

解散に關して問題となるは先づ議會閉會中解散を行ひ得るや否や是なり。閉會中は議院存在せずとする學者の一派は論して曰く憲法に衆議院の解散とあるか故に議院の存在中即ち議會開會中に非れば解散を行ふことを得ずと。然し既に述し如く現行法は閉會中と雖も議院の存在を認るものとすれば此説は其論據を失ふへし。假りに議院存在せずとするも議員は任期中は依然存続するものなるを以て解散を行ふも差支なし何者解散は議員の職を免するものなればなり。或學者は亦た閉會中解散をなし得へしと雖も免に角一旦召集し議會の形勢定りたる後に非れば不可なりと論すれとも此論據は誠に淺薄なり同しく閉會中ならんには召集前と召集後と區別すへき理由なきのみならず此論も解散の性質即ち議員の職を免するものなりとの點に注意せざるものなり。

右の問題と相似て更に一步を進めたるは衆議院を解散し新に議員を選擧し而して未だ開會に至らざる前に當り更に解散を行ひ得へきや否やの問題なり。之に關しても前問題の場合に述べると同種の説あり且外國に於ては多く解散は政府と議會と衝突の結果政府は是非曲直を輿論に訴るか爲に解散を行ひ而して重て

開會せる議會か尙ほ政府に反對し輿論は政府を非とするものと定るときは政府の當局者は責を引て退さるへからすと考るか故に解散後に於ては免に角一旦開會して輿論の趨勢を見定る必要あり。故に外國學者は多く解散後再び開會せざる前に當り更に解散を行ふへからすと論す。然れとも右の論は國民主權の國柄に於て云ふへきものにして我國の如きに在ては輿論の趨勢如何の如きは政治論としては云ひ得へきも法學上の觀察としては何等の意味なきことに屬す。議會は畢竟天皇の一機關にすぎず解散は機關を組織する分子たる議員の不適任なるものを免し更に適當なる組織に改善するの手續なり。故に解散後選舉を了り議員改ると雖も尙ほ國家は之を不適任と考る場合には開會前に於て更に議員の職を免するは理論上差支なきことに屬す。

第四項 帝國議會の職權

前に議會の性質を述る所に於て議會は一言にして云へは協贊機關なりと論せり。所謂協贊とは廣く國家の行爲に協賛同するの意にして狹義の協贊即ち立法歳出入のみに對する協賛及び承諾をも包含す。何者承諾も亦た國家の行爲に協賛

賛同するに外ならされはなり。此の如く二者其性質は異らされとも之を行ふ方法を異にするの點は亦た注意を要す。(一)協賛は事前に要する手續にして承諾は事後に要する手續なり此結果として協賛なければ其事始より成立せず然るに承諾の場合には既に成立せる事に就て協賛するにすぎず。二)一は事前なるか故に或場合には議案を修正して協賛することを得然るに一は事後にして修正の働なし。(三)協賛の場合には議院自ら議案を提出するを妨げず然るに承諾の場合には必ず政府の提出を待つ。

以上は唯だ大體の説明なり進て議會の職權を列叙せざるへからず。

一、法律案の議決 法律案は政府又は各院之を提出し議會之を其儘又は修正して可決す但し可決すと雖直に法律となるに非ざるは論なし。

二、憲法改正案の議決 是に關しては第一編に於て説述せり。

三、歳出入に對する議決 政府は歳出入に對する協賛を求るか爲に毎年豫算を議會に提出す之に關して問題となるへきは議會協賛の目的物は歳出入夫自身なるか又は豫算なるかの點なり。或は曰く議會は豫算に協賛するなり歳出入に對し

ては豫算の協賛により間接に之に干渉することゝなるのみと。或は曰く豫算は唯だ歳出入に關する見積表に過ぎず畢竟歳出入に協賛する手段に供せらるゝに過ぎず故に協賛の目的物は歳出入夫自身にして豫算に非すと云ふへしと。憲法第六十四條の規定は後説に傾きたる規定なり即ち國家の歳出入は毎年豫算を以て豫算の手段により議會の協賛を經へしと。

此點は豫算は法律なりや否やの問題に關して一の重要な論據となる。尙ほ後に詳論する所あるへし。

四、緊急勅令に對する事後承諾 此場合は緊急の必要により議會閉會中に發せられたる法律に代る勅令に對し決議を行ふなり承諾の効果として勅令か法律に變すと見るへからず、何者議會は法律の制定者に非ざればなり。

五、財政上の必要處分に對する事後承諾 憲法第七十條により公共の安全保持の爲緊急の需用あるときに於て議會召集を行ふ能はざる事情あるか爲に勅令により財政上の必要處分をなしたる場合に次の議會に於て其勅令に對して承諾を與ふるを云ふ。

六、豫算超過又は豫算外支出に對する事後承諾。此種の支出に關しては第六十九條により豫備費を設くべきものとす。而して實際支出したる場合には事後に於て承諾を求むべしとす。

七、國債及豫算に定めざる國庫負擔となるべき契約に對する協賛(憲法第六十二條第三項)。

八、歳出入決算及び検査院検査報告の受理(憲法第七十二條會計法第十六條)此場合は單に政府に提出の義務を負はしめたるのみ議會か之に對して如何なる處置をなすべきやに就ては別に規定なし故に議會か之を承認せざるも直接には何の影響なし唯だ各院に於て上奏の道あるのみ。

九、毎年度大藏省證券發行最高額の決定(會計法第九條)。

十、誹毀侮辱を受たるとき(起訴)議會及議員の保護に關する罰則。

此外皇室費か將來贈額を要する場合には議會の協賛を経ざるべからず。

以上議會全體としての説明を了れり以下進て各院の説明をなさるべからず。

第五節 貴族院

第一項 貴族院の組織

貴族院は左の議員を以て組織す。

甲、法規により就職する者。此種の者は更に分て

(イ) 常然就職する者。成年の皇族及び廿五歳以上の公侯爵是なり。

(ロ) 同爵者の互撰により就職する者。廿五歳以上の伯子男爵是なり此種の者は伯子男爵總數の五分の一を超ゆべからず七年を以て其任期とす。

乙、勅任により就職する者。此種も更に分て

(イ) 直接に勅任せらるる者。即ち國家に勳勞あり學識ある三十歳以上の男子にして勅任せられし者は是なり終身を以て任期とす。

(ロ) 同資格者の互撰を経て勅任せらるる者。即ち各府縣に於て土地又は商工業に付多額の直接國税を納る三十歳以上の男子にして十五人より一人を互撰し勅任せられ七年を任期とす。

以上乙種の議員は有爵議員の數を超過することを得ず。

右の組織は立法論として大に不完全なる點を發見すと雖も此處に述る邊なし。

次に右各種議員の資格が重複したる場合及び是等議員の資格が衆議院議員の資格と重複したる場合に關する規定完全ならず先づ皇族公侯爵に關しては論なしと雖も例へば伯子男爵議員と直接勅任議員と多額納税議員と三者の間に重複を來せしときは如何蓋し大體より云へば直接勅任議員は特に天皇の撰抜によるものなるか故に重複の場合には此種議員の資格をとるべしと云ひ得れども有爵議員と多額納税議員との資格の衝突は如何にすべきやの問題は解決せられず。次に衆議院議員の資格との衝突は選舉法により華族の戸主は衆議院議員の選舉權被選舉權を有せざるか故に此點は明なれども多額納税議員と衆議院議員との資格の衝突は解決せられず但し是等の詳細は爰に述べる遑なし。

第二項 貴族院の成立及停會

貴族院は衆議院と同じく議長副議長及各部の定まるにより成立す。此點は前に述べるを以て重複して述へず。次に停會に關しては二種の説あり。

第一説は議會の停會も貴族院の停會も同一の意義に解せざるべからず即ち總て議事の一時停止に過ぎすと云ふ然し余は以爲く議會の停會と貴族院の停會とは

大に異なる。(一)衆議院解散せられ議會は終了せり然るに貴族院のみは一時の停止と見るは理論上不可なり。(二)若し一時停止なれば開會と共に前の議事を繼續すべき筈なるに議院法第三十四條によれば貴族院停會の場合は明に議事の繼續せざることを規定す故に一時停止に非ず。(三)若し議會の停會と同一なれば十五日以内に限らざるべからず然るに此場合は衆議院が新に組織せられ開會せらるゝ迄停會せざるべからず故に議會の停會と異なる。(四)議會の停會は特に天皇の命令に基く然るに貴族院の停會は法により當然解散に伴ふ結果たり。

第三項 貴族院の職務

一議決 議決に二種あり(一)は議會の一部局としての議決にして(二)は貴族院令により特に貴族院の職務として規定せらるゝ議決是なり。

(一)の場合に於て可決は他院の可決と相合して議會全體の協賛を生ず。若し修正して可決するときは他院の同意なければ結局兩院の手續によることとなるべし若し又た否決したる場合には議會の協賛は生ぜざるなり。

(二)の場合に凡そ二種あり(甲)天皇の諮詢に應へ華族の特權に關する條規の議決を

なすこと(乙)貴族院令改正の議決をなすこと是なり。

二、法律案提出 法律案提出は政府及各院に於て之をなす此場合は貴族院より衆議院に向て提出するなり。提出權に對する一の制限は憲法第卅九條に規定す。

曰く兩議院の一に於て否決したる案は同會期中再び提出することを得すと。

三、上奏 上奏は各院別々に天皇に對して行ふ上奏に種々あり或は儀式的のものあり或は政府に對する彈劾的のものあり、又は議院の意見希望を陳るものもあるへし。天皇は之を受理すへしと雖之を採納すると否とは天皇の意思に在て存す。

四、建議 建議は各院か政府に對して行ふ所たり建議すべき事項に關しては法定の制限なしと雖其性質上自ら將來の希望に限ることとなるへし之を採納すると否とは政府の意に在て存す。建議權に對する一の制限は憲法第四十條未文是なり。曰く採納を得ざるものは同會期中再び建議することを得すと。

五、請願書受理 各院は臣民より呈出する請願書を審査し採擇すへしと決するときは意見書を附して政府に之を送付し事宜に依りては報告を求むることを得請願書にして受理すへからざる場合は議院法第六十條乃至七十條に規定す。

六、協議 一院の修正に對し他院か同意せざるときは兩院協議の手續による。

七、議員の懲罰 議員に懲罰事犯あるときは懲罰委員之を審査し議院之を議決して處分す懲罰の種類は譴責、謝辭、出席停止、及除名是なり。

八、議員請暇の許可 請暇の許可は衆議院と同一の職權に屬す。但し辭職に關しては衆議院は之を許可すれども貴族院に於ては勅裁を請はざるへからず。

九、判決貴族院は衆議院と異り議員の資格及撰舉に關する争訟を判決す。

十、内部規則の制定 各院は憲法及議院法に掲ぐるもの外内部整理に必要な規則を制定することを得例へは議事規則事務局職務規定の如き是なりとす。

十一、報告及文書の請求 議院法第七十四條によれば各議院は審査の爲必要なる報告又は文書を政府に請求するを得之に對して政府は秘密に涉るものを除く外其求に應ずへしとす。

十二、警察 開會中各院は其紀律を保持せんか爲内部の警察を行ふことを得之を施行するは議長なり。或は曰く警察を行ふは院の職權に非ずして議長の職權なりと。然し前に擧げたる懲罰等の如く警察を以て院の職權とし議長をして之を

行はしむるものとするか適當なるに似たり。警察とは例へは警戒、制止、發言、取消の命令、發言の禁止、退場の命令、會議の中止及び閉止并に傍聽人に對する必要の處分是なり。

十三、議員逮捕の許諾 憲法五十三條によれば議員は現行犯罪又は内亂外患に關する罪を除く外會期中其院の許諾なくして逮捕せらるゝことなしとす。本條に於て逮捕と稱するは議員身軀の自由を拘束する場合なるか故に之に關せざるべしと例へは犯罪に關する公訴の提起又は單純なる審問の如きは必しも許諾を要するものに非るべし。之に關して問題となるは會期前に議員を逮捕したる場合には開會に至り一ひ之を放免せざるべからざるや否やにあり。文字の上より解すれば逮捕か會期中に起らされは許諾を要せざるに似たり。然れとも法の精神より論ずれば本條は議員をして能く其職務を盡さしむるの必要より其身軀の自由を保護するの規定に外ならず。故に議員の資格欠乏せざる以上は許諾なくして其自由を拘束せられざるものと見るべきに似たり。蓋し極端を想像するときには行政府は議會開會前に口實を設て議員を逮捕し其職務施行を妨ぐることをなすべきを

保せず。畢竟法の精神よりすれば此の如き場合も同しく許諾を要すとなすか穩當ならんか。

次に許諾と稱するは默認と混すべからず。此場合は必ず積極的に許諾の意を示すを要す。

第三節 衆議院

第一項 衆議院の組織其成立及其終了

衆議院は選舉による議員を以て組織す。選舉權は選舉法第八條により年齢住所及納税額に關し一定の資格を備ふる者のみ之を有す。被選舉權は三十歳以上の帝國臣民たる男子は總て之を有す。但し特種の者にして選舉權被選舉權を有せざるは同法第十一條乃至第十七條に之を規定す。次に選舉の方法は單記無記名の制度による。即ち選舉人は投票を行ふに當り被選人一名を記し自己氏名は記載するを得ざるの制度是なり。

衆議院の成立は貴族院の場合と同一なるか故に之を述べず其終了は議會閉會及解散是なり。之に關しては議會の節に述たるか故に爰に省畧す。

第二項 衆議院の職務

衆議院の職務は貴族院の職務と大體相同し。故に之に關する説明も大體爰に移し來るとを得へし。然し各院相異なる點も亦た無きに非ず。今衆議院の職務を列叙するときは(一)議決(二)法律案提出(三)上奏(四)建議(五)請願書の受理(六)協議(七)議員の懲罰(八)議員の辭職及請暇の許可(九)議員資格の査定(十)内部規則の制定(十一)報告及文書の請求(十二)警察(十三)議員逮捕の許諾是なり。

此内に於て貴族院のみに特別なるは前に説明せり。兩院相似の職權も再び之を説明するを要せず。唯た衆議院のみに特別なるは議員辭職の許可及び議員資格の査定是なり。前者は既に明なり後者は議院法第七十八條及第七十九條によれば院内に於て議員の資格に關し異議を生ずるときは之を審査し決議す。但し裁判所に於て當選訴訟の手續をなしたるものは衆議院に於て同一事件を審査するを得すとす。

以上衆議院の説明を終れり。次に更に進て兩院の議權か各種の案に關して如何なる程度まで及ぶ力を一言せんと欲す。

先づ法律案に關しては兩院共に絶對に可決否決若くは修正をなすことを得へし。豫算案に關しては衆議院に先議の權あれども兩院共に絶對に可決若くは否決をなし得へし。唯た修正は一定の限界内に於てのみ之を行ふことを得即ち憲法第六十七條により憲法上の大權に基ける既定の歳出及び法律の結果に由り又は法律上政府の義務に屬する歳出は政府の同意なければ廢除削減を行ふ行はざるの制限ありとす。次に法律案豫算案以外の場合は絶對に可決の議定をなすの外修正をなすことなし例へば議員の懲罰議員逮捕の許諾緊急勅令財政上の緊急處分及び豫算超過并に豫算外支出の事後承諾國債及豫算外國庫負擔となるべき契約に對する議決其他請願書受理の如き皆可否を決するに止り修正をなすものに非ず。唯た特に貴族令に規定する貴族院令の改正及華族の特權に關する條規の議決は亦修正を爲し得べきものとす。

兩院の議權に關して問題となるは

(一)政府提出の案に對し甲院か修正を行ひ乙院に移したる場合は乙院は修正案を議するか又は原案を議するるかは一疑問なり。或は曰く修正案を議するなり何

者憲法は各院に完全なる提案權を認むるか故に甲院が修正して提出したるものは乙院は之を議案とせざるべからざるや明なればなり此點は議院法第十二章第五十四條及第五十五條によるも亦た明白なりと。然るに他の論者は曰く原案を議するなり修正案は只た參考に供するに止る何者兩院の議權は平等にして政府が先づ甲院に提出するは手續上の便宜になすべきか爲に乙院の議權が制限せられ原案を議する能はざるべしなるは甚不當なりと。

兩院各一理ありて其一方にのみ傾く能はざるに似たり。且つ立法論としても單に一方のみを議するとせば完全なる議決をなす能はざる恐あるのみならず兩院相互間若くは院と政府との間に於ける意見の調和を計るの道を缺くの患あり。元來原案と云ひ修正案と云ひ同一事項に關する立案に外ならざるか故に併せて之を議するは理論上差支なきのみならず實際上甚便宜なること論を待たず。故に此場合には一議題の下は兩案を對して議するものと見るか穩當なるべきか。(二)の問題は豫算案に關す。即ち各院は豫算に對して廢除削減をなし得るのみにして豫算の款項又は金額を増加することを得ざるや否や是なり。

甲説によれば議院の豫算議定權に關し憲法は此點に於て何等の制限を規定せざるか故に削除と共に増加をもなし得るものと見ざるべからず其一を認めて他を認めざるの道理なしと論す。乙説は之に反對して曰く憲法に於て増加の議決を禁ずるの明文なしと雖其精神より解すれば之をなし得すと云はざるべからず先づ(一)議會は政府の財政を監督するの地位に立つものにして自ら財政の局に當るに非ず故に其適當なる職權は収支の濫冗を淘汰するに在り自ら収支を新設増設すべきものに非ず(二)政務に必要な收支は其局に當るものか最も能く知るを得べきか故に當局者に非る議會が當局者の適當と認むる外に増加をなし得るとするは不道理なり或は議會の議員は政府よりも能く民情に通すと云ふものあれば是れ其一を知て二を知らざるものにして大體より論して右の看察は誤なし(三)若し増加を許すときは議員が各自己に關係ある一部の私益の爲に事を計らんとするの恐なきに非ず是等の點よりして豫算増加の職權を認るは不都合なりと。余は後説を贊する者なり。

(三)の問題は貴族院は衆議院の廢除削減したる豫算の款項を復活し得るや否やの

點なり。甲説は曰く豫算は衆議院之を先議し修正して貴族院に送附し貴族院は修正案に基きて議すべきものなり然るに貴族院が款項を復活し得るとせば恰も新に款項を設けると同一にして此の如き職權なきや明なりと。乙説は曰く衆議院が先議するは唯た便宜上の手續に外ならず之が爲に貴族院の議權が制限を受くべきに非ず故に原案により款項を復活するも款項を新設するものと云ふべからずと。

前に述べし如く議院は原案又は修正案の一方にのみ傾く能はさるか故に甲説の如く修正案のみにより議するとするは穩當ならず。結局原案により款項を復活するも其職權を超越したりと云ふ能はさるべきなり。(四)の問題は皇室費の増加を要する場合には議院は其増加額のみ就て議すべきものなるや將た全額を議題となすべきものなりやの點なり。憲法第六十六條によれば皇室費は將來増額を要する場合の外帝國議會の協賛を要せずとす。故に現在の定額は全く議會の容喩すべき處に非ず。畢竟増加額のみ就て議すべきこととなるべし。

尙ほ次にたとへ其増加額は年年繼續するも議會は初年度に於て之を議するに止まるべきか又は繼續する間は年々之を議すべきや否やの問題なきに非ず。蓋し豫算は一年度を限りとなすか故に之によりて定むる皇室費の増加額も豫め繼續すべきものとして協賛するに非ざる以上は他の經費と同じく年々議定すべきものなるべし。

以上兩院の議權に亘れる重なる問題を説明せり。之と共に貴族院衆議院各別の説明を了り次に兩院協議の場合に移らんとす。

第四節 兩院協議

既に述べたる如く各院は議會の一部局たると共に獨立の合議體を形成す。故に兩院の議にして相合さる議會協賛の結果を生ずる能はず。爰に於てか兩院協議の必要を生ず。兩院協議の手續を述ふるには廣く兩院の關係より説き起さんと欲す先づ議決を分て可決否決修正の三となす。

一可決 政府提出の案を甲院可決すれば之を乙院に移す。乙院之に同意すれば甲院に通知すると同時に奏上す。次に甲院提出の案を乙院可決するとき亦同し。

二、否決 政府提出の案を甲院否決すれば奏上す。甲院可決するも乙院否決するときは奏上すると同時に甲院に通知す。次に甲院提出案を乙院否決すれば唯だ甲院に通知するのみ。

三、修正 修正提出案を甲院修正若くは可決すれば乙院に移す。乙院之に同意し又は否決すれば奏上と同時に甲院に通知す。然るに若し乙院に於て更に修正を施したるときは之を甲院に回付す。甲院之に同意すれば奏上と同時に乙院に通知す。若し同意せざれば兩院協議會の手續による。次に甲院提出の案を乙書修正すれば甲院に回附し甲院同意すれば同しく上奏通知をなす。若し同意せざれば同しく兩院協議會の手續による。

兩院協議會は各院より十人以下同数の委員を選みて會同せしむるものなり。是等委員の協議案成立したるときは先づ政府より議案を受取り又は議案を提出したる院に於て之を議し次に他の院に移す。各院は此案に對して可否を決するのみ。更に修正をなすこと能はざるものとす。

第五節 議員

第一項 議員の就職召集及解職

議員の就職に關しては前に貴族院及び衆議院の組織を述ぶるときに大體の説明をなしたるか故に之を畧す。

召集は天皇大權の行動にして議員を集會せしむるの手續なり。憲法に議會を召集すとあれども嚴密に各議員を召集するなり。召集は毎年少くとも一回は之を行はざるべからず。召集すべき場所及び時日は必しも一定せず。

次に解職の場合には左の如し。

- 一、任期満了 貴族院議員に在ては伯子男爵議員及び多額納税議員のみ此原因により解職す。衆議院議員は總て然り。
- 二、除名 貴族院議員の除名は勅裁によらざるべからず。衆議院議員は然らず。
- 三、辭職 貴族院議員に在ては伯子男爵議員及廣義の勅任議員のみ此原因により解職す。而して辭職は勅許あるを必要とす。衆議院議員は總て其院の許可により辭職するを得。
- 四、死亡

五 任官任職即ち或る官職に任ぜらるゝときは議員の職を失ふ。貴族院議員に在ては伯子男爵議員及び多額納税議員のみ此原因により解職す。衆議院議員は總て然り。

六 資格喪失 身分能力財産等の關係より議員の資格欠乏せる場合に解職す。貴族院に於ては皇族公侯伯子男爵及び多額納税議員に關してのみ此場合を生し衆議院に於ては總ての議員に關して此場合を生す。

右の外衆議員は解散の原因によりて解職する場合ありとす。

第二項 議員職務執行の形式

各議員は職務を行ふに左の形式による。

一 發言及表決 發言とは議事に關する一切の言論を言ひ表決とは決議の數に加はるを云ふ。

二 發議 議案其他の發議をなすを云ふ。

三 質問 各員は議長を経て政府に質問することを得。質問に對して國務大臣は答辯を爲さるときは其理由を示さるゝへからず。但し答辯は書面を以てする

も口頭なるも可なりとす。尙ほ議院法第五十條によれば國務大臣の答辯を得又は得ざるときは質問の事件に付建議の動議を爲すことを得とす。

四 撰擧 各種の役員の撰擧にして例へば議長副議長部長委員長の選舉是なりとす。貴族院に於ては衆議院に比すれば選舉事務少しとす。

議員の義務は今特に之を説明するの要なし。唯だ議院法第十七章に院の紀律及び警察を規定する處に於て議員は大體議院法若くは議事規則に違ひ其他議場の秩序を紊る能はざるは勿論皇室に對し不敬の言語論説を爲すを得ず又た無禮の語を用ゐる及び他人の身上に涉り言論することを得ず等の規定あり。

此項に於て主として述べべきは議員の權利に關するとなりとす。

一 發言表決の自由權 憲法第五十二條に曰く議員は議院に於て發言したる意見及表決に付院外に於て責を負ふことなし但し議員自ら其言論を演説刊行筆記又は其他の方法を以て公布したるときは一般法律により處分せらるゝへしと。此權利は議員の職務を保護するか爲に與へたるものにして職務以外即ち一箇人の資格に於て其意思を一般に表示する場合は素より之を保護するの限りに非ず。一

般法律の支配を受くべしとす。

此自由權は全く無制限のものに非ず。即ち前述の如く皇室に對する不敬の言論他人の身上に涉る言論及び無禮の言語をなすを得ざるの制限あり。

憲法第五十二條に關する問題は(一)憲法に所謂發言したる意見とは口頭に限るか又は書面を用ゆる場合も之を含むか蓋し口頭と書面とは理論上之を區別すべき根據なきのみならず亦た實際上區別の必要もなし。故に發言と云ふは廣く意思發表の意に解し書面の場合も之を包含せしむること此權利を與へたる主意に適合すべし(二)或學者は意見と云ふ中に事實の陳述をも包含するや否やを疑問とす然し意見と事實の陳述とは多くの場合に於て相伴て分つべからざるのみならず之を區別すべき理論上の必要なし。故に意見と云ふは廣く職務上の言論として解すべきなり。最後の問題としては(三)一方に於て特別の身分を有する議員例へは官吏か議員を兼ねる如き場合に於ても完全に此權利を有するや否や言を換ふれば院内に於ける言論表決に就て上官の爲に懲戒處分を受くることなきや否や蓋し此場合に在ては一方に於ける議員の權利と他方に於ける官吏の義務と抵觸

するか如くに見えるなり。然れども余は以爲く議員として其職を行ふ場合と官吏として其職を行ふ場合とは全く區別して看察すべきものなるか故に二者の間に抵觸の虞なし。故に一方に於て官吏たる者も議員としては他のものと同じく完全に權利を行ひ得ざるべからず。此種の權利は實に議員の職務執行に必要なものなりとす。

二、會期中一定の罪を除く外院の許諾なくして逮捕せらるることなき權。之に關しては前に院の職權として逮捕の許諾を説明する場合にや述べたり。故に詳細の説明は之を略す。畢竟此權利は第一の權利と其目的を同ふし議員をして十分に職務を盡さしめんとするの主意に外ならず。唯だ第一は言論の自由に關し第二は身軀の自由に關するの差あるのみ。此點に關して一言すべきは議院は許諾を與ふるに何の標準に由るべきやの疑問なり。蓋し議院に於て犯罪夫自身の有無を審査する能はざるや明なり。爰に於て或は曰く犯罪に對する嫌疑に正當の理由ありや否や并に政府は議院の獨立に干涉するの目的を有するや否やを審査すと。或は曰く嫌疑に正當の理由ありや

否やは審査の限りに非ず、唯た政府が議會に干渉するの目的より逮捕を行ふものなりや否やを審査するのみと。然し此場合に於ては政府干渉の有無は之を問ふを用ゐず、唯た其嫌疑に十分の理由ありや否やを審査するか必要にして且つ之を以て十分なりと考ふ。

三、歳費其他の手当を受くるの權。先づ歳費は官吏にして議員たる者及び貴族院に於ける皇族公侯爵議員は之を受くることを得ず。召集に應せざる議員も亦た然り、歳費は之を辭することを得。

四、起訴の權。明治廿二年十一月法律廿八號議員保護律によれば、議員は職務執行に關し、誹毀侮辱妨害、暴行脅迫をなしたる者に對して訴を起すことを得とす。亦た議院法によれば、議員は議院又は委員會に於て誹毀侮辱を被りたるときは議院に訴て處分を求むるを得とす。

以上を以て議員權利の大要を述べ了れり。之と同時に本章を終らんとす。

第六章 國務大臣

憲法第五十五條に曰く、國務各大臣は天皇を輔弼し其責に任ず、凡て法律勅令其他國務に關する詔勅は國務大臣の副署を要すと。先國務大臣國法上の地位を論せんと欲す。

甲説は曰く、國務大臣とは最高の行政官廳を云ふと。此説は現行行政法上の方面より國務大臣を看察したるものにして、憲法上の看察に非ず。内閣官制によれば、内閣總理大臣及び各省大臣は總て國務大臣たりとす。是等の大臣の外に尙ほ國務大臣あり得ざるに非ずと雖、是等の大臣と少くとも國務大臣の一部とは同一なり。故に右の如き定義を下せしものなるへし。然れども是れ人民に對する行政機關としての看察なり。憲法上に於ける國務大臣は天皇に對する輔弼の機關なり。此二つの看察は理論上明に區別すべきものにして、一は下に向ひ、一は上に對し其作用の形式全く異なるを見るへし。故に曰く、甲説は不可なりと。

乙説は曰く、國務大臣は直接に元首に隸屬し、元首の政治上の行爲に參贊し其責に任ずる機關なりと。此説は全體に於て曖昧なるか故に一々其欠點を擧げて論駁

する價值なきなり。余は國務大臣を以て天皇大權の行使を輔弼する機關なりとす。此定義に於て先づ天皇大權とは何ぞ蓋し國の政務に二種あり。一は天皇が親裁せらるゝもの二は機關をして行はしむるもの是なり。天皇の大權とは前者即ち親裁の政務を稱す。畢竟國務大臣は天皇直接の政務に參贊するのみ。機關によりて行るゝ政務に關しては干與するの限に非ず。

次に輔弼とは何ぞ天皇の行爲を傍より參贊するの意にして天皇の行爲の一部を補充すと見るへからず。或學者は天皇は國務大臣の輔弼を拒み得るや否やを問題となす。蓋し輔弼の權限夫自身は憲法上定まりたるものにして之を動かすべき性質のものに非すと雖輔弼の行爲は必ずしも天皇を拘束するものに非ず。天皇は之を拒て納れざること爲し得ざるに非ざるなり。以上は國務大臣性質の大體なり次に

國務大臣の責任に移て説明を試みんと欲す。大臣責任の理論は種々あり。先づ第一説によれば君主に對しては其責任を問ふこと能はず。故に大臣か代て責任を負擔すとす。然し若し此の如くんは他人の行爲に對して無關係者が責任を負

ふこととなり甚だ不通理説なりと云はざるべからず。

第二説は曰く君主は本來過失なし唯だ大臣の輔弼宜を得ざる爲に過失を生ず故に之に對して大臣は責任を負はざるべからずと。此議論は先づ君主には絶対に過失なきことを斷定すれとも此斷定は必しも然りと云ふこと能はず。從て過失の責任を總て國務大臣に歸する十分なる論據を有せずとの非難を免るゝ能はず。第三説に曰く君主は立法行政司法三權の上に立ち之を統御するの地位に在る者にして政治の實務に當る者に非ず。故に施政上の責任は總て大臣のみ之に當ると。此説は君主は全く政を行はずとすれとも憲法上君主親裁の政務は決して尠からず。從て此點よりして君主無責任及び大臣責任を論ずる能はざるや亦明なり。

第四説は曰く大臣は君主と共に國家の行爲に參加す故に總て責任を負擔せざるべからずと。此論素より我國法に適用すべからず且つ一般立憲國の國法としても大臣は君主に隸屬する機關に過ぎず君主と對立して國家の行爲に參加するものと見るべきに非ず故に此説は不可なり。

以上大臣責任に關する内外學說の主要なるものを擧げて之を略評せり。余は以爲く大臣責任の理由は甚た簡單なり。今單に我憲法に就て論せんに第十五條に於て天皇を輔弼するの權限あることを定む、此權限の存する處即ち責任の生ずる所以たり。總て權限を有するものは責任之に伴ふは當然の理にして各種の機關皆然らざるなし。故に大臣の責任は君主に代て負擔するにも非ず、君主と對立して負擔するものにも非ず、自己が與られたる權限より當然責任を負擔するに外ならず。

大臣權限は右述し如く天皇を輔弼するに在り。故に天皇の行爲に關しては常に國法に違はず以て一國の安寧幸福を維持増進することを期し其職責を盡さざるべからず。若し此の如くなる能はざるか大臣は其權限を忠實に行はざるの責を免るゝ能はざるなり。

大臣責任の理由右の如し。或は曰ん總て機關は其權限に伴て責任あり、大臣憲法上の責任も之と異らずとせば特に此の如き規定を設る必要を見ず、畢竟他の機關と同じく責任に關しては何等の規定を設けざるも可なり、然るに憲法に於て特に

此規定を設けしは他に責任の理由在て存するにあらずやと。

然り大臣のみに關し特に責任を規定せしは責任の性質か他に異なるに非ず、別に之を規定すへき必要ありて存するなり。之を知るか爲には遡て本條全條を通覽するを要す。曰く國務各大臣は……其責に任すと、即ち本條は各大臣單獨の責任を規定し外國の制度に於る聯帶責任の主義によらざることを明にするものにして特に責任の規定をなす必要此に在て存するなり。外國に於ては或は黨派政治の實を認め各政黨團躰か内閣を興奪するか故に國務大臣の地位は一黨之を占有し聯帶して政務に當り其責任も亦た聯帶して之に當るを原則とす。然るに我國に於ては黨派政治の實を認めず從て聯帶して責に任するの主義も之を認ることとなさず大臣は各自の權限によりて責任を負擔するを原則とす。故に曰く各大臣は……其責に任すと。

右述る所により憲法に於て特に大臣の責任を規定したる所以を知るに足るべし。責任は何人に對して負擔するや。蓋し統治の機關たる者は總て統治の主體に對して責に任するに外ならず。言を換れば主體により附與せられたる權限を行ふ

は主體に對する義務にして之に由て責任を生ずるなり。我國法に於ては管に國務大臣のみならず百官百司皆な天皇に對して責に任ずものたるや論を待たず。然るに外國の學說としては屢は大臣の輿論に對する責任及議會又は裁判所に對する責任等を論ず。我國學者も往々此種の說をなすものあり。蓋し輿論に對する責任とは外國に於て國務大臣か輿論の趨勢により責を引て退くの習慣あるより來るの說たり然れども是等は民主國に在て論すべきことにして我國法に於て問ふ所に非ず。次に議會及裁判所に對する責任と稱するは外國に於て或は議會に大臣彈劾の職權を認め或は大臣に對する裁判機關を設る場合に於て學者が此種の責任を擧ぐ。然れども正確なる理論と云ふへからず。何者前述せる如く機關の責任は主體に對するに外ならず議會にして統治の主體たり裁判所にして統治の主體たりは始めて之に對する責任を論すへしと雖も若し然らざる以上は議會の彈劾裁判所の裁判は主體が是等機關によりて大臣の責を問ふ手段に過ぎず。此手段に供せらるゝ機關に對して責任ありと云ふの正確ならざるは素より明なり。

外國法の論としても右述る如し我國法として勿論大臣の彈劾及裁判の制度は之を認めず從て此種の責任は論ずるを要せざるなり。

尙ほ或學者は大臣責任の種類を擧げ(一)道徳上の責任(二)政治上の責任(三)法律上の責任とを區別すと雖も此區別が國法上適當ならざるは論を待たず。且つ此處に於て説明するは單に大臣憲法上の責任に止るを以て其他に及ぶの必要なく是等の議論に就て一々辯駁を費さるへし。

以上述る所により憲法第五十五條第一項を畧説せり次に第二項の説明に移らんとす。同項に曰く凡て法律勅令其他國務に關る詔勅は國務大臣の副署を要すと。先づ副署とは如何なる性質のものなりやを論せざるへからず。普通の學者は曰く副署は君主行爲の公の證明なり。故に副署なき君主の行爲は國法上君主の行爲たる能はずと。

蓋し此見解は本末の道理を誤り學者をして一種の誤解を生せしむるの恐なきに非ず。何者副署は單に君主の行爲か踏むべき一の手續に過ぎず之を以て君主の行爲夫自身を確定するものと見るへからず。言を換ふれば副署本來の性質は國

務大臣か君主の行爲を參翼せんとを明するものにして進て君主の行爲を是認し證明するまでの力を有するものに非ず。君主の行爲は本なり副署は末なり。蓋し其結果より看察すれば副署なき法令等は效力を生ぜざるか故に恰も副署により君主の行爲か定る如く見ゆれとも本末を誤れる見解なり。君主の行爲か副署によりて成るに非ず君主の行爲を公にする一手續として副署を要する所以なり。右述る如きか故に副署は大臣か君主の行爲に參翼したるを明にする手續に外ならず。副署に關し重要なる問題は大臣は副署を拒み得るや否やの點に在り。之に就ては説二派に分る。

第一説は曰く大臣は絶対に副署を拒むことを得ず。蓋し此場合は大臣の承認を請求する所以に非ず君主か命して副署せしむるなり。君主の命する所大臣は之を遵奉するの外あるべからず假令其命する所にして違憲若くは違法なりとするも大臣は之を争ふの職權なし。何者法の最高解釋權は君主にあり大臣は自己の見解を採て君主と相争ふこと能はざるや明なればなり。若し假りに君主の命する處を違法なりとして副署を拒み得とせんか國の實權は君主の手に存せずして

大臣の掌中に在りと云はさるべからず是れ背理の説に非ずやと。

此論一理あるに似たり然れとも少しく仔細に攻究するときは右の説明は尙ほ疑しき點あるを免れず。此論の要點は法の正當なる解釋は君主のみならずを得大臣は之に對して異議を容るゝ能はずと云に在り。此推論は必しも當らず。素より法は天皇の意思なり然れとも實際に當りて之を應用する場合には君主と雖も往々解釋を違ふることなきに非ず。爰に於てか大臣輔弼の必要ある所以にして違法の行爲に對しては之を匡補することを得ざるべからず。

第二説に曰く法は眞正なる天皇の意思なり、之に違ふものは正當なる天皇の意思と云ふこと能はず。故に違法の行爲に對しては大臣は副署を拒むことを得ざるべからず。是れ畢竟大臣か其の職務を盡す所以なればなりと。

此説誤らす此の如くすと雖も大臣は權力を以て君主と相争ふに非ず唯た法によりて其輔弼の職責を盡すに外ならず。或者は曰く大臣の見解にして誤るときは如何誤れる見解を以て副署を拒むは不當の甚きに非ずやと。素より然り然れとも右述るところは違法の場合なることを前提とす。言を換れば大臣の見解の誤

らざることを前提としたるか故に此論者の言ふ如き非難を生せず。
若し君主の行爲にして違法に非るか素より大臣の見解如何に拘らず副署を拒むべき道理なし。

萬一大臣が誤れる見解を執て強て副署を拒む如きことありとせんか天皇は常に官吏任免の機を以て之に臨むか故に第一説論者の如き國の實權が大臣の手に移るの論結を生ぜざるなり。

右述る所を約するに立憲制の原則として君主自身も其機關たる大臣も總て法に従て行動す。故に理論上違法の所爲に對しては大臣に副署の義務を生ぜざるべきなり。

最後に副署と責任との關係を一言せんとす。或學者は曰く大臣の責任は副署によりて生ずと。此論は輔弼の權限と副署とを混同するものなり。既に述し如く大臣の責任は輔弼の權限に伴て生ず故にたとへ副署せざるも其責任を免るべきに非ず。副署は天皇の行爲を公にする手續形式の一にすぎず。之に因て大臣參與の實を明にするを得と雖も之を以て責任發生の原因と見るべきに非ず。輔弼

の權限は本なり副署の手續は未なり、二者を混するは誤れりと云はざるべからず。終りに臨み副署に關して一問題あり。國務大臣全員を同時に任免する場合其任免の勅令に何人が副署すべきやの疑問なり。先例によれば後任の大臣が副署をなすこととす。然れとも理論としては未だ任免なきに既に後任の大臣あるべき道理なし、從て副署をなすの道あるべからず。已を得されは實例に反し前任の大臣をして副署せしむるか穩當ならんか。即ち此勅令の效力として前任者は免せられ同時に後任の大臣を生ずるものとすべきに似たり。

以上述べ來りたる所により憲法五十五條一項及び二項の説明を了れり。尙ほ憲法全体に亘り國務大臣の職權に關する規定は之に止らず今參考の爲に大體を列舉し以て本章を了らんとす。

一、輔弼 國務大臣憲法上の職權は主として是に在りて存す

二、副署 副署は輔弼の權限より生ずる形式なり然し必しも常に相伴て起らず。

三、帝國議會の各院に出席し及び發言するの權

憲法第五十四條によれば國務大臣は何時たりとも各議院に出席し及び發言す

るとを得とす。尙ほ議院法第四十二條によれば國務大臣の發言は何時たふとも之を許すべし、但し之か爲に議員の演説を中止せしむるを得すとす。尙ほ此權は委員會及協議會の場合に及ぶことは議院法第四十三條及五十七條に規定す是等は勿論發言に止り表決の數に加はることを得ず。

四、現行法によれば各省大臣は同時に國務大臣たるか故に國務各大臣は行政長官として政府の一部に當るものとす。

五、國務大臣は職權上樞密顧問官たる地位を有し自ら會議に列席し發言表決をなし或は委員を差して會議に出席し説明をなさしむるを得。

以上を以て國務大臣に關する主要の説明をなし盡せりと考ふ。

第七章 政府

憲法に所謂政府とは何ぞ、其意義や、明確を缺く。或學者は曰く政府とは天皇大權行使の府たり。大權とは親裁の政務にして之に參翼する機關即ち國務大臣及び樞密顧問を政府と云ふと。此の論は機關の性質を誤解す憲法上政府の職務は主として議會に對し又は臣民に對する關係なり。然るに國務大臣及び樞密顧問

は天皇に對し内に向て輔翼する機關なり、二者の間に自ら權限形式の差別を見るべし。且つ此論者は何故に大權行使の府が政府にして其他行政事務を掌る官府は政府に非すとすや毫も論據とする處なし。

余は以爲く政府とは文字の示す如く最高行政の府なりと。此の如く解して憲法上毫も支障なきのみならず理論上穩當なりと考ふ。

最高行政府とは内閣總理大臣及び各省大臣を主として指稱すること素より論なし、是等は一方に於ては憲法上の國務大臣たり然れとも此二種の權限は漫りに混同すべからず。

政府に關する詳細の説明は行政法の範圍に讓るを至當なりとす。憲法上政府に關する規定は甚少のみならず是等は他の場合と牽連して説明し得べきか故に此處に於ては唯だ政府の意義を一言するに止めんとす。

第八章 司法裁判所

憲法第五章に司法の規定を設け其首に曰く司法權は天皇の名に於て法律に依り裁判所之行ふと此條の説明をなすに三段を區別し先づ第一段に

司法權とは何ぞを論せざるへからず。彼のモンテスキエ氏以來學者は司法を以て立法及行政に對する國權の區分として説明す。此觀念は今日に至るまで幾多の變遷を受けたり其始に當てや國權夫自身か立法行政及司法の三に分るゝ如く考しも國權統一の理論明白なるに至り三者は國權夫自身か根本的に區別せらるゝに非ず唯た國權の作用か此の如く分るゝに過ぎずとなすに至れり。然れども此觀念も尙ほ精確ならず何者國權の作用を其性質より三分せんとするは殆んど無効のことに屬すればなり。先づ立法は法規制定の行爲なり司法は法を解釋適用する行爲なり而して行政は法の範圍内に於る施政行爲なりとせんか今日の法制を説明するに於て何の效なきのみならず却て學者の惑を起し易し。例へば今日の法制に於て立法機關のみ法規の制定を掌るに非ず又た司法機關のみ法の解釋適用を掌るに非ず行政機關と雖亦た之を爲し得へく畢竟右の區別は曖昧に歸するを免れざるなり。

今日の法制に於る立法行政司法の別は理論的實質的のものに非ず主として沿革上の理由に基ける機關の權限形式の差別たるに過ぎずと見るべし。

沿革上の理由とは何ぞ社會發達の必要上司法裁判の部分は夙に獨立の地位に在り後に議會制度の發生するに及び立法の部分か亦た他の行政の部分と區別せらるゝに至り爰に司法立法及行政の區別を順致し今日の法制に於ても三者各形式を異にすることゝなりしなり。

右の如く立法司法行政の別は機關の權限形式の別に過ぎずとして爰に其意義を論定せんと欲す。先づ司法の意義に關する學說を擧げん。

第一説に曰く司法とは特定の事件に權し法の解釋適用をなすとを主たる目的とする國家の行爲なりと。此定義は先づ司法を立法と區別し立法は追て制定すれども司法は法の解釋適用をなすとす次に司法を行政と區別し行政に在ても法の解釋適用をなすとあれども司法の如く之を以て主たる目的となすものに非ず行政の目的は常に社會の安寧幸福に在りとす。

此論は理論的に實質より司法の意義を定めんとするものにして前に述し如く曖昧たるを免れず。例へば論者も法の解釋適用は司法に限らず行政の範圍にも之あることを認む唯た行政に在ては其目的か社會の安寧幸福にありとす。然れ

とも司法と云ひ行政と云ふも畢竟社會の安寧幸福を目的とするに外ならず而して法を解釋適用するの途亦た二あるへからず此の如く司法と行政との區別既に明ならず其他は推して知るべし。

第二説は曰く司法とは法律により裁判所が獨立職權として行ふ事件を總稱すと此説は實質よりして司法の意義を論定し難きを以て事件の範圍を以て其意義を定めんとす。之によれば民事刑事の争訟事件のみならず裁判所の取扱ふ非訟事件等の一切の事務を總稱して司法と云ふなり。

此説は甚漠然に失し純粹なる司法事務と行政事務の一部として便宜上裁判所が取扱ふものとの區別をなすこと能はず且つ裁判所の取扱ふ事件と云ふのみにては殆んど何等の意義をも爲さざるなり。

第三説も形式的に定義を試み曰く國家の意思の決定に當事者が權利として參與するを得る事務を稱して司法と云ふと即ち當事者の參與といふ形式を以て司法の特色となすものなり。然れども此説も亦た不完全なり現に國法上明に司法裁判と區別せらるゝ行政裁判所に於ても當事者は權利として之に參與することを

得べきのみならず此外各種の審判制度に於て此形式をとるもの亦た尠からず。以上の三説何れも精確なる議論に非ず此外種々の學說なきに非ず。例へば司法とは裁判行爲なりと云ものあり然れども裁判の司法に限らざることとは前述せる如し。或は司法とは權利侵害に對して制裁を加る行爲なりと云ふ此説も亦た不完全なり何者例へば行政裁判も亦た主として權利侵害に對するものなればなり。或は又た法規違反に對する裁決を稱して司法と云ふ。此説も一面に於ては廣に失し一面に於ては狭きに失す何者一方に於ては法規違反の裁決は司法裁判のみに限らざると共に一方に於ては司法裁判は必しも法規違反のみを裁定するに非ず其他の紛争に對しても之に立入ることあればなり。

右司法の意義を定むること固に難し是れ畢竟理論的實質的に立法行政及び司法の區別を立んとするより來る困難なり余は三者區別の理論は暫く措き唯た現在の法制により司法裁判として規定せらるゝ所を研鑽せんと欲す。

憲法によれば司法裁判所の構成は法律を以て之を定むとす此條により裁判所構成法の發布ありたり。而して同法第二條に司法裁判所の權限を定む曰く通常裁

判所に於ては民事刑事を裁判するものとす但し法律を以て特別裁判所の管轄に屬せしめたる者は此限に非すと。

之に由れば司法は主として民事刑事の裁判を掌ると解すべきか如し尙ほ憲法及此條の規定によれば司法裁判に通常特別の二種あり原則としては民事刑事の裁判は通常裁判所に於て之を管轄す唯た特別の場合に特種の裁判所を置て民事刑事を掌らしむることあり。所謂通常裁判所とは區裁判所地方裁判所控訴院及大審院是なり所謂特別裁判所とは軍事裁判所の種類を指稱す。

右は構成法に於る司法裁判の意義なり何故に司法裁判を主として民事刑事に限界するや自ら其理由ありて存す。

説明の便宜の爲に各種の裁判に於て取扱ふ事件を擧げ司法裁判と異なる所以を説明するときは歸する處司法裁判は主として民事刑事に限らるゝことを知るべきなり。

先づ行政上の事件に關しては主として行政裁判の制度ありて司法裁判と區別せらるゝとは憲法第六十一條の規定により明なり曰く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にして別に法律を以て定たる行政裁判所の裁判に屬すべきものは司法裁判所に於て受理するの限に在らずと此條に關しては三箇の問題あり得へし今序に之を略述すへし。(一)行政官廳の違法處分により權利を傷害せられたりとする場合は總て訴訟を起し得べきや。蓋し憲法の條文は唯た訴訟を起し得べき場合のみの規定にして總ての場合に訴訟を起し得ることを定めたるに非す現に法律により訴訟を許す場合は法律により特定せらる。

(二)此性質の訴訟は行政裁判所以外の裁判所に提起するを得ざるや否や。蓋し本條に行政官廳云々の訴訟にして行政裁判所に屬すべきものと規定したるは原則として此の如き訴訟は行政裁判所に專屬すべきことを定めたる者なるへし。(三)行政裁判所は此種の訴訟のみを受理すべきものなりや。此點に就ては憲法の規定は毫も制限的に非す現に此種以外の訴訟にして行政裁判による場合少からずとす。右述る處により憲法第六十一條は要するに行政裁判と司法裁判との區別を立て原則として行政裁判に屬すべき事件を規定したるものなり言を換れば行政事件に關しては原則として司法裁判の管轄する處に非るなり。

次に行政裁判以外に於ける各種の行政上の裁決は總て行政上の機關か之を掌るを便宜とするか故に今日の制度は總て之に由り司法裁判は之に干渉せざるなり。其理由は(一)行政上の便宜に通ずるは行政上の機關に如くものなし司法裁判官は此點に於て不充分なるを免れず。(二)行政と司法とは各機關の種類を分ち監督權の作用を別にするか故に二者相干渉するは不便なるのみならず二機關の間に軋轢を生せしむる恐あり右の重なる二理由により行政上の事件は司法裁判に於て取扱はざるを原則とす。

又次に權限裁判に關しては勿論司法裁判所の取扱ふべき所に非す何者權限裁判は司法機關と行政機關との間の争議なるか故に是等機關の上に位する機關あらざれば不可なると明なればなり。

又次に特別の身分あるものに對する懲戒事件は是れ亦た別種の裁判を必要とす例へは官吏に對する懲戒は懲戒委員會の裁決によるか如し從て懲戒事件は司法裁判に於て取扱ふべき性質のものに非ず。

以上述來る所により歸する所司法裁判の權限は主として民事及び刑事にあるこ

とを知るべきなり。

右憲法第五十條司法權は天皇の名に於て法律により裁判所之を行ふと規定する中に就て第一に司法の意義を説明したり。

次に本條に所謂「天皇の名に於て行ふ」とは何ぞ憲法全體を通覽するに「天皇の名に於て」と規定するもの二あり一は第十七條の規定にして攝政は天皇の名に於て大權を行ふとあり二は本條是なり。

畢竟「天皇の名に於て」とは他より拘束せらるゝとなく直接に天皇の名を以てするの意なり攝政は直接に天皇の大權を行ふものなるか故に論なし。次に裁判官も身分に關して憲法上の保障を有し他の牽制羈束を受けず法令等により嚴正に裁決を行ふことを得。此點は普通行政機關と大に異れり普通行政機關は上官下官の關係及其他監督權の作用等により其行爲は常に牽制を受けるを免れず。然るに司法裁判官は法を執て一般國民の權利々益を左右するを以て其主たる職務となすか故に其地位行動は特に憲法により保障せらるるなり。

右は憲法第五十七條一項第二段の畧説なり。次に第三段に「法律に依り行ふこと

を規定す此點も亦た議論の存する所たり、

第一説は曰く「法律に依り行ふ」とは裁判所は法律のみを解釋適用するの意なりと外國學者に此説を採る者多し。然れとも法規を定め人の權利義務を定むるは必しも法律のみに限らす命令と雖亦た然り。然るに裁判所は法律の外解釋適用するを得ずとするは狹隘にして且つ道理なきの論なり況んや法令不備の場合に於ても裁判官は之を理由として裁判を拒絶すべからざるは古來の原則にして此の如き場合は或は慣習により或は條理によりて判決すべき必要あるに於てをや。

第二説は曰く此句の意は法律のみ裁判官を羈束するを得命令等は羈束の效力を有せず何者裁判官の見解如何により之を適用せざるを得ればなりと。此説も亦た未だ完全ならず蓋し豈に法律のみならずや命令と雖も國法上正當にして有效なるものならんには裁判官は之を適用せざるべからず果して然らば法律のみ羈束力を有すと云ふは決して穩當に非ず。

第三説は曰く「法律に依り」とは判決の標準を規定したるに非ず裁判を行ふ手續の規定なり即ち法律を以て定たる手續により裁判を行ふと云ふに外ならずと所謂

手續法律とは民事訴訟法刑事訴訟法の類なり。

此説尤穩當なるに似たり或は云ふ裁判手續の如きは法律を以て定むるの必要を見す例へは勅令を以て之を規定するも何の支障なし故に本條の法律に依ると云ふは手續に關する規定と見るを得ずと然れとも司法裁判に關し憲法特に鄭重なる規定を設け例へは裁判所の構成裁判官の身分裁判の對審判決等主として法律によりて規定すべきとを定む(第五十八條第五十九條)左れば一般に裁判手續が法律により規定さるべしとするは寧ろ至當のことに屬するなり故に曰く第三説は尤穩當なりと。

右は憲法五十七條一項第三段「法律に依り行ふ」の句を解せるなり之を以て同條太

體の説明を了れりと考ふ。
司法裁判職權の大體は以上述る所により明なり今や更に其内容に進て裁判所の審査權に關する問題に移らんとす詳く云へは裁判所が法令を解釋適用するに當り其法令に關し如何なる程度まで審査を行ひ得べきやの問題なり。之を論ずるは法律と命令とを區別して觀察すべし。

(一) 法律の審査を分て形式の審査及實質の審査とす。
甲形式の審査

(イ) 法律の裁可及公布の形に於て完全なりや否や

此點に於て審査の權なしと論する者あれども此形に於て審査し得されは如何にして法律たるを認め得んや故に審査權ありと論するに至當なり。

(ロ) 議會に於て協賛したるものなりや否や

或學說によればたとへ議會の協賛なくとも天皇の裁可及公布の手續を経たるものは臣民は之を遵奉せざるべからず従て裁判官も之を適用せざるべからず故に議會協賛の有無は之を審査することを得すと。

此說一理あるに似たり然れども國法論としては議會協賛の手續を経ざるものは法律と云ふべからず假令法律は裁可を以て成るとするも裁可に至るの必要なる手續として議會の協賛なかるべからず嚴格に云へば議會の協賛なければ裁可も亦た起るべからず若し裁判官此の如きものを適用すとせんか國法上法律を適用すと云ふ能はざるなる故に裁判官は適用前に當り先づ其ものか法律なることを確むる必要あり之を爲すには法律の成立に必要な手續を具備したりや否やを審査し得ざるべからず。故に余は以爲く此點に關して裁判官は審査の權を有すと。

乙實質の審査 實質の審査とは法律の實質か憲法違反に非ずやを審査するを云ふ多數の學者は裁判官は形式的の審査はなし得るも實質的審査を行ふこと能はずとす。其理由とする所蓋し二あり。(一) 裁判官は法律により羈束せらるべからず故に更に進て法律自身を審査する力なし。(二) 憲法の解釋は天皇のみ之を爲し給ふべく裁判官は解釋權なきか故に素より法律か違憲なりや否やを審査するを得ずと。

此議論は果して適當なるべきや否や先づ第一の點に於て裁判官か法律により羈束せらるべし其言の如し。然れども裁判官を羈束するは國法上正當なる法律ならざるべからず。違憲の法律は素より其力なきや理論上明白なり従て所謂法律か憲法違反にあらざることを確むる必要あるべからずや言を換れば裁判官は此點に於ても審査をなす必要あるべからずや。次に第二の點に於て憲法は天皇の

み之を解釋することを得故に裁判官に解釋權なしと云へとも既に國務大臣の章に於て述たる如く天皇のみ憲法の解釋をなし得其他は毫も喙を挿むこと能はずと論するは不可なり。國務大臣の如きも其職責よりして天皇に違憲の行爲なきことを期して輔弼を行はざるべからず之か爲には亦た憲法の解釋をなし得ざるべからざるなり。裁判官は其取扱事件か主として民事刑事に限らるべからず直接に憲法の適用を行ふ職權なしと雖も其適用すべき法令か果して違憲に非ずやを知るか爲に一應憲法を解釋することを得ざるべからざるなり。

右述る處に由れば裁判官の審査權を非認する論者の論據とする處は總て薄弱なり畢竟理論としては法律の實質的審査をも許すか至當ならんか。但し實際に於ては此の點は殆んど議論の必要なかるべし何者憲法の規定と司法裁判所か適用する法律の規定とは自ら規定の範圍を異にするか故に二者の實質に於て抵觸の恐を生ずること稀なればなり。然し實際は兎に角理論としては此點に論及せざるべからざるなり。

(二)命令。命令の審査も亦た形式の審査及び實質の審査の二に分つべし然し此點

は詳論するまでもなく法律の審査に關して述たる所を一層強き理由を以て適用し來ることを得べし且つ命令の審査は命令か違憲なりや否やの外に尙ほ法律違反なりや否やに關しても之を行ひ得る場合あるべきなり。

司法裁判を終るに臨み憲法第五十八條乃至第六十條を一言せんとす先づ裁判官は法律に定たる資格を具る者を以て之に任し刑法の宣告及び法律により定たる懲戒の處分に由る外其職を解かるべしことなしとす。尙ほ裁判手續に於る對審及び判決は原則として之を公開す。但し安寧秩序又は風俗を害するの虞あるとき法律により又は裁判所の決議を以て對審の公開を停むることを得。

終りに司法裁判の内に於て特別裁判所の管轄に屬すべきものは別に法律を以て之を定むることす。

第九章 會計検査院

憲法第七十二條第一項によれば國家の歳出歳入の決算は會計検査院之を検査確定し政府は其検査報告と俱に之を帝國議會に提出すべしとす同しく第二項に會計検査院の組織及び職權は法律を以て之を定むとす。

會計検査院は行政法に於て之を説明し憲法學に於て説明する者なし然れも余は大體を説明する必要ありと考ふ。其理由は(一)會計検査院は憲法に於て其大本を規定せらる(二)政治の範圍は主として統治權か臣民に向て發動する關係なり。然るに會計検査院の職權は大に之と異なるものありと云ふに存す。然れども此處に於ては其職權の詳細を説明せず唯大體の性質を一言するに止めんとす。

會計検査院は財政監督の機關にして天皇に直隸し國務大臣に對して特立の地位を有す財政監督の方法は直接に收支を監視するにわらず間接に提出せられたる決算により之を検査確定するに在り。

尙其職權執行の形式は

一検査 検査とは計算の當否を査定する行爲なり。検査を要するもの凡そ左の如し(一)總決算(二)各官廳及官立諸營造物の收支及官有物に關する決算(三)政府より補助金又は特約保證を與る團體及ひ公立私立諸營造物の收支に關する決算(四)法律勅令により特に院の検査に屬せられたる事項是なり。

二報告書作成 検査の確定と同時に報告書を作成す報告書は一旦政府に提出し更に帝國議會に廻附す。

三成績上奏 各年度會計検査の成績は之を上奏す其成績につき法律又は行政上の改正を必要とすへき事項ありと認るときは併せて意見を上奏す。

四判決 出納官吏の計算書及び證憑書類を正當なりと判決したるときは認可狀を附與し其效果として責任を解除す若し不當なりと判決したるときは本屬長官に移牒して處分せしむ。

以上の略説を以て本章を了り之と同時に第四編機關論を終結せんと欲す

第四編 統治作用論

第一章 總論

第一編より第四編に至るまで統治權に關する大體の觀念統治の主體即ち天皇統治の客體即臣民及び統治の機關を順を逐て説明し來れり最後に統治の作用即ち統治權か如何にして行ふかを説明せんと欲す。

統治權行使の方法を立法行政司法の三に分つものあり或は大權立法行政司法の

四に區別するものあり。然れども是等の區別は未だ適當ならず先づ立法、行政及司法の區別は前に述し如く理論的に其性質より區別すること難し畢竟形式的の區別に過ぎずと見做すへきなり然し此の如く見做すも統治權行使の概括的區別としては尙ほ不完全の點あるを免れず何者憲法に所謂大權は統治權行使の方法に於る重要な部分なるに拘らす此區別によりては其何れに屬するか又は此區別の外にあるかを知ると能はされはなり。或學者は大權は統治作用の全部を包含するものなるか故に統治作用の種別として論すへからず畢竟統治作用の種別としては立法、行政及司法の三を以て足れりとすと論す。然れども余は大權を以て天皇親裁の政務とし統治作用の一形式として論するか故に立法、行政及ひ司法のみの區別は不完全なりと考ふ。果して然らば他の一派の論者の如く大權、立法、行政及ひ司法の四種別を採らんか是れ亦た不完全を免れず先づ大權と立法とは相對して分ち得へきものに非ず。何者立法も亦た天皇親裁の事務にして明に大權の一部なればなり次に大權と行政とを區別するも亦疑義なきに非ず何者行政を以て全く天皇の親裁に出るものに非ずと斷定すへき論據は不十分なればなり。

以上述る處により現今有力なる二種の學説は何れも不完全の誹を免れず余は暫く自己の考る處により形式的の區別を試んと欲す。

抑も一國一政務に於て其性質より天皇の親裁を必要とするものあり又根本的に其性質か然らしめざるも便宜上天皇の親裁せらるゝものあるへし。是等は即ち天皇親裁の政務と稱するを得。

統治の任用は天皇の總攬したもふ處なりと雖も萬般の政務總て之を親裁したもふこと素より能はず故に性質上親裁を要する事務の外は之を機關に委任して行はしむるを妨げず。是等機關に委任する事務を稱して非親裁の政務と云ふ。今項を分て此種の事務の大體を説明せんと欲す。

第一項 親裁の政務

天皇親裁の政務は憲法上之を大權と稱す大權に關する學説は必しも一ならず或は曰く大權とは天皇の尊榮に伴ふ特權なりと或は曰く天皇か自己に留保せる權利なりと是等の説は其意義甚漠然たり。先づ天皇の尊榮に伴ふ特權とは如何なるものを云ふか臣民の有する能はざる特別の權利と云ふの意か果して然らば統

治權全部は天皇の特權即ち大權なるのみならず、其他天皇に特別なるものは總て大權と稱せざるべからず。然れども大權の意義此の如く廣漠ならざるや明なり。次に天皇の留保權なりと云ふは天皇と人民と統治權を分有するの觀念にして天皇が人民に割讓せずして自己に留保する部分が大權なりと云ふなり。此觀念の不可なること素より論なし何者統治權の不可分は既に説述せる如きのみならず我國法上明に天皇が盡く統治權を總攬し給ふことを規定すればなり。

此他大權とは天皇の政治權なりと云ふもの、あれども是亦た漠然たり政治事務の全部を云ふの意ならば次に述べる學說と異ならず別に論するの必要なし。

我國學者に左の説をなす者あり、曰く天皇は國家の機關にして國家の統治權を總攬する權限を有す、此權限を稱して大權と云ふ、國家の權利として之を統治權と云ひ天皇の權限としては之を大權と云ふと。

此の説の根據は天皇を國家の機關なりとなすに在り。然れども既に屢述たる如く天皇は統治の主體にして機關に非す故に此説の根本既に我國法と一致せず。然し假りに此點は前説に従ふとするも尙ほ明確ならざる點あり何者前説によれ

は統治權と大權とは全く其内容を同ふし唯た觀察の方面により名稱を異するに過ぎるか故に統治權行使は一方より云へば大權の行使なりと云はざるべからず。然れども國法上大權と稱するは此の如き廣漠なるものに非す。例へば天皇以外の機關が統治權を行使する場合は決して之を大權と稱せず。天皇御自身に攬らせらるゝ政務のみを大權と云ふは蓋し疑を存せざるなり。

右述る處により天皇親裁の政務を大權と稱すと解し以下更に進て此種政務に關し憲法に規定する發動の形式を畧述せんと欲す。

(一) 法律制定の權。憲法第五條に曰く天皇は帝國議會の協贊を以て立法權を行ふと。或は立法權は議會の協贊を要するを以て天皇の大權即ち親裁の政務に非すと云ふものあり。然れども議會の協贊が立法の大權たるを妨げざること恰も國務大臣の輔弼が天皇の大權行使を妨げざると同一なり。議會は單に天皇立法の大權に協贊するに過ぎず立法權が議會に依て行ふに非るなり。

(二) 法律を裁可し其公布及執行を命ずるの權。此權は憲法第六條に規定する所なり。詳しく云へば天皇が親ら法律を裁可し且つ機關をして公布し執行せしむる

の權なり。故に法律の公布執行は機關の行ふ處なれとも之を行はしむるは天皇の大權ならざるへからず。右裁可公布執行の意義に付ては後に詳論すへしと雖一言以て之を云へば裁可とは法律案を法律とする作用にして第一に擧たる法律制定權を行ふ形式なりとす。公布は法律を一般に向て宣示するを云ひ、執行とは法律を現實に行ふ働なり。

(三) 帝國議會の召集、開會、閉會、停會及衆議院の解散を行ふ權、此權は憲法第七條に規定す、其天皇親裁の政務に屬すること素より論なし。

(四) 急勅令を發するの權、憲法第八條に曰く天皇は公共の安全を保持し又は其災厄を避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へき勅令を發すと、即ち通常法律を要する事件を須要の場合に勅令を以て規定するの權にして素より天皇の大權に屬す。同條第二項に此勅令は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效力を行ふことを公布すへしとす。此處に所謂政府とは天皇を云ふと解すへしとする學者あり其理由とする所は天皇の勅令に對し政府夫自身か失效を宣言すへき道理な

しと云ふに在り、然し此見解は誤れり。政府か勅令を失效せしむるに非ず天皇か政府をして失效を公布せしむるなり故に理論上何等の不都合なきものとす。

(五) 執行命令及獨立命令を發し又は機關をして發せしむるの權、憲法第九條に曰く天皇は法律を執行する爲に又は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は發せしむ、但し命令を以て法律を變更することを得ずと此規定によれば天皇自ら執行命令及獨立命令を發し得るのみならず機關をして發せしむるを得。或者は機關に委任するを得るか故に天皇の大權に非すと論す。然し本條に規定するは機關をして命令を發せしむるの權にして機關か委任を發して命令を發する場合の規定に非ず。機關をして命令を發せしむるは天皇の大權によらされは能はざるなり。畢竟或者の非難は根本の權利と之より生する機關の權限とを混同したるの論たり。

法律を執行する爲に發するを執行命令と云ひ次に公共の安寧秩序を保持し臣民の幸福を増進する爲に發する命令にして緊急勅令即ち法律に代る者に非るを獨立命令と稱す。執行命令及獨立命令を以て法律を變更するを得ざるは本條末

文に之を定む。

(六)行政各部の官制及文武官の俸給を定め及文武官を任免するの權、憲法第十條に曰く天皇は行政各部の官制及文武官の俸給を定め及文武官を任免す、但し此の憲法又は他の法律に特例を掲たるものは各其條項に依ると。故に此權は或は憲法或は法律の形式を以て行ふことありと雖原則としては勅令を以て行ふべきものとす。蓋し本條は説明を要する點少からず第一に字句に就て略説すれば先づ行政各部とは何ぞ、行政事務を執掌する各機關を稱す。次に官制とは何ぞ、機關の組織及權限を定むる規定を云ふ。又次に文武官の俸給とは何ぞ、蓋し武官とは天皇統帥權の下に軍事の事務を掌る機關を云ひ其他の百官は皆文官と稱す。是等機關に當る者には官に應じて俸給を與へ以て十分に力を國務に致ことを得せしむ。尙次に文武官を任免すとは何ぞ、任免權に關しては議論あり例へば現行法に於て判任官の任免は本屬長官に委任して行はしむ故に畢竟任免權は天皇の大權に非すと論する學者あり。然れとも元來任免權は機關を構成する根本の權にして理論上之を大權なりとするは蓋し至當のことなりとす。若し論者に從ひ大權

によりて機關を構成せしむれば何に由て機關を構成せんとするか。或は機關に委任して行ふと云ふか然れも委任は機關構成の後に行ふ能はざるに非ずや。故に畢竟憲法論としては任免權は大權即ち親裁の政務なりと論し去らざるべからず。

憲法第十條但書によれば官制々定等の權は必しも勅令のみを以て行はず憲法又は法律の形式を以て行ふ場合あり。爰に於てか問題を生ず。先づ憲法は法律命令等の效力を左右する根本法なるか故に此等の間に牴觸の疑を生ぜずと雖法律と此種の勅令との間に多少の疑問を生ずるを免れず。(第一)に法律を以て官制等を規定したる場合に勅令を以て之を動すことを得るや否や此點は深く論するまでもなしと考ふ。何者本條に於て法律に特例を掲たるものは之に依るとあるか故に勅令を以て漫りに之を動す能はざることとなるべし。(第二)に勅令を以て是等の規定を爲したる場合に法律を以て之を動し得るかは疑問なり余は以爲く官制等の規定は勅令によるを原則とし法律は唯だ特例に屬すべきか故に進て勅令の規定を左右する能はざるべしと。若し然らずせんか法律は漸次勅令規定の範

國に立入り之と同時に勅令は其法律を動す能はざるか故に畢竟勅令の範圍は漸く侵蝕せられ結局本條の精神たる勅令規定の自由は行ふ能はざるに至るの恐なきにあらす。故に余は法律を以て勅令を動す能はざる者と解せんと欲す。(第三)法律か勅令を動すに非ずして唯法律を以て勅令に定むる機關に或事務を委託するは差支なし。此場合に於て法律に指定する機關の變更廢止をも行ふ能はざるや若し行ふ能はずとせば法律は間接に勅令規定の自由を拘束するを得るに非ずやとの疑問を生ず。余は以爲く右の場合に法律は自ら機關を組織したるに非ず唯た事務の施行を目的として委託したるに外ならざるか故に勅令を以て其機關の變更廢止を行ふも他に法律委託の事務を施行する方法を設れば少しも差支なきなり。且つ若し法律か單に其機關存在の間を期して事務を委託したるものならんには勅令を以て機關を改廢すると共に委託事務を消滅すべき道理なりとす。要するに第三に擧たる疑問の場合に於ては勅令を以て機關の改廢を行ふは何等の差支を見ざるなり。

(七)陸海軍を統帥するの權、或は曰く陸海軍の統帥は天皇親らなし給ふに非ず各

種の將校武官に委任して爲さしむるか故に之を大權と稱すへからすと。然れども本條に所謂統帥とは兵馬の全權を掌握せらるゝの意にして素より機關に委任すべき性質のものに非ず。我國往古に在ては兵馬の權は天皇親ら握り給ひ之を下に移すことなかりしか中世武門の跋扈により一時兵權下に移るの形をなせり然るに王政維新の後制度再び古に復し陸海軍の統帥は全く天皇親裁の政務となりしこと史によりても明なり故に本條は固より疑義を挿むべき處なし。

(八)陸軍の編制及常備兵額を定むる權、此權も陸海軍統帥の一と相伴ふものにして亦た天皇の大權に屬す。編制とは陸軍及海軍の組織を云ふ憲法義解には兵器服制禮式等に至るまで編制の中には包含せしむと雖とも此の如き細密の事柄まで編制の大權に屬せしむるは其の當を得ずと知るべし。次に常備兵額を定むるは常時に於る一國の機關力を定める所以にして大權の作用に屬すること論なし現行制度に於る常備兵は現役及豫備の兵員を總稱するものとす。

外國殊に英國の制度に於ては君主か常備兵を自己の手足とし以て其の暴横を逞せんことを恐れ議會の豫算議定權を以て間接に兵額の制限を行ふの手段となす

と雖我國に於ては素より此主義を認めず。常備兵額は天皇の大權により確定し議會は之に干渉する能はざるものとす。

(九) 宣戰媾和及條約締結の權 此權の大權たること素より論を待たず先づ宣戰とは戰端の開始を公に宣示するなり但し宣戰の前に事實上の戰場は既に開始することなきに非ず。次に媾和とは戰爭後に本來の平和状態に回復する爲に行ふ作用なり。又次に條約とは法理上契約の一種にして國と國との意思の合致を稱す。條約の種類一様ならず。和親條約の外通商條約郵便條約等あり今ま一々擧ぐへからず尙ほ條約の締結は批准に在て存すると恰も法律が裁可によりて成るか如しと知るべし。

(十) 戒嚴宣告の權 此權の大權たること亦疑ふへからず戒嚴とは戰時又は事變の場合に於て常法を停むるの働なり是れ蓋し非常の場合に於て國家の生存を維持するの必要に出て亦た已を得ざることに屬す。戒嚴に二種あること及び其效力に關しては臣民の權利及義務を論する場合に説明したるか故に之を略す。要するに其の效力の重なるものは憲法第二章に規定する臣民の權利に關する保障を

解くに在りとす。

憲法第十四條に此權を規定す同條第二項を見るに戒嚴の要件及效力は法律を以て之を定むとす。蓋し戒嚴宣告は主として臣民の自由權に關係するか故に豫め法律を以て戒嚴を宣告するに必要な條件及び其効果を定め天皇は之に依て行はせらるゝとしたるに外ならずと知るべし。

(十一) 榮典授與の權 榮典とは一般臣民の内に於て特別の理由よりして特種の者は榮譽の表章を附與する權なり。天皇は素より榮譽の本源たり故に各種の榮典を附與するは亦た大權の作用と見るべきなり。

榮典の種類は一様ならず其重なる者を擧ぐれば爵位勳章紀章年金等にして其他褒狀褒詞金銀木盃及び金圓の賜與等も亦た榮典の一種なりとす。今其重なる者を説明すれば爵に五等あり公侯伯子男を云ひ位に十六級あり從八位より正一位に至る。勳章は大別して二とす大勳章及普通勳章是なり此内にも各亦た數種に分る。紀章に三種あり年金に二種あり是等は今一々之を説明せず。

(十二) 大赦特赦減刑及復權を命するの權 此權は刑罰を科せられたるものに對し

其刑罰の全部又は一部を免除し及び公權を奪止せられたる者に對し之を復するの働なり。此作用は刑罰を課し公權を奪止したる機關の行動夫自身を取消すに非ず唯た其行動の效果より罪人を免れしむるに過ぎず然れども是れ素より常法の外に超越する働にして天皇の大權に非れは行ふ能はざることなり。

此作用は一方に於ては天皇の仁澤を洽くし一方に於て刑事の嚴格に對して幾分の餘裕を設くる所以にして古より行れ來りし制度なりとす。

此權に關して或學者は論して曰く大赦特赦等の單に刑罰に對するのみならず一般に天皇の大權を以て法の效果を免除する作用なりと。然れも此論は餘りに空漠なり蓋し之を我國古來の制度に考へ更に諸國の法制を參照するときは大赦及特赦と稱するは刑罰免除に外ならざるを知るべきなり。先づ大赦とは何そ一般に或犯罪に對する刑罰の效力を取消す場合を云ひ特赦とは確定裁判を経たる或犯人に對し特に刑罰の行を赦す場合を云ふ。減刑及復權に關しては説明を要せず。

(十三) 憲法條項改正發議の權 此大權に關しては既に詳細の説明をなせり。

(十四) 皇室典範改正の權 此權も亦天皇の大權に屬す(憲法七十五條、典範六十二條)。

以上憲法に規定する天皇大權の大體を説明せり。

第二項 非親裁の事務

前項に於て天皇親裁の事務の大體を述べたり本項に於ては之に對して非親裁の事務を説明せんと欲す。然れども非親裁の事務は機關に委任して行はしむる諸般の雜務にして主として憲法に於て説明すべきに非ず其詳細は之を行政法刑法等の説明に譲らざるを得ず。今只た其一斑を擧れば

(一) 司法權は裁判所に委任して行はしむ。而して之に關する大體の説明は前に司法裁判所の章に於て爲したるを以て之を畧す尙ほ其詳細の説明に至ては刑法訴訟法等に譲らざるべからず。

(二) 行政の一部分は機關に委任して之を行はしむ而して是等は主として行政法の關する所なり。一般の學說として先づ天皇を統治の主體とする者は曰く行政とは總て機關を通する國權の發動を云ふと。次に天皇を國家の機關なりとするものは曰く行政とは間接機關の行動を云ふと。是等の說によれば天皇は絶對に行

政をなし給はず大臣以下の機関のみか行政をなすものなりとの觀念なり。然れども此觀念は果して適當なるべきや簡單に云へば行政とは臣民に對して政務を施行することなり天皇は果して親ら此の如き行動をなし給ふことなきや。前に天皇の大權の一種として擧たる公共の安全を計るか爲に發する緊急勅令及び公の秩序臣民の幸福の爲に發する獨立命令は何故に行政と云ふ能はざるや殊に獨立命令の如き機關か之を發すれば何人も行政なりとして怪ます然るに天皇か之を發すれば行政に非すと稱す余は其間に如何なる區別ありやを疑はざるを得ざるなり。畢竟一般の學説は始より天皇直接の行爲は行政に非すと獨斷して論し去るに過ぎずして十分なる根據の在て存するに非ざるべし。唯た其理由とも云ふべきは法學研究の上に於る學者の便宜に外ならず。今日一般の學者は國法學の内に於て憲法學及行政法學の二者を區別し憲法學に於ては主として天皇直接の作用を論し行政法學に於ては間接の作用即ち機關に委任する政務を説明す。是れ蓋し研學の便に出たるものにして此便宜論を以て進て行政の理論に及ぼし天皇は行政をなすことなしとするは本末を誤りたるの論なり。故に現今の

學説よりすれば行政本來の意義と所謂行政法に於て説明する範圍とは別々に之を觀察せざるべからず。若し之を混同するときには行政の意義は實に不明に歸すべきなり。余は根本的に行政の意義を解するか故に必しも全部機關によらざれば行れずと解せず委任の事務は行政の大部分を占むと雖然かも全部を占むるとして論せざるなり。

(三)天皇統帥權の下に在る軍事の機關にして普通の行政事務以外の軍事々務を掌るものあり。蓋し此種機關の中に於ても直接に天皇統帥の大權を參照すること恰も普通の場合に國務大臣か天皇の大權に參照すると同一なるものあり。例へば元帥府參謀本部の如き天皇の帷幄に參して大權を輔弼する機關に外ならず。然るに此種機關の外に一定の軍事々務の委任を受けて之を行ふ機關あり是等の場合は機關を通して行はるゝ非親裁の事務に屬す例へば軍人の教育兵器の設備等の事務是なりとす。

以上述る所は非親裁事務の大要なり既に述べし如く是等は主として憲法に於て説明すべきに非ず故に唯だ數言を列ねたるに過ぎざるのみ。

第三項 附説

第一項及第二項に於て統治作用の形式に於て二大區別を論せり。尙ほ觀察の方面を易へて別に一種の形式的區別をなすことを得然れども此區別は左程重要ならざるを以て唯だ參考の爲に附説として一言すべし。

蓋し統治權行使の方法に於て其直接の效果か人民に及ぼさず單に天皇及び機關の内部に及ぶに止る場合あり或は又た直接に人民に向て發動する場合あり。

(一)内部の行動とは第一に天皇か其機關に對する關係に於ては先づ天皇は機關を構成せざるべからず次に構成されたる機關に對して大體の監督を行はざるべからず。第二に機關か天皇に對する關係に於ては或は直接に大權に參與する場合あり然らざる場合と雖總て天皇國法上の命令に服従し其附與せられたる權限により統治の事務を行はざるべからず。第三に機關と機關との關係に於ては普通上下の差等を設け下に位する機關は上に位する機關の指揮命令を守り以て政務の統一を計るとす但し立法行政及び司法の各機關は獨立して相侵さざるを原則とし天皇の大權及び或特別の機關を以て其間の調和を企圖することとす。

(二)右内部の行動に對する外部即ち直接に人民に向て發動する政務は一々此處に説明すべきに非ざるなり。

本章に於て大體政務執行の形式を述たり以下更に進て此種政務の内に在て特に細説を要するものを擧げて論せんと欲す。

第二章 法律

第一節 法律の意義

法律の意義に關しては學説甚定らず今其重なるものを擧れば

第一、法律を分て實質的法律及び形式的法律となす説

此説は嘗て普國に於て豫算と法律の關係に就て疑議を生せしときクナイスト氏か之を唱道し後ラハンド氏が學理的に之を祖述せし以來獨國學者の多數は此議論によらざるものなし。

實質的法律とは其性質議會の協賛を必要とすべき事柄の規定を云ふ。而して形式的法律とは右の如き性質に非るも議會の手を経て法律の形式に由るもの云ふ。果して然らば性質上議會の協賛を必要とするものと然らざるものとは如何

にして區別せるかを論せざるべからず。

ラバンド一派は曰く實質的法律とは法規を定めるものなり。法規とは人民の權利義務の規定是なりと。此説は人民の權利義務を定むるには其代表者たる議會の協賛を要すと云ふ歐洲諸國の民主觀念に基くものなり。我國法としては(一)人民の權利義務に關しては議會の協賛を経ずして命令を以て直接に規定することを得べし。(二)且つ議會は人民を代表して其利益を保護する機關に非ず故に此説は以て我國法を説明するに足らざるなり。

ラバンド以來の學者も一般に人民の權利義務の規定を以て實質的法律なりとす然れどもラバンドと異なる所は之を以て直ちに法規なりとせず、法規は別に特種の意義を附す。例へばケオルグマイエルは法規とは一般共通事件の規定なりとし、法規に對して特別事件の規定を以て處分令なりと論ず。ホルンハックの如きは法規とは共通事件の規定したると特別事件の規定たるを問はず事實に附するに法の結果を以てするものを云ふ、之に反して處分とは事實夫自身を引起す働なりと。是等法規及處分に關する議論は混雜を來すの恐あるが故に此所に論せず且

つ余は我國法上法規及處分の理論的區別は殆んど無用なりと考ふるが故に總て之を省畧し唯だ獨逸學者の内には實質的法律即ち人民の權利義務の規定か即ち法規なりとするものと是等は必しも法規に非る場合ありとするものとの二派あることを知るべし。

實質的法律及形式的法律の區別既に我國法に適用す可らず。果して然らば此説は法律の意義に關し何等の明確なる觀念をも與さるものと云はざるべからず。

第二、法律の意義を其效力より定めんとする説。此派の論者は曰く法律とは最高の效力を有する國家の政令なりと。此説は一方に於ては法律の内に憲法をも包含せしめ一方に於ては法律と命令と比較し憲法第九條に「命令を以て法律を變更することを得ず」とあるを以て法律は命令よりも強力なり、言を換れば最強の效力ある政令なりと論斷す。然れども此議論は幾多の誤謬あるを免れず。

(一)憲法は法律の一種なりとするの不可なることは前に既に述べたり。

(二)法律と命令との關係に於て論者の如く常に法律は命令より強力なりと云ふこと能はざるなり。今ま二三の例を擧んに先づ憲法上勅令に非れば規定し得ざる

事項(十條)は法律の干渉を許さざる範圍なるか故に此種の勅令は法律と比較して其強弱を論ずるを得ず是れ前説の不可なる所以の一なり。

次に憲法第八條に規定する緊急勅令は素と法律に代るものなるが故に其效力は法律と同一にして一方に於ては他の法律を改廢し又は法律事項を規定するを得ると共に一方に於ては法律及緊急勅令夫自身によるに非れば改廢せられざるものなり。畢竟其力は全く法律に異らす故に法律は此命令よりも強力なりと云ふこと能はず是れ前説の不可なる所以の二例なり。此外例へば貴族院令の如き皇室典範の如き皆な一種の命令なりと雖法律は之に干渉することを得ず從て其間に強弱を論ずべきに非ず(憲法第三十四條貴族院令第十三條)是れ前説の不可なる所以の三例なり。

三論者は憲法第九條の命令を以て法律を變更することを得ずと云ふを根據として法律は命令より強力なりと論ずるとも是れ一部の規定を以て全般に推及するの誤謬に陥るものなり。何者此規定は第九條の場合のみに就て設けたるものにして總ての場合に於て然りと云ふに非ざるは一見明瞭なればなり。

右述る所によれば效力説は決して維持すべからず。

蓋し憲法と云ひ法律と云ひ命令と云ひ其實質より論ずれば明白に區別をなす能はざること恰も立法行政司法が實質的に區別し難きと相似たり。憲法も法律も命令も共に同一性質の規定をなし得べく共に人の行爲に對して同一の拘束力を有し其實質は共通なり。故に特に法律を擧げて命令等と區別せんとするには其意義を形式上の差異に求ざるべからず。

法律の意義を形式的に求めば左の如し。法律とは帝國議會の協賛を経て天皇直接の制定に係る政令を云ふ。之に由れば先づ法律は帝國議會の協賛を経ざるべからず。然るに或學者は曰く假令議會の協賛なくとも天皇が法律とし發せらるゝには各人に對して效力を生ず故に議會の協賛は法律の要素に非ずと。然れども此觀察は唯だ事實上の關係のみを見て國法上法律の本體を究めざるの論なり。國法上より論じて議會の協賛なければ法律の成立せざるや明白なりとす。次に法律は天皇直接に制定す此點は憲法第六條に明なり。

此定義は一方に於ては法律を以て憲法と區別することを得へし。何者憲法は其

改正に就ては議會の協賛を要すと雖其制定は素より之を議會に謀ることなきなり又た一方に於ては勅令及其他の命令と區別することを得先づ勅令は議會の協賛を要せざるの點に於て異り其他の命令は議會の協賛なきと天皇直接に制定せられず機關に委任して發せらるゝとの點に於て差異あり。

或學者は此法律の定義を大體に於て駁撃して曰く若し此定義の如くんば憲法第三十七條の「凡て法律は帝國議會の協賛を経るを要す」と云ふ規定は全く無用の文となるべし。何者右の定義を以て此條文に適用するときは凡て帝國議會の協賛を経へき政令は帝國議會の協賛を経るを要すと云ふの規定となるへければなり。憲法豈に此の如き無用の規定を設けんや故に此定義は不可なりと。然れども右の論法は誤れり論者は第三十七條を以て第三十七條に適用せんとするものにして其結果循環して何の意義をなさざるは素より適用を誤るか故なり。元來第三十七條は法律か議會の協賛を要することを定めたるものにして餘の定義は之に由りて生ず故に此定義を以て他の條文に適用するは可なり、翻て之を第三十七條に適用するは條文を以て條文を解せんとするの誤にして其不可なること素より

明なり。畢竟此論者の駁撃は余の定義を毀ること能はずと云ひ得へし。

第二節 法律の制定公布及執行

第一、法律の制定、法律は(一)法律案の提出(二)協賛の手續を経て(三)裁可によりて制定せらる。國務大臣の副署は裁可に伴ふ一形式に過ぎず。

(一)法律案の提出とは立法機關に法律の案を提出するを云ふ。提案權の歸屬者は政府及各院なり。政府は兩院の一に之を提出し各院は其院に於て議案を議決して之を法律案として他院に提出す或は各院の議員か其院に提議するをも法律案提出と云ふ者あれとも此場合は單に發議に止り法律案提出と稱せざるか適當なるのみならず國法の用例亦然りとす。次に或は議會か議決して天皇に上奏するを以て法律案提出なりとする者あれとも是れ亦た國法の用例と異れり。此場合は既に提出されたる法律案か議定せられしことを伏奏するに止るものと見るべきなり。

法律案提出に關する問題種々あり前に議會の章に説明したるは總て省略し尙ほ殘存せる二三の問題を略述せんと欲す。

(甲) 政府は同一法案を同時に兩院に提出するを得るや否や、蓋し議院法第五十三條によれば政府が議案を付するは兩院の内何れを先にするも便宜に依るとあり、此規定は直接に同時兩院に提出するを禁せざる如きも其主意は先づ一院に提出すべきに在ること明なるか如し。蓋し同時に兩院に提出するときは屢無益の手續を勞することゝなるへし。何者一院に於て法案を否決若くは修正するときは他院が爲したる討議は無用に歸する場合あるのみならず、徒に兩院の間に於る意見の不調和を招く恐ありとす。故に余は同時に兩院に提出すべきに非すと論定せんと欲す。

(乙) 議會一旦協賛し未だ裁可を得ざる法律案を同一會期中更に提出するを得るや否や、或は法案の提出權は此點に於て何等の制限なきか故に更に提出し得と論ずる者ありと雖既に一旦有効に議會の協賛を了り法律案として確定し天皇の不裁可なき間は未だ消滅したるものに非ず然るに更に同一法案を提出するは理に於てあるへからず。且つ若し再び提出して否決したりとせんか議會の決議は誠に不確定のものとなるへく而して一方に於ては天皇の裁可權に對して干渉を行ふ

ことを得るの不都合なる結果となるへし。

(丙) 一院に於て議員の發したる議案を否決したるとき政府又は各院は同一會期中之と同一なる法案を提出し得るや否や、憲法第三十九條によれば兩院の一に於て否決したる法案は同會期中再び提出するを得すとす、此條文は此場合に適用すべきか如し。然れとも既に述し如く提出權は政府及兩院夫自らに屬し(第三十)議各員が院内に於ける發議は之を法律案提出と稱せず。故にたとへ一旦議員の發議ありたりとも之が爲に政府及兩院夫自らの提出は重複を來すと云ふことなし従て第三十九條の規定は此場合に適用すへからず。畢竟政府及各院に提出權ありと云ふべきなり。

(丁) 法律案撤回の權は獨り政府のみ之を有するか或は各院も亦た之を有するか蓋し政府と各院とを問はず提出者は原則として之を撤回し得べきに似たり。然れとも政府の場合と異り各院は既に一旦之を議了し其議決は國法上有効に成立したるものなるか故に漫りに撤回を行ひ得べきに非ず。平易に云へば政府の場合に單純なる提出なり議院の場合は其院の確定議に依て生ずる提出なるか故に

二者の間に區別なかるへからず。故に曰く撤回權は政府のみ之を有すと但し政府提出の場合と雖一たひ議院の議決を経たる後撤回を行ふ能はざる所以は右述たる所により知るべきなり。

以上法律案の提出に關して論述せり、次に法律案の協賛を述ん。

(二) 法律案の協賛、之に關しては前に議會の章に於て論したり故に此處に於ては唯た數言を列るに止めんと欲す。

協賛とは天皇か立法權を行せらるゝ一の手續にして議會と立法權を分有するの意に非ることは既に述べたり。唯た外國學者の中に種々の異なる學說あるが故に參照の爲に要點を擧んと欲す。

ラバンド氏は法律の實體と法律の命令とを分ち議會は法律の實體を定むるの權を有し君主は之に命令の力を與ふる權を有すと論す。然れども實體と命令とは素と區別して觀察すへきに非す少くも我國法に於ては君主は其大權により實體を裁可すると共に命令の效力を附與するに外ならず。而して議會は傍より其大權と贊翼するに過ぎざるなり。クローテフェンド等はラバンドの如き區別をなさず

と雖立法權は君主と議會との共同して行ふ所なりとの觀念よりして協賛と裁可とは對等の關係に立つものなりと論す。尙一層甚しきに至ては或者の如き立法は議會の職權なり君主は唯た拒否の權 Veto を行ひ得るに過ぎず立法事務の實體に干與するものに非すと論するものあり。此種の論は英國の學者に多し。蓋し其國柄の然らしむる所ならんか。我國法としては素より行ふへからざるの詛たり。

議會協賛の效果は法律案爰に確定するに在り。此法律案を法律とすると否とは一に天皇の大權に在て存す。

(三) 法律の裁可、裁可は我國法上法律の形式を有する天皇の意思確定の一作用なり。或は曰く法律の法律たるは一般に向て效力を生ずるの時に在あり然るに裁可のみにては未だ此力を生ぜず畢竟公布の手續を経て一般に宣示するの後に非ざれば法律と稱する能はずと。然れども國法上天皇の意思確定の時期は裁可に在り。若し然らずとせんか裁可は何の意味もなきものとなるへし。故に裁可により法律自體は完成し唯た完成したる法律を實施する手續として公布及執行を機

關に命するものと見るべきなり。此派の論者にして一層甚きものは裁可及公布のみにては未だ法律と云ふ能はず實際之を執行し人を拘束するの働を生せされは法律に非すと論ず。然し此論は殆んど辯駁の必要なし。

裁可に關する外國學者の二三の說を擧れば或者は曰く裁可は既に確定したる國家の意思を外部に表示する作用なりと。然れども若し此の如くんは果して何れの時に國家の意思か確定したりと見るべきや甚だ曖昧なり。次に又た或者は曰く裁可は只天皇心裡の決意なり公布によりて始めて其意思か表示せらるると。然れども心裡界の現象は本と國法の關する所に非ず憲法上裁可と稱するは表示されたる意思に外ならず。尙ほ次に或者は裁可は君主の意思を國家の意思とするの作用なりと云ふ。此說は君主を國家の機關なりとするより來る故に少くとも我國法上不可なり。

裁可の効果は論するまでもなし法律案は法律となり天皇は機關に命して之を公布せしめ更に實際に當て之を執行せしむべきなり。同法第三十二條に終りに裁可を與ふべき期限は議院法によりて間接に定めり。

曰く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へしと。之によれば少くとも次の會期までに裁可公布の手續を終らざるへからすとす。外國學者の中に於て理論的に裁可の期限を論し或は當時の議員の任期盡る迄に裁可せざるへからすと云ひ或は何時裁可を與るも可なりと云ふものあり。然れども是等は總て付ふへからざるの論なるのみならず理論としても不都合なり今ま一々之を駁するの必要なし。兎に角我國法に於ては裁可の期限は次の會期迄とす且つ立法論としても次の議會開會前に裁可の有無を知るは甚だ必要のことなるべきなり。

最後に裁可に關する一問題は法律の未だ公布せられざる前に於て君主は一旦與たる裁可を自由に取消し得るや否や是なり。或學者は曰く裁可により國家の意思確定すと雖外部に對する意思表示に非ず故に公布の前ならば何時にても取消し得へしと。然れども此の論は撞着せり既に裁可により國家の意思確定す言を換れば既に法律として確定したるものならんにはたとへ一般に向て宣示の手續をとらずとも天皇は漫りに之を取消し得ざるや明なり。或は此論者は意思確定

即ち裁可を以て心裡界の作用とし公布を以て始めて意思が表示されたるものとするか其不可なることは既に前に述べたり。兎に角裁可により法律が成立すと云ふ前提をとれば法律改廢の手續を踏むに非ざれば漫りに之を動す能はざるは當然の論結として生ずべきなり。

以上法律制定を終るまでの順序を説明したり。

第二法律の公布 公布とは國家の意思を一般に向て宣示する作用にして機關をして之を行はしむ。公布は官報に掲載するを以て普通の方式なりとす。

公布の効果は法律が一般に對して實施の力を生ずるに在り。或は曰ん法律は公布の後一定の期日を経過するに非れば實施の力なし故に此見解は不可なりと。然れとも理論として公布により法律を一般に宣示する以上は同時に法律の效力を生ずるものと見ざるべからず。現行法に於て公布後一定の期日を経て施行するを規定するは此理論と毫も抵觸せず。何者畢竟公布の効果として一定の期日を経て施行せらるゝに外ならざればなり。蓋し期限は便宜上公布の効果發生の時を定めたるに過ぎざるなり。

公布に關しては別に議論を費すの要なし。

第三法律の執行 執行は現實に法を適用して各人を拘束する作用にして是亦議論を費すの要なし。

終りに參考の爲に現行法に於る法律施行の期限を述べれば明治三十二年法律第百號第一條によれば法律は公布の日より滿二十日後に始めて施行す但し北海道沖繩縣其他島地に於ては勅令を以て特別の規定を設けるとす且つ各種の法令に其施行期限を明記するときは之に依るべしとす。施行期限に關連して尙ほ一問題あり即ち在外臣民に對して發せられたる法律にして施行期限の明記せられたるものは何れの時期を以て施行を始むべきやの點是なり。或者は臣民が其法律を知り又は少くとも知るべき機會ある時を以て施行期限とすべしと。然れとも此説は甚曖昧なり次に或者は相當の期間を計算して施行すべし例へば官報到達の日數後何日と云相當の期を定むべしとす。又次に或者は法律は元來臣民の周知を待て後に行ふものに非ず其施行期限は國家任意に之を定むることを得べし而して此場合に於ては其法律に期限を特記すれば格別然らざる以上は在內と

在外とを問はず一般原則に従ひ公布後二十日を待て行ると見るべしと右第三説は一應道理ある如きも在外臣民の場合には全く特例に属するか故に第二説或は穩當ならんか。

第三節 法律の限界

國法上法律を以て規定し得べき事項あり又た規定し得ざる事項あり。今其限界を一言せんとす。

(一)積極的限界即ち法律が規定し得べき範圍是なり。

甲、法律事項 法律事項とは法律に非れば規定すべからざる事項を稱す。例へば憲法第二章の大部分及第十四條二項第五十七條二項第五十八條第六十條第七十二條二項等は是なりとす。

乙、自由事項 自由事項とは法律を以て規定し得る事項是なり但し命令を以てしても亦た規定し得べしとす。此事項は主として憲法第九條に規定す。此の如く法律も命令も共に規定し得る範圍なるを以て本條末文に二者の關係を定め命令を以て法律を變更するを得すとす。此規定なくんば法律命令も共に同等なる國家の意思なるか故に後法は前法を改廢し得るの原則により互に相改廢し得べし。然し此規定あるが爲に命令だけは法律を改廢する能はざるとなるなり。以上は積極的限界なり次に消極的限界即ち法律の規定し得ざる限界を述べん。

一、消極的限界
甲、憲法事項 憲法事項とは憲法が現に規定する事項にして法律は之を動ずること能はざるは無論なり。

乙、勅令事項 勅令事項とは勅令に非れば定むる能はず言を換れば法律の立入らざる事項是なり。是等は憲法第二章に於て天皇が法律の形式によらずして親裁の命令を以て行せらるる事項を云ふ。唯だ第十條(官制)は原則としては勅令によるべきも法律を以て特例を設ることを得ざるに非ず。故に此場合は之を前述せる自由事項の一種として説明するか可ならんか。然し只た勅令の規定を原則とすること注意せざるべからず。

以上の限界に關連して問題となるべきは例へば法律事項を命令に委任して規定せしめ又は勅令事項を法律に委任して規定せしむる如きは理論上許すべきや否

やに在り。然し此點は次章委任命令の處に於て論せんと欲す。

第四節 法律の失効

法律の失効(消滅は此中)は大體其原由を分て他動的原因及自動的原因の二となすことを得。

(一) 他動的原因による失効即ち他より動かされて效を失ふ場合なり。

(甲) 廢止及變更、廢止及變更の方法に明示及默示の二あり明示とは法律又は緊急勅令を以て明に改廢を行ふを云ひ默示とは是等を以て前法律と抵觸する規定を設るの結果前法は改廢せらるゝを云ふ。

(乙) 免除、免除とは特定の場合に特定の人に法律の適用を免するを云ふ。法律の免除は同じく法律若くは緊急勅令を要するや否や。之を要せすとする學者は或は曰く免除は法律自体を動すに非ず只法律の效力を一部だけ止るに過ぎるか故に是等の形式を要せすと。又曰く法律の執行を命ずると否とは天皇の隨意なるか故に免除即ち法律を一部行はさるも亦天皇の權内に在て存すと。又曰く執行を命ずるは天皇の權利なる以上は權利の拋棄も亦爲し得るべからず言を換

れは免除も自由に行ひ得るべからずと。右三種の消極説は何れも不適當なり。兎に角免除は或場合に法律規定の實體を動すものなるか故に同じく法律若くは緊急勅令を要すと見るべし、但し憲法第一章に於て天皇の赦免權を認たる場合は格別なりと知るべし。

(丙) 停止、停止とは特定の區域に對し特定の期間法律の適用を止むるを云ふ。

停止に關しても免除の場合と同一の問題あるべし、而して之に對する議論は前に述たる處を参照すれば明なり。

(二) 自動的原因による失効、自動的原因とは其法律自身か原由となる場合を云ふ。

(甲) 法律に定たる失効條件の成就、即ち或條件により法律が失効すべきことを法律自ら定たる場合に其條件成就すれば當然失効す。

(乙) 法律に定たる有効期限の到達、是亦た説明を要せず。

(丙) 法律の目的たる事件若くは物件の滅失、此場合に注意すべきは是等の事件若くは物件の滅失は單に關係的にして絶對的に非るときは未だ直ちに法律の失効を來すべき道理なきに在り。

(丁)學者は尙ほ不適用により法律が消滅する場合を列擧す然れども是亦た當然に然りと云ふ能はず。何者適用すべき場合なしとて法律夫自身か直ちに消滅する道理なければなり。若し果して永久に適用なきこと明白ならんには始めて法律夫自身の意思解釋として失効を論すべきなり。

第三章 命令

命令に凡そ二種あり。(一)天皇直接に發せらるゝ命令(二)機關を通して發せしむる命令是なり。憲法に於て主として論すべきは前者にして勅令即ち是なり後者は主として行政法の範圍に屬す。

勅令とは何ぞ蓋し帝國議會の協賛を要せざる天皇直接の政令なり。之によれば其制定及改正に於て更に議會の協賛を必要とせざるが故に憲法及法律と區別し得ること明なり。勅令の公布及執行に關しては大體法律の公布及執行の理論を參照すべし。次に勅令規定の限界を一言すれば法律の限界を述べたると同しく積極的及消極的の二に分つとを得。先づ積極的限界を甲及乙の二種とす。(甲)は勅令事項即ち

勅令の規定を必要とする事項にして主として憲法第一章による法律の干渉を許さざる範圍是なり。次に(乙)自由事項にして法律の先占せざるもの即ち主として憲法第九條の範圍是なり。第十條も亦た此範圍に加るとを得べし。右の積極的限界に對する消極的限界も(甲)(乙)の三種に分つとを得。(甲)は憲法事項と稱し憲法が現に規定する事項にして命令は之に干渉することを得ず。(乙)は法律事項と稱し法律に非れば規定し能はざる事項を云ふ。次に(丙)は即ち自由事項の内於て法律が先占し從て命令を以て規定し得ざる事項是なり。大體「(一)最終に勅令の失効に關しても前に法律の失効の節に述たる理論を準用し來るとを得只自由事項に關し勅令は法律よりも効力弱さの點に注意して推論すれば誤なしとす。勅令の説明に於て尤重要なるは勅令の種類に在り。以下之を論せん」とす。勅令の種類を區別する標準は種々あり。然れども多數學者は命令と法律との關係を標準として類別を試るか如し。此標準は余の贊する所たりと雖類別の方法に至て大に意見を異にするものあり。先づ尤も普通なる學說に従へば(一)緊急命令即ち法律に代る命令(二)委任命令即ち法律の委任による命令(三)獨立命令即ち法

律と關係なく獨立に發せらるゝ命令(四)執行命令即ち法律を執行する命令是なり
今更此區別により節を分て説明し尙ほ學說の欠點を指摘せんと欲す。

第一節 緊急命令

此命令は憲法第八條に規定す。此命令を發するには左の三條件を必要とす。

- (一) 公共の安全を保持し又は其災厄を避る爲なること、
- (二) 緊急の必要あること、
- (三) 議會閉會中なること、

是なり。是等の條件は詳細の説明を待たずして明なり。只其大要を述べれば(一)は公共の安全を保ち災厄を避る爲なるか故に其目的は寧ろ消極的にして一般の幸福を増進する如き積極的の場合に非ず。尙ほ或學者は公共の文字を以て國家と區別し國家の安寧の爲にするは此中に含ますと論ずれども國家の安寧と公共の安寧とは此の如く明白に區別し得べきものに非ざるなり。次に(二)は緊急の必要なるべからず尙次に(三)議會閉會中なることを要す。之に關して一問あり即ち議會閉會中なればたとへ臨時議會召集の暇ある場合と雖召集を行はずして緊急

勅令を發し得るや、或は又議會閉會中にして而かも臨時會召集を待つ能はざる時に限りて此勅令を發し得るやの點なり。多くの學者は憲法第七十條財政上の緊急處分の場合に議會を召集する能はざる時とあるに比較し第八條には此文なきか故に閉會中なれば臨時議會を召集し得ると否とに拘らず緊急勅令を發し得と論ず。此論一理あるに似たり然れども更に仔細に觀察すれば憲法第四十三條には臨時緊急の必要ある場合に於て臨時會を召集すべしと規定す、即ち緊急の場合には是非とも臨時會を召集せざるべからざるとなれり。此點よりして間接に論じ臨時會の召集を待つ暇あれば漫りに緊急勅令を發すべからざるの論結となるべきなり。畢竟此勅令は萬止を得ざる緊急の場合にして臨時議會の召集をも待つ能はざるときに發するものと解するか前後の主意一貫するに似たり。緊急勅令は以上の條件を以て發せらる。而して其規定の實質たるや法律に代るものなるが故に(一)法律の規定を必要とする事項(二)現に法律が規定する事項に限ること亦明なりとす。

此勅令は次の議會に提出して承諾を求むるを要す。蓋し承諾とは異議なしと云

ふに止り素より事後に起るものなるが故に議會に修正等の職權なきや論なし。而して承諾の効果論すれば二つの場合に分つことを得。(甲)此命令が現に存する場合には承諾の効果として命令は有効に繼續す。(乙)若し此命令が既に廢せられし後なれば只其適當なりしことを承諾するに止むのみ。

右は承諾の場合なり若し不承諾なれば其命令にして尙廢せられざりし場合は政府は將來に向て効力を失ふことを公布せざるべからず。

緊急勅令に關し數種の問題あり得べし。終りに隨て一々之を説明せん。

一 緊急勅令は普通の勅令を以て改廢し得べきや否や。

或學者は曰く緊急勅令も一種の勅令なり故に一般勅令を以て改廢するを得ざるべからずと。又或學者は曰く緊急勅令は多くの場合に普通の勅令を以て廢止變更を行ひ得べしと雖總て然りと云ふ能はず即ち憲法第二章に定たる法律事項に關しては之を廢することはなし得べきも之を變更すること能はず其理由は緊急勅令は憲法第三章の範圍に於て法律に代て臣民の權利を制限し義務を規定す此の如き勅令を廢するは臣民に對する拘束を解放するものにして普通の勅令を

以てするも憲法に抵觸せず何者憲法は權利の制限義務の設置は法律によるべしと規定するも是等の拘束を解放するは必しも法律を要すと規定せざるが故に普通の勅令を以てしてもなし得べし然るに廢止と異り變更の場合は恰も新に權利の制限を設け義務を設置すると同一なるが故に普通の勅令を以て行ひ得ざるなり畢竟廢止と變更とにより議論を分たざるべからずと。

右二の說に對しては種々の非難あり。

(一)第一說は總ての場合に於て第二說は多くの場合に於て緊急勅令は普通の勅令を以て改廢するを得とす。而して其理由の要點は同しく勅令に外ならざればなりと云ふに在り。然れども緊急勅令は法律に代るものにして法律に非れば規定し得ざることを規定す故に其本質は法律なり。且つ其效力より論するも一般法律と同じく他の法律を改廢し得べし。要するに其本質よりするも其形式的效力より論するも共に法律と異なる所なし。故に之を普通の勅令と對等視するは根本より誤謬なり。茲を以て余は曰く普通の勅令を以て改廢することを得ずと。

(二)第二說は尙ほ憲法第二章の範圍に關する緊急勅令は普通の勅令を以て廢止

することは爲し得るも變更することはなし得ずと論ず。其理由は臣民に對する拘束は法律若くは緊急勅令を要すれども拘束を解くは普通の勅令にて可なりと云ふに在り。

之に反對する要點は先づ大體に於て緊急勅令を普通勅令にて改廢(廢止)するの不可は前述の如し。此點は暫く措くも第二説論者の論法甚不完全なり。何者此論法を用れば憲法第二章に關し單に緊急勅令の廢止のみならず或場合には其變更も亦た普通勅令にて爲し得ることとなるべければなり。例へば從來の拘束を一層輕きものに變更したるときは同じく變更なれども拘束の解放には相違なし左れば普通の勅令を以ても爲し得と云はざるべからず。論者は此點に於て矛盾せり若し論者の主意を貫かんとせば變更とは唯だ拘束を一層重くしたるときのみを云ふこととなさざるべからず。然し拘束を重くすると輕くするとを問はず從來の拘束を改るは皆變更なり故に曰く此論法は不完全なりと。且つ是等の理論は暫く措き國法の大體より考察するときは憲法が臣民の權利義務に關し法律の規定を要すとしたるは此種の臣民の權利義務に關係して總て其取扱を丁寧にす

るの主意に外ならず然るに之に關する規定の廢止と變更との間に差別を立て其取扱を異にするが如き小刀細工的の論法を用ゆるは甚不可なりとす。

三緊急勅令が次の議會開會前に廢せられたるとき尙ほ之を提出して議會の承諾を求めざるべからざるや否や。

或學者は曰く議會の承諾は勅令將來の效力を承認するに在るが故に既に廢せられたるものは提出の必要なしと。然れども緊急勅令は本來法律を以て規定すべきことを定むるが故に其本質は議會の協賛を経へざるべからずなり唯だ己を得ざる事情により事前の決議をなす能はずして事後の決議をなすに外ならず果して然らば議會の議決は單に將來の效力如何に關するのみにあらずして主として其勅令實體が其當時に於て適當なりしや否やをも審議せざるべからず。此點より推すときは假令廢止せられたりとも一應は議會に提出し其承諾を求るが至當なるべし。且つ實際上の利益としても(一)一應議會の意向如何を確むるは將來の政策上必要なり。(二)兎に角議會の議を経ざるべからずとするときは勅令發布の場合に於て自ら輕卒に流れざるの利益ありとす。

此問題に關連して尙ほ議會が審査を行ふ範圍の問題あり。即ち議會は勅令實体の適當を審査する外臨時議會をも待つ能はざる緊急の事情ありしや否やを審査し得べきやの問題なり。余は既に述し如く議會の議決は實体の適否に止り緊急の事情の認定は一に天皇の大權に存すとするが穩當なりと考ふ。

三、最後の問題として議會不承諾の爲に緊急勅令が廢せられたる場合には其勅令の爲に改廢せられたる法律は當然復活すべきや否や、

或學者は曰く緊急勅令は只た法律を條件に係らしめたるに止る、即ち後日議會が承諾すれば法律は消滅す若し不承諾なれば法律は回復す夫迄は條件付法律が存在するなりと。

然れども先づ憲法は果して條件付法律なる者を認むるや否や。第八條の規定によれば緊急勅令は完全に法律に代る力を有す故に此勅令が法律を改廢するは單に法律に條件を付するに非ず完全に有效に之を改廢しあるなり。果して然らば後に至り其勅令が效を失ひたりとも前の法律が回復すべき道理なきなり。極めて簡易に色を以て譬へんに白を捨て黒を取り次に黒を捨てたりとせんか其結果必し

も白に非ず青黄赤種々の色ありて存す。然るに論者は黒を捨てれば必ず白に復すべしと考るに相似たり。勅令の場合も此の如く時の必要により更に前の法律とも又た緊急勅令とも異なる一種の規定を要するやも争はれず然るに強て前の法律を復活せしめんとするは甚不可なり。且つ又た議會の職權より論するも此場合は唯だ異議の有無を定むるのみにして法律を復活せしむるまでの權限なきや明なりとす。

以上を以て緊急勅令を了り次に委任命令に移らんとす。

第二節 委任命令

委任の命令とは法律の委任による命令なり。之に關しては根本的の議論あり即ち委任命令なるものは果して認め得べきや否や是なり。今ま便宜の爲に問題を分て論ずべし。即ち(一)憲法上法律の規定を要する事項を命令に委任するを得るや否や。(二)其他の事項に關し廣く命令に委任し得るや否や是なり。

(一)憲法上法律の規定を要する事項を命令に委任し得るや否や、此點に關して余は消極説即ち委任をなし得ずとの論を執らんと欲す。其理由は

誠に簡明なり。蓋し憲法に於て明に法律を要すと定るは其事柄が議會の協賛を経べき必要あればなり、然るに之を命令に一任して規定せしむるは全く憲法の主意に反すと云にあり。此點に就て獨逸のレンキ氏の如きは極論して曰く若し法律が其規定を命令に譲るを得との論法を用ひんか立法機關は總て其權限を他の機關に委任し得と云はざるべからず。果して然らば國法上特に立法機關を設備する必要なきに至るべし、是れ國法を無視するの論なりと此論其道理あり。然るに反對論者は更に論じて曰く憲法は一定の事項は法律の規定を要すと定むと雖其法律が如何なる方法を以て規定すべきかの點までを定めたるに非ず、故に法律が總て自ら規定するも可なり。或は規定を命令に譲るも可なり、何となれば兩者共に法律規定の方法に外ならざればなりと。此論巧なるが如しと雖甚不可なり、何者憲法に於て法律を以て規定すべしとするは即ち規定の方法を定めたるものにして論者の如く他に如何なる方法をとるも差支なしとの意に非ず。言を換ふれば命令に委任するも差支なしと解すべきに非るなり、故に曰く委任命令は認むべからずと。

以上は第一の問題即ち法律事項を命令に委任し得るや否やの説明なり。

(二) 法律事項以外の事項は法律を以て命令に委任し得べきや否や、
此場合は委任を認むるも差支なきが如し故に學者は普通に之を認む然し余は左の三點より疑義を起さんとす。

一 憲法上委任の命令を認めたる證據なし。蓋し緊急命令執行命令若くは獨立命令の如きは憲法第一章に於て明に之を規定すれども法律委任の命令に至ては何れの處にも之を載せず。

二 委任命令と稱するは法律の委任により之に代るものなるが故に其形は命令なりと雖其力は法律と同じく他の法律又は緊急勅令をも改廢し得るものなり。余は我國法に於て廣く此の如き強力なる命令を認るや否やを疑ふ。蓋し憲法上法律に代る命令としては唯一の緊急勅令を認むるのみ其他普通の場合には命令を以て法律を變更するを許さるるなり。然るに一般學者が隨意に委任の理論を授用し別に法律に代る命令を認むるは憲法の主意に適合せざるにあらずやと疑ふなり。

三、余は又た我國法上委任命令を認めざるべからざる必要なしと考ふ。蓋し委任命令を必要なりとする重なる論據は法律を以てしては萬般の事項を網羅し盡す能はざるか故に命令に委任する必要ありと云ふにあり。然し我國法に於ては法律の委任によらずとも命令を以て獨立に各種の規定をなし得るのみならず憲法に於て更に法律執行の命令を認め法律に基きて適宜の規定をなすを得せしむ。故に絶て委任命令を認ざるべからざる必要なしとす。

以上述べ來る所により余は法律委任の命令を排せんと欲す。

第三節 獨立命令

獨立命令とは憲法第九條による命令を稱す。或學者は此命令の範圍を論じて曰く獨立命令に消極的及積極的の二限界あり。先づ消極的限界とは此命令の規定し得ざる範圍にして(一)法律の規定を要する事項(二)法律が現に規定する事項是なり、次に積極的限界とは第九條に所謂公共の安寧を保持し臣民の幸福を増進するの目的か此限界をなすなり、其理由は元來國家の政務は大別して二となり(一)國家自身の利益を目的とする政務例へは外務軍務及財務の行政と(二)公共の利益を目

的とする政務例へは内務行政とに區別せらる。而して憲法第九條は此の第二公共の利益を目的とする政務のみを指稱するものなるは條文に依て明なり。若し此の如く解せず廣く一般に亘り(一)(二)共に包含すとせば本條の規定は其主意を解すべからざるに至らん、何者一般に亘りて命令を發するは國權當然の作用にして特に之を規定する必要なしなりと。

右論者の説を吟味するに先づ消極的限界に關しては甚だ批難すべき處なしと雖積極的限界と稱するものに關しては大に不可を唱へざるを得ず。

(甲)論者は國家の政を二種に區別すと雖國家の利益と公共の利益とは理論上一致して分つべからざるものなり。先づ歐洲諸國の如き民主國に在ては國にか主權者にして即ち國家なり。故に國家と公共とは全く同一にして二者の利益を別々に論ずること素より能はず次に我國に於ては天皇即ち國家なるか故に國家の利益と公共の利益とは區別して論し得べきに似たれとも仔細に考察すれば決して然らず。統治の主體たる天皇の利益と公共の利益とは理論上常に一致して離る可からざるものなり。故に論者の如く國家の政務を二分することは素より能

はず。且つ憲法制定者か國家若くは公共の文字を此の如く使分けたるに非ることとは伊藤氏憲法義解本條の註釋を見るも亦た明なり然るに強て文字に拘泥して右の區別論をなすは甚不可なりとす。

(乙)次に論者は一般に亘りて命令を發するは國字當然の作用なるか故に憲法に規定すべき道理なしとす。然れども今日立憲國の原則として國權の作用は總て法を以て規定すべくたとへ一般に亘る當然の作用たりとも法が其規定を設くるは毫も怪むに足らざるのみならず立憲の原則に照して必要のことなりとす。而して憲法は既に述し如く國權作用の大綱を定るものなるか故に其内に於て廣く命令權の規定をなすは性質上及軀裁上素より然るべき道理なりとす。加之ならず特に公共の安寧秩序臣民の幸福と云ふ大目的を掲げ廣く命令をして此目的によらしむるは亦た極めて必要のことたり。且つ一方より云へば外國の主義即ち人民權利義務の規定は法律によらざるべからずとの觀念も此規定により明に排斥するを得べく立法者の注意見るべきなり。兎に角論者か一般命令權を規定するは不必要なりとの論は取るに足らず。尙ほ論者の如き論法を用ゐるときは憲

法第九條のみならず第一條及第三條の如き重要な規定も我國法上當然の事に屬するか故に規定の要なしと云はざるべからざるに至るべし豈に此の如き理ありんや。

右は獨立命令に關する積極的及消極的限界と稱するものを批評せり尙ほ大體より論して獨立命令の名稱は甚曖昧なり。獨立とは法律より獨立するを云ふ果して然らば單に第九條の命令に止らず其他勅令事項を規定する命令は法律の干渉を容さざるか故に明に獨立命令と云はざるべからず。然るに普通學者は獨立命令と云へば憲法第九條の命令に限るか如く考へ其他勅令事項の命令は命令の種別の中に加へざるは甚しき欠點なりと云ひ得へし。一步を進めて云へば真正に獨立命令と云ふべきは却て勅令事項の命令のみにして憲法第九條の命令は真正の獨立命令に非ず何者法律の爲に改廢さるゝ命令なればなり。爰に於てか普通論者の命名は益其不適當なるを見るべし。

第四節 執行命令

執行命令とは法律を實行する爲に發するものにして憲法第九條に規定す。

此命令の範圍に關しても議論數種に分る。

甲説は曰く執行命令は法律を其儘施行するか爲に發するものなるか故に便宜規定を設くるの餘地あるべからずと。余は此觀念の狹隘に失せずやを疑ふ。蓋し法律は一々詳細の規定をなさず屢大略の規定のみを設るに止ることあり此の如き法律を實施せしむるは執行命令の本分にして之か爲には法の範圍内に於て便宜の規定を設るを得ざるべからず。

乙説は甲説と正反對に走り執行命令は法律を完全に行はしむるを目的とするか故に必要な場合には其不備欠點を補充することも爲し得ざるべからずと論ず。余は此の説の亦餘りに極端に走り廣に失するの嫌あるにあらずやを疑ふ。何者執行命令は何處迄も法律施行の範圍を出る能はず。故に假令法律に不備欠點ありとも之を補充するまでの力を有すべからざればなり。

右二説の相分るゝ重なる理由は一方に於て委任命令を認むると否とに在り。蓋し委任命令を認るものは執行命令を狭く解するも不都合なし何者法律委任の理論を以て各種の命令を發するを得ればなり。之に反して委任命令を認るもの

は執行命令を廣く解せされは不便なりとするより此正反對の議論を生し來りしなり。余は既に述し如く委任命令を認めずと雖執行命令に關し前兩説の如く極端に走るを欲せず畢竟此命令は法律執行の目的の範圍内に於ては便宜各種の規定をなし得べしと雖更に進て法律を補足するまでの力なきものなりとす。

或は云ん此の如くんは執行命令と委任命令とは質を同じし唯た名を異にするに過ぎざるものとなるべし爰に於て二者の區別甚曖昧なりと。

然れとも前に述べし如き委任命令は法律に代るの命令にして法律と同一の力を以て他の法律又は緊急勅令を改廢するを得るものなり然し執行命令に至ては法律に代るに非ず法律を施行するに止るか故に直接に他の法律又は緊急勅令を改廢する如き力なきや明なり。憲法第九條の末文にも此規定あり果して然らば委任命令と執行命令とは單に名稱を異にするに止らず其實質に於て差異ありと知るべし。

第五節 結論

第一節より第四節に至るまでは普通行るゝ命令の種別により順を逐て其欠點を

工
10

批難し併て余の意見をも述べ來れり要するに此種の類別は適當なりと云ふべからず。

余も亦た標準と法律と命令との關係にとり一種の區別を試んとす。

(一) 法律の干渉を許す勅令即ち法律により改廢さるゝ勅令にして更に三分す

甲、法律に代る勅令、勅令緊急勅令即ち是なり。

乙、法律を執行する勅令、

丙、法律に關係なくして發せらるゝ勅令、主として學者の所謂獨立命令是なり。

(二) 法律の關涉を許さざる勅令、此種の勅令に關しては前に親裁の政務を説明したる場合に述たり。

此説明は大概前に述たる處にて明なるか故に之を畧す。

帝國憲法(終)

事は二四一

批難し併て余の意見をも述べ來れり要するに此種の類別は適當なりと云ふべからず。

余も亦た標準と法律と命令との關係にとり一種の區別を試んとす。

(一) 法律の干渉を許す勅令即ち法律により改廢さるゝ勅令にして更に三分す

甲、法律に代る勅令、勅令緊急勅令即ち是なり。

乙、法律を執行する勅令、

丙、法律に關係なくして發せらるゝ勅令、主として學者の所謂獨立命令是なり。

(二) 法律の關涉を許さざる勅令、此種の勅令に關しては前に親裁の政務を説明したる場合に述たり。

此説明は大概前に述たる處にて明なるか故に之を畧す。

帝國憲法(終)

事法(一)

五
10

