

新刊紹介

田畑忍博士著

「憲法學」

山本浩三

「帝國憲法條義」をはじめとして多くの憲法學書を公刊せられてゐる田畑忍博士の日本國憲法解釋書の出版は久しく衆人の待望する所であつたが、かかる要望に答へて著はされるに至つたものが本書である。

博士の日本國憲法に就ての斷片的な解釋、感想、批判はこれまで新聞雜誌等に發表せられ、それらの内には「新憲法と民主主義」(關書院二二年)「憲法學序說」(三和書房二三年)「國家について」(玄林書房二三年)「憲法學の基本問題」(日本評論社二四年)等を集録されたものもあるが、然しまとまつた解釋は本書によつて初めて實現されたのである。本書の内容は第一編 前論(1)法、(2)憲法、(3)日本憲法、第二編 總論(1)國家の權力、(2)國家の形態、第三編 本論 日本國憲法概説であるが、前論と總論は主として憲法學の基本概念の説明であり、博士の多年の考究の結實が集約的に表現されてい

る部分である。凡そ憲法學を學ばんとする人の必讀の章たることを言を俟たないが、これらの基礎概念のより詳細な説明は「憲法學序說」と「憲法學の基本問題」に於て完全に果されてゐるので、前論と總論の紹介は一應本論の紹介に必要な範圍に止め、専ら博士の獨自にして妥當な日本國憲法解釋論に注意をいたしたい。

先づ第一章「天皇」について見よう。日本國憲法制定前後より今日に至るも尙論戰の俎上にのぼせられるテーマに國體變革の問題がある。これについての博士の説明如何、先ず國體とは何かについて、博士は「憲法學上、國體とはすべての前法學的概念に見られる諸意義を含蓄しつつ更に國家の政治機構に着眼して國權の歸屬者の何人なるかを基準として見たる國家形態に就ての概念である(87)」と言ひ、「かくの如き國家形態たる國體は特定の一人の首長を國家主權者として國權總攬者として奉戴する國家形態たる君主國體と國家主權者が二人以上の自然人を以つて構成せられる國家形態たる共和國體に大別出来る(88)」と言はれる。然して帝國憲法では天皇が統治權の總攬者であつたから、その國體は純然たる君主國體であつた、然るに日本國憲法での天皇は「すでに統治者又は統治權總攬者と言ふ意味に於ての元首又は君主ではなく又他の規定によりて行政權者と言ふ意味での元首でもない」。また「第一條後段の意味する所は明に主權が人民にあることを宣言したものである」から、「まさにその限りに於て君主

制一般の意味に於ての國體の變革も亦なされていることになる、即ち日本國の國體はこの後段の規定によつて明確に共和國體となつたのである」(102-103)と言はれている。そこでこれらの博士の説明で私達は日本國憲法上の國體が共和國體である事を認識した。

「しかしながら」と博士は筆を進められる。「第一條の規定は君主制を全面的に共和制にきり變へた規定ではなく却つて君主制を共和制のうちに遺している規定である。第一條は國體的政治形態に於ける二つの原理を併せ含んでいるということになるわけである……然りとすれば日本の國體はかつての完全君主國體から不完全君主國體又は不完全共和國體えと言ふ大轉換をなしたことになる」と。然し何故、さきに日本國の國體が共和國體になつたと言はれた博士が後に不完全君主國或は不完全共和國と呼ばれるのか私には理解し難い。たゞしかし我國の國體を不完全君主國であると言はれる場合の君主とは統治者或は行政権者或は對外的代表者と言ふ意味の君主ではなく、國の象徴たる役割を與えられている世襲的な獨任機關(宮澤俊義教授「憲法大意」(16)としての君主であると理解すれば、「我が國が不完全共和國である」と云ふ表現にも疑義が生じないであろう。(尙、我國の國體が特殊(sui generis)の共和制であるとする書物に法學協會の「註解日本國憲法」がある)。

次に博士のユニークな見解である四權分立論に觸れよう。

博士は日本國憲法上の權力分立制が主權在民的四權分立制であると言ふ事を早くから主張されて來たが本書に於てもその事については變りがない。凡そ權力分立制(Separation de pouvoir)が三權分立制として理解されていた從來の法學的常識からすれば、四權分立制と言ふことは奇異な印象を與えるが、博士の豊富な憲法學史的蘊蓄はこの様な四權分立制の構想が既に明治十年代に小野梓によつてなされていた事の指摘となつてゐる「新憲法と民主主義」(76)。然し博士が指摘される如くその構想が日本國憲法上のそれと異なる事は多言を要しない。では日本國憲法上の權力分立制はいかなるものであるかと言へば「それは純然たる共和國體の國に於ては見る事の出來ない政治機構であり、國事行爲・立法・司法・行政という四權分立主義である」(69)。通説に三權分立制とは立法、司法、行政の三國家作用の分立制を言うのであるが、博士はこれに國事行爲を加へて四權分立であるとされる。ここに於て國事行爲の性格が明にされねばならぬことになる。曰く「國事行爲はすでに主權者ではなき天皇に對して日本國憲法をもつて定めたる極めて小範圍の權限にほかならぬ、即ち行政權の一部にほかならぬ」が、然し「國事行爲それ自身の作用的性格は行政であるが然も日本國憲法の立前としてこれを内閣の行政から區別しているのであり、立法、司法、行政、國事行爲の四權を分立していることが明らかである」(108)と。この引用に於ても明らかな如く、博士は國事

行爲權の作用的性格は行政であるが、然し「日本國憲法の立前としては」これを内閣に屬する行政とは別に考へるべきである」とされるのである。換言すれば客觀的考察に於ては、三權分立制を認められる博士もその主觀的考察に於ては四權分立制を主張されてゐるとみるべきであらう。然し天皇の國事行爲を、よし主觀的考察とは言へ、他の立法、司法、行政と併列的關係に於て把握し、以て四權分立と看做すべきか否かは今後の學界に残された課題であらう。尙またこの問題に關しては、中華民國憲法が行政、立法、司法、考試、監察の五權分立制を採用してゐた事が想起さるべきであらう。

次に第二章「戰爭の放棄」について見る。博士は日本國憲法の三つの特質として共和主義、民主主義、平和主義を擧げていられるが(68)、その平和主義の説明をこの章に於てなされている。博士は帝國憲法も同じく世界の恒久平和を目的としたが、その手段としては平和愛好主義にとどまつたのに對し、日本國憲法は從來の常識よりすれば「國家性の放棄」をも意味する平和主義を宣言してゐると言はれる。それでは平和主義とは何か、それは「いつさいの武力を放棄し、いつさいの戰爭を放棄して如何なる場合にも武力や戰爭にいでざる絶對的平和主義を言う。然れば世界平和を愛好してこれを待望し其の實現に努力する」というだけでは未だ平和主義ではない。それは平和愛好主義にとどまるものである。平和愛好主義は必ずしも戰爭を放棄するものではなく、また必ずしも武

力を放棄するものではない。(二二)。蓋し人類の世界平和への念願は久しうして且深刻である。この念願達成の手段として日本國憲法は「戰爭放棄、武裝放棄」を規定した。日本國憲法のかかる世界平和に對する誠實な態度を博士が「平和主義」と稱し、これを「平和愛好主義」と區別されたのは、日本國憲法の獨自性を的確に指摘せるものとして刮目するに値するものである。

次に第三章「國民の權利及び義務」について見る。本章での博士の獨自の解釋を二、三紹介する。先ず基本的人權の法的性質。これについて學説は二つに分れる。一は自然法説であり、他は實定法説である。前者は基本的人權は自然法に基く自然權又は天賦人權であるとし、後者はそれを實定法上の公權と看做す。博士の立場は實定法説であつて自然法論者の言う自然權は道德上の權利であり、「それが政治的にそして法的に宣言せられて始めて法的權利となり人權となつた。換言すれば、かくの如き基本的人權は國家が近代の國家となるにいたつてその形式憲法に於て國民に保障したる公權にほかならぬ」(二二)と説明し、法規範と道德規範との峻別に基く合理的解釋をなされてゐる。次に基本的人權と公共の福祉との關係について博士の所論を示そう。曰く「基本的人權は公共の福祉(國民の共同生活たる社會生活一般の幸福)のために利用される範圍に於て又公共の福祉に反しない限度に於て尊重せられ及び保障せられるのであつて決して無制限では

ない、即ち國家は基本的人權の行使が公共の福祉に反するが如き結果を來らしめないように必要な限度でその行使に制限をなすことが出来る」。但しかかる制限が法律によるべく又人權を全體として侵しえないものである事、或は國家非常の場合と雖も侵しえないものである事などが附記されている(128)。また基本的人權は公共の福祉を限界點として制限されるとして、然らばその制限はすべての基本的人權に及ぶか。この間に答へる順序として博士の基本的人權の種別を先ず明らかにしなければならぬ。博士は基本的人權を自由權、生活權、國務請求權及び政治權(參政權)の四種に區別される。この内自由權を更に一般的自由權特殊的自由權に、特殊的自由權は細別されて、(1)精神的自由權(一九條、二〇條、二三條)(2)行動の自由權(二一條、二二條)(3)身體的自由權(一八條、三一條、三三條、三四條、三六條、三八條、三九條)、(4)財産の自由權(二九條)、(5)住居書類及所持品安全の自由權(三五條)となる。博士はこの内、身體的自由權のみが全く公共の福祉の制限外にあると考へられる。即ち「身體的自由權の共通的特徴は何れの身體的自由權もすべて第一二條後段の制限下に置かれていないと言ふことである。即ち第一二條後段の規定は、身體的自由權とは無關係の規定であると言はねばならないのである。蓋し身體的自由權は、國民が公共の福祉に反するが如き行爲をなし又はなしたとの疑のある場合に於て、尙ほ其の人間性を尊重してこれを保障

する自由權だからである」(128)と。この身體的自由權について興味のある問題は、第三十六條即ち公務員の拷問及殘虐な刑罰禁止規定の解釋である、抑、この規定の問題史的意義は木村龜二博士の本規定の殘虐刑の内には死刑が當然に包含されると主張されたとき(「法律タイムズ」十四號)に始り、昭和二三年三月十日の最高裁判所の、死刑を定めた刑法の規定は違憲でないとする判決にいたるが、この問題について田畑博士の言葉に耳を藉そう。曰く「殘虐な刑罰とは拷問に類する刑罰を言う。憲法は未だ刑罰一般を排斥する趣旨ではなく、又死刑をも殘虐な刑罰とはしていない」、これは博士の力説される法の科學的解釋「憲法學の基本問題」(28)の立場よりして當然に豫想される結論である。法解釋學は對象の有つ冷酷性を正視し、これを美化する器用さを排斥する學問である。然しその事にかかる惡法をも當然に正當視することを意味するのではない。その故に博士が「然し人道上、死刑を正當視することは問題である。死刑を殘虐な刑罰のカテゴリーの中に入れる學説はそれ故決して理由なき空論とは言へない」と言葉を續けられる時、私達は博士のヒュマニテに救はれたような喜ばしさを覺えるのである。

次に第四章「國會」について見る。憲法第四十一條は「國會は、國權の最高機關であつて、國の唯一の立法機關である。」と規定しているが、國會が唯一の立法機關であるというのは「國會は自ら立法作用を行うものであつて、國會以外に、ま

た國會とともに、立法作用を行う國家機關の存在をゆるさない、ということである(166)しからば立法とは何か。博士曰く「ここに立法とは日本國憲法によりて法律と稱せられる法を制定する作用であり、この以外の法を制定する作用を言うのではない。」と。この故に、命令を制定する作用、及び日本國憲法を制定又は改廢する作用は、ここでいう立法の概念に入らないことになる。次に立法についての博士の憲法主義的論理解釋による民主主義的な理解を二三紹介しよう。博士は「國民の權利に關する事項や罰則を設ける規定は日本國憲法の精神から言つて法律を以て定むべきであり、それらが命令に委任されている場合でも委任の範圍を廣くする事は憲法の精神に副う所以ではない(167)と述べられ、また内閣總理大臣の法律案提出權については「國會が國の唯一の立法機關なりとする權力分立主義の立前から言へば、内閣を代表する内閣總理大臣が國會に提出する議案は法律案以外の議案であると解せねばならない。右の如く解することは憲法の精神である(168)と説かれる。然るに、この憲法の精神がむざんにも蹂躪されて、前者については八人事院規則が後者については、八内閣法第五條Vの規定が産み出されたのは周知の事實である。

次に第五章「内閣」について見る。博士は第六十九條の解釋として「衆議院の内閣不信任の決議があるとき、内閣は衆議院の決議が國民の意思でないとき考へる場合は、決議のあ

つた日より十日以内に衆議院の解散を天皇に進言して衆議院の解散を結果せしめることが出来る(169)と述べられている。然し、「かかる場合以外に於ても、衆議院が現に國民の意思を反映していないと認められるときは、内閣は解散を進言しなければならない(181)と書かれている事を看過してはならない。また本章に於ては、ポツタム政令の性格を説明せられ(192)、それと政令とを區別されていることなども注目されるべきであらう。

次に第六章「司法」について見る。本章に於ける根本的な問題は司法概念が帝國憲法に於けると日本國憲法に於けるとは異なるという事である。即ち博士は「帝國憲法上、司法とは民事及び刑事について法を宣言すること、即ち民事及び刑事についての裁判と言ふ事であつて行政裁判は司法の概念には入らなかつたが、日本國憲法上の司法の概念は單に民事及び刑事の裁判のみならず行政事及び立法事についての裁判をも合せ含ませて考へねばわからない、即ち日本國憲法に謂ふところの司法とは廣く裁判と言ふことになつてゐる(193)と述べられ、司法概念の説明を通じて我國がフランス的法國家(Rechtsstaat)より、英米的司法國家(Justizstaat)へ移行せる事を明にせられるのである。

次に第七章「財政」について見る。豫算については二つの問題が提起され解答されねばならない。一は國會の豫算修正權の制限の存否であり、他は豫算の性格である。この問題

についての博士の解釋。「國會が豫算を議決するに當つては、憲法は何らの制限を加えていない。國會は豫算案を自由に修正し廢除することができるのである」と。次に豫算の性格に關しては帝國憲法の解釋と同様に「帝國憲法條義」(359)「豫算は法律ではなく、豫算なる形式をもつ國家の行政的意思表示である」(211)と説明される。

次ぎに第八章『地方自治』について見る。地方公共團體が政治團體である事は法學的・政治學的常識であるにも拘らず、これを誤解するもの無しとしない、故に博士は「地方公共團體とは國家内に於ける一地方に於て、國家がその地域に着眼して存在すると認める團體であり、その團體について國家の認める範圍内に於て團體自ら政治を行うことのできるものを言う」、「地方自治とは地方政治である」(216)と明言されてゐる。

以上、博士の日本國憲法解釋論の内容の一部を紹介した次第であるが、自分の無能力の爲にその使命が完全に果されなかつた事は遺憾である。終りに博士の一層の御健勝を祈ると共に、博士の意圖される、より精緻な、より完整せる日本國憲法解釋書の公刊を鶴首しつつ筆を擱く。「憲法學」二五四頁、評論社二四年刊 (四九・一一・二)

## 法政研究會報告

第二十回 九月二十八日

「民法とその社會經濟的構造」

發表者 加藤正男助手

出席者 高橋・田畑・高田・坂・岡本・今井・内田・

恒藤・金山・岡本(善)・小野・八木・山本

第二十一回 十一月二日

「民法第九百條第四號但書について」

發表者 坂 義彦教授

出席者 高橋・田畑・高田・岡本・今井・内田・恒藤

金山・岡本(善)・小野・加藤・八木・山本

第二十二回 十一月十六日

「慣習民法の妥當性」

發表者 金山正信助教

出席者 高橋・田畑・高田・坂・今井・内田・恒藤・

岡本(善)・小野・加藤・八木・山本