

法律学小辞典 [第5版]
The Dictionary of Law (5th edition)

1972年4月20日 初版第1刷発行
1986年9月30日 増補版第1刷発行
1994年11月10日 新版第1刷発行
1999年2月20日 第3版第1刷発行
2004年1月30日 第4版第1刷発行
2008年10月20日 第4版補訂版第1刷発行
2016年3月20日 第5版第1刷発行

編集代表

高橋和之
伊藤眞
小早川光郎
能見善久
山口厚

発行者 江草貞治



発行所 株式会社有斐閣
郵便番号 101-0051
東京都千代田区神田神保町2-17
電話 03-3264-1314 [編集]
03-3265-6811 [営業]
<http://www.yuhikaku.co.jp/>

印刷 株式会社精興社
製本 牧製本印刷株式会社
装丁 キタダデザイン

© 2016, 有斐閣. Printed in Japan 落丁本・乱丁本はお取替えいたします。

★定価はケースに表示しております。

ISBN 978-4-641-00029-2

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(社)出版者著作権管理機構(電話03-3513-6969, FAX03-3513-6979, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。

帰のための積極的な処遇を拒否できるか等の問題が受刑者の権利の問題として論じられることがある。

主 権 I 憲法 1 概念 現在、次のような3つの意味に使用されている。イ *統治権*, *国権*と同義。ロ 国家権力が他のいかなる力にも制約されない最高独立であること(日本国憲法前文3節にいう主権)。ハ 国家の政治のありかたを最終的に決定する力の意(日本国憲法前文1節・1条にいう主権)。

2 歴史的意義 主権という概念は、歴史上の政治勢力の対立抗争の中で、それ自身を正統化するために主張された。すなわち、絶対主義が中世の封建的多元的支配を破壊して、統一的一元的支配を確立し国民国家(圓 nation-state)を形成していく過程において、絶対君主が封建諸勢力に対して自己の独立性・最高性を主張したのに始まる。フランス絶対主義のイデオロギー、ボダン(Jean Bodin, 1530~96)は、国王の権力は絶対的恒久的な最高権力であり、单一不可分・不可譲渡の主権であると主張して、*君主主権論*を展開した。その後、*ホップズ*が、*自然法*思想と契約論に基づき権力の*正統性*を論証することによって、主権概念に近代的な内容が与えられた。また、ブルジョアジーが、アンシャン・レジームに対抗し国民の名をもって政治の舞台に登場すると、君主主権の対立物として*国民主権*・*人民主権*が主張されるようになつた。しかし、今日、国際関係が超国家的な視点から捉えられ、主権の相互的な制限への志向性がみられるようになると、その状況を反映して、伝統的な国家の主権の絶対性という観念に対して根本的な疑問が提起されている。

II 國際法上、国家の最も基本的な権限で、国家の権利の多くはこれから派生する。最高性、絶対性を核心とし、国内管轄権、条約締結権、独立権、平等権に展開する。かつてその一部とされた自己保存権は、今日*自衛権*に痕跡をとどめる。行使の対象から、領域主権、対人主権などの別があり、主権だけで領域主権を意味することもある[ボ宣⑧]。国内法の主権の概念が転用され、国際法の理論とされた。主権国家から成る国際社会のイメージは、特に1648年ウエストファリア条約の名とともに形成されている(ただし、歴史的事実としては多様な主体が参加している)。国家が主権を有することは、ときに国際的無秩序の原因と考えられ、その制限が国際法の課題ともされた。近年、武力不行使の原則、人権尊重の義務、国際環境保護の見地からの領域利用の制限など、主権の絶対性は

必ずしも維持されていない。***国際組織**への参加も、なにがしかの主権委譲を不可避とする。特に、*拒否権*の特権をもつ安全保障理事会の常任理事国の制度がある*国際連合*、超国家機構といわれる*ヨーロッパ共同体*などにつき、主権の制限が顕著である。しかし、国際組織への参加は条約による合意が前提であり、主権平等は国際法の基本原則であることに変わりなく[国連憲章2①]、主権享有主体は独立国家の増大に伴い拡大するなど、国家主権は現在でも重要な国際法上の概念であり続けている。

授 権 株 式 ⇔**授権資本制度***

授 権 行 為 任意代理権を生じさせる本人と代理人との間の*法律行為*。代理権授与行為ともいう。民法起草者は任意代理権は常に本人・代理人間(内部関係)の*委任*契約から生ずると考えていたようである[民104・111②参照]。しかし、代理権は常に委任によって生ずるとは限らず、*雇用*・*請負*・*組合*などに伴って発生することもあるとし、代理権は本人・代理人間の内部的な権利義務関係とは別個の観念であると主張する学説が有力となり、委任と離れて代理権の発生自体を目的とする授権行為という観念が生まれた。授権行為の性質については*無名契約*と解する説と*単独行為*と解する説があり、前者が有力である。また、このような学説の対立は実益に乏しく、内部関係を定める契約を離れて授権行為というものを観念する必要はないと主張する学説もある。なお、授権の際委任状が交付されることが多いが、必ずしも特定の方式を必要とするものではない。⇨**任意代理・法定代理***

授権資本制度 1 意義 授権資本とは、直接には会社法が定める*発行可能株式総数*[会社37①]のように、株式会社においてあらかじめ定められた会社が発行しうる株式総数をいい、株式数で表されることから授権株式又はオーソライズド・キャピタル(圓 authorized capital)ともいう。会社法は株式会社の設立に際して、*定款*に定められた発行可能株式総数の一部を発行し、残りの部分は会社成立後必要に応じて*取締役会*等の決議により発行することを認めており、このような制度を授権資本制度と呼んでいる。授権資本制度は、株式発行に際して既存株主の持株比率の低下に歯止めをかけつつ機動的な資金調達を図ることを可能にする制度であるといえる。

2 授権資本制度採用の経緯 授権資本制度が採用された昭和25年商法改正(法167)前においては、会社設立に際しては定款に定められた資本金に

法律学小辞典 [第3版]

1972年4月20日 初版第1刷発行
1986年9月30日 増補版第1刷発行
1994年11月10日 新版第1刷発行
1999年2月20日 第3版第1刷発行
2001年6月30日 第3版第5刷発行

編集代表 金子宏
新堂幸司
平井宣雄

発行者 江草忠敬

発行所 株式会社有斐閣
東京都千代田区神田神保町2-17
電話 法律辞典編集室 03-3264-1316
営業部 03-3265-6811
郵便番号 101-0051
<http://www.yuhikaku.co.jp/>



印刷 株式会社精興社
製本 牧製本印刷株式会社
装丁 高須賀優

©1999. Printed in Japan 落丁本・乱丁本はお取替えいたします。

★定価はケースに表示しております。

ISBN4-641-00014-X

〔R〕本書の全部または一部を無断で複写複製(コピー)することは、著作権法上での例外を除き、禁じられています。本書からの複写を希望される場合は、日本複写権センター(03-3401-2382)にご連絡ください。

示した(最判昭和 62・7・17 民集 41・5・1402)。学説では、関連した請求を併合審判し統一的判断をすることの長所を重視し、一定の要件の下でこの概念の拡張を試みている。例えば、保証債務を請求された保証人が主たる債務者に求償する場合、物の追奪請求を受けた買主がその売主に対し追奪請求する場合、損害賠償を請求された運行供用者が欠陥車を製造・販売した者に対し損害賠償を請求する場合などのように、被告からの第三者に対する請求を定立して併合審判を求める(引込型)，あるいは第三者から原告又は被告に対する請求を立て、併合審判を求める場合もあるとされる(参加型)。

主観的予備的併合 1 意義 数人の原告の請求又は数人の被告に対する請求に順位をつけ、主位的請求が認容されることを*解除条件としながら予備的請求についてあらかじめ*審判'を求めるもの。実体法の見地から矛盾のない統一的な判決が求められる共同訴訟類型である。例えば、債権の譲受人が主位的原告となって債務者に請求し、もし債権譲渡が無効であれば予備的原告として譲渡人が請求する場合、代理人による契約の履行をまず主位的被告たる本人に請求し、無権代理とされる場合に備えて代理人個人を予備的被告とする場合など。このような併合形態が許されるか否かについては、*訴訟経済'及び原告の便宜を重視する肯定説と予備的被告の地位が不安定になること、上訴審における審判の統一が保てないことを理由とする否定説が対立している。判例は、原則として否定説の立場を明らかにしている(最判昭和 43・3・8 民集 22・3・551)。

2 同時審判の申出 *旧民事訴訟法'下での主観的予備的併合に関する議論を前提として、現行法では、複数の被告に対する請求が実体上両立しない関係にある場合は、両請求の間に実質的にも強い関連性があることから、*控訴審'の*口頭弁論'終結時までに原告の申出がある場合には、判断の統一性を求める原告の意思を尊重して弁論及び裁判の分離を禁止し、控訴審でも弁論を併合して同時審判を保障している(民訴 41)。

受寄者 寄託において、寄託物の保管を引き受けた者。⇒**寄託'**

祝日 ⇒休日'

縮小解釈 ⇒法の解釈'

宿直 企業施設の警備・監視、電話の收受などの目的で施設内で待機している勤務。多くの場合、定時の見回りや緊急事態以外は労務提供がないので、*監視断続労働'の一種として扱われる(労基 41 [3], 労基則 23)。

熟慮期間 ⇒考慮期間' ⇒クリーリング' オフ'

主刑・付加刑 主刑とは独立してそれだけを科することができますが、付加刑とは主刑に附加してだけ科することができますが、刑法 9 条は*死刑'・*懲役'・*禁錮(きく)'・*罰金'・*拘留'・*科料'を主刑とし、*没収'を付加刑としている。没収は死刑・懲役等の主刑を言い渡すときだけ言い渡すことができる。なお、*刑'の項に掲げた〔表：刑罰の種類〕をみよ。

受継(けい) ⇒訴訟手続の受継'

受刑者自治制 刑務所における処遇において、釈放後の社会生活に近づけるため受刑者によるある程度の自治を認める制度。以前から試みられていたが、確立者は、1914 年以来オーバーンとシンシン刑務所でこれを行ったオスボーン(Thomas Mott Osborne, 1859~1926)である。彼の創設した自治制は、規則制定、違反の処理、売店及び職業紹介所の運営等を受刑者の自治にゆだねるものであり、種々の好結果が伝えられ全世界に広まることになったが、抜け目のない受刑者が悪用するおそれ、規則違反の制裁等が受刑者自治によるほうが過酷であることなどの反省が生まれている。わが国でも 1 級・2 級の受刑者に対して広くとり入れられている〔行累 31~38・43~51・55〕。

受刑者の権利 *自由刑'の執行を受けている受刑者は、従来は、その権利が原則として剝奪(けつ)され、市民としての法的保護を受けえない存在として扱われ、施設拘禁にいわゆる*特別権力関係'の理論が適用された結果、施設における受刑者に対する権利侵害的な措置に対する司法的救済の道がほとんどなかった。しかし、現在では、受刑者にも人権保障が及ぶことは一致して認められており、判例も、被拘禁者の権利。自由を制限するには法律の根拠が必要で、しかも、その権利の制限は、収容の目的に照らして必要な限度で合理的な範囲のものにとどまるべきものとしており、新聞の閲読、面会等に関する受刑者の権利が侵害された場合には司法的救済がなされるようになってきている(最大判昭和 58・6・22 民集 37・5・793)。また処遇面でも、社会復帰行刑の行き過ぎの反省から、受刑者は社会復帰のための積極的な処遇を拒否できるか等の問題が、受刑者の権利の問題として論じられることがある。

主権 I 憲法 1 概念 現在、次のような 3 つの意味に使用されている。イ *統治権'、*國權'と同義。ロ 国家権力が他のいかなる力にも制約されない最高独立であること(日本国憲

法前文3節にいう主権)。ハ 国家の政治のあり方を最終的に決定する力の意(日本国憲法前文1節・1条にいう主権)。

2 歴史的意義 主権という概念は、歴史上の政治勢力の対立抗争の中で、それ自身を正統化するために主張された。すなわち、絶対主義が中世の封建的多元的支配を破壊して、統一的一元的支配を確立し国民国家(國 nation-state)を形成していく過程において、絶対君主が封建諸勢力に対して自己の独立性・最高性を主張したのに始まる。フランス絶対主義のイデオロギー、ボダン(Jean Bodin, 1530~96)は、国王の権力は絶対的恒久的な最高権力であり、单一不可分。不可譲渡の主権であると主張して、*君主主権論を展開した。その後、*ホップズ*が、*自然法*思想と契約論に基づき権力の*正統性*を論証することによって、主権概念に近代的な内容が与えられた。また、ブルジョアジーが、アンシャン・レジームに対抗し国民の名をもって政治の舞台に登場すると、君主主権の対立物として*国民主権*・*人民主権*が主張されるようになった。しかし、今日、国際関係が超国家的な視点からとらえられ、主権の相互的な制限への志向性がみられるようになると、その状況を反映して、伝統的な国家の主権の絶対性という観念に対して根本的な疑問が提起されている。

II 國際法上、國家の最も基本的な権限で、國家の権利の多くはこれから派生する。最高性、絶対性を核心とし、国内管轄権、条約締結権、独立権、平等権に展開する。かつてその一部とされた自己保存権は、今日*自衛権*に痕跡(残像)をとどめる。行使の対象から、領域主権、対人主権などの別があり、主権だけで領域主権を意味することもある[ボ宣⑧]。国内法の主権の概念が転用され、国際法の理論とされた。ときに、国際的無秩序の根拠ともなり、その制限が国際法の課題ともされた。近年、武力不行使の原則、人権尊重の義務、国際環境保護の見地からの領域利用の制限などから、主権の絶対性は必ずしも維持されていない。*国際組織*への参加も、なにがしかの主権委譲を不可避とする。特に、*拒否権*の特権をもつ安全保障理事会の常任理事国の制度がある*国際連合*、超国家機構といわれる*ヨーロッパ共同体*などにつき、主権の制限が顕著である。しかし、国際組織への参加は、条約による合意が前提であり、*国際連合憲章*でも、主権平等を確認している[国連憲章2①]。現代の国際法は、一般的にも主権の制限を伴うものを多くする一面、主権享有主体の範囲は独立国家の増加で拡大している。

授 権 株 式 ⇒授権資本*

授 権 行 為 任意代理権を生じさせる本人と代理人との間の*法律行為*。民法起草者は任意代理権は常に本人・代理人間(内部関係)の*委任*契約から生ずると考えていたようである[民104・111②参照]。しかし、代理権は常に委任によって生ずるとは限らず、*雇傭(しよ)*・*請負*・*組合*などに伴って発生することもあるので、代理権は本人・代理人間の内部的な権利義務関係とは別個の観念であると主張する学説が有力となり、委任と離れて代理権の発生自体を目的とする授権行為という観念が生まれた。授権行為の性質については*無名契約*と解する説と*単独行為*と解する説があり、前者が有力であるが、最近では、このような学説の対立は実益に乏しく、内部関係を定める契約を離れて授権行為というものを観念する必要ないと主張する学説もある。なお、授権の際委任状が交付されることが多いが、必ずしも特定の方式を必要とするものではない。⇒任意代理・法定代理*

授 権 資 本 1 意義 授権資本とは、直接には商法166条1項3号の定める会社が発行する*株式*総数をいい、株式数で表されることから授権株式又はオーソライズド・キャピタル(國 authorized capital)ともいう。現行商法は株式会社の設立に際して、*定款*に定められた会社が発行しうる株式総数の一部を発行し、残りの部分は会社成立後必要に応じて*取締役会*決議により発行することを認めており、このような制度を授権資本制度と呼んでいる。

2 授権資本制度採用の経緯 授権資本制度が採用された昭和25年改正(法167)前においては、会社設立に際しては定款に定められた資本金にあたる株式総数の引受けがなされることが必要とされ(これを総額引受主義といいう)、会社成立後の*増資*の場合には、定款の資本金を変更しなければならず、*定款変更*を伴う不便さがあった。もっとも*株式の払込み*については、現行法と異なり、分割払込制の下にあったことから、追加払込みによりある程度の資金調達の機動性が図れたものともいえる。しかし、昭和23年改正(法148)によって分割払込制が全額払込制に変更されたため、会社資本の調達が一層不便な状況になった。このため、昭和25年改正において、会社資本の調達を機動的に行えるようにするため、上記の授権資本制が導入されたのである。

3 授権資本制度の下での新株発行 授権資本制度の下で商法は、会社が設立に際して発行する株

- Techow, Hermann →民事訴訟法(1257)
 Terry, Henry →分析法学(1259)
 Tessar, Ottokar →犯罪徹査説(1178)
 Thibaut, Anton Friedrich Justus →法典論争(1299)
 Thöni, Johann Heinrich →ゴルトシュミット(レヴィン)(514)
 Thomas Aquinas 1093, カヴァフマン(129), テンディリス(373), →公共の福祉(401), →自然法(601), →制度理論(831), →ダバン(947), コラ主義(78), →法哲学(1298)
 Thomasius, Christian 1093, →近代自然法論(305), →法(1278), →理性法論(1337)
 Toneti, Lorenzo →トンチン(1102)
 Torrens, Sir Robert →トレンソス式登記法(1102)
 Trippel, Heinrich →二元論(国際法上の)(1111)
 Truman, Harry Shippe →トルーマン宣言(1101)
 Ulpianus, Domitius 65, →各人に彼のものを(133), →君主は法から解放されている(322)
 Vanderbilt, Arthur T. 54
 Vattel, Emmerich de 54
 Veblen, Thorstein Bunde →制度理論(831)
 Verdross, Alfred 1210
 Viernstein, Theodor →犯罪生物学協会(1178)
 Villey, Michel 55, →新スコラ主義(787)
 Vinogradoff, Sir Paul 55
 Vissering, Simon →西周(5^a)(1112)
 Vitoria, Francisco de →スアレス(803)
 Vyshinskii, Andrei Yanuarievich 54, →バシュカーニース(1167)
 Wach, Adolf 1486, →権利保護請求権(380), →ヘルヴェティ(1268)
 Wächter, Karl Georg von →法廷地法(1296)
- Wagner, Adolf Heinrich n/aifl →租税公平負担の原則(907)
 Wandel, William H. →ワンデル勧告(1489)
 Warren, Earl 57
 Webb, Sidney James →ナショナル・ミニマム(1108)
 Webb, Sir William Flood →極東国際軍事裁判所(292)
 Weber, Max 56, →エーアーリッヒ(71), →カリスマ的法発見(178), →カントロヴィッツ(199), →合法性(444), →合理的法思考(449), →当為(1043), ルウェリーン(1456)
 Wechsler, Herbert →複雑刑法典(1385)
 Wezel, Hans 57, →構成要件(423), →社会的相当性(652), →メッガー(1375), →目的的行為論(1380)
 Westernach, Edward Alexander 56
 Wheaton, Henry →万国公法(1176)
 Wieacker, Franz 54
 Wieland, Karl 55
 Wigmore, John Henry 54
 William I →英米法(76)
 Wilson, (Thomas) Woodrow →委任統治(43), →国際連盟(478)
 Windscheid, Bernhard 55, →デルンブルク(1031), →ロマニステン(1481)
 Wise, John →ブーフェンドルフ(1244)
 Wolff, Johann Christian →近代自然法論(305), →理性法論(1437)
 Wolsey, Thomas →スター・チエンバー(810)
 Zasius, Udalicus →人文学派(796)
 Zeiller, Franz Anton →オーストリア民法(89)
 Zitelmann, Ernst 963, →世界法(837)
 Zouche, Richard 811

著作権所有

新法律学辞典(第三版)

竹内昭夫
 松尾浩也
 塩野宏
 編集代表

[10] 東京都千代田区神田神保町2-17
 発行所 株式会社 有斐閣
 電話 (03) 264-1317 (六法編集部)
 265-6811 (営業部)
 振替口座 東京6-370番
 京都支店 [606] 左京区田中門前町44

定価 8240円
 (本体8000円)

© 1989. Printed in Japan 落丁本・乱丁本はお取替えいたします。

ISBN 4-641-00009-3

意味をもつにとどまる（「犯罪徹底表記」）。この主義はイタリアで「ロシプローヴ、フェリー、ド・イッテ」でアリストによつて主張され、わが国では特に「牧野英一」によつて「主張予防」→「権限争議」→「違法性」を採る。主観的憲法。客観的憲法。刑法上、規範を理解してこれに従つて行動できる者は違法行為である場合である。このような形態の訴えの併合が許されるかどうかについては、最高裁判所が肯定する（最高裁判所昭和43・3・8）が、学説も下級審判決も共に賛否が分かれている。否定説は、予備的被告の地位の不安定、及び上訴の関係においてまで予備的当事者を一体とさせた肯定説は、「訴訟的根柢がないことを理由とし、これにおく理論的根柢がないことを理由とし、これに対するから、違法と責任との区別はなくなる」とする説を考観的違法論といふ。前者によれば、違法となるには「責任能力、故意、過失を必要とするから、違法と責任との区別はなくなる」とする。この両説は、法規範が命令機能を専門に尽きる。余地があるか等の点に現れる。判例・通説は、それともこれに先行した評議機能をも當むべきであるから、*違法性を問わず道路転することと、飲酒の量のいかんを問わず道路交通法によって禁止されている（65）が、その結果、アルコールの影響により正常な運転ができるおそれがある状態にあつた場合（*酒酔い運転）（117の2回）と身体に命令で定める程度以上にアルコールを保有する状態にあつた場合（119回）（道交令44の3）のみが处罚される。前者の「法定刑は2年以下の懲役又は10万円以下の罰金であり、後者の法定刑は3月以下の懲役又は5万円以下の罰金である。なお、この両条に当たる状態で行われた反則行為（一「交通反則通告度」）は、もはや反則行為としては処理されない（道交125回）。

受寄者 [英] bailee [独] Gewahrsamsinhaber [仏] dépositaire → 「寄託」
主観的違法要素 行為者の主觀的な要素でありながら、*違法性を創設又は増大させる見解の差異は犯罪の要件としての「不正防衛」において、*正当防衛の要件としては「不正の侵害」とはいかなるものか、*共犯の制限從属説（一「犯の從属性・独立性」）を認める。余地があるか等の点に現れる。判例・通説は、客観的違法論を採る。→「違法性」

主観的違法要素 行為者の主觀的な要素でありながら、*違法性を立場に立てば、主觀的要素、主觀的違法論の立場に立てば、主觀的要素がこのような機能を営むのは当然であるが、客観的違法論の立場に立てば疑問となる。しかし、客観的違法論は、法の評議機能が、命令機能に先行するのであって、評価の対象を客観的要素に限定するわけではない。したがつて、主觀的違法要素の存在も可能である。違法性の実質を*結果無価値とみる立場からも、法益侵害の危険性に影響を与えるという理由から主觀的違法要素の存在が肯定されることが多い。主觀的違法要素の面をもつ犯罪は、通常、*目的犯、*傾向犯、*表現犯に分けられるが、*目的的行為論、行為無価値論の立場からは、*故意をも主觀的違法要素に加える見解が主張されている。

主観的違法論 → 「主觀的違法・客観的違法」
主観的商行為 (独) subjektives Handelsgeschäft → 「相對的商行為」に同じ。
主観的の併合・訴えの (独) eventuelle subjektive Klagenhaftung → 「共同訴訟」
主観的予備的併合 (独) eventuelle subjektive Klagenhaftung → 訴えの主觀的併合（一「共同訴訟」の一態様、数人の原告の、あるいはは数人の被告に対する請求に順位を付け、第1次の請求が認容されることを*解除条件としたながら第16回）

手16、生活保護57）が規定されていることが多い。

手16、生活保護69、国245、厚年41②、船保26、國健保68、児童手当法25号（昭和41政376）で定めた2月11日、春分の日（春分日）、みどりの日（4月29日）、憲法記念日（5月3日）、こどもの日（5月5日）、敬老の日（9月15日）、秋分の日（秋分日）、体育の日（10月10日）、文化の日（11月3日）、勤労感謝の日（11月23日）、天皇誕生日（12月23日）が「国民の祝日」となつた（祝日2）、この日はいずれも「休日であり、それが日曜日に当たるとときは、その翌日が休日となる（3）。なお、前日及び翌日が祝日である日（5月4日）も休日となる。→「祭日」

宿泊小解釈 → 「法の解釈」
宿所提供施設 *生活保護法による*保護施設の一種、住居のない要保護者の世帯に対し住宅扶助を行なうことを目的とする（生活保護38①回）。

宿直 事務所における操業が行われない夜間に又は休日ににおいて警備や電話番のために事業所に在住する勤務、*監視断続労働の一類である。*労働基準法施行規則は他に本来の勤務を有する者がこの勤務に就く場合、労働基準監督署署長の許可を得ればそその勤務については労働基準法の労働時間・休憩・休日・休暇の規制を行わないとしている（労基4回、労基則23）。

主刑 独立して科すことのできる刑罰で、附加刑に対する現行刑法は、死刑、懲役・禁錮（きく）・罰金・拘留及び科料を主刑としている（刑9回）。

受刑者 [英] prisoner under sentence [独] Gefangene [仏] condamné

自由刑の執行を受けていたる者。わが国では懲役、禁錮（きく）又は拘留の刑の執行のため刑事施設に拘置されている者をいう。

受物 [英] bailee [独] Gewahrsamsinhaber [仏] dépositaire → 「寄託」

受託の目的物として*受託者が保管する物、動産でも不動産でもよく、寄託者の所有物でなくともよい。

受給権 *社会手当等の*総合社会保険料納付を受けける権利をいう。社会保障の場合、給付の種類ごとに一定の受給要件（所定の保険料納付が定められ、*保険事故の発生、*待定期間の入期間が満了、*保険事故の発生、*その要件が充足されることによって受給権（保険料納付請求権）が発生する。なお受給権が具体的に発生するたまにはその前提として保険者（行政庁）の処分（認定・決定・裁定等）が要求されることがあるが、*目的的行為論。行為無価値論の立場からは、*故意をも主觀的違法要素に加える見解が主張されている。

主觀的違法論 → 「主觀的違法・客観的違法」
主觀的商行為 (独) subjektives Handelsgeschäft → 「相對的商行為」に同じ。
主觀的併合・訴えの (独) eventuelle subjektive Klagenhaftung → 「共同訴訟」
主觀的予備的併合 (独) eventuelle subjektive Klagenhaftung → 訴えの主觀的併合（一「共同訴訟」の一態様、数人の原告の、あるいはは数人の被告に対する請求に順位を付け、第1次の請求が認容されることを*解除条件としたながら第16回）

な限度でその自由に合理的制限を加えることもやむを得ないが、その必要性と合理性は、制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容、具体的制限の態様の較量によって決せられるべきであるとしている（最高裁判決昭和45・9・16）。

受刑者分類規程 わが国の受刑者分類の実施の基本事項を定めた昭和47年の法務大臣訓令、分類調査の方法、調査事項、収容分類級（収容する施設等を基準とした分類級）・処遇分類級（処遇の重点方針を基準とした分類級）の内容、分類センター等の調査機構等について規定している。

・主権 [英] sovereignty [独] Souveränität 次の各種の異なる意味に用いられる。（1）国の最高の意思、國の政治のちり方を最終的に決定する権力、*君主主権又は民主権という場合の主権（日本国憲法前文1項及び1条にいう主権）はこの意味。（2）國家権力が最高独立であること、*主権国又は非主権国という場合の主権（日本国憲法前文3項にいう主権）はこの意味。（3）*統治権又は国権。この意味の主権は、あるいは諸種の権利の総体とされ、あるいは単一の原始的・固有・不可抵抗的・不可分な権力とされる。なお、単に主権という代わりに「国家主権」という言い方がされる場合もある。

授権 [英] authorization [独] Delegation 自己の有する*権威又は*権限の行使を他者にゆだねること、法律がその細目の決定を政令にゆだねる場合などがこれに当たる。授権の範囲を狭めといい、授権を受けた者がこの範囲を超えて権限といふ。民法において、代理人が授権行為として扱われる場合を越権行為といふ。民法において、代理権を授与する行為を*授権行為といふ。権限を代理人として行動した場合は*無権代理（民113）、代理人が授権の範囲を超えて扱われる。

授権株式 [英] authorized shares 建物の收去のようない代替的作法債務者の費用をもつてその権利が原則として收容に供することを債務者に*授権する者以外の者にさせることが認められている。国際的慣習により一部の権利・自由が受刑者に与えられるにすぎないと考えられてきたが、現在では在監者の権利・自由の制限には基本的に法律の根柢が必要であることが承認されている。国と在監者の関係は、従来いわゆる*特別権力関係であると考えられてきたが、最高裁判所の判例は、特別権力関係という用語を用いずに、代理権授与の基礎としても生ずるので、代理権授与の基礎として代理権授与者に対する請求の目的に照らし、必要

手16、生活保護57）が規定されていることが多い。

手16、生活保護69、国245、厚年41②、船保26、國健保68、児童手当法25号（昭和41政376）で定めた2月11日、春分の日（春分日）、みどりの日（4月29日）、憲法記念日（5月3日）、こどもの日（5月5日）、敬老の日（9月15日）、秋分の日（秋分日）、体育の日（10月10日）、文化の日（11月3日）、勤労感謝の日（11月23日）、天皇誕生日（12月23日）が「国民の祝日」となつた（祝日2）、この日はいずれも「休日であり、それが日曜日に当たるとときは、その翌日が休日となる（3）。なお、前日及び翌日が祝日である日（5月4日）も休日となる。→「祭日」

宿泊小解釈 → 「法の解釈」
宿所提供施設 *生活保護法による*保護施設の一種、住居のない要保護者の世帯に対し住宅扶助を行なうことを目的とする（生活保護38①回）。

宿直 事務所における操業が行われない夜間に又は休日ににおいて警備や電話番のために事業所に在住する勤務、*監視断続労働の一類である。*労働基準法施行規則は他に本来の勤務を有する者がこの勤務に就く場合、労働基準監督署署長の許可を得ればそその勤務については労働基準法の労働時間・休憩・休日・休暇の規制を行わないとしている（労基4回、労基則23）。

主刑 独立して科すことのできる刑罰で、附加刑に対する現行刑法は、死刑、懲役・禁錮（きく）・罰金・拘留及び科料を主刑としている（刑9回）。

受刑者 [英] prisoner under sentence [独] Gefangene [仏] condamné

自由刑の執行を受けていたる者。わが国では懲役、禁錮（きく）又は拘留の刑の執行のため刑事施設に拘置されている者をいう。

受物 [英] bailee [独] Gewahrsamsinhaber [仏] dépositaire → 「寄託」

受託の目的物として*受託者が保管する物、動産でも不動産でもよく、寄託者の所有物でなくともよい。

受給権 *社会手当等の*総合社会保険料納付を受けける権利をいう。社会保障の場合、給付の種類ごとに一定の受給要件（所定の保険料納付が定められ、*保険事故の発生、*待定期間の入期間が満了、*保険事故の発生、*その要件が充足されることによって受給権（保険料納付請求権）が発生する。なお受給権が具体的に発生するためにはその前提として保険者（行政庁）の処分（認定・決定・裁定等）が要求されることがあるが、*目的的行為論。行為無価値論の立場からも、*故意をも主觀的違法要素に加える見解が主張されている。

主觀的違法論 → 「主觀的違法・客観的違法」
主觀的商行為 (独) subjektives Handelsgeschäft → 「相對的商行為」に同じ。
主觀的併合・訴えの (独) eventuelle subjektive Klagenhaftung → 「共同訴訟」
主觀的予備的併合 (独) eventuelle subjektive Klagenhaftung → 訴えの主觀的併合（一「共同訴訟」の一態様、数人の原告の、あるいはは数人の被告に対する請求に順位を付け、第1次の請求が認容されることを*解除条件としたながら第16回）

事項索引

著作権所有

あ 行	Agreement of the people(1647).....2	会 期.....178, 193
	アメリカ合衆国憲法.....2, 5, 6, 17, 40, 52, 180, 278, 322, 323, 358	—不継続.....178 下 院.....163
	アメリカ独立宣言.....45	会議の公開.....201
	アメリカ連邦議会.....45	会 計.....209
	イギリス国会法(Parliament Act 1911).....	会計検査院.....275
	—(1949).....168	解 敷.....134, 165, 183
	イギリスの憲法的不文法.....309	—(自律的).....185 —(他律的).....185
	違憲審査権の意義及び由来.....81, 297	—の効果.....189
	違憲審査制度の価値.....305	解散権(形式的).....186
	違憲審査の対象.....303	—(実質的).....187
	違憲判決の効力.....304	解散宣示権 →解散権(形式的) 下級裁判所.....289
	イタリア憲法(1848).....3	
	—(1947).....6, 56, 166, 323	慣習法.....308
	一院制.....163	間接民主制.....48, 49, 98
	一事不再議.....200	議院規則.....343
	一次的機関(das primäre Organ).....94, 97	議院内閣制.....51, 52
	一般憲志.....119	議院の機能.....232
	委 任.....9, 10	議 員.....
	—命令.....71, 159, 338	—の兼任.....165
	Instrument of government(1653).....2	—の資格争訟.....238
	ヴェーフニア憲法.....69	—の懲罰.....240
	ヴェストミンスター条例.....113	—の定数.....165
	ヴュルテンペルク憲法.....17	—の任期.....165, 171
	浦和充子事件.....236	議 決.....168
	永久税主義.....212	儀 式.....138
	永久平和制.....75	規則事項.....346
	大津事件.....292	既定費.....222
	オーストリア憲法(1920).....56	義務費.....222
	恩 賦.....136	休 会.....183
		宮廷費.....150

法律学全集 3

著 作 者	きよ みや し と お らう 郎
発 行 者	江 草 有 閣
印 刷 者	東京都青梅市根ヶ布385
印 刷 所	東京都千代田区神田神保町2~17
印 刷 所	電 話 (33) 0323・0344
	本郷支店 文京区東京大学正門前
	京都支店 左京区北白川道分町1
印 刷 株 式 会 社	精 興 社
印 刷 株 式 会 社	高 阳 堂
印 刷 株 式 会 社	春 日 井 工 場
印 刷 株 式 会 社	王 子 製 紙 株 式 会 社
印 刷 株 式 会 社	日本クロス工業株式会社
本文明紙	
クロス	

© 1957, 清宮四郎. Printed in Japan
序丁・乱丁本はお取扱いたしません。

全60巻分本引換券
を切取り注意して
御保存願ひます。



法律学全集 別 巻
綜合総索引
引 換 券

B

第九回配本

150

される(皇室親族)。

(5) 刑事法上の特権 摂政在任中の皇族は、刑事について訴追されない(皇室親族)。一般の皇族には、刑事責任についての特例はない。

二 特別義務の主なもの

(1) 親族法上の特別の制限に服する義務 皇族男子の婚姻は、皇室会議の議を経ることを要する(皇室親族)。また、皇族は、養子をすることができない(皇室親族)。

(2) 財産法上の特別の制限に服する義務 皇族は、財産の授受について、国会の議決を必要とする(皇室親族)。

第五款 国民の国家に対する関係

近代の国家の国民は、国家に所属する個人として、国家に対し次ののような関係に立っている。

まず第一に、国民は、国家の統治に服従し、国法によって義務づけられる関係に立つ。これを受動的関係といふ。この関係に立つことは、あらゆる国家の国民に共通の本質である。そして、この関係から、国家の統治に服するという包括的な義務が生じ、さらにまた、納税の義務とか、教育の義務とかいう、各個の義務が生ずる。

第二は、消極的または自由の関係である。この関係から、国家の権力によって国民の自由を侵されない権利、自由権が生ずる。この権利は、近代の自由主義とともに発達し、一八世紀末のアメリカ諸州の憲法における権利宣言やフランスの人権宣言に認めてから、立憲主義の世界的普及につれて、各国の憲法に共通にとりあげられて保障されるようになった。

第三は、積極的または受取の関係である。この関係から、国家の特別の行為または施設を請求し、それによって利

益を受ける権利、受益権が生ずる。受益権には、裁判所に訴え出て裁判をしてもらう権利、訴権または裁判請求権のようなど、一八世紀・一九世紀的なものと、生活権や勤労権のようなど、社会国家または福祉国家的的理念にもとづく、二〇世紀的な社会権がある。

第四は、能動的な関係である。これによつて、国民は、国家の機關として国家活動に加わる権利、参政権をもつ。この権利は、民主主義の発達とともに、しだいに強化されてきている。

国民の地位及び権利義務の詳細については、本文集第四巻「憲法」Ⅱを参照されたい。

(1) 国民の国家に対するこれらの関係は、ケオルグ・イギリネックが国民の地位を「受動的地位 (passiver Status)」「消極的地位 (negativer Status)」「積極的地位 (positiver Status)」及び「能動的地位 (aktiver Status)」の四つに分けて説明したい。これは明らかにされた (Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905)。

第一節 主権の保持者としての国民

民主国における国民は、主権、すなはち国政についての最高の決定権をもつ、国の最高法規たる憲法を制定する権能を有される。日本国憲法前文第一項で、「主権が国民に存する」といふ。また、「国政は、国民の厳肅な信託による」といふ。さらに、本文第一条で、「主権の存する日本国民」という場合の「国民」は、いずれも主権の保持者 (Träger) としての国民を意味する。この意味の国民は、国家の統治について、最高の地位にあり、国家の他のすべての権能の源泉となる権能を保持する者であつて、国会、内閣、裁判所などの権能は、いずれも国民の「信託」にかかるものとみなされる。

主権の保持者としての国民が、その機能を行使し、憲法を制定する場合は、その行為は、国家の行為として、国家に帰属せしめられる。しがたて、この場合の国民は、国家の機関としての地位が認められ、その法的根拠をなすのは、根本規範である。そういうして、主権の保持者として、憲法を制定する国民は、もとよりすぐれた意味において「国権の最高機関」である。

主権者として、その機能を行使する国民は、国家の所属員としての国民との關係においては、その範囲が狭く、全体と部分との關係に立つ。天皇の地位にあるものは、概念上それから除外され、まだ、機能を行使する能力のない、未成年者のようなものも除外されるのが当然である。ところで、主権者としての国民が、どのような手続でその機能を行使するかについては、成典憲法には定められていないのが普通である。この場合の国民の行為は、成典憲法以前の行為であり、成典憲法によつてあらかじめ規定するに適しない行為だからである。この点、次に述べる憲法上の機関としての国民の行為と異なる。日本国憲法の場合は、憲法制定と同時に、その前文で、日本国民は、「正当に選挙された国会における代表者を通じて」、間接民主制のもとに、憲法を「確定」したと謳つてゐるだけである。君主国では、君主が直接に憲法を欽定するのが通例である。明治憲法もそれに屬し、告文及び上諭には、天皇が「憲法ヲ制定ス」とあり、勅語には、「此ノ不勝ノ大典ヲ宣布ス」と謳つてゐる。民主国では、主権者たる国民は、直接に憲法を制定しないで、間接に、「憲法制定会議」などの代表者を通じて、憲法を制定するのが例である。アメリカ合衆国その他多くの民主国の憲法を見られるように、憲法の前文では、「われら何々国民は、……次の憲法を制定した」と謳つていても、実際は、憲法の制定は、代表者を通じて行われ、国民によって直接に行われたものはほとんどない。イギリスでは、國家機関を、自己のために行動する、一次的機関 (das primäre Organ) と、他の機関のために、機関ネックは、国家機関をして行動する、一次的機関 (das sekundäre Organ) とに分か、君主や国民は一次の機関 (Organ des Organs) として行動する。

（1）Jellinek: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1922, SS. 546-547., 585 页。

第三節 憲法上の機関としての国民

第一款 総 説

国民には、国家の構成員及び主権の保持者としての地位のほかに、第三に、憲法上の機関として統治作用を行う地位が認められる。国會議員を選挙し、憲法改正を承認するような場合がこれに當る。いすれも、国民が、憲法の規定によつて、国家機関として行動することを認められている場合である。

国民は、主権者であり、また、憲法上の機関としての地位が認められているが、憲法は、国民自身が国政を決定するには、重要であり、また、国民が直接に行つた事項に限り、比較的に稀な場合のみこれを認め、普通は、直接または間接に国民が選定した、他の機関を通して統治作用を行うという体制を探つてゐる。例えば日本國憲法第一五一条第一項には、「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」とあるが、これは、からずしも、すべての公務員を国民が直接に選定し、罷免すべきものであるという意味をもつものではない（金葉形集解二三四三五頁）。

憲法上の機関たる国民の行為としては、選挙及び票決が普通である。この場合、国民は、選挙または投票権者の總体としては、「合成機関」を構成し、各個の国民としては「部分機関」を構成する。他の国家機関の多くは、天皇のよ

うなものを除き、選挙または任命という特別の行為によつて、はじめて国家機関となるのに対し、国民は、特別の行為をまたず、法の規定によつて当然に、国家機関の地位を取得する。

第二款 竪法上の機関としての国民の権能

日本国憲法によつて、特に国民の権能とせられているものは、次のようだ。公務員の任免と特別の立法である。

一 公務員の任免

(1) 国会議員の選挙(憲法四)

(2) 「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委員」の選挙(憲法四三) これは、当該地方公共団体の区域内に住所を有する住民が直接に行う(同上、四四・四五・四六条)。選挙権の要件は、年齢その他国会議員の場合と同じである(公職選挙法)。

(3) 最高裁判所の裁判官の国民審査(憲法七)

二 特別の立法

(1) 憲法改正の承認(憲法六)

(2) 地方自治特別法の同意(憲法九) 以上の諸事項については、それぞれ別に説明する。

第三款 他の国家機関との関係

憲法のうえで、主權は国民に属するとか、國家権力は国民に属するとか謳われている多くの民主国でも、憲法上の権能を行使する場合には、ルソーが理想としたような直接民主制は、現実の制度としては実現されていないことは、

さきに述べた通りである。日本国憲法でも、直接民主制は、憲法改正や最高裁判所裁判官の国民審査などの場合に、例外的に認められているにすぎない。国政を行う国家機関としては、立法、行政、司法の各作用について、国民のはかに、国会、内閣、裁判所など、特別の機関が設けられている。そして、これらの機関は、直接または間接に国民によって選任せられ、理念的には、国民の信託によつて国政を担当することされている。国家機関としての国民は、特別の行為をまたず、法の規定によつて当然に国家の機関の地位を取得するのに対し、他の憲法上の機関の多くは、選挙または任命という特別の行為によつて、はじめて機関の地位を取得する。憲法上の機関としても、国民は一次的機関であり、他の国家機関は二次的機関である。わが憲法上の天皇は、選挙または任命による機関ではないが、その地位が「国民の総意に基き」(憲法)、「国民のために、國事に関する行為を行ふ」(憲法)、という意味では、やはり一次的機関である。

他の国家機関は、国民の選任せまたは信託にかかる一次的機関であるといつても、ひとたび選任せれば、国民とはいちおう独立に行動し、国民の指揮・命令に服するといつことはない。地方自治特別法の場合に關係住民が同意を与えた、衆議院の解散の場合に、衆議院と内閣との争いを国民が審判するなどによつて、国民が他の国家機関の行動に影響を与えるもつうことがあるにすぎない。憲法上の権能の行使にあたつては、国民は単に理念的・形式的な役割のみを演じ、国政の実際の決定は、他の機関によつて行われる場合が多いのである。

国民と他の国家機関との関係は、民主制の国家においても、かなり複雑になっている。国会が国民の代表とせられ、しかも、内閣の成立と存続とが国会の意志に依存する議院内閣制が採用せられている場合は、その限りにおいて、民主制の原理が実現されているが、他方において、権力分立制が採用せられ、内閣は、その職にとどまる限り、国会とは独立に行動することが認められている場合は、国民から国会へ、国会から内閣へといふ、下から上への段階的民

芦部信喜(あしへ のぶよし)

1923年、長野県に生まれる。1949年、東京大学法学部卒業。1963年、東京大学法学部教授。以後、学習院大学法学部教授、放送大学客員教授を歴任。1999年、逝去。

著書

『憲法訴訟の理論』(有斐閣)、『現代人権論』(有斐閣)、『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣)、『憲法と議会政』(東京大学出版会)、『憲法制定権力』(東京大学出版会)、『人権と憲法訴訟』(有斐閣)、『人権と議会政』(有斐閣)、『憲法判例を読む』(岩波書店)、『演習憲法(新版)』(有斐閣)、『憲法学』I・II・III(有斐閣)、『宗教・人権・憲法学』(有斐閣)等多数。

高橋和之(たかはし かずゆき)

1943年、岐阜県に生まれる。1967年、東京大学法学部卒業。1984年、東京大学法学部教授。2006年、東京大学名誉教授。

著書

『現代憲法理論の潮流』『国民内閣制の理念と運用』『憲法判断の方法』『現代立憲主義の制度構想』『立憲主義と日本国憲法(第4版)』(以上、有斐閣)、『体系 憲法訴訟』(岩波書店)

憲 法 第七版

2019年3月8日 第1刷発行
2019年10月15日 第2刷発行

著者 芦部信喜

補訂者 高橋和之

発行者 岡本厚

発行所 株式会社 岩波書店
〒101-8002 東京都千代田区一ツ橋2-5-5
電話案内 03-5210-4000
<https://www.iwanami.co.jp/>

印刷・精興社 製本・牧製本

© 芦部律, Kazuyuki Takahashi 2019
ISBN978-4-00-061322-4 Printed in Japan

うが、狭い意味では、当該規定を直接根拠として裁判所に救済を求めることができる法規範」、すなわち裁判所の判決によって執行することができる法規範のことを言う。前文の規定は抽象的な原理の宣言に過ぎるので、少なくとも狭い意味での裁判規範としての性格はもたず、裁判所に対して前文の執行を求めることまではできない、と一般に解されている。この点に関して問題となるのが、前文一項の、「われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有する」という文章に示されている「平和的生存権」である。学説では、右規定の(狭い意味での)裁判規範性を認めることはできるとして、平和的生存権を新しい人権の一つとして認めるべきであるという見解も有力である。しかし、平和的生存権は、その主体・内容・性質などの点でお不明確であり、人権の基礎にあってそれを支える理念的権利と言つてはできるが、裁判で争うことのできる具体的な法的権利性を認めることは難しい、と一般に考えられている。

* 平和的生存権 平和的生存権という考え方は、自衛隊違憲訴訟において、一九六〇年代から主張されたものである。平和的生存権は、「平和を享受する権利」を意味し、憲法九条の戦争の放棄の原則との関連で、平和を人権として捉えるという意図に基づくものである。具体的には、基地付近の住民が基地の撤廃を裁判所に求める場合の「訴えの利益」を基盤づけるために主張された。しかし、判例においては、長沼事件(第四章二二三(1) * 参照)一審判決は、平和的生存権を訴えの利益の一つの根拠として認めめたが、二審判決はこれを否定し、最高裁判所でも前文一項の裁判規範性は実質的に認められなかつた。

二 国民主権

国民主権の原理は、絶対主義時代の君主の專制的支配に対抗して、国民こそが政治の主役であると主張する場合に、その理論的支柱とされた概念で、近代市民革命の成立以後、国家統治の根本原理として近代立憲主義憲法において広く採用されている。もともと、その原理の内容を具体的にどのように理解するかについてはさまざまな見方が示されてきており、現在もなお活発な議論が展開されている。

1 主権の意味

主権の概念は多義的であるが、一般に、①国家権力そのもの(国家の統治権)、②国家権力の属性としての最高独立性(内においては最高、外に対しては独立ということ)、③国政についての最高の決定権、という三つの異なる意味に用いられる。これは歴史的な理由に基づく。すなわち、主権という概念は、絶対主義君主が中央集権国家をつくりあげていく過程において、君主の権力が、封建領主に対しては最高であること、ローマ法王・神聖ローマ皇帝に対しては独立であることを基礎づける政治理論として主張された概念であった。ところが、「朕は国家なり」の思想が支配していた専制君主制国家では、三つの主権概念は「君主の権力」という形で統一的に理解されていたが、その後、君主制の立憲主義化とともにあって国家の概念も変化し、君主の権力と国家権力とは区別して考えられるようになり、主権の概念が三つに分解したのである。

(一) 統治権 ①の国家権力そのものを意味する主権とは、国家が有する支配権を包括的に示すことはある。立法権・行政権・司法権を総称する統治権(Herrschaftsrechte, governmental powers)とほぼ同じ意味で、日本国憲法(四一条)に言う「國權」がそれにあたる。統治権という意味の主権の用例は、ボツダム宣言八項「日本國ノ主權ハ、本州、北海道、九州及四国並ニ吾等ノ決定スル諸小島ニ局限セラルベシ」という規定にみられる。

(二) 最高独立性 ②の国家権力の最高独立性(国家権力の主権性とも言われる)を意味する主権は、主権概念の生成過程から言えば、本来の意味の主権の概念である。憲法前文三項で、「自國の主権を維持し」という場合の主権がその例であるが、そこでは国家の独立性に重点が置かれている。

(三) 最高決定権 ③の国政の最高の決定権としての主権とは、国の政治のあり方を最終的に決定する力または権威という意味であり、その力または権威が君主に存する場合が君主主権、国民に存する場合が国民主権と呼ばれる。憲法前文一項で「ここに主権が国民に存することを宣言し」という場合の主権、および一条で「主権の存する日本国民の総意」という場合の主権がこれにあたる。

2 国民主権の意味

「国民主権」がいかなる意味・内容を有するかについては、わがわまの議論があるが、ここでは、次の一 点を注意しておきたい。

(一) 主体について 第一は、国民主権の觀念は、本来、君主主権との対抗關係の下で生成し、主張されてきたもので、君主主権であることは国民主権ではなく、国民主権であることは君主主権ではない、とい

いう相反する關係にあることである。したがって、主権は君主にあるのでも国民にあるのでもなく、国家にあるとか、主権は天皇を含む国民全体にあるとか、という趣旨の説明は、戦後よく主張されたが、政治的な配慮に基づく考え方で、理論的には正当とは言い難い。

戦前のドイツで支配的な学説であった国家法人説は、先にみれたように(第一章一2*参照)、国家は法的に考えると法人、すなわち権利(統治権)主体であり、君主はその最高機關であると説き、君主主権か国民主権かは、國家の最高意思を決定する最高機關の地位に君主がつくか国民がつくかの違いにすぎない、と主張した。そして、「主権」という概念は国家権力の最高独立性を示す本来の概念としてのみ用いるべきであるとし、君主主権か国民主権かという近代憲法が直面した本質的問題を回避しようとした。それは、急激な民主化を好まない一九世紀ドイツの立憲君主制に見合った理論であった。

この国家法人説は、明治憲法の下では天皇機關説に具体化され、憲法の神權主義的性格を緩和する役割を果たした。しかし、国民主権の確立した日本国憲法の下では、もはやその理論的有用性をもたない。

(二) 権力性と正当性の両翼機 第二に注意を要するのは、国民主権の原理には、二つの要素が含まれていることである。一つは、国の政治のあり方を最終的に決定する権力を国民自身が行使するという権力的契機であり、他の一つは、国家の権力行使を正当づける実権的な権威は国民に存するという正当性の契機である。

もともと国民主権の原理は、国民の憲法制定権力(制憲権)の思想に由来する(第一章四2*参照)。国民の制憲権は「国民が直接に権力を行使する(具体的には、憲法を制定し国の統治のあり方を決定する)」という点にその本質的な特徴がある。ところが、この制憲権は、近代立憲主義憲法が制定されたとき、合法性の原

理に従って、自らを憲法典の中に制度化し、①国家権力の正当性の究極の根拠は国民に存するという建前ないし理念としての性格をもつ国民主権の原理、および、②法的拘束に服しつつ憲法(国の統治のあり方)を改める憲法改正権に転化したのである(そのため改正権は、「制度化された制憲権」とも呼ばれる。この点につき、なお、第一八章三二〔参照〕)。

以上のような国民主権の原理に含まれる一つの要素のうち、主権の権力性の側面においては、国民が自ら国の統治のあり方を最終的に決定するという要素が重視されるので、そこで主権の主体としての「国民」は、実際に政治的意思表示を行うことのできる有権者(選挙人団とも言う)を意味する。また、それは、国民自身が直接に政治的意思を表明する制度である直接民主制と密接に結びつくことになる。もつとも、国民主権の概念に権力的契機が含まれていると言つても、憲法の明文上の根拠もなく、国の重要な施策についての決定を国民投票に付する法律がただちに是認されるという意味ではない(憲法上認められるのは、国民投票の結果がただちに国会を法的に拘束するものでない諮問的・助言的なものに限られよう)。主権の権力性とは、具体的には、憲法改正を決定する(これこそ国の政治のあり方を最終的に決定することである)権能を言う。

これに対して、主権の正当性の側面においては、国家権力を正当化し権威づける根拠は究極において国民であるという要素が重視されるので、そこで主権の保持者としての「国民」は、有権者に限定されるべきではなく、全国民であるとされる。また、そのような国民主権の原理は代表民主制、とくに議会制と結びつくことになる。

日本国憲法における国民主権の観念には、このような一つの側面が併存しているのである。^{*}したがって、

国家権力の正当性の淵源としての国民は「全国民」であり、すべて「国家権力は国民から発する」ということになる。しかし同時に、国民(有権者)が国の政治のあり方を最終的に決定するという権力性の側面も看過してはならない。そのように考えるならば、憲法九六条において憲法改正の是非を最終的に決定する制度として定められている国民投票制(第一八章三二〔参照〕)は、国民主権の原理と不可分に結合するものと解きよう。

* ナシオン主権とプール主権 フランスでは、市民革命期に君主主権を否定して制定された新しい立憲主義憲法の主権原理として、ナシオン(nation)主権をとるかプール(people)主権をとるか争われ、この二つの対立が第二次大戦後の憲法にまで及んでおり、日本でも「国民主権」をその概念を用いて説明する学説が少なくない。しかし、もしナシオンの意味を「国籍保持者の総体としての国民(全国民)」、プールの意味を「社会契約参加者(普通選挙権者)の総体としての国民(人民)」と解すれば、二つの主権原理は、本文に説いた主権主体としての「全国民」と「有権者団」の区別に対応するが、ナシオンは、具体的に実存する国民とは別個の、觀念的・抽象的な団体人格としての国民の意だと一般に解されており、まだプールも、「今日では性別・年齢別の差なく文字どおりの『みんな』だと解する説が有力であることに、注意すべきである。しかも、同じプール主権を説く場合でも、「主権」の意味について、「統治権」と解する説もあれば権力の正当性の究極的根拠と解する説もあるなど、見解に大きな相違がみられる。

八名の裁判官は、尊属に対する尊重報恩という道義を保護するという立法目的は合理的であるが、刑の加重の程度が極端であって、立法目的達成手段として不合理であるとしたが、六名の裁判官は、立法目的自体が違憲であると説いている。八裁判官意見に従えば、刑法二〇五条二項の「尊属傷害致死罪」の法定刑は……立法目的達成のため必要な限度を逸脱していることは考えられない」ということになるが(最判昭和四九・九・二六刑集二八卷六号三二九頁)、六裁判官の意見によれば、それも違憲ということになる。六裁判官意見を支持する学説が有力である。一九九五年(平成七年)の刑法改正によって、二〇〇条・二〇五条二項は削除された。

7 議員定数不均衡の合憲性

議員定数不均衡の問題も、憲法一四条に関する重要な論点となっている。国会議員の選挙において、各選挙区の議員定数の配分に不均衡があり、そのため、人口数(もしくは有権者数)との比率において、選挙人の投票価値(一票の重み)に不平等が存在することが違憲ではないか、という問題である。

この問題を考えるにあたって考慮しなければならないのは、①第一に、選挙権の平等の観念には、従来から一般的に認められてきた投票の数的平等である一人一票の原則(公職選挙法三六条)にどまらず、各投票が選挙の結果に対しても影響力の平等、すなわち投票価値の平等も含まれること、②第二に、選挙権および投票価値の平等は、表現の自由と同様に民主政を支える重要な権利であること、したがって、厳格な司法審査が必要であること(較差の合理性の証明責任は政府にある)、③第三に、選挙法は、徹底した人格平等の原則を基礎としているので、投票価値の平等の意味は、一般的の平等原則の場合の平等の意味よりも、はるかに形式化されたものであり、国民の意思を公正かつ効果的に代表するために考慮される非人口

的要素(例、行政区画を一応の前提として定められる選挙区制)は、定数配分が人口数に比例していなければならぬといいう大原則の範囲内で認められるにすぎないこと、である。

このように考えると、衆議院議員選挙については、具体的には、一票の重みが議員一人当たりの人口の最高選挙区と最低選挙区とでおおむね二対一以上に開くことは、投票価値の平等の要請に反すると解するのが妥当である。一票の重みが特別の合理的な根拠もなく選挙区間で二倍以上の較差をもつことは、平等選挙(一人一票の原則)の本質を破壊することになるからである。この二対一の基準は、学説では広く支持されているが、最高裁の判例では明確な基準は示されていない(ただし、後掲*2(2)判決参照)。

最高裁は当初、参議院議員の定数不均衡について、投票価値の平等は憲法上「望ましい」けれども、「選挙人の選挙権の享有に極端な不平等を生じさせる」場合でないかぎり、定数配分は「立法政策の問題」であるとしたが(最高判昭和三九・一・五民集一八卷二号二七〇頁)、一九七六年(昭和五一年)、衆議院議員の定数不均衡について画期的な違憲判決を下すに至った。この判決は、投票価値の平等を憲法上の要請と認め、議員定数不均衡を違憲とした点において高く評価できるが、他方で、①どの程度の較差が違憲となるかの基準が不明確であること、②人口比以外の要素(非人口的要素)を重視して立法府の裁量の範囲を広く認めていること、③公職選挙法別表第一の定める定数配分表を不可分一体なものとして捉え、全体として違憲であるとしつつも、選挙を無効としないという判断方法をとったことの是非など、問題点も少なくない。

その後、一九八三年(昭和五八年)に参議院と衆議院のそれぞれについて判決が下され、それがさらに一九八五年から九三年(平成五年)、九六年にかけての諸判決に引きつがれるなど、最高裁は、議員定数不均

衡の問題に積極的に取り組んでいるが、昭和五一年判決の残した問題点は、まだ解決されていない。^{*} 参議院の特殊性を強調しすぎる考え方も問題である。なお、地方議会議員の定数不均衡も、直接には公職選挙法一五一条七項(平成六年法二号による改正後の八項)の解釈問題であるが、衆議院の定数不均衡の場合とほぼ同じ基準で判断されている(最判昭和六一・一・一七判時一二四三号一〇頁)。「ただし、特例選挙区を認めたために(公選法二七一条)、最大較差が一対三・九五となつた東京都議会の定数配分を合憲とした判例がある(最判平成一一・一・一一判時一六六六号三二一頁)。」

* 衆議院議員定数不均衡裁判

(1) 昭和五一年四月一四日判決(最高判民集三〇巻三号一二二三頁) 昭和四七年一一月に行われた衆議院議員選舉について、千葉県第一区の選舉人らは、一票の較差が最大四・九九対一に及んでいることが投票価値の平等に反するとして、選舉無効の訴えを提起した。最高裁は、人口数と定数との比率の平等を「最も重要なかつ基本的な基準」だとしつつも、投票価値の平等は、「国会が正當に考慮することができる他の政策的な目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきもの」だという立場をとり、行政区画をはじめ、住民構成、交通事情、地理的状況から、人口の都市集中化現象をいかに評価し、それを「政治における安定の要請をも考慮して」定数配分にどのように反映させるかという高度に政策的な判断に至るまで、非人口的要素のもつ役割を大きく認め、厳格な審査基準をとらなかつた。しかし最高裁は、①投票価値の不平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般的に合理性を有することは到底考えられない程度に達しているときで、かつ、②人口の変動の状態を考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されていると考えられるのにそれが行われない場合には、違憲になる、という基準を示して、約五対一の較差は(昭和三九年の法改正後八年余にわたつて是正が行われなかつたことを考慮すると)選挙権の平等の要求に違反すると判断し、配分規定は全体として違憲の瑕疵を帯びる、と判示した。しかし、選挙の效力に

については、選挙を全体として無効にすることによって生じる不当な結果を回避するために、行政事件訴訟法三二条の定める事情判決(処分は違法であつても、それを取り消すことが公共の福祉に適合しないと認められるとき、違法を宣言して請求を棄却する判決で、公選法二二九条は適用を認めていない)の法理を「一般的な法の基本原則に基づくもの」と解して適用し、選挙を無効とせず違法の宣言にとどめる判決を下した。

定数不均衡を争う特別の方法は法定されていないので、民衆訴訟(第一六章一三(1)*参照)たる選挙無効争訟(公選法二〇四条)によつて争われるが、無効が確定すれば、再選挙は「四十日以内に」行わなければならぬので、それにともなう混乱を回避するため、定数不均衡の違憲判断が選挙無効を直接導かないような判断方法があるかどうか、学説上模索されていた。その点で右判決は画期的と言えるが、国会の怠慢を直接規律するものではないので、違憲宣言の繰返しに終わる可能性もある(違法宣言以外の新しい判決方法につき、第一八章二五(2)*参照)。

(2) 昭和五八年一一月七日判決(最高判民集三七巻九号一二四三頁) 昭和五五年六月の衆議院議員選挙における三・九四対一という較差の合憲性が争われた。最高裁は、その較差を違憲状態にあると解しつつも、最大較差を二・九二対一に縮小した昭和五〇年の定数不均衡は正の法改正により不平等は一応解消されたと評価できるとし、その時から本件選挙当時は(改正法の公布から約五年、定数配分規定の施行から約三年半で)なお定数不均衡を解消するために認められる合理的期間内であつたとして、定数配分規定を合憲、と判示した。そのため、この判決は、三対一までの較差を憲法上許容する趣旨のものと一般に解されている。

(3) 昭和六〇年七月一七日判決(最高判民集三九巻五号一一〇頁) 昭和五八年一一月の衆議院議員選挙における最大較差四・四〇対一の合憲性につき、最高裁は、五五年六月の終選挙時に投票価値の不平等はすでに違憲の程度に達していたので(2)の五八年判決参照)、合理的期間内に是正が行われなかつた場合などして、定数配分規定を違憲としたが、選挙は違法の宣言にとどめた。

(4) 平成五年一月二〇日判決(最高判民集四七巻一号六七頁) 一九九〇年(平成二年)一一月の衆議院議員選挙における最大較差三・一八対一の合憲性につき、最高裁は、較差は違憲状態にあつたが、本件定数配分