

の有無の法律即ち國家命令の成立に妨なし然れども帝國議會の協賛なきの法律は無効なりと謂ふの恰も臣民の必すしも國權を服従するを要せずと謂ふに異なることなし是れ豈に憲法の意ならんや故に憲法が立法に對して一の制限を加ふるときは此の制限を越ゆるの行爲は國家の命令に非すとの趣意を有することあるへし然れども此の制限を超越するときは臣民の國家の命令に服従するを要せずとの趣意を有すること能はざるなり國家は其の意志を以て自から行爲を束縛することを得へし然れども此の束縛の存在するの其の意志の變更せざる間も限るものあり國家の意志にして一たび變更するときは前の意志の復た其の束縛の効力を有せず國家は決して其の意志を以て將來の意志の變更を杜絶すること能はざるなり故に憲法が立法に對して一の制限を定むるときは此の制限を越ゆるもの國家の意志に非すとの趣意を有することを得へし此の制限を超越するときは國家の意志も効力を有せずとの趣意を有することを得ざるなり裁判官の審査權を辯護するの論者中舉證の最も確實にして論鋒の最も精銳なるは余の知る所を以てすれ「プランク」也然れども余輩の氏か前述の論點を看過し從て其の論結の誤謬を來たしたることな

きやを疑はざる能はず(法理年報第九卷第三百二十二頁参照)

然らば則ち帝國議會の協賛なきの法律の果して國家の命令に非ざるか是れ余輩の更に論究すべき所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故に日本憲法に依るときは天皇に屬する所のもの中に立法權の体のみならず立法權の用も亦た専ら天皇に屬す帝國議會は單に立法權の行用を協賛するのみ自から元首と協同して立法權を行用するもの非す余輩の既に第四節に於て議會の協賛は元首が命令を發することに同意するものにして決して元首と共に命令を發するに非ざること論せり故に議會の協賛の獨り元首に對して効力を生ずることを得へし直接に臣民に對して効力を生ずること能はざるなり例へば元首帝國議會の協賛を経て一の法律を發布したりとせん此の法律の有効の法律なり臣民は此の法律を遵奉せざるへからず何か故に之を遵奉せざるへからざるか此の法律は國家の命令なれりなり何か故に國家の命令なるや帝國議會の協賛を経たるか爲か否帝國議會は統治權を行ふの權を有せず又臣民に對して命令するの權を有せざるか故に此の法律が國家の命令たるは帝國議會の協賛あるか爲に非ざるなり果して然



らの法律をして國家の命令たらしむるものは元首の裁可の外他に之れ有ることなし裁可は法律か國家の命令たるの唯一の原因なり帝國議會の協賛は其の共因に非ざるなり裁可の既に國家の命令を生ずるか爲唯一の原因なるときは同一の原因は常に同一の結果を生ずるか故に君主の裁可を得たるの法律は帝國議會の協賛を経ざるも(其他の點に於て憲法の條規に抵觸せざるよ於て)亦た國家命令たるの性質を有せざるへからず帝國議會の協賛は國家の命令を生ずるの共因に非ざるか故に議會の協賛なきことい毫も裁可を得たる法律の國家の命令たるを妨くること能はず之を略言すれば元首の裁可を得て正式に公布したる法律は帝國議會の協賛なきも亦た國家の命令なり遵由の効力を有するの法律なり

前項論する所の憲法第五條の解釋より生ずる論理上の結果とす今設し憲法第三十七條を以て國家命令の成立に必要な條件を定むるものと認め帝國議會の協賛なきときは元首の裁可は國家命令を生ずるの効力を有せずとせば是れ即ち臣民か法律に服従するは其の議會の協賛と元首の裁可とあるか爲あり協賛と裁可とは共に國家命令の原因となるなり元首の帝國議會の協賛と以て立法權を行ふに非ずして

帝國議會の元首と共に立法權を行ふなり果して然らば三十七條の規定の五條の規定に抵觸するものには非ざるか憲法の前後矛盾の條項を設くるものよ非ざるか余輩の此の如き解釋に同意すること能はざるなり余輩の見る所を以てすれば帝國議會の協賛の單に元首を制限するの効力を有するのみ其の關係する所の元首と帝國議會との間より直接に臣民に對して効力を生ずべきものに非ず故に元首か帝國議會の協賛を経して法律を發するときは是れ固より憲法違反の最も甚たしきものにして議會の其の憲法上の手段を悉くし輿論の其の全力を集めて國務大臣を糾責せざるへからず然れども其の正當の手續に由り廢止せざる間の法律は猶ほ依然として効力を有すべく臣民は帝國議會の協賛なきの故を以て之か遵奉を拒むことを得ざるなり

「ペーラウ」も亦た曰く「メクレンブルヒ」民法第一卷第三百五頁以下)立法權か議會の參贊同意を求めたるや否は議會か元首と立法權を共有する場合を除くの外法律の成立は關係なきこと猶ほ人身機關の運動か其の疾病の爲異狀を呈するよ拘らざる猶ほ機關の運動たることを失はざるか如し疾病の作用は之を抑制せざるへから



す疾病の之を治療せざるへからず協賛權を有する所の議會の意見を問はざるか爲  
 る生したる憲法違反の状態は之を暨せざるへからず之を治療せざるへからず然れ  
 ども疾病は唯能く其の源を治して而して之を暨することを得べきか如く立法權の  
 行ひたる憲法の違反を治療するの憲法上立法權に對して獨立の地位を有し立法權  
 に勢力を及ぼすことを得るの機關即ち議會の獨能くすべき所なり立法者の地位の  
 嚴に其の内外の兩面を區別せざるへからざることを猶ほ行政の地位の内外を區別せ  
 ざるへからざるか如し行政の區域に於ても亦た國權か憲法に違反するの行爲を生  
 ずることあるへし例へば政府は豫算を反するの支出を爲せり然れども責任解除法  
 律の發布なし此の場合に於ては權利行爲(例へば私人に對する支拂の如し)は憲法に  
 違反するか爲無効に属するか又は外部に對しての有効にして内部に於て國務大臣  
 か賠償の責を負ふか吾人若し如何なる場合に於ては法律の違憲なりやとの疑問を  
 改めて如何なるものは憲法に依り法律なりやとの疑問と爲さは前陳の意見の正確  
 なること愈々明なるへし若し立法權の其の一部たも議會の掌裡に存在せざるべき  
 の議會の同意は法律の成立に必要なこと能はす果して然らば法律の成否も關す

るの審査は議會同意の有無に迄及ぶこと能はざるなり云々と余輩は全く「ベラウ」  
 の推論に同意するものに非すと雖ども其の概要に於ては余輩の前數項に詳論した  
 る意見と大差なきなり

前數項に論述したる所を畧言すれば天皇の裁可を経て公布したる法律は帝國議會  
 の同意なきも國家の命令たることを失はず既に國家の命令なるときは帝國議會の  
 協賛なきか爲効力を有せざるの理を故に獨逸普通の學説及び「サーハイ」の折衷説  
 の共々余輩の同意すること能はざる所あり「サーハイ」の説に曰く正式に公布したる  
 法律の正當に成立したるものと推測せざるへからず此の推測は唯立法機關の異議  
 に由て之を破ることを得へしと「ウユルテムベルヒ」國法第二卷第百頁に依る然れ  
 ども帝國議會の同意は臣民に對する法律の効力に關係せざること既に論ずるか如  
 くなるときは議會の異議あるも裁判官は決して協賛の有無を審査すること能はざ  
 るなり

元首は獨法律を發して臣民に命令するの權を有す故に裁判官か法律を審査するに  
 當りては首として其の正當に元首の裁可を経たるや換言すれば元首か之を審署し



たるやを審査せざるへからず然れども元首の裁可をして眞の法律を生せしめんとせし其の元首か立法者たる資格を以てするの行爲なることを示すか爲一定の形式を備へざるへからず此の形式を有せざるもの或は一個人の行爲或は行政機關の行爲にして立法者の行爲と非ざるなり此の形式に属するものにして最も重要なものは國務大臣の副署あること及び法律として之を公布することは是なり

憲法第五十五條第二項又曰く凡て法律勅令其の國務に關する詔勅は國務大臣の副署と要すと抑も國務大臣は天皇の輔弼なり天皇と對立して獨立の權利を有するものに非ず故に大臣の副署は決して元首の國法上の權利を限制することを得べきものに非ず果して然らば大臣の副署は國法上何等の効用を有するや他なし元首の行爲を以て其の國法上の行爲と爲すことは是なり元首の命令にして大臣の副署を有せざるときは此の命令は一個人の意志にして國家の元首たるの資格を以てするの命令に非ず故に元首は法律を裁可するの權を有すれども大臣の副署なきときは此の裁可は國家元首の行爲に非ざるなり眞の裁可に非ざるなり換言すれば此の法律は眞の法律に非ざるなり

法律の効力に關する第二の要件は法律として之を公布するに在り法律も勅令も省令も府縣令も皆均しく國家の命令なり然れども憲法か一定の事項を定むるに必ず法律を以てすべきことを規定すべきは此の事項に付ては國家の意志に唯能く法律の形を以て現はるゝことを得へし設し命令と以て之を規定するものあらば此の命令は國家の命令に非ざるなり國家か命令を發するとき臣民をして其の國家の命令なることを知らしめざるへからず而して一定の區域に於ては法律に獨り國家の命令たることを得べきか故に臣民は其の國家の命令なることを示さんどせば其の法律なることを示さるへからざるなり法律命令共同の區域に於ては命令も亦た法律と均しく國家の命令たることを得へし然れども國家の命令にして最強の効力を有するの命令たらんと欲せば國家は之に最強の効力を與ふるの意志を臣民に示さるへからず之を畧言すれば法律に必ず法律の稱呼を以て之を公布せざるへからざるなり

憲法第七十六條も亦た前項の法則を認むるか如し其の文に曰く法律規則命令又は何等の名稱を用かたるに拘りらず現行の法令は總へて遵由の効力を有すと抑も憲



法か本條の規定を設くるの必要を認めたるハ何ぞや現行の法令中法律の名稱を有せざるものとして往々憲法か法律を要するの事項を規定するものあり憲法第七十六條ハ此の如き法令ハ猶ほ將來遵由の効力を保有することを定むるものなり是に由りて觀レハ設シ憲法制定後に發布したる法令にして其の憲法上法律を要するの事項と規定するにも拘はらず法律の名稱を有せざるものあるときハ余輩ハ其の遵由の効力なきことを斷言せざるヘからず假りに憲法制定後の法律も帝國議會の協賛あれば則ち其の何等の名稱を有するに拘はらず總て遵由の効力を有すヘしとせば何か故に憲法ハ特に現行の法令ハ關シ其の何等の名稱を有するに拘はらず總へて遵由の効力を有することを定むるの必要あるか憲法カ其の第七十六條に何等の名稱を有するに拘はらずと謂へるハ其の法律を要するの事項を定むるもの總て法律の名稱を有すヘきことを原則とするの外余輩他に其の理由を見ること能はざるなり

以上論述したる所に依り余輩は左の論結ヲ歸着せんとす審署ハ由りて天皇の裁可を得國務大臣之ヲ副署シ法律の名稱を以て正當の手續に依り公布したる法律は帝

國議會の協賛なきも總て遵由の効力を有す故に裁判官の審査權ハ之を議會協賛の有無に及ぼすこと能はず此の論斷ハ憲法の解釋上正確なることを確信すと雖ども人或は實際の利害を顧慮して之を下すに躊躇するものなきを保し難きを以て余輩ハ猶不聊カ政治上の論點より此の問題を論究せんとす

假りに裁判官の審査權を帝國議會協賛の有無に及ぼさんか裁判官ハ又た正當の議會カ正當に法律に協賛したるや否を審査するの權を有せざるヘからず帝國議會は正當の組織を有するや議員の當選ハ皆有効なるや議會は正當の手續を以て議決したるや議決の際三分一以上の出席ありたるや法律案ハ實に過半数の賛成を得たるや凡そ是等の問題ハ皆裁判官の決定せざるヘからざるものなり然れども裁判官をして是等の問題を決定せしめんとせハ其の審査の難き却て裁判の確實を欠き健訟の弊害を醸成することおきか議院の記録を調査し議長を召喚して其の證言を求むるか如きことおきは果して立法機關の獨立及び威嚴を害するものに非ざるか好し裁判官は多少是等の問題を審査するの便宜を有すとすも臣民ハ全く此の便を有せざるか故に法律の眞偽を判別する由なく其の適從する所を失ふことなきか此



の弊害は裁判官審査権を擴張せんとするの論者も對し少なからざるの困難を與ふるものなるか故に「グナイスト」が英國制度より移し來りて此の困難を回避するの便に供したる一種の假説の忽として多數の同意を得たり其の説の要に曰く議院は各其の組織議員の當選資格議事規程出席議員の多寡可否の數等の疑問に對し終局の決定を下すの權を有す是等の疑問は團體の内事にして團體の確定したる所の裁判官亦もた之を複審することを得ずと「グナイスト」意見書「ギールケ」「シユモルラー」年報第七卷等も依る此の説は英國の制度に根據を有すと雖ども「エリチック」の其の英國の制度に於て全く實用なきものなることを證せり英國に於ては法律の裁可も其の公布も皆議院に於てす故に特に議員の資格議事規程等の問題のみを分離して團體の内事とすることを得ざるなり然れども余輩は敢て此の説の英國又の獨逸の國法に適合するや否を討究するの要を有せず余輩は唯其の日本の國法に適用すべきものなるや否を論ずべきのみ

貴族院令第九條に曰く貴族院の其の議員の資格及選舉に關する争訟を判決すと之に反して選舉法第七十八條の當選訴訟を判決するの權を控訴院と與へ議院法第七

十九條は裁判所も於て當選訴訟の裁判手續を爲たる者の衆議院に於て審査するを得ざることを規定せり衆議院の曾に議員の資格審査權を專有せざるのみならず其審査權は却て裁判所の判決權に讓ざる可らず故に議院の専ら其の議員の資格を審査し終局の判定を下すの權を有すとの前提の日本國法も存在せざるあり且貴族院令第九條及び議院法第七十八條の判決議決の現に訴訟を起したるものあるとき又の議院内に於て異議を生したるときに限れり争訟なく異議なきときも判決も無く議決も無し此の場合に對しては法律の(内部の規則は茲に論せず)何等の規定を有せざるなり若し夫れ議事も關するの疑問例への出席議員の定數に充ちたるや否の如きの議院自から之を決すべきこと疑を容れず然れども法律は特に之を明言したる所なきか故に議院の決したる所の裁判官の判決と均しく確定不動の効力を有すと論するの根據の余輩の見ることも能はざる所なり

抑も撰擧法議院法並に憲法中議會の議事も關するの規定の國家の利益の爲にする公法上の法規にして議院の意思を以て遵守し又は遵守せざることを得べき内部の規定に非ざるなり故に裁判所は元首か憲法第卅七條も遵依して法律を發したるや



否を審査するの權を有すと主張するの論者は又た必ず議院か憲法第四十六條四十七條の規定に遵依して議決したるや否を審査するの權を認めざるへからず而して憲法又は法律が明に之を定むるに非されは議員の資格及び議院の議事を以て特別の例外となすこと能はざるなり日本の憲法及び法律は是等事項に關する議院の認定を以て裁判官の判決と均しく確定の効力を有するものなりとの意見は根據を與へざることも前項論するか如し論者にして設し猶ほ之を主張せんとするものあらば余輩の之と同一の論理を以て言ふを得へし元首か法律を公布するときは裁判官の判決と均しく其の正當に成立したることを確定するの効力を有するか故に裁判官は復た其の適法なるや否を審査することを得ずと

以上論する如く裁判官をして法律の帝國議會の協賛を経たるや否を審査せしむるときは又た帝國議會の正當に組織し正當に議決したるや否を審査するの權を與へざるへからず是れ却て裁判の不確實を招き立法機關の獨立を害し臣民をして適從する所を從ひしむるものなり余輩は更に一步を進めて裁判官の審査權と議會協賛の有無に及ぼすは果して政治上如何なる實益あるやを講究せんとはす

裁判官の法律審査權に關する問題衆論の聚中する所となりたるは主として獨逸國に在り蓋し獨逸は在りては其の始立憲の政体未だ成熟せざる爲國民往々憲法に依て賦與せられたる自由權利の安危に付き常に疑懼の心を懷き殊に千八百五十年以降反動の時期に際し憲法の廢止新憲法欽定等の事ありたる爲法律は益々其の信用を失ひ人心往々裁判官の獨立に由り憲法の保障を求めんとするに至れり「エリチツク」は曰く(法律命令第三百九十七頁以下)裁判官の判決を以て法律か憲法に遵依するの保障たらしめんことを主張するは至て公正の意に出でたるに拘はらず又た至て實際に迂遠あるものあることと免れず如何なる法律上の保障も他に鞏固なる政治上徳義上の保障ありて以て憲法を保護する場合に始めて其の實効を示すことを得へし若し政治上徳義上の保障にして存在することなからんか法律上の保障も亦た決して其の目的を達すること無かるへし此の時又當りては社會内實力の關係獨憲法及び法律の存廢を決すべく而して裁判官の判決は此の國家危急の際に關涉して能く事体を左右するの力を有せざるなり故に西歐諸國に於ては曾て一たび白耳義に於て「アエラーヒエン」と「フェイデル」との間に起りたる有名の鬭論(裁判官は正當



に成立したる法律の憲法に抵觸するや否を審査するの權なきことを以て判決の理由となしたる裁判數回に及ひたるより兩學者の間に論争を生したる場合を謂ふを除きては復た憲法保障の論點より此の問題を詳論したるものなし蓋し革命に慣れたる國民の單に徳義に委頼する所の手段の效果なきことを實驗するの地位に在りたるなり然れども憲法遵依の状態漸く鞏固なるに従ひ故意に違憲の法律を公布するの危険は消滅して極微に達せり議會の同意を得ざるの法律―是れ違憲の法律の最も重要なものなり―を故意に審署し公布するか如き<sup>ワシントン・ヒカイト</sup>期<sup>ワシントン・ヒカイト</sup>想の範圍外に在りて謂ふも決して誣言に非ずと

英國に於ても裁判所か法律の國會の同意を得たるや否の疑問を起したるハ「ヘンリ」四世の治世中一件を生したることあるのみ

我邦立憲制度の成立日尙ほ淺しと雖ども政府の法律を奉ずるに小心なる議會の其の權利を護るに銳意なる輿論の勢力の大に發達したる故意に違憲の法律を發するか如きは現今の日本に於て危険の最も少きものあり設し今日に於て憂ふべきものあらん夫れ唯事業の擴張せざるに在らんのみ苟も政府にして議會の協賛を経ず

して法律を發布するか如きことあらば議會の憲法上の手段を利用して政府を糾責すべく輿論の全力を盡して内閣を攻撃し違憲の行爲を匡正するに非されん休まざるへし此の如くして猶ほ其の効なくんは設ひ裁判官に與ふるに無限の審査權を以てするも決して憲法を保護するの目的を達すべからず何となれば法律の羈絆は能く最高の實力を拘束するの力を有せされんなり

憲法第八條は緊急命令を發するの權を定めたり緊急命令は後日帝國議會の承諾を経るを要す然れども議會之を承諾せざるも命令は廢止に依るに非されん効力を失ふことなき(第九節參照)蓋し議會の承諾の協賛と性質を異にするか故に承諾の効力より直に協賛の効力を推論すること能はずと雖ども議會の意志は必ずしも直に臣民に効力を及ぼすものに非ざることハ八條の規定より其の一證を求むることを得へしそは兎も角も緊急命令に關してハ裁判官の議會承諾の有無を審査するの權なきこと該條の法文より明なり故に政府か裁判官の審査權を回避せんと欲するときは議會閉會の場合に緊急命令を發して以て法律と同一の目的を達することを得へし此の場合に於ては裁判官の其の眞に緊急の需用に因るやを問ふことを得ず(後節



参照)又た議會が承諾を拒みたる後、於ても裁判官の承諾の有無を審査するの權なきが故に、緊急命令は裁判官の審査權に拘はらず、猶ほ將來に効力を有すへし之を要するに政府をして帝國議會の協賛に關する憲法の規定を遵守せしむるの保障の唯議會の監視と大臣責任との兩者あるのみ、裁判官の審査權は憲法の保障たるに足らざるなり

以上論する如く裁判官の審査權を議會協賛の有無に及ぼすは憲法を保護するの實益なくして却て裁判の不確實を來たし立法機關の獨立を害し臣民をして適從する所を知らざらしむるの弊あり故に余輩は政治上の利害を顧慮して論理上の斷定を下すを憚ることを要せざるなり

#### 第十四節 法律ノ規定事項即ち實質ノ審査

裁判官の法律の規定にして憲法の條項と抵觸するものあるやを審査するの權を有するや否余輩は此の問題を論究するに當り先づ憲法變更の法律と憲法抵觸の法律との異同を辨せざるべからず

憲法第七十三條に曰く將來此の憲法の條項を改正するの必要あるときハ勅令を以

て議案を帝國議會の議に付すへし此の場合に於て兩議院は各其の總員三分の二以上出席するに非ざれば議事を開くことを得ず出席議員三分の二以上の多數を得るに非ざれば改正の議決を爲すことを得ず此に一事の豫じめ注意を要するもの政府が其の發案權を行ふの方法なり七十三條ハ勅令を以て議案を提出すべきことを規定せり然れども政府發案權の性質は國法上毫も之れが爲めに變更することなし蓋し政府が議案を提出するは何れの場合に於ても元首の意志に出てざるべからず而して勅令を以て議案を提出するは亦た必ず國務大臣の責任を以てせざるべからざるなり七十三條ハ政府發案權を行ふが爲め式法の慎重を加ふることを要するに過ぎずして憲法第卅八條の法案提出權と全く性質の異なりたる一種特別の發案權を設くるものに非ず故に政府は勅令を以て通常の法律案を議會に提出するも固より憲法の禁せざる所なり今若し勅令を以て憲法の規定に抵觸するの法律案を提出し議院各總員三分二以上の列席に於て三分二以上の多數を以て議決したるときは此の法律は憲法上正當の法律なるか將た豫め憲法の文面を改正するに非ざらん此の如き法律を發布すること能はざるか一例を擧げて之を説明せんに憲法第六



十一條は行政裁判所の裁判に属すべき事件の種類を定めて「行政官廳の違法處分に由り權利と傷害せられたりとするの訴訟」に限れり今若し行政官廳の違法處分に由らざる一種の訴訟と以て行政裁判所の管轄に属せしめんとするときは必ず先づ六十一條中行政官廳の違法處分云々の明文を改正するを要するか或は單に勅命を以て行政裁判所の管轄に關するの法律案を提出し議院各總員三分二以上の列席に於て三分二以上の多數を以て議決したるときは此の法律は正當の法律なるか設し後説をして正理からしめり本節の疑問は單簡に答辯することを得へし法律の議會に於て若干の多數を得れば其の規定の憲法の條項に抵觸するに拘りらず有効なり裁判官の法律か帝國議會の協賛を経たるや否を審査するの權なし故に裁判官は法律か憲法の條規に抵觸するに拘はらず其の有効なることを認めざるへからず

現在の憲法に抵觸するの法律を發するに豫め憲法の文面を變更するを要すとの説と單に憲法變更の場合に適用すべき規程(三分二の多數等)を守るを以て足れりとするの說に就き獨逸國法學者の多數(就中「シュルツェ」「ラーバンド」「ツォルン」「エリネック」)の後説に同意すと雖も日本國法に於ては余輩の前説を取らざるへからず憲

法第四條に曰く天皇は國の元首として統治權を總攬し此の憲法の條規に依り之を行ふと抑も立法の統治權の發動なること固より言を待たず而して該條の統治權を行ふに當りて單に此の條又は彼の條に遵依すると以て足れりとせずして憲法一切の條規に抵觸すへからざることを定むるものなり故に法律の憲法第七十三條の規定に遵依して成立するも他の條項に抵觸する所あるときは「此の憲法の條規に依り」統治權を行ひたるものと稱することを得ざるなり憲法第四條に依るときは此の如き法律を發するに當りて必ず豫め「此の憲法の條規」を改正して其の抵觸する所を除かざるへからず七十三條も亦た「此の憲法の條項」を改正する「云々と云へり故に憲法の規定に抵觸するの法律にして勅命に由り議員三分の二以上の列席に於て三分二以上の多數を以て議決したるもの」總て憲法改正の法律なりと稱することを得ず又た該條の此の如き法律の効力に對し何等の關係を有せざるなり

之を畧言すれば日本國法に於て憲法變更の法律と稱するを得べきは明治廿二年二月十一日公布の憲法中の條項を變更し刪除し又は新に條項を加ふるの法律として自から憲法の一成分となるものなり此の如きの法律の憲法第七十三條の規定に従



て成立せざるへからず然れども裁判官は帝國議會協賛の有無を審査するの權を有せざること既に論したる如くなるを以て亦た憲法變更の法律の實に七十三條の規定に從て成立したるや否を審査することを得ず元首の裁可を経て正式に公布したる法律よして憲法の條項と改正するものは其の憲法變更の法律なることを認むるの外なく裁判官は復た其の有効無効を審査すること能はざるなり然れども裁判官が通常の法律を適用せんとするに當りて其の規定の憲法よ抵觸するやを審査し其の抵觸することを認むるときは之か適用を拒むことを得べきや否の疑問の余輩別よ之を論究せざるへからず人の知る如く北米合衆國に於ては裁判官の法律の憲法に矛盾せざるやを審査し其の之に矛盾するもの之か適用を拒むことを得と雖ども是れ畢竟合衆國特別の制度よ起因するものなり該國の政体は所謂三權分立の主義に基き立法司法行政の三權は皆互に對等の地位を有するものにして立法の他の二權力に對し優等の力あるものに非ず而して憲法と變更するは立法者の外別に其の機關あり(合衆國憲法第五條)故に憲法は法律の一種に非ず立法者は憲法制定者よ非ず憲法變更の權を有するの機關の國家最高の機關にして立法

行政司法の三機關の皆其の下に立て互に對等の地位を有するものなり日本憲法の三權分立の主義を認むることなし立法司法行政の三權の皆元首の總攬する所なり然れども元首が行政者司法者たる資格を以てするの行爲は常に其の立法者たる資格を以てするの行爲の下に立たざるへからず立法者は國家最高の機關なり立法者は憲法を變更するの權力を有するものなり憲法も亦た法律の一種に外ならざるなり蓋し立法者か一の法律を發するの通常唯其の憲法に抵觸せざることを確信したる時に在るへし然れども憲法の規定は往々諸種の解釋を許すことなしと謂ふへからず此の時又當りて臣民の立法者と憲法の解釋を異にするの故を以て法律の遵奉を拒むことを得べきか裁判官の立法者の解釋を誤れりとするか爲法律の適用を拒むこと得べきか果して然らば最高權力の解釋の下斑權力の解釋に譲らざるへからざるなり立法權の主義に於て最高の權力なるに拘はらず實際の結果に於ては司法權の下に立たざるへからざるなり司法權の立法權に對して對等若しくは優等の地位を有するなり概言すれば國權の其の統一を保つこと能はざるなり(ブルンチュリ



「普通國法第三十九頁）立法者と雖も固より過誤なきことを保すへからず故に或の偶然の過失に由り違憲の法律を發することなきに非ざるへしと雖も裁判官をして此の過誤の有無を審査せしめんとせば立法者か眞も其の違憲に非ざることを確信して法律を發したる場合に於ても亦た裁判官の審査を許さざるへからず然れども余輩若し國權統一の必要を認め三權分立主義の我が憲法に根據を有せざることを認むるときは立法者か憲法に對して下したる解釋の司法機關をも束縛するの力を有せざるへからず立法者か憲法の規定に牴觸せざることを確信して發したる法律は裁判官も亦た其の憲法に牴觸せざることを認めざるを得ざるなり而して立法者か眞に憲法に牴觸せざることを確信したるか將た偶然の過誤も由て憲法に牴觸するの法律を發したるか裁判官の能く判定することを得べきものに非るか故に余輩は結局裁判官か何れの場合も於ても法律の憲法に牴觸するや否を審査するの權なきことを論斷せざるへからず

「モール」曰く（國法國際法及爲政學第一卷第八十四頁）形式上無効の法律の全く法の効用を有せず又た裁判官も之を適用することを得ざるの何人も疑はざる所なり

故に立法者の行爲と雖も裁判官は必ずしも其の行爲の如何を問はず總て之に服従するの義務を有するものに非ずして是等行爲の間に有効無効の別を爲すことを得べく從て裁判官は各法律の有効無効を審査するを要すること疑を容れず（中略）國家の命令の形式も欠くる所ある場合すら之を遵奉するを要せず況んや其の規定の違法なる場合も於てをやと然れども法律の形式に關する規定は立法者の行爲を行政者又一私人の行爲より識別するか爲に設けたるものなり例へば法律にして大臣の副署なきものは元首一個人の行爲として其の立法者たる資格を以てするの行爲に非ず此の場合に於ては立法者の行爲は全く存在せざるなり之に反して法律か正當の形式を以て成立するときの立法者は其の立法者たるの資格を行用したるか又の少くとも立法者の資格を行用するの意志を有したるものと認めざるへからず而して立法者は余輩の論したる如く憲法に對して確定の解釋を下すの權を有するときの裁判官も亦た此の解釋と遵奉せざるを得ざるなり故に「モール」の推論の不當の比較に基くものと謂はざるへからず

「モール」は又た曰く（同上第七十九頁）裁判所の法律を各箇の事件に適用するの任務



を有す然れども裁判所の如何なる法律を適用するも可なりと云ふに非ずして必ず正當の法律を適用せざるへからず故に裁判所は數多の法律に就きて必要の撰擇を爲すを要し又た原告若しくは被告が引證する所の法律の果して此の事件に適合するものなるや否を宣告するの權利義務を有す若し數多の法律にして互に矛盾するものあるときは(中略)裁判所の法學の法則に従ひ孰れの法律を採擇すべきやを決せざるへからず例への普通の條規と例外の條規とに就て例外の條規を採り新舊の兩法に就て例外の新法を擇むか如きは是れ各訴訟事件を判決するに當り憲法の規定を適用すへきか將た此の規定に矛盾するの法律を適用すへきかの問題を生じたるときも亦た毫も之に異なることなしと然れども新舊の二法に就き新法を取り普通の條規と例外の條規とに就きて例外の條規を取るか如きの場合に於ては裁判官は立法者の意志を解釋し之を實行するものにして立法者の明白なる意志に反對するものに非ず之に反して裁判官が法律を憲法違反と認めて之を適用を拒むときは是れ裁判官の憲法に對して立法者の解釋に反對するの解釋を下すなり立法者の明白ある意志に反して法律を適用せざるなり故に「モール」の場合を同一視するは

余輩亦た之に同意すること能はず

或は又た云はん憲法の解釋の如きは専ら思想の法則に従て決することを得べく決して立法者の意志を以て左右することを得べきものに非ずと此の駁論も亦た余輩の説を煩はず足らず抑も臣民の法律に服従するの義務を有す然れども臣民が服従するの義務を負ふの唯有効の法律のみ故に臣民も亦た専ら思想の法則に従ひ憲法の意義を解釋し其の解釋に矛盾するの法律に對して服従を拒むことを得へし然れども臣民の解釋は常々裁判所の解釋に譲らざるへからず裁判所にして一定の解釋を基とし判決を下すときは臣民の其の思想の法則に反することを信するも復た之を如何ともすること能はざるあり裁判官の立法者に於けるも亦た此の如し裁判官の立法者の解釋を以て用語の慣習及び思想の法則に反すと認むるも拘はらず此の解釋を遵奉せざるへからず臣民の解釋が裁判官の解釋に譲るは法の統一を保つか爲る必要なる如く裁判官の解釋が立法者の解釋に譲るは國權の統一を保つか爲る必要なるものなり

憲法第五十七條第一項も亦た余輩の説を證するものなり其の文に曰く司法權は天



皇の名に於て法律に依り裁判所之を行ふと本條に謂ふ所の法律は所謂實質の法律に非ざることの第二項より推測することを得へし其の文に曰く裁判所の構成の法律を以て之を定むと此の項に謂ふ所の法律の所謂實質の法律に非ざること第一節に論したる所より明かり而して憲法か同一の條項に於て同一の語を別義に用ゐたりとするの普通解釋法の欲せざる所あるか故に他の正當の解釋を許す間は余輩は兩項の法律を以て同義を有するものと認めざるべからず

然れども五十七條一項に於て司法權の法律に依り之を行ふと云ふとき、裁判所の慣習法をも警察命令をも法律外のものは一切之を適用するを得ずとの趣意に非ざること固より言はずして明なり果して然らば法律に依り裁判所之を行ふと云ふの如何なる意義を有するものなるか余輩の見る所を以てすれば五十七條一項は裁判の獨立を保障するものなり裁判所の元首又は行政官廳の命令又は訓令に由て訴訟事件の判決を左右するを得ざることを規定するものなり法規を各件に適用するに當りては裁判官は命令の與ふる所の解釋に束縛せらるべからざること命ずるものあり故に法律に依り裁判所之を行ふと云ふの法規を解釋するに當り裁判所は法

律の與ふる所の解釋の外之に遵由することを得ずとの意に外ならず例へば明治廿二年三月勅令第四十一號の撰擧法に謂ふ所の直接國税の種目を地租所得税の二種としたれども裁判官が選擧法第廿六條の訴訟を判決するに當り選擧法に謂ふ所の直接税の地租所得税の二種に限らざること信ずるときは該勅令に拘はらず獨立の判決を下すことを得べきなり又た貴族院令に對しても此の勅令の唯追加法の効力を有すべく公正解釋の効力を有せざるなり(此の勅令は既に選舉前に發したるか故に實際に於ては結果を同じくす)之を要するに命令の管に法律に對して公正解釋を與ふることを得ざるのみならず命令に對しても亦た公正解釋の効力を有せずして單に命令を變更し又は之に追加するの効力を有するのみ(「アーン」命令權第二百十五頁參照)(町村制に於ては法律の明文を以て直接税の解釋を内藏兩大臣に委せり此の解釋の裁判官を束縛す)

前項に論するか如く裁判官は各箇の訴訟事件を判決するに當り探證及び法律の解釋に付き命令又は訓令の爲に束縛せらるることなく従て事後に發したる公正解釋の命令は従前の命令に關しても裁判官の解釋を限制することなし之に反して裁判



官の法律に依りて司法権を行はざるへからず憲法第五十七條第一項は一方に於ては命令訓令に依て裁判権を行ふことを禁し一方に於ては法律に依て之を行ふことを命ずるものなり法律の如何なる場合も於ても司法権の行用を束縛するの力を有す換言すれば法律の與へたる公正解釋の裁判官必ず之を遵奉せざるへからざるなり又た五十七條の法律の與へたる公正解釋は一切司法権の行用に對して準繩たるべきことを命ずるか故に立法者か憲法に對して下したる解釋も亦た裁判官を束縛するの効力を有せざるへからず而して此の公正解釋の法律は裁判官復た其の憲法に抵觸するや否を審査することを得ざるの自から明白の事理とす何となれば此の法律の實體は憲法の意義を解釋するものなるか故に憲法の規定と抵觸するの理由なければなり

余輩の既に論したる如く立法者か一の法律を發するときは立法者は其の憲法の規定と抵觸せざることを確認して之れを發したるものと認めざるへかす蓋し裁判官か一の法律を適用せんとするに當り其憲法と抵觸することを認むるときは裁判官は立法者の意志に對し二様の解釋を下すを得へし立法者の憲法違反の法律を發

發するの意志を有したりとすること其の一なり立法者は憲法の條項に對し其公正解釋權を實行して一定の解釋を下し此の解釋に従ひて法律を發したりとすること其の二なり而して立法者か憲法と違反するの意志を有せりとするは解釋の法則に反するか故に裁判官は必ず第二の解釋を取らざるへからず明かに之を言へば法律は一定の事項を規定すると共に憲法の公正解釋を含蓄するものなり而して法律の憲法に對して下したる公正解釋は裁判官復た其の當否を審査するの權を有せざるか故に裁判官は正當に成立したる法律の憲法と抵觸するや否を審査するの權を有せすと斷定せざるへからず

以上論する如く日本憲法の主義及び憲法第五十七條の明文より推論して余輩の左の論斷を下さんとす曰く法律の規定憲法と抵觸するか爲無効なるや否の裁判官之を審査することを得すと若し夫れ臣民は法律を審査するの權を有すと雖も裁判官の法律適用に固より服従せざるへからざるか故に裁判官か必ず適用せざるへからざるの法律の臣民も亦た之か遵奉を拒むに由なきなり

### 第十五節 命令の審査



命令も法律と同じく正式の公布を要し又た勅令に在ては大臣の副署を要すると余輩の法律に關して論述したる所より明なり余輩の又た既に命令を以て法律を廢止變更するを得ざるを詳論せり(憲法第九條も亦た明に之を認む)行政機關の憲法及び法律に對して公正の解釋を下すの權を有することなく其の法律に對するの裁判官及び臣民の法律に對すると毫も相異なることなし故に裁判官が命令を適用すべき事件を裁判するに當ては裁判官の其の果して憲法及び法律に牴觸する所なきや否を審査せざるへからず而して憲法及び法律が明かき命令を禁し又は命令を許さざるの事項を命令に於て規定するに即ち憲法及び法律に牴觸するものに外ならざるか故に此の場合に於ては裁判官の命令が適用することを得ず之を概言すれば裁判官の命令の形式實體兩ながら之を審査するの權を有す然れども裁判官の判決の單に命令の或る一事件に適用すへからざることを定むるものにして全く之を廢止するものに非ず又た命令の果して實際之を發するの必要ありたるや否の専ら行政機關の決すべき政治問題にして裁判官の判決すべき所は非ざることを固より言を待たざるあり

命令中裁判官の審査權に關して特に講究を要するものあり緊急命令是なり緊急命令の勅令なるか故に必ず大臣の副署を要すること更に言明を要せず然れども日本憲法の緊急命令に付て特に内閣大臣連帶の責任を以て發すべきことを規定せざるか故に大臣の副署の通常勅令の場合と異なることなきものと認めざるへからず余輩の既に論したる如く憲法上の命令を以て規定するを得ざるの事項に關する法律は法律の名稱を以て公布するに非ざれば遵由の効力を有せず而して緊急命令の特に此の法則の例外を爲すものなり然れども憲法の推測は常に是等事項に關する命令を以て無効とするに在るか故に此の推測を破るか爲すに命令の必ず其の憲法第八條に依り發したるものなることを明示せざるへからず緊急命令にして此の要件を充たさざるもの遵由の効力を有せざるなり

緊急命令を發したるは果して實際緊急の需用に因りたるや否は全く政治上の問題として國家爲政の局に當るもの獨能く之を決するを得べく臣民及び裁判官は其の政治上の意見に依て命令の効力を判定することを得ざるあり設し裁判官をして此の疑問を決せしめんとせば是れ即ち裁判官をして政治家たらしむるなり政治上の



意見をして法規に代らしむるなり法の正確を求めんと欲して却て其の不正確を來たすなり故に裁判官が緊急の需用の有無を審査するの權なきことは學者概ね皆之を認めざるなし(例へば「フランク」法理年報第九卷第三百六十二頁)

前項論する如くなるを以て裁判官が緊急命令を發布するに必要な條件の有無を審査するを得るは唯其の發布の議會閉會中に在りたるや否の一點とす行政機關の發したる命令は憲法の規定したる場合と於て發したるもの、外國家の命令たることを得ず設し元首が帝國議會の開會中と緊急命令を發することあらは此の命令は緊急命令に非ざるなり國家の命令に非ざるなり憲法第八條の議會不承諾の場合に於て將來と向て効力を失ふことを公布すへしとの規定を設くと雖ども始めより無効の命令は更に將來に向て効力を失ふに由なし故に無効の緊急命令を議會の不承諾に由り廢止するの命令の亦た無効の命令なり此の場合に於ては緊急命令の緊急命令たるの効なく緊急命令廢止の命令は緊急命令廢止の命令たるの効なし此の場合の徹頭徹尾第八條規定の範圍内と屬する者も非ざるなり故に政府の議會の開會中に緊急命令を廢するときの政府は通常の命令を以て法律を變更し又は法律を要

する事項を規定したるの責を負ふべく而して此の憲法違反の状態の八條二項の承諾を以て除くことを得べきものに非ずして必ず責任解除法律を以てせざるべからざるなり

緊急命令は總て法律に代はるの効力を有す故に憲法第五十七條一項の法律も緊急命令は亦た之を代はることを得ざるべからず之を詳言すれば緊急命令が憲法法律に對して下したる解釋の裁判官を束縛するの効力を有するなり故に余輩が法律實体の審査權に關して論述したる所も亦た之を緊急命令に適用することを得ざるべからず

之を概言すれば裁判官の緊急命令が大臣の副署を有するや憲法第八條に依りたることを明示するや及び其の發布の時の議會閉會中なりしやを審査することを得べしと雖ども其の實に緊急の需用に因りたるや又た其の規定は憲法と抵觸する所なきやは裁判官之を審査することを得ざるなり



## 第五章 豫算

## 第十六節 豫算の性質

國家の法制中實際に緊切なること豫算法の如き、少なく政治上の意見と國法上の法理とを混淆するの恐あること亦た豫算法の如く大なるいなし政府權力の濫用を恐るゝこと甚しき者は及ふ、又議會の豫算議定權を擴張して以て政府運動の自由を束縛せんことを欲し、議會權力の妄用を憂ふること大なる者は可成、又議會の豫算議定權を限縮して以て政府活動の自由を保護せんと欲す、余輩は是に於てか二箇の極端なる豫算論を見るに至るへし而して二者共々全く正理を得ざるものなり、蓋し帝國議會の議員は皆愛國の人ならん、國務大臣は悉く忠誠の士ならん、議員の愛國心にして頼むべくんは大臣の愛國心何か故に頼むに足らざるか、大臣の忠誠にして信すべくんは議員の忠誠何か故に信することを得ざるか、然れども大臣の欠點なきの人に非ず、議員も亦た感情を有せざるの人、非ず、大臣の過失、よして恐るべくんは議員の過失何か故に恐るゝに足らざるか、議員の感情にして危むべくんは大臣の感情何

か故に危むを要せざるか、故に議會の公徳を信して獨政府の公徳を信せざるは非なり、議會權力の濫用を恐れて獨政府權力の濫用恐れざるも亦た非なり、日本憲法の豫算法を定むるも當り、政府及び議會と對して均しく權力の濫用を防制し、又一定の範圍内に於ては均しく政府及び議會の徳義に信任せり、是日本豫算法の歐州諸國憲法と大に趣を異にする所、よして亦た其の諸國豫算法に卓越する所なり。

歐州大陸諸國の憲法の概ね皆直接或は間接に其の模範を英國の制度に取りたるものなり、諸國は英國の如く次を逐ひ漸を以て中古の國家より徐に近代の國家に變遷せるものに非ずして、其の間一たび君主の實權を以て中古の民族制度を掃蕩し更に強大なる警察國を建設せり、其の後歴史上諸種の原因よ由りて自由の思想再び大に勃興し終に爲政參政の權を強奪、又の受得して更に立憲制度を建設するに當りて、或は全く歴史上の遺傳を拋棄し架空の理論に基きて新に國家の制度を造出したるものあり、或は民族制度の殘片を拾聚し立憲の新主義を以て之を補綴したるものあり、其の始佛人及び白耳義人か或の舊來の秩序を破壊し或の獨立の希望を達して共に新に國家の秩序を制定せんとするに當りて「ブラククトーン」「デロルム」「モンテ



「スキュー」等の著述に由りて文明世界の共有財産となりたる英國の立憲主義の時を濟ふの一大要具となれり然れども佛白兩國の政治家か所謂立憲主義を採用したるは唯其の自己の目的を達するに便なるか爲に過ぎざるか故に其の果して實に英國の制度に適合するや否の深く問ふ所非ず是等政治家の希望する所は専ら人民に不滅の自由を還與し社會の各層に參政の權利を保障するの捷徑を求むるに在り而して國務大臣の進退及び行政の針路を以て民選議院の多數に隨屬せしむるは捷徑中の最捷なるものなり此の目的を達するか爲最も單簡なる方便の議會に於て毎年一切の歳入歳出を許諾し又は拒否するの制度を設くるに在り事簡にして理卑近極めて俗耳に入り易し是は於てか毎年議會は於て歳入歳出を承諾するの說の殆んど抵抗すへからざるの感化力を以て一般の思想を支配するに至れり(「グナイスト」豫算及び法律第十六頁)立憲制度の獨逸に起るや英國の制度は復た間接之か摸範となれり然れども其の豫算法の獨逸諸邦の憲法に現はるゝに當てり或は往時租稅承諾權の紀念と結合し或は憲法制定の當時に於ける社會情態の反映を受けたる爲諸邦憲法の間に少なからざるの差異を生せり此の論點より獨逸諸邦の憲法の分れて

二箇の種類を成すこと人の從來全く知らざりし所に非ずと雖ども「ザイテル」の諸著述に由りて此の分類の愈々明瞭と歸することを得たり第一種の憲法の概ね當世紀の始に制定せられたるものにして往時の民族制度と頗る類似する所あり蓋し往古の國家と近代の國家との間性質は於て霄壤の差ある固より前者の想念を取て直に之を後者に適用すへきに非ずと雖ども歴史上の紀念の亦た少なからざるの影響と與へたること疑を容れず此の種の憲法に於ては議會の豫算議定權の頗る往時の租稅承諾權に近接せり「バイエルン」及び「ウエルテムベルヒ」の憲法の其較しき例證なり兩國の憲法は於ては一切の租稅又は某種の租稅の議會の同意なくして賦課徴收することを得ず而して豫算は本來必要なる費用及び他の財源より收入するを得べき金額を見積りて以て租稅賦課の必要なることを證明するものに外ならざるなり(「バイエルン」憲法第七章第三條第四條及び「ウエルテムベルヒ」憲法第九條第一百條)第二種の獨逸憲法の字漏西憲法及び獨逸帝國憲法其の最も重要なるものなり字漏西の憲法は人の知る如く一切の租稅の常久の法律を以て確定するの法を取れり之に反して豫算法に關しては南獨の諸國に倣はずして主として白耳義の憲法に則



り豫算を以て毎年議定すへき法律とせり是に於てか議會は豫算を以て隨意に既定の法律を停止變更するを得べく而して豫算の成立に至らざるべきに政府は一金半錢と支出收入すると能はざるやの疑惑を生し終に「マルチッツ」をして毎年の歳計豫算の法律上の歳入を變して年金となし及び法律上の制置をして壹年間の預約に基かしむるの力と有せすと絶叫せしむるに至れり今日に在ては「フリツカー」「グナイスト」「ラーバンド」等の著述に由て豫算の普通法律と性質を異にすること殆んど獨逸國法學者の一般に認むる所となりたれども亦た有力の反對者なきに非ず之を要するに獨逸に於て豫算問題に關する論激烈の論争を生したるは君主主義を以て國體の基礎とすに均らす主權在民の主義に基ける白耳義憲法の規定を其憲法に收用したるか爲に前後相容れ難きの矛盾を生したるに由れり日本は世界萬國の中に於て最も早く國權統一の主義を認めたるものなり租稅徵收の如きも國權の發動にして政府と人民との約束に基くものに非ざること既に數百千年以來確定する所の原則なり帝國憲法は徵稅權の濫用を防ぐか爲租稅の賦課に對して帝國議會の協贊權を認めたり然れども此の協贊權の毎年租稅を承諾し又の承諾せざるの謂ふ非ず

して専ら立法に參與するに在り法律を以て定めたるの歳入の常定の性質を有すること全く李漏西の憲法と同一徹に出たり之に反して豫算は全く之を法律より分離して特別の制度となし又た特別の規定を設けて預め豫算不成立の場合に備へ議會に與ふるに行政を監査するの權を以てすると共に亦た其の權力の濫用を預防して國家の存立に對する危険を除かんとを期せり此の特別の制度及び特別の規定は即ち余輩が本節に於て講究の目的とする所の問題なり

憲法第六十四條に曰く國家の歳出歳入の毎年豫算を以て帝國議會の協贊を経へしと憲法の本條に於て單に帝國議會の協贊を経へしと言へり而して豫算の法律を以て之を定むへしと言へし是れ何人と雖ども直に注目する所なり唯想ふも人の或は帝國議會の協贊を経て元首の裁可せるものを以て凡て法律なりと斷定し此論據より豫算も亦た憲法が法律の名を附せざるに均らす一種の法律も外ならずとの意見を有するものあらん然れども余輩は既ち本篇の始に於て法律を以て帝國議會の協贊を経たる天皇の命令とするの論理上並に解釋上の誤謬に基けることを詳論せり余輩の法律を以て最強の効力を有する國家の命令とせり故に國家の命令をして法



律たらしめんと欲せし國家の此の命令に最強の効力を與ふるの意志を法律の服従者に公示せざるへからず換言すれば法律の法律として之を公布せざるへからざるなり若し法律として之を公布せざるときは假令帝國議會之に協賛し天皇之を裁可するも豫算は決して法律とあることなし第六十四條は豫算の帝國議會の協賛を経へきことを規定せり然れども豫算の法律として之を公布すへしとの規定は何處にも存在することなし故に議會の協賛を経たるの故を以て豫算を法律の一種となすものあらん是れ大なる誤なり法律は凡て帝國議會の協賛と天皇の裁可を要す然れども天皇の裁可と帝國議會の協賛とを経たるものは必ずしも法律に非ざるなり余輩は更に一步を進めて自から問はん豫算の結果して天皇の裁可を要するやと若し此の間に對して然りと答ふることを得ば豫算の法律に非ざること愈々毫末の疑を容れざるに至るへし憲法第六十七條に曰く憲法上の大權に基ける既定の歳出及法律の結果に由り又ハ法律上政府の義務に属する歳出の政府の同意なくして帝國議會之を廢除し又は削減することを得ず蓋し政府の天皇陛下の政府なり國務大臣の天皇陛下の委任に由るに非されば政府の同意を表することを得へからず若し裁可

よ由りて元首豫算の全部に同意するに非されし豫算成立に至らずとせば第六十七條は何の必要ありて特に一部の歳出に元首の同意を要することを規定したるか此の疑問の既ハ世人の注目する所となり終に余輩として一の不法不當なる解釋に達着せしむるに至れり

其の説に曰く豫算は政府と議會との合意あるに非されし成立することを得ず獨第六十六條第六十七條の費目に至ては政府の意専決の力を有するものなり故ハ第六十七條の場合に於て政府と議會との合意成らざるときは政府の隨意原案を施行するを得へしと余は未だ此の説の如何なる論據ヲ基くやを熟知せずと雖ども余の知る所を以てすれハ論者の豫算の裁可を要するにも拘らず第六十七條に於て特に政府の同意を要するの規定を設けたる立法の理由より推測を下したるもの、如し余ハ論者か深く他ハ該條を正解するの道を講究すること亦又た充分なる論理上の根據を求めずして直に此の如き測斷を下すの勇に驚かざるを得ざるあり論者も亦た政府と議會との同意成立せざるに及んで始めて政府の意之れを決することを認むるか如し何か故に政府は合意の成立せざるを待たざるへからざるか第六十七條



の費目に就きも亦た政府と議會との合意を要すれりなり然れども終局に至りて政府の意獨り之れを決するときは是即ち第六十七條の費目に付ては議會の同意を要せざるなり或は合意を要すと言ひ或は合意を要せずと言ふ何そ其の相撞着するの甚しきや第六十七條は帝國議會の豫算協賛權を限制したるものあること固より論を待たず然れども協賛權を限制するは必ずしも協賛權を廢止するの謂に非ざるなり憲法上の大權に基ける既定の歳出及び法律に由るの歳出と雖ども之れを議會の議に付せざるへからざること第六十七條の法文より明白なり該條は専ら議會の豫算案を領受したる上に於て其の議決權の範圍を定むるものに過ぎず而して第六十七條歳出の預算を議會の議に付せざるへからざる所以は何そや憲法第六十四條に依り歳入歳出の凡て帝國議會の協賛を要するか爲めに外ならざるなり故に第六十四條は第六十七條の歳出に對しても亦た均しく適用すべきの法規と認めざるを得ず設し論者の言ふ如く第六十七條の歳出は結局帝國議會の協賛を要せずとせば是れ即ち該條の歳出に對しては第六十四條の規定を適用すへからざるあり果して然らば政府は如何なる法規を由りて第六十七條歳出の豫算を帝國議會に提出するの義務を有す

るや又た何の目的を以て之を議會の議に付するや論者は或は第六十七條の歳出を以て始より議會に提出するを要せざるものとあすか果して然らば憲法第六十七條の何か爲に議會の議決權を限制したるや論者か思想の働は殆んど人の端倪すること能はざる所なり

第六十七條の歳出は政府の同意なくして帝國議會之を廢除刪減することを得ず議會の協賛なくして政府隨意に之を確定することを得ず故に該條の歳出に付き議會政府の原案は同意せざるときは唯政府と議會との協議推譲に由り豫算の成立を致すことを得へし若し此の協議不幸にして整はざるときは議會は終に第六十七條の歳出を議決するに由なく従て豫算は終に成立すること能はざるなり此の場合に於て政府も議會も誠意其の必要の費額を信認する所を守て互に相讓ること能はざるときは豫算の成立に至らざる固より罪を政府又は議會に歸すへからず余輩は單に之を以て一の不幸なる事實とせざるを得ざるなり此の時も當りては政府の唯前年度の豫算を施行するの一法を有するのみ

人又た或は憲法第七十一條の規定より豫算の裁可と第六十七條の同意との關係を



解釋せんとするものあらん七十一條に曰く帝國議會に於て豫算を議定せず又の豫算成立に至らざるときは政府は前年度の豫算を施行すへしと人或は言はん本條を適用するは帝國議會に於て豫算を議定せざるか又の帝國議會に於て豫算成立に至らざる場合も限り故に天皇の裁可を得ざるか爲に豫算の成立に至らざるべき前年度の豫算を施行することを得ず之を反して六十七條の歳出に付て政府と議會の合意成ならざるときは是れ即ち議會に於て豫算成立に至らざるの場合なるか故に政府は前年度の豫算を施行するを得へし是れ豫算の裁可を要するに拘らず猶ほ六十七條の歳出に關して政府の同意を要するの必要ある所以なりと然れども憲法か其の第七十一條に於て預め豫算不成立の場合に備ふるの規定を設くるときは其の趣意は何れの場合に於ても豫算に依らずして支出を爲すことを禁するに在ること明なるか故に政府は議會の協賛したる豫算に依るか又は七十一條の豫算に依るの外決して支出を爲すを得ざることを知るへし(此の點の猶ほ次節に於て詳論すへし)故に豫算は裁可を要すれども裁可を経るか爲め其の成立に至らざる場合に於て七十一條を適用することを得ずと謂ふの恰も天皇は豫算の裁可を拒むとを得然

れども政府の一錢を支出することを得ずと言ふに異なることなし裁可の實果して何處に在るや

且七十一條に謂ふ所の豫算の不成立を以て帝國議會に於て豫算の成立に至らざる場合に限るとするの非なり設し此の解釋にして正當ならん議員の召集に應せざる場合の結果して如何此の時に當て帝國議會未だ成立せず故に政府は未だ豫算案を提出するに由なし政府豫算案を提出せざるか故に帝國議會に於て豫算を議定せずと稱することを得ず又た帝國議會に於て豫算成立に至らずと言ふことを得ざるなり此の場合に於て七十一條の規定を適用することを得ざるか果して然らば議會か豫算議定の拒否に由て政府を強制するの法の防制する所なれとも一齊の同盟罷職に由て國家の存立を危くするの議員の力に在りと謂はるへからざるなり七十一條の趣旨果して此の如くなるか余の之を信せざるなり更に一例を擧ぐれば國家内外の情形に因り政府帝國議會を召集すること能はざるべき如何蓋し政府の憲法第四十一條の規定に従ひ帝國議會を召集するの義務を有すと雖ども國家の事變に困りて議會を召集すること能はざる場合も於ては政府は固より憲法違反の責を



負ふことなし何となれば憲法の事實に於て爲し能はざることを命するものに非ざればなり此の時に當ては政府に罪なく議會に咎なし然れども豫算の成立に至らざるは全く政府の議會を召集せざるに起因するか故に帝國議會に於て豫算を議定せずと稱することを得す又帝國議會に於て豫算成立に至らずと言ふことを得ざる固より言を待たず此の場合に於ては政府は全く支出を爲すことを得ざるか七十一條の規定に之に適用すること能はざるか憲法第七十條は此の如き非常の場合に處するか爲に特別の規定を設けたり然れども余輩若し其の法文を讀下するときは直に其の豫算と直接の關係を有せざることを見ん七十條に曰く公共の安全を保持する爲緊急の需要ある場合に於て云々財政上必要の處分を爲すことを得と抑も豫算を設くるに公共の安全を保持するか爲必要な處分と稱するを得ること言を待たず而して豫算に依らずして實際の必要に應じ支出を爲さんとするも七十條の許容する所の國家歳出の一小部分に止り支出の大半は緊急の需用に應ずるものに非ずして豫め見ることを得べき平常政務の必要を充たすものなり其の目的も亦た専ら公共の安全を保持するのみに非ずして亦た積極の公利を進捗するに在り年金恩

給公債元利神祿費賠償費等政府の當然支拂はざるべからざるものなりと雖ども之を以て公共の安全を保持し又緊急の需用に應ずるものと稱することを得す凡そ是等の歳出の皆憲法第七十條の規定を適用すること能はざるものあり是に由て見れり七十條の緊急の需用に因り公債を起し又公安を保持するか爲必要な費途に向て支出を爲すか如き處分を稱するものにして國家經常の歳出入の如き固より其の關する所に非ざるや明なり蓋し内外の情形に因り議會を召集すること能はざるか如きの國家非常の災厄と謂はざるべからず此の時に當ては嚴に普通の豫算のみに準據すること能はざる勿論なるか故に第七十條は特に臨時必要の處分を爲すを許せりと雖ども臨時の災厄に決して政府の義務を解除するもの非ず年金恩給國債の元利等の實際の事情に於て國家の力之を許す限に依然之を支拂はざるべからず而して國家は此の場合に於ても猶ほ全く其の常務を停廢すること能はざる以上亦た經常の支出を爲さざるを得ざるなり故に外國に於ても例へば「シニワルツブルヒ、ルードルスタット」憲法の如きの此の如き場合に對して最も適切なる規定を設けたり其の第廿九條二項に曰く特別の事變に因り適時に國會を召集すること能



いさるときは亦た前項の例に依ると即ち此の場合に於ても政府の租税及び其他の収入を徴收し最近の歳出豫算に準據して之を支出することを得べきなり日本憲法第七十條は公共の安全を保持するか爲緊急の需用ある場合に限りて財政上必要の處分を許せり然れども經常の支出を爲すに豫算に準據するを要せずとの許客の何處にも之れ有ることなし而して七十條に於て特別の必要ある處分を明認するときハ余輩の却て其の他の収入支出に付てハ憲法の普通の法規を適用し豫算に準據するを必要なりとするの趣意あることを推論せざるを得ざるなり

今設し憲法第七十一條を以て帝國議會に於て豫算を議定せず又は帝國議會に於て豫算成立に至らざる場合に限り適用すべき規定なりとせし議員の召集に應せず又は議會を召集すること能はざる場合に於ては國家の終に經常必要の歳出を爲すに由なからんとす是れ果して七十一條の趣意あるか余輩の之を信せざるなり余輩ハ該條を以て豫算の成立に至らず又は帝國議會に於て豫算を議定せざる場合を規定するの法規と認むるものあり豫算の不成立に付ては議會の内外を問はざるものなり人或の問はん第七十一條の不成立を此の如く廣く解釋するときハ政府の豫算

案の調製を怠り又は豫算案を議會に提出せず甚だしきハ始より議會を召集せずして常々前年度の豫算に依り収入支出を爲すを得べきかど然れども政府は憲法第四十一條に由りて毎年帝國議會を召集するの義務を負ひ其の第六十四條に由りて毎年豫算を帝國議會の議に付するの義務を負へり若し政府に於て議會を召集せず(七十條の場合は例外とす)又は豫算を議會に提出せざる時は是即ち政府の自から憲法違反の咎を惹くものあり此の場合に於ても政府は固より七十一條の規定に従て前年度の豫算を施行すへし然れども政府の七十一條の規定に依りたるの故を以て憲法違反の責を免るゝことを得ざるなり故に是等の場合は毫も該條の解釋に關する所を以てせず

設し豫算を以て天皇の裁可を経ざるへからずとせし元首の亦た裁可を與へざるの權を有せざるへからず元首設し此の權を實行して帝國議會の協賛を経たる豫算を裁可せるときは如何他なし豫算の不成立を見るのみ憲法第七十一條の規定を適用して前年度の豫算を施行すべき場合を生ずるのみ故に政府の議會の議決を喜むるときは其の選む所に從ひ年々歳々前年度の豫算を施行するの便を有すへし此の



如く必要の支出と任意の支出とを別たす一切の收入支出を舉げて之を常規豫算に包括するの果して立憲國の性質と合一するや否は余輩今茲に之を論せざるへし余輩の唯問の憲法實に天皇の裁可を以て豫算の成立に必要なりとせし更に何等の必要ありて第六十七條の歳出に對し特に政府の同意を求むべきことを規定したるか又の何等の實効を期して議會自由議決の範圍を限定したるか政府の七十一條に依りて隨意に前年度の豫算を施行するの自由を有せし第六十七條の毫も政府より利する所なく而して該條規定外の歳出に對しても議會協賛の實効は其の規定内の歳出に對すると毫も異なる所なきに非ずやと

余輩の上來憲法第六十七條に對する二箇の解釋を審案せり余輩の該條を以て議會の協賛を要せざる場合を定めたるものとするを得ざることを論せり余輩は又た憲法第七十一條を適用するを得ると否とを以て豫算の裁可と第六十七條の同意との關係を説明する能はざることと見たり人又た或の言の第六十七條の一般に豫算査定權の限界を定めたるものなり豫算を定むるは一の行政行為にして既定の法律の範圍内に於てせざるへからざることを宣言するものなり法の明文を以て豫算の性質

に關する最近の學說を確認したるものなりと此の解釋も亦た非なり第六十七條は單に政府の同意なくして必要の歳出を廢除削減するを得ざることを定むるに過ぎず故に該條の明文のみに付て見るときの大權に基ける既定の歳出法律上必要の歳出と雖ども政府の同意あれば之を廢除削減するに妨くる所なし若し夫れ豫算は現在の法制を基礎とせざるへからず豫算の以て法律上必要の制置を廢するを得ず契約に因り政府に屬する義務を解除するを得ず豫算の唯現行法制の範圍内に於て成立するを得へし等の法則の之を普通一般の法理より演繹するを得へし直接の之を第六十七條の規定に求むへからず若し該條の規定にして實に豫算の法律及び契約等と對する關係を定むるの意ならば政府の同意の有無に由て區別を爲すの理なし法律上契約上必要の歳出は政府の同意あるも之を廢滅するを得へからざるなり故に伊藤伯が六十七條の註釋中に於て(義解第百廿三頁)豫算を議する者の憲法と法律とに準據し憲法上及法律上國家の制置に必要な資料を給備するを以て當然の原則とせざるへからずと言ふときは是即ち極めて正確なる普通一般の原則を明したるものにして直接に六十七條を解釋するの意に非ざるへし之を要するに六十七條は



政府と議會との關係を規定するものなり豫算と法律との關係を規定するものに非ざるなり(讀者請ふ次節を参照せよ)

以上陳ふるか如く裁可を以て豫算の成立に必要なりとするときは憲法第六十七條は全く一箇の冗文に屬すへし故に憲法に於て特<sup>設</sup>六十七條の規定を説くときは余輩の憲法が豫算成立の爲元首の裁可を要せざるの意あることを認めざるへからず憲法が豫算の裁可に付て規定する所なきの當然の事理にして更に言明を要せざるか爲に非ずして豫算の實に裁可を経るを須ひざるか爲なり裁可を要せざるか故に裁可を拒むの權なし裁可を拒むの權なきか故に憲法は六十七條の歳出に付て政府の合意を要するの必要を有す豫算果して天皇の裁可を待たずして成立するときは豫算は既に成立の手續に於て全く法律に異なれり既に形式に於て法律に非ざるときは余輩の復た其の實質に於て法律たることを得るや否を問はざるなり此に一事の辨明を要するもの民法財産編第卅一條と豫算との關係なり其の第二項に曰く動産の公用徴收の毎回定むる特別法に依るに非されは之を行ふことを得ずと日本の豫算法を論するに當て本條の規定に注目したるは余の知る所を以てす

れの博士穂積八東氏が國民の友第四百四號に登載したる短篇の論文を以て始とす其の論文に於て確定したる意見を陳へすと雖も豫算を法律に非すとすの論者に對し速了に斷定を下すことを警誡せり其の要に曰く租税の動産公用徴收の最も重要なものなるへし民法財産篇第卅一條は毎回定むる特別法を以てするに非ずして動産の公用徴收を行ふを得ざることを定めたり故に租税も亦た一年法に依るに非されの之を徴収すること能はざるへし余の民法の規定を以て違憲なりとするを憚るか故に猶ほ豫算の法律に非すと斷言するに躊躇せざるを得すと實に民法財産篇第卅一條の意義にして此の解釋の如くならん鬼角該條と憲法との關係の難題なりと謂はざるへからず然れども租税を賦課徴収するは必ず法律を要すること既に憲法第六十二條の規定に由りて明なり故に民法財産篇第三十一條を以て租税に關係するものとするも其の趣旨の憲法第六十二條の法律の毎年之を更新せざるへからずと云ふに過ぎず而して民法財産篇第卅一條に必ずしも豫算を以て租税を賦課するを要するものに非ざるなり故に該條の規定より直に豫算の性質に論及するは何等の根據をも有せざるものとす加之憲法第六十三條の現行の租税の法



律を以て之を廢止せざる限舊に依て之を徵收すべきことを規定せり租税の大部分は此の規定に由りて常定の収入となれり若し民法財産篇第卅一條二項をして一切の租税に關するものならしめは該條は明に憲法第六十三條の規定に抵触せり余輩は豫算を以て法律に非すとすに躊躇せずして寧ろ民法の條項を違憲ありとするを憚らざるべきなり然れども余輩若し虚心平氣に財産編第卅一條の規定を講究するときは該條の他は憲法と矛盾せざるの解釋を容るゝことを見るへし租税を以て動産の公用徵收に非すとすること是なり

蓋し公用徵收なる文字の極めて廣博なる意義を有するを得へく單に文字に付て見るときは租税の徵收をも財産の收用をも包括するを得べきか如し民法財産編第卅一條か如何なる意義を以て此の語を用ふるやを定めんと欲せし先づ租税と收用との性質の異同を辨せざるへからず收用の公共の利益の爲に所有權又は其他の物權を收取し之を國家又は第三者に移すの行政行爲なり故に收用は租税と同しく國家公共の目的を達するの手段なり又た收用は租税と同しく國權の發動として孰れの場合に於ても臣民との合意に基くものに非す而して收用の租税と同しく國家通常

の政務を充たすか爲(鉄道道路城塞の築造等)必要なるものにして必ずしも國家の緊急權(狹義の「ユス、エミケンヌ」と合一するものとするを得ず凡そ是等の點に於ては收用は租税徵收と其の性質を同じくするものなり然れども收用と租税徵收と全く性質を異にする所の主として其の目的とする所の權利の種類を異にするに在り收用は所有權又は其他の物權を強要し租税賦課の單に國權の發動に由りて公法上の債權を生ずるに過ぎず故に收用は必ず確定したる物件あるを必要とし又た國家の要求する所は専ら此の確定の物件に在りて其の價金に在らざるか故に國家は其の強要したる物件に對して充分の賠償を與ふるを原則とす此の如く收用と租税とは其の目的とする所の權利の種類に於て全く相異なれり憲法第廿七條に曰く日本臣民は其の所有權を侵さるゝことなし公益の爲必要な處分は法律の定むる所に依ると公益の爲にする收用は即ち本條の規定する所に属するものなり然るに憲法は猶ほ其の第二十一條に於て法律の定むる所に從ひ納税の義務を有することを特定せり憲法か此の如く同時に二箇の條項を設けたるの何ぞや納税の公益の爲に所有權を侵さるゝの場合に非されはなり民法財産編第一部は物權に關するの規定あり



其の第一章の所有權に關するの規定なり其の第三十一條は所有權を強要せらるゝ場合を定むるの條項なり租稅賦課の性質の公法上の債權を生ずるに在ること既に辨明したるか如し故に人民が租稅の賦課に應じて任意に之を納付するとき其の納付したる一定の貨幣の所有權の強要の讓渡に因らず任意の讓渡に因りて移轉すること私人に對する負債を償還する場合と異なる所なし人民租稅の納付を怠るか爲國稅怠納處分法に依り金錢を押收して以て未納額に充つる場合の民法上の強制執行と同じく既定の債權を充たすの方法たるに過ぎず此の場合に於ては復た其の處分の公益の爲に必要なや否を問はざるなり此の如く租稅の所有權の讓渡を強要するものに非ず而して民法財産編第卅一條の専ら所有權強要の場合を規定するものなるときは其の所謂動産の公用徵收の租稅を包含せざること自から明白なり

然り則ち動産の公用徵收とい如何なるものを稱するや蓋し收用は主として不動産に關するを常とすと雖も其の性質上必ずしも不動産に限れるに非ず例へば食品取締に關する獨逸法律に於て警察官と與ふるに檢査の爲賠償を與へて店舗に存在する所の食品の見本を徵收するの權を以てしたるか如きは動産收用の一例なり「ステンゲル」の又た獸疫の傳播を防ぐか爲獸疫に感染したる家畜を撲殺するを以て動産の收用と稱すべきものなりと謂ふと雖も此の場合の素警察上の處分にして必ずしも所有權の移轉を要せざるか故に以て收用の適例となすことを得ず兎も角公用徵收の動産に關しても全く其の例なきに非ずと雖も實際不動産の收用は公用徵收の最も重要なものなるか故に諸外國に於ても動産の公用徵收は之を特別法に委するを常とすと若し夫れ民法財産編第卅一條が動産の公用徵收は必ず毎回定むる特別法を以てすべしと云ふに至りては立法の理由より難すべきものなきに非ずと雖も是れ固より余輩の此に論ずる所に非ざるなり之を要するは民法財産編第三十一條は租稅の徵收に關するもの非ず故に該條は毫も憲法の規定に反する所なく而して豫筭の性質は毫も該條の規定に由りて變更する所あらざるなり余は立法の歴史を訴りて立法者の意志を推究するの便宜を有せすと雖も該條の目的及び前後の關係よりして立法者の意志に余輩の解釋する所外ならざること認むべしと信す



本論を草し終りたる後偶然東京日日新聞の舊紙を搜索して中村弘一氏の寄書を發見せり(明治廿四年一月七日發兌東京日日新聞)其の立論の可否に且らく問はず氏の寄書よりて民法起案者の意を確認することを得たるは余之を氏に謝せざるを得ず

豫算の法律に非ざること既に詳論したるか如し然らば則ち日本憲法に謂ふ所の豫算は果して如何なる性質を有するものなるや或は之を以て行政官廳に對するの訓令となすものありと雖も余輩の見る處を以てすれば此の説は未だ日本國法の法理に適中したるものに非ざるなり抑も訓令は上司下司の關係に基くものに外ならず而して官廳に對して指揮監督の權を有するもの獨能く之を發することを得へし故に行政各部の官廳の國務大臣の訓令を奉せざるべからず國務大臣は亦た元首の訓令を守らざるべからず然れども元首は行政の中極にして獨國家の行政機關を統轄するの權を有するものなり而して議會の元首行政權の行用を限制する場合のれども直接に官廳に對して指揮監督するの權を有せず故に官廳の元首若くは其の委任を受けたる上班の官廳より訓令を受くることを得べく而して帝國議會又は貴

衆各院より訓令を受くるを得べからざるなり豫算の原案は素政府の手に成るものなるを以て其の元首の同意を得たること論を待たず然れども帝國議會に於て修正刪除したる豫算に對しては裁可に由りて始めて元首の意志を明にすることを得べし豫算は天皇の裁可を要せざること余輩既に之を論定せり即ち豫算の單に議會の決議よりて成立するものなり單に議會の決議に由りて成立するものは訓令に非ざるなり故に豫算を以て行政官廳に對するの訓令となすの説は猶ほ以て日本國法の法理を得たるものと認むることを得ず

數多の學者は又た豫算を以て財政の設計とせり其の説の要に曰く凡そ公共の經濟あると私人の經濟なるを問はず歳出入巨額に達するもの預め歳出入の設計を爲すの要を有せざるものなし故に府縣には府縣の豫算なかるべからず町村には町村の豫算なかるべからず私立會社も豫算を要し大資産家も亦た豫算を要す國家の最も大なる經濟を有するものなり故に國家に於て豫算の設なきときは財政の整頓に決して之を望むべからず而して豫算の必要の獨立憲國に存在するものに非ざるなり之を諸國の歴史に徴するも豫算は往々立憲制度を創設するの前提に於て既に嚴



然存在し一の欠くへからざる行政行為となれり其の後專制制度より立憲制度に變遷して豫算を代議會の議に付するに及んでも豫算の猶ほ其の行政行為たるの性質を變したることなし豫算は立憲國に於ても專制國に於けると同じく國家財政の設計たるは過ぎすと然れども豫算は單に歳入歳出の金額を計算し之を對比して以て出入の平均を求むるの具となすに止まらず亦た現在の法制に基きて支出の必要又は有益なるや否を審査確定するの目的を有するものなるとは豫算を以て財政の設計となす所の學者の普く認むる所なり此の如く支出の須要及ひ之に對する収入の利害得失を確認して財政の設計を定るときは行政の將來此の設計に従て財務を處理せざるへからず何となれば設計といは將來實務を執行するに當りて依るべきの準繩を定るものに外ならざれあり故に「シュルツェ」は曰く豫算は財務に關する行政條規なりと「ラーバンド」は曰く豫算は行政の準繩にして其の意志の力及はん限遵奉せざるへからざるものなりと伊藤伯も亦た曰く豫算の行政官の遵守すべき準繩を定るものなりと此の如く國家の行政が豫算を遵奉するの義務を有するの専ら國權が將來施政の設計を定めて以て自から其發動を緊束するに因らざるへからず「シュ

ルツェ」は曰く豫算の國權が自から其の行為に對して規定する所の行政條規なりと「ラーバンド」は曰く獨逸帝國の歲計豫算の帝國最高機關の定めたる行政の綱領なりと故に豫算の國權の總攬者又は行政の統轄者より出づるに非されは行政をして之を遵奉せしむるの効力を有すること能はず而して行政をして遵奉せしむるの効力を有せざるものは財政の設計に非ざるなり日本の豫算の帝國議會の議決に由りて直に成立するものなることは余輩既に屢々之を論せり抑も帝國議會の國權の總攬者に非ず故に行政機關に對して命令するの權を有すること能はざるなり帝國議會は亦た國家行政の局に當るものに非ず故に議會の自から將來施政の準繩を定むることを得へからざるなり之を略言すれば帝國議會の單獨の意志を以て財政の設計を定むるの權を有せざるものなり故に豫算を以て財政の設計となすの説も亦た之を日本の國法に適用することを得ず

豫算の官廳に對するの訓令にも非ず國家財政の設計にも非ず豫算の完全なる國家意志の發動に非ざるなり憲法第六十四條は豫算の帝國議會の協賛を経へしと言はすして國家の歳入歳出は毎年豫算を以て帝國議會の協賛を経へしことを規定せり



故に國家の歳出(歳入の事)且らく茲に論せず次節に詳述すへし)は帝國議會より於て預め其の必要又の有益なることを承認するに非されん之を支出することを得ざるを原則とす而して豫算の議會が其の承認を與ふるの具たるに過ぎざるなり。議會に於て豫算を議定するときは政府は其の定むる所の範圍内に於て隨意に支出を爲すことを得へし。然れども政府の必す其の定むる所の費用を支出せざるへからざるの義務を有する者に非ず故に帝國議會の意志の既に豫算に由りて決定すと雖も國家が某々の費用を支出し又は支出せざるの意志の豫算に依て定まるに非ずして元首が官廳に對して發する所の一般又は特別の命令より始めて定まるものなり之を略言すれば豫算の單に議會か由て以て國家の歳入歳出を承認するものに外ならざるなり

余輩若し猶ほ明に豫算の性質を會得せんと欲せん之を憲法第六十四條の事後承諾と比較するに如くいなし蓋し豫算外の支出及び豫算超過の支出に對し事後の承諾を要するものは全く歳計決算と性質を異にし却て決算の基礎となるものなり政府は豫算外の支出及び豫算超過の支出に對し既に議會の承諾を経たるにも拘はらず

猶ほ一般の收入支出と共に其の決算を帝國議會に提出して之か審査に附せざるべからず故に「レンネ」の事後承諾を以て豫算を増補するものとせり(李漏西國法第一卷第六百十八頁)「ラーバンド」は曰く(獨逸國法第二卷第千六頁及李漏西預算法第五十七頁)豫算外の支出を承諾するは事實に於ては歳計豫算を増補修正するものより外ならずと又た曰く事後の承諾の假定のものに過ぎずして政府が歳計決算を提出するの義務を解くものにあらす是れ事後承諾の豫算と性質を同じくする所なりと「ネル」も亦た曰く(法律論第三百四十頁)事後の承諾の豫算に依らず又は豫算より超過したるの理由を辨解して以て決算上の責任解除を得るの目的を有するものより非ず故に事後の承諾の會計検査院の検査に先たちて之を與ふべきものにして豫算の項目に關する計算上の審査に隨属するものに非ず其の目的は全く決算上の責任解除を求むるの外より他なし預算に違反したるの理由を辨明し違反より生じたる事實をして豫算の定むる所の準繩に代りて歳計決算の基本たらしむること是なり「ラーバンド」が事後の承諾の歳計の決算に非ずして豫算の修正なりと論するの極めて當を得たるものなりと事後承諾の此の如く豫算を増補修正するものなりと



の豫算亦た必ず承諾と共同の目的を有するものならざる可らず而して事後承諾の目的の政府が議會に對して責任を免るゝの範圍を定めて以て將來歲計決算の基礎となすに在ると「ラーバンド」及「ヘーナル」の論するか如し豫算の目的も亦た實に之に外ならざるなり故に豫算の立憲制度創設の前既に諸國に存在せりと雖ども其の性質は立憲國に遷るに及んで全く一變せり立憲國の豫算は復た單純なる財政上の見積りに止まらざるなり豫算を以て財政の設計となすの論者(例へば「シュルツェ」及「ラーバンド」と雖ども概ね皆豫算法律の効用を以て主として國家の收入支出に付き政府が後に至りて其の實際に必要な或は有益なりしことを證明するの責任を免るゝに在りとし豫算不成立の場合に於ては政府は此の證明の責任を預め免るゝの利益を有せざるに止まることと主張せり「ラーバンド」の「エリネック」の説を駁するも當りて論して曰く(獨逸國法第二卷第千四十二頁)余輩の論する所のものは豫算の經濟上の効用に非ずして其の法上の効用なり(中略)豫算法律の成立せざる場合に於て政府が財政の秩序を維持するか爲る單意を以て定むる所の豫算は國法上豫算法律に代るものも非ず又た決して之に代るべきものに非ず何となれば此の如き豫算は代

議會に對する政府の責任を塞ぐこと能はされぬなり故に政府が專斷を以て定むる所の豫算の憲法に違反するものに非ず又た憲法に遵依するものにも非ず此の如き豫算の全く法の關與せざる所なりと是に由て觀れば「ラーバンド」が「學漏西預算法」に於て(第十三頁)豫算を定むるは法上の必要を充たすものも非ずして専ら經濟上の必要を充たすものなりと言へるは之を立憲國憲法の豫算に適用することを得ず又た豫算を以て財政の設計となすの論者は豫算の立憲國の特有する所に非ざることを主張すと雖ども其の專制國と立憲國とに於て大に目的及び性質を異にすることの則ち之を認めざるを得ざるへし以上論するか如く豫算の國法上の効用は主として事後の承諾と同じく政府が議會に對する責任の標準を定むるに在り而して政府が支出の必要或は有益あることを證明するの責任を免るゝは帝國議會の既に前以て之を承認したるの事實に因るものあるを以て議會に對する責任の標準は單に議會の決議に由て之を定むるを得べきこと亦た事後承諾の場合と異なる所なし故に余輩が豫算を以て元首の裁可を待たずして成立するものとしたるは立法の理由より論するも決して豫算の性質に反する不當の説に非ず唯帝國議會の決議に加ふるに



天皇の裁可を以てし正式に之を公布するときの政府責任の標準を定むると共に併せて官廳に對して預算を遵行するの義務を負はしむることを得べきの差あるのみ蓋し日本憲法は此の二箇の元素を分離し預算を以て専ら政府と議會との關係を定むるものとあし官廳に對して財務の準繩を示し之を遵行するの義務を負はしむるに別に天皇の命令を以てするの法を取れるものなり

明治廿四年度の豫算の政府天皇の裁可を経て之を公布せり此の事實の毫も豫算の性質に關する余輩の意見を反證するものに非す又た政府は之か爲に憲法を違反するの責を負ふことなきの前提の終に論じたる所に由りて讀者既よ了解の端緒を得たるなるへし抑も豫算の法律に非す命令も非す單に帝國議會か政府に對し必要又の有益なる支出及び之を對する収入の承認を與ふるに過ぎず故に帝國議會の決議に由りて成立したる豫算の未だ直に官廳を對して遵由の義務を負はしむることを得ざるなり然とも政府若し議會の同意したる歳入歳出額の範圍内に於て國家の財務を處理して以て憲法第六十四條の命令に従はんと欲せば政府の官廳に對して収入支出を關する一定の準繩を示し且つ之を遵行するの義務を負はしめざるへから

す此の準繩を定むるの命令又は訓令は其定むる所必ずしも預算と同一あるを要せず政府或は一年の預算を數期に分つを得べく或は各省を對して各別の豫算を命令するとを得へし又た政府の必ず議會の同意したる金額を支出せざるへからざるの義務を有する者も非ざるか故に豫算の定額を削減して官廳に命令するも決して妨くる所あらざるなり此の如く元首か官廳に對して發する命令訓令も既生の収入支出を表するものも非ずして將來を期する所の收支を計算するものなるか故も亦た目するに預算を以てするを得へしと雖も其性質の全く憲法の謂ふ所の預算なるものと異なれり前者の官廳の天皇に對する責任の標準を定むるものにして後者の政府の議會に對する責任の標準を定むるものなり前者は其の規定の目的に依り官廳をして必ず某種の収入支出を爲すの義務を負はしむることを得と雖も後者の單に議會の同意を表するに止まり政府を強制して収入支出を爲さしむるの効力を有せず故に政府か天皇の裁可を経て明治廿四年度の預算を公布したるときは是即ち既定の預算を基き官廳に對し収入支出の準繩を命令するの一法を取りたるに外ならず而して此の方法は蓋し實際に於て最も便なるものなるへし然れども此の場合



に於ても裁可の預算の成立に必要な元素に非ずして既成の預算に基きて發する所の命令に對し遵由の効力を與ふるものに過ぎざるなり

上來繰述する所の理由に據り余輩は左の論結に歸着するを得べきことを信す曰く豫算は議會の財政監査權に基くものにして國家の收入支出に關し政府が責任を免るゝの範圍を定めて以て決算審査の基礎とあすものなりと

### 第十七節 豫算の成立—豫算の効力—豫算の不成立

豫算を調製し及び之を議會に提出するの順序の會計法會計規則及び其の他の法令に備はれり此は是等の法則を網羅するは既に緒言にも陳へたる如く本篇の目的とする所に非ず余輩の唯憲法の條項より演繹することを得べき二三の原則を擧ぐるを以て足れとすへし

(一) 國家の歳入歳出は其の法律に基くと行政の處分に因るとを問はず凡て豫算を以て帝國議會の協賛を経ざるへからず此に例外を成すものゝ憲法第六十六條の皇室經費及び第六十八條の繼續費なり皇室の經費の現在の定額を増加せざる限は帝國議會の協賛を要せず數年に亘るの繼續費は一たび議會の協賛を経るときは更に毎

年之か協賛を経るの要なしとす此の二種の歳出の議會之を協賛し又ハ協賛せざるの權なしと雖ども之に供給するの財源は亦た一般の收入に在るを以て兩種の經費をも併せて豫算に載するの收支を對比するか爲し得ざる所なり然れども之を豫算に併載するの専ら對照の便に供するか爲しして議會の協賛を求むるか爲し非ざるか故に議會に於て之を廢除し又ハ削減するの議決を爲すも何等の効力を有せざるべきこと多言を待たずして明なり

(二) 豫算の毎年之を帝國議會に提出せざるへからず蓋し憲法第六十四條に於て毎年豫算を以て帝國議會の協賛を経へしと言ふとき此の法文の三種の解釋を容るゝか如し其一の之を以て毎一年即ち十二月間の豫算を定むべきことを命ずるものとなすに在り此の解釋に従ふときは或は六月間或は十八月間の豫算を調製するは憲法の規定に違反するものなり然れども國家は將來に於て經濟事情の變更又は其の他の原因に由りて會計年度の開期終期を變更するの必要を見ることなきと保し難し此の場合に於て舊會計年度より新會計年度に遷るの時に際しては或ハ十二月に滿たず或ハ十二月を超ゆるの豫算を定むるも事實に已むを得ざる所なり而して第一



の解釋に従ふときは「ライバンド」の如く此の如き變体の預算を以て違憲と認めざるへからず換言すれば會計年度の憲法の改正に由るゝ非されは決して變更するを得ざるものとなさるへからざるなり是れ蓋し第六十四條の趣意に非ざるへし第二の解釋の「毎年」を以て「毎會計年度」と解するに在り此の解釋の稍附會の嫌なき能はざるのみならず毎年の二字を以て全く贅言たらしむるものと謂はざるへからず何となれば會計年度は預算か其の効力を保有すべき一定の時限に外ならず而して毎會計年度預算を以て議會の協賛を経へしと言ふの豫算の効力を有すべき各時限の爲に豫算を以て議會の協賛を経へしと言ふに異なることなかるへければかり故に余輩の以上二種の解釋を捨て、第三の解釋を取らざるへからず余輩の見る所を以てすれの憲法第六十四條に毎年と謂ふは會計年度の長短を定むるものにあらすして單に帝國議會の協賛を得べき時期を定むるものなり故に二年乃至三年に一回預算を議會に提出して之か協賛を得るか如きは第六十四條に抵觸すること疑を容れずと雖ども今年の議會に明年四月一日より明後年一月卅一日迄即ち十ヶ月間の預算を提出し明年の議會に於て第三年目の三月卅一日に至る迄十四ヶ月間の預算を提出す

ることあるも之を目するに違憲を以てすることを得ず六十四條は歳出歳入云々と云ふと雖ども一年の収入支出の必ず一回の預算を以てせざるへからざるとの歳出歳入の兩語より推論すると能はず何となれば一年の収入支出を數回又或は數年の収入支出を一回又豫算するも豫算を以て歳入歳出の協賛を経るものたることを失はされはなり故に六十四條に於て歳出歳入と言ふも此の兩語よりして豫算は必ず十二月の收支を定めざるへからずと推論するを得ざるなり會計法第一條は毎年四月一日より翌年三月卅一日に至る十二月間を以て政府の會計年度とせり然れども將來會計年度開閉の時期を變更するの必要を見ることあらは舊會計年度より新會計年度に移るの際に處するか爲十二月に満たす又十二月に超過するの豫算を定むることあるも決して憲法に違反するものに非ざるなり第六十四條に所謂「毎年」の意義の七十二條を比較するに及んで愈々明なるへし七十二條の毎年歳出歳入の決算を議會に提出すべきことを定めず故に決算の二年度分を同一の會期に提出することを得べく而して政府は毎年の會期に必ず決算を提出せざるへからざるの義務を負ふものに非ず然るに預算に對しての憲法に全く之に反するの規定を設けん



と欲す是れ蓋し第六十四條か毎年帝國議會の協賛を経へしと言ふ所以なり此の原則の又た會計法第五條の認むる所なるか如し

(三) 豫算の年度開始前に於て帝國議會の協賛を経ざるへからず何となれん豫算の預め未生の収入支出を算するの謂に外ならされんかり會計法第五條も亦た明も規定して曰く歳入歳出の總豫算の前年の帝國議會集會の始に於て之を提出すへしと

(四) 憲法第六十四條の國家の歳入歳出は豫算を以て議會の協賛を経へきことを規定せり然れども必ず一箇の豫算書を以て協賛を経へきことを規定せず故も歳入歳出を數箇の豫算書に分ちて議會の協賛を経るも亦た憲法の禁する所に非すと謂はざるへからざるなり會計法は明文を以て憲法第六十四條の規定を補へり其の第二條に曰く租税及其他一切の收納を歳入とし一切の經費を歳出とし歳入歳出は總豫算に編入すへしと故に豫算は特別會計に屬するものを除くの外一切の收納及び一切の經費を通して一箇の文書と成すを原則とす然れども豫算は單に豫期することを得へき歳出入を計算するものに過ぎざるか故に豫算成立後に至りて臨時の必要を生したるか爲追加豫算を編製するの憲法及び會計法の禁する所に非ざること多

言せずして明なり

(五) 豫期すへき歳出の外豫算には憲法第六十九條に従ひ避くへからざる豫算の不足を補ふ爲も又の豫算の外に生したる必要の費用に充つるか爲に豫備費を設くるを要す是れ憲法の單に許容する所に非ずして其の嚴に命令する所なり故に政府か豫備費を設けざるの豫算を提出し又は議會に於て豫備費を全廢するは共に憲法の規定に背反するものにして豫算不成立の場合を生ずるの理由たるものなり

(六) 豫算は収入支出の二大部分を區別すへきこと其の歳入歳出の豫算たるの性質よりして自から明なり之に反して歳入歳出の各部内も於て如何なる細別を爲すへきやの憲法の明に定めざる所なりと雖も支出に關しては第六十二條二項の規定より其の意を推定することを得へし其の文に曰く豫算の款項も超過し云々支出あるときは後日帝國議會の承諾を求むるを要すと抑も豫算超過の支出に對して後日議會の承諾を要するの何そや議會の協賛したる所に違ふて支出を爲すの已むを得ざる場合を生したればなり故に憲法か款項も超過するの支出に對し議會の承諾を要するときは豫算の款項は議會の協賛を以て定むへきものあること知るへし款項内



の目節に至ての政府超過の支出を爲すも後日議會の承諾を要することなし他なし議會の協賛を以て政府を限制するの効力は目節に及ばれりなり故に豫算に於て目節を細別して議會に提出することあるも是れ唯議會參考の爲にするも止まり必ずしも議會の協賛を経へきものに非ず何となれり政府を限制するの効力なき協賛は憲法に謂ふ所の協賛に非さればなり會計法第六條も亦た憲法の法意に従ひ歳入歳出を經常臨時の二部と大別し各部中に於て之を款項に區分すべきことを規定せり然れども款項の區分は到底形式上の區分たるに過ぎず如何なる種類の歳出入を以て款となし如何なる種類を以て項とすべきやの積年の慣習と財政術の指示する所に由りて定まるべきものとして預め一定の法則を設くるを得へからず

(七) 豫算の前に衆議院に提出すへし是れ憲法第六十五條の定むる所にして豫算案の普通議案に異なる所なり

以上の豫算の編製及び提出に關し憲法の條項より演繹することを得へき最も重要な原則を挙げたるも過ぎず余輩は是より日本豫算法中最大の難問たる帝國議會の豫算議定權に論及せんとす憲法の條項中議會の豫算議定權に對して一大制限と

加ふるものあり第六十七條の規定是なり

憲法第六十七條の解釋に關して最も疑あるものは憲法上の大權を基ける既定の歳出どの如何なる種類の歳出を稱するやに在り伊藤伯は二三の實例を擧げて其の意義を説明したれども憲法義解に於て其の一定の觀念を示したる所なき故に此の種の歳出は果して如何ある範圍を有するやに至りては伯の意見を知るに由なしとす其の他不幸にして余は未だ承服すべき解釋を聞知するの機會を有せざるなり余輩今若し憲法第六十七條の規定を詳密に分解して其の正確なる解釋を得んと欲せん先づ首として大權の意義を論定せざるべからず余輩の見る所を以てすれば憲法上の大權とは國家の元首か憲法に依りて専有し他の獨立なる機關の協同を待たずして専行するを得べき一切の權利を稱するものあり此の見解は蓋し幸にして人の異論を免るゝを得んか然れども大權の意義は六十七條を解釋するの根據とあるべきものなるを以て猶ほ此に少しく之を詳論すべく而して大權の觀念は主として英國の國法に於て發達したるものなるか故に英國々法に關する二三の著述を引用して解釋の助となさんとす



「クナイスト」は曰く(英國行政法第一編第五百五十四頁)國王は立法の形を以て現はるゝと命令權の形を以て現はるゝとを問はず凡て國政權の淵源にして從て又た直接の國家官廳たる間接の國家官吏即ち自治体の官吏たるを論せず國家意志を執行する所の一切の機關は首長たるものあり此の關係は屬する一切の方面を總稱して國王の大權と云ふと氏は又た「ロード、ヨーク」の用ゐたる大權の意義を以て「ブラクストン」以來普ねく人の承認を得たるものとせり「ヨーク」の定義に曰く大權は法の國王に與ふる一切の權力尊榮及び特權を總稱するものなりと然れども英國の國法學者は亦た或の大權の意義に幾分の制限を加へて之を用ゐるものあり「コックス」「トッド」の如きは是なり兩氏の「大權」を以て成文法より國王に與へたるものを除くの外王位に屬する一切の政權を總稱するものとせり「トッド」の大權の範圍を論して曰く大英國君主の大權は甚だ廣くして又た極めて重要なるものなり國王は國家一切の行法權の中極たり而して政府の行政機能は國王を以て其の淵源とし民政上司法上軍事上宗教上の事務に關する最上權は皆國王に屬せざるものなし國王の又た立法權の首長として其の必要なる一元素たり國王の陸海軍の元帥なり榮譽權利の

淵源なり又た既決の犯罪者を赦すの權利と有するか故に恩惠の施與者たり國王の國教の元首なり外に對して國家尊嚴の代表者たり而して國王の戰を宣し和を講し及ひ外國と條約を締結するの權を有すと

此の如く國王大權の頗る廣濶ある範圍を有することは英國々法學者の普ねく認むる所なるか如し唯或は成文法の明文に由り國王に委任したるものを以て大權の一部となすとなさゝるとの差あるのみ然れども此の區別は素英國に於ける慣習法と成文法との特別の關係に基くものにして固より之を日本國法に適用すべきに非ず日本に於ては憲法も亦た一の成文法より外ならず元首の大權は凡て成文法に根據を有すと謂ふも過言も非ざるなり故に余輩は「コックス」「トッド」の定義を取らずして寧ろ「ヨーク」の定義を取らざるへからず又た英國の國法依るときは立法權の國王及び上下兩院に存在するか故に單に國王の權利と言ふときは自から立法權を包含せざることを知るへし(國王の大權の立法機關の一元素たるの權を包含するのみ)と雖ども日本に於ては立法權も亦た獨元首の掌握する所なるを以て單に大權を以て元首の權利となすときの大權は全く統治權と異なる所なく從て此の如きの解釋は實



際何等の効用をも充たすこと能はざるへし是れ余輩が大權を以て他の獨立の機關（即ち帝國議會）の協同を待たずして專行するを得べき權利とさせる所以なり

憲法第十七條第二項の余輩の解釋を確證するものなり其の文に曰く攝政は天皇の名に於て大權を行ふと抑も攝政は元首大政を親らすること能はざるの事情あるときに當りて元首に代りて一切の大政を行ふの職に在るものなり元首の行ふことを得べき所にして攝政の行ふこと能はざるものは唯憲法及び皇室典範の改正を裁可するの一事のみ其の他は於ては攝政か天皇の名に於て行ふことを得るの權は元首か親ら行ふことを得る所のものと全く範圍を同じくす而して憲法は大權の一語を以て悉く此の權を包括し其の制限を要する者の特別の條文を以て之を規定せり第七十五條是なり伊藤伯も亦た天皇の大權を論じて曰く（義解第二十九頁）元首の大權は憲法の正條を以て之を制限するの外及はざる所なきこと宛も太陽の光線の遮蔽の外に映射せざる所なきか如し此れ固より逐節叙列するを待ちて始めて存立するもの非ず云々と伯は大權の定義を下すの意に非ざると以て此に帝國議會の協賛を経て行ふべきものも亦た天皇の大權に屬するや否を明言せずと雖も其の憲法の

正條を以て制限するの外と言ふを見れば伯の眞意の在る所亦た推知し難からざるか如し憲法が統治權と同一の意義を以て大權の語を用ひざるとい其の第十七條二項と第四條及び五條との對照は由て明に認むるを得へし第四條に於ては統治權を總攬し憲法の條規に依り之を行ふと言ひ第五條に於ては帝國議會の協賛を以て立法權を行ふと言へり之に反して第十七條二項は單に大權を行ふと言ふに止まり別に之か制限を定めず是より觀れば既に性質上憲法條規の範圍内に存在し又た帝國議會の協賛を要せずして行ふことを得べきものたること知るへし此の如く大權とい他の獨立なる機關の協同を待たずして元首の行ふことを得べき一切の權利を總稱するものにして官制陸海軍の編制等憲法第一章に特別の條項あると否とを分たさるか故に單に憲法上の大權に基ける歳出と言ふときは法律に基くものを除くの外一切の歳出を包含し敢て其の必要の歳出なると隨意の歳出ありと將た經常の歳出なると臨時の歳出なるとを問はざるなり然れども憲法第六十七條は憲法上の大權に基ける一切の歳出に付き政府の同意を要するものに非ずして其の同意を要するに既定の歳出に止れり



既定の歳出は其の文字のみに就て見るときは憲法制定の當時既に定まれる歳出と解することを得へしと雖も此の如きの解釋は論理上之を却けざるへからず抑も憲法は萬世に亘りて容易に變更すへからざるの大典にして六十七條は憲法施行の際に處する一時の規定に非ず而して偶然憲法制定の當時に定まりたる歳出額を幾百千年の後迄保護するの憲法第六十七條の意に非ざること問はずして明なり伊藤伯の既定の歳出を以て憲法施行の前と施行の後とを論せず豫算提議の前既に定まれるものとせり是れ余輩か全く伊藤伯に同意する所なり然らば則ち歳出の豫算提議前に定まるは果して國家の如何ある行爲に起因することを得るや

世間普通の解釋は依るときは既定の歳出は前年度の豫算に由りて定まるものなり伊藤伯も亦た此の解釋と取る者の如し伯は曰く(義解第百廿四頁)既定の歳出と謂ふときは其の憲法上の大權に基くに拘らず新置及増置の歳出に仍議會に於て論議の自由を有する也と然れとも余輩は此の解釋に同意すると能はざるなり若し憲法上の大權に基ける歳出にして前年度の豫算に一定の額を成する者の皆第六十七條に謂ふ所の既定の歳出なりとせり凡そ國家の歳出に其の必要なるは隨意なるは經常

なるは臨時なるを論せず苟も前年度の豫算に載するの額の議會全く之か論議の自由を有せずと推論せざるへからず(支出の目的消滅したるもの格別なりとす)是蓋し論者の希望せざる所なるへしと雖も論理上の結果に復た之を如何ともすへからず何と云へば法律に基くは第六十七條第二段の明言する所にして法律に基かざるの歳出に悉く大權に基くものなること余輩の既に詳論したるか如くなれりなり且つ夫れ某年度の豫算中某種の歳出に既定の歳出なりと謂ふときは此の歳出の必要に既に該年度に對しても定まるとを要す設し單に前年度の爲に定まれるものを以て既定の歳出と稱することを得は五年十年前の豫算に定むる所も亦た前年度の豫算に定むる者と均しく既定の歳出と稱するを得へし故に既定の歳出を以て前年度の豫算に一定の額を成すものと解釋せんと欲せば論者は必ず先づ前年度の豫算か今年度の歳出に對して前定の効力と有するものあることを證せざるへからず是れ「ライバンド」か某種の歳出に付き曾て其の字漏西豫算法に於て試みたる所なり伊藤伯の憲法義解に於て(第百二十二頁)既定の歳出といふ云々經常費額を成すものを云ふと言へり而して伯は此の斷定の論據を示さずと雖も「ライバンド」



の論する所の蓋し伊藤伯其の他前年度の豫算に今年度の歳出を前定するの効力を與へんとする所の論者か其の自説を辨護するの具とあすことを得へき唯一の論據なるを以て茲に大意を譯出して少しく之か評論を試みんとす

「ラーバンド」所論の大意に曰く(字漏西豫算法第三十九頁以下)國家の機關として國家の意志を宣明するの職を充たす者の新舊常々相代謝すと雖ども一たび發表したる國家の意志の在職者の交代ありたるか爲に其の効力を失ふものに非ず是れ國家の性質に基くの一原則なり例へば法律及び國際の條約は其成立に參與したる大臣議員共に世を辞し又は職を去りたるも猶ほ依然として其の効力を失はざる何人と雖ども決して疑はざる所なり此の原則の又た均しく官廳一切の行爲に適用すべきものとす而して議會と雖ども亦た此の原則の外に在ると能はざるあり議會の行爲として國法上の効力を有せざる者の全く後の議會を束縛するの力を有せずと雖ども議會に於て一たび國法上の効力を以て議決を爲したる時の後の議會か之を不當と認むると至當と信ずるとを問はず此の議決の依然として將來に効力を有する者あり立憲國に於ては立法事務並に議會の同意を要する所の行政事務に關し契約

に類する一種の關係を生ぜり此の關係は固より民法上の契約と同視すべきものに非ずして唯國家の機關たる政府と議會との間國權の行爲に關して成立したる合意と過ぎず然れども此の合意にして一たび成立するときは民法上の契約と均しく双方の合意に因るに非されり之を變更し又り廢止することを得ず而して一方の異議に由て之を左右すべきに非ざるなり此の原則は亦た之を豫算に適用することを得へし蓋し豫算は單に一ヶ年間の爲に發するものにして又た現に一ヶ年間の爲に豫期すべき収入及び支出の計算を定むるは過ぎず其の財政上の効用の全く該年度に限れり然れども實質に付て論するときは其の効果の遙かに一箇年の時限外に及ぶものなり而して効果を有すべき時限の長短は一に支出各項目の性質如何に在り行政處分中或は一年にして完結し従つて其の費用も亦た全く一箇年の時限内に屬するものありと雖ども行政處分及び國家制置の多數の其の存在の時限長く従て其費用の總額は之を一年の豫算と集むることを得へからずして之を各年と分配し數年の豫算を以て定めざるへからざるものなり此の標準に由て區別するときは國家の歳出の一年にして完了するものあり數年に連亘するものあり又た永久に繼續する



ものあり一年にして完了するの歳出の議會固より次年に至りて之を削除するを得へし然れども數年に亘るの歳出又は常久の歳出に關し議會一たび同意を表して國定の制置又は行政處分の必要を認むるときは議會は將來此の議決を由て政府との間を成立したる合意の爲に束縛せられざるを得ず故に後の議會の政府の同意なくして常久の歳出又は數年に亘るの歳出を廢除削減すること能はざるなりと此の論據を以て假りに正確なりと認めれば既定の歳出に必ずしも經常費額を成すものに止まらず臨時の歳出中に於ても數年に亘るの事業にして憲法第六十八條に依り繼續費として帝國議會の協賛を経さりしもの亦た既定の歳出に外ならず故に伊藤伯が既定の歳出といふ云々豫算提議の前に既に定まれる經常費額を成す者を謂ふと斷定するときには余輩の全く其の論理上の根據を見ること能はざるなり

「ラーバンド」の説は始より學者の大に攻撃する所となれり「シユルツェ」曰く(字漏西國法第二卷第四百四十四頁)「ラーバンド」の意見は所謂豫算法律の財政上及び國法上の効用と矛盾するものなり大國に於ては國政上の必要年々歳々に變更して一たびも休止することなし必要なる常久の制置を維持し及び避くへかさざるの需要

を充たすか爲とするの歳出と雖も事情の變更に因りて節減を要するとあり又た節減するを得べきとあり之を概言すれば財政の全体は常々移動變更するの性質を有す是れ正に短期の會計年度を定めたる所以なり存立の恒久なるは法律の性質に在り其の一時期に限るは豫算の性質に存す「ラーバンド」が國家意志の常久あるとに付て論ずる所は概して正當なりと認めざる可らず而して既定の法は立法各機關の合意に由り法律を以て之か變更を宣言せざる間は決して其の効力を失ふとなしこの原則の自体に於て争ふ可らざる者なりと雖も豫算の正に此の原則を適用す可らざるの場合を成す者なり何となれば豫算の性質に基き憲法の明文に依り専ら一の短期即ち一年間の爲に定むる者に過ぎざればなり人若し豫算を定むるは行政行為として法律に非ずとの正論を確守するときには特に一箇年間の爲に定めたる豫算に關し單に其の目的の將來を繼續するの故を以て其の目的に充つるの費額に對しても亦た常久の裁可を與ふるの効力を有するを主張する能はざるなりと余輩も亦た「ラーバンド」の説に同意すること能はざるものなり帝國議會協賛の目的の支出の必要又は有益なるを承認するに在ること余輩既に之を詳論せり然れども此の承認の効



力の國法上一年の時限に止まるを以て原則となすことは憲法第六十四條に明に定むる所なり蓋し議會に於て一たび數年に亘るの事業又ハ常久の制置に對し其の必要有益なることを認むるときハ議會は德義上政治上將來も又た之を承認するを要するの情あるへしと雖も國法上決して此の如きの義務を負ふ者も非す何となれの議會ハ國家の事業及ハ制置の某年に必要なることを認められたるも國法上未だ其の次年も必要なることを承認したることなければなり議會ハ某種の歳出と承認するの義務を有するハ前年度の豫算に於て之を議決したるも因るに非ずして單に法律命令の規定あるのみ故に「ラーバンド」の説ハ獨逸に於ても多數學者の同意を得ること能はず而して「ラーバンド」も亦た終り其の持説を變更するに至れり(獨逸國法第二卷第九百九十頁千十六頁)獨「ザイデル」ハ今日に於ても猶ほ此の説を固守すと雖も「バイエルン」國法第四卷第三百九十六頁以下)余の見る所を以てすれば氏も亦た之か論據に一毫の重きを加ふること能はざるか如し

前年度の豫算ハ今年度の豫算に對して前定の効力を有するものに非ず前年度の豫算ハ單に前年度の歳出を定め今年度の豫算ハ單に今年度の歳出を定む前者は其の

効力を今年も及ぼすこと能はず而して後者の其の効力を明年も及ぼすこと能はざるなり前年度の豫算を施行する場合も於てハ憲法第七十一條の明文に由り之に付するに今年度の豫算に代るの効力を以てしたるか故に其の今年度の歳出を定むるの効力を有すること特々今年度の爲に豫算を定めたるも同じと雖も此の場合に於ても前年度の豫算は自己の性質も因りて當然其の効力を今年の歳出に及ぼすも非ず故に憲法ハ單に既定の歳出と謂ふの故を以て前年度の豫算も定めたるの歳出は凡て政府の同意なくして之を廢除削減するを得ること「サクセン、アルテムブル」憲法第二百三條の規定する所も異ならずとなすは充分なる根據なきの斷定と謂はざるへからざるなり

國家の行爲にして豫算も對し前定の効力を有するものハ曰く法律なり曰く命令なり曰く契約なり而して法律ハ専ら天皇の大權のみも屬するものに非ざること既に論したるか如くなるを以て憲法上の大權に基ける既定の歳出ハ命令又ハ條約に基く所の國家の歳出に外ならざるなり「リッペ」伯ハ學國貴族院千八百七十九年二月十二日の報告に於て官廳組織の勅令も關して論して曰く豫算承諾の基礎たるものハ



前年度の承諾に非ずして國王の發したる命令なりと蓋し命令の其の實際に及ぼすの效果に於て法律と異なることなし法律が裁判所の構成を定むると同しく命令は行政官衙の組織を定むるを得へし法律が帝國議會議員の歳費を定むると同しく命令は官吏の俸給を定むるを得へし法律と命令の相異なる所の成立の手續及び相互抵觸の場合に關する効力の經重に在り而して其の實際の效果に在らざるなり（「ポルンハック」も類似の説を有す字漏西國法第一卷第四百六十頁）又た國際の條約も多くの歳出は其の緊要あること法律上政府の義務に屬するの歳出より大なることあるも決して之に劣ることなし日本政府は豫算全部に對して可否を決するの權を有せざる代りに其の一部を對し最も直接に之を關與するの權を有する者なり他なし歳出の一部の國家存立の爲欠くへからざるものなれりなり命令の效果は法律の效果に同しく國際條約の結果は法律上政府に屬するの義務と緊束の効力を異にせざるときは憲法が法律も基くの歳出及び法律上政府の義務に屬するの歳出と均しく命令及び國際條約に基くの歳出を對して政府の同意を要するの立法の理由より見るも頗る穩當の規定と稱することを得へきなり

命令及び條約に基くの歳出は其の必要のみ定まりて未だ其の金額の定まらざるものあるへく又た必要金額共に始より定まれるものあるへし（例へは外國に對して支拂ふべき賠償の如き是なり）孰れの場合に於ても政府の必ずしも前年度豫算の定額に従ふことを要せず政府の唯命令及び條約に依りて必要と認むるの金額を以て議會の協賛を求むべきのみ例へは某官衙の經費として前年の歳算に五十萬圓の額を定めたりとせん政府は蓋し今年の豫算に於ても同一の額を設くるを常とすへしと雖ども物價の變動又は其の他諸種の原因に由り此の金額を以て必要を充たすに足らずと思惟するときは或は六十萬圓七十萬圓の費額を載することあるも亦た實に已むを得ざる所あり此の場合に於ては議會の政府の同意なくして五十萬圓の金額を節減すること能はざるのみならず又た六十萬圓の金額を節減することを得へからざるなり前年度の豫算に掲げざる新置の費目も亦た之に準ず例へは前年の豫算議定後に於て勅令を以て官衙を新設し本年度に至りて始めて之を實施するか如き場合も際し本年度の豫算に之か費額を新置するとき議會は亦た政府の同意なくして之を廢除し削減するを得ること増置の場合と異なる所なし然れども議會に



於て六十七條の規定に反し政府の同意を得ずして大權を基ける既定の歳出及び法律上必要の歳出を廢除削減するの議決を爲すときは此の議決は全く無効を屬し憲法第七十一條を適用する場合を生すべきか故に前年度の豫算に定額あるもの政府議會の同意なくして之を支出するを得へしと雖も新置増置の歳出に至ては政府は全く之を支出するに由なし是れ前年度の豫算に定額あるの歳出と新置増置の歳出とに付て帝國議會議決の結果大に相異なる所なり蓋し議會が政府の同意なくして新置増置の歳出を廢滅するに何れの場合に於ても國法上違法の事たるを免れずと雖も設し政府に於て命令又ハ條約權を濫用して議會の議決權を廢滅するの利器となし人民の利害休戚を顧みずして濫り無要の制置を設くるか如きことありては議會か之に對して同意を拒むに却て其の政治上徳義上の義務に従ふものたるとなしと謂ふへからず何れの國に於ても政治上の必要と法律上の義務と常より平衡調和して相矛盾することなからしむるに殆んど實際に期すへからざる所なり是れ實に諸國に於て往々責任解除法律ビル・オブ・イン・デューティの必要を生ずる所以なり日本憲法第六十七條は議會豫算議定權の限制を定め其の第七十一條は議會權力の濫用又は已むを得

ざるの事情に由り豫算成立に至らざるの場合に備へたり然れとも其の豫備の防具は前年度の豫算を施行するに過ぎず故に新置増置の歳出に對しては議會は猶ほ萬已むを得ざるの場合に於て政府の專横を防制するの利器を失はざるなり若し夫れ各箇の場合に於て果して既定の歳出を拒否するの必要あるや否や全く政事上の實際問題なり國法上より之を論ずれば政府の同意なくして既定の歳出を廢滅するに何れの場合に於ても違法の議決たることを免れず之を要するに大權に基ける既定の歳出に前年度の豫算との關係に於て毫も法律を基くの歳出と異なることかし議會が政府の同意なくして前者を廢滅する能はざるに其の前年度の豫算に一定の額を成すと否とを論せざることを全く後者に同しく又た議會の同意なくして前年度の定額外より前者を支出する能はざることを全く後者と均し憲法上の大權に基ける既定の歳出に専ら命令及び條約に因りて定まるものにして前年度の豫算に因りて定まるに非ざるなり

法律の結果より又は法律上政府の義務に屬する歳出は其の範圍自から明白にして且つ憲法義解の説明も概ね當を得たりと信するを以て余輩に更に論辨を費やす



ことを爲さるへし

憲法第六十七條は命令條約に基くの歳出及び法律の結果に由り又ハ法律上政府の義務に属するの歳出ハ政府の同意なくして議會之を廢除削減するを得ざることを規定せり然ラハ則チ政府の同意は何れの時期に於て之を求むるを要するか是れ第一期の帝國議會に起リたる問題ナリ一説を取る者は曰ク憲法第六十七條は帝國議會之を廢除し又ハ削減するを得ざることを規定せり故に一院の議決のみマテは未タ政府の同意を求むることを要せず兩院に於て確定の議決を爲すに及んで政府ハ始めて同意又は不同意を表すべく而して政府ハ同意を表せざるべきハ兩院の議決ハ無効に属すべきのみと他の説を取る者は曰ク貴衆兩院ハ各獨立の一体を成し各別に議決を爲すものあり故に政府の同意も亦た兩院各別に之を求めざるへからずと第一期の議會に於て政府ハ固ク後説を持し衆議院も亦た終に其の議決を以て之を承認せり余ハ衆議院議決の正當なることを確信するものなり設し帝國議會に於て預メ政府の同意を求むることなくして廢除削減の議決を爲すことを得ハ此の議決ハ後に至リて政府の同意を得ざるか爲に無効ニ歸することを得へからざるなり

議會の議決にして憲法法律の規定ニ違反することあらハ此の如きの議決ハ固より無効の議決ナリ然れども議會ハ隨意ニ第六十七條の歳出を廢滅するの議決を爲すの權を有すと假定せば此の議決は後日政府の同意を得ざるか爲其の効果を實際ニ生ずること能ハざるの場合あるへしと雖も議決自体ハ違法のものニ非ず從て國法上無効の議決に非ざるあり例へは兩院共同して一の法律案を議決したりとせん此の法律案にして天皇の裁可を得ざるときは議會の議決は其の効果を外界に及ぼす能ハざること言を待たずと雖も余輩ハ果して此の議決を目するに國法上無効なるの議決を以てすることを得べきか何人ト雖も蓋し然りと答ふるものなかるへし無効の議決ハ天皇の裁可あるも決して効力を生ずることなし裁可に由りて實際の結果ト生ずるの議決は無効の議決に非ず何となれハ此の場合に於ても議會の議決は一般議決に属するの効力を有すればなり故に余輩ハ嚴に無効の議決ト結果なきの議決を區別せざるへからず而して結果なきの議決は必ずしも無効の議決に非ざるなり第一説ニ依るときは帝國議會ハ政府の同意なくして第六十七條歳出の廢滅を議決したるものハ或ハ結果無きの議決たることあるへしと雖も決して無効の



議決たることなし

憲法第六十七條の歳出と雖も他の歳出と同しく議會の協賛なくして定むるを得へからざることを余輩既に前節に於て之を論せり今若し議會に於て廢滅を議決し政府之と同意せざるべき如何なる結果を生ずべきや他なし政府の前年度の豫算を施行するの外なきのみ故に増置(例へば新法を以て裁判官の定員を増したる場合の如し)若しくは新置(例へば新法を以て特別裁判所を設置したる場合の如し)の歳出は政府全く之を支出することを得へからず果して然らば帝國議會の有効の議決を以て第六十七條の歳出を廢滅するの結果を生ずることを得へきなり換言すれば議會は六十七條の歳出を廢滅するの權利を有するなり六十七條の明文に反し政府の同意なくして大權に基くの歳出及び法律上必要の歳出を廢除し又は削減することを得るなり故に第一の意見を取るときは余輩は全く六十七條の明文に反對するの結果に歸着するを免るゝこと能はず

是に由て觀れば憲法第六十七條の帝國議會議決の外に政府の同意を加ふるものも非ずして其の議決を限るに政府の同意を以てするものあり其の趣意は帝國議會か

政府の同意なくして某種の歳出を廢除削減するの議決を爲すを得ざることを規定するに在り然れども帝國議會の貴衆兩院より成立す兩院の議決を離れて他に帝國議會の議決なるものあることなし故に六十七條が帝國議會の議決を制限せんと欲するときは該條は唯各院の議決を制限するに由て始めて其の目的を達することを得へし一院の議決を制限するも他院に於て自由に議決するを得るときは該條は何等の實効をも期すること能はざるなり彼の帝國議會の四字に拘泥して一院の議決のみにて未だ政府の同意を求むるを要せずとするの意見の如きは全く論理上の根據を有せざるものとす何とされは各院の議決を限るに政府の同意を以てするは即ち帝國議會の議決を限るに政府の同意を以てするの唯一の方法なれりなり故に第一期衆議院の議決は憲法の眞意を得たるものなり政府の同意の兩院各其の確定の議決を爲すの前より求めざるへからざるなり

一院に於て六十七條の歳出を廢除削減するの豫決を爲し政府の同意を求むるときは政府の其の見る所に従ひ或は之に同意し又は之に同意せざることを得へし唯議會か豫算議定權の範圍を超越したる場合に於ては政府の決して其の議決に同意を



表することを得ず是れ實に第一期帝國議會の開會中議院の内外に於て最も盛なる論争の燒點となれるものなり

今猶ほ世人の記憶に新なるか如く第一期の衆議院の第一第二の兩次會に於て豫算委員の修正したる豫算案を可決し憲法第六十七條の歳出に對し政府の同意を求めたるは政府の左の趣意を以て修正案に同意せざることを覆牒せり

修正案の官制を變更するの點に於て豫算議定權の區域を超越したり

法律の結果に關する歳出及び契約の義務に屬する歳出を廢除削減せんとしたるは政府の同意せざる所なるのみならず法律の正文を以て規定したる事件を豫算に依りて變革せんとするは又た其の分界を誤まれり

然るに數多の議員は此の覆牒に満足せずして猶ほ其の明解を求むるか爲島田高田の兩氏より政府に對し質問を提起し政府の再以前覆牒の趣旨を數演して以て之に答辨せり質問の要左の如し

(第一問) 覆牒に曰く修正案は官制を變更せんとするの點に於て豫算議定權の區域を超越したりと抑も官制を定むるは天皇の大權に屬すること憲法の明示する

所にして衆議院が直接の議定權によりて之を變更し得ざるの勿論なり然れども憲法上の大權に基ける既定の歳出も政府の同意を得れば廢除削減し得るの憲法第六十七條の明文に之あり本院が政府に對し同意を求めたるは全く此の條文によるものにして政府幸に之に同意を表せし隨ひて官制改革の命出づるを期すへし。若し夫れ六十七條の制限以外即ち自由議決に屬するの費額は始より同意を求むるの要なしと思考す今憲法の明文によりて同意を求めたるを以て議定權の區域を超過すると云ふときの大權に基ける既定の歳出は同意を求むるの預決をも議院は之を爲し得ずとの趣意なるや

(第二問) 覆牒に曰く法律の正文を以て規定したる事件を豫算によりて變革せんとしたるは其の分界を誤れりと是れ亦た本員等の理解し能はざる所なり法律の正文あるか故に衆議院は憲法第六十七條によりて同意を求めたるものとして政府幸に之に同意を表せし法律の改正案或は政府より提出せらるべく或は議院より之を提出して以て其の局を了すへし若し法文に規定なき費目ならんに初より同意を請ふを要せず然るに同意を請ふたるを以て議權の分界を誤れりと云ふ



の政府の趣意果して何くに在るや

此の質問は對する政府の覆牒の結果に於て正當ありと雖ども其の辨明疎略に過ぎ其の論據未だ全く固からざるか故に猶ほ幾分の疑惑を貽すの憾なきこと能はず余の見る所を以てすれば島田高田兩氏の質問は憲法第六十七條の目的を誤認し其の解釋の方法を誤りたるに基くものなり何か故に六十七條の目的を誤認したりと謂ふ該條の目的は豫算議定權を擴張するに在らずして専ら議會の議決權を限制するに在ることを願みされりなり何か故に解釋の方法を誤れりと謂ふ質問者は反對推理の解釋法を濫用したればなり

法律は常に臣民の行爲を檢束することを得るのみならず亦た能く立法の機關を檢束す設し國家立法の機關にして法律の羈絆を受くること能はざらんか憲法の一大部分の全く無効に属すへし議院法公文式等は有れども無きに同しかるへし獨裁君主國に於ては始より國法も無く行政法も無かるへし故に立法の機關は法律の爲に拘束せらるゝことなしとするときは是れ即ち憲法を罔みするものなり一種の法律を無効たらしむるものなり日本の國法行政法を以て明治廿三年に始まると亦すも

のなり憲法か普通の法律を束縛するの力あるの何人も疑はざる所なり唯前に公布したる普通の法律(憲法を對して言ふ)を以て後に公布せらるべき普通の法律を束縛するを得るや未だ學說の一定せざる所にして此の疑問に關しては余は「マイヤー」及び「ゼーリヒマン」と共「マルチッツ」及び「エリネック」に反して否と答へんと欲するものなり(第九節參照)と雖ども立法機關か立法以外の行爲に付ては臣民及び官廳と均しく法律の束縛を受けざるへからざること人の普ねく意見を同じくする所なり蓋し立法の各機關の共同の行爲よりて法律を廢止し又は變更するを得へし然れども廢止變更の意志は法律として之を公布するに由りて始めて其の効力を有するを得べきこと余輩已に屢々之を論せり立法機關か正式に法律を廢止變更するの意志を公示するか爲する場合を除くの外は其の各部共同するも決して法律の束縛を免るゝこと能はざるなり況んや又た豫算の各部共同の行爲に非ずして帝國議會單獨の行爲なるに於てをや

豫算の法律に非ざること余輩既に之を論定せり其の元首の裁可を待たずして成立することも亦た余輩既之を明證せり豫算は議會單獨の意志に由りて成立する



ものあるときは豫算を以て法律を廢止變更することを得へしとの苟も道理を辨するものゝ念頭に浮むこと能はざるの想念なり是れ固より憲法第六十七條の規定に由て承認せらるゝものに非ず又た變更せらるゝものにも非ず法律の觀念に付着して離るへからざるの原則なり六十七條は單に帝國議會の議決を制限するの目的を有するものあることは余輩既に之を論せり該條を以て議會の豫算議定權を擴張したるものなるやの如く想像するに全く其の目的を轉倒したるものなりと謂はざるへからず故に議會が單獨の意志を以て定むる所の豫算に由り法律を廢止變更することを得へからざるときは六十七條により政府の同意を得るも亦た法律を廢止變更するの權を得ること能はざるや明なり六十七條は毫も豫算議定權の性質を付着する所の限界を變更するものに非ざるなり

質問者の曰く憲法上の大權に基ける既定の歳出も政府の同意を得れば廢除削減し得るに憲法第六十七條の明文に之ありと質問者の蓋し亦た同一の論法を以て法律は基くの歳出に適用せんとするものなるへし抑も六十七條に政府の同意なくして廢除し又は削減するを得すとあるに因り政府の同意あれば廢除し又削減するを

得と推論するに唯二箇の論據を有することを得へしのみ其の一に曰く立法者は無要の規定を設けるとなきを原則とす然るも六十七條の歳出に政府の同意あるも之を廢除削減する能はざるときに六十七條が政府の同意なくして云々と謂ふに全く解すへからざるの規定となるへしと設し六十七條の歳出に政府の同意あるも毫も之が廢滅を行ふことを得ずと主張するの論者あらは此の駁論は極めて當を得たるものなるへしと雖も一定の範圍内に於て猶ほ政府の同意を以て廢滅を行ふの自由あらに六十七條が政府の同意なくして云々と謂ふに決して無要の文と爲るものに非ず該條は決して無限の廢滅權を要するものに非ざるなり第二の論據は法律の禁せざる所は其の許す所なりとの假定に在り人或は云はん六十七條は政府の同意なくして某種の歳出を廢滅することを禁したれども政府の同意を以て廢滅するを禁したることなし故に此の如きは憲法の許す所なりと然れども法の或る行爲を禁するに必ずしも禁止を明言するを要せず國家の性質憲法法律の觀念よりして自から生ずるの結果に憲法固より更に之を明言するを要せざるあり例へば臣民の國權を服従すへしとの規定は憲法の何處も存在するや臣民は法律命令を違背することを



得すとの禁令は憲法の何處に之を明言したる處あるや元首も亦た法律を遵守せざるへからすとの原則の憲法第何條に之を特定したるや凡そ是等の原則の憲法に明文を掲げずと雖ども自から國權及び法令の性質より生ずる所にして實に憲法の豫定條件たるものなり論者と雖ども憲法に明文なきの故を以て臣民は國權に服従するを要せず臣民の法律命令に違背することを得元首の法律の爲に束縛せらるることなしと主張するの勇を有せざるへし故に孰れの論據より立論するも質問者の意見は法理上より之を辨解すること能はざるものあり然るも質問者は憲法第六十七條の明文に之ありと斷言して毫も疑ふ所なきものゝ如し余輩の其の論鋒の縦横自由無礙無障なるを驚歎せざることを能はざるなり

假りに一步を退き大權に基ける既定の歳出法律上必要の歳出も政府の同意を得れば廢除削減するを得るの憲法第六十七條の明文に之ありとせし果して論者の論結を歸着することを得へしか抑も帝國議會が法律に服従するの義務を有すると均しく政府も亦た法律と遵奉するの義務を負へり議會が豫算を以て法律の執行を停止し法律上必要なる制置を廢するの議決を爲すと得ざると同しく政府も亦た此の如

きの議決に同意を表することを得ず議會に於て之を議決するの法律違反の議決なるか如く政府か之に同意するの法律違反の同意なり故に憲法第六十七條に於て政府の同意なくして廢除削減するを得ずと謂ふとき政府が國法上同意を表することを得ざるの廢除削減は議會始より之を議決するを得ざるの意なること知るへし質問者は曰く政府幸ふ之に同意を表せし法律の改正案或は政府より提出せらるへく或は議院より提出し以て其の局を了すへしと是に由て孰れの質問者の違法の豫算を定むるの違法は非ずして違法の豫算を施行するの行爲を以て獨違法なりと認むるものゝ如し此の見解も亦た誤れり余輩請ふ數例を擧げて之を明かせん元首の憲法に矛盾するの勅令を定めて之を公布せり此の如き勅令と發布するの行爲は憲法違反の行爲なること何人とも雖ども之を認めざるを得ざるへし或は憲法に矛盾するの勅令を發するの違法の行爲に非ずして此の勅令を實際に施行するに及んで始めて憲法違反の行爲を生ずと謂はんか違憲の勅令は副署したる國務大臣の違憲の咎を免れて而して勅令の命する所に從ひ誠意之を奉行するの官廳は却て獨憲法違反の責を負ふの奇態を生ずへし國務大臣は法律に抵觸するの省令を發せり然れど



も此の法律の省令の施行期限に達するの前偶然立法者の廢止する所となれり此の場合に於ては國務大臣の法律に背反したるの責を負ふことなきか府縣知事の故意に勅命に違反するの府縣令を發すること數回に及へり然れども毎回施行期限に達するの前之を廢止せり此の場合に於ては人皆其の小心法律を遵守するの良二千石なることを許すや否や蓋し勅令の違憲なる省令府縣令の違法なるの其の發布の當時に於て憲法及び法律に矛盾する所われりなり命令者か違憲違法の咎めを惹くは違憲違法の命令を發したるか爲にして單に之を施行したるか爲に非ざるなり豫算も亦た此の如し帝國議會か法律を廢止變更するの結果を生すへきの議決を爲し政府か議會に對し法律の規定を實行せざるの責任を受諾するとき此の行爲に由て既に議會も政府も背法の咎を惹くものなり豫算を實行するよ及んで始めて違法の行爲を生するに非す若し豫算施行の前法律の廢止變更を公布することを得たるか爲豫算の違法なる所を除くことを得は是れ即ち幸よして實際に違法の結果を生ずることを免れたるものにして成立の當時豫算の違法なることを變する能はず成立の當時違法なるの豫算は始より無効の豫算なり無効の豫算の豫算の全く成立せざ

るに異なる所あらざるなり故に「法律の改正案或は政府より提出せられ或は議院より提出し以て其局を了す」るも豫算の成立に對して何の益する所あかるへし質問者は實に政府の再覆牒に所謂本末を誤り從ひて前後の順序を誤れるものなり上來論するか如く法律の獨法律を以て之を廢止變更するを得へし立法の手續よ由に非ずして政府と議會との協議よ由り法律を廢止變更するの意志を表するの違法の行爲なり帝國議會か憲法第六十七條に依り政府の同意を得て支出を廢除削減することを得へきの其の廢除削減よ由りて法律に背反するの結果を生せざる場合に止れり蓋し法律の結果に由るの歳出及び法律上政府の義務に属するの歳出の多少不動の性質を有すると常とすと雖も亦た必ずしも確定の額を成すものに非ず若し法律上既に一定不動の額を成すとき政府の始より之か廢除削減に同意を表するの權なく議會も亦た始より之か廢除削減の議決を爲すの權を有せずと雖も法律上確定の額を成さざるの歳出よ付て政府の同意を得たるときは議會の之を廢除し又は削減することを得へし例への議院の費用會計検査院裁判所の費用等に関し議會に於て政府の原案よ載せたる費額を以て實際の必要に超過すと認むるときは



法律の實行を停止するに至らざる限り政府の同意を以て之を削減するの權を有す中央備荒貯蓄金より地方に補助するの金額の如き積年の經驗を基き豫しめ之を備ふるを要せざるか如き幸なる時期に達せし議會は或る政府の同意を得て全く之を豫算より除くを得ることなしとすへからず其の他恩給扶助料徴兵費徴稅費囚徒費等概ね確定の額を成すものに非ず政府の義務に属する歳出に於ても公債元金償還の額賠償費訴訟費等亦た必ずしも變動を容れざるものも非ず會社補助の如きも契約の性質を依り(例へば會社の利益一定の歩合に達せざるとき補助するの類)議會は實際經濟上の状態に照して豫め費額を豫算に載するを要せずとの意見を有することあるへし凡そ是等の場合に於ては議會の法律の執行契約の履踐を妨げざるの範圍内に於て政府の同意を以て豫算額を削減することを得へし此の範圍外に逸出し又其の他法律の正文に反するの議決を爲すときは政府同意の有無を問はず豫算議定權の限界を超越する違法の議決あり

憲法上の大權に基ける既定の歳出も亦た議會の豫算議定權に關して法律上必要の歳出と異なる所あり然れども大權に基ける歳出中其の官制を基くものは最も論議

の聚中したる所に於て又た島田高田兩氏の質問も特に此の費目に關係するか故も余は主として官制に於て之を論せんとす其の他の費目も付ては推して余輩の意見を知るを得へし余輩の見るところを以てすれば直接に官制を改革することを企つるに非ざるも豫算議定の結果として現行の官制を執行すること能はざるに至らしむるも亦た豫算議定權の範圍を超過するものなり余輩は世間幾多の論者の如く豫算に由り大權の執行を制限するを以て違法ありと言はす何となれば豫算の目的は始より元首大權の執行を制限するに在ればなり例へば豫算が現行官制の範圍内に於て俸給の總額を減するときは政府の勢ひ現在の官吏を罷免するか左なくとも新に官吏を任命するを停めざるへからず抑も官吏を任免するは天皇の大權なること憲法第十條の明に定むる所なり故も俸給豫算額を減するときは自から大權の執行を制限するに至ること賭易きの理なりと雖も苟も此の減額を以て現行官制の範圍内に於て政府の同意を得て議決したるものなるときは何人も其の背法なることを主張するものなかるへし其の他費目の如何を問はず歳出の一項目を削除するときには自から行政事務を收縮するの必要を生ずるを常とす而して行政の權は實に元首



の大權に属す設し天皇の大權を限制するの議決の皆違憲なりとせし議會は殆ど政府の提出したる豫算に削減を加ふる由なかるへし是れ余輩の首肯すること能はざる所なり

余輩か豫算に由り現行官制を停廢するを以て違法なりとあすし現行の官制は命令に基けりなり蓋し官制の管に某々の官衙を設け某々の吏員を置くことを定むるのみに非ずして亦た官廳の權限を定め其の管轄區域を區畫するものなり官制の定めたる職權の範圍内に於てするに非されは官廳は人民に對して命令することを得ず人民の當該官廳の命令に非されし之を遵奉するの義務を有せず故に官制の大綱の必ず國家の命令を以て之を定むることを要す憲法第十條の行政各部の官制を定むるを以て元首の大權とせり故に行政官廳の官制は法律を以て之を定むるを要せずと雖ども天皇の命令を以て之を規定せざるへからざるなり余輩の既に論したる如く法律と命令との憲法上成立の手續及び相互の關係に於て効力の輕重を異にするのみ其の人民に對する遵由の効力に至ては兩者毫も相異なることなし曾に人民に對して遵奉の義務を負ひしむるのみならず合法の命令は法律と同じく行政官廳も

裁判所も均しく之を遵奉せざるへからず而して帝國議會と雖ども其の立法に參與して法令を廢止變更すべき法律を定むるの外法律と命令とを分たす國家一切の法規に服従せざるを得ざるなり是れ蓋し人の普ねく許す所なるへし唯想ふも命令に基くの歲出と雖ども政府の同意を得るときは政府は命令を廢止變更するの權を有するものなるか故に廢除削減に由りて命令に違反するの場合を生ずることあしと信するの論者あらんのみ然れども論者にして若し國家機關の決定したる所は決して其の自から發したる命令に背反することなし換言すれば命令者の自から發したる命令の爲に束縛せらるることなしと思考せし是れ實に一大誤謬なり命令者の正式の手續に従て其の命令を改廢するを得へしと雖ども現行の命令にして改廢せられざる間も命令者も亦た之を遵奉するの義務を有す而して命令を改廢するの意志は獨正式に公布したる命令を以て之を表すとを得へきなり例へば元首の現行官制官等俸給令を改廢するを得へし然れども現行の命令として存在する間は元首は其の規定に反して官吏を任命することを得ず又た元首が勅令を以て官廳を設置するときには該勅令を廢止せざる間も官廳の成立も必要なる吏員を任命し俸給令の定



する俸給を給與し其の他官廳を維持するか爲必要なる處分を爲さるへからず若し政府か此の義務を盡くさるときは國務大臣は法規に違反するの責を免るゝこと能はさるへし此の説に關しては「ラーバント」の論する所頗る詳密にして且つ能く余輩の心を得たるか故に余は左の之を譯出して以て辨明の一助となさんとす  
 氏の曰く(公法論纂第一卷第百八十六頁以下)公法の規定に従ひ正式に成立したる命令は法律と同じく一般遵由の効力を有するものにして官廳裁判所及び臣民の皆均しく之を遵奉せざるへからず而して君主の獨之に束縛せらるゝことなきか君主に對しては命令の有れども無きと異なる所なきか命令を各箇の事件に適用し又ハ適用せざることは一に君主の好む所に隨ふへきか人若し命令の規定の往々私法刑法、訴訟法、行政法に如何なる重要な關係を有するやを一考せば必ず其の然らざるを知らん君主は法律の爲に束縛せらるゝことなしとの確言の法治國に適用すへからざることを命令に關しても法律に關するに異なる所なし法規命令にして一たハ法に従ひ有効に發布せられたるときは其の效果の全く法律の效果に同じく其の命令する所の法規の遵由の効力を有すること全く法律の命令する所に均し例へば獨逸帝國

刑法の規定に由り或ハ有効なる警察命令に由りて一の行爲を以て處罰すへきの行爲となすときは其の遵由の効力に關しては毫も刑法の定むる所たると警察命令の定むる所たるとを論せざるなり刑法も警察命令も均しく臣民に義務を負はしむるものなり臣民は義務を負はしむるの力は其の國家の命令たるに基き此の國家命令の有効に發せられたるを以て足れりとす而して法か如何なる形式を以て有効の形式と認むるやを區別せざるなり(中略)立憲國の君主は其の自から發したる命令に違反するの免許狀を有するものに非ず唯法律の立法の方法に由らすして廢止するを得ざるに反し命令の國法上君主命令を以て之を廢止するの權利を有するのみと豫算の命令に非ざること余輩既に之を證明せり故に豫算を以て法律を變更することを得ざると同じく豫算を以て命令を廢改することを得ず法律を廢改するの意志は獨法律に由りて之を表するを得ると均しく命令を改廢するの意志は獨法律又は命令に由りて之を表することを得へし豫算を以て或ハ帝國議會に對するの約束を以て此の意志を表するは法の許さる所なり現行勅令の成立する間議會に對して之か執行と停止するの責を受諾するとき政府は自から法に背くの責を惹くも



のなり政府は實に命令の執行を停止するの結果を生ずべき議決に對しては同意を  
 表せざるの義務を有す。故に憲法第六十七條が政府の同意なくして既定の歳出を廢  
 除削減するを得ざることを規定するときの政府が國法上同意を表すること能はさ  
 るの廢減の議會始より之を議決することを得ざるや明なり勿論政府豫め官制の改  
 正を行ひ而して後議會の議決も同意を表するときの政府の背法の責を負ふことな  
 かるへし此の如く國家常久の制度を以て毎年の議決も由りて變動せしむるは果し  
 て政治上有益あるや將た有害なるやの余輩且らく措て之を論せず國法上帝國議會  
 は豫算費額の削減に就て政府の同意を求むるを得べきも政府が官制を改革して而  
 して後同意を表することを求むるの權の議會之を有せざるなり議會が官制の改革  
 を求むるの唯上奏又は建議の方法に由るを得べきのみ其他憲法第六十七條の目  
 的は議會の議決權を限制するに在り違法の行爲の豫算の施行も由て始めて生ずる  
 ものに非す等の論據の法律上必要の歳出と同じく亦た之を大權に基ける既定の歳  
 出に適用することを得べきものなりと雖ども余輩は前に之を詳論したるを以て茲  
 に之を反復することを爲さざるなり

以上論するか如く議會の現行の官制を停止するの結果を生ずべき議決を爲すこと  
 を得ず唯現行の官制を基礎として以て豫算を審議するに當り政府の同意あるとき  
 の勅令の執行を妨げざるの範圍内に於て廢除削減を行ふことを得へし此の範圍の  
 外も出づるときは議會の其の豫算議定權の區域を超越するものなり衆議院の豫算  
 委員の其の査定書の説明に於て一種の遁辭を設けて以て其の越權の跡を蔽ひんと  
 せり其の文に曰く政府は必ず別紙參考書に載する所の方案に據り官制其他の改  
 正を行ふへしと謂ふは非す政府若し別に方案の在るあらん之を取らざるも亦可なり  
 要は唯茲も査定せる豫算金額を以て國務を料理せんことを希望するに在るのみと  
 今人あり他人の咽喉を扼して而して之に語て曰く我敢て汝の絶息するを欲するも  
 のも非す汝若し別も呼吸の法を知らば之を用ゆるも亦た可なりと世人の果して此  
 の言を賞讃して却て絶息したる者か別に呼吸の法を知らざりし愚を笑ふべきや  
 否や豫算委員の言實も之に類するものあり  
 上來詳論したるか如く帝國議會の豫算議定權は一定の限界を有す議會此の範圍内  
 に於て必要な場合に於ては政府の同意を経て歳入歳出の額を議定するときには豫



算の是に於てか成立せり余輩は今より前節に論定したる豫算の性質に基き豫算の國家の財政に如何なる効果を及ぼすものなるやを講究せんとす豫算の財政に及ぼすの効果を歳入と歳出とに付て相同しからず

國家の歳入の租税手数料等法律命令の規定に基くもの其の大部分を占む而して是等の収入に對しては豫算の效果他の任意の行政處分に由るの収入に對するものと大に相異なる所あり

(一) 憲法第六十三條に曰く現行の租税の更に法律を以て之を改めざる限の舊に依り之を徵收すと此の條文は字漏西憲法第九條の一部に該當するものなり「レンネ」字漏西國法第一卷第六百五十九頁)及ひ「アーンツ」(字漏西憲法註釋第七十六頁)は字漏西憲法第九條に謂ふ所の現行の租税及び公納金<sup>ツガベ</sup>を以て憲法制定の當時に存在したるものに限らずして憲法制定の前と後とを問はず現に行はるゝの租税及び公納金と稱するものと解釋し該條の目的を以て議會の租税拒否の權を有せざることとを明とするに在りとせり然れども此の解釋を以て日本憲法第六十三條に適用せんとするときは余輩は之を牽強の解釋と稱せざると得す六十三條の専ら憲法制定の

當時に存在する所の租税に關するものなることは其の現行と謂ひ舊に依ると謂ふを以て明なり是れ苟も虚心平氣に該條を解釋する者の疑ひざる所なるへし蓋し六十三條は憲法發布の當時存在する所の租税の議會に於て之を豫算に載せざることあるも爲に廢止又の停止に屬することなく猶ほ舊に依りて之を徵收すへしとの規定を包含するものなり然れども人若し此の條文より反對に推論して憲法發布後に至りて新に定めたる租税の豫算を以て之を廢止し又の停止することを得へしと信する者あらん是れ大なる誤なり抑も臣民が租税を納むるの義務は租税を賦課する所の法律に由て通常確定するものにして政府の租税を徵收するか爲特別に意志を發動するを要することなし徵稅令書徵稅傳令書の性質上單に納稅者に注意を促かすものに過ぎざるなり又た官廳若しくは地方團體が徵稅令書又は徵稅傳令書を發するに其の法律に由りて負擔するの義務にして(國稅徵收法第八條第九條)政府が毎年發する所の命令に由りて始めて定まるものに非ず抑も豫算は單に政府と議會との關係を定むるものにして臣民又の官廳に對して命令するの効力を有するものも非ざることば余輩既に前節に於て之を詳論せり故に豫算は決して臣民及び官廳が



法律に依て負擔するの義務を變更することを得へからざるなり豫算に於て某種の租税を載せざるも臣民は猶ほ法律の定むる所に従ひ之を納めざるへからず官廳も亦た法律命令の規定を遵守して之を徵收の手續を爲さざるへからず國稅徵收法第十條も亦た曰く租税及び其他の歳入の法律命令の規程に從ひ之を徵收すへしと而して該條の其の豫算に掲載するものなるや否を問ふことなし此の如く租税の法律の結果として豫算の有無に關せず收入するものなるとき其の歳入の豫算の租税の徵收に効果を及ぼすものに非ざるなり

是に由て觀れり法律上確定する所の租税の憲法制定の當時存在したるものと制定後に定めたるものなるを論せず豫算に由りて其の徵收を停止し又其の廢止せらるゝことなし憲法第六十三條は現行の租税に與ふるに特別の保護を以てするに非ずして其の如何なる起源に由るを問はず法律を以て定むる所の租税と同一の効果を有することを確認したるに過ぎず唯其の新定の租税と異なる所の常久の性質を有するも法律を以てするに非されば廢止すること能はざるとに在り新定の租税の法律の定むる所に従ひ或は一定の期限を有することあるへく又た其の廢止は或は之

を命令に委任することあるへし然れども其の正式に廢止せられざるの間は豫算を載せたるも否とを論せず依然之を徵收すべきこと決して疑を容れざるあり此の原則の又た之を手數料及び其他法律命令に基づく收納に適用することを得へし何となれり命令も一定の範圍内に於ては人民及び官廳に義務を負はしむるの効力に於て法律と異なることなければなり

憲法第六十二條の國家の歳入の帝國議會の協賛を経べきことを定めて而して其の法律命令に基くと否とを分たす果して前數項に陳ふる如く法律命令に由りて確定するの公納金は豫算に由りて其の徵收を停廢せらるゝことなしとせば是等の收入に對する帝國議會の協賛の如何なる効力を有するものなるや將た此の種の歳入は始より議會の協賛を経るを要せざるか憲法第六十二條の歳入歳出の帝國議會の協賛を経べきことを定めたり而して法令に基くの收入の爲に例外を設けたる所あることなし故に法令に基くの歳出と雖も亦た均しく議會の協賛を経べきものなることを認むるを以て穩當とす余輩の見る所を以てすれば此の類の歳入に對する議會協賛の目的の公納金を徵收することを承認するにあらすして徵收したる公納



金を行政の目的に使用することを承認するに在り是れ余輩の「ヘーネル」(法律論第三百十七頁)に同意する所なり故に豫算に於て法令に基くの歳入を載せざることも國家は猶ほ依然として公納金を徴収すへし唯政府の徴收したる公納金を以て某年の歳出に供給するの財源となすことを得ざるのみ法令に基くの歳入を豫算より削除することあるも豫算の違法の豫算に非ず従て無効の豫算に非ざるなり豫算は帝國議會の議決のみを以て成立すること余輩屢々之を論せり而して歳入に付ての歳出の如く法令に由りて定まるものを廢除削減するか爲政府の同意を要することなし故に豫算の歳入に關し政府と議會との合意を得ざるか爲成立に至らざるの場合なしと雖ども人設し之より推論して歳入は議會隨意に全く之を豫算より削除するを得べきことを信せし是れ一を知て未だ其の二を知らざるものなり抑も帝國議會は某種の歳出の必要又の有益なることを認めて之に同意を表すと共に又た之を充つるの財源を承認するの義務を有す歳出のみを掲載して而して之に供給するの歳入を掲げざるの豫算は完全の豫算に非ざるなり(「レンネ」季漏西國法第一卷第六百九頁參照)何となれ一方に於て歳出の必要又の有益なることを認むるも一方

よ於て政府は之に供用すべき歳入の承認なきか爲支出を爲すに由なきときは是れ眞に歳出を承認したるものと謂ふことを得へからされはなり此の場合に於ての豫算の全く成立せざるも同し政府の憲法第七十一條に依り前年度の豫算を施行すへきあり

(二) 法律命令に由りて確定するものも非ずして毎年政府の行政行為に由り収納するの歳入に對しての帝國議會協賛の効力は又法律命令に由りて確定するの歳入と異なるものあり此の如き歳入に付ての議會の管に歳入を以て某年の歳出に供用することを承認するのみならず亦た之を収納するの行政行為に對して承認を與ふるものなり故に豫算よ於て此の種の歳入を定めざるべき政府の之を収納するか爲にするの行政行為を行ふことを得す例へは豫算に官有財産の拂下より生ずる歳入を掲げざるべきは政府は拂下を執行すること能はざるか如き是なり

(三) 帝國議會に於て隨意收入の收納又の法令に基く所の歳入の使用を承認するも其の實際收入の額に至りて概ね政府又は議會の意志を以て左右すへきに非ず租税の歳入は納税者及び課税物件の増減、納税不能者の多少等に由りて年々異動を免る



、こと能はず手数料は公共制置の使用者、行政行為の要求者の多寡に従て或は豫算額に超過することあるべく或は之に達せざることあるべし官有財産より生ずるの収入の物價の變動等に由りて豫め一定不動の額を定むることを得べきものに非ざるなり故に議會に於て一たび収入の款項に協賛したるときは其の金額に至りては概ね政府の意志を以て左右すべきは非ざるを以て政府は議會に對して答責を有することなし是れ蓋し歳出入款項定額の超過に付て事後の承諾を要せざる所以なり然れども政府の意志を以て左右することを得べき例外の場合に於ては議會の同意なくして政府随意に豫算額を超越するを得べからざること論を待たざるなり

歳出の豫算も亦た豫め見ることを得べき須要を計るべし止まるべし故に豫算議定後に至りて或は避くべからざる豫算外の費用を要することあるべく或は物價の變動及び其の他の事情に由り豫算定額の不足を告ぐるべし此の場合に於ては憲法は全く豫算外又は豫算超過の支出を禁せずして單に事後承諾を要するの法と取れり憲法第六十四條二項に曰く豫算の款項に超過し又は豫算の外に生じたる支出

あるときは後日に帝國議會の承諾を求むることを要す故に此の類の支出は政府實際の必要に應じて之を爲すことを得べし唯政府は後日に至りて帝國議會の承諾を求むるの義務を負ふのみ然れども此の如く實際の必要に應じ豫算に依らずして支出を爲すは政府に属する無限の權利に非ず憲法第六十九條に曰く避くべからざる豫算の不足を補ふ爲に又は豫算の外に生じたる必要の費用に充つる爲に豫備費を設くべし是れ即ち第六十四條二項の支出に對し必要なる財源を供ふるものなり此の財源の定額を超過するときは政府は更に議會を召集して臨時の必要に應ずる追加豫算を定めざるべからざる蓋し憲法は豫算外又は豫算超過の支出に供ふるべし爲特別の財源を設くるべきは是等の支出に必ず此の特別の財源より之を供給せざるべからざること知るべし例へば豫算超過の支出を爲すの必要を生じたる場合に於て政府は豫備費を擱きて収入の過剰より之を支出するか如きことあらば何人とも政府は憲法第六十九條の精神に背反したることを疑はざるべし該條の管に議會に對して豫備費を議決するの義務を負はしむるのみならず併せて豫算外又は豫算超過の支出は政府必ず之を預備費より支出すべしとの命令を包含するものな



り故に預備費の定額既に盡きたるときは政府の復た予算に依らざるの支出を爲すに由きなり會計法第八條は預備費を以て支辨したるもの年度經過後帝國議會の承諾を求むべきことを規定せり而して預備費外に支出したるものも付ては全く規定する所なし此の如く會計法第八條を設くるの必要を認めなから預備費外の支出に付き事後承諾を規定せざるは何ぞや預備費より支出するの外預算超過又は預算外の支出あることなけれなり

日本憲法の追加預算を定むることを禁ずるものに非ざること蓋し格別の異論なき所あるへし憲法は預算外又の預算超過の支出に關し事後承諾の法を定めたりも是れ決して預算の追加と兩立すべからざるのに非ず憲法第六十二條の預算に依らずして爲したるの支出に對しては政府後日に議會の承諾を求めざるべからざること定むるに過ぎず預算に依るの正則にして預算に依らざるの支出を爲すの變例なり追加預算を定めて以て之に遵依するは正に正式の方法を取るものに外ならず何となれの追加預算も亦た預算に外ならされなり故に總預算外又は總預算を超過するの支出を要するに當て或の追加預算を必要ならずとすることあるべしと

雖とも追加預算を定むるは違憲なりと論するの理由の余輩決して之を見ることを得ざるなり(「レンヂ」字漏西國法第一卷第六百二十頁參照)

豫算の政府に對し命令することを得べきものに非ずして單に政府の行爲に對し議會の同意を表するものなり政府の此の同意を得ずして隨意に財政を行ふことを得ずと雖とも財政上の行爲の政府の決意なくして定まるものに非ず議會の政府の行爲を限制すると得へしと雖とも政府に對して行爲を命令するの權を有せざるなり故に議會は豫算に於て某々の歳入歳出に同意するも政府は必ず該歳入を收納し該歳出を支拂ふの義務を負ふことなし勿論法律命令に基くの歳入は政府必ず之を收納せざるべからず法律命令に依り必要な歳出は政府必ず之を支出せざるべからず是れ政府が法律命令に由りて負ふの義務なり其の他に於ては政府の實際の必要に應じ爲政術の指示する所に従ひ其の良心の向ふ所を依て收入支出を爲すべきのみ豫算は政府の事業を強ゆることを得べきものに非ず又た政府に對し支出を要求するの權を臣民に與ふるものも非ざるなり

帝國議會に於て政府の豫算案を増額し又は新に項目を設くるは憲法の禁する所に



非す此の場合に於ての議會は政府の要求に先ち其の承認を公言するものなり政府若し其の支出を爲すべきの議會に對して更に其必要を証明するの責なきことを示すものなり唯議會の政府要求外の議決に由りて政府に事業を強ゆるを得へからざることを前項論する所より明なりとす

獨逸國殊に李滯西國に於て最も盛なる政論の燒點とあり其の後引き續きて國法學の一難問となりたる豫算不成立の場合は日本の憲法既に之を豫期して以て之に備ふるの規定を設けたり蓋し豫算不成立の左の數箇の場合に於て起るものなり

(一) 帝國議會成立に至らざるか爲豫算案を提出すること能はるとき此の場合の或は議員の召集に應せざるか爲に生ずることあるへく或は内外の情形に由り議會を召集すること能はざるか爲に生ずることあるへし

(二) 帝國議會議定の結局を爲さずして閉會に至るとき是れ即ち憲法第七十一條に謂ふ所の帝國議會に於て豫算を議定せざるの場合なり帝國議會解散の爲又の議事遷延の爲勅令を以て會期を延長したるか又は開會の時期遷延したる場合に於て年度開始前に豫算の議定を結了せざるときは亦た議定の結局を爲さずして閉

會したるの場合に同じ何となれり豫算の次年度の爲に預め歳入出を計るものなるか故に年度に入りて豫算未だ定まらざるときは是れ即ち豫算の成立せざる場合に外ならされはなり歐州諸國の憲法の往々明文を以て之を定むるものあり既よ一たび豫算不成立の場合を生ずるときは政府は憲法第七十一條に依り前年度の豫算を施行すへし而して前年度の豫算の全會計年度に亘るものなるか故に政府の議會を解散したる後新に組織したる議會を召集するに當りても更に既に開始したる年度の豫算を之か議決に付することを要せざるなり

(三) 貴族院又の衆議院に於て豫算を廢棄し又は兩院の間に意見と異にして協議効を奏せざるとき

(四) 帝國議會に於て政府の同意を求めず又は政府の同意を得ずして憲法第六十七條の歳出を廢除削減し終に其の議決を改めずして閉會又は年度開始に至るとき此の場合に於ての議會の議決は無効なり政府の提出したる豫算は議會の協賛を得ざるなり議會豫算に協賛せざるときは豫算の成立に至らざるなり

(五) 帝國議會に於て其の議決したる歳出に供用するか爲必要なる歳入を議決せざ



るとき

(六) 憲法及び法律命令の定めたる預算組成に關するの規定に背反するとき例へり預備費を削除したる場合の如きはなり

其の他政府背法の行爲よりて預算の成立に至らざる場合の余輩此に論究するを要せず何とされり余輩の目的は専ら預算不成立の場合よりて政府が如何して之を處理すべきやを論ずるに在り而して政府が自己の背法行爲の結果を處分する方法の余輩の興り知らざる所なれりなり

是等數箇の場合より備ふるもの憲法第七十一條の規定なり該條は一方に於てり豫算の成立せざるか爲國家の政務を停止するの不幸を防ぎ一方に於ては正當の豫算に依らずして濫出を爲すの危険を除くに在り該條の規定に依るときは預算成立に至らざる場合より政府は必ず前年度の預算を施行せざるへからず或は原案を施行し或り全く預算より依らずして必要の支出を爲すか如きは共に日本憲法の認めざる所なり(憲法義解第三百三十一頁参照)是れ憲法第六十四條及び第七十一條の規定より明なる所にして更に辯明を費すとを要せざるへし唯茲に一言せざるへからざる

ものは第四の場合なり豫算中憲法第六十七條の支出に關して政府と議會との合意成らず而して其の他の部分は正當に帝國議會の議定を経るときは如何衆議院の議事筆記を見るに議員中或り此の場合より於て六十七條の歳出に關する部分に限りて前年度の預算を施行すべく其の他の部分に就てり新に議會の議定を経たるものを施行すべきことを信するものあるか如し然れども總豫算は全部を通して一体を成すものにして其の各部獨立して各別の豫算を成すものより非ず故に豫算の一部よりして成立に至らざるときは是れ即ち豫算成立に至らざるなり豫算成立に至らざるときは前年度總豫算の全部を施行すへし一部の前年度の豫算より依り一部は半成立の豫算より依るか如きり憲法及び會計法の規定に反するものなり之に反して特別豫算の獨立の豫算にして總豫算の一部を成すものに非ざるか故より其の成立に至らざることあるも爲に總豫算の成立を妨ぐることをなし此の場合に於てり唯前年度の特別豫算のみを施行すへきなり追加豫算は其の名稱の如く本豫算に追加して之を補正するものに外ならず是れ畢竟豫期せざるの必要に基くものなり故に次年度に於て猶り其の必要消滅せざるときは之を本豫算に載せて帝國議會の協賛を経ざるへ







「タット」一會計年度等是なり是れ皆憲法の明文に基くものにして日本憲法第七十一條を解釋するの根據と爲すことを得べきものに非ず該條の規定を正當に解釋するときの余輩は論理上本文に論じたる結果に歸着せざるを得ざるなり西班牙憲法第八十五條の豫算成立せざる場合にの議會の議決し國王の裁可したる前年度の豫算を施行すべきことを規定せり是れ亦た明文を以て前年度豫算を施行するの時期を限るものなり參考の爲茲に附記す

前數項に陳ふる如く憲法第七十一條の豫算の成立に至らざる一切の場合に備ふるか故に日本の國法を論ずるものは該條の意義を解釋するの外深く豫算不成立の場合を講究するの要なきか如し唯前年度豫算議定の後に至りて新に法律命令を發布し若しくは契約又は國際の條約を締結したるか爲本年度に入りて前年度豫算に定めざる必要の歳出を生じたる場合の余輩猶ほ少しく之を論ぜざるべからず此の類の歳出の固より憲法第六十七條の規定を適用すべきものなるか故に帝國議會は政府の同意なくして廢除削減するを得べからざること言を待たずと雖ども議會設し六十七條の規定に反して之か廢除削減を議決し又他の事情によりて豫算の全

部成立に至らざるときは政府は宜しく如何して之を處分すべきか前年度の豫算を施行するも余輩か此に論ずる所の歳出の全く前年度の豫算に定めざるものなるか故に政府の之に依て支出を爲すことを得べからざるなり故に政府は或は全く此の類の支出を爲さざるか又は預算を依らずして支出を爲すかの二途を有するのみ獨逸國法學者の多數は豫算不成立の場合を論じて曰く人若し豫算を以て財政の唯一の根據となし政府は豫算に依らずして國法上收入支出を爲すの權を有せざることと主張するときの豫算の成立に至らざる場合に於ては國家は其財政を停廢し從て一切の政務を中止せざるべからずとの論結に歸着せざるを得ず此の論結の極めて不當なるは正し其の意見の誤れることを證するに足るべし抑も豫算の其の定むる所の範圍内よ於て爲したる收入支出に對して豫め政府の責任を免するの効用を有するものなるも過ぎず若し豫算成立に至らざるときは政府は豫め責任を免するの利益を有せざるのみ此の場合に於ては政府は自己の責任を以て國家の財政を處理し後日決算報告の時に至りて宜しく議會と對し收入支出の必要なりしことを證明すべしと「フリーハンド」獨逸國法第二卷第一千十三頁「シニルツェ」季漏西國法第二卷



第四百四十三頁「マイヤー」獨逸國法第六百十五頁「グナイスト」法律及豫算第百八十四頁等其の説く所多少の異同ありと雖も大要に於ては意見を同しくす）  
 前項陳ふる所の學説をして日本の國法に適用することを得べきものならしめは豫算成立に至らずして前年度の豫算を施行したる場合に於ても政府は前年度の豫算に定めざる必要の支出を爲すことを得へし然れども余輩の見る所を以てすれば此の意見の決して之を日本國法に適用すべからざるものなり日本憲法に依るときは帝國議會の協賛を経べき豫算の成立に至らざる場合より前年度の豫算直之か地を充たすべく從て全く適法の豫算を欠く場合を生ずることなし歳出中依るべきの豫算なきもの唯其の新に生したる必要を起因するの支出にして前年度の豫算に定額なき一小部分に止れり故に豫算に依らざれば一切の支出を爲すを得ずとの説は國家の政務を全廢するの結果を生ずるものなりと論斷するものあれども此の論據は日本の預豫論に於て有力の論據とするに足らず論者曰く豫算は豫め政府の責任を免するものに過ぎず故に豫算の成立せざるときは政府の唯自己の責任を以て財政を施行すべきのみと然れども憲法第六十四條が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ふときは是れ即ち政府の歳入歳出に關し豫め責任の免除を得へしと謂ふに外ならず故に論者が政府は必ずしも豫め責任の免除を得るを要せずと論するの正に憲法第六十四條の明に規定する所に反す假令政府の後日に至り議會の承諾を得て財政上の責任を解くも六十四條の規定に背反したるの事實は決して之を蔽ふことを得ざるへし何となれば該條は嘗て責任免除を得べきことを規定するのみならず亦た豫め之を得べきことを命ずるものなれりなり且豫算不成立の場合に於て後日の責任免除に委顧して支出を爲すことを得へしとの説は國法上の問題に充分なる解答を與ふものに非ずして單に其の解答を與ふるの時期を延引するに過ぎず是れ余輩が「エリネック」の所論（法律命令論第三百〇八頁に同意する所なり今若し政府が豫算不成立の場合に於て自己の責任を以て支出を爲し後日帝國議會に對し責任免除を求めたるに議會之を拒否したるときは如何此時に當てり復た議會の議決に代て責任免除を與ふることを得べきものあらざるなり故に背法の情態は「ラーバンド」等の意見に従ふも決して全く之を除くことを得ず唯其の時期を延引して本年度より他の年度に移すことを得べきのみ日本憲法は其



の第七十一條に於て豫算不成立の場合に備ふるの規定を設け其の第七十條に於て緊急の需用に應ずるか爲特別の處分を許せり憲法既に豫め豫算不成立の場合に備ふるの必要を認めて一定の處分法を定むるときは其の他の方法を以て此の場合に處することを許さざるの意なること知るべし故に豫算成立に至らずして前年度の豫算を施行したるときは法律命令に基くの歳出も臣民との契約又ハ國際の條約に由るの歳出も前年度の豫算に定めざるものは豫算一切之を支出することを得ず國家の或ハ之か爲國際の困難を生ずることあるべく或ハ國庫に對して裁判の強制執行を行はるゝに至ることあるを保し難しと雖ども此の困難は憲法上の手段を以て之を除くことを得ざるあり

此の如く豫算に定めざるの支出ハ憲法第六十四條二項に依り六十九條の豫備費より支拂ふの外政府一切之を爲すことを得ざるか故に余輩ハ豫算を稱して或ハ「サイドラ」の如く國家財政に必要な豫備事件なりと云ふも可なり又ハ「エリネット」の如く財政に必要な條件なりと云ふも可なり是れ余輩の深く顧みざる所なり唯茲に一事の辯妄を要するものあり豫算を以て現政府に對し全權を與ふるものとあす

の説是なり是れ獨逸に於て「レンネ」「アント」等の主張する所にして此の説ハ又ハ豫算不成立の場合を處分する方法を與へんとするものなるか故に余は左に其の要旨を擧げて少しく之を評論せん

此の説の要に曰く豫算の管に其の定むる所の支出を爲すことを許すのみならず現在の政府か之を支出することを許すものあり換言すれば豫算の現在の内閣に對して全權を與ふるものなり故に議會か豫算を議定せるときは現内閣は復た行政事務を處理するの全權を有せざるを以て自から職を辭して之を新内閣に譲らざる可らずと此の説ハ「ライバント」既に之を駁し盡して殆んど餘す所なきか如し蓋し議會黨派の勝敗に由て内閣の交代を生ずるの國に於てハ重要な法案にして議會を通過すること能はざるものあれば概ね以て内閣の交代を來すに足るか故に豫算を以て特ニ政府に全權を與ふるものと認むると得ず之を歴史に豫算の廢棄に由て内閣の交代を生したるハ英國に於ても國會政治の確立したるより以來絶て見ざる所なり況んや純然たる立憲君主主義に基くの國に於ては内閣大臣を任免するは専ら元首の大權に屬し決して他の機關の干與すべき所に非ざるをや議會の意向に由て必



す内閣の變動を來すか如きの立憲君主國の國体に反するものなり且預算を以て單に現。在。の内閣に對して全權を興ふるものとなすときは論理上極めて奇怪なる結果を生ずへし果して論者の言ふか如くからは預算議定の後に至りて或事情の爲現在の内閣其の職を辞し新内閣の組織成るときは議會は新内閣に全權を興ふるか爲更は預算の議定を要すと謂はざるへからず此の結果は蓋し論者の甘して受くる所に非ざるへし

預算を以て現在の内閣に對し全權を興ふるものとなすの説を取て之を日本の國法に適用するの不可あること又左の理由より明瞭なるへし憲法第七十一條の明に規定する如く一年度の預算成立に至らざるときは政府は前年度の預算を施行すへし故に日本國法に依れり如何なる場合に於ても決して全く預算無きの情態を生ずることなし唯依るべきの預算なきもの前年度の預算に定めざる必要歳出の一部分のみ議會に於て預算を議定せざるときは政府は此の一部分の支出を爲すこと能はざるの場合あるへしと雖ども經常必要の歳出は政府之を爲すを妨げらるゝことなく從て政府は通常の政務を處理する能はざるの窮厄に陥ることなし此の如く

政府は議會が預算を議定するを否とを問はず國家の政務を停止するの必要を見ざるときは毎年度の預算議定は決して政府に對し全權を興ふるもの非ざるなり故に預算成立に至らず亦た前年度の預算に定額なきか爲必要なる支出を爲すこと能はざるの場合あるも政府は決して國法上其の職を辞するの義務を有するものに非ず此の場合は到底國法の力及らざる所なり

余輩が本節に論したる所は其の大要を左の數語に概括することを得へし議會の豫算議定權は一定の範圍を有す此の範圍を超越するときは議會の議決は背法の議決なり豫算成立に至らざるときは政府は唯前年度の預算を施行するの一法を有するのみ前年度の預算は定額なきものは法律上必要の歳出と雖ども豫備費の定額外は之を支出することを得ざるなり

元首は答責を有せず議會は責任なし而して大臣の責任と議會の解散との必すしも政府と議會との合一を保つに足らず故に政府と議會と互に幾分の推譲に由て相調和するに非されは立憲制度の美果は決して之と望むへからざるなり政府の權利は



議會宜しく之を敬すへし議會の權利は政府宜しく之を重んずへし然れども政府に權利あるも以て議會を抑壓するの具となすへからず議會も權利あるも以て政府を凌轢するの便も供すへからず國家の生活に公德を要するの猶ほ社會の生活に私徳を要するか如し而して國家も於ても社會に於ても權利を以て相争ふの已むを得ざるの終局手段に過ぎざるなり若し夫れ政府議會各其の憲法上の權利を闘ひして交々相凌轢するに至ては眞に以て國家不祥の事となさざるを得ず余輩が豫算も關して縷述したる卑見をして一片學理上の空論も止らしめは國家の幸慶何事か之に加へん

### 日本法令豫算論終

#### 附言

本篇ノ草稿畧成リタル、當時余ハ未タ第二期帝國議會議事ノ報告ニ接セザリシヲ以テ本篇中言ノ帝國議會ニ及フモノハ專ラ其ノ第一ノ會期ニ關ス又タ第二期ノ議會ニ起リタル法令預算ノ問題ハ曩ニ余カ研究ノ際自カラ問ヲ設ケテ之カ解答ヲ試ミタルモノヲ除クノ外本篇ニ論スル所ナカルヘシ  
 本篇ニ於テ參考シタル法令ハ總テ明治廿三年十一月現行ノモノニ係ル爾後或ハ改正セラレタルモノアルモ余ハ全ク之ヲ參考スルノ便宜ヲ有セザリシナリ  
 本篇ノ稿成ルヤ當府留學ノ學友法學士山崎覺次郎氏ノ校閲ヲ煩ハシ氏ノ注意ニ由テ益シタル所少ナカラス茲ニ學士ノ誼ヲ謝ス然レトモ本篇ノ論旨ニ至テハ余獨其ノ責ニ任スルコト固ヨリ言ヲ待タサルナリ

獨逸「ハルレ」客寓ニ於テ

著者識

明治廿五年二月







27

池 135

明治二十五年五月二日印刷  
同年五月三日出版



東京市本郷區駒込曙町十六番地  
岡田良平方寄留

一木喜徳郎

東京市本郷區本郷六丁目五番地

高頭忠造

東京市京橋區中橋和泉町壹番地

北澤久太郎

東京市本郷區本郷六丁目五番地

哲學書院

大坂 松村九兵衛  
東京 小林新兵衛  
大坂 梅原龜七  
熊本 長崎次郎

著者  
發行者  
印刷者  
發賣元  
特別發賣所



終