



Title	清水澄博士著「逐條帝国憲法講義」
Author(s)	田上, 穰治
Citation	東京商科大学研究年報. 法學研究, 2: 425-440
Issue Date	1933-03-15
Type	Departmental Bulletin Paper
Text Version	publisher
URL	<a href="http://doi.org/10.15057/7220">http://doi.org/10.15057/7220</a>
Right	

# 清水澄博士著「逐條帝國憲法講義」

田 上 穰 治

帝國憲法に關する學説は法治主義の原則を繞つて大體二の傾向に分かれる。新なる法規を定立するには原則として法律に據るべしとする法治主義は立憲制度の重要な要請であるが、穗積八束博士によつて代表される多數の學説（暫く是を通説と稱しよう）は我が憲法上是を否定して所謂立法事項説を主張する。上杉・市村・佐藤・金森の諸氏而して茲に紹介する清水博士も亦此の學派に屬する。是に反して夙に我が憲法上法治主義を認めらるるは一木博士であつて、美濃部博士と佐々木博士とは學説の差異尠からざるに拘はらず亦齊しく此の學派に屬する。

清水博士には既に「國法學第一篇憲法篇」の大著があつて其の高見の詳細を改めて紹介する必要を見ないのであるが、今此の新なる著書に接して我が憲法學説に於ける兩傾向の差異を感ずること極めて切なるものがある。而も此の點に關して從來學説の比較検討を試みたものが殆んど存しないのであるから、本書を通して通説を批判することは必ずしも無益ではないと思ふ。唯筆者は美濃部博士の所説を正當と信する者であり、隨つて超越的批判に流れて或は本書の眞意を誤ることなきやを虞（註一）れる。

（註一） 此の種の比較を試みたるものとして國家學會雜誌第四六卷四號、田中二郎氏の資料は注目すべきものである。尙清水博

士の本書に對しては同誌第四六卷十號に柳瀬學士の簡明なる紹介がある。

\* \* \*

冒頭に於いて博士は「近世文明國ニ共通セル國家ノ觀念ヲ闡明スルヲ國家學ノ本領ト解」され更に「一般國家ノ觀念ハ之ヲ社會的觀念ト法理的觀念トノ兩方面ヨリ觀察スルコトヲ要ス」と論ぜられる。第一の點は當然であるが他方に於いて「一國ノ憲法ハ一國固有ノ國體、政體ノ大法ナルカ故ニ一國獨立ノ解釋アルヘシ」とする種積博士(憲法提要小引 頁二)の態度との調和を究明しなければならぬ。第二點は則ち法律學を獨自の方法に依るものとせず、社會學政治學等との關聯を認むる我が國從來の學說の態度に他ならない。(註二)

然らば憲法の實證的規定に先だちて是を左右する根本原理は何處に求むべきか。博士に依れば是は政體とは區別されたる國體觀念であつて「歴史ノ成果、國民ノ確信ニ基キテ定マル」(註三)ものである。私は純然たる法律學の立場に於いては政體と國體とは等しく國家の統治組織の態様を指稱するものと考へ、又國體の變更が政體の變更と異り直に國家の消滅を來すと見る所説(註四)にも異論を抱く者である。併し乍ら今博士に従つて政體と國體との區別を求むるに、是は國體が憲法規定の創定に依らず(註五)従つて又國體に關する憲法規定が將來永久に變更すべからざること(註六)に存する。然らば國體は憲法の實證的規定とは獨立に國家の歴史的事實に基づき國民の精神を不斷に統整するものでなければならぬ。我が萬世一系の君主政は過去三千年の歴史を通じて國民を統整する價值が天皇の御一身に存することに在る。けれども是は國家の本質が國民の統整に在りとする學說を暗黙に承認することであつて、唯歴史的傳統的價值に基づく國體は他の統整要素 (Integrationsfaktor) に比して恆久性の特色あるのみ。(註五)故に本書に現はれ

たる我が通説は此の點に於いて甚だ首尾一貫せざるものがある。一方に於いて國體なる統整要素を強調しつつ、他方國家の觀念に於いて舊獨逸就中ラーバントの法學的研究方法に従つてゐる。更に後述する帝國議會・國務大臣の説明に至つては其の統整的意義を全く看過して居るのである。僅かにエリネックに倣ひ國家存立の意義(頁二六)を説かるる點で其の片鱗を覗ふのみ。博士は曰く「人類ハ決シテ單獨孤立ノ生活ヲ爲ス能ハス團體ヲ構成シテ其ノ生存ヲ完成スルハ人ノ性ナリ團體ノ最完全ナルモノヲ國家ト爲ス……是蓋人類生存競争ノ大勢ニ驅ラレ幾多ノ爭鬪變遷ヲ經テ此ノ域ニ達シタルモノ……」(頁二九)と。然らば畢竟國家は國民各個人の安寧幸福を保全する手段に過ぎざるか。又各國家間の所謂生存競争は如何に解決さるべきであらうか。私は個人の利益に最終の根據を認むるは國家の統整を破壊するもので、個人の精神を超越する正義に國家の根據を求むべきものと信ずる。固より是は實證的な法律論より更に遡ることを要し茲には批評を略すけれども、博士の學説は私の大いに疑問とする所である。

(註二) 實證法秩序を社會學的法則・自然法より截然分離せしむるウィーン學派の影響は、我が憲法學説には未だ之を認めないのである(拙稿、憲法に於ける法律の意義、國家學會雜誌第四六卷三號五二頁以下參照)。

(註三) 國體を統治權の所在の問題として、其の行使形式の問題たる政體と區別するは、穗積博士(提要五二頁以下)上杉博士(憲法述義七五頁以下)市村博士(帝國憲法論一〇〇頁以下)佐々木博士(日本憲法要論七八頁以下)佐藤博士(帝國憲法講義一二頁以下)。

(註四) 美濃部博士、日本憲法第一卷三三九頁以下。論者或は國體を以て國家の同一性を決するもの、國家の生命と終始すべきものとし、又政體を以て社會生活の推移に應じ變更すべきを當然の性質とするものと説くであらう。けれども國家の同一性が何によるかは頗る困難な問題である。私は國家の同一性を失ふ場合(Verfassungsverfallung)は勿論、通常の憲法改正

(Verfassungänderung)と異なるものと解するが、憲法改正權も畢竟憲法に基づく權限に過ぎないから是を以ては憲法の同一性を害することを得ず、隨つて憲法改正と憲法の同一性を破る Verfassungsbeeinträchtigung とを亦區別すべきものと信ずる。而して政體も憲法の同一性を決する點では國體と同様であり、共に憲法改正權を拘束すると考へるのである (vgl. U. Schmitt, Verfassungslehre, S. 99 ff.)

(註五) Srennd, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 18 ff. insbes. S. 28.

\*

\*

\*

次に「帝國憲法ノ特色」(七三)に於いて博士は純正欽定憲法の下我が君主政の極めて強固なることを論ぜられ就中「協約憲法ニ在リテハ(憲法の)規定外ノ統治作用ハ國民ヲ代表スル議會ニ於テ之ヲ總攬ス然ルニ我カ純正欽定憲法ノ下ニ在リテハ……憲法ニ其ノ行使ノ形式ヲ規定セサル事項ハ悉ク天皇ノ專行親裁セラルヘキ大權作用ナリト謂ハサルヘカラス」(同上)とせられる。是は一見疑を容れぬやうであるが、我が憲法の規定が舊普魯西憲法を通じて間接に白耳義憲法の條章に由來する所多き爲、その適用に當つて幾多の解釋上の困難に逢着するのである。白耳義憲法(從つて又舊普魯西憲法)第二章國民の權利の規定は本來例示的列擧であつて、白耳義國王は憲法上特に授權された事項にのみ其の權限を有した。然るに君主の權限に關する規定は、それが普魯西及び我が國に繼受されるに及んで全く其の位置を轉倒し例外は變じて原則となつた。然らば是と對蹠的地位に在る自由權の規定は依然として原則なりや將例外規定となれるや。普魯西に於ける此の論争は別の機會に論じた。<sup>(註六)</sup>以下には専ら本書の示す我が學說を批判しよう。博士の示されるやうに、我が憲法のコレに比類なき強固の君主主義あるは論を俟たぬ。唯不幸にして我が自由權の

規定は本來母法に於いて例示的なりし爲に、我が國では是を制限的列擧と解するときは明白なる不合理を避けることが出来ない。第一に美濃部博士の屢々指摘される如く、生命を奪はれざる自由・體軀を傷害されざる自由・營業の自由等の他、廣く私法規定・地方自治制等は命令の自由に規定するを得ることになる（二一八頁）。其の條理に反するは謂ふ迄もない。第二に警察命令を以て第二章列擧の自由權を侵害することを得るや、清水博士は警察處分を以て所有權を制限することを以て法治國の觀念に適せずと主張せらる（二二三頁）。けれども第五條の立法權を形式的意義に解し（六一〇頁）法治主義の原則を認めざる通説が、何故例外的に列擧されたる事項に關してのみ法治國の觀念を認むるのであるか。かくては列擧されざる事項との不權衡は一層甚しきを免れない。自耳義憲法及び制定當時の舊普魯西憲法に於いて、自由權を制限する法律が形式的意義に解すべきことは別の機會に述べた（註九）。併し乍ら普魯西及び我が國の強大なる君主主義は此の文字解釋とは相容れざるもので、憲法の精神、寧ろ通説の所謂國體よりしてそれは實質的意義に解しなければならぬ。通説が文字解釋に拘泥する結果、その本來國體觀念を強調するにも拘はらず自由權の制限に警察權の發動を排斥する矛盾を侵して居ることを、私は強く指摘しなければならぬ。

（註六） 拙稿、前掲、殊に國家學會雜誌第四五卷十二號一一〇頁以下。

（註七） 自由權の規定に就き立法事項説を採るは本書の他穂積博士（提要三八六頁乃至三八八頁）上杉博士（述義二八二頁以下）金森學士（帝國憲法要綱一三六頁）佐藤博士（講義一二三頁以下）等である。

（註八） 第五條の立法權を形式的意義に解するは穂積博士（提要七九二頁以下）之を唱へて後上杉博士（述義四七六頁以下）市村博士（憲法論七三一頁以下）金森學士（要綱二七四頁）佐藤博士（二三四頁）皆之に従ふ。獨り佐々木博士は第五條の法に客觀的（即ち實質的）概念としての意義を認められ、其の點で美濃部博士に一致するのであるが、個別的自由權の條項は警察

命令の侵犯するを得ざるものと解せられる(要論二二五頁以下、二四九頁、五七〇頁以下)。私は法律の留保を主張する此の學說に歴史的意義を認めるけれども(拙稿、前掲、國家學會雜誌第四五卷一〇六頁以下)現行法の解釋論としては贊成出來ないのである(同上第四六卷二號一一八頁以下、殊に一二二、一二三頁)。

(註九) 拙稿、前掲第四六卷一號二九頁以下。

右の矛盾を含みながら猶且つ通説が多く怪しまれざる所以は次の理由に基づく。

一 第七十六條に依る憲法施行前の法令の效力 我が國の殆んど總べての學說(註一〇)而して清水博士も亦曰く「憲法施行前ノ各種ノ法令ニ付テ其ノ内容カ憲法施行後法律事項ニ該當スルトキハ之ヲ法律トシテノ效力アルモノト認ムヘク又大權事項に屬スル内容ナルトキハ之ヲ勅令トシテノ效力アルモノト認メサルヘカラス」と(五三)七頁。今明治十九年より廿三年に至る法令にして特に注目すべきものを挙げれば次の如し。

- (イ) 民法・民事訴訟法・商法・行政裁判法・家資分散法・増價競賣法・裁判上  
代位法・財産委棄法・非訟事件手續法・刑事訴訟法・法例・訴願法(以上明治廿三年法律)
- (ロ) 自治團體の構成を定むる法規 市制・町村制(以上明治二一年法律) 府縣制・郡制(以上明治二十三年法律)
- (ハ) 警察權發動の根據たるべき法規 取引所條例・私設鐵道條例・保安條例・新聞紙條例改正・出版條例改正・版權條例(以上明治廿二年勅令)・藥品營業並藥品取扱規則(明治二十二年法律) 集會及政社法・軌道條例・銀行條例・鑛業條例(以上明治二十三年法律)

右の他刑法に關して決闘罪處分(明治二十二年法律) 命令ノ條項違犯ニ關スル罰則・窃盜罪處分方(以上明治廿三年法律) 其の他小學校令

(明治廿三) 年勅令) 等がある。かくて通説は一方に於いて法律の先占區域を認めることに依り所謂法律事項の欠陥を補ひ、

他方に於いて自由權を制限する警察權の發動が法律の委任に因るとの説明を可能ならしめるのである。普魯西の立法

事項説に加へられた鋭き反駁<sup>(註一)</sup>は是を以て巧に回避することが出来た。博士に依れば我が第九條の「獨立命令ノ範圍ハ

管ニ消極的ナルノミナラス積極的ニ公益ニ關スル事項ニ付テモ亦發シ得ルコトヲ認メタルコト明<sup>(一三)</sup>」<sup>(五頁)</sup>であつて、

その制限は唯憲法上の法律事項に在る<sup>(四頁)</sup>爲に頗る廣汎のやうであるが、憲法實施の時既に憲法以前の法律を以て

拘束されたるのみならず爾後急激に増加せる法律の優勝性に依り、其の結果は法治主義の原則を認める實際と多く異

らないのである。

二 次は既に美濃部博士の指摘せらるる如く、自由權の規定の意義を極めて狭く解し、以て警察上の獨立命令が憲

法上の自由權に及ぶ事實を否定せんとすることに在る。第二十七條に就き清水博士は曰く「本條ニ所謂所有權トハ

所有權及其ノ支分權タル物權ノ意ニシテ債權ハ之ヲ包含セサルモノトス<sup>(二四)</sup>」<sup>(一頁)</sup>。けれども斯く解せらるるに於いて

も、猶獨立命令たる府縣令・廳令等を以て所有權を制限する實際は何等説明することが出来ない。<sup>(註三)</sup>

三 委任と授權との區別の否定 此の區別は立法者の自由裁量の限界を定める困難な問題であるが、授權は唯憲

法に依りてのみ可能であつて、若し法律が之を與へるならば憲法上確立せる立法權分配の原則を破ることになる。清

水博士も亦「一般的委任は憲法違反ナリヤ法律事項ヲ舉ケテ包括的ニ悉ク命令ニ委任スルカ如キハ憲法カ特に立法事

項ノ範圍ヲ定メ議會ノ協贊ヲ豫期シタル趣旨ニ背反スルモノト謂ハサルヘカラス<sup>(七三)</sup>」<sup>(七頁)</sup>とせらる。併しながら此の

極端な場合を除いては、博士は常に法律に依る授權も亦憲法上正當と解せらる。此の點に於いて私は本書の示す憲



法上の立法事項説が蔽ふべからざる缺陷を示すものと思ふ。蓋し委任命令が違憲ならざる所以は博士の説かるる如く「憲法カ法律事項ヲ定メ法律規定ノ範圍ヲ規定シタルハ……其ノ細目ニ至ル迄法律ヲ以テ規定スルコトヲ要スト爲セルモノニ非」ざる爲で(六一三)、而して授權の概念は明白に是と矛盾するからである。

「明治二十三年法律第八十四號ノ委任ニ基ク同年勅令第二百八號ノ委任ニヨリ」各種命令が罰則を設くるは結局法律を以て定めたるに異ならずとされるが如き(三二二)、又行政執行法を援用され「假令警察ノ目的ト雖所有權ヲ制限スルニハ此ノ執行法ニ依ルカ又ハ刑法・傳染病豫防法等ノ法律ノ規定ニ依」ることを要すとして獨立命令に依る所有權の制限を否定されるが如き(九二三)是である。前者については別の機會に譲る。(註一五)

行政執行法第四條には「當該行政官廳ハ天災、事變ニ際シ又ハ勅令ノ規定アル場合ニ於テ」とあるが、是は明白に警察上の獨立命令を認めたるものと謂はなければならぬ。(註一六)

更に民法第二百六條を以て命令に依り所有權を制限するを得ることに就き、博士は「是唯所有權ノ範圍ヲ定ムルニ止リ所有權ヲ侵スモノトナラ」ずとする(七二三)外「所謂命令トハ委任命令ニシテ法律ノ委任ニ因ラサル命令ヲ含マサル」(同上)ものと解せらる。(註一七)

併しながら是亦右と同様に解すべきものである。

(註一〇) 是が例外たるは市村博士である。曰く「今公文式第二條ヲ此等ノ規定(憲法第五・廿七條)ニ對照スレハソカ明カニ憲法ニ矛盾スル規定ナルコトヲ知ルニ足ラン、而カモ憲法公布ノ時以後ハ憲法ニ矛盾スル從來ノ法令ハ遑由ノ效力ナシトセハ右公文式第二條中法律ニ關スル部分ハ、憲法ノ公布ト共ニ其效力ヲ失ヒタルモノニシテ明治二十二年二月十一日以後ハ最早存在セサルモノナリ、換言スレハ憲法發布ノ日ヨリ議會ノ開會スル時迄ハ我國法上ニ法律ナルモノナキ時代ナリ」(京都法學會雜誌第十卷一號二八頁)。併し乍ら憲法第七十六條に憲法に矛盾するとは憲法の條規の正文に矛盾するものを謂ひ、憲法の規定せる手續を経ずして制定されたる從來の法令を含まざるものなるは博士も認むる所である(同上、二二頁)。況んや憲政に必

要なる夥しき法律が一年半後に開かるべかりし帝國議會に一任されそれ迄政府は拱手すべしとせば、第七十六條は全く無意味となるをや。

(註一一) 是はアンシムツがアルントに加へた最も有力なる反駁である(拙稿前掲、國家學會雜誌第四六卷二號八七、九〇頁)。

(註一二) 第九條の「臣民ノ幸福ヲ増進スル爲ニ必要ナル命令ヲ發シ又ハ發セシム」に關して、通説は之を廣く解し、所謂立法事項以外に於いては國家は本條に基づき如何なる命令をも制定するを得べく、唯法律を變更し得ざる制限あるのみと主張する(憲法義解一九頁、穗積提要七四八頁以下、上杉述義四九五頁以下)。猶憲法義解・穗積博士・上杉博士は第九條の命令を總括して行政命令と呼び、本書(一三二頁)市村博士(憲法論八二二頁)金森學士(前掲三二六頁)は第九條の命令にして執行命令を除きたるものを獨立命令と稱して居る。

(註一三) 美濃部博士、憲法及憲法史研究、九頁以下。

(註一四) 帝國憲法上委任命令を否認するは穗積博士(提要八〇一頁以下)上杉博士(述義五〇三頁以下)。是に反して今日一般の學説は積極的なるも、委任と授權とを明瞭に區別せらるるは僅かに美濃部博士(憲法撮要五三七頁以下)の他、佐々木博士(要論六〇五頁)あるのみ。曰く「法律ノ委任ハ特定ノ事項ニ關シテ特定ノ點ニ付命令ヲ以テ規定スルコトヲ定ムルモノナリ……法律ガ所有權ノ制限ヲ定ムルニ當テ、必要ナル總テノ點ヲ規定スルコトナク、或點ニ付命令ヲ以テ規定スト定ムルハ法律ノ委任ナリ。然レトモ法律ガ「所有權ノ制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」トスルハ法律ノ委任ニ非スシテ、帝國憲法ノ規定其ノモノ、變更ナリ。之ヲ許サス」(同上頁)。

(註一五) 拙稿判例評釋、國家學會雜誌第四六卷三號一四二頁以下。

(註一六) 本條に所謂勅令とは行政執行法施行令第二條に該當して、その名稱よりすれば執行命令或は委任命令の外觀を呈するも、本條と施行令第二條とは全く獨立の法規であつて唯效果が同一たるに過ぎない。

(註一七) 是に關して美濃部博士(精義三八七頁以下)は同條命令が警察命令を當然の前提とするものと解せられ、市村博士は

同條は法律のみに減縮して論ずべしとし（憲法論四一五頁以下）、又金森學士は唯委任命令を指すに止まるとして居る（要綱一四八頁以下）。

要するに我が憲法第一章と第二章との關係は、單純なる文字解釋を以ては決し能はざる所である。即ち大權事項と雖も法律を以て制限するを得べく、又立法事項と雖も警察の獨立命令を以て制限することを認めねばならぬ。かくて始めて我が君主主義と法治主義とは融合して憲政の美を發揮することが出来る。議院法第三十二條「兩議院ノ議決ヲ經テ奏上シタル議案ニシテ裁可セラルルモノハ次ノ會期マテニ公布セラルヘシ」と憲法第六條との關係、議院法第十三條「政府ハ何時タリトモ十五日以内ニ於テ議院ノ停會ヲ命スルコトヲ得」と憲法第七條との關係、更に又憲法第十條但書の規定に對して博士は法律が大權事項を侵犯するを得ざる原則を極力辯明せられるけれども（一七、一八、一九頁）<sup>（註一九）</sup>、私は大權事項説を採らざる者である。

（註一九） 通説が立法事項と稱するは我が憲法第十四條二項第十八條第二十條第二十七條第二十九條第三十五條第五十一條第五十七條乃至第六十三條第七十二條第七十三條等であり、又大權事項とは獨立意思の參與なく天皇が親裁さるる事項を意味する。而して通説の主張する所に依れば、大權事項に就き制定さるる大權命令は法律と對等の形式的效力を有し相互に侵犯するを得ず、又天皇の親裁を要する事項なる結果、其の委任を否定するのである。但し通説の中でも此の委任を認むる學者が尠くない（佐藤・講義四七頁、市村・憲法論八四三頁、金森・要綱三一三頁）。

帝國議會及び國務大臣は憲法學中殊に政治學と密接なる關係ある所である。それは現實の機能を通じて國民を統整する使命を有し、隨つて立憲政の進展と共に必然に其の意義の變遷を蒙るべきものである。固より憲法學を政治學よ

り嚴格に分離せしむる態度ならば格別であるが、既に國體論に於いて「國民ノ確信」を憲法の原理に受納されたる博士が議會を以て單に「全國民ノ意思ヲ代表」する機關と定義するに止め(二六頁)又國務大臣の政治上の責任は憲法上の問題に非ずとせらるるは(四一頁)私の理解に苦しむ所である。第一に議會の構成組織は、博士の謂はるる如く「眞ニ正義ノ要求ヲ滿タシ國民ノ幸福ヲ保持シ國家ノ繁榮ニ資スヘキ抽象的ナル全國民ノ意思」を代表するに最適當でなければならぬ(二六頁)。然るに選舉法は暫く措くも、議院規則殊に議院先例は屢々議院法を變更するのみならず憲法の實質的變遷を惹起する。博士は議院内部の「諸規則ハ帝國憲法及議院法ハ勿論他ノ一切ノ法律命令ニ牴觸スルコトヲ得ス」とされるけれども(三八頁)、公法に關しては最高解釋權ある審級が充分に統一されず、殊に議院の議決は他の國家機關に依り審査するを得ざる爲、エリネックの所謂 *Verfassungsgewandlung* は之を否定することが出来ない。就中議事公開の原則(憲法第四十八條)は、各派交渉會を認むる習俗的規律を以て事實上破壊せられ、その結果議會が國民の代表たる所以は頗る疑はしきものとなつた。更に議會の諸政黨が次第に別個の利益を代表するに至り、憲法第四十七條の多數決の原則も其の價値を減少して、各派交渉會に於ける全員一致の決議方法が事實上之に代るべきものとなりつつある。第二は憲法制定當時豫期せざりし政黨政治の發展である。當時は博士の説かれる如く、國務大臣の責任は天皇に對する懲戒上の責任(六一頁)に過ぎなかつた。第五十五條も亦國務各大臣と規定して、大臣の連帶責任を豫想してゐない。併し乍ら今日、法律案・豫算案の否決・質疑・質問權・不信任決議等に依る大臣の政治的責任を無視するならば、國務大臣が其の政策を以て國民を統整する憲法的意義は著しく減殺されるであらう。(註二〇)政黨内閣が今日非難されるは、大臣の政治的責任を否定するに非ずして、より強固に國民を統整する政府を要望するものに他ならぬ。

此の政黨政治の結果第三十八條に依る法律發議は殆んど行使されず、法律案の讀會は無用の形式に流れ、又豫算委員會では國務全般に互る質疑が展開される。是を要するに議會の本質が自由なる討論に依り國家意思を決定すること、即ち動的・辯證的機能を以て國民全體の政治的綜合を基礎付けるにあるとすれば、議會制度の核心は議會に於ける各種利益團體の對立・議院内閣の思想及び是に由來する少數者保護・多數者支配の諸原理に依り著しく變遷したのであつて、國務大臣及び議會に關する憲法規定は所謂純粹法學の轍を履まざる限り、重要なる變遷を蒙つたのである。<sup>(註二)</sup>

(註二〇) 美濃部博士は、條理に基づき内閣の一般政務に關して閣議を以て定まれるものは大臣連帶して責任を負ふべく、各省專行のものは、單獨に責を負ふものとせらる(憲法精義、五五二頁)。佐々木博士も亦帝國議會に依る國務大臣の問責を認められ、隨つて國務大臣たる人の一、同責任を肯定せらる(要論四〇八頁以下、四一三頁)。是に反して憲法義解八八頁以下、穂積博士(五六一頁以下)上杉博士(六七二頁以下)市村博士(六三二頁)等は各大臣の單獨責任を主張して居る。尙例へば上杉博士(四七四頁)に依れば、帝國憲法其の他に明記したものの外は帝國議會及び各院の權能なく、隨つて不信任決議又は哀悼の決議等は上奏の如き憲法上認められたる形式に依らざれば爲し得ざることになる。

(註二一) 議會の議事手續に關しては拙稿、議事規則より見たる我が議會制度(法學協會雜誌第四九卷一號一二五頁以下)。

憲法第五十七條に於いて博士は「司法權行動ノ範圍ハ民事・刑事ノ裁判ヲ爲スニアルコト憲法ノ趣旨ニ於テ既ニ一定セル所ニシテ法律ヲ以テスルモ之ヲ減縮スルコトヲ許サス」<sup>(四三)</sup>とせらる。而して同條の「法律ニ依リ司法權ヲ行フトハ裁判所ノ行爲タル訴訟手續ヲ律スル規定ハ必ス法律ナルコトヲ要スト謂フノ義」<sup>(四三)</sup>と論じて、訴訟法が立法事項の列記に洩れたるに非ざること<sup>(註二二)</sup>を辯明せられ、又「天皇ノ御名ニ於テ」の字句に司法權獨立の原則を求めら

れる(四三頁)。然らば博士は、同條の司法權を實質的意義に解されたるものと謂はなければならぬ。第五條の立法權に形式的意義を附せられたる博士が(六一頁)、茲に至つて翻然實質的概念を認められたのは頗る矛盾であらう。私は司法權の内容が憲法實施以前より既に確定せると同じく、第五條に所謂立法權の實質も亦憲法の宣言的規定(所謂立法事項)・憲法以前の法律及び學說に依り一定せるものと信するのである。

次に第五十七條の「法律ニ依リ」は裁判に對する訓令・職務命令を禁止する外、法規の解釋に當り唯法律の與ふる解釋のみが裁判所を拘束することを示すものである(註二三)。然るに本書並びに通説は上述の如く解する結果、法律の實質が憲法に牴觸するや否の審査權を裁判所に認め、當然のこととして怪しまない(四三頁)。けれども君主政の我が國に於いては、憲法の最高解釋權が立法權者に存し、裁判官の解釋が是に讓ることは國權の統一に必要であつて、大審院及び行政裁判所(最近には昭和六年二月六日第三部)が共に實質的法律審査權なしとして居るのは正しい(註二四)。

更に博士は曰く「法律ノ規定ニ依リ民事・刑事ノ裁判ノ一部ヲ以テ行政官廳ノ權限ト爲スカ如キハ明ニ憲法違反タリ」(四三頁)、又曰く「特別裁判所ノ通常裁判所ト區別セラルルハ其ノ裁判權ノ範圍即チ其ノ管轄ニ屬スル事件ノ特殊ナルニ依ル」(四五頁)。又第五十七條乃至第五十九條の規定は特別裁判所にも當然適用ありとされながら、猶法律を以て特例を定むる可能性をも認められる(四五頁)。然らば特定の一事件に就き特別の裁判機關を定むる法律は憲法違反とさるるや否。私は特別裁判所(Sondergerichte)と非常裁判所(Ausnahmsgerichte)とを區別して、憲法第二十四條が後者の禁止に關して立法權の制約を含むものと解する。隨つて第二十四條の「法律ニ定メタル裁判官トハ憲法第五十八條ニ依リ法律ニ定メタル資格ヲ具フル裁判官ヲ謂フ」(四二頁)とされる博士の所説は餘りに狭きに過ぐるものと

(註二五)  
思ふ。

(註二二) 是我が國の通説である(上杉博士・五九〇頁以下、穂積博士・五八三頁以下、佐々木博士・五一六頁以下、金森學士・二五四頁)。併し乍ら、訴訟手續が法律に依るべきことは刑事に就き憲法第二十三條、民事に就き第二十四條既に之を示すものであり、又本條の母法たる舊普魯西憲法第八十六條よりするも、此の字句が法律の權威の外如何なる權威にも服せざるの趣旨なることあきらかである(美濃部博士精義五七二頁以下、Anschütz, Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 2 Aufl., S. 42, 102ff.)。尙憲法義解九五頁も同説である。

(註二三) 一木博士、日本法令豫算論二一五頁以下。

(註二四) 形式的意義に於ける法律の審査及び拒否權に就き、拙稿、前掲、國家學會雜誌第四六卷三號六八頁以下。我が國に於いては、一木博士(前掲一八八頁、一九五頁以下)、美濃部博士(精義五八八頁以下)は消極説であり、積極説を採られるは、本書の外、上杉博士(六〇二頁)、市村博士(六八九頁以下)、金森學士(二六三頁以下)等である。

(註二五) 拙稿、前掲、國雜、第四六卷三號七四頁以下。本條の「法律ニ定メタル裁判官」に就いては頗る議論が區々である。行政權又は上級裁判官が任意に管轄裁判所の變更をする弊を避ける爲に過ぎずとするは金森學士(一五七頁以下)。本書と略同説なるは上杉博士(二九〇頁)、市村博士(四二七頁以下)。然るに佐々木博士は「法律ヲ以テ一般ニ一定ノ手續ヲ以テ裁判ヲ行フモノト定メラレタル裁判機關」と解せらる(要論二五二頁)。併しながら管轄權限が普遍性を有すべしとする理論は立法權の制約として幾分廣きに過ぎると思ふ(拙稿、前掲七六頁)。

\*

\*

\*

豫算の性質に就きては官廳を拘束する天皇の財政訓令なりと説明せらる(四八頁)。是は議會の同意に依る免責の効果と豫算の裁可公布に依る訓令の性質とを混同して屢々唱へられる所であるが、博士は上述の如く國務大臣の政治的責

(註二六)

任を認めず、又ヘーネルと異り豫算法の授權の效果をも拒否せらるる結果、是を訓令と解するに非ざれば豫算の效果

をして法學上全く無意味たらしめる爲、蓋し已むを得ざる所であらう。<sup>(註二八)</sup>併し乍ら既に訓令とされる以上は、裁可が憲

法上の豫算の要件たるわけであり<sup>(四九)</sup>、随つて一木博士の鋭き駁論を免れることは出来ない。即ち憲法第六十七條

に政府の同意を必要としたるは、豫算に裁可が不要なことを前提とするものでなければならぬ。<sup>(註二九)</sup>是に對し清水博士は

「同條ハ一定ノ豫算ヲ廢除削減スル場合ノ規定ニシテ議會ノ權能タル豫算議定權ノ範圍外ノ場合ナルニヨリ特ニ政府

ノ同意ヲ必要トシタルニ過キス」<sup>(四九)</sup>と辯明せられるけれども、同條は敢へて如何なる廢除削減の議決でも政府の

同意の下に可能なる旨を規定するもの<sup>(五〇)</sup>ではない。豫算の議決に際し將來に於ける法律勅令の改廢を豫想して現

行法規の執行を不可能ならしむるが如き廢除削減は絕對に違憲である。<sup>(註三〇)</sup>若しかかる廢除削減も政府の同意の下に可能

なりとすれば、是は疑もなく豫算に法律の優勝性、即ち他の法規を破る力<sup>(Mayer-Arnsch-)</sup>を認むるものであつて、博

士自身、豫算を法律より區別される論旨<sup>(四八)</sup>と牴觸するに至るのである。故に法律の形式を採らざる我が豫算に就

いては、ラーバント以來の獨逸の通説が殆んど自明の理と謂はなければならぬ。<sup>(註三一)</sup>

(註二六) 例へば Prutz, Beiträge zum Budgetrecht (Arch. Off. R., II) S. 462, 464.

(註二七) Haenel, Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne, S. 329, 340ff. 佐々木博士は憲法上の豫算に裁可を要

すとせられ(要論六四八頁)、又歳出豫算に就き授權の效果ありとせらる(同六五九頁以下)。殊に博士は「政府が初メヨリ豫

算ニ定メタル目的ニ屬スル計畫ヲ捨テ又ハ之ヲ變更スルハ帝國憲法ニ反ス」(六六二頁)とされるも、我が憲法上正當なる解釋

に於いては、是は議會に對する政治的責任を生ずるのみ。夫自體は法規違反たり得ざるものである。

(註二八) 上杉博士(五三七頁以下)も亦、豫算を以て政府に對して一定の拘束を生ずるもの即ち天皇の政府に對する訓令とし



て居る。

(註二九) 我が憲法第六十七條に關して、豫算が裁可を要すとの前提の下に、次の説明が考へられる。第一は同條が政府・議會の合意成らざるときは、政府は隨意原案を施行することを認めたるものと主張する。けれども是は同條の貸目に就き第六十四條の協贊權を排斥することになる(一本博士、前掲二二二頁)。第二に第七十一條「豫算成立ニ至ラサルトキ」が此の場合にのみ適用ありとするは、豫算の裁可なき場合、或は議員召集に應ぜず若は内外の情形にて召集不能の場合には、經常必要の歲出の途なきに至らしむるものである(同上二三八頁)。第三に第六十七條を以て、明文で豫算が行政爲なることを宣言せるものとすれば、政府の同意ある場合が説明出來なくなる(同上二四二頁)。

(註三〇) 美濃部博士、精義六九八頁。

(註三一) 豫算に關しては拙稿、前掲、國家學會雜誌第四六卷三號四三頁以下。

以上を以て極めて簡單に本書に現はれたる我が通説の特色を指摘し、是に對する卑見を附加した。本書の理論の多くの部分は、我が國の代表的學説として權威あるものである。唯此の紹介が主として學説の相異を明かにする爲であつたので、美濃部博士の學説と異り隨つて私の疑問とする所に就いて、氣の付いた儘を若干列擧したのに止まる。固より限られたる紙面と私の未熟とは當初企圖した比較検討を頗る不徹底に終らしめた。茲に私は清水博士の高説を敢へて冒したる罪を謝すると同時に、讀者が卑見を是正し蒙を啓かれんことを冀ふ次第である。(一九三二年九月三〇日)

(附記) 本稿を書き上げてから、私は宮澤助教の示唆多き論文に接した。自由權に關する清水博士の學説の批評に關して讀者が特に是(國家學會雜誌第四六卷十二號五四頁以下)を参照せられんことを望む。