

限ヲ有シテ相抑制ス此二院ハ行政權ニ依リテ拘束セラル、コト猶ホ行政權カ立法權ニ依リテ拘束セラル、カ如シ此等三權ハ元ト交互抑制シテ靜止不動ノ結果ヲ生スヘキモノナレトモ國家ノ事務カ其活動ヲ強制スルニ至リテハ共同一致ノ狀態ニ於テ初メテ進行スルコトヲ得ヘシ(中略)人事ニ終ナキハ無シ茲ニ吾人カ論スル英國モ亦將サニ自由ヲ失シテ滅亡ニ就クノ日ヲ免レ難カラシムラケテモ及ヒカルタゴハ既ニ亡ヒテ只鷓鴣ノ飛フアリ立法官ノ腐敗更ニ行政官ヨリモ甚タシキニ至リテ國亡ヒサルモノ蓋シ稀ナリト

獨逸ノ學說カモンテスキューヲ目シテ極端ナル分立論者トナシテ之ヲ攻撃スルノ非ナルハ吾人之ヲ前ニ論セリ而シテ獨逸君主諸國カモンテスキューノ主義ニ從ヒテ統治ノ作用ヲ相互獨立ノ機關ニ分配スル能ハサリシハ其國體ノ然ラシムル所ナリ蓋シ君主ハ嘗ニ行政權ノ所有者タリシノミナラス他ノ作用ヲモ總攬シタリシカ故ニ之レヲ獨立ノ機關ニ分與スルコトヲ許サ、リシナリ元來内部ニ於テ區別アル國權ノ作用ハ外部ニ向ウテ働ラク場合ニハ異種ノ機關ニ依リテ顯ハル、傾向ヲ有ス統治作用ノ分割ハ機關ノ分割ヲ生ス從テ反對ニ異種ノ機關ノ權限ヨリ追索シテ以テ統治作用ノ區別ヲナサントセシ從來ノ學說ハ必スシモ皆誤ナリトハ謂フヘカラス然レトモ國權ノ

機能ノ實質機能ノ形式

統治作用ノ實質的區別

發動ハ嘗テ油ト水トヲ分離スルカ如クニ分割セラレ之レニ相當スル別種ノ機關ニ依リテ行ハレタルコト無シ蓋シ各機關ニ分掌セシムル權限ノ範圍ハ多クハ便誼上ノ理由ニ基クヲ以テナリ此結果トシテ吾人ハ國權ノ實質的機能ト形式的機能トヲ區別スルノ必要ヲ見ル國權行動ノ方向ヲ其性質ニ就テ區別スルハ所謂實質的ノ區別ニシテ特定ノ機關カ有スル權限作用ヲ論スルハ形式的ノ區別ナリ前者ハ一般ノ國家ニ適用セラレヘシ何トナレハ國家ノ目的ヲ達スル爲メニ働作スル統治權其モノハ完全ナル國家ニ於テハ孰レモ同一ナルヲ以テナリ後者ニ至リテハ國ノ異ナルニ從ヒ其種類及ヒ組成ヲ異ニス故ニ或機關ヲ通シテ働ラク國權ノ作用(必スシモ機關ニ限ラス我トシテ國ニテハ天皇ヲモ包含ス)論スレハ統治權ノ作用ハ各國ノ國法ニ就キテ之ヲ決スルノ外無シ吾人ハ先ツ實質的ノ作用ヲ説明シ次ニ我憲法上ノ統治作用ニ及ハント欲ス

國權ノ機能ヲ實質ニ分類スレハ二個ノ大區別ヲ生ス一ハ即チ廣義ノ立法ニシテ一般的即チ抽象的ノ法規ヲ制定スルコトヲ目的トスルモノ他ハ即チ廣義ノ行政ニシテ特定の即チ具象的事件ノ處分ヲ目的トスルモノナリ然レト

モ廣義ノ行政行為中ニモ亦其目的ノ異ナルニ從ウテ二個ノ區別ヲ生ス即チ法規ノ侵害又ハ論争ニ對シ其法規ヲ維持スルノ目的ヲ以テ裁判ノ形式ヲ以テ行動スル作用ハ一種特別ノ領域ヲ有ス是レ即チ司法ナリ斯クテ司法力廣義ノ行政ヨリ分離スルニ及ヒテハ其殘存スル部分ハ所謂狹義ノ行政ヲ成シ茲ニ立法行政及司法ノ三機能ヲ生スルニ至レリ

上ニ述ヘタル三機能ハ通常ノ場合ヲ定メタルモノナリ或特別ノ場合ニ顯ハル、國權ノ作用ハ上者ノ執レニモ屬セサルモノアルヲ見ル其最モ著シキモノハ戰爭ナリ或學者ハ戰爭ヲモ亦行政行為トシテ説明セントシタレトモ(マルテンス國際法第二卷四四八頁以下、四七七頁譯レリ)行政行為ナルモノハ爭ハレサル國權ノ支配即チ抵抗ナシニ働ラケ命令力又ハ國家法規ノ安固ヲ前提トス之レニ反シ所謂戰爭行為ハヨシヤ國際法規ヲ以テ制限シ得ルモノナルニモセヨ國法ノ司配ノ下ニ働ラケモノニハアラス戰爭ハ國家ノ存亡ヲ暗スルノ時ニ起ル國權カ行政スルハ不動ノ力トシテ發動スルナリ未タ戰爭トナラサル手段例ヘハ平時ノ封鎖ノ如キモ亦行政ニアラス何トナレハ行政ハ臣民ニ對スル行為ニシテ外國ニ對スル行為ニアラサレハナリ當ニ外國ニ對スル戰爭ノミナラス内亂ニ對スル兵力上ノ防遏モ亦然リ何トナレハ此場合ニ於テモ亦對外關係ノ場合ト同シク國家ノ存亡ニ關スルモノニシテ只國內ニ於テスト云フ差異アルニ過キサレハナリ(ガ、マイヤー獨逸行政法第一卷一一頁、イェリツク一般國家學五五九頁)

國權作用分離ノ蹟ヲ追索スレハ立法及ヒ司法ハ後ニ至リテ生シタル特別觀念ナリ立法ナクトモ國家ハ成立ス司法ナクトモ國ノ存在ニ妨クル所無シ獨リ行政ニ至テハ然ラス行政ナケレハ國家無シ法律又ハ裁判官無キ專制ノ治ハ考ヘ得ヘシ然レトモ行政ナキ國家ハ亂世ナリ行政ノ觀念ハ極メテ廣シ立法ノ準備モ行政行為ニ屬シ裁判ノ執行モ行政ニ屬ス換言スレハ國權ノ作用ハ其初期ニ於テハ凡テ行政タリシナリ立法ノ如キ司法ノ如キ皆國家ノ發達ニ伴ウテ此中ヨリ分離セシモノナルコトヲ見來ラハ所謂狹義ノ行政ナルモハハ統治作用中ヨリ立法及ヒ司法ヲ除外シタル殘物ナリト説明スルノ外無シ(行政ノ意義ヲ「^{エリツク}減殺法ニ依リテ定メントスルモノハイェリツク前出五六頁、ガ、マイヤー前出第一卷七頁)立法ノ發達ト共ニ從來ノ行政ノ關係ハ變化セリ立法ハ當ニ行政ノ範圍ヲ蠶食セシノミナラス却テ他ノ統治機能ノ上位スルコト、ナリ一般ノ學者モ亦タ國家ニ於テハ法律ノミ最上ノ支配權ヲ有ス換言スレハ國權ノ作用ハ法律ニ準據スヘシ法治國タルヘシト論シ行政及ヒ司法ヲ以テ立法ノ下ニ置クニ至レリ然レトモ此觀念ヲ以テモ、ル、スタイル又ハグナイスト等ノ創造ト

ナスハ早計ナリ彼等カ唱ヘシ法治國ノ觀念ハ既ニギリシヤノ昔ニ於テプラ
トシ及ヒアリストテレーレスノ唱ヘタル所タリシナリ

立法カ最上ノ機能ニシテ形式上何等ノ制限ニ依リ拘束セラレ、コト無キハ事實ナリ然レト
モ多數ノ國家ニ於テハ通常ノ法律ノ上ニ更ニ效力強キ根本法又ハ憲法ナルモノアルカ故ニ
普通ノ立法ハ又此根本法ノ制限内ニ在リ(但シ英國ニ於テハ普通法律ト憲法的法規トノ間ニ
效力ノ差異ナシ)故ニ立法カ最高機能ナリトノ原則ハ極端マテ貫徹シ得可キ分類ニハアラス
且ツ行政機關トテモ緊急ノ場合ニ於テ法律ニ代ル法規ヲ定ムル權能ヲ附與セラレタル國ニ
於テハ行政ノ働ラキハ常ニ立法ノ下ニ在リトハ謂フ能ハサルヘシ緊急命令權ヲ以テ立法行
爲ナリト解スルニアラスンハ爰ニ於テカ右ニ掲ケル三權關係ノ原則ハ機關ノ權限即チ形式
作用ヲ離レテハ頗ブル維持ノ困難ナルヲ見ルニ至ル

實質上ノ區別ニ從ウテ統治作用ノ行施ヲ司トル當該機關ヲ設ケ統治機能ノ
實質ト形式トヲシテ全然一致セシメントスルハ到底不能ノ事ニ屬ス如何ナ
ル國家ニ於テモ此理論ヲ實際ニ貫徹セシコトナシ例ヘハ抽象的法規ヲ定ム
ヘキ立法機關モ時ニ實質上一事件ノ處分ニ過キサル行爲ヲナスコトアリ行
政機關ニシテ實質上立法行爲タル法規ヲ制定スルコトアリ裁判所ニモ亦或
種ノ行政事務アリ行政官廳ニシテ裁判ノ權限ヲ委任セラレ、コトアリ是ニ

實的ト形式トナ
致セシメントスル
ハ不能ナリ

於テカ立法司法行政ノ實質的觀念ノ外ニ形式上ノ觀念ヲ生スルニ至ル國家
機能ノ形式的觀念ハ其行動ノ内容如何ヲ顧ミスシテ單ニ其表現スル形式特
ニ之ヲ執行スル機關ノ種類ニ依リテ定ムルカ故ニ形式上ノ立法トハ法律ト
稱スル名稱ヲ有シ法律ノ形式ヲ具ヘテ成立シタル統治主體ノ命令ヲ指シ行
政行爲トハ行政官廳カ司トル凡テノ國家行爲ヲ謂ヒ司法行爲トハ裁判所ノ
凡テノ行爲ヲ謂フ然レトモ機關ノ組織ハ前ニモ述ヘタル如ク國ニ依リテ異
ナルカ故ニ形式ニ依リテ統治ノ作用ヲ區別セントセハ各國ノ憲法ニ從ヒテ
特別ノ解釋ヲ下ス外無シ吾人ハ我憲法カ一面ニハ或程度迄國權ノ作用ヲ實
質的ニ區別セルニモ拘ラス又一方ニ其發動ヲ司トル特別形式ヲ定メタルヲ
研究シ以下我國ニ特別ナル統治作用ヲ説明セント欲ス立法司法憲法上ノ大
權及ヒ行政是レナリ

立法トハ法律ヲ制定スル行爲ナリ司法トハ裁判ノ形式ヲ以テ^{レヒツカツ}法事ヲ審判ス
ル裁判所ノ行爲ナリ換言スレハ憲法上裁判所ヲシテ行ハシムヘキコトヲ要
件トスル司法事件ナリ憲法上ノ大權トハ獨立意思ノ參與ヲ要セスシテ天皇

天皇ノ大權中ニモ亦々行政行為アリ

カ親裁シ得ヘキ事項ナリ即チ憲法第一章ニ天皇ハ云々ト掲ケタル事項中ヨリ立法行為ヲ除外セルモノナリ行政ノ何タルヤニ至リテハ極メテ困難ナル問題ニ屬ス或論者ハ行政トハ國家カ官府ヲ通シテ個人ニ對シテ働ラキ懸クル權カノ行動ナリ官府ニ依リテ行フカ故ニ行政ナリ官府ナケレハ行政ナシ故ニ天皇ノ親ヲ行ハセラルハ行為ニテモ官府ヲシテ行ハシムル時ハ行政トナルヘシ(聽政義行)ト説明シ天皇ノ憲法上ノ大權行為ハ行政ニアラスト論スルモ此解釋ハ明カニ現行ノ法文ニ牴觸ス樞密院官制第八條ニハ樞密院ハ行政及ヒ立法ノ事ニ關シ天皇ノ至高ノ顧問タリ云々ト規定シ又公文式第三條ハ法律及ヒ一般ノ行政ニ係ル勅令ハ云々ト規定ス此等ノ法文ヲ參酌スレハ天皇ノ憲法上ノ大權中ニモ亦々明カニ行政行為アルコトヲ認ム故ニ憲法上ノ大權ノ發動ハ行政ニアラスト説明スルハ非ナリ然レトモ又一方ニ於テ立法司法ト相對シ天皇ノ憲法上ノ大權ノミヲ以テ行政ト解スルハ大ナル誤ナリ憲法上ノ大權中ニハ行政ニ屬スルモノアレトモ亦々行政ニ屬セサルモノアリ故ニ憲法上ノ大權ハ唯其一部分ノミ行政ノ性質ヲ有ス而シテ行政ハ

我憲法上行政ノ觀念ハ單純ナル形式ニ依リテ定ムルコトヲ得ス

廣ク各種官府及ヒ自治團體ヲシテ之ヲ行使セシムルカ故ニ此等機關ノ行為ハ又行政行為ナリ茲ニ於テカ行政ノ觀念ハ單純ナル形式論ニ依ルコトヲ得スシテ性質上ノ研究ヲ必要トスルニ至ルヘシ吾人ハ茲ニ行政カ立法ニモアラソ司法ニモアラサル統治作用ノ中ニ在ルコトヲ説明シテ以テ其範圍ヲ消極的ニ定メタリ其範圍ニ關スル詳説ハ後ニ行政ノ章ニ於テ之ヲ述ヘン

立法ハ法律ヲ定ムル統治作用ナルカ故ニ法律ニアラサル國法ヲ定ムルノ働ハ立法ニアラス然レトモ天皇ノ發スル命令モ亦統治主體ノ意思表示ニシテ法律ト同シク國法ノ一部分ヲナスノミナラス緊急勅令ノ如キニ至リテハ全ク法律ト同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ説明ノ便宜上緊急勅令其他ノ命令ハ之ヲ立法ノ章下ニ論セントス只固有ノ意義ニ於テ立法ト稱スルハ法律ヲ制定スル行為ニ限ルコトヲ注意セラルレハ足レリ司法ノ何タルカハ前ニ統治ノ機關ノ條ニ説明ヲ加ヘタルヲ以テ本部ニ於テ詳論スルノ必要ナキヲ信ス只立法司法及ヒ憲法上ノ大權相互ノ關係ニ付テハ其必要ニ應シテ多少説明スル所アルヘシ

第二章 立法

第一節 立法ノ意義

天皇ハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ立法權ヲ行フ(憲法第五條)凡テ法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルヲ要ス(憲法第三條)立法トハ法律ト稱スル國法ヲ制定スル國權ノ作用ナリ、實質的ノ意義ニ於テハ法律トハ一般抽象的ノ法規ヲ定ムル命令ニシテ拘束力ヲ有スルモノヲ謂フ此意義ニ於ケル法律ニ對スルモノヲ處分トナス處分トハ各箇具體的事件ヲ定ムルコトヲ目的トスルモノナリ然レトモ前ニモ述ヘシカ如ク我憲法ハ此實質主義ヲ貫徹セスシテ法律ノ意義ヲ其形式ニ求メ帝國議會ノ協贊ニ依リ天皇カ裁可シテ法律ハ名稱ノ下ニ公布スルモノナラハ假令一事件ハ處分ニ關スルモノナリトモ猶ホ立法行為ト看做スヘキカ故ニ實質主義ニ依テ法律ノ意義又ハ立法ノ何タルカヲ定ムル能サルナリ

假リニ法律カ一般抽象的ノ法規ヲ定ムヘキモノナリトセヨ社會ノ事情ハ時ニ此一般規定ニ反シテ特別ノ例外ヲ設クル必要ヲ生スヘシ此場合ニ於テ法律カ豫メ特別ノ處分ヲナスコト

ナ許シタル場合ハ格別ナレトモ然ラサル場合ニハ此特定ノ處分ハ又法律ヲ以テスルノ外無カルヘシ何トナレハ法律ノ一般規定ニ反スル例外處分ハ法律ノ變更ニシテ法律ヨリ效力弱キ命令ニテハ之ヲ行フ能ハサルヲ以テナリ故ニ最初ノ法律ハ實質論者ノ說ノ如ク一般的方法規タルコトヲ得トスルモ此原則ハ其以後ニ於テハ到底維持スル能ハサルヲ見ルナリ故ニ實質上法律ノ意味ヲ定ムルハ不能ノコトニ屬スマイヤ一ノ如キモ亦一般ノ法規ニ對スル例外ヲ設クル場合ニハ具象的法律關係ニ付テモ亦立法機關ノ協力ヲ得テ之ヲ規定セサルヘカラス而シテ一般ノ法規ヲ發スルノ權限アル立法權が具象的法律關係ヲ定ムルコトヲ得ルハ廣キ觀念カ狭キモノヲ包含スル當然ノ結果ナリト云ヘリ(ゲイ、マイヤー一五五號)獨逸ノ學者ハ法律ノ實質及ヒ形式ノ區別ニ付キテ熱心ニ研究ス其ノ理由ハ蓋シ法律ナル文字カ歴史的ノ意味ニテ云ヘハ一般抽象的ノ法規ヲ定ムルモノナリト觀念セルト又一方ニハ憲法ニ豫算ヲ法律ナリト規定シタルカ爲メニ豫算カ實質上法律ニアラサルコトヲ説明セントノ趣意ニ基クカ如シ我國ニ於テハカ、ル用語ノ沿革モナク又豫算ヲ法律ナリトスル條文モナキカ故ニ法律ノ實質ト形式トヲ區別スル必要ナシ只々獨逸學者ノ論點ヲ心得置クニ止メナハ足レ

軍實的ノ法律ハ其法規(Rechtsatz)ヲ定ムル點ニアリ此點ニ於テハ學說多ク一致スルカ如シ(シユルツエー普國々法第二卷一頁、ラーバンド、プロイセン憲法ノ規定ニ依ル豫算論二頁以下、ゲイ、マイヤー「グリユーンフート」雜誌一八八一年第八卷一五頁)然レトモ此法規ノ何タルカハ學者間ニ異論アル所ナリラーバンドノ豫算論ニハ「法律關係ヲ規定シ又ハ裁決スルモノ即チ

列記シ此事項ニ關シテハ法律ヲ以テ規定スヘキコトヲ定ム故ニ所謂立法事項ニ付テハ法律ヲ以テスルノ外勅令ノ干與ヲ許サザルモノナリ固ヨリ此範圍ニ於テモ委任命令ヲ許シ勅令ヲ以テ之レカ規定ヲ設ケ得サルニハアラスト雖モ此場合ニモ勅令ハ其委任ヲ與フル法律ニ違反スル能ハサルカ故ニ結局立法事項ニ付テハ法律ハ常ニ勅令ノ上ニ在リト謂ハサルヘカラス此點ニ付テハ何人モ異議ナキ所ナリ次ニ憲法第九條ニ於テ天皇ハ法律ヲ執行スル爲メ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及幸福ヲ増進スル爲メニ必要ナル命令ヲ發シ又ハ發セシムト規定ス是レ學者ノ所謂法令共同ノ範圍ニシテ法律ヲ以テモ又ハ勅令其他ノ命令ヲ以テモ規定シ得ヘキ事項ナリ然レトモ此法令共同ノ範圍ニ付テハ憲法ハ明カニ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス下規定スルカ故ニ法律ノ效力ハ又タ勅令ノ上ニ在リ從テ法令共同ノ範圍ニ付テハ勅令ハ法律ヲ執行シ又ハ之レヲ補充スル爲メニ法律カ未タ先占セサル空位ニ付キテノミ獨立ノ規定ヲ設クルコトヲ得ヘシト雖トモ既ニ法律ノ先占セル事項ニ付テハ法律ヲ變更スルカナシ只僅カニ法律ノ委任ニ依リテノミ

其細則ヲ定メ得ルニ過キス從テ憲法第九條ノ法令共同ノ範圍ニ於テモ亦勅令ノ效力ハ法律ノ下ニ在リ茲ニ於テカ殘ル所ハ所謂天皇ノ憲法上ノ大權事項ノミトナルヘシ憲法ハ一定ノ事項ヲ列舉シ此事項ニ關シテハ天皇ハ他ノ獨立意思ノ參與ヲ必要トセスシテ親裁シ得ヘキコトヲ定ム所謂憲法上ノ大權事項是レナリ此事項ニ付キ法律ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ許スヤ否ヤ又許ストスレハ法律ハ勅令ニ勝ルノ力アリヤ否ヤハ學者ノ熱心ニ論争スル所ナリ此點ニ付テハ大略二説アルカ如シ

- 一 憲法上ノ大權事項ハ天皇ノ親裁ヲ要スル政務ノ範圍ナリ從テ立法事項トハ全ク別個ノ句域ヲ有ス立法事項カ法律ヲ以テ規定スルコトヲ要スルカ如ク大權事項ハ大權命令ヲ以テスルコトヲ要ス法律ハ大權事項ヲ規定スル事ヲ得ス大權命令ハ法律ノ爲メニ變更セラル、コトナシ又法律ヲ變更スルコトヲ得ス二者相對峙シテ侵スコト無キヲ法トス是レ大權命令ノ特質ナリ(憲法博士 憲法講義)
- 二 憲法上ノ大權ハ天皇ノ親裁シ得可キ政務ナリ然レトモ天皇其大權ヲ

行使スルニハ一定ノ形式ヲ必要トセス而シテ法律モ亦タ主權者タル天皇ノ命令ナリ故ニ天皇カ勅令ノ代リニ法律ヲ以テ大權ヲ行フコトモ亦憲法ニ違反スルモノニアラス而シテ法律カ勅令ニ勝ル効力アルコトハ其内容カ如何ナル事項ニ關スルヤハ問フ所ニアラサルヲ以テ假令憲法上ノ大權事項ナリトモ一旦法律ヲ以テ規定セル以上ハ其法律ハ有效ニシテ勅令ヲ以テ之ヲ變更スル能ハサルモノナリ

吾人ハ此兩說ノ孰レニモ贊同スル能ハス吾人モ亦法律ノ効力ハ如何ナル事項ヲ規定スルニモ拘ラス勅令ハ上ニ在リト解スルハ點ニ於テハ第二ノ論者ト説ク同シクスルモノナリ然レトモ吾人ハ又一方ニ於テ憲法上ノ大權事項ハ凡テ法律ヲ以テモ之ヲ規定スルコトヲ得ヘシト論スル者ニハアラス其然ラサル所以ノモノハ法律カ大權命令ニ優ルカナキカ爲メニハアラシテ憲法カ法律以上ノ効力ヲ有スルカ爲メナリ換言スレハ法律カ憲法ニ違反スル能ハサルヨリ生スル結果ナリ余ハ今其所ニアラスト雖モ爰ニ憲法上ノ大權ノ性質ヲ論セント欲ス

憲法上ノ大權ト立
法トノ關係

憲法上ノ大權ハ天皇ノ親裁シ得ヘキモノタルコトヲ憲法上ノ要件トス天皇ノ親裁ヲ要スト謂フコトハ天皇カ親裁シ得ヘキモノナルコトヲ要件トスト謂フコトハ相似タル言語ニシテ又大ナル區別アリ天皇ノ親裁ヲ要スト論スル以上ハ其論理ノ結果ハ必ス勅令ヲ以テ定ムヘシト云フ斷案ヲ生ス從テ法律ヲ以テハ大權事項ヲ規定スル能ハサルナリ然レトモ吾人ノ如ク憲法上ノ大權ハ天皇ノ親裁シ得ルコトヲ憲法上ノ要件トスルモノナリト論スル時ハ此要件ヲ害セサル範圍内ニ於テハ亦タ法律ヲ以テ規定スルコトヲ得ヘク既ニ法律ヲ以テ規定スレハ之レカ變更廢止ハ又法律ヲ以テスルコトヲ要件ト解スヘシ而シテ憲法上ノ大權ニ就キテ之ヲ觀察スレハ其大部分ハ一般的抽象規定ヲ定ムルニアラスシテ個々ノ事件ヲ處理スルモノ即チ所謂處分行爲ナリ而シテ處分ハ單一事件ニ付テノミ其効力ヲ生シ終リ他日發生スル同一種類ノ事件ヲ拘束スルカナキコト、法律カ一般的抽象規定ニ限ラスシテ一事件ノ處分ヲモ爲シ得ヘキモノタリトノ二點ヲ綜合シテ考察スレハ天皇カ法律ノ形式ヲ以テ其憲法上ノ大權ヲ行使スルハ強チ違憲ノ事ニアラス

法律ヲ以テ大權ヲ行使スルコトニアラス

ト信ス今事例ヲ舉ケテ説明スレハ左ノ如シ
 憲法第一章ノ規定ヲ順次追索スレハ第一ニ吾人ノ目ニ入ルハ法律ノ裁可ナ
 リ然レトモ裁可ハ立法行爲中ノ小部分ナル天皇親裁ノ事務ナル故ニ議會ノ
 協賛天皇ノ裁可ノ兩者ヲ合セテ初メテ成立スル法律ヲ以テ裁可行爲ヲナス
 ト謂フハ意味ヲナサス第二ニ帝國議會ノ召集開會閉會停會衆議院ノ解散カ
 法律ヲ以テナシ得ヘカラサル事項ナルコトモ其性質ヨリ生スル必然ノ結果
 ナルヘシ第三ニ緊急勅令ニ至リテハ法律ニ代ルノ效力アルモノナルカ故ニ
 法律ヲ以テスル必要ナク又立法ノ手續ニ依ルコトヲ得サル場合ノ規定ナル
 カ故ニ是レ亦法律ヲ以テ規定シ得ヘカラス第四ニ所謂法令共同事項ニ至リ
 テモ亦問題トナラス第五ニ所謂官制大權文武官ノ俸給權任免權ニ付テモ憲
 法ハ法律ニ特例ヲ掲ケタルモノハ各其項ニ依ルコトヲ規定スルカ故ニ問題
 外ナリ是ニ於テカ殘ル所ハ陸海軍統帥權軍ノ編成及常備兵額ヲ定ムルノ權
 宣戰媾和權及條約締結權戒嚴宣告權榮典授與權及恩赦權ナリ固ヨリ此等ノ
 事項モ亦タ悉ク立法ノ目的トナリ得ルモノニアラス其理由ハ以下ニ述フル

カ如シ

所謂兵馬ノ大權ハ天皇ニ屬ス天子ハ即チ大元帥タリ故ニ兵馬ノ大權ヲ天皇
 ノ手ヨリ奪ヒテ或他ノ人格ニ歸セシムルハ憲法違反ニシテ法律ノナシ得ヘ
 キ所ニアラス然レトモ其統帥ノ方法ニ付テハ憲法ハ明カニ之レカ規定ヲ設
 ケサルカ故ニ天皇ノ統帥權ヲ害セサル範圍ニ於テ之レカ細則ヲ設クルコト
 ヲ得ヘク此場合ニハ其法律ハ有效ニシテ之レニ反スル勅令ハ其效力ナシ何
 トナレハ憲法ニ違反セサル法律ニ對シテハ命令ノ效力ハ其下ニ在ルヲ以テ
 ナリ軍ノ編制及常備兵額ニ付テハ法律ハ之レカ規定ヲ設クル能ハス何トナ
 レハ既ニ法律ヲ以テ規定シタル軍ノ編制及常備兵額ハ將來ニ效力ヲ繼續ス
 ルカ故ニ之レカ改正ハ議會ノ協賛ヲ要スヘク從テ天皇ヲシテ議會ノ意思ヨ
 リ離レテ此等ノ權利ヲ行使シ得ヘカラサル地位ニ在ラシムルモノニシテ明
 カニ憲法ニ違反スレハナリ宣戰媾和及ヒ條約締結ニ付テハ多少區別ノ必要
 アルヘシ宣戰ノ如キハ臣民ニ向テ發スル場合アルカ故ニ仍ホ法律ヲ以テス
 ルコトヲ得ヘシ然レトモ媾和ハ交戰主體間ノ合意ニシテ國法ニアラス法律

ハ國法ナルカ故ニ一國統治權ノ下ニ在ル者ニ對シテハ之ヲ發スルコトヲ得
 レトモ自國ノ統治權ニ服セサル交戰主體又ハ外國ニ對スル關係ヲ規定シ得
 ヘキモノニアラス戒嚴ノ宣告モ亦憲法ノ明文上天皇ニ屬スヘシ何トナレハ
 憲法第十四條ハ同一條文中ニ戒嚴ノ要件及效力ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムト規
 定スルカ故ニ少ナクトモ法律ヲ以テハ戒嚴ノ宣告ヲナサシメサルノ趣意ナ
 リ但シ法律ヲ以テ宣告ヲナサスト云フコト、避クヘカラサル緊急ノ要ニ應
 シテ或機關例ヘハ軍ノ司令官ヲシテ宣告ヲナサシムルコトヲ得ルコト、ハ
 別物ナリ榮典ノ授與ノ如キハ一事件ノ處分ニシテ又其事件ニ限リテ效力ヲ
 有ス故ニ天皇カ法律ヲ以テ甲某ニ榮典ヲ授與シタレハトテ其後ニ至リシ乙
 丙等ニ榮典ヲ授與スルノ自由ヲ妨害セラル、事無シ故ニ法律ヲ以テ之ヲ授
 與スルコトヲ得ヘク又其條件ヲ定メ得ヘシ但シ天皇カ榮典ヲ授與スル能ハ
 サル如キ結果ヲ生スル規定ヲ設クル能ハス恩赦ニ付テモ亦然リ
 恩赦ニ關スル刑法改正法案ノ規定ハ一時學者ノ間ニ物議ヲ醸セリ然レトモ
 余ハ其違憲ニアラサルコトヲ信ス改正法案ハ或種ノ犯罪ニ對シ刑ノ宣告ヲ

爲シタル後一定ノ期間其刑ノ執行ヲ猶豫シテ犯人ノ行狀ヲ觀察シ其期間ニ
 再犯ナキ時ハ前ニ宣告セル刑ヲ免除スルコトヲ定ム之レ天皇カ法律ヲ以テ
 恩赦權ヲ官廳ニ委任シタルモノナリ然レトモ刑法ハ裁判官カ委任ニ基ク恩
 赦權ヲ行フ場合アル事ヲ規定スレトモ之レハ爲メニ天皇ニ恩赦權ナキコト
 ヲ定ムルニアラス天皇ハ裁判所ノ處分以外ニ於テ猶ホ自由ニ其恩赦權ヲ行
 使スルコトヲ得ヘシ故ニ刑法ハ憲法第十六條ニ違反スルモノニアラス其違
 反ナルハ天皇ハ裁判所ニ依ルノ外恩赦權ヲ行フ能ハスト規定スルノ時ニ在
 リ若シ然ラスシテ單ニ恩赦權行使ノ形式ヲ定ムルニ過キサルカ又ハ單ニ天
 皇カ有スル恩赦權ノ一部ヲ他ノ機關ニ委任スルニ過キサル以上ハ此等ノ委
 任ヲ與ヘ又ハ條件ヲ定ムル法律ハ決シテ憲法違反ニアラスト信ス之レヲ要
 スルニ憲法カ定メタル天皇ノ親裁シ得ル事ヲ要ステフ趣意ヲ蹂躪セサル限
 リハ憲法上大權ニ關スル事項トテモ天皇ハ猶ホ法律ヲ以テ之ヲ規定スル
 コトヲ得可ク又一度法律ヲ以テ規定シタル事項ニ付テ將來變更ノ必要アラ
 ハ又法律ヲ以テ之ヲ改正スヘシ故ニ憲法上大權ニ付テハ法律ヲ以テ規定

シ得ルヤ否ヤハ問題トナルモ既ニ法律ヲ以テ規定スルコトヲ得ル以上又規定シタル以上ハ法律ノ力ハ命令ノ上ニアリ之レ余カ主要ノ點ニ於テ寧ロ前ニ掲ケタル第二説ヲ採用スル所以ナリ

論者或ハ曰ク「憲法ニハ單ニ天皇ハ云々ト云フノミニシテ其方法ヲ定メス而シテ法律ヲ以テスルモ亦天皇ノ行爲タルヲ失ハサルカ故ニ天皇ハ法律ヲ以テ其大權ヲ行使スルコトヲ得可シ此場合ニ於テ已ニ發布セラレタル法律ハ命令ニテ變更スル事ヲ許サルカ故ニ爾後天皇ハ又法律ニ依ルノ外其大權ヲ行フ能ハサルモノナリ」ト此説ハ吾人ノ説ト似テ非ナルモノナリ天皇ハ統治權ヲ總攬ス故ニ如何ナル形式ヲ以テ之ヲ行使スレハトテ其行爲ハ又法理上天皇ノ行爲ナリ若シ此ノ如キ意味ニテ天皇ノ大權ヲ解釋スレハ憲法ハ特ニ天皇ハ云々ト云フ事項ヲ列記スル必要ナシ蓋シ統治權ノ作用ハ万能ニテ積極的ニ之レカ列舉ヲナス能ハサルヲ以テ若シ論者ノ説ノ如クシハ統治權ノ行使中帝國議會ノ協賛ヲ經ヘキモノ若クハ法律ヲ以テスヘキモノヲ列舉スレハ足ル然ルニ憲法カ此方法ニ出テスシテ特ニ一定ノ事項ヲ掲ケ天皇ハ云々ト規定スル以上ハ其本來ノ趣旨ハ天皇カ親裁シ得ヘキモノタルコトヲ要スルモノトスルニアリ故ニ法律ヲ以テスルハ自由ナレトモ其後ニ於テ法律ニ依ルニアラサレハ之レヲ行フコトヲ得サルカ如キ法律ヲ定ムルハ明カニ憲法ニ抵觸ス蓋シ法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルヲ要シ而シテ議會ノ議決ハ天皇ノ意思ニ拘束セラレサルカ故ニ一度法律ニテ絶對ニ天皇カ親裁スル餘地ナキカ如キ規定ヲ設ケタラハ其後ニ於テハ天皇ハ全ク大權ノ親裁能力ヲ亡失スヘケレハナリ之レ余カ大權ハ親裁シ得ルコトヲ要スルモノニシテ此要件

ヲ奪フカ如キ法律ハ違憲ナリト謂フ所以ナリ

第二節 法律ノ制定公布及執行

法律案ノ提出

立法ノ手續ハ法律案ノ提出ニ始マリ議會ノ協賛ヲ經タル後裁可ニ依リテ成立ス法律案ヲ提出スルノ權ハ政府及兩議院ノミ之ヲ有シ他ノ統治機關ニハ此權利無シ政府ノ提出スル法案ハ之レヲ各議院ニ提出スルモノニシテ議院ノ提出スルモノハ各院カ其院ニ於テ法律案トシテ議決シタルモノヲ他ノ院ニ送付スルモノナリ各院ノ議員カ其院ニ提議スルモノハ法律案提出ニハアラシテ法律案トシテ一院ノ議決アラントヲ發議スルニ過キササルモノナリ何トナレハ法律案提出權ハ各議院其モノニ屬シテ議員其人ニ屬セサレハナリ

疑問

法律案ノ提出ニ付キ起リ得ヘキ疑問ノ重ナルモノハ左ノ如シ

一、政府ハ同一ノ法律案ヲ同時ニ兩院ニ提出スルコトヲ得ルヤ否ヤ、此點ニ關シテハ余ハ之ヲ否認スルモノナリ議院法第五十三條ニモ豫算ヲ除クノ外政府ノ議案ヲ付スルハ兩議院ノ内何レヲ先ニスルモ便宜ニ依ルト規定シ以テ間接ニ同一ノ法律案ヲ同時ニ兩院ニ提

出スル能ハサルコトヲ定ム同第五十四條以下モ亦同趣意ニ基ク規定ナリ若シ兩院同時ニ同一法律案ヲ議スル時ハ各院ノ修正可否ハ互ニ相牴觸シテ議案ノ決定上非常ノ困難ヲ生スルニ至ルヘシ

二、政府カ提出シタル議案ニ對シ甲院カ修正ヲ加ヘタル時ハ乙院ハ甲院ノ修正案ヲ議スヘキカ又ハ政府案ヲ議スヘキカ 議院法第五十四條ハ「甲議院ニ於テ政府ノ議案ヲ可決シ又ハ修正シテ議決シタル時ハ乙議院ニ之レヲ移スヘシ乙議院ニ於テ甲議院ノ議決ニ同意シ又ハ否決シタル時ハ之レヲ奏上スルト同時ニ甲議院ニ通知スヘシ」ト云ヒ同第五十五條ハ「乙議院ニ於テ甲議院ヨリ移シタル議案ニ對シ之ヲ修正シタル時ハ云々」ト云フ此等ノ條文ヲ綜合シテ解スレハ乙院カ議スルハ甲議院ノナシタル修正案ナリト謂ハサルヘカラス元來各議院ハ法案提出權ヲ有スルカ故ニ甲院カ修正シタル議案ハ甲院ノ提出案ト見ルコトヲ得サルニアラス政府ノ議案ヲ同時ニ兩院ニ提出セサル精神ヨリ見レハ寧ロ修正案ニ付キテ討議スルモノト解スルヲ可トス但シ修正ト謂フ以上ハ原案ニ對スル語ナルカ故ニ修正案ナレハトテ原案ノ文字ハ猶ホ抹殺セラレス從テ乙議院カ甲議院ノ修正案ヲ議スレハトテ原案ノ文字モ亦對照セラレ得サルニアラス何トナレハ修正ノ權ハ各院獨立ニ之ヲ有スレハナリ結局乙院ハ甲院ノ修正案ト對照シテ議決スルノ結果ヲ生スルナリ

三、法律案ヲ修正撤回スルノ權ハ政府ノミ之ヲ有スルカ又ハ兩議院モ亦之ヲ有スルモノナリヤ、議院ノ議決ハ國法上一定ノ效果ヲ生ス既ニ一院ノ確定セル意思ヲ發表セシ以上ハ之レカ撤回ハ許スヘキモノニアラス議院法第三十條ニハ「政府ハ何時ナリトモ既ニ提出シ

タル議案ヲ修正シ又ハ撤回スルコトヲ得」ト規定スルモノ一言モ議院ノ修正撤回權ニ及ハス之レ議院ニ此權ヲ認メサルカ爲メナリ議院ハ政府又ハ他院ノ提出議案ヲ修正スル權アレトモ自カラ議決シテ他院ニ移シタル議案ヲ修正撤回スル能ハサルナリ

四、兩議院ノ一ニ於テ否決シタル法律案ハ同會期中ニ於テ再ヒ提出スルコトヲ得ス(憲法第三十九條各議員ノ發案ハ法律案ニアラサルカ故ニ第三十九條ノ適用ヲ受ケス)

法律案ノ協賛トハ帝國議會カ法律案ノ内容ヲ是認スルノ行爲ナリ(本論第三章第四節第一項)各議院ニ於テ法律案ヲ議スルハ三讀會ヲ經ルヲ要ス但政府ノ

要求若クハ議員十人以上ノ要求ニ由リ議院ニ於テ出席議員三分ノ二以上ノ多數ヲ以テ可決シタル時ハ三讀會ノ順序ヲ省略スルコトヲ得第一讀會ハ議案ヲ各議員ニ配付シタル後少ナクトモ二日ヲ經テ之ヲ開クヘシ但シ緊急ノ事件ニ付テハ此限ニ在ラス(貴族院規則第六十六條)第一讀會ニ於テ議案ヲ朗讀シタル後國務大臣政府委員又ハ發議者ハ趣旨ヲ辨明スルコトヲ得ヘシ但シ議長ハ便宜朗讀ヲ省略セシムルコトヲ得第一讀會ヲ經タル政府提出議案又ハ他院提出議案ハ之レヲ委員ニ付託ス議院ハ委員ノ報告ヲ待チ大體ニ付キ第二讀會ヲ開クヘキヤ否ヤヲ決スヘシ第二讀會ヲ開クヘカラスト決シタ

ル時ハ議案ヲ廢棄シタルモノトス第二讀會ハ第一讀會ヲ終リタル後少ナク
 トモ二日ヲ經テ之ヲ開クヘシ但シ議長ハ議院ニ諮ヒ時日ヲ短縮シ又ハ第一
 讀會ト同日ニ之ヲ開クコトヲ得第二讀會ニ於テハ議案ヲ逐條朗讀シテ之ヲ
 議決スヘシ但シ議長ハ便宜朗讀ヲ省略セシムルコトヲ得第二讀會ニ於テハ
 議案ニ對シ修正ノ動議ヲ提出スルコトヲ得第二讀會ヲ終リタル時ハ第三讀
 會ニ移ル其期日等ノ關係ハ第一讀會ト第二讀會トノ其レト同シ第三讀會ニ
 於テハ議案全體ノ可否ヲ議決スヘク文字ヲ更正スルノ外修正ノ動議ヲ爲ス
 コトヲ得ス但シ議案中互ニ牴觸スル事項又ハ現行法律ト牴觸スル事項アル
 コトヲ發見シタル時必要ノ修正ヲ動議スルハ此ノ限ニアラス(貴族院規則第
 八十七條衆議院規則第九十九條)再論セス(第三部第二章第五節第五項參照)凡テ議案ハ最後ニ議決シタル議院ノ議長ヨリ國務
 大臣ヲ經由シテ之ヲ奏上スヘシ兩議院ノ議決ヲ經テ奏上シタル議案ニシテ
 裁可セラル、モノハ次ノ會期迄ニ公布セラルヘシ故ニ此期間内ニ公布ナキ
 モノハ不裁可ノモノト看做サ、ルヘカラス

議決シタル議案ノ
 奏上

裁可

裁可ハ自由ニ取消
 スコトヲ得サルヤ
 否ヤ

裁可ハ之ヲ取消ス
 コトヲ得ヘク又其
 取消ヲ取消スコト
 ヲ得ヘシ

裁可トハ其意義ヨリ謂ヘハ議案ノ嘉納ナリ其效力ヨリ謂ヘハ立法ヲ完成ス
 ル最終ノ手續ナリ法律ハ裁可ニ依リテ成立ス裁可ノ形式ハ一定ノ法律案ヲ
 裁可スル旨ヲ宣言シ天皇ノ御名ヲ署シ御璽ヲ鈐シテ之ヲ行フ
 既ニ裁可ヲ經テ未タ公布セサル法律ヲ變更スルハ立法ノ手續ニ依ルヘキカ
 又ハ天皇ノ裁可ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘキヤ否ヤ一般學者ノ說
 明スル所ニ依レハ法律ハ裁可ニ依リテ成立スルカ故ニ天皇ハ任意ニ之ヲ取
 消スコトヲ得スト論ス一應理由アルカ如クシテ誤レリ裁可ヲ取消スコトヲ
 得スト論スル者ハ裁可ハ唯一度ニシテ又最終ノ決定力アルモノナリト解ス
 ルカ故ニ之ヲ取消スヘカラスト説明セサルヲ得サルニ至リシナリ吾人ノ說
 明ハ稍異ナレリ余ハ裁可ナルモノハ法律案カ天皇ノ前ニ奏上セラレタル時
 ヲリ其公布ノ時迄ハ間ニ於テ終局的ニ確定セル天皇ノ意思ナリト信ス裁可
 ハ公布ノ時迄ニ取消サレ得ルコトヲ條件トシテ裁可附與ノ時ヨリ其ハ效力
 ヲ生スルモノナリ憲法第六條ハ天皇ノ法律公布權ヲ認ム公布トハ有效ナル
 法律ヲ實施スル要件トシテ其成立ヲ一般ニ宣明スルモノナリ法律ハ實施ス

ル爲メニ制定セラル實施ノ目的無キ法律無シ若シ法律カ裁可ニ依リテ確定シ裁可ハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノト假定セヨ法律ハ何故ニ其公布ヲ天皇ノ意思ニ一任スルヤ法律ハ有效ニ成立シ之レカ公布ハ天皇ノ自由意思ニ放任セラルト解スレハ有效ニ成立セル法律カ實施セラレサルノ結果ヲ生シ不道理極マル斷案ヲ生スヘシ或學者ハ此疑問ヲ避ケンカ爲メニ裁可トハ法律案ヲ天皇ノ意思トスル天皇ノ行爲ナリ即チ内部ノ關係ニシテ未タ國法上ノ效力ナキモノナリト論シ又ハ法律ノ成立ヲ公布ニ繫ケテ法律ハ國家ノ意思表示ナルカ故ニ公布ニ依リテ初メテ法律ハ成立スト論ス其議論ノ正否ハ別問題トシテ余ハカ、ル説明ノ必要ナシト信ス法律ノ公布ハ天皇ノ權内ニ在リ其天皇ノ自由權内ニ在ル所以ノモノハ公布迄ナラハ何時ニテモ裁可ヲ取消シ最後ノ意思ヲ決定スルコトヲ得ルカ故ニ其最終ノ意思ノ決定スル迄ハ公布ヲ延期スルコトヲ得レハナリ天皇ハ一度裁可シタル法律案ニテモ之レカ裁可ヲ取消サント欲スレハ公布ヲ延期シテ取消スコトヲ得否ナ公布セサレハ裁可無シ何トナレハ一度最終的ニ決定セラレタル裁可ナラハ法律ヲ

確定スルカ故ニ必ス之ヲ公布スル義務ヲ生ス而シテ天皇カ其公布ヲナサ、ルハ此義務ナキモノ換言スレハ法律ハ成立シ居ラサルモノ即チ前ノ裁可ヲ取消シタルカ又ハ最終ノ裁可ヲ與ヘサリシニ因ル議院法第三十二條ニ兩議院ノ議決ヲ經テ奏上シタル議案ニシテ裁可セラルハモノハ次ノ會期迄ニ公布セラルヘシト規定シ裁可附與ノ最長期間ヲ公布ノ時ニ迄及ホシタル趣意モ亦全ク如上ノ理由ニ外ナラス是レ余カ裁可ハ公布ノ時迄ニ取消サレ得ルコトヲ條件トシテ裁可附與ノ時ヨリ其效力ヲ生スト謂フ所以ナリ有效ニ成立セル法律ハ之ヲ公布ス其形式ハ裁可ノ後内閣總理大臣年月日ヲ記入シ主任大臣ト俱ニ之ニ副署シ(各省專任ノ事務ニ屬スルモノハ主任大臣年月日ヲ記入シ之ニ副署ス)官報ヲ以テ之ヲ公布ス公布ハ法律ヲ外部ニ發布シ臣民及ヒ國家ノ官廳ヲシテ法律ノ成立ヲ知ラシムルモノナリ或ハ曰ク公布ハ公告ニアラス臣民ヲシテ法律ニ遵由セシムル效力ヲ生セシムルモノナリト此說ハ多數學者ノ說ク所ナレトモ余ハ之ヲ非トス法律ノ公布ハ其成立ヲ公ニ知ラシムルナリ法ハ之レニ由ラシムヘシ知ラシムヘカラスト云フ古

代ノ思想ハ今日ニ採用セサル所ナリ故ニ法律トシテ成立シタルモノハ之ヲ發表シテ其存在ヲ知ラシムルナリ若シ論者ノ説ノ如ク公布ニ依リテ遵守ノ效力ヲ生スルモノナラハ何故ニ公布ノ後一定ノ期限ヲ經テ之ヲ施行スルカ論者ハ曰ハン法律ハ公布ノ日ヲ以テ施行スルコトヲ妨ケス是ヲ以テ公布ハ臣民遵守ノ義務ヲ生スル時ナリト是レ誤レリ元來公布ノ日ヨリ施行スルハ法律實施ノ常體ニアラス保安條例ノ如キ特別ノ必要ニ迫ラレハコソ其實施ヲ最少限度ニ短縮シテ以テ公布ノ日ニ遡ラシムルモ余ハ原則トシテ公布ノ日ト施行ノ日トハ別物ナリト解ス然ラサレハ公布シテ已ニ遵守ノ效力アルニ拘ラス何故ニ施行日迄臣民ニ遵奉セシメサルヤノ理由ヲ知ルニ苦ムヘシ之レ余カ法律ハ公布ヲ其公告ナリトナシ遵守ノ效力ハ實施ニ依リテ生ス公布ハ日ハ實施ハ日ヲ夫レ以前ニ遡ラシメサル限界ナリト解スル所以ナリ

法例第一條モ亦此原則ヲ採用シ法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行ス但法律ヲ以テ之ニ異ナリタル施行時期ヲ定メタルモノハ此限ニアラス臺灣北海道沖繩縣其他島地ニ付テハ勅令ヲ以テ特別ノ施行期ヲ定ム

ルコトヲ得ト規定セリ憲法第六條カ其ノ公布及執行ヲ命スト規定シ公布ト執行トヲ區別セシハ之レカ爲ナリ

法律ノ執行ハ其實施ヲ謂フ而シテ實施ニ關シテハ公公式及ヒ法例ヲ以テ一般的规定ヲ設ケタルカ故ニ個々ノ法令ニ付キテ其執行ヲ命スル必要ナシ法律ノ廢止變更ハ法學ノ通論ニ屬スヘキカ故ニ本節ニ於テハ之ヲ省ケリ

第三節 命令

第一項 總論

命令トハ帝國議會ノ協賛ヲ要セスシテ發スル國法ヲ謂フ此中ニテ天皇ノ直接ニ發セラル、モノト統治ノ機關ニ委任シテ發セシムルモノトノ二者アリ前者ハ勅令ニシテ後者ハ閣令、省令以下官廳ノ發スル命令ナリ後者ノ研究ハ寧ロ行政法學ノ部ニ屬スルヲ以テ爰ニハ單ニ勅令ニ付テ説明スルニ止メントス

勅令ト法律トノ關係ニ付テハ統治ノ作用ノ總論ニ於テ其大體ヲ説明セリ勅

令ノ效力ハ緊急勅令ヲ除クノ外ハ常ニ法律ノ下ニ在リ然レトモ憲法ハ或一定ノ事項ヲ限リテ天皇ノ親裁シ得ヘキコトヲ要件トセルカ故ニ此種ノ事項ニ付テハ法律ハ憲法ノ豫期スル天皇ノ親裁權ヲ害スルカ如キ規定ヲ設クルコトヲ得ス然レトモ是レ勅令カ法律ニ對スル效力ニハアラスシテ憲法カ法律ノ上ニ在ルノ結果ナリ要之憲法ニ牴觸セサル法律ノ效力ハ常ニ緊急勅令以外ノ勅令ノ上ニ在リト斷言シテ可ナリ

勅令ニ裁可無シ

勅令ヲ定ムルハ天皇ノ親裁スル所タリ從テ國務大臣ノ補弼ニ待ツコトアルモ猶ホ其意思ノ決定ハ天皇ニ專屬ス從テ勅令ハ裁可ナルコトハ法律上意味ナキ語ナリ我國ノ實例ハ朕云々ノ件ヲ裁可シト云ヒテ勅令ニモ亦裁可アルカ如ク解セラル、モ勅令其モノカ法律上天皇ノ制定セラルヘキモノナル以上ハ之レニ裁可ヲ與フル法律上ノ根據ナシ從テ現ニ行ハレツ、アル勅令ノ裁可ナルモノハ單純ナル用語上ノ慣行ニ過キス公文式第三條ニ法律及ヒ一般ノ行政ニ係ル勅令ハ親署ノ後御璽ヲ鈐シ云々トアルハ勅令ニモ亦法律ト同シク裁可アルコトヲ意味スル條文ニハアラスシテ親署鈐璽カ法律ニ對シ

テハ裁可トナリ勅令ニ對シテハ制定ノ證明トナルコトヲ規定シタルニ過キサルナリ但シ其公布ハ法律ト同シク官報ニ之ヲ登載ス其施行ノ期限ニ付テハ公文式第十條ニ於テハ法律ト同一ノ規定アリシモ後ニ至リ法律ニ付テハ法例第一條ヲ以テ特別ノ規定ヲ設ケタルカ故ニ公文式第十條ノ規定ハ單ニ勅令ニノミ適用セラル、事トナレリ即チ勅令ハ原則トシテ官報各府縣到達日數ノ後七日ヲ以テ施行ノ期限トス其日數ハ明治十六年太政官達第十四號ヲ以テ各府縣ニ付キ之ヲ定メラレタリ(公文式第十條參照)勅令ハ之ヲ緊急勅令、大權命令、執行命令、補充命令又ハ獨立命令及ヒ委任命令ノ五者ニ區別スルコトヲ得ヘシ以下項ヲ逐ウテ之ヲ説明セン唯大權命令ニ付テハ前ニ大權ト立法トノ關係ニ付テ説明シタルヲ以テ爰ニ特別ノ項ヲ設ケス

第二項 緊急勅令

憲法ハ第二章ニ於テ臣民ノ權利義務ニ關スル事項ヲ列舉シ之ニ關シテハ殆

ト皆法律ヲ以テ規定スヘキコトヲ定ム然レトモ國家緊急ノ場合ニ於テハ立法ノ手續ニ依ルコト能ハスシテ而カモ立法事項ニ關スル法規ヲ定ムル必要ナキニアラス英國ノ憲法カ責任解除法ノ原則ヲ認メ大陸諸國ノ憲法カ君主ノ緊急命令權ヲ認ムルハ之レカ爲メナリ我憲法モ亦第八條ニ於テ天皇ノ緊急勅令權ヲ認ム

英國ノ責任免除法 Act of Indemnity ハ廣ク違法ノ行爲ノ責任ヲ免除スルモノニシテ或緊急ノ場合ニ際シ政府カナシタル應急處分ノ責任ヲ解除スルコトモ亦其中ニ包含ス英國ノ責任免除ハ一人ノ行爲ノ違法ノ結果ヲモ免除スルモノナルカ故ニ政府ノ緊急處分ニ限ルト解スルハ誤レリ此種ノ法律ハ千七百二十七年ヨリ千八百二十八年ノ間ニ於テ英國教會ノ儀式ニ從ウテ相當ノ資格ヲ得ルコトナシニ市ノ公務ヲ執レル異教徒ノ刑事上ノ責任ヲ免除スル爲メ年間斷ナク發布セラレタリ責任免除ノ法及其掣來法 Habeas Corpus Act トノ關係ニ付キテハダイシ！英國憲法七四頁及七二二二頁以下ヲ參照セヨ

緊急勅令ハ法律ニ代ルカ故ニ立法事項ヲ規定シ得可ク又法律ト同一ノ效力ヲ有ス近來徒ラニ條文ヲ爬羅剔抉スルノ論者ハ曰ク緊急勅令ハ法律ニ代リ立法事項ヲ規定シ得可キモ法律ト同一ノ效力ヲ有セス何トナレハ法律ハ積

英國ノ責任解除法

極的ニ法律ヲ變更スル力ヲ有スルト同時ニ法律緊急勅令ニ依ルノ外廢止變更セラレサル力ヲ有セサルヘカラス憲法第八條ハ緊急勅令カ次ノ會期ニ於テ議會ノ承諾ヲ得サル時ハ政府ハ將來ニ向テ其效力ヲ失フコトヲ公布スヘシト定ム此公布ハ法律ニアラス又緊急勅令ニモアラス普通ノ命令ナリ普通ノ命令ニ依リ廢止セラル、緊急勅令ハ法律ノ效力ヲ有セサルモノナリト然レトモ普通ノ命令ヲ以テ緊急勅令ヲ廢止スルコトヲ得ト定ムルハ憲法第八條ノ規定ニシテ而カモ憲法ノ效力ハ法律ノ上ニ在ルカ緊急勅令カ普通ノ命令ニ依リテ廢止セラル、コトハ憲法其モノ、效果ニシテ普通ノ命令カ緊急勅令ニ勝ルノ效力アルニアラス憲法ハ一方ニ法律ニ代ルト云フ文字ヲ用ユ法律ニ代ルハ即チ法律ト同一ノ效力ヲ有スルノ義ナリ而シテ固有ノ法律スラ必スシモ法律又ハ緊急勅令ニ依ルニアラサレハ廢止スルヲ得サルニアラス憲法第三十一條ハ國家事變ノ場合ニ於テ天皇大權ノ施行ヲ以テ第二章ノ規定ヲ動カシ得ルコトヲ定ム天皇大權ノ發動ハ法律ニアラス然ラハ法律ニモアラス緊急勅令ニモアラサル大權ノ施行ニ依リテ動カサル法律ハ法律

發布ノ要件

公共ノ安全ヲ保持シ又ハ災厄ヲ避クルコト

ニアラサルカ若シ然リト云ハ、法律ハ法律ニアラステフ矛盾ニ陥ルヘシ憲法第八條モ亦然リ憲法カ特別ニ廢止ノ方法ヲ定ムル以上ハ憲法カ法律ノ上ニ在ルノ結果トシテ此公布ノ效力モ亦法律ヲ廢止スルカアルナリ故ニ緊急勅令カ法律ト同一ノ效力アリト解スルハ正當ナリ緊急勅令ヲ發スルノ要件ハ左ノ如シ

一 公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其災厄ヲ避クル爲ナルコト

公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其災厄ヲ避クト云ハ消極的ノ規定ナリ換言スレハ公共ノ安全ヲ害スルモノ又ハ災厄トナルモノヲ除クノ義ニシテ積極的ニ公共ノ利益ヲ増進スル場合ヲ包含セス公共ノ意義ニ付テハ天皇ノ解釋ニ依ルノ外無シト雖文意ヨリスレハ私人ノ利益ノ爲メニスルコトヲ得スト解スヘシ緊急ノ状態カ議會ノ會期中ニ存シ之カ爲ニ法律案ヲ提出シタルモ議會カ之ヲ否決セシ場合ト雖其事情ニシテ猶存シ議會既ニ閉會又ハ解散セル後ナラハ天皇ハ緊急勅令ヲ發スルコトヲ得蓋シ議會カ法律ヲ要セスト認ムルコト、天皇カ緊急ノ必要アリト認ムルコト、ハ互ニ獨立セル解釋ナレハナリ

緊急ノ必要

緊急勅令發布ノ目的ヲ消極的ノ範圍ニ限リ公安ヲ保持スルコト及ヒ災厄ヲ避クルコトノ外ニ之ヲ許サルモノヲ防遏主義又ハ保安主義 *Prohibitiv-od. Abwehrsystem* ト謂ヒ積極的ニ公利増進ノ場合ヲ包含セシムルモノヲ實利主義 *Utilitäts-od. Nützlichkeitsystem* ト謂フ一般ノ立法例ハ前者ニ屬スレトモ獨逸各國中二三ノ國ニ在リテハ第二ノ主義ヲ認ムルモノアリザクセン

憲八八條アンハルト憲二〇條等はナリ

二 緊急ノ必要ニ依ルコト

緊急ノ必要アリヤ否ヤハ天皇ノ認定權内ニアリ然レトモ其主意ハ次ノ議會ノ開會ヲ待ツ能ハサル場合ニ限ルト解スヘシ而シテ次ノ議會ト云フハ如何ナル意味ナリヤ帝國議會ハ毎年之ヲ召集スルコトヲ要シ又一年一回之ヲ召集スレハ足ルカ故ニ通常會トシテ議會ヲ開ク時期尙ホ達セサルトキハ假令臨時ニ議會ヲ召集スル時日アルニモ拘ラス之ヲ召集セスシテ緊急勅令ヲ發スルコトヲ得ルヤ否ヤ余ハ議會閉會中ナラハ別ニ議會ヲ召集スルヲ要セスト解ス唯憲法ノ精神ヨリ論スレハ議會ノ召集ヲナシ得ヘキ場合ナラハ可成之レヲ召集シ法律トシテ制定スヘク其然ルヲ得サル場合ニノミ緊急勅令ヲ發スルヲ可トスト謂フノ外無シ或ハ曰ク憲法第四十三條ニハ臨時緊急ノ必

要アル場合ニ於テ臨時會ヲ召集スヘシト規定ス即チ緊急ノ場合ニハ是非共
 臨時會ヲ召集セサルヘカラス從テ臨時會ノ召集ヲ待ツ暇アレハ漫リニ緊急
 勅令ヲ發スヘカラス蓋シ憲法第四十三條ハ憲法第八條ノ如キ場合ニアラサ
 レハ適用セラレサル條文ナレハナリト然レトモ憲法ハ第八條以外ニ第七十
 條ニ於テ財政上ノ緊急處分ハ議會ヲ召集シ能ハサル場合ニノミナシ得ヘキ
 コトヲ定ム從テ第四十三條カ此場合ヲ見タルモノト解スルナラハ必スシモ
 緊急勅令ハ臨時會ヲモ召集シ得サル場合ニ限リテノミ發シ得可シトノ解釋
 ヲナス必要ハ生セス唯財政上ノ處分ニ付キテスラ臨時議會ヲ召集シ得サル
 時ニ限ルヘキニ獨リ緊急勅令カ然ルヲ要セサル理由ナキヲ以テ憲法ノ精神
 トシテハ第七十條ト同シク解スルヲ可トスルノミ假令議會ヲ召集セスシテ
 發シタレハトテ其緊急勅令ハ憲法違反ニハアラサルナリ

議會閉會中ナルコト

三 帝國議會閉會ノ場合ナルコト
 緊急勅令ヲ發スルハ必ス議會ノ閉會中ナルコトヲ要ス而シテ閉會ノ文字ニ
 付テハ議論ノ岐ル、所ナリ或ハ曰ク閉會トハ前會閉會ノ時ヨリ次ノ議會開

會迄ノ間ヲ謂フ而シテ解散ハ衆議院議員ノ任期ヲ短縮スルモノニシテ帝國
 議會ノ成立ヲ失フモノナルカ故ニ解散後次ノ議會開會迄ハ之ヲ閉會ト謂フ
 能ハス閉會式ナクシテ會期ヲ終リタル議會ハ閉會中ト謂フ能ハサルヘシト
 然レトモ之レ餘リニ閉會ノ文字ニ拘泥シタル解釋ナリ憲法義解ニハ議會偶々
 開會ノ期ニ在ラサルニ當リテハ云々ト謂ヘリ是レ實ニ正當ノ解釋ナリ我憲
 法ハ之ヲ獨逸諸國ノ憲法ニ參酌スル所アリシハ吾人之ヲ前ニ述ヘタリ而シ
 テ其大部分ノ憲法プロイセン、憲六三、ザクセン、憲八八、ウルテムベルヒ、憲九〇、
 パーテン、憲六六、ハツセン、憲七三、及一八六二年七月一五日
法律ザクセン、グイマール、憲六一、ガルテンアルヒ一三七、アラウンシユワイ
 ヒ、憲一二〇、ゴアルヒゴータ、憲一三〇、シユワルツアルヒ、ルードルス、タツト、
 二五、アルデツキ、憲七ニ於テハ緊急勅令ヲ發スルハ議會開會ノ期ニアラサル
 新ロイス、憲六六、六七)規定セリ我憲法ハ此文字ヲ簡約シテ閉
 會ナル文字ヲ用キタルヘシ然ラハ議會開會ノ期ニアラサル時ト謂フノ義ニ
 シテ解散ノ場合ヲモ包含スルハ言ヲ俟タヌ假令上述各國法文ノ直譯ニアラ
 スト解スルモ猶ホ閉會中ニハ解散ノ場合ヲ包含スト解セサルヘカラス蓋シ
 閉會トハ會期ヲ閉チテ開ク迄ノ間ナリ而シテ議會ノ會期ハ當ニ閉會式ニ依

リテノミナラス又解散ニ依リテモ閉ツルモノナリ從テ衆議院解散ノ場合ニ於ケル貴族院ノ停會ハ閉會ト同一ノ效力ヲ有ス既ニ解散カ會期ヲ終ルモノナル以上ハ解散ノ後次會開會前ヲ閉會中ト稱スルハ何等ノ不道理ナキノミナラス外國ノ公法學者中ニハカ、ル明白ナル事實ヲ疑フ者一人モ無シ近來說ヲナスモノ我憲法第八條ニ所謂閉會ナル文字ヲ正面ヨリ解釋シテ解散ノ場合ヲ包含セストナシ從テ解散後ノ緊急勅令例へハ三十六年二月災害地地租延期ノ緊急勅令ノ如キハ違憲ナリト論スルニ至ル誤レリ余ハ閉會ヲ會期ノ終了後開會前ト解スルカ故ニ解散ノ場合ニモ亦當然緊急勅令ヲ發布シ得ルモノニシテ如上ノ緊急勅令ノ如キモ亦違憲ニアラサルコトヲ主張スル者ナリ但シ停會ハ會期ヲ閉ツル行爲ニアラスシテ會期中單ニ議事ヲ停止スルニ過キサレカ故ニ停會中ニハ緊急勅令ヲ發スル能ハサルナリ

緊急勅令ハ法律ト同一ノ効力ヲ有スルモ其以上ノ效力無キカ故ニ憲法及ヒ皇室典範ニ牴觸スルコトヲ得ス之レ緊急勅令ノ消極的限界ナリ或論者ハ此限界中ニ貴族院令ヲ加ヘテ曰ク貴族院令ハ一般勅令ト異ナリ其變更修正ハ貴族院ノ議ヲ經ヘキモノナルカ故ニ普通ノ法律ニテ勅令カスコトヲ得スト然レトモ此理由ハ誤レリ法律カ貴族院令ヲ變更スル能ハサルハ憲法

ニ貴族院ノ組織ハ貴族院令ト稱スル勅令ヲ以テスルコトヲ定メタル結果ニ過キス論者ノ說ヲ以テスレハ普通ノ勅令ハ天皇親ラ定ムルカ故ニ議會ノ協賛ヲ經タル法律ニテハ廢止スルコトヲ得スト立論スルノ外無カラシ第二ニ或國ノ憲法ハ緊急勅令ヲ以テ規定シ得可ヘキ事項ヲ立法事項中ノ一部分ニ限定スルモノアリ之レヲ緊急勅令ノ積極的限界トナス例ハブラウシユロイヒ憲法一二〇條カ財政租稅兵役等ニ關スル事項ニ限ルカ如キ是レナリ一般ノ立法例ニ於テハカ、ル制限ヲ設ケサルコトニ一致ス我憲法モ亦然リ憲法ニ法律ヲ以テ定ムヘキコトヲ規定シタル事項ニ付キ未タ法律ノ制定無キニ當リ緊急勅令ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得ルヤシユルツエ普國々法第二卷三五頁ロエン子普國々法第一卷三七一頁シユヴルツ普國憲法註釋二〇八頁等ハ消極論ヲ採ル其理由トスル所ハ憲法カ立法ノ方法ニ依リ云々ト規定スルノ趣意ハ議會ノ協賛ヲ經タル法律ヲ以テスルニアリ故ニ單純ナル緊急勅令ニテ立法事項ヲ先占スル能ハスト謂フニ在リ然レトモ之レ一顧ノ價ナキ議論ナリ法律ノ效力アル緊急勅令ナラハ既ニ法律ヲ以テ占領セル場合ニスラ之レヲ廢止シ得ルニアラスヤ然ラハ未タ法律ノ規定ナキ場合ニ法律ニ代リテ其事項ヲ規定シ得ルハ殆ント自明ノ理ナリゲルベル獨逸國法原論一五三頁ホルンハツク普國々法第一卷五一頁公法雜誌第四卷四三八頁ニ於ケルアルント所論同上第六卷五〇一頁ニ於ケルグラリスマン所論、マルカルドセン參考書中ステンゲル一七四頁註二、ゲーマイヤー獨逸國法五二〇頁以下等ハ皆積極說ヲ採ル我憲法モ亦後說ヲ以テ解スヘキハ勿論ナリ

緊急勅令ハ議會ノ承諾ヲ求ムル爲メ次ノ會期ニ於テ之ヲ帝國議會ニ提出ス

次ノ會期ニ提出シテ承諾ヲ求ムルノ義務

ルコトヲ要ス次ノ議會トハ緊急勅令發布後最初ニ開カル、議會ナリ而シテ此議會カ明カニ承諾又ハ不承諾ヲ決シタル時ハ疑ナシト雖モ議會カ諾否ヲ決セサル中ニ閉會又ハ解散トナリタル時ニ更ニ其次ノ議會ニ提出スヘキモノナリヤ否ヤニ付テハ議論ノ岐ル、所ナリ此點ニ關シテハ三個ノ學說アルカ如シ

第一說ニ依レハ一度緊急勅令ヲ議會ニ提出セル以上ハ諾否ノ有無ニ拘ラス更ニ其次ノ議會ニ提出スルコトヲ要セス故ニ承諾不承諾カ明示セラレタラハ議論ナケレトモ命令ニ對シ明カニ不承諾ノ決議ナケレハ其命令ハ猶ホ效力ヲ有シ更ニ法律又ハ緊急勅令ヲ以テ廢止セラル、迄其效力ヲ有ス」ト論ス然レトモ此議論ハ緊急勅令ヲ議會ニ提出スルノ義務ヲ政府ニ與ヘタル精神ヲ沒却スルモノナリ單純ナル報告ナラハ一度之ヲ提出スレハ可ナラン然レトモ緊急勅令ノ提出ハ報告ニハアラス議會ノ諾否ニ依リテ其將來ニ於ケル效力ヲ定メントスルモノナリ故ニ諾否ノ決セサル時ハ之ヲ廢止スルカ又ハ更ニ次ノ會期ニ提出シテ諾否ヲ決スヘキモノト解スレハ格別單ニ一度提出

シタリトノ理由ヲ以テ其效力ノ存廢ヲ政府ノ自由意思ニ歸スル能ハサルナリ第二說ハ次ノ議會ニ於テ諾否決セラレサル時ハ更ニ諾否ノ決スル迄順次ノ議會ニ提出スヘシ」ト論ス(我國ノ實例モ亦然リ明治二十四年六月ノ緊急勅令ハ同年十一月開會ノ議會ニ提出セラレタリ)然レトモ憲法ハ明カニ次ノ會期ト規定シ例外ノ規定ヲ設ケサル以上ハ最初ノ議會ニ於ケル經過ニ依リテ緊急勅令ノ效力ヲ決スヘク更ニ次ノ會期ニ提出スル能ハス又其必要モ無シ憲法政治ノ未タ發達セサル時代ニ於ケル實例ハ以テ不動ノ原則ニ基クモノトナスニ足ラサルナリ第三說ニ依レハ議會カ明カニ不承諾ノ議決ヲナサストモ積極ノ承諾ナキ時ハ猶ホ承諾ナシト認ムヘキカ故ニ政府ハ其廢止ヲ公布スヘキモノナリ」ト論ス其理由トスル所ハ承諾ノ文字ト次ハ會期ノ文字ニ在リ承諾セサル時ト謂フハ積極的ニ承諾ヲ得サル場合ヲ云フモノニシテ承諾スルヤ承諾セサルヤ分明ナラサル場合ニハ承諾セサル場合ト謂フヲ妨ケス假令一步ヲ讓リテ諾否不明ノ場合ニハ承諾セサルモノトモ言フ能ハストスルモ次ノ會期ニハ二無キカ故ニ最初ノ會期ニ提出シタル以上ハ其次ノ會期ニ

於テ再ヒ提出スルコトヲ得ス既ニ一度以上提出スルコトヲ得スト解スル以上ハ其緊急勅令ハ廢止スヘキカ又ハ其儘ニ効力ヲ繼續スヘキカヲ決定セサルヘカラス而カモ此場合ニ承諾アリシモノト見テ之ヲ有效ナラシムルハ當ニ事理ニ反スルノミナラス若シ此ノ如キコトヲ許サハ政府ハ緊急勅令ヲ將來ニ有效ナラシメンカ爲メ故ラニ議會ヲ解散スルカ如キ弊害ヲ生スヘシト余ハ此說ノ正當ナルヲ信シテ之ヲ主張スルモノナリ

憲法ハ議會ノ承諾ニ付キ何等ノ條件ヲ定メス故ニ議會ハ立法上ノ理由又ハ政治上ノ理由ヨリシテ之カ承諾ヲ拒ムコトヲ得ヘシ唯茲ニ疑問アルハ緊急勅令カ次ノ會期前ニ於テ他ノ緊急勅令ニ依リ廢止セラレ又ハ其規定セル事項ノ消滅ニ由リテ消滅シタル場合ニ於テモ猶ホ次ノ會期ニ於テ議會ニ提出スヘキヤ否ヤノ問題ナリ或論者ハ曰ク憲法ハ凡テ緊急勅令ハ次ノ會期ニ於テ之ヲ議會ニ提出スヘキコトヲ定メ別ニ例外ヲ設ケス又事後ノ承諾ハ將來ニ向テ効力ヲ存續スルヤ否ヤヲ定ムルト共ニ承諾ヲ要スル行爲ニ對シ議會ニ於テ異議ナキコトヲ確ムルモノナリ故ニ緊急勅令カ既ニ廢滅ニ歸シタル

既ニ廢滅ニ歸シタル緊急勅令ハ議會ニ提出スルノ義務ナシ

時ニハ將來ノ存續ニ付テ定ムル必要ナキモ猶ホ議會ニ對シテ異議ナキヤ否ヤヲ問フ必要アリ故ニ緊急勅令ノ廢止消滅ニ拘ラス必ス次期ノ議會ニ提出スヘシト此議論ハ法律ニ代ル命令ヲ出スハ本來違憲ナレトモ緊急ノ必要アルコトヲ證明シ議會カ之ヲ承認シタル場合ニ於テハ政府ノ行爲ニ對シ責任ヲ解除スルコトヲ定ムル國ノ法理ヲ以テ我憲法解釋ニ適用セント欲スルモノニシテ無論誤レリ我憲法第八條ハ若議會ニ於テ承諾セサル時ハ政府ハ將來ニ向テ其効力ヲ失フコトヲ公布スヘシト規定ス此條文ヲ解釋スレハ承諾セサルコト、將來ニ向テ其効力ヲ失フコトヲ公布スルコト、ハ離ル可カラサル關係アリ將來ニ効力ヲ失フト云フハ現在効力アルモノニ對シテ言フ語ナリ現在効力ナキモノニ將來其効力ヲ失ハシムル必要ナシ然ラハ既ニ廢滅ニ歸シタル緊急勅令即チ將來其効力ヲ失フコトヲ公布シ能ハサル勅令ハ又之ヲ議會ニ提出シテ承諾ヲ求ムルコトヲ得スト謂ハサルヘカラス蓋シ我憲法上天皇ノ緊急勅令ハ合法ノ行爲ニシテ違法ノ行爲ニ對スル責任解除ノ制ニアラサレハナリ

政府カ次ノ會期ニ於テ緊急勅令ヲ議會ニ提出シタル時ハ議會ハ之ヲ承諾スルカ承諾セサルカノ二途ニ出テサルヘカラス緊急勅令ヲ修正加除シテ承諾スルコトヲ得ス蓋シ緊急勅令ハ其發布ニ依リテ既ニ有效ナル國法トナリ了リシモノナリ承諾トハ此有效ナル勅令ニ對シテ與フル事後ノ行爲ニシテ其效果ハ既ニ有效ナル勅令ヲシテ在來ノ儘ニ將來ニモ效力アラシムルモノナリ議會ハ勅令ヲ廢除削減スルノ權利ナク只勅令全體トシテ之レカ將來ノ效力ニ付キ諾否ヲ與フルモノナレハ議會カ緊急勅令ヲ修正シタル時ハ不承諾ト看做サ、ルヘカラス一院カ否決シタル時モ亦然リ

議會カ緊急勅令ニ對シ承諾ヲ與ヘサル時ハ政府ハ將來ニ向テ其效力ヲ失フコトヲ公布スヘシ議會ノ不承諾ハ憲法ニ明文ナキ限りハ當然ニ勅令ノ效力ヲ消滅セシムル力ナシ政府カ其效力ヲ失フコトヲ公布スト謂フ文章ニ付キテモ亦疑問アリ或ハ曰ク憲法第八條第一項ニハ天皇ト謂ヒ第二項ニハ政府ト謂フ故ニ緊急勅令ヲ發スルハ天皇ナレトモ之レヲ廢止スルハ憲法カ政府ニ與ヘタル職權ナリ而シテ政府ハ國務大臣ニシテ天皇ト別物ナルカ故ニ勅

(評) 余輩ハ義解ト
同ノ解釋ヲナス
モノナリ

緊急勅令ハ議會ノ
不承諾ニ依リテ當
然ニ其效力ヲ失ハ
ス

令ヲ以テセストモ國務大臣カ之レヲ廢止スルコトヲ得ヘシト憲法義解モ亦此說ヲ採ルカ如シ即チ同書第十五頁ニ於テ「議會其ノ承諾ヲ拒ムノ後政府ニ於テ仍ホ廢止ノ令ヲ發セサルトキハ政府ハ憲法違反ノ責ヲ負フヘキナリ」ト論スルカ故ニ其所謂政府ハ無責任ノ君主ニアラスシテ責任ヲ負ヒ得ヘキモノナラサルヘカラス從テ天皇以外ノ國務大臣ト解スルノ意ナルヘシ余ハ緊急勅令ヲ發スルハ天皇ナルカ故ニ之レカ廢止ノ令モ亦天皇カ勅令ヲ以テスヘキモノナリト解ス此解釋ノ爲メ第八條ノ政府ナル文字中ニ天皇ヲ包含セシムヘキコトハ既ニ本論第三部第三章政府ノ條下ニ述ヘタルカ如シ
緊急勅令ノ將來ニ於ケル效力ハ唯政府ノ公布ニ因リテノミ廢止セラルヘシ故ニ議會ノ承諾ナキニモ拘ラス政府カ廢止ノ公布ヲナサ、ル場合ニ於テハ臣民ハ仍ホ其命令ヲ遵由セサルヘカラス但シ國務大臣カ輔弼ノ責ヲ盡サ、リシモノトシテ責任ヲ負フヘキハ言フ俟タス

ラーバント獨逸國法第一卷七三六頁、ゲルベル獨逸國法原論一五四頁等ハ議會ノ不承諾ニ因リ緊急勅令ハ當然其效力ヲ失フモノナルカ故ニ別ニ公布ヲ要セス公布ハ唯其效力ナキコト

チ公告スルニ過キスト論シシユラルツ普國憲法註釋二一頁、デルンブルヒ私法教科書第一卷三三頁、ボルンハツク普國憲法第一卷五一六頁、ツアハリエー獨逸國法論一六〇號、シユルツエー普國々法第二卷二三八頁等ハ之レニ反對シテ議會ノ不承諾ハ當然ニ (ipso iure) 緊急勅令ヲシテ消滅セシムルカク單ニ其廢止公布ノ責任ヲ政府ニ負ハシムルニ過キスト論スシユラルツノ如キハ普國憲法成立當時ノ歴史ヲ引用シテ曰ク「普國憲法第六十三條制定ノ場合ニ於テハ何人モ緊急勅令ヲシテ議會ノ不承諾ニ因リ直チニ效力ヲ失ハシムルコトヲ欲セザリキキユーチーカ提出セル緊急勅令ハ次ノ會期ノ終了迄ニ兩院ノ議決ニ因リ確定法律トセラレサル時ハ當然效力ヲ失フ」ト云フ議案ハ大多數ヲ以テ否決セラレ又委員會ニ於ケル修正動議即チ議會カ承諾不承諾ノ意思ヲ表示スル迄ハ緊急勅令ハ其效力ヲ有スト云フ文字モ亦否決セラレタリ故ニ憲法成立ノ沿革ヨリ論スルモ議會ノ不承諾カ當然緊急勅令ヲ廢スルト解スルハ非ナリト吾人ハ後説ヲ採ル但シ奧國憲法ノ如ク議會ノ不承諾ノ結果緊急勅令ハ當然其効力ヲ失フト規定スルカ又ハザクセン、グイマール憲六一條ノ如ク議會カ次ノ會期ニ於テ明カニ之ヲ承諾スルノ議決ヲ爲サ、リシ時ハ緊急勅令ハ會期ノ盡クルト共ニ當然其効力ヲ失フト規定セル國ニ於テハ此明文ノ規定ニ依ルヘキハ論ヲ俟タサレトモ此規定ナクシテ猶ホ第一説ノ如キ解釋ヲ採ルハ不當ナリ

緊急勅令ヲ廢止セ
ラレタル時ハ以前
緊急勅令ニ依リ廢
セラレタル法律ハ
復活スルヤ否ヤ

緊急勅令カ政府ノ公布ニ依リテ廢止セラレタル時ハ其緊急勅令ニ依リテ變更廢止セラレタル法律ハ更ニ復活スヘキヤ否ヤ多數學者ノ一致スル所ニ依レハ緊急勅令ハ議會ノ承諾ナケレハ廢止セラル、コトヲ豫期シテ發スルモ

ノニシテ初メヨリ永遠ノ確定法規トナス趣意ヲ以テ發セラル、モノニアラス故ニ議會ノ承諾ヲ以テ確定的ノ效力ヲ附與スル迄ハ其規定ト矛盾セル法律ヲ廢止スルニアラスシテ單ニ其効力ヲ停止スルニ過キス換言スレハ議會ノ不承諾ヲ解除條件トナスモノナレハ緊急勅令ニ依リテ廢止變更セラレタル法律又ハ緊急勅令ハ緊急勅令ノ廢止ニ依リ總テ其効力ヲ復活スヘキモノナリト説明ス(シユヅルツ普國憲法註釋二一三頁、ゲイ、マイヤー國法五二二頁、ロエン子普國々法第一卷三七七頁、ホルンハツク普國々法第一卷五七一頁、明治三十三年大審院判決第三卷第三十八號)之レニ反對スル論者ハ曰ク緊急勅令ハ法律ト同一ノ效力ヲ有ス故ニ他ノ法律又ハ緊急勅令ヲ廢止スルコトヲ得而シテ此廢止ハ其廢止ノ時ヨリ有效ニシテ緊急勅令ニ對スル議會ノ不承諾ニ依リテ動カサル、モノニアラス換言スレハ法律ノ廢止ハ其時ニ效力ヲ生シテ又動カスヘカラサルモノナルカ故ニ緊急勅令カ廢止セララル、モ其勅令ニ依リ廢止變更セラレタル從前ノ法律ハ復活スル事無シト(ヘルド獨逸諸國ノ憲法論第二卷九〇頁、一木博士法令豫算論一六〇以下、穂積博士余ハ理論上後説ノ可ナルヲ信ス蓋シ緊急勅令モ亦此説ヲ採ラル、ヤニ覺ユ余ハ理論上後説ノ可ナルヲ信ス蓋シ緊急勅令ハ議會ノ不承諾ニ因リ政府ノ廢止令ヲ待チテ將來ニ其効力ヲ失フト雖モ其

發布後廢止迄ハ有效ナル國法ニテ法律ヲ廢止スルノ力ヲ有ス法律ノ廢止ハ一時ニ效力ヲ生シ了ルカ故ニ一旦廢止セラレタル法律ハ特別ノ法律ヲ以テ之レヲ復活スルコトヲ宣言スルニアラサル限リハ一時ニ又永遠ニ其效力ヲ失フモノナレハナリ

議會カ緊急勅令ニ承諾ヲ與ヘタル時ハ別段ノ手續ヲ要セスシテ當然ニ其效力ヲ將來ニ繼續ス然レトモ議會ノ承諾アレハトテ緊急勅令カ變シテ法律トナルニハアラス此結果或學者ハ命令ヲ以テ緊急勅令ヲ廢止スルコトヲ得ト論スレトモ誤レリ緊急勅令ハ法律ニ代ルノ命令ナリ法律ト同一ノ效力ヲ有スルモノナリ從テ法律ヲ變更スルコトヲ得サル命令ヲ以テ之ヲ廢止變更スルコトヲ得サルハ疑ヲ容レサル所ナリ

緊急命令ニ付キテハシユヅルツ前出二〇六頁以上、ゲイ、マイヤー一五二〇頁以下、ロエンチ前出第一卷三六八頁以下、ライバント前出第一卷七三五頁以下、ゲルベル前出一五五頁、ホルンハック前出五〇八頁以下、シユルツエ前出三一頁、イェリチツク法令論三七六頁等參照重ナル關係書目ハマイヤー氏脚註ニ掲ケタリ就テ見ルヘシ

第三項 執行命令及補充命令

立法司法行政ノ三者ヲ區別シ君主ノ只行政ノ權即チ法律執行ノ權ノミヲ有スト觀念セル國及ヒ時代ニ於テハ君主ノ命令權カ單ニ法律執行ノ命令ニノミ限ラレタルハ敢テ怪ムニ足ラス我憲法ハ第九條ニ於テ嘗ニ法律ヲ執行スル爲メノ命令ヲ君主ニ留保セルノミナラス公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル爲メニ法律ニ抵觸セサル範圍ニ於テ獨立ノ命令ヲ發スルコトヲ認ムルカ故ニ君主ノ命令權ヲ執行命令ニ限ルノ根據ナシ或論者ハ憲法第九條ノ命令ヲ執行命令ト行政命令トニ區別スレトモ法律ヲ執行スルコトハ又行政即チ行政爲ニ屬スルヲ以テ之レヲ行政命令ニ屬セサル特別ノ命令ナリトスル必要ナシ故ニ吾人ハ憲法第九條ノ命令ヲ以テ廣ク行政命令ト名ケ其中ニ於テ執行命令ト補充命令トヲ區別スルノ適當ナルヲ信ス或ハ補充命令ニ代ヘテ獨立命令ナル文字ヲ用キル人アリ然レトモ獨立ト謂ヘハ法律ヨリ獨立シ其干涉ヲ受ケサルモノナルカ如ク解セラル、虞レアリ補充

命令ハ法律ニ勝ル力無ク唯法律ノ未タ規定シ居ラサル範圍ニ付テノミ之レカ規定ヲナシ得ルニ過キス故ニ其名稱ニ於テハ獨立命令ト稱スルヨリモ補充命令ト稱スルノ適當ナルヲ見ルナリ

千八百十四年六月四日ノ佛國憲法ハ王ニ附與スルニ唯執行命令及ヒ國安ニ必要ナル命令ヲ發スルノ權ノミヲ以テセリ Art. 14: "Le roi...fait les réglemens et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'État." 千八百三十年ノ佛國憲法ハ執行命令ヲ除クノ外一切ノ命令ヲ發スルノ權ヲ君主ニ奪ヘリ同年ノ白耳義憲法ハ君主ノ執行命令權ヲ認メシト雖モ法律ヲ停止シ又ハ法律上ノ義務ヲ免除スル命令ノ權ハ明カニ之レヲ禁止セリ Art. 67: "II (國王) fait les réglemens et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution." 普魯西憲法ハ白耳義憲法ヲ襲用シ其第四十五條ニ於テ「行政權ハ專ラ國王ニ屬ス國王ハ大臣ヲ任免シ法律ノ公布ヲ命シ且其執行ノ爲ニ必要ナル命令ヲ發ス」ト規定ス然レトモ同國憲法第六十三條ハ國王ニ與フルニ緊急勅令發布ノ權ヲ以テセシカ故ニ上述佛白憲法ノ趣旨ハ普魯西ニハ實行セラレサリキ

法律ヲ執行スル命令カ執行セラル、法律ノ趣旨ニ反シ又ハ他ノ法律ニ違反スルコトアルヘカラサルハ自明ノ理ナリ執行命令ニ付テハ次ノ場合ヲ想像スルコトヲ得ヘシ(一)法律ハ或場合ニ於テ或特定ノ關係ニ付テハ命令ヲ以テ

細則ヲ定ムヘキコトヲ規定スルコトアリ此場合ニ於テ若シ其法律カ立法事項ヲ定ムルモノナル場合ニハ其細則モ亦タ本來命令ヲ以テ定ムルコトヲ得サルカ故ニ法律カ其細則ヲ命令ニ讓ルハ所謂法律ノ委任ナリ然レトモ其執行セラルヘキ法律カ立法事項ヲ規定セス換言スレハ法令共同ノ事項ヲ規定スルモノナル時ハ其施行ニ付キ細則ヲ定ムルハ第九條ノ規定上當然命令ノ權内ニ屬スルカ故ニ假令法律ニテ細則ハ勅令ニ讓ル^{レヒツフエルヘルトニス}ト明言スルモ此勅令ハ執行命令ニシテ委任命令ニアラス(二)法律カ一切ノ關係ヲ遺漏ナク規定シタル場合ニ於テハ執行命令ハ單ニ其法律ヲ實際ニ施行スルニ過キス故ニ此場合ニ於ケル執行命令ハ決シテ個人ノ生活關係(Lebensverhältniss)ヲ規定スルコト無シ(三)法律カ自カラ施行ノ細則迄モ規定シタル場合ニ於テハ命令ハ其施行ニ關スル規定ヲ立ツル余地無シ——之レヲ要スルニ法律ヲ以テ施行細則ヲ定メ又定ムヘキコトヲ豫言シ以テ執行命令ノ干與ヲ許サル場合ナラハ格別然ラサル以上ハ法律ノ性質上執行命令ヲ發スル必要アリト認メタル時ハ天皇ハ其法律ヲ執行スルニ必要ナル命令ヲ發セサルヘカラス故ニ天皇ハ其

大權事項ニ屬スルヲ理由トシテ此命令ヲ發シ又ハ發セサル自由ナシ但シ憲法第九條ハ天皇カ他ノ官府ヲシテ執行ニ關スル命令又ハ補充的命令ヲ發セシムルコトヲ得ト規定スルカ故ニ執行命令ハ必スシモ勅令ノミヲ以テスルノ必要ナク委任ヲ受ケタル官府ハ又之ヲ發スルコトヲ得ヘシ但シ執行命令ハ法律ノ存在ヲ條件トスル附隨的ノモノナレハ執行セラルヘキ法律ニシテ廢止セラレタル時ハ之レカ執行命令モ亦當然廢止セラレタルモノト看做ニヘシ

憲法第九條ノ執行命令ト憲法第六條ニ所謂天皇ハ法律ヲ裁可シ其ノ公布及執行ヲ命スル命令トハ異ナレリ第九條ノ執行命令ハ法律ヲ執行スルニ必要ナル命令ナリ第六條ノ命令ハ法律ヲ執行スト云フ命令ナリ即チ個々ノ法律ニ付キ之レカ執行ヲ命スルモノニシテ一個ノ處分令ナリ憲法義解九頁カ法律ヲ裁可シ式ニ依リ公布セシメ及執行ノ處分ヲ宣命スト謂ヘルハ即チ是レナリ第六條ノ執行命令ハ常ニ處分ナリ第九條ノ執行命令ハ處分タルコトナキニアラサルモ原則トシテハ數多ノ場合ニ通スヘキ一般的规定ヲ包含スルモノナリ

公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル爲メニ發スル勅令ハ所謂補充命令ナリ其法律ノ委任ヲ待タスシテ臣民ノ權利義務ニ關スル事項ヲ規

定シ得ル點ヨリ云ヘハ獨立命令ナリ其法律未定ノ事項ヲ規定スル點ヨリ云ヘハ補充命令ナリ此命令モ亦法律ニ勝ルノ力ナキカ故ニ法律ノ規定愈多キヲ加フレハ補充命令ヲ以テ規定シ得可キ範圍ハ益狹キニ至ルヘキナリ補充命令モ亦勅令ニ限ルニアラス官廳ニ委任シテ發セシムルコトヲ得ヘキハ憲法第九條ノ言明スル所ナリ

第四項 委任命令

廣ク委任命令ト云ヘハ命令カ其命令以外ノ法令ヲ以テ規定スルコトヲ要スル事件ヲ其法令ノ委任ニ依リテ定ムル場合ヲ謂フ從テ各省大臣以下ノ官廳カ法律又ハ勅令ノ委任ニ依リテ發スル命令モ亦委任命令ナリ然レトモ勅令カ他ノ行政機關ニ委任シテ命令ヲ發セシムルコトハ既ニ憲法第九條ノ明言スル所ナルヲ以テ議論ノ餘地無ク又法律カ勅令以外ノ命令ニ委任シテ法律ヲ以テ定ムヘキ事項ヲ規定セシムル關係ハ法律カ立法事項ヲ勅令ニ委任シテ規定セシムルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ解決スレハ自カラ明瞭ナルヘキ

委任命令ハ違憲ナ
リヤヤヤ

ヲ以テ爰ニハ法律カ其規定ヲ勅令ニ委任スル場合ノミヲ説明セントス通常
世人カ委任命令ト稱スルハ此最後ノ場合ニ限ルカ如シ
英國ノ學者モ獨逸ノ學者モ法律ヲ以テ立法事項ヲ命令ニ委任スルハ特別ノ
説明ヲ要セサル當然ノ事ナリト考ヘ殆ント例外無ク其違憲ニアラサルコト
ヲ唱フルノミナラス其説明ニ至リテモ何等複雑ノ議論ヲ試ムル者無シ從テ
吾人ハ自己ノ所説ヲ確カムル爲メニ利用スヘキ外國公法學者ノ説明ヲ發見
セサルヲ憾ム

委任命令ヲ以テ適法ナリトスル者ハゲー、マイヤー一八九九號、ラーバンド獨逸國法學第一卷五
七二頁、ロジーン警察命令論三二頁註一、ザイデル、バイエルン國法第一卷三二九頁、ホルンハツ
ク、プロイセン國法第一卷五〇一頁、イェリ子ツク法律命令論三三三頁、マルカルドセン參考書
一六二頁ニ於ケルステンゲル所論、ヘー子ル獨逸國法第一卷二九七頁シユブルツ普國憲法註
釋一九九頁、二木博士行政法講義等ニシテ之ヲ違憲ナリト唱フル者ハ獨逸學者中ニ在リテハ
獨リロエン子普國々法第一卷三五六頁ニシテ我國ニ於テハ積穂井上兩博士ナリ

委任命令ヲ以テ違憲ナリトスル學者ハ曰ク法律モ命令モ共ニ憲法ノ規定ニ
依リテ生シタルモノナリ而シテ憲法ハ法律命令ノ上ニアリ法律命令ヲ以テ

憲法ヲ變更スルコトヲ得ス憲法ハ明カニ一定ノ事項ハ法律ヲ以テ規定スヘ
キコトヲ定ム然ラハ其下ニ位スル法律ハ憲法ノ規定ニ反シテ自由ニ立法事
項ヲ命令ニ委任スル能ハスト此ノ如キ議論ハ今日ニ起リタルモノニハアラ
ス否ナ立憲政治ノ行ハレタル初メニ於テハ法律ヲ以テ規定スヘキコトハ全
然法律ヲ以テ規定スルコトヲ要シ命令ニ委任スルコトヲ得スト觀念セリ英
ノジョン、ロツク千七百〇四年死ノ如キ既ニ其著國政論第十一卷百四十一
號ニ於テ之ヲ論セリ然レトモ立法ハ久シキニ亘リ繼續的ノ原則ヲ定ムルニ
ハ適當ナリト雖モ社會ノ事情ハ而カク單純ナルモノニアラス社會ノ現象ハ
時ト共ニ變化シテ極無キヲ以テ時ノ必要ト地方ノ状態トニ應シテ必要ナル
一切ノ規定ヲ網羅センコトハ到底法律ノ爲シ能ハサル所ナリ是ヲ以テ各國
ニ於テ委任ノ慣例ヲ生シ法律ノ委任ニ依ルトキハ命令ヲ以テ立法事項ヲモ
規定スルコトヲ得ルニ至レリ之レ實ニ事實ノ已ムヲ得サルニ出テタルモノ
ニシテ而カモ明カニ憲法違反ナリト斷定スヘキモノニモアラス蓋シ法律ノ
委任ハ議會ノ協賛ヲ經スシテ法律ヲ發スルノ權ヲ與フルニアラスシテ法律

ヲ發セスシテ命令ヲ以テ規定スルノ權ヲ附與スルモノナリ憲法ハ一定ノ事項ニ付キテハ必ス法律ノ規定ヲ要スルコトヲ定ムト雖モ法律カ如何ナル方法ニ依リテ之レヲ規定スヘキカヲ定メス從テ正面ヨリ法律ノ委任ヲ禁スル條文無シ法律カ細目ニ至ル迄規定ヲ設クルモ法律ヲ以テ定ムル一ノ方法ナリ一定ノ範圍内ニ於テ其規定ヲ命令ニ讓ルモ法律ヲ以テ定ムルノ方法ナリ其規定ヲ命令ニ讓リタル場合ニハ命令ノ規定ハ法律ノ内容ノ一部ヲナスモノニシテ實質上ノ效力ハ法律カ自カラ定メタルト異ナルコト無シ唯形式的ノ效力ヲ異ニスルモノナリ此場合ニ於テ命令ノ規定ハ則チ實質上法律ノ規定ナリ命令ニ依ルハ即チ法律ニ依ル所以ナリ是レ委任命令ヲ辯護スル唯一ノ方法ナリ固ヨリ法律ノ解釋ハ必スシモ事實ニ拘泥スルヲ要セスト雖モサレハトテ空シク議論ヲ机上ニ弄シ如何ナル事實カ存在スルモ一切之ヲ顧ミスシテ其違法ヲ論斷スルハ法律カ日常生活ノ必要ニ應スル爲メニ設ケラレタルモノナルコトヲ忘却セルモノナリ必要避クヘカラサル原因ニ基ク實例カ又有益ナル場合ニハ其適法ナル理由ヲ發見スルニカムルコトモ亦タ學者

委任命令ハ違憲ニ
アラス

ノ本分ナリ是レ吾人カ委任命令違憲說ヲ排シテ其適法ナルコトヲ主張スル所以ナリ

憲法ノ用語ヲ追索スレハ或ハ「法律ノ定ムル所ニ依ル」ト規定シ或ハ「法律ノ範圍内ニ於テ」ト規定シ又ハ「法律ニ依ルニアラスシテ」ト規定ス其意味ニ於テハ皆同一ナリ或ハ此文字ノ用法ヨリ區別ヲナシ以テ委任ヲ許ス場合ト許サ、ル場合トアルコトヲ主張スル者アレトモ深ク留意スヘキ價値ナシ
法律ノ委任ニ依リテ發セラレタル命令ハ委任ヲ與フル法律ノ廢止ト共ニ其效力ヲ失フ法律カ命令ニ委任シタル事ヲ更ニ行政機關ノ命令ニ委任スル場合ハ所謂複委任ナリ而シテ法律ノ委任カ適法ナラハ此複委任モ亦適法ナリト解セサルヘカラス複委任命令モ亦委任ヲ與フル勅令カ廢止セラレタル時ハ當然ニ消滅スヘキモノナリ

第三章 司法

司法ノ意義ハ吾人既ニ之レヲ裁判所ノ意義ノ條下ニ詳論セリ故ニ爰ニ再論

スルノ必要ヲ見ス唯二三注意スヘキ點ヲ掲クルニ止メントス
 廣義ノ司法ノ意義ハ形式的ノ觀念ニアラスシテ實質的ニ定ムヘキコトハ前
 ニ論シ置キタルカ如シ即チ法規ノ侵害又ハ論争ニ對シ當事者ノ争訟ノ形式
 ニテ之ヲ審判シ以テ法律ヲ維持スル國權ノ作用ヲ廣意ノ司法ト謂フ以下用
 語ノ簡短ナランカ爲メニ廣義ノ司法事件ヲレヒツザツヘ法事ト稱スヘシ我憲法ハ司法ノ
 文字ヲ解シテ司法裁判所ノ行使スル法事ナリトナセリ而シテ司法裁判所ノ
 行使スル權限ハ憲法及ヒ裁判所構成法ニ依リ民事刑事ニ限ラレタルカ故ニ
 其行使スル司法事件ハ又タ勢民事刑事ノミナラサルヘカラス然ラハ我憲法
 ノ所謂司法ナルモノハ法事中ノ民事刑事ヲ審判スル國權ノ作用ナリト論斷
 セサルヲ得サルヘシ理論上ヨリスレハ狹キニ失スルノ嫌アレトモ之レ全ク
 歐洲諸國ニ於ケル司法權分離ノ沿革ニ基クモノニシテ彼レニ在リテモ亦司
 法ヲ民事裁判所タル通常裁判所ノ行使スル司法事件ナリト解スルヲ見レ
 ハ彼レノ立法ニ倣ヘル我憲法ノ解釋トシテモ亦此見解ヲ採用シテ可ナリ
 狹義ノ司法カ法事中ノ民事事件ニ限ルト謂フ結果ハ司法ノ意味ヲ定ムルニ

重大ナル關係ヲ有ス法事ニアラサレハ裁判所ヲシテ行使セシムル必要ナシ
 現今司法裁判所ハ法事ノ外ニ實質上行政爲ニ屬スヘキ事件ヲ掌トル所謂
 非訟事件是レナリ然レトモ之レ沿革上ノ理由ト事ノ便誼ニ基クノ司法裁
 判所ハ非訟事件ヲ取扱フコトヲ得ヘケレトモ之レヲ取扱フコトヲ憲法上ノ
 要件トハセス憲法ハ曰ク「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行
 フ」ト故ニ事ノ法事ニ係ルモノニシテ又民事刑事ナルモノハ必ス司法裁判所
 ヲシテ之ヲ行使セシムヘク他ノ機關ヲシテ行使セシムルハ明カニ憲法第五
 十七條ニ違反スルモノナリ是レ實ニ司法權ノ何タルカヲ實質的ニ定ムル結
 果ニシテ又其必要アル所以ナリ論者或ハ曰ク「司法權ハ司法裁判所ノ行使ス
 ル事務ノ全體ヲ謂フ故ニ法律ヲ以テスル以上ハ民事刑事ノ裁判事件ヲ司法
 裁判所ノ手中ヨリ奪ウテ他ノ行政機關ニ移シ之レニ代フルニ法事ニアラサ
 ル行政事件ヲ以テスルモ可ナリ」ト然レトモ此說明ハ種々ノ點ニ於テ誤レリ
 第一憲法ノ文字ヲ見レハ「司法權ハ裁判所之ヲ行フ」ト規定セリ此文字ヲ正當
 ニ解釋スレハ司法權ノ意義先ツ定マリタル後裁判所カ之ヲ行使スルモノナ

リ換言スレハ裁判所以前ニ於テ既ニ確定セル司法權ナルモノナカルヘカラ
 ス論者ハ司法裁判所ノ行フ事務ナラハ凡テ司法ナリト解ス然ラハ憲法カ司
 法權ハ裁判所之ヲ行使スト云フ文字ヲ掲ケタルハ無意味ニ終ルヘシ何トナ
 レハ司法裁判所ノ行フ所是レ司法ナリト謂ハ、司法權ハ裁判所之レヲ行フ
 ト云フ必要ナケレハナリ第二ニ論者ノ説ニ從ヘハ假令民事刑事ニ關スル法
 事ナリトモ裁判所構成法ヲ改正スル以上ハ裁判所ヲシテ行ハシムルコトヲ
 要セス法律ヲ以テスレハ裁判所ノ權限ヲ行政權ノ行使ニノミ限ルコトヲ得
 ヘシト論ス固ヨリ司法權ハ裁判所之ヲ行フト云フコトハ裁判所ハ司法權ノ
 ミヲ行使ステフコト、ハ異ナルカ故ニ司法事件以外ノ事務モ亦委任ニ依リ
 テ行使スルコトヲ得サルニアラス然レトモ事ノ司法ニ關スルモノニ付テハ
 必ス司法裁判所ヲシテ行使セシムヘキハ憲法第五十七條ノ明言スル所ナリ
 而シテ此司法ノ意義カ實質的ノモノニアラスシテ單ニ法律カ裁判所ニ屬セ
 シメタル事務ナリト云ハ、憲法ハ何ヲ苦ンテカ裁判所ト稱スル機關ヲ設ケ
 裁判官ノ地位ヲ保障シ其事件審理ノ方法ヲ鄭重ニスルノ必要アラシヤ加之

司法裁判所ノ權限ナルモノハ前ニ裁判所ニ付テ論シタルカ如ク牢トシテ拔
 クヘカラサルノ沿革ヲ有シ我憲法ハ單ニ此沿革上ノ大原則ヲ宣言シタルニ
 過キス論者ノ説ノ如クシテハ全ク司法裁判所ノ沿革ニ反シ其制度ノ目的ニ反
 シ又憲法ノ明文ニ反ス故ニ余ハ我憲法上司法權ナル文字ヲ民事ニ係ル法
 事ナリトシ此實質ヲ有スル國權ノ作用ハ必ス司法裁判所ニ於テ法律ニ依リ
 之ヲ行使スヘク他ノ機關ヲシテ行使セシムル能ハサルモノト解スルナリ
 司法カ民事事件ナリト謂ハ、我憲法上司法裁判所以外ノ裁判所例ヘハ行政
 裁判所又ハ將來生スヘキ權限裁判所ノ如キハ行政官廳ト謂ハサルヲ得サル
 カ如シ然レトモ司法裁判所ニアラサレハ直チニ行政官廳ナリトノ斷案ハ裁
 判所ハ唯司法裁判所ノミナリト云フ前提ヲナスニアラサレハ生セサル所ナ
 リ然レトモ憲法ハ明カニ司法裁判所以外ノ裁判所ヲ認メ居ルニアラスヤ余
 ハ廣義ノ司法ト行政トハ實質上ヨリ區別シ得ヘキモノト信シ嘗テ法規ハ司
 法ニアリテハ目的ナリ行政ニ在リテハ限界ナリト説明セリ而シテ司法裁判
 所以外ノ裁判所トモ亦實質上廣義ノ司法ニ屬スルコトヲ裁判シ行政行爲

ヲ掌トルモノニアラサルヲ以テ之ヲ行政官廳ナリト謂フハ稍速斷ノ嫌ナキ
ニアラス余ハ廣義ノ司法ヲ掌トル機關ヲ廣ク裁判所ト稱シ以テ他ノ行政機
關ト區別シ而シテ此裁判所中ニ狹義ノ司法裁判所アルハ猶ホ廣義ノ司法觀
念中ニ狹義ノ民事司法アルカ如シト説明スルモノナリ

オ、マイヤー獨逸行政法論第一卷五頁以下ニ曰ク立法トハ最高權ノ總攬者カ議會ノ參與ニ
依リ臣民ニ對シテ拘束力ヲ有スル一般ノ法則即チ法規ヲ定ムルノ作用ヲ謂ヒ司法トハ國權
ニ依リテ法規的秩序ヲ維持スル國家ノ作用ヲ謂フ此目的ノ爲メニ設ケラレタル官廳ヲ裁判
所トナス然レモ現在ニ於テハ司法ト行政トノ分科ニ因リテ裁判所ハ唯民事及ヒ刑事裁判ノ
目的ニ備ハルノミ故ニ現在ノ觀念ニテハ司法トハ民事及ヒ刑事裁判ノ爲メニ設ケラレタル
裁判所ヲ通シテ法規的秩序ヲ維持スル國權ノ作用ナリ通常ノ裁判所ノ取扱フ事務モ司法行政
ノ如ク法ノ秩序ヲ目的トセサルモノハ司法ニ屬セス又一方ニハ國權ニ依リ法規的秩序ヲ維
持スルコトヲ目的トスル行爲ト雖モ民事及刑事ノ裁判ヲナス爲メニ設ケラル、裁判所ノ權
限ニ屬セサルハ司法トハ云ヒ難シ行政訴訟ノ如キ其實質ハ全ク民事訴訟ト同一ノ性質ヲ有
スルモ其區別ハ一ハ民事刑事ヲ掌トリ他ハ其以外ノ事務ヲ掌トルニ存ス通常裁判所ヲ通シ
テ働ラクニアラサルモノハ皆行政ナリ隨テ行政裁判所ハ行政官廳ナリトシユルツエ獨逸國
法第一卷五四六頁モ亦此說ヲ採ル此説明ハ先ツ行政ヨリ分離シタル司法カ民事刑事ニノミ
限ラレタリシ沿革ニ基ケモノトシテハ正當ナリト謂ハサルヘカラス我憲法モ亦斯ノ如ク解

シテ不可ナシ蓋シ之レ單純ナル言語上ノ争ニ過キサレハナリ然レトモ余カ廣義ノ司法ヲ説
キ又廣義ノ裁判所チ行政官廳ナリト謂ハサルハ多少考フル所アレハナリギリシヤ時代ノ哲
學ハ天文学、物理学、化学等ノ形而下學ヨリ倫理學、論理學、心理學等ノ形而上學一切ヲ包含セリ
然レトモ文化ノ進歩ト共ニ各種ノ特別科學ハ分析セラレテ獨立ノ學科ヲ形成シ今日ニ至リ
テハ固有ノ哲學ナルモノ、範圍ハ極メテ狹少ナル部分ニ限ラル、ニ至レリ此現象ハ又之ヲ
法律學ノ上ニ於テモ見ルヲ得ヘシ國權ハ本來歸一觀念ナリ唯一不可分ノモノナリ而シテ吾
人ノ綜合性ト分析性トハ此不可分國權ノ作用ヲ分チテ先ツ法規ヲ定ムル行爲ト之ヲ執行ス
ルモノトノ二者トセシメ更ニ後ニ至リテ法律ノ執行中ニ於テ更ニ其性質ヲ異ニスルモノヲ
分離シテ司法ノ觀念ヲ形成セリ然レトモ當時ノ社會ノ必要ハ僅カニ民事刑事ニ關スル司法
ヲ以テ行政ヨリ分離シ特別ノ裁判所ヲシテ特別ノ手續ニ依リ之レヲ行使セシムルヲ以テ足
レリシナリ今日ノ司法觀念カ民事刑事ニ限ラル、ハ此沿革的ノ舊套ニ司配セラレツ、アル
モノニ外ナラス然レトモ社會ノ事情ハ而カク停滞スルモノニアラス前世紀以來法治國ノ觀
念非常ニ進歩スルト同時ニ司法ノ形式ハ營ニ民事刑事ノ上ノミナラス國家カ其權力ヲ行使
スル範圍換言スレハ行政ノ上ニ於テモ亦々自カラ定メタル法規ノ下ニ働テキ公法ノ上ニ於
テモ亦個人ノ權利ヲ認メ國家カ義務ヲ負フノ必要生スルニ至リテヨリハ從來ノ司法ノ觀念
ハ狹隘ニシテ其用ヲ爲サス是ニ於テカ行政裁判所ノ必要ヲ生シ之レカ設立ヲ見ルニ至レリ
換言スレハ行政裁判ノ制度ハ文化ノ進歩ニ伴ウテ行政作用ノ範圍ヲ脱却シテ司法ノ範圍ニ
統合セラレヘキ運命ヲ有ス否ナ現ニ行政ヲ離レテ司法ノ範圍ニ入レリ此等ノ理由アルカ故

ニ余ハ舊來ノ沿革ニ基ク現行制度ノ解釋上司法裁判所ヲ以テ民事刑事裁判所ナリト解スルニ拘ラス特ニ廣義ノ司法觀念ヲ設ケテ司法裁判所以外ニ猶ホ行政官廳ニアラサル裁判所ヲ認ムルモノナリ學者ノ本分ハ同一性質ヲ有スル各種現象ヲ綜合シテ一個ノ觀念ヲ作ルニ在リ單ニ從來ノ沿革カ云々ナルノ故ヲ以テ學問モ亦此沿革ノミヲ墨守スヘシト謂フニ至リテハ學問ノ進歩ハ得テ期スヘカラス天文學モ物理學モ哲學ヨリ離レタレハコソ長大ノ進歩ヲナシタルナレ若シ舊來ノ慣例カ天文學モ亦タ哲學ニ屬シタリトテ其範圍ヲ固守シタリシナラハ地球ハ圓筒形ナリ天動地定ナリテフギリシヤ古代ノ臆說ハ今猶ホ天文學ヲ司配セシヤモ知ルヘカラサルナリ

第四章 憲法上ノ大權

憲法上ノ大權ハ憲法ニ天皇ハ云々スト列記セル事項中ヨリ立法權ヲ除外シタルモノニシテ天皇カ獨立意思ヲ有スル機關ノ參與ヲ要セスシテ親裁シ得ヘキコトヲ憲法上ノ要件トスル政務ナリ法律ノ裁可其公布及執行命令ハ立法行為ノ一部分ナリ故ニ或學者ノ説明スル如ク國權ノ作用ヲ立法司法及ヒ憲法上ノ大權ニ分ツ以上ハ裁可公布ノ如キハ寧ロ立法行為ニ屬シテ大權ニ入ラス然レトモ裁可公布等其モノハ他ノ獨立意思アル機關ノ參與ヲ要セサ

憲法上ノ大權ハ官
府ニ委任スルコト
ヲ得ルヤ

ルカ故ニ此點ヨリ見レハ又憲法上ノ大權ナリト謂フコトヲ妨ケス結局言語ノ問題ニシテ實際上ノ利益ナキ議論ナリ
憲法上ノ大權ト法律トノ關係ニ付テハ既ニ之ヲ立法ノ條下ニ説明セリ憲法上ノ大權ハ官府ニ委任スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學者間ニ議論ノ存スル所ナリ穗積博士ハ憲法上ノ大權ハ天皇カ親裁スルコトヲ要スル政務ナルカ故ニ官府ニ委任スルコトヲ許サスト説明ス此説明ハ理論上ノ正否ハ暫ク措クモ現在ノ實例ニハ反スルモノナリ官吏ノ任免戒嚴ノ宣告條約ノ締結榮典ノ授與等ハ天皇カ官府ニ委任シテ行ハシムルコトヲ定メ又ハ現ニ行ハシメツ、アルモノ甚タ多シ若シ憲法上ノ大權カ親裁ヲ要スルモノトスレハ此等ハ皆明カニ憲法違反ナリト謂ハサルヘカラス吾人ハ憲法上ノ大權ヲ以テ親裁シ得ルコトヲ要スル政務ナリト解スルカ故ニ假令官府ニ委任シテ行ハシムルモ其委任ハ何時ニテモ天皇カ解除シテ自己ニ收メ得ヘキモノナルカ又ハ官府ニ委任シテ行ハシムル傍ラ天皇モ親カラ行使シ得ルカ如キ形式ヲ以テスル以上ハ憲法上ノ大權ノ一部ヲ官府ニ委任スルモ決シテ憲法違反ニ

アラスト信ス吾人ハ自己ノ定義ニ照シテ説明スルノ外反對論ニ對シテ攻撃スル餘地無シ何トナレハ憲法上ノ大權ハ天皇ノ親裁ヲ要スル政務ナリテフ前提ヲ設ケテ之ヲ固守シ現行ノ實際ヲ以テ違憲ナリト論斷スル學說ニ從カヘハ憲法上ノ大權ヲ官府ニ委任スルコトヲ得サルハ必然ノ斷案トシテ生スル所ナルヘケレハナリ唯吾人ハ一言ス此ノ如キ主義ハ天皇ニ不能ヲ強ユルモノナリト此點ニ付テハ前ニ天皇ノ章ニモ説明シ置ケリ

天皇ノ大權中命令ノ權ハ既ニ之ヲ立法ノ下ニ論セリ以下官制大權兵馬大權外交大權戒嚴大權及ヒ恩赦大權ニ就テ説明セン榮譽權ニ付テハ本論第一部第一章第三節百九十五頁ニ述ヘタルヲ以テ爰ニ之ヲ贅セス

第一節 官制大權

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其ノ條項ニ依ル(憲法第十條)行政各部トアルカ故ニ樞密院ノ如キ行政官廳ニアラサルモノ、官制ヲ定ムルハ憲法

第十條ノ規定スル所ニアラス憲法第十條ノ但書ハ官制俸給及文武官ノ任命ノ三者ニ係ルカ又ハ其一部ニ係ルカ吾人ハ此三者ニ關スルモノト解ス從テ法律ヲ以テ官制ヲ定メ俸給ノ規定ヲ設ケ文武官任免ニ關スル特例ヲ設ケタルコトヲ得ヘシ而シテ若シ法律ニテ此ノ如キ特例ヲ設ケタル場合ニ於テハ命令ハ法律ヲ變更スル能ハサルカ故ニ其法律ニ準據セサルヘカラス然レトモ憲法第十條ノ規定スル所モ亦所謂憲法上ノ大權ニシテ天皇ノ親裁シ得可キコトヲ憲法上ノ要件トスルカ故ニ法律ニテ官制ヲ定ムルハ可ナレトモ天皇ハ官制ヲ定ムル能ハスト規定スルヲ得ス又文武官ノ俸給モ法律ヲ以テスルハ自由ナレトモ天皇ヲシテ俸給ヲ定メ得サラシムルカ如キ地位ニアラシムル法律ハ違憲ナリ文武官ノ任免モ亦然リ法律ハ其任免ノ條件ヲ規定スルコトヲ得然レトモ任免ノ權其モノハ大權ナリ故ニ天皇ハ文武官ヲ任免セスト云フ規定ヲ設ケルハ違憲ナリ此ノ如ク官制大權ハ天皇ノ親裁シ得ヘキコトヲ要件トスレトモ其要件ヲ害セサル範圍即チ天皇カ何時ニテモ其權ヲ自己ニ收メ得ヘキ方法ニテ之ヲ機關ニ委任スルカ又ハ委任セラレタル機關カ行

文官任免權ノ委任ハ違憲ニアラス

(評) 余輩ハ憲法上ノ立法事項及法律ノ既ニ占領シタルモノ以外ニ關シタル命令ヲ以テ規定スルコト得ヘキモト考フ

ア傍ラ天皇モ亦自カラ之ヲ行フコトヲ得ルカ如キ方法ヲ以テ之ヲ他ノ統治機關ニ委任スルハ決シテ憲法違反ニアラス從テ勅令タル官制ヲ以テ或ル文官ノ任免ヲ行政官廳ニ委任シテ行ハシメツ、アル現行ノ實例ハ非難スヘキニアラサルナリ
憲法第十條ハ天皇カ行政各部ノ官制ヲ定ムルコトヲ規定ス官制ハ官廳ノ組織ヲ定ムル法規ニシテ自治體ノ組織法ヲ含マス然レトモ行政權ノ淵源ハ憲法上天皇ニ專屬ス天皇ハ之レカ行使ニ際シテ如何ナル機關ヲ設立スルモ自由ナルカ故ニ官制ヲ以テ官廳ヲ組織スルノ外自治團體ヲ認メテ間接ニ國家行政機關トナスコトヲ得サルニアラス而シテ自治團體ノ權限カ單ニ法律ノ範圍内ニ於テノミ行動スルモノ換言スレハ法律ヲ執行スル爲メニノミ活動スルモノナラハ必スシモ法律ヲ以テ之ヲ定ムル必要ヲ見ス然レトモ自治制度ノ目的ハ決シテ單純ナル法令ノ執行ノミヲ司トラシムルニアラスシテ其住民ノ權利義務ニ關シ憲法第二章ニ規定スル臣民ノ法律上ノ地位ヲ侵スノ權利ヲ附與スルモノナリ此ノ如キハ單純ナル勅令ヲ以テ定ムルコトヲ許サ

サルカ故ニ自治體ニ關スル法規ハ凡テ法律ヲ以テスルコトヲ要スト解スヘシ近來ノ自治體法カ法律ニ依リテ規定セラル、ハ之レカ爲メナリ

民法第三十三條ニ依レハ法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得スト規定ス本條ノ主タル趣意ハ單ニ財產權能ヲ有スルニ過キサル私法人ニノミ適用セラルヘキカ如シ然レトモ同第三十六條ニハ外國法人ハ外國ノ行政區劃地方自治團體ノ誤ナラシニ付キ其成立ヲ認許スルコトヲ明言セルカ故ニ此條文ノ關係ヨリ見レハ第三十三條ニ所謂法人中ニモ亦々公法人タル自治團體ヲ包含セシムル趣意ナルカ如ク解セラル元來法人ニ財產權能ナキモノナシ財產ヲケレハ法人ナシ公法上ノ法人トテモ其一面ニ於テハ當ニ私法上ノ法人トシテ働ラケモノナレハ此點ニ於テハ又民法第三十三條ノ規定ノ司配ヲ受クヘキモノト謂ハサルヘカラス民法ハ公法ニハアラス法人法ノ總則ニハアラスレトモ其法人ニ關スル規定カ一般法人ニ適用セラレスト謂フ理由ナシ假リニ一步ヲ讓リテ公法人ノ事ハ民法第三十三條ノ豫見スル所ニアラストスルモ既ニ私法人スラ法律ニ依ルニアラサレハ成立スルコト能ハサルニ夫レヨリ猶ホ一層重要ナル公法人カ何故法律ノ規定ニ依ラスシテ成立シ得ルカヲ疑ハサルヲ得ス從テ余ハ民法第三十三條及ヒ第三十六條ノ規定ノ對照ヨリモ亦々公法人カ法律ニ依ルニアラサレハ成立シ得サルモノナルコトヲ續釋シ得ヘキモノト信ス

官制ハ官廳ノ組織權限ヲ定ム行政官廳トハ君主カ行政ノ目的ヲ達スル爲メニ設ケタル統治ノ機關ナリ一人又ハ數人ヲ以テ組織セラレ、一定ノ範圍ヲ限

行政官廳

此官廳ニ或事務ヲ委任スルコトヲ得ル地位ニアル者タルコトヲ意味ス即チ官制ナルモノハ
天皇カ官廳ニ或事務ヲ分配委任スル方法ヲ定ムルモノナリ之レ官廳カ天皇ノ委任ニ依リテ
國務ヲ處理スルモノナリト云フ所以ナリ

官吏ノ意義

官廳ハ官吏ヲ以テ組織ス官職ヲ有スル自然人ハ即チ官吏ナリ官吏ノ觀念ハ
古今東西ヲ通シテ常ニ同一ナリト謂フヘカラス茲ニ吾人ハ現今ノ制度ヨリ
歸納シテ官吏ノ意義ヲ定ムルコト左ノ如シ曰ク「官吏トハ任命ノ形式ニ依リ
テ國家ノ事務ヲ行フヘキ義務ヲ負擔シ直接間接ニ天皇ニ隸屬スル特別ノ身
分ヲ有スル自然人ヲ謂フ」ト

一官吏ハ任命ノ手續ニ依リテ採用セラル者ナリ
任用行爲ノ性質ニ付キテハ古來種々ノ見解アリ往時ニ在リテハ官吏關係ヲ以テ私法上ノ契
約ニ基ツクモノト解釋セリ其契約カ容假占有 (Precarium) ナリヤ雇傭契約 (Locatio-conductio opera-
rum) ナリヤ委任契約 (mandatum) ナリヤ又ハ無名契約 (innominatkontrakt) ナリヤハ當時ノ學者カ
熱心ニ論争シタル所ナリ後ニ至リテ官吏關係ハ特殊ノ雇傭契約ナリ即チ職務ノ擔任ヲ目的
トスル主タル契約ト俸給ヲ目的トスル從タル契約トノ結合シタルモノナリトノ説行ハレタ
リ此私法的見解ハ十九世紀ニ至リテ其勢力ヲ失ヒ官吏關係ハ契約ニ基ツクコトナク一方的
ノ國家行爲ニ依リテ成立スルモノナリトノ解釋カゲン子ルニ依リテ唱ヘラレタル以來一般

(評)文武官ノ任免
ハ天皇ノ憲法上ノ
大權作用ナリ從テ
國法上ノ任命ノ性
質一方意思ノミチ
以テ確定スヘキモ
ノナルヘン只現今
事實上任命者ノ意
思ヲ參考ノ爲メ聞
合セ置クナラン

ニ公認セラレシカ最近時代ニ至リテハ官吏關係カ契約的ニ設定セラルトノ見解ハ多少形
ヲ變シテ再ヒ採用セラルニ至レリ官吏關係カ公法上ノ契約ナリト謂フコトハ單ニ其任命
カ本人ノ合意ヲ要スト云フ事ノ外ニハ何等ノ意味ナシ之ヲ契約ナリト解スル學者モ契約ニ
關スル民法ノ原則ヲ官吏關係ニ適用セントスルニハアラス又官吏カ官職ヲ負擔スル場合ニ
國家ノ命令ニ抗拒スルコトヲ得ト解スルカ如キ者ハ一人モナシ此ノ如ク單ニ官吏ノ任命カ
本人ノ意思ヲ條件トスト云フ意味ノミニテ任命カ公法上ノ契約ト謂フハ何等ノ不可ナシ蓋
シ單純ナル言語上ノ争ニ過キサレハナリ我現行法ニハ此點ニ關スル明文ナクモ本人ノ
自由意思ニ基キテ之レヲ任用スルモノト解スヘキカ如シ從テ本人カ承諾セサレハ統治主體
ハ一方意思ニテハ官吏タル身分ヲ附與スル能ハズ

官吏ノ任命關係ヲ以テ公法上ノ契約ナリトスル形式ヲ採用スルモノハザイデル一般國家
論五九頁以下バリエルン國法第二卷一八四頁以下、レーニン官吏ノ違法行爲ヨリ生スル
國家ノ責任一三一頁獨逸行政法論二五號ザルヴァイ、ウルテムベルヒ國法第二卷二七六頁、ガ
ウプ同上國法八八頁、ガライイス一般國法學一六四頁イェリ子ツク、アツフオルター等ニシ
テ之ヲ國家ノ一方的行爲ニ基クモノト解スル者ハヘフテルツアハリエー、ツオエブル、ガロ
ー、テフエンド、ブルンチユリ、ロエン子、シユルツエ、ボエツル、ギルケ、ツオルン、キルヘンハ
イム、ヘルシナイ、オー、マイヤ、ホルンハツク等ナリ
國家ノ公務ハ獨リ任命ノ形式ニ依リテノミ行ハルニアラス此他猶ホ私法上ノ契約及ヒ法
律ノ結果ニ依リテ國務ヲ負擔スルコトアリ工事ノ請負ノ如キハ前者ニ屬シ兵役ニ就キ地方

團體ノ吏員トナルカ如キハ法律ニ依ル公務ノ負擔ナリ然レトモ任命ノ形式ニ依ル者ニアラサレハ官吏ニアラス從テ單ニ國務ヲ行フモノカ官吏ナリト謂フハ誤レリ官吏カ自然人タルヘキハ多辯ヲ要セス其本國人タルヲ要スルヤ否ヤハ疑問ノ存スル所ナリ憲法十九條ノ規定ハ臣民ニ關スルモノニシテ外國人ヲ排斥スル規定ニアラス或ハ曰ク官吏トナルノ權ハ公權ナリ故ニ之ヲ外國人ニ與フヘカラス官吏ハ一國ノ主權者ニ對シテ特別ノ服從義務ヲ有シ其其命令ニ從フヘキモノナリ故ニ外國人タル身分ト相容レザルモノナリ獨逸ノ國籍法ニ依レハ直接又ハ間接ニ官吏又ハ自治體ノ官吏ニ任セラル、時ハ歸化又ハ編入(各支分國ノ一國ヨリ出テ、他ノ支分國ノ國籍ヲ取得スルヲ謂フ)ト同一ノ效力ヲ生ス又政府ノ許可ヲ得スシテ外國ノ國務ニ參與シ且期間ヲ定メテ其辭職ヲ命スルモノ之ニ應セサル者ニハ官廳ハ國籍剝奪ノ宣告ヲナスコトヲ得此等ノ規定ニ依レハ外國人ハ官吏ニ任命スル能ハサルモノナリ云々ト然レトモ官吏トナリシ者ニ自國ノ國籍ヲ取得セシムレハトテ外國ノ國籍ヲ喪失セシムル效力ナク又外國ノ公職ニ參與スレハトテ特別ノ處分ナクシテ當然自國ノ國籍ヲ失フニアラサルヲ見レハ任官其モノハ必ス國籍ト伴フト謂フ能ハス且ツ論者ハ官吏ノ身分カ國籍ト相容レスト云フモ官吏ノ職務ハ必スシモ權力ノ行使ニアラス教師醫師技師ノ如キ職務ヲモ包含シ特ニ此等ハ外國人ヲ採用スルヲ便利トシ又其外國人カ本國ニ對スル服從義務ト相容レサルモノニアラサルヲ以テ之レヲ任命シ得サル理由ナシ畢竟外國人ヲ以テ官吏ニ任セサルハ政治上ノ理由ニシテ法律上ノ不能ニアラス

二官吏ハ一定ノ範圍ヲ限リテ國務ヲ行フ義務ヲ負擔スルモノナリ

官吏ノ身分ハ其職務ト分離シテ考ヘ得ヘシ現ニ職務ヲ有セサル官吏モ亦甚タ多シ無任所公使休職官吏モ亦官吏タルコトヲ失ハス之レ任命ト職務負擔トカ全然區別アルモノナレハナリ任命トハ官吏タル身分ノ附與ナリ一定ノ事務ヲ命セラレタル場合ニ於テハ服務規律ニ從テ此事務ヲ處理スヘキ身分ニ入ラシムルノ行爲ナリ而シテ此服從義務ハ臣民ノ一般的服從義務ヨリ一層重キ負擔ナルカ故ニ被任者ノ意思ニ依ルヘキコトヲ認ム然レトモ一旦官吏タル身分ヲ獲得シタル以上ハ統治者ハ如何ナル事務ナリトモ自由ニ之レカ負擔ヲ命スルコトヲ得ヘク官吏ハ之ヲ拒ムノ權ナシ固ヨリ現行法令ハ一定ノ官吏ニハ一定ノ職務ヲ負擔セシムルコトヲ定ムルカ故ニ任官ノ際ニ豫期セサル職務ヲ命セラレトコトハ無キモ其職務ノ擔任ニ付テハ自己ノ意思ニ依リテ之ヲ拒ムコトヲ得ス但シ現在ノ實例ハ先ツ官吏ノ身分ヲ附與シテ後ニ職務ヲ命スルコトナク、兩者ヲ同時ニ行フコトナレリ唯此兩者ノ間ニ性質上ノ區別アルコトヲ記憶スレハ足レリ永續不斷ノ勤務ヲ給付スル義務ヲ以テ官吏關係ノ要素トスル者アレトモ(ゲー、マイヤー)一四三號荷モ任命ノ形式ヲ以テ國務ヲ行フ義務ヲ負フモノナラハ一時、的ノモノモ亦官吏タルコトヲ失ハス(ラ、イバ)獨逸國法學第一卷三八七頁

三官吏ハ直接間接ニ天皇ニ隸屬スル特別服從ノ身分ヲ有ス

元首及ヒ議會ノ議員ハ其權限執行ニ際シテ全然不羈獨立ニシテ上級ノ權力ニ服從スルコトナシ之レニ反シ官吏ハ直接ニ元首ニ對スルカ又ハ元首ノ委任ヲ受ケタル他ノ官廳ニ對スルカ何レノ途ニ於テ或隸屬ノ關係ヲ有ス固ヨリ其隸屬ノ範圍ハ官吏ノ職務ノ差異ニ從ウテ同シカラス或種ノ官吏ハ全ク上級官吏ノ命令ニ服從シ其發スル命令又ハ處分ハ上級官吏ニ依

リテ取消變更ヲ受ケルモノアリ又或種ノ官吏ハ只上級官吏ノ一般監督ヲ受ケ上級官吏ハ其
下官カ職務ヲ執行セルヤ否ヤノ報告ヲ徴スルニ過キササルモノアリト雖モ而カモ何レノ點ニ
於テカ天皇又ハ上級官廳ニ隸屬スルハ官吏ノ官吏タル特質ナリ

四、俸給ヲ受ケルハ官吏ノ特徴ニアラス、
古キ著書カ俸給ヲ以テ官吏ノ性質ヲ定ムル要素トセシノミナラス近來ノ參考書モ亦多ク之
ヲ官吏ノ要素トス(ラ)イバ、獨逸國法第一卷三八七頁註二ノ云フカ如ク(ハ)然レトモ無俸給ノ
官吏アルヲ見レハ(名譽領事三等郵便電信局長ノ如シ)此說ノ非ナルコト明カナリ官職ヲ行フ
時間ハ長短モ亦問フ所ニアラス、但シ永續的勤務ヲ以テ官吏ノ要素トスル者ナキニアラス
イ、マイヤ、國法學一四三號ツアハリ、獨逸國法及聯邦法第二卷一三三頁ゲルベル、獨逸國
法原論三版一一三頁ノ如キ是ナリ職務ノ性質モ亦官吏タルハ資格ニ影響ヲ及ホスコト無シ

俸給ノ性質

天皇ハ文武官ノ俸給ヲ定ム俸給ハ官吏ヲシテ其地位の欲望ヲ満足セシムル
爲メニ給與スルモノニシテ官吏ノ勞務ニ對スル報酬ニアラス故ニ其多寡ハ
官吏ノ地位ニ伴ウテ高下アレトモ事務ノ難易繁閑ヲ標準トシテ定メタルモ
ノニアラス但シ或場合ニハ本俸ト職務俸トヲ設ケ以テ實際ノ勤勞トノ並行
ヲ保タシムルコトアリ大學ノ教官ノ俸給ノ如キ是ナリ俸給ヲ受ケルノ權ハ
私法上ノ債權ニアラス故ニ通常裁判所ニ出訴スルコトヲ許サス又行政裁判

現行法上俸給請求
權ニ對スル訴訟法
上ノ救濟方法無シ

所ニ出訴ヲ許ス規定モ無シ故ニ現行ノ制度上俸給ノ請求權ニハ訴訟上ノ救
濟手段無シト謂ハサルヘカラス第十六議會ニ提出セラレタル行政裁判權限
法案ニハ俸給及ヒ實費辨償等ニ付キ給與ノ全部又ハ一部ヲ拒否セラレタル
者カ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得トノ條文ヲ設ケタリ蓋シ適當ノ規定ナリ
獨逸現行法ノ規定ニ依レハ俸給ニ對スル權利ヲ以テ官吏ノ私權範圍ノ構成分子ヲナスモノ
ト解シ通常裁判所ニ出訴シテ其救濟ヲ求ムルコトヲ得シメタリ從テゲ、マイヤ、國法一
四三號ホルツェンドルフ、法律彙編第二卷五四頁レーム、獨逸國法上國家勤務ノ法律上ノ性質
(一八八五年帝國年報六五頁以下)ヘーデル、獨逸國法第一卷一五五頁等ハ俸給請求權ヲ以テ私
權ナリトセリ(ラ)イバ、獨逸國法學五〇號ザイデル、バイエルン國法第一卷三二七頁四一六頁イ
エリツク、公權論一七二頁ザアツハ、獨逸民事訴訟法第一卷九六頁等ハ之レニ反對シテ俸給
請求權ヲ以テ公權ナリト主張セリ現ニ私法裁判所ニ出訴スルコトヲ許シタル獨逸帝國ニ於
テ俸給請求權カ公權ナリヤ又ハ私權ナリヤハ單ニ言語ノ爭ニ過キササルカ如キモ其救濟方法
ニ付キ何等ノ規定ナキ國ニ於テハ其私權ナリヤ公權ナリヤハ重大ナル結果ヲ生スベシ私權
ナラハ當然通常裁判所ニ出訴ヲ許スモ公權ナラハ行政訴訟ニ依ルノ外民事裁判所ニ出訴ス
ルヲ得サレハナリ余ハ俸給ニ對スル權利ヲ公法上ノ關係ニ基クモノ即チ公權ナリト解ス故
ニ私法裁判所ニ出訴ヲ許サルモノト信ス從テ若シ之ニ對シ行政裁判ヲ許サル限リハ俸
給請求權ハ私權ナキモノト謂ハサルヘカラス

恩給日當手當ヲ定ムルハ憲法第十條ヲ包含スル所ニアラズ

恩給日當手當旅費等ハ俸給ニアラス而シテ憲法第十條ニハ天皇ノ大權トシテ唯俸給ヲ掲クルニ止マルカ故ニ恩給其他ノ支出給與ニシテ俸給以外ニ屬スルモノハ所謂憲法上ノ大權ニ基ツケル歳出ニアラス從テ憲法上ノ大權ニ基ツケル既定ノ歳出ニ關スル憲法第六十七條ノ規定ハ恩給等ノ上ニハ適用セラレサルモノナリ故ニ若シ其歳出ノ安固ヲ圖ラント欲セハ法律ヲ以テ之レヲ定メ以テ憲法第六十七條ノ保障ヲ受ケシメサルヘカラス現行ノ官吏恩給法官吏遺族扶助法軍人恩給法戰死軍人軍屬ノ遺族扶助法等カ皆法律ヲ以テ規定セラレタル者ハ政府モ亦爰ニ見ル所アリタレハナリ

第二節 兵馬大權

天皇ハ陸海軍ヲ統帥シ陸海軍ノ編制及常備兵額ヲ定ム(憲法第十二條)軍隊ハ主權者カ國家統治ノ目的ヲ達スル爲メニ設ケタル腕力ナリ軍隊ノ第一ノ目的ハ外來ノ襲撃ニ對シテ國家ノ生存ヲ維持シ其保全ヲ企圖スルニ在リ第二ノ目的ハ現存法律狀態ヲ破壞セントスル國內ノ暴動ニシテ警察力ヲ以テ防遏

軍隊ハ腕力ナリ

スルコト能ハサルモノヲ鎮壓スルノ用ニ供スルニ在リ陸海軍ヲ統帥スト謂フハ組織セラレタル國ノ軍隊ニ對シテ最上命令權ヲ有スルノ義ナリ組織セラレタル軍隊ナケレハ統帥權ナシ從テ統帥權ト陸海軍ノ編制及ヒ常備兵額ヲ定ムルノ權トハ同一ノモノニアラス統帥ノ文字ハ讀テ字ノ如ク軍隊ヲ統ヘ帥ユルノ義ナリ大元帥タルノ義ナリ最上命令權ヲ有スルノ義ナリ軍隊各部ノ指揮ニ至リテハ之レヲ將帥ニ委任シテ行ハシムル事ヲ得可ク又現ニ行ハシメツ、アリ然レトモ國家戰鬥力ノ全體ハ天皇ノ統帥權ニ依リテ運用セラル、ノ外他ノ機關ノ命令ニ依リテ動カス

陸海軍ノ統帥ト云フハ單ニ陸海軍ノ指揮ト云フコトト同シカラス若シ此ノ如ク解スレハ現ニ各將校ニ委任シテ行ハシメツ、アル軍隊指揮ノ權ハ憲法上ノ大權不可委任説論者ノ説ニ從カヘハ悉ク違憲ナリト謂ハサルヲ得サルニ至ルヘシ然レトモ此論者カ現行ノ實例ヲ違憲トセサルハ指揮カ統帥ト異ナルヲ以テナリ然ラハ自國軍隊ノ一部ヲ移シテ外國武官ノ指揮ノ下ニ活動セシムルコトハ天皇ノ兵馬統帥權ニ相容ル、モノナリヤ否ヤ此事例ハ近ク北清事件ノ時ニ起レリ余ハ此ヲ以テ違憲ナリト解セス又統帥權ノ委任ナリトモセス蓋シ天皇カ軍隊ノ一部ヲ外國武官ノ指揮ノ下ニ遷ス、其自由意思ノ發動ニ屬スルモノニシテ此委任ハ又何時ニテモ之ヲ天皇ノ手ニ收メ得ヘシ從テ其實質ニ於テハ清國討伐ノ爲メニ師團長ニ委

日本軍隊ノ指揮ヲ外國武官ノ手ニ委任スルノ事例

任シテ軍隊ノ一部ヲ自由ニ指揮セシムル場合ト異ナル事無クレハナリ明治十五年ノ大詔ニ「夫兵馬ノ權ハ朕カ統フル所ナレハ其ノ司令ヲコソ臣下ニハ任スナレ其大權ハ朕親之ヲ攬リ肯テ臣下ニ委スヘキモノニアラズト宣セラレタル趣意モ亦上來吾人ノ説明セル所ニ外ナラス

天皇カ憲法ヲ破壊スル爲メニ兵力ヲ用キラル、場合ニ於テ軍隊ハ君主ノ命令ニ服従スヘキカ又ハ之レニ服従スルノ義務ナキカ我國法上軍人ハ憲法ニ忠實ヲ誓フ義務ヲ有セス軍人トシテハ全然大元帥タル天皇ノ命令維レ從フヘキ地位ニ在ルヲ以テ假令天皇ノ用兵ノ目的カ現行憲法ヲ破壊スルニ在ル時ト雖モ之レニ服従セサルヘカラス然レトモ此場合ニ於テハ所ニ國家秩序ノ法的状態ハ全ク破壊セラレテ事實的ノ状態ニ移リタルモノナレハ憲法ノ定ムル臣民ノ服従義務モ亦同時ニ破壊シ盡サレタルモノナリ此場合ニ於テモ猶ホ從來法規的秩序ノ下ニ行ハレタル統治主體ト統治客體トノ關係カ嚴重ニ實行セラル、ヤ否ヤハ法律學者ノ關知スル能ハサル所ナリ

軍令ト軍政命令トノ區別

天皇カ大元帥トシテ軍隊統帥ノ目的ノ爲メニ發スル命令ハ國務ニ關スル詔勅トシテ國務大臣ノ副署ヲ要スルヤ否ヤハ極メテ困難ナル問題ナリ元來軍

隊ハ國家ノ生存ヲ維持スル爲メニ備ヘラレタルモノナレハ其運用ハ國權ノ作用中最モ重大ナルモノナリ然レトモ一方ヨリ見レハ軍隊ノ使用ハ國家的秩序ノ下ニ働ラクモノニアラス換言スレハ國法ノ秩序ノ下ニ働ラクモノニアラス國家保護ノ爲メニ其敵ニ對シテ軍隊ヲ動カシ人民ヲ殺戮シ家屋ヲ破壊スルカ如キハ國家ノ目的ヲ達スル爲メニ最モ有力ナル手段ナリト雖トモ此ノ如キ行爲ヲ司配スルハ自國ノ國法ニアラスシテ國際法ノ條規ナリ内亂ノ鎮壓モ亦然リ故ニ國內法ノ秩序ノ下ニ働ラカサル軍隊ノ運用ハ又國法的研究ノ範圍ノ外ニ在リ既ニ國法ノ下ニ働ラカサルカ故ニ國法ヲ以テ之レカ行動ヲ律スヘキ根據ナシ從テ吾人ハ軍隊ノ運用ニシテ國法ノ下ニ働カサル部分ニ付テハ國務大臣ノ副署ヲ要セスト解ス所謂軍令ハ大部分ハ此中ニ屬スルナリ

副署ヲ要セサル軍令ト副署ヲ要スル軍政命令トノ間ノ區別ハ學者間ニ研究セラル、所ナレトモ其標準ハ極メテ曖昧ナリ憲法義解第二十四頁ハ憲法第十一條ノ統帥權ニ付テ説明ヲ加ヘ本條ハ兵馬ノ統一ハ至尊ノ大權ニシテ專ラ帷幄ノ大令ニ屬スト曰ヒ第十二條ノ陸海軍ノ

編制及常備兵額ヲ定ムルノ權ニ付テハ天皇ノ親裁事務ナレトモ又責任大臣ノ輔翼ニ依ルヘキコトヲ説キ暗ニ其國務大臣ノ副署ヲ要スルコトヲ認メ而シテ所謂編制ノ大權トハ軍隊艦隊ノ編制及管區方面ヨリ兵器ノ借用給與軍人ノ教育檢閲規律禮式服制衛戍城寨及海防守港並ニ出帥準備ノ類皆其中ニ在リ常備兵額ヲ定ムト謂フトキハ毎年ノ徵員ヲ定ムルコトモ亦其中ニ在リト説明ス有賀氏國法學下卷二〇頁以下モ亦此説ヲ採ル然レトモ兩氏共ニ軍令ナルカ故ニ副署ヲ要セス軍政ナルカ故ニ副署ヲ要スト説明スルノ外何等ノ理由ヲ掲ケス或ハ一千八百六十一年一月十八日ノ普魯西勅令ヲ引用スル者アレトモ余ハ不幸ニシテ其登載セラレタリト稱スル普魯西內務行政公報 *Centralblatt für die preussische innere Verwaltung*. 1861. ヲ手ニスル能ハサルカ故ニ其詳細ヲ知ルニ由ナシ唯ゲイマイヤ一獨逸行政法第二卷四〇頁ニ曰フカ如クンハ事ノ狹義ノ軍務行政ニ關スルモノニ付テハ國務大臣ノ副署ヲ要シ其他ハ之ヲ要セスト規定セルカ如シ而シテ軍令ト軍政トノ區別ヨリシテ副署ノ要否ヲ決セントスルハ我國ノ學者モ亦タ一般ニ唱フル所ナルカ故ニ何カ軍令ニシテ何カ軍政ナルカヲ明カニセハ副署ヲ要スヘキ詔勅ト然ラサルモノトハ自カラ明カナラン

軍務行政ハ其名ノ示スカ如ク行政ノ作用ナリ然ラハ行政ノ作用ニ共通ナル原素ヲ具ヘサレハ又軍務行政ニアラス行政トハ後ニモ述フルカ如ク立法ニモアラヌ司法ニモアラサル國權ノ作用ニシテ自國ノ法規的秩序ノ下ニ活動スル作用ヲ謂フ(オーマイヤ)獨逸行政法第一卷一〇頁軍事ニ關スル天皇ノ詔勅ニシテ現行ノ國法ニ準據シテ發スル必要アルモノナラハ皆之ヲ軍事行政ト云フヲ得ヘシ若シ然ラスシテ全ク自國ノ法規的秩序ニ拘束セラレサル範圍ニ

屬スルモノナル時ハ所謂軍令トシテ國務大臣ノ副署ヲ要セス之レ余カ本文ニ於テ論シタル所ナリ多數ノ學者ハ軍令ト軍政トヲ分チ此兩者ノ區別ヲ求メントシテ一モ獲ル所ナシ若シ今一層其根本ニ遡リ何カ行政ニシテ何カ行政ニアラサルカヲ追究スレハ所謂軍令カ軍事行政ニ非ラサルハ明瞭ニ了解セラルヘキナリ

陸海軍ノ編制及ヒ常備兵額ヲ定ムルハ又天皇ノ大權ニ屬ス常備兵額ヲ定ムルノ權ヲ天皇ニ專屬セシメタルハ大ナル理由アリテ存ス蓋シ常備兵役ハ現役及ヒ豫備ヲ包含シ其主タル目的ハ國民ニ軍事教育ヲ與フルニ在リ而シテ常備兵額ノ多寡ハ經費ニ重大ノ關係ヲ有スルカ故ニ歐洲ニ於テハ豫算又ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムルヲ例トス英國ノ如キハ毎年之ヲ議決シ他ノ國ニアリテハ大抵五年乃至七年ヲ限リテ之ヲ議決ス獨逸帝國憲法第六十條ニ依レハ獨逸軍隊ノ平時兵員ハ千八百七十一年十二月三十一日ニ至ルマテ千八百六十七年現在人口百分ノ一トシ其割合ヲ以テ聯合各國ヨリ之ヲ出タス將來ノ平時兵員ハ帝國憲法ノ手續ヲ以テ之ヲ確定スヘシト規定セリ而シテ法律ヲ以テ最初千八百七十二年ヨリ七十四年迄ノ兵員ヲ定メ次ニ千八百七十五年ヨリ八十一年迄八十一年四月一日ヨリ八十八年三月三十日迄八十七年四月

一日ヨリ九十四年三月三十一日迄、九十年十月一日ヨリ九十四年三月三十一日迄、九十三年十月十日ヨリ九十九年三月三十日迄、最後ニ九十九年十月一日ヨリ千九百〇四年三月三十日迄ト順次ニ定メラレタリ然レトモ常備兵額ノ確定ニ議會ノ參與ヲ許サンカ兩者ノ衝突ハ常ニ絶ユル事ナク引イテ國家ノ生存ニ危害ヲ及ホスニ至ルヘシ獨逸ニ於テモ繼續ノ際ニ當リテハ常ニ議會ト政府トノ間ニ紛騷ヲ醸セリ我憲法ハ此點ニ考フル所アリ常備兵額ヲ定ムルノ權ハ專ラ之ヲ天皇ニ留保シ議會ノ干與ヲ許サス唯議會ハ豫算ノ議決權ヲ有スルカ故ニ此ヲ盾トシテ陸海軍ノ不當ナル擴張ヲ抑制スルコトヲ得レトモ而カモ此權スラ憲法上ノ大權ニ基ツケル既定ノ歳出ヲ動カス能ハサルカ故ニ國家ノ兵力ハ不統一不謹慎ナル議會ニ依リテ増減セラレ、コト無シ國家ノ生存發達ノ爲メニ蓋シ最モ適當ノ制度ト謂ハサルヘカラス

第三節 外交大權

天皇ハ戰ヲ宣シ和ヲ媾シ及諸般ノ條約ヲ締結ス(憲法第十三條)所謂外交ノ國務ハ國

法ノ秩序ノ下ニ働ラクモノニアラスシテ國際法規ニ從ウテ活動スルモノナルカ故ニ國法学ノ一分科タル憲法論ニ於テ詳論スルノ限リニアラス然レトモ事ノ内治ニ重大ナル關係ヲ有スルモノニ付テハ之ヲ國際法学ニ委スル能ハス其最モ著シキモノハ條約ナリ憲法ノ説明トシテハ外交大權中ニ於テ唯條約ヲ論スレハ足レリ是レ余カ以下單ニ條約ヲ論シテ其他ニ及ハサル所以ナリ

宣戰トハ他國ニ對シテ戰爭ト稱スル強力ヲ使用スルコトヲ宣言スル主權者ノ意思表示ナリ此宣言ハ或ハ國民ニ對シテナスコトアリ敵國ニ對シテナスコトアリ又ハ第三國ニ向ヒテナスコトアリ何レノ方法ニ依ルモ一國カ他國ニ對シテ戰爭行為ヲ開始スルノ意思表示ナル以上ハ宣戰トシテ其效力ヲ生ス然レトモ宣戰ナクテハ戰爭行為ヲナス能ハサルニアラス宣戰以前既ニ開戰ノ事實アラハ其事實ハ宣戰ト同一ノ效力ヲ有シ當事國家ハ戰時國際條規ニ遵據スルノ義務ヲ生シ又之レニ伴フ權利ヲ生ス第三國モ亦中立ノ權利及義務ヲ有スルナリ從テ宣戰セスシテ戰爭ヲ開始スルハ國際法ノ違反ニアラス近來ノ實例モ亦タ多ク宣戰ナクシテ戰爭ヲ開始スルコトニ一致セリ

天皇ハ媾和ノ權ヲ有ス從テ媾和ノ條件トシテ國土ノ割讓モ亦ナシ得ヘキ所ナリ而シテ若シ國土ヲ割讓スル場合ニ於テハ其上ニ行ハレタル法律ハ廢止セラレ之レニ依リテ保障セラレ

タル臣民ノ權利義務ハ變更セラル、カ故ニ我憲法ノ精神上帝國議會ノ協賛ヲ要スヘキヤ否
 ヤ吾人ハ領土割讓ノ結果カ其領土ニ行ハレタル法律ヲ廢止シ其領土ニ在住セル從來ノ臣民
 ノ權利義務ヲ動かカス結果ヲ生スレハトテ議會ノ協賛ヲ得ヘキモノ換言スレハ法律ヲ以テス
 ヘキモノト解セサルナリ蓋シ法律カ一定ノ土地ニ行ハル、ハ其領土カ其國ノ統治權ノ下ニ
 在ル事ヲ條件トス若シ一國領土カ割讓セラレテ他國ノ領土トナル時ハ法律ハ其存在ノ條件
 ヲ失フカ故ニ當然消滅ニ歸スヘク別ニ立法ノ手續ヲ要スル理由ナシ蓋シ領土ノ割讓ハ天皇
 ノ大權ニ屬シ親裁シ得ヘキコトヲ要件トスルカ故ニ法律ヲ以テ此要件ヲ破ル能ハス若シ割
 讓地ニ行ハレタル法律ヲ廢止スルニアラサレハ領土ノ割讓ヲナス能ハストモハ法律ハ憲法
 以上ノ效力ヲ有スルコト、ナルヘシ況ンヤ領土ノ割讓ハ其上ニ行ハル、法律ヲ廢止スルニ
 ハアラサシテ自國統治權ノ範圍ヲ割キテ他國ノ主權ノ下ニ置クノ行爲ナルニ於テチヤ

條約

條約ハ統治主體間
 ノ約束ナリ

國家ヲ以テ人格ナリトスル學說ニ從カヘハ條約ハ國ト國トノ間ノ約束ナリ
 吾人ハ國家ヲ人格ナリト解セス從テ條約ヲ以テ國際約束ナリト説明セスシ
 テ一國主權ト他國主權トノ主體間ノ約束ナリト説明スルモノナリ
 條約ノ本質ハ對等ハ關係ニアル統治主體間ノ約束ナリト謂フハ點ニ存ス約
 束トハ當事者間ノ意思ノ合致ニ依リテ效力ヲ生スル法律行爲ナリ條約カ國
 法ニアラサルハ對當人格間ノ約束ナルカ爲メナリ國法ハ統治主體カ臣民臣

民ノ團體又ハ統治機關ニ對スル命令ナリ優者カ弱者ニ對シテ發スル強制ノ
 意思作用ニシテ對等人格者間ノ合意ニアラス命令ヲ受ケタル統治ノ客體ハ
 命令者タル統治主體ト對當ノ地位ニ在ル當事者ニアラサルナリ此結果トシ
 テ條約ノ效力ハ國法ト異ナリ單ニ當事國家ノ主權者ヲ拘束スルニ過キスシ
 テ當事主權ノ下ニアル臣民各個人ハ條約ニ依リテ何等ノ權利ヲ獲ルコト無
 ク又義務ヲ負フ事無シ換言スレハ條約ハ單ニ外部ニ對シテノミ其效力ヲ有
 シ内部ニ對シテハ一切法律上ノ效力ヲ有セサルモノナリ
 條約ヲ締結スルノ權ハ各國憲法ノ規定ニ依リテ異ナルカ故ニ一般ノ説明ヲ
 加フル能ハス我憲法上條約ノ締結ハ天皇ノ大權ニ屬ス君主國ニ於テハ君主
 カ條約締結權ヲ有スルハ各國憲法ニ於テ一致スル所ナリ

國際法上國家ヲ代表シテ條約ヲ締結スル權ヲ有スル者ハ何人ナルカハ國際法上ノ問題ニア
 ラスシテ國法上ノ問題ナリト云フ點ニ於テハ凡テノ國際法學者ノ說チ一ニスル所ナリエル
 ンスト、マイヤー國際條約締結權九一頁以下、ラーパー獨逸國法第一卷六〇四頁以下、イェリ
 子ツク法律命令論三四二頁、カウフマン國際法ノ拘束力、トリパー國際法及各國法三三六頁
 以下モ亦同シテツナリ條約效力論現時公私法雜誌第二〇卷一二三頁ハ說チナシテ曰ク、國際

法ノ原則ニ依レハ國家ノ元首タニ批准シタル條約ナラハ假令他ノ機關ノ參與ヲ必要トスル
 國法ノ規定アルニ拘ラス仍ホ國家ヲ拘束ストハイルボーン國際法論一四三頁及リスト國際
 法一四頁等モ亦之レニ附和ス然レトモ此說ハフリーゴローチウス以來有名ナル國際法
 學者全體ノ意見ニ反ス此多數意見ハテツナリ前書一二六頁カ冷評セル如ク拘束力ナキ學者
 ノ空論ニハアラスシテ各國ノ承認セル慣習法ノ製作物ナリ故ニ國際法上ノ實例ニ基キテ之
 レニ反對ノ原則ヲ證明セントスルハ不能ナリ他國ニ對シテ一國ヲ代表スル權アルモノハ國
 家ノ元首ニ限ルト云ヘルハイルボーンノ議論モ亦非ナリ何トナレハ著者自身ノ擧ケタル實
 例ニ徴スルモ國家ノ意思表示ヲナスモノ即チ批准ヲナスモノカ或事情ノ下ニハ元首以外ノ
 國家機關ナルコトアレハナリ加之著者ハ議會モ亦國際法上國家ノ元首ナリヤノ問題ハ國法ノ決スル所ニシ
 スト謂ヘリ然ラハ則チ著者モ亦既ニ何人カ國家ノ元首ナリヤノ問題ハ國法ノ決スル所ニシ
 テ國際法ヲ以テ一般ニ之レヲ定ムヘカラサルコトヲ認ムルニアラスヤ要之一國ニ於テ外部
 ニ對シ條約締結權ヲ有スル者ノ誰ナリヤハ各國國法ノ規定ニ依リテ定ムルノ外ナキナリ
 條約ハ批准ニ依リテ成立ス先ツ兩國全權委員ノ間ニ條約議定書ヲ作成シ而
 シテ後國際法上ノ代表權ヲ有スル國家機關又ハ主權者カ之ヲ批准スルナリ
 批准以前ニ於ケル議定書ハ唯條約ノ草案ニ過キス宛カモ裁可ナキ法律カ法
 律案ニ過キササルカ如シ

條約ハ批准ニ依リテ成立シ批准ノ日ヨリ効力ヲ有スルモノナリトハ一見正當ノ見解ナルカ

條約締結ハ天皇ニ
 專屬ス議會ノ承諾
 ヲ要セス

如シ然レトモホルツェンドルフ國際法參考書第三卷一七頁ニ論スルカ如クハ批准ハ週及
 力ヲ有シ批准セラレタル條約ノ効力ハ全權委員カ條約ニ署名シタルノ日ニ週ルト云フ說ハ
 實ニ大多數ノ國際法學者ノミナラス國際慣例ノ認ムル所ナリ獨リマルテンス文明國ノ國際
 法第一部一〇八號ハ之ニ反對シテ條約ノ効力ハ批准ノ日ヨリ生ス何トナレハ其以前ニ於テ
 ハ草案ニ過キサレハナリト謂ヘリ余ハマルテンスノ說ニ與ス

我憲法上條約締結ノ權ハ天皇ニ專屬シ獨立意思ヲ有スル國家機關ノ參與ヲ
 要セス故ニ全權委員カ訓令ニ基キテナシタル條約ハ天皇ノ批准ニ依リテ當
 然成立シ他ノ機關ノ干涉ヲ容レス然レトモ外國ノ國法ニ於テハ條約ノ締結
 特ニ或内容ヲ有スル條約ノ締結ニ付キ議會又ハ市民會ノ同意ヲ要スト規定
 スルモノアリ此場合ニ於テ議會又ハ市民會ノ同意ナクシテ條約ヲ締結スル
 能ハサルハ自明ノ理ナリ

通商條約又ハ國家ノ負擔トナルヘキ事項ニ關スル條約又ハ國有財産ノ讓渡臣民ノ義務ニ關
 スル條約等ノ締結ニ付キ議會ノ同意ヲ要スト規定スルモノハプロイセン憲四八、ウルテム
 ルヒ憲八五、ザクセン、コブルヒ憲一二八、ガルテムブルヒ憲六、アンハルト憲一九、ジュワルツ
 ルヒ、ゾンデルスハウゼン憲四二、新ロイス憲七〇、リッペ憲九、ワルテツキ憲一一、リユーベツキ
 憲五〇、ハムブルヒ憲六二、ブレームン憲五七、五八等ナリ此等ノ國家ニ於テハ條約カ有效ニ成

立スル爲メニ議會ノ承諾ヲ要スルハ言ヲ俟タス換言スレハ議會ノ協賛ヲ經サル條約ハ之ヲ批准スル能ハサルナリ

主權國ノ統治權ハ内部ニ對シテ法理上物の無制限ノ活動範圍ヲ有ス而シテ對外權ハ統治權ノ外面ナルカ故ニ苟モ國際法規ニ違反セサル範圍内ニ於テハ主權國カナス條約ハ又如何ナル事ヲモ規定スルコトヲ得ヘシ我國ハ主權國ナリ故ニ條約ノ内容ニハ一定ノ制限ナシ天皇カ國家ノ爲メニ必要ナリト思惟スル場合ニ於テハ如何ナル條約ヲモ締結スル事ヲ得ヘキナリ但シ國債ヲ起シ及豫算ニ定メタルモノヲ除ク外國庫ノ負擔トナルヘキ契約ヲナスハ憲法第六十二條ノ規定上必ス帝國議會ノ協賛ヲ要スルカ故ニ此事項ニ付テハ豫メ議會ノ承諾ヲクシテ條約ヲ締結スル能ハス其以外ノ事項ニ付テハ事ノ立法事項ニ關スルモノナルト否トヲ問ハス凡テ之ヲ條約スルコトヲ妨ケス蓋シ條約ハ國法ニアラスシテ外國主權者ニ對スル約束ナリ而シテ憲法ハ此條約ヲ締結スルニ付キテハ其第六十二條ニ於テ間接ノ規定ヲ設クルノ外一モ議會ノ承諾ヲ經ヘキコトヲ言明セサレハナリ

議會ノ協賛ニ付キテ何等ノ規定ナキ君主國ニ於テハ君主自身國家ヲ代表シテ條約ヲ締結スルノ權アルモノニシテ議會ノ協賛ヲ必要トセサルハ一般ニ學者ノ一致スル所ナルカ如シゲイ、マイヤー、國法學六二八頁此原則ハ我國及ヒザクセンノ如ク條約ニ對スル議會ノ協賛權ニ付キ何等ノ規定ヲモ包含セサル憲法ヲ有スル國ニ行ハルヘキモノナリガーピツツ、ザクセン、國法第一卷一六九頁ハ反對說ヲ採レトモ何等ノ根據ナシ

條約カ國法ニアラサルノ結果之ヲ公布スルモ直接ニ臣民ヲ拘束セス此點ニ關シテハ學者間ニ議論ノ岐ル、所ナレトモ所謂公布ナルモノハ主權者ノ意思行爲ノ成立ヲ公ケニスルモノニシテ公布セラレヘキモノ、性質ヲ變スルニアラス法律ヲ公布スルモ法律ハ法律ナリ條約ヲ公布スルモ條約ハ條約ナリ假令其内容ニ於テ臣民ヲ拘束スヘキモノナリトモ統治主體間ノ約束ハ公布ニ依リテ法律ト變シ臣民ヲ拘束スヘキモノニアラサルナリ

條約カ國法的效力ヲ生スルカ爲メニハ之ヲ國法トスルノ行爲アルコトヲ必要トス若シ條約ニシテ憲法ニ所謂立法事項ヲ規定セサル限りハ天皇ハ勅令ヲ以テ條約ノ内容ヲ國法トスルコトヲ宣言スルヲ得ヘシ然レトモ若シ條約ノ内容カ立法事項ニ關スルモノナル時ハ天皇ノ勅令ノミニテハ此條約ヲ實

條約ヲ國內ニ實施スルニハ之ヲ國法トスル行爲アルコトヲ要ス

條約ヲ國內ニ實施スルニハ之ヲ國法トスル行爲アルコトヲ要ス

條約ヲ國法トシテ
實施スルハ依レ
實ニ從ヒ勅令ニ
テ足ルコトアリ又
法律ヲ以テスルコ
トヲ要スルコトア
リ

施スル能ハス必ス議會ノ協賛ヲ經タル法律ニ根據セサルヘカラス歐洲諸國
ニ於テモ條約ヲ實施スルニ付テハ二個ノ方法アルカ如シ一ハ特別法律ヲ以
テ條約ノ内容タル條規ヲ實施スルモノニシテハ他ハ條約ヲ公布シ以テ之レ
ニ法律ト同一ノ效力ヲ與フルモノナリ前ノ場合ニハ條約ノ實施ニ必要ナル
法律案又ハ豫算案ヲ議會ニ提出シテ其協賛ヲ求メ後ノ場合ニ於テハ條約其
モノヲ議會ニ提出シテ其承諾ヲ求ム我國ニ於テハ此點ニ付テ多少異ナリタ
ル解釋ヲ必要トス我憲法ニハ法律ヲ以テ定ムヘキ事項ト議會ノ協賛ヲ經テ
定ムヘキ事項トハ區別アリ第六十二條第三項國債及ヒ國庫ノ負擔トナルヘ
キ契約ノ如キハ必スシモ法律ヲ要セス只議會ノ協賛アラハ足レリ然レトモ
所謂立法事項ニ至リテハ必ス法律ニ根據スルコトヲ要ス法律ハ議會ノ協賛
ト天皇ノ裁可トニ依リテ成リ法律トシテ公布セラレタルモノナリ或事項ニ
付キ單ニ議會ト天皇トノ意思カ合致スレハトテ法律トハナラス故ニ條約中
ニテモ議會ノ協賛ノミヲ以テ足レリトスル事項ニ係ルモノナラハ條約其モ
ノヲ議會ニ提出シテ議會ノ協賛ヲ經タル上ナラハ天皇ノ勅令ヲ以テ條約ヲ

現行ノ慣例ニ依レ
ハ條約ノ公布ハ又
同時ニ之レヲ國法
トシテ實施スル主
權者ノ暗黙ノ意思
表示ナリ

國法トシテ施行スルコトヲ得レトモ事ノ立法事項ニ關スルモノナラハ之ヲ
國法トシテ施行スルニ付キテハ簡短ナル法律ヲ發布シテ條約ノ内容ヲ國法
トスルコトヲ宣言スルカ又ハ條約ノ内容全體若クハ少ナクモ條約中立法
事項ニ關スル事項ヲ内容トスル法律ヲ制定シテ之ヲ發布セサルヘカラス之
レヲ要スルニ條約ハ單ニ公布セラレタルノミヲ以テ臣民又ハ國家ノ官廳ニ
對スル拘束力ヲ生セス必ス之レヲ國法トシテ執行スヘキ主權者ノ意思表示
アルコトヲ要ス但シ此意思ハ明示タルコトヲ要セサルカ故ニ事實主權者カ
官廳ヲシテ條約ヲ執行セシムルノ手段ヲ採ル以上ハ臣民モ亦此事實ヨリ推
シテ該條約カ國法ナルコトヲ認メテ之レニ服従スヘシ現行ノ慣例上條約ヲ
公布スルハ其公布ト同時ニ又之レヲ國法トシテ施行スル主權者ノ默示ナル
カ故ニ條約カ公布セラレハ臣民モ亦當然之レニ服従スルノ義務ヲ有ス蓋
シ公布ハ條約ノ成立ヲ公ケニ知ラシムルノ行爲ト之ヲ國法トシテ施行スル
意思表示トノ兩者ヲ包含スレハナリ唯前ニモ述フルカ如ク事ノ立法事項ニ
關スルモノ又ハ議會ノ協賛ヲ要スルモノニ付テハ法律ヲ以テスルカ又ハ議

議會ノ協賛ヲ要ス
ヘキ事項ニ關スル
條約ヲ國法トシテ
實施セントセハ必
ス議會ノ協賛ヲ經
サルヘカラズ
議會ハ或種ノ條約
ヲ實施チ拒ムコト
ヲ得ヘシ

會ノ協賛ヲ經タル後ニアラサレハ國法トシテ實施スル能ハサルカ故ニ若シ
此要件ヲ缺キタル條約施行ノ爲メニ權利ヲ侵害セラレタル者ハ行政官廳ノ
違法處分トシテ公法上ノ救濟ヲ求ムル餘地アルモノナリ
議會カ條約ニ協賛シ又ハ條約ヲ實施スル法律ニ協賛スルハ其自由意思ニ於
テス從テ天皇ノ締結シタル條約カ議會ニ依リテ否決セラル、事アルヘシ此
ノ如キ弊害ヲ避ケンカ爲メニハ條約ノ批准ヲナス以前ニ於テ條約ヲ議會ノ
議ニ付シ其協賛ヲ經ルコトヲ便利トスヘシ否ナ道理ノ要求上カクスルコト
ヲ要スト解スヘシ然レトモ是レ政治上ノ理由ニシテ天皇ノ法律上ノ義務ニ
アラス條約カ臣民ノ權利義務ニ關スル事項ヲ規定スル場合ニハ其條約ハ必
ス國法トシテ施行スヘキコトヲ豫期シテ締結セラレタルモノナリ夫レ然リ
既ニ國法トシテ施行セラルヘキ性質ノモノニシテ而カモ議會ノ協賛ヲ要ス
ルモノナラハ其條約ノ確定前即チ批准前之レヲ議會ニ提出シテ協賛ヲ求ム
ヘキハ國權ノ外部ニ對スル作用ト内部ニ對スル作用トヲシテ矛盾ナカラシ
ムル爲メニ必要ナル手段ナリ然レトモ條約カ國內ニ於ケル效力ハ條約トシ

テ效力アルニアラスシテ國法トシテ行ハルヘキモノナルコトヲ思ハ、天皇
ノ有スル條約締結權カ直接ニ議會ノ國法ニ對スル協賛權ニ依リテ制限セラ
ル、モノトハ謂ヒ難シ從テ批准前ニ議會ノ協賛ヲ求ムルハ天皇ノ法律上ノ
義務ニハアラサルナリ

第四節 戒嚴大權

天皇ハ戒嚴ヲ宣告ス(憲法第十四條)戒嚴トハ戰時若クハ事變ニ際シ司法行政ノ常法
ニ依ル時ハ以テ公共ノ秩序ヲ保ツ能ハサル場合ニ於テ其作用ノ全部又ハ一
部ヲ特別ノ取扱ノ下ニ置クヲ謂フ戒嚴ノ要件及效力ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム
(憲法第十四條)戒嚴ノ要件トハ之ヲ宣告スル時期、區域及手續等ヲ謂ヒ其效力ト
ハ宣告ノ結果トシテ司法行政ノ常法カ如何ナル程度迄變更ヲ受クルカヲ謂
フ憲法ノ豫見セル法律ハ憲法發布後未タ制定セラレス現行ノ戒嚴令ハ明治
十五年第三十五號布告ヲ以テ定メラレタルモノニシテ今ニ及ヒテ猶有效ノ
モノナリ

戒嚴ノ權ハ天皇ノ憲法上ノ大權ナリ故ニ其親裁シ得ヘキコトヲ要ス然レトモ國家有事ノ日ニ於テ事ノ緊急ヲ要スルモノハ天皇ノ宣告ヲ待ツ能ハサルモノアルヘク又若シ之ヲ待タハ機宜ヲ失シテ徒ラニ禍根ヲ大ナラシムルモノアルヘシ此等ノ場合ニ處スル爲メ現行戒嚴令ハ事情ノ切迫セル場合ニ於テハ軍ノ司令官ヲシテ臨機戒嚴ヲ宣告セシムルコトヲ定ム是レ所謂大權ノ委任ニシテ或學者ノ說ニ從カヘハ明カニ憲法違反トナルヘキカ如キモ吾人ハ最モ適當ノ規定ニシテ又憲法ニ違反スルモノニアラスト信スルナリ

戒嚴令ハ戰時又ハ事變ニ際シ兵備ヲ以テ全國若クハ一地方ヲ警戒スルノ法トス(戒嚴令)戰時ト稱スルハ外患又ハ内亂アルニ際シ布告ヲ以テ定ムルモノトス(明治十五年八月)布告トハ統治主體ノ意思表示ニシテ臣民ニ向ツテ公布セラレタルモノヲ謂ヒ其形式ノ何タルヤハ問フ所ニアラス從テ宣戰ノ詔勅ニテモ臣民ニ向ツテ發布セラレタルモノハ又戰時タルノ布告ト看做スコトヲ得ヘシ事變トハ戰時ニアラサルモ普通警察力ヲ以テハ公ケノ秩序ヲ維持スル能ハサル状態ヲ謂フ平時土寇ノ蜂起ノ如キハ亦タ之レニ屬スルモノナ

戒嚴ノ時期戒嚴ノ效力

リ

戒嚴ハ戰時若クハ事變ニ際シ時機ニ應シ其ノ要スヘキ地境ヲ區劃シテ之ヲ公布ス戒嚴ノ效力ハ此區域外ニ及ハス但シ一旦限定シタル區域モ其後ノ狀況ニ依リ之ヲ改定スルコトヲ得ヘシ(戒嚴令第一條)戒嚴ノ地境ハ之ヲ臨戰地境ト合圍地境トノ二ニ分ツ前者ハ戰時若クハ事變ニ際シテ警戒スヘキ地境トシテ定メラレタルモノ後者ハ敵ノ合圍攻撃其他ノ事變ニ際シテ警戒スヘキ地境トシテ定メラレタルモノヲ謂フ臨戰地境内ニ於テハ地方行政事務及ヒ司法事務ノ軍事ニ關係アル事件ヲ限リ其地ノ司令官ニ管掌ノ權ヲ委スル者トス此場合ニハ地方官地方裁判官及檢察官ハ戒嚴ノ宣告又ハ布告アル時ハ速カニ該司令官ニ就テ其指揮ヲ請フヘシ合圍地境内ニ於テハ地方行政事務及ヒ司法事務ハ其地ノ司令官ニ管掌ノ權ヲ委スルモノトス故ニ地方官地方裁判官及ヒ檢察官ハ其戒嚴ノ布告若クハ宣告アル時ハ速カニ該司令官ニ就テ其指揮ヲ請フヘシ戒嚴ハ平定ノ後ト雖モ停止ノ布告若クハ宣告ヲ受クルノ日迄ハ其效力ヲ有ス戒嚴ノ效力ニ關スル詳細ノ規定ハ戒嚴令ヲ參照ス

ヘシ

第五節 恩赦大權

天皇ハ大赦特赦減刑及復權ヲ命ス(憲法第十六條第)之ヲ恩赦大權ト稱ス恩赦ハ犯罪、
 爲ニ對スル刑法上ノ效果ヲ減免スルノ謂ニシテ或種ノ犯罪人全體ヲ同時ニ
 赦免スルモノヲ大赦ト謂ヒ各個ノ犯人ヲ赦免スルヲ特赦ト謂ヒ既ニ確定シ
 タル刑ヲ輕減スルヲ減刑ト謂ヒ刑ノ宣告ニ依リテ剝奪セラレタル資格又ハ
 能力ヲ復舊セシムルヲ復權ト謂フ外國ノ憲法ニハ恩赦ヲ受クヘキ犯罪ノ種
 類ヲ限定スルモノアレトモ我國ニハ此制限ナシ從テ如何ナル犯罪ニ對シテ
 モ恩赦權ヲ行フコトヲ得ヘシ恩赦ハ刑事訴訟手續ノ施行ヲ禁シ又ハ刑事判
 決ノ效果ヲ廢棄シ特ニ刑ノ執行ヲ禁止スル行政、行政爲ナリ恩赦ハ刑罰權ノ拋
 棄ニアラスシテ主權者ノ命令權ノ行使ナリ即チ國家ノ官廳ニ對シテ或行爲
 ヲナササルヘキコトヲ命シ又ハ受刑者ニ對スル法律上ノ不利益ヲ除クコト
 ヲ目的トスルモノニシテ其效力ハ主刑並ニ附加刑ニ及ヒ其範圍ハ各場合ニ

恩赦ハ刑罰ニ關ス
ヲ行政行爲ナリ

付キ恩赦權ヲ有スルモノニ於テ之ヲ確定スルコトヲ得然レトモ犯罪ヨリ生
 スル私法上ノ效果ニ至リテハ恩赦ニ依リテ影響セラル、事無シ換言スレハ
 被害者ハ赦免セラレタル犯人ニ對シ猶ホ民事上ノ訴訟ヲ提起スルコトヲ得、
 恩赦ハ各犯人ノ私益ノ爲メニスルモノニアラスシテ公益ノ爲メニ存スルモ
 ノナレハ犯人ハ恩赦ヲ拒ムコトヲ得ス

ビンゲン刑法參考書第一卷八六三、八七三頁メルケル獨逸刑法論二四七頁イェリチツク公
 權論三一八頁等ハ恩赦ヲ以テ國家ノ權利拋棄トナセトモ誤レリビンゲン曰ク「恩赦ハ權利
 ノ拋棄ナリ故ニ公法上ノ法律行爲ナリ」ト然レトモ恩赦カ公法上ノ法律行爲タルハ權利ノ拋
 棄タルカ爲メニハアラスシテ行政行爲ナレハナリビンゲンクハ一方ニ於テ「犯人ヲ訴追シ之
 チ處刑スルハ國家ノ義務ナリ換言スレハ判決ハ犯人ヲシテ刑ニ服セシムルノ義務ヲ生セシ
 ムルト同時ニ又國家ヲシテ此刑ヲ執行スルノ義務ヲ生セシム」ト謂ヘリ然ラハ彼レノ言ニ從
 カヘハ刑罰權ノ行使ハ國家ノ義務ニアラスヤ義務ノ拋棄カ權利ノ拋棄ナリトハ言語自身ニ
 於テ既ニ矛盾セルニアラスヤ特ニ減刑ノ如キハ第一ノ刑ヲ拋棄スルト同時ニ第二ノ刑ノ執
 行ヲ命スルモノナリ要之何レノ點ヨリスルモ恩赦カ權利ノ拋棄ナリトハ同意シ難キ説明ナ
 リ
 恩赦ハ其大赦ナルト特赦ナルトヲ問ハス必スシモ判決後ニ於テスルコトヲ要スルモノニア
 ラス獨逸法ノ文字ハ特赦 (Begnadigung im engeren Sinne) ト免訴 (Abolition) 及ビ大赦 (Amnestie) トヲ區

別シ特赦ハ已ニ宣告セル刑罰ノ減免ヲ謂ヒ後ノ二者ハ訴追ノ免除ヲ謂フト解ス我憲法ニ用
 井タル大赦特赦ノ文字ハ前者ハ或種類ノ犯人全體ニ對シ後者ハ特定人ニ關スト解スルノ外
 大赦カ訴追ノ免除ニシテ特赦カ刑ノ減免ナリト區別スヘキ根據ナシ而シテ恩赦ニシテ若シ
 訴追ヲ免除スルニ在ル時ハ刑ノ宣告ナキカ故ニ公權ヲ剝奪セラル、コトナシ從テ復權ノ問
 題ハ起ラス然レトモ既ニ宣告セラレタル刑ヲ免除スル場合ニ於テハ刑ノ免除ト復權トハ別
 ヲ行爲憲法モ亦此趣意ナリナルカ故ニ刑ノ免除ハ當然ニ復權ヲ包含セス故ニ法律ニ明文
 アルモノ、外ハ特ニ復權ヲ得ルニアラサレハ刑ニ依リテ剝奪セラレタル資格ヲ回復スル事
 無シ

恩赦ハ刑事ニ限ルカ故ニ刑罰以外ノ責任ニシテ法律ノ定メタルモノニ付テハ法律ノ特別規
 定アルノ外天皇自由ニ恩赦權ヲ行フ能ハス從テ勅令ニテ定マレル官吏ノ責任ハ天皇カ又特
 別ノ勅令ヲ以テ之ヲ減免スルコトヲ得レトモ法律ニテ定マレル官吏ノ責任ハ法律ヲ以テス
 ルニアラサレハ之ヲ減免スルコトヲ得ス若シ會計検査院法第二十一條ノ規定ナカリシナラ
 ハ天皇ハ自由ニ會計検査官ノ責任ヲ減免スルコトヲ得サルモノト解スヘキナリ

現行刑事訴訟法第三百二十四條以下ニハ復權ノ手續ヲ定メ第三百三十條以下ニ於テハ特赦
 ノ手續ヲ定ム此等ノ規定ハ何レモ天皇カ恩赦權ヲ行フノ條件ヲ定ムルニ過キスシテ天皇ノ
 恩赦權ヲ裁判所ニ遷スモノニアラサルカ故ニ憲法ニ違反スルモノニアラスシテ有效ノ規定
 ナリ從テ天皇カ特赦復權ノ大權ヲ行使セラル、ニ付キテハ此等ノ規定ニ準據セサルヘカラ
 ス恰カモ議院法第三十二條ヲ以テ法律ノ裁可ヲ二年以内ト定メ同法第三十三條ヲ以テ議會

ノ停會ヲ十五日以内ニ限リタルカ如シ

第五章 行政特ニ會計

行政ノ範圍ハ一面之ヲ消極的ニ限定スルト同時ニ一面之ヲ積極的ニ定義ス
 ルノ必要アルハ吾人嘗テ之ヲ論セリ行政ノ作用ハ國權ノ機能中立法行爲ニ
 モアラヌ又廣義ノ司法ニモアラサルモノナリ然レトモ或論者ノ説明スルカ
 如ク憲法上ノ大權モ亦タ行政ニアラスト謂フハ非ナリ何トナレハ前ニ説明
 セルカ如ク憲法上ノ大權中ニモ亦タ行政行爲アルヲ以テナリ行政ノ機能ハ
 天皇及ヒ行政官廳ニ依リテ行ハル然レトモ天皇ノ憲法上ノ大權ハ一面行政
 行爲ヲ包含スルト同時ニ一面又行政ニアラサルモノヲモ包含ス是レ余カ行
 政ノ觀念ハ一方ニ於テ積極的ニ之レヲ定義スル必要アリト謂フ所以ナリ余
 ハ行政ヲ左ノ如ク定義セントス

行政トハ統治主體カ國家ノ目的ヲ對スル爲メニ其國ノ法規的秩序ノ下ニ
 於テ動作スル機能ニシテ立法ニモアラヌ司法ニモアラサルモノヲ謂フ

憲法カ天皇ノ大權トシテ其第一章ニ掲クルモノヲ此定義ニ照ラシ見ナハ其中又自カラ行政作用ニ屬スルモノアルヲ發見セン法律ノ裁可ハ立法所爲ナリ故ニ行政ニアラス戰爭行爲ハ天皇ノ統治權ノ發動ナリ然レトモ行政ニアラス何トナレハ自國ノ法規的秩序ノ下ニ働カサレハナリ外交ノ大權モ亦然リ此等ノ非行政機能ヲ除去シテ殘ル所ノ大權作用ハ所謂行政ノ觀念ニ屬ス唯榮典授與ノ權ニ至リテハ前ニモ述ヘタル如ク(第一編第一部第一章一九五頁)天皇ノ榮譽權ニシテ施政ノ權ニアラサルカ故ニ行政ノ觀念ニ包含セラレス從テ國務大臣ノ副署ニ依リテ行ハル、事無キナリ

カ、マイヤ、獨逸行政法論第一卷九頁ニハ統治者ノ就職攝政ノ設置衆議院議員ノ選舉ヲ命シ及ヒ其執行ヲナスカ如キ又ハ貴族院議員ノ任命議會ノ召集開會閉會等ハ立法ニアラス司法ニアラス又行政ニモアラスシテ憲法の補充行爲(Verfassungsergänzende Hülfsbehörden)ナリ何トナレハ此等ノ作用ハ皆組織セラレタル國家カ其目的ヲ達スル爲メニ行フ所ノ作用ニアラサレハナリト謂ヘリ彼ハ又緊急勅令ヲ以テ行政ニアラスシテ實質上立法行爲ニ屬スト説明セリ此等ハ行政ヲ以テ法律ノ下ニ在リト解スル主義ヲ貫徹セン爲メニハ極メテ嚴格ニ論争セラレヘキモノナレトモ我國ノ如ク行政ハ常ニ法律ノ下ニ在リト解セス又天皇ノ憲法上ノ大權ヲ立法ト並行セシメタル制度ニ於テハ單ニ言語ノ争ニ過キスシテ深ク論究スル必要ナシ吾

入ハ立法ニモアラス司法ニモアラサル國權ノ作用ニシテ國家的法規ノ下ニ活動スルモノハ凡テ行政ニ屬スト解ス而シテ此解釋ハ必スシモ獨斷ニハアラサルナリ樞密院官制第八條ニモ樞密院ハ行政及立法ノ事ニ關シ天皇ノ至高ノ顧問ナリト規定セルナリ

行政ノ作用ヲ其實質ニ依リテ區別スレハ外務行政、内務行政、軍事行政及ヒ財務行政ノ四者トナスコトヲ得ヘシ此以外ニ於テ猶ホ司法部内ニ於ケル行政即チ司法行政アリ此等行政中ニテ國法上最も重要ナルモノヲ内務行政及ヒ財務行政トナス憲法ト行政法トヲ合シテ國法スターツレトノ名稱ノ下ニ説明スル獨逸ノ國法學教科書カ憲法ニ加ヘテ行政法ヲ論スルハ當然ノ事ナリ我公法ノ系統ハ國法學ナルモノヲ認メス憲法ト行政法トハ獨立シタル領域ヲ有シ特別ノ學問ヲ構成スルカ故ニ吾人ハ爰ニ行政ノ全體ニ涉リテ之レカ説明ヲ加フル必要ナシ唯事ノ國家ノ會計ニ關スルモノニ付テハ憲法第六章ニ於テ其大原則ヲ定ム故ニ余ハ以下國家ノ會計ニ付テ大體ノ説明ヲ加フルニ止メントス

第一節 國家ノ資産

國家ノ資産ハ之ヲ大別シテ二トナス曰ク皇室財産曰ク國有財産是ナリ國家
ヲ人格ト見サル吾人ノ見解ヨリスレハ國有財産ノ名ハ其當ヲ得タルモノニ
アラス吾人ハ以下往々國家ノ財産又ハ國家ノ權利ナル文字ヲ用ユレトモ之
レ單ニ用語ノ便ニ基クモノニシテ卷頭ニ主張セル國家說ヲ翻ヘシテ卷尾ニ
之ヲ人格視スルニ至リタルモノニハアラサルナリ

皇室財産

國有財産

(一) 皇室財産 所謂御料ノ土地物件皇室經費等ヨリ成立ス皇室ノ御料ニ屬スル財産ハ所謂
國有財産ヨリ異ナリタル特別ノ目的ヲ有シ皇室ノ自由處分ニ委セラレタルモノニシテ之レ
カ管理維持ハ宮内省ノ掌トル所ナリ此種ノモノハ行政ニ關係ナシ
(二) 國有財産 主權者カ國家ノ經營維持ノ目的ノ爲メニ定メタル財産ヲ謂フ皇室財産以外
ノ國家ノ資産ハ皆之レニ屬ス更ニ分チテ左ノ三種トス

(イ) 公用財産又ハ行政財産

(ロ) 財政上ノ財産

(ハ) 公用的收入財産

公用財産トハ國家カ收入ヲ得ル目的ニ供スルニアラスシテ直接ニ行政ノ用
ニ供スルモノ例ヘハ軍艦砲臺道路港灣河川等ノ如キモノヲ謂ヒ財政上ノ財
産トハ土地森林沼澤國有鑛山國有製造場國有資金ノ如ク收入ヲ目的トスル

モノヲ謂ヒ公用的收入財産トハ一方ニハ公用ニ供スルト同時ニ一方ニハ之
ヲ以テ財源トナスモノヲ謂フ鐵道電信電話ノ如キハ之ニ屬スゲイマイヤ
獨逸行政法第二卷百八十二頁以下ニハ行政上ノ財産カ不用ニ歸シ又ハ新ラ
シクセラレタル時ハ之ヲ管理スル行政官廳ハ時誼ニ應シ之ヲ讓リ渡スコト
ヲ得レトモ財政上ノ財産ハ讓渡シハ國會ノ同意ヲ要スト說明セリ此原則ハ
憲法又ハ法律ヲ以テ明言スル所ニ於テハ（イ）憲法第七節一八條ザク
變○七條關スル一八七八年八月一日法律等論スル迄モナケレトモ之ヲ我國ニ適
用スル能ハス我ニ在リテハ官有財産管理規則ナルモノアリ一切ノ官有財産
ハ各省大臣之ヲ管理スルコトヲ定メ一定ノ法令ニ準據シテ官有物ノ賣却ヲ
ナスコトヲ許シ土地ニ關シテハ特ニ官有地取扱規則ヲ以テ其賣買讓與交換
及貸付ヲ内務大臣ノ處分ニ委任セリ而シテ之レニ對シテハ其公用財産タル
ト財政上ノ財産タルトヲ問ハス凡テ議會ノ協賛ヲ要セス或ハ曰ク憲法第六
十四條ニ國家ノ歲出歲入ハ毎年豫算ヲ以テ帝國議會ノ協賛ヲ經ヘント規定
ス今政府カ官有財産ノ賣却代金ヲ見積リ之ヲ豫算ニ編入シタル場合ニ於テ

議會カ之ヲ削除セハ此結果トシテ政府ハ其財産ヲ賣リ拂フ能ハサルヘシト此ノ如キ議論ハ一時普魯西ニ於テモ國會派ノ人士ニ依リテ唱ヘラレタリ然レトモ我國法上一顧ノ價無キ議論ナリ元來國會ハ政府ノ意思ニ逆テ官有物ノ賣却處分ヲナスコトヲ得ス何トナレハ國會ノ權限ハ憲法ノ明定スル所ニシテ國有財産賣却ノ權ヲ有セサレハナリ即チ國會ハ政府ノ意思ニ反シ官有財産ノ賣却代金ヲ以テ收入ノ一目ヲ作り之ニ因リ歲計豫算ヲ修正スルコトヲ得ス之レト同シク國會ハ歲計豫算ヲ削除シテ當然ニ政府ノ權内ニ屬スル官有物ノ賣却ヲ阻害スル能ハサルナリ豫算ハ法律ニアラス一會計年度ニ於ケル歲入出ノ見積ナルカ故ニ法令ヲ變更スル力ナシ故ニ議會カ官有財産賣却代金ノ項目ヲ否決スレハトテ政府ハ其處分權ヲ失ハス從テ國會ノ否決ハ其賣却ニ依リテ國庫ニ歸屬スヘキ金錢ニ對シ何等ノ影響ナシ公用財産及ヒ公用的收入財産ハ公用ニ供セラル、モノナレハ其取得ハ通常私法的規定ニ依ル傍ラ必要ナル場合ニ於テハ公用徵收ノ手續ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得(明治三十三年法律第二十九條第一條第二條)之レニ反シ收入ヲ目的トスル

財政上ノ財産ノ取得ハ常ニ私法的規定ニ依ルヘキモノナリ管理ニ付テモ亦兩者ハ其趣ヲ異ニス公用財産及ヒ公用的收入財産ハ其供用セラルヘキ行政ノ目的ニ從ウテ之ヲ管理セサルヘカラス收益財産ノ主タル目的ハ最モ多ク收入ヲ得ルニアルカ故ニ其管理ハ全然財政上ノ原則ニ從フモノナリ

第二節 國家ノ收入

國家ノ收入ニハ私法上ノモノト公法上ノモノトアリ國家カ普通ノ財産法上ノ關係ニ立チテ收納スルモノハ前者ニ屬シ公法的ノ關係換言スレハ國家カ固有スル統治權ノ行使ニ依リテ強制徵收スルモノハ後者ニ屬ス公法上ノ收入ニハ更ニ二種ノ區別アリ一ハ國家カ他ノ公共團體ヨリ徵收スルモノ他ハ一個人ヨリ徵收スルモノナリ(府縣制百〇二條郡制八十八條)國家カ權力ヲ以テ個人ヨリ強制徵收スル收入ノ主ナルモノハ租稅、手數料、罰金、科料、沒收等ナリ罰金、科料、沒收ノ如キハ主トシテ司法上ノ目的ヲ有シ國家ノ公費ニ充ツルカ爲メニ徵收スルニアラス故ニ財務行政ノ範圍外ニ屬ス土地收用、軍事徵發ノ如

事業

キモ亦タ物ヲ其有リ形ノ儘ニ強制徴收スルモノニシテ收入ヲ目的トセサルカ故ニ又財務行政ノ範圍ニ屬セス租稅及ヒ手數料ニ付テハ第二編第二部第二章三百十九頁ニ説明シタレハ爰ニ贅セス只專業ニ付テハ左ニ其性質ヲ畧說セン

國家カ收入ヲ目的トシテ獨占的ニ或經濟的行爲ヲナス場合ヲ專業ト稱ス專業ハ官業ト同一ニアラス政府ハ一個人ト同シク營利的ノ事業ヲナスコトヲ妨ケス國家ノ營ム事業ハ何事ニテモ官業ナリ然レトモ專業ト云ヘハ必ス國家ノ獨占スル所ナラサルヘカラス換言スレハ專業ハ常ニ官業ナレトモ官業其モノハ常ニ專業ニハアラサルナリ中世ノ獨逸ニ於テハ君主ノ專業範圍甚々廣ク鑛山狩獵漁業造林等ノ如キモノヲモ包含セリト雖モ近世ニ至リテハ大ニ其範圍ヲ縮少セリ我憲法ハ營業權ニ關スル保障ノ規定ヲ欠ク故ニ國家ハ其固有スル權力ニ依リ法ヲ立テ、或種ノ經濟的事業ヲ獨占スルコトヲ得ヘシ如何ナルモノヲ以テ專業トスヘキカハ政策ノ問題ニシテ法律上ノ問題ニアラス國家ハ自己ノ欲スル場合ニ於テハ現行ノ法律ヲ改正シテ專業ノ範

圍ヲ擴張スルコトヲ得ヘキナリ

專業ハ二個ノ性質ヲ有ス國家固有ノ權力ニ依リ他人ニ其營業ヲ禁スルノ點ヨリ見レハ公法的ノモノナリ然レトモ已ニ國家カ專業トシテ其事業ヲ經營スル上ヨリ見レハ國家ハ私法的ノ行爲ニ依リテ之ヲ行フモノナリ此點ヨリスレハ私法的ノモノナリ
財政上ノ觀察點ヨリスレハ專業ハ一方ニ於テ獨占的私營業ノ性質ヲ有スルモノト他方ニ於テハ使用料ノ性質ヲ有スルモノトヨリ成ル葉煙草專賣ノ如キハ前者ニ屬シ郵便電話ノ如キ政府ノ專業ニ對シテ個人ヨリ支拂フモノハ使用料ノ形ニ於テス

第三節 歲計豫算

豫算ハ一會計年度ニ於ケル歲入歲出ノ見積リニシテ財政ニ關スル行政行爲ヲ監督スルノ用ニ具フルモノナリ

豫算ノ制度ハ立憲國ニ特有ノモノニアラス之ヲ小ニシテハ一家之ヲ大ニシテハ國家皆其會

我國ノ豫算制度沿革

英國ノ沿革

計ヲ整理スルカ爲メニハ收支ノ豫算ヲ以テセサルヘカラス大寶令ニハ豫算ノ規定無シ幕府ノ時ニハ各官衙ニ定額アリシモ總豫算ナカリキ王政復古ノ後モ仍ホ舊慣ニ依リ國庫ニ於テ逐次出納スルニ止マリシカ明治六年ニ至リ大藏省ニ於テ初メテ歳入出見込會計表ヲ作り太政大臣ニ提出スルコト、セリ是レ政府ノ豫算ヲ公文トスルノ始メナリ七年度ニ於テモ亦豫算會計表ヲ作り爾後毎年豫算ノ科目及様式ヲ改良シ十四年會計法ヲ頒布スルニ及ンテ稍整頓シ十七年歳入出豫算條規ヲ施行シ十九年ニ至リ勅令ヲ以テ豫算ヲ發布スレ式ニ依リ豫算ヲ公布スルノ始メナリ憲法ノ制定ト共ニ更ニ進ンテ豫算ヲ帝國議會ノ議ニ附スルノ制ヲ採ルニ至リテ國家ノ會計ハ嚴重ナル監督ノ下ニ立ツニ至レリ憲法義解百十四頁

英國ニ於テハ中世紀ノ頃ニ於テ既ニ國會ノ同意アルニアラスンハ租稅ヲ課スルコトヲ得サルノ原則ヲ認メテ議會ハ其初メ歳入ノ總額ニ對シテ概括的ニ同意ヲ與ヘシモノニシテ此數額ヲ行政各部ノ間ニ如何ナル割合ニ分配スルカハ議會ノ關カリ知ル所ニアラサリシナリ千六百六十六年以後特ニ千六百八十八年以來豫算ノ同意ニ其用途文句(appropriations)ヲ附加スルコト、ナリ之レヨリ國會ノ協賛ヲ得タル金額ハ之レヲ國會ノ同意シタル目的以外ニ使用スルコトヲ得サルニ至リ第十八世紀ニ於テハ議會ノ同意ヲ概括シテ一個ノ國會公文(Parliamentary)ニ集結シ之レニ一般的用途文句(General appropriations)ヲ附加スルコト、ナリカクテ國會ノ單純ナル租稅承諾權ハ變シテ近世ノ豫算議定權ヲ生スルニ至レリ

大陸諸國ニ於テモ專制政體ヨリ立憲政體ニ移リタルト同時ニ古代國會(Stände)ノ租稅承諾權ヨリシテ其豫算議定權ヲ生セリ近世ノ代議政體トナリテノ後モ其初メハ同シク議會ニ租稅

大陸諸國ノ沿革

ノ賦課ニ同意ヲ與フル權ヲ有セシト雖モ租稅ノ必要ハ國家歳出ノ數額ニ依リテ定マルカ故ニ租稅承諾權ハ勢ヒ國家ノ歳出ニ對スル検査及承諾ノ權ヲ生スルニ至リシナリ此沿革ハ多少ノ異同ハ免レサルモ佛蘭西、白耳義及ヒ獨逸諸國ノ豫算議定權發達ニ於テ其軌チ一ニシテ行ハレタル所ナリ

豫算ハ將來ニ於ケル事實ノ見積ナリ故ニ法律ト其實質ヲ異ニス實質的法律トハ一定ノ事實ヲ豫想シ之レニ伴ハシムルニ一定ノ法律上ノ效果ヲ以テスルモノニシテ數多ノ事件ニ適用セララルヘキモノナリマイヤーノ所謂法規ヲ定ムルモノナリ從テ法律ヲ以テ豫算ヲ定ムル國ニ於テモ實質上豫算ハ法律ニアラスト論セサルヘカラス我憲法第六十四條ハ國家ノ歳出歳入ハ毎年豫算ヲ以テ帝國議會ノ協賛ヲ經シト規定シ法律ヲ以テスルコトヲ要セサルカ故ニ豫算ハ實質上ノ法律タラサルノミナラス又形式上ノ法律ニモアラズ從テ豫算カ法律ナリヤ否ヤノ議論ハ我國法上ニ於テ喋々スル必要無シ

豫算ハ法律ニアラス

歐洲ニ於テハ國會ノ租稅同意權ヨリ豫算議定權ヲ生セルカ故ニ豫算ハ租稅法律ノ如ク看做サレ從テ今ニ及ンテモ尙ホ憲法ノ明文上豫算ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムト規定スルモノナキニアラズ(獨逸帝國憲法六十九條普魯西憲法九十九條從テ豫算カ實質的法律ナリヤ否ヤニ付テハ獨逸學者間ニ熱心ニ論辯セラル、所ナレトモ我憲法ニ豫算ハ法律ヲ以テ定ムト規定セサ

ルカ故ニ形式的ノ法律ナリヤ否ヤノ疑問スラ起ラス況ンヤ實質的法律ナリヤ否ヤノ疑問ニ於テオヤ

豫算ハ訓令ニアラ

豫算ヲ以テ天皇カ行政機關ニ向テ發スル訓令ナリト説明スルモノアリ既ニ訓令ト云フ以上ハ其拘束力ハ單ニ訓令ヲ受クル官廳ノミヲ拘束シ決シテ訓令ヲ發スル天皇自身ヲ拘束スルノ力ナカルヘシ豫算ハ抑モ此ノ如キモノナリヤ余ハ其然ラサルヲ信ス一度帝國議會ノ協賛ヲ經テ定メタル豫算ハ憲法ノ特別條文ニ該當スル場合ノ外ハ天皇自身モ亦之レヲ變更スル事能ハス然ラハ豫算ハ當ニ官廳ヲ拘束スルノミナラス又實ニ天皇自身ヲモ拘束スルモノナリ然ラハ其訓令ニアラサルコトモ亦タ自カラ明カナラン故ニ余ハ豫算ヲ以テ「會計年度ニ於ケル歳入歳出ノ見積ニシテ憲法ニ特別ノ例外ナキ限リハ常ニ帝國議會ノ協賛ヲ以テ之レヲ定ムヘク其效力ハ一般ニ國家ノ會計行為ヲシテ其範圍内ニ於テ働ラカシムルコトヲ目的トスルニ在ルモノナリ」ト解ス蓋シ國家ノ意思行為ハ必スシモ法律命令訓令等ノ「カテゴリ」ニ比附援引シテ説明ヲ加フル必要ナケレハナリ

豫算ハ可分ナリヤ不可分ナリヤ

豫算ハ可分ナリヤ不可分ナリヤ或ハ論シテ曰ク「款項ニ關シテハ豫算ハ不可分ナリ然レトモ年月ニ關シテハ豫算ハ可分ナリ憲法義解百三十頁ニ於テハ豫會カ未タ豫算ヲ議決セスシテ停會又ハ解散ヲ命セラレタル時ハ其ノ再ヒ開會スルノ日ニ至ル迄ハ豫算成立セサルノ場合トスト説明セリ而シテ憲法第七十一條ニ依レハ豫算成立ニ至ラサル時ハ政府ハ前年度ノ豫算ヲ施行スヘシトアルカ故ニ解散後開會迄ハ前年度ノ豫算ニ依リ開會後ハ議會ノ協賛ヲ經テ新豫算ヲ施行スルコト、ナルヘシ故ニ此ノ場合ニ於テハ豫算ハ時ニ關シテ可分ノモノナリ云々」ト然レトモ時ニ關シテ豫算ヲ可分ナリトスル論者ノ說ハ誤レリ單ニ文字ノ上ヨリ解スルモ開會ハ議事ノ開始ニシテ豫算ノ議定ニアラス故ニ假令豫算可分ノ說ヲ採ルモ豫算不成立ハ次回ノ議會ニテ豫算ヲ議定スル時迄存續スト云フヘク單ニ開會ノ時迄ト限ルヘカラス且ツ豫算ハ我國法上一年度ヲ限リテ效力アルモノナリ豫算ノ時ニ關スル單位ハ年ニシテ月ニアラス又日ニモアラス憲法第六十四條ハ國家ノ歳入歳出ト規定シテ此主義ヲ明言セリ或ハ曰ク「前年度ノ議會カ解散セラレテ豫算不成立

トナリ新議會カ翌年八月ニ召集セラレタル時ハ其年度ノ會計中四月ヨリ八月迄會計年度ハ四月一日ニ始マルカ故ニノ分ハ前年度ノ豫算ニ依リ殘餘ノ分ハ之ヲ分割シテ其議會ノ議決ヲ經ルコト何ノ妨クル所アラシヤト然レトモ是レ會計法ヲ無視シタル議論ナリ會計法第五條ニ於テハ歲入歲出ノ總豫算ハ前年ノ帝國議會集會ノ初メニ於テ之ヲ提出スヘシト規定セリ故ニ其年度ノ豫算ヲ其年度ノ議會ニ提出スルコトハ會計法ノ許サ、ル所ナリ然ラハ論者ノ所謂豫算ノ分割ハ到底之ヲ實行スルノ餘地無シ論者更ニ答ヘテ曰ク所謂追加豫算ハ豫算可分ノ原則ヲ認メタルモノニアラスヤト按スルニ憲法ニハ追加豫算ニ關スル明文無シ而シテ豫備費ヲ以テスルモ仍ホ不足アリサレハトテ憲法第七十條ニ所謂財政上ノ緊急處分ヲナスヘキ必要モ無キ場合ニ支出ノ必要ヲ生シタル時ハ追加豫算トシテ總豫算ノ外ニ議會ニ提出スルコト近來我國ノ慣行トナレリ論者ハ之ヲ引用シテ以テ豫算ノ可分ヲ主張セント欲ス然レトモ追加豫算ナルモノハ本來總豫算ノ一部分ニ對スル議決ヲ停止スルモノニシテ其成立ノ曉ニハ本豫算ノ款項内ニ挿入スヘキモノナリ

追加豫算

決シテ豫算ヲ分割シタルモノニアラサルナリ

近年政府ハ追加豫算ノ慣行ヲ利用シテ總豫算ニ入レ得ヘキモノヲモ故ラニ遷延シテ追加豫算トスルノ弊ヲ生シ之ヲ防クノ目的ヲ以テ明治三十五年八月法律第四十七號ヲ以テ會計法ヲ改正シ必要避クヘカラサル經費及法律又ハ契約ニ基クク經費ニ不足ヲ生シタル場合ノ外追加豫算ヲ提出スルコトヲ得ストノ一項ヲ第五條ニ加ヘタリ

國庫剩餘金支出

追加豫算ト同シク國家カ臨時ノ財政處分トシテナスモノ、中仍ホ一層不當ノモノハ所謂國庫剩餘金ノ支出ナリ元來豫算ニハ第一豫備金第二豫備金ヲ設ケサルヘカラス而シテ第一豫備金ハ豫算ノ不足ヲ補ヒ第二豫備金ハ豫算外ノ必要ニ充ツ政府ハ此兩種豫備金ヲ以テ補充シ難ク又緊急ノ必要ニモアラサル場合ニ於テ國庫剩餘金ヲ以テ其支出ニ允ツルコト近來時々實行セラル、所ナリ此處分ハ憲法ノ正條ニハ抵觸セザレトモ會計法ニ違反スルモノナルヲ免レス元來國庫ニ剩餘金アリヤ否ヤハ翌年六月三十日會計規則第三條明治三十五年八月勅令第二百號ヲ以テ改正ニ至ル迄分明ナラス故ニ其以前ニ現金存在スルモ所謂國庫現在金ニシテ剩餘金ニアラス若シ其以前ニ於テ既ニ其本來ノ目的ニ使用スル必要ナキコト明カニナレル金額アリトセハ之ヲ他ノ目的ニ使用スルハ所謂款項ノ流用ニシテ會計法第十二條ニ違反スルモノナリ況ンヤ假令國庫ニ剩餘金アルモ會計法第二十條ハ之レヲ翌年度ノ歲入ニ繰リ入ルヘキコトヲ命セルニ於テカヤ

豫算ハ裁可ヲ要スルヤ

豫算ハ裁可ヲ要スルヤ否ヤ換言スレハ裁可ナケレハ豫算ハ成立セサルヤ否

ヤ、此點ニ付テハ學者間ニモ多小ノ議論アリ余ハ裁可ヲ要セスト解スルモノ
 ナリ第一我憲法ハ豫算ノ裁可ニ付キテ何等ノ規定スル所ナシ是レ其不必要
 ナルカ爲メニシテ決シテ其必要カ自明ノ道理ナルカ爲メニハアラス何トナ
 レハ法律ニ裁可ヲ要スルコトハ豫算カ裁可ヲ要スルヤ否ヤノ問題ヨリモ遙
 カニ明白ナルニモ拘ラス特ニ法律ノ裁可ニ付キ規定シタル點ヨリ見レハ夫
 レヨリ一層疑問アル豫算ノ裁可ニ付テハ若シ其必要アラハ必ス規定セサル
 ヲ得サルヘキニ之レカ規定ヲ設ケサリシヲ以テナリ第二ニ憲法第七十一條
 ニ所謂豫算ノ不成立ハ議會ニ於ケル不成立ニノミ關シ不裁可ニ因ル不成立
 ヲ包含セス同條ニ曰ク帝國議會ニ於テ豫算ヲ議定セス又ハ豫算成立ニ至ラ
 サルトキハ云々ト此文意ハ帝國議會ニ於テ豫算ヲ議定セス又ハ帝國議會ニ
 於テ豫算成立ニ至ラサルトキヲ豫想シタルモノニシテ決シテ豫算ヲ議定セ
 サルコトノミカ帝國議會ニ於テノ文字ニ係リ豫算ノ不成立ハ全ク議會ニ於
 ケル以外ノ場合ヲモ包含スト解スヘキニアラヌ憲法義解百三十頁カ兩議院
 ノ一ニ於テ豫算ヲ廢棄シタルトキ又ハ議會未タ豫算ヲ議決セズシテ停會又

ハ解散ヲ命セラレタル時ハ其再ヒ開會スルノ日ニ至ル迄ヲ豫算成立セサル
 ノ場合トスト説明スルヲ見テモ豫算不成立カ議會ニ於テ成立セサリシ場合
 ニ限ルコト明カナラン然ラハ則チ我憲法ハ天皇ノ不裁可ニ依リテ豫算ノ成
 立セサル場合ヲ認メスト解スルノ外ナカルヘシ或ハ議院法第三十二條ニ所
 謂議案ノ中ニハ亦豫算ヲ包含スト解シ得サルニアラス從テ次ノ會期迄ニ公
 布ナケレハ不裁可ト看做スヘシト論スルモノアレトモ豫算ハ四月一日即チ
 會計年度ノ開始スル以前ニ於テ公布スヘキモノニシテ法律案ノ如ク何時裁
 可スルモ可ナル性質ノモノニアラス故ニ議院法第三十二條ヲ援用スルコト
 ヲ許サルナリ第三ニ憲法第六十七條ニハ憲法上ノ大權ニ基ケル既定ノ歲
 出及法律ノ結果ニ由リ又ハ法律上政府ノ義務ニ屬スル歲出ハ政府ノ同意ナ
 クシテ帝國議會之ヲ廢除シ又ハ削減スルコトヲ得スト規定ス而シテ本條ニ
 所謂政府ハ嘗テ述ヘタルカ如ク天皇ヲモ包含ス若シ裁可ニ依リテ君主カ豫
 算全部ニ同意スルニアラサレハ豫算カ成立セストスレハ一部ノ豫算ニ付キ
 元首ノ同意ヲ必要トスル憲法第六十七條ハ無用ノ空文トナリ終ルヘシ要之

豫算ノ成立ハ裁可ヲ要セス議會ノ協賛ニ依リテ確定スルモノト解スヘシ現
 行ノ實例トシテ豫算ヲ裁可スルコトアレトモ是レ豫算ヲ確定スル積極ノ行
 爲ニハアラスシテ豫算カ憲法上ノ手續ヲ經テ成立シタル事ヲ保證スルニ過
 キス既ニ成立シタル豫算ハ之ヲ公布スルコトヲ要ス(公文式第三條第十條)
 國家ノ會計ハ毎年四月一日ニ始マリ翌年三月三十一日ニ終ル之ヲ會計年度
 ト謂フ一年度ニ屬スル一切ノ收入ヲ歲入トシ支出ヲ歲出トス其年度ニ於ケ
 ル歲出入ヲ相充テ、豫算ヲ立ツルナリ豫算ノ調製權ハ政府ニ在リテ大藏大
 臣其事務ヲ管理ス大藏大臣ハ各省大臣ヲシテ前年五月三十一日迄ニ歲入概
 算書及ヒ歲出概算書ヲ提出セシム此概算書ハ何レモ經常ト臨時トニ大別シ
 更ニ之ヲ款項目ニ區分シ前年度ノ豫算ニ比シ増減アル理由ヲ説明スヘキモ
 ノナリ大藏大臣カ歲出入概算書ヲ受ケタル時ハ之ヲ檢案シ歲入出入ヲ對照調
 理シ歲入出總概算書ヲ調製シ前年度六月三十日迄ニ閣議ニ提出スカクテ閣
 議ヲ經タル時ハ各省大臣ハ内閣ニ於テ決定シタル各省所管經費ノ概算額以
 内ニ於テ節約ヲ旨トシ毎年度ノ各省豫定經費要求書ヲ調製シ前年度八月三

憲

十一日迄ニ之ヲ大藏大臣ニ送付スヘシ大藏大臣ハ各省豫定經費要求書ニ基
 キ總豫算ヲ編製シ各省豫定經費要求書及ヒ其年三月三十一日ニ終リタル會
 計年度ノ歲入歲出現計書ヲ添付シ前年ノ帝國議會集會ノ始メニ於テ之レヲ
 提出スルナリ

歳入歳出ノ總豫算ハ之ヲ經常臨時ノ二部ニ大別シ各部中ニ於テ之ヲ款項目ニ區分ス國務大
 臣ハ豫算ニ定メタル目的ノ外ニ定額ヲ使用シ又ハ各項ノ金額ヲ彼此流用スルコトヲ得ス(會
 計法第十二條但シ目以下ニ至リテハ別ニ之レカ流用ヲ禁スル文字ナキカ故ニ國務大臣ハ時
 誼ニ依リ一方ノ目ノ剩餘金ヲ以テ他ノ目ニ屬スル不足額ヲ補フコトヲ得ベシ)

豫算ハ前ニ衆議院ニ提出スヘシ(憲法第六條)政府ヨリ豫算案ヲ衆議院ニ提出シ
 タル時ハ豫算委員ハ其院ニ於テ受取リタル日ヨリ十五日以内ニ審査ヲ終リ
 議院ニ報告スヘシ議院カ豫算案ヲ議定スルハ法律案ト異ナリ三讀會ヲ要セ
 ス豫算案ニ付キ議院ノ會議ニ於テ修正ノ動議ヲ發スルモノハ三十人以上ノ
 賛成アルコトヲ要ス衆議院ニ於テ豫算ヲ議決シタル時ハ之ヲ貴族院ニ移ス
 貴族院カ衆議院ノ議決ニ同意シタル時ハ同院議長ヨリ國務大臣ヲ經テ之ヲ
 奏上ズヘク若シ同意セザレハ兩院協議會ヲ開キ之ヲ決スヘシ兩院ニ於テ議

決シタル豫算案ハ國務大臣ノ副署ヲ以テ之ヲ公布ス

豫算ノ議定權ハ憲法第六十四條ノ規定ニ依リ帝國議會之ヲ有ス議會ノ議定權ハ他ノ意思ニ依リテ拘束セラル、コトナシト雖モ政府提出ノ豫算案ニ對シ無制限ニ削減ヲ加フルコト能ハス其議定權ニ對シテハ憲法ノ明文上並ニ法理上種々ノ制限アリ

一 皇室經費

憲法第六十六條ノ規定ニ依リ皇室經費ハ憲法發布當時ノ定額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ノ外帝國議會ノ協賛ヲ要セス總豫算中ニ皇室經費ヲ加フレハトテ議會ハ之レニ對シテ削減ヲ加フルコト能ハス但シ増額ノ議決ヲナスコトヲ妨ケス

二 憲法上ノ大權ニ基ツケル既定ノ歳出

憲法上ノ大權ニ基ツケル歳出トハ文武官ノ俸給陸海軍々事費外國條約及約束ニ依レル支出榮典授與ニ要スル費用等凡テ憲法上ノ大權ノ發動ノ結果トシテ生スル國庫ノ負擔ヲ謂フ此等負擔中既定ノモノハ政府ノ同意ナクシテ

帝國議會之ヲ廢除削減スルコトヲ得サレトモ既定ニアラサルモノハ議會自由ニ之ヲ削減スルコトヲ得ヘシ爰ニ於テカ既定ノ歳出ノ何タルカヲ説明スルノ必要ヲ生ス

憲法上ノ大權事項ハ天皇カ議會ノ意思ニ拘束セラレスシテ親裁シ得ヘキ政務ナリ故ニ其大權ヲ行使シテ各種ノ負擔ヲ國庫ニ生セシムルカ如キ制度ヲ設クルコトヲ妨ケス然レトモ大權ノ行使カ費用ヲ要スルモノナルトキハ豫算トシテハ必ス帝國議會ハ協賛ヲ經サルヘカラス而シテ議會ハ豫算ノ議定ニ付キ全然天皇ノ意思ヨリ自由ナルカ故ニ憲法上ノ大權ニ基ツク歳出ト雖モ自由ニ之ヲ削減廢除スルコトヲ得ヘシ憲法ノ精神モ亦茲ニ在リ故ニ特ニ第六十七條ヲ設ケタルモノナリ若シ或論者ノ説明スルカ如ク憲法上ノ大權ハ憲法ニ依リテ保障セラレタル天皇ノ大權ナルカ故ニ議會カ豫算ヲ議定スルニ當リテモ亦タ當然大權ニ基ク支出ヲ認メサルヘカラス若シ然ラサレハ憲法第一章ニ掲ケタル天皇ノ大權ハ全ク活動セサルニ至ルヘシト云フ議論ヲシテ正當ナラシメハ憲法ハ何ヲ苦ンテカ第六十七條ヲ以テ憲法上ノ大權

ニ基ツケル既定ノ歳出ナル文字ヲ用キル必要アランヤ且ツヤ天皇ノ大權ニ基ク歳出ニ對シテ議會カ協賛ノ權ヲ行フ能ハストスレハ豫算ヲ以テ帝國議會ノ議ニ付スルノ精神ハ全然沒却セラレ了ランノミ天皇ノ大權ハ無限ニ行使セラレ如何ナル過大ノ負擔モ亦タ臣民之レヲ忍ハサルヲ得サルニ至ラン是レ豈ニ憲法ノ精神ナランヤ憲法ハ憲法上ノ大權ニ基ツケル歳出ニテモ既定ニアラサル以上ハ議會ハ之ヲ廢除削減スルコトヲ得セシムルノ精神ナリ既定トハ既ニ帝國議會ノ協賛ヲ經タルモノヲ謂フ固ヨリ明治二十三年帝國議會ノ始メテ開會シタル當時ニ於テハ議會ノ協賛ヲ經タル既定ノ歳出ナルモノ無カリシカ故ニ二十三年八月法律第五十七號會計法補則ヲ以テ二十四年度ノ豫算ニ於テ憲法第六十七條ニ規定シタル大權ニ基ケル既定ノ歳出ノ何タルカヲ列舉シ第一議會ハ此法律ニ準據シテ大權ニ基ツケル一定ノ歳出ハ既定ノモノトシテ之ヲ削除スルコトナク之レカ爲メニ會計法補則ニテ規定セル大權支出中實際ハ大權支出ニアラサルモノ迄モ今ニ及ヒテ猶ホ憲法上ノ大權ニ基ツケル既定ノ歳出ト看做サレ居ルモ二十四年以後ニ於テハ假

令大權ニ基クモノニテモ議會ノ議決ニ因ルモノアラサレハ既定ノ歳出ト謂フ能ハス從テ憲法上ノ大權ニ基ク歳出ニテモ前年度ノ議會ニ於テ議決シタルモノニアラサル限りハ議會ハ當ニ其金額ノ多少ハミナラス全部之レヲ削除スルコトヲ妨ケサルナリ

大權ニ基ツク歳出ニシテ議會ノ協賛ヲ經サル時ハ既ニ發シタル勅令ハ廢止セラルトコト無クテトモサレバトテ又之レヲ執行スルコト能ハサルヘシ是レ當然ノ結果ナリ然レトモ豫算ハ法令ニアラス又一年限り其效力チ有スルニ過キサルヲ以テ次年度ニ於テ幸ニ新豫算ヲ得タル時ハ一時停止セラレタル勅令ハ當然其效力チ回復シテ實施ノ實チ見ルニ至ルヘシ但シ既ニ削除セラレタル豫算チ公布スル以上ハ元首ハ之レト抵觸スル勅令チ改廢スヘキ義務アルハ言テ俟タス

會計法補則ニ於テ二十四年度ノ豫算ニ於テ大權ニ基ケル既定ノ歳出トシテ掲ケタルモノハ(一)文武官ノ俸給及文官退官賜金(二)陸海軍軍事費憲兵費屯田兵費(三)賞勳年金及褒賞費(四)外國條約及約束ニ依レル支出(五)各廳ノ廳費及經常修繕費等ナリ

三 法律ノ結果ニ由リ又ハ法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出

此支出モ亦憲法第六十七條ノ結果トシテ政府ノ同意ナケレハ帝國議會之レヲ廢除シ又ハ削減スルコトヲ得ス

帝國議會開會以後ニ於テハ議會ノ協賛ヲ經テ裁可セラレタル法律アルカ故ニ疑問ナケレトモ其以前ニ於テハ如何ナルモノカ法律ノ結果ニ依リ又法律上政府ノ義務ニ屬スルモノナリヤハ特ニ言明スルノ必要アリ會計法補則ニ依レハ帝國議會開會前ニ發布セラレタル法令ニ基クモノニシテ(一)帝國議會經費(二)裁判所並會計検査院經費(三)恩給扶助料罷役恤兵及死傷手当(四)徴兵費(五)徴稅費(六)囚徒費(七)遞信事業及航路標識費(八)内外國難破船費(九)沖繩縣及小笠原島地方費(十)備荒儲蓄(十一)北海道拂下土地買上代(十二)恩賞及救助費等ハ法律ノ結果ニ由ル歳出ト認メ(一)神社費(二)公債償還利子及支拂手数料(三)既ニ定マレル效力アル命令ニ依リ毎年各地方ニ付與スヘキ公共工事費補助及警察費聯帶支辨金(四)沖繩縣諸祿(五)既ニ定マレル效力アル命令ニ依リ航運鐵道製造殖産ノ會社及病院學校ニ付與スヘキ補助又ハ利子保證(六)雇外國人ノ俸給恩給及手當(七)法律上ノ賠償及訴訟費(八)諸拂戻金(九)國庫金取扱費(十)預金利子(十一)既約アル地所家屋借料等ハ法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出ト認メタリ

四、繼續費トシテ帝國議會ノ協賛ヲ得タルモノ

特別ノ須要ニ因リ政府ハ豫メ年度ヲ定メ繼續費トシテ帝國議會ノ協賛ヲ求ムルコトヲ得(憲法第六十八條)此場合ニ於テハ繼續年限中政府カ毎年支出スル金額ハ豫メ議會ノ協賛ヲ經タルモノナレハ議會ハ或年度ニ於テ之ヲ削除スルコトヲ得ス會計法第二十六條ニモ數年ヲ期シテ竣功スヘキ工事製造及其他ノ

事業ニシテ繼續費トシテ總額ヲ定メタルモノハ毎年度ノ仕拂殘額ヲ竣功年度マテ遞次繰越使用スルコトヲ得ト定メ以テ同法第二十條ニ規定セル「毎年度ノ歳計剩餘金ハ之ヲ翌年度ノ歳入ニ繰リ入ルヘシ」テフ原則ニ對シテ例外ヲ設ケタリ

五、議會ハ收入ノ款項目ヲ豫算ニ附加スル權限ヲ有セス

豫算ヲ提出スルノ權ハ政府ニ專屬ス議會ニハ豫算提出ノ權無シ故ニ政府提出ノ款項目ニ付キ之ヲ削除増減スルハ自由ナレトモ新タニ費用ヲ豫算ニ附加スルコトヲ得ス何トナレハ若シ議會カ歳入ニモアレ歳出ニモアレ政府ノ提議セサル費目ヲ自由ニ豫算ニ加フコトヲ得ルモノトセハ議會ハ事實ニ於テ豫算提出權ノ一部ヲ有スルコト、ナルヘク又政府ノ認メサル收入ヲ強制スルカ如キ結果ヲ生スヘケレハナリ要スルニ議會ハ政府ノ提出セル豫算ニ付キテハ款項目ノ或モノヲ削リ又ハ其金額増減ノ權利アレトモ新費目ヲ加フルノ權ナシ故ニ建議ノ方法ニ依ルニアラサレハ新費目ヲ豫算ニ編入スル能ハサルナリ

以上ハ議會ノ豫算議定權ニ對スル制限ナリ憲法第六十八條ハ避クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補フ爲メニ又ハ豫算ノ外ニ生シタル必要ノ費用ニ充ツル爲メニ豫備費ヲ設クヘキコトヲ命ス豫備費ハ分テ第一豫備金第二豫備金ノ二種ト爲ス前者ハ避クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補ヒ後者ハ豫算外ニ生シタル必要ノ費用ニ充ツ而シテ豫備金ヲ以テ支算シタルモノハ憲法第六十四條第二項會計法第八條ノ規定ニ依リ年度經過後帝國議會ニ提出シテ其承諾ヲ求ムルコトヲ要ス

豫備金ノ支出

豫備金ハ大藏大臣之ヲ管理ス而シテ所謂豫備金ノ支出トハ必要ニ應ジ豫備金ヲ大藏大臣ノ所管ヨリ各省大臣ノ所管ニ移スコトヲ謂フモノニシテ國家カ其債權者ニ對シ直接ニ國庫金ヲ支拂フモノニアラサルコトヲ注意スヘシ第一豫備金ヲ以テ補充シ得可キ費途ハ毎年度豫メ勅令ヲ以テ之ヲ定ム而シテ實際其支出ヲ要スル時ハ各省大臣ハ其金額及ヒ理由ヲ示ス所ノ計算書ヲ作り大藏大臣ノ承諾ヲ經サルヘカラス大藏大臣カ第一豫備金ノ支出ヲ承諾シタル時ハ之ヲ會計検査院ニ通知スヘシ第二豫備金ノ支出ハ勅裁ヲ經ルコ

憲法第七十條ノ緊急財政處分

トヲ要ス各省大臣第二豫備金ノ支出ヲ要スル時ハ金額理由ヲ示ス所ノ計算書ヲ作り之ヲ大藏大臣ニ送付スヘク大藏大臣ハ此計算書ヲ調査シ意見ヲ付シテ勅裁ヲ請フヘシ第二豫備金支出ノ勅裁アリタル時ハ大藏大臣其事故金額ヲ會計検査院ニ通知スヘシ豫備金ヲ以テ補充支辨シタル金額ハ各省大臣計算書ヲ作り各費途毎ニ説明ヲ付シ年度經過後五箇月以内ニ之ヲ大藏大臣ニ送付シ大藏大臣ハ此支出ヲ第一豫備金ト第二豫備金トニ大別シ總計算書ヲ作りテ説明ヲ付シ帝國議會ニ提出スヘシ此總計算書ニ載スル所ハ大藏大臣ノ所管ヨリ各省大臣ノ所管ニ移シタル金額ニシテ各省大臣カ實際支辨シタル金額ニアラス故ニ各省大臣ノ所管ニ歸シタル豫備金ニシテ殘額アラハ一般豫算ノ剩餘金トナレトモ豫備金ノ殘額トナルニアラサルナリ公共ノ安全ヲ保持スル爲メ緊急ノ需要アル場合ニ於テ内外ノ情形ニ因リ政府ハ帝國議會ヲ召集スルコト能ハサルトキハ勅令ニ依リ財政上必要ノ處分ヲ爲スコトヲ得(憲法第七十條)我憲法ハ緊急勅令ノ制度ヲ認ム而シテ緊急勅令ハ法律ニ代ルノ命令ニシテ法律ノ實質ハ必ラスシモ一般抽象的規定ヲ定ムルニ

限ラス特定ノ事件ヲ處分スルコトモ亦タ法律ヲ以テナシ得ルノ點ヨリ見レハ憲法第八條ヨリ離レテ第七十條ヲ設クル必要ナシ蓋シ大ハ小ヲ兼スルヲ以テナリ第七十條ノ財政上ノ處分ハ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出シ其承諾ヲ求ムルコトヲ要ス但シ議會カ承諾セサレハトテ國務大臣ノ責任問題ヲ生スルコトアルヘキノ外既ニ爲シタル處分ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホス事無シ

豫算ノ不成立

帝國議會ニ於テ豫算ヲ議定セス又ハ豫算成立ニ至ラサルトキハ政府ハ前年度ノ豫算ヲ施行スヘシ(憲法第七十一條)豫算ノ不議定又ハ不成立ハ皆議會ニ於ケル事實ナリ此場合ニ於テハ其年度ニ於テ施行スヘキ豫算ナキカ故ニ特ニ前年度ノ豫算ニ依ラシムルコトヲ明言セルモノナリ

豫算不成立ノ場合ニ前年度ノ豫算ニ依ラシムルコトハ歐洲各國ニテモ多ク認メラレタルモノニアラス瑞典憲法第九條第三項ニハ議會カ閉會ニ至ル前ニ歳出豫算ヲ議定セス又ハ徵稅ヲ以テ供給スヘキ歳入豫算ヲ確定セサリシ時ハ次ノ議會開會ニ至ル迄前年度ノ歳計豫算ノ適用ヲ繼續スヘシ云々ト規定シ西班牙千八百五十六年九月十五日追加憲法第七條ニハ若シ來年ノ歳計豫算ニ付キ兩院ノ協議調ハサルトキハ前年度ノ豫算法ヲ適用スルト規定ス

會計ノ検査

豫算カ二年以上不成立ナル時ニハ所謂前年度ノ豫算ノ何タルカニ付キ疑問アルカノ如ク説明スル者アレトモ國家ニ豫算ナキ時代ハアリ得サルカ故ニ假令議會ノ協賛ナキ豫算ナリトモ前年度ニ於テ施行セラレタル豫算ナラハ又前年度ノ豫算ナリ故ニ二年以上豫算成立セサル時ノ前年度ノ豫算ハ前年實施セラレタル豫算ハコトニシテ其實質ハ前々年度ノ豫算ト同一ナリ國家ノ歳出歳入ノ決算ハ會計検査院之ヲ検査確定シ政府ハ其検査報告ト俱ニ之ヲ帝國議會ニ提出スヘシ(憲法第七十二條)會計ノ検査ニ付テハ會計検査院ノ章(第二編第三部第七) 章第五五八頁以下ニ述ヘタルヲ以テ爰ニ再論セス

第四節 國家ノ債務

國債ヲ起シ及ヒ豫算ニ定メタルモノヲ除クノ外國庫ノ負擔トナルヘキ契約ヲナスハ帝國議會ノ協賛ヲ經ヘシ(憲法第六十二條)廣ク國債ト云ヘハ國家カ負擔スル財産權上ノ債務ヲ謂フ此負擔ハ俸給支拂ノ如ク直接ニ法規ニ依リテ生スルコトアリ又直接ノ借入間接ノ保證ノ如キ國家機關ノ特別ノ行爲ニ依リテ

生スルコトアリ國家カ直接ニ債務ヲ負フ場合ハ更ニ之ヲ二分ツ曰ク行政上ノ債務及ヒ財政上ノ債務是ナリ國家カ其行政ヲナスニ際シテ起ル債務ニシテ豫算ノ範圍内ニ於テ負擔スルモノハ行政上ノ債務ナリ豫算以外ニ特別ノ收入ヲ得ル目的ヲ以テ特別ノ行為ヲナシテ債務ヲ負擔スルモノハ財政上ノ債務ナリ所謂國債トハ財政上ノ債務ヲ稱シタルモノナリ

國家ノ行政ニ伴ウテ發生スル債務ノ原因ハ或ハ物件ノ賃貸借又ハ賣買請負ノ如キ私法上ノ法律行為ニ因ルコトアリ又ハ土地收用ニ因ル損害賠償軍事徵發ノ如キ特別ノ行政行為ニ因ルコトアリ私法行為ニ付テハ原則トシテ民法ノ規定ニ從ヒ特別ノ行政行為ニ付キテハ之ニ關スル特別ノ法規ニ從フ行政ノ進行ニ必要ナル債務ニシテ豫算ノ範圍ヲ超エサルモノハ行政官ノ職權ニ屬シ別ニ議會ノ協賛ヲ要セス唯財政上ノ債務ノミカ帝國議會ノ協賛ヲ要スルナリ

國債ノ募集ハ事實上私法ノ規定ニ依ル能ハサルカ故ニ多ク特別ノ法律ヲ以テ之ヲ定ム金額ニ付キ議會ノ協賛サヘアラハ其募集ノ手續ハ必スシモ法律

大藏省證券

ヲ以テスルコトヲ要セサレトモ現行ノ實例トシテハ或種ノ國債ヲ募集スルニハ法律ヲ以テ條例ヲ發スルコト、ナレリ明治ノ初年以來公債條例ノ發布セラレタルモノ多ク現ニ其公債ニシテ未タ償却ヲ了ヘサルモノアリ現今各種ノ公債ニ付テハ明治十九年ノ整理公債條例之レカ標準タリ

國債ノ一種ニシテ稍其趣ヲ異ニスルハ大藏省證券ナリ普通ノ國債ハ一時國庫ノ收入ヲ増加スルノ目的ヲ以テ長期ノ債券ヲ發行スルモノナレトモ大藏省證券ニ至リテハ然ラス明治十七年大藏省證券條例ニ依レハ大藏省證券ハ出納上一時使用ノ爲メニ大藏省ヨリ發行スルモノニシテ其ノ支拂期限ハ十二ヶ月以内トシ其發行シタル年度ノ歲入ヲ以テ仕拂ヲナスモノトス(大藏省證券ニ付キテハ第三部第二章四百二十一頁參照)從テ財政上ノ觀察點ヨリスレハ豫算ノ範圍内ニ於ケル一時ノ融通ニシテ國債ニアラサルカ如シ現ニスタイン、ラーバンド、シユルツ、エ、エー、マイヤー等ハ之ヲ以テ國債ニアラス行政上ノ債務ナリト論セリ然レトモ法律上ノ性質ヨリスレハ大藏省證券モ亦タ一種ノ短期國債ナリト謂ハサルヘカラス從テ又之レカ發行ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ヘシ會計法第九條ニ

日本銀行ヨリスル
借上金

於テ毎年度大藏省證券發行ノ最高額ハ帝國議會ノ協賛ヲ經テ之ヲ定ムト規
定スルモ亦タ此趣意ニ外ナラス
大藏省證券ノ外政府ハ國庫金出納上一會計年度間不足ヲ生スル時ハ相當ノ
利子ヲ附シ日本銀行ヨリ借入ヲナスコトヲ得但シ其金額ハ大藏省證券發行
額ト合セテ當該年度該證券ノ發行最高額ヲ超過スルコトヲ得ス(明治二十
六號國庫金出納上件ニ)
時貸借ニ關スル件)

七〇二

憲法要論

終

32
9
2

昭和35年
第1960號
8月10日

明治三十七年四月初版印刷

明治三十七年四月八日初版發行

明治四十年二月廿四日再版印刷
明治四十年二月廿八日再版發行

憲法要論與付

所刷印)



著作權所有

著者 市村光惠

發行者 江草斧太郎

印刷者 松澤 三

東京市神田區一ツ橋通町七番地

東京市神田區一ツ橋通町七番地

東京市神田區一ツ橋通町七番地二、三號地
(電話本局三三三三番) 有斐閣書局



(舍勞岡)

發行所
賣賣賣
捌捌捌
所所所

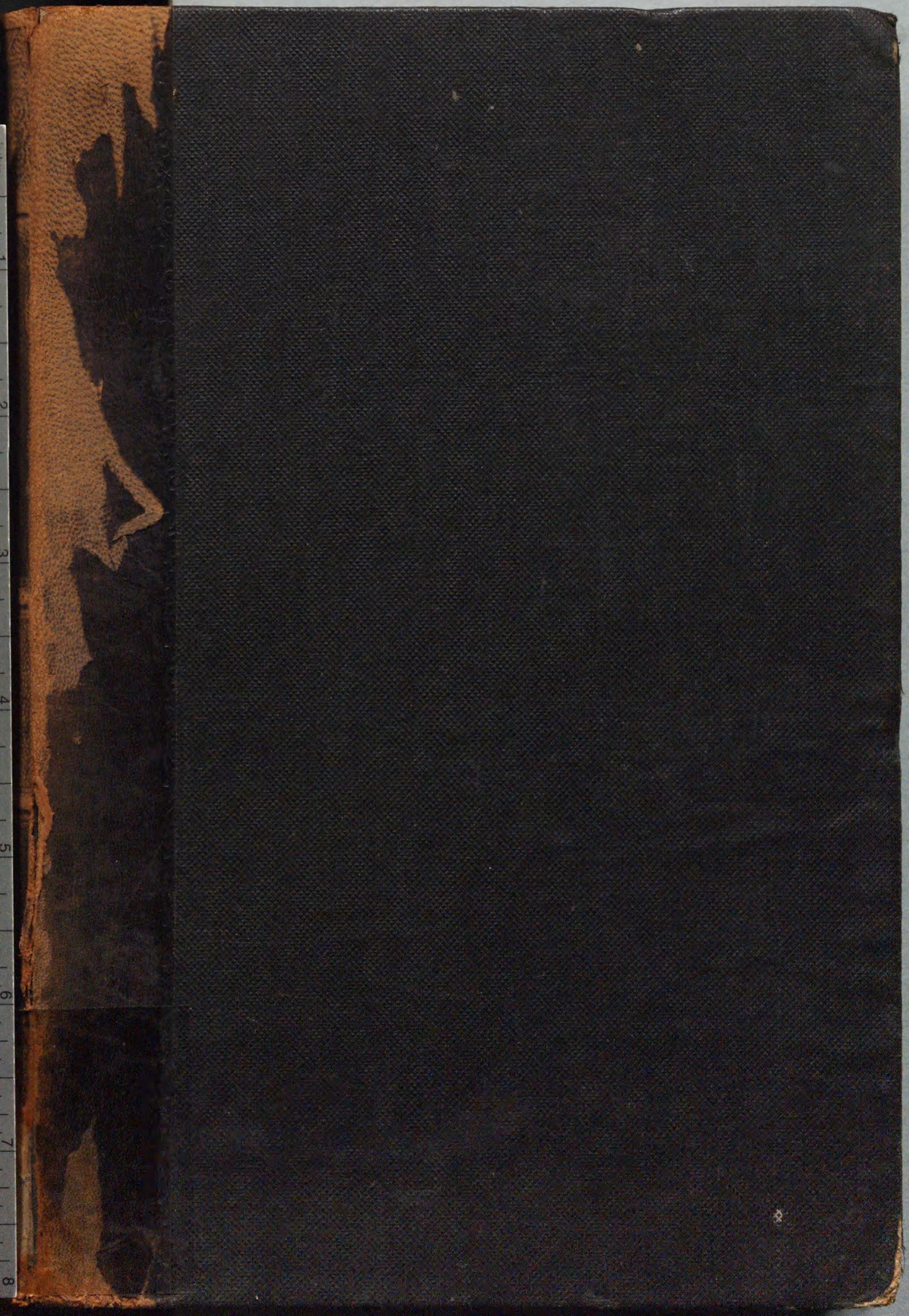
東京市本郷區本郷一丁目十番地
東京市本郷區本郷一丁目十番地
東京市本郷區本郷一丁目十番地
大阪市東區備前町四丁目
吉岡平

助房

最高裁判所図書館



000126492



inches 1 2 3 4 5 6 7 8
cm 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19

Kodak Color Control Patches

© Kodak, 2007 TM: Kodak

Blue	Cyan	Green	Yellow	Red	Magenta	White	3/Color	Black

Kodak Gray Scale



© Kodak, 2007 TM: Kodak

A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19

