慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	上杉博士の憲法論
Sub Title	
Author	村田, 岩次郎
Publisher	三田学会
Publication year	1914
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.8, No.1 (1914. 1) ,p.74- 89
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	雑録
Genre	Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19140100-0074

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

上杉博士の憲法論

村田岩次郎

上杉博士、其の著「帝國憲法綱領」に序して曰く、「予が從來の著述論文の所說、或は本書の所說と異なるものあり。讀者若し斯くの如きものを發見せば、本書の所說を以て、予が眞主張と爲さんことを乞ふ。予前非を知りて、改めたるもの多し。殊に明治三十九年五月、予が西遊以前の著述論文は多くは皆誤謬の見解を傳へたり世間之を以て、予が眞意を過らざらんことを切望す」云々。予が玆に考究せんと欲するは帝國憲法綱領に現はれたる博士の所論、卽ち博士の所謂眞主張なることを本論の冒頭に於て一言し置く可し。又豫め論述の範圍を限定するの必要有り。乃ち「國家」「國體と政體」「帝國議會と立法權」及び「憲法の性質と其の解釋」の四項に分て博士の所論を檢せんと欲す。

〔其の一〕國家

博士曰く、「國家の外形を見れば、唯一の主權者有り。多數の、一定の、各人あり。之を連結するもの、命令、服從たり、統治たり。國家は統治關係なり。之を國體と云ふは多數人相賴るの關係なればなり。相賴るは、互に、直接に、合意集合するに非ず。共に、一齊に、主權者に服從するに由る。主權者統治し、各人統治せらる。分れて統治の主客たり、之を國家と爲す」と。（綱領六—七頁）卽ち博士の所論は國家の人格と單一體たることを否定し、國家は統治權の主體たる主權者が統治權の客體たる臣民を支配し、統治する關係に過ぎずと爲すものなり。國家に治者有り、被治者有り。治者と被治者との間には、必ず統治關係存するを以て、國家は統治關係なりと爲すは一見有理なるが如し。實驗法學派の容易に採用する所となる所以なれども這は偶々以て彼等の研究の深刻ならざることを表白するものと謂ふ可し。凡そ法律上に於ける國家の觀念は擬制に非ずして抽象なり。擬制は

想像を基礎とし、抽象は事實を基礎とす。國家を對象とする法律的研究は事實を基礎とする國家の抽象的觀察に基くことを要す。斯の研究の直接の目的は國家其のものゝ本質を了解するに非ずして、國家の法に對する關係を闡明し、國家の法的生活並に現象を矛盾なく說明するに必要なる國家觀念を追求するに在り。固より法律上の國家、道德上の國家、政治上の國家、社會上の國家と云ふが如く、國家に實質上の區別あるに非ざるや勿論なり。（筧博士、國家の研究、第一卷、二〇七頁）さて國家の法律的研究にして國家の法律現象を遺憾なく、說明することを本來の目的とする以上、統治關係說は到底採用の餘地なきなり。若夫れ國家を以て單に統治關係なりとなさんか、治者、被治者には絕えず新陳代謝あるにも拘はらず、國家が猶充く永續的單一體たる所以を說明する能はず。又若し國家の單一意思は法律の擬制に由るとなさんか、是れ國家は法律的に觀念する能はざることを告白するものに外ならざるなり。（エリネック。普通國家學、第一卷、一六一頁）國家が統治權の主體と統治權の客體との間に二分せらるとせば、國家は正に單一體に非ざるなり。單一體に非ざる單なる關係が如何にして活動力の主體となり得るや。國際條約は直接條約國雙方を拘束するに非ずや？、戰爭は國家對國家の關係に非ずや？、單なる統治關係は條約を締結し得るものに非ず。又戰爭行爲を爲し得るものに非ず。況んや國際法上の權利を享有し、義務を負擔するをや。（美濃部博士。日本國法學。二九頁參照）

統治關係說は統治客體說と相去る甚だ遠からず。統治客體說は中世封建時代の如く、諸侯が領土及び人民を己の私有物の如く看做したる時代ならんには或は適切の學說と稱し得可けんも之を今日の國家に當て嵌むることを得ず。然も統治の目的物と此の目的物を支配する意思主體とを相對せしむる點は統治關係說と異ならず。然りと雖ども、近世の思想に於て國家と稱する

は人民が統治權の下に統一せらるゝ單一體を云ふものにして、國家は統治權の主體と統治權の客體とに依て二分せらるゝものに非ず。又統治權の主體客體の間に於ける命令服從の關係を稱して國家と云ふに非ず。而して又主權者若くは人民の如き國家成立要素の一を以て國家となすに非ざるなり。治者、被治者共に國家の內に存して國家の外に在らず。君主が國家の機關なりと云ひ、或は國家の自主表現人(總攬表現人)なりと云ふが如きは何れも君主と雖ども、國家の內部に在て、國家の爲めに國家の統治權を行ふものなりとの意味を明かにするの必要より生せる學說にして、國家人格說を前提とするものなり。君主が國家の上に、若くは國家の外に有らざるの一事は立憲君主國と專制君主國とに依りて相違するものに非ず。「ベルナチック」が專制國を以て國體の一種別とし、專制國とは國家の元首たるものが國家統治の大權を有し、且つ之を國家の目的に資せずして、自己一身の私利を圖るの具に供する國家なりと言ひしは法理上正當に非らず。(ハッチェック普通國法學第六頁)專制君主國が君主國の一形體に過ぎざるは勿論、國家對君主の關係は常に全部對部分の關係にして、全部相對關係(筧博士前揭書三七三頁以下參照)に在るものに非ざればなり。

さて斯く云へば、意義甚だ明瞭なるが如きも君主が國家の機關なりと云ふ場合の機關なる語は反對論者に依りて屢々曲解せられ、動もすれば君主機關說は我が國體と相容れざるが如き口吻を漏らす者有り。果して然らば何が故に君主機關說は我が國體と相容れざるや?乃ち彼等は之に答へて曰く、「機關とは意思なき道具なり、他人の手足となりて働くものなり。君主機關說の我が國に於て採用す可からざるは明白ならずや」と。上杉博士憲法綱領第四八頁に「主權は天皇自己の權力なり。他人の委託を受け、他人の名義に於て、他人の事を行ふに非ず」と有り其の意味は 天皇は國家の機關に非ず 天皇は

統治權の主體にして、其の統治權を行使せらるるは卽ち 天皇御自身の權利を行使せらるゝに外ならずと云ふに在り。寔に畏多きことなれども、博士の所論を詮じ詰むれば 天皇は帝國の外に在り、帝國の利害を無視して、只管御一身の爲めに私の權利を行使せらるゝものなりとの有られもなき解釋を下さゞる可からず。我が國體と相容れざるものは君主機關說に非ずして、斯く言ふ上杉博士の所論こそ我が國三千年の歷史を無視し、帝國憲法の精神と絕對に相容れざる學說と云はざる可からざるなれ。若夫れ我が國に危險思想なるもの存すとせば、幷は上杉博士の憲法論を歡迎するが如き思想を云ふなり。筧博士が 天皇は國權を私有せらるゝ御方にあらせられず。國家の統治權は國家に屬す、之を表現する統治の大權は 天皇に屬す、國家の統治權の主體は國家なり、之を表現する大權の主體は元より 天皇におはします(前揭書一六頁頭註)と云へるは君主機關說と多少說明の方法を異にするも、大體の精神は一なりと謂ふて可なり。要するに國家は單一體なり、人格者なり統治權の主體なり、而して筧博士の所謂普遍我なり。 天皇が統治權を行使せらるゝは私の權利を行使せらるゝに非ず。統治權は國家の權利にして、從て公の權利なればなり。

〔其の二〕 國體と政體

國體の問題は最も古くして、然も今日尙ほ全く論議の跡を絕ちたりと云ふ可からざるなり。國體の分類に關しては「アリストテレス」以來、種々學說を立てたる者あり。例へば、「マキヤベリ」は君主國、共和國の二種の國體を認めたるが、別に特殊の國體として神政國を擧げたる者あり、專制國を認めたる者あり。然れども神政國とは統治權の淵源に關する國民の信念を表示するに止まり、國家根本組織の問題に非ず、專制國も亦特殊の團體と認む可きものに非ずして君主國の一形態に過ぎざるなり。「レーム」は曰く、「今日に於ても國家の最高機關を組織する自

然人の數に依て君主國、共和國の區別をなすは衆說の一致せる所なり」と。（ハッチェック前揭書六頁）之に反して「ベルナチック」は統治者の數の如何は以て君主國及び共和國の觀念を定むるに足らずとなし、氏一流の斷案を下して曰く、「君主國とは國家最高の機關が利己的の目的を離れて其の地位に對する固有の權利を有し、且つ統治權其のものが國家と君主とに依て分有せらるる所の國家を云ひ、共和國とは國家最高官職の保有者が國家の委任を受けて始めて其の地位に在る所の國家、卽ち元首が唯國家の機關たるに止まる所の國家を云ふ」と。（ハッチェック前揭書六頁）此の「ベ」氏の見解は當を得ず。如何となれば「ベ」氏の說は君主を國家の外に置き、從て近世の國家觀念と矛盾せるのみならず、君主國の君主も亦國家の機關なること前述の如くなるが故に、斯くの如き曖昧なる標準を基礎とする國體の分類は結局物にならざるなり。

次ぎに「エリネック」氏亦獨特の見解を下して

く、「君主國に在りては國家に活動力を附與するものは自然意思にして、共和國に在りて國家に活動力を附與するものは憲法に遵由し、法規の適用を俟て自然意思より收得する所の法律意思なり。共和國に於ける國家最高意思は多數自然人の意思行爲に依りて收得し、從て唯法律上の存在のみを認め得可きものなるも、君主國に於ける國家最高意思は目以て見ることを得可き活ける自然人の保有する所たるなり」と。然れども此の區別も亦正當ならず。君主國に於ける國家最高意思は君主たる自然人が國家の機關として發表する所の意思にして、此は法律上に於てのみ認め得可きものに非ずや？、君主が國家の機關として發表したるものに非ざる所の意思は君主の私の意思にして、國家の最高意思たるものに非ざるなり。

上杉博士憲法綱領（二六頁）に記す所を見るに國體は通常大別して、君主國體、貴族國體、及び民主國體と爲す。或は君主國體に非ざるもの

を概括して共和國體と爲し、君主國體と相對せしむるものあり。簡明にして、事實に應たれり君主國體とは特定の一人を以て主權者とするなり。共和國體とは、一人以上數人を以て主權者とするなり」と有り。唯此の一節のみを見るときは敢て不都合なきが如しと雖ども、博士は更に筆を進めて曰く、「君主の主權を行ふは獨立なり。自己の力に依りて、自己の事を行ふ。他人の委託を受け、其の機關として、之に服從するものに非ず。君主と主權とは一體たり、君主を離れて主權なく、主權を措いて君主なし」云々。國體を分て君主國及び共和國と爲すは則ち可なり。然れども博士の所謂主權者とは主權の歸屬する所の主體を指稱するものにして、主權の主體たるもの、一人なるか、數人若くは多數なるかに依て君主國と共和國とを區別せんとするものなるが故に誤れるの甚しきものなり。如何となれば主權の歸屬する所は國家なる人格者にして、常に一有つて二有ることなければなり。主權の歸屬する所二以上有れば、則ち二箇以上の國家の存在を意味す。國家一なれば主權の歸屬する所亦必ず一ならざる可からず。然るに主權の歸屬する所の一なるか、二以上なるかに依て國體を類別せんとす、猶木に據て魚を求め、池中の月影を捉へんとするが如し。豈に嗤はざるを得んや。

君主の主權を行ふは國家の權利を行ふなり。國家とは人民を指稱するに非ず、君主機關說に於て君主が國家の機關なりと云ふは、君主は人民の道具なりと云ふに非ず、途方もなき曲解と謂ふ可し。君主、人民共に齊しく國家の要素なり人民が國家の人民なるが如く、君主も亦國家の君主なりとの謂に外ならず。國家卽ち君主なるに非ず、國家卽ち人民なるにも非ず。君主は卽ち國家の權利を行ふと雖も、國家先づ存して然る後に君主有るに非ず。君主先づ存して、然る後に國家有るにも非ず。此の點に付ては筧博士の所論最も當を得たり。博士乃ち曰く、「國家先

づ存在し、國權先づ在りて、然る後に　天皇在らせられ、又統治の大權在るものに非ず。されば　天皇先づ在らせられ、又統治の大權在りて後に國家を生じ、國權を發生したるものに非ず、建國事實の完成と、國家の自主表現人及び其の大權の完成と、國家並に其の國權の完成とは一切一時に定まるものなり、又永久永劫此の形式に於て一切一時に存しつゝあるものなり」云々。（前掲書二八六頁）要するに、國家は主權の主體にして、國家を離れて主權有ることなし。されば君主國、共和國の差別標準は之を主權の主體たる自然人の數に求むることを得ず而して兩者は何人が國家の最高機關を構成するやを見て始めて之を區別することを得可きなり

次ぎに問題となるは國體と政體との區別を認む可きや否やの一事卽ち是なり。上杉博士（綱領、三三頁）は曰く、「政體は統治の爲めに設くる官府の設備と、之に當るの政務の分配なり。政體と國體とは必然の聯關あることなし。政體更革して、國體故の如きは常に之あり。國體異なるも亦類似の官府の設備と政務の分配と、之あることを得べし。政體と國體とを分畫することは明かならざるときは、一時の政體の變を以て、永久の國體を動かし、疑似曖昧の間に、革命を見んとするの恐あり。若し國體の滅びざらんことを欲せば、斷じて之を避けざる可からず。」云々。上杉博士と反對に國體政體無差別論を唱ふる一人を美濃部博士となす。今博士所論の一端を記す可し。『國體とは國家機關の組織に基く國家の種類を謂ふ。（日本國法學、上卷上、一一七頁）國體の區別の外に往々之と相對して又政體の區別を論ずる者あり。例へば穗積「憲法大意」（六頁）は「國體は統治主權の所在に由りて分かれ、政體は統治權の行動の形式に由りて同じからず」と曰へり。卽ち國體は何人が統治權の主體たるかの區別にして、政體は統治權の行動の形式に依る區別なりと爲すなり。小野塚「政治學大綱」（一一二頁）も亦略之に類し、國體は最

高機關の組織に基く區別にして、政體は其の作用の規定卽ち活動の形式に關する區別なりとせり。而して兩氏共に君主政と共和政とを以て國體の區別とし、立憲政と專制政とを以て政體の區別とすることに於て一致せり。然れども所謂立憲政と專制政とは決して單に統治權行動の形式を異にするに止まるものに非ず、國權を行ふ機關の組織を異にせるなり。而して君主政と共和政との區別も亦國權機關の組織に因る區別たり。所謂政體的分類と國體的分類とは決して其の性質を異にするの區別に非ず。國體の區別は卽ち政體の區別なり。（前掲書一二〇頁）』以上は日本國法學に現はれたる美濃部博士の所論なるも、博士は法學協會雜誌第三一卷第六號「帝國の國體と帝國憲法」に於ては別種の意見を陳べられたり。今博士所論の要點を擧ぐれば大略左の如し。

（イ）國體とは國家團結の基く所の民族精神を云ひ、政體とは國の政治組織を云ふ。

（ロ）國體の觀念は憲法上の觀念に非ずして、主として倫理上の觀念なり。

（ハ）憲法は國の政治組織を定むるも國體を定むることなし。

（ニ）國體の差違は Volksgeist の差違にして、Staatsverfassung の差異に非ず。從て國體の差違は必ずしも憲法の差違を意味せず。

乃ち知る、今吾人が茲に解決せんとする問題に付ては少なくとも三樣の見解存することを。

（一）國體政體共に憲法上の觀念にして、然も兩者嚴に之を區別せざる可からずとなす說

（二）國體卽ち政體にして、二者の間に實質上の相違有る可からずとなす說。

（三）國體は憲法上の觀念に非ず、從て憲法は政體を定むるも、國體を定むることなしとする說。

第一說にして、國體は統治權の所在に依て定まり、政體は統治權發動の形式に依て定まるものなることを意味するなれば、勿論之に贊同する

を欲せずと雖も、若し然らずして、何人が國家の最高機關たるやに依て國體を定め、國家の最高機關たる者が如何なる形式に於て國權を行使するやに依て政體を定む可しとするなれば、予は敢て之を排斥するの必要を認めざるものなり如何となれば何人が國家の最高機關たるやてふ問題と、如何なる形式に於て國權を行使するやてふ問題とは全く同一の問題に非ずして之を區別して研究する方講學上一層便宜なりと思惟すればなり。但し普通に國體と云ひ、政體と云ふは等しく國家の政治組織を表示する語にして、換言すれば廣義の政體は國體及び狹義の政體を併稱するものなり。されば此の意味に於て第二說も亦正當なり。然らば第三說は如何と云ふに國體なる語に特殊の意義を附すれば、是れ亦有効に成立することを得べし。我が國に於ても、國體なる語は敎育勅語の中に存し、憲法の條文中には之を發見せざるを以て、之に倫理上い意議を附し、國體の觀念は法律上、又從て憲法上の觀念に非ずとするも決して無理なる解釋には非ず。(註)然れども予は寧ろ國體及び狹義の政體は廣義の政體と共に、或る場合に於ては法律上、憲法上の意義を有すると同時に、時には類似の意義を有する政治上、倫理上の觀念たるものなりとするの一層穩當なるを思ふものなり。

(註)敎育勅語に「我が臣民克く忠に克く孝に億兆心を一にして、世々厥の美を濟せるは此れ我が國體の精華にして敎育の淵源亦實に此に存す」と在り。此の場合の國體は憲法上の觀念に非ずして、忠孝の大義に關する倫理上の觀念たるは明かなり。

(其の三)帝國議會と立法權

『人民を代表して君主に對抗するは我が帝國議會の地位に非ず。……帝國議會は組織の內部に在りて、天皇を輔翼し、統治を贊成するの官府たり。……帝國議會の意思は天皇の意思と合して統治の意思を成すものに非ず。若し然らんには共和國體たり。帝國議會は內に在りて、參贊するのみ、之を採ると否とは天皇の自由なり。外より見れば、帝國議會あるも、なきも同じ。

唯天皇の統治あるのみ。』是れ上杉博士の憲法綱領(九〇—九二頁)に記す所なり。博士更に論を進めて曰く、『凡そ法律の案文を定めて、議會の議に付するを提出と云ふ。政府及兩議院の爲す所なり。兩議院之を審議議決して成案を立つるを協贊と爲す。協贊を經たるものは尙案文たり議會に命令の權能なし。未だ人民に對して遵由の効力を生せず。議決せられたる內容を嘉納し之を法律として命令するは、大權の行動たり。天皇は法律を裁可すること、憲法の定むる所たり。裁可に由りて法律成立す。』と。(綱領一一〇—一一一頁)予曾て本誌上に「立憲君主國に於ける議會の地位」と題して咄か卑見を陳べたることあり。此の點に關する予輩の見解は上杉博士の所論と氷炭相容れざるものあり、論ずれば際限有る可からずと雖も、前回の論述との重複を避くるが爲め、玆には一言博士所論の妥を辯ずるに止めん。

天皇と帝國議會とは筧博士の所謂表現對立關係に在るものなり。然らば則ち表現對立關係とは何ぞや? 博士は說明して曰く、『事物が表現歸一の關係に立ちつゝあるときには、表現せられつゝある事物は一つの場合でも、表現しつゝある事物は常に多數ある。一人の太郎を表現する物にも頭腦もあれば、顏面もあり、胴もあり手足もあつて、一本の爪でも、一本の毛でも皆太郎を表現しつゝある。そこで頭腦卽ち太郎、顏面卽ち太郎、一毛も卽ち太郎ではあるけれども、太郎が卽ち一毛であると申されないことは元より太郎が卽ち頭腦のみでもないから頭腦卽ち太郎たる頭腦と顏面卽ち太郎たる顏面と手足卽ち太郎たる手足と毛髮卽ち太郎たる毛髮とは各相對立しつゝ存在する。夫れ〴〵離れ〴〵に獨立する毛髮や顏面やなどではなく、卽ち皆太郎として太郎に歸一しつゝある事物ではあるが、此性質此方面を有すればこそ相對して居る此種の對立を表現對立と申すのである』と。(國家の研究、三八七頁)以上の說明に依り國家と君

主、君主と議會、議會と國家なる三面的關係を明にすることを得べし。卽ち君主に依て表現せらるゝものは國家なり。議會に依りて表現せらるゝものも亦國家なり。君主も亦國家の君主なれば、議會も亦國家の議會なり。是を以て君主と議會とは國家に歸一しつゝ互に相對立するものにして、卽ち表現對立の關係に在り。君主と議會との關係は獨立全部者の對抗關係と見る可からず、同一の全部に歸一しつゝある部分の對立關係なり。玆に對立と云ふは對抗と同意義に解す可からず、對立は協同關係にして、對抗は分立關係たればなり。若夫れ君主が君主の權利を以て議會に臨み、議會が議會の權利を以て君主に對抗するものとせば、國家は君主と議會とに依て二分せられ、國家卽ち君主たり、國家卽ち議會たるの矛盾を生ず可し。帝國議會が人民の權利を代表して　天皇に對抗するものに非ざるは憲法の規定を俟たずして明かなるも、法理上、君主と議會とは等しく國家を表現し、國家に歸一しつゝ相對立するものなり。君主議會互に相對立すとは夫れ〴〵國家の爲めに特殊の職分を有するが爲めにして、分立對抗の關係に在るが爲めには非ざるなり。

又帝國議會は直接立法行爲に關與するものなり。天皇の裁可と議會の議決と相俟て始めて法律は成立す。帝國議會は單に內に在りて天皇の立法行爲に參贊するものに非ざるなり。上杉博士は「若し然らんには共和國體なり」と云ふも、左る心配は毛頭有る可からず。議會の決議を採用するとせざるとは一つに　天皇の御一存に存すればなり。然れども法律として成立するが爲めには　天皇の裁可ありたる議會の決議ならざる可からず。天皇と雖ども、議會の議決せざるものに裁可を與へて、之を法律たらしむること能はざるなり。是れ憲法第五條及び第三七條の明定する所なればなり。上杉博士が「外より見れば、帝國議會有るもなきも同じ」と曰へるは、帝國議會を以て單なる天皇の諮詢機關たらしむるものなり。補弼機關たらしむるものなり。議會は單なる諮詢機關には非ず、天皇の諮詢を俟て始めて活動するものに非ざればなり。又議會は單なる補弼機關に非ず。議會の協贊行爲は國務各大臣の補弼行爲とは異なれるなり。議會の協贊行爲は法律成立の要件なり、而して議會の決議は法律其のものゝ成立要素なり。之に反して國務大臣の補弼行爲は　天皇に依る國家行爲の成立要件に非ず、而して大臣の進言は　天皇に依る國家行爲其のものゝ成立要素に非ざるなり。國務各大臣は帝國憲法第五五條の規定に依り　天皇の諮詢あると否とを問はず、天皇の國法上の行爲に關するものに付きては補弼の責を負ふものなりと雖ども、天皇國務大臣の進言を用ゐずして國家行爲を爲すは立憲政治の上より見れば甚だ悲しむ可き現象たるに相違なきも、猶法律上國家行爲たる點に於て缺くる所なきなり。國務大臣の補弼行爲は內部の作用にして、外部より見れば常に　天皇の國家行爲あるのみ。議會の協贊行爲に至ては則ち然らず。議會の協贊行爲は內部の關係に止まるものに非ず、議會の決議を要素となさゞる法律の存在は憲法の認めざる所なればなり。議會の決議は天皇の裁可を得て法律となるものなり。裁可有て始めて法律有るは、猶議會の議決有て始めて法律有るが如し。孰れの一つを缺くも法律は成立することなし。衆議院を通過し、貴族院に於て否決せられたる議案に對して裁可有るも、該案は直に法律となるものに非ず。之と同時に兩院を通過したる議案と雖ども、　天皇の裁可有るまでは法律たる效力を發することなし。議會の決議を以て法律の成立要素なりとなすも、我が國は共和國體なりと云ふに非ざるや言を俟たず。若夫れ　天皇は憲法上帝國議會の決議を採用するの義務有りとの言を爲す者ありと假定せんか、是れ疑もなく我が國體と相容れざる不當許す可からざるの憲法論と評せざるを得ず。然りと雖ども、我が國の憲法學者中、斯くの如き

言を爲す者只の一人も有る可からず。若し之有らば蓋し狂人の妄言、痴者の囈語のみ、批評の限りに非ざるなり。予輩乃ち再び云ふ、議會の議決を採用すると否とは一つに　天皇の御一存に存するも、法律として成立するものは常に裁可せられたる議會の決議ならざる可からざるこを。

〔其の四〕憲法の性質と其の解釋

立法者の意思は卽ち法にして、法は卽ち立法者の意思なりとせば、一旦制定せられたる法規は如何なる社會事情の變遷あるも更に制定法規に依て廢止變更せらるゝまで最初の儘永久に其の意義を變ず可きものに非ずと斷言せざるを得ず。然れども是れ法が社會生活の準則にして、法も亦社會と共に進化し、發達するの理を解せざるの言と云はざる可からず。類推解釋と稱し精神解釋と云ふは立法の當時に於て全く豫期せざりし事項に類似の規定を擴充適用して以て社會の新事情に適應せしめんとするものに外ならず。又我が國の學者中には臺灣、其他新附の領土が我が領土と成れる瞬間に、從來其の領土內に行はれたる舊法は消滅して、我が憲法を始め一切の法律は其の效力を新領土に及ぼすものなりと論ずるものあり。國家の統治權を以て法の淵源なりとするに於ては、領土の割讓あれば其の瞬間より割讓國の統治權は消滅し、受讓國の統治權其の上に行はる可きを以て、割讓ありたる瞬間より割讓地に於て從來行はれ來れる法は全然消滅して、受讓國の法律其の地に行はるゝに至る可きものと爲すは怪しむに足らずと雖ども、領土の割讓に依り、其の地に行はるゝ法の全部が根底より一變するものとなすは法が社會生活の準則たることを忘れたるものなり。領土の割讓は統治權の所在を一變するも、社會生活の事情は忽然として一變するものに非ざることは注意せざる可からざるなり。

さて玆に吾人の留意す可きは、近來硬性憲法（占部教授の所謂剛憲法）と軟性憲法（同教授の

所謂柔憲法）とが益々接近し來れる一事卽是なり。（註）然らば硬軟兩種の憲法は如何なる經路を辿りて互に接近し來れるやと云ふに、是れには重なる原因三有り。成文憲法の認めざる幾多の原則、種々の慣習が發達し增加したること正に其の一因たり。一般の立法手續が複雜になれること其の第二の原因たり。而して軟性憲法が益々硬性憲法の特質を帶ぶるに至れること第三の原因たり。

（註）此の事は「ローウエル」教授の「英國憲法論」の冒頭に詳述しあれば、就て見られたし。

第三の事情より述ぶるに、英國は所謂軟性憲法の國にして、其の國會は男を女とし、女を男とする以外の萬事を爲し得可く、固より憲法制定權と普通立法權との區別を認めず、憲法的法律を定むる場合も、普通の法律を定むる場合も同じ國會が同じ手續を以てするものなり。憲法制定權と普通立法權との區別を認むる國に在りては、憲法を變更する場合に或は特殊の機關に依る可きことを定め、或は特に多數の表決を必要とし、或は修正案を採用するに先ちて總選擧を行ふことを要件とするが如き最も普通に見る所なれども、英國近時の政界を見るに、憲法上の重要なる變更を爲すに當りては、先づ總選擧を行ひ其の結果議會が選擧民より憲法上の變更を爲す可き委任を受く可しとするの傾向益々顯著なるものあり。（註）這は固より法律の要求する所に非ざるも、英國の如く輿論を尊重する國に在りては重大なる意義を有するものにして、是れ軟性憲法も亦著しく硬性憲法の特質を帶ぶるに至れる一例なり。

（註）玆に「委任」なる語を用ゐたるも、予は固より之に法律上の意義を附せんとするものに非ず。讀者幸に誤解するなからんことを望む。

又第二の事情に付て一言するに、一八四八年の瑞西憲法は之が變更に公民投票を要求し、普通の法律に付ては該制度を認めざりしも、一八七四年には公民投票制度を普通の法律にも及ぼ

したれば尙多少の相違こそ存したれ、憲法の修正手續と普通法律の修正手續との間には大なる徑庭を存せざるに至れり。若夫れ第一の事情に至ては實例の存するもの殆んど枚擧に遑あらず獨逸帝國の聯邦參事院は毎年(alljärig)召集開會せらる可き規定なるにも拘はらず、既に久しく召集及び閉會を命ぜられたることなく、今日に於ては全く常設常置の機關となりたるが如きも其の著しき一例なり。或る獨逸の憲法學者は此の事實を法理上より辯護するが爲め、聯邦參事院は毎年召集せらるゝことを要するものに非ずして、唯毎年開かれて在ることを要するものなりと解釋したり。又北米合衆國に於て、大統領を選擧するものは疑もなく合衆國の人民なれども、實際に於ては、選擧人は全然自由に大統領を選擇し得るものに非ずして、政黨の推薦したる一定の候補者の爲めに投票すること、猶英國王が兩院を通過したる法案を實際に拒否せざるが如きなり。我が國に於ても斯かる事例は將來益々增加す可きことゝ信ず。帝國憲法第五五條には「國務各大臣」とあるも、大臣連帶責任の原則確立するに非ざれば憲法運用の全きを期す可からず。又國務各大臣は憲法上　天皇を輔弼するの職務を果せば足る可しと雖も、議會の意嚮と國民の輿論とを無視する大臣の進言は憲政の發達を阻害す可きのみ。議會の停會及び解散は等しく　天皇の大權に屬すと雖ども、相當の理由もなきに妄りに議會を停會し、解散することあらば、國政に大なる支障を來す可きや必せり大臣を任免するは　天皇の大權に屬すと雖も議會の信賴する大臣を罷免し、議會の信任せざる大臣を留任せしむるが如きは唯々奸臣の跋扈跳梁を促す所以たるのみ。上杉博士憲法綱領最後の頁に記して曰く、『若夫れ憲法改正の手續に依らずして憲法を中止し、其の他憲法に異なるの處置を爲すは固より主權本來の性質にして　天皇の本質として、之を保有するもの、實に我君主國體の純正なる所以なり』と。帝國憲法は固よ

り欽定憲法なりと雖ども、發布せられたる以上は既に私の規則に非ず。憲法は正に國家の法たり。吾人の考究するは國家の法としての憲法なり、立憲國としての大日本帝國なり、立憲君主としての天皇なり、立憲政治の機關としての議會なり、立憲君主の補弼者としての國務大臣なり、立憲國民としての人民なり。博士の所論の如きは唯々吾人をして博士が何が爲めに憲法を講ぜらるゝやを疑はしむるのみ。一國立憲政治の消長は主として人民立憲思想の發達如何に由る。而して人民の立憲思想は教育の普及、政治的知識の發達、國民道德の進步と共に日に月に進展向上して已まざるなり。社會生活の準則たる法が社會の發達と共に進步するは憲法の場合に於ても亦眞理なり。社會生活の實情を基礎とせざる法は空文のみ。人民を無視する憲法論は憲法論として三文の價値も有る可からず。夫れ立憲政治は猶廣く深き海の如し。人民は此の海に注ぐ百千の細流なり。或るものは斷崖絕壁の間を走り、或るものは茫々たる平野を流れ、或は東に發して西に向ひ、或は北よりして南す。千態萬狀一ならずと雖ども、歸する所は一つ海あるのみ。人民を無視しては憲法を講じ、立憲政治を說く能はずと知る可し。（完）