



高等科講義錄
三十六年度

法

和佛法律學校



憲法目次

○國體、政體及ヒ憲法ノ制定、改廢ニ關スル推問……………	法學士 副島 義一	一
○天皇ニ付テノ推問其他憲法法典ニ就テノ質疑應答……………	法學士 副島 義一	九
○條約ニ付テノ講演……………	法學士 副島 義一	二五
○司法權ニ付テノ講演……………	法學士 副島 義一	六一
○憲法ノ性質ニ關スル推問竝ニ講演……………	法學士 竹井耕一郎	七九
○憲法ノ效力ニ關スル推問……………	法學士 竹井耕一郎	八九
○憲法ト條約トノ關係及ヒ憲法ノ變更、廢止ニ付テノ推問……………	法學士 竹井耕一郎	九二

憲法目次終

憲法

國體、政體及ヒ憲法ノ制定、改廢ニ關スル推問

法學士 副島 義一

本筆記ハ不幸ニシテ講師ノ校園ヲ經ルノ機ヲ失シタルヲ以テ責任
一ニ編輯員ニ在リ諸君請フ焉ヲ諒セヨ

予ハ本日ヨリ諸君ト共ニ憲法及ヒ行政法ヲ研究スルコトト爲レリ本日ハ
先ツ憲法ノ問題ニ付キ推問ヲ試ミン

講師 國體トハ如何

生徒 國體トハ一國ノ主權ノ存在ノ如何ニ依リテ岐ルルモノニシテ一國ノ主

權カ何レニ存スルヤヲ見テ其主權ノ所在ヲ言表ハスヲ國體ト謂フ

講師 主權トハ何ソ

憲法 國體政體及ヒ憲法ノ制定改廢

生徒 主權トハ一國ヲ統治スル權力ヲ謂フ

講師 國體ノ種類如何

生徒 國體ノ種類ハ分類ノ方法ニ依リテハ種種アルヘキモ先ツニニ分チ一ヲ

君主國體トシ一ヲ民主國體トス

講師 君主トハ如何

生徒 君主ハ各國歴史ノ如何ニ依リテ種種ニ定義スルコトヲ得ヘキモ我憲法

上ニ於テハ權力ノ主體タル特定ノ一人ヲ謂フ

生徒 若シ數人ノ貴族ガ一國統治ノ權力ヲ掌權セル國アリトセハ其國ハ之ヲ

君主國ト謂フコトヲ得サルカ

講師 權力ノ主體カ一人ノ君主ニ非サレハ其國ハ君主國ト謂フコトヲ得サル

ヘシ

講師 法理上憲法ハ何人カ制定セシヤ

生徒 人民カ制リタリ

講師 然ラハ人民カ權力者ナルカ如シ如何

生徒 否人民カ國家ノ機關ニ依リテ憲法ヲ制定シタルナリ

講師 然ラハ結局國家カ制定シタルモノト謂フヘキニ非スヤ

生徒 然リ

講師 主權ハ共和國ニ在リテハ上院下院ノ如キ組織ヲ有スル機關之ヲ行フモ

ノナリト謂フヘシ是レ予ノ採用セル說ナリ或說ニ依レハ主權カ君主ニ在レ

ハ君主國ナリ又主權カ人民ニ在レハ共和國ナリト云フモ主權カ人民ニ在リ

ト云フハ誤ナリ而シテ元來主權ナル語ハ種種ノ意義ニ用ヒラレ統治權國權

ノ意味ニモ用ヒラルト雖モ獨逸國ノ如キ聯邦組織ノ國ニ於テハ主權ト統

治權トハ嚴ニ區別スルコトヲ要ス尤モ我國ニ於テハ必スシモ之カ區別ヲ爲

スノ必要ヲ見ス

生徒 民主國ニ於テハ主權カ上院下院ニ在リトセハ上院下院カ人民ヲ代表ス

ルノ意味ナルヘシ果シテ然ルカ

講師 代表ナル語ヲ政治上ノ意味ニテ用フルトキハ上院下院ハ人民ヲ代表ス

ルモノト謂フコトヲ得ヘシト雖モ法理上ノ意味ニ於テハ決シテ然ラス人民

ハ上院、下院ノ組織ニ參與スルコトアルモ上院、下院ハ敢テ人民ヲ代表スルモノニ非サルナリ

講師 政體トハ如何

生徒 統治權作用ノ形式ヲ謂フ

講師 政體ノ種類如何

生徒 立憲政體ト專制政體ノ二種アリ

講師 專制政體及ヒ立憲政體ノ意義如何

生徒 專制政體トハ君主ノ獨裁ヲ以テ統治權ヲ行ヒ之ヲ他ノ機關ニ分擔スル

コトナキ國體ヲ謂ヒ立憲政體トハ或機關ノ參與ヲ俟テ統治權ヲ行フモノ

ヲ謂フ

講師 然ラハ專制國ト稱セラルル露國ノ如キモ或機關ニ分擔シテ政務ヲ行フカ故ニ之ヲ立憲政體ト謂ハサルヘカラスアルカ如何

生徒 縱令露國カ或機關ヲシテ政務ヲ分擔セシムルコトアリトスルモ是レ其國ノ憲法ニ基キテ然ルニ非スシテ單ニ君主ノ任意ニ基クモノニ過キサレハ

之ヲ以テ立憲政體ナリト爲スコトヲ得ス

講師 憲法トハ何ソ

生徒 國權ノ作用及ヒ其形式ヲ規定シタルモノナリ

講師 然ラハ露國ニモ此ノ如キ規定アリ故ニ立憲國ト謂ハサルヘカラスヤ

生徒 露國ハ立憲政體ニ非ス

講師 事實上ニ於テハ專制政體ノ國ニテモ政務ヲ機關ニ分擔セシムルモ是レ法律ノ必要ニ基ケルモノニ非サルヲ以テ即チ專制政體タルナリ之ニ反シテ

立憲政體ニ於テハ法律上此ノ如キ制限アリ即チ法律ヲ發スルニハ君主ハ議會ノ協贊ヲ經サルヘカラス又裁判ヲ爲スニハ裁判所ニ依ラサルヘカラスト

云フカ如ク一定ノ機關又ハ方式ニ依ルニ非サレハ君主ハ隨意ニ之ヲ爲スコトヲ得ス是レ其制限ナリ是ヲ以テ專制政體ト立憲政體ノ區別ハ法律上ノ制限ノ存否ニ在リテ存ス故ニ我國ニ於テモ天皇カ絶對無限ノ統治權ヲ有スルトセハ是レ立憲政體ニ非サルナリ

生徒 天皇ハ萬能ナリト謂フコトヲ得サルヤ

講師 然リ事實上ニ於テハ萬能ナルヤモ知ルヘカラスト雖モ法律上ニ於テハ萬能ナリト謂フコトヲ得ス

生徒 天皇ハ隨意ニ憲法ヲ制定シ自由ニ大權ヲ行フ者ナレハ絶對無限ニシテ萬能ナリト謂フコトヲ得ルニ非スヤ

講師 憲法ニ依リ制限セラルルカ故ニ絶對無限ナリト謂フコトヲ得サルナリ生徒 否天皇ハ自由ニ憲法ヲ改廢スルコトヲ得ルカ故ニ萬能タルニ妨ナケン講師 憲法ヲ改廢スルコトヲ得ルトハ事實上ノ事ニシテ事實上ノ事ハ法律學ノ範圍外ナリ而シテ予ノ所謂萬能ニ非ストハ法律上ヨリ立言シタルモノナリ

講師 憲法ヲ廢止スルコトヲ得ルヤ

生徒 廢止スルコトヲ得ルヤ否ヤハ一ニ憲法第七十三條ノ「改正」ナル文字ノ解釋如何ニ依リテ決セラルル而シテ此「改正」ナル文字中ニハ廢止ノ意義ヲ包含スルモノト解スヘキカ故ニ憲法ヲ廢止スルコトヲ得ヘシト信ス

講師 如何ナル手續ニ依リテ之ヲ爲スヤ

生徒 憲法第七十三條記載ノ手續ニ依リテ之ヲ爲スナリ

講師 改正ト廢止トハ之ヲ混淆スヘカラスト抑モ改正ナルモノハ從來ノ或規定ニ代フルニ他ノ規定ヲ以テスルノ意義ニシテ既存ノ條項ヲ絶無ト爲ス所ノ廢止トハ之ヲ同一視スルコトヲ得ス然リ而シテ憲法ノ改正ニスラ第七十三條所定ノ鄭重ナル手續ニ依ラサルヘカラスト況ヤ絶無ト爲ス所ノ廢止ハ到底之ヲ爲スヘカラサルモノトス此ノ如ク憲法ハ其改正ニ付テモ一定ノ手續ヲ要ストセリ既ニ其手續ヲ要ストスレハ天皇モ亦制限ヲ受ケ居ルモノナリ隨テ天皇ハ萬能ニ非サルナリ

生徒 君主ハ法令ニ由リテ制限ヲ受クルトセハ專政國ノ君主モ亦法令ヲ發シテ制限ヲ受クルコトヲ得ヘキカ

講師 然リ專制國ト雖モ多少法律ノ制限ヲ受ク即チ王統繼承ニ關シ一定ノ規定ヲ設クレハ露國ノ如キ專制政體ノ國ニ於テモ亦制限ヲ受クルモノトス生徒 然ラハ專制政體モ立憲政體ト擇フ所ナキニ非サルカ

講師 固ヨリ程度ノ區別ニ過キササルナリ即チ立憲政體ハ法律ニ由リ多クノ制

限ヲ受ケ又專制政體モ亦法律ニ由リ少シク制限ヲ受ク
 生徒 憲法改正ノ議案ヲ勅命ヲ以テ議會ニ提出セラレタルトキハ議會ハ之ヲ
 修正スルコトヲ得ルカ
 講師 修正スルコトヲ得ス議會ハ唯其可否ヲ決スヘキノミ

天皇ニ付テノ推問其他憲法法典ニ就テノ質疑
 應答

法學士 副島 義一

本年記ノ責任ニ編輯員ニ在リ

本日ハ先ツ初ニ天皇ニ付テノ推問ヲ試ミ終ニ諸君ノ質問ニ應セン

講師 我國法上天皇ノ地位如何
 生徒 主權者ナリ
 講師 主權者トハ如何
 生徒 最高ノ權力者ヲ謂フ
 講師 何レノ處ニ其規定アリヤ
 生徒 憲法第四條ニ國ノ元首ナル文字アリ是レ即チ最高權力者ノ謂ナリ

憲法 天皇ニ付テノ推問其他憲法法典ニ就テノ質疑應答

講師 然ラハ統治權ヲ總攬スルトハ如何

生徒 國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬スルカ故ニ最高權力者ナリト謂フナリ

講師 所謂最高權力者トハ權力ノ主體ナリト云フノ意ナルカ

生徒 然リ

講師 國又ハ國家ハ如何

生徒 予ハ君主即チ國家ナリト認メス國權ハ國家ニ在リ國家ニハ又種種ノ機

關アリ天皇ハ即チ其最高ノ機關ニシテ國權ノ主體ニ非ス

講師 國權トハ何ソ

生徒 國家ヲ統治スルノ權利ナリ

講師 然ラハ主權トハ如何

生徒 主權トハ天皇ノ行フ權利ヲ謂フ

講師 國家ノ有スル權利ト天皇ノ有スル權利トハ異ナルヤ

甲生徒 異ナレリ

乙生徒 予ハ天皇ハ統治權ノ主體ニシテ機關ニハ非スト信スルヲ以テ國家ノ

有スル權利ト天皇ノ有スル權利トハ同一ナリト信ス

講師 國家トハ如何

生徒 一定ノ國土ト一定ノ臣民トヨリ成リ唯一ノ主權ヲ以テ臣民ヲ支配スル
状態ナリ

講師 然ラハ天皇ト國家トハ異ナルニ非スヤ

生徒 客觀的ニ言ヘハ天皇ト國家トハ固ヨリ相異ナレリト雖モ今之ヲ主觀的
ニ統治權行使ノ状態ヨリ觀ルトキハ二者同一ナリ

講師 憲法第四條ノ國ト第六十四條第七十二條ノ國家トノ差異如何

生徒 國トハ國土ニシテ國家トハ人民ト主權トヲ包含スルモノナリ

講師 天皇ハ何ヨリ組織セラルルヤ

生徒 一定ノ血統ニ出テタル一人ノ自然人ヨリ組織セラル

講師 天皇ハ自然人ナリヤ法人ナリヤ

生徒 法律上唯一ノ地位ニシテ自然人カ之ヲ充スモ死スルコトナキヲ以テ普
通ノ自然人ト異ナレリ

講師 廣義ニ於テ法人ト謂フコトヲ得ヘシ財團ノ如キモノノ法人ナレハナリ然レトモ此法人タル天皇ハ自然人ヨリ組織セラルヘシ此自然人ノ地位如何生徒 皇族ニシテ神聖不可侵ノ尊嚴ナル地位ヲ保有セラレ給フ者トス

講師 神聖不可侵ノ意義如何

生徒 我國法上天皇ハ二様ノ方面ヲ有スルモノニシテ統治ノ機關タルト共ニ一自然人トシテノ身分上ノ榮譽權ヲ有サセ給フ所謂神聖不可侵トハ自然タル天皇ニ付テ謂フモノトス

生徒 問フ天皇ノ法人タリト謂フハ其地位ヲ謂フモノニシテ單ニ天皇ト謂フハ常ニ自然人ヲ指スニ非スヤ

講師 否地位ハ之ヲ承繼スルモノタルニ過キス又地位ハ人ニ非ス故ニ天皇ノ意義二様アリト謂フハ可ナリトス

生徒 最高權ト主權トハ異ナルヤ

講師 同一ノ意義ナリ然レトモ統治權ト謂フトハ異ナレリ

以上天皇ニ付テノ我國法上ノ地位ニ付テノ諸君ノ考ハ大體之ヲ窺ヒ知ルコ

トヲ得タリ此點ニ付テハ學說二派ニ岐ル天皇ハ即チ國家ナリト爲スモノ及ヒ天皇ハ國家ノ機關タリト云フモノ是ナリ其孰レノ說ニ依ルモ不可ナルナシト雖モ予ハ次ノ理由ヨリシテ機關說ヲ採用スル者ナリ即チ天皇ハ國家ナル團體ノ機關ニシテ人民ハ團體ノ一員ナリ一員カ相集リテ國ヲ組織スルモノナルカ故ニ其國ノ隆盛ハ一員カ與リテ大ニカアルモノナリ故ニ此說明ヲ採ルトキハ一箇人ノ地位ヲ高尚ニセシムルモノニシテ單ニ人民ハ統治ノ客體ナリ人民ハ絶對的支配ノ目的物ナリトスルノ說明ハ遂ニ之ヲ籍リテ支那朝鮮ノ如キニ陷ラシムルナキカヲ疑フ畢竟法律ハ共同團體ノ發達ヲ主眼トスルモノナルヲ以テ一箇人ノ地位ヲ高メ隨テ共同團體ノ發達ヲ導クヘキ所ノ說明ハ學者ノ須ク採ルヘキ所ナルヘシ

是ヨリ諸君ノ質問ニ答ヘン

生徒 憲法第二十七條ニ所謂公益ノ爲必要ナル處分トハ如何

講師 公益トハ一般公共ノ利益ト謂フノ義ニシテ或ハ利益カ一局部ニ止マルモ仍ホ公益タルコトアリ一會社一私人ノ事業ト雖モ其本來ノ事業カ公共ノ

利益ヲ興スヘキモノナレハ公益ノ爲メニスルモノト謂フヘシ而シテ其公益
タリ私益タルハ絶對的ニ別ツコトヲ得ス寧ロ認定問題ナリトス處分トハ各
箇ノ事件ニ付キ特定ノ行爲不行爲ヲ命スル國家行爲ニシテ權力ノ作用ナリ
一般ノ法規ヲ定ムル命令トハ同シカラス彼ハ永ク同種ノ事件ニ適用スルコ
トヲ目的トシ此ハ單一ナル特殊ノ事件ニ對スルモノトス

生徒 憲法第八條ノ緊急勅令ノ實質ヲ問フ

講師 憲法上天皇ノ發スル命令ハ之ヲ分チテ緊急命令、執行命令、行政命令又ハ
獨立命令ノ三種ト爲ス此他天皇ハ法律ノ委任ニ因リ命令ヲ發スルコトアリ
之ヲ委任命令ト謂フ緊急命令トハ法律ニ代ルヘキ命令ヲ謂フ即チ法律ノ形
式ヲ以テ規定スヘキ事ヲ命令ニテ直接ニ規定スル場合ニ生ス故ニ之ヲ法律
ニ代ル命令ナリト謂フヲ適切ナリトス然レトモ緊急ノ必要アル場合ニ發ス
ル命令ナルヲ以テ通常之ヲ緊急命令ト稱スルナリ

生徒 緊急命令ハ普通ノ命令ヲ以テ之ヲ廢止シ得ヘキヤ

講師 之ニ關シテハ學說一ナラス或ハ曰ク普通ノ命令ヲ以テ廢止シ得ヘシ何

トナレハ緊急勅令ノ規定スル所ヲ廢止スルハ權利義務ノ拘束ヲ解クモノナ
レハナリ但緊急勅令ノ變更ハ此限ニ在ラスト或ハ曰ク緊急勅令ノ廢止、變更
ハ共ニ普通ノ命令ヲ以テスルコトヲ得何トナレハ緊急勅令ノ規定スル事項
コソ法律事項ナレ其形式ハ命令ナリ苟モ命令ナル以上ハ普通ノ命令ヲ以テ
廢止、變更スルコトヲ得サルノ理ナシト又他ノ論者ハ曰ク緊急勅令ニシテ議
會ノ承諾ヲ得サル間ハ普通ノ命令ニテ廢止、變更シ得ヘキモ一タヒ議會ノ承
諾ヲ經タル後ハ法律ト爲ルヲ以テ之ヲ廢止、變更スルニハ法律ヲ以テスルカ
然ラサレハ更ニ緊急勅令ヲ以テスルコトヲ要スト予輩ハ以上ノ諸說ニ贊同
スルコト能ハス先ツ第一說ハ緊急勅令ノ廢止ハ權利義務ノ拘束ヲ解クモ變
更ハ然ラスト曰フト雖モ今假ニ之ヲ是ナリトスルモ權利義務ノ拘束ヲ解ク
ハ何故ニ普通ノ命令ヲ以テスルコトヲ得ルヤ一方ニ於テ權利義務ノ拘束ヲ
解クハ他方ニ於テ權利義務ノ拘束ヲ加フルコト多ク必スシモ拘束ヲ解クト
謂フヘカラス假ニ全然拘束ヲ解クトスルモ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ廢止スル
ニ普通ノ命令ヲ以テスルコトヲ得ルトセハ緊急勅令ト普通ノ命令トノ差何

レニ在リヤ次ニ第二説ヲ見ルニ法律ト命令トハ其効力ニ於テ區別アルコトヲ認ムルモ命令ニ至リテハ其間ニ更ニ効力上ノ區別ナシトスルカ如シ是レ憲法ノ精神ニ反スルヤ明カナリ終ニ第三説ヲ見ルニ緊急勅令ハ議會ノ承諾ヲ得レハ變シテ法律ト爲ルト主張スルモノノ如シト雖モ是レ法律制定ノ形式ヲ無視スルモノニシテ亦同シク憲法ノ精神ニ反ス而シテ予輩ノ見解ヲ下セハ緊急勅令ハ法律若クハ緊急勅令ヲ以テスルニ非サレハ廢止ハ勿論變更ヲモ爲シ能ハサルナリ蓋シ法律ト命令トノ區別ハ之ヲ制定スル形式ノ異ナルノミニ非ス其効力ニ於テ大ニ異ナレリ管ニ兩者ノ間ニ於ケルノミニ非ス各種ノ命令ノ間ニ於テモ亦形式ト効力トヲ異ニス即チ省令ト閣令トハ其形式ヲ異ニシ又其効力ヲ異ニス省令閣令ト勅令トノ間ニ於テモ亦然リ勅令ハ天皇之ヲ發シ閣令省令ハ内閣若クハ各省大臣之ヲ發ス其規定ノ委任命令ナラサル限ハ執行命令タルト行政命令タルトヲ問ハス後者ヲ以テ前者ヲ勅令トコトヲ得ザルナリ殊ニ緊急勅令ハ法律ニ代ルヘキモノナレハ其効力固ヨリ法律ト擇フ所ナシ而シテ議會ノ承諾ノ前後ヲ問ハス一種ノ勅令ニシテ唯其

効力ヲ法律ト同シクスルノミニ其効力トハ所謂形式的効力ノ謂ニシテ廢止變更ノ力ヲ謂フ或ハ曰ク緊急勅令ハ法律ニ代ル命令ナルノミニ法律ヲ勅令ノ力ナシト是レ甚シキ誤謬ナリ法律ニ代ルトハ法律ノ定ムヘキ筈ナルモ尙ホ勅令ニテ定ムルコトヲ許ストノ意ニシテ法律ヲ廢止變更スルノ力ノ之ニ伴フヤ明カナリ此ノ如ク此勅令ニ關シテハ諸說紛紜タリ今試ニ論者ノ爲メニ一步ヲ假シ緊急勅令ハ普通ノ命令ヲ以テ廢止變更スルコトヲ得ルトスルモ其普通ノ命令トハ果シテ如何ナル命令ナルヤ執行命令タランカ是レ法律ヲ執行スル爲メニノミ用ヒラル而シテ緊急命令ヲ廢止變更スルハ法律ヲ執行スルニ非ス然ラハ行政命令ヲ以テセンカ是レ憲法第九條ニ基クモノニシテ公共ノ安寧ヲ保持スル爲メ若クハ國利民福ヲ増進スル爲メニノミ發スルモノニシテ緊急勅令ノ廢止變更ハ此等ノ要件ヲ充スヤ頗ル疑ハシキモノナリ而シテ其他ノ命令ヲ以テスヘカラサルハ自ラ明カナリ果シテ然ラハ普通命令ヲ以テ廢止變更スルコトヲ得ルト云フハ了解スヘカラサルナリ左レハ歸スル所緊急勅令ハ更ニ緊急勅令ヲ以テスルカ又ハ法律ヲ以テスルニ非サレハ

廢止變更セラルルコトナキモノトス

生徒 所有權ノ制限ニ付テ公共ト國家トハ之ヲ區別セラルルハ先生ノ御説ナルカ如シ然ルニ公共ト國家トハ全ク區別ナシト曰ヘル學者アリ如何

講師 國家ハ一箇人ト同地位ニ立チテ作用ヲ爲スコトアリ此場合ハ勿論民法ノ規定ニ從フ斯ル場合ト公共一般ノ利益ノ爲メニスル國家ノ行動トハ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ國家ノ財産ノ如キモ亦官廳ノ建物等ハ財政上ノ財産ニシテ葉煙草專賣ニ因ル財産ノ如キハ經濟上ノ財産ナリ即チ斯ル區別ヲ爲シ得ルカ如ク國家ノ行爲モ廣キ意味ニ於テハ公共ニ關スルモノナリト雖モ亦之カ區別ヲ爲シ得ルナリ

生徒 憲法第九條ノ執行命令ヲ以テ立法事項ヲ規定スルコトヲ得ルヤ

講師 本問ハ少シク議論ノ存スル所タリ然レトモ法律ノ規定ニシテ若シ汎博ニ過キ其儘ニテハ到底執行スヘカラサルトキハ執行ノ責ニ任スル者ハ執行命令ノ目的ノ許ス範圍内ニ於テハ法規ヲ規定シ得ヘシ又政府カ法律ヲ執行スルニ當リ法律ノ意義ヲ一定スルニ非サレハ各種ノ官府ノ間ニ於テ法律執

行上區區ノ結果ヲ生セシムル恐アリ故ニ政府ハ法律ノ疑義ニ關シ下級官府ニ訓令スルコトヲ得ヘシ此ノ如キ訓令ハ行政ノ監督者トシテノ訓令ナルカ故ニ下級官府ヲ拘束スヘシ然レトモ此ノ如キ訓令ニ出テタル註釋ハ裁判官ヲ拘束スルモノニ非ス裁判官ハ獨立シテ法律ヲ解釋スルヲ得ルナリ

生徒 天皇ハ國ノ元首ナリトノ意義如何

講師 國ノ元首トハ天皇ノ國家最高ノ機關タル地位ヲ明カニシタルモノナリ即チ天皇ハ機關ノ最高位ヲ占ムルト云フコトナリ故ニ「ザイデル」等ノ言ヘル如ク天皇ハ國家ノ外ニ存在スル者ニ非ス又「ボルンハック」ノ言ヘル如ク天皇ハ直チニ國家ト同一ノ觀念ニ非ス全ク國家ノ中ニ在ル國家最上ノ機關ナリ故ニ國ノ元首トハ云ヘルナリ

生徒 輔弼ノ意義如何

講師 弼ノ字ハ匡シ矯ムルノ意義ヲ含ム憲法義解ニ曰ク大臣ノ君ニ於ケルハ務メテ獎順匡救ノ力ヲ致シ若其ノ道ヲ愆ルトキハ君命ヲ籍口シテ以テ其ノ責ヲ逃ルルコトヲ得サルナリ」ト此解釋ノ如ク國務大臣ハ管ニ君主ノ行爲ヲ

贊成スルノミナラス又匡救ノ意味ヲ含ムモノトス
生徒 輔弼ノ外形ニ表ハルル形式ハ何ソ
講師 即チ副署是ナリ

生徒 國務大臣ハ副署ヲ拒ムコトヲ得ルヤ
講師 得ヘシ是レ輔弼ナル文字ヨリスルモ又立憲政體ノ精神ヨリスルモ正當ナル解釋ナルヘシ

生徒 輔弼ノ形式ハ副署ノ一事ノミナルヤ
講師 然リ法律上ハ之ノミナリ然レトモ事實上ハ尙ホ忠言ヲ奉ルコトヲ得ヘシ

生徒 今議會ノ協贊ヲ經タル法律案ノ公布ヲ天皇ヨリ命セラレタリトセハ國務大臣ハ仍ホ之カ副署ヲ拒ムコトヲ得ルヤ

講師 事實上憲法違反ト信シタルトキハ之ヲ拒ムコトヲ得ヘシ

生徒 國務大臣ハ何ニ對シテ責任ヲ負フモノナルヤ

講師 國務大臣ハ國家ニ對シテ責任ヲ負フヘキモノトス其責任ヲ問糺スル機

關ニ付テハ我邦ニハ其規定ナシ獨逸帝國ニモ亦其規定ナシト雖モ其他ノ國ニハ大抵之カ規定アリ然レトモ上院又ハ下院カ彈劾スルコトアルヲ以テ別ニ問糺ノ機關ノ必要ナシ而シテ歐洲ニテモ問糺ノ場合稀有ナリ

生徒 司法權トハ如何

講師 立法及ヒ行政ニ對シテ司法ト云フトキハ常ニ私人ノ法規侵害ヲ強制スルヲ目的トスル民事及ヒ刑事ノ裁判ヲ意味シテ他ノ國家機關ノ法規侵害ヲ強制スルノ目的ヲ有スル裁判事務ハ本來ノ性質上司法ニ屬スルニ拘ハラス之ヲ司法ニ屬セサルモノト爲スハ用語上ノ慣習ナリ帝國憲法モ亦此狹キ意義ニ於テ司法ナル語ヲ用ヒタルコトハ其第六十一條ヨリ推論スルコトヲ得同條ニ依レハ行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ處理スヘキ限ニ在ラス即チ同條ハ行政裁判所ヲ以テ司法裁判所ト相對スルモノトス換言スレハ行政裁判ハ司法ニ屬セサルモノトセリ

生徒 憲法第三條ニ所謂天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラストノ意義如何
講師 是レ天皇ノ一身上ニ附着スル權利(皇位權、神聖保持ノ權、榮譽權及ヒ財產

權)中神聖保持ノ權ヲ規定シタルモノナリ而シテ茲ニ所謂天皇ハ國家機關トシテ觀察シタル天皇ヲ指スモノニ非ス天皇ヲ機關トシテ觀察スルトキハ統治權ノ總攬者タル國家最上ノ機關ナルカ故ニ他ノ機關ヨリ命令ヲ受ケ又ハ他ノ機關ヨリ侵サルルモノニ非サルコトハ總攬者タリト云フ規定ニ依リテ明カナリ隨テ天皇カ機關トシテ他ノ機關ヨリ侵サルルコトナシト云フコトヲ明言スル必要ナシ故ニ茲ニ天皇トアルハ即チ天皇ヲ自然ノ一箇人タル人格トシテ觀察シテ云ヘルモノト解セサルヘカラス此規定ハ天皇ノ一箇人ハ法律上一般ニ無責任ナリトノ意ヲ言ヒ表ハシタルモノナリト解釋スル者多キカ如シ然レトモ天皇ハ法律上絕對ニ無責任ナリト謂フコトヲ得スト信ス唯天皇ノ一箇人ノ神聖ヲ侵スヘキ範圍内ニ於テ無責任ナリト解釋セサルヘカラス故ニ天皇ハ政治上及ヒ刑事上ノ行爲、不行爲ニ付テハ固ヨリ無責任ナリ即チ政治上ノ行爲ニ付キ懲戒處分ヲ受クルコトナシ然レトモ天皇ノ無責任ヲシテ甚シキニ至ラサラシメンカ爲メニハ國務大臣責任ノ制度ヲ設ケ國務大臣ヲシテ其輔弼ノ責ニ任スルモノトセリ又天皇ハ刑法上犯罪ト爲ルヘ

キ行爲ヲ爲スモ決シテ判決ヲ受ケ及ヒ刑罰ヲ被ルコトナキナリ何トナレハ天皇カ刑罰ヲ受クルニ至レハ其神聖ヲ侵スニ至ルカ故ナリ之ニ反シテ純然タル財産上ノ争ニ付テ裁判所カ裁判ヲ爲スハ決シテ憲法ニ牴觸スルコトナシ但其神聖ヲ侵ササル範圍内ニ限ル尤モ民事上ノ裁判ヲ爲スニ付テハ直接ニ天皇ヲ相手方トセスシテ御料局長等ヲ相手方トシタルコトハ管テ某地ニ於テ實例アリタル所ナリ然レトモ御料局長等ヲ相手方トスルモ財産ノ主格ハ即チ天皇ノ一箇人ナルカ故ニ嚴格ニ言ヘハ訴訟ニ於テ裁判ヲ受クル者モ亦天皇ナリ天皇カ民事上ニ於テ裁判ヲ受クルハ神聖ニシテ侵スヘカラスト云フ天皇ノ特權ニ牴觸スルカ如シト雖モ然レトモ純然タル財産上ノ裁判ハ單ニ財産上ノ權利義務ノ所在ヲ判決スルモノナルカ故ニ決シテ天皇ノ神聖ヲ侵シタルモノト謂フコトヲ得サルナリ

法律ノ理由同シケレハ法律ノ規定亦同シ

Ubi eadem legis ratio, eadem regis dispositio.

條約ニ付テノ講演

法學士 副島 義一

本筆記ノ責任ニ編輯員ニ在リ

第一 條約ノ性質

凡ソ近世ノ國家ハ互ニ獨立ノ人格者トシテ相對立シ而シテ各國家相互間ノ權利義務ハ國際間ノ法規即チ國際法ニ於テ一定セラル然レトモ此權利義務ハ各國ノ通常ノ權利義務ナリ此通常ノ權利義務ノ外ニ於テ特別ノ關係ヲ設定スルニハ特別ノ意思表示ニ依ラサルヘカラス而シテ國家ノ意思ハ種種ノ狀態ニ於テ現ハル或ハ法律ト爲リ命令ト爲リ或ハ條約ト爲ル此條約ハ國家相互間ニ特別ノ關係ヲ設定スル意思表示即チ國家相互ノ間ニ取結ハレタル約束ナリ即チ條約ハ國家ノ法律行爲ニシテ殊ニ雙方行爲ナリ國家ト國家トノ合意ナリ此合

意ニ依リテ國家ハ主觀的ニ或モノヲ與ヘ或事ヲ爲シ或ハ爲ササルノ義務ヲ負擔シ又之ニ對スル權利ヲ有スルモノナリ彼ノ法律命令處分ノ如キハ國家ノ一方ノ意思行爲ナリ之ニ反シテ條約ハ雙方行爲ナリ隨テ雙方ノ意思ヲ必要トス故ニ條約ハ法律命令處分等トハ其性質ヲ異ニス即チ此等ノモノハ當然其國內ノ各人ヲ拘束スルモノナリ之ニ反シテ條約ハ國家相互間ノ契約ナリ而シテ契約ハ唯各當事者間ニ其效力ヲ及ホスニ過キス故ニ此契約ニ依リ拘束セラルル者ハ各當事者タル國家其モノナリ國內ノ各人ハ當然拘束セラルルモノニ非ス日本ニ於テハ條約ナル文字アルモ獨逸ニ於テハ民法上ノ合意モ國際間ノ合意モ共ニ契約ナル文字ヲ用フ此ノ如ク條約ハ契約ナリ一般ノ契約ト同シク必スシモ常ニ履行セラルルモノト限ラルルモノニ非ス時トシテハ雙方ノ默諾ニ因リ時トシテハ一方ノ力弱クシテ實行ヲ迫ルコト能ハサル場合或ハ實行ヲ欲セサル場合ニ於テハ實行ナクシテ止ムコトアリ然レトモ其條約ノ實行セラルルト然ラサルトハ唯國家ノ責ニ歸スルノミニテ第三者タル國內ノ各員ノ知ル所ニ非ス條約ニシテ實行セラレサルモノ其例尠カラス例ヘハ獨逸ト奧太利トノ

條約ノ如シ又條約ハ國家相互間ノ契約ニシテ條約ノ締結ハ相手方ノ國家ニ對シテ爲スモノナレハ國內ニ向ヒテ當然法規又ハ行政規定タル效力ヲ有セス隨テ新ニ法規ヲ設定シ又從來國內ニ存在セル法規ヲ變更廢止スル效力ヲ有スルモノニ非ス又國家官廳ニ對スル行政規定ヲ新設シ又ハ從來ノ規定ヲ變更廢止スルノ效力ナシ國家官廳及ヒ臣民ハ當然條約ヲ遵奉スヘキ義務ヲ負擔セス且條約ハ公布セラルルモノト限ルニ非ス又公布セサルヘカラスサルノ法律上ノ根據ナシ殊ニ祕密條約ハ事實ニ於テモ公布セラレサルナリ斯ル公布セラレサル性質ヲ有スル條約ニ依リテ國家官廳臣民カ當然遵奉スルトノ推測ヲ爲スコト能ハス又條約ト條約執行ノ法令トハ之ヲ區別セサルヘカラス國家ハ條約ニ於テ種種ノ義務ヲ負擔スルモノニシテ行政設備ノ負擔即チ一定ノ設備アル裁判所ヲ設クルカ如キ又特別ニ法律命令ヲ發スルノ義務ヲ負擔スルコトアリ故ニ條約ヲ履行スル爲メニハ或法令ノ發布ヲ必要トスルコトアリ然レトモ條約ノ締結ト法令ノ發布トハ全ク其性質ヲ異ニス法令ノ發布ハ又各一定ノ手數ヲ經サルヘカラス條約ノ締結ハ當然法令發布ノ效力ヲ生スルモノニ非ス

條約ハ國家相互間ニ於ケル契約ナルコトハ學者間ニ多ク異論ヲ聞カス條約ノ批准ハ君主カ相手國ニ對シテ條約ヲ締結スルノ意思ヲ表示スル一ノ形式ナリ是レ一般ノ說ナリ然ルニツラレンノ如キハ之ニ異ナリタル說ヲ唱フ氏ハ國際法ハ特ニ存在スルモノニ非ス所謂國際法トハ其實國法ナリ唯外部ニ對スルモノナリ故ニ國際間ノ條約ナルモノカ法律上特別ニ存在スルモノニ非ス條約ハ國際法上ノ性質ヲ有スルモノニ非ス唯條約ニ批准ヲ與フルコトハ法律上ノ國家ノ行爲ナリ即チ條約ノ批准ハ法令ノ裁可ト其性質ヲ同シウス條約ノ批准ハ即チ條約ノ遵奉ヲ國民ニ命令スルモノナリ條約ノ批准ハ條約ナル命令ノ成立要件ト爲ルヘキ行爲ナリ而シテ他ノ國家即チ相手方ノ國家ニ對シテハ此條約ノ批准カ如何ナル效力ヲ有スルカト云フニ其相手方ハ事實上合意シタル契約カ國法ノ性質ヲ有スルコトヲ證明スルニ過キササルモノナリト説明セリ然レトモ縱令國際法ハ對外國法ナリトスルモ斯ル結論ヲ生スルモノニ非ス若シ條約ノ批准ハ相手方ノ國家ニ對シテ國法タルノ證明ヲ爲スモノトセハ此證明ヲ爲ストキニ已ニ條約ハ法律トシテ存在スルモノナリト謂ハサルヘカラス但批准

ノ外ニ條約ヲ法律トシテ審署又ハ公布スルコトナシ審署及ヒ公布ナケレハ法則トシテ存在ヲ有スルモノニ非ス法則トシテ存在ヲ有セサルモノヲ證明スルトハ甚ダ理解シ難キ事ナリト謂ハサルヘカラス若シ又條約ノ批准カ證明ナラハ國內ニ對スル命令ナリト謂フコト能ハス國內ニ對スル命令ナラハ國外ニ對スル證明ナリト謂フコト能ハス同一ノ批准カ命令ト證明トノ二ノ行爲トハ理解サレサル所ナリ批准ハ相手方ニ對スル意思表示ニシテ國內ニ對スル法規ノ成立要件タル裁可命令ニ非ス蓋シ條約ハ唯相手國ニ對シテ其義務ヲ負擔スルノ約束ヲ爲スモノニ非ス批准ハ此約束ヲ爲スニ付テノ確定ノ意思ヲ發表スルノ形式タルニ過キス殊ニ祕密條約ノ場合ノ批准ノ如キハ決シテ國內ニ對スル命令ヲ爲スニ非ス唯相手方ノ國ニ對スル意思發表タルコトハ何人モ疑ハサル所ナリ祕密條約ニ非サル條約ノ批准カ之ト其性質ヲ異ニシテ國內ニ對スル命令ナリト謂フコト能ハサルナリ故ニツラレンノ說ハ適當ナリト謂フコトヲ得ス此事ハ尙ホ條約ノ法律又ハ立法ニ對スル關係ヲ有スルモノナリ

第二 條約締結ニ關スル各國憲法ノ規定

抑モ條約ハ數多ノ國家カ互ニ相對立スルニ由リテ生スルモノナリ故ニ古代ニ於テモ既ニ同盟條約或ハ平和條約ナルモノ存在シタリシナリ然レトモ國際條約カ重要ナル國家作用ト爲リタルハ國際法ノ存在ヲ認ムルニ至リテヨリ後ノ事ニ屬ス歐羅巴中古ニ於テ帝國主義ノ勢力漸ク衰退シ近世ノ國民團體ノ思想起リ其國民團體カ各國家トシテ主權ヲ有スルニ至リ遂ニ國際間ニ於ケル永久ノ保障ヲ有スルノ基礎ヲ成スニ至レリ此基礎立チテヨリ通常ノ平和ノ交際ニ於テハ條約ハ唯戰爭ニ關シテ之ヲ締結セシノミナリ然ルニ各國ノ行政作用ノ發達ニ隨ヒ行政上ノ條約生スルコトト爲レリ其第一ニ現ハレタルハ通商條約ナリ郵便條約版權條約等ノ如キハ第二次ニ起レリ而シテ元來此條約締結權ハ君主ノ宣戰媾和ノ權ノ一部分ト看做サレ隨テ原則上君主此締結權ヲ有スルモノトセリ而シテ國會ノ存在セル國ニ於テハ或一定ノ場合例ヘハ領土ノ變更又ハ領土ニ或負擔ヲ課スル條約ヲ締結スル場合ニ國會ノ同意ヲ要スルト爲セルコトアリ專制國ニ於テハ固ヨリ國權ヲ總攬スル君主カ無制限ニ條約締結權ヲ行ヘリ英國ニ於テハ通常國會ハ廣大ナル範圍内ニ於テ國王ノ權力執行ヲ爲シ

得タルニモ拘ハラズ條約締結權ハ宣戰媾和ノ權ト共ニ國王ノ特權ニ屬セシメタリ即チ條約ハ國會ノ協贊權ニ對シテ全ク自由ノ地位ヲ有セリ苟モ其條約ノ締結事項カ國王ノ特權ノ範圍内ニ屬スルモノナレハ國會ノ事後承諾ヲ求ムルコトモ其必要ナカリキ例ヘハ局外中立ノ條約ノ如シ但國會ノ協贊權ヲ有スル事項即チ通常立法事項ニ付テハ條約ノ實行ニ付キ國會ノ行爲ヲ必要トセリ此國會ノ行爲ニ三種アリ即チ或ハ國會ハ外形上條約ト全ク關係ナキ行爲ヲ以テ條約ノ規定ニ適合スル法律ヲ制定スルコトアリ或ハ又國會ハ條約其モノニハ同意ヲ與フルニ非サルモ條約執行ノ爲メニ法律ヲ發スルコトアリ而シテ條約ヲ其法律組織ノ一ト爲スモノナリ此場合ニハ其法律ハ條約執行法律ト名クルナリ或ハ又國會ハ執行法律ヲ要スル事項ニ付テ前以テ國王ニ條約ノ締結ノ授權ヲ爲ス規定ヲ發スルコトアリ然ルトキハ條約執行ノ規定ハ授權ニ依ル命令ノ性質ヲ有スルコトト爲ル英國ニ於テハ此ノ如キ方法ヲ以テ條約ノ締結ト條約執行ノ法令トヲ形式上全ク區別セリ是レ英國現今ノ狀態ナリ此ノ如ク英國ノ制度ハ一方ニハ實際上ノ便宜ニ出テタルモ又他ノ一方ニ於テ

ハ三權分立主義ニ基キタルモノト謂フコトヲ得ルナリ即チ條約締結權ハ一ノ執行權ナリ行政權ナリ故ニ之ヲ君主ノ特權ニ屬セシメタリ尤モ英ノ「ロッキン」ハ條約締結權ハ一種ノ獨立權ナリ固ヨリ立法權ニハ服従スヘキモ執行權トハ全ク異ナレリト雖モ國家ノ安全ヲ圖ルカ爲メノ作用ヲ爲ス所ハ君主之ヲ爲スヲ適當トスト曰ヘリ「モンテスキュー」ハ條約締結權ハ全ク執行權ノ重要ナル部分ナリトセリ而シテ氏ハ權力ノ獨立ヲ其主義ト爲セルヲ以テ條約締結モ立法權ニ對シテハ獨立ノモノナリ故ニ國會ハ條約ノ締結ニ關シテ參與スルモノニ非ストセリ

亞米利加合衆國ニ於テモ亦英國ニ倣ヘ條約締結權ハ國會ニ屬セスシテ大統領ニ屬セリ唯大統領ハ元老院ノ三分ノ二以上ノ多數ノ同意ヲ以テ義務ヲ負擔スル條約ヲ締結スルコトト爲レリ義務ヲ負擔セサル條約ハ元老院ノ同意ヲ要セス條約ノ提案權ハ大統領ニ屬ス而シテ此條約ハ憲法又ハ憲法ニ依リテ發セラレタル法律ト同シク最高ノ國法タル效力ヲ有スルモノナリ唯憲法違反ノ條約ハ締結スルコト能ハサルノミ即チ合衆國ニ於テハ當然法律タルノ效力ヲ有ス

而シテ代議士院ハ條約ノ締結ニハ毫モ參與權ナシ故ニ合衆國ニ於テハ條約ハ代議士院ノ立法協贊權ヲ拘束スルヤ否ヤ又代議士院ハ條約ノ執行ニ必要ナル規定ヲ設クヘキ義務アルヤ否ヤノ問題ヲ生スルコトナシ又裁判ヲ爲ス場合ニ於テモ條約ト法律トノ中孰レニ從フヘキカノ問題ヲ生セスシテ甚タ便利ナル制度ナリ從來米國ノ國法學者間ニハ大統領カ元老院ノ同意ヲ得テ締結シタル條約ハ代議士院ニ於テハ無條件ニ之ヲ承認セサルヘカラス且必要ノ執行規定ノ制定ニ協贊スヘキ義務アリトノ說流行セシナリ若シ國會カ憲法ニ違反シテ法律ヲ制定シタルトキハ固ヨリ裁判所ノ審査權ニ依リテ救済スルコトヲ得ルモ國會ノ違憲行爲ニ對シテハ別ニ救済ノ方法ナシ即チ條約執行ニ必要ナル法律ノ制定ヲ拒絶シタル場合ニ於テハ如何トモスルコト能ハサルナリ此場合ニハ裁判官ノ審査權モ其働ヲ及ホスコト能ハス此弊ヲ防ク爲メニ代議士院ハ立法權ニ協贊權ヲ有スルニ拘ハラヌ外國ノ交際事件ニ對シテハ一切贊與セサルコトト爲レリ以上ノ制度ハ「モンテスキュー」ノ主義ニ依ルモノト謂フヘシ此說ニ對シテ「ルーソー」ノ說アリ佛國憲法ハ元來「ルーソー」ノ說ニ基ケルモノナリ即チ

「ルーン」ハ國權ヲ拘束スル條約ハ主權ヨリ出テサルヘカラス故ニ執行ノ長官タル君主之ヲ司ルコト能ハス主權ヲ有スル人民ノ代表者即チ國會之ヲ司ラサルヘカラス縱令提案ハ國會之ヲ爲スヘキモノト爲スモ國會カ之ヲ批准セサル間ハ條約ハ其效力ヲ有セス而シテ國際法上ニ於テハ批准セラレタル條約カ當事者ヲ拘束スルルモノナルカ故ニ國家ノ條約締結ノ機關ハ條約ノ實質ヲ定メ條約書ニ署名スル國王ニ非スシテ批准スル立法者ナリトノ説明ヲ爲セリ是ニ於テカ千七百九十三年ノ佛國憲法ニ於テハ條約ノ締結事務ハ執行府タル政府之ヲ爲スモ其批准ハ立法府之ヲ爲スモノナリ故ニ政府ハ立法府ノ命令ニ依リテ條約締結ノ事ヲ行フナリ又提案權モ政府ハ當然ニ之ヲ有スルニ非スシテ總テ國會ハ授權ヲ要スルコトト爲レリ現今瑞西國ニ於テモ此主義ニ基キ聯邦議會ニ於テ條約締結權ヲ行ヘリ然ルニ佛國千七百九十五年ノ憲法ニ於テハ此絕對ノ主義ヲ少シク變更シ實際ノ便宜ヲ圖ルコトト爲セリ即チ假條約經過的條約及ヒ秘密條約ハ當時ノ執行長官即チ「デレクテール」(Directeur)カ獨立シテ之ヲ爲スコトヲ得タリト雖モ立法府ハ仍ホ總テノ條約ノ審査權批准權ヲ留保セリ

但秘密條約ハ此「デレクテール」ノ締結ニ依リテ假ニ執行スルコトヲ許セリ唯秘密條約ハ公示條約ニ抵觸スルコト能ハス領土ノ讓渡ヲ約スルコトヲ許ササルノ制限ヲ設ケリ之ニ反シテ千七百九十九年ノ憲法之ヲ「コンツル」憲法ト謂フニハ政府カ獨立シテ外部ニ作用ヲ爲スコトヲ得ル規定アリ唯平和同盟條約及ヒ通商條約ハ立法府ノ監督ヲ受クルコトト爲レリ然ルニ千八百十四年ノ憲法(那破翁亡ヒ王政復古ノ際)ニ於テハ英國主義ヲ採用スルコトト爲リ國王ハ總テ條約締結權ヲ有シ議會直接ノ協贊ヲ受クルモノニ非ストシ唯領土ノ變更ハ例外ト爲シ議會ハ唯條約執行ニ必要ナル法律ノ制定ニ參與スルコトト爲レリ是ニ於テ佛蘭西憲法ノ規定モ以前ノ「ルーン」主義ハ制限セラレ遂ニ「モンテスキュー」ノ主義ト同一ト爲レリ然ルニ佛蘭西ハ其第三共和國ノ憲法ニ於テ大統領ハ固ヨリ條約ヲ締結スルコトヲ得ルヲ以テ或事項ニ限リテハ和親通商財政佛蘭西人ノ身分財産ニ關スル條約ハ兩院ノ決議後ニ非サレハ確定ノ效力ヲ有セストセリ(現行佛蘭西憲法第八條)其他ノ立憲國ノ憲法ニ於テハ大體ニ於テ佛蘭西ノ千八百十四年マテノ主義ヲ採用シ之ニ種權ノ變更ヲ加ヘテ條約締結ノ事ヲ規

定セリ即チ或國ニ於テハ君主ノ或事項ニ關スル條約ハ前以テ議會ノ同意ヲ要スルコトト爲セルモノアリ西班牙葡萄牙等ノ如シ然ルニ多クノ國ニ於テハ千八百十四年ノ佛蘭西憲法ノ主義ニ依リテ原則上君主ノ締結權ヲ制限セス唯領土變更ニ付テハ國會ノ同意ヲ要ストセリ和蘭憲法第五十七條ハ領土ノ讓與、交換ノ條約及ヒ法規ニ關スル條約ハ國會ノ同意ナケレハ國王ハ其批准ヲ爲スコトヲ得サルコトト爲レリ獨逸國ノ憲法ニ於テハ條約締結權ハ全ク君主ニ屬ス但條約執行ノ法律ニ關シテハ議會ハ之ニ對シテ協贊權ヲ有スルコトハ憲法ノ規定上必要ナルコトハ何人モ認ムル所ナリ尤モ獨逸諸國ノ憲法中ウルテンベルヒノ憲法ハ多少規定ヲ異ニス即チ國王ハ或事項ノ條約ヲ確定的ニ締結スルニハ前以テ國會ノ協贊ヲ要スルコトト爲シ西班牙葡萄牙ノ規定ト同一ナリ茲ニ「或事項」ト謂フハ國土ノ讓與、新稅ノ賦課、國法ノ變更、廢止及ヒ通商等ニ關スル條約是ナリ千八百三十年ノ白耳義憲法ニ於テハ國王ハ條約ノ締結ノ權ヲ有ス而シテ或事項ニ付テハ議會ノ同意ナケレハ效力ナシトシ又領土ノ變更ハ法律ヲ以テ定メ祕密條約ハ公示條約ニ抵觸スルコトヲ得ストセリ即チ現行白耳義

憲法第六十八條ニ國王ハ宣戰媾和、同盟、通商ノ條約ヲ締結ス通商條約及ヒ國財ヲ消費スヘキ條約又ハ人民ノ權利義務ニ關スル條約ハ議會ノ協贊ヲ經サレハ其效力ヲ有セストアリ此白耳義憲法ハ普漏西、埃太利及ヒ獨逸帝國憲法ノ模範ト爲レリ即チ普漏西憲法第四十八條ニ國王ハ宣戰媾和ノ權ヲ有シ又外國ト條約ヲ締結スル權ヲ有ス通商條約及ヒ國家ニ或負擔ヲ課シ又ハ人民ニ或義務ヲ課スル條約ハ議會ノ協贊ヲ以テ其效力ヲ有ストアリ獨逸帝國憲法第十一條ニハ獨逸皇帝ハ宣戰媾和ヲ爲シ他國ト同盟及ヒ其他ノ條約ヲ締結ストアリ他國ト締結スル條約事項カ憲法第四條ノ立法範圍ニ屬スルトキハ其締結ニハ聯邦議會ノ同意ヲ要シ其效力ヲ要スルニハ國會ノ協贊ヲ要ストアリ埃太利憲法ニモ之ト同一ノ規定アリ此等ノ憲法ノ規定ト多少異ナリ我憲法ニハ唯天皇ハ戰ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ條約ヲ締結ストアルノミニテ議會ノ協贊ヲ以テ其效力ヲ有ストノ規定ナシ

第三 條約ノ締結

前ニ述ヘタル如ク條約ハ國家相互間ノ契約ナルヲ以テ法律上條約ヲ締結スル

當事者ハ國家自體ナリ然レトモ實際國家ノ爲メニ條約ヲ締結スル者ハ各國國
法ノ規定如何ニ從ヒテ各其機關ヲ異ニスルモノナリ共和國ニ於テハ大統領瑞
西共和國ニ於テハ聯邦議會君主國ニ於テハ君主條約締結權ヲ有スルヲ通常ト
爲ス我邦ニ於テハ天皇條約ヲ締結スルコト明カナリ而シテ各國ノ憲法ニ於テ
條約締結機關ノ行爲ニ制限ヲ附スルコトアリ即チ國家元首カ條約ヲ締結スル
ニハ他ノ機關ノ同意ヲ求メシムルコトナリ若シ憲法ニ此ノ如キ制限アル場合
ハ如何ナル效力アルカ之ニ付テ多少ノ疑アリ「グナイスト」ニ「ラバンド」及ヒ「マイ
エル」等ノ言フ所ニ依レハ國法上締結權ニ制限ヲ加ヘテモ國際法上ニ於テハ制
限ノ效力ナシ國際上國家元首ノ權限ヲ制限スルモ其國家ヲ代表スルノ權ハ制
限スルモ無効ナリト説明セリ然リト雖モ若シ國家法上明カニ條約締結權ヲ制
限スル規定アレハ國際法上其效力ナシト謂フコト能ハス即チ憲法ニ於テ國家
ノ或機關ヲ以テ條約締結ノ機關ト定メハ國際法上ニ於テモ亦效力アリ之ト同
シク機關ノ權限ニ制限ヲ設クルトキハ國際法ニ於テモ亦其效力ヲ有スト謂ハ
サルヘカラス此等ノ說ニ反シテ一方ノ學者ハ國法上條約締結權ニ制限ヲ加フ

ルトキハ國際法上ニ於テモ效力ヲ有スト説明スル者アリ殊ニ「エー、マイエル」ノ
如キハ斯ル場合ニ於テハ條約締結權ハ元首ト同意ヲ爲ス機關トニ共屬スト曰
ヘリ然レトモ此説明ハ適當ナラス條約ノ締結ト締結ノ同意トハ之ヲ區別スル
コトヲ得同意機關ハ唯元首カ締結行爲ニ異議ナキ意思ヲ表示スルノミニテ例
ヘハ亞米利加合衆國ノ大統領ハ元老院ノ同意ヲ以テ條約ヲ締結スルモ條約締
結其モノハ大統領ノ行爲ナリ固ヨリ大統領ノ條約締結ハ元老院ノ同意ヲ受ク
ヘキモノナルモ同意ニ由リテ締結ヲ爲スハ大統領ノ意思ニ發スルナリ尙ホ君
主國ニ於テ君主カ法律ヲ裁可スルニハ議會ノ協賛ヲ要スルモ之カ爲メニ君主
カ立法權ヲ有スルコトヲ否認スルコトヲ得サルト同一ナリ故ニ元首カ同意ヲ
爲ス者ト共ニ條約ヲ締結スルモノナリトハ謂フコト能ハス然レトモ此同意ハ
國際法上ニ於テモ效力アルコト明カナリ其效力ハ果シテ如何ナルモノナルヤ
「ツングエル」ノ言フ所ニ依レハ條約締結ニ議會ノ同意ヲ爲シテモ此同意ハ唯副的
行爲ニシテ君主ノ主的行爲ヲ補助スルニ過キス故ニ同意ナキ條約ハ絕對無効
ニ非ス同意權ヲ有スル者ノ追認ニ依リテ其效力ヲ有スト曰ヘリ其他「エリック」

等ノ説モ大同小異ナリ即チ議會ノ同意ナキ條約ハ條件附ニテ有效ナリ而シテ此條件ハ停止條件ナリ若シ議會カ同意ヲ與ヘサルトキハ條約ハ其效力ヲ失フヘク同意ヲ與フレハ其效力ヲ有ス若シ絶對無効ナリトセハ議會カ後ニ至リテ同意スルモ有效ト爲ルモノニ非スト説明セリ此説明ハ適當ナリト信ス若シ憲法ニ於テ議會ノ同意ヲ以テ事前ノ條件ト爲ササル以上ハ後ニ至リテ同意スルモ效力ヲ有スト謂ハサルヘカラス故ニ此同意ナケレハ其條約ハ效力ヲ失フコトト爲ル此説ハ「シユルチエー」「ボルンハック」「ブリー」及ヒ「セリグマン」等ノ認ムル所ナリ然レトモ此事ハ唯我國ニ於テ他國ト條約ヲ締結スル場合ニ注意スヘキノミ我國法上ニ於テハ斯ル條款存セサルヲ以テ天皇ハ條約締結其事ニ對シテハ毫モ制限ヲ受クルモノニ非ス唯我國カ他國ト條約ヲ締結スルニ際シテ對手國ノ國法如何ニ依リテ既ニ締結セル條約ノ效力ニ差異アルヲ以テ締結權制限ノ有無ハ常ニ之ヲ顧慮スルコト必要ナリ

條約締結ノ形式ハ國際法上ノ慣例ニ從フヘキモノナリ國法上之カ詳細ナル説明ヲ爲スコト能ハス然レトモ重要ナル條約ハ國家元首ノ制定シタル尊嚴ナル文書ノ交換ニ依リテ締結セラルルモノナリ此場合ニ於テハ文書ノ制定以前ノ行爲ハ條約締結ノ豫備行爲ナリ是マテハ唯草案アルノミ國家元首ノ批准アリテ始メテ條約確定ス批准及ヒ署名ハ恰モ法律ノ裁可ト同一ノ地位ニ立ツモノナリ法律ノ場合ニ於テハ法律ノ裁可ハ國家意思ヲ決定スルモノナリ之ト同シク條約ノ批准ハ條約ヲ締結スヘキ決定ナリ條約文書ヲ制定スルコトハ法律ノ審署ト同一ノ地位ニ立ツモノナリ條約書ノ交換カ法律ノ公布ト相適合スルモノナリ法律ハ公布ヲ以テ拘束力ヲ生スルカ如ク條約ハ交換ヲ以テ其效力ヲ生ス是レ普通ノ形式ナリ此他尙ホ全權公使等ノ記名調印セル條約書ヲ交換スルニ依リテモ亦條約ノ締結セラルルコトアリ此事モ諸學者ノ普ク認ムル所ナリ「ヘンテル」「ゲフケン」「ハルトマン」「エリテック」及ヒ「ラバンド」等即チ君主ハ憲法、法律ノ明文ニ反セサル限ハ各省大臣ニ種種ノ權能ヲ委任シ得ル如ク條約締結モ亦君主カ常ニ自ラ之ヲ爲ササルヘカラサルノミナラス他ノ全權大臣等ニ委任スルコトヲ得ルナリ是レ國際法上及ヒ國法上多數ノ學者ノ認ムル所ナリ又實例ニ於テモ全權大臣等ノ締結セル條約數多アリ千八百七十年ノ埃太利及ヒ西班牙

通商條約附屬條約ノ如キ國務大臣「ボイマー」ノ締結ニ委任セラレタリ日英同盟條約ノ如キ天皇ノ批准ニ依ラスシテ全權公使ノ記名調印等ニ依リテ締結セラレタリ總テ此ノ如キ事ハ國際法上認メラルルノミナラス國法上ニ於テモ亦妨ケサルコトタリ憲法ニハ天皇條約ヲ締結ストアルモ是レ總テ條約ハ天皇自ラ締結スヘキコトヲ規定セルモノニ非ス唯條約締結ハ天皇ノ權内ニ屬スルコトヲ明カニセルモノナリ天皇カ如何ナル方法ニテ條約ヲ締結スヘキカハ其自ラ定ムル所ニ據ルヘキナリ憲法第十四條ニ「天皇ハ戒嚴ヲ宣告ス」トアリ然レトモ天皇ハ總テ自ラ戒嚴ヲ宣告スト規定セルモノニ非ス若シ然リトセハ敵軍ノ爲メニ交通ノ全ク遮斷セラレタル場合ハ如何ニシテ戒嚴ノ宣告ヲ爲スヘキカ交通ノ遮斷セラレタル場合ニハ最モ此宣告ヲ必要トスルニモ拘ハラヌ實際之ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テ憲法ハ仍ホ天皇自ラ爲ササルヘカラスト爲シタルモノトハ推測スルコト能ハス斯ル場合ニ於テハ司令官等ニ戒嚴宣告ノ事ヲ委任シテ行ハシムルコトヲ得ルナリ之ト同シク條約締結ノ事モ亦委任シテ行ハシムルコトヲ得ルナリ尤モ國際法上ニ於テ條約ハ如何ナル行爲ヲ以テ成立

スルカトノ問題ニ對シテハ種種ノ說アリ或ハ全權者ノ記名調印ニテ成立ストノ說アリ或ハ批准ヲ以テ成立ストノ說アリ或ハ批准ハ既ニ締結セラレタル條約ノ執行ヲ停止スル條件ニシテ國家元首ノ責任ヲ明カニスル意思ノ發表ナリトノ說アリテ議論一定セス然レトモ今日ノ實例ニ於テハ主權者自ラ批准セサルモノモ仍ホ有效ノ條約トシテ存在セルモノ數多アル所ヨリ觀レハ批准ヲ以テ條約成立ノ時期ト爲スコト能ハス苟モ主權者カ批准スルコトヲ留保セサル限ハ全權大臣等ノ記名調印ヲ以テ締結シ得ルコト適當ナリト信ス而シテ是レ亦國法ノ規定ニモ反スル所ニ非サルナリ

第四 條約ト立法トノ關係

國家元首カ外國ト條約ヲ締結シタルトキハ其條約ハ國內ニ於テ如何ナル影響ヲ有スルモノナルカ專制君主國ニ於テハ條約ノ締結及ヒ法律ノ制定ニハ他ノ機關ノ制限ヲ受ケサルヲ以テ斯ル問題ヲ生スルコト尠キモ立憲君主國ニ於テハ君主ハ立法權ノ行使ニ付キ他ノ機關ノ制限ヲ受クルヲ以テ若シ條約ノ事項カ立法事項内ニ屬スルトキハ此制限ハ如何ナル變動ヲ受クルモノナルカノ疑

ヲ生ス先ツ條約事項カ憲法上君主カ他ノ機關ノ協贊ヲ要セスシテ命令ヲ發シタル範圍内ニ屬スル場合ヲ觀ルニ此場合ニ於テハ君主カ他ノ國家ト條約ヲ締結スレハ國內ニ於テ直チニ命令タル效力ヲ生スルモノニ非ス何トナレハ前ニ述ヘタルカ如ク條約ハ國家相互間ニ於ケル法律行爲ナリ其拘束力ハ直接ニ條約締結ノ當事者タル國家ニ對シテノミ生スルモノニシテ第三者タル國內ノ各人格者ニ對シテ生スヘキモノニ非サルヲ以テナリ又國家元首ハ國家カ他國ニ對シテ條約ニ依リテ負擔シタル義務ヲ履行スル爲メニ其範圍内ニ屬スル命令權ヲ應用シテ官廳又ハ臣民ニ對シテ命令ヲ發セサルヘカラス此命令ニ依リテ條約規定ノ實質モ國內ニ效力ヲ有スルニ至ルモノナリ故ニ他ノ勅令ヲ發スルモノト同一ノ手續ニ依ルヲ正當ナリト信ス但條約ヲ官報ニテ公布シタルトキハ命令トシテ公布セラレタルモノナリトノ推測ニ依リテ命令タル效力ヲ有スト謂フコトヲ得然レトモ若シ條約事項カ立法範圍ニ屬スルトキハ直チニ此ノ如キ推測ヲ下スコト能ハス或ハ我憲法ニ於テハ天皇ハ條約ヲ締結ストアリテ別ニ何等ノ制限ナキヲ以テ一タヒ條約ニテ締結セル事項ハ公布アレハ縱令立

法事項ノ範圍ニ屬スルモノト雖モ直チニ國法タル效力ヲ有スルモノナリトノ說ヲ唱フル學者アリ之ヲ詳言スレハ若シ獨逸帝國普瀛西等ノ憲法ニ於ケルカ如ク條約ノ有效ナルニハ議會ノ協贊ヲ要ストノ規定アレハ條約締結ノ公布アルモ直チニ法律タル效力ヲ生スルコト能ハスト雖モ我邦ノ憲法ニ於テハ斯ル規定ナキカ故ニ議會ノ協贊ハ條約事項ノ國內ニ於ケル效力ニハ毫モ關係ヲ有スルモノニ非ス憲法上天皇ハ條約締結ノ全權ヲ有スルモノナリ全權ヲ有スル天皇カ締結シタル條約ハ其外部ニ對シテ有效ナルコトハ勿論ナリ外部ニ對シテ有效ナルモノハ内部ニ對シテモ有效ナラサルヘカラス條約ハ決シテ内外ニ依リテ其效力ヲ異ニスルコト能ハス外部ニ向ヒテ有效ナル條約ハ又當然内部ニ對シテ執行セラレサルヘカラストノ說ナリ前ニ述ヘタル「ツアルシ」ノ說ノ如キモ略ホ之ト同一ナリ即チ條約ノ批准ハ法律ノ裁可ト同一ナリ批准ハ外部ニ對シテハ條約ノ法則タル性質ヲ有スルコトヲ保障シ内部ニ對シテハ法則タル效力ヲ有スルコトヲ發表スルモノナリ國際法モ亦國家法ナルカ故ニ條約ノ批准ト法律ノ裁可トハ其性質ヲ異ニセスト説明セリ然レトモ此說ハ條約ノ性質

及ヒ憲法規定ノ意義ヲ審ニセサル認論ナリト謂ハサルヘカラス條約ハ國家相互間ニ存在スル合意ナリ條約ノ締結ハ一國カ他國ニ對スル法律行爲ナリ條約ノ批准ハ相手國ニ對スル意思發表ニシテ國內ニ對スル法則ヲ構成スル命令ニ非ス條約ノ實質ハ唯國憲ニ向ヒテ拘束スルノミニシテ人民ニ對スル命令ヲ發スルモノニ非ス故ニ法律ノ裁可ト同一視スルコト能ハス又憲法第十三條ニハ天皇ニ條約締結權アルコトヲ規定セルモ此規定ハ決シテ憲法ノ他ノ規定ヲ破ルヘキ效力ヲ有スルモノニ非ス即チ條約締結權ハ立法權ノ例外ト爲ルモノニ非ス立法ノ作用ト條約ノ締結トハ孰レカ原則ニシテ孰レカ例外ナルカハ證明シ得サルコトナリ此兩者ノ規定ハ併行ノ規定ナリ恰モ天皇ハ陸海軍編制權ヲ有スルモ臣民カ法律ノ定メタル所ニ依リテ負擔スル兵役義務ノ如何ニ關セスシテ陸海軍ノ編制ヲ定ムルコト能ハサルト同一ナリ憲法ニ天皇ハ條約ヲ締結ストアルハ唯條約締結權ノ根源ヲ明カニセルノミニナリ此條文ニ依リテ天皇ノ締結シタル條約ハ如何ナルモノト雖モ内外共ニ等シク效力ヲ有スルモノト謂フコト能ハス此規定ニ依リテ直チニ代表權ノ範圍ハ特別ノ規定ナキ以上ハ憲

法一般ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定メサルヘカラス或ハ民法ノ法理ヨリ論シテ法人ノ理事ノ代理權ニ加ヘタル制限ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハサルト同シク君主ノ代表權ニ加ヘタル制限ハ第三國ニ對シテ效力ナシ國內ニ於テ或事項ヲ規定スルニ議會ノ協賛ヲ經ヘキモノト然ラサルモノトアルコトハ他ノ國家ノ知ル所ニ非ス代表權ヲ制限スルモ一タヒ有效ニ締結セル條約ハ内外共ニ其效力ヲ有スルナリト説ク者アリ然レトモ民法ノ場合ニハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストアルヲ以テ代理權ノ制限ハ當然第三者ニ對シテ效力ナキノミニナリ若シ斯ル規定ナキ場合ニ於テハ善意ノ第三者ニ在リテモ代理權ノ制限ナキモノト看做スコトヲ得ヘシト信ス或ハ又憲法第十三條ハ絶對的ニ君主ノ條約締結權ヲ定メタルモノニシテ立法事項ノ制限ヲ受クルコトナシ憲法第三十七條ノ法律協賛ノ規定ハ條約以外ノ事ニノミ效力アルモノナリ是レ恰モ民法上ニ於テ若シ本人カ委任スヘカリシモノト認ムヘキ特別ノ事情ノ存在スル限ハ相手方ヲシテ本人カ委任シタルモノト看做シ委任ヲ受ケタル者ノ法律行爲ヲシテ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生セシメ以テ實際ノ便宜ニ應セシム

ルト同一ナラサルヘカラスト説ク者アリ然レトモ此ノ如キ説ハ唯斯クセハ便利ナリトノ立法論タルニ過キスシテ憲法ノ解釋論ニ非サルナリ
以上ハ條約ハ議會ノ協賛ヲ要セス當然國內法タリトノ説ヲ紹介セリ之ニ反シテ一方ノ學者ハ議會ノ協賛權ハ一般ノ場合ト同シク自由ナリ固ヨリ代表權ヲ有スル君主カ條約ヲ締結シタルトキハ國際法上有效ナリ然レトモ國法上ニ於テハ之カ爲メニ議會カ協賛セサルヘカラサルノ制限ナシ即チ議會ノ協賛權ハ自由ナリ故ニ若シ議會カ執行法律ヲ協賛セサル場合ハ國際法上有效ノ條約カ國法上執行セラレサルコトト爲ルト論述セリ(「グナイスト」「ラバンド」「ゲオルグマイエル」)此條約ノ國際法上ノ效力ト國法上ノ執行トヲ區別シテ論スルハ決シテ適當ノモノニ非サルナリ前述ノ如ク國際法モ國家法モ共ニ其根本ヲ同シクスルモノニシテ即チ國家ノ意思ニ基ク若シ果シテ然リトセハ等シク國家ノ意思ニ基ク法律系統ノ下ニ有效ト執行不能トカ當然生スルトハ到底想像スヘカラサル事ニ屬ス即チ國法上適法ニ執行スヘカラサルモノカ國際法上ニ於テハ有效トシテ存在スルコトハ理解セラレサルナリ國際法上ノ義務ハ同時ニ國

法上ノ履行ノ約束ナリ條約上ノ義務ノ實質ハ國家元首カ國家ノ權力ヲ執行シ得ル行爲ヨリ成立ス即チ國際條約ハ總テノ契約ト同シク雙方ノ當事者ノ合意ニ因リテ權利義務ヲ創定スルモノナリ而シテ此條約上ノ義務ハ唯國家自身ノ義務ナルノミナラス又國家機關ノ義務ナリ國家ノ義務ハ國家ヲシテ其機關ノ行爲不行爲ヲ拘束セシムルモノナリ即チ國家ト共ニ拘束セラレル機關ノ義務ニ由リテ國家義務自體モ亦成立スルコトアリ國家ニ義務アルニ拘ハラス國家機關ニ義務ナキコトハ考ヘラレス即チ國家ノ義務ハ性質上國家機關ノ義務ナリ故ニ條約ヲ締結スルノ權能ヲ有スル者カ條約上義務ヲ負擔シタルトキハ又其國內ニ於テ執行スルノ義務ヲ有セサルヘカラス隨テ國際法上有效ナル條約カ國法上當然執行シ能ハサル結果ヲ生スルコト能ハス然ルニ國家元首カ義務ヲ負擔シ得ル範圍ハ憲法上無制限ニ非ス國家元首カ義務ヲ負擔シ得ル範圍ニ付テハ國際法ニ特別ノ規定ナシ又憲法ニ於テモ其代表權ノ範圍ニ付テハ何等ノ規定ナク唯君主カ條約締結者タリト云フノミ故ニ此條文ヨリ君主カ如何ナル事項モ完全ニ條約ヲ締結シ得ルトハ謂フコト能ハス國家元首ハ其自ラ履

行シ得ル行爲ヲ約束シ得ルノミナリ隨テ其條約事項カ命令ノ範圍ニ屬スルモノナレハ君主ハ直チニ命令ヲ發シテ條約ノ執行ヲ爲スヘキハ當然ナリト謂フヘシ若シ國際法上有效ナル條約ト國法上執行不能トカ當然生シ得ルトセハ君主ハ命令ノ範圍ニ屬スル事項ニ付テモ之カ執行ノ規定ヲ發スルノ義務ナシト謂ハサルヘガラス然ルニ君主ノ自由ノ處理ノ範圍ニ屬スルモノハ必ス相當ノ規定ヲ發シテ條約ノ執行ヲ爲ササルヘカラス之ニ反シテ若シ其執行カ君主ノ處分スルコト能ハサル機關ノ意思ニ關スルトキハ元首ハ國家ニ確定的ニ義務ヲ付スルコト能ハス例ヘハ君主ハ全ク單獨ニテ憲法ヲ改正シ法律ヲ發スルコト能ハス隨テ憲法ヲ改正シ法律ヲ發スル義務ヲ無條件ニ負擔スルコト能ハサルカ如シ蓋シ此等ノ事ヲ爲スニ付キ議會ノ同意ヲ強制スルハ其權力ノ範圍ニ屬セサルカ故ナリ即チ君主ハ其爲シ能ハサル事ハ義務トシテ負擔スルコト能ハサルヲ以テ條約事項カ其履行ニ獨立機關ノ協賛ヲ得ルコトヲ要スル場合ハ無條件ニ之ヲ締結スルコト能ハス即チ此等ノ事項ヲ定ムルニ付テハ制限ヲ受クルコト憲法ノ原則トスル所ナリ國家元首カ制限ヲ受クルコトハ内ニ對スル場合

ニ於テモ外ニ對スル場合ニ於テモ異ナルコトナシ内部ニ對スル場合ハ制限ヲ受クルモ條約ヲ締結スル場合ニハ制限ヲ受ケストノ區別ナキナリ制限ヲ受クルコトハ原則ナルヲ以テ何レノ場合ニ於テモ受ケサルヲ得ス即チ制限ヲ受クル状態ニ於テ内外共ニ作用セサルヘカラス或事項ヲ規定スルニ議會ノ協賛ヲ要スル事ノ如キハ外部ニ對シテ效力ナキヲ以テ君主カ立法事項ノ規定ヲ單獨ニ有效ニ契約シ得ルトハ推定スルコト能ハス故ニ國家元首ハ原則上制限アル資格ニ於テ條約ヲ締結スルコトヲ得ルナリ隨テ議會ノ憲法上ノ權能ハ何レノ場合ニ於テモ減縮セラルルコトナシ又國家元首ノ條約締結權ヲ害スルコト能ハス隨テ元首ハ條約ヲ締結スルニ付テハ固ヨリ議會ノ同意ヲ要スルコトナシ即チ佛蘭西、白耳義等ノ憲法ノ如ク條約ノ締結其事ニ議會ノ協賛ヲ要スルニ非ス條約ハ君主之ヲ締結シ其權内ノ事項ニ付テハ完全ニ實行スルコトヲ得又憲法上制限アル事項ニ付テハ其制限ノ状態ニ於テ締結スルコトヲ得ルナリ若シ國家元首カ其權内ニ屬セサル事項ニ付テ條約ヲ締結シタリトセハ是レ權限外ノ事ヲ爲シタリト謂ハサルヘカラス尤モ此義務ハ道德上、政治上ノ義務ニシ

テ法律上當然ノ義務ニ非サルナリ若シ條約締結者カ其適當ノ權限ナクシテ條約ヲ締結シタル場合ニハ其條約締結者ヲ國際法上ニ於テハ「スポンゾール」即チ豫約者ト稱シ又適當ノ權限ナクシテ締結セラレタル條約ハ之ヲ「スポンジ」即チ豫約ト稱ス此豫約ハ國家ヲ當然義務ニ付スル效力ナシ唯國家ノ追認ヲ爲ス場合ニ於テハ始メテ拘束力ヲ有スルコトト爲ル「スポンゾール」ハ相手方ノ國家ニ對シテ唯追認ヲ得ル様ニ盡力スルノ義務ヲ負フノミナリ若シ惡意又ハ重大ナル過失ニテ斯ル豫約ヲ爲シタル場合ニハ國際法上開戦ノ原因ト爲スコトヲ得ルナリ然レトモ苟モ善意ヲ以テ爲シタル場合ニ於テハ法律上ノ效力トシテ爲シ能ハサルコトヲ爲ササルカ爲メニ開戦ノ原因ト爲スハ理解セラレサルナリ若シ憲法上議會ノ協贊ヲ以テ規定スルヲ要スル事項所謂立法事項ヲ執行ノ條件トスル條約ヲ締結シタルトキハ斯ル條約ハ法律上ノ條件ニ繋ルモノナリ即チ此條約ハ解除條件附ナリ若シ條約執行ニ必要ナル規定カ議會ノ協贊ヲ得ス隨テ法律ヲ制定スルニ至ラサルトキハ其條約ハ消滅ス即チ條約ハ此狀態ニ於テト云フ附款ヲ以テ締結セラレルモノナリ條約ノ執行ニ必要ナル法律ノ成

立スルトキノミニ條約ハ完全ニ其效力ヲ有スルモノナリトノ趣旨ヲ以テ締結セラレルモノナリ即チ國家元首カ國法上ニ於テ制限アレハ外國モ亦之ヲ認メサルヘカラス凡ソ條約締結者ハ各國ノ憲法ノ規定如何ニ依リテ異ナルモノナリ故ニ或國ニ於テハ或一定ノ機關カ條約締結權ヲ有スルモノナルコトハ相手方ノ國家モ亦之ヲ承認スルノ義務アルト同時ニ其締結機關カ憲法上如何ナル制限ヲ受クヘキモノナルカ之ヲ知ル義務アリト謂ハサルヘカラス既ニ之ヲ知ルコトヲ要スルモノタルヲ知リテ條約ヲ締結シタル以上ハ斯ル條件ノ下ニ締結セラレタルコトハ固ヨリ承認スヘキコトナリ隨テ條件ノ到來セルトキニ條約ノ解除セラレルコトニ付テモ異議ヲ挾ムコト能ハス尙ホ條約締結ノ當時ニ絶對不能ノ義務履行ヲ約シタル場合ニ於テモ固ヨリ無効ナルコト疑ヲ容レサルノミナラス相對的不能ノ義務履行ヲ約束シタル場合ニ於テモ其條約ノ消滅セルコトヲ宣言スルノ權利アリ又其宣言ヲ承諾スルノ義務アリト謂ハサルヘカラス若シ之ヲ怠リテ契約ヲ爲セハ其無効タルノ結果ヲ辭スルコト能ハス而シテ此場合ニハ條約ノ執行ノ不能ト爲リタル國家ニ於テハ其執行不能ト爲リ

タルコトヲ宣言スルコト必要ナリ然レトモ此宣言ハ條約ヲ取消スモノニ非ス
條約ハ條件ノ成就ト共ニ當然解除セララルモノナリ締約國ハ唯條約ノ解除セ
ラルルコトヲ通告スヘキノミ此通告ハ締約國ノ義務ナリ蓋シ締約國ノ國內ニ
於ケル事項ハ相手方ノ國家モ當然之ヲ知ルコト能ハス或ハ條約ノ執行セラル
ルコトヲ期スルコトアリ斯ル場合ニ通告セサルトキハ或ハ相手方ノ國家ノ損
害ヲ惹起スコトアルヲ以テ斯ル危險ヲ避クル爲メ通告スルハ締約國ノ義務ナ
リト謂フヘシ相手方ノ國家モ之ニ對シテ抗議ヲ爲スコト能ハス
此ノ如ク執行法律ヲ要スル條約ノ效力ハ議會ノ協賛ニ關係ヲ有スルヲ以テ若
シ條約ノ中ニ執行法律ヲ要スル事項ト君主ノ自由ニ處理シ得ル事項トカ存在
スルトキハ其執行法律ヲ要スル事項ノミ議會ノ協賛ナキ場合ニ效力ヲ有セザ
ルコトト爲リ他ノ事項ハ效力ヲ有ス但國際法上ニ於テ他ノ相手方ノ國ハ條約
中ノ或條項ノ不履行ト爲ル場合ハ全條約ノ取消ヲ請求スル權利ヲ有ス然レト
モ取消ツサル以上ハ執行法律ヲ要セサル條項ハ依然トシテ效力ヲ有ス若シ一
度締結シタル條約カ執行法律ノ制定セラレサルカ爲メニ其效力ヲ失フコトト

爲レハ實際上不都合ナルヲ以テ君主カ立法事項ニ關スル事ヲ條約ニテ締結ス
ルトキハ條約締結前ニ先ツ議會ノ協賛ヲ求メサルヘカラストノ説アルモ然レ
トモ是レ政治上ノ希望タルニ過キスシテ法律上ノ義務ニ非ス尤モ憲法第六十
二條第三項ニハ「國債ヲ起シ及豫算ニ定メタルモノヲ除ク外國庫ノ負擔トナル
ヘキ契約ヲ爲スハ帝國議會ノ協賛ヲ經ヘシトアリ此規定ハ國家カ外國ト條約
ヲ締結シタル場合ニモ亦適用セラルヘキモノナリ而シテ我憲法ニ於テ協賛ト
ハ事前ニ議會ノ同意ヲ要スルコトヲ指スモノナリ條約ヲ以テ此等ノ契約ヲ爲
ス場合モ條約締結前ニ議會ノ同意ヲ求ムルコト必要ナリト謂ハサルヘカラス
然レトモ此等ハ特ニ憲法ノ明文ヲ以テ規定セル場合ニ限リテ他ノ事件ニ付テ
ハ條約締結前ニ法律上ノ義務トシテ議會ノ協賛ヲ求ムル必要ナシ其他條約締
結ノ時ニ議會ノ協賛ヲ以テ批准ノ條件ト爲スコトアリ此ノ如キ方法ヲ取レハ
實際上甚タ都合宜シク又此ノ如キ實例モ往往存スルナリ千八百七十年ニ埃匈
國ト米國トノ間ニ移住民保護ノ條約ヲ爲シシコトアリ此條約ニハ埃匈國ハ埃
匈國ノ立法議會ノ協賛ヲ經タル後又亞米利加合衆國大統領ハ元老院ノ協賛ヲ

經タル後批准セラルヘキモノト規定セリ

第五 條約執行規定ノ公布

完全ニ締結セラレタル條約ハ先ツ國家ヲ拘束ス若シ條約ニ定メタル義務カ全ク國家元首ノ權内ニ於テ直チニ執行シ得ヘキ事項ナレハ別ニ國法上ノ形式ヲ以テ條約ノ實質ヲ制定、公布スルノ必要ナシ若シ條約ノ實行ニシテ他ノ國家機關又ハ人民ヲ拘束スル必要アルトキハ其條約ノ實質ヲ國內ニ實行スヘキ國法上ノ行爲ヲ要ス即チ條約ノ實質ノ立法事項タルト命令事項タルトニ從ヒ或ハ法律或ハ命令ヲ制定、公布スルヲ要ス唯條約文ヲ印刷シテ公ニスルカ如キハ完全ナル形式ニ非ス歐羅巴各國多クハ條約ノ實質ニ從ヒテ或ハ法律或ハ命令ヲ發スルコトト爲シタリ然ルニ埃太利、普瀾西、獨逸帝國等ハ唯條約ヲ官報ニ掲載スルノミナリ此ノ如キハ完全ナル形式ニ非ス故ニ「ラバンド」ノ如キハ此ノ如キ方法ハ法律上公布ノ效力アルヤ否ヤハ一ノ疑問ナリト曰ヘリ裁判官ハ果シテ適法ノ要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ審査セサルヘカラスト説ケリ我邦ノ實例ハ公布スルコトアリ爲ササルコトアリ或ハ官報ノ勅令ヲ掲載スル例ニ於テ朕何年月

日某所ニ於テ朕カ全權委員ト某國全權委員ノ記名調印シタル某條約ヲ批准シ茲ニ之ヲ公布セシムトシ御名御璽、年月日ヲ署シ國務大臣ノ副署ヲ以テ公布スルコトアリ此ノ如キ形式ヲ具フルモノハ勅令トシテ固ヨリ其效力ヲ有ス然レトモ之ヲ法律ト謂フコト能ハス故ニ裁判官ハ命令ヲ審査スルコトヲ得ルト同シク此ノ如キ條約モ亦審査シテ其適用ヲ爲スコトヲ得ルト謂ハサルヘカラスト唯直チニ法律トシテノ效力ヲ有セサルノミ條約執行ノ法律及ヒ條約ヲ公布スル法律即チ條約ニ關スル法律ヲ議會ノ協賛ヲ經テ適當ニ之ヲ公布シタルトキハ此法律ハ即チ形式上一般ノ法律ト同一ノ效力ヲ有スルモノナリ尤モ此條約ニ關スル法律ハ他ノ法律トハ少シク區別スヘキ點アリ即チ條約ノ實質ヲ規定セル法律ノ公布ハ憲法上ノ制限ニ從ハサルヘカラストモ條約ノ停止、廢止ハ此制限ヲ受クルモノニ非ス凡ソ國家元首ハ國際法上ノ或條件ノ存在スルトキハ其條約ノ消滅セルコトヲ宣言スルノ權ヲ有ス或ハ相手方ノ國家カ義務ヲ履行セス或ハ戰爭ヲ開始シタル場合ニ於テハ相手方ノ國家ニ關スル條約ハ停止又ハ廢止スヘキモノトノ宣言ヲ爲スコトヲ得若シ條約カ停止又ハ廢止セラレタ

ルトキハ條約ノ執行ニ關スル法律モ亦總テ停止又ハ廢止セラレルモノナリ此停止又ハ廢止ハ特別ニ法律ヲ以テスル必要ナシ蓋シ條約ノ執行ニ關スル法律ハ條約ノ存在ヲ條件ト爲スヲ以テ條約ノ存在及ヒ效力ハ執行法律ニモ亦關係ヲ及ホスモノト謂ハサルヘカラス故ニ君主ハ唯其法律ノ效力ヲ失フコトヲ宣言スルヲ以テ足ル其他條約ニ於テ自ラ有効期間ヲ定メタルトキハ別ニ何等ノ行爲ナクシテ執行法律モ亦其期間ノ滿了ヲ以テ消滅スルモノナリ其他條約ニ於テ期間ノ延長終了ノ通知ヲ留保セルトキモ亦當然執行法律ニ關係ヲ及ホスモノナリ何トナレハ此ノ如キ條件ヲ附シタル條約ヲ認メテ法律ヲ制定スルトキニ當然之ヲ認メテ制定シタルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ然レトモ條約ノ消滅ニ因リテ法律ノ效力モ消滅スルハ唯其法律ノ條約ニ基クトキニ限ルモノナリ其條約ニ關スル法律ハ條約ノ特別ノ性質ヲ有スルカ爲メニ他ノ法律ノ規定ニ對シテモ例外トシテノ效力ヲ有スルコトアリ即チ條約ニ關スル法律ヲ發シタル後ニ於テ更ニ法律ヲ發シ此後ノ法律ニ於テ條約ヲ以テ規定セルコトニ抵觸スル一般ノ規定ヲ設ケタルトキハ此後ノ法律ハ條約執行ノ法律ヲ

暗黙ニ例外ト爲シタルモノナリトノ推定ヲ下ササルヘカラス即チ後ノ一般法ハ前ノ特別法ヲ變更セストノ解釋ノ原則ヲ適用セサルヘカラス蓋シ國家内部ニ於ケル立法作用カ已ニ存在スル條約ノ效力ヲ法律ト同シク隨意ニ變更スルカ如キコトハ國際法上ノ秩序ヲ紊亂スルモノナルヲ以テ斯ル事ヲ推測スルコト能ハス故ニ條約カ尙ホ自ラ效力ヲ有シ且條約ニ關スル法律ヲ立法手續ニテ明カニ變更セサル限ハ條約執行ノ法律ハ例外法トシテ後ノ一般法ノ爲メニハ變更セラレサルモノト解スルヲ適當トス此條約ニ關スル法律ハ一般法ニ對シテ例外タル效力ヲ有スルコトハ種種ノ場合ニ生スルモノナリ例ハ條約ヲ以テ或國ニ對シテ殺物ノ自由輸出ヲ約束シ之ヲ法律ヲ以テ規定シタル後一般法ヲ以テ殺物ノ自由輸出ヲ禁シタルトキニ於テ某國ニ對スル自由輸出ヲ明白ニ廢止セサル以上ハ條約ハ尙ホ其效力ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス此事ニ付キ嘗テ米國ニ於テ問題ト爲レリ歐羅巴ニ於テハ此問題ハ罪人引渡條約ト刑法及ヒ刑事訴訟法ノ改正ニ付テ生シタルコトアリ即チ罪人引渡條約ニ規定セル犯罪者ヲ引渡法ニ於テ引渡シ得ルコトヲ規定セリ然ルニ刑法刑事訴訟法ヲ

改正スルニ當リ總テ犯罪者ハ引渡ヲ爲サストスルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ多クノ國ノ罪人引渡法ニ於テハ從前ヨリ存在セル條約ノ規定ヲ後ノ法律ニ由リテ廢止スルコト能ハスト明定セリ然ルニ若シ斯ル規定アリキトキハ如何ニスヘキカ之ニ付キ我邦ニハ明治二十年勅令第二十四號逃亡犯罪人引渡條例アリ其第一條第一項ニハ引渡犯罪ト稱スルハ外國ト締結シタル犯罪人引渡條約ニ揭クル犯罪ヲ指スモノトセリ然ルニ更ニ後ノ法律ヲ以テ此規定ヲ廢止スルコト能ハストノ條文ナシ今此場合ニ刑事訴訟法ヲ改正シテ一切犯罪者ヲ引渡サスト規定セリトセハ其效力如何ト云フニ斯ル場合ニハ其引渡ノ條約ノ效力ヲ有スル間ハ條約ヲ以テ規定セル犯罪ノ中ニ入ルヘキモノハ之ヲ引渡スヘキ義務アルモノナリ即チ引渡條例存在シ又犯罪人引渡條約カ效力ヲ有スル間ハ後ノ一般法ヲ以テ當然之ヲ變更シタルモノト謂フコト能ハス是レ「エリテック」ニラマツシト等ノ説明スル所ナリ

司法權ニ付テノ講演

法學士 副島 義一

本筆記ノ責任ニ編輯員ニ在リ

第一 司法權ノ意義

司法トハ其文字ノ示スカ如ク法ヲ司ルヲ謂フ換言スレハ法ヲ保護スル作用ナリ或ハ司法ハ法ノ秩序ヲ維持スル作用ナリト曰ヒ或ハ法ノ秩序ヲ恢復スルモノナリト曰フモ歸スル所ハ法ノ保護ト謂フト同一ナリ而シテ司法ハ直接ニ法ヲ保護スル作用ナラサルヘカラス法ヲ保護スル作用ハ種種ノ法境ニ於テ生シ得ルモノニシテ國際法上ニ於テモ憲法行政法上ニ於テモ民法刑法上ニ於テモ生シ得ヘキナリ但國際法上ニ於テハ原告被告雙方ノ上ニ最高ノ權力者存在セサルヲ以テ各當事者ノ契約ニ基キテ司法ヲ行フモノニシテ強制權ヲ以テ強行ス

ルニト能ハス隨テ國際法ノ違反者ニ對シ戰爭ヲ開始シタル場合ニ違反者カ強
力ナルトキハ其者カ即チ勝ヲ制スルコトアリ之ニ反シテ國家法上、民法上、刑法
上ノ司法ハ國家權力ノ作用ニ出ツルモノナリ一箇人カ法規違反ヲ爲シタル場
合或ハ機關カ法ニ犯セル場合ニ司法ノ勦ヲ及ホスナリ此ノ如ク法律保護ノ作
用ハ各法境ニ於テ生シ得ヘキモ司法權ハ唯民法及ヒ刑法ニ限ラレタリ是レ歷
史上ノ來歴ニ由ルモノナリ往古ニ於テ裁判所カ法律保護ノ作用ヲ司ルハ民法
刑法ノ區域内ニ限リタリ蓋シ民法刑法ハ夙ニ發達セルモノニシテ當時其民法
刑法ノ保護ヲ爲ス作用ヲ司法ト稱セシナリ往古ニ於テハ今日ノ如キ憲法ナシ
又行政法ナルモノナシ隨テ法律保護ノ作用モ生セサリシナリ然ルニ近世ニ至
リ憲法ヲ制定シ議會又ハ國務大臣ノ權限ヲ限定スルニ及ヒ其權限ノ範圍ヲ判
決シ又國務大臣ノ彈劾ヲ裁判スルカ爲メニ政治裁判ヲ爲ス必要ヲ生シ行政法
規ハ整頓スルニ隨ヒ行政裁判ヲ爲スノ必要ヲ生シ又官吏ノ地位ヲ保護スルニ
隨ヒ懲戒裁判ヲ爲スノ必要ヲ生セリ而シテ此等ノ裁判ノ作用ハ特別ニ政治裁
判所、行政裁判所、懲戒裁判所ヲ設ケテ之ヲ司ラシメ而シテ從來ノ裁判所ハ之ヲ

通常裁判所ト謂ヒ依然トシテ民事、刑事ノ裁判ヲ司ルナリ而シテ此民事、刑事ノ
裁判權ヲ從來ノ名稱ニ從ヒテ司法權ト稱セリ歐羅巴ノ憲法上ニ於テ司法權ト
云フハ此民事、刑事ノ裁判權ヲ指スモノナリ我邦ニ於テモ維新以來司法ナル語
ハ折獄斷訟ノ意味ニ使用セラレ今日ヨリ言ヘハ民事、刑事ヲノミ意味スルモノ
ニ外ナラサルモノナリ明治八年大審院ヲ設ケテ審判ヲ司ラシメタリ而シテ大
審院ハ何ヲ審判セルト云フニ其職權規程ニハ民事、刑事ノ上告ヲ受ケ上等裁判
所以下ノ審判ヲ破毀ストアリ故ニ大審院ノ審判權ハ民事、刑事ニ付テ有シタル
ナリ其他ノ裁規所ノ職權モ亦民事、刑事ヲ裁判スルモノト判定セル是ユ由リテ
觀ンハ憲法制定ノ當時ニ於テ民事、刑事ヲ裁判スルモノヲ裁判所トシテ定メラ
レタルナリ故ニ憲法ニ司法權ハ裁判所之ヲ行フトアル其司法權モ亦民事、刑事
ノ裁判權ト解スヘク他ノ公法上ノ權利義務ノ爭或ハ權限ノ爭又ハ懲戒上ノ裁
判ヲ爲スハ性質上法律保護ノ作用ナルモ憲法ニ所謂司法トハ此ノ如キ廣キ意
義ニ非スレテ民事、刑事ヲ指スルモノト解セサルヘカラス而シテ民事、刑事ノ裁
判ハ多少實質ニ於テ異ナル所アリ總テ民事上ノ法律關係ニ付テハ國家ハ全ク

一箇人ノ自由ニ任シ荷モ法規ノ制限ニ觸レサル限ハ自由ニ法律關係ヲ結ブヲ得セシムルナリ故ニ國家ハ此自由動作ノ結果ニ因リテ生シタル權利カ如何ナル状態ニ在リテモ自ら進ミテ保護スヘキ責任ヲ有セス換言スレハ權利義務ノ存在範圍等ニ付テ國家ハ強制的ニ裁判スルコトナシ隨テ民事訴訟ニ於テハ當事者ノ請求セサル事ニ付キ裁判セス唯國家ノ責務トスル所ハ一箇人ニ權利ノ保護ヲ補助スルノミナリ但一箇人カ相互ニ權利ノ執行ヲ爲ストキハ一般ノ平和ヲ害スルヲ以テ其權利カ完全ニ執行セラルル様國權ヲ以テ補助スルナリ隨テ一箇人ハ其補助ヲ請求スル權利ヲ有ス一箇人カ裁判所ニ問ヒテ訴ヲ起スハ此國家的補助ヲ與ヘンコトヲ請求スルナリ即チ一箇人ノ權利ヲ承認シ其實行ヲ確實ナラシメンコトヲ請求スルナリ判決ハ此請求ヲ認ムルヤ否ヤヲ決斷スルモノナリ此決斷ヲ爲スニハ各箇ノ場合ニ於テ國家カ權力ヲ應用スヘキ條件存在スルヤ原告ハ果シテ裁判所ノ補助ヲ受クヘキ請求權ヲ有スルヤ否ヤヲ判定シ又他ノ一方ニハ原告カ其主張スル權利ヲ被告ニ對シテ有スルヤ否ヤヲ判定シ其判定ニ基キテ權利ノ實行ヲ強行スルモノナリ然ルニ刑事裁判ノ場合ニ

於テハ少シク其趣キヲ異ニス即チ刑事裁判ハ國家ノ刑罰權ヲ執行スル形式ナルニ過キス國家ハ法ノ秩序ノ破壞者ニ對シテ刑罰權ヲ以テ對抗セサルヘカラス民事裁判ノ場合ハ如ク一箇人ノ利益ヲ爲メニ補助スルニ非スシテ國家ハ自己ノ利益ヲ爲メニ權力ヲ行使スルナリ換言スレハ此場合ニ於テハ國家ハ自ラ其秩序ヲ維持シ若クハ回復スル爲メニ其權力ヲ行使セサルヘカラス唯此權力行使ノ偏頗ニ陥ラサシカ爲メニ一定ノ方法ヲ以テ行使セシムルモノナリ即チ刑ノ適用ヲ爲スニハ裁判所客觀的法規ノ標準及ヒ各箇ノ場合ノ状態ニ從ヒテ犯罪責任及ヒ之ニ科スヘキ刑ヲ定ムルナリ蓋シ國權ノ濫用ヲ防キ國權一總テ正義ノ觀念ニ從ヒテ取扱ハルルコトノ保障ヲ與フル爲メニ此ノ如キ裁判ナル手續ヲ經ルモノナリ即チ刑事訴訟ノ手續ハ刑罰權カ各箇ノ場合ニ適用セラルル道行キタルニ過キサザルナリ民事訴訟ニ於ケル判決ハ國權ノ保障ノ上ニ原告ノ申立ヲ認ムルモノナリ刑事訴訟ニ於ケル判決ハ國家自身カ其權力實行ニ付テ拘束セラルル條件ヲ滿スニ過キス故ニ刑事裁判ニ於テハ犯罪者ヲ被告トシ檢察官ハ恰モ原告ノ地位ニ立チテ相争ハシメ以テ其判決ヲ爲スモノナリ

是レ唯外觀上ノ形式タルニ過キス民事裁判ニ於テ原告被告カ相對立シテ争フコトヲ裁判スルトハ大ニ其性質ニ異ニスルモノト謂ハサルヘカラス
民事裁判ト刑事裁判トハ多少其性質ヲ異ニスルモ亦共同ノ點ナキニ非ス之ヲ概括シテ司法權ト謂フ其共同ノ點ハ立法ニ對スル關係及ヒ行政ニ對スル關係其ノ同一ナルコトナリ立法作用ハ一般的ノ規則ヲ制定スルモノニシテ一般ニ對シテ效力ヲ及ホスモノナリ之ニ反シテ司法作用ハ唯具體的事實ニ對スル作用ニシテ且其作用ノ效力ハ實現的ノモノナリ之ニ反シテ立法作用ノ效力ハ條件的ノモノナリ即チ或事實ノ發生スルニ非サレハ效力ナシ行政ニ對シテハ如何ト云フニ司法カ法則ニ對スル關係ト行政カ司法ニ對スル關係トハ其狀態ヲ異ニス法律ト司法トノ關係ハ前提ト結論トノ關係ナリ司法ノ作用ハ既ニ存在スル法規ニ依リ一定ノ事實ヲ論理ノ方式ニ從ヒテ斷定スル作用ナリ即チ法規ヲ大前提トシ事實ヲ小前提トシテ其結論ヲ見出スモノナリ而シテ其結論ハ論理的結論ト同シクノ人意思ヲ以テ左右スルコトヲ得サルナリ恰モ數學ノ答ト同シク論理ト結果ハ必要的ニ生セサルヘカラス固ヨリ判決ヲ爲スニ當リテハ先

ツ事實ヲ確定セサルヘカラス但此事實モ亦裁判官カ隨意ニ定ムルコトヲ得ス客觀的ニ存在スル事實ヲ認識シテ定ムルモノナリ此事實ニ基ク法規ニ照シテ法規ノ意思ヲ發表スルモノナリ即チ司法ハ具體的規定ヲ發見スルコトヲ直接ノ目的トスルモノニシテ他ニ事物上ノ利益ヲ得ルコトヲ目的トスルモノニ非ス或係争ノ物件カ甲ニ屬スルモ乙ニ屬スルモ國家ハ更ニ利害ノ關係ヲ有セヌ唯甲乙間ニ於ケルカ如キ事實ノ存在スル場合ニハ一般的法規ハ如何ナルコトヲ要求スルカヲ發行スルモノナリ固ヨリ一箇人カ種種ノ法律見爲ヲ爲ス事實ヨリ觀レハ民法ノ規定ハ其目的ヲ達スル手始ニ供セラルルニ過キサレモ國家カ法律保護ヲ爲ス點ヨリ觀レハ法律ノ適用ハ唯其直接ノ目的ニシテ之ニ反シテ行政ノ作用ハ或一定ノ結果ヲ得ンコトヲ目的トスルモノナリ即チ事物上ノ利益ヲ得ンコトヲ目的トス行政法規ハ或官廳ハ事物上ノ利益ヲ達スルコトヲ以テ其職權ト爲スヘキモノト定メ又事物上ノ利益ノ種類程度及ヒ條件等ヲ規定シタルモノナリ即チ法規ハ事物上ノ利益ヲ達スルニ付テノ動機方法ト爲ル即チ事物上ノ利益ヲ達スルニ作用ヲ惹起セシメ又此作用ヲ爲スニ付キ一定ノ

手續方法ニ依ラシムルモノナリ

第二 刑事裁判ト行政裁判トノ區別

刑事裁判ト行政裁判トハ共ニ公法ヲ保護スルコトヲ目的トスル點ニ於テ同一ナリ然レトモ裁判ノ目的タル法規侵害ノ状態ニ於テ相異ナレリ行政裁判トハ唯行政法規侵害ノ事實アレハ之ヲ行フコトヲ得ルモ刑事裁判ハ唯法規侵害ナル客觀的要素ノミヲ以テ足レリトセス尙ホ主觀的要素アルヲ必要トス即チ所爲者ノ犯罪能力換言スレハ責任ヲ負フニ足ルノ自由アルコトヲ必要トス又行政裁判ハ國家機關カ違法行爲ヲ爲シタルトキニ其作用ヲ爲シ刑事裁判ハ或一定ノ自然人ノ行爲ニ對スルモノナリ行政裁判唱唯客觀的法規侵害ヲ回復シ維持スル爲メニ之ヲ行フモノニシテ自然人ノ責任ヲ問フモノニ非ス縱令善意ヲ以テ違法處分ヲ爲シタル場合モ行政裁判ハ法規侵害ヲ回復セザルヘカラス之ニ反シテ刑事裁判ハ所爲者ノ責ニ歸スヘキ違法行爲アル場合ニ於テ之ニ懲罰意ヲ科スル爲メ作用スルモノナリ官吏カ故記又ハ過失ニテ職務ニ違反シ法規ヲ侵害シタル場合ニ於テハ其故意又ハ過失ノ責任ヲ問フハ刑事裁判又ハ懲戒

裁判ノ性質ニ屬ス之ニ反シテ行政裁判ニ於テハ唯行政法規ノ侵害ヲ除去シ行政法ヲ保護スルヲ以テ目的トス此點ニ於テ刑事裁判ト行政裁判トヲ區別スルコトヲ得ルモノナリ

第三 民事裁判ト行政裁判トノ區別

民事裁判ト行政裁判トハ共ニ一箇人ノ權利ヲ保護スルヲ目的トスルハ同一ナリ然レトモ此場合ニ於テモ亦兩者相異ナル點アリ即チ民事裁判ハ私權ヲ保護シ行政裁判ハ公權ヲ保護ス而シテ私權ハ各一箇人ノ對立關係ヲ規定セル私法ニ於テ存在スルモノナルカ故ニ一箇人カ此私法ニ違反シテ私權ヲ侵害シタル場合ニ司法裁判ハ其働ヲ惹起ス之ニ反シテ公權ハ一箇人ノ國家ニ對スル關係ヲ規定セル所ノ公法ニ於テ存在スルモノナルカ故ニ國家機關殊ニ行政機關カ公法ニ違反シテ一箇人ノ公權ヲ侵害シタル場合ニ行政裁判ハ其働ヲ及ホスモノナリ此點ニ於テ民事裁判ト行政裁判トヲ區別スルコトヲ得ルモノナリ或ハ學者ニ依リテハ司法トハ裁判所ノ作用ナリ行政トハ行政官廳ノ作用ナリトノ定義ヲ下ス者アリ然レトモ若シ此說ニ從フトキハ裁判所又ハ行政官廳ノ

機關ノ範圍ヲ知ルコト能ハサルニ至ル即チ此說ニ依レハ裁判所ノ行フ所ハ司法權ナルコトヲ知ルコトヲ得ルモ裁判所ハ如何ナル權ヲ行フヘキモノナルカヲ知ルコト能ハス又行政官廳ニ付テ同一ノ結果ヲ生ス又縱令此說ニ從フトスルモ先ツ裁判所及ヒ行政官廳ノ何タルヤヲ併セテ研究セサルヘカラス裁判所トハ一定ノ規定ニ依リテ一定ノ資格ヲ有スル官吏ヲ以テ組織セラルル官廳ナリト云フノ外ナシ然レトモ行政官廳ト雖モ會計検査院ノ如キハ之ト同一ナルヲ以テ竟ニ司法行政ノ區別ナキニ至ルヲ以テ其實質ニ依リテ之カ區別ヲ爲サルヘカラス或ハ又司法トハ法律ヲ解釋適用スル作用ニ其作用ヲ受クル當事者カ權利トシテ參與スルコトヲ得ル場合ニ之ヲ司法ト謂フト曰フ者アリ然レトモ法律ノ適用ニ關係者ヲ參與セシムルコトハ必スシモ司法作用ノ特質ニ非ス土地收用ニ付テハ當事者ヲ參與セシムルモ行政タルヲ失ハス其訴願ノ裁決ニモ參與セシムルモノアルニ非スヤ

司法權ハ如何ナル官廳ニ行フシムルヤハ憲法第五十七條ノ規定セル所ニシテ裁判所之ヲ行フモノトセリ而シテ裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ規定スヘキモノトセリ又之ヲ組織スル裁判官ハ法律ノ定メタル資格ヲ有シ法律ニ定メタル場合ヲ除クノ免職セラルルコトナキモノナラサルヘカラス此ノ如キ裁判官ヲ以テ組織シタル裁判所ニ非サレハ司法權ヲ行フコトヲ得ス是レ憲法ニ定ムル一般原則ナリ尤モ此原則ニ對シテハ例外ノ規定アリ即チ憲法第六十條ニ特別裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノハ別ニ法律ヲ以テ定ムトアリ此特別トハ如何ナル意味ヲ有スルカニ付テハ或事項ノ實質ヲ擧ケテ之ヲ定ムルコトヲ得ス唯此規定ハ憲法第五十七條ノ原則ニ對シテ通常裁判所外ニ特別裁判所ヲ設ケテ民事刑事ノ裁判ヲ司ラシムルコトヲ得ル旨ヲ規定シタルモノナリ故ニ苟モ法律ヲ以テスレハ通常裁判所ノ外ニ裁判ヲ司ル官廳ヲ特別ニ設クルコトヲ得トノ解釋ヲ採ルノ外ナシ其可ル事項及ヒ裁判所ノ組織ニ付テハ別ニ一定ノ制限ヲ設ケサルナリ唯法律ノ規定アレハ足ルヲ以テ現今ノ領事裁判制度ノ如キ領事ニシテ民事刑事ノ裁判ヲ司ルコトヲ得或ハ陸海軍ノ軍法會議ノ如キ軍人ノ會合ニテ裁判ヲ司ルコトヲ得又違警犯罪決例ニ依リ警察官カ裁判スルコトヲ得ル如キハ憲法第六十條ノ規定ニ適合スル制度ト謂フコトヲ得即チ特別裁判所

タル地位ヲ有スルモノト謂フヘキナリ又民事訴訟法ニ規定セル仲裁判斷ノ如キモ亦特別裁判所タル地位ヲ有ス而シテ其判斷ノ效力ハ確定判決ト同一ナリ尤モ憲法第二十四條ニハ日本臣民ハ法律ノ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クル權ヲ奪ハルルコトナシトノ規定アルカ故ニ法律ノ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルコトハ全ク拒絕スルコトヲ得サルナリ故ニ現今ニ於テモ領事ノ裁判ニ對シテハ長崎控訴院ニ控訴スルコトヲ得支那朝鮮在留ノ臣民違警罪即決ニ付テハ正式裁判ヲ受クルコトヲ得軍法會議ノ裁判ニ對シテハ別ニ法律ノ定ムル裁判官ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ヘキ規定ナキモ軍人ニ對シテハ特別ノ紀法律行ハルルカ故ニ憲法違反ニ非ス戰時ニ於ケル軍事裁判モ亦憲法ノ規定ニ依リ確定ス尤モ戰時ニ於テ普通人民カ陸海軍刑法ニ觸ルルトキハ之ヲ軍法會議ニ於テ裁判スル規定ハ違憲ナルカノ疑アリ又仲裁裁判ニ對シテハ法律ニ定メタル裁判所ノ裁判ヲ受クルコトナキモ是レ法律ニ定メタル裁判所ノ裁判ヲ受タル權ヲ拋棄シタルモノニシテ國家カ其受クル權ヲ奪ヒタルモノニ非ス尙ホ司法權行使ニ付キ制限的規定アリ即チ憲法第六十一條ニ「行政官廳ノ違法

處分ニ由リ權利ヲ侵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ズトアルモノ是ナリ是レ裁判所ノ司法權行使ニ付キ制限ヲ付シタルモノナリ此規定ノ趣旨ハ多少不明ニシテ異說多シ同條中ノ「權利」ナル文字ノ意味ニ付テモ種種ノ解釋アリ第一說ハ是レ即チ公權ニ關スル訴ニ付テノ規定ナリトシ主張ス然レトモ此說ニ從ヘハ此規定ヲ設クルノ必要殆ト之ナカルヘシ蓋シ司法裁判所ハ原則トシテハ公權ニ付キ裁判ヲ爲スモノニ非スシテ民事刑事ノ裁判ヲ司ルカ故ニ行政官廳ノ違法處分ニ依リテ公權ヲ傷害セラレタルトキニ當然ニメラレタル事項ナルトキハ司法裁判所ノ受理スルコト能ハサルコトハ益々明カナリ故ニ此ノ如キ事ハ別ニ規定スル必要ナシ公權ノ保護ニ付テハ司法裁判所ハ特別ニ積極的ニ其權限ニ屬セシメラレタル事項ニ付テ管轄權ヲ有スルモノナリ例ヘハ當選訴訟ノ如キハ特別ニ控訴院ノ權限ニ屬セシムルカ故ニ之ヲ裁判スト又第二說ハ同規定中ノ「權利」トハ全ク私法上ノ權利ナリ私法上ノ權利

ヲ傷害セラレタルトキハ固ヨリ原則トシテハ司法裁判所ニ出訴スヘキモノナ
レトハ行政官廳ノ違法處分ニ由リ私權ヲ傷害セラレタル者ニ對シテハ時シテ
ハ行政裁判所ニ出訴セシムルヲ以テ國家ノ利益トスルコトアリ故ニ特國ニ法
律ヲ以テ行政裁判所ノ權限トシテ規定セラレタル私權ニ付テノ訴ハ例分トシ
テ司法裁判所之ヲ受理スルコトヲ得スト規定シタルモノナリト唱フ然レトモ
然ニ疑アルハ行政官廳ノ違法處分ニ由リ傷害セラレタル權利ハ果シテ私權ナ
リヤ否ヤ是ナリルツ行政官廳ノ處分ハ公法上ノ關係ニ於テ現ハル故ニ行政官
廳ノ處分ニ由リ直接ニ傷害セラレヘキモノハ公權ナリト謂ハサルヘカラス若
シ行政官廳カ其權限ヲ越エテ一箇人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ是レ一箇人ノ
行為ニシテ行政官廳ノ處分ニ非ヌ又繼令秘權侵害ノ場合ナリトスルモ此場合
ニ付テ特例ヲ設クルコトハ既ニ憲法第六十條ニ由リテ爲シ得ルモノナリ即チ
領事裁判所等ヲ設クルカ如ク行政裁判所ニ訴ヘシムルコトヲ得ルモノナリ果
シテ然ラハ第六十一條ヲ設クル必要ナシ是ニ於テ第三說ヲ生ス此說ノ要旨ハ
憲ノ條文ハ全ク三權分立ノ主義ニ基キタルモノナリ司法裁判所ヲシテ行政ニ

干涉セシメサルカ爲メ設ケタル規定ナリ若シ司法裁判所ヲシテ行政事項ヲ裁
判セシムルコトトセハ司法裁判官ハ民法刑法ノ研究ニ汲汲タルモノニシテ行
政法ノ研究ヲ十分ニ爲スコトヲ得ヌ又行政ノ實務ニ適セス故ニ誤リタル裁判
ヲ爲シ行政ノ作用ヲ妨クルノ恐アリ故ニ之ヲ防カンカ爲メニ行政ニ付テハ一
切司法裁判所ハ裁判ヲ許ササルコトヲ規定セリ第六十一條ニハ權利ヲ傷害セ
ラレタリトスルノ訴訟ニシテ……行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノハ云云ト
規定セリ此規定ハ行政處分ニ對スル訴訟中行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノ
ニ關スル規定ニ非ヌ行政處分ニ對スル訴訟即チ行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキ
モノニ關スル規定ナリ行政處分ニ對スル訴訟ト行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキ
訴訟トハ全ク其範圍同一ナリ故ニ此規定ハ行政處分ニ依リテ權利ヲ侵害セラ
レタリトスル訴訟ハ總テ行政裁判所ニ履スヘキモノナリ司法裁判所ニ於テ繼
令法律ヲ以テ規定スルモ之ヲ管轄セシムルコト能ハサルコトヲ規定セルモノ
ナリト云フニ在リ此說ニ依レハ現今衆議院議員ノ當選訴訟ヲ司法裁判所ニ許
セルカ如キ違憲ナリト謂ハサルヘカラス若シ憲法第六十一條カ行政處分ニ對

ナル訴訟ハ總テ司法裁判所ニ於テ受理スルコト能ハストノ趣旨ナレハ憲法ハ何故ニ唯行政處分ニ對スルト規定セス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云云ト規定シタルカ斯ク故ラニ法律ヲ以テ行政裁判所ノ裁判ニ屬セシメサル事項ニ付テハ司法裁判所ニ於テ司ルモ然ラサルモ必ズシテ憲法ノ間フ所ニ非ス乃チ知ル此規定ハ行政處分ニ對スル訴訟中行政裁判所ノ裁判ニ屬セシメラレタル事項ニ付テノ規定ニシテ其事項ニ付テ特ニ司法裁判所ノ作用ヲ制限シ以テ行政裁判所ノ判決ト司法裁判所ノ判決トヲシテ同一徹ニ出テシメンカ爲メニ設ケタルモノナルコトヲ司法裁判所ニ於テモ行政官廳ノ違法處分權利侵害ヲ原因トシテ民事訴訟ヲ判決スルコトアリ隨テ行政官廳ノ處分ノ違法ナルヤ權利侵害ナルヤヲ決定スル必要アリ斯ル場合ニ司法裁判所ノ判決ト行政裁判所ノ判決ト同一徹ニ出テシメンカ爲メニ若シ行政裁判所ニ於テ行政官廳ノ處分ノ違法權利侵害ヲ裁判スヘキ權限ヲ有スヘキ場合ニ於テハ司法裁判所ハ違法權利侵害ノ裁判ヲ爲スコト能ハス行政裁

判所ノ裁判ヲ埃チテ始メテ民事上ノ判決ヲ爲スヘキコトヲ規定セルモノナリ若シ憲法ニ此規定ナケレハ行政裁判所ノ裁判ノ如何ニ拘ハラス司法裁判所ハ自由ニ行政官廳ノ處分ノ違法權利傷害ナルコトヲ決定スルコトヲ得是レ憲法第五十七條ヨリ當然生スルモノナリ既ニ憲法ニ依リテ爲シ得レハ法律ヲ以テ之ヲ制限スルコト能ハス故ニ憲法第六十一條ヲ設ケタルナリ第六十條ニハ特別裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノハ外ニ法律ヲ以テ定メアルモ是レ唯民事刑事ニ付テ特別ニ裁判スル場合ヲ規定セルモノナリ此第六十一條ハ特定裁判所モ通常裁判所モ總テ司法裁判所ハ行政裁判所ノ裁判ニ屬セシメラレタル事ヲ受理スルコト能ハサル旨ヲ規定セルモノナリ尤モ是レ法律ヲ以テ特別ニ行政裁判所ノ裁判ニ屬セシメラレタル事項ニ限ルナリ若シ特別ニ其規定ナケレハ地方裁判所ニ於テハ行政官廳ノ處分ノ違法權利侵害ナルヤ否ヤヲ自由ニ決定シテ民事上ノ判決ヲ爲スコトヲ得

法律ノ理由當ラサレハ法律自身モ當ラス

Cessante ratione legis, unat lex ipsa.

憲法ノ性質ニ關スル推問竝ニ講演

法學士 竹井耕一郎

講師 本日ハ憲法ノ性質ニ付テ研究セン本問題ヲ研究スルニ際シ之ヲ數問題ニ分析シテ順ヲ逐ヒテ論セント欲スヲ先ツ第一法トハ何ソ之ニ付テハ「オースチン氏ハ法トハ主權者ノ命令ナリト曰ヘリ此說ハ適當ナリヤ否ヤ」

生徒 法ハ主權者ノ命令ナリトハ可ナリ然レトモ其命令ハ如何ナル性質ノモノナリヤヲ言明セサルハ不完全ナリ

講師 此定義ニ據レハ法ハ主權者カ命令スルモノナラサルヘカラス果シテ然ラハ國際法ハ如何

生徒 法ハ權力關係タルコトヲ要セス故ニ法ニ制裁ヲ附スルコトト法トハ別箇ノモノナリ

憲法 憲法ノ性質ニ關スル推問竝ニ講演

講師 右ノ答ニ付キ一言注意スヘキハ法ニハ制裁ヲ附セサルコトヲ得ルモ必ズ強制シ得ヘキモノナラサルヘカラス故ニ嚴格ニ言ヘハ今日ニ於ケル國際法ノ如キハ未ダ十分ニ法ノ性質ヲ備ヘサルモノト謂フヘシ

講師 獨逸ノ或學者ノ如キハ法規トハ共通事件ノ規則ニシテ處分トハ一事件ノ規定ナリト曰ヘリ此說適當ナルヤ否ヤ

生徒 法規ト處分トヲ事件ノ多少ヲ以テ區分スルハ其要ヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ一事件ニ付シテモ主權者ノ命令アレハ法規タルニ於テ差支ナケレハナリ

講師 「ボルンバック」ハ法規トハ或事實ヲ假定シテ法ノ結果ヲ結付クルヲ謂ヒ處分トハ事實其モノヲ惹起スヲ謂フト論セリ此說ハ如何

生徒 此說モ亦探ルニ足ラス事實其モノヲ惹起スモ亦法規ト云ヒ得サルノ道理ナケレナリ

講師 「ラバンド」ハ法規トハ人民ノ權利義務ヲ規定シ處分トハ其法規ノ範圍内ニ於ケル國權ノ作用ヲ謂フト曰ヘリ此說ハ如何

生徒 此說ニ依レハ國家行動ヲ準則ヲ定メタルモノハ法規ト謂フコトヲ得サルニ至リ狭キニ失スルノ嫌アリト謂ハサルヘカラス

講師 右ノ學說ニ於ケル法規及ヒ處分ノ區別ト我國法ニ所謂法律命令及ヒ處分ノ區別トハ必スシモ一致セサルコトヲ注意スヘシ

講師 第二ノ問題トシテ法ニ不文法アルヤ否ヤノ問題ヲ決定センニ此問題ニ對スル學說次ノ如シ

(イ) 公法中ニ不文法ナシトノ說

(ロ) 公法私法ヲ通シテ不文法ナシトノ說

第一說ハ獨逸學者ノ一派ノ探ル所ノ說ニシテ公法中不文法ヲ認ムレハ國家ノ性質ニ矛盾ス何トナレハ法ハ國民ノ意思ナリ而シテ成文法ハ國民ノ意思カ國家ノ機關ニ依リテ間接ニ發表セラレタルモノニシテ不文法ハ直接ニ發表セラレタルモノナリ故ニ公法中ニ不文法アリトセハ國民ノ意思カ國家ノ機關ニ依ラスシテ發表セラルルニ至リ國家ノ性質ト相矛盾スルモノナリト云フニ在リ此說明ハ適當ナリヤ否ヤ

生徒 採ルニ足ラス何トナレハ歐羅巴諸國ハ多ク國民即チ國家ナリト云フノ國柄ナリ故ニ不文法ヲ認ムルモ國家ノ性質ト毫モ相反セズ何故ニ國民ヲ國家ナリト謂フカ蓋シ一國ノ實權ハ君主ニモ亦其他ノ機關ニモ屬セス畢竟國民ニ歸屬スルト觀サルヘカラサレハナリ此ノ如ク公法中ニ不文法ヲ認メサルノ說採ルニ足ラサルノミナラス苟モ主權者ノ命令ナル以上ハ成文ト不文トヲ問ハス法タルニ妨ナキモノト謂ハサルヘカラス此說ヲ採ル以上ハ公法並ニ私法ノ範圍ニ於テ不文法ヲ認メサルノ說モ亦根底ニ於テ既ニ倒レタレハ別ニ説明ヲ要セス

講一 第三ノ問題トシテ公法私法ノ區別アリヤ否ヤヲ問ハン此問題ニ付テハ學說種種アリ或ハ法ノ私ノ性質ヲ有セス總テ公法ナリト曰ヒ或ハ又佛國ノ學者中ニハ全ク右ノ反對ニ出テテ法ハ人民ノ權利義務ニ付テ規定セルモノナレハ總テ私法ナリト曰ヘル者アリ然レトモ元來公法私法ノ區別ハ學者カ法ノ研究ニ關シ便宜ノ爲メニ設タルモノナルカ故ニ適當ノ標準ニヨリ法ヲ分テ一部ヲ公法一部ヲ私法ト看做スハ必スシモ不可ナラストス而シテ今公

法私法ノ區別ヲナストセハ其區別ノ標準如何之ニ付テハ左ノ學說アリ即チ其第一說ハ公法ハ公益ノ法ニシテ私法ハ私益ノ法ナリトノ說ナリ此法ハ羅馬ノウルピアンノ唱フル所ニシテ廣ク行ハレタル說ナリ其當否如何

生徒 此說ハ公益私益ノ區別判明セサルヲ以テ區別ノ標準ト爲スコト能ハス是ニ於テカ或ハ直接ニ公益ヲ保護スルモノヲ公法トシ直接ニ私益ヲ保護スルモノヲ私法ト曰フ者アルモ直接間接ノ區別モ亦明確ナラサルヲ以テ採ルニ足ラサルナリ

講一 然ラハ權力關係ヲ規定セル法ハ公法ニシテ權利關係ヲ規定セル法ハ私法ナリトノ說ハ如何

生徒 權力關係ヲ規定セル法ニシテ私法トシテ存スル場合アリ故ニ此說ハ事實ニ適セサルモノナリ

講一 予モ亦此說ハ不都合ナル結果ヲ生スルヲ免レストス蓋シ此說ニ依レハ國家統治ノ作用ニテモ權力ノ行使ニ屬セサルモノハ私法關係ト謂ハサルハカラス又全ク個人的ノ關係ニテモ權力ノ行使ニ屬スルトキハ公法ノ範圍ニ

屬スルコトトナルヘシ但此ノ如キ説ハ未タ適當ナラス
以上ハ法ノ性質ヨリ區別セントスルノ説ナリ次ニ法律上ノ主體ニ據リテ區別
セントスルノ學說アリ其第一説ハ曰ク公法トハ人ノ公ノ資格ニ於ケル規定ニ
シテ私法トハ人ノ私ノ資格ニ於ケル規定ナリト此説ニ從フトキハ先ツ公格、私
格ノ區別ヲ判知セサルヘカラス然ルニ此區別ハ甚タ困難ナリト信ス例ヘハ國
家カ公債ヲ募集スル作用ノ如キハ國家ノ公格ニ於テ爲スモノナルカ私格ニ於
テ爲スヘキナルカ學說間ニ異論ナキコト能ハス

第二説ハ公法トハ治者被治者ノ關係ヲ規定スル法ニシテ私法トハ被治者間ノ
關係ヲ規定スル法ナリト云フノ説ナリ此説ニ對シテハ批難ノ聲盛ナルモ全ク
價值ナキ定義ト爲スコトヲ得ス或者ハ此説ニ依レハ國家ト人民トノ關係ハ總
テ公法關係ナリト云フノ説ト爲リ曖昧ヲ免レスト曰フト雖モ治者被治者ノ關
係ト云フハ國家カ統治者トシテ行動スル場合ニ謂フモノニシテ公法ノ内容ハ
全ク此ニ存ス故ニ其觀念ハ甚タ可ナリト謂ハサルヘカラス

第三説ハ公法トハ社會カ一塊トシテノ活動ニ關スル法ニシテ私法トハ社會ノ

各分子トシテノ活動ニ關スル法アリトノ説ナリ此説ノ缺點ハ社會カ一ノ單位
トシテ活動スルハ多ク公法上ノ活動ニ屬スト云ヒ得ヘキモ總テ然リト謂フコ
ト能ハサルニ在リ例ヘハ國家カ普通ノ契約ヲ爲ス場合モ事 *things* トシテ作用ナ
リト云ヒ得ヘケレハナリ

第四説ハ公法トハ國家ト國家、國家又ハ公法人ト一私人トノ關係ニシテ普通私
人間ニ起リ得タル關係ヲ謂ヒ私法トハ之ニ反スルモノヲ謂フト論ス此説ニ付
テハ第一ニ國家ト國家トノ關係即チ國際法ヲ國內法ト一所ニ論スルニ不穩當
ナリ蓋シ國際公法ナルモノハ名稱ニ於テハ公法ト云フト雖モ所謂國內公法ト
ハ全ク其性質ヲ異ニスレハナリ又普通一私人間ニ起リ得サル合係トハ果シメ
如何ナルモノナリヤ甚タ不明ニシテ之ヲ以テ區別ノ標準ト爲スコト能ハサル
ナリ

予ハ左ノ如ク定義スヘシ

公法トハ統治權ノ本體及ヒ其作用ニ關スル規定ノ全ヲ謂ヒ私法トハ之ニ反
スルモノヲ謂フ

訴訟法ニ付テハ或ハ公法ナリト謂ヒ或ハ私法ナリト曰ヒ學說區區ナリシモ今日ニ於テハ公法ナリトノ說多數ナリトス何故ニ公法ナルヤ曰ク訴訟法ハ裁判手續ヲ規定セルモノニシテ即チ統治權ノ運用ヲ規定セルモノナレハナリ尙ホ終リニ「キルヘンハイム」ハ論シテ曰ク國家統治ノ事務ニシテ私法上ノ關係ト相似タルモノアリト雖モ之ヲ綜合シテ觀察スルトキハ其公法關係ニ屬スヘキコトヲ知ルヘシト此論ハ國家事務ノ中ニ於テ公法關係ニ屬スルモノト私法關係ニ屬スルモノト區別スル一標準ト爲スコトヲ得ヘシ

次ニ憲法ノ國法上ノヲ置テ說明シテ以テ本題ヲ結フヘシ

憲法ハ公法ノ一部ナリトハ今日多數ノ說ナリ其ノ中ニ在リテ「ラバンド」所謂行政法ヲ認メス憲法ト國法トハ同一ナリト論ス其他一般ノ學者ハ公法中ニハ憲法、行政法、刑法、訴訟法ヲ含ムコト論ス

憲法ノ定義ニ付テモ其說區區タリ

第一說 憲法トハ國家ノ直接機關ニ關スル規定ナリ

此說ハ大體國家ノ成立ニ缺クヘカラサル機關ヲ直接機關トシ其他ノ機關ヲ間

接機關シ我國法ニ於テハ天皇ト議會トカ直接機關ナリト爲ス

第二說 統治者ノ定メタル最高ノ政令ナリ

第三說 憲法トハ憲法法典ナリ

第四說 憲法トハ統治カ直接ニ制定シ其改正ヲ爲スニ會議ノ協賛ヲ經ヘキ政令ナリ

此ノ如ク或ハ形式上ヨリ觀察シテ定義或ハ實質上ヨリ觀察シテ定義スト雖モ予ハ次ノ如ク定義ヲ下スヲ以テ最モ適當ナリト信ス

憲法トハ國權ノ本體及ヒ運用ノ綱領ヲ規定シタルモノナリ

憲法ノ效力ニ關スル講演

法學士 竹井耕一 郎

法ノ效力ニ實質的形式的ノ二種アリ實質的效力トハ法ノ法タル所以ノ力即チ人ノ行爲ヲ束縛シ得ル方ニシテ形式的效力トハ法ニ種種ノ形式アリテ其形式ノ差異ヨリ相互間ニ生ズルモノ是ナリ實質的ノ效力ニ付テハ別ニ困難ナル問題ナキヲ以テ之ヲ省略シ爰ニハ專ラ形式的效力ニ付テ研究セン

第一 憲法ト法律トノ關係

(イ) 憲法ハ法律ナルヤ

或學者ハ曰ク憲法ハ法律ノ一種ナリ先ツ憲法第三十七條ニ「法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルヲ要ス」トアリ此内ニ憲法ヲ包含スルヤ明ナリ同第七十三條ニ至リ法律ト憲法トハ其取扱ヲ異ニスルコトヲ定ムト雖モ是レ唯改正ノ手續ノ差別

憲法 憲法ノ效力ニ關スル推問

過キスト然レトモ之ニ反對スル理由ハ第一ニ憲法ノ改正手續ヲ法律ニ比シ
一層鄭重モシタルハ二者ノ間ニ差別ヲ立ツルノ趣意ヲ窺ヒ知ルヘキノミナラ
ス第二ニ法律ヲ制定モ改正モ廢止モ皆議會ノ協賛ヲ要スレトモ憲法ハ制定ニ
關シテハ議會ノ協賛アリ第三ニハ若シ憲法ヲ法律ナリトセハ例ハ第八條ノ
勅令ヲ以テ憲法ヲモ改正シ得ト云フカ如キ不都合ナル論結ヲ生スル恐アリ尙
ホ憲法第四條ハ憲法カ根本的ノ規定ニシテ其下ニ於ケル法律勅令等ト同一ニ
視ルヘカラサルノ趣意ヲ窺フニ足ル

(ロ) 憲法ヲ以テ法律ヲ改廢シ得ルカ

或ハ曰ク憲法ト法律トハ各其形式ヲ異ニスルカ故ニ一方ヲ以テ他方ヲ動スコ
トニ由ナシ然レトモ之ニ反對スル理由ハ第一ニ憲法ハ根本法ニシテ法律ノ效
力ハ憲法ニ依リテ定マルモノトス故ニ憲法ヲ以テ法律ノ效力ヲ動スハ原則ト
シテ爲シ得ヘキ道理ナリ

第二ニハ憲法ノ改正ハ法律ノ改正ト同シク議會ノ協賛ヲ經ヘントシ而モ一層
鄭重ナル手續ニ依ル故ニ憲法ヲ改正ノ結果法律ノ效力ヲ動スハ立法論トシテ

キ差支ナシト云ヒ得ヘシ

第三ニハ憲法第七十六條ニ依ルモ憲法條規ニ矛盾スル法令ハ效力ナキノ趣意
ヲ見ルヘシ

第二 憲法ト命令トノ關係

憲法ト命令トノ關係ニ付テハ憲法ト法律トノ關係ト同一ノ論法ニヨルコトヲ
得ヘキニ因リ茲ニ之ヲ省略ス

第三 憲法ト皇室典範トノ關係

皇室典範ハ公法ナリヤ私法ナリヤトノ問題ハ一概ニ一方ニ偏シテ論斷スルコ
ト能ハス例ヘハ皇位繼承及ヒ攝政ニ關スルコトノ如キハ公法的規定ニシテ皇
族ノ婚姻ニ關スル規定ノ如キハ私法ニ屬スルモノト解スヘキカ如シ
憲法ト皇室典範トハ二者互ニ相侵ササルヲ國法ノ精神トス

憲法ト條約トノ關係及ヒ憲法ノ變更、廢止ニ付テノ推問

法學士 竹井耕一郎

本日ハ條約ノ締結及ヒ憲法ノ改正廢止ニ付テ研究セント欲ス

講師 國法ト牴觸スル如キ條約ハ之ヲ締結スルコトヲ得ルカ

甲生徒 此場合ハ條件附ニテ條約ヲ締結スルモノナリ國際法上ヨリ言フモ一方ノ相手國ハ他ノ一方ノ相手國ニ於テハ何人カ如何ナル權限ヲ以テ條約ヲ締結スルヤハ當然之ヲ知ラサルヘカラス而シテ此等ハ其國ノ國法ニ依リテ知リ得ヘキモノニシテ相手國ハ如何ナル場合ニ於テモ之カ不知ヲ主張スルコト能ハサルナリ隨テ其國法ニ於テ立法事項ノ如キ條約締約者ノ單獨ノ意思ニテ自由ニ爲シ得サル事項ニ付テハ他ノ機關ノ協賛ヲ得テ履行スルト云フ條件ニ際ルモノト解スルコト至當ナルヘシ

乙生徒 條約ハ對外ノ關係ナリ立法ハ對内ノ關係ナルカ故ニ予ハ通常ノ場合ニ於テモ自由ニ締結スルコトヲ得ルモノト信ス相手國ハ唯何人カ締結權ヲ有スルヤヲ知ルヲ以テ足レリトシ國內法ノ詳細ハ固ヨリ之ヲ知ルコト能ハス

丙生徒 何人カ締結權ヲ有スルヤノ問題ニハ權限ノ概念ヲモ含ムモノナリ但予ハ國際法上所謂締結權者及ヒ其權限ハ事實上ヨリ觀察スルモノニシテ必スシモ其國ノ國法ニ據ルヘキモノニ非スト信ス

講師 予ハ國法上ノ見地ヨリ言フトキハ條約締結モ憲法上大權ノ一ナリ故ニ憲法上ノ見解トシテハ固ヨリ其規定ト牴觸スル如キ條約ヲ締結スル能ハスト謂フヘシ

講師 是ヨリ憲法ノ改正及ヒ廢止ニ付キ推問セン、憲法ヲ改正シ得ルコトハ第七十三條ノ規定ニ據リテ明カナリト雖モ憲法ノ廢止ニ付テハ二三ノ學說アリ

甲説 廢止ニ付テハ規定ナシ故ニ天皇隨意ノ勅ニテ爲シ得ヘシ
 乙説 廢止ハ改正ノ中ニ含まルルモノナリ蓋シ改正トハ一面ニ於テ廢止ヲ意味ス詳ク言ヘハ前規定ヲ廢シテ後ノ規定ニ改マルナリ故ニ改正ノ内ニ廢止ヲ含マシムルモ必モ不可ナラス第二甲説ノ如ク天皇カ任意ニ廢止ヲ行ヒ得トスルハ憲法制定ノ趣旨ニ反ス憲法發布ノ勅語ニモ「將來若此ノ憲法ノ或ル條章ヲ改定スルノ必要ナル時宜ヲ見ルニ至ラハ朕及朕カ繼統ノ子孫ハ發議ノ權ヲ執リ之ヲ議會ニ付シ議會ハ此ノ憲法ニ定メタル要件ニ依リ之ヲ議決スルノ外朕カ子孫及臣民ハ敢テ之カ紛更ヲ試ミルコトヲ得サルヘシ」トアリ第四一部分ノ改正ハ其手續ヲ鄭重ニシテ全部廢止ノ場合ハ天皇任意ノ行動ニ由ルトスルハ甚ク道理ナシ

丙説 憲法ニ廢止ノ規定ナキハ國法上全廢ノ場合ヲ認メサル所以ナリ其理由ハ第一全廢ノ必要ナシ例ヘハ第一條第三條ノ如キハ明カニ之ヲ廢スヘキニ非ス第二廢止ニ關スル明文ナキコト第三甲説ハ國法論トシテ謂フヘカラヌ又乙説ハ改正ノ中ニハ廢止ヲ含ムトスレモ憲法發布ノ勅語ニ據レハ或條項ノ變更ニ限リテ豫想ス

講師 予ハ丙説ヲ穩當ナリト考フ

講師 憲法改正案ヲ議スルニ當リ議會ハ修正ヲ加フルコトヲ得ルカ

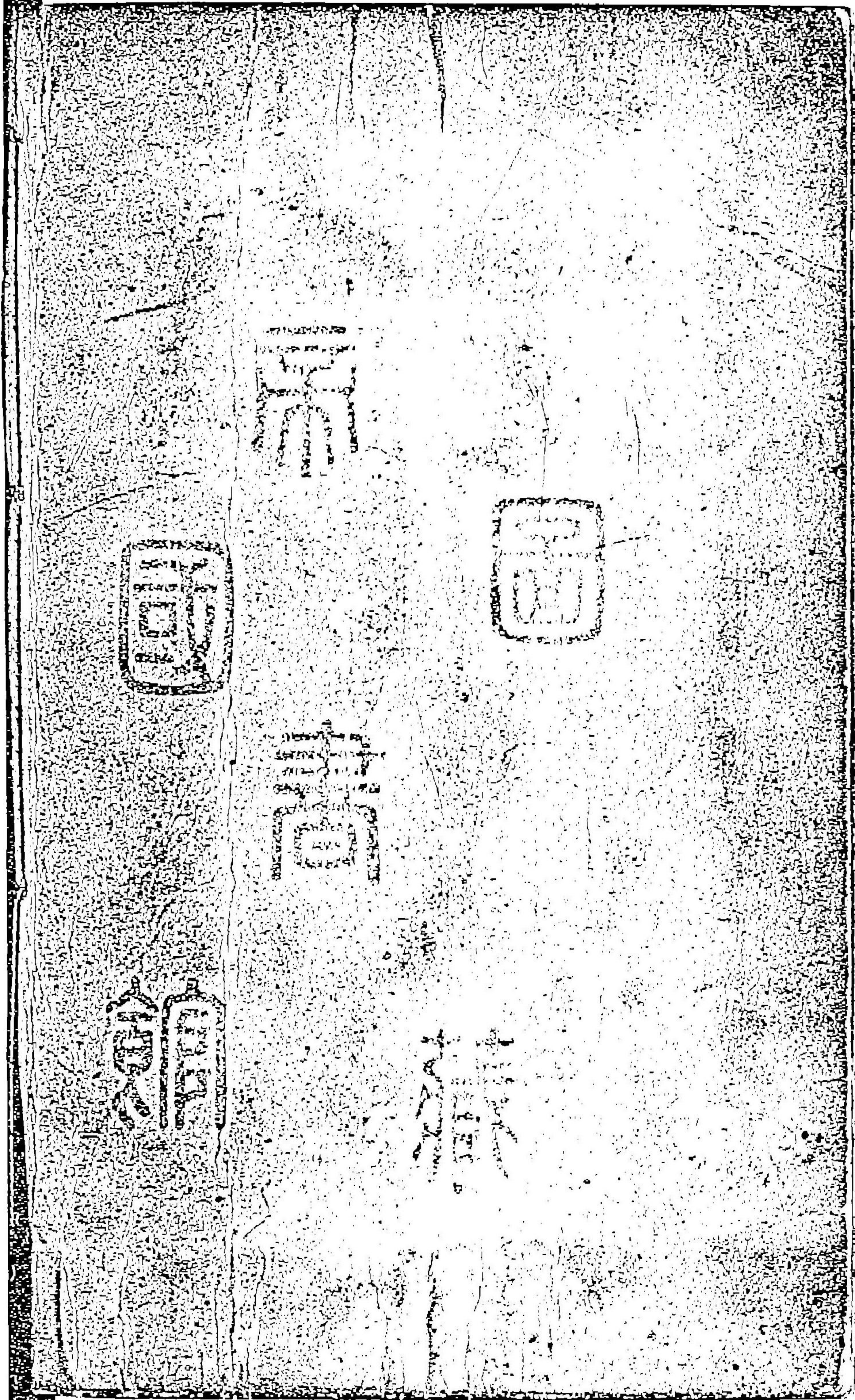
甲生徒 勅命ヲ以テ發案スル趣旨ニ據レハ修正ノ權ナシ

乙生徒 發案權ト修正權トハ別物ナルカ故ニ甲生徒ノ如ク論スルコト能ハス而シテ予ハ修正權ハ原則トシテ議會ニ存スルモノナルカ故ニ特別ノ明文(第六十七條ノ如キ)アルカ又ハ承諾ノ議決ノ如キ事項其モノノ性質上全體ノ可否ニ止マルモノノ外修正權ヲ認メサルヘカラス彼ノ豫算案ニ付テ修正權アルカ如キ參照ノ價值アラン

講師 豫算案ニ付テノ修正權ハ第六十七條ヨリ推斷シ得ヘシト雖モ此ノ如キ明文ナキ場合ニ於テ必スシモ總テ修正權アリト謂フコト能ハサルヘシ而シテ予ハ本問ニ就テハ修正權ナキ説ニ左祖ス若シ修正權アリトセハ新ニ議案ヲ作成スルト同シキカ故ニ勅命ニ由リテ發案スル趣旨ニ反スルコトトナルヘシ故ニ議會ハ單ニ全體ニ付テ可否ヲ議決スルニ止ムヘキモノト信ス

講師 議會ニ於テ可決シタル憲法ノ改正案ハ裁可ヲ要スルヤ
生徒 裁可ヲ要ス何トナレハ議案ヲ提出セラレタル當時ノ意思ト決議ノ當時
ニ於テ異ナルコトナシトセザレハナリ
講師 予ハ裁可ヲ要セスト信ス蓋シ既ニ修正權ナシトシタル以上ハ可決シタ
ル議案ハ天皇ノ意思其儘ナリ或ハ曰ク議會ノ議決ハ人民ニ對シ命令スルモ
ノニ非ルカ故ニ更ニ裁可ヲ要スト然シ天皇ノ意思ハ必スシモ直接ニ外部ニ
發動スルモノニ非ス或機關ヲ通シ外ニ向テ效力ヲ生スルコトアリ此場合ニ
於テ固ヨリ其機關ニ命令權アルニ非ス唯天皇ノ意思發動ノ道行トレテ之ヲ
通スルニスキス故ニ此論者ノ論法ハ正確ナラス
終ニ一言スヘキハ憲法改正ニモ副署ヲ要スルコト明カナリ是レ國務ニ關ス
ルモノナルコト勿論ナレハナリ





1
121

和法法律學
憲法
竹井 耕一郎
副島 義一

憲
法
學
綱
要

031472-000-4

エ-121

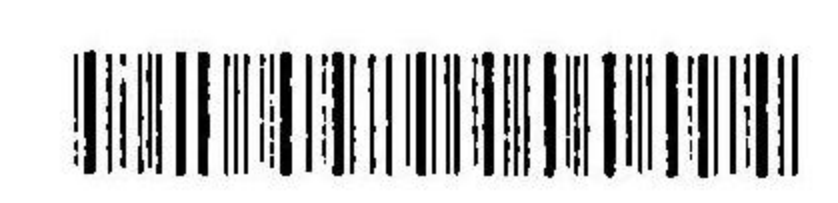
憲法

竹井 耕一郎

副島 義一 / 著

M36?

BBE-0071



I
121

和佛法律學校
憲法

竹井耕一郎
副島義一

國

國

憲

法

法