

ヲ發シテ自由ニ罰則ヲ設ケタルニ職由セスンハアラサルナリ。又專制政治ヨリ立憲政治ニ移遷スル經過時期ノ間ニ在テ立憲政治ノ慣習ヲ涵養センカ爲議會開設ノ前ヨリ夙ニ法律命令ノ名稱ヲ設クルモ猶ホ當時發布シタル勅令中往往罰則ヲ附シタルモノアリ例ヘハ特許條例、意匠條例、商標條例ノ如キ是レナリ、又舊官制通則ハ二十五圓以下ノ罰則ヲ設クルノ權ヲ各省大臣ニ概括委任シタリ。然ルニ帝國憲法施行ノ後ハ其ノ第廿三條ニ於テ「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ」ト云ヘルニ依リ處罰ハ必ス直接又ハ間接ニ法律ニ依ルヲ要スルコトトナレリ、而シテグナイスト等ノ學說ヨリ之ヲ推究スルトキハ則チ獨立命令ノ權ハ憲法第廿三條ト均等ノ効力ヲ有スル同第九條ニ基クテ以テ別ニ法律ヲ以テ委任スルヲ須井スト云フニ歸着スヘシ蓋グナイスト等ノ述フル所學說トシテハ大ニ嘉賞スヘキモノアルモ退テ之ヲ歐洲立憲諸國ノ制度ニ徵スルニ於テ其ノ實際ト支梧スルモノ尠カラス、殊ニ我憲法第廿三條ニ所謂處罰トハ獨リ刑

法罰ノミヲ指シテ行政罰ヲ包含セスト斷定スルコト能ハス又體罰ノミヲ指シテ金罰ヲ包含セスト斷言スルコト能ハス、隨テ第九條ノ命令履行ノ方策即チ行政罰ハ第廿三條ニ指定セル範圍外ノモノナリト斷言スルコトヲ得ス、凡ソ處罰ヲ以テ視ルヘキモノハ直接若ハ間接ニ法律ニ依準スヘキモノナルカ故ニ、第九條ヲ以テ第廿三條ヲ抹殺スヘカラサルコト猶ホ第廿三條ヲ以テ第九條ヲ抹殺スヘカラサルカ如シ、是ヲ以テ兩條屹立セルノ間ニ於テ各其ノ精神ニ通シ相悖ラサルノ制ヲ立ツルノ必要ヲ認ムルニ至レリ。乃チ廿三年法律第八十四號并ニ同年勅令第二百八號ハ憲法實施ノ責ニ當レル現政府カ此ノ必要ニ應スルノ本旨ニ出ルモノタルヲ知ルニ足レリ。

法律第八十四號ニ曰

「命令ノ條項ニ違犯スル者ハ各其ノ命令ニ規定スル所ニ從ヒ二百圓以内ノ罰金若ハ一年以下ノ禁錮ニ處ス」

勅令第二百八號ニ曰

(第一條) 各省大臣ハ法律ヲ以テ特ニ規定シタル場合ヲ除クノ外其ノ發スル所ノ省令ニ二十五圓以内ノ罰金若ハ二十五日以下ノ禁錮ノ罰則ヲ附スルコト得。

(第二條) 地方長官及警視總監ハ其ノ發スル所ノ命令ニ拾圓以内ノ罰金若ハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得。

右ノ勅令ハ法律第八十四號ニ基キテ出テタルモノナリ、故ニ主トシテ講究ヲ要スルハ此ノ法律ニ在リトス。世間之ヲ呼テ命令罰則法ト云ヘリ、姑ク之ニ從フヘシ。

第四節 命令罰則法ト憲法トノ關係

命令罰則法ノ發布アルヤ往往憲法トノ關係ヲ論シテ其ノ違反ナルコトヲ説ク者アリ其ノ果シテ憲法ニ違反セルヤ否ヲ講究スルハ獨立命令ノ履行方策ヲ論スルニ頗ル適切ナル問題ナリトス而シテ其ノ違反セスト云フノ論ニ曰、憲法第二十三條ハ法律ニ依リ處罰スルヲ要ス而シテ命令罰則法ハ一ノ法律ナ

リ、故ニ之ニ依リ處罰スルハ憲法違反ニ非スト。又之ヲ違反ナリトスルノ論ニ曰、法律第八十四號ヲ以テ正當ノ法律ナリトスルトキハ處罰ハ假命令ヲ以テ規定スル所ニ係ルモ間接ニ此ノ法律ヨリ出ツルカ故ニ憲法ニ違反セストイヘト唯タ疑フ可キハ法律第八十四號其ノ物ニ在リ、即チ憲法ニ於テ法律ニ依ルニ非サレハ處罰セスト云フハ法律(又ハ法律ニ基ク命令)ヲ以テスルニ非サレハ處罰セストノ義ニシテ之ヲ裏面ヨリ言ヘハ命令ヲ以テ處罰セストノ義ナリ、然ルニ今該法律ニ於テ命令ニ依リ處罰スルコトヲ認メタルハ是レ恰モ憲法ノ戒ムル所ヲ爲スモノニ外ナラス故ニ憲法違反ナリト。然レハ則チ雙方共ニ憲法第二十三條ノ明文ニ付キ見解ヲ異ニシテ互ニ相讓ラサルノ勢ヲ激成シタルモノナリ故ニ此ノ時ニ方テハ憲法第二十三條ノ明條ニ依リテハ之ヲ判斷シ難キノ觀ヲ呈スルモノノ如シ故ニ今「法律ニ依ルニ非サレハ處罰セスト」ノ意義ニ關シテハ一般國法ノ原則ニ依リ之ヲ判斷スルノ外更ニ此ノ間疑ヲ決スルノ道アルヲ知ラス。蓋一般國法ノ原則ハ國家

ノ本義ヨリ演繹シタル學理ト各國ノ成法ヨリ歸納シタル實則トニ依リテ定マルモノナリ。

學理ハ別ニ法律ノ委任ヲ待タスシテ命令ノ本然ノ性質ニ於テ履行ノ力ヲ具備スルモノナリト云フニ歸着スルコト第八章ニ於テ徵證シタルヲ以テ更ニ茲ニ詳言スルヲ要セサルカ如シ。次ニ各國成法ノ實際ニ至リテモ共和諸國ノ成法ノ我レト反對ニ出ツルハ憲法大體ノ組織ノ我レト異ナルニ因ルモノナレハ之ヲ標準トスルコトヲ得ス。佛蘭西ノ所謂政府處分令ノ制ハ全ク之ヲ法律以外ノ事トスルヲ以テ却テ我カ緊急命令ヨリモ一層自由ナルモノアリ又白耳義ノ實際ハ警察ニ關シテ我レヨリモ尙ホ不限定ナル權利ヲ政府ニ屬セシメタリ。其ノ他ノ立憲君主諸國ニ至リテハ第一ニ英吉利ハ或ル點ニ於テ我レヨリモ一步ヲ進ミ、法章ニ依ラスシテ處罰スルノ權ヲ行政官タリ且司法官タル治安判事ニ委任シ、奧太利ハ專制時期ノ勅令ヲ尙ホ今日ニ存續シ、普魯西ハ法律ヲ以テ處罰ヲ大臣以下ノ警察命令ニ委任セリ、而モ其ノ憲

法ニハ獨立命令ノ正條アルコト我カ憲法ノ如クナルニ非サルナリ。

是ヲ以テ前數章ニ敘述スル所ノ理論及事實ニシテ果シテ價值アルモノナラシニハ法律ニ於テ處罰ノ權ヲ命令ニ委任スルノ一事ハ之ヲ憲法違反ト云フヲ得サルコト既ニ一點ノ疑ヲ存セサルヘシ。蓋其ノ委任ノ範圍ノ廣漠ニ失シタリト云ヒ委任シタル處罰ノ過重ナリト云フカ如キハ別論ニ屬ス、即チ此等ハ皆酌量論ニシテ憲法違反非違反ノ論ニ非ス。憲法論ノ關スル所ハ唯タ法律ヲ以テ罰則ヲ命令ニ委任シタルノ正否如何ニ在リ、而シテ政界上ヨリハ如何ナル論ヲナスモ可ナリ苟モ國法上ノ原則ニ照シテハ決シテ之ヲ憲法違反ノ委任ト爲スコトヲ得サルナリ。

(參照)

「法律ニ依リ」ト云フ中ニハ法律委任ノ命令ヲモ含蓄スルコト既ニ委任命令ノ章ニ於テ之ヲ證明シタリ、然レトモ特ニ憲法第廿三條ノ正文ニ關スル解釋ノ參照トスヘキモノヲ茲ニ抄出セハ則チ左ノ如シ。

○普魯西憲法第八條ニ曰「處罰ハ唯々法律ニ依準シテノミ之ヲ脅告シ之ヲ科ス」ト。然リ而シテ法律委任ノ警察命令ヲ以テ處罰スルハ本條ニ違反セスマトノ問題ハ夙ニ起リ大審院ノ判決ニ依リ公然違反セスト云フニ一決セリ。

○オッペンホッフ大審院刑事判決例第五卷^{第二百三十八頁}ニ錄載セル千八百六十四年十一月八日ノ判決例ハ左ノ如シ。

「目下ノ問題ヲ決スル爲ニ先ツ確定スヘキ一點アリ即チ刑ノ宣告ノ理由トシタル國王政府ノ警察命令ハ本然ノ行政事業ニ非スシテ立法ノ範圍ニ屬スル警察上ノ罰令ト看做シ且此ノ如キモノトシテ取扱フヘキ所タルコト是レナリ、其ノ然ルノ理由ハ一部ハ普魯西刑法第三百二十二條是レ違警罪ノ一條ナルヘシ今本邦ニ傳ハラスノ文意ニ依リ之ヲ見ルヘク又違法ノ場合ニ於テ國王ノ大審院ニ上訴ヲ許シタルニテモ之ヲ見ルヘシ。然ルニ立法權ハ憲法第六十二條ニ依リ國王ト兩院トノ共同シテ行フ所ナリ、而シテ官廳ノ此

ノ權ヲ行フコトヲ得ルハ、憲法上ノ手續ヲ經テ制定セラレタル法律ノ明文ヲ以テ之ヲ委任シタル場合ニ限レリ。此ノ場合ニ於テハ一般ノ原則ニ依リ裁判所ハ左ノ問題ヲ審理スルノ職權ヲ辭スルコトヲ得ス、即チ此ノ類ノ委任ニ基キテ法律タルノ効力ヲ有セシメントスル所ノ警察命令ハ果シテ正當ノ職權ヲ有スル官廳ヨリ法律其ノモノヲ以テ定メタル制限内ニ於テ發セラレタルモノナリヤ否トノ問題是レナリ。又此ノ原則ハ科罰ノ一事ニ關シテハ既ニ憲法第八條ノ明言スル所ナリ、曰「處罰ハ唯々法律ニ依準シテノミ之ヲ脅告シ、之ヲ科ス」ト。

○オッペンホッフ同書第九十三頁ニ錄載スル千八百六十五年五月八日ノ判決例ニモ同一ノ趣旨見エタリ、今略ス。

○ロージン普國警察論^{第三十三頁註}ニ前文抄譯スル千八百五十年三月十一日警察行政法第五條ニ於テ處罰ヲ行政官ニ委任シタルハ憲法違反ナリトスルノ論ヲ駁シテ曰

「此ノ法律ノ規程ヲ以テ憲法違反ナリトスルノ論ハ獨リ實際上ノ價值ナキノミナラス、又全ク失當ナリ。其ノ理由トスル所ニ曰「處罰ハ唯々法律ニ依準シテノミ之ヲ警告シ之ヲ科スト云ヘル憲法第八條ニ違反ス」ト、然レトモ法律上ノ委任ニ出テタル權義準則ニ依リ科シタル處罰ハ是レ法律ニ依準シテ科シタルモノナリ。同警察法ノ第五條ニ關スル貴族院委員ノ報告中既ニ此ノ論アリ」ト。

第五節 命令罰則法ノ應用上ノ制限

命令罰則法ノ憲法違反ニ非サルコトハ既ニ前章ニ於テ論述シタル所ノ如シト雖此ノ法律ニ依リ命令ニ罰則ヲ附スルニ於テ之ヲ實際ニ施行スルニ當リ最モ慎戒ヲ加ヘ妄リニ之ヲ用井テ弊害ヲ生セザランコトヲ務メサルヘカラス、而シテ罰則ヲ附スルノ勅令ハ樞密院ノ官制ニ依リ樞府ノ諮詢ニ付セラレ復々行政ノ專斷ニ屬セシメサルヲ以テ防範ノ道既ニ備ハレリト雖、實際上ノ應用ニ至リテハ一ニ行政官ノ手裡ニ存スルヲ以テ茲ニ最モ注意ヲ要スヘキ

ハ行政官ノ或ハ之ヲ妄用シテ弊害ヲ生スルカ如キコトナキヤ否ニ在リ、行政官ニシテ時アリ濫用ノ弊ニ陷ルコトアランカ、議會ハ憲法及法律ノ範圍内ニ於テ行政ヲ監督スルノ權アリ復々政テ之ヲ詰責スルコトヲ憚ラサルヘシ、而シテ職權濫用ノ虞ルヘキハ復々何ソ必スシモ命令罰則法ノミニ限ラシヤ其ノ他百般ノ事皆然リ、苟モ濫弊アラハ寸毫モ之ヲ假借セスシテ可ナリ、唯々其ノ濫用ヲ虞ルルカ爲ニ命令罰則法其ノ物ヲ以テ憲法違反ナリト爲スニ至リテハ憲法ノ釋義ト實際ノ利害トヲ混同シタルノ僻見タルコトヲ免レサルナリ。又普通ノ論者ハ思ヘラク此ノ法律アルトキハ政府ハ何事ニ依ラス自由ニ命令ヲ發シテ臣民ヲ處罰スルコトヲ得ヘシ果シテ此ノ如クナルニ於テハ議會ノ立法ノ大事ニ參與スルノ範圍ハ漸ク縮少スルニ至ラント是レ大ナル誤見ニシテ憲法ヲ見ルノ甚々粗ナルニ坐スルモノナリ。若法律第八十四號ニシテ刑罰ノ事ヲ舉ケテ悉ク命令ヲ以テ規定スルヲ許スモノナランニハ之ヲ專制ト謂フヘク之ヲ立憲法治ト謂フヘカラス然リトイヘトモ

此ノ法律ヲ應用スルノ範圍ハ決シテ斯ク廣漠無邊ナルモノニ非ス、元來左ノ如キ制限内ニ羈束セラルルモノナリ。

(一)憲法ニ於テ特ニ法律ヲ以テ規定セント約シタル事件ニ依リ制限セラル。即チ戒嚴ノ要件帝國憲法第十四條日本臣民タルノ要件同第十條選舉法同第三十五條裁判所構成同第五條裁判官懲戒法同第五條特別裁判所ノ管轄ニ關スル法律同第六條行政裁判法同第六條會計検査院法同第七條等ナリ、此等ハ國家全體ノ編制ニ關シ又ハ其ノ時變ノ場合ニ於ケル除外例ニ關スルモノナルヲ以テ特ニ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘキノ義ヲ示シタルモノナリ是ニ於テ立憲法治ノ實ハ既ニ半ハ備ハレリト謂フヘシ。

(二)憲法ニ於テ特ニ法律ニ依ルニ非サレハ左右セスト約シタル臣民ノ權利義務ニ依リ制限セラル。

即チ居住移轉ノ自由帝國憲法第二十二條法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權同第二十四條住所全ノ自由同第二十五條信書秘密ノ自由同第二十六條財產所有權同第二十七條信教ノ自由

同第二十八條 言論著作、印行、集會及結社ノ自由同第二十九條兵役ノ義務同第三十條納稅ノ義務同第三十一條等ナリ、此等ハ國家ニ對スル臣民ノ權利義務ノ特ニ重スヘキモノニシテ皆一方ヨリ見レハ行政權ニ對スルノ制限ニ非サルナシ、故ニ獨立命令ニシテテ目下ノ法律ニ因リ罰則ヲ附シタルモノハ何等ノ行政事務ニ關スルヲ問ハス以テ以上列擧スル臣民ノ權利義務ニ侵入スルヲ得ス、此ニ至リ立憲法治ノ實ハ殆ト全ク備ハレリト謂フヘシ。

(三)以上二種制限ノ外ニ屬スルモ既ニ一旦法律ノ占ムル所ト爲リタル事件ニ制限セラル例ヘハ鑛業條例ノ如キハ自然產物ノ採收ニ關スルモノナレハ其ノ大體ハ憲法ニ依リ必スシモ法律ト爲スヲ要セス、然レモ一旦之ヲ法律ト爲シタル上ハ永ク獨立命令ヲ以テ之カ爲必要ナル罰則ヲ設クルコト難キニ至ラン是レ亦命令罰則法ニ對スルノ制限ニシテ此ノ制限ハ向後法律ノ増加ト共ニ漸ク増進セン、是レ憲法ニ於テ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルヲ得ストスルノ結果ニシテ此ニ至リ立憲法治ノ實ハ既ニ二分ニ備ハレリト謂フヘ

シ。
斯ク細密ニ論究スルトキハ法律第八十四號ハ概括的ノ體裁ヲ備ヘタリトイヘトモ其ノ實之ヲ適用シテ以テ命令ニ罰則ヲ附スルコトヲ得ヘキ事務ノ範圍ハ極メテ狹隘ナルヲ知ラン、試ニ之ヲ列記セハ左ノ如シ。

- (一) 保安警察事務
- (二) 營業取締事務
- (三) 衛生事務
- (四) 農政事務
- (五) 交通事務
- (六) 教育事務
- (七) 自然產物收得ノ取締及保護事務(例ヘハ狩獵、漁業、鹽業但シ鑛業事務ハ既ニ法律ノ範圍ニ入レリ)
- (八) 商政事務(其ノ大半ハ既ニ商法ノ範圍ニ入り命令ヲ以テ左右シ難シ)

第六節 命令罰則法ト大臣責任トノ關係

命令罰則法ハ之ヲ一ノ法律トシテハ固ヨリ憲法違反ニ非サルノミナラス却テ命令履行ノ方策トシテ缺クヘカラサルモノナルモ其ノ應用ノ上ニ於テ苟モ前節ニ叙述シタル限界ヲ踰越スルトキハ既ニシテ憲法ニ違反スルモノナリ例ヘハ勅令ヲ以テ旅行券ノ規則ヲ設ケ之ニ罰則ヲ附スルカ如キコトアリトセンカ、是レ命令ニ依リ人民移轉ノ自由ヲ動カスモノナレハ重大ナル憲法違反ナリ。果シテ此ノ如キアルニ於テ其ノ責ハ那邊ニ歸センヤ、曰副署ノ國務大臣ニ於テ其ノ責ニ任スヘキハ憲法ノ規定スル所ナリ。是ニ於テ本書ノ結論ハ將ニ左ノ如クナラントス、曰

命令罰則法ハ帝國憲法ニ於テ獨立命令權ヲ明認シタルノ結果ニシテ國法上ヨリ憲法違反ナリト謂フコトヲ得サルモノナリ。

命令篇畢

明治二十三年十二月廿一日印刷
全 年全 月廿二日出版

(版權所有)

編述者 伊東巳代治

麴町區永田町二丁目十七番地

發行者 牧野善兵衛

日本橋區通四丁目七番地

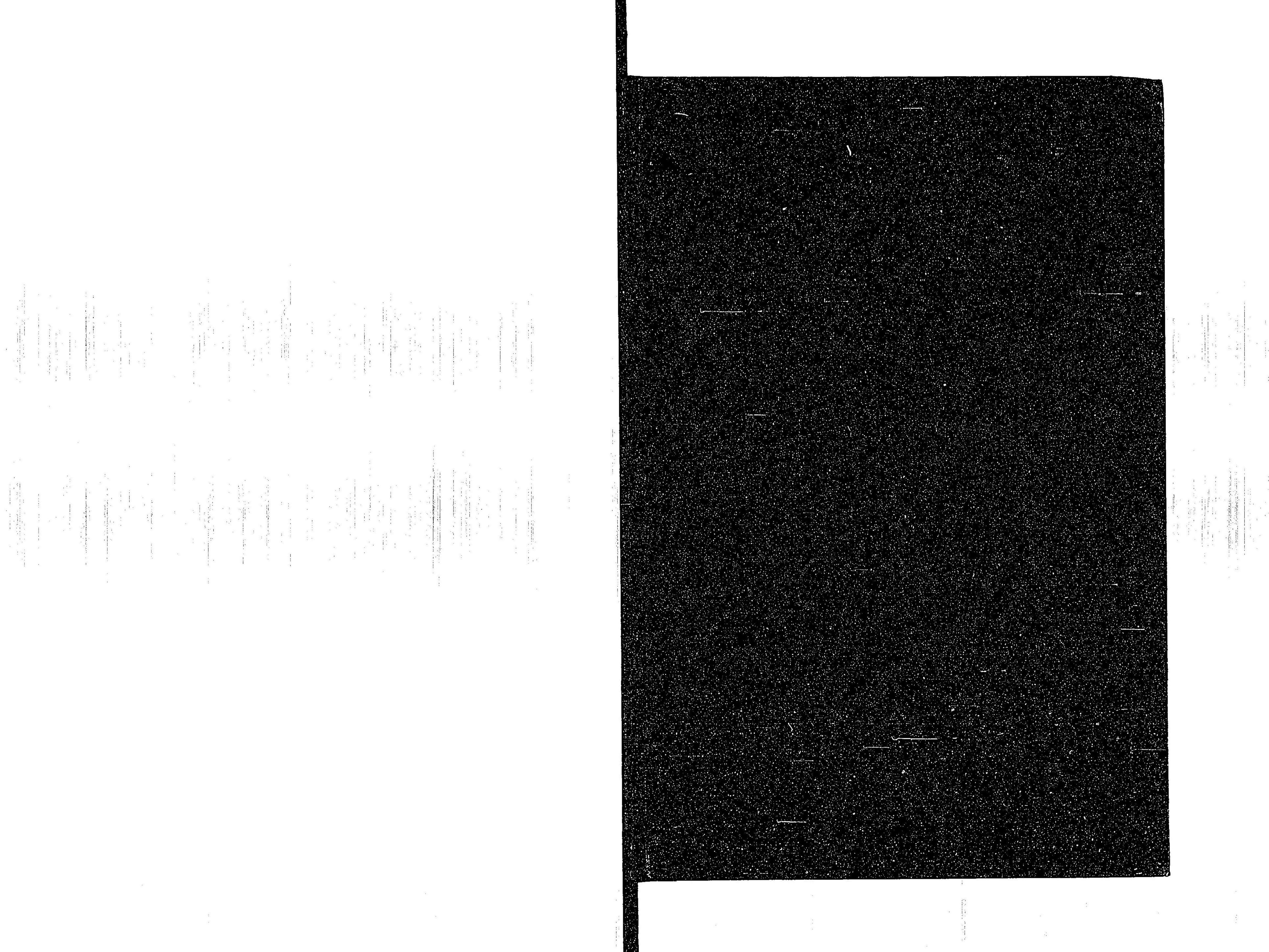


印刷者 曲田成

京橋區築地二丁目十七番

2

法政圖第一課
33.10.15
調查立法考查局



031837-000-4

323.1-1819h

法律命令論 命令篇

伊東 巳代治/編

M23

BBE-0477



3

法律政治図書館