ルヘカラス三分ノ一以上ノ出席過半數ノ贊成ハ唯出席議員及ヒ議長ノ認定ニ由リ定マルモノニ非ス客觀的ノ事實ナリ若シ然リトセスンハ數十人ノ議員出席スルモ猶ホ有效ノ議決ヲ爲シ得ルト謂ハサルヘカラス然レトモ是レ議會カ未タ議了セス又ハ全ク議決セサルコトヲ議長カ議決シタリトシテ送付シタル場合ト何ソ異ナル所アランヤ斯ル場合ニハ裁判官モ之ヲ審査シ得ルト云フヲ適當ナリトスヘシ

之ニ反シテ議院法ニハ法律ノ議案ハ三讀會ヲ經テ之ヲ議決スヘシ政府ヨリ提出シタル議案ハ委員ノ審査ヲ經スシテ之ヲ議決スルコトヲ得ストアリ今此規定ニ違反セル場合ニハ固ヨリ議院內部ニ於テハ之ニ對シ異議ヲ挾ムコトヲ得ヘシ然レトモ裁判官ハ之ヲ審査スルコトヲ得ス何トナレハ是レ議院ノ議決ノ效力ニ影響ナキヲ以テナリ其他議員ノ資格審査ノ如キハ之ヲ議院ノ獨立決定ニ任セタルモノト謂フヘキナリ

法律ノ實質ニ付テノ審査權ハ諸學者概ネ之ヲ否認セリ唯亞米利加ノ如キ特種ノ國ニ於テノミ審査權アリトセリ『マイエル』曰ク亞米利加ニ於テハ司法權、立法權ハ同等ノ權力トシテ竝立セリ而シテ兩者共ニ憲法制定ノ作用ノ下ニ服從セリ故ニ裁判官ハ通常ノ法律ノ實質ノ憲法ニ適合スルヤ否ヤヲ審査スルヲ得ヘシト

尙ホ『エリチック』ハ法律實質審査權ハ數多ノ立法機關ノ存スル所ニハ其機關ノ權限ハ唯客觀的ニ規定セラルルノミナラス猶ホ主觀的ニ規定セラルルモノナリ而シテ立法機關ノ主觀的ノ權限ハ其機關ハ自ラ決定スルヲ得ス一ニ憲法ノ規定セル範圍內ニ於テ立法ノ作用ヲ爲シ得ルノミ斯ル場合ニハ裁判官ハ其機關ノ權限ヲシテ適當ノ範圍內ニ止マラシムル爲メニ審査權ヲ有スヘシ是レ連邦國組織ノ場合及ヒ憲法制定機關ト通常ノ立法機關ト其組織ヲ異ニスル場合ニ生スル所ナリ之ニ反シテ通常ノ國家ニ於テハ憲法變更ヲ掌ル機關モ通常ノ法律ヲ制定スル機關モ全ク同一ナルユヘ縱令憲法ニ立法ニ關スル規定アルモ是レ唯客觀的ノ權限ノ規定タルニ過キスシテ主觀的ノ權限ノ規定ニ非ス主觀的ノ權限ノ規定ナキ場合ニハ其權限ハ立法者ノ自ラ決定スル所ニ由リテ定マルモノニシテ裁判官ハ復タ之ヲ審査スルコトヲ得ス且ツ議會ノ決議ニ依リ宣言シタルコトハ或ハ判決ノ性質ヲ含ムモノアリ或ハ證明ノ性質ヲ含ムモノアリ議員ノ資格審査ニ決定ヲ與フルハ判決ト爲ル議會カ或法律ニ協贊ヲ爲シタルトキハ是レ其法律ノ憲法ノ規定ニ違反セサルコトヲ判決シ證明スルモノナリ裁判官ハ議會ニ對シテハ上級ノ審廷ニ非ス故ニ議會ノ下シタル判決ヲ更ニ審査スルヲ得ス上級審廷ニ非サレハ一事ヲ再理スルヲ得サルナリ但シ君主ハ議會ノ決議ノ違法ナルヤ否ヤヲ審査シテ裁可ヲ與ヘサルコトヲ得ルノミ又君主カ法律ヲ裁可シ親署シタルトキハ法律ノ不法ニ非サルコトヲ證明シタルモノニシテ此証明ハ確定判決ト同一ノ性質ヲ有スルモノニシテ之ニ對シテ又審査スルヲ得スト曰ヘリ

『エリチック』ノ主觀的權限ト客觀的權限ノ差異ニ保リ審査權ノ有無ヲ判スル標準ト爲セルハ一理ナキニ非ス蓋シ主觀的權限ノ規定アル場合ニハ即チ其立法機關ノ權限ヲ定メタルモノナルユヘ其權限ヲ超エテハ復タ所謂立法行爲ナルモノ存スルコトナシト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ但シ『エリチック』ハ主觀的權限ノ規定アル場合ニハ機關カ自ラ其權限ノ範圍ヲ決定スルヲ得サルユヘ裁判官ハ之カ範圍ヲ決定スルヲ得ルト云ヘルモ吾人ノ考フル所ニ據レハ立法機關ト雖モ其主觀的權限ノ範圍外ニ於テ立法作用ヲ爲スヲ得ス即チ立法スルノ權限ナキナリ權限外ノ行爲ハ國家機關ノ行爲ト看ルヘカラス從テ國家ノ意思ハ存在セサルナリ裁判官ハ國家意思發表タル法律ハ之ヲ適用セサルヘカラサルモ國家意思ニ非サルモノハ之ヲ適用スルヲ得サルナリ故ニ權限外ノ行爲ナルヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得ヘシト信ス客觀的權限ノ規定ノ場合ニハ固ヨリ『エリネック』ノ言フカ如ク其權限ノ範圍ヲ決定スルコトヲ任セタルモノト謂フヘキナリ即チ如何ナル事ハ如何ナル形式ニテ規定シ得ルヤハ立法機關カ自ラ解釋シ自ラ適用スルコトヲ初ヨリ許サレタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ裁判官ハ復タ其適法不適法ヲ審査スルヲ得サルナリ故ニ『エリネック』ノ客觀的ト主觀的トニ分チテ審査權ヲ異ニスルハ決シテ理由ナキニ非サルナリ

然レトモ吾人ノ考フル所ニ據レハ『エリチック』ノ所謂客觀的ノ規定ノ場合ト雖モ決シテ絶對ニ審査ノ權ナシト謂フヘカラスト信ス而シテ是レ唯リ數多ノ立法機關ノ存在スル國ニ付テノミ然ルニ非ス通常ノ君主國ニ於テモ亦異ナルコトナシトス

蓋シ憲法ノ規定ニ唯立法機關ニ對スル規定ヲ爲セルモノアリ例ヘハ憲法第二十七條第二項ニ『公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル』トアリ此規定ニ依レハ法律ヲ以テ所有權ヲ處分スルコトヲ規定スルニハ必ス公益ノ爲メ必要ナル場合ニ限ルナリ故ニ所有權ヲ處分スルコトハ全ク立法機關ノ自由ニ任スヘカラス其公益ノ爲メノ處分ナルコトヲ要ス然レトモ其公益ト否トヲ決スルモノハ立法機關ノ外ニ存スルモノナシ而シテ立法機關モ時トシテハ公益ナラサル場合例ヘハ公共ノ用ニ供スル爲メニ非スシテ唯單ニ國家ノ收益ヲ增ス等ノ爲メニ臣民ノ所有權ニ付キ處分ヲ爲スコトアルヘシ斯ルコトハ憲法ノ規定ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス即チ法律ノ實質カ憲法ニ反スル場合ナリ此場合ニ於テ裁判官ハ其法律ノ實質カ憲法ニ違反スルヲ口實トシテ此法律ヲ適用セサルヲ得サルナリ何トナレハ此第二十七條第二項ノ規定ハ唯立法者ニ對スルノ規定ニシテ一般ニ對スルノ規定ニ非サレハナリ

尙ホ憲法第二十八條ノ信敎自由ノ規定ノ如キモ亦然リ安寧秩序ヲ妨クル爲メニ非ス又一般臣民ニ義務ヲ科スル爲メニ非スシテ唯信敎ノ自由ヲ妨害スル規定ヲ法律ニテ定メタルトキハ固ヨリ臣民ノ信敎自由權ヲ侵シ憲法ノ規定ニ反スルノ法律タルヘシ然レトモ之カ爲メニ其法律ハ決シテ無効ノ法律ニ非ス從テ裁判官ハ又之ヲ審査シテ其適用ヲ拒ムヲ得サルナリ

之ニ反シテ憲法ニ一般ニ對スル規定アリ即チ立法機關ニ對シ訓令的ノ規定ヲ設ケタルニ非スシテ唯一般ニ對スル規定ヲ設ケタルモノニ對シテハ裁判官ハ法律カ此憲法ノ規定ニ違反セサルヤ否ヤヲ審査スルヲ要ス蓋シ憲法法典ノ規定ハ種種ノ種類ヨリ成立ツモノニテ唯立法者ニ對スル規定ノミナラス猶ホ各一箇人又ハ諸種ノ國家機關ニ對スルノ規定アリ斯ル憲法法典ノ規定ト通常ノ法律ト差異アルトキハ憲法ノ條規ニ從ハサル可ラス憲法法典ノ條規ハ一定ノ議案提出ト一定ノ議決方法ニ依ルニ非サレハ之ヲ變更スルヲ得サル事ハ憲法法典ニ憲法條項變更ノ手續ヲ規定セルニ據リテ明カナリトス故ニ憲法法典ノ條項ハ通常ノ法律ニテ變更スルヲ得サルナリ變更スルヲ得サルトキハ憲法法典ト通常ノ法律ト予盾スル時ハ後法ハ前法ヲ變更スル效力ヲ有ストノ解釋原則ニ從フヲ得ス憲法法典ノ條項ハ他ノ法律ニ如何ナル規定アルモ依然トシテ其効力ヲ保有スヘシ故ニ裁判官ハ法ヲ適用スルニ當リ此憲法ノ條項ヲ遵守セサルヘカラス從テ裁判官ハ或法律ノ規定セル實質ノ憲法ノ條規ニ違反セサルヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス例ヘハ憲法第五十二條ニ兩議院ノ議員ハ議院ニ於ケル意見及ヒ表決ニ付キ院外ニ於テ責ヲ負フ事ナシトアリ是レ刑法ノ一般ノ規定ニ對シ例外ノ規定ヲ設ケタルナリ今刑法ヲ改正シテ議院ノ議員ニ對シテモ特權ヲ與ヘサル事ニ爲シタリトセヨ是レ即チ憲法ト予盾スルノ規定ナリ此時ニ當リ裁判官ハ議院ノ議員ニ對シテハ一般ノ刑法ニ從ヒ處罰スルコトヲ得ス必ス憲法ノ規定ニ從ハサルヘカラス何トナレハ此憲法ノ規定ハ當ニ立法機關ノ作用ニ對スルノ規定ノミニ非スシテ議員ノ特權ヲ規定シ裁判ノ標準ノ規定ナルヲ以テ裁判官モ之ヲ遵奉セサルヘカラサルヲ以テナリ故ニ此場合ニハ裁判官ハ法律ノ實質カ憲法ニ違反セサルヤ否ヤヲ審査スルヲ得ルナリ又審査セサルヘカラサルナリ

故ニ法律ノ實質モ一概ニ之ヲ審査スルヲ得スト謂フヲ得ス法律ノ實質カ憲法ノ規定ノ如何ナル種類ニ關係スルヤヲ審査シテ其適用ヲ完全ニセサルヘカラサルナリ(法志、二六)

○裁判官ハ法律命令ノ憲法ニ違反セルヲ理由トシテ之ヲ適用スルコトヲ拒ミ得ルヤ

積極主論者法學博士　井　上　密君

私ハ積極論ヲ主張スル者デアリマス今日ハモー日モ暮レ寒氣モ増々強クナリマシタ故私ハ極メテ簡單ニ陳ベル積リテアリマス併シ諸君ノ御議論ヲ段々ト拜聽シマスルニ論者諸君ハ此討論問題ヲ色々ニ解釋セラレテ居リマスノミナラス中ニハ誤解セラレタ御方モ見ヘル樣デアリマスル故、私ハ

第一ニ問題ノ意味ヲ定メ此問題ハドー云フ意味ノ問題ニシテ如何ナル場合ニ於テ起ル所ノモノナルヤヲ述ベ

第二ニ我積極論ニ對スル反對論者ノ有力ニシテ且鋭キモノヲ駁撃シ

第三ニ我黨カ積極論ヲ主張スル理由ヲ述ベテ辯明ヲ終ハラウト思ヒマス

第一先ツ此問題ノ意味ハ如何ナルモノデアルヤト云フコトヲ陳ベマス

本日ノ討論問題ヲ見ルニ裁判官ハ法律命令カ憲法違反ナリトノ理由ヲ以テ其適用ヲ拒ムコトヲ得ルヤト書テアリマス、法律命令カ憲法ニ反違シテヲルコトカ法律上明ニ確定シテ居リマスル場合ニハ此法律命令ハ其實眞正ノ法律命令デアリマセヌ、故ニ裁判官ハ其適用ヲ拒ミ得ルコトハ明瞭ニシテ一點ノ疑モアリマセヌ、

反對論者モ亦同意セラルヽ所デアリマス、之ニ反シ法律命令ガ憲法ニ違反セヌコトガ法律上明ニ確定シテ居リマスル場合ニハ裁判官ハ之ニ從フヘキハ勿論ノコトニシテ其適用ヲ拒ムノ權ナキコトハ明瞭デアリマス、此ノ如ク法律命令ガ憲法ニ違反シテ居ルト云フコトカ又ハ其反對ニ違反シテ居ラヌト云フコトガ法律上對絶的ニ確定シテ居ル塲合ニハ之ニ對スル決定ハ明瞭ニシテ我黨ノ論者モ反對論者モ同説ナノデアリマス、歐羅巴ノ學者カ法律命令ニ對スル裁判官ノ審査權ト云フテヤカマシク議論スルノモ以上ノ如キ塲合デハアリマセヌ、積極論者ト消極論者トノ議論ノ分ルヽ所歐羅巴學者ノヤカマシク議論セラルヽ所ハ以上ノ如ク法律上絶對的ニ確定シ居ラザル時ニ於テ裁判官カ其法律命令カ憲法ニ違反シ居ルト云フ考ヲ起ツタル時即チ或裁判官カ或法律命令ヲ以テ憲法ニ違反セリト思ヒタル塲合ニ於テハ其裁判官ハ自己ノ解釋ヲ以テ之ヲ憲法違反ナリト解釋シ其結果トシテ其法律命令ノ適用ヲ拒ミ得ルヤ否ヤト云フ點ニ在リマス、夫故今日ノ討論問題トシテ茲ニ書テアリマスル裁判官ハ法律命令カ憲法違反ナリトノ理由ヲ以テ其適用ヲ拒ムコトヲ得ルヤト云フ問題ノ意味ハ或法律命令ガ憲法違反デアルトカ又ハ違反デナイトカ法律上絶對的ニ確定シテ居ラヌ時ニ當リ裁判官ガ其法律命令チ憲法違反ナリト思慮シタルトキハ其適用ヲ拒ミ得ルヤ否ヤト云フコトデアリマス、法律命令カ憲法ニ違反シテ居ルト云フコトカ又ハ違反シテ居ラヌト云フコトガ絶對的ニ確定シテ居ル時ニ裁判官ハ其適用ヲ拒ミ得ルヤ否ヤト云フ問題デハアリマセヌ、

是レデ第一ノ問題ノ解釋ガスミマシタ故

第二ニ移リ反對論中ノ重ナルモノニ對シテ辯駁ヲ致ソート思ヒマス、

反對論者ノ先鋒トシテアラハレタル仁保君ハ裁判官ノ審査權ヲ形式上ト實質上トニ分チ裁判官ハ法律命令ガ形式上憲法ニ違反シテ居リ塲合ニハ之ヲ審査シテ其適用ヲ拒ムコトヲ得レトモ實質上ニ於テ牴觸違反シテ居リマスル塲合ニハ裁判官ハ之ヲ審査シ其適用ヲ拒ムコトハ出來ヌト申サレマシタ、併シドー云フノガ形式上ノ牴觸デドー云フノガ實質上ノ牴觸デアルカト云フコトハ御説明ニナリマセンデシタ、私ノ考ヘマスル所ニ依レハ國務大臣ノ副署ナクシテ法律命令ヲ發布シタノヤ帝國議會ノ協賛ヲ經スシテ法律ヲ發布シタ樣ノコトハ形式上ノ違反デアリ、憲法デ天皇ハ神

聖ニシテ侵スベカラズトアルノニ法律若クハ命令ヲ以テ侵スコトノアル場合ヲ規定スルガ如キハ、實質上ノ憲法違反ダロート思ヒマス歐羅巴ノ學者モ形式上ノ憲法違反及實質上ノ憲法違反ト云フ事柄ニ付テハ通常此云フ考ナノデアリマセウ、仁保君モ之ニハ御同意セラルデアロート思ヒマス、法律命令ガ國家ノ目的ニ適合セヌトカ政治ノ方針ト一致セヌト云フカ如キコトヲ以テ實質上ノ憲法違反トハセヌコト勿論デアリマセウ、然ラハ何故ニ裁判官ハ形式上ノ審査權ハアルナレドモ實質上ノ審査權ハナイノデアリマスカ、我國法中何處ニ實質上ノ審査ダケハ許サヌト云フ取除カアリマスカ、既ニ反對論者ノ如ク裁判官ニ形式上ノ審査權アリト云フコトヲ許ス以上ハ國法上明文ヲ以テ實質上ノ審査權ハ與ヘズト云フ取除アラザル限リハ論理ノ當然ノ結果トシテ實質上ノ審査權アリト云ハネバナリマセヌ、論者ハ裁判官ニハ形式上ノ審査權ハ有ルガ何故ニ實質上ノ審査權ハナイカト申スコトノ理由ヲ御説明ニナリマセヌ、獨逸ノ國家法ノ著書中ニハマヽ此理由ヲ説明シテアリマスケレドモ盡ク政治論若クハ立法論デアリマシテ實質上ノ審査權ヲ許ストキハ甚タ下都合ナ結果ヲ生スルト云フコトヲ主張スルニ止マリ法理上ノ議論デハアリマセヌ、反對論者ガ形式上ノ審査權ハアルモ實質上ノ審査權ハナイト云フ理由ヲ説明セヌノハ法理上説明スルコトガ出來ナイカラデアロート思ヒマス、尤モ普魯亞ノ國家法ヲ説ク者ガ裁判官ノ審査權ハ形式上ニ止マリテ實質上ニ迄及バズト申シマスガ然シ是ハ普魯亞ノ憲法中ニ凡テ適法ノ公布式ニ依リテ公布セラレタ法律命令ハ遵奉ノ義務ヲ有スルモノナリ、命令ノ有効無効ハ議院獨リ之レガ審査權ヲ有スト云フ明文アリテ裁判官ノ審査權ヲ憲法ノ明文ヲ以テ形式上ノ點ニ制限シタルガ故デアリマス、普魯亞ニ於テ裁判官ノ審査權ハ形式上ニ止マルト云フ論者モ此明文ナキトキハ當然實質上ニ迄及ブモノナリト致シマス、只此憲法ノ明文アリテ其審査權ヲ形式ノ點ニ於テクイトメ、ソレヨリ先ヘ進ムベカラズトセシガ故ニ形式上ニノミ止マルト云フノデアリマス、此ノ如キ明文ナキ我憲法上ノ議論トシテ普魯亞ノ例ヲ引クハ誤リデアリマス、此等ノ例ハ我積極論ヲ撃ツ所ノ鋒ニアラズシテ寧ロ我黨ノ議論ガ正確ナルコトヲ證明スル所ノ材料トナル者デアリマス、要スルニ裁判官ノ審査權ハ形式上ニノミ限ルト申ス議論ヲ主張セラル、御方ハ政治上ノ理由ヨリ發シタル議論ヲ大ニ尊重セラレタルトモ一ハ普魯亞等ノ如キ國ニ於テ其審査權ヲ形式ニ止ドメタルヲ見テ主張セラル、ノデアロート思ヒマス、政治上ノ理由デ法理ヲ破ルコトハ出來マセヌ、普魯亞ノ例ハ我國ニハ當テハマリマセヌ、夫故前ノ樣ナ議論ハ正當ナモノデハアリマセヌ、加之ノミナラス本日ノ討論題ハ裁判官ハ法律命令ガ憲法違反ナリトスルトキハ之ヲ理由トシテ其適用ヲ拒ミ得ルヤト書テアリマシテ形式上違反ナリトシタ場合モ實質上違反ナリトシタ場合モ含ミテ居リマス、然ルニ仁保君ハ裁判官ノ形式上ノ審査權ヲ認メ形式上違反ナリトナシタルトキハ其適用ヲ拒ムノ權アリトナスヲ以テ形式上ノ審査權ニ關シテハ我積極論ニ贊成シタルモノデアリマス、

仁保君ノ後ニ反對論者カ出ラレテ色々巧ニ御辯明ニナリマシタケレドモ有力ナ御議論ト思フモノハナカツタ樣デアリマス、唯最後ニ憲法第三條ノ明文ヲ根據トナシ天皇ハ神聖ナリ、神聖ナルカ故ニ不法ノ行爲ナシ天皇ノ行爲ハ盡ク憲法ニ適合スルモノナリ、天皇ニ憲法違反ノ行爲ナシ、故ニ天皇カ憲法ニ適合セル法律命令ナリトシテ發シタルモノハ裁判官之ヲ憲法違反トナスコト能ハス、即チ裁判官ニハ之ヲ審査スル權ナシト云フ樣ナ論旨ヲ以テ裁判官ニ審査權ナキコトヲ主張セラレタ御方カアリマシタガ此ノ如キ議論ハ其基礎ニ於テ誤リテ居ルト思ヒマス、天皇ハ神聖ナト云フコトハ天皇ニ不法行爲ナシ、天皇ノ行爲ハ盡ク皆適法ナリト云フ意味デハアリマセヌ、天皇ハ侵スコトノ出來ヌモノナリ制裁ヲ加ヘルコトノ出來ヌモノナリト云フコトデアリマス、成ル程英國ニハ天皇惡ヲナスコト能ハスト云フ明文カアリマスカ我國及歐羅巴大陸ノ憲法中ニ斯樣ナ明文ヲ見マセヌ、多クハ天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラストアルカ又ハ單ニ天皇ハ侵スヘカラストアリマス、ソコデ學者カドー云フ風ニ斯樣ナ條文ヲ解釋スルカト云フニ神聖ト云フ文字ハ其始メ宗敎上ヨリ來リシモノナレトモ法律上ヨリ云フトキハ神聖トハ侵スコトノ出來ヌト云フ意味デアル、侵スコトカ出來ヌ故ニ神聖デアルノダト解釋致シマヌ此ハ最モ適當ナ解釋テアルト思ヒマス、若シ反對論者ノ如ク天皇ニ不法ノ行爲ナシ、憲法違反ノ行爲絕對的ニアルコトナシト云フ論ヲ採リマスルトキハ天皇カ帝國議會ノ協贊ナクシテ法律ヲ裁可シ公布セシメタルトキモ此ハ憲法違反ヌ行爲デナイト云ヘネハナリマセヌ、天皇カ憲法第八條ノ法律ニ代ルヘキ勅命ヲ發スル規定ニ依ズシテ濫リニ或法律ヲ廢スルコトノ勅命ヲ出スモ憲法違反ニアラズト云ハナケレハナラヌ樣ナ結果ヲ生スルヤウニナリマス、又反對論者ノ御議論ヲ正當ナリト致シマスルトキハ憲法ニ於テ天皇ハ此憲法ノ條規ニ依リ統治權ヲ行フト云フコトヲ書ク必要モナクナリ、立法權ハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ之ヲ行フト云フ樣ナコトヲ一々書ク必要モナクナリマス、始ヨリ天皇ニ不法ノ行爲ナシト絕對的ニキメテ國會ノ協贊ナクシテ法律ヲ發スルモ憲法違反ニアラス、勅命ヲ以テ濫ニ法律ヲ廢スルモ適法ナリト云フトキハ憲法ヲ制定シ天皇ハ此憲法ノ條規ニ依リ統治權ヲ行フト云フ明文ヲ上ケ天皇カ統治權ヲ行フ形式ヲ定メタル理由全ク消滅致シマス、斯樣ナ御議論ハ君主專政國ノ法理ヲ以テ立憲國ノ法理ヲ解カントスルモノデアリマス、或人ハ天皇ニ二資格アリト云フ主義ヲ採リマシテ天皇ガ憲法ニ違反スル行爲ヲナスベキハ天皇ニアラスシテ一私人ノ資格ニ於ケル行爲デアル、天皇ノ位ニ在ル人カ憲法上合法ノ行爲ヲナス時ノミガ天皇デアリト申シ升、此ノ如ク憲法ノ條規ニ適合シテ行爲ヲナストキカ天皇デアルト申シマスナレハ天皇ニ不法行爲ナシト云フ議論ハ正當ナルモノデアリマス、何ゼト云フニ憲法ニ合スル行爲ヲナストキガ天皇ニシテ不法行爲ヲナストキハ天皇ノ資格ニアラズト云フ論デアリマスカラ不法行爲ヲナストキハイツテモ一私人ニシテ天皇ト云フトキハイツデモ合法ノ行爲ヲナストキノミヲ指シマスル故天皇トシテ不法

行爲ヲナス場合ガアリマセヌ、反對論者カ天皇ニ不法行爲ナシト云フハ恐クハ斯樣ナ議論ヲ誤解セラレタノカ又ハ天皇ハ神聖ナリト云フ意味ヲ誤解セラレタノテハナイカト思ヒマス、要スルニ天皇ニ不法行爲ナシト云フヲ理由トセラル、議論ハ其基礎ニ於テ誤リアリマスル故其論結モ亦誤テヲルモノト信ジマス、

私ハ以上ニ於テ反對論ノ重ナルモノニ對シテ聊辯駁ヲ試ミマシタ故是ヨリ、以下第三ニ移リ私カ積極論ヲ採ル理由ヲ陳ベヤウト思ヒマス、

私ハ裁判官ハ法律命令カ形式上及實質上ニ憲法違反デアルカナイカヲ審査スル權ヲ持テ居ルモノデアルカラ法律命令カ憲法ニ違反スルト考ヘタルトキハ其適用ヲ拒ムコトガ出來ル、只ニ拒ムコトガ出來ルノミナラズコバマナケレハナラヌト考ヘマス、何ゼト云ニ裁判官ハ法律命令ヲ適用スルノ義務ヲ有スルモノデアリマシテ法律命令デナイモノヲ法律命令ナリトシテ適用シテハナリマセヌ、而シテ其法律命令ハ統治權ノ作用デアリマス、統治權ノ作用ハ憲法第四條ニ依リ憲法ノ條規ニ依リテ行フベキモノデアリマシテ憲法ノ條規ニ依ラヌモノハ統治權ノ作用デアリマセヌ、即チ憲法ノ條規ニ依テ又法律命令ハ統治權ノ作用デアリマセヌ詞ヲ換ヘテ申セハ憲法ニ違反シタル法律命令ハ憲法上ノ法律命令デアリマセヌ、法律命令デナキカ故ニ裁判官ハ適用ヲ拒ムコトガ出來ルノミナラス適用ヲコハマナケレハナラヌノデアリマス、要スルニ裁判官ニ形式上及實質上ノ審査權アリト致シマスルトキハ其審査ノ結果トシテ或法律命令カ憲法ニ違反セリト考ヘタトキニハ適用ヲ拒ムコトカ出來ルノミナラス拒バネバナラヌコトガ明デアリマス、夫故本日ノ討論問題ハツマル所裁判官ニ此審査權アルヤ否ヤト云フ論點ニ歸スルノデアリマス、私ハ今ヨリ簡單ニ此審査權アリト云フコトヲ證明致シマセウ、

裁判官ニ此審査權アリト云フコトハ我憲法第五十七條ニ認ムル裁判官ノ獨立ト云フコトヨリ出ラ來マス、憲法第五十七條ニハ司法權ハ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フト書テアリマス、此法律ニ依リ裁判所之ヲ行フト云フ意味ハ裁判所ノ適用スルモノハ法律ノミナリト云フ意味ニアラス、又訴訟法ハ法律ナラザルベカラスト云フカ如キ淡白ナル意味ニアラス、何ゼト云フニ司法權ハ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フト云フコトハ裁判所ノ司法權ヲ行フ行爲ハ法律ニ依リテ規定ズヘキモノナリ、勅命等ニテ規定セスド云フコトニシテ之ヲ訴訟法ハ法律ナリト云フガ如ク特定ノ挾キ事柄ニ限ルヘキ理由ナク憲法モ亦司法權ヲ行フ裁判所ノ行爲ハ法律ヲ以テ規定スト云フ弘キ意味ニ書キ少シモ訴訟法ハ法律ナリト云フ狹隘ナル意味ニ書テアリマセンカラデアリマス、私ハ憲法第五十七條ヲ此ノ如ク裁判官カ司法權ヲ行フ行爲ハ法律以外ノモノデ規定シテハナラヌ、其行爲ヲ規定スルモノハ法律ナリ、從テ法律ニアラサレハ其司法權ヲ行フ行爲ハ制限スルコトカ出來ヌモノト解釋致シマス、而シテ法律ヲ以テ規定スト云フコトハ必シモ盡ク直接ニ法律デ規定セテハナラヌト云

フコトデアリマセヌ、恰モ審問處罰ヤ法律ヲ以テ規定スヘシトアルモ法律ノ委托ニ由リ勅命ヲ以テ規定シタルモノモ尚法律ヲ以テ規定シタモノトノミナスコトカ出來ルト同シク法律ノ委托アルトキハ勅命等ニテ規定スルコトガ出來マス、此ノ如ク勅命ニ委托シタ場合ハ裁判所構成法ヲ見マスルトキハ其實際ノ例ガアリマス、故ニ委シク申シマストキハ第五十七條ノ意味ハ裁判官ノ司法權ヲ行フ行爲ハ法律若クハ法律ノ委托ニ依ル命令ニアラサレハ規定シ制限スルコトガ出來ヌト云フコトダロートト思ヒマス、裡面カヲ申セハナミ々ノ勅命カラ國務大臣ノ命令等デ裁判官カ司法權ヲ行フ行爲ハ規定シ制限出來ヌト申スコトデアリマス、私ハ裁判官ノ獨立ト云フコトヲ斯樣ナ意味デ申シヤス、而シテ其司法權ネ行フノ行爲トハ如何ナルモノデアルカト云フニ先シ何ニガ遵率ノ效力アル法律命令デアルカト云フコトヲ定メ之レガ定マリタルトキハ之ヲ訴訟ノ事實ニ照シ判決ヲ與フルコトデアリマス、裁判官ハ他人ガ或モノヲ以テ遵奉スベキ法律命令ナリト云フトキハ一々其人ノ言ニ從ヒ之ヲ標準トシテ判決ヲナスモノデハアリマセヌ、自己ノ意見ヲ以テ判決ヲ下ス前ニ必ス決スベキモノデアリマス、此ノ如ク法律命令ヲ審査スルノト及ヒ判決ヲ與フル等ノ行爲ハ司法權ヲ行フ行爲デアリマス、既ニ法律命令ノ審査及判決等ヲ以テ司法權チ行フノ行爲トナストキハ前ニ述ヘムシタ通リ司法權ヲ行フノ行爲ハ法律又ハ法律ノ委托ニ依ル命令デナケレハ制限出來ヌモノデアリマス故法律命令ノ審査權モ判決モ法律若クハ法律ノ委託ニ依ル命令デナケレハ制限出來マセヌ、天皇ノ命令モ國務大臣ノ命令モ此點ニ關シテハ裁判官ニ遵奉スルノ義務ナキモノデアリマス、而シテ我國法ハ何處ニモ法律若クハ法律ノ委托ニ依ル命令ヲ以テ裁判官ノ審査權ヲ制限シタル所ガアリマセヌ、故ニ私ハ我國ノ裁判官ハ律命法令ニ對シヲ形式上及實質上ノ審査權チ有スルモノデアルト斷定致シマス、裁判官ニハ此ノ如キ審査權カアリマス故法律命令カ憲法違反ナリト考ヘタルトキハ其適用ヲ拒ムベキモノデアリ且ツ拒ミ得ベキモノデアルト信ジマス、

私ハ頗ル簡單ニ申シ述ベマシタノミナラス陳述ノ仕方ガ十分デアリマセンデシタカラ私ノ論旨ガ御ワカリニナラヌ御方モアリマセウガ十分御考ヘ下サレ御贊成アランコトヲ希望致シマス、

消極主論者法學博士　織田　萬君

是レマテ双方ノ論者ガ互ニ勇氣ヲ鼓シテ苦戰セラレマシタガ要スルニ反對論者ノ議論ト云フモノハ實ニ錯雜ナル不順序ナル議論、言ツテ見レハホンノ俗論デアル、或ハ法律ノ眼光ヲ有タヌニ明々白々タル條文ヲ曲解シ或ハ政治論ヲ擔ギ出シ法學者ノ議論トシテハ我輩一文ノ價値ノナイ議論ト思ヒマス、唯積極主論者ハサスガハ憲法ヲ專門ニ研究サレテ居ルヲ方デアリマス、其主論者ノ御議論ハ實ニ感服致スコトテ御坐イマスガ、第一ニ主論者ハ問題ノ意味カラシテ御解釋ニナツタノハ我輩モ實ニ同感テアリマス、此問題ト云フモノハ法律命令ガ憲法ニ違反デアルカナイカト云

フコトノ分ラヌ中ノ話デアル、裁判官ガ自分一個ノ考デ以テ此法律命令ガ憲法ニ違反ノ疑ガアルカラシテコイツハ適用シナイデモ宜イモノデアルカ又ハコイツハ適用スベキモノデアラウカト云フ違憲ノ事ガ未ゲ極マラヌ中ノ論デアル、違憲ト云フコトガ極マツタ以上ハ何ニモ斯ウ云フ問題ノ起ル必要ハナイ、違憲ノ法律命令ト云フコトガ相當ノ手續ヲ以テ定メラレタ以上ハ既ニ法律命令デナイノデアル、ダカラシテ斯ウ云フ問題ハ起ラナイ、唯違憲ト云フコトノ分ラヌ中ニ裁判官一個ノ考デ其法律命令ヲ絶對的ニ適用セヌデモ宜イカト云フ一ノ問題デアリマス、ソレヲ分ケニナツタノハ反對主論者ハ實ニ法律家ノ目ヲ以テ問題ヲ御覽ニナツタ所ト思ヒマス、併シ御議論ヲ段々窺ツテ見ルニ憲法違反ト云フコトガ既ニ極ツテ仕舞ツタ後ノヤウニ思ハレマス、憲法違反ト定マツテ居ル法律命令ト云フモノハ一向適用セヌデ宜イ、裁判官ノ職務ハ正當ヲ法謂ヲ適用スルモノデアルカラシテ其憲法違反即チ不法ノ法律命令ハ總テ適用セヌデ宜イト云フヤウナ御議論ノヤウニ見エマス、是レハ全體反對論者ガ違憲審判ト云フコト、法律命令ノ適用ト云フコト、チ始終混同シテ居ラル、カラ此ノ如キ謬ガ起ルノデアリマス、其他色々細節ニ渉ツテ擘ツ所モアリマスガ私ノ議論ヲ述ベテ行クニ從ツテ其誤謬ノ處ガ分カルダラウト思フカラシテ先ツ大體カラ反對主論者ガ間違ツテ居ルト云フコトヲ陳ベテ置イテ、ソレカラ私ガ建設的ノ議論ヲ言ツテ旁々反對論ヲ破ラウ思ヒマス、

第一ニ憲法違反ト云フコトデス、違憲ト云フ意味ニ就テハ我黨ノ論者モ反對論者モ形式的違憲ト云フコトト實質的違憲ト云フ事トヲ分ケラレタガ是ハ尤モナル事ト思ヒマス、ソレデ本問題デハドチラデアルカ、形式的ノ違憲ヲ意味シタモノデアルカ、實質的ノ違憲ヲ意味シタモノデアルカ、或ハ雙方共ニ含ンダモノデアルカ問題ニハ唯漠然ト書イテアルガ私ハ形式的違憲ノ論外ト思ヒマス、法律命令ガ憲法上ノ形式ヲ欠イテ居ルトキハ既ニ其レヲ適用スルカ、シナイカト云フ議論ハ始メカラ起ラヌモノデアル、何故ナレバ法律命令ノ形式ト云フモノハドウ云フモノデアリマセウ、其普通ノ形式ト云フモノハ第一ニ天皇ノ御裁可デアル、ソレカラ國務大臣ノ副署ソレカラ相當ノ公布此レガ法律命令ニ普通ノ手續デアル、唯其異ナル所ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルト云フコテ此レガ法律ニ特別ナル所デアル、要スルニ是等ノ形式ヲ欠テ或ハ法律ニ帝國議會ノ協賛ガナイトカ或ハ命令ニ國務大臣ノ副署ガナイトカ云フモノガ官報ニ出テモ法律デモナイ命令デモナイ、カヤウ云ツタナラバ或ハ疑ヲ懷キニナル諸君ガアルカモ知レヌガソレナラバ天皇ノ裁可ノナイ法律命令ガ出タトシテ御覽ナサイ、其法律命令ハ臣民ニ遵奉ノ義務テアリマシヤウカ、總テ形式ト云フモノハ國法上必要ナモノデ相當ノ形式ヲ經ナケレバ法律デアルヤラ命令デアルヤラ臣民ハ之ヲ知ルコトガ出來ヌ、ソンナ物ガ官報ニ載ツテモ偶々官報ノ主任ガ誤ツテ反故ヲ出シタノデアル、國務太臣ノ副署ノナイモノデモ命令ハ命令ダナド、云フヤウナ議論ヲ我尊敬スル所ノ大學敎

授ノ御一人ニモ主張ナサル、御方モアリマスガ併シ故ラニ私ガ其議論ヲ此席デ辯ツ必要モ御坐イマセヌ、兎モ角モ形式的ノ違憲ハ論外デアルト云フガ諸君ノ心ニ徹スレバソレデヨイノデアリマス唯實質的違憲即チ憲法上ノ相當ノ形式ヲ備ヘテ出タ所ノ法律命令ガ其規定シタル事柄ニ於テ憲法違反ノ疑ガナイカト云フ場合……其場合ニ裁判官ハソレヲ適用スルコトヲ拒ムコトヲ得ルヤ否ヤト斯フ云フ意味ニ此問題ヲ解スル積リデアリマス、反對論者ハ形式的違憲ニ於テハ審査權ガアルト云フコトヲ申サレマシタ、又我黨ノ論者ニモ或ハ左樣ナ議論ガアツタカト思ヒマスガ私ノ樣ニ形式的違憲ノ場合ハ問題外デアルトシナイ時ハ成程此一點ニ於テノミハ少クトモ反對論ガ立ツト云ツテモ宜シウ御坐イマス、併シ法律上カラ言ツテ見レバ形式的違憲ノ場合ハ裁判官ニ審査權ノ有無ヲ論ズルマデモナイノデス、ソレデ實質的違憲……此場合ニハ裁判官ガ適用ヲ拒ムノ權ガアルカドウカト云フニ第一、裁判官ノ權限ハドウ云フモノデアルカ第二、憲法上若シ裁判官ニ審判ノ權ガナイ以上ハ其權限ハ何人ニ歸スルカ、此二ノ點ヲ研究スレバ本問題ハ明ニ解釋ガ着クダラウト思ヒ升、裁判官ノ權限……此裁判官ノ權限ト云フ事ヲ委シク論ジマスレバ統治上ノ三大權ノ事カラ論シテ行カナケレバナリマセヌ、ケレドモサウ云フコトハ諸君ノ千萬御承知ノ事ト思ヒマスカラ別段ニ陳ベナイデ、進ンデ我憲法上裁判定ノ權限ハドウ云フ工合ニナツテ居ルカト云フコトヲ見レバ善イダロウート思フ、憲法第五十七條即チ諸君ガ度々御引キニナツタ條文ニ「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」トアリマス、是ハ先ツ憲法ニ出テ居ル所ノ裁判所ノ職權デアリマス、此ニ聊カ一言シテ置キタイノハ此法律ニ依リト云フコトデアリマス、反對論者ハ唯其ノ裁判官ノ依ル所ノ準則ハ法律ノミデアル法律ヨリ他ニ裁判官ノ觀ル所デナイト云フヤウナ解釋ノヤウニ聽ヘヤシタ、且其法律ト云フ内ニハ反對論者ハ往々憲法モ含ンタモノダト云フ論カアツタヤウニ思ヒマス、併シナカラ憲法ニ法律ト書イタモノハサウ漠然タルモノデハ御坐イマセヌ、法律ト云ヘバ帝國議會ノ協賛ヲ經テ天皇ノ裁可アツテ發布スル國家ノ意思デアル、廣イ意味ノ法律ニハ憲法トカ或ハ行政命令トカモ含ンデ居リマシウケレトモ國法上ノ語デ法律ト云フトキハ一定ノ形式ヲ備ヒタ所ノ規則デアル、サウシテ見ルト憲法モ同シク法律デアルカラシテ裁判官ハ憲法モ遵奉シナケレハナラヌト云フヤウナコトハ此憲法ノ條文ヲ解釋トシテハ立タヌト思ハレマス、又ソウナルト行政命令ト云フモノモ此内ニ這入ツテ來ナイ、反對論者ハ法律ニ依リト謂フコトガアルカラシテ、裁判官ハ法律命令ヲ唯一ノ標準トスルト言ハレマシタガ一向精確ナ議論ト思ハレマセヌ、ソレ故私ノ議論ハ敵ニ兵法ヲ授ケテヤル樣ナ工合モアリマスカ、憲法第五十七條ヲ盾ニ取ラウト思フナラハ反對論者ハ少クトモ我黨ノ或ル論者カ言ハレタヤウニ法律ニ依リト謂フコトハ裁判ノ手續ヲ定メタ法ニ依リト謂フ意ニ解シナケレハ反對論ハ少シモ立チマセヌ、文法上ノ解釋カラスルモ「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」トアルカラニ

ハ行フト謂フハ働詞テ法律ニ依リト謂ハ其働詞ノ意味ヲ「モヂファイ」シク語テアッテ司法權ノ行ハレテ行ク方法ヲ示シタモノテアル、即チ其方法ハ刑事訴訟法或ハ民事訴訟法ト云フモノニ極メテアル、其法律ニ依リ司法權ガ行ハレテ行クト謂フコトテアル、左ウテナイト、司法權ヲ行フト謂フコトカ既ニ法律ヲ適用スルト謂フコトテアルカラ故ラニ法律ニ依リト謂フコトヲ茲ニ加ヘルノ必要ハナイ、唯司法權ヲ行フコト即チ法律ヲ適用スルト謂フコトニハ之ヲドウシテヤルカ、ソレハ一定ノ訴訟手續ノ法ニ依ルト謂フコトニ解スルカ文法上モ穩當テアル……憲法義解ノ著者伊藤伯抔モ裁判官ハ法律ヲ唯一ノ標準トスルヤウナ解釋ヲ取ッテ居ラレマスケレトモ私ハ他ノ處ニ差支ガアルヤウテアリマスカラ、ソレヨリ差支ノナイヤウニ解釋ヲスルガ宜イト思ヒマス、

ソレカラシテ裁判官ノ權限ニ就テハ憲法第二十四條ニ裁判官ノ裁判テナケレハ日本臣民ハ裁判ヲ受ケズ即チ裁判ト云フ以上ハ裁判官ノ法律ノ適用ニ依ルト云フコトガアル、裁判所構成法第二條ニ通常裁判所ト云フモノハ民事刑事ヲ裁判スルモノテアルト云フヤウナコトカアル、此等モ皆裁判官ノ權職ヲ定メタモノニ相違ナイ、又法例第十七條ニ法律ノ不明不備欠缺アルヲ口實トシテ裁判ヲ爲スヲ拒絶スルコトヲ得ズトアリマスガ、此條文ハ實行力ハナイケレトモ各國普通ノ法理テアッテ之ト同樣ノ事カ明治何年カノ司法官心得ト謂フ布告カ布達カニ見エテ居リマス、要スルニ裁判官ト謂フモノハ其職權ノ性質トシテ法律命令ノ規定シテ居ル事柄ヲ實際ニ或ル格段ナル場合ニ適用シテ行クト謂フコトハ極メテ明カナコトテアリマス、且其法律規則ハ必ラス何レノ場合ニモ適用シナケレハナリマセヌ、法律ノナイ時ニモ裁判官ハ裁判シテヤラナケレハナラヌト謂フコトハ裁判官ノ義務テアル、法律ノ缺ケテ居ル時ニモ裁判ヲシテヤルト謂フト如何ニモ裁判官カ法律ヲ作ルヤウテアルケレトモソレハ左ウテナイ、若シ法律カナイカラシテ裁判シテヤラヌト謂フコトナラハ、其訴ヘタモノハドコニ持ッテ行キマスカ、若シ之ヲ立法機關又ハ行政機關ノ前ニ持ッテ行ッタトスレハ立法官又ハ行政官カ自ラ裁判ヲ下ダスコトニナル、若シ立法官行政官ハ自ラ裁判スルコトカ出來ナイカラシテ、ソレハヲレノコトテナイト拒ンダトキニハ臣民ノ權利ヲ擁保スルコトカ出來ヌヤウニナル、ダカラシテ裁判官ハドウ謂フ場合テモ裁判ヲヤッテ行カナケレハナラヌ、左ウ謂フモノテアルカラ佛蘭西ノ千七百九十一年九月十三日ノ憲法、共和三年菓月五日ノ憲法抔ニハ裁判所ハ法律ノ執行ニ反抗スルコトヲ得スト謂フコトヲ明文ニ載セタ位テアル、尤是ハ實際佛蘭西ノ歴史的ノ理由テアッテ佛蘭西ノ高等法院ト謂フモノハ非常ニ權力カ强クテ王命モト雖モ行ハレヌコトカ數々アッタ、因ッテ憲法ニ故ラニ此條文ヲ掲ケタモノテアルカ今日ハ此條文ハ憲法ニナイシ、又今日ノ我國ノ法律ニモ箇樣ナ原則ヲ載セナイ、其原則ヲナゼ載セナイカト云フニ此原則ノ必要カナイノテアル、……立法機關カ整然ト爲ッタ今日ハ斯ウイフ原則ハ既ニ其必要カナクナッタノテアル、又佛蘭西ノ民法第五條ニ裁判官ハ立法者ノ位置ニ立ツコトガ出來

ナイ即チ一般ノ原則ヲ設ケルコトハナラヌト云フコトヲ極メテアリマスガ、之モ我國ノ法律規則ノ中ニ見當ラヌ樣デアリマスガ、是モ固ヨリ司法官ノ職掌ノ素要ヲ定メタモノデアルケレトモ是亦今日ニ於テ別段法律ニ明文ヲ載セルヤウナ必要ハナイコトデアル、即チ裁判官ガ一般ノ法規ヲ設ケルト云フコトハ今日デハ想像スルニ及バヌコトデアルカラシテ書イテナイ、併シ其精神ハ一徹デアッテ右ノ樣ナ條規ガナイカラ裁判官ガ一般ノ法規ヲ設ケタリ又裁判ヲ拒ンダリスルコトガ出來ルトハ言ヘヌ、サテ裁判官ノ職權ト言フモノハ先ヅ斯ンナ性質ノモノダトスレバ凡ソ法律命令カ違憲デアルト言フコトヲ審判シテ其執行ヲ拒ムコトガ出來ヌ……其權限ガナイト言フコトモ別ニ多辯ヲ要セズシテ明ニナッテ來ルダラウト思ヒマス、又外國ノ例ヲ引クヤウデアルガ佛蘭西ノ千八百七十五年ノ憲法八條デアリマシタカ政權ヲ『プーヴオアル、コンスチヽユアント』並ニ『プーブオアル、レジスラチーフ』即チ立憲權ト立法權トニ分ケテアッタ、其時分ニハ裁判官ハ違憲ヲ審判スル權ガアルト言フヤウナ說ガアッタト聞キマシタガ之ハ間違ッタ理屈デアリマシテ立憲權ト立法權トノ區別ニ依テハ裁判官ニ違憲審判ノ權ガアルト言フ道理カアルベキ筈ハナイト思ハレマス、

次ニ若シ裁判官ニ違憲審判ノ權限カナイトスレバ何人ニ其權限カアルカ、先ヅ我國ノ憲法上ニ考ヘテ見ルニ其權限ト言フモノハ天皇御一身ニ集ッテ居ルコトハ別ニ論ヲ俟タヌ、何故ナレバ憲法ノ明文カ若シ合衆國ノ憲法ミタヤウニ裁判所ニ違憲ヲ審判スル權利ヲ與ヘテ居ルナラバ議論モナイカ、左ウ言フ權限ヲ憲法上積極的ニ裁判所ニ與ヘテナイ以上ハ裁判所ニ左ウ言フ權限カナイト言フヨリ外仕方カナイノデス、ソレデアルカラシテ我邦ニ於テハ違憲審判ノ權ハ、天皇陛下ニ歸シテ居ルト言フコトニ法理上論斷セネバナラヌ、今度ノ帝國議會……衆議院テ狩獵規則ハ違憲ダ無效ダト決議シタガ其決議ヲスルト言フコトハ一向差支ナイ……アンナ不都合ナ規則ヲ出シテサウシテシヤシヤトシテコイツハ憲法ニ違反シテ居ルモノデナイナド、コジツケ理窟ヲ付ケルヤウナオ役人衆ノ前デハ、ソレ位ノコトヲシテモ一向差支ナイカ、併シナカラ議決ト言フコトハ法律上カラ考ヘテ見ルト何ニモ譯ノ分カラヌコトテ唯々一ノ便宜デアル、唯議員ノ茶話デアル、帝國議會ノ名ヲ以テスベキ憲法上ノ行爲デハアリマセヌ、尤モ議會ハ上奏建議ト言フコトモ出來ルカラシテ其レ相當ノ權限ヲ以テ法律命令カ違憲デアルト謂フコトヲ　天皇ニ上奏シ或バ政府ニ建議スルトカ謂フコトハ固ヨリ憲法上有效ニ出來ル仕事デアル、然ルニ最後ノ判斷ハ誰カヤルカ、天皇陛下カ御一身デ之ヲ爲サルヨリ外ナイ、國務大臣ハ補弼ノ責ニ任シテ居ルカラ、闕下ニ伏シテ彼法律彼命令ハ憲法違反デアルト云フコトヲ聖聰ニ達スルデアリマセウ、是トテモ補弼ノ任ヲ完フスル爲メテアッテ其最後ノ判斷ハ一ニ天皇陛下ガ之ヲ爲サルト云フヨリ外日本ノ憲法ハ解シ得ラレナイ、裁判官ノ權限カラシテ見ルト裁判官ハ徹頭徹尾法律命令ノ適用ト云フコトニ任シテ縱

令或ル法律ガ憲法ニ違反シテ居ルト云フ疑ガアッタ所ガ其違憲ト云フコトカ確定セヌ以上ハ、即チ相當ノ手續ヲ經テ違憲ト云フヨトニナラヌ以上ハ法律命令ハ飽マテ効力ヲ有ッテ居ル、即チ法律命令カ取消サレヌ以上ハドコマテモ裁判官ハ其適用ニ任シテ行カナケレバナラヌ、（ヒヤ、ヽ、ヽ、）唯此處ニ一ツ御注意マテニ申シテ置クノハ他テナイテス、既ニ公布セラレタ法律カアッタ場合ニ後カラ公布セラレタ命令ノ明文カ法律ノ明文ト牴觸シタ場合ニハ無論其命令ノ明文ヲ棄テナケレバナラヌ是ハ反對主論者ハ實質的ニ命令ノ違憲ヲ審判スルコトダト云ハレタカ、私ハ違憲審判トハ言ハズシテ法律ヲ適用スルノテアルト斯フ言フテス、ナゼサウ云フカト云ヘバ憲法ノ第九條ニ『命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ズ』トアル即チ矛盾ノ場合ニハ命令ノ効力ハナイト云フコトカ定ッテチヤンド適用ノ標準ヲ示シテアル、カラシテ其命令ヲ棄テ、法律ニ依ルト云フコトハ裁判官カ此命令ハ違憲テアルト言ッテ其違憲ノ審判ヲスルノテハナイ、唯法律適用ノ原則カ左ウテアル、同ジ法律ノ中テモソウテス、仝時ニ又ハ前後相距イテ公布セラレタ法律或ハ同一ノ法律ノ條文中ニ前後矛盾ノ條文カアッタトスレバ、裁判官ハ論理解釋ヲヤル、其法文ノ論理ニ從ッテ牴觸シタ一ケ條ヲ棄テルト云フコトハ解釋上ドウシテモサウナルモノテアル、是ハ裁判官カ法律ヲ適用スル方法テアッテ決シテ法律ノ適法不適法ヲ審判スル譯テハナイノテアリマス、西洋ノ學者ハ隨分憲法違反ヲ審判スルト云フコトハ純然タル司法問題テアルト云フヤウナ議論スルモノテモナイ、反對主論者ハ西洋ノ學者ノ名ヲ擧グレバ寧ロ積極論ヲ採ッテ居ル者カ多イト云フ御話テアルカ、私ハ獨逸ノ方ノ學者ハ知ラナイカ私ノ視ル所テハ積極論ヲ主張シテ居ル者ハナイヤウデアリマス、佛蘭西アタリノ制度ハアレ丈ケ自由主義ヲ執ッテ居ル所デ三權分立ダノ司法權ノ獨立ダノト云フコトガヤカマシイガ違憲審判ハ裁判官ノ職權デナイト云フ意見ヲ執ッテ居ル學者ガ多イ、唯セン、ジロンノ憲法書ニ米國ノ裁判所抔ノ例ヲ引イテ來テ矢ッ張リ憲法モ一ツノ法律デアルカラシテ裁判官ハ之ヲ適用シテ行カナケレバナラヌ、立法院ノ意思ガ國民ノ尊敬ヲ受ケテ行ク爲メニハ正當デナクテハナラヌ、即チ裁判官ハ正當ノ法律ヲ適用スルモノテアルカラ其法律ヲ違憲ナリトシテ審判スルコトハ一向差支ハナイト云フヤウナ議論ガアルヤウテアルケレドモ、又後ノ方ノ細註ニ此事ハ米國ノヤウナ三權分立ノ國ニ於テ初テ言フベキ事テアッテ英國ノヤウナ立憲權立法權ト一緒ニナッテ居ル國ニハ斯ウ云フ事ハ起ラナイト云フヤウナ事ヲ書イテ居ルカラシテ、先ツ其議論ハ絕對的ニドコマテモ通用シナイコトハセン、ジロン自ラモ許ルシテ居ルヤウテアリマス、無論我邦テハ主權ト云フモノハ天皇御一人ニ歸シテ居ル、憲法ハ三權分立ヲ認メマセヌ、唯三機關ノ獨立ト云フコトハ或ハ言ヘマセウ、立法司法行政ノ三機關ハ各其權限ヲ守ッテ相犯カスコトハ出來ヌ、サテ主權ハ天皇御一人ニアッテ國家ノ機關ハ其職權ヲ超ユル事ガ出來ヌトスレバ到底米國ノ憲法ヲ日本ニ持ッテ來ル譯ニハマヰリマセヌ、法律命令ノ憲法違反ヲ

裁判官ガ審査スルノハ矢張リ同シク法律ヲ適用スルノデアル、憲法ニ反シテ居ルモノハ適當ノ法律デナイカラシテ其法律ヲ棄テルト云フコトハ矢張リ裁判官ガ法律ヲ解釋スル職權内ノ一ツノコトデアルト云フ反對主論者ノ議論ハ以上陳ブル所ニ依ツテドウシテモ我憲法ノ條規ノ許サヌ所デアルコトハ明瞭デアル、若シ或ル法律命令ガ憲法ノ條規ニ適合シテ居ルカドウカト云フコトヲ裁判官ガ審判シ自身一個ノ考ヘヲ以テ違憲ダト思フ法律命令ヲ一切擲ツテ仕舞ツテ適用セヌト云フ譯ニナレバ是ハ決シテ法律ノ解釋ト云フコトデナイ、裁判官自ラガ立法者ノ位置ニ立ツノデアル、統治機關ノ權限ハ憲法上明ニ極マツテ居ル、許シテナイコトハ出來マセヌ、法律適用ノ機關タル裁判官ガ其法律ヲ審判スルトカ其是非善惡ヲ審判スルトカ云フヤウナ權限ヲ有ツテ居ナイ、裁判官ト云フモノハ固ヨリ憲法ニ從ハナケレバナラヌ、憲法ハ主權ノ運用ヲ定メタ所ノ國家ノ根本デアルカラ其憲法ニ從ツテ其權限ヲ行フコトハ固ヨリ言フヲ俟タナイ、ソレ故ニ憲法ノ命スル所ニ從ツテ其法律命令ノ適用ニ任シテ行カナケレバナラナイ、其法律命令ノ實質ニ立入ツテ審判スルコトハ決シテ出來ナイ、(矛盾ノ嫌アリト呼ブ者アリ)惡法モ亦法律デアル、憲法違反ノ疑アルモノハ或ハ善イ法律デナイカモ知レナイ、其命令モ宜シキヲ得テ居ラナイカモ知レナイ、併シ其法律命令ガ憲法違反ト云フコトノ定マラヌ中ニ縱令法律ニ瑕ガアリ其命令ガ適當ノ命令デナイラシイト云フ疑ガアツテモ裁判官ハ宜シク之ヲ適用シナケレバナリマセヌ、是ガ裁判官ノ職權デモアリ又義務デモアル若シ左ウナレバ臣民ノ權利ト云フモノハ何ヲ以テ擁保セラル、カ、米國ノ人民ハ法律ガ憲法ニ違反スル場合ニハ裁判所ニ訴ヘルコトガ出來ル、夫故ニ裁判官ハ憲法違反デアルデナイト云フコトヲ審判スルコトカ出來マスケレトモ、日本ノ臣民ハ法律命令ニ對シテ憲法違反ノ訴訟ヲ起スコトハ出來ナイ、凡ソ或ル訴訟ノ起ルニハ我々臣民ハ法律命令ニ依テ與ヘラレタル自分ノ權利ノ保護ヲ裁判官ニ賴ムノデアル、然ルニ裁判官カ此法律命令ハ違憲ノ疑カアルカラトシテ之ヲ放棄シテ裁判シテヤラナカツタトスレハ臣民ノ權利ハ一向擁保セラレルコトハナイ、左ウ云フ無法ナルコトハ裁判官ハ決シテ出來ナイ、反對論者ハ立法機關ノ專制ヲ防グ爲メニ、或ハ行政官ノ監督ヲ爲ス爲メニ裁判官カ獨立ナル權限ヲ與ヘラレテ居ルト云フヤウナ議論ヲ爲サレタ方モアルケレトモ、ソレヲ反對ノ方カラ考ヘルト、ドウ御座イマセウ、裁判官ハ獨立權限ヲ有ツテ居ル、立法官ハ行政官ノ專斷ヲ矯メル爲メニ裁判官ガ違憲審判ノ權限ヲ有ツテ居ルト言フナラバ裁判官ハ自分一己ノ考又ハ政治上ノ思想カラシテ勝手氣儘ノ解釋ヲシテ常ニ違憲ト云フコトヲ口實トシテ一切法令ヲ適用セス訴訟ハ悉クハネ付ケル、ソレデモ一向搆ハヌ譯デアル、國家統治ノ機關ハ停滯シテ動カヌデモ仕方ガナイ、世ハ裁判官專制ノ世トナツテ日本全國ニ無數ノ主權者ガ出來ル、蒸々タル四千萬ノ臣民ハ何處ニ向ツテ權利ノ擁保ヲ求メマセウ(ノー々々ヒヤ々々)是ハ極端ノ弊デアルケレトモ反對論ノ詰ル所ハ其弊ヲ免カルヽコトハ出來ナイ、此事ハ隨分ガルソ

ンネーノ訴訟法ニ詳ニ論シテ居ルシ又ジロンノ白耳義行政法トニサンノ憲法ナドニ論シテ居タカト覺エテ居リマス、裁判官ニ憲法違反ノ審判ヲ許ルシテイケナイト云フコトハ佛國ヤ白耳義デサヘモ學者ガ論シテ居リマス、況ンヤ我國ハ國法上裁判官ニ違憲審判ノ權利ヲ認メナイカラ積極論ハ徹頭徹尾立ツコトハ出來ナイ、滿場諸君ハ必ス我消極論ニ贊成為サレテ此朔風獵々タル向ゲ岡ノ霙天ニ凱歌ノ聲ヲ張リ上クテ勝ヲ祝スルデアラウト思ヒマス(法協、一一、四)

憲法論叢 完

2304
3
35890
購入
衆議院
13.1.20
圖書館

明治三十六年五月十六日印刷
明治三十六年五月二十日發行
（憲法論叢奥附）
（正價金一圓八十錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區早稲田鶴巻町六十一番地　法治協會
右代表者　東京市牛込區早稲田鶴巻町六十一番地　羽田三四郎
印刷者　東京市神田區柳原河岸十七號地　小倉豊三郎
印刷所　東京市神田區柳原河岸十七號地　日新社

不許複製

大賣捌所　東京市神田區表神保町　東京堂

エト2277

大賣捌所　東京市神田區表神保町　東京堂

印刷所　東京市[illegible]町[illegible]十七番地　日[illegible]社

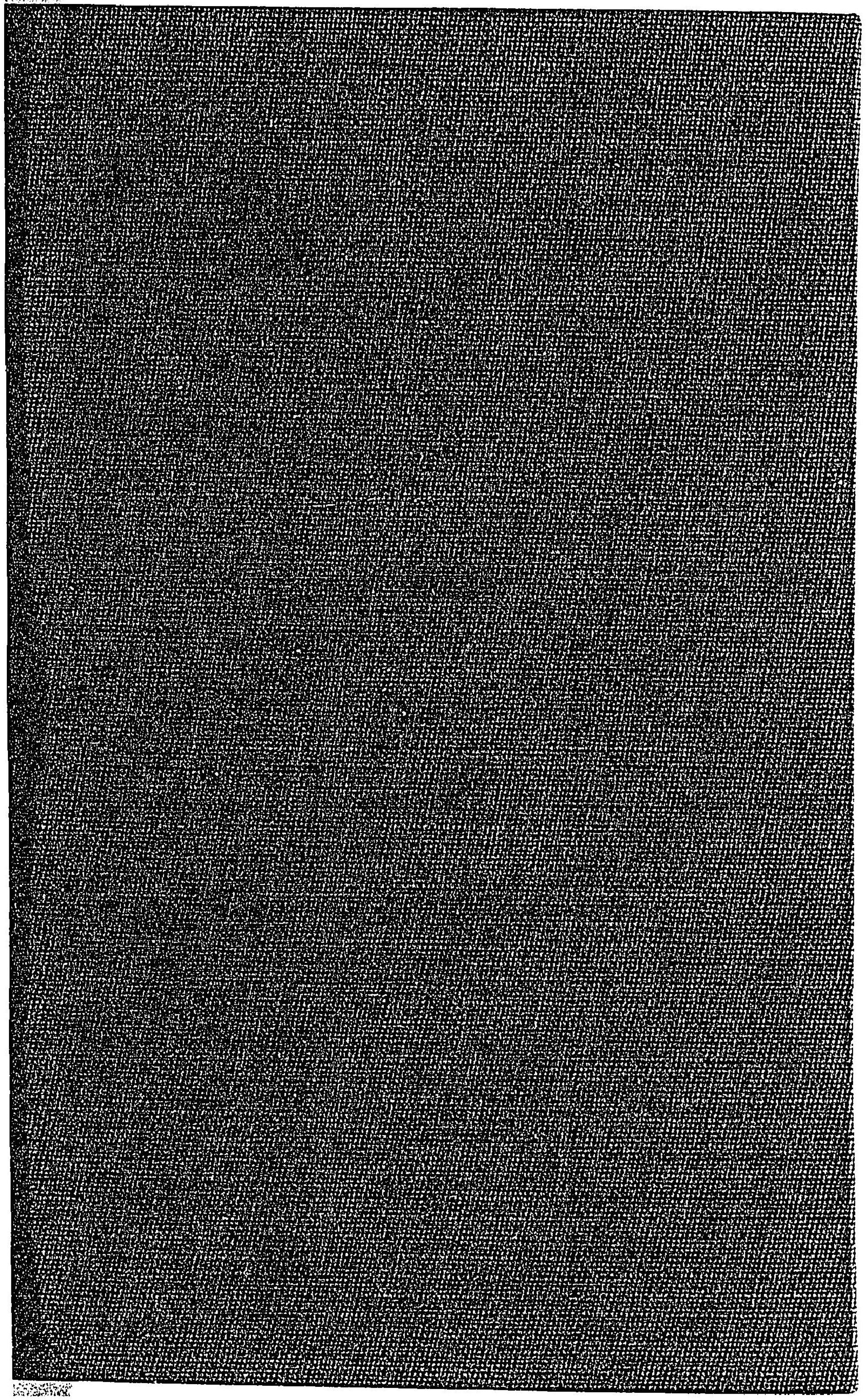
印刷者　東京市神田區[illegible]十七番地　小倉豐三郎

發行者　東京市小石川區[illegible]六十二番地　鈴田三四郎

發行所　東京市[illegible]六十一番地　[illegible]書[illegible]會

明治三十六年五月二十日發行
明治三十六年五月十六日印刷

[illegible]　不許



特 70
133

031537-000-7

特70-133

憲法論叢

法治協会

M36

BBE-0137