

一橋と公法学——憲法学・行政法学——

市原昌三郎

おことわり

一橋大学学問史三一四頁以下に掲載した「憲法・行政法」を基本に、新入生諸君に本学の学問の伝統を紹介するという本誌四月号の企画にふさわしい内容の論稿を書いてほしい、という編集部からのご依頼を頂いた。例によって軽卒にひき受けてしまったが、いよいよ執筆という段になって、ほとほと困ってしまった。もともと筆が遅い上に、今回はとくに次のような事情で、時間的にも余裕がなかったからである。やむを得ない。お叱りを覚悟し、旧稿を殆んどそのまま掲載して、責をふさぐことにしてしまったのである。

かえりみれば、昭和十五年四月、東京商科大学予科に入学以来、半世紀に近い年月が経ったのである。その間、昭和十八年十二月に学徒動員され、南冥の地、ボルネオのジャングルから奇蹟の生還をし復学した昭和二十一年六月までの二年半と、フムポルト財団奨学生としてハイデルベルク、シュバイアに遊学

した昭和三十二年九月から三十四年五月までの一年八か月という比較的長期にわたって大学を離れたこともあった。しかし、この時期を除けば、私は一度たりとも大学と無縁に生きたことはなかったのである。そして、また、いうまでもなく大学を離れていたこれらの年月も、大学は私にとっていつも心の故里であり、精神的な拠り所であった。苦しいにつけ、悲しいにつけ、大学を、恩師を、そして仲間達を想いおこして生きてきたものである。

昭和二十二年九月卒業後の東京商科大学特別研究生としての四年半にわたる研究生活、そして昭和二十七年四月から今日にいたるまでの三十年余にわたる法学部教官としての生活、すべてこれ一橋と一体であり、一橋は私の人生そのものであった、といっても決して過言ではないのである。その私も今年三月定年退官することになった。全く長いような、また誠に短くも感ぜられる月日である。とくに、大学改革の嵐の中で、連日のよ

うに開かれた大衆団交で学生・院生諸君の集中砲火をあびた日
 日が、何かもうずっと昔のことでもあったような気がする半面、
 つい昨日のことものようにも思われる。「老兵は静かに消えさる
 のみ」といわれる。私もそうするつもりでいたのだが、世の中
 はままならないものである。もともと忙しいタチの男、そこへ
 定年という一つのしめくりの時期を迎えたものであるから、
 思いがけず公私共に多忙で、いつもの年よりも一層あわたし
 い思いをしている今日この頃である。

一 沿革

一橋学園で憲法・行政法の講義が開講されるようになって
 したのは、明治三十年、専攻部設置と同時である。同年
 から同三十二年までは「憲法・行政法」という科目名で、
 行政裁判所評定官の渡辺廉吉氏が講義した。同三十三年
 から三十五年までは「憲法」と「行政法」に分離され、
 後者はひき続き渡辺氏が担当したが、前者は三十三年、
 三十四年は副島義一氏、三十五年は渡辺氏と竹井耕一郎
 氏が担当した。同三十六年から昭和九年までは、美濃部
 達吉博士が兼任教授として、ひき続き両者を担当するこ
 ととなる。もっともその間、科目名には変更がある。即
 ち、明治三十六年から同四十三年までは「国法学」と

「商事行政法」に変わり、明治四十四年から大正八年の間
 は「憲法及行政法」となり、それ以降は「憲法」、「行政
 法」として今日にいたっている。美濃部博士の後は、憲
 法は寛克彦博士が昭和十五年まで講じ、同十六年から四
 十五年までは田上穰治名誉教授の講ずるところとなった。
 また行政法については同十年から四十五年まで田上教授
 が美濃部博士の後をひきつぐこととなる。

したがって、美濃部博士と田上名誉教授、及びそれぞ
 れの学問をぬきにして、一橋の憲法学・行政法学を語る
 ことは、単に講義担当期間の長さという点からしても不
 可能といわざるをえないが、それ以上に一橋学園の輝か
 しい歴史に与えた学問的影響の大きさという観点からみ
 ても無意味といわざるをえない。

二 美濃部公法学と一橋

美濃部博士の学問と学風は、博士の高弟田上穰治名誉
 教授によって継承され、さらに発展させられ、今日にい
 たっている。このようにして、博士と一橋学園とは学問
 的にも切っても切れない結びつきをもっているが、それ
 だけに止まらない。博士の学問は、一橋の歴史の基底を

なすものとも深くかわるものであるが故に、学問的な意味を離れても一橋学園に極めて大きな影響を与えていたのである。即ち、博士の自由主義的民主主義的な世界観は、当時の絶対主義的封建主義的官権主義的な支配的思潮に対し、近代資本主義の担い手としての近代的市民社会における市民意識・町人意識の形成に大きな役割を果たし、博士の理論はまさに資本主義の発展に対するその憲法的な基礎づけを与えたといっても過言ではない。一方、日本の近代化・資本主義化の重要な推進力となつたのは、ほかならぬ一橋であつたからである。

三 美濃部憲法学

富士のような裾野の広さと高さをもつ美濃部憲法学を語るのには容易ではないが、ここではそのもつとも重要と思われる特色の二、三にふれてみることにする。

第一に対上杉博士との天皇機関説論争の理論的基礎となる国家法人説についてである。元来、国家法人説は政治的には無色なもので、君主主義とも民主主義とも無関係な、またその何れとも結びつきうる性質のものである。むしろ、ドイツにおけるその発展史にうかがうことがで

きるように、本来、君主主義と民主主義を妥協調和せしめる素地をもつものであつた。博士が国家法人説は明治憲法における天皇統治の原則と矛盾しない、と説いているのもこのことを示すものである。しかしながら、同時に忘れてはならないことは、国家法人概念は一つのポレミッシュな概念であつたということである。もともと、この概念の創始者たるアルブレヒトは、ドイツにおける絶対君主主義的概念を排斥する目的をもつて主張したのであつて、それは純粹に政治的イデオロギーの性格をもつて生れてきたものである。即ち、この概念によつて絶対君主のもつ万能無制限の権力が制限され民主主義への地盤が築かれるべき歴史的な意味をもつていたのである。ただ、この概念もその後十九世紀のドイツにおいては、その当初の政治的イデオロギーの性格を失つて、それ本来のもつ妥協的機能を果す方向へと向い、君主主義と民主主義の妥協併存の上に、一方において絶対君主を否定し、民主主義的傾向を育成すると同時に、他方、君主をそのような制限的意味において維持しながら、しかも急激な民主主義化への防塞となるというふうな機能に変化していったのであつた。ここにこの概念のもつ

政治的意味は明らかである。即ち、絶対君主主義の国家においては、民主主義、自由主義の主張に役立ち、これに反して、民主主義・自由主義の徹底した国において主張される場合には、その民主主義・自由主義をチェックする方向に働きうる契機を含んでいたのである。この意味において明治憲法下での観念はどのような法律的・政治的意味をもったであろうか。

明治憲法は二つの対立抗争する政治思想——一方において絶対的専制主義、他方において自由主義的民主主義——の妥協調和の産物であり、したがって民主的な要素と非民主的要素とをその中に包蔵していた。それ故に、国家法人説は明治憲法下ではそのよい機能の場をえたはずである。しかしながら、憲法の成文化過程における前記二要求の妥協は、実際には自由主義的な傾向の軽視において行われ、しかも重要なことは、憲法制定の背景たるべき歴史的社会的諸条件が自由主義的な要請に対しては不利な点が多かったため、たとえ、形式的には民主的自由主義的な要請が満たされていたとしても、それは容易に無視されるような状況にあったということである。事実、支配的学説とされたものは、明治憲法の民主的性

格を否定する立場にあり、絶対君主主義の下に国民の権利・自由をできるだけ狭く解しようとしたのである。

このような事情の下で、国家法人説がもつ政治的意味は自ら明らかともいえない。憲法の中に含まれる民主的品格を強調し、絶対主義的・官権主義的な立場の否定へと進むことになる。したがって美濃部学説は支配的な学説の側からみれば、過度に自由主義的品格を帯びるものとなり、その非難の矛先に立たされることになる。事実また博士の国家法人説主張の根底に、この観念のもつポレミッシェな、したがってまた政治的な性格の意識が絶無であったとはいえない。むしろ博士の思想に深く根ざしていた自由主義的な、民主主義的な世界観・信念が、このような時代・社会において、あえて博士をして天皇機関説を主張せしめたものといつてさし支えなかった。このような博士の思想は、後述するように、行政法理論の中でも国家権力に対する最大限度の国民の自由・権利の保障の理論としてその学説のバックボーンをなしているのである。

かくして博士の国家法人説を骨幹とする憲法理論においては、一方で天皇の統治権の制限、他方で議会の権限

の拡張として、その自由主義的な要請が理論的に展開されてくるわけである。二、三の例証をあげれば、第一に、

立法事項は狭く大権事項は広く解し、明治憲法第二章の規定は制限的列記にすぎないとする支配的学説に対して、それは単純な例示的規定にすぎず、明文の規定をまたない当然のものを除き、ただその主なものを例示したにすぎない。とし、およそ国民の権利・自由を制限するのは議会の議決で成立する法律によるべきものとした。即ち憲法撮要第五版第一七七頁以下に「本章ノ規定ヲ以テ臣民ノ総テノ権利義務ヲ総括シテ規定スルモノト為スベカラズ。若シ……憲法ハ決シテ臣民ノ権利義務ヲ此等ノ列記事項ニ限定セントスルモノニ非ズシテ、唯其ノ主要ナルモノヲ例示セルノミ……憲法ノ列記スル所ノ外、生命ヲ奪ハレザル……憲法ガ之ヲ規定セザルハ敢テ之ヲ以テ其ノ列記シタルモノヨリモ輕シトスル趣意ニ非ズシテ、只之ヲ言ヲ待タザル所ナリト為シ、敢テ特ニ之ヲ明言スルノ必要ヲ認メザリシノミ」としている。博士が営業の自由をもって国民のもつ自然の自由であるとし、営業許可は新たな権利の賦与ではなく、公益のために制限されていた自然の自由の回復であり、制限の解除にすぎ

ないとしたのもこの理論の発展に他ならない。

第二に、前掲書一〇七頁には「皇室典範ト憲法トノ効力ノ關係ニツイテハ、皇室典範ハ憲法ノ根柢ノ下ニ国法タル効力ヲ有スルモノナルヲ以テ、皇室典範ヲ以テ憲法ヲ変更スルコトヲ得ザルニ反シテ、憲法ノ改正ニ依リテハ皇室典範ヲ変更スルコトヲ妨ゲズ。前ノ原則ハ憲法（七四条ニ二項）ニ其ノ明文アリ、後ノ原則ハ其ノ明文ナシト雖モ、憲法ハ国家ノ最高ノ意思ニシテ、皇室典範モ其ノ下ニ在リ、其ノ授權ニ依リ定メラレタルモノナルヲ以テ、是当然ノ原則ト認ムベキモノナリ」として大権作用の一たる典範の改正作用を議会の議に付す必要のある憲法改正の下におくことよって大権の制限を試みてい

る。

第三に前掲書三二四頁には「統制大権ノ作用ガ國務大臣ノ責任ノ外ニ置カレルコトハ、國務大臣ガ一切ノ國務ニ関シテ責任任ズルコトヲ要スルノ原則ニ対スル重要ナル例外ヲ為スモノナルヲ以テ、其ノ範圍ハ之ヲ適當ニ限定スルコトヲ要ス。若シ不当ニ其ノ範圍ヲ拡張スルトキハ、法令ニ出デテ二重政府ノ姿ヲ為シ、甚ダシキハ軍隊ノ力ヲ以テ國政ヲ左右シ、軍國主義ノ弊窮マル所ナ

カルベシ」として統帥権の範圍を制限している。さらに「博士が、国体と政体を区別する通説に反対されたのも、国体の觀念が歴史的倫理的なもので法理論的に根拠がないというよりは、むしろ先生の抱かれた世界觀に反する主張が国体の理論に含まれていたためと思われる」という田上教授の説も妥当と思われる。

四 美濃部行政法学

行政法理論の分野においては、とくに違法な行政に対して国民の権利をいかに保障するかの点において、博士の自由主義的な立場がよく表われている。

行政法撮要第四版四三頁「人民ニ対シテ其ノ既存ノ權利ヲ侵害シ又ハ新ニ之ニ義務ヲ命ズル行為ハ法規ノ明文ニ於テハ之ヲ行政権ノ自由裁量ニ任ズルガ如クナル場合ニ於テモ、其ノ裁量ハ常ニ羈束セラレタル裁量ニシテ、単ニ便宜問題ノ裁量タルニ止マルモノニ非ズ。何トナレバ各人ハ法規ノ根拠ニ基クニ非ザレバ行政権ニ依リ其ノ權利又ハ自由ヲ侵サレザルノ權利ヲ有スルモノニシテ、仮令法規ガ之ヲ行政権ノ判断ニ任ズル場合ト雖モ行政権ノ爲シ得ベキ所ハ唯各場合ニ付キ何ガ法規ノ要求スル所

ナルカヲ判断スルニ止マルモノナレバナリ。……」とし、広く国民の権利を侵害し、義務を課する行政について法裁量の性質を認め、このことにより行政訴訟による国民の権利の保障を広くしている。

第二に公法と私法との区別について「其ノ私法的ナルコトノ最モ明瞭ナルハ、国家ガ直接ニ公益ノ為ニスルニ非ズシテ、専ラ其ノ財産上ノ利益ノ為ニ売買、交換、贈与、貸借、寄託其ノ他民法ノ定ムル手段ニ依リ財産ヲ取得シ、管理シ、処分スル行為ナリ」(前掲書六一頁)とし、仮令国家が一方の法主体であるとしても国民との關係で生ずる法律關係は必ずしも公法關係ではないとし、このことよって行政訴訟事項につき列記主義をとる明治憲法の下で行政上の法律關係をできるだけ私法關係として民事訴訟を許すべきものとし、国民の権利保障を徹底した。又このように私法關係の範圍を行政上の法律關係においても広く認めることにより公務員の不法行為に基づく国又は公共団体の賠償責任を、公法關係において国民に加えた損害については国又は公共団体の賠償責任を認めていかなかった当時の制度下で、民法の適用によってこれを認めることを可能にしたことも注目に価する。

このように博士の公法理論は、絶対主義的国家至上主義下の日本において、国民の権利・自由を保障するにあらずかって極めて重大な貢献をしてきたのである。かかる博士の学説は新憲法下の法秩序においては、自由がその基本原理とされ、実定法も全てこの原理に基づいて構成されているのであるから、公に権威づけられ、博士の自由主義、民主主義の立場は徹底されこそすれ、毫も変更、修正を余儀なくされるものではない。このような意味において新憲法の制定に当って博士が極めて消極的な態度をとっていたことも、当然といえるものであった。

五 田上公法学の基礎にあるもの

昭和二十一年七月、南方戦線から無事帰還し、復学のご挨拶に約三年ぶりに先生を国立の研究室にお訪ねした。先生は生還を心から喜んで下さった。先生がこの時、話してくれた一つのこと、が今でも感銘深く、私の心の奥深く記憶されている。学問の自由に対する右側からの抑圧はなくなった。しかし、これからは別の側からの抑圧の危険が皆無とはいえない、ということであった。復員直後で、国内情勢も全く分っていない自分にとっては、そ

の言葉の正確な意味は当時においては理解できなかった。というのが正直なところであった。しかしながら、先生の学問の方向に何らかの関係をもつ発言であるという予感めいたものがあつたことを今でも覚えている。

田上憲法学の基礎をなす世界観と学説の特色を簡潔にかつ鮮明に叙述しているのは、教授自身がその代表的著作の一つである「日本国憲法原論」(青林書院新社 昭和四四年)の「はしがき」に書かれた一文である。教授の著作全体にいえることであるが、ねりにねられた一言一句にも無駄のない文章であるから、誤解をさけるためには、原文をそのまま引用するに如くはない。いわく、「著者は大正十五年、旧制第一高等学校において岩元植先生から哲学の時間にキリスト教の神学的思惟を学び、これにより深い感銘を受けて昭和四年キリスト教に入信した。『視よ、父の我らに賜ひし愛の如何に大なるかを。我ら神の子と称へらる。』(ヨハネ第一)ここに個人の人格価値の尊厳を認め、人権を尊重し、国政においても、この人格価値の中に窮極の目的を見出すことになる。さらに昭和二年、東京帝国大学法学部において美濃部達吉先生から憲法学を学び、ここに国民各個人の自由と平等は国

権によってみだりに侵すことができず、国家は国民のためにあることを教えられ、また君主制のわが国にあっては天皇の神聖は、国民全体の福祉をもたらすことにおいて伝統的な価値をもち、このため民主制と矛盾しないことを教えられた。昭和一六年から東京商科大学、続いて一橋大学において二九年にわたり憲法学を担当した。この間にわが国は敗戦によって明治憲法から日本国憲法に改められ、憲法の理論は著しい変革を蒙ることになったが、著者の信仰と両先生から受けた価値観は変わらず、憲法の条文を解釈する原理は戦前から戦後にわたって著しい変動を受けなかったのである。昭和一〇年機関説により美濃部先生に対し強い反対があり、続いて昭和一四年宗教団体の施行により、教団の教義と天皇の神聖との間に明白な矛盾があるとする問題が提起されたが、戦前の憲法における美濃部先生の学説が、著者の動かし難い憲法学の根柢となった。昭和二一年、枢密院会議で先生が唯一人憲法改正に反対されたことも著者の立場に強い影響を与えたところであって、先生が明治憲法の改正を必要なしとされたことにより、先生の学説における旧憲法が現行憲法の指導原理と矛盾しないことを教えられ、

個人の人格を尊重し、自由と平等を国権によって侵されないとすると同時に、国会を最高機関とする間接民主制が天皇制と調和することを確信するに至った。その後判例および学界の動向は多様な変遷を経ているが、その根底においては国民各自の人格の尊厳と同時に国民の総意による政治が堅持され、明治憲法以来の先生の学説は現代においても充分にその妥当性を実証している。ただわが国には欧米における如きキリスト教の伝統がなく、したがって人格価値の尊厳および民主制は、わが国に定着するに至っていない。例えば個人の自由が本来無制限であって、国権は絶対に侵し得ないものとし、あるいは国民の平等に反する法令を当然に憲法違反として絶対無差別の政治が実現可能と考え、あるいは人権を保障する憲法の論理は民主制の論理に優先すると考える傾向がみられる。けれども憲法の実証的な規定によるこれらの原理も絶対性はなく、人が性悪のために各自が自由を主張すると当然の衝突により秩序を破壊する危険があることを軽視し、また各人が本性と能力において等しくないに拘わらず、極端な形式的平等を主張して、その個性を失い、自由のない社会に陥る虞があり、さらに民主制に対し憲

法の論理を優先させることにより、国家の独立、国権の優位を看過する危険がある。いずれも絶対の価値が信仰を前提として認められるもので、各種の世界観に相対的価値を認める憲法の理論が、理性による相対的な妥当性をもつに過ぎないことを忘れたためである。自由と平等、人権の尊重と民主制は、いずれも相対的な次元において止揚される。ただ宗教の弁証法的論理を憲法学に導入することは、信仰を同じくしない限り矛盾であり、また宗教を意識しなくても憲法の基本構造は法理的に説明できるから、著者の憲法学の基本となる聖書の教義は、巻末に付記するに止めた。憲法は極めて政治的な法律であり、各自の世界観が異なることによって解釈を異にし、学問的論争を避けられないが、憲法理論の相対性を容認するならば理解の一致を期待することができる。」

六 戦前の田上公法学

教授の戦前の研究成果をまとめたものに「法律による行政」(有斐閣 昭和一七年)と「自由権・自治権及び自然法」(有斐閣 昭和二一年)がある。前者は実定法規を金科玉条視する法実証主義を批判し、公法学の研究は

実定法規をその歴史的所与の特殊態について客観的に把握するにあるとする立場に立って、法治行政と公法原理に關して研究した成果をまとめたもので、わが行政法学史上も重要な意味をもつものである。後者は憲法における自然法的解釈の必要性を論じた「憲法解釈の自然法的色彩」、自由権の超実定法的人権的性質を指摘した「自由権の本質」及び自治権・警察法の歴史的習俗的性格を明らかにした「地方自治の意義」、「警察法の歴史的習俗的性格」等の諸論文を収録したものである。

教授のこれら戦前の業績は、おしなべて、独・仏を中心とするヨーロッパ大陸諸国の学説・実定法制の精細な比較的研究の成果であり、学問的に極めて価値高いものであった。本来、大陸諸国から多くの法制を継受してきたわが国においては、これらの研究はわが国公法学の研究にとって不可欠なものでもあったし、さらに美濃部公法学が、当時の社会情勢下においておかれていた立場からすれば、このような基礎的な研究こそが学問的にももっとも有益な研究であり、しかも敢えていえば当時における唯一つの可能な選択であったともいえよう。

七 戦後の田上憲法学

長い暗い冬の間、あつい氷雪の下で、静かに来たるべき春を迎えるための万全の準備をととのえる自然のように、うまずたゆまず、静かに内実を蓄積していた田上學説が春を迎え、一斉に開化したのは戦後である。学界においてはいうまでもなく、実務の世界においても、田上理論は大きな影響力をもち、賛否何れの立場をとるにせよ、田上理論を考慮することなしに自説を展開することは許されなくなったのである。

戦後の田上憲法学がもつ、もっとも特長的なことは、憲法解釈学がその性格上ややもするとおちいり勝ちな恣意的、政治的、主観的解釈をさけるため、価値相対主義の立場に立って、基本権の保障、国民主権主義、国際協調主義など日本国憲法の基本原理を調和的に適用すべきことを主張し、比較法的考察を重視したことである。

「憲法の基本原則——三原則の調整——」(有信堂 昭和五一年)の序文四頁にいわく「多くの憲法論議は、憲法の基本原則をどのように調整するかに関するものが多いが、一部論者は自分の結論に適する基本原則を選び、他

の基本原則との関係を考慮しない傾向がみられる。基本原則は、相互に性格を異にするものであるが、一般には、自衛隊の問題は国際協調の原則によって、結論をだし、基本権の保障および国民主権の原理は、これを軽視するように、あらかじめ想定した結論に適合する基本原則を選択するものが多い。けれども基本原則は、常に三原則を通じて尊重すべきであり、具体的な問題によって、基本原則を異にする解決は、憲法の体系からみて、とることができない。これは、特定の政党に迎合することなく、もっぱら憲法の目的論点解釈上当然に要請されると思う。」

右の理論的立場に立ってなされた憲法解釈論として、もっとも注目されているのが「主権の概念と防衛の問題」(宮沢俊義先生還歴記念「日本国憲法体系第二巻総論Ⅱ」有斐閣 昭和四〇年所収。なお田上穰治「公法学研究」良書普及会 昭和五七年所収)である。同書八十頁にいわく「ところで戦争の放棄に関する憲法第九条の解釈には、憲法の他の規定との有機的關係、殊にその基本原理との調和を検討しなければならぬ。わが憲法の基本原理として国民主権・人権尊重および国際協調の

三原則が挙げられる。このうち侵略に対して抵抗しないことが、国際協調の原理に適するとはいえない。国民民主権の国家ならば、国民は憲法を尊重し擁護する義務を負い、憲法の前提とする国家の存立・防衛について責任がないとはいえない。殊に国家が国民の生命・身体および財産の安全を保障するために必要な制度であるとすれば、それは急迫不正の侵略に対し自己を防衛する権利がなければならぬ。憲法第一三条は、立法その他国政の上で国民の基本権を最大限度に尊重すべきものと定めるが、それは原則として国民の自由を侵してはならないとする消極的な不作為請求権の宣言のほか、国民の生命・自由・財産に加えられる国内的および国際的な侵害を排除するために積極的に国権の発動を要請する、公共の福祉の原理を含むものである。ここに国内の公共の安全と秩序を維持する警察権とともに、国外からの侵略に対する国の自衛権の憲法上の根拠がある。……とし、「少なくともわが国周辺の諸国に何らかの危険を感じしめない程度の人員と装備ならば、戦力に至らない自衛力である」と述べ、現在程度の自衛隊（昭和五五年度末）は自衛力であって違憲ではないとしているようである。

八 戦後の田上行政法学

教授の現憲法下の行政法理論に特徴的なことの一つは、行政と司法との独立性の強調である。現憲法によって、行政が司法審査の対象とされたこともあって行政に対する司法的統制を強化し、これによって国民の権利保護を確保しようとする学説も多いが、教授は憲法上の権力分立原則、行政責任の原則からして、司法審査権には一定の限界（司法的審査の対象にならない行政活動の存在の承認、義務付け訴訟の否認、行政裁量統制の限界）があることを一貫して主張してきた。ここにも田上憲法学にみられた基本的立場が貫かれている。即ち一定の立場のみを強調して主観的・恣意的な結論を学問的な装いの下に、あたかも客観的な結論であるかの如く主張することを否定しようとするのである。

現代福祉国家における行政の専門化の現実に徴すれば、司法裁判所の構成（非専門性）、手続（弁論主義）からみても、民主国家における行政責任のあり方の問題からいっても十分に説得力をもつ議論であり、今日、行政手続とくに事前手続の整備の必要性が叫ばれていることも

司法審査の限界性を承認する考えと密接な関係をもつものといえよう。

右のような考え方は、判例に現われた行政事件訴訟の「基本問題」(一橋大学法学会編『現代法学の諸問題』勸草書房 昭和二十七年)以来維持されている。本論文は、義務付け訴訟等の能否、判断の基準時、訴訟事項(裁量、客観的訴訟等)、立証責任、判決の効力等の行政事件訴訟における基本問題について、判例の動向をふまえ、自説を展開した論文で、当時における行政事件訴訟制度に関するもっとも重要な研究の一つと評価されている。

わが国では、裁判をとりまく一つの傾向として、やや極端ないい方をすれば、裁判万能というか、すべてが裁判所で解決できる、解決すべきであるという観念がとくに強いように思われる。長い間、国家権力の横暴の前に泣きね入りを強いられてきた国民が、権力を相手に裁判で争うことが広く認められた今、政治の面では保守政権が長期化し、政局の転換は当面みこめない、ということになれば、政治・行政に対する不満を裁判で解決しようと願ひ、裁判に大きな期待をかけるのにも無理からぬ面がある。そこで一面では裁判に対し過大な期待をいただき、

他面ではその期待が満たされなかった場合のより増幅された失望のとりことなる、という繰返ししが日常的にすらなっている。この期待と失望は決して無縁でないどころか、寧ろ盾の両面ともいうべきものであろう。しかし、このような傾向は決して歓迎すべきことではない。裁判で決すべきことと決すべきでないことを区別し、何でもかんでも裁判で、ということではなく、政治的に決すべきことは政治の場で、政治的に決定し、行政に任せるべきは行政に任せ、行政の責任はこれにふさわしい方法で追及することこそが、かえって裁判の権威を高め、裁判にその本来の役割を果たさせるために必要なことのように思われる。鶴飼信成教授も、近著「司法審査と人権の法理」において、このような考え方の正当性を再確認しているものようである(とくに、「あとがき」三三七頁以下参照)。

九 むすび

なお論ずべき多くのことを残してしまった。他日を期したい。また、美濃部博士に関する部分については、拙稿「憲法及び行政法」(一橋論叢三四巻 四号『一橋学

問の伝統と反省』二六四頁)を参考にされたい。

かつて、「私の卒業論文」と題する小文を小平学報に掲載したことがある。東京商科大学に入った私が、なぜ、商学・経済学を専攻せず、公法学に関心をもち、とうとう一生の仕事としてしまったのかという顛末を書いたものである。第二次大戦の中で、われわれの与り知らぬところで決定された「国家意志」とやらにもとづく戦争に、われわれをいやおうなしにかり出し、自己の良心に反する行動を強制するどころか、その生命までも自由にしてしまう国家とは、国家権力とは何なのか。どうせ生への希望がもてないのならば、せめて、われわれに死を要求するこいつの正体だけは知っておきたい。それが分らなくて死んでも死にきれない、という悲痛な魂のものがき、私を公法学研究にかり立てたのである。

もっとも、私の場合、東京商科大学を志した動機そのものからして、他人に説明できるような代物ではない。大学のことなど何も知らない父が、人伝てに聞いた金持になれる大学、経済的に家を再興できる大学ということ、で、この大学、商大ならば進学を認めるといういい出したのが真相である。半世紀も前の、日本の平凡な、田舎に生

れ、田舎に生きた人間の常識ともいうべきものであって、誰にも愚かだ、誤りだと一笑に付してしまうことのできない思考である。もともと、どちらかといえば、数学が好きで、得意でもあった私だけに、一つの夢はあった。だが、ただ大学へ入りたい一心で、父と妥協して入った大学であっただけに、経済学・商学を離れることにもそれほど抵抗感はなかったのである。

こうして公法学に志した私ではあったが、今にして、なお、満足のゆく、納得できる解答を見出してはいない。それどころか、恐らく今後残された——これまでに費した年月に比すれば遥かに短くなった——時間の中ではそれは多分絶望でもあろう。だが、それにもかかわらず、私はこの悲願をあきらめようとは思わない。自分に残された時間と力の限りをつくして、四十年前の若かった日に志した道を歩み、たとえ一歩でも二歩でも前進したい、と強く願っている。この小論を読んだ人の中から、一人でも二人でも、私のたどった道に共鳴され、公法学への道を志す人が出てくれば望外のしあわせというべきであらう。