

学校における法教育のための基礎づけ

西台 満

Providing the Basis for the Legal Education in School

Michiru NISHIDAI

第一章 序論

法務省が平成15年に発足させた「法教育研究会」の報告によれば、より自由で公正な社会の実現のためには、国民の法に対する関心と知識を高める必要がある、学校における「法教育」の新設・充実が急務である。¹

しかし、我国では長きにわたり、国民は法の適用対象でしかなかった。行政の規制・取締を受ける側としての歴史があまりにも長い。従って、この問題は非常に根が深いもので、ただ単に学校教育の早い段階から生徒に法律条文や制度を分かりやすく解説し、法律に親しみを持たせれば、自律的法主体としての活動が期待されるというものではないことを指摘したい。

そもそも、我国の民主主義の始まりは、東から南から更には北から迫り来る帝国主義列強への恐怖であった。「明治維新において、新たに治める地位に立った者が、国の近代化を図るために、いわゆる欧化政策の一環として、ヨーロッパのモデルに倣って新しい法制の整備に努め…併行して、

官僚機構を通じて法を動かすエリート・グループの養成が急がれた」。² この「上からの近代化」は、ともかく急を要したため、概念や制度の由来・思想・精神にまでは考えが及ばず、上辺だけの模倣になったであろうことは想像に難くない。

民主主義の何たるかを理解していなかったのは治められる側、即ち国民だけではない。治める側も、近代国家の体裁を整えるのに精一杯で、内容にまでは気が回らなかった。憲法にしても、封建制を脱したばかりの我国にとっては英・仏は進みすぎているということで、制限君主制のドイツに範が取られたのであった。

大日本帝国憲法によって我国は議会制民主主義国家となるも、立法権は天皇(5条)、従って実際には行政権に属した。議会は天皇提出の法案に対して可否を決することができるので、国民主権即ち民主主義の条件は満たしているものの、³ 法を立案し適用するのはあくまで天皇である。結局、「法は、まさに、国民を治めるために治者が動かすものと考えられることになった」のである。⁴

「国民は、法の適用対象」と捉える考え方は、

¹ http://www.moj.go.jp/shingil/kanbou_houkyo_houkoku.html

² 田中英夫・竹内昭夫「法の実現における私人の役割」東京大学出版会(昭62年)、8頁。

³ 議会制とは、単に「参考の意見をのべるのではなく、議会の意思が国家作用を有効に成立させるために不可欠のものとして」いなければならない。樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂「注釈日本国憲法下巻」青林書院(昭63年)、821頁。形式的には、天皇の「裁可」が議決の後に来て、法律の成否の最終決定のように見えるが、これは国体観から工夫された制度であって「実際には議会の決定権が尊重されて、その議決した法律案が不裁可になったことはなかった」小嶋和司「憲法概説」良書普及会(昭62年)、54頁。

⁴ 田中英夫・竹内昭夫、前掲8頁。「そこでは、国民は、治者による統治の客体であって、国民相互の間で正義を追求し秩序を維持するための積極的努力をなすべき主体ではない」9頁。

その後も東京帝国大学法学部を中心に代々引き継がれ、そういう教育を受けた学生が政治家や教育者・官僚となって国の指導層となった。第二次大戦後に占領軍として乗り込んできたアメリカは、徹底的な民主化政策の一環として、要職にあった人物たちのPurge（追放）も断行したが、なぜか官界・学界は除外され、戦前の学者・学説はそのまま残った。

憲法その他主要法律も改正され、我国はアメリカ流民主主義国家に生まれ変わったのであるから、封建的要素を多分に残したドイツ流学説は、戦後の学界の中で批判され消滅してゆくはずのところ、「和」を重んじる我国の特質が裏目に出て、そうはならなかった。東大を頂点とするHierarchy（階層）が確立した学界にあって、過去・現在の権威を批判することは、若手にとって自らの将来を潰すことになりかねない。かくして、日本の法律学と言え、外国法研究あるいは比較法学が主流とならざるを得ないのである。

第二章 憲法論

そもそも日本国憲法前文に、「日本国民は…ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する」とあり、最高位の国法を立てている。これによって立法の基本方針を定め、あとこれを具体化するための多岐にわたる法律については、代表者を選んで彼らに一任することになっている。⁵

国会が、主権者即ち国民のもつ立法権の信託を受け、それを国民に代わって行使するのが「間接民主制」ないし「議會制民主主義」である。立法・

行政・司法の三権のうち、なぜ立法だけを「公務員選定罷免権」（15条）の対象にしたかと言えば、「国会は、国権の最高機関」（41条）だからである。⁶ 主権の発動として国民が直接関与できるのは代表者の選定だけであるから、「選挙は、国民の参政態様として最も重要な役割をもつ」⁷ ことになる。

国会は最高機関であると同時に「唯一の立法機関」（41条）であるが、国会の立法権の淵源は、当然国民である。国民に立法権がなければ、その代表機関に信託することはできない。⁸ 無から有は生じないからである。

そして、国民と言う場合、憲法は個々の国民を考えている。即ち、「すべて国民は、個人として尊重される」（13条）と定め、個人主義原理を宣言した。国家主義においては、個人は全体の中に埋没させられ消滅してしまうが、「個人人格の尊厳は近代の民主主義思想の根柢をなすもの」⁹ と考えられるようになった。

君主や貴族からすれば、教養のない市民階級に国家の主権＝統治権を譲り渡すなど危険で思いもよらぬことであつたろうが、彼らが考えていた以上に市民は実力を蓄えていたのであり、理論的には啓蒙思想家が「人格」概念を発展させていた。人格とは、真偽・善悪を判断できる理性的主体を意味し、この理性によって個人でも本人の利益を超越して全体のために働くことができる、ということ根拠づけた。¹⁰

カントによれば、「理性をもたぬ存在者であるならば、手段としてただ相対的な価値をもつのみ

⁵ 「国政は、国民の厳粛な信託によるものであって…その権力は国民の代表者がこれを行使」する（前文）。

⁶ 「統治が存続している間は、いかなる場合にも立法権力が最高の権力である。なぜなら、他の者に対して法を与えることができるものは、その者に優越していなければならないからである」ジョン・ロック「完訳統治二論」加藤節訳、岩波文庫（平22年）、474頁。

⁷ 小嶋、前掲287頁。

⁸ 「人類は、自然状態…に留まる間は悪しき状態にあることになるので、すみやかに社会へと駆りたてられ…人々は、彼ら一人一人がもっていた処罰権力をすすんで放棄し…ここに、我々は、統治と社会とのそもそもの権利と起源とを見るときともに、立法権力と執行権力との本来の権利と起源とをも見るのである」ロック、前掲443-4頁。

⁹ 法学協会「註解日本国憲法上巻」有斐閣（昭28年）、337頁。

¹⁰ 「個人」を個人としての特殊性＝個性、と誤解してはならない。「『個人として尊重される』といっても、その意味は、個々の人間がそのまま尊いというよりも、一人ひとりがかつ人格性の故に尊厳なる存在である」と解さなければならない。樋口・佐藤・中村・浦部「注釈日本国憲法上巻」青林書院（昭59年）、259頁。

であり、それゆえに物件と呼ばれる。これに反し、理性的存在者は人格と呼ばれる。なぜなら、それらは、それらの本性そのものによって、目的自体であり、尊敬の対象だからである。彼は自己の「格率を普遍的立法[これに彼は同時に自己を従わせる]に属しうるものたらしめる」ので、「個々の理性的存在者の意思はつねに同時に立法者と見なされねばならない」。¹¹

第三章 刑法論

ところが序論で述べたように、我国は民主主義の黎明期及び更新期に、思想的原点に立ち戻るといことは行われなかった。即ち、大衆というのは教養がなく愚か且つ利己的で、放っておくと何をするか分からない存在であるから、法によって権力的に取り締まる必要がある、との封建的国民観がそのまま維持された。国民は総体として統治の対象なのであって、一人ひとりを立法者として尊敬する、など思いもよらぬことであった。個人主義も上辺だけが導入され、その結果、押し強く利己的に振る舞う個人や自治体が利益を受けることとなった。

個人の尊厳を認めない一例として、刑法の緊急行為を取り上げよう。刑法は、官憲の助けを求め暇がない時に限り、一般人（私人とも言う）に実力行使を認める。それが、正当防衛と緊急避難である。¹²

緊急行為は「緊急の場合において、法による本来の保護を受ける余裕のないときに許される。即ち法秩序の侵害の予防又は回復を国家機関が行う暇のない場合に、補充的に私人にこれを行うことを許すものである。…しかし、私人にかような機能を営むのを広く許すことは、かえって秩序を害する恐れがある。法的救済方法が一応完備してい

る近代国家においては、特にそうである。かようにして、緊急行為という理由による違法性の阻却は、なるべく最小限度に止めなければならない」。¹³

これが、刑法学界の永久に変わりそうもない伝統的な緊急行為観である。法を作るのも適用するのも支配機構たる国家の作用であって、言い換えると、法は官が独占すべきものなのである。官抜きに私人に法を行わせしめると、間違いややり過ぎなど、^{ろく} 碌なことがない。かえって事態を複雑にし、秩序を乱すことになりかねないので、私人による自力救済は、必要最小限の例外としなければならないと主張する。

かくして、正当防衛が認められて無罪となるようなケースは、殆どない。「とくに判例の解釈は、厳格である」。¹⁴ 加害者に対する反撃でこうであるから、関係のない第三者に危難を転嫁する緊急避難の場合は、推して知るべし。「その要件は、正当防衛よりも厳格に絞られている」。¹⁵

しかし正当防衛でも、急迫の「危険にさらされた当時、防衛者に、事後の判断においても相当性を肯定されるだけの冷静な模範的態度をとるよう期待することは、無理を強いるものである。恐らく、瞬間的に刻々変化する状況に応じて、相当性のある防衛行為に終始する、ということは、例えば、警察官のような特別の職務にある者にとっても容易なことではな」い。¹⁶

そもそも、法の行使ないし法の実現は、官憲が独占すべきことであろうか。立法は国民の代表者が行うという根本的な原則の他にも、憲法は裁判の公開を要求している（82条）。国民の作った法律が適正に運用されているか、「公開の原則は、国民の直接の監視によって、裁判の公正を担保しようとするものである」。¹⁷ 検察官の起訴に関して

11 野田又夫「人倫の形而上学の基礎づけ」世界の名著 32 卷カント、中央公論社（昭 47 年）、273-4、281、280 頁。

12 36 条「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない」。37 条「自己又は他人の生命・身体・自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない」。

13 団藤重光「刑法綱要総論改訂版」創文社（昭 54 年）、213 頁。

14 団藤「注釈刑法（2）の I 総則（2）」有斐閣（昭 43 年）、258 頁（藤木英雄）。

15 同上、261 頁（藤木英雄）。

16 同上、258 頁。

は検察審査会の「起訴議決」制度が、重い刑事事件の裁判に関しては「裁判員」制度が設けられ、法が国民のものとして近づきつつあるのは、一応明るい^{きざ}萌しではある。

具体的な状況の中で、どう行動するのが正しいか、法は何を自分に要求するかを判断し、行為の選択によって社会に対し法を提示するのが、民主主義社会における個人である。理性を具備していることによって、立法者として尊敬される。生命・自由・財産を守るため、法を執行するのは先ず個人であって、国家機関ではない。学界の支配的見解とは逆に、国家こそが、事後に、間違いとか行き過ぎがなかったかチェックする補充機能を営むべきなのである。

火事を出さぬよう気をつけなければいけないのは、何と言っても個人であって、行政機関ではない。ストーブを倒して火が燃え広がり、必死で消そうとしたがだめだという時に、初めて消防の出番となる。自分の財産を守るのは各人の責任であるから、出掛ける時には戸締りをしなければならない。にも拘わらず泥棒に入られれば、もはや手に負えないから、ようやくここで警察に通報となる。法と日々、利害関係をもって関わっているのは個人なのである。¹⁸

第四章 結論

法の目的は、個人の生命・身体・自由・財産の保護であるが、これを警察官の到着を待たずして自分で守ったのはけしからん、と先ず結果だけを見て犯罪者扱いをするのが、我国の現状であり、今日なお残っている前近代的法意識である。緊急時でこうなら、理屈上、非緊急時にはもっと厳しくなるはずである。貸した金が返って来なければ、返してくれるよう何度も督促し、それでも駄目な時に初めて裁判所に訴えるというのが筋であろうのに、法学界では、法の実現は個人でやろうとしてはならぬ、先ず裁判所に頼るべし、とでも言うのであろうか。

そのようなことは非現実的で、実際に国民こぞってそれを実行すれば、政府諸機関は仕事の殺到でパンクしてしまうであろう。国民を法の執行に参加させるほど、統治にかかるコストは軽くなるのである。「政治においても法においても、民主主義は国民の積極的な参加なしにはありえない。…（法律の末尾に罰則を定めて終わり、とするのではなく）法のなかに私人の法運用への積極的参加を促す仕組みを組み込んでゆくことが必要である」。¹⁹

¹⁷ 法学協会、前掲下巻（昭29年）、1240頁。

¹⁸ 「被害という形で一番最初に違反行為の影響を受ける立場にある」田中英夫・竹内昭夫、前掲174頁。

¹⁹ 同上、ii頁（参照11頁）。