

320
2
181

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15

始



池 135

一木喜徳郎著

日本法令豫算論

哲學書院發行

~~78~~
a320 157x
181x

序

去年十二月余レ帝國議會ノ解散ニ遭遇シテ以來大ニ世事ニ感ス
ル所アリ退テ故山ニ居リ庭園ヲ修メテ禽鳥ノ和鳴ヲ聽キ山樹ヲ
培植シ蒼翠ノ繁茂ヲ樂ミ徒ニ政治ヲ談スルノ非ヲ悟リ憲法ヲ置
中ニ藏メテ南華ノ眞經ニ易ヘ律書ヲ高閣ニ束テテ農書ヲ古函ニ
需メ以テ北窓下ノ清風ニ羲皇以上ノ人ヲ夢ミンコト期ス時ニ鴻
郵ノ歐洲ヨリ至ルアリ取テ之ヲ閱スレハ一木法學士ノ手束ナリ
附スルニ一書ヲ以テス曰ク是レ兒カ研學ノ餘草スル所ノ日本法
令豫算論トス印行シテ世ニ公ニセント欲ス請フ阿父之ニ序ヲ附
セヨト乃ハナチ披テ之ヲ閱スルニ及ンテ憲法々律ノ文字忽チ復タ
眼ニ入ル噫亦余ヲ煩ハス卷ヲ掩テ止マント欲ソ己ム能ハス何爲
ソ其レ然ルヤ蓋シ一片憂世ノ念未タ余カ中懷ヲ脱却セサルニ由

ル歟

夫レ政界ノ事奇變百出定撥ヲ存セス是故ニ理當ニ然ルヘカラス
シテ事然ラサルヲ得サルモノアリ義從フヘカラスシテ事或ハ之
ニ從フモノアリ天下ノ公論ニシテ或ハ私論ノ爲ニ敗レ古今ノ卓
説ニシテ輿論ノ容ル、所トナラス民權張ラサレハ官權ニ壓セラ
レ官權微ナレハ民權ノ爲ニ窮ス一勝一敗勢ヲ以テ之ヲ制ス故ニ
勝者必シモ眞理ニ適スルニ非ス敗者必スシモ正道ニ背クニ非ル
ナリ且ツ夫レ國家ヲ以テ自カラ任スルハ政事家ノ責ナリ而シテ
黨派ノ争ヲ爲スニ當テハ往々國家ヲ後ニスルモノ無シトセス此
時ニ當テ之ヲ律スルニ學理ヲ以テセサレハ政界ハ一ニ權力ノ争
地ト爲リ國利民福ヲ賭シテ專ラ黨派ノ私益ヲ是レ營ムニ至ラン
トス果シテ斯ノ如クンハ立憲政体ノ美何ノ所ニカアル試ニ第一

期第二期ノ議會ヲ看ヨ其争點ノ在ル所之ヲ觀ル易々タルノミ
地租輕減論ハ議會多數ノ賛同セシ所ナリ然レモ之ヲ國家ノ形勢
ニ照セハ輕減ハ學者ノ非トスル所而シテ此書モ亦均シク其非ヲ
論セリ豫算外臨時ノ支出ハ豫備費ニ止ムヘシ豫備費ヲ超過シテ
事後承認ヲ求ムルハ憲法ノ許ス所ニ非スト爲スハ此書ノ所説ヲ
リ而シテ政府ハ豫備費以外ノ支出ヲ斷行シテ事後承認ヲ求メタ
リ其孰レカ是孰レカ非必ス歸スル所アラン蓋シ學者ノ論スル所
ハ經ナリ政事家ノ爲ス所ハ多クハ權ニ出ツ權必スシモ非ナリト
セスト雖モ常ニ其經ヲ忘レテ其權ヲ濫用セハ政界ノ事一ニ權謀
術數ニ陥リ其極終ニ國家ヲ誤リ禍ヲ一世ニ被ラシメンコト恐ル
故ニ豫メ學理ヲ窮メ之ヲ律スルハ學者ノ任ニシテ其任ヲ盡サン
ト欲スルハ乃チ是レ此書ノ著アル所以ナラン此書ニシテ而シテ

世ニ出テバ其政界ニ裨益スル蓋シ小少ナラサルナリ
 一木氏實ハ余カ第二子ナリ夙慧學ニ勉メ曾テ業ヲ帝國大學ニ卒
 ヘ尋テ乏ヲ内務書記官ニ承ク幾クモナク自カラ其學ノ未タ足ラ
 サルヲ慨シ奮然歐洲ニ航シ今獨逸ニ留學ス余竊ニ其他日ニ爲ス
 所アラシキトナ期ス一篇ノ著ニ何カアラシキ自今以後益々學ヲ勉
 メ乃父ノ望ニ背カサラシキトナ冀フト云爾

明治二十五年春四月

淡山道人岡田廉夫序

目次

緒言		一	頁
第一章 法律及び命令			
第一節 法律及び命令の性質		一五	
第二節 法律と命令との分界		四八	
第二章 法律			
第三節 法律案の提出		八四	
第四節 法律案の議定		一〇〇	
第五節 法律の裁可及び公布		一〇八	
第六節 法律の施行期限		一二三	
第七節 法律の廢止		一三一	
第三章 命令			
第八節 總論		一四〇	

第九節	緊急命令	一四五
第十節	行政命令	一六九
第十一節	執行命令	一七二
第十二節	法律の委任に基くの命令	一七四
第四章	法律命令遵由の効力	
第十三節	法律成立の手續に關する審査	一八六
第十四節	法律の規定事項即ち實質の審査	二〇六
第十五節	命令の審査	二一九
第五章	豫算	
第十六節	豫算の性質	二二四
第十七節	豫算の成立、豫算の効力、豫算の不成立	二五八

日本法令豫算論

一木喜徳郎著

緒言

第一期帝國議會の開會するや全國民の耳目は悉く議會の一處に集れり而して此の
 疑視謹聽の果して失望落膽に終りたるか將た代議制度の歎美も終りたるか蓋し世
 間自から定論あらん余は今更に之を言ふの要を有せざるなり唯此の際一事の余を
 感動せしめたること頗る強く而して又た余か本篇の稿を起すの一近因となりたる
 ものあり政黨政派と政論との關係是なり
 世人の知る如く第一期帝國議會開會の初ま在ては議事規則の問題議事の一大部分
 を占めたり是れ蓋し初期の議會に於て免るべからざるの情勢なるべきか故に余輩
 は敢て之を以て議會を輕重することを爲さずと雖ども議事規則の論争の如き固
 より政黨政派の形勢に關する所なく又た余輩の深く顧みる所に非ず余輩の注目す
 る所のもの専ら政論に在り而して初期の帝國議會に起りたる重大の政論の商法

の延期なり地價の修正なり集會政社法新聞條例の改正なり地租の輕減なり最後に豫算案の査定なり

帝國議會は多數を以て商法の實施延期を議決せり然れども其の延期を議決したるの理由の全然法典の編纂を排斥するに非ず法規の發達を以て自然の作用に任ずべしとするは非ず唯其の實施を延期して以て其の誤れるを正し其の足らざるを補ひ兼て之を實際に適用するの準備を爲すに必要なる時日を與ふへしと謂ふに在り商法延期論の歸着する所の商法が延期を要する程不完全なるか將た直に之を實施するに充分なるか實施の準備は猶ほ二年の歲月を要するか將た既に經過したる半年を以て足れりとするかの一點に外ならず而して前説を取りて後説を捨てたるは各政黨皆然り各政黨皆然り商法の延期は黨派の問題に非ざるなり

言論の自由集會結社の自由何人とも之を欲望せざるべし日本帝國憲法も亦た明に之を保證せり然れども國家は人民に賴て生存し人民は又た國家に賴て生存す國家の利益と人民の利益との結局に於て二おし既に國家存立の必要を認むるときは又た其の成立に必要な權力と國家に與へざるべからず言論の自由何程惜

むべきも集會結社の自由何程重んずべきも國家存立の危險を防ぐか爲に必要なものは余輩之を割愛せざるを得ざるなり人民の自由の各政黨皆之を希望せり國家の安全の各政黨皆之を尊重せり言論の自由集會結社の自由は黨派の問題に非ざるなり

地價の算定平を得ること何人皆之を許せり此の不平を改め各地の負擔を均しくするの人の皆希望する所なり然れども之を改むるの方法は於て宜しきを得ざるものあるときは一の不平を除きて更に大なる不平を生ずるの危險あり初期の議會に於て地價修正を否決したるの地價修正の望ましからざるに因るに非ず現在の地價は不公平なしとするは非ず唯輕忽に之を修正を試みるの危險なるか爲のみ地價の修正の各政黨の希望する所なり輕忽の修正の各政黨の斥くる所なり地價修正は黨派の問題は非ざるなり

方今宇内の形勢大に變遷し列國各其の全力を鍾めて政治上經濟上の實權を爭ふの時に際し専ら放任主義を崇奉して以て列國競争の間に立たんとするの無謀あるの識者を待たずして容易に知るべき也國家發達の第一の要件は民力を養ふに在り然

れども民力を養ふは果して民力を休むるに由るの外なきか教育を盛よして實業の智識と進取の氣象を養成するの亦た民力を養ふ所以よ非ざるか必要の制度を設け適宜の保護を與へて實業の發達を奨励するも亦た民力を養ふ所以には非ざるか國家の權力を濫用するの固より恐るへし然れども權力の實行を監視し其の濫用を防ぐの帝國議會の任あるに非ずや其の弊害を除き其の効用を收むることを講せしめて直に之を擯斥せし世間の事物一として用ゐるよ足るものなかるへし今日の日本の徒に既成の事業を保守すべきの日本なるか河水の年々汎濫して巨萬の資財を蕩盡するよ非ずや惡疫は頻年流行して無数の人命を奪ふに非ずや然れども是れ猶ほ危険の最も大なるものに非ざるなり日本國防の不完全なるの人人皆之を知る而して今日の軍備を保守して數年の後に至らば其の不完全なること更に今日より甚たしきものあるへし日本の退歩するに非ず外國兵制武器の進歩速かれなり日本の宜しく取るべきの國是は其の定れること久し日本の宜しく進んで取るへし退て守るへからず進んで取るの即ち退て守る所以なり是れ實に近來志士の皆懷抱する所あるか如し植民論の如き蓋し此の思想の形に現れたるものなり植民の事固より可

ならざるに非ずと雖ども一朝事有るの際之を保護するの實力なきとき植民の無辜の民を驅りて之を異域に棄つるなり故に植民の論は未だ之を今日に行ふへからず然れども是れ豈に將來の目的とすへからざるものならんや國家の政務の一として休止するを得べきものおし先づ國を富まして而して後兵を強くすへしと謂ふか如き空論の最も甚だしきものなり外患の來るの決して日本の國富封殖するを待たざるなり人若し客年大津の事變を回想せば今猶ほ寒心するとなきを得るか日本の猶ほ益々國防を整備せざるへからず土木を起さるへからず農工商業を保護せざるへからず人民の各力の及ぶ限分限の許す限國家の爲應分の負擔を忍はざるへからざるなり今日は豈に民力を休むるの時ならんや然れども國家の生の一時を期するものに非ざるか故に苟も現時の負擔にして民力を困弊せしめ財源を涸竭するの實あらば直に之を軽減すべきこと固より論を待たず日本の民力の現時の負擔に因て漸次に消耗するか日本の富源の却て漸次に發達するに非ざるか僅少の軽減の結果して國富を煥發するの奇效あるか余輩の論者か深く之を推考したるや否を疑はざること能はざるなり之を要するに一時の安を苟して國家の大勢を忘れ目前の希

望ま眩惑して遠大の利害を問はざるの嫌あるの各政黨の弊を共にする所に非ざるか各政黨の揆を一にする所に非ざるか地租軽減民力休養の黨派の問題に非ざるなり

現在の經費必ずしも皆必要あるものも非ざるへし豫算の費目中必ずしも冗費の淘汰すべきものなきに非ざるへし必要ならざるの經費を節減する可なり冗費を削除する最も可なり然れども國家必要の事業にして單に國資の給せざるか爲着手すると能はざるもの幾干なるを知らず而して政府が事業に着手せずして却て冗費を豫算に載せたるの冗費を以て必要の費用と誤認したるか爲なるへし議會に於て冗費を削除するときの必ず之を必要の費途に充つるの覺悟なかるへからず現時の負擔を以て年々民力を消耗するの實あらん則ち已む其の然らざるを知て猶ほ之を國家の要務に供することを爲さず却て之を所謂民力休養の資となすの余輩其の可あるを知らざるなり現在の政費は之を節減すへからず唯之を利用すべきのみ第一期帝國議會に於ての議員皆専心一意政費の節減を主張し前後終る言の事業擴張も及へるものなし政費の節減も專にして其の利用に注意せざるは各政黨の軌を同じくす

る所なり各政黨の軌を一にする所なり政費節減は黨派の問題に非ざるなり

此くの如く諸種の政論に付きて諸黨派の意見を同じくしたるの實に稀有の顯象と謂ふへし自由黨改進黨大成會名は異なれりと雖ども實に於て異なる所あるなし當時日本に唯一の節減黨あるのみ退歩黨あるのみ諸黨派の均しく垂拱無爲を以て主義綱領とあすものあるか故に互に協同親和して争ふ所無かるべきの理なるか如しと雖ども豫算案の一たび議會の議に登りたるより以來所謂軟派硬派の論争を生し其の分裂の初期の議會と共に終始せずして其の閉會の後に至りても猶ほ兩派互に反目し互に睥睨し互に叱罵誹謗して其の相敵視すること却て主義も依て分立するの黨派より甚たしきものあるの頗る怪むべきに似たり

所謂軟派硬派なるもの主義の異なるか爲に分立したるものに非ず其の相異なる所の豫算金額に對する意見に在るのみ一は若干の金額を以て國家の政務を處理するか爲必要とし一は猶ほ一層の節減を加ふることを得へしとなす是れ兩派外面の區別なり然れども幾千の金額を國務の處理に必要なりとするやを査定するに當ての人々多少見る所を異にするは固より免るへからざるの數もして何人と雖ども

其の査定金額を以て一錢の増減を許さざるものとなすは獨斷の最も甚たしきものあり故に兩派互に對立敵視して殆んど調和し難きの狀を呈したるは蓋し別に其の所以なくんやあらす想ふに猜疑と黨派の權謀と此の際尠なからざるの影響を及ぼしたるならん余輩は今更に之を言ふことを欲せざるかり余輩は寧ろ兩派の論争を以て帝國議會豫算議定權の範圍に關する憲法解釋の差異に歸せざるを得ず故に余輩の謂はんとす第一期帝國議會に於ての政黨の運動を以て政黨の運動を以て而して唯憲法解釋の二派を生じたるのみと

憲法の解釋を以て黨派の主義に混するの害は今更めて之を言ふを待たざるなり希望を以て現實と混同し政治上の意見を以て憲法の意義と錯亂し牽強附會して以て黨派交々相責むるに違憲を以てするに至ては國家の綱紀を確定するの憲法は却て將に秩序を紛擾するの具とならんとす況んや又た憲法解釋の論争に熱中するの結果は徒ら偏理に走りて國家經綸の大事を謀るに餘地をからしむるをや人若し第一期帝國議會の事業を一見せし必ず其の一片の杞憂を止らざるを知らん商法延期地租納期改正等重要の法案にして完結の功を奏したるものは僅に二三のみ憲法解釋

の論に却て會期の大半を獨占せり憲法の解釋にして黨派の主義より分離せざるときの次回と雖ども亦た同一の状態を再演することなきを保すべからざるなり憲法の國家の大典なり非常の必要あるに非されは之を動かすべからず憲法は一黨一派の憲法に非ざるなり自由黨も改進黨も大成會も將た官權黨も民權黨も御用黨も僞民黨も皆均しく之を遵奉せざるべからず憲法の正解にして自黨の綱領も矛盾するものあらん宜しく直に其の綱領を改むべし決して憲法の解釋を牽強すべからざるなり蓋し憲法の意義は頗る正確なりと謂ふを得べしと雖ども之を實際に適用するに至ては亦た人々多少見解と異ふことなき能はざるべし然れども一定の解釋を以て隱然黨派綱領の一部とし之を黨員に強ゆるに至ては黨派の決して其の本分を守るものと謂ふことを得ざるなり黨員の蓋し黨派の議決を服従するの義務あるべし然れども其の憲法を遵守するの義務は黨議に服従するの義務より重し故に黨派にして憲法の解釋を黨員に強ゆるか如きことあらん其の解釋に服せざるの黨員は黨議を背反するも決して正當の義務を背くものに非ずして却て其の國法上の義務を盡すものなり憲法解釋の黨派問題たる能はざるの性質を有すること此の

如く而して之を黨派の問題となすの害の既に論したるか如し余輩の第一期の帝國議會に於て眼のあたり此の奇態を生したることを嘆息せすんゝあらざるなり然れども憲法の解釋と政治の論議と相錯綜するに至りたるゝ必ずしも罪を政黨政派に歸すること能はず抑も憲法の法文を解釋して其の法理を演繹するゝ國法學の本領なり法律は獨冷淡の推理に因て其の正解を求むることを得へし政治の熱情を以て之を解釋するは真正の法理を得る所以に非ざるなり日本の國法學を起すの要ゝ其の由て來る所久し然れども今日に在ては國法の根基たる重要な觀念すら一として未だ一定し歸したるものなし而して爲政家は目前國法の原理を實際に應用するの要あり之を實際に應用するに當ては人々各見る所を異にするは亦た免るゝからざるの數なり故に憲法解釋を以て黨派問題と混淆し帝國議會をして法律の闘論會に類するの觀を呈せしめたるの責は余輩其れ將た之を誰にか歸せん余輩の唯日本國法學の未だ發達せざるを憾むるの外なきのみ然れども日本國法學の未だ發達せざる亦た其の故なきゝ非ず憲法の發布は日本國法と一大變革を生し而して日本國法を研究するの要も亦た此の時よりして俄に其

の度を高くせり爾來年所を経ること僅に二三其の間如何なる國法學者出つるも研磨推究して以て學說を一定するの難きこと辨を待たす既に法律の解釋と政論との錯亂を生したるゝ日本國法學の發達せざるか爲にして而して日本國法學の發達せざるゝ未だ時日の足らざるか爲なるべきゝ余輩か第一期の帝國議會に於て實驗したる所ゝ亦た立憲制度の初期に於て免るゝからざるの狀態ありと斷念せざるゝからず余輩は唯將來國法學の發達を圖らんことを期するのみ豫算案の一たひ議會の議題に登るや全國の衆論翕然として之に向へり爲政家か議會の議場新聞雜誌の紙上ゝ於て盛に議論を闘はしたると共ゝ學者も亦た銳意豫算の性質を論究せり豫算の外に於ても亦た一時衆論の日程に登りたる法律問題少なからず而して明治廿三年法律第八十四號の違憲なるや否裁判官か法律を審査するの權を有するや否等其の最も重大なるものは概ね皆法律命令の性質に關せざるものなきか如し法律命令は明治廿三四兩年の間に起りたる法律問題の中心なりと謂ふも誣言に非ざるなり法律命令豫算の國家機能の最も重要なる項目ゝして余輩國法の講究に従事するも

の、最も深く推究を要するものなり依て普ねく諸書を涉獵するの際聊か得たるものものなきに非ず而して一人の研究の終に數人の研究に如かず數人の研究は終に公衆の研究に及ぶこと能はざるか故に茲に日本法令豫算論を草して大方の教を請ふに至れり蓋し豫算の論の如きの第一期帝國議會開會の當時百方論究既に餘す所なく今に至りて更に蛇足を加ふるの要なきか如しと雖も余か今復た此に一篇を草して之を世に公にするもの豫算の問題は今日に於ても猶ほ未決に屬し而して余の見解の多少世論と異なる所あるを信すれ也知らず其異なる所即ち皆余の誤れる所なるや否大方の高批に由るは非されは何ぞ能く之を判別するを得ん本篇を草するに當りては大に研究の材料を集むるの便なきも苦めり日本現行の法令にして参考することを得たるものは主として財政及び内務部に屬する最も重要な法令のみ材料の足らざるは外國に在て本國の事物を講究するもの、免れざる所なり然れども憲法は萬世不磨の大典として普通の法令の時々變易を免れず故に余の専ら憲法の正條より日本國法の根據たるの法理を求めんことを勉めたり其他の法令を引用したるは概して例證の用に充つるも過ぎず若し夫れ一切の材料を網

羅し之を分析綜合して詳述餘す所なきは素より本篇の期する所に非ざるなり先輩の著述にして参考に供することを得たるものは獨伊藤伯の憲法義解あるのみ憲法義解の價値の世間既に定論あるを以て余輩は更に贖辭を費すことを爲さず余輩今本篇を以て憲法義解と比較するは或の潜越の咎を免れざるへしと雖も讀者若し本篇を一讀せば其の稍憲法義解と論究の方法を異とする所あるを見るへし余輩は固より義解の著者の如く憲法の立法歴史を参考するの便宜なきか故に専ら普通國法の原則と憲法の正條とより論斷を下さんことを期せり而して間々政治上の利害を論及したるは唯法理上の斷定と政治上の便益と相矛盾するの疑を除かんか爲に過ぎず故に余輩の論結として往々憲法義解の論結と異なるものあるは蓋し一の論究の方法に異なる所あるか爲ならんのみ憲法義解の外に於ては余は殆んど先輩の研究を利用することを得たるものなし就中伊東巳代治氏の法律命令論の如き其の名の聞き及ひたれども未だ一見したることなく従て本篇を草するも當り参考を供することを得ざりしは余輩の最も遺憾とする所あり其他時々の新聞雜誌に登載したる論說に至ては二三を除くの外全く之を参考するに由なかりし故に本篇論

する所として或は既に陳腐に属したるものあるべく或は既に有力の駁論に由りて力を失ひたるものあるへし此の危険は余敢て之を冒さざるを得ざるなり
 本篇の専ら日本憲法法律の成文より國法の法理を推究せんことを期せり然れども近代立憲制度の原則は自から各國に共通するものあり而して日本憲法の日本古來建國の主義に基き兼ねて歐洲諸國々法の長を取りたる者なるか故は外國の憲法及び其の國法學者の著述を参考して以て解釋の助を得ること尠なからざるべき疑を容れざるなり余か本篇を草するに當り主として獨逸國法に關するの著書を引用したるは他なし他國の國法の之を參考するの便宜に乏しかりたれはなり獨逸の建國の主義最も日本に近く憲法の規定も亦相類する所最も多けれはなり法令豫算の法理最も深く學者の講究する所となりたるは主として獨逸國に在れはなり
 余輩の先づ第一章に於て法律命令の性質及び分界を定め第二章以下逐章法律、命令、法令審査權及び豫算を論究せんとす

第壹章 法律及び命令

第壹節 法律及び命令の性質

日本憲法第六十二條の國債を起すは法律を以てすへしと謂はすして帝國議會の協賛を経へしと謂へり六十四條の法律を以て豫算を定むと謂はすして國家の歳入歳出の豫算を以て帝國議會の協賛を経へしと謂へり抑も國債及び豫算の二者は獨逸國法學者の法律論に重要な關係を有するものなり獨逸國法學者の論して曰く國債を起し豫算を定むるは素行政行為にして性質上法律に非ず其の獨逸帝國憲法及び李滯西の憲法に於て法律の名稱を有するは議會の協賛を要するか爲にして其の本然の性質に因るは非ざるなりと獨逸國法學者は是等數多の事實より綜合して所謂實質の意義に於ける法律と形式の意義に於ける法律との別を爲せり日本憲法は起債及び豫算を目するに法律を以てせざるの點に於て獨逸國法學者の説と合一するか故は人或は日本憲法を以て全然獨逸國法學者の學說を採用し所謂形式の意義に於けるの法律は總て目するに法律を以てせざるものなりと測斷するものなきと保

し難し然れども余輩若し猶ほ詳に日本憲法を講究するとき此の測斷の全く誤れることを知るへし蓋し日本憲法か起債及び豫算を以て法律となさざるの専ら實際の利害に基くものにして獨逸國法學者の學說を用ゐたるか爲に非ざるなり

前項に一言したるか如く獨逸現今普通の學說の法律の規定事項即ち其の實質と法律成立の順序即ち其の形式とを分離して所謂實質の意義に於ける法律と形式の意義に於ける法律との兩觀念を區別せり其の説の大意に曰く本然の性質より論ずれば法律の國家及び臣民の權利義務の範圍を定むるものなり法規を定むる國家の命令なり立憲國の憲法の概ね法律(又は一種の法律)は代議會の協賛を経へべきことを規定せり然れども代議會の權限の必すしも法規を定むるに止らず豫算を定め國債を起す等本來の性質に於ては法規の範圍内に於てするの行政行爲なるも特別の理由に基き代議會の協賛を要するものあり是に於てか三權分立の説に涵養せられたる思想の働きの法規を定むる國家の命令は凡て代議會の協賛を経へしとの想念を一轉して代議會の協賛を経たるものなり凡て法律なりとの想念を生ぜり然れども實際に於ては代議會の協賛を経たるもの必すしも皆法律なりと謂ふことを得ず許多の

條項は單に事實を告白し政治上の綱領を公示し學術上の眞理を宣明し人民の注意を促し國家の謝意を表し契約を締結し功臣の賞賜を行ふの類にして毫も命令の性質を有せざるものあり又た命令の性質を有するものと雖ども官廳に對して處務の準繩を示し又は一事件に對して處分の方法を命ずるか如き専ら官廳組織の關係に官吏奉行の義務に基く止り臣民に對する國權の發動に非ず從て臣民に權利を與へず義務を負ひしむることなきもの尠しとせず凡そ此の如きの法律は代議會の協賛を経たるを以て亦た法律の形を有すと雖ども其の規定の事項より見れば法規を定むるの命令に非ざるあり之に反して法規を定むるは代議會の協賛を経るを常とすと雖ども亦た實際の必要に基き特別の規定に依り命令を以て法規を定むるの權を政府に委任することを得へし警察命令の如き其の最も著しきものなり此の如きの命令の實質に於ては法律なり之を稱して法規命令と謂ひ或は形式の意義に於ける命令と謂ふ其の他本然の行政行爲に關するの命令之を稱して行政命令と謂ひ或は又た之を稱して實質の意義に於ける命令と謂ふと

以上梗概を擧ぐる所の學說は「ルーン」メルレン以來諸學者の著書に多少の萌芽

なきに非すと雖とも近時更に「ストックマー」の首唱する所となり「ラーバンド」之を大成してより以來殆んど獨逸普通の學說となれり

此くの如く實質の法律と形式の法律とを區別し實質の法律を以て法規を定むる國家の命令となすの多數學者の同意する所なりと雖とも何をか法規となすに至ては是等學者の間に頗る異説あるの問題なり余は此の問題に對し聊か説なきに非すと雖とも余輩の論結に直接の關係なきを以て此に之を論せざるへし

余輩は敢て「マルチッツ」及び「ツォルン」の如く法律の定むる所は凡て法規なり法規を定めざるの法律あるとなしと主張するものと非すと雖とも實質の法律と形式の法律を區別するの學說を以て日本憲法の解釋に適用するに至ては余輩決して之も同意すること能はざるなり而して獨逸學者か此の學說の最も重要なる實益とする所の一は正に之を憲法に適用するに在るか如し

「ラーバンド」の實質の法律と形式の法律との兩觀念を普漏西憲法及び獨逸帝國憲法に適用し兩憲法の諸條項に就き其の形式の法律に關するものと實質の法律に關するものとを區別せり

「ゲオルグ・マイヤー」の曰く「グリュニオンフト」雜誌第八卷第廿五頁以下然れども余輩は問はん實質の法律と形式の法律とを區別するの言語の戯に過ぎざるか學理上の空論を弄して錙を分ち銖を争ふものに過ぎざるか或は又た實際の利益あることを主張するを得るかと余の見る所を以てすれば此の區別の重要なる利益の兩種の法律互に効力を異にするに在らずして國家各機關の權限を定むるの標準を與ふるに在り國家意志の行爲は皆法律の形式を以て現はるゝことを得へし。處分令と雖とも亦た皆法律として發布するを得ざるものなし。然れども如何なる事物の必ず立法の形式に依て處理せざるへからざるかを定むるに當りては實質の法律は極めて重要な觀念なり獨逸諸邦の憲法に於て法律の民族貴族高僧及都市を代表するの會の獨逸に於て「ステンデ」を稱せり今日に於ても諸邦の憲法猶ほ此の語を襲用するものあり譯語の妥當からざる爲讀者の誤解を生ずるの恐あるを以て此に註記すの同意を得ずして之を發することを得すと謂ひ又た法律の凡て國王及び兩院の同意を要すと謂ふときは法律の實質の意義を有す故に臣民法上の状態ヒツツスタントに關する普通の規定の形式に於ても亦法律として之を發せざるへからず命令を以て此の如き規定を

設くることを得るは法律か明文を以て之を許したる場合に限り之に反して處分令を發するの權利の行政權の餘派なるか故に亦た行政機關より出づるを常とす。法律の形式を處分令に用ふるを要するの憲法に特別の規定あるか又の法律に由て既に定まるの原則に違反する場合に限り」とシユルツエ「獨逸國法第一卷第五百廿頁」
 「エリテック」法律命令論第二百五十四頁も亦た立法行政兩機關の權限を分界するを以て實質の法律と形式の法律を區別するの最も重要なる實益とせり此くの如く兩種法律の區別を以て立法行政兩機關の權限を分界するの標準となさんとするときの余輩は必ず日本憲法第三十七條を以て所謂實質の法律を指したるものと解釋せざるべからず是れ實に「シユルツエ」「ラーバンド」「マイヤー」「ベリヒマン」等諸學者の普國憲法第六十二條(日本憲法第卅七條に該當す)に對して下す所の解釋なり其の理由とする所に曰く設し該條に謂ふ所の法律を以て形式の法律を指したるものとせしは是れ即ち法律の凡て議會の協贊を経へし而して法律とは議會協贊を経たるものと云ふに異なることかく該條の何等の意義をも有せざる立法者の繰り言に過ぎざるべしと(例への「ラーバンド」豫算法第十頁故は實質の法律と形式の

法律とを區別するの學說を以て日本憲法の解釋の根據となすことを得るや否を論究せんとせば憲法第卅七條を謂ふ所の法律の如何ある意義を有するかを講究するより好きのなし余輩の見る所を以てすれば該條に謂ふ所の法律の所謂實質の法律に非ず形式の法律に非ず全く兩者と異なりたる他の意義を有するものなり余輩請ふ左に之を詳論せん

「ウユルテムベルヒ」憲法第八十八條(日本憲法第卅七條に該當す)に對し「ガウプ」の下す所の解釋は推論極めて簡單なれども頗る余輩か下に陳ふる所の說に近きか如し「ガウプ」「ウユルテムベルヒ」國法第五百十八及ひ五百十九頁參照

法律を以て萬般の事物を網羅するの難きは人の認むる所あり立法の機關の運轉の遲緩なるを性とす故に法律は恒久の状態を規定するに適して而して時の必要に應じ變化常なきの事項を規定するに適せず又た法律は國家大局の利害を關するの事項を定むるに適すと雖ども處り異同窮無きの事物を對し適應の規定を設くるに宜しからず故に國家の政務の法律を以て豫め一定の準繩を定め難きものあり好し法律を以て其の大綱を定むるを得るも其の細目に至ては或は之を行政官の命令

に譲り或は之を地方団体の自主權に委するに實際に於て避くべからざるの必要あり是れ實に命令の欠くべからざる所以にして何れの國の憲法も於ても執行命令を發するの權を行政官に委任せざるものなきの理由なり蓋し行政官が法律を執行するに當りては更に臣民の自由に幾分の制限を加へ臣民の義務に幾分の項目を増すとあるも勢免る可らざる所なり行政官は法律を執行するの責を負ふ者なり而して法律の規定廣濶にして直に之を各件に適用するに適せざる場合に於ては執行命令を以て其の細目を定むるに非されり行政官は能く法律を執行するの責を充たすこと能はざるなり故に數多の學者例へば「ラーバンド」「マイヤー」等は執行命令を以て法規命令の一種とせり又た或る事項を規定するの權を法律の明文に由りて行政官に委任するに立憲國も於て稀ならざるの顯象なり警察命令を發するの權も何れの國も於ても行政官の命令權を執行命令に限りたる國に於ては概ね法律を以て之を行政機關又は地方團體に委任せり執行命令を以て法規命令に非すとするの論者も雖も法律の委任に依るの命令を以て法規を定むるを得るの一事に則ち之を認めざるを得ず何となれば専ら法律のみを依て國家の政務を處理せしめんとするに單

爲すべからざるの事を責むるものに外ならされりなり今設し憲法第卅七條に開ふ所の法律を以て所謂實質の法律なりとせんか法規を定むる國家の命令なりとせんか凡そ法規を定むるものは其の事の巨細を論せず凡て帝國議會の協賛を経ざるべからず帝國議會の協賛を経ざるの法規命令は國家の内に存在すると能はざるなり法律執行の爲すと法律の委任に由るとを論せず法規を定むるの命令は總て違憲の命令なり法規の規定を命令に委任するの法律は凡て違憲の法律なり「ザイデル」は曰く法律の委任に依るの命令は立法者の意志を敷衍するものも過ぎず此の如き命令に由りて定まりたる法規は立法機關の前以て與へたる同意も由りて効力を有するものなりと千八百七十四年「ヒルト」年報第千四百六十六頁人設し此の論據を以て余輩の推論を駁せんとするものあらん論者も却て自己の解釋を反證するものなり假りに法律の委任に依るの命令は前以て帝國議會の協賛を経たるものあるか故に憲法第卅七條の規定に抵觸する所なしとせんか此の如きの法令は(少なくとも勅令は)天皇の裁可と帝國議會の協賛とを経たるものなり換言すれば此の命令は實に實質上の意義に於て法律なるのみならず形式上の意義に於ても法律なるなり是れ正

所謂形式の法律なる觀念に反するものに非ずや故に論者か憲法第三十七條の法律を以て實質の法律と認めなから法律の委任に依れり則ち單純の命令を以て法規を定むることを得へしと論ずるの實際に於て已びを得ざるの必要に出つと雖ども論理上に於て自家撞着の咎を免るゝこと能はず之を反して「レンネ」か(第三版字漏西國法第一卷第七十六頁)法律は議會の同意なくして成立することなし而して議會の法律に協賛するの管に議會の權利なるのみならず又た其の義務あるを以て議會は隨意に此の權利を拋棄することを得ず故に性質上立法の範圍に屬するの事項を規定することを行政の命令に許すの憲法に違反するものなりと論ずるの論理に於ての正確にして實際に於ては決して行はるへからざるものなり氏も第四版に於て(第一卷第三百五十六頁註)稍其の意見を改めたるものゝ如く警察命令の如き法規を定むるの命令を法律の明文に由り行政官に委任するを以て違憲に非すとすの説の亦た好理由なきに非ざることを許せり之を要するに一切の命令を排斥して専ら法律のみより國家の政務を處理せざるへからざるに至るは第卅七條の法律を以て實質の法律となすの解釋より生ずる必然の結果あり

日本憲法は夙に行政命令の必要を認め管に法律執行の爲にするのみならず行政の爲に必要なる廣濶の命令權を以て元首大權の一とせり第九條に曰く天皇の法律を執行するか爲に又公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する爲に必要なる命令を發し又發せしむと本條の規定は警察命令を發するの權を包含すること疑を容れざる也抑も警察命令の要に臣民に對して行爲不行爲と禁令又命令するに在り臣民の自由に干渉するの警察命令に離るへからざるの性質あり警察命令は純然たる法規命令なり若し夫れ公共の精神上經濟上の發達を保護勸奨するの政務に禁令命令を要すること警察命令の如く多からずと雖も或は教育の普及の爲に校舍設立兒童就學の義務を定め或は農商工業の發達を圖るか爲組合の制を設くる等臣民に向て直接に義務を負はしむるの必要あること亦た尠なしとせず憲法第十條に又た行政各部の官制を定むるを以て天皇の大權とせり蓋し官制の細目に至ては概ね行政機關内部の事にして人民行爲の範圍に關することなしと雖も其の大綱に於ては人民に對して政務を行ふの權限を定むるものにして其の範圍内は於てするの處分に對して人民に之に服従するの義務を負ひ其の權限外に出づるの行爲

の則ち無効又属するの結果を生ず故に官制の大綱を定むるものは固より之を法規命令と認めざるへからざるなり今設し憲法第卅七條に謂ふ所の法律を以て實質の法律ありとせんか法規を定むる國家の命令ありとせんか是れ即ち憲法の一方に於て法規は凡て帝國議會の協賛を経へきことを定め乍ら一方に於ては法規の一大部分の帝國議會の協賛を経ずして命令するを得へきことを定むるものなり憲法の第九條第十條と第三十七條とよ於て前後相矛盾するの規定を設くるものなり

實質の法律なる觀念を認むるときは其の結果として亦た形式の法律なる觀念を認めざるへからず憲法第三十七條は謂ふ所の法律を以て實質の法律となすときは他の諸條に謂ふ所の法律を以て形式の法律とせざるへからず是れ兩者の關係よりして自から生ずる所の事實なり請ふ數例を擧げて之を證せん第十四條は戒嚴の要件及び効力の法律を以て之を定むと言ひ第十八條に於ては臣民たるの要件の法律を以て之を定むへきことを規定せり抑も戒嚴の要件及臣民たるの要件を定るもの法規を定むるの命令なること始より明白の事實あり若し兩條は謂ふ所の法律を以て實質の法律なりとせし是れ即ち法規を定むるの法規を定むる命令を以てすへし

と言ふに過ぎず之に反して戒嚴の要件及び臣民たるの要件を定むるもの法規を定むるの命令に非すとせし是れ即ち法規を定むるの命令を以て法規ならざるものを定むへしと言ふは異なるとなし孰れの斷定を取るも兩條の規定の何等の意義をも有せざる一の元文は過ぎず第廿條第廿一條及以下諸條の臣民の自由及義務の範圍は法律の定むる所に依るべきことを規定せり此に謂ふ所の法律を以て實質の法律を稱したるものなりとせば是等の事項の憲法第九條よ由て天皇の大權より發する所の法規命令を以て之を規定することを得と謂はざるへからず何となれば法規命令も亦た實質の意義に於ては法律に外ならざればなり果して然らば納税の義務も兵役の義務も省令を以て之を定むるを得へし居住移轉の自由も身体財産の安全も一片の府縣令を以て之を侵すを得へし住所侵入及び搜索の場合も信書の秘密を侵さるゝの場合も將た言論著作印行集會及結社の自由を有するの範圍も帝國議會の協賛を待て之を定むるを要せざるなり故に以上擧ぐる所の諸條に於ては憲法の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釋せざるへからず諸條は謂ふ所の法律の皆所謂形式の法律

かり然れども帝國議會の協賛を経たる命令ハ凡て法律なりとの想念一たひ生したる上の實質に於てハ法規を定むることなきものも苟も帝國議會の協賛を経たる命令なるときは凡て目するに法律を以てすること亦た當然なる思想の働なり歐洲諸國の憲法は豫算を定め國債を起すは法律を以てすべきことを定めたり而して是等國家行爲を以て法規を定むるものも非すとすの學者は是等の法律を以て實質の法律を非すして形式の法律なりとせり法規を定むるの命令も非さるも單に議會の同意を得たるの故を以て法律の稱を有するものありとせり日本憲法は實際の利害を勘へ外國の實例に鑑み豫算及び起債を目するも法律を以てせずと雖も第卅七條の法律を以て實質の法律と解釋するときハ他の諸條に謂ふ所の法律を以て形式の法律と解釋せざるへからさること上も詳論するか如し加之憲法制定以後の發布に係る法律も於て法規を定むることなき命令を目するに法律を以てすると亦た全く之れ無しとせず明治廿三年法律第三十五號府縣制第一條に曰く府縣の廢置分合及府縣境界の變更は法律を以て之と定むと同年法律第三十六號郡制第一條も亦た郡に付て同一の規定を設けたり抑も府縣郡の廢置分合及び境界の變更は特別の一

事件に關するものにして普通の法規も非す又た地方團體の組織權利義務等に關するに非すして法律の規定に従ひ現實の團體を造成變更するに過ぎず故に此の如きの法律は法規を定むるの命令も非さるなり所謂實質も於ては法律に非すして形式の意義も於て法律なるものなり斯の如く法律の形式の意義ハ其の實質の意義に伴ふて相離るへからさるものなり而して形式の法律ある觀念は果して何處に其の根據を有するや抑も形式の法律とい帝國議會の協賛を経たる元首の命令の謂なるか故も憲法制定の前も於て其の觀念の存在し得べきの理なし而して憲法の規定より此の觀念を生ずるは第卅七條の規定の外他に因由する所あること能はさるなり然れども第卅七條に謂ふ所の法律を以て實質の法律と解するときハ該條ハ即ち法規を定むる所の國家の命令ハ凡て帝國議會の協賛を経へしと言ふに過ぎず此の規定を轉倒して帝國議會の協賛を経たるものハ凡て法律なりとの思想を起すハ何人とも雖も一目して發見することを得べき論理上の一大誤謬なり憲法の制定者ハ此の如き論理の誤謬に基きたる觀念を以て其の規定の基礎となせりと言ふハ余輩の決して首肯すること能はさる所なり

前三項を擧ぐる所の理由あるを以て余輩は日本憲法第三十七條を謂ふ所の法律を以て實質の法律なりとする能はず故に余輩の實質の法律と形式の法律との區別を於て立法行政兩機關の權限を分界するの實効あることを信する能はざるなり余輩の却て日本憲法が法律の唯一の觀念を以て其の全部を貫通することを信ず而して憲法の全部を貫通する所のものは如何なる法律の觀念なるやを論定するの本節の主眼とする所なり

日本憲法の明治廿二年二月十一日の詔勅を以て發布せられたり憲法の發布が日本國家の生活に一大時期を畫したるの固より言を待たず然れども人若し憲法を以て一舉して舊來の秩序を全廢し更らば國家の根柢よりして秩序を新設したるものとし明治廿二年の紀元節は其の前と其の後との關係を杜絶する所の嚴峻なる堡壘を築きて以て日本國に第二の紀元を與へたるものなりと信せば是れ即ち大なる謬なりと謂はざるべからず憲法の一部は二千五百年來日本人民の頭腦に浸染し萬世に亘りて決して磨滅すること能はざる國法上の一大原則を確認したるものに外ならざるなり其の他近時思想の發達に由て人の認むる所となりたる原則と雖も憲

法制定の前に於て已に實際に適用するを得たるもの亦た尠しとせず明治十四年十月十二日の大詔一たび下りてより政府も人民も帝國議會開設の準備に思を凝らして曾て一日も倦怠したることあるなし而して此の準備の立法事業も現はれたるもの亦た數ふるに遑あらず例へば明治十九年の勅令を以て政府の組織を一變し立憲の内閣に必要な國務大臣の責任を明にしたるか如き其の較著なるものなり明治十九年勅令第壹號公文式も其の重要な度に於て敢て之を劣らすとす此の如く立法の漸次に諸種の準備法令を發して以て漸く立憲の制度に近かんことを勉め終り明治廿二年二月十一日を以て大典の發布を見るに至りたるものなれば憲法制定前の法律に由りて憲法解釋の資料を得ること尠からざるべきの最も賅易きの理なり此の歴史上の好材料と擯斥して看々取り易きの利益を棄てざるべからずとするの余輩の解すること能はざる所なり

法律を以て公文の名稱となしたるの前項に記したる明治十九年勅令第壹號公文式を以て始とす公文式の國家の命令を分て法律命令の二種とし更に命令を分て勅令閣令省令等の數種とせり而して公文式は如何なる標準に依りて法律と命令とを區

別したるや其の第一條第二項より曰く法律の元老院の議を経るを要するもの舊に依ると故に法律の悉く元老院の議を経たるものなりと言ふことを得ず又た勅令にして其の議決を経たるもの其の數僅少なりとせず其の他親署の後御璽を銜し國務大臣之に副署し上諭を以て之を公布する等の順序に於ては法律と勅令(少くとも一般行政に關する勅令)との間毫も相異なる所なきか故に公文式の命令の形式即ち其の成立の手續に由て法律命令と區別するものと認むることを得ざるなり法律命令の實質即ち其の規定事項に至るは法律と少なくとも勅令とは全く共同の區域を有せり公文式の發布より憲法の制定に至るの間法律を以て規定したるもの市制町村制登記法、公證人規則、徴兵令等僅々數件より過ぎず其の他新聞紙條例、出版條例、版權條例、保安條例、所得稅法等臣民の自由權利より直接の關係を有する無數の事項は勅令を以て之を規定せり此の如く憲法制定の前に於て規定の事項の種類に由り法律命令を分界するの難きこと憲法第七十六條も亦た之を認めたるか如し該條の憲法制定以前に發布したる法令の或は法律と稱し或は命令と稱するに拘はらず凡て遵由の効力を有することを定めたり是れ他なし憲法に於て法律を要するの事項も

従前往々命令を以て定めたることあると以てなり若し公文式に於て既に實質より法律命令を分界し法規を定むるの命令は凡て法律なりとしたらば憲法第七十六條の規定の公文式發布以後の法令に對しては全く必要な規定なるへし是に由て見れば公文式は法令の實質に由て法律と命令とを區別するものにも非ざるなり既に形式より於ても實質に於ても法律命令の區別なしとせば公文式は果して何の目的を以てか法令の種類を分て法律及び命令の名稱を與へたる法文の文飾か立法者の戲か否々公文式の二者を分別するの重要ある理由を有せり法律と命令と効力に輕重の差あること是なり。法律の以て命令を變更すべく命令の以て法律を變更すべからざること是なり余輩は之を以て憲法制定の前に於ても人の普ねく認めたる原則なりと斷言するを得へし公文式の此の原則を明言することなしと雖も此の如く法文を解釋するに非されば余輩は他に法律と勅令とを區別したるの理由を見ること能はず公文式の規定より從て發布せられたる法令も亦た此の原則を認めたる如し例へば法律を以て其事項を規定したるときは同一の事項より關する勅令は常に法律の範圍内に於て其の規定を補足するを以て目的の限界とせり明治二十年勅令第廿

四號明治廿一年勅令第六十六號の登記法に於ける徴兵事務條例の徴兵令に於けるか如き其の例證なり又數多の法律の勅令を以て其の細目に屬する或る事項を定むべく又は定むるを得ることを規定せり會計検査院法第五條國稅徵收法第三條行政裁判法第二條第五條第四十五條町村制第百卅二條府縣制第九十六條の如き是なり此くの如く立法者の常に法律と勅令の間は輕重の差異を認め勅令を以て法律の範圍内に於て其の規定の細密ならざるを補足するの用に供したるか如し而して勅令を以て法律を變更するを得るの法律の之を許す所に限り町村制第百三十三條の如き其の一例なり此の法理の極めて明白なるものにして更らに論辨を費やすを要せざるか如きにも拘りらず余輩の猶ほ之を嘔々する所以のもの他なし此點に於て余輩は伊藤伯と意見を異にするを以てあり伯曰く(憲法義解第百四十一頁)憲法發布の前は當ては法律と勅令との名稱を殊にして其事實を同じくする者たるは過ぎす而して其名稱に依て以て効力の輕重を區別すべからざるは十九年以前(中略)に異なることなきなりと若し余の解釋にして誤ることなければ伊藤伯の法律と勅令と憲法發布前に於ては全く互に効力を均しくせることを主張する者なり勅令を

以て法律を廢止するを得たることを信するものなり伯は法律勅令の區別を以て法律の潤飾となすか立法者の臆言となすか公文式の伯か内閣と組織したるの時に當りて第一着の立法事業たりしものなり伯は必ず其の如何を知らん蓋し憲法第七十六條の憲法と從前の法令との關係を定むる者たるに過ぎず其の目的は憲法よ於て法律を要するの事件に對し憲法制定の前に於て或は布告或は布達或は命令を以て規定を設けたるものあるも是等の法令は憲法か法律を要するの故を以て其の遵由の効力を失ふことなきことを明にするは外ならざるなり若し夫れ公文式の規定に從て發したる法律と命令と相互の關係如何命令と以て法律を變更するものは無効あるや否は専ら公文式の規定と精神とを從て之を決すべく固より憲法の與かり知る所に非ず若し公文式に依て此の如き命令の無効なること明ならん此の命令の始より効力を有せざるなり憲法第七十六條か其の制定以前に公布せられたる無効の法令に對して新に効力を與ふるの目的を有せざりしことは多言を待たずして明なり是に由て觀れん公文式に於て法律と勅令とを區別したるは専ら効力の輕重に依れ

り法律の最強の効力を有する所の國家の命令なり憲法と憲法制定前の法令との間に越ゆるへからざるの溝渠あるに非ざることば余輩既に之を論せり故に憲法中明かに法律の意義を定むるか又之を推測することと得へきの規定あるに非されり憲法は既定の觀念を利用したるものと認めざるへからず而して憲法制定前特に法律命令の形式を定むるの目的を以て公布せられたる法令に於て既ち法律の觀念を一定したるものあるとき憲法加重に之を襲用すること亦た最も解し易きの常理なり憲法第三十七條の法律の所謂實質の法律に非ざること既に論したるか如く又其の所謂形式の法律は非ざること「ライバンド」等諸學者の説く所の如し何となれば該條の法律を以て形式の法律と解釋するとき是れ即ち帝國議會の協賛を経へき命令の帝國議會の協賛を経へしと言ふに異なること無ければなり既に形式に於ても實質に於ても法律と命令とを區別せざるとき憲法は効力の輕重に依るの外兩者を區別すること能はざるなり「マルチツツ」は法律は管又臣民を緊束するのみならず官廳をも君主をも議會をも一般に束縛するものなりとの論據より法律の定義を下して曰く(國家學會雜誌第三十六卷第二百五十八頁)法律と一國の法に與ふるに

君主も對しても侵すへからざるの効力を以てする所の國家意志の行爲なりと「ライバンド」の論するか如く「マルチツツ」に此に二箇の異ありたる論點を混交せり法律の君主も之を遵奉せざるへからざること其の一なり法律の君主の獨斷を以て廢するを得ざること其の二なり君主も遵奉せざるへからざること法律に特別なる性質に非ず命令と雖ども正式に之を廢止せざる間の命令者自から之を遵奉せざるを得ざるなり之に反して君主の獨斷を以て廢止するを得ざることを以て法律の標識となすときは「マイヤー」の駁論を免るゝこと能はず其の駁論の要に曰く法律が君主も對しても犯すへからざるの効力を有するは何そや君主専ら之を定むること能はず議會之に協賛せざるへからされり果して然らば「マルチツツ」の定義は法律の議會の協賛を経たる命令なりと言ふに異なるなし是れ即ち形式上の觀念なりと余は決して「マルチツツ」の定義に同意を表するものに非ず然れども余は形式上の區別と効力上の區別との間に於て自から争ふへからざるの差異あることを信す但此の効力は君主に對するの効力に非ずして他種の法令に對するの効力なるのみ蓋し形式に依て法律と命令とを分界するときは其の觀念の立憲君主國と專制國とよ於て相

異ならざるを得ず立憲國に於ては法律は議會の協賛を経たる命令として專制國に於ては法律も命令も共に元首の專斷に出て毫も互に區別する所なきものなり効力に依て法律と命令とを區別するときの法律の觀念は立憲國に於ても專制國に於ても相異なることなし立憲國に於ても專制國に於ても法律は最強の効力を有する國家の命令あり

斯の如く法律と命令との間も効力の輕重ある所以如何と問ひ、余輩は「サイドラー」の如く國家意志の強弱の度も基つくものなりと答ふることを得ず「サイドラー」豫算及豫算法第九十八頁凡そ意志の強弱の度と有するものに非ず人は唯欲するか全く欲せざるかの二途を有するのみ國家機關の宣明したる意志の或は完全なる國家の意志なるか又は全く國家の意志に非ざるか二者必ず其一は居らざるへからず法に從て成立したる國家の意志の何れの場合に於ても強弱の度を同じくす故に法律を以て宣明したる意志は強くして命令を以て宣明したる意志の弱しと言ふとを得へからざるなり「エリテック」法律命令論第二百四十九頁法律と命令との間に効力の輕重あるの意志の強弱あるに由るに非ずして全く立法の理由に基けり國家の其の意

志の宣明の一部分には恒久の効力を有せしめ其の變更に謹嚴を加へんことを欲せり是に於てか立法者の自から其の意志を限制して意志の宣明の種類を區別し以て容易に變更するを得べきものと輕易に變更すへからざるものとを分てり故に專制國に於ては此の區別の實効の唯君主か立法の謹嚴を要することを信認するに存するのみ之に反して立憲國に於ては立法は議會の協賛を要し其の制定に慎重を加へ其の變更も亦た鄭重を盡せり法律と命令の區別は立憲國に於て始めて眞に實効を收むるを得へし此の立法の目的も基き立法者の國家の意志を宣明するか爲二種の方法を定めたり而して立法の方法の如何なる國家の意志をも宣明することを得べく命令の方法の唯一定の範圍内に於て意志を宣明するのみ此の範圍の如何の次節に於て之を詳論すへし

之を要するに法令の比較上の觀念として絶對の觀念に非ず法律と命令と相互の關係に於て其の効力の強きものを法律とし其の効力の弱きものを命令とすることのみ故に法律なくして命令の存在することなく命令なくして法律の存在することあり兩者並立するに非ずして或は法律或は命令のみ獨り存在するときは法律又は命令の

觀念の其の同時に兩立する場合と異ならざるを得す例へは明治十四年十二月第百一號達に於て法律規則を布告とすと言ひ又た府縣會規則第三十三條第三十四條及び第八條第三項に於て法律の名稱を用ゐるときに其の意義は固より公文式又は憲法に於て命令と相對立するものと同じきこと能はざるなり此くの如く法律命令の相異なる所の効力の輕重に在るを以て兩者の區別に必ずしも立憲國の專有する所に非ず專制國に於ても均しく存在することを得へし唯專制國に於ては法律も命令と均しく君主の獨斷を以て發することを得へしか故に兩者を分別するの實効多からざるのみ日本の公文式の既に專制政治の時代に於て此の意義を以て法律命令を區別し而して憲法も亦た之を襲用せり若し憲法と公文式と全く法律命令の觀念を異にせば憲法實施後の法令に凡て公文式を適用することを得すと云はざるべからず然れども公文式か今日に於ても猶ほ遵由の効力を有するは何人と雖も決して疑はざる所なり故に憲法第三十七條は最強の効力を有する國家の命令に凡て帝國議會の協贊を経へきことを定むるものなり第六條に天皇は最強の効力を有する國家の命令を裁可することを定め第五條に最強の効力を有する國家の命令を定む

るの權に帝國議會の協贊を以て之を行ふべきことを令するものなり其他憲法の全部を通して此の意義を以て其の規定を解釋すること能はざる所なし唯其の第五十七條に於て司法權は法律に依り裁判所之行ふと云ふときは法律は全く別義を有するか如しと雖も本條も亦法律を以て最強の効力を有する國家の命令と解釋すべきものなること余輩の後節に論ずる所より明瞭となるへし民法訴訟法等に於て或は他の解釋を必要とすること無きに非ざるべしと雖も孰れの場合に於ても法律に最強の効力を有する國家の命令の謂なるか或は廣く法規を總稱して其の國家の命令と出つると慣習に成るとを問はざるものなり法律を以て所謂實質の法律即ち法規を定むる國家の命令と認めざるべからざる所の余輩之を見ること能はざるなり

國家の命令にして最強の効力を有するは二箇の性質を具有せざるべからず命令を以て廢止變更する能はること其の一なり從來の法律として反對の規定を有するものを廢止するを得ること其の二なり法律に法律を廢改するを得べく而して法律に依るに非されり廢改せらるゝことなし唯此は例外を成すものなり憲法なり憲法は

特別の條件を具ふる所の法律を以てするに非されば之を變更するとを得ず「ライバ
 ンド」に此に論ずる所の法律の効力を名けて形式上の効力と稱せり(獨逸國法第一卷
 第五百七十三頁參照)然れども氏は主として第一の効力に重きを置くもの、如く立
 法の形式より非されば廢改する能はざるの命令を以て法律の形式的効力を有
 するの命令とし命令を以て廢止變更するを得るの規定を有するの法律に之に反し
 て法律の形式的効力を有せざるの法律なりとせり(全上第五百七十七頁)故に「ライバ
 ンド」に従ふときは法律の形式的効力を有せざるの法律あることを得べく法律の形
 式的効力を有するの命令あることを得べきか如し余輩の見る所を以てするとき
 則ち然らず余輩の論定したる法律の効力を有せざるの法律に法律は非らず法律の
 効力を有するの命令は命令に非ざるなり「マルチツツ」の言實に余輩を欺かず法律の
 形式的効力は即ち法律の効力に外ならざるなり(中略)法律の効力に本來唯一あるの
 み(國家學雜誌第三十六卷第二百三十九頁)蓋し法律の明文を以て其の廢止變更を命
 令に許容することを得べし然れども此の法律に既定の法律を破るの効力を有し又
 た命令を以て之れを廢止するの權に法律自己の効力に基づくものなるか故に猶ほ

法律たることを失はず命令も亦た他の法律に於て法律を以てするに非らざれば廢
 改するを得ざるよとを定むるものあるべし然れども此の命令に自己の効力に由り
 て既定の法律を廢止變更すること能はざるか故に命令の性質を變して法律となる
 ことを得ざるなり獨り緊急命令は自己の効力に由りて法律と改廢するの力を有す
 と雖ども此命令を廢止するは法律を以てするを要せざること後節に詳論するか如
 く又た其帝國議會の承諾を得るときは政府は命令を以て直に之を廢するの義務
 を負ふこと憲法第八條の末段より明なるか故に緊急命令も亦た法律と全く同一の
 効力を有するものに非ず憲法第八條は緊急命令を目するに法律に代るべき命令を
 以てせり故に緊急命令は既定の法律を排除して自から其地を充たすことを得へし
 と雖ども其の廢止變更は則ち之を緊急命令の觀念に求むへからざるなり憲法の用
 語極めて當を得たりと謂ふへし

法律は一方に於ては法律を廢止變更し一方に於ては法律を以てするに非されり廢
 止變更すること能はざる國家の命令なり故に法律の規定に執れの場合に於ても命
 令ならざるへからず或は事實を證明し或は政治の方針を示し或は道德宗教の教義

を述べ或は學術上の眞理を宣言するの類は決して法律の規定事項たる能はざるなり之に反して法律に於て言語の定義を與ふるか如き場合も於て其の規定を適用すべき事實の範圍を定むるものなるを以て猶ほ國家の命令たるの性質を失はずとす公文式は國家の公文中法律命令の二者を對立せしめたり而して法律と命令とは其の規定の事項も於ては毫も相區別する所なきと既に論したるが如し法律と命令とい同一種族内の小分類なり法律を以て定むるを得るの事項も其の性質に於ては命令を以て定むるを得ざるへからず命令を以て定むるを得るの事項は亦た法律を以て定むるを得ざるへからざるなり而して命令の規定事項は臣民又は官廳に對して命令するものならざるへからざること既に其名稱より明なり法律の命令と同一の種族に屬して單に効力の輕重を異にするものなるか故に法律の規定事項も亦臣民又は官廳に命令するものならざるへからず是れ余輩の見解より生ずる所の論理上の結果なり之を概言すれば法律も命令も共に國家の命令なり。

法律の命令せざるへからず然れども其の命令する所の事項に至ては千狀萬態にして預め之を限定することを得ず法律の臣民に對して命令するを得べく又官廳に

對して命令することを得へし法律は臣民の權利義務を限定することあるべく又た行政の便宜を圖りて執務の手續を定むることあるへし法規を定むるの法律あれば行政事件を處理するの法律あり國家の權利を限界するの法律あれば行政官に委任を與ふるの法律あり而して其の規定する所の事項の何たるを問はず法律の凡て法律なり然れども其の實際外界に對して生ずる所の結果に至ては規定の異なるに従て非常の徑庭を有すること更らに言ふことを待たず而して單一の法則を以て能く之を概括すべきも非ざるなり後の法律か前の法律に對して有する所の効力か實際に及ぼすの結果も亦た規定の差異に依て大に異ならざるを得ず抑も後に公布したる法律か前に公布したる法律を廢改するの効力を有するの法律の觀念も離るへからざるの原則なりと雖ども其の廢改を來すは前後の法律相矛盾する場合に於て後の法律を以て前の法律を變更するの意志明白なるときに限ること亦た言を待たざるなり故に歐洲諸國に於て豫算を以て一種の法律となすも豫算法中明かに前の法律を變更すべきことを規定するに非ずして唯租税と關する法律國債に關する法律等より算出すべき金額と収入支出の見積り高を異にしたる場合に於て單に豫算の

法律なりとの一事を以て豫算は税法國債法等を變更又は廢止したるものなりと論斷することを得ず余輩は其の如何を決するの前豫算の本來如何なる目的を有するものなるやを講究せざるべからざるなり若し豫算にして例へば財政の設計に過ぎざるものなるときは其の見積金額の税法國債法等と適合せざるの故を以て是等の法律を改廢したるものなりとなすこと能はず何となれば改廢の意志の豫算の性質より推知するを得ず又た其の明文より認むるを得ず而して國家の意志に立法機關の内部に存在するのみを以て効力を生ずべきに非ずして正式に之を公布するに及びて始めて其の効力を生ずるを得べく又た法律の規定より推知すべからざるの意志の公布せざるの意志と均しければあり之に反して豫算も一の法律あるときは其の明文を以て現行の法律を廢改することを妨げず而して此の場合に於ては前の法律の豫算の爲に廢止變更せらるゝものなることの實質及び形式の法律を區別するの論者と雖とも之を認めざるを得ず又た其の現に認むる所なり命令も亦た國家の命令なり余輩の「スタイン」の如く(行政學第一卷第十頁)法律の國家の意志として命令の行政權の意志なりと言ふことを得ず「スタイン」も此の區別に重きを置きたるに非

ざるものゝ如く例へば全上第七十六頁に於ての命令の法律を補足する所の國家の意志なり兩者相待て始めて眞の國家の意志を成すものなりと言へり故に命令は其の規定する所の事項に於ては性質上法律と異なることおし伊藤伯も亦た曰く(憲法義解第六十六頁以下)何等の事物の法律を以て定むるを要する乎の問題に至ては蓋一の例言を以て之を概括し難しと又た曰く法律命令の區域は専ら各國政治發達の程度に従ふ而して唯憲法史を以て之を論斷すべきのみと然れども第六十四條の註釋を讀むときは頗る疑ふべきものあり伯曰く(第五十頁)抑も豫算の單に一年に向て行政官の遵守すべき準繩を定むるものなるも過ぎず故に豫算の特別の性質に因り議會の協賛を要するものにして本然の法律に非ざるなりと又た曰く議會の承諾を経るも其の特別の一事に限り普通に遵由せしむるの條則に非ざるものは固より法律と其の性質を異にすと伯は前には規定事項に依て法律命令を區別する能はざることを論せり果して然らば伯は如何して豫算の本然の法律に非ざることを斷言するを得たるや伯の後には普通に遵由せしむるの條則に非ざるものは法律と其の性質を殊にすることを明言せり果して然らば何か故に憲法史に依るも非されは

法律命令を分界すること能はさるか前後立論の根據を異にし終り調和すべからざるの矛盾に陥りたるの嫌あるは余輩竊か憲法義解著者の爲に惜まざるを得ざるなり

余輩は本節に於て法律及び命令の觀念を論定せり余輩は法律を以て最強の効力を有する國家の命令とせり余輩は次節に於て憲法の規定に基き如何なる事項は命令を以て規定するを得るか如何なる事項に付ては法律命令共同の區域を有するかを論せんとす

第二節 法律と命令との分界

實質の法律と形式の法律とを區別し以て立法行政の範圍を定めんとするの學說之を日本の國法に適用するを得ること余輩既に前節に於て之を詳論せり法律及び命令の規定事項の分界の主として之を法律の觀念に求むべからずして之を憲法の規定より求めざるべからず蓋し立法の區域の概して無限なりと謂ふを得べし故に如何なる事項と雖ども苟も國家の命令することを得べきもの法律を以て規定することを得ざるべし之に反して命令に對しては廣狹の且らく措て問はず憲法の鬼

に角一定の區域を限定せり

法律の觀念より生ずる命令の限界の一旦法律を以て規定したる事項の命令を以て廢止變更すると得すとの原則より出づるものとす然れども既に一たび法律を以て或る事項に關する法律を全廢するときは再び法律を以て之を規定せざるの間は命令を以て自由に之を規定するを得べきと固より疑を容れず法律が命令を排拒するに會て法律を以て某の事項を定めたることあるの事實を以て足れりとせず現に法律が此の事項を規定し居るの場合に限れり此の一の疑問あり憲法制定前法律を以て規定したるもの憲法制定後に於ても亦た法律を以てするに非されり變更又は廢止すること能はさるや否の點是なり余輩は前節に於て憲法の公文式の用語を繼襲し公文式と同一の意義を以て法律及び命令の語を用ゆることを詳論せり故に公文式に依て法律なるもの憲法に依るも亦た法律なり既に公文式の下に發布したる法律の憲法の下に於ても法律なるべきの憲法制定の後より猶ほ法律を以てするに非されり變更又は廢止するを得ること言はずして明なり之に反して公文式の發布前に於ては全く法律と命令との別なし布告と言ひ布達と言ひ達と言ふ

も主として文式に依て稱呼したるものに過ぎず法律、令、條例、規則、律例等皆を互に區別する所あるにあらざるなり(憲法義解第四百頁)之を要するに公文式以前に在りては今日の法律及び命令に適合する所の法律の分類なし故に布告、布達、達等を廢止變更するか爲從前特別の法式を要することあるも憲法は其の法令の分類を以て之か需要に應ずること能はず而して從前の分類より生ずるの結果は既に公文式の發布に由て廢止に歸したるものと認めざるを得ざるなり猶ほ明かに之を言へば公文式發布以前の法令の其の布告と稱し布達と稱し其の他何等の稱呼を有するに拘はらず憲法に依り命令の範圍(後に詳論す)に屬せざるの事項に關するもの法律を以てするに非されり廢止變更することを得ず法律を要せざるの事項に關するもの命令を以て之を改廢することを得へし

憲法が法律と命令とを分界するの二種の方法に由ることを得へし其の一は法律を以てするに非されり規定することを得ざる一定の事項を特に枚擧するに在り其の二は命令を以て定むるを得へき事項の範圍を限定するに在り日本憲法は此の二種の方法を並用せり憲法は其の第十四條第十八條等許多の條項に於て法律を以て規定す

へき事項を確定せり凡そ是等の事項は法律の特別の許容又は委任に依るに非されは法令を以て之を規定することを得ず余輩は猶ほ後章に於て特に一節を設けて之を詳論すへし

憲法の特な法律を要するもの其の制定前に於て或は布告或は布達或は命令を以て之を定めたるものあるも其の制定後に至りて變更を要するときは必ず法律を以て之を行はざるへからず何となれり是等の事項に關する既定の法令を變更するに即ち是等の事項を規定するものに外ならず而して命令を以て之を規定するに憲法の許さるる所なれり然れども既定の法令を廢止するは亦た必ず法律を以てせざるへからずとするの意見の毫も憲法の規定に其の根據を有せざるなり余輩は此點に於て再び伊藤伯と意見を異せざるを得ざるか如し伯は曰く法律として理由の力あらしむる者にして若將來に於て改正を要するときは其の前日に勅令布達を以て公布したるに拘らず總て皆法律を以て舉行するを要すること知るべきなりと(義解第四百十二頁)伯の文中改正と言へり故に其の廢止に付ては著者の意見を知るに由なきか如しと雖ども其の理由とする所を觀察するときは伯の改正の中は廢止

をも包含せしむるの意なりしことを推知するを得へし伯曰く本條(第七十六條)の(中畧)憲法に於て法律を以て之を望む者の即ち法律として。遵由の力あらしむることを示す者ありと是に由て觀れり伯の從前の法令中或る規定事項を有するものを以て憲法第七十六條より性質を變して法律と爲りたるものと認むるか如し既に一たひ法律と爲るときに此か廢止も亦た法律を以てせざるへからざること法律の觀念よりして自から明なり然れども從前の法令か法律として遵由の効力を有することは一の想像も過ぎずして憲法の規定に據て證明するを得べきものも非ず第七十六條の單に遵由の効力を有することを明言せり故に現行の法令にして憲法上法律を要するの事項を規定するものあるも其の法律の名稱を有せざるの故を以て効力を失ふことなく現行の法令は是等の事項に對しては法律の位置を充たすものなること疑を容れずと雖ども其の廢止も亦た法律を要するや否は自から別箇の問題に屬せり例への緊急命令の以て憲法上法律を要するの事項を規定するを得へしと雖ども其の廢止は必ずしも法律を以てするを要せざるのみならず帝國議會の承諾を得ざる場合に於ては命令を以て之を廢止するの義務を政府に負はしむること第

八條末段の明かに定むる所なり之を要するに法律に代るの効力と法律の効力との論理上必ずしも合一するものも非ず而して一の効力より他の効力を推定するは充分なる根據を有せざるものなり故に余輩は左の論結に歸着せざるを得ず憲法上法律を要する所の事項に關する現行の法令を變更するに必ず法律を以てせざるべからずと雖ども之を廢止するは必ずしも法律を要せず其の命令權の範圍も屬するもの(例へは警察勸業等の目的を以て罰則を定むるもの、類)の命令を以て之を廢止するを得べく其の然らざるもの(例への民法刑法に屬するもの、類)は命令を以て之を廢止することを得ず

前數項に論述したる二大原則に對しては何人とも疑を懐くものなかるべく伊藤伯も義解第六十七頁に於て明く之を認めたり然れども此の二原則の果して命令權に對する唯一の限界なりや否憲法の特定したる事項の外に於て法律の先占せざる区域内に在ては命令は如何なる事項をも規定することを得るや否是れ余輩の更らに講究すべき所なり伊藤伯の此の疑問に對して然りと答ふるもの、如し伯の前二項の限界を除きては法律命令の區域の専ら各國政治發達の程度も從ひ憲法史を

以て之を論斷するの外なきことを辨明せり「グナイスト」は廣濶なる命令權の存在を主張するものあり然れども氏の法律の先占せざる場合に於て命令の自由も規定するを得べき事項を以て専ら行政法の區域に限れり「ホルツェンドルフ」法律字彙第三卷第六十四頁）人若し此の兩説を比較對照するときは其の間に自から精粗の差あることを知らん余の此の論點に於ても伊藤伯に同意すること能はざるなり余の前二項の限界の外日本憲法も於て命令の目的によりて定まりたる一定の範圍あることを確信するものなり

命令の第一の目的の法律を執行するに在り是れ憲法第九條の定むる所なり法律を執行するか爲必要な場合に於ての命令は其の規定の範圍内に於て細目を定むることを得べく又た必要な制置を設くることを得べし而して其の規定する所の事項の何たるを問はざるなり故に規定の事項より見るときは執行命令は法律と同一の區域を有す執行命令の國家目的の種類に由て限界せらるるものに非ずして唯同種の目的を達するの効用も於て法律と異なる所あるのみ命令の第二の目的國家某種の目的を達するの要に應ずるに在り故に此の類の命令は國家目的の種類に由りて

限界せられざるを得ず

國家の目的を分て法政内政外政兵政財政の五種となすの普通の分類なり此の分類の管に之を國家の行政に適用することを得べき（例へば「シュルツエ」字彙西國法第二卷第三百九十二頁以下及び「マイヤー」獨逸行政法第一篇第二頁を參照すべし）のみならず廣く之を國家政務の全部に適用することを得べし（例へば「レーニング」獨逸行政法第二頁）抑も國家の無形人なり其の活動するに必ず一定の機關に由らざるへからず而して國權は必ず一定の總攬者無かるへからざるなり此の機關此の總攬者と定むるに國家第一の必要とす然れども近代文明の思想は國權も一定の總攬者あると以て足れりとせずして猶ほ他も國權の總攬者か國家及び臣民の最大利益に適應して國權を實行するの保障を得んことを希望し總攬者の行爲を限制して專制の抑壓に變し國權の暴力も化するの危険を防ぐか爲必要な機關を制置し此の機關も與ふるに其の目的の適應するの組織を以てせんことを要求す彼の必要及び此の要求に應じて國權の總攬者限制の機關及び其の組織を定めて以て國家の秩序を整ふるは國家法政の目的中最も重要なるものあり然れども國家の一の人体にして又た無

數の人体より成れり而して是等の人体は皆各獨立の意志を有し各自の利益を求むるか爲獨立の行爲を發動するものなるか故に一定の秩序を設けて以て意志の範圍と限界し其の侵害を防制するに非されぬ國家の終に永久に生存することを期すべからず社會の秩序既に定まるときは國家は又た之を維持するの必要を有す故に國家の各箇の場合に於て意志の範圍を確認し侵害の有無を檢定し其の侵害ありと認むる場合よ於て法規の定むる所に従ひ或は侵害者を罰し或は恢復の義務を負ひしめて以て侵害を救正せざるべからず而して此の目的を達するか爲よ必要なる機關を設け其の目的に適應したる組織及び手續を定むるは亦た法政の目的に欠くべからざる國家の要務とす然れども國家は既生の侵害と救正するのみならずして猶ほ之を未生よ防くの政務を有す登記公證の如き預め權利の發生を明確よして將來よ向つて紛議の源を杜絶する是なり私法上の權利は各人自己の利益の爲自から之を監守するを當然とし又た最も有効なるものとすと雖ども國家直接の利益は國家自から之を監視せざるべからず故よ犯罪を搜索し犯罪者を追捕するの亦た法政の一部なり既に犯罪者を逮捕し又は各箇人の要求よ由りて私權の侵害を認め又た法

規に従て其の救正の方法を確定したるときは終局の要務の之を執行するに在り故に民法上の強制執行及び刑罰の執行の亦た國家の一要務なり以上擧ぐる所の許多の行爲は凡て國家第一種の目的に出づるものあり此の目的を稱して法政の目的と云ふ

然れども國家及び社會共同生活の秩序を定め及び之を侵害を匡正するは國家唯一の目的に非ず天災地變其の他自然又は人力より生ずる危害に對して人民を保護し之をして各其の堵よ安んずることを得せしむるの國家の最も重要なる職務とす國家に關する思想の漸く進むに従ひ人皆國家の責務は消極の警察事務に止まらずして猶ほ進んで國民の形体上經濟上精神上の生活を庇保するに在ることを認むるに至れり個人の力及ぶる所に於ては國家の或は適宜の制度を設け或は必要なる保護を與へて以て形体上の發達經濟上の進歩精神上の開育を扶掖奨導するは近代文化國の特色なり公安を保持し民利を増進するを以て國家第二種の目的即ち内政の目的とす

國家よして其の目的を達せんとするときは先づ自から存立するを必要とす然れど

も今日の國家の孤立して此の世に存在するものに非ず無數の邦國相集まりて一大社會を成せり此等邦國の間に介在し此の社會の一員たるべき國家の或は列國と交親を通し又た場合より依りては甲兵を交へて以て一國の体面を保ち國際の地位を維持し猶ほ進んで列國の形勢に勢力を及ぼさんことを務めざるへからず外政の國家第三の目的あり

國際の地位を維持し一國の成立を保護するか爲國家の兵力を有せざるへからず是れ國家存立の爲欠くへからざるものなり凡そ此世に生存する所の生物の自己の存立を以て其の最大目的とせざるなし國家と雖も亦た此の如きのみ故に兵政を以て國家第四種の目的とす

以上四種の目的を達せんとするときは何れの區域に於ても財力を要せざるものなし故に國家の常に必要なる資財を備へて以て必要なる支出に應じ且つ收入支出の順序を明かにして國府の整頓を保つことを圖らざるへからず財政は國家第五種の目的なり

此の國家目的の分類を以て立法司法及行政を分界するの基礎と爲すことを得ず是

れ「エリテック」(法律命令論第二百十三頁以下)の曾て一たび試みたる所にして又た其の一たび敗れたる所なり氏の立法及び司法を以て其の直接の目的専ら法政に在るものとし其の他の政務の凡て之を行政に包括せんとせり然れども余輩は此の分界を以て正當なりと認むること能はず法政の目的を有する國家の行爲中よ於ても登記の如き公證の如き將た犯罪を搜索し罪人を逮捕し又或は裁判判決を執行するか如き帝國議會の議員を任命又は選舉せしめ裁判官を任免するか如きは皆明ら行政行爲なり且法律は専ら法政の目的を達するに止まるものに非ずして國家の如何なる目的を達するか爲にも決して欠く可からざるの具あり内政の爲に新聞集會政社法等を要すべく兵政の爲に徴兵徵發法を要すべく財政の目的に許多の税法を要すべし獨り法律を要すること殆んど稀なるの外政の區域とす孰れにもせよ立法を以て専ら法政の目的に限るとするの偏見たるを免るゝこと能はざるべきなり(「ヘーデル」法律論第二百四十九頁參看)

此の如く法律の何れの區域に於ても國家の目的を達するか爲必要なるものなり而して其の目的も亦た始より終に至る迄互に隔絶して毫も相共にする所なしと言ふ

に非ず民法も刑法も將た治罪法も訴訟法も國家の組織を定むるの法律も結局の目的は國家並に人民の利益を圖るに外ならず新聞集會政社法徵兵徵發法所得稅法地租條例等皆國家か自から國權の行用を限界するの効力を有するものあるか故に自から國家及び臣民の權利義務の範圍を限定するの結果を生ずるものなり若し其の終局の目的より觀るときは如何なる法律と雖とも民利國益を圖るにあらざるものなし然れども其の直接の目的は於て大に相異なれり憲法議院法民法刑法治罪法民事訴訟法監獄則の如きは皆或は法を定め或は法の侵害を救正するを以て其の目的となすものなり其の直接の目的は何れの場合に於ても法なり之に反して警察法の直接に公共の安寧秩序を保持するを目的とし徵兵徵發法は國家の保護に必要な兵士及び物件を徵求するを以て直接の目的とし諸種の稅法は臣民の資財を徵集して國費に供するを以て直接の目的とす其の法を定むるは直接の目的に非ずして間接の結果なるのみ

上來論するか如く國家政務の分類は論理上の結果として立法行政の分界を與ふるものに非ずと雖とも日本帝國憲法に就きて法律と命令との分界を求むるに當りて

は極めて重要なるものなり而して五種の分類は其の區劃判然として毫も所屬の疑ひなきものなしと言ふに非ずと雖とも大体に於ては自から動かすへからざるの境界あるを以て猶ほ余輩が目下の要に應ずるに足れり

憲法第九條に曰く天皇(中略)公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する爲に必要なる命令を發し又發せしむと本條に定めたる命令の目的を以て國家の目的の全部を覆ふものとするは大なる誤なり而して余は伊藤伯か此の誤謬に陥りたることなきやを疑はざるを得ざるなり伯は曰く(義解第十八頁)本條に掲ぐる行政命令は以て法律の範圍の内に處分し又は法律の曠闕を補充することを得るも法律を變更し及憲法を特掲げて法律を要する所の事件を規定することを得ずと是れ緊急命令と行政命令との區別を明かにしたるものにして其文字に現はれたるものは至當の言なり然れども既に引用したる義解第六十七頁の註釋を對照し來るときは伯は既定の法律及び憲法の特定事項を以て命令の唯一の限界とするもの非ざるやの疑なき能はず伯は又曰く(義解第二十頁)行政は固より法律の既に制定せる限界を離れずして法律を保護し以て國家の職を當然の區域の内に盡すべきなりと伯

は之を以て命令の區域を定むるの論據となせり果して然らば伯か命令を以て普く國家の職を盡すの目的を有するものと認めたることを知り難からざるか如し而して伯か當然の區域と言へるは前に「各人の法律上の自由を干すべからず其適當なる範圍内に於て云々すへし」と言へるに異なること無かるべし蓋し憲法が單に臣民の幸福を増進するか爲にすと言ふときは此の法文は頗る廣濶なる解釋を許すものなり民法上刑法上の保護も外國に對して一國の地位を維持するも兵備を整へて國家の成立を守るも租税を徴收して國家の資財を備ふるも其の終局の結果に於ては皆臣民の幸福を増進するに歸着せざるものなし此の意義に於ては公共の安寧秩序を保持するは即ち臣民の幸福を増進する所以に外ならず行政各部の官制を定むるも亦た之に異なることあらざるあり故に憲法第九條が果して此の如く廣濶なる意義を臣民の幸福以下の一句に與ふるものならば更らに公共の安寧秩序を保持するの目的を明言するを要せざるべく第十條は行政各部の官制を定むるを以て別に天皇大權の一項目とするを要せざるべし將た又た第九條に於て命令の目的と定めたるは單に一箇の冗文に過ぎざるなり余輩の見る所を以てすれば臣民の幸福を増進す

るの目的は決して此の如き空漠の範圍を有するものに非ず第九條が臣民の幸福を増進する爲に必要な命令と言へるは臣民の形体上經濟上精神上の發達を扶くるの積極處分を稱するものなり此の點に於ては余輩は全く伊藤伯の註釋(義解第二十頁)に満足するものなり伯か此の如く臣民の幸福を増進するの目的を正解するにも拘らず余輩をして猶ほ其命令の範圍に關する意見に對して疑を挾ましむる所以のものとは或は伯か國家の目的を見解すること狭きに過ぐるに起因するに非ざるか是れ余輩の殆んど解するに苦む所なり

前項論するか如く憲法第九條は命令の目的に對して一定の範圍を限界せり此の範圍外に於ては命令は他の條項に特別の規定あるか又は法律の特別の許容若くは委任に依るの外國家の政務を處理することを得ず「アレント」は字國憲法に付て説を爲して曰く(命令權第五十七頁以下)國王の權利は憲法に由て授けられたるものに非ずして其の制定前より既に久しく存在するものあり故に憲法に於て明文を以て限制せざる限は猶ほ憲法制定前と同しく命令權を有すと「ホルンバック」(字漏西國法第一卷第四百八十五頁以下)も亦た此の説に従へるものゝ如し余は普通國法の法理よ

り此説の當否を判するの餘地を有せざるか故に唯此に「エリョック」の駁論を引證するを以て足れりとすへし氏は曰く憲法か國家機關の權限を定むるときは憲法は唯其の機關の憲法上の權利あるを知るのみ假令國王の權利は往古より由來するも憲法は立憲國の國王の外に憲法制定前の國王を認むることなしと(法律命令論第三百七十三頁)余は茲に「アイント」に對して其の學國命令論の當否を争ふの要なしと雖ども若し此説を以て日本憲法に適用せんとするものあるときは余は斷して之を排斥せざるへからず人の知る如く白耳義字漏西等の憲法は國王か法律執行の爲に命令を發するの權を有することを規定せり而して日本憲法を制定せらるゝの當時諸國の憲法を參考するに當り直に兩國憲法の規定を倣はすして猶ほ法律執行の爲にするの外公共の安寧秩序を保持し及び臣民の幸福を増進するの目的を附加せり是れ日本憲法か是等諸國の憲法に反して特に其の意を用ひたる所なりと斷言するを得へし何か故に憲法は特に其の意を用ひたるか命令の區域一たひ本條に由て定まるときは復た其の範圍外に逸出して命令を發することを得べからず而して憲法は命令の區域狹隘に失して行政を萎痹するの結果を生せんことを恐れたればなり若し

「アイント」の説にして日本憲法にも適用すべきものならば第九條は單に法律執行の爲と言ふも公共の安寧秩序を保持するの目的に止むるも將た全く命令に付て規定する所なきも其の結果に於ては毫も相異なる所なき憲法か第九條の規定に付て特に其の意を用ひたるは全く無益の心勞と謂はざるを得ざるべきなり「アイント」及び「ボルンハック」は無限の命令權を庇護するか爲彼の學國憲法第六十二條(日本憲法第三十七條に該當す)の法律を以て實質の法律となすの説に反對して論じて曰く若し法規は凡て立法の形式に由るに非されは之を定むる能はざること既に第六十二條の規定より明ならば憲法の條項にして特に法律を要することを定むるものは果して何等の意義を有すべきやと余輩は固より日本憲法第三十七條の法律を以て實質の法律と解釋するの説に反するものなりと雖ども若し「アイント」と同一の論據を以て無限の命令權を主張せんと欲するものあらば余は斷して之に反對せざるを得ず「ゼーリヒマン」の論するか如く(法律の觀念第百十六頁)立法者か一の普通原則を定むるにも拘らず其の適用の最も緊要なる場合を特に列擧するは事例に於て稀からざる所なり且つ憲法か命令の範圍を一定するにも拘らず猶ほ特に法律を要するの

場合を規定するは他に重要な理由を有するものなり蓋し國家は法律の規定なき場合と雖ども處分令を以て各箇の事件を處理するを得るを常とす故に憲法に於て法律を要する特別の事項を掲ぐるときは是實に命令を排拒するの目的を有するのみに非ずして併せて法律の規定なき場合に於て隨時處分令を以て各事件を處理することを禁ずるものなり。

憲法第九條の一方に於て國家目的の全部を包括するものに非ず一方に於ては命令の區域を限界するの効力あるものなり今若し虚心平氣に該條の規定を解釋するときは其の範圍は全く國家第二種の目的即ち内政と合一することを見るべし故に内政の區域に於ては憲法が法律を要することを特定せざる限法律が既に一定の事項を先占せざる限天皇の命令權は自由と發動することを得べし。

第九條の外一定の範圍を有する廣濶なる命令權を認むるものあり第十條是なり其の文に曰く天皇は行政各部の官制及文武官の俸給を定め文武官を任免すと行政は余輩の既に論じたる如く國家の如何なる目的と達するか爲にも必要な國權の作用なり而して此の作用を起すには必ず一定の機關無かるべからず第十條は此等

機關を設置し其の權限處務の規程等を定むるの大權を認むるものなり故に元首は内政外政兵政財政に必要な官衙は言を待たず法政に關するものと雖ども法政の目的上組織の確定を要するもの、外は命令を以て之を設置し其の權限を分界すると得べし文武官の俸給を定むるも亦た均しく命令を以てすることを得べし而して此の場合に於ては行政官と司法官とを區別せざるなり元首既に行政各部の官衙を設置するを得るときは如何なる人員を以て之を充すべきやを定むるの權も亦た元首に屬せざるを得ず故に行政官登用の條規は命令を以て之を定むるを得ること決して疑を容れざるなり。

國家行政の機務は専ら元首に屬すること憲法の原則なり故に憲法に於て特別の規定を設けたる場合を除くの外元首の委任に由るに非ずして行政の職務を行ふを得ることなし官廳の組織は或は法律を以て之を定むることあるも此の如き官廳は決して元首に對し獨立するものも非ず行政官廳は何れの國務に従事するものたるを問はず元首に對し從屬の地位に在るものにして其の職務は専ら元首の補助員となり其の意志を執行するに在り國務大臣と雖ども亦た決して其の意志に反して政務

を行ふを得ること固より言を待たず故に元首は何れの區域に於ても官廳は對して政務執行の爲必要な命令を發し又た命令を以て處務の規程を定め官吏服従の義務を強制するか爲必要な懲戒の處分を規定するを得へし

命令は内政の區域に於ては憲法に特別の規定なく且つ法律の未だ占有せざる事項を定むるを得へく又た何れの區域に於ても官廳の設置組織及び權限を定め官廳に對して政務執行の方法處務の規程官吏舉動の準繩を令するを得ること前數項に陳ふる所より明なるへし余輩は更に進んで他の國家の目的に就き命令の關係を講究せん

外政の區域に於ては國家の行爲は主として他の對等國を以て其の目的とするを以て命令を發して人民の行爲不行爲を規定するの要少なし外交事務は主として上司より下司に對するの命令に依て處理するものなり此の如きの命令は余輩既に前項に於て之を論せり其他に在ては命令權は外政の區域に於て發動することを得ず若し夫れ支那朝鮮に於ける領事裁判は事外國に交渉すと雖とも其の性質に於ては法政の範圍に屬し海外渡航制限在外臣民の保護取締等は性質上警察事務にして寧

る内政の區域に屬す

兵政の區域に於ては天皇は憲法第十二條の明文に依り頗る廣濶の命令權を有す其の文に曰く天皇は陸海軍の編制及常備兵額を定むと元首既に陸海軍の編制を定むることを得るときは既に編制を整備維持するか爲必要な命令を發するの權をも併有すること固より當然の理なり之に反して徵兵徵發軍港城寨周圍の制限の如き命令を以て規定するの限をあらざること既に命令權の範圍より知るを得へき所にして又た特別條項の明に定むる所なり

財政の區域に於ては行政は全く命令權を有せず租税は付ては憲法は其の第六十二條に於て之を明言するを以て更に言を費すを要せず雖とも手數料は關しては稍憲法の明文に抵觸するの疑を懐くものあるの恐なき能はざるを以て余輩は少しく之を辨明せざるへからず第六十二條第二項に曰く報償は屬する行政上の手數料及其他の収納金は前項の限に非すと本項を以て行政上の手數料は其の種類の如何を問はず凡て命令を以て規定することを許せるものとするは論理の誤なり第六十二條第二項に於て前項の限に非すと云ふときは行政上の手數料は租税の如く必ずし

も皆法律を以て之を定むるを要せざることを示すに過ぎず諸種の手數料中或は法律を要するものあるも固より本項に抵觸する所あらざるなり手數料に大別して二種となすことを得へし公法上の手數料及び私法上の手數料是なり一箇人又は數箇人の利益の爲特別に國家の最上權を行用するの行爲に對する報償の假令私人の要求に基くと雖ども公法上の手數料なり國家と私人との契約に由て收納の義務權利を生ずるものに非ずして國家單意の定むる所に基くものなり例へば登記營業の免許、旅行券の下付等の類是なり國家制置の使用に對する使用料も其の制置の性質上何人と雖ども特別の手續を要せずして直に使用することを得るか或は臣民が法令に由りて制置を使用するの義務を負ふの場合に於ては亦た公法上の手數料(廣義の)に属す道錢橋錢小學校の授業料の如きは是なり(小學校の授業料は國家の財政に属せざるか故に茲に之を論ずるの要なし)「マイヤー」獨逸行政法第二篇第百八十六頁之に反して官立學校の授業料、鐵道郵便電信の交通事業の如きは國家最上權の行用に非ず私人と雖ども國家と均しく之を行ふことを得へく其の報酬は性質上毎回締結する所の契約に基くものなり而して人民は又た決して學校、鐵道郵便電信等を利用す

るの義務を負ふものに非ず故に官立學校の授業料(「レーニング」獨逸行政法第七百六十頁註)鐵道切符料郵便電信料の如きは皆私法上の手數料なり公法上の手數料は國家の命令に基くものにして而して行政命令の權に財政の區域に及ばざるか故に行政は命令を以て之を定むることを得ず敢て其の事業若しくは制置の公共の安寧秩序を保持し又は臣民の幸福を増進するの目的に出づるものたるを問はざるなり何となれば此の如き事業又は制置の使用に對し手數料を徵收するは専ら財政の目的に出づるものにして直接に公共の安寧秩序を保持し又は臣民の幸福を増進するか爲必要なること能はざればなり私法上の手數料に至ては國家の之か徵收に付き一定の條規を定むるも毫も臣民に對して命令するに非ずして單に公衆の求めに應ずるか爲契約の條件を預定するに過ぎず故に斯の如きの條規は専ら官廳に對し其の臣民と契約を結ぶに當り遵守すべきの準繩を示すもの外ならざるなり「ホムンハック」も説を同じくす字漏西國法第三卷第五百五十三頁之を概言すれば命令は以て私法上の手數料を定むるを得へし以て公法上の手數料を定むへからず而して手數料の納付を強制する方法は或は特別の規定に因り普通民法上の債權と異

なることあるも其の性質に於ては毫も變更する所あるなし其の他官有財産の管理出納の手續等を定むるの命令は概ね官廳に對する命令權を實行するに過ぎざるか故に固より命令權の範圍を超越するもの非ず之を反して新に國家の專賣を設くるか如きの火藥劇藥の專賣等内政の目的の爲にするに非ずして専ら財政の目的に出づるもの必ず法律を以て之を定めざるへからざること更と言ふを待たざるなり

法政の區域に於ける天皇の命令權は極めて僅少ある例外の場合に限り余輩請ふ法政の目的に屬する最も重要な事項を擧げて之を辨明せん

(一)帝國議會の組織議員選舉の方法兩院の關係等は命令を以て之を定むることを得ず衆議院の組織に付ては憲法第卅五條明に此の原則を認めたり第五十一條の單に議院法に掲ぐる云々と云ふに止まり兩院の關係等必ず法律を以て之を定むべきことは憲法の明に規定する所に非ずと雖ども余輩の論定したる命令の限界は従ふときは命令を以て之を規定するを得ざること更に辨明を要せず此に一の例外を爲すものハ貴族院の組織なり憲法第卅四條に曰く貴族院は貴族院令の定

むる所に依り云々と明治廿二年勅令第十一號も亦た憲法の明文に依り貴族院令を發布すること明言せり

(二)裁判所の組織及び權限は命令權の範圍外に在り而して憲法は第五十七條以下に於て特別の條項を設けて之を確認せり

(三)地方團體の組織及び權利義務の命令を以て之を定むるを得ず

(四)民法の區域に於ては元首の全く命令權を有せず明治十九年勅令第卅四號華族世襲財産法明治廿一年勅令第八十四號特許條例全年勅令第八十五號意匠條例第八十六號商標條例明治廿年勅令第七十七號版權條例等の一部は將來に於て必ず法律と以て定めざるへからざるものなり

(五)刑法の區域に於ては元首は命令權を有せざるを常とす然れども憲法第九條に於て公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進するか爲必要なる命令を發するの大權を認むるときは此の目的の爲必要なる場合にハ元首は亦罰則を設けて命令の遵守を強制するの權と有せざるへからず而して警察命令の如きハ其の性質上必ず罰則を要するものなり故に法律と命令との一般の分界より論ずれば

元首の警察罰則を定むるの權を有すと雖も憲法の第二十三條の明文を以て特に刑罰の必ず法律に依らざるべからざることを規定せり

(六) 民事訴訟法に屬するもの命令を以て之を規定することを得ず明治十九年勅令第四十六號を以て罰金及追徴に係る上告豫納金の件を定めたるか如きは決して將來に於て再びすべからざるの例とす

(七) 所謂隨意司法事務の區域に於ても命令權の全く發動の地を有せず就中登記法公證人規則は憲法制定前最も重要な法令すら勅令として之を發布したるの時に際し嚴然法律の形を以て世に現はれたるの蓋し偶然の事實なるべしと雖も亦た暗に憲法の規定に適合せるものなり

(八) 監獄則の明治廿二年七月十二日勅令として之を公布せり其の公布の實に憲法制定の後に在り憲法第七十六條に曰く(前略)現行の法令の總て遵守の効力を有すと本條に所謂現行とは憲法實施の時に行はるゝの謂に非ざること疑を容れず抑も法律の其の公布の時を以て成立す而して何等の意義をも有せざるの法文は余輩の想像すること能はざる所なるか故に憲法第七十六條の既に施行の前より一定

の意義を有せざるべからず此の場合に於ては實施の時日の現在より非ずして猶ほ將來より在るか故に余輩の該條を以て將來を指して現在と稱したるものと認むること能はざるなり法律の實施の法律をして實効を生せしむるに止り決して法文の意義を生し又は既定の意義を變更するものに非ざるなり故に憲法第七十六條の所謂現行の法令は憲法制定の當時行はるゝの法令にして憲法實施の時に行はるゝものに非ず而して現行の法令の命令を以て憲法上法律を要するの事項を定めたるものあるに拘はらず總て遵守の効力を有することを規定するときは憲法制定後の命令にして命令を以て規定すべからざるの事項に關するもの憲法實施と共に遵守の効力を失ふべきこと知るべし監獄則の不幸にして其の一例たり故に監獄則の専ら官廳に對する命令たるの効力を有するのみ蓋し憲法が現行法令の爲る特別の規定を設けたるは憲法制定前に在ては法律命令を分界するの繩尺なければなり憲法制定後に至ては既に此の繩尺あり然れども憲法は第一期帝國議會の開設前に在ては未だ實施の効力を有せざるか故に此の繩尺に據らざるの命令を始より無効なりとすること能はずと雖も其の實施後に至て命令の効

力を廢するは決して實施前に汙りて効力を生ずるものに非ざるなり

以上陳ふる所は敢て命令の規定することを得ざる一切の事項を網羅せんとするに非ず余輩の主眼とする所は主として憲法第九條の定めたる命令權の範圍と國家政務の範圍と相合一するものに非ざることを示し公共の安寧秩序を保持し及び臣民の幸福を増進するの外に於て國家の法令を要する無數の事項あることを明にし且つ實例を以て之を證せんとするに在り是等の例證に關する諸種の疑問を詳論細説するに余輩其の必要を見ず又た其餘地を有せざるなり

本節は論ずる所を概言すれり日本憲法の明文を以て元首の命令權を確認せり故に此の明文に於て命令の範圍を限界するとき余輩は猶ほ此の範圍外は獨立の命令權あることを認むるを得ず日本憲法の明文は命令權の範圍を其の目的は由りて限界せり而して此目的は國家政務の全部と合一するもの非ずして主として内政の部に限り其の他の區域は官廳に命令するか官廳の組織權限を定むるか或は憲法に特別の例外を設けたる場合の外元首は其の命令權を行用することを得ず故に憲法に於て特に法律を要するの事項及び法律の先占したる事項を以て命令權の唯

一。の限界となすの憲法の誤解と謂はざるへからざるなり

然れども憲法に於て命令の目的は由り命令權の範圍を定めたるは必ずしも其の範圍外に於て一切の命令を禁ずるの趣意に非らず憲法は單に憲法上當然存在する所の獨立の命令權を認め及び之の範圍を限界するに過ぎざるなり若し將來法律を以て命令權を擴張することあるも是れ唯法律を以て命令に委任するに止まるか故に法律を以て命令の範圍を擴張するは決して憲法に抵觸するもの非ざるなり
公文書の命令を分ちて勅令閣令省令等の數種とせり而して命令の此の種類の差異に従て互に効力の輕重を異せり然れども命令は素元首の大權を基くものにして其の閣令たるは省令たるは府縣令たるを問はず(法律の委任に由るものは且らく論せず)一として天皇の委任は出てざるものなし而して諸種の命令の間は効力の輕重あるに専ら委任の範圍及び官廳組織の關係に基くものにして命令の觀念より生ずる差異に非ず然れども國家命令の一種にして余輩の本節に論したる命令と全く性質を異とするものあり處分令は是より規定の事項に依りて法律と命令との觀念を定むるの難きか如く命令と處分令との性質の差異は其の規定事項は由て之を定む

ること極めて難しとす余輩の前に効力も依て法律と命令の觀念を定めたる如く今此の場合も於ても効力の輕重に由て命令と處分令との觀念を判別すべし處分令は法律命令の範圍内に於て之を發すべく決して法律及び命令を變更すべからず而して命令と處分令の間効力に輕重あるの憲法及び公文式の規定又は目的に因るに非ず官廳組織の關係に基くに非ずして専ら發布の方法を異にするか爲亦た効力の輕重を異にせざるべからざるの性質あるを以てなり命令の施行區域内一般人民に對し正式に公布せざるべからず處分令は之に反して單に關係者も對し之を發するを以て足れりとし場合に依ては口頭又の記號を以てすることを得べし「ザイブアイ」普通行政法第廿九頁故に處分令の定むる所は性質上一箇又は數箇の現實の場合に限るを常とす處分令の或は臣民に對して發することを得べく或の官廳に對して發することを得べし命令の公布式に依らざるの訓令は皆處分令の一種とす何れの場合に於ても處分令の嚴に法律命令の規定を守らざるべからざるなり

處分令は國家行政の何れの區域に於ても殆んど欠くべからざるの行政行爲にして其の範圍は單に之を某種の目的に限ることを得ず然れども行政の法律(又の法律と

同一の効果を有する命令)に由りて始めて處分令を發するの權を得るか將た法律命令の規定なき場合に於ても處分令を發することを得るかは獨逸國法學者間に多少の異論ある問題なり

「ラーバンド」は曰く(獨逸國法第一卷第六百九十二頁)處分令の命令する所の必ず法に基かさるべからず之を詳言す所の國家か處分令に由りて實行する所の命令禁令及び與奪の權利は法規の認むる所たるを要す近代の國家に於ては臣民の負擔する服従の義務は政府の意に従て恣に範圍を弛張することを得べき無限の義務に非ざるなり(中畧)故に行政の命する所は役務行爲又の不行爲を臣民に要求するの權利を政府も與ふる所の法律も據らざるべからずと「ロフション」も亦た曰く(警察命令權第十二頁)法治國の觀念に依れば行政と各箇人との範圍の限界は法律獨能く之を決することを得故に處分令は法規の豫め定めたる場合に於て其の定めたる方法に従ひ其の定めたる効力を以てするに非されば之を發することを得ず換言す所の法治國に於ては唯法律の定めたる條件に従ひ法律の範圍内も於て行政の臣民に行爲不行爲又の役務を要求することを得べし是れ法治國の觀念より生ずる論理上必然の結

果なりと「ゲオルグ・マイヤー」之に反して論じて曰く(千八百七十八年「ヒルト」年報 第三百八十二頁以下及び獨逸國法第五百廿一頁)行政は専ら法律を執行するのみに非ずして單は法律の範圍内[○]に於てするの行爲あり行政は實に法律の明に許したる所のものを行ふことを得るのみならず法律の禁せざる所の凡て之を行ふことを得へし此の原則の首として之を警察上の命令及び禁令に適用すべきものなり抑も國家の警察機能の確定したる權利の限定したる數量より成るものに非ず警察權の公共の幸福及び安全の爲に必要なる場合[○]に於て何れの時を論せず各箇人に對して強制權を適用するの權利なり故に警察處分令を發するに必ずしも特定の法律ありて此の類の行爲不行爲を臣民に要求するの權利を政府に與へたることを要せず警察の一般國法上の地位の警察の命令及び禁令を發するに充分なる根據なり法律の警察機能の豫備條件は非ずして單は其の限界たるのみと「サープアイ」も亦た曰く行政は法律に基くに非ずして統治權を行ふことを得ずとの主義の何れの國に於ても現に國法の効力を得たるものなく唯行政法の發布に由て漸次に達することを得へき一の希望あるのみと(普通行政法第三十二頁大意)余輩の見る所を以てすれば國家

は其の性質上臣民に行爲不行爲を要求するの權利と有す國家にして此の權利を有せざらんか是れ國家の實に行政の權を有せざるのみならず法律を發布して臣民に其の遵奉を強要するの權も亦た之を有せざるなり是れ即ち國家は國家の名ありて而して國家の實なきなり抑も臣民が國家の發したる法規を遵奉せざるへからざるは何ぞや其の國家の命令なるを以てあり既に國家の命令は臣民必ず之を遵守するの義務を負ふこと國家と臣民との關係より生ずるの結果ありとせば臣民は何か故に獨國家の定めたる法規を遵奉するの義務を負ふて而して國家を各箇の場合に於て行爲不行爲を要求するの命令は則ち之を遵奉するの義務を負はざるか是れ余輩の解すること能はざる所なり故に臣民が法規に基かざるの處分令に對して服従を拒むことを得るは國家が自から法規に依るは非ずして臣民に徵求するを得ざるの原則を認めたる場合に限り日本憲法は數多の事項に付き此の原則を認めたり例へば憲法第二十二條に於て日本臣民の法律の範圍内に於て居住及移轉の自由を有すと謂ふときは居住及び移轉の自由を制限するの處分令に必ず法律(又は法律の委任に依るの命令)に基かざるへからざること明なり然れども憲法に特別の明文ある

場合の外余輩は國家か法規に依るに非ずして處分令を發することを得ずとの原則を認むること能はず「ラーバンド」及び「ロコーン」は「近代の國家」及び「法治國」の觀念より其の斷定を證せんとせり然れども警察國の法治國も移るゝ一定の時日を畫して豹變するに非ずして行政上の立法事業漸く繁きに從ひ漸次も其の希望を達せざるも之を概言すれり處分令の行政の何れの區域に於ても必要なるものにして法律命令の規定なき場合に於ても之を發することを得へし唯憲法か法律を要することを特定するの事項に關しては處分令の必ず法律又は法律の委任に依るの命令に基かざるへからざるのみ然れども余輩の此に論ずる所の行政全体に關して言ふものあるか故に各行政官廳か處分令を發するの權の委任の範圍も從て異同あること言を待たざるなり

法治國は國法上の實際も非されども政治上の希望なり憲法の又た法律に依るに非ずして逮捕監禁審問處罰を行ふ能はざることを保障したるか故に法律に依るに非されは處分令の其の遵奉を強制すること難し且臣民に直接するもの概ね下班の

官廳なるか故に法律の規定なき場合に於ては命令を發して以て下班官廳に處分の準繩を示し其の權力の濫用を防ぐは行政の利益の爲既に必要なるものなり此の三箇の理由あるを以て行政上の立法事業漸く繁く又た法律の曠飲する場合に於ては命令を以て之を補足し以て漸く處分令の自由を限制するの近代思想の要求と實際の須要とを基ける一の趨勢なること復た疑を容れざるなり

第二章 法律

第三節 法律案の提出

法律の草案何人の手よ成るやの國法上敢て之と論ずるを要せず蓋し政府は直に施政の局に當るものよして其の立法の必要を感ずること深く利害に通曉すること明なるか故よ法律の草案は當該官廳の手よ成ること多かるへしと雖も是れ固より事物の必要に非ず法律案の或は貴族院議員の手より出づるも可なり或は衆議院議員の筆に成るも可なり或は全く國家機關の外より由來するも亦た可なり法律の草案は或は一私人の建議に基くことあるへく或は學會の議決に由ることあるへし國法の決して其の何人の草する所たるを問はざるなり國法學に於て法律案を論究するの要を生ずるは之を議會に提出するの時を以て始とす

憲法第三十八條に曰く兩議院の政府の提出する法律案を議決し及各法律案を提出することを得と故に法律案は獨政府之を提出することを得へきのみならず貴衆兩院も亦た各之を提出することを得へし所謂發案權^{イニシアチブ}の均しく政府及び各院に屬す而

して如何なる法律案と雖も政府必ず先づ之を衆議院よ提出せざるへからざるの規定あることなし租税を賦課するの法律も手数料を規定するの法律も政府は其の便宜と思量する所に從て或は先づ之を貴族院よ提出することを得へく或は前に之を衆議院よ提出することを得へし唯此よ疑あるものは同一の法案を同時に兩院よ提出することを得るやの問題なり

憲法第卅九條よ曰く兩議院の一よ於て否決したる法律案は同會期中に於て再び提出することを得ずと人或は此の條文より論して言はん本條の目的の一院に於て否決したる法律案は同會期中何れの院に於ても更らに之を討議し及び議決すること無からしむるに在り今若し同一の法案を同時に兩院に提出するとき一院よ於て之を否決するも他院は猶ほ之を討議するを妨げらるゝことなかるへし何となれん此の場合に再び議案を提出するものに非ずして既に提出したる議案を討議するものに外ならされはなり故に同時に同一の法案を兩院に提出するときは憲法第卅九條の目的に矛盾するの結果を生ずへし是れ憲法か同時よ同一の法案を兩院に提出することを許さゝるの證なりと(「レンヂ」字漏西國法第一卷第三百六十頁)然れども

此の論據の薄弱なることは深く推考するを要せずして明に之を見ることを得へし抑も法律は貴衆兩院の協賛を要す一院に於て否決するときは法律は決して成立すること能はず故に法律案の命運は一院の否決に由りて既に確定するものなり今若し同一の法律案を同時に兩院に提出したる場合に於て一院之を否決するとき此の法律案の自から消滅に属したるものを以て他院の否決の事實を知ると共に其の討議を停廢せざるへからず是れ法律案の性質より生ずるの結果として必ずしも卅九條の規定を待て而して後知るに非るなり若し一院の否決したる後猶ほ他院に於て同一の法律案を討議せんと欲せしむるに於て之を提出せざるへからず是れ即ち兩議院の一より於て否決したる法律案を同會期中に於て再び提出するものにして卅九條の明に禁する所なり之に由て觀れば同一の法案を同時に兩院に提出するも決して憲法第卅九條の目的より矛盾するの結果を生ずることあるなし該條の余輩の疑問を決するの力を有せざるなり

其の他政治上の理由より推論して同時の提出を排斥せんとするものあるへしと雖ども國法上同一の法案を同時に兩院に提出するを得ざることを決して憲法の規定

より之を證明することを得ず然れども議院法の其の第五十三條より於て此の問題に關する特別の規定を設けたり該條の文に曰く豫算を除くの外政府の議案は兩議院の内何れを先にするも便宜に依ると故に政府は法律の議案を先づ貴族院に提出すると先づ衆議院に提出するとの二法に就き便宜と思量する所に從て其の一を選むことを得へしと雖ども同一の法律案を同時に兩院に提出するの選擇は政府之を有せざるなり

法律案を提出するの權は均しく政府及び兩院に属す而して此の權利は二箇の例外を除くの外毫も限制せらるゝ所なし何をか例外と爲す憲法變更の法律案及び一院の否決したる法律案はなり憲法變更の法律案は兩院より提出するを得ること憲法第七十三條の規定より明なり而して政府より此の如きの法律案を提出するの式法も亦た特に鄭重を加へ勅命を以て議案を帝國議會の議に付するを要す是れ即ち兩院の法律案提出權に對する一の制限なり

第二の制限は均しく政府及び兩院の發案權に對するものにして憲法第三十九條の規定する所に係れり該條の兩議院の一より於て否決したる法律案を同會期中に於て

再ひ提出することを禁ずるものなり。普漏西憲法第六十四條二項に曰く「一院又は國王の排斥したる法律案は同會期中再ひ之を提出することを得ず」と兩國の憲法を對照して直に疑を生ずるものなり。日本憲法が裁可を得ざる法律案の再提出を關して全く規定する所なきに在り。憲法第四十條但書に曰く「其の（建議の）採納を得ざるものは同會期中は於て再ひ建議することを得ず」と此の如く憲法は一方は於て同會期内の再建議を禁せり而して事の建議採納よりも重きものに付て却て何等の規定する所なし。是れ蓋し憲法が此の如き規定を設くるの必要を認めざるに由らすんはあらず。果して然らば裁可を得ざるの法案を同會期中に於て再ひ提出するの禁令は何か故に之を設くるの必要なしとするや。

伊藤伯の曰く（義解第六十九頁）君主の裁可を得ざるの法案は同一會期中に議院より提出することを得ざるは此れ固より元首の大權に對する事理の當然にして更に言明を假らすと余輩は不幸にして未だ此の當然の事理を解すること能はざるなり。余輩は又た君主の裁可を得ざるの法案を同一會期中に再ひ提出するは事理の當然に反して而して次會期に之を提出するは則ち然らすとするの理由を見ること能

はざるなり。余輩の見る所を以てすれば憲法第三十九條は於て裁可を得ざるの法案に付て規定する所なきは元首の大權に對する當然の事理より之を解すべきは非ずして獨裁可の性質より之を説明することを得へし抑も裁可は帝國議會に對して與ふるものに非ずして普ねく臣民に對して効力を生ずべきものなり。故に元首は法律を裁可するも裁可せざるも議會に向て其の意志を宣言するの義務を負ふことなし。元首が法律を裁可したることの唯法律の公布は由て認知することを得べきのみ「フランドルイェルン」に於けるか如く國王は遅くも國會閉會の前に國會の決議録に於て裁可を與へ又は之を拒まざるへからすとの規定は日本國法の全く知らざる所なり。又だ元首は必ず帝國議會の會期内に法律を裁可し之を公布するの義務を有することなし。現行法に依るときは（議院法第三十二條）法律の裁可を得るものゝ次の會期迄に之を公布することを要す故に次の會期前に法律の發布なきに及んで議會は始めて法律の裁可を得ざることを推定するを得べきのみ。其の前或は政府が議會に對して法律案の裁可を得ざることを通告することあるも此の如き通告は單に便宜上の處分たるに止り憲法上何等の効力を有するものに非ず而して元首は之か爲後に同一の

法案を裁可するを妨げらるゝことなし
 抑も法律案は公布に由りて有効となるか或は議院の否決若しくは裁可の拒否に由りて廢棄に属するかの外消滅は歸することなく而して其の採用又の廢棄に關する兩院及び元首の意志未だ明ならざる間は依然として法律案たるの力を有するものなり唯議院に於て其の議決を終らすして閉會するときの會期不連續の原則に依り一切未決の法案は凡て廢棄は歸すべしと雖とも議會の會期内に議決したる法律案の其の閉會に至りたる爲消滅は歸すべきものに非ず果して前項論するか如く元首が法律案を裁可せざるの事實の次會期に入りて始めて定まるものあるときは兩院の既に議決したる法律案の次會期に至る迄決して廢棄に属することあるなし故に裁可を得ざるの法案を同會期中に再び提出すと謂ふ既に提出したる未決の法案を再び提出すると謂ふに異ならざるなり例へば衆議院に於て一の法律案を議決し之を貴族院に提出したりとせん今若し貴族院に於て未だ此の法案に對し可否の議決を爲さざるの前衆議院が再び全く同一の法案を議決して之を貴族院に提出せし如何此の場合には固より憲法第三十九條に所謂再提出の場合に非ず何となれば該條

の。一。た。ひ。否。決。したる。法律案を再び提出することを禁ずるものに過ぎざればなり蓋し法律案を提出するの權の所謂發案の權にして一の法律を定むるの發軔を爲すものに外ならず而して一の事實は二箇の起點を有すること能はざるあり故に貴族院の議決に先たちて同一の法案を再び衆議院より提出するか如きの法案提出權の性質に反するものとして特に憲法第三十九條に之を禁ずることなきも自から其の憲法の許さざる所なることを知るべし兩院の議決を経て未だ天皇の裁可を得ざるの法律案を同會期中に再び提出するは余輩の假設したる場合と同しく未決の法律案を再び提出せんとするものにして法案提出權の觀念に反するものなり是れ固より憲法第卅九條を適用すべきに非ず又た憲法の明文を以て之を禁ずることを要せざるなり
 是に由て見れば憲法第卅九條が裁可を得ざるの法案に付て規定する所なきは其の大權に對する事理の當然なるか爲に非ずして裁可は性質に於て大に議院の議決に異なるものありなり若し夫れ議院の建議は其の性質固より法律案と同じからず一たび議院より之を政府に提出するときは建議の既に其の直接の目的を達し其の

國法上唯一の効用を充たしたるものなり何となれん國法上建議の効用は單に議院の意見を政府に通告するに止ればなり故に議院の同一會期中同一の事件に關し何回の建議を爲すも毫も建議の性質と矛盾する所あることなし是れ蓋し憲法が其の第四十條の明文を以て再度の建議を禁ずるの要ある所以なり

一院に於て議員より提出したる法律案を否決したるときは政府又は他院の同會期中同一の法律案を提出することを得ざるや否是れ憲法第三十九條に關する第二の疑問なり抑も法律案を提出するの權は憲法第三十八條に依り専ら政府及び兩院に屬す各院の議員が其の所屬の議院に於て法律案を發議するは議院より法律案を提出すべしことを發議するものにして若し此の發議が該院の可決を得ざるるときは是れ即ち法律案は未だ提出せらるゝに及ばずして消滅したるあり蓋し一の法律案の其の未だ消滅せざるに先ちて再び之を提出することを得ず何となれば一の事實の二箇の原始を有すること能はざればなり是れ余輩の既に論したる所なり故に憲法が議員の發議を以て法律案の提出と認むることを假定せし此の發議に基き一院より他院に法律案と移すは法律案を提出するものと認むること能はず之を反して一

院より他院に法律案を提出するを以て眞の法案提出となすとき其の提出の基礎たる議員の發議の眞の法案提出に非ざるあり故に議員が法案提出權を有するとき議院に此の權利を有すること能はず議院が法案提出權を有するとき議員は決して此の權利を有することを得へからず議院も議員も共に此の權利を有すと謂ふは彼是相容れざるの想念なり議員が其の所屬の院に於て法律案を發議するは一たび法案を提出するものにして該院が之を可決して他院に提出するは再び法案を提出するものなりと言ひ何人も其の法案提出權の性質を反することを疑はざるへし憲法第卅八條の政府及び各院の法案提出權を認めたり是に由て見れば憲法の議員の法案提出權を認めざるなり

前項論するか如く法案提出權は議員に屬せずして獨政府及び各院に屬す而して議員が其の所屬の院に於て發議する所は單に法律案を該院より提出することを發議するもの過ぎざるなり故に一院に於て其の議員の發議したる法律案を否決するも政府又は他院の同會期内に同一の法律案を提出するを妨げらるゝことなし何となれば此の場合に於ては法律案の未だ一たびも提出せられたることなきが故に憲

法第卅九條に所謂再^ひ提出するものに非されはなり蓋し一院に於て其の議員の發議したる法律案を否決するに政府若しくは他院より提出したる法律案を廢棄すると大に趣意を異にする所あり議員の發議の當に法律を以て或る事件を規定せんとするの目的を有するのみならず亦た其の所屬の議院をして其の發案權を行用し立法の首唱者たらんとするの目的を有するものなり故に議院か此の發議を廢棄するは必ずしも其の法律案を非なりとするか爲に非ずして單に自から之と首唱するの要を有せずとの趣意に出づることなしと謂ふへからず此の場合に於ては政府及び他の議院の何か故も同一の法律案を提出することを得ざるか是れ余輩の解せざる所なり設し一院に於て議員の發議と否決したる場合に於て政府も他院も同會期中同一の法律案を提出することを得ずとせば是れ即ち一院の議員の其の發議の時機宜しきを得ざりし爲又の法律案の説明當を得ざりし爲政府及び他院をして同會期中同一の法案を提出するの權を失ひしむることを得るものなり

「レンネ」は曰く(字漏西國法第一卷第三百五十八頁)一院に於て政府若しくは他院より提出したる法律案を否決するときは同會期中再^ひ之を提出することを得ず之に

反して議員より發議したる法律案を否決したるときに同一の議員も他の議員も同會期中隨意に同一の發議を反復することを得へしと言ふは明も前後相撞着するものなり此の如きの精神に決して之を憲法に歸すること能はずと然れども余輩は「レンネ」の論するか如く憲法第三十九條を以て反復の發議を許せるものとすに非ず抑も該條に憲法第三十八條に依り政府及び兩院に屬する法案提出權を濫用して互に相妨害するの弊を防ぐか爲に一定の制限を設くるもの外ならざるなり若し夫れ各院に於て同會期中同一の發議を反復することを得るや否の専ら内部の秩序と議事規程に關するの問題に止り議院は各議事規則を以て之と規定することを得へし必ずしも憲法に之を禁ずることと要せざるなり

議院の否決は或は議案の全部に對することあるへく又た其の一部に關することあるへし余輩の見る所を以てすれば孰れの場合に於ても憲法第三十九條と適用すべきなり字國上院の中央委員會(千八百四十九年)に於て某議員の字國憲法第六十四條二項(日本憲法第三十九條に該當す)を改正して法律案にして全部に對し廢棄せられたるもの云々と爲さんことを發議せり然るに中央委員の此の發議を否決せり其の

理由に曰く此の改正の全く必要なきものなり六十四條二項は所謂廢棄せられたる法律案の固より其の全部は對し廢棄せられたるものと解釋せざるへからず何となれば單に一部に關し廢棄せられたるもの原案を變更して可決したるものと認むることを得べく而して此の如き法律案を撤回し之を修正して再び提出するの六十四條の禁する所は非ざること疑を容れされたりと然れども法律案を撤回するの法律案の猶ほ存在することを必要とす既に消滅に歸したるの法律案の決して之を撤回すること能はず法律案の一院の否決と共に消滅するものなり從て一院は於て法律案を否決するときは其の全部は關する一部に關するを問はず復た之を撤回するは由なし故に學國上院中央委員の議決の余輩の同意すること能はざる所なり蓋し法律案の一部に同意すること能はざるか爲に全部を廢棄するの其の緊要なる規定にして此の一部に就て同意を得ざるべき亦た全部に同意すること能はざるか爲なるへし一部の爲に法律案を否決する一部を變更して之を可決するとは全く異なりたる事實なり故に一院は於て法律案を廢棄したるときは其の全部に不同意なるか爲なる一部は不同意なるか爲なるを問はず政府及び他院の同會期

中再び之を提出することを得ざるなり

要點に於て同一なる法律案を單に名稱文字を變更して再び提出するは憲法の禁する所なること固より疑を容れず如何なる法案は要點に於て否決したる法案と同一にして如何ある法案の要點に於て異なるやの事實の問題にして法案の提出を受けたる議院に於て毎件之を決するの外なしとす若し新に提出したる法律案を以て否決したる法律案と同一なりと議決せば議院は更に法律案の可否を討議することを得ざるなり

憲法第三十九條の兩院の一に於て否決したる法律案を再び提出することを禁するものにして第四十條は同一の建議を再びすることを禁するものなり故に一院は於て否決したる法律案と同一の事件に付き同會期中他院より政府に建議するの毫も妨げざる所なり此の場合に於ては法律案として提出するに非ざるか故に決して三十九條に抵觸するものに非ず又同一の事件は付き政府に建議するは之を以て初となすか故に四十條の此の場合に適用することを得ざるなり

一旦提出したる法律案を撤回し及び之を修正するの權利に關しては政府と兩院と

の間大に相異なる所あり余輩の見る所を以てすれば兩議院の其の提出したる法律案を撤回するの權利を有せざるなり法律案を提出するの權は政府と均しく兩院に屬すること余輩既に之を論せり然れども一院に於て法律案を議決し之を他院に提出するとき此の行爲の單に法律案を提出するの行爲たるに止らすして併せて其の提出したる法律案に協賛せることを宣言するものなり此の協賛の一議院か政府の提出したる法律案に協賛して之を他の議院に回付したる場合と同しく決して議院の隨意に取り消すことを得べきものに非ず又た一院の提出したる法律案に瑣少の變更とも加へずして他院之に同意するときは更に法案を提出したる議院に還付して之か同意を求むるを要することなし此の如く議院の法案提出の常に其の協賛の宣言を含蓄し而して此の協賛の議院の隨意に之を取り消すことを得るときは余輩の議院か其の一旦提出したる法律案を撤回するの權を有せざることを斷定せざる能はざるなり

政府の提出したる法律案に關しての事全く之に反す蓋し政府か法律案を提出するは常に元首の後に之を裁可し又の裁可せざることをあるべきの條件を以てするもの

なり元首の意志は法律案の提出と同時に宣言せらるゝものに非ず故に議院に於て瑣少の修正をも加へずして政府の提出したる法律案を可決するも元首の必ず之を裁可せざるへからざるの義務を負ふことなし若し夫れ元首か政府より法律案を提出したる後に至りて其の意志を變更し此の法律案を裁可せざらんことを決意したる場合も於ても既に提出したる法律案の必ず一旦兩院の議決を経ざるへからすと謂ふの余輩全く其の所以を知らざるなり

法律案を撤回するの權は又た提出したる法律案を修正するの權利を包含す何と云れは修正の權は既に提出したる法律案を撤回し之を修正して更に提出するの權利と異なることなければなり

前二項を論したる法則は議院法第三十條の明に認むる所なり其の文に曰く政府は何時たりとも既に提出したる議案を修正し又は撤回することを得と議院法に此の明文を以て政府の權利を認めたり之に反して議院か其の提出したる法律案を撤回又は修正するの權は議院法之を認めざるあり

政府か議案を撤回修正するの權利の議案の未決ある間に限りて之を行ふことを得

へし一院に於て法律案を否決するときの法律案の直に消滅に歸するか故に政府の復た之を撤回し又は修正するに由なし兩院に於て既に法律案を議決し之を奏上したるときも亦た同じ是れ固より多言を費すことを要せざる所なり

第四節 法律案の議定

法律案を討議し之を議定するの權利に關しては兩院の間毫も相異なる所なし日本憲法に依れり凡そ如何なる法律案と雖ども議院に於て之を修正するの權利を有せざるものあらざるなり兩院の議定の會は法律の趣意に關するのみに非ずして亦た其の文面に効力を及ぼすものなり故に兩院の議決したる法律案は元首復た之に一語を増減し一字を變更することを得ず元首は唯之を裁可するか裁可せざるかの二途を有するのみ

帝國議會の協賛は法律の成立に對し如何なる効用を有するや頗る異説ある問題なり國法學の舊説に依れり兩院の協賛の元首の裁可と全く輕重を均しくす「グロテフエンド」曰く(現行獨逸國法第六百三十四頁)元首及び國會の決意並に國會各院の決意の其の法上の効用全く相均しと「ブルンチュリー」も亦た曰く(普通國法第六版

第三百三十三頁)議院の法律を議決するは猶ほ元首の法律を裁可するか如しと然るに近時に至り「ライハンド」は全く反對の説を首唱し獨逸國法學者間も許多の同意者を得たり其の説の要に曰く(獨逸國法第一卷第五百十四頁以下)何れの法律に於ても二箇の原素の互に分別すべきものあり法律に記述する所の法規其の一なり法規又與ふるに理由の効力を以てするもの其の二なり余輩は又た之を稱して法律の實體及び法律の命令と云ふとを得へし蓋し裁可を得べき法規を審定し法律の實體を記述するは立法事業の一部にして其の重要な任務なりと雖ども國權の發動即ち統治の法律の實體を審定するの時に顯はれずして法律を裁可し法律の命令を與ふるの時に現はるものあり法律の實體の必ずしも立法者の初造に係るを要せず或は國際の條約より定まることあるべく或は委員若しくは私會の決議に基づくことあるへし實體を審定し及び命令を與ふるの兩元素の一國の政体に依り互に相結合して毫も國法上之を分別するの實用なき場合ありと雖ども又た實體を審定するは法律を裁可すると全く機關を異にするの制度なきに非ず立憲君主國に於ては殊に然りとす君主は統一として分つ可からざるの國權を總攬するものなるか故に獨能く

國家の法律と發することを得へし換言すれば君主の獨能く法律に遵守すべきことを命令するを得へし之に反して法律の實體を審定するの件の専ら君主に屬する所に非ず法律の實體の代議會政府と協同して之を定めざるべからざるなり然れども國權の發動の唯法律の裁可に在りて其の實體を審定するに在らず裁可の獨國法上所謂立法なるものなり此の立法の權利の其の分つべからざること國權と異なる所なし而して立法權の主体の即ち國權の總攬者に外からざるなりと此の如く法律の實體を審定すると法律の命令を與ふるを以て別種の行爲となし各之を獨立の機關に委任するの余輩の見る所を以てすれば全く立法の性質に反するものなり抑も法律は人間の思想を以て實體とすること言を待たずと雖も此の思想の決して法律の擲造する所に非ず此の點に於ては法律の道德の教義學術上の確言と異なる所なし例へば他人の財物を竊取すべからずとの思想は或は道德の教義と爲り或は法律の條項と爲ることを得へし而して兩者の相異なる所の其の違反の場合に於て一の道德上の惡行を生し一の法律上の不正行爲を生するに在り一の訓誨の違反にして一の命令の違反なるに在るのみ故に命令の元素を分離して専ら

法律の實體たる思想に就て見るときは立法の性質上學術の確言又は道德の教義を説述すると異なる所なかるべし(シユルツェ獨逸國法第一卷第五百廿七頁參看)且法律の決して新に人間の思想を造成するもの非ざるなり例へば法律に於て豫め謀て人を殺すものは死刑に處すと云ふときは一方に於ては故意に人を殺し過失を以て人を殺し正當防衛の爲に人を殺す等許多の思想中より豫め謀て人を殺すとの一思想を取り又た一方に於ては懲役と處し禁錮に處し罰金と處する等許多の思想中より死刑に處すとの一思想を收めて此の兩者を結合し之と與ふるに遵守の効力を以てするものに外からざるなり此の如く法律の實體を審定するの現在無數の思想中に就きて如何なる思想に對し遵守の効力を與ふべきやを定むるの謂にして決して新に思想を造成するの謂に非ず故に法律の實體は如何なる思想か遵守の効力を有するやの確定するに及んで始めて定まることを得べく而して法律の實體として一たび定まるときは法律の命令の自から其の中に含蓄するものと謂はるべからざるなり

「ラーバンド」は曰く(獨逸國法第一卷第五百十六頁)法律案の行文確定したるものと

法律といふ其の實體に於て全く相同し然れども同一の法則も裁可の前に効力を有せずして裁可の後に在てり則ち之を有すと此の事實の毫も余輩の所論を反證するものに非す抑も法律の實體か裁可の前より在てり効力を有せずして裁可の後に於て之を有するの裁可の前に在ては法律の實體未だ確定せざればかり未だ確定せざるの法規の固より効力を有する由なし「ラーバンド」も亦た立憲君主國に於ては法律の實體は専ら君主の審定する所に非ざることを論せり故に氏は法律の實體か議會の議決に由り直に確定することを主張するものに非ざること明なり法律の實體にして既に君主の裁可に由り始めて確定するものなるべきの裁可の前に於て法規の効力を有せざること固より怪むに足らざるなり

立法は余輩の上に論したる如く無數なる現在の思想中より一定の思想を抽出して之に與ふるに遵由の効力を以てするに在り故に遵由の効力を與ふるの目的を離れて決して一定の思想を抽出するに由なし之を換言すれば「ラーバンド」の所謂法律の實體を審定するの決して法律の命令より分離すべからざるの行爲なり起草委員か法律の草案を起すは法律の命令を與ふるか爲の準備にして帝國議會の法律に協

賛するの法律の命令に協賛するものなり起草委員の草案を起すと帝國議會の協賛との相異なる所の前者は單に立法の準備に止まり後者の則ち其の必要なる條件なるに在るのみ「ラーバンド」も亦た曰く法律案に對する代議會の議決の全く法學會等の評決と性質を異にす何となれば議會の議決の其の可決したる法則を以て現行法の一部と爲すの目的を有し此の法則を裁可するか爲國法上必要なる條件を充たすものなればなりと此の如く議會の議決は裁可の爲必要なる條件あるときは是れ即ち法律の命令を與ふるか爲必要なる條件なるなり「ラーバンド」の「エリネック」の豫算論を駁するに當り豫算を以て政府か財政を處理するの原因となすも將た其の條件となすも單に同一の事實を表するに別語を以てするに過ぎざることを論し一例を擧げて之を説明して曰く雨降りたる爲地濕ふと言ふも雨降るときは地濕ふと言ふも結局毫も相異なることなし(獨逸國法第二卷第千四十一頁)「ラーバンド」は議會の議決の法律の命令に對する必要の條件なることを許せり既に必要の條件なることを許すときは是れ即ち法律の命令の議會の議決を以て其の一原因となすことを認むるものなり果して然らば議會は常に法律の實體に協賛するのみならず併せて法

律の命令に協賛するなり

憲法第五條に曰く天皇の帝國議會の協賛を以て立法權を行ふと是より由て觀れば帝國議會の立法權即ち國權の行用に協賛するなり「ラーバンド」の法律の實体を審定するを以て國權の發動は非ずとし「獨法律の命令を與ふるの行爲を以て國權の行用とせり故に議會の單に實体の審定に關與するのみにして法律の命令に關與するを得ずと云ふの議會は國權の行用は協賛することを得ずと云ふは異なるなし是れ正に憲法第五條の明文に反するものあり何れの點より論するも「ラーバンド」の説は之を日本國法に適用すること能はざるなり

之に反して裁可を以て帝國議會の議決と輕重を均くするものとなすは亦非なり抑も議會議決の趣意は自から臣民に對して命令すと云ふに非らずして元首の云々の事項を命令することを得べく又た宜しく之を命令せらるへしと云ふは在り法律の元首帝國議會と共に之を命令するに非らずして元首は帝國議會の同意を以て之を命令するなり伊藤伯の曰く(憲法義解第九頁)立法の大權は固より天皇の總ふる所にして議會の乃ち協翼參贊の任に居る本末の間儼然として紊るへからざる者なりと

又た曰く(同上第十頁)我か憲法の法律は必ず王命に由るの積極の主義を取る者なりと

法律の前文も亦た帝國議會の協賛を経へべきやの國法學の一疑問あり日本に於ては法律の前文は左の文式を有するを常とす曰く朕帝國議會の協賛を経たる云々の件を裁可し茲之を公布せしむと蓋し法律の前文の主として元首が正當に法律を裁可し之を公布せしむることを宣言するの目的を有するに過ぎず而して法律を裁可し及び其の公布を命ずるは憲法第六條の明に認むる所の天皇の大權なり法律の前文の此の大權を實行したることを明にするものなり假に法律の前文も亦た必ず帝國議會の協賛を経ざるへからずとせんか議會の議決に由りて確定したる前文も對しても亦た元首は裁可を與へざるへからざるへし換言すれば元首は法律を裁可することを裁可し法律を公布することを裁可せざるへからざるなり此の場合に於ては元首の如何して其の裁可を宣言することを得べきか法律の前文も加ふるに更に他の前文を以てせんか此の新前文も亦た同一の論據に由り帝國議會の協賛を要すへし果して然らば元首の終に法律を裁可するの意志を宣明するに由なきなり

故に法律の前文の帝國議會の協賛を経るを要せざることを猶ほ法律の年月日御名及び大臣の副署か帝國議會の協賛を要することなきか如し然れども法律の前文の往々施行の期限を定め實施の範圍を限界するの實例なきに非ず此の如きは専ら裁可の意志を宣明し公布の命令を與ふるものに非ず從て専ら天皇の大權に屬する所に非ざるか故に帝國議會の協賛を経るを要すること固より言を待たざるなり

第五節 法律の裁可及び公布

法律の裁可は關しては久しく歐洲立憲君主國の國法論を誤りたる一謬説あり此の謬説は原三權分立の説より其の根柢を有し主權在民の主義に基つける諸國憲法の爲に養成せられたるものなり代議會は主として立法に協賛するの任務を有するか故に世人往々之を目するより立法体を以てし君主か立法に關與するに單に議會の議決と拒否し以て立法に對する行政の監督權を實行するに在りとせり然れども立憲君主國に於ては概ね君主は議會の議決したる法律案を全く廢棄するの權利を有するか故に君主の權利の所謂停止拒否に對して無限拒否の名稱を得たり然るに獨逸に於ては近時學者の講究に由り真正の立憲君主主義は漸次其の光明を發揮し終に全

く裁可を以て拒否となすの舊説を排除するに至れり今日に於ても「レンヂ」の如き立法に關する君主の權利と目するに無限拒否の權を以てすと雖ども此の名稱を用ふるに敢て其の能く實際の關係に適合するか爲に非ずして單に用語の慣習となりたるか爲なることハ氏の自から許す所なり

日本に於ても真正の立憲君主主義の殆んど普ねく人の認むる所となれり今日に於ても猶ほ往々帝國議會を目するに立法体を以てするものなきに非ずと雖ども元首の權利の單に帝國議會の議決と拒否するに止らざることハ何人とも復た之を疑ふものなし蓋し帝國議會の立法に參與するの權を有すること言を待たずと雖ども議會の決して唯一の立法機關に非ず其の任務の法律を發するに在らずして専ら法律に協賛するに在り法律の成否を決するの元素たるものハ元首の裁可なり而して裁可の權の固より拒否の權と混同すべきに非ず抑も拒否の權ハ立法事業を限制するの謂ふ外ならず故に元首の權利を以て議會の議決を拒否するに止まるものとすときは是れ即ち議會の獨立立法者にして元首の立法の機關に非ざるなり是れ正に日本憲法の主義に反するものなり日本憲法に依るときハ裁可の決して立法事業

を妨ぐるものに非ずして却て之を完成するものなり裁可の行政行為に非ずして立法事業なり元首は獨行政の中極なるのみならず亦た立法機關の首長たるものなり法律の裁可の國法上如何なる性質を有するやは頗る空漠なる問題にして從て多數學者の説も稍空漠に失するの憾なき能はず多數の學者の裁可を以て國家の意志を宣明するものとなし又法律の命令と與ふるものとせり然れども國家の意志を宣明するの國家意志の既に成立することを必要とす未だ成立せざるの意志は決して之を宣明するに由なきなり帝國議會の協賛の國家の意志を確定するものに非ざること何人と雖ども之を疑ふものなかるへし既に帝國議會の議決は國家の意志を確定するものに非ずして裁可の確定したる意志を宣明するものなるべきの國家の意志を確定するの行為の果して何處に存在するや

議會の議決と元首の裁可との間に介在するもの唯元首が法律を裁可するの決意のみ然れとも此の決意の直に國家の意志を確定するものと認むるを得ざるなり抑も元首の國家の機關にして國家自体に非ず是れ學者の意見を同しくする所なり獨「ホルンハック」の君主國の元首と國家とを以て同一体とすと雖ども其の説の膚淺皮

相の見たるを免れず「ザイデル」も亦た國家主權説を反すと雖ども氏は統治者を以て統治權の主体とし國家を以て其の客体となすものにして統治者と國家とを同一視するものに非ず此の如く國家と元首との同一体に非ざるか故に元首の心理に存するの意志の未だ國家の意志に非ず國家意志の成立するに元首の意志を變して國家の意志となすの行為を必要とす國家の一の法人あり其の意志の成立は法の認知することを得べき方法に依らざるへからず純然たる心理の作用は以て國家の意志を確定するに足らざるなり故に國家意志の確定は元首の決意のみを以て足れりとせず裁可に由て始めて完了するを得へし裁可の國家の意志を確定するの行為にして國家の意志を宣明するものに非ざるなり余輩の又た「エリネック」の如く裁可を以て單に君主心理の決意に止まるものとなすことを得ず氏曰く（法律命令論第三百十九頁）裁可の君主の一身に屬する心理の作用にして云々の事項を以て法律の實體となさんことを欲し又た此の實體を命令せんことを決意するものなり命令の之を宣言するに及んで始めて國法上成立す宣明せざるの意志の全く法の關與せざる所ありと果して「エリネック」の論するか如く裁可は單に君主心理の事實にして法の

關與する所に非ずとせば日本憲法を始として諸國の憲法、法律、裁可に就て規定を設くるの事實、如何して之を辨明するを得べきか諸國の憲法、法律、裁可に君主の裁可權を認むるのみならず又た往々裁可を與ふるの方法時期を定むるものあるの悉く法理に反するの規定なるか是れ余輩の解すること能はざる所なり其の他「ブリー」は（公法論纂第四卷第十九頁以下）「エリネック」か其の裁可に關する持説を固守すること能はずして往々自ら撞着の説を爲すの形跡あることと確證せり

蓋し君主の一身に屬する純然たる心裡の作用は法の關與するを得べき所に非ざること實に「エリネック」の論するが如し法の唯、人の感覺を以て認知するを得べきの行爲に對し規定を設くることを得べきのみ故に憲法、法律に於て君主の裁可に關し規定する所あるときは裁可は必ず君主の行爲に現はれ人の覺性を以て認知することを得べきものならずるへからず此の行爲の或は議會に對するの宣言に在ることを得べく或は法律を公布するの任務を負へる獨立の機關に通告するに在ることを得べく又た或は公正の文書を調製するに在ることを得へし日本の國法に於ては裁可を與ふるの行爲は成案を審署するに在り

成案の審署とい帝國議會の議決により決定したる法律案を清寫し其の前文に於て元首の裁可を経たることを宣明し年月日を記入し御名を署し御璽を鈴して以て法律案に確定の形を與ふるの行爲なり成案の審署終りたるときは元首の既に法律を裁可したるなり然れども元首の裁可にして國法上効力を有せんとするとき國務大臣之に副署せざるへかず國務大臣の副署の裁可をして國法上元首の行爲たらしむるか爲に必要なる條件なり

成案の審署は一方に於ては裁可を與ふるの方法たり一方に於て法律を公布するの基礎となるものなり公布の命令は日本現行の慣習に依るときは法律の前文に於て明に之の與ふるを常とす此の如く前文に明言すると否とを問はず元首成案を審署して之を國務大臣に下付するときは是れ即ち元首は法律の前文により又現實の行爲を以て公布の命令と與へたるなり國務大臣元首の審署したる成案を受けたるときは直に之を公布するの手續を爲さるへからず法律の公布の審署を経たる成案に據り之を官報に印刷するに在り若し公布の後に至りて印刷の誤謬あることを發見するときは其の誤謬の大小を問はず成案に従て之を訂正せざるへからず然れ

とも此の訂正に由りて全く法文の意義を變更したる場合も於て其の施行の期限に更に訂正の時より起算せざるべからざること蓋し疑を容れざるなり

法律の審署に關し「ラーバンド」の近時一の新説を首唱し二三の有力なる同意者を得たり氏の曰く此の場合に於て(君主の意志の外猶ほ他に法律の成立に必要な條件ある場合即ち立憲君主國の制度の如きを謂ふ)法律を宣明する(即ち審署)は管ふ法文の公正文書を調製するに止らす併せて其の憲法上立法の爲に必要なる條件を充たしたることを證明するものなりと曰く法律を宣明する(即ち審署)の法律の成立に至るか爲欠くべからざるの一要素にして裁可並に公布より分別せざるべからざるものなりと(獨逸國法第一卷第五百廿三頁)曰く皇帝法律を審署するときは是れ即ち法律の憲法に遵依して成立したることを證明するものなり此證明の國法上有効として復た争ふべからざるものなりと(全第五百五十一頁)又曰く法律の審署の各箇の場合に於て憲法上法律の形式的効力を生ずるか爲必要なる豫備の事實の完備することを宣明するものあり(中畧)然れども獨逸帝國憲法は皇帝に委するも此の任務を以てするときの裁判官も行政官も其の裁決すべき各箇の事件に當りて其の都度皇帝

の宣言を複審し又た複審の結果に従て之に矛盾するの宣言を爲すことを得べからざるなりと(全第五百五十七及五十八頁)

「ラーバンド」は其の持説を證明するか爲獨逸帝國中古の制度英國現行の國法及び佛國諸年代の憲法に就きて裁可並に公布の外は法律の審署の獨立して立法の一要素を成せるとを詳論せり然るに「ゲオルグ・マイヤー」の「ヒルト」年報(千八百七十八年分第三百七十二頁以下)に於て「ラーバンド」の引證したる諸制度に在ても法律の審署の其實裁可又の公布に外ならざるとを確證せり何れもせよ法律の審署を以て法律の憲法の規定に遵依して成立したることを公證するの目的を有するものとなすの憲法に特別の明文あるか又の立法の觀念よりして當然生ずるの結果なるに非されば余輩の決して承認すると能はざる所なり日本憲法は法律の審署に付て規定する所なし故に余輩は唯其立法の觀念より生ずるの結果なるを講究するの要を有するのみ」抑も法律の成立に至るは國家意志の成立と意志の宣明とを必要とす既に成立したる意志を正當に宣明するときには臣民は爾今必ず此の意志に服従せざるべからざるなり然れども正當に公布したる法律にして往々成立の手續當を得ざるか爲有効の

法律たる能はるることなきを保すくからず例へり獨逸帝國に於て聯邦參議院か其の議事に關する憲法上の規定に反して議決を爲したるか如きは是なり聯邦參議院の法律を裁可するの權を有す該院の議決にして無効なるときは法律の未だ裁可を経ざるなり裁可を経ざるの法律は法律に非ざるなり此の如く正式に公布したる法律にして或は眞の法律なるものあり或は眞の法律に非ざるものあり而して臣民の各法律の有効無効を自から一々審査せざるへからずとせり審査の難き法律の夥多なる臣民は殆んど遵依する所を知らざるの境界に陥らんとす故に國家は獨立の一機關ありて一たび法律の審査を遂げ其の正當の順序を経て成立したることを公證し以て臣民に適從する所を示すの最も有益の制度と稱することを得へし然れども是れ畢竟立法の理由なるのみ法律の觀念より當然生ずるの結果に非ざるなり正當に裁可を経て正當に公布したるの法律は假令國家機關の公証なきも固より遵由の効力を有するを妨げらるることなし「ラーバンド」の論據も亦た専ら獨逸帝國憲法の明文に在りと獨逸帝國憲法第十七條の皇帝に委するに法律を審署し及び公布するの權を以てせり「ラーバンド」の推論の要に曰く(獨逸國法第一卷第五百五十六頁以下)

獨逸帝國に於ては法律を裁可するの權は聯邦參議院に在り故に憲法第十七條か審署の權を皇帝に委するときは其の裁可と異なりたる行爲あること推して知るへし該條は又た審署と公布とを併記せり故に審署と公布とは全く別物なること亦た明なり審署の既に裁可に非ず又た公布にも非ざるときは法律が憲法に遵依して正當に議決及び裁可を経たることを公證するの外審署は他は國法上の効用と有すること能はざるなりと余輩は此に獨逸帝國憲法に就きて「ラーバンド」の論據の果して正確なるや否を論究することを爲さずと雖とも此の論據の専ら獨逸帝國憲法の明文に存するか故に直に之を取て日本の國法に適用すへからざるや明なり日本帝國憲法の法律を裁可し及び之を公布執行を命ずるを以て天皇の大權とせり然れども法律の審署に付ては一字の規定を設くる所なし余輩は元首か審署に由りて裁可を與ふることを論せり然れども是れ唯裁可を與ふるの方法たるに過ぎざるなり故に曲法律の審署を以て裁可並に公布より獨立する所の立法の一要素となし其の効用を以て法律の正當に成立したることを公證するに在りとするは日本の國法に根據を有せざるの説なり

前數項を論ずるか如く審署を以て法律の正當に成立したることを公證するは立法の觀念より生ずるの結果にも非ず又た憲法の明文より証明することを得べきものにも非ざるか故に「ラーバンド」の説の少くとも之を日本の國法に適用することを得ざるあり蓋し元首が審署に由りて裁可を與へんとするときは必らず先づ法律案の正當に帝國議會の議決を経たるや否やを審査するを要すること疑を容れず然れども此の審査は單に裁可を與ふべきや否やを決するの準備たるものにして決して裁可より分離すべきものに非ず又た國法上獨立の効用を有するものゝあらざるなり余輩の猶ほ後節に於て裁判官の法律審査權を論ずるゝ當り日本國法に於て別に法律の正當に成立したることを公証するの必要な所以を見るへし法律の公布せられざる間は元首は何時までも裁可を取り消すを得べきこと多數學者の説を同じくする所なり蓋し裁可は國家の意志を決定するの行爲なり國家の意志を宣明するの行爲に非ず未だ宣明せざるの意志は更に反對の意志を宣明するを要せずして何時たりとも之を廢止することを得へし換言すれば未だ公布せざるの意志は法律を以てせざるも之を廢止することを得べきなり抑も帝國議會の立法に

協賛す立法の方法に依らずして廢止するを得べきの意志を廢止するの帝國議會の協賛を要せざるなり故に君主は何時たりとも其の單獨の意志を以て未だ公布せざるの法律案を廢止することを得へし「エリネック」の説を爲して曰く（法律命令論第三百廿八頁）元首公布の命令を與ふるときは元首の復た其の單獨の意志を以て裁可を取り消すことを得ずと氏は此の説の充分なる論據を示さずと雖も余の解釋する所を以てすれば氏は法律と公布するの行爲を以て所謂法律の形式的効力の結果と認たるか如し元首公布の命令を與ふるときは國務大臣の直に公布の手續を爲さるへからず設し此の國務大臣の義務をして所謂形式的効力の結果ならしめり國家の意志の公布の命令を與へたるの時より法律の形式的効力を有するなり既に形式的効力を有するときの國家の意志は法律に由らずして之を廢止することを得ず故に元首は復た其の專斷を以て裁可を取り消すこと能はざるなり然れども余輩の見る所を以てすれば國務大臣が法律を公布するの義務を負ふは所謂形式的効力の結果に非ずして單に元首の與へたる公布の命令と遵行するの國務大臣奉行の義務より生ずるの結果なるに由るのみ抑も公布の命令は元首と國務大臣との關係に止り

純然たる政府機關の内事なり余輩は何か故に元首か其の一たる與へたる公布の命令を取り消すこと能はざるやを解する能はざるなり

裁可を與ふるは何れの時を以て限とするやの國法學上一の疑問なり「レンネ」の會規不連續の原則より立論して曰く裁可の代議會の次會期前之を與へざるへからず議會か一の會期に於て議決したる法律案にして次會期の前之裁可を得ざるべき此の法案の會期不連續の原則に依り次會期の開始と共に自から消滅に属すへし故に元首か同一の法案を裁可せんとせし更に議會に提出して其の協賛を得ざるへからずと(李滯西國法第一卷第三百九十二頁より意譯す氏は猶ほ實際の利害により其の持説を辨護す)然れども會規不連續の原則の單に議會を於て議決を終らすして閉會に至りたる場合に限りて之を適用すべく(議院法第三十五條)議會の既に議決したる法律案の決して會期の更新したるか爲消滅に属すへきものに非ず故に會期不連續の原則より裁可を與ふるの時期を推論するは余輩の同意すること能はざる所なり

「ケオルグ・マイヤー」及び二三の學者の説を爲して曰く法律の規定事項の唯其の公

布の當時成立する所の國會の議決に基き之を命令することを得へし故に裁可を與ふることを得べき時期の國會の改選に由りて終るものなりと「マイヤー」獨逸國法第四百六十四頁)然れども此の意見の帝國議會の國家機關たるの性質に矛盾するものなり國家機關の行爲は決して其の在職者の交迭に由りて無効に属することなし例へば國務大臣の發したる省令の大臣の交迭したるか爲無効となるものに非ず裁判官の判決は判事の轉任に由りて効力を失ふものに非ざるなり議會の議決も亦た此の如し一旦正當に議決したるものは議員の交代ありたるか爲無効となることなし故に議會を解散したる後に至りて法律案を裁可するも決して憲法に抵觸するものに非ざるなり

日本憲法の裁可を與ふるの期限に關して規定する所なし而して此の期限は裁可又は協賛の性質より推論するを得ること前二項を論ずるか如し故に日本憲法に依れば帝國議會か法律案を議決したる後何年を経過するも毫も元首か裁可を與ふるに妨なきなり議院法に此の疑點に關して憲法を補足するの規定を設けたり其の第卅二條に曰く兩議院の議決を経て奏上したる議案にして裁可せらるゝものは次の

會期までに公布せらるへしと本條は其の行文亦た頗る當を得たりと謂ふへし蓋し裁可を與ふるの時限を一定するときは此の時限の後に於て既と與へたる裁可を取消すこと能はらしむるを必要とす裁可を與ふるの時限を定むるも後と至りて之を取消すことを得へくんは毫も時限を一定したるの實効なかるへし余輩は既に元首か法律の公布前に於て何時にても裁可を取り消すを得へきことを論せり故に裁可を與ふるの時限を一定するは法律を公布するの時限を一定するの外なしとす議院法の規定の極めて當を得たるものなり

法律は國家の命令なり國家意志の宣明なり故に裁可も由りて確定したる國家の意志は外部に對して之を宣明せざるへからず此の宣明なき間の國家の意志の存在することを得へきも法律の決して存在すること能はざるなり國家の意志を宣明するの行爲を公布とす公布の時即ち法律の始めて成立するの時なり「シュルツェ」の曰く(獨逸國法第一卷第五百廿六頁)法律の裁可に由りて完成し而して後之を公布するか如きものも非ずして公布も由り始めて完成し始めて法律となるものなり公布の法律の成立に必要な一元素なりと

法律の公文式第十條に依り官報を以て之を公布す而して法律の施行期限の審署の日付に依らずして公布の日より起算するか故に官報には必ず發兌の年月日を明記せざるへからず又同一の法律の二箇の公布月日を有するを得ざるか故に一の法律を數日の官報と連載することを得ざるなり

第六節 法律の施行期限

前節に論したるか如く法律の公布の日を以て成立す然れども其の實効を生ずるの時期は成立の時期と異なることを得へし若し憲法・法律に特別の規定なきときは余輩の法律か其の成立即ち公布の時より直に實効を生ずることを推論せざるへからず然れども公文式の一般の規定を設けて法律の施行期限を一定せり該條の文に曰く凡そ法律命令の官報を以て布告し官報各府縣到達日數の後七日を以て施行の期限となす但官報到達日數は明治十六年五月二十六日第十四號布達に依ると其の他北海道・沖繩縣及び島地に於ける法律の施行期限並に天災時變に由り官報の到達遲延したる場合に關しては公文式の特別の規定を設けたり第十一條及び第十二條是なり

此の如く公文式中法律の施行期限は關するの規定に専ら之を内國に適用すべく而して之を在外の臣民に適用すべからず故に國家の疆域外に於ける施行期限の一般の法理に據りて之を定むるの外なしとす蓋し國權の發動の國疆内に限りて實効を生ずるを常とす「ツォルン」は説を爲して曰く法律の強制なくして存在することなし國家の強制權の國疆の外に及ぶを得ず(例外的場合を除きて)故に一國の法の在外の臣民に對して其の効力を及ぼすものに非ざるなり(獨逸國法第一卷第百一頁より意譯す)余輩は此に強制の果して法律の觀念に必要なるや否を論究するの餘地を有せず然れども強制を以て法の觀念に必要なりとするときは憲法の一部及び國際法の法に非ずして單に道德上の教訓に過ぎすと謂はるべからず何となれば元首を強制して憲法を遵守せしむるの權力の國家の内部に存在することなく國家をして國際の義務を充たさしむるの強制權は此の世に存在せざればなり余輩の見るところを以てすれば此の二箇の事實に對して「イエリング」も終に其の強制法規説を辯護すること能はざるか如し故に法の其の遵奉を強制するの傾向を有すと謂ふを得べし然れども強制なきの法は法に非すと謂ふを得ざるあり

抑も臣民が國權に服従するに單に國家の疆土内に在留するの事實に基くもの非す故に臣民の外國に在留するものに對しても國家の駐在國の國權と抵觸せざる限其の國權を行用することを得べし例へば國際の條約に由り外國が自から其の國疆内に於て領事裁判權を認むるときは此の條約に由り領事裁判權を得たる國家の外國の領土に於ても自國の臣民に對し國權を行用するを得ること疑を容れず此の如き特別の條約なき場合は於ては國家は外國の領土内に於て法律と強制するの權なしと雖も單に在外の臣民に對して命令するに敢て外國の國權を侵害するものに非ざるか故に國家の毫も命令を與ふるを妨げらるゝことなし例へば在外臣民取締の法律を設くるか如き是なり

前項に論ずる如く國家が在外の臣民に對して遵由の効力を有するの法律を發するときは此の法律の何れの時を以て施行の期限となすべきや或は曰く此の如き法律の在外臣民が現に法律を認知し又は認知するの機會を得たるの時を以て施行の期限とすべしと此の説に依るときは在外臣民に對する施行期限は各人に付て一々相異ならざるを得ず又た或は法律の全く効力を生ずること能はざるの場合あるべし

し是れ余輩の同意すること能はざる所なり余輩の見る所を以てすれば此の疑點に關して「ラーバンド」の意見最も當を得たり氏の曰く（獨逸國法第一卷第五百八十八頁）此の如き法律に於ては必ず其の實施の期限を定むるを要す若し法律に一定の期限を定めざるべきは先づ幾干日を以て外國に官報の到達するを得るやを計算し此の時日に加ふるに内國に行はるゝ所の十四日の日限を以てせざるべからずと此の説頗る公文式の精神に適合するものと謂ふべし公文式に依るときは北海道廳沖繩縣及び島地に於ては官報の道廳縣廳又は島地の郡役所へ到達したる後第八日目を以て施行期限とす故に外國に於ける施行期限を定むるに官報の實際到達し得べき時日と七日の日限とを合算するは即ち北海道沖繩縣及び島地に關するの規定を以て外國に準行するものに外ならざるあり官報が外國へ到達することを得べき時日を計算するに當りては亦た天災時變より延着すべき事由の有無を審査せざるべからず之に反して官報が現に該地に到達したるや否在外の臣民は官報を見るの機會を有したるや否又た臣民は現に法律を認知したる否に敢て之を問ふを要せず唯官報が期限内に該地に到達することを得べきの事實あれば則ち足れり内國に於

ても多數の人民は概ね官報を見るの機會を有せず又ハ能力を有せざるものなり然れども官報が各府縣廳に到達することを得べき一定の期限を経過すれば法律に一定の週日の後に至りて直に遵由の効力を生し復た臣民が法律を認知するの機會を得たるや否を問ふことなし在外臣民に限りて特別の利益を有するの理由は決して之れ有らざるなり

以上論ずる所は普通の條規にして法律が自から特別の施行期限を明言又ハ默認せざる場合に限り適用すべきものなり法律に其の明文に由り公布の即日を以て施行期限とすることを得べし保安條例の如き是なり法律に施行を數年の後に期することを得べし民法の如き是なり法律に一定の事實の生ずるを以て施行の期限となすことを得べし憲法の如き是なり（憲法に第一期帝國議會の開會と共に實施す）法律の施行期限の又た他の法律を以て之を定むることあり其の確定を命令に委任することあり故に法律は施行期限の確定せざる前既に廢止を屬することあるべし法律が自から明文を以て施行の期限を確定することなきも其の大體の性質及び前後の關係より一定の期限を推測することを得べき場合あり明治廿三年の商法延期

に關する法律の如き其の一例なり設し此の法律をして公文式の施行期限に依らしめは商法の既に其の前實施の効力を得へし抑も商法延期の法律の商法の實施を延期するを以て其の目的とす既に實施したる商法を停止するを以て目的とするものに非ざるあり故に商法延期の法律をして明治廿四年に入りて始めて實施の効力を得せしめり全く此の法律の目的を無効たらしむるの結果を生すへし是れ豈に立法者の意ならんや此の如く商法延期の法律の公文式の規定を適用すへからず而して法律の遅くも商法實施の前に施行せざるへからざること明かりと雖も其の公布の日より商法實施の日即ち(明治廿四年一月一日)に至るの間何れの日を以て施行の期限とすへきや法律に規定なく又た立法者の意志を推測するも由なきか故に余輩の一般の原則に従ひ法律成立の時日即ち公布の日を以て其の施行の期限と認むるの外なきなり

施行期限は必ずしも法律の全部を通して同一なるを要せず法律は明文を以て其の一部の爲に特別の施行期限を定むることを得へし例へは會計法の如き是なり其の第三十二條より曰く本法の條項帝國議會に關涉せざるもの明治廿三年四月一日よ

り施行し其の關涉するものは帝國議會開會の時より施行す決算に係る條項は帝國議會の議定を経たる年度の歳計より施行す

法律の明文なき場合に於ても條項の性質上他の條項に先たちて施行するを要するものあり重要な法律に在ては概ね其の施行の準備に關するの規定を設くるを常とす此の如き規定は其の性質上他の規定の實施前に之を施行せざるへからざるなり故に法律中其の全体の施行期限を定むるものあるも此の期限の之を準備に關するの條項に適用することを得ず是等の條項には通常公文式に定むる所の普通の施行期限を適用すへし何となれり公文式の規定は法律の明文又り精神より特別の施行期限を認むること能はざる場合に普ねく適用すへきものなれりなり若し法律の全部公文式に定むる所の施行期限に依るときは準備に關する條項の既に其の前之を施行せざるへからざるか故に普通の施行期限を適用することを得ず此の場合に於ては法律の成立即ち公布の日を以て實施の始となさるへからざるあり前數項に論したるか如く法律は自から其の施行の期限を定むることを得へし此の期限は或は公布の日と同じきことあるへく或は一定の事實の生したる時を以てすること

あるべく又た或の數年の後に在ることを得へし唯法律の公布前の時日を以て其の施行期限と爲すを得ざるのみ抑も公布の法律の成立に欠くへからざる一要素なり公布の前に在ての法律の未だ成立せず而して法律の成立の前は於て効力を有し得へきの理なし効力を有し得へきの理なきに効力を有せしめんとするの立法者の力と雖も亦た及はざる所なり若し夫れ立法者の法律に與ふるに既往に溯るの力を以てするを得へきや否は自から別箇の問題に屬し余輩は敢て此の間に對して然りと答ふるに躊躇せざらんとす余輩の見る所を以てすれに既往に溯るの効力とは法律の公布前既し遵由の効力を有するの謂ふ非ずして單に裁判官が既往の事實を裁判するに當り新法か此の事實の生したる當時未だ遵由の効力を有せざりしとも拘はらず新法を適用して判決を下すべきことを命ずるの謂ふ外ならず是れ固より人力の及はざる所に非ざるなり抑も立法者の權力の自然の理勢の許す限無限にして及はざる所なし故に立法者が法律に與ふるに既往に溯るの効力を以てするを得へきは多言を待たずして明なり法律の既往に溯らすとの原則の畢竟解釋の法則に過ぎざるものにして決して立法者を束縛するの力を有するものに非ず而して此の解

釋の法則も亦た敢て全く例外を容れざるものに非ざるの蓋し概ね人の知悉する所にして且本節の論題外に出づるを以て余輩に此に之を詳論せざるへし

第七節 法律の廢止

法律の國家意志の宣明なり故に唯能く國家意志の宣明に由りて之を廢止することを得へし法律の最強の効力を有する國家の命令なり故に通常唯能く最強の効力を有する國家の命令即ち法律を以て之を廢止することを得へし殊も余輩の慣習法を以て法律を廢するの力あるものとなすこと能はざるなり

慣習法が効力を有するの理由は法學の一疑問にして之か確答を得ること頗る難く二三の學者の其の解答を拋棄せり例へば「デンプブルヒ」の如き是なり獨逸普通の學說に依るときは凡そ現行法の終局の淵源の國民の道理心に外ならず此の道理心は直接に法を生ずることを得へく或は間接法を生ずることを得へし間接に法を生ずるの方法は立法にして直接に法を生ずるの方法は慣習なり(「ウィンドシャイド」に據る)故も普通の學說に依るときは成文法も慣習法も共に同一の淵源も出て、現象を異にするものたるに過ぎず而して其の効力を有するの根據に於ては兩者相異なる

る所なし然れども余輩の見る所を以てすれの法律を以て國民の信認を宣明するものとなすは全く一の假説に過さるなり抑も國權は最高の權力なり法律か遵由の効力を有するは其の道理に適合し國民の信認するか爲に非ずして其の國家權力の發動なるか爲なり故に法律は全く國民一般の思想に反するの法を定むることを得べく又た一般人民は新定の法律に關し何等の思想をも有せざることあるへし法律は常に正理と國民の希望とに由りて定まるものに非ずして往々單に實際の便宜の爲にするものあり又唯極めて少數の學者の外に了解することたも難きものあり何れの場合に於ても法律は國民一般の思想と適合せざるか爲効力を失ふことなし立法者は固より社會の外に在らずして其の内に在り而して多少當時の社會を表するものなること疑を容れずと雖ども國民の思想は獨立立法者に存するものに非ず而して立法者の常に國民の信認する所を敬崇し之を宣明することを得るのみならず亦た能く國民の思想を指導し及び之を誘起するふとを得へし(「ガライス」普通國法第九頁以下及び「ペーラウ」メクレンブルヒ民法第一卷第二百七十四頁以下参照)或は又た説を爲して曰く慣習法の其の慣習なるの事實のみに由りて遵由の効力を

有するものも非ずして國家か之を認定し之に與ふるに遵由の効力を以てするか爲め始めて法の効力を有するものなりと國法學者中「ザイデル」此の派に屬す然れども憲法か明文を以て國家の命令を發するの機關方法及ひ命令の種類を確定したるときは余輩は其の他も於て國家の命令あることを認むること能はざるなり憲法の國家の命令を分ちて法律命令の二種とせり命令の範圍に屬せざるものも總て法律を以て之と定めざるへからず帝國議會の協賛を経して之を規定するを得ざるなり法律又は命令を以てせずして默認に由り國家の命令と下すか如きの憲法の認めざる所なり(「ウインドシャイト」)故に慣習法の効力を以て法律と同じく國家の意志に基づくとなすの説は未だ正理を得たるものと稱することを得ず法律か遵由の効力を有するは其の國權の發動なるも由り慣習法か遵由の効力を有するは其の國民の信認する所にして久しく慣習となりたるの事實に由る効力の因由する所二者全く相異なれり國家の權力の既屢論したるか如く最高の權力なり國家の命令にして一たび發したるときは立法各機關も行政官廳も裁判官も臣民も皆均しく之を遵奉せざるへからず臣民及び官廳は法律を背反するの權利を有せざ

るか故も亦た法律に背反するを以て慣習となすの權を有することなし法律に遵由せざるの行爲は違法の行爲なるか故に法律に遵由せざるの慣習の違法の慣習なり違法の慣習は法も非ざるなり然れども法律は事情の變更に由り其の規定の目的を失ふことあるへし抑も法律は其の明文に規定する所の事實の外凡て現在の政体社會の情態を以て必要の條件となすものなり此の條件にして變更するときは明文に定むる所の事實は依然として存在するも復た此の法律を適用すへからざる場合を生ずることあるへし何となれば始より立法者の政体及び情態の全く變遷したる社會よ於て此の法律を適用するの意志を有せされはなり例へば徳川政府の發したる法律にして封建制度の存在又ハ士民の階級等を以て必要の條件となしたるものあるも復た之を今日に適用すへからざるか如し「ラバード」の曰く(獨逸國法第一卷第五百八十一頁)慣習法の法律を廢止する効力の結局法律の解釋に歸着し法律か自から適用せらるゝを欲せざるの事件には此の法律を適用すへからすとの原則と結果を同じくすと

法律か其の明文に由り慣習法を以て之を廢止することを禁ずるときハ勿論此の如

き明文なきも慣習法の法律の之を許す場合を除くの外法律を廢止するの効力を有することなし「エリチツク」の立法者か法律に於て慣習法に由り之を廢止することを禁ずるを以て事實能ハざることを命ずるものなりとせり(法律命令論第三百三十六頁)氏の明に其の論據を示さすと雖も慣習法の成立は自然の理勢にして立法者の意志を以て左右するを得べきものに非すと云ふは蓋し其の唯一の論據たることを得べきものあるへし果して慣習法は人力を以て左右すへからざる天然理勢の結果ならは法律を以て慣習法を廢止變更するも亦た天然の理勢に反するものにして人力の及ばざる所なりと認めざるを得ず是れ蓋し何人と雖とも首肯すること能はざる處なるへし

法律を廢止するハ必ず直接又ハ間接に法律を以てせざるへからず直接に法律を以て法律を廢止する場合は左の如し

(一)法律を廢止するか爲特に發したる法律 此の如き法律は其の廢止すべき法律より後に公布したるものなるを要すること言を待たず未だ公布せざる法律を廢止するの法律は事實能ハざることを命ずるものなるか故に始より効力を有せざるなり

(二) 反對の規定を有する後の法律 後の法律は必ずしも前の法律を廢止することを明言すると要せず若し其の規定する所にして前の法律に反對するとき前の法律中後の法律に反對するの規定は自から廢止に屬すること人の普く認むる所なり法律の前後は公布の前後に由り施行の前後に由らず故に後より公布したる法律の前に公布したる法律を廢止するを得べく而して其の施行期限の孰れか前後なるを問はざるなり

間接に法律を以て法律を廢止するは法律自己の性質又は明文に基き一定の事實又は立法外の國家行爲に由るものなり其の類概ね左の如し

(一) 法律の目的たる物件又は事件の消滅したるとき 此の場合に各箇現實の事件を規定する所の法律に多しとす事情の變更より法律の規定事項を實行する能はざるに至りたるときも亦た此の場合に屬す

(二) 法律が自から其の効力を保有すべき期限を定めたる場合に於て此の期限の到達したるとき法律の目的を完了したるとき解除條件(即ち云々の事實を生ずる迄は法律は効力を保有すべきことを定むるもの)を有するの法律は在ては其の條件たる事

件を生じたる。とき停止條件(即ち云々の事實を生じたる。とき)は法律は効力を生ずべきことを定むるもの)を有するの法律に在ては其の條件たる事實を生ぜざる。とき

(三) 法律の自から其の廢止を命令に委任することを得へし此の如き委任は無條件なることあり條件を有することあり條件なき場合には命令權を有する國家の機關は何時にても命令を發して法律を廢止することを得へし其の條件ある場合にハ條件たる事實の生じたるに及んで始めて命令を以て法律を廢止することを得然れども此の場合に前項より擧げたる解除條件を有するの法律と混同すべきものに非ず前項の場合に於て條件たる事實を生ずるときハ法律は自から廢止に歸すと雖ども本項の場合に於ては事實の生じたる後命令權を有するの機關が法律を廢止するの意志を宣明すること必要とす

(四) 法律の一定の時期に限り又は一人若しくは數人に對してのみ之を廢止することを得へし免除及び停止是より法律の免除とは一人又ハ數人の爲に法律の適用を廢するを云ふ其の目的は一人又ハ數人の爲に法律の禁する所の行爲を許容するに在り法律の停止とは全國又ハ一部に對し一定の時期に限り法律の効力を停止するを

云ふ停止も免除と同じく違法の行爲を以て停止の間に限り依法の行爲と爲すものなり法律の免除及び停止の共に法律の定めたる秩序の一部を變更するものなるか故に法律を以てするか又は法律の委任に基づくの命令又の處分令を以てするに非されし之を行ふことを得ず憲法第三十一條の戰時又の國家事變の場合に關し重要な停止權を認めたり

(五) 罪人の恩赦も亦た法律適用の一部を廢するものなり國家は法律の規定に依り一定の行爲を處罰するの權利を有す恩赦は即ち國家が各箇の場合に於て自から此の權利を拋棄するの行爲なり其の一種類の犯罪を包括するものを大赦とし各個人に付て刑罰を赦すものを特赦とし刑罰を輕減するものを減刑とし失ひたる公權を還與するものを復權とし判決前刑事訴追を廢棄するを廢訴とす恩赦は背法の行爲を以て依法の行爲となすものに非ずして背法の行爲より生ずべき法律上の効果を廢棄するものなり例へは大赦は國事犯を以て正當の行爲となすことあく單に刑事訴追又は刑罰の執行を廢止するに過ぎず是れ恩赦の免除及び停止と異なる所なり大赦特赦減刑及び復權を命ずるの憲法第十六條に依り元首の大權に屬す獨廢訴即ち

判決の前に刑事訴追を廢棄するは憲法上元首の大權に屬せざるか故に法律を以てし又は法律の委任に由るゝ非されし之を行ふを得ず唯大赦の場合に於ては未決の犯人も共々恩赦を受くるに非されし其の目的を達すること能はざるか故に大赦の亦た自から廢訴を包含すること疑を容れざるあり

恩赦は或る場合に於て法律の嚴峻を失し情狀を曲悉せざるの欠點を補ふか爲にするものなり其の目的は單に犯人の利益の爲にするにあらずして主として國家法政の公正を得んことを求むるに在り故に犯人は恩赦を受くるを拒むことを得ず唯廢訴の場合に於ては或る判決前訴追を廢棄したるか爲嫌疑を解くゝ由なきの場合なしと謂ふへからず故に廢訴に對しては被告人をして之を拒むの權を有せしむるに頗る當を得たるの規定なるへし然れども法律の明文なきとき余輩は廢訴も被告人の拒否に關係せざることを斷定せざるへからざるなり

第三章 命令

第八節 總論

既に第一章に論じたる如く命令の其の規定事項に於て法律と異なることなし命令も亦た國家の命令なり國家意志を宣明したるものあり故に命令の成立の國家意思の成立と成立したる意思を宣明するの行爲とを要す唯命令の命令者の外他の機關の協同を要せざるを例とするか故に法律案の提出及び議定に付て論じたる所は之を命令に適用すべからずと雖も法律の裁可審署公布施行期限及び廢止に關するの法則の亦た均しく之を命令に準行することを得故に余輩の本節に於て單に命令に關し特に注意を要するの事項を説くを以て足れりとすへし

命令を裁可するものは命令權を有する所の國家機關なり故に勅令を裁可するもの元首にして閣令省令府縣令を裁可するもの國務大臣府縣知事なり(裁可なる語の元首の決裁に限りて用ゆるを常とすと雖も大臣知事等の決裁も國法上性質を同じくするか故に暫らく同一の語を使用す)命令は或は上司の訓令に由りて發する

ことあるべく或は他の機關(例へば地方代議會)の協同を要することあるへしと雖も裁可を與ふるものは何れの場合に於ても命令權を有するの機關なり命令を裁可するの行爲は法律の場合と同しく成案を審署するに在り

命令を公布する方法及び命令の施行期限に關し別段の規定なきときは命令者の自から定むる所に依るものと認めざるべからず公文式は命令に付ても法律に關するものと全く同一の規定を設けたり然れども府縣令及び郡長島司の發する警察規則に關しては地方官々制に特別の規定あり第十條第二項第四十九條但書第五十七條一項是なり警察令に付ては特別の規定なきか故に公文式の規定に依らざるべからず何れの場合に於ても施行期限は先づ各命令の特々定むる所を依るを要す而して命令中特別の規定なきに當りて始めて普通の規定を適用すへし

命令の廢止は法律を以てすることを得べく又命令を以てすることを得へし而して法律又は命令を以て命令を廢止するは必ずしも廢止を明言することを要せず唯其規定する所の相撞着するの事實を以て足れりとす下班官廳の命令は常に同等の命令に由て廢止するを得るのみならず又上班官廳の命令に由て廢止に歸するこ

どあり之を反して下班官廳の命令が上班官廳の命令を廢止することを得るは法律又は高等の命令か明に之を許すの場合に限れり其の他慣習法を以て命令を廢止するを得ざるの法律と異なることなし何となれば命令も一定の範圍内に於ては家國の意思たるの力全く法律に均しければなり

命令の効力を失はしむるの行爲にして廢止と異なるものあり命令の取消是なり抑も上司は行政の統一を保つか爲下司を監督するの權利義務を有す故に下司の發したる命令にして行政の方針に撞着するものあるときは上司は下司に訓令して其の命令を廢止せしむることを得へし此の場合に於ては命令の廢止は上司の訓令に原くと雖ども臣民に對して廢止の効力を生ずるの命令者か自から廢止の命令を發したるの事實に因るか故に毫も普通の廢止と異なることなし然れども上司は下司に對して廢止を訓令することを得るのみならず亦た直に下司の命令を取消すことを得へし是れ地方官々制第十一條第五十條第五十七條第二項か府縣令並に島司及び郡長の發する警察規則に關し規定する所なり

取消の既往に溯りて命令を無効とするものに非ずして(法律命令を反するか爲始より

り命令の無効ある場合は格別とす此の場合に於て取消の命令は單に誤謬を防ぐか爲の處分に過ぎるへし單に將來に向て其の効力を廢するものなり此の點に於ては取消も廢止と全く結果を同じくす然れども上司か下司の命令を取消すは舊來其の將來公益に反することあるへしか爲のみに非ずして其の始より行政の方針を反し下司の宜しく發すべきものに非ざるか爲なり故に上司か下司の命令を取消するとき其の目的は將來に向て命令の効力を廢すると共に此の命令を由りて廢止に歸したる舊來の命令をして再び効力を得せしむるに在り是れ取消の廢止と異なる所なり廢止の場合に於ては廢止したる命令に由り曩に廢止に歸したる命令は再び効力を得ることなし(前者の目的單に後者を廢止するに在るときは格別とす此の場合に於ては前者を廢止するときは後者の自から再び効力を得へし是れ命令者の意志の解釋より生ずるの結果なり)と雖ども取消の場合に於ては取消したる命令に由りて曩に効力を失ひたる命令の取消と共に再び効力を得へし例へば明治廿四年に發布したる府縣令に由り明治廿三年の府縣令自から廢止を歸したりとせん今若し明治廿四年の府縣令を廢止するとき明治廿三年の府縣令を爲に再び効力を得ることなし

し之を反して明治廿四年の府縣令を取。消。す。と。き。の。明。治。廿。三。年。の。府。縣。令。は。取。消。と。共。に。再。ひ。効。力。を。得。る。な。り。

取消は上司か下司を對して其の監督權を實行するものにして上司か臣民に對して有する所の固有の命令權を發動するものに非ず其の性質の元首か下司に委任したる命令權を各箇の場合に於て上司元首を代て直に。(即ち下司の手を経ずして)實行するに在り上司の發したる取消の命令は上司か下司の地に立ちて其の命令權を實行したるものに外ならず故に取消の命令は上司か固有の命令權を實行するに當て適用すべき公布の式を以て發布するを要することなく下司の命令に適用すべき公布の式に依り下司の管轄區域内に公布するを以て足れりとす

命令の諸種の論點より之を分類することを得へし數多の學者の命令の法規を定むるや否を從ひ法規命令と行政命令とを區別す余輩は既に第一節に於て説明したるを以て此に之を再言せざるへし命令は又た機關の差異に由りて勅令閣令省令府縣令等の數種を類別することを得然れども此の區別の單に機關の別に基き其の班列の上下に由りて効力を異にするものにして性質を於て相異なる所あるに非ず從て

國法上重要な分類に非ざるなり

命令の憲法上當然元首に屬する所の命令權に基くものあり又た法律の特別の委任に由るものあり憲法上の命令權に基くもの命令中に於て余輩は緊急命令、行政命令、執行命令の三種を區別することを得へし余輩は本章に於て逐節是等各種の命令に付て論究する所あらんとす

第九節 緊急命令

憲法第卅七條は法律の凡て帝國議會の協贊を経へきことを規定せり余輩は又た第二節に於て如何なる事項の必ず法律を以て規定せざるへからざるやを論究せり然れども國家及び國民には萬一の災厄なきこと能はず而して此の災厄は或は法律に由るに非ずして之を除くこと能はざるものあるへし此の場合に於て法律を發して災厄を除くか爲必要なる處置を爲すの固より憲法の常規を從ふものなりと雖ども立法の機關の運轉の遲緩なるを常とするか故に往々目下焦眉の急を應ずる能はざることなきを保すへからず然れども憲法に特別の明文なきときは命令を以て憲法上法律を要するの事項を規定するの如何なる緊急の需要を由るを論せず總て

違憲の事たるを免れず而して唯能く責任解除法律（レゾルーション・オブ・リスペクティビリティ）の發布に由て違憲の状態を改むることを得へし是れ實に英國國法上の慣習あり日本憲法は始より國家の變災（ディザスター）に備ふるか爲特別の規定を設けたり其の第八條に曰く天皇は公共の安全を保持し又其の災厄を避くる爲緊急の必要に由り帝國議會閉會の場合に於て法律に代るべき勅令を發すと故も元首が第八條の事情を生したるも由り緊急命令を發するは憲法上の權利を實行するものにして憲法違反の所爲を行ふものも非ず又た責任解除法律を以て違憲の情態を醫することを要する場合に非ざるなり

緊急命令を發するは左の數箇の事情あることを要す(一)災厄又ハ安全に對するの危険あること、緊急命令ハ單ハ危険又は災厄を除くの消極の目的を以て發することを得へし積極ハ公益を進捗するの目的に出づることを得ず故も國家の利益を進むるか爲最好の機會ありて迅速ある處分を施すに非れハ忽ち此の機會を失ふの恐むる場合と雖ども元首ハ緊急命令を發するの權を有せざるなり(二)公共の安全ハ對するの危険又ハ公共の災厄あること、緊急命令を發するの理由たる災厄及ハ危険ハ必ずしも國家の全部ハ關するを要せず其の單に國家の一部又は社會の一階級に

關するるときと雖ども元首ハ緊急命令を發することを得へし然れども公共の安全ハ公共の災厄と謂ふときは其の國民の全部又ハ不定數の人民に關するを要す一人又ハ數多の特定したる私人の爲め緊急命令を發するは其の間接に國家又ハ公衆の安全に關する場合の外憲法の許さる所なり(三)危険又は災厄を除くの爲緊急命令を發するの必要ありしこと、若し危険又は災厄にして現行法律の範圍内に於て普通の行政處分に由り除くことを得へきものなるときは元首ハ緊急命令を以て法律に代るの規定を設くることを得ず(四)緊急命令を發するの必要は緊急なること、憲法ハ緊急命令權を設けたるハ立法の方法に由り焦眉の急を救ふこと能はざるの恐われハなり故に次期帝國議會の開會を待て徐に處分の方法を定むるを得るの場合に於てハ固より緊急命令を發するの理由なしとす(五)帝國議會閉會中なること、緊急命令を發するの權は特に帝國議會を召集して立法の手續を履行するの遲緩として緊急の必要に應ずこと能はざるに由るものなり故に帝國議會の會期中には固より緊急命令を發するの理由なきなり閉會中とは前會期閉會又は解散の時より次會期開會迄の間を謂ふ議員召集に應じて集會するも開會の命なき間ハ猶ほ閉會中とす(議

院法第五條參照)議會開會に至らざるの理由の固より問ふ所に非ず故に議員の召集に應ぜざるとき又は内外の情形に由り議會を召集すること能はざるときに緊急命令を發するを得るの事情あること言を待たざるなり

以上列擧したる諸種の要件として悉く具備するときは元首は法律に代るの勅令を發することを得緊急命令權の範圍は頗る廣濶にして事項の性質上公共の安全を保持し又は公共の災厄を避くるか爲必要なること能はざるものを除くの外單に普通の立法と同一の限界を有するのめ緊急命令權の唯一の限界は憲法の規定なり日本憲法第八條に緊急命令の憲法に抵触すべからざることを明言(例へば普漏西憲法第六十三條の如く)せずと雖ども此の法則に憲法の性質及び憲法第四條の明文より自から生ずるの結果なり四條は元首が憲法の規定に依り統治權を行ふべきことを規定せり緊急命令は統治權の發動あること固より言を待たず故に憲法の規定に抵触するの緊急命令の憲法を變更するの効力を有することを假定するに非されは決して其の正當の命令あることを認むる能はざるなり緊急命令は果して憲法の規定を變更することを得るや否是れ余輩の更に論究すべき所なり

憲法は法律を以て變更するを得へし而して緊急命令は法律に代るものなり然れども憲法を變更するの法律に特別の要件を具へざるべからず此の法律に勅令を以て議案を提出し兩議院各議員三分二以上の列席に於て三分二以上の多數を以て可決したるものなることを要す憲法の憲法變更の法律を通常法律より區別し其の制定は通常法律よりも慎重謹嚴ならんことを欲するものなり今設し緊急命令を以て憲法を變更することを得へしとするときは憲法變更の法律と通常法律とを區別し及び通常の立法事項に對して憲法の變更には一層の慎重を加へんとするの意志の之を貫徹するに由なかるべし何となれば此の場合に於ては法律の變更と全く同一の方法(即ち緊急命令)を以て憲法を變更することを得へければなり且設し緊急命令を以て憲法を變更することを得へしとせば元首は緊急命令を以て帝國議會の協賛權を廢し其の毎年の召集を廢し甚たしきは全く其の成立を廢することを得へし抑も緊急命令の次會期に於て議會の承諾を得ざるに非されれば政府之を廢止するの義務を負ふことなく其の廢止に至る迄に憲法上當然効力を有す而して余輩の假設したる場合に於ては復た帝國議會の次會期なるものなき故に政府の緊急命令を廢

止するの義務を負ふべき場合を生ずることなし又た緊急命令の猶ほ一層簡便の方法を取り直に憲法第八條第二項即ち事後承諾に關するの規定を廢することを得へし果して然らば元首は正當の手續に由り專斷に憲法の廢改を確定するの權利を有するなり故に憲法の緊急命令を以て憲法を廢改するを許さざるものなること蓋し何人ど雖とも疑を狹むものなかるへし

憲法の範圍内に於て法律の規定し得べきものは如何なる事項と雖ども(公共の安全を保ち災厄を除くか爲必要なる限は)緊急命令を以て規定することを得ざるなし緊急命令は刑罰を定むることを得べく人民の自由を束縛することを得べく人民の權利を制限することを得へし憲法に於て法律を以て定むべきことを規定するの事項と雖ども緊急命令と以て之を定むるに妨なし憲法第八條の法律に代るべき勅令を發すと謂へり而して如何なる法律は勅令を以て之に代ふること能はざるやを定めず故に單一の法律を以て定むるを得るの事項は皆緊急命令か法律に代て定むるを得べきものなることを認めざるへからず是れ何人ど雖ども第八條明文の解釋に關して疑はざる所あるへし唯或の第十八條、二十條、二十一條等に於て一定の事項は必ず

法律を要することを特定したる立法の理由より立論して此の解釋に反對するものあるべきのみ

「シュルツェ」は曰く(字滯西國法第二卷第二百卅四頁以下)立法者の意志の臣民の利害に緊切なる一定の事件の決して其の代議士の協賛を経ずして規定せらるることなしとの保障を臣民に與へんとするに在り設し是等の事件に關しても非常命令權を適用することを得べくんば此の立法の理由は全く廢滅を歸すべしと然れども普通の場合に於て代議會の協賛を経ずして規定することを禁ずるの目的は必ずしも憲法か法律を要することを明言したる場合に限りて存在するものに非ず憲法か法律を廢改するは必ず法律を以てすべきことを默認し又命令權の範圍を定めて其の發動の區域を限界するとき一たび代議會の議定したる法律の廢改又は命令權範圍外の事項の代議會の協賛を経ずして規定せらるることなしとの保障を與ふるものに外ならず若し「シュルツェ」の推論をして正當ならしめり緊急命令は全く之を發するを得るの場合なかるへし「シュルツェ」は決して代議士の協賛なくして云々と言へり是より見て氏は憲法中法律を要する事項を特定するの條項を以て緊急の

場合。に。於。て。も。命令に由り之を規定することを許さるの目的を有するものとし此の論據あり緊急命令權の是等事件に及らざることを證せんとするか如し是れ即ち憲法の目的の緊急命令を以て一定の事件を規定することを禁するに在るか故に緊急命令を以て是等の事件を規定することを得すと謂ふに異なることなし然れども憲法が果して緊急命令を禁するの目的を有するや否は正に余輩の講究すべき論點なるに非ずや「シュルツェ」の推論は明に循環の推理なり單に法文の解釋を斷定するものにして之を證明するものに非ざるなり

緊急命令の普通の法律に代りて之を得しと雖も特別の要件を有するの法律に代はるとを得す例へは憲法變更の法律の如き是あり今若し普通の法律に於て此の法律の將來特別の要件を充たしたる(例へは兩院議員三分二以上の多數を以て可決し又の二回の決議を経たるの類)法律を以てするに非されは廢止變更するを得へからざることを規定するものあらは此の如きの法律の緊急命令を以て廢止又は變更することを得ざるや否此の疑問に答へんと欲せば先づ普通の法律に由り將來の法律を束縛することを得るや否を論究せざるへからず抑も憲法は通常法律の廢止變更

に關して特別の規定を設けたる所なし第九條の行政命令を以て法律を變更すへからざることを定むと雖も通常の法律を以て通常の法律を廢止變更することを得へきや否の全く憲法の明言せざる所なり憲法は此の如く通常の法律が通常の法律と廢止變更するの効力を有することを明言せずと雖も其の之を明言せざるは明言することを要せされはなり此の法則は既に法律の觀念に含蓄するものにして憲法の明文を以て規定するを待たされなり余輩の第一節に於て法律は最強の効力を有する國家の命令なることを論し最強の効力を有する國家の命令とは一方に於ては法律を以てするに非ざるの廢止せられず一方に於ては法律を廢止するの効力と有するものなることを説けり此の如く法律は常々法律を廢改するの力を有することは法律の觀念に付着する所の法則なるか故に憲法の特に之を明言することを爲さずして唯其の憲法の條項の爲に特別の例外を設けんとするに因り七十三條に於て特別の規定を設けたり此の例外を除くの外法律は總て其の規定に矛盾するの法律を廢止變更するの効力と有せざるへからず而して従前の法律が自から通常の法律を以て廢改すへからざることを規定するも新定の法律は此の規定の爲に其の

舊法を廢改するの効力を妨げらるゝことなし何となれは法律か憲法に依りて有する所の効力は通常の法律を以て限制することを得されりなり設し之に反して通常の法律の將來の法律を束縛することを得へしとせば將來如何なる方法を以てするも廢止變更することを得すとの規定を有するの法律の萬世に至る迄之を廢止し又た變更するを得すと謂はるへからず憲法は此の如き法律の効力を與ふるものに非ざること固より明白の條理あり

前項論する如く法律にして其の廢止變更の爲特別の條件を定むるものあるも立法者は通常の法律を以て之を廢止變更するを得へし既又通常の法律を以て廢改することを得るときは緊急命令を以てするも亦た之を廢改することを得ざるへからず何となれば緊急命令の常に通常の法律に代はるの力ありなり

法律に於て之か廢止變更は緊急命令を以てするを得ざることを規定するものあるも此の如き條項の無効の條項なり憲法は法律を以て規定するを得へき事項の凡て緊急命令を以て規定することを許せり法律の規定することを得へき場合に緊急命令を以て規定することと禁するの憲法の條規に反するものなり

余輩は上來緊急命令を發するの要件と緊急命令權の範圍とを論せり余輩は今より緊急命令發布後の順序を論すへし憲法第八條第二項に曰く此の勅令の次の會期に於て帝國議會を提出すへし若議會を於て承諾せざるときは政府は將來に向て其の効力を失ふことを公布すへしと故に緊急命令の次の會期に於て之を帝國議會に提出せざるへからず而して緊急命令を提出するは單に議會に通告するも非ずして之か決議承諾を求むるものあるか故に同一の議案は同時に兩院を提出することを得すとの原則に従ひ必ず先づ之を衆議院若しくは貴族院に提出せざるへからず提出の時期に關しては憲法の唯次會期に於てすへきことを明言するに止るか故又次會期の始に於てするも終に於てするも一に政府の意向如何に存するか如しと雖ども緊急命令は素一時の變に處するものなるか故に可成速く憲法の定めたる手續を履行し違常の状態を以て通常の状態となすは憲法か次の會期に於て提出すへきことを規定したるの意志に適合するものなること言を待たず緊急命令は宜しく次會期の始に於て之を議會を提出すへきなり

次會期の前に緊急命令を廢止し又は規定事項の消滅したるか爲自から廢止に歸し

たるときは如何余輩の見る所を以てすれば此の場合に於ても亦た之を帝國議會に提出せざるへからず抑も承諾の管に緊急命令の効力を將來に繼續するか爲ま必要なるのみならず亦た議會に對する大臣の責任を解除するか爲必要なるものなり此の法則の憲法の用語より明なり憲法第六十四條第二項の豫算超過又は豫算外の支出に對し議會の承諾を要す此の場合に於て承諾の効力の政府の責任を解除して決算の基礎となすに在り(後章を参照すへし)第七十條第二項の財政處分の緊急命令に對し議會の承諾を要す此の場合に於て處分の通常一時にして結了するものなるか故に承諾の結果は處分を將來を繼續するに在ること能はず其の結果の主として政府の責任を解除するに在り承諾の効力は此の如く政府の責任を解くに在るときは次會期の前緊急命令の廢止又は消滅することあるも政府の猶ほ之を議會に提出して責任の解除を求めざるを得ず蓋し政府が承諾を求むるの義務の次會期に至りて猶ほ緊急命令の存在するか爲ま生するも非ずして政府が通常の立法に依らず其の非常命令權を實行したるか爲なり而して非常命令權を實行したるの事實は緊急命令の廢止を歸したると否とに由て異なることなし唯廢止を歸したる場合のみ議會

の不承諾の政府をして廢止の義務を負はしむるの結果を生ずることなきのみ何となれり已に廢止消滅したるの命令の再ひ之を廢止するに由なければなり政府緊急命令を議會に提出するときは議會の全く之を承諾するか全く之を承諾せざるかの二途を有するのみ緊急命令も變更を加へて之を承諾するは全く承諾せざるに同じ是れ憲法第八條の行文及び承諾の性質より明なる所なり且つ憲法第八條の單に議會が承諾せざるに當りて命令を廢止すべきことを定むるのみ其の他の場合に於ては命令の特別の手續を要することなくして當然其の効力を繼續す然れども議會が命令を變更して承諾したるときは此の命令の決して其の効力を繼續すること能はず如何となれば元首未だ此の變更に同意せず又た政府の變更したる命令を更に公布するの義務を負ふこと無し而して命令が元首の意志に由らず正式の公布なくして成立するは命令の性質に反すればなり勿論緊急命令の法律を以て之を變更することを得へし然れども此の場合に於ては元首の裁可と正式の公布とを要す議會が其の單獨の承諾を以て緊急命令を變更するの憲法の認めざる所なり議會に於て緊急命令を承諾せざるときは政府の將來に向て其の効力を失ふことを

公布せざるへからず政府か此の義務を負ふに單に議會か承諾せざるの事實を以て
 足れりとし必すしも其の明よ之を拒否したることを要せざるなり故に議會か承諾
 するや否の確定せざる前閉會に至るも政府の亦た緊急命令の効力を失ふことを公
 布せざるへからず

緊急命令の帝國議會即ち貴衆兩院の共よ之を承諾したる場合に於て其の効力を保
 有することを得へし故に一院に於て承諾を與へざるときは是れ即ち帝國議會之を
 承諾せざるなり此の場合に於ては政府は緊急命令の効力を失ふことと公布せざる
 へからず從て一院に於て承諾を拒みたるときは政府の更に之を他院に提出するこ
 とを得ざるあり

緊急命令の將來に効力を失ふことを公布するものは單一の告知に非ずして命令を
 り憲法第八條第二項の明文に依れり公布は單に緊急命令か帝國議會の承諾を得ざ
 りしことと告知し此の事實よりして自から効力と失ふの結果を生ずるに非ずして
 緊急命令か將來に向て効力を失ふことを公布するものなり故に此の公布は事實の
 告示に非ずして國家意志の宣明即ち廢止の命令なり而して緊急命令は勅令なるか

故に元首の特別の委任ある場合を除くの外勅令を以て之を廢止するを要するは固
 より辨明を要せざるなり八條二項の政府に負はしむるに公布の義務を以てすも雖
 ども此の事實の毫も緊急命令を廢するの勅令を要すとの法則に矛盾するものに非
 ず抑も政府は元首の政府なり元首の權利義務は政府の權利義務にして政府の權利
 義務は亦た元首の權利義務に外ならず例へば憲法第七十條は政府と與ふるに勅令
 を以て。財政上必要の處分を爲すの權を以てせり八條二項も亦た勅令を以て緊急命
 令を廢止するの義務を政府に負はしむるものなり

緊急命令を發するは憲法に背反するものに非ずして憲法の與へたる權利を實行す
 るものなり憲法第八條第二項は將來に向て効力を失ふことを公布すへしと云へり
 故に議會に於て緊急命令を承諾せざるも政府の其の發布の始より無効あることを
 公布するを要せず否公布するを得ざるなり緊急命令の其の効力を失ふことを公布
 する迄は法律と同じく遵由の効力を有し其の間生じたる事實の廢止後に至りて
 も猶ほ緊急命令に從ひ其の結果を定めざるへからず緊急命令の廢止は既往に済る
 の効力を有せざるなり

議會の承諾を経ざるか爲緊急命令を廢止するときは緊急命令の爲廢止に属したる法律の自から再ひ効力を得るや否是れ頗る疑ある問題なり此の疑問を決するに先づ緊急命令か前法律の廢止を確定するの効力あるや否を論定せざるべからず既に前項に論したる如く緊急命令の法律と同一く其の施行間に生したる一切の事實に属する法上の結果を確定するの効力を有す余輩の何か故又其の獨法律の廢止を確定すること能はざるやを知らざるなり抑も法律か法律を廢止するの其の永久に存續するか故に非ずして其の存續の一定時期を有せざるか爲なり若し法律か始より一定の時期(例へり一年間又り一定の事實の生する迄)を限りて効力を有すべきことを豫期するとき此の法律は前の法律を停止するの効力を有すれども之を全廢するの効力を有すること能はず故に此の法律にして其の豫定の時期を達し又り豫定の事實を生したるか爲廢止を歸するときは前の法律は自から再ひ効力を得へし之に反して後の法律か一時限の規定を止らずして更に法律を以て之を廢止する迄の永遠に効力を有するの性質あるものなるときは此の法律は前法律の廢止を確定するものとして或は即日廢止せらるゝも前の法律は再ひ効力を得ることなし此の

場合に於て後の法律か前の法律を廢止するの効力の其の成立の即時に生するものなり緊急命令の余輩の既に論したる如く議會の承諾を得ざるか爲自から廢止に歸することなく廢止の命令を發するに及んで殆めて其の効力を失す緊急命令は議會の不承諾を以て解除條件となすの命令に非ず又り假定の効力を有するの法律と稱することを得ざるなり勿論議會の承諾を得るときは政府の緊急命令を廢止せざるべからず然れども政府若し之を廢止せるときは單に政府か憲法違反の責を負ふに止り命令の効力に至るに爲り釋毫を減することなし且つ議會の承諾の緊急命令に與ふるに將來を繼續するの力を以てするものに非ずして單に其の繼續を妨害せざるの要件あるのみ緊急命令か其の効力を繼續するは専ら裁可の力に由れり此の裁可の管は帝國議會の承諾を得るに至るの間命令に効力を與へたるのみに非ずして猶ほ將來に於ては命令か効力を保有するの唯一の原因たるものなり之を要するに緊急命令の必ずしも一時にして消滅するの性質を有するものに非ずして廢止の命令を發する迄の議會承諾の有無を拘らず單に裁可の力に由りて効力を保有す而して議會の不承諾の單に廢止の原因となり従て緊急命令の効力を失ひしむるの

原因となるのみ換言すれば緊急命令の不承諾の爲に効力を失ふことなく承諾の爲に効力を得ることなし緊急命令の單に裁可に由て効力を有し廢止の命令に由て効力を失す其の永續の性質を有するを得ること通常の法律と異なることあるなし而して緊急命令の法律に代て其の地を充たすの効力を有するか故に法律の廢止を確定するの効力も亦た之を有することを得ざるへからず又た永續の性質は既に裁可の時に確定するか故に法律を廢止するの効力も亦た既に發布の即時に定まらざるへからず此の如く緊急命令は其の發布の即時に法律の廢止を確定するときは通常の法律の場合と同じく從來廢止せらるゝことあるも前の法律の更に議會の協賛を経元首の裁可を得て正式に公布するも非されれば再び効力を得ること能はず而して緊急命令の廢止か如何なる原因に出でたるやを問はざるなり

法律の廢止の既し緊急命令を發希するの時又定まるものなるときは此の命令を議會に提出するの前單一の命令を以て之を廢止したる場合に於ても前の法律の再び効力を得ることなしと斷定せざるへからず故に元首の常に緊急命令を以て現行の効力を廢止するの力を有すべく此の權力の濫用を防ぐに唯政府責任の一法あるの

み假りに反對の意見に従ひ緊急命令の廢止は舊法を續活するの効力を有すとすも政府は毎年同一の緊急命令を發し又議會の承諾なき場合に緊急命令の廢止を實行せざるときは亦た均しく法律を廢止し又は廢止と同一の結果を生ずることを得へし此の場合に於ても政府をして其の正當の義務を遵守せしむるに唯大臣任責の一法あるのみ

余輩の上來議會不承諾の効果を論せり帝國議會緊急命令を承諾せざるときは政府の直之を廢止せざるへからず之に反して議會之を承諾したるときは緊急命令の特別の手續を要することなくして其の効力を將來に繼續す然れども余輩の數多の獨逸國法學者の如く緊急命令を以て帝國議會の承諾に由り性質を變して通常法律とあるものと認むること能はざるなり此の説の唯一の根據は帝國議會と元首との合意あれば法律の成立に充分ありと云ふに在るか如し然れども余輩の見る所を以てすれば法律の單に元首と議會との合意を以て足れりとせず亦た法律として之を公布することと要す日本現行國法に於ては法律と勅令と公布の式を同じくし又法律の前文も一定の文式を有せずと雖ども事件の性質より論すれば法律の勅令と公

布の式と異ふることあるへく又た確定の文式を有することあるへし公文式に依るも法律と勅令との相異なる所あり法律は何れの場合に於ても總理大臣主任大臣と俱に之に副署す勅令か總理大臣の副署を要するは其の一般の行政に係る場合に限り此の如く法律と勅令と公布の式を異にするときは勅令の變して法律となるに當りても亦た法律の公布式に依りて更に之を公布するを要すること言を待たず余輩若し本編の第一節に於て法律及び命令の觀念に關し論述したる所を參照せし法律として法律を公布するの當に形式上の必要なるのみならずして實に法律の觀念より生ずるの必要なることを見るへし此の如く法律として公布するは法律の一要素なり而して憲法第八條第二項の議會の緊急命令を承諾したる場合に於ても更に之を公布するを要することなし故に余輩は緊急命令か其の性質を變して法律となりたることを認むる能はざるなり

且つ又た協賛と承諾とを同一視するの非なり協賛と承諾とは全く法上の効力を異にす協賛は政府か未た一の所爲を行はざるの前議會の同意を表するものにして承諾は既に行ひたる所爲に同意するものなり一の政府の行爲に協翼參贊するものに

して一は政府の責任を解除するものなり一の政府の案に變更を加ふることを得べく一の全く之を與ふるか全く之を與へざるかの二途を有するのみ緊急命令を議會に提出するの之か承諾を求むるか爲にして協賛を求むるか爲は非ず故に議會か緊急命令を審査するに當ては唯其の發布の當時果して必要ありしや否を究むるに止り審査の當時其の猶ほ存續の必要あるや否を問ふことなし抑も緊急命令の承諾の政府の責任を解除するものなり若し議會か緊急命令の發布の當時に於て極めて必要なりしことと認めなから其の必要の既に消滅したるの理由を以て承諾を拒まい政府の其の當然の義務と盡したる場合も於ても責任の解除を得る能はざるなり蓋し緊急命令を發したるの當時實に其の必要ありたるときは假りに當時議會の開會中に際し政府法律案を提出したりとするも議會必ず之を協賛したるなるへし既に一たひ法律を發するときは法律を以てするに非されの之を廢止すへからざることを辨を待たず故に緊急命令の場合に於ても議會か一たひ其の發布の當時實際に必要ありたることを認むるときは先づ緊急命令に對して其の承諾を與へ若し事情の變更したるか爲將來に之を存續するの必要なしと思惟するとき別に法律案を提出

して其の廢止を發議するを當然とす此の如く承諾は既往の行爲に關し責任を解除するものにして將來の行爲に對する條件となるものに非ず故に協賛の之を與ふる。又由て政府行爲の原因となり承諾は之を與へざる。又由て場合に依り政府行爲の原因となる是れ兩者の大に相異なる所なり緊急命令に對する承諾は新し緊急命令の効力を與ふるものに非ずして不承諾は之を廢止するの原因たり法律の協賛と緊急命令の承諾とは決して之を同視すべからざるなり

以上論する如く緊急命令の議會の承諾を得たるか爲法律となることなし故に緊急命令を廢止變更するに必ずしも法律を以てするを要せず緊急命令を變更する所の命令は其の規定従前の法律に違ふこと緊急命令の規定する所よりも大なることあるべしと雖ども此の法律は既に緊急命令より廢止に歸したるか故に後の命令に此の法律の規定に反するの故を以て効力を失ふことなし唯其の規定事項にして憲法が法律を要することを特定するの事件に關するときは緊急命令を變更するに必ず法律を以てせざるべからざること言を待たず何となれば此の場合に於て緊急命令を變更するは即ち是等の事件を規定するものに外ならず然れども單

に緊急命令を廢止するに何れの場合に於ても單一の命令を以てすることを得べきなり

緊急命令の一種にして憲法に特別の規定を有するものあり憲法第七十條の勅令是なり此の勅令は第八條の勅令の如く法律に代はるものに非らずして帝國議會の協賛を経へき財政の處分を爲すものなり抑も處分とは實際に生したる一箇又は數箇の事件を處理するの謂にして將來に向て行爲の準繩を定むるの謂に非ず又た七十條の議會が勅令を承諾せざる場合に其の効力を失ふことを公布すべしとの規定を設くることなし是れ蓋し該條の勅令の單に一時に限りて効力を有するものなればなり故に新に租税手数料を設け又は其の税率を増減するか如きは事財政に關すと雖も現實の一事件を處分するものに非ずして將來遡由すべきの法規を定むるものなるか故も七十條に依るべきに非ずして宜しく八條に依るべきなり然れども豫算に依らずして隨時支出を爲すは七十條の要件ある場合に限り而して新し租税を課し又其の税率を増すの緊要あるは急速に之を支出するの必要あればあり故も政府が賦課増率したる租税を緊急の需用に應じて支出するの條件ある場合に非ざ

れ賦課増率の決して緊急の需用ありと謂ふことを得ず何となれば政府が空しく國庫に貯藏するか爲新税増税を課するは緊急の必要に出でたりと稱することを得されなり之を畧言すれば租税手数料の新設及び増率の如きは憲法第八條の規定に依るべきものなりと雖も實際に於ては第七十條の條件即ち帝國議會を召集すること能はざるの情形あるに非されは緊急命令を以て之を定むること能はざるなり憲法第七十條の勅令に特別なる要件は帝國議會を召集すると能はざるの情形なり第八條の場合に於ては議會の閉會中緊急の必要を生ずるときは臨時會を召集するを要せず緊急命令を以て此の必要を應ずることを得財政上の處分は之に反して臨時會を召集することを要す而して國家内外の精形より議會を召集すること能はざるに及んで始めて勅令を以て此の處分を行ふことを得へし(憲法義解第百廿八頁参照)

緊急命令權は元首親ら之を行ふを要す憲法第八條は法律に代はるべき勅令と發すと言ひ第七十條は勅令に依り財政上必要の處分と爲すと言へり故に緊急命令權は之を國務大臣又は官廳に委任することを得ざるなり然れども法律が其の細目の規

定を命令に讓ることあるか如く緊急命令も亦た其の細目の規定を他の命令に讓るは固より妨おし唯緊急命令を發するの權に一定の要件ある場合に於て始めて生ずるものあるか故に元首の豫め之を官廳に委任することを得ず各箇の場合に於て果して必要の條件あるや否如何なる度迄現行の法律を變更し又其の地位を充たすへきやの元首必ず親ら之を決せざるへからず換言すれば緊急命令を發すへきや否及び其の規定事件の範圍如何は元首親ら之を決するを要す而して元首は唯此の範圍内の細目を他の命令の規定に讓ることを得べきのみ

第十節 行政命令

行政命令の國家行政の區域に於て法律の規定なき場合に臣民又は官廳に對して命令するものなり余輩の本篇の第二節に於て命令權の範圍を詳論せり命令として法律の執行の爲に發するもの余輩次節に於て之を論すへし又た其の行政の目的に出でざるもの例への貴族院令の如きは僅少の例外に過ぎざるか故に特に之を論するの要なし其他内政兵政の目的に出するの命令行政各部の組織權限に關する命令行政官處務の準繩たるべき命令等總て行政の目的に出で憲法上元首に屬する命

令權より發するもの、余輩之を總稱して行政命令と謂ふんとす

行政命令の左の諸點に於て緊急命令と異なれり

(一) 余輩の既に論したる如く緊急命令を發するの各箇の場合に於て元首親ら之を決
 定せざるへからず而して元首は豫め緊急命令を發するの權を行政官廳に委任する
 ことを得ず之に反して行政命令を發するの權は一定の範圍を定め又は特別の一事
 項に關して之を行政官廳委任することを得へし公共の安寧秩序を保持し及び臣民
 の幸福を増進するか爲にするの行政命令に關しては憲法第八條の明に命令を發し
 又の發せしむと云へり行政各部の官制文武官の俸給陸海軍の編制に關しては憲法
 の單に天皇之を定むと云ふと雖とも憲法の元首か如何して之を定めざるへからざ
 るやを規定することなきか故に元首親ら之を確定するも或の其の細目を國務大臣
 又の司令官の規定に讓るも毫も憲法の明文に反することなし行政事件を處分する
 の準繩を示すか爲上司より下司に對して發するの命令の素官廳上下の班列と離る
 へからざるものなるか故に元首一たひ官制を定めて一の官廳に監督の權を與へ他
 の官廳に服從の義務を負ひしむるときは併せて上班の官廳に與ふるも下班の官廳

に對して命令するの權を以てするものと認めざるへからず

(二) 憲法が法律を以て規定すべきことを特定したる事項の緊急命令を以て規定する
 ことを得と雖とも行政命令を以て規定することを得ず

(三) 緊急命令は法律を廢止變更することを得れども行政命令の法律に抵觸すること
 を得ず此の如きの命令の始より無効なり又た法律か一定の事項を獨占し命令を以
 て規定することを許さざるの意志を有するときは假令實際に於ては法律の規定空
 漠にして猶ほ其の範圍内に於て細目の規定を要する場合あるも行政命令は此の
 事項を規定するを得ず其の之を規定するの法律に抵觸するの規定を設くるに同
 し各箇の法律に付き其の果して關係事項を獨占するの意志を有するや將た其の範
 圍内に於て行政命令の規定を容るすや否を確定するは獨公正解釋の法律に由るこ
 とを得へし若し此の如き公正解釋なきときは普通の解釋法に従ひ立法者の意志を
 推測するの外なし例へば法律に於て其の規定に抵觸するの命令は効力を失ふべき
 ことを定むるときは従前の命令も其の規定に抵觸せざる限り猶ほ其の効力を保有
 すへく又た將來に於ても同一の事項に付き法律の範圍内に於て命令を發すること

を得へしとの意を推測するを得へし然れども此の推測の固より他の規定の爲に反證せらるゝことあるへきか故に決して一定不動の原則とせずを得へからざることを更に辨明を要せざるなり

第十一節 執行命令

執行命令は法律を執行するか爲必要なる制置を設け又其の細目を規定するの目的を以て發する命令なり執行命令の左の二點に於て行政命令と異なれり

(一)執行命令は法律を執行するか爲に發するの命令なり故に一の法律の範圍内に於て此の法律と同一の事項に付て發するの命令と雖も此の命令にして法律を執行するか爲必要なるに非して別に行政上の目的を達するか爲にするものなるときは此の命令は執行命令に非す行政命令なり余輩の第二節に論定したる如く國家目的の種類に由りて定まりたる命令權の範圍内に於てするに非されは發すること能はざるものなり

(二)執行命令は法律を執行するか爲は發するものなるか故に執行すべき法律の廢止に歸するときの命令の目的自から消滅し従て命令も自から廢止に屬すへし之に反

して行政命令と對しては法律の唯其の限界たるのみにして其の原因たるものに非

ざるか故に法律の廢止に遇ふも爲に効力を失ふことなし

余輩が前項に於て行政命令に關し論したる所は亦た概ね之を執行命令と適用することを得るものなり執行命令を發するの權は元首官廳と對して一般又は特別の委任を與ふることを得へし是れ憲法第九條の明言する所なり執行命令は法律を廢止又は變更することを得ず法律に抵觸するの執行命令は無効なり執行命令は又た憲法が法律を要することを特定するの事項を規定するを得ず此の法則は付てい少しく辨明を要するものあり

實質の法律と形式の法律とを區別するの論者は憲法中特に法律を要することを規定するの條項を以て所謂實質の法律を指したるものと解釋せり換言すれば是等の條項に謂ふ所の法律は法規を定むる國家の命令なり此の解釋をして正當ならしめは是等條項に定むる所の事件は所謂法規命令を以て規定することを得ざるへからず余輩の既に論したる如く執行命令は亦た法規を定むることを得是れ數多の學者の同意する所なり果して然らば執行命令も亦た憲法が法律を要することを特定す

るの事項を規定することを得へし然れども余輩の既に第一節に於て日本憲法は實質の法律と形式の法律とを區別せざることを論せり余輩の亦た憲法中特に法律を要することを定むるの條項を以て實質の法律を指したるものと解釋する能はざることを證せり諸條に謂ふ所の法律は皆最高の効力を有する國家の命令あり故に憲法が法律を要することを特定するの事項は法律を以て直接に之を規定するか又の命令に委任して間接に之を規定するを要す執行命令權は法律の特別の委任に由るものに非ず故に執行命令を以て是等の事項を規定することを得ざるあり

第十二節 法律の委任に基くの命令

前三節に論したる命令は皆憲法上元首に屬する命令權の發動なり余輩の本節は於て法律の特別の委任に基くの命令を論せん

法律を以て命令に規定を委任するは法律と命令と共同の區域を有するの事項に關することあるへし此の場合に於ては元首は既に憲法上其の固有の命令權を發動して之を規定することを得へく敢て法律の委任に由て始めて命令を發するの權を得るに非ず此の如き委任の目的は法律か一の事項を專占し概して命令を以て規定す

ることを許さざるの意志を有するに拘りず猶ほ其の一部分の事項に付ては命令の規定を許さんとするに在るものと認めざるへからず此の目的を除きては法律は命令を以て當然規定することを得へき事項を更に命令に委任するの理由を有せざるあり故に此の類の委任に非ずして寧ろ原來の命令權を排除せざるの目的を有するものなり

法律は明文を以て其の執行の爲に必要な細目の規定を命令に委任することあるへし然れども執行命令を發するの權は憲法第八條に依り素より元首に屬するか故に元首は法律の特別の條項に由り始めて執行命令を發するの權を得るに非ず此の如き委任の目的は憲法第八條に依り元首が執行命令權を官廳に委任するを待たずして法律を以て直接に之を國務大臣又は官廳に委任するに在ることを得へく又は法律が自から其の規定の廣濶として執行命令を以て之を補足するの必要あることを認むるに在るを得へし各箇の場合に於て執行命令を委任するの條項が如何なる趣意を有するやを決するに普通の解釋法に依るの外なしとす

法律を以て命令に委任する場合にして最も重要なるものは其の本來命令を以て

規定するを得へからざるの事項に關するものなり是れ即ち余輩の所謂法律の委任に基くの命令なり此の如き委任を與ふるの法律及び此の如き委任に基くの命令は違憲の法令に非ざることは獨逸國法學者の概ね皆認むる所にして有名なる國法學者中今日も於ても猶ほ其の違憲なることを主張するもの獨「レンネ」あるのみ余輩の既に第一節に論したる如く法律を以て一切の事項を獨占し細目詳細に至る迄網羅して餘す所無からんとするに決して實際達すへからざるの希望なり何れの政務に於ても事情の變更速よして豫め法律を以て一定の條規を設くること能はざるものあり又た地方に依り千差萬別にして法律を以て一般の法則を定め難きものあり立法の方法の遲緩にして是等變化窮無きの事物を規定するに適せず例へは家屋構造の制限人力車賃錢の制限等に至る迄法律を以て之を定めんとせし立法者は各地方の地勢氣候物價の高低等を調査し數百の條文を定めざるを得ざるへし故に命令權の範圍を以て法律の執行に限るの諸國に於ても警察命令の如く時と所とに由り應變の規定を要するもの法律又は慣習に由り之を行政官に委任するを常とす警察命令の外に於ても亦た往々命令に委任するを要することあり例へは町村制

第三百三十三條に特別の事情ある地方に於ては町村會及町村長の具申又は郡參事會の具申に依り勅令を以て此法律中の條規を中止するあるへしと云ふか如き實際の必要に基くの規定なり

歐洲立憲國も於ても法律を以て諸般の規定を命令に委任するは一般の慣習なり英國に在ては従前内務行政の區域に於て法律の最も詳細の節目に至る迄之を占據したるか故に今日に至ては却て法律の委任に基くの命令の驚くへく廣濶の範圍を得るに至れり此の如く今日に於ては往時と全く反對の運動を生ぜり往時の立法が過度に命令の區域を減縮したる如く今日の立法は命令權に與ふるに其の必要の地位を以てするの方針を取れり今日に於ては法律に由り君主に委任するに勅令「オーダー、イン、カオンシル」を以て行政に關し連由の効力を有する法規を定むるの權を以てし又は此の如き命令を發するの權を直接に各省若しくは中央官廳に委任するとすなからず「グナリスト」英國行政法第一卷第百廿九頁之を要するに所謂委任條項「エムパワリング、クロース」の益々増加するの趣あるは英國現時の状態なり佛國に於ても法律は各箇の場合に於て特別に權力の委任を與ふることあり此の委任の概ね或

る事項か法律を補足執行するの範圍を属するやを確定し又ハ法律執行の範圍外に在ること明なる場合に於て特別の權力を元首に與ふるの目的を有するものなり此の如き委任は本來特別の法律を以てするに非されハ規定すること能はざるの法規を定むるの權を委任せんとするものなり例へは法律執行の爲禁止を要するの行爲に對し刑罰を定め又は同一の事情に基き公納金を新設するか如き是なり特別の委任ハ又ハ法律執行の障害たるへき舊法律を廢止するの權を與ふることを得へし「オットー、マイヤー」佛國行政法第卅八頁獨逸帝國に於ても立法者は廣く其の委任權を實行し法規の制定を或ハ聯邦參議院又或ハ皇帝に或ハ帝國宰相に或ハ各邦に委任するの場合數あるに違あらず甚たしきハ之を一私人に委任することあり委任に關するの條件委任の範圍等も亦た千狀万態なりとす例へは營業條例の一法律に就て見るも余輩ハ許多の委任條項を纂集することを得へし「アーンツ」命令權第二十四頁）
 孛漏西王國に於ても法律を以て立法權内の事項を命令に委任するハ決して其の實例ハ乏しからず是れ「レンツ」也雖ども承認せざる能はざるの事實なり
 日本憲法第卅七條の法律は所謂實質の法律に非ざること余輩既に第一節於て之

を詳論せり故に法規を定むるの命令と雖ども必ずしも皆帝國議會の協賛を経ることを要せざるなり又ハ命令權の範圍を定むるの條項も必ずしも其の範圍外に於て一切命令を禁ずるの意を有するものに非ずして單に憲法上當然元首に属するの命令權を定め其の範圍外に於ては元首ハ其の固有の命令權を有せざることを示すに示さず憲法第卅七條及ハ命令の範圍を定むるの條項ハ毫も法律ハ一定の事項を命令に委任するを妨げざるなり故に余輩ハ此の如き委任ハ憲法中特に法律を要することを規定するの條項ハ矛盾することなきや否を論ずるを以て足れりとすへし
 憲法の條項中或ハ法律を以て之を定むと謂ハ法律の定むる所に依ると謂ハ法律ハ依ると謂ハ其他多少文字を變して同一の意義を示さんとするものあり是等の場合に於ては直に命令を以て之を規定するを得ざること固より言を待たず然れども憲法の單に法律を以て規定すへきことを命ずるのみ法律の規定する所如何は固より憲法の問ふ所に非ず法律ハ詳細目に至る迄悉く自から規定するも法律を以て規定するの一法なり又ハ或は其の大綱のみを定め之ハ細目を命令に讓るも亦た法律を以て規定するの一法なり憲法ハ法律ハ之を規定する方法を限制すること無き

か故に一定の範囲内に於て規定を命令に委任する方法を取るも亦た憲法の明文に矛盾する所あらざるなり憲法は又た法律の定むる所に依ると謂ひ法律に依ると謂へり故に例へは法律か云々の事項も付ては命令の定むる所も依るへしとの規定を有するときの命令の定むる所に依るは即ち法律の定むる所に依る所以あり蓋し法律が命令に委任を與ふるときは其の趣意の命令も與ふるに遵依の効力を以てするに外ならず此の法律の意志に遵依せんと欲せば亦た必ず其の委任も基くの命令に遵依せざるへからず故に憲法か法律の定むる所も遵依して處分を爲すことを許すときは亦た其の委任に基つくの命令に遵依して處分を爲すことを許さるへからざるなり憲法の又た二三の條項に於て法律の定めたる場合と謂へり今若し法律か命令を以て是等の場合を定むることを許すときは法律の定めたる場合は即ち命令の定めたる場合あり例へは法律か税則施行の爲も發する命令に住所侵入及び搜索の場合を定むるを得ることを規定するときは是れ即ち法律は是等の場合も於ては住所に侵入せられ搜索せらるゝことあるへしとの規定を設くるものも外ならず法律の各箇の場合を指定せずして單に税則施行の命令に規定せるとの數語を以て

數多の場合を總括するものなり故も命令も規定あるの場合の凡て法律の定めたる場合に外ならず此の場合に於ては固より住所侵入及び搜索を行ふことを得べきなり其の他憲法の諸條項は多少用語を異すと雖ども何れの場合も於ても類似の推論に由りて其の命令も委任するを禁ずるものに非ざることと斷定するを得へし之を立法の理由に照すも余輩の亦た法律を以て命令に委任するを得ざるの理由を見ること能はざるなり蓋し憲法か數多の事項も付き法律を以て規定すべきことを定むるは其の規定及び變更も慎重を加へんとするの意に外ならざるへし故に是等の事項は通常必ず立法の手續に由り帝國議會の協賛を経ることを要せり然れども立法の機關か皆其の規定を命令に委任して毫も危険ありと認むるときは憲法の復た更上一層の保障を與ふること能はざるなり

明治二十三年法律第八十四號は命令の違犯も對し一定の範圍内も於て刑罰を定むることを許せり此の法律は當時世間論議の中點となりたるものあり余輩の前數項に論じたる理由に基き其の違憲の法律に非ざることと確信す抑も憲法第八條は警察命令を發するの大權を認めたり警察命令の要は或る行爲を禁し或る行爲を命し

又の或る行爲を許すに在り此の禁令命令を強制する方法あるに非されん公共の安寧秩序を保持するの目的に決して之を達するに由なからんとす故に刑罰は警察命令に欠くへからざるの要件なり然れども憲法第二十三條は法律に依るに非ずして處罰を受くることなしとの規定を設けたり設し一方に於ては此の條項に抵觸せず一方に於ては警察命令をして空文に歸せざらしむるの方法あるに非されば憲法は前後相矛盾するの條項を設けたるものと謂はるへからず此の矛盾を調停するは唯法律を以て刑罰權の一部を命令に委任するの一法あるのみ此の推論は管見明治二十三年法律第八十四號の違憲ならざることを證するのみならず廣く憲法が命令に委任を與ふるの法律を禁せざるの一證たるものなり

委任の範圍及び方法の専ら委任を與ふる所の法律の規定に依らざるへからず委任の範圍の頗る廣きことあるへく又た極めて狭きことあるへし委任は法律を補足するの目的を有することあるへく法律に代はらしむるの趣意を有することあるへく又た法律の廢止を包含することあるへし委任の條件なきことあり條件を有することあり條件を有するの委任は一定の事情を生ずるに及んで始めて命令を發するこ

とを得るの場合を生ずるもの及び命令を發したる後議會の承諾を要する場合の如きは是れなり議會事後承諾の効力の法律に特別の規定なきに於ては緊急命令の場合も同じきものと認めざるへからず法律は又た單に命令の發布のみを委任して其の廢止を委任せざることをあるへし然れども法律に明文なきときは命令を發布するの權は命令を廢止するの權を包含するものと認むるを當然とす法律は委任に由り命令を發するの義務を命令者に負はしむることを得へく或は單に之を命令者の意志に一任することを得へし

法律の委任に基く命令を發するの權は元首に屬することあり國務大臣に屬することあり其の他の行政官廳に屬することあり又の地方團體に屬することあり抑も元首の行政を統轄するものにして國務大臣及び其の他の行政官廳の皆元首に従屬するものなるか故に法律か或る事項の規定を行政に委任するとき其の國務大臣其の他一定の官廳を指定するに拘はらず凡て之を行政の首長たる元首に委任したるものと認めざるへからず然れども法律か國務大臣其の他一定の官廳を指定して命令權を行政に委任するときは此の指定は常に元首か是等の官廳に委任して命令

を發せしむるを得。ことを示すのみに非ずして政務の簡便を圖るか爲必す。是等の官廳をして命令を發せしむるを要するの趣旨なるか故に元首の親ら命令を發して官廳の命令に代ふることを得ず之に反して元首は常に官廳を指揮監督するの權を有するか故に官廳の發布すべき命令の規定事項に付き訓令を與ふることを得べく官廳の既に發したる命令にして公益に害ありと認むるときは或は之を廢止を訓令し或は直之を取消す(第八節參照)ことを得へし上斑官廳の下斑官廳に對するも亦た然り法律に命令權を地方自治体に委任したるときは國家の行政は自治体に對して無限の監督權を有するものに非ざるか故に法律の規定に依るに非されぬ命令の廢止を命し又は命令を取消すことを得ず

法律に特別の明文なく又た其の意志を推測すること能はざるときは法律の委任は更に之を下斑官廳に委任することを得へし何となれぬ法律の委任は必ずしも其の委任したる權利を實行するの法如何を確定するものに非されぬなり

法律の委任に基く命令の法律の廢止と共に自から廢止に歸することあり唯將來此の如き命令を發布すること能はざるの結果を生ずるのみ然れども憲法に於て法

律を要することを特定したるの事項に關しては委任に基く命令は委任の廢止と共に効力を失ふものと認めざるべからず何となれぬ此の場合に於ては復た法律に依ると謂ひ法律を以て定むと謂ふことを得べからざれぬなり

第四章 法律命令遵由の効力

第十三節 法律成立の手續に關する審査

裁判官は法律及び命令の憲法に違反することなきかを審査するの權を有するや否は是れ殊る獨逸に於て數十年來學者の講究する所の問題なり此の問題の之を三箇の要點に細別することを得へし

一、裁判官の法律か憲法の規定する所の順序に従て正當に成立したるや殊に帝國議會の協賛を経たるやを審査するの權を有するか

二、裁判官は正當に成立したる法律の規定する所にして憲法の規定に抵觸することなきやを審査するの權を有するか

三、裁判官の命令を以て憲法上法律を要するの事項を規定したるものなきやを審査するの權を有するか

余輩先づ本節に於て第一の疑問を審明し就中裁判官か帝國議會協賛の有無を審査するの權を有するやを論究すへし

論者往々曰く裁判官の法律に服従し法律を適用するの義務を有す然れども裁判官の服従し適用するの真正の法律のみ偽似の法律の裁判官之を適用するを得ざるなり故に裁判官か各箇の事件を裁判するに當ては先づ此の事件に適用すべき真正の法律あるやを審査せざるべからず此の場合に於て假令自から法律の名稱を冠するものあるも裁判官か其の憲法上立法の爲に必要なる手續を経ず殊に議會の協賛を得ざることを認むるときは裁判官の此の偽似の法律を適用するを得ざるなり此の如く帝國議會の協賛を経ざるの法律を以て始めより真正の法律に非すと斷定せし余輩の疑問は容易に解答することを得へし然れども帝國議會の協賛なきの法律は果して真正の法律に非するか遵由の効力を有せざるか正に余輩の論點なり「ラ・バンド」が前記の推論を目して争點を以て争點を證明せんとするものなりと謂へるは決して誣言に非ざるなり

日本憲法は國家の最上權か憲法の規定に違反したるや否を裁決するの官廳を認むることなし裁判官か法律を審査するは單に各箇の事件を裁判するに當りて適用すべきの法規あるや否を審明するに過ぎずして敢て元首の行爲を審理し憲法の違反

を匡正するの目的を有するに非ず元首か憲法に違反することなきやと監視し憲法の存立を保護するの帝國議會の任務なり裁判官に決して憲法の監守者非ざるなり故に裁判官か法律に對するの地位に全く臣民か法律に對するの地位と同じ臣民に對して有効の法律は裁判官も亦た之を服従せざるへからず裁判官か適用を拒むことを得るの法律は臣民も亦た之を遵奉するを要せざるなり

「エリネック」は曰く(法律命令論第四百十二頁)臣民は法律及び命令に對し法學上所謂審査權あるものを有せずと然れども余輩は此の説に同意すること能はざるあり抑も臣民の國法上國權に服従するの義務を有す例への議會か元首の大權を侵し自から一の法律を發して真正の法律を變更するか如きことあらん臣民は此の偽似の法律あるに拘らず猶ほ從前の法律を遵奉するの義務を有し又た偽似の法律に由て束縛せられざるの權利を有す設し之を反して臣民か新定の偽法を遵守し從前の眞法に反するときは臣民は國權を服従するの義務を背反する者なり之を畧言すれば臣民か法律の眞偽を審査するの其の國法上の權利にして又國法上の義務なり故に裁判官の審査する所は法律の成立に至るの際憲法の規定に違反したることあり

るや否に存せずして單に法律か一般法律服従者に對して遵由の効力を有するや否に在り裁判官か此の疑問を審査するの權を有するは決して疑を容れずと雖ども是れ毫も裁判官の審査權に關する問題の要點に解答を與ふるもの非ず余輩は更に一步を進めて如何なる條件の法律か臣民に對し遵由の効力を有するか爲必要なるや帝國議會の協賛の果して此の要件の一なるやと論究せざるへからず而して帝國議會の協賛の此の要件非ざるときは裁判官は始より法律か帝國議會の協賛を経たるや否を審査するの權を有せざるなり抑も法律か臣民に對して遵由の効力を有するの何ぞや法律の國家の命令にして臣民の國權を服従し國家の命令を遵奉するの義務を有すれはなり故に帝國議會の協賛なきの法律は遵由の効力を有するや否の疑問は此の如き法律の國家の命令なるや否の疑問と異なるとかし設し帝國議會の協賛を経ざるの法律は國家の命令非ずとせば其の遵由の効力を有せざること多辨を待たずして明なり之に反して帝國議會の協賛なきの法律も亦た眞の法律なり國家の命令なりとせば臣民は其の帝國議會の協賛を経ざるの故を以て之か遵奉を拒むことを得ず若し夫れ帝國議會協賛