ニ任スルノ大臣アリテ而シテ當局大臣ノ權勢ノ外ニ立チ獨立ノ職權ヲ以テ重要ノ國務ヲ審議スルノ大權補翼ノ機關ナシ。立憲政體ニ則ラントスルニ際シ始テ特ニ之ヲ設ク、蓋、憲法及典範ノ草案ヲ審議セシメンカ爲ナリ。之ヲ當時ノ事情ニ顧ルニ、先ツ國會ヲ召集シ憲法ノ草案ヲ審議セシメ、君民意ヲ同フスル所ヲ以テ之ヲ國家政體ノ根本大法トスルハ歐洲諸國ノ先例ノ示ス所ニシテ、亦彼ノ所謂立憲制ノ理論ノ要求スル所タルカ如シ、而シテ我ノ之ヲ知テ之ニ倣ハサルハ萬世一系ノ皇位ヲ以テ統治權ノ中心トスルノ我カ千古ノ國體ヲ惜ミ、今立憲ノ制ニ則ラントスルカ爲ニ其ノ名實ヲ紛ルノ虞アランコトヲ恐ルルニ出タルナラン。故ニ歐洲諸君主國ノ軏轍ヲ避ケ、更ニ進路ヲ改メ、政務當局ノ外ニ元勳練達ノ重臣ヲ撰ミ、特ニ啓沃參贊ノ重任ニ居ラシメ、之ニ皇室國家ノ大法ヲ審議セシメ、其ノ獻替スル所ニ依リテ永遠不磨ノ大典ヲ制定シタリ。且ツ樞密顧問ノ職ヲ其ノ不磨ノ大典ノ上ニ認メテ以テ大權輔翼ノ憲法上ノ機關トシ、國務大臣及議會ヨリ獨立シテ永遠ニ大典ヲ擁護スルノ重大ナル任務ヲ囑シタルモノナリ。抑、憲法ハ國體ノ大綱ヲ宣明シ、政體ノ節目ヲ規定ス、其ノ國體ノ大綱ハ萬世ニ亘リ永遠恒久ニシテ移動スヘカラス、其ノ政體ノ節目ニ至リテハ世運ト俱ニ事宜ヲ酌量シテ之ヲ變通スルノ已ムヘカラサル事ナキヲ必セス。若將來其ノ必要ヲ見ルアラハ先ツ更ニ樞密顧問ノ愼重ノ議ヲ經テ、之ヲ議會ノ議ニ付スルハ樞密院ヲ設ケタルノ事歷ニ視テ當ニ然ルヘキ所トス。又我カ立憲ノ制ハ立法、行政、司法ノ三機關各〻對等ニ獨立シ唯一憲法ノ節制ノ下ニ、其ノ相互ノ調和ヲ保持ス、或國ニ於ケルカ如ク國會ヲ以テ最高ノ權力ト爲ス者ニ非サルナリ。隨ヒテ若此ノ獨立ノ諸機關ノ間ニ、憲法ノ解釋ヲ異ニシ權域ヲ爭フコトアラハ其ノ紛爭ヲ

絕ツハ一ニ大權ノ裁斷ニ由ルノ外ナシ。此ノ場合ニ於テハ憲法ノ公正ナル解釋ハ勢、紛爭ノ渦中ニ在ルノ政務當局大臣ニ偏聽シテ之ヲ判斷スルヲ望ムヘカラサルモノアラン。故ニ憲法ノ疑議ハ、之ヲ局外ニ立チ、公正忠實ヲ念トシテ、大憲擁護ノ重任ニ居ルノ至高顧問ノ府ニ諮リテ以テ之ヲ裁斷スルモノトセルハ事理ノ然ルヘキ所トス。憲法ノ疑議ヲ斷スルノ最終ノ力アル所ハ即チ最高ノ政權ノ歸屬スル所ナリ。樞密顧問ハ此ノ最高ノ勢力ノ行用ニ參與ス、其ノ地位ノ政治ノ關係ニ視テ最重要ナリトスルハ蓋茲ニ存スルナリ。』

諮詢事項列擧ノ其ノ三ヲ案スルニ、總テ重要ノ勅令ハ樞密院ノ審議ヲ經ルヲ精神トス。特ニ大權ノ專斷ヲ以テ臣民ノ權利義務ニ涉ルノ重大ナル立法ノ事項ヲ定ムルカ如キハ、事緊急ニ出テ議會ノ議ヲ經ルノ暇ナキニ由ルト雖最愼重熟慮ヲ加フヘキハ理ニ於テ然ルヘキ所トス。之ヲ政務當局ノ補弼ニノミ倚賴セス必ス樞密顧問ノ議ヲ經ヘシトナシタルハ憲法ノ臣民ノ權利ヲ重ンスルノ精神ニ副ヘルナリ。』

諮詢事項列擧ノ其ノ四ヲ案スルニ、條約締結ノ大權ハ憲法既ニ之ヲ議會容啄ノ外ニ置ク、外交ノ事ハ機密ヲ重ンシ變通ヲ要シ又統一ヲ主トス、之ヲ大權ノ自由ニ留保セルハ事宜ニ合ヘルナリ。然レトモ條約ハ國權ノ束縛ニシテ國內法令ノ朝令暮改シ得ヘキ類ノ者ニ非ス、其ノ國家社會ノ休戚ニ關スル此レヨリ大ナルハナシ。故ニ歐洲ノ立憲國ハ條約ヲ國會ノ審議ニ付スルヲ通例トス寔ニ所由アルナリ、但シ外交機微ノ妙趣ハ之カ爲ニ失フ所アルヲ免レサルノミ。今我カ憲法ハ條約ハ專ラ之ヲ大權ノ獨裁ニ係ルモノトシ、而シテ其ノ成案ハ內閣大臣ノ補弼ニ依ルノ外、特ニ必ス樞密院ノ審議ヲ經ヘキモノトシテ、更ニ愼重ヲ加フルハ、過ナキヲ期スルニ於テ裨補スル所大ナラン。樞密顧問タ

ル者ハ、條約ハ國權其ノ者ノ自由行動ヲ永遠ニ束縛スルモノニシテ、其ノ重大ナル法令ノ比ニ非サルコトニ顧ミ、又國民ヲ代表スルノ議會ハ之ニ與ルコトヲ得ス獨、自ラ之ニ代ハルノ事態ヲ念トシ、特ニ此ノ至重至大ノ責任ヲ全ウスルコトヲ怠ラサルヘキナリ。』

諮詢事項列擧ノ其ノ五ヲ案スルニ、樞密院ノ官制ハ其ノ院ノ諮詢ヲ經ルニ非サレハ之ヲ改正セサルヲ言明ス、事細目ニ渉ルカ如クニシテ實ハ其ノ係ル所頗ル大ナリ。樞密院ノ職權及地位ハ之ニ由リテ特ニ重キヲ加フ。樞密院ノ組織及其ノ諮詢事項ノ列擧ノ如キハ院議ヲ經ルニ非サレハ之ヲ變更セラルルコトナキハ自ラ其ノ權域ノ縮少セラルルコトヲ拒ムノ間接ノ權力アラシムルモノナリ。此ノ如クニシテ樞密院ハ內閣大臣ノ權勢ノ外ニ獨立シテ大政ヲ補翼スルノ實ヲ全ウスルコトヲ得ヘキナリ。』

諮詢事項列擧ノ其ノ六ハ此ノ列擧ハ諮詢事項ヲ限定セルモノニ非サルヲ謂ヘルナリ。憲法第五十六條ノ意ハ樞密院官制ヲ以テ諮詢ノ事項ヲ限定スルニ在ラサルハ固ヨリ其ノ法文ニ照シテ明白ナリ。總テ重要ノ國務ハ官制ニ列擧アルト否トヲ問ハス之ヲ諮詢ス理ニ於テ然ルノミナラス事實モ之ヲ證明ス、樞密顧問ノ諮詢ヲ經タル旨ヲ明示シテ發布セルノ勅令ノ類例甚多種ニシテ此ノ列記ノ外ニ渉レルヲ視テモ此ノ義明白ナリ。』

第八章　裁判所

裁判所ノ地位

裁判所ハ天皇ノ名ニ於テ、法律ニ依リ、司法權ヲ行フノ憲法上ノ機關ナリ（憲法第五十七條）。』

裁判所ハ司法權ヲ行フノ機關タリ、議會ノ立法權ニ於ケル、政府ノ大權ニ於ケルト、俱ニ憲法ノ上ニ鼎立シテ以テ立憲國家ノ三機關ヲ成ス者ナリ。司法權ハ固ヨリ國權ノ行動ナリ、裁判所之ヲ行フト謂フモ統治ノ作用ニ參與スルノ義ニシテ、自主ノ權力ヲ行フニ非サルハ辨ヲ俟タサル所ナリ。抑、裁判所ヲ政府行政ノ組織ヨリ分離シ、之ヲ憲法直接ノ統治機關トシ爲セルハ實ニ立憲政體ノ特色ノ一タリ。專制ノ世、司法ト行政トヲ混シ、又ハ其ノ機關ヲ分ツモ二者同シク大權直接ノ干渉ノ下ニ居ル、故ニ公正ヲ期スルノ裁判ハ時ニ權勢威力ノ侵犯ヲ被ルノ流弊アルヲ免レサリシナリ。之ヲ政府ノ權勢ノ外ニ獨立セシメタルハ寔ニ立憲ノ美果ナリトス。世或ハ之ヲ稱シテ司法權ノ獨立ト謂フ、政府ノ干渉ヲ受ケサルノ義ニ外ナラス、固ヨリ國權ノ外ニ立ツノ謂ニハ非サルナリ。』

天皇ノ名ニ於テ之ヲ行フト謂フハ、一ハ司法權ハ君主ノ權力ニシテ其ノ以外ニ獨立スルノ權力ニ非サルコトヲ示シ、一ハ司法權ノ行使ハ專ラ裁判所ニ於テスルモノニシテ大權トシテ親裁セサルノ義ヲ明カニスルナリ。』

法律ニ依リ之ヲ行フト謂フハ、裁判ノ手續ハ必ス法律ヲ以テ唯一ノ準則トシ、法律以外ノ權勢ノ干渉ハ絕對ニ之ヲ排斥スルノ義理ヲ含ム者ナリ。故ニ裁判所ノ構成及訴訟手續ハ必ス法律ヲ以テ之ヲ定ムヘク、命令ヲ以テ之ヲ定ムルヲ許ササルナリ。但シ之ヲ誤解シテ訴訟事件ノ本案實質ヲ決スルニ適用スルノ法則ハ法律ノ公式ヲ具フルノ成文ニ限ルト爲

スコト勿レ。憲法ハ訴訟裁判ノ形式手續ハ必ス議會ノ協賛ヲ經タル成文ノ法律ニ依ルコトヲ要求スルノミ、所謂司法裁判ノ獨立ハ此ノ原則ヲ主持スルニ於テ足ル。若法律以外ノ命令規則ハ一切裁判所ノ前ニ無効ナリトセハ、憲法カ命令ノ大權ヲ認メタルノ大義ト正ニ相矛盾セン。』

按スルニ、君主ヲ以テ正理ノ源泉トスルハ憲法ノ前後ニ於テ變ハルコトナシ、唯、專制ノ世ニ在リテハ民事刑事ノ裁判ノ事、行政ノ事務ト混シ、各、其ノ機關ヲ分ツコトナカリシニ立憲ノ制ニ則ルニ迨ヒテ之ヲ區別シ、裁判所ヲ政府ノ外ニ獨立セシメ、主權ニ直隷スルノ憲法上ノ機關トシ爲シタリ、是レ我カ國ニ在リテハ最新ノ進歩トス。溯テ往昔ノ事ヲ追想スルニ、後ノ所謂司法裁判ノ事必シモ國家必然ノ事務ニハ非ラサリシナリ、社會ノ罪惡ハ私ニ復讐シ、權利ノ侵害ハ腕力ニ由リテ自ラ救濟ス、刑律ヲ正シ爭訟ヲ斷スルノ事漸ク政治ノ目ニ上ルノ世ニ於テモ、仍必シモ私ニ救濟ヲ求ムルノ所爲ヲ禁セス、權力ヲ用キテ罪惡ヲ罰シ權利ノ侵害ヲ救濟スルハ國家當然ノ本務ナリトシ、一切之ヲ私力ニ訴フルヲ禁止シタルハ我カ制度ノ沿革ニ視テモ尙晩近ノ事ニ屬スルナリ。然レトモ此ノ義ハ近世國家ノ觀念ニ顧テ固ヨリ明白ナルカ故ニ、憲法ハ特ニ此ノ原則ヲ文字ニ揭ケサルナリ。既ニ憲法カ司法權ハ裁判所之ヲ行フト謂フトキハ罪惡ヲ罰シ、權利ヲ救濟スルハ、國權直接ノ行動ニ專屬スルモノニシテ、法律ヲ以テスルモ之ヲ人民自治ノ權ニ委任スルヲ許ササルノ大義ハ自ラ不言ノ中ニ明白ナリトス。』

憲法第二十四條ニ、日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ」ト云ヘリ。憲法既ニ所謂司法權獨立ノ原則ヲ確認シ、訴訟ヲ審判スルノ全權ヲ不羈ノ裁判所ニ委任シタルトキハ、政府ノ權威ヲ以テ訴訟ノ途ヲ阻塞シ、又ハ裁判ニ干涉スルコトヲ許サ

サルハ論勿キナリ。裁判所ハ法律ノ定ムル所ニ依リ訴訟ヲ受理シ審判スルヲ其ノ憲法上ノ職司トス。臣民ハ法律ノ手續ヲ履ムトキハ訴訟ヲ提起シ裁判ヲ受クルノ權利アルモノトス。此ノ事亦言ハスシテ明カナルカ如シ、蓋憲法ニ特ニ此ノ條ヲ掲ケタルハ專制ノ日ニ於テ或ハ政府ノ威權ヲ以テ裁判ニ干渉シ、又ハ事ニ臨ミ、人ニ對シ、特ニ別種ノ審廷ヲ開キ、正當ナル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權利ヲ侵犯シタルノ弊アリシニ由ル。』

裁判所ノ憲法上ノ權限

裁判所ノ憲法上ノ權限ハ司法權ノ行使ナリ。司法權ノ行使トハ民事刑事ノ裁判ナリ。民事トハ私法上ノ權利ニ係ル訴訟事件ナリ、刑事トハ刑罰法ノ適用ニ係ル訴訟事件ナリ。裁判トハ法則ヲ特定ノ事件ニ適用スルノ權力ノ行爲ナリ、而シテ其ノ事件ノ當事者カ、法律上ノ權利トシテ、法則適用ヲ決定スルノ手續ニ參與スルヲ要件トスルコト、是レ所謂裁判ノ特質ナリ。裁判ハ必ス訴訟ノ提起ヲ俟ツ、訴訟ナケレハ裁判ナシ、訴訟ハ裁判ノ請求ナリ。』

接スルニ、裁判所ノ憲法上ノ權限ハ民事刑事ノ裁判ナリト解スルハ、一ハ司法權及裁判所ト謂フノ制度ノ沿革ニ視テ謂ヘルナリ、一ハ又憲法ノ精神ハ行政權ト司法權トヲ分劃シ之ヲ混同セサルニ在ルニ視テ謂ヘルナリ。單純ニ形式ノ點ニノミ着眼シ、司法權トハ法則ヲ適用スルノ行爲ナリトシ、裁判所トハ法則ヲ適用スルノ官廳ナリトスルトキハ、之ヲ行政權及行政廳ト區別スルノ要ヲ失フ、立憲法治ノ政體ニ在リテハ、行政處分ノ大ナル部分ハ亦法則ヲ特定ノ事件ニ適用スルニ外ナラサレハナリ。內外法制ノ沿革ノ上ヨリ視ルニ、本、司法權及裁判所ヲ行政權及行政廳ヨリ分離シタルハ、民事刑事ノ訴訟ノ審判ヲ一般行政ノ

事務ヨリ區別スルノ必要ニ出テタルナリ。而シテ之ヲ區別分離スルノ必要ハ、一ハ實質上、民事刑事ノ訴訟ヲ斷スルハ行政ノ威權ノ外ニ獨立シテ公正ヲ主持スルニ在リ、一ハ形式上、民事刑事ノ審判ハ一般ノ行政處分ト異ナリテ必ス裁判手續ニ依ルニ在リ。裁判手續ト、行政處分ト、各〻其ノ要件ヲ異ニスルノ點ハ、處分ニ依リ權利關係ノ定マルヘキ當事者カ、法律上ノ權利トシテ、其ノ處分ニ參與スルヲ要件トスルト、否トニ在リ。行政處分ニ付テハ通常此ノ參與權ヲ認メス、之ヲ認ムルトキハ之ヲ裁判ト謂フ、司法裁判行政裁判ト謂フカ如キナリ。民事刑事ハ處分ノ手續ヲ以テ之ヲ裁斷セス必ス裁判ノ手續ニ於テス。行政廳ハ處分スルノ官府ナリ、裁判所ハ裁判スルノ官府ナリ、二者其ノ事務ノ實質ヲ異ニスルノミナラス事務ヲ行フノ形式ヲ同フセサルナリ。是レ亦二者ヲ分離スルノ一ノ理由タルヲ失ハサルナリ。此ノ參與權ハ通常爭議ノ外形ヲ具シテ行使セラル、故ニ通常ノ場合ニ於テハ裁判トハ當事者間ノ爭議ヲ仲裁解決スルコトノ意義ニ解ス、然レトモ事實ニ於テ必シモ當事者間ニ正ニ相反スルノ主張アルコトヲ要件トハセサルナリ。被告人罪ヲ自白シ刑ノ適用ニ付何等異議ナキノ事實明徹アリトスルモ、尙裁判ノ形式ヲ履マサレハ判決アルコトナシ。民事ニ付テモ同シ、事件ノ實質ニ異議ナシトスルモ、裁判ノ形式ヲ履マサレハ判決ニ伴フノ權利關係ノ確定ノ効力ヲ得ル能ハサルナリ。故ニ裁判ヲ解シテ單ニ爭議ノ裁斷ト爲スハ或ハ其ノ眞相ヲ誤ルノ虞ナシトセサルナリ。訴訟ハ國權ニ向フテ、裁判ノ形式ニ於テ法則ノ適用アランコトヲ請求スルモノナリ。行動ノ原則ナリ、行政權ノ自ラ進テ法則ヲ施行スル者ト行動ノ原則ヲ異ニスルナリ。』

裁判所ノ構成及訴訟裁判ノ手續ハ、法律ヲ以テ之ヲ定ム（憲法第六十七條）』

裁判官ハ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任シ、刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラルルコトナシ（憲法第七十八條）裁判ノ對審、判決ハ之ヲ公開ス、但シ安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキハ、法律ニ依リ又ハ裁判所ノ決議ヲ以テ、對審ノ公開ヲ停ムルコトヲ得（憲法第八十）』

第五十九條 特別裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム（憲法第六十條）』

按スルニ、是レ皆憲法カ裁判ノ獨立ニシテ公平ナルコトヲ欲スルノ精神ニ出テタルノ條文ナリ。裁判所ノ構成及訴訟裁判ノ手續ハ必ス法律ヲ以テ定ムヘク、命令ヲ以テ動カスヲ許サス。裁判官ノ任免ハ法律ノ定ムル要件ニ依ル、對審判決ハ之ヲ公衆ノ前ニ開キ以テ陰微偏曲ノ

事ナキヲ期ス。特別裁判所ノ名ノ下ニ行政ノ權勢ヲ以テ別ニ法廷ヲ開クコトヲ許サス、其ノ必要アラハ必ス亦法律ヲ以テス。是レ皆專制ノ昔日ニ於ケルノ流弊ニ鑑ミ、特ニ憲法ニ掲ケテ以テ將來ノ立法ヲ戒ムルナリ。其ノ以外ノ事ハ憲法別ニ細節ヲ設ケス、法律ノ定ムル所ニ任ス、唯、憲法ハ何ヲ指シテ特別裁判所ト云ヘルカ、解釋或ハ一致セス、司法裁判所トヲ相對照スルノ憲法ノ條文ヨリ（第六十一條）推考スレハ、司法裁判所中ニ通常裁判所ト特別裁判所トノ別アルモノト看做スニ似タリ。而シテ司法裁判トハ民事刑事ヲ審判スル所ナリト解スレハ、一般ニ民事刑事ヲ管轄スルノ裁判所ヲ通常裁判所トシ、或特種ノ民事若ハ刑事ヲ限リ管轄スルノ裁判所ヲ特別裁判所トスルノ意ナルカ如シ。民事刑事ニ非サルノ事件ヲ裁判スルノ機關ハ憲法ノ謂フ司法裁判所ニ非ス、從テ茲ニ謂フ特別裁判所ニハ非サルナリ。』

通常裁判所ノ種類

區裁判所

裁判所構成法（明治二十三年法律第六號）ニ於テハ通常裁判所ヲ分チテ四種トス、第一區裁判所、第二、地方裁判所、第三、控訴院、第四、大審院ナリ。』

第一、區裁判所ノ裁判權ハ單獨判事之ヲ行フ、合議制ニ非サルヲ謂ヘルナリ。其ノ權限ハ稍輕易ナル民事刑事ノ訴訟及非訟事件ヲ管轄ス。』

民事訴訟ニ於テハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス、但シ反訴ニ關リテハ民事訴訟法ノ定ムル所ニ依ル。

第一、貳百圓ヲ超過セサル金額又ハ價格貳百圓ヲ超過セサル物ニ關ル訴訟。

第二、價格ニ拘ラス左ノ訴訟。

(イ)住家其ノ他ノ建物又ハ其ノ或ル部分ノ受取、明渡、使用、占據若ハ修繕ニ關リ、又ハ賃借人ノ家具若ハ所持品ヲ賃貸人ノ差押ヘタルコトニ關リ、賃貸人ト賃借人トノ間ニ起リタル訴訟。

(ロ)不動產ノ經界ノミニ關ル訴訟。

(ハ)占有ノミニ關ル訴訟。

(ニ)雇主ト雇人トノ間ニ雇期限一年以下ノ契約ニ關リ起リタル訴訟。

(ホ)左ニ揭ケタル事項ニ付旅人ハ旅人ト水陸運送人トノ間ニ起リタル訴訟。

(一)賄料又ハ宿料又ハ旅人ノ運送料又ハ之ニ伴フ手荷物ノ運送料。

(二)旅店若ハ飮食店ノ主人又ハ運送人ニ旅人ヨリ保護ノ爲預ケタル手荷物金錢又ハ有價物。』

刑事訴訟ニ於テハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス、但シ第二以下ニ記載シタル罪ハ豫審ヲ經サル者ニ限ル。』

第一、拘留又ハ科料ニ該ル罪。
第二、竊盜ノ罪。
第三、竊盜及刑法第二百五十四條ノ罪ノ贓物ニ關スル罪。
第四、刑法第百三十條、第百七十五條、第百八十五條乃至第百八十七條、及第二百九條ノ罪竝ニ第百三十條ノ未遂罪。
第五、一年以下ノ懲役若ハ禁錮又ハ三百圓ヲ超過セサル罰金ニ該ル罪。
二個以上ノ主刑中其ノ一個ヲ科スヘキ罪ニシテ其ノ刑前項第一又ハ第五ノ規定ニ適セサルモノアルトキハ區裁判所ハ其ノ裁判權ヲ有セス。
第五ニ記載シタル罪ニ付テハ累犯又ハ併合罪トシテ處分スヘキ場合ト雖區裁判所其ノ裁判權ヲ有ス。』
區裁判所ハ非訟事件ニ付法律ニ定メタル範圍及方法ニ從ヒ左ノ事務ヲ取扱フ。

地方裁判所

第一、未成年者、瘋癲者、失踪者、其ノ他法律若ハ判決ニ因リ治產ノ禁ヲ受ケタル者ノ後見人若ハ管財人ヲ監督スル事。
第二、不動產及船舶ニ關ル權利關係ヲ登記スル事。
第三、商業登記及特許局ニ登錄シタル特許意匠及商標ノ登記ヲ爲ス事。』
第二、地方裁判所ハ合議制ニ依リ裁判權ヲ行フ、數個ノ部ニ分レ三人ノ判事ヲ以テ組立タル部ニ於テ裁判ス。』
民事訴訟ニ於テハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス。
第一、第一審トシテ、
區裁判所ノ權限ニ屬スル者及皇族ニ對スル民事ノ訴訟ヲ除キ其ノ他ノ請求。

第二、第二審トシテ、

(イ)區裁判所ノ判決ニ對スル控訴。

(ロ)區裁判所ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告。』

刑事訴訟ニ於テハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス。

第一、第一審トシテ、

區裁判所ノ權限又ハ大審院ノ特別權限ニ屬セサル刑事訴訟。

第二、第二審トシテ、

(イ)區裁判所ノ判決ニ對スル控訴。

(ロ)區裁判所ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告。』

地方裁判所ハ破產事件ニ付一般ノ裁判權ヲ有ス。又非訟事件ニ關ル區裁判所ノ決定及命令ニ對シ法律ニ定メタル抗告ニ付裁判權ヲ有ス。』

第三、控訴院ハ合議制ニ依リ裁判權ヲ行フ、數個ノ部ニ分レ五人ノ判事ヲ

以テ組立タル部ニ於テ裁判ス。』

控訴院ハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス、

第一、地方裁判所ノ第一審判決ニ對スル控訴。

第二、區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ニ付爲シタル地方裁判所ノ判決ニ對スル上告。

第三、地方裁判所ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告。』

人民ヨリ皇族ニ對スル民事ノ訴訟、及衆議院議員ノ選擧ニ關スル訴訟ハ、特ニ控訴院ニ於テ審判セシム。』

第四、大審院ハ合議制ニ依リ裁判權ヲ行フ、數個ノ部ニ分レ七人ノ判事ヲ以テ組立タル部ニ於テ裁判ス。』

大審院ハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス、

第一、終審トシテ、

(イ)區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ニ付爲シタル地方裁判所ノ判決ニ對スル上告ニ付爲シタル判決及人民ヨリ皇族ニ對スル民事訴訟ノ第一審ノ判決ニ非サル控訴院ノ判決ニ對スル上告。

(ロ)控訴院ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告。

第二、第一審ニシテ終審トシテ、

刑法第七十三條、及第七十五條、及第七十七條乃至第七十九條ノ罪、竝ニ皇族ノ犯シタル罪禁錮以上ノ刑ニ處スヘキモノノ豫審及裁判。』

檢事

各裁判所ニ檢事局ヲ附置ス。檢事ハ刑事ニ付公訴ヲ起シ、其ノ取扱上必要ナル手續ヲ爲シ、法律ノ正當ナル適用ヲ請求シ、及判決ノ適當ニ執行セラルルヤヲ監視シ、又民事ニ於テモ必要ナリト認ムルトキハ通知ヲ求メ其ノ意見ヲ述フ。又裁判所ニ屬シ若ハ之ニ關ル司法及行政事件ニ付公益ノ代表者トシテ法律上其ノ職權ニ屬スル監督事務ヲ行フ(構成法。檢事ハ行政ノ官吏ニシテ行政權ノ指揮監督ノ下ニ其ノ事務ヲ行フ者ナリ)。』

執達吏、公證人、辯護士、

執達吏ハ裁判所ヨリ發スル文書ヲ送達シ及裁判所ノ裁判ヲ執行ス。公證人ハ人民ノ囑託ニ應シ民事ニ關スル公正證書ヲ作ルヲ以テ職務トス。辯護士ハ當事者ノ委任ヲ受ケ又ハ裁判所ノ命令ニ從ヒ訴訟事件ヲ取扱フ。』

按スルニ、裁判所ノ種類及階級ヲ分チ、其ノ組織及管轄ヲ定ムルハ法律ノ規定スヘキ所ニシテ憲法直接ノ法則ニ非ス、今茲ニ揭クル所ハ現行ノ裁判所構成法ニ依ルナリ。訴訟及裁判ノ手續ニ付テハ別ニ民事訴訟法(明治二十三年法律第九十六號)刑事訴訟法(明治二十三年法律第二十九號)アリ。又人事訴訟手續法(明治三十一年法律第十三號)ハ人事訴訟ニ關スル特別ノ規定トス、非訟事件手續法(明治三十一年法律第十四號)ハ裁判所ニ於テ非訟事件ヲ取扱フニ付其ノ手續ヲ定

ム。』

各級ノ裁判所ハ、訴訟上ノ階級ト、司法行政上ノ階級ト、之ヲ二樣ニ觀察スルコトヲ要ス。訴訟裁判ノ進行上第一審ヨリ終審ニ至ルノ階級ト、各裁判所ヲ司法權行使ノ機關タル官府トシテノ行政上ノ階級トノ別アルヲ謂ヘルナリ。後者ハ專ラ各裁判所ヲ司法官府トシテノ監督統一ノ上ヨリ之ヲ視タル者ナリ。』

所謂非訟事件ハ其ノ本來ノ性質上憲法ニ謂フ司法權ノ範圍ニ屬セス之ヲ裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルハ立法ノ便宜ニ出テ憲法ノ當然ノ結果ニ非サルナリ。例セハ現行ノ制不動產ノ登記ハ裁判所之ヲ行フ、戶籍登錄ハ行政廳之ヲ行フ、若之ヲ改メテ二者共ニ同シク裁判所又ハ行政廳ニ於テ之ヲ行フコトトスルモ何等憲法ニ支障アルコトナシ。』

檢事、執達吏、公證人、辯護士ノ類ハ裁判所ニ於テ司法權ヲ行フニ付之ヲ補助スルノ機關ナリ。檢事ハ行政權ノ機關ニシテ司法權ノ機關ニ非ス、政府ノ指揮ノ下ニ其ノ職ヲ行フ、司法裁判官ノ地位ノ獨立ナルト同シカラサルナリ。』

司法權ノ行使ト司法權ノ行使ニ關スル行政事務トハ之ヲ混同スヘカラス。後者ハ固ヨリ政府ノ職掌ニ屬ス、故ニ司法大臣ヲ置キ此ノ事ニ任ス。各裁判所ヲ國家設備ノ官衙トシテ之ヲ監督シ之ヲ經理スルハ政府ノ行政事務タルコト明白ナリ。判事ヲ以テ各裁判所ノ行政ヲ司ラシムル場合ニハ(大審院長、控訴院長、各裁判所長ノ類)判事モ亦其ノ行政事務ニ付司法大臣ノ訓令ノ下ニ行動スヘキハ亦論ナキナリ。』

第五編　統治ノ形式

第一章　統治權總論

統治權

大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス（憲法第一條）。天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ此ノ憲法ノ條規ニ依リ之ヲ行フ（憲法第四條）。國ヲ統治スルノ權力ハ萬世一系ノ皇位ニ在ルハ我カ國體ノ本義ナリ、統治權ノ行動ハ此ノ憲法ノ條規ニ依ルハ亦我カ政體ノ本義ナリ、此ノ大義ハ更ニ言說ヲ待タスシテ明白ナリ。』

統治

統治ハ權力ヲ統ヘテ國ヲ治ムルナリ。古語ニ天皇ヲ「スメラミコト」ト謂ヘルハ國權ノ總攬者タルノ意ニシテ國ヲ治ムルヲ「シロシメス」ト謂ヘルハ國ノ公事ヲ知ルノ意ナリ、蓋天皇ハ國權ヲ總攬シ國事ヲ知ルノ義古來明徵アル此ノ如シ。昔天孫天祖ノ勅ヲ奉シ降テ此ノ國ヲシロシメス、統

治ノ大權ハ之ヲ天祖ニ承ケ之ヲ子孫ニ傳フル所ナリ、國ヲ統治スルハ祖先ニ奉シ社稷ニ報スルノ公事ナリ。我カ皇位ノ此ノ國土民族ニ臨ムハ之ヲ私有シテ一身ニ享奉スルモノニ非ス、權力ヲ總攬シテ國ヲ統治スルノ語、古今其ノ大義ヲ表明シテ以テ此ノ天職ヲ昭カニス。』

統治ノ目的

統治ノ目的ハ國土人民ノ保全ナリ。此ノ目的ハ國ニ最高唯一ニシテ絶大永久ナルノ權力ノ存スルアリ、其ノ作用ニ由ルニ非サレハ之ヲ遂クルコトヲ得サルヘシ。故ニ統治ノ形式ハ權力ノ行動タリ。統治權ハ國ニ於ケル最高絶大ノ權力ニシテ國土人民ノ保全ノ爲ニ存立スル者ノ謂ナリ。其ノ作用ヨリ視テハ之ヲ統治權ト謂ヒ、之ヲ他ノ權力ニ比對シテハ主權ト謂ヒ、其ノ國家ノ要素タルノ所由ヨリ視テハ之ヲ國權ト謂フ、用語異ナレトモ固ヨリ皆同一ノ權力ヲ指稱スルモノナリ。』

按スルニ、統治ハ國ノ公事ニシテ國土人民ノ保全ノ爲ニ之ヲ行フナリ

。或ハ此ノ義理ヲ誤解シテ、之ヲ以テ統治權ハ君主一人ノ身ニ專屬スルノ權力ニ非サルノ證ト爲サント欲スル者ナシトセス、是レ論理ノ誤謬ノ明白ナルモノナリ。權力ヲ行フ者ト權力行用ノ利益ヲ享受スル者トハ固ヨリ同一ノ人タルコトヲ要セス、君主ヲ以テ主權者ト爲スハ君主一身私益ノ爲ニ此ノ權力ヲ有スルモノト解スルノ必要ナキト同シク、國權ハ國家ノ公益ノ爲ニ存スルノ權力ナリト爲スモ、亦此ノ故ニ之ヲ君主一人ニ專屬スルコト能ハスト解スルノ必要ナシ、此ノ事多言ヲ用ヒスシテ明カナリ。統治權ハ君位ニ在ラス、人民ニ在ラス、國家ニ在リト謂フノ說ハ近頃學者ノ好テ之ヲ唱フル所ナレトモ、是レ問ヲ以テ問ニ答フルモノニシテ、言語ノ翻弄タルニ過キス、實ハ意義ヲ爲ササルナリ。抑、國家トハ何ソヤ、土地、人民、主權ヲ具備スルノ團體ヲ指稱スルニハ非ラスヤ。然ラハ主權ノ國家ニ在ルハ尙土地人民ノ國家ニ在

ルカ如ク、其ノ成立ノ要素ニシテ國家ト謂ヘハ主權ヲ具有スル者ダル
問ハスシテ當然ノ事タリ。今茲ニ吾人ハ問ヲ設ケテ國ノ統治權ハ何
人ニ存スルカヲ明カニセント欲ス、學者之ニ答ヘテ統治權ハ國ニ在リ
ト謂フ、何ノ解決ヲモ得ル能ハサルナリ。我カ憲法第一條ハ此ノ問題
ニ答ヘテ、大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治スト言明ス、統治權ノ
皇位ニ在ルコト之ニ由リテ明確ナリ、更ニ解說スヘキ餘地アルコトナ
シ。主權ト謂ヒ、國權ト謂ヒ、文字異ナレトモ同シク皆統治ノ權力ヲ指
稱ス。權力ノ優劣上下ヲ分ツノ義ヨリシテ之ヲ主權ト謂フ、蓋最高ノ
權力ノ意ナリ、國家成立ノ要素タルノ點ヨリシテハ之ヲ國權ト謂フ、蓋
國家ノ具有スルノ權力ノ意ナリ。主權國權ノ文字ハ此ノ權力ヲ其ノ
形體ノ上ヨリ指示シ、統治權ノ文字ハ此ノ權力ヲ其ノ作用ノ上ヨリ指
示ス、統治權ハ即チ主權ナリ、國權ナリ、其ノ義明白疑フヘキナシ。或ハ

所謂聯邦制度ノ異例ヲ援キ國權ハ必シモ主權ニ非サルヲ云フ者アリ、
事固ヨリ我カ憲法ノ解說ニ關セス故ニ茲ニ之ヲ問フヲ要セサルナリ
。試ニ云ヘハ此ノ類ノ討議ハ先ツ何ヲ國家ト謂フカノ問題ヲ先決ス
ルニ非サレハ之ヲ批判スルコト能ハサルナリ。予ノ國家ト稱スルハ、
外ニ向フテハ獨立ニシテ列國ニ對峙シ、內ニ向フテハ其ノ土地人民ノ
上ニ最高ノ權力タル者ヲ指ス、他ノ國家組織ニ隸屬シ、其ノ權力ノ下ニ
立チ、外國ニ向フテ獨立對峙スルノ權ナキ者ハ茲ニ謂フ國家ニ非サル
ナリ。此ノ故ニ主權ハ即チ國權ナリ、國權ハ即チ主權ナリ、國家以外ニ
主權ナク、主權以外ニ國家ナシト謂フナリ。抑モ國ト謂フ語本、東西其ニ
土地人民ノ區劃ヲ指ス必シモ今ノ法理論ニ謂フ主權團體ニノミ限ル
ニハ非ス。北米合衆國、獨逸合衆國等ニ於テ其ノ各邦ヲ「ステート」又ハ
「スタート」ト稱シ、之ヲ一般獨立ノ國家ヲ指稱スルノ語ト分タサルハ慣

用ニ從フナリ。法理ハ言語ノ注釋ニ非ス此ノ類ノ用例ノ爲ニ公法上ノ觀念ニ於ケル國家ノ本領ヲ誤解スヘカラサルナリ。』

統治權ノ性格

統治權ハ國內ニ向フテハ最高ニシテ唯一ナリ、圓滿ニシテ不分ナリ、他ノ權力ノ之ニ對等スル者ナシ。總テ國內ニ行ハルル權力ハ統治權ノ流派タリ、一ニシテ二ナク、及ハサル所ナク能ハサル事ナシ、之ヲ分割スレハ其ノ本性ヲ失ヒテ國即チ亡ヒンノミ、故ニ最高唯一ニシテ圓滿不充分ナリト謂フナリ。統治權ハ國外ニ向フテハ固有ニシテ獨立ナリ、對等ニシテ自由ナリ。他ノ國權ヨリ傳來セルニ非ス、又之ニ倚賴シテ存立スルニ非ス、其ノ下ニ立タス、又其ノ羈束ヲ受ケス、自主ニシテ自立シ、他ノ國權ノ侵犯ヲ排斥ス、故ニ固有獨立ニシテ對等自由ナリト謂フナリ。此ノ統治權ハ其ノ本性ニ於テ永久ニシテ無限ナリ。統治權ニ其ノ存續ノ期限アルハ其ノ本性ニ反ス。又其ノ行動ニ絕對ノ限界アルコトナシ、憲法ヲ定メ、其ノ條規ニ依リ、之ヲ行フハ即チ統治權其ノ者ノ自由ノ行動ニ出ツ、憲法ノ制定若ハ變更ハ統治權其ノ者ノ限定若ハ更新ニ非サルナリ。』

按スルニ、國ヲ統治スルノ主權ハ唯一最高ノ權タルハ既ニ國家ノ本性ニ視テ明カナリ、若社會ハ衆多同等ノ權力ノ竝立ニシテ、唯一最高ノ權力アリテ之ヲ統治スルコトナケレハ、即チ國家ヲ成ササレハナリ。其ノ固有ニシテ獨立ナルハ亦唯一最高ノ權力タルノ義ニ於テ本ヨリ含蓄スル所トス、若此ノ權力ニシテ他ノ權力ヨリ傳來シ、其ノ保護ノ下ニ成リ、其ノ支配ノ下ニ立ツ者ナラハ、唯一最高ノ權力タル能ハサルヘケレハナリ。統治主權ハ亦其ノ本來ノ權能ニ於テ圓滿全能ニシテ絕對ノ限局アルコトナシ、若國內ニ於テ之ヲ制限シ能フノ權力アラハ其ノ權力ハ即チ主權ニシテ制限ヲ受クルノ權力ハ主權ニハ非サルヘキナ

リ、主權ヲ制限スルノ權力アリト謂フハ國法ノ觀念トシテ意義ノ矛盾ヲ免レサルナリ。方今ノ行政組織ニ於ケル所謂自治團體ハ國家ノ小ナル者ト見ルヘキカ。然ラス、其ノ權力ハ國權ヨリ傳來シタル流派ノミ、獨立固有ノ者ニ非サレハナリ。法令以下ノ結構ニ於テ之ヲ權力ノ主體ノ如クニ假想スルヲ便トスルモ實ハ國家カ自己ノ權力ヲ行使スルノ機關トシテ自治體ノ組織ヲ作爲シタルナリ、國權ヨリ獨立シテ權力ヲ固有スルニ非ス、故ニ若國權ヲ除去セハ所謂自治體ハ空虛ノ形影タランノミ。近世ノ政治組織ニ於ケル所謂合衆國ノ各聯邦ハ各、之ヲ獨立ノ國家ト見ルヘキカ。然ラス、各邦ハ一國家ノ構成分子ト見ルヘキナリ。合衆國ト各邦トハ其ノ國法ノ上ニ於テ對等ノ地位ニ在ル者ト見做サス、各邦ハ中央ノ主權ノ下ニ立チ、其ノ制限ヲ受ケ、其ノ行動ニ於テ大ナル拘束ヲ受ク、又外國ニ對シ對等ノ交渉ヲ爲スコト能ハス、所

謂自治團體ト何ソ選ハンヤ。』

國家主權ハ自ラ制限スルコトニ由リテ始テ法ノ範圍ニ入ルモノト解シ、國家主權ヲ無限ノ權トスルノ說ニ反對スルノ論頗ル多シト聞ク。是レ或ハ制限ト謂ヒ、法ノ範圍ト謂フノ文字ノ濫用ニ出ツルノ無益ノ爭議ニハ非サルカ。予ハ制限トハ他力ニ由リテ自由ヲ束縛セラルノ意ニ用ユ、蓋是レ穩當ノ解ナリ。自己ノ自由ノ意思ヲ以テ或ル事ヲ爲シ又ハ或ル事ヲ爲ササルハ是レ即チ自由ナリ、自ラ制限スルト謂フノ語ハ形容ノ文句トシテ之ヲ諒スヘク、法理ノ關係トシテハ意義ヲ爲ササルナリ。或ハ謂フ上ニ無限ノ權力アリ、下ニ絕對ノ服從アルノ社會的關係ハ法ノ範圍ノ外ニ在リト其ノ意ハ最之ヲ領スルニ苦ムナリ。無限ノ權力ノ下ニ絕對ノ服從アルノ關係ヲ認メ、之ニ則リテ以テ社會ノ秩序ヲ

維持ス、何ソ之ヲ無法ノ域ト謂フコトヲ得ン。權力ヲ以テ多數ノ意思ヲ制限スル是レ法ノ起ル所由ナリ、其ノ權力ノ無限ナル何ソ法タルニ妨クル所カアラン。反對ノ主張ハ或ハ國權ハ私人ノ權ノ爲ニ制限ヲ受ケ、私人ノ權ハ國權ノ爲ニ制限ヲ受クルノ場合ニ於テ始テ之ヲ法ノ範圍ニ入ルモノトスルニ在ルカ。若然ラハ同等ノ意思、相互ニ他ヲ制限スルノ關係ノミヲ見テ法ノ唯一ノ存在ノ徴トスルモノニシテ、是レ全然私法ノ解ト見ルヘク共ニ公法ヲ談スルニ足ラサルナリ。』

統治權ノ行動

憲法第四條ヲ案スルニ、天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ、此ノ憲法ノ條規ニ依リ之ヲ行フトアリ、蓋統治權ヲ行用スルノ形式ハ憲法ノ條規ヲ以テ之ヲ定ムルノ義ニシテ、大權、立法權、司法權ヲ分チ、法律、命令ノ格式ヲ定ムルカ如キ是レナリ。本編ハ統治權行動ノ憲法上ノ形式ヲ說ク。』

憲法ヲ以テ統治權行動ノ形式ヲ定ムルハ亦統治權自身ノ行動タリ、統治權其ノ者ハ國家ト共ニ存シ、憲法ヲ待タスシテ本來當然ニ統治ノ行動ヲ爲ス、憲法ハ固ヨリ之ヲ存廢シ、分割シ、制限スル者ニ非サルナリ。國體ハ古今永遠ニ亘リテ動クコトナク、政體ハ時勢ノ宜ニ從ヒテ變遷ス、今ノ憲法ハ今ノ時宜ニ適スルノ統治ノ形式ヲ制スルノミ、固ヨリ統治權本來永遠ノ自由ノ行動ヲ限定スル者ニ非サルナリ。茲ニ統治權行動ノ憲法上ノ形式ト謂フトキハ現行憲典ノ成規ニ依ルノ形式ノ義ニシテ、其ノ統治權絕對ノ行動ヲ謂フニ非ス本末ノ別ハ之ヲ混スヘカラス。』

按スルニ、憲法ハ政體ヲ定ムルノミ、國權ヲ存廢シ之ヲ損益スルハ憲法ノ分ニ非ス、國ナクシテ先ツ憲法アリ、憲法ヲ以テ國權ヲ創作スルコトハ之ヲ想像スル能ハサルナリ。歷史ニハ憲法ヲ宣布シ、之ニ依リテ始テ獨立ノ國ヲ成セルニ似タルノ觀アルノ事蹟アリ。然レトモ事實ニ

於テ、亦法理ニ於テ國家ヲ成セルノ權力既ニ存在シ、而シテ其ノ既存ノ權力ノ憲法ヲ以テ自己ノ存立ヲ宣布スルモノナリ。凡ソ權力ハ行動スルニ因リテ現ハル、其ノ行動スル必ス或ル形式ニ於テス。故ニ國權アラハ必ス其ノ行動ノ形式アリ、行動ノ形式アラハ即チ憲法アリトセハ、國家ト憲法トハ時ヲ同フシテ存在スト謂フコトヲ妨ケサルヘシ。然レトモ是レ茲ニ謂フ所ノ形式的ノ憲法ノ意義ニ非ス、寧、國家ト法トノ根本ノ關係ニ付テ謂フモノタリ。國家ト憲法トハ離ルヘカラストスルモ、憲法ノ改變ハ必シモ國家ノ存亡ニ非ス、國家ノ存亡ハ當然ニ憲法ノ存亡タルヘシ、其ノ觀念ニ於テ本末ノ差アル知ルヘキナリ。憲法ノ條項ハ統治權ノ行動ヲ規律ス、然レトモ之ヲ誤解シテ統治權以外ニ憲法ト謂フノ力アリテ、主客其ノ地位ヲ分チ、一方ハ他方ヲ羈束スルノ優勢ノ力アルモノト爲スコト勿レ。統治權ノ憲法ニ於ケルハ私人ノ國法ニ羈束セラルルカ如キニ非ス、一ハ自ラ欲スル所ニ依リ自己ノ行動ノ形式ヲ定ムルナリ、一ハ其ノ意ニ反シ他力ノ拘束ヲ受クルナリ、各、之ニ依ルト謂フモ其ノ關係ノ同シカラサル言ヲ待タス。蓋虛心平氣ニ之ヲ解スレハ國權ト憲法トノ關係ハ明白ニシテ今茲ニ言フ所ノ如キ全ク無用ノ贅言ニ屬セン。然レトモ世人ノ憲法ヲ觀ル尋常國法ヲ以テセス、會社ノ定款ノ如ク、君民ノ契約ノ如シ、此ノ根底ノ誤解ハ之ヲ排除セサルヘカラサルナリ。政治ノ勢ヲ以テ論スレハ、憲法ノ制定ハ國權ノ汎濫ニ備フルノ民權ノ堤防タリ、然レトモ法理ノ解トシテハ、國權民權兩兩對峙スル者ト觀ルコト能ハス、憲法ハ國家主權自ラ其ノ行動ノ形式ヲ定ムルノ法則ナリト爲スニ非サレハ條理ヲ貫徹スルコトヲ得サルナリ。』

統治權行動ノ目的及形式

統治權ノ行動ハ其ノ目的及形式ノ兩方ヨリ之ヲ視ルコトヲ得、其ノ目的實質ハ即チ治國ノ政策ナリ、其ノ方法形式ハ即チ治國ノ體樣ナリ。憲法ハ專ラ治國ノ體樣ヲ定メ、其ノ政策ハ時宜ノ裁量ニ任ス、故ニ憲法ノ條規ノ定ムル所ハ專ラ統治權行動ノ形式ニ係リ、政策ノ實質ヲ豫斷セス、茲ニ統治ノ作用ヲ論スル亦其ノ憲法上ノ形式ニ止リ其ノ實質ニ涉ラサルナリ。』

按スルニ、國家ノ目的ハ憲法ノ外ニ既ニ定マレルモノニシテ、憲法ハ其ノ目的ヲ遂クルカ爲ニ備フルノ方便ノ一ト視ルヘキナリ。故ニ憲法ノ條規ハ國家ノ目的ノ爲ニ行動スル統治權ノ形式ヲ定ムルニ過キス、茲ニ統治ノ作用ヲ說クハ其ノ形式ニ止リ其ノ政策ニ涉ラサルハ當然ナリ。抑、歐洲近世ノ政治論トシテ立憲ノ制ヲ要求シタルノ精神ハ權力濫用ノ弊ヲ救ハント欲スルニ在リシナリ、國家其ノ者ノ目的ヲ左右セント欲シタルヨリハ寧、君主政府ノ專恣ヲ抑ヘントシタルナリ。故ニ所謂立憲ノ制ハ重キヲ權力行使ノ形式ニ置ク、曰ク君主大權ノ制限曰ク國會ノ立法協贊、曰ク司法權ノ獨立、曰ク大臣ノ責任、皆形式ノ談ニ非サルナシ。蓋治國ノ政策ヲ永遠ニ向フテ豫斷スルハ憲法ノ分ニ非ス、其ノ民權ヲ重ンシ國權ヲ抑ユルヲ主義トシタルノ觀アルモ、國家ノ目的ト權力トヲ絕對ニ限定スルノ意ニ非ス、實ハ有司ノ專制ニ反抗シタルノミ。彼ノ所謂民主ノ主義、立憲ノ制ハ或ハ歐洲十八世紀ノ國家全能論ノ成果ナリト謂フコトヲ得ヘシ、國家國權其ノ者ニ反抗スル社會主義ノ類ト其ノ源ヲ異ニスルナリ。故ニ立憲政體ノ本旨ハ國權行動ノ形式ヲ定ムルニ在リ、國權其ノ者ノ目的內容ヲ限定セントニハアラサルナリ。』

統治權行動ノ憲法上ノ形式

統治權行動ノ憲法上ノ形式ト謂フハ憲法ノ條規ニテ定マレル國家統治ノ形式ヲ指ス是レ即チ政體ナリ、憲法ハ政體ノ綱領ヲ明カニス。抑〻方今ノ所謂立憲政體ハ三權分立ノ精神ニ出テ、法治國ノ制ニ則ル。立法、行政、司法ノ三權ヲ分チ、各〻之ヲ異リタルノ權力ニ依リテ行ハシトス、是レ分權ノ主義ナリ、法則ト處分トヲ分チ、處分ハ必ス法則ニ依ラシメントス、是レ法治ノ主義ナリ。之ヲ統治權行使ノ憲法上ノ形式ノ大綱トス、此ノ大綱ハ憲法ノ主腦ニシテ其ノ全編皆此ノ綱目ヲ主持シ之ヲ貫徹敷衍スルコトニ由リテ成ル。立憲政體ハ即チ分權法治ノ政體タリ、其ノ特質ハ一ニ此ノ點ニ存スルナリ。』

按スルニ、政體ハ統治ノ形式ナリ、立憲政體ハ分權法治ノ形式ヲ主持スルノ政體ナリ。國ノ法令ハ其ノ類別ノ如何ヲ問ハス皆統治ノ形式ヲ定ムル者ニ非サルハナシ、然レトモ政體ノ異同ハ細目ニ拘ハラス之ヲ其ノ根本ノ大綱ニ求メサルヘカラス、憲法ハ統治ノ形式ノ大綱ヲ揭ク

ルニ由リテ其ノ政體ノ特色ヲ宣言スル者ナリ。今茲ニ統治ノ形式ヲ說クハ政體ノ特色ヲ明白ニセント欲スルナリ、故ニ憲法ノ條規ニ依リ其ノ大綱ヲ捕ヘテ以テ此ノ編ニ說ク、啻ニ煩ヲ避ケ細目ヲ除クト謂フノミナラス政體ノ特色ハ一ニ此ノ所ニ存スルヲ以テナリ。』

憲法及立憲政體ト謂フ語、本來ノ意義ノ外ニ、既ニ特殊ノ用例ヲ爲シ、今之ヲ改ムルニ便ナラス、實ハ觀念ノ混雜ヲ招キ易キナリ。憲法ハ政體ノ大則ノ義ナリ必シモ特殊ノ政體ヲ指示スルニハ非ス。然ルニ佛國大革命以後、國會ヲ開キ權力分立ヲ主義トスルノ憲法ヲ指シテ特ニ憲法ト稱シ、之ニ依ルノ政體ヲ立憲政體ト謂フノ慣例ヲ爲セリ、實ハ之ヲ分權ノ憲法、分權ノ政體ト稱スヘキナリ。然レトモ、法理ノ論、政治ノ談、共ニ汎ク憲法ト謂フ語ヲ、或ハ本來ノ意義ニ、或ハ佛國革命憲法ノ意義

ニ、之ヲ兩樣ニ混用ス、今文字ノ潔癖ヲ云フテ、遽ニ之ヲ改ムルコト能ハス、暫ク慣用ニ從フナリ、語ヲ以テ意ヲ害スル勿レ。』

權力ノ分立

權力分立ノ精神ハ國權ノ分割ニ在ラス、政務ノ分掌ニ在ラス、亦機關ノ分立ニモ在ラス、國家ノ法律意思ヲ構成スルノ自然意思ノ分立ニ存スルナリ。之ヲ分立セシムルハ、互ニ節制セシメ以テ專恣ヲ防カント欲スルナリ。國權ハ國家意思ノ發動ナリ、國家意思ハ自然意思ノ分化綜合ニ成ルノ法律意思ナリ。國家意思ハ單一ナリ、國權ハ分割スヘカラス、唯其ノ成立ノ素質タル自然意思ノ分立節制ニ由リテ、間接ニ、國權ヲ節制スルノ効アランコトヲ期スルニ外ナラス。此レ即チ分權主義ノ要旨ニシテ、立憲政體ノ骨髓タリ。之ヲ國權ノ分割ト解スルハ法理ニ矛盾ス、之ヲ政務ノ分掌、又ハ機關ノ區別ト解スルトキハ立憲制ノ特色トスルニ足ラス、之ヲ國家法律意思ヲ構成スルノ自然意思ノ分立ト解スルニ於テ初テ其ノ要領ヲ得ヘキナリ。權力ハ意思ナリ、權力ノ分立ハ意思ノ分立ニ歸ス。抑モ分權ヲ憲法トスルノ本來ノ意思ハ即チ主權ニシテ固ヨリ之ヲ分ツヘカラス、而シテ其ノ憲法ニ依リテ國家法律意思ノ成立ニ參與スヘキノ、復數自然意思ノ配置分合ハ、更ニ亦憲法上ノ問題ニ屬ス、源流ノ別ヲ混スヘカラサルナリ。我カ憲法亦權力分立ノ主義ニ依ル、故ニ統治權行動ノ憲法上ノ形式ハ先ツ之ヲ大權、立法權、司法權、ニ分ツナリ。』

接スルニ、三權分立ノ主義ハ曾テ「モンテスキュー」ノ該博ナル學識ト流暢ナル辯才トヲ以テ之ヲ皷吹セシヨリ、時勢ニ投合シテ歐米諸國ノ輿論ヲ爲シ、政治ニ、學說ニ、人心ヲ醞醸セシメタル蓋是ヨリ大ナルハ少ナシ今ノ立憲政體ハ實ニ此ノ典型ノ內ニ鑄造セラレタル者ナリ。十九世紀ノ下半ニ到リ漸ク反動ノ勢アリ、特ニ獨逸輓近ノ學者ハ口ヲ極テ其

ノ非理ヲ難ス、其ノ公法ノ泰斗「ラバンド」ハ「權力分立ノ主義ノ非理ナルコトハ最早批評ヲ要セス、獨逸ノ政治及法律ノ論者ハ此ノ主義ヲ排斥スルコトニ萬口一致シテ敢テ異議ヲ唱フル者ナシ」(「ラバンド」獨逸帝國國法論第一卷五一七頁ト斷言シテ、其ノ絶世ノ大作タル獨逸帝國國法論中此ノ主義ノ爲ニ一顧ノ勞ヲ取ラサルニ至レリ。「ラバンド」翁ハ予ノ壯年ノ時親ク就キテ敎ヲ受ケタルノ恩師ナリ、予竊ニ恩師ノ爲ニ此ノ絶對ノ斷言ヲ惜ム。蓋「ラバンド」ノ一顧ニ値セスト爲セルハ「モンテスキュー」以來佛國ノ學者政治家ノ此ノ主義ヲ誇張セルノ言說ノ非理ナルヲ難セルモノナリ。之ヲ國權ノ分割ト說クハ寔ニ國法ノ根本ニ反ス、固ヨリ吾人ノ同スル所ニ非サルナリ、然レトモ其ノ言說ノ誤謬ヲ恕シ、其ノ精神ノ存スル所ヲ忖度スレハ「モンテスキュー」ノ論ハ一世ニ卓越シ範ヲ後代ニ垂ルニ足ルモノアリ、方今ノ所謂立憲ノ政體ハ此ノ主義ヲ控除シテハ更ニ何等ノ特質アルコトナキナリ。漫ニ之ヲ國權ノ分立ト謂フ其ノ非理ナル論ヲ待タス、然レトモ之ヲ國家ノ法律意思ノ構成ニ參加スルノ自然意思ノ分立ト解スレハ、必シモ國權其ノ者ヲ分ツニ非スシテ其ノ行動ヲ節制スルノ用アル知ルヘキナリ。此ノ法理ハ予既屢之ヲ述ヘタリ、今茲ニ省ク。要スルニ時勢ニ成レルノ制度ハ其ノ時勢ニ顧テ之ヲ諒セサルヘカラス、三權分立ノ制固ヨリ其ノ弊少シトセス、立憲ノ政體必シモ政體ノ至善ナル者ニ非ス、然レトモ今ノ憲法ハ尙其ノ勢力ノ範圍ヲ脫セス、故ニ之ニ依リテ之ヲ說ク蓋穩當ヲ失ハサルヲ信ス。』

法治主義ハ亦方今ノ政體ノ特色ノ一タリ、國權ノ行動ハ必ス法則ニ依準スルノ義ナリ。憲法ヲ定メ之ニ依リテ統治權ヲ行フハ既ニ此ノ主義ニ則ル者ナリ、然ルノミナラス、憲法ノ軏轍ニ由リテ行動スルノ統治ノ作用

ヲシテ、更ニ憲法ニ依リテ豫メ設クルノ法令ノ範圍ヲ脫セシメサランコトヲ期ス、國權ノ一擧手一投足皆既定ノ法則ニ依ルヲ理想トスルナリ。國家ノ行動ニ付法則ト處分トヲ分チ、處分ハ必ス法則ニ依準セシム、特別ノ事物ニ對スル特別ノ措置ハ必ス豫メ定マレルノ抽象概括ノ準則ノ解釋適用タラシメント欲スルナリ。此ノ理想ハ未タ固ヨリ全ク之ヲ現實ニスルヲ得ス、然レトモ憲法ハ此ノ主義ニ則リ其ノ趨勢ヲ完成セントスル者ナリ。立法權ト行政權トヲ分チ、特ニ法則ノ設立ニ重キヲ置ケルモ此ノ主旨ニ出ツルナリ、法律命令ノ形式ヲ定メ、特ニ之ニ重キヲ置ケルモ此ノ主旨ナリ。法則ト處分トヲ分チ、其ノ本末輕重ノ差別ヲ明カニシ、特別ノ行爲ハ一般ノ法則ニ羈束セラルルノ原則アルコトヲ認ムルニ非サレハ憲法ノ精神ハ之ヲ解スヘカラス、統治權行動ノ形式ヲ論スル者ハ先ツ此ノ要義ヲ辨識セサルヘカラサルナリ。』

按スルニ、所謂立憲ノ主義ハ本、法治ノ思想ニ出テ、所謂法治ノ主義ハ亦立憲ノ制ニ由リテ其ノ實ヲ擧ケントス。特別ノ行爲ハ一般ノ法則ニ依ル、事固ヨリ當然ナルカ如クニシテ實ハ然ラス。法則本、國家ノ設ク ル所特別ノ行爲亦國家ノ爲ス所タリ、國家ヨリ視テ自己ノ行動ノ自己ノ法則ニ羈束セラルルハ當然ノ條理ナリトハ斷スルヲ得サルナリ。之ヲ政治ノ事實ニ徵スルモ專制ノ世、法令ノ用ハ被治者ニ對スルノ嚴命タルニ止リ治者ハ其ノ拘束ヲ受ケス、事ニ臨ミ機ニ應シ、權力ノ行動スルハ固ヨリ之ニ拘泥セサルナリ、然モ當時ニ於テ必シモ之ヲ不法ナリト難シ無効ナリト判スルコト能ハス、處分ハ法則ニ依ルヘキノ原則ナク、法則タリ處分タルノ形式如何ヲ問ハス、唯王言是レ法ニシテ一切之ニ違フヲ許ササルノ原則アルニ過キサレハナリ。專制ノ政體ノ、權力ノ濫用ニ陷ルハ此レカ爲ノミ。此ノ專恣ヲ防クノ一ノ手段ハ權力

ノ分立ナリ、又一ノ手段ハ法則ト處分トノ輕重本末ヲ明カニシ法則ヲ以テ處分ヲ羈束スルニ在リ。故ニ憲法ハ立法ノ權ヲ行政ノ權ヨリ分離シ、之ヲ異ナリタルノ機關ノ手ニ移シ、又法則ト處分トノ効力ノ輕重ヲ明確ニシ、一ヲ以テ他ヲ拘束シ、以テ施政ノ專恣ニ流ルルノ弊ヲ防カントス。憲法ノ特ニ重キヲ法則ヲ設定スルノ權能ニ置クハ、之ニ由リテ間接ニ一切ノ統治ノ行動ヲ支配シ、濫權ヲ戒メ統一ヲ期セント欲スルナリ。法則モ亦各、其ノ形式種類ニ由リテ相互ノ間ニ輕重ヲ爲ス、法律ハ命令ヨリモ重ク、憲法ハ法律ヨリモ重キノ類ナリ、其ノ輕重ハ即チ國ノ法則ノ統一ヲ保持ス、是レ皆法治ノ主義ニ依ルノ立憲ノ効用ノ在ル所トス。故ニ法則ト處分トヲ分チ、其ノ効力ノ關係ヲ定メ、又法則各種ノ形式ト其ノ輕重トヲ明カニスルハ、憲法ノ最主要ナル網目タル者ナリ。』

本編ノ主旨

此ノ分權法治ノ主義ハ憲法ノ網領ナリ、故ニ憲法ハ統治權ノ行用ヲ分チ、大權、立法權、司法權ノ畛域ヲ劃シ、法則ノ格式ヲ定メ、憲法、法律、命令ノ別ヲ明カニス。此ノ權力ノ分立ト法則ノ格式トヲ解說スルハ即チ統治權行動ノ憲法上ノ形式ヲ明白ニスル所以ナリ、本編ノ主旨ハ茲ニ存ス。』

按スルニ、分權シテ法治スルハ立憲政體ノ網領ナリ、而シテ憲法ノ條規ハ此ノ網領ニ付更ニ細節ヲ揭ク、本編ノ各章ハ之ヲ解說セントス、茲ニ先ツ之ヲ貫通スルノ主義ノ要領ヲ示シテ以テ諒解ニ便ニセルナリ。蓋專制ノ世、既ニ立法、行政、司法ノ事務ノ區別アリ、又法律、命令ノ名稱アリ、外形ニ於テハ憲法ハ唯之ニ因襲スルニ過キサルカ如シト雖、實ハ大ニ其ノ精神ヲ異ニス、其ノ同シカラサル所ハ即チ所謂分權ト、所謂法治トノ二大原則ヲ採ルニ由ルナリ。新舊ノ制度名同シクシテ實ヲ異ニ

ス、此ノ趣味ヲ解スル者ニ非サレハ憲法ハ何カ故ニ政體ノ一新時期ヲ爲スカノ所由ヲ知ル能ハサルヘキナリ。政談ヲ以テスレハ立憲ノ制本、民權ノ主張ノ爲ニ起ル。民權ト謂フ實ハ茫漠ノ觀念タリ、之ヲ國權民權兩兩相對峙スル者トシテハ法理上國家統一ノ本義ニ反ス。蓋所謂民權ハ民人各個ノ權利自由ノ義ニ外ナラス、而シテ此ノ各個ノ權利自由ノ保障ハ亦各人ノ政權運用ニ參與スルコトニ由リテ全キヲ得ヘシトスルノ主張タリ、固ヨリ民權ト謂フ特殊ノ權力ノ存在ヲ謂フニハ非サルナリ。立憲ノ動機ハ正ニ此ニ在リ、而シテ參政ハ分權ヲ意味シ、權利ノ保障ハ法則ノ尊重ヲ意味ス、故ニ之ヲ法制ノ上ニ形ハシテハ分權法治ノ主義トナス。權力ヲ分ツハ專制ヲ防クナリ、法則ニ依準スルハ公正ヲ支持スルナリ、皆所謂民權ノ要求ニ應スル者ニ非サルハナシ。是レ獨、憲典ノ上ニ之ヲ見ルノミナラス行政制度ノ末ニ至リテモ亦此ノ主義ヲ以テ貫徹ス。地方自治及行政裁判ノ制ハ今ノ行政ノ特色タリ、是レ一ハ分權ヲ意味シ、一ハ法治ヲ儀表ス。此ノ分權法治ノ主義ハ大憲ノ柱軸ニシテ今ノ政體ノ首尾ヲ貫通スル者タル明白ナリ。』

第二章　大權

憲法上ノ三權ノ分派

憲法ハ統治權ノ行動ヲ分チテ、大權、立法權、司法權トシ、三者各〻機關ヲ異ニシテ之ヲ行フヲ其ノ本義トス。大權ハ國務大臣及樞密顧問ノ補翼ニ依リ親裁專斷シテ之ヲ行ヒ、立法權ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ之ヲ行ヒ、司法權ハ裁判所ヲシテ之ヲ行ハシム。此レ皆一ニ天皇ノ權力ヲ天皇自ラ分派シテ行用スルモノタルハ論ナシ、唯、憲法上ノ形式ニ視レハ、之ニ參與スルノ機關ヲ同フセス、又其ノ參與スルノ關係ヲ異ニス、故ニ憲法ノ解說トシテハ其ノ異同ヲ考ヘテ之ヲ分類スルモノナリ。』

大權

大權トハ統治權ノ憲法上ノ行動ニシテ天皇ノ親裁專斷ニ係ル者ノ義ナリ。憲法上ノ行動トハ憲法ノ條規ニ依リテ生スルノ權力行動ノ謂ニシテ之ヲ統治權本來ノ原動ノ力ト分ツナリ。親裁專斷トハ統治機關ノ議定ノ拘束ヲ受ケス、又ハ統治機關ニ委任セサルヲ謂フナリ。專制ノ世此ノ大權ノ觀念ナシ、大權ナキニ非ス統治權即チ大權タルナリ、憲法分權ノ制アルニ及ヒテ之ヲ統治機關ノ權限ト分ツカ爲ニ始メテ茲ニ謂フ憲法上ノ大權ノ觀念ヲ生スルナリ。』

按スルニ、大權ト謂フ語、元來天皇ノ權力ノ義ニシテ即チ國家統治ノ大權ヲ指ス。憲法ヲ以テ統治ノ大權ヲ分派スルニ於テ更ニ亦憲法上ノ大權ノ觀念アリ即チ茲ニ謂フ所ナリ。大權ノ觀念ノ變遷ハ偶〻以テ政體ノ變遷ヲ寫スルニ足ル。專制ノ世、大權統治權ノ別ナシ、政務ノ分掌アルモ權力ノ分立ナケレハナリ。政務ノ分掌ハ仕事ノ分業ナリ、君主一人ノ自然意思ヲ以テ之ヲ左右ス、他ノ意思ノ干涉ヲ許サス、百官有司ノ設備アリト雖法理上手足ノ延長タルニ過キサルナリ。政務ノ分掌ニ伴フニ權力ノ分配ヲ以テスルノ意味アルニ至リテ、君主親裁專斷ノ

權ト、官府ノ職權トノ、外形上ノ別アリ、此レ專制ノ政體ニ於ケル大權ノ意義ナリ。然レトモ其ノ官府ヲ存廢シ、其ノ官吏ヲ任免シ、訓令ヲ以テ其ノ職權ヲ左右スルノ權、皆一ニ君主ノ親裁專斷ニ專屬スルトキハ、法理上君主ノ大權ト官府ノ職權トノ分立ヲ謂フヘキノ所由ナシ、官吏ノ自然意思ハ國法上君主ノ自然意思ニ對抗シ得ヘキ場合ナケレハナリ。故ニ專制ノ政體ニハ大權ノ制ナシト謂フナリ。憲法ヲ以テ統治權ノ行動ヲ分チ、其ノ或種ノ者ハ之ヲ君主ノ專權ニ留保シ、其ノ或種ノ者ハ之ヲ統治機關ノ權限ニ付シ、君主ノ自然意思ト機關ニ具ルノ自然意思トノ分界ヲ定メ之ヲ侵スコトヲ許ササルノ保障アルニ由リテ始メテ分權ノ制アリ、隨ヒテ大權ノ觀念アルナリ。此レ固ヨリ憲法ノ拘束ニ出ツ、憲法ノ以上ニ溯リ、統治原動ノ力ニ付キ、分權ヲ謂フハ論理ニ矛盾シ不能ノ事ニ屬ス、茲ニ謂フ大權ハ即チ憲法上ノ大權タル者ナリ。』

大權ハ親裁專斷ノ權力ナリ。大權ノ行使ニ付テハ國務大臣ノ補弼アリ樞密顧問ノ諮詢アリ、憲法之ヲ揭明ス、然レトモ其ノ補弼ト諮詢トハ大權ノ親裁專斷タルヲ妨ケサルナリ。補弼ト諮詢トハ大權ノ行動ニ付其ノ係ル所甚重大ナリト雖法理ノ要件トシテ親裁專斷ノ自由ヲ左右スルノ效力ナシ。議會ノ立法ニ於ケル、裁判所ノ司法ニ於ケル、事之ト同シカラス、議會ノ議定ニ依ルニ非サレハ立法スル能ハス、裁判所ノ權限ニ依ルニ非サレハ司法スル能ハス、此レ等ノ機關ノ權限ハ政務ノ實質ヲ決定スルノ憲法上ノ要件ヲ爲ス者ナリ。國務大臣及樞密顧問ノ補翼ノ任務ハ之ト異ナリ大權ノ自由ヲ拘束スルノ力アルコトナシ、故ニ補弼アリ諮詢アリト雖尙大權ノ行動ハ天皇ノ親裁專斷ニ出ツト謂フナリ。』

按スルニ、茲ニ親裁專斷ト謂ヘルハ憲法上ノ權能ヲ指スモノニシテ事

實上ノ行動ヲ問フモノニ非サルハ蓋辯白ヲ要セサルヘシ。人ヲ使用シ又其ノ助言ヲ聽クハ親裁專斷タルヲ妨ケサルハ亦明白ナリ。抑、國務大臣ノ補弼及樞密顧問ノ諮詢ハ君主ノ視テ以テ重要ナルノ考慮ノ資材トスル所ナレトモ、何等大推ノ自由ヲ拘束スルノ力アル者ニ非サルハ既ニ前編ニ之ヲ詳ニシタリ。國務大臣ハ天皇ヲ補弼ス、補弼トハ讀ミテ字ノ如シ、意見ヲ奉リ參考ニ供スルノ外、其ノ意見ニ依準スルニ非サレハ大權ヲ行フ能ハスト謂フノ必然ノ意義アルコトナシ。各大臣各、異ナルノ意見ヲ奉ルヲ妨ケス、其ノ一ヲ取リ他ヲ捨ツル固ヨリ可ナリ、一切之ヲ取ラサル亦可ナリ、全ク之ト相反スルノ政策ヲ取ル亦憲法上何ノ不法カ是レアラン。大權ノ行使ニ付大臣ノ補弼スルコトヲ一切豫メ杜絕スルハ憲法ノ許ササル所タルト同時ニ、大臣ノ意見ニ從フノ外、君主ハ自己獨立ノ意見ヲ行フコト能ハストスルハ政體ノ本義ニ反スルモノトス。此ノ如キハ大權ノ存立ヲ否認スルノ解ニシテ我カ憲法ノ容レサル所タル言ヲ待タサルナリ。歐洲ニ在リテハ大權ヲ否認スルノ論實ニ嘗テ「バンシャマン、コンスタン」ノ唱フル所タリ、彼ノ「チエール」カ「立憲ノ君主ハ統シテ治セス」ト云ヘルモ其ノ意ヲ同フス。行政權ハ大臣ノ權力ナリ、君主ハ國會ト大臣トノ上ニ在リテ之ヲ調和スルノ消極的ノ作用アルノ外、積極的ニ統治ノ權ヲ行フ者ニ非スト爲シ、又ハ君主ハ手ヲ拱シテ虛位ニ居リ國ノ元首タル光榮ヲ享有スルノ外、政務ヲ決裁スルノ權力ナシト爲スカ如キハ、其ノ事ノ是非ニ拘ハラス總テ皆別種ノ政體ノ論ニ屬ス、援キテ以テ我カ憲法ノ解ニ資スルニ足ラサルナリ。』

親裁專斷ハ大權行動ノ憲法上ノ要件ナリ、故ニ大權ハ之ヲ委任スルコト

ヲ得サルナリ。天皇故障ニ由リ大政ヲ親ラスルコト能ハサルトキハ攝政ヲ置ク、攝政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フ（典範第十九條。憲法第十七條）。憲法ハ特ニ此ノ唯一ノ變例ヲ掲ク、蓋天皇大政ヲ親ラスルコト能フトキニ在リテハ大權ノ行使ハ必ス之ヲ親ラスルコトヲ要スルノ精神亦自ラ明カナリ。大權ノ定ムル所ヲ施行スル固ヨリ諸般ノ機關アリ、大權其ノ者ノ行使ハ天皇親ラスルコトヲ憲法上ノ要件トス、若大權ハ天皇親ラ之ヲ行フト之ヲ他人ニ委付シテ行ハシムルトハ大權ノ自由ナリトセハ、是レ大權ノ大權タル憲法上ノ理由ヲ無視スルモノニシテ大權ハ自殺ノ自由アリトスルニ外ナラス、憲法ノ條規ヲ紛更スルノコトタルヲ免レサルヘシ。又大權、立法權、司法權ノ間ニ、交互推讓委任ノ自由アルコトナシ、若之アラハ即チ權力ノ混同ニシテ憲法分權ノ主義ヲ根底ヨリ顛覆スルモノナリ。天皇ニ代リテ大權ヲ行フ者ハ攝政ニ限ル、攝政ヲ置クコトヲ得サルノ場合ニ於テハ大權ノ行使ハ必ス親裁ニ依ル、此レヲ憲法ノ原則トス、自由委任ヲ絕對ニ禁止スルハ憲法及典範ノ法文及精神甚明白ナリ。」

按スルニ、攝政ヲ置クハ大權ヲ委任スルモノニ非サルハ論ナシ、攝政ハ親政ノ不能ニ由リテ開始ス、之ヲ委任スルノ能力アラハ是レ即チ仍親政シ能フモノナレハナリ。然ラハ之ヲ委任シテ行ハシムルモ仍之ヲ親ラスト謂フコトヲ得ヘキカ。曰ク、然ラス、委任ノ行爲ハ君主自身ノ行爲ナルヘキモ、委任ニ由リ代リテ其ノ權ヲ行フハ君主ノ行爲ニ非ス固ヨリ大權ヲ親裁スト謂フヘカラサルナリ。又憲法上ノ權力ノ間ニ互ニ其ノ權能ヲ推委交讓スルノ自由アラシメハ、是レ即チ權力ノ混同ニシテ明白ニ憲法ノ條規ヲ紛更スルノ事ニ歸スルハ理ニ於テ疑フヘキナシ。然レトモ、予ノ此ノ持論ハ學者ノ容ルル所トナラス、政治ノ實

行亦委任ノ自由ヲ認ムルモノノ如シ、予ニ於テ奇異ノ思ナキ能ハサルナリ。若、憲法ハ君主及國會ノ私權交涉ノ規約ニシテ公ノ秩序ニハ關係スル所ナキ者ナランニハ、當事者ノ間ニ委任ノ自由アルヘキ固ヨリ論ナシ。若、又憲法ハ立法權最高全能ヲ主義トスル者ナラハ、立法權ノ認諾ハ百事ヲ合法トスルノ理由アルヘシ、何ソ委任ヲ爲シ又ハ委任ヲ受クルノ自由アルノミニ限ランヤ。然レトモ此レ等ノ前提ハ我カ政體ノ容ルル所ニ非サルナリ。我カ憲法ハ君主欽定ノ絕對ノ國法タリ、統治機關ノ間ニ於ケル協約ニ非ス固ヨリ當事者交互ノ讓歩ヲ以テ其ノ條規ヲ紛ルコトヲ許ササルナリ。我カ憲法ハ三權ノ獨立併行ヲ主義トシ、立法權ノ最高全能ヲ主義トセス、法律ノ認諾ハ憲法ノ條規ニ違フノ措置ヲ辯護スルノ理由トナラサルナリ。自ラ問ヒ自ラ答ヘテ遂ニ自說ノ過ヲ知ルコトヲ得ス甚之ヲ憾トス。蓋委任ノ自由アルハ政府

タリ議院タルヲ問ハス、政局ニ當ル者ノ之ヲ便トスル所ナリ、吾人亦憲法ノ條規ノ、時ニ或ハ究屈ニ失シ委任ノ自由ヲ認ムルニ非サレハ其ノ運轉ヲ滑ニスルコト難キヲ思フコトナシトセス。然レトモ憲法ハ憲法ナリ、究屈ナル法則ハ之ヲ究屈ニ解釋スル是レ公正ノ解釋ナリ。抑、委任自由ノ說ハ其ノ係ル所頗ル重大ナリ、一步之ヲ讓ラハ分權ノ主義即チ顚レントス、今ニシテ徹ヲ防キ漸ヲ愼ムニ非サレハ後世憲法ヲ紛ルル者必ス之ヲ口實ト爲サン懼レサルヘケンヤ。』

予ハ攝政ヲ置クノ場合ヲ除クノ外ハ、大權ノ行使ハ必ス天皇ノ親裁ニ出ツヘキモノト解ス。或ハ曰ク若天皇一時ノ疾病違和又ハ國疆ノ外ニ在スノ故ヲ以テ皇太子皇太孫ニ命シ代理監國セシムルカ如キハ大寶令以令代勅ノ制ニ依リ別ニ攝政ヲ置カス歐洲各國亦此ノ例ヲ同クス」ト皇室典範義解第十九條ノ注。予ノ見解ハ稍之ト其ノ精神ヲ異ニス、天皇大政ヲ

親ラスルコト能ハサルトキハ其ノ故障ノ何ニ由ルヲ問ハス、又時期ノ長短ニ拘ハラス、必ス攝政ヲ置クヘキモノトス、大政ハ一日モ曠クスヘカラサレハナリ、又天皇大政ヲ親ラスルコト能フトキハ、代理、監國、何等ノ名稱ヲ用ヒルモ、何人モ大政ヲ攝行スルコトヲ許ササルナリ。內部ニ於ケル事實ノ補助ハ即チ內部ニ於ケル事實ノ補助ニシテ憲法ノ知ラサル所タリ、事ノ儀式ニ屬シ法理ニ關セサル者ハ亦問ハサルナリ、唯憲法ノ上ニ於テ天皇ニ代リ大權ヲ行フ者ハ必ス攝政ニ限ル。所謂代理、監國ナル者ハ憲法及典範之ヲ揭ケス、若之ヲ親政補弼ノ官府ナリトセハ是レ即チ憲法上國務大臣ナラン、若之ヲ親政ニ代ル者トスレハ是レ即チ憲法上攝政ナラン、攝政ニ非ス國務大臣ニ非スシテ、親政ニ代リ若ハ之ヲ補弼スル者ハ我カ憲法ノ知ラサル所ナリ、大寶ノ制、外國ノ例アリト雖之ヲ補フニ足ラサルナリ。一時ノ疾病若ハ旅行ト雖苟モ大

政ヲ親ラスルコト能ハサルトキハ則チ攝政ヲ置クヘシ、故障繼續ノ時日ノ長短ハ之ニ關セサルナリ。抑〻大政ヲ親ラスルコト能フノトキニ於テ他人ニ委任シテ大權ヲ攝行セシムルコトハ我カ中世以後ノ政治ノ流弊ニシテ、遂ニ大權下ニ移ルノ大變ヲ致シタリ、維新ノ大業ハ此ノ狂瀾ヲ回ヘシ、親政ノ古ニ復スルヲ目的トシタリ、憲法豈再ヒ此ノ弊端ヲ啓クコトヲ許ス者ナランヤ。蓋天皇親政ノ大義ハ祖宗建國ノ鴻基ニシテ明治維新ノ洪猷タリ、今、憲法明文ノ揭クル所ノ外ニ於テ、大權ヲ委任シ之ヲ攝行セシムルノ事例ヲ啓クコトヲ欲セサルハ、此ノ建國ノ大義ヲ愛惜シ、大權下ニ移ルノ昔日ノ流弊ニ懲リ、大憲紊亂ノ門ヲ塞カントナリ。』

大權ハ憲法上ノ權力ナリ、統治權ノ憲法上ノ行動ニシテ、憲法ノ原動力タ

力ナリ

ル統治權其ノ者ノ本體ヲ指スニ非ス、又單純ナル政務ノ分配ニ非スシテ、特殊ノ權力タルコトヲ謂フナリ。大權ハ憲法上ノ觀念ナリ、統治權ノ憲法ノ條規ニ觸レテ生スルノ波動ノ謂ニシテ統治權其ノ者ヲ指スニハ非サルナリ。大權ハ憲法ト共ニ存亡ス、憲法以前ニ大權ナシ統治權アルノミ、憲法ノ改正ニ由リ大權或ハ消滅セン、統治權ハ其ノ圓滿ナル存在ヲ失ハサルナリ。萬機親裁ノ世ニハ大權ナシ、大權ナキニ非ス統治權即チ大權ニシテ之ヲ分ツノ要ナキナリ。大權ハ權力ナリ、單純ナル仕事ノ分擔タルニ非ス、意思權能ノ力タルナリ。憲法ハ其ノ條規ノ運轉ヲ自然意思ノ發動ニ懸ケ、綜合シテ以テ國家ノ法律意思ヲ成サシメントス。此ノ意味ニ於テ、大權ハ他ノ自然意思ノ之ニ加味スルコトナキノ純粹ナル君主自然意思ノ憲法上ノ表示ナリ、他ノ自然意思ノ之ニ化合スルニ由リテ成ルノ立法權若ハ司法權ト其ノ趣ヲ異ニス、故ニ憲法上特殊ノ權力ヲ爲ス

者ナリ。』

按スルニ、大權ノ制ハ之ヲ憲法上ノ權力分立ノ原則ニ照シテ解スルニ非サレハ其ノ意義ヲ明カニスルコト能ハサルヘキナリ。權力分立ノ制、本、憲法ノ構成ニ出ツ、憲法其ノ者ヲ制定シ支持スルノ原動ノ力トハ其ノ存在ノ所由ヲ異ニス、大權ハ憲法上ノ觀念ニシテ統治權其ノ者ノ觀念ト同シカラサル知ルヘキナリ。權力ノ分立ハ憲法ニ懸ル、憲法ハ統治權ニ懸ル、權力ノ分立ト謂フモ統治權ノ憲法ニ映スルノ射影タルハ論ヲ待タサルナリ。我カ國體ハ既ニ統治ノ全權ヲ以テ君主一人ノ權力ニ歸ス、何ソ其ノ行動ノ一部ヲ目シテ特ニ君主ノ大權ト稱スルコトヲ爲サン。然レトモ憲法ノ用ハ君主自然意思ノ行動ニ他ノ自然意思ノ行動ヲ加味シ、其ノ化合ニ由リテ國家法律意思ヲ成スニ在リ、故ニ憲法ノ上ニ於テハ君主單獨ノ自然意思ノ行動即チ國家法律意思ヲ表

示スルノ場合ヲ他ノ復雜化合ノ場合ト分ツノ要アリ、之ヲ憲法上ノ大權ト謂フナリ。此ノ憲法上ノ大權ノ制ヲ誤解シテ統治ノ大權ヲ制限縮少スルモノト爲スコト勿レ、抑、憲法ノ構成其ノ者ハ本來君主一人ノ自由ノ意思ニ懸ルモノナレハナリ。此ノ義明白論ヲ待タス、然レトモ世上或ハ君主ノ統治權ノ絶大無限ナル者ニ非サルヲ證明センカ爲ニ、茲ニ謂フ大權ノ、憲法ニ由リテ限定セラルルノ事例ヲ引ク者アリ、或ハ又君主ノ統治權ノ絶對無限ナルノ理由ヲ援キテ憲法上ノ大權ノ無限ナルコトヲ主張スル者アリ。二者共ニ大權ト統治權トノ別ヲ辨セサルノ誤解ニ出ツルナリ。或ハ又大權ト立法權及司法權トノ輕重ヲ比較シ、大權ハ君主ノ權力ナルカ故ニ、我カ國體上其ノ性質ニ於テ他ノ二權力ノ上ニ在ルヘシト爲ス者アリ、是レ亦大權ノ性質ヲ誤認スルノ不當ノ見解ナリ。大權ト謂ヒ、立法權ト謂ヒ、司法權ト謂フ、皆君主ノ統治

權ノ憲法上ノ行動ナリ、大權豈、獨、君主ノ權力ニシテ神聖ナルモノナランヤ。外國ノ立憲成例ニハ立法權ヲ以テ國家最高ノ權力ト爲シ、他ノ權力ハ之ニ隷屬スル者ト爲スアリ、我ハ三權ノ獨立併行ヲ憲法上ノ要義トス、固ヨリ其ノ間ニ上下輕重ノ別アルヘキ理ナシ。且ツ又統治權ハ最高ノ權力ニシテ所謂三權ノ上ニ在リト謂フモ二者ヲ別個ノ權力トスルニ於テ誤解ナリ。所謂憲法上ノ三權ト統治權トハ分ツヘカラス混スヘカラス、自他ノ別ナクシテ亦別樣ノ觀念ニ屬ス。蓋三權ノ別ハ唯一統治權ノ憲法上ノ射映タルノミ、新月滿月ノ別ヲ謂フモ其ノ實體ヲ分ツモノニ非サルヲ想ハシムルモノアルナリ、事、政體ノ本義ニ係リ頗ル重要ナリ、其ノ解愼マサルヘケンヤ。』

大權ハ權利ニ非ス

大權ハ權力ニシテ權利ニ非ス、概括的ノ權力ニシテ個個ノ權力ニ非サル

ナリ。大權ハ統治權ノ行動ニ屬ス、權利ノ觀念ハ或ル主體ノ享有スル主觀的ノ利益タルコトニ在リ、大權ハ權力ニシテ權利ニ非サルコト言ハスシテ明カナリ。之ヲ君主ノ權利若ハ特權ト觀念スルハ彼ノ君主、國會、兩頭對峙ノ政體ノ事ニ屬ス。國家ノ統治ヲ君主ト國會トノ權利競爭ノ目的物トスル憲法ニ於テハ、大權ハ之ヲ君主ノ權利ト觀念ス、君主ノ利益ノ爲ニ憲法ノ之ヲ付與スル所ニシテ、國會ニ對シテ主張スルコトヲ得ヘキ者トスルナリ。我カ大權ハ君主ノ利益ノ爲ニスルニ非ス、國會ニ對スルニ非ス、國家統治ノ作用ヲ權力トスルノ意味ニ於テ權力タルナリ。大權ハ亦概括抽象ノ權力ナリ、個個ニ事物ヲ列擧シ其ノ數量ヲ計ルコトヲ得ヘキ類ノ者ニ非ス、之ヲ個個ノ權利權力ノ集合ナリト解スルハ大權ノ本性ニ反スルナリ。』

按スルニ、權利ト權力トヲ混スルノ弊ハ務テ之ヲ避ケサルヘカラス。

權力ヲ行フノ權利アルコトモアルヘク、或ハ權利ヲ行フノ權力アルコトモアルヘシ、然レトモ直ニ權力ト權利トヲ一概ニ混同スルハ法理ヲ不明ニスルモノナリ。此ノ義一般ノ法理トシテ前ニ詳論セリ、國ノ主權其ノ者ヲ指シテ權利ト解スルノ非ナル所以ハ即チ茲ニ謂フ大權ヲ君主ノ權利ナリト解スルノ非ナル所以ナリ。抑〻憲法上ノ權力分立ヲ指シテ權利ノ交涉ナリト解スルハ、憲法其ノ者ノ本性ニ付テ全然吾人ト相反スルノ觀念ニ出ツルモノナリ。歐州ニ於テ政治ヲ以テ君主ト國會トノ權利ノ競爭ト爲シ、憲法ヲ以テ其ノ競爭ヲ調和スルノ規約ナリト爲ストキハ、大權ト謂ヒ、立法權ト謂ヒ、皆君主若ハ國會ノ權利ナリト解スル亦所以アルナリ。吾人ハ此ノ前提ヲ取ラス、憲法ハ統治權自身ノ行動ヲ定ムルモノニシテ權利分配ノ條規ニ非スト爲ス。彼ノ憲法ハ三權敵對ヲ主義トス、權力爭鬪ノ意味ニ於テ其ノ分立アルナリ。

我ノ憲法ハ三權併行ヲ主義トス、源ヲ統治權ニ發シ併行シテ混同セサルノ流派ノ意味ニ於テ其ノ分立アルナリ。各、其ノ前提トスル所ノ異ナル此ノ如シ、彼ハ權利ノ意味ヲ以テ之ヲ解シ、我ハ權力ノ意味ヲ以テ之ヲ解スルハ此レニ由ルナリ。ヨシ君主ハ大權ヲ行フノ權利アリトスルモ是レ權力ヲ行フノ權利ナリ權力其ノ者ヲ權利ナリト謂フニハ非サルナリ。』

大權ヲ指シテ君主ノ特權ト解スルハ之ヲ外國ノ事例ニ視ル所ナレトモ、移シテ以テ我カ憲法ノ上ニ用ユヘカラサルナリ。所謂特權ハ權利ノ意ナリ、權力ノ謂ニ非ス、一般法律ノ適用ヲ免レシムルノ特別ノ恩典ヲ意味ス、憲法カ君主一身ノ利害ノ爲ニ除外ノ特例ヲ設クルノ精神ナリ。此ノ義ハ斷シテ我カ大權ノ觀念ト相容レス。我ノ謂フ大權ハ君主ノ爲ニ開クノ特例ニ非ス、寧、固有ノ全體ヲ意味ス、統治機關ノ權限ハ

却テ其ノ除外ノ特例ト觀ルヲ妨ケサルナリ。或國ニ於テハ之ヲ君主ノ留保權ト稱ス、蓋立憲ノ制ニ移ルニ際シ、之ヲ國會ノ權限ニ讓ラス、尙君主ノ一身ニ留保シタルノ權利ノ意ナラン、其ノ意近シト雖亦我カ憲法ノ嚴正ノ解ト爲スヘカラサルナリ。又大權ヲ復數ニ視テ之ヲ個個ノ權利若ハ權力ノ集合ナリト解スルハ歐洲歷史ノ遺制ニ屬シ固ヨリ我ニ於テ謂フヘキ所ニ非ス、彼ノ中世封建ノ餘勢ニ出テタルノ君主ハ其ノ權力甚微弱ナリ、素ヨリ概括シテ統治ノ全權ヲ專有スルニ非ス、常ニ貴族團體タル國會ト相競フテ其ノ權域ヲ爭ヒタリ。此ノ競爭ノ成果ハ漸ヲ以テ諸種ノ權力ヲ君主ノ一身ニ集中シタリ、曰ク、兵馬ノ權、曰ク、課稅ノ權、曰ク、裁判ノ權、曰ク、貨幣鑄造ノ權、所謂君主ノ權力ハ此ノ類ノ個個ノ特權ノ積算ナリ。國家ト謂ヒ主權ト謂フノ概括ノ觀念ハ、近世ノ理論ニ出ツ、中世ニハ此ノ自覺ナシ、土地人民ヲ治ムルハ個個ノ權

力ノ個個ノ動作タリ、而シテ其ノ權力ハ君主ト貴族階級議會トノ間ニ分タレタルナリ。蓋佛國大革命ノ成果ハ、之ヲ打破シ、國家主權ノ統一ヲ覺醒シタルコトニ於テ偉大ナリトス。此ノ歷史アルカ故ニ、歐洲ニ在リテハ君主ノ大權ハ個個ノ特權ヲ以テ合成スルモノト解スルノ慣例アルナリ。我カ歷史ハ此レト其ノ變遷ヲ異ニス、中世王權振ハストハ雖、國ヲ統治スルノ全權ハ依然皇位ニ存シ、何人モ其ノ權ヲ分ツノ僭越ヲ企テタルコトナシ、後ニ武臣幕府ヲ開キ政權ヲ專ニシタリト雖、固ヨリ名ヲ朝庭ノ官職ニ假ルニ非サレハ其ノ權ヲ行フコト能ハサリキ。維新ノ大業ハ王政ヲ復古スト謂フ、名實ヲ正シタルナリ、新ニ治國ノ大權ヲ取得シタルニハ非ス。此ノ義、辯ヲ待タス、唯、彼我ノ歷史ノ正ニ相反スルニ顧ミテ我カ大權ノ觀念ヲ明白ニスルコトヲ要スルナリ。』

大權ノ獨立ハ我カ政體ノ特色ナリ。大權ノ獨立トハ特ニ國會ノ權力ニ對シテ謂フモノニシテ、名實共ニ其ノ牽制ヲ受ケサルノ政治ノ態樣ヲ形容スルノ用語タリ。歐洲ノ立憲政治ハ大概立法權ヲ以テ國家最高ノ權力トス、而シテ其ノ謂フ所ノ立法權ハ即チ國會ノ權力ノ義ナリ、其ノ君主ノ大權ハ立法權ノ認許ニ由リテ之ヲ有スル者トス。故ニ其ノ大權ノ存在ト權域トハ一ニ法律ノ左右スル所ニ任ス、大權ハ法理ニ於テ立法權ニ對シ獨立ノ地位ナキナリ。又之ヲ政治ノ情勢ニ考フルニ、彼ノ所謂議院政黨內閣ノ制ニ則ル國ニ於テハ、大權既ニ下ニ移リテ內閣大臣ノ手ニ在リ、又再轉シテ議院ノ手ニ在ルナリ。大權補翼ノ內閣大臣ハ議院ニ對シ責任ヲ有ス、其ノ任免進退ハ君主大權ノ自由ノ信任ニ由ルニ非スシテ、一ニ議院ノ向背ニ由ルヘキコトヲ憲法上ノ要件トス。內閣ハ君主ノ內閣ニ非ス議院ノ內閣タリ、而シテ議院ト謂フモ實ハ多數政黨ノ權勢タルナ

リ。君主既ニ親ラ大權ヲ行使スルコト能ハス、又其ノ行使ノ機關ヲ左右スルヿト能ハス、一ニ皆議院ニ隷屬スルトキハ大權焉ソ實際ニ於テ國會ニ對シ獨立ノ地位アルコトヲ得ン。我カ政體ハ名實共ニ全ク此レニ反ス。大權、立法權、共ニ憲法ノ上ニ兩立對峙シ一ヲ以テ他ヲ侵スヲ許サス、政府ト議會トハ亦對等ノ統治機關トシテ存立シ一ハ他ノ下ニ隷屬スル者ニ非サルナリ。各國務大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責ニ任ス、議院ニ隷屬シ之ニ對シ其ノ責ニ任スルニ非ス、內閣ハ君主ノ內閣ニシテ議院政黨ノ內閣ニ非サルナリ。大權ヲ輔弼スルノ國務大臣ノ任免黜陟ハ、名ニ於テ、亦實ニ於テ、大權自由ノ專斷ニ屬シ、議院ノ向背ニ拘ハルヲ要セス。此ヲ我カ大權獨立ノ制トス。特ニ大權ヲ輔弼スルノ內閣ハ大權ヲ以テ之ヲ組織スルノ一義ハ、卽チ大權獨立ノ實アル所由トス、此ノ一義ヲ愛惜スルハ大權ノ獨立ヲ擁護スル者ナリ。大權ノ獨立ハ我カ憲法ノ特色ニシテ政體ノ柱軸タリ、而シテ之ヲ現實ニ支持スル者ハ大權內閣ノ制ナリトス。彼ノ所謂議院內閣ノ制ハ之ヲ我カ憲法ノ上ニ移植スルノ名ナキノミナラス、若之ニ依ルコトアラハ權力混同シテ議院ノ專制ニ歸シ、大權下ニ移リテ政體ノ根底ヲ顚覆セン、憲法運用ノ局ニ在ル者最戒愼セサルヘカラサルナリ。』

按スルニ、大權ノ大權タルハ其ノ獨立ニ在リ、若其ノ獨立ヲ失ハハ何ノ大權カ是レアラン、唯歐洲ノ憲法ニハ大權ノ名アリテ實ナキ者アリ、故ニ之ヲ分ツカ爲ニ特ニ大權ノ獨立ヲ謂フナリ。司法權ノ獨立ハ政府ノ干涉ヲ排斥スル意義ニ於テ之ヲ謂フカ如ク、大權ノ獨立ハ議院ノ專制ヲ否認スル意味ニ於テ之ヲ謂フナリ。而シテ司法權ノ獨立ノ實ハ裁判官ノ獨立ニ由リテ之ヲ全フスルカ如ク、大權ノ獨立亦其ノ輔弼ノ大臣ノ、議院ノ權威ノ外ニ立ツニ由リテ、其ノ實ヲ全フスルコトヲ得ヘ

キナリ。此レヲ我カ憲法ノ大義トス。同シク立憲ノ制ニ則ルト稱スルモ、其ノ政治上ノ運用ハ國各〻其ノ勢ヲ異ニス、政治ノ中心或ハ議院ニ偏重シ、或ハ君主大權ニ偏重ス、故ニ議院政治、大權政治、ノ別ヲ生スルナリ。然ノミナラス、議院政治亦實ハ二樣ノ變態アリ、英國風ノ議院內閣政治アリ、米國風ノ議院直接政治アリ。英國ニ在リテハ議院ニ於ケル多數政黨ノ入リテ內閣ヲ組織スルコトヲ憲法上ノ要件トス、若大權ヲ以テ之ニ拘ハラサルノ自由ノ任免黜陟ヲ行フコトアラハ之ヲ違憲ノ行動ナリト爲スナリ。是レ名ニ於テ政府ト議院トヲ分ツモ實權ノ存スル所ハ議院タルナリ、故ニ之ヲ議院內閣ノ制ト謂フ。又米國ニ在リテハ議院ハ立法スルノミナラス亦其ノ內部ニ行政各部ニ當ルノ常置委員ヲ設ケ自ラ施政ノ實力ヲ握ル、是レ名實共ニ議院ヲ以テ政治ノ中心ト爲ス者ナリ、故ニ之ヲ議院直接政治ト謂フ。我カ憲法ノ運用ハ大權ヲ以テ政治ノ中心トス、施政ノ權ハ大權ニ在リ、議會ハ立法ニ協賛スルノ外之ニ與ラス、而シテ大權ヲ輔弼スルノ國務大臣ヲ任免シ及問責スルハ、名實共ニ君主自由ノ大權ニ存シ、議院ノ信任ノ如何ニ拘ハラサルナリ。此ノ大權內閣ノ制ハ即チ大權獨立ノ名實ヲ全ウスルノ根由トス。大權ハ名ニ於テ自由ナリトスルモ、若君主ヲ輔弼シ其ノ法令ニ副署スルノ大臣ハ議院ニ對シ責ニ任スルモノトシ、隨ヒテ議院ノ信任如何ニ由リテ進退シ大權自由ノ制裁ニ屬セサルトキハ、實ニ於テ大權ノ獨立ナキナリ。故ニ大權內閣ノ制ニ依ルニ非サレハ大權ノ獨立ヲ支持スルコト能ハス、我ニ在リテ議院內閣制ヲ謂フハ憲法ノ明文ニ反シ亦大權ノ獨立ヲ無視スル者ナリ。抑〻我カ政治ノ中心ハ之ヲ大權ニ置キ之ヲ議院ニ置カサルノ精神ハ憲法ノ條章自ラ之ヲ明徵スル所アリ、大權輔弼ノ大臣ハ大權自由ニ之ヲ任免スル其ノ一ナリ、輔弼ノ大臣

ハ君主ニ對シテ責ニ任ス議院ハ之ヲ責問スルノ權ナキ其ノ二ナリ。

然ノミナラス政府ト議院ト其ノ權ヲ爭ヒテ政務ノ進行ヲ阻害スルコトアラハ、大權ニ依リテ之ヲ救濟スヘキノ精神ハ憲法ノ全體ノ上ニ明白ナリ。條文ニ付テ例示セハ第七條ノ衆議院解散ノ權アリ、第八條ノ法律ニ代ルノ命令ヲ發スルノ權アリ、第三十一條ノ非常大權ノ施行アリ、第三十四條ノ貴族院議員勅任ノ權アリ、第六十七條ノ大權ニ基ツケル既定歳出ノ保障アリ、第七十條ノ財政上ノ緊急處分ノ權アリ、第七十一條ノ前年度ノ豫算ヲ施行スルノ權アリ、此ノ類皆政治ノ重キヲ特ニ大權ニ懸ケ之ヲ中軸トスルノ意ヲ明徴ニスルモノニ非サルハナシ。我カ大權ハ曾ニ立法權ノ外ニ獨立スルノミナラス實ハ政治全般ノ中樞ノ動力タリ、故ニ之ヲ他ノ議院政治ニ比シ、特ニ大權政治ト謂ヒ、以テ政治ノ勢ノ上ニ於ケルノ政體ノ特色ヲ明白ニセントスルナリ。』

第三章　大權ノ範圍

大權ノ範圍

大權トハ形式上ノ觀念ナリ、君主ノ親裁專斷ノ權力ヲ指稱ス、大權ヲ以テ何事ヲ行フカハ更ニ別ノ問題ニ屬スルナリ。專制ノ世、大權即チ統治權タリ、故ニ大權ニ限界ナシ、今ノ憲法上ノ大權ハ立法司法ノ權ト對峙ス、其ノ相接觸スル所自ラ限界ヲ爲スナリ。憲法ノ明言シテ必ス議會ノ協賛ヲ要スルノ事項(立法事項)、及必ス裁判所獨立ノ行動ニ依ルヘシトスルノ事項(司法事項)ハ當然ニ大權行動ノ範圍ノ外ニ在ルナリ。又憲法ノ明言シテ特ニ之ヲ君主ノ親裁專斷ニ留保スルノ事項ハ大權必須ノ範圍ヲ爲ス、故ニ之ヲ大權事項ト稱ス。此レ等以外ノ殘餘ノ事項ハ亦大權ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ妨ケス、之ヲ自由ノ事項トス。故ニ政務ヲ分類スレハ大權ヲ以テ專行スルヲ得サル者アリ、必ス大權ヲ以テスルヲ要スル

者アリ、又大權ヲ以テスルコトヲ得ル者アルナリ。』

凡ソ大權ノ觀念ニハ因襲アリ君主全權ノ觀念ヨリ來ル、故ニ其ノ行動ハ國務全般ニ及フヲ本則トス、憲法明文ノ除外例アルノ外ハ主義トシテ之ヲ限定スルコトヲ許ササルナリ。立法司法ノ權ハ本、全能大權ヨリ控除殊別セラレタルノ權力タリ、故ニ性質上各、特種ノ事物ヲ限リ之ヲ其ノ範圍トスルハ當然ナリ。立法權ハ由來法則ノ設定ヲ其ノ本領トス、司法權ハ裁判ヲ行フ者トス、大權ニ至リテハ特ニ其ノ本領ナシ、本領ナキハ即チ本來國務全般ニ及フコトヲ其ノ觀念トスレハナリ。故ニ大權行動ノ範圍ハ積極的ニ其ノ國務ノ性質ヲ以テ之ヲ示スコト能ハス、唯、憲法ノ規定ニ依リ特ニ大權專屬ノ事項ヲ揭明シ其ノ立法事項トノ分界ヲ明劃スルヲ主要トス、其ノ以外ノ國務ハ大權自由ノ事項ナリト謂フニ過キサルナリ。』

按スルニ、大權ト謂フ制度ノ憲法上ノ意義ハ主トシテ立法權ト相對峙スルノ所ニ在リ、故ニ彼此ノ範圍ヲ明白ニ分劃スルハ最緊要ノ事ナリトス。國務ヲ絕對ニ兩分シ、兩權各、其ノ一ヲ專有スルモノトスルハ其ノ方法ノ一ナリ、國務ノ全部ヲ以テ一切兩權ニ共通スルモノトスルハ亦其ノ方法ノ一ナリ。我カ憲法ハ此ノ二樣ノ一ヲ取ラス、別ニ折衷ノ制ヲ爲ス、國務ノ特殊重要ナル者ハ兩分シテ各、之ヲ大權若ハ立法權ニ專屬セシメ、其ノ以外ハ全ク之ヲ兩權共通トスルナリ。此ノ制ハ實ニ我カ政體ノ特色タリ、此ノ特色アルカ爲ニ容易ニ外國ノ學說ヲ援キテ之ニ擬スルコトヲ許ササルナリ。我カ學者ノ大權ヲ論スル往往ニシテ誤解アリ、或ハ之ヲ統治權ト混同ス、是レ大權ノ憲法上ノ意義ヲ抹殺スル者ナリ、或ハ大權ノ行動ハ法律ノ許容シ若ハ禁止セサルノ消極殘餘ノ地ニ於テスルニ止リ、立法權ニ對抗スルノ領分ナキ者トス、是レ大

大權事項

權ノ獨立ヲ否認シ憲法上ノ大權事項ノ列記ヲ無意義ナラシムル者ナリ。大權ノ觀念、本、專制君主ノ全權ヨリ來ル、故ニ諸權力ノ上ニ在リテ國務ノ全般ニ及フヘキコトヲ本旨トス、而シテ憲法ヲ以テ特ニ立法及司法ノ事ヲ其ノ範圍ヨリ控除シタルモ、此ノ除外ノ事項ノ外ハ、仍大政一切大權ニ歸スルヲ本領トスルナリ。此ノ故ニ大權ノ範圍ハ其ノ性質上、事物ヲ列擧シテ之ヲ限界スヘカラス、唯、憲法ノ特ニ列記シテ大權ニ專屬セシメタルノ事項ヲ明カニスルヲ要スルナリ。』

大權事項トハ憲法ノ上ニ特ニ列記シテ天皇之ヲ行フコトヲ明言セルノ事項ナリ、憲法第一章ニ逐條敘列スル所ノ如キ此レナリ。總テ統治權ハ天皇之ヲ行フ、憲法第一條及第四條ノ明文ノ在ルアリ、何ソ更ニ亦條ヲ設ケ個個ノ政務ニ付特ニ天皇之ヲ行フ旨ヲ揭クルノ必要カアラン。然レトモ憲法ノ、更ニ再ヒ條項ヲ起シ、特種ノ政務ニ付此ノ列擧明言アル所以ハ、蓋之ヲ天皇親裁專斷ノ權ニ留保シテ以テ議會ノ干涉ノ外ニ置カントスルニ在ルカ如シ、此ノ如ク解スルニ非サレハ憲法各條ノ大權事項ノ列記ハ遂ニ何等ノ意義ヲモ爲ササルヘキナリ。又其ノ列記ノ事項ハ、事皆國務ノ重大ナル者ニシテ、歷史沿革ノ上ヨリ視テモ、事務ノ性質ノ上ヨリ視テモ、專ラ君主一人ノ裁斷ニ依ルヘク、議會多數ノ討議ニ待ツヘキ者ニ非ス、故ニ憲法ノ特ニ之ヲ列記スルノ意ハ之ヲ大權ノ專斷ニ任シ、議會干涉ノ外ニ置クニ在ルコト、其ノ精神明白ナリ。』

按スルニ、大權事項ト立法事項トヲ分界シ、之ヲ憲法ノ上ニ分立對峙セシムルハ、我カ政體ノ特色ナリ。立法權ヲ以テ國家最高ノ權力ト爲スノ政體ニ於テハ此ノ分立對峙アルヘキ理ナシ、其ノ所謂君主ノ特權ハ立法權ノ認許ニ由リテ其ノ下ニ存スルモノニシテ獨立ノ地位ヲ有セ

サレハナリ、我カ憲法ハ大權及立法權ヲ以テ相對峙スル者トシ、其ノ間ニ上下本末ノ差別ヲ認メス、唯、行動ノ範圍ヲ分ツノミ。或國ノ憲法ニハ兩權各〻專有ノ畛域ナシ、故ニ立法權ヲ最高トスルニ由リテ軋轢ヲ斷チ歸一ヲ保ツナリ。我カ憲法ニ於テハ兩權ノ間輕重ナシ、唯、各〻其ノ畛域ヲ專占スルニ由リテ其ノ分立ノ實ヲ全ウスルナリ。抑〻大權ノ制、實ハ議會ノ權力ト相對峙スルカ爲ニ起ル、今、文字ノ論ニ泥マス、之ヲ我カ憲法制定ノ當時ノ事情ニ顧ルニ、民間ノ論頗ル極端ナル民權主義ニ馳セ、歐洲風ノ國會全權ノ憲法ヲ要求シ、政府ハ勉テ過激ノ論ヲ抑ヘ、國會ヲ開クモ仍政柄ハ之ヲ君主政府ノ手ニ保留セントシタルナリ。若、外國ノ事例ノ如ク、憲法ヲ國會ノ衆議ニ付シタランニハ其ノ結果ハ之ヲ想像スルニ難カラス、故ニ政府ハ憲法ハ須ク欽定ナルヘシトシ、其ノ草案ハ一切外間ノ之ヲ窺フコトヲ許サス、秘密ノ中ニ查定シ、突然之ヲ發

布シタルナリ。此ノ形勢ヲ回顧スルトキハ、君主政府ノ專權自由ノ手ニ成レルノ此ノ憲法ニシテ、仍重キヲ民權ニ置ク此ノ如ク大ナルハ頗ル異トスルニ足ル、其ノ重要ノ事ニ付僅僅數件ヲ抽キ、之ヲ大權ニ留保シ、議會ノ啄ヲ容ルルヲ許ササルカ如キハ、固ヨリ怪ムヲ要セス、寧、民論ニ憚ルノ過キタルヲ思ハシムルモノアルナリ。所謂大權事項ノ觀念ハ茲ニ出ツ、之ヲ國會干涉ノ外ニ留保スルノ意タル甚明白ナリ。抑〻大權事項ト立法事項トヲ分劃シ、兩兩對峙相侵スコトヲ許サストスルノ制度ハ、我ノ特色タル顯著ナリト雖歐洲ノ諸憲法ニハ之ヲ視サル所タリ、故ニ百事例證ヲ歐洲ニ取ルニ非サレハ其ノ意ヲ安セサルノ世論ハ尙、予ノ解說ヲ疑フアリ、然レトモ彼我立憲ノ事情ハ大ニ異ナル所アルヲ思ハサルヘカラサルナリ。蓋百年前西歐立憲ノ時代ニハ、人多ク君主政府ノ專制ノ弊害ヲ見テ、未タ國會政治ノ弊害ノ更ニ是レヨリモ甚

シキ者アルコトヲ知ラサリキ。故ニ彼ノ憲法ノ理想ハ君主ヲ廢シ議院全權ノ政體ト爲スニ在リ、偶〻歷史沿革アリ君位ヲ廢スルコト能ハサル者モ、尙一意其ノ權勢ヲ減殺スルヲ以テ憲政ノ成功トシタルナリ。茲ヲ以テ彼ノ憲法ニ君主大權ノ列記アリトスルモ、是レ立法權ノ特別ノ恩惠トシテ之ヲ認容スル者ニシテ、固ヨリ性質上立法權ニ對抗シ得ヘキ者ニ非サルナリ。我ノ立憲ハ歐洲百年ノ憲政ノ利弊ヲ通觀スルノ後ニ出テ、其ノ弊所ハ議院全權ニ偏重スルニ在ルコトヲ視テ、之ヲ考慮ノ資材ト爲スコトヲ得タルナリ。故ニ折衷ノ制度ヲ試ミ、大權、立法權、相對峙シテ相侵サス、相互節制シテ以テ立憲ノ美果ヲ收メシメントシタルモノニシテ、宏謨深遠ナリト謂フヘシ。凡ソ此レ等ノ來歷ハ政體ノ特質ヲ示シ、マタ大權事項ノ列記ノ意義ヲ明確ニスルノ徵證トスルニ足ル者ナリ。』

憲法上ノ大權事項ハ左ノ如シ。』

一。法律ヲ裁可シ、其ノ公布及執行ヲ命スルノ大權（第六條）

二。議會ヲ召集シ、其ノ開會、閉會、停會及衆議院ノ解散ヲ命スルノ大權（第七條）

三。法律ニ代ルヘキ勅令ヲ發スルノ大權（第八條）

四。行政命令ヲ發シ又ハ發セシムルノ大權（第九條）

五。行政各部ノ官制及文武官ノ俸給ヲ定メ及文武官ヲ任免スルノ大權（第十條）

六。陸海軍ヲ統帥スルノ大權（第十一條）

七。陸海軍ノ編制及常備兵額ヲ定ムルノ大權（第十二條）

八。宣戰、講和及條約締結ノ大權（第十三條）

九。戒嚴ヲ宣告スルノ大權（第十。四條。）

十。爵位、勳章及其ノ他ノ榮典ヲ授與スルノ大權（第十。五條。）

十一。大赦、特赦、減刑及復權ヲ命スルノ大權（第十。六條。）

十二。戰時又ハ國家事變ノ塲合ニ於ケル非常大權（第三十。一條。）

十三。貴族院ノ構成ヲ定ムルノ大權（第三十。四條。）

十四。憲法改正ノ發議ノ大權（憲法發布ノ勅語。及第七十三條。）

十五。皇室典範改正ノ大權（第七十。四條。）

按スルニ、憲法第一章中ノ大權事項ノ列記ニ付テハ解說一ニ歸セス、憲法義解ハ其ノ第十六條ノ注釋ノ終ニ結論ヲ揭ケ、第四條以下第十六條ニ至ルマテ元首ノ大權ヲ列擧スト抑、元首ノ大權ハ憲法ノ正條ヲ以テ之ヲ制限スルノ外及ハサル所ナキコト宛モ大陽ノ光線ノ遮蔽ノ外ニ映射セサル所ナキカ如シ此レ固ヨリ逐節敘列スルヲ待チテ始メテ存立スル者ニ非ス而シテ憲法ノ揭クル所ハ既ニ其ノ大綱ヲ擧ケ又其ノ節目中ノ要領ナル者ヲ羅列シテ以テ標準ヲ示スニ過キサルノミ故ニ鑄幣ノ權度量ヲ定ムルノ權ノ如キハ一一之ヲ詳ニスルニ及ハス其ノ之ヲ略スルハ即チ之ヲ包括スル所以ナリ」ト云ヘリ。此ノ論或ハ予ノ取ル所ノ解釋ト其ノ義ヲ異ニスルモノアルニ似タリ。義解ノ云フ元首ノ大權ノ列擧トハ統治權ノ行動全體ヲ指スモノナルカ。果シテ然ラハ大權ハ及ハサル所ナク至ラサル所ナクシテ列擧限定スヘカラサル寔ニ其ノ論ノ如シ、但シ憲法ハ何ノ故ニ既ニ統治權總攬ノ大義ヲ宣明セル（第一條及第四條）ノ後ニ於テ、更ニ復タ條ヲ起シ大權無限ノ行動ノ中ニ付僅僅數目ヲ別ニ采綴列擧セルカ、其ノ意解スヘカラサルナリ。「其ノ節目中ノ要領ナル者ヲ羅列シテ以テ標準ヲ示スニ過キス」ト云フト雖、之ヲ以テ果シテ何ノ標準ト爲サント欲スルカ、況ンヤ此ノ列擧中ニハコ

ト更ニ臣民ノ權利義務ニ關ル重大ナル事項（憲法第二章ニ揭ケル立法事項）ヲ除ケルノ形跡アルハ、統治事務ノ全體ニ付最モ重要ナル者ヲ例示スルノ意ナリトハ解スヘカラサルニ於テオヤ。憲法ニ冗言ナシ、一言半句特殊必須ノ意義ヲ爲ス、豈之ヲ重復剩贅ノ條文ト視ルコトヲ得ヘケンヤ。故ニ予ハ憲法ノ此ノ列擧明言ヲ以テ議會ノ干涉ヲ排斥シ、之ヲ永遠ニ君主ノ專斷ニ留保スルノ憲法ノ用意ナリト解ス、然ラサレハ憲法ノ列記ハ其ノ意義ヲ爲ササル知ルヘキナリ。大權行動ノ範圍ハ固ヨリ憲法列記ノ事項ニ限ルモノニ非ス、義解ノ云フ所、或ハ其ノ意ナルカ、果シテ然ラハ寔ニ其ノ言ノ如シ、唯、其ノ言說ハ大權ト大權事項トヲ混同スルカ爲ニ、此ノ列記ノ憲法ノ精神ヲ誤解セシムルノ非難アルヲ免レサルノミ。抑〻大權ノ行動ノ範圍ハ憲法第一章ニ列擧スル大權必須ノ事項ニ止マラス、外ニ大權可能ノ廣汎ナル區域アリ、一一列擧スルヲ許ササルハ論ナシ、但シ所謂憲法上ノ大權必須ノ事項ハ憲法明文ノ〔逐節敘列スルヲ待チテ始メテ存立スル者〕ニシテ列記ノ外ニ及フ者ニ非サルナリ。憲法第一章ノ逐條列記ハ大權必須ノ事項ト大權可能ノ事項トヲ殊別スルモノト爲スニ非サレハ之ヲ解スヘカラス、單ニ之ヲ大權行動ノ〔標準ヲ示スニ過キサル者〕トスルハ、法理ヲ論シテ精ナラス、憲法ノ用意ヲ無視シ、我カ政體ノ特色ノ最重要ナル者ヲ逸失スルモノトス、憲法義解ハ世ニ重キヲ爲ス、故ニ人ヲ誤ランコトヲ恐レ茲ニ敢テ一言ノ辯明ヲ附記ス。予ハ義解ノ意ヲ酌ミテ義解ノ語ヲ採ラス、大權ハ、憲法カ特ニ議會又ハ裁判所ノ權域ニ屬セシメサルノ事項ニ付テハ、一般概括シテ之ニ及フモノトス、而シテ憲法カ特ニ明文ヲ以テ敘列シ、大權ヲ以テ之ヲ行フ旨ヲ宣言セルノ事項ハ、必ス大權ニ依リテノミ之ヲ行フヘク、統治機關ノ權域ニ委付スルヲ許ササル者トス。此レヲ指シテ憲法

上ノ大權事項ト謂フハ之ヲ單純ナル大權可能ノ事項ト分タント欲スルナリ。此ノ如クニシテ憲法ノ列記始テ意義アリ、大權ノ獨立即チ全タシ、之ヲ無視スルハ憲法重大ノ法章ヲ無用トシ、我カ政體ノ特色ヲ亡失スル者ト謂フヘシ。世上仍予ノ見解ニ反對シテ異說ヲ唱フル者少シトセス蓋、外國ノ事例及學說ノ我ニ浸潤スルノ深キ學者ノ之ニ拘泥スルカ爲ナリ、一切ノ豫斷ヲ排除シ、虛心平氣、我カ大憲ノ條章ヲ通讀スレハ、義理明白日星ヲ仰クカ如シ何ソ之ヲ疑ハン。』

大權事項及法律

憲法上ノ大權事項ハ議會ノ干涉ヲ許サス、故ニ立法ノ手續ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得サルナリ。大權其ノ者ノ權能及大權事項ノ範圍ハ憲法ニ由リテ既ニ定マレリ、法律ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得サルハ言ヲ待タス、又個個ノ大權事項ノ施行ハ大權ノ行動ニシテ立法權ノ範圍ニ屬セス、法律ヲ以テ之ヲ定ムルヲ許ササルナリ。或ハ謂フ法律ヲ裁可スルハ大權ニ非スヤ、法律ヲ以テ大權事項ヲ規定スルモ亦大權ヲ以テ之ヲ定ムルモノト謂フヘシ、法律ヲ以テ大權事項ヲ規定スルモ何ノ妨クル所カアラント。此ノ論非ナリ。法律ヲ裁可スルノ行爲ハ大權ナレトモ法律ノ成案ヲ確定スルハ大權ニ非ラス、議會ノ權力ナリ、裁可ノ大權ハ唯議會議定ノ成案ニ對シテノミ行ハル。裁可スルトセサルトハ固ヨリ議會ノ干涉ノ外ニ在ルノ自由ノ大權ナリ、然レトモ其ノ裁可スルノ實質條規ハ必ス議會ノ議定ヲ經タル者ニ限ル、法律ハ裁可ノ大權ニ由リテ成ルト雖、立法ノ手續ハ大權ノ行動ニ非ス、故ニ立法手續ヲ以テ大權事項ヲ規定スルハ仍大權ヲ以テスルモノナリト謂フコトヲ得サルナリ。』

按スルニ、法律ヲ以テ大權事項ヲ規定スルコトヲ妨ケストスルノ論ハ往往ニシテ學者及政務當局者ノ間ニ之ヲ聞クコトアリ。是レ或ハ全

然茲ニ謂フ大權事項ノ觀念ヲ否認スルニ出ツルアリ此ノ如キハ論外ナリ。之ヲ否認セサル者モ仍且ツ或ハ謂フ、勅令ヲ以テスルモ、法律ヲ以テスルモ、共ニ天皇ノ親裁ニ係ル、何ソ必シモ之ヲ勅令ノ公式ニ限ルコトヲ爲サン、且ツ君主自ラ好テ之ヲ議會ノ協賛ニ付ス是レ即チ大權親裁ノ自由ナリ、之ヲ禁止スルモノトセハ是レ即チ大權親裁ノ自由ヲ妨クルノ事タラント。此ノ論似テ非ナリ。此レ君主主權ノ本來ノ自由ヲ談スルノ立法ノ議トシテハ則チ可ナリ、之ヲ現行憲法ノ條規ノ論トシテハ憲法全體ノ結構ヲ無意義トスルニ終ランノミ。憲法百般ノ形式、皆本、君主自由ノ意思ニ歸セサルナシ、憲法夫レ自身全ク君主自由ノ親裁ニ係レハナリ。若大權、立法權、共ニ君主ノ權力ニ歸スルカ故ニ之ヲ殊別スルヲ要セストセハ、憲法果シテ何ノ用ヲカ爲サン、或者ノ論ノ如クセハ三權ノ別、法令ノ格式、何等意義ヲ爲ササルノ事ニ歸センノミ。蓋、此ノ類ノ論ハ憲法ノ大權事項ノ列記ヲ視テ、大權亦爲シ能フノ事物ノ標準例示ニシテ、必ス之ヲ大權ニ須ツノ義ニ非ストシ、隨ヒテ亦必シモ立法權ニ依ルヲ妨クル者ニ非ストスルニ出ツルナリ。此ノ論遂ニ大權ノ獨立ヲ否認スルニ終ルコト前ニ辯スルカ如シ。』

憲法上ノ大權事項ハ亦之ヲ官府ニ委任シテ定メシムルコトヲ得ス、大權ノ委任ヲ非トスルノ理由ハ即チ之ヲ非トスルノ理由ナリ。或ハ曰ハン、官府ニ委任シテ大權事項ヲ定メシムルハ大權ヲ委任スルニ非ス、大權ヲ以テ大權事項ヲ定ムルノ方法ヲ定ムルモノナリ、故ニ大權親裁ノ義ニ戻ラスト、是レ言語ヲ翻弄スルノ詭辯ノミ。憲法ハ既ニ大權事項ヲ定ムルノ方法ヲ定ム、故ニ之ヲ大權事項ト謂フナリ、之ヲ定ムルノ方法ヲ定ムルハ更ニ大權ノ自由ナリトセハ、之ヲ大權事項トスルト否トハ大權ノ自由

ナリト爲スニ歸シ、憲法ノ列記明言ヲシテ無意義ノ事タラシムルニ終ラン、其ノ非ナル論ナキナリ。但シ大權事項ヲ規定スルコトヲ委任スルコトト、大權既定ノ事項ヲ官府ニ命シテ施行セシムルコトハ、全ク別事ナルハ亦言ヲ待タスシテ明カナリ、一ハ權限ノ付與ナリ、一ハ大權手足ノ延長ナリ、混スヘカラス。』

或ハ曰ハン、大權事項ノ制ハ議會ノ干渉ヲ排斥スルカ爲ニ存ス、故ニ之ヲ議會ニ委任スルノ不法ナルハ明カナリ、然レトモ之ヲ大權ノ下ニ在ル行政ノ官府ニ委任スルハ其ノ不可ナル所以ヲ見スト。此ノ論モ亦似テ非ナリ。是レ大權ト行政トヲ混シ、或ハ行政ヲ以テ單純ニ大權ノ延長ナリト爲スニ本ツクノ誤解ニ出ツルナリ。行政ノ官府ハ大權及立法權ノ定ムル所ヲ施行スルノ任ニ居ル單純ナル大權施行ノ機關タルニ非ス又固ヨリ大權及立法權ニ代リテ大權事項及立法事項ヲ定ムルノ地位ニ在ラス。大權事項、立法事項若ハ司法事項ニ非サルノ事項ハ、大權又ハ立法權ヲ以テ之ヲ行政官府ノ權限ニ委任スルヲ妨ケサルノミ。此ノ分界ヲ紛ルコトアラハ、三權憲法上ノ分立對峙ト、其ノ下ニ在ル行政トノ別ハ何ニ由リテカ立ツコトヲ得ン。行政各部ノ官制ヲ定ムルハ大權ノ行動タリト雖、其ノ官府ノ行動ハ大權ノ行動ニ非サル論ナシ。行政ノ官府ハ單純ニ大權ニノミ隷屬シ大權ノミヲ施行スルニ非ス、亦立法權ノ下ニ立チ其ノ施行ニ任スル者タリ。若、行政ノ官府ハ大權施行ノ機關ナルカ故ニ大權ヲ委任スルヲ妨ケストセハ、此レト同一ノ理由ヲ以テ亦立法權ヲ之ニ委任スルヲ妨ケサルヘシ。此ノ如クセハ、大權、立法權ノ憲法上ノ分劃ハ再ヒ之ヲ行政ノ觀念ノ下ニ混淆スルノ自由アラシムル者ニシテ其ノ非ナル知ルヘキナリ。大權、立法權互ニ之ヲ委任スルノ不可ナル所以ハ即チ之ヲ行政ノ官府ニ委任スルノ不可ナル所以タリ。行政トハ大權及立法

權ノ規定スル所ヲ施行スルノ官府ノ行動タリ、若、兩權ヲ之ニ委任セハ何ノ行政ノ特色カ之アラン、或者ノ論或ハ行政ノ觀念ニ於テ既ニ其ノ根本ヲ誤ル者ニハ非サルカ。』

按スルニ、所謂委任說ハ一般ニ、絕對ニ、之ヲ主張スルニ非サレハ理由貫徹セス、一般ニ、絕對ニ、之ヲ主張スルトキハ立憲ノ精神ハ茲ニ全ク滅ヲンノミ。立法權ハ之ヲ委任スルコトヲ得サルモ、大權ハ之ヲ委任スルヲ妨ケスト云ヒ、又ハ大權事項及立法事項中ノ、或種ノ者ニ委任スルハ妨ケナシト云ヒ、又ハ大權ハ之ヲ議會ニ委任スルヲ得サルモ、他ノ官府ハ之ヲ委任スヘカラス、或種ノ者ハ之ヲ委任スルヲ妨ケスト云フカ如キ、曖昧折衷ノ言說ハ概シテ論理不明ニシテ牴觸スル所多ク、未タ人ヒ心服セシムルニ足ルノ證明アルコトヲ聞カサルナリ。抑〻大權ト立法權トヲ分界シ、各〻其ノ畛域ヲ守リテ敢テ紛更スルコトナキヲ期スルハ實ニ立憲ノ大義タリ。此ノ二權力ノ混同ハ之ヲ何人ノ手ニ於テスルモ憲法ノ精神ニ背反ス、君主ト議會トノ間ニ於テ之ヲ不可トスルノミナラス、之ヲ行政官府ノ手ニ於テスルモ固ヨリ不可ナリ。若、大權ニシテ之ヲ行政官府ニ委任スルヲ妨ケストセハ、何カ故ニ立法權ハ之ヲ委任スルヲ得サルカノ理由アルコトナシ。君主ト議會トハ一切ノ權能ヲ行政ノ官府ニ委任シ、手ヲ撰テ虛位ニ居ラハ、是レ全然專制ノ舊ニ復スルモノナリ、憲法豈之ヲ期スル者ナランヤ。抑〻行政ノ任ハ大權及立法權ノ既ニ定ムル所ヲ施行スルニ在リ、此ノ如ク見ルニ非サレハ行政ノ地位ハ之ヲ解スヘカラサルナリ。而シテ大權及立法權ハ大權事項及立法事項ヲ定ムルノ外、尙憲法列記以外ノ諸般ノ施政ニ付法則ヲ定メ以テ行政ノ準規ヲ示ス。此ノ、大權及立法權ノ專屬ノ事項ニ非サル事務ハ法令ヲ以テ行政ノ機關ノ便宜裁量ノ自由ニ附スルコトヲ得

ヘシ、此ノ場合ヲ指稱シテ委任ト謂フ或ハ咎ムルニ足ラス、唯、大權及立法ノ事項ハ憲法ノ特ニ命シテ君主及議會ノ決定ニ須ツ者ナルカ故ニ之ヲ官府ノ自由ノ裁量ニ一任スルハ憲法ノ依託ニ反クモノト謂フヘキナリ。』

又世ノ誤解ヲ正ス爲ニ試ミニ自ラ問ヲ設ケテ自ラ之ニ答ヘン。問フ憲法第九條ニ天皇ハ法律ヲ執行シ秩序ヲ保持シ及公益ヲ增進スル爲ニ必要ナル「命令ヲ發シ又ハ發セシム」トアリ、是レ命令ノ大權ヲ委任スルノ自由ヲ認ムルモノニハ非サルカ、而シテ命令ハ大權事項ヲ規定スルノ公式ナルカ故ニ、命令大權ヲ委任スルノ自由ヲ認ムルハ即チ各種大權事項其ノ者ヲ規定スルノ權ヲ委任スルモノニハ非サルカ。答フ、然ラス、此ノ論數個ノ點ニ於テ前提ノ既ニ誤レルモノアルナリ。第九條ノ規定ハ其ノ條ニ指示スル事項ニ付テノミ適用アルモノニシテ他條項ニ關聯シテ大權行使ノ全體ニ付キテ謂ヘルニハ非サルナリ、例ヘハ第八條ノ命令ニハ固ヨリ第九條ノ命令ニ關スル規定ヲ適用スルヲ許ササルカ如シ。此ノ第九條ハ大權事項又ハ立法事項ニ非サルノ法令共同ノ自由ノ範圍ニ於ケル所謂行政命令ニ付キテノミ謂ヘルナリ、隨ヒテ茲ニ謂フ大權事項ニハ何等關係スル所ナキナリ。又第九條ニノミ付テ云フモ、之ヲ以テ大權事項ヲ官府ニ委任スルノ自由ヲ認メタルモノト謂フハ論理ニ反ス、「命令ヲ發シ又ハ發セシムル」ノ事是レ即チ大權事項ナリ、命令ヲ發スル事ノミ大權事項ニシテ、之ヲ「發セシムル」ハ大權事項ニ非スト謂フノ理ナシ。官府ヲシテ命令ヲ發セシムルハ大權事項ノ委任ニ非ス即チ大權ノ行使ナリ、若命令ヲ發セシムルノ權能ヲ官府ニ附與スルコトアラハ始メテ之ヲ委任ト謂フヘキノミ、此ノ點ニ於テ或ハ誤解アルニ似タリ。此レニ由リテ之ヲ觀レハ、憲法第九條

大權行動ノ範圍ハ極テ廣シ固ヨリ憲法上ノ大權事項ニ限ルニ非ス、事物ハ、事既ニ大權事項ノ規定ニ關スルニ非ス、又命令ヲ發シ又ハ發セシムト謂フト雖固ヨリ大權ヲ委任スルノ自由ヲ認メタルモノト視ルヘカラス。官府ヲシテ命令ヲ發セシムルコトヲ得ヘシ、命令ヲ發セシムルノ權ヲ有セシムヘカラス、此レヲ有セシムルハ即チ大權ノ委任ナリ、此ノ如キハ此ノ條ノ意ニ非サルハ蓋明白ナリトス。世人或ハ命令ヲ以テ大權其ノ者ト混同ス、故ニ「命令ヲ發シ又ハ發セシム」ト謂フ法文ヲ讀ミテ「大權ヲ行ヒ又ハ行ハシム」ト解シ、第九條ヲ以テ大權委任ノ事例ト爲スノ誤解アリ、此ノ如キ思想ノ混雜ハ勉メテ之ヲ避ケサルヘカラス、憲法ノ意ハ官府ヲシテ命令ヲ發セシムルハ亦大權ノ親裁專斷ニ由ヘキコトヲ定ムルニ在ルナリ。』

ヲ列擧シテ之ヲ限定スルコトヲ得サルナリ。憲法列記ノ大權事項ハ必ス君主ノ親裁專斷ヲ須ツモノニシテ議會ノ干涉ヲ許ササル所トス、故ニ特ニ揭明シテ其ノ義ヲ示スナリ、憲法ノ特ニ立法權若ハ司法權ノ爲ニ留保セサルノ事物ニ對シテハ、大權ハ亦一般ニ之ニ及フコトヲ得ヘシ、之ヲ大權自由ノ範圍トス。此ノ範圍ハ亦立法權ト共通ス、故ニ兩權ノ衝突ヲ避ケンカ爲ニ、憲法ハ此ノ範圍ニ於テハ、命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得スト規定ス、蓋同一ノ事物ニ付、法律命令各異ナルノ法則ヲ定メタルトキハ、法律ニ從フヘキヲ謂ヘルナリ。』

按スルニ、大權ノ觀念ニハ因襲アリ、君主全權ノ專制ヨリ來ル、故ニ特ニ之ヲ除外セサル限ハ國務ノ全般ニ及フヲ本則トス、是レ我カ憲法ノ主義トスル所ナリ、特ニ列記シテ大權事項トスル者ノ如キハ、事重大ナリト雖、大權行動ノ一僅少ノ部分タルノミ。立法權ト謂ヒ、司法權ト謂フ

カ如キハ、法章ノ定義ヲ待タスシテ、何人モ法律ノ制定タリ、民刑事件ノ裁判タルヲ感得スルナルヘシ、獨、大權ニ至リテハ其ノ名義ノ當然ニ特種ノ政務ヲ表示スルコトナシ、當然表示ノ範圍ナキハ即チ大政全體ニ及フヲ意味スルナリ。立法權ノ行動ハ大權ノ媒介ニ由リテ外部ニ對スル効力ヲ奏ス、司法權亦或ル意味ニ於テ大權ノ名義ノ下ニ裁判所之ヲ行フモノト解スルコトヲ妨ケサルヘシ、故ニ若憲法内部ノ權力分立ノ主義ヲ問ハス、唯、國家トシテノ外部ニ對スルノ交渉ノミヲ以テスレハ、大政一切大權ノ行動ニ依ルモノト觀ルヲ得ヘキナリ。然レトモ、憲法ノ用ハ國家内部ニ於ケル權力ノ分立、調和ヲ全ウスルニ在リ、故ニ權力ヲ分チテ復之ヲ綜合ス、此ノ意味ニ於テ茲ニ先ツ大權ノ範圍ヲ示シ以テ立法權、司法權トノ關係ヲ明ニスルナリ。所謂大權自由ノ事項ハ同時ニ亦立法自由ノ事項タリ。法令同一ノ田地ヲ耕ストキハ或ハ衝

突アラントス、故ニ憲法ハ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルノ力ナキコトヲ明示シ、以テ之ヲ調和ス、其ノ第九條ナリ。法律、勅令、本來當然ノ輕重ナシ、唯、憲法第九條ノ場合ニ於テノミ、特別ノ明言アルニ由リテ輕重ヲ爲スモノナリ、誤テ之ヲ此ノ第九條以外ニ及ホスコト勿レ。』

第四章　命令

命令ハ大權ニ由リテ制定シタル法則ヲ發布スルノ公式ノ總稱ナリ。大權ニ由ルトハ帝國議會ノ協賛ヲ經スシテ君主專ラ之ヲ發スルノ義ナリ。君主親裁、親署シテ發スル者ヲ勅令ト稱ス、官府ヲシテ發セシムル者ハ亦各、其ノ稱ヲ異ニス、閣令、省令、府縣令ノ如キ類ナリ。之ヲ總稱シテ命令ト謂フハ大權系統ニ由ルノ法則ヲ總括シテ以テ立法權ニ由ルノ法律ト相對比スルノ便ニ出ツルナリ。『

按スルニ、命令ト謂フ語、其ノ用例頗ル紛雜ニシテ一定シ難シ暫ク慣用ニ從フノミ。公式ノ稱謂トシテハ勅令、閣令、省令等ノ別アリテ命令ト謂フノ概括ノ稱目ナシ。蓋、憲法ニ命令ト謂フハ大權系統ニ由ルノ法則設定ノ公式ヲ總稱シ以テ立法權系統ニ由ルノ法律ト對照スルモノナリ。法律、命令ノ別ハ大權、立法權ノ分立ヲ認ムルニ於テ其ノ意義ヲ爲ス、立憲制ニ於ケル法令ノ分劃ハ權力分立ノ本義ヲ貫徹スルニ由ル者ナリ、然ルニ世上或ハ權力分立ノ主義ヲ排斥シテ尚且ツ重キヲ法律、命令ノ區別ニ置ク者アリ、予其ノ何ノ意タルヲ解スル能ハサルナリ。抑、公文ノ式樣ヲ分チ、又各、其ノ公式ニ伴フノ特別ノ効力ヲ認ムルコトハ、立憲ノ前後ニ通シテ之ヲ視ル、必シモ之ヲ憲法ノ特色ト謂フコトヲ得サルナリ、但シ大權系統ニ出ツルノ諸種ノ公式ヲ概括シテ命令トシ、以テ立法權系統ニ出ツルノ法律ト相對峙セシムルハ、分權ノ主義ニ顧ミルニ非サレハ其ノ用ヲ視サルナリ。法令ノ別ハ憲法上ノ分權ヲ代表スルニ於テ其ノ意義重要ナリ、勅令、閣令、省令等ノ別ハ公式ノ別タルニ於テ法律ノ勅令ニ於ケルカ如キノ關係アリトスルモ、是レ憲法上ノ分權ヲ代表スル者ニ非ス、故ニ行政法上ノ重要ノ問題タルヘクシテ今

茲ニ之ヲ論スルノ要ナキナリ。』

命令ノ公式

命令ノ公式ハ大權ニ由リテ制定セラルルノ法則ヲ發布スルカ爲ニ存スル公式ヲ以テ表示スルヲ例トス、命令ノ公式ハ主トシテ法則ノ設立ニ非サル者ハ多ク詔勅、其ノ他別段ノ公式ヲ以テ表示スルヲ例トス、命令ノ公式ハ主トシテ法則發布ノ爲ニ存スルナリ。然レトモ、此ノ公式ハ亦轉シテ法則以外ノ諸種ノ行爲ヲ爲シ、又ハ事實ヲ宣告シ、意見等ヲ表白スルカ爲ニ用ヰラルルコトアルハ法律ノ例ノ如シ。故ニ命令ノ形式ト其ノ內容トハ各、別ニ之ヲ視ルコトヲ要ス、今茲ニ命令ハ法則ヲ發布スルノ公式ナリト謂ヘルハ其ノ憲法上ノ本領ヲ揭明スルナリ。』

按スルニ、命令ハ法則ヲ發布ス、法則以外ノ事物ヲ發布スルハ便宜ノ轉用ニシテ其ノ本分ニハ非ス、此ノ義ハ、重要ナル大權ノ行動ニシテ法則ノ設立ニ非サル者ノ爲ニハ、詔勅其ノ他ノ公式ノ具ハレルニ視テモ亦明カナリ。或ル國ニ於テハ總テ法則ハ法律ヲ以テ定ムヘキモノトス、隨ヒテ命令ハ法則ニ非サルノ事項ヲ內容トスルモノトシ、命令ヲ以テ法則ヲ設定スルハ法律ノ特別ノ委任ニ由ルノ例外ナリト爲ス、命令ノ本領ハ法則ノ發布ニ在ラサルコトヲ主義トスルナリ。此ノ主義ハ我カ憲法ノ取ラサル所トス、法則ニ非サルノ事項ヲ命令ノ公式ニ於テ發布スルハ我ニ在リテハ寧、例外ノ事ニ屬スルナリ。此ノ異同ハ憲法ノ精神ノ係ル所頗ル大ナリ、蓋、彼ニ在リテハ立法權ト、大權トノ別ヲ其ノ實質ニ求メ、之ヲ法則ノ設定ト、其ノ執行ト、ノ差異ト爲シ、我ニ在リテハ兩權ノ別ハ、之ヲ其ノ形式ニ求メ、議會ノ協賛ヲ以テ行フト、君主親裁專斷スルト、ノ差異ニ在ル者ト爲スナリ。我カ法律及勅令ノ公式ハ共ニ主ラ法則ノ發布ノ爲ニ之ヲ用ヰル者トス。蓋、法令ノ別ハ內容ノ別ニ

非ス制定ノ手續ノ別ニ由ルナリ、此ノ理、彼我ヲ混シテ誤ルコトナキヲ要ス。此ノ故ニ命令ノ内容偶〻法則ニ非サルモ之ヲ命令ト謂フヲ妨ケス、命令ノ要旨ハ大權系統ニ由ルノ意思ノ表示ヲ分劃スルニ在リテ必シモ内容ノ如何ヲ表示スル者ニ非サレハナリ、命令ノ効力ハ各〻其ノ形式ト實質トニ視テ之ヲ分疏決定スヘク、一概ニ論定スヘカラスト謂フモ此レニ由ルナリ。』

命令ト法律トノ別

命令ハ法律ト共ニ國家意思ノ表示ナリ、而シテ之ヲ分ツハ大權、立法權ノ分立ニ由ル。大權、立法權ハ憲法ノ上ニ兩立對峙シテ上下優劣ノ等差ナシ、故ニ命令ト法律トハ本來同等ニシテ輕重アルコトナシ。若、法律命令ノ公式ノ別ナクンハ唯最後ノ意思ノ表示ニ依ルヘキナリ、然レトモ二者既ニ公式ノ別ヲ爲スニ於テハ各〻之ニ伴フノ効力ヲ保有スル者トス勅令ヲ以テ法律ヲ變更スヘカラス、法律ヲ以テ勅令ヲ變更スヘカラス、例外ハ憲法ノ明言ニ由ル。是レ特殊ノ公式ニ依ル者ハ亦同一ノ公式ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ改廢スルコトヲ得サルノ通則ニ出テ、又大權、立法權兩兩對峙シテ相侵ササルノ理ニ隨フ者ナリ。』

按スルニ、法律、命令ハ共ニ同シク國家意思ノ表示タリ、外國ノ學者或ハ法律ハ國家ノ意思ナリ、命令ハ政府ノ意思ナリト解說スル者アレトモ、此ノ論固ヨリ我ニ移スヘカラサルナリ。或ハ法律ハ國家直接ノ意思ナリ、命令ハ其ノ間接ノ意思ナリト謂ヒ、或ハ法律ハ國會ノ意思ナリ、命令ハ君主ノ意思ナリト謂フカ如キ、皆我カ國體政體ノ容レサル所タル論ナキナリ。外國ノ學者ハ法令ノ別ヲ意思ノ主體ノ別ニ求ム、我カ憲法ハ之ヲ表示ノ形式ノ別トス、意思其ノ者ノ區別ト爲ササルナリ、此ノ義、最注意スルヲ要ス。若意思ノ主體其ノ者ニ區別ナシトセハ、何ノ故

ニ其ノ表示ノ式樣ノ末ヲ分ツノ用アルカ、蓋、大權ノ行動トヲ外形ノ上ニ分チ、以テ相侵スコトナキヲ期スルナリ。抑〻立憲制ノ下ニ於ケル法令ノ別ハ、之ヲ權力分立ノ意義ニ懸ケテ之ヲ解スルニ非サレハ其ノ要領ヲ得サルヘキナリ。法律、勅令ハ同等ナリ、其ノ本然ノ性質トシテ輕重強弱ノ差等アルヘキノ理ナシ、二者共ニ同シク國家意思ノ表示ニシテ、而シテ大權、立法權、亦憲法ノ上ニ同等對峙スルノ權タレハナリ。法律、命令ノ間ニ當然ノ輕重ヲ謂フハ立法權ヲ以テ國家最高全能ノ權力トスルノ政體ニ伴フノ通則タリ、此ノ前提ナキノ國ニ於テハ、事全ク無意義ニ屬スルナリ。抑〻法令ノ公式ヲ分ツハ意思ノ淵源ヲ分ツニ非ス公式ニ伴フノ形式的效力ヲ保有セシメンカ爲ナリ。一定ノ公式ニ依リテ發布シタル國家意思ハ亦同一ノ公式ニ依ルニ非サレハ改廢セサルヲ通則トス、例外ハ法ノ明言又ハ事物ノ性質ニ由ル

ナリ。法律、勅令互ニ相改廢スルコトヲ得ス、是レ公式ヲ分ツノ結果ニシテ、亦大權、立法權ノ相侵スコトヲ許ササルノ理由ニ基ツケルナリ。』

命令ハ大權ノ發動タリ、此ノ公式ハ大權ヲ以テ大權ヲ行フカ爲ニ存ス。故ニ命令ヲ發スルノ權能ト範圍トハ即チ大權ノ權能及範圍タリ、法律ノ權能ク之ヲ左右シ得ル所ニ非サルナリ。若、法律ノ禁制又ハ委任ヲ以テ命令ノ權能及範圍ヲ伸縮スルコトアラハ、是レ法律ヲ以テ憲法ヲ紛更スルノ事タルヲ免レサルヘシ。』

按スルニ、本文ハ所謂委任命令ノ觀念ヲ排斥ス。命令ヲ發スルノ權ハ大權固有ノ權能ニシテ、法律ヲ發スルノ權ト共ニ憲法直接ノ規定ニ出ツ、固ヨリ法律ノ之ヲ與奪スル者ニ非サルナリ。或者ハ法則ヲ設定スルハ立法權ノ專權ニ屬シ、大權之ニ與ルヲ得ス、故ニ命令ヲ以テ法則ヲ

設定スルハ必ス法律ノ委任ニ由ルヘシト謂フアルモ、此ノ事何等憲法ノ上ニ徴證スヘキ所ナシ。我カ勅令ト謂フノ公式ハ法律ト共ニ、既ニ立憲ノ前ニ、主トシテ之ヲ法則設定ノ爲ニ用ヰタリ、而シテ憲法ハ之ヲ因襲シテ法律、勅令ノ稱謂ヲ掲ケ、別ニ其ノ内容ヲ限定スルノ明示ヲ爲ササルトキハ、之ヲ單ニ公式ノ別ト視ルヘク、之ヲ法則ト非法則トノ別ト視ルヘキノ理由ナキナリ。若、亦憲法果シテ法則ノ設定ヲ命令ニ禁止スル者ナランニハ、法律ヲ以テ之ヲ命令ニ委任スルハ、憲法ノ禁スル所ヲ許ス者ニシテ、之ヲ紛更スルノ事タランノミ。抑、大權事項ト立法事項トノ分界ハ憲法ノ列記ヲ以テ之ヲ明白ニス、命令ハ大權ニ從ヒ、法律ハ立法權ニ從フ、從タルノ法令ヲ以テ主タルノ權力ノ分界ヲ紛更スルコトヲ許ササルハ蓋明白ナリ。故ニ憲法ハ命令ヲ以テ立法ノ範圍ニ干渉スルノ必要ヲ見ル場合ニハ、特ニ明文ヲ掲ケテ之ヲ表示ス、此ノ明文例外ノ特ニ憲法ニ掲示セラルルハ即チ法律ヲ以テ之ヲ其ノ以外ニ濫用スルコトヲ禁止スルノ意タルハ徴證明白ナリ。抑、我カ憲法ニハ獨逸學者ノ謂フ獨立命令、委任命令ノ區別アルコトナシ。蓋其ノ獨立ト謂ヒ、委任ト謂フハ皆法律ニ對スルノ關係ヲ指スモノニシテ、凡ソ命令ハ法律ノ下ニ立ツ者ナルコトヲ前提トシテ謂ヘルナリ。我カ法律、命令ハ共ニ憲法直接ノ規定ニ出ツ、其ノ間本末源流ノ差ナシ、相對立シテ侵サス、之ヲ通則トス、例外ハ亦憲法直接ノ規定ニ由ルノ外、法律ノ左右シ能フ所ニ非サルナリ。故ニ予ハ命令ヲ以テ法則ヲ設定スルハ法律ノ委任ニ由ルト爲スノ說ヲ排斥ス、又法律ノ委任アラハ命令ヲ以テ法律ニ代ルコトヲ得ルノ說ヲ非難ス。歐洲ニ此ノ類ノ法理ノ行ハルルハ立法權最高全能ノ主義ニ依ルノ當然ノ結果タリ、我ニ此ノ前提ナシ何ソ其ノ論結ヲ引クヲ得ン、戒メサルヘケンヤ。』

命令ノ形式ニ伴フ効力

命令ノ形式ニ伴フ効力ハ即チ大權ノ効力ナリ、命令ハ大權ノ憲法上ノ權能ヲ代表スル者ナルコト、猶法律ハ立法權ヲ代表スル者ナルカ如シ。茲ヲ以テ命令ト法律トノ輕重ハ大權ト立法權トノ憲法上ノ關係ニ顧ミテ之ヲ謂フヘキモノトス。立法權ヲ以テ國家最高ノ權力トスル國ニ於テハ、事甚單純ナリ、法律ハ法律タルノ形式ノ爲ニ、常ニ必ス、命令ノ上ニ在リ、法律ハ命令ヲ變更スルコトヲ得ヘクシテ、命令ハ法律ヲ變更スルコトヲ得ス、之ヲ絕對ノ原則トス。我カ憲法ノ上ニ於テハ大權ト立法權トハ同等ニ對峙シ相侵スコトヲ許サス、而シテ勅令ノ本領ハ大權事項ヲ規定シ、法律ノ本領ハ立法事項ヲ規定スルニ在リ、故ニ勅令ト法律トハ對等ニ兩立シ相侵スヲ得サルヲ原則トス、例外ハ憲法ノ明文ニ依ル、其ノ第八條及第九條ノ如キナリ。法律、勅令ノ公式ハ其ノ本領ノ外ニ、他ノ事物ヲ規定スルカ爲ニモ用キラルルカ故ニ、其ノ効力亦原則ノ外ニ渉ルコトアルナリ、憲法第八條ニ依リ立法事項ヲ規定スルノ勅令ハ法律ト同一ノ効力ヲ有シ、憲法第九條ニ依リ自由事項ヲ規定スルノ勅令ハ其ノ効力法律ノ下ニ在ルカ如シ。』

按スルニ、立法權ヲ以テ最高全能ノ權力トスルノ國ニ於テハ事甚單純ナリ、法律ハ絕對ニ命令ノ上ニ在ル者トス。我カ憲法ハ權力ノ分立對峙ヲ主義トス、故ニ大權ヲ代表スルノ命令ハ當然ニ立法權ヲ代表スルノ法律ノ下ニ在ルヘシト爲スコトヲ得サルナリ。命令ノ効力ハ即チ大權ノ効力ナリ、而シテ大權ハ啻ニ、大權事項ヲ定ムルノミナラス、其ノ以外ノ事物ニ渉リ之ヲ定ムルコトアルハ既ニ詳論スル所アリ、命令ノ公式ハ總テ之ニ及フカ故ニ、其ノ効果モ亦一樣ナルヲ得サルナリ。然レトモ、法律、勅令ノ効力ノ本領ハ各、其ノ本來固有ノ畛域ヲ守ルノ場合

ニ視テ之ヲ比較スルヲ本則トス。故ニ法律、勅令ノ効力ハ原則トシテ本來對等ニシテ相讓ラサル者トス、其ノ本領ノ外ニ出テタルノ場合ニ於ケル効力ノ輕重ハ、憲法別ニ明言アリ、或ハ二者効力ヲ同フシ（第八條）、或ハ命令ハ法律ノ下ニ在リ（第九條）、命令ノ効力ハ一概シテ論斷スヘカラサル知ルヘキナリ。』

法令ノ輕重ヲ說クニ、君主及議會ノ二個ノ意思ニ出ツルト、君主一人ノ意思ニ出ツルトノ別ヲ以テ、法律ハ絕對ニ、命令ノ上ニ在ルノ當然ノ理由アリト爲ス者アリ。此ノ論似テ非ナリ。契約ニ拘束力アルコトハ謂ハスシテ明カナリ、其ノ場合ニ非スシテ、二人ノ意思ハ一人ニ勝ルト謂フハ何等ノ意義ヲ爲サス、他人ノ我ニ贊成シタルト否トハ我ノ意思表示ノ法上ノ優劣ニ關係スル所ナキナリ。然ノミナラス此ノ論ハ憲法ノ大權事項ト立法事項トノ分立對峙ヲ無視シ、大權ノ獨立ヲ否認スル者ナリ。抑、大權事項ノ列記ノ精神ハ之ヲ議會干涉ノ外ニ置カントスルニ在リ、故ニ必ス其ノ規定ハ勅令ノ形式ニ於テスヘク、法律ヲ以テスルヲ許サス、若、君主及議會ノ兩個ノ意思ハ當然ニ君主一人ノ意思ニ勝ル者トシ、立法ノ手續ヲ以テ大權事項ヲ規定スルコトヲ得ヘシトセハ、憲法全體ノ構成ヲ顚覆スルノ事トナランノミ。時勢ニ出テタルノ憲法ハ亦時勢ニ依リテ之ヲ解セサルヲ得ス、我カ憲法ハ欽定ニ由ル、革命ノ時代ニ於ケル民會ノ橫議ニ成レル者ト趣ヲ異ニス。故ニ、一方ニ於テ民權ノ要求ニ顧ミ、議會ノ權域ヲ尊重スルト同時ニ、其ノ專橫ニ流ルルノ通弊ニ顧ミテ、亦大權固有ノ範圍ヲ憲法ノ明文ノ上ニ列擧シ以テ他ノ侵犯ヲ防カントスルナリ。此ノ折衷ノ憲法ハ亦折衷ノ精神ヲ以テ之ヲ解スヘシ、立法權最高萬能ノ主義ハ我ノ取ラサル所ナリ。』

命令ノ種類

命令ノ公式ハ本、大權ヲ以テ大權ヲ行使スルカ爲ニ具ハル、所謂憲法上ノ大權事項ノ爲ニ命令ヲ發スルハ其ノ當然ノ本領ニシテ法文ノ明言ヲ待タサル所ナリ。其ノ以外ノ範圍ニ渉リ命令ヲ發スルコトハ特ニ憲法ノ明言アルニ由ル、其ノ第八條及第九條ノ如キナリ。此ノ故ニ便宜命令ヲ類別シテ、大權命令、法律ニ代ルノ命令、及行政命令ノ三種トス、甲ハ憲法上ノ大權事項ヲ規定シ、乙ハ憲法第八條ニ依リ法律ニ代ルノ用ヲ爲シ、丙ハ憲法ノ規定ニ由リ、其ノ出所ヲ異ニシ、其ノ範圍ヲ分チ、其ノ效果ヲ同フセス、之ヲ類別スルハ即チ憲法ノ規定ヲ明白ニスル所以ナリ。』

命令ノ効力ノ異同

大權ノ行動ニ屬スレトモ、命令ノ規定スル事物ニ限ラス、立法事項ニ渉ルコトアリ（憲法第八條）、大權、命令ヲ發スルハ常ニ必ス大權ニ基ケトモ（憲法第九條）、又法則ヲ設立スルハ命令ノ主要ハ必シモ大權專屬ノ事項ニ限ラス、立法權共通ノ事物ナルコトアリ

ナル職分ニ屬スレトモ、法則以外ノ處分、判決其ノ他諸種ノ法律行爲又ハ事實ノ告白、意見感情ノ發表ノ類ノ事ヲ其ノ內容トスルコトヲ妨ケス。此ノ故ニ命令ハ概括シテ一樣ニ其ノ效果ヲ斷スヘカラス、各、其ノ種類ニ由リ形式的效力ヲ異ニシ、又其ノ各個ニ付テ其ノ實質的ノ效力ヲ同フセサルコトアルナリ。』

按スルニ、命令ノ種類ヲ分ツハ諸說由來多樣ナリ、其ノ用不用ハ之ヲ分ツノ目的如何ニ由ルノミ。所謂獨立命令、委任命令ノ別ハ立法權最高全能ノ主義ノ政體ニ於テ其ノ存在ヲ視ルモノニシテ我ニ其ノ用ナシ。其ノ他法規命令ト行政訓令トヲ分チ、又ハ公益命令、警察命令等ノ別ヲ立ツルハ、憲法上ノ命令ノ一類タル其ノ第九條ノ行政命令中ノ細目ヲ分ツニ過キス、或ハ行政法ノ說明ノ爲ニ便ナルコトアランモ憲法上ノ分類ニハ非サルナリ。憲法上ノ分類ハ命令權ノ出所、範圍、及效力ヲ

明白ニシ之ヲ混同セサルコトノ爲ニスルナリ。此ノ目的ノ爲ニハ我カ憲法ノ明文ノ指示スル所ニ依リ、之ヲ大權命令、法律ニ代ルノ命令、及行政命令、ノ三種ニ分ツヲ以テ最適當ナリトス、三者各、憲法上ノ根據ヲ異ニシ、其ノ規定スル事物ノ範圍ヲ分チ、其ノ法律ニ對スルノ効力ヲ同フセサルカ故ナリ。此ノ分類ハ予ノ私見ニ非ス憲法明文ノ指示スル所ナリ、世論之ヲ容ルルニ吝ナルハ憲典ヲ讀ミテ之ヲ解セサル者ト謂フヘシ。蓋、憲法上法律ハ一種ナレトモ命令ハ三種アリ、推理上概括シテ命令ト謂フノ便ニ從フモ實ハ抽象的ニ命令ナル者アルニハ非サルナリ。法律ニ付テハ其ノ形式及實質ニ伴フノ効力ヲ一括シテ之ヲ述フルコトヲ得ルモ、命令ニ付テハ各類各別ニスルニ非サレハ之ヲ說クコトヲ得サルナリ。實ハ此ノ三類ノ命令ハ各、其ノ公式ヲ異ニスルヲ正當トス、予此ノ事ニ關シ積年ノ論アレトモ行ハレス、現今ノ制三類全ク異ナルノ事物ヲ勅令同一ノ公式ヲ以テ之ヲ發布スルカ故ニ、其ノ効果ノ如何ヲ問題トスルトキハ、其ノ外形ニ依ルコト能ハス、其ノ內容ヲ檢セサルヲ得サルナリ。同シク勅令ト謂フモ一ハ法律ノ爲ニ變更セラルルコトナク、一ハ法律ヲ變更スルノ力アリ、一ハ法律ノ爲ニ變更セラルル者トス、勅令トシテノ標目ハ唯大權ノ行動ニ由ルト謂フノ外効果ノ一致ナキナリ。法律ニハ其ノ効力ノ概括ノ論アリテ、而シテ今茲ニ命令ニハ其ノ概括ノ論ナキハ此ノ故ナリ。所謂大權命令、法律ニ代ル命令及行政命令ノ類別ハ、唯、實質內容ノ別ノ爲ニスルニ非ス、形式的効力ノ異ナルニ出ツ、憲法既ニ其ノ區別ヲ明示ス公式ハ之ニ從ヒテ之ヲ分タサルヘカラサルナリ。予ノ竊カニ希望セシ所ハ、憲法第八條及第九條等ノ勅令ハ各、其ノ條ニ依ル旨ノ上諭ヲ附スヘシト謂フニ過キス。勅令ヲ以テ大權事項ヲ規定スルハ勅令本然ノ分ト觀ルコトヲ得

へシ、故ニ所謂大權事項ヲ規定スル者ハ、概括シテ單純ニ勅令ト謂ヒテ其ノ基ツクノ憲法正條ヲ援引スルヲ要セス、法律ニ代ルノ勅令及行政命令ハ各〻憲法特別ノ規定ニ依ル、故ニ各〻其ノ根據トスル所ノ正條ヲ上諭ニ援引シテ各〻其ノ公式ヲ分ツ亦便宜ノ事ニ屬スト信セシナリ。第八條ニ付テハ其ノ事アリ、第九條ニ付テ其ノ事行ハレサリシハ即チ世論ノ予ノ謂フ大權命令ト行政命令トノ別ヲ認メサルニ由ル、此ノ區別ヲ認メサルノ結果ハ形式上、法律ヲ以テ大權事項ヲ侵スコトヲ是認スルノ事ニ終ランノミ。予ノ論ト世論トノ相異ハ區區公式ノ如何ニハ非ス、大權事項ノ法律ニ對スル獨立ヲ認ムヘキヤ否ニ存ス、大憲根底ニ於テ其ノ見各〻合ハサル所アルヲ免レサルナリ。』

大權行使ノ形式

大權ヲ行使スルノ形式ハ憲法之ヲ限定セス、詔、勅、命令ノ稱謂ハ憲法ノ條文中ニ見ユ、然レトモ大權行使ノ形式ハ之ニ限ルノ意ニハ非サルナリ。大權ノ行使ハ口語ヲ以テスル場合アリ、文書ヲ以テスル場合アリ、命令ハ其ノ文書ヲ以テスルノ場合ニ於ケル形式ノ一ナリ、此ノ形式以外ニ、更ニ大權ヲ以テ大權行使ノ公式ヲ定ムルコトヲ妨ケサルナリ。蓋、憲法ノ精神ハ大權ヲ以テ法則ヲ設定スルニハ命令ノ形式ニ於テスルヲ本旨トスルコト、立法權ヲ以テ法則ヲ設定スルニハ法律ノ形式ニ於テスルヲ本旨トスルカ如キナリ。而シテ詔及勅ハ王命ヲ稱謂スル者タル古來用例アリ、文書ヲ以テスル場合ニハ詔書勅書ノ公式アリ、是レ主ラ法則ノ設定ニ非サルノ事項ニ付之ヲ用キルモノトス。單純ナル意見ノ表白若ハ特定ノ行爲ハ法則ヲ變更スルコトヲ得サルモノトス、是レ法則ノ法則タル性質ニ伴フテ具有スルノ効力ニ出ツ。故ニ通常ノ場合ニ於テ、勅令ノ内容ハ法則ニシテ詔、勅ノ内容ハ意見ノ表白若ハ特定ノ行爲ナルトキハ、詔、勅

ヲ以テ勅令ヲ變更スルヲ得サルモノトス、兩兩對立シテ相戻ルナシ各、其ノ内容ヲ異ニスレハナリ。』

按スルニ、憲法ノ、大權ノ行動ト他ノ憲法上ノ權力ノ行動トノ分界ヲ定ムルハ專ラ政務ノ實質ニ依ル、其ノ公式ノ別ハ從タルノ事ニ屬スルナリ。或ハ之ヲ顚倒シ、立法權ノ範圍ハ法律ノ制定ナリト謂フアルモ、實ハ何等特定ノ意義ヲ爲サス、問ヲ以テ問ニ答フルニ過キサルナリ。法律、命令ハ共ニ法則ヲ設定スルノ公式ナリトスルモ、其ノ何ノ種類ノ法則ハ法律若ハ命令ヲ以テ定ムヘキカハ此レニ依リテ之ヲ明ニスルヲ得サルナリ。且ツ立法權ノ行動ハ因襲アリ法律ノ公式ニ於テスルヲ例トスルモ、大權ノ行動ハ其ノ性質上、法則ノ設立ノ外ニ、處分ヲ爲シ、施政ノ方針ヲ示シ、訓令ヲ與ヘ、事實ヲ宣告シ、意見ヲ發表スル等、其ノ態樣甚多端ナリ、故ニ詔、勅、命令其ノ他諸種ノ公式ノ別アリ。又命令ト詔、勅及其ノ他ノ公式トノ間ニ當然輕重ノ差アルコトナシ、唯、其ノ内容ニ視テ其ノ効果ヲ知ルコトヲ得ヘキノミ。

通常ノ場合、命令ハ法則ヲ内容トシ詔、勅ハ法則以外ノ事物ヲ内容トス、故ニ詔、勅ヲ以テ勅令ヲ變更セサルモノトス、然レトモ憲法ノ明言アル場合ニ於テハ、詔、勅ヲ以テ法令ノ作用ヲ停止シ若ハ廢除スルコトナシトセス、凡ソ命令、詔、勅ノ類ノ公式ノ別ハ、大權ノ行動タルヲ表示スルノ外ニ、當然其ノ形式ニ拘ハリテ其ノ優劣强弱ノ差ヲ謂フ能ハサル者アルナリ。凡ソ法令ノ形式ニ付輕重ヲ謂フハ其ノ實質ヲ同フスル者ニ於テスルノミ、實質同シカラサルトキハ其ノ形式ニ拘ハリテ其ノ輕重ヲ謂フ能ハサルナリ。』

第五章　大權命令

大權命令ハ憲法上ノ大權事項ヲ規定スルノ命令ナリ。』

憲法上ノ大權事項トハ天皇ノ親裁專斷ニ屬スヘキコトヲ憲法上ノ要件トスル者ニシテ、帝國議會ノ之ニ干渉スルコトヲ許ササルノ事項ヲ指稱ス。』

司法權ノ行使ハ議會之ニ干渉スルヲ許サス、然モ君主ノ親裁ニ屬セス、立法權ノ行使ハ君主ノ權力ニ係ルト雖亦議會ノ協賛アルヲ要ス、故ニ二者共ニ茲ニ謂フ大權ノ事項ニ非サルナリ。獨、憲法ノ條項ニ特ニ或種ノ事項ヲ列記シテ天皇ノ親裁專斷ニ屬セシメタルモノハ、之ヲ議會ノ容喙ノ外ニ置クノ精神ニ出テタルコト明白ナリ、前ノ二者ト分ツカ爲ニ、特ニ之ヲ憲法上ノ大權ト稱シ、其ノ事項ヲ大權事項ト謂ヘルナリ。』

命令ヲ發スルハ固ヨリ大權ノ事項ナリ。然レトモ命令ハ意思表示ノ方式タリ、內容トシテ如何ナル事項ヲ規定スルカハ更ニ別ノ問題ニ屬ス。其ノ內容カ亦憲法上ノ大權事項ナルトキハ之ヲ茲ニ大權命令トシ、以テ大權事項以外ノ事物ヲ內容トスルノ命令ト分ツナリ。而シテ之ヲ分ツハ其ノ效力ノ特徵ヲ明白ニスルニ於テ用アルニ由ルナリ。』

按スルニ、立法權ヲ以テ國家最高全能ノ權力トスルノ國ニ在リテハ、事甚單純ナリ、憲法ノ解說トシテハ法律ト命令トヲ區別シ、命令ハ一切法律ノ下ニ在ル者トスルノ外、特ニ命令ヲ分類シテ其ノ效力ヲ論スルノ必要ナシ。由來學者ノ獨立命令、委任命令、執行命令等ノ別ヲ謂ヒ、又ハ公益命令、警察命令ヲ分ツカ如キハ、命令ノ內容ヲ類別スルノ行政法上ノ問題タルニ過キス、憲法上命令ノ法律ニ對抗スルノ效力ニ關スル所ナキナリ。大權、立法權ノ對等ニ峙立スルノ我カ憲法ニ於テハ、事此ノ

如ク單純ナル能ハス、兩權ノ交涉ハ事物ニ拘ハリ、塲合ニ依リ、犬牙相錯リテ一定セス、故ニ法律ト命令トノ效力關係ヲ明ニスルニハ、憲法ノ條規ニ隨ヒ、法律ニ對抗スルノ關係ヨリ視テ、大權命令、法律ニ代ルノ命令、及行政命令、ノ三種ヲ分チ、之ヲ揭明スルコトヲ要スルナリ。茲ニ先ツ大權命令ヲ揭ク、是レ單純ニ命令ハ大權事項ヲ規定スルコトアルノ當然ノ事實ヲ述ヘ、無用ノ煩雜ヲ加フルモノニ非ス、此ノ命令ハ憲法特種ノ效力ヲ有スレハナリ。然ルニ予ノ謂フ大權命令ノ觀念ハ世上或ハ之ヲ無用ナリトスルノ論アリト聞ク。之ヲ無用ナリトスルハ憲法上ノ大權事項ノ存立ヲ否認シ大權ノ獨立ヲ無視スルノ事ニ歸ス。抑〻大權ノ獨立ハ我カ憲法ノ柱軸タルコト、予既ニ反復之ヲ詳論セリ、茲ニ謂フ大權命令ノ觀念ハ其ノ必然ノ結果タルコト論理明白ナリト信ス。若之ヲ無用ナリトスル者アラハ、請フ之ヲ其ノ根底ノ大義ニ於テ爭ハン、今、命令公式ノ末ニ付テ之ヲ論スルヲ得サルナリ。』

凡ソ命令ヲ發スルハ大權ノ事項ナリ、然レトモ命令ノ規定スル所ハ必シモ所謂大權事項タルニハ非ス、大權行動ノ範圍ト、憲法上ノ大權事項ノ範圍トハ同シカラス、之ヲ混スヘカラサルコト前ニ詳說セリ、大權命令ノ觀念ハ此ニ由ルナリ。今ノ公文慣例ハ、大權命令ト、憲法第九條ニ依ル行政命令ト、ノ公式ヲ分タス、相通シテ單ニ勅令ト謂フ、其ノ憲法上ノ出所ヲ表示セサルナリ。蓋、是レ誤解ノ結果ニシテ、亦誤解ノ原因ヲ爲スモノニ似タリ、深ク大權獨立ノ趣旨ヲ解セサルカ故ニ、公式ノ外形ヲ分タス、亦外形ヲ分タサルカ故ニ、大權獨立ノ觀念ヲ韜晦ニスルノ虞アルナリ。竊ニ惟フニ、勅令ノ本領ハ固ヨリ大權事項ヲ規定スルニ在リ、之ヲ其ノ以外ノ事物ニ及ホスハ理ニ於テ例外ト視ルヘシ、故ニ勅令ヲ以テ大權事項ニ非サルノ事項ヲ規定スルノ塲合ニ於テハ、各〻其ノ上

論ニ憲法上ノ出所ヲ援引シテ之ヲ分ツコトヲ便トス、事少シモ煩ナラス、憲法第八條ニ依リ、若ハ其ノ第九條ニ依ル旨ヲ表示スルヲ以テ足ルナリ。今ノ成例ハ此ノ如クナラス、大權命令ト行政命令トハ、外形式樣ノ上ニ之ヲ表明スルコトナシト雖、憲法上ノ大權命令ノ特殊ノ効力ハ毫末モ公文式樣ノ混同ノ爲ニ滅却セラルルモノニ非ス。ヨシ同一勅令ノ條項中、一ハ大權事項ヲ規定シ、一ハ憲法第九條ノ事項ヲ規定スルコトアルモ、外形ノ混同ノ爲ニ各〻其ノ憲法上ノ効果ヲ失フ者ニハ非サルナリ。此ノ故ニ、予ハ大權命令ト行政命令トヲ殊別シテ其ノ特質ヲ揭明シ、以テ之ヲ憲法第九條ノ命令ト分ツナリ。』

大權命令ノ効力

大權命令ノ効力ハ法律ニ對シテ獨立ナリ、法律ノ爲ニ變更セラルルコトナク、又法律ヲ變更スルコトナシ、兩〻對峙シテ相侵ササルナリ。此ノ効力ハ憲法上ノ大權事項ノ獨立ヨリ來ル。蓋、大權事項ノ列記ノ精神ハ大權モ亦之ヲ爲スコトヲ得ト謂フニハ非ス、寧、議會ノ干涉ヲ排斥スルノ意ニ在ルナリ。法律、命令共ニ君主ノ意思ニ出ツル者ナレトモ、法律ハ必ス議會ノ議定ニ待ツ、故ニ法律ヲ以テ大權ノ事項ヲ規定スルハ憲法ノ意ニ非ス、隨ヒテ法律ノ規定ハ大權命令ノ規定ト抵觸スルコトアリトスルモ、之ヲ變更スルノ力ナキナリ。憲法ハ大權、立法權、各〻其ノ固有ノ畛域ヲ明劃シテ相抵觸侵犯スル所ナカラシム、此ノ故ニ法律ト大權命令トハ各〻獨立對峙シテ相戻ラサルナリ。』

按スルニ、大權命令ノ効力ハ大權獨立ノ効力ナリ、大權ノ獨立ハ大權事項ノ列擧ニ由リテ完タシ、若大權ノ獨立ヲ認メサルトキハ特ニ之ヲ行政命令ト分ツノ用ナキナリ。大權ノ獨立トハ立法權ニ對スルノ謂ナリ、立法權ヲ以テ最高全能ノ權力トスル政體ニ在リテハ固ヨリ大權獨

立ノ觀念アルヘキ理ナシ、歐洲ノ國法論ニ、或ハ「特權命令」ト謂フノ稱目アレトモ、是レ法律ノ付與スル君主ノ特權ヲ行使スルノ命令ノ意義ニシテ、固ヨリ法律ニ對抗スルノ力アルコトナシ、茲ニ謂フ大權命令トハ全然其ノ品質ヲ異ニスルナリ。蓋、歐洲ノ政治論ハ憲法ヲ視テ以テ君主ト國會トノ勢力範圍ノ協約ナリト爲スノ風アリ、之ヲ以テ君主及國會ヲ拘束スルノ國家主權ノ絕對ノ命令ナリト解スルニハ非サルニ似タリ。此ノ故ニ大權、立法權ノ畛域分劃ノ如キ、又ハ法律、命令ノ輕重ノ如キ、憲法ノ規定ハ君主國會之ヲ爭フノ塲合ニノミ其ノ適用ヲ視ルヘク、當事者ノ間異議ナキニ於テハ、之ヲ無視スルモ立憲ノ精神ニ反セサルモノトス、是レ或國ニ於テ權力分立ノ憲法ノ下ニ議院專制ノ政體ノ行ハルル所由ナリ。人ノ英國ノ政治ヲ談スルヲ聞クニ、多クハ其ノ實際ト法則トノ合一セサルヲ謂フ、實際ト法則トヲ矛盾スルニハ非ス、彼ノ

憲法ノ法則ハ其ノ法理上、君主及國會ノ一致スル所ヲ不法トスルノ効力ナキナリ。我カ憲法ハ國家絕對ノ大法ナリ、政府ト議會ト共謀シテ其ノ適用ヲ免レ得ヘキモノニ非ス。法律ヲ以テ大權命令ヲ變更スルコトヲ許ササルハ憲法ノ規定ナリ、法令共ニ君主ノ意思ニ出ツルカ故ニ、其ノ公式ノ別ニ拘ハルヲ要セスト謂ヒ、若ハ大權之ヲ委任セハ法律ヲ以テ大權事項ヲ規定スルコトヲ妨ケスト謂フカ如キハ、概シテ大憲ノ神聖ヲ蔑視スルノ精神ニ出テサルハナシ、之ヲ警戒セサルヘカラサルナリ。』

大權命令ノ法律ニ對スルノ特質ハ法律ヲ變更スルコトナク、又法律ノ爲ニ變更セラルルコトナキニ在リ。法律、勅令、各〻相互ニ其ノ規定ヲ援引シテ自己ノ規定ノ內容ヲ補充スルコトハ固ヨリ之ヲ妨ケス、而シテ大權事

項ニ付テハ勅令ノ規定變更セラルルトキハ、之ヲ援引スルノ法律ノ規定ハ、當然ニ其ノ効ヲ失フモノトス、若兩樣ノ規定抵觸スルトキハ勅令ニ依ルヘキナリ。』

按スルニ、此ノ義明白ナルカ如キモ實際ニ顧ミレハ大ニ當局者ヲ警醒スルノ要アルヲ覺ユ。憲法既ニ大權命令ノ利器ヲ付與スルトキハ、政府ハ之ヲ用ヒ縱橫ニ其ノ政務ヲ料理シテ綽然餘地アルヘキナリ。然ルニ其ノ實際ヲ看レハ勅令ハ全然法律ニ對抗スルノ力ナキ者ノ如ク、躊躇トシテ唯法律ノ規定ニ觸レンコトヲノミ是レ懼ル、法律ハ儼然トシテ橫行シ敢テ憚ル所ナキナリ。此ノ如クニシテ、微細ノ事ハ既ニ法律ヲ以テ大權事項ヲ侵スノ例ヲ作レリ、今ニシテ其ノ漸ヲ杜スルノ用意ナクンハ何ソ他日重大ノ事ニ付之ヲ防クノ口實カアラン。軍事、外交、官制ノ如キ、事變ニ際スル臨機ノ措置ノ如キ、議院ニ對スル大權ノ如キ、官吏ノ任免、榮典ノ授與ノ如キ、憲法ノ之ヲ大權ニ留保セルハ其ノ意深シ、然ルニ、法律ヲ以テ、直接間接ニ、大權行動ノ自由ヲ束縛スルノ傾向アルヲ甘受スルニ至リテハ吾人甚之ヲ慨トスルナリ。我カ世上ノ通論ハ今尙歐洲五十年前ノ議院神聖ノ迷信ヲ脫却セス、法律全能ヲ當然ノ條理トシ、議院專權ヲ政治ノ上乘トス。世人ハ憲法ノ明文ヲ顧ミルノ勢ヲ取ラスシテ、議院及法律ノ專制ハ事ノ是非ニ關ハラス立憲當然ノ運命ナリト絕念スルカ如シ。此ノ一種ノ絕念ト、時勢ニ媚ヒルノ風潮ト、且ツ又立法權全能ノ歐洲憲法論ノ心醉トハ、相合シテ大ナルノ勢力ヲ成シ、我カ憲法ノ特質ヲ韜晦ニセントス、由來予ノ憲法論アルハ之ニ當ルカ爲ナリ、今茲ニ大權命令ノ大義ヲ明顯ニスルモ亦此ノ趨勢ニ對シ反省ヲ求ムルニ外ナラス。抑、政治ハ勢ナリ、冷靜ニ之ヲ觀察スルニ、人ハ個個ニ付テ謂ヘハ道理若ハ利害ニ由リテ行動スルカ如キモ、大

數ノ動作ハ之ヲ以テ解スヘカラス、多數ノ趨ク所ハ何等ノ理由ナクシテ多數亦之ニ趨クモノナリ。道理ニ非ス、利害ニ非ス、是レ則チ勢ナリ。○學者悟ラス、道理ヲ以テ世ノ風潮ヲ回サントス、是レ即チ學者ノ迂ナル所由ナルカ、予亦遂ニ迂濶ノ譏ヲ免レサルヘキナリ。』

大權命令及他ノ命令

大權命令ノ、他ノ命令ニ對スルノ特徵モ亦法律ノ爲ニ變更ヲ受ケサルノ事ニ存ス。憲法第八條ノ法律ニ代ル命令ハ法律ヲ變更スルノ力アレトモ、亦法律ノ爲ニ變更セラル、憲法第九條ノ行政命令ハ法律ヲ變更スルノ力ナクシテ、法律ノ爲ニ變更セラル、法律ノ侵スコトヲ得サルハ唯大權命令アルノミ。法律ニ代ルノ命令ハ大權事項ニ觸ルルコトヲ得ス、行政命令モ亦大權事項ニ觸ルルコトヲ得サルヲ趣旨トスレトモ、其ノ公式ヲ外形ニ殊別表示スルノ用意ナキカ爲ニ、往往ニシテ同一勅令ノ條項中、之ヲ混シテ規定スルコトアルヲ免レサルナリ。此ノ場合ニハ主ラ規定ノ實質ニ檢シテ其ノ作用ヲ區別スルコトヲ要スルナリ。』

按スルニ、同シク勅令ノ公式ヲ以テスルモ、憲法上ノ性質效力ハ此ノ如ク異ナルナリ之ヲ分類スルノ要アル知ルヘキノミ。大權命令ノ特徵ハ法律ノ爲ニ侵サルルコトナキニ在リ。法律ニ代ル命令ハ法律ト同一ノ效力ヲ有スルモ、法律ヲ排斥スルノ力ナキナリ、且ツ其ノ本領ハ立法事項ノ規定ニシテ、大權事項ニ渉ルコトヲ許サス。行政命令ハ立法權ノ下ニ於テ法律ノ空缺ヲ補充スルノ用ヲ爲スニ過キス、法律ヲ變更スルノ力ナクシテ法律ノ爲ニ變更セラルルハ當然ノ事ニ屬ス。此ノ二種ノ命令ハ效力輕重アレトモ、共ニ法律ヲ排斥スルノ力ナキコトニ於テ一致ス、大權命令ハ即チ此ノ排斥ノ力ヲ有スルニ於テ特殊ノ類ヲ爲ス者ナリ。此ノ特殊ノ效力ヲ明顯ニスルニハ之ヲ公式ノ外形ノ上

ニ於テ他ノ命令ト分ツコトヲ便トスルナリ。然レトモ慣例ハ公式ノ外形ヲ分タス、故ニ實質ニ檢シテ其ノ效果ヲ謂フノ外ナキナリ。偶〻軍ノ統帥大權ノ爲ニハ、軍令ノ公式アリ、以テ之ヲ他ノ者ト區別シテ大權命令タルコトヲ表示スルノ事ハアリ。然レトモ、大權個個ノ事項ニ付、個個ノ公式ヲ設クルハ、事、或ハ煩雜ニ失シ、又憲法上其ノ必要ヲ視ルコト少シ。大權事項ハ大權事項トシテ、其ノ何ニ關スルヲ問ハス、其ノ憲法上ノ效力ヲ有ス、故ニ之ヲ總括シテ一類ト爲シ、本來當然ノ勅令トシ、憲法上ノ特種ノ名義ニ由ル者ハ亦特ニ之ヲ表示シテ混淆ヲ防クヘキナリ。茲ニ謂フ軍令ハ大權命令ノ一例タルニ過キス特別ノ性格效力アル者ニハ非サルナリ。』

大權命令ノ公式ハ勅令タルコトヲ通例トス、然レトモ之ニ限ルニハ非ス。凡ソ大權ノ行使ハ口語ニ依リ、又文書ニ依ル、其ノ文書ニ依ル場合ニ於テモ勅令ノ外、詔書アリ、勅書アリ、其ノ他大權自ラ其ノ公式ヲ定ムルヲ妨ケサルナリ。詔、勅、勅令等ニシテ大權事項ヲ其ノ內容トスルトキハ即チ大權命令ノ效力アルナリ。又皇室典範ニ基ツク諸規則、宮內官制、其ノ他皇室ノ事務ニ關シ勅定ヲ經タル規程ニシテ發表ヲ要スルモノハ、皇室令トシテ之ヲ公布ス。皇室令ハ亦大權命令ノ效力ヲ有ス。』

按スルニ、大權行動ノ形式ハ其ノ事項ノ種類ノ雜駁ナルニ應シテ亦多樣ナリ、立法權ノ主トシテ法律ノ公式ニ依ルカ如キコト能ハサルナリ。法則ノ設立ハ主トシテ勅令ノ形式ニ依ルモ、大權事項ノ性質上、特定ノ措置ニ屬スル事亦多シ、是レ詔、勅、其ノ他ノ公式ノ具ハル所以ナリ。口語ニ依ルモ、文書ニ依ルモ、亦文書ノ公式ノ如何ニ拘ハラス、大權事項ヲ定ムル者ハ大權命令ノ效力ヲ有スルナリ。大權命令ノ本色ハ勅令ノ公式

ニシテ、勅令ノ本色ハ規則ノ發布ニ在ルカ故ニ、本章ノ說明ハ大權命令ヲ大權事項ニ關シ規則ヲ發布スルノ勅令ノ意義ニ於テ之ヲ述ヘタリ。然レトモ、其ノ法理ノ適用ハ勅令タルノ外形及ヒ規則タルノ內容ニ限ラス、專ラ大權事項タルコトニ係ルハ推シテ考フヘキナリ。又皇室令ハ其ノ名稱異ナレトモ亦勅令ノ一種ナリ、事ノ主トシテ皇室ノ事務ニ係ルカ故ニ、公式上之ヲ勅令ト分ツト雖、其ノ本質ハ大權命令ノ一類ト見ルコトヲ妨ケサルナリ。勅令ノ稱ハ由來大權ノ憲法上ノ行動ニ付テ之ヲ用ユ、然レトモ其ノ法律ニ對スルノ効力關係ヨリスレハ、大權ノ皇室典範上ノ行動モ、其ニ大權獨立ノ行動ニシテ、之ヲ發表スルノ皇室令ハ即チ大權勅令タル者ナリ。故ニ予ハ命令ヲ分類スルニ付大權命令ノ外ニ、別ニ皇室令ノ爲ニ其ノ目ヲ設ケサルナリ。』

法律ニ代ルノ命令

第六章　法律ニ代ルノ命令

法律ニ代ルノ命令ハ憲法第八條ニ依リテ發スル者ナリ。法律ニ代ルトハ法律ト同一ノ効力ヲ有スルノ義ナリ。故ニ此ノ命令ハ能ク立法事項ヲ規定シ、法律ヲ變更シ、而シテ他ノ命令ノ爲ニ變更セラルルコトナシ、一切法律ト同一ノ形式的及實質的ノ効力ヲ有スル者トス。』

按スルニ、憲法第八條ハ緊急ノ必要ノ爲ニ立法ノ變例ヲ開キタルモノニシテ、其ノ第三十一條ヲ置ケルトハ其ノ趣旨ヲ異ニスルナリ。第三十一條ハ、事變ノ場合ニ、法律ヲ顧ミス、臨機應急ノ處分ヲ爲スコトヲ大權ニ一任セルモノニシテ、其ノ形式ヲ問ハサルナリ。第八條ハ之ヲ大權ノ自由ニ委スルト謂フニハ非ス、緊急ノ場合ノ爲ニ立法ノ變例ヲ認メントス、事前ノ議會協贊ノ代リニ事後ノ承諾ヲ以テスルニ過キサル

ナリ、二者ノ場合ハ之ヲ混同スヘカラス。憲法第八條ニ天皇ハ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ發スト謂ヘリ。此ノ勅令ヲ發スルノ目的ニ顧ミ、法律ニ代ルト謂フノ文字ニ依リ、之ヲ解スルトキハ法律ニ屬スルノ効力ハ一切移シテ以テ此ノ勅令ニ屬セシメタルモノト視ルヘシ、若此ノ効力ヲ有シ能ハストセハ之ヲ發スルノ用ナキナリ。蓋憲法第八條ハ緊急ノ必要ノ爲ニ立法手續ノ變例ヲ設ケタルモノニシテ、其ノ變例ニ屬スルハ一ニ發布ノ手續ノ點ニ存ス、之ヲ法律ト呼稱セス法律ニ代ルノ勅令ト稱スルハ、先ツ大權ヲ以テ之ヲ發スルカ故ノミ、効力ノ點ヨリスレハ之ヲ法律ト視ルヲ妨ケサルヘキナリ。或說ニ、憲法第八條ノ勅令ハ法律ノ曠缺ヲ補充スルノ用ヲナスニ止ルヘク、法律ヲ變更スルノ力アルコトナシト謂フハ、之ヲ本條ノ明文ニ照シテモ、之ヲ其ノ精神ニ推シテモ、一モ根據アルヲ見ス。法文既ニ其ノ効力ヲ明言シテ法律ニ代ル

ト謂ヒテ而シテ更ニ法律ニ代ルヘキノ範圍ト程度トヲ限定セサルトキハ、法律ノ能クスル所ハ亦此ノ勅令ノ能クスル所タル知ルヘキノミ。若亦此ノ勅令ハ現行法ヲ變更スルノ効力ナキ者トセハ何ソ之ヲ以テ國家急迫ノ危機ヲ救フコトヲ得ン、或說ノ如キハ憲法ノ明文ヲ無視シ其ノ精神ヲ沒却シ、此ノ特例ヲシテ用ナカラシムルモノナリ、故ニ取ラス。又或說ニ、憲法第八條ノ勅令ハ法律ヲ停止スルノ効力アルモ、之ヲ廢止スルノ効力ナシト謂フモ誤解ナリ。此ノ勅令ハ法律ト同一ノ効力アルコト明文ノ示ス所ニシテ法律ヲ廢止變更スルノ自由ナル論ナキナリ。法律ヲ廢止變更スルノ勅令ヲ發シタルトキハ直ニ其ノ効力ヲ生シ且ツ事後ニ承諾ヲ得レハ其ノ廢止變更ハ將來永久ニ向フテモ亦確定ニ屬スルコト別ニ怪ムヘキナシ。承諾ハ新ナル立法ニ非スシテ既存ノ効力ノ追認ナリ若此ノ勅令ニシテ法律ヲ廢止變更スルノ力ナ

シトセハ何ソ承諾ニ由リテ新ニ之ヲ生スルコトカアラン事理ヲ混スヘカラサルナリ。』

此ノ勅令ヲ發スルノ要件

憲法第八條ニ曰ク、天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル爲緊急ノ必要ニ由リ、帝國議會閉會ノ場合ニ於テ、法律ニ代ルヘキ勅令ヲ發スト。凡ソ立法ハ先ツ議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ立憲ノ本則トス、然レトモ公共ノ安全ニ對スルノ危害ハ議會閉會ノ故ヲ以テ其ノ豫防救濟ヲ怠ルコトヲ許サス、是レ憲法ハ此ノ大權臨機ノ行動ヲ認ムル所由ナリ。而シテ此ノ臨機ノ大權行動ハ憲法ノ最濫用ヲ戒ムル所ナリ、故ニ條文其ノ場合ヲ限定スル頗ル嚴重ナリ。議會閉會中ニシテ、且ツ公安ノ防衛ノ爲ニ緊急ノ必要アルノ場合ノ外ハ此ノ大權ヲ行使スルヲ許ササルモノトス、此ノ義特ニ明文ヲ掲ケテ愼重ノ意ヲ示ス。』

按スルニ、法律ニ代ルノ勅令ヲ發スルコトヲ得ルノ要件ハ憲法第八條ノ規定頗ル峻嚴ナリ、其ノ濫用ヲ戒ムルノ意切ナル知ルヘキナリ。而シテ法文詳密明白ニシテ更ニ疑議ヲ遺セス、公安保持ノ爲ニ其ノ災厄ヲ避クルノ手段トシテ緊急已ヲ得サルノ場合ヲ限定シ僅ニ此ノ大權ノ自由ヲ許容スル者ナリ。次ノ第九條ノ行政命令ヲ發スルノ目的ヲ示ス場合ニ、「公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ增進スル爲ニ必要ナル命令ヲ發シ又ハ發セシム」ト謂ヘルニ比對シテ見レハ、戒飾ノ意自ラ明白ニシテ、單ニ公安公益ノ爲ニ必要ナリト謂フノ理由ヲ以テ此ノ勅令ヲ發スルコトヲ許スモノニ非サル亦知ルヘキナリ。又公安保持ノ爲ニ緊急ノ必要アラハ此ノ臨機ノ處置ヲ取ルヘキコトハ憲法ノ命スル所ニシテ、政府ノ義務ノ重要ナル者ニ屬ス、若之ヲ怠ルコトアラハ即チ憲法ニ反セン。然ルニ或ハ此ノ制度ヲ誤解シ、緊急ノ場合ニハ

政府ハ已ヲ得ス憲法ニ違反スルノ行爲ヲ敢テスルノ權アル者ナリト爲スアルハ矛盾ノ妄言ト謂フヘキナリ。憲法既ニ明文アリ、此レニ依リテ之ヲ行フ、固ヨリ當然合法ノ事ニ屬ス、何ノ違憲カ是レアラン。蓋、獨逸諸國ノ憲法ヲ說ク者或ハ此ノ論アリ、延テ我ニ及ホセルモノナルカ。抑緊急ノ必要ニ由リ、國會閉會ノ場合ニ、大權ノ行動ヲ以テ立法權ノ行動ニ代フルノ事例ハ歐洲諸國ニ於テモ亦之ヲ看ル所タリ、然レトモ其ノ憲法上ノ觀念ニ至リテハ彼我大ニ異ナル所アルナリ。之ヲ英國ノ事例ニ徵スルニ、憲法ハ此ノ臨機ノ權ヲ認メス、唯、政府ハ緊急ノ必要ニ由リ、事實上、違憲ノ行爲ヲ敢テスルコトアラハ、事後ニ國會ニ向フテ事情ヲ陳辯シ、違憲ノ罪ヲ謝シ、其ノ責任ノ解除ヲ乞フヘキモノトス。國會ニシテ之ヲ承諾スレハ政府違憲ノ責ハ茲ニ解除セラレ、其ノ措置ハ即チ合法ノ事トナル、若承諾ヲ得サレハ違憲ノ罪ハ政府之ヲ免ルルコトヲ得サルヘク、既遂ノ處分ハ違法ニシテ無效タルヘキナリ。此ノ事正ニ我カ憲法ノ觀念ト相反ス、然レトモ、之ヲ彼ノ立脚ノ地ヨリ見レハ尙論理ノ整然タルモノアルナリ。獨逸諸國ノ事例ニ至リテハ憲法ノ明文ヲ以テ之ヲ君主ノ大權ニ許スコト我ト異ナラサルニ拘ハラス、仍其ノ學說ハ或ハ之ヲ政府違憲ノ行動トシ、事後ニ國會ノ承諾アルニ由リテ始テ其ノ責ヲ免レ合法ノ措置トナル者ト解スルアリ、論理ノ矛盾亦甚シト謂フヘシ。蓋、英國ニ於ケル憲法ノ觀念ハ其ノ根本全ク我ト異ナル者アリ、彼ノ之ヲ視ルハ政府ト國會トノ間ニ於テノミ効力アル相互ノ協定約束タリ。故ニ違憲ノ行爲トハ當事者間ノ違約ノ行爲ニシテ、對手ノ追認ニ由リテ責ヲ免レ合法ノ事トナルハ怪ムニ足ラス、國會、政府共ニ異議ナキモ、違憲ハ即チ違憲ナリト謂フカ如キハ、英國ニ於テハ解スヘカラサルノ事ニ屬セン。唯、獨逸諸國ハ之ヲ憲法ノ明

文ニ掲クルコト我ト同シクシテ而シテ學說ハ仍之ヲ違憲ノ行爲トシ、責任ノ解除ヲ國會ノ追認ニ懸クルコト英國ノ觀念ノ如シ、非理ノ極ナリ。我カ學者獨逸ノ學說ヲ尊崇スル由來甚シ、延テ我カ憲法ノ解ヲ謬ル其ノ例多シ、所謂緊急命令ノ解ハ其ノ一ナリ愼マサルヘケンヤ。抑〻我カ憲法ハ統治權行動ノ絕對ノ法則タリ、固ヨリ議會ト政府トノ合意ヲ以テスルモ、之ニ違フコトヲ許スモノニ非ス。法律ニ代ルノ勅令ヲ發スルノ大權ハ大憲之ヲ揭ケテ日星ノ如シ、何ソ之ヲ違憲ノ行動ト謂ハン。議會ノ承諾ハ事專ラ將來ノ効力ニ係ル、法文特ニ意ヲ用ヒ疑議ヲ斷ツ、何ソ之ヲ過去ノ責任ノ解除ト謂ハン。外國ノ事例及學說ノ爲ニ我カ憲法ノ解ヲ誤ルヘカラサルナリ。』

此ノ勅令　憲法第八條第二項ニ曰ク、此ノ勅令ハ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出ス

ヘシ、若議會ニ於テ承諾セサルトキハ、政府ハ將來ニ向テ其ノ効力ヲ失フコトヲ公布スヘシト。蓋、憲法ハ緊急ノ必要ノ爲ニ變例ヲ認ムルト同時ニ、事後ニ必ス之ヲ議會自由ノ承諾ニ付シ、以テ凡ソ立法ハ議會ノ協贊ニ依ルノ本則ニ副ハントス欲スルナリ。』

此ノ勅令ヲ議會ニ提出スルハ將來ニ向テ其ノ効力ノ確認ヲ求ムルナリ、之ヲ發布シタルノ政策ノ當否ヲ問フモノニ非ス、又違憲ノ罪ヲ謝シ責任ノ解除ヲ乞フモノニモ非サルナリ。承諾トハ兩院一致ノ積極的ノ意思ノ表示ヲ指ス、一院之ヲ否トシ、又ハ議定セスシテ會期ヲ終ル亦承諾ナキナリ。承諾ハ既存ノ勅令ニ向テ其ノ當然有スルノ効力ヲ確認スルニ外ナラス、何等之ニ加減スル所ナシ、固ヨリ違法ヲ適法トシ、無効ヲ有効トスルノ、新ナル効果ヲ付スルモノニ非サルナリ。若議會ニ於テ承諾セサルトキハ政府ハ將來ニ向テ此ノ勅令ノ効力ヲ失フコトヲ公布スルヲ要ス

ノ議會提出及其ノ承諾

○將來ニ向テト謂フトキハ此ノ失効ハ既往ニ溯及スル者ニ非サルヲ明言シ、以テ或ハ此ノ勅令ヲ其ノ發布ノ時ニ溯リ之ヲ無効トスルノ疑議ヲ絶ツナリ、憲法ノ用意周到ナリト謂フヘシ。』

按スルニ、憲法カ、緊急ノ場合ニ於テハ命令ヲ以テ法律ニ代ヘ一時ノ急ヲ救フコトヲ許スト同時ニ、事後ニ必ス之ヲ議會ノ公議ニ付スヘシトスルモノハ、一ハ立法ノ常道ニ復センコトヲ欲シ、一ハ後日侃謗ノ公議ヲ憚リ初ニ其ノ濫用ヲ愼マンコトヲ欲スルナリ。此レ蓋憲法第八條第二項ノ用ノ在ル所トス。然レトモ此ノ條ノ解、學者由來異說アリ、一ハ之ヲ違法ノ勅令ヲ追認シテ合法トスル者トシ、他ハ之ヲ政府ノ過去ノ政策ヲ責問スル者トシ、各、其ノ豫斷ノ下ニ於テ之ヲ解釋スルナリ。憲法既ニ明文アリ大權之ニ則リテ之ヲ行フ、奚ソ之ヲ違憲ト謂ハン、既ニ違憲ノ事ニ非ス、奚ソ議會ニ向テ追認ヲ求メ之ヲ合法トスルノコトヲ爲サン。政府若、果シテ違憲ノ所爲アラハ叩頭陳謝シテ憐ヲ議會ニ乞ヒ、幸ニ責任ノ免除ヲ得タリトスルモ、之カ爲ニ違憲ノ勅令ノ變シテ適法トナルノ結果アルヘキノ理ナシ。又議會カ政府ノ過去ノ政策ヲ批評スルハ固ヨリ其ノ言論ノ自由ニ屬ス、憲法第八條ノ勅令ノ其ノ議ニ付セラルルニ當リ其ノ機ニ觸レ之ヲ發布シタルノ政策ノ得失ヲ討議スルハ亦自由ナリ、然レトモ是レ政策ノ批評タルニ止リ、法理上何等此ノ議決ニ伴フノ當然ノ効果アルコトナシ、其ノ政策ヲ是認スルモ、又ハ之ヲ否認スルモ、共ニ大權適法ノ過去ノ行動ニ對シ毫末モ其ノ効力ヲ輕重加減スル所ナキナリ。凡ソ此ノ類ノ論ハ西歐特殊ノ政治ニ視テ之ヲ言フノミ、我カ憲法ノ法理ノ解ニハ非サルナリ。議會ノ承諾アリタルトキハ既ニ有効ニ存立スルノ現行立法狀態ノ、仍舊ニ依リ當然ニ存續スルモノニシテ、新ニ何事ヲモ加減スルニハ非サルナリ。此ノ

勅令ハ有期ノ者ニ非ス他ノ一般法令ト同シク永久ナリ、其ノ効力ハ議會ノ開會ニ由リテ盡キ、更ニ承諾ニ由リテ之ヲ追加延長スルニハ非サルナリ。偶、議會ノ承諾ヲ得サルコトアラハ、此ノ勅令ハ將來ニ向テ其ノ効ヲ失ハン、將來ニ向テト謂ヘルハ、其ノ失効亦既往ニ溯リテ勅令ヲ無効トシ過去ノ處分ヲ顚覆スル者ニ非サルヲ明カニスルナリ。抑〻第八條第二項ニ依ルノ勅令ノ失効ハ即チ勅令ノ廢止ナリ、將來ニ向テノ失効トハ即チ廢止ノ義ニ外ナラス、蓋法文特ニ意ヲ用ヒ過去ノ立法行爲其ノ者ヲ無効トスルノ溯及力ナキコトヲ明言セルナリ。又此ノ勅令ノ失効ハ公布ニ由ル。議會不承諾ノ事實アラハ未タ公布ナキモ當然ニ勅令ハ其ノ効ヲ失フモノナリトスルニ非ス、此ノ事亦或ハ外國ノ緊急命令ニ關スル成例ト同シカラス注意スヘシ。』

此ノ勅令ヲ發スルノ範圍

法律ニ代ルノ勅令ハ法律ヲ廢止變更シ若ハ憲法上ノ立法事項ヲ規定スルカ爲ニノミ之ヲ發スルコトヲ得ヘシ、命令ヲ以テ規定シ能フノ事物ノ爲ニ此ノ勅令ヲ發スルコトハ憲法第八條ノ謂フ緊急ノ必要ナキナリ、故ニ之ヲ許ササルモノトス。』

按スルニ、法律ニ代ルノ勅令ハ緊急已ヲ得サルノ事由アルニ非サレハ之ヲ發スルコトヲ許サス、緊急ノ事由トハ法律ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ救フ能ハサルヲ意味スルナリ。若危害若ハ災厄ニシテ命令ヲ以テ之ヲ救濟シ得ヘキ場合ナランニハ、憲法第八條ノ意義ニ於テハ之ヲ緊急ト謂ハサルナリ。凡ソ法律ハ法律ヲ變更シ及立法事項ヲ規定スルノ外、所謂法令共同ノ範圍ニ於テモ亦活動ス。法律ニ代ルノ勅令ハ亦一切法律ノ爲シ能フコトヲ爲シ得ヘシトスルモ、所謂法令共同ノ事項ニ付テハ必ス法律ヲ要スルノ理由ナキヲ以テ、憲法第八條ニ依リ此

ノ勅令ヲ發スヘキノ緊急ノ要アルヲ見サルナリ。然ルニ事例ハ或ハ之ニ反シ、必然法律ヲ要セサルノ事項ニ付、尚此ノ第八條ニ依レル者アリ、予ハ之ヲ憲法ノ精神ニ非スト爲ス。法律ヲ以テ之ヲ規定スレハ他日命令ヲ以テ變更セラルルコトナキノ保障ハ即チ之アリ、然レトモ憲法第八條ハ急迫ノ危害ノ爲ニ臨機ノ手段ヲ取ルノ己ヲ得サルニ出ツ、豈他日悠遠ノ便宜ノ爲ニノミ之ニ依ルコトヲ許ス者ナランヤ。事理明白ナルカ如キモ世論ハ或ハ之ニ反ス、故ニ特ニ之ヲ言フ。』

此ノ勅令ノ廢止變更

法律ニ代ルノ勅令ハ憲法第八條第二項ノ塲合ヲ除クノ外ハ一切法律ト同一ノ形式的及實質的ノ効力ヲ有ス。故ニ此ノ勅令ノ廢止變更ハ亦法律若ハ法律ニ代ルノ勅令ヲ以テスルコトヲ要ス。茲ヲ以テ若第八條ノ勅令ヲ發シタルノ後、未タ議會ノ開會セサルノ前ニ於テ、公安保持ノ爲之ヲ廢止スルノ緊急ノ必要アラハ、更ニ亦第八條第一項ニ依リ、同質ノ勅令ヲ以テ之ヲ爲スヘク、第九條ノ命令ヲ以テスルコトヲ得サルナリ。』

按スルニ、憲法第八條ニ依リテ發シタル勅令ハ、議會提出ノ前後ヲ問ハス、法律又ハ第八條ニ依ルニ非サレハ之ヲ廢止變更スルコトヲ得サルハ當然ノ解トス。然ルニ、或說ニハ第八條ノ勅令ハ議會提出ノ前ニ於テハ之ヲ廢止スルコトヲ得スト云ヒ、又或說ニハ議會提出ノ前ニ於テハ之ヲ廢止スルハ自由ニシテ通常ノ勅令ヲ以テスヘク、第八條ノ要件ヲ具スルコトヲ要セスト云フ。蓋、二說共ニ其ノ當ヲ得サルナリ、機變ハ豫メ測ルヘカラス、昨之ヲ發シ今之ヲ廢ス、共ニ公安ノ爲ニ緊急ノ必要ニ依ルモノナリ、之ヲ發スルヲ許スモ之ヲ廢スルヲ許サストスルハ公安危害ノ急ヲ救フニ足ラサルナリ、前說ノ憲法ノ意ニ非サル知ルヘキノミ。又第八條ノ勅令ハ、未タ議會ニ提出セサルノ前ニ於テハ、緊急

ノ事由ナクトモ、自由ニ、且ツ通常ノ勅令ヲ以テ、之ヲ廢止スルコトヲ妨ケスト謂フハ、亦憲法ノ明文ノ上ニ於テ之ヲ許ササル所トス。法律ニ代ルノ勅令ハ其ノ發布ニ由リ既ニ法律ノ効力ヲ有ス、議會ノ承諾ニ由リテ始テ此ノ効力ヲ生スルニハ非サルナリ。議會提出ノ前既ニ法律ノ効力アルトキハ、之ヲ廢止スルニハ亦法律ヲ廢止スルノ憲法上ノ手續ヲ履ムコトヲ要スルハ其ノ理明白ナリ。而シテ議會閉會ノ場合ニ際シテ法律ヲ改廢スルハ此ノ第八條ニ依ルノ外ニ其ノ途アルコトナシ、緊急ノ事由ナクシテハ之ヲ改廢スルコトヲ許サス、第八條ノ勅令ハ亦第八條ニ依ルノ外之ヲ廢止スルコトヲ許ササル知ルヘキノミ。後說ノ、議會提出ノ前ニ之ヲ廢止スルハ緊急ノ事由ニ因ルヲ要セス、亦第八條ニ依ルヲ要セス、ト謂フハ憲法解釋ノ許ササル所タル蓋亦明白ナリ。」

憲法第八條ノ精神ヲ考フルニ、勅令ヲ以テ法律ニ代フルハ固ヨリ立憲ノ本旨ニ非ス、唯、緊急已ヲ得サルノ必要アルニ由リ此ノ變例ヲ設クルノミ。抑、立法ノ狀態ハ議會ノ協賛ヲ經ルニ非サレハ之ヲ變更セサルヲ憲法ノ本則トス、今、緊急ノ事由ノ爲ニ、議會ノ協賛ヲ經スシテ應變ノ措置ヲ爲ス、憲法ノ認ムル所タリト雖其ノ濫用ハ尤之ヲ戒メサルヘカラス、故ニ憲法ハ此ノ大權ヲ揭明スルト同時ニ、事後ニ之ヲ議會ノ自由ノ承諾ニ付スヘキコトヲ命スルナリ。蓋、憲法第八條第二項ノ意ハ大權ヲ以テシタル立法狀態ノ變更ハ議會開會ノ後ハ其ノ意思ニ反シテ之ヲ繼續セシムヘカラサルニ在ルナリ。此ノ趣旨ヨリ推シテ考フレハ、政府ノ此ノ勅令ヲ議會ニ提出シ、又議會ノ之ヲ承諾スルノ意ハ、政府ハ此ノ大權ニ由ルノ立法狀態ノ變更ノ仍繼續スヘキヤ否ヤヲ問ヒ、議會ハ之ヲ繼續スルコト

ニ同意ヲ表スルニ在ルナリ。故ニ議院ノ此ノ勅令ニ向テ議決スルハ其ノ効力ノ繼續ノ如何ニ在リトス、若、兩院積極ノ議ヲ以テ之ヲ承諾スルコトナケレハ是レ議會ハ此ノ大權ニ由ルノ立法狀態ノ變更ヲ繼續スルコトヲ欲セサルナリ。政府カ第八條第二項ニ依リ勅令ノ失効ヲ公布スルハ此ノ旨ヲ宣告スルモノナリ。故ニ此ノ勅令ノ失効ノ結果ハ、此ノ勅令ヲ發シタルノ前ニ於ケルノ立法ノ狀態ヲ將來ニ向テ回復スルコトトナルヘシ、是レ單純ナル失効公布ノミノ當然直接ノ効果ニハ非ス憲法第八條ノ全體ノ趣旨ニ由リテ此ノ結果ヲ生スルモノナリ。』

按スルニ、憲法第八條ノ解、由來頗ル紛糾ヲ極ム、蓋、歐洲ノ事例學說、先入主ヲ爲シ、虛心公平ノ解ヲ爲スヲ妨クルモノアルニ由ルナリ。蓋學者仍、法律ニ代ルノ勅令ヲ發スルヲ以テ違憲ノ行爲ナリト思惟スルノ懸念ヲ脫セス、爲ニ其ノ第八條第二項ニ依ルノ、提出ト承諾トヲ以テ、政府ハ叩頭其ノ罪ヲ謝シ、議會ハ儻然憐ヲ垂レ恩赦スルノ意ヲ以テ政府ノ責任ヲ解除スルモノトスルノ說アルナリ。我カ憲法ハ緊急ノ必要アラハ勅令ヲ以テ法律ニ代フルハ災厄ヲ避クルカ爲ノ政府ノ義務ニシテ、固ヨリ大權適法ノ行動トス、事後ニ責任ノ解除ヲ乞フノ要ナシ議會ハ固ヨリ大權ノ行動ヲ審判スルノ權力ヲ有セサルナリ。憲法第八條第二項ノ議會ノ承諾ハ事專ラ勅令ノ効力繼續如何ニ關ス、勅令ヲ發シタルノ大權行動ニ關セサルナリ、ヨシ政策ノ問題トシテ、議會ハ緊急命令ヲ發シタルノ政府ノ措置ヲ是認スルモ、此ノ命令ニシテ既ニ應急ノ用ヲ爲シ、將來ニ之ヲ存續スルノ必要ナキトキハ、議會ハ之ニ承諾ヲ與ヘサルヘキナリ。承諾ハ過去ノ政策ヲ是認スルト否トニ關セス、專ラ勅令ノ存續如何ノ問題ニ係ルモノタル知ルヘキナリ。議會ノ承諾ヲ求ムルノ精神ハ大權單獨ノ行爲ニヨリテ變更セラレタル立法狀態ハ

將來ニ向テ尙之ヲ繼續スヘキヤ否ヤヲ問フモノナリ。第八條ノ勅令ヲ發スルハ常ニ必ス立法ノ現狀ニ變更ヲ加フルモノナリトス、現行ノ法律ヲ改變シ又ハ新ニ立法事項ヲ規定スルナリ然ラサレハ之ヲ發スルノ必要アルコトナシ。若議會開會ノ時ナランニハ此レ必ス其ノ協贊ヲ要スヘキナリ、唯、事緊急ニシテ其ノ開會ヲ待ツコト能ハス、故ニ先ツ此ノ勅令ヲ發シ、後ニ議會ノ承諾ヲ求ムルナリ。承諾アリタルトキハ、此ノ勅令ハ實質形式ニ於テ何等變更アルコトナク其ノ効力ヲ繼續ス。若承諾ヲ得サルトキハ、此ノ勅令ハ將來ニ向テ其ノ効力ヲ失フモノトス。此ノ勅令ノ承諾及効力ニ關シテハ由來疑議多シ、此ノ勅令ハ本來越權ニ出テ無効ナルヘキカ故ニ、事後ノ追認ヲ以テ既往ニ溯リ之ニ適法ノ効果ヲ生セシムルモノトスル其ノ一ナリ、又本來適法有効ナレトモ、事、立法手續ノ省略ニ出テタルカ故ニ、事後ニ議會ニ提出シ、仍之

ヲ將來ニ繼續スヘキヤ否ヤヲ問フモノトスル亦其ノ一ナリ。前者ノ解ヲ取ルトキハ、其ノ不承諾ハ何等積極的ノ効果アルコトナシ、初ヨリ違法無効ノ者ハ遂ニ違法無効ニ終ルナリ。後者ノ解ヲ取ルトキハ、其ノ不承諾ハ重大ナル積極的効果アリ即チ此ノ勅令ノ失効ナリ。我カ憲法ハ前者ノ主義ヲ取ラスシテ後者ノ主義ヲ取ルコトハ此ノ勅令ノ不承諾ノ場合ニ關スルノ法文ニ視テ之ヲ證明スルコトヲ得ヘキナリ。我カ憲法第八條第二項ノ法文ハ、明白ニ議會ノ不承諾ハ此ノ勅令ノ將來ニ向テノ失効タルコトヲ宣言ス、此レ明白ニ、此ノ勅令ハ承諾ヲ待タスシテ既ニ適法ノ効力ヲ具有シテ存立シタル者ナルコトヲ反證スルナリ然ラサレハ何ソ將來ニ向フテノ失効カ是レアラン。或ハ謂フ不承諾ノ結果ハ過去ノ立法行爲ヲ無効トスルモノニハ非サルカト、然レトモ法文明白ニ將來ニ向テ其ノ効力ヲ失フト謂フ何ソ此ノ疑議ヲ

容ルルノ餘地カアラン。既ニ過去ノ立法行爲ヲ無効トセス、唯將來ニ向テノミ其ノ効力ヲ失フコトトセハ、是レ法令ノ廢止ト何ソ擇ハン、故ニ予ノ此ノ解アルナリ。抑〻法律ニ代ルノ勅令ニ關スルノ學者ノ疑議ハ法文解釋ノ如何ニ存セス、實ニ憲法其ノ者ノ本性如何ノ根本ノ觀念ニ於テ分カルル所アルナリ。憲法ヲ以テ君主ト議會トノ政權競爭ノ協商規約ト爲シ、之ヲ當事者間ノ權利ノ交涉ト觀ルトキハ、憲法第八條ハ緊急ノ必要ノ爲ニ、君主ハ自己ノ危險ニ於テ、規約ニ違フノ臨機越權ノ處置ヲ爲シ、後ニ對手ノ追認ヲ求ムルモノニシテ、事全ク當事者間ノ問題ニ屬シ、私法上ニ視ル類似ノ塲合ト其ノ法理ヲ同フスルナリ。我カ憲法ハ國家統治ノ絕對ノ大法ナリ、君主議會ノ私約ニ非ス、故ニ相互ノ認諾ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ許ササルナリ。緊急ノ必要アラハ此ノ勅令ヲ發シ之ヲ救濟スルハ憲法ノ命スル所ニシテ大權ノ責務タリ、固ヨリ越權ノ處置ニ非ス又對手ノ權利ノ傷害ニ非ス、故ニ亦其ノ追認ヲ必要トセサルナリ。事後ニ之ヲ議會ニ提出シ承諾ヲ求ムルハ、此ノ勅令ノ存廢ヲ問フモノナリ、其ノ有効無効ヲ問フニ非サルナリ。通常ノ塲合ニ於テハ法律ノ廢止ハ兩院積極ノ議決ヲ要ス、此ノ塲合ニハ一院消極ノ行動ハ即チ之ヲ廢止スルニ足ルモノト爲サントス、是レ憲法第八條第二項ノ法文ヲ要スル所以ナリ。蓋憲法ノ意ハ此ノ勅令ハ本議會ノ議ヲ經タル者ニ非サルカ故ニ、議會同意ノ積極ノ表示ナキトキハ當然廢棄ニ屬スヘキ者トシ、以テ議會ノ意思ヲ尊重スルニ在ルナリ。憲法第八條ハ此ノ以上ニ深遠微妙ノ含蓄アルコトナシ、予ノ言說ハ淡泊冷靜ニ失スルカ如キモ我カ憲法ノ公正ノ解タルヲ信ス、彼ノ憲法ヲ以テ君主ト國會トノ交戰條規ト視ルノ解ハ、政談トシテ趣味多キカ如キモ、法理トシテ之ヲ國法全體ニ貫徹スルコト頗ル難キヲ覺ユル

ナリ、取捨ハ之ヲ後人ニ待ツ。』

第七章　行政命令

行政命令ハ憲法第九條ニ依リテ發スルノ命令ナリ。第九條ニ「天皇ハ法律ヲ執行スル爲ニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ增進スル爲ニ必要ナル命令ヲ發シ又ハ發セシム但シ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス」トアリ。是レ行政ノ目的ノ爲ニ、法律ニ牴觸セサル限ニ於テ、命令ヲ發シ又ハ發セシムルノ大權ヲ揭クルモノナリ。』

此ノ命令ヲ發シ及發セシムルハ、行政ノ目的ノ爲ニスルモノナルコト第九條ノ明文ノ示ス所ナリ、故ニ他ノ命令ト分ツカ爲ニ、之ヲ行政命令ト指稱ス。然レトモ此ノ命令ヲ發シ及發セシムルハ亦第九條ノ明文ニ依ル大權直接ノ行動ニ屬シ、行政ノ行爲ニ非ス、分類ニ便ニスルノ稱謂ノ爲ニ其ノ本質ヲ誤認セサルコトヲ要ス。』

按スルニ、公平虚心ニ我カ憲法ヲ讀ム者ニ對シテハ、本文ノ謂フ所、事、明白ニシテ辯解ヲ要セサルナリ。獨、歐洲國法學ノ識アル者ハ行政命令ノ稱謂ノ爲ニ此ノ命令ノ本質ヲ誤解スルノ虞ナシトセス。彼ニ在リテハ凡ソ行政權ニ依リテ發スルノ命令ヲ汎稱シテ行政命令ト謂フコトアリ、又命令ヲ二類ニ分チ、一般ニ對シ權利義務ノ準則タル規程ヲ定ムル者ヲ法規命令ト稱シ、主ラ行政内部ニ對スルノ事務規程タル者ヲ特ニ指シテ行政命令ト稱スルコトアリ。今茲ニ我カ憲法ニ付キテ行政命令ト謂ヘルハ、全ク此レト相關セス、行政權ニ依リテ發スルノ命令ニ非ス、又固ヨリ法規命令ニ對スルノ事務規程ニ非ス、其ノ第九條ニ依リ大權ヲ以テ行政ノ目的ノ爲ニ設定スルノ法規ヲ指ス者ナリ。今茲ニ之ヲ行政命令ト稱スルハ固ヨリ予ノ説明ヲ便ニスルニ過キス深ク之ニ拘ハルヲ要セサルナリ。命令ニシテ、其ノ實質ノ大權事項タル者ト、立法事項タル者ト行政事項タル者トヲ分チ大權命令、法律ニ代ルノ命令、及行政命令トスルハ各、其ノ効力ヲ論スルニ於テ便利ナルヲ覺ユルカ故ノミ。蓋、歐洲國法ノ理論トシテハ行政ハ法律ノ施行タルニ止リ、命令ハ官吏ニ對スルノ執務ノ訓令タルヲ本分トシ、法律條項ノ執行以外ニ、新ニ田地ヲ開拓シ、訓令以外ニ、一般準由ノ法規ヲ設クルコトハ行政本來ノ權能ニ存セス、唯、僅ニ法律明文ノ許容委任ニ由ルノ例外變則ナリトス。故ニ彼ニ在リテハ行政本來ノ目的ノ爲ニスルノ命令ハ即チ行政内部ニ於ケル事務ノ章程タル者ニシテ、特ニ法律ノ委任アルニ由リテ法規ヲ定ムルコトアルハ其ノ本分ヲ超ヘタルノ例外ノ事トス。我カ行政ノ觀念ハ法律ノ範圍内ニ於テ法律ヲ執行シ及安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ增進スルコトニ在リテ、法律ノ執行ノ一事ニ止ラス、又法律ヲ變更セサル限ニ於テ法規ヲ設クルハ固ヨリ其ノ所ト

ス、憲法第九條ハ特ニ此ノ義ヲ明言スルカ爲ニ存ス、訓令ヲ發シ事務章程ヲ設クルカ如キハ、別ニ憲法第十條ノ官制大權ノアルアリ、此ノ第九條ノ關スル所ニ非サルナリ。命令ノ稱謂ハ論スルニ足ラス援キテ誤解ナキコトヲ要スルノミ。』

憲法第九條

憲法第九條ハ大權行動ノ範圍ヲ擴張シ、更ニ所謂大權事項ノ外ニ及ホシ、法律ヲ變更セサル限ニ於テハ一般ニ自由ナル旨ヲ宣言セル者ナリ。凡ソ大權ヲ行使スルカ爲ニ命令ヲ發スルコトヲ得ルハ別段ノ明文ヲ要スルモノニ非ス、憲法既ニ其ノ條文ニ於テ大權事項ヲ列記シタルトキハ其ノ事項ヲ行フニ付命令ヲ發スルコトヲ得ルハ言ハスシテ具ハレリ、何ソ更ニ條項ヲ加ヘ憲法列記ノ大權事項ハ命令ヲ以テ之ヲ行フコトヲ得ル旨ヲ揭クルヲ須タン。憲法第九條ノ規定ハ大權事項ノ施行ノ爲ニ命令ヲ發シ又ハ發セシムルノ權限ヲ付與スルニハ非ス、大權ハ其ノ專占固有ノ範圍ノ外ニ於テモ、法律ヲ變更セサル限ニ於テハ、尙自由ノ行動ヲ爲ス旨ヲ揭クル者ナリ。蓋、此ノ條ハ大權行動ノ範圍ヲ更ニ推擴シ、且ツ其ノ立法權ニ對スルノ關係ヲ明カニセントスルノ實質ノ規程タリ、單純ニ大權ハ命令ヲ發シ能フト謂フノ形式ノミヲ定ムルノ無用ノ規程タルニハ非サルナリ。』

按スルニ、憲法ハ既ニ大權ノ爲ニ其ノ獨立專占ノ畛域ヲ分劃ス、而シテ其ノ第八條ニ於テハ緊急ノ要ニ應シ立法事項ヲ侵蝕スルコトアルヲ認メ、更ニ此ノ第九條ニ於テハ大權ノ行動ハ其ノ專占ノ畛域ニ止ラス、法律ヲ變更セサル限ニ於テハ一般ニ自由ナル旨ヲ揭ク、大權ノ範圍ハ之ニ由リテ愈、明確ナリ。大權、立法權各、其ノ憲法上ノ專有ノ領分ヲ超ヘテ共同ノ田地ニ競爭スルコトアルハ憲法ノ豫見スル所ナリ、故ニ其

ノ第九條ハ此ノ場合ニ鑑テ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得サルノ通則ヲ定メ、以テ其ノ矛盾衝突ヲ避ケントスルナリ。予ノ見解ハ此ノ如シ。學者或ハ憲法第九條ヲ以テ大權全般ニ對スルノ行動ノ通則ナリト爲ス、是レ明カニ大權事項ノ列記ヲ無視スルノ論タリ。抑〻大權行使ノ爲ニ命令ヲ發スルハ明文ヲ要スルノ事ニ非ス、憲法列記ノ大權事項ニ付テ詔勅命令ヲ發スルコトヲ得ルハ此ノ第九條ヲ待ツモノニ非サルナリ。蓋、第九條ノ用ハ即チ其ノ法文ノ示スカ如ク、大權事項ノ列記ノ外ニ、法律ノ執行、秩序ノ保持、公益ノ增進ノ爲ニモ、亦大權ノ行動トシテ命令ヲ發シ又ハ發セシムルノ旨ヲ揭クルニ在リ。憲法ノ大權ヲ列記スルハ目的ヲ以テセス事項ヲ以テス、而シテ此ノ第九條ニ至リテハ汎ク目的ヲ示シテ個個ニ事項ヲ限ラス、概括網羅シテ遺洩ナキヲ期スルナリ、然レトモ目的ヲ示シテ事項ヲ限ラサルトキハ大權ノ行動ハ自由ナルト同時ニ、立法權ノ行動ト交錯シテ衝突スルヲ免レサルノ虞アリ、故ニ命令ヲ以テ法律ヲ變更スヘカラサルノ旨ヲ附言シ、以テ其ノ統一ヲ持スルナリ。』

凡ソ法律ヲ執行シ、及法律ヲ變更セサルノ限ニ於テ、公共ノ安寧秩序ヲ保持シ、臣民ノ幸福ヲ增進スルハ、所謂行政ノ本領トス。憲法第九條ハ此ノ目的ノ爲ニ命令ヲ發スルコトヲ規定ス、故ニ之ヲ行政命令ト謂フ。命令ヲ發スルハ大權ナレトモ命令ノ規定スルハ行政ノ事項ナリ、故ニ之ヲ大權命令及行政命令ト分ツナリ。行政命令ヲ發スルノ範圍ハ憲法上ノ自由事項トハ大權、立法權、及司法權ニ專屬セサルノ一切ノ事項ヲ指稱ス、大權及立法權ノ自由行動ノ範圍ナリ。蓋、憲法第九條ノ意ハ之ヲ大權ノ專有ニ委付セントスルニハ非ス、此ノ自由ノ範域ニ於テ

ハ、大權ハ立法權ト併行シテ法則ヲ設定スルノ權アリ、立法權ノ許容ニ由リテ行動スル者ニ非サルヲ保障スルニ在ルナリ。故ニ之ヲ法律命令共同ノ範圍ト謂フナリ。』

按スルニ、憲法上、三權ノ專占固有ニ屬セサル、所謂自由ノ政務ニ付テハ、大權、立法權、併行シテ法則ヲ定メ其ニ行政ニ向フテ一般準由ノ法規ヲ示サントス、是レ此ノ第九條ノ在ル所由ナリ。行政ノ機關ヲ監督スルハ專ラ大權ニ屬ス、別ニ憲法第十條ノ明言アリ、行政內部ノ規律ヲ定ムルハ此ノ第九條ノ直接ニ關スル所ニ非サルナリ。此ノ條ハ大權ハ立法權ト共ニ一般準由ノ法則ヲ設定スルコトヲ得ル旨ヲ宣言ス、唯、其ノ目的範圍ヲ限リ且ツ法律ヲ變更スルコトヲ許ササルノミ。歐州ノ國法亦之ト其ノ實際ヲ同フスルノ結果アルヘシ、然レトモ我カ憲法ノ理論上ノ特徵ハ之ヲ無視スヘカラサルナリ。彼ノ國法上、君主ハ大權益ニ謂フ所ト相近キノ命令權ヲ有ス、然レトモ其ノ權能ハ多ク之ヲ法律其ノ者ニ得タリ。故ニ其ノ法律ヲ改廢セサル限ハ、實質上、君主政府ノ權能ハ彼我相同シキニ似タレトモ、此ノ權能ハ一片ノ法律全然之ヲ剝奪スルヲ妨ケサルナリ。我カ行政命令ヲ發シ又ハ發セシムルノ大權ハ之ヲ憲法ニ揭ケ以テ立法權ト相對峙セシム法律ヲ以テ之ヲ奪フコトヲ得サル者トス。法律ハ命令權ヲ伸縮スルノ力アルコトナシ、法律ノ制限若ハ委任ハ此ノ權能ヲ損益スル所ナキナリ。蓋命令ノ權能ヲ憲法ノ條項ニ揭ケ、而シテ之ヲ法律ノ規定ニ委セサルハ、此ノ獨立ノ効力ヲ保障センカ爲ナリ、彼我ヲ對照シテ我カ憲法ノ用意ノ在ル所ヲ諒知スヘキナリ。』

行政命令ノ範圍ハ憲法上ノ自由事項トス、其ノ範域ノ外ニ涉リ大權事項若ハ立法事項ヲ規定スルコトハ此ノ第九條ノ許ササル所トス、故ニ

其ノ法文ハ此ノ命令ノ範圍、目的、及法律ニ對スルノ効力ヲ明確ニ揭ケ以テ混同ヲ防カントス、須ク發布ノ公式ヲ殊別シ以テ之ヲ外形ニ表スヘキナリ。然ルニ世上ノ議ハ予ノ大權命令ト行政命令トノ別ヲ爲スヲ無用トシ、二者ノ公式ヲ分タス、之ヲ外形ニ混淆ス、是レ法理ノ純白ヲ保ツ所以ニ非サルナリ。其ノ結果ハ大權命令ノ性質アル者モ誤テ共ニ法律ノ爲ニ自由ニ改廢セラレ、又ハ官府ノ命令權ニ委付セラルルコトナキヲ保セス、遂ニ大權ノ獨立ヲ亡失スルノ事ニ終ランノミ。公式ノ混淆ハ實質ヲ變更スルノ力ナシ、予ハ憲法純白ノ本來ノ法理ヲ述フ今ノ當局者ノ見解ノ拘束ヲ受クル者ニ非ス、乞フ之ヲ無用ノ辯ト爲スコト勿レ。』

行政命令ノ効力

行政命令ノ形式的効力ハ法律ノ下ニ在リ、法律ヲ變更スルコトヲ得ス、シ

テ法律ノ爲ニ變更セラルルノ事ニ於テ顯著ナリ。命令ヲ發スルノ權能其ノ者ハ法律ノ干渉ヲ受ケス、法令ノ公式ニ包裝セラルルノ法則ノ効果ニ付キテ其ノ輕重ヲ謂ヘルナリ。此ノ効力ハ憲法第九條ノ明言ニ由ル命令タルノ本來ニ出ツルニハ非サルナリ。蓋、此ノ命令ハ法律ニ對シ憲法上固有ノ範圍ヲ專有スルニ非ス、大權、立法權、共同ノ範域ニ於テ法律ノ曠闕ヲ補充スル者トス、故ニ憲法ハ此ノ場合ニ限リ命令ヲ以テ法律ノ下ニ置キ、以テ矛盾ヲ遮ケ統一ヲ保持セント欲スルナリ。行政命令ノ實質的効力ハ法律ト同樣ナリ一般準由ノ効力ハ法令ノ間輕重アルコトナシ。』

按スルニ、大權命令ノ効力ハ法律ニ對シ獨立ナリ、法律ニ代ルノ命令ノ効力ハ法律ト同一ナリ、而シテ行政命令ノ効力ハ法律ノ下ニ在リ、是レ此ノ三類ヲ分ツノ主タル原因ナリ。行政命令ハ法律ト併行シテ所謂憲法上ノ共同自由ノ事項ヲ規定ス。此ノ場合ニ在リテハ法令各、其ノ

瞹域ヲ分ツコト大權命令ノ法律ニ於ケルカ如クナラス、隨ヒテ法令ノ效力ハ各〻對等ニ獨立スルコト能ハサルナリ、若亦法令ノ效力ハ同一ナリトセハ、大權、立法權交〻相鬪ヒ或ハ歸一ヲ失ハントス、故ニ憲法ハ第九條ノ命令ハ法律ノ下ニ在ル者ト爲シタルナリ。其ノ第九條ノ但書ニ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ストアルハ、其ノ文意、此ノ法令共同ノ範圍ニ於テハ、發布ノ時ノ前後ヲ問ハス、法令相抵觸スルトキハ命令ハ其ノ效力ヲ失フノ旨ヲ規定セルモノト解スヘキナリ。此ノ法令ノ輕重ハ固ヨリ此ノ行政命令ニノミ關スルコト法文ノ明言スルカ如シ。世上或ハ之ヲ總テ法令ニ通スルノ絕對ノ原則ナリト誤解スル者ナシトセス、蓋總テ命令ハ皆憲法第九條ニ依リテ發スルモノト爲スニ出ツルナリ、或ハ亦法令ノ輕重ハ憲法ノ明言ヲ待タス當然ノ條理ナルカ如クニ想像スルアリ、蓋歐洲ノ國法タル、立法權最高全能ノ主義ニ心醉セルニ由ルモノナラン。大權、立法權ノ輕重ト謂ヒ、法律、勅令ノ優劣ト謂ヒ、之ヲ主張スル者ハ之ヲ憲法ノ上ニ證明スルコトヲ要ス、別段ノ證明ナキ限ニ於テハ之ヲ同等ナリト解スルハ當然ノ事ニ屬ス、予ハ予ノ解ヲ奇異ナリトスル者ヲ奇異ナリトスルナリ。』

命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得サルハ法ノ明文アリ、法律ヲ以テ命令ヲ變更スルコトヲ得ルハ明文ナシ、何カ故ニ行政命令ニ付キテ然ク之ヲ解スルカ。抑〻行政命令ヲ發スルコトヲ得ルノ範圍ハ即チ亦法律ヲ發スルコトヲ得ルノ範圍ナリ、之ヲ大權、立法權、共通ノ瞹域トス、故ニ原則トシテハ兩權同等ニ對峙シ法律命令亦同一ノ效力ヲ有スヘキモノトス。若、法令ノ效力同一ナリトセハ法令ノ間ノ效力ノ如何ハ法律相互ノ間若ハ命令相互ノ間ノ效力ノ問題ト毫モ異ナル所ナカルヘシ、即チ發布ノ前後ニ依ルナリ。故ニ第九條ハ此ノ原則ニ除外例ヲ認

メ、命令ヲ以テ法律ヲ變更スルヲ得サル旨ヲ明言スルナリ。之ヲ法令同効ノ除外例ナリト見レハ、法律ヲ以テ命令ヲ變更スルコトヲ得ルノ本則ハ明言ヲ要セス、命令ヲ以テ命令ヲ變更スルコトヲ得ルノ要セサルト其ノ理同シキナリ。抑〻憲法ニ於テハ法律、勅令ノ間、當然ノ輕重ナキコト屢〻之ヲ說ケリ、其ノ輕重アルハ各〻其ノ規定スル事項ノ如何ニ由ルノミ、此ノ義忘ルヘカラス。』

之ヲ發シ又ハ發セシムルノ大權

行政命令ハ之ヲ發シ又ハ發セシム、大權ノ親裁ヲ以テ之ヲ發スルモ、官府ヲシテ之ヲ發セシムルモ、共ニ大權親裁ノ自由ニ在ルヲ謂ヘルナリ、之ヲ此ノ命令ノ特色トス。大權命令及法律ニ代ルノ命令ハ大權ノ親裁ヲ以テ之ヲ發、スルノ外ハ官府ヲシテ之ヲ發セシムルコトヲ許サス、獨、行政命令ニ付テハ、憲法此ノ事ヲ許容ス、蓋、其ノ規定スル事物ノ性質各〻同シカラサルヲ以テナリ。大權事項及立法事項ハ之ヲ大權及立法權ノ直接ノ行動ニ付スルニ於テ其ノ意義ヲ爲ス、所謂憲法上ノ自由事項ハ此ノ必然ノ拘束ナシ、故ニ之ヲ自由事項トスルナリ。此ノ自由事項ノ規定ハ大權ノ親裁ニ依ルモ、官府ヲシテ之ヲ爲サシムルモ、大權ノ自由ニ存スルハ理由自ラ明カナリ。』

此ノ事ヲ誤解シテ官府ヲシテ代リテ大權ヲ行ハシムルモノト爲スコト勿レ。行政命令ヲ發シ又ハ發セシムルハ大權ノ事項ナリ、此ノ大權ノ行動ハ大權ノ親裁ニ依ルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ許サス、官府ヲシテ命令ヲ發セシムルコトヲ得ヘシ、命令ヲ發セシムルノ權ハ之ヲ官府ニ委付スルコトヲ得サルナリ。憲法第九條ハ官府ニ對シ何等直接ニ發令ノ權ヲ付與シタル者ニ非ス、官府ニ發令セシムル事ヲ定ムルハ即チ大權命令ナリ。憲法上命令ヲ發シ又ハ發セシムルノ大權ト、此ノ大權ノ行使ニ由

リテ更ニ命令ヲ發スルコトヲ混スヘカラス。』

按スルニ、憲法上ノ自由事項ハ必ス大權若ハ立法權ノ直接ノ行動ニ依ラサルヘカラサルノ理由ナシ、大權事項若ハ立法事項ノ必ス之ニ依ルヘキ者ト其ノ趣ヲ異ニスルナリ。故ニ憲法第九條ハ大權親ラ之ヲ定ムルト、官府ヲシテ之ヲ定メシムルトヲ、大權ノ自由ニ付スルナリ。凡ソ官府ノ行政命令ヲ發スルハ必ス大權特別ノ明文ノ委任ニ依ル、當然ニ此ノ權ヲ有スルニハ非サルナリ。行政ノ官府ハ本來ノ性質トシテ法則ニ依準シテ諸般ノ處分ヲ爲スコトノ爲ニ存在ス、法則ヲ設定シ行政ニ向フテ其ノ依準ノ標目ヲ示スハ即チ大權及立法權ノ本領トス、行政ノ官府ハ自ラ法則ヲ設定スルノ分アルニ非ス、偶、此ノ權アルハ大權ノ特別ノ示命アルニ由ルナリ。故ニ官制ヲ設クルトキハ官府ハ言ハスシテ當然ニ處分行爲ノ權能アルモ、法則ノ設立ヲ爲スノ權アルコトハ別段ノ明言ヲ要スルナリ。憲法第九條ハ之ヲ大權ノ自由ニ留保ス、固ヨリ官府ニ對シ何等發令ノ權ヲ付與シタルモノニハ非サルナリ。』

行政命令ヲ發シ又ハ發セシムルハ固ヨリ憲法上ノ大權事項ナリ、大權事項ハ之ヲ委任シテ行ハシムルコトヲ許ササルノ義既ニ詳ニ之ヲ論シタリ。或ハ此ノ第九條ヲ視テ大權事項ノ委任ノ一例トス誤レルノ甚シキナリ。行政命令ヲ發シ又ハ發セシムルノ大權其ノ者ハ之ヲ官府ニ委任スルコトヲ得ス、官府ヲシテ命令ヲ發セシムルノ事アラハ是レ即チ此ノ大權ノ實行ナリ其ノ委任ニハ非サルナリ。之ヲ委任スルト之ヲ示命スルトハ事自ラ同シカラス、委任ハ權能ノ讓與ヲ意味シ示命ハ權能ノ行使タリ。若命令ヲ發セシムルノ權ヲ官府ニ付與セハ是レ憲法上ノ權能ヲ委任スルナリ、然ラスシテ命令ヲ發セシムルハ即チ命令ヲ發セシムルノ大權ノ實行タリ、大權ヲ委任スルニハ非ス、事餘リ

ニ明白ニシテ實ハ多言スルヲ憚ル、唯、世人ノ之ヲ附會シテ大權委任ヲ可能ナリトスルノ一例證ト爲サントスルアリ、故ニ茲ニ之ヲ辯明シテ以テ曲論ヲ排斥スルナリ。』

第八章　條約

條約ハ國ト國トノ約束ナリ。約束トハ平等自由ナル意思ノ認諾ニ由ル相互ノ束縛ノ謂ナリ。國家ノ人民ニ臨ムハ權力ヲ以テス、故ニ其ノ間ヲ規律スル者ハ國家一方ノ意思ノ示命タル法令ノ形式ニ於テスルコトヲ得ルナリ。國家ノ國家ニ對スルハ各獨立ニシテ平等ナリ、故ニ其ノ間ヲ規律スル者ハ專ラ對等自由ノ約束ニ由ル。法令ハ國家カ人民ニ對スルノ意思表示ノ形式タリ、條約ハ外國ニ對スルノ意思表示ノ形式タリ、二者ヲ混同スヘカラサルナリ。』

按スルニ、茲ニ謂フ條約ハ總テ外國ニ對スルノ諸般ノ約束ヲ指稱ス、其ノ實質及形式ノ如何ヲ問ハサルナリ。條約ト謂フ語ハ特種ノ內容形式ヲ具フル約束ニ限リ用ヒラルルノ例ナシトセス。然レトモ之ヲ條

約ト稱スルモ、稱セサルモ、凡ソ約束ハ約束トシテ同一ノ効力ヲ有ス、名稱ヲ分ツト雖其ノ効力ニ於テ優劣輕重ノ差アルコトナシ。故ニ之ヲ概括綜合シテ條約ト謂ヒ、茲ニ其ノ法理ヲ解說スルナリ。憲法第十三條ニ天皇ハ諸般ノ條約ヲ締結スト謂ヘルハ亦此ノ意義ニ於テ之ヲ解スヘシ、蓋其ノ內容及形式ノ如何ヲ問ハス、外國ニ對シ約束スルコトハ君主ノ憲法上ノ大權ニ屬スル旨ヲ宣言セルモノナリ。』

約束トハ自由意思ニ由リ相互ニ權利義務ヲ負フヲ謂フ、單純ナル意見ノ一致ハ未タ約束ヲ成サス、相互ニ權利義務ノ拘束ヲ受クル意思アルコトニ於テ始テ之ヲ約束ト謂フヘキナリ。例セハ兩國ノ意見偶、投合シ各、其ノ主義方針ヲ宣言スルモ其ノ宣言ニ由リ相互ニ自由行動ヲ節制スルノ義務ナキトキハ之ヲ條約ト謂フヘカラサルカ如キナリ。』

條約ト法令トハ之ヲ混同スヘカラサルコト事理明白ナリ。法令ハ權力服從ノ關係ニ成リ、國家カ人民ニ臨ムノ命令タリ、條約ハ平等自由ノ關係ニ成リ、國家カ國家ニ對スルノ約束タリ、一ハ權力關係ニ出テ、服從者ニ向フテノ示命タリ、一ハ平等關係ニ出テ、對等者ニ向フテノ約諾タリ、此ノ義甚明白殆ト辯解ヲ要セサルニ似タリ。然レトモ學說ハ往往之ヲ混シ條約ハ法律ト其ノ効力ヲ同フスルヲ主張スルヲ見ル。蓋二者ハ其ノ本質ニ於テ、其ノ効用ニ於テ、各、異ナルコト疑ヲ容レス。予ハ却テ反對說ノ要旨ニシテ茲ニ辯明スルニ値スル者ヲ摘示スルニ苦ム者ナリ。』

條約ノ締結

條約ノ締結ハ憲法上ノ大權ニ專屬ス。憲法第十三條ニ曰ク、天皇ハ戰ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ條約ヲ締結スト、是レ之ヲ大權ニ留保スルノ宣言タリ。其ノ諸般ノ條約ト謂フハ、內容ノ如何ヲ問ハス總テ外國ニ對スル

ノ約束ヲ指示スルナリ。其ノ天皇ハ條約ヲ締結スト謂フハ、條約ノ締結ハ議會ノ容啄ヲ許サス一ニ之ヲ大權ノ親裁專斷ニ留保スルノ意義ニ出テタルナリ。條約ノ締結ニハ一定ノ手續及形式ナシ、要ハ唯相互ノ間、相約束スルノ意思ノ表示アルコトニ在ルノミ。之ヲ書面ニ於テスルモ、口頭ニ於テスルモ、秘密ニスルモ、憲法ノ問フ所ニ非ス、且ツ其ノ締結ニ至ルノ手續ノ如キハ多ク國際ノ慣例ニ從フモノトス。』

按スルニ、條約締結ノ事、立憲諸國ノ制一ナラス、歐洲諸國ニ於テハ、通商條約及國民ノ負擔ヲ增スノ結果アルヘキ條約ハ、國會ノ議ヲ經ルニ非サレハ之ヲ締結スルコトヲ得サルモノトスルノ例多シ。我カ憲法ハ此ノ例ニ倣ハス、總テ條約ハ其ノ內容ノ何タルヲ問ハス一切君主ノ大權ニ委ス、是レ其ノ特色ノ一タリ。隨ヒテ條約締結ニ關シ、歐洲ノ國法トシテ頗ル錯雜セル諸種ノ難問ハ多ク我ニ當ラス之ヲ引キテ論辯ス

ルノ用ナキナリ。』

條約ノ締結ハ君主ノ大權ニ專屬ス、而シテ其ノ締結ニ至ルノ諸般ノ手續及約束ノ形式ハ憲法ノ條規何等一定ノ制ヲ爲サス、蓋事、外國ノ交際ニ涉リ、宜ク國際ノ慣例ニ從フヘク、獨、我カ法制ヲ以テ律スヘキ性質ノモノニ非サルカ故ナリ。兩締盟國各、委員ヲ差シ約款ヲ草按シ協商セシムルカ如キハ準備行爲タルノミ、所謂締結ニハ非ス、條約ノ締結ハ各、憲法ニ由リ其ノ權能ヲ有スル者ノ裁斷ニ依ル。條約ハ之ヲ公布スルコトアリ、公布セサルコトアリ、秘密條約ト雖條約タルノ效力ニ於テハ毫モ公布條約ト相異ナルコトナキハ言ヲ待タサルナリ。之ヲ國內ニ公布スルトキハ各、其ノ國法ノ定ムル公布ノ式ニ依ル。我カ公式令亦條約ヲ公布スルノ式ヲ定ム（公式令第八條）是レ一國內部ノ事ニ屬シ、外國ニ對シテ條約ノ條約タルノ效力ハ毫モ之カ爲ニ損益スル所ナキナリ』。

條約ノ効力

條約ノ効力ハ其ノ當事者間ニ權利義務ノ束縛ヲ生スルニ在リ。當事者トハ國家ナリ、條約ハ國家ト國家トノ間ニ權利義務ノ關係ヲ生スルノ外直接ニ個人ヲ束縛スルノ効力アルコトナシ。人民ニ對シテハ法令アリ外國ニ對シテハ條約アリ、法令ノ効力ハ外國ニ及ハス、條約ノ効力ハ人民ニ及ハス、二者各〻其ノ用ヲ異ニスルナリ。』

按スルニ、凡ソ條約ハ其ノ締結者ノ間ニノミ束縛ノ効力アルコトハ合意約諾タルノ性質ニ於テ既ニ明白ナリ、條約ニ由リテ權利ヲ得義務ヲ負フ者ハ人民各個ニ非ス國家ナルコト知ルヘキナリ。』

或ハ謂フ人民各個ハ國家ノ權利義務ハ即チ人民各個ノ權利義務タルヘク、條約ハ亦直接ニ個人ヲ束縛スルノ當然ノ効力アルヘシト。此ノ說法理ノ解トシテ非ナリ。人民各個ハ國家ノ分子ナリト謂フハ即チ可ナリ、國家ハ個人ヨリ成ルノ理ヲ推シテ國家ト個人トノ各〻獨立セル法上ノ人格ヲ無視スルハ即チ不可ナリ。若個人ハ國家ノ分子ナルカ故ニ國家ノ權利義務ハ即チ個人ノ權利義務ナリト謂ハハ、亦個人ノ權利義務ハ即チ國家ノ權利義務ナリト謂フコトヲ得ン、今ノ國法ハ之ヲ認メス。蓋個人ノ分子タルハ國家團體ノ構成ニ付テ謂ヘルナリ、其ノ構成セラレタルノ國家ハ亦法上ニ獨立セルノ人格ヲ有スルコト既ニ屢〻說ケルカ如シ。抑〻獨立セル人格ヲ有ストハ獨立シテ權利義務ヲ有スルノ權能アルノ義タリ、若國家ノ權利義務ハ即チ個人ノ權利義務ナリト謂ハハ是レ則チ獨立人格ノ否認タラン、條約ニ由リテ生スルノ權利義務ハ即チ國家ニ存シ個人ハ直接當然ニ之ニ關カラサル知ルヘキナリ。』

或ハ謂フ個人ハ國家ニ服從スルノ分子トシテ國家ノ生存目的ヲ尊重

セサルヘカラス、故ニ國家カ外國ニ對スルノ條約ハ個人之ヲ尊重シ之ヲ犯ス能ハサルハ當然ナリトス。此ノ論甚可ナリ、唯、此ノ、國民ノ公德ニ訴フルノ言議ト、條約其ノ者ノ法上ノ効力ノ解トヲ混スルコトナキヲ要スルノミ。條約其ノ者ノ直接當然ノ効果ハ當事者國ニ對シ權利ヲ與ヘ義務ヲ負ハシムルニ於テ盡ク、其ノ以上ノ影響ハ條約其ノ者ノ固有ノ力ニハ非サルナリ。政府カ人民ニ向フテ條約ニ遵由スヘキコトヲ命シ、又ハ人民カ之ヲ尊重シテ敢テ犯スコトヲ爲ササルカ如キ、皆內部ニ於ケルノ、國家ト其ノ人民トノ關係ノミ、條約ノ當然ニ含有スル法上ノ力ニハ非サルナリ。例セハ或國ノ憲法ニ於テ凡ソ條約ハ最高ノ法律タル効力アル旨ヲ規定スルコトアラハ、其ノ特別ノ規定ノ結果トシテ、其ノ國法上、條約ハ法律ノ効力ヲ有スルモノト見ルヲ得ヘキモ、憲法ニ此ノ規定ヲ有セサル者ハ、條約ハ當然ニ法律タルノ効力アリト斷スルコトヲ許ササルカ如キナリ。』

條約ハ法律若ハ勅令ニ非ス、條約ト法令トハ各、其ノ對手ヲ異ニシ其ノ効力ヲ異ニスルナリ。條約ヲ以テ法令ヲ變更スルコトヲ得ス、法令ヲ以テ條約ヲ變更スルコトヲ得ス。國ト國トノ權利義務ノ關係ハ條約ニ由リテ定マル、一ヲ以テ定マル、國家ト人民トノ權力服從ノ關係ハ法令ニ由リテ定マル、一ヲ以テ他ニ代フルコトヲ得サルナリ。二者ハ各、其ノ及フ所ヲ異ニシ且ツ其ノ用ヲ異ニス、其ノ間ニ優劣輕重ノ比對スヘキモノアルコトナシ。』

按スルニ、條約ト法令トハ全ク別人ニ對シ別樣ノ關係ヲ規定ス、其ノ間輕重ノ比對スヘキモノナキハ理甚明白ナリトス。然レトモ學者尙條約ト法令トノ關係ニ付附會ノ說ヲ爲スモノ少シトセス、試ニ其ノ一二ヲ揭ケン。』

一說ニ曰ク、條約ハ國外ノ交涉タリ、法令ハ國內ノ關係タリ、國外ノ關係ハ國內ノ關係ヨリモ重シ、故ニ條約ハ法令ヨリモ重ク、條約ヲ以テ法令ヲ變更スルコトヲ妨ケスト。此ノ說法理ノ解トシテハ甚謬レリ。抑何カ故ニ國外關係ハ國內關係ヨリモ重キカ、法理ノ解トシテ之ヲ當然自明ノ條理ナリト豫斷シテ前提スルコトヲ許ササルナリ。之ヲ政治ノ上ヨリ言ヘハ內治ハ主タリ外交ハ客タリ內治却テ外交ヨリモ重シト謂ハン。政治情勢ノ談ハ暫ク問ハス、之ヲ法理ノ解トシテ、條約ノ効力ハ法律ヲ變更スルニ足ルノ優等ナルモノナルコトヲ證明スルニ、之ヲ外交ハ內治ヨリ重キノ所由ニ歸スルハ推理ノ當ヲ得タルモノニ非サルナリ。』

一說ニ曰ク、條約ハ國ト國トノ合意ニ成ル、法令ハ一國ノ單意ニ成ル、復數合意ニ成ル者ハ一個單獨ノ意思ニ成ル者ヨリモ重シ、故ニ條約ハ法令ヨリモ重ク此ヲ以テ彼ヲ變更スルヲ妨ケスト。此ノ說亦推理ノ錯誤ニ出ツ。條約ハ國際ノ合意ナルカ故ニ國家單獨ノ意思タル法令ヲ以ヲ之ヲ變更スルコトヲ許ササルハ明白ナリ。之ヲ翻シテ國際ノ合意ハ當然ニ國內ノ法令ヲ改變スルノ効力アリト謂フハ甚不可ナリ、其ノ單獨意思タリ復數合意タルニ拘ハルニ非ス全然其ノ意思表示ノ對手ヲ異ニスレハナリ。條約ハ外國ニ對スルノ約束ナリ、國內法令ヲ改變スルコトヲ、外國ニ向フテ豫約スルコトハ或ハ之アラン、人民ハ法令ノ改正アルニ由リテノミ更ニ服從ノ義務ヲ生スルナリ。條約ノ締結ハ法令ノ改正ヲ要スルコトモアラン、法令ノ變更ハ條約ヲ改正ヲ要スルコトモアラン、一ハ當然ニ他ヲ變更スルノ効果ヲ有スルニハ非サルナリ。』

一說ニ曰ク、條約ハ外國ニ對シテ約束タルト同時ニ國內ニ對シテハ法

令ト同一ノ効力ヲ有ス、若國家ノ意思表示ニシテ有効ナラハ國ノ内外ニ通シテ共ニ有効ナラサルヘカラサレハナリト。此ノ説廣ク行ハルト雖予ハ未タ其ノ前提ト其ノ論結トノ必然ノ連絡ヲ解スル能ハサルナリ。國家ノ意思表示ニシテ有効ナラハ國ノ内外ヲ問ハス有効ナラサルヘカラス、條約ノ締結ハ外國ニ對シテ有効ニ成立セハ國内ニ對シテモ亦有効ナラサルヘカラサルハ明白ノ理ニシテ論ナキ所ナリ。然レトモ此ノ前提アルカ故ニ、條約カ國内ニ於テ變シテ法令ノ効力ヲ有スト謂フニ至リテハ何等論理ノ關聯スル所ナキカ如シ。條約ハ條約トシテ國ノ内外ヲ問ハス有効ナルノミ、條約ハ國際關係ノ上ニ於テモ、國内法ノ關係ニ於テモ、條約トシテ其ノ効果ヲ有スルノミ。論者或ハ謂ハン、條約モ法令モ共ニ國家ノ意思ナリ、國家ノ意思ニ二アルコトナシ、故ニ人民ハ國家ノ意思タル條約ニ服從セサルヘカラスト。此ノ論多ク聞ク所ナレトモ予ハ其ノ理由ヲ解スルニ苦ムナリ。條約モ法令モ國家ノ意思タル論ナシ、唯、外國ニ對シテ表示スルノ形式ヲ條約ト謂ヒ、人民ニ對シテ表示スルノ形式ヲ法令ト謂フ。憲法カ此ノ二樣ノ形式ヲ分割セルモノハ各、其ノ効果ノ及フ所ヲ異ニスレハナリ。抑、人民カ國家ニ服從セサルヘカラサルハ言ヲ待タス、然レトモ國家カ人民ニ服從ヲ要求スルニハ一定ノ意思表示ノ形式ニ依ルヘキコト憲法ノ明カニ示ス所ナリ。法令ノ形式ニ依リテ表示セラレタルノ意思ハ外國ニ對シテ約束タルノ効果ヲ生セサルカ如ク、條約ノ形式ニ依リテ表示セラレタルノ意思ハ人民ニ對シテ法令タルノ効果ヲ生セサルナリ。若條約ハ法令ニ代ルノ効力アラシメントナラハ憲法ハ其ノ旨ヲ明言スルコトヲ要ス、此ノ明示ナキトキハ、條約ハ法令ト共ニ國家ノ意思ナレトモ、特ニ外國ニ對シテ之ヲ表示シタルモノト解スヘキハ當然ノ