



Title	明治憲法下における権力分立論の展開 - 穂積・美濃部の学説との対比における宮沢説の若干の特質 -
Author(s)	高見, 勝利
Citation	北大法学論集, 40(5-6上), 199-232
Issue Date	1990-08-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16706
Type	bulletin (article)
File Information	40(5-6)1_p199-232.pdf



[Instructions for use](#)

明治憲法下における権力分立論の展開

——穂積・美濃部の学説との対比における宮沢説の若干の特質——

高見勝利

目次

- はじめに
- 一 『憲法義解』と立憲主義原理
 - 二 穂積八束の三権形式的分離論
 - 三 美濃部達吉の三権実質的相対化論
 - 四 宮沢俊義の歴史的相対化論
- むすび

はじめに

深瀬忠一教授は、宮沢俊義を追悼した座談会のなかで、宮沢が憲法学界に遺した遺産と課題として、次の三点を指摘している。

第一に、宮沢が「近代立憲主義の源泉であるロックやモンテスキューの思想に遡って研究された成果と態度」である。そこから、深瀬教授は、「憲法の根元と進歩の方向を誤ることなく見定めようとして深く掘り下げる真のアカデミックな研究自体の科学的価値と、またそのような憲法学こそが直面する現実的諸問題に対し、最も適切で強い実践力を提供するものであることを教えられた」と云う。

第二に、宮沢が「比較憲法学、フランス憲法学のみごとな範型を示し」、「歴史的・比較的方法を縦横に用い、制度の法構造と政治的機能を総合し、世界史の流れにそって日本国憲法を解明した」ことである。そこには、また、「日本憲法文化論が示唆されている」のみならず、「日本憲法学と諸外国のそれとの相互交流の端緒も示されている」と云う。

第三に、「人間個人の尊厳と自由そして人類が平和のうちに生き残るべきだということを、宮沢先生が生涯の憲法学をかけて証しされたこと」である。¹⁾

この指摘は、フランス人権宣言や憲法理論の学説史的研究、議会制度の比較史的研究や仏文による日本憲法・憲法文化の紹介、そして「平和的生存権」論を究め、身をもってその平和論を实践された深瀬教授の憲法学にもそのまま当て嵌まるものである。

本稿は、こうした宮沢俊義の学問的営為のうちで、戦前・歴史的・比較的方法」を最も巧妙に駆使し、戦後の憲法学

説にも大きな影響を与え、それゆえ、現在において、その意義と限界を改めて確認しておく必要があると思われる一九三二年の『国家学会雑誌』に寄せられた論文「立法・行政両機関の間の権限分配の原理」とそれに関連する諸論文を取り上げ、その憲法学説史上の位置付けを試みることにある。もともと、ここでは、その本格的な学説史研究を試みる余裕はなく、専ら、明治憲法下の主要学説、それも、僅かに穂積八束、美濃部達吉の権力分立論との対比において、宮沢説の特徴と思われる点を指摘するに留めざるを得ない。ただ、三学説の検討に入る前に、明治憲法起草者のこの問題に関する基本的な考え方を簡単に紹介しておくことにする。

一 『憲法義解』と立憲主義原理

伊藤博文の名で公表された『憲法義解』の中で、特に重要な条項につき「附記」の形式で西欧立憲主義の諸原理、憲法諸学説に言及した部分は、井上毅がその実質的な執筆者であると解されているが、⁽⁴⁾ 第四条の「附記」には立憲主義の根幹をなす権力分立原理について次のようなコメントが加えられている。

「欧州輓近政論を論ずる者の説に曰、国家の大権大別して二となす。曰、立法権・行政権。而して司法の権は実に行政権の支派たり。三権各々其の機関の輔翼に依り之を行ふことに皆元首に淵源す。蓋国家の大権は之を国家の覚性たる元首に総べざれば、以て其の生機を有つこと能はざるなり。憲法は即ち国家の各部機関に向て適當なる定分を与え、其の経絡機能を有たしむる者にして、君主は憲法の条規に依りて其の天職を行ふ者なり。故に彼の羅馬に行われたる無限権勢の説は固より立憲の主義に非らず。而して西曆第十八世紀末に行はれたる三権分立して君主は特に行政権を執るの説の如きは、又国家の正当なる義解を謬る者なり、と。是の説は我が憲法の主義と相発揮するに足る者あるを以て、

茲に之を附記して以て参考に當つ^④。

右のコメントとほぼ同一の解説は枢密院會議に提出した井上毅の逐条説明書にも認められ、ここでは、欧州の憲法論として、①国家は有機体であり、統治の大権は元首に淵源し、元首が統括するものであること、②統治権は立法権、行政権の二権に大別され、司法権は行政権の支派であるに過ぎないこと、③三権は各々その機関の輔翼により行使せられるべきものであること、④憲法は国家の各部機関が行使し得る権限を定めるものであり、それ故、君主もまた、憲法の範圍内でその大権を行使するに留まることが紹介された上で、⑤古代ローマで行われた君主権絶対の思想は立憲主義とは云えず、また、十八世紀末に行われた君主に行政権のみを付与する三権分立論や「君主は君臨するが統治するものではない」とする説は国家の正当な義解を誤る謬説であることが指摘されている^⑤。ここで欧州の理論として紹介されている説は、稲田正次教授によれば、「前半①④はシュタインあたりの説のことをいつているらしく、後半の中、羅馬における無限権勢の説は固より立憲の主義にあらず云々⑤は、ブルンチュリー国法汎論訳からとつた」ものである^⑥。

そこで、「須多因氏講義筆記」に依りながら、『憲法義解』第四条の「附記」において「欧州軌近政論」として紹介されている説を少しく敷衍するならば、シュタインは、まず、国家の特性は「ペルソナリテイ」にあり、それは「個人ノ精神凝縮シタル者」であるとした上で、元首とは「恰も人身総体の感受発動ヲ其意識ニ集メ、是ニ於テ五官四肢ノ多キヲ統フル個人」であるとする^⑦。この元首は、憲法以前の時代においては、「国家全体ノ生活ヲ其一身ニ統括シテ」いた。しかし、「憲法ノ世ト成リテハ、元首ノ地位ハ既ニ独立無限ノ者」として「専断無限」では決してあり得ず、「必ず有限ニシテ」^⑧「其行政部ト立法部トノ二ニ対スル關係ニ由リテ定マリ、其制限ハ国家全体ノ生活ニ於テ、元首ハ如何ナル官能ヲ有スベキ者ナリヤト云フノ理ニ依テ定マル」ものであるとする。

ところで、国家は、元首の他に、国家「意志」（ボロヌテイ）を表明する議会と国家の「動作」（アクシヨヌ）を

担う政府・行政部の「協合発作」によつて活動するものである。⁽⁹⁾ この議会と政府は、憲法施行前の「君主独裁ノ世」にあつて「常ニ合シテ元首一人ノ身ニ在」つたものが漸次元首の下から分離し、「憲法ノ世」になり「国家ヲ運転」する独自の「要素」となつたのである。⁽¹⁰⁾ なお、シュタインの講義筆記によれば、司法は、国家と個人が多かれ少なかれ支配服従の法的關係に立つ「政府一般ノ事務」を總称する「行政法」との対比で、特に「人々交際上」「同等ノ間ニ存立スルノ權利ニ関シテ生ズル争論」につき、「各人ノ上ニ立ツ第三者即政府ニ於テ之ヲ裁決スルヲ順」とするものであるところから、「司法事務ノ他省ノ事務ト異ナル」取り扱いがなされるのである。⁽¹¹⁾

『憲法義解』第四条「附記」後半部分で語られている「彼の羅馬……」の箇所は、稲田教授が指摘される通り、加藤弘之訳のブルンチュリー著『国法汎論』からヒントを得ていることは、『国法汎論』の次の記述からも明らかである。「方今ノ立憲國、皆共ニ羅馬ノ君權無限ノ法ヲ棄テ、而シテ日耳曼ノ法ヲ取テ、君主ハ國家法制ノ範圍中ニ於テ、其頭首ニ位スル者トシテ、必ス先ツ其法制ニ從テ、自己ノ權柄ヲ施行シ、且ツ共ニ其法制ヲ保護セサル可ラサル者ト為スニ至レリ」⁽¹²⁾。また、それに続く三権分立に関する「附記」の記述について、井上が憲法の主權の用法につきそのヒントを学んだとされるシュルチエ「國權論」の訳から得たものと推測され得ることは、シュルチエ「國權論」において、モンテスキューの三権分立論が「現今學問上ニ於テ既ニ其勢力ヲ失フタル所ノ國權分立ノ説」として取り上げられ、この説は「特ニ君主制ニ適合セサルノミナラス又國制並ニ國權ノ性質ト相符セサル者トス」と述べられているところからも明らかである。⁽¹³⁾

ともあれ、明治憲法の起草者にとつて、憲法に基づく政治、「憲法政治」を行うことは君主權に対する制限を意味し、憲法をもつて統治權を制限し、「其（憲法）ノ範圍内ニ於テ之ヲ施行スル」ことを意味するものであつた。⁽¹⁴⁾ そして、この点については、本稿で検討する三つの学説の間に基本的な差異はない。問題は、憲法において規定された統治權、統治作用の分配の仕方であり、その前提となつている國家観である。この点について、以下で見ると、三学説間に顯著

説
な差異が認められるのである。

論

二 穂積八束の三権形式的分離論

穂積八束の憲法學說について、長尾龍一教授は、「少なくとも國家論に於ては一般に考えられているほど奇矯なものではなく、存外美濃部などと共通点もある」と指摘する¹⁵。同様に、井田輝敏教授も、美濃部の「今日ノ法學上ノ觀念ニ於テハ、統治權ノ主体ハ國家ニシテ君主ハ國家ノ機關ナリ」とする見解と穂積の「抑モ主權ハ國家ノ生命タリ」「何人モ主權ノ國家ニ存スルコトヲ否マス」とする見解を対比し、前者はもとより、後者もまた「曲がりなりも國家主權を是認していた」ことから、「講壇憲法學界の主導權を争つた二つの學派のあいだには、さしたる徑庭はなかつたとみてよい」と指摘する¹⁷。これらの指摘が正鵠を射ていることは、穂積が「國家ハ其ノ社会的及其ノ法理的ノ両面ヨリ觀察スルコトヲ得ヘシ」とする國家兩面說を彷彿させる視点から、次のように述べていることから明らかである。國家は「社會員體ノ現象トシテハ、一定ノ民族、一定ノ領土ニ拠リ主權ヲ以テ之ヲ統治スルノ團體ナリ。法理抽象ノ觀念トシテハ、自主ノ目的アリ、獨立ノ意思アリ、主權ヲ具有スルノ人格主体タリ」¹⁸。

もつとも、穂積の理解によれば、國家が法理上「人格」を保持するということは、必ずしも、國家を「法人」と見ることではない。穂積は、「國家に人格がある」と語ることと「國家は法人である」とすることとは、「理ニ於テ同シカラシモノ精神ニ於テ或ハ異ナル所アルナリ」とし、人間の自然人格と國家の法人格を峻別した上で「國家ハ法人ナリ」とする考え方は「國家ハ民主共和ノ社團タルモノナルコトヲ暗示セントスルアリ」としてこれを批判する¹⁹。穂積によれば、「國家ハ無形ノ人格ニシテ自然意思ヲ固有セサルカ故ニ自然人ノ自然意思ヲ配合シテ以テ國家ノ法律意思ヲ構成スルモ

ノ」である。⁽²⁰⁾ここで、「国家ノ法律意思」とは「国家ノ意思」、「国家ノ権力」すなわち「国権」である。⁽²¹⁾

ところで、この意味での「国家ノ法律意思」、「国権」は、分割し得るものではなく、唯一不可分のものであるが、それは「一個若ハ数個ノ自然人ノ自然意思」の存在を前提とする。そして、三権分立とはこの「自然意思」が分かれたれてゐることを指す。

「三権分立ノ精神ハ国家ノ法律意思（国権）其物ヲ三分スルノ義ニハ非スシテ其分子タリ其裏面ノ発動機タル自然意思ヲ分タント欲スルナリ。同一ナル一個若クハ多数ノ自然意思カ此ノ三権ニ共通シテ国家ノ法律意思ヲ成スモノトスレハ専制ニ流ルルノ虞アリ。故ニ適当ニ配合シテ以テ之ヲ分タント欲スルノミ。之ヲ分タント謂フハ混同セサルヲ期スルナリ。孤立ノ意ニ非ス。独立ノ意ナリ。三権ヲ総攬スル者ハ君主一人ナリトスルモ三権ノ行用ニ憲法上ノ要件トシテ参与スルノ自然意思ニシテ同一ナラサルトキハ所謂分権ノ主義ハ全キヲ失ハサルナリ」。

このように、「分権主義ノ本旨」は「国家ノ法律意思ヲ構成スル自然意思ノ分立」にあり、「自然意思ノ分立ニ視ルニ非サレハ分権ノ主義ハ遂ニ其ノ意味ヲ為サ」ないものとされる。⁽²²⁾この意味での分権主義を採っているか否かで、「立憲制」と「専制」が区分されることになる。そして、この区分は、統治権（主権）が君主に存するかそれとも国民に淵源するかと云つたいわゆる「国体」の問題ではなく、統治権の「行動ノ形式」たる「政体」の分類に係わる問題である。

「憲法ヲ談スル者国体論ト政体論トヲ混同スル是レ時弊ノ一ナリ。国体ハ主権ノ所在ニ因リテ異ナリ政体ハ統治権行使ノ形式ニ因リテ分カル。神聖ニシテ侵スヘカラサルノ皇位ヲ以テ主権ノ所在ト為ス是レ我君主国体タリ。民衆ヲ以テ主権ノ本位ト為ス是レ民主国体タリ。専制ト謂ヒ立憲制ト謂フハ政体ノ末ヲ談スルノ區別ニシテ国体ノ異同ニ関セス。統治ノ全機関カ唯一ノ憲法機関ニ由リテ行使セラル、トキハ専制政体タリ。立法行政司法ノ三権カ各特立ノ機関ニ由リテ行使セラル、トキハ立憲政体タリ」。

立憲制の本旨は「三権分立ノ組織ニ在」るのであつて、「民主主義ニ在ラス」。⁽²⁵⁾ 穂積の場合、「民主主義ハ国体論」の問題であり、政体論の問題ではない。⁽²⁶⁾

ところで、「君主専制」はもとより、議院の多数政党が内閣を組織する「議院制」の下では、「統治機関ノ軋轢ノ憂ナク国務ノ渋滞ヲ招クコト」はない。しかし、ここでは、「圧制ノ危険」があり、「權利ト自由トノ保障ナキヲ如何セン」。⁽²⁷⁾ この意味で、イギリスやフランスで行われている「議院制（パリーヤメンタリーガバメント）」もまた、「専制政体ノ一種」であり、「議院多数政党ヲシテ専制セシムルノ政体」である。⁽²⁸⁾

これに対して、アメリカ合衆国やドイツ諸邦が採用する「立憲制（コンスタチユシヨナリスム）」にあつては、「統治機関ガ各特立ノ権力ヲ以テ対峙スルノ結果トシテ時トシテハ軋轢衝突スル場合アルハ免レ」ず、したがつて、それは、寧ろ、各機関の軋轢衝突を「予想シ之ヲ永遠ノ利益ナリト認メテ建設サレタ政体」である。ここでは、「統治機関ノ軋轢ノ為ニ国務ノ渋滞スル場合」があるものの、しかし、それと同時に、「一方ノ専恣ハ對手ノ権力ヲ以テ之ヲ控制シ得ルノ利益」⁽²⁹⁾、「権力ノ濫用ヲ沮絶シ人権ヲ安固ニスルノ利」がある。⁽³¹⁾

このように、「議院制」と「立憲制」とは「利害長短相半シ絶対的ニ立憲制ヲ以テ最良ノ政体ナリト断案シ得ベキ根拠」はない。しかし、国家には各々「其固有ノ歴史ト特性」があり、「萬世一系ノ皇位ヲ以テ主権ノ所在ト為ス我千古ノ国体ニ於テ国会ヲ設ケ近世欧州憲法ノ長ヲ採ント欲スルニハ此ノ立憲制ニ則ルノ外ナシ」。⁽³²⁾

もとより、立憲制の特色は権力分立主義にあるが、このことは、「大権立法権司法権ノ分立シテ混同セサル」ことを意味し、⁽³³⁾ その要諦は、「特定ノ国権作用ニ付各々相異ナルノ自然意志ノ独立シテ之ニ参与スルコトニ在リ」、それ故、「ヨシ立法議會ヲ設ケ司法裁判所ヲ開クトモ之ヲ組織スル人ハ君主自由ニ之ヲ任免シ且ツ大権ノ訓令ヲ受ケテ立法裁判スルモノナランニハ何ノ分権カ之アラン」ということになる。⁽³⁴⁾ 穂積は、これを憲法に即して次のように敷衍する。

「現行憲法ノ特殊ノ条規ノ下ニ於テハ大権立法権司法権ハ分立対峙シテ其ノ間上下優劣ノ謂フヘキ所ナシ。憲法ノ条規ノ下ニ在テハ所謂立法権ハ大権ノ上ニ在リト謂フコトヲ得サルト同時ニ所謂大権ハ立法権ノ上ニ在リト謂フコトヲ得サルナリ。二者既ニ憲法ノ上ニ対等ニ峙立シテ各々其ノ固有ノ畛域ヲ分有ス。故ニ一ヲ以テ他ヲ犯スノコトアリ得ヘキハ之ヲ想像スルヲ得ベク若之アランニハ是レ憲法ノ違反タルコト事理明白ナリト信ス」⁽³⁵⁾。

「司法権ノ独立ハ唯他ノ権力ヲ構成スルノ自然意思ノ之ヲ加味（干渉）セラルコトナク全然別種ノ自然意思ノ自由ノ動作ニ懸ルノ点ニ於テノミ其ノ意義ヲ為ス者ナリ。裁判所ノ構成及裁判官ノ進退ニ関スル憲法ノ保障ハ此ノ意義ニ於ケル司法権独立ヲ擁護スルノ城壁ト視テ其ノ用ヲ為スモノナリ。若裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テシ裁判官ヲ終身ノ職トスルモ大審院ノ判事ハ各省大臣ヲ以テ充ツルコト、シ若各省大臣ノ訓令ニ從ヒ裁判スルコトアランハ何ノ司法権ノ独立カ之アラン。分権ノ主義ヲ無視シテハ憲法ノ精神ハ遂ニ之ヲ解スヘカラサルナリ」⁽³⁶⁾。

なお、穂積によれば、「大権」と「行政」とは概念上異なるものである。憲法上天皇が保持する権能である「大権」の下に官府が設けられ、「大権及立法権ノ定ムル所」を施行するのであるが、この官府の行動が「行政」である。穂積はこれを次のように述べる。「大権ト行政ヲ混同スヘカラス。大権ハ行政ヲ監督スルナリ。憲法上ノ権力ノ行動ハ行政ニ非ス。行政ト謂フ觀念ハ官府ニ依リ外部ニ対スルノ国権ノ行動ヲ指スナリ」⁽³⁷⁾。行政は、大権のように「憲法ノ範圍ニ於テ国家ノ目的ヲ遂ス」⁽³⁸⁾るのではなく、「法律、命令ノ範圍ニ於テ国家ノ目的ヲ遂行スルモノ」である⁽³⁹⁾。

穂積が権力分立原理を「立憲制ノ本旨」として明治憲法の基本原理とした意図は明白である。それは、一言で表現するならば、大権と立法権・司法権との間の厳格な分離を説くことによって、後者、特に立法権の行使に参加する議会在天皇の大権に触れることを阻止しようとするものであった。次に紹介する美濃部の権力分立論は、この対極にあつて、議会による天皇の大権・行政権の統制を意図するものであった。

三 美濃部達吉の三権実質的相対化論

美濃部によれば、穂積の権力分立論は、そもそも、その前提となつてゐる国家論、主権論そのものからして問題がある。穂積は、「国家が人格を具有する団体であり、この国家が「統治権」、すなわち、「主権」の主体であるとする。そのうであるならば、「君主は固より団体ではないから、君主が統治権の主体なりと解することが、学問上正当でないことは、論理上固より疑を容れぬ所である」⁽¹⁹⁾。

「統治権の主体」とは「統治の権利の主体」ということである。⁽²⁰⁾ここで、「統治権」とは、「法律を定め、条約を結び、租税を賦課し、兵卒を徴集し、犯罪者を罰し、警察権を行ひ、鉄道を経営し、藍煙草の専売を行ふというような、各種の働きを為すの権利をいふ」⁽²¹⁾。それは、国家という団体の権利であつて、君主といった個人が保持する権利ではない。もとより、「団体の権利を行ひ、団体の働きを為す」のは、「其団体に属する人間の活動」であり、「団体を代表して、団体の意思を決する者」が「団体の機関」として、「団体の目的を達せんが為に」その権能を行使する。⁽²²⁾したがつて、「統治権の主体が国家であるといふのは、總ての統治の作用は君主の御一身の目的の為にするものではなくして、全国家の目的の為に行はるゝものであり、又總ての統治の行為は君主の行為たるものではなく、国家の行為たる効力を有するものである」といふ事を意味するのである⁽²³⁾。

「統治権」は、また、決して「主権」という言葉と同じ意味ではない。「主権」とは、本来「最高権」「最高の権力」「最高の権限」と云つた意味である。もとより、「主権」という言葉は、「立法は主権の作用である」とか「韓国の主権を日本に譲渡する」といつた形で統治権と同義に用いられることもあるが、しかし、それは、「統治権といふ方が正当で

ある⁽⁴⁴⁾。統治権は「国家を代表する多くの機関に依つて行はれる」が、「此等の多くの機関が国家を代表して活動するに付いては、必ず其の全体を統轄し指導する最高の原動力がなければならぬ。此の最高の原動力を主権というのであつて、即ち統治権を行う最高の力といふ意味である⁽⁴⁵⁾」。この意味での「主権」が何人に属するかは国によつて異なり、民主国においては国民が「国家の最高機関」として「最高の力」を保持し、君主国にあつては君主が「国家の最高機関」として「最高の力」を有しているのである⁽⁴⁶⁾。

ところで、穂積によれば、憲法上、何人が「主権」、すなわち、「統治権」を掌握するかということは「国体」の問題であつて、「統治権」が具体的にどのような形で行使されるのかといういわゆる「政体」の問題とは区別される。しかし、美濃部によれば、穂積が区別する「国体」と「政体」は、共に、両者の「包括的概念(オーバーベグリフ)」としての国家の体制又は国家の法律的組織の「再別に外ならぬ⁽⁴⁷⁾。したがつて、「法律的観念として殊に重要なものは、その包括的観念たる国家の体制それ自身であり、之に適當なる名称を与えることである⁽⁴⁸⁾。ところが、穂積は、「此の包括的観念に何等の名称をも与えず、却つて同じ国家の体制の種類別に他ならぬものに、国体と政体といふが如き特殊の名称を与えて、蔽に之を区別すべきもの」とする。が、しかし、それは「論理上適當な名称の定め方と言ふを得ない」。このように穂積の「国体」「政体」区分論を批判した上で、美濃部は、「広く国家の体制即ち国家の法律的組織の基本を指す語として、『政体』といふ語を用ゐることを最も適當なり」とし、この「政体」の用法によれば、穂積が「国体」として分類した「君主政」と「民主政」、「政体」として分類した「立憲政」と「独裁(＝専制)政」も、すべて「政体の種類に外ならぬ」とする⁽⁴⁹⁾。そして、「国体」という言葉は、法律的観念ではなく、「国の歴史及び歴史的成果としての国家の倫理的特質を意味する」歴史的ないし倫理的観念であるとされる⁽⁵⁰⁾。

こうして、美濃部は、穂積憲法学の基本的な枠組みをすべて批判し、否定した上で、更に、権力分立主義に立脚する

政体が「立憲政体」であり、その要諦とされる「国権ノ行動タル立法、行政、司法ノ三権ヲ分チ各々独立ノ機関ニ依リテ之ヲ行フノコトニ存ス」とする点を取り上げ、これを次のように批判する。

「併しながら、かういふ説明は、少くとも現代の多数諸国の立憲主義を説くものとしては、明に誤であり、殊にそれは日本の憲法の採用して居る所ではない。勿論、日本の憲法も全然権力分立主義を排斥して居るものではなく、殊に行政権と司法権との関係に於いては、略完全に相互の独立を確保して居るのであるが、立法権と行政権との関係に於いては、唯兩者を共に全然同一の機関に集注しないといふに止まり、決して『各独立ノ機関ニ依リテ之ヲ行フ』ことを主義とするものではない。立法権も行政権も共に天皇の大権に属するもので、決して相分立するものではなく、唯立法権には議会の協賛を要し、行政権は原則として之を要しないといふ差別が有るに止まるものであるのみならず、議会で内閣との間にも決して完全な独立が有るのではなく、相互に牽制して、成るべく兩者の和衷協同を主義とするものである」。

美濃部は、このように完膚無きまで穂積説を批判すると共に、権力分立主義について、自己の見解を次のように展開する。

美濃部によれば、「国家ノ統治組織」としての「政体」は、国により、また、同じ国でも時代により異なり、「到底其の種類を列記し尽すことは出来ない」が、しかし、極めて大まかにこれを区別するならば、「君主政体」と「共和政体」に大別することができる。右の二つの政体は「国家最高機関の組織如何に依るの区別」であり、「最高機関の地位に当たる者が一人であれば之を君主政体の国といひ、多数人が相集まって合議体を為し、其の合議の結果が国家の総ての活動の原動力を為して居る国は共和政体の国といふ」。君主政体は、更に、君主が国家権力の総てを掌握する「専制君主政体」、君主の意思から独立した機関によって君主の権力が制限せられる「制限君主政体」、君主と国民代表議会が共同し

て国家権力を行使する近代の立憲君主政体に分類される。⁵⁵共和政体もまた、歴史的には、限られた少数の者が国家の最高機関を構成する「寡人政治」、国民中のある特別の階級の者が最高機関となる「貴族政治」、全ての国民が国家の最高機関となる「民主政治」に分けられるが、このうち「共和政体の近代に於て行はれて居るものは総て民主政体である。⁵⁶」
 ところで、美濃部は、右の近代的な立憲君主政体と民主政体に共通するものとして「立憲政体」という観念を提示する。この観念は「国民ノ代表機関トシテ議會制度ヲ有スル近代的政体」の意味であり、「其ノ初ハ英國ニ發達シ、十八世紀ノ哲学ニ養ハレテ米國ノ新政体トナリ、更ニ仏國大革命ヲ経テ、第十九世紀以後ニ於テ漸次世界ノ各國ニ普及シ、遂ニ世界ノ殆ド総テノ文明國ニ共通ノ制度タルニ至レルモノ」である。⁵⁷その「中心思想」は二つあり、一つは「國家ノ統治權ハ成ルベク全國民ノ意向ニ基キテ行ハレザルベカラズ」とする「國民自治ノ思想」であり、一つは「各人ノ人格ヲ尊重シ各人ヲシテ出來得ベキダケ自由ニ自己ノ固有ノ能力ヲ活動セシムル」とする「自由平等ノ思想」である。⁵⁸すなわち、前者は民主主義、後者は自由主義の思想であるが、この自由主義思想として「近代ノ立憲政体ニ重要ナル影響ヲ与ヘタ」ものに「権力分立主義」がある。

「権力分立主義トハ國家統治權ノ作用タル立法行政司法ノ三種ノ作用ヲ各別種ノ機関ニ分屬セシメ各種ノ機関ヲシテ各獨立ニ其ノ權能ヲ行ハシムルコトヲ意味ス。三種ノ機関ガ互ニ相抑制スルコトニ依リ權力ノ濫用ヲ防ギ以テ人民ノ自由ヲ安固ナラシムルコトヲ得ベシト為スナリ」。⁵⁹

この思想はモンテスキューにより説かれたものであるが、十八世紀末のフランス第一共和制憲法及びアメリカ合衆國憲法に最も大きな影響を与え、殊に後者の憲法は今日に至るまでその効力を継続し、最も厳格な権力分立主義を實行している。その他の国では、十八世紀に説かれたような厳格な権力分立を實行し、「立法機関と行政機関トガ相獨立スルコトヲ不当ナリトシ」、いわゆる議院内閣制によつて両者の調和を圖ろうとする。が、しかし、議院内閣制は——穂積の

指摘に見られるように——権力分立主義を全く否定するものではなく、「或ル程度ニ於テハ其ノ主義ヲ維持セルモノ」である。⁽⁶¹⁾

ところで、前述のごとく、穂積が嚴格に三権を分離し、憲法上各々独立の機関に帰属せしめることをもつて権力分立主義の要諦とした。が、もし、それが「立法、司法、行政といふ語を単に形式的の意義に解し、立法機関の行為を立法と称し、司法機関の行為を司法、行政機関の行為を行政と称するに止むるものとすれば、其の意義は甚だ明白であるが、それだけでは立法、司法、行政の三種の機関が本来如何なる作用を行ふが為に存するものであるかが、少しも示されないのみならず、何故に此等の三種の機関が分たれねばならぬかも、全く眼中に置かれぬもので、学問上には全く無価値な觀念と言はねばならぬ」とした上で、美濃部は、更に次のように述べる。「之を以て学問上に価値ある觀念たらしむる為には、さういふ形式的の意義ではなく、其の實質的の意義即ち立法機関が立法を行ふといふのは本来如何なる行為を行ふ趣意であるか、其の所謂立法とは如何なる性質の行為を意味するのであるかを明らかにすることが必要である。司法及行政の觀念に付いても亦同様である」。⁽⁶²⁾

しかしながら、立法、司法及び行政の實質の意味は何かという問題になると、「それは決して争の無い明瞭な問題ではなく、却つて普通に行はれて居る説には首肯し難いものが甚だ多い」。⁽⁶³⁾ 例えば、国家行為の中で立法行為だけが法を作る行為で、行政や司法は既に作られている法を現実に適用する行為に過ぎないとする説がある。しかし、「立法行為も行政又は司法行為も、等しく法を作る行為たることに於いて共通の性質を有つて居る」⁽⁶⁴⁾。もとより、この点を明らかにするためには、法とは何かという問題に触れなくてはならないが、ここでは「法とは社会に於ける各人（団体又は個人）が他の人に対する関係に於いて為すべきこと為すべからざること（義務）及び為し得べきこと（権利又は権能）の定めである」として論を進めることにすると、現代の立憲政治の下では、この意味の法は、通常の場合、「立法行為と行政行為と

の二つの段階に依つて始めて作られ得る⁽⁶⁴⁾。

例えば、出版法を制定し、その法で内務大臣が公安風俗を害する出版物の発売頒布を禁止することが出来ると規定しても、それだけでは内務大臣にその権能を与えたというだけで、人民に対する關係に於いては法が完成されたとは云えず、人民はそれに依つては未だ何等の権利も与えられず、何等の義務を負うものでもない。内務大臣が現に発売頒布を禁止するという処分を行つて始めて人民に対して発売禁止という法が作られるのである。この場合、出版法は人民に対して発売禁止の処分をなす根拠に留まるものであり、内務大臣がその根拠に基づく行政行為によつて法を作るのである。それゆゑ「若し法を作る総ての意思表示を以て立法と称するならば、行政行為も亦立法行為であると謂はねばならぬ⁽⁶⁵⁾」。

同様のことは司法行為についても云い得る。例えば、刑罰についてみると、刑法において定められているのは刑罰に關する一般的準則に留まり、刑法の定める範囲内においてどれだけの刑に処すべきかは裁判所の裁量に任されており、更に、裁判所には「酌量減輕の制度」すら認められている。したがつて、裁判所の判決があつて始めて一定の刑罰を受ける義務が定まり、被告人に対する法が完成するのである。つまり、刑罰に關しても、刑法のみが法を作るのではなく、刑法を根拠として、裁判判決があつて始めて刑罰法が完成するのである⁽⁶⁶⁾。

このように考えると、「行政又は司法行為も法を作る行為たること於いては立法と共通の性質を有する⁽⁶⁷⁾」。これに対して、立法と行政・司法の共通性を認めた上で、しかし、前者は一般抽象的な法則を定めるものであり、後者は何れも単一の具体的事件について定めをなすものであるとして、両者を区別する説がある。これは「普通に立法行為、行政行為又は司法行為として理解せられて居るもの大多数の場合に当て嵌まり得る見解で、従つて又極めて普通に唱へられて居る見解である⁽⁶⁸⁾」。が、この説も決して支持し得るものでないことは、①立法行為に依つて具体的な定めを為すことがあると共に、行政行為に依つて抽象的な定めを為すこともあり、したがつて、これを両者を区別する標準と

為し得べきものではないこと、②司法判決については、確かに、判決はその性質上常に具体的な特定人に対する定めであり、その内容に於いても常に具体的な権利義務の定めであるが、しかし、一度ある事件に付いて一定の判決が下されると、特別な反対理由の起こらない限り、将来に於いても同様の事件に付いては同様の判決が下されることが合理的であり、正義感情に適するものであるから、当該判決に示された法見解が、立法行為と同様、将来をも律すべき法として妥当し得ることの二つの点からも明らかである。⁽⁹⁾

美濃部によれば、そもそも、国家作用を、実質的に見て、立法、司法、行政の三種に分かつこと自体が、論理的に正当な分類であるとは云い難い。立法と司法、行政とは、区別の「標準」が異なるのである。すなわち、立法作用と司法、行政作用との区別は、専ら「行為ノ性質」を標準とし、前者は「法規ヲ制定スル作用」、後二者は「法規ノ下ニ於ケル作用」であるのに対して、司法と行政の区別は、前者が「民事及刑事ノ目的ノ為ニスル作用」、後者が「其ノ他ノ国家ノ目的ノ為ニスル作用」という「国家作用ノ目的ニ依ル区別」であつて、「行為ノ性質ヲ其ノ区別ノ標準ト為スモノ」ではない。⁽¹⁰⁾したがつて、立法と司法・行政との区別は、司法と行政の区別と「其ノ区別ノ標準ヲ異ニス」るものであり、これを混同して国家作用を直ちに立法・司法・行政の三種に区別するのは、「譬へバ人間ヲ分類シテ老人、男子、女子ノ三種ト為スガ如ク、区別ノ標準ヲ異ニスル分類ヲ同一列ニ置クノ非難ヲ免レ」ない。⁽¹¹⁾

ここで留意すべきは、美濃部が、「立法」の観念について、先に定義を試みた広義の「法」を作る行為——行政及び司法も「法を作る」点では同じである——とは異なる観点から、国家が「法規」、即ち、「国家ト人民トノ間ニ法又ハ法ノ標準タルベキ規律」を制定する行為を指すものとし、その意味に限定を加えた上で、かかる「法規ノ下ニ於ケル作用」である司法・行政と区別していることである。⁽¹²⁾美濃部によれば、それ故、「立法ト司法ノ為ニスルト行政ノ為ニスルトヲ問ハズ総テ法規ヲ制定スル行為ヲ謂ヒ、而シテ法規ノ下ニ行ハルル国家ノ作用ノ中、民事及刑事ノ目的ノ為ニスル

作用ヲ司法ト謂ヒ、其ノ他ノ国家ノ目的ノ為ニスル作用ヲ行政ト謂フ」のであつて、これは、先の例で云えば、立法と区別される司法又は行政を「老人ニ非ザル男子又ハ女子ノミヲ意味スル」と解するものであり、この意味においてのみ国家作用を立法・司法・行政の三種に分類することができるのである。²³ 立憲政治に於ける三権分立原則とは、この実質の意味での三種の国家作用を「各別種ノ機関ニ分属セシメ、各種ノ機関ヲシテ或ル程度ニ於テ独立ニ行ハシムルコト」である。²⁴ 明治憲法もこの原則を採用し、「立法権ハ天皇帝国会ノ協賛ヲ以テ之ヲ行ヒ、司法権ハ天皇ノ名ニ於テ裁判所之ヲ行ヒ、行政権ハ天皇帝大臣ノ輔弼ニ依リ親裁シテ之ヲ行ヒ又ハ行政官庁ニ命ジテ之ヲ行ハシムル」ものとし、天皇が三権を総攬する点で、厳密な意味での「三権分立」は行われていないが、しかし、立法権は議会の協賛を要し、司法権は裁判所が行う点において、三権はその機関を異にし、その限りで右の原則は貫かれていと云える。²⁵

もつとも、この原則には多くの例外がある。「性質上立法ニ属スル作用ニシテ議會ノ協賛ヲ經ザルモノ多キト共ニ、性質上行政ニ属スルモノニシテ特ニ議會ノ協賛ヲ經テ行ハルルモノ少カラズ。性質上司法ニ属スル作用モ亦必ズシモ其ノ全部ガ裁判所ニ依リテ行ハルルニ非ザルト共ニ、性質上行政ニ属スルモノニシテ特ニ裁判所ノ権能ニ属セシムルモノアリ。就中行政機関ハ単ニ行政ノ作用ノミヲ行フ者ニ非ズシテ、広大ナル範圍ニ於テ又立法及司法ノ作用ヲ行フ」。その結果、「実質ヨリ見タル国家ノ作用ノ分類ト立法機関、司法機関及行政機関ノ分立トノ間ニハ甚大ナル懸隔」が生ずることになる。²⁶ そして、立法機関の権限に属する作用のみを「立法」と称し、司法機関又は行政機関の権限に属する作用を「司法」又は「行政」と称する形式的意味の分類が行われるのは、かかる懸隔に因るものであると云える。²⁷

このようにして、美濃部は、穂積批判から出発して、三権の実質的意味の探求を試み、「法規」概念を手掛かりとして、その定立と適用に区分し、そこから立法とその他の国家作用の区別を導き出すと共に、民・刑事とそれ以外の目的の区分から司法と行政の区別を引き出し、これらの作用が概ね別個の機関に分配されていることを以て、立憲政治にお

四 宮沢俊義の歴史的相対化論

宮沢にとつて、穂積は明治憲法を、「それがあるよりも、もっと反民主的に解釈」するものであり、美濃部は「それがあるよりも、もっと民主的に解釈しよう」とするもので、ともに、明治憲法の解釈方法としては「少しゆきすぎがあった」とする⁽⁷⁹⁾。また、美濃部がその学説の基礎に据えた国家法人論についても、宮沢は、「多くの批判されるべき点」があり、「これを冷静に科学的に検討するのが」憲法学の任務であるとしている⁽⁸⁰⁾。これは、戦後になつて、宮沢が語つたところであるが、既に戦前から美濃部説の問題点を「冷静に科学的に検討する」作業は続けられていた。

その作業は、理論的認識と実践的価値判断を区分し、憲法学説を理論学説と解釈学説とに区分する立場からなされるが、美濃部の国家法人論批判の文脈において特に重要と思われるのは、「本質概念」と「技術概念」の区別である。前者は、一般に法ないし法秩序を認識するという理論的要請に基づく理論的性格の概念であり、後者は、特定の実定法秩序において何らかの歴史的・技術的な必要に基づいて構成された制度的性格の概念である⁽⁸¹⁾。

ところで、宮沢によれば、国家法人論が科学学説として成立し得るかどうかを検討するには、まず何よりも、「法人格」の概念を吟味する必要がある。その際、これを右の本質概念と技術概念に区分して考える必要がある。本質概念としての法人格とは「法概念と共に概念必然的に与えられた法人格の概念」であり、それは「法規範の統一的複合体」を意味する。これに対して、技術概念としての法人格とは「歴史的・技術的に構成せられた法人格の概念」、「法技術的必要にもとづいて作られた概念」であり、それは「実定法技術上権利の主体となる能力」を意味する。したがつて、後者は、

「法によつて作られる概念」であり、決して、前者のように「法秩序から概念必然的に生ずる概念ではない」。

宮沢は、このように法人格について二つの概念を区分した上で、「人間（の行為）の結合体」である社会について、それが統一的な社会秩序を必然的に伴うものであり、しかも社会は、「人間の欲望が無限であるのにその対象たる財貨が限定せられてゐる」ことから「強制」を欠くことが出来ず、その社会秩序は「強制秩序」、すなわち「法秩序」となる傾向を内在的に有つとし、この法秩序を伴う社会を「法社会」、その組織技術的な進化に伴う社会分業の結果、特定の専門家が強制行為を独占し、統治組織をもつようになった法社会を特に「国家」と名づけ、次のように述べる。

「精神的統一体を『人格』と呼んで擬人的な表現を用ゐるのは、原始社会以来常に人間の思惟を支配したアニミズムの結果であり、かつアニミズムにもとづく言語の擬人的性質の結果である。しかし、正確にいへば、かくの如き人格化は法認識における一つの思惟補助手段にすぎぬ。ある法社会が法人格をもつといふは、その法社会を構成する法秩序が完結的な統一体をなしてゐることを省略的に、そして擬人的に表現したものに外ならぬ。この意味における法人格は、従つて、すべての法社会に当然に伴ふものであるから、それは国家にも概念必然的に伴ふ。この意味で国家を法人だと呼ぶことは無論正当である」。

これに対して、国家が技術概念としての法人格をもつかどうかは、現実の実定法によつてのみ決定され得るのであつて、一般に国家がそれをもつかどうかを理論的に決定することは不可能である。現代諸国の多くの実定法はこの意味の法人格を認めており、わが国の現行法は、外国に対して（民三六条）、自国に対して（民訴四条、国有財産法、国有林野法）、これを認めている。法人としての国家は、「国」あるいは「国庫」と呼ばれる。

この点で、いわゆる国家法人論は、「本質概念としての法人格と技術概念としてのその区分を十分に意識しないから、科学的理論としては不完全たるを免れ」ず、したがつて、これを科学理論として成立させるためには、右の二つを

区分することが必要である。しかし、その場合には、国家法人論が歴史的にもった政治的意味、すなわち、それが、一方において、統治権の主体は個々の自然人ではなく、法人たる国家であると説くことによつて、家産国家思想や絶対君主制を克服し、他方で、統治権の主体が抽象的な国家であると説くことによつて、具体的な国民多数の支配を主張する民主的勢力の台頭を阻止するという「十九世紀のドイツ流の『立憲君主政』」のイデオロギーとしての意味は失われてしまふことになる。⁽⁸⁵⁾

ところで、法は常に人間によつて「生産」せられるが、宮沢は、私法契約の当事者のように、こうした「法を生産する権能をもつ人間」をすべて「法の機関」と呼ぶ。それは、法概念に概念必然的に伴うもの、すなわち、本質概念である。これに対して、国家法の機関たる「国家機関」は、特殊の資格をもつものを指す。それは本質概念ではなく、「純然たる技術概念」であり、したがつて、それを特色づける資格の特質も「普通妥当的・確実なものではなく、全く歴史的に社会分業の結果生じたもの」である。⁽⁸⁶⁾ 国家機関の比較的定形的な特質としては、①その機関作用（法の生産）にまで義務づけられていること、②専務的・職業的にその作用に従事すること、③国庫金から給料を受けることが挙げられる。しかし、これらの特質は、いずれも単に量的なものにすぎず、国家機関と私人との差は程度の差に外ならず、その間に絶対に明確な限界を画することは不可能である。⁽⁸⁷⁾

さて、ここで、法を生産する人間（法の機関）の行為をひろく「法行為」と呼び、国家機関のなす法行為の中で一般私人のなしえぬものを特に「国家行為」と呼ぶことにするならば、——法の機関が異なり、法の生産手続が異なるに従つて「異なる法の形式」、すなわち、動的に見て「法行為の形式の相違」が生ずると同様——国家機関組織が近代に至つて益々複雑になるのに対応して、「国家行為の形式」についてその分化の度が増大し、複雑・多様化することになる。⁽⁸⁸⁾ これは、何より「社会分業の技術的必要」に基づくものであるが、しかし、それと同時に、そこでは、特に近代法

における国家行為形式の分化を支配した原理として、権力分立主義を挙げなくてはならない。⁽⁸⁸⁾

モンテスキューが『法の精神』の「英国憲法」の章において説き、アメリカ諸州の憲法で制度化され、フランス人権宣言でも表明された権力分立主義は、「何より自由主義の目的に仕へる」ものであり、「権力が権力を阻止する」やうに国家を機構づけることによつて、人民の自由を保障しようとする」ものであつた。⁽⁸⁹⁾しかし、宮沢によれば、権力分立主義が近代憲法史上において持つた歴史の意味を専らこの点にのみ求めることは決して正しい態度ではない。歴史的には、絶対君主政が近代的な立憲政に移行するに際して、「まづ民事・刑事の裁判権が、ついで立法権が絶対君主の手の中から離れ」、君主の権力は「一方においては民主的議会の、他方においては君主から独立の裁判所の制約をうけることになつた」。が、ここに至つて、「一方においてできるだけ立法機関から独立な地位を占め、又他方においてできるだけ裁判所の権力を限局することが、君主の利益と考えられるやうになつた」。権力分立主義は、ここでは、「立法権の行政権からの独立を説くと共に行政権の立法権からの独立を説くことにおいて、すなわち、その反議会的な点において、および司法権の独立を説くと共に司法権の法による羈束を説くことにおいて、すなわち、その反裁判所的な点において、まさしく、かくの如き守勢にある執行権の利益を擁護・弁明することに少からず役立つた」⁽⁹⁰⁾。権力分立主義がとりわけドイツ的な「立憲君主政」の原理と考えられ、わが国においても穂積説に見られるように「立憲主義即権力分立主義」と考えられたのは、こうした歴史的事情に基づくのである。⁽⁹¹⁾

これを前述の国家が複数の国家機関を持つことによつて「国家行為」の制度的・形式的な分化が生じ、その「形式」が発生するという視角から改めて捉え直すならば、それは、「いかなる国家行為がそれらの機関に権限として分配せられるか」、「国家行為がいかなる形式でなされるべきであるか」という問題でもある。これがいわゆる権限分配の問題であり、それは「憲法を支配している実定法上の原理を問題とする」ことであり、したがつて、「国家によつて異なる」こと

はもとより、「同じ国でも時代によって異なる」ものである。⁽⁹³⁾ここで、宮沢は、実定憲法上の権限分配の法理を明らかにする意図から、上述の「国家行為」の概念を「憲法上・国家機関の権限に属する行為の総体」を意味する「国家作用」の概念に置き換えた上で、それが「憲法の下における法秩序に何らかの変更を与える」性質のものであるとして、その意味を次のように指摘する。憲法下の法秩序に何らかの変更を与えることは「新たな法をもたらすことであるから、その意味ではそれは法の定立又は創設である。それは又憲法の下における法秩序を具体化・個別化することであるから、その意味ではそれは法の適用又は執行である。国家作用は、だから、すべて法の定立行為であり、同時に法の適用行為であると言ひ得る。この点で国家行為はすべて同質的である」。これはウィーン学派の考え方に拠るものであるが、この点で、美濃部が国家作用の実質的な意味を探索しながらも、最後は「法規」概念に依拠して法規の「定立」とその「適用」というドイツの通説的見解に立ち戻つて国家作用論を構成したのとは対照的である。⁽⁹⁵⁾

これらの国家作用、国家行為の総体について、それを「純粹に概念的に區別する」ことはもとより、「その目的によつて、又はその内容によつて、いわば縦断的・垂直的に區別」することも可能である。古い国家学理論が、外交・内政（警察）・財政・司法・戦争など諸々の高権を區別したのや、その後の行政法学が警察・保育等々の行政作用を區別したのは、こうした縦断的・垂直的區別の例である。また、国家作用について、これを比較的一般的な法規範の定立とその適用とに區別する例に見られるように、その現存法秩序の中にもたらす変更の具体性・個別性の程度の強弱によつて、いわば横断的、水平的に區別することも可能である。⁽⁹⁶⁾そして、諸立憲国の憲法で国家機関の間に権限を分配するに当たつて、この「分化可能性に依じて、或は縦断的・垂直的に、或は横断的・水平的にこれを為すのが通常である」。その際、「行政機関（君主）と司法機関（裁判所）」との間に為されている権限の分配は、大体において縦断的な分配であり、立法機関と行政機関（又は司法機関）との間に為されている権限の分配は、大体において横断的である。⁽⁹⁷⁾すなわち、立法

機関は、抽象的な法の定立（実質的意味の立法作用）をその所管とし、行政・司法の両機関は、立法機関によつて定立された抽象的な法の具体化をその所管とする。その場合、私法・刑法の具体化（実質的意味の司法作用）が司法機関の所管であり、それ以外の抽象的な法の具体化（実質的意味の行政作用）が行政機関の所管である。そして、これらの所管はなるべく専属的なものとせられなくてはならない。⁽⁹⁸⁾

ここで、宮沢は、実質的意味の立法を近代立憲主義の基本的理解に基づいて「普遍的・抽象的規範」の定立と捉えることにより、立法を「法規」の定立と解する美濃部説が国民の「自由と財産」に関する法規範の定立作用のみを議会に留保し、議会の権能を狭く限定する十九世紀ドイツ立憲君主政のイデオロギーに支配された考え方であると見て、美濃部の見解に批判的である点が注目されよう。が、それはともかく、上述の国家作用が異なる国家機関に分配される場合に、その権限分配の方式としては、一定の国家作用がある一つの機関の所管とせられる「専属的な分配」と一定の作用が二つ以上の機関の共通の所管とせられる「競合的な分配」の二つの方式が可能である。このうち、前者の専属的、排他的な分配がなされている限りに於いて、「権限を欠く国家機関の行為は法律上瑕疵ありとせられる」ことから、国家機関相互の間に「真の矛盾・抵触は生じない」⁽⁹⁹⁾。問題は、後者の競合的な権限分配が為されている場合である。この場合には、二つ以上の機関が同じ作用に対して相並んで権限を有つのであるから、国家機関相互の間に真の矛盾・抵触が生じ得る。そして、ここでは、——前述の縦断的若しくは横断的な分配の原理が内容的な権限分配の原理だとすれば——形式的な権限分配の原理が要請せられることになる。⁽¹⁰⁰⁾

ところで、右の権限分配が実際に問題となるのは、立法機関と行政機関の間においてである。両者の間における権限分配の原理としては二つのものが考えられる。一つは、両者の「国家機関の作用」、「国家行為の形式」を対等又は並立の関係に立たしめる場合である。「この場合は両形式間の矛盾・抵触は『後法は前法を廃す』という原理によつて解決せ

られる。すなわち、時間的に後の形式に常に上位がみとめられ、それに矛盾する前の形式は法的効力を有たぬとせられる。この原理はこれを「後法上位」の原理といふことが出来る⁽¹⁰⁾。もう一つは両形式を上下の關係に立たしめる場合であり、この場合には、何れか一方の形式に上位がみとめられ、時の前後を問わずその形式が優位し、それに矛盾する他の形式は法的効力を有たぬものとされる。立法機關の行為を形式的に見て「法律」と呼び、行政機關の行為を形式的に見て「行政行為」と呼ぶとすれば、この原理は、その上位を認められる形式が法律であるか行政行為であるかに従つて、それぞれこれを「法律上位」の原理又は「行政行為上位の原理」といふことが出来る⁽¹¹⁾。

右の形式的な権限分配の原理の中で、議會制度諸国において最も重要なのは法律上位の原理である。これは、法律は法律によつてのみ廃止・変更することが出来、また、法律と行政行為が抵触する場合は法律が優位するということを意味し、民主主義の結果生じた原理である。すなわち、それは、「法律は民主的機關の行為であるから、独裁的な行政機關の行為は法律の前に退かなくてはならぬ」とする考え方に由来するものであり、従つて、この原理は、憲法上、民主主義の勢力が強ければ強いほど、より完全になり、その妥当する範圍はより広汎になる⁽¹²⁾。

憲法上の権限分配について、上述の内容的な、又は形式的な原理が認められるが、宮沢は、「諸憲法の実定法的の分配の原理が決して概念必然的なものではなく全く歴史的なものであること、法本質的なものではなく法律史的なものであることに注意しなければならぬ」として、それがすぐれて歴史的・相対的なものであることを指摘する⁽¹³⁾。このことは、彼の権限分配論において留保された「司法権」、「司法作用」の理解についても妥当する。

司法権もしくは司法作用についても、通常、形式と実質の二つの意味に區別して論じられるが、宮沢によれば、形式的意味における司法作用は司法裁判所の権限に属する事項を指し、この点についてはあまり問題はない。問題は実質的意味の司法作用であるが、この実質概念の構成の仕方には二つの途がある。一つは、それを「ひとえに歴史的に構成し

ようとするものであり、他はそれを理論的に構成しようとするものである⁽¹⁰⁾。前者は、司法作用に対して実質的に行政作用と異なる性質を認めず、司法作用はその性質上行政作用の一部をなすものとし、ただ、特殊な歴史的事情に基づいて特に他の部分から区別せられ、司法裁判所の権限に属せしめられるに適するものと考えられるようになっただけのことであるとする。宮沢はケルゼンに依りながらその歴史的事情を次のように述べる。近代自由主義が興る前の独裁君主政の下では総ての国家作用はその理念上君主の手に統一せられていた。私法及び刑法につき個別・具体的法規範を定立する「司法作用」も君主の手に収められていた（「官房司法」）。自由主義思想は権力分立制の要求となつてあらわれたが、そこで特に要請されたのは「官房司法」を廃止し、司法作用を君主の手から裁判所に移すことであつた（「司法権の獨立」）。君主権力の制限を意図した自由主義が最初に君主から切り離した国家作用が司法作用であつた。では、なぜ、司法作用がまず君主の手から切り離されたのか。それは、「恐らく司法作用は一般人の利益に関係すること特に密接であり、しかもそれは君主自身の利益に関係することが他の国家作用——たとえば軍事作用——に比して比較的希薄であつたからであらう⁽¹¹⁾」。これに対して、後者は、司法作用にはその実質において行政作用とは異なつた法律的性質があると考え、たとえば、それは實在の事件について法を宣言する作用であるという風に説く⁽¹²⁾。前者の考え方を正当とする立場から、宮沢は、司法作用の実質概念を歴史的にはなく、理論的に構成しようとするボルドー大学のポナール教授の説を取り上げ、①そこで司法作用の本質的要素とされているものは「形式的要素から区別せられた実質的要素といふものである⁽¹³⁾」るか疑問であること、また、②ここでは司法作用が実質的に他の国家作用（殊に行政作用）から区別せられ得るのみならず、区別せられるべきものであることが無批判的に前提とされているが、そもそも「司法作用の実質概念を理論的に構成することが可能であるかどうかを検討せずに、それを可能なものと前提して、そこから出発して司法作用の実質概念の特色を見出すとする態度⁽¹⁴⁾」そのものが誤りであるとす。

宮沢によれば、どのような内容の国家作用が形式的意味の司法作用に帰属せしめられるかを、「理論」や「科学」によって決めることは出来ない。それは「ひとえに立法政策的見地からなされるべきであり、その立法政策を指導するのは「つねに實際的必要であり、合目的性である」。すなわち、aという内容をもつた国家作用を形式的意味の司法作用の所管とすべきかどうかについて、それを決するのはあくまで立法者の実践的意欲であつて、「科学」や「理論」ではない。aが形式的意味の司法作用の所管とせられる場合には、それと同じような性質をもつ、aという内容の国家作用も同じように司法作用の所管とせられるのが實際の見地から見て妥当であり、諸国の実定法も原則としてそうした立場を採っている。しかし、これは決して理論的な要請ではない。aを司法作用の所管としながら、aをその所管外に置くことも立法的には十分可能である。たとえば、人に刑罰を科すことは最も司法作用の所管事項に適するものと考えられ、現にそうせられてきているのが通常であるが、これを形式的意味の行政作用の所管とすることも十分に可能であり、現にそうせられている場合もある。この場合、刑を科することは「その実質において」司法作用に属するかどうかを決することの論理的または実際的な必要は到底見出されえない。われわれは、形式的意味における諸々の国家作用の概念を構成し、どのような内容の作用がそのいずれの所管とせられるかを定めさえすればよいのである。¹¹⁾

宮沢は、こうして、司法作用の実質概念を理論的に構成しようとする企図を否定し、その実質概念は専ら歴史的にのみ構成せられ得るとする。では、なぜ、歴史的にそうした実質概念が生じたかといえは、それは、主として権力分立主義の結果、国家作用に形式的な分化が生じたからである。このことは、歴史的に構成される司法作用の実質概念は、「その存在をひとえに形式概念に負っている」ことを意味する。したがつて、それは、「端的に司法作用の実質概念を否定することと実は同じことに帰着する」のである。¹²⁾

立法・行政・司法といった国家作用の性質に理論上実質的な差異は認められないとする立場から出発する宮沢にとつ

て、その実質的な違いは国家機関が歴史的に分化し、国家作用が形式的に分化してきたという点に求めざるを得ないわけであるが、そうすると、結局のところ、その権力分立論はすぐれて相対的・形式的なものとなる。

むすび

本稿では、権力分立原理に関する明治憲法下の諸学説の中から、特に重要と思われる穂積、美濃部、宮沢の三学説を取り上げ、各々の学説について若干の特質を指摘した。このうち、最後に取り上げた宮沢の立場からするならば、穂積説は明治憲法の「純粹に自由主義的・権力分立主義的な解釈」に徹するものであり、そこには「民主主義の原理があまりみとめられず、却って統治権が天皇によって『総攬』せられることにおかれるアクセントの強さは、独裁主義の原理を多分に示している」¹⁴⁾ことになる。これに対して、美濃部説は、現実の明治憲法以上に憲法を民主主義的に解釈しようとする。丸山真男教授の言葉を借りれば、その「意図はよくわかるけれども、科学的認識とはいえない。憲法が非民主的だったなら、そのまま、非民主的なものとして認識しなければいけない。実際以上に民主的に解釈するのは、科学的でないだけでなく、現実の憲法を美化し、その非民主性を隠匿するイデオロギー的機能を果たす」¹⁵⁾。おそらく、これが宮沢の美濃部説に対する態度であつたらう。宮沢は、先行する二つの学説に対するこうした評価を前提に、明治憲法の歴史・相対的な——その意味で、科学的・客観的な——位置づけを試みようとした。宮沢の立法・行政両機関の権限分配論、司法作用論は、まさにそうした明治憲法の歴史相対的な認識の重要な試みの一つであつたと云えよう。

こうした戦前の宮沢の試みに対して、佐藤幸治教授は、特にその司法権の概念につき、司法権の「本質」というべきものがあるとする立場から、「理論的概念構成は不可能であるとして、すべてを歴史的相対性の海に漂わせるとい

説 わけにはいくまい」とする厳しい批判を加え、この歴史相対主義を「明治以来のわが国の憲法・行政法学の体質」にまで求めている。戦前の公法学説の「体質」が宮沢の歴史相対的な憲法理解とどのように結び付くのか、佐藤教授の右の指摘からは必ずしも明らかではない。が、それはともかくとして、戦後の日本国憲法との関連で、戦前の宮沢が展開した権力分立論の持つ意味を検討して置く必要はあるように思われる。ただし、現行憲法の下で、立法・行政・司法の實質的な意味が現在、改めて問題になっているのみならず、憲法の国民主権、民主主義との関連で権力分立制をどのように理解するか、という原理的な問題もまた、今日、問われているからである。しかし、既に紙数も尽きたので、この点については稿を改めて論ずることにする。

(1) 佐藤功他「宮沢俊義先生の人と学問」ジュリスト六三三四号一四九頁。

(2) 憲法の原理一一三頁以下(一九六七年)所収。なお、本稿において、とくに断りのない限り、傍点は筆者が付したものである。

(3) 宮沢俊義||林茂「憲法義解縁起(一)」法学協会雑誌第五八卷八号四七頁以下。

(4) 伊藤博文著||宮沢俊義校注・憲法義解(岩波文庫版)二七頁(一九四〇年)。

(5) 稲田正次・明治憲法成立史下巻五八七頁(一九六二年)。

(6) 稲田・前出注(5)五八三頁。

(7) 明治文化研究会編・明治文化全集第一巻・憲政篇五二四頁(一九五五年)。

(8) 明治文化研究会編・前出注(7)五三四頁。

(9) 明治文化研究会編・前出注(7)五二四、五頁。

(10) 明治文化研究会編・前出注(7)五二五、七頁。

(11) 明治文化研究会編・前出注(7)五九七頁。

(12) 明治文化研究会編・明治文化全集補巻(二)……国法汎論七九頁(一九七一年)。

- (13) 稲田・前出注(5) 五八七頁。
- (14) 稲田正次・明治憲法成立史上巻五四〇頁(一九六〇年)。
- (15) 清水伸・帝國憲法制定会議一五四頁(一九四〇年)。
- (16) 長尾龍一「日本憲法学の國家論」日本法思想史研究八七頁(一九八一年)。
- (17) 井田輝敏・上杉慎吉——天皇制國家の弁証——二六〇七頁(一九八九年)。もっとも、井田教授は、穂積は國家主權説を承認したものの、その承認は「天皇と國家を等置する(「君主即チ國家タリ」)という、穂積獨特の『法理』によつて巧妙に補完されていた」とされる。井田・前掲書二七頁。
- (18) 穂積八束・憲法提要上巻四八頁(一九一〇年)。
- (19) 穂積・前出注(18) 四四〇五頁。
- (20) 穂積八束「立憲制下ノ三政治」穂積八束博士論文集七八五頁(一九一三年)。
- (21) 穂積は「権力ハ意思ナリ。意思ニ由ラサル力ハ天然力ナリ。権力ニ非サルナリ」とする。穂積・前出注(20) 七八五頁。
- (22) 穂積・前出注(20) 七八五〇六頁。
- (23) 穂積八束「権力ノ分立」穂積八束博士論文集八六五頁。
- (24) 穂積八束「立憲制ノ本旨」穂積八束博士論文集四五四頁。
- (25) 穂積・前出注(24) 四五四頁。
- (26) 穂積八束「議院制及立憲制」穂積八束博士論文集五七〇頁。
- (27) 穂積・前出注(24) 四五六頁。
- (28) 穂積・前出注(26) 五七六頁。
- (29) 穂積・前出注(26) 五六九〇七一頁。
- (30) 穂積・前出注(24) 四五六頁。
- (31) 穂積・前出注(26) 五七六頁。
- (32) 穂積・前出注(26) 五七六頁。
- (33) 穂積・前出注(23) 八六五頁。

- (34) 穂積・前出注(23) 八七二頁。
- (35) 穂積・前出注(23) 八八三頁。
- (36) 穂積・前出注(23) 八八五頁。
- (37) 穂積八束・憲法提要下卷九三〇頁(一九一〇年)。
- (38) 穂積・前出注(37) 九三五頁。
- (39) 美濃部達吉「国体と憲法問題」時事憲法問題批判一三〇頁(一九二二年)。
- (40) 美濃部・前出注(39) 三二頁。
- (41) 美濃部・前出注(39) 三七頁。
- (42) 美濃部・前出注(39) 三五頁。
- (43) 美濃部・前出注(39) 三七〇八頁。
- (44) 美濃部・前出注(39) 四五頁。
- (45) 美濃部・前出注(39) 四六頁。
- (46) 美濃部・前出注(39) 四六頁。
- (47) 美濃部達吉・日本憲法の基本主義一五頁(一九三四年)。
- (48) 美濃部・前出注(47) 一五〇六頁。
- (49) 美濃部・前出注(47) 一六頁。
- (50) 美濃部達吉・逐条憲法精義七三頁(一九二七年)。
- (51) 穂積・前出注(18) 一〇七頁。
- (52) 美濃部・前出注(47) 一四三頁。
- (53) 美濃部達吉・憲法講話二七頁(一九一八年)。
- (54) 美濃部・前出注(53) 二八頁。
- (55) 美濃部・前出注(53) 三五〇九頁。
- (56) 美濃部・前出注(53) 四三頁。

- (57) 美濃部達吉・憲法撮要（改訂第五版）五九頁（一九三二年）。
- (58) 美濃部・前出注（57）五九〜六三頁。
- (59) 美濃部・前出注（57）六四頁。
- (60) 美濃部・前出注（57）六四頁。
- (61) 美濃部達吉「立法、司法、行政（二）」国家学会雑誌第四五卷第九号一頁。
- (62) 美濃部・前出注（61）一〜二頁。
- (63) 美濃部・前出注（61）二頁。
- (64) 美濃部・前出注（61）八頁。
- (65) 美濃部・前出注（61）八頁。
- (66) 美濃部・前出注（61）九頁。
- (67) 美濃部・前出注（61）一〇頁。
- (68) 美濃部・前出注（61）一二頁。
- (69) 美濃部・前出注（61）一六〜一八頁、美濃部達吉・法の本質二二九頁（一九四八年）。
- (70) 美濃部・前出注（57）四五〇頁。
- (71) 美濃部・前出注（57）四五〇〜一頁。
- (72) 美濃部・前出注（57）四五三〜六四頁。
- (73) 美濃部・前出注（57）四五一〜二頁。
- (74) 美濃部・前出注（57）四五二頁。
- (75) 美濃部・前出注（57）四五二頁。
- (76) 美濃部・前出注（57）四五三頁。
- (77) 美濃部・前出注（57）四七六頁以下。
- (78) 美濃部・前出注（57）四五三頁。
- (79) 日本評論社編・日本の法学六六頁（一九五〇年）。傍点は原文。

- (80) 日本評論社編・前出注(79)六七頁。
- (81) 拙稿「憲法における理論学説と解釈学説——宮沢教授の学説二分論を素材として」ジュリスト八八四号二二〜四頁参照。
- (82) 宮沢俊義・憲法講義案四〇六頁(一九三四年)。
- (83) 宮沢・前出注(82)四〇五頁。
- (84) 宮沢・前出注(82)六頁。
- (85) 宮沢・前出注(82)七頁、三〇四頁。なお、拙稿・前出注(81)二五〜六頁。
- (86) 宮沢・前出注(82)一二頁。
- (87) 宮沢・前出注(82)一三頁。
- (88) 宮沢・前出注(82)二二〜三頁、二七四頁。
- (89) 宮沢・前出注(82)二七四頁。
- (90) 宮沢・前出注(82)二二七頁。
- (91) 宮沢・前出注(82)二七八頁。
- (92) 宮沢・前出注(82)二七八〜九頁。
- (93) 宮沢・前出注(2)一一四頁、一一九頁。
- (94) 宮沢・前出注(2)一一七頁。
- (95) 宮沢・前出注(2)一一八頁注(4)。なお、清宮四郎「ケルゼンの公法理論」、同「法の定立、適用、執行」(いずれも『国家作用の理論』(一九六八年)所収)参照。
- (96) 宮沢・前出注(2)一一八〜九頁。
- (97) 宮沢・前出注(2)一一九頁。
- (98) 宮沢・前出注(82)二七四頁。
- (99) 宮沢俊義「法律による裁判」憲法と裁判一七頁以下(一九六七年)参照。
- (100) 宮沢俊義「ドイツ型予算理論の一面」憲法の原理二四五頁以下参照。
- (101) 宮沢・前出注(2)一二〇頁。

- (102) 宮沢・前出注(2) 一一〇～一頁。
- (103) 宮沢・前出注(2) 一一一～二頁。
- (104) 宮沢・前出注(2) 一二二頁。
- (105) 宮沢・前出注(2) 一二三頁。
- (106) 宮沢・前出注(2) 一二四頁。
- (107) 宮沢俊義「司法作用の概念」憲法と裁判三〇頁。
- (108) 宮沢・前出注(107) 三一～一頁。
- (109) 宮沢・前出注(99) 一四頁。
- (110) 宮沢・前出注(107) 三一頁。
- (111) 宮沢・前出注(107) 三三頁以下、三九頁、四〇頁。
- (112) 宮沢・前出注(107) 四一～二頁。
- (113) 宮沢・前出注(107) 四二頁。
- (114) 宮沢・前出注(2) 一七八頁。
- (115) 清宮四郎他「宮沢俊義を語る」(ジュリスト六三四号九四頁)における丸山教授の発言。
- (116) 佐藤幸治・現代国家と司法権二九頁(一九八八年)。
- (117) 佐藤・前出注(116) 一一一頁。
- (118) 芦部信喜「権力分立制の問題点」演習憲法(新版) 二二七頁以下(一九八八年)。

〔後記〕 筆者は、一九八九年四月二八日の北大法学会において、「日本国憲法第一条の『象徴』規定について——天皇制条項解釈の「前提——」と題する報告を行った。この報告で、筆者は、「戦前の天皇制から日本国憲法と明らかに矛盾する部分を『引算』することによってその象徴天皇制像を構成している」とする宮沢教授の指摘を取り上げ、その「象徴天皇」像は、教授の国民主権論、八月革命説に即してみる限り、明治憲法の実質から単純な「引算」によって構成されたものではなく、むしろ、その理論構成は、横田喜三郎博士の『天皇制』(一九四九年・労働文化社)と同様、徹底した戦前との継絶を踏まえたも

のである、ということ述べた。「宮沢教授の象徴天皇制論」として活字にし、大方の批判を仰ぎたいところであるが、当面その時間的余裕が持てないので、この点は他日を期することにした。