

後に東京、大阪、京都、名古屋などの大都會地の區も同じく地方團體たる性質を有つて居るものであります。

此等各種の地方團體の組織權限に付いては其れく法律に依つて詳細に定まつて居りますが、其れは特別の研究を要する問題でありますから、今は全部省略して、行政組織の話は是だけで終りと致します。

第七講 行政作用

昨日は行政組織のことに付いて大要を御話したのでありますが、それに引續いて今日は行政作用の性質種類等に付いて申し上げます。

一 行政作用汎論

國家の作用を立法、司法、及行政の三種類に大別することは前に述べた通りであります。此の三種類の作用の中でも行政の作用は最も廣い又最も雜駁な性質のものであります。立法と申せば唯法律を作るだけで、法律を制定する行爲が即ち立法行爲である。司法は後に説明致しますが、民事裁判及刑事裁判及びそれに附隨して居る作用を申すのであります。各、一定の限られた性質を有つて居る作用であります。之に反して行政の作用は極めて雜駁ないろくくの性質の行爲を包含して居る作用であります。立法司法のやうに積極的に或る標準を定めて行政は如何なる作用であるかと云ふことを説く

國家の作用に於ける行政的地位

ことは困難で、行政の概念の定義としましては、唯國家の總ての作用の中で立法及び司法を除いて其の他の總ての國家の活動を謂ふのであると申す外は無いのであります。極めて不明瞭な定義ではありませんが、行政が極めて雜駁なものであるといふ性質上已むを得ない所であります。

行政作用は又國家の總ての作用の中でも最も根本的な最も缺くべからざる作用であります。立法行為が國家の作用として行はれるに至つたのは比較的文明の發達した後のことで、古い昔に溯ると、法は概ね一般慣習法又は自然の條理から成り立つて居つて、一定の立法者があつて法律を作ると云ふことは全く無かつた時代も歴史に少くない。今日は立法が餘程發達して居りますけれども、今日でも立法行為は絶えず間斷なく行はるゝ作用ではなく、或る時期を隔てゝ時々行はるゝに過ぎないものであります。裁判即ち司法の作用は随分古い時代から存在して居りますけれども、而もそれも絶えず頻繁に行はれたと云ふのでない。太古社會の幼稚な時代に於いては唯稀に行はれたに過ぎなかつた時代もあります。獨り行政の作用に至つては如何なる

行政作用の種類

行政立法

時代に於ても、如何なる幼稚なる國家に於ても、必ず存在しなければならぬ。行政のない國家は全く國家ではなく、唯無政府であつて國家組織の全く崩れてしまつたものであります。行政は間斷なく行はれなければならぬ、暫くの間も行政が全く行はれないで済むと云ふものでない。即ち國家の總ての作用の中の中心點を爲して居るものと云つて宜いのであります。

行政の作用は今申す通り非常に雜駁なもので、其の中には性質上は立法行為に屬すべき行為をも含んで居り、又性質上は裁判行為に屬すべきものをも含んで居ります。性質上立法に屬すべき行為、即ち國家又は國民の權利義務に關する法則を定むるのは、嘗て申上げた通り、原則としては議會の協賛を経て法律の形を以て定めなければならぬのであります。併しそれには多くの例外が有つて、或る範圍に於ては勅令又は行政官廳の命令を以ても定むることが出来るのであります。此の如く勅令又は其の他の命令を以て法規を定むる場合は、性質上から言へば立法行為たるものではあります。形の上には於ては法律の形を以てしないで、行政機關の命令たるものでありますから、矢張

り之を行政の作用と稱するのであります。或は之を行政立法と稱すること
が出来ます。此の行政立法即ち命令の事に付いては尙後に法の各種類を論
ずる所で説明します。次に行政作用の中には又性質上司法に属すべき行為
も含まれて居る。普通に司法といふのは唯民事及び刑事事件をのみ意味す
るので、其の外の裁判殊に行政裁判は、性質上は等しく裁判ではあります。司
法裁判所が管轄して居るものではない爲めに、一般に司法には属しないで行
政作用の一種と看做されて居るのであります。行政裁判の事も尙後に説明
する積りであります。行政立法及び行政裁判は性質上は立法又は司法に属
すべきもので、唯形式上行政に属するものとせられて居るのであります。此
の外の行政作用は凡て性質上立法にあらず、司法にあらず、眞に行政作用たる
ものであります。

此の本來の行政作用たるものゝみに付て見ても、其の種類は頗る雜駁で、之
を詳細に論ずることは、行政法の研究に譲らなければならぬのであります。茲
には唯極めて大體に付いてのみ説明しようと思ひます。

外政

行政の作用は其の實質から區別しますると、外政、財政、軍政、法政、及び内政の
五種に分つのが通常であります。

第一に外政とは國家の外國との關係を處理する行政を謂ふのであります。
是は主として外務大臣及び其の指揮監督の下に外交官及び領事官に依つて
處理せられて居るもので、専ら外國に對する關係でありますから、直接に國民
に對して法律上の關係を生ずることは稀であります。併ながら近來は列國
の關係は益々親密となり複雑となつて、殊に郵便、電信、著作権、特許權などに付
ては多數の列國が同盟條約を結んで、相共に其の共同の利益を達しようとし
て居るので、此等の條約の結果は國民の權利義務にも直接の影響を與ふるも
のが少なくない。其の外關稅に付いても列國との條約が直接の影響を有つ
て居ります。條約の事に付いては尙ほ後に説明します。

財政

第二に財政は國家の收入を得及び國家の財産を管理することに付いての
行政であります。國家の收入の最も重なるものは租稅で、國民は等しく納稅
の義務を負担して居るのであります。租稅の外に尙ほ手数料、其の他の報償

金があります。手数料といふのは學校の授業料とか、文官試験の受験料とかいふやうな、或は國家の設備を利用し或は國家が私人の爲めに或る行爲を爲すことに對する報償として徴收せらるゝものを謂ふのであります。租税と手数料との區別の要點は租税は無償的に徴收せらるゝものであるのに反して、手数料は常に反對給付の性質を有つて居るもので、國家の設備を利用するとか、國家の行爲を要求するとかいふことに對する報酬として納めるものであることに在ります。憲法第六十二條に『新ニ租税ヲ課シ及税率ヲ變更スルハ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘシ。但シ報償ニ屬スル行政上ノ手数料及其ノ他ノ收納金ハ前項ノ限ニ在ラス』とありまして、即ち租税であるならば必ず法律を以て定めなければならぬが、手数料ならば行政上の手数料は必ずしも法律に依らなくとも宜いのであります。行政上の手数料といふのは以て司法上の手数料に對するもので、裁判費用であるとか訴訟の保證金であるとかいふやうなものは、勿論行政上の命令を以て定めることは出來ない、必ず法律に依らねばならぬのであります。手数料の外にも國家が私人に對して或る特權を

附與し又は其の他の特別の利益を興へる場合に其の報償として或る公納金を徴收することが有ります。例へば發明に付いて特許を受けた者に對して毎年特許料を徴收したり、獨占的の企業の特許した場合に其の收益の中から一定の公納金を出さしむるといふやうな場合であります。廣く之を總稱して公法上の報償金といふことが出來ます。國家の收入は此の外に尙種々有ります。專賣收入、官業收入、罰金科料沒收等刑罰に基く收入、官有財産の拂下などであります。殊に著しいのは專賣收入及び官業收入で、專賣は今日では煙草、鹽、樟腦の三種に就いて行はれて居ります。專賣は租税の變態とも謂ふべきもので、國家の收入を計るが爲めに或る貨物の生産及び販賣の全部又は一部を國家に獨占して、一般私人の之を爲すことを禁止し、而して其の貨物の價格を普通の自由競争に依つて定まるべき正當の價格よりも高く定めて、之に依つて國家の收入を得ようとするものであります。一般人民は恰も消費税を納めるが如くに正當の直段よりも特に高き價を以て之を購買すること、を餘義なくせらるゝのであります。次に官業收入の最も著しいものは鐵道

収入で、是は前に述べた手数料とは違つて公法上の収入ではなく、私法上の収入であります。

軍政

第三に軍政と申すのは、軍隊の維持經理に關する行政であります。軍政に關して一般國民と直接の法律上の關係のあるのは主として兵役義務に關することであり、我が國に於て國民皆兵の主義が實行せられたのは明治五年が最初で、憲法第二十條にも「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ兵役ノ義務ヲ有ス」と明言して居ります。兵役義務の外尙要塞地帶法、徵發令などの規定があります。

法政

第四に法政と申すのは民事及刑事々件に關聯して行はるゝ行政作用でありまして、民事に付いては人民の相互の權利關係を確認し、又は其の權利を附與し剝奪し又は變更する行政作用を謂ふのであります。權利關係を確認する行爲は、戶籍の登録、土地登記、商業登記などの各種の登記制度が其の重なるものであります。權利の附與剝奪又は變更といふのは例へば發明の特許とか、鑛山探掘權の特許とか、又は公用徵收とかいふやうな行爲が其の重なるものであります。此等の行爲に付いては尙後に一言する機會が有らうと思ひます。刑事に付いては犯罪人を檢舉したり、刑を執行したりする作用を謂ふのであります。

内政

最後に内政と申すのは以上の何れにも屬しない一般の行政作用を謂ふので、主として直接に社會公共の利益を保護するが爲めに行はるゝものであります。第一に國家は社會全般の安寧秩序を維持しなければならぬ。若し安寧秩序を紊る者が有つたならば、之を取締つて成るべくは之を未然に防ぎ、其の既に生じた上は成るべく速に之を除かねばならぬ。火災、水害、其の他の災害に對しても之を防禦せねばならぬ。社會の衛生を完全にし、善良の風俗を維持し、教育學藝の進歩を計り、健全なる宗教は之を保護すると共に、迷信の害悪は之を取締り、交通の便を進め、農工商業の發達を計るなど、何れも國家の重要な任務を爲して居るものであります。就中近代に於ては所謂社會政策が歐洲諸國に於ては最も重要な政策の一を爲して居ります。此等凡ての目的を達する爲めには、國家は一面には自ら種々の設備を作りて人民の利用

に供し、一面には權力を以て人民に命令し又は之を強制するといふやうな種々の手段を取るのであります。此等の中國家が權力的に人民に命令し又は強制するの作用は之を警察と稱するのであります。通俗に警察と申すと警部巡查の如き警察官の職務をいふやうであります。學問上警察と申すのは必ずしも、巡查警部のやつて居る種類のみを言ふのではない、若し簡單に定義を下すならば學問上に警察と云ふのは、公共の秩序を維持するが爲めに權力を以て人民の自由を制限し必要あらば之を強制するの作用なりと云ふことが出來ます。言ひ換へれば凡て内政の目的のために人民の天然の自由を制限して或る事を禁止し又は或る事を命じ、若し是に従はなかつたならば強制すると云ふのが警察の作用であります。それは必ずしも警察官吏の行つて居る行爲ばかりでなくて、内務大臣も農商務大臣も文部大臣も皆之を行ふ權利を有つて居ります。大臣の下に在る縣知事も等しく警察權を有つて居るのであります。唯大臣、知事などは主として一般的の警察命令を發するばかりで、直接に人民に接して其の命令を執行し之を強制するのは主として警察官

吏が其の衝に當つて居るのであります。警察は權力的に命令し強制する作用であります。之に對して國家は又一方には命令強制の手段を用ゐないで國家の方から種々の設備を設けて人民の便益に供して居るものが甚だ多い。或は鐵道を敷設し道路を開設して交通の便を進め、河川を修築して水害を防ぎ、學校を設けて子弟を教育し、圖書館、博物館、衛生試驗所、農事試驗場、其の外種々様々の設備を作つて居るのであります。此の如く人民の便益に供するが爲めに設けられて居る設備を稱して通常營造物と申して居り、之に關する行政作用を保育行政又は助長行政と申して居ります。要するに内政の作用は一方には命令強制の權力的作用と、一方には命令強制に依らない作用とに別つことが出來るので、一を警察といひ一を保育といふのであります。此の二種の手段が相待つて以て内政の目的を達するのであります。教育、學藝、農工商、交通の如き一般文化の開發を計るが爲めには、主として保育的助長的手段が用ゐられるのであります。此等に付いても尙例へば工場取締とか肥料取締とか又は交通警察とかいふやうな警察手段が必要であります。一

方には、社會の安寧秩序を維持し衛生風俗を健全ならしむるといふやうな目的の爲には主として警察の手段に依つて行はれるのでありますが、此等に付いても亦或は病院を建て、消防組を設け、衛生試験所を備へるといふやうな助長的手段も並び行はるゝのであります。

以上は行政の作用を其の實質から分類して、其の大體に付いて大略の説明を試みたのでありますが、次に行政作用を其の法律上の形式から區別して、其の種類に付いて稍詳細の説明を致さうと思ひます。

二 行政作用の形式的分類

法律上から行政作用を分類致すと、第一に區別しなければならぬのは事實的の行爲と法律的の行爲とであります。吾々一個人に付いて見ても、吾々の日常生活に於て爲して居る行爲は大部分唯事實上の行爲で、法律的行爲は唯一小部分に過ぎぬのでありますが、國家の行政作用に付いても同様で、其の大部分は事實的の行爲であります。

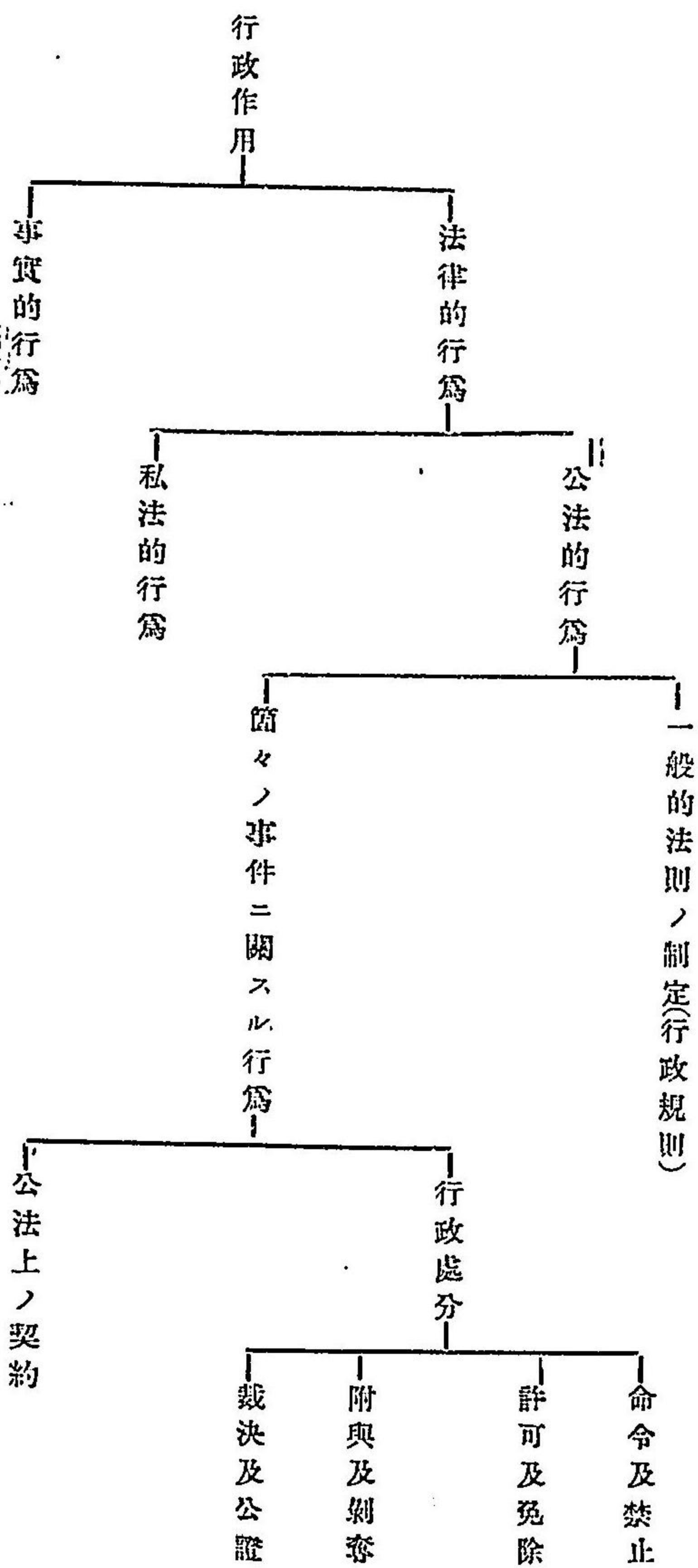
事實的行爲

私法的行爲

併ながら事實的の行爲は暫く之を除いて單に法律的の行爲に付いてのみ申しますと、是は更に私法上の法律行爲と公法上の行爲とに區別しなければならぬ。私法上の法律行爲といふのは、或は賣買であるとか、請負、雇傭といふやうな行爲で、國家も財産關係に付いては多くの場合に私人と同様の法律に従つて行動するのが通常で、例へば官有財産の拂下を行つたり、官廳の需要品を購入したり、使丁だの筆生だのを雇入れたりするものは普通の民法上の契約に外ならぬのであります。此等の私法上の法律行爲も暫く之を除いて専ら公法上の行爲に付いてのみ其の種類を説明しようと思ひます。

公法的行爲の分類に付いては、未だ一般の定説が有るのでありませぬが、私法第一に之を一般的法則を定むる行爲と個々の事件に關する行爲との二種に大別し、個々の事件に關する行爲は更に國家の單獨行爲即ち行政處分と相手方の合意に依る行爲即ち公法上の契約とに別ち、行政處分は更に之を(一)命令及禁止(二)許可及免除(三)附與及剝奪(四)裁決及公證の四種に區別しようと思ひます。試みに之を圖示すれば左の通りであります。

公法的行政
行爲の分類



行政規則

第一に一般的法則の制定から説明します。行政作用に依つて定められる一般的の法則には性質上立法に属するものと然らざるものとの二種があります。性質上立法に属するもの、事は前に述べましたが、立法の性質を有するのは必ず権利義務に關する法則でなければならぬ。或は國民に向つて其

の自由を束縛し義務を負はしめるものであるか、或は其の權利關係を定むるものでなければ、法規たる性質を有するものではなく、之を定めるのは立法に属するものではないのであります。若し性質上立法に属するものであるならば、原則としては議會の協賛を経て法律を以てしなければ定むることの出來ぬものであつて、唯憲法上特に許された範圍に於てのみ命令を以て之を定むることが出来るのであります。之に反して一般抽象的の法則であつても國民の權利義務に直接の關係のない法則は性質上法規たるものではないので、此の如き法則を定めるのは當然に行政權の範圍に屬して居るものであります。此等の法則は其の本來の性質上立法行為でなく行政行為たるもので、特別の制限の有るもの、外は、原則として議會の協賛を要せず、命令を以て之を定むることが出来るのであります。此の如き法規の性質を有しない一般抽象的法則は通常之を行政規則又は行政命令と申して居ります。此ういふ種類の一般的法則は澤山有ります。一二の例を申せば例へば帝國大學令、高等中學校令といふやうなものは何れも國民の義務を規定したものでなければ

ば又國民に權利を附與するものでもない。唯國家が斯く／＼の學校を設ける、其の學校は斯う云ふ學科を教へると云ふことを定めたのみで、國民の自由を侵すものではなく、却て國民に利益を供與するものであります。或は鐵道を何處其處に敷設することを定めるとか、或は集金郵便の設備を起して其の規則を定めるとかいふやうなものは、凡て國民の自由を侵し國民の權利義務を定めるものでなく、隨て性質上立法行爲ではなく行政行爲たるもので、即ち所謂行政規則に屬するものであります。是が行政行爲の第一の種類であります。

個々の事件に關する行爲

次に個々の實在の事件に關する行政の作用は更に二種類ありまして、一は國家の單獨行爲、即ち國家が自分だけの意思を以て行ふ行爲であります、一は雙方的行爲、即ち相手方の承諾を以て行ふ行爲、此の二つに分けることが出来ます。民法上の法律行爲に付いて、單獨行爲と雙方的行爲即ち契約との二種類があることは御承知の通りであります。但國家の行政行爲に付いても此の二種を區別せねばならぬのであります。單獨行爲は之を行政處分と申しま

行政處分

命令及禁止

す。雙方行爲は通常公法上の契約と申して居ります。先づ行政處分から申し上げます。

行政處分は行政權に依る國家の一方的の意思表示であります。但、それにも又いろ／＼の種類を分つことが出来ます。先づ大別しますと凡そ四種類を分つことが出来る。其の第一は命令及禁止であります。茲に命令と申すのは前の法律命令といふ場合の命令、即ち勅令とか省令とか云ふ一般的法則を定める命令の意味ではなく、唯、或る事を命ずる行爲といふ意味に過ぎぬので、混同を避ける爲めには或は下命と云つても宜からうと思ひます。要するに臣民に對して或る事を爲すことを命じ、又は或る事を爲すことを禁止する行爲であります。命令及禁止にも亦其の目的に依つて更に三種類を分つことが出来ます。警察上の命令及禁止、財政上の命令及禁止、軍政上の命令及禁止、此の三種類に分つことが出来ようと思ひます。最も普通に行はれるのは警察下命であります。警察下命と申すのは例へば出版警察の作用として出版物の發賣を禁止したり、衛生警察の作用として傳染病者を隔離したり、其の家

警察下命

宅の交通を遮断したり、又は傳染病の豫防の爲めに家の大掃除を命じたりするのを謂ふのであります。財政上の命令禁止の最も重なるものは租税の納付を命ずる行爲であります。其の外之に附随して其の効果を全うする爲めに或は届出を命じたり或は物品の運搬を禁止するといふやうな種々の命令禁止が行はるゝことがあります。軍政上の命令禁止の最も重なるものは兵役義務を命ずることであり、是にもそれに附随して種々の命令禁止が行はれることは財政に關することと同じであります。

行政處分の第二種は今申した第一種に屬するものゝ反對の方面に屬するものであります。即ち一般に命令し又は禁止せられた所を箇々の實在の場合に於て其の命令禁止を解除する行爲であります。即ち一般に命じた行爲を或る特別の場合に限つて其の命令を解いて其の行爲をしなくとも宜いと云つて許す行爲及び一般に禁止した行爲を或る特別の場合に限つて其の禁止を解いて其の行爲をしても宜いと云つて許す行爲の二種であります。前の場合之を免除と申し、後の場合は之を許可と申します。前に述べた命令

(B)許可及免除

警察許可

及禁止は行爲又は不行爲を命ずる行爲で、即ち行爲又は不行爲の義務を負はしむるものであります。此の第二種類の行爲は丁度之と反對に、法規に依つて一般に命せられて居る行爲又は不行爲の義務を或る特定の場合に於いて解除する行爲であります。其の不行爲の義務即ち禁止を解除するのが許可で、行爲の義務即ち命令を解除するのが免除であります。是に付いても右の第一種類と同様に矢張警察に關するもの、軍政に關するもの及び財政に關するものゝ三種を區別することが出來ます。其の中最も重なるものは警察に關するもの、殊に警察上の許可であります。警察上の許可の中でも最も重なるものは營業の免許であります。多くの種類の營業は一般に禁止せられて居つて、唯許可を受けた者のみが之を爲すことが出來る。例へば銀行營業を爲さうと思へば大藏大臣の許可を得なければ一般には之を爲すことが出來ぬ、唯許可を受けた者のみが、一般の禁止を免除せられて其の者は其の營業を自由に爲すことが出來るやうになるのであります。其の外、質屋、古物商、保險業、湯屋、宿屋、下宿屋、料理屋、劇場寄席などは何れも許可を必要とする營業であ

ります。營業の免許の外に尙ほ警察上の許可の例はいろいろあります。狩獵の免許であるとか、屋外集會の許可であるとかは、何れも警察許可に屬するものであります。警察上の免除は許可ほどに其の例は多くは有りませぬが尙ほ例へば傳染病者の自宅療養を許して其の入院義務を免除したり、病氣の爲めに種痘の義務を免除したりするのは免除の實例であります。次に財政上の許可及び免除に屬するものには納税義務の免除が最も重なるもので、軍政に關するものの中には兵役の義務の免除が最も重なるものであります。其の外財政及び軍政に關しても納税義務兵役義務等に關聯して許可の行はれる例も少なくないのであります。

第三種の行政處分は之を總稱すると附與及剝奪と云ふことが出來ようと思ひます。即ち人民に向つて是迄持つて居なかつた或る特別の權利を與へ、又は其の權利を剝奪する行爲を言ふのであります。第一種に述べた命令又は禁止は人民の自由を制限する行爲に過ぎないのであり、第二の許可及び免除は唯命令又は禁止を解いて天然の自由を回復する行爲であります、何れも

(ハ)附與及剝奪

新なる權利を附與したり又は其の從來有つて居つた權利を奪つてしまふと云ふのではない。第三種の行爲は之に反して特別の權利を附與し又は權利を剝奪する行爲であります。此の種類に屬する行爲も亦澤山ありますが、何れも警察上の行爲とはまるで性質の違つたもので、所謂法政に屬する行爲であります。例へば發明をした者に特許權を與へるのは、單に自由を制限するとか或は自由の制限を解くとか云ふのではなくして特許權と云ふ特別の權利を與へるのであります。或は鑛山採掘權を特許するとか、或は漁業權即ち一定の海面を自分だけが專用して漁業をする權利を與へるとか云ふやうな行爲は總て附與行爲で警察上の許可とは全く性質の違つた行爲であります。次に剝奪といふのはそれ等の又は其の他の權利を剝奪する行爲を謂ふのであります。凡て人民の權利は一旦正當の原因に依つて之を取得了以上は、之を既得權として尊重して、國家と雖も之を侵害することが出來ぬといふのが一般の原則ではありますが、公益上萬已むを得ざる必要の有る場合に於ては人民の既得の權利と雖も亦之を剝奪することが無いではないのであります。

す。

此の所謂附與及剝奪に屬する行爲の中でも、最も顯著なものは、公用徴収であります。公用徴収と申すのは、公益事業の必要の爲に、相當の賠償金を與へて、特定の財産権を剝奪して之を、其の公益事業の主體に移す行爲を謂ふのであります。例へば鐵道を敷設せんとする場合に於て、土地賣買の相談が調はない爲めに必要の土地を手に入れることの出來ないといふやうなときに、國家の公の權力に依り相當の直段を以て必要な土地を取上げてそれを鐵道の用に供すると云ふやうな行爲を申すのであります。公用徴収は必ずしも土地に付いてのみならず、種々の權利に付いて行はれるのであります。最普通なのは土地に付いて行はるゝもので、之に付いては土地收用法といふ法律が定まつて居ります。土地收用法に依つて公益上已むを得ざる必要があつたならば一定の賠償金を與へて或る土地を收用することが出來ることを定めて居るのであります。元來原則としては公益事業に必要なものであつても賣買に依つて之を收得するのが通常でありますけれども、若し賣買の協議

が調はないで而して是非それが必要であるといふ場合に於て、若し其の儘にして置くに折角の公益事業が出來ないと云ふ爲めに、國家が公の權力を以て權利者の意思に反して其の權利を取上げて、それに相當する賠償を與へ以て公益事業を實行し得せしむるのであります。公用徴収は或は國家自身の事業の爲めに實行せらるゝこともありますが、或は市町村其の他の公共團體が公益事業を行つて居る場合に其の事業の爲めに之を實行することもあり、或は私立の鐵道會社、電氣會社といふやうな私設の事業の爲めに實行することもあります。公共團體又は私立會社の爲めに之を行ふ場合には常に其の者の請求に依りて國家が之を決定するのであります。其の決定に依つて原權利者が其の收用せられた權利を失つて、公益事業の主體たる公共團體又は私立會社が其の權利を取得すると共に、一方には原權利者に對して相當の賠償金を支拂ふべき義務を負ふのであります。土地收用法の外尙公用徴収は種々の法律に依つて規定せられて居りまして、例へば東京市區改正條例の中には東京市の市區改正事業の爲めにする土地の收用に付いて特別の手續を定

めて居りますし、其の外森林法、鑛業法、河川法などにも公用徴收の特別の場合に付いて規定して居ります。鐵道國有法に依つて、私設鐵道を國有に移すことを定めて居るのも、性質から言へば公用徴收の一種と見るべきものであります。鐵道國有法には買收すにありますが、嚴格に言へば買收ではなくして公用徴收であります。公用徴收は相當の代價を與へて徴收するのでありますから、形に於ては稍、賣買に似て居りまして、隨て往々公用徴收の事を強制賣買とか強制買收とか云ふことがありますが、法律上の性質に於ては全く賣買とは違ふのであります。賣買は常に合意に依つて行はるゝもので、一方の意思だけで効力を生ずるものではない、強制賣買とか強制買收とか云ふのは言葉自身に於て既に矛盾であります。或る獨逸の學者が若し公用徴收のことを強制賣買と云ふならば、囚徒が監獄に這入るのも強制下宿と云ふことが出来ること云ふやうなことを言つて居りますが、先づさう云ふやうな譯であります。

(三) 裁決及
公證

行政處分の第四種は裁決及公證であります。或は之を總稱して確○認○行○爲○

と云ふことが出来ます。裁決とは或る特定の實在の場合に付いて何が法であるかを決定する行爲を謂ふのであります。例へば訴願の裁決、即ち訴願を起した者に對して或る行政處分が法律上正當であるか否か、公益上適當なる處分であるか否かを決定する行爲であるとか、又は恩給權を申請した者に對して其の恩給權を裁定すること云ふやうな行爲が總て裁決であります。公證と申すのは公に或る法律事實を證明する行爲でありまして、例へば度量衡の檢定をして、其の度量衡の眞正であることを證明したり、或は戶籍の登録をして、各個人の身分を公に證明したり、或は著作權原簿を拵へて著作權を登録することか、或は又選舉人名簿を設けて選舉權を公に證明すること云ふやうな行爲が總て公證であります。總て裁決に致しても公證に致しても、新に或る權利を附與するものではなくして、既に存在して居る權利を公に認定し又は其の存在を證明するといふに過ぎぬのであります。權利を創設するものではなく唯之を公認するのであります。隨て之を總稱して確認行爲と云ふことが出来ます。

行政處分の形は千差萬別でありますが大別すれば略右の四種類で盡くす
ことが出来やうと思ひます。

公法上の契約

行政處分に對するものは合意に依る行政行為即ち公法上の契約であります。行政處分は國家の單獨の行為でありまして相手方の同意を要せず國家を代表する行政官廳が單獨の意思を以て命令し許可し附與し又は剝奪すると云ふやうな行為をするのであります。其の行為の効力を生ずるのは専ら國家の意思のみに在るのであります。之に反して合意に依る行為は當事者雙方の意思の合致に依つて効力を生ずるのであります。恰も民法上の契約と同様に國家の意思と相手方の意思とが相合致して始めて効力を生ずるのであります。唯其の契約から生ずる効果が民法上の關係を生ずるものではなく、専ら公法上の關係でありますから之を公法上の契約と申すのであります。單獨行為即ち行政處分の中にも人民の方から出願を致して其の出願に對して行はるゝ行為が澤山あります。例へば權利を附與する行為に付て見ても、特許權を與へるのは發明者の側から出願するのである、公の證明に付て

ても出願に依つて登録をする場合が多い、許可及免除に付ても多くの場合には許可を受ける者から願ひ出で、其の願に對して許可を與へるのであります。併ながら此等凡ての場合に於て其の行為が法律上の効力を生ずる所以は専ら國家の單獨の意思に在るので、相手方の出願は唯其の行為の行はるゝ動機となるものに過ぎぬのであります。恰も裁判を爲すには訴訟を起す者があつて其の訴訟の提起に依つて始めて裁判が行はるゝのと同様であります。訴訟の提起は唯裁判の行はるゝ動機に過ぎぬもので、裁判其れ自身は言ふ迄もなく國家の單獨行為であります。之に反して公法上の契約に在つては雙方の意思が集つて初めて行為が成立するのであります。兩方の意思の合致と云ふことが其の行為の効力を生ずる必要條件となるものであります。恰も民法上の契約と同様に雙方の當事者が有つて一方からは或る權利を得又は或る義務を負担すべき意思を表示し、他の一方からは之に相當すべき義務を負担し又は權利を得べき意思を表示して、其の雙方の意思が相合致して成立するのであります。

公法上の契約にはいろいろの種類が有ります。國家と國家との間の契約即ち國際條約も亦公法上の契約の一種であります。市町村其の他の公共團體が他の公共團體と公法上の關係に付いて契約を結ぶのも亦公法上の契約の一種であります。併ながら普通に公法上の契約と申すのは主として國家と臣民との間、其の臣民といふ中には公共團體又は私立會社其の他の法人を含めて云ふのであります。此等の者と國家との間に行はるゝものを謂ふのであります。

其の實例

國家と臣民との間に行はれる公法上の契約にも其の實例は澤山に有ります。極く普通の例を擧げて見ると、學生が官立學校に入學するのも、官吏が始めて官吏として就任するのも皆一種の契約で、而して公法上の法律關係を生ずるものであるから、即ち公法上の契約の一種であります。學校の入學に付いて言ふならば、學生の側からは校則に従つて就學したいといふ意思を表示し、學校の側からは其の入學を許して之に相當の教育を與へるといふ意思を表示するので、即ち一種の雙務契約であります。普通に入學を許可すと申し

ますけれども、其の性質は全く警察上の許可などは違つて、單に禁止を解除して自由を回復するといふ行爲ではないのであります。官吏の任命に付いても同様で、官吏は決して本人の意思に反して強制して就任せしむることの出来るものではない。官吏を任命するには必ず官吏たらんとする者との合意に依つてのみ爲し得るので、官吏として就任するのは常に官吏たらんとする者の意思と國家の意思とが相合致して始めて成立するのであります。其の外、例へば文部省の留學生となつて外國に派遣され、歸朝の後は或る年限の間文部省の指定する職務に就くべき義務を負擔すると云ふことを約束するのも亦公法上の契約の一種であります。或は市街鐵道會社が市街鐵道を道路に敷設することの特許を受くるに付いて、其の代りに一定の公納金を納めることを約束するといふやうなことも矢張り公法上の契約であります。以上を以て略行政作用の種類を述べ終つたのであります。次に行政作用の法律上の制限に付いての一般の法則を述べて、最後に訴願及び行政訴訟に付いて説明いたします。

三 行政作用の制限

以上述べた如き各種類の行政作用は何れも絶対に自由な、無制限なものではないので、法律上種々の制限を受けて居るものであります。坊間に行はれて居る法制の教科書などを見ますと、よく、國家は絶対無限の權力を有つて居るもので如何なる事でも自由に臣民に命令することが出来る、臣民は絶対に之に服従しなければならぬといふやうな事を書いて居るものを見ますが、是は甚しい間違と言はなければならぬのであります。國家の權力は法律に依つて一定の制限を受けて居るもので、唯其の制限内に於てのみ活動することの出来るものであります。固より法律は國家の自ら作るものでありますが、苟くも法律の存在して居る以上は國家と雖も其の法律を侵すことは出来ないので、唯其の範圍内に於てのみ各種の行政作用を爲すことが出来るのであります。これから此等の行政作用に付いての法律上の制限の大體のお話をしようと思ひます。

行政は法律に抵触するを得ず

行政は命令その他の法令に抵触するを得ず

第一に總ての行政作用は法律に違反することを得ない。是が第一の根本的原則であります。行政作用は常に法律の範圍内に於てのみ行はれ得べきもので、如何なる場合に於ても行政作用を以て法律に抵触することを許さないものであります。法律は憲法の下に於ける國家の最高の意味で、之に變更を加へるのは、皇室令、條約及緊急勅令の場合を除いては、唯法律を以てのみ之を爲すことが出来るのである。行政作用を以て之に抵触することは固く之を許さぬのであります。それは常に行政處分其他本來の行政作用のみならず、行政立法即ち勅令、閣令、省令其他の命令を以てしても同様でありまして、法律に抵触して居る命令は無効であります。

第二に性質上の行政作用は常に法律のみならず、命令、慣習法其他總ての法規に抵触することを得ないものであります。廣く行政作用と言へば性質上の行政作用のみならず行政立法即ち命令の制定をも包含して居るものであります。此の中行政立法を除いて、性質上の行政作用のみに就いて申せば、性質上の行政作用は命令にも慣習法にも違反することを許さないものであ

ります。勿論命令は等しく行政権の發動ではありますが、苟くも命令を以て一般的の法則を定めて將來は此の法則に従つて行動すべきことを公表した以上は、其の命令を變更しない限り、將來に於ける行政作用は常に此の命令の範圍内に於てすべきもので、之に抵觸することを得ないのであります。命令を變更するには矢張命令の形を以てしなければならぬので、命令以外の普通の行政作用を以ては之を變更することは出来ないのであります。假令自分の發布した命令であつても同様で、例へば内務大臣が内務省令を定めたとすれば、其の以後内務大臣が行政處分を爲し又は其の他の行政作用を爲す場合には之に背くことは出来ないのであります。慣習法に付いても同様で、慣習法は等しく法規たる效力を有つて居るものでありますから、法律、命令又は其の他の法規を以て之を變更することは出来るが、行政作用を以て之に違反することは許されないのであります。

法規に基く
非にされば
臣民の自由
を侵すを得
ず

第三に行政作用を以て人民の自由を制限するのは、契約に依るの外は、法律又は少くとも命令若くは慣習法等或る法規に於て之を許して居る場合でない

ければならぬ。法規の規定のない時分に行政作用を以て勝手に臣民に或る義務を命じ又は其の他臣民の自由を拘束することは全く許されないのであります。是が第三の重要な原則であります。憲法には言論出版の自由であるとか、居住移轉の自由であるとか云ふやうな、いろいろな種類の自由を列挙して、法律に依るにあらざれば是等の自由を侵すことが出来ないと云ふことを規定して居りますが、其の外の總ての自由に對しても、少くとも法律又は命令其の他の法規に依らなければ之を侵すことが出来ぬと云ふことは、立憲國に於ける當然の原則として一般に承認せられて居る所であります。臣民の自由は必ずしも憲法に列挙せられて居る自由ばかりではなく、其の以外にも到底列挙し盡くすことの出来ない種々の自由が有ります。殊に例へば婚姻の自由、契約の自由、職業の自由、營業の自由、教育の自由、學問の自由、肉體の不可侵と云ふやうな自由は、何れも憲法の中に規定せられて居らぬ。其の外例へば歩く自由とか、饒舌べる自由とか、酒を飲む自由、飯を食ふ自由、書物を讀む自由、車に乗る自由と云ふやうなことまで挙げれば到底列挙し盡くすことは

出來ない事で、此等は勿論一々憲法の中に規定してはないのであります。さう云ふことは人間の自然に缺くべからざる當然の事として規定してないもので、憲法の中に規定が無いからと言つて、行政作用に依つて無制限に其の自由を拘束し得ると云ふのではない。憲法に列舉せられて居るものと否とを問はず、凡て臣民の自由は法規の根據の有る場合でなければ行政作用を以て勝手に之を侵すことは出來ぬのであります。是は近代立憲國に於ける最も大切なる原則の一でありまして、普通に今日の有様を稱して法治國と申すのは主として此の原則に基いて居るのであります。吾々は原則としては自分の欲する儘に如何なる事でも爲し得る自由を有つて居る。吾々は又吾々の生命、身體、財産、名譽、等其の他總ての權利及利益を安全に享有することが出来る、唯法規を以て一般的に定められて居る範圍に於てのみ其の自由を侵され其の利益及權利を奪はるゝことが有るのであります。昔は「泣く子ど地頭には勝たれぬ」といふ諺が有つた位で、領主の役人は随分專横な處置も有つたのであります。今は政府の爲し得べき所も法規に依つて其の範圍が限られて、其

各機關の權
限内なるこ
とを要す

の以外に於ては全く臣民の自由を侵すことを得ないのであります。

第四に總ての行政作用は之を行ふ機關の權限内に屬するものでなければならぬ。是は言ふ迄もない事でありましたが、凡て行政官廳には一定の權限が定まつて居つて、其の權限内に於てのみ國家の機關として、國家の事務を處理して居るのでありますから、其の權限を超えては如何なる行政作用をも爲すことを得ないのは當然であります。

公益に適す
ることを要す

第五には最後の重要な法則として、凡て行政作用は最も公益に適すべき方法を以て行はれねばならぬ。是は必ずしも行政作用のみならず、立法其の他凡ての國家の作用に付いて同様であります。凡て國家の機關が國家の事務を行ふのは、決して一個人として自分の私の權利を行つて居るのではなく、國家團體の機關として全國家の利益の爲めに之を行つて居るのでありますから、其の事務を行ふには自分の私意を以て之を左右することは出來ない、公平無私の心を以て其の最も公益に適すと信する所を行はねばならぬことは當然の事であり、勿論何が最も公益に適するかといふことは、自分の自

ら判断する所に據るの外は無いのでありますが、若し其の判断を誤つて公益に反する行爲を爲した場合には、其の行爲は矢張り正當なる行政行爲ではないので、若し其の上級に立つて之を監督する機關が之を公益に反すと認めたらば、其の行爲を取消すといふやうな處置を爲さねばならぬのであります。行政作用は以上述ぶるやうな各種の制限を受けて居るもので、此等の制限に違反することは出来ないであります。併ながら行政官廳として此等の作用を行ふの任に當つて居る者は、固より人間で、而して人間には無論時として過があり得ると云ふことは言ふまでもない。随つて行政作用は時として其れ等の制限に違反して、或は法律命令に背き、権限を超え又は公益に反すると云ふことが有り得るのであります。行政作用が或は法規に違反し或は公益に反する場合に於いても、其の結果は時としては唯社會一般の利益を害するに止つて、特定の人の利益又は權利を害することのない場合も有り得ます。或は之に反してそれが爲めに或る特定の一個人の權利又は利益を侵害する場合も有り得るのであります。單に社會全般の利益を害すると云ふ場

合に於いては其の損害を受けるのは社會全體で或る一個人ではありませぬから、其の場合に於いては多くは唯上級官廳が之を監督してそれを取消すと云ふやうな手段を取る外には、別段救済策を與へられて居らぬのが通常であります。例へば内務大臣が東京市の電車市營を許可したとして、それが東京市民の多數の目から見れば或は東京市民の全體の利益を害したものであるかも知りませぬが、併し縦令東京市民の全體の利益を害したとしても、それを裁判所に訴へるとか云ふ手段はない。其の損害を受けるものは一個人ではなくて社會全體でありますから、別段の救済手段は與へられて居らぬのであります。之に反して行政作用が或る一個人の權利を侵し利益を害すといふ場合には、其の一個人の爲めに何等かの救済手段を設ける必要があるのであります。一私人相互の間ならば、吾々が若し他人から權利の侵害を受けたらば、吾々は常に民事訴訟を起して損害賠償を求め又は其の他の救済を仰ぐことが出来ます。國家の行政作用に依つて吾々の權利を侵害せられたといふ場合には、昔ならば吾々は唯已むを得ず之を受け忍ぶの外は無かつたのであ

不法行政に
對する救濟
手段

りますが、立憲政治の今日に於ては此の場合に對しても或る程度に於て等しく救濟を求むる手段が與へられて居るのであります。

此等の救濟手段の最も重なるものは訴願及び行政訴訟であります。此の外に不法に財産上の損害を加へられた場合に、或は國家自身に對し、或は其の行爲を爲した官吏自身に對して損害賠償の訴を起し得る場合も有るのであります。日本の今日の法律では國家に對して賠償の訴を起し得るのは、唯國家の私經濟的事業即ち鐵道事業とか製造工業とかいふやうな一私人の爲して居ると同様な事業に付いてのみで、此等の事業に關して不法に臣民に損害を加へた場合には、普通の民法の原則に隨て國家に對して損害賠償を求むることが出来るのであります。公の權力の行動に付いては唯二三の特定の場合に於て之を爲した官吏自身に賠償を求むることを許して居るばかりで、一般には國家に對しても又は官吏に對しても賠償を求むることは出来ないことになつて居ります。

それであるから、損害賠償の事は略して、専ら訴願及び行政訴訟の事に付いて、大體の説明をいたさうと思ひます。

て、大體の説明をいたさうと思ひます。

四 訴願及行政訴訟

訴願及行政
訴訟の
性質

行政處分に依つて不法に權利を侵され又は利益を害された場合には、日本の今日の法律に於ては、必ずしも常にと謂ふのではないが、多くの場合に、或は訴願を提起し、或は行政裁判所に訴を提起するの權利が與へられて居ります。是は舊時代に於ては全く無かつた所であり、舊時代に於ては所謂泣く兒と地頭には勝れないと云ふ譯で、御上のなさることは、何んなことがあつても恐入つてしまふ外はない、縱令其の處分が如何に亂暴な如何に不條理なものであつても之を訴へることは出来なかつたのであります。今日は行政處分は常に法律命令の下に於て行はれなければならぬ、又必ず公益に適合しなければならぬと云ふ制限を加へられて居ります。其の制限に反してそれが爲めに個人の利益又は權利を侵害せられたときは、其の侵害を受けた者がそれを訴へて其の處分の取消又は變更を要求することが出来ることになつて

居るのであります。勿論以前にも情願と云ふことは爲し得たのであります。御上に向つて情を陳して救済を御願ひするといふことは爲し得ないではなかつた。併ながらそれは権利として認められて居つたのでなく唯情願に過ぎなかつたので、之を容れると容れないとは全く行政官廳の自由であつたのであります。今日の訴願及び行政訴訟は何れも権利として認められて居るので、其の訴願又は訴訟が提起せられたならば、官廳は必ず之を受理し審査して相當の裁判又は裁決をなさなければならぬ義務が有るのであります。

日本の現行法に於て認められて居る訴願及び行政訴訟は共に行政處分の再審査を要求するの手續であります。即ち法規に違背し、権限を越え又は公益に反する行政處分が有つた時分に、其の處分が法規違反、權限超過又は公益違反であることを主張して、其の處分を再び審査して之を取消し又は變更すべきことを請求するのであります。

兩者の差異

訴願と行政訴訟との異なつて居る所は、第一には訴願は普通の行政官廳に訴へるのであるのに、反して行政訴訟は行政裁判所といふ獨立の裁判所に訴へるのであります。

(イ)管轄官廳の差異

へるのであるといふ點に在ります。訴願の方は多くは其の處分を爲した官廳の直接上級官廳に訴へるのが普通で、例へば町村長の處分に不服であれば、郡長に訴願し、郡長の處分に不服であれば、縣知事に訴願し、縣知事の處分に不服であれば、内務大臣に訴願するといふやうな順序になつて居るのであります。時として縣知事の代りに縣參事會に訴願し、郡長の代りに郡參事會に訴願するといふやうに定められて居る場合も有ります。行政訴訟の方は之に反して、行政裁判所といふ獨立の機關が別に設けられてあつて、此の獨立の裁判所に於て之を管轄して居るのであります。言ひ換へれば、訴願の方は普通の行政事務を掌つて居る官廳が之を裁決するのであるのに、反して、行政訴訟の方は普通の行政事務に關係の無い獨立の裁判所で之を判決するのであります。是が兩者の第一の重なる差異であります。

(ロ)審理手續の差異

第二の重なる差異は其の審理手續の差異であります。行政訴訟の方は原則として口頭辯論の手續を以て審理するのであります。原告及び被告が裁判廷に出席して互に口頭辯論を爲し、其の結果に依つて裁判が與へられるの

であります。勿論當事者は口頭辯論の権利を抛棄することが出来る。必ずしも是非裁判廷に出席して辯論をしなければならぬといふのではなく、書面を以て申立を爲すことも出来るのでありますが、権利としては當事者は口頭辯論を爲す権利を有つて居るのであります。訴願は之に反して書面審理を原則として居るものであります。勿論若し口頭審問の必要があれば之を爲すことが出来ることになつては居りますけれども、併ながらそれは唯若し官廳が必要と認めたらば爲し得ると云ふに止つて、當事者が権利として口頭辯論を要求し得るといふのではないのであります。原則としては口頭辯論を爲さず唯書面のみに付いて審査するので、即ち當事者から訴願書を差出し、其の相手方たる處分官廳からは之に對する辯明書を出して、其の雙方の書面に付いて審理をするだけであります。是れが第二の重なる差異であります。

(ハ) 實質の
差異

第三の差異は行政訴訟の方は常に法規違反の處分に對してのみ提起することが出るのであるが、訴願の方は法規違反の場合のみならず、單に公益に反する處分に對しても提起することが出来るといふことに在ります。憲法第六十一條に『行政官廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス』といふ規定が有りまして、即ち行政訴訟は行政官廳の違法處分に由りて權利を傷害せられたとする訴訟であることを明にして居るのであります。尤も現行制度の下に於ては之に一二の例外が有つて權利を侵害せらるゝといふことが無くとも行政訴訟を起すことを許して居る場合が有りますが、其れは唯例外の場合で、原則としては權利を侵害せられた場合たることを要するのであります。少くとも違法處分即ち行政處分が法規に違反した場合であることは例外なく總ての行政訴訟に通じて必要條件となつて居る所であります。法律命令又は其の他の法規に背いたものでなくして、單に不都合である、不適當であるといふのみを以ては行政訴訟を起すことは許されないのであります。訴願の方は之に反して法規に違反して居る場合のみならず、法規には違反しなくとも不適當である不都合

であるといふ場合にも、提起することが許されて居ります。即ち提起し得る範囲が訴願の方が広いのであります。

以上の三點が訴願と行政訴訟との異なつて居る重なる點であります。其の實質に就いても、右の第三點として申上げた通り多少廣い狭いの相違があるのではあります。其の主たる差異は其の形式に在るので、即ち第一には之を管轄する機關が異つて居ること、第二には其の審理手續が異つて居ることが、其の最も著しい相違であります。此の相違あるに因つて、行政訴訟の方が訴願よりも、人民の権利を保護するの手段として、一層確實なる手段たることを得るのであります。訴願の方は普通の行政官廳に向て訴へるので、普通の行政官廳が其の訴を裁決するのである。行政官廳が被告の地位に立つて居るのであるのに、其の被告と同じ系統に在る、同じ行政組織部内の者である上級官廳に訴へて、裁決を求むるのでありますから、被告の方が何うしても有利の地位に立つことは避くべからざる結果であります。自然の感情の上から何うしても完全に公平なる裁決を得るといふことが困難であります。然か

権利の保護
手段として
兩者の効
果

のみならず訴願の方では口頭辯論を行はない。訴願を爲す者は唯訴願狀を差出すばかりで、相手方たる被告官廳が之に對して如何なる辯駁書を出したかを知る機會をも與へられないのである。況んや相手方の辯論を聞いて其の場で直に之を駁撃するといふやうな機會は全く無いのであります。之に反して行政訴訟の方は普通の行政官廳からは全く獨立した、何人の指揮命令をも受けない獨立の裁判所に於て裁判をするのであるし、又口頭辯論を行つて、當事者は相手方の面前に於て相手方の辯論を聞き之を辯駁し、自分の主張を陳述する機會を有つて居るのであります。行政訴訟が訴願に比して一層確實なる権利保護の手段たるのは是等の理由に因るのであります。

日本の行政訴訟の制度は主として獨逸諸國及び殊に埃地利の制度に倣つたものであります。英吉利に於ては所謂行政訴訟も一般の民事訴訟と同様に等しく司法裁判所に於て之を管轄して居ります。即ち國家が行政處分に依つて個人の権利を侵害した場合も、人民相互の間に於て一個人が他の一個人の権利を侵害した場合も、別段之を區別しないで等しく民事裁判所に出訴

行政裁判
制度

することの出来るものとして居るのであります。佛蘭西を初め獨逸諸國及
奧地利に於ては之に反して、一般民事事件と行政事件とは嚴重に之を區別し
て、民事事件即ち人民相互の間の權利の争は民事裁判所に出訴すべきもので
あるが、國家が個人の權利を侵害した場合は民事裁判所の管轄に屬せしめな
いで、行政部内に別に行政裁判所と云ふ特別の裁判所を設けて之を裁判せし
めて居るのであります。

行政裁判を
司法裁判と
分離せざる
理由

佛蘭西獨逸其の他の國に於て行政訴訟を民事訴訟から分離して、司法裁判
所の外に特に行政裁判所を置いて居るのは主として二つの理由に基いて居
るのであります。

一は行政權の獨立を維持して行政權をして司法權の干渉を受けざらしま
るが爲めであり、若し行政官廳の爲した處分の違法であるかないかと
云ふことを司法裁判所に於て裁判することになれば、司法權が行政權を監督
すると云ふ結果になつて行政權の獨立を害する。行政權と司法權とは互に
侵すべからざる獨立の地位を有つて居るべきもので、行政權で司法權の行動

に干渉することを許さないと同時に、又司法權の方からも行政權に干渉を加
へてはならぬといふのであります。此の如き思想は殊に佛蘭西に於て最も
強く行はれて居る思想で、佛蘭西に於ては革命以前から行政權と司法權とは
殆ど敵視といふべき程に相反目して居つたのであります。行政機關は司法
裁判所をまるで敵のやうに見て、自分の行政權の範圍には司法裁判所は少し
も立入ることを許さないやうにしたので、是が佛蘭西に於て行政裁判が全く
民事裁判から分離して居る主たる理由であります。獨逸諸國も亦此の佛蘭
西の影響を受けて十九世紀の中頃、千八百六十年代頃から次第に行政裁判所
の制度を設けるやうになりました。此の如き思想が日本の如き國情に於て
も果して理由ある思想であらうか否は多少疑はしいと思ひます。苟も司法
裁判所に適當の人を得るならば、假令司法裁判所に於て行政事件を審理する
ことゝしても、之が爲めに行政上大なる妨害を受けるといふことは容易に首
肯し難い所で、却て最も能く裁判の公平と確實とを得る所以では無からうか
と思はれるのであります。けれどもそれは兎に角日本に於ても行政裁判所

が司法裁判所からは分離して、行政事件は司法裁判所に於ては之を管轄しないことゝ成つて居りますのは、矢張り此の如き思想が其の重なる理由となつて居るのであつて、それは伊藤公の憲法義解にも第六十一條の註に「抑、訴訟ヲ判定スルハ司法裁判所ノ職任トス而シテ別ニ行政裁判所アルハ何ソヤ司法裁判所ハ民法上ノ争訟ヲ判定スルヲ以テ當然ノ職トシ而シテ憲法及法律ヲ以テ委任サレタル行政官ノ處分ヲ取消スノ權力ヲ有セサルナリ何トナレハ司法權ノ獨立ヲ要スルカ如ク行政權モ亦司法權ニ對シ均ク其ノ獨立ヲ要スレハナリ若ク行政權ノ處置ニシテ司法權ノ監督ヲ受ケ裁判所ヲシテ行政ノ當否ヲ判定取捨スルノ任ニ居ラシメハ即チ行政官ハ正ニ司法官ニ隸屬スルコトヲ免レヌ而シテ社會ノ便益ト人民ノ幸福ヲ便宜ニ經理スルノ餘地ヲ失フヘキナリ」云々とあるに依つても知ることが出來ます。

今一つの理由は實際的の理由でありまして、司法裁判官に行政事件の審理を任かせるのは實際上適當でないといふことに在るのであります。司法裁判官は民事又は刑事の事件を専門として居るものであるから、民法刑法には

精しいけれども行政法に精通して居るといふことは期待することが出來ない。行政法は民法とは違つた原則に依ることが多いのみならず、凡て行政事件は純粹の法律的の議論の外尙行政の實際の有様に熟達して實際の便宜を考へなければならぬことが非常に多い。若し司法裁判官をして行政事件を裁判させるならば、餘りに唯法律的の理論に馳せ過ぎて行政の實際を顧みないこと云ふ弊害を生ずるであらう。行政の實際に適切なる裁判をせしむるには行政事件のみを管轄する特別の裁判所を置く必要があること云ふのが第二の理由であります。

行政裁判所は獨逸諸國に於ては概ね二審又は三審の制度を取つて居ります。恰も司法裁判所と同じやうに下級の裁判所、中級の裁判所、高等の裁判所が有るのであります。日本に於いては之に反して行政裁判所は一審として居ります。是は輿地利の制度と同じで、即ち全國に唯一つの行政裁判所を設けてそれは東京にあるだけであります。

參照 行政裁判法(明治二十三年法律第四十八號)

第一條 行政裁判所ハ之ヲ東京ニ置ク

第二條 行政裁判所ニ長官一人及評定官ヲ置ク評定官ノ員數ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

行政裁判所ニ書記ヲ置ク其員數及職務ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

第三條 長官ハ勅任トス評定官ハ勅任又ハ奏任トス

長官及評定官ハ三十歳以上ニシテ五年以上高等行政官ノ職ヲ奉シタル者若クハ裁判官ノ職ヲ奉シタル者ヨリ内閣總理大臣ノ上奏ニ依リ任命セラルルモノトス

書記ハ長官之ヲ判任ス

第五條 第六條ノ場合ヲ除ク外長官及評定官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルニ非サレハ其意ニ反シテ退官轉官又ハ非職ヲ命セラル、コトナシ

行政裁判所ノ長官又ハ評定官ヲ兼任スル者ハ其本官在職中前項ヲ適用ス

懲戒處分ノ法ハ別ニ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

第六條 長官及評定官身體若クハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ヲ執ルコト能ハサルトキハ内閣總理大臣ハ行政裁判所ノ總會ノ決議ニ依リ其退職ヲ上奏スルコトヲ得

第九條 行政裁判所ノ裁判ハ裁判長及評定官ヲ併セ五人以上ノ列席合議ヲ要ス但列席ノ人員ハ奇數ニ限ル若シ缺席ノ爲偶數トナリタルトキハ官等最モ低キ評定官ヲ議決ヨリ除ク

官等同シキトキハ任官ノ順序ニ依リ其後ナル者ヲ除ク

議決ハ過半數ニ依ル

行政裁判
との關係

行政裁判所は此の如く一審制度でありますけれども、併ながら行政裁判を

起す前には通常先づ訴願を起して、訴願の裁決を経て後其の訴願の裁決に尙ほ不服であつた場合に初めて行政訴訟を起すことが出来るものとせられて居りますから、實際には訴願が行政裁判の下級審のやうな形を爲して居ります。例へば町村長の處分に對して不服である場合には、先づ郡參事會に訴願を起して郡參事會の裁決を受け、其の裁決に不服である者は更に府縣參事會に訴願を起して、府縣參事會の裁決に不服であつて、初めて最後に行政裁判所に行くこと云ふ風になるので、其の實際の手續から申せば實際二審三審又は時として四審制度の如き有様を爲して居ります。唯下級審に於ては常に訴願として審理を受けるのでありまして、行政訴訟として、口頭辯論の權利を以て裁判を受けるのは唯一回に止まるので、其の一回の判決が確定の判決となつて最早之に對して控訴又は上告をなすといふやうな上訴手段は全く興へられないのであります。

行政訴訟を起すには此の如く原則として先づ訴願を起して、それから最後の手段として出訴するのであります。時としては行政官廳の處分に對し

て訴願を経ず直に出訴することを許されて居るものがあります。それは府縣知事又は其の外の最高の地方官廳の處分に不服である場合又は大臣の處分に不服である場合で、此等の場合には直接に裁判所に出訴することが出来るのであります。

行政訴訟提起の要件

(イ)行政廳の處分

行政訴訟を提起し得るの要件としましては、前に申した通り行政廳の違法處分に依りて權利を傷害せられたりとする場合たることを要するのが原則であります。即ち原則として、第一に行政廳の處分に對するものであること、行政廳といふのであるから勅裁に依る處分に對しては全く行政訴訟を許されないものであります。行政廳といふのは國家の行政官廳ばかりではなく自治團體の行政機關をも含んで居るもので、例へば町村長の處分に對しても出訴することが出来るのであります。第二に、其の處分が違法であること。違法といふのは必ずしも法律に背いたものばかりではなく命令、慣習法又は其の他の法規に背いて居る場合をも含んで居りますが、單に不都合であるとか公益に反するとかいふものは含まないのであります。第三には、其の處分に

(ロ)處分の違法

(ハ)權利の侵害

依つて權利を傷害せられた者であること。行政處分が違法であつたからと言つて誰れでも自由に之に付いて訴を起すことが出来るといふのではない。唯其の處分に依つて權利を侵された者のみが出訴し得るのであります。例へば免許を受くべき權利の有る者が不法に免許を與へられなかつたならば權利を侵害せられたものである。吾々は法律に定まつて居る金額以上には租税を取り立てられない權利を有つて居るものであるが、若しそれよりも以上に不法に租税を取り立てられたならば、それは矢張り權利の侵害であります。此の如き權利の侵害が有つた場合にのみ出訴することが出来るのであります。

以上の三點が行政訴訟を提起するに付いての普通の要件であります。併ながら此等の條件が備はつて居れば何時でも行政訴訟を起し得るといふのではない。民事訴訟ならば苟くも他人に依て權利を侵害せられた場合は常に訴訟を起して權利の回復を求めることが出来ます。民事裁判所は法律に正條なきが故を以て裁判を拒むことを得ずといふことになつて居りまして、

(ニ)法律勅令に依つて出訴を許せること

法律に明文のある事柄でも、無い事柄でも、苟くも権利の侵害が有れば如何なる場合でも民事訴訟を起すことが出来るのであります。行政訴訟は之に反して民事訴訟のやうに行政官廳の處分に依つて権利を傷害せられたりとする總ての場合に於て常に行政訴訟を起し得ると云ふ迄に今日は未だ進んで居らぬのであります。殊に日本に於ては行政訴訟を起し得る範圍が他の諸國よりも一層狭く限られて居ります。或る特定の事件に限つて行政訴訟が許されて居るので、其の他の事件に關する行政處分に付いては縦令違法に權利を侵害せられた場合でも行政訴訟を起すことを許されて居らぬのであります。行政訴訟を起し得る事柄は法律又は勅令の中に特に規定してある事柄に限るので、それはいろいろありますが、二三の重なる例を挙げますと、先づ營業の免許に付いては不法に免許を拒まれた場合又は一旦與へられた免許を不法に取消された場合には一般に行政訴訟を起し得るものとなつて居ります。次に租税に付ても不法に租税を課せられた場合、租税滯納處分に付いて不法の處分の有つた場合等には行政訴訟を許されて居ります。其の外水

利土木に關する處分、即ち例へば道路を開設するに付いて私人の所有權を侵したとか、水利に關する事業に依つて私人の用水權を侵したとかいふやうな場合にも行政訴訟を許されて居る。其の外市制、町村制、府縣制、郡制、水利組合法、森林法、河川法、國有林野法、鑛業法、漁業法、土地收用法、官吏恩給法などの種々の特別の法律勅令に依つていろいろの事項に付いて出訴を許して居ります。唯一般の警察處分に付いては治安警察法の中に結社の禁止に對して出訴を許して居る等一二の場合の外、一般には行政訴訟を許して居りませぬ。日本の行政訴訟事件の範圍が外國のよりも比較的狭いといふのは主として此の點に在るのであります。

行政訴訟を起すには此の外尙ほ一定の出訴期限が定まつて居つて其の期限を過ぎれば最早出訴することは出来ないものであります。是は當然の事で、若し出訴期限の定めが無ければ行政處分の效力は永久に確定することが出来ないのであります。

最後に尙ほ述べて置かねばならぬのは、行政訴訟を起すには原則として權

権利の侵害
なくして出
訴し得べき
場合

(ホ)出訴期
限

利の侵害が有つた場合に限ることは前に述べた通りであります。其の例外として、或る特別の場合には、自分の権利を侵害せられた場合でなくとも、行政訴訟を許して居る場合が有ります。其の著しい例は選挙訴訟であります。府縣會市町村會などの議員選挙の結果、選挙長が間違つて眞の當選者でない者を當選者として決定したと云ふ場合には、一般選挙人は誰でも訴訟を起すことが出来るものとせられて居ります。一般選挙人は敢て権利を侵害せられたのではないが、尙出訴を許されて居るであります。其の外又國家の機關又は自治團體の機關相互の間に争のあつた場合に、其の機關の一方から他の一方を相手方として訴訟を起すと云ふことが種々の場合に許されて居ります。例へば町村長が町村會の決議を取消したといふやうな場合に之に不服なる町村會は訴願を起し進んでは行政訴訟を起すことの出来るやうになつて居ります。それから又行政廳の處分が訴願裁決に依つて取消された場合に、其の行政廳が之に不服であるならば、其の裁決を爲した官廳を相手方として行政裁判所に出訴し得ることゝされて居る場合が澤山あります。此等は

何れも自分の権利を害せられたのではないが、一般の公益を維持すべき職責の上から出訴の權能を與へられて居るのであります。但し是等は何れも例外でありまして、是等の場合を除いては總て権利の侵害が無ければ行政訴訟を起すことを許されないのであります。

第八講 (上) 司法

前回には極めて概略ながら行政のことを御話し終つたのでありますから今日は司法の組織及司法の作用に付いて御話致します。

一 司法の觀念

裁判の觀念
裁判の各種

先づ司法とは何であるかといふことに付いて申します。司法と云ふ言葉は其本來の意味に於いては裁判と云ふのと同じことでもあります。詳しく言へば法の適用に付いて争があり、又は疑がある場合に於て、其の争又は疑を決定するが爲めにする國家の行爲を申すのであります。此の本來の意味に於ける司法の行爲は法の總ての區域に亘つて行はれるもので、國際法を初と致して、憲法、行政法、民法、刑法の總ての區域に亘つて存在しない所はないのであります。國際法に付いて申せば、國際仲裁々判といふものがある。憲法に付いて申せば大臣の憲法上の責任を認めて居る國に於いては、嘗て大臣の所で

申した通り、大臣の責任を裁判する所謂政治裁判なるものがあります。國に依りましては又議會と政府との間に憲法上の解釋に付いて衝突の起つた場合に、其の争を決定して憲法の疑義を解決する裁判制度を設けて居る國もあります。行政法の區域に付いて申せば、前回に申上げた行政裁判と云ふものが多くの諸國に認められて居ります。それから官吏の身分を保障することの結果と致して、官吏の懲戒裁判と云ふものがあります。或は司法裁判所と行政官廳との間に其の權限に付いて争の起つた場合にそれを決するためには、權限裁判と云ふものが行はれて居る所があります。是等の總ての裁判は其性質上から申すならば、何れも司法に屬するものであります。

併ながら今日普通に司法と云ひ、司法裁判所と云ひ、又は司法權の獨立と云ふやうなことを申すのは、廣く是等の總ての裁判を含めて申すのではないのであります。普通に司法と申すのは、唯民事裁判、即ち民法、商法等私法の適用に付いて争がある場合にそれを決定する裁判及び刑事裁判、即ち犯罪に對して如何なる刑罰を科すべきかを決定する裁判、此の二種の裁判のみを司法と

司法の概念

司法の概念の沿革

申すのであります。其の外の國際法上の裁判であるとか、憲法又は行政法上の裁判であるとかと云ふやうなものは、性質は等しく裁判行爲ではあつても通常司法と云ふ中には含まないものと解せられて居るのであります。

司法の概念が斯の如く唯民事及刑事の裁判のみに限らるゝと云ふのは、是は佛蘭西から其の源を發して居るのであります。民事及び刑事の裁判が他の各種の裁判と異つて居る特色は何であるかと申せば、凡ての他の裁判即ち憲法上、行政法上、又は國際法上の裁判は凡て國家の行爲又は國家の官吏の行爲に付いて裁判が行はれるのであります。即ち國家が行政作用に依つて人民の權利を侵害した場合には其の行政作用が果して違法であるや否やと云ふことを裁判する、或は國家が他の國家に對して或る行爲をした、それが違法であるかないかと云ふことを裁判する、或は國務大臣が國務上に付て或る行爲をした、其の行爲が憲法上違法であるかと云ふやうな裁判をするといふやうな類であります。民事及刑事の裁判は之に反して人民の行爲に付いての裁判であります。即ち民事に付いて申せば、一私人が他の一私人の權利を侵害

した場合に、それが果して権利の侵害であるや否やを裁判する、刑事に付いて申しても一私人が犯罪行為をして、それを罰すると云ふのであります。何れも私人の行為に付いて裁判を下すのであります。歐洲諸國の裁判制度の沿革に就いて見ますと、此の如き一私人の行為に付いての裁判と國家の行為に付いての裁判とを區別して、別の裁判所に屬せしむるものと、兩者の區別なく、同じ裁判所に屬せしむるものと、概して申せば此の二種の主義が有つたやうであります。一つは羅馬法主義ともいふべきもので、一つはゲルマン法主義ともいふべきものであります。ゲルマン法主義に於ては概して兩者の間に嚴格なる區別を認めないで、兩方とも同一の裁判所に於て裁判を爲さしめて居つたのであります。今日も其の主義に據つて居るもの、最も著しいのは英吉利であります。英吉利では元來公法と私法との間に實際上判然たる區別を認めないで國家と臣民との間の關係も私人相互の關係も等しく所謂コンモン・ロー即ち普通法の支配する所とせられて居つて、隨て其の總てを同一の裁判所に於て管轄して居るのであります。即ち英吉利法に於ける司法と

云ふ觀念は必ずしも民事及刑事にのみ限られては居らぬのであります。之に反して羅馬法主義に於ては公法と私法とを判然區別して裁判所は唯私人の行為に付いての裁判を爲すばかりで、國家の公の行為に付いての裁判は全く別のものとして、普通の裁判所に於ては之を管轄しないと云ふことになつて居つたのであります。此の主義の最も著しく現はれて居るのは、佛蘭西でありまして、佛蘭西に於ては革命以前舊王政時代から司法權と行政權との間に嚴重なる區別を認めて居りまして、行政權の行為に付いては司法權は全く之に干渉することを許さない、行政官廳が縦令違法の行為をしても、それが違法であるか否かと云ふことを判断するのは司法裁判所は與らないと云ふ主義を執り來つたのであります。此の舊來の沿革に基きまして、十八世紀の佛蘭西の哲學者であります、モンテスキューが三權分立説を唱へて、司法權は獨立でなければならぬといふことを主張しました其の所謂司法權といふのも、唯民事及刑事の裁判をのみ言つて居つたのであります。此モンテスキューの三權分立説は各國に最も著しい影響を與へたのであります、此等の影響

に基いて、他の諸國に於いても、司法權と云ふ意味は、等しく民事及刑事の裁判のみを意味するものと一般に解釋せらるゝことゝなつたのであります。隨て行政裁判、權限裁判、官吏の懲戒裁判と云ふやうなものは、司法と云ふ中には這入らない、行政に屬するものとされて居るのであります。行政裁判も其の性質から申せば、勿論司法の性質を有つて居るもので、之を行ふ裁判所も普通の行政官廳の如く上官の命令の下に立つものではなく、司法裁判所と同様に獨立の職權を以て行ふものではあります。尙之を行政の一部分と看做して司法とは看做して居らぬのであります。斯の如き沿革に基いて今日の我國に於いても司法と云ふ言葉は専ら民事及刑事の裁判を謂ふものと解せられて居ります。憲法の第五十七條に『司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ』とある所謂司法權も亦此の意味に用ゐられて居るのであります。併ながら爰に一の注意しなければならぬ事は、前に立法と云ふ觀念を述べたる所で申した通り、立法の觀念には、形式の意義に於ける立法と、實質の意義に於ける立法との區別があつて、實質上から言へば法規を定むるのが立法であ

司法の形式
的意義と實
質的意義

るけれども、形式上から言へば法律と云ふ形で議會の協賛を経るものが立法であること云ふのと同じやうに、司法と云ふ言葉にも形式の意義と實質の意義と二種の意義を區別しなければならぬのであります。實質の意義に於ける司法とは民事刑事の裁判を謂ふものであります。形式の意義に於ては必ずしも民事刑事の裁判のみならず、凡て司法裁判所及び之に附屬して居る検事局、執達吏、辯護士等の行ふ行爲は、裁判以外のものであつても、等しく之を司法と稱するのが通常であります。例へば裁判所の監督の下に於いて行はれる土地の登記、法人登記、商業登記などは性質上は行政行爲ではあります。等しく權利を確認し、權利の所在を公に證明するが爲めの行爲であつて、而も司法裁判所が之を管掌して居るものであります。形式の意義に於ては司法行爲と言はれて居ります。一方に於ては性質上は民事又は刑事の裁判に屬すべきものであつても、例へば特許局で特許權に付いての裁判を行ふとか警察署で警察犯の所罰を宣告するとかいふやうな行政官廳の管掌に屬して居るものは、形式の意義に於ては司法とは稱せられぬのであります。但し裁判

所の行ふ行爲の中でも、裁判官を任免するとか、裁判官の身分上の監督を行ふとか又は裁判所の會計を管理するとか云ふやうな行爲は、形式の意味に於ても司法行爲とは申さないで、是等は全く法規の維持と云ふことには、關係の無い行爲で、隨て是等は通常司法行政即ち司法に附隨する所の行政と稱せられて居ります。それであるから形式の意義に於ける司法とは法規を維持するがための作用であつて、裁判所の權限に屬するものを謂ふと云ふことが出來ると思ひます。

二 司法權の獨立

司法と云ふ言葉の意味は大要右の通りであります。此の司法の作用は獨立なる裁判所に依つて行はるゝのを原則とするのでありまして、憲法に『司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ』と云ふことの書いてあるのは即ち此の原則を明言したのであります。司法權の機關は斯の如く獨立なる裁判所であるために之を稱して司法權の獨立と申すものであります。

司法權獨立の二方面

(一) 職務上の獨立

(イ) 他の干渉を受けざることを

司法權の獨立の原則は更に二つの方面から之を観察することが出來ます。一は裁判官の地位の獨立であります。一は裁判官の職務上の獨立であります。此の二つが相俟つて以て司法權の獨立を擔保するのでありまして、其の兩方がなければ完全なる獨立を有するものとは言へないのであります。

第一に裁判官の職務上の獨立から申しますと、それは更に二つの點に分つことが出來ます。職務上の獨立の第一點は、裁判官は其の職務の執行に關しては、何人の指揮をも受けることがない、唯法規に従つて之を判斷するばかりで、其の法規の判斷に付いては上官の指揮命令は勿論、其の他、毫も他からの干渉を容れないと云ふことであり、憲法の中に『司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ、裁判所之ヲ行フ』とありますが、其の『法律ニ依リ』と申すのは、唯法律には服従するけれども、其の他の權力には服従しないと云ふ意味であつて、即ち裁判を行ふに當つて其の標準とする所は唯法律のみに在ると云ふことを明にしたのであります。但し茲に法律とあるのは必ずしも形式上の意味の法律を言ふのでなく、實質の意義に於ける法律即ち法規と云ふことに解すべ

きものでありまして、命令も慣習法も其の外の法規をも含んで居るのであります。裁判所は法律だけを適用して命令を適用しないと云ふのではない、法律でも命令でも慣習法でも苟くも有効なる法規は凡て之を適用すべきものであります。法律といふ文字は、日本の憲法は多くの場合に形式の意義即ち議會の協賛を経て定められた法則と云ふ意味に用ゐて居りますが時としては實質の意義即ち法規といふ意味に用ゐて居る場合もあるので、第五十七條の『法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ』とある法律は即ち此の場合の一例であります。勿論裁判官が何人の指揮命令をも受けないといふのは唯裁判行爲其れ自身に付いて言ふのでありまして、其の職務に關する一切の事柄に付いて言ふのではない。其の職務の執行に付いても、其の出勤時間であるとか、如何なる事件を擔任するとか云ふやうな點に付いては、勿論上官の指揮命令に従ふのであります。職務上の獨立は唯裁判の内容即ち如何なる裁判判決をなすべきかといふことに付いてのみ存して居るのであります。

(C)命令の
審査權

裁判官の職務上の獨立の第二點は、命令に對する審査權であります。裁判

官は法律、命令、慣習法等總ての法規を適用するの任務を有つて居るものであります。唯裁判官の法律に對する關係と命令に對する關係とは頗る著しい違ひがあります。法律に對しては裁判官は唯其の形式に付て審査權を有つて居るばかりで、内容に付ては審査權を有たないのであります。法律が形式上有効に成立して居るならば、縱令其の内容が憲法に違反するやうなことがあつても、裁判官は其の法律を有効のものとして適用しなければならぬのであります。形式上有効に成立すると云ふのは、法律が議會の協賛を経たものであり、又君主の裁可を経て國務大臣の副署を以て公布せられたものであることを云ふのでありまして、此の形式が備はつて居れば法律は完全に成立して居る。其の形式が備はつて居るか否かに付ては、裁判官は勿論之を審査する必要がある。議會の協賛を経たものでなければ法律として成立したものでない、君主の裁可が無く又は大臣の副署が無ければ法律として成立して居らぬ、法律として成立し居るものでなければ無論之を適用すべき筈はないので、隨て裁判官は果して法律が成立して居るか否かを審査しなければなら

ぬのであります。けれども其の形式さへ備はつて居れば、其の内容が憲法違反ではないかと云ふことに付ては審査権は有たないのであります。立法権は憲法の下に於ける國家の最高の意思の發表でありまして、立法権者が自ら之を憲法違反でないことを認めて發布した以上は、何人も之に對抗してそれが憲法違反であるといふことを斷定する権利はない、裁判官も亦それだけの職權を有つて居らぬのであります。法律が既に議會の議決と君主の裁可を経、て發布せられた以上は、議會もそれが憲法違反ではないことを認め、君主も之を御嘉納あらせられたものと看るべきは當然でありまして、即ち其の法律が憲法違反でないといふことは最早確定的に決せられて居るものであります。假令裁判官はそれが憲法に違反して居ると信じて、其の主張を對抗することは出来ない、矢張有效の法律として之を適用する外はないのであります。命令に對しては其の關係は頗る之と異つて居りました、此の點に於て又司法權の獨立が其の効果を現はして居るのであります。司法權の獨立と申すのは主として司法權が行政權から獨立して居ることを意味するのであります。

す。立法權に對しては司法權は絶対の服從の地位に在る。法律が或る規定を設けたならば司法權はそれには抵抗することが出来ぬ、法律に對しては絶対の服從の地位に在るのであります。行政權に對しては之に反して司法權は獨立の地位を有つて居るものである。勿論裁判官は命令をも適用しなければならぬことは前にも申した通りで、命令の規定が有効に成立して居る以上は必ず其の規定を適用しなければならぬのであります。併ながら裁判官は其の命令が果して有効のものであるかないかといふことを審査するの權利がある、無効の命令に付ては之を適用しない權利と義務とを有つて居るのであります。而して命令が有効であるか否かと云ふことに付ては、單に形式に付いてのみならず、其の内容に付いても亦均しく之を審査することが出来るのであります。命令が憲法又は法律に背いて居るならば命令として有効なものではない。裁判官は命令の内容に迄立入つて、其の命令が果して憲法又は法律に違反することがなきや否やを審査して、若し憲法又は法律に違反して居る命令ならば之を適用する必要が無いのみならず、又適用しては

ならぬのであります。是が職務上の獨立の第二の點であります。

裁判官は職務上斯の如き特別の地位を有つて居るのであります。若し裁判官が政府の都合に依て何時でも免職することが出来る、何時でも其の地位を動かすことが出来るとすれば、司法權の獨立は到底之を保つことが出来ぬ。司法權の獨立を全うするには職務上の獨立の外に尙地位の獨立を與へる必要が有ります。地位の獨立が與へられて、裁判官が安全に其の地位を保ち得ることが保障せられて、始めて公平なる裁判を期待することが出来るのであります。

勿論裁判官と雖も等しく天皇の任命大權に基いて任命せられ罷免せらるるのであります。唯其の任命に付いても又は轉任若くは罷免に付いても憲法及び法律に依る特別の制限が加へられて居りまして、裁判官の地位の獨立を保障して居るのであります。憲法第五十八條に「裁判官ハ法律ニ依リ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任ス。裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラルルコトナシ。懲戒ノ條規ハ法律ヲ以テ之ヲ定

ム』とありまして、第一には其の任命に付いて必ず法律に定められた資格を具へた者でなければならぬ。一般の官吏に付いては其の任命は専ら君主の大權に屬して居るので、其の任用の資格に付いても法律に依らず命令を以て之を定めることが出来るのであります。獨り裁判官に付いては法律を以て其の任用の資格を定められて居るので、其の資格を具へたものでなければ任命することは出来ないのであります。現行法では裁判官任用の資格要件は裁判所構成法第二編に於て定められて居ります。第二には裁判官は刑罰又は懲戒處分に由る外には免官といふことが無い。即ち裁判官は終身官であります。一般の官吏に付いても近來は追々其の地位の安全が保障せられまして、殊に文官分限令に依つて猥りに官吏の意に反して免官することは出来ないことに定められて居りますが、それでも一般の文官には休職といふことが有つて、官廳の事務の都合に依つては隨意に休職を命ずることが出来る、休職を命ぜられて、二年の間復職を命ぜらるゝことがなかつたならば、當然に官吏たる身分を失ふのであります。それから又普通の官吏ならば廢官若くは廢廳の場

合には別段の辭令が無かつたならば當然退官となるのでありますし、又疾病又は老朽の爲に職務を執るに堪へない場合とか若くは官制又は定員の改正に依つて過員を生じた場合には免官することが出来るのであります。廢官といふのは例へば嘗て各省に總務長官とか參與官とか官房長とかいふ官職が置かれて居つたことが有りましたが、それが官制の改正に依つて廢止せられたといふやうな場合で、其れ等の場合には其の官職に在つた人は當然に免官となるのであります。廢廳といふのは例へば拓殖務省が廢止せられて内務省に合併したといふやうな場合で、其の場合にも從來拓殖務省の官吏であつた者は若し特に内務省又は其の他の官吏に任せられるといふことがなければ當然免官となるのであります。過員を生ずといふのは例へば是迄各府縣の事務官は四人と定まつて居つたのが官制の改正に依つて三人となつたといふやうな場合で、其の場合は從來四人居つた中の何れか一人は免官することが出来るのであります。是等の總ての場合に普通の官吏ならば本人の意思に反して官吏を罷められ得るのであります。裁判官に對しては是等は

何れも適用が無い。裁判官には休職を命ずることも出来ぬ。廢官廢廳又は過員を生ずる場合でも之を免官することは出来ないで、唯闕位の出来るまで待命の地位に在るに止るのであります。裁判官を免官することが出来るのは、唯刑罰と懲戒處分との二の場合にのみ限るのであります。其の懲戒處分も普通の官吏に付いては勅令に依つて其の手續が定まつて居りますが、裁判官に付いては必ず法律を以て之を定めなければならぬので、懲戒裁判の判決に依つて之を行ふのであります。免官は唯此二の場合に限るのであります。唯此の外に退職といふことが有る。即ち裁判官が精神又は身體の衰弱に由つて職務を執るに堪へざるやうになると、大審院又は控訴院の總會の決議に依つて退職を命ずることが出来ることになつて居ります。退職と云ふのは官を罷めるのではなく、唯職を罷めるのであります。即ち職務だけは罷められるのであるが、官吏としての身分は尙保有して居るのであります。退職を命ぜられたならば、俸給は受けることが出来ぬので、唯恩給を受ける権利が有るのであります。第三には轉任に付いても、裁判官は本人の意に反して

自由に之を轉任せしめることが出来ぬ。唯補闕の必要の有る場合に、同じく裁判官の中で、官等俸給の是れ迄よりも低くない職務に轉せしむることが出来るばかりであります。

參照 裁判所構成法

第七十三條 第七十四條及第七十五條ノ場合ヲ除ク外判事ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルニ非サレハ其ノ意ニ反シテ轉官轉所停職免職又ハ減俸セラル、コトナシ但シ豫備判事タルトキ及補闕ノ必要ナル場合ニ於テ轉所ヲ命セラルルハ此ノ限ニ在ラス

前項ハ懲戒取調又ハ刑事訴追ノ始若ハ其ノ間ニ於テ法律ノ許ス停職ニ關係アルコトナシ

第七十四條 判事身體若ハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ヲ執ルコト能ハサルニ至リタルトキハ司法大臣ハ控訴院又ハ大審院ノ總會ノ決議ニ依リ之ニ退職ヲ命スルコトヲ得

第七十五條 法律ヲ以テ裁判所ノ組織ヲ變更シ又ハ之ヲ廢シタル場合ニ於テ其ノ判事ヲ補スヘキ關位ナキトキハ司法大臣ハ之ニ俸給ノ半額ヲ給シテ關位ヲ待タシムルノ權ヲ有ス

第七十六條 判事ノ官等俸給及進級ニ關ル規程ハ勅令ノ定ムル所ニ依ル

第七十七條 判事ハ退職シタルトキハ恩給法ニ依リ恩給ヲ受ク

第七十八條 判事ノ俸給ハ判事ニ對シ懲戒取調又ハ刑事訴追ヲ始メタルカ故ニ停職シタルニ拘ラス引續キ之ヲ給ス

裁判官は以上の如き地位の獨立を有つて居るもので、此の地位の獨立と其

裁判官の兼職の禁止

の職務上の獨立とが相待つて以て司法權の獨立を確保して居るのであります。

一方には又裁判官は他の職務を兼ねることを禁止せられて居ります。行政官を兼ねることの許されないのは勿論國會の議員又は地方議會の議員となることも出来ないし、政黨又は商業に關係することも出来ない。苟くも權威に拘制せられ、政論又は商業の利益などの牽束を受けるやうな地位に立つことは全く之を禁じて居るのであります。凡ての方面から、公平に司直の府たるの職責を全うせしむることを勉めて居るのであります。

三 司法裁判所

以上述べました如く、我が今日の制度の下に於ては、司法權と行政權とは相分離せられて居つて、行政官應は一二の特別の例外(是に付いては尙後に述べます)を除いては原則として司法權に與らない、司法裁判所は行政權の干渉の外に立つて獨立に裁判を行ふといふの主義を取つて居るのであります。此

司法制度の沿革

の原則は必ずしも憲法の實施に依つて始めて創設せられたのではない、憲法以前から既に略備はつて居つたのでありますが、併ながら其の完全に備はるに至つたのは比較的新しい事でありませう。舊幕府時代には司法權も行政權も同一の手に在つたことは勿論で、將軍及び將軍の下に於て各藩の領主は行政權のみならず司法權をも掌握して居つたのであります。實際に司法の事務を執行して居つた町奉行とか代官とかいふ役人も、司法權と同時に行政權を行つて居たもので、即ち行政官が同時に裁判官であつたのであります。明治の維新に依つて徳川氏の政權奉還と共に、司法權も亦天皇が親しく總攬し給ふこととなつたのであります。司法權と行政權とが同じ機關に依つて管掌せられて居つたことは、維新前と同様で、維新の初に始めて太政官を設けられた時に太政官の中に刑法官といふものを置かれましたが、是は今日の司法省に相當すべきもので、即ち司法行政の機關でありましたが、而かも同時に最高の裁判所であつたのであります。其の後明治二年には刑法官が刑部省と改まり、明治四年には更に司法省と改められました。行政の長官が同時

に司法の長官であつたことは尙同様であります。中央官廳のみならず地方官廳に付いても同様で、地方に於ても、各地方の行政官が同時に裁判官であつたのであります。明治八年に至つて、始めて太政官々制の改正と共に、大審院が置かれて、之を最高裁判所となし、獨立の權限を有せしむることゝ成つた。最高裁判所だけは之に依つて全く行政權から分離することゝなつたのであります。地方の裁判事務に付いては、是より先明治五年に、既に各府縣に府縣裁判所を置いて、從來地方官の行つて居つた民事刑事の裁判事務を地方官から分離して特別の裁判所に移すことゝしたのであります。其の裁判官は尙地方官をして兼任せしめたのが少なくなかつたので、司法と行政との分離は決して完全には行はれなかつたのであります。然るに其の後明治九年に至つて府縣裁判所を地方裁判所と改稱いたすと共に、地方官から裁判官を兼任することを禁止することゝなりました。茲に行政と司法との分離が始めて完全に行はるるに至つたのであります。

現行司法制度

裁判所の組織は其の後幾たびも改正が有りましたが、今日の制度は明治二

十三年に發布になつた裁判所構成法に依つて定められて居ります。其の詳細は爰に述ぶる必要は無からうと思ひますが、區裁判所、地方裁判所、控訴院及び大審院の四級に分かれて居るのでありまして、各一定の種類の事件を管轄して居るのであります。區裁判所は單獨裁判、其の他の裁判所は凡て合議裁判であります。各裁判所には検事局が附置せられて居りまして、各相當の員數の検事が之に屬して居ります。検事は犯罪を檢舉して裁判所に公訴を起すことを主たる任務とするもので、検事の公訴が無ければ刑事裁判は開始せられないのであります。其の外民事々件に付いても、検事は意見を述ぶるの權を有つて居ります。検事は裁判官ではなく、隨て裁判官の如く職務上の獨立を有し、又完全なる地位の獨立を有つて居るものではありませぬ。検事は其の職務に關して上官の命令に従ふの義務が有るのであつて、此の點に付いては普通の行政官と同様であります。又行政官が検事を兼任することも許されて居ります。唯其の任用の資格、懲戒處分などに付いては、検事も略裁判官即ち判事と同様の規定に従ふことゝなつて居ります。其の地位の安全を

保障せられて居ることに付いても、裁判官の如く轉任までも其の意に反して行ふことが出來ぬといふのではありませぬが、尙刑法の宣告又は懲戒の處分に由るに非ざれば其の意に反して免職せられない權利を有つて居ることは、裁判官と同様であります。(裁判所構成法第八十條)

裁判所構成一覽

第一 區裁判所

區裁判所ノ組織

區裁判所ノ裁判權ハ單獨判事之ヲ行フ。判事二人以上ヲ置クトキハ其ノ裁判事務ヲ各判事ニ分配ス。其事務分配ハ毎年地方裁判所長豫メ之ヲ定ム。

區裁判所ノ權限

(一) 區裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス但シ反訴ニ關リテハ民事訴訟法ノ定ムル所ニ依ル

- 第一 二百圓ヲ超過セサル金額又ハ價額二百圓ヲ超過セサル物ニ關ル請求
- 第二 價額ニ拘ラス左ノ訴訟

司法 三、司法裁判所

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

(ロ) 不動産ノ境界ノミニ關ル訴訟

(ハ) 占有ノミニ關ル訴訟

(ニ) 雇主ト雇人トノ間ニ雇期限一年以下ノ契約ニ關リ起リタル訴訟

(ホ) 左ニ掲ケタル事項ニ付旅人ト旅店若ハ飲食店ノ主人トノ間ニ又ハ旅人ト水陸運送人トノ間ニ起リタル訴訟

(一) 賄料又ハ宿料又ハ旅人ノ運送料又ハ之ニ伴フ手荷物ノ運送料

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

(二) 區裁判所ハ非訟事件ニ付法律ニ定メタル範圍及方法ニ從ヒ左ノ事務ヲ取扱フノ權ヲ有ス

第一 未成年者瘋癲者白痴者失踪者其ノ他法律若ハ判決ニ因リ治産ノ禁ヲ受ケタル者ノ後見人若ハ管財人ヲ監督スル事

第二 不動産及船舶ニ關ル權利關係ヲ登記スル事

第三 商業登記及特許局ニ登録シタル特許意匠及商標ノ登記ヲ爲ス事

(三) 區裁判所ハ刑事ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス但シ第二以下ニ記載シタル罪ハ豫審

ヲ經サルモノニ限ル

第一 拘留又ハ科料ニ該ル罪

第二 竊盜ノ罪

第三 竊盜及刑法第二百五十四條ノ罪ノ贓物ニ關スル罪

第四 刑法第三百三十條第三百七十五條第八十五條乃至第八十七條及第二百九條ノ罪並ニ第三百三十條ノ未遂罪

第五 一年以下ノ懲役若ハ禁錮又ハ三百圓ヲ超過セサル罰金ニ該ル罪

二個以上ノ主刑中其ノ一個ヲ科スヘキ罪ニシテ其ノ刑前項第一又ハ第五ノ規定ニ適セサルモノアルトキハ區裁判所ハ其ノ裁判權ヲ有セス

前條第一項第五ニ記載シタル罪ニ付テハ累犯又ハ併合罪トシテ處分スヘキ場合ト雖モ區裁判所其ノ裁判權ヲ有ス

區裁判所檢事局

各裁判所ニ檢事局ヲ附置ス檢事ハ刑事ニ付公訴ヲ起シ其ノ取扱上必要ナル手續ヲ爲シ法律ノ正當ナル適用ヲ請求シ及判決ノ適當ニ執行セラル、ヤヲ監視シ又民事ニ於テモ必用ナリト認ムルトキハ通知ヲ求メ其ノ意見ヲ述フルコトヲ得又裁判所ニ屬シ若ハ之ニ關ル司法及行政事件ニ付公益ノ代表者トシテ法律上其ノ職權ニ屬スル監督事務ヲ行フ

區裁判所檢事局ノ檢事ノ事務ハ其ノ地ノ警察官憲兵將校下士又ハ林務官之ヲ取扱フコトヲ得

司法大臣ハ適當ナル場合ニ於テハ區裁判所判事試補又ハ郡市町村ノ長ヲシテ檢事ヲ代理セシムルコトヲ得

執達吏

裁判所ヨリ發スル文書ヲ送達シ及裁判所ノ裁判ヲ執行ス其ノ他法律ニ定メタル特別ノ職務ヲ行フ

第二 地方裁判所

地方裁判所ノ組織

所長一人、裁判所ノ一般ノ事務ヲ指揮シ其ノ行政事務ヲ監督ス。一若ハ二以上ノ民事部及刑事部ヲ設ケ各部ニ部長ヲ置ク部長ハ部ノ事務ヲ監督シ其ノ分配ヲ定ム。判事一人若ハ二人以上ヲ豫審判事トシ毎年司法大臣之ヲ命ス。各事件ノ審問裁判ハ三人ノ判事ヲ以テ組織スル部ニ於テ之ヲ爲シ其ノ中一人ヲ裁判長トス。

地方裁判所ノ權限

(一) 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス

- 第一 第一審トシテ區裁判所ノ權限又ハ皇族ニ對スル事件ニシテ控訴院ノ權限ニ屬スルモノヲ除キ其ノ他ノ請求
- 第二 第二審トシテ(イ)區裁判所ノ判決ニ對スル控訴(ロ)區裁判所ノ決定及命令ニ對スル法

律ニ定メタル抗告

(二) 地方裁判所ハ刑事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス

- 第一 第一審トシテ區裁判所ノ權限竝ニ大審院ノ特別權限ニ屬セサル刑事訴訟
- 第二 第二審トシテ(イ)區裁判所ノ判決ニ對スル控訴(ロ)區裁判所ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告

(三) 地方裁判所ハ破産事件ニ付一般ノ裁判權ヲ有ス

(四) 地方裁判所ハ非訟事件ニ關ル區裁判所ノ決定及命令ニ對シ法律ニ定メタル抗告ニ付裁判權ヲ有ス

地方裁判所檢事局

檢事正一人、檢事局ノ事務取扱ヲ分配指揮及監督ス。檢事數人。

地方裁判所支部

司法大臣ハ地方裁判所ト其ノ管轄區域内ノ區裁判所ト遠隔ナルカ若ハ交通不便ナルカ爲至當ト認ムルトキハ地方裁判所ニ屬スル民事及刑事ノ事務ノ一部分ヲ取扱フ爲一若ハ二以上ノ支部ノ設置ヲ命スルコトヲ得

第三 控訴院

控訴院ノ組織

司法 三、司法裁判所

院長一人、一若ハ二以上ノ民事部及刑事部ヲ設ケ各部ニ部長ヲ置ク。各事件ノ審問裁判ハ五人ノ判事ヲ以テ組織スル部ニ於テ之ヲ爲シ其ノ中一人ヲ裁判長トス。皇族ニ對スル民事訴訟ハ第一審ハ五人第二審ハ七人ノ合議裁判トス。

控訴院ノ權限

控訴院ハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス

- 第一 地方裁判所ノ第一審判決ニ對スル控訴
 - 第二 區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ニ付爲シタル地方裁判所ノ判決ニ對スル上告
 - 第三 地方裁判所ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告
- 皇族ニ對スル民事訴訟ニ付第一審及第二審ノ裁判權ハ東京控訴院ニ屬ス但シ第一審ノ訴訟手續ニ付テハ地方裁判所ノ第一審手續ヲ適用ス

控訴院檢事局

檢事長一人、檢事數人

第四 大 審 院

大審院ノ組織

院長一人、一若ハ二以上ノ民事部及刑事部ヲ設ケ各部ニ部長ヲ置ク。其ノ審問裁判ハ七人

ノ判事ヲ以テ組織スル部ニ於テ之ヲ爲シ其ノ中一人ヲ裁判長トス。大審院ノ或ル部ニ於テ上告ヲ審問シタル後法律ノ同一ノ點ニ付會テ一若ハ二以上ノ部ニ於テ爲シタル判決ト相反スル意見アルトキハ其ノ部ハ之ヲ院長ニ報告シ院長ハ其ノ報告ニ因リ事件ノ性質ニ從ヒ民事ノ總部若ハ刑事ノ總部又ハ民事及刑事ノ總部ヲ聯合シテ之ヲ再ヒ審問シ及裁判スルコトヲ命ス

大審院ノ權限

- 第一 終審トシテ(イ)控訴院ノ判決(但シ控訴院カ終審トシテ爲シタル判決及ヒ皇族ニ對スル民事訴訟ニ付爲シタル第一審判決ヲ除ク)ニ對スル上告(ロ)控訴院ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告
- 第二 第一審ニシテ終審トシテ刑法第七十三條第七十五條及第七十七條乃至七十九條ノ罪竝皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮以上ノ刑ニ處スヘキモノノ豫審及裁判

大審院檢事局

檢事總長一人、檢事七人

陪審制度

裁判所ノ組織ノ事に就いて尙一言申して置きたいのは陪審制度の事であります。日本の今日の制度に於ては總ての裁判は民事であつても刑事であつても専ら專任の官吏たる判事が之を行ふのであります。然るに西洋諸國

に於ては裁判は必ずしも専門の裁判官ばかりで之を審理し裁判するといふのではなく、一般人民の中から陪審員を選出して之をして裁判に參與せしめて居るのが通常であります。是が所謂陪審制度で、英國を初め佛蘭西、獨逸其の外廣く各國に行はれて居ります。陪審制度にもいろ／＼種類がありまして、或は民事刑事の雙方の裁判に付いて之を行つて居るものもある、或は刑事裁判だけに付いて設けて居るものもある、或は刑事裁判の中でも唯重罪裁判に付いてのみ行つて居る國もあります。陪審員の権限に付いても、或は唯事實の認定を爲さしむるに止めて、其の認定した事實に基いて法律の適用を決するのは専ら裁判官の任務として居るものもあるし、或は陪審員も判事と同様に事實の認定のみならず法律の適用に付いても権限を有せしめて、陪審員と判事との合議に依つて判決するといふ制度を取つて居るものもあります。斯く制度に種々の相違は有りますが、西洋の諸國は殆ど皆此の制度を採用せざるものは無いといふ有様であります。日本に於ても近來は陪審制度を採用すべしといふ議論が可なり盛んで、衆議院でも嘗て政府に陪審制度設置の事

を建議したことが有りましたが、今日では未だ其の運びには至つて居りませぬ。將來に於て其の制度が日本に於ても採用せらるゝ時が来るであらうかどうかは今より豫測し難い所でありまして、之を採用するの利害得失も随分疑はしい問題であります。今は唯歐洲諸國に於ては此の如き制度が一般に行はれて居るといふことのみを申すに止めて置きます。

四 訴訟手續

凡て裁判は民事でも刑事でも常に一定の手續を経て行はるゝもので、其の手續を訴訟手續と申します。訴訟手續は民事に付いては民事訴訟法、刑事に付いては刑事訴訟法に依つて規定せられて居りますが、其の詳細は固より茲にお話することは出来ませぬ。唯二三の要點に付いてのみ申し上げます。

先づ刑事裁判に付いて申すならば、刑事訴訟は検事からの公訴に依つて開始せられるのであります。検事は或は被害者からの告訴に依り、或は官吏若くは人民からの告發に依り、或は其の他の原因に依つて、犯罪があると知つた

刑事訴訟

ならば、其の犯罪の證據を調べ、犯人を捜査して、管轄裁判所に公訴を提起するのであります。犯罪の捜査に付いては司法警察官が検事の補佐となつて、検事の命を受けて其の任に當るのであります。検事の公訴が有ると、輕微な犯罪ならば直に公判に移されますし、稍重い犯罪ならば先づ豫審に附して、豫審が終つてから後公判に移されるのであります。豫審は詰り裁判の下調べでありまして、犯罪の證據を調べ、公判に附すべきものであるか否かを決定するのであります。豫審は豫審判事が之を擔當するもので、豫審判事は被告人に對して召喚狀、勾引狀、勾留狀を發することが出來ます。豫審判事からの令狀が無ければ現行犯の外は勾引することが出來ないのであります。豫審の結果若し無罪と決したならば、免訴の言渡を爲すので、之に反して有罪と認めたらば、公判に移されるのであります。公判に於ては裁判官は更に證據調を爲した後、検事及び被告人並に其の辯護士をして各辯論を爲さしめて、其の辯論を聞いた後之に對して判決を下すのであります。

上訴

是が第一審の判決であります。此の判決に對して被告人が若し不服であ

開 裁 判 の 公

つたならば、一定の期間内に其の不服の理由を述べて上級の裁判所に控訴を爲すことが出來ます。控訴審に於ては裁判所は其の不服が果して理由ある不服であるか否かを審理して、若し理由が無いと認めたらば之を棄却し、若し理由ありと認めたらば原判決を破毀して更に適當なる判決を下すのであります。控訴判決に付いても尙不服であつたならば、更に上級の裁判所に上告を爲すことが出來ます。上告は唯法律の適用を誤つたといふことを理由とする場合にのみ提起することが出來るので、事實の認定に付いては控訴審の判決が最終の判決たるのであります。控訴及び上告は被告人の外、検事からも提起することが出來る事と成つて居ります。

訴訟手續に付いて重要な原則の一は、裁判公開の原則であります。是は刑事訴訟のみならず總ての訴訟に通ずる原則でありまして、憲法の中に既に此の原則を明言して居ります。即ち憲法第五十九條に「裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開ス但シ安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキハ法律ニ依リ又ハ裁判所ノ決議ヲ以テ對審ノ公開ヲ停ムルコトヲ得」とあります。裁判公開の原

則は唯對審判決にのみ適用せられるので、豫審には適用が無い。對審といふのは、民事ならば、原被告が裁判官の前に相對して口頭辯論を爲すことを謂ふのでありますし、刑事ならば、檢事と被告とが裁判官の前に相對して口頭審問をせらるゝのを謂ふのであります。斯く裁判の對審判決が、特別の理由に依つて公開を停められる場合の外、常に公開せられるといふことは、裁判の公正を保ち裁判に對する人民の信用を高むるに於て最も有力なる手段の一つであります。唯公開の結果人心を煽動する虞のある場合や、風俗を害する虞のある場合には、傍聽を禁止することが出来ることにされて居るのであります。が、公開の停止は唯對審に付いてのみで、判決を下す場合には必ず公開しなければならぬのであります。

證據法

次に重要な原則の他の一は、證據調に付いてであります。舊時代の裁判制度に於ては被告人の自白といふことにのみ重きを置いて、刑罰の宣告を爲すには必ず被告人が自ら其の罪を自認することが必要となつて居つたのであります。被告人の自白を強ふるが爲めには拷問を加ふるといふことは已

むを得ざるの必要であつた。今日の制度に於ては拷問は堅く之を禁止して居ると同時に、必ずしも被告人の自白にのみ重きを置かない。被告人の自白は無くとも種々の證據に依りて犯罪の有つたことを確認し得べき場合には、有罪を宣告するのでありますし、假令自白をしても、其の自白が眞實であると認め難い場合には或は無罪を宣告すべき場合も有るのであります。凡て裁判官の心證に依つて判断するのであります。

民事訴訟

民事訴訟は刑事訴訟とは頗る其の性質が異つて居ります。刑事訴訟は國家が犯罪者に刑罰を課するの手續であり、民事訴訟は人民相互の間に權利の争が有つた場合に國家が其の争を裁斷するの手續であります。刑事裁判に付いては唯被告があるばかりで原告が無い、原告の地位に立つ者は檢事であり、検事けれども、檢事は裁判官と同様に等しく國家の機關であつて、國家を代表して犯罪を檢舉するばかりで、眞に原告たる者ではない。民事訴訟に於いては之に反して必ず原告と被告との雙方の當事者が有る。此の雙方が相争つて居つて、裁判官が雙方の上に立つて公平なる第三者として其の争

を裁判するのであります。刑事裁判は國家が自ら進んで之を行ふのであるが、民事裁判は唯原告からの訴が有つて始めて開かれるのであります。其の結果として刑事訴訟と民事訴訟とはいろ／＼其の原則が異つて居ります。刑事訴訟ならば裁判の結果或は檢事の要求したよりも一層重い刑を課することも出来るが、民事訴訟に於ては當事者の申立てた以外の事に付いては裁判をすることは出来ないであります。證據調に付いても刑事訴訟ならば裁判所が進んで種々の證據を蒐集することが出来るのであります。民事訴訟に在つては、裁判所は唯當事者の差出した證據に付いて審理をするばかりで、其の以外に自ら證據を集むることは出来ないであります。但し當事者が口頭辯論の權利を有つて居ること、對審判決が公開せられること、第一審判決に對して當事者が若し不服で有つたならば控訴を爲し進んで上告を爲すことが出来るといふことは、民事裁判も刑事裁判と同様であります。

民事訴訟及び刑事訴訟の外に別に人事訴訟手續法及び非訟事件手續法といふものが定まつて居ります。何れも司法裁判所の管轄に屬して居るもの

人事訴訟及
非訟事件

であります。人事訴訟といふのは、離婚、養子の離縁、禁治産の宣告、失踪の宣告などのやうな親族關係、身分關係に付いて裁判所に於て決定を爲す手續を謂ふのであります。其の手續は民事訴訟と類似した手續に依つて行はれるのでありますから、之を訴訟と申して居りますけれども、其の性質は眞に裁判といふべきものではなく、民事裁判の如く權利の争を裁斷するのではないのであります。既に存立して居る權利關係を確認するのではなく、新に權利關係を變更するのであります。非訟事件といふのは、訴訟手續即ち原告被告の對審に依りて判決するといふ手續を用ゐないもので、裁判所の管轄に屬して居るものを謂ふので、法人登記、商業登記、不在者の財産の管理、親族會の招集などの事件を謂ふのであります。

五 特別裁判所

是れ迄述べたのは通常裁判所に付いて申上げたのであります。此の通常裁判所の外に別に特別裁判所といふものが有る。憲法第六十條に『特別裁判

特別裁判所
の性質

所ノ管轄ニ屬スヘキモノハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム』とあります。即ち民事及び刑事の裁判は原則としては通常裁判所に於て管轄するものであるが、或る特別の事件に付いては通常裁判所の管轄に屬せしめないで、法律を以て別に特別裁判所を置いて、之を管轄せしむることが出来るとして居るのであります。特別裁判所を設けるのは必ず法律に依らなければならぬので、行政権を以て自由に特別裁判所を設けて通常裁判所の権限の一部を之に移すといふことは固より憲法の許さない所であります。

其の種類

軍法會議

特別裁判所の現行の制度に於て設けられて居りますものは、殖民地の裁判所は別として、刑事事件に付いては軍法會議が其の最も重なるものであります。軍法會議は軍人軍屬の犯罪に付いての裁判所でありまして、軍人軍屬の犯罪は通常裁判所で管轄しないで特に軍事裁判所が設けてあるのであります。軍法會議の構成、其の裁判手續等に付いては陸軍治罪法、海軍治罪法に依つて規定せられて居りますし、軍人軍屬の犯罪に付いては別に陸軍刑法、海軍刑法の規定が有ります。

領事裁判

それから、日本が條約又は慣習に依つて治外法權を有つて居る外國、即ち清國及び暹羅の如き國に於いては、其の國に在留して居る帝國臣民の犯罪及び帝國臣民に對する民事訴訟に付いては、其の國に駐劄して居る日本の領事が裁判權を有つて居ります。領事は地方裁判所及び區裁判所に相當すべき職務を行ふのでありますが、唯重罪に付いては豫審を爲すばかりで公判を行はな、領事の豫審を経た重罪は長崎地方裁判所が之を管轄することに成つて居ります。領事の裁判に對しては尙長崎控訴院に控訴することが出来るものとされて居ります。

特許局の審判

民事裁判に付いての特別裁判所は、右の領事裁判の所には別段の著しいものは有りませぬが、唯特許權、意匠權、商標權、實用新案權に關する争に付いては特許局審判官が之を裁判することとなつて居ります。法律には之を審判と申して居ります。審判の中には行政裁判の性質を有つて居るものもありませんが、民事裁判の性質を有つて居るものもありまして、矢張一種の特別裁判所であります。

此等の特別裁判所は何れも或る特種の事件に付いて刑事若くは民事の裁判を行つて居るもので、其の決定は裁判所の判決としての效力を有つて居るものであります。此の外に行政官廳に於て刑事事件に付いて假處分を行ふ權限を與へられて居る場合が有ります。それは第一には所謂違警罪、即ち現行刑法で申すならば拘留又は科料に該當する犯罪は、明治十八年の違警罪即決例といふ法律に依つて、警察署又は警察分署長又は其の代理官吏がそれを即決處分する權限を與へられて居ります。其の外尙租税に關する犯罪で罰金又は科料に該當すべきものに付ては、收税官吏が之を決定處分することが出来ることになつて居ります。それは間接國稅犯則者處分法と云ふ法律に依つて定つて居ります。是等の場合は何れも唯假處分たる效力を有するばかりで、其の罰を科せられた者が若し其の處分に不服であつたならば、裁判所に正式裁判を要求することが出来るのであります。若し正式裁判の要求があれば、其の處分は全く效力を失ひ、初から全く處分が無かつたと同様になつて、裁判所に於て再び第一審の裁判として之を判決するのであります。此の點

に於て此等の處分は特別裁判所の裁判と性質を異にして居るものであります。領事裁判とか特許局の審判とかいふものは何れも普通の行政官廳が裁判を行ふのであります。其の裁判は通常裁判所の裁判と同様に第一審又は第二審の裁判としての效力を有つて居るもので、之に對して更に通常裁判所に控訴又は上告を爲すことが出来まされども、裁判所は矢張前の領事裁判又は特許局の審判の判決を基礎として、之に不服の理由が有るや否やを裁判するに止まるのであります。此等の場合は何れも行政官廳が同時に特別裁判所たる地位を有つて居るのであります。之に反して、警察署又は稅務署に於て假處分を爲す場合は、若し正式裁判の要求が無ければ、其の處分が確定の效力を生ずるものであります。若し當事者が正式裁判を要求すれば、其の處分は全然無かつたものと同じに成るので、裁判所は控訴審としてではなく、第一審として其の裁判を行ふのであります。

第八講 (下) 法

一 法の本質

是迄は國家の各種の作用即ち立法、行政及び司法の各に付いて、説明致したのでありますが、今度は一般の法の性質及び法が如何にして發生するかといふことに付いて大略の説明を致します。法と言つても法律と言つても同じ事でありますが、唯法律と言ふと形式的の法律即ち議會の協賛を以て發布せらるるものと混同する虞が有りますから、混同を避ける爲に法と申して置きます。

凡そ人類が相集まつて共同生活を爲して居る以上は、其の共同生活に於て必ず各人の爲すべきこと、爲すべからざること、及び爲し得べきことに付いて一定の法則がなければならぬことは當然であります。若し此の如き法則がなく、各人自分の欲する儘に振舞つたならば、社會は唯強い者勝となり、弱肉強食の状態となつて、社會生活は全く成立することが出來ないの言ふまでも

社會に於ける法の必要

ないことでもあります。僅に四五人寄つて一家族を爲して居つても、家族の間には必ず一定の法則が有る。例へば子は親の命令を守らなければならぬとか、親は子の相當の年齢に達する迄は養育しなければならぬとか、妻は夫に従順で貞節でなければならぬとかいふやうな色々の法則が有る。若し此の如き法則が無かつたならば家族生活すらも平和に維持して行くことは到底出来ない譯であります。況んや國家の如き大なる共同團體を爲して居る場合には、必ず其の共同生活に付いての法則が無ければならぬことは勿論であります。法は即ち凡て此等の共同生活に於ける人類行爲の法則を謂ふのであります。共同生活に於て各人の爲すべきこと、爲すべからざること、爲し得べきことを定めて居る法則であります。爲すべきこと及び爲すべからざることの範圍は即ち各人の義務で、其の爲し得べきことの範圍は即ち各人の権利であります。此の権利及び義務に付いての法則が即ち所謂法に外ならぬのであります。

法と道德との區別

ではまだ法の本質を明にするには充分ではない。共同生活に於ける各人の行爲の法則の中には道德上の法則もあれば法律上の法則もあるので、法の本質を明にするには法と道德とを區別しなければならぬのであります。家族生活の法則に付いて申しても、親が子を養育する義務が有るか、子が親の命令に従はねばならぬとかいふことは法律上の法則で、其の義務は單に道德上の義務たるばかりでなく法律上の義務たるものであります。更に進んで、親は子に慈愛でなければならぬとか、子は親に孝行でなければならぬとかいふやうな法則に至つては、道德上の法則、道德上の義務たるに止まるのであります。然るに法と道德との間に截然たる區別を認めることは頗る困難であります。勿論明瞭なる法律上の法則と明瞭なる道德上の法則とを比較すれば、其の區別は判然たるものではあります。但し、兩方相接近して居る所に至りますと、其の限界を判然定むることは極めて困難なのであります。

先づ法と道德との區別のある第一の點は、道德は人間の心迄をも支配する、單に外部に表はれた行爲のみならず、少しも外部に表はれない心の働に付い

其の第一の差異

其の第二の
差異

ても支配する所の法則であります。法律は之に反して單に心の働きにのみ止まつて少しも外に表はれない心理作用に付いては更に關係する所がない。法律は唯外に表はれた行爲のみ支配するもので、心の働が外部に對する行爲として現はるゝに至つて、初めて法律の支配する所と爲るといふことが法と道德との違ふ一の點であります。

それから又道德は人間の一身上の行爲に付いても支配する、他の人に影響を及ぼすべき行爲でなく單に自分の一身上の事に止まるものであつても尙道德の域外に出づるものではありませぬが、法律は人と人との關係を支配するに止まるもので、他の人に影響を與へない自分の一身上の行爲に付いては法律は關係しないのであります。是が法と道德との第二の差異であります。

此の二の點に於ては其の相違は明瞭であります。併ながら是だけでは法と道德とを區別する標準と爲すことは出来ませぬ。道德も單に心だけを支配するものではなく法律と同じく外に現はるゝ行爲をも等しく支配するものである、又他人に影響を及ぼすべき行爲に付いても勿論支配するのであります。

法の本質に
關する學說

法は主權者
の命令なり
とする説

す。唯道德は法律よりも稍其の規律する範圍が廣いと云ふに止まつて、大部分に於ては道德も法律も同じ範圍を有つて居るのであります。其の範圍の相一致して居る部分に付いては、法と道德とを區別すべき標準は別に之を求めなければならぬことは當然であります。

法とは何であるか。此の問題は古來幾多の學者の論議した問題で、而も今日に至る迄議論の絶えない所であります。凡そ總ての學問に於て、其の學問の基礎となつて居る根本觀念は、却て最も議論の多い最も不明瞭な問題であることは屢見る所であり、法律學に於ても同様で法律學の最も根本的の觀念である法そのものに付いての見解が、法律學の中でも最も議論の多い最も意見の分かれて居る問題で、將來に於ても恐らくは意見の一致を見るに至ることは難いであらうと思はれます。

先づ最も皮想的な、其の代りに又最も解り易い見解は、法は主權者の命令であるといふ見解であります。或は法は國家の意思であると言つたり、國家の作つた法則であると言つたりするのも矢張り同じ思想から來て居るもので

あります。是は一寸考へると正しい思想のやうで、殊に今日の有様では法は大部分立法者の制定した法規から成り立つて居つて、官報には殆ど毎日の如く幾多の法律命令が發布せられるし、法令全書には何千頁といふ大冊子が幾冊も有つて、幾千となき法律命令が集載せられて居るのであります。平生斯ういふ有様を見慣れて居る吾々が、自然此の如き文字に書き現はされた立法者が制定した法則が即ち法であるといふ考を起すのは、怪しむに足らぬことであります。隨て此見解は殊に日本に於ては随分廣く行はれて居りまして、法制教科書とか法學通論とかいふやうな書物は、殆ど皆此説に據つて居ると言つても宜い有様であります。併ながら斯ういふ考は唯表面だけを見た極く皮想の考に過ぎぬもので、法の性質に對する説明としては最も誤つた考であると思ひます。勿論國家は立法權を有つて居つて、其の立法に依つて法を作るのであります。國家の立法は法の生ずる唯一の源ではない。國家の立法に依つて法たるものの外に、或は慣習に依つて、或は條理に依つて法たる力を生ずるものが有ります。今日でこそ國家の立法が法の大部分を占めるや

其の誤謬

うに成つて居りますが、少し古い時代に溯れば、立法は唯稀れに行はれたばかりで、大部分は慣習又は條理に依つて法が出来て居つたのであります。一方には又國家は自由に如何なる法律でも作ることが出来て、國家の作つた法律は、何んなものでも皆法たる力を有し得るといふのではない。能く國家は萬能で、如何なる法律でも自由に作ることが出来ると申す者が有りますが、其れは甚だ間違つた考で、國家と雖も固より女を男とすることは出来ないと、死んだ者を生かすことは出来ない。嘗に其ればかりではない、人民に對して命令することでも、其の命令が吾々の社會生活上の普通思想に於て到底遵奉し得べからざるものであるならば、法としての效力を生ずることは出来ないのであります。例へば國家は貨幣制度を定めるの權が有りますが、如何なる貨幣制度でも國家が隨意に定めることが出来るといふ譯ではないので、其の制度は必ず合理的のものでなければならぬ。例へば國家が不換紙幣を發行して、一枚の紙片を百圓に通用すべしといふことを定めても、若し國家に財政上の信用がなければ、其の紙幣は到底實際に百圓に通用することは望むべからざ

る所で、それは唯實際の效力の無い空文に止まるのであります。又例へば國家は刑法を定めて人民に向て種々の行爲を禁止することが出來ますが、其の禁止する所の行爲は必ず吾々の普通の信念に於ても爲してはならぬ事と思はれ得る行爲でなければ、到底法たる力を生ずることは困難であります。例へば日本の今日の状態に於て、突然法律を以て凡ての人民に向て酒を飲むことを禁止する、烟草を喫ふことを禁止するとしても、それは到底實行し得べからざる所で、況んや米の飯を喰ふことを禁じて必ず肉食しなければならぬことにするとか、和服を禁じて必ず洋装をなさしむるとか、土地の賣買を禁止するとか、西洋流の學問を禁止するとかいふやうな禁令を發するとしても、其れは固より法として行はれ得べきものではない。法が法として行はれるのは吾々一般人の社會的の信念が基礎となつて居るもので、全然此の信念に反するやうなものは假令國家の意思であつても到底法たる力を有することが出來ないのであります。

それであるから、法が主權者の命令であると言つたり、國家の意思であるといふのは大なる誤であります。此の點に於ては法と道德との間に大なる相違は無い。道德に付いて申しても、或は主權者の命令又は國家の意思と見るべきものが無いではない。畏れ多い事ではありますが、例へば教育勅語は主權者の制定に成つた道德上の法則であります。聖上陛下が一定の道德の法則を御示しになつて、其の法則が今日の道德の標準となつて居るのであります。併ながら道德上の法則は勿論是ばかりではない、其の外に昔からの習慣に依り條理に依つて當然守らなければならぬものとせられて居る法則が澤山有ります。法律も之と同様で國家の制定するのは法の全部ではない。法は主權者の命令であるといふことの間違であるのは、道德は主權者の命令であるといふことの間違であるのと大なる差異は無いのであります。

以上の見解と正反對の見地に立つて居りますのは、所謂歴史法學派の見解であります。歴史法學派は第十九世紀中獨逸に於て最も勢力を有つて居つた學派であります。其の見解に依ると法は自然に發達するもので、人為的に作らるるものではないといふのであります。即ち國家の立法に依つて新に

法は自然に
發達する
との説

法を作るといふことを全然否認するもので、立法は決して新に法を作り出すものではなく、唯法を認定するに過ぎぬものである。法は社會の發達に伴うて歴史的に自然に發達するもので、立法者は唯此の自然に發達し來つた所の法を認識して之を文字に書き現はすに過ぎない、決して立法者の勝手に作り出すものではないといふのであります。此の派の學者は能く法を言語と比較して居りますが、法の發達は恰も言語の發達のやうなもので、一國の言語が何時かはなしに自然に發達し變遷して行くのと同じやうに、法も亦社會上の種々の勢力に依つて自然に發達するもので、言語に付いて立法者が勝手に其の法則を作り出すことが出來ないのと同様に、法に付いても亦立法者の創造に成るものではないといふのが、其の說の要點であります。

此の說は前の說に比らると遙に眞理に近いものであります。併ながら立法者が法を作るといふことを全く否認するのは、餘りに極端に失したものと云はなければならぬ。立法者は固より何んな法律でも勝手に作り出すといふのではないが、或る程度に於ては立法者が法を作成するものであること

其の說の批評

は争ふべからざる所であります。全然吾々の一般信念に反するやうな法律は國家の意思を以ても作り出すことは出來ないのであります。併し其の一般信念に背かない範圍に於ては國家が任意の立法を以て之を定めるのであります。例へば吾々は人の物を盗んではならぬといふ一般信念を有つて居つて、隨て人の物を盗んだ者を相當の刑罰に處するといふことは吾々の信念に於ても當然の事と認むるのである。けれども之を何年の刑に處するのが相當であるかといふやうな細密な點に付いては、吾々は一定不動の一般的信念を有つて居るものではない。それは國家の立法に依つて定まるのであります。

要するに凡ての法を以て國家の意思又は主權者の命令のみに歸することは固より誤ではあります。國家の意思を以て法を作るといふことを全然認めないのも亦正當とは言はれないので、眞理は其の中間に在るものと信じます。

元來法律と道德とはさう截然たる區別をなすことの出來るものではない。

法の主觀的性質

法 一、法の本質

法律にしても、道徳にしても、皆社會に於ける吾々一般の思想の産物であつて、吾々の思想を離れて決して客觀的存在を有つて居るものではない、皆吾々の頭の中に存在して居るのであります。先づ道徳上の法則に付いて見ると是にも多少客觀的の標準と見るべきものが無いではない。畏くも教育勸語を初と致して、或は孔子の教であるとか、論語とか、孟子とか、或はバイブルであるとかいふやうな、道徳を判断すべき或る標準はありますが、併し其れ等は何れも吾々の道徳的意識を起さしむる原因となるもので、其の法則が今日の社會に於て道徳的法則として行はれて居るのは、唯吾々の頭に於て、吾々の心に於て、此の如き事を爲してはならぬ、此の如き事を爲さなければならぬといふことを意識して居るが爲であります。吾々の意識を離れて道徳が存在して居るものではないのであります。法も亦之と同様に唯吾々一般人の意識に於て其の存在の根據を有つて居るのであります。吾々の心を離れて法が発生するのではない。法律とか命令とかいふものは凡て吾々の法律的意識を發生せしむる原因となるものであります。専門の法律家の中でも、動もすると法

律と道徳とは全く性質の違つたものであるとして、道徳は人性から發した主觀的のものであるが、法律は之に反して外から命令せられた客觀的のものであると云ふやうな思想を有つて居る者が有りますが、それは大なる誤であります。法律命令其れ自身が直に法たるものでないことは、恰も論語孟子が直に道徳ではないのと同様であります。法律命令に依つて吾々の法律的意識が喚起せらるるので、其の意識に依つて法として行はれるのであります。吾々は國家の命令には従はなければならぬ、之に服従するの義務があること云ふことを意識して居るが爲に、此の一般的意識に基いて國家の命令が法たる效力を有するのであります。それであるから法も道徳も結局吾々の一般社會的意識に存立の根據を有つて居ることに於ては全く同様であります。其の區別の在る所は唯道徳的意識と法律的意識とに多少の性質の差異が有るといふに止まるのであります。

併ながら法律意識と道徳意識との區別も、さまで判然たる區別ではないので、畢竟は程度の差異に過ぎぬのであります。廣く申せば法も亦道徳の一部

分に外ならぬもので、唯道德の中に其の效力の特に強いものが法たる性質を有つて居るのであります。一言にして申すならば、法律的意識といふのは、吾々が社會生活上必ず従はなければならぬとする意識であります。吾々は法に對しては必ず従はなければならぬ。吾々が自ら其の可否を判断して之に従ふと否とを定めるべき自由は有たないので、是非共之に據ることが必要であるのであります。道德的意識は之に反して之に従ふのが善事であるとする意識であります。道德の方は時に應じて可否の判断を許すものである、是が非でも必ず従はなければならぬといふのではなく、成るべくは従ふべきものであるといふのであります。道德的法則は善惡の標準となるべきものであるが、法律的法則は善惡の界を超絶して、可否の裁量を許さず、是非共従はなければならぬものであります。是が兩者の區別の存する要點であらうと思はれるのであります。簡単に申せば、法とは社會生活に於ける人類行為の強要的法則なりといふことが出來ます。其の強要的なること即ち必ず従ふことを要する法則であることに於て道德と其の程度が違ふのであります。

法律意識の性質

此の如く凡て法は吾々の法律的意識に存立の根據を有つて居るものであります。此の所謂法律的意識といふのは果して如何なるものを謂ふのであるかは尙一言の説明を要します。吾々一般の意識と申しても、人の心は各人相異つて居るものであるから、社會の總ての人が残らず同じ思想を有つて居るものではないことは勿論であります。一人が是が法であると思つても他の者はそれを法とは思はないかも知れぬ。社會の人が一人残らず同じ法律的意識を有つて居ることは固より期することは出來ぬのであります。併ながら、例へば言語に付いても、日本語ならば日本語、英語ならば英語には各一定の法則が有つて、教育を受けた一般の人の間には、其の法則が正しい言語の法則として意識せられて居ると同じに、法律上の法則に付いても又は道德上の法則に付いても、健全なる標準的人物の頭には自ら一定の意識が有るのであります。此の如き一般の意識を稱して社會意識とか社會心意とか申すのであります。

法律意識の發生原因

此の如き法律的意識は何に依つて生ずるかと申しますと、其れは色々の複

雜な原因に基くものでありますが、其の最も著しいものを挙げますと、凡そ三に歸することが出来ようと思ひます。それは第一に服従心、第二に習慣性及び模倣性、第三に正義心であります。此等は凡て人間の心理作用に屬するものであります。此等の精神の働きが相合して人間の社會に於ける法律意識となるのであります。

(一)服従心

第一に服従心。といふのは、國家の權力に服従しなければならぬとする意識を申すのであります。言ひ換ふれば法の權力的要素であります。前に申した法は國家の意思であるといふ見解は、唯此の要素のみを眼中に置いて、凡ての法は唯此の要素のみから成り立つて居るものとして居るのであります。此の點に於て誤つた見解であります。併し其れが法の一の要素であるといふことは疑の無い所であります。法と道德との異つて居る一の著しい點は、此の權力的要素が法に於ては特に強く表はれるといふことに在ります。國家は立法權に依つては法を制定して其の遵奉を命じます。司法權及び行政權に依つては法を實際に運用して其の効果を維持します。法の一大部分

(二)習慣性及模倣性

は此の二方面の權力に依つて成立し、維持せられて行くのであります。

第二には習慣性及び模倣性。是も第一の要素にも譲らぬほど、法の成立及び維持に與つて力あるものであります。社會生活に於ける種々の法則は、言語の法則でも、社會上の禮儀でも、日常の風俗でも、服裝などに付いての流行でも、大部分は習慣及び模倣に依つて生ずるのであります。法律上の法則でも、矢張り之と同様に、習慣及び模倣が大なる勢力を占めて居るものであります。今日では民法でも、商法でも、成文の法典が備はつた爲に法の習慣的要素が昔ほど著しくないやうであります。併ながら今日に於ても其の勢力は決して衰へたものではありませぬ。法律生活に於ても習慣の勢力の如何に著しいものであるかは、最も多く舊慣を墨守して居る俳優とか力士とかの生活關係に付いて見ると容易に知ることが出来る。俳優の仲間について申すと、例へば團十郎といふ名前は市川宗家の獨占權に屬して居つて、それから譲られなければ外の者は之を名乗ることが出来ぬ。歌右衛門といふ名前は誰の權利に屬するとかいふことが大變に喧しいのであります。併し民法には氏名

權に付いては何の規定をも設けて居らぬので、是は専ら習慣に依つてのみ法として認められて居るのであります。是は唯一例であります。是と同様の例はいくらも見ることが出来ようと思ひます。

(三)正義心

第三に正義心。是は今日の法律家の最も閑却して居る所でありましたが、併し前の二の要素と相並んで、又法の大切なる要素の一たるものであります。法は正義なりといふことは昔から多くの學者の唱へ來つた所で、争ふべからざる眞理であります。唯正義心のみが法律意識を生ずる唯一の原因ではないので、國家の權力とか習慣性とかいふことに依つても法律意識を生ずることが有るので、例外的の現象としては往々正義に反すと思はれることが、法として行はれて居ることが無いとも限らぬ。此の例外的の現象を見て、直に法は正義であるといふことを排斥し去らんとするのは甚しい間違であります。吾々が是非従はねばならぬ法則である意識するのは、或は國家の命令であるから據なく従はねばならぬといふ場合も有りませうし、或は多年の習慣であるからとか、多くの人の爲ることであるからとかいふことに依つて自分も

従はねばならぬものご考へる場合も有りませうが、多くの場合には、其れが正義であるから、其れが道理に適つて居ることであるから、之に従はねばならぬといふ意識を生ずるのであります。日本の近頃の法律家が法律を解釋するのに唯法律の文字のみに重きを置いて、如何に常識に反して居ようとも、如何に正義の思想に背いて居ようとも、それには少しの頓着もなく、惡法も亦法であるといふやうな事を申して、唯法律の文字を其の文字通に解釋してそれが即ち法であるといふやうに思つて居るのは、大變に間違つた、又社會の爲に甚だ危険な思想であります。國家は正義の擁護者として、公益の保護者として、社會の正義を維持し、公益を全うするが爲めに法律を作るので、正義に反し、公益を害するやうな法律は本來有るべき筈ではない。假令法律の文字の上からは正義に反するやうに見えても、それは國家の眞の意思ではないと見るべきが當然で、苟くも解釋の餘地の有る以上は、出來得べきだけは正義に適するやうに解釋して、法律と正義との間の調和を計らねばならぬのであります。法律を極めて窮窟に解釋することは、日本の法律界の通弊であります。近來

は佛蘭西、獨逸等に於いては、此の如き窮窟な解釋法を取るものとは正反對に、法律は非常に自由に解釋しなければならぬ、法律の文字などには強ひて重きを置くに足らないといふことを主張するものが、追々盛んになつて、普通に其の派の事を自由法學派と申して居ります。裁判官は恰も立法者と同様の地位に立つて、何が此の場合に於て最も公益に適合するか正義の思想に適ふかを自ら判斷して決すべきものであるといふのであります。此の派の主張は聊極端に失するやうで、裁判官が銘々勝手な解釋をするといふのでは困る譯でありませんが、併ながら法律の文字のみを金科玉條と心得て、法律の本來の目的を忘れてしまふのは一層甚しい弊害であります。法は正義であるといふことは法の運用に當つて居る者の暫くも忘るべからざる所であります。

以上の如き種々の要素が相合して社會の法律的意識が成立するもので、此の法律的意識に依つて法が成立し維持せられるのであります。斯く法律的意識の生ずる原因が異なるに隨て法に種々の種類を生じます。次に其の種類に付いて申上げようと思ひます。

二 法の種類

淵源に基
類く法の分

法は種々の方面から其の種類を別つことが出来ませんが、最も大切なる區別は法の發生する淵源から見た區別であります。私は法律意識の生ずる原因を、服従心、習慣性、及模倣性、及び正義心の三に別けましたが、此の三の區別に應じて、法の種類も亦制定法、習慣法、理法又は正義法の三種とすることが出来ま

(一)制定法

す。此の中習慣法と理法とは之を合せて非制定法と稱することが出来ま

第一に制定法は國家の制定に依つて法たるもので、即ち國家が一定の手續を以て、人の守らねばならぬ法則として定めたものを謂ふのであります。或は成文法と申しても略同じ意味であります。成文法又は制定法は今日に於ては法の大部分を占めて居るものであります。舊い時代に於ては、法は大部分は不文法即ち非制定法であつたので、或は習慣法或は理法が法の殆ど全部又は少くとも大部分を占めて居つたのであります。唯社會が追々と複雑になるに従つて、此の如き自然の條理又は慣習に依つて法が定つて居ることに

なると、何が法であるかが甚だ不明瞭で、多くの場合に於て法を認識することが困難である。法の適用に付いて争を生じ疑を生じた場合に、それを決定すべき一定の標準がないと云ふことになります。之を明瞭ならしむる爲には、一定の文書を以て其の法則を書き現はすことが必要となつて来る。或は國家の公の制度に付いても、例へば維新の改革のやうな根本的大變革を行ふ場合は勿論、それ程の大改革でなくとも凡て舊制度を改革して新しい制度を定めるといふやうな場合には、矢張り文書を以て新制度を明にすることが缺くべからざる必要であります。此の如き必要から社會が進むに従つて、國家の立法が追々と頻繁になり追々重要な地位を占めて來ることゝなつたので、今日に於いては昔とは反對に、法の大部分は制定法から成つて、不文法即ち非制定法は唯成文法の不備を補ふと云ふ地位を有つに過ぎないといふやうな状態になつたのであります。古い時分は法は原則として不文法から成つて居つて、唯不文法を變更せんとするとき、又は疑を明にせんとする場合に、補充的に成文法を作つたに過ぎなかつたのであります。今日は原則として成文法

を以て凡ての法則を定むるといふ有様になつて居るのであります。但し成文法と不文法との重要な度合は、國に依つて必ずしも一樣ではないので、殊に英吉利では今日でも原則として不文法に依つて居るのであります。けれども年々成文法が非常に増加して居ります。日本は之とは反對に、最も成文法に重きを置いて、形容して言へば眞に法令雨下すともいふべき状態でありま。併ながら如何に成文法が綿密となつたとしても、社會生活の凡ての法律關係を少しも漏らす所なく規定することは、到底期待することの出來ない所で、如何なる時代になつても制定法即ち成文法の外に必ず或る範圍に於て不文法即ち國家の制定に依らない法が行はれて居るのであります。

(二) 慣習法

第二に**非制定法**の中の最も著しいものは**慣習法**であります。慣習法は長い間事實上慣習として行はれたが爲に法たる力を有するものであります。慣習法の中に又政治的慣習法、行政的慣習法、判例的慣習法及び民間慣習法の數種があります。政治的慣習法といふのは政治上の慣習、即ち憲法上の法則に關する慣習法であります。日本の憲法上の法則も明治二十二年に憲法を

制定せられたに至る迄は殆ど全く慣習に成つて居つたのであります。殊に憲法上の最も大切なる法則たる、日本が萬世一系の天皇に依つて統治せられるといふことは、敢て憲法の明文に依つて定まつたのでなく、二千五百年以前から既に定まつて居つた政治的慣習法であります。皇位繼承の法則なども皇室典範の制定せらるゝ迄は専ら慣習法に依つて定まつて居つたのであります。それ等は凡て政治的慣習法であります。行政的慣習法は行政上の實際の取扱が多くの先例を積んで自ら法となつたものであります。判例的慣習法は之と同様に裁判所の判決例が先例となつて自ら法律的意識を生ずるに至つたものであります。民間慣習法といふのは吾々人民の間に多年慣習として行はれたものが法律となつたものを謂ふのであります。

(三) 理法

不文法の第二の重要な種類は私の理法と稱して居るものであります。或は正義法と言つても可からうと思ひます。詰り吾々の正義心に於て斯くあらねばならぬと意識して居る法則であります。制定法、慣習法の外に理法といふ一種の法が有るといふことは、日本には餘り廣く行はれて居らぬ説で

ありますが、私は固く之を信じて居ります。普通に法律家が能く類推といふことを申します。類推といふのは、直接に法律に何の規定も無い場合に、若し其れと類似の事柄に付いて法律の規定が有れば、此の場合も之に準すべきものとして、其の規定を適用しようといふのであります。是も矢張り正義の要求即ち理法に外ならぬのであります。即ち吾々の正義心に於て、同様の事柄は同様の法則の下に支配せらるべきものであることを意識して居るから、所謂類推が行はれるのであります。其の外凡て成文法も備はつて居らず、慣習も無いといふ場合には、吾々の正義心の要求する所に依つて何が法であるかを認識するの外は無いのであります。最近(千九百七年)に發布になつた瑞西の新民法第一條には、此の法律に規定の有るものに付いては此の法律を適用し、此の法律に規定の無いものは慣習法に従ひ、慣習法も無い場合には裁判官は自分が立法者であつたならば法規として制定したるべき所に從て裁判すべしといふことを規定して居りますが、此の最後の法則は即ち所謂理法を裁判の準據法となすべきことを命じたものであります。唯私は更に一步を進

めて制定法の規定の備はつて居る場合であつても、其の規定の解釋を定むるには常に理法即ち正義心の要求を參酌して解釋しなければならぬと信ずるのであります。

制定法、慣習法、理法の區別は、法を其の淵源から區別した種類であります。法は又其の規定の内容に依つて種々に分類せられます。法は社會生活に於ける人類行爲の強要的法則であります。人類の社會的生活關係にはいろいろの種類が有りますから、其の生活關係の異なるに因つて法は數種に區別することが出来ます。

第一に人類の社會生活には國家的生活と個人的生活との二方面が有ります。一面には吾々は國家の一員として國家的共同生活を爲して居る、一面には又吾々は人間として一個人として、個人的生活を營んで居る。吾々の生活關係に此の二方面あるに依つて、社會生活の法則たる法にも亦國家的生活關係の法則と個人的生活關係の法則とを區別することが出来ます。公法と私法との區別は之に依つて生ずるので、國家的生活の法は公法で、個人的生活の

内容に基 く法の分 類

公法及私法

法は私法であります。

公法と私法とは又各、其の規定事項の如何に依つて數科に分かたれて居ります。公法には、先づ國際公法と國內公法との區別があり、國內公法には更に憲法、行政法、刑法、訴訟法などの區別があります。憲法のことは時としては國家法又は國法と稱することが有りますし、或は又憲法と行政法とを合せて斯く稱することも有ります。私法には民法、商法、國際私法などの種類が有りますし、民法の中には更に人格法、親族法、相続法、物權法、債權法、工業所有權法などいろいろに分つことが出来ます。

法の種類に付いては尙申上げ度い事も有りますが、最早時が無いから是だけにして、次回には、制定法の各種に付いて説明しようと思ひます。

第九講(上) 制定法の各種

前回に制定法と非制定法との區別に付いて大體の御話を致したのでありましたが、それに續いて今日は極めて簡単に制定法の各種類に付いて申し上げます。

一 憲法

制定法の各種類の中では、先づ第一に憲法を挙げなければならぬ。憲法と云ふ語は、其の本來の意味から言へば、國權の組織及び作用に關する基本的法則を謂ふのでありますが、さう云ふ意味に於いては如何なる國家に於ても必ず憲法が無い國はないのであります。憲法が無ければ未だ國家として成立して居るものではない。苟くも國家として成立する以上は、其の國家の權力に付いて、誰が其の權力を總攬する人であるが、其の權力がどう云ふ風に行はれるかと云ふ根本的原則に付いて、必ず一定の法則がなければならぬのであ

義
憲法の意

ります。能く國家と法とは何方が前に出来るものであるか、國家があつて然る後に國家が法を作るのであるか、或は法が先づ出来上つて國家が後に出来るのであるかと云ふ問題を論ずる人がありますが、國家と法とは前後の關係の有るものではない、必ず同時に存在すべきもので、少くとも憲法は國家の成立と同時に必ず成立すべきものであります。又國家が成立しないで憲法が先に出来ること云ふこともない。さう云ふ意味に於いては日本も亦其の建國の初めから既に一定の憲法が備はつて居つたのであります。即ち日本が君主政體であつて、萬世一系の天皇を戴いて居ると云ふことは建國の初めから定つて居つた憲法上の法則であります。

併ながら今日普通に申す憲法といふ語はさう云ふ廣い意味に用ゐらるるのではなくして、唯所謂立憲國即ち國會を有して居る國の憲法だけを申すのであります。專制政治の國でも、封建政治の國でも其の國權の組織及作用に於いて一定の法則は勿論定まつて居つて、即ちさういふ意味に於ては憲法があるのであります。其れは普通に憲法とは申さないもので、唯國會を開いて居る

成文憲法
と
不文憲法

國の國權の組織作用に付いての根本法則のみを憲法と謂ひ、此の如き意義に於ての憲法を有する國のみを立憲國と申すのであります。

立憲國の憲法は或は特別の法典として、其の法典の中に一括して規定せられて居る國もあります。或は英吉利のやうに多くの單行法律又は判決例又は事實上の慣習などに依つて定まつて居つて、之を一纏めにして規定した特別の法典の無い國があります。普通に前者を成文憲法と申し、後者を不文憲法と申します。制定法の第一種として茲に憲法を挙げましたのは専ら成文憲法即ち一國の憲法的法則の全部を一定の法典として制定したものを謂ふのであります。勿論不文憲法と申しても、全く成文が無いと云ふのではない。英吉利のやうな不文憲法の國でも、有名なる大憲章を初めと致して、權利章典とか權利請願とか王嗣決定法とか、其の外人身の自由を保障したハベアス、コルプス、アクトだの、國會議員の選舉法だの、最近に上院の權限を制限した國會法だの、其の外單行法律は幾らも出て居るのであります。唯之を一括して規定した法典が無いのでありますから、普通に之を不文憲法と申して居るのであ

成文憲法の沿革

ります。今日では不文憲法の國は英吉利の外には僅に匈牙利があるばかりで、其の他の立憲國は悉く成文の憲法を備へて居ります。英吉利に於いても、英吉利本國には成文憲法は有りませぬけれども、英吉利の殖民地である濠洲聯邦、加奈陀、南阿聯邦等の自治殖民地には各、成文憲法を備へて居ります。

此の如く憲法上の法則を成文の憲法を以て一括して規定すると云ふことは、其の起源は比較的新しい事で、昔は何處の國でも不文憲法であつた。即ち國權の組織作用に付いての根本法則は概して唯事實上の政治慣習に依つて定まつて居つたのであります。成文憲法の歴史は近代に於ける代議制度傳播の歴史と其の沿革を同じうして居るもので、近代に於て新に立憲制度を採用して國會を設けるに至つて、各國とも初めて成文憲法を制定するに至つたのであります。初めて此の如き成文憲法を作らんとした企ては、第十七世紀中英吉利に於て革命が有つた時、クロムウルの配下に於て、憲法草案を起草して之を國民會議の決議に附せんとしたのが最初であります。是は成效するには至らなかつた。之に次いで第十八世紀に至つて、亞米利加に於ける英吉

利の諸殖民地が獨立戰爭の結果英吉利本國から分離して各、獨立の一國となつた時、各國とも各、成文憲法を作つて、國權の組織を定め人民の權利を保障したのであります。此の亞米利加各州の憲法が實に近代の成文憲法の最初のものであります。最初に英吉利から獨立したのは十三州でありましたが、此等の十三州は間もなく相聯合して北亞米利加合衆國を組織して、此の合衆國にも亦同様の成文憲法を作つた。此の憲法の出來たのは千七百八十七年で、是が多少の修正を経て今日も尙合衆國に行はれて居る憲法であります。歐羅巴に於いては佛蘭西が其の先導者の地位に立つて居つたので、即ち佛蘭西大革命の際千七百九十一年に佛國の國民議會に於て議決した憲法が歐羅巴に於ける成文憲法の最初であります。佛蘭西は其の後屢、政體の變革が有つて、憲法は幾たびも改正せられたのでありましたが、此等の佛蘭西の政變は常に他の諸國にも偉大の影響を與へて、他の諸國も相次いで立憲制度を採用すると同時に、又成文の憲法を作るに至つたのであります。

成文憲法と不文憲法とが法律上違つて居る最も著しい點は成文憲法は普

成文憲法と
不文憲法との
差異

通の法律と其の改正の方法が違つて居つて、其の改正が普通の法律よりも一層鄭重なる手續を要することに在るのであります。普通の法律ならば議會の過半数の決議があつて君主が之を裁可すれば、それで成立するのであるが、憲法の改正には或る特別の手續を必要として居るのであります。即ち普通の法律よりも其の改正を困難にして容易に変更することの出来ないやうにして居るのであります。不文憲法の國は之に反して憲法と普通の法律との間に全く此の如き區別を認めないで、憲法上の最も大切な法則すらも尙普通の法律と同様の手續を以て變更することが出来るものとして居るのであります。是が成文憲法と不文憲法との法律上の差異の最も重なる點で、之が爲に不文憲法の方は、或は之を稱して可動憲法又は軟性憲法と申し、成文憲法の方は固定憲法又は硬性憲法と申して居ります。成文憲法は一度制定せられるとそれが殆ど固定して終つて、全く改正が出来ないといふのではないが、容易に改めることが出来ないから之を固定的の憲法、硬い憲法と謂ふのであり、不文憲法の方は或は慣習に依り、或は判決例に依り、或は單行法律に依つて、事

軟性憲法及
硬性憲法

情の必要に應じて比較的容易に改めて行くことが出来るのであるから、之を可動的の憲法又は軟い憲法と謂ふのであります。英吉利の憲法は不文憲法でありますから即ち軟性憲法に屬して居るもので、例へば最近の上院制限問題のやうな根本的に憲法を翻へさんとするやうな重大な改正でも、尙普通の立法と同様の手續を以て、下院の過半数の決議と上院の過半数の同意とがあればそれで成立するのであります。無論國王の裁可が必要でありますから、國王が裁可を拒むと云ふことは英吉利では全く無いことゝなつて居りますが、國王が議會の決議さへあれば、實際それで成立するのであります。成文憲法の方は之に反して、國に依つて其の困難の程度にはいろいろの違ひがありますけれども、何れも或る程度に於て普通の法律よりも其の改正を困難ならしめて居るのであります。或は國に依つては憲法改正のためには普通の議會ではなく、或る特別の會議を設けて其の會議で決議しなければならぬとして居る國もあります。或は普通の議會で決議することは決議するが、唯其の手續に於て普通ならば出席者の過半数を以て決するのに、憲法の改正に付いては、或

は出席者の四分の三とか或は三分の二とかの多数を得なければ成立しないものとして居る國もあります。

帝國憲法

の改正

日本の憲法は言ふ迄もなく成文憲法であります、隨て又硬性憲法であります。其の改正の手續が普通の法律よりも一層困難にせられて居るのであります。日本の憲法改正の手續は憲法第七十三條に定まつて居りまして、即ち『將來此ノ憲法ノ條項ヲ改正スルノ必要アルトキハ勅命ヲ以テ議案ヲ帝國議會ノ議ニ付スヘシ。此場合ニ於テ兩議院ハ各其總員三分ノ二以上出席スルニ非レハ議事ヲ開クコトヲ得ス出席議員三分ノ二以上ノ多數ヲ得ルニ非サレハ改正ノ議決ヲ爲スコトヲ得ス』とあります。又第七十五條には『憲法及皇室典範ハ攝政ヲ置クノ間之ヲ變更スルコトヲ得ス』とあります。即ち日本の憲法の改正手續が普通の立法の手續よりも特に困難となつて居るのは四の點でありまして、第一には其の發案權、即ち憲法改正の法律案を提出するの權は専ら天皇の大權にのみ留保せられて居りまして、勅旨に依つて議會の議に付せらるゝばかりで、議會からは憲法の改正に付いては全く議案を提出する

ことが出来ぬのであります。是が最も著しい點であります。是は外の國には餘り例の無いことで、日本の特例であると云ふことは嘗て申し上げた通りであります。第二は出席者の定足數が普通の立法ならば總議員の三分の一を以て足れりとするのであります、が憲法の改正の場合に於ては總議員の三分の二の出席を必要とする。貴族院に於ても衆議院に於ても各三分の二の出席がなければ議事を開くことが出来ぬのであります。第三點は憲法改正の議決を爲すには贊成者の數が各院とも出席議員の三分の二以上でなければならぬ。普通の法律ならば出席議員の過半數の贊成があれば成立するのであります、が憲法の改正に付いては特に三分の二以上無ければならぬ、三分の一以上の反對があれば成立することが出来ぬのであります。第四の點は攝政を置くの間改正を禁止されて居ると云ふことであります。此の四つの點が日本に於て憲法の改正手續が法律と異つて居る點であります。此の外憲法の改正に付いて今一つ普通の立法と異つて居る點は、議院法第六十七條に依つて、各議院は憲法改正に付いての請願を受くることの出來ないことゝなつ

て居ることでありませう。要するに憲法は國家の根本法則であつて、猥に之を動かすべきものではない。固より時勢の進運に伴うて已むを得ざるの必要があれば之を改正することは憲法の禁する所ではないのであります。人民の側から之が紛更を試みることは全く禁止せられて居るのであります。

各國の成文憲法の中に規定してある事柄は國に依つて必ずしも一様ではない。學問上に言ふ所の憲法的法則は前にも申す通り國權の組織作用に關する根本法則といふことで、立憲君主國に付いて申すならば、君主の地位、君位繼承、君主の大權、攝政議會の組織及び權限、內閣制度、行政組織の大綱、司法組織の大綱、國家の領土、臣民たる資格、臣民の權利の大綱などは何れも實質上憲法に屬する法則であります。然るに各國の成文憲法に付いて見ますと、此等の事柄の中或は憲法々典の中には規定されないで、普通の法律又は其の他の法規に依つて規定されて居るものが澤山あります。或は之と反對に成文憲法の中に規定されて居る事柄であつても、而も性質上から申せば憲法的法則ではなく、却て行政法、訴訟法などに屬すべきものも少なくないのであります。

成文憲法の内容

國に依つては成文憲法の中に非常に細かい行政法規に至る迄規定して居る國があります。例へば亞米利加の各州の憲法の中には極めて小さな行政上の法則を規定して居るものも少なくないのであります。甚しいのは學校の授業料であるとか、勞働賃銀であるとか、鐵道の賃銀であるとか云ふやうな事迄も憲法の中に規定して居る國があります。それであるから成文憲法の内容と實質上に謂ふ憲法上の法則とは其の範圍が必ずしも相一致するものではないのであります。何故に此の如く成文憲法の内容が各國區々になつて居るかと申しますれば、其れは主として成文憲法の改正が普通の立法よりも困難であること云ふ理由に基いて居るのであります。即ち將來永く成るべく改正すること欲しない、永續的の效力を有つて居るやうにして容易に變更することの出来ないやうにしようこと云ふ法則は、縱令實質上憲法に屬しないものであつても、將來事情の變更に應じて餘り困難なく改正することの出来るやうにしたいと思ふものは、特に憲法の中に規定しないで普通の法律に譲つて居る

のが多いのであります。各國の成文憲法の内容が必ずしも實質上憲法的法則と看るべきもの、範圍と相一致しないのは此の理由に基くのであります。日本の憲法に付いて申しましても、實質上憲法に屬する法則であつて、而も成文憲法の中に規定されて居らぬものは澤山あります。それは憲法制定者が特に意を用ゐて故らに之を省いたのであります。殊に日本の憲法は貴族院及び衆議院の組織に關する法則、各議院の會議に關する法則は、何れも憲法の中には規定しないで、別に衆議院議員選舉法、貴族院令、議院法といふやうな法律又は勅令を以て定めてあります。それ等の事柄は時勢の必要に應じて將來改正の必要を生じ得べき事柄であるから、殊更に憲法の中からは除かれたのであります。憲法それ自身は成るべく永久的のものとして其の尊嚴を維持し、改正の必要を生ずべきものは憲法からは離して必要に應じて改正することの出来るやうにしようと思ふ趣意に出で、居るのであります。是は日本の憲法の一の特色で、大多數の國に於いては貴族院及び衆議院の組織に付いては少くとも主なる原則は憲法の中に規定してあるのが普通であります。

それから日本の憲法には、皇位繼承に關すること及び攝政に關することは、憲法の中からは除いて、別に皇室典範を以て規定せられて居ります。是は今申した衆議院議員選舉法などは其の趣意を異にして居りまして、將來改正の必要の生ずることを豫想した爲ではなくして、専ら皇室の事は臣下の喙を容るべき筋合ではないと云ふ趣意に出で居るのであります。此の趣意から特に憲法上の法則ではありますけれども、皇室の事に關聯して居るものは概ね之を皇室法に譲つて居るのであります。一方に於いては又行政上の法則であつて而も憲法の中に規定されて居るものも少なくない。殊に會計に關する法則に付いて憲法の中に規定されて居りますものは、性質から言へば行政法規に屬するものも少くないのであります。が、事國民の負擔に關聯して重大な事柄であるから將來長く變更すべからざるものとして、特に憲法の中に規定されて居るのであります。

憲法制定の沿革に付いては帝國の政體を述ぶる所で既に申上げたと思ひますから今は申しませぬ。

二 皇室典範及皇室令

皇室典範の
性質

制定法の第二は皇室典範であります。皇室典範は憲法と同時に明治二十二年二月に制定せられた皇室に關する根本法則で、憲法と相並んで國家の最も重要な法規の一つであります。

其の形式

皇室典範は憲法及び法律とは重要な點に於て其の形式を異にして居ります。最も著しい第一の點は、皇室典範の最初に發布せられました時には、國務大臣の副署がなく、又正式に官報を以て公布せらるゝことがなかつたことであります。總ての國家の法規は國務大臣が副署をして、官報を以て公布すると云ふことが一般の通則でありまして、それは憲法の發布前から既に明治十九年の公文式に依つても其の事が定つて居つたのであります。然るに此皇室典範のみは國務大臣の副署もなく、又正式に公布をされなかつたのであります。それは何故であるかと申しますと、當時の思想に於いては、皇室典範は唯皇室内部の法則であつて、國民に關係の有るものではない、國家の法規でない

くて唯皇室内部の家法であると看做して居つたからであります。伊藤公の皇室典範義解に『皇室典範ハ皇室自ラ其ノ家法ヲ條定スル者ナリ故ニ公式ニ依リ臣民ニ公布スル者ニ非ス』と曰つて居るのは即ち此の趣意に出で、居るのであります。併ながら皇室典範の性質に付いて能く觀察すると、それは決して單純なる皇室の家法たるものではないのであります。其の一大部分は最も重要な憲法的法則を定めたものであります。殊に皇位繼承及攝政に關する法則は國家組織の最根本的法則といふべきものであります。皇室典範の中で純然たる皇室内部の家法と看做すべきものは唯其の小部分のみに止まつて、大部分は國家に重要な關係ある性質の法規であります。それでありますから、其の後明治四十年に公式令と云ふ勅令が發布せられて、各種の國家行爲の形式を改定せられました時分に、皇室典範の形式に付いても從來の制を改めて、將來皇室典範を改正増補せらるゝ場合には、矢張り一般の國家法規と同じく、國務大臣の副署を以て官報を以て公布せらるべきものと定められたのであります。公式令の發布に續いて、同じく四十年二月に皇室典範に

數ヶ條の増補を加へられました。其の時には公式令の規定に依つて宮内大臣及び國務各大臣の副署を以て發布せられたのであります。即ち今日に於いては形式の上に於いても、皇室典範が決して皇室の内事に關する家法と見るべきものではなく、國家の法規であることが明に承認せられたと言つて宜いのであります。第二に著しい點は其の改正手續でありまして、即ち皇室典範の改正は帝國議會の協賛を要せずと云ふことであります。憲法第七十四條前に申す通り皇室典範は其の内容に於ては憲法的法則を包含して居ることが少くないのであります。それにも拘らず國會の協賛權は皇室典範に付いては全く除かれて居るのであります。是も日本の固有の國情に基いた規定でありまして、外國の憲法に於ては王室に關する事柄でも、國家的法規である以上は國會の協賛を要するのが一般の例であります。我が國に於いては我が固有の國體上、縱令國家的法規と雖も事の皇室に關するものは、人臣の敢て與るべきものでないこと云ふ理由に依つて國會の協賛權は全く除かれたのであります。將來改正増補の必要のある場合には皇室會議及樞密顧問に諮詢

して之を勅定せらるゝことゝなつて居ります。典範第六十二條。

皇室典範は第一章皇位繼承、第二章踐祚即位、第三章成年立后立太子、第四章敬稱、第五章攝政、第六章太傅、第七章皇族、第八章世傳御料、第九章皇室經費、第十章皇族訴訟及懲戒、第十一章皇族會議、第十二章補則の十二章に分かれて居ります。合せて六十二ヶ條であります。此の外に明治四十年に發布せられました皇室典範増補が八ヶ條あります。典範増補に依つて定められました事柄は主として二の點で、一は皇族の臣籍に入らるゝ場合の規定で、一は皇族の權利義務に付いては皇室典範及び皇室令に依つて定まるべきもので一般の法律命令は原則として皇族に適用しないことを明にした規定であります。此等の規定の大要に付いては既に皇室法としてお話したことであります。から、今は申しませぬ。

皇室典範に附屬して尙申上げなければならぬのは皇室令の事であります。是は皇室典範に基いて定められる法則であるとか、其の他凡て皇室の事及び宮内省の事に關する法則で勅裁を経て發布せらるゝものであります。或は

國家的法規に關聯するものもありますし、或は全く皇室内部の事柄にのみ止つて國家的法規に關係のないものもあります。此の皇室令と云ふ形式は矢張明治四十年の公式令に依つて初めて定められた形式でありまして、従來は是に相當するものは宮内省達と云ふ名稱を以て發布せられて居つたのであります。が、公式令に依つて初めて別に皇室令といふ形式を認められて其の效力に付いても明に規定せられたのであります。皇室令を以て規定し得べきことは唯皇室に關すること及び宮内省に關することのみに限られて居るのであります。が、是等の事項に關しては皇室令は普通の法律勅令よりも強い效力を有つて居りました。皇室令を以て法律勅令を廢止變更することが出来るけれども、法律勅令を以ては皇室令に牴觸することは出来ないであります。是も日本の國體上日本に特有なる例であります。皇室令の從來發布せられましたものは随分數多くあります。皇室法規の根本原則は皇室典範に依つて定まつたのであります。が、それは唯大原則にのみ止まつて其の原則の下に尙皇室の制度に付いて詳細の規定を要する事柄が甚だ多いのであります。か

ら、其の後宮中に帝室制度調査局といふものが設けられました。故伊藤公を總裁とし、皇室の制度に付いて調査審議を爲さしめられて居りましたが、其の調査の結果として爾來多くの皇室令が制定公布せられたのであります。此の調査事業は最早略結了して調査局は先年既に廢止になり、其の調査になつた各種の皇室令は大部分既に勅裁を経て發布になつて居ります。發布年月の順序に依つて其の重なるものを列擧しますると、皇室婚嫁令、皇室誕生令、皇族會議令、皇室祭祀令、登極令、攝政令、立儲令、皇室成年式令、皇室服喪令、皇族身位令、皇室親族令、皇室財産令、皇族服裝令などがあります。此の外尙皇族に關する訴訟手續に付いても將來御治定に成るべきこと、推測せらるゝのであります。が、それを除いては皇室の制度は略完備した次第であります。其の外尙皇族より臣籍に入られた者及婚嫁に因つて臣籍から皇族と爲られた者の戸籍に關しては別に法律を以て定められて居ります。直接に皇室の制度に關するものゝ外に、宮内省の官制とか宮内官の任免その他に付いての法則とか又は華族令、朝鮮貴族令なども皇室令を以て定められて居ります。華族令など

が皇室令を以て定められて居りますのは、授爵の事は國務大臣の職務の範圍に屬しない純然たる皇室の事務とせられて居るからであります。

三 法律

制定法の第三種は法律であります。法律の性質、其の制定の手續等に付いては議會の所で既に略説明しましたから、再び述べる必要は無からうと思ひます。法律の是迄發布になつて居るものは非常に多數で固より列擧することには出来ませぬ。實質から言へば或は憲法的法則に屬する議院法、衆議院議員選舉法などが有りますし、行政法に屬するものの中には治安警察法、新聞紙法のやうな警察法規もあれば、各種の税法もあり、河川法、森林法、漁業法、土地收用法のやうな人民の權利に關する法規もあり、其の外種々の法規があります。司法的の法律に屬するものには、法の適用に關する一般の原則を定めた法例を初めとして、刑事に付いては刑法、刑法施行法、其の他種々の特別刑法があり、民事に付いては民法、商法を初として、戶籍法、不動産登記法、著作権法、特許法な

各種の法律

ご種々の法律があります。其の外訴訟法だの裁判所構成法だの到底數ふるに暇あらぬ程で、要するに法律は各種の事項に亘つて普ねく權利義務の法則を規定して居るので、制定法の中でも最も重なるものであります。

四 國際條約

第四に擧ぐべきものは國際條約であります。條約は其の第一の性質としては國家が他の國家と結ぶ約束でありまして、隨て其の効果は第一には國家と國家との間の法律關係を定むるものであります。是が條約の最も著しい性質であります。此の性質のみに重きを置く學者は、條約は國民に對して效力の有るものではなく、唯國家と國家の間のみ效力の有るもので、即ち單に國際法上の效力が有るに止まつて國民の權利義務に關する法則としての效力を有するものではないと言つて居る人が少くないのであります。併ながら條約の種類を見ますと、條約の中には國民の權利義務に關する法則を定めて居るものが少なくないのであります。或は著作権條約であるとか、或は

條約の性質

國內法規としての條約

制定法の各種 三、法律 四、國際條約

關稅條約であるとか、或は通商航海條約、或は特許權條約と云ふやうな各種類の條約は、國家其のもの、權利義務を定むるよりは、國內に於ける自國臣民又は締盟國臣民の權利義務を定むることを主たる目的とするものであります。例へば著作權條約に付いて申すと、日本は亞米利加と著作權條約を結んで、亞米利加の著作物は日本に於て翻譯することは出来るが、其の儘翻譯することは許さないと云ふことを定めて居ります。即ち國法上の法則を定めた條約であります。斯う云ふ種類の條約に在つては唯國家と國家の間に約束をしただけでは其の目的を達することは出来ぬ、國民が之に拘束せられて、其の條約に従ふ義務が有るのでなければ、何の役にも立たぬ譯であります。日本が亞米利加に對して日本人は亞米利加の著作物を翻刻することが出来ぬといふことを約束しても、若し國內の人民が少しも之に拘束せられないで勝手に翻刻することが出来るものであるとすれば、其の條約は全く效果の無いものであります。此の如き種類の條約に付いては單に國際上の效力を生ずるばかりではなく、國民に對する國法上の法規としての效力を有するものでない

ればならぬので、即ち此の種類の條約は一面に於て國家と國家との約束たると共に、一面に於ては國民に對する法規即ち制定法的一種たる性質を有するものであります。

條約の形式

從來の古くからの日本の慣例に於いても、條約は、法律勅令、其他各種の法規と同じく、官報に依つて之を國民に公布することになつて居りました。公布せらるれば條約は普通の法律勅令と同様に人民に對して效力を有するものとせられて居ります。學者の間には異論を唱ふる人がありますが、實際は條約が法律命令以外に國內法としての效力を有する一種の制定法であること云ふことは、事實上普く承認せられて居ります。殊に明治四十年の公式令の發布になつた後は、條約の公布の形式を明に定められまして、官報の中に皇室令、法律、勅令などと相並んで、條約と云ふ欄を特に設けて、條約第一號第二號として公布せらるゝのであります。條約が法律命令以外に國內法の一の特別の淵源たるものであることは之に依つて形式の上にも承認せられたと言つて宜いのであります。

参照

公式令第八條 國際條約ヲ發表スルトキハ上諭ヲ附シテ之ヲ公布ス
前項ノ上諭ニハ樞密顧問ノ諮詢ヲ經タル旨ヲ記載シ親署ノ後御璽ヲ鈐シ内閣總理大臣年
月日ヲ記入シ主任ノ國務大臣ト俱ニ副署ス

國內法規たる
らざる條約

條約が國內法たる效力を有つて居るのは唯直接に國民の權利義務を定め
た條約に限るのであります。此の種類の條約は條約の中でも比較的少數で、
多數の條約は直接には唯國家自身の他の國家に對する權利義務を定むるば
かりで、其の結果が間接に國民の權利義務に影響することは有つても、條約其
れ自身には直接に國民に對する法則を定めたるものでないものが多いのであ
ります。此の如き條約は唯國家自身を拘束するばかりで、直接に國民に對し
て效力が有るものではないから、敢て之を公布する必要は無いので、唯國民に
知らせる爲に公布することは有つても、それは法律命令の公布などは全く
意味の違つたもので、單に發表するといふだけの意味しか無いのであります。
例へば日英同盟條約とか、犯罪人引渡條約とか、赤十字條約、陸戰法規、海戰法規

國內法規たる
る條約の種
類

とかいふものは、概ね國內法たる性質を有つて居るものではないのでありま
す。國民の權利義務に關するものであつても、條約を以て直接に其の權利義
務を定めないので、條約國が各自其の國の法律を以て將來之を定めるいふこと
を約束するに止まるならば、それは矢張り國家間の約束に止まつて、直接に國
民に對する法規たるものではない。條約が國內法規たる性質を有するのは、
唯條約自身に於て締盟國臣民は何々の事を爲すことを得ずとか、爲すことを
得とかいふ類の事を定めた場合に限るのであります。

國內法規たる性質を有つて居る國際條約は、日本の現行條約では萬國工業
所有權保護同盟條約、文學的及美術的著作物保護萬國同盟條約、各國との通商
航海條約などが重なるものであります。其の外、領土の割讓に關する條約、日
韓併合條約、境界整理に關する條約などは何れも之に依つて同時に國內法上
の領土の範圍を確定し、其の領土内の人民が帝國の統治權に服する義務の有
ることを定めるものでありますから、同じく國內法規たる性質を有するもの
であります。

五 命 令

命令の性質

法律の外に制定法の最も重なるものは勅令及び其の他の命令であります。嘗て述べた通り、凡て法規は原則としては議會の議決を経て定めるのでありますが、是には多くの例外が有つて、或る種類の事柄に付いては議會の議を経ないで定めることが出来る。議會の議決を経て定むるものは即ち前に述べた法律であつて、其の議決を経ないで定むるものは之を總稱して命令と申すのであります。即ち法律と命令との區別は、法律は議會の協賛を経たものであるに反して、命令は議會の協賛を経ないものであることに在ります。此の意味に於ては皇室令も命令の一種であり、條約も亦國內法規としては矢張り命令の一種であると云ふことが出来ます。併ながら茲に命令と申すのは皇室令及び條約を除いて申すのであります。此の意味に於ての命令にも尙色々の種類があります。先づ形式から區別しますると勅令、軍令、閣令、省令、廳令、府縣令、郡令、島廳令と云ふやうな各種があります。朝鮮臺灣其の他の殖民地

に於ては尙特殊の命令が有りますが、是は殖民地の所で別に申す積であるから茲には申しませぬ。是等の各種の命令の中勅令と軍令とは勅裁を以て制定せらるゝものであります。其の他の各種の命令は何れも行政官廳の發する所の命令であります。

勅令

先づ勅令に付いて申します。勅令は一般の國家事務に關して法規を定むるもので、法律に次いで國內法規の最も重なるものであります。併ながら法律は如何なる事柄に付いても、憲法、皇室法、國際法、及び條約に牴觸しない限りは廣く各種の法規を規定することの出来るのに反して、勅令を以て法規を定むるのは、其の範圍が限られて居つて、一定の範圍以外に於ては之を定むることが出来ないであります。

(一) 緊急命令

勅令を其の規定事項の内容から區別しますると、四種類に分つことが出来ます。第一は緊急勅令。即ち法律に代る勅令であります。緊急勅令の事は既に説明致しましたから茲には説明を省略します。第二は委任命令であります。委任命令は法律の委任に基く命令で、必ずしも勅令にのみは限らない、行

(二) 委任命令

政官廳でも法律の委任に因つて命令を發する場合も少なくないのでありますが、今は先づ勅令に付いてのみ申します。法律は往々或る特別の種類事項を限つて、其の事項に付いては自ら其の規定を定めないので、勅令を以て之を定むといふことを規定して居る場合が澤山あります。此の如き法律の特別の委任に依つて定められたものが即ち委任命令であります。法律が勅令に委任する事柄は種々あります。或は一定の事項を指定して、其の事項に付いては勅令を以て之を定むと云ふことを規定する場合も有ります。或は法律の自ら定めて居る原則に對して、或る特別の場合に付いて例外規定を設けることを命令に委任する場合も有ります。或は又法律が自分の施行期限即ち何時から實施するかと云ふ期限に付いて、自ら之を規定しないで勅令を以て之を定めしむる場合も有ります。本來ならば、法律の例外規定を設けたり、其の施行期限を定めたり、其の外憲法上勅令を以て定め得べきものとせられて居る以外の事柄は、凡て法律を以てしなければ規定することの出來ぬ性質のものでありますが、若し法律が自ら其の規定を勅令に譲つて、勅令を以て之を

定むといふことを規定して居るならば、固より勅令を以て之を定むることが出来るのであります。即ち法律が自分で規定を設くる代りに勅令をして之を規定せしむるので、普通に之を法律の委任と謂ふのであります。此の如き法律の委任は各種の法律に極めて普通に見る所でありまして、例へば最近に發布に成つた町村制(四十四年四月九號)に付いて見ましても、第三百三條には町村税及其の賦課徴收に付いて、第二百二十八條には町村の一部の事務に付いて、第五百十六條には町村の廢置分合等の場合に付いて、第五百五十七條には北海道沖繩縣及島嶼地に施行すべき町村制に付いて、各勅令を以て之を定むるといふことを規定して居るし、第四百十九條には監督官廳の許可を要する事項に付いて例外規定を設くることを勅令に委任して居るし、第五百十八條には此の法律の施行期日を定むることを委任して居ります。是等は何れも所謂法律の委任であつて、此の委任に基いて其れ等の事項を規定した勅令は即ち委任命令であります。此の外斯ういふ種類の法律の委任は各種の法律に付いて幾らでも其の例を擧ぐることが出來ます。

(三) 執行命令

勅令の第三種は執行命令であります。執行命令は法律を實際に執行するに付いての手續規定であります。手續規定でありますから、原法律以外に新なる法規を設けることは出来ない、唯原法律を實際に適用するに付いての手續を定むるに止まるのであります。法律と牴觸する規定を設けることの出來ないのは勿論、牴觸しなくとも法律の豫想して居らぬ新しい法規を設けることは出来ない、唯前に規定されてある事柄を實際に適用するに付いての細則を定めるに止まるのであります。是は特に法律の委任がなくとも當然定むることが出来るのであります。若し原法律の規定外に新なる法規を定める場合ならば、最早當然には勅令を以て定めることは出来ぬので、特に法律の委任の有る場合でなければ、必ず法律を以てしなければならぬのであります。例へば新刑法が發布されて、之を實施するに付いては、舊刑法との間の經過規定を定むる必要が有りますから、其の後別に刑法施行法と云ふものが制定せられました。是は名は施行法と申しても決して單に手續規定に止まるものではなく、經過規定として新なる法規を定めて居るもので、此の如き規

(四) 獨立命令

定は執行命令として勅令を以て定むることが出来るものではない、必ず法律を以てしなければならぬのであります。執行命令を以て定むることの出來るのは唯法律から當然推及ぼすことの出來る法則に限るのであります。

第四は所謂獨立命令であります。獨立命令といふのは法律の委任に因るのでもなく、法律を執行する爲でもなく、法律とは獨立に君主の大權に依つて發せらるる命令であります。是は多くの國に於いては全く認めて居りませぬ。即ち命令を以て法規を定むることの出來るのは、多くの國に於いては、法律の委任に基づく場合の外は唯法律を執行する爲に發する場合にのみ限られて居りまして、緊急命令は別として、其の以外には命令は唯委任命令、執行命令の二種類だけに止まるものとして居るのが普通の例であります。日本の憲法は之に反して比較的廣い範圍に於て君主の大權に依つて獨立に法規を定むるを得べきことを認めて居ります。日本の憲法上法律の委任に依らず勅令を以て獨立に法規を定め得るものとして居る事項はいろくありませんが、其の重なる事項は第一には行政各部の官制及び文武官の任免、其の他官吏の

權利義務に關する法則、第二には陸海軍の編制及び常備兵額に關する規定、第三には大赦、特赦、減刑、復權等、刑の宥免に關する法則、第四には爵位勳章其の他の榮典の授與に關する法則、第五には法律條約其の他公文書の方式に關する法則、第六には憲法第九條に規定されて居ります『公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル爲ニ必要ナル命令』是は一般の行政規則及び警察命令を意味して居るのであります。凡て此等數種の事柄に關しては法律に牴觸しない限り、法律の規定を侵さない限りは、法律の委任を俟たないで勅令を以て之を定むることが出来るのであります。委任に依らず獨立に定めるのでありますから之を獨立命令と申すのであります。

勅令を其の内容に依つて區別すると、略以上の四種類に分つことが出来ます。勅令は唯此等の四種の事柄に付いてのみ規定することが出来るので、其の以外の事項に付いては、常に法律を以てしなければ規定することは出来ないのであります。殊に民法、商法、刑法、訴訟法、著作権法、特許法、鑛業法、市制、町村制、租税法、徴兵法の如き種類に屬するもの即ち概して言へば凡ての司法的

軍令

規及び行政法規の中でも法政、軍政、財政に關する法規は、一般に法律を以て定めなければならぬので、法律の委任の有る場合の外は勅令を以て規定することは出来ぬのであります。

勅令の外に別に軍令といふものが有ります。是も勅令と同じく勅裁に依つて制定し發布せらるる命令であつて、若し廣く勅裁に依る命令を凡て勅令と申すならば、軍令も亦勅令の一種であると言つて可いのであります。唯軍令が一般勅令と異つて居る所は、勅令は一般の國務に關する規定であるが、軍令は陸海軍の統帥に關する規定であるといふことに在ります。従前には此種の規定も矢張普通の勅令の形を以て發布せられて居たのであります。が、明治四十年の公式令に依つて總ての勅令には内閣總理大臣の副署を要することとなつた結果として、同年の軍令第一號に依つて別に軍令といふ形式を定めて、是には内閣總理大臣の副署を要せず、唯陸軍大臣、海軍大臣のみの副署を以て公布せらるることになつたのであります。何故に勅令の外に此の如き特別の形式の命令が定められかと申しますと、一般の勅令は必ず法制局で

審査をして、閣議に掛けて、内閣總理大臣から上奏して裁可を仰ぐので、随て又内閣總理大臣が必ず之に副署するのでありますが、軍機に關するものに付いては内閣の議を経ないで主任の陸軍大臣又は海軍大臣から直接に上奏して裁可を仰ぐことが出来ることになつて居る爲に、特に此の如き區別が設けられて居るのであります。即ち軍令だけは法制局の審査をも經ず、閣議にも掛らないのであります。

參照 公式令

第七條 勅令ハ上諭ヲ附シテ之ヲ公布ス
前項ノ上諭ニハ親署ノ後御璽ヲ鈐シ内閣總理大臣年月日ヲ記入シ之ニ副署シ又ハ他ノ國務各大臣若ハ主任ノ國務大臣ト俱ニ之ニ副署ス
樞密顧問ノ諮詢ヲ經タル勅令ノ上諭ニハ其ノ旨ヲ記載シ帝國憲法第八條第一項又ハ第七十條第一項ニ依リ發スル勅令ノ上諭ニハ其ノ旨ヲ記載ス
帝國議會ニ於テ帝國憲法第八條第一項ノ勅令ヲ承諾セサル場合ニ於テ其ノ效力ヲ失フコトヲ公布スル勅令ノ上諭ニハ同條第二項ニ依ル旨ヲ記載ス

軍令ニ關スル件(明治四十年九月)

行政官廳の命令

職權命令
委任命令

第一條 陸海軍ノ統帥ニ關シ勅定ヲ經タル規程ハ之ヲ軍令トス
第二條 軍令ニシテ公示ヲ要スルモノニハ上諭ヲ附シ親署ノ後御璽ヲ鈐シ主任ノ陸軍大臣海軍大臣年月日ヲ記入シ之ニ副署ス
第三條 軍令ノ公示ハ官報ヲ以テス
第四條 軍令ハ別段ノ施行時期ヲ定ムルモノノ外直ニ之ヲ施行ス
勅令及び軍令は何れも勅裁に依つて制定せらるるものであります。其の外に内閣總理大臣、各省大臣、其の他の行政官廳の發する所の命令が有ります。内閣總理大臣の發するのが閣令、各省大臣の發する省令、北海道廳長官の發する北海道廳令、其の外警視廳令、府縣令、郡令、島廳令などの各種であります。此等の行政官廳の發する命令には、其の内容から申すと職權に基く命令、即ち職權命令と特別の委任に基く命令、即ち委任命令との二種類が有ります。官制を御覽に成りますと、各省大臣は其の職權若くは特別の委任に依り、省令を發することを得といふ規定が有り、北海道廳長官、警視總監、府縣知事などに付いても、略同様の規定が有ります。此の職權に依り發すといふのが所謂職權命令であります。各省大臣、府縣知事等の行政官廳は何れも或る一定の主任事務に付い

て一般に権限を委任せられて居りますが、其れ等の主任事務に付いては、法律、條約、勅令又は其の他の上級命令に牴觸しない範圍に於ては、自分の適當と認むる所に依りて行政規則、警察命令、又は執行命令を發することが出来るのであります。即ち職權に依つて命令を發し得る範圍は、第一には自分の主任事務に關する事であればならぬこと、第二には法律、條約、勅令又は上級官廳の命令に牴觸してはならぬことの外に、第三には必ず行政規則か警察命令か又は執行命令かの何れかに屬するものでなければならぬものであります。勅令に付いては、前に緊急命令、委任命令、執行命令、獨立命令の四種類が有ることを申し上げましたが、此の中緊急命令は必ず勅令に依らねばならぬので、行政官廳の命令を以ては之を發することは出来ぬ。行政官廳の發し得るのは委任命令、執行命令、獨立命令の三種であります。此の中委任命令は特別の委任に依つて發するもので、是は次に述べる所であります。行政官廳が特別の委任に依らず、當然職權に依つて發し得るものは、唯執行命令、獨立命令の二種類で、執行命令は或は法律を執行するが爲にする命令もあり、或は勅令又は上級官

廳の命令を執行するが爲にする命令もあります。獨立命令は、勅令ならば行政規則及び警察命令の外に、行政各部の官制を初め其の外色々の事項に付いて定むることが出来ることは前に述べた通りであります。此等は總て原則として勅令を以て規定すべきもので、特別の委任が無ければ行政官廳の命令を以ては定むることは出来ないのであります。行政官廳が其の職權上當然に定むることの出来るのは執行命令の外には唯行政規則及び警察命令にのみ止まるので、其の中でも殊に重要なものは警察命令であります。殊に警察上の規定は各地方の事情に應じて適宜に定むべきことが多い爲に、法律又は勅令の如き全國一般に通ずる規定の定まつて居らぬ事柄が頗る多いので、其れ等の事に付いては各府縣の命令を以て定むることが出来るのであります。殊に風俗警察、衛生警察、營業警察、火災豫防警察などに付いては各府縣の命令を以て定まつて居るのが多いやうであります。次に委任命令は特別の委任に基いて發するもので、或は法律に依り、或は勅令又は其の他の上級命令に依つて、或る特定の事項に付いて、行政官廳の命令を以て定むべきことを委任せら

れた場合に其の委任事項を定むる所の命令であります。

参 照

- 内閣官制第四條 内閣總理大臣ハ其ノ職權又ハ特別ノ委任ニ依リ閣令ヲ發スルコトヲ得
- 各省官制通則第四條 各省大臣ハ主任ノ事務ニ付其ノ職權若クハ特別ノ委任ニ依リ省令ヲ發スルコトヲ得
- 警視廳官制第七條 警視總監ハ部内ノ行政事務ニ付其ノ職權又ハ特別ノ委任ニ依リ管内一般又ハ其ノ一部ニ廳令ヲ發スルコトヲ得
- 北海道廳官制第十條 長官ハ北海道ノ事務ニ付其ノ職權又ハ特別ノ委任ニ依リ管内一般又ハ其ノ一部ニ廳令ヲ發スルコトヲ得
- 同第二十八條 支廳長ハ法律命令ニ依リ又ハ長官ヨリ委任セラレタル事件ニ付支廳令ヲ發スルコトヲ得
- 地方官官制第七條 知事ハ部内ノ行政事務ニ付其ノ職權又ハ特別ノ委任ニ依リ管内一般又ハ其ノ一部ニ府縣令ヲ發スルコトヲ得
- 同第三十七條 郡長ハ法律命令ニ依リ又ハ知事ヨリ委任セラレタル事件ニ付郡令ヲ發スルコトヲ得
- 同第四十六條 島司ハ法律命令ニ依リ又ハ知事ヨリ委任セラレタル事件ニ付島廳令ヲ發スルコトヲ得

命令の效力

以上が命令の種類であります。緊急勅令を除いて其の外總ての命令と法

律との間には效力の輕重が有つて、凡て法律の方が命令よりも強い效力を有つて居るのであります。勿論國家の法規として國民を拘束する效力の有ると云ふ點に於ては兩方とも同様であります。唯其の廢止變更に付いて、隨て又兩方相衝突した場合に何方が效力が強いかと云ふ點に付いて、法律の方が命令よりも強い效力を有つて居るのであります。法律は法律を以てしなれば廢止變更することが出來ぬ、緊急勅令を除いては命令を以ては之を廢止變更することを許さぬのであります。而して法律を以ては凡ての命令を廢止變更することが出來る。之と同様に又命令の中でも同じ意味に於ての效力の輕重の區別がある。勅令は直接に君主の大權に基く命令でありますから、命令の中では一番強い效力を有つて居るもので、他の命令を以て勅令を廢止變更することは出來ぬ。行政官廳の命令に付いても、矢張官廳の上下の階級に基いて、上級官廳の命令は下級官廳の命令よりも強い效力を有つて居つて、隨て閣令又は省令は廳令、府縣令を廢止變更することが出來るが、廳令、府縣令を以ては閣令、省令を廢止變更することは出來ないのであります。但し、閣

令と省令とは、前回にも内閣總理大臣と各省大臣とは上級下級の關係のあるものでないこと云ふことを申しましたが、其の理由に依つて閣令と省令との間にも上下の區別がない、全く對等の效力を有つて居るもので、唯其の權限の範圍が違ふのであります。

詔書勅書

命令の事を述ぶる序に詔書勅書の事に就いて一言して置きます。是は制定法の一つといふ譯ではありませぬから、茲で述べるのでは適當の場處ではありませぬが、前に天皇の大權の御話をする時分に申し遣したので、茲で申して置くのであります。元來國務上の事に關する詔勅は色々の形式に分かれて居ります。是れ迄述べました憲法、皇室典範、皇室令、法律、條約、勅令、軍令など何れも勅裁に依つて制定せらるるもので、皆國務上の詔勅の一種であります。が、此等の外に尙一般的の法則を定むるものではなく、箇々の一事件に關する事柄で、國務に關して發せらるる詔勅が數多く有ります。其れ等の中にも授爵、敘位、敘勳、任官等の辭令に付いては、各特別の形式が定まつて居りますが、是等の特別の形式の定まつて居る者の外、一般の國務上の詔勅は詔書及び勅書

の二の形式が定められて居ります。詔書と申すのは公に發表せらるるのを謂ふので、勅書と申すのは公に發表せられないのを謂ふのであります。詔書の中には或は皇室の事に關するものもあり、或は専ら國事に關するものもあります。國事に關する詔書は、例へば議會の召集令とか、衆議院の解散命令とか、國會議員の選舉命令とか、宣戰の布告とか、其の外いろいろあります。

參照

公文式第一條 皇室ノ大事ヲ宣誥シ及大權ノ施行ニ關スル勅旨ヲ宣誥スルハ別段ノ形式ニ依ルモノヲ除クノ外詔書ヲ以テス

詔書ニハ親署ノ後御璽ヲ鈐シ其ノ皇室ノ大事ニ關スルモノニハ宮内大臣年月日ヲ記入シ内閣總理大臣ト俱ニ之ニ副署ス其ノ大權ノ施行ニ關スルモノニハ内閣總理大臣年月日ヲ記入シ之ニ副署シ又ハ他ノ國務各大臣ト俱ニ之ニ副署ス

同第二條 文書ニ由リ發スル勅旨ニシテ宣誥セサルモノハ別段ノ形式ニ依ルモノヲ除クノ外勅書ヲ以テス

勅書ニハ親署ノ後御璽ヲ鈐シ其ノ皇室ノ事務ニ關スルモノニハ宮内大臣年月日ヲ記入シ之ニ副署ス其ノ國務大臣ノ職務ニ關スルモノニハ内閣總理大臣年月日ヲ記入シ之ニ副署ス

憲法施行前の法令

最後に尙憲法施行前に發せられた命令に付いて一言いたします。憲法第七十六條に「法律規則命令又ハ何等ノ名稱ヲ用キタルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ遵由ノ效力ヲ有ス」とありまして、即ち憲法施行前から行はれて居つた法令で其の内容が憲法と牴觸しないものは、其の以後或は廢止になり或は其の他の原因に依つて效力を失つたものの外は、尙引續き其の效力を有つて居るものであります。今日でも憲法以前から引續いて存して居る法令は少なからず残つて居りまして、中にも、徵兵令徵發令戒嚴令などは憲法以前に制定せられたものが大體に於て今日も存續して居るのであります。

六 自治團體の法規

市町村條

以上に述べた各種の制定法は何れも國家の制定する法規であります。其の外に尙地方自治團體の制定する法規が有ります。殊に市町村は條例を定むるの權利を與へられて居ります。條例も亦制定法的一種でありまして、市

町村制に於て一定の範圍に於て市町村が其の住民の權利義務を拘束する爲に之を定むることを許されて居ります。唯市町村條例は勿論市町村にのみ效力を有つて居るもので、其の他の者に及ぶことは出来ぬ、又總ての國家の法規には全く牴觸することの出来ないものであります。府縣郡に付いては府縣制郡制の中には一般に條例を定むるの權を明に與へては居りませぬけれども、併ながら或る特別の事項に付いては府縣郡に於ても法規を制定するの權利を有つて居ることは疑を容れぬ所であります。即ち府縣會の議事規則府縣會傍聽人取締規則などに付いては府縣制中に其の明文がありますし、特に明文の無い事柄でも例へば府縣税の賦課徵收に付いての法則の如きは府縣は其の課税權を有つて居るのであるから當然規定し得るものと認めねばならぬのであります。手数料の徵收に付いても同様であります。此等の各種の事件に付いては府縣郡も亦法規を制定するの權利を有つて居るのであります。府縣郡の法規に付いては法律には一定の形式を定めて居りませぬ、市町村制には條例と云ふ形式を以てすべきことが明に定つて居りますが、府

縣制郡制にはそれに相當すべき規定が無いので、各府縣郡に於て適宜に定むべきものであります。實際は府縣郡に於ても多くは府縣知事及郡長が國家の行政官廳として制定する府縣令郡令と同じ形式を以て發布して居るのが通常のやうであります。即ち形式上は等しく府縣令郡令と申して居るものの中に二種類あるので、或は國家の官廳として府縣知事郡長の定むる命令たるものもあり、或は自治團體たる府縣郡の機關として制定する府縣郡の法規もあるのであります。形式上は此の二種を區別することが出來ぬのであります。唯其の規定の内容から之を區別することが出來るので、即ち規定の内容が若し府縣の行政に關するものであればそれは府縣の法規であり、若し國の行政に關するものであれば國家の法規である、専ら規定の内容に依つて區別するの外は無いのであります。

第九講(下) 國民の權利義務

次に國民の權利義務に付いてお話するのでありますが、最早追々時間が乏しく成りましたから、極めて簡単に申上ぐるに止めて置きます。

一 國民の權利

日本の舊時代に於ては權利といふ思想は殆ど全く發達して居なかつたと言つても可い位で、權利といふ語も西洋の法律思想の輸入された後、西洋語の翻譯に依つて初めて作られた語であります。言葉が無かつた位であるから、其の思想も甚だ幼稚であつたことは容易に想像し得べき所であります。個人相互の間には所有權、其の他の財産權、親族權、相續權といふやうな權利思想は勿論發達して居つたのであります。國民の國家に對する關係に於ては殆ど全く權利と云ふ思想は無かつたと言つても可い。國民は唯國家に服従する義務があるばかりで、國家に對して主張すべき權利を有つて居らぬやうに

權利思想の
發達

考へられて居つた。御上の命令ならば如何なることでも服従しなければならぬ、御上の命令に違法と云ふものはない、何んな事でも御無理御尤で必ず之に従はねばならぬ、金を出せと言はれば出さなければならぬ、所拂ひを命ぜらるれば立ち退かねばならぬ、と云ふやうな思想が行はれて居つたのであります。能く日本人の思想は義務本位であるといふことを申しませんが、舊時代に於ては實際義務の思想が有つたばかりで、権利の思想は殆ど無かつたと言つて可いのであります。維新以後西洋の思想が這入つて參つたのに伴つて、権利思想も亦追々に發達して、所謂民権自由説といふやうな事が盛に主張せらるゝことになり、遂に憲法が制定せらるゝことになつて、國民の國家に對する権利が憲法上に承認せられ保障せらるゝことになつたのであります。

今日に於ては國民は決して單に國權に服従する義務を有つて居るばかりではなく、國權に服従すると同時に又國家に對して一定の範圍に於て權利を主張することの出来るものであると云ふことは、憲法上に既に明に承認せられて居る所であります。今日に於ても所謂義務本位の思想が尙可なり強く行

國民の國家
に對する
權利

はれて居りました、動もすれば國民は絶対に國家に服従するの義務があると云ふことを申す者が有りますけれども、それは大なる誤であります。絶対の服従は奴隸である。吾々は固より國權に服従しなければならぬ義務を有つて居るもので、國家の裁判權、警察權、課稅權、軍政權などに對して、勿論常に之に服従せねばならぬのであります、吾々が之に服従するのは、唯法律上に定められて居る一定の範圍に於てのみであつて、無限に服従の義務を有つて居るのではありませぬ。吾々の生命自由及財産は吾々は安全に之を享有するの權利を有つて居るもので、國家と雖も猥りに之を奪ふことは出来ぬ。人民の生殺與奪は凡て唯國家の欲するが儘であるといふのではないのであります。人民は固より國家の裁判に服するの義務が有る、國家の課稅に對しては租稅を納める義務が有る、國防の事に従ふ爲には兵役に服さねばならぬ義務が有る。吾に其れのみならず、一旦緩急あれば義勇公に奉じ、身命をも抛つて君國を防護し奉るの義務を負うて居る者であります。けれども凡て此等の義務は何れも絶対無限の義務ではないので、法律上に定まつて居る限られたる範

國に於ての義務であります。國家は唯其の限られたる範圍に於てのみ、人民の自由を奪ひ、生命財産を要求することが出来るので、絶對無限に如何なる事でも人民に命令し得るといふのではない。國家は人民を刑罰に處することが出来るけれども、それは唯刑法に基いて科刑することが出来るばかりで、其の以外に自由に無辜の民を刑罰に處することが出来るといふのではない。國家が租税を取り立てるのも、唯租税法の範圍に於てのみ爲し得べき所で、其の以外に隨意に御用金を課し、人民の財産を徴收し得るといふのではない。國家は唯或る限られたる範圍に於てのみ、國民に對して命令し、強制し得るの權力を有つて居るのであつて、斯く國家の權力が限られたものであるから、國民は國家に對しても、權利の主體たるものであります。

國民の國家に對する權利は之を國民の公權と申します。之に對して人民相互の關係に於て各人の有する權利は之を各人の私權と申します。公權と私權との區別は恰も公法と私法との區別に相當すべきものでありまして、即ち公權は國家的生活關係に於ける各人の權利であり、私權は個人的生活關係

公權と私權

に於ける各人の權利であると言ふことが出来ます。私權といふ中には、所謂人格權即ち生命權とか、名譽權とか、體軀權とかいふやうな人の生存に伴ふ所の權利も有りますし、或は親族權、即ち親權、夫權、戸主權とかいふやうな親族關係又は家族關係に伴ふ權利も有り、或は相續權、即ち家督相續又は遺産相續を爲す權利も有り、其の外各種の物權、債權、工業所有權、著作權などの財産權も有ります。株式會社の株主の權利、合名會社、合資會社の社員の權利などの所謂社員權も亦一種の私權であります。是等の各種の私權の性質、效力等に付いては、民法又は商法に於て研究せらるべきもので、茲に説明すべき所ではない。茲には唯公權に付いてのみ簡單に御話するに止めます。

公權の種類

國民の公權にはいろいろの種類が有りますが、大別して凡そ三種類に別つのが通常であります。第一は自由權で、即ち國民が違法に國家より其の自由を侵害せられざる權利であります。第二は積極に國家に對して或る行爲を要求し、又は國家から或る利益を受くるの權利でありまして、之を積極の民權と申すことが出来ます。第三は參政權であります。是より此の三種の權利

(一)自由

自由に對する制限

に付いて大要を説明します。

第一には自由權であります。法律上に自由と申すのは各人が自分の欲する所に隨て精神上及肉體上の各種の活動を爲し得ることを申すのであります。人間は固より絶対の自由を有つて居るものではない。人間は其の天性に於て社會的の動物であつて、而して人間が社會を構成して居る以上は人間が絶対の自由を享有し得るものでないことは、當然であります。若し人間が各自如何なる事でも勝手に爲し得ることとなれば、社會生活は到底成立し得ない。人間の自由は第一には他人の權利に依つて制限せられて居ります。即ち何人も他人の權利を侵害することが出來ぬといふ制限を受けて居ります。他人の生命、身體、財産は言ふに及ばず、其の他凡て他人の權利は之を毀損し侵害することを許さないのであります。第二には又直接に他人の權利を侵害することを得ないといふ制限が有ります。是も人間が社會を構成して居る以上は社會生活を維持する上に於て、缺くべからざる當然の制限であります。併な

一定の制限に於ては、自由を侵さざる權利

が如何なる事が社會全般の秩序を紊すべき事柄であるか、如何なる事が公益に反するものであるかといふことに付いて、一定の明瞭なる標準が無く、人民各自の判断に任かして置くといふことであつては、人民は其の適從する所に迷ふこととならねばならぬ。それであるから國家は法規を定めて、一定の事柄は社會の秩序を紊し公益に反するものであるから之を爲してはならぬといふことを定め、又一定の事柄は社會を維持し公益を全うする爲に必要缺くべからざるものであるから、各人は必ず之を爲さねばならぬといふことを定めて居るのであります。斯く國家から法規に依つて或は命令し或は禁止せられて居る事は、各人は或は必ず之を爲し、或は之を爲さざるの義務を負つて居るのであります。

人間の自由は斯く種々の方面から制限せられて居るものであります。其の制限は常に法律上或る定まつた範圍を有つて居るもので、其の制限以外に於ては各人は自分の欲する所に従つて、自由に各種の活動を爲し、自己の生命、身體、財産等を安全に享有することの出來るものであります。言ひ換ふれば

公權たる自由
私權たる自由

各人は一定の法律上の制限以外に於ては、何人からも其の自由を侵されぬ権利を有つて居るものであります。他人から其の自由を妨げられない権利を有つて居るのみならず、國家からも法律上に定まつて居る一定の範圍以外に於ては其の自由を侵されない権利が有るのであります。廣い意味に於て自由權と申すときは、此の二つの方面を合せ含む意に用うることも出来まゝ。さういふ意味に自由權といふ語を用ゐるならば、自由權は更に之を私權たる自由權と公權たる自由權とに區別しなければならぬ。即ち他の人民から自分の自由を侵されない権利は、私權たる自由權で、前に申した人格權の一種であります。之に反して國家から自分の自由を侵されない権利は、公權たる自由權で、茲に公權の一種として自由權を挙げましたのは、専ら此の國家から其の自由を侵されない権利を申すのであります。

自由權の思想の發達

各人が國家からも侵されない自由權の範圍を有つて居るといふことが法律上に公認せらるゝに至つたのは、西洋でも比較的近代の事で、大體に付て申すならば略立憲利度の發達と其の起源を同じうして居るものと言ふことが

出来まゝ。勿論それより以前に於ても人民の自由が事實上全く存在しなかつたと云ふのではない。如何に専制政治の世の中でも、人民が少しの自由もなく、其の生命、自由及財産は盡く國家の欲する儘に剝奪せられ得べきものであつたのではないので、實際には人民は或る範圍に於ての自由を享有して居つたに相違ないのであります。けれども是は唯事實上の自由に止まつて、法律上認識せらるゝに至らなかつた。古代歐羅巴即ち古希臘及羅馬を初として、中世の歐羅巴でも自由といふ思想は、絶えず學者に依つて論せられ、又一般人民の間にも尊重せられて居つたのであります。此の所謂自由といふのは、専ら政治上の自由の意味であつて、國家より侵されない範圍といふ意味の自由ではない、即ち専ら參政權を意味して居つたのであります。古代及中世に於て自由民と謂つて居つたのは、政治に參與し得る資格ある人民のことを謂ふので、國家から侵されない自由範圍を有つて居る人民といふ意味ではない。今日謂ふ所の自由權とは、之に反して、政治に參與し得ることの意味ではなく、國家から違法の命令を受けない、違法に其の自由活動を妨げられないといふ

意味に於ての自由であります。政治上の自由ではなくして、國家の命令強制を受けざるの自由であります。此の如き意義に於ての人民の自由權の思想が法律上明に承認せらるゝに至りましたのは、前にも申す通り、近世の事でありまして、其の初は第十六世紀以後の宗教革命の結果に依つて、宗教上の壓制に反抗して起つた個人の信教の自由の思想が其の端緒を爲したのであります。其の後亞米利加の獨立戦争及佛蘭西の大革命に依つて、米國の諸州米合衆國及之に次いで佛蘭西に於て成文憲法を制定するに至つて、其の憲法の明文の中に信教の自由を初め人民の各種の自由を保障して、國家の權力を以ても猥りに之を侵害することの出来ないことを規定するに至つた。歐羅巴に於て此の人民の自由權を憲法の明文を以て規定し保障するに至つたのは、佛蘭西の大革命の際に最初に發布せられた千七百八十九年の人權宣言書が其の最初の模範となつたのであります。是より以後佛蘭西及其他の歐洲諸國に於て相次いで制定せられた成文憲法の中にも、殆ど例外なく皆人民の自由權に付いての規定を設け、自由權の保障は立憲制度の最も大切なる要件の

帝國憲法の
規定

一と看做さるゝに至つたのであります。

日本の憲法第二章に於ても亦是等諸先進國の例に倣つて人民の自由權に付いて多くの規定を設けて居ります。先づ第二十二條には、居住移轉の自由を保障して『日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ居住移轉ノ自由ヲ有ス』といふことを規定して居ります。維新前封建の時代には、各藩は互に其の國境を立てて、要所要所には關所を設けて、嚴重に人民の通行を検査し、人民は自由に其の住所を定むることが出来ないのみならず、旅行するにも割符を要するといふやうな状態であつた。維新以後封建制度が打破せられてから後は、此の如き制限は撤去せられて、人民は一般に原則として全國何れの處にでも自由に其の住所を定め、移轉旅行することが出来ることになつたのであります。憲法は更に明文を以て此の自由を保障して、法律に依らなければ此の自由を制限することが出来ないことを定めて居るのであります。第二十二條には、『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』と規定して居る。是は一口に言へば身體の自由を保障して居るので、警察官だの検事

又は裁判官又は監獄の官吏などが、凡て法律に依らないで、人民を逮捕監禁し又は審問を爲し、處罰を加へることの出来ないことを定めて居るのであります。第二十五條には『日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及搜索セラルルコトナシ』と有つて、即ち住所の安全を保障して居ります。第二十六條には『信書の秘密を保障して日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外信書ノ秘密ヲ侵サルルコトナシ』と曰つて居る。第二十七條には『財産の安全を擔保して日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サルルコトナシ公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル』といふことを定めて居る。憲法には唯所有權と書いてありますが、是は廣く財産といふ意味で、即ち吾々人民が安全に其の財産を享有することが出來て、國家の權力に依つて猥りに之を沒收するやうな事の無いことを保障して居るのであります。唯公益の必要上已むを得ない場合には、所謂公用徵收を行ふことが有りますけれども、是は必ず相當の賠償金を與へ、且つ法律に基かねば行ふことが出來ぬのであります。第二十八條には『信教の自由を保障して日本臣民ハ安寧秩序ヲ

妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ自由ヲ有ス』と規定して居ります。第二十九條には『言論出版及集會結社の自由に付いて日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ言論著作印行集會及結社ノ自由ヲ有ス』といふことを定めて居ります。最後に第三十條には『請願の自由を擔保して日本臣民ハ相當ノ敬禮ヲ守リ別ニ定ムル所ノ規定ニ從ヒ請願ヲ爲スコトヲ得』と規定されて居ります。請願は或は直接に至尊に奉呈するものもあり、或は政府に對し、或は議會に對して呈出するものもあります。此の中議會に對する請願は議會の所で申上げた通りで、之に付いての手續は議院法の中に定まつて居ります。行政官廳に對する請願に付いては一般の規定は未だ備はつて居りませぬが、種々の法令に於て種々の特別の場合に付いて規定せられて居ります。唯直接に至尊に奉呈すべき請願に付いては、今日まで未だ請願令は發布せられて居りませぬ。恐くは將來御治定に成るべきことと推せられます。憲法には斯く色々の方面に於ての臣民の自由を規定して、之を保障して居るのでありますか、是等の規定は決してあらゆる方面に於ての臣民の自由を

憲法の規定
は唯例示に
止る

網羅して規定して居るのではなく、唯其の中の重なるものを例として擧げて居るに過ぎぬのであります。臣民は唯憲法に規定されて居るだけの自由を有つて居るばかりで、其の外の自由は少しも享有して居らぬものと解しては大なる誤であります。嘗ても申上げた通り、憲法には日本臣民は法律に依るに非ざれば其の生命を奪はるることなしといふ規定も無ければ、臣民は法律に依るに非ずして其の身體を傷けられ又は身體の搜索を受くることなしといふやうな規定も無い。或は職業の自由とか、婚姻の自由とか、學問教育の自由とか、服裝の自由とか、飲食の自由、交際の自由とかいふやうな事柄に付いても、凡て規定せられて居らぬのであります。是等は凡て當然言ふを俟たぬこととして規定されて居らぬのであつて、規定が無いからと言つて、人民が其れ等の自由を享有しないものと解してはならぬのであります。憲法の規定の意味は廣く日本臣民は法律に依らずして其の自由を侵さるることなしといふ概括的の規定の有るものと同様で、決して居住移轉の自由とか、出版の自由とか、信教の自由とかいふやうな或る特定の事項に付いてのみ臣民の自由を

保障するといふ意味ではない。信教の自由に付いては憲法の規定が有るか
ら吾々は自分の自由の選擇に依つて如何なる宗教をも信することが出来る
が、學問の自由に付いては憲法の規定がないから、吾々は自分の好む所に隨て
自由に學問を修めることは出来ないといふ譯では決してない。憲法に規定
が有ると無いとは、此の點に於て何の相違も無いのでありまして、其の規定の
有る事柄たると否とを問はず、凡て臣民の自由は法律に依らずして猥りに之
を侵さることがないことが、憲法に依つて保障せられて居るのであります。
憲法の列記は決して制限的の規定と解すべきものではなく、唯例示的の規定
に過ぎぬのであります。

憲法の規定
は唯抽象的
なり

憲法は此の如く廣く臣民の自由に付いて法律に依らずして之を侵すこと
の出来ないことを規定して居るのであります。此の憲法上の保障は單に抽
象的のものに止まつて、それだけでは一般臣民が現實に何れだけの自由を享
有して居るかは更に分らぬのであります。人民が現實に如何なる範圍に於
て自由を享有して居るか云ふことは法律の規定を待つて初めて明なるも

のでありまして、若し法律に依つて嚴重なる制限を加へるならば、其の自由の範圍は或は甚だ狭いものとなることも有り得るのであります。例へば憲法には出版の自由を保障して居りますが、人民が現實に如何なる程度に出版の自由を享有して居るかは出版法の規定に依つて定まるので、若し出版法に嚴重な取締規定が設けらるゝならば、出版の自由はそれだけ制限せられたものとなるのであります。法律を以て制限を加ふるのは敢て憲法に抵觸する所はないので、隨て假令憲法上に保障せられて居る自由であつても、實際は法律に依つて嚴重なる制限を受けるといふことも或は有り得ることであり、憲法に依つて人民の自由を保障して居る結果は、要するに唯法律に依らず政府の壓制に依つて恣に人民の自由を侵害することが出来ないと云ふことを確保して居るに止まるのであります。

國民の第二種の公權は所謂積極の民權であります。自由權の方は國家から違法の命令を受けない、違法に人間本來の自由を侵されない權利であり、ますが、此の第二種の公權は積極的に國家に對して或る事を要求し得る權利で

二二積極の民權

あります。即ち人民が國家に對して自分の利益の爲に或る事を爲すことを請求し、又は國家から或る利益を享けることを要求し得る權利で、一言を以て言へば積極的の要求を爲すの權利であります。是にはいろ／＼澤山の種類が有ります。國家は人民の利益の爲に或は裁判を行ひ、或は各種の行政行爲を行ひ、或は又人民の利益の爲に學校、鐵道、郵便、電信などの各種の公共的の設備を起して、人民をして其の設備を利用することを得せしめて居ります。元來國家は國民の生活を幸福ならしむることを其の主たる目的として居るものでありますから、國家の總ての作用は、或は直接に或は間接に、國民の利益の爲にすることでないものは無いのであります。國家が軍備を起すのも、租税を取り立てるのも、犯罪人を處罰するのも、畢竟は皆吾々一般國民の利益幸福の爲にすることであり、けれども是等の行爲は唯一般國民の全體の利益の爲にするのであつて、各個人をして權利として之を要求することを得せしむるのではない。是等の場合に於ては人民は之を請求すべき公權を有するものではないのであります。茲に謂ふ積極の民權といふのは、此の如く單に

裁判を受
く
る
の
權

一般公益の爲に行はるゝ行爲ではなく、吾々個人をして自分の利益の爲に之を要求することを得せしめて居る場合のみに生ずるのであります。

此の種の權利の中でも最も重要なものは、**裁判を受くるの權利**であります。吾々は若し他人から自分の權利を侵害されたならば、裁判所に訴を起して權利の保護を求むることが出来る。近來では更に行政裁判の制度が設けられて、行政上の處分に依つて違法に權利を侵害せられた場合にも、亦行政訴訟を起して、權利の保護を求むることが出来ることとなつて居ることは、嘗て申上げた通りであります。若し人民に裁判を受くる權利が無かつたならば、人民の總ての權利は殆ど有名無實の者となつて、其の效力は甚だ薄弱とならねばならぬのであります。吾々は裁判所の裁判を受くる權利が有り、國家が其の裁判制度に依つて吾々の權利を保護して居るからこそ、吾々は安全に自分の總ての權利を享有することが出来るのであります。若し裁判所の保護が無ければ、吾々は唯吾々自身の腕力に依つて、自分の權利を防護するの外は無いので、腕力の強い者が勝手に弱い者を虐め、弱い者は唯強い者に服従する

の外は無いのであります。中世の戰國時代は稍此の有様に近かつたのであります。今日は吾々は自分の權利を防護する爲に敢て自分の腕力を用ゐる必要が無い。權利の防護の爲に腕力を用ゐることは、唯目前の危害を防ぐ爲め緊急已むを得ざる場合に、所謂正當防衛を爲すことの外には、全く禁制せられて居るので、其の代りに國家の權力に依り裁判に依つて吾々の權利が保護せられて居るのであります。裁判を受くるの權利は實に人民の總ての權利の基礎たるものと言つて可いので、憲法第二十四條に『日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ』と曰つて居るのは、即ち此の權利を保障して居るのであります。

裁判を受くる權利の外、尙いろゝの權利が有ります。或は營業の免許を受くる權利であるとか、特許を受くる權利であるとか、土地所有權又は其の他の各種の權利に付いて登記又は登録を求むる權利であるとか、文官試験、其の他各種の公の試験を受くる權利であるとかいふやうなものは、何れも此の種類に屬する權利であります。

其の他の
極
民
權

權(三)參政

五七〇

第三種の公權は普通に參政權と稱せられて居るものであります。總て人民が國家の公の職務に就くことの出来る權利を申すのであります。人民が國會議員を選擧する權利、國會議員に當選した者が議員となつて國會の議事に參與する權利、市町村に於ける公民の權利、市町村會議員の權利、官吏に任せられた者が官吏として國家の公職に參與することの出来る權利などは總て參政權であります。憲法第十九條に「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得」とあるのは、即ち日本臣民が一定の資格に應じて平等に參政權を有し得べきことを保障して居るのであります。

國民の參政權に付いては嘗て日本の政體の事を申上ぐる處でも大略のお話を致したのでありますから、再び詳しく申す必要は無からうと思ひます。唯一言注意して置きたいのは、凡て參政權は同時に參政の義務たるもので、即ち權利たると共に又一面に於て義務の性質を有つて居るものであります。國會議員が議員として國會に參列するのは、勿論國會議員の權利であります。

參政權は同
時に國民の
義務なり

が、同時に又其の義務であつて、議員は召集に應じ、會議に參列する義務が有ることは嘗ても申し上げた通りであります。選舉權も亦之と同様に、同時に、選舉の義務たるもので、選舉人は誠心誠意に自分の適當と信する人に投票するの義務が有るのであります。勿論其の義務を怠つた者に對しても、別段罰則其の他の法律上の制裁を加へられては居りませぬが、制裁が無いからと言つて義務たる性質を妨げないのであります。官吏に至つては官吏が公務に従事するのは、官吏の權利たるよりは、其の義務たることの性質の方が一層強く認められて居ります。即ち官吏は義務として勤務に服しなければならぬのであります。此の服務の義務が亦同時に官吏の權利たるものであります。官吏よりも一層強く義務たる性質を認められて居るのは兵役義務でありまして、是は憲法に於ても唯義務としてのみ規定せられて居つて、其の權利たることを認められて居らぬやうであります。其の實は是も矢張同時に國民の公の權利たるものであります。重罪の刑に處せられた者は兵役に就くことを許さないのは、決して義務を免除したものではなくして、兵役に就くの權利を與

へないのでありまして、亦兵役に就くことが國民の權利であることの證據の一であります。其の外市町村公民が市町村の名譽職に就くことも其の義務たると共に又其の權利であることも勿論であります。

二 國民の義務

國民は以上述べた如き諸種の公權を有つて居る者であると共に、又國家に對して公義務を負擔して居る者であります。國民の公義務は一言を以て申せば服從義務の一に歸することが出来ます。屢申す通り臣民の國家に對する服從は決して絶對無限といふべきものでない、國家と雖も如何なる事でも勝手に臣民に命令し得べきものであると云ふのではありませぬ。併ながら國家は社會生活の安寧を維持し、國民公共の福利を進め、國家の繁榮發達を圖らねばならぬものでありますから、此等の目的の爲に必要な事柄であるならば、臣民に向つて之を命ずることが出来なければならず、又此等の目的に有害な事であれば臣民に向つて之を禁止することが出来なければならぬ。其れ

國民の公義務

等の事柄は凡て法に依つて定めらるべきもので、而して法に依つて定まつて居る範圍に於ては國家は臣民に對して命令及び強制の權力を有つて居り、臣民は之に服從するの義務が有るのであります。

國家が臣民に對して命令する所は極めて多様であつて、隨て又臣民の國家に負ふ所の義務も亦種々に之を分つことが出来ます。其の中の最も重なるものとして憲法の中に特に規定して居るものは兵役義務及納稅義務の二であります。即ち憲法第二十條には「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ兵役ノ義務ヲ有ス」と曰ひ、第二十一條には「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ納稅ノ義務ヲ有ス」と規定して居ります。是も臣民の權利に付いて述べたと同じやうに、唯臣民の義務の最も重なるものを例として示して居るに止まつて、臣民の義務が唯此の二に止まるといふ意味でないことは勿論であります。其の義務の内容に付いても憲法の規定だけでは更に分らないので、法律の規定を待つて初めて一定するのであります。

兵役及納稅の義務の外、尙臣民は國法の定むる所に從て國家に對して種々

兵役及納稅の義務

裁判に服するの義務

の義務を負うて居ります。就中重要なものは裁判に服するの義務で、吾々國民は一面に於て裁判を受くるの権利を有つて居りますが、此の権利の大切なる所以は吾々が又一面に於いて裁判に服するの義務が有るからであります。裁判の外尙各種の行政行為に警察上の命令又は禁止に對しても吾々は之に服従しなければならぬ義務を負うて居る。官吏に任せられた者、地方團體の吏員となり又は議會の議員に選ばれた者が公務に従事することは、凡て權利たると同時に又國民の大切なる公義務であることは前にも述べた通りであります。

五七四

第十講 帝國殖民地

一 殖民地の意義

本日は最後の講義といたして、殖民地の事に付いて簡単に御話をし、それで此の講義を終らうと思ひます。

十數年前までは、殖民政策といふことは、日本に於ては殆ど全く抛擲せられて居つたのでありますが、一たび臺灣を取得し、樺太の南半部を得、更に關東州租借地を譲り受け、進んで最近には遂に韓國を併合するに至つて、殖民政策は日本に於いても國家の重要な政策の一部を爲すこととなつたのであります。而して是等の殖民地に付いては其の凡ての制度が本國とは著しく異つて居るのでありますから、是に付いては特別に説明する必要があるのであります。

殖民地といふ語は、元來は唯經濟上又は政治上の意義を有つて居る語で、法律上の觀念ではありません。經濟上の觀念としての殖民地も或は廣い意味

殖民地の意義

帝國殖民地 一、殖民地の意義

五七五

に用ゐらるゝこともあり、或は狭い意味に用ゐらるゝこともあり、普通
 に學問上の語として殖民地と申すのは、國法上又は國際法上國家に隸屬して
 居る土地であつて、其の元來の住民は生來の本國人とは異つた人種に屬し、其
 の地理上の位置も本國とは隔つて居つて、而して其處へ本國から多數の移住
 民が移住して居る所を謂ふと説明することが出來ようと思ひます。即ち元
 來異種類の人種が住んで居つた所で、さうして其の土地は國法上又は國際法
 上本國の屬地であつて、それに本國から多數の人が移住して居ると云ふので
 あります。國法上の屬地と申すのは即ち本國の領土の一部分を爲して居る
 土地を謂ふので、其の完全なる領土たることに於ては本國と更に異なる所は
 無いのであるが、唯本國とは距離も距つて居り元來別の人種の間人が住んで
 居つて本國人が多數に其處に移住して居ると云ふ點に於て、普通の領土と違
 つて居るのであります。國際法上の屬地と申すのは、主として保護國及び普
 通に勢力範圍と稱して居るものを申すのであります。勢力範圍といふのは
 まだ保護國たるにも至らないが、實際上本國が勢力を有つて居る土地を謂ふ

のであります。

時としては殖民地といふ語を一層廣い意味に用ゐて、必ずしも國法上又は
 國際法上本國の屬地となつて居る所でなくとも、本國とは一向關係の無い外
 國の土地に本國人が澤山移住して居る所をも殖民地と稱することがないで
 はありませぬ。例へば日本から移住民が澤山布哇へ行つて住んで居るとい
 ふ場合に、布哇に行つて居る移民を日本の殖民と申し、布哇が日本の殖民地で
 あると申すことがないではありませんが、普通殖民地と申すのは唯本國の屬
 地となつて居る所に限るのであります。日本の普通の用語に於ても、外國に
 行く移住民は之を移民と申して殖民とは申さぬ例でありますし、況んや其の
 土地を日本の殖民地と云ふことはないであります。日本の殖民地と申せ
 ば唯朝鮮、臺灣、樺太、關東州などをのみ申すのであります。

殖民地の元來の意味はさう云ふことであります、併ながらさう云ふ意味
 に殖民地と云ふ語を解しますと、それは唯經濟上の意義として見ることに
 出来るばかりで、之を以て直に法律上の觀念とすることは出來ないと云はな

法律上の
 觀念とし
 ての殖民
 地の