



Title	明治憲法体制における自由権論の変遷
Author(s)	小野, 博司
Citation	阪大法学. 2004, 54(4), p. 161-189
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55282
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

明治憲法体制における自由権論の変遷

小野 博 司

はじめに——本稿の目的および問題設定——

一 消極的解釈——明治寡頭体制と自由権論——

(一) 起草過程における「自由権」

(二) 明治寡頭体制における自由権論

二 積極的解釈——政党政治と自由権論——

(一) 美濃部達吉の自由権論

(二) 佐々木惣一の自由権論

おわりに——戦前憲法学における「自由」観の変遷——

はじめに——本稿の目的および問題設定——

本稿は、明治憲法体制との関係を視野に入れて、大日本帝国憲法第二章「臣民権利義務」に規定された自由権に関する、明治中期から大正期にかけての、憲法学における議論の変遷を概観することを目的とする。

近代日本における自由権の実体的保障は、憲法第二章の自由権規定⁽¹⁾——居住移転の自由(二二二条)、逮捕監禁罰問処罰に対する自由(二三三条)、住居の不可侵(二五五条)、信書の秘密(二六六条)、所有権の不可侵(二七七条)、信教の自由(二八八条)、言論著作印行集会結社の自由(二九九条)——による。いずれも法律の留保を付せられていたため、「法律にもとづかない行政からの自由」を意味したに過ぎないが、この点についても、信教の自由が「安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限」⁽²⁾りで保障されたのをはじめに、緊急命令(八八条)、独立命令(九九条)、非常大権(三一条)などの重大な例外が存在した。手続的保障に関しては、憲法第六一条により行政裁判所が設置されたことが重要である。しかし、行政裁判法(明治三三年法律第四八号)第一五条、および「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」(明治三三年法律第一〇六号)⁽²⁾により、出訴事項列挙主義が採用されたため、「多くの場合、行政権力への人民の権利救済を閉塞せしめ、ために、人民は「泣き寝入り」せざるをえなかったのである」⁽³⁾との指摘どおり、それが人権保障機関として十分に機能しえたかは大いに疑問である。加えて自由権保障の実態については、公権力の日常的な人権侵害により、これらの不十分な制度保障すら空文化されたといわれる⁽⁴⁾。

これまで、自由権に関する戦前憲法学上での議論⁽⁵⁾の変遷を、政治体制との関係において論じた研究はない。先行研究を概観すれば、法史学においては、経済的自由と近代日本における資本主義の成立・発展との関係が、憲法学⁽⁷⁾では、「主権説対機関説」の対立⁽⁸⁾を軸に、主権論に代表される基礎概念や議会制など統治構造に関する問題が中心的に取り扱われてきた。こうした背景には、学問的な問題関心とともに、戦後の日本国憲法下において見られたような展開⁽⁹⁾を戦前の憲法学において見出すことは困難であるとの印象が、当時の不十分な制度保障や人権侵害の実態から抱かれたことが関係していると思われる。また、戦前における自由権論の展開について肯定的な論者においても、それらは同時代ドイツ公権論の無批判的な継受の域を超えるものではなかった⁽¹⁰⁾、あるいは近代天皇制とは本

質的に非適合的なものとして大きな影響力を發揮しなかった、と見なされてきたのである。⁽¹¹⁾

本稿は、従来の研究に対し、政治状況の変化とともに、当時一定の影響力を發揮した憲法学者により、国民の自由の範囲を拡大し保障を強化するための理論構築の必要性が認識され、また実際そういつた議論が展開されていたことについて指摘したい。⁽¹³⁾ 本稿では、以上のような自由権論に関する重大な理論的展開が見られる時期として、明治末期から大正期を考察の対象とする。それを政治体制の展開と重ね合わせれば、元老による明治寡頭体制が瓦解し、代わって政党政治が確立した時期にはばあてはまる。

大日本帝国憲法が、主要な政治勢力を国家建設に動員するために、国家諸機関の分権体制を採用したことはよく知られている。しかしそれは同時に、「集権的一元的な天皇大権の背後には、分権的多元的な国家諸機関の相互的抑制均衡のメカニズムが作動しており、これら諸機関の多元的均衡を求める政治力学が明治憲法体制の現実を形成していた」⁽¹⁴⁾と指摘される諸機関の独自性を強めさせる一因となり、体制的安定を確保するためには、それらを統合する非制度的存在が必要とされたのである。憲法制定当初、その役割を果たしたのが元老（藩閥）であり、彼らを中心とした寡頭制的政治体制（明治寡頭体制）が確立したのである。しかし、この明治寡頭体制も、日露戦争を一契機として、政党を統合主体とする「議院内閣制」⁽¹⁵⁾（政党政治）へと移行する。その過程は、政党が一応の統合主体として他の機関（官僚閥・軍閥など）を抑えて正統性を獲得し、さらに無産階級を含めた広範な国民的支持により強化されたとの形で整理できるが、以上のような政治体制の展開について、国民の政治参加のもつ意味には重大な変化が見られた。というのも、明治寡頭体制下では、それは一国家機関たる衆議院の構成に関係するのみであったが、政党政治においては体制全体を支える基盤となったからである。では、こうした政治体制上での国民の位置づけの変化と、当時の法的な議論との間に何らかの連関性を指摘することは可能であろうか。この点について筆者

は、明治寡頭体制の崩壊、そして政党政治の確立という明治憲法体制の展開が一種の外的要因として、自然的存在たる「国民」を内面化した「自由権」に関する議論に内的な転換を与えるきっかけになったと考える。近代日本における自由権論の展開について本稿が注目するのは、自由の封じ込めを図る自由権の消極的解釈から、自由権の拡大いしは保障を強化する積極的解釈への推移である。例えば自由権の範囲についても、当初は第二章に限定するのが有力だったのに対し、やがて第二章の規定は国民の自由権を例示的に列挙したものに過ぎないとする見解が唱えられるようになった。こうした自由権の積極的解釈と、明治憲法体制の展開との間には、いかなる関係を指摘することができ、また具体的にどのような議論が行われたのか。本稿は、以上のような自由権論の変遷に関する問題を考察することを通じて、近代日本における自由権論の特質の一端を明らかにしたい。

一 消極的解釈——明治寡頭体制と自由権論——

(一) 起草過程における「自由権」

憲法学における自由権論の変遷を辿るに先立ち、帝国憲法における自由権の意義を明らかにしたい。第二章の自由権は、一八三二年のベルギー国憲法第二編「ベルギー国民およびその権利」(四―二四条)ないしは一八五〇年のプロイセン憲法第二編「プロイセン人の権利」(三―四二条)の選択的継受による。例えば、「教育ニ関スル勅語」(明治三年一〇月三一日文部省訓令無号)などにより、国家(国体)思想の教育による内面化を試みた近代日本では、「教育の自由」(ベルギー国憲法第一七条、プロイセン憲法第二〇条)が継受されていない。国民の自由に対して起草者は、およそ消極的であった。起草者による批判的対応の背景としては、第一に、天賦人権論の存在が挙げられる。伝統的な「天」観念と、幕末以来継受された近代自然権思想との接合による天賦人権論は、自由民

権運動において藩閥政府の転覆を正当化する議論として機能した。抵抗と反逆を自己の拠り所とする天賦人權論が最もよく用いられたのは、歴史における「敗者」として、身近に自己を支える権力基盤を持たなかった士族民権の時期であり、運動の基盤が下降拡大され、議論の争点が政治統合形態の選択へと移行するにつれてその影響力には翳りが見られるようになった。⁽¹⁶⁾しかし、実際の政治状況において天賦人權論が問題とならなくなったのちも、起草者の自由権に対する印象は好転するどころか、むしろ警戒感はますます強くなっていった。例えば、草案起草に際して井上毅は、ヘルマン・ロエスラーおよびアルバート・モッセに自由権を憲法上に規定しない起草方式を諮問したが、⁽¹⁷⁾それは自由民権運動そのものが組織的反政府運動としての機能を大きく低下させていた明治一九年末であった。そこで以下においては、起草者の西洋思想のトレーガーとしての側面に注目して、一七八九年の「人および市民の諸権利の宣言」(フランス人権宣言)などの近代的自由についての見解を見てみよう。⁽¹⁸⁾

「憲法主義之保護者之一人」⁽¹⁹⁾を自認していた井上毅は、『憲法義解』の原案とされる「憲法説明」において、近代的自由の特徴の一つである前国家的・自然権的性格を、「彼ノ佛國ノ権利宣告ニ謂ヘル所ノ天賦ノ自由ハ他人ノ自由ニ妨ケザル限一ノ制限ヲ受ケザルノ説ハ浅薄ナル妄想ノ空論タルニ過キズ而シテ其ノ秩序ヲ破壊シ国体ヲ減裂スルニ至ルヲ亦必然ノ結果タラサルコトヲ得ス」⁽²⁰⁾と難じている。この背景には、彼の法認識上の特徴が大きく関係していると思われる。井上の法認識⁽²¹⁾は、明治七年の『治罪法備考』などで示されているように、法を歴史・風土・社会などとの内的連関のなかで捉えるものであった。それゆえに、留学を通じてフランス法に対する高度の知識とその歴史的背景を熟知していた井上は、近代的自由を論じるうえで、フランス革命との関係を非常に強く意識し、結果的に、「自由」の反政府的・反秩序的側面を強調するようになったのである。同様の見解はまた、ロエスラーの筆によるとされる「大日本帝国憲法術義」⁽²²⁾においても、「前世紀(一八世紀―筆者注)ニ在テハ天賦権利ノ説大

二行ハレ当時ノ政治哲学及憲法ハ此ニ非常ニ重キヲ措キ動モスレバ為ニ政府人民間ノ鞏固ナル関繋ヲ攪破シ社会ノ秩序ヲ紊乱スルノ因タルヲ免レザリシハ歴史ノ示ス所ナリ」という形で示されている。すなわち起草者においては、フランス革命での王権打破を正当化した近代的自由の歴史的役割が極めて批判的に捉えられ、さらにフランス革命前夜と擬される自由民権運動を背景に、国民の自由に対して批判的な対応がとられたと思われるのである。

「自由」に対する批判的な見解を井上毅とともに政府内に広めたロエスラーは、「我憲法（大日本帝国憲法―筆者注）ハ人類天賦ノ絶对的權利トシテ之ヲ待ツモノニアラズ、純然タル国定法ノ問題トシテ之ヲ待ツモノナリ。：（中略）：我憲法ガ正式的ニ之ヲ承認スルコトヲ避ケタルハ智ト謂フベシ」として、憲法上の権利が自然権的なものではなく、法律の留保の下、その範囲内で保障される権利であることを強調した。憲法上で自由権を「法律ニ対シ法律ノ範囲内」で認めたのは、諸列強との間に締結された不平等条約の改定を見据え、自由権規定の欠如が「憲法上ノ欠点」と諸列強から見なされることに苦慮した起草者たちが、憲法に規定するにあたって、「自由」の反政府的・反秩序的側面のコントロールを目指したためであったが、加えて帝国憲法下における国民の政治的位置づけを明確にするものでもあった。というのも、「法律は天皇の裁可がなければ成立しないが、成立したものは天皇の意思に裏付けられ、絶対化される。自由権の実質は、天皇の意思によってあたえられ、あたえられた範囲内で、臣民は自由を享受する、ということになる」との指摘どおり、憲法第五条および第六条によって、主権者たる天皇が立法権の究極的淵源とされているからである。すなわち、これにより自由権は、天皇の意思によって「朕カ親愛スル所ノ臣民」に対して限定的に付与される「恩賜としての自由」と見なされることになったのであり、「臣民」は、彼らの自律性によってではなく天皇との情緒的関係性によって基礎づけられる、国家による法と統治権力に絶対的に服従する存在と憲法上されたのである⁽²⁶⁾。

(二) 明治寡頭体制における自由権論

次に、高等文官試験委員などを兼職することで国家経営にも関与した、東京・京都両帝国大学憲法講座担当者の議論を手がかりに、明治中期の自由権論の内容および特徴を明らかにしたい。一木喜徳郎は、明治二〇年代後半以降、(東京)帝国大学で憲法を講じ、学生時代に彼の講義を聴講した美濃部達吉や吉野作造に一定の影響を与えた人物として知られる。しかし、穂積八束の神権学派に対し民権学派の祖とされる一木の自由権に対する理解は次のように厳しいものであった。「言論の自由集会結社の自由ハ何人とも雖とも之を欲望せざるハなし日本帝国憲法も亦た明に之を保證せり然れとも…(中略)…言論の自由何程惜むへきも集会結社の自由何程重んずへきも国家存立の危険を防ぐか為に必要なものは余輩之を割愛せざるを得ざるなり」⁽²⁸⁾。まさしくこれは反政府的・反秩序的側面を強調する起草者の「自由」観と同一のものであり、それゆえにここからは、神権学派のみならず、民権学派をも含む当時の憲法学における国民の自由に対する消極的な姿勢が窺われる。

当時の自由権論を語るうえで欠かせないのが立法事項説である。大日本帝国憲法には、「法律ノ範圍ニ於テ」「法律ニ依ルニ非スシテ」「法律ニ定メタル」などの形で法律の留保が付せられていたが、この「法律」を国法の一形式である「形式的意味の法律」と理解するのが立法事項説であり、すなわちここでは、第二章は、第五章「司法」などと同様に立法専属事項(≡立法事項)⁽²⁹⁾と位置づけられたのである。立法事項説は、起草者においても唱えられていた一種の「公式見解」であった。例えば、井上毅は「憲法説明」において、「法律ハ必議會ノ承認ヲ經、而シテ命令ハ専ラ天皇ノ裁定ニ出ツ。凡ソ臣民ノ為ニ身体財産ノ權利ヲ規定スルハ必法律ニ依ル」⁽³⁰⁾と論じ、同様に伊東巳代治「法律命令論 命令篇」も、「法律」を「臣民公私ノ權利義務ノ尺度タリ標準タルヘキ法規」たる「実質的意味の法律」とする見解を斥け、第二章を立法事項としている⁽³¹⁾。そして学説上においても、帝国大学の憲法講座初

代担当者である末岡精一が、「憲法第二章二掲グル事ヲモ、第九條ノ命令ヲ以テ制限スルヲ得ルトセバ、如何ナル事モ命令ヲ以テ制限シ得ラザル事ナキニ至リ」⁽³²⁾と述べていることや、さらに末岡から講座を引き継いだ一木も、「以上挙ぐる所の諸條（第二章の条文―筆者注）に於ては憲法ハ帝國議會の協賛を経たる命令を以てするに非されば某々の事項を規定するを得ざることを命するものと解釈せざるへからず」⁽³³⁾との見解を示していた点から見て、立法事項説は当初より有力な見解だったと思われる。

第二章を立法事項とすることで、自由権は以下のように解される。第一に、「国民ガ現ニ如何ナル限度ニ於テ其ノ自由ヲ享受スルカハ一ニ法律ノ定ムル所ニ依リ、憲法ニ依リテハ之ヲ知ルコトヲ得ズ」⁽³⁴⁾との指摘どおり、その内容は議會制定法レベルで検討・決定される⁽³⁵⁾。さらに自由権の範囲についても制限的列挙説⁽³⁶⁾のもとで、「一面ニ於テ本章（第二章―筆者注）ニ規定セラレザル事項ハ命令ヲ以テ定メ得ベキト共ニ、一面ニ於テ本章ニ列記スル事項ハ唯法律ヲ以テ定メ得ベク、命令ヲ以テハ定ムルヲ得ザルモノト為ス」（撮要一八〇頁）として、第二章に規定されていない自由権には、第九条などによる広範な制約を認められた。以上のことから見ても、立法事項説のもとでの自由権論が、自由権の範囲を制限し、憲法上での自由権の実質的内容の検討を放棄する消極的解釈であったことは明白であるが、さらにそれは、自由権の「恩賜としての自由」としての性格づけを補強するものであった。というのも、天皇との関係性により設定されるという「恩賜としての自由」の特徴が、立法権と天皇大権との権限配分を論ずる立法事項説では明確に示されるからである。そして、この権限配分という点により、「個人の自由を制約・規律する権力主体（立法部のみか、行政部もか）ないし権力行使形式（法律のみか、命令もか）いかなの問題に解消されるのは当然である」⁽³⁷⁾との指摘どおり、当時の自由権論は、立法権の範囲の問題とほぼ同一視される統治論の一バリエーションと見なされうるのである。

「明治憲法体制の最高のアポロジスト」と称される穂積八束⁽³⁸⁾の見解は、当時の憲法学において自由権論がいかに形式的に取り扱われていたかを明確に示している。穂積の国家主義は、「一種の唯物論的な進化論を背景にもつ、極めて功利的な思考」に規定されており、それはビスマルク体制末期の留学体験（一八八四—一八九年）に由来している。すなわち穂積は、当時ドイツ社会において顕在化していた階級対立を目のあたりにしたことにより、日本の将来を強く危惧し、「社会ノ貧苦ヲ負担スルノ劣族モ亦神聖ナル君主ノ全能権ニ倚頼シテ社会優族ノ壓制ヲ免レ悲哀ナル境涯ヲ離レテ社会福利ノ分配ニ当ルコトヲ得ヘキナリ⁽³⁹⁾」として、その予防および解決を強大な君主権に求めたのである。近代的政治体制の行き詰まりを強く認識していた穂積においては、「立憲政体ハ完全ナ政体テアルヲ得レハ吾々ハ満足スルナト、云フヤウナ時代ハ既ニモウ過去ツタコト⁽⁴⁰⁾」として政党や議会の現代政治における意義は軽視された。そして近代的政治原理への批判的な認識は、当然、それと密接に結びつく近代的自由権にも跳ね返ってくる。すなわち、階級対立が激化した社会における「自由」とは、「過失ナキ不幸ナル貧民ヲ餓死セシムルノ権利」に他ならないとされ、「衣食住を實質とし、権利・自由などを虚名とする、すこぶる経済主義的な人生哲学⁽⁴¹⁾」を持つ穂積はそれに代わって、個人と団体（家）とが同化・一体化して国家的生存を実現することを求めたのである。

以上のような穂積の見解を実現するためには、天皇に対して、憲法上で広範な専属領域が認められる必要があった。そのために穂積は、第一章「天皇」の六条から一六条にかけての規定を天皇の専断事項たる大権事項としたが、この点については当時から、憲法が否定する専制君主的側面が強調されすぎていることを理由として批判が投げかけられた。例えば、京都帝国大学の憲法講座初代担当者であった井上密は、「憲法第一三條及第一六條ノ如キ事項ト雖モ憲法ノ明文ニ抵触ヲ惹キ起サ、ル範圍ニ於テ法律ヲ以テ規定スルコトヲ得ルモノナリ…（中略）…穂積氏ノ

如ク此等ノ條文ニ於テ規定シタル事全体ヲ以テ大権事項トナシ大権事項ハ法律ヲ以テ規定スル事能ハスト云フハ全ク理由ナキモノナリ⁽⁴²⁾との見解を示している。これに対し穂積は、自説の正当性を以下のような形で説明した。

「憲法第二章ハ、名ニ於テ「臣民權利義務」ト謂フト雖、実ハ憲法上ノ立法事項ノ列記タリ、仍、其ノ第一章ノ大権ノ掲載ハ即チ大権專屬ノ事項ノ列記タルト其ノ義ヲ同フスルナリ。∴（中略）∴唯、之ヲ大権、立法権、各々其ノ專屬ノ領域ヲ分チ、相侵ササルノ大義ヲ表明スルモノト視ルコトニ於テノミ、其ノ眞意ヲ諒スルコトヲ得ヘキナリ⁽⁴³⁾。すなわち、第一章と第二章の条文上での整合性⁽⁴⁴⁾が強調され、両者は憲法上でそれぞれ大権と立法権の專屬領域を設定したものと解された。それゆえに第二章を立法事項と見なす立法事項説より、第一章において立法権に容喙されない領域（「天皇親裁専断ノ権」）が「必然的に」獲得されるとしたのである⁽⁴⁵⁾。以上のような穂積の議論が示しているのは、自由権論（立法事項説）の形式的取り扱いにもとづく、広範な大権の正当化であった。

確かに議會（立法権）を重視する憲法学者においては、「憲法第二章ノ列挙セル自由ヲ制限スルガ為ニ国家ノ發布スル法律ト云フノハ帝國議會ノ協賛ヲ經タ上テ裁可公布セラルル国家ノ一方的意思表示ヲ指スモノデアル。∴（中略）∴依ツテ憲法ノ保障スル臣民ノ自由權ハ憲法第九條ノ獨立命令及ビコレニ基ク行政処分ニ依ツテ制限セラレナイノデアル⁽⁴⁶⁾」として、立法事項説に一定の自由権保障機能を見出すことは可能であった⁽⁴⁷⁾。しかし、この点を強調して立法事項説の積極面を強調すべきではない。というのも、立法事項説の下での自由権解釈には本来的に重大な問題点が存在したのであり、またその積極面も国家権力の配分問題について相対的な程度問題でしかなかったからである。そしてこの政治判断について、穂積に代表される明治中期の憲法学者は、広大な大権事項を設定することを目的に、すなわち、議會の伸長を忌避する明治寡頭体制を支持し、立法事項説を展開したのであった。

二 積極的解釈——政党政治と自由権論——

(一) 美濃部達吉の自由権論

日露戦争での勝利は、日本を帝国主義世界体制の一環へと押し上げる契機となったが、皮肉にも同時にそれは、既存の国内システムの内在的矛盾をも露わにした。⁽⁴⁸⁾ 政治的決定過程においては、元老の指導力に翳りが見られ、憲法制定以来の明治寡頭体制は危機を迎えることとなる。⁽⁴⁹⁾ 元老の下で統合されてきた官僚・軍閥・政党がそれぞれ自立化の度合いを強めるとともに新たな政治体制が模索されたが、そのなかで民衆の政治意識の高まりを背景にして、原敬に指導された立憲政友会に代表される政党を中心とする政治体制が有力なものとなったのである。憲法学において、明治憲法体制のこうした方向での展開を支持したのが美濃部達吉⁽⁵⁰⁾であった。法制局参事官を兼任していた第二次西園寺内閣において、彼は選挙法改正調査特別委員会のメンバーとして小選挙区制の導入を推進し、政党政治の制度基盤の整備に貢献する一方で、「法律ノ学ハ實際生活ノ学ナリ、法律上ノ觀念ハ凡テ實際政治ニ於ケル吾人ノ信念ヲ以テ其ノ基礎ト為ス」⁽⁵²⁾との法学論のもとで、新たに構想される政治体制の理論的正当化を試みた。この点に関しては、憲法解釈を通じての制度改革を目指した、議会議論や内閣責任論などの国家諸機関のあり方について論じたものが中心であったが、それとともに国民についても次のような見解が示されていたのである。「立憲政治は其の形式から言へば、国民が自ら国政を決し又は少くとも之に参与する制度であるが、其の實質から言へば、国民が専制的の権力から解放せられて、其の自由且つ平等なる事が保障せられて居る制度であると謂ふことが出来る」⁽⁵³⁾。体制正統性が国民の政治参加に求められる以上、彼らの法的な位置づけが従来よりも重視されるのは当然であり、憲法論としてそれは自由権論の見直しに結実した。美濃部は、法律の留保における「法律」を「形式的意味

の法律」ではなく、「実質的意味の法律」たる「法規」とみなしたうえで、「本章（第二章―筆者注）ノ規定ヲ以テ又法律ト命令トノ限界ヲ定ムルモノト為スベカラズ。…（中略）…是レ従来ノ通説ノ最モ大ナル誤謬ノ一ニシテ、強ク排斥スルコトヲ要ス」（撮要一七九頁）として、立法事項説に対する批判を通じて新たな自由権論の展開を試みたのである。

美濃部は、憲法上の自由権の解釈について以下のような修正を加えた。第一に、第二章はもはや権力配分の問題としての立法事項とは見なされていない。それは、「第二章ノ規定ハ其ノ淵源ヲ佛國ノ人権宣言ニ有ス。人権宣言發布ノ後欧州諸國ノ憲法ハ其ノ影響ノ下ニ於テ殆ト例外ナク、何レモ皆所謂基礎権(Grundrechte)ニ関スル規定ヲ其ノ中ニ設ケサルモノナク、以テ國家ヨリ侵サレザル臣民ノ自由ヲ保障セリ。我國ノ憲法第二章モ亦此ノ如キ所謂基礎権ニ関スル規定ト其ノ趣意ヲ同シウスルモノナルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ」として、フランス人権宣言に思想的淵源を有する国民の自由権を定めたものと理解された。また、自由権の範囲に関しても大きな変化が見られる。すなわち、「憲法第二章ノ各條ニ於テ臣民ノ自由ヲ保障セル規定ハ決シテ普ネク各種ノ方面ニ於ケル臣民ノ自由ヲ漏レナク列記シタルモノニ非ラズ、極メテ重要ナル臣民ノ自由ニシテ其ノ列記ニ漏レタルモノ少シトナサズ」（限界ヲ論ス一六―七頁）として、憲法上の簡略な規定を逆手にとり、第二章を例示的規定とする例示的列挙説が唱えられたのである。以上のような議論を前提にして、憲法上の自由権は新たに「一般的自由権⁽⁵⁴⁾」という包括的・体系的概念によって捉え直されたのだが、それはすなわち、立法事項説および制限的列挙説による従来の議論と比較すれば、帝国憲法上での自由権の積極的解釈を目指すものだったと思われる。というのも、先述したように、従来の自由権論は、自由の反政府的・反秩序的側面を強調することによって、国民による「自由」の獲得を「服従が根本トナツテソレカラシテ主権ノ保護ヲ享ケ従ツテ又權利ヲ生ジ自由ヲ生ズルノデアリマス⁽⁵⁷⁾」と解する、自由権を

国家権力の配分問題に関連して限定的に承認される「恩賜としての自由」と捉える消極的解釈であった。これに対し美濃部は、「今日に於ても所謂義務本位の思想が尚可なり強く行はれて居りまして、動もすれば国民は絶対对国家に服従するの義務があると云ふことを申す者が有りますけれども、それは大なる誤りであります。絶対の服従は奴隷である」(傍点は原文のまま)⁽⁵⁸⁾として、国家に対する国民の奴隷的位置づけを否定したうえで、広範に認められたそれぞれの自由を、一般的自由権により統一的に理解することを主張したのである。「包括的ナル単一ノ権利ニシテ、個々ノ権利ノ集合ニ非ズ。…(中略)…憲法ノ列記セル所タルト否トヲ問ハズ、国民ハ広ク法律ニ依ラズシテ其ノ自由ヲ侵サレザル権利ヲ有スルナリ」(撮要一七八頁)という一般的自由権のもとで、美濃部が個々人の人格的利益を非常に包括的に把握したことは、彼らを「絶対ニ、無限ニ、国家ニ従属シテ其ノ権力ニ服従スル」存在としての「臣民」と理解し、そのもとで自由権を「恩賜としての自由」とするものではなく、その自律性を尊重することを前提にした、権利主体としての個々人の自由を帝国憲法において承認するものであった。⁽⁵⁹⁾

以上のような美濃部の自由権論は、個々人に対し自律的領域を設定するものであるが、そこにおいて前提とされた人間像は、資本主義社会での自己利益の最大化を目指す「近代的合理人」であると同時に、「国家ヲ構成スル一分子トシテハ、国民ハ国家ノ運命ヲ負担シ、其ノ存立ヲ保持シ其ノ進運ヲ扶翼スル義務ト権能トヲ有ス、国家ハ国民ノ団体ナルヲ以テ国家ノ盛衰興亡ニ国民ニ繋ラザルナケレバナリ」(撮要一五一頁)という、自律的な政治的判断能力を有する国家構成員であったと思われる。というのも、臣民の意義について美濃部は次のように整理しているからである。「臣民ハ第一ニ団体トシテノ国家ヲ構成スル一分子タリ、第二ニ国内ニ於ケル社会生活ノ一員タリ、第三ニ個体トシテ独自ノ生存目的ノ主体タル三重ノ地位ヲ有ス」(撮要一五一頁)。同様の見解はまた、それを公法・私法の関係と結び付けて論じた次の記述でもうかがわれる。「各個人の個体としての生存は国家の一員たる

ことに依つて始めて全きを得るのであつて、総ての個人生活は国家の保護を其の存立の基礎と為すのである。随つて私法の全部は公法の基礎の上に存するものであるといふことが出来る⁽⁶⁰⁾。その位置づけについて、「国家ヲ構成スル一分子」としての地位を優先する美濃部の見解は、自由権の積極的解釈のもとで創成される自律的領域が政治的自己決定のために準備されたものであることを示している。以上の点から見て、美濃部の自由権論とは、政党政治体制を下支えする存在としての国民の析出を試みたものとして、議会議論や内閣責任論などと同等の政治的意義を有するものだったと位置づけることができるものなのである。

(二) 佐々木惣一の自由権論

美濃部の自由権論は、明治憲法体制の展開を背景とした、国民の政治的性格づけの変化を論じたものであつた。ところで先述したように、美濃部の自由権論は明治末期の政党政治成り立ちにおける政治的課題を前提にしたものであり、それゆえにやがて重大な問題点を露呈することになる。というのも美濃部は、政治参加の主体として既に成熟した政党政治家・知識人・資本家などの国法學上での隷従的取り扱いの解消を意図していたからである。そのため、より広範な国民の政治参加が問題となるにつれて、「人間は其の天性に於て其の能力識見に於て極めて不平等である。何故に独り其の権利に於てのみ平等であらねばならぬ理由が有らうか⁽⁶¹⁾」という自由に関する不平等を是認する美濃部とは異なる観点からの議論が展開されたのである。以上のような課題の克服を目指した見解として、佐々木惣一⁽⁶²⁾の自由権論が注目される。佐々木に関しては、「憲法學における、良い意味でも悪い意味でも、概念法學の完成者の観があつた⁽⁶³⁾」として、今日でも実証主義的な法解釈學者との印象が強いが、実際のところ当時においては、吉野作造や河上肇などととともに、「現代の青年を動かさしつゝ、ある政論家」として、広範な社会的支持を得て

いた論者であった。⁽⁶⁴⁾ 普通選挙を時期尚早とした美濃部に対し即時実施を唱え、また普通選挙の担い手となる労働者に対しても、彼らの団結権を承認する論文を発表し、さらに一九一九年には大日本労働総同盟友愛会の評議員に選出されていたことなどは、それを示す一例である。⁽⁶⁷⁾ 以上のように、一面では美濃部以上に大正デモクラシー期を代表する憲法学者であったと評価できる佐々木は、自由権の範囲について、「個々ノ自由権ハ実ハ其自身独立ナル一個ノ権利ニ非ズシテ、包括的自由ノ権利ノ発現タルノミ」という例示的列挙説を唱えた。「生命、身体、住居、財産等の安全の保障あることは、個人の道徳的自由の発展を為さしむるが為に、必要なる条件である」として、自由権保障を自律性獲得の条件と捉えていた点からも、その目的は美濃部と同様に、国民の政治的存在としての自律性の承認にあつたと思われる。だが一方で、美濃部との間には重大な差違も見られる。「是レ（立法事項―筆者注）帝国憲法ガ明示シテ法律ヲ以テ規定スベキモノト定メタル事項ナリ。：（中略）：其ノ事項ノ主タルモノハ国民ノ自由ニ関スル事項トス」（要論五七四頁）として、第二章が立法事項（佐々木の用語によれば、法律事項）とされていたのである。

例示的列挙説と立法事項説を結びつけることにより、佐々木において、憲法上の自由権は以下のように論じられる。第一に、例示的列挙説による「包括的自由権」（美濃部の用語では、一般的自由権）のもとで国民の自由が広範に認められた。だが同時に、立法事項説が唱えられるため、第二章列挙の自由権とそれ以外の自由権の間には明確な区別が定められる。すなわち、第二章に規定された自由権は議会のコントロール下に置かれるが、それ以外の自由権に関しては、「帝国憲法ニ示ス所ノ自由ト異ナリ、之ヲ制限スルニ必ズシモ常ニ法律ニ依ルヲ要セズ、一定ノ目的ノ為ニハ命令ニ依ルコトヲ得ルナリ」（要論二四九頁）として独立命令などによる制限が認められるのである。そのため、以上のような佐々木の自由権論では、包括的自由権を憲法解釈に持ち出した意味が見えづらい。

「我が憲法學說上、上述した意味の変質した包括的自由権を一方に於て認め、他方、憲法に規定する個別的自由権を、これに対立せしめる學說も存するが、この場合には包括的自由権を憲法解釈上認める意義は、ほとんど喪失して居る」⁽⁷⁰⁾との批判や、佐々木の見解を穂積と美濃部の折衷的議論とする評価などはこの点を強調したものである。

しかし佐々木の意図を理解するには、美濃部との比較のもとで、加えて自由権を制約する独立命令の内容を検討する必要があるだろう。前述のとおり、立法事項説を否定した美濃部は、「実質的意味の法律」である独立命令による自由権全般の制約を認めたが、それは立法事項説の自由権保障機能を重視する論者によって、「博士（美濃部―筆者注）カ憲法第二章ノ立法事項ニ関スル規定ヲ例示列記トナスハ一ニハ以テ憲法制定者カ無用ノ條文ヲ設ケタルモノナルコトヲ誣ヒ一ニハ以テ立法事項ニ関スル條文カ憲法第九條ニ対スル例外的規定ナルコトヲ亡失セルモノナリ」⁽⁷¹⁾との批判を受けることになった。これに対し美濃部は、「憲法第九條ノ趣意トスル所ハ、『内政ノ目的ノ為ニ必要ナル範圍内ニ於テ、國權ヲ以テ臣民ノ自由ヲ制限スルニハ、命令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得』トイフニ外ナラス。内政ノ範圍内ニ於テ國權ヲ以テ臣民ノ自由ヲ制限スルノ作用ハ余ハ之ヲ稱シテ警察權ト謂ハント欲ス」⁽⁷²⁾（限界ヲ論ス四七頁）として、第九條による自由権制約の根拠を警察目的（消極目的）に限定した。すなわち美濃部の自由権論は、あくまで穂積的な専制的権力の排除を主眼としていた。これに対して佐々木は、積極目的での自由権制約を是認した。第九條の「臣民ノ幸福ヲ増進スル」ための自由権制約がそれにあたる。具体的には、保育・助長・福利行政と解する当時の有力説（一木など）とほぼ軌を一にしつつ、「國民ノ衣食住ノ状態ヲ發達セシメ、其ノ智識ヲ開發セシメ、國民ニ娛樂ヲ享受セシメ、國民ノ健康ヲ増進セシムルガ為ニハ、命令ヲ以テ、國民ノ或行動ヲ定ムルヲ得ルガ如シ」⁽⁷³⁾（要論六二五頁）という社会保障的な側面をより前面に押し出した解釈を行った。

社会保障に対する高い関心は、一九〇九年から一二年にかけての欧州留学中にすでに見られたものであり、一九

一〇年代には、「其（有産無産―筆者注）の階級の実際生活上の意味を緩和すること」が構想されていた。すなわち佐々木においては、国民の生活条件の改善という観点において、国家の積極的介入の必要性が強く求められていたのである。したがって、こうした独立命論を前提にすれば、先の自由権論において意図されていたのは、包括的自由権のもとで国民の自律性を承認する一方、独立命令という憲法上の規定を手がかりに国家による国民への生存配慮を憲法論的に正当化し、生活条件の改善を通じて国民の自律を実質的に図るものであったということができ⁽⁷⁵⁾る。佐々木は、自由に関する不平等の是正という観点から帝国憲法を解釈することにより、美濃部以上に帝国憲法上の自由権規定の積極的解釈の可能性を導き出したといえるが、それは、「国民全体ヲシテ能ク共同生活ヲ為サシムルト共ニ国民各自ヲシテ能ク其ノ処ヲ得シムルコト」（要論二八一頁）との統治権論に、一種の「社会主義的要素」が含意されていたことも関係している⁽⁷⁶⁾。ところで、こうした佐々木の自由権論は決して観念的思索の所産ではなく、当時の政治・社会状況に強く規定されたものである。というのも、彼が活躍した大正デモクラシー期に政治的課題となったのは、前述のとおり、政党政治体制における普通選挙の実現であった。そのため、より広範な国民の政治参加が求められたのであるが、同時にそれは、無産階級を含む、政治的判断能力を具えた存在としては見なされていない国民の存在を浮上させたのである。「社会を構成する人々の多数は寧ろ受動的の立場に在り、自ら意識する与否とを問はずその社会力の下に支配せらるるもの」と美濃部により指摘された⁽⁷⁷⁾彼らの積極的な政治参加を問題としたとき、佐々木が展開したのは、成熟した政治的主体に自律性の承認を与えることではなく、そうした存在へと国民を養成することを正当化する議論であった⁽⁷⁸⁾。その意味において、佐々木の見解は、明治憲法体制としての政党政治の段階的發展をより確実にすることを目的としたものであった⁽⁸⁰⁾。

おわりに——戦前憲法学における「自由」観の変遷——

以上、本稿は、明治憲法体制の展開と自由権論の關係について検討してきた。すなわちそれは、明治末期から大正期にかけての政党政治確立過程における自由権の拡大や保障の強化を目指す積極的解釈の進展であった。美濃部や佐々木といった論者は、理論構築を行った時期の違いに由来する現状認識の違いから、対象となる「国民」の範囲を異にしたがらも、積極的解釈を通じて、新たな政治体制下で政治参加を行う国民の自律性の承認を行ったのである。

ところで、自由権論の変遷に関して見逃せないのは、憲法学者の「自由」観の変化である。国民の自由の封じ込めを安定した国家運営の重要な方策と考え、消極的解釈が一般的だった時期においては、「自由」の反政府的・反秩序的側面が強調されていた。これに対し、積極的解釈を提唱した論者は、「吾々が内部からの拘束を脱すること」に在るのではなく、吾々が内部からの拘束に従うことを、外部から妨害せられざること⁽⁸¹⁾に在る」として、「自由」を「自律」や「自己陶冶」と理解し、国民の政治参加を積極的に推し進めたのである。以上のような「自由」観の変化が直接的に意味したのは、明治憲法体制の展開とともに訪れた国民の位置づけについてであったが、同時に戦前の憲法学が前提とした人間像の変遷を見出すことも可能である。「最高権威たる国家」による統治と法に対して服従する存在から、国民の自律的領域が獲得されたという変化は、戦後の議論との一定の關係性を示唆するものと思われる。しかし他方で、政治体制に依存し、その実現を自己目的とする当時の議論が、「自由」を政治的領域に押し込めていたという点もまた事実である⁽⁸²⁾。それゆえに、この二点を併せた「自律の政治的手段化」という「ねじれ現象」は、近代日本における自由権論の特質の一端を示すものだと思われる。

最後に、本稿では検討することができなかった課題のいくつかを指摘したい。政党政治は、一九二〇年代後半から三〇年代前半にかけて挫折したが、この政治変動により自由権論が転機を迎えたであろうことは容易に想像できる。この点は、近代日本における自由権論の重大な論点であるばかりか、戦前・戦後を通じての学説内在的な憲法史の究明にとっても重要であると思われる。⁽⁸³⁾さらに本稿は、学説史に終始したため、実定法レベルでの検討は行っていない。出版法（明治二六年法律第一五号）、治安警察法（明治三三年法律第三六号）、新聞紙法（明治四二年法律第四一号）などの治安法制は、伝統的な「自由」観のもとで制定されているが、それらの運用に政治体制の開はどのような影響を及ぼしたのか。またそれは、本稿で検討した学説上における展開との間にいかなる関係を見出すことが可能なのか。この点についても、今後の課題としたい。

(1) 大日本帝国憲法上の人権規定の特徴については、宮沢俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣、一九五九年）一八一―九頁、および奥平康弘「明治憲法における自由権法制——その若干の考察——」東京大学社会科学研究所編『基本的人権』二卷（東京大学出版会、一九六八年）所収、五三―八〇頁を参照。

(2) 「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」に規定されたのは、「海関税ヲ除ク外租税及手数料ノ賦課ニ関スル事件」、「租税滞納処分ニ関スル事件」、「営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件」、「水利及土木ニ関スル事件」、「土地ノ官民有区分ノ査定ニ関スル事件」であり、いずれも直接に自由権保障を目的としたものではない。

(3) 和田英夫「行政裁判」鶴飼信成ほか責任編集『講座日本近代法発達史』三卷（勁草書房、一九五八年）所収、一五九頁。

(4) 家永三郎『歴史の中の憲法』上巻（東京大学出版会、一九七七年）一一六頁以下を参照。

(5) 近代日本における人権論を憲法学的に扱った研究のなかでも、筆者は、奥平康弘「戦前日本憲法学における「基本権」の概念」『社会科学研究』一八巻六号（一九六七年）に示唆される部分が少なくなく、本稿の作成に関しても大いに参考にした。

- (6) 代表的な研究としては、福島正夫『日本資本主義の発達と私法』（東京大学出版会、一九八八年）が挙げられる。
- (7) 通史的著作としては、鈴木安蔵『日本憲法学の生誕と発展』（叢文閣、一九三四年）、家永三郎『日本近代憲法思想史研究』（岩波書店、一九六七年）、鈴木安蔵『日本憲法学史研究』（勤草書房、一九七五年）、長谷川正安『日本憲法学の系譜』（勤草書房、一九九三年）がある。なお、研究史については、長谷川正安編『憲法学史史（文献選集日本国憲法）』一七卷（三省堂、一九七八年）所収の長谷川正安氏による「解説」、および平野武「憲法——大日本帝国憲法の制定と運用——」石川一三夫ほか編『日本近代法制史研究の現状と課題』（弘文堂、二〇〇三年）所収、一一—一五頁を参照。
- (8) 大日本帝国憲法下の正統学派に関して、かつては対立が見られた（鈴木安蔵・長谷川正安氏は主権説を、家永三郎は機関説を正統学派とする）。この点に関し橋本誠一氏は、大日本帝国憲法の規範構造を、①有機体的国家理論②自由主義的立憲主義論に見出したうえで、穂積八束・美濃部達吉の憲法理論との比較検討を試み、理論的な内容の継承関係については、それぞれ「正統」たりえないと論じている。（ただし、立憲主義について美濃部理論は継承・発展的なものとされる）。橋本誠一「帝国憲法の再検討——比較憲法史的考察を手がかりに——」（静岡大学法経研究）四二卷二号（一九九四年）を参照。
- (9) 戦後における人権論の展開の概観については、渡辺康行「人権理論の変容」岩村正彦ほか編『現代国家と法』（岩波講座現代の法）一卷（岩波書店、一九九七年）所収を参照。
- (10) 奥平・前掲注（5）一四九頁を参照。
- (11) 長谷川正安『昭和憲法史』（岩波書店、一九六一年）三六頁を参照。
- (12) 以上のような諸々の議論の背景には、自由権を基礎づける「自由」の、近代日本におけるあり方について、戦後の社会科学が批判的な立場をとったことも大きく影響していると思われる。この観点を代表的なものとしては、「日本における自由意識の形成と特質」松沢弘陽ほか編『丸山眞男集』三卷（岩波書店、一九九五年）所収などの丸山眞男の一連の研究を参照。
- (13) 本稿では、自由権論の実際の政治過程における役割や社会的影響力については十分に検討することができなかった。なお、この観点から憲法学説を扱った近年の研究としては、増田知子『天皇制と国家——近代日本の立憲君主制——』

- 〔青木書店、一九九九年〕を参照。
- (14) 三谷太一郎「政友会の成立」同『増補版』日本政党政治の形成——原敬の政治指導の展開——〔東京大学出版会、一九九五年〕所収、五十六頁。なお、大日本帝国憲法における分権体制について論じた近年の著作として、佐々木隆『明治人の力量』〔講談社、二〇〇二年〕一二五—四〇頁を参照。
- (15) 立法者意思からも憲法上で議院内閣制が否定されていたのは明白であるが、やがて二元型議院内閣制が政治慣行として確立した。この際の憲法解釈の変遷については、坂野潤治「明治憲法体制の三つの解釈」同『近代日本の国家構想』〔岩波書店、一九九六年〕所収、一五三—七八頁を参照。
- (16) 以上の記述について、宮村治雄「開化」と「革命」——日本におけるフランス革命——同『開国経験の思想史——兆民と時代精神——』〔東京大学出版会、一九九六年〕所収、二五頁以下を参照。
- (17) 井上毅「国民ノ権利ヲ憲法ニ掲クルノ問」國學院大学日本文化研究所編『近代日本法制史料集』一卷〔國學院大学、一九七九年〕所収を参照。
- (18) 近代的自由は、アンシャン・レジームの政治体制および社会秩序への闘争により獲得された「新しい国家的エトスの宣言」(カール・シュミット)による。その特徴としては、①包括的・普遍的であること②個人の権利であること③前国家的権利であること④国家に対する請求権であることの四点が指摘される。ハンス・マイアー「近代国家における基本的人権」森田明編訳『基本的人権論』〔信山社、二〇〇二年〕所収、四—五頁を参照。
- (19) 「一八八九年九月二日伊藤博文宛井上毅書翰」井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇四卷〔國學院大学図書館、一九七一年〕一五八頁。
- (20) 「憲法説明」稲田正次『明治憲法成立史』下卷〔有斐閣、一九六二年〕八六二頁より引用。なお、清水伸の紹介した同箇所の記事は、「制限ナキノ自由ハ浅薄ナル妄想ノ空論ニシテ、而シテ秩序ヲ破壊シ国体ヲ減裂スルニ至ルモ亦必然ノ結果タラサルコトヲ得ス」とあり、前半部分が大きく異なる。「憲法説明」清水伸『帝国憲法制定会議』〔岩波書店、一九四〇年〕附録五五〇頁を参照。
- (21) 井上毅の法認識については、坂井雄吉「井上毅における法の認識——その「国法」「私法」観念を手がかりとして——」同『井上毅と明治国家』〔東京大学出版会、一九八三年〕所収を参照。

- (22) 「大日本帝国憲法行義」は、国立国会図書館憲政資料室所蔵の「伊藤巳代治関係文書」に収録された著者不明の和文・英文の憲法逐条註釈書である。その存在は巳代治の嫡孫治正が主催する憲法史研究会で明らかにされ、一九四一年に伊藤巳代治遺稿『大日本帝国憲法行義』として限定版が刊行された。一九九四年に信山社から復刻された際の「改題」で、三浦裕史氏は、英文はロエスラーの筆により、和文は伊東の関与のもとで英文を翻訳したものと推定している。三浦裕史「改題」伊東巳代治遺稿（三浦裕史編）『大日本帝国憲法行義』（信山社、一九九四年）二一七―一八頁を参照。
- (23) 憲法起草者周辺ではフランス革命に関する批判的な著作が多かったことからこの点は窺える。ロエスラー『仏国革命論』（独逸学協会、一八八五年）や、金子堅太郎『政治論略』（忠愛社、一八八一年）が代表的である。なお、後者については、山下重一「パークの本邦初訳」（一）（二・完）『國學院法学』一八巻一―二号（ともに一九八〇年）を参照。
- (24) 伊東・前掲注（22）六四頁。なお、この「法律の留保」を伴う権利規定は、比較法的に見て、当時一般的であった。
- (25) 利谷信義「明治前期の人権と明治憲法」東京大学社会科学研究所編・前掲注（一）所収、一五六頁。
- (26) 日本近代国家の特質は、天皇制権力の絶対主義的性格と、後進資本主義国として帝国主義列強の圧力下という国際環境のなかで発達した日本資本主義の特殊性に見出される。山中永之佑「日本近代法総論——日本近代法の歴史の体制的・構造的把握をめざして——」同編『新・日本近代法論』（法律文化社、二〇〇二年）所収を参照。これと対応して政治的自由への抑圧的な対応とは対照的に、経済的自由は、国家の財政的・経済的基礎を確立するためにも積極的に認められた。
- (27) 法学者の国家運営への関与の度合いには時代により変化が見られる。明治中期における法学者の国家経営への参与は、重要な法案の起草等、非常に直接的であったが、専門学識官僚層の成長などとともに高等文官試験委員としての官僚登用への関与にはほぼ限定された。Byron K. Marshall, *Academic Freedom and the Japanese Imperial University, 1868-1939* (University of California Press, 1992), p. 93. を参照。なお、マーシャルと同様の分析枠組みで、明治中期から末期の国家学会における国家学者の機能変化を論じたものとして、瀧井一博『ドイツ国家学と明治国制』（ミネルヴァ書房、一九九九年）二四三―九六頁を参照。
- (28) 一木喜徳郎『日本法令予算論』（哲学書院、一八九二年）緒言二―三頁。本稿では、一九九六年に信山社より発刊さ

れた復刻版を使用した。なお、一木憲法学については、議会に対する行政権の優越にその学說的意義を見出し、それゆえに一木の議論を明治二〇年代の天皇制国家の法構造の一面面を示すものとして捉える、岩村等「一木喜徳郎の法律概念——『日本法令予算論』の検討——」日本近代法制史研究会編『日本近代国家の法構造』（木鐸社、一九八三年）所収を参照。

(29) 第五章以外に立法事項とされるのは、戒嚴の要件および効力（第一四条第二項）、衆議院議員選挙法（第三五条）、租税の賦課および税率の変更（第六二条第一項）、会計検査院の組織および職権（第七二条第二項）である。なお、立法事項説が起草過程においても重視された理由については、法律命令の区別に関する井上毅の諮問に対するロエスラーの次の答議が明確に示している。「日本ハ、目下、英国ノ制度ヲ採用スルヨリモ、寧ロ李国ノ制度（立法事項説——筆者注）ノ制度ニ依リ、下ニ示スカ如ク、尚ホ一層立法権ヲ減縮スルヲ可トス。之ヲ概言スレハ、行政事件ハ、挙ケテ専ラ行政権ニ属シ、但、憲法ニ於テ立法権ニ委ネタル事件ヲ除クノミ」（傍点は原文のまま）前掲注（17）一七七頁。

(30) 清水・前掲注（21）五一—八頁。

(31) 伊東巳代治講述『法律命令論 命令篇』（牧野書房、一九九〇年）一九六—七頁。ただし、伊東が第二章において立法事項としたのは第二三条を除く自由権規定だった。「緒言」において、「本書ヲ世ニ公ニスル所以ノモノハ決シテ一時一局ノ問題ノ為ニスルニ非ス」と弁明しているが、この著書の目的は、「命令ノ條項違犯ニ関スル罰則ノ件」（明治二三年法律第八四号）の合憲性主張にあった。「命令ノ條項違犯ニ関スル罰則ノ件」については、小嶋和司「明治二三年法律第八四号の制定をめぐって——井上毅と伊東巳代治——」同『明治典憲体制の成立』（木鐸社、一九八八年）所収および小林和幸「命令と罰則——明治二三年法律第八四号の制定と運用をめぐって——」（『青山史学』一三三号（一九九二年））を参照。

(32) 末岡精一遺稿『比較国法学』（博文館、一九九九年）四三八頁。末岡については、同書序を参照。

(33) 一木・前掲注（28）二七頁。

(34) 美濃部達吉『改訂第五版』憲法撮要（有斐閣、一九三二年）一八一頁。なお、以下、この著作からの引用はすべて、引用の末尾に頁数を記して、注記を簡略化したい。

(35) 近代日本における自由権の不十分な保障の実態を検討するには、帝国議会の人権保障機関としての問題点等を明ら

かにする必要がある。大石眞『日本憲法史』〔有斐閣、一九九五年〕二五一頁を参照。

(36) 制限的列挙説に關し問題となつたのは、「營業の自由」である。憲法説明や憲法義解では、第二二条において、憲法上の自由権の一つに数えられたが、学説上では、憲法成文に規定されていないことを理由に否定的な見解が有力であつた。

(37) 奥平・前掲注(5) 一三六頁。

(38) 穂積については、以下に挙げる長尾龍一氏の研究、および藤田宙靖「行政法理論体系の成立とその論理構造——穂積八束博士の公法概念を中心として——」同『行政法学の思考形式』〔木鐸社、一九七八年〕所収を特に参照した。長尾龍一「穂積八束伝ノート」・「穂積憲法学」同『日本法思想史研究』〔創文社、一九八一年〕所収、および長尾龍一「穂積八束」同『日本憲法思想史』〔講談社学術文庫、一九九六年〕所収。

(39) 穂積八束「国家全能主義」穂積重威編『穂積八束博士論文集』〔有斐閣、一九四三年〕所収、一九二頁

(40) 穂積八束「立憲政体ノ将来——附立法ノ方針及選舉法——」穂積・前掲注(39) 所収、四四二頁。

(41) 藤田・前掲注(38) 五六頁。

(42) 井上密講述『大日本帝國憲法講義』〔非売品、年代不明〕二二二頁。井上密については、宮本盛太郎「京大教授時代の井上密」『人文』三二卷(一九八五年)を参照。

(43) 穂積八束『憲法提要』上卷〔有斐閣書房、一九一〇年〕三八八—九頁。なお、天皇大権には、統治権の全範圍を包含する「広義の天皇大権」と、議会の協賛を経ることなく天皇が独裁することができる「狭義の天皇大権」が存在する。本稿では、この語を特に断わらない限り、後者の意味で用いる。

(44) これに対し、美濃部は両者の整合性を否定する。美濃部達吉『逐條憲法精義』〔有斐閣、一九二七年〕三三五頁。

(45) 大権事項と立法事項の峻別は、「大権及立法權ヲ以テ相對峙シ、其ノ間ニ上下本來ノ差別ヲ認メス、唯行動ノ範圍ヲ分ツノミ」という権力分立論と結びつき、議會權限の抑制を理論的に正当化する。岩間昭道「戦前における憲法解釈の方法」杉原泰雄編『憲法学の方法』〔講座・憲法学の基礎』三卷〔勁草書房、一九八四年〕所収、一六—七頁を参照。

(46) 野村淳治先生述『憲法講義』〔西北書院、一九三八年〕二四二—二三頁。

(47) 奥平・前掲注(1) 八一頁。

- (48) 山中・前掲注(26)一三頁を参照。なお、併せて宮地正人『日露戦後政治史の研究——帝國主義形成期の都市と農村——』(東京大学出版会、一九七三年)を参照。
- (49) 以下の記述については、三谷太一郎「政党政治確立過程における政治指導の展開」三谷・前掲注(14)所収、八六頁以下を参照。
- (50) 従来の研究では、穂積・上杉憲法学への対抗理論としての見方を強調する研究が多かったが、小関素明「支配イデオロギーとしての立憲主義思想の思惟構造とその帰結——美濃部達吉の立憲主義思想を手がかりに——」『日本史研究』三二二号(一九八九年)で執行権の安定を最高次の目的とする「支配イデオログ」としての側面が強調されて以来、新たな観点からの美濃部論が次々と発表されている。「新たな美濃部理解」を示す研究としては、坂野・前掲注(15)、坂野氏の研究視角をさらに発展させた空井護氏の「美濃部達吉と議会の正統性危機」『法学』六二巻四号(一九八八年)、同「政党否定論者としての美濃部達吉」『法学』六七巻二号(二〇〇三年)、韓国併合の法的性格をめぐって立作太郎との間に交わされた論争を取り扱った、穎原善徳「国際法と国内法の関係をめぐる美濃部・立論争——韓国併合と領土権・主権論争——」『ヒストリア』一八一号(二〇〇二年)、および美濃部憲法学上の国体論の重要性を論じる川口暁弘「憲法学と国体論——国体論者美濃部達吉——」『史学雑誌』一〇八編七号(一九九九年)を参照。また、國分典子氏は、従来の研究では十分ではなかったドイツ公法学との具体的な比較研究を行っている。國分典子「美濃部達吉の「国家法人説」——その日本の特殊性——」『法学研究』六六巻一〇号(一九九三年)、およびNoriko Kokubun, Die Bedeutung der deutschen für die japanische Staatslehre unter der Meiji-Verfassung (Peter Lang, 1993)を参照。
- なお、この観点での先駆的な研究として、上山安敏「天皇機関説と国家法人説の社会史的視座」同「憲法社会史」(日本評論社、一九七七年)所収を参照。
- (51) 三谷・前掲注(49)二四六—九頁を参照。
- (52) 美濃部達吉「議會ハ国民ノ代表機關ナリ」同「憲法及憲法史研究」(有斐閣書房、一九〇八年)所収、二八二頁。本稿では一九八七年の復刻版を使用した。
- (53) 美濃部達吉『日本憲法』一卷(有斐閣書房、一九二一年)四二七頁。
- (54) 美濃部が立法事項説批判を本格的に展開したのは、一九〇七年に発表された「憲法上法律ヲ必要トスル事項ノ範圍

ニ就テ」(のちに「立法權ト命令權トノ限界ヲ論ス」と改題)『法学協會雜誌』二五卷五・六・八号(いずれも一九〇七年)だといわれるが、それ以前にも、「法律」を實質の意味の法律と解する見解はすでに示されている。例えば、美濃部が参照したゲルハルト・アンシュッツの見解については、「アンシュッツの法律命令論」『国家学会雜誌』一九卷一号(一九〇五年)で紹介されている。

(55) 美濃部・前掲「立法權ト命令權トノ限界ヲ論ス」美濃部・前掲注(52)所収、五五頁。なお、以下、この論文からの引用はすべて、引用の末尾に頁数を記して、注記を簡略化したい。

(56) 美濃部は、「一般的自由權」のもとで「生命ヲ奪ハレザル自由」「体軀ヲ傷害セラレザル自由」「身体ノ秘密ヲ侵サレザル自由」「職業選択ノ自由」「營業ノ自由」「婚姻ノ自由」「契約ノ自由」「教育ノ自由」「服装ノ自由」「交際ノ自由」(提要一七八頁)を挙げる。なお、海老原明夫「自由は權利か(その三)」『ジュリスト』九四八号(一九九〇年)一三頁は、イェリネックとの比較検討を通じて、日独両公権理論での權利觀念の内容の違いを指摘する。

(57) 穂積八束『皇族講和会に於ける帝國憲法講義』前編(非売品、一九一〇年)二〇二頁。

(58) 美濃部達吉『縮版』憲法講話〔有斐閣、一九一八年〕四九七―八頁。

(59) 小関素明氏は、美濃部の立法事項説批判の意義を、警察命令權の立法權からの自立性を保障することを通じて、法律・議會に対する行政權の優位あるいは裁量を確保する点に見出す。小関・前掲注(50)三六―七頁を参照。

(60) 美濃部・前掲注(53)五二―八頁。

(61) 美濃部達吉「選挙法改正問題」『太陽』二五卷二号(一九一九年)四頁。坂野・前掲注(15)一六七―九頁を参照。

なお、家永三郎『美濃部達吉の思想的研究』(岩波書店、一九六四年)は、こうした美濃部理解に疑問を呈する。一二三頁注(三八)を参照。

(62) 佐々木の法思想を扱った研究については、松下泰雄編「佐々木博士研究文献一覧表」田畑忍編『佐々木憲法学の研究』(法律文化社、一九七五年)所収の著作・論文を参照。それ以降の研究としては、井端正幸「伝統的憲法学の抵抗と限界——佐々木惣一の立憲君主制論を中心に——」『龍谷法学』一七卷三号(一九八四年)が挙げられる。また、法思想以外にも、大正デモクラシー史研究の観点から、松尾尊允「佐々木惣一」同『大正デモクラシーの群像』(岩波書店、一九九〇年)所収が、政治思想については、出原政雄「佐々木惣一における自由主義と憲法学——「国体」論の内

- 実と変遷を中心にして——『立命館大学人文科学研究紀要』六五号（一九九六年）などの研究がある。
- (63) 長谷川・前掲注（7）一四六頁。
- (64) 本文中に示した政治・社会活動以外にも、大学拡張運動の一環としての大学普及会の設立（一九一五年）に代表される教育面での活躍が目される。後年の中央法律相談所・東大セツツルメントの源流である大学普及会については、太田雅夫『国民講壇』と大学普及運動』同『増補版』大正デモクラシー研究』（新泉社、一九九〇年）所収を参照。なお、Marshall, *op. cit.*, p. 95; Marius B. Jansen, *The Making of Modern Japan* (Harvard University Press, 2002), p. 543. など海外の近年の研究でも、大学普及会は取り上げられている。
- (65) 佐々木の普通選挙論は、『普通選挙』（岩波書店、一九二〇年）に纏められている。なお、佐々木自身も郷里鳥取からの出馬要請をうけていたが辞退した。佐々木惣一「村上龍平翁と私（原稿）」『佐々木惣一博士関係文書』（京都府立総合資料館所蔵）を参照。
- (66) 佐々木惣一「労働者の団結権」『我等』一卷四号（一九一九年）。
- (67) 佐々木と友愛会との関わりはそれ以前にも認められる。例えば、友愛会京都支部は、一九一九年二月一二日に佐々木を招いて普通選挙に関する講演会を開催した。佐々木惣一「普通選挙について」（友愛会京都支部主催講演会速記録）『佐々木惣一博士関係文書』を参照。
- (68) 佐々木惣一「訂正版」『日本憲法要論』（金刺芳流堂、一九三二年）二二七頁。なお、以下、この著作からの引用はすべて、引用の末尾に頁数を記して注記を簡略化したい。
- (69) 佐々木惣一「立憲政治の道徳的意味」同『立憲非立憲』（弘文堂書房、一九一八年）所収、一五九頁。
- (70) 黒田寛述『昭和十一年度帝国憲法講義案』（弘文堂書房、一九三七年）一九一—二頁。
- (71) 市村光恵『帝国憲法論』（有斐閣書房、一九一五年）七二七—八頁。
- (72) 奥平康弘氏は、美濃部の第九条解釈の背景にドイツ行政法体系上の「警察」観念への全幅の信頼を指摘する。奥平・前掲注（5）一四二—三頁を参照。
- (73) ベルリン大学で「社会法」の講義を聴講した際に、「余ハ私ニ社会行政法（Das soziale Verwaltungsrecht）ナルモノノ特別ノ研究ヲ思フコト久シ：（中略）：余ハ我ニ法律学者カ法律上ノ方面ヨリ社会的立法ヲ研究スルノ傾向ヲ生セン

「コトヲ希望ス」(傍点は原文のまま)との感想を残している。佐々木惣一「独逸法曹会雑事」『京都法学会雑誌』八巻六号(一九一三年)二〇六―七頁。またこの留学期には、社会民主党の集会に、「社会観察の一助にともしい」参加したこともあるという。佐々木惣一「三月十八日」の思出『大阪朝日新聞』(一九一七年三月三日付)。

(74) 戦後の佐々木による憲法改正案では、生存権に関する次のような条文が加えられている。「第二四条 日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ依リ人間必需ノ生活ヲ享受スルノ権利ヲ有ス」(佐々木博士の帝国憲法改正案) 田畑編・前掲注(62)所収、付録三四頁を参照。

(75) 佐々木の見解は、法的権利としての生存権を唱えるものではなく、国家による国民の生存配慮を積極的に位置づけるものであった。なお鶴飼信成は、社会権を憲法の条文によるものではなく、「自然権」と位置づけた。鶴飼信成「社会行政法」末弘巖太郎編輯代表『新法学全集』五巻(日本評論社、一九三六年)所収、一〇頁を参照。

(76) 美濃部においても、比較的後年の著作では、佐々木と同様の第九条解釈が志向されている(ただし自説の全面的な変更は行われていない)。美濃部達吉『行政法Ⅰ』(岩波書店、一九三三年)一九頁を参照。

(77) 田畑忍は、佐々木の統治権理解について次のように指摘する。「佐々木博士の帝国憲法論の最重要点は、其の統治権論にあることが、明らかにわかってくるであろう：(中略)：其の統治権論に於て、とくに注意すべき点は、「国民全体をして能く共同生活を為さしむるとともに、国民各自をして其の処を得しむること」が統治(統治権)だとする佐々木博士の解釈の中には、「命令し強制せずして統治する」(「国家行為の指導原理としての統治」参照)という思想が基調となつていふことである。が、さらにそれを、一種の社会主義的要請だと考えられている、という点を看過すべきではなからうと思う」田畑忍「佐々木博士の憲法学」田畑編・前掲注(62)一三四頁を参照。また、出原・前掲注(62)一六七―八頁注(一一)も、佐々木における社会主義ないし社会的デモクラシーへの親和力や拡がりを指摘する。

(78) この背景として、長尾龍一氏は美濃部の社会的オプティミズムを指摘する。長尾龍一「美濃部達吉の法哲学」長尾龍一・前掲注(38)『日本法思想史研究』所収、一四八頁を参照。

(79) 佐々木の自由権論が美濃部の議論の問題点を把握したうえで展開されたことは、一九〇九年からの留学期中に師事したのが美濃部の理論的背景となったアンシュッツだったことからも窺える。ちなみに、佐々木に対し理論的影響を与え

た人物としては、ルドルフ・シュタムラーおよびエミール・ラスクが挙げられる。

(80) 国民による政治参加を積極的に推進した佐々木においても、「一般的制度として女子なる階級に参政的地位を認める」といふ事に就ては、理論的背景をまだ備えて居ないと思はれるのである」として、女子普通選挙は時期尚早と否定された。佐々木惣一「女子の政治に対する地位（原稿）」『佐々木惣一博士関係文書』。

(81) 佐々木惣一「政治に帰れ」同（大石真編）『憲政時論集』Ⅰ（信山社、一九九八年）所収、二四八頁。

(82) 樋口陽一氏は美濃部憲法学の限界性に関して、次のような発言をしている。「美濃部憲法学が、戦後のまたとない好機に、改正不要論しか説けなかったのは、ここで言う人権論がなかったからではないか。統治機構を議会中心主義的に何とかまともに動かしていけばちゃんとした世の中にできる、という脈略が、千載一遇の好機に日本の立憲主義憲法学の内部から、新しい戦後日本の立憲主義秩序をデザインするのを妨げたのではないかと思っています」奥平康弘・樋口陽一「対論」樋口陽一編『権利の保障（講座・憲法学）』三卷（日本評論社、一九九四年）所収、二六三頁。

(83) 一九三〇年代以降、東京・京都両帝国大学で憲法学講座を担当した宮沢俊義・黒田覚に関する近年の研究としては、高見勝利「宮沢俊義の憲法学的研究」〔有斐閣、二〇〇〇年〕、石川健治「国家・民主権と多元的社会」樋口陽一編『主権と国際社会（講座・憲法学）』二卷（日本評論社、一九九四年）所収、須賀博志「憲法制定権力論の日本の変容——黒田覚に即して——」(二)・完『法学論叢』一四四卷三号（一九九八年）・一四五卷四号（一九九九年）、源川真希「天皇機関説後の立憲主義——黒田覚の国防国家論——」『ヒストリア』一八三号（二〇〇三年）などが挙げられる。