

## 佐々木博士の日本憲法要論を読む

佐治, 謙讓

<https://doi.org/10.15017/14515>

---

出版情報 : 法政研究. 2 (1), pp. 1-36, 1931-12-30. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

## 紹介及批評

# 佐々木博士の日本憲法要論を讀む

佐 治 謙 讓

### 目 次

- 一、我が憲法學史上に於いて日本憲法要論の占むる地位
- 二、日本憲法要論の特色例示
  - イ、憲法第廿七條所有の自由の解釋について
  - ロ、憲法第九條獨立命令の解釋について
- 三、その批判
  - イ、國家自限説について
  - ロ、統治權最高無制限の語義について

佐々木博士の日本憲法要論を讀む（第二卷第一號）

（B） 一

へ、剩餘金支出について

二、政黨内閣制度について

一、我が憲法學史上に於いて日本憲法要論の占むる地位。

國家論上に於ては、主權、國權若しくは統治權を如何に觀るか、その中樞をなす。今わが憲法學史を概説して佐々木博士の日本憲法要論の地位を明かにするに當つて、主權、國權若しくは統治權の觀方を中心にして我が憲法學史を叙述する<sup>1</sup>、する。

穂積八束博士は主權を定義して曰く、主權<sup>1</sup>トハ國ヲ統治スルノ權力ニシテ、其ノ本質ニ於テ、唯一、最高、無限ニシテ獨立ナル者ヲ謂フ。ミ。而して、主權の無限性について説明して曰く、主權<sup>2</sup>ハ無限ナリ、法上ノ動作ニ付キ其ノ權能ニ絶對ノ限定アルコトナキヲ謂フ。ミ。この説明は余りに簡單にて主權の無限性について博士が如何なる内容を盛らる、や明瞭でないけれども、次の説明を觀れば明かミなる。或ハ謂フ憲法ガ臣民ニ向フテ意思ノ限界ヲ爲スコトハ之ヲ諒スベシ、國家ニ向フテ意思ノ限界ヲ爲スコトハ之ヲ解スベカラズト、蓋國家主權ノ無限ナルヲ謂ヘルナリ、主權ノ制限スベカラザル固ヨリ然リ、憲法ハ主權ヲ制限スルノ力ニ非ズ、之ヲ制定シ之ヲ有

效ナラシムルハ皆主權其ノ者ノ力ニシテ憲法自身ノ力ニ非レバナリ。ミ。これミ稍々趣を異にしたる意見ミシテ  
憲法ヲ以テ統治行動ノ法上ノ限界ト爲スハ國家自由意志ノ欲スル所ナリ、何ゾ之ヲ主權無限ノ大義ニ反スルト爲  
スタ得ンヤ。ミ。この點前後稍々矛盾があるけれども、要するに穂積博士は、國家を統治するの權力たる主權は  
法に依りて拘束せらるゝ様な制限的の權力に非ずして、實に憲法の上に超然たる權力なりミ主張するものなるこ  
ミ明瞭である。主權が法によりて決定的に拘束せられずミ主張するは法治國の思想を排斥して警察國の思想を固  
執せるものである。

上述の如き無制限なる主權は、穂積博士に於いては、何人が之を主持するや？ 同博士は明白に國家法人説を  
奉ずる。而して、國家に主權の存するこを承認するが、主權が國家に在りミ言ふのみにては、未だ主權が國  
家の何れの部分に存在するかの問題は決したのではない。ミして、凡ソ意思ハ自然人ノ自然意思ヨリ成立ツモ  
ノデアル、國家ノ權力トカ國家ノ意思トカ云フモ實ハ或自然人ノ自然意思ガ其發動機トナツテ之ニ依リテ存立ス  
ルモノデアル、全ク自然意思ヨリ絶縁シタル法律意思又ハ權力ト云フモノハナイ、自然人ハ自然意思ヲ有スル、  
法人ハ唯能ク法律意思ノミヲ有シ能フ、茲ニ法律意思ト云フハ自然意思ヨリ組立テラレテ法律上獨立ノ意思ト看  
做サル、組織ヲ指シテ云フノデアル、國家ノ意思又ハ權力ト云フハ茲ニ謂フ法律意思ノ一ツノ場合デアリマス。

ミ主張して、君主機關説を基礎づくる論理を援用しながら、その結論ミしては、君主たる自然人の自然意思を以て國家の法律意思ミするものにして、<sup>10</sup> 君主の意思即ち國家意思をなすものにして畧して言へば君主即ち國家ミなるミ。全く反對の結論に導く。一言以て之を蔽へば、所謂君主主權説を主張するものである。國家法人説を認むる限りは君主は國家機關ミなり、君主主權説へ導くためには論理の矛盾を侵さねばならぬ。こゝに穗積博士が苦しき基礎づけによつて主權を君主が主持スミ結論する姿は、主權の無限性、君主主權説を高調して十七八世紀の中央集權的警察國の出現に理論的基礎を與へたるボーダンミ相似たるを覺ゆ。

君主主權説を固執する穗積博士は、自由主義に基く政黨政治を以て君主の大權を議會に移し君主を空位に坐せしむるものミして之を排斥し、よくその君主主權説を貫徹してゐる。曰ク、<sup>11</sup> 憲法實施ノ後、政黨者流及之ニ雷同スル學者ハ、之ヲ英國風ノ議院政黨內閣制度ニ解決セントス、是レ我が大憲ノ文字及精神ノ忍容スル所ニ非ズ。ミ。而して英國の政黨政治をひきあひに出してその論據を示して曰ク、<sup>12</sup> 凡テ君主の大權ハ大臣ノ責任ニ懸ケテ之ヲ行フ、而シテ大臣ノ責任ハ議院之ヲ問フモノトス。大權ハ大臣ノ責任ヲ以テ之ヲ行フト謂フハ殆ド之ヲ大臣ノ手ニ移スト謂フニ同ジ。而モ大臣ヲ問責スル者ハ君主ナルトキハ、其ノ權仍君主ニ存スルノ實ヲ失ハズ。然ラズシテ政府內閣ハ議院ノ信任議決ニ由リテ進退スベク、君主ハ議院ノ意思ニ反シテ之ヲ黜陟スベカラズトストキ

ハ、所謂大權ハ内閣大臣ノ權力ニ歸シ、再轉シテ議院ニ歸シ、三轉シテ政黨ニ歸シ、所謂内閣大臣ハ議院ノ政黨ノ自由ニ任免スル執行吏タルニ過ギザルナリ。

以上の叙述に於て明かなるが如く、穗積博士の憲法論は、主權の法の上の無限性を主張して自由主義に基づく法治國の思想を排斥し警察國の思想にふみ止まり、かくの如き無限の權力を主持する者は君主なりとて君主主權説を高調し、自由主義に基づく政黨政治は主權政治と相容れないものとてあくまで君主主權説を貫徹せらる。これ、明治維新の革新の後に現はれたる封建制度最後の形態たる絶對專制政治の延長たる專制的政治勢力を表現するの憲法論に外ならぬ。

上杉博士の初期の著作にかゝる明治三十八年帝國憲法は、博士の憲法論をうかゞふの文獻とすることは出来ない。ただし、帝國憲法においては、主權の法に依る制限性を國家自限説に依りて基礎づけ、<sup>13</sup>國家法人説を主張し<sup>14</sup>之に配するに君主機關説を以てし、<sup>15</sup>凡そ今日の通説たる憲法論に類すれども、その後同博士の長逝に至るまでの多數の著作においては、全く一變して概ね穗積八束博士の憲法論に復歸してゐるからである。上杉博士は、その著帝國憲法<sup>第一編國家第二編國體</sup>に於て、統治權は自足、唯一、最高獨立、無制限、絶對、無條件、永久の七個の性質を有するものとし、<sup>16</sup>さらに統治權の無制限性を説明して、統治權ヲ無制限ナリトイフハ、之ヲ排斥スルノ意デハナイ、

法上即チ之ニ背反スレバ之ヲ違法ナリトセラル、意味ニ於テ、本來統治權ノ意志ノ限界ガ定メラル、コトヲ得ヌ、其ハ概念上矛盾デアルト云フノデアル、統治權ノ定ムルモノノ外ニ法ハナイノデアル、統治權ノ意志ニ拘ラズ、之ヲ規律スル法アリトナスハ、統治權ト法トノ概念ノ相容レザル所デアルトイフノデアル。<sup>17</sup>さらに、サレドモ、法ノ上ニ於ケル制限トイフモノハアリ得ヌノデアル、統治權ガ法ニ依リテ制限セラル、トハ、概念上ノ矛盾アデル、若シ統治權ガ法ニ依リテ制限セラル、ト見ユルガ如キ場合ガアルナラバ、其ハ統治權ガ法ニ非ルモノニ依リテ制限セラル、カ、又ハ統治權ニ非ルモノガ法ニ依リテ制限セラル、ヲ誤認シタルニ過ギヌ。<sup>81</sup>みなして、自然法ノ思想に於ては、自然法は國法以上の法にして、統治權を拘束するものなりミナスも、自然法は法に非るものあり、ボーゲンが主權は法の拘束を受けざる權力なりミ言つたが、封建以來發達したる歐羅巴の專制國王は、決して統治權を有するものではない、従つて、國王が法の拘束を受くるも、それは統治權に非るものが法の拘束を受くるにすぎないのである。ミ説明を加へてゐる。新稿憲法述義に於ては、イエリネツク以來法治國の思想を基礎づくる學說として廣く學界一般に承認せられたる國家自限説を否認して曰く、或ハ統治權ハ法ニ依リテ自ラ制限スト説明スル者アリ、然レドモ、自ラ制限スルト云フハ、語ノ上ノ氣安メタルニ止マリ、明ニ論理上ノ矛盾ナリ、若シ統治權ガ法ニ依リテ制限セラル、ナラバ、一派ノ學說ノ如ク、統治權ニ先チ、又ハ統治權以外ニ法ア

ルコトヲ是認セザルベカラズ、法ヲ統治權ノ制限ト見ルモ、尙ホ制限スト云ハザルベカラザルハ、其ノ無制限ナルノ本質ヲ認メザルベカラザレバナリ。<sup>21</sup>ミ。然るに、帝國憲法第一編國家第二編國體に於いては、統治權ノ無制限デアルトイフノハ、他人ノ意志ニ依リテ法上制限セラレヌトイフ概念ノ説明ニ外ナラヌ。<sup>22</sup>ミ論ずる。之を要するに、穗積博士が徹底的に主權の法の上の無制限性を貫かんとするに反し、上杉博士に於いては、憲法その他の國法上實現せられたる法治國に目を蔽ふこと能はず或場合には國家自限説に依りて暗に之を認めながらなほ且言葉の上に於いて、論調に於いて、統治權の無制限性を強調せんがために國家自限説を承認せざるを得ざるに至つたのである。その理論に於いて首尾甚だ徹底を缺き矛盾を曝露するミ雖も、穗積博士よりはいさゝか警察國思想の緩和したるの感がする。然れども、その全體の論調において、いまだ多分に警察國の思想の浮游せるを否定することは出来ない。

然らば、上杉博士においては、かくの如き無制限の統治權を何人が主持するや？穗積博士においては、國家法人説を承認しながらその論理的歸結たる君主機關説を認めずして不合理なる説明を以て君主主權説に導きたるに反し、先づ國家法人説を否認して君主機關説を否定し、かくして君主主權説を高調するは、その全體の理論の當否は別として、首尾一貫の理論ミ謂はねばならぬ。國家法人説の骨子ミするところは、機關は目的の主體ではないから、別に目的の主體を抽象的に概念しなければならぬ。この目的の主體こそは國家であるミするのである。

然れどもこれは論理が一步飛び越えて居る、蓋し、凡そ目的は人が自己の意志を以てなさんと欲するの目的にして、目的の主體たるには先づ意志の主體でなければならぬ、現實に統治權を行使してゐる機關は自己の目的のために之を行使してゐるのではなく、従つて、機關より之を奪つて機關の目的ではないにしても、直ちに、國家が意志の主體なりと謂ふことは出來ぬ。目的なるものが客觀的に存在するものではなくして、全然主觀的なる以上、先づ第一に國家が意志の主體なることを論定しなければならぬ。<sup>23</sup>然るに、國家法人説に於ては、國家は一の抽象概念であつて、意志を固有して居らぬといふのである。こゝに根本的缺陷あるにか、はらず、國家法人説を固執する所以のものは、機關の行使する所は機關自身の目的のためではないといふことを明かにせんとするに在るに外ならぬ。<sup>24</sup>而して、十九世紀に於て歐羅巴にこの國家法人説が國法學上の定説となつたのは、中世以來の封建專制國王が、國事を一身の私事とし、國土人民を私有物とせるを極力排斥せんとするに出でたるものにして、現代國家に國王ありと雖もはや、統治は國王の私事ではないと言はんことを欲するに存する。要するに國家法人説の意味するところは、この消極的なる關係に存するものにして、歐羅巴現代の國家を説明するに便利なりとするも、積極的なる學説として之を採ることを得ない。<sup>25</sup>と結論する。かくの如くにして、國家法人説を原理的に否定したる上杉博士は、必然的に君主機關説を否認し君主即ち國家なりとして所謂君主主權説を強調せらる。<sup>26</sup>

<sup>27</sup>

以上に於て知らるゝが如く、穂積博士も略々同様思想傾向の下に、君主主權説を樹立したる上杉博士は、自由主義に基づく政黨政治に對しても極力之を非難攻撃してゐる。これ必然の歸結を謂はねばならぬ。上杉博士の説にきけば、政黨政治は、國王は名義上存すれども空位でなければならぬ。所謂統禦すれども政治せざるが君主の地位である、大臣は形式上國王が之を任命するけれども必ず議會の多數に依つて進退すべきであり、政權の中心は議會に存すべきである、を主張するのであるが、かくの如き議會中心の政治は民主共和の國である西洋諸國には適合すべきも、我が國に適用すれば君主を空位に坐せしむることを、なり、君主主權説と相容れざる結果となる。<sup>28</sup>

こ。この政黨政治否認の原理は穂積博士のそれと全く相通するものである。大正三年獨逸伯林大學教授ハンス・デルブリックが軍國主義的、官僚主義的、反議會政治的の著書、政治及民意を著はすや、上杉博士は之を讀んで曰く、開卷既ニ痛快ノ文字ニ充テルヲ見ル、拍案曰ク之アルカナ之アルカナト、讀ミ去リ讀ミ來テ刻ノ移ルヲ知ラズ。<sup>29</sup>を激賞して之を我國に紹介し、この説が自己の持論と一致せるに力を得て、尙ホ政黨ナラザルベカラズ、議院政治ナラザルベカラズト云フ者アラバ、無知ニ非ズンバ強テ自ラ欺ハルノミ。<sup>30</sup>を極論する。

穂積博士の憲法論よりも上杉博士の憲法論の方が、幾分が專制的、警察國的色彩を緩和したるの感があるが、清水博士の憲法論に至れば、なほ著しく緩和せられたるを發見する。清水博士は、主權の制限性を論じて曰く、主

權ハ他ノ如何ナル權力ニ依リテモ法律上ノ制限ヲ受クルコトナシ、自己ノ意志ニ反シテ他ノ權力ヨリ法律上ノ制限ヲ受クルコトハ主權ノ性質ト相容レザルモノナリ、然レドモ主權ハ自ラ之ヲ制限スルコトヲ妨グズ、主權ガ自ラ定ムル所ノ法律ニ依リテ制限ヲ受クルコトハ毫モ主權ノ性質ト矛盾スルモノニ非ルナリ、若シボーダン氏等ノ主張スルガ如ク主權ハ自己ノ定メタル法律ニ依リテモ羈束セラル、コトナキ絶對ノ權力ナリトセバ憲法其他ノ國法ハ國家ニ對シテ何等法律上ノ效力ナク國家ハ憲法其他ノ國法アルニ拘ハラズ之ヲ無視シテ自由ニ行動スルコトヲ得ルモノナリト云ハザルヲ得ザルノ不條理ニ陥ルベキナリ。こ。これによりて、警察國の思想は驅逐せられて、國家自限說に依りて法治國の思想の宣揚せらるゝを見る。

上述の如き制限的なる主權は、清水博士に於ては、何人が之を主持するや？ 彼は、國家法人說を承認しながら君主機關說を否認し、<sup>32</sup>かくして、主權は國家に歸屬するに同時に君主に歸屬し國家に君主はここの點に於て相<sup>33</sup>同化して一ありて二なきもの<sup>34</sup>をなし、君主主權說を高揚するところ穂積博士に何等異なるところがない。

以上叙述の過程によりて知らるゝが如く、穂積博士の憲法論よりも上杉博士のそれが、更に清水博士のそれが更に專制的・警察國的思想を脱却せるの經過は、我が專制的政治勢力が自由主義諸政黨との抗争に於て一角一角崩壊せるの過程を表現せるものにして、清水博士がなほ君主主權說を執つて動かざるは、貴族院、樞密院に残存せ

る専制的政治勢力を表現せるに外ならぬ。

美濃部博士の憲法論に至つては、前三者ミ全く趣を異にす。國權の最高性を認め、國家の主權性を認むるも、<sup>35</sup> 穂積博士の如き國權無制限の思想を極力排撃す。曰く、國家ハ最高獨立他ノ如何ナル權力ニ依リテモ支配セララル、コトナシト雖モ、是レ決シテ國家ガ萬能無制限ノ權力ヲ有スルコトヲ意味スルモノニ非ズ、若シ國家ガ無限ノ權力ヲ有シ、國民ハ絶對ニ其權力ニ服従スルモノトセバ、國家ト國民トノ關係ハ唯事實上ノ權力服従關係タルニ止マリ、法律上ノ權利義務ノ關係タルコトヲ得ズ而、シテ事實上ノ權力服従關係ニ止マルモノハ唯實力ノ壓迫ニシテ未ダ國家ヲ爲スモノト謂フヲ得ズ、國家トシテ成立セル以上ハ國家ノ權力ハ必然ニ法ニ依リ制限セララル、モノナルヲ要ス、唯其制限ハ慣習又ハ條理ニ基クモノノ外國家ノ自ラ承認スル所タルヲ要シ、他ノ權力ニ依リ其意思ニ反シテ加ヘラル、モノニ非ザルノミ。國家ハ自ラ國法及國際法ヲ承認スルコトニ依リ自ラ其意思力ヲ制限シテ一定ノ範圍ニ於テノミ其意思力ヲ主張シ得ベキコトヲ認ム。國家ノ意思力ニ此ノ如キ法律上ノ制限アルニ因リ、國家ハ管ニ外國ニ對スル關係ニ於テノミナラズ内國民ニ對スル關係ニ於テモ、權利義務ノ主體タルコトヲ得ルナリ。<sup>36</sup> これによりて明かなるが如く、美濃部博士に於ては、從來の警察國的思想は一洗せられて國家自限說に依り法治國の思想が明確に描き出されてゐる。

この制限的の主權は、美濃部博士に於ては何人が主持するや？美濃部博士は國家法人説を認む。その當然の論理的歸結として君主機關説を奉じて穗積、上杉、兩博士の君主主權説を攻撃すること頗る急を極む。<sup>38</sup>

既に君主機關説を承認する以上、政黨政治に對して積極的解答を與ふるは論理の必然でなければならぬ。憲法の立案者の意志は政黨政治否認に在つたけれども、憲法施行後に於ける我が憲政の發達は全然この立案者の豫期に反して、政黨政治は憲法上の制度としてには非れども習俗的規律として確立した結論せらる。<sup>39</sup>

上述の如く、美濃部博士が警察國の思想を排して法治國の思想を宣揚し、君主主權説に戦ひを挑んで君主機關説を高調し、官僚内閣を排撃して政黨政治の實現に理論的基礎を與へられたるは、正しく、自由主義の立場に立つて我が專制的政治勢力をたたかはれたるものにして、美濃博士の憲法論こそは自由主義憲法論と稱すべきものであらう。

今ここに紹介せんとする佐々木博士の日本憲法要論は、美濃部博士、野村博士と同じく自由主義憲法論に屬する。統治權を説明して曰く、統治權には必要的品質と偶然的品質との二つあり、前者は、統治權に含まるゝ支配權は固有のものにして且統治權が單一不可分なるに在り、後者の説明としては、本來國家の統治權には獨立のものあり、而も必ずしも獨立のものなるに非ず、獨立のものなることを國家の統治權の偶然的品質とす。<sup>40</sup> さらに、

統治權の獨立を説明して曰く、茲ニ國家ノ統治權ノ獨立トハ、國家ガ、自己ノ統治權ニ依ルノ外、他ノ者ノ意志ニ依テ制限セラルルコトナキヲ謂フ。其ノ制限ハ或ハ統治權ノ發動ノ方法ニ付テ存スルコトアルベク、或ハ統治權ノ發動ノ物體ニ付テ存スルコトアルベシ。國家ガ他ノ者ノ意志ニ依テ此ノ如キ制限ヲ受クルトキハ其ノ統治權ハ獨立ノモノニ非ズ。右ノ國家ノ統治權ヲ指シテ或ハ最高獨立ノモノト云ヒ、或ハ最高、無、制、限、ノモノト云フ。蓋シ右ノ所謂獨立トハ畢竟自己以外ニ自己ヲ制限スル所ノ一層高キ意志ヲ有セザルコトナレバナリ。<sup>41</sup>。さらに、國家自身ノ法に依る制限を説明して曰く、法律ニ拘束セラルル者ニ國家自身及ビ統治ノ客體アリ。(一) 國家自身ガ拘束セラルトハ國家自身ガ其ノ法律ノ定ムル所ニ從テ行動シ之ニ違反スルヲ得ザルコトヲ謂フ。法律ハ國家ノ定ムルモノナレドモ、一旦之ヲ定メタル以上ハ、國家自身之ニ拘束セラル。國家ガ拘束セラルルハ即チ國家機關ガ拘束セラルルナリ。之ヲ法律ニ依ル内面的拘束ト云フ。(二) 統治ノ客體ガ拘束セラルトハ統治ノ客體ガ其ノ法律ノ定ムル所ニ從テ行動シ之ニ違反スルヲ得ザルヲ謂フ。之ヲ法律ニ依ル外面的拘束ト謂フ。<sup>42</sup>

以上の引用によりて明かなるが如く、佐々木博士においては、穂積、上杉、兩博士の憲法論に於ける統治權の法の上の無限性テウ警察國思想は一掃せられて、痕跡もなく自由主義の法律制度たる法治國が國家自限說に依りて極めて鮮明に描き出されてゐる。

この制限的なる統治權は佐々木博士に於ては、何人が主持するや？ 佐々木博士は國家法人説を承認せらるるが故に、主持者は國家にして、その論理的歸結として穗積、上杉、兩氏の君主主義説を痛烈に攻撃しながら君主機關説を強調せらる。<sup>44</sup>

すでに、君主機關説を承認せらるる以上、自由主義政治形態の花も謂ふべき政黨政治を謳歌せらるるは必然でなければならぬ。我が自由主義政黨が我が專政的政治勢力を闘つて明治三十一年以來一勝一敗否むしろ後退を餘儀なくせらるるに當つて、佐々木博士は立憲非立憲なる一書を著はし、政黨政治は君主主義と相調和するものなることを原理的に確立し、之を普及せられたるは、大正十三年護憲三派の聯立内閣に於ける專制的政治勢力に對する自由主義の勝利に甚大なる影響を及ぼされたるは否定することは出来ない。佐々木博士は議會政治には、制度上の議會政治と運用上の議會政治との二つあつて、前者は君主主義と相容れないが、後者は何等抵觸するところがない。こ主張し之を説明して曰く、君主が國務大臣ヲ任用スルニ當ツテ之ヲ議會ノ多數黨カラ取ラネバナラヌトセラルルナラバ君主ハ議會ノ意志ヲ執行スルニ過ギナイモノト爲ル。其ノ君主主義ヲ破壊スルコト云フマデモナイ。ソレ故ニ制度上ノ議會政治ハ君主主義ト相容レナイモノデアル。然シナガラ、君主ガ圓滿ニ政治ヲ行フガ爲ニ適當ナ方法ダトシテ、國務大臣ヲ議會ノ多數黨カラ取ルナラバ、ソレガ君主主義ニ抵觸スルモノデアナイ

コト辯ズルマデモナイ。即チ、運用上ノ議會政治ハ君主主義ト相容ルルモノデアル。45。日本憲法要論に於ても同様の説明を加へられ、而して、議會政治は憲法上の習律として確立せられず、未だその道程に在りませらる。46。この點美濃部博士ミ異なるミころである。之を要するに、穗積、上杉、清水諸博士の憲法論が程度の差こそあれ、專制主義的憲法論なるに反し、佐々木博士の日本憲法要論は、美濃部、野村諸博士の憲法論ミ同一類型に屬し、わけても徹底的の自由主義憲法論に屬するものである。

以上日本憲法學史を概説することによりて、佐々木博士の日本憲法要論が專制主義憲法論に屬せずして、實に自由主義憲法論に屬する所以の論據を明かにしたが、吾々は斷じて之を以て満足することは出来ない。自由主義憲法論中にて、日本憲法要論が如何なる地位を占むるや、が實に、最初にして最後の課題でなければならぬ。日本憲法要論を精讀したる者は、何人も、他の憲法論に於いては見出し得ない特色を隨所に發見し得るが、殊に、憲法第廿七條所有の自由の解釋において、<sup>47</sup>從來の憲法論の通弊たる比較憲法學的態度を一擲して諸外國の憲法を參考しながら日本憲法獨立の解釋を定立し、憲法第九條獨立命令の解釋において、<sup>48</sup>從來の公法學がその論理の精緻さにおいて私法學に劣つてゐたのを一掃して同一水準否それ以上に高められた。かくの如き偉大なる特色を有する日本憲法要論こそは、自由主義憲法論中最高の地位を占むるものにして、個人主義的自由主義憲法論が團體主義

憲法論に席を譲るまでは最高峰に立つて指導的役割を演ずることは、之を精讀したる何人も否定し得ないところである。

二、日本憲法要論の特色例示。

イ、憲法第廿七條所有の自由の解釋について。

憲法第廿七條に保障せらるる所有權の自由に於ける所有權を民法に所謂所有權ニ解する人が多かつた。<sup>49</sup>清水博士は少しくその範圍を擴張して曰く、民法第二〇六條ニハ所有物ノ使用、收益及ビ處分ヲ爲スノ權ヲ所有權ト爲スガ故ニ此等ノ作用ノ一ヲ侵害スルモ亦所有權ヲ侵スモノト云フベク從ツテ所有權ノ一作用ニ屬スル永小作權、地上權等ヲ侵スコトモ憲法第二十七條ノ適用ヲ受クルモノナリ。<sup>50</sup>ミ然れども、この所有權を廣く財產權ニ解する<sup>51</sup>ことには絕對に反對し、結論して曰く、要スルニ憲法第二十七條ノ所有權ハ所有權及ビ其支分權タル物權ノ意ニシテ債權ハ之ヲ包含セザルモノトス。<sup>52</sup>

憲法第廿七條に依りて所有權は保障せらるるが、その他の一般の財産權が保障せられないとするならば、憲法第

廿七條の價値は頗る小なるものなる。美濃部博士は、この所有權は總ての財産權を意味するものせらる。曰く、『所有權ヲ侵サルルコトナシ』トイフコトガ、單ニ民法ノ意義ニ於イテノ所有權ノ不可侵ヲ定メテ居ルノドナク、總テノ財産權ノ不可侵ヲ意味スルモノデアルコトハ、事柄ノ性質カラ見テモ明瞭デアル。所有權ダケハ侵スコトガ出來ナイガ、地上權ヤ抵當權質權ハ之ヲ侵スコトガ出來ルト解スルコトノ不條理ナルコトハ言フマデモナイ。管ニ民法ニ認メテ居ル財産權バカリデハナク、特許權・實用新案權・意匠權・商標權・著作權・漁業權ノ如キ特別法ニ依ル財産權ヲモ含ミ、又管ニ私法的性質ヲ有スル財産權バカリデハナク、水利權・河川占用權・公園地又ハ道路使用權ノ如キ公法的性質ヲ有スル一人ノ財産權ヲモ含ンデ居ル。ソレハ又單ニ物權ニ止マラズ債權ニ付イテモ同様デアツテ、凡テ性質ノ如何ヲ問ハズアラユル財産權ガ本條ニ依リソノ不可侵ヲ保障セラレテ居ルノデアル。<sup>53</sup>ミ。要するに、美濃部博士に於ては、この所有權は財産權の意にして私法的性質の財産權のみならず公法的性質の財産權をも含んでゐるものせらる。

この所有權の意義を斯くの如く廣義に解釋せらるるの論據はいづこにありや？如何にして基礎づけられるや？この點が頗る重大である。曰く、本條ニ所謂『所有權』ハ、民法ニ定メラレテ居ル所有權ヨリハ遙ニ廣イ意義ヲ有シ、廣ク總テノ財産權ヲ意味スルモノデアル。ソレハ、Property, Propriété, Eigentumニ相當シ、而シテ此等

ノ西洋語ハ何レモ所有權ノ意ニ用ヒラルルト共ニ、廣ク財產權ノ意ニモ用ヒラレル。殊ニ本條ノ規定ノ第一句ハプロイセン舊憲法第九條ノ第一句 *Das Eigentum ist unverletzlich* ナ始下文字通りニ翻譯シ、唯ソレニ『日本臣民ハ』ノ語ヲ加ヘタモノデ、ソノ所謂所有權ノ語モプロイセン憲法ノ *Eigentum* ノ語ト同ジ意味ニ用ヒテ居ルモノト解スルノガ當然デアル。<sup>54</sup> 美濃部博士の基礎だけは帝國憲法の母法たる舊プロイセン憲法第九條に於ける *Eigentum* の意味をそのまま、に移して比較憲法學的に之を決定せんとするものである。吾人も亦結論に於ては美濃部博士と同様に於て、この點全博士に推服するところであるが、如何に文字が酷似し、日本憲法の母法なることが明白であつても、舊プロシヤの社會に咲ける憲法と日本の社會に咲く憲法とは異なる。尤も舊プロシヤ憲法の條文が殆んどそのまま日本憲法として採用せられたるは、採用せられるに適當するだけの社會的地盤が日本に生じて居たことは承認しなければならぬ。然れども、依然として舊プロシヤに我が國とは異なる。従つてその社會と不可分離の關係にある憲法も亦異らざるを得ない。異なる憲法ならば、それが解釋の基礎づけはその決定點に於て自ら異なるべく一致することあるも偶然の一致と言はねばならぬ。尤も、比較憲法學的に研究して參考することには大に推獎すべきことである。けれども、それは參考となるに止つて解釋の決定力とすることは出来ない。この意味に於て、その基礎づけに於ては、美濃部博士に與することを得ないのを遺憾とする。

以上の要求に満足を與へたるものとしては、佐々木博士の日本憲法要論を推さざるを得ない。曰く、然レバ帝國憲法ニ所謂所有權ヲ以テ財產權ナリトスルコトハ、決シテ、帝國憲法制定ノ際參考トセラレタル西洋諸國ノ憲法中、我國ノ所有權ニ相當スル文字ガ、財產權ノ義ニ用ヒラルルヨリ生ズル沿革上ノ理由ニ由ルニ非ズ。帝國憲法自身ニ依ル精神解釋ノ結果ナリ。ミ。かくの如くに論じて比較憲法學によりて得られたる材料を以て決定するこゝの不可なるを指摘せらる。そして解釋して曰く。茲ニ所有權トハ私法上ノ財產權ヲ謂フ。民法ニ於テモ所有權ノ語ヲ用ヒ其ノ概念ヲ示スト雖、帝國憲法ニ所謂所有權ハ固ヨリ民法ニ所有權ヲ指スニ非ズ。民法ハ遙ニ帝國憲法ニ後レテ制定セラレタルモノナレバナリ。故ニ帝國憲法ニ所謂所有權ノ概念ハ民法ト關係ナシニ解釋スルヲ要ス。所有權ノ語ハ本ト財物ヲ完全ニ支配スルノ權利ヲ指シ、廣ク私法上ノ財產權ヲ指スニ適セザレドモ、帝國憲法ノ精神ハ唯臣民ノ財產權ヲ保護スルニ在リ。其ノ保護ニ付テ所有權ト他ノ財產權トヲ分ツノ思想アリタルニハ非ズ。唯當時財產ト云ヘバ所有ノ財物ナリト考ヘ、從テ財產權ト言ヘバ所有權ト考ヘタルナリ。帝國憲法ノ保護ハ所有權ナルノ故ニ非ズ、財產權ノ故ナレドモ、所有權即チ財產權ト考ヘタルニ由リ、用語上所有權ノ保護トシテ示サレタルナリ。然レバ精神解釋ニ依リ、帝國憲法ニ所謂所有權ヲ以テ財產權ノ義トスルヲ妥當トス、然レドモ其ノ財產權ハ私法上ノ財產權ニ限ル。蓋シ當時公法上ノ財產權ナル觀念ハ到底未ダ存セザリシモノト云フ

ベケレバナリ。ミ。吾人は、かくの如き解釋の態度に十全の敬意を表するものである。ただ、憲法制定の當時存在せざりし公法上の財産権をきり離して私法上の財産権に限るミ解釋するの用意に賛成するこゝは出來ない。蓋し、社會は一瞬も靜止するこゝもなく流動する。そして新らしきものを創造する。この新らしきものが憲法制定當時に豫想せられなかつたミしても明白に反對規定なき限り出來得る限り擴張解釋して之を保障するこゝが眞正の解釋の態度であるからである。

ロ、憲法第九條の獨立命令の解釋について

人若し日本憲法の特色を求むるならば、憲法第九條の獨立命令を指すであらう。ただし、日本憲法の母法たる舊プロシヤ憲法第四五條が單に執行命令のみを規定せるのみならず、現行プロシヤ憲法第五一條、獨逸憲法第七條、白國憲法第六七條、奧國憲法第十一條第二項、第十五條第二項、舊奧國憲法第十一條第一項、伊國憲法第六條、舊露國憲法第十一條等も同じく執行命令のみを認めて、日本憲法の如くに、公共の安寧秩序を保持し及び臣民の幸福を増進する爲みいふが如き廣汎なる範圍に於て命令の發するこゝを認めてゐないからである。

若し之を何等の用意なしに解釋すれば、公共の安寧秩序を保持し及び臣民の幸福を増進するこゝは、國家の一

切の目的を包含するが故に、總ての事項を命令を以て規定し得るこゝなる。穗積、上杉、清水、野村諸博士はこの説を支持するものにして、たゞ之に對する制限を以て或は獨立命令を以て法律を變更し得ざるものとなし或は立法事項を規定し得ざるものとなす。<sup>55</sup>凡そ法は原則として帝國議會の協賛を以て法律として制定すべく、命令はたゞ限られた事項についてのみ發し得べきことは憲法第五條及び憲法全體の解釋より推論せらるゝ、こゝろにして、之によりて始めて立憲主義を維持するこゝが出来る。然るに上述の如き解釋に従ふときは、我が憲法をして立憲の體裁を備へしむるのみにして實は專制主義、若しくは警察國に逆轉せしむるに至る。穗積、上杉、清水の如き專制主義的憲法論者にしてはかくの如き結論に導くこゝは敢て怪しむに足らず雖、苟も立憲主義を維持せんことを欲するならば、獨立命令を能ふ限り狭く解釋するの用意がなければならぬ。

獨立命令を最も狭く解釋するに成功したるは美濃部博士である。美濃部博士は、先づ國家自身の組織、軍備、財政のためにする法規を控除し、さらに、民事法、刑事法、訴訟法を除外するこゝに依つて凡ての司法的法規を控除し、内政の範圍に限るこゝなし、さらに、内政の範圍より公法人の法、公用負擔の法、及び私法上の財産權に關する法を控除したる範圍内に於てのみ獨立命令を以て規定し得べきものとなす。ただし、以上に於て除外せられたる法規は、直接に安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進するためのものではなくして、全く間接であるから

である。憲法第九條の獨立命令に於ては「直接ニ」<sup>59</sup>といふ文字が加はつてゐるものと同様に解すべきものにして社會的利益を直接の目的として國家の一般統治權に基き人民に命令し強制する權力を警察權と謂ひその作用を警察と謂ふ。故に憲法第九條の獨立命令の規定は執行命令の外には要するに警察命令の大權を定めたものに外ならぬのである。<sup>59</sup>然らば、『臣民ノ幸福ヲ増進スル爲』なる文字は如何なる意義を持つか？これに答へて曰く、臣民ノ幸福ヲ増進スルタメノ命令トハ、例ヘバ、電信規則、電話規則、各種ノ學校令、鐵道乘車規定ノ如ク、全然國民ノ權利義務ニ付イテノ規律ヲ定ムルモノデナク、唯人民ガ自己ノ自由意思ヲ以テ之ヲ利用スルニ付イテノ條件タルニ止マル。ソレハ普通ニ行政命令ト稱セラレ、モノデ、法規命令デナク、性質上立法權ニハ屬セズ、行政權ノ當然ノ作用トシテ定メ得ベキモノデアル。<sup>60</sup>要するに、美濃部博士に於ては、憲法第九條の獨立命令は警察命令の大權を定むるに共に、あはせて、行政權の當然の作用たる行政命令をも規定せるものと解するのである。若し、『臣民ノ幸福ヲ増進スル爲』なる大字を行政命令を規定せるものにして貫くならば、結局之あれどもなきが如く無意義に終らしめる。ただし、天皇が行政命令を制定したまふことは、特に帝國憲法に依て認めらるゝことを要せず、天皇は行政を行ひたまふものなればその手段として當然行政命令を發し給ふことを得るからである。憲法第九條の獨立命令を狭く解するに於ては、美濃部博士に於て最極限に達しよくその目的を達したり

さ雖、嚴然として存在する文字をあれどもなきが如くに解するは、果して解釋技術に於て正しきや？特別の事情のなき限り存在する文字には存在するものとして意義を附加すべきものも信ずる。この點に満足を與ふるものは佐々木博士の日本憲法要論である。先づ、憲法第九條の獨立命令の條たる公共の安寧秩序を保持するがための命令を警察命令なることを明かにし、臣民の幸福を増進する爲なる文字を説明して、臣民の幸福を増進すは直接に臣民に從來に比して一層大なる幸福を與ふることにして、間接に臣民に幸福を與ふることは含まずみなし、先づ第一に、國家の組織、軍備、財政の爲にする作用を控除し、さらに、臣民の生活に關係を有するも、單にこの生活の規律を計るの作用、例へば、臣民相互間の權利義務の關係を定め、その關係を確定する方法を定め、臣民の法上の能力を定め、臣民の團體的活動の方法を定むるの作用等の如く凡そ美濃部博士の所謂司法的法規を除外して、唯直接に臣民の生活を向上せしむるの作用のみを限定せらる。而して、その作用を例示して、臣民の知識才能を發達せしめ、臣民の經濟生活を充實せしめ、臣民の交通取引を便利ならしむるの作用等を示さる。<sup>62</sup>この點までは、美濃部博士も略々同様なるも、これが果して行政命令を規定したるものなるや？の問題に關しては之を否定して次の如くに解説せらる。命令が臣民ノ幸福ヲ増進スルガ爲必要ナリトハ、臣民ニ幸福ヲ與フルガ爲ニ臣民ノ行爲ヲ制限スルノ必要アルコトナリ。其レ行爲ヲ制限セラル、コトガ、制限ヲ受クル臣民ニ幸福ヲ與フル

場合ニ關ス。他人ニ幸福ヲ與フルガ爲ニ、法律ニ依ラズシテ、臣民ノ行爲ヲ制限スルガ如キハ帝國憲法ノ趣旨ニ非ズ。然レバ帝國憲法ハ、臣民ガ行爲ヲ制限セラル、コトニ依テ幸福ヲ與ヘラルベキ場合ニ、命令ヲ以テ其ノ臣民ノ行爲ノ制限ヲ規定シ得ベキコトヲ定メタルナリ。例、兒童及ビ其ノ父兄ハ兒童ヲ教育セラル、コトニ依テ幸福ヲ受クルガ故ニ、命令ヲ以テ就學ヲ強制セラル、コトヲ得。然レドモ命令ヲ以テ、一般ニ富者ガ貧者ノ兒童ノ就學ノ援助ヲ爲スベキコトヲ規定スルヲ得ズ。之に依つて佐々木博士は憲法第九條の獨立命令を能ふかぎり狭く解釋するの要求を満足せしむるに共に、臣民の幸福を増進する爲なる文字を殺さずに生かして法規命令として確立し、かくしてその範圍を内務行政に屬する警察命令と助長行政のたあにする臣民の自由の拘束を内容とする命令に限定せられたのである。なほ凡そ同様の結論に導きたるものとして市村博士の帝國憲法論、<sup>64</sup>佐藤博士の帝國憲法講義<sup>65</sup>あれども、佐々木博士の理論の精緻なるには及ばない。

### 三、その批判

#### イ、國家自限説について

佐々木博士は、國家自限説を承認してその上に公法理論を構成せられ居ることは一に於て指摘したところであ

る。然れども、國家自限説は果して原理的に支持し得らるゝや？國家自限説は國內法關係のみならず、國際法との關係に於て適用を見る。今、各國家の自己制限に依つて條約が成立するや否やを討檢してみやう。條約は國際間の契約である。自己制限に依つて條約が成立するためには各當事者が實質的に平等でなければなぬ。けだし契約は權利義務の關係を成立せしめるが、實質的に不平等なるもの、間においては義務は常に一方的意思に依つて成立することゝなる。すなはち、一方の意思に依つて他方が強制せられ義務つけらるゝことゝなり、そこには合意もなく自己制限もなくたゞ他律あるのみ。實質的に不平等なる者の間に於ける契約を吟味すれば、かくの如く、契約なる美名によつて粉飾せられたる他律の伏在せるを見る。翻つて國際社會に於ける諸國家の實力關係を觀察すれば、實力關係に於て平等なる國家は極めて稀にして、むしろ、存在しないといつてよからう。不平等なる者の間に締結せられたる條約に、如何にして自律又は自己制限が存在し得やうぞ。これによつても、國際條約との關係に於ては國家自限説は維持し得ざるの結果となる。<sup>66</sup>

ロ、統治權最高無制限の語義について

統治權の偶然的品質の説明の部に於て、右ノ國家ノ統治權ヲ指シテ或ハ最高獨立ノモノト云ヒ、或ハ最高無制

限ノモノト云フ。<sup>67</sup>の文字があるが、統治權の無制限といふ語は、概ね統治權が法に依りて拘束せられず法の上の無制限といふ意味に用ひらるゝ、こゝが通例なるこゝに、一に於いて論じたこゝろである。佐々木博士は國家自限說を承認して統治權は自己の制定したる法に依りて制限せらるゝ、こゝを認めらるゝ、が故に、決して世に所謂統治權の無制限性を主張せらるゝ、ものではない。この趣旨を徹底せられるためには、誤解を生ずるの虞ある無制限の語を避けらるゝ、が宜しきに非るか。

#### ハ、剩餘金支出について

日本憲法要論を通じて感ぜらるゝは、極めて精巧なる理論が法規そのものを基本として構成せられ、法規の下に存する社會の流れを輕視せらるゝ、の傾きの存するこゝである。試みに、議會開設の翌年より憲法上の問題となりたる剩餘金支出について考察してみやう。歳出豫算の効果を論ぜらるゝに當り、剩餘金支出は憲法違反なりと論定せらる。曰く、然レバ必要アル豫算外ノ支出及ビ避クベカラザル豫算超過ノ支出ヲ爲スニハ必ズ豫備費ヲ以テスルヲ要ス。豫備費ハ前ニ述ベタルガ如ク在ノ場合ニ應ズルノ處置トシテ帝國憲法ノ規定ニ依テ設ケラル、モノニシテ、豫算外ノ支出及ビ豫算超過ノ支出ヲ爲ス場合ニ於テモ、豫算自身ニ於テ之ニ應ズルノ處置トシ

テ定メタル豫備費ヲ以テスベキモノトス。是レ國家ノ支出ハ鑿テ豫算自身ニ於テ總括的ニ之ヲ定ムル趣旨ナリ。豫備費ヲ以テシテハ十分ナラズトストキハ追加豫算ヲ制定スルノ外ナシ。但非常ノ事情アリ而モ帝國議會ヲ召集スルコト能ハザル場合ナルトキハ、帝國憲法ノ定ムル所ニ依リ後ニ説ク所ノ緊急財政處分ヲ行フコトヲ得。是レ別論ナリ。故ニ國庫ニ剩餘金アル場合ニ於テモ之ヲ支出スルコトヲ得ズ。例、我國實際ノ取扱ニ於テハ、國庫剩餘金ヲ以テ、豫算外ノ支出及豫算超過ノ支出ヲ爲シ、之ヲ責任支出ト稱ス、其ノ帝國憲法ニ違反スルコトハ以上ノ所説ニ依テ明ナリ、且今日ニ於テハ所謂責任支出其ノモノトシテモ亦濫用セラル、ノ傾アリ、憂フベシ。<sup>68</sup>

ミ。要するに、佐々木博士は、豫算超過支出及び豫算外支出に關しては、先づ豫備費を以てすべく、これを以て十分ならざるまきに追加豫算を以てすべく、但し帝國議會を召集する能はざる事情の存する場合には最後の手段として憲法第七〇條の緊急財政處分を以てすべく、如何に國庫に剩餘金あるも之を支出するこゝは憲法違反なりとせらる。剩餘金支出は、之を濫用するこゝは特に戒むべきこゝにして、第二豫備金の支出に準じ嚴重なる制限を附する様に解釋しなければならぬけれども、憲法第六四條第二項の豫算外支出は豫備費にその財源を求むるか又は他にその財源を求むるかに付いて、憲法は別段の制限を設けて居らぬのみならず、現に剩餘金が存するにかゝらず、之を以て突然起る國家の重大なる事件に處するこゝが出来ないとするのは、豫備費の制度に過大の價

値を附するものにして、且歳出に對する議會の協賛は豫め歳出を承認する行爲で許容的效力を有するのみにして禁止的の效力なきに、況んや豫備費に於ては用途不定の資金として支出の承認も與へてをらぬものであるから禁止的效力のないこゝは當然でなければならぬ。<sup>69</sup> 之解するのが正當なりと信ずる。蓋し、憲法及びその他の法令に於て明白にその解釋を否定せざる限りは、法規の下に存する社會の動きに從つて理論構成すべきものと信ずるからである。

ニ、政黨内閣制度について

さらに、政黨内閣制度が憲法上の習律として確立せられ居るや否やの問題を論じて曰く、憲法的習律中最モ重要ナルモノハ、政府更迭ノ手續ニ關スルモノトス。即チ内閣ガ議會ノ信任ヲ失ヒタルトキハ辭職スルコト、又内閣組織ノ大命ハ之ヲ時ノ議會ニ於ケル多數黨ノ首領ニ下サル、コト、スルコトナリ。此ノ如キ憲法的習律成立セルトキハ内閣更迭手續ニ付テ一定ノ法則アリ、政局ノ安定乃チ存ス。我國ニ於テハ未ダ此ノ種ノ憲法的習律成立セザルガ故ニ、内閣更迭ニ際シ所謂策動行ハル、ノ餘地アリ。國家ノ不幸甚ダ大ナリ。故ニ將來此ノ種ノ憲法的習律ノ成立ニ努力スルコト我國民ノ責務ト云フベシ。<sup>70</sup> 法ニ雖も、例外なく之を遵守する者なく、むしろ、之

を破る者あるによりてその妥當せるを認識せられる。内閣更迭に際し策動行はる、は、よし憲法上の習律が成立したる後、雖、根絶するものは保障し難い。大正十三年護憲三派内閣において、政黨内閣制度の憲法上の習律成立したるもの、觀るべく、策動行はる、はこの習律を破る行爲にして、これあるがために却つて習律の成立したるを認識することが出来る。

過般官吏の減俸に際し、司法官に關しては裁判所構成法第七三條を論據として勅令說排撃の議論起るや佐々木博士は勅令說を擁護せられた。政府は佐々木博士の如き最も有力なる學者が勅令說を支持せられたるに確信を固め、結局司法官の俸給の減額を一般官吏と同じく憲法第一〇條に依る勅令に依りて定め、その附則中に、本令施行ノ際現ニ従前ノ規定ニ依リ俸給ヲ受クル判事ニ付テハ其ノ意ニ反シテ現ニ受クル額ヲ減ズルコトナシ。ミ規定して、特例を設けたのであつた。獨乙憲法一二九條には、官吏は既得權は侵さる、こゝなしとして、一般官吏は憲法第四八條第二項の場合の外は憲法改正の手續によるに非れば、減俸せられない様にしてある。我が國に於いても、官吏の地位を特に保障しなければならぬ狀勢にあることは何人も否定し得ないであらう。行政官の如く明白に勅令に依つて減俸せらる、性質のものは己むを得ないにしても、裁判所構成法第七三條の保障ある司法官については、特に明白に無理な解釋に陥らざる限りは、法律說を理論構成することが時勢に適し又學者の使命では

ないかと思ふ。

(一九三二・九・十二)

1、穂積八束著、憲法提要、一九頁。なほ、穂積博士著、憲法(明治四十二年度中央大學講義録合本)十六頁以下にも同様の定義が與へられてゐる。以下、單に、憲法を記述するときは、この講義録を指すものとす、さらに、極めて簡單なりと雖、法理の要

点は洩す所なきを信ずと言はる、國民教育憲法大意五頁にも同様の定義がなされてゐる。

2、憲法提要、廿一頁。

3、憲法提要、一四七頁。なほ、二二〇頁、二二二頁、二二二頁にも同様の見解が散見する。

4、同上、一四八頁。

5、憲法提要、四二―四四頁。憲法一〇頁、一一頁。

6、憲法、二二頁。註七、憲法二二頁。

8、憲法、二三頁。

9、憲法提要、一九五頁。

10、同上、二二三頁。

11、同上、小引、三十四頁。

12、同上、二二八頁。

13、法學士、上杉愼吉著、帝國憲法、三三—三四頁。

14、同上、二四—二六頁。

15、同上、二〇—二二頁。

16、上杉愼吉著、帝國憲法第一編國家第二編國體四三四—四四六頁。

17、同上、四四—四六頁。

18、同上、四六—四八頁。

19、同上、四六五—四七二頁。

20、拙稿、「公法の領域に於ける自律の思想の一展開。」法政研究第一卷。

Jellinek, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, s.14 15.16. Jellinek, allgemeine Staatslehre, s.480.481. Jellinek,

Die Lehre von den Staatenverbindungen, s.34. Jellinek, Gesetz und Verordnung, s.198.

21、上杉愼吉著、新稿憲法述義、七二—七三頁。

22、帝國憲法、第一編、國家。第二編、國體。四四—三五頁。

23、同上、六〇七—六〇九頁。上杉愼吉著、新稿帝國憲法、一〇八—一一〇頁。

24、同上、六〇九—六一一頁。

25、同上、六一六—六一七頁。新稿帝國憲法、一〇五頁。

26、同上、六二〇—六三〇頁。新稿憲法述義、一一一—一二三頁。

佐々木博士の日本憲法要論を讀む (第二卷第一號)

(B 三二)

- 27、同上、 五四〇―五三五頁。同上、 九五―九六頁。
  - 28、上杉愼吉著、國體憲法及憲政、二四三―二五五頁。
  - 29、同上、 五三四頁。
  - 30、同上、 五四九頁。
  - 31、清水澄著、國法學第一編、憲法編、二六一―二六二頁
  - 32、同上、 二三―三二頁。
  - 33、同上、 二七七―二八〇頁。
  - 34、二六四頁。
  - 35、美濃部達吉著、憲法撮要、三〇頁。美濃部達吉著、日本憲法第一卷、二二六頁。
  - 36、前掲、憲法撮要、三〇―三二頁。なほ、二四頁參照。
- 日本憲法第一卷、二二八―二二〇頁には、國家自限説を宣揚して、穗積博士の主權の法の上の無限性の思想を排撃すること痛烈を極む。なほ、五三一―五五頁參照。
- 國家自限説はイエリネットクに依りて科學的體系を具備するに至つたのであるが、ケルゼンの國法、國際法理論の批評における美濃部博士の國家自限説(ケルゼン教授の國法及國際法理論の批評。國家學會雜誌第四十四卷、第十號、八六―九三頁)は、はるかにイエリネットクを深化せられ従つて凌駕してゐる。殘るは、たゞ之が批判のみ。國家自限説の史的研究としては、拙稿、公法の領域に於ける自律の思想の一展開。法政研究第一卷參照。

野村博士も亦國家自限説を承認して主權の法に依る制限性を主張せらる。(野村淳治博士述、最新帝國憲法、昭和六年度版帝國大學講義十四頁以下參照)

- 37、憲法提要、二〇一二頁日本憲法第一卷、一七四一—一八九頁。
- 38、日本憲法第一卷、三〇一—三〇三頁。憲法提要、四八頁、五五頁、五七頁。
- 39、憲法提要、二二九—二三〇頁。なほ、二七八—二八一頁及び一二二—一二四頁參照。
- 40、佐々木惣一著、日本憲法要論、二八四—二八六頁。
- 41、同上、二八六頁。
- 42、同上、五八四頁。日本行政法論、總論七六—七九頁參照。
- 43、同上、六四—六七頁。
- 44、同上、三三二—三三三頁。なほ、三一八—三三三頁及び七五—七七頁參照。
- 45、佐々木惣一著、立憲非立憲、八五—八六頁。
- 46、三七五—三七七頁。なほ、一八五—一八六頁、二三六頁參照。
- 47、同上、三三八—三四〇頁。
- 48、同上、六一七—六二二頁。
- 49、上杉愷吉著、新稿憲法述義、二九三頁。市村光惠著、帝國憲法論、四一四—四三頁。
- 50、清水澄著、憲法編、四九五頁。

- 51、同上、 四九五―六頁。
- 52、同上、 四九七頁。
- 53、美濃部達吉著、憲法精義、三八五―六頁。
- 54、同上、 三八三頁。
- 55、佐々木惣一著、日本憲法要論、二九一頁。
- 56、同上、 二一八―二一九頁。
- 57、穗積捷要、七五〇―七五一頁。野村博士著、帝國憲法、(昭和六年度帝國大學講義) 二六〇頁。
- 58、上杉愷吉著、新稿憲法述義、五九五―五〇一頁。なほ、五〇〇頁には、獨立命令を以て法律を變更し得ざるものとなす。清水澄著、憲法編、一二二九―一二三〇頁。
- 59、美濃部達吉著、逐條憲法精義、二二九―二三二頁。憲法撮要、四四六―四四七頁參照。
- 60、逐條憲法精義、二二三頁。憲法撮要、四四五頁。
- 61、佐々木惣一著、日本憲法要論、六一八―六一九頁。
- 62、同上、 六一九―六二〇頁。
- 63、同上、 六二〇―六二二頁。
- 64、市村光惠著、帝國憲法論、八八二―八三二頁。
- 65、佐藤丑次郎著、帝國憲法講義、二七二―二七五頁。

66、國家自限説否認の學説としては、正當なる認識なりや否やを別としてウイン法學派を擧げることが出来る。ケルゼンは、國家主權説を固執するために國家自限説を貫くならば、先で第一に、他國法秩序は自國法秩序の一部分となり、自國以外の共同体は、すべて國家と稱せられ得ないこととなり、自國法秩序は宇宙法秩序と化する。(Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 187—190, s. 314—315.) ことに、國際法は自國法秩序の一部分となり、國際法は畢竟對外的國民法 *aus Bereis Staatsrechts* として *„Völkerrecht“* (Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 153—154.) として不合理なりとして國際法主權説 *„Völkerrechtssouveränität“* を導く。但、ケルゼンにおいては未だ決定的ではない。フェルドロスにおいて決定的である。

67、佐々木惣一著、日本憲法要論、二八六頁。

68、同上、六五六頁。

69、美濃部達要著、逐條憲法精義、六六八—六六九頁。

70、佐々木惣一著、日本憲法要論、一八七—一八八頁。