会も、それまではブルジョワジーの代表者しかいませんでしたから、ブルジョワジー同士で話し合い、妥協が可能でした。そこへ貧乏人の代表者が入り込んできたのですから、もうどうにもなりません。利害が完全に対立し、世界観も異なる者同士では、妥協しようにもできないのです。議会は対立の場となり、堂々巡り、膠着状態となります。結果、大衆は議会制民主主義に幻滅を感じるようになりました。

### 3 全体主義の台頭

この議会制民主主義の麻痺について、ヒトラーは「議会などというものは、ただのおしゃべりの場だ。役立たずだ」と言い、議会制民主主義を否定しました。そして、自ら総統（フューラー）となり、異常な熱気の中で「喝采による政治（akklamatio）」に変えてしまいました。つまり、議会制民主主義が叩き潰され、全体主義が出てきたわけです。その結果、その全体主義国家は、最悪の方向へ突き進んでしまいました。

### 4 住民自治と団体自治

#### (1) 住民自治

全体主義の失敗に学んだことは、政治的無力感・無関心（アパシー）や、議会制民主主義の行き詰まりが、「全体主義を生み出す母胎」になるということです。

そこで、戦後、同じ過ちを繰り返さないために「身近なところ、コミュニティー（＝コミュニケーションできる範囲）で、身近なことについて決定させよう」という考え方が出てきました。

例えば、橋が壊れたとします。そのときに、「危険だから直そう」ということについては、「企業の利益を追求する自由民主党」も、「労働者の利益を追求する共産党」も、政党の対立を越えて意見が一致するでしょう。

そういう身近なことについて決定させ、「どれだけ民主主義が大切か」について学ばせる「民主主義の学校」として、地方自治が位置付けられました。これを難しい言葉で「住民自治」といいます。

#### (2) 団体自治

また、「大きな政府」を是認して、強大な中央集権国家を作り上げようとしたがために、一旦国家が誤った方向へ動き始めると、歯止めが利きませんでした。

そこで、中央集権国家の権限を分散させることにしました。それと同時に、中央政府の意向に関わらず、自律的に方向性を決めうる共同体を保障することで、全体主義への防波堤にすることにしました。「中央政府が右に向いても、自分たちは真ん中へ行こう。あるいは左へ行こう」という選択を許します。これを難しい言葉で「団体自治」といいます。

(3) この「住民自治」と「団体自治」が「地方自治の本旨」（92条）です。地方自治とは、この「住民自治」と「団体自治」を保障するための制度なのです。

◆ 92条：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づいて、法律でこれを定める。

ですから、知事選挙などで「私は自治省出身の超エリートで、中央との太いパイプを持っております…」などと言うのは、変なのです。「私は中央政府と組んで、地方自治を叩き潰します。この県は中央政府の犬になります。そんなことも分からぬ愚かな大衆よ」ということにもなりかねません。それは言い過ぎとしても、過去長い間、中央が「右向け右」と言えば、地方公共団体も右を向くような、本来の地方自治からはかけ離れた状態に日本の地方自治はなっていたといえます。もっとも、最近では、政府や政党の混迷から地方自治からの発信・主導で日本を変えようとする動きが、活発化しているように思われます（大阪都構想等）。

## 第2節 条例制定権

地方自治は、中央政府に対抗しつつ（団体自治）、自分たちで自分たちの共同体の事柄について決めることができなくては意味がありません（住民自治）。そうできるように、地方公共団体に与えられているのが条例制定権です。

◆ 94条：地方公共団体は、（中略）法律の範囲内で条例を制定することができる。

ただ、いくら住民自治と団体自治が大切といっても、独立国になられては困りますから、「法律の範囲内で」という留保が付いています。「〇〇県では、人は左、車は右」では、県境を越えたとたん自動車に正面衝突することになってしまいますから、これはある程度当たり前のことですよ。

しかし、条例は住民が自分の住む共同体のことを、自ら決めていくという「民主主義的性格」を強く有するものです。ですから、地方自治を生き活きと機能させるためには、「法律の範囲内」も、形式的に判断するのではなく、できる限り条例の自律性に委ねられる方向が求められます。

例えば、条例が法律の規制以上の規制をする場合を考えてみましょう。こういう条例を「上乗せ条例」といいます。工場の排水に関する規制を法律以上に厳しく規制する場合や、建物の高さを法律以上に厳しく規制する場合などがあります。

これが94条に反するかどうかは、一概には判断できません。その法律の趣旨が、全国一律の規制を設けようとするものなのか、あるいは、単に最低基準を設けたにす

ぎず，地方ごとに異なる規制を設けることを許容するものなのかを個別に検討しなければなりません（最大判昭50.9.10<徳島市公安条例事件>参照）。

工場排水など公害対策に関する条例は，その地域の特殊性を考慮して法律より強い規制も許される場合が多いです。また，建物の高さに関する建築制限に関する条例も，観光都市の場合などは許される場合が多いでしょう。



## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6  
TEL03-3360-3371（代表） ☎0120-319059（受講相談）  
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F  
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）  
京都本校：〒604-8152 京都市中京区烏丸通錦小路上ル手洗水町670京都フクトクビル6F  
TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F  
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神1-10-17 西日本ビル8F TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335