

索遜王國 第一院第二院 第二院は議員八十二名あり、直接選舉にして任期六年なり。

瓦敦堡王國 第一院は門族會院と云ふ、第二院は議員九十四名あり、直接選舉にして任期六年なり。

婆典大公國 下院は議員六十三名あり、間接選舉にして任期四年なり。

蜀仙大公國 下院は議員七十名あり、任期六年、間接選舉にして毎三年に一部改選す。

奧太利匈牙利君主國 奧太利帝國は奧太利帝國參議會あり、二院制にして貴族院は

現今百八十八名の議員あり、下院は三百五十三名の議員あり、一部分は直接選舉、一

部分は間接選舉にして任期六年なり。匈牙利王國には匈牙利王國議會あり、同じ

く二院制にして上院をヴァンチンク議會議と云ひ、下院を代議士院と云ふ。代議士四百五十

三名の多數は直接選舉にして三年任期なり。兩國共通の事件の爲に特派議會を

開く、各一方より六十名を派出す、中二十名は第一院より、四十名は第二院より選出

し、任期一年なり。

白耳義王國 元老院及代議士院あり、元老院議員は百〇二人にして其の一部分は直

接選舉一部分は間接選舉なり、代議士院は議員百三十二名あり、直接選舉にして任

期四年なり。

和蘭階王國 ケネラ一般國會を二部に分つ、第一部議員五十名は地方會議より選舉し任期

九年なり第二部議員百名は直接選舉にして任期四年なり。

丁抹王國 上院をランド議會議と云ひ議員六十六名あり、下院をフォルクスナ

ンク民會と云ふ、議員百十四名あり、直接選舉にして任期三年なり。

瑞典王國 王國議會を二院に分け、第一院の議員は百五十名あり、間接選舉にして任

期九年なり、第二院の議員は二百三十名あり、一部分は直接選舉、一部分は間接選舉

にして任期三年なり。

四班牙王國 國會をコルテズと云ふ二院より成る、元老院議員三百六十名の一部分

は世襲、一部分は勅任、一部分は國牒より選出す、衆議院議員四百三十一名は間接選

舉にして任期五年なり。

葡獨牙王國 國會をコルテズと云ひ貴族院議員は約百名、代議士は約百四十五名あ

り、直接選舉にして任期四年なり。

伊太利王國 元老院及代議士院あり、元老院は王族及勅選議員を以て組織し、其の數

に定限なし、一八九七年には三百七十二名あり、代議士五百八名は直接選舉にして

任期五年なり。

拉馬尼王國 元老院は議員百二十名ありて任期八年なり、代議士院は議員百八十三



名ありて任期四年なり。

伊蘭四共和國 代議士院は現今議員五百八十四名あり、一般直接選舉にして任期四年なり、元老院は議員三百名あり、府縣及殖民地に於て間接選舉に依り選舉し、任期九年にして毎三年に三分の一を改選す、改正以前の憲法に依り、國民會議即ち兩院合會に於て互選したる終身議員七十五名ありしか、近年減少せり。

瑞四聯合 聯合會議を二院に分つて國民會議とし、人口二万人に付一人の割合を以て一般直接選舉に依り選舉する議員を以て成る、現今百四十七名あり、二を國家會議とし、各「カントン」より二名つゝ選出したる代議士四十四名より成る。各「カントン」は一院制なり。

一院制と二院制の中間に在るものは左の如し。

諾威王國 國會は通例一院にして之を「ストールラング」と云ふ議員百十四名あり、間接選舉にして任期三年なり。然れども或る種類の事件を議するに當りては其の一部を以て特別の一會を作る之を「ラーグラング」と云ふ、而して自餘の部分をして成る一會を「オーデルスラング」と云ふ。

塞耳比王國 平生は國民會議の毎年召集あり、納稅者四千五百人より一名の代議士を選出す、任期三年なり、而して一定の事件の爲には大國民會議を召集す、その議員

數は通常國民會議の二倍なり。

純然たる一院制は小國に多し左の如し。

希臘王國 直接選舉にして任期四年の議員二百七名を以て成れる一院あるのみ、之を「ボウレン」と云ふ。

獨逸の小國 即ちメクレンベルク、シユウエリン、サクセン、ウイマル、メクレンブルク、スツレリッツ、オルデシアルク、ブラウンシヴィヒ、サクセン、マイニンゲン、サクセン、アルテアルク、サクセン、コッパルグゴタ、アンハルト、シユアルツアルク、ルードルス、タット、シユアルフアルク、ゾンデルハウセン、ウアルデック、ロイス、エルテリニ。

獨逸帝國の聯邦會議も立法權に參與せり、然れども元來は聯合行政會議なり。故に獨逸國法學者は皆之を帝國行政部の合議機關と爲し、獨逸帝國議會を以て一院制を取るものとせり。聯邦會議員五十八名は毎年各邦政府より指名し、帝國議會議員三百九十七名は一般選舉に依り五年任期にて選舉す。

### 第三節 貴族院

立憲君主政體に於ては貴族院は歴史上の沿革に因り社會の上流に位する者即ち



世襲貴族を以て中心と爲し衆表に卓越せる優秀の性能ありと認むべき部類の臣民を代表する者を以て之を補充し、以て前節に述べたる如く社會の勢力と國民の發達條件とを斟酌するの主義を實行せむとするものなり。是を以て其の議員は臣民の公選に依らず、世襲の特權、同族の互選、又は君主の指名に因るを例とす。

(註) 共和國及立君共和國に於ては貴族の特權を認めず、故に其の上院は立憲君主國の貴族院と全く關係を異にし、代議士院と同一の原則に基き唯だ人工的に兩院の編制を異にせり。北米合衆國の上院は各州を代表せしむるの原則を取り、佛蘭西の上院も各縣を代表せしむる主義を取れり。白耳嶺の元老院は代議士院と同一の選舉法により同一原則に基きて組織し唯だ其の被選人の滿四十歳以上にして一年に一千「フラン」以上の税額を納むるを要し、代議士院は四年を任期とするに對し、元老院は八年を任期とするの差あるのみ。一八九三年の憲法改正に依り始めて直接公選議員七十六名に加ふるに地方會議の選舉する納税額無制限の議員二十六名を以てしたり。伊太利、西班牙、葡萄牙の政體は立君共和に類するもの多しと雖、其の貴族院議員は國王の勅選にして世襲貴族多數に居れり。

#### 第四節 衆議院

衆議院は一般臣民の代表機關にして萬機を公論に決するの方便なり、故に汎く一般臣民をして其の議員を公選せしむるの法を取る。選舉は選舉人に於て代表機關の編制に盡力する公法上の職務にして代理を委嘱する私法上の行爲に非ず。代議士は宜しく國民全體の利益を眼中に置きて國政を審議すべきものなり。此の事は往時の憲法に於て往々之を明言し、今は明文なきも確定せる國法の原則として公認せらる。

(註) 佛蘭西一七九一年憲法代議士任命の部第七「各州より選派する代議士は一州の代表者に非ずして全國民の代表者たり故に州より代議士に委託を付することを得ず」、五教條憲法第五百五十五條「代議士は全國の代議士にして一選舉區の代議士と若做さず」、白耳嶺憲法第三十二條同文、伊太利憲法第四十一條「代議士は全國民の代議士にして之を選派したる一州の代表者に非ず」、選舉人は代議士に一の委嘱條件をも付することを得ず。

以上は衆議院議員の公選に關する第一の原則なり、而して多くの國法學者は獨り是れのみを以て原則とし、其の上に進むことなし、然るに最近時に至りて二三の學者は之に次く第二の原則あるを認め衆議院を以て一般臣民の利益を代表すると



同時に各部臣民の特殊の利益を代表するものと爲すに、至れり、是れ最も緊要の關係にして國家及政治の活用を理會せむか爲に必ず知らざるへからざる所なり。此の理由を明にせむと欲せば先づ國家の事業として經營すべき國民の發達條件に二種の大別あることを述べざるへからず、即ち各個臣民の發達の爲に一様に必要なる條件及一部臣民の特殊秀質の爲にのみ必要なる條件是れなり、前者を一般利益 *Gesamthinteresse* と云ひ、後者を特殊利益 *Sonderinteresse* と云ふ。必要の順序よりすれば第一種の條件の爲に備ふるを以て最大急務とすへきこと明なり、然れども其の最も重要なるものは既に臣民の權利自由として憲法を以て之を保證し、其の他に至りても或は衛生事務の如き教育制度の如き、警察行政の如き、今日の文明國家に於ては既に殆ど全備し、唯た時に之を改良し、従前よりも一層善美にするの必要あるのみ。之に反して現時に於ける各國政治の最大條件は必ず第二種の要件ならざるなく、又國家は決して此の種の要件を忽怠すへからざる所以のものあり、其の故は、向後に於ける國民の進歩發達は必ず特殊利益の増進に依らざるを得されはなり。世界に優勢を振へる國民の進歩は各個臣民の一樣に備ふる能性

の發達に非ずして、一部臣民に特異なる利益の伸張に因れり。商業の發達工業の發達、航海事業の發達、交通機關の發達と云ふか如きは現時政治家の卓上に堆積せる問題にして皆一部社會の利益を主眼とするものに非ざるなし、而して公民國家は一般國民の發達を以て目的としなから此の如き一部臣民の利益を伸張する爲に其の國權を行ひ國力を費すの義務ある所以のものは他なし、一般利益の既に殆ど完備せる今日以後に於ては特殊利益を發達せしむるを以て、更に完全に國民一般を發達せしむるの條件と爲さざるへからざればなり。是れ目前に横れる國家生活の一大事實にして此の事實を度外にして立てたる國法の理論は今日に益する所少なし。

此の事果して國家生活の一大事實たる以上は、今日の衆議院に於ては一般利益を代表せしむると同時に各部の特殊利益を代表せしむるの備なかるへからず、即ち國中各種の利益團結をして其の團結の意思を代表する者を衆議院に出たさしめざるへからず、然るに現時の利益團結を往昔の等族團結の如く固定ならず、民生開發の狀況と俱に變化窮りなきを以て、何れの國家も未だ特殊利益の代表を確實に



する方法を發明せず唯た選舉制度と政黨の自治とをして不完全なからに此の代表を序理するのみ。

選舉制度は個々の利益團結を以て選舉の範圍とせず、選舉區を以て其の範圍とし、大抵行政區劃を以て選舉區の基礎とせり是を以て假令特殊利益に於て一致する人民たりとも數選舉區に散在するときは結合して選舉の上に其の意思を行ふこと能はざるに因り之を補ふに政黨の力を以てし、數選舉區の散在して同一の特殊利益を利益とする者相連合して同一の政黨を推し、其の力に依りて以て彼等の欲する所の特殊利益を代表せしむるに適したる代議士を出たさむとせり。即ち政黨の第一效用は各選舉區に於ける投票を一定の特殊利益を代表せむことを承引する候補者の上に集むるに在りて、其の第二效用は衆議院議場に於て各種の問題に關する可否の表決を其の黨員の承引したる特殊利益の爲に利ありとする一方に集むるに在り。各政黨は特に一部の特殊利益のみを代表するに非ず、獨逸のヤ 表するか如きは稀に見る所なり 大抵は一黨にして數種の利益團結の特殊利益を代表せむことを引承せり、唯た相撞着する數部の利益を同時に代表するを難しと

するのみ。選舉に於て投票を一定の候補者の上に集め、議事に於て表決を一定の決議案の上に集むるは是れ自ら一種の専門事業にして、平生の準備と臨時の運動とを要し之に従事する者は自ら一種の社會を爲せり、即ち政黨員是れなり、而も是れ國民發達の必要の機關たるは論を俟たず、何れの國も未だ特殊利益の代表に關し適宜の方法を得ざる今日に在りては政黨及政黨員のあるに非ざりせば國家は國民の高等發達を圖ることを得ず、一般利益の發達のみにして其の事業を中止するか、然らざれば君主宰相の專斷を以て各部利益の代表に代へざるへからず。國法は代議士の一選舉區より委嘱を受けて其の利益を代表することを禁ずるも、會て一部人民の特殊利益を代表することを禁せず、却て彼等の實際に於て主張する所は例へば地租改正、鐵道國有、航海事業の獎勵と云ふか如き、一部利益の發達に關せざるなし。政黨員を以て代議士となる者は特殊利益の辯護者なり。衆議院は國民各部の特殊利益を辯護する者を一堂に會して議論を戦はし、伎倆を競はしめ、其の歸決する所を以て立憲君主政體に在ては君主統治權使行の參考に供へ、民主政體に在ては政府に方嚮を授けて奉行せしむるの設營なり。



### 第三章 帝國議會の職權

#### 第一節 帝國議會職權の分類

帝國議會は天皇の主權を以て帝國憲法及議院法に依り始めて設立したる機關なり、是を以て憲法々律の明文にて特に附與したる職權を有し、其の他を有せず、是れ民主政體に於ける議院と其の國法上の地位を異にする所以なり、第一章 憲法法律を以て議會に附與したる職權の多分は其の兩院の均しく有する所にして、僅に一部分のみ一院に偏屬せり。兩院共通の職權は(一)憲法改正に關する權(二)法律命令に關する權(三)政治上の實權(四)政治上の形式權(五)組織上の職權なりとす、其の一院に偏屬するものは貴族院に貴族の特權に關する職權あり、衆議院に豫算案の先議權あるのみ。

(註)議會職權の分類法に關しては國法學者の間に未だ定説あらず、諸説皆精確を缺けり、マンド、ポルン、ハック、ギル、ヘン、ハイム等が議會の職權は國家の事業と俱に廣く得て列舉すべからずと言へるは民主政體に適當するも立憲君主政體に適當せざるの論なり。

#### 第二節 憲法改正に關する權

帝國憲法第七十三條に曰「將來此の憲法の條項を改正するの必要あるときは勅命

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されば議事を聞くことを得ず、出席議員三分の二以上の多數を得るに非されば改正の議決を爲すことを得ず」と。

今此の職權を議會に附與せられたる所以のものを察するに、是れ民主政體に於ての如く國民をして日本の政體を定むる上に其の意見を行はしむるの精神より出てたるに非ずして、畢竟議會をして其の憲法々律に依り附與せられたる職權を失はざらしめむか爲なり。憲法は天皇の全權を以て制定せられたる所なるか故に之を改正するの權も亦獨り天皇に屬すへき理なり、然れども憲法の逐條は互に相連環し、孰れの一條を動かすも必ず直接又は間接に議會の職權に變更を及ぼさることを得ざるを以て、議會に協らすして之を改正するは議會の同意なく王室の專意を以て其の權力を消長するに均しかるへく、立憲の制を定めて君民共に循行するの趣旨に戻るへし、是れ發議の權は天皇之を取ると雖必ず案を議會に下して議決せしめらるゝ所以なり。

議會の此の職權に關し國法上重要の一義あり、即ち天皇より下附せらるゝ憲法改



正の議案は法律案なるや否との問題に關するもの是れなり。

憲法改正の議案にして若一種の法律案ならむには既に帝國憲法第三十七條に「凡そ法律は帝國議會の協賛を得るを要す」とあるを以て、故さら勅命を以て其の案を提出するの必要なく、唯た其の議事法に關する特例を定むれば即ち足れり、然るに別に第七十三條を掲げたるのみならず、又法律案なれば協賛の字を用ゐるべきなるに第七十三條に於て態さと文字を改めて「議に附すへし」と云へるより推すときは憲法改正の議案は全く別種の事件として見るべきものなること明なり。此の關係よりして國法上に左の如き重要なる結果を生ず。

(一)特別議事法に依るべき事。

憲法改正の議案にして若法律案として提出せらるゝものならむには憲法に特別を設けたる場合の外一般法律の議事法に依らざるへからず、然れども憲法改正案は既に全く法律案に非ざるか故に、法律案の議事法を以て之に應用すべきにあらず、又政府の提出したる普通の議案と混同すへからず、全く別格の議件として憲法第三十七條の定員數に依り議院に於て特に議事法を定め、慎重審議すべきものなり。

り。

(二)修正を許さざる事。

既に法律案に非すとせば議會に於て修正を加ふるの權なく、勅命を以て院議に附せられたる原案に對して可否の意見を上奏するに止めざるへからず。

(三)條件を附帶して議決すへからざる事。

下附の議題に對し同意を表するの條件として固より議題に關係せざる他の事件に於ける議會の志望を達せむとするか如きは原案に對し自ら一種の修正を加ふるものなり、故に許すべき限りにあらず、憲法 義解。

(四)法律を以て憲法を改正するを許さざる事。

又茲に憲法改正を以て立法の範圍外に於ける特別の事件なりとすると立法の範圍内に於ける一種の變例なりとするとの間に大に關係を異にするものあるは他なし、若之を立法の一種とするときは事實上憲法の條項を變更するの法律たりとも正面に其の改正を名とせずして自餘の目的の爲に制定する所のものに因り暗に憲法を改正するの道を避け難し。之に反して始めより立法以外の事件と爲す



に於ては何等の目的に出づるの法律たるを問はず、苟も憲法の内包に變更を及ぼさむとするものは始めより之を制定するの道なからしむることを得べきなり。願ふに普魯西に於て憲法第一百七條の條件を設けなから實際に於て憲法を變更する法律の制定を避くること能はざる所以のものは、元來憲法の改正を立法事業の範圍内に置きたるに因由するものなり。

(註)各國の間に憲法改正の爲に定めたる方法は凡そ三種あり左の如し。

(一)本邦の如く憲法改正の案を議會の議に附すと雖管に普通立法に比して更に十分なる多數決を要するのみならず、又其の發案の權を君主に專屬せしめたるものは巴威里一八一八年の憲法第十條第七條の舊文に於て是れありき、即ち曰「憲法は國王の承諾なくして改正増補することを得ず、改正増補の議案は國王獨り之を提出し、議會は其の提出の議案に就き議事を行ふべし、其の議決は各院の議員四分の三以上の出席にして三分の二以上の多數あるを要す」と、然るに一八四八年に至り夫の六月四日の議會發案權に關する法律を以て本條を改正したるより憲法の或る條項に就きては議會も改正を發議するの權を取り且總へて改正の案を法律案と看做すに至れり。

(二)憲法改正の案を一の法律案と看做し、唯だ一般法律に比すれば議決の條件を更に嚴重にしたるものを第二種とす。例へば普魯西憲法第一百七條に「憲法は法律を制定する通常の方法を以て修正するを得べし、但し前後の間に少くとも二十一日を措きたる兩度の表

決に於て過半の多數あるを要す」と云ひ、巴典憲法第六十五條に「憲法を補足し或は之を解釋し或は之を改正するを目的とする法律案は各議員に於て出席議員三分の二の同意を得ざるべからず」と云ふの類是れなり。奧太利一八六七年十二月二十一日根本法第十五條へスモン憲法第百十條も此の類に屬す。

(三)第三は多く民主々義の國家に於て採る所の制にして憲法改正に關しては全く普通立法の經行を離れ、或は之が爲に一旦議員を解散して新に議員を召集し、或は之が爲に特に國民議會を召集せり。例へば自耳義憲法第百三十一條に於て「立法部に憲法某々の條を改正せむとする旨を宣告すべし、此の宣告の後兩議院は當然に解散し更に第七十一條に従ひ新に兩議院を召集す。新徴の兩議院は王と協同して改正の條件を議定す、此の場合に於て各院を組織する議員少くとも三分の二出席するに非ざれば議事を開くことを得ず」とあり。又佛國一八七五年二月二十五日の國權編制法の第六條には「憲法改正と大統領選舉との爲に特に元老院及代議士院を合して國民議會を組織することを規定し、又米國憲法第五章には國會兩院の議員三分の二以上憲法の修正を必要とするとき又は各州の州立政府の三分の二より之を請求するときは國民會議を召集して修正の案を發すべし。此の議案は國會の定むる所の法式に依り各州の州立政府の四分の三或は其の各州立政府より出でたる國民議會の四分の三以上の批准を得たるときは法律たるの效力を有し、憲法の一部となるべし」とあり。瑞西聯邦一八七四年憲法第百十八條及第百十九條に於ては改正の爲に人民多數の同意を必要とし直接選舉に依り特に議會を開けり。



### 第三節 法律命令に關する權

政治は政府の最大任務なると同様に立法權に對する協賛は帝國議會の最重職權なり、是れ帝國憲法第五條に「天皇は帝國議會の協賛を以て立法權を行ふ」とあり、又第三十七條に「凡て法律は帝國議會の協賛を経るを要す」とあるに基くものにして其の命令に對する權利も亦此の職權の餘波たるに過ぎず。凡そ法律は國民發達の要件を述べて以て國家の意思と爲したるものにして一旦法律の形式を以て發表せられたる國家の意思は政府之を執行するの義務あり又其の大政の方嚮行政の計畫の爲に必要とする條件即ちを以て之を變更することを許さず。此の如く重要なる法律を制定するは固より天皇の統治權に屬し、天皇の立法行爲を稱して裁可と云ふ、然れども天皇は帝國議會の協賛したる法律案に非されは之を裁可して以て法律と爲さざるの規定を躬ら定めて躬ら率由し給へり。是を以て或は國民各部の發達の爲に一樣に必要なるか、然されは間接に一般國民の發達を促進する所以のものたる一部社會の特殊利益を保護するに必要なる條件第三編第一章の政治の部參看の外は法律として行はるゝことなし、是れ公民國家の旨趣を貫徹せしむるの大綱なり。

り。帝國議會の立法に於ける協賛權は、發案權と議決權との二途に依り之を實行す、即ち帝國憲法第三十八條に「兩議院は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」とあるに據る。

#### (甲)法律案の發議權

國法學上より言へば法律案の發議權は政府の必ず有せざるへからざる所なり、之に反し議會をして之を有せしむると否とは一國成法の偶然に屬す、然れども近時の憲法は大抵議會をして政府と同様に之を有せしむるに傾けり獨逸瑞四國を例外とす。

(註)エリネツク法律命令論(三一八頁)に曰「議會の立法に參與する法律上の性質より論すれば其の發議權を有すると否とは敢て差違なき所とす。議會にして政府の提案を議するも又自ら發案したる所を議するも其の事業の唯た將來に於て主權者決意の内包たらむとする條章を確定するに在るは一なり。最近時に至るまで行はれたる議會の發議權は君主政體の主權と相容れずとする議論は政治上の所見たるに止まり、法理上根據あるの學說に非ず何となれば主權者の權力の依て顯はるゝ所は國家の意思作成の動機たるに在るに非ずして唯た既に作成したる意思を宣布するに在ればなり。君主の君主たる所以は裁可に依り議會各般の議決を取りて以て自己の意思の内包と爲すに在り、其の事件の始め議會の自ら提起したる所に係ると否とは敢て此の點を輕重するも無し」と〇ゲオ



ルカ、マイエル獨逸國法論(四六三頁)に曰、議權即ち法律案を提出するの權は在時の憲法に於て多く君主に專屬するものとし、議會をして發議權を有せしむるは君主政體の主義と相容れずと爲したり(今尙は此説を取るの著述家少からず、例へばゲルベル國法原論一三一頁第二註、ヘルド國法論第二卷四八六頁、モール國法國際法及政治論第二卷五一九頁シニルチ普國々法一七二頁等の如し)然れども近時即ち一八四八年以後の憲法に於ては議會にも發議權を有せしめ、而して往時の憲法に於ける反對の規程は近來大抵廢止せらる。故に今日に在りては君主議會相共に此の權あるを通例とす(普國憲法第六十四條○巴威里一八四八年六月四日議會發案權に關する法律○索遜憲法第八十條及第百二十條の改正に關する一八四九年三月三十一日の法律及同月同日議會發案權に係る法律○瓦敦堡一八七四年六月二十三日憲法第六條○斐典一八六九年十二月二十一日法律第五條○索遜ライマル根本法第六十條○索遜マイニンゲン根本法第八十六條○索遜コブルグエタ根本法第百十五條○アラウンシロイヒ新州法第百○五條○オルテンブルク根本法第百三十八條)唯た二三例外の場合に於てのみ尙ほ此權を君主に專屬せしめ議會にして新法を認むときは奏請の途に由らざるを得ざらしめたり(ヘスセン憲法第七十六條○索遜ヲルテンブルグ一八五四年二月十一日法律○シユワルツブルグ、ルードスタット根本法第三十五條及第五十六條○舊統ロイス憲法第六十六條)又原則としては議會にも發案權を屬せしむると同時に特種の事件に關し例外を設くるものあり(巴威里に於ては憲法第十條第七條の改正に係る一八四八年六月四日法律第二條に依り、憲法の或る條章の改正に

付斯く制限す○瓦敦堡に於ては一八七四年六月二十三日法律第六條に依り、租税、國債、預算確定及豫算外支出の法律に付此の制限を設けたり。二院制の國に於ては兩院相共に發案權を有し、政府は隨意に其の法律を第一院若は第二院に提出することを得、唯た財政上の法律案に對してのみ先づ之を第二院に提出せむことを要するの制を設けたるもの多しと。

政府の一旦提出したる議案(法律案を含む)を修正し又は撤回することを得るは議院法の認むる所なり。然れども議院も亦其の提出する所に對し同一の權利を有するや否は疑問に屬す。立憲君主政體の議會は推定の職權なし(第一章第四節)故に明文の存せざるは其の權利を有せざるものと解釋せざるを得ず。

帝國憲法は發議權に對する一の制限として規定して曰「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ず」と。此の規定に關し一の重大なる解釋あり、即ち或る議員の提出したる法律の草案と議會の一院より提出したる法律案との差別に係るものは是れなりとす。法律案は帝國憲法第三十九條の規定に依り同會期中に再度提出することを許さざるものなり、然るに或る議員も亦定數の賛成を得て法律の草案を提出することあり、而して右第三十九條は議



員の提出したるものにも適用するや將た政府又は議會の提出したるものに限るやは實際上に於ける重要な問題なり。法律案なる名稱は普通の場合に於ては法律の草案と云ふと同一なれとも今之を立法作用の一端として用ゐるときは特殊の意義あるに注目せざるべからず。法律上より言へば憲法に依り發議權を有する者より提出したる所にして始めて之を法律案と云ふべく、其の他は單に法律の草案たるに止まるなり。發議權は政府及兩議院に在り故に其の提出する所は始めより之を法律案となすことを得へし。之に反して議員の提出に係るものは其の始め之を提出するに當りては假令何々法案と題號を付したるも是れ猶ほ法律案とするの議案提出たるに過ぎずして直に法律案と稱することを得へきものに非ざるなり。議院法第二十九條に曰「凡て議案を發議し及議院の會議に於て議案に對し、修正の動議を發するものは二十人以上の賛成者あるに非されは議題となすことを得ず」とされは此の議案の法律案となるは議會の一院に於て果して此の議案を可決し、該草案を法律案として此の一院に於て提出するに決定したる時より始まるものとす。此の解釋にして果して正當なりとせば是に注意すへき重要

の結果を生ずるものは他なし、一方に於て議院法に依り總へて法律案は三讀會を経て之を議決せむことを要するも一個議員の提出に依る法律の草案は法律案に非ざるか故に必ずしも三讀會を経るを要せず、中途に於て否決せば則ち直に消滅すべく、他の一方に於て斯く消滅したるものは法律案に非ざるか故に同會期中に再び提出するも不可なきこと是れなり。

(註)カレンハック普國々法論(第一卷四九五頁)に曰發議權は唯だ一點に於て制限せらる即ち憲法第六十四條第二項に依り議會の一院又は君主に於て廢案したる所の法律案は同會期中に再び提出するを得ざること是れなり此の點に付存する一の問題は議會の一院に提出して其の否決する所となりたる法律の草案は再び之を提出することを得ざるか將た本條を適用すへきは既に一旦兩院の一方に於て採納せられたるものに限り、即ち一旦否決こと是れなり。初めの見解に於て依據とする所は此の規定の目的に在り、即ち一旦否決せられたる事件を反覆提出して徒に政府若は其の他の政治機關の煩雜を醸すことを避けむとする是れなり、然れども眞に此の如き目的に出でたる否とは措て論せざるも可なり。法律の適用に於て標準とすへきは決して其の目的に在るに非ずして唯だ其の正條に在りとす而して正條は全く初めの見解と背馳せり。憲法第六十四條第一項に依り君主並に議會の各院は法律案を提出するの權を有す然れども其の議員たる者皆之を提出するの權あるに非ず、或る一個の議員より法律の草案を提出するは決して法律案を



提出するに非ず、唯た法律案と爲さむと欲する所の發議インテリゲンをなすもののみ。是を以て若其の院に於て此の草案を否決するときは法律案は始終出でずして止めり。此の草案の始めて法律案となるは其の院に於て之を採納するの議決を爲したるときに在り、果して此に至るの後君主又は議會の他の一院に於て之を否決したるとき始めて同會期中に再び提出すへからざるの規定を適用すへきなり。

### (乙) 法律案の議決權

帝國憲法第三十八條は議會に法律案提出の權あるを規定すると同時に又其の之を議決する權あることをも規定するものなり。法律案の議決を精密に分析するときは二種の相異なる決定を包含す。即ち第一は法律の內包たるへき個條を確定すること、第二は此の個條を以て法律と爲すに豫め同意することは是れなり。個條を確定したるのみにて未だ法律と成らず、之を法律と爲すには天皇の裁可を要す、然れども獨り個條を確定するのみを以て議會の職權なりとなすは僻見なることエリ、ネグの論あり、即ち議會は個條を確定して之を上奏すると同時に元首に向て此の個條を裁可し以て法律と爲す場合に對し豫め同意を表することを宣明するものなり。然り而して元首は法律を制定するの權あるも議會が斯く豫め同意を

表したる所の意思よりも外の意思を以て法律と爲すの權なきに因り議會の立法權に對する協賛は頗る確實なるものと爲るなり。

(註) ラバンドが議會の職權を以て單に法律の內包を確定するのみにありと爲したるに對するエリ、ネグの有名なる反對論は法律命令論三一六頁に見えたり、曰「議會の同意は決して法律條文の確定のみに止まるに非ず、又立法命令を發することに向て同意を與へざるへからず、是れ即ち議會の協賛權は通常法律起草委員の職權と異なる所以なり、(法律起草委員は) 國の如きも既に之あり、皇帝は其の議決を経たる者を以て國法と爲せり。法律案を可決する議會の決議は同時に將來に於ける君主の行爲に對し同意を表するものなり、議會は此時まで法律上不適合なる條文を確定するのみならず又之を確定すると同時に其の法文の或は君主の意思の內包と爲るへきことを宣明するものなり。憲法上君主の意思は立法權の範圍に於て議會の憲法上の同意を経たるものに限る法律上有効なる意思と爲すことを得るの拘束を被るものなりとす」と。

議決の作用は次章に述ふる一般議案の議決法に依るへきものにして其の中に修正權を包含せり、但し法律の議案は三讀會を経て之を議決すへきも政府の要求又は議員十人以上の要求に由り議員に於て出席議員三分の二以上の多數を以て可決したるときは三讀會の順序を省略することを得るものとす、議院法第二十七條



## 〔丙〕緊急勅令事後承諾の權

帝國憲法第八條に「天皇は公共の安全を保持し又は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。此の勅令は次の會期に於て帝國議會に提出すべし、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效力を失ふことを公布すべし」とあり、即ち緊急勅令は法律に非ずして而して法律と同一の效力を有し、能く他の法律を動かすものなれば議會は後に至りて承諾を與へ、又は之を拒むの權あるなり。議會か此の承諾不承諾を決するに於て何を標準とすべきやに關しては議論二派に分れたり。其の一方に依るときは議會は果して緊急命令を發するの必要ありしや否並に其の命令に於て規定する所の手段は此の必要に應ずるに適當したるものなりしや否に關して諾否を決すべきものにして寧ろ政府の緊急命令發布に於ける責任を解除すべきや否を主眼とするものなり。他の一方に依れば緊急の必要ありと認めて緊急命令を發するの權は既に憲法第八條を以て政府に委任したる所なり、故に此の權利を用ふる可否とは政府の自由なれば議會は後に之を是非するの權なし、事後承諾の目的は

唯た將來に於て之を法律とすると否とを決するに在りと云へり。孰れの趣旨を以て諾否を決するやは議員多數の意中に存することにして外より之を律するに由なしと雖其の實際の結果は一なり、即ち第一の見解を取らる場合に於ても不當と認むるものは固より將來に向て法律とすることを承諾せざるべく、又其の當時に在りては頗る適當の處分なりしと認むべきものたりとも既に其の必要止みたるときは將來に向て法律とすることを承諾せざる可し。要するに承諾には第一の趣旨も第二の趣旨も共に存するものにして或る時は其の一方に依り、又或る時は其の双方に依り諾否を決する次第なり。

(註) スタイン博士は第一論者なり、行政全書(三五五頁)に曰、政府にして既に此の權ありとする以上は法律を中止したる事、其れ自らを以て責任事件と爲すことを得ず、唯た緊急の情勢にして果して緊急命令權の行用を必要とする如きものなりしや否の問題に關すべし、若し此の如きものなりしならむには、急命令は正當なり、若し然らざれば發令權を有する者其の責に任せざるを得ず。此の問題を起し且之を決定することを得るは是れ即ち現在の情勢に基づく緊急命令權に對し現存合法の權利を防禦する唯一眞個の擔保なり。何となれば此の問題を起すの途なきに於ては緊急情勢の本義、限界、及之に對する處分の(須)要は全く政府の獨斷に歸し、政府をして自ら政府と議會との間に於ける權利を判斷する



の地位に立たしめざるを得ざればなり。此の點は何人も得て疑ふべからざる所とす(中略)政府は其の必要を十分に吐露すべく、議會は緊急と認むるや否を決すべし、即ち議會は政府の説明に満足するや否を宣言し又緊急命令を移して法律とし、或は之を廢するの權を有す」と○其他の學者も大抵はスタインと同説なり、然るにホルンハグの説に依れば「次の會期に提出するの目的は議會をして其の必要を檢定せしむる爲に非ず、唯た將來に向て此の命令の法律となりて存続するを是非するに止まるべきものとす。其の理由に二あり、第一は假令實際に於て十分の必要な緊急命令を發するの恐れなきに非ずとするも帝國議會は憲法の條項に依りても此の如きことを裁判するの權を有せざることは是れなり。第二は假令政府にして國會に對し責任あるものとすも此の責任は法律に違背したるときは責任にして、緊急命令を發するは本條の許す所なれば、之を法律違反と看做すべからざることは是れなり。必要の無き場合に於て誤て之れありと認めたるは其の處置の當否の分るゝ所たれと違法合法の問題の關する所に非ず。處置の當否は獨り行政上官の其の下官に對し鳴らすの權を有する所にして、議會は之を有せず。議會が政府の作施する所に付き是非の評を爲すは固より自由なるも其の國法上に於て全く何の効力もなきは猶ほ或る著書又は繪圖に付き議會か下せる批評の國法上に關係なきか如し(普國々法論第一卷五〇九頁)。

緊急命令に關する此の外の要點は法律命令の部に譲りたり。

#### 第四節 政治の實権

帝國議會は立法權に協賛するのみに非ずして憲法の之を許す場合に於て政治にも參與するの機關なること前述の如し。其の政治に參與するに於て二様の方法あり、第一に政治の實務に關し意志を決定し政府をして苟も其の事務を行はざれば即ち已まむ若果して行ふに於ては必ず議會の意志に依らざることを得ざらしむるもの之を政治上の實権と云ふ。第二に政府に向て意思を表白するも、政府は唯た之を以て参考に供ふるのみ果して其の事務を行ふに於ても必ずしも議會の意思に依るの必要なきもの之を政治上の形式權と云ふ。帝國議會の有する政治上の實権は皆財政に關するものにして議會をして事前並に事後に於て政府の財政を監督せしむるの目的に出てたり。豫算議決と決算審査との二權を以て議會の財政監督權の骨髓とす、則ち帝國憲法第六十四條に「國家の歳出歳入は毎年豫算を以て帝國議會の協賛を経へし」とあり、同第七十二條中に「國家の歳出歳入の決算は會計検査院之を檢査確定し、政府は其の檢査報告と俱に之を帝國議會に提出すべし」とあるに基つくものなり。又「國債を起し及豫算に定めたるものを除く外、國庫の負擔となるべき契約を爲すは帝國



議會の協賛を経るを要す」第六十「豫算の款項に超過し又は豫算の外に生したる支出」に對し後日承諾を與へ第六十四及緊急の需用ある場合に於てする財政上必要の處分に關する勅令に事後承諾を與ふる事第七十條も同じ財政監督權の中に屬す。

議會の財政事務に對し協賛權を行へるは行政に協賛するものにして立法に協賛するものに非ず、則ち國家の事業として之に同意を表するものにして其の意思表白に向て同意するに非ず、然るに歐洲各國の憲法に於ては豫算を法律と爲し、其の他總へて財政上の事務として協賛を経る場合も之を議會の立法上の職權より出づるものとするか故に國法上に大混雜を生したり。帝國憲法に於ては法律案を議決する場合と財務上の事務に協賛する場合とを判然區別し、獨塊の憲法に於けるか如き紛雜の結果を避けたり。

(註)法律として協賛を求むる場合は其の關する所行政に在るも仍ほ憲法及議院法を定めたる法律案の議決の規程に依らざるべからず之に反し、豫算として協賛を求むる場合は此等の規程に依るを要せず。例へば國債募集案の如きは兩議院の一に於て一旦否決する所となりたる後も帝國憲法第三十九條の規定に依らずして同會期中に再び提出する

ことを得へし、又其の議事は法律案の如く三讀會を重ねるの要なし。○法律として協賛したる所は天皇の裁可を俟ちて有效なり、之に反し議會が事業として協賛したる所は裁可を俟たずして直に執行するを得へし、例へば國庫の負擔となる契約の如き既に協賛を経たる上は大蔵大臣に於て直に締結するも可なり。假令事實に於て裁可の事あるも其の裁可は公文證明の裁可として後に述ぶる法律の裁可と何等の關係なし。○法律として協賛したる所は之を公布するに依り始めて遑由の效力を生ずへし、何となれば公布は法律の形式に缺くべからざるの一段なればなり、之に反し國庫の負擔となる契約の如き協賛を経るに之を締結するを以て其の效力を生ずるに十分なりとす。○法律として協賛を経たる場合は其の事件にして行政に關するも仍ほ其の結果は一の法律なり、故に新に法律を制定するに非ざれば之を廢止變更すべからず、之に反し事業として協賛を経たる者は之を廢止變更する爲に新に法律を制定するの要なし。例へば國債償還の期限の如き期限以内に償還を了ふるも爲に法律の改正手續を経るを要せざるなり。以上の數點に就き之を見れば法律案の議決權と財務案の協賛權とは本來別物たるを明瞭なるべし。

他の立憲君主國に在りては財政に關する事務の外に尙ほ幾種の行政事務に關し行政に參與するの實權を議會に附與したり、例へば通商航海及臣民の權利財産に關係する國際條約は議會の承諾を経て始めて有效なりとするか如き獨り日本と英國とを除く外殆ど各國の憲法に於て見る所なり。又英國其の他二三國に於て



は大歸化重職に就く資格を得せしむる事を許す爲に議會の協賛を必要としたり。皆日本國法に於て取らざる所なり。

### 第五節 政治上の形式權

政治上の形式權は政治に關する意見を發表するに止まり天皇又は天皇の政府に於て之に依るの義務なしと雖其の重要な所以のものは他なし國務大臣責任の制度未だ確立せざる今日に於て議會の此の責任を糺尋することを得るは一に形式權の使行に由るの外あらざること前述の如くなればなり第三編第四本邦の國法に於ては質問上奏建議の三權あり。

#### (甲) 質問權

質問權は議院法に依り議會の有する所なり曰「兩議院の議員政府に對し質問を爲さむとするときは三十人以上の賛成者あるを要す。質問は簡明なる主意書を作り賛成者と共に連署して之を議長に提出すへし」第四十條「質問主意書は議長之を政府に轉送し國務大臣は直に答辯を爲し又は答辯すへき期日を定め若答辯を爲さざるときは其の理由を明示すへし」第四十九條 由是觀之議員は何等の事件に限らず

質問を爲すことを得へく國務大臣は理由を示さずして答辯を拒むの權なし今日の實際に於て單に「云々の件は答辯すへき限りにあらず」の語を以て之を拒むは不法なり。

#### (乙) 建議權

建議權は憲法第四十條に「兩議院は法律又は其の他の事件に付各其の意見を政府に建議することを得但し其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ず」とあるに依り議會の各一院に存するの權利なり。又議院法に依り建議は文書を以て之を政府に呈出すへく第五十條其の動議は三十人以上の賛成あるに非されは議題とならず第五十二條とあり而して同議院法に「國務大臣の答辯を得又は答辯を得ざる時は質問の事件に付建議の動議を爲すことを得」とあるに依り先の質問を爲し満足すへき結果を得ざる時更に進て建議の動議を爲すを以て順序とするなり。

建議も亦其の事件を限定せず法律に付き建議するは新法律案の提出及舊法の改正廢止を促すを云ひ其の他の事件に付き建議するは立法の範圍に屬せず専ら天



皇の大權に屬する事件に付き其の所見を陳ふるの途を設けたるなり。茲に建議權に關する一問題あるは他なし、議院より建議したる事件を政府に於て採納し、案を具へて議院の協贊を求めたる場合に於て議院は之を否決する權ありや否と云ふ是れなり。自ら促したる議案なれば否決の理由なきに似たり、然れども法理上に於ては此の權なしと云ふへからず、就中中途に於て議員の改選あり、又は現在の内閣に對する政治上の關係變更したるときは否決の權あること明瞭なり。

### (丙) 上奏權

上奏權は之を議決案の奏上權と區別せざるへからず。上奏權は憲法第四十九條に「兩議院は各々天皇に上奏することを得」とあるに基くものにして此の明文に依り各一院に於て他の一院の同意を俟たず上奏を爲すことを得べく、議院法に「各議院上奏せむとするときは文書を奉呈し、又は議長を總代とし謁見を請ひ之を奉呈することを得」第五十條とあるに依り政府を經由せず直接に天皇に對し上奏するものなること及必ず文書を具ふべきものなることを知るへし。上奏の動議も三十

人以上の賛成あるに非されは議題と成らず第五十二條。

上奏も亦其の事件を限定するの明文なし、然れども立憲君主政體に於ては大抵二種の場合を認む之を儀式上の上奏及國務上の上奏とす。儀式上の上奏は例へば天皇の議會に對する勅語に奉答し朝廷の吉凶に對し議院の所感を拜陳するの類と云ふ。國務上の上奏は最も重大なるものに屬し、日本の國法に於て議會が政府の法律上及政治上の責任を問ふことを得るは獨り此の途に由るの外なきものとす、其の結果は天皇の樞密顧問に諮詢して決定し給ふ所に依り内閣の交迭か又は衆議院の解散かの一方に決するものとす。或は又議會の一院と他の一院と憲法若は議院法の解釋を異にし上奏して勅裁を請ふことあり。

### 第六節 組織上の職權

國法學に於て概して議會の組織上の職權と稱するは其の内部の事務整理上に於て有する權利なり。議會にして果して公法上に於て法人の資格を有するものならむには之を自治權と稱すべきなり、然れども現今の國法に於ては議會を自治團體と看做さず、國家より附與せられたる職權を以て組織したるものなるか故に之



を組織上の職權 Kollegialen Rechte と云ふなり。日本國法に於ける此の種の權利を列擧せは左の如し。

(一) 請願書を受くる權

帝國憲法第五十條に「兩議院は臣民より呈出する請願書を受くることを得」とあり其の議院に在ては各人の請願を受けて之を審査し、或は單に之を政府に紹介し、或は之に意見書を附して政府の報告を求むることを得と雖又議院は必ずしも請願を議定するの義務あることなく、政府は必ずしも請願を許可するの義務あることなし（憲法）此の職權に對する制限は、兩議院に於て總代の名義を以てする請願、憲法を變更するの請願、司法及行政裁判に關與するの請願を受くることを得ず、又其の書式の哀願の躰式に違ふもの、皇室に對し不敬の語を用ゐ、政府又は議院に對し侮辱の語を用ゐたるものを受くることを得ざるに在り（議院法第六十六條）其の他の規程は議院法第十三章に明備せり。

(二) 資格審査の權

(三) 議事及委員規則制定の權

(四) 院内諸規則制定の權

(五) 議員請暇及辭職許可の權

(六) 院内紀律及警察の權

(七) 議員懲罰權等

此等は帝國憲法第五十一條に「兩議院は此の憲法及議院法に據くるもの、外、内部の整理に必要な諸規則を定むることを得」とあるに依り議會の職權に屬するものにして、今一々其の詳細を盡すを得ず。ラバンドの説に依れば議院が憲法上の委任に依り其の内部の整理の爲に制定する所は嚴密に其の内部に於て效力を有するのみ、一般人民に對し拘束の力なし、即ち國家法制の一端と看做すべきものに非ず。

巴威里、索撒、曷仙等に於ては議院規則の一部を法律としたり、然れとも多數の國家に於ては之を議院の制定する所に任したるを以て、議院は何時にても自由に變更することを得べきのみならず、改選以後の衆議院は必ずしも改選以前の衆議院の制定したる所を引續き執行するの義務なし、議院典例を襲用するは唯た便宜の問



題のみ。

### 第七節 貴族院の華族の特権に關する職權

本邦國法に於て貴族院のみに屬し衆議院に屬せざる職權は唯た一あるのみ、即ち貴族院令第八條に「貴族院は天皇の諮詢に應へ華族の特権に係る條規を議決す」とある是れなり。貴族院の此の職權に付ては先づ何を貴族の特権と云ふやを考究せざるべからず。貴族の特権とは貴族が一般臣民に適用すべき私法公法以外に於て國家に對し有する權利を指すものならざるべからず。今日までに既に存する特権は帝國臣民編に之を列示したり而して今日以後本條に依り新に設定せらるべき特権に對しては二の大なる制限あり。

(一)第一に憲法に違反することを得ず、故に國家の官職公務に就くの權は憲法の明文に依り之を一部一族の特権と爲すことを得べからず、即ち帝國憲法第十九條に依り、日本臣民たる者は均しく文武官に任せられ及其他の公務に就くことを得べく、其の資格は法律命令を以て定むる所なるも、門閥は之を資格として定め難し、何となれば何人も才能に依り取得し得べき所にして始めて資格たるべきものな

れはなり。

(二)第二に法律に違反することを得ず、何となれば初めより法律を以て定めらるる特権ならむには其の議案を以て議會の兩院の議に附せらるるは勿論なるか故に殊さら貴族院令第八條を置くの必要なし、即ち同條に「天皇の諮詢に應へ」とあるは勅令を以て定めらるる特権を指すものなりと視ることを得べく、果して然るときは法律の範圍内に在りて有效なるも法律に對するの變則たることを得べからざるなり。但し法律に基かさるの特権たりとも此の途に依り設定せられたるものは國家の司法行政に於て之を公認せざるべからず、是れ其の特権たる所以なりとす。

### 第八節 衆議院の豫算先議權

衆議院の一方に偏屬するものを豫算案先議權とす。此の職權に於ける日本の國法は大に他の立憲君主國と異なるものあり。昔時英國に於て特に徵金を承諾せしむる目的を以て庶民院を召集したる歴史より起りて總へて財政に關する議案は先きに之を衆議院に提出し其の修正議決を経たる後之を貴族院に提出して貴



族院に於ては單に大跡に就き可否を議決せしめ更に修正するを許さざることを歐洲の各立憲君主國の常例と成れり。蓋歐洲の貴族は始めより其の君主に對し、封建の慣例に依り貢獻の義務を負担したるに因り殊さら其の同意を求むるを須むさりしなり、然るにブラッゲストンに至り始めて此の慣例に附するに國法上の理由を以てして曰「貴族は元來王家に對する獨立の權利完全ならず、從て租税及歳出の承諾に於て公平に人民の利益を代表するの資格なし、是れ貴族院に修正權なき所以なり」と。又其の後に至り貴族は自らにして富豪なり、故に納税の痛苦を感ずること薄し、之に反し衆議院の代表する所の一般臣民は負擔の重きを感ずること最も鋭敏なるものなり、故に衆議院をして先づ其の意見を確定せしめ貴族院は唯た之を是非するに止めしむべしと云ふの論も自ら勢力を得るに至れり。

(註一) 普魯西憲法第六十二條にも「國計に係る法律の議案は初に下院に附し議決を取らへし、上院は之を全體に於て可否すべし」と。

(註二) 民主政體に於ては上院も下院も均しく一般國民を代表するものなり、故に兩院の間に財政案の議決に關する權利を異にすることなし。佛蘭西一八七五年二月二十四日上院編制法第八條に依り財政案を先きに代議士院に提出するも元老院は代議士院と均し

く修正の權を行へり。北米合衆國憲法第七章第一條に曰「凡そ租税に關する議案は代議士院に於て之を起すべし、然れども元老院は他の法律案と均しく修正を議決するの權を有す」と。

然るに本邦に於ては第一に衆議院の先議權を明に豫算案のみに止め、其の他の財務案に及ぼさず、第二に其の豫算案に對しても貴族院は全體に就き可否を決するに止まるべきの明文なきに因り、衆議院と均しく修正の權を有するものと解釋せざるを得ず。

本邦の貴族院に於ける財務案修正權の有無は第三議會に於て實地の問題と成り貴族院より上奏の末此の權ありとするに裁決せられたり。即ち衆議院より追加豫算の二款を削除して之を貴族院に回送したるに當り貴族院は政府の原案に復し之を修正として更に衆議院に返送したり、然るに衆議院は之を以て新款の挿入なりと爲し、修正として再び議題と爲すことを拒み、貴族院に向て其の案を返付したり。依て貴族院は憲法上の疑義として左の上奏を爲せり。

「貴族院議長臣茂韶誠恐誠惶貴族院の決議を以て恭く敬聖文武天皇陛下に上奏す本院は政府より提出し衆議院より送附したる明治廿五年度歳入歳出總豫算



追加案を議するに當り衆議院の削除したる海軍省所管第一款軍艦製造費及文部省所管第二款震災豫防調査會設備費の兩款を急要の歳出なりと認め憲法に依りて與へられたる協賛の權に依り政府の原案に基き衆議院の修正案を修正し議院法第五十五條に依り衆議院に移したり。抑豫算案は前に衆議院に提出せらるゝの外憲法上豫算に對する協賛の職權に於て兩院の間に輕重する所なきを信じ、又此職權に依り修正を行ふに當り政府の提出せる原案の款項を復するに付ては法律上何等の制限なきを信ず是を以て本院は憲法の命する職務を盡し且議院法の手續を履み以て衆議院の同意を求めたり。然るに衆議院は更に之を挿入したるは不合法の決議なるを以て回付を受くべきものにあらすとして返附せり。本院に於ては本院の決議を合法のものと確信するを以て更に之を衆議院に回付したるに衆議院より再應返附し兩院の所見遂に相合ふ能はざるに至れり。

今憲法上の疑議に關し兩院の所見互に相合はず、從て憲法の進行を現在及將來に妨ぐるの懼あるに於て本院は謹て狀を具へ上奏し仰て聖明の親裁を待つあ

るのみ恐懼の至りに堪へず謹て上奏す。

是に於て天皇は樞密院に諮詢して勅裁あらせられたり、之を本邦に於ける憲法上の爭議の嚆矢とす。蓋憲法上の爭議は政府と議會との間に於て起るを普通の場合とすれど此の實例に依り議會の二院と他の二院との間にも亦此の事あるを證明したり。勅裁の文に曰

『其の院六月十一日付の上奏の件は憲法上の疑義に屬するを以て朕は樞密顧問に諮詢したり、樞密顧問は憲法第六十六條に依り議決して上奏すること左の如し。』

憲法上豫算に對する貴族院及衆議院の協賛權は我帝國憲法第六十五條に依り衆議院は貴族院に先ちて政府より豫算案の提出を受くるの外、兩院の間に軒輊することなきものなり、故に後議の議院は前議に對して何等拘束せらるゝことなく從て前の議院に於て削除せる款項を存留するは素より後議の議院の修正權内に屬すべきものとす、但し後議の議院は前議の議院に對し議院法の命する所に依り同意を求むるを以て唯一の手續とするのみ。



朕は此の樞密顧問の決議を採納して其の院の上奏に答へ之を了知せしむ。是に於て衆議院は上裁の旨に承服し其の任務を盡したり。

#### 第四章 兩院議員の權利義務

##### 第一節 兩院議員の國法上の地位

第一章に述べたる如く帝國議會は統治權の目的たる國民の一方に立ちて其の意思を代表し以て統治權の使用を補助するの機關なり而して議員は議會を組織して其の效用を完ふせしむるの公職に在るものなり。議員の公職たる所以のものは前に述べたるか如く民事上に於ける代理委任の關係に依り國民の意思を代表するに非ずして自ら意思を發表する能力なき國民に代り其の意思を表白するの權能を國家より授けられたるものなればなり即ち後見人の職務は民法の規程に依るに拘らず一租の公職たると同し理由に因り議員は公職なり然れとも官職に非ざる所以のものは他無し統治權の主格即ち統治者たる一方に立ちて國權を行ふに非ずして其の目的即ち被治者たる一方に立ちて之を行へばなり。勅任議員に至るまでも國民の代表者たるを以て其の官吏に非ざる第一の理由とし而して兩院の本體たる有爵議員及衆議院議

員は全く天皇の編制大權文武官任命權を以て動かすへからざる獨立の方法世襲五選に依り

依り其の地位に就けるを以て其の官吏に非ざる第二の理由とす。

議員は公職なり故に參與の權を行使すると否とを自ら決するの權利なく必ず參與すへき義務あり從て故障ある場合は請假して其の院の許可を得ざるへからざるなり。

憲法第三十六條の明文に依り一人にして同時に兩院の議員たることを得ず是れ兩院分設の主意を貫徹せしめむか爲めなり。

議員の資格は世襲議員に在りては成年に達したるときより其の他の議員に在りては勅選又は當選承諾の時より始まり任期限滿限議會解散死亡辭職退職除名を以て終る其の退職は資格の消滅に起因す。

帝國並に各國の國法に於て議員をして其の職務を完ふすることを得せしめむか爲に之に一定の權利を附與して其の地位を保護せり。議員の權利に國法上の權利と一身上の殊權とあり國法上の權利としては(一)發言の無責任(二)訴訟法上の特別(三)特別保護あり一身上の權利としては歳費を受くるの權及特別の待遇あり。



〔註〕英吉利の國法に於ては發言の無責任及訴訟法上の特例も俱に議員一身上の殊權なりとせり、是れ英吉利國會制度の沿革に於ける自然の結果なることは該國憲法史に通ずる者の皆知る所なり。獨逸國法學に於ては此の二者を以て其の實は刑法及刑事訴訟法に屬すべきの條件なるも國法上特に重大なるか爲に之を憲法に移したるものなりとせり、故に之を國法上の權利とす。而して本邦の取る所も亦獨逸國法と其の主義を同くす。凡そ殊權と云へるは主觀的の權利なり、即ち其の本人の一身上の爲めに存するものなり、故に本人に於て之を拋棄し、或は之を以て人に讓與せむと欲すれば即ち然かすることを得べく、之を行使すると否とは全く本人の任意なり、之れに反し議員の發言及其の身軀の自由は本人の之を欲すると否とに拘らず常に保護すべき所なること恰も訴訟法を以て認むる所の權利の然るか如し、即ち本人は之を拋棄し讓與することを得ざるなり。議員をして其の職を盡すの道に障礙なからしめむとすることを目的とする客觀的の法規なれば議員の自行に對し刑事訴訟の起りたるとき其の本人の意思如何に關せず、法廷に於て訴訟手續の標準と爲すべきものなり。

### 第二節 議員發言の無責任

帝國憲法第五十二條に曰「兩議院の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、但し議員自ら其の言論を演説刊行筆記又は其の他の方法を以て公布したるときは一般の法律に依り處分せらるへし」と、本條は司法

權に對する無責任を云ふものにして議院の懲戒權に對しては無責任に非ざることを憲法義解に註するか如し。本條に「發言したる意見」と云へるは「爲したる發言」と云ふと同義なるや否と云ふこと國法上の一問題なり、意見といへるは是非眞否の判別に關する見解を云ふも犯罪を構成する言論に及はず、發言と云へは犯罪を構成する言論を併せて之を包含するものなり、例へば「現在の政體は善良に非ざるか故に宜しく改革すへし」と説くは意見を發言するものなり、然れども「現在の政體は善良に非ざるか故に我か黨は之を顛覆するの計畫を爲せり、衆夫れ來て我に應せよ」と説くに至りては實に意見を述ふるのみに止まらず、言論を以て人を教唆するものにして其の行爲は刑法に牴觸せり。又人の言行を非難するは猶ほ以て意見を述ふるものと爲すことを得べきも、現に人の惡事醜行を摘發して誹毀するに至りては是れ亦有罪なる發言に屬す。故に果して此の如き有罪發言ありとせば第五十二條の存するにも拘らず、刑法に照して之を處斷することを得べきや否との疑問を生ず。此の種の疑問は既に外國に於て實地に起れる所にして學者も亦多く之を論究せり。普魯西に於ては議員の爲したる讒謗の訴訟に關し普魯西國



の上等裁判所に於て前後反對の判決を爲したり而して獨逸帝國刑法の一條を以て意見を發言と改め以て憲法の不明より起る此の紛議を治定せむと試みたれども猶ほ國事犯罪を教唆する發言に至りては議院に於ける發言の自由の及ぶ限りに非すと論議に行はる。

(註)此の問題に關する著論にして重要なるものはフルト獨逸帝國議會議員不倫罪論(グロツザール雜誌第三五卷五二九頁及國法集錄第四卷三四一頁)ビンゲンケ無罪特權論(一八八五年ライプツヒ大學刑法科出版及同氏刑法論中)コーン發言自由論(ホルチェンドルフ法律字典中)ハインチエ議員背法無罪論(スツトガルト一八七九年出版)キルメリンク議員無責任及其の濫用防止策(維納一八八八年出版)アルトマン獨逸帝國憲法第三十條解釋(國法集錄第一卷五五九頁)なり。○ホルンハック普國々法論(第一卷三九六頁)に曰議員發言の自由に就きては今帝國刑法に依り消滅に歸したる憲法第八十四條第一項に「兩院の議員は其の表決に付決して責を負ふことなく其の發言したる意見に付院内の章程に準ふの外責を負ふことなし」とあり而して本條に意見とあるの字義は何の點に迄及ぶやと云ふの問題に付普國上等裁判所は一八五三年十二月十二日の刑事聯合部會並に一八六五年一月十一日の第二部會に於て之を最も廣汎なる意義に解釋し凡そ議會が其職務を行ふに際し院内に於て爲したる一切の言論を問罪の外に措くべきに決したり然るに同裁判所一八六六年一月二十九日の刑事聯合部會に於て爲したる決議は意見と云ふを更に狭

局なる意味に解して議員が議場に於て其の職務を行ふに當り議員の資格を以てなしたるの言論たりとも其身上の誹毀罪に涉るものは之を意見と謂ふことを得ず故に被害者の告訴を待て之を處罰すべしとの見解を取り誹毀に涉らざる不敬の語のみ之を不問に措くに決したり即ち意見とは見解の表白を云ふのみ事實の明言を包含せすと厳正なる解釋を取りたるものなり。爾來此の解釋を改めす一八六七年二月十八日及六月二十六日の兩度に於ても之に依り判決を爲したり。蓋上等裁判所か此の見解を取りて之に學理上の理由を附したるは其の合法的職權に屬す即ち其の判決に適用すべき國法の解釋に就ては同裁判所は全權を有し議會と雖之を制するの權なきこと言を俟たず況むや代議士院も嘗て一八五二年より翌年に涉れる會期中に於て議題に關する意見よりも多くの事(即ち誹毀)を包含する發言は問罪を免れ難しとの見解を取りたるに於ては裁判所を責むるの理由断して之れあることなし然るに一八六六年一月上等裁判所に於て上述の決議を爲すに當りて當時の代議士院の多数は二月十日の決議を以て右の解釋に基づく上等裁判所の審判判決を以て悉く無効とする旨の革命的議決を爲し以て裁判所の獨立に對し重大なる憲法違反の發動に出たり。其の後獨逸帝國刑法を制定するに當り本條を刑法に移して各邦の爲に有効ならしむると同時に意見の字に代ふるに發言の字を以てしたるに依り右の疑問は自ら消滅したり。故に今日に在りては刑法上の無責任は實に議員が職務執行の際に爲したる表決並に意見に及ぶのみならず又事實の斷言に及へり何となれば發言なる字は元來右二種の明言を包含するのみならず又近來上等裁判



所の爲したる判決に反對の意味に於て此の疑問を決するの目的を以て故さら此の字を用いたるものなればなり」とオールドウィック、フルトは立法議會議員無罪論(ラバンド、ステラック)國法年録第四卷三四一頁に於て「獨逸帝國の憲法に於ける議員發言の自由に關する一條を解釋する爲に各國憲法の規程を參照し以て誹毀罪の如き言論上の犯罪は本條に依りて不問に措くべき範圍内に在りと雖憲法に依りて議會に屬する職權外に涉るるに依りて刑法に屬するもの及單に言論としての犯罪に止まらずして他の犯罪を教唆するの發言は宜しく皆刑法に依り處断すべき所なりと論したり。即ち獨逸帝國の憲法第三十條に帝國議會の議員は其の表決又は其の職務を行ふの間に爲したる發言の爲に永く裁判上又は懲戒上の處分を受け又は院外に於て責を負ふことなし」とあるを解釋して「書面又は口頭の表決に關する議員の自由は議會をして其の最も善良にして國家に利益ありと認むる所を怯懦なく發表せしむる爲に缺く可からざるの條件なり。何處に於て如何なる形を以て表決を爲すも可なり總會に於て之を爲すも又は委員會に於て之を爲すも可なり唯たピンチンケの論したるが如く其の表決の關する所は憲法に依り定まれる帝國議會の職權の範圍を踰越せざらむことを要するのみ。若夫れ獨逸國の君主政體を廢して共和政體を立てむとすることを可決する如きに至りては其の表決に與る者本條に依り罪を免るゝことを得ず寧ろ普通法に依り處分を受くべきものとす但し表決に關する議員の此の責任は之を辯護したる者殆ど之なしと雖其の職務を行ふ上に於て爲せる發言に對する無責任に至りては近時有力なる反對者を出したり(ピンチンケ刑

法論一卷六七一頁乃至六八〇頁及一八七七年乃至七八年帝國議會議事錄二四八頁乃至三一八頁參照)。此の無責任は議員の議員として議會に於て爲したる一切の發言に及ぶものにして總會に於て爲したると委員會に於て爲したるとを區別せず又其の關する事項の何たるを論することなし然れども茲に注意すべきは本條に依り質問せざるは單純なる言論罪に限り其の他の他の輕罪に及ばざること是れなり。議員議會に於て其の職務を行ふ間に獨逸諸邦の君主を殺戮せざるへからずと發言するも質問を受くることなし然れども此の發言者斯く一般に此の有罪行為を挑發するに止まらずして手を下したる者に幾多の金錢を賞與すべしと約束し以て此の事の實行を促すに至りては正しく此の犯罪の教唆人として處分せらるべし何となれば此の場合に單純なる言論罪を犯したるのみに止まらず言論に依り刑法の所謂教唆の罪を犯すものにして言論罪は本條の全く掩ふ所なるも教唆犯に至りては本條の外に出づればなり(中略)議員無責任の結果として刑事並に民事裁判官は議員職務上の發言を以て裁判上一定の効力あるものと爲すことを得ず例へば議員の職務上の發言を判決に於て誹毀又は誹謗として論じ或は議員の誹毀に涉れる發言を他人より議員に對して爲したる發言と對比して刑罰を相殺する如きは皆議員の特權を侵すに坐す何となれば是れ皆議會議員の職務上の發言を以て刑法の下に置くものにして憲法の故さらに制止する所なればなり是を以て帝國裁判所が本案の誤解に出づる他の裁判所の判決を破毀したるは其の當を得たりとす而して此に取る所の解釋は名譽保護の點より見れば疑義すべきものありと雖憲法第三十條の元則より推すとせば論理上必然の結果として出づるものたるを疑はず(獨逸帝國裁判所一八八一年三月五



蓋し此の事件たる本來裁判官法律解釋の自由に屬するを以て實際は之を司法官の解釋に一任するの外なしと雖も條理よりするときは、犯罪を教唆する言論は帝國憲法第五十二條の掩ふ所に非ざるべきなり。

又帝國憲法第五十二條は民事に關係なし、故に議場又は委員會に於て人の名譽を害する發言を爲したるものは民事上損害賠償の責を免れ難し。

又議員其の院内に於ける職務上の發言の爲に裁判所に對し證人として出廷を命ぜらるゝことも憲法第四十二條を口實として避くることを得へからず、何となれば同條の責任とは單に刑事上の責任を云ふものなればなり。

### 第三節 議員訴訟法上の特例

帝國憲法第四十三條に曰「兩議院の議員は現行犯罪又は内亂外患に關する罪を除く外、會期中其の院の許諾なくして逮捕せらるゝことなし」と。此の一條も亦前條同様に其の趣意とする所は帝國議會の議員たる者に特別の恩遇を加ふるに在るに非ずして政府に對する議會の獨立を保護するに在り、而して實は刑事訴訟法の一

條たるべきものを此に擧げたるなり。蓋司法上若は警察上よりして隨意に議員を捕縛することを得るときは或る議員にして政府の意に適せざる議論を吐くとき政府は嫌疑に托して其の人を捕縛し、以て其の議會に列するを妨ぐることを得べきに因り本條を以て此の途を塞ぐものなり。

現行犯罪を除きたるは現行犯なれば政府の策略に出づるの捕縛に非ざること明白なるを以て敢て障、止せざるなり。内亂外患に關する罪に關しても捕縛を猶豫せざる所以のものは若し猶豫せば實に議會の職權のみならず、國家全軀をして危地に陥らしむるに至るも知るへからざればなり。

會期中とあるに就き憲法義解は召集の後閉會の前と言へり、然れども召集の日より開會の日まで或る日數を存すべく、此の間は議會未だ成立せざるか故に其の承諾を経むこと難し、されは實際はラバンドの説に従ひ開會の後閉會の前と見るべきに似たり。停會は之を會期中に算入するを以て尙ほ本條の適用する所なり。

以上二種の場合に於ては先づ逮捕して而して後に議院に通知すへし、其の外の場合に於ては先づ議院に通牒し其の承諾を経て後逮捕すへし。此の諾否は之を議



決に附するや將た議長に其の權を委任するやは議院の自ら定むる所に依る。孰れの場合に於ても官廳又は一個人か故意を以て議事の安全獨立を妨げむとする目的に出でざることを明白なるときは必ず之を諾すへし、而して裁判上より逮捕の當否如何は議會の敢て關する所に非ず議會の獨立を妨ぐる爲にするに非ざる以上は假令無罪なること明瞭なる場合に於ても議會は之を理由として逮捕を拒むの權なし。但し諾否は理由を附せざるを以て假令正當の理由に依らずして承諾を拒むことありとも之を制するの法規なし。然れとも普國々會の如きは其の記録に就て之を見るに曾て正鵠を誤りたることなしと云ふ。本條は豫審の爲にする逮捕に關係するのみ、刑の執行の爲にするものに關係せず、是を以て若確定判決の結果として捕縛を要する場合あれば議院の承諾を要せず、但た選舉法に依り有罪の判決を受けたる者は被選權なきに依り此の如き場合は事實に於て容易に起らざるのみ。

#### 第四節 議員の特別の法護

議員は刑法上に於て其の一身を特別に保護せらる、本邦は明治廿二年法律第二十

八號の議會及議員保護法あり。其の第一條に曰「法律を以て組織したる議會の議員に對し公然誹毀侮辱したる者は二月以上二年以下の重禁錮に處し十圓以上百圓以下の罰金を附加す、但議會の告訴を待て其罪を論す」。同第二條に曰く「前條議會の議員に對して公務上の言論行爲に付公然誹毀侮辱したる者又は議員に暴行を加へたる者は一月以上一年以下の重禁錮に處し五十圓以上五十圓以下の罰金を附加す」とあり。即ち官吏侮辱罪と相並行するものにして刑法の追加なり。

#### 第五節 議員の一身上の權利

各議院の議長は歳費として四千圓、副議長は二千圓、貴族院の被選議員及勅選議員並に衆議院議員は二千圓を受け、又東京府外に在りて召集に應ずる者は旅費を受け、繼續委員は別に一日に五圓以下の手當を受く。官吏にして議員たる者は歳費を受くことを得ず、其の他の議員議長副議長ともは歳費を辭することを許さる。歳費は報酬に非ず、又賃銀に非ず、官吏の俸給と同様に其の公職に居るの分限に對し國家より支給する所なり。

各君主國の慣例に於て國會議員は宮廷に對し特別の格式を享有し、就中議長は其



の一院を代表する者として鄭重の待遇を受く。英國に於ては古來の舊例に依り種々の待遇あり、或は禁園に入りて鹿一頭を獵獲することを許さるゝの類なり。本邦に於ては貴族院議員は總へて勅任待遇、衆議院議員は議長副議長は勅任、其の他は委任待遇なり。

### 第六節 議員の責任

國家編制の一部分を成せるものは皆責任あり、豈獨り議員のみ責任なからむや、唯た其の責任は議院の範圍内に止まり、外より之を糺治すること無きのみ。議員の責任も亦之を政治上及法律上の責任に區別することを得へし。其の政治上の責任は善く國民の意志を代表して正鵠を誤らざるに在り。代議士は必ずしも國民全體に通じて其の各部の利益とする所のみを代表せざるへからざるに非ず、一部社會の特殊利益を主張するも亦其の自由なり、唯た其の特殊利益は之を伸張せば以て間接に國民一般の利益を伸張するの條件たるに足るものならむことを要するのみ。然るに代議士にして此に見る所なく徒に私利の念を以て一部利益を主張するか如きあらば、是れ其の政治上の責任を完ふせざるものなり。然れ

とも議員は其の職權を以てする院内の發言表決に對し責を負はざるか故に唯た輿論に對して責を負ふのみ確定の結果あること無し。法律上の責任とは議院法の禁する所を犯したる場合を云ふ。議員正當の理由なくして勅諭に指定したる期日後一週間に召集に應せず、又は正當の理由なくして會議又は委員會に缺席するに由り若は請暇の期限の過ぎたるに由り議長より特に招狀を發し其の招狀を受けたる後一週間に仍ほ故なく出席せざる者は貴族院に於ては其の出席を停止して勅裁を請ひ、衆議院に於ては之を除名す議院法第九條。議員は議院法又は議事規則に違ひ、議場に秩序を紊ることを得ず同第八條。各議院に於ては皇室に對し不敬の言語論說を爲すことを得ず同第九條。又無禮の語を用ひ及他人の身上に涉り言論することを得ず同第十三條。議員の責任を糺すは懲戒處分に依る、其の懲戒權は議院法に依り各院の議長之を有し懲戒委員に依り之を行ふ。



## 第四編 官廳及官吏

### 第一章 官廳の國法上の地位

#### 第一節 官廳

統治權の主格たる一方に立ちて國家の權力を行使するの地位を官 *Officialität* と云ひ、公法上より限定したる範圍内に於て執行すべき國家の事業を職 *Amte* と云ふ、而して官に居て職を行ふの設營を官職 *Staatsamt* と稱し、以て自治體の公職と區別す。官職なる者は國家の事業を執行する所以の設營にして、此の設營をして此の事業を執行せしめむが爲に之に委任する所の國家權利の一部分を稱して職權 *Amtesgewalt* と云ふ。職權は常に事業に伴ふものにして、國家の權力の一部分を以て其の事業執行の設營に附托したるものたるに過ぎず。國家か此の如く其の權力の一部分を以て附托するは之を以て其の事業を執行せしめむか爲なれば、此の附托を受けたる設營は此の權力を行使するの權力あると同時に又之を行使するの義務あり。加之其の職權を行使するに於て常に國家の目的を誤らざる爲靈智を以て

判斷するの責任あり、是れ官廳は必ず人を以て之を組織する所以にして此の設營たるや靈智を有する權利の行使者たると同時に亦義務の負擔者たれば、姑く之を一種の法人と視做すとを得べく、此の法人の爲に設定したる公署を官廳 *Behörde* と云ひ、官廳を組織する人を官吏 *Beamten* と云ふ。

然れとも官廳を法人なりとするに於て他の法人と大に區別すべきものあるはラバンドも注目したる所にして、其の國家に對する關係を明にするか爲に之を知ると緊要なり。普通公法上に於て謂ふ所の法人は例へば市町村の如く官立銀行の如く、先づ其の法人の自體に於て主觀の權力として固有すべきものを公認し、又は新設し、斯く建設せられたる權力の範圍内に於ては獨立の行動を爲すとを得せしむるものなり、然るに若國家樞要の事業を行ふの設營たる官廳をして此の地位を有せしむるに於ては其の國家は所謂分權制度の國家となるべく、各官廳は恰も封建時代の諸侯の政廳の如き地位に立つべし、是れ今日の國家編制に於て取る所の主義に非ず。今日の公民國家に於ける官廳の職權は常に其の擔任する所の格段なる事業と相離れず、一定の事業を目的として委任したるもの、外別に官廳の權



力なるものなし。例へば山林局は其の職權を以て何事に依らず山林の利益とする所を工夫し執行するを得るに非ず、必ず先づ法律勅令の制定を待たざるべからず。國家より他の機關に向て其の機關の隨意使用するを得べき所として先づ一定の權力を附與し、此の權力を以て國家より時々之に委任する事業を執行せしむると、事業を離れては何等の權力をも附與せず、事業止むときは其の權力を以て自然に消滅せしむるとの間に大差あり。公民國家に於ける官廳の職權は其の實は官廳の權力に非ずして官廳をして使行せしむる國家の權力なり。

(註)例へは各省官制通則を以て各省に命令を發するの權を委任したるは一見市町村に條例發布の權を委任したると同一なるか如き觀あるも其の實は然らずして、市町村は廣く其の公益の爲に必要な條例を發するを得べく、各省大臣は其の職權(即ち官制の委任)又は特別の委任に依るの外省令を發するを得ず。官廳の權力にして格段なる事業を指定せざるものは唯だ法律勅令の施行手續を定むる權と、其の内部の編制を定むる權と、下級官廳又は人民に命令する權と、下級官廳を監督する權とに止まれり。

官廳の職權は其の主觀的の權利に非ずして客觀的の權利たるに過ぎず。何ぞか主觀的の權利と云ふ、曰他なし、或る人格を有する者(一個人又は法人)か主格たる地

位に立ちて其の一身に具有する所の權利にして、其の本人の隨意に使行し又は使行せざるを得るもの是れなり、之に反し官廳の有する職權は官廳其のものに屬するに非ずして、或る格段なる國家の事業に關する法律勅令の上に有するのみ即ち所謂法の秩序 *Rechtsordnung* の上に存する一定の關係たるに過ぎず、之を客觀的の權利と云ふ。官廳の職權に服従するものは官廳の主體に服従するに非ずして官廳に依りて使行せらるゝ國家の法序に服従するなり。此の關係は種々の點より之を立證するを得へし。

第一に官廳は權利の主格に非ず、故に國家に對して其の權利を主張するの資格なく、其の權利は國家の何時にても便宜増減又は變更するを得べき所に屬し、官廳は之に對し故障を唱ふるの所謂なし。又一の官廳を廢し其の職權を以て他の官廳に移す場合に於ても權利の固有者より固有者に移す場合に於ける如き相傳の手續を要せず、唯だ一旦其の職權を國家に收めて更に國家より之を他の官廳に附托するに過ぎず。又一の官廳に於て他の官廳の職權を侵すも其の間に權利の詛争を生ずるとなし、唯だ職權附托の規程に違ひたるものとして國家の監督權を以



て之を矯正するの一途あるのみ。

### 第二節 官廳の統系

官廳の統系は國家の編制に副ふべきものにして大體に於て左の四種を區別すべし。

#### (甲) 天皇諸官

日本國家の編制に於ては宮中の全部を以て國家の一部分と視做すべきと之を國法の沿革に照して第二篇に述べたるか如し、即ち日本國法の理論に於ては國の元首たる天皇に關する事業は皆國家の事業にして、之か爲に設けたる官廳は皆國家の官職なり、故に天皇諸官を以て官廳の第一部とすべし、然れども既に天皇篇に於て之を列示したるを以て此に省く。

#### (乙) 行政各部

國家の官廳は皆統治者たる天皇に隸すると勿論なり、然れども國家の外部に向て法律命令を執行するの任に在る官廳は政府責任の下に立ち、其の方向計畫を體して國家の事業を執行するものなるか故に政府の指揮監督を受くる

ものとして自ら一部を爲すべく、帝國憲法に之を總して**行政各部**と謂へり。

#### (丙) 特設諸官

特設諸官とは行政各部の事業をして憲法及法律命令に違背すると勿らしむる爲に設けたる監督機關なれば、之をして政府の指揮監督を受けしめず、自ら獨立の組織を爲さしむ、其の會計検査院は天皇に直隸し、行政裁判所は天皇に直隸せずと雖、尙ほ行政各部の外に於て特異の地位を取り、權限裁判所は今に於て地位未定なり。

#### (丁) 議會所屬官廳

貴族院事務局及衆議院事務局は議會系統に屬する自ら一種の官廳にして既に帝國議會編に之を述べたり。

以上四種の中本篇に於て講究すべきは**行政各部**と特設官廳となり。

### 第三節 行政各部

行政各部は大體に於て國家の目的を體し其の分る擔す所の格段なる事業に付ては行政の計畫を承けて法律勅令を執行するの官廳なり。大政方向の下に於て格



段なる行政事業の計畫を立て之を實行する爲に法律の制定又は勅令の發布を促すは各省大臣の國務大臣としての事業なり然れども既に此の計畫を以て國家の意思(法律勅令)と爲したる以上は又之を執行するの要あり其の執行とは國家の權力を以て國家の外部に向て發動して法律勅令に於て目的とする所の結果を生せしむるを云ふ。此の事業を完ふする爲には單に法律勅令の條文を解釋して之を適用するのみにして足れりとせず一方に於て法律命令は格段なる國家の事業に關して能く其の曲細を盡すものに非ず又他の一方に於て國家の外部を組成する各種の勢力(例へば外國の意思、内國人民の意思、經濟社會の事情、有機界無機界の理法)は必ずしも國家の意思と符合せず從て此等の勢力をして國家の意思に副はしむる爲に權力を使用するの必要あり。此の二の事情あるか爲に別に官廳を設置して法律命令に於て盡さるる所を其の靈智を以て補充せしめ並に法律命令に服從せざる者を強制して之を服從せしむるの職權を附托す而して既に一定の職權を附托する以上は又此の職權を濫用せざるの責に任せしめざるへからず而して責任は意思あるものにして始めて之を負ふことを得べし即ち官廳は機械的の編

制に非ずして獨立の意思を有する活體たるへき所以のもの茲に在りて其の必要は行政各部に於て殊さら明瞭なりとす。

#### 第四節 行政各部の統系

行政官廳は單純なると能はず法律勅令を以て規定したる國家の事業の複雑なると俱に複雑なる組織を爲さるへからず然れども孰れも皆或る國務大臣の定めたる行政の計畫を承けて法律勅令を執行すへきものなり是を以て國務各大臣の分擔に依り行政官廳の分轄を定むるを各國の事實とす即ち各省を分割し國務大臣をして入ては大政に參畫し出でては各省の長官たらしむ。各省の下に所轄諸部及地方廳あり其の所轄諸部は各省に於て直に執行すへき事務に關する専門の官廳にして其の地方廳は格段なる地方に出張し其の情況に應じ別に方法を定め各省の事務を總合執行する官廳なり。地方廳の下に更に局地廳あり地方廳の管轄する範圍内に於て更に狹隘なる一行政區に出張して地方廳の事務を執行するの官廳とす。

本邦の官廳編制は一般内地に向て三重制度を取れり即ち各省(中央行政廳)地方廳



及局地廳是れなり然れとも特に臺灣のみに對しては四重制度を取り中央行政廳と地方廳との間に別に總督府を設けたり是れ恰も九州各縣の上に九州總督府を置きたるに均し。

我が國より外國の各首府に置く所の公使館及各商地に置く所の領事館も日本の官廳にして公使館は外務省の所轄諸部に屬し領事館は其の地方廳に屬す然れども此等の官廳の職權は獨り内國の法律勅令のみならず又國際法の原則及國際條約の規定に依りて定まるものなるを以て之を國際法に讓るを普通の順序とす。領事館は外務大臣の管轄に屬すと雖其の實は外國に在りて内國の通商航海及臣民を保護する爲に各省の事務を執行する純粹の地方廳たり。

### 第五節 行政各部の職權

第一節に述べたる如く官廳の職權は皆格段なる事業を目的として國家權力の一部を之に附托するもののみ、特別の事業を離れては別に官廳の固有する所の職權なるもの無し。然るに國家の權力を以て官廳に附托するに二の場合あり其の第一は官廳をして一般に國家の事業を執行せしむるの前置條件として之に必要

の職權を附與する場合にして第二は格段なる一種の事業を執行せしむるに必要なる職權を附與する場合なり。官廳は如何なる事務を擔任するに拘らず先づ其の内部の編制を鞏固にし並に人民又は下級官廳に向て命令するの職權なかるべからず又法律勅令を執行するに就きては適當に之を解釋して外部の事情に相應したる施行手續を定むるの職權なかるべからず此等は皆其の事務の何たるに關せず一様に必要な職權なり。所謂官制なるものは此の如き一般職權を附與するの規定にして各官廳をして其の職務を完ふすることを得せしむる所以の前置條件なり。此の職權先づ備はるときは次に格段なる法律勅令を以て格段なる事務を執行せしむるに必要な特別の職權を委任せざるべからず例へば鐵道條例を以て遞信省に委任し小學校令を以て文部省に委任する職權の如き是れなり。

(註)本文第一の箇合に屬する一般職權は一見其の官廳の主觀的權力なるか如くなるも其の實は然らず何となれば一旦事務を廢止するときは一一般職權は悉く無用に屬し下級官廳に向て命令するの職權あるも此の職權を用ゐるの場處なく施行手續を定むるの職權あるも施行すべきものなきに至ればなり之を市町村の國家より委任せられたる事務なきも永く其の權力を固有して自ら其の公益を計る爲に條例を發するに比すれば差違自



所謂官廳の職權は官制を以て一般に委任したるものにして其の行政各部に屬するものを列示せば左の如し。

(甲)法律命令に關する職權

(一)法律勅令に於て執行に不便なるものあり又は外部の事情に適せざるものあるときは其の改正を促すの職權なかるへからず然れども法律命令の改正は大政の方向及行政の計畫に關係するか故に獨り各省大臣のみ政府に向て其の議を提出するの權を有するを各國の議とす。

(二)各官廳は獨立の意思を以て法律勅令の盡さるゝ所たる曲細を補充するの職權なかるへからず是れ行政官廳をして單純なる法律適用の官廳と異ならしむる所以にして上は各省より下は郡職島司に至るまで皆有する所なり。各官廳が地方の状況を斟酌して適當の執行法を設けるとを得るは此の職權あるに因る。凡そ法律勅令に規定せざる所は各官廳の執行權を以て直に處分するとを許さず先づ命令を以て其の準則を掲げ人民をして之を周知せしめたるの後に非されば執行

せざるを立憲行政の原則とす蓋其の監督に便にせむか爲なり。

(乙)行政上の職權

(一)編制權

大政の方向と行政の計畫とに於て目的とする所を達するには法律勅令を執行すれば即ち足れり其の之を執行する機關を如何に編制するも關係なし而して機關の編制に至りては執行の責任ある者をして其の執行の爲に最も適當したりとする所を採擇するの自由あらしめざるへからず何となれば責任を負ふ者に於て不便とする所の機關を設置しなから尙ほ其の責任を強ひるは非理なればなり。是に於て官廳は必ず其の編制を自ら定むるの職權を有すべきものとす其の編制とは諒局の廢置分合官吏の任免進退人員の増減事務章程の規定等を云ふなり。但し官廳の編制は元と統治權の使行なり故に理論上に於て此等は皆天皇に出づべきものなると勿論なり然れども實際上に於ては責任者たる官廳の請奏に依り天皇之を制可し又一定の範圍内に於て其の職權を官廳に全然委任するを例とす例へば各省の分課は省令を以て規定せしめ判任官以下は各省大臣に於て自由進退



せしむるか如し。

(二) 執行權

行政官廳は法律、勅令に規定したる行政の計畫を外部に向て實行するの職權あるを要す。此の職權は二様の牒裁に於て顯はる。即ち直に人民又は其の他の行政の目的物に向て國家の意思を執行する場合に在ては執行權として顯はれ、更に其の下級に立つ官廳に命令して執行せしむる場合に在ては其の官廳に對する指揮權として顯はる。是れ各省官制通則に各省大臣は主任の事務に付地方長官に指令又は訓令を下すとを得とあるに對し、地方官官制に知事は各省主任の事務に付各省大臣の指揮監督を受け云々と云へる指揮の字を襲用するものなり。

(三) 監督權

各官廳が直接に人民又は其の他の行政の目的物に向て法律命令を執行するに非ずして下級の官廳を指揮し之を執行せしむる場合に於ても指揮者たる官廳に於て其の責に任せざるへからず、故に下級官廳の命令又は處分にして法律命令に違ひ公益を害し又は權限を犯すものと認むるときは之を停止し又は取消すの職權

なかるへからず、之を下級官廳に對するの監督權とす。又自治體をして法律命令を執行せしむる場合に於ては其の自治體に對し議決の執行停止、經費の強制支出、市町村會の解散等を行はざるへからず、之を自治體に對する監督權とす。以上は各官廳に通して有する所の一般職權にして此の外に各官廳の其の特に管轄する事務に對する特別職權あり。

第六節 行政各部の責任

各官廳の職權行使(命令の發布又は編制權、執行權、監督權の行使)に於て若し帝國憲法に違背し又は公益を害したる時は國法上の責任あり、然れども國法上の責任は國務大臣に非されは負擔すべきものに非ざるか故に各官廳を監督する一省の大臣に於て國務大臣として其の責に任すべく、各官廳の國法上の責任は其の本屬長官の監督權に對する責任の内に埋没して顯はれず。此の外に行政官廳の責任は左の二種に區別して見るを宜しとす。

(一) 會計法上の責任

孰れの官廳も其の經費として國庫より定額の支出を受くる權利あり、又多くの官



應は政府の收入に屬する金圓を出納する職權を有するが故に此の經費の使用方法及收入の取扱方法に於て會計法及附屬法例を遵守するの義務あり而して會計の事は帝國議會に於て事後監督の權を有する所なるか故に帝國憲法は之れを上級官廳の監督權に一任するの制を取らず別に會計検査院を設けて違法の有無を審査せしむるの編制を取れり即ち又官廳の此の編制より起る所の責任を會計法上の責任とす。

### (三)行政上の責任

各種の國家事務に關して現在有効なる法律勅令及之に依りて官廳の發したる命令を總稱して其の事件に關する行政法と云ふ即ち格段なる執行事務にして若行政法に違反するときは假令上級官廳の監督權を以て其の停止を命せられざるまでも此の違反に依り權利を傷害せられたりとする人民は係の行政官廳に對し訴願を提出し又は行政裁判を提起すへし而して上級官廳の裁決及行政裁判所の判決は皆下級官廳を羈束するの效力あり之を行政法上の責任とす。

## 第七節 特設官廳

特設官廳とは上述の如く會計検査院行政裁判所權限裁判所の三者を云ふものにして其の事業の自餘官廳と異なる點二あり第一は單に法律を格段なる場合に適用するのみ獨立の意思を以て其の盡さざる所を補充するの必要なく又其の職權なし故に合議組織を取りて責任を有せしめざる事はれなり第二は其の權方を行ふの目的物は國家の外部に非ずして其の内部の官廳及官吏なり(行政裁判に於ける些少の場合を除く)故に殊さら執行權を必要とせざる事はれなり。

## 第二章 地方廳及局地廳

### 第一節 地方廳

各省の所管事務の爲に全國を幾部に區畫す之を行政區と云ふ而して各區に一區の派出所を置く之を概して地方廳と云ふ。其の理由は單に距離の上より中央に居て全國に及ぼすの不便あるのみならず又地方に依り幾分か狀況を異にするを以て同一の行政事務に於ても幾分か執行の方法様式を異にせざるを得ざるに在り。國法學上に於ては却て第二の理由に重きを置かざるへからず何となれば是れ地方廳をして單に中央廳の命令を執行するのみならず又其の職權の範圍内に



於て獨立處決するの自由あらしむる所以なればなり。即ち地方廳は一定の地區内に於て其の土地の狀況に依り執行方便を取捨するの自由を以て中央廳の指揮命令を執行する機關なり。行政區は必ずしも各種行政に通じて、一様ならず、事務の種類に依り大小形狀を異にす。然れども亦多くの行政事務は彼是れ同一の區畫に依ることを不便とせざるのみならず、斯くするときには却て便利なるものあり。是に於て地方廳の設置に二の統系を生ず、左の如し。

(甲) 特殊行政區………特殊地方廳

(乙) 共通行政區………共通地方廳

### 第二節 特殊地方廳

行政事務の目的に於て他の各部行政に關係する所なく、別に行政區を定むるの必要あるもの一にして足らず。例へば内務省の土木監督事務の如きは地方山川の形狀に依るを要すべく、農商務省の山林事務の如きは全國山林の形狀に依るを要す。其の鑛山監督事務に於ける亦然り。是を以て全國を幾土木監督區に分ちて各區に土木監督署を置き、又幾大林區に分ちて各區に大林區署を置き、幾鑛山監督

區に分ちて各區に鑛山監督署を置くなり。内國税に關する事務の爲に各地方に置く所の稅務管理局、郵便電信事務の爲に各地方に置く所の郵便電信局、船舶船員水先人管理事務の爲に各地方に置く所の海事局も亦特殊地方廳なり。又陸軍の徵兵事務の爲には師管、旅管及大隊區又は警備隊區の區域に従ひ全國を徵兵區、徵募區に分ち、每區の爲に其の徵兵官を置けり。徵兵事務總べて此の類を以て特殊行政區に於ける特殊地方廳とす。

(註) 特殊地方廳は各省大臣の管轄に屬する特設機關の地方配置と混同せざるを宜しとす。聯隊を各衛戍地に配置し、地方裁判所及區裁判所を全國各處に布置せるが如きは之を特殊地方廳と見るべからず、何となれば此等は所在を異にするも全國に渉れる軍隊又は裁判所と云へる單一なる機關の異なる部分たるに外ならずればなり。

### 第三節 共通地方廳、警視廳、北海道廳、府縣

數種の行政事務の爲に共通の行政區を定め、各區に共通の地方廳を置きたるを共通地方廳と云ふ、其の行政區に府と稱するものと、縣と稱するものと、北海道とあり、臺灣、澎湖島は別格に屬す。日本の現行法に於て地方官と云ふときは警視廳、北海



道廳及府縣廳を合稱す、地方長官と云ふときは警視總監、北海道廳長官、府縣知事を合稱す。

(甲)警視廳

警視廳は東京府内の警察事務の爲に置く所の地方官にして外國の所謂首府警察部に對し、全國政治警察の重點は首府に集まるか故に府縣以外に於て獨立の組織を爲し、高等警察に關しては政府の直轄に屬するを以て警視廳官制第七條地方官の主坐とす。警視總監は主務大臣司法の指揮を受け、東京府下の警察消防監督の事務を管理す、其の各省の主務に屬する警察事務に就ては各省大臣の指揮監督を受け、高等警察事務に付ては内閣總理大臣及内務大臣の指揮監督を受く。

警視廳に(一)警視總監、警視、警部、(二)消防署長、消防士、消防機關士、(三)警察醫長、警察醫、(四)典獄、看守長、(五)警視書記及監獄書記、技師、技手及屬を置く。廳内に總監官房及第一部、第二部、第三部、第四部、消防署を置く、而して各部各署の分課擔任に至るまで皆勅令を以て之を定めたり明治廿六年勅令第百五十九號警視廳官制。

(註)總監官房(第一課)(一)各部署成案の審査及制規に關する事項(二)官吏の進退及身分に關

する事項(三)公文の編纂、保存、統計、並書籍の管守に關する事項(四)文書の往復及官印、印の管守に關する事項(五)他課及各部署の主任に屬せざる事項を司る(第二課)(一)高等警察に關する事項(二)外國人に關する事項を司る(第三課)(一)經費豫算、決算及金錢出納に關する事項(二)金錢、物品出納の検査に關する事項(三)需用物品の調査及地所建物に關する事項(四)官設並保管の金銀物品及不用品に關する事項を司る。

第一部(第一課)(一)犯罪の捜査、刑餘人、無賴徒、變死傷者、其の他公安に關する事項(二)失踪者、瘋癲者、不良子弟、棄子、迷兒、及戸口民籍に關する事項(三)遺失物、埋藏物等に關する事項を司る(第二課)(一)警衛に關する事項(二)警察署、警察署分署、派出所等の廢置及其の職員の配置に關する事項(三)巡查召募及其の教習に關する事項を司る。

第二部(第一課)營業及風俗警察並銃砲、火藥、刀劍等に關する事項(第二課)交通警察並田野森林、河海、堤防取締及水火災豫防等に關する事項を司る。

第三部(第一課)衛生警察に關する事項(第二課)警察監獄に關する警務及分析等に關する事項を司る。

第四部監獄に關する事務を司る。

消防署に於ては水火消防に關する事務を司る。

東京府下に二十三警察署を置き、各警察署の下に便宜分署を置く。



乙 北海道廳

北海道廳長官は内務大臣の監督に屬し、各省の事務に就ては各省の監督に屬し、北海道の拓地殖民并に部内の行政事務を處理す、又屯田兵の開墾授産の事を監督す、北海道廳は(一)長官、事務官、參事官、(二)警部長、警視、警部、(三)視學官、視學、(四)典獄、看守長、監獄醫、(五)屬、翻譯生、及監獄書記を以て組織し、必要に依り技師、技手を置く。道廳に長官官房、内務部、殖民部、警察部、監獄署を設く、各部及監獄署の分課は勅令を以て之を定めたり明治三十年勅令第三百、九十二年北海道廳官制

(註)長官、房に於ては(一)官吏の進退身分及褒賞(二)文書の往復及記録編纂(三)官印廳印の管理を司る。

内務部に於ては(一)支廳戶長役場の廢置分合並區會郡町村總代に關する事項(二)區町村の經濟、其の他區町村及公共組合に關する事項(三)仁恤救濟(四)兵事社寺教育(五)外國人(六)豫算、決算會計、官有財産及物品(七)所轄官廳の會計監督(八)出納官吏の身保保證(九)土木建築及修繕(十)水面埋立(十一)統計報告(十二)廳中他部署に屬せざる事項を司る。

殖民部に於ては(一)殖民地の攝定經營其の他殖民に關する事項(二)土地の處分及開墾(三)地籍(四)官有地管理(五)土地收用農商工務(七)水陸運輸(八)水産及漁業(九)山林に關する事項を司る。

る。

警察部に於ては(一)行政警察(二)高等警察(三)圖書出版及版權(四)衛生に關する事項を司る。監獄、署に於ては道廳監獄に關する事項を司る。

每郡區若は數郡區に警察署を置き、各警察署部内に警察分署を配置す、但し郡區の區域に依りずして警察署を置くことを得、其の位地名稱及管轄區域は長官之を定む。

丙 府縣

府縣知事は内務大臣の指揮監督を承け、各省の主務に就ては各省大臣の指揮監督を承け、法律命令を執行し、部内の行政事務を管理す官制第六條

府縣に(一)知事(二)書記官、參事官(三)警部長、警部(四)視學官、視學(五)收稅長、稅收屬(六)典獄、監獄書記、看守長及屬を置き、必要あるとき技師、技手を置く。各府縣に知事官房、内務部、警察部、收稅部及監獄署を置き、各部の分課職掌に至るまで勅令を以て之を定めたり明治廿六年十月勅令第百六十二號、地方官々制

(註)知事官房に於ては人事褒賞、文書往復、官印廳印の管理を司る。内務部に於ては五課を置く、其の第一課に於ては(一)職員選舉(二)府縣行政並郡市町村其の



他公共團体の行政監督(三)府縣經濟並に郡市町村其の他公共團體經濟の監督(四)兵事(五)社  
寺及宗教(六)名勝舊跡(七)民籍(八)仁恤救濟其他の主掌に屬せざる事項(東京に於ては右の外  
衛生)を司る。第二課に於ては(一)土木(二)地理(三)土地收用に關する事項を司る。第三課に  
於ては教育學藝に關する事項を司る。第四課に於ては(一)農工商(二)森林及水産(三)度量衡  
に關する事項を司る。第五課に於ては(一)府縣に關する國庫費の會計(二)府縣經濟に係る  
收支出納に關する事項を掌る。

警察部に於ては監獄に關する事務を掌る。

各郡市に警察署を置く、但し地方の必要に應じ郡市の區域に依らずして警察署を置くこ  
とを得、此の場合に於ては内務大臣其の管轄を定め、又知事に於て必要なりと認むるとき  
は警察署の下に警察分署を置くことを得。

#### 第四節 共通地方廳の職權

警視廳北海道廳府縣廳の職權は官制に於て警視總監北海道廳長官府縣知事の職  
權として規定したり、其の中に法律命令に關するものと行政事務に關するものと  
あり、左の如し。

(甲)法律命令に關する職權

(一)警視總監は東京府下の警察事務に付、北海道廳長官は北海道の事務に付、府縣知  
事は部内の行政事務に付、其の職權若は特別の委任に依り管内一般若は其の一部  
に警察令、道廳令、府縣令を發することを得官制第七條、其の職權に依りとは官制に依り  
地方官の職權に屬せしめたる事項を云ひ、特別の委任に依りとは他の法律命令に  
依り地方官の職權に屬せしめたるものを云ふ。

(二)警視總監北海道廳長官府縣知事は其の發する所の命令に十圓以内の罰金若は  
拘留の罰則を附することを得明治三十三年九月  
勅令第二百八號。

(註)明治二十六年勅令第九十九號を以て「地方官廳の發する命令の公布式」を定められた  
り。

#### (乙)行政上の職權

地方長官は主務大臣の指揮監督を受けて法律命令を執行し、部内の行政事務を管  
理する爲に編制權指令權監督權及非常權を有す。

#### (一)編制權

警視總監は所部の官吏を監督し、奏任官の進退は主務大臣に具狀し、判任官以下は



之を専行す。北海道廳長官は所部の官吏を統攝し高等官の進退は内務大臣若は主務大臣に具狀し判任官以下は之を専行す。府縣知事は所部の官吏を監督し奏任官の功過は内務大臣若は主務大臣に具狀し判任官以下の進退は之を専行す。警視總監は所部の奏任官の懲戒を主務大臣に具狀し判任官以下は之を専行す。北海道廳長官は法律命令の定むる所に従ひ所部の官吏を懲戒す其の高等官に依るものは之を内務大臣若は主務大臣に具狀し其の他は之れを専行す。府縣知事は所部の奏任官の懲戒を内務大臣若は主務大臣に具狀し判任官以下は之を専行す。

地方長官は一般に所轄官廳の分課并に處務細則を設くることを得。地方長官は官制に於て定めたる定員總數を各官に割付け主務大臣の認可を経て其の員數を定むるの權を有す。又其の應の須要に依り俸給豫算定額内に於て技師、技手を置くことを得。

### (二)指揮權

指令權の作用に關して警視總監は其の主任の事務に付東京府下の島司及郡市區

長及町村長を置き指揮監督す。

北海道廳長官は支廳長を指揮す。

府縣知事は部下の郡長、島司、市町村長を指揮す。

府縣知事は其の職權に屬する事務の一部を郡長、島司に委任することを得。

### (三)監督權

警視總監は主任の事務に付東京府下の島司、郡市區長及町村長を監督す。

警視總監は島司の處分若は命令に關し、北海道廳長官は支廳長の處分若は命令に關し、府縣知事は郡長又は島司の處分若は命令に關し、其の戒規に違ひ公益を害し又は權限を犯すものありと認むるときは其の處分若は命令を取消し又は停止することを得。

### (四)非常權

警視總監に非常權なし。

北海道廳長官は非常緊急の場合に臨み兵力を要し又は警護の爲兵備を要するときは師團長に移牒し出兵を請ふことを得。



府縣知事は非常緊急の場合に臨み兵力を要し又は警護の爲兵備を要するときは師團長又は旅團長に移牒して出兵を請ふことを得。

### 第五節 地方廳の責任

(一)主務省の監督に對する責任。

共通地方廳たると特殊地方廳たるとに論なく、各省大臣の行政の計畫を受けて之を執行するものなるが故に、若し主務省の此計畫に依り發する指令又は訓令に違ひたるときは改正を命せらるへし、是れ各省大臣の其の所管に對して有する監督權の自然の結果なり。此の外に各省官制通則の明文に依り第六條 警視總監、北海道廳長官、府縣知事の命令又は處分にして、成規に違ひ公益を害し又は職權を犯すものあるときは停止又は取消を命せらるへし。

(二)會計法上の責任

府縣の會計は内務大臣の管理に屬し、其の國法上の責任は内務大臣之を取ると雖會計法第十三條に依り仕拂豫算額を定めて支拂命令を發するの權を地方官に委任したる範圍に於ては地方官に於て其の發したる支拂命令に付責に任せざるへ

からす明治二十二年七月 勅令第八十九號 此の責任の範圍は會計行政の部に於て説明す。

(三)行政法上の責任

地方廳の命令處分にして其の關係する所の行政事務の標準たるへき法律命令に違反するときは假令主務省の監督權を以て停止又は取消を命せられざるも其の命令處分の違法なる爲に權利を傷害せられたりとする一個人又は法人より行政訴訟又は訴願を提起せらるへし、是れ行政法上の責任なり。但し現今に於て行政裁判及訴願は特に法律勅令を以て指定したる場合に非されは許さず。而も之を許す場合年々増多せり。

### 第六節 局地廳

地方廳の下に於て直接に自治體及人民の上に國家の行政權を行ふの機關を局地廳とす。局地廳は地方廳の分派にして地方廳の指揮監督を承け行政事務を執行すと雖亦執行の様式方法を定むる上に於て幾分か其の土地の状況を斟酌するの職權を附與せらるゝものなり。

地方廳に特殊地方廳と共通地方廳との二種あるに因り、局地廳にも亦特殊共通の



二種あり。(甲)例へは大林區署の下に在る小林區署、稅務局の下に在る稅務署の如きは特殊地方廳の下に在る特殊局地廳なり。(乙)共通地方廳の下に於ける共通局地廳は現今に於て左の三種なり。

(一)警視廳に屬するもの……東京府下島司警察署及警察分署、水上警察署

(二)北海道廳に屬するもの……道廳支廳、北海道警察署

(三)府縣に屬するもの……那職、島廳、東京以外の府縣警察署

### 第七節 道廳、支廳、郡職、島廳、警察署

#### (一)道廳支廳

道廳支廳は北海道廳官制に於て其の制度を定めたり、即ち同廳管内に於ける郡區長の管掌を廢して須要の地に道廳支廳を置き第四十條、勅令を以て其の位地、名稱及管轄區域を定めたり明治三十年十月十五號、支廳長は長官の指揮監督を受け法律命令を部内に執行し、部内の行政事務を掌理す。

#### (二)郡職

地方官々制を以て各府縣の下に郡職を置き、郡長、郡書記、郡視學を以て組織す第三十九條。

郡長は知事の指揮監督を受け法律命令を部内に執行し、部内の行政事務を整理し、部下の官吏を監督す。知事は須要に依り郡に技手を置くことあり。

#### (三)島廳

地方官々制を以て各府縣の島嶼に島廳を置き、島司、島廳書記、島視學を以て組織す第五十條、島司は知事東京府は知事の指揮監督を受け法律命令を部内に執行し、部内の行政事務を掌理し、部下の官吏を監督す。知事は須要に依り島廳に技手を置くことあり。

#### (四)警察署及警察分署

警視廳官制に依り東京府下に廿三警察署、一水上警察署を置き、又警視總監の職權を以て便宜の地に警察分署を置く、其の署長分署長は警察事務に關し警視總監に對し恰も郡長の知事に對すると同じ地位に立てり。北海道は道廳官制に依り毎郡區若は數郡區に警察署を置き、各警察署内に警察分署を配置す、但し郡區の區域に依らざるも亦可なり、其の位置、名稱及管轄區域は北海道廳長官之を定む第四十條、府縣は地方官々制に依り各都市に警察署を置く、但し地方の必要に應し郡市の區



域に依らずして警察署を置くことを得、此の場合に於ては内務大臣其の管轄區域を定む知事に於て必要と認むるときは警察署の下に警察分署を置く第三十條

### 第八節 局地廳の職權

(甲)法律命令に關する職權

道廳支廳長及府縣の郡長、島司は法律命令に依り若は長官より委任せられたる事件に付支廳令、郡令、島廳令を發することを得北海道廳官制第三十條、地方官制第四十四條及第五十二條

(註)警察署及分署長には命令發布の權なし。

支廳令、島廳令、郡令の公布式は明治廿六年十月勅令第三百九十九號を以て定められたり。

(乙)行政上の職權

(一)編制權

道廳支廳長に編制權なし。

郡長、島司は部下の判任官の任免を知事に具申することを得。

(二)指揮權 (三)監督權

道廳支廳長は行政事務に就て其の部内の戸長を指揮監督す、又北海道一級町村制

同二級町村制に依り町村行政を監督す。

郡長は行政事務に就て其の部内の町村長を指揮監督す地方官制第四十二條

島司は行政事務に就て其の部内町村の吏員を指揮監督す同第四十五條

警察署長、分署長は部下の官吏を監督す。

### 第九節 局地廳の責任

(一)長官の監督權に對する責任

道廳支廳長、郡長、島司若は地方長官の指揮訓令に違ふときは改正を命ぜらるべきのみならず若其の處分若は命令にして成規に違ひ、公益を害し又は權限を犯すものあるときは其の處分若は命令の取消又は停止を命ぜらるへし第四節

(二)行政法上の責任

局地廳の命令處分にして其の關係する所の行政事務の標準たるべき法律命令に違反するときは、假令地方長官の監督權を以て改正を命ぜられざるまでも其の命令處分の違法なるか爲に權利を傷害せられたりとする一個人又は法人より法律命令の許す範圍内に於て行政訴訟又は訴願を提起すへし。



### (三)會計法上の責任

會計法第十三條に依り仕拂命令を發するの權を委任せられ又は同法第十五條に依り現金前渡を受けたる場合は支應長、郡長、島司に於て會計法上の責に任せざるへからず。

## 第三章 官吏の國法上の地位

### 第一節 官吏

前數章に述べたる如く、官廳は靈智を以て法律命令を執行するの機關にして此の爲に必要な職權を附與せられたるものなり。官廳は一方に於て國家の目的を理會し其の行政に關係する者は又行政の計畫を會得し、他の一方に於て其の管轄する所の事務に於ける國家の外部を知悉し、兩者の中間に立ちて國家の意志を貫徹せしむるに勉めざるへからず、是れ其の靈智を要する所以なり。然れども官廳は無生の編制なれば其の之を組織する官吏の靈智を以て官廳の靈智に代へざるへからず、故に官廳の効用は官吏に依りて始めて全きを得るものとす。

國家の意志は法律勅令を以て規定し、行政官廳は唯た此の法律命令を執行するに

て足れりと言ふも、其の法令は決して百般の場合に於ける詳細の事情を盡悉するものに非ず、如何ばかり狹隘なる範圍の事務たりとも必ず其の局に當る者の靈智を以て補足せざるへからず。例へば陸軍經理事務に於て糧食を买入るか如き最も簡單なる職務に於ても其の品質、其の相場、其の軍隊衛生に對する關係等に就きて法令は決して細微を盡すへきに非ず、法令に加ふるに上官の訓令を以てするも尙ほ且其の範圍内に於て事情に依り取捨分別を要するもの多し、況や更に高尚にして繁雜なる職務に於てをや、即ち法令及上級官廳の命令訓示の範圍内に於て適當の手段を定むるに當り、國家の目的と行政の計畫とを體し、此の目的計畫に照して取捨を決するは大に工夫を要するの事業なりとす、是れ官吏の職務の苦難にして其の責任の大なる所以なり。

此の如く官吏たる者は一方に於て國家の目的に通し其の編制に於て自ら居る所の地位を知り、又時に其の關係する所の事務に於ける行政の計畫を了解するの智力なかるへからず、之を官吏の精神とす。而して又他の一方に於ては其の關係する所の事務に於ける國家の外部を知悉するの要あり、例へば財政の官吏は經濟界



の情勢に精通し軍政の官吏は陸海軍の需要を明知し、教育行政の官吏は心意發育の理法を理會せざるへからざるか如し、即ち官吏は行政の目的物たる外界の専門知識を有すると深きに從て其の事務の効用多し、之を官吏の効用とす。此の兩者は必ず相須て完全なる官吏を爲すべきものなり、何となれば若精神ありて専門の知識に乏しきときは其の事務の成績擧らず、若専門の知識ありて精神を缺くときは職權を越え法規に違ひ公益を害するの恐多ければなり。官吏の精神ありて効用に富めるは國民各部の利益を伸張して立憲行政の目的を達するに必要な條件の一なり。

(註)行政の字を廢除に解するときは司法官吏も行政事業を司るものなり、然れども裁判なる事務は國家の目的を體して法令の文字を精密に解釋するに努むれば足れり、一般の行政官吏の如く行政一時の計畫及國家外部の情況に拘泥するの必要なし、行政裁判官及會計検査官の地位も亦之に類す。

## 第二節 官吏の本分

上述の理由に因り官吏に於て最も重する所は其の靈智に在り、政府の任務は大政の方向を定むるに在るか如く議會の任務は國民の意思を代表するに在るか如く

官吏に於て最も尊しとする所は國家と其の外部との中間に在りて國家の意思を奉し外部に向て其の貫徹を計るに在り而して此の任務は決して條文の能く盡す所に非ず、又上級官廳の詳細に指揮し得べき限に在らざるか故に、畢竟自身の良心に訴て善く國家の目的に合へりと信する所を行はざるへからず、是れ官吏の効用の特異なる一點なり。語を換へて言へば官吏の任務を完ふするには獨り法律命令の文字を精密に解釋し又は上官の指令訓令を誠實に奉行するのみにして足れりとせず、一事一物に當り自由の意志を以て眞に國家の目的に合へりとすする所的手段を選びて之を實行せざるへからず、自己の良心に訴へ國家の目的に考へて適當の手段あるを知りなからず之を行はざるものは既にして官吏の本分に背くなり、之を約言せば獨り服從の義務を盡すのみを以て足れりとせず、此の外に別に忠勤の義務を盡すを以て官吏の本分とするなり。

(註)スタインの所説によれば、格段なる一國の制度を離れ一般國家の編制に於て官吏に尊威ある所以のものは他なし官吏は一身を以て國家の事業に委ね責任を以て國家の意思を行ふものなり、故に其の行ふ所は國家の意思なれば之を尊敬すべしと云ふの外に國家の爲に一身の毀譽浮沈を賭するものなりとする徳義上の意味あり。一旦不幸にして持



位を喪失するときは爲に一身の公共生活を傷害し再び立つ能はざるに至るも意とせず、危険を冒して自ら國家の意思なり精神なりと信する所を行ふは一種國家の行爲たるすむは非ず、是れ官吏の境遇に於て尊敬すべきものある所以なり。

### 第三節 官吏と國家との關係

官吏の本分は果して上述の如しとせば次に其の由て來たる所を講究するの必要あり何となれば此の本分の範圍及性質は其の由來に依りて相違あり而して此の範圍及性質を明にするに非されは官吏の權利義務を究定すると難ければなり。歐洲に於ける國法の沿革を尋ねるに官吏の國家に對する關係は第十八世紀の末に至るまで家督國家の關係を傳承して純然たる私法契約の範圍に屬するものとなし、第十九世紀の初に至りゴーンチルの法律經濟上より觀察したる官職論出て、理論一變し、全く前に反對して、一個人の君主の任命に依り官吏と爲り國家に忠勤を盡すは君主の行へる國家の主上權に對する臣民の義務なり而して純然たる公法の範圍に屬し一個人の自由意思を以て其の條件を妥協するの餘地を存せざるものなりとするに至れり。ダールマン、ヘフテルの如き學者は皆此の說を繼述せり。然るに一八四〇年以後スタールの「法理論」及モーレンブルヘルの「國法論」に於て新

說を唱へ、ツァハリヤの「獨逸及聯邦國法」に於て之を完成したるより第二の理論大に世に用ゐられ近年に至るまで獨逸國法學界を支配したり。此の理論に於ては國家に對する官吏の義務と官吏に對する國家の義務即ち俸給、恩給等に關するものとを別離し前者は公法の範圍に屬し、後者は私法の範圍に屬するものとせり。ツァハリヤに依れば國家が官吏を任命するは其の臣民に對する主上權の行使に非ずして、一種の特別法レキス・ペクシヤリスを發するものなり而して國家は既に官吏たる者と別に民事上の契約を爲して之に俸給恩給等を支給するものなり。ツォツフル、グロートフェン、ド、ブルンチユリ、ロニチ、ウルブリヒ、ゲオルグ、マイエル、シュルツェの如き皆此の系統に屬するの論者にして、獨逸國法に於て官吏の俸給事項に關し司法裁判所に出訴するを許したるも此の理論の影響に由るものゝ如し。此の理論に於て弱點とする所は官吏任用の單純なる行爲を二分して、其の中に公法に屬する部分と私法に屬する部分とありと爲さざるを得ざるに在り。官吏に職務を命ずるは公法に屬す。其の此の如き窮地に陥るは畢竟國家は全權者にして一個人は無權者なれば國家の公權を以て一個人と對等の地位に立ち契約を爲すとを得ず、其の契約を



爲す場合は國家も單に一個の法人たる地位に下りてするものなれば、私權を以て官吏たる一個人に金額を支給するとを得へきも、公權を以て之に任務を命令するを得ずとの見解を取るに因るものなり。然るに更に一派の學者は先づ此の契約の性質に關する見解よりして打破し、國家は全權者たる地位に立ちながら尙ほ公權を以て一個人と契約することを得へきものなりとの論を爲し、之を稱して公法上の契約と云ひ之に依り官吏の國家に對する關係を説明せり。此の理論は一八四五年の著書に於てギーセンの學者シュミッターが「一般理想國法原論」に於て始めて唱道せし所にして、モール亦之を主張したりと雖も其の近時に至り大に勢力を得たるはラバンドの獨逸國法に於て之を提唱したるに因る。ラバンドは官吏の國家に對する關係を公法上の雇傭關係 *Oftentlichrechtliche Dienstverhältniss* と稱せり、其の概要を擧ぐれば左の如し。

官吏は國家の爲に勞役を呈する者なり、然れども國家に勞役を呈する者必ずしも皆官吏なるに非ず、一個人を以て國家に勞役を呈する上に三種の様式あり、官吏は即ち其の一に屬す。第一様式は自由合意を以て條件を定めて之に依り勞役を呈

するなり。此の場合に於ては國家と其の一個人と同等の地位に立ちて契約を結ひ、勞役に代へて報酬を受く、例へば砲臺鐵道道路の築構に關し請負師と結ぶ契約の如き是れなり。其の事務は必ずしも私法上の性質を有するものに限るに非ず、公務上の事業も亦之を私法上の途に依り一個人に附托するとを得へし、例へば收稅事務を以て私立會社に委任するか如し。此の如く國家と對等の地位に立ち私法上の契約を以て公務に服するものは之を官吏と謂ふ可からず。

一個人を以て國家に勞役を呈する第二の様式は第一様式の正反對にして毫も合意の自由を容れず、義務的に一個人を強制して國家の役務に服せしむるものなり。是れ私法上に於ては子より其の親の親權に對する關係と同一轍に屬し、公法上に在りては臣民として其の國家に對するの關係より起る兵役の義務、證據人又は鑑定人として出廷するの義務、後見人と成るの義務、公用徴收の場合に於て評價人と成るの義務等を以て實例とすへきものなり。此途に依り國家と一個人との間に起る所のものは契約的關係に非ずして權力關係なり、即ち國家は權力を以て命令し、一個人は之に服従するものなり。其の一個人は國家の官吏に非ず、唯た臣民の



義務を盡すものなり。

一個人を以て國家に勞役を呈する第三の様式は以上第一と第二とを折衷したるものなり、即ち國家に勞役を呈するの地位を取ると取らざるとは自由意思を以て決定するを得べく、義務として取らしむるに非ざる點に於ては第一の様式に類し、而して一旦此の地位を取りたる以上は其の勞役は自由意思を以て動かすを得ず、何事に依らず國家の權力を以て命令する所に従はざる可からざる點に於て第二の様式に類す。即ち雇傭の開始は任意的にして其の内包は義務的なるもの之を官吏の國家に對する關係とす。

(註)私法上に於て此の第三様式の實例とすべきものは封建の世に於ける主従の關係なり、即ち士の階級に事ふると否とは義務的なるに非ず、自由の決定に任したり、故に君之を抱へむと欲するも士之を欲せされは強硬的に臣下の列に加ふ可からず、然れども一旦抱へられて家臣の列に加はりたる以上は一舉一動君命に依るを要し、自ら探擇の自由なし。封建時代の主従の關係は私法上に屬したり(何となれば階級の政權其のもの、が家督權に基きたればなり)而して今此の様式を公法上に移し來たる時は即ち官吏の其の國家に對する關係と成れり。

官吏たるの關係は合意を以て始まるものなり、即ち國家は格段なる一個人を國家

の勤務に任用するの意思あるを表白するを要し而して其の一個人は此の勤務に服すると同意するを要す。然れども此の合意は契約法に依る契約に非ず、國家に對する權力關係を開始するものなり。即ち官吏は國家に對して良心に訴へて國家の目的を躰し忠實に其の意思を行はむとを誓ひ國家は官吏に對し保護及扶持の義務を取る者なり。官吏の明智を以て國家の法律命令を執行するは契約を履行するに非ず、合意に依り引承したる雇傭關係に於て忠勤の義務を完ふするなり。官吏其の本分に背くは違約するに非ず、職務上の罪を犯すなり、故に懲戒あり

ラバン  
上卷三  
八七頁  
第三版

(註)サイアルの巴威里國法及カーライスの一般國法にはラバンの説を取れり。

#### 第四節 官吏と天皇の關係

以上は有名なるラバンの公法上雇傭關係論にして、現時の獨逸國法論者の間に廣く行はるゝ所なり。此の論に依る時は官吏は國家に對し其の本分を盡すの義務あると承諾して其の任命を受けたる者なれば既に官吏と成りたる上は惟命是聽きて國家に對し其の本分を完ふする義務あるものなり。此の論は之を獨逸



帝國の如く憲法を以て新に構成し、憲法の外に國家なく君主なき國に適用して問然する所なきものなり。獨逸皇帝は舊來の主權者に非ず、憲法を以て特に委任せられたる職權のみを有するものなり。故に獨逸帝國の官吏は皆國家の官吏にして、皇帝と官吏との間に直接の關係あると無し。然れども之を日本の如き歴史上の君主國に適用してはラバンドの説に多少の變化なきと能はず、即ち之を適用する爲に多少推論の順序を變更するの必要あるへし。日本の如く歴史に傳來する立憲君主政體に於ては、君主主權を保有し、此の主權を以て公民國家の編制を定めたるものなり、即ち此の政體あるの國に於ては未だ立憲の制度を立てざる前より君主に於て官吏を任命し、其の朝廷の事務を執掌せしめたり、故に官吏は皆君主の臣僕なりき、而して公民國家の組織を取るに至り、君主の事務の一部を移して以て國家の事務と爲すと同時に、君主の臣僕の一部を移して以て國家の官吏とし、他の一部は尙之を宮廷に留めて、宮中官と爲したる次第なり。是を以て立憲君主政體に於ては官吏は國家の官吏なりと雖、尙ほ從前の關係を襲ひて君主の臣僕たることを改めず、而して國家の爲に忠勤を盡すは國家を主公と仰て之に忠勤するに非ず。

立憲國家の編制を採用して以て其の天職を完ふせむとする君主に對し忠勤を盡すものなり。ラバンドの所謂「僱傭の内包なる權力關係」は國家の權力を以て使役するの關係に非ずして、君主の權力を以て使役するの關係なり。

(註)日本中古の文敎國家の編制に於て官吏を以て天皇の家督に屬する一身上の臣從者とせず、國家公然の機關としたるものは種々の事實を以て之を證明すべし。第一に本邦は古より君主の一身上の依怙に依り官吏を任命進退せず、嚴重なる考課即ち試験の制度を立て、國家の目的上より見て有用の才器ある者を擧げたり。又大覽令に勞問の制を設け、五位以上の入官務の爲に畿内に在るときは内舍人をして一たび巡問し安否を候はしめたる如きも國家の公職に在る者として之を尊重したる一體なり。

されは明治初年に於ては天皇の臣僚は宮内省の官吏に至るまでも悉く皆國家の官吏たりしものにして立憲制度の確立と共に其の一部を移して立憲國家の官吏と爲し、他の一部は尙ほ留まりて天皇の諸官たるも、其の天皇の諸官としての地位は決して歐洲各君主國の宮中官の如く天皇の一身上の臣從者たるに非ず、日本國家の主權者としての天皇に奉仕する國家公然の官吏たることを改めざるなり。

第二章  
第六節

國法學 第四編 第三章 官吏の國法上の地位



法律の沿革を以て之を云へば、明治二年職員令を定め六省を置くに當り、大寶の制に復して之を損益し、明治十五年服務規律を定め、二十年七月勅令第三十九號を以て改正したるものは現行法なり。而して憲法制定に依り官吏は國の元首として天皇の任命し給ふ所たるを明にしたるも、服務規律に何等變更を行はれず、其の服務規律第一條に曰「凡そ官吏は天皇陛下及天皇陛下の政府に對し忠順勤勉を主とし、法律命令に従ひ各其職務を盡すべし」と即ち官吏に爲ると爲らざるは其自由に撰む所なりと雖一旦天皇の任命を受けたる以上は天皇に忠勤を盡すべく、其の之を盡す方便の一として天皇の政府即ち國家に忠勤を盡すべきものなり。日本に於て官吏の等級に應じて位階を賜はるの制、毎年實行せらるゝ參賀の禮、大祓の禮、官吏の出てゝ外國に使用する者及歸朝したる者に拜謁及賢所參拜仰付けらるる制の如き、皆事實に於て官吏は天皇の官吏たる關係を表證するものなり。忌服の慣例も朝廷に對し不潔を避くるの禮より出てたり。

(註一)普魯四の職員法は國家の官吏たると同時に君主の官吏たる所以を明にせり、即ち普魯四法典第二編第十章に曰

(一)文武の官吏は殊更國家の安全、善良の秩序及慶福を維持し及増進するを助くべきものなり。

(二)彼等は一般臣民としての義務の外に、國の元首に對し、特別の忠誠順従を呈すべき義務あり。

(三)彼等は各其の職務の形樣及其の訓令の内包に従ひ國家に對して特別の宣誓及義務を被らせらるべきものなり。

ホルンハックは之を評論して曰「國家官職の本職は一般抽象論に依りて之を求むべきに非ず、他の各種の權利股營と均しく既往に有效なりし成法より自然に啓發したる次第を追究するを要す。即ち普魯四官職の法理上の特質は之を普魯四法典中に於て官吏分限の根據たる第二編第十章第一項より第三項に至る間に於て見るべきものなり」とホルンハックは第九節以上ホルンハックが普魯四國法に於ける官吏に就きて言ふ所は即ち余輩が日本國法に於ける官吏に就て言ふ所と同一なり、唯た普魯四に在りては立憲以前の國家は家督國家にして家督國家の下に於ける君主の臣僚たりしものを憲法に依り始めて立憲國家の官吏に引直したる次第なるも我邦に於ては封建諸侯の家督國家と今日の立憲國家との間に聯絡なく、文教國家に於て既に國家公然の機關たりし職員を以て立憲國家の官吏に引直したるの差あるのみ。

(註二)日本の官吏を以て天皇の官吏なりとするは必ずしも直接に天皇より命令を受くるの謂ひに非ず、宮内官を除く外は國の元首としての天皇の任命を受けたるものなれば、國



家機關の公正なる系統を追ひて命令せらるゝ所に服従せば其の天皇の官吏たる所以のもの完し。

## 第五編 法律命令

### 第一章 國家の準則設定

#### 第一節 法律命令

法律命令は國家が其の事業を營む爲に準則設定の<sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup>に於て發表する一般有效の意思なり、左に其の效力を説明す。

(甲) 準則設定の<sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup><sup>〇</sup>に於てする事。

國家の事業の爲に意思を表白するに二の方法あり、第一は格段なる場合の爲に之を定めて直に實行するもの第二は一定の條件を定め其の條件の起るを待ちて實行せむとを豫期するもの是れなり。

例へば元首より大藏大臣に向て戰役に功勞ありし何某に國庫金を以て賞與すべきことを命令するは事務命令なり、然るに先づ戰役に功勞ありし者と云へる條件を定め、此の條件に合格する者には「國庫金を賞與す」る旨を命令するは準則設定なり。同じ國家の意思にても之を事務として施令すると準則として設定するとの間に



三の大なる差異あり、左の如し。

(一)事務として施令したるものは一回にして其の效力止み、再び同じ必要を生じたるときは再び同じ事務を施令せざるを得ず之に反し準則として設定するときは同じ條件の起る毎に國家は再び同じ意思を表白するの必要なくして幾度にも其の事務の實行を期するを得べし。

(二)事務施令は其の命令を受けたる者に於て之を遵奉するの義務あるのみ、然るに準則として設定するときには凡そ國家の主權を被る者は一般に之を承知するの義務あり、是れ假令一回の實施を以て結了すべき事務といへとも尙ほ準則として設定するを便利とする所以なり。

(三)事務施令は前の法律を打消すの效力なく、却て從來の準則たる法律命令に依り支配せらるる之に反し準則として制定したるものは法律なれば從來の法律及命令の之に相違するものを打消すの效力あり、命令なれば法律を打消すとせずと雖尙ほ從來の同種命令を打消すの效力あり。

(乙)一般に有效なる事。

法律命令の國家の意思として最も重要なる所以は其の一般に有效なるに在り、一般に有效なるとは國家を組織する領域及民衆の全部に對して實行せらるべき效力あるを云ふ。

## 第二節 天皇の立法權及命令權

國家は至高至大の公共團體なり、而して此の團體に屬する各一個人に意思あるも此等一個人の意思を總合したるものは是れ一個人の意思の總合にして國家の意思に非ず、故に茲に國家に代りて其の意思を決定するの機關を要するは明なり。天皇の永く國家の他の機關に委任せず、必ず自ら使行し給ふ所を稱して大權と云ふ。此の大權中に準則設定に關するもの二あり、即ち法律を裁可する權(立法權)及命令を發し又は發せしむる權(命令權)是れなり。大權使行の多くの場合は事務施令なり、例へば統帥權、敍位授爵權の如し、然るに法律命令を制定するは事務を施令するものに非ずして其の準則を設定するものなり。行政の多端なる事業は天皇に於て悉く直接實行し給ふに非ず、其の大部分に就ては此の二の大權を以て準則を定め、行政官廳をして之を執行せしむるか故に國家の行政は皆源を天皇に發す



ることを誤らざるものなり。

### 第三節 法律命令の區別

法律命令は均しく憲法上に於て定めたる手續を経て天皇の設定し又は設定せしめ給へる一般有效の準則なり。其の法律は帝國議會の協賛を経て天皇之を裁可し、命令は帝國議會の協賛を経ずして天皇之を裁可し、又は内閣及官廳に委任して裁可を経ず決定せしめ給へり。此の如く帝國議會の協賛を経ると經ざるの區別あり、又天皇に於て直接に決定し給へると他の機關をして決定せしめ給へるとの差違ありと雖、均しく是れ天皇の決定に出づる一般有效の準則なり。換言せば天皇か帝國議會の協賛し奉りたる意思を以て國家の準則と爲し給へるものを法律と云ひ、政府官廳が行政の爲に必要とする所を採て準則と爲し又は爲さしめたるものを命令と云ふなり。是を以て法律と命令との區別は唯た形式の上在り其の規定する所の事柄に至りては凡そ命令を以て規定すべき所のものは亦皆法律を以て規定するを得べく、現に前は命令にして後に法律となれるもの決して少しとせざるなり。

法律命令は均しく是れ準則設定の体裁に出づる國家の意思にして其の一般に有效なる點に於て更に輕重なし、從て國家の官吏及人民か之を遵奉するの義務ある點に於ては、法律も命令も全く同一なり、然れども其の成立より云ふときは法律は帝國議會の協賛を経たるものなるを以て法律と命令と抵觸する場合に於ては常に法律を以て命令を打消すの效力あるものとす。

(註)クナリスト(行政司法論七三頁)曰、「法律は憲法に基く州議會の協賛を以て制定したる命令にして命令は此の協賛を経ざる國家 思表白なり」。

○ラバンドは命令の本領を以て官廳内部の事務規程を定むるに在りとして之を行政命令又は實体上の命令と云ひ、而して又形式は命令なるも實体は法律と同一なるものあるを認め之を權義命令又は形式上の命令と稱せり、是れ形式のみ命令なるも其の實体は法律と均しく權利義務の準則たるものと云ふ義なり(獨逸國法第三版五六三頁)。

○アルンド(獨逸帝國命令論二頁)に曰、「君主か國會の協賛を経て發する國權の制令を立憲國の用語に於て法律と云ひ、此の協賛を経ずして發する國權の制令を法律より區別して命令又は行政規則と云ふ。即ち法律なるものは國權の表示にして國會の協賛を以て之を宣明する君主の意思を拘束したるもの云ひ、命令は右の反對にして之を宣明する



爲めに豫め國會の協賛を要せざる國權の表示なり」と。

#### 第四節 法律命令に關する君主政體と民主政體との大差

前節に述べたる如く我が日本の國法に於ては法律を裁可するも命令を發し又は發せしむるも共に天皇の大權なれば其の孰れを以て準則を設定するも天皇の權内にして唯た憲法上法律たるを要するもののみ法律を以てするの必要あるに過ぎず然るに世界の立憲國家の組織は必ずしも皆此の如くなるに非ず君主政體と民主政體との差違の著明なる此の一點に於けるか如きは有らず且同じ君主政體の中にも民主政體の憲制を遺傳して我が日本國法に於けると大に其の關係を異にするものあれば茲に之を分別すると必要なり。

民主政體に於ては一般選舉に依り直接に國民を代表する議會に於て國家に代り其の意思を決定するの全權を有し而して議會に於て議決したる所のものは皆法律なるが故に總へて準則を設定するには法律の體裁に於てするを正則とし元首の命令權は特に法律を以て委任せられたる場合又は既に法律となれる事項に付

其の範圍内に於て細則を定むる場合の外に之を使用するとを得ざるものとす。

例へば佛蘭西共和國の大統領の如き憲法に於て命令權を有するの規定なく唯た法律の執行を監督し及確保す國權編制法とあるに依り事實上法律執行の命令を發するに止まれり。又立君共和國に於ても準則設定の權は議會の專有する所なるか故に元首は假令國王の名あるも自ら準則を設定するの權なく唯た法律を執行する爲命令を發するの權あるのみ例へば白耳義國王の如し即ち同國憲法の有名なる第七十八條に國王は憲法及憲法に依り發したる特別の法律に依り正式に彼れに歸したる所より以上の權力を有すると無しとありて其の命令權に關しては特に憲法第六十七條に彼れ國王は法律を執行するに必要なる規則を發す然れとも決して法律其のものを中止し又は其の執行を特免するの權力を有すると無しとあり即ち白耳義國王は既に法律に規定ある事項に關して其の法律を執行するの外命令を發するの權なし。

以上は民主國に於ける法律命令の關係なり然るに獨逸帝國に於ては皇帝は憲法の明文を以て之に歸したる權力の外何等の權能を有せざると猶ほ白耳義王に於



けるか如くにして、命令權に關しては憲法第十七條に、帝國法律の正本を調製し及之を公布し其の執行を監督するの任は皇帝にあり。皇帝の施令及處分は帝國の名に於て發布し、其の有効なる爲に帝國宰相の連署を要し、帝國宰相は之に依て其の責任を取るとあり、是れ即ち皇帝制令を法律執行の爲必要なるものに限るの制なり、而して明に君主政體なる普魯西に於ても憲法の模範を白耳義に取りたるか爲め憲法に於て其の第四十五條に法律施行の命令權を認めたるのみ法律に依る所なき命令を發するの權を認めず、唯た非常緊急の場合に於て一時法律の效力を有する命令を發するの權を認めたる一點に於て白耳義に勝る者あるのみ。又奧太利憲法に於ても非常緊急の場合に於て發するものを除く外皇帝に命令を發するの權あるを認むる明文なし、唯た政治及行政に關する根本法第十一條に於て法律に基く命令を發するの權を官廳に附與したるを以て官廳の主宰者たる皇帝も亦此の權あるを推定するに止まれり。

獨逸國法の模範とする普魯西及奧太利國法に於て法律命令の關係此の如くなるは日本の國法を研究する者の深く注意すべき所なり。日本國法に於ては憲法の

一々條を以て明に命令權を天皇大權の一に數へ、立法權と並行せしめたり、故に其の關係は大に獨逸國法と相同しからざるものあり、從て民主政體の國法とは霄壤の差も嘗ならず。命令權の關係に於て最も日本國法に近きものは英國々法なり。英國に於ては國王に於て法律に依らず、獨立の樞密院令を以て軍事、外交、殖民地行政等に關する行政の準則を設定するの權あり、唯た其の範圍は年々制定法の増加するに從ひ減縮するの傾向あり。

## 第二章 法律命令と權利義務

### 第一節 國法上の一問題

前章に述べたる所に依れば、一般有效なる準則設定の、裁に出づる、天皇の意思を以て國家の意思とし、帝國議會の協賛を経て發表したるものは、是れ即ち法律なり。日本國法の理論と帝國憲法の明文とを以て論ずるときは法律なる字に此の外の意義あると無し。然るに此の意義は普通裁判事務に關して用ゐる所の法律の字義と相同しからず、國家公然の法文に於ても司法權に關しては常に法律なる文字に附するに權利義務の標準と云へる意義を以てしたる場合多ければ茲に之を稽



査せざるへからず。

民主政體の觀念よりすれば命令は議會に依らずして官廳より發するものなり、故に之を以て人の權利義務に關する規程を設けしむるは權利義務を擧げて行政權の下に置くに外ならず、是れ民權保護の精神に反するとなり、故に民主國に於て臣民の權利義務は必ず法律を以て規定すると不文の大原則たるのみならず、君主國たる獨逸諸邦の憲法に於ても其の精神を傳へ、例へば、巴威里憲法第七章第二條には、人の自由又は臣民の所有權に係る一般の新法律を發し、或は其の既に存するものを變更し、或は公然註釋し、或は廢止するには必ず議會の協賛と一致とを要すとあり、又巴丁憲法第六十五條には、凡て臣民の身軀の自由又は所有權に關する一般の新法律を發し、又は其の現に有效なるものを變改し、又は公然解釋するには議會の各院に於て過半數の同意を要すと云へり。

日本國法に於ては如何と云ふに、我が國は歴史上の君主國なれば固より民主政體に源由する原則を繼承すべき謂はれなく、法律と命令は唯た其の形式を異にするのみ、實態に於て何等區別を設けざるか故に、假令臣民の權利義務に關する事たり

とも憲法に之を法律とするの明文なく、又未だ事實に於て法律と成り居らざる以上は命令を以て之を規定するに何等の障礙を見ざるなり。

然るに帝國憲法中に一條ありて、恰も權利義務の標準は必ず法律たるべきことを規定するものゝ如くなれば、茲に之を辯解せざるべからず、即ち第五十七條に「司法權は天皇の名に於て法律に依り裁判所之を行ふ」と云へる是れなり、抑、司法裁判所は人民の權利義務を裁判する所なり、仍て其の裁判にして、法律に依り行ふべきものならむには、少くとも普通法上の權利義務の準則は法律を以て定めたるものならざるべからざる道理なり。又帝國憲法に於て臣民の所有權を保護する第二十七條に、公益の爲必要なる處分は法律の定むる所に依ると云ひ、又刑法上の義務に關する第二十三條に、日本臣民は法律に依るに非ずして逮捕監禁審問處罰を受くるとなしとあるは此の論旨を確むるの觀あり。是に於て一の疑問起れり、即ち日本の國法に於ても普通法上の權利義務を規定するものは必ず法律ならざるべからざるかと云ふ是れなり。

## 第二節 正當の解決



正確の地位に就て論ずるときは、凡そ臣民の權利義務に關係するとは、法律を以て規定すべしと爲すは之を政治上の理論として可なるも、之を國法上の原則としては立つ能はざるものなり、其の故は、何を以て臣民の權利義務とすべきかは始めより一定せるに非ず、或は學說として一定せるものあらむも、學說は國法に非ず、故に之に依據して云々の事は臣民の權利なり、又は義務なり、故に法律を以て之を規定すべしと云ふは意味なきの事に屬す。但し憲法に於て格段なる事項を指定し、之を以て臣民の權利とし義務とするを規定したるときは、其の事項は權利たり義務たるに確實なり、故に此等の事項を以て立法の範圍に屬するものと爲すは當然の事とす、然れとも假令憲法の一條を以てすればとて、格段なる事項を指定せず、上文に引證したる巴威里憲法の第七章第二條、巴丁憲法の第三十五條の如く概括して、凡て臣民の身軀の自由又は所有權に關するものは之を法律とすべしと云ふときは、其の範圍限定ならず、從て其の原則は立ち難し、何となれば、身軀の自由及所有權の範圍は國家の準則を埃ちて始めて定まるものにして、未だ此の準則あらざる前に於ては假令學理上にて權利とすべきものありとも、是れ國家及第三者に對し

て有效なる權利に非ず、從て法律の形式を以て其の準則を設くるも命令の形式を以て之を設くるも、全く國家の自由なればなり。

(註)例へば狩獵權の如き之を土地所有權の範圍内に屬するものと見るや否は學說上に於て既に一定せるもの有らむ、然れとも學說を離れて有效の證據あると無し、故に國家の準則を以て土地所有權の一部とすれば則ち其の一部となり、若し土地所有權に關係なく行政上の免許より起る別種の權利とすれば即ち行政法上の權利となる、故に其の準則の未だ定まらざる前より凡そ所有權に關する事は法律を以て規定せざるべからず、故に狩獵權は法律を以て規定せざるべからずと云ふは無意味の事に屬す。現に日本の行政法に於ては數年前まで狩獵權を行政上の免許權として勅令を以て規定したり。

されは帝國憲法第五十七條に於て、司法權は天皇の名に於て法律に依り裁判所を行ふと云へるは如何なる意味に之を解釋するかと云ふに、答へて曰、司法裁判所か普通法上の權利義務を裁判するに於て法律に依るの必要あるを論據として直に普通法上の權利義務は皆必ず法律を以て其の準則を定めたるものならざるべからずと推斷するは誤なり、何となれば、假令命令を以て準則を定めたる權利義務たりとも、裁判權の使行に關する法律か之を普通法上の權利義務と認むるに於て



は、此の準則を準則として之に依り裁判するは、尙ほ法律に依るの裁判たるを失はされはなり。

以上は現行の司直法に於て着々之を徴證するを得べき所なり左の如し。

(甲) 民法に於ける徴證

民法に依る裁判は固より法律に依る裁判なり、然るに民法に於ては帝國議會の協賛を経て天皇の裁可公布したるもの(即ち正式の法律)の外に普通法上の權利義務の準則たるもの數種を認めたり、左の如し。

(一) 法例に於て法律命令の規定に依りて認めたる習慣及法令に規定なき事項に關する善良の習慣を權利義務の準則と認め、又人の能力禁治産の原因、法律行為の成立婚姻成立の要件及效力、私生見認知の要件及效力、後見相續等に關し外國の法律を準則と認めたり、而も其の所謂外國中には露國の如く議會を存せざるものあり、假令存するも其の議會は日本の帝國議會に非ず、從て其の議決を経たるものは日本の法律に非ず。

(二) 民法に於て所有權に定義を下して所有者は法令の制限内に於て自由に其の

所有物の使用收益及び處分を爲す權利を云ふ民法第百〇六條となしたり、故に日本に於て所有權なる一種の權利は法律並に命令を以て制限するを得べき所なり。

(乙) 刑法に於ける例證

(一) 刑法の法例に於て既に此刑法に正條なくして他の法律規則に刑名ある者は各其法律規則に従ふと規定したり、其の所謂規則は今日の命令なり。

(二) 不論罪の條に於て罪を犯すの意なき所爲は其の所爲を論せざるを原則としなから法律規則に於て別に罪を定めたるものは例外としたり。

(三) 外患に關する罪の部に於て局外中立の布告に違背したる者を罰し、健康を害する罪の部に於て傳染病豫防規則毒藥劇藥販賣取締規則に違背したる者を罰せり。

(四) 違警罪の部に於て種々の行政規則に違背する者を罰し並に地方の規則を以て新に違警罪を設くるとを公認したり。

(丙) 民事訴訟法中の例證

(一) 民事訴訟法上訴の部に於て、上告は法律に違背したる裁判なるを理由とす



る時に限り之を爲すとを得との原則を定め、直に其の次條に於て法則を適用せず又は不當に適用したるときは法律に違背したるものとす第四百三と註解したり、此の所謂法則の則は即ち今日の所謂命令を包含するものなり。

(註)獨逸帝國民事訴訟法第五百十二條、凡そ權義準則を適用せず又は正當に適用せざるは法律に違背せるものとす

(二)刑事訴訟法に於ても、上告は法律に違背したる裁判なるを理由とするときに限り之を爲すとを得、法則を適用せず又は不當に適用したるときは法律に違背したるものとす第二百八とあり。

由此觀是日本の司法制度に於ては裁判は必ず法律に依りて之を行ふものなりと雖、其の依る所の法律に於ては獨り帝國議會の協贊を経て天皇の裁可し公布を命したる所のもの法律のみを以て民刑法に於ける權利義務の準則とせず、帝國議會の協贊を経ずして裁可公布せられたるもの命令をも準則とすべき場合には之をも準則とするの主義なると明なり。故に日本國法に於ては法律も命令も均しく普通法上の權利義務の準則たるを得べきものなり。

### 第三節 形式法及實法、形式命令及實命令

以上陳述したる所に依りて見るときは日本に於ても、他の立憲諸國に於ても、法律命令と普通法上の權利義務との間に左の關係あるを知るへし。

(一)外形は法律にして實法は普通法上の權利義務の準則たらざるものあり例へば日本國法に於ける豫算法、獨逸國法に於ける豫算法の如し

(二)外形は正式の法律にして實法は普通法上の權利義務の準則たるものあり日本及獨逸の民法刑法及兩訴訟法の如し

(三)外形は命令にして實法は普通法上の權利義務の準則たるものあり、若法律の字を普通法上の權利義務の準則と云へる狭き意味に解釋するときは此等の命令は名は命令にして實は法律なり例へば日本の閣議命令の如し

(四)外形は命令にして實法も亦普通法上の權利義務に關係なく、唯た官廳又は自治體の行政事務の準則を制定するに止まるものあり、此等は即ち其の名よりするも實よりするも命令たるべきものなり。

總へて議會の協贊を経て君主の裁可し公布せしめたるものを法律と稱するは全



く其の制定の形式に就て斯く稱呼するものにして其の規定する所の事件の性質に關係するものに非ざるか故に之を稱して形式法と云ひ、凡そ普通法上の權利義務の準則たるものを法律と稱するは其の果して憲法に定めたる法律制定の正式を履みたるものなるや否を問ふとなく、唯た其の規定する所の事件の性質に依り斯く稱呼するものなるが故に之を稱して實法と云ふなり。

議會の協賛を経ずして君主の設定し又は設定せしめたる準則は皆命令なり、然れども之を命令と云ふは其の形式の法律形式と異なるに因るものにして之を以て規定したる事件の性質に關係すると無し、事件の性質より言へば或は普通法上の權利義務の準則なるべきもの例へば日本の勅令及獨逸の警察命令を包含するか故に其の全稱を稱して形式令とし、之を再分して權義命令行政命令とせり、其の權義命令は形式に於て命令なるも實法に於て官廳人民の權利義務の準則たるものを云ひ、行政命令は行政事務の手續たるに過ぎざるものを云ふ。

普通法上に於ける權利義務の準則を設定するものを法律と稱するに對して云ふときは此の如き準則を包含せず、官廳に於て裁判事務に非ざる國家の事業を營み又は法律を執行する事務の準則とすべきものは皆命令なり、然れども之を命令と稱するは其の規定する所の事件の性質を標準とするものにして、其の之を規定する形式の如何に依るとなし、形式より云へば正式の法律なるもの例へば日本の法律如し、其の中に存すべきに因り、稱して實法令と云ふ、其の一部分は形式令にして一部分は形式法なり。

### 第三章 形式法

#### 第一節 帝國憲法に於ける形式法

帝國憲法に於て法律と云へるは皆形式法なり、而して形式法を發するの權を立法權と云ひ、帝國憲法第五條に「天皇は帝國議會の協賛を以て立法權を行ふ」とあり、同第六條に「天皇は法律を裁可し其の公布及執行を命す」とあり、第三十七條に至り更に「凡て法律は帝國議會の協賛を経るを要す」とあるの外に如何なる事項は法律として之を規定すべきやを概括規定したるの條項なく、唯た逐條の間に法律を以て規定すべきものを個々枚擧したるのみ、是を以て推すときは憲法は形式法に關し單に二の方面より條件を立つるものなるを知るへし、即ち(甲)形式法の必ず備ふへ



き形式を確定し(乙)必ず形式法の範圍に屬すべき事項を指定したると是れなり。

(甲)形式法の必ず備ふべき形式は左の如し。

(一)帝國議會の協賛を経たる事。

(二)天皇の裁可を経たる事。

(三)國務大臣の副署を以て公布せられたる事。

(乙)必ず形式法の範圍に屬すべき事件左の如し。

(一)法律を以て規定すべき事件。

帝國憲法は巴威里憲法第七章第二項、婆典憲法第六十五條の如く、法律を以て規定すべき事件を概括するの主義を取らず、逐條の間に之を列擧するの主義を取りたり、即ち法律を以て之を定むと云へる明文あるもの左の如し。

(イ)戒嚴の要件及效力(第十四號)

(ロ)裁判所の構成(第五十七條)

(ハ)裁判官の資格及裁判官懲戒の條規(第五十八條)

(ニ)特別裁判所の管轄(第六十條)

(ホ)行政裁判所(第六十一條)

(ヘ)新税の賦課及税率の變更(第六十二條)

(ト)會計検査院の組織及職權(第七十二條)

(二)法律を以て又は法律に依り保護すべき權利義務。

帝國憲法に於ては臣民の權利義務に關し法律を以て之を規定すと立言せずして法律を以てし又は法律に依るにあらざれば之を動かさずと明言したり此の場合の(一)の場合と異なる所は(一)の場合に於て法律と指す所は特に其の事件のみに關する格段なる法律なり、之に反し權利義務の場合に於ては特別の法律を指さずして廣く法律の形式を備へたるものを指し、此の形式あるものにして始めて此の種類的事件に變更を及ぼす效力あるべきを明言するに止めたり。帝國憲法に於て列記する所左の如し。

(イ)日本臣民たるの要件(第十八條)

(ロ)兵役の義務(第二十條)

(ハ)納税の義務(第二十一條)



- (ニ) 居住移轉の自由(第二十二條)
- (ホ) 人身の自由(第二十三條)
- (ヘ) 裁判所より阻隔せられざる權(第二十四條)
- (ト) 家宅安全の自由(第二十五條)
- (チ) 信書秘密の自由(第二十六條)
- (リ) 所有權(第二十七條)
- (ク) 言論著作印行集會及結社の自由(第二十九條)

臣民の權利義務の中、信教の自由第二十條と請願權第三條とに關しては、法律を以て又は法律に依りの語なし、故に信教の自由に關して安寧秩序を妨害し又は臣民たるの義務に背く上より命令又は處分を以て制限するを得べく、請願權に關して別に定むる所の規程に従ひと云へる規程も命令を以て之を定むるを得へし。帝國憲法に於て天皇の統治權行使行上に涉り形式法を以て準則を設定すべき場合を指定したるは以上の二種に止まり、其の場合に於ては法律を以て其の準則を定むるも將又命令を以て之を定むるも全く天皇の自由に屬せしめたり、而して

以上の二種は國家の事業の僅に一小部分に屬するものにして、其の他の廣大なる範圍に對しては命令も亦形式法に均しく有効なるは日本國法の特に著明なる特質なりとす。

(註)此の特質は各種の現行法に於て事實に顯はれたり、即ち行政に關する諸般の法律に於て一般に有效の準則を指示する場合は單に法律とのみ言はずして必ず法律命令又は法令と云へり。例へば市町村制、郡制、府縣制に於て自治体に國家の事業を命ずる場合に法律勅令に依り命ずると云ひ、訴訟法に於て訴訟を許す場合及行政裁判法に於て行政訴訟を許す場合を法律に指定したる事件のみに限らずして法律勅令に指定したる場合と云へるが如し(訴訟法第一條、行政裁判法第十五條)。

### 第一節 法律に對する帝國議會の協賛

帝國議會か形式法の制定に協賛するは發案權及議決權の二途に由るものにして、其の作用は既に帝國議會の職權の部に之を述べたり。茲には唯た此の協賛の一事か公民國家の目的上極めて重要な事に屬し、之を経たる準則は形式法として之を経ざる準則即ち命令を凌駕するの效力ある所以を證明せむとす。

法律も命令も其の天皇の意思を以て國家の意思に代へ、準則の制裁に於て發行し



たるものたるや一なり、然るに天皇は國家の元首にして、國家は國民の發達の爲に必要なる公共事務を經營するの機關なり、故に天皇にして若直接に自己の意思を以て國家公然の準則と爲し、國民に協る所なきときは、國民と國家の意思との間に聯絡斷絶し、古の君主專制と更に擇む所なきに至るへし。然れども國民を組成する各一個人皆意思あり、各自發達の條件に付希望する所あり、假令民主主義を唱へざるも、國家を以て民生の發達を圖る所以の公共團體なりとするは動かざるの關係なれば、此の關係より推して先づ國民の公選に係る代議士をして其の多數の意見を言はしめ、之を取捨して國家の意思と成すは今日の公民國家をして古の專制國家と異ならしむる唯一の要點なりとす、是れ命令よりも法律を重しとする所以なり。

### 第三節 法律の裁可

天皇か立法大權を以て帝國議會の議決上奏したる法律案を採納し、之を以て國家の意思に代る自己の意思とし、一般有效なる準則たらしむへしと命令するの作用を裁可と云ふ。ラバンドは法律の箇條(即ち充法條項)と之を以て法律と爲すの命

令(即ち立法宣命)とを分別し、充法條項を確定するのみ議會の職分にして、立法宣命を發するの權は獨り君主に屬す、即ち裁可これなりと説きたるも、其の實議會か充法條項を確定して上奏するは間接に君主の之に對し立法宣命を發するを承諾するものなり。故に議會は全く裁可に關係なしと言ふへからず、君主は議會の協賛したるもの、外を以て一般に有效なる準則と爲すの權なきと是れ其の裁可に對する消極的の制限なり、然れども積極的に議會の協賛したる所を以て法律と爲す事に至りては全く天皇の自由に屬し、其の取捨を決するに於て自己の心意の外何等の率由すべきものなし。

尙ほ裁可に關しては(一)其の批宣及審署と、異なる所以(二)其の手續及(三)其の時期を述べざるへからず。

#### (一)裁可と批宣及審署との區別

裁可は立憲君主政體に限る行爲にして共和國及立君共和國に於ては無きとなるを注意すへし。民主政體民主專制に於ては立法の權、議會に專屬し、議會の議決したる所は直に法律となるの効力を有するか故に、大統領又は民立の君主に於て



之を取捨するの權なく、憲法に明文ある場合に於ては唯だ假りに議會に向て再考を促すの權あり、之を拒否權と云ふ、然れども北米合衆國に於ては議會三分の二の多數を以て佛蘭西共和國に於ては單純の過半数を以て再ひ之を議決したるとき大統領に於て是非とも發行するの義務あり。此の場合に於て元首は唯だ其の法律か果して憲法に規定したる立法の手續を完全に經由したるものなりやを審査し、果して故障なきときは原本を調製して茲に法律の存立するを確め、而して後公布の手續に及へり、之を佛蘭西共和國及白耳義に於ては「批宣」と云ひ獨逸帝國に於ては「審署」と云へり。

(註)佛國の國權相關法第七條に「共和國大統領は確定に可決せられたる法律を政府に移したる翌月中に法律を批宣し、兩院の特別の決議を以て緊急を宣明したる法律は三日以内に批宣す」とあり、白耳義に於ても一八六五年十二月廿三日法律を以て批宣の形式を定めたり

○獨逸帝國は憲法第五條に「帝國立法權は聯邦會議と帝國議會と協同して之を行ふ、兩院過半数の決定の一致は帝國法律を爲すに必要にして且之を以て足れりとす」とあり、而して第十七條に「帝國法律を審署し及公布し及法律の施行を監督するは皇帝の任とす。皇帝の施令及處分は帝國の名を以て發行し、其の有效なる爲帝國宰相の副署を要し、帝國宰相は之に依り責任を取るとあり。

### (二)裁可の手續

裁可に關し本邦に於ける從來慣用の手續は帝國議會より其の議決したる法律案を奏上したるとき其の儘にて天皇より内閣に下附せられ、内閣總理大臣より之を法制局に下して審案せしめ、憲法上及政署上に涉り、又他の法律に對し不都合の點なきやを審議の上其の前文及副署式何れの大員に於て等副署すべきやに關する臆裁を定めて閣議に提出せしむ、而して閣議裁可を請ふに決するときは前文を加へて淨書し之に閣議書を添へて上奏す、此の上奏案には年月日を白字として後に書入の餘地をなし、天皇御裁可あらせらるゝときは其の證として御名親署の上内大臣公文式に依り御璽を鈐し、内閣に下附せらる。是に於て裁可正本成る。

### (三)裁可の期限

日本の如き立憲君主國の國法に於て議會の議決上奏したる法律案を君主の裁可する時期に制限ありや否と云ふと一の問題なり。英國の慣例に於ては議會の開會より閉會に至るまでを以て一立法期と爲し、其の期中に爲したる立法作用は此



の期の終ると共に息滅するを原則と爲すに因り他國に於ても之を以て自然に定まれるの關係と爲し、一旦會期を了へ、或は解散を経たるときは前の議決は共に効力を失するか故に元首も之を裁可することを得ずとの論を爲すもの多し。然れども此の如きは畢竟英國に在りてこそ動かすへからざるの慣例なれ、之れを他に適用して果して有効なるへきや否は疑ふへきものなり。此の問題は裁可權の性質と奏上の効力とに依り之を決すへきものなり。裁可權の性質よりすれば是れ君主大權の一なるか故に其の使行の時期に關し制限を立てむと欲せば立てへきも、一定の明文を離れては自然に何等制限の存せむとも推定すへきに非ず。又奏上の効力より論するも是れ議院の部内に止まらずして既に一旦外部に對し發奏したるの行爲なれば殊さら明文を存せざる限りは普通議決の効力を以て推すへからざると明なり。議會を以て特立せる國家の一機關として考ふるときは其外部に向て爲したる行爲は之を組織する形跡人即ち各議員と共に變更すると無きは猶ほ君主若は國務大臣若は裁判官の行ひたる職務の其の讓位、死亡、退官と共に消滅せざるか如し、故に法理上に於て君主は議會の議決上奏したる所を幾年の後に

至りても裁可するの權能あるものと見做さるを得ずエリチク法律命令論三三〇頁

法理は此の如しと雖、茲に一の記憶すへきとあるは他なし、前の會期に於て議決上奏したる事件を後の會期に於ても同様に其の實行を希願する場合に於て尙ほ裁可せらるゝの望あるときは黙して待つへく、最早裁可せられざるものと知るときは再び議決して上奏すへしと雖、唯た左右明瞭ならざる場合に於ては議會をして進退に迷はしむへきと是れなり。是を以て本邦に於ては直接に裁可の手續又は奏上の効力に對し制限を立つると無くして議員の心得まてに議院法第三十二條を以て「兩議院の議決を経て奏上したる議案にして裁可せらるゝものは次の會期迄に公布せらるへし」と規定せられたり。故に次の會期まで公布せられざるものは裁可せられざるものと知るへきなり。

○各國の中には裁可の時期を制限したるものなきに非ず。

葡萄牙憲法第五十九條に曰く「國王は議定案奏上の日より一箇月内に其の裁可を許す」と。巴威里一八七二年一月十九日諸事法第四十條に曰く「國王は全案議定奏上の後直に又は遅くとも閉會に至りて集會を閉つる時、兩議院の議定を経たる法律案に對し裁可を許すへし。議會の爲したる上奏の採否も亦同じ」と。蓋巴威里の憲法に於ては本來裁可の時



期に關し規程を存せず、唯た其の第七章第廿九條に於て上奏の採否は閉會の終に於て之れを決するの一條を存したるのみ、然るに其の後更に上願の一條を制定したるの事實に由て之を推せば、即ち其の前に於ては裁可の時期に制限なしとする理論を取りたるものなり。

○全く明文を設けざる國に就きては裁可の時期を全く無制限とするの主義を取る處と獨り解散の場合のみ自然に制限ありとする主義を取る處と二様あり。

○ザルウエイ瓦典(英國法論(第二卷第六二頁)に「議會の協賛を経たる法律案を裁可するの權は時の経過に因りて消滅せず。一旦閉會し更に開會に至るも其の前の議決に對する裁可を妨ぐる事なく、改選に依り新に議院を組織したるの事實も亦之を妨げず」と。

○ゲオルク・マイエル(獨逸國法論(四六四頁)に於ては改選の時を期限とするの論を爲せり、曰「君主は決して裁可すへきの義務なく、其の自ら提出したる法律案を議會に於て一も變更を加へず裁可したる場合に於ても尙ほ然りとす。又裁可及公布に一定の期限なし、但し憲法に明文ある場合は此の限にあらす、一旦閉會して更に開會するの後も前會議決の案を裁可するを妨げず。然りと雖新に議員を改選するときは公布の期既に了れり、何となれば法律の制定は之を公布する時に於て存する議會の協賛を得るに非ざれば爲すことを得ざればなり」と。

○ウルプリヒ(英國法論(第三八八頁)に「英國の國法は議會の承諾したる法律案の裁可を許否する君主の意思宣明に就き一定の時期を設けず。是を以て新に閉會するの後に

雖前の會期に於て議定したる法律案を裁可するの權は消滅したりと爲すことを得ず。何となれば議會の合法に爲したる議決の効力は會期と共に消滅するとなればなり。之に反して議會を改選するに至るときは裁可の期限既に了れり何となれば立法期の経過、又は解散に至り前に其の法律案に協賛したる所の議員は既にして存在せざればなり。

#### 第四節 法律の公布

日本の如く君主立法權を専有する國に於ては其の裁可に依り立法作用完了す、然れとも國家の各機關及民衆をして其の一般有效なる準則として存立するを知らしむるためには、此の立法作用の結果を以て公然表白せざるべからず、其の手續を公布と云ふ。公布は法律を裁可したる元首に於て命令し政府をして其の事務を執行せしむるを順序とす、本邦は帝國憲法第六條に「天皇は法律を裁可し其の公布及執行を命ず」とあるに據るべきなり。共和國及立君共和國に於ては大統領及民立君主に法律裁可の權なきと前述の如し故に之を批宣すると同時に公布せり、換言せば其の之を公布するを以て批宣したるの表識とせり。

#### (一)公布の手續

君主より法律の公布を命ずるの方法は之か爲に殊さら命令を發するの手續を省



き其の裁可したる法律の正本を有司に下すを以て此の命令に代ふるを例とす、而して公布を命せられたる者は其の正本を尙藏して他日の證左に備へ、別に謄本を作りて公布の原本とせり。本邦に於ては前述の如く内閣より法律案を上奏するに當り既に前文を添へて上奏し、其の中に何々の件を裁可し茲に之を公布せしむの文言あり、果して裁可せらるゝときは其の正本を内閣に下され、關係國務大臣之に副署すると同時に年月日を記入す、而して内閣書記官長は此の正本を内閣の記録に保存し、別に謄本を作りて公布の原本とし、官報局に送付せり。是れ實際の手續きなり。此の公布の命令を受くる者は即ち初め其の法律案を以て上奏し裁可を請ひたる國務大臣なり、故に公布に關する責任者は即ち此の國務大臣にして内閣書記官長は國務大臣の命令に依り公布の事務を處辨するのみ。公布の正式は往時にありては事實として成るべく多數の人に法律の存在を知らしむる爲或は各地方に歸省する代議士をして其の地方に傳へしめ或は公衆の集まる場所に於て誦讀せしめ又は揭示し或は毎戸に布告する等の手續を用ゐたり。然れとも事實として一人の遺漏なきを保するは到底難事に屬するを以て、今日は

各國ともに公布の主義を改め、大抵佛國の法律公報の制に則りて豫め定めたる形式に依り唯た中央に於て法律を公布したりとの權利關係を作るとを目的とし之を知るを以て遵由者の義務とするに至れり。即ち今日行ふ所は事實上の公布に非ずして法理上の公布なり、而して法理上の公布は職權ある者に於て職務として責任を取り之を行はさるへからず、是れ其の原則なり。

本邦に於ける公布手續の現行法は明治十八年十二月閣令第廿三號布達の「布告布達の儀自今官報に登載すべきを以て公式とし別に配布せず」とありて其の後明治十九年二月發布の勅令第一號を以て公文式を定め其の第十條に「凡そ法律命令は官報を以て公布し」云々と定めたり。官報は印刷局に於て編輯、印刷並に發賣し印刷局は内閣總理大臣の管理に屬す三十一年勅令第二百五十六號印刷局官制

（註）英國に於ては國中各人を以て議會に代表せられつゝあるものと推定するに依り別に公布の手續を爲さず、議會の決議に對し國王より裁可の意を表するを以て同時に其の法律の公布したるものとせり。英吉利の見解によれば國中の各人は議會に於て代表せらるゝか故に國王同意を議會に向て表白するは之を全國人民に向て表白したるに同じ、是を以て國王の裁可したる議會の決議を公然印行するともあるも是れ唯た報道の性質に出



つるに過ぎず、決して立法の成分を爲すに非ず、即ち法理上に於ては國王の同意宣明は法律の裁可と共に其の原本調製の命令の法律の公布とを一に合するなり。

### (二)公布の期限

本邦及各國の國法に於て既に裁可を経たる法律を公布するの時期に制限を附したり、即ち我が議院法第三十二條の如き是れなり。然れども是れ其の最も遅き場合を示すものにして如何に速に公布すべきやに關しては二の問題あり、曰、他なし(一)元首は裁可を爲したるとき直に公布を命すべきか、將裁可を爲したるより公布を命する迄の間に日時を存するを得るや、(二)國務大臣公布を命せられたるときは直に之を公布すべきか、將公布の命を受けてより之を奉行するの間に時日を存することを得るやと云ふ是れなり。

英國の如きに在りては國王の議會の決議に向て同意を表するを以て裁可と同時に公布の效力を有するものと爲すか故に此の問題は起らずと雖、其の他の君主國に於ては君主より有司に下し有司に於ては公布の手續をなす爲に必ず多少の時日を要すれば一定の明文なき場合に於ては是れ困難なる問題となれり。

正理を以て論すれば、既に裁可したる法律を何時に至り有司に下して公布せしむ

へきやに關し殊さら明文を存せざる限りは之を決するは公布を命令する君主の全權に存すと言はざるを得ず、故に(一)期限は不定なり、然りと雖既に此の命令を發したる以上は法律は外に向て執行せらるべき時期に達したるものなれば、其の命令を受けたるものに於て公布を遷延するの權利なし、故に(二)は即刻奉行を原則とすべきものなり。然れども事實に於て即刻公布するは難く、別本謄寫及官報印刷の爲に必ず多少の時間を要するとなれば、唯た事實上止むを得ざるの遅速は固より公認せざるへからず。然るに實際に於ては政府が政治上の理由よりして故意に公布を遷延するか如きと無きを保し難し、是れ條理に於て有るまじき事にして而して實際に於ては制止し難き所なり。

以上二個の問題は一は君主の權力を以て公布を命するの遅速に關し、(二)は公布の命を受けたる國務大臣の其の命令を奉行するの遅速に關するものなれば、其の間全く法理の異なるものあるにも拘らず、事實に於て之を分別し難し、何となれば公布の命令は政府部内の事に屬し、其の既に出てたると否とは外部より之を知るに由なく隨て公布の遅速は何れに原因するやを知るに由なればなり。



本邦に於ては憲法制定以前より公文式に於て天皇の裁可し給ひたる年月日を明示せず、公布を命令せられたる後ち國務大臣に於て副署すると同時に年月日を記入するの制を取るか故に假令裁可の正本を下附せられたる後政府の都合に依り發表を延引するとあるも更に外形に顯れず、實際に於て今日の日附を以て公布せらるゝ法律は明日の官報に印刷せられ明日休日なるときは更に其の翌日の官報に印刷せらる。

公文式第二條「法律及一般の行政に係る勅令は親署の後御璽を銜し内閣總理大臣年月日を記入し、主任大臣と俱に之を副署す、其の各省專任の事務に關するものは主任大臣年月日を記入し之を副署す。」

英國に於てはセヨルテ第三世第三十三年の法律第十三章に依り法律通過及國王承諾の日を記入す。

### (三)公布の上諭

公文式第一條に「法律勅令は上諭を以て之を公布す」とあり、即ち上諭とは法律を公布するに當り其の前に附加すべき文言にして或る國家に於ては法律を以て之を規定せり而して其の規程なき場合は慣例に依れり。此の慣例に二種あり、即ち君

主之を附記すると、之を法律案の一部として議會に於て議決すると是れなり。エリネックは毎時議會の議決を以て定むると既に慣例となれりと言へり、然りと雖元來公布は元首の事業なるを以て、此の慣例を必ずしも正當なるものと認め難し。君主上諭を附加する場合に於て更らに論究すべきは唯た其の法律の議會の協賛を経たるとを確證すると之を裁可して公布を命ずるとを云ふに止まるべきや將又其の他の事項にも及ふべきやと云ふ是れなり。

本邦に於て近年發布せらるゝ法律は大抵、朕帝國議會の協賛を経たる……を裁可し茲に之を公布せしむとあるに止まるも、従前は時に長文の詔旨を前加して其の制定の理由を開示せられたり、例へば明治二十一年の市町村制の如し。是れ上諭の名の由りて起る所なり。此の如き慣例は憲法實施と共に廢止せられたるものと視做すべきや否は一の問題なり。此の事に關しては二様の見解を立つるを得へし。第一は公布の前文に於て法律制定の理由を説明するは議會か之に協賛して元首の之を裁可したる所以を示すものなれば、始めより法律案に其の前文を附して議會に描出し條文と同時に協賛を経べきものなりとする是れなり。第二



は公布の前文に於て疏明する所は議會協賛の理由に關係せずして唯た其の裁可の理由を述ふるものなり、裁可に於ては必ずしも議會の理由とする所を以て理由とするの必要を見ず、全く異なる理由を以て裁可するも天皇の自由に屬す、故に豫め之を議會に示すと示さざるとの如きも全く叡旨如何に在りと云ふ是れなり。著者は後の言を正當なりと斷言するものなりと雖、之に一の詳解を加へざるへからず、即ち前文の旨趣にして果して本文の解釋上に影響を及ぼし又は其の法律に因りて定まるべき權利義務の關係を動かすものなるときは是れ既にして其の法律の實跡の一部を爲せるものなれば必ず條文と俱に帝國議會の協賛を経るを相當とするは是れなり。彼の市町村制の前文の如きは本文の解釋に影響せず、又權利義務の關係を動かさずして唯た制定の目的を公示するに止まれり、故に今日以後に於ても此の如き上諭を附するは天皇の大權にして畢竟詔勅の一種たるに外ならず。

#### 四)公布の番號

法律公布の前後は時に重大の關係あり、何となれば、前に公布せられたる法律と後

に公布せられたる法律と衝突する場合に於て、其の後に公布せられたるものは前に公布せられたるものを打消すの效力あればなり特別法。例外。然るに同日に數通の法律を發布する場合の如きは、其の孰れを前とし孰れを後とすべきや明瞭ならず、是を以て法律の新舊を明にする爲に當に其の公布の年月日を記入するのみならず、又官報登載の番號を附記するを例とす。公文に於て法律を引用するときは明治何年法律第何號と稱すると常例となり居れり、然れども此の番號に關しては各國ともに公然の規定を見ると稀れにして我公公式にも何等明文なし。本邦の實際を言へば内閣より法律案を備へて裁可を請ふ時既に其の正本に於ける前文の後本條の冒頭に法律第□號と記し、其の番號を白字にして上奏し、裁可を経て年月日を記入したる上内閣書記官に於て數字を記入して官報に印刷するなり、而して書記官其の前後を定むるに當り法律の内容に於て事實上の順序あるものは此の順序を追ひ、之れなきものは國務大臣か年月日を記入したる順序を追へり。此の如き重大の事件にして精確の規程を缺くは國法上の一缺點と視做すの外なし。

(註)英國の慣例は每一立法期中に成立したる各種の法律を通じて單一の制定法と視做し



則に件名を立てず、各一法律を以て其の中の第何章とせり。

#### (五)法律の題號

本邦に於ては或る場合に法律に題號を附し、其の題號と俱に議會の協賛を経て裁可公布せらるゝとあり、又或る場合に於ては初めより題號を附せず、後に官報及法令全書の目錄を作るに當り編輯人に於て隨意に題號を附するとあり、此の場合は大抵裁可上諭中の件名を標準とせり。例へば明治二十三年法律第八十四號を「命令の其の慣例の亂雜なるは遺憾なり」とす。正當に論すれば本條と俱に議會の協賛を経て裁可公布せられたる題號のみ公然有效のものにして、其の他に在りては公然の用を爲さず、唯だ「何年法律第何號何々に關する件」と稱呼するを以て一種の慣例と視做すべきに似たり。

(註)英國に於ては前述の如く一立法期中の議會の決議にして國王の裁可を経たるものを總括して單一の制定法と見るか故に「何王第何年より第何年に涉る決議第何章」と稱呼するを正式とするも、斯くては其の件名不明にして引用に便ならざるを以て、セルゲ三世の時より各議決の件名を以て其の表題とするに至りたるも、概れ長文に涉るか故に更に議決中の一條を以て單簡なる稱呼を公定すると多し例へば捕獲審檢所に關する一八九四年八月十七日議決第一條を以て「此の議決は一八九四年捕獲審檢所法」として引用せら

るへし」と規定したるか如し。

### 第五節 法律の效力

#### (一)形式上の效力及實體上の效力

既に公布せられたる法律は一般に官廳及人民に向て拘束の效力あり、然れども其の效力は形式法として存立し、新なる形式法を以てするに非されは之を廢止變更するを得ざらしむる效力あるのみ、人民をして其の條文に規定したる命令に服從せしめ又は官廳をして其の事務を執行せしむるの效力に非ず、此の第二の效力は即日執行の場合に於ては第一の效力と同時に發生すと雖、普通の場合に於ては數日若は數月の後に於て發生せり。ラバントは此の兩者を區別して形式上の效力及實體上の效力と云ひ、爾來國法學上の確論となれり。公布に依りて直に生ずるものは形式上の效力にして實體上の效力に非ず。

形式上の效力既に成立するも未だ實體上の效力あらざる間は官吏臣民に於て其の法律を遵奉するの義務なしと雖、立法者日本の國法は既に之に違反する命令を發するの權能なきと明なり。之に反し其の法律に於て命令に委任したるとある



ときは實體上の效力を生せざる前に於て既に委任の命令を發するとを得へし、又其の法律を執行する爲の命令も實施以前に之を發して可なり、但し此等の命令を實施するは根本の法律の實體上の效力を生したる後に於てすへきものとす。

(二)一般施行時期

上述の如く法律の形式上の效力は公布の時を以て始まると雖、其の實體上の效力即ち官吏人民をして遵奉の義務を負はしむるの效力は法律に依り、又は同一法律中に於ても其の條項に依り異なる時期を以て始められり。即日執行の場合に於ては同時に始まると雖尙ほ思想上に於て判然區別するを得へし。各國の慣例に於て形式上の效力の始まるとき、即ち公布のときより實體上の效力を生ずるときに至るまでの間に多少の時日を存するを常例とし、即日執行を例外とする所以のものは其の法律の存在を周く各地方に知らるゝに至るまでに實際多少の時日を要すればなり。是を以て格段なる法律に就き特に其の實體上の效力を得るの期日を指定せる場合の外は一樣の日數を定め、其の間は只た形式上の效力あるのみ、實體上の效力なからしむ之を一般施行期限の制又は單に施行時期と謂ふ。即ち施

行時期なるものは特に執行の期日を指定したる法律を除き、其の他の法律の公布の時より遵由の義務を生ずるの時に至るまでの間に存する法定の期間なり。佛蘭西に於ては地方に依り此の期間に長短ありと雖、其の他の諸國に於ては大抵之を全國一樣にせり。

本邦は法例第一條を以て左の如く定めたり、曰、

「法律は公布の日より起算し、滿二十日を経て之を施行す、但法律を以て之に異なりたる施行時期を定めたるときは此の限に在らず」

「臺灣、北海道、沖繩縣、其の他島地に付ては勅令を以て特別の施行時期を定むるを得」

故に臺灣に關しては明治廿九年八月勅令第二百九十二號に

「法律勅令の臺灣に於ける施行時期は、其各縣島應に官報の到達したる翌日より起算して七日とす、但し公文式第十三條に即日執行又は該當する場合は此の限に在らず」

とあり、北海道、沖繩縣及島地は尙ほ公文式第十二條に依るべきものとす、曰、



「北海道及沖繩縣は官報到達日數を定めず現に道廳又は縣廳に到達したる翌日より起算す」第十條に

「島地は所轄郡役所に官報到達したる翌日より起算す」

(註)獨逸帝國の制 獨逸帝國に於ては憲法第二條に依り柏林府に於て關係の法律を載録する法律公報の一號を發兌したる翌日より起算して第十四日に至り約束の効力を生ずるものと定む。但し特別の規程ある場合は此の限りに在らず

○奧太利の制 奧太利に於ては一八六九年七月十日の法律に依り帝國法律公報に登録したる公文の拘束力は同文に於て他の期日を明記せざる場合に於て獨逸文を以て此の公文を掲載したる公報の一號を刊行したる翌日より起算して第四十五日を以て始まるものとす。

○普魯西の制 普魯西に於ては一八七四年二月十六日の法律に依り法律に有效の期日を定めざる場合は其の公布の日より十四日を經過したるの後拘束力を生ず

○佛蘭西の制 佛蘭西に於ては官報發行の後巴里に於ては滿一日を經、其の他の地方に於ては官報の首府に到達したる時より滿一日の後拘束力を生ず。又關係の人民は此の日より三日間は裁判所及官廳に向て不知法律の申立を爲すことを得へし。

即ち佛蘭西民法前加篇第一條に始め左の如くありたり、曰、

「法律は皇帝より爲したる批宣に因り佛蘭西全國に於て之を行ふ可し。

法律は其の批宣を知るとを得たる時より國中の各所に於て之を行ふべし。皇帝より

爲したる批宣は皇帝所在の州に於ては其の批宣の翌日之を知ると看做し其の他の州に於ては其の批宣をなしたる都府と各州との間の距離に従ひ一日二十「ミリヤメートル」の路程を以て日數を累れたる翌日に之を知ると看做すべし」と。

後右第一條を左の如く改正したり。

「法律勅令の發布にして佛蘭西共和國の官報に於て追加(又は更改)を要するときは法律全書中に之を掲載すべし。

法律全書は發布を繼續し、且官報に追加せらるるもの、あるときは之を發布すべし法律勅令は巴里に於ては發布後一日を經て施行せられ、其の他の郡に於ては官報其の首府に到達したるときより滿一日を經て施行せらるべし。

政府は特別規則を以て直に法令の施行を命ずるを得。

州長及郡長は凡そ必要な場處に規則を掲載し、又は此の掲載の爲に必要なる制度を定むべし。

裁判所行政官署及郡役所に時宜に従り人民の法則を知悉せざるより起りたる違犯を免恕するを得。但し免恕は發布の期日より三日を經過せざるに限り。

○英吉利の制 英吉利の制は特異なりエリネツ法律命令論(一八頁)に前文公布の節に引用したる所を繼ぎて曰、「上述の想念を以てするときは又前世紀の終りに至るまで有效なりし一の規程を理會することを得べし。即ち法律の効力は之を議決したる議會々期の第一日を以て始まるとしたること是れなり。是れ全林の立法作用を以て終始一點に歸



若せる單一の作用と看做すの結果なり。此の實際上の結果として舊々法律の既往に溯るの効力あるに至れり。然り而してジョルジ第三世の第三十三年法律第十三號を以て始めて法律の主意宣明たるの眞性を辭にするに至りたるより議院の書記官をして直に各議決の表題の下に其の通過の年月日並に國王の承諾を経たる年月日を記入せしむるの制を取れり。此の記入は之を法律の一部分と看做し國王承諾の日を以て其の法律の有効なるの時とす(メイ議院典例五五二頁)是に於て法律の既往に向て有効なると止みたるも所謂施行時期なるもの英吉利に存せず只た格段なる法律中に特に其の効力を得るの時期を規定する場合あるのみ」と。

### (三)特別施行時期

一般施行時期は格段なる法律に於て其の實體上有效なるべき時期を指定せざる場合に適用する所なり而して特定の時期を定めたるものは各之に依る、之を其の特別施行時期と云ふ。特別施行時期は必ず法律の一部分として立法作用を以て指定すべきものなり。

特別の施行時期は必ずしも法律の全部に向て同時に始まるべきものに非ず、其の或る條項よりも早く始まるとあり、又必ずしも全國に向て同時に始まるべきものに非ず、或る地方に於ては他の地方に於けるよりも遅く遵奉の効力を生ずるとあり。

り、皆特別の明文に依るなり。

### (四)法律の溯及効力

「法律は既往に溯るの効力を有せず」と云ふは一の原則なり。然れども其の原則たる、法律及立法の本義に於て必ず斯の如くなるべき所以のものあるに因るか、將又他の理由に因るかを究定すること最も緊要なり。例へば裁可の必ず議決の後に於てすへく、公布の必ず裁可の後に於てすへきは立法作用の必然の順序より起る原則にして、若之を改むれば即ち法律は法律たることを得ざるなり。然るに法律の實體上の効力に至りては更に其の成立に關係なきことなるを以て凡そ實體上の効力に係るの原則は皆形式法の成立に影響を及ぼすことなし。語を換へて言へば既往に溯るの効力を有する法律は法律として成立することを得べきものなり。之を要するに「既往に溯らす」の原則は既得權利及既定義務を確保するの主義より起るものにして立法作用の本性より起るものに非ず。是を以て此の主義に關係なき場合に於ては國家は既往に溯らしむへしとの意思を宣明することを妨げず、故に人民の既定の權利義務に關係なく、或は假令關係あるも却て人民の爲に



既往の権利を増補し既定の義務を軽減する場合に於ては既往に溯るの法律を制定すること其の例に乏しからず。例へば舊刑法に比して新刑法の輕き場合は舊刑法の有効なりし時に犯したるの罪たりとも新刑法に依り處斷し、舊恩給法よりも新恩給法の寛仁なる場合に於ては舊恩給法の有効なりし當時に確定したる權利たりとも新恩給法に依り保護するか如し。

#### 第六節 法律の效力終止

「後法は前法を打消す」とは是れ形式法に關するの原則なり。詳密に之を言へば形式法の形式上の效力は同一形式法中の規程に依り、又は他の形式法に依り又は形式法に基ける命令に依るに非されは終止に至らずと云ふに歸す。其の諸の 경우는エリネック審に之を枚擧したり左の如し。

エリネック法律命令論<sup>六三三</sup>に曰「法律(即ち形式法)を廢止する正當の道は獨り立法作用あるのみ。立法作用は現在の法律を故意に廢止する唯一の合法作用なり。然り而して此の作用に依り法律を廢止する場合に數種あり、左の如し。

(一)法律は他の法律を以て廢止するに依り廢止に至る。

(二)法律は其の條項を消滅せしむるの規程を含蓄する後の法律に依り廢止に至る。  
 (三)法律は左の場合に於て法律の結果として廢止に至る、曰期限を附したるときは其の期限の満つるとき條件を附して無効を期したるときは其の條件の起れるとき、及條件を附して有効を期したるときは其の條件の起らざるとき、又其の規定する所の事實の消滅するに於ても法律は事實上より終止に至れり。例へば法律を以て歸化を許したる場合に於て同歸化人の更に脱籍したるとき、又は法律に依り或る門族に上院に於ける表決の權を與へたる場合は此の門族の盡く死滅したるとき。

(四)法律は立法の委任に依り發したる命令のために廢止に至る。此の場合も亦數様あり。無條件に或る法律を廢止するの權を政府に委任することあり。或は法律に於て豫期したる事情の起るを待て廢止するの權を委任することあり。後の場合は上文第三の場合に類すと雖其の異なる所は法律の結果として廢止に至らず、政府の意志に依り消滅に至るにあり。又聯邦の命令に依り其の一邦の法律を廢止せしむることあり、何となれば聯邦の法律に基き發したる命令は其の法律と均



しく各邦の法理に對し高等なる形式上の效力を有すればなり」と。

茲に形式上の終止に就き一の問題あり。即ち甲の法律は乙の法律に先たちて公布せられたるも乙の法律の有效時期は甲の法律の有效時期より早き場合に於て其の間に相牴觸する所あれば消滅するものは孰れなるやと云ふ是れなり。有効の時期よりすれば乙法の效力先つ始まり後に甲法の效力始まるに至り乙法は消滅するものゝ如しと雖、公布の時期よりすれば新に出てたる乙法の爲に甲法消滅すと云はざるを得ず、而して有効時期即ち實體上の效力の前後に關係せず公布時期即形式上の效力の前後を以て標準とすへしと云ふの論當を得たり。

(註)ラメント獨逸國法論(第三版上巻五四九頁)に曰是に依り吾人は相牴觸する甲乙二個の法律にして甲は乙より先きに公布せられたるに拘らず乙よりも後に有效となれるに至れる場合に於て其の孰れを存続するものと爲すべきやと云ふ珍奇なる問題を解答するを得へし。帝國法律の範圍に於ては左の如き實例あり。一八七七年五月廿五日の專賣特許法(一八七七年七月一日より施行)中に鑑定人の證明に關し民事訴訟法に牴觸するの規程を存せり、而して同訴訟法は一八七七年二月十九日の公布に係り一八七九年十月一日より有效なるものなり。

是に於て專賣特許法に依り民事訴訟法は消滅せりや、又は其の反對なりやとの問題を生

したり。今夫の專賣特許法は特別法として專賣事件に付他の法律を打消すの効力ありや否の問題は姑く度外に掲ぎ、只た、後法は前法を打消すの原則に依り判定せむに、民事訴訟法を以て宣明したる立法の意思は、舊く專賣特許法を規定したる立法の意思は、新なり「是を以て民事訴訟法として裁可せられたる例規は專賣特許法第十八條に依り變更を被ること恰も民事訴訟法の文言は其の有効なるに至るの既に變更を破りたるが如し。前後牴觸の場合に於て勝を制するは先に有効なるものに非ずして新に公布せられたるものなり、即ち形式上の効力を以て標準とすべきなり」。

### 第七節 一般法と特別法との關係

一般に或る一種の事件に關する法律あり、而して又其の事件中の格段なる場合にのみ適用する他の法律あるときは、公布の前後に關せず特別の場合に向て特別の法律を適用すべく、一般の法律は此の場合に對し無効なるを原則とし、特別法の盡さざる點に於てのみ一般法を適用すべきものとす、例へば一般財政に關する民法の規程は社寺法の範圍に屬する財團に適用し難きか如し。

右と同一關係は同一法律又は異なる法律中に於ける一般の箇條と特別の箇條との間にも存せり、例へば民法第七十三條に

「左に掲げたる債權は二年間之を行はざるに依り消滅す



一、生産者、卸賣商人、及び小賣商人が買卸したる産物及び物品の代價  
 二、……とあり  
 又會計法第十八條に

「政府の負債にして其の仕拂ふべき年度經過後滿五年内に債主より支出の請求若は仕拂の請求を爲さざるものは期滿免除として其の義務を免るゝものとす但し特別の法律を以て期滿免除の期限を定めたるものは各其の定むる所に依る」

とあり此の如き場合に於て政府の物品買入より起る債務に關しては會計法の期滿免除を適用し、民法の時効消滅を適用せざるなり。

#### 第四章 形式令

##### 第一節 公文式及官制に於ける形式命令

法律と命令との間には、之を國家の意思に代る天皇の意思にして、一般有效なる準則を設定するものとしては、何等の差異なし、然れとも法律は國民一般の意思を代表するものと推定する帝國議會の協贊を経たるものを取て國家の意思とし、命令は國家の事業を執行する地位にある政府及官廳の意思を取て國家の意思とするの間には大差あると前述の如し。然り而して帝國議會の組織は憲法に依ると同

時に其の立法に對する協贊權も亦帝國憲法の始めて設定せし所なりと雖、政府及行政官廳をして命令を發せしむる權は天皇の支配權に固有し、憲法以前に於て夙に明文あり其の現に有效なるものは明治十九年勅令第一號公文式及各種官制なり。公文式に於ては勅令、閣令、省令、規則及訓令(達)の五種を認めたり、左の如し。

##### (一)勅令

勅令は内閣に於て起草し又は各省大臣案を備へて内閣に提出し總て内閣總理大臣より上奏裁可を請ふ<sup>第二條</sup>

一般の行政に係る勅令は親署の後御璽を鈐し、内閣總理大臣年月日を記入し、主任大臣と俱に之を副署す、其の各省主任の事務に屬するものは主任大臣年月日を記入し之に副署す<sup>第三條</sup>

##### (二)閣令

内閣總理大臣は法律勅令の範圍内に於て其の職權若は特別の委任に依り法律勅令を施行し、又は安寧秩序を保持する爲閣令を發す<sup>第四條</sup>  
 閣令は年月日を記入し内閣總理大臣之に署名す<sup>第六條</sup>



(三)省令

各省大臣は法律勅令の範圍内に於て其の職權若は特別の委任に依り法律勅令を施行し又は安寧秩序を保持する爲に省令を發す<sup>第四</sup>。

(註)各省官制通則第四條各省大臣は主任の事務に付其の職權若は特別の委任に依り省令を發するを得。

省令は年月日を記入し主任大臣之を署名す<sup>第七</sup>。

規則と訓令とは官廳部内ものにして一般有效の準則に非ず。

各官廳一般に關する規則は内閣總理大臣之を定め各廳庶務細則は其の主任大臣之を定む<sup>第八</sup>。

尙ほ又個々の官制中に命令を發するの權を規定したるもの枚擧に違なし、今其の重なるものを擧ぐれば左の如し。

(四)地方命令

警視總監、北海道廳長、官、府、縣、知事は其の管内の事務に付其の職權若は特別の委任に依り管内一般若は其の一部に應令、府、縣、令を發するを得<sup>北海道廳官制</sup>。

北海道廳支廳長、郡長、島司は法律勅令に依り若は長官知事より委任せられたる事件に付支廳令、郡令、島廳令を發するを得<sup>同</sup>。

(五)臺灣命令

臺灣總督は其の職權若は特別の委任に依り總督府令を發するを得<sup>臺灣總督府官制</sup>。

臺灣の知事廳長は部内の行政事務に付其の職權若は特別の委任に依り管内一般又は其の一部に縣令、廳令を發するを得<sup>臺灣總督府地方官々々制</sup>。

(六)軍港要港規則

軍港要港境域内に所在の人民及出入する船舶は海軍大臣定むる所の軍港要港規則に従ふへし、但海軍大臣に於て軍港要港規則を定むるときは内務大臣、農商務大臣と協議すへし<sup>二十三年法律第二號</sup>。右規則は海軍省令を以て定め來れり。

海軍大臣定むる所の要港規則に違ひたるものは十一日以上一年以下の重禁錮又は二圓以上五十圓以下の罰金に處す<sup>廿三年法律第八十三號</sup>。

(七)領事命令

條約又は慣例に依り領事裁判權を行ふとを得る領事官は其の所管事務に付命令



を發するを得。

領事官の發する命令には十圓以内の罰金又は拘留の罰則を附するを得。

領事の發する命令の公布に關する規程は領事官之を定む三三三號領事官職務規程。

### 第二節 帝國憲法に於ける形式令

帝國憲法に於て形式令に關する憲法の正條は第八條に「天皇は公共の安全を保持し又は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」此の勅令は次の會期に於て帝國議會に提出すへし、若議會に於て承諾せざるときは政府は將來に向て其の效力を失ふとを公布すへし」とあり第九條に「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を得ず」とあり、而して第五十五條に至り勅令の爲に國務大臣の副署を要するを規定したり。由此觀是帝國憲法は形式命令に關し三の方面より條件を定めたり、即ち(甲)命令を發すべき場合を定め、(乙)之を發する權利の所在を定め、(丙)其の法律に對する關係を定めたる是れなり。

(甲)命令を發すべき場合は左の三とす。

(一)帝國議會閉會の場合に於て緊急の必要に由り公共の安全を保持し又は其の災厄を避くる爲。

(二)法律を執行する爲。

(三)安寧秩序を保持し及幸福を増進する爲。

(乙)命令を發する權利の所在は左の如し。

(一)帝國議會閉會の場合に於て緊急の必要に由り公共の安全を保持し又は其の災厄を避くる爲發するものは天皇の勅令に限る。

(二)法律を執行する爲の命令は發し又は發せしむとあるに因り勅令たるもあり或は又内閣、行政各部若は地方廳をして發せしむるとあり。

(三)安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する爲の命令も發し又は發せしむとあるか故に憲法の條文より言へは勅令たるもあり又は内閣、行政各部若くは地方廳をして發せしむべき者なり然るに公文式の第四條に「内閣總理大臣及各省大臣は法律勅令の範圍内に於て其の職權若は特別の委任に依り法律勅令を施行し又は



安寧秩序を保持する爲に閣令又は省令を發するとを得とありて幸福増進に及ばざるに因り實際省令を以て發する獨立命令は警察的のものに限り積極的の行政事務に及ふとなし。又地方官々制に地方長官、郡長、島司は其の職權に依り又は特別の委任に依り命令を發すとあるを以て此等の官吏は憲法第八條の外に別に明文を以て職權を附與せられ又は委任せられされは此の種類の命令を發するとを得ず。

(丙)命令の法律に對する關係は左の如し。

(一)帝國議會閉會の場合に於て緊急の必要に依り公共の安全を保持する爲又は其の災厄を避くる爲發する勅令は法律に代るべき效力を有す、即ち新設の形式法と同様に舊來の形式法を變更するの效力あるものなり。

(二)法律を執行する爲の命令は法律を變更するとを得ず。

(三)安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する爲の命令も法律を變更するとを得ず。

國法學に於て以上第一種を緊急勅令、第二種を執行命令、第三種を獨立命令と云ふ。

又右三種の外に全く憲法に依る所なく、法律より特に委任せられたる場合に於て發する命令あり是れ勅令たるにあり又は内閣以下の官廳より發するとあり、而して法律を變更するの效力なし、之を稱して法律委任の命令又は單に委任命令と云ふ。

### 第三節 形式令の理學

抑、法律は國民の意思を代表するものと推定する議會の協賛を経て君主の意思を定め、之を以て國家の意思と爲したるものなれば、一般に有效なる準則としては、他の各種準則の上に立つべきと勿論なりと雖、其の法律は本來の性質に於て常に進化して息むとなき國家の事業に伴ふと能はざる所以のものあり、故に其の盡さるる所を補ふに行政の意思を以てし、何時にても、法律の制定を見るときは直に命令をして其の地位を譲らしむるに如かず、即ち法律の能く盡さるる所は主として左の四點にあり。

(一)法律は大抵國家經常の状態を推定し其の下に於て國民の生活發達に利あるものを起し、害あるものを避けむと期するものなり、然るに國家は必ずしも經常状態



の下にのみ在るものに非ず一旦非常の急あるに當り平生の準則に拘泥するとき  
 は却て發達を害し危難を甚しくするの虞あり仍て急變に臨み速に之に應ずるの  
 法律を制定するを得べくむは則ち制定すへしと雖若其の便を得るときは直  
 接に危難に處するの任にある政府の意思を以て臨時の準則を設けざるへからず。  
 (二)國家經常の事務に對しても法律は唯た其の大綱を律するのみ地方の狀況に依  
 り又は時運の推移に應じて變改を加へむとを要するの條件に至りては悉く之を  
 豫料して之か爲に成條を備へむと固より難く且國家の期する所は唯た大體の目  
 的を達するに在りて之を達する方法の細目に至るまでも拘束するは必要に非ず、  
 宜しく之を以て法律執行の任に在る行政機關の取捨に一任すへし。

(三)又或る場合に於ては新に事業を起すの必要ありて事の性質に於て法律に依る  
 を要するに拘らず未だ經驗の十分ならざるに因り如何なる準則を以て之を律す  
 へきや明瞭ならず或は一部分は明瞭なるも一部分は然らざるとあり此の如き場  
 合に於ては特に法律を以て準則設定の權を政府若は行政官廳に委任するを宜し  
 とす。

(四)法律の制定は遅々にして議會が毎年數月間の會期中に協賛するを得へき條  
 數に限りあり然りと雖國家の事業の進化發達には際限あらず從て法律の制定を  
 見るに至るまで如何なる事業をも起さざるの方針を取るときは立法の爲に却て  
 國家の進運を礙束するの弊に陥らざるを得ず仍て姑く直接に國家の事業を經營  
 するの任に在る政府若は行政官廳をして準則を設けしめ法律の制定を見るとき  
 は直に之に譲らしむるに如かず。

以上四種の場合より推すときは法律の外尙ほ之に比すれば制定の手續簡易にし  
 て且改更自在なる命令を以て準則を定むるの必要ある所以のもの明なり然れど  
 も命令は決して法律の範圍を奪はむとするものに非ず唯た法律の盡さるる所を  
 補ふのみなれば若其の盡さるし點に關し新に法律の制定せらるゝあらば命令  
 は當然效力を此の新法に譲りて自ら消滅するものとす。

#### 第四節 命令の種類

通常命令の種類を其の由て出づる所に依りて分ち勅令、閣令、省令、府縣令等と爲す  
 と雖其の國法上の性質を明にせむか爲には此の如き分類法を採るを便利とせず。



何となれば同じく勅令と稱する内にも以上四種の必要の孰れに出づるやに由り其の法律に對する關係を異にするものあり、閣令、省令以下に至りても亦然ればなり。今特に命令の國法上の關係を明にせむとするに當りては姑く前節に述べたる必要の種類を主眼として立てたる分類法を用ゐるを宜しとす、即ち左の如し。

(甲) 緊急命令

是れ國家危急の場合に處する爲發する所にして特に其の有効なるの間は法律と併立し能く法律の效力を中止變更するを得るも、尙ほ議會の次の會期に於て事後承諾を経て法律となるに非されは、即ち消滅するものなり、其の效力の由りて來たる所は憲法の明文に在り。

(乙) 執行命令

是れ法律に規定したる大準則を實地施行するに必要な小準則を設定するものにして、其の效力は法律を施行するの任にある官廳の職權より來るものなり。

(丙) 委任命令

是れ法律に於て或る格段なる事件に關し準則を設くるの權を行政に委任したる

場合に於て發するものなり、故に其の效力の由て來る所は委任を爲したる根本の法律に在り。

(註) スタイン博士は以上二種を合して執行命令と謂ひ、アルンドは之を合して不獨立命令と云ひ、グナイストは之を本文の如く區別せり。

(丁) 獨立命令

是れ法律の未だ存せざる事件に關し、發する所にして其の效力は若憲法に之を發する職權行政部に在るを認むるの規程あるときは則ち此の規程より來り、然らざれば君主固有の大權より來るものなり。

(註) スタインは之を眞正命令と稱し、グナイスト、サルヴェー、ラバンド、アルンド等は之を獨立命令と稱し、エリネックは之を憲法命令と稱せり。

日本の國法に就きて之を言へば帝國憲法第八條は緊急勅令の權を規定するものにして第九條に「法律を執行する爲に……必要なる命令を發し又は發せしむ」と云へるは執行命令を指し、公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する爲めに必要なる命令を發し又は發せしむ」と云へるは獨立命令を指すものなり、而して委任命令に至りては特別の法律より委任を受くるか故に憲法に明文を要せざる



なり。他の立憲諸國は如何と云ふに三權分立の主義を徹行せむとする國に於ては執行及委任命令の權を認むるも緊急及獨立命令の權を認めざるもの多く、獨逸、埃太利は執行及委任命令の外に緊急命令の權を認むるも獨立命令の權を認むるの明文なし、其の之あるに類するは獨り索遜王國の憲法あるのみ。左註を參照せらるべし。

(註)索遜王國 憲法第八十七條は曰「國王は議會の爲したる協賛に就き法律を發し、及公布し、其の執行及事務に必要な命令を發し、並に監督權及行政權より生ずる處分を爲し、及命令を發す」。監督權及行政權より出づる命令と云へば國家の消極並に積極の事業を包含し我帝國憲法第九條の「又は以下と相匹敵するものなり。同第八十八條に曰「國王は其の性質に於ては議會の協賛を要するものに關しても國家の安寧幸福の爲必須缺くべからざるに臨み、若猶豫せば即ち其の目的を達するも能はざる事情あるに於ては、命令を發するを得、但し此の命令を以て憲法及選舉法の各條を變更することを得ず」。大臣は國家の安寧幸福の爲此の如き急策を施したる事に對し連帶して其の責に任すべきものとす。故に大臣連帶して此の命令に署名するを要し、且次の會期に至り之を議會に提出して承諾を受くべし。

### 第五節 各種命令の制定及公布

以上四種の命令は實際に於て勅令、閣令、省令、臺灣總督府令、廳令、府縣令、郡令、島廳令等となりて顯はるゝものにして緊急勅令は帝國憲法第八條に、又は發せしむの語なければ必ず勅令たるべく、且樞密院官制に依り必ず同院の諮詢に附せられ、其の諮詢を経たる旨を上諭に明示して公布せらるべきものなり。執行命令、委任命令及獨立命令は帝國憲法に「發し又は發せしむ」の明文あるに依り勅令、閣令、省令、以下各種の命令たるを得へし。

公文式に依るに勅令は内閣に於て起草し又は各省大臣案を具へて閣議に提出し、法制局をして審査せしめたる後閣議に附し閣議決定するときは淨寫して年月日を白字にし、之に閣議書を添へて上奏し裁可を請ふ、而して裁可あらせらるゝときは御名親署の上内大臣をして御璽を鈴せしめ、内閣に下附せらる、是に於て關係の國務大臣副署して年月日を記入し、謄本を以て官報局に送り公布せしむると法律の場合の如し。閣令は年月日を記入し内閣總理大臣之に署名す。省令は年月日を記入し主任大臣之に署名す。

勅令、閣令、省令は官報を以て布告す式公文而して臺灣總督府の律令及命令も實際は



官報を以て公布しつゝあり。

地方行政官廳の發する命令に關しては明治廿六年勅令第百九十九號を以て其の制定及公布式を定められたり、曰

第一條警視廳令、北海道廳令、府縣令、島廳令、及郡令には其の警視廳令、北海道廳令、府縣令、島廳令、又は郡令なるを明記し警視總監、北海道廳長官、府縣知事、島司、又は郡長各之に署名し公布の年月日を記入して同日之を公布すへし。

第二條警視廳令、北海道廳令、及府縣令を公布する方法は警視廳令、北海道廳令又は府縣令の定むる所に依る。

島廳令及郡令を公布する方法は北海道廳令又は府縣令の定むる所に依る。

### 第六節 各種命令の施行時期

法律に關しては既に法令を以て一般施行時期を公布ありたる日より滿二十日の後と定められたり、然るに勅令に關しては尙ほ公文式の舊例を襲用して各地方の距離に依り施行時期を異にするとは是れ現今に於ける日本國法上の一大缺典なり。公文式の條文は左の如し。

第十條凡そ法律命令は官報を以て布告し官報各府縣廳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數は明治十六年五月二十六日第十四號布達に依る。

第十一條天災時繼に依り官報到達日數内に到達せざるときは其の到達の翌日より起算す。

第十二條北海道及沖繩縣は官報到達日數を定めず現に道廳又は縣廳に到達したる翌日より起算す。

島地は所轄郡役所に官報到達したる翌日より起算す。  
第十三條法律命令は發布の當日より施行せしむるを要し又は特に施行の日を掲げたるものは第十條第十一條第十二條の例に依らず。

法例の條文に依り臺灣、北海道、沖繩縣其の他島地に於ては今尙ほ公文式及明治廿九年勅令第百九十二號に依るものにして法律も勅令も同一の施行時期なり。又地方行政官廳より發する布令の施行時期に關しては明治廿六年勅令第百九十九號中に左の如く定められたり。

第四條島廳令及郡令は特に施行の期日を掲ぐるものを除くの外島廳令又は郡令に記入したる公布の日より起算し七日を経て之を施行す但島廳及郡役所々の地を除くの外島地に在ては其の所轄町村役場又は戸長役場に到達したる日より起算す。

島廳令及郡令を登載したる印刷物若は謄本を部内一般の町村役場又は戸長役場に配付するを以て公布の方法と定めざる場合に於ても前項の町村役場又は戸長役場に對しては仍該令を登載したる印刷物若は謄本を配付すべきものとす。



第五條北海道區長の發する區令には本令中郡令に關する規程を適用す。

## 第五章 四種命令

### 第一節 緊急命令

民主共和の國體に在ては成るべく行政權を束縛せむとするの主義よりして多く第一の制を取り緊急の場合たりとも處分の全權を行政に委任するを爲さず、即ち佛蘭西の如き白耳義の如き北米合衆國の如き是れなり。然れとも國家は活物にして萬一非常不慮の事變の起る無きを期し難きは各國の避く可からざる所に於て政體の如何と相關するとなし。故に佛蘭西の如き若非常不慮の事あるに於ては之を如何するやと云ふに其の議會を召集する違なき場合は所謂政事處分として憲法以外の處置を爲し、執行者自ら憲法踰越の罪を負ひて後に不論罪の案を議會に提出し議會若其の事情の止む能はざるを見るときは政府に向て責任解除の議決を爲し、以て贖罪に代ふるの制を取れり。即ち是れ非常處分は憲法の外に於て之を爲さしむるの主義なり。

然りと雖果して國家の性質に於て非常不慮の事なきを保する能はざるに於ては之を以て憲法の外に措くと計畫の宜しきを得たるものに非ず、宜しく憲法の圈内に於て之に處するの策を講すへし、因て立憲君主國の憲法に於ては直に憲法の一條を以て政府に臨時發令の權を許し、以て非常例外の處分も尙ほ法度の内に於てするの關係を存したり。此の主義を以て他の主義に優れりとする所以のものは他なし非常處分を全く憲法以外に措くときは更に制限を立つるに由なきか故に却て危険にして其の都度に革命の機動くと雖之を憲法以内に措くときは、凡そ之に對して立て得へきの制限は悉く立つるとを得へきに由り、却て濫用を防ぐに便なればなり。即ち此の制限の最も精密なるものを伊太利の議院根本法第十四條とし、普魯西憲法第六十三條、索遜憲法第八十八條之に亞く。我か帝國憲法の第八條は殆ど普魯の第六十三條と同文なり曰、

「天皇は公共の安全を保持し又は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。

此の勅令は次の會期に於て帝國議會に提出すへし若議會に於て承諾せざるときは政府は將來に向て其の效力を失ふことを公布すへし。

以下本邦の國法に於ける原則として(甲)緊急勅令發布の要件(乙)緊急勅令の憲法に



對する關係(丙)緊急勅令の法律に對する關係及(丁)其の事後承諾の事を述べむとす。

## 第二節 緊急勅令の要件

帝國憲法第八條の明文を以て之を見るに、緊急勅令は左の要件の備はれる場合に於ての外之を發することを得ざるものとす。

(一)其の目的は消極行政に在るべきこと。

臣民の幸福を増進するを以て積極行政の事業とし國家公共の安全を保持し其の災厄を避くるを以て國家消極の事業とす而して緊急勅令は必ず後の場合に於て之を發すべきものなり。即ち其の性質は主として警察的のものなるべく、教育、農政、商工業獎勵策の如きは臣民幸福の増進に關し、緊急勅令を以て處理すべき限りに非ず。

(二)公共の必要に因るべきこと。

次に公共と云へる以上は固より一個人一會社の爲にするに非ず、全國又は一地方に亘る危難の存する場合に於てすべきものなり。但し一個人一會社に關する危難たりとも其の性質に於て公共危難とならざるなきを保し難き場合は尙ほ此の

勅令を發するの理由とするに足るへし。凡そ其の結果の蔓延普及する範圍を豫め定知し難き場合は皆之を公共の災厄と見て可なり。

(三)緊急の必要あるべきこと。

如何に公共の災厄なればとて通常の法律命令を以て防遏し得べき場合に於ては非常處分を爲すとを許すべきに非ず、故に緊急とは今若臨時の準則を設けて變則應急の處置を爲すに非ざりせば其の危難の直に轉して災厄と成るを避け難き場合を指すと知るべきなり。

(四)帝國議會閉會の場合に於てすべきこと。

帝國議會開會中に緊急の事變起りて之に處するため經常の法律を中止變更するの必要あるときは必ず議會の協賛を経て法律となさざるべからず。但し議會協賛せず而して其の事頗る重大なるときは、假令開會中なりとも之を解散し而して緊急令を發するの途あり。

## 第三節 緊急勅令の憲法に對する關係

緊急勅令を以て憲法の條項に變更を及ぼすとを規定するを得ざるを原則とす。



此の原則は普國憲法第六十三條に於けるか如く「憲法に背かざる」と云へる明文を存するも、又は存せざるも全く同一なり、何となれば緊急命令の權を認むるも憲法の一條なり、而して憲法の各條は均しく效力を有すべきものなれば、其の一條を以て或る他の一條を壞ることを得されはなり。例へば緊急命令を以て帝國議會を廢止し、或は其の毎年召集の條款を改め、或は大臣の副署責任の一條を中止し、天皇の名に於てせざる裁判の制を立つる等の如きことあらは是れ憲法違反の所爲なりとす。又一の緊急命令を以て、次の議會に提出し云云の一條を廢止して事後承諾を求めざるに於ても明に憲法違反なり。

#### 第四節 緊急勅令の法律に對する關係

緊急勅令は必ず常に或る既成の法律を中止するの體裁に出づるものなり、何となれば其の事件に關し既成の法律あるに非ざりせば、態々緊急勅令を發するの必要なく、獨立命令を以て規定するも不可なき道理なればなり。蓋し憲法に於て法律を以て別に論あり、緊急勅令若帝國議會の事後承諾を経たるときは永く法律に代る效力を有し、他日更に法律を以て之を廢止するに非されは消滅せず、此の場合に於て此

の緊急勅令の爲に中止せられたる前の法律は永く復活すると無し。

緊急勅令の有効期間即ち政府其の無及之を議會に提出して承諾を得たる後は、其の各條は更に法律と區別すべきものなく、國家百般の事業に對して全く法律同様に取扱ふべきものなり。憲法及一般の法律に於て法律を以て云云す、又は法律に依り云云すと云へる場合には其の事件に關する緊急勅令をも包含するものと知るべし。

然れども茲に一の疑問あるは他なし、帝國憲法に於て殊さら、法律を以て之を定むとある事件例へば帝國臣民たるの資格、は緊急勅令を以て其の法律を中止し又は其の法律の未だ存せざる場合に於て緊急勅令を以て之を補充するを得るかと云ふ是れなり。曾て普魯西に於て憲法第廿七條に「總て印刷の自由に對する制限は立法上より之を定む」とあるに拘はらず、一八六三年七月一日緊急勅令を發して既成の印刷法を動かしたるより、此の事大に疑問となり、學者の論二派に分れ、ロエンネ、シユルチエは之を非とし、ゲルベル、ゲラルグマイエル、ポルンハツクは之を可とし、グナイストは曾て國會演説に於て之を非としたり。普魯西の實際に於ては



此等の事件を緊急命令の及ぶ所なりとし、學者の説も近年に至り、特に議會の協賛を経て發したる法律を以て定む云云又は通常立法の手續を以て定めたる法律云云としたるもの、外は悉く緊急命令を以て中止變更するを得べき所なりとするに傾けり。本邦の憲法には此の如き前へ置きの文言なし故に斯る法律を以て規定し得べき所のものは何事も緊急命令を以て規定するを得へし。

### 第五節 緊急命令の事後承諾

此の勅令は次の會期に於て帝國議會に提出すへしと云ひ、之に次きて、若議會に於て承諾せざるときは云云と云へるに依り、此の提出は承諾を求むる爲なることを知るへし、之を事後承諾と云ふ。事後承諾を求むるは事前に協賛を求むるを省きたるに對する補足手段なり、但し既に發布して實行したる後のとなれば修正するも其の詮なし、故に唯だ大體につき不同意を決議するに止まるなり。次の會期に至る前に緊急の必要熄み、政府に於て緊急命令の廢止を公布したる場合に於ても尙ほ議會の承諾を求むる義務は消滅せず。

（註）緊急命令は法律又は他の緊急勅令を以てするに非されば廢止すへからざるものなり

（但し議會の承諾を得ざるが故に效力終止を公布する場合は此の限に在らず）故に議會に提出する前に廢止するものは初の緊急勅令を發するに於て其の權を政府に委任し置くを正當す。

「次の會期に於て帝國議會に提出すへし」と云へるは帝國憲法第六十四條に於て豫算超過及豫算外支出に關し、後日帝國議會の承諾を求むるを要すと云へると緩急の度を異にすること明なり、即ち必ず緊急勅令發布後始めて開會する議會に提出すべきものとす。然るに若し此の議會に於て承諾と否とを決定せざりしときは如何、政府は更に之を其の次の議會に提出するの義務あるか、又直に之を承諾なきものと看做して無効を公布すべきかと云ふと一の問題なり。是れ湖南事件に際し發したる緊急勅令に付實地に起りたる問題にして、當時凡そ三種の論ありたり左の如し。

第一の論に依れば政府憲法第八條の命する所に従ひ此の緊急勅令を以て發布後始めて開かれたる議會に提出して承諾を求めたる以上は既にして其の憲法上の職分を盡したるものと謂ふべし而して議會其の承諾不承諾を議決せずして閉會



若は解散に至りたる場合に關し、憲法は何等の規程を存せざるに因り、或は現在のままに爲し置きて他日必要の起るに臨み再々施行せむと欲せば即ち然するを得べく、或は既に其必要なしとすれば獨權を以て無効の公布を爲すも政府の自由なりと。此の論は議會に於て不承諾を議決せむと欲せば即ち然かするの權を有しなから此の權を使用せざりしを以て寧ろ暗黙の際に承諾の意を示したるものと看做すへしと云ふに歸せり。

第二の論に依れば是れを諾否未定の場合なるを以て政府は其の後再び召集せられたる議會の開會に至るを待ち更に提出して其の承諾を求めざるへからず。憲法第八條に次の會期とあれば、是れ唯々幾年を歴て後始めて提出するか如きことなく、發布の後始めて開く議會に是非共一度は提出するの必要を示したるに過ぎず而して其の議會に於て承諾を否決せざりし限は尙ほ未定なるものと看做して更に其の次の議會に提出すべきものなりと爲せり。

第三の論に依れば、之を斷然不承諾の場合と見做すべきものなり。承諾を否決したるも不承諾なれば諾否を議決せざりしも亦同しく不承諾なり。例へば豫算を

否決したるも不成立なれば、之に議決せざりしも亦不成立なるか如し。緊急勅令は其の次の會期以後に於ては正面に承諾のありしを以て有効の條件とするものなり。故に此の承諾なければ政府は其の無効を公布せざるへからず。况や憲法には事後承認に二の場合を設け緊急勅令は次の會期に於ける承諾を必要とし豫算超過及豫算外支出の如く後日の承諾を以て足れりとせざるに於て必ず次の議會に於て左右一決するを期するものなると明なりとせり。

以上を三方の議論とす、而して此等の議論の由て分るゝ所は實に承諾せざるときはの一句にあるか如し。之を外國の憲法に案するに多くは承諾を得ざりしときはと立言せり。例へば奧國議院法第十四條の如し故に正面に承諾を議決せざりし場合は皆之を承認を得ざりしものと看做せり。然るに我か憲法に於ては承認せざりしときと立言せるか故に、正面に不承諾を議決せざる間は或は承諾を拒まざりしものと看做し、或は諾否未定なるものと看做すの數を生ずるなり。實際政府は廿四年六月の緊急勅令を次の議會即ち十一月の議會に提出して未決に了りし故、更に之を翌年四月の議會に提出したり、故に姑く以上第二の見解を以て日本



國法の慣例と認むへし。

政府若全く議會に提出せざるときは無論憲法違反なりと雖、其の爲に緊急勅令は自然に效力を失ふとなく、尙ほ有效なりとす、何となれば無効は必ず公布を俟ちて定まるものなればなり。 埃及利根本法には此の場合に於て自然に消滅するの明文あるか故に公布なきも無効となるなり。 我か憲法には左様の明文なし。

### 第六節 執行命令

執行命令は法律に規定したる準則を一定の時期及場處に於て實施するの手續を定むるものなり、此の手續は格段なる場合に對し行政の職權を以て定むるの權ある所なれば之に關する概則を定むるも亦行政の權内に在り、故に假令帝國憲法第九條の明文なきも執行命令の有効なるとは疑ふへからざるものなり。

(註)所謂司直法の部類に屬するもの即ち民法及民法追加の諸法律と刑法及刑法追加の諸法律と日本法の準則を其の儘適用するを原則とするものなるか故に之か爲に執行命令を發するを許さず。

執行命令は根本の法律に於て行政權に許したる自由裁量權の範圍内に於て發す

へきものなれば、根本の法律に規定したる準則に違背すへからざるのみならず、又根本の法律に存せざる新規の準則を設定するを得ざるものとす。 然れとも本邦の如きは下に云ふ獨立命令の權あり、而して必ずしも執行命令と獨立命令とを別離するの義務なり、故に(果して其の事件か獨立命令を以て規定するも妨なきものなるときは)執行命令中根本の法律に存せざる準則を設定したる部分を獨立命令と視做すとを得へし。

根本の法律に定めたる準則の範圍内に於ける自由裁量權の使行と此の範圍を越えたる場合との限界は何處に在りやと云ふと特に説明を要す。 此の問題は根本の法律を解釋するの權何處に在りやと云へる問題と同一に歸着す。 法律を執行するの任にあるものは責任を以て其の法律を解釋するの權なかるへからず。 行政官廳は法律執行の任に在りなから其の法律を解釋して執行の手續を定むる爲に一々帝國議會の決定を仰かざるへからずとするに於ては、行政官廳は一日も其の任務を盡すとを得ざるへし。 故に國法の原則として執行すべき法律を解釋するの權は行政官廳に在るものとして、此の權を以て大準則の範圍内に於ける小準



則即ち執行命令を定めしめ、而して其の解釋を誤らざるの責に任せしむべきものとす。一般行政事務に關する法律を解釋するの權は行政官廳に在り、故に行政官廳が此の權を以て定めたる執行規則は司法裁判所に於ても之を有效の準則と視做すの義務あり、若之を適用すべき場合に於て之を度外視するときは其の裁判に對する上訴の理由成立すへし。

右の外執行命令に關する國法の要點は左の如し。

- (一) 執行命令を以て憲法の條項を變更するを得ざるは勿論とす。
- (二) 憲法に於て立法の範圍に屬せしめたる事項は之に關する法律の制定を俟たずして他の法律の爲にする執行命令を以て規定するを得ず。
- (三) 憲法に於て法律を以て又は法律に依り又は法律の範圍内に於て保障したる臣民の權利義務は根本の法律の規程を俟して執行命令を以て變更するを得ず。
- (四) 執行命令は根本の法律の實體上の效力より出づるものなり、故に其の實施の効力を得るは根本法律か實體上の效力を得たる後に在り。根本の法律は未だ施行時期に至らざるの前に於て獨り執行規則のみ既に有效なるを得ず。

(五) 執行命令は根本法律の實體上有効なる間のみ有効にして、根本の法律消滅するときは執行命令も俱に消滅す。

(六) 政府及行政官廳は一旦執行命令を發したるの後更に之を改正増補するの權あり、或は亦地方に依り執行の規定を異にするも妨なし、何となれば元來執行命令は時期と場處とに因り異なるべき性質のものにして、根本の法律に其の規程を設けざりし所以のものは亦其の一般永久なること能はざるに因ればなり。

### 第七節 委任命令

國家の事業の或るものは憲法の明文に依り又は其の事業の性質に依り法律を以て之か準則を定めざるへからずと雖、或は立法の經驗未だ十分ならず、或は行政官廳の自由裁量の範圍を殊さら濶大にせむとを要する等の事情よりして直に法律を以て準則を確定するを便宜とせざるとき、法律を以て其の準則を設くるの權を命令に委任するとあり、此の委任に依り發する所のものを委任命令といふ、其の執行命令と法理を異にする點は、執行命令を發するの權は行政官廳の法律執行の職權より來たり委任命令を發するの權は立法の委任より來たるに在り。



此の如く其の権利の由來を異にするか故に、執行命令に在ては根本の法律に於ける準則の外に出て、新規の準則を設定するを得ざるに反し、委任命令に於ては始より新規の準則を設定するの權を委任せられ、唯た此の委任の範圍外に出ざるの拘束あるのみ即ち其の限界は解釋權に依りて定まるに非ずして委任權に依りて定まるなり。

(註)日本國法に於ては明に獨立命令の權を認めたるか故に委任權の外に出る部分は獨立命令なりと視做せば不可なきか如くなれども、此の便利は執行命令の場合に於ける如く安全ならず、何となれば憲法を以て命令に委任するは其事件(例へば刑罰、居住移轉の自由の束縛等の如し)の憲法上に於て必ず法律を以て規定せむとを要する所以のものあるに由るとにして元來獨立命令を以て左右すへからざるものたるも多ければなり。

委任命令に關して最も重要な一事は憲法法律に於て、法律に依り云云又は、法律を以て云云と云へる場合に法律の委任に依り發したる命令をも包含すると是れなり。例へば帝國憲法に於て司法權は、法律に、依り裁判所之を行ふと云ひ、日本臣民は、法律に、依るに非ずして逮捕監禁審問處罰を受くるとなしと云ひ、所有權に關して公益の爲必要な處分は法律の定むる所に依ると云へる場合に於ては或る

法律の委任に依り發したる命令にも依るとを得るものなりとす、是れ各國法制の實際に於て取る所の解釋法にして、本邦に於ても從來地方官の設けたる違警罪規則に依り人を罰するは此の解釋法を取るに因るものなり、又明治廿八年法律第八十四號に於ける命令に罰則を設くるの委任、同廿九年法律第七十一號河川法第五十八條の委任、同三十年法律第廿九號砂防法第四十一條の委任等も同じ法理に依るものなり。

右の外委任命令に關する國法の原則左の如し。

(一)委任命令を以て憲法及皇室典範の條項を變更すへからざるは勿論とす。  
(二)憲法に於て天皇の大權に屬せしめたる事項例へば統帥權の使行、宣戰、媾和、戒嚴、宣告等は除外の明文ある場合の外法律を以て之を命令に委任するを得ず。

(註)臺灣總督に法律の効力を有する命令を發するの權を委任したる明治廿九年三月の法律は憲法に違反するものなるを他處に述べたり。

(三)憲法に於て法律に依り又は法律の範圍内に於て又は法律を以て保障したる臣民の權利義務は委任命令を以て動かすを得べし。



(四)委任命令は根本の法律の形式上の效力より出づるものなり、故に根本の法律の未だ施行時期に至らざる前に於て既に之を發し並に實施するを得へし。

(五)委任命令は根本の法律の既に消滅したる後に於ても殊さら取消の手續を爲すまで引續き有效なり。

(六)政府及行政官廳は一旦發したる委任命令を後に變更し又は地方に依り其の條項を異にするの權あり。

### 第八節 獨立命令

獨立命令とは法律を執行する爲に非ず、又法律の委任に依るに非ずして政府及行政各部の全權を以て發する命令を云ふ。政府及行政各部に於て此の如き全權を有するの必要ある所以のものは他無し、國家事業の或るものは其の性質に於て議會の協賛を経るを要せず、又此の協賛を経るを適當とするものにては、國家の立法事業の進行に際限あり、多くも一年に數百種、少なきときは僅々數十種の法律に對し協賛を決議するに止まるも、國家の事業に際限なく、未だ立法行爲の及はざる範圍に於て既に事業を施行するの必要を生ずると往々之あればなり。

立憲君主國に於ては獨立命令權は歷史上君主に屬するものなり、何となれば立憲以前に於て君主は議會の協賛を経ずして各種の準則を發するの權を有し、而して憲法の制定に至り之に依りて或る種類の準則は議會の協賛を経て設定せむとを約したるも、即ち法律を以て規定せむと約したるも國家各種の準則を擧げて此の協賛に附せむと約したるに非ざるを以て、憲法に依り法律とするの必要な事項に關しては尙ほ舊來の命令を以て規定するもの即ち是れ獨立命令なり。

然るに歐洲の立憲政體は源を革命に發するものにして、二の原因に依り君主に獨立命令の權あるを否認するに至れり。其の一は革命に依り一旦君主の歴史上の權力を悉く斷滅し憲法を以て新に權力を元首に附與したるものなるか故に元首は憲法に明文ある權利の外を有せずと推斷するに至り、而して憲法に於ては民意の表識たる法律以外のものを以て準則とするの明文を存せざると勿論なるに因り、當然元首に獨立命令の權あるを否認するに至りたるは是れなり。其の二は國家の準則は純然たる官廳部内の事務手續の如きもの、外は大抵官吏臣民に對する權利義務の準則となるものなり、而して凡そ權利義務の準則たるべきものは必



す法律ならざるへからすとする觀念流行するよりして國家百般の準則は皆法律を以て規定し、又は法律より命令に委任すべきものなりとする推斷を爲すに至りたるは是れなり。

是を以て佛蘭西、白耳義等の國法に於ては假令君主を立するも獨立命令の權を認めず、白耳義憲法を模範としたる普魯西、奧太利の憲法に於ても其の明文を立てざりしか、偶々索遜王國の憲法には其の明文あり註第一節而して此の點に於て普魯西、奧太利の憲法の索遜王國と異なるべき所以のもの理に於て之あらざるに依り學者は三方より理論を立て、以て憲法の此の缺點を補はむとするに至れり。スタイン博士は純然たる國家の事理より推して君主に獨立命令の權なかるへからざる所以を立論し、グナイストは英國の國法に鑑みて同し結論に達し、而してエリネック、アルンド、ボルンバックの一派は普魯西、奧太利の國法沿革史に依り國王に獨立命令の權あるを證明せり。

本邦に於て憲法を制定するに當りて獨立命令の爲に正面の一條を立てたるは著明なる事實にして、其の爲我か國の獨立命令は他國に比類なき範圍と效力とを有するに至れり、即ち帝國憲法に於ては性質上法律たるべきものを概括したる一條なければ、特に列示したる事項の外は、法律を以て規定せざるへからざるの拘束なく、而して第九條の下半を以て未だ法律の存せざる事項に付獨立命令を發する權を公認したり、其の中に、公共の安寧秩序を保持する爲と云へるは警察上の目的に出づる命令を指すものにして、臣民の幸福を増進する爲と云へるは積極的に民生を益する所以の命令を指すものなり。

獨立命令に關する國法の要點左の如し。

- (一)獨立命令を以て憲法及皇室典範の條項を變更すへからざるは勿論なりとす。
- (二)憲法に於て天皇の大權に屬せしめたる事項は除外の明文ある場合の外法律と爲すを得すと雖も勅令と爲るは憲法違反に非ず。
- (三)憲法に於て立法の範圍に屬せしめたる事項は其の法律の未だ存せざるに於ても獨立命令を以て規定するを得ず。
- (四)何等の事項たるに拘はらず、一旦法律と成れるものは獨立命令を以て左右すへ

からず。此の關係あるか爲に一國立法の事業の進歩するに従ひ獨立命令の範圍



は次第に減縮する道理なりと雖又一方より見るときは新規の事業逐次出來するか故に獨立命令の全く不用と爲る時はあらず。

(五)憲法に於て法律を以て又は法律に依り又は法律の範圍内に於て保障したる臣民の權利義務は獨立命令を以て動かすことを得ず。

(六)獨立命令を以て法律を變更することを得ず。命令を以て法律を變更することを得ずと云へる憲法の原則は主として獨立命令に關するものと知るへし、何となれば執行命令委任命令の如きは根本の法律之を許すに於ては他の法律上の條項を變更するも不可なければなり。

(七)獨立命令を以て執行命令委任命令を動かすことを得るは爲に根本の法律に變更を及ぼさざるの制限内に止まらざるへからず、何となれば此等は形式こそ命令にして法律に非すといへとも實は其の基く所の法律の一部を成すものなればなり。

(八)一の獨立命令は他の獨立命令を左右するを得べきこと猶ほ法律を以て變更するを得べきが如し。

## 第六章 法律命令以外の準則

### 第一節 憲法附屬の法令

本邦に於て屢に帝國憲法を制定せらるゝや、同時に議院法、選舉法、會計法及貴族院令を制定公布せられたり。是に於て此等の法令は憲法に對し普通法令と異なる關係に立つやの疑を存したりと雖亦明文に於て之を普通法令と區別する所以のものも存せざりしに因り、之を以て憲法附屬の法令となすは學說上の推測に止まりたり。然るに明治二十三年勅令第二百十六號を以て樞密院官制第六條を改正せらるゝに當り其の第三項を以て憲法に附屬する法律勅令の草案及疑義は樞密院の諮詢に附せらるへき旨を規定せられたるに因り、憲法附屬法令は是に至りて公然の名稱となれり。故に其の所謂憲法附屬の法令とは何々を指すやを究定すること緊要なり。

憲法と制定發布の時期を同ふするの事實を以て附屬法令と普通法令とを區別するの根據と爲すに足らず、又憲法に於て法律を以て規定すべき事件數箇を列記したりと雖、今此等の事件に關して制定し或は將來制定せらるへき法律を以て悉く



憲法附屬の法律と爲すことを得ず况や法律の外に命令にして尙ほ憲法に附屬するものあるは樞密院官制の明文に於て明なるか故に憲法上特に法律を以て規定すへきの規約あることを以て附屬法と附屬法に非ざるものとを區別するの根據となすは理由なきのことに屬す。

之を外國の憲法に案するに法令の憲法に附屬するものは必ず明文を以て其の然る所以を明にせり。例へは此の法律は憲法の一部を爲し他日之を改正するには憲法第何條に規定したる憲法改正の手續を要すと云ふか如し。本邦に於ては何れの法律命令にも之に類する明文を存することなし。然れとも實際に於て政府議會の取る所の解釋は下の如し。憲法に於て殊さら其の題號を掲けたる法律命令に至りては憲法制定の時既にして逐條確定に至れる或は格段なる法律命令を指示するものなり。例へは憲法第五十一條に於て議院法と云へは漠として將來議院に關し制定せらるへき各種の法律を指示するにあらずして條項確定し既に一體の法律として存立する今日の議院法を指示するか如し。此の如く憲法制定の當時に於て既に一定の題號を以て稱呼することを得たる所の法律命令を以

て附屬の法令となすなり。即ち憲法に題號を稱するもの左の如し。

一、貴族院令第三十條

二、選舉法第三十條

三、議院法第五十條

四、樞密院官制第五十條

此の解釋を取るときは會計法は憲法と同時に制定せられたるに拘はらず附屬法に非ず之に反して樞密院官制は憲法以前の制定に係ると雖尙ほ附屬命令なり。外國の例を考ふるに一定の法律を以て憲法の附屬法律となすときは必ず同時に其の改正の憲法改正の手續に據るへきを規定せり。然れとも本邦の貴族院令以下に於ては此の明文を存せず且之を憲法の中に加へずして別法となしたるは却て改正の必要あるに臨み普通法律と同一の手續を以て改正するの便を計りたるに因るものゝ如し。是を以て現存の附屬法令は其の草案及疑義を決する爲に樞密院の諮詢に附するを要するの外形式上に於て一も普通の法令と異なる所なしと言はざるを得ず但し貴族院令と樞密院官制とは孰れもこれを變更する手續を



特定し此の手續を経るに非されは法律を以てするも改正し難きものとしたり族貴  
院令第十三條樞密  
院官制第六條第五

## 第二節 帝國憲法發布以前の公令

帝國憲法第七十六條に「法律規則命令又は何等の名稱を用ゐたるに拘らず、此の憲法に予盾せざる現行の法令は總て遼山の效力を有すとあるに依り今日法律命令と稱するもの、外に尙ほ此の一條に依りて一般に有效なる準則あるを知るべきなり。」

維新以後法制の沿革を案するに明治元年八月十三日法令頒布の書式を定め、以後被仰出御沙汰等の文字を用ゐるは行政官に限り、其の他の五官神祇官、會計官、軍務及府縣は申達の字を用ゐしむ。五官及府縣の重立ちたる布告は行政官に差出し、議政官決議の上行政官より達せしむ。五年正月八日の達に自今布告に番號を附し、各省の布達亦同様ならしむ、此れより始めて布告布達の名稱に區別あり。

六年七月十八日達に布令中揭示すべきものと然らざるものとを區別し布告書の結文の例を定め、官廳及官員に達するは「此旨相達又は、此旨可相心得」として揭示を

要せず、全國一般に布告するは此旨布告とし、華族或は社寺に達するは「此旨華(士)族へ布告又は、此旨社寺へ布告」とし、必ず揭示せしめたり、是れ一般に有效なる準則と官廳に對する訓令とを分別したる始なり。

十四年十二月布告布達式を定め、布告は「太政大臣奉勅旨布告」とし、布達は太政大臣より布達し、並に主任の卿之に署す、同月三日の布告に法律規則は布告を以て發行す、従前諸省限布達せる條規の類は自今總て太政官より布達すとあり、即ち布告は今日の法律勅令に相當するものにして一般有效の準則たること明なりと雖も、所謂布達に至りては性質一定せず、其の多くは今日の省令に相當して一般有效の準則たりと雖又或ものは單に官廳部内に對する規則訓令の性質を有するに過ぎず。十九年二月勅令第一號を以て公文式を制定し、法律、勅令、閣令、省令の制定公布に關する手續を定め以て一般有效の準則となし、外に官廳部内に限り有效なる規則、庶務及細則各省所轄並に其の監督に屬する官吏に達する訓令なるものを認めたり、第九條此等は内閣總理大臣又は各省大臣署名するも一般有效の準則に非ず、從て裁判官他省官吏及人民に於て率由の義務なきものなり。



憲法以前の公令は何等の名稱を用ゐたるに拘らず憲法以後に於て其の效力を持  
續し、憲法の或る一條と全く相兩立し難きものに限り其の效力を失へり。  
但し憲法中必ず其の法律たることを要するもの逮捕監禁、審問處罰の準則に關し  
ては舊來の公令に於て同じ事件を規定したるを憲法に予盾するものと視做さず、  
依然其の效力を保有せしめ、他日之を改更するは必ず法律を以てすへきこととし  
たり。

(註)例へば「法律に依るに非ずして逮捕監禁、審問處罰せらるゝ無し」と云へるに對し之と矛  
盾するものは「行政權を以て逮捕監禁、審問處罰せらるゝ」とあるへし」と云へる規程なり、故  
に此の如きは消滅す、然れども憲法前に行政權より發したる或は格段なる罰則そのもの  
は帝國憲法第廿三條と矛盾せず故に引繼ぎ遼山の効力を有す。

### 第三節 慣習と一般有效の準則

法律命令の形式を以て公定したるに非ずと雖、國民の自然の覺識に基き、事實に於  
て一般の有効なる行爲の準則たるものを慣習と云ふ。慣習に重きを置くこと否と  
は國に依りて其の主義を異にし、學者の説亦區々なりと雖、要するに之を形式法と

視做さむとする<sup>と</sup>實本法と視做さむとするとの間に大なる區別を爲さざる可か  
らず。英國に於て慣習を普通法と爲し、獨逸一部の學者シユル、エリチエ、ガオ、ルグ、マイ、エ  
ハルンが之を法律と視做さむとするは皆以て權利義務の標準と爲すに足るや否や  
の點に付論するものにして實本法の一種と認めむとするに外ならず。此の點に  
關しては日本の原則も既に一定せり、則ち法例第二條に曰

公の秩序又は善良の風俗に反せざる慣習は法令の規定に依りて認めたるもの  
及び法令に規定なき事項に關するものに限り法律と同一の効力を有すと。

元と法例は司法上に於て權利義務を判斷するの準繩を定めたるものなれば、右の  
一條に於て、法律と同一の効力を有すと云へるは形式法と均しく實本法上の効力を  
有す、即ち語を換へて言へば權利義務の標準たることを得へきものとすと云へる  
義にして、直に慣習を以て形式法の一種と視做すと云ふの義に非ざるや明なり。  
是を以て司法裁判以外の行政事務に於て一般有效の準則形式法に依り處分を爲  
すの必要あるに當り、尙ほ右法例の第二條に依るとを得るや否は疑問に屬し、著者  
は之に依ることを得ずとの見解を取るものなり。裁判以外の行政事務にして内



國の人民及外國臣民に向て處分すべきものにしては嚴密に法治國の原則に依るを要し、一般に有效なる準則として公布したるもの又は斯く公布したるものにして直接に公認したるものも外は之を適用することを得ざるものとす。故に行政に關する格段なる形式法又は形式令に於て直接に慣習に依るべきことを規定したる場合は關係の慣習を以て其の形式法又は形式令の一部分と視做すへしと雖行政法に於て此の如き場合は極めて少なく、其の他に於ては慣習を適用する餘地なし、法例第二條に云ふ如く、法令に規定なき事項に關するものに付慣習を適用するは行政に於て爲すべからざる事とす、例へば警察官或る處分を爲さむとするに當り法令に規定なきときは靜に其の規定の出づるを待たしむ可し、自由に處分して自ら慣習を作り之に依るの途を存するは責任行政の旨趣に違へり。

(註)オットー・マイエル曰行政は司法と異なりて未だ法定の準則を其の事跡に就きて自ら搜索し而して之を維持するの任に在るものならず、却て未だ法定の準則あらざるは憲法と之を設けざるものにして正に其の儘に爲しおくべきものなり。或る事務に關し人民の自由財産に干渉する權を官廳は附與する法定の準則の未だ存せざるは立法權か此の權を附與せむことを欲せざるか爲なり。若行政に於て必要の準則を長期の慣習を以て

自ら作製することを得るに於ては憲法上の保障は何處に在りとせむや。……行政法に於ける慣習法の發生は我が公法の一一般原則に依り、根本より排除せらる。

#### 第四節 國際條約と一般の準則

國際條約は一國と他の一國又は數國との合意に依り成立したる意思を表白するものなれば一種の約束にして命令に非ず、且其の約束は締盟國中の一國より他の一國に對する行爲の準則たりと雖其の國內の官吏人民を拘束するの效力あるものに非ず。條約の或るものは全く秘密にして公布せられざるは官吏人民は之を知らざる場合すら多し。條約は國家を拘束する拘束なり故に獨り國家のみ之を履行することを得るの地位に在るものにして國家は之を履行せむが爲に其の内部の官廳人民に向て指令處分を爲すと雖、官廳人民の此の指令處分に服従するは自國の主權に服従するものにして直接に國際條約を履行するに非ず。

若條約の内容に於て從來の準則を變更し又は新規の準則を設定するに非されば之を履行し難きものある場合に於ては國家は直に此の條約を以て準則と爲すことを得ず、必ず別に法律又は命令の形式を以て其の一國の版圖内に有效なる準則