

## 167 東京法学院記事（討論会優等者）

『法学新報』第十二卷三（一三二）号

明治三十五年三月十日

## 東京法学院記事

○討論会の優等者 一月の討論会に於ける「我憲法上法規を制定するには帝国議会の協賛を経るを原則とするや」の討論題に対し副島学士の撰抜したる優等者は積極論者綿貫清隆氏消極論者秋山常吉氏にして其論旨を摘記すれば綿貫氏は論して曰く「我憲法上法規を制定するには議会の協賛を経るを原則とするは憲法第五条及第三十七条に依りて之を証するを得へし第五条には帝国議会の協賛を以て立法権を行ふとあり而して其立法事項の範囲に付ては憲法上更に制限あるを見ず第二章其他の条に於て法律に依り或は法律を以て定むとあるは敢て立法事項を制限したるに非ず此等は唯必ず法律を以てし命令に依るへからざることを確保したるに過ぎず然らば立法事項に制限なく而して法律は議会の協賛を要すとするを以て見れば法規を制定するには議会の協賛を経るを原則とすることは亦疑ふ所なからん反対論者曰く第九条の所謂行政命令を發する場合は公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する為なるを以て其範圍甚だ宏闊

なりと言はさるへからす蓋し国家の行為は此目的以外に何かあらん故に命令を以て法規を制定する範圍は至大にして行政の全般に渉るか故に法規を制定するに法律に依ると命令に依るとは何れを原則なりとも断定すること能はずと是れ法文を曲解し論理を誤りたるものなり何となれば仮令命令を發する範圍は宏闊なりとするも皆或目的の為に發するものと限定せられたり是れ立法事項の範圍を限定せざるに對し其範圍狭小なりと言はさるへからす況んや第九条の行政命令の範圍は立憲政体の精神より又前後の条文より推論するときは所謂警察行政及び助長事務なるものに限るを正当となすへきに於てをや」云云にして秋山氏は「余は之を否定す何となれば我憲法上毫も其原則たるへき条章なきのみならず却て反対の推測をなすに足るものあればなり論者或は憲法第五条及び第三十七条の規定を以て法規制定に關する原則を示すものとなすと雖も是れ非なり此等の条章たるや法律なる名称を以てする国家命令に關する天皇及議会の権限を規定するものにして法規全般に關するものに非ず蓋し我憲法の所謂法律なるものに特種の形式効力を有する国家の意思表示にして即ち法規の一分類たるに過ぎされはなり若し之を以て法規の全般を包容するものとせば第三十七条は一の例外をも許さずと解すへきは「凡て」云云の字義解釈上当然の結果にして一面に於ける命令の規定と全然矛盾するものと謂ふへし夫れ如斯我憲法上之か制定に關する明文なしとすればその原則如何は法律及び命令を以て規定すへき事項の範圍に依りて之を決せざるへからす然るに我憲法に於て法律の有する範圍か広汎にして消

極的の限制あるものの外国家政務の全般に渉るへきは敢て論を俟たず又天皇か独立して發する命令の範圍に至りても之を第九条に見るときは広く秩序維持福利増進の目的即ち国家行政の目的と一致するものにして憲法か特に如斯広漠なる規定を掲ぐるの精神を考察するも之を以て単に特定の場合に限定する例外なりと断定するを得ずして反て法規は必ず法律を以てすると云ふ欧州憲法の原則を全然準倣するに非ざることを隱微の間に示すものたり況んや第一章に列記する天皇親裁の政務に關する法則は命令を以てすることを要するを以て命令權の範圍の汎博なる立法權と對立して大差なし故に直ちに一方を以て原則なりとするは独断の虞なしとす或は兩者効力の強弱に基き法律は命令を變更することを得命令に至りては法律を改發することを得是れ法律か最高の国家意思にして則ち法規を制定するは議会の協賛を以てするを原則とする所以なりと謂ふ者あれとも亦俄かに贊せず惟ふに法律は之か制定に一定の条件を具備するを以て之を改發するにも亦同一条件の下に成れる国家意思を以てせしむる所以にして敢て原則如何に關するに非ず偶其結果たる効力に基き直ちに之を決せんとするは誤謬の甚だしきものなり之を要するに我國法上法規を制定するに或は必ず法律を以てすること要し或は之を命令を以てするものあり或は兩者何れを以てするも妨げざるものあり(只事実上法律の規定か益繁密なるに従ひて命令の余地愈縮ちぢせらるるのみ)而して法律の形式に依るものは必ず議会の協賛を以てするを原則とするのみ一般法規に至りては未だ之に通する原則あらざるなり」云云と説明せり

次に二月十六日開会したる「国家は他国を亡ぼすの権利ありや」の討論題に付中村博士の撰抜したる優等者は積極論者松林治義氏消極論者池田寛作氏にして松林氏の論旨は「本問に対して余は積極的の断案を下す者なり凡そ国際法理と国内法理との間には忘るへからざる一大差異ありて存す即ち国際法上には主権者なきこと及び各国家共同の主権なるもの存在せざることは是なり国内法に於て人と人との間に意思の衝突あるときは其争を決するものは国家主権なり故に国内法に於ては特定の場合の外各人の自助を許さず然るに国際法に於ては各国共同の主権なきを以て国と国との間の意思衝突は果して何に依りてか之を決せむ仲裁裁判所、居中調停抑も何ぞ帰する所は唯戦争あるのみ衝突の極端は唯對手国を亡ぼすあるのみ是れ恰も原人時代に於ける個人の関係の如きなり故に国際法に於ては自助を許さざるへからず於是乎国際法は戦争の権利なるものを認め戦争を以て権利行為なりとせし而して亡ぼすとは征服国が被征服国の意思に反して其主権を奪ふの謂なるを以て他国を亡ぼすは必ずや戦争に依らざるへからざること明かなり而して戦争は権利行為なるを以て他国を亡ぼすも亦権利行為と謂はざるへからず反対論者曰く戦争は権利行為なるも戦争に因りて他国の亡ぶるは其結果たるに過ぎず是を以て権利行為なりと謂ふことを得すと然り他国が亡ぶる（自働）は固より戦争の結果なりと雖も他国を亡ぼす（他働）は結果に非ず征服国の行為なり而して此行為は滅亡なる結果の発生に因りて戦争行為の変名したるに過ぎされは権利行為なり論者或は曰く正当防禦の場合には他国を亡ぼすの権利

あるへきも不正侵略の場合には他国を亡ぼすを権利行為と謂ひ得へきかと余は論者か何に依りて国際間の戦争に不正の區別を為し得るかを疑はずんは非ず縦令併呑的侵略的の戦争に在ても苟くも意思衝突の場合なるを以て是れ亦征服国の防禦行為なり自助行為なり従て此場合に「亡ぼす権利」ありと謂ふも決して背理の言に非すと信す」云云にして池田氏の趣旨は「一国が他国を亡ぼすの事実は戦争の結果に於て之を見るのみ故に本問は国家は戦争に於て他国を亡ぼすの権利ありやと謂ふに帰すへし抑々戦争は国際公法上国家の権利行為に非ずして国家間に於ける暴力的争闘の事実なり法は此事実を以て当然権利行為即ち法律行為と認むるものに非ず戦時国際公法なるものありと雖も是れ時に戦争の害毒を減少し平和の恢復を速かにせんとするの目的を以て戦争てふ武力的事実の結果に或る一定の効力を賦与したるものに過ぎされは戦時公法は国際公法の一大例外に属し法が戦時公法を認むるは元と其本意に非すと雖も若し戦争を自然の成行に放任せんか残忍悲惨の光景は人類共存の義に悖ること頗る大なるを憂ふるか故に外ならず蓋し法は秩序を意味し暴力を用いて相闘ふの觀念を全く相容れざるなり或は古の法に於ては決闘裁判の制を認めたるも尚法は法なりしと謂ふ者あらん然れとも是れ古代未開の思想のみ今日の發達したる法理に於ては暴力行為を以て法の当然認むる所なりと謂ふを許さず加之国際法は列国共存の義に基き一国に他国を亡ぼすの権利を与ふるは国際法自らの矛盾と謂はざるへからず仮に此権利ありとするに於て余は宇内一国に帰するの結果を生し遂に国際法なるもの

無きに至らんことを想ふものにあらずと雖も少くとも国際法は列国の承認に依て存立維持せらるるものなりと謂ふを得ずして強大なる實力を有する少数国家の意思に依て存立維持せらると謂はざるへからざるに至らんことを惧るるものなり斯の如きは国際法の法理と全く相反するものにあらずして何ぞや」云々なりし