

附大臣ハ違憲ナリト思惟スル法令ニ副署ヲ拒ミ得ル

カ(大學三七
主理三一)

國務大臣ノ副署ノ性質及効力如何(判檢
三三)

大臣ハ違憲若シクハ不利ト思惟スル法令ニ副署スル義

務アルカ(高文
三七)

副署ハ國法上如何ナル効力ヲ有スルヤ(高文
三七)

一 憲法第五十五條第二項ニ曰ク凡テ法律命令其他國務ニ干スル詔勅ハ國務大臣ノ副署ヲ要スト、抑モ國務大臣ハ天皇ノ補弼ナリ天皇ト相對シテ獨立ノ權ヲ有スルモノニアラス、故ニ大臣ノ副署ハ決シテ元首ノ國法上ノ大權ヲ制限スルコトナシ果シテ然ラハ大臣ノ副署ハ國法上何等ノ効力ヲ有スルヤ、他ナシ元首ノ行爲ヲ以テ其ノ國法上ノ行爲ヲナスコト是レナリ、元首ノ命令ニシテ大臣ノ副署ヲ有セサル時ハ一個人ノ意志ニシテ國家ノ元首トシテ命令シタルモノニ非ラス、元首ハ法律ヲ裁可スルノ權ヲ有スト雖モ大臣ノ副署ナキトキハ裁可タ

ルノ効ナシ、裁可ナキノ法律ハ固ヨリ法律トナラサルナリ、故ニ大臣ノ副署ハ法律ノ公布ニ欠ク可ラサル形式ニシテ元首ガ公布ヲ命スルトキハ必ズ之ニ副署セサル可ラサルナリ(以上一木博士法令豫算論)

二 然リ然レトモ、若シ天皇ノ命スル事項ニシテ或ハ違憲ナリト思惟スレハ大臣ハ其職ヲ守テ之レヲ練争スヘシ是レ實ニ君ヲシテ君タラシムル所以ニシテ補弼ノ道亦タ之ニ外ナラス、若シ其練争ニシテ用ラレスンハ潔ク骸骨ヲ乞フテ冠ヲ掛クルノ外ナシ、其辭職尙聽カレスンハ止ナク君命ニ應シテ副署スルカ、但ハ懲罰ニ甘スルノ外ナキナリ、即チ大臣ハ副署ヲ拒ムノ權ナシ、然ルニ世間或ハ副署ハ大臣ノ同意ナルカ如ク説明シ天皇ノ行爲ニ不服ナレハ副署ヲ拒ムコトヲウルハ勿論、天皇副署ヲ強フレハ其職ヲ辭スルヲ得ル權アリト云フ、然レトモ此ノ如キハ大臣ノ地位ト補弼ノ性質ノヲ誤レルモノナリ、副署ハ飽マテモ形式ニシテ天皇ヲ輔弼セル證左ヲ示スモノナリ、從テ大臣責任論ト密接ノ關係ヲ有ス若シ大臣ニシテ副署ヲ拒ムコトヲ得ルトスレハ違憲ナリヤ否ヤノ解釋ハ一ニ大臣ノ見解ニ從ハサルニ至リ、天皇ヲ愚ニシテ大臣ヲ賢ナリト云フニ同シ、憲法

憲法問題解答

ノ解釋ハ天皇ヲ措キテ決定スルモノナシ、大臣ノ解釋ヲ正當トシテ其意見ニ任セ拒ムコトヲ得トセハ、國家意志ノ決定ハ寧ロ大臣ニ在ルノ奇果ヲ生スヘシ、換言スレハ大臣ハ天皇ノ行爲ヲ審査スルノ權限ヲ有スト謂フヘシ、此ノ如キハ吾憲法ノ精神ニ反ス所ナルノミナラス大臣制ノ趣旨ニ非ラサルナリ(田中次郎氏帝國憲法論)

三 田中法學士ノ說ハ上述ノ如シ、然ルニ副島法學士ハ之レヲ駁シテ曰ク、或ル學者ノ説明スル所ニヨレハ若シ大臣ハ副署ヲ拒ムコトヲ得ルトセハ大臣ノ同意ナケレハ君主ハ法令ヲ發スルコトヲ得サルカ故ニ法令ヲ發スル者ハ大臣ヲシテ君主ニアラス君主ハ唯發案權ヲ有スルニ過キサリニ至ラン然ル時ハ大臣ト君主トハ全ク其地位ヲ轉倒セサルヲ得ス是レ我君主國ノ認容スルヲ得サル所ナリ、故ニ大臣ハ副署ヲ拒ムコトヲ得ス大臣ハ常ニ副署ノ義務アリ若シ夫レ大臣カ強キテ副署ヲ拒ムコトアラシカ其ノ職務ニ違反シタルモノナルカ故ニ懲戒處分ヲ受クヘキモノナリ故ニ大臣ハ自己ノ意志ニ反シテモ副署セサルヘカラスト、然レトモ大臣カ副署ヲ拒ムトスルモ法令ヲ制定スルモノトナラサルコトハ猶ホ勅命ヲ以テ提出シタル議案ヲ議會カ否決スル爲メニ法律ヲ裁可スル

モノトナラサルト同一ナリ、何トナレハ副署ハ法令ノ有効條件タルニ過キスシテ法令ノ効力ノ原因タラサルモノナレハナリ

夫レ國務大臣ノ輔弼ノ機關ナルコトハ憲法ノ規定スル所ナリ、憲法ニ所謂輔弼トハ唯天皇ノ意思奉行スル意ニアラサルコトハ憲法義解ニ於テモ認ムル所ニシテ輔弼トハ獨リ君主ノ行爲ヲ贊襄スルノミナラス矯正ノ意ヲモ含ムモノナリ又國務大臣ハ獨リ行政長官タル地位ヲ有スルノミナラ、外憲法上ノ特別機關ナルカ故ニ通常ノ行政官ニ服従スルトハ自ラ其性質ヲ異ニス然レトモ矯正トハ唯天皇ノ不法行爲ニ同意セサルコトヲ云フノミナリ、天皇ヲ強制シテ自己ノ意志ヲ執行セシメ又義務ヲ課スルモノニアラス、故ニ大臣ハ決シテ天皇ノ上ニ立ツモノニアラス、且輔弼ノ責ニ任スルコトハ憲法ノ明記スル所ナリ、而シテ何人モ其自己ノ意思ニ出テザルコトニ責任ヲ負ハサルコトハ責任ノ原則トスル所ナリ、然ルニ此ノ說ニ從フ時ハ大臣ハ強制セラル、ト云ヘリ然ル時ハ大臣ハ其同意セサルコトニ責任ヲ負フコト、ナルヘシ、且大臣カ副署ヲ拒ムコトヲ得ルトスルハ決シテ天皇ハ行爲ノ自由ヲ失フモノニアラス何トナレハ天皇ハ何

時ニテモ自己ノ意思ニ適セサル大臣ヲ斥クルコトヲ得ルカ故ニ何等ノ不都合ナシトス

尤モ大臣ハ唯君主ノ行爲ノ不法ナル場合ニ副署ヲ拒ムコトヲ得ルカ又ハ不適當ナル場合ニテモ之レヲ拒ムコトヲ得ルカ

「マイエル」及「ブリー」ノ如キハ獨リ違憲ノ場合ノミナラス君主ノ行爲カ國家ノ利益ニ反スルト信スルトキモ尙ホ副署ヲ拒ムコトヲ得ルト云ヘリ、之レニ反シテ「ボルンハツク」ハ大臣ハ君主ノ行爲ノ違法ナルコトニ付テ責任ヲ負フノミニテ不適當ナルコトニハ責任ナシ故ニ例ヘハ君主ノ行爲カ不適當ナリト信スル場合モ副署ノ義務アリ然レトモ違法ナル場合ニハ副署ヲ拒ムコトヲ得ト言ヘリ、我憲法第五十五條ニハ國務大臣其責ニ任ストアルカ故ニ唯違法ナルコトニ責ヲ負ノミナラス不適當ナルコトニモ責ヲ負フト謂ハサルヘカラサルカ如キモ是レ政治上ノ責任ト法律上ノ責任トヲ混同シタルモノナリ、法律上ニテハ大臣ハ違法ナルコトノミ責任ヲ負フモノニシテ例令不適當ナルモ之ニ副署ヲ拒ムコトヲ得スト謂ハサルヘカラス、蓋シ法規内ニテ國務ヲ處理スルハ全ク天皇ノ

自由決定ニ在ルヘキモノナリ、故ニ苟モ適法ノコトナル以上ハ天皇ノ命令ニ副署ヲ拒ムコトヲ得ト謂フヘカラス從テ不適當ノコトニ付テハ法律上ノ責任ヲ負フヘキモノニアラスト謂フヲ正當ナリトス(以上副島氏憲法)

四 國務大臣ハ天皇大權ノ行使ヲ輔弼スル機關ナルカ故ニ其ノ職權トスル所ノ輔弼ニ在ルハ勿論其輔弼ノ事項ハ汎ク天皇大權ノ全部ニ及ヒ他ノ憲法機關ノ如ク個々特定ノ事項ニ限ル者ニ非サルナリ國務大臣ニシテ天皇ヲ輔弼シ法律勅令其ノ他國務ニ關スル詔勅ヲ發シタルトキハ第五十五條第二項ノ明文上之ニ副署スルヲ要ス故ニ副署ハ我カ憲法上天皇ヲ輔弼シテ法令ヲ發布シタルヲ表示スル一ノ形式ト謂フヘキノミ然ルニ學者副署ノ性質ニ關シ種々ノ解釋ヲ試ミ或ハ「副署ハ帝國議會ノ協賛ト其ノ効力ヲ同クスル者ニシテ副署ナキトキハ法律又ハ勅令ナシト謂ヒ或學者ハ副署ノ有無ニ依リテ天皇ノ行爲ヲ國法上ノ行爲ト一個人ノ行爲トニ區別シ「副署ハ天皇ノ行爲ヲシテ國法上ノ行爲ト爲ス者ナルニ依リ法令ニシテ副署ナキトキハ此ノ法令ハ一個人タル天皇ノ意思業示ニシテ國ノ元首タル天皇ノ命令ニ非ス故ニ天皇ハ法律ヲ裁可スルノ權ア

ルモ其法令ヲシテ真正ノ法令ト爲サンニハ國務大臣ノ副署ナカルヘカラスト
 説ケリ然レトモ是等ノ説ノ如ク副署ニシテ帝國議會ノ協賛ト其ノ効力ヲ同フ
 シ又ハ天皇ノ意思ヲシテ國ノ元首タル命令ト爲ス者ナリトモス統治ノ作用ハ
 天皇ニ依リテ完成スルニ非スシテ國務大臣ノ副署ニ依リテ完成スト謂フヘク又
 法律命令ハ天皇ノ裁可ニ依リテ成立スルニ非スシテ副署ニ依リテ成立スルモ
 ノト謂ハサルヘカラス然ラハ國務大臣ハ天皇ヲ輔弼スル者ニ非スシテ天皇ト
 國務大臣ト共同シテ大權ヲ行フ者トナルニ至ルヘシ是レ我カ國法ノ認ムル所
 ナランヤ凡ソ法ノ關係ニハ之ヲ成立セシムルニ必要ナル要素ト之ニ伴フ形式
 トヲ區別スルヲ要ス彼ノ帝國議會ノ協賛ノ如キ又ハ天皇ノ裁可公布ノ如キハ
 法令ノ成立要素ナルカ故ニ是ナキトキハ法令ハ存在スルヲ得サルモ副署ハ單
 ニ之ニ伴フ形式タルニ過キスシテ其成立要素ニハ非サルナリ然ルニ某學者ハ
 副署ト監査トヲ同一視シ副署ハ法令ノ憲法ニ違反スルヤ否ヤヲ監査シテ其ノ
 違憲ニ非サルヲ保證スル行爲ナリト唱フ然レトモ國務大臣ニシテ天皇ノ輔弼
 機關タル以上ハ天皇ヲ輔弼スルノ義務アルヘキモ天皇ノ行爲ヲ監査スルノ權

アルヘカラス若シ國務大臣ニシテ天皇ノ行爲ヲ監査シ得ルノ權アリトモ論
 理上國務大臣ハ天皇ノ上ニ位スル者ト謂ハサルヘカラサルニ至ルヘシ是レ我
 カ國法ノ許容スル所ナランヤ又タ或學者ハ曰ク法令ハ國務大臣ノ副署ナキモ
 尙ホ其法令タルヲ失ハサルモ之ヲシテ有効ナラシメンニハ國務大臣ノ副署ナ
 カルヘカラス故ニ副署ハ法令ヲシテ其効力ヲ生セシムル者アリト然レトモ國
 務大臣ハ天皇ヲ輔弼スル機關ニシテ天皇ニ代ワテ大權ヲ行フ者ニ非ス國務大
 臣ニシテ大權ヲ行フノ權ナキ以上ハ如何ソ法令ニ對シテ其効力ヲ與フルノ權
 アランヤ
 然ラハ國務大臣ノ副署ナキ法令モ又臣民ヲシテ遵守ノ義務ヲ負ハシムルヲ得
 ルヤ曰ク否ラス副署ハ先ニ述フル如ク法令ノ効力ヲ與フル者ニ非サルモ副署
 ハ憲法上國務大臣輔弼トシテ常ニ法令ニ伴フヘキ形式ナルカ故ニ形式ヲ欠ク
 法令ハ違憲法令トシテ臣民之ニ服従スルノ義務ナキノミ勿論副署ナキノ法令
 ニハ遵奉ノ義務ナキカ故ニ皮想上副署ハ法令ニ効力ヲ與フルノ觀ナキニ非サ
 ルモ是レ法ノ成立ニ必要ナル條件ト之ニ伴フ形式トヲ區別セサルノ誤認ニ出

ツル者ニシテ副署ハ單ニ臣民服從ノ標準タルニ止マリ法令ノ効力ハ之ニ依リテ生シ得ル者ニ非ス換言セハ副署ハ法令ニ伴フヘキ憲法上ノ形式ニシテ國務大臣ハ之ニ依リテ其法令ニ輔弼シタルヲ示シタルヲ表示シ臣民ハ之ヲ標準トシテ服從ノ義務アリヤ否ヤヲ定ムヘキ者ナリトス

國務大臣ニハ副署ヲ拒ムノ權アリヤ否ヤ是レ副署ノ性質ト關連シテ公法學者間ノ一大疑問ナリ副署ヲ拒ムヲ得ストノ說ニ曰ク若シ國務大臣ニシテ副署ヲ拒ムノ權アリトセハ國務大臣ハ常ニ法令ヲ左右スルヲ得ヘク天皇ハ單ニ其ノ發案權アルニ過キサル者トナルヘシ然ラハ法令ノ裁可ハ天皇ノ手ヲ離レテ國務大臣ニ歸シ國務大臣ハ天皇ノ上ニ位スルニ至ルヘシ是レ我カ國法ノ容ル所ナランヤ蓋シ副署ハ國務大臣カ署名シテ天皇ヲ輔弼シタルヲ表彰スル者ナルカ故ニ副署ハ國務大臣ノ義務トシテ之ヲ拒ムノ權ナシト然ルニ副署ヲ拒ムノ權アリト唱フル者ハ曰ク國務大臣ハ輔弼ノ機關タリ輔弼トハ實ニ獎勵發襄スルヲ謂フノミナラス又タ匡救矯正スルコトヲモ包含スルカ故ニ國務大臣ニ於テ副署ヲ拒ミ得ルトスルモ眞ニ法令ヲ裁可スル者ト謂フヘカラサルハ帝國

議會カ勅令ヲ以テ提出シタル議案ヲ否決スルモ之ヲ裁可行爲ト同視スルヲ得サルニ同シト然レトモ帝國議會ノ議決ハ天皇ノ意思ニ參與シテ之ヲ完成セシムヘキ準備行爲ニシテ未タ成立セサル天皇ノ意思ニ參與スルニ過キサルモ副署ハ之ニ反シ已ニ成立シタル法令即チ天皇ノ意思ニ對シテ之ニ與フル形式ナルカ故ニ之ヲ拒否スルヲ得ル者トセハ即チ天皇ノ意思ヲ左右シ得ル者ト爲ルニ非スヤ然ラハ論者カ副署ヲ以テ議會ノ議決ニ比シタルカ如キハ不倫ノ甚キ者ナリ論者又曰ク官吏ノ任命ハ行政契約ナリ國務大臣モ官吏ナル以上ハ其意思ニ反スルヲ理由トシテ其ノ服務契約ヲ解クヲ得サルヘカラス從ツテ國務大臣ニ於テ其職ヲ辭シタルトキハ其ノ結果副署ヲ拒ムト同一ニ解スヘシト然レトモ是レ行政契約ノ性質ヲ謬リ兼テ任官ノ形式ト官吏トヲ混同スル者ノミ行政契約トハ私法上ノ契約ト異リ統治者ト個人トノ合意ニ依リ權力的關係ヲ惹起ス者ニシテ官吏トハ是ノ形式ニ依リ國務ヲ行フヘキ特別ノ服從義務ヲ負フヘキ身分ヲ謂フカ故ニ行政契約ニ依リ已ニ國務大臣タルノ地位ヲ有スル者ハ天皇ニ對シテ服從ノ義務ヲ負フヘク其許可ナクシテ任意ニ其ノ職ヲ去リ得

ヘキ者ニ非ス從ツテ天皇ニ於テ其辭職ヲ許サ、ルトキハ國務大臣ハ又タ其ノ副署ヲ避ケ得サルニ非スヤ然ルニ論者ハ又タ之ヲ辯護シテ曰ク斯ノ如ク國務大臣ニシテ自己ノ意思ニ反スル事項ニモ尙ホ副署セサルヘカラストセハ國務大臣ハ自由意思ニ出テサル行爲ニ對シテ責任ヲ負フニ至リ責任ノ原則ニ反スト是レ又非ナリ副署ハ前ニ述フル如ク輔弼ヲ表明スヘキ形式ナルヲ以テ副署シタル國務大臣ハ總テ其ノ責ニ任スヘキモ是レ國務大臣カ輔弼ノ任ヲ盡ササルヲ理由トシテ其責ニ任スル者ニシテ單ニ輔弼ノ表明ニ過キサル副署ハ責任ノ基礎ト謂フヘカラス是故ニ國務大臣ニシテ違憲ノ命令ニ副署セサルヲ得サル場合ノ如キハ其輔弼ノ職ヲ盡ササルノ結果ナリトシテ已ニ其責ヲ負フヘキヲ以テ假ヒ此場合ニ於テ論者ノ說ニ從ヒ副署ヲ拒ミ得ルトスルモ輔弼足ラサルノ責ハ已ニ免ルルニ由ナカルヘシ然ルニ若シ副署ナキヲ理由トシテ其ノ責ヲ免レ得ヘシトセハ是レ國務大臣ハ自己ノ過失ニ對シテ其責任ヲ避クルヲ得ト謂フヘキニ非サルナキカ故ニ予モ又タ前說ト同ク副署ハ國務大臣ノ義務ニシテ國務大臣ニハ之ヲ拒ムノ權ナシト信ス勿論國務大臣ハ輔弼機關ニシテ輔

弼トハ論者ノ說ク如ク管ニ獎順贊襄スルノミナラス又匡救矯正ヲ包含スル者ナルカ故ニ若シ天皇ノ命々タル事項ニシテ或ハ憲法ニ違背スト思惟セハ之ヲ練爭スルヲ得ヘキモ其ノ練爭ニシテ用キラレズンハ輔弼ノ職ニ堪ヘストシテ深ク骸骨ヲ乞フヘク若シ又々其辭職ニシテ聽カレズンハ天皇ノ命ニ應シテ之ニ副署スヘク決シテ其ノ副署ヲ拒ムヲ得ヘキ者ニ非サルナリ是ノ如ク副署ハ輔弼ヲ表示スル憲法上ノ形式ニシテ國務大臣ニ之ヲ拒ムノ權ナキモ國務大臣ノ輔弼スル所ハ天皇ノ大權ニ在ルカ故ニ國務ニ關セサル者ハ天皇ノ行爲ト雖モ副署ヲ要スル者ニ非ス是レ第五十五條第二項カ凡テ法律勅令其ノ他國務ニ關ル詔勅ハ國務大臣ノ副署ヲ要スト規定シ國務ニ關セサル詔勅ヲ除外シタルヲ以テ之ヲ知ルヲ得ヘシ(吉見氏目本憲法論)

大臣ハ其職ヲ去ルノ權アルカ(高文)

一 論者曰ク官吏ノ任命ハ行政契約ナリ國務大臣モ官吏ナル以上ハ其意思ニ反スルヲ理由トシテ其服務契約ヲ解クヲ得サルヘカラス從ツテ國務大臣ニ於テ

其服務契約ヲ辭シタルトキハ其結果副署ヲ拒ムト全一ニ歸スヘシト然レトモ是レ行政契約ノ性質ヲ認リ兼テ任官ノ形式ト官吏トヲ混同スル者ノミ行政契約ハ私法上ノ契約ト異ナリ統治者ト個人トノ合意ニ依リ權力的關係ヲ惹起ス者ニシテ官吏トハ此ノ形式ニ依リ國務ヲ行フヘキ特別義務ヲ負フヘキ身分ヲ云フカ爲ニ行政契約ニ依リ既ニ國務大臣タルノ地位ヲ有スル者ハ天皇ニ對シテ服務ノ義務ヲ負フヘク其許可ナクシテ任意ニ其職ヲ去リ得ヘキ者ニ非スト

ニ 或ハ曰ク君主ハ國務大臣ノ留任ヲ強ユルノ權ナキコト立憲國家ノ不文原則トシテ見ルヘキモノナラント

三 命令說ヲ唱フル學者ハ曰ク官吏ノ任命ハ國家ノ一方ノ命令ニ由リテ成立シ一個人ハ其國家ニ對スルノ義務トシテ之ヲ受諾セサル可カラスト按スルニ憲法第十條ニ天皇ハ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但シ此ノ憲法又ハ他ノ法律ニ特例ヲ掲ケタルモノハ各々其ノ條項ニ依ルトアリ即チ國務大臣ノ任命ハ天皇ノ大權ニ屬ス且第十條但書ニ特殊ノ條項ナキ

ヲ以テ大臣ハ天皇ノ許可ヲ俟タス任意ニ其職ヲ去ルノ權利ヲ有スルモノニアラスト信ス

憲法上司法裁判所ニ屬スヘキ職權ノ範圍ヲ説明スヘシ(判檢)

裁判所ハ統治ノ機關ナリ司法權ヲ行フコトヲ司ル司法權ハ國權作用ノ一部ニシテ從テ君主ノ權力ニ屬スルコト明カナリ統治權ノ作用ノ一ノ方法ヲ名ケテ司法ト云フナリ即チ裁判所カ行フ所ノ職權ヲ司法ト稱スルナリ司法ヲ立法行政ト相對セシムルハ憲法ニ依リテ之ヲ司ル機關ヲ區別シタルニ因ルモノニシテ權力其モノガ分離セラレタルニアラス
司法トハ法律ヲ事實ニ適用シテ審判スルノ行爲ニシテ權利ヲ審判シ及ヒ刑罰ヲ宣告スルコトヲ司ルモノナリ司法ノ實質上ノ範圍ハ其性質ニ依リテ定義スルコト難シ法律ヲ適用スルハ必スシモ裁判所ノ職務トノミ謂フヘカラス然レトモ國家行爲ヲ立法司法行政ノ三ニ區別シタル大體ノ要點ハ蓋シ下ノ如クナルヘシ即チ法令ヲ發スルコトハ立法ニ屬シ法令ノ範圍内ニ於テ國家ノ目的ヲ達スル行爲

ハ行政ニ屬シテ法律ヲ解釋シテ之ヲ特定ノ事件ニ適用スルヲ司法ト爲スナリ、然ルニ實際上司法ノ範圍ヲ説明スルニハ、唯裁判所ノ權限論トシテ明瞭ナル答ヲ爲シ得ヘキノミ、即チ裁判所構成法及訴訟法ニ於テ規定スル所ノ範圍之レナリ憲法上ノ解釋トシテ司法權ヲ論スルハ大體ノ精神ヲ解釋スルニ止マルモノトス今實質上ヨリ司法ヲ觀察センニ司法トハ所謂民事及刑事ニ付キ法律ヲ適用スルモノナリ、何ヲカ民事、刑事ト謂フカハ大體ニ於テ明瞭ナレトモ正確ニ定義スルコト頗ル難シ然レトモ民事トハ私法上ノ權利關係ヲ實質トスル事件ヲ謂ヒ、刑事トハ刑罰法ノ適用ヲ必要トスル事件ヲ指スナリ、而シテ民事刑事ニ付テハ一般ニ法律ヲ適用シテ之ヲ裁判スヘク他ノ行政ノ事件ノ如ク國家政府ノ自由ノ裁決ニ任スヘカラス、此理由ニ據リテ裁判所ハ一般ニ民事刑事ヲ管轄スルモノト定メラレタリ、我憲法ハ此意味ニ於テ司法權ハ裁判所ニ之ヲ行フト規定シタルナリ、裁判所ハ法律ニ依リ司法權ヲ行フ法律ニ依リト云フハ適用スヘキ法律ハ悉ク皆法律ノ形式ヲ備フルコトヲ要スト謂フニアラス、裁判ノ手續カ法律ニテ定マレルコトヲ必要トスルナリ、命令權ヲ以テ裁判手續ヲ變更スルコトヲ得サルナリ、裁判

所ハ國法ヲ適用ス國法ハ法律ノミニアラス、場合ニ依リテハ命令若シクハ習慣モ之ヲ適用スルコトアルヘシ故ニ憲法第五十七條ニ於テ法律ニ依リ之ヲ行フト規定シタルハ裁判所ノ審判手續ハ必ス法律ニ依ルコト、解釋スヘキナリ

公法私法ノ區別(大學三二)

法ヲ公私ニ分ツ所以ヲ論シ公私ノ特質ヲ示セ(大學三八)

公法私法ノ特質ヲ論述シ其區別ヲ説明スヘシ、若シ公私

ノ別ヲシトセハ其理由ヲ詳述スヘシ(大學二七)

本問公法私法ノ區別ヲ述フルニ當リ先ツ法ノ意義ニ付テ聊カ説明スル所アラン單ニ法ト云フモ古來幾多ノ意義ヲ包含シ種々雜多ノ意味ニ慣用セラレタリ獨リ我邦ノミナラス英ノ「ロー」ニ於ケル佛ノ「ドロア」ヤ獨ノ「レヒト」ヤ羅典ノ「ユス」ヤ皆茫漠トシテ述捉スヘカラサルモノアルカ如シ學者ノ解説ノ區々タル敢テ訝ムニ足ラサルナリ

法ノ性質ノ看念ヲ説明スルモノニ付テ特ニ穗積博士ノ詳解アリ左ニ掲ケテ法ノ

憲法問題解答

意義ヲ知ラシメントス博士曰ク法ハ人ノ共同生活ノ標準ナリ而シテ法ノ觀念ニハ種々ノ要素アリテ存ス第一法ハ人ノ共同生活ニ伴フモノタルコト第二法ハ權力ニ依リテ保維セラルコト即チ是ナリ再言スレハ此二者タル實ニ法ノ法タル所以ノ條件タリ以下逐次之ヲ分説セントス

第一 法ハ人ノ共同生活ニ伴フモノナリ此條件ハ之ヲ分説シテ左ノ二個トス
一 法ハ人ト人トノ交際ノ關係ヲ規定スルモノタリ 元來人ハ物ニ對シテ權利ヲ有スルコトナク又義務ヲ負フコトナシ而シテ又若シ人カ個々獨立シ共同ノ生活ヲ爲サルトキハ法ノ觀念ヲ生スルコト之レアラサルナリ例ヘハ人ノ社會ヲ成ス状態ニシテ若シ煉瓦及ヒ木石等カ家屋ヲ組成スルト同シク唯タ機械的ニ集合スルニ止マレリトセン乎其間毫モ法ノ存立ヲ見ルコトヲ得サル可シ然レトモ社會ハ有機物ナリ而シテ人ハ個々獨立ノ生活ヲ營ムノ外尚ホ社會共同ノ生活ヲ爲スモノナリ故ニ社會ハ決シテ人ト人トノ個々ノ集合物ニ非ス人カ共同ノ目的ヲ達シテ併存センカ爲メニ成立スル所ノ組織ナリト謂フ可シ左レハ人ト人トヲ結合シテ社會ヲ成サシムル鍵鎖ハ即チ法ナルコト復タ喋々ヲ

俟タスシテ明カナリ畢竟スルニ法ハ人ノ交際ニ依リテ始メテ發生シ來ルモノナルコトヲ注意セサル可カラス是レ實ニ第一ノ要點ナリ

二 法ハ共同生活ノ規則ナリ 法ハ管タニ個人カ自己ノ目的ヲ達スルニ止マラス之レニ因リテ共同團體ヲ爲シ共同生活ヲ全フセンカ爲メナリ共同團體ノ維持ハ秩序ニ在リテ秩序ハ權力ニ依リテ維持セラル人類ハ天然のニ智力腕力年齢其他種々ノ状態ニ於テ不平其ノモノタリ若シ夫レ自然ノ優劣ニ任センカ弱者ハ強者ノ食トナリ平和ノ地ヲ成スコト能ハス社會秩序ハ爲メニ破壊セシ故ニ團體生活ヲ維持スルニハ天然ノ優劣ニ拘ラス一定ノ規律ニ依リテ公平ニ共同幸福ヲ受クルコトヲ必要トス之ヲ秩序ト云フ然レトモ社會ハ唯タ倫理ノ教道徳ノ規則ノミニテハ強者ヲ抑制スルニ足ラサルカ故ニ社會ニハ必ス社會ノ主力アリ以テ秩序ヲ維持ス絶對的平等ノ人類カ平等ノ關係ニ於テ集合シタルノミニテハ社會ヲ爲サス各人カ唯一ノ主タル權力ニ服従スルコトニ依リテ始メテ共同團體ヲ成スナリ例ヘハ一家ニハ家長アリ一國ニハ主權アルカ如シ此社會的ノ主力ニ依リテ維持セラル所ノ規則ヲ名ケテ法ト稱ス法ノ觀念

ハ事物ノ秩序ヲ意味シ一定ノ現象ニ伴フテ他ノ現象ヲ生スルヲ法ト謂フ例ヘ
 ハ物理學上ニ於テ熱ノ法光ル法ト云フカ如シ人間社會ノ法ハ人ノ意思ニ依リ
 テ定マル所ノ法則ナリ而シテ法ハ人ノ行爲ヲ規律ス故ニ自然ノ法ト異ナリテ
 人カヲ以テ之ヲ破フル場合モアルヘシ故ニ社會的ノ法則ハ權力ニ依リテ維持
 セラル、コトヲ必要トス法ト道德若クハ宗教トハ其實質ヲ同ニスルヲ目的ト
 スルモノナリ宗教道德ノ效モ亦人ノ社會的生存ノ條件ヲ示スモノナリ然レト
 モ吾人カ狹義ニ於テ法ト稱スルハ社會ノ主力ニ依リテ維持セラル、所ノ人類
 共同生活ノ規則ヲ謂フモノナリ

第二 法ハ權力ニ依リテ保持セラル、モノナリ 自然界ノ法則ハ天然力ニ依リ
 テ維持セラル寧ロ天然ノ現表ト云フモ可ナリ社會的ノ法モ會社的ノ權力ニヨ
 リテ維持セラル之レ社會的權力ノ現表ナリト云フテ可ナリ人ノ共同生活ヲ維
 持セラル、モノハ社會ヲ維持スル權力ナリ法ハ其權力ニ依リテ維持セラル權
 力ハ法律論トシテ單ニ自然力ノ力ニアラス人ノ意思ヲ支配スル威力ヲ云フ而
 シテ此威力ハ則チ主權者ノ命令其ノモノニシテ必スシモ此權力ニ依リテ社會

ノ現象悉ク拘束セラレ以テ法ノ法タル源ニ於テ同等ナリト認ムルコト勿レ普
 學上ノ理論ニ依レハ法律及ヒ道德ノ基礎ハ同一ニ歸スト雖モ其細目并ニ適用
 ニ至リテハ二者必スシモ一致スルモノニ非ス故ニ法ノ由テ生スル所以ハ良シ
 ヤ正邪ノ區別ニ在リト爲スモ現今國法トシテ存在スル所以ハ專ラ權力ノ働作
 ニ基ツクモノニシテ獨リ正邪ノ觀念ニノミ因ルニ非サルナリ余ハ尙ホ權力ハ
 何カ故ニ法ノ要素タル乎ヲ詳説セントス今夫レ人カ各自平等ニ存在センニハ
 其間復タ法ノ發生ス可キ理ナシ唯タ一方ニ優者アリ一方ニ劣者アリ強弱相岐
 ル、トキハ茲ニ強者ハ弱者ヲ制シテ其命スル所ニ服セシムルニ至リ是ニ於テ
 始テ法ヲ生ス即チ法ハ強弱ノ區別ニ基ツクモノナリ是レ實ニ法律沿革史ノ
 證明スル所タリ古今ノ沿革ニ徴スルニ法ハ先ツ一家族ノ内ニ發生シタルコト
 明カナリ即チ一方ニハ權力ヲ有スル家長アリ他方ニハ之ニ服従スル所ノ妻子
 アリ共ニ一家ヲ構成シ此處ニ法ヲ發生シタルモノナリ換言スレハ法ハ主權及
 ヒ服従者ノ存スル所ニ始メテ存立スルモノニシテ而シテ太古ノ法ハ家族ノ秩
 序ヲ維持スルノ法タリ爾後人カ一部落ヲ成スニ至リテヤ亦タ部落團體ノ主權

アリテ各個人之ニ服従スルコト、ナリ茲ニ一部落ノ法ヲ生スルニ及ヘリ斯ノ如ク法ノ沿革ハ常ニ權力ノ發達ニ伴フモノニシテ法ハ終始權力ニ依リテ存在スルモノナリ而シテ國家ハ實力ヲ有シ主權ヲ保持スルカ故ニ其命令ハ法トシテ行ハル、所以ナリ近來英國ノ學者等カ唱道スル所ヲ聞クニ法ハ主權者ノ命令ナリトセリ蓋シテ法ハ權力ニ依リテ發生シ權力ニ依リテ維持セラルトノ意ナラン然レトモ單ニ此ノコトノミヲ以テ法ノ定義ト思惟スルハ非ナリ何トナレハ此定義ハ専ラ法ノ形式上ヨリ下シタルモノナルヲ以テ毫モ法ノ實質如何ノ問題ニ答フルコトヲ得サレハナリ法ノ實質ハ人ノ共同生活ノ標準タルニ在リ法ノ形式ハ主權者ノ命令タルニ在リ故ニ此等二個ノ要點ニ注意セサレハ法ナル語辭ノ解釋ニ付テ誤謬ニ陥ルコトアル可シ

上來講述セル所ヲ以テ法ノ概念ヲ與ヘ得タリト信スルカ故ニ余ハ是レヨリ法ノ作用如何ノ問題ニ付キ少シク附言セントス

法ハ一個人ノ爲メニ存在スルヤ將タ社會ノ爲メニ存在スルヤノ問案ハ學者ノ間大ニ議論ノ存スル所ナリ例ヘハ實利主義ヲ奉スル英國哲學者ノ所論ニ依レハ法

律ノ目的ハ一個人ニ對シテ充分ナル幸福ヲ與フルニ在リ人ハ社會ノ爲メニ生活スルニ非スシテ社會ハ却テ人ノ爲メニ作ラレタルモノナルカ故ニ從テ法律ハ個人ノ爲メニ制定セラル、モノト爲セリ是レ所謂個人主義ノ哲學論ナリトス之ニ反シテ所謂社會主義ノ議論ニ依レハ人ハ社會ノ一分子ニシテ國家ノ爲メニハ其生命ヲモ尙ホ願ミラレサルモノトシ社會ノ生存ヲ以テ第一ノ要件ト爲セリ即チ此主義ニ從フトキハ法ハ社會團體ノ獨立ノ生存ヲ全フヘンカ爲メニ設クルモノニシテ敢テ個人ノ爲メニスルモノニ非サルナリ以上二個ノ見解タルヤ各、一理アリテ容易ニ其當否ヲ辨スルコトヲ得ス然リト雖モ近世ノ進化論ニ依リテ發達シタル法理學者ノ所說ニ從ヘハ法ハ社會ノ目的ノ爲メニ存在シ、社會ノ生存ヲ全フスル所ノ要具ナリト言ヘリ若シ夫レ國家カ法ノ源ナル以上ハ國家ナクンハ法律ナシ而シテ國家ハ即チ人ノ共同生活ノ社會團體ナリ是ニ由リテ觀レハ法ハ社會生存ノ爲メニ存スルトノ見解ヲ以テ妥當ト爲サ、ルヲ得ス人カ個々獨立シテ生存スルコト恰カモ禽獸ノ原野ニ棲息スル如クナランニハ法ハ決シテ存生セス又法ノ必用アラサルコトヲ信スルナリ詳言スレハ斯ル場合ニ於テ強弱相爭鬪シ強

者カ弱者ヲ制スルハ單ニ事實上ノ現象タルニ過キスシテ其間毫モ法律ヲ以テ秩序ヲ維持スルノ必要アラサルナリ余輩カ法ハ社會ノ爲メニ存立シ社會ノ生存ヲ助クルノ要具ナリトスル所以實ニ爰ニ在リ扱又法先ツ發生シテ然ル後權利成立シ來ル乎將タ權利先ツ存在シテ然ル後法成立スル乎是レ亦タ法理學ニ於ケル重要ノ問題タリ然レトモ予ハ一々學說ヲ講明スルノ暇ナケレハ唯タ近世ニ於ケル法律大家ノ定說ノ結果ヲ述ヘンニ輒近ノ學說ニ依ルトキハ權利ハ法ノ製作物ナリトセリ即チ此議論ニ依レハ人ハ毫モ自然ニ權利ヲ有スルニ非ス法律ヲ俟テ始メテ之ヲ取得スルニ過キス故ニ法ハ本ニシテ權利ハ末ナリ之ニ反シテ夫ノ十八世紀ニ方リ佛國ニ於テ盛ニ行ハレタル天賦權利說ニ從フトキハ吾人ハ天賦自然ノ權利ヲ有スルモノト爲シ而シテ此權利ノ衝突ヲ避ケンカ爲メニ法ヲ制定スルモノト爲セリ余輩ヲ以テ看レハ此說ハ素ヨリ謬妄ノ譏ヲ免レサルモノト信スシレトモ又其所謂天賦ノ權利トハ必スシモ現今吾人カ謂フ所ノ權利ノ義ニ非スシテ或ハ腕力ヲ意ニ用キラレタルモノナルヤモ知ル可カラス若シ法ハ人ノ腕力ヲ以テ相爭鬪スルコトヲ防止センカ爲メニ制定セラルトノ意ナランニハ其議論

タルヤ稍正鵠ヲ得タルモノト謂フ可シ何トナレハ法律ハ人カ腕力ヲ振ツテ物件ヲ爭ヒ其他暴行ヲ爲スコトヲ制止シテ秩序ヲ正サンカ爲メニ存立スルモノナレハナリ然リト雖モ腕力ハ權利ニ非ス故ニ法ハ權利ノ衝突ヲ避ケテ之ヲ均一ニスル爲メニ設定セラレ、モノナリトノ議論ハ論理上妥當ヲ得タルモノニ非サルナリ蓋シ真正ニ權利ト稱スル思想ハ法律ヲ俟テ然ル後發生シ來ルモノナレハナリ尙ホ此等ノ事項ニ關スル詳細ノ說明ハ憲法ノ緒論トシテ毫モ必要ナルモノニ非サレハ茲ニ之ヲ贅セスト

以上ニテ法ノ看念明瞭ナリト厖料スルヲ以テ以下本問ノ要點タル公法、私法ノ區別ニ付キ學者ノ唱導スル所論ノ一般ヲ揭ケンニ

第一說 是ハ英佛獨ノ多數學者ノ唱フル所ニシテ最モ古キ學說ナリ、曰ク公法ハ

公益ノ爲メニ存スル法則ニシテ私法ハ私益ノ爲メニ存スル法則ナリ

凡ソ法ハ公法私法ヲ論セス均シク社會生存ノ規則ナリ、個人孤獨ノ利益ノ爲メニ存在スルニアラス故ニ或意味ヨリ言フトキハ法ハ總テ公益ノ爲メニ存スルモノナリ蓋シ利益トハ各主體ノ感覺ナリ故ニ私益ト公益トノ區別ハ之ヲ見ル

人ニ依リテ異ルモノニシテ明瞭ナル標準ヲ立テ難シ、故ニ私益、公益ナル語ハ吾人ノ常ニ唱フル所ナレトモ極メテ曖昧ナル言詞ナリ、公法ハ公益法ナリトノ定義ハ法ハ利益ト云フノ外、公私タル區別ヲ明瞭ニ示サス殆ント問ヲ以テ問ニ答フルモノナリ、此ノ說ハ未タ明瞭ナル區別トハ云フヘカラス

第二說 コハ權利ノ主體ニヨリ區別セントスル說ニシテ英國ノ「ホルラント」其他有力ナル學者ノ唱道スル所ナリ曰ク一個人間ノ關係ヲ規定スル法則ハ私法ナリ國家ト一個人トノ關係ヲ規定スル法則ハ公法ナリト

此說モ亦吾輩ハ以テ誤レリト言ハス、然レトモ其說ク所甚タ機械的ニシテ法ノ公法ニ分ル、性質ヲ示サス、且實際ニ不適合ナル場合アリト信ス、何故ニ一個人相互ノ關係ト國家ト一個人トノ關係ヲ區別シテ公法私法ト名ケタルカ毫モ其理由ヲ示サス、又實際上國家ト一個人間ノ賣買取引ノ場合ニ徴スルモ其關係ハ常ニ私法的關係トシテ民法商法ヲ適用セラル、ニアラスヤ而シテ此等ノ法律行為ハ一個人ニテモ會社ニテモ亦國家ニテモ其間尠少ノ差異ナシ、故ニ國家ト一個人トノ關係ハ悉ク公法的關係ナリト斷定スルコトヲ得ス、或種類ノ關係ハ

公法的ニシテ又或種類ノ關係ハ私法的ナルコトアルヘシ然ルニ綜合一括シテ國家ト私人間ノ關係ハ悉ク公法關係ナリトスルハ事實ニ適合セサル解釋ナリト謂ハサルヘカラス

第三說 是レハ獨逸ノ法律歴史ニ基キテ起リシモノニシテ近來「ギルケ」等ノ唱フル說ニシテ其說ク所ニヨレハ公法ハ團體法ナリ社會法ナリ人カ團體ヲ組織スル關係ノ規則ナリ、私法ハ個人法ナリ個人トシテノ關係ヲ規定スル法ナリト現今公法私法ノ觀念ニ於テ普通商業又ハ學術等ノ爲メニ會社ヲ設ケ團體ヲ成ス場合ト家ヲ成シ國ヲ成ス場合トヲ全ク異ナルモノト見做セリ、然ルニ此ノ學說ニヨレハ會社モ公法上ノ關係トナルヘシ、又個人トシテノ關係ヲ私法ナリト謂フト雖モ元來人ハ團體ノ分子トシテ存在スルカ故ニ「ロビンソン」「クルーソー」ノ如キ孤獨ノ生活ハ初メヨリ法律問題タラサルナリ、即チ國家ナケレハ法律ナシ、法律ナケレハ權利ナキナリ、人ハ國家ノ一分子タルカ故ニ權利アリ義務アリ又服従スヘキ法律アルナリ團體ノ分子トシテノ外吾人ハ權利ナシ然ルニ此等ノ論者ハ吾人ノ資格ヲ二分シ得ルモノ、如ク思惟シ國家ノ臣民タリ分子タル

ノ區別ト個人獨立ノ資格トヲ分離シテ立論セシハ大躰ノ區別シテ穩當ヲ欠クモノト謂ハサルヘカラス

第四說 コハ吾人ノ信スル說ニシテ敢テ前說ヲ駁スルコアラサレトモ以上ノ學說等ニ拘泥スルコトナシ即チ公法ハ權力關係ノ規定ナリ私法ハ平等關係ノ規定ナリト説明セントス

權力トハ一方ノ意思ヲ以テ對手ノ意思ヲ威力ニヨリテ強制スルヲ謂フナリ權力ハ不平等ヲ意味シ服従ハ優劣ヲ意味ス若シ平等ナレハ其間ニ權力ナシ一方ハ強ク他方ハ弱キカ故ニ權力アリ以テ權力ハ不平等タルヲ知ルハシ之ト同シク平等トハ無權力ノ意味ナリ平等ナルカ故ニ權力ナシ權力ナキカ故ニ服従ナシ獨立對等ノ關係ハ即チ平等ナリ蓋シ社會ニハ權力關係ト平等關係トハ十分ニ分離セラレス故ニ公法關係ト私法關係トハ常ニ混同セラル發達シタル社會ニ在リテハ兩者ノ關係ハ明確ニ分離セラル從テ公法私法ノ意義ハ明カニ區別セラルハナリ社會ハ強弱智愚其他種々ノ差等アル人間ヲ以テ組織セラル天然ノ狀態ハ不平等ナリ不平等ニテハ權力ノ争ニ堪ヘサルカ故ニ人爲ニ依リテ之

レヲ平等ナラシメント欲セリ是レ即チ社會ノ秩序ナリ億萬ノ富ヲ有スル者モ赤貧洗フカ如キ貧人モ智力腕力アル人モ幼者モ壯者モ勝テ皆平等ノ者トシ平等ノ權利ヲ保タシム是レ社會ノ秩序ヲ維持スルノ道ナリ此事實上不平等ナルモノヲシテ平等ナラシムル方法ハ即チ主權ノ作用ナリ強者カ弱者ヲ脅カストキハ國家ノ主權ハ強制シテ弱者ヲ扶ク是ニ於テカ權力平均シテ平等トナル佛國大革命ノ原則ハ人ハ法律ノ前ニハ同等ナリト言ヘリ是レ即チ法律上人ヲ同等トナスコトカ近世社會ノ主義タルコトヲ意味ス所謂各人平等トハ各人相互ノ間ニノミ行ハルヘク國家ノ主權ト一個人トハ明カニ不平等ノ關係タリ一方ハ權力者ニシテ一方ハ服従者ナリ吾人相互ノ間ニハ服従關係ナシ唯ニ義務ヲ盡スアルノミ請求スルコトヲ得レトモ命令スルコトヲ得ス命令服従ノ關係ハ國家ト臣民トノ間ニノミ存ス服従關係ト權利關係トハ共ニ社會ニ成立シテ社會生存ノ要素ヲ爲ス法律ハ人ノ社會的關係ノ規定ナリ而シテ社會的平等ノ關係ヲ規定スルモノヲ私法ト謂ヒ權力的關係ヲ規定スルモノヲ公法ト謂フ公法ハ命令服従ノ不平等關係ヲ規定シ私法ハ權利義務ノ對等關係ヲ規定スルナリ

一私人相互間ニハ義務アレトモ服從ナシ請求スルヲ得レトモ命令スルヲ得ス
 故ニ大躰ニ於テ一個人相互ノ關係ヲ規定スルヲ私法ナリト謂フハ誤謬ナキ所
 以ナリ、然レトモ社會ノ組織ノ如何ニ由リ家長ハ其家族ニ對シテ命令スルコト
 アルヘシ斯ノ如キ社會ニ在リテ父子ノ關係ハ服從關係ニシテ公法的ナリ又地
 主、小作人間ノ關係ハ單ニ財產權上ノ關係ニアラスシテ主人ト臣下トノ服從關
 係アル時代モアリシ此時代ニ於テハ地主ト小作人間ノ關係ノ又公法的ナリ現
 今ニ於テハ此等社會ニ於ケル個人ノ權力ヲ剝奪シテ之ヲ中央ハ國家ニ歸シ吾
 人ハ皆平等ノモノトシテ國家ニ服從ス此服從ノ關係ハ大躰ニ於テ前ニ示シタ
 ル主義ト異ラス唯法ノ原理ニ考ヘ社會ノ法ニ對スル關係ト觀テ言フトキハ社
 會ノ公ノ權力ト無權カトノ關係ハ即チ權力關係ニシテ公法タリ權力ナク對等
 獨立ノ關係ハ私法ナリト解スルヲ正當ナリト信ス
 私法ト民法々典トヲ同一ナリト誤解スヘカラス、民法トハ民事ニ關スル法典ナ
 リ固ヨリ公法的ノ規定モアルヘク私法的ノ規定モアルヘシ之ト均シク他ノ法
 律命令ニ於テモ亦公法的ノ規定ト私法的ノ規定カ同一法典ニ編纂セラルルコ

トアル可シ公法トハ憲法、行政法、訴訟法ナリ私法トハ民法商法ナリト云フカ如
 キ說ハ價值アルノ說ニアラス(憲法學博士)

以上說ク所ノ如ク公法私法ノ區別ニ付テハ學說多岐ニ分カレ何レヲ採リ何レヲ
 捨ツ可キヤニ於テモ又大ニ探究スルノ價值アラント思考スルモ既ニ余輩ノ所信
 モ說述セシヲ以テ尙ホ左ニ二三ノ學說ヲ紹介シ參考ニ供セン

人格對立說 公法トハ國家ト國家若クハ國家ト私人トノ關係ヲ規定シタルモノ
 ニシテ私法トハ其法律ノ規定スル關係ニ於テ其對立スル人格ノ一方カ必ス公共
 團體ナルヲ要スルモノヲ云ヒ私法トハ其對立スル人格カ雙方共ニ一個人タル團
 體タルモノヲ云フ又公法トハ國家自ラ意思ヲ制限スルモノナリ私法ハ國家カ私
 人トノ間ニ意思ノ限界ヲ定ムルモノナリト言フモ意味ニ於テ異ナルコトナシ
 然ルニ前說ヲ論駁シテ曰ク此說ハ結果ヲ見テ説明スルモノニシテ全ク機械的ニ
 テ公法ノ特質ヲ明ニスルニ足ラス且又國家ト一私人ノ關係ニ於テ必スシモ公法
 關係ナラサルモノアリ例ヘハ國家ト一私人ト賣買若ハ請負ノ契約ヲナシタル如
 キ場合はレアリ且又一個人相互ノ關係ト雖モ公法上ノ性質ヲ帶フルコトアリ例

へハ人ノ身體ヲ毆傷シタルカ如キ場合はナリ故ニ右ノ定義ハ適合セスト
 又是レカ辨解ヲ爲シテ國家モ財産ノ主躰トシテ私法ノ規定ニ從フコトハ云フ迄
 モナケレトモ國家ニシテ私人ト私人ノ間ニ存在スルコトヲ得ル關係ヲ結フトキ
 ハ國家ハ自己ノ行爲ニヨリテ自ラ其定メタル處ノ私法ノ規定ニ服スヘキコトヲ
 認メ居ルモノナリト云フコトヲ得ルハ恰モ國家カ外國ト交通ヲナシ居ルト云フ事
 實ニ由テ其國際法ニ效力ヲ認メ居ルト謂フ事實ヲ推測スルヲ得ルト全理ナリト
 一木博士且又右ノ身躰ヲ毆傷シタル場合ノ如キニ於テハ私人相互ノ關係ニシテ
 國法講義
 公法上ノ性質アリト云フハ事實上ノ關係ト法律上ノ關係トヲ混同シタルモノナ
 リ即チ歐傷シタルト云フ事實ハ私人ト私人トノ間ニ起リタル事實ナレトモ此ノ
 事實ニヨリテ一方ニハ公法上ノ法律關係(刑事)ト一方ニハ私法上ノ法律關係(民事)
 トヲ生スルモノナリ法ノ公法ヲ定ムルノ標準ハ法律上ノ觀察スルニアリテ事實
 上ノ關係ヲ觀察スルニアラス
 折衷說 公法トハ命令權ノ主躰タル國家ト臣民トノ間ニ於ケル命令服從ノ關係
 ヲ規定セルモノニシテ私法ハ命令權ナキ臣民相互ノ間ニ於ケル平等對立ノ關係

ヲ規定スルモノナリ學者カ關係說及ヒ人格對立說ヲ以テ其根本ニ於テ兩者氷炭
 相容レサルモノト爲スハ片面的觀察ヨリ生スル誤謬ナリ蓋シ命令服從ノ關係ヲ
 規定スル法ハ何レノ場合ニ於テモ臣民相互ノ關係ヲ規定スルモノトセハ此兩說
 ハ畢竟同一ノ範圍ヲ脱スルコトヲ得サルモノアリ故ニ公法私法ノ區別ニ關シテ
 優者劣者ノ本來ノ性質ニ準據シ國家ノ構成分子タル命令者ト服從者トノ二原素
 ノ間ニ存在スル法律關係ヲ其躰ニ付キ觀察スルトキハ次ノ如ク説明セリ
 即チ國家ト臣民トノ關係ハ本來性質上平等對立ノモノニアラス國家ノ臣民ニ對
 スル權力ハ絶對無限ニシテ國家ハ隨時如何ナル行爲不行爲ヲモ其臣民ニ對シテ
 命スルコトヲ得ヘシ而シテ昔時ノ國家ハ姑ク於テ論セストスルモ近世ノ國家ニ
 アリテハ國家ハ法ヲ設ケテ臣民相互ノ關係ヲ定ムルノミナラス臣民ノ國家ニ對
 スル服從關係ニ付テモ規定ヲ設クルニ至リ從テ臣民ハ其服從義務ニ一定ノ限界
 ヲ與ヘラルト同時ニ國家ハ其命令權ヲ一定ノ條件ノ下ニ節制シ國家ト臣民ト
 ノ關係カ事實上ノ現象ヲ離レテ法ノ上ノ現象トナリ法ノ規定スル所ニ從ヒテ臣
 民ニ臨マサルヘカラサルニ至レリ此關係ヲ規定スル法ヲ名ケテ公法ト云フ約言

スレハ「公法トハ國家ト臣民トノ間ニ於テ命令服從ノ關係ヲ規定スルモノナリ」ト
 斷定スルコトヲ得ルナリ。爾レ臣民相互ノ關係ヲ見ルニ臣民ノ間ニハ老幼賢愚又
 ハ貧富ノ懸隔アルヨリシテ或ハ一人カ他人ニ服從スルノ狀態之アルヘシト雖ト
 モ其服從關係タル決シテ國家ニ對スル如キ絶對無限ノモノニアラスシテ若シ無
 礙ニ自由ヲ束縛スルノ契約ヲ爲サンカ私法上無効ノ法律行爲タルヲ免カレサル
 ナリ故ニ雇傭契約ノ如キ又ハ親子ノ關係ノ如キ一人ノ他人ヲ強制セント欲セハ
 必スヤ國家ノ權力ヲ仰カサルヘカラサルナリ果シテ然ラハ私人ノ相互ノ間ニハ
 固有ノ意義ニ於ケル命令服從ノ關係存スヘキ理由ナク其關係ヲ規定スル法ハ即
 チ「平等對立ノ權利關係ヲ規定スル私法ナリ」ト論セサルヲ得ス（岡氏行政學論義）
 以上ノ諸說ヲ綜合玩味以テ本問ノ解答ヲ知ル可シ

左ノ憲法上ノ用語ヲ簡略ニ説明セヨ

- 一 憲法上ノ大權
- 二 法律
- 三 命令（大學三）

第一 憲法上ノ大權

大權ハ統治權ノ一部ニシテ天皇ノ親裁シテ行使スルモノナリ大權ナル文字ハ時
 トシテハ廣ク統治權ト同一意義ニ用キラル然レトモ茲ニ謂フ所ハ狹キ意義ニ於
 テ憲法上ノ大權ト謂フ義ナリ憲法上ト云フハ憲法ノ規定ニテ始メテ定メラレタ
 ルモノニテ若シ憲法ニシテ變更セラルトキハ隨テ亦變更サレ得ルモノナリ之
 ニ反シテ統治權其モノハ憲法ニ依テ生セス憲法ヲ作ル權力ナリ故ニ如何ニ憲法
 ヲ改正スルモ統治權其モノヲ亡滅セシムルコトヲ得サルナリ若シ之ヲ爲シ得ヘ
 クンハ即チ國家ノ滅亡ナリ以テ大權ト統治權ノ區別ヲ知ルヘシ

大權ハ君主ノ親裁シテ行フ政務ノ範圍ニシテ親裁トハ即チ統治ノ機關ニ委任シ
 テ行ハシメサルノ義ナリ又機關ノ同意ヲ條件トシテ行ハサルコトヲ謂フナリ凡
 テ君主カ政務ヲ裁斷スルニハ國務大臣ノ輔弼ニ依ルコトヲ得然ラハ總テ親裁ト
 云フヘカラサルニ似タレトモ大臣ノ輔弼ハ文字ノ如ク意見ヲ奉リ注意ヲ與フル
 ニ過キスシテ大臣ノ意見ヲ條件トシテ定ムルニアラス是レ即チ議會カ立法ニ參
 與スルト其趣ヲ異ニセリ議會ノ議決セサル事ハ法理上君主カ之ヲ法律トシテ發
 布スルヲ得ス然ルニ大權ノ行使ニハ大臣ノ同意ト不同意トヲ問ハサルナリ無論

大臣ノ非トスルコトモ君主カ之ヲ是トスレハ即チ君主ノ裁決ニ依リテ之ヲ行フヘキモノトス、故ニ大臣ノ輔弼ニ依ルト云フト雖モ輔弼ハ事實上輔弼スルモノニテ法理上大權ノ行使ハ君主ノ親裁ニ出ツルモノト見ルヘキモノナリ、立法ハ議會ノ議決ニ依リ司法ハ裁判所ノ權限ニ任ス而シテ大權ハ君主ノ專ラ聖斷スル政務ノ範圍ナリ

第二 法律

法律ハ國家カ臣民ニ對シ行爲ノ準則トシテ命スル法則ニシテ議會ノ議決ヲ經テ裁可シテ公布スルモノナリ是ニ由テ觀レハ法律ハ其實質ト形式トノ二要素ヲ備フ、實質ヨリ云ヘハ法律ハ法則ナリ法則トハ人ノ行爲ノ標準ナリ、國家カ權力ヲ以テ命スル所ノモノニシテ臣民ニ對スルノ意思ナリ、之ヲ形式ヨリ言ヘハ議會ノ議決ヲ經テ裁可スルモノナリ、法則ト雖モ議會ノ議決ヲ經サルトキハ法律トナラス例ヘハ君主ノ單獨ニ發スル命令ノ如シ又議會ノ議決アリ裁可アリト雖モ其實質ノ法律ニアラサルトキハ法律トナラス、例ヘハ豫算ノ如キ之レナリ、故ニ法律ハ形式ト實質トノ二要素ヲ具ヘタル特種ナル國家ノ命令ナリ

法律ト云フ語ハ又歴史的ニ種々ニ用キラル時トシテハ總テノ法則ヲ意味ス、然レトモ立憲政體ニ於テ法律ナル語ハ前ニ述フル所ニ歸着スルナリ、然ルニ佛蘭西派ノ憲法ニテハ、其實質ノ何タルヲ問ハス、議會ノ議決シタルコトハ總テ法律ト爲スナリ、是レ形式ノミヲ以テ法律ト爲ス觀念ヨリ出ツルモノナリ、法律ヲ制定スルニハ議會ノ議決ヲ要ス、議會ハ法律ノ實質ニ付テ議決スルナリ、換言スレハ法律案ヲ確定スルナリ、法律ヲ法律トシテ命令スルハ君主ノ權力ニ屬ス、議會カ法律案ヲ議定シ天皇カ之ヲ裁可シテ法律ノ成立スルニハ先ツ第一、法律案ノ提出第二、法律案ノ議決第三、裁可第四、公布ノ手續ヲ經ルヲ要ス

第三 命令

憲法ニ於テ命令トハ法律ニ對スル語辭ニシテ議會ノ協賛ヲ經ス君主カ大權ニヨリテ發シ又ハ發セシムル國家ノ法則ヲ謂フナリ、法律命令ノ區別ハ立憲政體ノ精神ノ存スル所ナリ、專政政體ニ於テハ此名稱アリト雖トモ法律モ命令モ共ニ君主ノ單獨ナル裁決ニ依リテ成立スルカ故ニ實際之ヲ區別スルノ必要ヲ見ス、然レトモ立憲政體ニ於テハ國會制度ノ設備アルカ故ニ國家ノ議決ヲ經テ制スルモノト

然ラサルモノトヲ區別スルノ必要ヲ生ス、此區別ノ結果トシテ議會ノ議決ハ又議會ノ議決ニ依ルニアラサレハ變更スルコトヲ得スト云フ主義ヲ全タカラシメサルヘカラサル法理關係ヲ生スルナリ

命令ハ法律ト全シク國家ノ法則タリ、法律命令ノ區別ハ唯其形式上ノ區別ニシテ實質上ノ區分ニ非ラス法律ト云ヒ又命令ト云フモ均シク皆國家ノ法則ヲ謂フモノニシテ人民ノ之ヲ遵奉スル者ニ於テ一モ軒輊スル所ナシ而シテ命令ヲ發スルノ權ヲ稱シテ命令權ト謂フ尙詳細ハ命令ノ性質及分類ノ處ニ說述セシヲ以テ就テ參照スヘシ

立法權ノ委任ト云フ觀念ハ吾憲法上許スヘキモノナルヤ(高文三三)

立法權ノ委任トハ法律ノ規定ニヨリ元來法律ヲ以テ規定ス可キ事項ヲ命令ヲ以テ規定スルヲ得ヘキモノトナスヲ謂フ是レ歐洲立憲諸國ニ行ハル、所ニシテ左ノ理由ニ基クモノナリ

一 實際上ノ便宜

歐洲ノ立憲政體ニ於テハ凡ツ人民ノ自由ヲ制限スルコトハ事ノ細大ヲ論セス總テ立法作用ニヨリ法律ヲ以テ規定スヘキヲ原則トセリ然レトモ實際上立法機關ハ鋭敏ニ活動スル能ハサルカ故ニ細微ニ涉リテ人民ノ自由ニ關スル事ヲ網羅シ得ルモノニアラス特ニ警察規則ノ如キハ到底法律ヲ以テ規定スル能ハサルモノナリ是ニ於テ憲法ノ原則ト實際ノ便宜トヲ調和センカ爲メニ法律ノ規定ニヨリ委任シタルトキハ命令ヲ以テ人民ノ自由ヲ制限スル規定ヲ設クルコトヲ得ルモノトナセリ

二 國法上ノ理由

歐洲ノ立憲政體ハ三權分立ノ主義ニ基キ立法權ヲ以テ國會ノ有スル權利トナスカ故ニ國會ハ自由ニ立法權ヲ拋棄スルヲ得ヘントノ觀念ヨリ立法ノ作用ニヨリ法律ノ規定ヲ要スル事項ヲ君主ノ行政權ニ委任スルモ毫モ憲法ノ主義ニ背クモノニアラストナセリ

立法權委任ノ觀念上述ノ如ク然シテ此觀念ハ我憲法上認ムルコトヲ許スヤ否ヤト云フニ就テ學說歸一セサルヲ以テ左ニ著シキ一二ノ說ヲ舉示セン

憲法問題解答

第一說 法律ハ永久的ノ法規ヲ設クルニ適スルモ臨時的地方的ノ事項ヲ規定スルニ適セス是レ立憲諸國ニ於テ委任命令ヲ認ムル所以ナリ

法律ノ規定ニヨリ立法事項ヲ規定スルコトヲ命令ニ委任スルハ議會ノ協賛ヲ經スシテ法律ヲ設クル權限ヲ行政權ニ與フルモノニ非ス憲法ハ或事項ヲ規定スルニハ必ス法律ヲ以テス可キコトヲ定ムルモ法律ニヨリ之ヲ規定スル方法ニ關シテハ何等ノ制限ヲ設ケス法律ヲ以テ立法事項ノ細目ヲ命令ニ讓ルハ議會自ラ立法權ヲ拋棄スルニアラスシテ一種ノ方法ニヨリ其權利ヲ行ヒ職責ヲ盡スモノナリ換言スレハ法律ヲ以テ立法事項ヲ網羅スルモ將タ其一部分ヲ命令ニ委任スルモ共ニ法律ヲ以テ定ムル方法タルハ一ナリ法律委任ノ場合ニハ命令ノ規定スル實質ハ即チ法律ノ規定スル實質ナリ命令ノ規定ヲ還奉スルハ法律ノ規定ヲ遵奉スルモノナリ故ニ委任命令ハ帝國憲法ノ法理ニ反スルモノニアラス

第二說 今日我國ニ行ハル、立法制ニ於テハ法律委任ノ事行ハル、モ我憲法ニ於テ法律委任ノ法理ヲ採用セサルハ左ノ理由ニ徴シテ明カナリ

- 一 憲法ハ或ル重大ナル政務ニ關シテハ必ス法律ヲ以テ規定ス可キコトヲ定ム立法事項ハ是ナリ即チ立法事項ハ必ス議會ノ協賛ニヨリテ定ム可キハ統治ノ作用トシテ憲法ノ要求スル所ナリ然ルニ若シ一片ノ法律ヲ以テ立法事項ハ總テ命令ヲ以テ定ムルコトヲ得ヘシト爲スヲ得ンカ憲法ノ定メタル形式ハ之レヨリ破壊セラルヘシ立法事項ノ大體ハ法律ヲ以テ規定スルヲ要スルモ其細目ハ命令ニ讓ルコトヲ得ヘシト言ハンカ憲法ニハ之ヲ許シタル規定ナク又之ヲ許スコトヲ推斷ス可キ規定ナシ且ツ大體ト細目トハ之ヲ區別ス可キ法理上ノ標準ナラサルナリ
- 二 帝國議會カ立法ニ協賛スルハ統治機關タル職務ニシテ權利ニアラス故ニ三權分立ノ論旨ニ從ヒ權利拋棄ノ觀念ヲ藉リテ議會ハ其權利ヲ拋棄シテ之ヲ行政權ニ讓ルハ自由ナリト云フヲ得ス此ノ如キハ統治機關タル性質ニ反シ憲法上ノ統治形式ヲ紊ルモノナリ

第三說 (レテント子一氏曰ク)凡ソ立法權カ君主ト議會ト共同ニテ之ヲ行フヘキコト憲法ノ規定スル所ナリ議會カ立法ニ協賛スルハ獨リ權利ナルノミナラス亦

一ノ義務ナリ故ニ議會ハ其協賛ヲ拋棄スルコトヲ得ス隨テ憲法上ノ立法事項ニ付キ議會ノ協賛ヲ經スシテ命令ヲ發スルコトヲ得ルト規定スル如キコトアラハ是協賛權ノ拋棄ヲ規定スルモノナルヲ以テ此ノ如キ法律ハ憲法ニ違反スルモノナリト此說ニハ「ラバント」サイデル「エリキツク」マイエル等ノ諸大家皆反對スル所ナリ此說ハ君民同治國ノ憲法ニ付キ論スルモノナレトモ我國ノ如キ君主國ノ場合ニモ斯ク論スルコトヲ得サルニ非ス即チ前說ニモ亦此主張アリ

難スルモノ曰ク蓋シ其憲法上立法事項ヲ命令ノ規定ニ讓ルハ其協賛權ヲ拋棄スルニ非スシテ憲法上ノ立法事項ニ付キ如何ノ方法ニ依リテ其事項ヲ規定スヘキヤヲ定ムルモノナリ而シテ議會ハ其命令ノ規定ニ依ル可キコトニ協賛ヲナシタルナリ此場合ニ議會ハ其協賛權ヲ拋棄シタルニアラサルナリ憲法ハ立法事項ニ付キ君主ノ當然其命令權ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ許スモノニアラスト雖トモ而モ之ヲ命令ニテ定ムルヲ徹頭徹尾禁止スルモノニアラサルナリ憲法ハ立法事項ヲ規定スルニハ法律ヲ以テセサルヘカラストノ規定ヲ設クル

モ其法律ノ實質ハ如何ナルヘキヤニ付キ制限ヲ加ヘタルコトナシ故ニ法律ハ直接ニ其詳細ノ規定ヲ設クル代リニ如何ニシテ此規定ヲ爲スヘキヤノ方法ヲ定ムルコトヲ得ルナリ此ノ如キ規定ヲ設クルハ決シテ憲法ニ牴觸スルモノニアラス又憲法ヲ變更スルモノニアラサルナリ(副島氏ノ說)

第四說 (アルンド) 氏曰ク憲法ニ法律ヲ以テ「トアル」ハ委任ヲ許サ、ルノ精神ニシテ法律ノ定ムル所ニ依リ「トアル」ハ命令ニ委任スルヲ許ス精神ナリト説明セリ我國ニモ此說ヲ採ル者アリ

反對者曰ク然レトモ憲法第十四條ニ戒嚴ノ要件及效力ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムトアリ又第十八條ニハ「日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」トアリ今此兩條ニ於テ甲ハ委任命令ヲ許サス乙ハ之ヲ許スト云フハ何ニ據リ之ヲ推論シ得ルガ全ク理由ナキ說ナリト

以上掲載セシ所ニヨリ一般ヲ窺ヒ知ルコトヲ得ルナランモ該問題ニ付テハ曾テ大學ニ於テ對議會ニ上リ非常ニ劇論ニ涉リタルモノナルヲ以テ當時ノ積極消極兩主論者ノ論旨ヲ掲ケ研究ノ資料ニ供セン

積極主論者一木博士論述シテ曰ク此問題ハ動モスレハ語ノ争ニ流ル、虞アル問題ト思ヒマス例ヘハ大權トハ君主ノ親裁セラルヘキ政務ノ範圍テアルト云フ定義ヲ下シマス大權ハ之ヲ官廳ニ委任スルヲ得サル事自明ノ理テアリマス私ハ茲ニ大權ト云フ語ノ意義ヲ論スルコトハ避ケヤウト思ヒ升何故カト申セハ結局水掛論ニ歸スルテアラウト思フカラテアリマス私ハ寧ロ憲法第一章第六條以下各條ノ如キ如何ナル大權ノ定義ヲ取ルモ之ヲ大權ト認メナケレハナラヌ元首ノ權ヲ官府ニ委任スルコトヲ得ルヤ否ト云フ問題ト見做シテ之ヲ論シヤウト思フノテアリマス

凡ソ元首ノ行動ハ原則トシテ自由ナルモノテアルト推定シナケレハナリマセヌ親裁ニ由テ政務ヲ行フモ官府ニ委任シテ之ヲ行フモ特別ノ規定ナキ限リハ萬能ナル元首ノ隨意テアリマスソレカラ大權ハ官府ニ委任スルヲ得スト主張スル論者ハ舉證ノ責ヲ荷フテ居ル譯テアリ升今日ハ消極論者カ定メテ有力ナル證據ヲ擧ケテ御辨明ニアルテアラウカラ其議論ニ付テ聊カ自身モ陳フル考テアリマシタ然ルニ次ノ消極主論者ニハ定メテ卓説ノアルコトト信シマスカ是迄承ハツタ

處テハ未タ承服ノ出來ル御議論ハ無カツタ様テアリマス隨テ私ノ議論モ極メテ簡單テ殆ント前申シタル元首ノ行動ハ原則トシテ自由テアルト云フ一言ヲ盡シテ居ルカモ知レマセヌ併シ消極論者ノ是迄陳ヘラレタル所又陳ヘラル、テアラウ所ニ就テ聊カ批評ヲ加ヘ憲法第一章各條ノ規定ハ必スシモ原則ノ例外テナイト云フコトヲ論シヤウト思ヒマス

憲法第一章各條ニハ天皇ハ議會ヲ召集ス天皇ハ官制ヲ定ム天皇ハ文武官ヲ任免ス其他天皇ハ云々ス天皇ハ云々トアリマス此字句ヲ捉ヘ來テ消極論ノ證據トスルノハ一應尤ニ聞ヘマス然シ國家一切ノ政務ハ元首ノ總攬シ元首ノ行フ所テアルコトハ明白ノ理テアツテ又憲法第十四條ノ明言シテ居ル所テアリマス然ルニ國家ノ一切ノ政務ヲ親裁スルハ事實ノ許サ、ル所テアリマスカラ官廳カ組織シ其職司ヲ定メテ政務ノ一部ヲ行ハシムルハ已ムヲ得サル事テアツテ憲法モ亦明ニ認メテ居ル所テアリマス此事實ハ少シモ憲法第四條ノ規定ニ反シタルモノテハアリマセン機關ニ委任シテ政務ノ一部ヲ掌ラシムルハ即チ天皇カ統治權ヲ行ハセ給フ一ノ方法ニ外ナランカラテアリマス其他各條ノ規定モ天皇ハ云々スト

アルカラト申シテ此等ノ事項ハ委任ヲ許サヌモノト解スルコトハ出來マセヌ官
府ニ委任シテ之ヲ行フノハ即チ天皇ハ之ヲ行ハセ給フ所以テアルコトハ前ニ申
述ヘタノト同シテアリマス

憲法第四條ニ元首ハ統治ヲ總攬スルコトカ規定シテアリマス然ルニ第一章ノ他
ノ諸條ニ重テ統治權ノ作用ヲ列擧シテ大權トシテアルノハ是等ノ作用ハ總テ
親裁ヲ要スルコトヲ明ニスル趣キテアル若シ是等ノ事項モ親裁ヲ要セス之ヲ官
府ニ委任スルヲ得ヘキモノナラハ憲法カ第四條ノ外ニ各條ノ規定ヲ設ケタノハ
無用テアル是カ消極論ノ最モ有力ナル論據テアルタラウト思ヒマス然シ法カ一
般ノ原則ヲ定メ猶ホ重テ其重要ナル場合ヲ列擧スルハ稀ナラサル事例テアッ
テ又夫ニ相當ノ利益ノ有ルコトテアリマス例ヘハ第六條第八條第九條第十三條
等ノ規定カアルカラ統治權ノ發動スル形式カ明ニナリマス第十條カアルカラ統
治權行使ハ親裁ニ由ルコトモアリ官廳ニ委任セラル、コトモアルト云フ事實カ
愈々明トナリマス假ニ是等各條ノ規定ハ必ス親裁ヲ要スルコトヲ明ニスル趣意
テアルトスレハ第九條ハ何ノ爲ニ設ケラレタル規定テアリマシヤウカ命令ヲ發

スルノ權ハ官廳ニ委任スルヲ得ルコトハ其明ニ示ス所テハアリマセンカ此一事
ヲ以テ見テモ各條ノ趣意ハ必スシモ親裁ヲ要スルコトヲ明ニスルニ在ルモノナ
リト云フコトカ分リマス又大權ハ委任ヲ容ルサ、ルモノアリトスレハ命令ヲ發
スルノ權ヲ大權ノ一ニ數ヘルノハ矛盾テアルト謂ハナケレハナリマセヌ併シ命
令ヲ發スルノ權カ大權ニ屬スルコトハ何人モ疑ハナイ所テアラウト思ヒマス消
極論者ハ或ハ申スカモ知レマセヌ命令ハ元首ノ自ラ發セラレタ場合ニ限テ大權
ノ作用ニ屬スルノテアルト併シ此ノ如ク論シマスレハ大權トハ政務カ種類ニ依
ルノ區別テハ無クシテ其親裁セラルル政務ノ範圍テアルト申サテハナリマセヌ
果シテ然リトセハ此事項ハ必ス親裁セラルヘキ者テアル彼ノ事項ハ委任スヘカ
ラサルモノテアルト言フコトハ出來ナイ理テアリマス例ヘハ官吏ノ任免ハ大ナ
ルカ故ニ親裁ヲ要スト言フノテナクシテ親裁ニ依ル事項即チ高等官ノ任免ハ大
權ニ屬シ判任官ノ任免ハ大權テナイト云フコトニ歸着シマス又此ノ如ク論シマ
スレハ獨リ憲法第一章各條ニ列擧セル事項ノミナラス凡テ統治權ノ行使ニシテ
親裁セラル、場合ハ大權ニ屬シ委任セラル、場合ハ大權ニ屬セスト謂ハナタレ

ハナリマセス消極論者ハ或ハ申スカモ知レマセン大權ハ特別ノ規定ナキ限リハ親裁セラルヘキモノテアル第九條ノ如キ即チ此特別ノ規定テアルト併シ憲法カ己ニ親裁ニ必要ナシト認メタルトキハ最早他ノ政務ト區別スル所ハナイ譯テアリマス然ルニ猶ホ之ヲ他ノ政務ト區別シテ大權ニ屬スルモノトシタルハ何故カ其理由ヲ解スルコトハ出來マセス消極論者ハ更ニ一步ヲ進メテ命令ヲ發スルノ權ハ大權テナイト云フカモ知レマセヌ敦レニシテモ憲法カ第四條ノ外猶諸條ニ於テ事項ヲ列舉シタルハ親裁ヲ要スルノ趣意ヲ明ニスルノ外ニ目的カナイト云フ證據ハ消滅シタルモノト謂ハテハナリマセヌ

憲法第九條ニハ特ニ發シ又ハ發セシムト規定シテアル若シ大權ハ委任ノ出來ルモノテアルナラハ九條ニ限リ特ニ斯ノ如キ規定ヲ設クルノ必要カナイ譯テアル是カ消極論者ノ一證據テアル様テアリマス然シ九條カ特ニ斯ノ如キ規定ヲ設ケタ趣意ハ前條ト比較スレハ直ニ明ニナリマス第八條第九條トモニ命令ニ關スル規定テアリマスカーハ勅令ヲ要スレトモ一ハ委任スルコトカ出來マス此差異ヲ對照シテ明瞭ナラシムルカ爲ニ第八條ニハ勅令ト云ヒ第九條ニハ發シ又ハ發セ

シムト規定シタノテアリマス此ノ如ク兩條相關聯シテ論シナケレハ消極論者モ頗ル説明ニ苦ムデアラウト思ヒマス何故カト申スニ若シ大權ハ性質上委任ヲ許サストセハ第八條ハ第九條ト同シク命令ト謂フ證ヲ妨ケナイ故ニ區別シテ勅令ト云フ證ヲ用ヒルノ必用ハ無イ譯テアリマス若シ第八條ハ當然親裁ヲ要スルモノナラハ其規定ニ依テ發セラレタル命令ノ勅令テアルコトハ自明ノ理テアリマス

是レ迄述ヘマシタ所ハ往々文字ニ拘泥シタ議論ニ見ユルカモ知レマセヌ併シ私ノ取リマスル原則ハ極メテ單純テアリマシテ問題ハ唯此原則カ憲法ノ規定ニ依テ限ラレテ居ルヤ否ト云フ點ニアリマス夫故是迄憲法ノ條項ヲ論究シテ見タノチアリマス然ルニ是迄ノ所ヲハ未タ消極論ノ根據ヲ見出スコトカ出來マセヌ或ハ後ノ主論者ノ高説ニ由テ雖然能ク悟ルカモ知レマセヌカ唯今ハ飽ク迄積極論ヲ主張致シマス(法協一六、一〇)

然ルニ之レニ對スル消極論者穂積博士ハ反論シテ曰ク誠ニ先刻一木君ノ論セラレタル如クニ憲法上ノ大權杯ト云フモノハ漠然タル文字テアリマシテ各々之レ

自分勝手ノ定義的ニ論スレハ唯相手ナシニ一人テ話ヲスルモノテアツテ双方ノ討論トハナラヌノテアリマス併ナカラ問題トシテ取組ヲ定メタル以上ハ双方トモ何トカ意見カアツテ此場所ニ至ツタノニ相違ナイ、ソレテ私ハ此問題ヲ解釋シテ此處ニ出タ所以ト云フモノヲ簡單ニ御話シ致シマセウ

憲法上ノ大權ト云フモノハ憲法ノ明文ニ於テ特ニ第一章ニ於テ天皇ハ何々スト云フコトヲ明言サレテ居ル政務ノ範圍ヲ指スコトテアラウト思ヒマス統治權ト云フモノハ極廣ク國ヲ統治スル所ノ全軀ノ權ヲ指シタル言葉テアルカ、大權ト云フモノハ統治權ノ別名テナクシテ統治權ノ或ル部分ヲ指スモノト解釋シテ論シマス、既ニ憲法上ト云フ以上ハ憲法ヲ制定スル統治權ノ意味ニアラスシテ憲法ノ上ニ規定セラレタル一種ノ權力ヲ指スノテ、統治權トハ區別カアルト思ヒマスツレカ故ニ憲法上ト云フ冠詞ヲ加ハヘテ居ルノテアル此意味ニ於テ私ハ茲ニ論シマスル、天皇ハ條約ストカ、大赦特赦ヲ行フトカ云フ此憲法ノ趣意ノ在ル所ハ、天皇カ親裁シテ之ヲ御執行ニナルト云フコトヲ意味シタルモノテアラウト私ハ考ヘテ居リマス、成程反對論者ノ言ハレタ通り親裁スルト云フコトハ大權ノ親裁テア

ツテ、既ニ親裁スルコトヲ前提トシテ論スレハ最早議論ハナイト言ハレタリ、誠ニ御尤モテアリマス、故ニ私ハ大權ト云フコトハ親裁セラル、所ノ政務ヲ指スト云フ意見ヲ一通リ辯護シナケレハナラヌ有様ニ立チ至リマシタ、私ノ考ヘマスル所テハ憲法ニ於テ既ニ統治權ハ天皇之ヲ總攬スト掲ケタル以上ハ、條約ヲ締結スルコトテアルトカ、大赦特赦ヲ行フコトテアルトカ、陸海軍ヲ統帥スルコト、云フモノハ既ニ統治權ノ一部テアルト云フコトハ何人モ疑ハナイ所テアリマス、故ニ殊更ニ天皇ハ陸海軍ヲ統帥ストカ或ハ大赦特赦ヲ行フトカ條約ヲ締結ストカ云フコトヲ書ク必要ハナイケレトモ、憲法ハ簡明ニシテ義理明白ナルコトヲ貴フカラシテ之ヲ書イタモノテアリマセウ、憲法ヲ書イタ人ノ精神ヲ探ツテ見ルモ、統治權ハ元首ニ在ルト云フコトヲ明ニ憲法ニ規定シタルモノテアリマス、即チ統治權ヲ行フニ至テハ、一定ノ機關ヲ設ケ一定ノ機關ヲ與ヘテ政務ヲ處理セシメルト云フコトハ立憲政躰ノ趣旨テアル、故ニ統治權其物ノ關係ニシテ分割テアルケレトモ機關ヲ分テテ此之ヲ發表スルモノテ、此事ハ議會ヲ行フトカ、此事ハ國務大臣ノ權利テアルトカ、此事ハ裁判所ニ於テ行フコトニ分レルノテアルカラシテ、其機關

ノ權限ニ委任スル部分ト、機關ノ權限ニ與ヘサル所ノ部分トノ區分カ大ニ生スルモノテアリマス其區別ヲ明ニスル爲ニ、議會ハ豫算ヲ議定スルトカ、裁判所ハ司法權ヲ行フトカ、國務大臣ハ詔勅、法律、命令ニ副署スルトカ、斯ク同シ様ニ憲法ニ於テ統治權ノ區別ヲ分類シテ、斯々ノ事ハ天皇カ機關ニ依ラスニテ——機關ノ權限ニ任セスシテ御親裁ナサル、事テアルト云フコトヲ意味シテ書イタコトハ、私ハ憲法ノ理由上或ハ憲法ノ文字ノ一讀上斯ウ解釋致シマス、サウテナイ時ニ於キマシテハ、己ニ統治權ハ天皇カ之ヲ總攬シテ行フト云フノミ、殊更ニ天皇ハ、宣戰、媾和ヲ有ストカ、天皇ハ、爵位勳章榮典ヲ授與ストカ云フコトヲ書ク道理カナイ、之ヲ憲法ノ理由カラシテ見テモ斯ウ解釋シテ妨ケナイコトヲ又ソレカ至當ノコトテアラウト思ヒマス、且又憲法ヲ制定セラル所ノ趣意ヲ政治上ノ沿革カラ見マシテモ、總テ歐羅巴アタリニ行ハルハ三權分立ト云フ理論其者ハ多クノ學者ノ探ラサル所テアリマス、日本主權ノ本躰ニ於テハ之ヲ許サヌ趣キテアリマス、立權分立論ノ其理論ヲ探ラスト云フノハ其形ニ於テ表ハレ居ル所ノ一定ノ機關ニ權限ヲ與ヘアレハ、君主ト雖モ其機關ノ權限ニ許シタルコトハ之ニ手ヲ下サヌ、憲法ヲ變更ラ

モスレハ兎ニ角、憲法ヲ變更セサル以上ハ自ラ手ヲ下シテ揆廻ハサヌト云フコトヲ言ツテ居ルニ相違ナイ、裁判所カ司法權ヲ行フト云フコトヲ書キマシタ以上ハ君主ハオレカ統治權ヲ有ツテ居ルカラト云ウテ、一タヒ裁判所ニ權限ヲ與ヘテ置キナカラ、此裁判ノ事ニ干涉スルト云フコトハセヌト云フコトヲ立法ノ理由トシタノニ相違ナイ、斯ノ如ク一方ニ於テハ自ラ統治權ヲ以テ親裁行使スル方法トシテ憲法ニ於テ一定ノ機關ニ權限ヲ與ヘタ以上ハ自ラ手ヲ下シテ之ニ干涉セヌト云フ趣意ト思ヒマス之ヲ其裏カラ考ヘテ御覽ナサイス々ハ親裁スルト云フ範圍カアリサウニ思ハレル、則チソレカ憲法上ノ大權トシテ行ハセラル、部分テアラウト私ハ考ヘラレマス、

イヤ是ハ餘リ大權ト云フコトニ就テ饒舌リ過シマシタカサウ云フ意味テアル其大權ヲ官府ニ委任スルコトカ出來ルカト云フ問題ニ就テハ先刻來此委任ト云フコトニ就テハ種々ノ御説ヲ承ツテ居リマスカトウモ委任ト云フ文字カ大變ニ輕イコトニナリハシナイカト思ヒマス、我輩ハ此委任ト云ヒマスルコトハ權限ヲ與ヘルコトヲ意味スルノテアルト思ヒマス此委任ト云フ漠然タル文字ハ我輩ハ私

法上ニ就テハ至ツテ暗イノテアリマスカ併シ是ハ此私法上ノ原理ヲ説明スルコトハ中ラヌコトテアラウト思ヒマス、公法ト私法トハ此法律ノ議論ノ道筋カ違ヒマス、從テ私法ノ法理ヲ以テ當欲メルコトハ許サヌノテアリマス、委任ト云フコトハ或ル人カ或ル人ニ事ヲ托シテ行ハシメルト云フコトニ解釋シテ見ルト甚タ漠然トシテ分ラナイ併シ公法ノ上ニ於テハ委任ト云フコトハ或ル事ヲ爲シ得ル權限ヲ與ヘルコトテアラウト思ヒマス、ソレヨリ他ニドウモ意味ノ採リヤウカナイ權限ヲ與ヘスシテ——自分テ權限ヲ有テ自分テ責任ヲ取リマシテ——小使ヒヲサヌヤウナコトハ委任テハアリヤスマイ、或ル意味ニ於テハ委任ト云フコトカ出來ルカモ知レマセヌケレトモ公法問題トシテノ意味テハナイト思ヒマス、憲法ニ於テ天皇カ之ヲ爲スト云フコトヲ明言シ、又爲スト云フコトヲ立憲ノ理由トシテアル所ノ——天皇カ統治權機關ニ大權ヲ委任スルコトカ出來ルカト云フ問題ト思ヒマス、去リナカラ委任ト云フコトハ、私モ私法上ニ就テハ甚タ暗クアリマスカラ、論者ハ如何ナル説明カアルカモ知レマセヌケレトモ、元來權利ヲ委任スルコトカ出來ルト云フヤウナコトヲ言ヒマスルノハ、拋棄シ得ル權利テアルカラテア

ラウト思ハレル、又私法上テモ權利ヲ委任スルコトカアラウト思ヒマス、私ハ民法ノ規定ナトハ能ク存シマセヌケレトモ、親カ子ニ對スル親權ナトハ無暗ニ委任サレテハ困ル、此委任ト云フコトハ殆ト人カ讓受ケテ處分シ得ル權ハ總テ委任スルコトカ出來ルテアラウト思フ、或ハ又法律ノ規定ニ因テ許サレテアルコトモ委任カ出來ルテアラウカ、併ナカラ權限ト云フコトハ權利テハナイ、權利ト云フコトハ私ハ其官府テ之ヲ行フコトヲ條件トシテ之ヲ與ヘタルコトテアラウト思フ、天皇ハ官府テナイト云フコトハ文字上區別カ立チマスル、併ナカラ憲法ノ規定ニ於テ自ラ天皇カ行ハセラル、ト云フコトヲ條件トシテ、憲法ニ規定シテアル所ノ大權ノ働ヲ、之ヲ官府ニ委任スルト云フコトニナツテハ、憲法ノ規定ヲ紊乱スルコトニハナリハシナイカト思ハレマス、權限ヲ有ツテ居ル者ハ其ノ權限ヲ他ノ者ニ委任スルコトカ出來ナイト云フコトハ、公法上ノ統治關係原則テアラウト思ヒマス、大臣ハ自己ニ自由ノ權限ヲ知事ニ委任シ、知事ハ自由ニ自己ノ權限ヲ郡長ニ委任スルト云フコトテハ、大臣トカ知事トカ云フモノ、其人ノ技倆ヲ撰ンテ任命シタモノテアルカ、其技倆ニ依テ與ヘタ所ノ權利カ何人ノ手ニ落ルカモ知レヌト云フ危險

ナコトニナラウト思ヒマス、故ニ委任ヲ許ストキハ特別ノ場合ニ委任スルコトヲ得ルト云フコトカ示シテアル、憲法ニ於テモ矢張道理ハ同シコトテアラウト思ヒマス、天皇ハ大赦特赦ヲ行フトアルカ、天皇ニ大赦特赦ヲ行フノ權カアルカラ、天皇カ大赦特赦ヲ行ハセラルルノテ、之ヲ獄丁——監獄ノ役人ナトニ任カシテモ宜イナハナイカト云フ議論アリマセウカ、コレハ天皇カ統治權ヲ有ツテ居ラセラルハ、カラ統治權ヲ以テハ之ヲ委任スルコトカ出來マセウカ、併ナカラ、大權ヲ有ツテハ出來ナイ、天皇親ラ行使セラル、コトヲ條件トシテ——天皇ノ權限トシテ定メタ所ノモノハ委任スルコトノ出來ナイ權限ト見ルノテアリマス、反對者ノ説ニ對シテハ色々辨駁ヲ加フヘキ筈テアリマスケレトモ、遅ク來マシタノテ能ク其趣意ヲ知リマセヌカ、一二ノ論者ノ説ヲ承リマシタカラ之ニ對シテ御話シタイト思ヒマス、攝政ノ事ヲ御話ニナツタ御方カアリマスカ、即チ攝政ニ委任スルコトカ出來レハ何ソ官府ニ委任セサルノ理由アランヤト云フ理デヤアリマスカ併シ是レハ別論テアルト思ヒマス、攝政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フト云フコトカ憲法ノ明文ニ於テアルカラ之ヲ行使スルノテ天皇ハ之ニ委任スルノテハナク自由ノ意思

テ攝政ヲ置カセラレルノテモナクシテ、恰モ皇室典範ノ規定ニ於テハ皇位繼承ニ於テ皇男子孫カ極位ニ即カセラレテ、天皇カ成年ニ達セテレヌ時ニ於テ攝政ヲ置クモノテアリマシテ、攝政ハ憲法ノ明文ニ依テ當然大權ヲ行フノテアル、此場合ヲ推シテ攝政カ大權ヲ行フコトカ出來ルカラ、君主カ之ヲ官府ニ委任シテ大權ヲ行ハセルコトカ出來ルテハナイカト云フコトハ、少シ當ラヌコトテアラウト思ハレマス、又憲法第九條カ問題トナリマシタカ、九條ニ命令ヲ發シ又ハ發セシムト云フコトカアル、彼ノ條ノコトテアリマセウト私ハ考ヘマス、之ヲ指シテ委任ト言ヘハ委任テアルカモ知レマセヌカ、私ハ之ヲ指シテ委任ト云フコトハ出來ナイテハナイカト思ヒマス、此命令ヲ發シ又ハ發セシムト云フコトハ天皇テナクテハ出來ヌコトテナイカト思イマス、例ヘハ國務大臣ニ自由ニ他ノ官府ニ委任シテ命令ヲ發セシメタルコト云フコトノ權限ハ許サナイノテアル、天皇ハ國務大臣ニ命令ヲ發シメタルコトヲ得ルト云フコトハ出來ナイソレ命令ヲ發シ又ハ發セシムト云フコトハ矢張り天皇ノ大權テハナイカト思ヒマス、併ナカラ此等ノ點ニ於テハ私ハ少シ考達シテ居ルカモ知レマセヌ、論點ヲ能ク了解シマセナシタカラシテ其點ニ就テ

ハ十分ナル駁難ヲ加ヘルコトカ出來マセヌ、兎ニ角委任ト云フコトハ、私ノ觀ル所
 テハ權限ヲ官府ニ與ヘルコトアル以上ハ、天皇ハ大赦特赦ヲ行フトカ、天皇ハ陸
 海軍ヲ統帥ストカ云フヤウナコトヲ、之ヲ大權ヲ行フトカ、天皇ハ陸海軍ノ統帥ス
 トカ云フヤウナコトヲ、之ヲ大權ヲ以テ陸海軍ヲ統帥ス、大赦特赦ヲ行フ、元首ハ法
 律ヲ裁可スト云フ如クニ、天皇ノ憲法上行フヘキコトヲ條件トシテ充タサレテ居
 ル權限ヲ之ヲ下級ノ機關ニ委任スルト云フコトテアツテハ、憲法ノ規定ヲ變更ス
 ルコトニハナリハシマイカト、私ノ議論ノ歸スル所テアリマス、論者モ又憲法上ノ
 理由ニ於テ必要如何ト云フコトカアリマシタ、是ハ直接法律問題テナイカモ知レ
 スケレトモ、此漠然タル問題ヲ政法上ノ必要如何ト云フコトヲ反對論者カ論結セ
 ラル、ノハ尤モナコトテアリマス、一應御交際ニ必要如何ト云フコトノ見解ヲ陳
 ヘマセウ、私ハ一向委任スルノ必要カナイト思ヒマス、天皇カナサツテ宜イコトテ
 アル第一章ニ於テ何々スト掲テアルコトハ、天皇カナサレテ實際差支ナイコトテ
 アラウト思ヒマスル何カ差支カアリマセウカ、文武官ヲ任免スト云フコトカ憲法
 ニ書イテアリマスカ、今日所謂判任官ハ大臣カ任免スルトカ云フ論カアリマシタ

カ、ナセ判任官ハ大臣カ任免スル必要カアルカ私ハマタ大臣ニナラヌカラ必要ヲ
 見ナイテアリマス、數多ノ奏任官ヲ任官スルコトハ天皇カ御親裁ニナルノテアリ
 マス、ナセ判任官テアレハ御親裁カ出來ヌカ甚タ疑ハシイコトテアル奏任官ハ悉
 ク大權ノ働トシテ任免セラル、ノテアルカ判任官ハサウハテキナイト云フ實際
 ノ必要ハナイソレカラ陸海軍ヲ統帥ス——陸海軍ヲ統帥スルト云フコトハ、成程
 之ヲ事實ノ働トシマシテハ、國境ナリ或ハ外國ニアツテハ臨機應變敵ニ抗シテ我
 國ノ爲ニ戰鬪力ヲ動カス所ノ將帥ノ如キハ臨機ニ處分ヲシナケレハナラヌ、一々
 之ヲ事實上大本營ニ伺ウテスルト云フコトハ出來ナイカモ知レマセスケレトモ
 事實上最モ必要テアルカラ委任カナクツテハ困ルト云フコトハトウ云フモノテ
 アリマスカ、陸海軍法等ノ命令ノ出方ヲ今日ノ官吏ニ聞イテ見マスルニ、縱ヒ如何
 ナル將校カ命令ヲ傳ヘルモ天皇ノ御命令ト心得ヨト云フコトニナツテ居ル事實
 ノコトハソレハ宮中カラ出タモノテアラウカ、トコカラ出タノテアラウカ兎ニ角
 ノ正面ニ於テハ一兵卒ヲ動カスニモ一ツ鐵砲玉ヲ放ツニモ是ハ皆君主ノ命令ヨ
 リ出サルコトカナイト云フノハ、是ハ法理トシテ貫イテアル、又法理トシテ差支ナ

イコトテアル、事實上ノ働ハ、ソレハ悉ク委任シナケレハ困ルデヤナイカト云フノハ實際論テアル、サウ云フ實際論テアルナラハ中々其様ナコトハカリテナイ、其政務ノ百中九十九マテハ御委任ニナラナケレハナラヌ、サウ云フ必要論ヲ以テ大層消極論ヲ主張セラレトモ我々ニハ實際ニ差支カアル實際ニ御困リナサル、ト云フコトカ十分了解シ得マセス、且又其法ノ精神論トシマシテモ天皇カ親カラ爲サル、コトカ適當テアラウト考ヘラレルヤウナ事ノミカ大權トシテ掲ケテアリマス、之ヲ官府ニ委任スルコトハ、トウモ立權者ノ意思ヨリシテモ推測サレナイ、序ニ諸君ニ御話ヲ致シタイト思フノハ、歐羅巴ノ書物等ニ於テ大權ノ委任ト云フ文字ハ如何テアリマセウカ、法律ノ委任ト云フコトカ屢々見ヘルノテアリマスケレトモ是ハ又別物テアツテ必スシモ同一ノコトテハナイト思ヒマス、歐羅巴アタリテハ所謂主權分立論ノ結果、司法權トカ立法權トカ行政權トカ云フモノハ、各々一種ノ權力ノ主幹テアル如ク看テ居ル、ソレカ故ニ其權力ヲ自分テ有ツテ居ルカノ如ク思ツテ居ル、ソレカ故ニ法律カ委任スルト云フコトハ例ヘハ國會カ立法權ヲ行政官ニ委任スレハ行政官カ國會ノ仕事ヲシテモ宜イトカ云フヤウナコトテ

兎角佛蘭西杯テハサウ云フコトヲ言ツテ居ルノテアリマス併シ我々ノ觀ル所テハ日本ノ憲法テハ國會カ立法權ノ主幹テアルトカ、裁判所カ司法權ノ主幹テアルトカ、國務大臣カ行政權ノ主幹テアルトカ、サウ云フ權利カ三分シテ居ラヌカラシテ、總テ權力ハ一ニ天皇ニ在ル、サウシテ見ルト國會トカ裁判所トカ、國務大臣トカ云フモノハ自分ニ當然ノ權利ハナイ從ツテ之ヲ人ニ讓渡スト云フコトカ出來ナイ、即チ國會カ承諾スレハソレヲ行政官ニ借シテモ宜イトカ御互ノ金ノ貸借ノヤウニ人ニ金ヲ貸シテモ外人ハ一向焼餅ヲヤクニ及ハヌト云フカ如キモノテハナイ、即チ自己ノ利益ノ爲ニ存スル當前ノ權利ヲ行フモノテナイカラシテ、此間ニ權利ヲ拋棄スルトカ、委任スルトカ、云フ勝手ナコトカ出來タト云フモノテナクテハナラス、ソレテ憲法ニ於テハ一定ノ機關ヲシテ之ヲ行ハシメルト云フコトヲ定メタノテ、詞ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ其機關其權ノ自ラノ意思ノ決定ヲ以テ之ヲ行フト云フコトヲ條件トシテ與ヘラレタ所ノ權限モアラウト思ヒマス、立法、司法、行政ノ官府ニ就テモ同シコトテアル、天皇カ主權者トシテ統治權ヲ行フト云フコトハ是ハ憲法上ニ在ルコトテ憲法ノ明文ニ依テ天皇カ大權ヲ行ハセラル、ト云フハ

憲法問題解答

恰モ國會カ立法權ヲ行ヒ裁判所カ司法權ヲ行フカ如クニ、天皇カ御親裁ニナツテ御行ヒニナルノテアルカラシテ、之ヲ機關ニ委任スルト云フコトハ出來ヘキ筈カナイ、又至尊カ御親裁遊ハサル、ト云フコトハ憲法ノ希望スル所テアリマス、斯ク解スルノテアリマシテ我輩ハ別ニ永クハ申シマセス、反對論者ニ十分、コンピクシヨシラ興ヘルコトカ出來マセスカ、知ラヌカ私ノ唯考テハ斯ノ如キモノテアリマス

以上ハ唯タ自己ノ考ヲ一通リ表白スルノミテアリマス、他日諸君ノ議論ハ筆記ニ於テ見テ大ニ覺ル所カアリ、或ハ大ニ駁撃ヲ加フヘキ所アラハ、再ヒ討論スルコトニ致シタイト思ヒマス、私ハ是テ退キマスル(行協一六、一一)

編者曰ク該問題ニ就テハ諸說紛々何レヲ採擇ス可キヤニ躊躇スト雖モ畢竟是レ皆諸大家ノ卓論ノミ余輩ハ信ス以上所載ニ依リテ其真奥ヲ探究セハ他日試場ノ解答ニ當ツテ何ソ躊躇スル所アラシヤ

立法權ノ性質範圍及ヒ立法ノ手續ヲ論ス(大學)(高文)(海少)(辯題)

立法ノ用語ニハ廣狹ノ二義アリ廣義ノ立法トハ總テノ法令規則ヲ定ムル統治ノ作用ヲ謂ヒ狹義ノ立法トハ單ニ法律ト稱スル一種ノ命令ヲ定ムル統治ノ作用ヲ謂フ第五條ニハ天皇ハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ立法權ヲ行フトアルヲ以テ我カ國法上立法ト謂フトキハ狹義ノ立法即チ法律ヲ定ムル統治ノ作用ナリ(吉見氏憲法論)

第一 立法權ノ性質

立法ハ統治權ノ作用ニシテ一ニ君主ノ權ニ存ス、立法權ハ國會ニ存シ、君主ハ行政ノ首長タリトスルハ我カ國躰ニ非サルカ我カ帝國議會ハ法律案ヲ議定スルノ職權ヲ有スレトモ立法者タルニ非ス、立法機關トシテ法律制定ニ參與スル者ナリ

立法ト云フ語、二様ニ用キ來レリ、凡テ國法ノ制定ヲ汎稱シ又特ニ法律ト命令トヲ區別シ法律ヲ制定スルヲ指稱ス、我カ憲法ハ法律ト命令トヲ區別シ立法ト大權ト相對ス凡テ法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要ス(憲法第三十七條)法令共ニ國法ヲ成スモノニシテ皆君主ノ命スル所タリ、但シ法律ハ帝國議會ノ議定ヲ經ルコトヲ要スルナリ歐洲ノ立憲制ヲ論スル者或ハ凡テ人身ノ自由權利ニ關スル

憲法問題解答

法則ハ必法律トシテ制定スヘク隨ヒテ總テ法規ハ悉ク國會ノ議定ヲ要スト説クアリ、是レ我カ憲法ノ主義ニ非サルナリ、憲法ハ國法ヲ立ツルノ軌道ヲ法律ト命令トニ分チ法規ノ性質ニ從ヒテ之ニ由ラシム法律ヲ以テ國家ノ意思ノ發動ノ唯一ノ途ト爲サ、ルナリ

法律命令ハ共ニ國家ノ意思ノ發動タリ、故ニ汎ク國法ヲ制定スルヲ立法ト稱スルトキハ其ノ形式ハ法令ノ二途ニ出ツ、茲ヲ以テ以下法律及命令ヲ詳説シ國語ノ成立ヲ明カニス(憲法博士)

第二 立法ノ範圍

法律ハ我カ國法上形式ノ觀念ニシテ實質的ニ人ノ自由權利ニ關スル事項即チ法規ヲ示スモノニ非サルカ故ニ其範圍モ亦之レヲ憲法ノ條規ニ求ムヘク概括的ニ法律ノ觀念上ヨリ之ヲ推究スルコトヲ得ス憲法ニ依ルニ法律ノ範圍ニハ二個ノ制限アリ積極的ニ必ス法律ヲ以テ規定スヘキ事項及ヒ消極的ニ法律ヲ以テ規定スルコトヲ許サ、ル事項是ナリ消極的ニ法律ヲ以テ規定スルコトヲ許ササル事項トハ即チ憲法上ノ大權事項ヲ謂フ憲法上ノ大權事項ハ已ニ説明

シタルカ如ク命令ヲ以テ之ヲ定ムヘキヲ要スル事項ナルカ故ニ法律ノ範圍ハ憲法上ノ大權事項ニ依リテ消極的ニ制限セラレサルヘカラス、積極的ニ必ス法律ヲ以テ規定スヘキ事項トハ憲法ニ於テ法律ヲ以テ之ヲ定ムト謂ヒ又ハ法律ニ依リ或ハ法律ニ定メタル場合若クハ法律ノ法國內ニ於テト謂フカ如ク特ニ法律ヲ以テ之ヲ規定スヘキコトヲ命令シタル事項ニシテ學者之ヲ立法事項ト云フ立法事項ハ憲法ニ於テ必ス法律ヲ以テ規定スヘキコトヲ命スル者ナルカ故ニ法律ニ依リテノミ之ヲ規定スルコトヲ要シ假令ヒ法律ノ先占セサル場合ナリト雖モ緊急勅令ノ外他ノ命令ニ依リテ之ヲ補充スルコトヲ許サス然レトモ我憲法ニ於ケル立法事項ハ單ニ命令ノ規定ヲ排斥スルニ過キスシテ積極的ニ法律ノ範圍ヲ限定シタル者ニ非サルカ故ニ立法事項以外ノ事項ト雖モ憲法上ノ大權事項ニ非サル以上ハ總テ法律ヲ以テ之ヲ定メ得サル者ナシ故ニ我カ憲法上法律ニハ積極的ノ制限ナシト謂フコトヲ得ヘシ立法事項以外ニ於テ法律ヲ以テ定メ得ヘキ事項ハ立法事項及ヒ憲法上ノ大權事項ト異ナリ憲法ニ於テ法律ヲ要シ又ハ命令ヲ以テ必ス之ヲ定ムヘキヲ明言セサルカ故ニ社會ノ形

勢ニ依リ法律ヲ以テ之ヲ定ムルモ命令ヲ以テ之ヲ定ムルモ憲法上自由ナリ從
 ヲテ此ノ種ノ事項ハ之ヲ法命共同事項又ハ自由立法事項ト稱ス命令共同事項
 ハ法律命令孰レノ形式ニ依リテ之ヲ定ムルモ妨ケナキモ命令ハ法律ヲ變更ス
 ルキ得サル者ナルカ故ニ一旦法律ヲ以テ之ヲ定メタルトキハ立法事項ト均ク
 法律ニ依リテノミ之ヲ變更廢止スルコトヲ得ヘク其法律ニシテ全ク廢止ニ歸
 セサル以上ハ命令ヲ以テ之ト同一ノ事項ヲ定ムルコトヲ許サス
 自由立法事項ハ憲法上ノ大權事項及ヒ立法事項以外ニ於ケル總テノ事項ヲ包
 括スルカ故ニ法律ヲ以テ定メ得ヘキ自由立法事項ノ範圍ハ之ヲ列舉スルヲ得
 サルニ反シ立法事項ハ憲法ニ明定スルヲ以テ其範圍ヲ立ルコト容易ナリ今茲
 ニ立法事項ヲ列舉スレハ左ノ如シ

- 一 戒嚴ノ要件及効力
- 二 日本臣民タルノ要件
- 三 兵役及納稅ノ義務
- 四 居住移轉ノ自由

- 五 身躰ノ自由
- 六 住所ノ安固
- 七 信書ノ秘密
- 八 財產ノ安固
- 九 言論著作印行集會及結社ノ自由
- 十 司法裁判ノ準則
- 十一 通常裁判所ノ構成裁判官ノ資格及其懲戒ノ條規
- 十二 特別裁判所及行政裁判所
- 十三 租稅ノ賦課及稅率ノ變更
- 十四 會計検査院ノ組織及職權

第三 立法ノ手續

一 法律案ノ提出

立法ノ手續ハ法律案ノ提出ニ始マル法律案ノ起草ハ立法ノ手續ニ非サルカ故
 ニ其草案ノ何人ノ手ニ成ルヤハ國法上之ヲ論スルノ必要ナシ政府ハ施政ノ局
 ニ當ルヲ以テ其立法ノ必要ヲ感スルコト多ク從ツテ法律案ノ起草ノ多ク政府

ノ手ニ出ツヘキハ勿論ナルヘキモ我カ國法上之ニ對シ一定ノ制限ナキヲ以テ其ノ草案ノ或ハ貴衆兩議院ノ議員ノ筆ニナルモ或ハ一私人ノ建議ニ基クモ學會ノ議決ニ依ルモ毫モ妨ケナシ

第三十八條ニ曰ク兩議院ハ政府ノ提出スル法律案ヲ議決シ及各自々法律案ヲ提出スルコトヲ得ト是故ニ法律案提出ノ權ハ政府及貴衆各議院ニ屬シ議員ニハ是ノ權ノアルコトナシ俗ニ議員ノ提出シタル法律案ト稱スルハ議員ノ起草セシ議案ヲ法律案ト爲サンコトヲ發議スルニ止マリ法律案ヲ提出スルモノニ非ラス法律案ヲ提出シ得ルモノハ第三十八條ノ明文上政府又貴衆兩議院ニ限ル

二 法律案ノ議定

法律案ニシテ議院ニ提出セラレタルトキハ其法律ノ實質如何ニ論ナク貴衆兩議院ハ各自々之ヲ修正シ及ヒ可否スルノ權ヲ有ス其議定ノ方法ハ三讀會ヲ經ルヲ要スルノ外一般ノ議案ト同一ナリ

三 法律ノ裁可

貴衆兩議院ノ可決ヲ經タル法律案ハ之ヲ天皇ニ奏上ス奏上シタル法律案ハ天

皇之ヲ裁可シ又ハ裁可セサルコトヲ得裁可ヲ以テ議會ノ議決ヲ拒止シ行政ヲシテ立法權ヲ制限セシムル消極的作用ナリト説クハ三權分立主義ニ基キタル謬見ニシテ立法君主制ノ採用スヘキ所ニ非サルハ學說ノ一致スル所ナルモ裁可ノ性質ハ今日未タ學說一定セサル所ナリ

四 法律公布

裁可ヲ經タル法律ハ天皇之ヲ公布ス公布ハ布告ト異ナリ統治者ノ意思ヲ外部ニ宣告シ臣民ヲシテ遵守ノ義務ヲ負ハシムル者ナルカ故ニ法律ニ公布アルトキハ臣民ノ知ルト否トニ拘ラス拘束力ヲ生シ臣民ハ之ヲ知ラサルヲ理由トシテ違背ノ責ヲ免ルルヲ得サルナリ然レトモ公布ハ又已ニ成立シタル統治者ノ意思ヲ宣明スル者ニ過キササルニ依リ或學者ノ説ク如ク法律ハ公布ニ由リテ初メテ完成シ初メテ法律ト爲ル者ト謂フヘカラス公布ヲ以テ法律成立スト爲スハ法律ノ成立ト法律ノ拘束力トヲ混同スル者ナリ(吉見氏所説)

法令ノ成立ハ裁可ニ由ルカ公布ニ由ルカ(高文三)

法律裁可ノ効力ト其公布ノ効力トヲ説明スヘシ(三五)

一 裁可ノ性質 法律ヲ裁可スルニ付キ裁可ハ君主カ法律トシテ命令スル行爲ナリト爲ス説ト裁可ハ君主カ法律ト爲スヘキ意思ヲ確定スルモノナリトナス説トアリ

イ 命令説 裁可トハ法律案ヲ法律トシテ君主カ命令スル行爲ナリ議會ノ議決ハ立法ノ準備ニシテ裁可即チ立法ナリ立法ハ君主ニ屬スル專權ニシテ裁可ハ國民ニ對シテ國法トスルコトヲ命令スルモノナリ裁可ハ法律案全體ニ對スルモノニシテ一部ニ對スルモノニアラス即チ法律案ノ一部ヲ裁可シ一部ハ裁可セサルト云フコトヲ得ス(憲法積義ノ)

ロ 國家意思確定説 裁可ハ國家ノ意思ヲ成立セシムルノ行爲ナリ國家ノ意思カータヒ成立スレハ之ヲ表示シテ法トスルハ當然ノ結果ニシテ何人モ之ヲ妨クルコトヲ得ス元首ハ法律案ヲ裁可不裁可ノ自由ヲ有スレトモ一タヒ之ヲ裁可シタル以上ハ公布ヲ命セサル可ラス而シテ裁可ヲ經タル後ハ元首ト雖トモ

其裁可ヲ取消ス法トヲ得ス乍併實際ニ於テハ裁可ヲ經タルヨリ公布ニ至ルマテノ間ハ政府内部ノ手續ナル故公布前ニ裁可ヲ取消スコトヲ得ルヤ否ヤハ殆ト實際ノ利益ナシ(國法學博士)

二 法律ノ裁可ハ國法上如何ナル性質ヲ有スルヤ多數ノ學者ハ裁可ヲ以テ國家ノ意思ヲ表示スルモノトナシ又ハ法律ノ命令ヲ與フルモノトス然レトモ國家ノ意思ヲ表示スルハ國家ノ意思ノ既ニ成立スルコトヲ必要トス未タ成立セサル意志ハ之ヲ發表スルニ由ナシ議會ノ協賛ハ國家ノ意思ヲ確定スルモノニ非サルコト疑ヲ容レス而シテ裁可ハ確定シタル意思ヲ表示スルモノナリトセハ國家ノ意思ヲ確定スルノ行爲ハ果シテ何所ニ在ルヤ
議會ノ議決ト元首ノ裁可トノ間ニ介在スルモノハ唯元首ノ決意ノミ然レトモ國家ト元首ハ同一躰ニ非ス是レ「バイデル」「ホルンハツク」等一二ノ説ヲ除ク外多數學者ノ認ムル所ナリ故ニ元首ノ心裡ニ存スル意思ハ未タ國家ノ意思ニ非ス國家ノ意思ノ成立スルニハ元首ノ意思ヲ國家ノ意思トナスノ行爲ヲ要ス國家ノ意思ノ成立ハ裁可ニ由テ始メテ完了スルヲ得ヘシ裁可ハ國家ノ意思ヲ確定

スルノ行爲ニシテ國家ノ意志ヲ表示スルモノニアラス、未タ表示セルモノニアラスシテ却テ之ヲ完成スルモノナリ裁可ハ行政行爲ニ非スシテ立法ナリ、元首ハ獨行政ノ中樞ナルノミナラス亦立法者ナリ

或ル意志ハ更ニ意思ヲ表示スルヲ待タスシテ之ヲ廢止スルコトヲ得ヘキ意志ヲ廢止スルハ帝國議會ノ協賛ヲ要スルノ理ナシ故ニ君主ハ隨意ニ未タ公布セサル法律案ヲ廢止スルコトヲ得ヘシ

田中法學士ハ帝國憲法論六四頁ニ於テ裁可ニ由テ法律案ハ變シテ法律トナスハ憲法ノ精神ナリ、既ニ法律トナレハ憲法上所謂法律ニシテ更ニ法律ニ由ラサレハ之ヲ動スヘカラサルナリ然レトモ或ハ論シテ云ハン、凡ソ法律ニハ國務大臣ノ副署ヲ要ス裁可ハ副署ト伴フモノナルヤ明ナラス副署ナキ法律ハ存スヘカラス故ニ法律ヲ以テ廢止變更スルヲ要セサルヘシト、是レ一理アリ副署ハ天皇ノ行爲ヲシテ國法上ノ行爲タラシムルモノナレハ副署ナケレハ未タ國法上天皇ノ行爲アラサルナリ、即チ裁可ノ形存ストモ法律案ヲ變シテ法律トナスヘキ天皇ノ裁可ハ存セサルナリ、命令存セサルナリ故ニ裁可ト云フハ國務大臣ノ

副署ト云フ形式ヲ待テ初テ天皇ノ行爲タルヘク命令タルヘキ也從テ副署ナキ以前ニ廢止變更セントスルモ之レ廢止變更ニ非ス法律ナラサル法律案ノ存スルノミ且副署アリテ法律トナレハ更ニ之ヲ動スニ法律ヲ要スルハ勿論ナリ其公布如何ヲ問フニアラサルナリト

然レトモ國務大臣カ法律ヲ公布スルハ所謂形式的効力ノ結果ニ非ス元首ノ與ヘタル公布ノ命令ヲ遵行スルハ國務大臣カ官吏トシテ奉行ノ義務ヲ有スルニ由ルノミ公布ノ命令ハ素元首ト大臣トノ關係ニ止マル何ソ一度與ニタル公布ノ命令ヲ取消スコトヲ得サルノ理アラシヤ

法律ハ國家ノ命令ナリ國家ノ意志表示ナリ、故ニ裁可ニヨリテ確定シタル國家ノ意志ハ外ニ對シテ之ヲ表示セサルヘカラス、此ノ表示ナキ間ハ國家ノ意思ハ存在スルモ法律ハ決シテ存在スルコト能ハス國家ノ意志ヲ表示スルノ行爲ヲ公布トス公布ノ時ハ則チ法律ノ始メテ成立スルノ時ナリ、シユルツエハ曰ク法律ハ裁可ニヨリテ成立シ而シテ後之レヲ公布スルニ非スシテ公布ニヨリテ始メテ完成シ始メテ法律トナルナリ、公布ハ法律成立ノ一要素ナリト(一木博士法

令豫算論

三 公布ノ性質ニ付テモ亦左ノ兩説アリ

甲 拘束力發生説 法律ハ裁可ニヨリテ理由ノ効力ヲ生シ已ニ法律トシテ存在スルモ未タ人民ニ對シテ拘束力ヲ生セス故ニ之カ方法ヲナサ、ル可カラズ之ヲ公布ト云フ公布ハ國家ノ意思ヲ外部ニ對シテ宣告スルモノニシテ公布アリテ始メテ臣民又ハ官府ニ對シテ拘束力ヲ生スルモノトス然ルニ或ル法律ハ公布ニヨリテ始メテ存在シ其公布前ニハ未タ法律アルモノ存在セスト云フモノアレトモ是レ法律ノ成立ト法律ノ拘束力トヲ混シタルモノトス立法機關カ裁可ニヨリテ法律案ニ理由ノ効力ヲ付シタル以上ハ法律既ニ存在シタルモノト云ハサル可カラズ固ヨリ天皇ハ其既ニ裁可シ尙公布セサル法律ヲ塗抹シテ裁可ヲ取消スコトヲ得ヘシ然レトモ是レ唯事實上之ヲ爲シ得ルト云フニ過キスシテ法律上之ヲ適法トスルコトヲ得ヌ(副島學七憲法講義)

乙 法律完成説 國家ノ意思ハ裁可ニヨリ確定スルモ國家ノ意思ノ表示ニヨル法ハ裁可ニヨリテ直ニ成立スルモノニ非ス裁可ノ後ニ國家ノ意思ヲ表示スル行

爲ヲ要ス之ヲ公布ト云フ公布ノ時期ハ即チ法ノ完成ノ時期ナリ(一木博士ノ國法學講義)
以上ノ諸説ヲ玩味セハ以テ本問ノ解答知ルヘキノミ

法律ト命令トノ差異如何(判檢)法學、日本(高文)

公文式ハ公文ヲ分テ法律命令ノ二トス、而シテ法律ト命令トハ其内容毫モ相異ナ
ルコトナク法律ヲ以テ定ムルヲ得ルノ事項ハ其ノ性質上命令ヲ以テ定ムルコト
ヲ得ルモノナラサルヘカラス、命令ヲ以テ定ムルヲ得ルノ事項ハ亦法律ヲ以テ定
ムルコトヲ得サルヘカラスナルナリ、而シ命令ノ内容ハ臣民又ハ官廳ニ對シテ命令
スルモノナラサルヘカラスナルコトハ既ニ其名稱ニヨリテ明ナリ法律ハ命令ト種
類ヲ同シクシテ單ニ効力ノ輕重ヲ異ニスルモノナルカ故ニ法律ノ内容モ亦臣民
又ハ官廳ニ命令スルモノナラサルヘカラス之レヲ畧言スレハ法律命令モ共ニ國
家ノ命令ナリ

斯ノ如ク法律ト命令トノ間ニ効力ノ輕重アル所ニハ、ザイドラ氏ノ如ク國家意志
ノ強弱ノ度ニ基クモノナリト云フ得ス(一木氏法學論參照)國家ハ其意志表示ノ一部ニハ

永久ニ亘ル効力ヲ有セシメ特ニ其變更ヲ謹嚴ナラシメントス、是ニ於テカ立法者ハ其意志表示ノ種類ヲ分テ以テ容易ニ變更スルヲ得ヘキモノト容易ニ變更スヘカラサルモノヲ區別ス、此ノ區別ノ實効ハ唯君主カ立法ノ特ニ慎重ヲ要スルコトヲ認メ輕シク法律ヲ改廢セサルニ由テ生スルヲ得ヘキノミ、立憲國ニ於テハ立法ハ議會ノ協賛ヲ要シ命令ト其制定ノ順序ヲ異ニス法律ト命令ノ區別ハ立法國ニ於テ始メテ眞ニ實効ヲ生スルヲ得ヘシ、立法ノ法式ハ以テ如何ナル國家ノ意志ヲモ表示スルコトヲ得ヘク命令ノ形式ハ一定ノ範圍ヲ限リ之ヲ表示スルヲ得ルノミ

之ヲ要スルニ法律ハ相對ノ觀念ニシテ絕對ノ觀念ニ非ス法律命令相對シテ其効力ノ強キモノヲ法律トシ其効力ノ弱キモノヲ命令トスルノミ故ニ法律ナクシテ命令アルコトナク命令ナクシテ法律アルコトナシ法律アリテ命令ナク又命令アリテ法律ナキトキハ其觀念ハ二者相對スル場合ト異ナラサルヲ得ス

國家ノ命令ニシテ最強ノ効力ヲ有スルニハ二箇ノ要件ヲ具ヘサルヘカラス、命令ヲ以テ廢止變更スル能ハサルコト其一ナリ他ノ法律ヲ廢止變更スルヲ得ルコト

其二ナリ法律ハ法律ヲ改廢スルヲ得ヘク而シテ法律ニ依ラサレハ改廢セラル、コトナシ、蓋シ法律ハ明文ヲ以テ其廢止變更ヲ命令ニ委任スルコトヲ得ヘシ、然レトモ此ノ法律ハ猶ホ前法ヲ破ルノ効力ヲ有シ、又命令ヲ以テ之レヲ廢止スルハ法律自己ノ規定ニ基クモノナルカ故ニ依然法律タルコトヲ失ハス、命令モ亦法律ニ由リ法律ヲ以テスルノ外廢改スルヲ得サル効力ヲ聞ハラル、モノアルヘシ、然レトモ此ノ命令ハ自己ノ効力ニ由リテ法律ヲ廢止變更スルコト能ハサルカ故ニ命令ノ性質ヲ變シテ法律トナルコトナシ、獨リ緊急命令ハ自己ノ効力ニ由リテ法律ヲ改廢スルノ力ヲ有スト雖モ其廢止ハ必スシモ法律ヲ以テスルヲ要セサルヘク又其帝國議會ノ承諾ヲ得サルトキハ命令ヲ以テ直ニ之ヲ廢スヘキモノナルコト憲法第八條ノ末段ニヨリ明カナルカ故ニ法律ト全ク同一ノ効力ヲ有スルモノニ非ス、第八條カ緊急命令ヲ目スルニ法律ノ効力ヲ有スル命令ヲ以テセスシテ法律ニ代ルヘキ命令ヲ以テセルハ極メテ當ヲ行タリト謂フヘシ(一木博士法令豫算論)尙ホ本問ニ關スル學說ヲ紹介スレハ

甲說 命令トハ君主カ議會ノ協賛ヲ經スシテ發シ又ハ發セシムル所ノ法則ヲ云

法律命令共ニ國家ノ意思ナリ唯法律ハ議會ノ協贊ニヨリテ制定スルヲ要シ命令ハ議會ノ協贊ヲ要セスシテ發シ又ハ發セシム即チ兩者ノ區別ハ單ニ國家ノ意思ヲ發表スル形式上ノ區別ナリ

法律ト命令トハ效力ノ輕重ニヨル區別ニアラス我憲法ニ於テハ命令必スシモ法律ノ下ニ在ラス法律必スシモ命令ヨリ重カラス大權命令ハ法律ト對立スルモノニシテ其間ニ輕重ノ差別ナシ又憲法第八條ニヨルトキハ命令ヲ以テ法律ヲ廢止變更スルコトヲ得ヘシ故ニ我憲法ニ於テハ法律命令ノ區別ヲ效力ノ輕重ニ求ムルコトヲ得ス

命令ヲ以テ法律ヲ變更スルヲ爲ストハ憲法第九條ノ命令ニ付テ立法上ノ注意ヲ明示シタルモノナリ法律ト命令ノ效力ニ關シ臣民遵奉ノ義務ニ輕重ノ區別アルコトヲ規定シタルモノニアラス臣民ハ違憲ヲ主張シテ法律ノ遵奉ヲ拒ムコトヲ得サルト同シク違法ヲ主張シテ命令ヲ拒ムコトヲ得サルナリト

乙說 命令トハ法律ノ下ニ效力ヲ有スル國家ノ法規ナリ

法律命令共ニ國家意思ノ發表セラレタルモノナリ我憲法ニ所謂法律トハ實質的意義ニアラス又形式的意義ヲ有セス即チ法律ト命令ノ區別ハ法規ヲ定ムルモノト否ラサルモノトノ區別ニアラス又議會ノ協贊ヲ經タルモノト否ラサルモノトノ區別ニアラス

法律ト命令トノ區別ハ他ナシ其效力ヲ異ニスルニ在リ即チ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルヲ得ス法律ヲ以テ命令ヲ變更スルヲ得ルニ在リ緊急命令ハ法律ニ代ハル效力アルモ國家緊急ノ場合ニ應スル處分の行爲ニ屬スルモノニシテ之ヲ以テ命令自體ニ法律變更ノ效力アリトスルヲ得サルハ議會不承諾ノ場合ニ其效力ヲ繼續スルヲ得サルニ徴スルモ明ナリト

以上兩說中甲說ハ君主即チ國家ナリト云ヒ乙說ハ國家ノ意思ハ君主之ヲ定ムト云フ故ニ此點ニ關シテハ我憲法上法律命令共ニ君主ノ意思ナリトノ規定ニ於テ結果ヲ異ニセス唯々法律命令ノ區別ニ關シ甲說ハ單ニ形式上ノ區別ニ過キストナシ乙說ハ效力ノ輕重ニヨル區別トナセリ然レトモ甲說ト雖モ議會ノ協贊ヲ經サルモノハ悉ク法律ナリト云フニアラス又行政命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコト

ヲ得ルモノトナスニアラス乙説ニヨルモ議會ノ協賛ナクテ法律ヲ制定スルヲ得ルコトヲ認ムルモノニアラス兩説ノ分ル、所以ハ必竟甲説ハ立法司法行政(大權)ノ三權ハ共ニ憲法ノ條規ニヨリテ行ハル、統治ノ形式ニシテ其間ニ効力ノ優劣ヲ認メサルニ反シ乙説ハ立法ヲ以テ國家最高ノ統治作用トナシ行政司法ハ其下ニ於テ活動スルモノトナスニ基ケリ

之ヲ要スルニ我カ憲法ニ於ケル法律命令ノ觀念ハ實質ヨリ之ヲ定ムルヲ得ス又効力ヨリ之ヲ定ムルコトヲ得ス而テ第三十七條ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ法律ノ要素タルヲ明言スルカ故ニ我カ憲法上法律命令ノ區別ハ形式上ノ觀念ニシテ法律トハ帝國議會ノ協賛ヲ經タル天皇ノ命令ナリト謂フヘシ換言セハ法律ニハ帝國議會ノ協賛ト天皇ノ命令即チ裁可公布トヲ要シ帝國議會ノ協賛若クハ天皇ノ裁可公布ノ一ヲ缺クヲ得ル者ハ法律ト謂フヲ得サルナリ是レ故ニ憲法制定以前法律ノ名稱ヲ以テ發布セラルル者モ憲法ニ所謂法律ニ非ス憲法ニ所謂法律ハ憲法實施ノ後ニ於テノミ初メテ生シ得ヘキ者ナリ又ク慣習ノ法律ナル者アリ得サルナリ何トナレハ慣習法ニハ帝國議會ノ協賛及ヒ天皇ノ裁可公布ナケレハナリ

彼ノ豫算ノ如キ第六十四條ノ明文上帝國議會ノ協賛ヲ經ヘキヲ以テ學者或ハ之ヲ法律ナリト唱フル者ナキニ非サルモ是レ敢テ帝國議會ノ協賛ヲ要素トスル者ニ非サルカ故ニ又法律ニ非サルナリ

法律ニ代ル勅令發布ノ條件及其効力ヲ説明スヘシ(註三)

緊急命令ノ性質(大學二八)

今ヤ國事多端國家及國民ニ万一ノ災厄ナキ能ハス而シテ此ノ災厄ハ或ハ法律ニ由ルニ非スシテ之ヲ除クコト能ハサルモノアルヘシ此ノ場合ニ於テ法律ヲ發シテ災厄ヲ除クカ爲必要ナル處置ヲナスハ固ヨリ憲法ノ常規ニ從フモノナリト雖モ立法ノ機關ハ運轉ノ遲緩ナルヲ常トスルカ故ニ往々焦眉ノ急ニ應スル能ハス然レトモ憲法ニ特別ノ明文ナキトキ命令ヲ以テ法律ヲ要スル事項ヲ規定スルニハ其如何ナル緊急ナルヲ論セス總テ違憲ノ事タルヲ免レス茲ニ於テカ英國ハ責任解除法律ノ發布ニ由テ違憲ノ狀態ヲ醫シ又帝國憲法ハ始ヨリ國家ノ變災ニ備フルカ爲特別ノ規定ヲ設ケタリ第八條即チ之レナリ今其ノ緊急命令ヲ發スルノ

要件ヲ左ニ擧ケン

一 災厄又ハ安全ニ對スル危險アルコト

緊急命令ハ單ニ災厄又ハ危險ヲ除ク消極ノ目的ヲ以テ發スルコトヲ得ヘシ、積極ニ公益ヲ進捗スルノ目的ニ出ツルコトヲ得ス

二 公共ノ安全ニ對スルノ危險又ハ公共ノ災厄アルコト

緊急命令ヲ發スルノ理由タル災厄及ヒ危險ハ必スシモ國家ノ全部ニ關スルヲ要セス、其ノ單ニ國家ノ一部又ハ社會ノ一階級ニ關スルトキト雖モ元首ハ緊急命令ヲ發スルコトヲ得ヘシ、然レトモ公共ノ安全公共ノ災厄ト云フトキハ、其ノ國民ノ全部又ハ不定數ノ人民ニ關スルヲ要ス、一人又ハ數多ノ特定シタル私人ノ爲メ緊急命令ヲ發スルハ其ノ間接ニ國家又ハ公衆ノ安全ニ關スル場合ノ外憲法ノ許サバ、ル所ナリ

三 危險又ハ災厄ヲ除ク爲メ緊急命令ヲ發スルノ必要アリシコト

若シ危險又ハ災厄ニシテ現行法律ノ範圍内ニ於テ普通ノ行政處分ニ由リ除クコトヲ得ハキモノナルトキハ緊急命令ヲ以テ法律ニ代ルノ規定ヲ設クルコト

ヲ得ス

四 緊急命令ヲ發スルノ必要ハ緊急ナルコト

憲法ガ緊急命令權ヲ設ケタルハ立法ノ方法ニ由リ焦眉ノ急ヲ救フコト能ハサルノ恐アレハナリ故ニ次期帝國議會ノ開會ヲ待テ徐ニ處分ノ方法ヲ定ムルヲ得ルノ場合ニハ固ヨリ緊急命令ヲ發スルノ理由ナシ

五 帝國議會ノ閉會中ナルコト

緊急命令ヲ發スルハ特ニ帝國議會ヲ召集シテ立法ノ手續ヲ履行スルノ遲緩ニシテ緊急ノ必要ニ應スルコト能ハサルニ由ル故ニ帝國議會ノ開期中ニハ固ヨリ緊急命令ヲ發スルノ理由ナシ閉會中トハ前會期閉會又ハ解散ノ時ヨリ次會期開會マテノ間ヲ謂フ、議會ノ召集ニ應シテ集會スルモ開會ノ命ナキ間ハナホ閉會中トス、又議員ノ召集ニ應セサルトキ又ハ内外ノ情形ニヨリ議會ヲ召集スルコト能ハサルトキハ緊急命令ヲ發スルヲ得ルノ事情アルコト言ヲ待タス
以上列擧シタル諸種ノ條件ニシテ悉ク具備スルトキハ、法律ニ代ルノ勅令ヲ發スルコトヲ得、緊急命令權ノ範圍ハ頗ル廣濶ニシテ事項ノ性質上公共ノ安全ヲ保持

シ、又ハ公共ノ災厄ヲ避クルカ爲必要ナルコト能ハサルモノヲ除クノ外立法ト同一ノ限界ヲ有スルノミ、緊急命令ノ唯一ノ限界ハ憲法ノ規定ナリ憲法第八條ハ緊急命令ノ憲法ニ牴觸スヘカラサルコトヲ明言セスト雖モ憲法ノ性質及憲法第四條ノ明文ヨリ之ヲ論斷スルコトヲ得ヘシ、第四條ハ元首カ憲法ノ規定ニ依リ統治權ヲ行フヘキコトヲ規定ス、緊急命令ハ統治權ノ發動ナルコト言ヲ待タス、故ニ憲法ノ規定ニ牴觸スル緊急命令ハ憲法ヲ變更スルノ効力ヲ有スルニ非サルヨリハ決シテ之レヲ適法ノ命令ト認ムルコトヲ得ス、而シテ緊急命令ハ果シテ憲法ノ規定ヲ變更スルコトヲ得ルヤ

憲法ハ法律ヲ以テ變更スルヲ得ヘシ而シテ緊急命令ハ法律ニ代ルモノナリ然レトモ憲法ヲ變更スルノ法律ハ特別ノ要件ヲ具ヘサルヘカラス(勅令ニテ議案ヲ提出シ三分ノ二)若シ緊急命令ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ得ヘシトスルトキハ此ノ趣旨ハ貫徹スルニ由ナカラントス、緊急命令カ法律ニ代ルヲ得ヘシ、然レトモ憲法變更ノ爲ニ設ケタル特別ノ手續ニ代ルコトヲ得サルナリ、

憲法ノ範圍内ニ於テ法律ノ規定シ得ヘキモノハ公共ノ安全ヲ保チ災厄ヲ除クカ

爲ニ必要ナル限リハ如何ナル事項ト雖モ緊急勅令ヲ以テ規定スルコトヲ得サルナシ、緊急勅令ハ刑罰ヲ定ムコトヲ得ヘク、人民ノ自由ヲ束縛スルコトヲ得ヘク、人民ノ權利ヲ制限スルコトヲ得ヘシ、又第八條ハ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ發スト謂ヘリ而シテ如何ナル法律ハ勅令ヲ以テ之ニ代フルコト能ハサルヤヲ定メス、故ニ法律ヲ定ムルヲ得ルノ事項ハ皆緊急命令カ法律ニ代テ定ムルヲ得ルノ事項ナルコトヲ認メサルヘカラス

又法律ニシテ其ノ廢止變更ノ爲特別ノ要件ヲ定ムルモノアルモ通常ノ法律ヲ以テ之ヲ廢止變更スルコトヲ得ヘシトセハ法律ニ代ハルヘキ緊急命令ヲ以テスルモ亦之ヲ廢改スルコトヲ得サルノ規定ヲ設クルモノアルモ此ノ如キ規定ハ無効ナリ、法律ヲ以テ規定スルヲ得ヘキ事項ハ憲法上當然緊急命令ヲ以テ規定スルコトヲ得ヘシ、此ノ原則ニ背馳スル規定ヲ設クルハ憲法ノ條規ニ反スルモノト謂フヘキナリ(一木博士法令豫算論)

緊急勅令ヲ發シタルトキハ第八條第二項ノ規定ニ依リ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出スルヲ要ス、次ノ會期トハ緊急勅令發布ノ後ニ開會シタル議會ヲ指シ其ノ

臨時會タルト常會タルトヲ問ハサルハ勿論次ノ會期中ナルトキハ會期ノ始ニ之ヲ提出スルモ其ノ終ニ之ヲ提出スルモ一ニ政府ノ意向如何ニ在リ然レトモ緊急勅令ヲ議會ニ提出スルハ一ノ議案トシテ其ノ承諾不承諾ヲ決セシムルニ在リ單ニ議會ニ報告スル者ト異ルカ故ニ他ノ政府議案ト同ク先ツ衆議院若クハ貴族院ニ之ヲ提出スヘク同時ニ兩院ニ提出スルコトヲ許サ、ルナリ

法律ヲ廢止シタル緊急勅令ヲ更ニ廢止シタルトキハ其

法律ハ如何ナル状態ニ在ルヤ (專門)

第一説 本問ヲ決スルニハ先ツ緊急勅令カ前法ヲ廢止スルノ効力アルヤ將又之レヲ停止スルニ止マルヤヲ論セサルヘカラス、抑モ前法カ後法ニヨリ廢止セラ、ルハ后法カ永久ニ存續スルニ因ルニ非スシテ存續ノ時期ヲ限ラサルカ爲メナリ、若シ法律カ始ヨリ一定ノ時期ヲ限リテ効力ヲ有スヘキコトヲ豫期スルトキハ此ノ法律ハ前法ヲ停止スルノ効力ヲ有スルモ之ヲ廢止スルノ効力ヲ有スルコト能ハス故ニ此ノ法律ニシテ其豫定ノ時期ニ達シタルカ爲、廢止ニ歸スル

トキハ前法ハ自カラ再ヒ効力ヲ得ヘシ、之ニ反シテ後法カ一定ノ時期ヲ限ラヌ更ニ法律ヲ以テ之ヲ廢止スル迄永ク効力ヲ有スルノ性質アルモノナルトキハ此ノ法律ハ直ニ前法ヲ廢止スルモノニシテ假令即日廢止セラル、コトアルモ前法ハ再ヒ効力ヲ得ルコトナシ、此ノ場合ニ於テ後法カ前法ヲ廢止スルノ効力ハ其施行ノ即時ニ生スルモノナリ、緊急勅令ハ余輩ノ既ニ論シタル如ク議會ノ承諾ヲ得サルカ爲、自カラ廢止ニ歸スルコトナシ、廢止ノ命令ヲ發スルニ及ンテ始メテ其ノ効力ヲ失ス、緊急勅令ハ議會ノ不承諾ヲ以テ解除ノ條件トナスノ命令ニ非ス又々假ノ効力ヲ有スルノ法律ト稱スルコトヲ得サルナリ、若シ議會ノ承諾ヲ得サルトキハ政府ハ緊急勅令ヲ廢止セサルヘカラサルハ言ヲ待タスト雖モ政府若シ、之ヲ廢止セサル時ハ單ニ政府カ違憲ノ責ヲ負フニ止マリ命令ノ効力ニ至テハ爲ニ増損スル所アルコトナシ、緊急勅令ハ不承諾ノ爲メニ効力ヲ失マコトナク承諾ノ爲ニ効力ヲ得ルコトナシ、緊急勅令ハ單ニ裁可ニ由テ効力ヲ有シ、廢止ノ命令ニ由テ効力ヲ失ス、其ノ必スシモ一定ノ時期ヲ限リテ効力ヲ有スルモノニアラサルハ通常ノ法律ト異ナルコトナシ、而シテ緊急勅令ハ法律

ニ代ルノ効力ヲ有スルカ故ニ一定ノ存續期間ヲ限ラサル法令ハ前法ヲ廢止スルト同シク一定ノ存續期間ヲ限ラサル緊急命令モ亦法律ヲ廢止スルコトヲ得サルノ理ナシ前法ハ既ニ緊急命令ニ由リ廢止セラレタリトスレハ法律ニ由テ廢止セラレタル場合ト同シク將來緊急命令ノ廢止セラレルコトアルモ前法ハ更ニ議會ノ協賛ヲ經元首ノ裁可ヲ得テ正式ニ公布スルニ非サレハ再ヒ効力ヲ得ルコト能ハサルナリ

法律ノ廢止ハ既ニ緊急命令ヲ發布スルノ時ニ定マルモノナルトキハ緊急命令ヲ議會ニ提出スルノ前命令ヲ以テ之ヲ廢止シタル場合ニ於テモ亦前法ハ再ヒ効力ヲ得ルコトナシト謂ハサルヘカラス(一木博士法令豫算論)

第二說 緊急勅令廢止ノ公布アルトキハ緊急勅令ニ依リテ變更廢止セラレタル法律ハ總テ其ノ舊ニ復スヘキカ學者或ハ緊急勅令ハ法律ト同ク前ノ法律ノ變更廢止ヲ確定スルノ効力アルヲ以テ廢止ノ公布アルモ其ノ効力ヲ回復セスト主張スル者ナキニ非サルモ緊急勅令ハ議會ニ於テ承諾セサルトキハ廢止セラレヘキヲ條件トシテ發シタル者ニシテ永久ニ法規ト爲スノ趣旨ヲ以テ發セラ

レタル者ニ非サルカ故ニ議會ノ承諾ヲ得テ其ノ條件解除セララルニ至ル迄ハ法律ノ効力ヲ中止スルニ過キス從ツテ緊急勅令廢止ノ公布アルトキハ前ノ變更廢止セラレタル法律ハ當然其ノ効力ヲ恢復スヘキヤ言フ俟タスト
余輩ハ單ニ第二說ニ左袒セント欲ス

緊急勅令ヲ以テ緊急勅令ヲ廢止シタル場合ニ於テ前後二個ノ勅令ヲ帝國議會ニ提出スルヲ要スルヤ若シ要スルトセハ之ニ對スル帝國議會ノ議決ノ効力如何(別錄三三)

甲論者ハ曰ク

前後ノ二勅令ハ相耦刺シテ死セルモノナレハ更ニ提出スヘキ命令ナキヲ以テ二令ハ共ニ提出スルヲ要セス

乙論者ハ曰ク

前命令ハ後ノ命令ニ存在セサルニ至レリ故ニ後ノ命令サヘ提出スレハ足ル

丙論者ハ曰ク

憲法問題解答

憲法單ニ此勅令云々ト云ヒテ其効力アルモノト否トヲ別タサレハ苟モ緊急勅令トシテ出セルモノハ現存スルト否トヲ問ハス前後二令共ニ提出スヘキモノナリ

田中法學士ハ曰ク

一 後ノ命令ニテ前命令ヲ變更セルトキハ二命令ハ共ニ提出スヘシ
二 後ノ命令ニテ前命令ヲ廢止セルトキハ二命令ハ共ニ提出セスシテ可ナリ
丙論者ノ主張スル如ク勅令存否如何ニ關ラス議會ヲシテ其勅令發布ノ要件ヲ審査セシメン爲ナリトセハ勅令ノ効力ニ係ラス單ニ開會前ニ發布シタル事實サヘアレハ必ス提出スヘキナリ然レトモ緊急勅令ヲ議會ニ提出スルハ議會ノ審査ヲ受クルカ爲メニ非スシテ只將來効力ヲ左右セシメン爲メノミ、從テ兩論者ノ說ハ非ナリ、又乙論者ニ從ヘハ若シ後令ニシテ議會ノ承諾ヲ得サレハ効力ヲ失フニヨリ前令ハ復活スト云フニ至ラン、然レトモ緊急勅令ハ一タヒ廢止セラレハ條件的精神ノ有セサル限リハ絶對的ニ消滅スルモノニシテ復活ハ例外ナリ、例外ハ明文若クハ明ナル精神ノ見ルヘキモノアルヲ要ス從テ後勅令ニシテ承諾ヲ得サル

コアルモ前命令ハ別ニ之ヲ提出スルノ理アラサルナリ

然ラハ余輩ハ甲論ニ全一ナリト云フニ否ラス、甲論ニヨレハ前後ノ二令ハ相耦刺シテ存セスト云ヘリ、即チ前令ノ死スルハ後令ノ死スル時ナリト云フ、然レトモ前令ノ効力ヲ全ク失フハ後令ノ力ニシテ、後力アリ茲ニ前令消滅ス、未タ前後ノ二令ハ同時ニ死スト云フ可ラス然リト雖モ後令ハ單ニ前令ヲ廢止スルヲ目的トスルモノニシテ前令ニシテ効力ヲ失ヘハ後令ハ其目的ヲ達セルモノト謂フヘシ、凡ソ法令ハ一般ニ其制定ノ目的ヲ達スレハ茲ニ自カラ消滅スルコト通則タリ故ニ此場合ニ於テ後令ハ目的ヲ達シタル爲ニ更ニ其効力ヲ失フヘシ、歸スル所甲論ト同シク二令ハ共ニ効力ヲ失フモノニシテ議會ニ提出スルノ必要ヲ見サルサリ之レ我憲法ノ精神ニシテ吾國法上ノ實例亦此ノ如シ然レトモ政府ノ理由トスル所果タテ予ト同一ナルヤ否ヤハ知ルヘカラス、以上ノ如クナルヲ以テ議決ノ効力ヲ論スルノ必要ナキナリ

議會承諾ノ權限ニ付キ穂積博士ノ論旨ニ曰ク緊急勅令ヲ發スルハ憲法上天皇ノ大權ニ屬スル適法ノ行爲ニシテ其必要ノ有無モ亦天皇自由ノ認定權ニヨル議會

ハ緊急勅令ノ實質ニ付憲法ニ牴觸スルヤ否ヤニ審議スル權限ヲ有セス憲法ノ解釋ハ君主ニ專屬スルモノニシテ他ノ機關ノ容解スヘキ所ニ非スト

一木博士ハ曰ク議會ハ之ニ承諾ヲ與フルニハ其緊急勅令ノ憲法ニ適合セルモノナリヤ否ヤ即チ憲法上ノ條件ヲ具備セルヤ否ヤ憲法ノ實質ニ違反セサルヤ否ヤ法律上必要ノ形式ヲ備ルヤ否ヤヲ檢査セサル可カラズ而シテ議會カ其緊急勅令ノ必要ノ有無ヲ檢査スルハ其緊急勅令ヲ發スル當時ニ於ケル有無ニ付テ審議ス可キモノニテ議會ニ提出シタル當時ニ於ケル必要ノ有無ニアラス蓋シ若シ議會カ緊急勅令發布ノ當時ニ於テハ其必要ナカリシコトヲ認メナカラ提出ノ當時己ニ其必要ヲ欠クト云フ理由ヲ以テ承諾ヲ拒ムコトヲ得トスレハ政府ハ憲法上ノ要件ニ從ヒ臨機必要ノ處分ヲナシタルニモ拘ハラズ事後承諾ヲ得サルコト、ナリ其責任ヲ解除スルコトヲ得サル結果トナルヘシ然レトモ其發布當時ニ必要アリシ緊急勅令ハ初ヨリ法律タル効力ヲ存シ縱令其必要ハ既ニ消滅スルモ其效力ハ依然トシテ存在スルモノナリ故ニ如此ノ場合ニハ議會ハ一タヒ承諾ヲ與ヘタル後更ニ緊急勅令ヲ廢止スルノ方法手段ヲ採ルノ外ナシ是レ承諾ノ法律上ノ性

質ヨリ生スル結果ナリ乍併議會カ承諾ヲ與ヘ又ハ拒ムニハ別ニ理由ヲ示スコトヲ必要トセサルヲ以テ實際ニ於テハ影響スルコトナカルヘシト

承諾不承諾ノ效果如何ト云フニ議會カ緊急勅令ニ承諾ヲ與フルトキハ其緊急勅令ノ效力ハ依然トシテ存在ス然レトモ承諾アルカ爲メ緊急勅令カ變シテ法律トナルモノニ非ラサルハ勿論ナリ即チ其實質ハ法律ト同シキモ其形式ハ依然タル命令ナリ緊急勅令カ議會ノ承諾ヲ得サルトキハ政府ヲシテ廢止ノ事務ヲ負擔セシムルノ効力ヲ生ス即チ不承諾ノ效果ハ單ニ緊急勅令ノ廢止ヲ公布スルコトノ前提トナルニ過キス其不承諾ニヨリ緊急勅令カ効力ヲ失フモノニアラス而シテ其不承諾ノ場合ハ議會ニ於テ不承諾ノ議決ヲナシタル場合ノミナラス單ニ承諾ナキ場合ハ又不承諾ナル場合ナリ例ヘハ議會カ承諾ヲ與ヘサルウチニ閉會シタル場合ノ如シ蓋シ會期中ニ承諾ヲ經サルモノハ議案ノ消滅トナリ從テ議會ノ承諾ヲ經サリシモノト看做サル、結果ヲ生スレハナリ

緊急勅令ヲ變更廢止スルハ法律又ハ緊急勅令ヲ以テスルヲ原則トス而シテ緊急

命令カ議會ノ承諾ヲ得サル爲ニ因テ廢止シタルトキハ緊急命令ノ爲ニ廢止變更セラレタル以前ノ法律ハ當然効力ヲ復活スルモノナルコトハ學者ノ等シク認ムル所ナリ蓋シ緊急命令ハ議會ノ承諾ナクンハ廢止セラレ、コトヲ豫期シテ發スルモノニシテ初ヨリ永遠確定ノ法規ヲ爲スノ趣旨目的ヲ以テ發セラレタルモノニ非ス從テ其規定ト矛盾セル前ノ法律ヲ永遠ニ廢止スルモノニ非スシテ議會ノ承諾ヲ條件トナスモノナリ故ニ議會カ一タヒ承諾ヲ與フトキハ其法律ヲ永遠ニ廢止スルノ精神ナルコトヲ推測シ得ルヲ以テ其後緊急命令ヲ廢止又ハ變更スルモ法律ハ復活セサレトモ反之議會カ承諾ヲ與ヘサルニヨリ緊急命令ヲ廢止スルトキハ其勅令ノ廢止ト同時ニ以前ノ法律復活スルモノナルコトヲ推測スルハ緊急命令ノ性質上當然ノ事理ナレハナリ

命令ノ性質及種類如何(大學)

命令ノ分類及其法律ニ對スル効力ヲ問フ(高文)

憲法上ニ於テ命令トハ法律ニ對スル語辭ニシテ議會ノ協贊ヲ經ス、君主カ大權ニ

ヨリテ發シ又ハ發セシムル國家ノ法則ヲ謂フナリ、法律命令ノ區別ハ立憲政體ノ精神ノ存スル所ナリ、專政政體ニ於テハ此名稱アリト雖モ法律モ命令モ共ニ君主ノ單獨ナル裁決ニ依リテ成立スルカ故ニ實際之ヲ區別スルノ必要ヲ見ス、然レトモ立憲政體ニ於テハ國會制度ノ設備アルカ故ニ國會ノ議決ヲ經テ制スルモノト然ラサルモノトヲ區別スルノ必要ヲ生ス、此區別ノ結果トシテ議會ノ議決ハ又議會ノ議決ニ依ルニアラサレハ變更スルコトヲ得スト云フ主義ヲ込タカラシメサルヘカラサル法理關係ヲ生スルナリ

命令ハ法律ト同シク國家ノ法則タリ、法律命令ノ區別ハ唯其形式上ノ區別ニシテ實質上ノ區分ニアラス法律ト云ヒ、又命令ト云フモ均シク皆國家ノ法則ヲ謂フモノニシテ人民ノ之ヲ遵奉スル点ニ於テ一モ軒輊スル所ナシ而シテ命令ヲ發スルノ權ヲ稱シテ命令權ト謂フ
佛國ノ三權分立論ノ主義ニ據レハ凡ソ法則ヲ設クルハ法律ヲ以テスルコトヲ要シ命令ヲ以テ人ノ自由權利ヲ束縛スルコト能ハスト爲ス故ニ命令權ハ法律ヨリ出テタルモノニシテ法律ヲ執行スル細則ヲ設クルニ止マリ法律ノ及ハサル所ヲ補

充スルコトヲ得ス、命令權ハ法律ヨリ委任セラル、モノナリト解スルナリ又命令ヲ發スルハ法律ヲ執行スルニ止マルカ故ニ我憲法ニ示ス所ノ主義ト全ク其旨趣ヲ異ニス、我命令權ハ法律ヨリ委任セラレタルニアラス憲法ニ依據シテ存在スルモノナリ、既ニ憲法ニ於テ定メラレタルカ故ニ法律ヲ以テ命令權ノ範圍ヲ伸縮スルコトヲ得ス、即チ法律以外ニ獨立シタル權力ナリ而シテ其範圍モ法律ノ執行ニ止マラサルコト憲法九條ノ明言スル所ナリ故ニ法律ヲ執行スル爲メニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ若クハ公共ノ福利ヲ増進スル爲メニ命令ヲ發スルコトヲ得但命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス然レトモ命令ハ法律ヲ執行スルノミナラス法律ヲ變更セサル限度ニ於テ臣民ノ自由權利ニ關スル規定ヲ設クルコトヲ得故ニ前者ト區別ノ存スル所ハ政體ノ根本ニ關係スルモノニシテ我憲法ニテハ特ニ三權分立主義ヲ排斥シ法律モ命令モ共ニ國家ノ法則ヲ制定スルノ力アルコトヲ認メタルナリ

法律ト命令トノ效力上ノ差異ハ全ク其形式ノ點ニアリ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス、然レトモ憲法第八條ニ於テ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ハ

キ場合ヲ規定セリ即チ緊急命令ノ場合之レナリ、之ヲ外ニシテハ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得サルモノトス、然レトモ之ヲ誤解シテ各個人ハ法律ト命令ト比較シテ服從ヲ拒ムコトヲ得ルモノト爲ス勿レ、是レ式ニナリテ公布セラレタル命令ハ臣民ニ對シテ絶對的ニ遵守ノ效力ヲ有スルモノナレハナリ、又法律ヲ以テ全ク命令ヲ變更スルコト自由ナリト誤解スヘカラス唯憲法第九條ニ掲ケタル行政命令ニ付テハ法律ヲ以テ命令ヲ變更スルヲ得ルコトアルノミ、尙大權事項ヲ規定スル命令即チ大權命令ハ法律ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ス(憲法博)

命令ハ其性質ノ上ヨリ區別スヘク又憲法ノ規定ニ從ヒテ區別スヘシ、憲法ノ條項ニ拘ラス、命令ノ實質ニツキ區別スレハ法規命令ト事務規定トノ區別アリ、而シテ法規ト云フハ人ノ自由又ハ權利ノ關係ヲ規定スル一般ノ準則ナリ、法規ヲ設定スル命令ヲ法規命令トハ稱スルナリ、例ヘハ人ノ私權關係ニ關スル命令又警察規則ノ如キ之レナリ、事務規定トハ君主カ行政官ニ對シ執務ノ準則ヲ示スモノナリ、例ヘハ官制ヲ定ムルカ如シ行政ノ事務ヲ分配シ、官府ノ權限ヲ定ムルモノニテ勅令以下ノ形式ニテ發布セラルレトモ其効力ハ行政内部ノ規則タルニ止マリ人民各

個人ノ自由及權利ノ關係ニ直接ノ効力ヲ有セハ、此ノ二種類ノ區別ハ行政法理ヲ研究スルニツキ最も必要ナリ、又命令ヲ區別シテ獨立命令委任命令ト爲ス區別アリ、此ノ學說ハ専ラ獨逸ニ行ハル、所ニシテ獨立命令トハ法律ノ委任ニ因ルニアラス君主カ當然行フ所ノ命令權ニ屬スルモノナリ、委任命令トハ法律ノ委任ニヨリ法律ノ規定スヘキ事項ヲ命令ニテ規定スルモノナリ、我國法上ニモ實際此ノ區別アリ、然レトモ敢テ委任ナル語ヲ用キス第九條ハ法律ヲ執行スル爲メナラサルモ獨立シテ命令ヲ發スルコトヲ明言セルカ故ニ法律ノ委任ト云フコトヲ須ヒスシテ命令ヲ發スルコトヲ得ヘキナリ

上述ノ區別ハ一般ノ性質上ヨリノ區別ナリ、今憲法ノ解釋トシテ憲法上ノ區別ヲ説明スレハ我憲法上ニ於テハ命令權ハ左ノ三種類ニ分カレテ行使セラル

- 一 大權命令
- 二 法律ニ代ルノ命令
- 三 行政命令
- 第一 大權命令

大權命令トハ憲法上ノ大權事項ヲ規定スル命令ナリ、大權ハ苟モ議會ノ干涉ヲ許ササル事項ナルカ故ニ從テ大權命令ハ法律ノ爲メニ變更セラルコトナシ是レ他ノ命令ト異ナル所ナリ、然レトモ大權命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス

第二 法律ニ代ルノ命令

法律ニ代ルノ命令ハ第八條ニ規定セリ、即チ公共ノ安寧ヲ保持シ、又ハ公共ノ災厄ヲ避クル爲メニ緊急ノ必要ニヨリ帝國議會閉會ノ場合ニ於テ法律ニ代ルノ勅令ヲ發スルヲ得、行政命令ハ公益ノ爲メニモ發スルヲ得ヘケレトモ此ハ公安ニ付テノミ發スルコトヲ得ヘシ

第三 行政命令

此ハ憲法第九條ニヨリテ發スル命令ナリ、大權事項及立法事項以外ノ事項ニツキ議會ノ協賛ヲ經スシテ發スル所ノ命令ヲ總稱ス而シテ行政命令ノ範圍モ亦明文ニテ示サレタリ、法律ヲ執行スル爲メ又ハ公共ノ秩序及福利ヲ全フスル爲メニ之レヲ發ス、但シ此ノ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルヲ得ス(以上稔積博士ノ所說)

一 木博士ハ命令ヲ分チテ

一 憲法上當然元首ニ屬スル命令權ニ基クモノ

二 法律ノ特別ノ委任ニ由ルモノ

更ニ一ヲ分チテ

イ 緊急命令 ロ 行政命令 ハ 執行命令

トセリ(一木博士法令豫算論)

又副島學士ハ 緊急執行、獨立委任ノ四ニ區別ス

又田中學士ハ 緊急執行、行政(獨立)委任、條約命令ニ區別ス

其説明ニ至リテハ已ニ説述シタル所ニヨリテ明瞭ナルヲ以テ煩ヲ厭ヒ亦贅セス

穂積博士ト反對ナル法律ノ特別ノ委任ニ依ルモノ所謂委任命令ノミノ説明ヲ附

加セン

一 委任命令ノ性質

イ 委任命令トハ憲法上法律ヲ以テ規定スヘキ事項ヲ法律ノ委任ニヨリ命

令ヲ以テ規定シタルモノヲ云フ蓋シ國家常久ノ制度ニシテ且國民一般ノ

遵奉スヘキ制度ヲ立ツルニハ法律ヲ以テスルヲ適當トスレトモ時ト處ト

ノ状態ニ從ヒ其規定ヲ異ニスル必要アルトキハ煩雜ナル立法手續ニ依ル

ハ甚タ不便トスル所ナリ故ニ斯ノ如キ場合ニハ法律ハ其規定ヲ命令ニ讓

ルヲ以テ便宜トス是委任命令ヲ認ムル實際上ノ理由ナリ又憲法上或事項

ヲ規定スルニハ必ス法律ヲ以テスヘキコトヲ定ムルモ法律ニヨリ之ヲ規

定スル方法ニ關シテハ何等ノ制限ヲ設ケス故ニ其法律ノ規定ヲ以テ一切

ノ事項ヲ悉クスモ若クハ其綱目ヲ命令ノ規定ニ讓ルモ皆法律ヲ以テ定ム

ル方法ナリ只其後ノ方法ニ於テハ法律ハ其命令ノ實質ヲ以テ自己ノ實質

トスルモノニシテ命令ノ規定ヲ遵奉セントスルニハ命令ノ規定ヲ遵奉セ

サル可カラズ命令ノ規定スル所ニ從フハ法律ノ規定スル所ニ從フ所以ナ

リ是レ委任命令ヲ認ムル法理上ノ理由ナリ

ロ 委任命令ハ立法事項ヲ規定スルモノニシテ獨立命令ヲ發スルコトヲ得

レハナリ

ハ 法律カ其如何ナル事項ヲ命令ニ委任スルモノナリヤ其範圍實質ヲ豫シ

憲法問題解答

メ之ヲ茲ニ述フルコトヲ得ス或ハ或事件ノ爲メニ命令發布ノミヲ委任シテ其廢止ハ之ヲ委任セサルヲ得ヘク又或時期ヲ限リテ委任スルコトアルヘシ其他種々ノ事項ノ範圍及ヒ實質ヲ委任スルコトヲ得

ニ 茲ニ委任ト云フハ民法上ノ所謂委任トハ其意義ヲ異ニスルナリ民法上ニ委任ト云ヘハ權利者カ其權利執行ヲ他ノ人格ニ委任スルノ謂ナレトモ茲ニ所謂ル委任トハ法律カ立法事項ニ關スルコトヲ命令ヲ以テ規定スルコトヲ定ムルコトヲ云フナリ民法上ノ委任ノ觀念ト混同セサルコトヲ要

ス(一)木氏國法學講義
(副)島氏ノ憲法講義

二 委任命令ト執行命令トノ差異

イ 委任命令ハ法律ニ基キテ生シタルモノナレトモ執行命令ハ憲法ニ基キテ生スルモノナリ

ロ 委任命令ハ法律ニ基キテ生スルモ其存在ハ法律ノ存在トノ關係ナリ而モ法律ノ消滅ト共ニ各機關ニ與ヘタル命令發布ノ權ハ將來ニ消滅スト雖モ既ニ發シタル拘束力ヲ有スル命令ハ之ニ由テ影響ヲ受クルコトナシ此

命令ノ消滅ニハ特別ニ反對ノ行爲ヲ要ス反之執行命令ハ一タヒ存在シタル以上ハ其本法律ニ附着スルモノニシテ其本法律消滅スルトキハ當然將來ハ勿論己ニ發セラレタル効力モ亦消滅スルモノナリ

ハ 委任命令ハ立法事項ヲ規定スルモノナタトモ執行命令ハ法律ヲ執行スルモノニシテ立法事項ヲ規定スルコトヲ得ス(全上)

大權命令ト行政命令トノ區別ヲ說明シ其法律ニ對スル

効力ノ異同ヲ示スヘシ (三)高文

大權命令トハ憲法上大權事項ヲ規定スル命令ナリ又行政命令ハ憲法第九條ニ依リテ發スル命令ナリ大權事項及立法事項以外ノ事項ニツキ議會ノ協贊ヲ經スシテ發スル所ノ命令ヲ總稱ス

佛ノ立憲政體ノ旨趣ニヨレハ命令權ノ範圍ハ法律ノ執行ニ止マリ法律ノ未タ規定セサル事項ハ獨立シテ規定スル權ナシト雖モ我憲法ニ於ケル行政命令ノ範圍ハ之レヨリモ廣大ナリ即チ立法事項ニ付テハ旗成ノ法律ヲ執行スル命令ノ外之

ヲ發スルコトヲ得スト雖モ立法事項以外ニ付テハ既成ノ法律ニ抵觸セサル限リ
ハ如何ナル事項ヲ規定スルモ自由ナリ緊急命令ノ如ク消極的ニ危害ヲ防遏スル
目的ノミナラス積極的ニ公共ノ福利ヲ増進スル爲メニモ亦命令ヲ發スルコトヲ
得ルナリ

歐羅巴ノ學說ニ於テハ多ク大權命令ト行政命令トヲ區別スルコトナシト雖モ我
憲法ニ於テハ之ヲ分ツノ必要アリ即チ大權ハ君主ノ親裁スル所ナリ行政トハ大
權及立法權ノ下ニ在リテ國家ノ目的ヲ達スル働ニシテ必スシモ君主カ親裁スル
コトヲ要セス行政ノ機關ヲ設ケ之ニ委任シテ行使セシム故ニ大權命令ハ之ヲ官
府ニ令任スルヲ得サレトモ行政命令ハ勅令トシテ發スルモ適當ノ範圍内ニ於テ
官府又ハ自治體ニ此命令權ヲ行ハシムルモ自由ナリ是ヲ以テ行政命令ト大權命
令トハ自ラ區別アリトス憲法第九條ノ法文ニモ命令ヲ發シ又ハ發セシムト云ヘ
ルハ即チ此ノ意ナリ又大權命令ハ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス又法律ノ爲メ
ニ變更セラレトコトナシト雖モ行政命令ハ法律ノ爲メニ變更セラレトモノトス
法律ト行政命令トカ抵觸スルトキハ命令ハ法律ニヨリテ破ラル是レ大權命令ト

行政命令トノ法律ニ對スル効力ノ異ナル所ニシテ二者ヲ區別スルノ必要アル所
以ナリ(秘蔵傳本)

法律ヲ以テ大權命令ヲ變更スルコトヲ得ルカ(高文)(大學)

憲法第八條ノ緊急命令ノ場合ノ外命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス又第九
條ノ行政命令ハ法律ヲ以テ變更スルコト得レトモ大權命令ハ法律ヲ以テ之レヲ
變更スルコトヲ得サルモノトス是レ蓋シ歐州ニ於ケル三權分立主義ノ本源タル
佛國流ノ憲法ニ對照シテ之ヲ稽フルニ全ク法理上ノ差異アルカ故ノミ即チ佛國
流ノ解釋ニテハ總テ法律ハ最高ナル權力ノ發動ニシテ總テノ命令ヲ變更スルコ
トヲ得ルハ例外ナキ原則ナリトス是レ我憲法ト其解釋ヲ異ニスル所ナリ斯ノ如
ク其解釋ヲ異ニスル所以ハ單ニ憲法ノ明文ノ異ナルノミナラス憲法ノ精神ト政
體ノ基礎ノ相異ナルニ起因スルモノナリ即チ主權ハ國民ニ在リト爲シ而シテ國
會ハ國民ノ代表者ナリ從テ國會ハ主權者ナリト爲ス政體ニ於テハ國會ノ意思即
チ法律ハ最高ノ力ニシテ總テノモノ、上ニ在ルヲ以テ法律ハ絶對的ニ命令ヲ變

更スルノ力アルナリ、而シテ君主ト云ヒ大統領ト云フハ主權者ニアラスシテ主權者タル國會ノ下ニ在ル機關ナルカ故ニ其機關ノ意思タル命令ハ主權者ノ意思タル法律ヲ變更スルコトヲ得スト爲スナリ、歸スル所主權ノ所在ノ觀念ノ異ナルニ出テタルモノナリ、故ニ我憲法ノ如ク君主主義ノ政體ニ於テハ法律命令共ニ主權者ノ意思ナルカ故ニ同一人ノ命スル所ニシテ絕對的ニ輕重上下ノ區別ナシ唯議會ノ議決ヲ經タルモノハ又議會ノ議決ニ依リテ變更スト云フ原則ヲ採用セルニ止マル、即チ大體ニ於テ法律ハ法律ヲ以テノミ變更スレトモ國家緊急ノ場合ニ於テ命令ヲ以テ之レヲ變更スルコトヲ妨ケサルモノトス、又法律ヲ以テ大權ニヨル命令ヲ變更スルヲ得サルモノトス(憲法博士ノ所説)

大權命令ノ性質及範圍ヲ説明シ併セテ大權命令ヲ以テ

法律ノ施行ヲ停止シ得ルヤ否ヤヲ説明ス可シ(高文)

第一説 此説ノ所論ハ大權作用ヲ認メス立法事項ニ對シテ特ニ大權事項ヲ認メス立法權ハ君主大權ノ一作用ナルカ故ニ立法作用ニヨリ大權事項ヲ規定スル

ヲ得ルハ自明ノ理ニシテ違法ニアラスト説明セリ

第二説 大權命令トハ憲法上ノ大權事項ヲ規定スル命令ナリ

一 大權命令トハ大權事項ヲ規定ス

大權事項ハ憲法第一條ニ天皇ノ大權トシテ列記セラレタル事項ヲ云フ即チ君主ノ親裁ニ屬スル政務ノ範圍ナリ此大權事項ヲ規定スル勅令ハ大權命令ナリ大權命令ト行政命令ノ區別ハ規定ノ實態ヲ異ニスルニ在リ即チ前者ハ大權命令事項ヲ規定シ後者ハ大權事項及ヒ立法事項以外ニ於テ規定スルニアリ

二 大權命令ハ法律ト對峙ス

我憲法ハ議會ノ協賛ヲ經ヘキ事項(立法事項)ト君主ノ親裁ヲ要スル事項(大權事項)トヲ規定ス憲法ノ精神ハ大權ヲ以テ立法ヲ侵蝕スルヲ得サルト共ニ法律ヲ以テ大權ヲ侵犯スルヲ許サ、ルニ在リ大權ト立法トハ相對峙シテ規定ス可キ實態ヲ異ニスルカ故ニ二者抵觸ノ問題ヲ生スルヲ得ス命令ヲ以テ法律ヲ變更スルヲ得ス法律ヲ以テ命令ヲ變更スルヲ得トハ行政命令ト法律トノ

關係ニ付テ云フモノニシテ大權命令ト法律トノ關係ニ付テ云フモノニ非ス
三 大權命令ハ君主ノ親裁ナリ

大權事項ハ君主ノ親裁ヲ憲法上ノ要件トスルカ故ニ之ヲ機關ニ委任スルヲ
得ス然レトモ實際ノ手續トシテ官府ヲシテ大權ヲ行使セシムルモ猶君主ノ
親裁タルヲ妨クルモノニアラス大權行使ノ權限ヲ官府ニ委任スルト官府ヲ
手足トシテ大權ヲ行使セシムルトハ區別モサル可ラス此區別ハ猶私法上ニ
於テ代人ニ委任シテ爲ス行爲ト雇人ヲ使役シテ爲ス行爲ト區別アルカ如ク
公法上ニ於テモ區別セラレ、ナリ

夫レ大權ト立法權トハ憲法ニ於テ各其事項ヲ明掲シテ區別セラレ、カ故ニ大權
ヲ以テ立法權ヲ侵スコトヲ得ス是レ我大權制度ノ特色ナリ、之ヲ歐洲憲法ニ比シ
テ稽フルニ英佛獨諸國ノ憲法ニハ、君主ノ特權ト云フコトアリ此ノ特權ニ依リテ
發スルモノヲ名ケテ特權命令ト謂フ、然レトモ其命令ハ法律ニ對抗スルノ力ナシ
君主ハ法律ノ委任ニ因テ特權ヲ有スルモノト解スルカ故ニ何時ニテモ其特權ヲ
奪フコトヲ得從テ特權命令ト雖モ法律ヲ以テ變更スルヲ妨ケサルナリ、又特權命

令ト普通命令トヲ外形ニ於テ區別セス均シク法律ノ下ニ於ケル命令ト爲ス、我憲
法ニ於テハ大權ハ立法權ト併立シ大權命令ハ法律ト相並ヒテ存在スルモノナル
カ故ニ一ヲ以テ他ノ下ニアルモノト爲ササルナリ從テ法律ノ施行ヲ定メ、若シク
ハ停止スルニハ同シク法律ノ明文又ハ特別ノ性質及前後ノ關係ヨリ一定ノ期限
ヲ推測スヘキカ如ク必ス法律ノ規定ニ基キ施行スヘキ法律ハ大權命令ヲ以テス
ルモ侵スコトナキモノト信ス

憲法カ法律ヲ以テ規定スルコトヲ命シタル事項ヲ法律

ハ命令ニ委任スルコトヲ得ルヤ(大學)(論文)

一 委任命令ヲ發スルハ我カ憲法ノ認ムル所ナリヤ換言セハ憲法上法律ヲ要ス
ル事項ヲ命令ノ規定ニ讓ルハ憲法違反ニ非サルナキカ委任命令ノ違憲ニ非サ
ルヲ認ムルハ獨逸多數學者ノ其ノ說ヲ一ニスル所ニシテ有名ナル國法學者中
獨リ「レンチ」之ニ反對スルアルノミ其說ニ曰憲法ハ君主ト議會ト共同シテ立
法權ヲ行フコトヲ規定セリ議會ノ立法ニ參與スルハ獨リ其權利ナルノミナラ

ス又其ノ義務ナリ是ヲ以テ議會ハ任意ニ其ノ參與權ヲ拋棄シテ君主ニ之ヲ委任スルハ違憲ナリト我カ國法學者中又々之ト同一ノ見解ヲ採ル者ナキニ非サルモ（積載ノ如）法律カ命令ニ委任スルトハ議會ノ協賛ヲ經シテ法律ヲ發スルノ權ヲ與フルニ非スシテ委任命令ヲ以テ法律カ其規定ノ一方法トスルニ在リ換言セハ法律カ其ノ規定ヲ命令ニ譲リ其命令ヲ以テ自己ノ實質トスルニ在リ元來憲法カ立法事項ヲ定メタル所以ハ單ニ法律ニ依リ之ヲ規定スヘキヲ命スル者ニシテ法律ノ規定スヘキ方法如何ハ憲法ノ間所ニ非ス是故ニ法律ヲ以テ其詳節ニ細目ニ至ル迄悉ク之ヲ規定スルモ法律ヲ以テ定ムル方法ノ一ニシテ其大綱ヲ掲ケ其細目ヲ命令ノ規定ニ讓ルモ又々法律ヲ以テ定ムル方法ノ一ナリ後ノ場合ニ在リテハ命令ノ規定ハ法律ノ實質ノ一部ヲ爲ス者ニシテ其ノ實質上ノ効力ハ法律自ラ之ヲ定メタルト異ルコトナシ此場合ニ於テ命令ノ定ムル所即チ實質上法律ノ定ムル所ノ命令ニ依ルハ法律ニ依ル所以ニシテ憲法カ或ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムト謂ヒ或ハ法律ノ定ムル所ニ依ルト謂ヒ或ハ法律ニ依ルト謂ヒ或ハ法律ニ定メタル場合又ハ法律ノ範圍内ニ於テト謂フモ其ノ思想

ニ至リテハ毫モ異ル所ナシアルトカ法律ヲ以テ定ムト規定スルハ委任ヲ許ササルノ趣意ニシテ「法律ノ定ムル所ニ依ルト規定スルハ委任ヲ許スノ意義ナリ」ト説クカ如キハ徒ニ文字ノ末ニ拘泥スル者ニシテ其性質ニ差異ナキヲ解セサルニ坐スルノミ何レノ場合ニ於テモ法律カ命令ニ委任スルハ法律カ命令ノ實質ヲ利用シテ自己ノ實質ト爲ス者ニシテ憲法違反ニ非サルナリ但シ法律ノ委任ニ基ク命令ハ法律ヲ以テ規定スル一方ノ方法トシテ効力ヲ有スルヲ以テ若シ委任ヲ與フル法律ニシテ廢止セラルトキハ委任命令モ又々自ラ消滅セサルヘカラス何トナレハ委任ヲ與フル法律ニシテ廢止ニ歸シタル以上ハ命令ノ定ムル所ヲ以テ法律ノ定ムル所ト謂フノ根據ヲ失フヲ以テナリ然レトモ法律カ命令ニ委任シタルノ事項ニシテ法律命令共同ノ事項ニ關スル場合ニ在リテハ法律ノ委任ヲ待タズ命令ニ依リ之ヲ規定シ得ヘキカ故ニ其委任ヲ與フル法律ニシテ廢止セラレタル後ト雖モ尙其ノ効力ヲ失ハサルモ是レ委任命令トシテ効力アルニ非スシテ獨立命令トシテ効力アルニ過キス委任命令ハ其名ノ指示スル如ク委任ヲ與フル法律ヲ以テ法律ノ委任ナキ委任命令存シ得サレハ

ナリ

法律カ命令ニ委任スルニハ或ハ廣キ範圍ナルコトアリ或ハ狹キ範圍ニ止マルコトアリ故ニ法律ヲ補正シ廢止シ又ハ法律ニ代ラシムルノ趣旨ヲ有スルコトアルヘク又ハ條件ヲ有セシメ又ハ有セシメサルコトアルヘクシテ其範圍及ヒ方法亦一ニ委任ヲ與フル法律ノ規定ニ依ラサル可カラサルモ委任ノ法律ヲ特別ノ明文ナクシテ又ハ其意思ヲ推測スルコト能ハサルトキハ天皇ハ更ニ之ヲ行政機關ノ命令ニ委任スルコトヲ得ヘシ之ヲ複委任ト云フ複委任ノ違憲ナリキ否ヤモ又タ一ノ疑問ニ屬スルモ法律ノ委任カ法律ノ規定ヲ設クル一ノ方法ナルカ如ク委任ニ依リテ發生シタル勅令カ下級ノ命令ニ其規定ヲ讓ルモ又勅令ノ規定ヲ設クル一ノ方法ト謂フヘシ故ニ複委任モ又タ適法ナリト認メサルヘカラス而シテ委任ヲ與フル勅令ニシテ廢止ニ歸スルトキハ複委任ノ命令モ俱ニ消滅スヘキヤハ又タ法律ノ委任ト異ルコトナシ(吉見氏憲法論)

二 秋山法學士論スラク一國行政ノ必要上諸國多ク委任命令ナルモノヲ認ム我國亦然リ此委任命令ハ果シテ憲法上正當ノ命令ナルヤ余輩大ニ疑ナキ能ハス

乞フ其理由ヲ曰ハシ

第一 憲法ハ其第一章ニ於テ命令ノ種類ト之ヲ發スヘキ場合ヲ規定セリ此以外ニ於テハ憲法カ特ニ貴族院令ノ如ク命令ヲ發スヘキ權ヲ認ルカ又タ憲法ノ精神ニ由リ法令共同ノ範圍ニ屬スル事項ヲ規定スル命令アルコトヲ知リ得ル場合ノ外ハ憲法委任命令ノ如キ特種ノ命令ナルモノヲ認メス

第二 憲法ハ其第二章ニ於テ必ス法律ヲ以テ規定スヘキ事項ヲ列舉セリ故ニ命令ヲ以テ此立法事項ヲ規定スルヲ得サルハ多言ヲ要セスシテ明ナリ委任命令ヲ違憲ニ非ラストスル論者ハ法律ノ委任ニヨリ命令ヲ以テ立法事項ヲ規定スル法律カ規定スルノ一ノ方法ナレハ委任命令ハ適法ノ命令ナリト曰ヘリ之ヲ實質上ヨリ曰フトキハ法律委任ニヨリ命令ノ規定スルハ法律規定ノ一法ナリト曰ヒ得ヘキカ如シ然レトモ之ヲ形式上ヨリ論スルトキハ命令ヲ以テ立法事項ヲ規定スルハ明ニ憲法違反ト曰ハサル可カラズ

第三 委任命令ハ立法事項ヲ規定スルコトヲ得トセハ緊急命令ノ如ク法律ニ代ルヘキ効力ヲ有シ從テ法律ヲ變更スルコトヲ得サル可カラズ然レトモ緊急命

令ハ特ニ憲法第八條ニ由リテ法律ニ代ルヘキ命令ナルコトヲ知レトモ委任命令ハ何等ノ理由ニ由テ法律ニ代ルコトヲ得ルヤ大ニ疑ナキ能ハス特ニ委任命令ハ法律ヲ變更スルコトヲ得ト曰フカ如キハ憲法第九條ノ明文ニ牴觸スル違法ノ命令タルコト明ナリ

或ハ曰ク之ヲ廣ク解スルトキハ法律ノ補充亦執行ノ一種ナリ委任ナル特種ノ命令ハ憲法ノ認メサル處ナリト雖只其實ヲ認メ之ヲ執行命令ト稱スヘシト論スルモノアリ余輩尙之ニ贊同スルコト能ハス何トナレハ執行命令ハ立法事項ヲ規定スルコトヲ得ス執行命令カ立法事項ヲ規定スルカ如キハ法律又ハ緊急命令ヲ執行スル性質上法律又ハ緊急命令カ直接ニ立法事項ヲ規定シテ已ニ臣民ノ權利義務ニ或拘束ヲ加ヘシモノニ付キ其範圍内ニ於テ間接ニ立法事項ニ關スルノミ是レ憲法ニ謂ユル執行命令ノ性質ナリ然ルニ或者ノ曰フ如ク委任命令ノ實質ヲ以テ執行命令ノ内ニ包含セシムルトキハ執行命令ノ性質ニ反シ立法事項ヲ規定スルノ不都合ヲ生スルノミナラス復或ハ此命令ヲ以テ法律ヲ變更スルノ結果ヲ生スルニ至ラン是レ明ニ憲法違反ナリ(行協、二二二)

三

法律ヲ以テ命令ニ規定ヲ委任スルハ法律命令共同ノ區域ニ屬スル事項ニ關スルコトアルヘシ此場合ニ於テハ元首ハ既ニ憲法上固有ノ命令權ニ由テ之ヲ規定スルコトヲ得ヘク法律ノ委任ニ由テ始メテ命令ヲ發スルノ權ヲ得ルニ非ス此ノ如キ委任ノ目的ハ法律カ一ノ事項ヲ專占シ概シテ命令ヲ以テ規定スルコトヲ許サ、ルノ趣旨ナルニ拘ハラス猶ホ其一部ノ事項ニ付テハ命令ノ規定ヲ容レントスルニ在ルモノト認メサルヘカラス此ノ目的ヲ除キテハ命令ヲ以テ當然規定スルコトヲ得ヘキ事項ヲ更ニ命令ニ委任スルノ理由ナキナリ故ニ此ノ類ノ委任ハ委任ニ非ラスシテ寧ロ固有ノ命令權ヲ妨ケサルノ趣旨ヲ有スルモノナリ

法律ノ委任ニシテ最モ重要ナルハ本來命令ヲ以テ規定スルヲ得サル事項ヲ委任スルモノニシテ此委任ニ基キ發スル命令ハ即チ委任命令ナリ此ノ如キ委任ヲ與フル法律及此ノ如キ委任ニ基ク命令ノ違憲ニアラサルコトハ國法學者ノ概テ認ムル所ニシテ唯反對セルハ「ロエンチ」氏アルノミ

憲法ノ條項中或ハ法律ヲ以テ之レ定ムト謂ヒ、法律ノ定ムル所ニ依ルト謂ヒ、法

律ニ依ルト謂ヒ其他多少文字ヲ異ニシテ而シテ同一ノ意義ヲ示サントスルモノアリ、是等ノ場合ニ於テハ直ニ命令ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得サルコト言フ俟タス、然レトモ憲法ハ唯法律ヲ以テ規定スヘキコトヲ定ムルノミ法律ノ規定スル所如何ハ固ヨリ憲法ノ間フ所ニアラス、法律カ詳節細目ニ至ルマテ悉ク自ラ規定スルモ法律ヲ以テ規定スルノ一法ナリ又其ノ大綱ノミヲ擧ケ、細目ハ之ヲ命令ニ譲ルモ法律ヲ以テ規定スルノ一法ナリ、憲法ハ法律カ之ヲ規定スルノ方法ヲ限ルコト無キカ故ニ、一定ノ範圍内ニ於テ規定ヲ命令ニ委任スルノ方法ヲ取ルモ憲法ノ明文ニ牴觸スル所ナシ、憲法ハ法律ノ定ムル所ニ依ルト謂ヒ法律ニ依ルト謂ヘリ、故ニ例ヘハ法律中命令ノ定ムル所ニ依ルヘキノ規定アルトキハ命令ノ定ムル所ニヨルハ即チ命令ノ定ムル所ニ依ル所以ナリ、蓋シ法律カ命令ニ委任ヲ與フルハ命令ノ規定スル所ニ從ハシメントスルノ意ニ外ナラス、此ノ法律ノ意志コ從ハント欲セハ亦タ必ス其ノ委任ニ基クノ命令ニ從ハツルヘカラス故ニ憲法上法律ノ定ムル所ニ依テ處分ヲ爲スコトヲ得ヘキトキハ亦タ其ノ委任ニ基クノ命令ニ依テ處分ヲ爲スコトヲ得サルヘカラサルナリ、憲

法ハ二三ノ條項ニ於テ法律ノ定メタル場合ニ於テ一ノ處分ヲスルコトヲ規定セリ、若シ法律ニシテ是等ノ場合ヲ定ムルコトヲ命令ニ委任スルトキハ是即チ憲法ノ條項ニ基キ法律自カラ其場合ヲ定メ命令ノ規定スル場合ヲ一括シテ處分ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合トナシタルナリ、故ニ命令ニ規定アル場合ハ凡テ法律ノ定メタル場合ニ外ナラス、其他憲法ノ條項ハ多少語ヲ異ニスト雖モ命令ニ委任スルヲ妨クルモノニ非サルハ皆同シ
法律ハ又單ニ命令ノ發布ノミヲ委任シテ其ノ廢止ヲ委任セサルコトアルヘシ然レトモ法律ニ明文ナキトキハ命令ヲ發布スルノ權ハ命令ヲ廢止スルノ權ヲ包含スルモノト認ムルヲ當然トス（一木博士法令豫算論）

司法權ノ範圍ヲ論スヘシ（高文）（辯護）

司法權ハ天皇ノ名ニ於テ裁判所之ヲ行フト云フ意義如

何（辯護）（三〇）

司法權ハ統治權ノ作用ノ一ニ屬ス即チ司法權ハ統治權ノ作用ニシテ獨立シタル

憲法問題解答

權力ニアラス、彼ノ司法權ノ獨立ト云フ行政權ノ爲メ左右セラレス公平ナル裁判ヲ爲スヲ謂フモノトシテ權力其ノモノ、獨立ナルニアラス、然ルニ司法權ノ性質ニ付テハ從來之レヲ誤解スル者多シ三權分立ノ學說ニ從ヘハ之ヲ立法權及行政權ヨリ獨立シタルモノトシ君主ノ統治權ノ中ニ包含セサルモノトセリ、此三權分立ノ主義ハ我憲法ノ基礎ニアラサルコトヲ既ニ屢々説明シタルカ如シ、要スルニ司法權ト稱スルハ一種ノ權力アルニアラス唯統治權ノ作用ノ一ノ方法ヲ名ケテ司法ト謂フナリ、即チ裁判所カ行フ所ノ職權ヲ司法ト稱スルナリ、司法ヲ立法及行政ト反對セシムルハ我憲法ニ依リテ司ル機關ヲ區別シタルニ因ルモノニシテ權力其モノガ分離セラレタルニアラス

司法トハ法律ヲ事實ニ適用シテ審判スルノ所爲ニシテ權利ヲ審判シ及刑罰ヲ宣告スルコトヲ司ルモノナリ司法ノ實質上ノ範圍ハ其性區ニ依リテ定義スルコト難シ法律ヲ適用スルハ必スシモ裁判所ノ職務トノミ謂フヘカラス然レトモ立法ノ精神トシテ司法ト立法及行政トヲ區別シタル大躰ノ要點ハ蓋シ下ノ如クナル可シ即チ法令ヲ發スルコトハ立法ニ屬シ法令ノ範圍内ニ於テ國家ノ目的ヲ達ス

ル行爲ハ行政ニ屬シ而シテ法令ヲ解釋シテ之ヲ特定ノ事件ニ適用スルヲ司法ト爲スナリ然ルニ實際上司法ノ範圍ヲ説明スルニハ唯裁判所ノ權限論トシテ明瞭ナル答ヲ爲シ得ヘキノミ即チ裁判所構成法及訴訟法ニ於テ規定スル所ノ範圍是ナリ憲法上ノ解釋トシテ司法權ヲ論スルハ大躰ノ精神ヲ解釋スルニ止マルモノトス

司法權ハ天皇ノ名ニ於テ裁判所之ヲ行フト、之レ大權トシテ君主カ自ラ裁決スルニアラス、裁判所トイヘル、統治機關ニ委任シテ之ヲ行ハシムルコトヲ意味ス、司法權ハ大權ニアラサルナリ、然レトモ司法ハ本來、統治權ニ屬スルカ故ニ天皇ノ名ニ於テト云フナリ、即チ三權分立論ノ主義ノ如ク之ヲ獨立權トシテ裁判所ニ於テ行フモノニアラス、常ニ君主ノ統治權ニ於テ行フトコトヲ精神トスルモノナリ

田中學士ハ論シテ曰ク、之ハ天皇ノ憲法上ノ委任ニ基クコトヲ云フモノニシテ裁判所自ラ當然之ヲ行フモノニ非ス然レトモ憲法ニ此規定アル以上ハ司法權ハ必ス裁判所ヲシテ行ハシムヘク又裁判所ハ之ヲ行ハサルヘカラス、故ニ天皇ハ憲法ヲ改メサル限リハ自ラト雖モ之ヲ行フ可ラス裁判所ハ又之ヲ他ニ任スヘカラス

司法權ハ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ而シテ法律ニ依リト云フハ裁判所ノ構成、訴訟審判ノ手續ハ必ス法律ニヨルコトヲ必要トスルナリ、行政ハ法律ノ範圍内ニ於テ之ヲ爲スト雖モ而モ大權ト法律トノ指示スル所ニ依リテ之ヲ行フモノナリ故ニ其法律ニ違背スルコトヲ得サルコト勿論ナリト雖モ、法律以外ニ於テ大權ノ命スル所ニモ亦從フヘキモノトス、之ニ反シテ司法權ノ行使ハ法律ノミニ依リテ之ヲ爲スモノタリ、是レ司法權ノ行政權ト異ナル一點ナリ要スルニ司法ノ原則ハ直接及間接ニ法律ノ指示スル規定ニ依ルヘキモノニシテ法律及大權命令ノ下ニ立ツモノニアラス憲法ニ於テ法律ニヨリ之ヲ行フト規定セル所以實ニ茲ニ在リトス

以上ハ司法權行使ノ原則ヲ示シタルナリ司法ノ範圍ニ付テハ裁判所構成法及訴訟法其他實體ノ諸法律ニ就テ之ヲ法律解釋ノ問題トシテ研究スヘキナリ、現行ノ法律ニ於ケル司法權ノ行使ハ民事、刑事トス而シテ民事ノ何タルヤハ其ノ定義ヲ下シ難シ、大體ヨリ云ヘハ人ノ私權ノ爭訟ヲ裁判スルコトヲ云フ然レトモ詳ク説明スルトキハ、民事ハ必スシモ爭訟ノ裁判ノミト看做スヘカラス、亦必スシモ私權

ニ關スルコトノミニ限ラス又刑事ハ刑事訴訟法ノ適用ニ關スル事件ナリト雖モ總テ刑事訴訟法ノ適用カ悉ク皆普通裁判所ノ權限ニ屬スルニアラス故ニ嚴格ノ定義トシテ見ルヘカラサルモ大體上普通裁判所ハ此意味ニ於テ民事、刑事ノ審判ヲ司ル所アリト解スヘキナリ

裁判所ハ法律命令ヲ適用スルニ當リ其形式又ハ實質ノ

憲法ニ違反スルヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得ルヤ(判檢 三三)

法律ノ違憲ナルヤ否ヤヲ審査スル權ヲ論ス(高文選作 二八)

本問ヲ說クニ左ニ三箇ノ要點ニ細別スルヲ便宜トス即チ

- 一 裁判官ハ法律カ憲法ノ規定スル所ノ順序ニ從テ正當ニ成立シタルヤ殊ニ帝國議會ノ協賛ヲ經タルヤヲ審査スルノ權ヲ有スルカ
- 二 裁判官ハ正當ニ成立シタル法律ノ規定スル所ニシテ憲法ノ規定ニ牴觸スルコトナキヤヲ審査スルノ權ヲ有スルカ
- 三 裁判官ハ法律ヲ以テ憲法上法律ヲ要スル事項ヲ規定シタルモノナキヤヲ審

查スルノ權ヲ有スルカ

第一 法律成立ノ手續ニ關スル審査

茲ニ於テハ先ツ第一ニ裁判官カ帝國議會ノ協賛ノ有無ヲ審査スルノ權アルヤ否
ヤヲ論究セシ

帝國憲法ハ國家ノ最高機關カ憲法ノ規定ニ違反シタルヤ否ヤヲ裁決スルノ權アル官廳ヲ認ムルコトナシ、裁判官カ法律ヲ審査スルハ單ニ各箇ノ事件ヲ裁判スルニ當リテ如何ナル法規ヲ適用スヘキヲ審査スルニ過キヌシテ敢テ元首ノ行爲ヲ審査シ、法律違反ノ行爲ヲ匡正スルノ目的ヲ有スルニ非ス、故ニ裁判官カ法律ニ對スルノ地位ハ臣民カ法律ニ對スル地位ニ同シ臣民ニ對シテ有効ノ法律ハ裁判官モ亦之ニ從ハサルヘカラス裁判官カ適用ヲ拒ムコトヲ得ルノ法律ハ臣民モ亦之ヲ遵奉スルヲ要セサルナリ

一イエリテツク氏ハ曰ク臣民ハ法律及ヒ命令ニ對シテ法學上所謂審査權ナルモノヲ有セスト、然レトモ余輩ハ此說ニ同意スル能ハサルナリ、抑モ臣民ハ國法上國權ニ服從スルノ義務ヲ有ス、例ヘハ議會カ元首ノ大權ヲ侵シ自カヲ一ノ法律ヲ發シテ

眞ノ法律ヲ變更スルカ如キコトアラハ臣民ハ此ノ僞似ノ法律アルニ拘ハラヌ猶ホ從前ノ法律ヲ遵奉スルノ義務ヲ有シ又僞似ノ法律ニ因テ束縛セラレサルノ權利ヲ有ス若シ之ニ反シテ臣民カ新定ノ僞法ヲ遵守シ、從前ノ眞法ニ反スルトキハ臣民ハ國權ニ服從スルノ義務ヲ欠ク者ナリ、之ヲ畧言スレハ臣民カ法律ヲ審査スルハ國法上ノ權利ニシテ又國法上ノ義務ナリ

故ニ裁判官ノ審査スル所ハ法律ノ成立ニ至ルノ際憲法ノ規定ニ違反シタルコトアルヤ否ニ在ラヌシテ唯法律カ法律服從者ニ對シテ理由ノ効力ヲ有スルヤ否ヤニ在リ裁判官カ此疑問ヲ審査スルノ權ヲ有スルハ疑ヲ容レヌト雖モ是レ未タ裁判官ノ審査權ニ關スル疑問ヲ決スルニ足ラス、余ハ更ニ一步ヲ進メテ如何ナル條件ハ法律カ臣民ニ對シテ理由ノ効力ヲ有スルカ爲必要ナルヤ帝國議會ノ協賛ハ果シテ此ノ要件ノ一ナルヤヲ論究セサルヘカラス、而シテ帝國議會ノ協賛ハ此ノ要件ノ一ニ非サルトキハ裁判官ハ始ヨリ法律カ帝國議會ノ協賛ヲ經タルヤ否ヲ審査スルノ權ヲ有セサルナリ

抑モ法律カ臣民ニ對シテ理由ノ効力ヲ有スルハ何ソヤ法律ハ國家ノ命令ニシテ

臣民ハ國權ニ服從シ國家ノ命令ヲ遵奉スルノ義務ヲ有スレハナリ、故ニ帝國議會ノ協賛ナキノ法律ハ違由ノ効力ヲ有スルヤ否ヤノ疑問ハ議會ノ協賛ナキ法律ハ國家ノ命令ナルヤ否ヤノ疑問ニ異ナルナシ、若シ帝國議會ノ協賛ヲ經サル法律ハ國家ノ命令ニアラストセハ其違由ノ効力ヲ有セサル辨ヲ待タスシテ明ナリ之ニ反シテ協賛ナキノ法律モ亦眞ノ法律ナリ國家ノ命令ナリトセハ臣民ハ其ノ協賛ヲ經サルノ故ヲ以テ之レカ違由ヲ拒ムコトヲ得ス

然ラハ即チ協賛ナキ法律ハ果シテ國家ノ命令ニアラサルカ是レ更ニ論究スヘキコトナリ、憲法第五條ニ曰ク天皇ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ立法權ヲ行フト、故ニ憲法ニ依ルトキハ天皇ニ屬スルモノハ獨リ立法權ノ躰ノミナラス、立法權ノ用モ亦專ラ天皇ニ屬ス、帝國議會ハ單ニ立法權ノ行使ニ協賛スルノミ自カラ元首ト協同シテ立法權ヲ行フモノニ非ス、故ニ議會ノ協賛ハ元首ノ嘉納スル所トナリタル場合ニ於テ間接ニ効力ヲ生スルコトヲ得ヘシ、直接ニ臣民ニ對シテ効力ヲ生スルコト能ハサルナリ、法律ヲシテ國家ノ命令タラシムルモノハ元首ノ裁可ノミ、裁可ハ法律カ國家ノ命令タルノ唯一ノ原因ナリ、同一ノ原因ハ常ニ同一ノ結果ヲ生スル

カ故ニ君主ノ裁可ヲ得タル法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經サルモ亦國家命令タルノ性質ヲ有セサルヘカラス、之レヲ畧言スレハ元首ノ裁可ヲ得テ正式ニ公布シタル法律ハ帝國議會ノ協賛ナキモ亦國家ノ命令ナリ違由ノ効力ヲ有スル法律ナリ、元首カ協賛ヲ經スシテ法律ヲ發スルトキハ固ヨリ違憲ノ最モ大ナルモノニシテ議會ハ其ノ憲法上ノ手段ヲ盡シテ輿論ハ其ノ全力ヲ集メテ國務大臣ヲ責メサルヘカラス、然レトモ其ノ正當ノ手續ニヨリテ廢止セラレサル間ハ法律ハ依然トシテ効力ヲ有スヘク臣民ハ帝國議會ノ協賛ナキノ故ヲ以テ之カ遵奉ヲ拒ムコトヲ得サルナリ

元首獨リ法律ヲ發シテ臣民ニ命令スルノ權ヲ有ス、故ニ裁判官カ法律ヲ審査スルニ當リテハ首トシテ其ノ正當ニ元首ノ裁可ヲ經タルヤ元首之ヲ審署シタルヤヲ審査セサルヘカラス、然レトモ元首ノ裁可ヲシテ法律ヲ生セシメントセハ一定ノ形式ヲ備ヘサルヘカラス、其最モ重要ナルハ國務大臣ノ副署及ヒ法律トシテ之ヲ公布スルコト是レナリ

憲法第五十五條第二項ニ曰ク凡テ憲法勅令其ノ他國務ニ關スル詔勅ハ國務大臣

ノ副署ヲ要スト、抑モ國務大臣ハ天皇ノ輔弼ナリ、天皇ト相對シテ獨立ノ權ヲ有スルモノニアラス、故ニ大臣ノ副署ハ決シテ元首ノ國法上ノ大權ヲ制限スルコトナシ、大臣ノ副署ハ元首ノ行爲ヲ以テ國法上ノ行爲トナスモノナリ、元首ノ命令ニシテ大臣ノ副署ナクシテハ之レ一個人ノ意思ニシテ國家ノ元首トシテ命令シタルモノニ非ス、元首ハ法律ヲ裁可スルノ權ヲ有スト、雖モ大臣ノ副署ナキトキハ裁可タルノ効ナシ、裁可ナキノ法律ハ固ヨリ法律ニアラサルナリ、法律ノ効力ニ干スル第二ノ要件ハ法律トシテ公布スルニ在リ、法律モ勅令モ省令府縣令モ皆均シク國家ノ命令ナリ、然レトモ國家ノ命令ニシテ最強ノ効力ヲ有スルノ命令タラントセハ國家ハ之ニ最強ノ効力ヲ與フルノ意志ヲ臣民ニ示サ、ルヘカラス、之ヲ署名スレハ法律ハ必ス法律トシテ之ヲ公布セサルヘカラサルナリ、以上論述シタル所ニ依レハ審査ニ由リテ天皇ノ裁可ヲ得、國務大臣之ニ副署シ、法律ノ名稱ヲ以テ正當ノ手續ニ依リ公布シタル法律ハ帝國議會ノ協賛ナキモ總テ遵由ノ効力ヲ有ス、故ニ裁判官ノ審査權ハ之レヲ議會協賛ノ有無ニ及ホスコト能ハス

余輩尙ホ聊カ政治上ノ利害ニ基キテ本問ヲ論セン

今假リニ裁判官ノ審査權ヲ帝國議會ノ協賛ノ有無ニ及ホサンカ裁判官ハ又正當ノ議會カ正當ニ法律ニ協賛シタルヤ否ヤヲ審査スルノ權ヲ有セサルヘカラス、帝國議會ハ正當ノ組織ヲ有スルヤ議員ノ當選ハ有効ナルヤ議會ハ正當ノ手續ニヨリ議決シタルヤ、議決ノ際三分ノ一以上出席シタルヤ、過半数ノ贊成アリシヤ、此等ノ問題ハ皆裁判官ノ決定セサルヘカラサルモノトセハ其ノ審査ノ難キ却テ裁判ノ確實ヲ欠キ、健訟ノ弊害ヲ醸成スルノ憂ナキカ、議院ノ記録ヲ調査シ、議員ヲ召喚シテ其証言ヲ求ムルカ如キコトアラハ果シテ立法機關ノ獨立及威嚴ヲ害スルノ虞ナキカ、從シ裁判官ハ多少是等ノ問題ヲ審査スルノ規定ヲ有スルトスルモ臣民ハ全ク此ノ權ヲ有セサルカ、故ニ法律ノ眞偽ヲ判別スルニ由ナク、其ノ適從スル所ヲ失フコトナキカ、此ノ弊害ハ裁判官ノ審査權ヲ擴張セントスル論者ニ少ナカラサル困難ヲ與フルモノナリ

以上論スル如ク裁判官ノ審査權ヲ議會協賛ノ有無ニ及ホスハ憲法ヲ保護スルノ實益ナクシテ却テ裁判ノ不確實ヲ來シ、立法權關ノ獨立ヲ害シ、臣民ヲシテ適從ス

ル所ヲ知ラサラシム故ニ余輩ハ政治上ノ利害ヲ顧慮シテ論理上ノ斷定ヲ下スヲ
憚ルコトヲ要セサルナリ

第二 法律ノ實質ノ審査

裁判官ハ法律ノ規定ニシテ憲法ノ條項ニ抵觸スルモノアルヤヲ審査スルノ權ヲ
有スルヤ否ヤ

夫レ帝國ノ國法ニ於テ憲法ニ於テ憲法變更ノ法律ト稱スルヲ得ヘキモノハ明治
廿二年二月十一日ノ公布ニ係ル憲法中ノ條項ヲ變更シ、剛除シ、又ハ條項ヲ加フル
ノ法律ニシテ自カラ憲法ノ一部トナルモノナリ、此ノ如キノ法律ハ憲法第七十三
條ノ規定ニ從テ成立セサルヘカラス然レトモ裁判官ハ帝國議會ノ協贊ノ有無ヲ
審査スルノ權ヲ有セサルコト既ニ論シタル如クナルヲ以テ憲法變更ノ法律ガ果
シテ第七十三條ノ規定ニ從テ成立シタルヤ否ヲ審査スルコトヲ得ス元首ノ裁可
ヲ經テ正式ニ公布シタル法律ニシテ憲法ノ條項ヲ改正スルモノハ其憲法變更ノ
法律ナルコトヲ認ムルノ外ナク、裁判官ハ復タ其有效無効ヲ審査スルコト能ハサ
ルナリ

然レトモ裁判官カ通常ノ法律ヲ適用セントスルニ當リテハ其規程ノ憲法ニ抵觸
スルヤヲ審査シ其ノ抵觸ヲ認ムルトキハ之カ適用ヲ拒ムコトヲ得ルヤ否ヤノ疑
問ハ別ニ之ヲ論究セサルヘカラス

北米合衆國ニテハ裁判官ハ法律ノ憲法ニ矛盾セサルヤヲ審査シ其之ニ矛盾スル
モノハ適用ヲ拒ムコトヲ得同國ノ政躰ハ三權分立ノ專政ニ基キ立法、司法、行政ノ
三權ハ互ニ對等ノ地位ヲ有スルモノニシテ立法ハ他ノ二權力ニ對シ優等ノ力ア
ルモノニアラス而シテ憲法ヲ變更スルハ立法者ノ外別ニ其ノ機關アリ故ニ憲法
ハ法律ノ一種ニ非ス、立法者ハ憲法制定者ニアラス變更ノ權ヲ有スルモノハ國家
最高ノ機關ニシテ三機關ハ皆其ノ下ニ立チテ互ニ對等ノ地位ヲ有スルモノナリ
然ルニ帝國憲法ハ三權分立ノ主義ヲ認メス立、司、行ノ機能ハ皆元首ノ總攬スル所
ナリ然レトモ行政及司法ノ機能ハ立法ノ下ニ立タサルヘカラス、立法者ハ國家最
高ノ機關ナリ立法者ハ憲法ヲ變更スルノ權力ヲ有ス憲法モ亦法律ノ一種ニ外ナ
ラサルナリ

立法者ガ一ノ法律ヲ發スルハ其憲法ニ抵觸セサルコトヲ確信シタルノ時ニアル

ヘシ然レトモ憲法ノ規定ハ往々諸種ノ解釋ヲ許スコトナシト謂フヘカラス此時ニ當リテ臣民ハ立法者ト憲法ノ解釋ヲ異ニスルノ故ヲ以テ法律ノ遵奉ヲ拒ムコトトヲ得ヘキカ裁判官ハ立法者ノ解釋ヲ誤レリトスルカ爲法律ノ適用ヲ拒ムコトヲ得ヘキカ果シテ然ラハ最高權力ノ解釋ハ下級權力ノ解釋ニ讓ラサルヘカラスナルナリ立法權ハ主義ニ於テ最高ナルニ拘ラス結果ニ於テハ司法權ノ下ニ立タサルヘカラス司法權ハ立法權ニ對シテ對等若シクハ優等ノ地位ヲ有シ國權ハ其ノ統一ヲ保ツコト能ハサルナリ立法者ト雖モ固ヨリ誤ナキコトヲ保スヘカラス或ハ偶然ノ過誤ニヨリ違憲ノ法律ヲ發スルコトナキニアラサルヘシト雖モ裁判官ヲシテ此ノ過誤ノ有無ヲ審査セシメントセハ立法者ガ違憲ニアラサルコトヲ確信シテ法律ヲ發シタル場合ニ於テモ亦タ裁判官ノ審査ヲ許サハルヘカラス然レトモ若シ國權統一ノ必要ヲ求メ三權分立ノ主義カ我憲法ニ根據ヲ有セサルコトヲ認ムルハ立法者カ憲法ニ對シテ下シタル解釋ハ司法機關ヲモ羈束スルノ力ヲ有セサルヘカラス立法者カ憲法ノ規定ニ抵觸セサルコトヲ確信シテ發シタル法律ハ裁判官モ亦其ノ憲法ニ抵觸セサルコトヲ認メサルヲ得サルナリ而シテ立

法者カ憲法ニ抵觸セサルコトヲ確信シタルカ將タ偶然ノ過誤ニ由テ憲法ニ抵觸スルノ法律ヲ發シタルカハ裁判官ノ能ク判定スルコトヲ得ヘキモノニ非サルカ故ニ結局裁判官カ何レノ場合ニ於テモ法律ノ憲法ニ抵觸スルヤ否ヲ審査スルノ權ナキコトヲ論斷セサルヘカラス

憲法第五十七條第一項モ亦余輩ノ說ヲ証スルモノナリ其文ニ曰ク司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニヨリ裁判所之ヲ行フト本條ノ法律ハ所謂實質ノ法則ニ非サルコトハ第二項ヨリ之ヲ推スコトヲ得ヘシ其文ニ曰ク裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムト本項ノ法律ハ所謂實質ノ法律ニアラサルコトハ明ナリ而シテ憲法カ同一ノ條文ニ於テ同一ノ語ヲ別義ニ用キタリトスルハ普通ノ解釋法ニ反スルカ故ニ他ニ正當ノ解釋ヲ許ス間ハ兩項ノ法律ヲ以テ同義ヲ有スルモノト認メサルヘカラス

然レトモ第五十七條第一項ニ於テ司法權ハ法律ニ依リ之ヲ行フト云フ時ハ裁判所ハ慣習法モ警察命令ヲモ一切適用スルヲ得ストノ趣旨ニ非サルコト言ハスシテ明ナリ果シテ然ラハ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フトハ如何ナル意義ヲ有スルカ

余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ裁判ノ獨立ヲ保障シ、裁判官ハ元首又ハ行政官應ノ命令又ハ訓令ニ由リテ訴訟ノ判決ヲ左右スルヲ得サルコトヲ規定スルモノナリ、法規ヲ各條ニ適用スルニ當リテハ裁判官ハ命令ノ與フル解釋ニ束縛セラレサルコトヲ規定スルモノナリ、故ニ法律ニ依リ裁判所之ヲ行ト云フハ法規ヲ解釋スルニ當リ裁判所ハ法律ノ與フル解釋ノ外之ニ理由スルコトヲ得ストノ意ニ外ナラス、之ヲ要スルニ命令ハ管ニ法律ニ對シテ公正解釋ヲ與フルコトヲ得サルノミナラス、命令ニ對シテモ亦タ公正解釋ノ效力ヲ有スルコトナクテ單ニ命令ヲ變更シ又ハ之ニ追加スルノ效力ヲ有スルノミ

前項ニ論スル如ク裁判官ハ各個ノ事件ヲ判決スルニ當リ探証及法律ノ解釋ニ付キ命令又ハ訓令ノ爲ニ束縛セラレ、コトナク從テ後ニ發シタル公正解釋ノ命令ハ前ノ命令ニ關シテモ裁判官ノ解釋ヲ羈束スルコトナシ之ニ反シテ裁判官ハ法律ニ依リテ司法權ヲ行ハサルヘカラス、第五十七條第一項ハ一方ニ於テハ命令訓令ニ依テ司法權ヲ行フヲ禁シ、一方ニ於テハ法律ニ依テ之ヲ行フヲ命令スルモノナリ、法律ハ如何ナル場合ニモ司法權ノ行使ヲ羈束スルノ力ヲ有ス法律ノ與ヘ

タル公正解釋ハ廣ク司法權ノ準繩タルヘキヲ定ムルカ故ニ立法者カ憲法ニ下シタル解釋モ亦裁判官ヲ羈束スルノ効力ヲ有セサルヘカラス、而シテ公正解釋ノ法律ハ裁判官復タ其ノ憲法ニ牴觸スルヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得サルハ自カラ明ナリ、何トナレハ此ノ憲法ノ意義ヲ解釋スルヲ目的トスル法律ハ憲法ノ規定ト牴觸スルノ理由ナケレハナリ

既ニ論シタル如ク立法者カ一ノ法律ヲ發スルトキハ立法者ハ憲法ノ規定ニ牴觸セサルコトヲ確認シテ之ヲ發シタルモノト認メサルヘカラス、蓋シ裁判官カ一ノ法律ヲ適用セントスルニ當リ其憲法ニ牴觸スルコトヲ認ムルトキハ裁判官ハ立法者ノ意思ニ對シニ様ノ解釋ヲ下スヲ得ヘシ、立法者ハ憲法違反ノ法律ヲ發スルノ意思ヲ有シタリトスルコト其ノ一ナリ立法者ハ憲法ノ條項ニ對シ其公正解釋權ニ依リ一定ノ解釋ヲ下シ此ノ解釋ニ從ヒ法律ヲ發シタリトスルコト二ナリ而シテ立法者カ憲法ニ違反スルノ意思ヲ有セントスルハ解釋ノ法則ニ反スルカ故ニ裁判官ハ必ス第二ノ解釋ヲ取ラサルヘカラス、法律ハ一ノ事項ヲ規定スルト共ニ憲法ノ公正解釋ヲ含蓄ス而シテ法律ノ憲法ニ對シテ下シタル公正解釋ハ裁

判官マタ其當否ヲ審査スルノ權ヲ有セサルカ故ニ裁判官ハ正當ニ成立シタル法律ノ憲法ニ牴觸スルヤ否ヤヲ審査スルノ權ヲ有セサルナリ

第三 命令ノ審査

命令モ法律ト同シク正式ノ公布ヲ要シ又勅令ニ在テハ大臣ノ副署ヲ要スルコト法律ニ關シ論シタル所ニヨリテ明ナリ又タ命令ハ以テ法律ヲ廢止變更スルヲ得サルナリ

命令ハ憲法及ヒ法律ニ對シテ公正解釋ヲ與フルノ力ヲ有スルコトナシ故ニ裁判官カ命令ヲ適用スヘキ事件ヲ裁判スルニ當テハ其ノ果シテ憲法及法律ニ牴觸スル所ナキヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス之ヲ概言スレハ裁判官ハ命令ノ形式實質兩ナカラ之ヲ審査スルノ權ヲ有ス裁判官ノ判決ハ單ニ命令ノ一事件ニ適用スヘカラサルコトヲ定ムルモノニシテ全ク之ヲ廢止スルモノニ非ス又タ命令ヲ發スルノ必要アリタルヤ否ヤハ專ラ行政機關ノ決スヘキ政治問題ニシテ裁判官ノ判決スヘキ所ニ非サルコト言フ俟タサルナリ

命令中緊急命令ニ關スル審査權ニ關シテハ次ノ問題ノ解答ヲ參看スヘシ(一木博

士法令豫算論

右ニ對シ吉見氏ハ其著日本憲法論ニ於ケル論旨ニ曰ク一木氏所論ノ日本憲法ハ裁判官ヲ以テ憲法ノ監守者ト爲サ、ルカ故ニ裁判官カ法律ニ對スルノ地位ハ臣民ノ法律ニ對スルノ地位ニ同ク臣民ニ對シテ法律ハ裁判官モ又タ之ニ服從セタルヘカラス裁判官カ適用ヲ拒ムコトヲ得ルノ法律ハ臣民モ亦タ之ヲ遵奉スルヲ要セサルナリ法律カ臣民ニ對シテ遵由ノ効力ヲ有スルハ何ソヤ法律ハ國家(統治主體)ノ命令ニシテ臣民ハ國權ニ服從シ國家ノ命令ヲ遵奉スルノ義務ヲ有スレハナリ故ニ帝國議會ノ協賛ナキノ法律ハ遵由ノ効力ヲ有スルヤ否ヤノ疑問ハ此ノ如キ法律ハ國家ノ命令ナリヤ否ヤノ疑問トセサルコトナシ帝國議會ノ協賛ナキノ法律ハ果シテ國家ノ命令ニ非サルカ憲法第五條ニ曰ク天皇ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ立法權ヲ行フト故ニ日本憲法ニ依ルトキハ天皇ニ屬スル所ノ者ハ皆ニ立法權ノ躰ノミナラス立法權ノ用モ亦專ラ天皇ニ屬ス帝國議會ハ單ニ立法權ノ行用ニ協賛スルノミ自ラ元首ト協同シテ立法權ヲ行用スル者ニ非ス故ニ議會ノ協賛ハ獨ラ元首ニ對シテ効力ヲ生スルコトヲ得ヘシ直接ニ臣民ニ對シテ効力ヲ生スルコ

憲法問題解答

ト能ハサルナリ例ヘハ元首帝國議會ノ協賛ヲ經テ一ノ法律ヲ發布シタリトセン此ノ法律ハ有效ノ法律ナリ臣民ハ此法律ニ遵奉セサル可ラス何カ故ニ之ヲ遵奉セサルヘカラサルカ此法律ハ國家ノ命令ナレハナリ何カ故ニ國家ノ命令ナリヤ帝國議會ノ協賛ヲ經タルカ爲メカ否帝國議會ハ統治權ヲ行フノ權ヲ有セス又タ臣民ニ對シテ命令スルノ權ヲ有セサルカ故ニ此ノ法律カ國家ノ命令タルハ帝國議會ノ協賛アルカ爲メニ非サルナリ果シテ然ラハ法律ヲシテ國家ノ命令タラシムル者ハ元首ノ裁可ノ外他ニ之レアルコトナシ裁可ハ法律カ國家ノ命令タル唯一ノ原因ナリ帝國議會ノ協賛ハ其共同ニ非サルナリ裁可ハ己ニ國家ノ命令ヲ生スルカ爲メ唯一ノ原因ナルトキハ同一ノ原因ハ常ニ同一ノ結果ヲ生スル故ニ君主ノ裁可ヲ得タルノ法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經サルモ亦國家命令タルノ性質ヲ有セサルヘカラス帝國議會ノ協賛ハ國家ノ命令ヲ生スルノ共同ニ非サルカ故ニ議會ノ協賛ナキコトハ毫モ裁可ヲ得タル法律ノ國家ノ命令タルヲ妨クルコト能ハス之ヲ換言スレハ元首ノ裁可ヲ得テ正式ニ公布シタル法律ハ帝國議會ノ協賛ナキモ亦タ國家ノ命令ナリ遵由ノ効力ヲ有スルノ法律ナリト論者カ議會ノ協賛

ハ元首カ命令ヲ發スルコトニ同意スル者ニシテ決シテ元首ト共ニ命令ヲ發スル者ニ非ス議會ノ協賛ハ獨リ元首ニ對シテ効力ヲ生スルコトヲ得ヘシ直接ニ臣民ニ對シテ効力ヲ生スル能ハスト謂フハ予モ又同意ヲ表スル所ナルモ議會ノ協賛ハ國家ノ命令ヲ生スルノ共同ニ非サルカ故ニ議會ノ協賛ナキコトハ毫モ裁可ヲ得タル法律ノ國家ノ命令タルコトヲ妨クルコト能ハスト謂ヒ又タ元首ノ裁可ヲ得テ正式ニ公布シタル法律ハ帝國議會ノ協賛ナキモ亦國家ノ命令ナリ遵由ノ効力ヲ有スルノ法律ナリト論結スルニ至リテハ之ニ首肯スルコト能ハス第五條ニハ「天皇ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ立法權ヲ行フ」トアリ又タ第三十七條ニハ「凡テ法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルヲ要ス」トアリテ我カ國法上議會ノ協賛ヲ經サル法律ナク議會ノ協賛ナキ立法行爲ナシ天皇ハ憲法ノ手續ヲ履ミ法律ヲ裁可シテ國家ノ命令ト爲シ得ヘキモ議會ノ協賛ヲ經サル法律即チ法律案ナキ場合ニ之ヲ裁可スルハ天皇ト雖モ又不能ノコトニ非サルナキカ論者ハ元首カ議會ノ協賛ヲ經テ法律ヲ發シタル場合ニ臣民ノ之ニ遵由スルハ國家ノ命令タルニ依リ此法律ノ國家ノ命令タルヲ得ルハ元首ノ裁可ノ外他ニ之レナシト謂フモ法律ノ裁可ニシテ

國家ノ命令タルヲ得ルハ憲法ノ條規ニ依リ之ヲ裁可シタルニ依リ議會ノ協贊ヲ經サルモノニ對シテ裁可セルハ憲法ニ所謂裁可ニ非ス論者又タ曰ク第三十七條ヲ以テ國家命令ノ成立ニ必要ナル條件ヲ定ムルモノト認メ帝國議會ノ協贊ナキトキハ元首ノ裁可ハ國家命令ヲ生スルノ効力ヲ有セストセハ是レ即チ臣民カ法律ニ服從スルハ其議會カ協贊ト元首ノ裁可トアルカ爲ナリ協贊ト裁可トハ共ニ國家ノ命令ノ原因トナルナリ元首ハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ立法權ヲ行フニ非スシテ帝國議會ハ元首ト共ニ立法權ヲ行フナリ果シテ然ラハ三十七條ノ規定ハ五條ノ規定ニ牴觸スル者ニ非サルカ憲法ハ前後矛盾ノ條項ヲ設クルモノニ非サルカ(注令豫算論第百九十二頁)然レトモ予カ議會ノ協贊ナキトキハ天皇ノ裁可アルモ國家ノ命令タルノ効力ヲ生セスト謂フハ議會ノ協贊ナキトキハ憲法ニ所謂法律ノ裁可アリ得サルニ依ル者ニシテ法律ノ裁可アルモ國家ノ命令ナシトノ意ニ非ス法律案ナキ場合ニハ裁可アリ得ルノ理ナシ裁可ナキ法律ハ論者ト雖トモ之ヲ國家ノ命令ニ非スト斷言スルニ躊躇セサルヘシ何トナレハ論者モ裁可ヲ以テ國家命令タル唯一ノ原因ト爲セハナリ然ラハ論者ハ如何ニシテ我カ國法上議會ノ協贊ナキ

法律ノ裁可ヲ認メ得ルカ蓋シ法律ハ我カ國法上帝國議會ノ協贊ヲ經テ天皇ノ裁可公布シタル命令ナリ議會ノ協贊ナキ法律ハ眞ノ法律ニ非ス臣民ハ眞ノ法律ニ遵由シ裁判所ハ眞ノ法律ヲ適用スルノ義務ヲ有シ僞似ノ法律ハ裁判官ヲ拘束スルノ力ナシ是故ニ裁判官カ各個ノ事件ヲ裁判スルニ當リテハ先ツ此事件ニ適用スヘキ法規ハ果シテ眞ノ法律ナリヤ否ヤヲ審査スルノ權ヲ有シ假令ヒ法律ノ名ヲ冠スルモ帝國議會ノ協贊ナキヲ認ムルトキハ人民ハ之ニ服從シ裁判官ハ之ヲ適用スルコトヲ得サルナリ

裁判所ニ帝國議會ノ協贊ノ有無ヲ審査スルノ權アリトセハ議院ノ組織議員ノ選舉又ハ其出席及ヒ議員ノ定數等ノ適法ナリシヤ否ヤモ又之ヲ審査スルコトヲ得ヘキカクナイストハ曰ク議院ノ組織議員ノ資格議事規程出席議員ノ多寡及ヒ可否ノ數等ハ議院内部ノ事項ニシテ議院自ラ之カ規定ノ決議ヲ爲スヘキノ權ヲ有ス從ツテ議會ノ決議ニ對シ裁判所ハ之ヲ複審スルコトヲ得ス(ケイマイアル獨逸國法第百七十二號又同シ)ト然レトモ我カ議院法第七十九條ニハ裁判所ニ於テ當選訴訟ノ裁判ヲ爲シタル者ハ衆議院ニ於テ審査スルヲ得ストアリテ衆議院ノ資格審査權ハ裁判所ノ判決

ニ讓ラサルノミナラス貴族院令第九條及ヒ議院法第七十八條ノ明文上議員資格ノ判決及ヒ議決ハ既ニ訴訟ヲ提出シ又ハ議院ニ於テ異議ヲ生シタルトキニ之ヲ爲ス者ニシテ争訟ナリ異議ナキトキニハ判決若クハ議決ナシ又タ議員ノ出席數(第四十條)ノ如キモ議院ニ於テ特別ニ之ヲ議決スル者ニ非ルカ故ニ是等ノ場合ヲ以テ議院ニ確定ノ決議アリ裁判官ニ容隊ノ權ナシト謂フハ我カ國法上根據ナキノ說ナリト謂フヘシ是故ニ政事上ノ利害如何ニハ係ハラヌ我國法上裁判官ニハ議會協贊ノ有無ハ勿論其ノ協贊ノ適法ナリヤ否ヤ總テ之ヲ審査スルヲ得ヘキ者ナリト信ス但シ我カ國法ノ慣例ニ於ケルカ如ク法律ノ前文ニ於テ帝國議會ノ協贊ヲ經タル旨ノ宣言アルトキハ裁判所ハ必ス其ノ法律ヲ適用スヘク溯ツテ其宣言ノ當否ヲ審査スルコトヲ得ス何トナレハ裁判所ハ法律ヲ適用解釋スヘキ者ナルカ故ニ天皇カ法律ノ前文ニ於テ明カニ帝國議會ノ協贊ヲ經タルコトヲ公證スル以上ハ裁判所ハ之ニ拘束セラレサルヘカラサレハナリ(獨逸國法論綱法第百六十一項)法律ノ前文ニ於テ議會ノ協贊ヲ經タル旨ノ記載アルト是レ唯タ事實上ノ推定タルニ止マリ法律ノ推定ノ如ク反證ヲ許ササル者ニ非スト説クモ法律ノ前文モ又タ

法律ナリ法律カ其前文ニ於テ帝國議會ノ協贊ヲ經タルコトヲ推定シタルニ此ノ推定ハ何故ニ事實上ノ推定ニシテ法律上ノ推定ニ非サルカ又命令ノ審査權ニ付キ論シテ曰ク

裁判官ハ命令ノ適法ノ形式ヲ具備スルヤ否ヤ殊ニ國務大臣ノ副署ノ缺クルナキヤ否ヤヲ審査スヘキハ何人モ異論ナキ所ナルモ其ノ實質ノ憲法若クハ法律ニ抵觸スルヤ否ヤヲ審査スルノ權アリヤ否ヤニ至リテハ學者間ニ於テ議論ノ存スル所ナリ或學者(木氏)ハ命令ヲ以テ法律ヲ變更廢止スルコトヲ得サルヲ理由トシテ裁判官ハ法律ニ代ルノ効力アル緊急勅令ヲ除クノ外ハ總テノ命令ノ形式實質兩ナカラ之ヲ審査スルコトヲ得ト唱フルモ我カ憲法上勅令ハ第九條ノ勅令ニ非サル限リハ法律ト相對峙スル者ニシテ其下ニ立ツ者ニ非ス是故ニ法律ノ場合ト同一ノ理由ニ依リ裁判官ハ其ノ實質ノ憲法ニ抵觸スルヤ否ヤヲ審査スルヲ得サルナリ唯タ第九條ノ勅令ハ其ノ明定スル如ク法律ヲ變更スルノ効力ナキヲ以テ裁判官モ此ノ勅令ヲ適用スヘキモ若シ該勅令ニシテ法律ノ規定ニ抵觸スト認メタルトキハ裁判官ハ必ス其ノ効力強キ法律ヲ適用スヘク該勅令ヲ適用スルコト

ヲ得サルノミ若シ夫レ行政機關ト裁判所トハ互ニ相對峙シ行政官ノ解釋ハ裁判官ヲ拘束スルコトヲ得サル者ナルカ故ニ行政機關ノ發布シタル命令ニ至リテハ閣令タルト省令タルト其ノ他如何ナル命令タルトヲ問ハス裁判官ハ總テ其ノ形式及ヒ實質ヲ審査スルコトヲ得ヘキハ言フ俟タス

裁判官ノ緊急勅令ヲ檢査シ得ル範圍如何(和佛三九)

憲法上命令ヲ以テ規定スルヲ得サル事項ニ關スル法律ハ法律ノ名稱ヲ以テ公布スルニ非サレハ違由ノ効力ヲ有セス、而シテ緊急勅令ハ此ノ原則ノ例外ヲナスモノナリ、故ニ緊急勅令ハ必ス其ノ憲法第八條ニ依リ發シタルモノナルコトヲ明示セサルヘカラス緊急勅令ニシテ此ノ要件ヲ充タサ、ルモノハ違由ノ効力ヲ有セサルナリ
緊急命令ヲ發シタルハ果シテ實際緊急ノ必要ニ因リタルヤ否ハ全ク政治上ノ問題ニシテ爲政ノ局ニ當ルモノ獨能ク之ヲ決スルヲ得ヘク、臣民及ヒ裁判官ハ其ノ政治上ノ意見ニ依テ命令ノ効力ヲ判定スルコトヲ得サルナリ、若シ裁判官ヲシテ

此ノ疑問ヲ決モシメントセハ是レ即チ裁判官ヲシテ政治家ダラシムルナリ、政治上ノ意見ヲシテ法規ニ代ラシムルナリ、法ノ確實ヲ求メント欲シテ即テ其ノ不確實ヲ來タスナリ、故ニ裁判官ニ緊急ノ必要有無ヲ審査スルノ權ナキコトハ學者概テ皆之ヲ認メサルハナシ、裁判官カ緊急命令ヲ發布スルニ必要ナル條件ノ有無ヲ審査スルヲ得ルハ唯其ノ議會閉會中ニ在リタルヤ否ヤノ一點ノミ
緊急命令ハ總テ法律ニ代ルノ効力ヲ有ス、故ニ憲法五十七條第一項ノ法律モ緊急命令ハ亦之レニ代ハルコトヲ得サルヘカラス、之ヲ詳言スレハ緊急勅令ノ憲法法律ニ對シテ下シタル解釋ハ裁判官ヲ羈束スル効力ヲ有ス、故ニ公正解釋ノ命令ハ裁判官復タ其ノ憲法ニ牴觸スルヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得サルナリ
又緊急命令ハ勅令ナルカ故ニ必ス大臣ノ副署ヲ要スルコト言フ俟タス、然トモ帝國憲法ハ勅令ニ付テ特ニ内閣大臣總員ノ副署ヲ以テ發スヘキコトヲ規定セサルカ故ニ大臣ノ副署ハ通常勅令ノ場合ト異ナルコトナキモノト認メサルヘカラス
要スルニ裁判官ハ緊急命令カ大臣ノ副署ヲ有スルヤ憲法第八條ニ依リタルコト

ヲ明示スルヤ及ヒ其ノ發布ノ時ハ議會閉會中ナリシヤヲ審査スルコトヲ得ヘシト雖モ其ノ實ニ緊急ノ必要ニ因リタルヤ又其ノ規定ハ憲法ニ牴觸スル所ナキヤハ裁判官之ヲ審査スルコトヲ得サルナリ」(木博士ノ法令豫算論)

外國條約ノ性質(大學)

外國ニ對シテ條約ヲ締結スルハ天皇ノ大權ニ屬ス、凡テ法律及命令ハ國內ニ行ハレ人民ニ對スルモノニシテ獨立ナル國ト國トノ關係ハ之ニ依リテ定ムルコトヲ得ス是ニ於テカ國際關係ノ規定ヲ爲スモノヲ條約トシ國家カ外國ニ對シテ其意思ヲ表示スルノ形式ト爲スナリ要スルニ、國家ハ外國ニ對シテハ條約ノ形式ヲ以テ其意思ヲ表示シ國內ノ人民ニ對シテハ法律及命令ヲ以テ其意思ヲ表示ス茲ニ條約ト稱スルハ凡テノ條約ヲ包含スルモノニシテ、其種類ヲ區別スルコトナシ即チ凡テノ外國ニ對スル合意約束ヲ包含スル意思ニシテ特ニ一種ノ契約ヲ指スモノニアラス

條約ヲ締結スルハ君主カ國家ヲ代表シテ之ヲ爲スニアラス國家主權カ之ヲ爲ス

ナリ即チ條約ノ締結ハ主權直接ノ行爲タリ主權ヲ代表シテ之ヲ爲スニアラサルナリ、我國躰上天皇ハ主權者ナリ、天皇ハ外部ニ對シテハ單獨ニテ國家ヲ代表スト解釋スルカ如キハ我國躰ヲ誤ルノ虞アリ

如何ナル事項ハ條約ヲ以テ定ムヘキカ是レ政策上ノ問題ニシテ法理上ノ問題ニアラス條約ノ事項ハ憲法上之ヲ制限セス、國家ノ目的ノ爲メニハ如何ナル事項ト雖モ之ヲ約束スルヲ得

條約ハ之ヲ公布スルコトヲ必要トセス、之ヲ公布スルト否トハ條約ノ條約タル成立ニ關スルコトナシ唯之ヲ公布スルトキハ國家ノ機關及ヒ臣民ハ之ヲ條約トシテ認知シ之ニ遵由スヘキノ結果ヲ生スルノミ即チ公布ノ必要ト其効力トハ國內ニ於ケル結果ニ止マリ外國ニ對シテハ公布ヲ俟スシテ成立スルモノナリ、是レ亦法律命令ト條約トノ區別アル所ヲ知ルニ足ラン

條約ハ批准ニ因リテ成立ス批准トハ條約ノ當年者カ適當ナル式ニ依リテ其意思ヲ表示スルノ義ニシテ相手方ニ對シテ之ヲ爲スモノナリ、即チ條約ノ批准ハ國內ノ臣民ニ對シテ之ヲ爲スニアラスシテ相手方タル外國ニ對シテ之ヲ爲スモノナ

リ故ニ條約ノ批准ハ國際法ノ問題ナリ、批准ノ形式ハ憲法之ヲ規定セス條約ヲ締結スルノ合意約束ノ成立如何ハ事實ノ問題タリ要スルニ双方ノ意思表示ニ因テ成立スルモノトス、而シテ此問題タル國際間ノ慣例ニ依テ自ラ定マレリ、多數ノ實例トシテ君主カ先ツ全權ノ委員ヲ命シ、外國ノ委員ト條約ノ草案ヲ議セシメ其草案ニ對シテ批准スルモノナリ、然レトモ此手續ハ憲法上ノ要件ニアラスシテ事實上便宜ノ爲メニ行ハル、慣例タルニ過キス故ニ秘密ノ條約ニシテ兩國ノ君主カ自ラ協議シテ之ヲ取結フモ尙ホ條約タルヲ妨ケス、條約ハ必ス文書ニテ之ヲ締結スヘシトノ原則ナク批准ヲ與フルノ方法モ亦一定ノ形式ナシ要スルニ猶ホ一個人相互ノ契約ノ如ク嚴格ナル形式ヲ要スルニアラスシテ真正ナル意思ガ正當ニ表示セラレテ其意思ノ合致スルヲ以テ締結ト爲スモノトス(穆積博士ノ所説)右ニ對シテ織田博士ノ質疑載セテ協會雜誌ニアリ何レモ先輩大家ノ卓論ナルヲ以テ左ニ其全文ヲ掲ケテ參考ニ資セン

我カ師法學博士穗積八束君ノ條約ハ立法ヲ檢束スト題セル高論載セテ前號ノ法學協會雜誌ニ在リ、語簡ニシテ意盡セリ、唯余カ疑キニ博士ノ講筵ニ列セシ日ヨリ

萌生セシ疑議ハ今ニ至リテ尙ホ之ヲ芟除スルコトヲ得ス、敢テ卑見ヲ節要シテ以テ示教ヲ仰ク、珠玉ニ糞ヲ躑キ佛頭ニ泥ヲ塗ルノ罪ハ固ヨリ甘受スル所ナリ(法學協會雜誌第十卷第十一號參照)

論旨

條約ヲ執行スルニ必要ナル法律案ハ帝國議會之ヲ否決スルコトヲ得

理由ノ一

條約ハ條約トシテ直接ニ臣民ニ對シテ權利義務ノ準則トナラスト云フ理由ハ余輩カ了解スルコト能ハサル所ナリ、國家カ他ノ國家ニ對シ條約履行ノ責務ヲ負フト云ハバ臣民カ條約ニ於テ第三者タルコトヲ相像シ得ヘカラス、條約ハ國家ノ元首カ國家ヲ代表シテ他ノ國家ニ對シテ締結セル合意ナリ、私法ノ語ヲ假リテ云フトキハ國家ハ委任者ニシテ國家ノ元首ハ代理人ナリ、委任者ハ即チ合意ノ當事者ニシテ第三者ニ非ス、故ニ一ノ國家カ他ノ國家ニ對スル義務ハ獨リ國家ノ機關ヲ拘束スルノミナラスシテ國民全躰ヲ拘束スルコト猶ホ法人若クハ自然人ニ對シテ負擔セル義務ハ其法人躰ノ機關及ヒ之ヲ組織スル躰員ヲ拘束スル一般ノ原

憲法問題解答

則ニ於ケルカ如シ

余輩ハ國家及ヒ主權者ノ觀念ニ關シテ初ヨリ博士ト大體ノ見解ヲ異ニス然レトモ博士ノ議論ヲ以テスルモ尙ホ臣民カ第三者ノ地位ニ在リトスルハ恐クハ允當ナラス凡ソ第三者ト云フモノハ當事者ヲ離レテ獨立ノ人格ヲ有セサルヲ得ス故ニ家族ノ家長ニ於ケル奴隸ノ主人ニ於ケル絶對的服從ノ義務アル者ハ法律上之ヲ第三者ト謂フヘカラス而シテ主權者ニ對シテ絶對的服從ノ義務アル臣民カ何故ニ條約ニ關シテノミ第三者タルコトヲ得ルカ

理由ノ二

條約ノ法律ニ非サルコトハ余輩謹ミテ命ヲ聽ク然レトモ主權者カ憲法ニ依リテ發表スル意思ハ政府及ヒ議會ニ對シテ理由ノ効力ヲ有スレトモ臣民ニ對シテ檢束ノ効力ナシト云フ理由ハ何處ニ從ヒテ之ヲ求ムルコトヲ得ヘキカ嘗テ之ヲ博士ニ聞ク主權者ノ意思ハ臣民ニ對シテ絶對無限ノ服從ヲ起生スト博士ノ此二個ノ思想ハ安ソ相柄鑿セサルナキヲ得ムヤ條約ハ法律ニ非ス然レトモ臣民ヲ檢束スルモノハ獨リ法律ノミナラス勅令及ヒ其他天皇ノ大權ノ結果ハ苟モ憲法ノ制

限ニ觸レヌムハ一モ臣民ノ遵守セサルヲ得ルモノナシ故ニ條約ヲ條約トシテ公布スルモ臣民ハ之ヲ知ラストスルコトヲ得ス唯憲法ノ條規ハ天皇モ之ニ依ルヘキカ故ニ條約ノ款項ニシテ憲法カ法律ヲ以テ規定スヘシト命セルモノニ的中スルトキハ法律案トシテ帝國議會ノ協贊ヲ經ルノ必要生ス而シテ帝國議會之ヲ否決スルコトヲ得スト云フ明文ハ憲法ノ條規中ニ一モアルコトナシ既ニ議會ノ協贊ヲ要スト云フトキハ之ヲ可決スルモ又之ヲ否決スルモ齊シク議會ノ權限ニ屬ス初ヨリ議會ノ指斥容喙ノ外ニ在ルモノハ何ノ必要アリテ其決議ニ附セムヤ若シ夫レ德義上政畧上ノ問題ハ自カラ別論タリ余輩カ言論スル所ニ非サルナリ

理由ノ三

博士ハ「グナイスト」派ノ條約論ヲ斥ケテ條約ニ二面ノ効力ナク内外ニ對シテ均シク有效ニ成立スト説ケリ而カモ尙ホ臣民ニ對シテ拘束ノ力ナシト云フハ少シク脈絡貫通セサルノ嫌ナキカ若シ條約ノ効力ハ内外ニ對シテ一ナリトセハ是レ内ニ在リテハ臣民ニ拘束ノ力ヲ及ホスト云フ意ニ非サルカ博士ノ謂ハユル臣民ニ對シテ直接ノ効力ヲ生ストハ抑モ亦法律カ法律トシテ有效ニ成立スレトモ未タ

其公布ニ至ラサルヲ以テ拘束力ヲ生セヌト同シク、條約ノ公布ナキカ故ニ直接ニ臣民ヲ拘束スル力ナシトノ意義ナルカ、果シテ然ラハ問ハム、條約ハ法律ニ非スト雖モ苟モ憲法ノ條規ニ違反セヌムハ條約トシテ公布スルニ於テ何ノ不可アルカ有効ニ成立セル國家ノ行爲ニシテ臣民之ニ遵由セサルヲ得ルノ理アルコトナシ議會ハ獨立ノ法人ニ非スシテ國家ノ機關ナルカ故ニ條約國ニ對シテ第三者ノ地位ニ立タスト云フハ可ナリ、然レトモ臣民ハ之ニ反シテ國家ト分離セル獨立ノ法人ナルカ故ニ第三者ノ地位ニ立ツト云フカ如キ妄論ハ博士モ亦之ヲ容レザルヘ、若シ夫レ臣民カ自カラ國家ノ機關タラサル事ハ言フ俟タス、而シテ國家ノ元素ヲ組成スル所ノ個人タル事寧ロ博士ノ議論ヲ以テ推ス時ハ國家ナル人格ノ一部分タル事ハ論理ノ必至ニ於テ然リ、議會カ國家ノ機關ナルカ故ニ第三者タルヲ得スト云ハ、國家ノ人格ノ一部分ヲ成ス臣民カ如何ニシテ第三者タルコトヲ得ルカ、且ツ國家ノ機關ナルカ故ニ條約ノ執行ニ必要ナル法律案ニ對シテ自由議決ヲ爲ス能力ナシト云フノ理ハ余輩其由リテ出ツル所ヲ知ルニ苦ム、議決機關カ其憲法上ノ權限ヲ行使スルニ於テ何ノ制限カアラム、施政機關ノ憲法上ノ行爲ニ制限

ナキト同シ、既ニ條約ニ締結セル事項カ法律案トシテ帝國議會ノ議決ニ附セラレタルニ於テハ尙ホ何ヲ苦ミテ自由議決ヲ爲ス能力ナシト云ハンヤ

理由ノ四

博士ハ云ヘリ國際條約ハ各主權者カ初ヨリ之ヲ立憲行政ノ條件ト爲サムコトヲ期シテ締結スルモノナリト、既ニ一ノ條件ト爲サムコトヲ期スト云ハ、條件タルコト能ハサルニ逢フモ奈何トモスルヲ得サルヘシ、唯主權者ノ豫期齟齬セリト云フ一單純ノ事實ニ過キササルノミ、願フニ我カ帝國憲法ニ明記セル條約締結ノ大權ハ此ノ如ク索然無味ノモノニ非ス、條約ハ國家施政ノ最大事件ニシテ其事躰敏活臨機ヲ要スルカ故ニ特ニ之ヲ天皇ノ大權ニ歸セシハ我カ建國ノ歴史ニ於テ既ニ然リ、余輩ハ條約ヲ條約トシテ國民遵由ノ義務ヲ生スルモノトスルノ寧ロ法理上正鵠ヲ得ルニ庶幾キヲ覺ユ

理由ノ五

憲法ハ帝國議會ノ議決ヲ施行スル制裁手續ヲ示サス、故ニ議會ハ條約執行ニ必要ナル協賛ヲ爲スヘキ責務ナシ、是レ博士カ反對ノ理由トシテ指斥スル所ナレトモ

憲法問題解答

余輩モ亦不幸ニモ此理由ヲ取ラサルヲ得ス。博士ハ云ヘリ制裁手續ノ有無ハ必スシモ責務ノ存否ヲ斷言スルヲ得スト。余輩ハ博士ノ此語ヲ得テ大ニ余輩カ持説ノ認ラサルヲ喜フト同時ニ天皇カ憲法ノ條規ニ違反スルコトヲ得ルハ天皇ノ行爲ニ對シテ制裁ノ手續ナキニ由ルト云ル博士ノ平生ノ宿論ト矛盾スルヲ憾ム。敢テ問フ其間ノ調停如何。余輩ハ常ニ竊カニ謂ヘラク制裁手續ノ有無ハ必スシモ責務ノ存否ヲ斷スルニ足ラス。故ニ憲法上ノ禁止的ノ條規ハ君主モ亦之ヲ守ラサルヘカラス。然レトモ命令的ノ條規ナキモノヲ把リテ他ノ責務ニ歸スルコトヲハ到底爲シ得ヘカラス又爲スヘカラサルモノナリト

論 結

博士曰ク條約ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス法律ヲ以テ條約ヲ變更スルコトヲ許サスト。事理明白玲瓏洞徹ニシテ些ノ瑕瑾ナシ。予輩モ亦此語ヲ援用シテ予輩カ條約ノ性質ニ關スル論結ヲ爲サム。條約ハ國家カ他ノ國家ニ對シテ結フ所ノ合意ニシテ國家ノ元首カ國家ニ代ハリテ爲ス所ノ行政事務ノ一部分ナリ。故ニ其有效ニ完結シタルモノニ對シテハ國民全躰ハ履行ノ責務ヲ負ヒ條約其物トシテ國

内ニ執行ノ力ヲ有ス。唯憲法カ主權ノ運用ヲ定ムルトキハ主權者ト雖モ其制限ニ從ハサルヲ得サルカ故ニ憲法ニ法律ヲ以テ定ムヘシト命シタル事項ハ條約ヲ以テ直ニ之ヲ國內ニ施行スル能ハス必ス法律案トシテ議會ノ協賛ヲ求ムヘシ。而シテ議會カ其議決ヲ爲スニハ憲法上制限ヲ受クル所ナキヲ以テ若シ其法律案ヲ否決セルハ既ニ批准スル條約ト雖無效トナリ内外ニ向ヒテ成立スルコトヲ得ス。換言セハ此種ノ條約ハ謂ハユル停止條件付ノ合意ニシテ其條件ノ成否ニ由リテ或ハ効力ヲ有シ或ハ有セス。是レ君主ハ條約ヲ以テスルモ憲法上ノ制限ヲ越エルコト能ハス。條約ハ法律ヲ變更スルカナキ所以ナリ。然レトモ若シ其條約ニシテ憲法上法律ノ制定ヲ要セサル事項ニ關スルトキハ條約ハ條約トシテ公布セラレ一般ノ行政命令ト同シク臣民遵由ノ効力ヲ生シ帝國議會ハ後ニ法律案ヲ作リテ之ヲ變更スルカ如キコトアルヲ得ス。何トナレハ條約ハ君主ノ大權ノ行使ニシテモ尙モ憲法ノ條規ニ依リテ有效ニ成立スルニ當リテハ之ヲ侵犯スル職權ハ帝國議會ノ之ヲ有セサル所ナレハナリ。故ニ此點ヨリ察スルトキハ條約ハ立法ヲ檢束スト謂フコトヲ得。

憲法問題解答

余輩ハ今條約ノ事項ノ憲法上法律ヲ以テ規定スヘキモノニ係ルトキハ停止條件付ニ合意タリト云ヘリ。人或ハ疑ハム。凡ソ停止條件トハ當事者雙方ノ意思ヲ以テ合意ノ成否ヲ其實ノ成否ニ繫クモノナラサルヲ得ス。而シテ憲法上ノ規定ハ一國ノ内規ニ過キヌシテ對手國ニ於テハ之ヲ知ルノ義務ナシ。以テ停止條件ト爲スコトヲ得スト。蓋シ一ヲ知テ二ヲ知ラサルノ論ノミ。余輩ハ此疑問ニ對シテハ將サニ簡單ニ答フル所アラントス。曰ク國際條約ハ一國ノ成立ヲ認メスシテ締結セラレ、理ナシ。而シテ不文若クハ成文ノ憲法ヲ書キテ國家ノ成立ヲ證明スルモノナキカ故ニ既ニ對手ノ國家ヲ認ムト云フドキハ同時ニ其憲法ノ條規ヲ認ムルモノナリト。故ニ假令ヒ條約ニ明記シテ某ノ事項ハ帝國議會ノ協贊ヲ經テ確定スヘシト言ハストモ憲法ノ條規ハ國際上當然ニ條件タル性質ヲ有スルモノナリト謂フコトヲ得。

之ヲ要スルニ條約ヲ執行スルニ必要ナル法律案ハ帝國議會之ヲ否決スルコトヲ得。而シテ此論結ハ博士ト同シク主權者ハ即チ國家ナリト云フ前提ヲ置クモ爲メニ變移スルコトナシ(法協一・一二)

尙ホ條約ノ性質ニ關スル著シキ學說ヲ紹介スレハ

甲說 條約ハ主權發動ノ形式ニシテ國ト國トノ合意ナリ

一 條約ハ形式ナリ

法令ハ國內ニ於ケル主權發動ノ形式ニシテ條約ハ外國ニ對スル主權發動ノ形式ナリ

二 條約ハ合意ナリ

法令ハ權力服從ノ關係ニ基クモノニシテ臣民ニ對スル統治ノ作用ナリ條約ハ獨立平等ノ關係ニ在ル國ト國トノ間ニ成立スル意思ノ合致ナリ

三 條約締結ハ大權ノ發動ナリ

イ 條約締結ハ行政行為ニアラス

條約締結ハ君主ノ大權事項ニ屬シ行政官府ノ權限ニ屬セス故ニ行政行為ニアラサルコト明ナリ唯條約案ノ規定ハ君主自ラ與ラス外交機關ヲシテ之ニ當ラシムルヲ立憲政體ノ通則トス然レトモ條約案ノ規定ハ準備行為タルニ止マリ條約其物ハ君主ノ批准ニヨリテ初メテ成立スルモノトス批

准ハ外交機關ノ行爲ヲ追認スルモノニアラスシテ條約案ヲ條約トナス行爲ナリ

ロ 條約締結ハ立法行爲ニアラス

憲法第十三條ニハ條約締結ハ君主ノ大權ニ專屬スルコトヲ明言セリ條約ハ外國トノ合意ニシテ人民ニ對スル法令ニアラス又條約ノ内容實質ニハ何等ノ制限ナシ憲法ニハ法律ノ規定ヲ要スル事項ヲ定ムルモ立法事項ニ涉ル條約ハ議會ノ協賛ヲ要ス可キコトヲ規定セス故ニ條約ノ締結ニハ議會ノ協賛ヲ要セサルノミナラス又々議會ノ容喙スルヲ許サ、ルナリ

條約締結權ハ無制限ナルカ故ニ君主ハ如何ナル事項ト雖モ條約スルコトヲ得ヘシ從ツテ條約ノ事項ト法律ノ規定ト牴觸スルコトアルヲ免レシ若シ條約履行ノ爲メニ現行ノ法律ヲ改正ス可キ必要アルトキハ主權者ハ現行ノ法律ヲ改正スルカ又ハ條約履行ノ爲メニ新ナル法律ヲ發セサル可ラス此場合ニ議會ニ於テ法律ノ改正ニ協賛ヲ支ヘサルトキハ如何ト云フ間

題ヲ生ス

條約ハ立法行爲ニアラサルカ故ニ直チニ法令ヲ變更スル効力ヲ有セスト雖モ條約締結ノ效果ハ立法ヲ制限スルモノナリ蓋シ國家ノ統治機關タルモノハ其職分ヲ行フニ當リテハ國家ノ意思ニ遵由セサル可ラサルハ言フ俟タス立憲君主國ニ於テハ君主ノ意思ハ即チ國家ノ意思ナリ故ニ君主カ憲法上ノ形式ニヨリ公示シタル意思ハ統治機關タル議會ニ於テ之ヲ遵行ス可キ義務アリトス是レ法理上國家意思ノ歸一セサル可ラサルヨリ生スル當然ノ事理ナリ條約ハ憲法上ノ形式ニヨリ公示セラレタル國家ノ意思ナリ故ニ君主ニ於テ條約ヲ締結シタルトキハ議會ハ其條約ヲ履行スルニ必要ナル法律ニ協賛ス可キ義務ヲ負フモノトス換言スレハ條約ハ立法機關ヲ拘束シ議決ノ自由ヲ制限スルモノナリ

乙說 條約ハ國家ノ合意ナリ條約締結ハ一國カ他國ニ對シテ權利ヲ得義務ヲ負フ所ノ行政行爲ナリ

條約締結權ハ國家ノ元首ニ在ルヲ各國々法ノ通則トス即チ條約締結ハ元首權

ノ作用ニ屬スルモノニシテ一種ノ行政行為ナリ然レトモ條約ハ國家間ノ合意ナルカ故ニ其效果ハ國家自體ニ權利義務ヲ生スルニ止マリ直接人民ニ對シ効力ヲ及ホスモノニアラス人民ノ條約事項ヲ遵守スル義務ハ國家カ條約ヲ法律トシテ公布スルニ由ルモノニシテ人民ハ條約其物ニ對シテハ服從ノ義務ヲ有セサルナリ

條約締結ハ元首權ノ行動ナルモ條約ヲ履行スルニハ法律ノ制定ヲ要シ從テ議會ノ協贊ヲ要スルコトアリ然レトモ議會ハ自由ノ議決權ヲ有スルカ故ニ條約履行ノ爲メニ必要ナル法律ト雖モ協贊ヲ拒ムコトヲ得ヘシ若シ議會ニ於テ其法律ヲ否決シタルトキハ條約ハ到底履行スルコト能ハサルナリ蓋シ國家ノ行為ハ憲法ノ條規ヲ超脱スル能ハサルハ國法學上ノ原則ニシテ國家ノ元首ト雖モ憲法ノ條規ニ違反シテ條約ヲ締結スルヲ得サルハ言フ俟タス故ニ國家ノ元首カ履行ノ爲メニ法律ノ制定又ハ變更ヲ要スル條約ヲ締結スルハ輒チ憲法ノ條規ニ從テ法律ヲ制定又ハ變更シテ條約ヲ履行センコトヲ約束シタルモノト謂ハサル可カラズ換言スレハ條約ノ履行ヲ議會ノ協贊ナル一個ノ條約ニ繫

人外

ラシメタルモノト謂ハサルヘカラス從テ議會ニ於テ法律ノ制定又ハ變更ニ同意ヲ與ヘサルトキハ條約ハ有效條件ノ成就セサルカ爲メニ執行スルコト能ハサルニ至リタルモノニシテ元首ハ外國ニ對シテ條約違反ノ責任ヲ負擔ス可キモノニアラサルナリ

尙ホ條約ニ關シテハ種々ノ學說アリ

第一說 國家ト人民ト機關ニヨリ組織セラレ、モノナリ人民ノ意思ハ機關ニヨリ定メラル、モノニシテ機關ノ發表シタル意思ハ即チ人民ノ意思ナリ故ニ國家ノ機關カ條約ニヨリ外國ニ對シテ義務ヲ負擔シタルトキハ人民モ亦外國ニ對シテ義務ヲ負擔シタルモノト謂ハサル可ラス換言スレハ條約ハ直チニ人民ニ對シテ効力ヲ有スルモノニシテ條約ハ即チ法律ナリ(レオニ) 此說ハ國家ノ人格ト個人ノ人格トヲ區別セス人民即チ國家ナリトスルモノニシテ法理上採用スルヲ得ス米國憲法ニ於テハ外國條約ハ國內ニ對シ直ニ法律ノ効力ヲ有スルコトヲ定ムルカ故ニ米國ニ在リテハ條約ハ法律ナリト云フコトヲ得ヘシ然レトモ是レ憲法ニ特別ノ規定アルニ基クモノニシテ法理上條約

ト法律トハ其性質ヲ異ニスルコトハ一般學者ノ定説ナリ

第二説 條約ハ國際上法規タル効力ヲ有セス國家カ外國ニ對シテ條約ヲ履行スルト否トハ道義上ノ範圍ニ屬スルモノナリ條約ノ効力ハ國際上ノ効力ニアラスシテ國法上ノ効力ナリ即チ條約ハ國家カ人民ニ對シ其條項ヲ法律又ハ命令トシテ強制スルニヨリ初メテ効力ヲ生スルモノナリ故ニ條約ハ國內ニ對シ法令ノ形式ニヨリ強制ノ性質ヲ得サル後初メテ締結セラレタルモノト謂ハサル可ラス(ツオルン)

此説國際法ヲ以テ法規ニアラストシ條約ハ國家ヲ束縛セストナスニ基クモノニシテ一般學説ニ反セリ

第三説 條約ハ元首ノ批准ニヨリ直ニ効力ヲ生シ當事國ヲ束縛スルモノニシテ議會協贊ノ有無ヲ條件トスルモノニアラス然レトモ議會ノ議決權ハ獨立自由ニシテ元首ノ締結シタル條約ノ爲メニ束縛セラレ、協贊ニアラス從テ條約事項ニシテ法律ヲ要スル場合ニ議會ノ協贊ヲ得サルトキハ條約ハ遂ニ履行スル能ハサルニ至ルモ之カ爲メニ條約ヲ無効トスルヲ得ス對外關係ハ對內關係ヨ

リ重大ナルカ故ニ元首ハ議會ノ協贊ヲ經サルコトヲ事由トシテ條約履行ノ責任ヲ免ル、能ハサルナリ(グナイスト)

此説ハ條約ノ締結ト履行トノ衝突ヲ調和スルモノニアラスシテ却而兩者ノ衝突ヲ以テ國法上當然生スルコトアルヘキ結果ナリトスルモノナリ

第四説 國家ノ元首ハ條約締結ノ權ヲ有スルモ條約ノ履行ニ關シ法律ノ勅定又ハ變更ヲ要スルモノハ批准前議會ノ同意ヲ求メサル可ラス是レ立憲國ニ於テ元首ノ有スル憲法上ノ義勢ナリ然レトモ條約ハ國ト國トノ合意ナルカ故ニ元首ニシテ此義勢ヲ盡サ、ルコトアルモ外國ニ對シテハ條約ノ成立スルヲ妨ケサルナリ(ラバント)

此説ハ獨逸ノ如キ條約其物ヲ議會ノ協贊ニ付スルコトヲ要スル制度ニ在リテ唱フルコトヲ得ヘキモ此ノ如キ制度ナキ國ニ於テハ議會ノ協贊ヲ經ルヲ以テ元首ノ義務トナスヲ得サルナリ

第五説 議會ノ協贊ハ條約ノ締結ニ必要ナル條件ナリ議會ノ同意ナキトキハ條約ハ内部ニ對シテ執行スル能ハサルノミナラス又外部ニ對シテ効力ナキモノ

ナリ(コイヤ、ホルンハク、シユルチエ)

此説ノ如キ議會ノ協賛ヲ以テ條約締結ノ要件トナス國ニ於テハ至當ナリ然レトモ我國及ヒ英國ノ如キ君主ノ條約締結權ニ制限ヲ置カサル國ニアリテハ採用スルヲ得サルナリ

第六説 國家ノ元首ハ條約締結權ヲ有ス元首ノ締結シタル條約ハ即チ國家ニ義務ヲ負ハシムルモノニシテ從テ國家機關ヲシテ之ヲ執行スル義務ヲ負ハシムルモノナリ故ニ議會ハ元首ノ締結シタル條約ニ付協賛ヲ拒ムコトヲ得ス無條件ヲ以テ成立シタル外國條約ハ議會ノ立法權ヲ制限スルモノナリ(エリチツク)此説ハ甲説ノ採用シタル所ナルモ元首ノ行政權ヲ以テ立法權ヲ束縛スルモノトナスハ立憲制ノ主義ニ背クモノト謂ハサル可ク

第七説 議會ノ議決權ヲ憲法上何等ノ制限ナキヲ以テ條約履行ノ爲メニ必要ナル法律ト雖モ之ヲ否決スルコトヲ得ヘシ故ニ元首ノ條約締結權ヲ無制限ナリト云フヲ得ス元首ハ唯議會ノ協賛ヲ有効條件トシテ條約ヲ締結スルコトヲ得ヘク條約ハ議會ノ協賛ヲ經テ初メテ完成スルモノトス

此説ハ多數學者ノ唱フル所ニシテ乙説モ亦採用スル所ナリ然レモ帝國憲法第十三條ニハ天皇ハ諸般ノ條約ヲ締結スト明定シ何等ノ制限ヲ置カス故ニ天皇ノ批准シタル條約ヲ完全ノ効力ヲ有スルモノニシテ條件附ニアラサルコト明ナリ

條約ハ立法ノ自由ヲ制限シ得ルカ(高文三四)

條約ハ國ト國トノ關係ヲ規定スル約束ニシテ臣民各自ノ關係ヲ定ムルモノニ非ス立法ハ法律ヲ制定スルノ權力作用ニシテ内部臣民ニ對スル國權ノ行動ナリ條約ハ對外關係ノ淵源ニシテ立法ハ對內關係ヲ規定スル原動力ナリ故ニ條約ハ憲法ニ違反セサル限リハ如何ナル事項ニテモ規定シ得サルモノナク立法事項ト雖對外關係トシテ之ヲ規定スルハ毫モ妨ケアル事ナシ之レト同ク立法モ亦憲法上ノ制限ヲ踰越セサル以上ハ如何ナル事項ト雖規定シ得サル事ナカルヘシ吾人ハ此點ニ關シテハ條約ト立法トハ決シテ相接觸スルモノニ非ス從テ條約ハ決シテ立法ヲ制限スルモノニ非ル事ヲ確信ス

然リト雖通商條約ノ如キ其履行ニ關シテ國民ノ權利義務ニ影響スル事著シキモノニ至リテハ國法上或ハ條約其モノヲ議會ノ議ニ付シ條約ノ明文ニ從ヒタル法律ヲ制定スルアリ或ハ一般ニ憲法上ノ原則トシテ條約ハ國內ニ於テ法律ト同一ノ効力ヲ有スル旨ヲ明言スルアリ或ハ條約ハ條約トシテ國際關係ト見做シ之カ執行上國內ノ法令ヲ改正スル必要アル場合ニハ其必要ニ應シテ法令ヲ改ムル等ノ制度アリ而シテ我憲法ニ於テハ第三ノ制度ニ則ルヘキカ如シト雖要スルニ何レモ實際上對外關係ヲ圓滿ニ結了セントスルノ政策ヨリ打算セル方法論ニシテ此ヲ以テ憲法上條約ヲ以テ立法ヲ制限スルモノト謂フヘカラズ

以上、木村誠次郎君ノ及第者答案集ニ掲載セルモノヲ借リ本問ノ解答ニ充ツ尙ホ詳細ハ前問ニ付テ陳述セル所ヲ參照スヘシ

憲法上ノ立法範圍ニ屬スル事項ヲ國際條約ヲ以テ規定スルコトヲ得ルカ若シ得ルトセハ其ノ條約ノ國內ニ於ケル効果ヲ説明スヘシ(高文三九)

國際條約ヲ以テ內國ノ法律ト牴觸スヘキ事項ヲ規定スルコトヲ得ルヤ否ヤ(辨護三二)

夫レ理論上ニ於テハ條約ト法律ト牴觸シ得ヘカラサルモノナリ、條約ハ法律ニアラス又命令ニモアラス、即チ合意約束タリ平等ノ地位ニ在ル者ノ間ニ於テ取結フ所ノモノナリ又條約ハ外國ニ對スルモノタリ法律命令ハ國內ニ對スルモノタリ斯ノ如ク條約ト法律トハ其形式ト其相手方トヲ異ニスルカ故ニ實質上此二者ノ牴觸スヘキ理ナシ、若シ夫レ實際ノ手續トシテハ條約ヲ以テ外國ト約シタル事項ガ間接ニ國內ニ對シテ法則タルコトアリ、從テ實際家ノ研究トシテハ條約ト法律トカ牴觸シタルトキハ如何ト云フノ問題生スルヘシ、然レトモ理論上ニ於テハ條約ハ外國ニ對スルモノナルカ故ニ其規定ハ直ニ法律若クハ命令トシテ人民ヲ檢束スルノ力ナキモノトス、條約ヲ國內ニ公布シタル時ハ其公布ニヨリテ國內ニ効力ヲ生ス從テ國家ノ機關及臣民ハ外國ニ對スル條約ヲ認知シ之ニ牴觸セサルヨウ遵守スヘキノ義務ヲ有スルモノトス、然レトモ此場合ニハ條約ノ直接ノ結果カ臣民ニ及フニアラス、臣民ハ條約ヲ守ルヘシトノ命令ニ遵守スヘキカ故ナリ、即チ國民ハ法律命令ニ準據スヘキ一般ノ原則ヨリシテ君主カ條約ニ準據スヘシト云フノ命令ヲ發シタル時ハ之ニ遵守スルノ義務ヲ生スルモノナリ(穗積博士所說)

如何ナル事項ハ條約ニテ定ムヘキヤハ政策上ノ問題ニシテ法理上ノ問題ニアラス、條約ノ事項ハ憲法上之ヲ制限セス國家ノ目的ノ爲メニハ如何ナル事項ト雖モ之ヲ約束スルヲ得凡ソ國家ノ目的ト條約ノ性質ニ於テ爲シ得ヘキ事項ハ條約トシテ締結スルヲ妨ケス例ヘハ外國ノ憲法論ニ於テ法律ノ範圍内ニ於テノミ條約ヲ締結シ得ルト云フカ如キハ我憲法ノ説明ニアラス條約ヲ締結スルニ勿論憲法ノ規定ニ依ルヘシト雖モ必スシモ法律ノ範圍ノミニ限ラル、モノニアラス而シテ憲法ハ條約事項ヲ列記セス又制限セサルナリ、元來憲法ニテ法律ト命令トノ範圍ヲ定ムルノ必要アルハ國家ノ意思カ二様ノ形式ヲ以テ發布セラル、カ故ナリ國家ノ行爲ヲ制限スルノ意義ニアラス而シテ外國ニ對シテハ條約ト云フ一形式ノ外他ニ形式ナシ從テ憲法上其範圍ヲ定ムルノ必要ナキナリ、若シ夫レ條約其他ノ形式ニテ外國ト法律關係ヲ取結フモノトセハ條約ト爲スヘキ事項ト其他ノ形式ニテ取結フヘキ事項トヲ區別スルノ必要ヲ生セン法律及命令ハ其範圍ヲ區別スレトモ條約ト爲スヘキ事項ニ付キテハ其範圍ヲ區別セサルノ精神ハ之ニ由ルノミ(穂積博士所説)

詳細ハ條約ノ性質ニ付キ解答セル所ヲ參看ス可シ

條約ノ公布ハ法令ヲ變更スル効果アルカ(英文)

條約ノ公布ハ違由ヲ命スル國法上ノ効果ヲ生ス而シテ此公布サレタル條約ハ條約命令ト名ツクヘシト信ス、其條約ノ内容ハ種々ニシテ或ハ行政命令トモ見ルベキモノアラシ然レトモ之ヲ内容ヨリ別ツモ寧ロ形式ナリ別テ一括シテ條約命令ト稱スルヲ總當ナリト思惟ス、此條約命令ハ一種ノ勅命ナリ、其國法上他ノ命令トノ關係如何ヲ見ルニ閣令、省令等ノ上ニ在ルコトハ明カナルモ他ノ勅令トノ強弱如何勅令ハ其効力法律ト同シク之ヲ動カスニハ法律又ハ緊急勅令ヲ要ス從テ條約命令ヲ以テ緊急命令ヲ動カス能ハス其他ノ勅令トハ更ニ輕重ノ擇フ所ナキナリ法律トノ關係ハ緊急勅令ト同シク條約命令ニテ寸毫モ動カス能ハス又法律ヲ以テ條約命令ヲ動カシ能フニ非ス是レ一般ニ勅令ト法律トノ關係(緊急勅令及第九條ノ勅令ヲ除ク)ニ於テ見ル所ニシテ勅令ハ法律ヨリ弱ハシト云フ可ラサルナリ、若シ條約ヲ以テ法律事項ヲ定メハ之ヲシテ違由セシムルニハ必ス法律トシテ發布スルヲ要ス否

サレハ條約ハ直ニ國內ニ拘束力ヲ有セサルナリ(田中學士憲法論)

豫算ノ性質ヲ論セヨ(三三)

第一章 緒言

凡ソ事物ノ性質ヲ明カニセンニハ其沿革ヲ究メサルヘカラス況ンヤ豫算ノ如キ數多ノ沿革ヲ經タルモノニ於テヲヤ故ニ余輩ハ第二章ニ於テ沿革ノ一斑ヲ叙述セントス而シテ豫算ノ制度ハ遠ク英國ニ起リ歐大陸ニ入りテ其性質ヲ變シタルヲ以テ勢ヒ其大体ヲ説明セサルヘカラス豫算ノ性質如何カ學者ニ依リテ所說全シカラサルハ要スルニ此沿革ニ基ク觀察ノ異同ニ因ルモノナリ故ニ沿革ヲ明カニシタル後第三章ニ於テ豫算ノ意義ヲ掲ケテ之ヲ釋明シ終リニ反對ノ學說ヲ論評セン

第二章 豫算ノ沿革

第一節 起源

豫算ノ制度ハ遠ク英國ニ創マル蓋シ社會未タ發達セス世事未タ進化セサルノ時期ニ於テハ政費モ多端ナラス所謂國家ト皇室トノ區別ナク國家ノ財政ト皇室ノ

經費トノ分界ナシ爾後漸ク發達進化スルニ及ンテ皇室ノ財産ヲ以テ國家ノ政費ヲ支ヘ難ク此ニ至リテ豪族ニ命シテ獻金ヲ爲サシメ以テ其不足ヲ補フニ至レリ政費愈多クシテ獻金ノ命令益繁ク豪族ハ遂ニ自己ノ承諾シタル費用ニ充ツルニアラサレハ獻金セサルヲ唱フルニ至レリ之レ抑モ豫算制度ノ濫觴ニシテ租稅承諾權ニ基クト云フ所以ナリ

第二節 變遷

豫算制度ハ英國ニ生レ英國ニ成長セシカ一轉シテ而シテ歐大陸ニ入り岐レテ二派トナリ一派ハ豫算ヲ以テ法律ト爲シ以テ既定ノ法律ヲ變更シ得ヘク以テ既成ノ命令ヲ改正シ得ヘキモノトシ他ノ一派ハ豫算ヲ以テ法律命令ノ下ニアルモノトシ之ヲ以テ一ニ監督制度トセリ
租稅承諾權ノ系統ニ屬スルモノハ豫算ナケレハ租稅ヲ徵收スルヲ得ストシ豫算ヲ以テ法律視スルモノニ於テハ豫算ヲ以テ稅率ヲ變更スルトキハ當然豫算ニ從ハサルヘカラストシ最後ノ監督制度ニ屬スルモノニ至テハ租稅ハ法律ヲ以テ定

メ法律ニ依テ徵收シ豫算ハ主トシテ歳出ニ於テ行政官ノ濫費ヲ制スルモノトス之レ其特色ナリ

第三節 日本ノ制度

我國ニ於テハ古來經費勘定帳ナルモノアリテ稍豫算ニ類スル制アリシモ素ヨリ不完全ナルモノタリキ降テ明治八九年大隈伯大藏卿トナルヤ漸ク泰西ノ文物ヲ輸入シ始メテ豫算ノ制度ヲ立テ大政官ニ於テ一ケ年ノ經費ヲ決定スルコトトセリ次テ帝國憲法ノ實施ニ迫ンテ豫算制度確立セリ我制度ハ前述シタル制度ノ何レニ屬スルヤハ問ハスシテ知ルヘキノミ帝國憲法ニ曰ク新タニ租稅ヲ課シ及稅率ヲ變更スルハ法律ヲ以テ定ムヘシト會計法ニ曰ク國家ノ歳入ハ法律命令ニ依テ之ヲ徵收スヘシト果シテ然ラハ最後ノ監督制度ヲ採用シタルモノナルコト炳焉火ヲ賭ルヨリ明矣我國ニ於テ豫算ノ性質ヲ論セシト欲スルモノハ常ニ此ニ留意セサル可カラス

第三章 豫算ノ意義

豫算トハ帝國議會ノ協賛ヲ經テ天皇ノ裁可シタル國家ノ歳入歳出ノ見積ナリ

- 一 豫算ハ帝國議會ノ協賛ヲ經タルモノナリ
- 二 豫算ハ天皇ノ裁可シタルモノナリ

天皇ノ裁可セラレサルモノハ豫算案ナリ日本帝國ノ豫算ニアラス帝國憲法ノ明文上豫算裁可ノ事ナシト雖トモ廣義ニ所謂天皇大權ハ廣クシテ及ハサル所ナク豈ニ管ニ列記ノ事項ノミニ止マランヤ學者一木博士或ハ不要裁可說ヲ唱フルモノアレドモ大日本帝國ノ歳入歳出カ政府ト議會トノ間ニ於テ定マルヘキモノニアラサルハ多言ヲ俟タス統治權ノ總攬者タル國家ノ元首タル天皇ノ裁可ナクシテハ豈ニ帝國ノ豫算ト云フヲ得ンヤ

- 三 豫算ハ國家ノ歳出歳入ノ見積ナリ

單ニ見積リニ過キス之ヲ歳入ニ就テ云ハ、豫算額ノ如何ニ不拘法令ノ規定

ニ依リ徴收スヘキハ即チ徴收セサルヘカラス之ヲ歳出ニ付テ云ハ、豫算額ノ範圍内ニ於テ節約以テ剩餘ヲ生スルヲ得ヘシ而シテ避クヘカラサル豫算超過ノ支出及豫算外ノ支出モ亦免カルヘカラス於此乎豫備費ノ設ケアリ之レ抑モ豫算ノ豫算タル所以ナリ

第四章 反對説

反對説中一二ノ主要ナルモノヲ舉ケテ之ヲ論評セン

一 豫算ハ帝國議會カ國家ノ歳出歳入ニ同意スル形式ナリト之レ租稅承諾權ノ系統ニ基ク豫算制度ニ於テ主張シ得可キモ我邦ニ於テハ之ヲ主張スルヲ得ス而シテ此論旨ハ事後承諾ヲ以テ同意ノ形式ナルコトヲ有力ナル論證トナスト雖トモ余輩ハ監督ノ主趣ヲ到徹スル立法政策ニ外ナラズト信ス

二 豫算ハ形式的法律ナリト其要旨ニ曰ク凡ソ法律トハ帝國議會ノ協賛ヲ經天皇ノ裁可ヲ得タル命令ナリ而シテ豫算モ亦議會ノ協賛ヲ經天皇ノ裁可ヲ

得タル命令ナレハ豫算モ亦法律ナリト

豫算ヲ法律視スル議論ハ左ノ諸點ニ於テ賛成ヲ表スルヲ得ス

イ 論理上 凡ソ反對論法ハ他ニ全質ノモノナキ場合ニ於テノミ正當ナリ

若シ砂糖ハ甘キモノナリ故ニ甘キモノハ砂糖ナリト言ハ、誰カ其誤謬ナ

ルヲ知ラサランヤ帝國議會ノ協賛ヲ經天皇裁可ヲ得タル命令ハ法律ノミ

ナラス豫算外國庫ノ負擔トナルヘキ契約又ハ國債ノ如キ亦然リ故ニ之ヲ

以テ豫算ハ法律ナリト論定スルハ論理上正當ナラス

ロ 性質上 元來法律ナルモノハ一般ノ事實ヲ豫想シテ事件起リタルトキ

之ヲ適用スルヲ以テ本旨トス豫算ト法律トノ性質上ノ差違此ニ存ス豫算

ハ或ル事實ニ對シテ適用スルモノニ非ス

ハ 我邦ノ豫算制度ハ前ニモ論シタルカ如ク監督制度ヲ採用シタルモノニ

シテ會計ノ法ト相俟テ其主旨ヲ徹ス

ニ 實施上若シ豫算ハ法律ナリトセハ其形式的効力ハ全ク相全シク他ノ法

令ヲ廢止變更シ得ルノミナラス或ハ過剩ヲ生セシメ或ハ豫算額以上ヲ徴

収セハ法律違反ナリト云ハサルヘカラス之ヲ要スルニ豫算ハ法律ナリト
ノ説ハ帝國憲法上遂ニ採用スル能ハサルナリ

以上ハ石原三郎君ノ答案集ニ掲出シタルモノナリ

以下豫算ノ性質ニ關スル著シキ學說ヲ紹介セン

第一説 豫算ハ歳入歳出ノ見積計算ニシテ財政監督ノ方法ナリ

イ 豫算ハ支出ノ標準ナリ

豫算制度ノ舊來ノ主義ニ於テハ豫算ヲ以テ國家收入ノ基礎トナセリ即チ政
府ハ豫算ニヨリテ收入ヲナスモノニシテ之ヲ國會ノ議定ニ附スルハ人民ニ
對シ租稅ヲ賦課センカ爲メナリ我國ニ於テハ此ノ主義ヲ取ラス豫算ヲ以テ
支出ノ標準トナセリ即チ豫算ハ國庫支出ノ目的及ヒ金額ヲ定メ政府ヲシテ
之ニ據ラシメ國費ノ濫用ヲ防クモノニシテ國家ノ收入ハ別ニ租稅法ヲ以テ
永久ニ規定スルナリ

ロ 豫算ハ法律ニアラス

豫算ヲ以テ國家收入ノ基礎トナス主義ニ於テハ豫算ハ即チ財政法律ナリ國

會ノ豫算議定ハ即チ租稅ノ承諾ナリ豫算成立セサルトキハ政府ハ收入ヲ得
ル能ハサルナリ之ニ反シ豫算ヲ以テ支出ノ標準トナス主義ニ於テハ豫算ハ
行政ノ準則ニシテ法律ニアラス歐洲ノ憲法ニ於テハ豫算ハ議會ノ議定ニ附
スルモノ之ヲ法律ト區別セリ故ニ我國ニ於テハ豫算ハ實質形式共ニ法律ニア
ラス

ハ 豫算ハ行政ノ準則ナリ

豫算ハ毎年議定スル國庫出納見積豫算ニシテ獨立ノ效力ヲ有スルモノニア
ラス然レトモ會計法ニ於テ國庫ノ支出ハ豫算ニヨル可キコトヲ命スルカ故
ニ豫算ニ據ルハ即チ會計法ニ依ル所以ニシテ豫算ハ政府ノ財政ヲ規律スル
行政ノ準則トナルモノトス

ニ 豫算ハ財政監督ノ方法ナリ

歐洲諸國ノ憲法論ニ於テハ豫算ハ國會カ政府ノ財政ヲ監督スル方法ナリト
謂ヘリ我國ニ於テハ議會ハ行政ニ干與スルヲ得ス行政ノ監督ハ天皇ノ大權
ニ在リ豫算ハ君主カ大權ヲ以テ行政機關ヲ監督スル方法ナリ之ヲ議會ノ議

定ニ所スルハ監督權ヲ分ツニアラスシテ監督權ヲ行フ方法タリ猶ホ議會ノ確定シタル法律案ヲ裁可公布スルトキハ法律トシテ人民ニ對シ服從ノ義務ヲ生スルカ如ク議會ノ議定シタル豫算案ヲ裁可公布スルトキハ行政ノ準則トシテ行政機關ヲ束縛スル効力ヲ生スルナリ

豫算ハ財政監督ノ方法ニシテ財政處理ノ要件ニアラス國家ノ生命ハ財政ニヨリ維持セラル、カ故ニ假令豫算成立セサル場合ト雖モ政府ハ其職分トシテ國政ヲ料理セサル可カラズ我憲法ニ於テハ此場合前年度ノ豫算ヲ施行ス可キモノト定メタリ蓋シ前年度ノ豫算ハ議會ト政府ノ發シタルモノナレハ議會ノ意思ノミヲ以テ之ヲ廢止變更スルヲ得サルニ由ルモノナリ

第二說 豫算ハ財政處理ノ必要條件ナリ

イ 豫算ハ議會同意ノ形式ナリ

豫算ノ制度ハ租稅承諾權ニ伴ヒ發達シタルモノニシテ政府カ議會ニ對シ支出ノ必要ヲ證明シ其同盟ヲ得ルコトヲ目的トスルモノナリ即チ豫算ハ議會ニ於テ歲出ノ必要ナルコトヲ認メ政府ニ同意ヲ表スル形式ナリ然レトモ財

政處理ハ政府當然ノ職責ニシテ議會ノ委任ニヨリテ行フモノニアラス故ニ豫算ハ議會ヨリ政府ニ對シテ財政處理ノ全權ヲ委任シタルモノニハアラサルナリ

ロ 豫算ハ財政ノ計畫ニアラス

我憲法ニ於テハ豫算ハ裁可ヲ經サル可カラサルコトヲ規定セサルカ故ニ豫算ハ裁可ヲ待タスシテ政府ト議會トノ間ニ成立スルモノトス財政ノ計畫ハ財政ヲ擔任スルモノ自ラ之ヲ定ム可ク立法機關ノ定ム可キモノニアラス故ニ豫算ハ財政ノ計畫ニアラサルナリ

ハ 豫算ハ法規ニアラス

豫算ノ實質ハ單ニ收入支出ノ豫測ヲ爲スモノニシテ國家ト個人トノ間ニ權利義務ヲ定ムル法規ニアラス普通ノ法律ニアリテハ政府ハ議會後日ノ承諾ニヨリ法律違反ノ罪ヲ犯スコトヲ得スト雖モ豫算ニアリテハ政府ハ豫算外ノ支出又ハ豫算超過ノ支出ヲナシタル場合ニハ他日議會ノ承諾ヲ得テ豫算違反ノ行爲ヲ有效トナスコトヲ得ルナリ假令豫算ハ形式的法律ナリトスル

モ豫算ノ目的ハ議會ニ對シ支出ノ必要ヲ証明スルニ過キサルカ故ニ如何ナル法律ヲモ廢止變更スル効力アリト斷言スル能ハス特ニ我憲法ハ豫算ヲ目スルニ法律ヲ以テセサルカ故ニ疑問ヲ生ス可キ餘地ナシ

ニ 豫算ハ訓令ニアラス

議會ハ行政機關ニ對シテ監督權ヲ有スルモノニアラス豫算ハ政府ト議會トノ間ニ成立スルモノナレハ之ヲ以テ行政機關ニ對スル訓令トナスヲ得ス唯我國ノ慣例ニ於テハ豫算ハ君主ノ裁可ヲ經テ公布セラル、カ故ニ行政官廳ニ對シテ訓令ト同一ノ効力ヲ有スルモ是レ固ヨリ豫算本來ノ性質ニ非サルナリ

ホ 豫算ハ財政ノ必要條件ナリ

國家ノ歳出ハ豫算ニ準據セサル可ラス政府ハ豫算ニヨラスシテ財政ノ處分ヲナスヲ得ス豫算ヲ成立セサルトキハ政府ハ法律上財政ノ處分ヲ爲ス途ナキモノトス故ニ我憲法ニ於テハ豫算不成立ノ場合ニハ前年度ノ豫算ヲ施行スルモノトシ一條ノ活動ヲ設ケタリト

吉見氏カ豫算ノ性質ニ關シテ論スラク豫算ハ我カ國法上財政監督ノ方法トシテ政府カ任意ニ使用スルヲ得ヘキ將來ノ歳出入ヲ定メタル一種ノ訓令ナリト詳細ノ説明ニ至リテハ己ニ掲載シ來リタル中ニ包含シ居ルヲ以テ更ニ贅セス(全氏著日本憲法論參照)

議會ノ豫算議定權ヲ論ス(高文)

帝國議會ノ豫算議定權ノ範圍及豫算ノ國法上ノ効力如何(高文)(大學)

帝國議會ハ歳出入決算ニツキ如何ナル權限ヲ有スルヤ(判檢)

何ヲカ憲法上ノ大權ニ基ク既定ノ歳出ト云フヤ(高文)

憲法ノ條項中議會ノ豫算議定權ニ對シテ一大制限ヲ加フルモノアリ第六十七條ノ規定之レナリ本條ノ解釋ニ關シテ最モ疑アルモノハ憲法上ニ基ケル既定ノ歳出トハ如何ナル種類ノ歳出ヲ稱スルヤニアリ伊藤侯ハ二三ノ實例ヲ擧ケテ之レヲ説明シタレトモ未タ其一定ノ觀念ヲ知ルニ由ナシ今若シ其正確ナル解釋ヲ得ント欲セハ大權ノ意義ヲ知ラサルヘカラス憲法上ノ大權トハ國家ノ元首ガ憲法ニヨリテ專有シ他ノ獨立ノ機關ノ協贊ヲ俟タスシテ專行スルヲ得ヘキ一切ノ權

ヲ稱スルモノナリ官制陸海軍ノ編制等ノ憲法第一章ニ特別ノ條項アルト否トヲ分タサルカ故ニ單ニ憲法上ノ大權ニ基ケル歳出ト言フトキハ法律ニ基クモノヲ除クノ外一切ノ歳出ヲ包含シ敢テ其必要ノ歳出ナルト隨意ノ歳出ナルト將タ經常ノ歳出ナルト臨時ノ歳出ナルトヲ問ハサルナリ然レトモ憲法第六十七條ハ憲法上ノ大權ニ基ケル一切ノ歳出ニ付キ政府ノ同意ヲ要スルモノニ非スシテ其同意ヲ要スルハ既定ノ歳出ニ止ル

既定ノ歳出トハ文字ノミニ就テ見ルトキハ憲法制定ノ當時既ニ定マレル歳出ト觸スルヲ得ヘシト雖モ此ノ解釋ハ論理上之ヲ却ケサルヘカラス抑モ憲法ハ万世ニ亘ルノ大典ニシテ第六十七條ハ憲法施行ノ際ニ處スル一時ノ規定ニ非ユ而シテ偶々憲法制定ノ當時ニ定マリタル歳出額ヲ幾百千年ノ後ニ存續スルハ憲法第六十七條ノ意ニ非ザルコト問ハスシテ明カナリ伊藤侯ハ既定ノ歳出ヲ以テ憲法施行ノ前ト施行ノ後トヲ論セス豫算提議ノ前既ニ定マレルモノトセリ然リ然ラハ即チ歳出ノ豫算提議前ニ定マルハ果シテ如何ナル國家行爲ニ因ルカ、世間普通ノ解釋ニヨル時ハ既定ノ歳出ハ前年度ノ豫算ニ由リテ定マルモノナリ

伊藤侯モ亦此ノ解釋ヲ取ル者ノ如シ侯ハ曰ク既定ノ歳出ト謂フトキハ其憲法上ノ大權ニ基ニ拘ラス新置及増置ノ歳出ハ仍議會ニ於テ議論ノ自由ヲ有スルヤト然レトモ余輩ハ之ニ同意スル能ハス若シ憲法上ノ大權ニ基ケル歳出ニシテ前年度ノ豫算ニ一定ノ額ヲ成ス者ハ皆第六十七條ノ所謂既定ノ歳出ナリトセハ凡ソ國家ノ歳出ハ其必要ナルト隨意ナルト經常ナルト臨時ナルトヲ論セス苟モ前年度ノ豫算ニ載スルノ額ハ議會全ク之レカ議論ノ自由ヲ有セスト推論セサルヘカラス何トナレハ法律ニ基クノ歳出ハ第六十九條第二條ノ明言スル所ニシテ法律ニ基カサルノ歳出ハ悉ク大權ニ基クモノナリ且ツ夫レ一年度ノ豫算中ノ一ノ歳出ハ既定ノ歳出ナリト謂フトキハ此ノ歳出ノ必要ハ既ニ該年度ニ對シテ定マルルコトヲ要ス若シ單ニ前年度ノ爲ニ定マルモノヲ以テ既定ノ歳出ト稱スルコトヲ得ハ五年十年前ノ豫算ニ定ムル所モ亦前年度ノ豫算ニ定ムル者ト均シク既定ノ歳出ト稱スルコトヲ得ヘシ故ニ既定ノ歳出ヲ以テ前年度ノ豫算ニ一定ノ額ヲ成スモノト解釋セント欲セハ論者ハ先ツ前年度ノ豫算カ今年度ノ歳出ヲ定ムルノ効力ヲ有スルモノナルコトヲ證セサルヘカラス之レラーバンドカ會テ試ミ

タル説ナリ、然レトモラーバンドノ説ハシニルツユ等多數ノ學者ノ駁スル所ナリ、終ニ其説ヲ變更スルニ至リ、獨リザイヰル氏ノミハ今日尙固ク此ノ説ヲ主張セリ、前年度ノ豫算ハ今年度ノ豫算ヲ定ムルノ効力ヲ有スルモノニ非ス、前年度ノ豫算ハ單ニ前年度ノ歳出ヲ定メ今年度ノ豫算ハ單ニ今年度ノ歳出ヲ定ム、前者ハ其効力ヲ今年ニ及ホスコト能ハス而シテ後者ハ其効力ヲ明年ニ及スコト能ハサルナリ、前年度ノ豫算ヲ施行スル場合ニ於テハ、第七十一條ノ明文ニ由リ之ニ附スルニ今年度ノ豫算ニ代ルノ効力ヲ以テシタルカ故ニ其今年度ノ歳出ヲ定ムルノ効力ヲ有スルコト特ニ今年ノ爲ニ豫算ヲ定メタルニ同シト雖モ此ノ場合ニ於テモ前年度ノ豫算ハ前年度ノ豫算トシテ當然其効力ヲ今年度ノ歳出ニ及ホスニ非ス故ニ憲法カ單ニ既定ノ歳出ト謂フノ故ヲ以テ前年度ノ豫算ニ定メタル歳出ハ凡テ政府ノ同意ナクシテ之レヲ廢除削減スルヲ得サルトスルハ其理ヲ解スヘカラサルナリ、

國家ノ行爲ニシテ豫算ニ對シ支出ヲ豫定スルノ効力ヲ有スルモノハ曰ク法律ナリ、曰ク命令ナリ、曰ク條約ナリ、而シテ法律ハ專ラ天皇ノ大權ニ屬スルモノニ非サルコト既ニ論シタルカ如クナルヲ以テ憲法上ノ大權ニ基ケル爲定ノ歳出ハ命令又ハ條約ニ基ク國家ノ歳出ニ外ナラサルナリ、蓋シ命令ハ其ノ實質上ノ效果法律ト異ナルコトナシ、法律カ裁判所ノ構成ヲ定ムルト同シク命令ハ行政官衙ノ組織ヲ定ムルヲ得ヘシ、法律カ帝國議會議員ノ歳費ヲ定ムルト同シク命令ハ官吏ノ俸給ヲ定ムルヲ得ヘシ、法律ト命令ト相異ル所ハ成立ノ手續及相互抵觸ノ場合ニ於ケル効力ノ輕重ニ在リ、而シテ其ノ實效ニ在ラサルナリ、國際ノ條約ニ基クノ歳出ニ至ツテハ其緊要ナルコト寧ロ法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出ヨリ大ナルコトアルモ決シテ之ニ當ルコトナシ、憲法ハ豫算全部ニ對シテ可否ヲ決スル權ヲ政府ニ與ヘスト雖モ歳出ノ一部ニ關シテハ特ニ其意見ニ重キヲ置ク所以ノモノ他ナシ、歳出ノ一部ハ國家生存ノ爲欠クヘカラサルモノナレハナリ、命令ノ効果ハ法律ノ効果ニ同シク國際條約ニ由テ生シタル義務ハ法律上政府ニ屬スル義務ヨリモ輕キコトナシトセハ憲法カ法律ニ基クノ歳出及法律上政府ノ義務ニ屬スルノ歳出ト均シク命令及國際條約ニ基クノ歳出ニ對シテ政府ノ同意ヲ要スルハ立法上頗ル穩當ノ規定ト稱スルコトヲ得ヘキナリ、

命令及條約ニ基クノ歳出ハ其必要ノミ定マリテ未タ其金額ノ定マラサルモノアルヘシ(例ハ外國ニ支拂フ賠償ノ如キ)孰レノ場合ニ於テモ政府ハ必スシモ前年度豫算ノ定額ニ從フコトヲ要セス政府ハ唯ニ命令及條約ニ依リテ必要ト認ムル金額ヲ以テ議會ノ協賛ヲ求ムヘキノミ例ヘハ一官衙ノ經費トシテ前年ノ豫算ニ五十万圓ノ額ヲ掲ケタリトセン政府ハ蓋シ今年ノ豫算ニモ同一ノ額ヲ掲クルヲ常トスヘシト雖モ物價ノ變動其他諸種ノ原因ニ由リ此ノ金額ヲ以テ必要ヲ充スニ足ラスト認ムルハ或ハ六十万圓若ハ七十万圓ノ費額ヲ載スルコトナシト謂フヘカラス此ノ場合ニ於テハ議會ハ政府ノ同意ナクシテ五十万圓ノ金額ヲ削減スルコトヲ得サルナリ前年度ノ豫算ニ掲ケサル新置ノ費目モ亦タ之レニ準ス例ヘハ前年ノ豫算議定後勅令ヲ以テ官衙ヲ新設シ本年度ニ至リテ始メテ之ヲ實施スルカ如キ場合ニ際シ本年度ノ豫算ニ之カ費額ヲ新置スル時ハ議會ハ亦政府ノ同意ナクシテ之ヲ廢除シ削減スルヲ得サルコト増置ノ場合ト異ナルナリ然レトモ議會ニ於テ第六十七條ノ規定ニ反シ政府ノ同意ヲ得スシテ大權ニ基ケル既定ノ歳出及法律上必要ノ歳出ヲ廢除削減スル時ハ此ノ議決ハ全ク無効ニ屬シ憲法

第七十一條ヲ適用スルノ場合ヲ生スヘキカ故ニ前年度ノ豫算ニ定額アルモノハ政府議會ノ同意ナクシテ之ヲ支出スルヲ得ヘシト雖モ新置増置ノ歳出ニ至テハ政府ハ全ク之ヲ支出スルニ由ナシ是レ前年度ノ豫算ニ定額アル歳出ト新置増置ノ歳出トノ間帝國議會ノ議決ノ結果大ニ相異ル所ナリ蓋シ議會カ政府ノ同意ナクシテ新置増置ノ歳出ヲ廢減スルハ何レノ場合ニ於テモ國法上違法ノ事タルヲ免レスト雖モ若シ政府ニ於テ命令及條約ヲ濫用シテ議會ノ權限ヲ蹂躪スルノ利器トナシ人民ノ利害休戚ヲ顧ミスシテ無要ノ施設ヲ爲スカ如キコトアラン議會之レニ對シテ同意ヲ拒ムモ政治上德義上敢テ答ムヘキモノナシ何レノ國ニ於テモ政治上ノ必要ト法律上ノ必要ト常ニ平衡調和シテ相予盾スルコトナキハ殆ト期スヘカラサル所ナリ是レ諸國ニ於テ往々責任解除法律ノ必要ヲ生スル所以ナリ憲法第六十七條ハ議會ノ豫算議定權ノ限界ヲ定メ其第七十一條ハ議會ノ權限ノ濫用又ハ己ムヲ得サルノ事情ニ由リ豫算成立ニ至ラサル場合ニ備フルノ規定ヲ設ケタリ然レモ其手段ハ前年度ノ豫算ヲ施行スルニ過キス故ニ新置増置ノ歳出ニ對シテハ議會ハ猶ホ万己ヲ得サルノ場合ニ於テ政府ノ專横ヲ防ノ利器ヲ失

ハナルナリ、若シ夫レ各個ノ場合ニ於テ果シテ既定ノ歳出ヲ拒ムルノ必要アルヤ否ハ全ク政事上ノ實際問題ナリ、國法上ヨリ之ヲ論スレハ政府ノ同意ナクシテ既定ノ歳出ヲ廢滅スルハ何レノ場合ニ於テモ違憲ノ議決タルコトヲ免レス、之ヲ要スルニ大權ニ基ケル既定ノ歳出ハ前年度ノ豫算トノ關係ニ於テ毫モ法律ニ基クノ歳出ト異ナルコトナシ、議會カ政府ノ同意ナクシテ之ヲ廢滅スル能ハサルハ其ノ前年度ノ豫算ニ一定ノ額ヲ成スト否トヲ論セサルコト二者相同シク又ク議會ノ同意ナクシテ前年度ノ定額外ニ支出スル能ハサルコト二者全ク相均シ憲法上ノ大權ニ基ケル既定ノ歳出ハ命令及條約ニ因リテ定マルモノニシテ前年度ノ豫算ニ因リテ定マルニ非サルナリ。

法律ノ結果ニヨル歳出トハ議員ノ歳費手當諸般ノ恩給年金法律ニ依レル官制ノ費用及俸給ノ類ヲ謂フ法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出トハ國債ノ利子及償還會社營業ノ補助又ハ保護政府ノ民法上ノ義務又ハ諸般ノ賠償ノ類ヲ謂フ第六十七條ノ歳出ノ意義ハ上述ノ如シ、併シテ同條ノ政府ノ同意トハ何レノ時期ニ於テ之ヲ求ムルヲ要スルカ是レ第一議會ニ起リタル疑問ナリ、第一説ニ曰ク第

六十七條ハ帝國議會之ヲ廢除シ又ハ削減スルヲ得サルコトヲ規定セリ、故ニ一院ノ議決ノミニテハ未タ政府ノ同意ヲ求ムルコトヲ要セス兩院ニ於テ確定ノ議決ヲ爲スニ及ンテ政府ハ始メテ同意又ハ不同意ヲ表スルヲ得ヘク、而シテ政府カ同意ヲ表セサルトキハ兩院ノ議決ハ無効ニ歸スヘキノミト(此ノ説ノ不理ナルコトハ一木氏法令予算論參照)

第二説ニ曰ク貴衆兩院ハ各獨立ノ一躰ヲ成シ各別ニ議決ヲ爲スモノナリ故ニ政府ノ同意モ亦タ各別ニ之ヲ求メサルヘカラスト之レ第一議會ニ於テ衆議院及政府ノ固持セシ説ニシテ余輩モ亦正當ナルヲ確信ス、夫レ第六十七條ハ帝國議會ノ議決ノ外政府ノ同意ヲ要スルモノニアラスシテ其議決ヲ限ルニ政府ノ同意ヲ以テスルモノナリ、依テ一院ニ於テ六十七條ノ歳出ヲ廢除削減スルノ豫決ヲナシ政府ノ同意ヲ求ムルトキハ政府ハ其ノ見ル所ニ從ヒ或ハ之ニ同意シ或ハ之ニ同意セサルコトヲ得ヘシ、唯々議會ガ議定權ノ範圍ヲ超越シタル場合ニ於テハ政府ハ決シテ同意ヲ表スルヲ得ス(是レ實ニ第一議會ニテ議論ノ疑點トナリタル一大疑問ナリ)夫レ法律ハ獨法律ヲ以テ之ヲ廢止變更スルコトヲ得ヘシ立法ノ手續ニヨルニア

ラスシテ政府ト議會トノ協議ニ由リ法律ヲ廢止變更スルノ意思ヲ表スルハ違法ノ行爲ナリ帝國議會カ憲法第六十七條ニヨリ政府ノ同意ヲ得テ支出ヲ廢除削減スルコトヲ得ヘキハ其廢除削減ニヨリテ法律ニ背反スルノ結果ヲ生セサル場合ニ止ル蓋シ法律ノ結果ニ由ルノ歳出及法律上政府ノ義務ニ屬スルノ歳出ハ多少不動ノ性質ヲ有スルヲ常トスト雖モ亦必スシモ確定動カスヘカラサルモノニ非ス若シ法律上既ニ一定不動ノ額ヲ成ストキハ政府ハ始ヨリ之カ廢除削減ニ同意ヲ表スルノ權ナク議會モ亦始ヨリ之カ廢除削減ノ議決ヲ爲スノ權ヲ有セスト雖トモ法律上確定ノ額ヲナサ、ル歳出ニ付テ政府ノ同意ヲ得タルトキハ議會ハ之レヲ廢滅スルコトヲ得ヘシ例ヘハ議院費用會計検査院裁判所ノ費用等ニ關シ議會ニ於テ政府ノ草案ニ載セタル費額ヲ以テ實際ノ必要ニ超過スト認ムルトキハ法律ノ實行ヲ停止スルニ至ラサル限ハ政府ノ同意ヲ以テ之レ削減スルノ權ヲ有ス又政府ノ義務ニ屬スル公債元金償還ノ額賠償費等亦必スシモ異動ヲ容レサルモノニアラス凡ソ此等ノ場合ニ於テハ議會ハ法律ノ執行契約ノ履踐ヲ妨ケサル範圍内ニ於テ政府ノ同意ヲ以テ豫算額ヲ削減スルコトヲ得ヘシ此ノ範圍外ニ逸

出シ又ハ其他法律ノ正文ニ反スルノ議決ヲ爲ストキハ政府ノ同意ノ有無ヲ問ハス豫算議定權ノ限界ヲ超ヘタル違法ノ議決ナリ。
 憲法上ノ大權ニ基ケル決定ノ歳出モ議會ノ豫算議定權ニ關シテハ法律上必要ノ歳出ト異ナルコトナシ然レトモ大權ニ基ケル歳出中其官制ニ基クモノハ最モ議論ノ囂シキ所ナルヲ以テ今左ニ之ヲ論セン其他ノ費目ニ至テハ推シテ知ルヘキナリ、

余輩ハ直接ニ官制ヲ改革スルコトヲ企ツルニ非サルモ豫算議定ノ結果トシテ現行ノ官制ヲ行フコト能ハサルニ至ラシムルハ亦豫算議定權ノ範圍ヲ超ユルモノナリト信ス余輩ハ世間幾多ノ論者ノ如ク豫算ニヨリ大權ノ執行ヲ制限スルニ在レハナリ例ヘハ豫算カ現行官制ノ範圍内ニ於テ俸給ノ總額ヲ減スルトキハ政府ハ勢ヒ現在ノ官吏ヲ罷免スルカ左ナクトモ新ニ官吏ヲ任命スルコトヲ停止セサルヘカラス抑モ官吏ヲ任免スルハ天皇ノ大權ナルコト第十條ノ明言スル所ナリ故ニ俸給豫算額ヲ減スルトキハ自カラ大權ノ執行ヲ制限スルニ至ルコト見易キノ理ナリ然レトモ苟モ此ノ減額ニシテ現行官制ノ範圍内ニ於テ政府ノ同意ヲ得

テ議決シタルモノナルトキハ何人モ其背法ナルコトヲ主張スルモノナカルヘシ
其他ノ費目ノ如何ヲ問ハス歳出ノ一項目ヲ削除スルトキハ自カラ行政事務ヲ収
縮スルノ必要ヲ生スルヲ常トス而シテ行政ノ權ハ實ニ天皇ノ大權ニ屬ス若シ天
皇ノ大權ヲ制限スルノ議決ハ皆違憲ナリトセハ議會ハ殆ト政府ノ提出シタル豫
算ニ削減ヲ加フルニ由ナシ余輩ガ豫算ニ由リ現行官制ヲ停廢スルヲ以テ違法ナ
リトナスハ現行ノ官制ハ命令ニ基ケハナリ

上來詳論シタルカ如ク帝國議會ノ豫算議定權ハ一定ノ限界ヲ有ス議會此ノ範圍
内ニ於テ必要ナル場合ニ於テハ政府ノ同意ヲ經テ歳入歳出ノ額ヲ議定スルトキ
ハ豫算ハ是ニ於テカ成立ス(一木博士法令豫算論)

猶ホ豫算議定權ニ關スル學說ニシテ論結ヲ同クスルモ説明ヲ異スルモノノ一二
ヲ紹介スレハ

第一說 帝國議會ハ豫算ヲ議定スル權ヲ有ス豫算ハ行政行為ニ屬スルモノニシ
テ法律ニアラスト雖モ國家ノ歳出歳入ハ人民ノ負擔ニ關係ヲ有スルカ故ニ財
政ヲ監督スル爲メニ議會ヲテ參與セシムルナリ故ニ議會ノ豫算議定權ハ法

律ノ議定權ニ異ナリ議決ノ自由ヲ有セズ豫算ハ財務行政ノ基礎タルモノニシ
テ法令ノ執行ニ屬スルカ故ニ其議決ハ法令ニ準據セサル可カラス豫算ノ議決
ニヨリ法令ヲ廢止變更スルヲ得サルナリ故ニ議會ノ豫算議定權ハ左ノ原則ニ
從フ可キモノトス

第一 法令ヲ以テ歳出歳入ノ目的及ヒ金額ヲ定ムルモノハ議會ニ於テ之ヲ廢止
變更スルヲ得ス

第二 法令ヲ以テ歳出歳入ノ目的ヲ定ムルモ其金額ヲ定メサルモノハ議會ニ於
テ金額ノミ議定スルヲ得

第三 法令ヲ以テ歳出歳入ノ目的及ヒ金額ヲ定メタルモノハ議會ニ於テ議決ノ
自由ヲ有ス

豫算議定權ノ範圍ハ此三原則ニヨリ明國ナリ唯我憲法ニ於テハ憲法上ノ大權ニ
基ケル既定ノ歳出ハ政府ノ同意ナクシテ帝國議會之ヲ廢除シ又ハ削減スルコト
ヲ得スト定メタリ若シ既定ノ歳出ヲ解シテ大權命令ヲ以テ定メタル歳出トナス
トキハ第一ノ歳出ニ包含セラル、モ我政府ノ解釋ニ從ヘハ既定ノ歳出トハ大權

ノ行使ヲ目的トスル支出ニシテ前年度ニ於テ議會ノ協賛ニヨリ金額ノ定マレルモノヲ謂フカ故ニ議會ノ豫算議定權ハ更ニ一層ノ制限ヲ受クルモノト云ハサル可カラサルナリ政府若シ豫算ノ款項ニ超過シ又ハ豫算ノ外ニ支出ヲ爲シタルトキハ後日議會ノ承諾ヲ求メサル可ラス政府ハ會計法ノ規定ニ基キ豫算ニ準據シテ支出ヲ爲ス可キモノナレハ豫算以外ノ支出ヲ爲ストキハ會計検査ニ對シテ責任ヲ負ハサル可カラス議會ノ事後承諾ハ豫メ會計検査ニ對スル政府ノ責任ヲ解除スルモノナリ

第二説 議會ノ豫算議定權ニ關シテハ憲法上左ノ制限アリ

第一 皇室經費 皇室經費ハ現在ノ定款憲法施行前ノ定款ニ依リ毎年國庫ヨリ之ヲ支出シ將來増額ヲ要スル場合ヲ除ク外帝國議會ノ協賛ヲ要セス(憲法第六十六條)

第二 繼續費 繼續費ハ一タヒ議會ノ議決ヲ經タルトキハ其繼續年限間ハ再ヒ議會ノ協賛ヲ經ルヲ要セス(憲法第六十八條)

第一第二ノ歳出ヲ豫算ニ掲クルハ歳出ト歳入ノ比較對照ヲナスカ爲メニシテ

議會ノ協賛ヲ要ムル主旨ニアラス

第三 憲法第六十七條ノ歳出

イ 憲法上ノ大權ニ基ケル既定ノ歳出

明治二十三年法律第五十七號會計法補則ハ憲法第六十七條ノ歳出ニ屬スヘキモノヲ定ムルモ是レ憲法施行ニ除スル一時的ノ補則ニシテ永久的ノ規定ニアラス故ニ大權ニ基ク既定ノ歳出トハ理論ニヨリ決定セサル可カラス大權ニ基ク既定ノ歳出トハ法律命令又ハ條約等將來ニ向テ効力ヲ有スル國家ノ行爲ニヨリ定マリタルモノヲ謂ヒ其歳出額ハ法令又ハ條的ヲ執行スルニ必要ナル額ニ依ルモノニシテ必スシモ前年度ノ歳出額ニ約束セラレサルモノトス普通ノ解釋ニヨレハ憲法上ノ大權トハ憲法第一章ニ制記セス官制權兵制權等ヲ結ヒ既定ノ歳出トハ前年度ノ豫算ニ於テ定マリタルモノヲ指セリ然レトモ君主ノ大權ハ廣ク統治權行爲ノ權限ヲ謂フモノナレハ大權ニ基ク歳出ヲ官制權兵制權等ニ基クモノニ限ルヲ得ス又豫算ノ効力ハ一年ニ限ルカ故ニ前年度ノ豫算ハ當年度ノ支出ノ必要ヲ定ムルモノト謂フヲ得サ

ルナリ

法律上政府ノ事務ニ屬スル歳出

憲法及會計法補則ニ於テハ法律ノ結果ニヨル歳出ト法律上ノ事務ニヨル歳出トヲ分テリ然レトモ法律ノ結果ニヨル豫算トハ特別ノ法律ニヨリ政府ノ事務ニ屬スルモノヲ云ヒ法律上ノ事務ニヨル歳出トハ政府ノ行爲ニテ一般ノ法律ニ從ツテ負擔スルモノヲ謂フモノニシテ等シク政府ヲ事務ニ屬スルモノナリ

既定ノ歳出及ヒ政府ノ義務ニ屬スル歳出ハ政府ノ同意ナクシテ帝國議會之ヲ廢除削減スルヲ得サルモノトス然レトモ議會ト政府ト同意スルモ必スシモ此等ノ歳出ヲ廢除削減スルヲ得ルモノニアラス豫算ハ法令ヲ變更スル効力ヲ有セサルカ故ニ假令政府ト議會ノ同意アルモ歳出ノ廢除削減ハ唯法令ノ執行ヲ害セサル範圍ニ於テ行フコトヲ得ルニ過キサルナリ

豫算外ノ支出及豫備費ノ關係ヲ論ス

政府ハ獨斷ヲ以テ豫算以外ノ支出ヲナシ事後承諾ヲ求

メ得ルヤ

歳出豫算ハ豫メ見ルコトヲ得ヘキ須要ヲ計ルニ止マルカ故ニ豫算議定後ニ至リ

テ或ハ避クヘカラサル豫算外ノ費用ヲ要スルコトアルヘク或ハ物價ノ變動其他ノ事情ニ由リ豫算定額ノ不足ヲ告クルコトアルヘシ此ノ場合ニ於テハ憲法ハ全ク豫算外又豫算超過ノ支出ヲ爲スノ途ヲ塞カス唯事後承諾ヲ要スルノ法ヲ取レリ憲法第六十四條第二項ニ曰ク豫算ノ款項ニ超過シ又ハ豫算ノ外ニ生シタル支出アルトキハ後日ニ帝國議會ノ承諾ヲ求ムルコトヲ要スト故ニ此ノ類ノ支出ハ政府實際ノ必要ニ應シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯政府後日ニ至リテ議會ノ承諾ヲ求ムルヲ要スルノミ。然レトモ實際ノ必要ニ應シ豫算ニ依ラスシテ支出ヲ爲スノ權ハ全ク無限ナルモノニ非ス第六十九條ニ曰ク避クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補フ爲ニ又ハ豫算ノ外ニ生シタル必要ノ費用ニ充ツル爲ニ豫備費ヲ設クヘシト是レ即第六十四條第二項ノ支出ニ對シ必要ナル財源ヲ供スルモノナリ此ノ財源ノ定額ヲ超過スルトキハ政府ハ更ニ議會ヲ召集シテ臨時必要ニ應スル追加豫算ヲ定メサルヘカラス蓋シ憲法カ豫算外又ハ豫算超過ノ支出ニ供フルカ爲特別ノ

憲法問題解答

財源ヲ設クルトキハ是等ノ支出ハ必ス此ノ特別ノ財源ヨリ之ヲ供給セサルヘカ
 ラサルコトヲ知ルヘシ例ヘハ豫算超過ノ支出ヲ爲スノ必要ヲ生シタル場合ニ於
 テ政府カ豫備費ヲ擱キテ收入ノ過剩ヨリ之ヲ支出スルカ如キコトアラハ何人ト
 雖モ政府カ憲法第六十九條ノ精神ニ背反シタルコトヲ疑ハサルヘシ該條ハ管ニ
 議會ノ必ス豫備費ヲ議決スヘキヲ定ムルノミナラス併セテ豫算外又豫算超過
 ノ支出ハ政府必ス之ヲ豫備費ヨリ支出スヘキコトヲ規定スルモノナリ故ニ豫備
 費ノ定額既ニ盡キタルトキハ政府ハ復タ豫算ニ依ラサルノ支出ヲ爲スニ由ナキ
 ナリ會計法第八條ハ豫備費ヲ以テ支辨シタルモノハ年度經過後議會ノ承諾ヲ求
 ムヘキコトヲ規定セリ而シテ豫備費外ニ支出シタルモノニ付テハ全ク規定スル
 所ナシ會計法第八條ヲ設クルノ必要ヲ認メナカラ豫備費外ノ支出ニツキ事後
 承諾ヲ規定セサルハ何ソヤ豫備費ヨリ支出スルノ外豫算超過又ハ豫算外ノ支出
 アルコトナケレハナリ、

帝國憲法ハ追加豫算ヲ定ムルコトヲ禁スルモノニ非サルコトハ蓋シ人ノ疑ハサ
 ル所ナルヘシ憲法ハ豫算外又ハ豫算超過ノ支出ニ關シ事後承諾ノ必要ヲ定メタ

レトモ是レ決シテ豫算ノ追加ト兩立スヘカラサルニ非ス憲法第六十二條ハ豫算
 ニ依ラスシテ爲シタル支出ニ對シテハ政府後日ニ議會ノ承諾ヲ求メサルヘカラ
 サルコトヲ定ムルニ過キス豫算ニ依ルハ正則ニシテ豫算ニ依ラサルノ支出ヲ爲
 スハ變例ナリ追加豫算ヲ定メテ以テ之ニ依ルハ正式ノ方法ヲ取ルモノニ外ナラ
 ス故ニ總豫算又ハ總豫算ニ超過スルノ支出ヲ要スルニ當テ或ハ追加豫算ヲ必要
 ナラストスルコトアルヘシト雖モ追加豫算ヲ定ムルハ孰レノ場合ニ於テモ憲法
 ニ違反スルモノニ非サルナリ(一木氏法令豫算論)

豫算ト命令トノ關係ヲ論スヘシ (三〇文)

夫レ豫算ト命令トハ其成立ノ形式ヲ異ニセルヲ見ハ豫算ノ命令ニ非ラサルコト
 勿論ナリ故ニ豫算ヲ法律ヲ變更スルコトヲ得サルト同シク豫算ヲ以テ命令ヲ改
 廢スルコトヲ得ス法律ヲ改廢スルノ意思ハ獨法律ニ由リテ之ヲ表スルヲ得ルト
 均シク命令ヲ改廢スルノ意思ハ獨法律又ハ命令ニ由リテ之ヲ表スルコトヲ得ヘ
 シ豫算ヲ以テ此ノ意思ヲ表シ帝國議會ニ對スル約束ヲ以テ此ノ意思ヲ表スルハ

共ニ法ノ許サ、ル所ナリ、現行勅令ノ成立スル間之カ執行ヲ停止スヘキ議決ニ同意スルトキハ政府ハ自カラ法ニ背クノ責ヲ惹クモノナリ政府ハ命令ノ執行ヲ停止スルノ結果ヲ生スヘキ議決ニ對シテハ同意ヲ表セサルノ職責ヲ有ス故ニ第六十七條カ政府ノ同意ナクシテ既定ノ歳出ヲ廢除削減スルヲ得サルコトヲ規定スルトキハ政府カ國法上同意ヲ表スルコト能ハサル廢減ハ議會始ヨリ之ヲ議決スルコトヲ得サルヤ明ナリ、唯政府豫メ官制ノ改正ヲ行ヒ而シテ後議會ノ議會ニ同意ヲ表スルトキハ政府ハ背法ノ責ヲ負フコトナカルヘシ、國法上帝國議會ハ豫算費額ノ削減ニ就テ政府ノ同意ヲ求ムルヲ得ヘキモ政府カ官制ヲ改革シテ而シテ後同意ヲ表スルコトヲ求ムルノ權ハ議會之ヲ有セサルナリ、議會カ官制ノ改革ヲ求ムルハ唯上奏又ハ建議ノ方法ヲ得ヘキノミ(一木氏法令豫算論)

既定ノ歳出ハ議會ハ廢除削減ノ議決ヲ爲ス前ニ政府ノ同意ヲ得サル可カラス併此規定ヨリ反對ニ推論シテ政府ノ同意アレハ此等ノ歳出モ全廢スルコトヲ得ルト論スルコトヲ得ス豫算ハ法律ニ非ス故ニ豫算ヲ以テ法律ヲ廢止シ變更スルコトヲ得ス法律存スル以上ハ政府モ議會モ共ニ之ヲ守ラサル可カラス議會ノ法

律上必要ナル歳出ノ廢止削除ヲ議決スルコトヲ得サルト同シク政府モ又其廢止削除ニ同意スルコトヲ得ス條約及契約モ政府カ隨意ニ廢止スルコトヲ得サルカ故ニ政府ト雖モ妄ニ其廢止削除ニ同意スルコトヲ得ス獨リ命令ハ政府カ之ヲ廢改スルコトヲ得ルカ故ニ政府ハ命令ノ廢止ヲ豫期シテ其費用ノ全廢ニ同意スルモ妨ナキカ如シト雖モ之レ亦全盡セサルノ議論ナリ豫算ハ假令命令ナリトスルモ其目的ハ單ニ收支ノ豫備ヲ爲スニアリトスレハ官廳ノ組織ノ關スル命令ノ如キ全ク之ト異ナリタル目的ヲ有スル命令ヲ廢止變更スルノ力アリト言ヲ得ス已ニ豫算ハ他ノ命令ヲ變更スル力ナキ以上ハ命令ヲ發シタル機關其自身モ亦命令ニ從ハサル可カラス故ニ政府モ命令ノ執行ヲ妨クルカ如キ豫算ニ對シテ同意ヲ表スルコトヲ得ス憲法第六十七條ハ政府ノ同意ナクシテ廢止削除スルコトヲ得スト規定ス故ニ政府ハ法規ニヨリ始メヨリ同意スルコトヲ得サル廢止削除ハ議會モ始メテ之ヲ議決スルコトヲ得サルハ明ナリ故ニ憲法六十七條ニヨリ政府ノ同意ヲ得テ廢止削除スルコトヲ得ルモノハ法律命令執行ヲ妨ケサル範圍ニ限ルモノト認メサルヘカラス(一木博士國法講義)

豫算ノ不成立トハ何ソ(目本)

豫算ハ次年度ノ費用ヲ豫メ定ムルモノナルガ故ニ次會計年度ノ開始前ニ成立セサルヘカラス若シ種々ノ原因ヨリ豫算成立セサルカ又ハ年度前ニ成立セサルトキハ之ヲ豫算ノ不成立トス、不成立ノ場合左ノ如シ

一 帝國議會成立ニ至ラサルガ爲豫算案ヲ提出スルコト能ハサルトキ此ノ場合ハ或ハ議員ノ召集ニ應セサルカ爲ニ生スルコトアルヘク或ハ内外ノ情形ニ由リ議會ヲ召集スルコト能ハサルカ爲ニ生スルコトアルヘシ

二 帝國議會ノ議事局ヲ結ハスシテ開會ニ至ルトキ是レ則チ憲法第七十一條ノ所謂帝國議會ニ於テ豫算ヲ議定セサル場合ナリ、帝議會解散ノ爲又ハ議事遷延ノ爲勅令ヲ以テ會期ヲ延長スタルカ又ハ開會ノ時期遷延シタル場合ニ於テ年度開始前ニ豫算ノ議定ヲ結了サルトキモ亦議事ノ局ヲ結了スシテ閉會前タル場合ニ同シ何トナレハ豫算ハ次年度ノ爲メニ豫メ歳入出ヲ計ルモノナルカ故ニ年度ニ入りテ豫算未タ定マサルトキハ是レ即チ豫算ノ成立セサル場合ニ外

ナラサレハナリ、歐洲諸國ノ憲法ハ往々明文ヲ以テ之ヲ定ムルモノアリ故ニ一タヒ豫算不成立ノ場合ヲ生スルトキハ政府ハ憲法第七十一條ニ依リ前年度ノ豫算ヲ施行スヘシ而シテ前年度ノ豫算ハ全會計年度ニ亘ルモノナルカ故ニ政府ハ議會ヲ解散シタル後新ニ組織シタル議會ヲ召集スルニ當リテモ更ニ新ニ開始シタル年度ノ豫算ヲ之カ議決ニ付スルコトヲ要セサルナリ

三 貴族院又ハ衆議院ニ於テ豫算ヲ廢棄シ又ハ兩院ノ間ニ意見ヲ異ニシテ協議効ヲ奏セサルトキ

四 帝國議會ニ於テ政府ノ同意ヲ求メス又ハ政府ノ同意ヲ得スシテ閉會又ハ年度開始ニ至ルトキ此場合ニ於テハ議會ノ議決ハ無効ナリ、政府ノ提出シタル豫算ハ議會ノ協賛ヲ得サルナリ、議會豫算ニ協賛セサルトキハ豫算ハ成立ニ至ラサルナリ、

五 帝國議會ニ於テ其議決シタル支出ニ供スルカ爲必要ナル収入ヲ議決セサルトキ、

六 憲法及法律命令ノ定メタル豫算編成ニ關スル規定ニ背反スルトキ例ヘハ豫