

「新憲法」の文獻概觀

喜 多 了 祐

一 新憲法が實施されたについて、理論上の問題として二つのものが考へられねばならぬ。その一は、新憲法の實證的解釋論であり、その二は、新憲法下における理想的立法論である。而も、困難なことには、二つの問題は單に平面的に並立するのではなく、新憲法てふ最高法規の下に多くの下位規範を従へた一の法構造において立體的に連關してゐるのである。今日多くの下位規範、別して民法刑法の改正が行はれてゐるが、この事業をして立法政策上いかやうに新憲法の實證的解釋にまで朝宗せしめるかが、科學的に論定されねばならないし、更に新法律の制定に至つては、大抵それが憲法規定上「今後の立法及び行政の指導原理としてその方向のみを認め」られた所謂社會的經濟的基本權

に關するものであるだけに、問題は一層の困難を待ち設けねばならぬ。最高裁判所に憲法の最高解釋權が與へられて居るにしても、それは右の困難を積極的に解決するほどのものではないであらう。茲においてか、學說の憲法解釋學的重要性が當然顧られねばなるまゝ。

二 新憲法の解釋學說として權威あるものは、勿論永い間の論議を通して現實の胎から徐々に生れ出づるものではある。しかし、今日新憲法解説書の殆ど凡てが通俗平易を旨として敢て學問的水準を迂回してゐるが如きにおいては、曾てドイツ法思想の影響下に立つて概念的精緻を誇つた我が憲法學の健在を疑はざるを得ない。田上教授は一橋新聞紙上において「参考になるものは國家學會雜誌第六十卷十號及び十一號の新憲法特輯號に載せられた論文の他には見當らない」(新聞昭和二十二年九月十五日刊)と慨嘆せられ、更に「本格的な勉強には從來の法制の教科書、參考書と官報に公布される新法令の他に、外國の法律書を併せて讀むことが大切である。これには特に新しいものを求める必要はない」と述べて居られる。されば、現在のところ本格的な研究は舊憲法及び外國法との比較に注がれるべき

である。恰も新憲法公布當初都下大新聞によつて競つて發表せられた所謂「新憲法義解」風のものに何時までも留つて居ては、些か靴下搔痒の感がある。

三 國家學會雜誌特輯の「新憲法の研究」は確かに東京大學法學部の健陣を實證するに足る包括的な學問的勞作として最も注目すべき最近の文獻の一つである。概ね新憲法の條章の順を追ふて重要問題を掲げ諸家の見解を展開してゐる。少からざる學者議員を憲法議會に送つた此の大學は政治的にも憲法制定に大なる貢獻を果してゐる。その足跡については佐藤功氏の好著「憲法改正の經過」に據つても一端を窺ひ知ることが出來よう。宮澤教授は夙にポツダム宣言受諾による「八月革命と國民主權主義」(世界文化昭和二十一年五月號)との冷嚴なる憲法理論的連關につき獨特なる所見を發表せられたことであつたが、右特輯號においても又この立場から「新憲法の概觀」を試みられる。尾高教授は「國民主權と天皇制」との表見的對立を正しい統治意志の理念において理論的合致點にもたらし、穩當中庸の法哲學者たるの眞面目を發揮して居られる。この理念はやがて「法の窮極に在るもの」(法學選書)として政治の矩であり、根本法であると後に説かれる

ところのものである。横田教授は國際法の立場から「戦争の抛棄」の世界史的重要性を説き、日本として、もとより、この大勢に應じ、この原則にしたがふことが必要である、と論結せられる。だが、何と云つても本特輯號の白眉は我妻教授の「基本的人權」であるであらう。教授は基本的人權を自由權的基本權と生存權的基本權との二つに分け、我が新憲法は前者を主とするが、後者をも含んでゐるとなし、特に後者の政治的意義における重要を強調し、之を裏付ける比較法的論據としてワイマール憲法、ソヴィエト憲法に見られる社會主義的思想を克明に援用して、つひに國家協同體理念にまで迫られるのである。行間に閃く公私兩法域に亘る深き造詣と共に、教授の透徹せる學風を物語るに餘りある。曩には「經濟民主々義の三立法」(中央公論昭和二十一年九月)において財閥解體、勞働組合法、農地調整法の三大立法につき右の理念の具體的展開の要を示唆せられたる教授が、更に近く刊行される「我國經濟の再建と統制立法」(法學選書)において説かれるところこそ、我々は大いなる期待を寄せ度い。新憲法の全き理解はかゝる廣き視野に立つてなさるべきものであらう。川島教授の「家族制度」は多くの俗流

存廢論の上に出て、嚴密な民法學的問題定立を以て始る。而してその經濟的社會的基礎への批判からして、現行民法上の儒教的封建的家族制度の廢止が當然に憲法第二十四條に豫定されてゐることを論證されんとするのである。石川學士の「勤勞權」は、法律上はアン・トン・メンガーの所謂勞働權ではないけれども、政治上は國家に對し失業を消滅さすべき義務を負はしめたものと論斷するの點において、我妻教授の線に沿ふものの如くである。野田助教授の「信仰・教育・學問」は法律新報の評論子から「二九三頁最後の三行の如きは愚にもつかぬ私語にすぎない。論者の名譽のために引用を省く」とまでの酷評を浴びせられたことではあつたが、新憲法理解の直接の参考文献たることを罷めて、憲法問題を自らの宗教的内省の高みにおいて捉へんとされる眞摯なる態度には敬意を表さねばならぬ。末延教授は専らアメリカ憲法における司法權の優越を比較法的素材として「違憲立法審査制」を論ぜられる。其他、團藤助教授の「人身の保障」、田中教授の「公の賠償責任」及び「地方行政」、杉村教授の「内閣制度」、刑部教授の「兩院制」、伊藤學士の「彈劾及び國民罷免制度」、高木教授の「最高法規」の諸論文があ

り、何れも新憲法の多角性と比較法學的研究の必要性和を示してゐる。

四 右特輯號と略々同じ構想の下に新憲法の包括的な解説註釋を企ててゐるのは、蠟山政道氏編輯の「新憲法講座」全三卷である。先づ蠟山氏は政治思想の觀點から新憲法の近代的意義を別抉され、又、黒田博士は國家學の見地から民主々義的憲法の基本原則たる立憲主義が本來の國家組織に附加された單なる安全装置といふ消極性を脱して、今や國民の自己決定を積極的に實現するための國家組織原理となつた所以を述べられ、共に新憲法前文に對する學問的地位を與へてゐる。次に、概ね新憲法の章別に從つて、天皇（市村教授）、戰爭の放棄（横田教授）、國民の權利及び義務（宮澤教授）、國會（淺井博士）、内閣（吉村氏）、地方自治（蠟山氏）、財政（井藤教授）、司法（末延教授）、憲法制定並びに改正（稻田氏）、最高法規（蠟山氏）と、それぞれ専門的立場よりする見解を披瀝してゐる。更に、憲法政治的問題として川原氏が「憲法の運用と政黨」を説かれ、最後に鈴木氏及び鶴飼教授の綜合批判を以て有終の美を濟してゐるあたり、頗る手際よく纏め上げられたと云へよう。この點、國家學會雜誌特輯號より

も一層網羅的である。我々は、この種解説書の將來の發展を希求すると共に、やがては學說判例の豊かな裏付けを俟つて恰もアンシュツ、トマ共編のワイマール憲法解説書 *Handbuch des Deutschen Staatsrechts, I, II, 1930—32.* の如き完璧性にまで迫らんことを期待するものである。

五 單獨執筆にかゝるものとして最新の體系的な論述は我が憲法學界の耆宿美濃部博士によつて試られた。「新憲法概論」(法學選書)がそれである。博士には他に「新憲法逐條解説」がある。後者は法律時報第十八卷十一號乃至第十九卷二號に亘つて連續寄稿されたものを新に上梓したものである。新憲法に對する詳細なる基礎的解釋として伊藤博文の「憲法義解」にも比すべきものであるが、新憲法の全體に通じて組織的な見透しを與へてくれるものは矢張り前者である。先づ博士は、我が國に特有な精神的倫理的事實といふ意味での國體は兎も角として、天皇統治の國家機構といふ意味でのそれは根本的變革を加へられたとなし、法律論の間隙なき展開を始められる。されば、新憲法の最も重要な基本主義として國民主權主義を挙げ、更にそのコロラリとして民定憲法主義、大權從屬主義、國會中

心主義の三つの特色を指摘される。その際に理論的武器となつた主權概念の鋭さは、正に「憲法撮要」以來の博士の獨擅場である。其他、平和國家主義、人權尊重主義、議院内閣主義、三權分立主義が基本主義の中に數へられてゐる。抑々今次憲法改正に對し不要論を^{持して居られた博士は}「憲法改正問題」昭和二十年十月二十日乃至二十二日朝日新聞、之等基本原則については概ね異議を認めざるも、細目においては諸處不賛意乃至疑義を残して居られる。就中軍備の撤廢に關し、日本の獨立性喪失を歎じ、國際的安全保障の前途を深く憂慮するは、博士の終始一貫せる態度であるやうに理解せられる(「憲法改正の基本問題」法律新報七二八號參照)。横田教授の謂はゞ樂觀的なる多くの諸論文と對比して、博士の秋霜烈日の一面を知ることが出来るであらう。

六 同じく新憲法の内容概説を旨とし、平易に學問的説明を加へんとしたものに、梶田氏の「新憲法釋義」がある。資料的にも相當整備せられた參考書であり、前述美濃部博士の概論と共に、新憲法附屬法令の整備を俟つて他日更に光彩を添へられんことが期待せられる。より教科書風のものでは、淺井博士の「日本憲法法講話」が最近發刊せられた。憲法改正審議のための

勅選學者議員の一人としての體驗が舊著「政府の憲法改正草案と民主主義」(慶應義塾大學公開講座)に一段の生氣を與へたものとなつて現はれてゐる。其他、全般の解説書たるの體裁を整へたものに、黒田博士の「新憲法解説」があるが、専門的理解に資するといふよりは、むしろ問題の所在を一般的に素描したものである。同じく簡明な註解であり乍ら、而も鋭い批評と學者的情熱を見せてゐるのは、河村教授の快著「憲法改正の諸問題」であらう。この著は副題の示す通り「政府草案の解説と批判」であるが、新憲法實施の今日においても猶顧らるべき多くのものを含んでゐる。教授は松本國務大臣を中心とする所謂憲法問題調査委員會の一員に列なつただけに、同委員會原案を根本的に變改して突如發表せられたところの改正草案に對しては、極めて峻嚴苛惜なき態度を以て臨んで居られる。今その内容を茲に摘記するの餘裕はないが、牧野博士が法律時報第十八卷九號の學界展望にこと寄せて、憲法草案についての種々の論著の中から特に河村教授右小著を挙げ、その果敢なる論鋒につき紹介の勞を執つて居られることを附記して置き度い。

七 民衆大學協會編輯の「改正憲法十講」は執筆陣

に各權威を網羅してゐるが、一般普及を目的としたものである。纏つたものは他にも無いわけではないが、多くは通俗的な一般教養書であつたり、又如上の拙い書評の或る部分とも重複する嫌ひがあるので省略することを許され度い。むしろ個々の雜誌論文や特殊研究の中に解釋學説たるの面目を具へたものが見出されるであらう。尤も斯の如きを餘すところなく探索することは容易の業ではない。従つて、以下の紹介摘記も右の範圍に屬する諸勞作の網羅的概觀を與へんと意圖に出たものでは勿論ない。

八 先づ天皇制をめぐる憲法論議のうち、恒藤教授の「天皇の象徴的地位について」(「世界」昭和二十一年十月乃至十二月號)は、廣き視野に立つて而も俗説を徹底的に排斥した最も學問的な勞作の一つである。教授は、天皇を以て象徴とする考へ方は決して異例若は新例とすべきものでなく、凡ゆる君主國に普遍的なる國家社會學的事實であるとなし、従つて形式的側面からせば新憲法下においても君主々義的色彩を帯びた政治が展開せざるを得ない、たゞ内容的側面からは君主國としての日本國の性格が變じたことは勿論認めねばならぬ、と説かれる。而して、前者即ち單に形式的儀禮

的存在としての天皇の地位が後者即ち今後の政治的實踐に對して、何等かの實質的影響を及ぼし得るといふ可能性において、象徴的地位の動態的機能を見出し、而もこの機能は、神秘的權威のゆえではなしに、在るがまゝの一個の人間として天皇がもたれるところの、今後の日本國に相應しい天皇の在り方である、と論結されるのである。我々は、更に、この機能が内閣の助言と承認によつて憲法上一定の法律的效果を伴ふといふ重要な側面について、教授の都合により省かれた論考を心から期待して己まない。

佐々木博士の「天皇人間論」(「改造」昭和二十一年十一月號)は、新憲法成立以前に書かれたこと、及び博士の毅然たる所信(憲法改正斷想)を参照とからして、新憲法の理論を積極的に展開するものではない。澤田牛麿氏と共に貴族院壇上から情熱的な修正案反對演説を行つた博士の強く且つ弱き心を窺ふに足る。天皇は政治について意思を活用するが、しかし天皇以外のものからして責を問はれないといふのが、人間天皇の政治的無答責の眞義であるにも拘らず、今次改正は天皇をして抑々政治的に意思無能力たらしめるにある、従つて天皇を人間として取扱はずして物として取扱ふといふ

やうな考へになつてゐると論難せられるのである。

黒田博士の「憲法に於ける象徴と主權」(大學講座叢書)は天皇制の理論的可能性の範圍及び限界を明かにするものである。博士は、從來の日本の憲法構造の中に天皇の人格權威とその國家法的權威との二つの重要な機能を區別し、両者が並存するのみならず、時には相互に矛盾したといふ歴史的事實を擧げ、その主要原因の一つを明治憲法第四條の前段「天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ」と後段「此ノ憲法ノ條規ニ依リ之ヲ行フ」との異質的結合關係に見出し、其處に明治憲法のもつ歴史的性格を剔抉したるのち、此の宿命的矛盾は如何なる政治的實踐によつても、又理論的解釋によつても容易に解消せしめられ得なかつたと論斷される。このことは天皇制維持の理由を天皇のカリスマ的能力のなかに發見しようとしたり、或は天皇のカリスマ的權威を擬制するが如き憲法構造を維持せんとする努力が、正しい基礎づけを持ち得ないことを示してゐる。博士はこゝに Smend, *Verfassung und Verfassungrecht*, 1928 の所説を藉り來つて、君主の人格的權威がカリスマ的のものに盡きてゐるのではなく、むしろ君主制の本質は多分に物的統合としての象徴的

機能にあると説き、かくて國民主權の下における君主側の存在を政治技術的に可能ならしめるものは、國民の意識、ルナンの所謂日々の國民投票のなかにおける國家及び國民の歴史的繼續そのものであると結ぶのである。博士の所論は憲法改正草案の發表以前に公にされたものであるから、新憲法の解説といつた部類のものでは勿論ないが、しかし博士もそのはしがきにおいて言はれる如く、草案第一條は略々博士と同様の立場から天皇制の在り方を展開してゐるとせねばならぬが故に、新憲法の下における天皇制の理解のための理論的手がかりたるを失はない。

中島弘道氏は、天皇の象徴的地位からして我國の政治の實際に當る者は國民でなく又天皇でもなく、それは一世の聖賢——プラトンの所謂哲人なであると論じ、聖賢は君と民とを直結する紐帶となる、この直結を遮斷する民族や軍閥の介在は天皇における「國家概念の具體化」を妨げると説く（法律新報七二八號）。

杉村教授は「新民主主義と天皇制の問題」（國家學會雜誌第六十卷七號）において、運用のみの民主主義を止揚するための新民主主義の提唱の下に、國民投票又は之に準ずる國民の自由意思表明の方法によつて天皇制

支持に關する法律的確信は單に道德上又は事實上存在すると云ふだけでなく、法律的にも認定せられる機會が與へられることになつたとなし、草案九十二條にその根據を求めて居られる。

高木教授の「憲法改正案に對する私見」（國家學會雜誌第六十卷五號）は君民一如の思想に則り、主權はかゝる意義の日本國民協同體に在りとする理論である（尙「憲法改正草案に對する修正私案」中央公論六十一卷七號參照）。之に對しては横田教授が痛烈に論難して、「主權抹殺論」（「社會」第二號）であるとなし、我が國體の例外性を認めんとするの暴を強く否定されたことであつた。其他、戒能教授の「政治的思惟としての天皇制」（時報十八卷一、三、六號）も忘れられてはならぬ大作である。

九 戰爭の拋棄に關する解説は殆ど横田教授の獨擅場である。國際法の革命を齎した「戰爭の革命」（國家學會雜誌第六十卷八號）的意義を重視する教授は淡々として隨所に卓見を發表せられ、特に「國際聯合の研究」と「戰爭犯罪論」（法學選書）との兩面からする憲法規定への理解は深く且つ廣い。簡明なのは「新憲法と平和立國」（日本管理法令研究一卷九號）である。

大淵教授の「世界平和の維持と國際法」(大學講座叢書)は世界國家建設の將來にも内亂發生の恐れあるを免れぬとなすのであるが、現實的意義を持つ平和は世界平和ではなく、恒藤教授の所謂國際平和であらう。此の點、國際法の權威と國際聯合の機能との間の不可分性を高調する恒藤教授の「國際平和機構の思想的基礎」(中央公論昭和二十一年五月號)や自然法との結び付きにおいて國際聯合を理解せんとする田中耕太郎博士の「國際聯合の理念的基礎」(朝日評論昭和二十一年四月號)に傾聴すべきものが多い。

十 國民基本權については、清瀨博士が夙に「憲法草案に於ける人權擔保の規定」(法律新報七二八號)において慨歎したるが如く、世上一般に關心が少いが、杉森氏の「世界人權の原則」を俟つまでもなく、國民生活にとつて最も切實な規定である。殊にそれは近代憲法の沿革に即して、牧野博士の「新憲法と自由權」(法律新報七三二號)の如き考察から始めらるべきであり、進んでは岡邦雄氏の如く基本權の社會化傾向において「基本的人權論」(日本評論昭和二十一年八、九合併號)として究むべき所が多い。此の方面の特殊研究は本稿の首題から若干離れるので、今一つ今中教授の「基本

的人權の發展」(新報七三六號)を擧げて他は紹介を省略し度い。猶、基本權の哲學的考察には、恒藤教授の「改正憲法のゑがく國家像」(法律文化昭和二十二年一月號)がある。基本權の優れて現實的な意義を問題にした石井教授の「新憲法と經濟の民主化」(日本管理法令研究一卷九號)は基本權の規定を研究する際の新しい方向を示唆するものである。孫田博士の「勞働法の基礎理念と基本權」(東洋經濟講座叢書)と吾妻教授の「憲法と勞働權」(勞働問題研究第七號)とは兩者その據つて立つ場に新舊の差が見られるやうではあるが、矢張り基本權研究の先端を狙ふテーマである。その他、佐伯氏の「新憲法と罪刑法定主義」(新報七三八號)、瀧川教授の「刑事裁判と人權保障」(改造・昭和二十二年六月號)、牧野博士の「新憲法下の刑法理念」(時報十九卷二號)、特に前者の學究的なるに傾聴すべく、又、我妻教授の「家族制度の倫理と法理」(世界昭和二十一年六月號)、中田博士の「わが家族の沿革」(新報七三三號)、青山教授の「日本家族制度の研究」は新憲法下の民法理念との結び付きにおいて理解さるべく、何れにせよ「新憲法と民法及び刑法」(時報十八卷十號)の密接なる關聯は牧野博士の力説する通りである。と同時に、基本權の規定

に含まれた個人主義的條項と社會主義的條項との問題的關聯については末弘博士の「新憲法草案と基本權」(新報七二八號)に學ぶべき所が多い。

十一 餘白が少ないので憲法の組織的部分の解説については簡單な紹介に留める。蠟山氏の「新憲法と議會制度」(中央公論昭和二十一年十一月號)は憲法運用上の論議として貴重な示唆を與へられる。美濃部博士の改正憲法と内閣制度」(新報七三一號)は修正前の草案に對する批判であるが、却てその故にこの老大家の片言隻語は豊かな問題性を持つ。兼子教授の「民主法治國家に於ける司法の使命」(法律文化二卷一號)は司法權の優位を強調する。

十二 如上の特殊研究は何れも新憲法關係法令の制定發令と密接なる關聯を持たねばならぬ。我々は幸ひにして法律時報、國家學會雜誌、法律新報等の權威ある新法律解説や、我妻教授編の「新法令の研究」を通して新憲法へのより具體的な理解を深めることが出来るのである。尙、新憲法下行政法理論の轉向を物語るものは杉村教授の「行政法要義」である。「憲法は滅びても行政法は存続する」と云つたオットー・マイエルの言葉が再建日本の將來には適用せられない以上、

新憲法の下自ら新行政法が説かれねばなるまい。それが又新憲法のより具體的な理解への第一歩でもある。

十三 以上我々は新憲法の文獻として參考となるべき諸家の勞作を努めて多様な角度から概觀的にあげつらつて來た。しかるに、長短精疎、蕪言を重ねて以て先達の偉業に對し非禮を敢てせざりしやを我々は恐れねばならぬ。

(一九四七・一一・一〇)

日本經營學會全國大會記

日本經營學會では昨年十二月、終戦後初めての全國大會を東京で開催したが、第二回目の本年度全國大會を十月十八日から三日間、神戸經濟大學で開催、「經營學の再出發」なる題目の下に、會員の研究發表と討議を行つた。當日出席の旨を通知した會員數は九十名以上にのぼつてゐたが、時節柄種々の都合によつてか地元會員中に可なりの缺席者あつた爲、實數はそれより少なかつた。また報告者も以前、本學會で活躍した有名人や理事級の人々はほとんど見られず、代つて三十歳代の新進學界が大部分を占めてゐた。何れも時代