

## 新刊紹介

田畑忍博士著

### 憲法學の基本問題

恒藤 武 二

わが國にあつて最初に近代的憲法學を建設した學者はと云へば、まず東の美濃部、西の佐々木兩博士の名を誰しも思ひ起すであらう。兩者共に思想的には自由主義を根柢に持ちつゝ精密な體系を展開せられたのであるが、特に佐々木博士にあつては、その透徹したいはば規範的論理主義のゆえに、まさに憲法學界における正統學派の代表者と考へられる。佐々木博士を中心にいわゆる京都學派が形成されたことも偶然ではない。本學法學部田畑忍教授は人も知る佐々木博士の門下、その學統をもつともよく受け繼がれている學者の一人である。

さて田畑忍教授は昨年從來發表されていた諸論著の中から憲法學上の基礎的問題を扱はれたものを選び、「憲法學の基本問題」と題して公刊された。この著によつて、われわれは憲法學上の基本的問題の所在を知り、その解決すべき方向を教へられると共に、また教授の憲法學說の根柢となつてい

研究方法、その學的思想的立場を知ることが出來よう。以下教授の思索のあとをたどつて可能な限り忠實に本著を紹介したいと考へるが、扱はれている問題の性質と、かつ一つの問題を考察するに當つて綿密に文獻を檢討されている教授の良心的態度と相まつてこの仕事は筆者の能力を越えているごとく思はれる。この點豫め教授ならびに讀者の御許しを乞ふものである。なほ田畑忍教授は本著を學位論文として昨年九月法學博士の學位を受けられた。學生のころから親しく教授の御指導を受けたものの一人として、心から御祝申し上ぐる次第である。

「憲法學の法律學體系に於ける地位」はいかなるものか、これが田畑博士が本著第一章としてまづ扱はれた問題である。この問題を論ずる前提として博士は最初に學問と世果觀との密切な關係を指摘し、次に學問をその研究對象の相違に重點を置いて哲學と科學とに分類し、後者をさらに自然科學と社會科學にわけ、以下順次考察を進めて憲法學の「領域的種類」を明示されている。學問論については別に博士の詳論せられるところであり、また憲法學の體系構成についての博士の所説は整然として正統的立場オールドファッションに立つてをられるのであるから第一章についてはこの程度に止める。たゞ博士が個別的法律哲學たとへば民法哲學、商法哲學のごとき、の成立の可能性を説いてをられること(十二頁)、ならび別の問題であるが、憲法の

歴史的研究も「自らそのうちに必然的なる批判を含まざるを得ないことは、あらゆる歴史科學に均しく共通する眞理でなければならぬ。」(十九頁)と歴史學の實踐性を述べられていることに注目する必要がある。なほ本章において法律學の綜合的研究の必要を説かれつゝ、「法律學の中心をなせるものが解釋法學と呼ばれる法解釋學であることは何等疑いない。」(九頁)と法解釋學の重要性を強調されている點博士の正統學派としての立場の一面が明らかにされている。この點は第二章において法律解釋の科學的可能と題し法解釋の一義的學問的確定の可能その不動性を論ぜられる際にさらに明瞭となる。博士は本章において徹底的に法に對する神學的解釋・自由法學的解釋、主觀的態度の不可なることを力説されると共に、概念法學の科學性を説いてをられる。かゝる博士の論述に對して筆者は若干疑問を有するが、この點については拙稿(同志社法學第三號「法解釋における社會的制約」)を讀者が參照されれば幸である。なほ博士は本章の末尾に「私は、制定法が不變不動である限り、その解釋も亦不變不動であることを説いた。しかしそれは解釋を二三にし得る餘裕のある法文の多々あることを決して否定する意味で言つたのではない。」と附け加へられたが、現在法解釋をいかになすべきかが問題になるのはむしろかゝる餘裕のある法文についてであり、——たとへば公共の福祉に關する憲法の條章——概念法學の科學性がこの場合いかにして保持されるのかその點について博士の御教示を待つもので

ある。

さて博士が法律解釋の科學的可能を強く説かれる時、その所説の根柢には法に内在する正義さらには普遍的道德によつて規定される善の理念に對する博士の信念が横たはつていごとく筆者に感ぜられるのは單なる筆者の主觀であろうか。第三章として「道德規範に對する法規範の優位」と題し法と道德の問題を扱つてをられるのは偶然ではないように考へられる。しかしこゝでも博士は正統派法學の立場を嚴守されることに變りはない。すなわち「法が道德より優位にあるといふのは、その規範としての兩者の成立根據又は形式的關係又は力より見て云ふのであつて、その價值に對する主觀的評價に於て言ふのではない。」(八七頁)「現實の問題としては、兩者は法の優位に於て相互に牽聯しつゝ、然かもその基盤から云へば、法は社會に優位する國家に生成し、道德は國家に從位する社會に歸屬してするのであつて、國家に於て法として定立されたもののみが内容の如何を問はず法なのであつて、それは道德と呼ばれない。要するに、『社會あるところに道德あり、國家あるところに法あり』と云ふ事になる。而して道德と法との關係の問題は、結局は、この命題に終始するのである。」(九一—九二頁)と述べられて、法と道德との關係如何と云ふいはゆる法哲學上の難問題に對し、正統的法學の立場から適確な解決を與へてをられる。

第二章で博士の扱はれた問題は法と道德との關係について

であつたが、第四章では「法に於ける慣習と條理」についての考察がなされている。第三・四・兩章共に法に隣接する規範が扱はれてをり、これは、博士の抱かれる法の本質についての理解を後に第五・第七章とあはせて明らかにせられるための前提とも考へられる。第四章については本號で別に金山助教が論ぜられるゆえ詳説を省きたゞいはゆる慣習法條理法について博士は國家承認説Ⅱ國家實定説をとられることに注意しよう。この博士の立場は第五章の最初に示される法の概念定義から直接導き出されるものに外ならない。すなわち博士は法を定義して「法とは國家的權力に根據して強制せらるべき國家的社會の生産した國家特有の社會的規範である」(一四五頁)とされる。序文に「この書の基調をなしてゐる見解は、法と國家と政治とは概念的に同一範疇のものであるのみならず、國家がその中心的な契機となつてそれが可能となつてゐる趣旨である。それは、かゝる意味に於て、法・國家・政治の三位一體觀とでも言ふことができるであらう。」と述べてをられるが、博士の法の概念定義はまさにかゝる法と國家の關聯についての基本的立場を表現してあます所なしと言へよう。

第五章では「憲法と憲法意識」と云ふ標題の下に、兩者の關係を考察されている。こゝでまず社會規範と社會意識との關係が、社會生活↓社會意識↓社會規範↓社會(規範)意識↓社會生活と云ふ有機的關係として示される(一五二頁—

三頁)。同様の關係が憲法意識↓憲法↓憲法意識として成立するが、憲法によつて成立する憲法意識には合憲法的意識と對憲法的意識の二があり、これらいづれもまた複雑多元的であることを指摘せられる。本章では、われわれは、主要テーマを展開する必要前提として博士が述べられている、憲法の概念規定——通説に従つてをられるが(一六三—四頁)——についての説明、ケルゼン教授・尾高朝雄博士の根本規範についての學說に對する疑問等に一層注目すべきであらう。さらに本章で若干ふれられ次の第六章において詳説された、カール・シュミット・ケルロイター・フーバー等ナチスドイツ國法學者の反動憲法學說に對する博士の論ばくこそ、博士の自由主義的立場を第二次大戰の直前に明らかにせられたものとして敬意を拂ふべきであると考へる。ナチス國法學者の説くところは、要するに、憲法典の中には相對的憲法と絕對的憲法が段階的に含まれてをり、後者は憲法規範であると同時に政治的根柢秩序としての憲法秩序でもあり、かつこれこそドイツ民族精神の具現であるとするものである(一一六—一八六—七頁)。これに對し博士は「かゝる考へ方は法と法以外の規範を混同する非科學的思想と結合すべき政治的意圖の所産にほかならぬ」と痛烈に批判された(一六八—一九七頁)。法の本質如何の問題は法哲學の最も根本的問題であることは言ふ迄もないが、この問題に對する博士の立場は、既述せる博士の下された法の概念定義によつては推察されるが、

この點をさらに展開し博士の「法の本質觀」を明らかにせられたのが、第七章「法の妥當及びその根據としての國家的權力」である。博士は國家權力說 (Machtsheorie) に基いて他の諸學說を批判しつゝ自説を展開される。われわれとしては博士の論述を通じ國家權力の階級性について觸れられることの少いのを、やゝもの足りなく感ずるが、この點は博士があく迄正統派法學の立場から問題を區別してをられる以上 (二二八頁四—八行) 本書においては扱はれなかつたものと理解しよう。

第八章は「國權・統治權・及び主權の同似性」、第九章は「統治及び統治權の解釋」と云ふ標題を持ち、こゝで博士は憲法學上の基本的概念について論ぜられてゐる。この二章は博士の憲法學說を理解するためには頗ぶる重要であるが、憲法を専門に研究してゐない筆者が紹介批判を企てることは適當でないかと考へるので省略させて置く。最後の第十章は「法及法學の政治性」と題し、既述のごとき博士の「法・國家・政治の三位一體觀」的立場を完結してをられる。政治と法との關係について「政治は法を制定し改廢する事に於て法に優位してゐるけれども、一旦成立した法はまた政治及び國家組織に對して羈束性制限性支持性を有つものであるから、法と政治との關係に於ては特に一方的な優位のみを主張若くは強調することは不可であつて、兩者の相關關係を認識すべきである、……このことは、その限度に於て、法の政治性を認むる

ものであることは言ふ迄もない。(三三六頁)と述べられ、法治主義の立場から法と政治の關係を明らかにせられたのであつた。

以上ごく簡単に博士の本著における所説を、法哲學に關聯する部分に重點を置いて紹介しつゝ若し私見を述べさせて載いたのであるが、甚だ粗雑且主觀的紹介に終つたことを御詫びせねばならない。紙數に制約され、博士の各テーマについて説かれるところを十分に紹介出来なかつたことはもち論、さらに各テーマを考察せられるについて博士が觸れられた興味ある貴重な分析に筆が及ばなかつたことは残念であり、讀者の精讀を希望するものである。なほ、博士は各問題を取扱はれるに際し、序文にも述べてをられるが、常に既存の諸學說を精密に分析批判した後初めて自説を展開すると云ふ着實な研究方法をとつてをられる。このこと自體われわれに教へる所大であるが、さらに、この博士の各學說を批判された部分は、あたかもその問題についての學說史を形成し、われわれ後進に對し問題に取り組む手がかりを自然に與へられてゐる。同時にたとへば「我が國に於ける憲法概念の諸類型」を歴史的に検討された一七五頁以下の特註のごとき貴重な資料が本書に含まれてゐることも見逃せない。最後に本書を以つて「研究の一應のしめくゝりであるとともに、また今後の出發點ともしたい」と考へられる博士がさらに精密な研究をわれわれに示されるよう、博士の御健康を祈りつゝ筆を措くことにする。(一九五〇年二月)

——法政研究會報告——

第二十三回 十二月十四日

「キケロの國家の概念に對するアウグステイヌスの  
批判の意義」

發表者 高田武四郎教授

出席者 高橋・田畑・坂・岡本・今井・内田・恒

藤・金山・岡本(善)・小野・加藤・八木

第二十四回 一月十八日

「經濟法の概念について」

發表者 高橋貞三教授

出席者 田畑・高田・坂・今井・内田・恒藤・岡

本(善)・小野・加藤・八木・山本

——法學會記事——

このたび法學部學生諸氏により構成されている法學部自治會より、法學部に對し金五千圓の寄付があつた。上記金額は本誌發行のための費用として使用させて戴き、より充實した内容を持たせ學生諸氏の御厚意にこたへる豫定である。以上簡単な報告であるが、記して感謝の意を表し、なほ今後とも母校同志社法學部の機關誌である本誌を御援助下さることを御願する次第である。

同志社大學法學部