

# 1 憲法のなかの「外国」

石川 健治

- I はじめに
- II 「国際法上は日本，憲法上は外国」
- III 国土と憲法学
- IV 「境界線の思想家」 清宮四郎
- V 「帝国」国制の構造分析
- VI 外地法研究と戦後憲法理論の因縁

## I はじめに

刑事訴訟法がご専門の田口守一所長（当時）が、この一連の「外国」講演企画のなかで、憲法を主題とする報告に期待されたテーマが何であったのか。それはもちろん、想像に難くはなかった。しかし、天邪鬼な筆者のなかで、期待通りにはやりたくないという気持ちが動き、戦前の外地法論をとり上げることにした。帝国憲法が及ばないという意味で、「外地」は永らく「憲法のなかの「外国」」とも呼ぶべき「法域」だったからである。かつての大日本帝国は、複数の異「民族」によって構成された多民族帝国であり、今風にいえば、複数の異「法域」をかかえ込んだ「一国多制度」の国制であった。

これは決して過去の物語ではない。『外地法序説』の著者、清宮四郎による「帝国」国制の理論化は、「帝国」が解体された戦後の日本国においても、今日に至るまで通説憲法学の基軸をなしている。有斐閣が戦後に刊行したモニュメンタルな「法律学全集」60巻のなかで、シリーズの劈頭を飾ったのが

清宮の『憲法Ⅰ』であって<sup>(1)</sup>、総論と統治機構論の圧倒的なスタンダード・ワークとしてあらゆる法学徒に読まれ、少し勉強熱心な学生ならその内容の隅々までを知っていたものだ。本稿筆者は、恩師樋口陽一教授を介した学問上の祖父にあたる清宮の『憲法Ⅰ』が、現役性を保っていた最後の世代にあっている。

今日の現役法学部生諸君が愛して已まない芦部信喜『憲法』（岩波書店）も、総論と統治機構論の叙述の多くを清宮『憲法Ⅰ』に依存しており、そのため現在の読者も、清宮学説の論旨のみならず、芦部教授によって書き抜かれた清宮自身の文章に、何度も出会っているのである。芦部教授は、恩師宮沢俊義の『憲法Ⅱ』とならんで清宮『憲法Ⅰ』を<sup>(2)</sup>、永く教科書に指定して講義をしておられたから、そうした講義ぶりをご自身の憲法教科書に反映されるのは、当然といえば当然であろう。

憲法の教科書のなかでも、憲法総論の部分はいささか難解で、「何故こんな議論が必要なのか」とぼやきながら読まれる——あるいは「試験に出ないから」とそもそも読まれない——箇所であるが、その叙述の来歴を語ると、清宮の外地法研究に至るのであり、言い換えれば、戦前の外地法研究に規定された議論をわれわれは現在もお勉強していることになる<sup>(3)</sup>。また、単一民族国家の神話のもとに単一法域をなしていたはずの現行憲法体制も、いまや構造改革特区をはじめ、内部に異「法域」を抱え込むようになってきている。まして道州制その他の大幅な憲法的改革をも視野に入れれば、「一国多制度」の理論家だった清宮の憲法理論のアクチュアリティには、あらためて光が当てられる必要がある。これが第1部〈憲法体制のなかの「外国」〉である。

しかし、そうしたテーマを固めた後に、コメンテーターに蟻川恒正教授がついてくださることになり、アメリカ憲法がご専門で、判例解釈を得意とする同教授との間で生産的な議論を行うためには、むしろ異なるテーマのほうが相応しいのかもしれない、と思い直すに至った。そこで、ほぼ同一の事案に対するドイツの憲法判例（いわゆる薬局判決 *Apotheker-Urteil* [BVerfGE 7, 377 (1958)]）を下敷きにすることで成立している、日本の憲法判例（いわゆる薬事法判決 [最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁]）を素材にして、日

本の憲法判例のなかの「外国」とは何か、そうした判例を「読む」とはいかなる営みかを、考えてみることにした。かくして、〈憲法判例のなかの「外国」〉を論ずる第2部が増設された。

薬事法判決に対する数次にわたる評釈は、本稿筆者の流儀による判例読解としては代表的なものの1つであり、1988年頃から研究会や講義で展開してきた持論である。報告当日には、本稿筆者が『百選(第5版)』で行った評釈を<sup>(4)</sup>、議論の素材として蟻川教授と聴衆の皆さんにお配りし、非常に圧縮された叙述で評判の悪い私の当該解説を、多少は噛み砕いてご説明するとともに、蟻川教授の議論を引き出そうと試みた。報告後の質疑も自ずから第2部に集中することになった。

しかし、報告を再録するにあたり、紙幅の関係で、第1部の内容に限らざるを得なくなった。第2部については、『比較法学』誌上に別途公表させていただくということで、読者および蟻川教授のご寛恕を乞う次第である。

## II 「国際法上は日本、憲法上は外国」

かつて国際法上の日本領土のなかに、「憲法上の外国」が存在した。ドイツの憲法学者の多くが植民地(「保護領」)に対して与えた形容に倣えば、の話ではあるが<sup>(5)</sup>。

領邦国家がモザイク状に集積していて、統一的な国民国家の成立が遅れたドイツの場合、普仏戦争後の1871年に悲願の統一を成し遂げて以降も、宰相ビスマルクがしばらくは植民地経営に関心をもたなかったため、国家学や憲法学は、もっぱらドイツ帝国という容器に、国民国家らしい内容、立憲国家としての実質を充填することに力を注いでいた。ところが、1884年以降、ドイツも西欧列強による植民地獲得競争に加わることになり、ちょうど30年の間、後発の植民地帝国としての発展を目指した<sup>(6)</sup>。度重なる反乱を速やかに鎮圧して効率的な植民地支配の実をあげるため、現地の統治権力における権力分立——立法権と行政権の区別や司法権の独立——が相対化され、(とりわけ現地有色人の)権利保障も十全ではなかった。

要するに現地の政府は、権力分立も権利保障もおよそ不十分で、ドイツ帝国憲法に適合していないことは明らかであり、そうした違憲的な統治実態をどう説明するかが問題になったのである。これに対して、通説憲法学は、ドイツ本国の憲法はそもそも植民地にまでは及んでいないから、違憲の問題はそもそも発生しない、という説明を編み出した。たしかに、ドイツ帝国憲法は、後の植民地支配を——それどころか敗戦国フランスがアルザス・ロレーヌを割譲してくることすらも——想定してはいなかったので、ドイツ地域の外に通用領域を拡張する根拠規定を有していない。かくして、植民地は「国際法上は内国 (Inland)、憲法上は外国 (Ausland)」という有名な定式が、有力に主張されることになった。

明治期日本の場合も同様である。幕藩体制から近代国家へと成長しようとした明治国家は、戊辰戦争から西南戦争まで、統治権力の統一のために産みの苦しみを経験したし、それを支える統治法の統一の総仕上げが、1889年の大日本帝国憲法の制定であった。これらと並行して、雑居状態も多かった辺境地帯に国境線を引くために、各国と条約を結んで「国土」の範囲を画定する作業も行われている。この過程で、既に江戸期に服属させられていた北海道や琉球王国は、否応なく内地に編入された。

しかし、その後、国民国家が完成するかしないかという段階で、日本もまた、戦勝を契機とする版図の拡大を繰り返すようになる。この、国民国家を形成しながら支配領域を拡げるという矛盾した運動は、政治的には大いにあり得るにしても、公法学を内向きの理論と外向きの理論とに引き裂くことになり、統一的な憲法・国法学を作っていこうとする場合には、非常に厄介な問題を産み出す。ゲオルク・イェリネックをはじめとするドイツの学問も、この急激な動きに取り組んで十分に消化しきれないでいたし、ましてや日本の場合には、未だ近代的な憲法学や国法学を習得していない段階で、こういう難題と向き合うことになってしまったわけである。

日清戦争の勝利を承けて領有した台湾・澎湖諸島や、日露戦争の勝利が契機となって最終的には併合に至った朝鮮半島や、1942年に内地に編入されるまでの樺太などの新領土は<sup>(7)</sup>、やがて1929年に拓務省が設置された頃から、

「植民地」の呼称を避けて「外地」と呼ばれるようになった。そこに看取されるのは、同一文化圏(「同文同種」)にあるアルザス・ロレーヌの編入事例になぞらえることで、国家形成の論理における矛盾を、少なくとも心理的には緩和しようとする動きである。そうしたサイコロジーは、「内地」人・「外地」人の双方に働いていたのであった。

この論理矛盾が憲法問題化したのが、台湾領有に伴って発生した、いわゆる「六三問題」である。台湾総督に「法律ノ効力ヲ有スル命令」(略して「律令」)を発する権限を与えた、明治29年法律63号「台湾ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」に端を発した論点なので、そのように呼ばれた。日清戦争後のいわゆる下関条約で、台湾は清國から国際法上正式に割譲されたものの(その際、同条約は台湾住民に国籍選択権を与えた)、台湾住民が容易には服従せず、台湾巡撫だった唐景崧らが台湾民主国の独立を宣言する騒ぎとなった。そこで、軍政により強権政治を行う必要が生じ、反乱討伐のための軍事行動も一段落したところで、あらためてそれを実定化するために出されたのが、植民地統治組織を構築する法律の1つとしての法律63号であった。

しかし、大日本帝国憲法によれば、立法権は、天皇の裁可と帝国議会の協賛をもって行われるはずであり、法律63号には、これを台湾総督に包括的に委任してしまった点で、大きな問題がある。憲法実施後数年を経ずして、このように憲法違反の疑いある法律を制定施行することには、当初から強い違憲論があった。なかでも、東京帝国大学法学部における憲法講座の初代担当者であった穂積八東は、「台湾ニ怪物アリ法律ニ非ス又命令ニ非ス律令ト自称シテ白昼公行ス明治ノ時代一ノ源三位ナキカ嗚呼源三位ナキカ」と激しく非難した<sup>(8)</sup>。議会政治の文脈では違憲論にもいろいろと政治的思惑もあったであろうが、穂積の違憲説には、彼が行政のプラクシスに理解を示すよりは、自らの立場の純理的な一貫性を重んじるタイプの学者であったから、という色彩が強い。

同法は3年間の時限法としてスタートし、その間、民族的反抗に対して死刑の範囲を拡大する「匪徒刑罰令」や、反抗者を処断するため便宜な場所に臨時法院を開設できる「臨時法院条例」などが緊急律令の形で制定され、帝

国議会での論議の的となった。ほかにも、中国古来の笞刑を含む「罰金及笞刑処分例」や、アヘンを政府専売とする「台湾阿片令」などが、次々と律令として定められた。法律63号は、その後も物議をかもしながら、3度更新された。

1905年に日露戦争中の戦時議会で取り上げられた折には、戦局打開のため自ら出陣した台湾総督兼満洲軍総参謀長児玉源太郎大将の凱旋を俟つために、「平和克復ノ翌年末日」まで法律63号を延長するという法案が提出された。しかし、逆にこれが契機となって同法の改正の機運が高まり、戦後議会で新しく明治39年法律31号が5年間の時限法として制定されたが、依然として台湾総督には広汎な立法権が認められていた。そこで、この段階でも、穂積八束は、憲法起草者井上毅を追憶しながら、「立法事項」「大権事項」「法令共同の事項」を典型的に区別する帝国憲法の本旨を強調し、これを空洞化する「立法の委任」そのものを否定する立場から法案に反対している<sup>(9)</sup>。

こうした憲法上の難点を回避するためには、第1に、「立法の委任」を広汎に認める方向で議論を進める筋道が考えられる。立法機関の本来のあり方からすれば、委任立法の禁止こそが出発点で、その後、やむを得ざる理由で、例外的な委任立法の可能性が次第に拡がってゆく、という推移を辿るのが普通であるが、日本の場合は、「立法の包括的な委任」を承認する議論と実例が、ごく初期の段階においてデフォルトとして打ち込まれてしまった結果、今日に至るまで、委任立法に対する寛容な態度が、一貫して維持されることになった。ここには、日本憲法学の母斑のようなものを看取することができる。

しかし、それだけでは、説明能力に限界がある。台湾総督は、立法権のみならず、行政・財政・軍事の全権を握っており（もっとも、後に軍隊の指揮権を台湾軍司令官に移譲したため、田健治郎・内田嘉吉・伊沢多喜男らの文官総督が可能になった）、その権限の極端な広汎性や、制定された植民地立法の内容の特殊性を、委任立法論だけで説明することは不可能である。そこで、第2に、そもそも台湾への憲法適用は憲法制定者の想定を超えるものであり、帝国憲法の効力は台湾を含む新領土には及んでいない、という考え方が、ドイ

ツに倣って出てくることになる。はじめから憲法が妥当していないのなら、違憲の問題も発生しようがないからである。

法律31号は、その後2度延長されたが、かねて新領土の「本土化」が持論だった原敬の内閣の下で改正論議が進められ、律令中心の現地主義を否定する大正10年法律3号が、恒久法として定められた。ここでは、内地の法律命令を台湾にも施行するのが原則となり（いわゆる内地法律延長主義）、台湾総督の律令は例外的な位置づけに変わったほか、かかる例外的な律令でさえも、内地の法律勅令に違反しない限りで認められるにすぎないことが明示されるに至った。

その一方で、法律31号が通用していた期間にあたる1910年に遂行されたのが、大韓帝国の併合である。併合後の統治権力については、若干の紆余曲折（緊急勅令に対する花井卓蔵の反対など）があったが、「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」（明治44年法律30号）が制定され、結局朝鮮総督に対しても、「法律ヲ要スル事項」を総督の命令（こちらは「制令」と呼ばれた）で定める権限が認められた。同法は、当初から恒久法として1945年まで通用したので、台湾のように内地（法律）延長主義に変更される機会はないままに終わった。その分、「○○の事項については内地の法律に依る」という制令が多く出されており、講学上は「法律の依用」と呼称された<sup>(10)</sup>。

韓国併合は、李王朝が500年間支配した朝鮮半島と朝鮮民族全体が、もう1つの「基盤社会」として、その歴史や文化もろともに「大日本帝国」に編入される事件であり、幕末以来の対外危機を背景に国民国家としての凝集度を高めてきた明治国家は、ここに「内地と朝鮮とに二つの異なる大基盤社会を包摂する」多民族帝国の様相を呈するに至った<sup>(11)</sup>。同じ後発国として、近代国家＝国民国家への道を追求するドイツ国家学に範をとってきた明治期日本の「憲法・国法学」（帝国大学法科大学における講座編制）にとって、まさしくアイデンティティ・クライシスが、ここに出来たのである。

そこで、ただ単に、朝鮮総督への「立法の委任」や朝鮮半島に対する「帝国憲法の通用」の如何が問われるだけでなく、そうした「憲法」を語る前提として、そもそも「国家」とは何か、朝鮮半島を含む「国土」とは何か、が

問われる事態になった。それはまた、国家元首としての天皇の法学的把握を主題として、「天皇機関説論争」が行われたのとはほぼ同時並行的な出来事であった点に注意しなくてはならない<sup>(12)</sup>。明治国家が終わろうとするそのときに、ミネルヴァの梟よろしく、明治国家の法学的把握をめぐる学説コンクールが行われたのである。

周知の通り、美濃部達吉は、ゲオルク・イェリネックの国家法人説に依拠して、同僚上杉愼吉の天皇主権説を論破したのであった。だが、その裡で、コンクールの勝者・美濃部は、ほかならぬイェリネックの「国民国家」論を抛棄することを余儀なくされていた。それが韓国併合を契機とする、国際法学者・立作太郎との論争である。かくて美濃部はその時代的使命を背負って、大正デモクラシーだけではなく、これと表裏一体の関係にある、いわば大正「帝国」主義の地ならしを行うこととなった。そして、そこで定義された大日本帝国の「国土」ないし「領土」のなかに、「憲法上の国内／外国」をはめ込む要領で、「帝国憲法の外地通用」をめぐる議論があらためて組み込まれてゆく。

### Ⅲ 国土と憲法学

立作太郎は、日本の国際法学の父と呼ばれるきわめて重要な学者であり、美濃部達吉とは大学の同期生の間柄にある。多産な学年で、ほかにも、憲法・行政法の（というより「神ながらの道」で有名かもしれない）筧克彦、民事訴訟法の加藤正治らを輩出している<sup>(13)</sup>。美濃部にせよ、猛烈な勉強家で知られる立にせよ、それぞれに充実した20代30代の勉強盛りの時期を過ごし、不惑を目前にしたところで韓国併合に直面した。

そこで立は、韓国併合について「之カ国際法上ノ研究ハ極メテ興味アル題目タリ」と述べて、論文「韓国併合国際法観」を書き、そのなかで領土権とは「一定ノ地方ヲ目的物トシテ存スル物権的ノ国際法上ノ権利ニシテ、其内容ハ、国家カ自ラ、其固有ノ主権則チ統治権ヲ、該物権ノ目的物タル土地ノ範圍内ニ於テ行ヒ、又ハ他国ヲシテ或ル時期間、自己ニ代テ同範圍内ニ主権

ヲ行ハシムル権能(一種ノ租借等ノ場合)ヲ含ムモノ」(読点・石川)と指摘した<sup>(14)</sup>。帝国主義時代の国際社会における酷薄な現実においては、領土は国権が差し向けられる「対象=客体(Objekt)」でしかなく、国家が「物権」としての領土権を行使して、それを「目的物(Objekt)」として譲渡したり処分したりするのは、常態である(以下、物権説と呼ぼう)。立は、それを当然のこととして、疑わなかったし、彼が普段読んでいるドイツの国際法の本でも、そのような扱いだった<sup>(15)</sup>。

ところが、美濃部の読んでいる本には、そうは書かれていなかった。そこには、欧州における近代国家形成の物語が書かれており、モザイク状に集積していた領邦国家群を克服して、広い空間(Raum)を「国土(Staatsgebiet)」として一円支配しているところに、近代国家の特徴があるとされていた。もはや「国土」は、近代国家という法律上の巨大な「人格そのもの」を構成する一大要素なのであって、「国土」の帰趨は、国家人格そのものの同一性を左右しかねない。

他方で、中世における領民や領地に対する領主の権力は、公法上の支配(imperium)と私法上の所有(dominium)が渾然一体となったものであるのに対して、近代国家の「国権」は、公法上の支配というタテ方向の原理に醇化されることによって成立したという経緯が、非常に重視される。それゆえ、「国権」としての領土権を、「所有」という私法上のカテゴリーによって物権的に把握することは、厳に慎まなくてはならない。

かくして、「国土」は、国家による所有の「客体」ではなく、支配の「主体」としての国家の側においてこれを構成する不可欠の「要素」であり、しかも「物=対象」としてではなく「領域=空間」的拡がりとして把握されるところに近代国家の特徴がある、という考え方が、憲法学サイドにおけるトレンドになっていた。そうした把握の仕方の代表が、美濃部の愛読するイエリネック『一般国家学』であったことは、いうまでもない<sup>(16)</sup>。

一般国家学とは、フランス・ドイツといった個別国家の研究ではなく、「近代国家」とは何か、そもそも「近代」とは何かを問う学問であり、未だ「近代」にも「国家」にも到達していなかったドイツ地域において、突出し

た発展を遂げた。しかも、その頂点をなす論者は、首府ベルリンから更に遠い「辺境」から立ち上がってきた。たとえば、西南ドイツに位置するバーデン大公国のハイデルベルク大学に迎えられて、世紀転換点の1900年に『一般国家学』を仕上げたイェリネックは、前半生をウィーンで過ごしたハプスブルク帝国の法学者であり、斜陽の多民族帝国の帝都にあって苦悩したからこそ、誰より深くこの学問を追究することができたのであった。そして、近代における普遍的な発展動向として抽出されたのが、単一の「国民」・単一の「国土」・単一の「国権」を「三大元素 (Drei-Elemente)」とする「国家」の概念である。ドナウ川に沿って拡がる眼前の帝国は、未だそのすべての要素を欠いていたものの、フランスは、そうした「国家」を先行して実現しており、ドイツやイタリアも漸く「国家」に追いつこうとしていた。

極東の後発国日本も、遅ればせながら、この坂道を早足で駆け上っているはずであった。そこで、一般国家学から「国家」や「憲法」の概念を調達することで、〈未完の近代〉を先取りしながら日本の実定憲法を解釈しようとしたのが、美濃部に代表される立憲学派の憲法学にほかならない。現在でも、最も良く読まれている芦部信喜教授の教科書には、劈頭に「国家と憲法」という頁があって、イェリネックの国家三要素説 (Drei-Elemente-Lehre) による説明が施されている<sup>(17)</sup>。

けれども、「国土」に対する領土権の扱いは、そうした近代国家観にとって最大の隘路でもあった。近代的意味での「国家」は公法上の「支配」にのみかわり、私法上の「所有」のカテゴリーはそこから完全に切り落とされている。「国権」の対象は「人」であって「物」ではない。それゆえ、「国庫」という私法上の法人格において、私人と対等に、私法上の土地取引をする場合を別論として、支配の主体としての国家は、そもそも物権の担い手たり得ない。もちろん、「国土」は本来、所有の観念にふさわしい言い回しであり、領土権を「国土」に対する「国家」の所有権として説明できれば、話は簡単なのだが、それをやってしまうと、中世の法観念を近代国家に密輸入することになってしまう。だからこそ、近代国家をシリアスに考える限り、領土に対する物権的な権利を国家について観念することは、絶対に許されな

いのである(以下、物権否認説と呼ぶ)。

かくて近代国家学は、「国土」がなければ「国家」たり得ないのに、肝心の「国土」に対する「国家」の権利を説明することができない、というディレンマに陥ってしまった。近代「国家」を語るうえでは無くてはならないにもかかわらず、一番語りにくいのが、「国土」であった。苦し紛れにイェリネックは、国家が国内の土地所有者全員を「支配」する結果として、「国土」としての領土が確保されるのだ、と説明したが、これはヨーロッパの大陸国家における「陸」の論理であって、領海に対する権利を説明できないし、「陸」に限っていても、地権者のいない領土はどうするのかという問題が残る。このディレンマは、論者によっても近代国家学のアキレス腱として意識され、引き続き議論の対象となっていた。

とはいえ、統一当初のドイツでは、永年の懸案だった「国民国家」の実現が先決問題であり、普仏戦争によるアルザス・ロレーヌの割譲も「国民国家」化の総仕上げとして受け止めることができたので、通説的な国家学・憲法学が抱える如上のディレンマは、顕在化しないで済んだ。たしかに、その後植民地獲得競争に乗り出すようになり、ドイツ国土としての一体性を感じられない海外領土のやりとりが頻繁になると、状況は俄然論争的になった。しかし、イェリネックに関する限り、こうしたベルリン政府の方針転換に対して批判的であり、植民政策に対する消極的な態度を一貫させたので、彼の『一般国家学』を愛読する極東の読者にとっては、脚注における文献の増加から論点の所在は窺い知れるものの、喫緊の課題とは受け止められない構造になっていた。中世における所有と支配の渾然一体とした政治社会を、近代的な主権国家へ組み替えるという、強い問題意識だけが、美濃部には共有されたのである。

こうして、同期生たる立と美濃部の間には、知らぬ間に認識のずれ(perception gap)が発生していった。元来、立の国際法学と美濃部の憲法・国法学は同根の学問であり、とりわけドイツの国法学者は、国内法優位の国際法観を抱く論者を中心に、国際法についても積極的に発言し続けていたから、兩人とも、お互いの学問に見当がついているつもりではいたはずである。そ

れだけに、立の「韓国併合国際法観」を読んだときの、美濃部の驚きは大きかったのであろう。美濃部は、昂然として立ち上がり、反論を試みた<sup>(18)</sup>。

この反応の早さは、「この期に及んで、臆面もなく領土権を国家の物権的権利として解説するとは、立は国法学のイロハも知らぬのか！」といった類の、憤りに起因するものでしかあり得ない。本稿筆者自身、イェリネックの熱心な読者であるだけに、この間の美濃部の心の動きが、手に取るように分かる気がする。実際、連載第1回の冒頭部分は、イェリネックらの物権否認説の立場から、立の物権説における支配と所有の混同を批判する流れになっている。それに引き続くドイツにおける学説状況の整理も、これを機会に『一般国家学』で注記されている文献を総ざらいしてみた、というところであろう。

ところが、この間の極東情勢の激変により、「国民国家」仕様のイェリネック国家学が通用しない世界を目の当たりにして、心境の変化が起こったらしい。かねて祖述してきたイェリネックの立場について<sup>(19)</sup>、「近来ノ思索ノ結果却テ其ノ説維持スヘカラサルコトヲ信スルニ至ツタ」と告白し、改説を予告する文章を挿入している<sup>(20)</sup>。そして、連載第2回では、いきなり、「独逸ノ多数ノ国法学者ノ説ニ反対シテ、国際法学者ノ通説ト同シク、領土権ハ一種ノ物権テアルト解スルコトカ、唯一ノ正当ノ見解テアルト信スル」と宣言してしまう<sup>(21)</sup>。これでは、何のために立を批判しようとしたのか、わからない。これは、憤然立ち上がってはみたものの、論文執筆中に美濃部の方が当初の考え方を変更するに至った、と見るべきであろう<sup>(22)</sup>。立にしてみれば、細部の理解に詰め甘い点はあるにせよ、「国際法学者ノ通説」に沿った穏当な解説を試みたつもりであったから、意外の感に囚われながら応戦している。

論争を通じて、双方とも走りながらドイツ語の文献を読み、先行するアイディアを勉強が追いかけた<sup>(23)</sup>。お互いの文献の読みは深まっており、なるほどと思わせる指摘も何箇所かある。だが、国際社会における「法信」——現在では「法的確信」と訳されることの多い *rechtliche Überzeugung* のこと——に反する見解だ、と批判する立に対して、美濃部は、オリジナル

な見解であるからどこにも典拠はない、と居直るばかりである。他方、立は、当初の物権説を修正して、国際法上は物権説を解き国内法上は物権否定説に加担する、いわゆる Kombinationstheorie に移行している<sup>(24)</sup>。

この論争において明らかになったのは、美濃部が、自らのドイツ流国家学に内在する「国民国家仕様」を、「帝国仕様」へと自覚的に切り替えた、ということである。美濃部旧説によれば、韓国を併合したことにより、大日本帝国は同一性の危機に陥るはずであり、場合によっては、それまでの明治国家が終焉して、1910年8月29日に新しい「帝国」が設立されたことにもなり得る。しかし、美濃部新説においては、物権としての領土権が、大韓帝国から大日本帝国に移転されたただけであって、明治国家の同一性が損なわれる事態にはならない。これは、将来の新領土の獲得を想定した、大正「帝国」主義へ向けての改説にほかならない。こうした美濃部の改説の裡で、立も、美濃部の憲法・国法学とは別の道をゆく肚を固めていった。この論争において、立が「国法学者ノ自負ノ過大」(立・前掲注(23)法協29巻5号691頁)に業を煮やしているさまは、随所にうかがわれる。こうして国際法学の憲法・国法学からの自立化が鮮明になったことも、美濃部・立論争がもたらした重要な帰結である。

その一方で、物権説と物権否認説の対抗関係は解消されず、依然として続く対立を止揚する第3の学説が、いよいよ渴望される状況になっていた。ここに登場したのが、ハンガリー法哲学が誇るショムロー・ボードグ(ドイツ名フェリックス・ショムロー)とオーストリア法哲学が誇るハンス・ケルゼンの双方に師事した、トランシルヴァニア出身のドイツ系ハンガリー人、ヴァルター・ヘンリヒである<sup>(25)</sup>。

つとにエルンスト・ラドニツキーは、権限理論(Kompetenztheorie)を説き、「国土」を土地それ自体の性質(統治権の「客体=目的物」か、統治主体を構成する「領域=空間」か)に即して論ずる、従来型の構図からの脱却を企図した。この構図の支配は根強く、やがてこの途は、土地そのものの性質・形状から「国家」を論ずる、政治地理学(地政学)につながってゆく。しかし、ラドニツキーは、「国土」そのものではなく、それにかかわる国家の法

的な「権限 Kompetenz」（領域に対する国家の「管轄権 jurisdiction」のことである）の観点のみに集中して論ずることが、問題解決の途であることを強調していたのである。けれども、美濃部が物権説の一亜種と位置づけ、立に至っては「一笑ニ価スヘキナリ」と退けたように<sup>(26)</sup>、マイナー学説扱いでその真価はなかなか認められなかった。そうした状況において、ヘンリヒが、教授資格論文となった著書『国家領域の理論』のなかで、権限理論こそ、既存の対立を止揚する第3の学説であることを明らかにし、これに理論的な彫琢を加えたことで、評価は一変した。

日本では、憲法・国法学からは京都帝国大学の森口繁治が、国際法学からは九州帝国大学の澤田章が、競うようにしてヘンリヒの学説を紹介した<sup>(27)</sup>。寡作で不遇だったヘンリヒの名は、その後すっかり忘れ去られたが、後にこの見解が、国際法学のいう「管轄権理論」として通説化するための跳躍台として、決定的な役割を果たしたのであった。この業績により、ヘンリヒはウィーン大学の私講師に採用され、師ケルゼンの書物でも好意的に言及されて、ウィーン学派の輝ける星の1人に登りつめた<sup>(28)</sup>。

彼が学問的キャリアの頂点にあったその頃、ケルゼンを慕ってウィーンにやって来た、1人の極東からの留学生がゼミに参加するようになった。その名を清宮四郎という。帰国したら京城帝国大学の法文学部で教えることになっているらしい。日本に併合された朝鮮半島の、首府・京城に新設された帝国大学である。ヘンリヒは、じきにチェコスロヴァキア共和国のブルノ工科大学に就職が決まって、ウィーンから転出してしまうので、2人の出会いは邂逅と呼んでよいものだったが、ここでヘンリヒは、旧師ショムローの遺作を謹呈するなどして、清宮に、つまりは戦後日本の通説に、決定的な影響を及ぼすことになった<sup>(29)</sup>。

この、欧州ではまだ Korea/Söul と呼んだほうが通りの良い、「半島」の首府「京城」に<sup>(30)</sup>、美濃部直系の憲法学者として赴任した清宮四郎こそが、ヘンリヒの権限理論によって美濃部・立論争を止揚する役回りに、最も相応しい学者であったであろう。しかし、前述の通り、ヘンリヒを逸早く紹介した憲法学者は、当時は瀧川事件に抗議して京都帝国大学から立命館大学に移

っていた、森口繁治であった。このことが1つの悲劇を生み、そのために清宮は、辛くも難を逃れることになる。

周知の通り、森口は、1935年の天皇機関説事件に巻き込まれ、近書の絶筆を余儀なくされた。それには、気の毒なことに、ヘンリヒの紹介が仇となった側面があった<sup>(31)</sup>。国家の「場所的権限」を国家法人の機関に帰属させて論じたところ、その国家法人説=天皇機関説を咎められたのである。これに対して、幸か不幸か、清宮「国土」論の登場は、天皇機関説事件よりも後になったため、対応策を講ずることが可能であった。それだけが理由ではなかったのは、いうまでもない。ただ、清宮は、同じ権限理論(管轄権理論)の論旨を、主観法論の平面で国家を論じたイェリネック流の法人論ではなく、客観法の平面で国家を論ずるケルゼンの枠組に載せて、再記述することにしたのは、事実である<sup>(32)</sup>。

国家行為の定立の仕方という動態的観察と、定立された国法の空間的通用領域という静態的観察とからなるその説明は、よほどの目利きでなければ、森口と同旨の議論とは思われないであろう。実際、清宮こそが、管轄権理論の最も早い導入者の1人であることは、現在に至るも知られていない。しかも、この企ては、戦後憲法学が「国民国家」を与件とした国家三要素説に事実上回帰したために、完全に忘却されたのである。これに対して国際法学では、その後、政治地理学的な Lebensraum に着目した「国土」論が盛り返し、ナチスの広域理論と結びついて一時有力化したものの<sup>(33)</sup>、戦後の大勢は、再び管轄権理論に回帰して、今日に至っている<sup>(34)</sup>。

こうしたヘンリヒの影響は、「国土」の一般理論だけでなく、その応用問題である「植民地」論にも及んだ。清宮は、ヘンリヒ『国家領域の理論』のなかの「植民地」の項を精読しており、そのなかに「帝国憲法の通用範囲」の論点を見出したのであったが、これは項をあらためて論じよう。

#### IV 「境界線の思想家」清宮四郎

日本の「国土(領土)」がともかくも定まったとして、そのなかに新しく

包摂された「外地」は、「憲法上の外国」をなしているのだろうか。これを正面から認めるのが、京都帝国大学の憲法学者・市村光恵の考え方で、全面的非通用説と称される<sup>(35)</sup>。これに対して、全面的通用説もないではない。京都帝国大学の佐々木惣一や京城帝国大学の松岡修太郎の学説がそれである<sup>(36)</sup>。こうなると法律63号には違憲の疑いがかかる。

しかし、多くの説は、現状に合わせて、一部通用説を説いた。帝国憲法は、外地に通用しないわけではないが、全面的に通用するわけでもない、というのである。統治当局の態度は、全く煮え切らないもので、帝国憲法の外地通用を一応宣言していたが、実例は、しばしば、この建前に反していた。同じ「外地」でも、台湾・朝鮮・樺太と、租借地たる関東州・委任統治地たる南洋群島とでは、さらに扱いが異なっていた。後者については、「立法の委任」さえ行われず、法律事項を当初から大権事項として、勅令による統治を続けていた。そのため、実態は一部通用とってよいものであった。

問題は、外地に通用しない条文は具体的にどれで、それは何故そうであるのか、の根拠づけである。東京帝国大学の美濃部達吉<sup>(37)</sup>、宮澤俊義<sup>(38)</sup>、京都帝国大学の黒田覚<sup>(39)</sup>、それらはつまるどころ実定法がどう定めるかによって決まる、と説いた。そこには、理論がなかった。黒田は、理論的解明に強い意欲をみせたが<sup>(40)</sup>、結局は、立法政策によって決まるものだとしている。既成事実をなぞるだけで、なぜ帝国憲法が外地に *gelten* (清宮四郎は「通用」と訳すが、黒田覚らの「妥当」という訳語も広く流布している) しないのか、の理由が伴っていなかったのである。

これに理論的解明を与えるべく登場したのが、戦前は京城帝国大学法文学部で、戦中戦後は東北帝国大学法文学部(東北大学法文学部)などで活躍した、憲法学の通説形成者・清宮四郎にほかならない。

清宮は「境界線の思想家」であった。「境界領域」や「限界問題」にかかわる論点が好物で、理論家としては、そこにファイトを燃やしてチャレンジしてゆく。たとえば彼は、最初の留学先だったハイデルベルクの古書肆で、ユリウス・ハチェックのモノグラフィー『民法典における国庫の法的地位——私法と公法の境界領域 (Grenzgebiet) に関する研究』を含む<sup>(41)</sup>、合

冊の古本を購入したが(1925年11月10日)、現在は獨協大学図書館に所蔵されている清宮の手沢本をみると、この副題に思わず反応して、全体に黒々と下線が引かれているのに気づく。梅檀は双葉より芳しというべきか。因みに、この研究は、戦前に岩波書店から刊行された『法律学辞典』のために執筆された会心作、「国庫」論に結実している<sup>(42)</sup>。ほかにも、法制定と法適用の境界<sup>(43)</sup>、立法行為の論理的・事後的・正義的・法内容的限界<sup>(44)</sup>、前法と後法の境界<sup>(45)</sup>、内地と外地の境界、内地人と外地人の境界<sup>(46)</sup>、憲法の時間的限界など<sup>(47)</sup>、境界線の考察が目白押しであり、ここで取り上げる「帝国憲法の外地通用」も憲法の空間的限界に関する考察である<sup>(48)</sup>。

そうした清宮憲法学の基礎は、すべて戦前の京城帝国大学法文学部において、法哲学者・尾高朝雄をはじめとする同僚たちとの切磋琢磨を通じて形成された。「京城」とは、大韓民国の首都・ソウル特別市に相当する場所に35年間実在した、コロニアルな空間に対するコロニアルな呼称であるが、その「京城」府にあって朝鮮総督府が管轄した「京城帝国大学法文学部」という人工空間は、日本の人文・社会系理論のインキュベーターになっていた。とりわけ、法学系には若手の卓れた人材が結集して、あたかも梁山泊の様相を呈していたのである<sup>(49)</sup>。

「京城」は、東京からみれば、帝国の辺境である。故郷を遠く離れて、「軍人と官僚と商工業者とが幅を利かせている学問的雰囲気稀薄な京城」に赴任する心境は<sup>(50)</sup>、それぞれに複雑なものがあつたであろう。そこで、遠隔の地に赴任する彼らのために、総督府はもれなく3年間の留学を約束した。その結果、シベリア鉄道で欧州に直結するこの地には、同僚たちが入れ替わり立ち代り帰国しては欧州の新鮮な風を吹き込み続ける、例外的な知識社会が成立した。意気軒昂な若者たちの眼は常に欧州に向けられ、互いに煽られるようにして、日本で最も前衛的な学問を展開していった。

特に、ハプスブルク帝国において帝都ウィーンを中心に生じた法学理論の運動(ウィーン学派「純粹法学」)の渦が、帝国瓦解とともに遠心化=国際化していた。かくてウィーン学派が「多国籍軍」の様相を呈していたなかで、「京城」は、最も先鋭で個性的なセンターの1つとして、名乗りを上げつつ

あった<sup>(51)</sup>。清宮はその原動力となった1人であった。しかし、その一方で、「京城学派」の面々は、朝鮮半島の首府における、特権的な知識人として、また各分野の数少ない専門家として、それぞれの仕方で「半島」統治と関わりをもたざるを得なかったのも事実であり、「京城」は、植民地ならではの「知の二重構造」が主題化されざるを得ない場所でもあった。

そうした環境において、「帝国」国制を理論化する試みがめざましい成果を挙げる一方、「半島」統治への社会貢献としての外地法研究が並行的に進められていた。そして、「京城」における「帝国」知と「半島」知が交錯して生まれた最良の所産の1つが、清宮の「帝国憲法の外地通用」論文である。それは、植民地をもたなかったウィーンの理論法学にも、ハンブルク植民地研究所やポーゼン高等専門学校をメッカとした旧ドイツ植民地法学にも、それぞれ全く例をみない高度の達成を遂げた、空前の植民地法理論であった。

この議論の形成過程を辿ると、まず、前述したヘンリヒ『国家領域の理論』の存在を挙げることができる。清宮は、留学中の「宿題」として、はじめはドイツ植民地法学に取り組んでいたが、ハイデルベルクからウィーンに移り、そこで出会った私講師ヘンリヒの議論に感心して以降は、その理論法学の立場からするクールで簡潔な植民地論に、関心を移動した。ヘンリヒは、第一次大戦で幕を閉じたドイツ植民地法学の遺産のなかから、特に手頃で参照に値する文献を選定して注記しているが、そのなかから清宮は、フランツ・ヨーゼフ・ザッセンとフリードリヒ・ギーゼの2人に止目し、その名に下線を引いた。

ザッセンは、本国憲法から自立（自律）した植民地統治法を、その慣習法的成立によって正当化しようとした「慣習法説」の代表的論者であった。帝国憲法の全面的非適用説を採用する一方で、「憲法上の外国」で事実上開始された統治実態が、現在では慣習法として定着することで、法的根拠を獲得したと説明して、憲法と植民地法の双方を救おうとする考え方である<sup>(52)</sup>。これは、美濃部達吉の種本だった『ドイツ植民地法』（ゲッセン叢書）の著者ヘルマン・エードラー・フォン・ホフマンが最初に説いたので<sup>(53)</sup>、ホフ

マン＝ザッセン説として知られている。

これに対して、ワイマル期以降は憲法学者として著名になったギーゼの方は、第2帝政期にはむしろ植民地法学のホープとして活躍しており、その代表作の1つが、ヘンリヒも引用する論文「帝国憲法のドイツ植民地への通用について」であった<sup>(54)</sup>。ギーゼは、個別条文ごとに点検すると一部に植民地でも通用しているものがあることを根拠に、「慣習法」説を含む全面的非通用説を批判した。業界誌ではなく、ローマ法学者パウル・クリューガーの記念論文集に寄稿されたので、多くの人の眼に触れたのであろう。日本の一部通用説にも一定の影響を与えたものと考えられる。

清宮は、当初、ホフマン＝ザッセンの「慣習法説」を説いていたようである。2008年に93歳で世界した、戦前の総督府官僚で戦後は韓国を代表する法哲学者、李恒寧(イ・ハンニョン)の書斎から、1937年度の清宮「憲法」ノートが発見されたが<sup>(55)</sup>、それによれば、清宮は「六三問題」の展開について詳細な板書解説を行い<sup>(56)</sup>、自らは「慣習法説」を採っている。李恒寧ノートには、「慣習法説(清宮)」とあり、その脇に「委任命令ハ慣習憲法上適憲ナリ」と記されている<sup>(57)</sup>。

ところが、3年後の1940年11月30日<sup>(58)</sup>、京城帝国大学法学会の「法律研究会」第1回例会で、清宮は「帝国憲法の外地通用」と題する報告を行い、慣習法説を否定した。ギーゼから好意的な書評を受けるなど<sup>(59)</sup>、ドイツ植民地法の世界ではきわめて評価の高かったクルト・フォン・ベックマンの博士論文を読んで<sup>(60)</sup>、慣習法説に対する彼の批判を検討したのがきっかけである。法理論に暗い植民地法学の世界に一般国法学的考察をもちこみ、「憲法」や「通用(妥当)」といった基礎概念を根柢から考察し直すことによって、ベックマンは、慣習法説(やその背後にある全面的非通用説)の成立可能性を否定したのである。

ベックマンは、その際、「規範通用の理論(Die Theorie der Normgeltung)」と称して、憲法の通用範疇を多層的に分析した。すなわち、「抽象的通用」と「具体的通用」の概念対を編み出し、さらに双方を含む「通用」全般についても、「潜在的通用」と「現実的通用」を区別して、論じ分けた。また、

ドイツ帝国憲法を一枚岩として捉えるのではなく、国家の権力行使にかかわる規範と、国民の個人的権利にかかわる規範とを区別して、それぞれ個別的に考察を加えた。このように考えると、ドイツ帝国憲法が、海外領土にも何らかの水準で通用しているのは自明であり、全面的非通用説を前提とする限り、いわゆる慣習法説はおよそ成り立たない。

こうしたベックマンの整理は、清宮に、帝国憲法および「帝国」秩序を構造的に分析する必要を痛感させた。その一方で、ベックマンの「理論」なるものは、駆け出しの論者による素人芸に過ぎなかったから、世界の法理論の最前衛で競い合ってきた清宮にしてみれば、素朴に過ぎて理論的な洗練を欠いている。理論家・清宮としては、ふつふつとファイトが湧いて来たのであろう、清宮流の根本規範論を武器にして、「帝国」国制の構造分析を試みることになった。

## V 「帝国」国制の構造分析

清宮の恩師ハンス・ケルゼンは、法のロゴスにもっぱら集中して、民族的・宗教的・言語的・文化的に複雑なハプスブルク帝国の諸領域を、法論理で仕切れるような分析理論をつくった人だった。これに対して、同僚尾高朝雄は、それではもの足りずに、国民のパトスやアイデアにも整合するような、法・社会・文化の総合法学を目指していた<sup>(61)</sup>。

彼らのはざまで、「境界線の思想家」清宮は、どこで両者に対して一線を画するののかという問題に直面することになる。あくまで実定国法秩序の構造分析に専念することを選択した彼にとって、そのための鍵となる概念が「根本規範 (Grundnorm)」であった。ブルノのヴァルター・ヘンリヒ、ブダペストのモオル・ヂュラ (ドイツ名ユリウス・モオル)、フランクフルトのハンス・ユリウス・ヴォルフ、ミュンヘンのハンス・ナヴィアスキーらに導かれて、ケルゼンや高弟アドルフ・メルクルから次第に離反しながら、清宮の根本規範論は、論理・正義・事実と法との境界を指し示す里程標として形成されてきた<sup>(62)</sup>。そして、1938年から1940年にかけての時期に、彼の構造分析

は、もう一段階の脱皮を遂げたい。「帝国」国制を外側から俯瞰するのではなく、その多元的で輻輳した構造を解明するために、清宮の根本規範論は、実定「帝国」秩序の内側に潜り込んだ<sup>(63)</sup>。

第1に、外地領域は内地領域と相合して「帝国の総体領域」をなし、外地領民と内地領民も「帝国の総体領民」を形成する。それらが、帝国に所属し、「帝国における統治権」に服する。外地に対する統治権と内地に対する統治権とは、「帝国における統治権」として、「究極において、或る一点に帰一し、統一し、一元化され」なくてはならず、外地統治と内地統治とは、性質上、「1つの総体統治権に集中し、淵源する」。

「統治権の統一は、同時に、統治法の統一を意味する」から、外地統治と内地統治は、ともに「統一的統治法に淵源し、これにもとづく」。統治法(すなわち統治に関する法)の名宛人は、直接的または第一義的には、統治する者すなわち「統治当局」であり、それは権利義務規定の場合も変わらない。その際、統治当局の地域的所在はさしあたり関係なく、帝国の統治が及び得るところはすべて帝国憲法の通用領域であって、「可能的通用」領域(あり得べき通用領域)は、「その本来の性質上、a prioriには、時間的・空間的にも、人的・行態的にも無際限である」。

ただ、外地統治に対する実定法としての「現実的通用」については別論であって、これは、最高法規たる憲法が、自ら決するところである。しかし、帝国憲法は何ら特別の規定を設けていない。これをどう解釈するかが、「帝国憲法の外地通用」と呼ばれる問題の所在である。

第2に、「国家における統治の根本的規律の一体」を「憲法」というとすれば、憲法を形成するのはいずれも「統治の根本的規範」である。

けれども、そのうち、「国家において、何人が統治の主体であり、統治権の総攬者であり、最高の統治者であるか」に関する規範は、「統治の本源」に関わる「統治の根本のまた根本に関する規範」であるから<sup>(64)</sup>、「基本的統治法たる憲法」と呼ぶことができる。「基本的統治法たる憲法」は、必ず、内地・外地に共通に通用し、一元的でなければならないから、内地および外地の「必要的総体憲法」である。

しかし、憲法規範のなかには、そのほかに、基本的統治法にもとづき、「統治者が、如何なる仕方統治すべきかを定める規範」があり、これを「派生的統治法たる憲法」と名づけることができる。派生的統治法は、内地と外地とに「共通に通用する」場合には総体憲法の一部をなし、これを「任意的総体憲法」と呼ぶが、「性質上は、内地と外地とに共通であるを要せず、二元的であり得るものである」。

第3に、「総体憲法 (Gesamt-Verfassung)」がすべての統治の根拠である以上、任意的総体憲法について決することもまた、「総体憲法の定めには俟たねばならない」。

帝国における「基本的統治法たる憲法」は、萬世一系の天皇が統治権の主体であり統治権を総攬し最高の統治者であることであり、これが「必要的総体憲法」をなす。外地も、内地同様、「この憲法の規範により」、天皇の統治に服する。「この原則は、如何なる手段によっても、例えば、憲法改正の如き手段によっても、これを動かし得ぬ、帝国統治の総則である」と解される。

第1条の「大日本帝国ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス」と第4条前段の「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ」が、成文憲法の明文として表示・宣明された「基本的統治法」にして「必要的総体憲法」だが、第2条・第3条も、その主要点においてそれらと不可分の関係にあるから、その限りにおいて「基本的統治法」に属し「必要的総体憲法」をなす。

これに対して、それ以外の帝国憲法の諸条項の多くは、「派生的統治法たる規範を包有し」、総体憲法規範となるかどうかは任意的である。第4条後段「此ノ憲法ノ條規ニ依リ之ヲ行フ」にいう「此ノ憲法ノ條規」は、直接には、第5条以下の「派生的統治法たる憲法」を指しているものであるから、「憲法に特別の規定のない限り」外地に当然通用する規範ではなく、「場合によって」外地にも通用し得る規範である。

第4に、「憲法定定者意志を枉げる」ことなく解釈すれば、「外地の如き、複雑な、あらゆる場合についての予想の困難なもの」については、「特に考慮の結果、意識的に、わざわざ」明言しなかったのであり、「将来の新領域

の統治」を帝国憲法の条規によって行うか否かは、「それら新領域統治の任に当られる 天皇の、その時々事情に即した裁断に俟ってこれを決する」趣旨だと解される。

それゆえ、第4条後段および第5条以下の条項は、新領域には当然行われるものではなく、「その施行は、一にかかって、時々 天皇の裁断にある」。「明文をもって示されてはいないが」、これが「憲法制定者の意志」であり、外地の特殊統治の基礎を成す「不文総体憲法」である。それを明文で規定しなかったことの是非は、「立法論としては」、もとより論議の余地がある。

第5に、そうなると、帝国憲法の全部または一部を、普通の勅令によって外地に施行することに差し支えはない。もちろん、帝国議会の議決を経た法律の形式を採ってもよい。また、明文によらずして、統治者が事実において帝国憲法に準拠した統治を行っても、構わない。

日本の現行制度は不文憲法によっているため、帝国憲法の外地通用の有無は、個々の統治行為に基いて推知するしかない。地域によって差異があるが、実際の外地統治の大部分は帝国憲法に準拠して行われており、憲法のかなりの部分は、すでに外地に通用しているといえる。

大正天皇の詔書にいう「一視同仁」とは、朝鮮統治も内地統治も同一憲法のもとに差別なくこれを行うのを本則とする、という「聖旨」にほかならない。他方、一口に外地といっても、既存の「領土外地」とは区別される新しい「領外外地」については、「時には、しばらく、戦時占領地に準じて『軍律』統治の如きものが行われ」、「帝国憲法の通用程度が、現在の各外地よりもはるかに少ない」ケースも、将来的にはあり得ることである。

以上の報告内容については、その直後に佐々木惣一編集の『公法雑誌』で2回連載の論文として公表されており、戦後の論文集『憲法の理論』でも読むことができる<sup>(65)</sup>。また、当日の報告と討論については、書記役の祖川武夫(国際法)が記録を残しており、その要旨を知ることができる<sup>(66)</sup>。「法の地域的通用」、「領土外地・領外外地」、「可能的通用・現実的通用」、「必要的総体憲法」など、報告中で用いられた概念について、質問が続出した。ま

た、憲法の外地通用を規範ないし法規の面だけに還元して論ずることの是非が問題とされ、清宮による一部通用説の規範論理的な基礎づけに対して、「帝国憲法の立憲主義的憲法としての二重性格に基づいて歴史的、制度的に考察する必要はないか」などの意見が述べられた。

## VI 外地法研究と戦後憲法理論の因縁

かくして、それまでは「実定法の決め方の問題だ」と、“論理”ではなく“決断”に丸投げしていた論点について、その決断に最後まで道筋をつける憲法理論を編み出そうとしたのが、清宮の仕事であった。こういった形で議論の筋道をたてることは、大日本帝国の広汎な外地統治を正統化する側面もあるが、その統治をキャナライズして憲法に準拠させる、立憲主義のメタ・ルールを構築する作業になり得ていただろう。清宮は、国際私法学者エルンスト・ツィーテルマンに倣って、メタ・ルールを「法の法」と呼び、ついで、立憲制度のメタ・ルールとしての「憲法の憲法」をも追求した<sup>(67)</sup>。

一体に、境界線を設定・維持するには、区分のためのメタ・ルールが必要であり、「境界線思想」とは、そうしたルールを維持するための、メタ理論の謂いである。それこそが、大日本帝国の辺境たる「京城」で学問をした、清宮四郎の歴史的任務であり、実際、彼はその任務をあくまで誠実に果たそうと努めたのであった。「帝国憲法の外地通用」論は、卒然と読むとウィーン学派直系の研究にみえるが、ヘンリヒの示唆もあって<sup>(68)</sup>、早くから国際私法学の文献に親しんで、Grenzrecht（「際」の法）に取り組んできた成果である。

多元的で輻輳した「帝国」秩序は1945年8月15日に崩壊し<sup>(69)</sup>、「帝国」の時間と空間を仕切った「憲法の憲法」は、だるま落としのように一段低くなって、戦後の「国民国家」秩序のなかに嵌り込んだ（同時にそれが変更されたとみるかどうかは、いわゆる八月革命説をめぐる別の論点になる）。まるまる一段階、単純化された「境界線思想」は、その後も、清宮による戦後のスタンダード・ワークを造形し、基本的にはそのまま、後続世代に受け渡され

ている<sup>(70)</sup>。

しかし、清宮が「京城」で夢想した「一国二制度」「一国多制度」の憲法理論は、歴史的過去に属するのではなく、むしろ2010年代の今日、再編過程にある東アジア秩序や国内秩序の解明を志すとき、あらためて現実に対する触発力や規律力を回復しているのかもしれない。現在もなお、国立ソウル大学校中央図書館の古文獻資料室には、「法の法」「統治法の統治法」「憲法の憲法」を追い求めた、清宮の格闘の跡を生々しくとどめた文献群が眠り続けている。

- (1) 清宮四郎『憲法I』(有斐閣, 初版1957年, 新版1971年, 第3版1979年)。
- (2) 宮沢俊義『憲法II』(有斐閣, 初版1959年, 新版1971年)。
- (3) 参照, 石川健治『『京城』の清宮四郎——『外地法序説』への道』酒井哲哉・松田利彦編『帝国日本と植民地大学』(ゆまに書房, 2014年刊行予定)。
- (4) 参照, 高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選I(第5版)』(有斐閣, 2007年)206頁以下。その後刊行された第6版では, 解説を1頁増やして, 行間に圧縮された内容を多少なりとも「解凍」する機会を得た。わずかながらリーダブルな方向に改善されており, 元型の「第2部」をそのまま再現する必要はやや減じたともいえる。参照, 長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選I(第6版)』(有斐閣, 2013年)。
- (5) 参照, 石川健治・前掲注(3)。
- (6) 遅ればせで手にした残り物の植民地に福は少なかったようだが, 青島を中心とする膠州湾(租借地)はその例外で, 大いに期待がかけられていた。参照, 浅田進史『ドイツ統治下の青島——経済的自由主義と植民地社会秩序』(東京大学出版会, 2011年)。
- (7) 参照, 松岡修太郎「法制上より見たる樺太の内地編入」拓殖論叢5巻2号(日本拓殖協会, 1943年)291頁以下。
- (8) 参照, 穂積八束(上杉慎吉編)『穂積八束博士論文集』(有斐閣, 1913年)672頁。
- (9) 参照, 中村哲『植民地統治法の基本問題』(日本評論社, 1943年)122頁。
- (10) これを, 自由法運動やウィーン学派などにより, 20世紀初頭から活性化した「法適用」の主題化, という理論的文脈において考察したのが, 京城学派の清宮四郎である。参照, 清宮「外地における『法律の依用』について」京城帝国大学法学会論集12巻1号(1941年)56頁以下(同『外地法序説』[有斐閣, 1944年]87頁以下)。
- (11) 参照, 尾高朝雄『国家構造論』(岩波書店, 1936年)375頁。

- (12) 参照, 星島二郎編『最近憲法論——上杉慎吉対美濃部達吉』(実業之日本社, 1913年)。編者星島は, その後リベラル派政治家として生きた人物であるが, 戦後衆議院議長にまで登りつめたところで, いわゆる「逆コース」の時代に遭遇した。会期延長をめぐる議事手続の有効性を, 最高裁が両院の自主的自律的判断に委ねたことで知られる「警察法改正事件」(最大判昭和37年3月7日民集16巻3号445頁)において, 「議場に入れないまま, 議長席後方のドアを2, 3寸開いて2本の指を出し, 2日間延長と呼んだ」衆議院議長は, この星島である。混乱の責任をとってその年の暮れには辞職してしまったのは, いかにも彼らしい出処進退の仕方であったといえるのかもしれない。
- (13) 参照, 石川健治「権力のグラフィクス」長谷部恭男・中島徹編『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と発展』(日本評論社, 2009年)251頁以下。
- (14) 参照, 立作太郎「韓国併合国際法観」法協28巻11号(1910年)1893頁以下, 1896注2。
- (15) Vgl. P. Heilborn, Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen, 1896.
- (16) Vgl. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1. Aufl., 1900.
- (17) 参照, 芦部信喜(高橋和之改訂)『憲法(第5版)』(岩波書店, 2011年)3頁。
- (18) 参照, 美濃部達吉「領土権ノ法律上ノ性質ヲ論ス(1~3・完)」法協29巻2号182頁以下, 同巻3号376頁以下, 同巻4号547頁以下(1911年)。
- (19) 参照, 美濃部達吉「領土ノ法律上ノ性質(1・2完)」明治学報101号(1906年)36頁以下, 同103号(1906年)5頁以下。この段階での美濃部は, 忠実なイェリネックの徒である。
- (20) 参照, 美濃部・前掲注(18)法協29巻2号187頁。
- (21) 参照, 美濃部・前掲注(18)29巻3号377頁。
- (22) ただし, 国際法学の軍門に下ることをよしとせず, 国法学内部において物権説を取ろうとしたために, 却って理論的な矛盾が拡大した。国際法学が想定する物権的権利は, いったん主権国家に統一化された統治権の, 一作用として構成されていたが, 美濃部のいう領土権は, 土地という「特定物ニ固着シテ存立スル」対人的権利, をいい, その性質においては中世・近代の区別を問わない。その積極面においては, 土地それ自体だけでなく, その区域内のすべての人と物を完全に支配し得る力を含む, とされているので, 中世の領主における Landesherrschaft の水準に退行してしまっている(ただしこの定義には, 物を支配する権利にとどまらず「土地ニ依リテ区画セラレタ空間」を支配する権利を含めることができるため, 国際法学の「客体=目的物」理論 Objektstheorie と国法学の「領域=空間」理論 Gebietstheorie の対立を止揚できる, というメリットが認められる)。それゆえ, 併合国の領土権は, 併合に伴う原

始取得ではなく、被併合国からの継受取得であることが強調され、立に対する批判の重心は、むしろこの点に移動している。同旨の学説を、ドイツの近代法学に見出せないのは、当然である。

- (23) 参照、立作太郎「国家併合ノ場合ニ於ケル領土権ト主権トノ関係ヲ論シ兼テ美濃部博士ノ駁論ニ答フ」法協29巻5号(1911年)683頁以下、美濃部達吉「再ヒ領土権ノ性質ヲ論シテ立博士ニ答フ」法協29巻6号(1911年)841頁以下、立作太郎「国内法ト国際法附主権ト領土権(美濃部博士ニ答フ)」法協29巻7号1013頁以下、同巻8号1192頁以下、同巻9号1352頁以下、同巻10号1534頁以下(1911年)、美濃部達吉「国際法ト国内法トノ関係ニ就テ(立博士ニ答フ)」法協29巻8号(1911年)1277頁以下、美濃部達吉「主権及領土権ノ観念ニ就テ(立博士ニ答フ)」法協29巻10号1565頁以下、同巻11号1696頁以下(1911年)、美濃部達吉「領土権ノ法律上ノ性質」国家31巻9号(1917年)1320頁以下、立作太郎「国際法上の国家の観念と国家の領土」国際法外交雑誌28巻3号(国際法学会, 1929年)201頁以下、立作太郎「国際法上の主権及領土権」国家47巻4号(1933年)460頁以下。
- (24) Vgl. W. Henrich, *Theorie des Staatsgebietes*, 1922, S. 13ff.
- (25) Vgl. W. Henrich, a. a. O. (Anm. 24); ders., *Kritik der Gebietstheorien—Ein dogmatisch-analytischer Beitrag zur staats- und völkerrechtlichen Lehre vom Staatsgebiet und von der Gebietshoheit*, 1926.
- (26) 参照、美濃部・前掲注(18)法協29巻2号199頁以下、立・前掲注(23)法協29巻5号708頁。ラドニツキーは、ウィーンの人で、当地では高く評価する向きもあり、権威ある学界誌にも再三寄稿しているが、狭義の大学人ではなかった。そのことが、彼の評価に影響した可能性がある。
- (27) 参照、森口繁治『憲法学原理総論第1分冊』(弘文堂書房, 1933年)132頁以下、大澤章「領域及び領域高権の概念の法律的構成(1~8・完)」国際法外交雑誌27巻2号154頁以下、同巻3号270頁以下、同巻5号454頁以下、同巻6号581頁以下、同巻8号58頁以下、28巻1号67頁以下、同巻3号223頁以下、同巻4号358頁以下(国際法学会, 1928年~29年)。
- (28) ハンス・ケルゼンは、彼の教授資格論文『国法学の主要問題』を改版する折に、その後のウィーン学派の発展ぶりを概観する、長文のはしがきを書き下ろした。そのなかでヘンリヒは、特筆すべき若手の1人として、立ち入った言及の対象になっている。Vgl. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2 Aufl., 1923, xxi. また、ケルゼンは、2年後の著書『一般国家学』でも、ヘンリヒの見解を肯定的に引用した。Vgl. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 147, 393ff. 現在ではすっかり忘却されたヘンリヒではあるが、かつてはそのように、一定の注目を集めていたのである。たとえば、立教大学図書館所蔵の宮澤俊義手沢本をみると、該当する本文

(147頁)にはKompetenztheorieとの書き込みがあり、註(393頁以下)でもヘンリヒの教授資格論文『国家領域の理論』にアンダーラインが引かれていて、当時の一般的な関心のありようを伝えている。清宮が同期の宮沢にヘンリヒの想い出を語る場面も、2人の間にはあったかもしれない。

- (29) その一部は石川・前掲注(3)で論じたが、別の機会を得て詳論することにしたい。
- (30) Vgl. T. Otaka, Vom Wesen des japanischen Volksgeistes, in: Von Japan und seinem Volke (Veröffentlichungen des Katholischen Akademischen Missionsvereins Wien, Bd. 4), 1932, S. 1ff. ウィーン大学小講堂で行われた講演で、清宮の同僚・尾高朝雄は、「在朝鮮, 京城(ソウル)大学教授 Professor an der Universität Keijo (Söul), Korea」と自己紹介している。
- (31) かねて森口は、美濃部旧説と同様、近代国家の論理を強調して物権否認説を採っており、物権説もろともに、ラドニツキーの見解をも否定していた。参照、森口繁治「領土権ノ国法上ノ性質(1, 2・完)」京都法学会雑誌13巻10号1349頁以下、同巻12号1721頁以下(1918年)。けれども、ヘンリヒに蒙を啓かれた森口は、ラドニツキーの権限理論を、物権説とも物権否認説とも異なる「第3の見解」として捉え直し、これに改説することを決意したのであった。参照、森口・前掲注(27)144頁以下。これは、現代の国際法学者のいう「管轄権」理論のことであり、森口は実際、「Kompetenz-Theorie 又は Zuständigkeit-Theorie」と注記している(管轄権 Zuständigkeit と呼ぶ場合に森口が念頭におくのは、国際法学者・法哲学者でケルゼンの高弟の1人、アルフレート・フェアドロスである。Vgl. A. Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, S. 177ff.)。その際、「国家の場所的権限」を定礎するためには、やはり法人説=機関説的な構成が有利である。理論派の森口が、若手に人気のウィーン学派に同情を有しながらも(参照、森口繁治「法律学に於ける相と素」法学論叢22巻2号[1929年]180頁以下)、旧世代の国家法人説に左袒した背景には、領土権を権限理論によって説明するための便宜、という側面があったことは間違いない。この点で、若きウィーン学派の一員でありながら、その教条主義には一貫して批判的なスタンスを取り続けたヘンリヒの存在は、名指しこそしないが、森口にとって理論的な支えの1つにはなったであろう。ドイツ系ハンガリー人で、学問的にもケルゼン派とシュムロー派のハーフであったヘンリヒは、「客観法としての国法秩序」における法形式によって、国家や社会のすべての問題を読み解こうとしたり、そうした理論的教条のために、法内容概念としての「国家」や、「法人格」を筆頭とする主観法上の諸カテゴリーを、すべて消去してしまったり、といった極端に走ることはしなかった。参照、石川・前掲注(3)。こうしたスタンスに共鳴した森口は、いよいよ自らの理論体系を世に問うにあたって、まずは『憲法学原理』の第1分冊を、

ヘンリヒ流の領土論の完成にあてたのであった。京大生の勉学の友となるはずだったこの本は、しかし、生まれながらに瀧川事件によって翻弄されたのみならず、2年後には文部省思想局による弾圧の対象となり、とうとう未完のままで畢ることとなった。

- (32) その詳細は、石川・前掲注(3)に譲る。
- (33) 参照、大澤章「国際法に於ける領域と生活圏(1~3)」国際法外交雑誌40巻5号377頁以下、同巻6号517頁以下、同巻8号719頁以下(国際法学会、1941年)、同「領域と国際法」地政学1巻7号(日本地政学協会、1942年)1頁以下。
- (34) 参照、山本草二『国際法(新版)』(有斐閣、1994年)266頁以下、奥脇直也「日本の国際法学における領域性原理の展開——領域支配の実効性と正当性」国際法外交雑誌96巻4・5号(国際法学会、1997年)634頁以下。
- (35) 市村は「熟考ノ結果」全面非適用説に転じた。参照、市村光恵『増補改版・行政法原理(第5版)』(東京宝文館、1915年)326頁以下。ほかに、同『帝国憲法論(第10版)』(有斐閣、1923年)237頁以下。
- (36) 参照、佐々木惣一『日本憲法要論』(金刺芳流堂、1930年)157頁以下、松岡修太郎『外地法(新法学全集第5巻行政法4)』(日本評論社、1936年)11頁以下、30頁以下。
- (37) 美濃部は、かつて1911年3月18日の法科大学緑会弁論部討論会において、自ら出題した「帝国憲法は朝鮮に行はるゝや否や」という論題を解説した折には、「殖民地主義の立場から「同化主義」を否定するとともに、全面的通用説を「日本が殖民国として尚ほ甚だ幼稚であることを證明するもの」(傍点・美濃部)として痛罵していた。その仮借のない論調からみて、ドイツ憲法学流の全面的非通用説を、自明視していたものと思われる。参照、美濃部達吉「帝国憲法は新領土に行はるゝや否や」国家25巻7号(1911年)1047頁以下。ところが、その後、一部通用説に転じ、帝国憲法は——属地的性質を有する規定を除き——新領土に「適用せらるべきは當然」、と断言している。参照、美濃部達吉『逐条憲法精義』(有斐閣、1927年)35頁以下。法規には、属人的性質を有する規定(属人法)と属地的性質を有する規定(属地法)とがあり、後者は「或る地域内の社會を眼中に置き、その社會を規律する為に規定せられて居るもので、その地域以外の社會規律としては通用し得ない」(39頁)が、前者はそうではないからである。その論旨は、「社會」のなかに法源をみる、美濃部憲法学の基本テーゼに沿ったものではあるが、属人法か属地法かの区別は、規定ごとに行われるアド・ホックな解釈に依存しており、立法政策を場当たりに追認するものでしかない。
- (38) 参照、宮澤俊義『憲法講義案』(1936年)18頁以下。宮澤は、そもそもこれは「理論」の問題としては成立せず、実定法に委ねるほかない問題だと考えているよう

である。

- (39) 参照, 黒田覚『日本憲法論中』(弘文堂, 1937年) 279頁以下。
- (40) 黒田によれば, そもそも立憲主義的憲法は, 国家の存在様式にかかわる根本原則と, 国民の自由の保障の組織とから成り, 「その各々を中心として描いた2つの円の交錯した部分」が権力分立主義的組織である。この構造を反映して, 帝国憲法のうち, 国家の存在様式にかかわる根本原則は全領域に妥当するが, 権力分立主義的組織にかかわる部分は, 「その中の法治主義的原則に関する限り」新領土において「幾分の変容」を受け, 権利保障規定については新領土には妥当しない, という整理を行っている。ただし, これは, 「立法政策に依存する問題」であり, 帝国憲法全体を全領域に妥当させることも政策的には可能であるから, つまるところ, 「統治地の法的制度によって判断する外はない」, という結論に落ち着いた。
- (41) Vgl. J. Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im bürgerlichen Gesetzbuche—eine Studie im Grenzgebiete des Privat- und öffentlichen Rechts, 1899.
- (42) 戦前に岩波書店から刊行された5巻本の『法律学辞典』(末弘巖太郎, 田中耕太郎責任編集, 1934—37年)は, いわゆる大項目主義を採り, それぞれの項目がしばしば記念碑的な論文となった驚異の企画であったが, 清宮も若々しい力作をたくさん寄せている。なかでも, 第2巻(1935年)の「国庫」の項は, 研究の密度の高さが際立ち, 若々しい情熱が行間からはちきれんばかりの作品である。
- (43) 参照, 清宮四郎「法の定立, 適用, 執行」同『国家作用の理論』(有斐閣, 1968年) 1頁以下。初出は, 京城帝国大学法文学会第1部論集第4冊『法政論叢』(刀江書院, 1931年) 1頁以下で, 当時としては斬新な, 論文スタイルや活字の組み方に, この論文で学界にデビューしようとする若武者ならではの, 意気込みと美意識が感じられる。当初の論文タイトルは「法の定立と適用」であったが(参照, 清宮四郎「ケルゼンの公法理論——国家作用論を中心として」法律時報3巻12号 [1931年] 26頁以下), 「執行」がこれに加わった。
- (44) 参照, 清宮四郎「国家の立法行為の限界」同『国家作用の理論』(有斐閣, 1968年) 39頁以下。初出は, 戸澤鉄彦主宰の国家研究会を母体とする, 京城帝国大学法学会論集第7冊『国家の研究』(刀江書院, 1934年) 151頁以下。本書に託された京城学派の夢のあとを, 戦後に伝えんとしたのが, 尾高ほか後掲・注(50)である。
- (45) 参照, 清宮四郎「違法の後法」同『国家作用の理論』(有斐閣, 1968年) 75頁以下。初出は, 美濃部教授還暦記念『公法学の諸問題第2巻』(有斐閣, 1934年) 167頁以下。
- (46) 参照, 清宮四郎「外地および外人」『公法雑誌』2巻1号1頁以下(1936年)。なお, 参照, 清宮四郎『外地法序説』(有斐閣, 1944年) 1頁以下, および石川・前掲注(3)。

- (47) 参照, 清宮四郎「憲法の時間的通用領域」国家57巻4号(1943年)1頁以下。大日本帝国憲法の無窮の長寿を賛美している末尾の箇所を削除して, 同『憲法の理論』(有斐閣, 1969年)95頁以下, に再録。
- (48) 参照, 清宮四郎「帝国憲法の外地通用(1・2完)」公法雑誌6巻9号961頁以下, 同6巻10号1117頁以下(1940年)。現在は, 同『憲法の理論』(有斐閣, 1969年)129頁以下。
- (49) 参照, 石川健治「コスモス——京城学派公法学の光芒」岩波講座『帝国』日本の学知1——帝国編成の系譜(岩波書店, 2006年)171頁以下。
- (50) 参照, 尾高朝雄「はしがき」尾高朝雄・鶴飼信成・船田享二『法と政治の研究』一頁以下(御茶の水書房, 一九四九年)。
- (51) 参照, 石川健治「統治のヒストリーク」奥平康弘・樋口陽一編『危機の憲法学』(弘文堂, 2013年)15頁以下。
- (52) Vgl. F. J. Sassen, Das Gesetzgebungs- und Verordnungsrecht in den deutsche Kolonien, 1909, S. 34ff.
- (53) Vgl. H. Edler von Hoffmann, Kolonialregierung und Kolonialgesetzgebung, Zeitschrift für Kolonialpolitik, Kolonialrecht und Kolonialwirtschaft, 1905, S 362 ff. Hofmannについても, 石川・前掲注(3)の参照を乞う。
- (54) Vgl. F. Giese, Zur Geltung der Reichsverfassung in den deutschen Kolonien, in: Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger, 1911, S. 415ff.
- (55) 李恒寧は, 京城帝国大学法文学部出身で, 尾高朝雄が最も愛した朝鮮人学生といわれる人物である。戦後は, 高麗大学などで法哲学を講じた。朝鮮戦争の動乱をくぐり, その最期の瞬間まで護り抜かれたノート群は, 清涼里にあった「予科」での講義ノートの一部(尾高朝雄「法制」を含む, ほぼ完全なラインナップ)と, 東崇洞の法文学部で受けた講義ノート(尾高「法哲学」清宮「憲法」船田享二「羅馬法」祖川武夫「国際公法」不破武夫「刑法」)とからなっている。李および彼のノートについては参照, 石川・前掲注(3)。とりわけ熱心に聴講した尾高講義については, いずれも立派なノートが残されており, 清涼里時代の「法制」ノートでは, 驚嘆に価する叙述の詳密さと客観性が際立っているのに対して, 東崇洞時代の「法哲学」ノートは主観的かつ批判的な内容に変わっており, 自己の立場の確立を物語っている。また, 「法哲学」ノートには, 李自身の講義メモも書き加えられていて, おそらく教壇に立った当初は, 尾高ノートに相当依存した講義を行っていたものと想像される。「憲法」ノートもまた非常に水準が高く, 戦前には一切教科書や講義案を出版しなかった清宮が, 天皇機関説直後の1937年にどのような講義をしたのかを伝える, 貴重な史料になっている。まずは“書き言葉”で用意してきた講義本文を朗読して書き取らせた後に, 板書しながら解説をするのが, 清宮のスタイルであったようである。

- (56) 委任命令についての板書説明では、違憲論 (Rönne, 協賛権ノ抛棄, 議会ノ自殺), 適憲論 (G. Meyer, 委任命令ノ規定ハ其ノ実質ニ於テ法律ノ内容ヲナスモノト見ルベク其ノ規定ニ依テハ直接ニ法律ノ規定ニセルト為ス), 美濃部説 (二局化) (憲法=外地ニ行ハレル部分 [第1条] と外地ニ行ハザル部分 [天皇ノ大権ニテ特別ノ規定ヲ定メ得, 必ズシモ法律ニテ定メナクトモイイ]), 慣習法説 (清宮) の4説に, 分説されている。このノートは, 清宮が本格的にベックマン (後述) に取り組んだのが1937年から40年までの間であったことを示す, 書誌学的根拠として重要である。
- (57) その下には, 内地と外地を分け, 外地をさらに台湾・朝鮮・樺太と関東州・南洋群島に分ける板書が続く。前者については「委任命令」「制令ノ効力ハ法律・勅令ヨリモ弱シ」とあり, 後者については「大権」と記されている。これは統治当局の見解やプラクシスについて説明したものであろう。
- (58) 研究会は, 1940年11月30日土曜日の午後1時半より, 京城帝国大学第2会議室で行われた。清宮を除く出席者は, 50音順で, 民法の有泉亨, 統計学の大内武次, 法哲学の尾高朝雄, 財政学の鈴木武雄, 国際法の祖川武夫, 商法の竹井廉, 同じく商法の西原寛一, 国際私法の長谷川理衛, 刑法の花村美樹, 政治学の藤本直, ローマ法の船田享二, 憲法・行政法の松岡修太郎, 民法の松坂佐一, 同じく民法の山中康雄, の14人であった。参照, 「雑録・法律研究会・第一回例会」京城帝国大学法学会論集第12冊第1号 (1941年) 170頁。鶴飼信成がいないのは, 欧州で勃発した第二次大戦に対して当時は中立的立場を堅持していた, アメリカに留学中だったからである。参照, 『鶴飼信成先生に聞く』(東京大学アメリカ研究資料センター, 1983) 4頁以下, 大阪朝日新聞朝鮮版1939年12月1日。
- (59) ギーゼは, その定評ある辛口書評のなかで, 異例の紙幅を割いてベックマンを紹介し, 最大級の賛辞を贈っている。Vgl. F. Giese, Rundschau über die neueste Kolonialrechtswissenschaft, Zeitschrift für Kolonialpolitik, Kolonialrecht und Kolonialwirtschaft, 14, 1912, S. 334ff.
- (60) Vgl. K. von Böckmann, Die Geltung der Reichsverfassung in den deutschen Kolonien, 1912. ワイン輸出業者の息子としてナポリに生まれたベックマンは, その後, 放送業界を中心に活躍し, 憲法学への貢献はこの博士論文一冊きりである。Vgl. M. Grohmann, Exotische Verfassung, die Kompetenzen des Reichstags für die deutschen Kolonien in Gesetzgebung und Staatsrechtswissenschaft des Kaiserreichs (1884-1914), 2001, S. 239ff. ベックマンの本は, 旧京城帝国大学図書館蔵書 (国立ソウル大学校中央図書館) にも清宮の個人蔵書 (獨協大学図書館) にも含まれていない。清宮・前掲注(45) 論文第6章の註には, ザッセンとベックマンの短いパッセージが, それぞれドイツ語のまま引用されて並んでおり, 東大あたりでノートに筆写してきた原文を, そのまま転写した趣きである。

- (61) 参照, 尾高朝雄『実定法秩序論』(岩波書店, 1942年) 448頁。清宮はこの立場を「現象学的総合法学」と評した。参照, 清宮四郎「総合法学への大道」帝国大学新聞 906号4面(1942年6月22日)。
- (62) かねて, ケルゼンのそれとの相違が問題視されてきた清宮の根本規範論については, 別の機会に論ずる予定があるので, これ以上立ち入らないことにする。
- (63) 参照, 清宮・前掲(48) 6巻10号1129頁以下。
- (64) この点, 1937年講義で, 根本規範(Grundnorm)を論じた清宮は, 「GnノGnハ何か。コレマデ云フ必要ナシ」と断言していた。ここにいう根本規範は「Kelsenノ如ク単ナルNormデモSchmittノ如ク単ナル事実デモナイ。スナハチ実定法トシテノ根本規範」のことである。それが, 1940年になって「GnノGn」たる「根本のまた根本に関する規範」という定式の新設をみたところに, 清宮における「帝国」国制の構造分析が一層の深化を遂げた消息を, 読みとることができよう。そして, 5年後, 「帝国」瓦解により, 「GnノGn」は一段階だるま落としに合い, かつ変更された。清宮は, 1937年の講義のなかで, 「Gnノ改革ハ革命ナリ」と述べている。
- (65) 参照, 清宮・前掲注(45)。なお, R. Mallmann, Rechte und Pflichten in den deutschen Schutzgebieten, 1913.の引用が, この論文から始まっていることも注目に値する。これは, 「外地人」論における論調の変化を予示するものである。清宮がマルマンに関心をもったきっかけとなった文献(Max Wenzel, Juristische Grundprobleme, I, Der Begriff des Gesetzes—zugleich eine Untersuchung zum Begriff des Staates und Problem des Völkerrechts, 1920.)は, 獨協大学図書館に収められた清宮の個人蔵書のなかから発見された。マルマン本体については, 国立ソウル大学校中央図書館の古文獻資料室に2冊収められており, そのうちの1冊が清宮による精読の跡が残る京城帝国大学旧蔵書であることがわかった。このことから, 清宮の「外地人」論の改説(仙台時代に公刊された『外地法序説』[有斐閣, 1944年] 37頁以下)は, すでに京城時代から始まっていたことが明らかになる。参照, 石川・前掲注(3)。なお, もう1冊のマルマンは, 清宮の同僚・松岡修太郎の個人蔵書で, こちらも精読されている。清宮は, 1941年に蔵書とともに仙台の東北帝国大学法文学部に移ったが, 終戦まで京城にいた松岡は, 個人蔵書のすべてを投げ捨てて, リュックサック1つで引き揚げざるを得なかった。その松岡蔵書の一部は, 彼にとって古巣にあたる京城法学専門学校の流れを汲む, 京城経済専門学校の図書館に引き取られたが, 国立ソウル大学校設立の際に京城経専が商科大学に編入されたのを機に, 同大学校商科大学の蔵書となった。さらに, 図書館の再編に伴い, 松岡蔵書は, 法科大学図書館と中央図書館とに再分配される運命となり, このうちマルマンは, 中央図書館の古文獻資料室行きを命じられて, 京城帝国大学の蔵書と再び相見え, 現在は同じ部屋で俱に余生を送っている形である。この項の調査については, 国立ソウル大学校法科大学の

姜光文助教授にお手伝いをお願いした。ここに篤く御礼を申し上げる。

- (66) 参照, 前掲注 (58) 「雑録・法律研究会・第一回例会」。
- (67) Vgl. E. Zitelmann, Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze, Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatrechts, in: Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bergbohm zum 70. Geburtstag, 1919, S. 207ff. 清宮憲法学の形成にきわめて重要な役割を果たしたこの論文は, 獨協大学図書館所蔵の彼の個人蔵書のなかにはなく, 清宮手沢本は, 国立ソウル大学校中央図書館の古文献資料室から発見された。参照, 石川健治「憲法・経済・秩序」季刊・企業と法創造 9 卷 3 号 (早稲田大学グローバル COE <<企業法制と法創造>> 総合研究所, 2013年) 39頁以下。
- (68) Vgl. W. Henrich, Kritik der Gebietstheorien, a. a. O. (Anm. 25) 1926, S. 80ff. 国家領域論は国際私法学に学ぶところが多いと述べて, サヴィニー「法域」論の成立過程をはじめ斯学の学説史を丁寧フォローし, 特にツィーテルマンの前掲論文を, 公法学の観点からも最も高く評価している。
- (69) 参照, 古川純・高見勝利『『外地人』とは何か——終らない戦後』大石眞・高見勝利・長尾龍一編『対談集・憲法史の面白さ (日本憲法史叢書 2)』(信山社, 1998年) 201頁以下。
- (70) 戦後学説の多くは, 宮澤俊義の八月革命説にみられるように, 戦後憲法体制が立憲君主制ではなく立憲「民主」制であることを明示する必要から, 「国民」の憲法制定権力の観念を導入することになった。その点が, 清宮と比較した場合の, 重大な修正点であると同時に理論上の攪乱要因になっている。参照, 石川健治「〈非政治〉と情念」思想1033号 (岩波書店, 2010年) 262頁以下。この戦後版・憲法制定権力論を彫琢する過程で, 芦部信喜教授は, いったん憲法学の第一線から退いた黒田覚の憲法制定権力論を, 現役学説として導き入れ, それが今日に至っている。たとえば, 黒田の(権)力的契機と正当性的契機の区別に言及する, 芦部信喜『憲法制定権力』(東京大学出版会, 1983年) 43頁, を参照。