

美濃部達吉先生の憲法学

田 上 穰 治

昭和三十一年六月六日、私は上田辰之助先生からお手紙をいただいた。それには昭和一〇年二月二六日附の東京朝日新聞と東京日日新聞の切り抜きを同封してあって、『美濃部先生に関するこの歴史的新聞記事は当時大いに感動して、今日まで大事に保存しておいたのであります、直弟子であった貴兄には嘸かし感慨を新たにされることとお察しいたします』と書きそえられてあった。それは貴族院において美濃部先生の学説および著書を引用し、先生を反逆者と非難した者があったので、二五日の本会議において先生が天皇機関説を説明し一身上の弁明をされた記事である。新聞紙には速記録をかなり詳細に掲載し、先生が『条理整然所信を述べれば満場肅として

これに聴き入る、約一時間にわたり雄弁を振ひ降壇すれば貴族院には珍しく拍手起る』と結んでいる。先生の学説は、明治四五年の著書、憲法講話が出版されて以来、神権主義的専制主義の立場から烈しい攻撃が加えられたが、昭和四年上杉博士が逝去された後は、わが国の通説として学界に格別の異論をみなかったのであるが、軍部および右翼は先生の民主主義、自由主義的な立場に強く反対し、ついに先生の学説が天皇の政治を批判できるものとするので不敬罪に問われるべきものと非難するに至った。したがって貴族院においても学問的に先生の弁明を反駁することができなかったのに拘わらず、政府は先生の多くの著書を発売禁止とし、先生は貴族院議員を辞することを強要され、先生の学説にしたがう多くの学者の著書、講義にまで不当な干渉が加えられることになっ

た。憲法学におけるこの暗黒時代は終戦の時まで続いたのである。

右の新聞記事の出た日であったと記憶するが、美濃部先生は東京商科大学の学年試験に來られた。二四番教室で行政法の問題を黒板に書かれ、しばらく学生の受験の様子や窓外の景色を眺めて歸られた。私は助手として試験の監督のため教室にいたが、前日の貴族院の新聞記事から先生の胸中を思い、感慨無量であった。したがって

この記事を届けていただいた上田先生の御親切は身に滲みて覚え、両先生の亡き今日、お手紙は大切に保存している。美濃部先生は昭和九年停年によって東京帝国大学教授の本官と、東京商科大学教授の兼官を退かれた後も、講師として本学における憲法学および行政法学を担当されたが、右の弾圧によって翌一〇年三月講師を辞せられた。けれども先生と本学の関係は、明治三五年一月先生が留学から歸朝された直後に始まっている。藤本幸太郎先生が高商の学生時代にイェリネックの一般国家論を台本として美濃部先生の講義を聴かれた由であり、大正九年、東京高商が東京商科大学となつてからは、その教授を兼任されたのである。本官の東京帝国大学にあ

つては、明治三三年法科大学助教授に、三五年同教授に任ぜられ、三六年法学博士となられ、四四年帝国学士院会員となられた。このほか四四年に法制局参事官を兼任され、昭和七年に貴族院議員、同二年枢密顧問官に任ぜられた。先生の学説については多くの著書、論文があり、また多くの学者によって祖述されているが、新憲法の実施後十六年に近い今日なお、どのような強い影響を及ぼしているかに触れてみよう。

二

上述した貴族院における先生の弁明は、君主主権を認める明治憲法にあって、天皇の統治の大権が法律上の觀念における権利とみるべきか、または国の元首たる地位における権能であるか、さらに、この大権が絶対無制限の権力とみるべきか、または憲法の条規によって制限される権能であるか、を問題としている。先生は、天皇の統治権が歴史的事実においても、法理上においても、国家全体のために存するものとされ、このことから、統治の権利主体は法人としての国家であり、天皇は国の元首すなわち最高機関として国の立法、行政および司法に関

する権利を直接または間接に行使する権能を有する、と主張される。それは憲法に従って行われる天皇の行為が、国家の行為としての効力を生ずる意味であって、政治的に君主の権力に優越する国家の権力を認めるものではない。いいかえれば、権利は自己の利益、目的のために存する法律上の力であるとする法理によるものであり、決して君主主権を否認するものでなかった。

この法理は、新憲法における国民主権についても妥当する。政治的に最高権力をもつと考えられる国民の団体は、政治的に決断しこれを実現する能力をもつ国民、いいかえれば選挙人の集団と解するか、或いはこのような集団が組織化され互に討論によって全体の意思を構成する意思能力に欠ける結果、選挙された議員の組織する国会が最高権力をもつものと解することができよう。けれどもその権力が単純な社会学的な実力に止まらず、正当な権力であるためには、特定の時期における選挙人の集団ないしは国会を超越した普遍的な価値を実現する手段でなければならず、殊に個人の人格価値を尊重する立憲政治においては国民の永続的な団体としての国家の利益を目的としなければならない。したがって先生の論理

によれば、新憲法においても統治の権利主体は法人としての国家であり、国民が国会を通じて行動する間接民主政を原則とする憲法前文の結果、選挙人の集団よりもむしろ国会が最高機関として国家の統治権を行使する権能を有することになる。このように国家法人説は新旧憲法を通じて認められる法学的理論構成であって、君主主権と国民主権の差異が相対化される。君主ないしは国民に帰属する主権は、国家機関としての権限にほかならず、権利としての主権は常に国家に帰属するのである。

国家法人説はハンノオフェルの国王アウグストが、憲法をもつても拘束されない君主主権を主張して、一八三七年にハンノオフェル憲法を廃止したとき、これに反対するゲッテンゲンの学者達、なかんづくアルブレヒトが、君主主権とともに国民主権をも止揚し、両者を包摂する国家主権を主張したことによるものである。この学説が君主主権を否定したのは、上に述べたように法理的意味においてであって、君主が政治的に最高の権力をもつことを否認するものでなかったが、この権力が憲法によって他律的に制限されることを指摘したことは、わが国において美濃部先生が神権主義的立場と鋭く対立する

に至った原因である。けれどもそれは同時に国民主権に對しても他律的制約を認めるから、ポツダム宣言の受諾によつて天皇主権が国民主権に変わったことは、革命的な意味をもたないことになり、このような尾高教授の解釈に反對して新憲法の制定に革命を認める宮沢教授は、国家法人説が主権の所在ないし国民主権の原理を不明瞭にし、新憲法の解釈に適しないものとされるのである。それならば先生の国家法人説は、明治憲法とともに価値を失つたのであろうか。私はそうは思わない。国民主権の特色は国会を最高機関とする民主政治に示されるのであつて、国家法人説が国家を統治権の主体と考え、その統治組織および統治権の限界を決定するについて国家が完全な自主性をもち、連邦の支分邦や地方公共団体のような国内の団体および諸外国、殊に國際連合のような國際団体から他律的な拘束を受けないことによつて國家の主権を結論すること、直接の關係はない。国家法人説は君主主権に基づく政治的要請に對して法の論理を強調するに過ぎず、民主主義の特色は法律の支配と人權の尊重に現われる。

ただ先生が明治憲法において、天皇を國家機關とし憲

法の條規に拘束されるものと主張したことは、衰竜の袖にかくれて國民の批判を免れ、独裁政治を実現しようとした軍部に衝撃を与えた。旧憲法以前からドイツ型の軍制を採用し、統帥権の獨立が認められた結果、作戰用兵について軍は民主政治の枠の外にあつたが、内閣の下にあつて國會の統制を受けるべき軍政についても、遂には國會の批判を排除して独裁を企図した。このため、天皇は神聖にして侵すべからず、とする旧憲法第三条を曲解して、天皇を神と断定し、あたかもロオマ教會において使徒の地位を繼承し、キリストの地上における代理人である教皇が謬を犯かさないと解されるように、天皇の名による政治は常に正当であつて、國民が非難する余地のないものと結論した。けれども旧憲法第三条は一八一四年のフランス憲法第一三条およびこれに倣う一八一八年のバイエルン憲法第二章第一条等を模範としたものであつて、これらの母法がすでに古代ロオマにおいて皇帝禮拜に反對し迫害にうち勝つたキリスト教世界の憲法であることを考えれば、天皇を神とする意味に解することができないのは、明らかであらう。美濃部先生がこの規定を君主の無答責の意味に解され、天皇の詔勅に對して

も、国民がこれを批判して國務大臣の責任を追及することができるとされたことは、立憲政体に自明の法理を述べられたのに過ぎない。

要するに、国家法人説および君主の無答責に関する先生の解釈は、立憲政体に普遍的な原理であって、新旧憲法を通じて維持さるべきものであり、先生の面目は、軍部および右翼の圧力に対して敢然とこの真理を曲げなかつた態度にある。

三

終戦の直後先生は、明治憲法を必ずしも改正する要がないとし、また昭和二年六月八日、枢密院において帝國議會に提出する憲法改正案が可決されたとき、先生はただ一人これに反対された。新憲法の制定が、連合国の占領下にあつて原案を充分に検討する余裕なく、明治憲法の改正の形式をとつたのに拘わらず実際には革命ともいふべきものであつたことが、先生の反対した理由と思われるが、このほか先生の解釈によれば、明治憲法が充分に民主政治と法の支配にふさわしい憲法であつたからである。先生は明治三二年から三四年までの留學中にゲ

オルク・イェリネックの名著、一般国家学を精読し、帰朝後は比較法制史の講義を担当されたのであるが、これはその後の先生の學風に影響している。先生は、歴史的な研究に基礎づけられた実証的な方法を用い、同時に欧米における立憲政治の發展の中からその基本原理をとらえ、これをわが憲法の指導原理として目的論的解釈を試みられた。旧憲法時代の保守的な学者が、わが固有の歴史、殊に神話、伝説によつて憲法を解釈すべきものとし、憲法学に比較的方法を用いることに反対し、遂にはわが憲政史に明らかな自由民権の運動、政党政治の發展その他の現実から超越して、抽象的空疎な理論に陥つたことと、著しい対照である。ホップスやブラックストンの學説がイギリス憲政史と直接に結びつかないのと同様に、わが国の學説もまた旧憲法の政治の實際と遊離する傾向があつたが、先生は行政法の判例研究に示されたように、公法学の実証的研究に卓越した業績を挙げられて、わが国の行政および裁判を立憲的方向に指導されたのみでなく、明治憲法を巧みに解釈し、これに西欧の立憲政体の精神を浸透させたのである。この意味で、先生の學説のうち注目すべきものを列挙してみよう。

第一は法律の留保、いかえれば立法権と命令権の限界に関する先生の学説である。明治憲法第二章の基本権の保障には、臣民は法律の範囲内において何々の自由を有するとか、法律の定めるところに依らずして何々されることはないとし、これらの事項が法律をもって定めらるべきことを明言していたので、従来の学説には、これらの列記を憲法上の立法事項と名づけ、この種の基本権を制限する行政または司法については特別な法律の根拠を要し、いわば国会の立法権の固有な領域とし、その他の点について国民の自由を制限し、義務を命ずるには法律の根拠を要しないとすものがあつた。スメントによれば、この点で明治憲法の母法とみられる一八五〇年のプロイセン憲法にあつては、すでにその制定当時から、行政および司法の一般的基準はすべて国会が法律の形式により定むべきものとする原則が認められ、政府が命令を制定する権限は、法律を執行するため必要がある場合かまたは法律の委任に基づく場合に限られていた。この原則は基本権の規定とは直接の関係がなく、むしろ一八四四年のフランス憲法第一四条が、法律とは独立に君主が国家の安全 (la sûreté de l'Etat) のため必要な命令を定

めることを認めていたのを、一八三〇年七月革命の憲法で削除し、君主の命令権は執行命令に限られ、法律を停止しまたは法律の適用を免除することを含まないものと定め、この憲法の規定が一八三一年ベルギー憲法を通してプロイセン憲法に継受されたことよつて明らかである。このような沿革にしたがえば、明治憲法においても基本権の規定に含まれる法律の留保は、具体的な処分について法律の根拠を要求するに止まり、不特定の事件に反覆して適用される命令について、例外的に法律の根拠を必要ならしめる意味ではなかつたのである。けれども明治憲法は天皇の独立命令権を広い範囲で規定しており、多くの学説はこれを広く解釈して、処分のみならず命令についても憲法上法律の留保が明示される場合にかぎつて法律の根拠を要するものと主張した。同様な学説はプロイセン憲法においてもあつた。これに対して先生は、プロイセン憲法において独立命令権を広く認めるアレントの学説を反駁したアンシュッツにならう、旧憲法第二章の基本権の規定は立法事項を限定する意味をもたず、立法権と命令権の限界は、立法権に関する一般原則(第五)と独立命令に関する例外の規定(第九)によつて判断す

べきものとされた。先生は基本権の規定を制限的列挙と解する場合に著しいアンバランスが生ずることを指摘され、例えば所有権は法律によるのでなければ侵かすことができないが、生命身体は行政権の専断をもって侵かすことができるとするのは、条理が許さないとされ、基本権の列挙は、すべて国権により国民の自由および権利を侵害することは法律の定めるところによるべきものとする法治主義の原則の例示に過ぎないとされる。

立法権と命令権の限界に関する先生の学説は、天皇が帝国議会の協賛をもって立法権を行なうとする旧憲法第五条のいわゆる立法権を、実質的意義に解するものであった。先生によれば、この規定はプロイセン憲法第六二条およびベルギー憲法第二六条が、立法権は国王および両議院共同して行なうとあることを模範としたものであり、これらの規定における立法権が実質的意義に解されるのが通説である以上、わが旧憲法第五条もこれと同じ意味に解すべきである。また第五条の立法権を形式的意義に解するならば、法律と称する国家の意思表示が議会の議決を要することを示すに過ぎないことになり、旧憲法第三七条に、すべて法律は帝国議会の協賛を経ること

を要すとあることと、全く重複することになると主張される。ここでもし先生の学説に異議をはさむことが許されるならば、右の第三七条はプロイセン憲法第六二条第二項に相当するもので、ラアバントは先生と同じくこの第二項が第一項と重複することを指摘したが、コメントによれば第二項は議会が単に君主の諮詢に応えるのみでなく協賛権あることを宣言したものであって、第一項の立法権を形式的意義に解しても決して重複することはなかったのである。このように一八五〇年プロイセン憲法の制定当時においては、先生の解釈が必ずしも当たっていないが、立憲政治の発展と行政裁判所の判例により、ラアバントの、法律に形式的意義と実質的意義の区別を認める学説は、ドイツの通説となり、イエリネックおよびアンシュッツによって公法学界を支配した。このような傾向にしたがう先生の学説は、立憲政体に普遍的な法治主義ないしは法治行政の原則を明らかにするもので、わが新憲法においても維持される。たとえば新憲法第七六条第三項の法律は実質的意義に解され、形式的意義の法律のほか、政令、省令、条例等のみならず、慣習法その他の不文法を含むものとみななければならない。第三一条

にいわゆる法律の定める手続についても、その法律が条例、裁判所規則その他を含むかどうかは、第四一条の規定する国会の立法権と第九四条の条例制定権または第七七条の規則制定権との関係をどのようにみるかによって決定される。ただ第三章の基本権の保障には法律の留保が殆んど含まれていないから、これを立法事項の制限的列挙と解する余地はなく、むしろ第四一条において国会が国権の最高機関たることから、国会の立法権は極めて広い範囲について認められる。したがって立法の実質的意義に関する法理は、第三章との関係よりも、第五章の行政権、殊に第七三条の政令制定権との関係、第七章の予算議定権の効果および行政法学における法規裁量の法理の前提として重要な意味があるのである。次にこれらの諸点を分説しよう。

四

先生は、法律が或る事項について自ら規定することなく、命令をもって定むべきものと規定する場合に、一般的委任と特別の委任を区別されて、一般的委任は、立法機関と行政機関の間における権限分配を定める憲法の規

定に違反すると説かれる。たとえば明治二三年法律第八四号は、広く命令に一定の限度で罰則を附することができるとしていたが、これは法律によって新たに立法権を委任したものと解すべきではなく、旧憲法第九条の定める警察命令の大権が必然の要件として罰則を伴うことを根拠とするもので、いいかえれば一般的委任を定めた法律でなく、直接憲法に基づく独立命令権を宣言したのに過ぎない。このような先生の学説は、前節で述べたように罰則その他の実質的意義の立法が原則として国会の権限に属するものとする法治主義を前提としている。新憲法においても、占領下のポツダム緊急勅令は、政府に立法権を包括的に委任する法律であって、違憲と解される。また第七三条第六号において、法律の規定と無関係に直接憲法の規定を実施するため政令を制定することは違憲であり、法律の一般的委任により罰則その他を政令で定めることも憲法第四一条に抵触すると考えられる。

法律とは独立に政府が命令を発することは、国会による立法の原則を破ることになるから、一般的委任によって法律が独立命令を許容することは違憲である。けれど

ももし憲法の規定によって広く独立命令の制定が許されるならば、法律の支配は重大な制限を受けることになる。ところで明治憲法第九條は、天皇が公共の安寧秩序を保持し、および臣民の幸福を増進するために必要な命令を発し、または発せしめる、と規定し、この解釈をめぐって学説が対立した。法律の留保を含む基本権の条項に立法事項を限定しようとする学説は、当然に右の第九條を広義に解釈し、憲法および法律に反対の規定がないかぎり、殆んど一切の事項について命令をもって立法することをも認めたものと主張したが、先生はこれを立憲政治の基本原則を破壊するものとして強く反対され、第九條は原則の例外であるから狭義に解すべきものとされる。まず公共の安寧秩序を保持するための命令は、消極的に社会に対する障害を防止し除去するための警察命令と解され、私人相互の間に法を作り法を維持するための民事法を除外し、組織法、財政法のような国家の利益を直接の目的とする立法を除外するのみならず、特定事業の経営または特定物の保全を直接の目的とする公用負担法もまた社会公共の利益を直接の目的としないから、除かれるのである。旧憲法第八條には、公共の安全を保持

しまたはその災厄を避けるため緊急勅令を発することを規定していたが、先生は第八條の公共が団体としての国家そのものを含むことを認めながら、第九條の公共については、もっぱら内務行政の範囲に限定される。また臣民の幸福を増進するための命令は、国民に利益を供給する内容の命令であって、負担を課するものでないことを理由として、立法の性質をもたない行政命令に過ぎないと解される。このように先生の学説においても、公共の字義が内務行政の範囲に止まるか否かは、警察の概念の沿革に徴しても明瞭を欠くのであり、また幸福の増進を窮極の目的として権力を行使する場合が考えられるから、この目的のための命令を常に行政命令に属するものとするのは、文理解釈上明らかでない。けれども法治主義の原則は立憲政体に普遍的なものであり、しかも明治以来わが憲政史の上で次第に確立されてきた。先生の学説は多分に目的論的解釈によっているが、同時にわが国の憲法の運用において実証されるところであった。

旧憲法第九條の独立命令を警察命令と解する先生の見解は、新憲法第三章における公共の福祉の解釈について極めて示唆に富むものである。先生によれば、社会生活

(41) 美濃部達吉先生の憲法学

の秩序とは互に交渉ある生活をする一般国民が平穩かつ安全に生活し、そのすでに到達した文化を毀損されない状態にあることであるが、この秩序を障害しないことは社会の一員としての国民の当然の義務であつて、警察権はこの社会的義務を実現し強行するために存し、この限度を越えて国民の自由を制限するのは特別の法律の規定ある場合でなければ、警察権の正当な限界を越えるものである。社会上の障害、いいかえれば警察違反の発生について責を負うべき地位にある者は、条理においてその命令または強制を受忍すべき当然の社会的義務あるものと認むべく、警察権は原則としては、ただこの条理上認められる社会的義務の限度においてのみ発動できると主張される。このような公安の維持に関する超実証的な条理こそ、旧憲法第九条を警察命令の規定と解する先生の論拠であり、立憲政治の著しい例外とみえるこの規定が、先生の解釈によつて国民の自然法的義務と結びつくのである。この警察義務および警察強制が法律によらず獨立命令によつて加えられること、また特別の法律の規定がある場合は積極的な福利の目的のためにも個人の天然の自由を制限することができることは、旧憲法が新憲

法の規定と異なるところであるが、警察の消極的な目的から演繹される警察公共の原則、警察上の比例原則および警察責任の原則は、先生にあっては一種の自然法として警察裁量を拘束するもので、法律に要件または効果に関する一義的な規定がない場合にも警察作用を法規裁量たらしめる。ところで新憲法第一三条は、国民の権利を保障する条件として公共の福祉に反しないことを掲げている。公共の福祉のために必要な規制を加えることを違憲とする論者は、公共の福祉の概念があまりに漠然としており、これを広義に解して国権を濫用する虞れがあるから、公共の福祉に代えて基本権に内在する自然法的制約を認むべきものとする。けれども先生が旧憲法第九条の解釈で試みられたように、公共の福祉を消極的な公安の維持の意味に解するならば、個人の基本権がこれによつて限界づけられることは、いわば内在的な制約にほかならず、判例の最近の傾向もここにある。ただ旧憲法第八條の公共の意味について先生が触れられたように、新憲法の公共の福祉についても嚴格に公安の維持にかぎるものとするのは、無理であらう。

五

先生によれば、予算は新たな国家意思を決定するものでなく、ただ政府の経費支出の標準を定めるに止まるものであって、形式的効力においても、法律はもとよりその他すべて従来の有効な国家意思を変更する力をもたない。予め国会の承認を得なければ、政府の自由な判断をもって国庫金を支出できないことは、立憲政治の最も重要な原則であるが、先生は必ずしも議会の承諾がないかぎり絶対に支出できないとするものではないとし、ただ予算超過支出または予算外支出は国務大臣の責任をもって行なうものであるから、国務大臣は事後に国会に提出し、その承諾を求め、責任解除を受けなければならぬとされる。前世紀のプロイセンにおいては、バイエルン、ザクセン等と異なり、予算が法律の形式をとっていたので、政府に対する支出の権能の付与が予算法に含まれるものと解し、法律の執行のため必要な経費であっても予算法に計上されなにかぎり、政府は憲法上支出することができないとする学説があった。これに対してラァバントは、予算法を実質的効力のない法律であると主張

し、支出に関して政府の責任を予め解除する効果はあるが、それは予算外支出に対する事後承諾のように法律の形式をとらない国会の議決についても妥当する一般的法理に過ぎないと解した。ここでラァバントが予算法を実質的意義の法律でないと論じたことは、法律が実質的意義と形式的意義をもつ二重概念であることを明らかにした最初の学説であって、予算についての先生の説明はラァバントの学説にならっている。ところで予算によらない支出が法理上可能であるとすれば、前世紀プロイセンの憲法争議にみられるように、政府が国会に対して優越することになって、わが新憲法の原理に反するように見える。国会は最高機関であるから、国会が少くとも財政法その他の法律の形式で一般的に承認しないかぎり、予算に計上されない剰余金を支出することは法的に不可能とし、国の財政を処理する権限は国会の議決に基づいて行使すべきものとする新憲法第八三条において、この権限の主体性は政府でなく、国会にあるものとする学説がある。けれどもわが憲法が予算を形式的に法律から區別しているほか、毎年度作成される予算は行政の全般にわたって決定的な意味をもつから、国会に予算作成の主体

性を認めることは、行政権が内閣に属することと矛盾し、殊に予算の包括的な拒否によって行政を全面的に不可能ならしめることは違憲である。さらに予算外支出が違法であるか、政治的に不当であるかの区別は、国会の審議において格別の意味がなく、また予算外支出を違法として、裁判所がこれを取り消しまたはその無効を宣言するならば、高度の政治的問題に介入するものであって、司法権の範囲を越えることになろう。したがって予算に関する先生の学説は、新憲法においても支持されるのである。

自由権の法律上の性質について先生によれば、国法で定めるところによらずして国家の権力により各人の天然の自由を拘束されないことが、自由権の唯一の内容であり、違法に天然の自由が侵害されたとき、侵害を受けた各人をして自らその違法を主張することを可能ならしめる効果があるとされる。ここで天然の自由というのは、自由に言論、集会、居住をなすこと等であって、いずれも法の付与した能力でなく、自然に放任された、法に無関係な行為であり、また自由権はこの天然の自由に対する国家の侵害について主張できる不作為請求権であると

解される。けれども居住移転の自由、信教の自由、集会結社の自由等について個別的に自由権が成立するものと考えず、包括的な単一の権利と解されることは、自由権がこれらの自由と無関係であって、もっぱら国権に対する不作為請求を内容とする権利であるからではなく、これらの自由が超実証的な天然の自由の具体的な例示に過ぎないからである。また自由権が憲法に規定する自由に関係があると否とを問わず、単純な行政機関の職務上の拘束の反射的效果から区別されるべきものとするのは、先生が天然の自由について自然法的な権利を認められるものといえる。ただ先生は後に述べるように、自然法よりも条理という語を好んで用いられたが、これは自然法が啓蒙期の学説にみられるような、独断的な固定した觀念と誤解されることを避けられたためである。ところでこのように包括的な自由権が認められるとすれば、新憲法第一八条以下で個別的に自由を保障することは、立憲政体の歴史において特に争われた自由を例示するに過ぎず、旧憲法の時代と異なり、現代ではもはや自明の理であって、格別の意味がないことになる。私は新憲法が法律の合憲性について司法審査を認めていることから考え

て、自由権に関する第一三条の一般的な規定では司法審査の基準として抽象的に過ぎ、ここに憲法が個別的に自由を列挙する積極的な理由があるとすると、法治行政の原則は基本権の個別的列挙の範囲に限られるものでなく、これを例示的列挙とみる先生の学説は今日においても支持されるのである。

成文の法規によつては一定の準則を定めることなく、行政機関の自由な判断にまかされている場合であつても、なお不文法上一定の法則があつて、行政機関の判断はただ何が国法の要求するところであるかに限られ、何が公益上適當であるかの判断と區別されることがある。

先生によれば、人民に対してその既存の権利を侵害しまたは新たにこれに義務を命ずる行為は、常にこのような羈束された法律問題の裁量であつて、裁判所の審理に服するものとされる。行政処分に対して抗告訴訟を提起するためには、訴の利益ないし権利保護の利益があることを要するから、係争処分によつて原告の権利が侵害されまたは原告に新たに義務が課せられる場合でなければ、訴は不適法となり却下されるであろうが、それだけならば、この処分を法規裁量として裁判所の本案審理を要す

るものとする理由にならない。先生がここで、各人は法規の根拠に基づくのでなければ行政権によつてその権利または自由を侵かされない権利を有することを論拠とされるのは、プロイセン高等行政裁判所の五十年にわたる判例、またわが国においても明治から大正、昭和にかけて展開された判例が明らかにした法治行政の原則である。先生は旧憲法第二章の各条において、国民が法律によらなければその自由および財産を侵かされない権利を有することを認めたのは、間接に、行政が法律によつて行われることを要する原則を示すものとされるが、このような文理解釈は比較法的にみて無理であつて、自由主義、民主主義の立場からする目的論的解釈とこれに伴ない判例、学説の立憲的な発展にまつものである。現行の行政事件訴訟法においては、第三〇条の裁量権の範囲を越えまたはその濫用があつた場合について問題となるが、先生の学説は係争処分の違法性を判断するについて、今日なお指導的な意味を失わない。

六

先生は欧州留学中にオットオ・マイヤアのドイツ行政

法の翻訳に着手され、明治四一年には比較法制史の講座とともに、行政法講座を兼任されることになった。先生の憲法撮要の第一版序によれば、大正一二年四月から再び東京帝国大学および東京商科大学において憲法の講座を担当することになったので、教科書に充てるため編述したとある。このように行政法学と憲法学を担当された先生は、憲法の解釈にあたり行政法規その他憲法附属の法令を参照されて、運用の実態ならびに意味の変遷を明らかにされた。政治学と憲法を担当する学者が、ややもすれば国家哲学に重点をおく傾向があるのに対し、先生の講義は実証的であり、また比較的方法を駆使されたのである。このことは新憲法のように外国憲法の影響が強く、かつ憲法の実施とともに旧法令の多くが廃止変更された場合は、極めて重要な意味がある。第三章の国民の基本権がどのように保障されるかは、多くの行政法規、刑事訴訟法等を検討し、さらに判例を調べる必要がある、国会、内閣の規定についても法制意見、国会の先例その他を参照する必要がある。もとより、関係法令を通して示される憲法の有権的解釈は、裁判所の審査によって違憲とされ覆えされることがあり、また法令それ自

体の改正によって変わるから、憲法の解釈について決定的なものではない。けれども憲法の条文が改正されないかぎり、その意味が制定当時と同じものとするのは、イェリネックの憲法変遷論の示すように、誤である。殊に憲法の条項は国の基本法であるため、容易に政治情勢により改正されないものとして、実定法秩序の理念である法的安定を期さなければならぬから、できるだけ国会の立法、行政上の慣行、裁判所の判例等による憲法の変遷をもって成文憲法の死文化を防ぎ、法の理念である正義と国際的および国内的政治の要請に適合させるように努めるべきである。裁判官に対する国民の信頼が強くなれば、判例拘束性によって憲法の不備を補なうことができるであろうし、国会に対する国民の信頼を維持するために、選挙制度、政党の体質改善、政権交替の容易な情勢の実現等によることができる。成文憲法であるから、その条文相互の論理的関係を究明することはもとより必要であるが、司法権に合憲性の審査権を与えた結果、少くとも判例による憲法の変遷を認めなければならず、この意味でも先生の比較法的、実証的方法是、新憲法の研究に適切である。

憲法撮要第五版の序において、先生は次のように述べられる。立法者の權威は決して国法をつくる唯一の原因ではなく、法源として制定法規の価値は比較的限られたもので、その他になお歴史的事実と社会の条理意識が法源を構成する。憲法は国内において最高権力の地位にある諸機関の組織作用についての法であり、それらの諸機関が事実においていかに組織され、いかに作用するかにについては、これを監督し矯正すべき權威ある者がいないのであるから、その事実それ自身が直ちに最高の權威を有し、したがって憲法は殊に事実の力によって変遷し推移することが最も著しい。実定法としての憲法を明らかにするためには、歴史的事実を観察することが絶対の要件であり、事実を外にして単に制定法規の正文のみによって憲法を判断しようとしても、それは現実とかけ離れた空論たるに止まるであろう。けれども事実が直ちに法たる力をもつとすることも極端に失するもので、事実とともに条理が実定法を構成する重要な一要素たることを忘れてはならない。いわゆる条理はある時代の社会におい

て社会的正義および社会的利益の要求として法律上必ずこうしなければならぬと意識されるところを意味する。それは時代によって変遷すべきものであるが、一種の自然法といえる。制定法規の權威も事実の力も条理の力によって修正し補充され、その全体が相まって実定法を構成する。また法律学における一般概念は、実定法を説明するための補助手段に過ぎず、定められた概念から論理的に結果を推理することによって、何が実定法たるかを判断するのは、本末顛倒である。さらに論理もまた法体系において補助的手段たるに過ぎず、すべて法は社会の正義を維持し、社会の利益を保護するために存在するもので、何が法であるかを判断するには、正義および利益の考察が最も肝要であるとされる。ここで先生が事実の力といわれるのは、主として立法、行政および司法の運用の実態であり、社会的正義ないし利益と条理は、主として民主政治、人格主義の世界観に通ずるものと解して、多く誤まるものではなからう。

(一橋大学教授)