

日本法令豫集論

041

320
121

再版緒言

明治二十三四年ノ交余遊學シテ獨逸ニ在リ新聞紙ヲ閱シテ第一期帝國議會ノ記事ヲ讀ミ憲法ノ誤解ノ爲ニ動モスレハ時論ヲ誤ラレントシ法規ノ見解ヲ異ニスルカ爲ニ屢々政府ト議會トノ間ニ衝突ヲ生シタルヲ慨シ講學ノ餘得タル所ヲ録シテ以テ議政ノ局ニ當ル者ノ參考ニ資セント欲シ乃本篇ヲ草シテ之ヲ世ニ公ニセリ本篇カ當時當局者ノ一顧ヲ得ル能ハスシテ而シテ今ハ則却テ後學者ノ研究ノ一助トナルニ至リタルハ實ハ余ノ當初自カラ豫期セザリシ所ナリ故ニ篇中論スル所ニシテ往々今日ニ實用ナキモノアルヘク又法令ノ改廢等ノ爲訂正ヲ要スルモノナキニ非ズ然レモ本篇ノ趣旨ハ素學理ニ依テ時事ヲ論スルニ在リタルヲ



27529

以テ今一々之ヲ改メントセハ全ク原書ノ性質ヲ一變セサルヘカ
ラス是余カ少壯ノ著述ニ對シテ自カラ爲スニ忍ビサル所ナリ故
ニ今聊字句ノ修正ヲ加ヘテ再ヒ剞劂ニ附ス議論ノ今日ニ用ナキ
モノト否ヲサルモノトハ之ヲ讀者ノ取捨ニ任センノミ

明治三十二年十一月

著者識

序

去年十二月余レ帝國議會ノ解散ニ遭遇シテ以來大ニ世事ニ感ス
ル所アリ退テ故山ニ居リ庭園ヲ修メテ禽鳥ノ和鳴ヲ聽キ山樹ヲ
培植シ蒼翠ノ繁茂ヲ樂ミ徒ニ政治ヲ談スルノ非ヲ悟リ憲法ヲ
中ニ藏メテ南華ノ真經ニ易ヘ律書ヲ高閣ニ束テ農書ヲ古函ニ
需メ以テ北窓下ノ清風ニ羲皇以上ノ人ヲ夢ミンヲ期ス時ニ鴻
郵ノ歐洲ヨリ至ルアリ取テ之ヲ閱スレハ一木法學士ノ手束ナリ
附スルニ一書ヲ以テス曰ク是レ兒カ研學ノ餘草スル所ノ日本法
令豫算論トス印行シテ世ニ公ニセント欲ス請フ阿父之ニ序ヲ附
セヨト乃ハチ披テ之ヲ閱スルニ及ンテ憲法々律ノ文字忽チ復々
眼ニ入ル噫亦余ヲ煩ハス卷ヲ掩テ止マント欲メ已ム能ハス何爲
ソ其レ然ルヤ蓋シ一片憂世ノ念未タ余カ中懷ヲ脱却セサルニ由

ル歟

夫レ政界ノ事奇變百出定撥ヲ存セス是故ニ理當ニ然ルヘカラス
シテ事然ラサルヲ得サルモノアリ義從フヘカラスシテ事或ハ之
ニ從フモノアリ天下ノ公論ニシテ或ハ私論ノ爲ニ敗レ古今ノ卓
説ニシテ輿論ノ容ル、所トナラス民權張ラサレハ官權ニ壓セラ
レ官權微ナレハ民權ノ爲ニ窮ス一勝一敗勢ヲ以テ之ヲ制ス故ニ
勝者必シモ眞理ニ適スルニ非ス敗者必スシモ正道ニ背クニ非ル
ナリ且ツ夫レ國家ヲ以テ自カラ任スルハ政治家ノ責ナリ而シテ
黨派ノ争ヲ爲スニ當テハ往々國家ヲ後ニスルモノ無シトセス此
時ニ當テ之ヲ律スルニ學理ヲ以テセサレハ政界ハ一ニ權力ノ争
地ト爲リ國利民福ヲ賭シテ專ラ黨派ノ私益ヲ是營レムニ至ラン
トス果シテ斯ノ如クンハ立憲政體ノ美何ノ所ニカアル試ニ第一

期第二期ノ議會ヲ看ヨ其争點ノ在ル所之ヲ觀ル易々タルノミ
地租輕減論ハ議會多數ノ贊同セシ所ナリ然レモ之ヲ國家ノ形勢
ニ照セハ輕減ハ學者ノ非トスル所而シテ此書モ亦均シク其非ヲ
論セリ豫算外臨時ノ支出ハ豫備費ニ止ムヘシ豫備費ヲ超過シテ
事後承認ヲ求ムルハ憲法ノ許ス所ニ非スト爲スハ此書ノ所説ナ
リ而シテ政府ハ豫備費以外ノ支出ヲ斷行シテ事後承認ヲ求メタ
リ其孰レカ是孰レカ非必ス歸スル所アラン蓋シ學者ノ論スル所
ハ經ナリ政事家ノ爲ス所ハ多クハ權ニ出ツ權必スシモ非ナリト
セスト雖モ常ニ其經ヲ忘レテ其權ヲ濫用セハ政界ノ事一ニ權謀
術數ニ陷リ其極終ニ國家ヲ誤リ禍ヲ一世ニ被ラシメントテ恐ル
故ニ豫メ學理ヲ窮メ之ヲ律スルハ學者ノ任ニシテ其任ヲ盡サン
ト欲スルハ乃チ是レ此書ノ著アル所以ナラン此書ニシテ而シテ

世ニ出テバ其政界ニ裨益スル蓋シ小少ナラサルナリ
 一木氏實ハ余カ第二子ナリ夙慧學ニ勉メ曾テ業ヲ帝國大學ニ卒
 ヘ尋テ乏チ内務書記官ニ承ク幾クモナク自カラ其學ノ未タ足ラ
 サルナ慨シ奮然歐洲ニ航シ今獨逸ニ留學ス余竊ニ其他日ニ爲ス
 所アラシコトヲ期ス一篇ノ著ニ何カアラン自今以後益々學ヲ勉
 メ乃父ノ望ニ背カサランコトヲ冀フト云爾

明治二十五年春四月

淡山道人岡田廉夫序

目次

結言.....一

第一章 法律及び命令.....一四

 第一節 法律及び命令の性質.....一四

 第二節 法律と命令との分界.....四〇

第二章 法律.....六八

 第三節 法律案の提出.....六八

 第四節 法律案の議定.....八〇

 第五節 法律の裁可及び公布.....八七

 第六節 法律の施行期限.....九九

 第七節 法律の廢止.....一〇六

第三章 命令.....一一四

 第八節 總論.....一一四

第九節 緊急命令	一一八
第十節 行政命令	一三六
第十一節 執行命令	一三九
第十二節 委任命令	一四〇
第四章 法律命令遵由の効力	一五〇
第十三節 法律成立の手續に關する審査	一五〇
第十四節 法律の規定事項即ち實質の審査	一六八
第十五節 命令の審査	一八〇
第五章 豫算	一八三
第十六節 豫算の性質	一八三
第十七節 豫算の成立豫算の効力豫算の不成立	二一五

日本法令豫算論

法學博士 一木喜徳郎 著

緒言

第一期帝國議會の開會中一事の余を感動せしめたること頗る深く而して余が本篇の稿を起すの一近因となりたるものあり政黨政派と政論との關係是なり世人の知る如く第一期帝國議會開會の初に在ては議事規則の問題議事の一大部分を占めたり是れ蓋し初期の議會に於て免るへからざる所なるへきか故に余輩は敢て之を以て議會を輕重することを爲さずと雖ども是等問題の如きは固より政黨政派の形勢に關する所なく又た余輩の深く顧みる所に非ず余輩の注目する所のものは専ら政論に在り而して初期の帝國議會に起りたる重大の政論は商法の延期なり地價の修正なり集會政社法新聞條例の改正なり地租の輕減なり豫算案の査定なり帝國議會は多數を以て商法の實施延期を議決せり然れども其の延期を議決したる

の理由は全然法典の編纂を排斥するに非ず法規の發達を以て自然の作用に任すべしとするに非ず唯其の實施を延期して以て其の誤れるを正し其の足らざるを補ひ兼て之を適用するの準備を爲すに必要な時日を與ふへしと謂ふに在り商法延期論の歸着する所は商法が延期を要する程不完全なるか將た直に之を實施するに充分なるか實施の準備は猶ほ二年の歳月を要するか將た既に經過したる半年を以て足れりとするかの一點に外ならず而して前説を取りて後説を捨てたるは各政黨皆然り各政黨皆然り商法の延期は黨派の問題に非ざるなり

言論の自由集會結社の自由は何人と雖とも之を欲望せざるはなし帝國憲法も亦た明に之を保障す然れども國家は人民に賴て生存し人民は又た國家に賴て生存す國家の利益と人民の利益とは結局二なし既に國家成立の必要を認むるときは又た其の成立に必要な權力を認めざるへからず言論の自由何程惜むべきも集會結社の自由何程重んずべきも國家生存の危険を防ぐか爲に必要なものは余輩之を割愛せざるを得ざるなり人民の自由は各政黨皆之を希望せり國家の安全は各政黨皆之を尊重せり言論の自由集會結社の自由は黨派の問題に非ざるなり

地價の査定公平を得ざることは人皆之を許せり此の不公平を改め各地の負擔を均しくするは人の皆希望する所なり然れども之を改むるの方法宜しきを得ざるものあるときは一の不公平を除きて更に大なる不公平を生ずるの虞あり初期の議會に於て地價修正を否決したるは地價修正の望ましからざるに因るに非ず現在の地價に不公平なしとするに非ず唯輕忽に之か修正を試みるの危険なるか爲のみ地價の修正は各政黨の希望する所なり輕忽の修正は各政黨の斥くる所なり地價修正は黨派の問題に非ざるなり

方今宇内の形勢大に變遷し列國各其の全力を鍾めて政治上經濟上の實權を争ふの時の際し徒に放任主義を崇奉して以て列國競争の間に立たんとするの無謀なるは識者を待たずして知るべきなり國家發達の第一の要件は民力を養ふに在り然れども民力を養ふは果して民力を休むるに由るの外なきか教育を盛にして實業の智識と進取の氣象を養成するは亦た民力を養ふ所以に非ざるか必要の制度を設け必要の保護を與へて實業の發達を奨励するも亦た民力を養ふ所以には非ざるか國家の權力を濫用するは固より恐るべし然れども權力の實行を監視し其の濫用を防ぐは帝

國議會の任なるに非ずや其の弊害を除き其の効用を收むることを講せずして直に之を排斥せば世間の事物一として用ゐるに足るものなかるへし今日の日本は徒に既成の事業を保守すへきの日本なるか河水は年々汎濫して巨萬の資財を蕩盡するに非ずや惡疫は頻年流行して無數の人命を奪ふに非ずや然れども是れ猶ほ危険の最も大なるものに非ざるなり國防の不完全なるは人皆之を知る而して今日の軍備を保守して數年の後に至らば其の不完全なること更に今日より甚たしきものあるへし日本の退歩するに非ず外國兵制武器の進歩速なればなり日本の宜しく取るべきの國是は其の定れること久し日本は宜しく進んで取るへし退て守るへからず進んで取るは即ち退て守る所以なり是れ實に近來志士の皆懷抱する所なるか如し植民論の如きは蓋し此の思想の形に現れたるものなり植民の事固より可ならざるに非ずと雖ども一朝事有るの際之を保護するの實力なきときは則ち無辜の民を驅りて之を異域に棄つるなり然れども是れ亦豈に將來の目的とすへからざるものならんや國家の政務は一として休止するを得へきものなし先づ國を富まして而して後兵を強くすへしと謂ふか如きは空論の最も甚だしきものなり外患の來るは決して

我の國富封殖するを待たざるなり人若し客年大津の事變を回想せば今猶ほ寒心するとなきを得るか日本は猶ほ益々國防を整備せざるへからず土木を起さるへからず農工商業を保護せざるへからず人民は各方の及ふ限分限の許す限國家の爲負擔を忍はざるへからざるなり今日は豈に民力を休むるの時ならんや然れども國家の生は一時を期するものに非ざるか故に苟も現時の負擔にして民力を困弊せしめ財源を涸竭するの實あらは直に之を輕減すへきこと論を待たず日本の民力は現時の負擔に因て漸次に消耗するか日本の富源は却て漸次に發達するに非ざるか僅少の輕減は果して俄に國富を増殖するの奇效あるか余輩は論者か深く之を講究したるや否を疑はざること能はざるなり之を要するに一時の安を苟して國家の大勢を忘れ目前の希望に眩惑して遠大の利害を問はざるの嫌あるは各政黨の弊を共にする所に非ざるか各政黨の撥を一にする所に非ざるか地租輕減民力休養は黨派の問題に非ざるなり

現在の經費必ずしも皆必要なるものに非ざるへし豫算の費目中必ずしも冗費の淘汰すへきものなきに非ざるへし必要ならざるの經費を節減する可なり冗費を削除

する最も可なり然れども國家必要の事業にして單に國資の給せざるか爲着手する
 と能はざるもの幾干なるを知らず而して政府が事業に着手せずして却て冗費を豫
 算に載せたるは冗費を以て必要の費用と誤認したるか爲なるへし議會に於て冗費
 を削除するときは必ず之を必要の費途に充つるの覺悟なかるへからず現時の負擔
 にして年々民力を消耗するの實あらば則ち已む其の然らざるを知て猶ほ之を國家
 の要務に供すること爲さず却て之を所謂民力休養の資となすは余輩其の可なる
 を知らざるなり現在の政費は之を節減すへからず唯之を利用すへきのみ第一期帝
 國議會に於ては議員皆一意政費の節減を主張し前後終に言の事業擴張に及へるも
 のなし政費の節減に專にして其の利用に注意せざるは各政黨の軌を同じくする所
 なり各政黨の轍を一にする所なり政費節減は黨派の問題に非ざるなり
 此くの如く諸種の政論に付きて諸黨派の意見を同じくしたるは實に稀有の順象と
 謂ふへし自由黨改進黨大成會名は異なれりと雖ども實に於て異なる所あるなし當
 時日本には唯一の節減黨あるのみ退歩黨あるのみ諸黨派は均しく無爲を以て政策
 とすものなるか故に互に協同親和して相争ふ所無かるへきの理なるか如しと雖

ども豫算案の一たび議會の議に登りたるより以來所謂軟派硬派の論争を生し初期
 の議會閉會の後に至りても猶ほ兩派互に反目し互に叱罵誹謗して其の相敵視する
 こと却て主義に依て分るゝの黨派より甚たしきものあるは頗る怪むべきに似たり
 所謂軟派硬派なるものの別は主義の異なるか爲に生したるものに非ず其の相異
 なる所は豫算金額に對する意見に在るのみ一は若干の金額を以て國家の政務を處
 理するか爲必要とし一は猶ほ一層の節減を加ふることを得へしとなす是れ表面上
 兩派の間に存する差異なり然れども幾干の金額を國務の處理に必要なりとするや
 を査定するに當ては人々多少見る所を異にするは固より免るへからざるの數にし
 て何人と雖ども其の査定の金額を以て一錢の増減を許さるものと断定すること
 を得ず故に兩派互に敵視して殆んど調和し難きの狀を呈したるは蓋し別に其の所
 以なくんはあらず想ふに猜疑と黨派の權謀とは此の際尠なからざるの影響を及ぼ
 したるなるへしと雖も余輩は今之を言ふことを欲せざるなり余輩は寧ろ兩派の論
 争を以て帝國議會豫算議定權の範圍に關する憲法の解釋の差異に歸せざるを得ず
 故に余輩は謂はんとす第一期帝國議會に於ては政黨の運動なし政派の運動なし而

して唯憲法解釋の二派を生したるのみと

憲法の解釋を以て黨派の主義に混するの害は今更に之を言ふを俟たざるなり政治上の意見を以て憲法の意義と混同し牽強附會して以て黨派交々相責むるに違憲を以てするに至らば國家の綱紀を定むるの憲法は却て將に秩序を紛擾するの具とならんぞ況んや又た憲法解釋の論争に熱中するの結果は徒に法理を走りて國家經綸の大事を謀るに餘地なからしむるをや人若し第一期帝國議會の事業を一見せば必ず其の一片の杞憂に止らざるを知らん商法延期地租納期改正等重要の法案にして完結の功を奏したるものは僅に二三のみ憲法解釋の論は却て會期の大半を占めたり憲法の解釋にして黨派の主義より分離せざるべきは次回と雖ども亦た同一の狀態を再演することなきを保すべからざるなり
憲法は國家の大典なり非常の必要あるに非されば之を動かすべからず憲法は一黨一派の憲法に非ざるなり憲法の意義は頗る正確なりと雖ども之を適用するに至れば亦た人々多少見解を異にすることなき能はざるべし然れども一定の解釋を以て隱然黨派綱領の一部とし之を黨員に強ゆるに至れば黨派は決して其の本分を守る

ものと謂ふことを得ざるなり憲法解釋の黨派問題たる能はざるの性質を有すること此の如く而して之を黨派の問題となすの害は既に論したるか如し余輩は第一期の帝國議會に於て眼のあたり此の奇態を生したることを嘆息せずんばあらざるなり

然れども憲法の解釋と政治の論議と相錯綜するに至りたるは必ずしも罪を政黨政派に歸すること能はず抑も憲法の法文を解釋して其の法理を演繹するは國法學の本領なり法律は獨冷淡の推理に因て其の正解を求むることを得べし然れども今日に在ては國法の根基たる重要の觀念すら一として未だ一定に歸したるものなし而して爲政家は目前國法の原理を實際に應用するの要あり之を實際に應用するに當ては人々各見る所を異にするは亦た免るべからざるの數なり故に憲法解釋を以て黨派問題に混濁し帝國議會をして法律の討論會に類するの觀を呈せしめたるの責は獨之を黨派に歸することを得ず余輩は唯國法學の未だ發達せざるを憾むるの外なきのみ

然れども我邦の國法學の未だ發達せざる亦た其の故なきに非ず憲法の發布は我國

法に一大變革を生し而して我國法を研究するの要も亦た此の時よりして俄に其の度を高くせり爾來年所を経ること僅に二三其の間國法の法理を研究して以て學說を一定するの難きこと辨を俟たず故に余輩が第一期の帝國議會に於て實驗したる所は亦た立憲制度の初期に於て免るへからざるの狀態なりと斷念せざるへからず余輩は唯將來國法學の發達を圖らんことを期するのみ

豫算案の一たび議會の議題に上るや全國の衆論皆之に向へり豫算の外明治廿三年法律第八十四號の違憲なるや否裁判官か法律を審査するの權を有するや否等法律問題の最も重大なるものは概ね皆法律命令の性質に關せざるものなきか如し法律命令は明治廿三四兩年の間に起りたる法律問題の中點なりと謂ふも詛言に非ざるなり

法律命令豫算は國家機能の形式中最も重要なるものにして余輩國法の講究に従事するもの、最も深く推究を要する所なり依て普ねく諸書を涉獵するの際聊か得たる所のものなきに非ず故に茲に日本法令豫算論を草して大方の教を請ふに至れり蓋し豫算の論の如きは第一期帝國議會開會の當時百方論究既に餘す所なく今に至るや否大方の高批に由るに非されは何ぞ能く之を判別するを得ん

本篇を草するに當りては大に研究の材料を集むるの便なきに苦めり日本現行の法令にして參考することを得たるものは主として財政及び内務に屬する最も重要な法令のみ材料の足らざるは外國に在て本國の事物を講究するもの、免れざる所なり然れども憲法は萬世不磨の大典にして普通の法令は時々變易を免れず故に余は専ら憲法の正條により日本國法の根據たる法理を求めんことを勉めたり其の他の法令を引用したるは概して例證の用に充つるに過ぎず若し夫れ一切の材料を網羅し之を分析綜合して詳述餘す所なきは素より本篇の期する所に非ざるなり先輩の著述にして參考に供することを得たるものは獨伊藤伯の憲法義解あるのみ憲法義解の價值は世間既に定論あるを以て余輩は更に讚辭を費すことを爲さず余輩今本篇を以て憲法義解と比較するは或は借越の咎を免れざるへしと雖ども讀者

若し本篇を一讀せば其の稍憲法義解と論究の方法を異にする所あるを見るへし余輩は固より義解の著者の如く憲法の立法歴史を參考するの便宜なきか故に専ら普通國法の原則と憲法の正條とにより論斷を下さんことを期せり而して問々政治上の利害に論及したるは唯法理上の論結と政治上の便益と相矛盾するの疑を除かんか爲に過ぎず故に余輩の論結にして往々憲法義解の論結と異なるものあるは蓋し一は論究の方法に異なる所あるか爲ならんのみ憲法義解の外余は殆んど先輩の研究を利用することを得たるものなし就中伊東已代治氏の法律命令論の如き其の名は聞き及ひたれども未だ一見したることなく従て本篇を草するに當り參考に供することを得ざりしは余輩の最も遺憾とする所なり其他時々新聞雜誌に登載したる論說に至ては二三を除くの外全く之を參考するに由なかりし故に本篇論する所にして或は既に陳腐に屬したるものあるへく或は既に有力の駁論に由りて力を失ひたるものあるへし此の危険は余敢て之を冒さざるを得ざるなり

本篇は専ら日本憲法法律の成文により國法の法理を推究せんことを期せり然れども近代立憲制度の原則は自から各國に通ずるものあり而して日本憲法は日本古來建

國の主義に基き兼ねて歐洲諸國々法の長を取りたる者なるか故に外國の憲法及び其の國法學者の著述を參考して以て解釋の助を得ること尠なからざるへきは疑を容れざるなり余か本篇を草するに當り主として獨逸國法に關するの著書を引用したるは他なし他國の國法は之を參考するの便宜に乏しく又獨逸は建國の主義最も日本に近く憲法の規定も亦相類する所最も多きのみならず法令豫算の法理最も深く學者の講究する所となりたるは主として獨逸國に在ればなり

余輩は先づ第一章に於て法律命令の性質及び分界を定め第二章以下逐章法律命令法令審査權及び豫算を論究せんことをす

第壹章 法律及び命令

第壹節 法律及び命令の性質

憲法第六十二條は國債を起すは法律を以てすへしと謂はすして帝國議會の協賛を経へしと謂へり第六十四條は法律を以て豫算を定むと謂はすして國家の歳入歳出は豫算を以て帝國議會の協賛を経へしと謂へり是恰も獨逸國法學者の所説と符合するものゝ如し獨逸國法學者は論じて曰く國債を起し豫算を定むるは素行政行爲にして性質上法律に非す其の獨逸帝國憲法及び普魯西の憲法に於て法律の名稱を有するは議會の協賛を要するが爲にして其の本然の性質に因るは非ざるなりと獨逸國法學者は是等數多の事實より綜合して所謂實質の意義に於ける法律と形式の意義に於ける法律との別を爲せり故に人或は帝國憲法を以て全然獨逸國法學者の學説を採用し所謂形式の意義に於ける法律は總て目するに法律を以てせざるものなりと測斷するものなきを保し難し然れども余輩若し猶ほ詳に憲法を講究するときは此の測斷の全く誤れることを知るへし蓋し帝國憲法か起債及び豫算を以て

法律となさるは實際の利害に基くものにして獨逸國法學者の學説を用ゐたるか爲に非ざるなり

前項に一言したるか如く獨逸に於ける現今普通の學説は法律の内容と法律の形式とを分て所謂實質の意義に於ける法律と形式の意義に於ける法律との區別を爲せり其の説の大意に曰く本然の性質より論ずれば法律は國家及び臣民の權利義務の範圍を定むるものなり法規を定むる國家の命令なり立憲國の憲法は概ね法律又は一種の法律は代議會の協賛を経へきことを規定す然れども代議會の權限は必ずしも法規を定むるに止らす豫算を定め國債を起す等本來の性質に依れば法規の範圍内に於てする行政行爲なるも特別の理由に基き代議會の協賛を要するものあり是に於てか三權分立の説に涵養せられたる思想は法規を定むる國家の命令は凡て代議會の協賛を経へしとの思想より一轉して代議會の協賛を経たるものは凡て法律なりとの思想を生ぜり然れども實は代議會の協賛を経たるもの必ずしも皆法律なりと謂ふことを得ず許多の條項は單に事實を告示し政治上の綱領を公示し學術上の眞理を闡明し人民の注意を促し國家の謝意を表し契約を締結し功臣の賞賜を行

行ふの類にして毫も命令の性質を有せざるものあり又た命令の性質を有するものと雖とも官廳に對して處務の準繩を示し又は一事件に對する處分を命ずるか如き専ら官廳組織の關係と官吏奉行の義務とに基き臣民に對する國權の發動に非ず從て臣民に權利を與へず義務を負はしむることなきもの尠なしとせず凡そ此の如きの法律は代議會の協賛を経たるを以て亦た法律の形を有すと雖とも其の規定の事項より見れば法規を定むるの命令に非ざるなり之に反して法規を定むるは代議會の協賛を経るを常とすと雖とも亦た實際の必要に基き特別の規定に依り命令を以て法規を定むるの權を政府に委任することを得へし警察命令の如き其の最も著しきものなり此の如きの命令は實質に於ては法律なり之を稱して法規命令と謂ひ或は形式の意義に於ける命令と謂ふ其の他本然の行政行為に關するの命令之を稱して行政命令と謂ひ或は又之を稱して實質の意義に於ける命令と謂ふと以上種撫を擧ぐる所の學説は「ルーソー」「メルラン」以來諸學者の著書に其萌芽を認めざるに非すと雖とも近時更に「ストクマー」の首唱する所となり「ラーバンド」之を大成してより以來殆んど獨逸に於ける普通の學説となれり

實質の法律と形式の法律とを區別し實質の法律を以て法規を定むる國家の命令となすハ多數學者の同意する所なりと雖とも何と法規となすに至てハ是等學者の頗る説を異にする所なり余輩は此の問題に對し聊か説なきに非すと雖とも余輩の論結に直接の關係なきを以て此に之を論せざるへし
余輩は敢て「マルチツツ」及「ツオルン」の如く法律の定むる所は凡て法規なり法規を定めざるの法律あることなしと主張するものに非すと雖も實質の法律と形式の法律を區別するの學説を以て帝國憲法の解釋に適用するに至てハ決して之に同意すること能はざるなり而して獨逸學者か此の學説の最も重要なる實益とする所の一は之を憲法に適用するに在るか如し
「ラーバンド」の實質の法律と形式の法律との兩觀念を普漏西憲法及び獨逸帝國憲法に適用し兩憲法の諸條項に就き其の形式の法律に關するものと實質の法律に關するものとを區別せり
「デオルグマイヤー」の曰く「グリュンノット」雜誌第八卷第廿五頁以下實質の法律と形式の法律とを區別するハ言語の感に過ぎざるか學理上の空論を弄して錯を分ち

殊を争ふ者に過ぎざるか或は又た之を區別するの實益あるか余の見る所を以てすれば此の區別の重要なる利益の兩種の法律互に効力を異にするに在りしして國家各機關の權限を定むるの標準を與ふるに在り國家の意志行爲は皆法律の形式を以て現るゝとを得へし處分令と雖も亦皆法律として發布するを得ざるものなし然れども如何なる事物の必ず立法の形式に依らざるへからざるかを定むるは當りての實質の法律は極めて重要なる觀念なり獨逸諸邦の憲法に於て法律の議會の同意を得ずして之を發することを得すと謂ひ又た法律の凡て國王及び兩院の同意を要すと謂ふときは法律の實質の意義を有す故に臣民の法律上の状態に關する一般の規定の形式に於ても亦法律として之を發せざるへからず命令を以て此の如き規定を設くることを得るは法律か明文を以て之を許したる場合に限る之に反して處分令を發するの權は行政權の發動なるか故に行政機關より出づるを常とす法律の形式を處分令に用ゐるを要するは憲法に特別の規定あるか又は法律に由て既に定まりたる原則に抵觸する規定を設くる場合に限るとシユルツエ獨逸國法第一卷第五百廿頁エリキョック法律命令論第二百五十四頁も亦た立法行政兩機關の權限を分

界するを以て實質の法律と形式の法律を區別するの最も重要なる實益とせり二種の法律の區別を以て立法行政兩機關の權限を分界するの標準となさんとするときは必ず帝國憲法第三十七條の法律を以て所謂實質の法律を指したるものと解釋せざるへからず是れ實に「シユルツエ」「ラーバンド」「マイヤー」「ゼーリヒマン」等諸學者の普國憲法第六十二條(日本憲法第卅七條に該當す)に對して下す所の解釋なり其の理由とする所に曰く若し此の條に謂ふ所の法律を以て形式の法律を指したるものとせしめれば即ち法律の凡て議會の協賛を経へし而して法律とは議會の協賛を経たるものなりと云ふに異なることなく何等の意義をも有せざる冗文に過ぎざるへしと例へば「ラーバンド」豫算法第十頁故に實質の法律と形式の法律とを區別するの學說を以て帝國憲法の解釋の根據となすことを得るや否を論究せんとせば憲法第卅七條の法律の如何なる意義を有するかを講究するより好きになし余輩の見る所を以てすれば該條の法律の所謂實質の法律に非ず形式の法律に非ず全く他の意義を有するものなり余輩請ふ左に之を詳論せん

「ウエルテムベル」憲法第八十八條(日本憲法第卅七條に該當す)に對し「ガウブ」の下

手記(法律)
 物の上ノモノ
 物の上ノモノ
 物の上ノモノ

す所の解釋は推論極めて簡單なれども頗る余蘊か下に陳ふる所の説に近きか如し「ガウプ」ウエルテムベル「國法第五十八及び百五十九頁參照。

法律を以て萬般の事物を網羅するの難きは人の認むる所なり故に何れの國の憲法も執行命令を發するの權を行政機關に委任せざるものなし蓋し行政機關が法律を執行するに當りては更に臣民の自由に幾分の制限を加ふるとあるも勢免る可らざるなり法律の規定廣くして直に之を各件に適用するに宜しからざるときは執行命令を以て其の細目を定むるに非され行政機關は能く法律を執行するの責を充たすこと能はず故に數多の學者例へば「ラーバンド」「マイヤー」等は執行命令を以て法規命令の一種とせり執行命令の外法律の明文に由りて行政機關に一定の事項を規定するの權を委任するハ立憲國に稀ならずるの事例なり警察命令を發するの權ハ何れの國も命令權を執行命令に限りたる國に於ては概ね法律を以て之を行政機關又ハ地方團體に委任せざるなし執行命令を以て法規命令に非すとすの論者と雖も法律の委任に依るの命令を以て法規を定むるを得るの一事ハ之を認めざるを得ず法律のみに依て國家の政務を處理せしめんとするハ能はざるを人に責むるものな

り今若し憲法第卅七條の法律を以て所謂實質の法律なりとせんか凡そ法規を定むるものは其の事の巨細を論せず凡て帝國議會の協賛を経ざるへからず帝國議會の協賛を経ざるの法規命令ハ存在すると能はざるなり法律執行の爲にすると法律の委任に由るとを論せず法規を定むるの命令は總て違憲の命令なり法規の規定を命令に委任するの法律は凡て違憲の法律なり「ザイデル」は曰く法律の委任に依るの命令は立法者の意志を敷衍するものに過ぎず此の如き命令に由りて定まりたる法規ハ立法機關の豫め與へたる同意に由りて効力を有するものなりと「千八百七十四年「ビルト」年報第千四百四十六頁然れども此の論據ハ却て自己の解釋を反證するものなり假りに法律の委任に依るの命令ハ豫め帝國議會の協賛を経たる者なるか故に憲法第卅七條の規定に抵觸する所なしとせんか此の如き命令ハ(少なくとも勅令は)天皇の裁可と帝國議會の協賛とを経たるものなり此の命令は常に實質上の意義に於て法律なるのみならず形式上の意義に於ても法律なるなり是れ實に所謂形式の法律なる觀念に反するに非ずや故に論者か憲法第三十七條の法律を以て實質の法律と認めなから法律の委任に依れり則ち單純の命令を以て法規を定むることを得へ

しと論するに己むを得ざるの必要に出つと雖ども論理上自家撞着の咎を免るゝこと能はず之に反して「ロレンチ」が第三版字漏西國法第一卷第七十六頁法律は議會の同意なくして成立することなく議會の法律に協賛するの旨に議會の権利なるのみならず又た其の義務にして議會は隨意に此の權利を拋棄することを得ざるか故に性質上立法の範圍に屬する事項を規定することを命令に許すの憲法に違反するものなりと論するに論理上正確にして實際上迂遠の説なりと謂はざるべからず氏も第四版に於て「第一卷第三百五十六頁註」稱其の意見を改めたるもの、如く警察命令の如き法規を定むるの命令を法律の明文に由り行政官に委任するを以て違憲に非すとすの説の亦た好理由なきに非ざることと許せし之を要するに一切の命令を排除して全く法律のみに由り國家の政務を處理せざるべからざるに至るは第卅七條の法律を以て實質の法律となすの解釋より生ずるの必然の結果なり

帝國憲法は夙に行政命令の必要を認め常に法律執行の爲にするのみならず廣く行政の爲に必要な命令を發するの權を以て元首の大權とせり第九條に曰く天皇の法律と執行するが爲に又ハ公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する爲に

必要な命令を發し又ハ發せしむと本條の規定は警察命令を發するの權を包含すること疑を容れず抑も臣民の自由を制限するハ警察の觀念の要素なり警察命令は法規命令なること多言を待たず公共の精神上經濟上の發達を助長するの政務に至りてハ禁令命令を要すると多からずと雖も或ハ教育の普及の爲に校舍設備児童就學の義務を設け或は農商工業の發達を圖るが爲組合の組織を強制する等臣民に義務を負はしむるの必要あること亦た尠なしとせず憲法第十條ハ又た行政各部の官制を定むるを以て天皇の大權とせり蓋し官制の細目の概ね行政機關内部の事にして人民の權義に關することなしと雖ども其の大綱に至ては政務を行ふの權限を定むるものにして其の範圍内に於てするの處分に對してハ人民の之に服従するの義務を負ひ其の權限外に出づるの行爲ハ無効に屬するの結果を生ず故に官制の大綱を定むるものは亦之を法規命令と認めざるべからず今若し憲法第卅七條の法律を以て實質の法律なりとせんか是れ即ち憲法ハ一方に於て法規ハ凡て帝國議會の協賛を経べきことを定め乍ら一方に於てハ法規の一大部分ハ帝國議會の協賛を経ずして定むるを得べきことを規定するものなり憲法は第九條第十條と第三十七條と前

後相矛盾する規定を設くるものなり

實質の法律なる概念を認むるときは其の結果として亦た形式の法律なる概念を認めざるへからず憲法第三十七條に謂ふ所の法律を以て實質の法律となすときも他の諸條に謂ふ所の法律を以て形式の法律とせざるへからず是れ兩者の關係により自から然らざるを得ざるなり請ふ數例を擧げて之を證せん第十四條は戒嚴の要件及び効力の法律を以て之を定むと言ひ第十八條は臣民たるの要件の法律を以て之を定むべきことを規定す抑も戒嚴の要件及臣民たるの要件を定るもの法規を定むるの命令なると始より明なり若し兩條に謂ふ所の法律を以て實質の法律なりとせし是れ即ち法規を定むるの法規を以てすへしと言ふに過ぎず之に反して戒嚴の要件及び臣民たるの要件を定むるもの法規を定むるの命令に非ざれば是れ即ち法規を定むるの命令を以て法規ならざる者を定むへしと言ふに異なるとなし孰れにするも兩條の規定の一の元文に過ぎず第廿條第廿一條及以下諸條は臣民の自由及義務の範圍は法律の定むる所に依るべきことを規定す各條に謂ふ所の法律を以て實質の法律なりとせば是等の事項の憲法第九條に由て天皇の大權より

り發する法規命令を以て之を規定することを得と謂はるへからず法規命令も亦た實質の意義に於ては法律に外ならざればなり果して然らば納税の義務も兵役の義務も省令を以て之を定むるを得へし居住移轉の自由も身体財産の安全も一片の府縣令を以て之を侵すを得へし住所侵入及び搜索の場合も信書の秘密を侵さるゝの場合も將た言論著作印行集會及結社の自由を有するの範圍も帝國議會の協賛を待て之を定むるを要せざるなり故に諸條に擧ぐる所の事項は帝國議會の協賛を経るの外之を規定するを得ざるものと解釋せざるへからず諸條に謂ふ所の法律の皆所謂形式の法律なり帝國憲法の豫算及起債を目するに法律を以てせずと雖も第卅七條の法律を以て實質の法律と解釋するとき他の諸條に謂ふ所の法律を以て形式の法律と解釋せざるへからざること上に詳論するか如し加之憲法制定以後の發布に係る法律中法規を定めざる命令を目するに法律を以てすると亦た其實例無しとせず明治廿三年法律第三十五號府縣制第一條に曰く府縣の廢置分合及府縣境界の變更は法律を以て之を定むと同年法律第三十六號郡制第一條も亦た郡に付て同一の規定を設けたり抑も府縣郡の廢置分合及び境界の變更は一の處分にして法

規に非ず故に此の如きの法律は所謂實質上の法律に非ずして形式上の法律なり法律の形式上の意義は其の實質上の意義に伴ふて相離るべからざると此の如し而して形式の法律なる觀念の由來する所は果して何處に在りや抑も形式の法律といひ帝國議會の協賛を経たる元首の命令の謂なるか故に憲法制定の前其の觀念の存在し得べきの理なし而して憲法の規定により此の觀念を生ずるは第卅七條の外なし然れども第卅七條に謂ふ所の法律を以て實質の法律と解するときは法規を定むる國家の命令に凡て帝國議會の協賛を経へしと言ふに過ぎず此の規定を轉倒して帝國議會の協賛を経たるもの凡て法律なりとなすの誤なるは識者を俟て而して後知らず憲法の制定者か此の如き論理の誤に基きたる觀念を以て其の規定の基礎となせりと言ふは余輩の決して首肯すること能はざる所なり

前三項に擧ぐる所の理由あるを以て余輩は帝國憲法第卅七條の法律を以て實質の法律なりとすると能はず故に余輩は實質の法律と形式の法律との區別に立法行政兩機關の權限を分界するの實効あることを信する能はざるなり余輩は却て帝國憲法が法律の唯一の觀念を以て其の全部を貫くことを信ず而して憲法の全部を貫く

所のものは如何なる法律の觀念なるやを論するは本節の主眼とする所なり帝國憲法の明治廿二年二月十一日の詔勅を以て發布せられたる憲法の發布が國家の發達に一大時期を劃したるの言を俟たず然れども人若し憲法を以て一舉して舊來の秩序を全廢し更らに一切の制度を新設したるものとせば是れ即ち大なる謬なりと謂はざるべからず憲法の一部は二千五百年來臣民の頭腦に浸染し萬世に亘りて磨滅すること能はざる國法上の一大原則を確認したるものに外ならざるなり其他近時思想の發達に由て人の認むる所となりたる原則と雖も憲法制定の前已に實行せられたるもの亦た尠しとせず明治十四年十月十二日の大詔一たひ下りては政府も人民も帝國議會開設の準備に思を凝らして曾て一日も倦怠したることあるなし而して此の準備の立法事業に現はれたるもの亦た數ふるに遑あらず例へば明治十九年の勅令を以て政府の組織を一變し立憲國の内閣に必要な國務大臣の責任を明にしたるか如き其の著しきものなり明治十九年勅令第壹號公文式も其の憲法史に關係を有するの深きこと敢て之に譲らず此の如く立法者の漸次に諸種の法令を發して以て漸く立憲の制度に近かんことを勉め終に明治廿二年二月十一

日を以て大典の發布を見るに至りたるものなれど憲法制定前の法律に由りて憲法の解釋の資料を得ること尠からざるべきの最も略易きの理なり

法律を以て公文の名稱となしたるの公文式を以て始とす公文式の國家の命令を分て法律命令の二種とし更に命令を分て勅令閣令省令等の數種とせり而して公文式は如何なる標準に依りて法律と命令とを區別したるや其の第一條第二項に曰く法律の元老院の議を経るを要するもの舊に依ると故に法律の悉く元老院の議を経たるものなりと言ふとを得す又勅令にして其の議決を経たるもの其の數少しとせず其の他親署の後御璽を鈐し國務大臣之に副署し上諭を以て之を公布する等の順序に至りて法律と勅令少くとも一般行政に關する勅令との間違も相異なる所なきか故に命令の形式に由て法律命令を區別するものと認むることを得ざるなり法律命令の内容に至りて法律と命令少くとも勅令とは全く相異なることなし公文式の發布より憲法の制定に至るの間法律を以て規定したるもの市制町村制登記法公證人規則徴兵令等種々數件に過ぎず其の他新聞紙條例出版條例版權條例保安條例所得税法等臣民の自由權利に直接の關係を有する許多の事項は勅令を以て

之を規定せり憲法制定の前に於て規定の實質に由り法律命令を分界するの難きは憲法第七十六條も亦た之を認めたるか如し該條の憲法制定以前に發布したる法令の或は法律と稱し或は命令と稱するに拘はらず凡て理由の効力を有することを定めたり是れ他なし憲法上法律を要するの事項も從前往々命令を以て定めたることあるを以てなり若し公文式に於て既に實質に由りて法律命令を分界し法規を定むるの命令は凡て法律なりとしたらば憲法第七十六條の規定の公文式發布以後の法令に對しては全く必要な規定なるへし是に由りて見れば公文式は法令の實質に由りて法律と命令とを區別するものにも非ざるなり既に形式に於ても實質に於ても法律命令の區別なしとせば公文式は果して何の目的を以てか法令の種類を分て法律及び命令の名稱を與へたる他なし法律と命令と効力の輕重の差あること屬なし法律の以て命令を變更すべく命令の以て法律を變更すべからず余蓋は之を憲法制定前既に人の普ねく認めたる原則なりと斷言するを得へし公文式の此の原則を明言するとなしと雖も此の如く法文を解釋するに非されど他に法律と勅令とを區別したるの理由を見ると能はず公文式の規定に從て發布せられたる法令も亦た此の原

法律と命令との區別
一目的
教クシテ是ヲ示ス

則を認めたる如し故に法律を以て一の事項を規定したるときは其の事項に關する勅令は常に法律の範圍内に於て其の規定を補足するを以て目的とせり明治二十年勅令第廿四號明治廿一年勅令第六十六號の登記法に於ける徴兵事務條例の徴兵令に於けるか如き其の證なり又數多の法律の勅令を以て其の細目に屬する事項を定むべく又は定むるを得ることを規定せり會計検査院法第五條、國稅徵收法第三條、行政裁判法第二條、第五條、第四十五條、町村制第百卅二條、府縣制第九十六條の如き是なり立法者の常に法律と勅令との間に輕重の差異を認め而して勅令を以て法律を變更するを得るの法律の之を許す所に限れり町村制第百三十三條の如き其の一例なり此の法理は極めて明白なるものにして更らに論辨を費やすを要せざるか如きにも拘へらす余輩の猶ほ之を詳にする所以のもの他なし此點に於て余輩は伊藤伯と意見を異にするを以てなり伯は曰く(憲法義解第百四十一頁)憲法發布の前に當ては法律と勅令とは其名稱を殊にして其事實を同じくする者たるに過ぎず而して其名稱に依て以て効力の輕重を區別すへからざるの十九年以前(中略)に異なることなきなりと蓋し憲法第七十六條の憲法と從前の法令との關係を定むる者たるに過ぎ

す其の趣旨は憲法上法律を要するの事項に關し憲法制定の前布告布達命令等を以て規定を設けたるものあるも是等の法令は憲法が法律を要するの故を以て其の理由の効力を失ふことなきを明にするに外ならざるなり若し夫れ公文式の規定に從て發したる法律と命令と相互の關係如何命令を以て法律を變更するもの無効なるや否は専ら公文式の規定と精神とに從て之を決すべく固より憲法の與かり知る所に非ず

是に由て觀ねり公文式に於て法律と勅令とを區別したるは専ら効力の輕重に依り法律は最強の効力を有する國家の命令なり憲法と憲法制定前の法令との間に密接の關係あることは余輩既に之を論せり故に憲法中明かに法律の意義を定むるか又之を推測することを得べきの規定あるに非されり憲法は既定の觀念を襲用したるものと認めざるへからず而して憲法制定前特に法律命令の形式を定むるの目的を以て公布せられたる法令中既に法律の觀念を一定したるものあるとき憲法が直に之を襲用すること亦た最も解し易きの理なり憲法第三十七條の法律の所謂實質の法律に非ざること既に論したるか如く又其の所謂形式の法律に非ざること

「ラーバンド」等諸學者の説く所の如し若し該條の法律を以て形式の法律と解するときは是れ即ち帝國議會の協賛を経へき命令の帝國議會の協賛を経へしと言ふは異なること無し既に形式に於ても實質に於ても法律と命令とを區別せざるべきなり蓋し法律は効力の輕重に依るの外兩者を區別するに由なきなり「マルチッツ」は法律の定義と下して曰く「國家學雜誌第三十六卷第二百五十八頁法律といふ君主も侵すべからざるの効力を法に與ふる國家行爲なり」と余の敢て「マルチッツ」の定義に同意するものに非ず然れども効力に由て法律の觀念を定むるの説は自から争ふべからざるの眞理を含蓄することを信す但此の効力は君主に對するの効力に非ずして他の法令に對するの効力なるのみ蓋し形式に依て法律と命令とを區別するときは其の觀念は立憲君主國と專制國との間相異ならざるを得ず立憲國に在ては法律は議會の協賛を経たる命令にして專制國に在ては法律命令毫も相區別する所なきなり効力に依て法律と命令とを區別するときは法律の觀念は立憲國に在ても專制國に在ても相異なることなし立憲國に在ても專制國に在ても法律は最強の効力を有する國家の命令なり

大カニニテ其ノ大ニテ
ケルハ理也

斯の如く法律と命令との間に効力の輕重ある所以如何と問ひ「余輩は「ザイドラー」の如く國家意志の強弱の度に基づくものなりと答ふることを得ず「ザイドラー」豫算及豫算法第九十八頁凡そ意志の強弱の度を有するものに非ず人は唯欲するか欲せざるかの二途を有するのみ國家機關の表示したる意志の完全なる國家の意志なるか或は全く國家の意志に非ざるか二者必ず其一に居らざるべからず法に依て成立したる國家の意志の何れの場合に於ても強弱の度を同じくす故に法律を以て表示したる意志の強弱を以て表示したる意志の強弱を以て表示するなり「エリチング」法律命令論第二百四十九頁法律と命令との間に効力の輕重あるの意志の強弱あるに由るに非ず國家の意志表示の一部には久に重なるの効力を有せしめ特に其の變更を困難ならしめんと欲す是に於てか立法者は其意志表示の種類を分て以て容易に變更するを得べきものと容易に變更すべからざるものとを區別す專制國に在ては此の區別の實効は唯君主か立法の特に慎重を要することを認め難しく法律を改廢せざるに由て生ずるを得べきのみ立憲國に於ては立法は議會の協賛を要し命令と其の制定の順序を異にす法律と命令の區別は立憲國に於て始

りて眞に實効を生ずるを得へし而して立法の形式は以て如何なる國家の意志をも表示することを得へく命令の形式は一定の範圍を限り之を表示するを得るのみ此の範圍の如何は次節に於て之を詳論すへし

之を要するに法律は相對の觀念にして絕對の觀念に非ず法律命令相對して其の効力の強きものも法律とし其の効力の弱きものを命令とするのみ故に法律なくして命令あることなく命令なくして法律あることなし法律ありて命令なく又は命令ありて法律なきときは其觀念は二者相對する場合と異ならざるを得す例へは明治十四年十二月第一號達に於て法律規則を布告とすと言ひ又九府縣會規則第三十三條第三十四條及び第八條第三項に法律の稱あるときは其の意義固より公文式又は憲法の法律と同じきものに非ざるなり法律命令相對する場合に於て其相異なる所は効力の輕重に在るを以て二者の區別は必ずしも立憲國の専有する所に非ず公文式は既に此の意義を以て法律命令を區別し而して憲法も亦た之を襲用せり若し憲法と公文式と全く法律命令の觀念を異にせば憲法實施後の法令には凡て公文式を適用することを得すと言はざるへからず然れども公文式か今日に於ても猶ほ効力

を有するは何人も疑はざる所なり故に憲法第三十七條は最強の効力を有する國家の命令は凡て帝國議會の協賛を経へきことを定むるものなり第六條は天皇は最強の効力を有する國家の命令を裁可することを定め第五條は最強の効力を有する國家の命令を定むるの權は帝國議會の協賛を以て之を行ふべきことを定むるものなり其他憲法の全部を通して此の意義を以て其の規定を解釋すること能はざるものなし唯其の第五十七條に於て司法權は法律に依り裁判所之を行ふと云ふときは稍法律の觀念を異にするものゝ如しと雖も其必ずしも意義を異にするに非ざるは余輩の後節に論ずる所により明なるへし

國家の命令にして最強の効力を有するには二箇の要件を具へざるへからず命令を以て廢止變更する能はざることを其の一なり他の法律を廢止變更するを得ること其の二なり法律は法律を廢改するを得へく而して法律に依るに非されは廢改せらるゝことなし「ラーバンド」は此の効力を名けて法律の形式的効力と稱す(獨逸國法第一卷第五百七十三頁參照然れども氏は主として第一の効力に重きを置くものゝ如く立法の形式に由るに非されは廢改する能はざるの命令を以て法律の形式的効力を

有するの命令とし命令を以て廢止變更するを得るの規定を有する法律を以て法律の形式的効力を有せざるの法律なりとす(全上第五百七十七頁故に「ラーバンド」に依れば法律の形式的効力を有せざるの法律あることを得べく法律の形式的効力を有するの命令あることを得べきか如し余輩の見る所を以てするときは則ち然らず法律の効力を有せざるの法律は法律に非らず法律の効力を有するの命令は命令に非ざるなり法律の形式的効力は即ち法律の効力に外ならず(中略)法律の効力は本來唯一あるのみ(マイキルツ)國家學雜誌第三十六卷第二百三十九頁蓋し法律は明文を以て其の廢止變更を命令に委任することを得べし然れども此の法律は猶ほ前法を破るの効力を有し又た命令を以て之れを廢止するは法律自己の規定に基づくものなるか故に依然法律たることを失はず命令も亦た法律に由り法律を以てするの外廢改するを得ざるの効力を與へらるゝものあるべし然れども此の命令は自己の効力に由りて法律を廢止變更すること能はざるか故に命令の性質を變して法律となることなし獨り緊急命令は自己の効力に由りて法律を改廢するの力を有すと雖ども其廢止は必ずしも法律を以てするを要せざること後節に詳論するか如く又た其帝

國議會の承諾を得ざるときは命令を以て直に之を廢すべきものなること憲法第八條の末段により明なるか故に法律と全く同一の効力を有するものに非ず憲法第八條が緊急命令を目するに法律の効力を有する命令を以てせずして法律に代るべき命令を以てせるは極めて當を得たりと謂ふへし

法律は法律を廢止變更し法律を以てするに非されば廢止變更すること能はざる國家の命令なり故に法律の規定は孰れの場合に於ても命令ならざるへからず或は事實を記し或は政治の方針を示し或は道德宗教の教義を述べ或は學術上の眞理を闡明するの類は決して法律の内容たる能はざるなり之に反して法律に於て言語の意義を定むるか如きは其の規定を適用すべき事實の範圍を定むるものを以て猶ほ國家の命令たるを失はず公文式は公文を分て法律命令の二とす而して法律と命令とは其の内容毫も相異なる所なきと既に論じたるが如し法律を以て定むるを得るの事項は其の性質上命令を以て定むるを得るものならざるへからず命令を以て定むるを得るの事項は亦た法律を以て定むるを得ざるへからざるなり而して命令の内容は臣民又は官廳に對して命令するものならざるへからざること既に其

名稱により明なり法律は命令と種類を同じくして單に効力の輕重を異にするものなるか故に法律の内容も亦臣民又は官廳に命令するものならざるへからず是れ余衆の見解より生ずる論理上の結果なり之を略言すれば法律も命令も共に國家の命令なり

法律は命令せざるへからず然れども其の命令する所の事項に至ては預め之を限ることを得ず其の規定する所の事項の何たるを問はず法律は凡て法律の効力を有す然れども其の外界に向て生ずる實際の效果に至ては規定の異なるに從て非常の徑庭あること言を待たず後法か前法を廢止變更するの原則も前後の法律相矛盾するか爲め後の法律を以て前の法律を變更するの意志明なるときに限り之を適用することを得へし故に歐洲諸國に於て豫算を以て一種の法律となすも豫算法中明かに前の法律を變更すへきことを規定するに非されは租税に關する法律國債に關する法律等により算出すへき金額と収入支出の豫算を異にするも單に豫算は法律なりとの一事を以て税法國債法は變更又は廢止せられたりと論斷することを得ず假に豫算にして財政の計畫收支の豫測に過すとせば其の金額の税法國債法等に符合せざ

るの故を以て是等の法律を改廢したるものとなすこと能はず然れども豫算も一法律なるときは其の明文を以て現行の法律を廢改することを妨げず而して此の場合に於て前の法律は豫算の爲に廢止變更せらるへきことは實質及び形式の法律と區別するの論者と雖ども之を認めざるを得ず又た其の現に認むる所なり命令も亦た國家の命令なり余輩は「スタイン」の如く「行政學第一卷第十頁」法律の國家の意志にして命令の行政權の意志なりと言ふことを得ず「スタイン」も亦曰く「全上第七十六頁」命令の法律を補足する國家の意志なり兩者相待て始めて眞の國家の意志を成すものなりと命令の表示する國家意志も區々にして一定せざること猶ほ法律の内容の預め限局することを得ざるか如し伊藤伯も亦た曰く「憲法義解第六十六頁以下」何等の事物の法律を以て定むるを要する乎の問題に至ては蓋一の例言を以て之を概括し難しと又曰く法律命令の區域は専ら各國政治發達の程度に從ふ而して唯憲法史を以て之を論斷すへきのみと然れども第六十四條の註釋を讀むときは頗る疑ふべきものあり伯曰く「第五十頁」抑も豫算の單に一年に向て行政官の遵守すへき標準を定むるものなるに過ぎず故に豫算の特別の性質に因り議會の協賛を要するも

のにして本然の法律に非ざるなりと又た曰く議會の承諾を経るも其の特別の一事に限り普通に遵由せしむるの條則に非ざるものは固より法律と其の性質を異にする伯は前には規定の實質に依て法律命令を區別する能はざることを論せり果して然らば伯は如何にして豫算の本然の法律に非ざることを斷言するを得たるや伯の後には普通に遵由せしむるの條則に非ざるものは法律と其の性質を殊にすることを明言せり果して然らば何か故に憲法史に依るに非されば法律命令を分界すること能はざるか前後立論の根據を異にし終に解すべからざるの矛盾に陥りたるの嫌あるは余輩竊かに憲法義解著者の爲に惜まざるを得ざるなり

余輩は本節に於て法律及び命令の觀念を論せり余輩の次節に於て憲法の規定に基き如何なる事項は命令を以て規定するを得ざるか如何なる事項は法律命令共同の區域に屬するかを論せん

第二節 法律と命令との分界

實質の法律と形式の法律とを區別し以て立法行政の範圍を定めんとするの學說の之を日本の國法に適用するを得ざること余輩既に前節に於て之を詳論せり法律及

ひ命令の分界の之を憲法の規定に求むべく之を法律の觀念に求むべからず立法の區域の概して無限なりと謂ふを得べし故に如何なる事項と雖も尙も國家の命令することを得べきもの法律を以て規定することを得ざるなし之に反して命令に對しては憲法の一定の限界を設けたり

法律の觀念より生ずる命令の限界は法律を以て規定したる事項の命令を以て廢止變更することを得ざるの原則に出づ然れども既に一たび法律を以て法律を全廢したるときは再び法律を以て同一の事項を規定せざるの間の命令を以て之を規定するを得べきと疑を容れず此原則の適用に關して稍疑問に屬するものを憲法制定前の法律とす憲法制定前法律を以て規定したるもの憲法制定後に於ても亦た法律を以てするに非されり變更又は廢止すること能はざるや否是少しく論究を要する所なり余輩は前節に於て憲法の公文式の用語を襲用せることを詳論せり公文式に依て法律なるもの憲法に依るも亦法律なり憲法制定の後に於ても猶は法律を以てするに非されり變更又は廢止するを得ざること言ひすして明なり之に反して公文式の發布前に在ては全く法律と命令との別なし布告と言ひ布達と言ひ達と言ふも

主として文式に依るの稱呼たるに過ぎず法律、令、條例、規則、律例等皆な相區別する所あるにあらざるなり(憲法義解第四百十頁)之を要するに公文式以前に在りては今日の法律及び命令に符合する法令の分類あることなし故に布告、布達、達等を廢止變更するか爲特別の形式を要したることあるも憲法は之を顧みること能はず而して従前の分類より生ずるの結果は既に公文式の發布に由て廢止に歸したるものと認めざるを得ざるなり公文式發布前の命令の其の布告と稱し布達と稱し其の他何等の稱呼を有するに拘りらず憲法に依り命令の範圍(後に詳論す)に屬せざるの事項に關するもの法律を以てするに非されの廢止變更することを得ず法律を要せざるの事項に關するもの命令を以て之を改廢することを得へし

憲法が法律と命令とを分界する方法に二あり一は法律を以てするの外規定するを得ざる事項を列擧するに在り一は命令を以て定むるを得べき事項の範圍を限るに在り憲法は二法を並用す第十四條第十八條以下許多の條項の法律を以て規定すべき事項を定めたり凡そ是等の事項は法律の委任に依るの外命令を以て之を規定することを得ず

憲法上法律を要する事項の其の制定前布告布達又は命令を以て之を定めたるものあるも其の制定後に至りて變更を要するときは必ず法律を以てせざるへからず是等の事項に關する既定の法令を變更するの即ち是等の事項を規定するものに外ならず而して命令を以て之を規定するの憲法の許さざる所なり然れども既定の法令を廢止するも亦た必ず法律を以てせざるへからずとするの毫も據る所なきの説なり余輩の此點に就て再々伊藤伯と意見を異にせざるを得ず伯は曰く法律として理由の力あらしむる者にして若將來に於て改正を要するときは其の前日に勅令布達を以て公布したるに拘らず總て皆法律を以て舉行するを要すること知るべきなりと(義解第四百十二頁)伯の文中改正と言へり故に廢止に付て其の意見を知るに由なきか如しと雖ども伯の理由とする所に由て之を推すときは改正の中自から廢止をも包含するの意なるか如し伯の曰く本條(第七十六條)の(中略)憲法に於て法律を以て之を望む者の即ち法律として理由の力あらしむることを示す者なりと是に由て觀れば伯の從前の法令を以て憲法第七十六條に由り性質を變して法律と爲りたるものと認むるか如し既に一たび法律と爲りたるべきに此か廢止も亦た法律を以て

せざるへからざるごと自から明なり然れども従前の法令か法律として理由の効力を有することは畢竟一の臆断に止り憲法の規定に據て之を證するを得ず第七十六條の單に理由の効力を有することを規定す故に現行の法令にして憲法上法律を要するの事項を規定するものあるも其の法律の名稱を有せざるの故を以て効力を失ふことなき疑を容れずと雖ども其の廢止も亦た法律を要するや否は自から別箇の問題に屬す例への緊急命令の憲法上法律を要するの事項を規定するを得へしと雖ども其の廢止は必ずしも法律を以てするを要せざるのみならず帝國議會の承諾を得ざる場合に於ての命令を以て之を廢止するを要すること第八條末段の明かに定むる所なり之を要するに法律に代るの効力と法律の効力との論理上必ずしも一致するものに非ず而して一の効力より他の効力を推定するを得ざるなり故に憲法上法律を要するの事項に關する現行の法令を變更するに必ず法律を以てせざるへからずと雖ども之を廢止するは必ずしも法律を要せず其の命令權の範圍に屬するもの(例へは警察勸業等の目的を以て罰則定むるもの、類)の命令を以て之を廢止するを得へく其の然らざるもの(例への民法刑法に屬するもの、類)は命令を以て之を廢止

することを得ず

前數項に論述したる二大原則に對しては何人と雖ども疑を懐くものなかるへく伊藤伯も義解第六十七頁に於て明に之を認めたり然れども此の二原則の果して命令權に對する唯一の限界なりや否憲法の列擧したる事項の外法律の先占せざる區域に在ては命令は如何なる事項をも規定することを得るや否是れ余輩の更らに講究すへき所なり伊藤伯の是等に限界を除きての法律命令の區域の専ら各國政治發達の程度に從ひ憲法史を以て之を論断するの外なきことを論せり「グナイスト」は大に命令權の範圍を皇張する學者なり然れども氏の法律の先占せざる場合に於て命令の自由に規定するを得へき事項を行政法の區域に限れり「ホルツェンドルフ」法律字彙第三卷第千六十四頁に若し此の兩説を比較するときは其の間自から精粗の差あることを見ん余の此に點に就きては伊藤伯に同意すること能はず余の前二項の限界の外命令の目的によりて定まりたる一定の限界あることを確信するものなり命令の第一の目的の法律を執行するに在り是れ憲法第九條の定むる所なり法律を執行するか爲必要なること命令は其の規定の範圍内に於て細目を定むることを得

へし而して事項の何たるを問ひざるなり故に其の規定する事項より見るときは執行命令は法律と相同し執行命令の國家的目的の種類に由て限界せらるゝものに非ず唯同種の目的を達するに付き其效用法律と異なる所あるのみ命令の第二の目的の特種の目的を達するの要に應ずるに在り故に此の類の命令は國家の目的の種類に由りて限界せざるを得ず

國家の目的を分て法政内政外政兵政及財政の五種となすの普通の分類なり此の分類の當に之を行政に適用することを得べき(シユルツエ「李滯西國法第二卷第三百九十二頁以下及び「マイヤー」獨逸行政法第一編第二頁を参照すべし)のみならず廣く之を國家の政務に適用することを得べし(例へば「レーニン」獨逸行政法第二頁)國家の法人なり其の活動するに必ず一定の機關に由らざるへからず國家機關の組織を定め國家の秩序を制定するに國家の最も須要とする所なり然れども國家の一人にして又た無數の人より成る而して是等の人格は皆各獨立の意志を有し各自の利益の爲め獨立の行爲を爲すものなるか故に一定の秩序を設けて以て相互の移域を定め其の侵害を防ぐに非されに國家の永く存続することを期すへからず而して社會の

秩序一たび定まるときは國家は又た之を維持するの要あり故に國家の法を各件に適用し侵害の有無を認定し其の侵害ありと認むるときは之を救済せざるへからず此の目的を達するに必要なる機關を設け其の目的に應ずるの組織及び手續を定むるも亦た國家の一要務なり然れども國家は獨逸生の侵害を救済するのみならず又必ず之を未發に防くの法を設けざるへからず登記公證の如き預め權利の所在を明にして紛議の源を杜くもの是なり凡そ私法上の權利は宜しく人々自己の利益の爲自から之を監守するに任すへし國家の直接の利益は國家自から之を監視せざるへからず犯罪を搜索し罪人を逮捕するに亦國權の作用なり此作用に由り犯罪を覺知し又は各箇人の要求に基き私權の侵害を認め法規に従て其の救済の方法を定めたるときは結局之を執行せざるへからず民事上の強制執行及び刑罰の執行も亦た國家の一要務なり以上擧げたる許多の行爲は凡て國家の第一種の目的に出づるものなり此の目的を稱して法政の目的と云ふ

然れども法政は國家の唯一の目的に非ず天災地變其の他自然又は人力より生ずる危害に對して人民を保護し之をして各其の境に安んずることを得せしむるは國家

の最も務めざるべからざる所なり獨り危害を防ぐのみならず進歩したる國家は獨
は進んで國民の形体上經濟上精神上の發達を助長することを務めざるなし私人の
力及はさるときは國家は或は必要の制度を設け或は適宜の保護を興へて以て其の
開發を扶掖するは近代の所謂文化國の特色なり公安を保持し民利を増進するを以
て國家の第二の目的とす之を内政の目的と云ふ

國家にして其の目的を達せんとするときには先づ自から生存することを要す然れど
も今日の國家は數多邦國の間に介在し國際社會の一員たるが故に常に列國と交親
を通し時に或は甲兵を交へて以て一國の体面を保ち國際の地位を維持し猶ほ進ん
て列國の間に重きを爲すことを務めざるべからず外政は國家の第三の目的なり
國際の地位を維持し一國の生存を保護するか爲國家は兵力を有せざらず凡そ天地
間の生物皆自己の生存を以て其の最大の目的とせざるなし國家と雖ども亦た此の
理の外に出でず故に兵政を以て國家の第四の目的とす

以上四種の目的を達するには一として財力を要せざるものなし故に國家は常に適
當の收入を以て必要の支出に應じ收支の順序を明かにして以て國庫の整頓を保つ

ことを計らざるべからず財政は國家の第五種の目的なり

此の分類は以て立法司法及行政を分界するの基礎となすことを得ず是れ實にイニ
リテック(法律命令論第二百十三頁以下)の會て一たひ試みたる所なり氏の立法及び
司法を以て其の直接の目的専ら法政に在るものとし其の他の政務の凡て行政に屬
するものとせり然れども法政の目的を有する國家の行爲中登記の如き公證の如き
犯罪を搜索し罪人を逮捕し裁判判決を執行するか如きは皆明に行政行爲に屬す且
法律は獨り法政の目的を達するに止まるに非ず國家の各種の目的皆法律を要せさ
るものなし内政には新聞集會政社法等を要すべく兵政に徴兵徵發法を要すべく
財政に税法會計法等を要すべし獨り法律を要すること殆んど稀なるは外政の區
域のみ要するに立法を以て専ら法政の目的に限るとするは偏見たるを免るべし
能はざるなり(ヘーデル法律論第二百四十九頁參看)

法律は國家の各級の目的を達するか爲必要なり且各級の目的は終始隔絶して互に
相干する所なしと言ふに非ず民法刑法訴訟法も國家の組織を定むるの法律も結局
の目的は國家並に人民の利益を圖るに外ならず新聞集會政社法徴兵徵發法所得稅

法地租條例等皆國家か自から國權の行使を限界するの効力を有するものなるか故に自から國家及び臣民の權利義務の範圍を定むるの結果を生ず若し其の終局の目的より觀るときは如何なる法律と雖とも民利國益を圖るにあらざるなし然れども其の直接の目的に至ては大に相異なる所あり憲法、議院法、民法、刑法、治罪法、民事訴訟法、監獄則の如きは皆或は法を定め或は法の侵害を救正するを以て其の目的とす法は常に其の直接の目的たり之に反して警察法は直接に公共の安寧秩序を保持するを目的とし徴兵徵發法は兵士及び軍需を徵收するを以て直接の目的とし各種の税法は臣民の資財を徵收して國費に供するを以て直接の目的とす其法を定むるは直接の目的に非ずして間接の結果なるのみ

右に論ずるか如く國家の政務の分類は論理上當然立法行政の分界を生ずるものに非ずと雖とも帝國憲法を解釋するに當りては依て以て法律と命令との分界を定むることを得へし此の分類は其の區劃判然として毫も所屬の疑ひしきものなしと言ふに非ずと雖とも大体自から動かすへからざるの經界あるを以て猶ほ目下の要に應ずるに足れり

憲法第九條に曰く天皇は(中略)公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する爲に必要なる命令を發し又發せしむと本條に定めたる命令の目的を以て國家の目的の全部を覆ふものとするの誤なり而して余は伊藤伯か此の誤謬に陥らるることなきやを疑はざるを得ず伯は曰く(義解第十八頁)本條に掲ぐる行政命令は以て法律の範圍の内に處分し又は法律の闕を補充することを得るも法律を變更し及憲法に特に掲げて法律を要する所の事件を規定することを得ずと是れ緊急命令と行政命令との區別を明かにしたるものにして敢て失當の言なりとせす然れども既に引用したる義解第六十七頁の註釋を對照し來るときは伯は既定の法律及び憲法上の立法事項を以て命令の唯一の限界とするものに非ざるやの疑なき能はず伯は又た曰く(義解第二十頁)行政は固より法律の既に制定せる限界を離れずして法律を保護し以て國家の職を當然の區域の内に盡すへきなりと伯は之を以て命令の區域を定むるの論據となせり果して然らば伯か命令を以て廣く國家の職を盡すの目的を有するものと認めたることを推すに難からず而して伯か當然の區域と言へるは前に「各人の法律上の自由を干すへからず其適當なる範圍内に於て云々すへし」と言へる

に異なること無かるへし若し憲法が單に臣民の幸福を増進するか爲に命令を發するを得べきことを規定するとき此見解に必ずしも誤なりとせず民法上刑法上の保護も外國に對して一國の地位を維持するも兵備を整へて國を護るも租税を徵收して國家の支出に備ふるも結局皆臣民の幸福を増進するに歸着せざるものなし此の意義に於ては公共の安寧秩序を保持するは即ち臣民の幸福を増進する所以に外ならず行政各部の官制を定むるも亦た然り故に憲法第九條の臣民の幸福にして此の如く廣く解釋すべきものとせし別に公共の安寧秩序を保持するの目的を明言するを要せざるべく第十條は別に行政各部の官制を定むるの大權を規定するを要せざるへし又第九條に命令の目的を定めたるは一の冗文に過ぎざるなり余輩の見る所を以てすれば臣民の幸福を増進するの目的は決して此の如く廣く解釋すべきものに非ず積極に臣民の身体上經濟上精神上の發達を扶くるの目的を云ふなり憲法義解の解釋(義解第二十頁)も亦此の如し伊藤伯が此の如く臣民の幸福を増進するの目的を解するに拘らず猶ほ余輩をして其命令の範圍に關する意見に對して疑を挾ましむる所以のものは或は伯が國家の目的を見るの狭きに過ぐるに因るに非ざるなきか

前項論する如く憲法第九條は命令の目的に對して一定の範圍を定めたり此の範圍外の事項は他の條項に特別の規定あるか又は法律の委任に依るの外命令を以て規定することを得ずアルントは李國憲法に付て説を爲して曰く命令權第五十七頁以下國王の權は憲法に由て授けられたるものに非ずして其の制定前より久しく存在するものなり故に憲法中明文を以て限制せざる限は國王に猶ほ憲法制定前と同しく命令權を有すとポルンハック(李滯西國法第一卷第四百八十五頁以下)も亦た此の説に従へるものゝ如し余は普通國法の法理に基き此の説の當否を論ずることを爲さず唯此に「イェリチグ」の所論を引證するを以て足れりとすへし氏は曰く憲法が國家機關の權限を定むるときは憲法は唯其の機關の憲法上の權あるを知るのみ假令國王の權は往古より由來するも憲法は立憲國の國王の外に憲法制定前の國王を認むることなしと法律命令論第三百七十三頁余は茲にアルントと其の李國命令論の當否を争ふの要なしと雖ども若し此説を以て日本憲法に適用せんとするものあるときは余は斷して之を斥けざるへからず人の知る如く自耳義李滯西等の憲法は國

王が法律執行の爲に命令を發するの權を有することを規定す而して帝國憲法を制定せらるゝの當時諸國の憲法を參考するに當り直に兩國憲法の規定に倣はず法律執行の爲にするの外公共の安寧秩序を保持し及び臣民の幸福を増進するの目的を加へたり是れ帝國憲法が是等諸國の憲法に反して特に其の意を用ゐたる所なり何か故に憲法は特に其の意を用ゐたるか命令の區域一たひ本條に由て定まるときは復た其の範圍外に逸出して命令を發することを得べからず而して憲法は命令の區域狹隘に失して行政を萎靡せしむるの結果を生せんことを恐れられたればなり若し「アルント」の説をして帝國憲法にも適用すべきものならしめば第九條は單に法律執行の爲と言ふも公共の安寧秩序を保持するか爲と云ふも將た全く命令に付て規定する所なきも其の結果に於ては毫も相異なる所なし憲法が第九條の規定に付て特に其の意を用ひたるは全く徒勞と謂はざるを得ざるべきなり「アルント」及び「ボルンハック」は無限の命令權を維持するか爲彼の帝國憲法第六十二條(日本憲法第三十七條に該當す)の法律を以て實質の法律となすの説を反駁して曰く若し法規は凡て立法の形式に由るの外之を定むる能はざることに既に第六十二條の規定により明ならば

憲法の條項にして特に法律を要することを定むるものは果して何等の意義を有すへきやと余輩は固より帝國憲法第三十七條の法律を以て實質の法律と解釋するの說に反するものなりと雖ども若し「アルント」と同一の論據を以て無限の命令權を主張せんと欲するものならば余は斷して之に反對せざるを得ず立法者か一の普通の原則を定むるにも拘らず其の適用の最も緊要なる場合を特に列擧するは稀ならざるの事例なり且つ憲法が命令の範圍を一定するに拘らず猶ほ特に法律を要するの場合を規定するは他に重要な理由を有す國家は法律の規定なき場合と雖ども處分命令を以て各箇の事件を處分するを得るを常とす故に憲法中法律を要する特例を掲ぐるときは是實に命令の規定を許さざるのみならず法律の規定なき場合に於て處分命令を以て各事件を處分することを許さざるなり

憲法第九條は國家の目的の全部を包括するものに非ず命令の區域を其の目的の一部に限るものなり今若し虚心平氣に該條の規定を解釋するときはその範圍は自ら國家の第二種の目的即ち内政と符合することを見るへし故に内政の區域に於ては憲法が法律を要することを特定せざる限法律が既に一定の事項を先占せざる限

命令權は自由に發動することを得へし

第九條の外頗る廣き命令權を認むるものあり第十條是なり其の文に曰く天皇は行政各部の官制及文武官の俸給を定め文武官を任免すと行政は余輩の既に論したるか如く國家の萬般の目的を達するか爲に必要な國權の作用なり而して此の作用を起すには必ず一定の機關無かるへからず第十條は此等機關を設置し其の權限の分配を定むるの大權を認むるものなり故に元首は内政外政兵政財政に必要な官衙は言を待たず法政に關するものと雖とも法政の目的上組織の確定することを要するものゝ外は命令を以て設置し其の權限を分つことを得へし文武官の俸給を定むるも亦た均しく命令を以てすることを得而して此の場合に於ては行政官と司法官を區別せざるなり既に行政各部の官衙を設置するときは如何なる人員を以て之を充すべきやを定むるの權も亦た自から之に伴はざるへからず故に行政官登用の條規も亦命令を以て之を定むるを得ること論を待たざるなり

國家の行政元首の統ふる所なること憲法の原則なり故に憲法中特別の規定を設けたる場合を除くの外元首の委任に由るに非ずして行政事務を行ふことを得ず官廳

の組織は或は法律を以て之を定むることあるも行政官廳は何れの國務に従事するものたるを問はず元首に隸屬するものにして其の職務は専ら元首の機關となり其の意志を執行するに在り國務大臣と雖とも亦た決して其の意に反して政務を行ふを得ざること言を待たず故に元首は何れの區域に於ても官廳に對して政務を行ふか爲必要な命令を發し又た命令を以て處務の規程を定め官吏服従の義務を強制するか爲懲戒の條規を定むるを得へし

命令は内政の區域に於ては憲法に特別の規定なく且つ法律の未だ占有せざる事項を定むるを得へく又た官廳の設置組織及び權限を定め官廳に對して訓令するを得ること前數項に陳ふる所により明なるへし余輩は更に進んで他の國家の目的に就き其命令に對する關係を講究せん

とす

外政の區域に於ては國家の行爲は主として他の對等國を以て其の目的とするを以て命令を發して人民の行爲不行爲を規定するの要少なし外交事務は主として上司より下司に對するの命令に依て之を處理す此の如き命令は余輩既に前項に於て之を論せり其他命令權は外政の區域に於て發動するの餘地なし若し夫れ支那朝鮮

に於ける領事裁判は事外國に交渉すと雖とも其の性質より論ずれば法政の範圍に屬し海外渡航制限在外臣民の保護取締等は性質上警察事務にして寧ろ内政の區域に屬す

兵政の區域に於ては元首は憲法第十二條の明文に依り頗る廣き命令權を有す其の文に曰く天皇は陸海軍の編制及常備兵額を定むと元首既に陸海軍の編制を定むることを得るときは既成の編制を整頓維持するか爲必要な命令を發するの權を併有すること言を待たす之に反して徵兵徵發軍港城塞地帯の制限の如きは命令を以て規定するを得べき事項の範圍外に在り而して別條の明に定むる所なり

財政の區域に於ては行政命令權の發動の餘地を有せず租税に付ては憲法第六十二條に之を明言するを以て更に言を費すを要せずと雖とも手数料に關しては稍憲法の明文に牴觸するの疑を懷くものあるの恐なき能はざるを以て余輩は少しく之を辨明せざるへからず第六十二條第二項に曰く報償に屬する行政上の手数料及其他の收納金は前項の限に非すと本項を以て行政上の手数料は其の種類の如何を問はず凡て命令を以て規定することを許せるものとするは論理の誤なり第六十二條第

二項に於て「前項の限に非す」と言ふときは行政上の手数料は租税の如く必ずしも法律を以て之を定むるを要せざることを示すに過ぎず諸種の手数料中或は法律を要するものあるも本項に牴觸する所あることなし手数料は大別して二種となすことを得へし公法上の手数料及び私法上の手数料是なり一箇人又は數箇人の利益の爲特に國家の權力を行使するの行爲に對する報償の假令私人の願に基くも公法上の手数料なり國家と私人との契約に由て收納の義務權利を生ずるものに非ずして國家の専ら定むる所に基くものなり例へば登記營業の免許旅行券の下付等の類是なり國家營造物の使用に對する使用料も其の營造物の性質上何人と雖とも特別の手續を要せずして直に使用することを得るものなるか又ハ臣民か法令に由りて之を使用するの義務を負ふ場合には亦た公法上の手数料(廣義の)に屬す道錢橋錢小學校の授業料の如き是なり(小學校の授業料は國家の財政に屬せざるか故に茲に之を論ずるの要なし)「マイヤー」獨逸行政法第二篇第百八十六頁之に反して官立學校の授業鐵道郵便電信の交通事業の如きは國家の權力の行使に非ず私人と雖とも國家と均しく之を行ふことを得へく其の報酬は性質上毎回締結する所の契約に基くも

のなり而して人民は又決して學校鉄道郵便電信等を利用するの義務を負ふものに非ず故に官立學校の授業料(「イニツ」)獨逸行政法第七百六十頁註)鐵道切符料郵便電信料の如きハ皆私法上の手数料なり公法上の手数料は國家の命令に基くものにして而して行政命令の權は財政の區域に及ばざるか故に命令を以て之を定むることを得ず敢て其の事業若しくは營造物の公共の安寧秩序を保持し又は臣民の幸福を増進するの目的に出づるものたるを否とを問ふの要なし是畢竟此の如き事業又ハ營造物の使用に對し手数料を徵收するは専ら財政の目的に出づるものにして直接に公共の安寧秩序を保持し又は臣民の幸福を増進するか爲必要なるに非れりなり私法上の手数料に至ては國家ハ之か徵收に付き一定の條規を定むるも臣民に對して命令するに非ずして單に公衆の求に應ずるか爲豫め契約の條件を定むるに過ぎず故に斯の如き條規は専ら官廳に對し其の臣民と契約を結ぶに當り遵守すべきの準繩を示すものに外ならざるなり(「ボルンハック」)幸滯西國法第三卷第五百五十三頁之を概言すれば命令は以て私法上の手数料を定むるを得へし以て公法上の手数料を定むへからず而して手数料の納付を強制する方法は或は特別の規定に因り

普通の民法上の債權と異なることあるも其の性質に於ては殆ど變更することなし其の他官有財産の管理出納の手續等を定むるの命令は概ね官廳に對する訓令に過ぎざるか故に命令權の範圍を超ゆるものに非ず之に反して新に國家の專賣を設くるか如きハ火藥劇藥の專賣等内政の目的の爲にするに非ずして専ら財政の目的に出づるものハ必ず法律を以て之を定めざるへからざるなり
法政の區域に於ける命令權は極めて僅少なる例外的場合に限る今其の最も重要なものを擧げて之を説明せん

(一)帝國議會の組織議員選舉の方法兩院の關係等は命令を以て之を定むることを得ず衆議院の組織に付ては憲法第卅五條明に此の原則を認めたり第五十一條ハ單に議院法に掲ぐる云々と云ふに止まり兩院の關係等必ず法律を以て之を定むべきことは憲法の明に規定する所に非ずと雖ども余輩の論定したる命令の限界に従ふときは命令を以て之を規定するを得ること更に辨明を要せず此に一の例外を爲すものハ貴族院の組織なり憲法第卅四條に曰く貴族院は貴族院令の定むる所に依り云々と明治廿二年勅令第十一號も亦た憲法の明文に依り貴族院令

のなり而して人民は又決して學校鉄道郵便電信等を利用するの義務を負ふもの
 非す故に官立學校の授業料(レーニング)獨逸行政法第七百六十頁註)鉄道切符料郵便
 電信料の如きハ皆私法上の手数料なり公法上の手数料は國家の命令に基くもの
 して而して行政命令の權は財政の區域に及ばざるか故に命令を以て之を定むるこ
 とを得ず敢て其の事業若しくは營造物の公共の安寧秩序を保持し又は臣民の幸福
 を増進するの目的に出づるものと否とを問ふの要なし是畢竟此の如き事業又
 ハ營造物の使用に對し手数料を徴收するは専ら財政の目的に出づるものにして直
 接に公共の安寧秩序を保持し又は臣民の幸福を増進するか爲必要なるに非れいな
 り私法上の手数料に至ては國家ハ之が徴收に付き一定の條規を定むるも臣民に對
 して命令するに非ずして單に公衆の求に應ずるか爲豫め契約の條件を定むるに過
 ぎず故に斯の如き條規は専ら官廳に對し其の臣民と契約を結ぶに當り遵守すべき
 の準繩を示すものに外ならざるなり(ポルンハック)『法淵西國法第三卷第五百五十三
 頁之を概言すれば命令は以て私法上の手数料を定むるを得へし以て公法上の手
 料を定むへからず而して手数料の納付を強制する方法は或は特別の規定に因り

普通の民法上の債權と異なることあるも其の性質に於ては毫も變更することなし
 其の他官有財産の管理出納の手續等を定むるの命令は概ね官廳に對する訓令に過
 きざるか故に命令權の範圍を超ゆるものに非す之に反して新に國家の專賣を設く
 るか如きハ火藥劇藥の專賣等内政の目的の爲にするに非ずして専ら財政の目的に
 出づるものハ必ず法律を以て之を定めざるへからざるなり

法政の區域に於ける命令權は極めて僅少なる例外的場合に限る今其の最も重要な
 るものを擧げて之を説明せん

(一)帝國議會の組織議員選舉の方法兩院の關係等は命令を以て之を定むることを
 得ず衆議院の組織に付ては憲法第卅五條明に此の原則を認めたり第五十一條ハ
 單に議院法に據くる云々と云ふに止まり兩院の關係等必ず法律を以て之を定む
 べきことは憲法の明に規定する所に非すと雖も余輩の論定したる命令の限界
 に從ふときは命令を以て之を規定するを得ること更に辨明を要せず此に一の
 例外を爲すものハ貴族院の組織なり憲法第卅四條に曰く貴族院は貴族院令の定
 むる所に依り云々と明治廿二年勅令第十一號も亦た憲法の明文に依り貴族院令

を發布することを明言せり

(二) 裁判所の組織及び権限を定むるは命令權の範圍外に在り而して憲法は第五十七條以下に於て特に之を明言す

(三) 地方團體の組織及び權利義務の命令を以て之を定むるを得ず

(四) 民法の區域に於ては元首の全く命令權を有せず明治十九年勅令第卅四號華族世襲財産法明治廿一年勅令第八十四號特許條例全年勅令第八十五號意匠條例第八十六號商標條例明治廿年勅令第七十七號版權條例等の一部分は將來必ず法律を以て定めざるべからざるものなり

(五) 刑法の區域に於ては元首は命令權を有せざるを常とす然れども憲法第九條に於て公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進するか爲必要なる命令を發するの大權を認むるときは此の目的の爲に必要なる場合に元首は亦罰則を設けて命令の遵守を強制するの權を有せざるべからず而して警察命令の如き其の性質上必ず罰則を要するものなり故に法律と命令との一般の分界より論ずれば警察罰則を定むるの行政命令權の範圍内に在りと雖ども憲法の第二十三條の明

文を以て特に刑罰の必ず法律に依らざるべからざることを規定せり

(六) 民事訴訟法に屬するもの命令を以て之を規定することを得ず明治十九年勅令第四十六號を以て罰金及追徴に係る上告豫納金の件を定めたるか如きは決して將來に於て再びすべからざるの事例たり

(七) 非訟司法事務の區域に於ても命令權は發動することを得ず就中登記法公證人規則は憲法制定前最も重要なる法令すら勅令として之を發布したるの時に際し特に法律の形を以て世に現はれたるの蓋し偶然の事實なるべしと雖ども亦九條に憲法の規定に適合せるものなり

(八) 監獄則の明治廿二年七月十二日勅令として之を公布せり其の公布の實に憲法制定の後に在り憲法第七十六條に曰く(前略)現行の法令の總て遵由の効力を有すと本條に所謂現行とは憲法實施の時に行はるの謂に非ざること疑を容れず抑も法律の其の公布の時を以て成立す而して何等の意義をも有せざるの法文は想像すること能はざる所なるか故に憲法第七十六條の既に施行の前に一定の意義を有せざるべからず此の場合に於ては實施の時日は現在に非ずして猶ほ將來に

在るか故に該條を以て將來を指して現在と稱したるものと認むること能はず法律の實施は法律として効を生ぜしむるに止り決して新に法文の意義を生し又は既定の意義を變更することなし故に憲法第七十六條の所謂現行の法令は憲法制定の當時行はるゝの法令にして憲法實施の時に行はるゝものに非ず而して現行の法令は命令を以て憲法上法律を要するの事項を定めたるものあるに拘はらず總て違由の効力を有することを規定するときは憲法制定後の命令にして命令を以て規定すへからざるの事項に關するものは憲法實施と共に違由の効力を失ふへきこと知るへし監獄則は不幸にして其の一例たり故に監獄則は専ら官廳に對する命令たるの効力を有するのみ蓋し憲法が現行法令の爲に特別の規定を設けたるは憲法制定前に在ては法律命令を分界するの準繩なければなり憲法制定後に至ては既に此の準繩あり然れども憲法は第一期帝國議會の開設前に在ては未だ實施の効力を有せざるか故に此の準繩に據らざるの命令を始より無効なりとする事能はず唯其の實施後に至て命令の効力を失はしむへきのみ

以上陳ふる所は敢て命令の規定することを得ざる一切の事項を網羅せんとするに

非ず其の主眼とする所は主として憲法第九條の定めたる命令權の範圍と國家政務の範圍と相一致するものに非ざることを示し公共の安寧秩序を保持し及び臣民の幸福を増進するの外に國家の法令を要する無數の事項あることを明にし且つ實例を以て之を證せんとするに在り是等の例證に關する諸種の疑問を詳論細説するは余輩其の必要を見ず又た其餘地を有せざるなり

本節に論ずる所を概言すれば憲法は明文を以て命令權を認めたり故に此の明文に命令の範圍を限界するものあるときは猶ほ其の範圍外に獨立の命令權あることを認むるを得ず憲法の明文は命令權の範圍を其の目的に由りて限界す而して此目的は國家政務の全部と一致するものに非ずして主として内政の區域に限る其の他の區域に在ては官廳に命令するか官廳の組織權限を定むるか又は憲法に特別の例外を設けたる場合の外命令權を行ふことを得ず故に憲法上特に法律を要するの事項及び法律の先占したる事項を以て命令權の唯一の限界となすは憲法の誤解と謂はざるへからざるなり

然れども憲法が命令の目的に由り命令權の範圍を定めたるは必ずしも其の範圍外

に於て一切の命令を發することを容さざるの趣意に非らず憲法は單に憲法上當然存在する所の獨立の命令權を認め及び之か範圍を限界するに過ぎず法律の委任に由て命令の範圍を擴張するは決して憲法に抵觸するものに非ざるなり

公文式は命令を分ちて勅令閣令省令等の數種とせり而して命令は此の種類の差異に従て互に効力の輕重を異にす然れども命令は素元首の大權に基くものにして其の閣令たるは省令たるは府縣令たるを問はず法律の委任に由るものは且らく論せず一として其の委任に出でざるものなし而して諸種の命令の間に効力の輕重あるは専ら委任の範圍及び官廳組織の關係に基くものにして命令の觀念より生ずる差異に非ず然れども國家の命令の一種にして本節に論したる命令と全く性質を異にするものあり處分令是なり規定の内容に依りて法律と命令との觀念を定むるの難きか如く命令と處分令との性質の差異は其の内容に依て之を定むること難し余輩は前に効力に依て法律と命令の觀念を定めたる如く今又効力の輕重に由て命令と處分令との觀念を定むへし處分令は法律命令の範圍内に於て之を發すべく決して法律及び命令を變更すへからず而して命令と處分令の間効力に輕重あるは憲法

及び公文式の規定又は目的に因るに非ず官廳組織の關係に基くに非ずして發布の方法を異にするか爲亦た効力の輕重を異にせざるへからざるの理あるを以てなり

命令は施行區域内一般人民に對し正式に公布せざるへからず處分令は之に反して單に關係者に對し之を告知するを以て足れりとし場合に依ては口頭又は記號を以てすることを得へし「ザルグライ」普通行政法第廿九頁故に處分令の定むる所は性質上各個の場合に限るを常とす處分令は或は臣民に對して發することを得へく或は官廳に對して發することを得へし命令の公布式に依らざる訓令は皆處分令の一種とす何れの場合に於ても處分令は嚴に法律命令の規定を守らざるへからざるなり

第二章 法律

第三節 法律案の提出

法律の草案何人の手に成るや、國法上敢て之を論ずるを要せず蓋し直に施政の局に當るもの、立法の必要を感ずること深く利害に通曉すること明なるか故に法律の草案は當該官廳の手に成ること多かるへし然れども草案の必ずしも官廳より出づるを要せず兩院議員より出づるも可なり必ずしも國家機關に由ることを要せず一私人の建議に基くも可なり學會の議決に基くも亦可なり國法の決して其の何人の草する所たるを問はざるなり國法學に於て始めて法律案を論究するの要を生ずるは之を議會に提出するの時に在り

憲法第三十八條に曰く兩議院の政府の提出する法律案を議決し及各法律案を提出することを得と故に法律案は獨政府之を提出することを得べきのみならず貴衆兩院も亦各之を提出することを得へし所謂發案權イニシヤクニ均しく政府及び各院に屬す而して政府か法律案を兩院に提出するの前後も法の問ふ所に非ず租税を賦課するの

法律も手數料を規定するの法律も政府は其の便宜とする所に從て或は先づ之を貴族院に提出することを得へく或は前に之を衆議院に提出することを得へし唯此に疑あるは同一の法案を同時に兩院に提出することを得るやの問題なり

憲法第卅九條に曰く兩議院の一に於て否決したる法律案は同會期中に於て再び提出することを得すと人或は此の條文により推論して言はん本條の目的は一院に於て否決したる法律案は同會期中何れの院に於ても更らに之を討議し及び議決すること無からしむるに在り今若し同一の法案を同時に兩院に提出するとき一院に於て之を否決するも他院は猶ほ之を討議するを妨げらるゝことなかるへし何となれ、此の場合に再び議案を提出するものに非ずして既に提出したる議案を討議するに過ぎさればなり故に同時に同一の法案を兩院に提出するときは憲法第卅九條の目的に背馳するの結果を生ずへし是れ憲法と同時に同一の法案を兩院に提出することを許さざるの證なりとロニチ李滯西國法第一卷第三百六十頁然れども此の論據の薄弱なることは一見して明なるへし抑も法律は貴衆兩院の協賛を要す一院に於て否決するとき法律は決して成立すること能はず故に法律案の命運は一院

の否決に由りて既に確定するものと謂ふへし今若し同一の法律案を同時に兩院に提出したる場合に於て一院之を否決するとき此の法律案の自から消滅に屬するを以て他院の否決の事實を知ると共に其の討論を止めざるへからず是れ法律案の性質より生ずる結果にして必ずしも卅九條の規定を待たざるなり若し一院の否決したる後猶ほ他院に於て同一の法律案を討論せんと欲せしむれば必ず更に之を提出せざるへからず是れ即ち兩議院の一に於て否決したる法律案を同會期中に於て再び提出するものにして卅九條の明に禁する所なり之に由て觀れば同一の法案を同時に兩院に提出するも決して憲法第卅九條の目的に背馳するの結果を生ずることなし該條は依て以て此の疑問を決するに足らざるなり

其の他政治上の利害は兎も角も憲法上同一の法案を同時に兩院に提出するの毫も妨げなし然れども議院法は第五十三條に特別の規定を設けたり其の文に曰く豫算を除くの外政府の議案は兩議院の内何れを先にするも便宜に依ると故に法律の議案を先の貴族院に提出すると先の衆議院に提出するとは政府の選擇する所に在りと雖ども同一の法律案を同時に兩院に提出するは議院法の許さざるなり

法律案を提出するの權は均しく政府及び兩院に屬す而して此の權は二箇の例外を除くの外毫も制限せらるることなし何をか例外と爲す憲法變更の法律案及び一院の否決したる法律案はなり憲法變更の法律案は兩院より提出するを得ること憲法第七十三條の規定に依りて明なり而して政府より此の如き法律案を提出するの手續も亦た特に鄭重を加へ勅命を以て議案を帝國議會の議に付するを要す是れ即ち兩院の法律案提出權に對する一の制限なり

第二の制限は均しく政府及び兩院の發案權に對するものにして憲法第三十九條の規定する所に係る該條は兩議院の一に於て否決したる法律案を同會期中に於て再び提出することを禁するものなり普漏西憲法第六十四條二項に曰く一院又は國王の否定したる法律案は同會期中再び之を提出することを得すと兩國の憲法を對照して直に疑を生ずるものは帝國憲法が裁可を得ざる法律案の提出に關して全く規定する所なきに在り憲法第四十條但書に曰く其の(建議の)採納を得ざるものは同會期中に於て再び建議することを得すと憲法は一方に於て同會期内に再び建議することを禁し而して事の建議よりも重きものに付て却て何等の規定する所なし是れ

蓋し憲法か此の如き規定を設くるの必要を認めざるに由らすんはあらず果して然らば裁可を得ざるの法案を同會期中に於て再び提出することを許さざるの規定は何か故に之を設くるの必要なしとするや

伊藤伯は曰く(義解第六十九頁)君主の裁可を得ざるの法案は同一會期中に議院より提出することを得ざるは此れ固より元首の大權に對する事理の當然にして更に言明を假らすと余輩は不敏にして未だ此の當然の事理を解すること能はざるなり余輩は又た君主の裁可を得ざるの法案を同一會期中に再び提出するは當然の事理に反して而して次會期に之を提出するは則ち然らずとするの理由を見ること固はざるなり余輩の見る所を以てすれば憲法第三十九條に於て裁可を得ざるの法案に付て規定する所なきは元首の大權に對する當然の事理に由るに非ずして獨裁可の性質に由るなり抑も裁可の帝國議會に對して與ふるものに非ず普ねく臣民に對して効力を生すべきものなり故に元首の法律を裁可するも裁可せざるも議會に向て之を表示するの要なし法律の裁可の唯法律の公布に由て認むることを得べきのみ英國の如く法案を裁可するや否を議會に於て宣示する慣例の我國法の知らざる

所なり唯現行法に依るときは(議院法第三十二條)法律の裁可を得るものゝ次の會期迄に之を公布することを要す故に次の會期前に法律の發布なきに及んで始めて法律の裁可を得ざることを推定するを得べきのみ是より先或は政府か議會に對して法律案の裁可を得ざることを通告することあるも憲法上何等の効力をも有するものに非ず而して元首の之か爲り後に同一の法案を裁可するを妨げらるることなし

抑も法律案は公布に由りて有効となるか又は議院の否決若しくは不裁可に由りて廢棄に屬するかの外消滅に歸することなし而して其の採用又の廢棄に關する兩院及び元首の決定未だ明ならざる間は依然法律案として存在すへし唯議院に於て其の議決を終らすして閉會するときの會期不継続の原則に依り一切の未決の法案は凡て廢棄に歸すへしと雖も議會の會期内に議決したる法律案は其の閉會に至りたる爲消滅に歸すべきものに非ず故に前項論するか如く元首か法律案を裁可せざるの事實の次會期に入りて始めて定まるものなるときは兩院の既に議決したる法律案の次會期に至る迄決して廢棄に歸するの理なきなり裁可を得ざる法案を同會

期中に再び提出すと謂ふは既に提出したる未決の法案を再び提出すると謂ふに異なることなし假に衆議院に於て一の法律案を議決し之を貴族院に提出したる後貴族院が未だ可否の議決を爲さざるの前衆議院が再び同一の法案を議決して之を貴族院に提出したりとせん此の場合に固より憲法第三十九條の規定を適用すべきものに非ず該條の一たひ否決したる法律案を再び提出することを禁ずるものに過ぎざるなり然れども法律案を提出するの所謂發案にして一の法律を定むるの起點なり凡そ一の事實は二箇の起點を有すること能はず一たひ發案して現に存在する法案の再び之を發案するに由なし故に貴族院の議決に先立ちて同一の法案を再び衆議院より提出するか如きハ法案提出權の性質の容るざる所にして特に憲法の之を禁ずるを得ざるなり兩院の議決を経て未だ天皇の裁可を得ざるの法律案を同會期中に再び提出するも亦た均しく法案提出權の觀念に反す是れ固より憲法第卅九條を適用すべきものに非ず又た明文を以て禁ずるものを要するものに非ざるなり是に由て見れば憲法第卅九條が裁可を得ざるの法案に付て規定する所なきは其の大權に對する事理の當然なるか爲に非ずして裁可は其性質大に議院の議決に異なるものありなり若し夫れ議院の建議は其の性質固より法律案と同じからず其効用唯議院の意見を政府に通達するに在り一たひ議院より之を政府に提出するとき既に其の直接の目的を達し其の國法上の唯一の効用を完くしたるものなり故に議院へ同一會期中同一の事件に關し何回の建議を爲すも毫も建議の性質に反することなし是れ蓋し憲法第四十條が同一の建議を再びすることを禁ずるの要ある所以なり

一院に於て議員より提出したる法律案を否決したるときハ政府又ハ他院の同會期中同一の法律案を提出することを得ざるや否是れ憲法第三十九條に關する第二の疑問なり抑も法律案を提出するの權ハ憲法第三十八條に依り専ら政府及ハ兩院に屬す各院の議員が其の所屬の議院に於て法律案を發議するは議院より法律案を提出すへきことを發議するものにして若し此の發議が該院の可決を得るときは是れ即ち法律案は未だ提出せらるるに及ハずして消滅したるなり凡そ一たひ提出したる法律案は其の未だ消滅せざるに先ちて再び之を提出するに由なきこと前に陳べたる如し故に憲法が議員の發議を以て法律案の提出と認むとせハ此の發議に基

き一院より他院に法律案を移すの之を法律案の提出と認むること能はず之に反して一院より他院に法律を提出するを以て憲法の所謂法律案の提出なりとせし議員の發議の之を法律案の提出と認むることを得ず議院も議員も共に發案權を有すと謂ふの矛盾なり議員か其の所屬の院に於て法律案を發議するの一時は法案を提出するものにして該院か之を可決して他院に提出するは再たひ法案を提出するものなりと言ひ、何人も其の發案權の性質に反することを疑はざるへし憲法第卅八條の政府及び各院の發案權を認めたり是れ即ち議員の發案權を認めざるなり前項論するか如く法案提出權は議員に屬せずして獨政府及び各院に屬す而して議員か其の所屬の院に於て發議するの單に法律案を該院より提出することを發議するものに過ぎざるなり故に一院に於て其の議員の發議したる法律案を否決するも政府又は他院の同會期内に同一の法律案を提出するを妨げらるることなし此の場合に於ては法律案の未だ一たひも提出せられたることなきか故に憲法第卅九條の所謂再び提出するものに非ざるなり之を事實に徴するに一院に於て其の議員の發議したる法律案を否決するの政府若しくは他院より提出したる法律案を否決する

と大に趣意を異にすることあり議員の發議の其の所屬の議院をして其の發案權を行使せしめんとするものなり故に議院か此の發議を廢棄するは必ずしも其の法律案を非なりとするか爲に非ずして單に自から之を發案するを欲せざるか爲なることなしと謂ふへからず此の場合に於て政府又は他の議院か法律案を提出せば其案の必ずしも法律となることなしとせず若し一院に於て議員の發議を否決したる場合には政府も他院も同會期中同一の法律案を提出するを得すとせし是れ即ち一院の議員の其の發議の時機宜しきを得ざりし爲又ひ法律案の説明當を得ざりし爲政府及び他院をして同會期中同一の法案を提出するの機會を失はしむるものなり

「ロニチ」曰く(幸瀧西國法第一卷第三百五十八頁)一院に於て政府若しくは他院より提出したる法律案を否決するときは同會期中再び之を提出するを得ざるに反し議員より發議したる法律案を否決したるときは同一の議員も他の議員も同會期中隨意に同一の發議を反復することを得へしと言ふは明に前後相撞着するものなり此の如きの精神の決して之を憲法に附すること能はずと然れども余輩の憲法第

三十九條を以て再三の發議を許せるものとすに非ず蓋し該條の憲法第三十八條に依り政府及び兩院に屬する法案提出權を濫用して互に相強迫するの弊を防ぐか爲一定の限制を設くるものに外ならず若し夫れ各院に於て同會期中同一の發議を反復することを得るや否の事専ら内部の秩序に關す議院の各議事規則を以て之を規定することを得へし必ずしも憲法に之を禁することを要せざるなり

憲法第三十九條の兩院の一に於て否決したる法律案を再提出することを禁ずるものにして第四十條は同一の建議を再ひすることを禁ずるものなり故に一院に於て否決したる法律案と同一の事件に付き同會期中他院より政府に建議するの事も妨げなし此の場合に於ては法律案として提出するに非ざるか故に三十九條に抵触することなく又同一の事件に付き政府に建議するは之を以て初となすか故に四十條の此の場合に適用することを得ざるなり

一旦提出したる法律案を撤回し及び之を修正するの權に關しては政府と兩院との間大に相異なる所あり兩議院の其の提出したる法律案を撤回するの權なし法律案を提出するの權は政府と均しく兩院に屬すること余輩既に之を論せり然れども一

院に於て法律案を議決し之を他院に提出するときは是即ち同時に其法律案に協賛せるなり此の協賛は一議院か政府の提出したる法律案に協賛して之を他の議院に回付したる場合と同じく議院の隨意に取り消すことを得べきものに非ず又同一院の提出したる法律案に變更を加へずして他院之に同意するときは更に法案を提出したる議院に還付して之か同意を求むるの要なし議院の法案提出の常に其の協賛を含蓄し而して協賛の議院隨意に之を取り消すことを得るときは議院か其の一旦提出したる法律案を撤回するの權を有せざること明なり

政府の提出したる法律案に關しては事全く之に反す政府か法律案を提出するに當りては常に元首の裁可を留保す議院に於て一の修正を加へずして政府の提出したる法律案を可決するも元首の必ずしも之を裁可するを要せず而して元首か政府より提出したる法律案を裁可せざらんことを決意したる場合に於ても猶ほ一旦提出したる法律案の必ず一たび兩院の議決を経ざるへからずとするの事理に反す法律案を撤回するの權の又は提出したる法律案を修正するの權を包含す修正の權は畢竟既に提出したる法律案を撤回し之を修正して更に提出するの權に外ならざ

るなり

以上論したる原則は議院法第三十條の明に認むる所なり其の文に曰く政府は何時たりとも既に提出したる議案を修正し又は撤回することを得と議院法ハ此の明文を以て政府の權を認めたり之に反して議院ハ其の提出したる法律案を撤回又は修正するの權ハ議院法之を認めざるなり

政府ハ議案を撤回修正するの權ハ議案の未決なる間に限り之を行ふことを得へし一院に於て法律案を否決するときハ法律案ハ直に消滅するか故に政府ハ復た之を撤回し又は修正するに由なし兩院に於て既に法律案を議決し之を奏上したるときも亦た同し

第四節 法律案の議定

法律案を討論し之を議定するの權に關しては兩院の間毫も相異なる所なし帝國憲法に依れ凡そ如何なる法律案と雖とも議院に於て之を修正するの權を有せざるものなし兩院ハ獨り法律の大体を議決するのみに非ず亦た其の行文を議決す故に兩院の議決したる法律案は元首復た之に一語を増減し一字を變更することを得ず

元首は唯之を裁可するか裁可せざるかの二途を有するのみ

帝國議會の協賛は法律の成立に如何なる關係を有するやハ頗る異説ある問題なり舊派の學說に依れハ兩院の協賛と元首の裁可との間毫も輕重なし「グロテフェンド」ハ曰く「現行獨逸國法第六百三十四頁元首及ハ國會の決定並に國會各院の決定ハ其の法律上の効力全く相均し」と「ブルンチエリ」も亦た曰く「普通國法第六版第百三十三頁」議院の法律を議決するは猶ほ元首の法律を裁可するか如しと然るに近時に至ると「ラーバンド」ハ正反對の說を首唱し獨逸國法學者間に幾多の同意者を得たり其の說の要に曰く「獨逸國法第一卷第五百十四頁以下」何れの法律にも二箇の原素の互に區別すべきものあり法律に關する法規其の一なり法規に關するは選出の効力を以てするもの其の二なり余輩は之を稱して法律の「質体」及ハ法律の「命令」と云ふことを得べし蓋し裁可を得べき法規を審按し法律の質体を結構するは立法の一部にして國家の一要務なるは論なしと雖とも國權の發動即ち統治ハ獨法律を裁可し法律の命令と與ふる時に在り法律の質体ハ必ずしも立法者の擬造に係るを要せず或ハ國際の條約に由りて定まることあるべく或は委員若しくは私會の決議に基くとあるべ

し法律の命令を與ふるは必ず國家の行爲を要す實體命令の兩元素の國の政体に依り互に結合して國法上之を區別するの實用なき場合ありと雖も實體の決定と裁可と全く機關を異にするの制度も亦之れなきに非ず立憲君主國の如き、殊に然り君主は一にして分つ可からざる國權を總攬する者なるか故に獨能く國家の法律を發し獨能く法律に遵守すべきことを命令するを得べし之に反して法律の實體を決定するの權の専ら君主に屬する所に非ず代議會と政府と協同して之を定むることを要す然れども國權の發動の唯法律の裁可に在りて其の實體の決定に在るに非ず國法上所謂立法なるもの即ち裁可なり此の立法の權の其の分つべからざることを猶ほ國權の分つべからざるか如し而して立法權の主体は即ち國權の總攬者なりと然れども法律の實體を決定すると法律の命令を與ふるとを以て別種の行爲となし各之を獨立の機關に委任するの余蘊の見る所を以てすれば全く立法の性質に反す抑も法律は人の思想を實體とすと雖も思想の決して法律の擬造する所に非ず同一の思想の或る宗教の教義を組成し或る道義の法則を組成することあり他人の財物を竊取するの獨り法律の禁する所なるのみならず宗教道德の均しく許さるる所

なり而して一の法律となり一の宗教道德の教義となる所以のもの、唯國家の命する所なると否との差異あるに由るのみ故に命令の元素を分離し専ら法律の實體たる思想に就て見るときは立法の宗教道德の教義を説くと異なるとなし「シユルツニ」獨逸國法第一卷第五百廿七頁參看法律の決して人の思想を擬造するものに非ず法律の實體を決定するの無數なる現在の思想中より一定の思想を抽出して之を命令の實體と爲すの謂にして決して新に思想を結構するの謂に非ず故に法律の實體は國家の命令確定するに及んで始めて定まることを得べく而して法律の實體にして一たび定まるときは法律の命令の自から之に包含するものと謂はるへからず「ラーバンド」は曰く「獨逸國法第一卷第五百十六頁」法律案の行文確定したるものと法律との其の實體全く相同し然れども裁可の前に効力を有せず裁可を待て始めて之を有すと是固より當然の事のみ裁可の前に在ては法律の實體未だ確定せざるなり未だ確定せざるの法規の固より効力を有するに由なし「ラーバンド」も亦た立憲君主國に於ては法律の實體は君主の専ら決定する所に非ざることを論ず氏も亦法律の實體の議會の議決に由り直に確定することを主張するものに非ざること明なり

法律の實體にして果して君主の裁可に由り始めて確定するものなるときは、裁可の前に在りて其の効力を有せざること固より怪むに足らざるなり。立法は上に論したる如く無數なる現在の思想中より一定の思想を抽出して之に與ふるに遡由の効力を以てするの謂なり。遡由の効力を與ふるの目的を離れては決して一定の思想を抽出するに由なし故に「ライバンド」の所謂法律の實體を決定するに決して法律の命令より分離すべからざるの行爲なり。起草委員が法律の草案を起草すは法律の命令を與ふるか爲の準備にして帝國議會の法律に協賛するは法律の命令に協賛するものなり。起草委員の起草と帝國議會の協賛と相異なる所の一は立法の準備に止まり一は立法の要件なるに在るのみ。「ライバンド」も亦た曰く法律案に關する代議會の議決は全く法學會の評決等と性質を異にす蓋し議會の議決は其の可決したる法則を以て現行法の一部と爲すを目的とし此の法則を裁可するか爲國法上必要なる條件たればなりと議會の議決は果して裁可の爲必要なる條件なるときは是れ即ち法律の命令を與ふるか爲必要なる條件なるなり而して「ライバンド」の條件と原因と名を異にして實を同じくすることを主張するが故に(獨逸國法第二卷第千四

十一頁)議會の議決は法律の命令を與ふるの原因たるものなり果して然らば議會は法律の命令に協賛すと謂ふと徑庭なきに似たり。

憲法第五條に曰く天皇は帝國議會の協賛を以て立法權を行ふと帝國議會は立法權即ち國權の行使に協賛するなり「ライバンド」は法律の實體を定むるを以て國權の發動に非すとす故に議會は法律の命令に關與することを得すと云ふは議會は國權の行使に協賛することを得すと云ふに異なるなし是れ實に憲法第五條の明文に反するものなり。

然れども裁可を以て帝國議會の議決と輕重を均くするものとなすは亦非なり抑も議會の議決は自から臣民に對して命令するに非らずして元首の命令に協賛するなり法律の元首帝國議會と共に之を命令するに非らずして元首は帝國議會の協賛を以て之を命令するなり伊藤伯は曰く(憲法義解第九頁)立法の大權は固より天皇の總ふる所にして議會は乃ち協賛參贊の任に居る本末の間儼然として紊るべからざる者なりと又た曰く(同上第十頁)我か憲法の法律は必ず王命に由るの積極的主義を取る者なりと。

法律の前文も亦た帝國議會の協賛を経るを要せざるや、學者の或の疑を容るゝ所なり。我邦の慣例に依れば、法律の前文は左の文式によるを常とす。曰く、朕帝國議會の協賛を経たる云々の件を裁可し、茲に之を公布せしむと蓋し、法律の前文の主として元首か法律を裁可し之を公布せしむることを宣示するの目的を有するに過ぎず。而して法律を裁可し及び其の公布を命ずるの大權は憲法第六條の明に認むる所なり。法律の前文に此の大權を行はるることを明にするものに外ならず、假に法律の前文も亦た必ず帝國議會の協賛を経るを要せんとせんか、議會の議決したる前文に對しても亦た元首は裁可を與へざるべからず、元首は法律を裁可することを裁可し、法律を公布することを裁可せざるべからざるなり。此の場合に於て元首は如何して其の裁可を明にすることを得べきか、法律の前文に加ふるに更に他の前文を以てせんか、此の前文も亦た帝國議會の協賛を要するを如何せん、元首は終に法律を裁可するの意志を宣示するに由なきなり。

故に法律の前文に帝國議會の協賛を経るを要せざること猶ほ法律の年月日御名及び大臣の副署か帝國議會の協賛を要することなきが如し、然れども法律の前文に施行の期限を定め、施行の區域を限るの實例なきに非ず。此の如きは單に裁可の意志を宣示し公布の命令を與ふるものに非ず、其の帝國議會の協賛を経るを要すること言を待たざるなり。

第五節 法律の裁可及び公布

法律の裁可に關しては久しく歐洲立憲君主國の國法論を誤りたる一謬説あり。此の説は三權分立の説に基き主權在民の主義に養はれたるものなり。代議會は主として立法に協賛するの職務を有するが故に、世人往々之を目するに立法府を以てし、君主は單に行政權を以て立法權を節制するが爲、巨否の權を有するに過ぎずとせり。而して立憲君主國の君主は議會の議決したる法律案を裁可せざるの自由を有するが故に、君主の權は絕對拒否と稱して之を停止的拒否と區別せり。然るに近時學者の講究に由り立憲君主國の眞主義漸く明かなるを得終に全く裁可を以て拒否となすの舊説を排除するに至れり。ロレンテの如きは立法に關する君主の權を目するに絕對拒否の權を以てすと雖も、是畢竟困難久しきが爲にして能く實際の關係に適するか爲に非ざること、其の自から認むる所なり。

我邦に於ても立憲君主を義の普ねく人の認むる所なり世間猶ほ或の帝國議會を目するに立法府を以てするものなきに非すと雖ども元首の權は單に帝國議會の議決を拒否するに止らざること何人と雖ども復た之を疑ふものなし蓋し帝國議會の立法に參與するの權を有すること言を待たずと雖ども議會の決して唯一の立法機關に非す其の任務の法律を發するに在らずして法律に協賛するに在り法律の成否を決するの要素の元首の裁可なり裁可の權の固より拒否の權と混同すへきに非す拒否の權の立法を限制するものに外ならず故に元首の權を以て拒否の權となすときは議會獨立立法者にして元首の立法者に非ざるなり是れ正に帝國憲法の主義に反す帝國憲法に依るときは裁可の立法を妨ぐるものに非すして却て之を完成するものなり裁可の行政行為に非すして立法なり元首は獨行政の中樞なるのみならず亦た立法者なり

法律の裁可の國法上如何なる性質を有するやは頗る空漠なる問題にして多數學者の説も稍空漠に失するの憾なき能はず多數の學者の裁可を以て國家の意志を表示するものとなし又は法律の命令を與ふるものとす然れども國家の意志を表示するの

國家の意志の既に成立することを必要とす未だ成立せざるの意志は之を表示するに由なし帝國議會の協賛の國家の意志を確定するものに非ざること疑を容れず而して裁可の確定したる意志を表示するものなりとせし國家の意志を確定するの行為の結果して何處に在るや

議會の議決と元首の裁可との間に介在するもの唯元首が法律を裁可するの決意のみ然れども元首の國家と同一体に非す是れ學者の意見を同しくする所にして偶々「バイデル」「ホルンハック」等一二説を異にするものなきに非すと雖も現今普通の學説と認めて可なり故に元首の心裡に存する意志の未だ國家の意志に非ず國家の意志の成立するに元首の意志を國家の意志となすの行為を要す國家の意志の成立の裁可に由て始めて完了するを得べし裁可は國家の意志を確定するの行為にして國家の意志を表示するものに非ず然れども「イェリチツク」の如く裁可を以て單に君主の心裡の決意に止まるものとなすも亦非なり「イェリチツク」曰く「法律命令論第三百十九頁裁可の君主の一身に屬する心裡の作用にして一定の事項を法律の内容となさんことを欲し又た之を命令せんことを決意するものなり命令は之を宣示するに

及んで始めて國法上成立す宜しき意志の全く法の關せざる所なりと若し「イェリチツク」の論するが如く裁可は單に君主の心理の事實にして法の關する所に非すとせば帝國憲法を始として諸國の憲法及法律中裁可に就て規定を設くるの何故をや諸國の憲法、法律が常に君主の裁可權を認むるのみならず又た往々裁可を與ふるの方法時期を定むるものあり、悉く法理に反するの規定なるか是れ「イェリチツク」の説明すること能はざる所なり（フリー公法論纂第四卷第十九頁以下）

純然たる心理の作用は法の關する所に非ざること實に「イェリチツク」の論するが如し法の唯人の認知するを得べき行爲に對し規定を設くることを得べきのみ故に憲法法律中君主の裁可に關し規定する所あるときは裁可は必ず君主の行爲に現はれ人の認知することを得べきものならざるべからず此の行爲の或は議會に於ける宣言に在ることを得べく法律を公布するの職責ある獨立の機關に通告するに在ることを得べく又たは審署に在ることを得へし帝國國法に依れり裁可は審署に由て與ふるものなり

審署との帝國議會の議決により決定したる法律案に依り文書を調製し其の前文に

裁可を與ふることを宣言し御名を署し御璽を鈐して法律の原本と爲すを云ふ審署終りたるべき元首の既に法律を裁可したるなり然れども元首の裁可にして國法上効力を有せんとするときの國務大臣之に副署せざるべからず國務大臣の副署の裁可をして國法上元首の行爲たらしむるに必要なる條件なり

審署は裁可を與ふるの方法たると共に法律を公布するの原由たり公布の命令の現行の慣例に依るときは之を法律の前文に明記するを常とす然れども前文に明記する否とを問はず元首成案を審署して之を國務大臣に下付するときは即ち公布の命令を與へたるものと認めざるべからず國務大臣元首の審署したる成案を受けたるべきに直に之を公布するの手續を爲すを要す法律の公布の審署を経たる成案に據り印刷して之を官報に登載するに由る若し公布の後に至りて印刷の誤謬あることを發見するときは其の誤謬の大小を問はず原本に従て之を訂正せざるべからず然れども此の訂正に由りて全く法文の意義を變更したるときは訂正前に折て効力を生ずるものに非ざること公布の効力に關し後段論する所に依り明なるべし法律の審署に關し「ライバンド」の近時一の新説を首唱し二三の有力なる同意者を得

たり氏曰く此の場合に於て君主の意志の外猶ほ他に法律の成立に必要な条件ある場合即ち立憲君主國の制度の如きを謂ふ法律を宣示する(即ち審署)は法文の原本を調製するのみならず併せて其の立法に關する憲法上の要件を完了したることを公證するものなりと曰く法律を宣示する(即ち審署)の法律の成立に欠くへからざる一要件にして裁可並に公布と區別するを要するものなりと(獨逸國法第一卷第五百廿三頁)曰く皇帝法律を審署するときは是れ即ち法律の憲法に遵依して成立したることを證明するものなり此證明の國法上有効にして復た争ふへからざるものなりと(全第五百五十一頁)又た曰く法律の審署の法律の形式的効力を生ずるか爲必要な憲法上の條件完備することを宣示するものなり(中略)然れども獨逸帝國憲法が皇帝に委するに此の任務を以てするときの裁判官も行政官も其の裁決すべき各箇の事件に當る毎に皇帝の宣示を複審し其の結果に従て之に背馳する宣言を爲すことを得べからざるなりと(全第五百五十七及び八頁)

「ラーバンド」は其の説を證するか爲獨逸帝國中古の制度英國現行の國法及び佛國諸年代の憲法に就き法律の審署の裁可公布の外別に立法の一要件たることを詳論す然

るに「ゲオルグ・マイヤー」の「ヒルト」年報(千八百七十八年分第三百七十二頁以下)に於て「ラーバンド」の引證したる諸制度に就て云ふも法律の審署の其實裁可又の公布に外ならざるとを證せり抑も法律の審署を以て其の憲法の規定に遵依して成立したることを公證するの目的を有するものとなすの憲法に特別の明文あるか又の立法の觀念より當然生ずる論結なるに非されば之を認むることを得ず帝國憲法は法律の審署に付て規定する所なし故に唯其立法の觀念より生る當然の論結なるやを講究するを以て足れりとす

凡と法律の成立に至るは國家の意志の成立と意志の表示とを必要とす既に成立したる意志を正當に表示するときには臣民は必ず此の意志に服従せざるべからず然れども正當に公布したる法律にして往々成立の要件を欠くか爲有効の法律たる能はざることなきを保せず獨逸帝國の憲法に就て之を例せし聯邦參議院か其の議事に關する憲法上の規定に反して議決を爲したるか如きは是なり聯邦參議院の法律を裁可するの權を有す其の議決にして無効なるときハ法律の未だ裁可を経ざるなり裁可を経ざるの法律は法律に非す故に正式に公布したる法律にして或ハ眞の法律な

るものあり或は眞の法律に非ざるものあり而して臣民に必ず法律の効力を自から
 審査すべきものとせし殆んど適從する所を知らざるの境遇に陥らんとす故に國家
 別に一機關を設け一たひ法律の審査を遂げ其の正當の順序を経て成立したること
 を公證し臣民をして適從する所を知らしむるの最も有益の制度と稱することを得
 べし然れども是れ畢竟立法論のみ法律の觀念より生ずる當然の論結に非ず正當に
 裁可を経て正當に公布したる法律は假令此類の公證なきも固より遵由の効力を有
 するに妨げなし「ラーバンド」の論據も亦た専ら獨逸帝國憲法の明文に在り其の第十
 七條の皇帝に委するに法律を審署し及び公布するの權を以てす故に「ラーバンド」の
 論して曰く獨逸國法第一卷第五百五十六頁以下獨逸帝國に於て法律を裁可するの
 權は聯邦參議院に在り憲法第十七條か審署の權を皇帝に委するときは其の裁可と
 異なりたる行爲なること推して知るへし第十七條は又た審署と公布とを併記せり
 故に審署と公布とは全く別事なること亦た明なり審署は既に裁可に非ず又た公布
 にも非ざるときは法律が憲法に遵依して正當に議決及び裁可を経たることを公證
 するの外他に國法上の効力を有すること能はずと余輩は此に獨逸帝國憲法に就き

「ラーバンド」の論據の果して正確なるや否を論究することを爲さずと雖ども専ら
 獨逸帝國憲法の明文に據て立論したるもの直に之を取て以て我邦の國法に適用す
 へからざるや明なり

帝國憲法の法律を裁可し及び之か公布執行を命するを以て天皇の大權とす然れど
 も法律の審署に付ては一の規定する所なし余輩は元首か審署に由りて裁可を與ふ
 ることを論せり然れども是れ唯裁可を與ふるの方法たるに過ぎず故に法律の審署
 を以て裁可及公布を異なりたる立法の一要件となし其の効力を以て法律の正當に
 成立したることを公證するに在りとするは我が國法に根據を有せざる説なり
 元首か審署に由りて裁可を與へんとするときは必らず先づ法律案の正當に帝國議
 會の議決を経たるや否やを審査すること疑を容れず然れども是れ唯裁可を與ふへ
 きや否やを決するの預備にして裁可と分離すべきものに非ず又た別に國法上の効
 用を有するものにあらざるなり
 法律の公布せられざる間は元首は何時にも裁可を取り消すを得べきこと多數學
 者の説を同しくする所なり蓋し裁可は國家の意志を定むるの行爲なり國家の意志

を表示するの行爲に非ず未だ表示せざる意志は更に意志を表示するを待たずして之を廢止することを得へし故に未だ公布せざるの意志は法律を以てせざるも之を廢止することを得へきなり而して立法の方法に依らずして廢止することを得へき意志を廢止するは帝國議會の協賛を要するの理なし故に君主は隨意に未だ公布せざる法律案を廢止することを得へし「イェリキック」の説を爲して曰く法律命令論第三百廿八頁元首公布の命令を與ふるときは元首は復た恣に裁可を取り消すことを得ずと此の説の論據とする所明ならずと雖も余の解する所を以てすれば或は法律の公布を以て所謂法律の形式的効力の結果と認めたるに非ざるなきか元首公布の命令を與ふるときは國務大臣の直に公布の手續を爲さるへからず若し此の職務をして所謂形式的効力の結果ならしめば國家の意志の公布の命令を與へたる時より法律の形式的効力を有するなり法律の形式的効力を有するもの法律に由らずして之を廢止することを得ず故に元首は復た恣に裁可を取り消すことを得ざるへし然れども余輩の見る所を以てすれば國務大臣が法律を公布するは所謂形式的効力の結果に非ず元首の與へたる公布の命令を遵行する國務大臣が官吏として奉行の

義務を有するに由るのみ公布の命令は素元首と大臣との關係に止る何と一たび與へたる公布の命令を取り消すことを得ざるの理あらんや

裁可を與ふるは何れの時を以て限とするや「國法學上」の疑問なり「ロモンチ」の會期不繼續の原則に依り立論して曰く裁可の代議會の次會期前に之を與へざるへからず議會か一の會期に於て議決したる法律案にして次會期の前に裁可を得ざるべきに此の法案の會期不繼續の原則に依り次會期の開始と共に自から消滅に歸すへし故に元首が同一の法案を裁可せんとせし更に議會に提出して其の協賛を得ざるへからずと「李滯西國法」第一卷第三百九十二頁より「意譯」氏は猶ほ實際の利害により其の持説を辨護す然れども會規不繼續の原則に議會に於て議決を終らす閉會に至らるる場合に限りて之を適用すべく「議院法」第三十五條議會の既に議決したる法律案の決して會期の更新したるか爲消滅に歸すへきものに非ず故に會期不繼續の原則により裁可を與ふるの時期を推論するは余輩の同意すること能はざる所なり「デオルグ、マイヤー」及び二三の學者の説を爲して曰く法律の實體に其の公布の當時成立する國會の議決に基くの外之を命令することを得ず故に裁可を與ふることを

得べき時期の國會の改選に由りて終了すと(「マイヤー」獨逸國法第四百六十四頁)然れども國家の機關の行爲は決して其の在職者の交迭に由りて効力を失ふことなし各省大臣の發したる省令の大臣の交迭したるか爲無効となるものに非ず裁判官の判決は判事の聘任に由りて効力を失ふことなし議會の議決も亦た此の如し一旦正當に議決したるものは議員の交代ありたるか爲無効となることなし故に議會を解散したる後に至りて法律案を裁可するも決して憲法に抵觸するものに非ず帝國憲法の裁可を與ふるの時期に關して規定する所なし而して此の時期は裁可又は協賛の性質により推論するを得ざることを前二項に論ずるか如し故に帝國憲法に依れば帝國議會か法律案を議決したる後何年を経過するも元首か裁可を與ふるに妨なきなり議院法に此の疑點に關して憲法を補足する規定を設けたり其の第卅二條に曰く兩議院の議決を経て奏上したる議案にして裁可せらるるものは次の會期までに公布せらるべしと

法律は國家の命令なり國家の意志表示なり故に裁可に由りて確定したる國家の意志は外に對して之を表示せざるべからず此の表示なき間の國家の意志の存在する

も法律の決して存在すること能はず國家の意志を表示するの行爲を公布とす公布の時に即ち法律の始めて成立すの時なり「シュルツェ」に曰く獨逸國法第一卷第五百廿六頁法律の裁可に由りて完成し而して後之を公布するに非ずして公布に由り始めて完成し始めて法律となるなり公布の法律成立の一要素なりと法律は公文式第十條に依り官報を以て之を公布す而して法律の施行期限は審署の日付に拘らず公布の日より起算するか故に官報には必ず發兌の年月日を明記せざるべからず又同一の法律の公布の日を二三にすること能はざるか故に一の法律を數日の官報に連載することを得ざるなり

第六節 法律の施行期限

前節に論したるが如く法律の公布の日を以て成立す然れども其の實効を生ずるの時期は成立の時期と異なることを得べし若し憲法、法律に特別の規定なきときは法律の其の成立即ち公布の時より直に實効を生ずるものと認めざるべからず然れども公文式の一般の規定を設けて法律の施行期限を定む其の文に曰く凡そ法律命令の官報を以て布告し官報各府縣到達日數の後七日を以て施行の期限となす但官報

到達日数は明治十六年五月二十六日第十四號布達に依ると其の他北海道神尾縣及び島地に於ける法律の施行期限並に天災時變に由り官報の到達遅延したる場合に關しては公文式の特別の規定を設けたり第十一條及び第十二條是なり

公文式中法律の施行期限に關する規定は唯之を内國に適用すべく而して之を在外の臣民に適用すべからず故に國家の疆域外に於ける施行期限の一般の法理に據りて之を定むるの外なし蓋し國權の發動は國疆内に限りて効果を生ずるを常とす「ソールン」は説を爲して曰く法律の強制なくして存在することなし國家の強制權は國疆の外に及ぶを得ず(例外の場合を除きては)故に一國の法は在外の臣民に對して其の効力を及ぼすものに非ずと(獨逸國法第一卷第百一頁より意譯す)余輩は此に強制の果して法律の觀念に必要なるや否を論究するの暇なし然れども強制を以て法の觀念に必要なるとするときは憲法の一部及び國際法の法に非ずして單に道徳の教訓に過ぎすと謂はざるべからず故に法に強制の伴ふは自然の傾向なりと謂ふを得べし然れども強制なきの法は法に非ずと謂ふを得ざるなり

臣民の國權に服従するは唯國家の疆域内に在るに由るに非ず故に外國に在留する

臣民に對しても國家の駐在國の國權と軋觸せざる限り其の國權を行ふことを得べし例へば國際の條約に由り外國が自から其の國疆内に於て外國の領事裁判權を認むるときは此の條約に由り領事裁判權を得たる國家は外國の領土に於ても自國の臣民に對し國權を行ふことを得べし特別の條約なき場合に於ては國家は外國の領土内に於て法律を強制するの權なしと雖ども在外の臣民に對して命令するは敢て外國の國權を侵害するものに非ず故に一國の法律は在外臣民に對しても効力を有することを得べし

國家が在外の臣民に對して遑由の効力を有する法律を發するときは此の法律は何れの時を以て施行の期限となすべきや或は曰く此の如き法律は在外臣民が現に法律を知り又は知るの機會を得たるの時を以て施行の期限となすべしと此の説に依るときは臣民に對する施行期限は人毎に一々異ならざるを得ず又た或は法律の全く効力を生ずること能はざる場合あるべし此の問題に關して「ラールバンド」の意見最も當を得たり氏は曰く(獨逸國法第一卷第五百八十八頁)此の如き法律は必ず其の實施の期限を定むるを要す若し法律に一定の期限を定めざるべきは先づ幾干日に

百二
して外國に官報の到達するを得るやを計算し此の時日に加ふるに内國に行はるゝ十四日の日限を以てせざるへからすと此の説に頗る公文式の精神に適合するものと謂ふへし公文式に依るときは北海道廳沖繩縣及び島地に於ては官報の道廳縣廳又は島地の郡役所に到達したる後第八日目を以て施行期限とす故に外國に於ける施行期限を定むるに官報の實際到達し得べき時日と七日の日限とを合算するは即ち北海道沖繩縣及び島地に關するの規定を外國に準用するものに外ならず官報が外國に到達することを得べき時日を計算するに當りては亦た天災時變に由り延宕すべき事由の有無を審査せざるへからず之に反して官報が現に該地に到達したるや否在外の臣民は官報を見るの機會を有したるや否又た臣民は現に法律を知りたるや否の取て之を問ふを要せず唯官報が期限内に其の地に到達することを得べきときは是れり内國に於ても多數の人民は概ね官報を見るの機會を有せず又ハ能力を有せざるものなり然れども官報が各府縣廳に到達することを得べき一定の期限を經過すれば法律の一週日の後に至りて直に遑由の効力を生し復た臣民が法律を知るの機會を得たるや否を問ふことなし在外臣民に關しても理の一なり

以上論ずる所は普通の條規にして法律が明に特別の施行期限を定め又ハ暗に之を示す場合に適用すべきものに非ず法律の明文に由り公布の即日を以て施行期限とすることを得べし保安條例の如き是なり法律の施行を數年の後に期することを得べし民法の如き是なり法律の一定の事實の生ずるを以て施行の期限となすことを得べし憲法の如き是なり(憲法第一期帝國議會の開會と共に實施す)法律の施行期限の他の法律を以て之を定むることあり又た之を命令の規定に譲ることあり故に法律は施行期限の確定せざる前既に廢止せらるることあるべし
法律が自から明文を以て施行の期限を定めざるも其の特別の性質及び前後の關係により一定の期限を推測することを得べき場合あり明治廿三年の商法延期に關する法律の如き其の一例なり若し此の法律をして公文式の施行期限に依らしめは商法の既に其の前實施の効力を得べし商法延期の法律の實施を延期するを以て其の目的とす既に實施したる商法を停止するを以て目的とするものに非ず若し商法延期の法律をして明治廿四年に入りて始めて實施の効力を得せしめり全く此の法律の目的に反するの結果を生すへし是れ豈に立法者の意ならんや故に商法延

期の法律にハ公文式の規定を適用すべからず而して法律ハ遅くも商法實施前に施行せざるべからざること明なりと雖ども其の公布の日より商法實施の日(即ち明治廿四年一月一日)に至るの間何れの日を以て施行の期限とすべきやハ法律に規定なく又た立法者の意志を推測するに由なきが故に一般の原則に従ひ法律成立の時日即ち公布の日を以て其の施行の期限と認むるの外なきなり

施行期限は必ずしも法律の全部を通して同一なるを要せず法律は明文を以て其の一部の爲に特別の施行期限を定むることを得べし例へば會計法の如き是なり其の第三十二條に曰く本法の條項帝國議會に關涉せざるものハ明治廿三年四月一日より施行し其の關涉するものは帝國議會開會の時より施行す決算に係る條項は帝國議會の議定を経たる年度の歳計より施行すと

法律の明文なき場合にも條項の性質に依り他の條項に先たちて施行するを要するものあり重要な法律には概ね其の施行の準備に關する規定を設くるを常とす此の如き規定は其の性質上他の規定の實施前に之を施行せざるべからず故に法律中其の全部の施行期限を定むるものあるも此の期限ハ之を準備に關する條項に適用

することを得ず是等の條項ハ其目的に従ひ法律の成立即ち公布の日を以て實施の始となさるべからず

前數項に論じたる如く法律は自から其の施行の期限を定むることを得へし此の期限は或ハ公布の日と同じきことあるへく或ハ一定の事實の生じたる時を以てすることあるへく又た或ハ數年の後に在ることを得へし唯法律ハ公布前の時日を以て其の施行期限と爲すを得ざるのみ公布ハ成立要件なるか故に公布前に在てハ法律ハ未だ成立せず而して法律をして成立前より効力を有せしめんとするハ立法者の力及はざる所なり然れども立法者の法律に與ふるに既往に溯るの力を以てすることを得へきや否は自から別問題に屬す既往に溯るの効力とは法律の公布前に遡由の効力を有するの謂に非ず寧ろ事實の生じたる當時未だ遡由の効力を有せざりしに拘はらず之に新法を適用するの義なり是れ固より人力の及はざる所に非ず凡そ立法者の權力ハ天理の許す限無限にして及んざる所なし故に立法者ハ法律に與ふるに既往に溯るの効力を以てするを得へきは多言を待たずして明なり法律ハ既往に溯らすとの原則ハ或ハ立法の通則たり或ハ解釋の原則たり然れども立法者ハ

此の立法の通則に拘らず明に波及の効力を與ふるときは此の解釋の原則に之に適
用することを得ざるなり

第七節 法律の廢止

法律の國家の意志表示なり故に唯能く國家の意志表示に由りて之を廢止すること
を得べし法律の最強の効力を有する國家の命令なり故に通常最強の効力を有する
國家の命令即ち法律を以てするの外之を廢止することを得ず殊に慣習法の法律を
廢するの力を有せざるなり

慣習法が効力を有するの理由は法學の一疑問にして之が確答を得ること頗る難く
二三の學者は其の哲理上の説明を斷念するに至れり「デルンブルヒ」の如き是なり獨
逸の普通の學說に依るときは凡そ現行法の淵源は結局國民の法律上の確信に在り
此確信の直接に法を生ずることを得べく又た間接に法を生ずることを得べし間接
に法を生ずるの方法は立法にして直接に法を生ずるの方法は慣習なり（ウィンドシャ
イド）に據る故に普通の學說に依るときは成文法も慣習法も共に同一の淵源に出て
ゝ形を異にするものたるに過ぎず而して其の効力を有するの根據の兩者相異なる

所なし然れども法律を以て國民の確信を表示するものとなすは畢竟臆斷のみ國權
は最高の權力なり法律が遵由の効力を有するは道理に適し國民の確信する所なる
か爲に非ずして國家の權力の命する所なるか爲なら故に法律は全く國民一般の思
想に反する法を定むることを得べく又た一般人民は一の法律に關し何等の思想を
も有せざることあるべし法律は正理と國民の希望とのみに由りて定まるものに非
ず往々單に實際の便宜の爲に設けらるるものあり又極めて少數の學者の外に了解
することたも難きものあり何れの場合に於ても法律は國民一般の思想に適せざる
か爲効力を失ふことなし立法者も固より社會の一元素なるか故に自から時の思想
を代表することあるは疑を容れずと雖とも國民の思想は立法者のみに宿するもの
に非ず而して立法者の唯國民の確信する所を敬崇し之を表示することを得るのみ
ならず亦た能く國民の思想を誘導開發することを得べし「ガライヌ」普通國法第十九
頁以下及び「ペーラウ」メクテンブルヒ民法第一卷第二百七十四頁以下參照）
法律が遵由の効力を有するは其の國權の發動なるに由る而して國民の確信如何を
問はず法律にして一たび發したるときは官廳も臣民も均しく之を遵奉せざるへか

らす臣民及び官廳の法律に背反することを得ざるか故に亦た法律に背反するを以て慣習となすことを得ず法律に違由せざる行爲は違法の行爲なるか故に法律に違由せざるの慣習の違法の慣習なり違法の慣習は法に非ず然れども法律は事情の變更に由り其の規定の目的自から消滅することあるへし現在社會の情態の下に於てのみ適用せらるゝことを豫期し發せられたる法律を悔態の全く變遷したる社會に適用するの立法者の希望に反するものなり「ラートバンド」の曰く(獨逸國法第一卷第五百八十一頁)慣習法の法律を廢止する効力の結局法律の解釋に歸着し法律が自から適用せらるゝを欲せざる事件には之を適用すべからずとの原則と結果を同じくすと

法律が明文に由り慣習法を以て之を廢止することを禁ずるときは勿論此の如き明文なきも慣習法の法律の之れを許す場合を除くの外法律を廢止するの効力を有することなし「イェリチック」の立法者が法律を廢止する慣習を禁ずるは事實不能の事に屬することを主張す(法律命令論第三百三十六頁)氏の蓋し謂らく慣習法の成立は自然の勢にして立法者の意志を以て左右するを得べきものに非ずと然れども若し慣

習法は人力を以て如何ともすべからざる自然の勢なりとせば法律を以て慣習法を廢止變更するも亦た自然の勢に反するものにして人力の及ばざる所なりと認めざるを得ず其の説の誤れること多言を費さずして明なるべし

法律を廢止するの必ず直接又の間接に法律を以てせざるべからず直接に法律を以て法律を廢止する場合は左の如し

(一)法律を廢止するか爲特に發する法律 此の如き法律の其の廢止すべき法律より後に公布したるものなるを要すること言を待たず未だ公布せざる法律を廢止するの法律は其の目的の不能なるか爲始より効力を有せざるなり

(二)反對の規定を有する後の法律 後の法律は必ずしも前の法律を廢止することを明言するを要せず若し其の規定する所にして前の法律に反對するとき前の法律中反對の規定の自から廢止に歸すること人の普く認むる所なり法律の前後は公布の前後に依り施行の前後に依らず故に後に公布したる法律の前に公布したる法律を廢止するを得べく而して其の施行期限の孰れか前後なるを問はざるなり

間接に法律を以て法律を廢止するは法律自己の性質又ハ明文に基き一定の事實又

の立法以外の國家行為に由る其の類概ね左の如し

(一)法律の目的たる物件又ハ事件の消滅したるとき 此の場合ハ處分令の性質を有する法律に多し事情の變更に由り法律の規定を實行する能ハざるに至りたる時きも亦た此の場合に屬す

(二)法律ハ自から其の効力を保有すべき期限を定めたる場合に於て其の期限の到達したるとき法律の目的を完了したるとき解除條件を有する法律ハ其の條件たる事件を生したるとき停止條件を有する法律ハ其の條件たる事實を生せざる時き

(三)法律ハ自から其の廢止を命令に委任することを得へし此の如き委任ハ無條件なることあり條件を有することあり條件なき場合には命令權を有する國家の機關は何時にても命令を發して法律を廢することを得へし其の條件ある場合にハ條件たる事實の生するに及んで始めて命令を以て法律を廢することを得然れども此の場合ハ前項に擧げたる解除條件を有するの法律と混同せざるを要す前項の場合に於て條件たる事實を生するときハ法律ハ自から廢止に歸すと雖ども本項の場合に於ては事實の生したる後命令權を有する機關ハ法律を廢止するの意志を表示するこ

とを要す

(四)法律ハ一定の時期を限り又は一人若しくは數人に對してのみ之を廢止することを得へし免除及び停止是なり法律の免除とは一人又ハ數人の爲に法律の適用を廢するを云ふ其の目的は一人又ハ數人の爲に法律の禁する行為を許すに在り法律の停止とは全國又ハ一部に對し一定の時期を限り法律の効力を停止するを云ふ停止も免除と同じく違法の行為を停止の間に限り適法の行為と爲すものなり法律の免除及び停止ハ法律を以てするか又は法律の委任に基つくの命令又ハ處分令を以てするに非されハ之を行ふことを得ず憲法第三十一條ハ戰時又ハ國家事變の場合に關シ大なる停止權を認めたり

(五)恩赦も亦た法律の適用の一部を廢するものなり國家ハ法律の規定に依り一定の行為を處罰するの權を有す恩赦は即ち國家ハ各箇の場合に於て自から此の權利を拋棄するの行為なり其の一種類の犯罪を包括するものを大赦とし各個人に付て刑罰を赦すものを特赦とし刑罰を輕減するものを減刑とし失ひたる公權を還與するものを復權とし判決前刑事訴追を廢棄するを廢訴とす恩赦は背法の行為を以て依

法の行爲となすものに非ずして背法の行爲より生ずべき法律上の効果を廢棄するものなり例へは大赦は國事犯を以て正當の行爲となすことなく單に刑事訴追又は刑罰の執行を廢止するに過ぎず是れ恩赦の免除及び停止と異なる所なり大赦特赦減刑及び復権を命ずるは憲法第十六條に依り元首の大權に屬す獨廢訴即ち判決の前に刑事訴追を廢棄するは憲法上元首の大權に屬せざるか故に法律を以てし又は法律の委任に由るに非されし之を行ふを得ず唯大赦の場合に於ては未決の犯人も共に恩赦を受くるに非されし其の目的を達すること能はざるか故に大赦は亦た自から廢訴を包含すること疑を容れざるなり

恩赦は或る場合に於て法律の嚴峻に失し情狀を曲悉せざるの欠點を補ふか爲にするものなり其の目的は單に犯人の利益の爲にするにあらずして主として國家法政の公正を得んことを求むるに在り故に犯人は恩赦を受くるを拒むことを得ず唯廢訴の場合に於ては或は判決前訴追を廢棄したるが爲嫌疑を解くに由なきの場合なしと謂ふべからず故に廢訴に對しては被告人をして之を拒むの權を有せしむるは或は宜を得たるの規定なるへし然れども法律の明文なきときは余蘊は廢訴も被告

人の拒否に關係せざることを斷定せざるべからざるなり

第三章 命令

第八節 總論

第一章に論じたる如く命令の内容に於て法律と異なることなし命令も亦た國家の命令なり國家の意思を表示したるものなり故に命令の成立の國家の意思の成立と成立したる意思を表示するの行爲とを要す唯命令の命令者の外他の機關の協賛を要せざるを例とするを以て法律案の提出及び議定に付て論じたる所は之を命令に適用すへからず然れども法律の裁可、審署、公布、施行期限及び廢止に關する原則は之を命令に準用することを得へし故に本節に於ては單に命令に關し特に注意を要する事項を説くを以て足れりとすべし

命令を裁可するものは命令權を有する國家機關なり故に勅令を裁可するもの元首にして閣令省令府縣令に關し裁可に該當する行爲を爲す者の當該大臣府縣知事なり命令は或は上司の訓令に由りて發することあるへく或は他の機關例へば地方代議會の協賛を要することあるへしと雖も裁可を與へ又は裁可に該當する行爲

を爲す者は必ず命令權を有する機關なり命令を裁可するの行爲は法律の場合と同じく審署に在り

命令と公布する方法及び命令の施行期限に關し別段の規定なきときは命令者の自から定むる所に依るものと認めざるへからず公文式は命令に付ても法律と同一の規定を設けたり然れども府縣知事及び郡長島司の發する警察規則に關しては地方官々制に特別の規定あり第十條第二項第四十九條但書第五十七條一項是なり警察令に付ては特別の規定なきが故に公文式の規定に依らざるへからず何れの場合に於ても施行期限は先づ各命令の特に定むる所に依るを要す而して命令中特別の規定なきに當りて始めて普通の規定を適用すべし

命令の廢止は法律を以てすることを得へく又た命令を以てすることを得へし而して法律又は命令を以て命令を廢止するは必ずしも廢止を明言することを要せず唯其規定する所の相撞着することを以て足れりとす下班官廳の命令は同等の命令に由て廢止するを得るのみならず又た上班官廳の命令に由て廢止に歸することあり之に反して下班官廳の命令が上班官廳の命令を廢止することを得るは法律又は上

級の命令か明に之を許す場合に限るものとす其の他慣習法を以て命令を廢止するを得ざるは法律と異なることなし命令も一定の範圍内に於ては國家の意思表示ならはならず

命令の効力を失はしむる行爲にして廢止と異なるものあり命令の取消是なり上司は行政の統一を保つか爲下司を監督するの職權及職務を有す故に下司の發したる命令にして行政の方針に撞着するものあるときは上司は下司に訓令して其の命令を廢止せしむることを得へし此の場合には命令の廢止は上司の訓令に原くも雖も臣民に對して廢止の効力を生ずるは命令者か自から廢止の命令を發したるに因るか故に普通の廢止と異なることなし然れども上司は下司に對して廢止を訓令することを得るのみならず亦亦直に下司の命令を取消すことを得へし是れ地方官々例第十一條第五十條第五十七條第二項か府縣知事並に島司及び郡長の發する警察規則に關し規定する所なり

取消は既往に溯りて命令を無効とするものに非ず單に將來に向て其の効力を失はしむるものなり此の點に於ては取消も廢止と全く結果を同じくす然れども上司か

下司の命令を取消すは唯其の將來公益に反するか爲に非ずして其の始より下司の宜しく發すべきものに非ざるか爲なり故に取消の目的は將來命令をして効力を失はしむると共に此の命令に由りて廢止に歸したる前の命令をして再び効力を得せしむるに在り是れ取消の廢止と異なる所なり廢止の場合に廢止したる命令に由り變に廢止に歸したる命令の再び効力を得ることなしと雖も取消の場合に取消したる命令に由りて變に効力を失ひたる命令の取消と共に再び効力を得へし取消は上司か下司に對する監督權の作用にして上司か臣民に對して有する固有の命令權の作用に非ず元首か下司に委任したる命令權を上司か元首に代て直に實行するものなり上司の發したる取消の命令は上司か下司の地に立ちて其の命令權を實行したるものに外ならず故に取消の命令は上司か固有の命令權を實行するに當て適用すべき公布の式を以て發布するを要せず下司の命令に適用すべき公布の式に依り下司の管轄區域内に公布するを以て足れりとす

命令の諸種の論點より之を分類することを得へし數多の學者の命令の法規を定むるや否に從ひ法規命令と行政命令とを區別す此區別は既に第一節に於て説明した

るを以て此に之を再言せざるへし命令は又た機關の差異に由りて勅令閣令省令府令等の數種に類別することを得然れども此の區別に單に機關の別に基き其の班列の上下に由りて効力を異にするものにして性質に於て相異なる所あるに非ず故に國法上重要なる分類と稱するを得ず

命令ハ憲法上當然元首に屬する命令權に基くものあり又た法律の特別の委任に由るものあり憲法上の命令權に基く命令中更に緊急命令行政命令執行命令の三種を區別することを得べし余輩ハ本章に於て逐節是等各種の命令に付て論究する所あらんとす

第九節 緊急命令

憲法第卅七條は法律の凡て帝國議會の協賛を経へきことを規定せり余輩ハ又た第二節に於て如何なる事項ハ必ず法律を以て規定せざるべからざるやを論究せり然れども國家及び國民には萬一の災厄なきこと能はず而して此の災厄は或は法律に由るに非ずして之を除くこと能はざるものあるべし此の場合に於て法律を發して災厄を除くか爲必要なる處置を爲すハ固より憲法の常規に従ふものなりと雖ども

立法の機關ハ運轉の遲緩なるを常とするか故に往々焦眉の急に應ずる能はざることなきを保すべからず然れども憲法に特別の明文なきときは命令を以て憲法上法律を要するの事項を規定するは其の如何なる緊急の需要に由るを論ぜず總て違憲の事たるを免れず此の場合に於て責任解除法律の發布に由て違憲の状態を醫するハ英國國法上の慣習なり帝國憲法は始より國家の變災に備ふるか爲特別の規定を設けたり其の第八條に曰く天皇は公共の安全を保持し又ハ其の災厄を避くる爲緊急の必要に由り帝國議會閉會の場合に於て法律に代るべき勅令を發すと故に元首ハ第八條の事情を生したるに由り緊急命令を發するは憲法上の權を實行するものにして憲法違反の所爲を行ふものに非ず又た責任解除法律を以て違憲の情態を醫することを要するものに非ず

緊急命令を發するは左の數箇の事情あることを要す(一)災厄又ハ安全に對するの危険あること、緊急命令は單に危険又ハ災厄を除くの消極の目的を以て發することを得べし積極に公益を進捗するの目的に出づることを得ず(二)公共の安全に對するの危険又ハ公共の災厄あること、緊急命令を發するの理由たる災厄及び危険ハ必

すしも國家の全部に關するを要せず其の單に國家の一部又は社會の一階級に關するるときと雖も元首の緊急命令を發することを得へし然れども公共の安全公共の災厄と謂ふときは其の國民の全部又ハ不定數の人民に關するを要す一人又ハ數多の特定したる私人の爲め緊急命令を發するは其の間接に國家又ハ公衆の安全に關する由介の外憲法の許さざる所なり(三)危險又は災厄を除くの爲緊急命令を發するの必要ありしこと、若し危險又は災厄にして現行法律の範圍内に於て普通の行政處分に由り除くことを得へきものなるときは緊急命令を以て法律に代るの規定を設けることを得ず(四)緊急命令を發するの必要は緊急なると、憲法が緊急命令權を設けたるは立法の方法に由り無届の急を救ふこと能はざるの恐あれりなり故に次期帝國議會の開會を待て徐に處分の方法を定むるを得るの場合にハ固より緊急命令を發するの理由なし(五)帝國議會閉會中なること、緊急命令を發するは特に帝國議會を召集して立法の手續を履行するの遲緩にして緊急の必要に應ずること能はざるに由る故に帝國議會の會期中には固より緊急命令を發するの理由なし閉會中とは前會期閉會又は解散の時より次會期開會迄の期を謂ふ議員召集に應じて集會待たず

すも開會の命なき間ハ猶は閉會中とす議院法第五條參照議會開會に至らざるの理由ハ固より開會所に非ず故に議員の召集に應せざるるとき又は内外の情形に由り議會を召集すること能はざるときハ緊急命令を發するを得るの事情あること言を待たず

以上列舉したる諸種の要件にして悉く具備するときは法律に代るの勅令を發することを得緊急命令權の範圍は頗る廣闊にして事項の性質上公共の安全を保持し又は公共の災厄を避くるか爲必要なること能はざるものを除くの外立法と同一の限界を有するのみ緊急命令權の唯一の限界ハ憲法の規定なり憲法第八條ハ緊急命令の憲法に抵觸すへからざることと明言(例へは普滿西憲法第六十三條の如く)せずと雖も憲法の性質及び憲法第四條の明文により之を論斷することを得へし第四條は元首ハ憲法の規定に依り統治權を行ふべきことを規定す緊急命令は統治權の發動なること言を待たず故に憲法の規定に抵觸する緊急命令ハ憲法を變更するの効力を有するに非ざるよりは決して之を適法の命令と認むることを得ず緊急命令は果して憲法の規定を變更することを得るや是れ更に論究すべき所なり

憲法は法律を以て變更するを得へし而して緊急命令は法律に代るものなり然れども憲法を變更するの法律は特別の要件を具へざるべからず此の法律は勅命を以て議案を提出し兩議院各議員三分二以上の列席に於て三分二以上の多數を以て可決したるものなることを要す憲法は憲法變更の法律と通常の法律より區別し其の制定の特に慎重謹嚴ならんことを欲す若し緊急命令を以て憲法を變更することを得へしとするときは此趣旨は之を貫徹するに由なからんとす緊急命令が法律に代はるを得へし然れども憲法變更の爲に設けたる特別の手續に代はることを得ざるなり

憲法の範圍内に於て法律の規定し得べきものは如何なる事項と雖ども公共の安全を保ち災厄を除くか爲必要なる限は緊急命令を以て規定することを得ざるなし緊急命令は刑罰を定むることを得へく人民の自由を束縛することを得へく人民の權利を制限することを得へし憲法が法律を以て定むべきことを規定する事項と雖ども緊急命令を以て之を定むるに妨なし憲法第八條は法律に代るべき勅命を發すと謂へり而して如何なる法律は勅命を以て之に代ふること能はざるやと定めず故に法

律を以て定むるを得るの事項は皆緊急命令が法律に代て定むるを得るの事項なることを認めざるべからず是れ何人と雖ども第八條明文の解釋に關して疑はざる所なるべし唯或は第十八條二十條二十一條等法律を要する事項を列擧したる立法の理由より立論して此の解釋に反對するものあるべきのみ

「シュルツニ」は曰く(字滙西國法第二卷第二百卅四頁以下)立法者の精神は代議士の協賛を経ずして其利害に緊切の關係ある事項を規定せらるゝことなきの保障を臣民に與へんとするに在り若し是等事項に關しても非常命令權を行使することを得へんば此の立法の理由は全く泯滅すべしと然れども平時代議會の協賛を経ずして規定することなきは臣民の利益に對する大なる保障に非ずや非常災厄の爲め緊急命令を發したる場合に於て後日必ず代議會の承諾を要するは亦臣民の利益を保障する所以に非ずや若憲法の精神の平時も事變の場合も常に必ず代議會の協賛なくして規定を設くることなきの保障を與ふるに在りと言ひし是即ち緊急命令を以て規定を設くるを得ざることを斷定するものにして決して之を證明するものに非ざるなり

緊急命令の通常の法律に代りて之を得へしと雖も憲法變更の法律に代りて之を得ざることを既に之を論せり今若し通常の法律にして將來特別の要件を充たしたる(例へば兩院議員三分二以上の多數を以て可決し又二回の決議を経たるの類)法律を以てするの外廢止變更するを得ざるの規定を設くるものあらば緊急命令を以て之を廢止變更することを得ざるや否此の疑問に答へんと欲せば先づ通常の法律に由り將來の立法を束縛することを得るや否を論究せざるべからず憲法は通常法律の廢止變更に關して別に規定を設けず然れども憲法か之を規定せざるは規定することとを要せざればなり法律は最強の効力を有する國家の命令にして而して最強の効力を有する國家の命令は法律を廢止するの効力を有すること既に論じたる如し法律を廢改するの力を有することは既に法律の觀念により明かなるか故に憲法の特に之を明言することを爲さず唯憲法の條項の爲特に七十三條の例外を設けたるのみ此の例外を除くの外法律は總て其の規定に矛盾する前法を廢止變更するの効力を有せざるべからず而して前法自から廢改の方法を定むるも新法は此の規定の爲に其の効力を妨げらるゝことなし法律の憲法上の効力は通常の法律を以て限制する

ことを得ざるなり若し之に反し通常の法律を以て將來の立法を束縛することを得へしとせば將來如何なる方法を以てするも廢止變更するを得ざることを規定する法律の萬世に亘り之を廢止し又た變更するを得ざるものとせざるべからず其事理に反すること多言せずして明なり

前項論する如く法律にして其の廢止變更の爲特別の要件を定むるものあるも通常の法律を以て之を廢止變更することを得へしとせば法律に代りて之を緊急命令を以てするも亦た之を廢改することを得ざるべからず

法律中緊急命令を以て改廢するを得ざるの規定を設くるものあるも此の如き規定は無効の規定なり法律を以て規定するを得べき事項の憲法上當然緊急命令を以て規定することを得へし此の原則に背馳する規定を設くるは憲法の條規に反す

上來緊急命令を發するの要件と緊急命令權の範圍とを論せり今より緊急命令發布後の順序を論ずべし憲法第八條第二項に曰く此の勅令の次の會期に於て帝國議會に提出すへし若し議會に於て承諾せざるときは政府は將來に向て其の効力を失ふことと公布すへしと故に緊急命令の次の會期に於て之を帝國議會に提出せざるべからず

らす而して緊急命令を提出するは單に議會に報告するに非ずして之か決議承諾を
 求むるものなるか故に同一の議案は同時に兩院に提出することを得ざるの原則に
 従ひ必ず先づ之を衆議院若しくは貴族院に提出せざるべからず提出の時期に關し
 ては憲法の唯次會期に於てすべきことを規定するに止るか故に其の始に於てする
 も終に於てするも一に政府の意向如何に存するか如しと雖ども緊急命令は素一時
 の變に處するものなるか故に可成速に憲法の定めたる手續を履み違常の状態を通
 常の状態に復するは憲法が次の會期に於て提出すべきことを規定したる精神に副
 ふものと謂ふべし

次會期の前に緊急命令を廢止し又は目的の消滅したるか爲自から廢止を歸したる
 ときは如何余の見る所を以てすれば此の場合にも亦た之を帝國議會に提出せざる
 べからず抑も緊急命令の効力を將來に繼續するの承諾の唯一の目的に非ず憲法第
 六十四條第二項の豫算超過又は豫算外の支出に對し議會の承諾を要し第七十條第
 二項の財政處分の緊急命令に對し議會の承諾を要す此等の場合には承諾の効果は
 固より處分を將來に繼續するに在るに非ず唯議會に異議なきことを確定し他日憲

議會の承諾
 請求の場合

法上の手段は依り異議を容るゝことを得ざらしむるは在り承諾を求むるの目的果
 して効力の存続のみは在らざるべし是れ次會期の前緊急命令の廢止又は消滅すること
 あるも政府の猶ほ之を議會に提出して其承諾を求めざるを得ず唯廢止又は消滅に
 歸したる場合には議會の承諾を得ざるも政府の其効力を失ふことを公布するの要
 なきのみ

政府緊急命令を議會に提出するときは議會の之を承諾するか之を承諾せざるかの
 二途を有するのみ緊急命令に變更を加へて之を承諾するは承諾せざるに同じ是れ
 憲法第八條の明文及び承諾の性質により明なり

議會に於て緊急命令を承諾せざるべきの政府の將來に向て其の効力を失ふことを
 公布せざるべからず政府が之を公布するの單に議會が承諾せざるの事實に因るも
 のにして必ずしも其の明に之を拒否したることを要せず故に承諾不承諾の確定せ
 ざる前閉會に至るも亦た政府の緊急命令の効力を失ふことを公布せざるべからず
 緊急命令は帝國議會即ち貴衆兩院の共に之を承諾したる場合に於て其の効力を保
 有することを得へし一院に於て承諾を與へざるべきの帝國議會の承諾を得ること

議會の承諾
 請求の場合

能はるなり此の場合には政府は緊急命令の効力を失ふことを公布せざるべからず故に一院に於て承認を拒みたるときは政府は更に之を他院に提出することを得

公布
は公布
は公布

緊急命令の將來に効力を失ふことを公布するは告旨に非ずして命令なり憲法第八條第二項の明文に依れり公布は緊急命令が將來に向て効力を失ふことを公布するものなり故に此公布は事實の告旨に非ずして國家の意思の表示則ち廢止の命令なり而して緊急命令は勅令なるか故に元首の特別の委任ある場合を除くの外勅令を以て之を廢止するを要するは言を待たず憲法の明文に依れば失効の公布を爲す者は政府なれども是憲法第七十條が政府は勅令を以て財政上必要の處分を爲すを得べきことと規定する同一の理にして緊急命令の失効を公布するは勅令を要すとの説を反證するものに非ず

緊急命令を發するは憲法に背反するものに非ずして憲法を實行するものなり憲法第八條第二項は將來に向て効力を失ふことを公布すべしと云べり故に議會に於て緊急命令と承諾せざるも政府は其の發布の始より無効なることを公布するを要せ

す又公布するを得ざるなり緊急命令は其の効力を失ふことを公布する迄は法律と同じく遑由の効力を有し其の間に生じたる事實は廢止の爲めに影響せらるることなし緊急命令の廢止は既往に派るの効力を有せざるなり

法律
は法律
は法律

議會の承諾を経ざるか爲緊急命令を廢止するときは其の緊急命令の爲廢止に屬したる法律は自から再び効力を得るや否是れ頗る疑ある問題なり此の疑問を決するには先づ緊急命令か前法を廢止するの効力あるや將た之を停止するに止まるやを論せざるべからず抑も後法か前法を廢止するは其の永久に存續するに因るに非ずして存續の時期を限らざる爲なり若し法律か始より一定の時期を限りて効力を有すべきことを豫期するときは此の法律は前法を停止するの効力を有するも之を廢止するの効力を有すること能はず故に此の法律にして其の豫定の時期に達したるか爲廢止に歸するときは前法は自から再び効力を得へし之に反して後法か一定の時期を限らず更に法律を以て之を廢止する迄永久効力を有するの性質あるものなりときは此の法律は直に前法を廢止するものにして假令即日廢止せらるることあるも前法は再び効力を得ることなし此の場合に於て後法か前法を廢止するの効力

不承諾
公布命令

は其の施行の即時に生ずるものなり緊急命令は余輩の既に論したる如く議會の承諾を得ざるか爲自から廢止に歸することなく廢止の命令を發するに及んで始めて其の効力を失す緊急命令は議會の不承諾を以て解除條件となすの命令に非ず又た假の効力を有するの法律と稱することを得ざるなり若し議會の承諾を得ざる時は政府は緊急命令を廢止せざるべからざるは言を待たすと雖とも政府若し之を廢止せざるときは單に政府が憲法違反の責を負ふに止り命令の効力に至ては爲に増損する所あることなし緊急命令は不承諾の爲に効力を失ふことなく承諾の爲は効力を得ることなし緊急命令は單に裁可に由て効力を有し廢止の命令に由て効力を失す其の必ずしも一定の時期を限りて効力を有するものに非ざるは通常の法律と異なることなし而して緊急命令は法律に代るの効力を有するか故に一定の存続期間を限らざる法律は前法を廢止すると同じく一定の存続期間を限らざる緊急命令も亦法律を廢止することを得ざるの理なし前法は既に緊急命令に由廢止せられたりとするれば法律に由て廢止せられたる場合と同じく將來緊急命令の廢止せらるることあるも前法は更に議會の協賛を経元首の裁可を得て正式に公布するに非され

承諾の場合

法律トナシ

は再び効力を得ること能はざるなり
法律の廢止は既に緊急命令を發布するの時に定まるものなるときは緊急命令を議會に提出するの前命令を以て之を廢止したる場合に於ても亦前法は再び効力を得ることなしと謂はざるべからず故に元首は常に緊急命令を以て現行の法律を廢止するの力を有すべし而して此の權力の濫用を防ぐは唯政府責任の一法あるのみ假に緊急命令の廢止は舊法を復活するの効力を有すとすも政府は毎年同一の緊急命令を發し又は議會の承諾なきに拘らず緊急命令を廢止せざるときは究竟法律を廢止すると同一の結果を生ずべし此の場合に於ても權力濫用を防ぐの道は唯大臣責任の一あるのみ
余輩の上來議會不承諾の効果を論せり帝國議會緊急命令を承諾せざるときは政府の直に之を廢止せざるべからず之に反して議會之を承諾したるときは緊急命令の特別の手續を要することなくして其の効力を將來に存続す然れども余輩の數多の獨逸國法學者の如く緊急命令を以て帝國議會の承諾に由り性質を變して法律となるものと認むること能はず此の説を唱ふる者蓋し謂らく法律の成立に唯帝國

議會と元首との合意あるを以て足れりとする然れども余輩の見る所を以てすれば法律の單に元首と議會との一致を以て足れりとせず亦た法律として之を公布することを要す現行法に於ては法律と勅令と公布の式を同じくし又法律の前文も一定の文式を有せずと雖も事の性質より論ずれば法律の勅令と公布の式を異にするを得へり又た確定の文式を有することを得へし公文式に依るも法律と勅令との相異なる所あり法律は何れの場合に於ても總理大臣主任大臣と俱に之に副署す勅令は總理大臣の副署を要するは其の一般の行政に係る場合に限る法律と勅令と公布の式を異にするときは勅令の變して法律となるに當りても亦た法律の公布式に依りて更に之を公布するを要すること言を待たず法律として法律を公布するに當り形式上必要なるのみならず法律成立の一要件なり而して憲法第八條第二項の議會の緊急命令を承諾したる場合に於て更に之を公布するの必要を認めず故に余輩は緊急命令か其の性質を變して法律となりたることを認むる能はざるなり加之協賛と承諾とを同一視するの非なり協賛と承諾とは全く其の効力を異にす協賛は政府か未だ一の所爲を行はざるの前議會の同意を表するものにして承諾は多

くの既に行ひたる所爲に同意するものなり一の政府の行爲に協賛するものにして一は政府の行爲に異議なきことを明にするものなり一の政府の案に變更を加ふることを得へく一は之に變更を加ふることを得ず緊急命令を議會に提出するは之か承諾を求むるか爲にして協賛を求むるか爲に非ず故に議會か緊急命令を審査するに當ては唯其の發布の當時果して必要なりしや否を究むるに止り審査の當時其の猶ほ存続の必要あるや否を問ふことなし若し之に反し議會か緊急命令の發布の當時に於て必要なりしことを認めなから其の必要の既に消滅したるの理由を以て承諾を拒むことを得へしとせば政府其の當然の職責を盡したる場合に於ても議會は猶ほ之に異議を容るゝものにして其事理に反ること多言を費さずして明なり緊急命令を發したるの當時實に其の必要ありたるときは假りに當時議會の開會中に於て政府法律案を提出したりとせば議會は必ず之に協賛したるなるへし議會之に協賛して法律を發したりとせば法律を以てするに非されは之を廢止すへからざることを辨を待たず故に緊急命令の場合に於ても議會か一たひ其の發布の當時必要ありたることを認めたるときは先づ緊急命令に對して其の承諾を與へ若し事情の

變更したるか爲將來に之を存続するの必要なしと思惟するときは別に法律案を提出して其の廢止を發議するを當然とす之を要するに緊急命令に對する承諾は新に緊急命令に効力を與ふるものに非ず唯不承諾は之を廢止するの原因たるのみ法律の協賛と緊急命令の承諾とは決して之を同視すべからざるなり

以上論する如く緊急命令は議會の承諾を得たるか爲法律となることなし故に緊急命令を廢止變更するは必ずしも法律を以てするを要せず唯其の規定する所憲法上法律を要する事項に係る場合に於て之を變更するは必ず法律を以てせざるべからず此の場合に於て緊急命令を變更するは即ち憲法上の立法事項を規定するものに外ならざるなり然れども緊急命令を廢止するに何れの場合に於ても通常の命令を以てすることを得べきなり

緊急命令の一種にして憲法中別に規定を設くるものあり憲法第七十條の勅令是なり此の勅令は第八條の勅令の如く法律に代りるものに非らずして帝國議會の協賛を經へき財政の處分を爲すものなり凡そ處分は特定事件を處理するものにして法規を定むるものに非ず憲法第七十條の議會が勅令を承諾せざる場合に其の効力を

之を廢止する

憲法上の命令

本令は命令

之を廢止する

失ふことを公布すべきの規定を設けざるは畢竟該條の勅令の永く効力を存続すべき法規に非されはなり故に新に租税手数料を設け又は其の税率を増減するか如きの事財政に關すと雖も處分に非らずして將來遡由すべき法規を定むるものなるか故に第七十條に依るべきものに非らずして寧ろ第八條に依るべきものなり然れども豫算に依らずして支出を爲すを得るは第七十條の要件ある場合に限り而して緊急命令を以て新に租税を課し又其の税率を増すの必要あるは豫算の成立を待たず速に支出を爲すの必要ある場合なるべきか故に政府が新設又増率したる租税を緊急の需用に應じて支出するを得べき場合に非されし租税を新設し又増率する緊急の必要ありと謂ふことを得ず之を略言すれば租税手数料の新設及び増率の如き憲法第八條の規定に依るべきものなりと雖も實際に於ては第七十條の場合の如く帝國議會を召集すること能はざるの情形あるに非されは緊急命令を以て之を定むること能はざるなり憲法第七十條の勅令を發するの要件は帝國議會を召集すると能はざるの情形なり第八條の場合に於ては議會の閉會中緊急の必要を生ずるときは臨時會を召集するを要せず緊急命令を以て此の必要に應ずることを得べ

し財政上の處分は之に反して臨時會を召集することを要す而して國家内外の情形に由り議會を召集すること能はざるに及んで始めて勅令を以て此の處分を行ふことを得へし(憲法義解第百廿八頁參照)

緊急命令權は元首親ら之を行ふを要す憲法第八條は法律に代はるべき勅令を發すと言ひ第七十條は勅令に依り財政上必要の處分を爲すと云へり故に緊急命令權は之を國務大臣又は官廳に委任することを得ざるなり然れども法律が其の細目の規定を命令に譲ることあるか如く緊急命令も亦た其の細目の規定を他の命令に譲るは固より妨なし唯緊急命令を發するの權の一定の要件ある場合に於て始めて生ずるものなるか故に元首の豫め之を官廳に委任することを得ず各箇の場合に於て果して必要の條件あるや否如何なる度迄現行の法律を變更し又ハ法律の贖闕を補ふべきやハ元首必ず親ら之を決せざるべからず

第十節 行政命令

行政命令は國家行政の區域に於て法律の規定なき場合に臣民又ハ官廳に對して命令するものなり余輩ハ本篇の第二節に於て命令權の範圍を詳論せり命令にして法

律の執行の爲に發するものハ余輩次節に於て之を論すへし又た其の行政の目的に出でざるもの例ハ貴族院令の如きハ僅少の例外に過ぎざるか故に特に之を論するの要なし其の他内政兵政の目的に出る命令行政各部の組織權限に關する命令行政官の職務の準繩たるべき命令等總て行政の目的に出で憲法上元首に屬する命令權より發するものハ余輩之を總稱して行政命令と謂ふんとす

行政命令ハ左の諸點に於て緊急命令と異る

(一) 余輩の既に論したる如く緊急命令を發するハ各箇の場合に於て元首親ら之を決せざるべからず而して元首は豫め緊急命令を發するの權を行政官廳に委任することを得ず之に反して行政命令を發するの權は一定の範圍を定め又は特定の事項に就き之を行政官廳に委任することを得へし公共の安寧秩序を保持し及び臣民の幸福を増進するが爲にするの行政命令に關しては憲法第八條の明に命令を發し又ハ發せしむと云へり行政各部の官制文武官の俸給陸海軍の編制に關しては憲法の單に元首の之を定むべきことを規定するに過ぎずと雖とも憲法の元首が如何して之を定めざるべからざるやを規定することなきか故に元首親ら之を定むるも又ハ其

緊急命令
ノコト
本件ハ
得

の細目を他の命令の規定に譲るも毫も憲法の明文に反することなし行政官の職務の準繩を示すか爲に上司より下司に對して發する命令の素官廳上下の班列と離るへからざるものなるか故に元首一たひ官制を定めて一の官廳に監督の權を與へ他の官廳に服従の義務を負ひしむるとき併せて上班の官廳に與ふるに下班の官廳に對して命令するの權を以てするものと認めざるべからず

(二) 憲法上法律を要する事項の緊急命令を以て規定することを得と雖とも行政命令を以て規定することを得ず

(三) 緊急命令は法律を廢止變更することを得れども行政命令は法律に抵觸することを得ず法律か一の事項を專占し命令を以て規定することを許さざるの趣旨を有するときは行政命令を以て其の事項を規定するは法律に抵觸するの規定を設くるに同じ各箇の法律に付き其の果して一の事項を專占するの趣旨を有するや將た其の規定の範圍内に於て行政命令の規定を容るの意なるやを確認するは唯公正解釋の法律に由るべきのみ若し公正解釋の法なきときは普通の解釋法に従ひ立法者の意志を推測するの外なし例へば法律か其の規定に抵觸する命令は効力を失ふべきこと

規定事項

法律ト云フノ優劣

とを定むるときは従前の命令も其の規定に抵觸せざる限り猶ほ効力を存続すべく又た將來に於ても同一の事項に付き法律の範圍内に於て命令を發することを得るの意を推測することを得へし然れども此の推測は固より他の規定の爲に反證せらるべきか故に固より一定不動の原則となすことを得ず

第十一節 執行命令

執行命令は法律を執行するか爲必要なる事項を規定するの目的を以て發する命令なり執行命令の左の二點に於て行政命令と異なる

(一) 執行命令は法律を執行するか爲に發する命令なり故に一の法律の範圍内に於て發する命令と雖とも法律を執行するか爲必要なるに非して別に行政上の目的を達するか爲にするもの執行命令に非ずして行政命令なり余輩の第二節に論じたる如く國家の目的の種類に由りて定まりたる命令權の範圍内に於てするの外發すること能はざるものなり

(二) 執行命令は法律を執行するか爲に發するものなるか故に執行せらるべき法律の廢止に歸るときは命令の目的自から消滅し從て命令も自から廢止に屬すへし之

に反して行政命令は法律を限界とするもの之を目的とするものに非ざるか故に法律の廢止に遇ふも爲に効力を失ふことなし
前項に於て行政命令に關し論したる所は亦た概ね之を執行命令に適用することを得べし執行命令を發するの權の一般又は特別の委任に依り之を官廳に委任することを得べし是れ憲法第九條の明に定むる所なり執行命令の法律を廢止し又は變更することを得ず執行命令は又た憲法上法律を要する事項を規定するを得ず

第十二節 委任命令

前三節に論したる命令は皆憲法上元首に屬する命令權の發動なり余輩の本節に於て法律の特別の委任に基くの命令を論せんとす
法律を以て命令に規定を委任するは法律命令共同の區域に屬する事項に關することあるべし此の場合に於ては元首は既に憲法上其の固有の命令權に由て之を規定することを得べく法律の委任に由て始めて命令を發するの權を得るに非ず此の如き委任の目的は法律か一の事項を専占し概して命令を以て規定することを許さざるの趣旨なるに拘りらず猶ほ其の一部の事項に付ての命令の規定を容れんとする

に在るものと認めざるへからず此の目的を除きては命令を以て當然規定することを得べき事項を更に命令に委任するの理由なきなり故に此の類の委任は委任に非ずして奪る固有の命令權を妨げざるの趣旨を有するものなり

法律は其の執行の爲に必要な細目の規定を命令に委任することあるへし然れど却執行命令を發するの權の憲法第八條に依り素より元首に屬するか故に元首は法律の特別の委任に由り始めて執行命令を發するの權を得るに非ず此の如き委任の目的は憲法第八條に依り元首が執行命令權を官廳に委任するを待たず法律を以て直に之を各省大臣又は官廳に委任するに在ることを得べく又は法律自から執行命令を以て其の規定を補足するの必要あることを認むるに在るを得べし各法律に就て委任の規定か如何なる趣意を有するやを決するの普通の解釋法に依るの外なし法律の委任にして最も重要なものの本來命令を以て規定するを得ざる事項を委任するものにして此委任に基きて發する命令の即ち所謂委任命令なり此の如き委任を與ふる法律及び此の如き委任に基く命令の違憲に非ざることとは國法學者の概ね皆認むる所にして著名の學者中今日に於ても猶ほ其の違憲なることを主張する

所謂委任命令

ものハ獨「ロレンチ」あるのみ

第一節に論したる如く法律を以て一切の事項を規定し細目詳節に至る迄網羅して餘す所無からんとするハ事實の許さざる所なり故に命令權の範圍を以て法律の執行に限るの諸國に於ても警察命令の如く時と所とに由り應變の規定を要するもの法律又は慣習に由り之を行政官に委任するを常とす警察命令の外に於ても亦た往々命令に委任するを要することあり例へば町村制第三百三十三條に特別の事情ある地方に於てハ町村會及町村長の具申又ハ郡參事會の具申に依り勅令を以て法律中の條規を中止するあるへしと云ふか如きハ實際の必要に基くの規定なり

歐洲立憲國に於ても法律を以て諸般の規定を命令に委任するハ一般の慣習なり英國に在てハ従前内務行政の區域に於て法律ハ最も詳細の節目に至る迄之を規定したるか故に今日に至てハ却て委任命令の範圍著しく廣きを致せり今日の趨勢ハ全く往時に反し従前の立法ハ過度に命令の區域を縮少したる如く現今立法の方針ハ命令權をして其の必要の地位を得せしむるに在り現に法律中勅令を以て行政の條規を定むるの權を君主に委任し又は命令を發するの權を直接に各省若しくは中央

官廳に委任するの實例夥しとせす「ゲナイスト」英國行政法第一卷第百廿九頁之を要するに所謂委任條項「エムパワリング、クロース」の益々増加するの勢あるハ英國現時の狀態なり佛國に於ても法律は往々特に權力の委任を與ふることあり此の委任ハ概ね一の事項ハ法律執行の範圍に屬することを確定し又ハ法律執行の範圍外に在ること明なる場合に於て特別の權力を元首に與ふるの目的を有す此の如き委任ハ本來特別の法律を要すへき法規を定むるの權を委任せんとするものなり例へば法律執行の爲禁止を要する行為に對して刑罰を定め又は法律執行の爲り公課を新設するか如き是なり特別の委任ハ又た往々法律執行の障害たるへき舊法を廢止するの權を與ふることあり「オットー、マイヤー」佛國行政法第卅八頁獨逸帝國に於ても立法者は廣く委任を實行し法規の制定を或ハ聯邦參議院に或ハ皇帝に或ハ帝國宰相に或は各邦に委任するの場合數ふるに違あらず甚たしきハ之を一人に委任することあり委任に關するの條件委任の範圍等も亦た區々にして一定せず營業條例の一法律に就て見るも許多の委任條項を集むることを得へし「アルント」命令權第二十四頁學瀟西王國に於ても法律を以て立法權内の事項を命令に委任するハ決して其

命令の範囲

の實例に乏しからず是れ「ロンドン」も認むる所の事實なり

憲法第卅七條の法律ハ所謂實質の法律に非ざることハ既に第一節に於て之を詳論せり故に法規を定むるの命令と雖とも必ずしも皆帝國議會の協賛を経ることを要せざるなり又た命令權の範圍を定むるの條項も必ずしも其の範圍外に於て一切命令を發することを得ざるの趣旨を有するものに非ず唯憲法上當然元首に屬する命令權を定め其の範圍外に於ては當然の命令權を有するに非ざることと前記に過ぎず憲法第卅七條及び命令の範圍を定むるの條項は毫も法律の委任を妨げざるなり故に余輩は法律の委任ハ立法事項を定むる憲法の條項に矛盾することなきや否を論ずるを以て足れりとすへし

憲法の條項中或は法律を以て之を定むと謂ひ法律の定むる所に依ると謂ひ法律に依ると謂ひ其他多少文字を異にして而して同一の意義を示さんとするものあり是等の場合に於ては直に命令を以て之を規定するを得ざること言を待たず然れども憲法は唯法律を以て規定すべきことを定むるのみ法律の規定する所如何は固より憲法の問ふ所に非ず法律ハ詳細細目に至る迄悉く自から規定するも法律を以て規

定するの一法なり又た其の大綱のみを擧げ細目は之を命令に譲るも法律を以て規定するの一法なり憲法は法律ハ之を規定する方法を限ること無きか故に一定の範圍内に於て規定を命令に委任する方法を取るも憲法の明文に抵觸する所なし憲法は又た法律の定むる所に依ると謂ひ法律に依ると謂へり故に例へば法律中命令の定むる所に依るべきの規定あるときは命令の定むる所に依るは即ち法律の定むる所に依る所以なり蓋し法律ハ命令に委任を與ふるは命令の規定する所に從はしめんとするの意に外ならず此の法律の意志に從はんと欲せば亦た必ず其の委任に基くの命令に從はざるへからず故に憲法上法律の定むる所に依て處分を爲すことを得ざるべしを得べきときは亦た其の委任に基くの命令に依て處分を爲すことを得ざるべしからざるなり憲法は二三の條項に於て法律の定めたる場合に於て一の處分を爲す得べきことを規定せり若し法律にして是等の場合を定むることを命令に委任するときは是即ち憲法の條項に基き法律自から其場合を定め命令の規定する場合を一括して處分を爲すことを得べき場合となしたるなり故に命令に規定ある場合ハ凡て法律の定めたる場合に外ならず其の他憲法の條項は多少語を異にすと雖とも命令に

委任するを妨ぐるものに非ざるに皆同じ明治二十三年法律第八十四號は命令の違犯に對し一定の範圍内に於て罰則を設くるを得べきことを規定せり此の法律は當時世人の往々異議を容るゝものありたれども余輩は前數項に論したる理由に基き其の違憲の法律に非ざることを確信す抑も憲法第八條は警察命令を發するの大權を認めたり警察命令の要は或る行爲を禁し或る行爲を命し又ハ或る行爲を許すに在り此の禁令命令を強制する方法あるに非されハ公共の安寧秩序を保持するの目的ハ之を達するに由なからんとす故に刑罰は警察命令に欠くハからざるの要素なり然れども憲法第二十三條は法律に依るに非ずして處罰を受くることなきことを規定す若し一面此の條項に牴觸せず一面警察命令をして空文に歸せざらしむるの途あるに非されば憲法は前後相矛盾する條項を設けたるものと謂ハざるハからす此の矛盾を調和するは唯法律を以て刑罰權の一部を命令に委任するの一途あるのみ此の推論は嘗に明治二十三年法律第八十四號の違憲ならざることを證するのみならず又た以て憲法が命令に委任を與ふるの法律を容るゝの一證とするに足れり委任の範圍及方法ハ委任を與ふる所の法律の規定に依らざるハからす委任の範

圍ハ頗る廣きことあるヘク又た極めて狭きことあるヘシ委任は法律を補足するの目的を有することあるヘク法律に代はらしむるの趣意を有することあるヘク又た法律の廢止を包含することあるヘシ委任ハ條件なきことあり條件を有することあり條件を有するの委任は一定の事實を生ずるに及んで始めて命令を發することを得るの場合を生ずるもの及ハ命令を發したる後議會の承諾を要する場合の如き是れなり議會事後承諾の効力ハ法律に特別の規定なきに於てハ緊急命令の場合と同じきものと認めざるヘからす法律は又た單に命令の發布のみを委任して其の廢止を委任せざることあるヘシ然れども法律に明文なきときは命令を發布するの權は命令を廢止するの權を包含するものと認むるを當然とす法律は或は委任に由り命令を發するを必要とすることあるヘク或は命令を發する機關の自由に一任することあるヘシ

委任命令を發するの權は元首に屬することあり各省大臣に屬することあり他の行政官廳に屬することあり又ハ地方團體に屬することあり而して法律が各省大臣其他一定の官廳を指定して之に委任するときは勅令又ハ上級官廳の命令を以て其

官廳の命令に代ふることを得ず然れども官廳の首元首に隸屬し上級官廳の指揮監督を承くるものなるを以て法律の委任に基き命令を發するに當りても其命を奉せざるへからず而して官廳の發したる命令にして公益に害あるときは或の之が廢止を命令せられ或は直に之を取消さるゝこと(第八節參照)あるへし唯法律が命令權を地方自治体に委任したるときは國家の自治体に對する監督權の法の規定に依て限らるを以て法律の規定に依るに非されし命令の廢止を命し又命令を取消すことを得ず

法律に特別の明文なく又た反對の意思を推測すること能はさるときは法律の委任は更に之を下班官廳に委任することを得へし法律の委任は必ずしも其の委任したる事項を規定する方法如何を特定するものに非されしなり
委任命令は法律の廢止と共に自から廢止に歸することなし法律の廢止は唯將來委任命令を發布すると能はさるの結果を生ずるのみ然れども法律上法律を要する事項は關しては委任に基く命令は委任の廢止と共に効力を失ふものと認めざるべし此の場合に於ては復た法律に依ると謂ひ法律を以て定むと謂ふことを得へ

からざるなり

第四章 法律命令遵守の効力

第十三節 法律成立の手續に關する審査

裁判官は法律及び命令の憲法に違反することなきかを審査するの權を有するや否是れ殊に獨逸に於て數十年來學者の講究する所の問題なり此の問題に之を三箇の要點に細別することを得へし

一、裁判官の法律か憲法の規定する所の順序に従て正常に成立したるや殊に帝國議會の協賛を経たるやを審査するの權を有するか

二、裁判官は正當に成立したる法律の規定する所にして憲法の規定に抵觸することなきやを審査するの權を有するか

三、裁判官の命令を以て憲法上法律を要する事項を規定したるものなきやを審査するの權を有するか

本節に於ての先づ第一の疑問に就き殊に裁判官か帝國議會の協賛の有無を審査するの權を有するやを論究すへし

説者往々曰く裁判官の法律に服従し法律を適用するの義務を有す然れども裁判官の服従し適用するの真正の法律のみ偽似の法律の裁判官之を適用するを得ざるなり故に裁判官か各箇の事件を裁判するに當ては先づ此の事件に適用すべき真正の法律あるやを審査せざるへからず此の場合に於て假令自から法律の名稱を冠するものあるも裁判官か其の憲法上立法の爲に必要なる手續を経ず殊に議會の協賛を得ざることを認むるときは此の偽似の法律と適用するを得ざるなりと此の説の如く帝國議會の協賛を経ざる法律を以て始めより真正の法律に非すと斷定せば本問は容易に之を解くことを得へし然れども帝國議會の協賛なき法律は果して真正の法律に非するか遵守の効力を有せざるか正に論究すべき點なり讀者の推理は「ラ・バンド」も論する如く疑問を以て疑問を説明せんとするものなり帝國憲法は國家の最高機關か憲法の規定に違反したるや否を裁決するの權ある官廳を認むることなし裁判官か法律を審査するは單に各箇の事件を裁判するに當りて如何なる法規を適用すべきを審査するに過ぎずして敢て元首の行爲を審査し憲法違反の行爲を匡正するの目的を有するに非す故に裁判官か法律に對するの地位

の臣民か法律に對するの地位に同じ臣民に對して有効の法律は裁判官も亦た之に従はざるへからず裁判官か適用を拒むことを得るの法律は臣民も亦た之を遵奉するを要せざるなり

「イェリチツク」は曰く法律命令論第四百十二頁臣民は法律及び命令に對し法學上所謂審査權なるものと有せすと然れども余輩は此の説に同意すること能はざるなり抑も臣民は國法上國權に服従するの義務を有す例へば議會か元首の大權を侵し自ら一の法律を發して眞の法律を變更するか如きことあらば臣民は此の偽似の法律あるに拘らず猶ほ従前の法律を遵奉するの義務を有し又た偽似の法律は由て束縛せられざるの權利を有す若し之に反して臣民か新定の偽法を遵守し従前の眞法に反するときは臣民は國權に服従するの義務を缺く者なり之を略言すれば臣民か法律の眞偽を審査するは其の國法上の權利にして又國法上の義務なり故に裁判官の審査する所は法律の成立に至るの際憲法の規定に違反したることあるや否に在らずして唯法律か法律服従者に對して違由の効力を有するや否に在り裁判官か此の疑問を審査するの權を有するは疑を容れずと雖ども是れ未だ裁判官

の審査權に關する疑問を決するに足らず余輩は更に一步を進めて如何なる條件の法律か臣民に對し違由の効力を有するか爲必要なるや帝國議會の協賛の果して此の要件の一なるやと論究せざるへからず而して帝國議會の協賛は此の要件の一に非ざるときは裁判官は始より法律か帝國議會の協賛を経たるや否を審査するの權を有せざるなり

抑も法律か臣民に對して違由の効力を有するは何ぞや法律は國家の命令にして臣民は國權に服従し國家の命令を遵奉するの義務を有すれりなり故に帝國議會の協賛なきの法律は違由の効力を有するや否の疑問は議會の協賛なき法律は國家の命令なるや否の疑問と異なるとなし若し帝國議會の協賛を経ざるの法律は國家の命令に非すとせば其の違由の効力を有せざること辨を待たずして明なり之に反して帝國議會の協賛なきの法律も亦た眞の法律なり國家の命令なりとせば臣民は其の帝國議會の協賛を経ざるの故を以て之か遵奉を拒むことを得ず憲法か立法に對して一の制限を加ふるときは此の制限を越ゆるの行爲は國家の命令に非すと謂ふべし或は可ならん此の制限を越えるときは臣民は國家の命令に服従するを要せすと謂

ふい断して不可なり國家は其の意志を以て自から行爲を羈束することを得へし然れども此の羈絆の存在するに其の意志の變更せざる間に限る國家の意志にして一たび變更するときの前の意志の復た其の羈束の効力を有せず國家は決して其の意志を以て將來長に意志の變更を妨ぐることを能はざるなり故に憲法の規定に拘らず國家の意志成立したりとせし假令憲法の規定に反するも其意志の必ず効力を有せざるへからず裁判官の審査權を辯護する論者中舉證の最も確實にして論鋒の最も精銳なるは余の知る所を以てすれり「ブランク」とす然れども余の氏か此の論點を看過し従て其の論結に誤謬を來たしたることなきやを疑はざる能はず(法理年報第九卷第三百二十二頁参照)

然らば即ち帝國議會の協賛なき法律の果して國家の命令に非ざるか是れ余輩の更には論究すべき所なり憲法第五條に曰く天皇は帝國議會の協賛を以て立法權を行ふと故に憲法に依るときは天皇に屬するもの、獨立立法權の体のみならず立法權の用も亦た専ら天皇に屬す帝國議會は單に立法權の行使に協賛するのみ自から元首と協同して立法權を行ふものに非ず余輩の第四節に於て議會の協賛は元首か命令發

することに協賛するものにして元首と共に命令を發するに非ざることを論せり故に議會の協賛の元首の嘉納する所となりたる場合に於て間接に効力を生ずることを得へし直接に臣民に對して効力を生ずること能はざるなり法律をして國家の命令たらしむるものは元首の裁可のみ裁可は法律が國家の命令たる唯一の原因なり同一の原因は常に同一の結果を生ずるか故に君主の裁可を得たる法律は帝國議會の協賛を経ざるも亦た國家命令たるの性質を有せざるへからず之を略言すれば元首の裁可を得て正式に公布したる法律は帝國議會の協賛なきも亦た國家の命令なり或る理由の効力を有する法律なり前項論する所の憲法第五條の解釋より生ずる論理上の結果のみ假に憲法第三十七條を以て國家の命令の成立に必要な條件を定むるものとし帝國議會の協賛なきとき元首の裁可は國家の命令を生ずるの効力を有せずとせば是れ即ち臣民か法律に服従するは其の議會の協賛と元首の裁可とあるか爲なり協賛と裁可とは共に國家の命令の原因となるなり元首は帝國議會の協賛を以て立法權を行ふに非ずして帝國議會の元首と共に立法權を行ふなり果して然らば第三十七條の規定の第五

條の規定に牴觸するものには非ざるか余輩ハ此の如き解釋に同意すること能はざるなり余輩の見る所を以てすれば帝國議會の協賛ハ單に元首と帝國議會との間に於て効果を生ずるに止り直接に臣民に對して効力を生ずべきものに非ず元首か帝國議會の協賛を経ずして法律を發するときは是れ固より憲法違反の最も大なるものにして議會は其の憲法上の手段を悉くし輿論は其の全力を集めて國務大臣を責めざるへからず然れども其の正當の手續に由り廢止せられざる間は法律は依然として効力を有すべく臣民は帝國議會の協賛なきの故を以て之か遵奉を拒むことを得ざるなり

「ボエーラウ」も亦た曰く「メクレンブルク」民法第一卷第三百五頁以下立法權ハ議會の參贊同意を求めたるや否は議會か元首と立法權と共有する場合を除くの外法律の成立に關係なきこと猶ほ人身の機關の運動ハ疾病の爲異狀を呈するに拘はらず猶ほ機關の運動たることを失はざるか如し疾病の作用は之を抑制せざるへからず疾病は之を治療せざるへからず協賛權を有する議會の意見を問はざるか爲に生したる憲法違反の狀態は之を暨せざるへからず之を治せざるへからず然れども疾病は

唯能く其の源を治して而して之を暨することを得べきか如く立法權の行ひたる憲法の違反を治するは憲法上立法權に對して獨立の地位を有し立法權に勢力を及ぼすことを得るの機關即ち議會の獨能くすべき所なり立法者の地位は嚴に其の内外の兩面を區別せざるへからざること猶ほ行政の地位の内外を區別せざるへからざるか如し行政の區域に於ても亦た憲法に違反する國權の作用を生ずることあるべし例へば政府は豫算に反する支出を爲し而して責任解除法律の發布なし此の場合に於ては法律行爲例へば私人に對する支拂の如しは憲法に違反するか爲無効に屬するか又は外部に對しては有効にして内部に於て國務大臣の賠償責任を生ずるか吾人若し法律は如何なる場合に於て違憲なりやの疑問を變して如何なるものは憲法に依り法律なりやの疑問と爲ざれば此の説の正確なること愈々明なるへし若し立法權は其の一部たも議會の掌裡に屬せざるときは議會の同意は法律の成立に必要なるものに非ず果して然らば法律の成否に關する審査は議會同意の有無に迄及ぶこと能はざるなり云々と余輩は全く「ボエーラウ」の推論に同意するものに非ずと雖ども其の要旨に至ては前數項に詳説したる意見と大差なきなり

前數項に論述したる所を略言すれば天皇の裁可を経て公布したる法律は帝國議會の同意なきも國家の命令たることを失はず國家の命令たることを失はざるときは帝國議會の協賛なきか爲効力を有せざるの理なし故に獨逸に於ける普通の學説は余輩の同意すること能はざる所なり「ザーンブイ」は又説を爲して曰く正式に公布したる法律は正當に成立したるものと推定せざるべからず此の推定は唯立法機關の異議に由て之を反證することを得へしと「ケニルテムベルヒ」國法第二卷第百頁に依る然れども帝國議會の同意は臣民に對する法律の効力に關係せざること既に論ずるか如くなるときは議會の異議あるも裁判官は決して協賛の有無を審査すること能はざるなり

元首獨法律を發して臣民に命令するの權を有す故に裁判官が法律を審査するに當りては首として其の正當に元首の裁可を経たるや元首か之を審署したるやを審査せざるべからず然れども元首の裁可をして法律を生せしめんとせば一定の形式を備へざるべからず其最も重要なるは國務大臣の副署及び法律として之を公布すること是なり

憲法第五十五條第二項に曰く凡て法律勅令其の他國務に關する勅令は國務大臣の副署を要すと抑も國務大臣は天皇の補弼なり天皇と相對して獨立の權を有するものに非ず故に大臣の副署は決して元首の國法上の大權を限制することなし果して然らば大臣の副署は國法上何等の効用を有するや他なし元首の行爲を以て其の國法上の行爲と爲すこと是なり元首の命令にして大臣の副署を有せざるときは一個人の意志にして國家の元首として命令したるものに非ず元首は法律を裁可するの權を有すと雖も大臣の副署なきときは裁可たるの効なし裁可なきの法律は固より法律に非ざるなり

法律の効力に關する第二の要件は法律として之を公布するに在り法律も勅令も省令府縣令も皆均しく國家の命令なり然れども國家の命令にして最強の効力を有するの命令たらんとせば國家は之に最強の効力を與ふるの意志を臣民に示さるべからず之を略言すれば法律は必ず法律として之を公布せざるべからざるなり

憲法第七十六條も亦た此の要件を認むるか如し其の文に曰く法律規則命令又は何等の名稱を用ひたるに拘はらず現行の法令は總へて遑由の効力を有すと憲法が本

條の規定を設くるの必要を認めたるハ何をや現行の法令中法律の名稱を有せざるものにして往々憲法上法律を要する事項と規定するものわれハなら憲法第七十六條ハ此等法令の猶は將來遊由の効力を存續することを定むるものなり是に由りて觀レハ若し憲法制定後に發布したる法令にして其の憲法上法律を要する事項を規定するに拘はらず法律の名稱を有せざるものあるときハ遊由の効力なきものと謂ハせざるヘからず假りに憲法制定後の法律も帝國議會の協賛あれば則ち其の何等の名稱を有するに拘ハらず總て遊由の効力を有すヘしとせば何か故に憲法ハ特に現行の法令に關シ其の何等の名稱を有するに拘ハらず總へて遊由の効力を有することを定むるの必要あるカ憲法第七十六條カ何等の名稱を有するに拘ハらずと謂ヘるハ憲法上法律を要する事項を定むるものハ總て法律の名稱を有すヘきことを原則と認めたる結果に外ならざるなり

以上論述したる所に依レハ審署に由りて天皇の裁可を得國務大臣之に副署し法律の名稱を以て正當の手續に依り公布したる法律は帝國議會の協賛なきも總て遊由の効力を有す故に裁判官の審査權ハ之れを議會協賛の有無に及はすこと能ハす此

の論結ハ憲法の解釋上正當なることを確信すと雖も人或は其結果を顧慮して説の當否に疑を容るゝものなきを保し難きを以て余輩ハ猶は聊カ政治上の利害に基き此の問題を論究せんとす

假りに裁判官の審査權を帝國議會の協賛の有無に及はさんカ裁判官ハ又た正當の議會が正當に法律に協賛したるや否を審査するの權を有せざる可らず帝國議會は正當の組織を有するや議員の當選ハ皆有効なるや議會は正當の手續を以て議決したるや議決の際三分一以上の出席ありたるや法律案ハ實に過半数の賛成を得たるや凡そ是等の問題ハ皆裁判官の決定せざる可らざるものなり然れども裁判官をして是等の問題を決定せしめんこと其の審査の難き却て裁判の確實を欠き健訟の弊害を醸成するの憂なきカ議院の記録を調査し議長を召喚して其の證言を求むるか如きとわらは果して立法機關の獨立及び威嚴を害するの虞なきカ縱し裁判官は多少是等の問題を審査するの便宜を有すとすも臣民ハ全く此の便を有せざるカ故に法律の眞偽を判別するに由なく其の適從する所を失ふとなきカ此の弊害は裁判官の審査權を擴張せんとする論者に對し少なからざるの困難を與ふるものなる

か故に「グナイスト」が英國制度より移し來りて此の困難を回避するの便に供したる一種の説に忽にして多數の同意を得たり其の説の要に曰く議院は各其の組織議員の當選資格、議事規程、出席議員の多寡、可否の數等の疑問に對し終局の決定を下すの權を有す是等の疑問は團體の内事にして團體の確定したる所ハ裁判官も亦た之を複審することを得ずと「グナイスト」意見書「ギールケ」シユモルラー「年報第七卷等に依る」此の説は英國の制度を根據とすと雖も「イェリキック」ハ其の英國に在て全く實用なきものなることを證せり英國に於てハ法律の裁可も其の公布も皆議院に於てす故に特に議員の資格、議事規程等の問題のみを分て團體の内事とすることを得ざるなり

貴族院令第九條に曰く貴族院ハ其の議員の資格及選舉に關する争訟を判決すと之に反して選舉法第七十八條ハ當選訴訟を判決するの權を控訴院に與へ議院法第七十九條は裁判所に於て當選訴訟の裁判手續を爲る者ハ衆議院に於て審査するを得ざることを規定せり衆議院ハ管に議員の資格審査權を専有せざるのみならず其審査權は却て裁判所の裁判權に讓らざる可らず故に議院ハ専ら其の議員の資格を審査し終局の判定を下すの權を有すとの前提は我國法に存在せざるなり且貴族院令

第九條及び議院法第七十八條の判決議決ハ現に訴訟を起したるものあるとき又ハ議院内に於て異議を生したるときに限るものにして争訟なく異議なきときハ判決も無く議決も無し此の場合に對しては法律ハ(内部の規則は茲に論せず)何等の規定を有せざるなり若し夫れ議事に關するの疑問例へハ出席議員の定數に充ちたるや否の如きハ議院自から之を決すべきこと疑を容れず然れども法律は特に之を明言したる所なきか故に議院の決したる所ハ裁判官の判決と均しく確定力を有すと論するの根據を認むること能はざる所なり

抑も選舉法、議院法並に憲法中議會の議事に關するの規定ハ國家の利益の爲にする公法上の法規にして議院の意思を以て遵守し又は遵守せざることを得へき内部の規定に非ざるなり故に裁判所は元首ハ憲法第卅七條に遵據して法律を發したるや否を審査するの權を有すと主張するの論者は又た必ず議院ハ憲法第四十六條四十七條の規定に遵據して議決したるや否を審査するの權を認めざるへからず而して憲法又は法律ハ明に之を定むるに非されは議員の資格及び議院の議事を以て特別の例外となすこと能はざるなり我邦の憲法及び法律ハ是等事項に關する議院の認

定を以て裁判官の判決と均しく確定力を有するものなりとするの根據なきこと前
 取論するか如し論者にして猶ほ之を主張せんとするものあらば之と同一の論理を
 以て言ふことを得へし元首法律を公布するときは裁判官の判決と均しく其の正當
 に成立したることを確定するの効力を有するか故に裁判官は復た其の適法なるや
 否を審査することを得ずと

以上論する如く裁判官をして法律の帝國議會の協賛を経たるや否を審査せしむる
 ときハ又た帝國議會の正當に組織し正當に議決したるや否を審査するの權を與へ
 ざるヘからず是れ却て裁判の不確實を招き立法機關の獨立を害し臣民をして適從
 する所を失ひしむるものなり余輩は更に一步を進めて裁判官の審査權を議會協賛
 の有無に及ぼすは果して政治上如何なる實益あるやを講究せんとす

裁判官の法律審査權に關する論議の最も露しきは獨逸國とす蓋し獨逸に在りては
 其の始立憲の政体未だ成熟せざる爲め國民往々憲法に依て賦與せられたる自由權
 利の安危に付き常に疑懼の心を懷き殊に千八百五十年以降反動の時期に際し憲法
 の廢止新憲法の欽定等の事ありたる爲法律は益々其の信用を失ひ人心往々憲法の

保障を裁判官の獨立に求めんとするに至れり「イェリチツク」は曰く「法律命令論第三
 百九十七頁以下裁判官の判決を以て法律の憲法に違背する保障たらしめんことを
 主張するは極めて公正の意に出づるに拘はらず又た極めて實際に迂遠なることを
 免れず如何なる法律上の保障も他に鞏固なる政治上徳義上の保障ありて以て憲法
 を保護する場合に始めて其の實効を生ずることを得へし若し政治上徳義上の保
 障にして存在することなからんか法律上の保障も亦た決して其の目的を達するこ
 と無かるへし此の時に當りては社會に於ける實力の關係獨り憲法及び法律の存廢
 を決すべく而して裁判官の判決は此の國家危急の際に當り能く事局を左右するの
 力を有せざるなり故に西歐諸國に於ては曾て一たび自耳義に於て「フェルハーゲン」
 と「フイデル」との間に起りたる有名の討論裁判官は正當に成立したる法律の憲法に
 抵觸するや否を審査するの權なきことを以て判決の理由となしたる裁判數回に及
 びたるより兩學者の間に論争を生じたる場合を謂ふを除きては復た憲法保障の論
 點より此の問題を論じたものなし蓋し革命に慣れたる國民は單に徳義に委頼する
 手段の實効なきことを實驗するの地位に在りたればなり然れども依憲の狀態漸く

鞏固なるに従ひ故意に違憲の法律を公布するの危険は減して極微に達せり議會の同意を得ざるの法律—是れ違憲の法律の最も重要なものなりしを故意に審署し公布するか如きは豫想の外に在りと謂ふも決して誣言に非すと

英國に於ても裁判所に於て法律か國會の同意を得たるや否の疑問を起したるは「ヘンリー四世の治世中一件を生したることあるのみ

我邦立憲制度の成立日尙は淺しと雖も政府の法律を奉するに小心なる議會の其の權限を護るに銳意なる輿論の勢力の大に發達したる故意に違憲の法律を發するか如きは現今の日本に於て危険の最も少なきものなり若し今日に於て憂ふべきものあらば夫れ唯小心事に従ふの極事業の擴張せざるに在らんのみ苟も政府にして議會の協賛を経ずして法律を發布するか如きことあらば議會の憲法上の手段を利用して政府を責むるなるべく輿論の全力を盡して内閣を攻撃し違憲の行爲を匡正するに非されん休まざるへし此の如にして猶ほ其の効なくんば設ひ裁判官に與ふるに無限の審査權を以てするも決して憲法を保護するの目的を達すへからず何となれば法律の羈絆は能く最強の實力を拘束するの力を有せされんなり

憲法第八條は緊急命令を發するの權を定めたり緊急命令は後日帝國議會の承諾を経ると要す然れども議會之を承諾せざるも命令は廢止に依るに非されん効力を失ふことなし(第九節參照)蓋し議會の承諾の協賛と性質を異にするか故に承諾の効力により直に協賛の効力を推論すると能はずと雖も議會の意見は必ずしも直に臣民に効力を及ぼすものに非ざるとい第八條の規定を以て其の一證となすことを得へし加之緊急命令に關しては裁判官の議會の承諾の有無を審査するの權なきこと該條の法文により明なるか故に政府か裁判官の審査權を回避せんと欲する時の會議閉會の場合に緊急命令を發して以て法律と同一の目的を達するとを得へし此の場合に於ては裁判官の其の眞に緊急の必要に因るや否を問ふとを得ず(後節參照)又た議會か承諾を拒みたる後に於ても裁判官の承諾の有無を審査するの權なきか故に緊急命令は裁判官の審査權に拘はらず猶ほ將來に効力を有すへし之を要するに政府をして帝國議會の協賛に關する憲法の規定を遵守せしむるの保障の唯議會の監視と大臣責任との二者あるのみ裁判官の審査權は憲法の保障たるに足らざるなり以上論ずる如く裁判官の審査權を議會の協賛の有無に及ぼすは憲法を保護するの

利益なくして却て裁判の不確實を來たし立法機關の獨立を書し臣民をして適從する所を知らざらしむるの弊あり故に余輩は政治上の利害を顧慮して論理上の斷定を下すを憚ることを要せざるなり

第十四節 法律の實質の審査

裁判官ハ法律の規定にして憲法の條項に抵觸するものあるやと審査するの權を有するや否余輩ハ此の問題を論究するに當り先づ憲法變更の法律と憲法抵觸の法律との異同を辨せざるへからず

憲法第七十三條に曰く將來此の憲法の條項を改正するの必要あるときハ勅命を以て議案を帝國議會の議に付すへし此の場合に於て兩議院は各其の總員三分の二以上出席するに非ざれば議事を開くことを得ず出席議員三分の二以上の多數を得るに非ざれば改正の議決を爲すことを得ずと此に一事の豫じめ注意を要するものあり政府ハ其の發案權を行ふの方法是なり第七十三條は勅命を以て議案を提出すへきことを規定す然れども政府發案權の性質は國法上毫も之れか爲めに變更する

ことなし蓋し政府ハ議案を提出するは何れの場合に於ても元首の意に出でざるへからず而して勅命を以て議案を提出するは亦た必ず國務大臣の責任を以てせざるへからざるなり第七十三條は政府發案權を行ふか爲め特に慎重の形式を要するものにして憲法第卅八條の法案提出權と全く性質を異にする特別の發案權を設くる者に非ず故に政府は勅命を以て通常の法律案を議會に提出するも固より憲法の禁せざる所なり今若し勅命を以て憲法の規定に抵觸する法律案を提出し議院各議員三分二以上の列席に於て三分二以上の多數を以て議決したるときは此の法律は憲法上正當の法律なるか將た豫め憲法の文面を改正するに非ざれば此の如き法律を發すること能はざるか一例を舉げて之を説明せん憲法第六十一條は行政官廳の違法處分に由り權利を傷害せられたりとするの訴訟は司法裁判に於て受理するを得ざることを規定せり今若し此類の訴訟を司法裁判所の權限に屬せしめんとするときは必ず先づ六十一條の明文を改正するを要するか將た單に勅命を以て司法裁判所の權限に關する法律案を提出し議院各總員三分二以上の列席に於て三分二以上の多數に依り議決するを以て足れりとするか若し後説をして真ならしめば本節の

疑問は單簡に之に答ふることを得へし法律は議會に於て若干の多數を得れば其の規定憲法の條項に牴觸するものあるに拘はらず有効なり裁判官は法律か帝國議會の協賛を経たるや否を審査するの權なし故に裁判官は法律か憲法の條規に牴觸するに拘はらず其の有効なることを認めざるへからず

憲法に牴觸する法律を廢するには豫め憲法の明文と變更すると要するが將た單に憲法變更の場合に適用すべき規程三分二の多數等に依るを以て足れりとするかは學說の分るゝ所にして獨逸國法學者の多數(就中シユルツエ「ラーバンド」ツォルン「イェツキツク」は後説に同意すと雖も帝國國法の解釋としては前説を取らざるへからず憲法第四條に曰く天皇は國の元首にして統治權を總攬し此の憲法の條規に依り之れを行ふと抑も立法の統治權の作用なることを俟たず而して第四條の統治權を行ふに當りて憲法一切の規定に牴觸すへからざることを定むるものなり故に法律の憲法第七十三條の規定に依て成立するも他の條項に牴觸する所あるときは「此の憲法の條規に依り統治權を行ひたるものと稱する」とを得ざるなり憲法第四條に依るときは「憲法の規定に牴觸する法律を廢せんとせしむ」此の憲法の條規を

改正して其の牴觸する所を除かざるへからず第七十三條も亦た此の憲法の條項を改正するるときと云へり故に憲法の規定に牴觸する法律にして勅命に由り議員三分の二以上の列席に於て三分二以上の多數を以て議決したるもの皆憲法改正の法律なりと稱することを得ざるなり

之を略言すれば帝國の國法に於て憲法變更の法律と稱するを得べきものハ明治廿二年二月十一日の公布に係る憲法中の條項を變更し削除し又は新に條項を加ふるの法律にして自から憲法の一部となるものなり此の如きの法律ハ憲法第七十三條の規定に従て成立せざるへからず然れども裁判官は帝國議會の協賛の有無を審査するの權を有せざること既に論したる如くなるを以て憲法變更の法律か果して第七十三條の規定に従て成立したるや否を審査することを得ず元首の裁可を経て正式に公布したる法律にして憲法の條項を改正するものは其憲法變更の法律なることを認むるの外なく裁判官は復た其有効無効を審査すること能はざるなり

然れども裁判官が通常の法律を適用せんとするに當りてハ其の規定の憲法に牴觸するやを審査し其の牴觸を認むるときは之か適用を拒むことを得へきや否の疑問

の余輩別に之を論究せざるへからず人の知る如く北米合衆國に於てハ裁判官ハ法律の憲法に矛盾せざるやを審査し其の之に矛盾するものハ之か適用を拒むことを得と雖ども是れ畢竟合衆國特別の制度に基くものなり同國の政体ハ所謂三權分立の主義に基き立法、司法、行政の三權は皆互に對等の地位を有するものにして立法の他の二權力に對し優等の力あるものに非ず而して憲法を變更するは立法者の外別に其の機關あり(合衆國憲法第五條)故に憲法は法律の一種に非ず立法者は憲法制定者に非ず憲法變更の權を有するの機關ハ國家最高の機關にして立法、行政、司法の三機關ハ皆其の下に立て互に對等の地位を有するものなり帝國憲法ハ三權分立の主義を認むることなし立法、司法、行政の機能ハ皆元首の總攬する所なり然れども行政及司法の機能は立法の下に立たざるへからず立法者は國家最高の機關なり立法者は憲法を變更するの權力を有す憲法も亦た法律の一種に外ならざるなり

立法者か一の法律を發するハ其の憲法に抵觸せざることを確信したるの時に在るべし然れども憲法の規定は往々諸種の解釋を許すことなしと謂ふへからず此の時に當りて臣民ハ立法者と憲法の解釋を異にするの故を以て法律の遵奉を拒むこと

を得へきか裁判官ハ立法者の解釋を誤れりとするか爲法律の適用を拒むことを得へきか果して然らば最高權力の解釋ハ下班權力の解釋に譲らざるへからざるなり立法權ハ主義に於て最高の權力なるに拘はらず結果に於てハ司法權の下に立たざるへからざるなり司法權ハ立法權に對して對等若しくは優等の地位を有し國權ハ其の統一を保つこと能はざるなり(ブレンヂェリ)普通國法第三百三十九頁)立法者と雖ども固より誤なきことを保すへからざるか故に或ハ偶然の過誤に由り違憲の法律を發することなきに非ざるへしと雖ども裁判官をして此の過誤の有無を審査せしめんとせば立法者か違憲に非ざることを確信して法律を發したる場合に於ても亦た裁判官の審査を許さざるへからず然れども若し國權統一の必要を認め三權分立主義の我が憲法に根據を有せざることを認むるときは立法者か憲法に對して下したる解釋ハ司法機關をも羈束するの力を有せざるへからず立法者か憲法の規定に抵觸せざることを確信して發したる法律は裁判官も亦た其の憲法に抵觸せざると認めざるを得ざるなり而して立法者か憲法に抵觸せざると確信したるか將た偶然の過誤に由り憲法に抵觸するの法律を發したるかハ裁判官の能く判定すること

とを得べきものに非ざるか故に結局裁判官か何れの場合に於ても法律の憲法に牴觸するや否を審査するの權なきことを論斷せざるべからず

「モール」の曰く(國法、國際法及爲政學第一卷第八十四頁)形式上無効の法律は全く法の効用を有せず又た裁判官も之を適用することを得ざるべし何人も疑はざる所なり故に立法者の行爲と雖も裁判官は必ずしも其の行爲の如何を問はず總て之に服従するの義務を有するものに非ずして是等行爲の間に有効無効の別を爲すことを得べく從て裁判官は各法律の有効無効を審査するを要すること疑を容れず(中略)國家の命令は其の形式に欠くる所ある場合すら之を遵奉するを要せず況んや其の規定の違法なる場合に於てをやと然れども法律の形式に關する規定は法律と法律として識別するか爲に必要なるものなり法律にして大臣の副署なきものは之を法律として認識することを得ざるなり之に反して法律が正當の形式を以て成立するときは立法者は立法者として行働したるものと認めざるべからず而して立法者は前に論じたる如く憲法に對して確定の解釋を下すの權を有するときは裁判官も亦た此の解釋を遵奉せざるを得ざるなり

「モール」は又た曰く(同上第七十九頁)裁判所の法律を各箇の事件に適用するの任務を有す然れども裁判所の如何なる法律を適用するも可なりと云ふに非ず必ず正當の法律を適用せざるべからず故に裁判所は數多の法律に就きて必要の選擇を爲すを要し又た原告若しくは被告が引證する所の法律の結果して此の事件に適合するものなるや否を宣告するの權義を有す若し數多の法律にして互に矛盾するものあるときは(中略)裁判所の法學の原則に従ひ孰れの法律を採擇すべきやを決せざるべからず例へば普通の條規と例外の條規とに就ては例外の條規を採り新舊の兩法に就ては新法を採むか如きは是なり各訴訟事件を判決するに當り憲法の規定を適用すべきか將た此の規定に矛盾する法律を適用すべきかの問題を生じたるときは亦た毫も之に異なることなしと然れども新舊の二法に就き新法を取り普通の條規と例外の條規とに就きて例外の條規を取るか如き場合に於ては裁判官は立法者の意思を解釋し之を實行するものにして立法者の明白なる意思に反對するものに非ず之に反對して裁判官が法律を憲法違反と認めて之を適用を拒むときは是れ裁判官の憲法に對して立法者の解釋に反對する解釋を下すなり立法者の明白なる意思に反して

法律を適用せざるなり故に「モール」か二箇の場合を同視するは誤なり
 或は又た云はん憲法の解釋の如きは専ら思想の法則に従て決することを得べく決
 して立法者の意思を以て左右することを得べきものに非すと此の説も亦た誤れり
 抑も臣民の法律に服従するの義務を有す然れども臣民が服従するの義務を負ふの
 唯有効の法律のみ故に臣民も亦た専ら思想の法則に従ひ憲法の意義を解釋し其の
 解釋に矛盾する法律に對して服従を拒むことを得へし然れども臣民の解釋は常に
 裁判所の解釋に讓らざるへからず裁判所にして一定の解釋を基とし判決を下すと
 き臣民の其の思想の法則に反することを信するも復た之を如何ともすること能
 はざるなり裁判官の立法者に於けるも亦た此の如し裁判官の立法者の解釋を以て
 文法及び思想の法則に反すと認むるに拘はらず此の解釋を遵奉せざるへからず臣
 民の解釋が裁判官の解釋に讓るは法の統一を保つか爲に必要なる如く裁判官の解
 釋が立法者の解釋に讓るは國權の統一を保つか爲に必要なり
 憲法第五十七條第一項も亦た余輩の説を證するものなり其の文に曰く司法權は天
 皇の名に於て法律に依り裁判所之を行ふと本條の法律は所謂實質の法律に非ざる

こと第二項より之を推すことを得へし其の文に曰く裁判所の構成の法律を以て
 之を定むと本項の法律の所謂實質の法律に非ざること第一節に論したる所により
 明かす而して憲法が同一の條項に於て同一の語を別義に用ゐたりとするの普通の
 解釋法に反するか故に他に正當の解釋を許す間は兩項の法律を以て同義を有する
 ものと認めざるへからず

然れども第五十七條第一項に於て司法權の法律に依り之を行ふと云ふとき「裁判
 所」の慣習法をも警察命令をも一切適用するを得すとの趣意に非ざること言ひすし
 て明なり果して然らば法律に依り裁判所之を行ふとい如何なる意義を有するか余
 輩の見る所を以てすれば第五十七條第一項の裁判の獨立を保障するものなり裁判
 所の元首又は行政官廳の命令又は訓令に由て訴訟の判決を左右するを得ること
 を規定するものなり法規を各件に適用するに當りては裁判官は命令の與ふる解釋
 に束縛せられざることを規定するものなり故に法律に依り裁判所之を行ふと云ふ
 の法規を解釋するに當り裁判所は法律の與ふる解釋の外之に遵由することを得す
 との意に外ならず之を要するに命令の當に法律に對して公正解釋を與ふるとを得

さるのみならず命令に對しても亦た公正解釋の効力を有するとなくして單に命令を變更し又は之に追加するの効力を有するのみ(アムント)命令權第二百十五頁參照)町村制は法律の明文を以て直接税の解釋を内務大臣に委任せし此の解釋の裁判官を束縛す)

前項に論ずるが如く裁判官は各箇の事件を判決するに當り探證及び法律の解釋に付き命令又は訓令の爲に束縛せらるゝことなく從て後に發したる公正解釋の命令は前の命令に關しても裁判官の解釋を羈束することなし之に反して裁判官は法律に依りて司法權を行はざるへからず憲法第五十七條第一項は一方に於ては命令訓令に依りて司法權を行ふことを禁し一方に於ては法律に依りて之を行ふことを命ずるものなり法律の如何なる場合に於ても司法權の行使を羈束するの力を有す法律の與へたる公正解釋の裁判官必ず之を遵奉せざるへからざるなり而して第五十七條の法律の與へたる公正解釋の廣く司法權の準繩たるべきことを定むるか故に立法者が憲法に對して下したる解釋も亦た裁判官を羈束するの効力を有せざるへからず而して公正解釋の法律は裁判官復た其の憲法に牴觸するや否を審査することを得

ざるの自から明かなりとす何となれ此の憲法の意義を解釋するを目的とする法律の憲法の規定と牴觸するの理由なければなり
既に論じたる如く立法者か一の法律を發するときは立法者の憲法の規定に牴觸せざることを確認して之れを發したるものと認めざるへからず蓋し裁判官か一の法律を適用せんとするに當り其憲法に牴觸することを認むるときは裁判官は立法者の意思に對し二様の解釋を下すことを得へし立法者は憲法違反の法律を發するの意思を有したりとすること其の一なり立法者は憲法の條項に對し其公正解釋權に依り一定の解釋を下し此の解釋に従ひて法律を發したりとすること其の二なり而して立法者が憲法に違反するの意思を有せりとすは解釋の法則に反するか故に裁判官は必ず第二の解釋を取らざるへからず法律の一の事項を規定すると共に憲法の公正解釋を含蓄す而して法律の憲法に對して下したる公正解釋は裁判官復た其の當否を審査するの權を有せざるか故に裁判官は正當に成立したる法律の憲法に牴觸するや否を審査するの權を有せざるなり

第十五節 命令の審査

命令も法律と同じく正式の公布を要し又た勅令に在ては大臣の副署を要すること法律に關して論述したる所により明かなり余輩は又た命令を以て法律を廢止變更するを得ざるを詳論せり(憲法第九條も亦た明に之を認む)命令は憲法及び法律に對して公正の解釋を與ふるの力を有するとなし故に裁判官が命令を適用すべき事件を裁判するに當てり其の果して憲法及び法律に抵觸する所なきや否を審査せざるへからず之を無言すれり裁判官は命令の形式實體兩ながら之を審査するの權を有す然れども裁判官の判決は單に命令の一事に適用すへからざることを定むるものにして全く之を廢止するものに非ず又た命令を發するの必要ありたるや否の専ら行政機關の決すへき政治問題にして裁判官の判決すへき所に非ざること言を俟たざるなり

命令中裁判官の審査權に關して特に講究を要するものあり緊急命令是なり緊急命令の勅令なるか故に必ず大臣の副署を要すること言を俟たず然れども帝國憲法の

緊急命令に付て特に内閣大臣總員の副署を以て發すべきことを規定せざるか故に大臣の副署は通常勅令の場合と異なることなきものと認めざるへからず既に論したる如く憲法上命令を以て規定するを得ざる事項に關する法律は法律の名稱を以て公布するに非されは違由の効力を有せず而して緊急命令は此の原則の例外を爲すものなり故に緊急命令は必ず其の憲法第八條に依り發したるものなることを明示せざるへからず緊急命令にして此の要件を充たさざるもの違由の効力を有せざるなり

緊急命令を發したるは果して實際緊急の必要に因りたるや否は全く政治上の問題にして爲政の局に當るもの獨能く之を決するを得べく臣民及び裁判官は其の政治上の意見に依て命令の効力を判定することを得ざるなり若し裁判官をして此の疑問を決せしめんとせば是れ即ち裁判官をして政治家たらしむるなり政治上の意見をして法規に代らしむるなり法の確實を求めんと欲して却て其の不確實を來たすなり故に裁判官に緊急の必要の有無を審査するの權なきことは學者概ね皆之を認めざるなし(例へば「ブランク」法理年報第九卷第三百六十二頁裁判官が緊急命令を發

布するに必要なる條件の有無を審査するを得るは唯其の發布の議會閉會中に在りたるや否の一點のみ

緊急命令は總て法律に代はるの効力を有す故に憲法第五十七條第一項の法律も緊急命令は亦た之に代はることを得ざるへからず之を詳言すれば緊急命令の憲法法律に對して下したる解釋は裁判官を羈束するの効力を有す故に法律の實質の審査權に關して論述したる所は亦た之を緊急命令に適用することを得べきなり
之を概言すれば裁判官は緊急命令か大臣の副署を有するや憲法第八條に依りたることを明示するや及び其の發布の時は議會閉會中なりしやを審査することを得へしと雖とも其の實に緊急の必要に因りたるや又た其の規定は憲法に抵觸する所なきやは裁判官之を審査することを得ざるなり

第五章 豫算

第十六節 豫算の性質

政治上の意見と國法上の法理とを混淆するの虞最も多きものを豫算論とす政府の權力の濫用を恐るゝこと甚しき者は及ぶ丈議會の豫算議定權を擴張して以て政府の行動の自由を束縛せんことを欲し議會の權限の濫用を憂ふると大なる者は可成丈け議會の豫算議定權を限縮して以て政府の活動の自由を保たんと欲す是に於てか二箇の極端なる豫算論を生ず而して二者共に誤なり蓋し帝國議會の議員は皆愛國の人ならん國務大臣は悉く忠誠の士ならん議員の愛國心にして頼むべくんは大臣の愛國心何か故に頼むに足らざるか大臣の忠誠にして信すべくんは議員の忠誠何か故に信することを得ざるか大臣は缺點なきの人に非ず議員も亦た感情を有せざるの人に非ず大臣の過失にして恐るべくんは議員の過失何か故に恐るゝに足らざるか議員の感情にして危むべくんは大臣の感情何か故に危むを要せざるか議會の公徳を信して獨り政府の公徳を信せざるは非なり議會の權限の濫用を恐れて獨

り政府の権力の濫用を恐れざるも亦た非なり帝國憲法の豫算に關する法規を定むるに當り政府及び議會に對して均しく権力の濫用を防ぎ又一定の範圍内に於ては均しく政府及び議會の徳義に信任す是我邦の豫算法の歐洲諸國憲法と大に趣を異にする所にして而して亦た其の諸國の豫算法に卓越する所なり

歐洲大陸諸國の憲法の概ね皆直接又は間接に其の模範を英國の制度に取りたるものに非ざるなし諸國は英國の如く次を逐ひ漸を以て中古の國家より徐に近代の國家に變遷せるものに非ずして其の間一たひ君主の實權を以て中古の族制を掃蕩し強大なる警察國を建設せり其の後歴史上諸種の原因に由りて自由の思想再び大に勃興し終に爲政參政の權を強奪又ハ享受して更に立憲制度を建設するに當りてハ或は全く歴史上の遺傳を拋棄し架空の理論に基きて新に國家の制度を設けたるものあり或は族制の殘片を拾聚し立憲の新主義を以て之を補綴したるものあり其の始佛人及び白耳義人か一ハ舊來の秩序を破壊し一ハ獨立の希望を達して共に新に國家の秩序を制定せんとするに當りてハ「ブラウシュトーン」「テロルム」「モンテスキュー」等の著述に由りて文明世界の共產となりたる英國の立憲主義の時を濟ふの最好

方便となれり然れども佛、白兩國の政治家か所謂立憲主義を採用したるは唯其の自己の目的を達するに便なるか爲に過ぎざるか故に其の果して英國の制度に適合するや否ハ深く問ふ所に非ず是等政治家の希望する所は人民に不滅の自由を還與し社會の各層に參政の權利を保障するの捷徑を求むるに在り而して國務大臣の進退及び行政の針路を以て民選議院の多數の向背に繫らしむるは捷徑中の最捷なるものなり此の目的を達するか爲最も單簡なる方便ハ議會に於て毎年一切の歳入歳出を許諾し又は拒否するの制度を設くるに在り事簡にして理卑近極めて俗耳に入り易し是に於てか毎年議會に於て歳入歳出を承諾するの說ハ殆んど抵抗すへからざるの力を以て一般の思想を支配するに至れり「ゲナイスト」豫算及び法律第十六頁立憲制度の獨逸に起るや英國の制度は復た間接に之か模範となれり然れども其の豫算法の獨逸諸邦の憲法に移るに當りて或は往時の租稅承諾權の紀念と結合し或は憲法制定の當時に於ける社會の情態の影響を受けたる爲諸邦憲法の間に少なからざるの差異を生せり豫算の法規に關し獨逸諸邦の憲法の分れて三種類を成すこと人の從來全く知らざりし所に非ずと雖ども「ザイテル」の諸著述に由りて愈々明なる

とを得たり第一種の憲法の概ね當世紀の始に制定せられたるものにして往時の族制と頗る類似する所あり蓋し往古の國家と近代の國家との間性質上霄壤の差ある固より前者の思想を取て直に之を後者に適用すべきに非すと雖も歴史上の紀念の亦た少なかりざるの影響を與へたること疑を容れず此の種の憲法に在ては議會の豫算議定權の頗る往時の租稅承諾權に近きものあり「バイエルン」及び「ウエルテムベルヒ」の憲法の其較しきものなり兩國の憲法に依れり一切の租稅(又は某種の租稅)の議會の同意なくして賦課徵收することを得ず而して豫算は必要なる費用及び他の財源より收入するを得べき金額を見積りて以て租稅賦課の必要なることを證明するものに外ならざるなり「バイエルン」憲法第七章第三條第四條及び「ウエルテムベルヒ」憲法第九條第十條第二種の獨逸憲法の「ウエルテムベルヒ」憲法及び獨逸帝國憲法其の最も重要なるものなり「ウエルテムベルヒ」憲法は人の知る如く一切の租稅の法律を以て確定するの法を取れり之に反して豫算法に關しては南獨の諸國に倣はすして主として自耳義の憲法に則り豫算を以て毎年議定すべき法律とせり是に於ては議會は豫算を以て随意に既定の法律を停止變更するを得べく而して豫算の成立に至らざる

るときは政府は一金半錢を支出收入すると能はざるやの疑を生し終に「マルチッツ」をして毎年の歳計豫算の法律上の歳入を變して年金となし及び法律上の制度をして壹年間の預約に繋らしむるの力を有せずと絶叫せしむるに至れり今日に在ては「フツカー」「グナイスト」「ラーバンド」等の著述に由て豫算の通常法律と性質を異にするに非ず之を要するに獨逸に於て豫算問題に關する激烈の論議を生したるは君主主義を以て國体の基礎となすに拘らず主權在民の主義に基ける自耳義憲法の規定を其憲法に收用したるか爲に前後相容れ難きの矛盾を生したるに由れり日本の世界萬國の中に於て最も早く國權統一の主義を認めたるものなり租稅徵收の如きも國權の發動にして政府と人民との約束に基くものに非ざることを既に數百千年以來確定する所の原則なり帝國憲法は徵稅權の濫用を防ぐか爲租稅の賦課に對して帝國議會の協贊權を認めたり然れども此の協贊權の毎年租稅を承諾し又承諾せざるの謂に非ずして唯立法に參與するに在り法律を以て定めたる歳入の永續の性質を有すること全く「ウエルテムベルヒ」の憲法と同し之に反して豫算は全く之を法律より分離し