



581  
652

# 憲法要論

日本法學博士井上密論評  
法學士市村光惠著  
華亭李維翰譯

上海普及書局出版



3 0477 2029 1

A 020812



## 憲法要論序

世界各國之有憲法也。自十三世紀時間。英國布自由大憲章始。而十八世紀美國聯邦。開成典憲法之祖。其間得孟德斯鳩學說一倡。於以傳播全歐。各國相接踵而起。皆爲此區區數十條之憲法。不惜拋百萬億之生命。流無量數之膏血。持數十年之舉動。前者死後者繼。力爭以達其目的而後已。彼法之革命。其最著者也。至今普遍全球。除野蠻國國民之外。殆無不統治於憲法之下。共享夫文明。蓋推其原因。大抵由於政府之專制。慘殘酷虐。民不聊生。斯在上壓迫之力愈甚。而在下反抗之力愈強。君民之間。時起衝突。及後君主讓一部分權利於人民。而人民得代

行使其權利。納治者與被治者於憲法之內。以制定其範圍。雖區區數十條文。而國體定於是。主權定於是。人民之權利義務定於是。而一國之大本大法。莫不胥定於是。故憲法者爲萬法之根本。文明國所必不可少之要具。若無憲法之國家。斷不能爭存於二十世紀天演公例之中。吾中國未流血一點。不犧牲一人。而出於政府之英斷。於今歲七月下立憲豫備之詔。爲四百兆人民謀自由幸福。實創中國未有之盛舉。超歐美爭競之範圍。宜乎普天同慶。列強傳爲美譚也。唯欲依進步之遲速。定期間之遠近。嗚呼。嗣後莫大之責任。豈異人任哉。皆吾國民各分子所分擔者也。使被治者之思想不高尙。憲法之原理不剖明。動

輒曰立憲立憲。必不能吸憲法之精神。即無以收文明之效果。故憲法一也。而其種類有不同。政體有不同。學說有不同。千條萬緒。非局於一隅之見者所可與語。若欲探其本溯其源。斟酌盡善。必賴有紹介之具。始克奏其功。是編薈萃羣書。考覈精確。採取宏富。日本市村光惠爲之著述。以貢獻於日本立憲之後。今李君芑香爲之漢譯。以貢獻於吾國憲法將立未立之先。其影響前途。價值之重。概可想見。至於譯筆之曲達。依舊廬山真面。諒閱者自知。無庸余之喋喋也。

丙午十一月 上海黃宗麟序於東京麴町區旅舍

# 憲法要論目次

## 第二編 緒論

第一章 憲法學 ..... 一

第二章 國家 ..... 三

第一節 國家之定義 ..... 三

第二節 統治權 ..... 六

第三節 國家與地方自治之區別統治權與無統治權之公

權力之區別 ..... 一〇

第四節 國家理論(關於國家言義之學說) ..... 九

第一項 國家人格論 ..... 一九

第二項 國家客體論 ..... 二七

第三項 國民國家說 ..... 二八

第四項 君主國家說 ..... 二九

第五項 國家有機體說	三〇
第五節 統治權不可分	三四
第六節 國家之聯結	三九
第七節 國體及政體	四二
第三章 法	五三
第一節 法之意義	五三
第二節 公法及私法	五八
第一項 無差別說	五八
第二項 差別說	六一
甲 目的說	六一
乙 法律關係說	六二
丙 法律之主體說	六五
丁 自說	六七
第三節 權利	六八
第四節 公權	八二

第四章	憲法	九一
第一節	憲法之意義	九一
第二節	日本憲法制定之沿革	一〇一
第三節	憲法之制定及改正	一〇八
第四節	憲法之効力	一一〇
第五節	憲法與皇室典範之關係	一一八
第六節	憲法與慣習之關係	一二七
第二編	本論	
第一部	統治之主體	一三三
第一章	天皇	一三三
第一節	天皇之國法上之地位	一三三
第二節	天皇大權與憲法上之大權	一四三
第三節	隨伴天皇之地位之權	一四七
第四節	皇位之繼承	一五七
第二章	攝政	一七一

第一節	攝政之國法上之地位	一七一
第二節	攝政之開始	一八四
第三節	攝政之資格	一八七
第四節	攝政之終了	一八八
第五節	政務代理人或監國	一九〇
第二部	統治之範圍	一九六
第一章	領土	一九七
第一節	領土之性質	一九七
第二節	領土之得喪變更	二〇四
第二章	臣民	二〇七
第一節	臣民之性質	二〇七
第二節	臣民分限(國籍之得喪)	二一〇
第一項	國籍之取得	二一一
第二項	國籍之喪失	二一八
第三項	國籍之回復	二一九

第四項	法人與國籍之關係	二二〇
第三節	臣民之權利及義務	二二三
第一項	所謂人權宣告	二二三
第二項	臣民之權利義務之性質	二二八
第一目	所謂臣民之權利	二三〇
第一號	自由權	二三〇
第二號	要求主權者之之行為之權	二四八
第三號	參政權	二五三
第二目	所謂臣民之義務	二五五
第三項	所謂臣民之權利義務之制限	二七一
第四項	臣民之特別階級	二七四
第一目	皇族	二七五
第二目	華族	二七八
第三部	統治之機關	二八〇
第一章	總論	二八〇

第二章 帝國議會 .....	二八四
第一節 議會制度之沿革 .....	二八四
第一項 於英國國會畧史 .....	二八四
第二項 獨逸之國會略史 .....	二九一
第二節 帝國議會之國法上之地位 .....	二九五
第一項 議會爲主權之主體說 .....	二九五
第二項 議會爲統治之客體說 .....	二九八
第三項 議會者國民之代表者之說 .....	三〇〇
第四項 議會之法律上之性質 .....	三〇五
第三節 帝國議會之組織 .....	三〇六
第一項 貴族院之組織 .....	三〇七
第二項 衆議院之組織 .....	三一一
第一目 關於選舉之法制 .....	三一一
第二目 現行選舉法之規定 .....	三一九
第三項 議員之特別法律關係 .....	三三一

第四節	帝國議會之權限	三四五
第一項	議會權	三四七
第二項	議院權	三五二
第五節	帝國議會之召集開會閉會停會議事方法及衆議院之解散	三六五
第一項	召集	三六五
第二項	開會	三七〇
第三項	閉會	三七一
第四項	停會	三七三
第五項	議事方法	三七五
第六項	衆議院之解散	三八二
第三章	政府	三八六
第四章	國務大臣	三九四
第一節	國務大臣之國法上地位	三九四
第二節	國務大臣之副署	三九七

第三節	國務大臣之責任	四〇九
第四節	關於大臣責任外國之立法例	四二〇
第五章	樞密顧問	四三〇
第六章	裁判所	四三五
第一節	裁判所之意義	四三五
第二節	裁判所之種類	四四一
第一項	司法裁判所	四四一
第二項	行政裁判所	四四七
第三項	權利根爭議裁判所	四五一
第三節	裁判所之法令審查權	四五八
第七章	會計檢查院	四六九
第四部	統治權之作用	四七二
第一章	總論	四七二
第二章	立法	四八五
第一節	立法之意義	四八六

第二節	法律之制定公布及執行	四九七
第三節	命令	五〇四
第一項	總論	五〇四
第二項	緊急勅令	五〇五
第三項	執行命令及補充命令	五一九
第四項	委任命令	五二三
第三章	司法	五二七
第四章	憲法上之大意	五三三
第一節	官制大權	五三四
第二節	兵馬大權	五四七
第三節	外交大權	五五三
第四節	戒嚴大權	五六二
第五節	恩赦大權	五六四
第五章	行政會計	五六七
第一節	國家之資產	五六九

目次

一〇

第二節 國家之收入	五七二
第三節 歲計豫算	五七四
第四節 國家之債務	五九一

憲法要論目次

畢

# 憲法要論

日本法學博士

市村光惠著  
井上密評

中國江蘇留學日本法政科

李維翰譯  
黃宗麟校

## 第一編 緒論

### 第一章 憲法學

他二種亦略  
說明庶為適  
當

法律學者。以成法為研究之目的。且可別之為理論的法律學。歷史的法律學。法律哲學三種。茲吾人所說明者。理論的法律學也。一般理論的法律學。乃以行於一國之內部。或數國之間之成法。為研究之目的。以組織的排列。用綜合分拆之方法。說明其法規之內容。及相互之關係之謂也。研究行於一國內部之法規。為國內法學。研究行於數國間之法規。為國際法學。而國內法學中有公法與私法之區別。公法中亦有憲法行政法刑法等之區別。茲吾人所謂憲法學者。以國內

公法中所稱憲法之法規。爲研究之目的之理論的法律學之義也。

以此徵之。獨逸公法學者之著書。則其解釋。以國法學爲論關於國家之法規之學問。凡基於成文法規而爲說明者。無所區別。則以此爲理論的法律學之一分科的國法學。不可謂非理之所當然者也。然只彼國作此解釋者。則以組織獨逸帝國者爲二十五之支分國。各支分國。各異其憲法。故獨逸之國法學。其用意不能不及於各支分國之上。以此結果。至成事實上比較研究之体裁。是特彼國之國情使然也。若獨逸公法學者生於吾國。其所研究。至少於第一次。亦須以我憲法法典爲限。吾人所深信不疑者也。

或學者誤解法律學以成法爲研究之目的之語。其所研究。被拘束於成法所表現之文字。夫法律研究之重點。固在解釋成法。然解釋之材料。豈特法律之文字。當廣求之法律文字以外。尤當採用母法之規定。我憲法法典起草者。於歐洲各國中特參酌獨逸各支分國之憲法而定。如後所述。故解釋憲法以一定之程度爲止。當用母法之條文補充之。憲法國法也。法律命令。亦國法也。皆天皇之意思

稱歐洲之法  
爲我法之母  
當且依如失  
法。且依如失  
下所記文勢  
則恐解作規  
於母法之規  
定。母法之規  
明。法上之說

法之規定可  
為推知吾憲  
法規定之精  
神之材料似  
為得當

此理由似當  
說明

余輩指在或  
狀態之物為  
國家而非語  
狀態之物即  
國家也

表示也。而於一方若民法及其他法令。引用外國之注文。以解釋其規定之內容。無所忌諱。獨於憲法之解釋。不與以餘地。吾人之所不能解也。如謂法律學者成法之學。故憲法之解釋。亦當拘守二言二句成文之文字。則陷於文理解釋之弊矣。雖然。只研究一國特別事情之下所成立的特別憲法。不免貽井蛙之誚。故本著於第一次揭我成法之說明。至必要之程度。更加以外國國法之規定云。

## 第二章 國家

### 第一節 國家之定義

國家之成立。歷史的事實也。此事實為人類之社交性與外界之影響結合之結果。研究此事實。與法律學無關。吾人只研究法之存在必要之條件。知法以前已有國家。即可矣。

國家者。統治之狀態也。於一定之領土上。多數之人類。服從有最高意思之統治者之狀態也。拉脫法律學之哲學的原論四三節。載斐羅國法學原理五節。今試為分拆的說明。

(一) 國家者。一個之狀態也。

社會現象

國家者。社會的現象之一部也。存在於我以外實在的一部也。爲實驗的說明。不外以國家解作一個之狀態。無論如何唱主觀主義之學者。不能不認國家爲一個之狀態。彼等寧以此狀態爲材料。欲下理想的國家之故定義耳。故曰國家者一個之狀態也。柴衣臺耳排衣愛倫國法第一卷一七〇頁

一定之領土

(二) 國家要一定之領土。

人者地上之動物也。無土地則無人類。故土地從單純的事實上觀察。亦國家之成立存續所不可缺者。恰如光線空氣。爲人類團體之必要。雖然。只事實上必要物。不足爲法律之問題。所謂一定之領土者。以國土與統治之法律的現象。有最重要之關係。一定之領土者。一國統治權所行地域的範圍也。古代遊牧民。初成國家。逐水草爲移轉。故如今日限於特定之地面。爲自國永久之領土。當時無此觀念。且無此必要也。雖然。如此國家。只未有一定之領土。而於特定之時。可排斥他國之統治權。而據有特定之地面。則未嘗無明白之事實也。地球之土地爲各國占有之目的。非有特別區劃之領域。則對於其臣民。不能行使統治權。故一定

雖無領域對  
於臣民亦得  
行使統治權  
此處若云於  
現今之狀態  
有領域則於  
領域內非他  
國之主權而  
對於自己人  
民行使統治

權似爲得當  
中國以下可  
刪

一定之人民

統治關係

之領土。實國家成立之基礎也。

爲國家基礎之一定之領土。不必有一定之廣袤。換言之。不論其大小。苟他國統治權不能侵入範圍以上。則國家之基礎。無所欠缺。雅典數方里之市府。而當時爲有力的市府國家。盡人所知也。中國截長補短。其面積七十萬方里。而失領土主權之實際矣。

(三) 國家要一定之人民。

國家者。社會現象之一種也。社會現象。以人類之存在爲前提。故國家之存在。又必要一定之人民。然不必要達一定之數。而後爲國家。與領土之不問大小同也。

(四) 國家有統治關係的人民之狀態也。

國家非群衆。乃人類之團體之謂也。所以然者。組成國家的人民。以統治關係而有結合之狀態。從來人類之團體。依種種之目的而結合者有之。故人類團體不得謂當然有國家之意味。然有統治關係人民之多數。必爲一個之團體。蓋以群衆之人類之多數。而便爲統一體。者統治權爲其本質故也。

## 第二節 統治權

統一治平組成國家人類之團體之優者之力。謂之統治權。治者對於被治者有  
意思之強制力。是也。統治關係。意思之主体之間之關係也。以一方之意思。強制  
他方之意思之關係也。故以統治者爲主體。則統治之客體。即爲意思主體之人  
民也。故國家之領土。非統治之客體。不過統治關係所行地域的範圍而已。  
而獨逸國法學教科書七四節。

拉買  
衣愛

當有繼受的  
國權如云原  
則統治權爲  
最高之力量  
外有非最高  
力者則統治  
權之性質最  
高力非其要  
素我國家之  
於最高力可  
否  
始則其所云  
如作者所云  
權力之性質  
可爲國家之

從原則論。統治權者。於一國中最高之力也。原始的且不羈的也。原始的者非從  
他繼受的權力之謂。最高不羈者。自己之上無更有優等之意思。故統治主體意  
思之外。不受他之支配力。此之謂統治權。亦即所謂國權。所謂主權也。如我國爲  
單一國家。統治者爲天皇。自己之上無復戴有優等之意思。故統治權同時又爲  
最高權也。主權也。人雖有片眼隻手之不具者。而人之爲人。自然形體。則有双眼  
四肢者也。國家雖有主權不具者。而不妨云國家之性質。原則當有主權者也。主  
權者一國內最高獨立。故強制團體員全體。而使服從其命令禁止。此結果對於

要素乎要素  
之性質豈可  
以例外事項  
爲之歟先云  
最高不羈下  
即云獨立如  
此用文字時  
先不羈與獨  
立同一義之  
意說明之似  
爲至當  
國權之活動  
範圍  
國權之行當  
照顯對於外  
國之土地及  
人而行之事  
及事物上有  
不能行之事

弱肉強食各個人變其鬪爭狀態。使人人各從其所。而爲生活之秩序狀態。以達共同生活之目的也。

國家主權之活動範圍。有三方面。地域的、人的、及物的、範圍。是也。而關於場所及人。則其主權由國家之領土及國籍而受制限。而關於事物無制限。事實上之不能。與事物上之無制限。不可混同。加茂川之水。從北而南。自然之理也。雙六之骰子。不能從白河法皇之意。事實上之不能也。然割孕婦之腹。射樹上之人。主權者得爲之者事物也。統治權爲達統治之目的。應得行使者。實質的制限也。然於形式上最高權之治者之實力。不無超脫此目的。所以云事物的無制限也。

統治權之作用。事物的無制限之結果。其積極的動作。不能列舉。只吾人所當注意者。命令權之行使。統治權之特徵也。雖然。不可以之網羅統治國家的國權全斑之行動。一國主權。不特爲統治者。對於他之權利之主體而行動。抑或爲平等人格對於他之人格。而行動者亦復不鮮。與外國交通。對於外部之平等行爲也。營造物之管理維持。依通常財產法上之取引。國家需要品之供給。對於內部之

平等行爲也。

關於國家學問之大綱。依單一國之研究而得大成。無可疑之事實矣。從單一國家研究。國權者。最高權也。故生無主權即非國家之觀念。採此見解者。爲佛人薄騰後之學者亦襲此說。近世學者中。如齋哈利爰。獨逸國法學及聯邦法第一卷一二節。載婆羅。國理第一卷。拉而盤耳。獨逸國法學一般國家學論八卷普倫邱利五六一頁。懷衣智。政治學原論四四頁。柴衣臺耳。獨逸帝國憲法注釋二頁。脫來衣氣聞。聯邦及帝國論八卷。遮耳痕。獨逸國法學第一卷六三頁。該而。國家學雜誌三〇四頁。休府拉年報二六八頁。等採此學說者亦不少。彼等以主權爲國家之要素。欲不矛盾此原則。說明獨逸國法。實苦心慘憺。自來研究單一國家者。若主權說不可謂非最完全又最適切也。

雖然。及至近世。北米合衆國。瑞西。及獨逸。創爲聯合國家。多數國家相集而但組織政治團。於一定之範圍內。服從聯合國之統治權。故獨逸學者。無論如何爲巧妙之說明。而如支分國。究無最高權。故以主權爲要素說明國家。殊非易事。若主權果爲國家之要素。則換言之。於聯合國家各國各有主權。而聯合國之國家性。不得不否認之矣。是則無主權之聯合國。不外國際法上契約之關係也。又或認

不能維持最  
高主權爲要  
素說

不具惡的  
意味  
單一國家與  
聯合國家皆  
基於政治上  
必要而存在  
之現象何故  
一為完全的  
一為惡的乎  
從政治上之  
目的基於其  
國特種之事  
情兩者共非  
惡的也

聯合國為國家。則各支分國無主權。故非國家。只可謂地方自治體而已。

此斷案。於今日法的現象不適合。國際法上國法上。無論聯合國與各支分國。皆有國家之行動。支分國與單一國家內之地方自治團體。有區別。於是於一方以主權之有無為國家之特徵。不能說明其結果。於一方。以支分國與地方自治體之區別。釀非常之向難。學者至視為爭點。余從法律上論之。而信為單一國家者。完全的國家。聯合國家者。不具國家也。於完全國家與不具國家。欲求共通之觀念。恰如有完全的體格精神者。與盲聾啞狂者等。總歸納於人之名。然究不能得大體之觀念。故余先述完全之國家統治權。以原始的不羈獨立之權力為定義。此最高統治權之存在。實國家與地方自治體之區別之原則。人類與他之動物之區別之標準。先以完全為兩動物者比較。既定之後。則得判決。至一定程度為止。雖有不具。尚可不失為人。國家與自治團體之區別。亦依完全統治權之有無為區別。既區別之後。得判決至一定程度為止。雖有不具。而於國家之本質之統治權。有所欠缺與否。地方自治體與國家之區別。試於次節說明之。

第三節 國家與地方自治之區別（統治權與無統治權之

公權力之區別）

自治體語意  
不足要冠以  
地方二字

地方自治體。與國家有共同之性質。有一定之領土。有一定之人民。其人民有服從團體或統治者之意思之關係。此三點。爲二者之通性。故不完全國家。與自治體有可相混之時。而求他點以爲兩者之區別。實必要之事也。

統治團體之公權力。從自己以外團體。法律上受無制限之拘束者。非統治權也。反之。雖從他之團體。至一定程度爲受支配者。而其拘束力法律上猶爲有限時。則團體不妨謂統治權。換言之。國家之本色之統治權。有自治體所無有二種之獨立權。如左所述。

統治權不可  
無作用

(甲) 依自己法律獨立而行一定之政務之權。

(乙) 依自己法律獨立而定自己之組織之權。

自治體於不  
抵觸法律命  
令範圍以內

無此二種之獨立權。非統治權也。故一個政治的領土團體。無如上之權利者。不拘如何名稱。非國家而地方自治體也。此辨買衣爰而之說也。（獨逸國法學一

得自設條例  
規則爲一定  
行政務之政  
務設日本與  
組織諸國所  
共認者也  
其條令規則  
非有法律之  
名然如茲所  
上之名如何  
而着眼權力  
之有無不以  
法律之名爲  
理由而辯護  
買氏之說倘  
覺失當

茲八頁。吾人尤信其適當。茲所主張者也。然此說首先起疑問者。地方團體於法律之下。亦有發條例之權。故或謂（甲）項所揭區別之特徵。濺落衣思著（地方自治體國家帝國）於七十四頁。攻擊買氏之說曰。（地方團體亦依其自主權。得發條例。此非自治團體自身之法律而何。獨立施行或種一定之政務。實自治之內容也。）夫發自己之法律之權能。固非國家之所獨占。苟有團體組織。則其團結不問自治體與否。有有一定之條例之權能。吾人以甲項所揭者。非活發法規之權能之有無也。乃依自己之法律而留保（如掌握）應得舉行政務之範圍也。此獨立性爲地方團體之所無。行使政務之地方團體之行動。依國家法律受無制限之拘束者也。

海納耳亦著獨逸國法論。於第一卷八百頁。攻擊買氏之說曰。（自治團體主權之範圍。從各國之成法而異。故不得絕對的定之。或者所謂具國家之特徵之程度。得擴張而及之。）然彼於八百一頁。即論之曰。（獨逸各國所以與自治團體異者。在舉行憲法上之目的。不受帝國法律上指揮監督之拘束之點也。）豈非

仍歸順於買氏之說哉。

就第二之獨立組織權。亦不無反駁者。該而開於休麻拉年報論曰。此獨立性。於一方。可屬於已附與自主權及組織力之地方團體。於他方。如瑞西及合衆國。依共和的憲法之條規。聯合各國共受多少之制限者。有之。蓋該氏以自治團體中。如最大獨立性之英國殖民地。例如加奈大。爲其論點之一。然雖於加奈大。此獨立組織權。不存在。其構成依英國之法律而定也。何則。殖民地之立法。雖由殖民地機關參與而生。而實爲英國之機關關王及總督等裁斷。而後確定。故其法律。爲英國之法律。彼埃國之克論倫又爰而柴思脫靈根等。有立法之特質。亦不外乎是。於第二論點。彼之說非絕無根據。合衆國憲法第四條第四節規定。（合衆國有應使聯邦中之各洲維持共和政體之責任。於瑞西憲法第六條規定。於各洲憲法。應保障從共和政治代議政治民主政治之體裁。而行政權。）此一般之制限。蓋謂合衆國各司胎脫。及瑞西各鏗登。不能自由定其組織。故不與以獨立組織權。實則憲法不過定一般國法的性質。各國組織之規定者。即確言統治

拉排痕特

拉氏固有權

Recht 反對

非代他人

之權而自

有真權之

味歟即Orig-

inal Recht

之反對Ab-

strahungRe-

cht 之意味

歟

葉里訥克

機關。及規定其權限。胥歸各國之所司也。各國有以自己法律獨立定之之權利。如市町村。或洲。全與此地位不同。其組織專由國家以其法律所規定者也。以上吾人說明自己之見解。茲更欲紹介關於本問之一二獨逸公法學者所說明者。

拉排痕特 獨逸帝國國法第三版第一卷五九頁

國家與自治體之區別。國家有統治權。換言之。有不從他讓受之統治權。彼非爲達上級團體之目的。實行其意思之機關。而有固有之權利範圍。固有之意思自由。及經爲自由獨立之權利主體也。

葉里訥克 法律及命令論二〇一頁以下

國家之所以爲國家。依固有之決定。與固有之力。對於其臣民。定有無限制之拘束力之法規。彼之統治權。爲彼所固有。不從上級國家之實際之權利範圍。繼受者也。國家之機關。爲獨立的。非由上級國家所設。或被其認許者。國家內之最高機關。其統治。不因委任又認許。而基於固有之權者也。

兩氏之說。其於大體。若合符節。吾人就國家之定義。對於此等之說。不見反擊之根據。反覆研究柴衣臺耳獨逸憲法註釋八頁。買衣爰而七頁。潑落衣思四十一頁。海訥耳八百頁。亦不能發見未中肯綮之批評。或反對固有權文字之學者曰。雖自治體。於法律範圍內。亦有統治之權限。於自己法律範圍內。爲達自己生存之目的。而得附與之自治權能。亦可稱固有權。然拉氏葉氏解固有權。爲不從他繼受之權。自治體之權能。從國家繼受者也。依於法律而得附與者也。故非所謂固有權也。論者或曰。固有權之反對。繼受權是也。獨逸帝國憲法前文曰。（於北獨逸聯邦之亭漏西國王陛下。巴威倫國王陛下。五執堡國王陛下。巴典大公殿下。曷仙大公殿下。及買音河以南曷仙大公領。爲保護行於聯邦領土及其領域內之法制。且維持獨逸國民之幸福。結永久之聯合。此聯邦稱獨逸帝國。有下之憲法。）是則獨逸帝國之統治權。由組織帝國各支分國割從來素有之統治權之一部。委任中央團體之帝國之結果也。帝國之國權。乃繼受權也。余亦信是說爲然。故前舉國權乃原始的。於變形國之獨逸帝國。不適合。千七百八十七年九

月十七日之合衆國憲法。亦各州之名代人相集而定。各州一致。以一定之權限。移於合衆政府。與獨逸國之成立相類似也。(楷而紛氏著 合衆國之憲法及政 府第一卷二七六頁)雖然。獨逸帝國合衆國。對於其分支分國。有上級之位置。拉氏謂國家非達上級團體之目的。故假令解作獨逸帝國增進獨逸各國國民之幸福而存在。尙不與彼之說相抵觸。何則。帝國爲上級。各支分國乃下級也。從下級之團體。繼受國權。爲下級國全體福利機關之帝國。非拉氏國家定義之所關知者也。於葉氏之論亦然。彼國家機關不從上級團體云云。故以獨逸帝國之實際。不足攻擊氏之說也。

勞勤 主權國家地方自治體及自治行政獨逸帝國年報一八八三年三六五頁

基於同一地方之共同住居。及土地之接近地位。而滿足地方之處要。地方團體之目的也。於民族的即自然的共同體之總括的國民。以固有之利益。而有現實之職責者。即國家也。

此說當然之結果。爲隣誦海誦耳、柴衣臺耳、拉排痕特、籬買衣、愛耳等多數之學者所攻擊也。吾人亦信此說爲不當。(那欺哇那鄰)之文字。固民族之義也。然

以一定之民族。爲一個之國家。乃政治論而非法律論也。地方的與全國民的。又如何定其標準。即現今獨逸聯邦中。普里明、亨婆羅希、劉盤克等。與昔時之市府國家。無大差異。此等非爲地方之需要乎。而其爲國家。無有起而疑之者。從彼說何以來苗州非國家。而舊統前衣司爲國家。不可得而說明也。如其說不過供反對論者列舉他說之好材料而已。

司推盤耳

司推盤耳

於美而柴司、落脫鄰根州、委員會之議會的特權、關於帝國及無至國之性質問題之研究在公報雜誌第一卷第四冊六三七頁。

得爲國際法上之主體者。只有國家。故國家乃得爲國際法上權利義務之主體。換言之。國際法上得認爲人格者。國家也。私法人格者。私法之所創設。政治團體之公法人格。國內公法之所創設也。國家亦與此同。國家之法的觀念。國際法之所創設也。

被以得爲國際法上之權利義務主體與否。區別國家與非國家。拉排痕特攻擊氏之說。謂吾人不得不想像孤立的國家。故爲國際關係之主體與否。非區別之要點。其攻擊之說。稍有不備之感。蓋國家之實際的本質。在與他數國家相對峙

而生。欲解釋國家之本色。對於他國家之法律關係。不能度外視之。然拉氏非難氏之說。又謂顛倒論理之關係。則適中肯綮曰。國家之性質。非依國際法上之承認而生。已成爲國家。故承認之也。國際法實以國家之存在爲前提。而始成立者也。

李滯西地方自治體國家及帝國四一八頁

國家之特徵。有領土高權。即其構成最要素之領土。換言之。彼處分自身。有法律上之能力。此能力之結果。國家自己得加重要之變更。有自爲解散。自爲改造之力。此即領土高權之謂也。葉里納智克(公權論七三頁注一)

此說依海納耳(國法八〇〇頁)之攻擊。亦失當之說也。蓋自治體之區域之變更。及與他自治體合併。須其合意。至少亦須問其意見。諸國立法之所共認也。至如我町村制第一百十六條所規定。町村依自己意思。得以其領土。爲他團體之町村組合之一部。尤所明揭者也。反之。雖於聯合國家支分國。非有完全的領土高權。獨逸帝國憲法。第七十八條。獨逸帝國憲法之變更。換言之。於帝國領土可生變化之

支分國領土之變更。只可依立法之手續行之。而獨逸變更憲法之法案。聯邦參議院內有十四票之反對時。作爲否決看待。而基於獨逸帝國憲法第六條之規定。有十四票以上表決權者。只李漏西有十七票。其餘各巴盛偏六。索遜瓦孰堡各四。其他多不過一二票。故假令帝國議會得定數之贊成。而各支分國中尙得處分其領土之國。只李漏西一國。況依獨逸帝國憲法第二十九條。帝國議會之員。全國民之代表者。不得由訓示拘束。對於李漏西國選出之議員。雖李漏西國無訓示之權。要之獨逸各國絕對的無變更領土之權。由此觀之。領土之高權之有無。不足以爲國家與地方體區別之標準也。

獨逸帝國議會。議員之總數。三百九十七人。而從李漏西選出者二百三十六人。故以政治方面論。漏西選出之議員爲。自國保持同一之意見。常可制議會之多數。然法律上依憲法二九條。不可爲自國之利益。而受訓令之支配。

海納耳 獨逸國法第一八〇一頁

地方團體。執行事務。對於國家爲公法上之義務。國家有監視命令此義務之履

行之力。於必要時。得強制之。此國家之特徵也。

此說別無可非難者。自治團體。國家之機關也。自治團體之事務。爲自己之事務。同時爲國家之事務。故國家監視命令此義務之履行。有時有強制之力。若國家則非他之國家之機關也。其事務爲自己之生存目的。有專行之權利。故其履行不從他機關受監視強制。要之氏之說。爲國家之機關。而行國家事務之一部者。自治體也。專爲自己之目的。行政務者。國家也。只爲語言不備。有執其結果以爲論本之嫌而已。

吾人於獨逸學者之說。不能悉爲紹介說明。欲得其詳。則可觀潑落衣思氏之地方自治體。國家及帝國中之學說沿革。Dogeneschichte。但學者之通辯。徒攻擊他人之說。而銜自己之著作。不但彼我一轍。甚至基於他書之注脚。淺測引用書。不究著者論旨之重點。此吾人所以必持公平之批評也。

#### 第四節 國家理論（關於國家言義之學說）

##### 第一項 國家人格論

以國家從統治者之人格分離而有獨立之人格之觀念。既由古代政治等者所唱矣。中世日耳曼國家及法律觀念。以國家不看做人格。君主爲國權之主體。一切統治關係。解作君主與臣民之對人的權利義務關係。只中世伊大利學說。保持古代國家人格說。十六世紀以後之國法學。受此觀念之影響。解作人格的國家。至於今日。國家人格說。除二三學者外。多數之學者。所承認者也。拉而靈耳獨逸二二五頁、萊里納克法律命令論一九二頁、同氏一般國家學二二二頁、公權論二六頁、蓋而那氣氏、所論公法雜誌第五卷、六九頁以下 人格者。權利能力之義也。故精密論之。則雖不以國家解作統治之主體。而當統治者以法認國家或國庫爲一個私權主體時。則國家非統治之主體。而不妨解作人格。然依從來公法學者所論。則解人格的國家。同時以國家爲統治權之主體。即以國家解作公法人之說也。故國家法人說。與國家人格說。名異而實同。余所以述國家人格論。即不及法人說也。

國家人格說。單純的觀念也。權利之主體。非因學者之觀念而成立。國家既爲統治權之主體。國家之構成要素之統治者。因如何權原繼承國家之權力耶。吾人

公法人之觀念  
念不必要統  
治權之主體  
須加論斷

觀念之用語  
不完全

無論尋譯何種國法。未發見統治者從國家繼受統治權之形式也。國法者。統治權者之意思表示也。故有以法使或一體行使統治權之一部之權能。換言之。即得認爲公法人格也。若統治者以自己一方意思之法律。使既屬於國家之統治權。歸屬於自己。則理之所不能者也。

買衣愛耳氏爲主長國家法人格學者中之一人。而氏於一方揭自然人統治權總攬者。或所有者。而爲說明統治權之總攬者。謂以自己因有之權。而掌國權之一人。或數人之團體。於代議民主國。國民者。統治權之總攬者也。於立憲君主國。君主者。國家之機關。而又統治權之所有者也。其言曰。統治權之總攬者。爲君主。則受廣濶之權限之推定。以非明示的禁制爲限。凡統治權。推定皆屬於彼云云。余試反問買耳氏。爲自己因有之權利。而有統治權者。何以只爲機關。而非統治主體乎。君主基於如何法規。而受廣濶之權能之推定乎。何故共和國之國民。爲統治權之總攬者乎。何故國權之總攬者。非國權之主體乎。蓋此等之說明。不可不以統治權之主體之原因爲前提。以國家認爲統治者之主體。而於一方認統治

權之所有者 Träger oder Inhaber der Staatsgewalt 一人或數人之存在。買氏之說。所謂自相矛盾者也。

徵之現今各國之成法。如佛蘭西。北米合衆國。白耳義。希臘等。雖規定凡統治權從國民出者。然未嘗以其國家爲統治主體。於民主國。凡統治權規定從國民出者。統治者不過自己宜言爲統治者。而其實質。與我憲法第一條無所異。只若獨逸帝國憲法。及各支分國憲法。有用帝國統治權。或國權之文字。則有間接認統治權之主體爲國家之說。然憲法用如此文字。非必認國家爲統治權之主體也。只用統治帝國之權力。或各支分國之統治權之意義而已。若夫統治者。以根本法典。認國之一體。爲統治之主體。自己爲國家之機關。行使其權力。如斯假定。則形式上解釋國家爲統治主體。治者爲國家之機關。然即於此時。國家之權能。出於治者名義上附與之結果。不因治者之意思。不許國家人格之存在而已。故統治者無論何時得翻其意思。不認國家之人格。故此時形式上謂統治者乃國家。而只可解作以其名義行使統治權。而實質上統治者爲自然人。或其一體。尙不

此處尙須爲  
一層銳利之  
駁擊的說明

失爲統治權之主體也。於國家內。爲統治之一體。當定法之際。與治者被治者之團體的國家。無何等之交涉。統治者。以其團體之利害得失爲標準而立法外。國家有統一之人格與否。皆所不問。或曰。統治君主之國家。不爲自己之利益。而爲集合體之利益。唱君主主權說之學者。亦不可不認之事實也。利益之主體。集合體也。既國法上以集合體。認爲利益之主體時。則國法同時爲達其目的。不可不認必要之手段。統治者之意思。即此手段也。換言之。統治者之意思。即集合體之意思也。爲集合體定其意思。發表其意思之統治者。即集合體之機關也。（一木博士國法學）夫爲集合體之利益。行使統治權。此政治上之理想也。置國家利益於度外之政治。暴惡無道之政治也。然統治權之活動範圍。從法律上論。事物的無制限也。故統治權。萬能者也。其結果雖背馳國家之利益之事。不能不爲統治作用。然論者以爲。統治權只爲國家之利益而行使時。則統治者爲國家之機關。於害國家之利益而施政之範圍內。非國家之機關。吾人就同一主體。行使不可分國權之際。單依施政之利害。區別機關與非機關。不能信其說之正當。利益

之主體。爲權利之主體。此原則。特於私法範圍內始爲適當之說。然統治權非私權而公權也。且非權利乃權力也。故假令動權利主論則利益之主體。權利之主體也。保護此利益。如法定代理人者。利益主體之保護機關也。是如爲適當之原則。然不能移之以解統治權。況雖於私法範圍內行使權利。無非爲他人之利益。利益之實際之歸屬者。在權利以外。猶且其權利常屬於其所有者。要之統治權之萬能力。事實上以從國家之目的被行使。因以指示國家之方針。而統治者爲超脫此制限。不受有形的障害。故治者爲國家之利益而行使統治權。乃彼變統治者之地位。而爲國家之機關。非國家變爲統治主之體也。

何故不願法  
之規定耶余  
意法律上之  
論者皆當依  
法之規定不  
葉氏疑不認  
國家爲統治  
權主體之人  
格而認君主  
爲統治權主  
體之資格時

要之統治之主體。於國家內有固有權而行使統治權之統治者。即統治之主體也。假令法律上規定統治權屬國家。則其時有統治體在國民之意。然此乃統治主體之行爲。依國家之名義之謂。非形式之外。變國家爲統治者之主體也。葉里訥克攻擊反對國家人格說之學者曰。法律之國家之理解。不可單觀其實在之本質。當以國家就法律上思考。換言之。當發見說明國家不矛盾法律上之性

不拘其生死  
國家存續  
理由如何說  
明下文對於  
此間尚不能  
充分說明

質之意義。從來研究國家實在的方面者。固爲定國家法律上之意義之基礎。雖  
然。不可直以此爲國家之意義。國家之假定的觀念。即人格的國家之觀念。執反  
對論者。欲以國家實在的性質。說明國家法律上之本質。彼等曰。國狀態也。國民  
也。統治者也。而彼等從經驗上言。不能謂此狀態國民統治者。不拘個人之變化  
死生。實際上爲統一的永久存在。是則爲統一體者。非既離實驗而爲假設之觀  
念耶。近世國家之法第一卷。  
一般國家學二四五頁。夫以統治者爲國家之議論。依氏之說可得破壞。然  
國家一個之狀態。乃柴衣臺耳之說。氏之駁論。未當肯綮。國家者。不問構成國家  
之主權者之更替。人民之生死。領土之增減。而永久存在。則學者所共信者也。然  
以國家離構成分子。而爲獨立之統一體之觀念。必非假定而實驗的也。試觀國  
家不因統治者肉體人之更替。而斷其存在。人民之代謝。亦不能破國家之統一。  
正如不拘組織我之細胞之新陳代謝。而自幼至老。不變爲我。吾人於我之所以  
存在。不能由單純觀念而知。哲學家之言曰。爲思考故而我存在。是以我之理性  
爲一切真正觀念之基本。祇哲學者之詭言耳。非爲思考故而我存在。我存在而

始有思考也。吾人於我之存在。非由單純觀念而創造者。我之存在。乃爲觀念之前提。日出於東而設於西。吾人常以爲觀念。然天動之觀念。業已不合理論。而爲陳腐之說矣。對於國家永久存在之觀察亦然。吾人實在的見國家存續。故此永久存在。非因單純之觀念而始生。事實的國家存續。故吾人以國家永久存續爲觀念也。統治者之自然人。不問一人或多數之人。須有生死。然國家未有無統治權時代。統治權爲國家之要素。無統治權。即無國家。而統治關係。於國家內永久存在。則國家者。有統治關係人民之團體也。即不妨作一個永久之狀態解。葉里納克以認可死之人類爲統治之主體。與國家之永久存在爲兩不相容之觀念。而吾人之所索解。何故主權者死。則國家之存續同時被中斷。亦苦於難知。願吾人非絕對的否定此理想。法律者從人類之腦底而出者也。故解釋者亦不能依極端之實驗。猶無論如何勞動。無不基於精神上之勞動者。故綜合事實。加以考察。而爲適當之解釋可也。雖然以單純之觀念。得創造一人。格吾人未能信此心的作用也。國家無人格。則不能說明永續性。吾人之所不能信也。故吾人以

國家爲一狀態。於一定之領土上。有統治關係之人類團體也。如此解釋爲已足矣。

## 第二項 國家客體論

國家客體論。以國家爲統治權之客體說也。此說現今獨逸學者間。亦不見有唱之者。而反覆各著書之目錄。亦無揭此標題者。或者曰柴衣臺耳爲此說之首唱。爲自己攻擊之利益。（葉里納克一般國家學一四七頁）然稍熟讀氏之著述。則氏決非採極端之客體說。其著愛衣爰倫國法第一卷百七十頁曰。（國家者。於一定之土地之上。人類團結於最高意思。而統治者意思之下者也。若從言語之用法。以國家在統治之下之土地及人民解。則國家與統治者。若有主體客體之分。故吾人無攻擊柴氏之地步。蓋以文字之用法。豫爲限定者也。然只以領土人民解國家。則不免誤謬。何則。無主權者不得有國家。我憲法第一條。亦指氏所記土地人民兩者之意。用帝國國學之文意。恰與相當。乃或者於一方辯護帝國憲法第一條之規定。於他方。攻擊柴氏之說。余輩之所不能解也。

## 第三項 國民國家說

國民者。國家或立之要素也。從古及今。皆有國民有主權之觀念的國家。國家者。國民也。國民即國家也。此等見解。亦不足怪。即至近代。依國民之憲法制定權 *Pouvoir constituant* 之理論。國民爲國權之主體。因即作爲國家。以此觀念。證之實例。抑復不少。米國各州憲法云。吾人……州之人民。制定發布此憲法者也。 (*We the people of—do ordain and establish this constitution*) 以此文章開始。而合衆國之憲法冒頭。亦見此文字。是其例也。

主張國家人格論者。對於此說而加攻擊。實爲可笑。彼等解國家爲統治權之主體。而在美國各州及合衆國。以國民爲國權主體之國。則理論上之斷案。不得不謂人民即國家。然如是。反乎彼等法律感覺。故強加攻擊。而求他之點。曰。人民者。朝生夕死。個人之集合也。非說一永久體。國民解作主權者。即有不知此不統一性之愚云云。然彼等以國家看做人格之根據。實緣以此人民爲統一體之觀念。不拘個人之生死。以國民爲一個統一體。而以永久存續之事實爲材料。而發生

國家人格說也。故彼等反對此說之論據。極其薄弱。反之。吾人以國民解國家構成之要素。故以構成要素之一。與全體國家之觀念相混。其誤解不待言矣。

#### 第四項 君主國家說

君主即國家之說。豈特路易十四世之壯語。我即國家也。I: l'Etat est moi. 近世國法學者中。法律上之解釋。亦有唱此說者。於獨逸薄倫哈克。(薄氏發審衣恩國五頁)於吾國德積博士是也。薄氏曰。國家者統治之主體也。於君主國統治主體及淵源。君主也。故國家與君主。於統治主體之點。同一也。德積氏亦與薄氏同。以天皇爲主權之主體。同時以國家爲統治之主體。解之曰。(國家者。法律關係乎。法之目的物乎。抑法之主體乎。吾人採主體說者也。吾輩所主張。國家者。主權。即統治權之主體也。而反對說者曰。國家不但主權者。兼有人民。如斯駁擊。恰如以人身窮理之說。攻擊法學上所謂人之定義。例如或學者曰。國家者。君主也。對於此言甚加攻擊者。以歷史學社會學論。反對法理論之誤也。若國家爲主權之本體。君主爲主權之本體。其說合乎正理。則或學者唱國家爲君主之事之說。不足

深怪也。吾人於我國法之所規定。用文字區別天皇與國家之點。及天皇崩御國家不滅亡之點觀之。於此無庸喋喋。只就形式上之段論法。亦前提已誤。不能得正當之斷案。以國家解作統治權之主體。則君主者國家之機關也。君主爲統治之主體。則國家非統治之主體也。國家與君主。二個統治主體。同時並存。則矛盾之說也。故其斷案。君主即國家。亦隔於矛盾之說。依吾人之見地。則信君主亦國家之要素。故不能以之擬全體的國家之觀念。但如論者之說。主權者之君主之別名。用國家之文字。則初無法律上之缺點云。

#### 第五項 國家有機體說

以國家爲有機體之說。何論如何時代之法律學。皆所表現之思潮也。普拉脫以國家與人類有同樣之生理的原素之有機體也。中世基督教之勢力盛。於此時代。於一方。以寺院爲於基督身體一致信徒之團體。即我儕一體有多數之肢。而其用不同。各人於基督旣爲一體。亦互爲其肢。則藉所賜之惠。而各異其賜。或有預言。則循信仰之量爲預言。或有役事。則爲其役事。或爲教誨者。則爲其教誨。

云云。羅馬書第十二章四—七。於一方。又以國家作一個有機體解。然當時自然法學漸得其勢。以個人爲本位。國家乃人工的。換言之。則依個人之自由意思。而結合之社會。爲一種機械之說。至反對從來國家有機體說。而有機體說更精鍊其說。亞利斯德羅。唱復歸國家本位主義。國家非個人自覺的製作物。其發達由個人之意思。由獨立之力而成。而極端自然法說。依佛國之革命。暴露不適合於實地之空論之正體。同時反對之神學派歷史派勃興。至國家有機體說得非常之勢力。

近世有機體說。於其形體。不可云同一。或復歸古代主義。以國家爲於人類類似之自然的生物的有機體。於一方。注意深細之學者。不從生物的方面立論。而作精神的倫理的綜合有機體解。探第二種之見解者。於今日亦不鮮。雖在純正科學者間。如渾脫。亦採用此說曰。各種之組織的統一體。由有同樣之性質單純的統一體之多數而成。而其組織分子。自身爲統一體。同時又爲上級組織的統一體之分子機關時。稱其組織的統一體爲有機體。（渾氏哲學論第一版六一六頁）蓋國家者乃事

實一個人生活之外。有獨立之生活。組織國家之人類。爲一個統一的人格。同時爲國家之構成分子。又爲機關。以如此事實觀察國家時。國家者。於治者被治者之關係。從多數之各個人而成立。從各人之生活。有獨立永久之生活。於此意味。國家不妨作一個之有機體解。蓋其用語非生物學上有機體之意味。而精神的倫理的者也。

有機體說。破壞自然法學者所唱國家民約說。與有力焉。乃顯著之事實也。民約說以個人爲本位。妄信個人之意思有萬能力。有機體說。以個人爲上級統一體的國家之分子。爲在其下位者。因之個人之利益不能勝全體之統一體之利益。以此觀念。不認個人之意思有萬能力。國家之根原。不許求之個人之契約。然於他方不注意的有機體論者。其說趨於極端。不無被識者所嗤。善倫欺猶利。以國家與生物比較。世人之所知也。此種之說明。祇爲比喻。此外無揭明之利益。亦無攻擊之價值也。善倫欺猶利國家及寺院之生理的研究  
一八四四年邪里希及夫於紛煥罷脫

生理的觀察  
不可用於  
學上之理由  
要說明

現今批評學說者。引用善氏之說。攻擊一切有機體之說。爲唯一之材料。吾人常

無此一節亦可

於對外關係  
揭以國爲單  
位則本表示  
國家人格說  
與符調便宜  
之法須爲說  
明

感其有不當之處。有機體說有二派。一自然的有機體說。一精神的倫理的有機體說。余既反復乎此。非難論者之比喻及無稽之處。不過對於前者下駁論。渾氏等所唱第二有機體說。吾人決無攻擊之餘地。唯其觀察點。稍惜其非法律的而已。

以上吾人揭關於國家學說之大綱。而得有機體說外。準以吾人之定義。其誤一目瞭然。蓋國家於一定之領土上。有統治關係之人類團體也。而國家爲統治之主體。至各客體之說。採國家之狀態之構成要素之一部。欲以擬全體之觀念。則誤甚也。以國民或國君爲國家之說亦然。統治主體。則當於國法之系統中主體篇論之。客體則於客體篇論之。奚俟一般國家觀念之說明哉。

於國際關係。國家不特以權利義務之主體爲觀察點。於條約結了用國家之文字。而於國家解作有人格。推之於對內關係。亦以國家爲統治之主體者有之。前於國家與自治體區別之條。引用司推盤耳之說。稍與類似。然其說實誤。雖於對外關係。其主體常在一國主權者。故條約者。不妨謂一國主權者與他

國主權者間之約束也。且於法理上不可不謂正當。然主權者。締結條約之目的。非爲自己而主眼國家之利益。故特注重國字。一國主權。以國名稱結對外關係者甚多。簡言之則國際關係之主體。於國之名義下行勸之一國主權者也。但無須國家之名義見。諸現今各國間條約文者。以君主與君主爲約束之形式者。亦不鮮也。（日英通商航海條約公文。日米條約公文。日伊條約公文。日露條約公文。日丁條約公文。日清條約。日獨條約。日白條約。日秘條約。日墨條約。日蘭條約。其他條約公文。以國首之名締結條約。

#### 第五節 統治權不可分

統治權。於國家內最高之意思力也。我國法上之解釋。強制臣民之天皇之意思力。即統治權也。天皇之意思。有一無二。故不能分割之。而有對峙獨立之別個意思。無須多辯。不獨我國爲然。尋外國之例。在君主主權國。統治權不可分。一般所公認也。一千八百二十年五月十五日。維納決議書第五十七條。宣言此原則曰。（獨逸聯邦除自由市外。從有主權之多數之君主而成。故一切國權。不可不受

總攬於元首之身體。而君主設議會之憲法，於特定之權利行使之際，應得被拘束於議會之參與。

國權分立論。混同權力與權力之作用者也。吾人唱國權不可分。而國權之作用可分。使相互分掌獨立之別個機關。不害國權之本質。即得信並非分割權力也。國權分割之事實。於古無論何國均無其事。非行於英國之憲法政治之實際。表上如分割權力。基此形式。學者唱理論的權力分立。此學說。支配後世。及今尙不無議論之者。然只學說之沿革。於事實上信國權分立之可能者。今日公法學者中無一人矣。

今日主張權力分立說者。皆引用孟德斯鳩之法律精神論。第十一卷第六章。絕對的主張分立論者。無論慕孟德斯鳩之名。反後公法學者之著述。吾人只讀氏之著。不能無意外之感。其政治的理論。苟非精銳。則使吾人疑何故此著及於後世有如此之影響哉。夫日彼爲三權分立之始祖。其誤不俟言。亞律司都德已唱國權之分之說。(亞氏政治學四卷一頁)在孟氏以前。英之陸克著國政論。論三權之分配。孟

氏之議論實做陸氏之說明。而構成也。彼固以國權之作用。分立法行政司法三者爲各個獨立之機關。使掌行致國權。雖然。彼之真意。絕對的分割國權乎。否乎。要不能無疑。但以吾人所見。則信彼決非唱如此之極端論者。葉唱訥克曰。(孟德斯鳩解英國之政治。爲之個分離的對等。由互爲拘制之權力而成。此主權雖有互相觸接之點。於其本質則互爲獨立者也。然彼不詳說此理論。國權之不可分。及對此不可分三權之關係等。彼之所未定詳論也。)然彼決不吐不認國權統一之議論。惟後世學者。曲解彼說。或誤解言語不充分之點。目爲純粹之分權論者。不過好爲攻擊之結果。吾人爲孟氏採一言以辯解。於喚臺於拉司脫。(於北衆國憲法未成以前。就各州之利益與合衆國之利益之輕重。議論沸騰。謀統一非常困難之時。哈米羅登。買其生。諸氏。相謀爲聯合主義之實行機關。發行之雜誌。)雜誌買共生辯明孟氏決非主張極端分權論者曰。(推彼自身所用文字之意義。又徵彼引用之事例。彼之所說。即立法司法行政三部。其一部之全權。有他部之全權同一之力。而得行使。不過自由憲法之根本主義。全被破壞而已。)(Federalint NXLVII) 則真可謂孟氏之知己矣。至於近代說明獨逸聯邦者曰。主權者聯

邦與各國之間。被分割者。懷衣智之說也。(政治學原論一八六二) 然如葉里訥克所  
論。非聯邦與各國分割同一之國權。而分割應受國權支配之事物。只兩者之間。  
互以自己國權。分配應支配權限事項。而非分割對此事物而動之主觀的權力。  
故以懷氏之說。尙不能使國權分立論成立也。

統治權者。爲達國家之目的而勵治者之意思之力也。於一國之統治權。從如何  
分子構成。可置而不問。統治之主体之一人。又或一体之意思。有一無二。於君主  
國。君主統一意思之外。無統治權。於貴族國。貴族之一体合同意思。即統治權之  
根原。君民同治國。則君主之意思。思人民之意思。思一致而始成統治權。故無論如何  
時。統治權爲統一觀念。非有有個獨立意思。世人權力分割云云。於一方誤解國  
權之作用。被分掌於有獨立意思之機關之間。於他方。就議會與君主一致。始其  
統治權統一意思之時。向謂統治權被分割於議會與君主之間。夫多數之機關。  
雖參與統治權之行使。各個機關。非全然獨立。有一定之關係。使歸一於統治体  
之意思後。要不背乎統治權不可分之性質云。

吾人所信。則有制定憲法及變更之權力者。常為主權者。故統治權不可分者。於有憲法制定變更權之一人。或一体。見之於現實者也。蓋此說又為佛國憲法學者希哀等所唱。於美國雖宣言之權分立主義。而國權大概從人民出者。揭於憲法之冒頭。而依憲法之制定。始以各種之權力。附與於特別之機關。(Granted or vested) 故國權之統一。於憲法制定力之國民國體。見之於現實者也。所謂國政分割。雖於米國。亦未見其實行也。

下文司法及行政之定義  
覺行政完全  
司法行政中  
之一部分如  
下文所實  
質可見

國政之作用。分立法司法行政之者。今日之通說也。若以此區別。使得正當。則三者本質上不得有先天的對等地位。亦不得以三者附與於獨立不羈之機關也。司法者所持法律之國權作用也。行政者。執行法律。又於其範圍內。赴量行為也。無論何時。司法與行政。不能與立法對峙。而在其下位。故立法權在三權中。占最上位。由此點觀之。則三權不得有徹頭徹尾。無關係之獨立性。休而權以立法為國家之最高意志表示。而其他國家之作用。受此立法之拘束。蓋為此也。(休而權) (撥落衣) 思國法第一卷一三三頁) 故既分立法司法行政三者。則為相對峙不羈之三權。於言語自身

下文之意。指耶思。何所指之主體。意思之表。主體發之意。乎或指之意。以第二義解。則國法者為發表之意。故意思不特得以前上。抵觸則第一義解則一國認二個統治之意。理由不得明之。則由不可分。國權由不可分。只意思唯一。豈能為國權。全不可分之說。明與

相矛盾者矣。

三權分立論之非。既如前述。而孟德斯鳩之主義。表現於佛國憲法後。近世於歐洲憲法皆被採用何歟。蓋三權分立。雖不可能。而分國權之作用。使分掌於別個之機關。為防國權之濫用。是所必要。又最適當者也。

吾人於此初無廣引外國之著述。確定自己之說之必要。彼等論統治權之不可分。殆自明之理。不特不待冗長說明。而如拉而盤耳。辯明之權分立說。亦不見其必要。蓋統治權。意思之強制力也。意思有一無二。此結果。生當然國權不可分之斷案也。

#### 第六節 國家之聯結

廣義的國家之聯結。謂多數國家之合同。國家合同。在獨逸公法學者之間。熱心研究之問題。而不得要領。亦莫如此問題者。獨逸自身。為聯邦。故其國法學論國家之合同。不俟言矣。如李漏西巴威倫。雖在支分國之國法學。對於帝國關係上。亦有論國家連合之必要。吾人為我國法之解釋。誠惜研究如斯無用不明之問

題。然大體之觀念。於茲述其大略。

國家連合之形式有種種之區別。然吾人於此不爲國際法之說明。而爲國內法。即國法之研究。故國家之連合。於其內治無何等之關係者。換言之。即全然對於外部之關係。以共同行使之目的結合者。非茲所謂國家。即茲所述連合中。不包含純粹的國際同盟也。

純粹的國際同盟之外。多數之國家。偶然又因特別之原因。由共同統治權之總攬者所生君主國之聯結。又其內治以共同處理之目的。而聯合。不拘連合之形式如何。多數國家之合同。即所謂廣義國家之聯合。其中國家之要素。即有自己之領土。臣民及統治權者。此國家。即狹義的國家聯合。其他則非國家也。

彼學者所謂身上連合者。personal union 非國家。其所合同者。爲國家。而非有一定之職司。不過二個之獨立國。偶然有共同之國首。從千五十四年。迄千五百二十六年。西班牙與獨逸。從千七百七年。迄千八百四十八年。諾伊恩普魯希與亨漏西。及現今控五國與白耳義等之關係。是也。對於身上聯合之物上

聯合。Pen Union 亦非國家。物上聯合者。數國基於條約習慣。或上級統治者之意思。戴各國共同之君主之謂也。物上連合與身上聯合同。只同君主者。無論矣。若聯結的國家有共同之機關。特物上聯合時亦有然者。如奧國之共同內閣。奧國參議院及匈國議會之委員會是也。然共同機關。非連合關係之要素。共同機關。無位於聯合各國之上之共同團體機關之性質。只聯合的各國家之機關之行動。瑞典那威休里斯威希。霍耳司他興。奧大利。匈牙利是也。

狹義之國家聯結者。多數之國家聯合。而為更大之共同團體。而此共同團體。更有一國家性之謂也。獨逸學者。分普通狹義之國家聯結。為國家聯合。Staatenbund 及聯合國家。Bundesstaat 二者是也。

國家聯合。聯邦主權。只及於各國。不直接及於人民之謂也。故聯合主權。不得對於諸國臣民直接行其命令權。欲行此命令權。不得不依聯合各國之媒介。故聯合主權雖有立法權。而其法律之有效之實施。常依各支分國之國權而行。反之

聯合國家得直接對於各個臣民行使命令權。謂之聯合關係是也。

國家聯合與聯合國家之區別。如右所述。買衣愛而雖說明此二者。共爲國家。而余則以國家聯合作非國家解。蓋國家之要素。必要臣民之存在。國家聯合之構成分子。乃各支分國。而非人民。故國家聯合。無自己之人民。而各支分國不能稱國家聯合之臣民。故其結果。國家聯合。不可不謂缺國家成立之一要素。故以余之見解。國家之聯合中。有國家性者。唯聯合國家。但論國家之聯合。如我國之單一國家之憲法。無說明之必要。吾人於此問題。寧避拘泥混雜之弊爲便利云。

拉排痕特。莫羅獨逸國法。以國家聯合不看做國家。葉里納克勞動遮倫亦然。

第七節 國體及政體

## 國體

國體者。國家之種類也。故異其區別之標準。應其各種之分類。然茲所稱國體者。以一國內統治權在何人之手之點。區別之謂也。即基於主權者之區別。區別國體之種類也。

解國家爲統治權之主體之學說。則無基於統治權之所在。爲國體之區別。蓋國

權常在無形之國家也。然獨逸學者中認國家人格者，尙從統治者之人之區別，定國家之種類。不無自相矛盾云。(實衣愛而國法學二六頁註二)

或曰凡國家者，有統治關係之團體。故國家無種類。然雖人類之中，認白黃黑赤人種區別。國家之中，不妨亦認種類。蓋曰人種，則於人之觀念之下，爲異種之區別。非人與人以外者之區別。曰國之種類，則於國之觀念之中，論種類。非國與國以外者之區別。論者之言，蓋堅白異同之辯也。依統治者之區別，分類國家。自亞利司都德始。君主國 *monarchie* 貴族國 *aristokratie* 民主國之區別。彼之所唱也。後世學者亦踏襲此說。又或此之種之外，如善倫欺猶利。(一般國家學三七一頁) 懷衣智。(政治學原編一二二頁) 加以神主國 *the okrairie od Idaskrairie* 或如遮哈夫。(獨逸國法及聯邦法第一卷七五頁) 載婆羅。合貴族國民主國於共和名稱之下說明。然於大體不出亞利司都德所唱三種之外。如神主國非法律上之問題。民主國貴族國爲同一之說明者。其意蓋謂兩者統治者有數人。故對於一人統治者之君主國，合數人統治之民主國貴族國爲一種。然一則以國民全體爲統治權之所在，一則以國民之一階

級。爲統治者。依此點可爲兩者之區別。吾人基於普通之分類。爲國體之區別。只舉君主國貴族國民主國三種而已。

君主國者。謂統治權屬於一人之國家也。貴族國者。謂國民之中卓越之數人在統治權者也。君主國者。謂國民團體有統治權者也。今日有共和之名者。如合衆國白耳義希臘等。爲民主國。日本土耳其露西亞清國韓國巴威倫利克森等。爲西瓦敦堡等。及獨逸帝國中之王公侯國。君主國也。但白耳義希臘。雖皆戴王。有王國之名稱。而於憲法明定國權從國民出者。故不可循名責實也。

## 政體

政體者。謂統治權行使之形式。故與國體同。依種種之標準得爲區別。然於此統治者。分統治權之作用。必要有獨立意思機關之參照。爲條件。依行使其權力。或不行使爲標準。論之憲政驗與專制政體云。

## 專制政體

專制政體者。統治權之行使。不受有獨立意思機關之制限之謂也。立憲政體者。國權之作用。通過獨立意思之別個機關。而後表現。爲其必要之謂也。普通之說明。主權者。定一定之原則。統治權行使之際。經一定機關。爲國法上之要件。立憲

可謂較從來  
之說進一步

政體之謂也。然主權者自己總載百般之政務。屬不能之事。故有國家必有統治之機關。然假令雖通過此機關而行。爲其要件。而此機關。法律上由統治者之意。而非有獨立之意志。則不得謂之憲政體。故於此特云獨立之意思也。

政體之區別。基於國權之行用。故與國體之區別不矛盾。無論君主國民主國貴族國。得有立憲專制政體之分。只貴族國。不存在於今日。又於民主國之專制政治。見於古時羅馬之民政時代。並古代日耳曼人之民會。今日亦不存在。故無論定之必要。

大僧正僧正僧都伯爵及男爵。一一以國王之手書招集之。其他諸侯以爲諸州上級官吏之歌里夫使招致之。然如上所述之者之規定。以漸被實行者。於爰特懷特一世之統治時代。望總臣民之合意之時。通常唯直隸侯之大者。即依大憲章。有特別招致之必要。而召集。或求補助金。及軍役免除賦金之承諾。或欲發布命令。求其協議。此集合。爲時既稱議院。parliamental 參列國內行政補佐國王之合議制官廳之常置顧問官。permanent council (後爲樞密

顧問 (privy council) 會議。議院者。國政一般的顧問。即大顧問會。 (magnum concilium) 有三種之權限。即(一)特別裁判所之權限。特別裁判貴族會員之同等裁判所。 (judicium parvum) (二)當爲承諾租稅之團體。(三)爲國王之最高顧問官廳。更關於新法令之發布。應國王之諮詢。……以上被召集於大顧問會之權。其初止及於其人之一身。而俗界之會員。漸至被世襲的召集。……上述直隸諸侯之大者外。猶有小者。及非直隸諸侯。二者相合。成騎士之團體。更爲拉立夫及分退而謫脫夫脫之區別。其他尙以自由府存在。國王又或以團體之代表。者招致於國會。其初於地方。訴願並行政處分諮詢之。而其後雖租稅之徵收。亦求其同意。又市府及植痕欺之代表者。只有被制限之權限。不得與大顧問會所管掌各般之議事。而稍認右代表者。與大顧問會之會員。共利害休戚之事。故已開共用之議會。由此議院者上院即諸侯之部。下院即市府並諸州代表者之部。分爲兩院。以地方團體之代表者。稱庶民院。下院又收監視自承認之租稅之消廢支出之權利。故有爲國王之高官而於議院使任

其責之權限。又因地方之愁訴。而於現行法之範圍內。不事救濟者時。則以新法之發布。請願於國王。國王常以上院之同意發布之。其後從議會爲此請願。而更須提出備形式之法律案。國王與上院。唯承認之。而以上下兩院之一致發布之法律。非兩院之同意。不能廢止之。此上下兩院初創之說也。法律思想。亦發生於此時代。關於立法之國會協贊權。亦由此而成。中世紀之終了。是等諸般之事態。皆已固定。於十六世紀之間。亦存此狀態。其間當邱獨羅王家時代。國王之威勢。實際壓上議院。而陽尊崇國會之權利。至十七世紀。全然反此。斯邱懷而脫王家。擴張國王之命令權。又援用免除權。而欲從其根底。覆議院之制度。公然對於議會。宣言抗敵。二者確執。因以顛處王家。爲其結局。千六百八十八年。斯邱懷而脫王家。從英國被放逐後。依權利宣言。Declaration云

立憲政體者。有憲法之國之政體也。實質上憲法者。定國權行動之形式之法規也。而國之所有者。不問慣習法與成文法。以可定政體之大綱之法規。解憲法意味。而定主憲政體與專制政體之區別。不能也。然今日所謂立憲政體者。謂基於

立憲之作用。通過有獨立意思之別個機關而行爲要件之憲法。換言之。則立法司法行政之作用。不出於同一之意思。而待有獨立之機關之參與。又通過其機關而行。爲要件者也。而今日立法行爲。依公選代議士爲組成要素。由議會之參與而行爲本質。故只有以代議會。使干與立法之憲法之國。可斷言立憲政體國。於此意義之憲法之實質。先發達於英國。而學理的說明。則佛之孟德斯鳩是也。憲法之文字。有沿革上之意味。故立憲政體。亦不過沿革上之意味。屋篤買耶行政法第一卷一頁。(憲法者。只謂以代議會使參與立法。附與國權之一部之時。如此組織的國家。曰立憲國。一千七百八十九年。人權宣言。於第十六條簡短的附記。未定以代議會使參與立法之國民。則未有憲法。) 以此觀之。憲法者。爲代議政體之國家。沿革上不磨之原則也。故離此沿革。無憲法。(人權宣告第十六條。直接之文意云。『非權利之保障安固。且權力之分立確定之社會。皆非有憲法者。』 *Tant la société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'apoint cons*

stitution 然與他之條文比較。當然生前買衣爰而所舉之結論。(葉里訥克人  
權及公民宣告第五章)。

立憲制度。並議院制度之故國。英國也。英國自諾耳門征服後。約五十年間行  
峻嚴的專制政治。至千二百十五年。始大諸侯。以大憲章 (Magna charta) 對  
於王國得加憲法上之制限。此憲法。專包含於國王之統治權。加法律上之限  
界之規定。而非對於國政。以參與權許與大諸侯也。唯有三條。胚胎後世之設  
院制度。(一)大憲章之擁護者。任命二十五名諸侯。倫敦市長亦在其中。諸侯於  
國王違犯憲法必要之時。雖用兵力不可不強制國王。使遵守法律之規定。(二)  
刑罰並罰金從同身分者。不依裁判所之列決。則無論何人。不得課之。(三)除古  
來慣行之者之時外。(皇子授爵。皇女婚嫁。及捕虜釋放之賠償。非直隸諸侯  
之同意。不得徵收補助金。因當自就軍役。徵收可免其役之賦金。亦要同樣之  
同意。爲欲得此同意。Oversights 國王之過大權力。皆被廢棄。國會之權利。更  
被確認。生邇來議院最上權之趨勢。國會自爲國政上主的要素。初無變更形

式上憲法之事。依政治上之慣例。而達其目的。先是斯邱懷羅王家。爰樞密顧問之制度。於其信任之少數顧問官之集會。處理國政。始創此制。謂之內閣。其初爲國王之機關。而其後議院之勢力日加。至內閣不外上下兩院之選出委員。其例發生於十八世紀之間。千七百八十二年。大臣更迭之際。始依實行之慣例。內閣以下院占多數之黨派組織之。爲政府之首領。且爲議院多故黨之領袖之首相。立於首位。此慣例至維多利亞女王治世。全然確定。謂之議院政治是也。以上所述制度之結果。國王當選任最高顧問官。亦不能如意。故全失實權。今主不過擁形式之虛位。如對於法律議案。國王之拒否權  *veto* 。十八世紀之初以來。實際無行之者。(拉賈衣那獨逸國法一二一頁。余等譯同著一七六頁。)

英國三權分立。不能行於實際。孟德斯鳩之說。不充分。今日學者所認也。雖然。歐洲大陸諸國。制定憲法之際。受氏說之影響。最多之事實也。氏以英國憲法之本質。其政體在君主政體貴族政體及民主政體之融和混合。及權力分配之二點。國權之作用。分立法司法行政三者。於自由國。此各權委任各別之人。或各別之

團體。爲其必要。且曰。權力之分配。於英國同時包含。如前述之三政體行政權在國王。司法權在人民。立法權。半由貴族的元素。半由平民的元素而成議會。立法權對於行政權。非有否拒權。故不能妨行政權之行動。雖然。於其行爲。得問責任。且年年對於行政。就軍隊之數及租稅。有與同意之權。反之行政權。對於立法權。有否拒權。蓋出於立法權掌握一切之權限。防遏蹂躪權力分配主義之弊之趣意而然也。(賈衣愛而國法學二四頁以下。福耳脫門。獨逸法律精神論三二頁以下。極端的彼之說從 Joches heatero on civil Government chap. 1's 探其大綱者也。)三權分立論之誤。如前述。孟德新鳩之英國憲法論。無非出於誤解。蓋立法行政司法之權。非有各獨立之能力。單一的國權之發動也。三權。於英國非以對等之權相並立。英國之立法權。在他二權之上。故單以機械的權能分與國家之各機關之間。雖於英國。亦不存在也。英國之議院政院。已胚胎於孟氏時代。不特有關於立法之重要勢力。最高之官廳。亦從議院中生。而爲彼所慮之議院專制政治。所以不生於英國者。因其自治行政與裁判所之地位。爲對於議院之專制分子。於此點。彼曾見及之歟。

此等之非難。且置不問。三權分立論。基於盧騷之社會契約論。國民主權論。當時風靡佛國之政治思想。千七百九十一年九月三日之憲法。基於此學說。是不待辯之事實也。當時歐洲之民主的君主國之憲法。多受佛國憲法之影響。例如千八百十二年之西班牙憲法。千八百二十二年之葡萄牙憲法。千八百十四年制定之現行諾威憲法。皆倣之。而其受最多之影響者。千八百三十一年二月七日白耳義憲法是也。

承千七百九十一年九月之佛國憲法者。共和第一年憲法。取純然民主主義。而棄權力分配主義。此憲法不啻實行。千七百九十五年八月二十二日之憲法。於其餘之點。同民主的。而再歸復權力分配主義。拿破倫沒後。蒲羅納王家興復。同時取君主主義。反乎權力分配之思想。而其國權統一之觀念。此結果。一八百十四年六月四日。路易第十八世。發布領定憲法。宣言佛國一切公權。從國王出。國王唯依議會之協贊。權能之行使。不受何等之制限。自一千八百十四年。迄四十八年間。成立之獨逸諸國憲法。殆基於此路易第十八世之領定憲法。特千八

百十四年以降二十年間。獨逸南方諸國。則悉消化此憲法。七月革命以後。中部此部之獨逸諸國。亦採用此憲法云。(葉里訥克近世國家之法第一卷。一般國家學四六一頁以下。拉買耶國法二三四頁以下。)

就沿革上之意義。即固有之意義論憲法者何耶。如以上所述。不難理解。於此沿革的意義之憲法。即有使代議機關參與國政之制度之國。謂立憲政體國是也。我國基於歐洲諸國之憲法。依代議制度制定憲法之沿革。如後所述。故我國亦有固有之意義之憲法。爲立憲君主政體。無俟多辯者矣。

### 第三章 法

#### 第一節 法之意義

法者。統治主體爲達國家共同生活之目的。制定又已認定的行爲之準則。而統治主體之行爲外可得受強行者也。

(一) 法者統治主體之制定又認定者也。

謂法爲民約。爲神意。其說如何。且置不問。無論在如何時代。法者。出於統治主體之意思。又無不係其認定者。蓋法者。原則有強制之性質。強行者即優者對於敬

者之意思之強行力。而一國最高之意思。無出於統治權之外者。無論如何強制力。其源無不發於統治主體之意思。則以權力不許兩立之必然的結果也。

但觀憲法成立之事實而論者曰。米國各州之憲法。及合衆國之憲法。非基於人民之約束哉。英國之大憲章。非貴族強制王使承諾哉。然米國之憲法。依於人民之約束而成。千六百二十年十一月十一日。紐普里麻思之憲法。爲最古之憲法。稱（五日花）。於船上依順禮移住民之約束而成者也。千六百三十九年。批尤利吞發派之信徒。法康克欺措脫之根本法。亦然。然基於約束而成之憲法。何故非主權之制定者乎。於原始時代。或新殖民地等。人民相集構成合一意思。此意思有最上之權力居多。無論何人無所疑也。故其外形如約束而成者。實則統治權之意思表示也。於此時之憲法。非契約。依於多數之意思而被構成最上之意思。即依於統治權而被制定者。各個人。迄有效的廢止之日。不問參與議事者。與不參議事者。生於當時者。與生於以後者。皆當服從此憲法。自然法學者之一部謂法基於民約之契約。其說固非。雖然。亦有從正面解釋云。法爲契約的。何故

拘束當事以外者乎。執此反對之論者。亦復不當。吾人之見解。雖爲民約之形式。其實亦統治主體之意思表示也。如英國大憲章亦然。君主與貴族之約束而成者。當時之統治權。依王與貴族之同意而成。若解作惟其爲王。故爲主權者。惟其爲貴族。故爲臣民。初無必要之理由。不問於何時代。憲法制定權之所歸屬。即統治主體也不獨憲法。凡法莫非依統治主體之意思。被制定或認定者也。

或曰。道德宗教之教。非主權者之制定。或認定。故非法律。然關於我國教育之勅語。爲天皇已定之詔勅。而日本國民拳拳服膺。非定行爲之準則哉。此勅語。所以示倫理之標準。而非定法規。故勅語自身不具強制之要素。須待他之法律力者也。故以主權之制定或認定與否。區別倫理宗教之規則與法律。爲已誤。法之爲法。其本質實在其強行性也。

(二) 法者爲達國家之目的之行爲之準則也。

爲達社會的團體的共同目的。社會對於其分子之個人。示行爲之準則者。法是也。以此立論者有之。(穗積氏憲法講義)夫不曰國家或統治者。尙曰社會。於此

點暫置勿論。謂對於社會之分子之個人。示行爲之準則。於時如規律官廳之行爲者。關於法人之規定。又關於天皇之行爲之憲法。有不包含於法中之嫌。故余單言行爲而不言組織團體之個人也。

既云爲達國家之目的之行爲之準則。統治者以國家之目的度外視之。或與背馳而定法律時。則爲非法。以此立論。對吾輩之說爲當然之攻擊。於此時只從統治者制定或認定之行爲爲準則。而有強制力之點。定其爲法。蓋余茲所論。不過舉原則。使萬能的國權作用。常向國家之目的而勵。只學者之議論。而不能實行者也。

(三) 法律者制限統治主體之行爲之者之外有強制力。

法者。由統治主體之意思而出。故統治者故意違反自定的法時。對之無制裁。當然之理也。自來雖言有統治者違反法律時之制裁。於服從之際。不可謂無形或上之制裁。雖然欲不受此制裁時。無論何時得脫其羈束。此從統治者之地位而生之當然的結果也。從來學者。因一切之法。有強制力。說明之結果。或以憲法無

下文說明似  
欠明了

於立憲君主  
或以法律於  
國時規定君  
主受一定之  
制裁則未得  
國會之協贊  
爲廢其法律  
能避其制裁  
而國之之協

贊非君主  
得自由左右  
者也

郵便條例郵  
便表書之番  
地姓名當爲

制裁。爲非法。或謂但無効亦爲制裁。故可爲法。然兩者皆誤。哇斯欽一派之學者。喜言憲法無制裁。或曰貴踐一定之形式。行使國權時。若違反其形式。則其行爲爲無効。而無効亦不失爲制裁。故憲法不可謂無制裁。然制裁依部分之力。自己受不利益之謂也。而不發布無効之法令。則君主之任意。而不依外部之強制力。因自由意思。君主不出無効之法令時。不可作憲法對於君主（或他之統治體）有強制力解。而君主爲一度違反憲法之行爲。其結果法理之解釋爲無効。雖然欲強使有効時。吾人不可不忍之。故假令無効爲制裁。而此無効非當然生者。故對於主權之行爲。無制裁。要之主權者。強欲爲違反憲法或破壞之之行爲時。吾人對於主權者。不能加何等之制裁。故憲法對於君主非有法理上之強制力。又無制裁。柴耳比亞國王之非命。無憲法強制力之結果。法律上主權者神聖不可侵也。

如此關於統治主體之行爲之法規。非有強制力。又無制裁。從主權之性質而生當然之結果也。雖然。至其餘之法規。不可無強制力。又不可無制裁。實爲法與他

之規則區別之主要點。此余所以分法爲二。關於統治主體之行爲者外。皆必要強制力也。

## 第二節 公法及私法

可成大書而或時不能強行其他稱法書中之無強制力者乎  
文字有公私之區別則法律有公私之區別初無黑由文學有黑白之區別則規亦有黑白之區別耶

公法私法之區別。羅馬以來至今日學者間所義論者也。法者謂主權者之制定。又已認定之共同生活之秩序。其結果。使或學者謂法之本質有一無二。法分公私。學者之末事也。吾人亦非確認此區別之必要。雖然。亦非謂無此區別。法者人類社會之現象也。古蒼頡作書。自環爲私。背私爲公。異法規之數時。因國而爲干差萬別。雖然。既人事有公私二道。文學亦有公私之區別。法規豈無此區別哉。吾人於茲舉二三學說。於最後及自說云。

### 第一項 無差別說

無公法私法之區別說。凡法皆爲公法說。及凡法皆爲私法說。併稍無差別說。單主公法私法無差別作極端論之學者。吾人淺學。未見其著述。或以哇斯欽葉鄰克爲此種之學者。然哇氏非有此論。彼於法之分類。分人之法。及物之法。Law of

persons I am of things 人法之中更爲公法私法例外法。 political conditng private Oanomalousc之區別甚明。只氏以公法私非法之最大分類。寧作爲人之法中之一區別而已。葉鄰克之無差別說。如揭於法律精神編第六十一節者然。未發見其斷論。故吾人寧毋研究單純的無差別說。至第二之凡法皆公法說之學者。不能不發見於參考書中。其尤有名者。爲郁沙·希耶音·平勤克·希氏曰。法之成立。事實反復之結果也。有多少利益關係之或事件。因時反復發生之際。對於此事實。定一種之處置。(ueithalen)所生之必要。即法之起點也。爲此事實。於國家生自覺的又不覺的。換言即立法的。又慣習的處置。或手續法。凡法皆手續法也。私法中之立法。不過爲助法的民事訴訟法之補充。如是法之分類。只有手續之區別。故私法的手續。(Prinrechtliches verfahren)得與他之手續。例如刑事手續 strafverfahren 區別。然必私法的手續與公法的手續。爲二者之區別。則又不可要之一切之法。國法也。故國法之文字。用於法之一部分之名稱。則已誤。再進一步。則謂一切之法。公法也。又行政法也。乃國家之施政法也。定國家的手續

者也。故無論何法。非私法也。（柳沙希耶音吾人之法律哲學）（及法律學六一—七三頁）故氏以一切之法解公

法者也。獨痕亦以一切之法爲命令法。希耶音之說。得其正當。辯護之曰。（如法

規不問依法律而定。與自然發達。皆法律共同之意思表示也。而此法規。規律服

從各人之各部行爲。故法規。皆命令的也。從其成立及一般之內容言。法規皆同

一也。平勤克謂一切之法規者公法的性質。違反法規。總爲違反公法。爲得其正

當也。（獨痕法規及一）平勤克曰。法規凡其發現之時屬公法。定公法上之義務

者也。（法規權利及違反九七頁）

凡法皆私法也之說。全然與前說反對。此說從十五世紀之頃。漸發達。十八世紀

之後半。至十九世紀之前半。廣行於政治家及法律學者之間。即法爲個人之行

爲而存。爲增進個人之利益而設者也。公法。皆不道私法之助。此說於佛之革命

時代。最得勢力。以此結果。而有佛國民法之制定。佛民法。非依制定私法之觀念

而生。乃定人民之權利之觀念。故以民法爲一切法律之根本。私法的規定外。多

揭公法的規定焉。（法律悉皆私法說之說明。據穗積氏法律哲學講義）

法之外面有一無二如人類以外之動物用以相比較。則一個之種族。只有一種之人。然社會之現象。極爲複雜。於其中性質上互爲區別。而要可入別個之系統。中吾人寧排無差別說。採差別說。依如何標準爲區別。最得其當。則須論定者也。

## 第二項 差別說

公法私法之區別。烏耳排諸思始爲普通之說明。霍倫脫反對此種論者曰。『法之別爲公私。屬羅馬烏氏以前之事。亞司律都德。旣明爲兩者之說明。立犯罪之客體區別。同或犯罪。對於國家行者。或犯罪對於個人行者。毆打脇迫。Sed contra 對於個人之侵害。脫兵役對於國家之侵害也。』(霍氏法學原論九四頁)然犯罪之區別。未可與公法私法之區別同視。吾人未詳細研究亞氏之著述。然如霍氏之所引。亦未說公法私法之區別。吾人故以烏氏爲區別之始祖也。

## 目的說

### 甲 目的說

依法規之目的區別公法私法之說也。此說烏氏所唱。於尤斯氣呢痕帝之法典中法學階梯第一編第一章。及學說彙纂第一章所採用。曰。『公法者。關於羅馬

此處稍有銳  
利的駁論

事務之基礎之法。而私法者。關於個人利益之法) *publicum ins est quod ad statum rei Romanae spectat privatum quod ad singulorum utilitatem* 近世學者依利益之區別。分公法私法。公法。保護公益者。私法。保護私益者。亦多烏氏之影響。(指於夷思一般國法與在買克而特生公法參考書中一三一。濃。衣門租稅及公益。二三五頁。一八八六年獨逸帝國年報。)然以利益爲標準而分公法私法。極爲困難。凡法。備社會的無用生存條件以上。皆可謂有保護公益之性質。故一切之法。可謂公法。反之從一方面論。法不離人而存在。故凡法從保護人類利益之點觀之。則皆以保護私益爲目的。又可謂皆有私法上之性質。吾人欲知何者爲公。何者爲私。而以公益私益之區別。答公法私法之區別。則不可不謂陷於循環論法矣。

法律關係說

## 乙 法律關係說

依法之規定關係之差異而立區別。此中亦分數說。

(一) 規定權力服從之關係者。爲公法。規定平等之關係者。爲私法。以此立論者有之。(穗積氏憲法講義。屋特買衣耶。獨逸行政法第一卷一〇四頁)此說。以一切法律關係。不出乎平等關係與權

憲法第二章  
國民之權利  
義務之規定  
之方針立法  
定之權也  
用之規定也  
法之規定也  
爲之規定也  
個人權利  
關於個人利  
義於個人利  
義務之規定  
規定平等之  
關係也  
者對於犯罪  
之權力關係  
之規定也  
明文正當非  
明下之材料  
故

力關係爲前提。非此不能維持也。權力關係以一方之意思。強制他方之意思者也。平等關係者。對等的意思。主體之關係也。故法律者。無論何時不外從人格間之關係規定者。則此說尙有主張之餘地。然法依國家之事情隨時制者。其內容單言事實者居多。反復法律全書。顯然可見。故此說於前隄既見維持之困難。假令爲讓一步。即謂凡法律關係不外權力關係與平等關係。而今日人人所認爲公法而無疑之法規。亦有平等關係之規定。又被認爲私法者中。亦有權力關係。無論何人。謂獨逸帝國憲法爲私法無有信之者。然其中規定各支分國有平等之權能。不屢見哉。不必遠引外國之例。我憲法第二章中規定臣民之權利條文觀之。則不必爲權力之關係。寧謂爲平等的規定。不合法行爲民法所規定也。契約違反亦然。科契約違反及不法行爲以損害賠償之責任。與對於犯罪而科刑罰。有何等之差別乎。或如獨痕所唱。依委法規之執行（被侵害之個人）。與否爲公法私法之區別。以此立論。辯護本說。而刑法中尙有親告罪。則論者之說不能完全辯解。穗積氏不拘於憲法以權力關係爲公

法之標準。於行政法。謂個人相互之關係。國家以權力定時。亦行政法也。即公法關係也。蓋非如此說明。則生行政法上不能解釋之點。然氏之行政之定義曰。行政者。國家對於個人而働之權力作用也。則國家定任官之關係。或町村間之關係時。一方爲權力者。則就令依於任意之會意行爲。或平等町村間之關係。皆爲公法。則非疑暗中破壞自己之定義歟。且如親子夫妻之關係。從來以爲私法無有疑之者。至不得不入於公法之中。寧非爲整論理之結果。而強辯乎。吾人雖商法民法法典中之規定。不認其言爲私法。如規定罰則乃公法的也。然取無論何人不疑之規定。強借自己定義之犧牲。吾人之所不敢出也。

(二)公法者。規定公權者也。公法的權利。爲一般之利益而存。公權者。如王有統治權者。公民有選舉權者。爲總體故而存在者也。國法。國際法。寺院法。刑法。訴訟法等。爲全體之利益。對於對等之人。定一人之公權力也。私法<sup>上</sup>之權能。其本質非爲公利的。爲自利的者也。雖私法。一面不能不爲公之利益。而其主目的在個人之自利。故私法財產法也。財產權之目的於第一位。物及物之價格是

也。私法者對於有形貨物自利的司配之規定也。(逐姆羅馬法 教科書二五頁) 如是立論者有之。逐姆是也。氏之說。一面包含眞理。公法者爲公利而存。私法者爲私利而存。此事實也。然分其法爲定對人之力者。與定對物之力者。爲二。前者爲公法。後者爲私法。故或者對氏之說至加駁擊曰。親族關係及債權關係。爲定人與人之關係。然稱私法。原債權之目的非人。而有人之作爲不作爲。故逐氏之說尙不得不說明債權關係爲對於財貨者。何則。作爲不作爲。亦得謂之財貨也。特親族關係。彼自己亦明言屬於私法。然彼雖『於家父之家族關係。古代爲對物關係。近世家族至亦認人格。即人格與人格之關係也。』如此立論。不可謂非自相矛盾。要之對物關係。例如對於領土規定國家之關係。非私法而公法也。又雖對人關係。親族法並債權法之規定。非公法而爲私法。由此觀之。逐氏之說明。不足爲區別之標準也。

### 丙 法律之主體說

依法律關係主體之區別。分公法私法者也。買衣愛而謂規定個人之關係者。爲

私法。而關於政治的共同團體之法規。公法也。（國法學四四頁）戶水氏法律學綱要及岡氏行政法云。公法者。直接規定主權者與私人之關係之法。私法者。直接規定私人相互之關係之法。以上皆主體說也。或反對之者。謂國家與個人。立於賣買關係之時。從私法之規定。故定國家與個人之關係。非悉爲公法。然其說有誤。私法者。非定國家與人民之關係。而定個人與個人間之關係者也。國家不行使權力。與他人爲賣買時。則曲從私法。換言之。則私注者。非定國家與個人之關係。而定個人相互之關係者也。故國家從此私法。而爲取引。法理上以私人之資格行動者。入言私人間之關係之法律中。故可作國家或時從私法之規定解。而私法規定國家與個人關係之反對論者。其誤解不待辯也。然主體說於他點有所不得維持。蓋如前所論法之中。單宣告事實者。又只定對物之關係者。故採主體說時。則當生非公法又非私法者。又如刑法乃定私人不可相侵之關係。故陷於不可不謂私法之弊。只賈氏之說。謂關於政治的共同團體者爲公法。非無說明之地步。其解私法爲規定個人相互之關係。則不可不謂氏不能脫他主體

民法第二條  
外國人除有  
令或條約得  
禁止時外  
享有私權  
第十條  
治產之原因  
止時裁第九  
因揭於其第  
條者之請求  
要取消其宣  
告外國人  
除國及國  
行政區劃及  
商事會社外  
不認其成  
立依法律許  
者不在此限  
如此規定之  
關係無耶  
得起關係  
余等固疑其  
不然也然則  
明從下文不  
得說

說也。

### 丁 自說

規定有國家始得起關係者。爲公法。不然者爲私法也。此說非吾人之私說。海而脫謂以國家規定國家。又規定國家之存在之法律上之結果者。公法也。（海而脫憲法論八頁）一木氏謂私法者。規定得存在於私人之間之關係者。公法者。規定得存在於國或其機關相互之間。或其機關與私人之間爲限之關係者也。（一木氏行政法論）穗積氏謂公法者。人類之國家的行爲之規則。私法者。人類社會的行爲之規則也。（穗積氏法理學講義）皆採用此說者也。

有國家始得起關係爲公法。不然者爲私法。其結果則使疑吾人認國家以前。尙有人類社會之永久時代。願吾人決不主張如此議論。然觀察人類社會時。則有無國家無論如何不得發生關係者。如憲法。行政法。刑法。訴訟法。各種官制。自治體組織法。非以國家爲前提。始得生之關係。而爲規律者乎。夫婦相合。生子孫。親對於子行命令。甲乙有無相通則既有人類社會。即得成立之關係。而非不豫定

謂民法中有  
公法而又不  
得謂公法  
私法之區別  
非法典上之  
區別而規定  
上之區別又  
進一步思之  
於同條文中  
有所謂私法  
的關係公法  
的關係此規  
定然則此時  
將得信爲公  
法私法之區  
別非條文之  
區別耶

國家之存在。不可得想像之關係也。因吾人人類習於國家生活之事既久。於人類種種之方面。國家之制度爲補助協力者不鮮。雖然。於此等關係中。除去國家之觀念。而有不得思考之關係。與可得思考之關係。吾人所深信不疑者也。盤氏云。規定國家存在之法律上之結果。一木氏云。限政治團體間。又政治團體與個人間可得起之關係。皆歸着於此。余信此說之最適當而採用焉。

### 第三節 權利

權利者。法律之製作物乎。吾人信權利者。法律之製作物也。無法律。則無權利。臺倫勃罷希之論曰。權利者。歸屬於人類社會之人之生活貨物之分得額也。權利於國家自覺的法規未發達以前。永久存在。吾人從權利之觀念抽象。而不得不定法規之意義。故以權利爲法之製作物之說。不可不謂反乎歷史不正之觀念。法規者。保護權利。或制限之。而非其創作者也。噴臺克登氏之說。以法律利益。因人生生的利益。依於法律。被保護之時。謂之法律利益。即權利也。吾人如後所述。法律利益。非即爲權利。故噴氏之說。從吾人觀之。則誤謬也。然反對論

者以權利之內容皆爲法律所定。則亦非是。權利之基礎的利益。人生上自然發生者。非皆法律所創造。雖今日述公權者之中。以其內容依法律所定者固多。而私權之大部分。保護人生既有自然之內容之利益者也。故至謂權利之內容利益之範圍。亦法律之所定。不免謬誤。雖然利益被保護而爲權利。則必依法律力。是爲眞理。故曰權利者。因法律而始生者也。

權利依於法律而生如前述。於獨逸語曰『來歇脫』Recht 主觀的意義用時爲權利客觀的意義用時。爲法。蓋可見法與權利有不可相離之關係。吾人於茲下權利之定義曰。

得充實特定之法律利益法律上之狀態也。

吾人試分拆說明於後。

(一) 權利之內容。法律利益也。

利益者。適應人類之生存發達之事物。或狀態也。而因法律保護。此利益。爲法律利益。以利益全爲主觀的者。則謂非人類不能有利益。無意思不能爲利益之主

體。如此解釋之結果。至不能說明法人又精神喪失者等。不自覺利益者之權利能力。吾人寧解作客觀的利益。基於法律。認定之生活利益也。法律因客觀的而非主觀的者。而權利之發生。必基於客觀的規定之法。則權利之內容之利益。亦爲法。如此則人當具生活利益。應爲法人體之利益。皆不外認定者。法認人之所有權。而或特定人。所有特定物時。則或疑似其權利。並不享何等之利益。寧謂主觀的不利益者。但其利益從法之方面視之。爲利益。而不失權利之內容。法於或時。附與選舉權於公民。多數之公民中。以此權利爲不利益而拋棄者不鮮。然從法之方面視之。則選舉公民之利益也。而選舉權亦不失爲權利。法固認定利益者乎。觀察人定之實際。以當認爲主觀之利益而保護之。故於多數之時。法益同時與主觀的利益一致。然苟法認一定之利益以上。則其利益得爲主觀的利益之觀念與否。概置不問。又拘幼者精神病者等不自覺利益。而法律所以附與權利者。以生活利益法所認定之結果也。如此權利之內容爲利益。其利益又爲法之所認。則只法所認利益之所有者。可得爲權利者。換言之。則權利主體者。常



既有可得充實利益法律上之狀態。則其權利常存在。而權利之內容。有利益。既以利益被充實。爲終局之目的。則權利殆於此時在活動中。即充實之繼續中。此充實。即力也。無力不能充實。然於人類社會所謂力者。因自然力之外。皆基於人之意思。故得充實法充實法律利益之力。亦不出乎意思之作用。意思者實完權利所必要不可欠者。而古來所以有幾多之學者。陷於以意志與權利得同之誤也。吾人爲簡言之。如左所述。

(イ) 權利者。可得充實利益法律上之可能狀態也。

(ロ) 利益之充實。一種之力。而力者意思力也。

(ハ) 故權利者。因意思可得充實法律利益可能之狀態也。

以權利之本質爲意思之說。基於海拉而。近世學者亦多唱之。或爲法律之認許之意思力。或意思之支配。或意思之內容。或意思活動之自由等。雖有多少之差異。其以意思爲權利之本質則一也。(埃倫氏「噴臺克吞」二一節。鋪泰「噴臺克吞」二九節。威痕脫希耶脫「噴臺克吞」三九節。該而開「圓體法論六三」二頁。)權利之觀念從意思發生。不可蔽之事實也。法律以人類爲權利之主

對於意思機關  
於欠缺之時  
權利存在之  
理由似欠缺  
明說

體。意思不完全者。設代理意思之機關。猶法人必設理事之意思機關。則意思與權利之間。有不可離之關係。反對意思主義而爲攻擊之論者曰。意思而可爲權利。則如幼者精神病者之無意思能力者。不得有權利乎。(葉里訥克羅馬法之精 神第三卷二七頁以下)近世學者亦多需用其說。或對之爲辯護曰。無意思能力者。法律上如法定代理人。設意思機關。爲無能力者之意思。故此等亦未嘗無意思。然對此立論更爲駁擊者曰。無能力者之意思機關。以無間斷而存在爲原則。雖然不無欠缺之時。於此時無意思機關。故不可不謂無能力者無權利。且以意思爲權利。則國家之機關。亦當有人格。如後見人亦有不行使無能力者之權利。而行使自權者。必至行他人之權與行自己之權。不能區別云云。然謂權利者。意思之力也。未必不即生權利者。意思力之結論。故無意思者。不得不有意思力之權利。又權利雖爲意思力。亦不至生有意思力必悉爲權利者之斷案。權利爲何之問題。與權利者爲誰之問題。當分別論之。故論者之攻擊。爲未當肯綮。然此意思主義固無欠缺乎。抑又不然。此主義以權利只爲意思力。然意思非漠然存在者。吾人之所欲者在

或目的也。不問此目的。無意思作用。意思主義。不說此目的之觀念。其欠點一也。又意思者。達其目的之手段也。充實利益之方法也。依於意思有可得充實利益之狀態者。權利也。故意思力雖爲權利之要素。而非權利。意思主義之欠點二也。以權利之本質爲利益者曰。權利者。依於法律被保護之利益也。是說爲盤而（盤法治國一）彌而等所唱。至近世葉里痕克之羅馬法精神論。爲此說之木鐸。（羅馬法九頁以下）近世學者中附和之者甚多。（摺拉伊思法學道論一節。臺倫）此說亦以權利之目的之利益爲權利。觀於此點。不可謂之不當。如所有權。爲充實以物收益使用處分之利益而存在。債權爲因他人之作爲不作爲而受利益而存在。然此利益。究非直接爲物權債權。故此說目的與性質混同者也。然如或學者之論。既（謂無利益即無權利。則債務多有相續權。不當爲權利）云云。攻擊利益之說。則又誤矣。法律認定所謂相續利益。不問其結果如何。凡當相續時。相續爲一種之利益者。事實也。雖有一二例外。從法之方面觀之。相續者。一種之利益也。而余前述之客觀利益也。論者自以利益爲權利之要素。而對於葉氏之說。加攻擊時。引

用不利益之債務相續權。蓋自相矛盾之說也。

攻擊利益主義之論者。又曰。依於法律被保護一切之利益。非悉爲權利。依法之反射作用。(於後說明)吾人雖受利益。不得權利。依刑法之規定。吾人得安眠與自由往來。然人無安眠之權利。又無往來之權利。(德積氏憲法講義)然爲此說對於葉氏之說加駁論則又誤矣。彼豫知此攻擊之及已。而論之曰。依法之反射作用保護之利益。不生權利。保護稅法雖被發布。製造家不得權利。(羅馬法精神六節)且彼以權利被法律上之保護者。換言之。謂依於訴權。被保護之利益也。故因法之反射作用之利益而爲權利。則因牛馬保護法而生牛馬之利益。亦爲權利。牛馬固有權利哉。見地相違之駁論。對於葉氏無何等之關係也。要之。只以法律保護之利益爲權利。則如余所前述。有可攻之隙。又葉氏之說。於權利之說明。雖似適當。然以利益爲權利。究不免失當之嫌。蓋吾人反覆權利之義。不過可得充實此利之狀態也。

以訴權爲權利充實之唯一方法者。如前述葉里訥克是也。訴權固充實利益之

方法中最普通。又最有力者。然吾人以訴權者爲保護權利被與之法律上力之一部。而不能盡其全部。如所謂自助制度。爲訴權之外一種利益保護力。自助者。許權利者訴於自己之腕力。而充實其所有法益之制度也。分自助爲二。曰自衛。Selbst wehrung 曰自足。Selbstbefriedigung 是也。前者爲不法侵害之防去。後者以適合於自己權利之狀態。以腕力發表之之謂也。國家之權利救濟制度。未完備時代。自力制度最重大。羅馬之季。因公罰及私罰。已禁自助。在獨逸初期。許自助。而因一千四百九十五年之永久地方平和法。Des ewige Jan dried 禁之。至近世更於民法上採用自助之制。新獨逸民法第二百第十九條以下。自助之制。範圍頗廣。故以訴權爲唯一之利益充實力者。誤也。

意思說利益說。皆有不完全之點。受學者攻擊。其結果折衷此二種之見解。或曰。權利者因認意思力而被保護之利益也。(葉里納克公權論四十二頁。公法雜誌第五卷二六三以下。蓋而那氣克所論。)或曰。權利者爲保護利益。法律所構成之意思力也。尋此說可見欲結合利益與意思。下完全之定義之點。雖然。只以兩者爲機械的結合。故對於前二說之非難。亦得

權限者代  
他人之權  
之謂。豈指  
利範圍。歟  
於民法代  
諸條參照  
理關

加之。權利非利益。故不能謂依於意思被保護之利益也。又權利非意思力。不能謂依於意思力可得充實利益。法律上之狀態。乃爲保護利益。法律所構成之意思力也。故其說猶不得免非難。雖然。吾人之定義。其摸型實探此定義。固無容致疑者也。

有似權利而非權利者。揭之如左。

### (一) 權限

爲他之權利主体。行使其利益充實力時。行使者之範圍。稱權限。不得謂權利。蓋非法律利益之所歸屬。不得謂權利者。爲充實他之人格之利益之機關而動作者。無自己固有之利益範圍。故有權限而非有權利也。

### (二) 法律上之資格

如所謂爲人之權利。爲契約之權利。爲婚姻之權利。爲遺言之權利。指人之法律上之資格。或能力者。非真權利。乃可爲權利之取得。移轉之基礎之人之資格。身分。又分限也。國籍及市町村住民籍。亦資格而非權利。柴衣臺耳曰。國籍者。非權

利。而服從國權之關係也。國籍（民臣分限）之結果。直接其服從之義務。此服從義務。因國權之作用。於種種形式發現。伴乎國籍。又有一定之權利。此權利雖以國籍之所有爲前提。而非從國籍而生。故說明國籍之內容。於臣民之權利無所關係者也。（排衣愛倫國法第三）  
（〇一—三〇二頁。）

### （三）權力

權力者。不問在法以前者。與因法而被附與者。由自己一方之意思。強制命令他之意思之力也。權利者。可得用無命令力之法律上力之狀態也。此兩者之差異也。普通之說。則謂權力者。命令力。權利者。請求力。而其說尙未適當。蓋權利。惟須待相手方之履行。而得實行時。則可云請求。雖然。權利不必請求於他人。而得實行之時甚多。故余以命令力與非命令力爲兩者之區別。（余以權利可得用法律上之力之狀態。故此區別加一層明白。正當防衛。一種之權利也。然非請求於人者。所有權利也。然亦無須請求於人者。區別異動之標準。當以「與之 one 兩種。而青物與赤物非分別一切物體之標準也。」

謂命令與非命令力可也。謂命令與請求則不包含權利權力之全体。而不須請求之權利。尙餘剩云。

海而裁而臺。題權力及權利書物 *Gewaltion Recht von herfelder 1890*

*münchen* 之有價值。只在其書物之名稱。

(四) 從國權行使之制限。而生臣民之自由。

國權之作用法的萬能也。理論上無論如何。可得爲之。然於今日之法治國。以根本的法典。限定國權之行使。又於臣民之利害有重大關係事項。則非以特別法規。不能定制限規律。憲法上所謂臣民之自由權。或根本權利是也。各國之憲法。多冠之以權利之文字。我國憲法。亦題人民之權利。然非固有之意義之權利。憲法者。謂於法律範圍內有某某之自由。又依法律所定外。不得爲某某之事。故不出於附與或權利於人民之目的。而規定統治權之作用也。其條文。換以他之言語。則只謂非法律所禁者。皆其所許者也。若作此意義解釋。尙不失爲權利。則吾人依法律所定步行之權利。有讀書之權利。有睡眠之權利。亦可數入根本權

利之中耶。况憲法變更。爲主權之自由。吾人於不認根本權利之新憲法制定。得以既得權對抗。究未與吾人可得充實自由權何等之法力哉。惟以法律規定一定之事項。如定對於不當之租稅。行政上之救濟方法。對於警察行爲。（如營業免許之拒否）。後求救濟之制。於時臣民受依於法律被保護之利益充實力。故始生一種之權利也。（柴衣臺耳國法學第一卷三〇一頁。拉排）  
痕特國法學第一卷一三三—一三四。

（五）因法之反射作用特定人又一般之利益  
國法命國家機關以特定之或行爲。或禁其行爲。又命令特定人或一般之人以或行爲。或禁其行爲。而稱他之特定人或一般之人所其利益的地位。謂基於法之反射作用權。以廣義解釋。則即揭於第四者。亦得入其中。而於時之法律非以對於特定人或一般之人附與特定之利益之充實力爲目的。故非權利也。（葉里公權論）  
六三）統治權即國權。爲權利乎否乎。頗滋紛議。或曰國權者。在法之上。而存於法以前之力。而非依法於而被創設者也。權利者。法之結果。依法而被創設者也。故國權非權利。反對此論者曰。國家既認個人之人格。必制限其無限之力。而不

可不限定於法律範圍內。個人得有權利。統治權者從單純之實力。變爲法律上之力也。其利益變爲法律上之利益。如是國家有萬能力而被制限。只依法而被拘束之法之意思所許範圍內。得行使其力。故其力法律上之力。換言之。則爲權利。國家不自制限。則國家之權利不生。不負義務者。乃權力之所有者。而非權利之主體。至國家自爲制限而負義務。始爲權利之主體。臣民對於國家亦得有權利也。(葉里訥克公權論一八四頁)以上兩者之說。皆包含多少之眞理。於法之範圍內。勸之力。如葉氏所論。不得不冠以權利之文字。然統治權本來命令力也。強制力也。依於自己意思之法律外。從外面不受何等之拘束之法。以上命令力也。而既非依法而生之請求權。則可與權利區別。吾人不認以國家之統治權作一種之權利處之利益。或曰統治權爲權力。則個人對於統治者無權利。然治者定法認特定人充實其利益之力。而於自從其法而行動時。以其法之存在爲限。則如葉氏所論。個人對於國家亦有權利。蓋法之外形命令也。雖然。至其實質。則包含主權者限制自己行爲之事甚多。個人對於統治主體所以得有權利者。治者自爲制限而

負義務之結果也。然即欲說明此點。而以主權者固有之強制力。作權利解。初無必要。不問權利權力之名如何。主權者有強制臣民之力。故余以統治權謂權力。而不謂權利也。

#### 第四節 公權

分權利爲公權私權。普通之說也。權利者。法之製作物也。有法始有權利。吾人之說。極爲簡單。曰。依於公法而生之權利。爲公權。依於私法而生之權利。爲私權。學者謂公權關於公益的權利。私權關於私益的權利。或謂公權者。國家或公法人相互之間。又其與個人間之權利。私權者。個人相互之間之權利也。是皆移關於公私法之觀念。爲應用公權私權之區別。吾人前既批評關於公法私法之學說。故今不欲反復詳論。惟揭二三之點說明之。

對於國家之  
公權

對於國家無公權說。薄倫哈克所唱也。然以彼爲主張世無公權論者。誤也。彼決非不認公權。於普國國法論第一卷二六九頁。說明曰。然非無公權。如領主之裁判權。及警察權。是非對於國家之權利。而對於其他臣民之權利也。然決無從

國籍直接生之公權。又同書第二卷四一五頁曰。（國家規定對於國家之人類多數之義務之結果。此等人之間。生法律關係。此法律關係。基於公法。全然是公權的性質。例如地方自治體。學校組合。道路組合。貧民組合。相互之間之權利。又此等團體與個人間權利。）故彼決非謂無公權者。只謂對於國家無公權。彼之說曰。臣民分限。其本質上。臣民與國家。稍永久的服從關係。雖然。對於臣民各個人之權利。初無影響。吾人於此不云對於國家之個人之權利者。蓋如此權利不可得想像。臣民當服從絕對無限之國權司配者。臣民無對於國家生權利之地位。當二個權利之主體。服從司配之法。則兩者相互之間。始生權利。如是。則茲之所述。不生權利矣。國家爲法規之淵源。在法以上。彼服從法規。全然基於彼自身之意思。故臣民對於國家。不能反國家之意。而實行其權利。假定吾人對於國家。得有權利。然國家無論何時。有得以法律破棄此權利之地位。因國家之破棄。而既消滅之權利。無論如何地位之力。不能保持之。無論如何裁判所。不能救濟之。如此。使滿足提起之要求與否。既全然委於一方當事者之專橫。則此要求。

已非權利。兩者之間。不發生有拘束力之法律關係。(薄氏普魯西國法論(第一卷二六八頁以下))爲此結果。彼雖於私權亦主張對於國家不能存在。曰。(民事訴訟法施行法第四條。定國家於民事訴訟亦立於通常裁判所之前之事。故其內容。爲國家之私法上之權利義務也。然當事者之一方。爲國家時。則要求之性質。全然變化。國家不能以對於自己之權利。與臣民。彼對於臣民雖欲負義務時。有不能負義務。私法之規定。到底不能適用於國家之上。何則。私法與國家之性質。有不可解之撫着性也。(國法論第二卷一四三節。四六三頁。司登拉而行政字彙第二卷一七九頁)國家可得任意定法。不待薄氏而後知。然國家從法規所定爲限。有依於此法律。使得附與吾人利益充實力。使得實行之狀態。又可得實行。故權利之性質。不問公者爲私者。權利者對於國家得主張之。薄氏對於國家否認公權。其結果。對於國家私權之存在。亦不認之。雖其勇氣可嘉。不可謂非根本之誤也。

葉里訥克之公權論。被近世多數學者所論評者也。吾人亦蹈前人之轍。爲畧述之。曰。(得) *Dirlen* 者。謂人自然有之自由之勳。欲明瞭此得字之義。可舉禁示

之時以明之。禁止者爲云（汝不可爲此），表見於形式者如此。然禁止者無使被禁止不能行爲之力。只使有違法之効力。禁止者得破壞之事。自然之自由者。以法規可得司配。然不能使其無有。非以絕對的強制力防止。則自然之自由。不拘何如禁止得見之於實在。所謂「不可爲」之事。無事實上之不能之意味。然法之中。又得附加非自然之人之行爲。法規可得與人以要求權。彼之或行爲。依法規被認爲正當。得使愛國家之保護。關與於國事。無個人自然有之自由。此等與個人之意思。無關係。只依國家之意思。而被附與。吾人有男女兩姓之結合自由。然其爲婚姻不可不準據法之所定之條件。死去之際。得爲或處分。而其遺言則不可不據法規之所定。關於法律行爲。一切之規定。定依於法律被明示的定法律上之可能。此可能。即「能」與「得」全然異其性質。有能力之法律上無能力者。非謂不得爲法律行爲。乃不能爲也。遺言者之妻。不可爲遺言之證人。非不得爲。乃不能爲也。若欲以之爲法律上正當行爲。則法律不可不認之。至以此自然有之行爲能力法律認爲適法。而爲法律上之可能。即須能之力者也。法律上「云不

可「Nichtthun」者可得云違反。法律上「不能」Nichtkönnen者不能違反。非不得爲反乎禁止之行爲。特爲之則有制裁。「不能爲」行爲爲法律上不能者。無効。從法之方面觀之。其行爲不存在。故得爲與「能爲」乃別物。得爲之力。無能爲之力而得存在。而行爲之能力。可爲權利者。不可不爲法律上之爲能者。無能爲之力。無權利。而此權利中。除法已認之能之力。尙有得之力殘存者。私權也。除能爲之力。無得爲之力殘存者。公權也。換言之。無得爲之力。只法律上能爲者。公權也。於私權。得與能同時並存。於公權。只有得而無能。(公權論四頁以下)反對論者曰。得爲之力。亦法律所認許者也。法不認許。無「得爲之事」。故無論能爲得爲皆法所與之力也。然攻擊之者。全然不理解葉氏之意。而爲盲評。苟以前文引證。其不當可見。故吾人不攻擊反對論者之說。蓋無攻擊之價值也。論者又曰。所謂自由權者。得爲之力也。因憲法保護此力。即爲能爲之力。故非私權。吾人前已述自由權之非權利。今即讓一步。以自由權爲權利。準以葉氏之說。亦非私權。願所謂自由權者。於一定範圍內。不受國家侵害之權。以國家之行爲。使踰踰於一定之範圍內之

力。其爲得爲之力與否。不待置辯。故自由權爲私權之解釋。豈葉氏之說所發生必然之斷案哉。

吾人於前之定義。規定以國家之存在爲前提。而始得起關係者。爲公法。而公法所附與之權利。公權也。以吾人之說。準諸葉氏之說。可見於其根本相一致。無國家不起之關係。非人自然所得爲者。雖無國家有人類社會。則得起之關係。而不俟法之創造者。吾人所得爲者也。吾人於葉氏之說。不發見攻擊之地步。茲揭氏之說明任讀者之判斷。蓋非既引用他人之說。則不可不加以攻擊者也。

公權之主體者。國家內之公共團體。並各個人是也。國家之機關。非有獨立之權利。唯有行國家事務之權限。權利關係。只存在於人格之間。而國家機關無人格。故不得爲法律關係之當事者也。個人之公權。或國民之全體。同等的被附與者。或爲一階級之權利。或爲特定人之權利。而公權。於實際乃爲公益而被附與者。故實行此權。多作爲公之義務於時之公權。不得拋棄之。然不能拋棄。乃義務之結果。而非權利之結果也。權利之本質。不問公權與私權。有可得拋棄之點。不特拋

棄。其他處分亦必於公權得爲之。屋蓋買耶獨逸行致法所論爲得當。曰。謂「公權之性質。於可得處分之點。表現之公權。同時即伴公務。故權利者不得處分。此從來之原則。不免謬誤。可得處分者。從權利之性質而生之原則。禁止處分者。基於種種之原因。而伴公務。只其中之一原因。以伴義務之結果。權利者行使其權利與否。特制限其自由。義務拘束自治體特許企業者及官吏。然至公法上之請求權。一切不負主張之義務。如公之物體之使用權。選舉權等。不帶此義務者。權利者。不欲行使權利之處分。有可得拋棄。可得移轉於他之點。有財產權之性質。公法上之債權。原則得爲二者之處分。如損害賠償請求權。俸給請求權。對於共同負擔者。補償之請求。得拋棄。相續。又差押。唯公益上俸給之差押。或因其他之禁令。或因補給及補助之特別規定者。得制限。雖然。非爲有權利行使之義務。故不可謂無行使權利之義務者。常得處分其權利。不帶權利利用之義務。與可得處分之權利。全然無關係。(中略)公法上之所特權中。公之物件之特許使用。可得拋棄。或轉移。被特許之公之企業。(鐵道運河)。雖因此而帶義務者。不

但得移轉。雖競賣亦可。唯新企業者須得官府之同意。自治團體亦於被附與公之行政中。個個之事務。因特許。或他之公法上之法人之契約。得轉移。(中略)要之謂公權不得處分者。非公權之性質。其權利之目的之特別性質。或因關於其事項之成文法規定而生之結果也。原則雖公權亦可得處分者。所當注意者也。

(買耶獨逸行政法第一卷一一七頁以下)

分公權爲左之三種。

(甲) 於特定之權利範圍內。不變國權干涉之權利。

(乙) 請求國家之積極行爲之權利。

(丙) 爲國家之機關而行動。或參與國家機關之編成之權利。即參政權。

公權非因契約發生者。公權發生之原因之國家行爲中。如官吏之任命。國籍之附與。不可爲契約之說明。買取雖云公法上之契約。爲公權發生之原因。而於他方。語真契約不存在於國法範圍內。公權發生之原因如左。

甲 因直接法律之規定者。如屬於國民全體。或一階級之權利。多爲直接法

律之結果。然個人之權利。非無因直接法律之規定而生者。如王位承繼之權。貴族院議員之權是也。然如前所謂一切法規非悉生權利。如基於法之反對作用者。不生權利。又如空言於憲法一般立法主義。不設定公權。如前述是也。（第一偏第二章第三節（日）。

乙 因國家機關之處分者。

丙 因國民之選舉者。

占有。非公權發生一般的原因。或曰。官司之權力。不得因本來占有取得。若所行不合法。則國家最高機關。必排斥此不合法之占有。唯關於最高機關無管轄之上級機關。無再能以占有之事實決之。然最高機關為權力。而非權利。故論公權時。初無必要。時效亦非公法上之原因。蓋時效單為私法上之制度。公法上不許準用之也。但以特別之法律。定時效為公權取得之原因時。不在此限。公權消滅之原因如左。

(甲) 國家之行爲（主權者之行爲）。

此原因。常依普通法律。然若法律豫言因行

政處分消滅時。則待行政處分而消滅。

(乙) 權利者之死亡。

(丙) 棄權。

(丁) 喪失權利享有之條件之資格。

(戊) 時期之經過。如任期已滿。議會之議員失其資格權利。

占有不爲公權所得之原因之裏面。即占有不爲公權消滅之原因也。消滅時效。

只於法律有規定時。爲公權消滅之原因。(買衣爰而國法家三〇頁以下)

## 第四章 憲法

### 第一節 憲法之意義

憲法之語。至今日有沿革的意義。吾人既論於政體之條。而於此意味之憲法。更分爲實質的。形式的者。殆可稱通說。余亦欲倣之。

形式的憲法。謂成文之憲法。不問一部之憲法典。與由數個之法律所成。凡既發布而爲憲法者。可以形式的憲法解之。或曰。形式的憲法者。謂有最高之効力。不

得以他之法律變更的法也。國法中固不欲以濫變更之部分。規定於憲法中。且以變更手續。比普通法律爲重者。今日之通則也。換言之。最高之効力。形式憲法之常素也。然不能以此爲要素。以大利。西班牙。薩克森。買衣寧。根薩克。阿而臺姆。勃希。痕哈而脫。新統。落衣思等。有成文憲法。然其變更非比普通之憲法重。唯如前述設憲法法典。本然之精神。在排除疑問。使變更困難。故今日之成文憲法。殆無例外。鄭重其變更。以置於法律上。而爲原則者也。(葉里訥克國家四八七頁以下)

形式的憲法。稱成文法。故其規定之內容如何。非所當問。蓋國土人情之差。使因國而制定異種之憲法。爲必要故也。雖然。至於實質之憲法。則異是。乃謂規律國家法規中一定之事項者。而其如何規定。可稱實質的憲法。則學者間議論不一致也。

吾人信爲實質的憲法者。一國法規中關於國家構成分子。及國權之作用之法之總稱也。依如何標準。區別國法中憲法與非憲法。固屬至難之問題。至今學者以各自之意見。定如何爲實質的憲法。故意義紛歧。原不足怪。或謂憲法者。一定

實質的憲法  
立國權之作用  
政國權則裁  
用也然則裁  
判所構成法  
民事刑事訴

憲法及關於  
彼之行政之  
國法之大部  
分皆可云憲  
法歟

立憲國者非  
有憲法之國  
之謂謂統治  
作用有特定  
之制限之國  
故雖有法憲  
法典無此憲  
制限時不可  
爲立憲國例  
如我國聖德  
太子憲法制  
定時是也

國家之組織的法之總稱也。或謂「規定國家公法的大原則之法也。」或謂關於國民之政治上之權利義務者也。或謂「定政體的法也。」皆各以其所信而立定義。吾人只自以各此之憲法。解作實質的憲法。此外無駁擊他人之說之地步。其結果。或學者於實質的意義。不能定憲法之爲何。故問何者爲憲法。則至云爲國法上憲法。而被制定公布者。是憲法也。蓋憲法爲法之一部。而法者應社會之必要。而因異國異時。千差萬別。故法之實質。不可一定。即憲法之實質。亦不可一定。吾人前謂有成文憲法國之憲法實質。一依此成文而定。故於成文憲法國。實質的憲法云云。初無必要。雖然。不文之立憲國。例如英國。但從實質而定憲法。英國憲法之變更。因與普通之法律變更無異。故何者爲憲法。欲定其實質。多爲實際問題。不見其必要。然只以憲法解作形式的。則英國無憲法。故不可不謂非立憲國。此實反乎今日之法律觀念。於此時。查定英國法律之實質。而爲有憲法之規定。不特無所不可。且吾人寧當信爲正當。蓋論憲法者。只云成文憲法則可。既區別實質的憲法形式的憲法。則一方既爲形式的憲法之說明。其次當移之

實質憲法。不可抹殺而不爲說明也。若然則最初不如不區別實質的憲法與形式的憲法之爲愈也。

今日各國之憲法。殆皆制定成文法典。而有最高之効力者也。蓋爲一部法典而附與最高之効力者。憲法制定之目的也。然以憲法解作成文法典。則立憲政治之母國。如英國者。不可不謂無憲法。吾人爲避此之故。於茲特云實質的憲法。只如前所述所謂無形式的憲法。其廢止變更。不外依普通之法律。而憲法非憲法之區別。於實際之適用上不見何等之必要也。

我國有憲法法典。故法典中之規定。皆爲憲法。同時法典以外無憲法。而此法典有國家最高之法力。不許以普通之法律變更。特設嚴重之手續。

憲法者。爲法律乎。否乎。獨逸學者中。除二三例外之外。皆認爲法律。從來於吾國學者間。雖其說不無互異。而於大體。則與外國之學說相同。以憲法爲法律者多。以憲法爲法律之學者曰。憲法改正之手續。不拘設特別之制限。憲法變更之法律。法律之一種也。得以法律之一種變更之憲法。亦法律之一種也。如於北米合

衆國。爲憲法與法律之間異其制定之機關之國。似可認爲別種。而於其他各國。憲法變更之法律。亦必法律之一種。盡人之所認也。我憲法第十條有但此憲法。或他之法律云云之文字。然則憲法正文亦旣以憲法爲法律之一部者也。吾人於此說不能表同意。吾人常疑學者於國法中不拘以法律與其他之命令。爲嚴格之區別。何故法律與法律以上之憲法。不爲區別。成法之楷推互利。決不止法律與命令兩者也。我憲法當作非法律。有法律以上之効力之特別法規解。吾人於茲欲揭法律之本質。以證明憲法之非法律。

旣以法律作國法解。則憲法亦當爲法律。自明之理也。茲所謂法律者。對於憲所謂法律。而該當獨逸人所謂狹義之法律 *Gesetz im Ungerln Sinne* 者也。

一 法律與憲法。異其成立。憲法在法律以前。

我現行法由君主單獨之意思而被發布之國法也。故欠議會之協贊。此今日所謂憲法非法律之第一點也。以固有之意義言。法律者依於憲法而名始生。憲法以前。無法律。憲法以前無法律。故憲法亦非法律。憲法第七十六條曰。「不拘用

法律規則命令。或何等之名稱。於此憲法不矛盾之現行法令。皆有遵由之効力。故發布以前之命令。雖爲太政官達。或布告。規定立法事項。吾人不可不遵守之。然無論何人不可因此之故。而以從來之布達或命令。作變爲法律解。憲法亦然。規定稱爲法律之主權者之意思表示。無位於其上依法律制定之手續而得發布者也。故憲法解爲法律。不但見諸實用。且不可謂非不當之解釋也。

對於吾人之說明所當起之疑問。謂法律既依憲法而被規定。何以有憲法不得爲法律之理由。吾人於所謂自母。而出母與我非同爲人乎。是等駁論。無何等之價值。法律有憲法而始發生者也。無議會即無法律。議會者憲法之創造物也。故法律與憲法到底有不得同一視之性質。自來主權者以明示的又默示的表示憲法。爲法律之意思時。不可謂無溯及既往。而以憲法爲法律之効力。然於憲法無此明示。第十條云。此憲法或他之法律。他之文字。不見以憲法爲法律。適爲憲法與非憲法之法律之區別。而用之文字也。且以憲法爲法律之主權者之意思表示。無打破法律因憲法而被創作之事實之力。而吾人以

憲法第十條  
規定此憲法  
與他法律非  
以憲法認爲  
國法上之法  
律哉

此非爲例外  
故揭出之乎

憲法與法律之區別。欲力求名稱以外之實質也。且以憲法爲法律。無確定國法之存在哉。

### 二 法律案之提出。權政府並兩議院有之。

帝國憲法第二十八條規定。兩議院得議決政府提出之法律案。及提出如法律案。故法律案之提出。一面屬於政府。同時於他方面議院又不可不有提出之權。然憲法發布之勅語。明白規定云。「將來若至見有改正此憲法或條章之必要之時宜。則朕及朕之繼承之子孫。執發議之權。」當時依主權者之天皇發案外。兩議所不得提出改正案。此非憲法改正案非法律案之證。左所列者非耶。(關於政府之意義說明於後)

### 三 法律案不可不經議會之協贊

協贊者。不但表示可否。包容爲國法成立之要件。而有修正加除之權限。然則對於法律案。議會有協贊權之結果。論者之所謂憲法改正案。亦必有修正或加除之權。然憲法第七十三條規定。「將來此憲法之條規有改正必要之時當以勅

協贊不能云  
合當然之修  
正權修正者  
議案發議之  
省略為議案  
發議權之結  
果而各議院  
無憲法改正  
案之提出無  
其議員即無  
憲法改正發  
議權如是可  
信其為無修  
正權矣

令將議案付於帝國議會議之。一不明言改正案須經議會之協贊。故議會但得上奏改正案之可否。不能為修正。此對於法律案議會之協贊權。不適於稱憲法改正案之非法律案。自然之結果也。

四法律案之決議。兩院各有總員三分之一以上出席。以過半數決之。依憲法第七十三條。於憲法改正案之議事。非兩議院各其總員三分之二以上出席。則不得開議。非出席議員三分之二以上之多數。則不得為改正之決議。(但不含否決之時)

反對吾人之說者曰。多數之出席及多數之同意。只鄭重其變更。故有此規定。不生憲法非法律之斷案。然法律案之議決。皆以三分之一出席。過半數議決。為已足。獨於憲法要特別之多數。以此點為兩者之區別。非可強為排斥。蓋吾人欲從種種之方面綜合兩者之異點。定憲法與法律之區別。若起初即斷定兩為同一者。糊塗其差異之點。信非歸納的研究之方法。蓋法律學非必皆演譯的也。

憲法之全體  
之條項亦體  
法之條項也  
無單指憲法  
一部之條項  
解之理由故  
七十三條不  
得如下文之  
斷定如憲法  
發布之勅語  
以通常止當  
為一部之改  
正故就通常  
時宣布者作  
觀可乎宜法  
優之條文當  
効於勅語之  
獨力兩者低  
綱時殆依憲  
法為至當

### 五 法律案得廢止前法全體而定新法。

憲法發布之勅語。有「將來若改定此憲法之或條章。必要云云。」之宣言。憲法第七十三條。亦有「改正此憲法之或條項。必要云云。」之規定。憲法或條章雖有得改正者。而憲法自身為其全體者。則永遠不能廢止。不能制定新憲法而代舊憲法也。

憲法。與依於憲法之規定而始得名之法律。互異。如上所述。論者引用之憲法第十條。所謂「憲法又他之法律。」之文字。吾人對之亦欲以憲法發布之勅語所謂「朕宣言貴重我臣民之權利。及財產之安全。又保護之。於此憲法及法律之範圍內。當使完然為其享有者。」之文字。相對抗。唯吾人避區之論文之別。抉而定根本的兩者之異同。如前揭。故曰憲法者。非法律也。不以與法律同一之形式制定變更。而在其上。位。有法律以上之効力之國家最高法規也。

憲法有分欽定憲法。與協約憲法。論者曰。於君主國君主以單獨之意思而定者。謂欽定憲法。依君主與國民之代表者之合意而定者。或國家之代表者相會而

定者。謂協定憲法。此區別從憲法成立之形式而論。非可強爲排斥。當人民之代表者。以憲法迫王使承諾時。其憲法基於協約者也。成文憲法之嚆矢。北美合衆國各州之殖民契約。 *Philanzungverträge*。做楷羅完音宗派之教會政治。而設立的民約憲法也。雖然。無論何人。於制定憲法之問題。不可不區別。歷史的觀察。與法理的觀察。論法理的既如吾人前所述。(第一編第二章第五節)不問如何時代。如何國家。制定憲法者。常爲主權者。謂臣民制定憲法。則於言語中既生矛盾。法者。主權者之意思表示也。作法之人。即爲有權力者。而非服從者之臣民。若臣民而作憲法。則非臣民而爲主權者。故謂憲法者服從者之臣民。對於主權者之君主。爲制限其權力而制定者。則徹頭徹尾矛盾之說也。君主被迫於民會而同意於憲法時。主權在君主與民會之合致上。國民會合而規定憲法時。主權在國民。君主不拘以待議會之參與爲要件。憲法依君主之積極的裁可而定時。則法理上不可不謂憲法制定權在君主。要之有制定憲法之權力者。常爲主權者。故非主權者而定憲法。不能之理也。故欽定憲法與協定憲法之區別。其爲法理論

非重大者也。

## 第二節 日本憲法制定之沿革

慶應三年十二月十日。發布王政復古之大詔。爲統治權之主體垂拱之天皇。因幕府政權之奉還而併有其行用之事。至是國家之作用一歸於天皇。明治元年三月十四日。天皇出御紫宸殿。率公卿諸侯。祭天神地祇。以定左之五個條誓於神明。告於民庶。

一當廣起議會。萬機決於公論

一當上下一心。盛行經綸。

一要官民一途。至於庶民各遂其志。以使人心不倦。

一當破舊來之陋習。基於天地之公道。

一當求智識於世界。大振起皇基。

閏四月二十一日定新官制。廢三職八局。置太政官。中議政。行政。神祇。會計。軍務。外國。刑法之七官。以議政官使掌立法之事。他之諸官各有職司。同月二十七日。

頒布政體書。其要曰。

一大定國是。建制度規律。以御誓文爲目的。

一天下之權力。總歸於太政官。則使政令無出於二途之患。分太政官之權力。爲立法行法司法之權。則使無偏重之患。

一立法官不得兼行法官。行法官不得兼立法官。(下略)

一各府藩縣皆出貢士。爲議員。立議事之制。所以執輿論之公議。

一諸官以四年交代。當用公撰入札之法。(下略)

一各府藩縣施政令。亦當體御誓文。(下略)

十二月五日。置會議所於東京。同月十二日。置待詔局於東京。不論貴賤。上書建白。任其所言。議其當否之所也。明治三年廢議政院。置集議院。待詔局改爲待詔院。四年七月九日。定新官制。設太政官三院之制。置正院、左院、右院。左院者。議諸立法之事之所也。七年五月二日。詔徵集府縣長官。將使代衆庶議律法。頒議院憲法及規則。其詔曰。

朕基於踐祚之初。誓於人民之旨意。漸次擴充之召集。期望全國人民之代議人。以公議輿論定律法。開上下協和民情暢達之路。期望全國人民各安其業。使知當擔任國家之重要義務。故先召集地方長官。使代人民協同公議。即頒布議院憲法。各員其遵守之。

先是明治五年四月。朝廷命左院草憲法及會議規則。將開國會。生紛議而不果。至是年。朝廷先開地方官會議。將爲後來開國會之準備。適有臺灣之事。命延期會議。八年四月十四日。廢左右院。置元老院。開院之詔曰。

本日朕爰親臨。始開本院。詔爾衆議官。朕前日告於衆庶。以設元老院廣立法之源之旨。乃以爾衆議官。爲立法官。爾等各一乃心力。盡乃職任。允圖上下之幸福。實國家無疆之休也。領體斯意。其善爲贊贊。

九年九月六日。勅元老院。基於我建國之體。斟酌海外各國之成法。以起草憲法。十四年十月十二日。下期於明治廿三年開國會之勅諭。曰。

朕嗣祖宗二千五百有餘年之鴻緒。振張中古解紐之乾綱。總攬大政之統一。

又夙期建立憲政體。將爲後世子孫可繼之業。嚮明治八年設元老院。十一年使開府縣會。此無非由漸此創基循序進步之道。爾有衆。其諒朕心。

願立國之體。國各殊宜。非常之事業。實不便輕舉。我祖我宗照臨在上。揚遣烈。弘洪模。變通古今。斷而行之。責在朕躬。將期於明治二十三年名議員。開國會。以成朕之初志。今命在廷臣僚。假以時日。使當經畫之責。至其組織擴張。將裁自朕躬。及時公布。

朕惟人心偏進。時念競速。浮言相動。竟遺大計。是宜及今明徵謨訓。以公示朝野人民。若有仍爭躁急。煽事變。害國安者。當處以國典。特言明於茲。諭爾有衆。按對於憲法民間之思想。至明治六七年止。甚爲幼稚。論議會之得失者甚少。至七年一月。前參議副島種臣。後藤象次郎。板垣退助。江藤新平。及由利公正。小室信夫。岡本健三郎。古澤迂良等。呈與民選議院之議。從此民間政治思想。俄然被喚起。尙早派開設派。互相而駁論戰者。經年。至八年發立憲政體之詔。設元老大審院。開地方官會議。擬之權分掌三制。雖然。不能使人

心滿足。至十一年以後。民權自由之論逐日而盛。自都下至各地方。開國會改政治之論。轟然風靡一世。危激之徒。觸刑辟者不少。地方之總代等爭爲國會開設之請願。蓋在此時而有此國會開設之勅諭。請願之事至是而止。十五年三月參議伊藤博文等。奉勅赴歐洲參照研究各國之憲法。及十六年九月歸朝。置憲法取調局於參事院內。十七年置制度取調局於宮內省。十八年改革內閣官制。又至二十一年四月。宮中設樞密院。使審議憲法及附屬法律。明治二十二年二月十一日。以紀元之佳節。天皇先至賢所。告祖宗之遺靈。

皇朕謹畏誥白於皇祖皇宗之神靈。皇朕循天壤無窮之宏謨。永繼惟神之寶祚。保持舊圖。無敢失墜。願應世局之進退。隨人文之發達。宜明徵皇神皇宗之遺訓。成立憲典。照示條章。內以爲子孫之所率由。外以廣臣民。翼贊之道。使永遠遵行。益益鞏固國家之丕基。增進八洲民生之慶福。前制定皇寶典範及憲法。惟此皆皇祖皇宗之貽於後裔。不外紹述統治之洪範。而逮朕躬。得與時舉行。洵由倚藉皇祖皇宗。及我皇考之威靈。皇朕仰禱皇祖皇宗及皇考之神祐。

朕誓爲現在及將來之臣民率先履行此憲法無愆。庶幾神靈鑑此。

還幸之後。舉大日本帝國憲法發布或於宮中。使皇華族各大臣以下。勅令任宦地方長官府縣會議長。參列。天皇親以憲法授內閣總理大臣。發布勅語曰。

朕以國家之隆昌。臣民之慶福。爲中心之欣榮。朕因承祖宗之大權。對於現在及將來之臣民。宣布此不磨之大典。

惟我宗。倚我臣民祖先之協力。輔翼肇造我帝國。垂之無窮。此我神聖祖宗之威德。並臣民之忠實勇武。愛國殉公。以貽此光輝爲國史之成績。朕回想我臣民。即祖宗之忠良臣民之子孫。其體奉朕意。勵獎朕事。相與和衷協同。同有益益。宣揚帝國之光榮於中外。祖宗之遺業。永久鞏固之希望。堪分此負擔無疑也。

憲法前文勅語曰。

朕承祖宗之遺烈。踐萬世一系之帝位。朕念所親愛之臣民。即朕祖宗所惠撫慈養之臣民也。領增進其幸福。發達其懿德良能。又望依其翼贊。共扶持國家。

之進運。乃履踐明治十四年十月十二日之詔命。制定大憲。示朕所率由。併使朕後嗣及臣民及臣民之子孫。知永遠循行之道。

國家統治大權。朕所承之於祖宗。傳之於子孫者也。朕及朕之子孫。將來當循此憲法之條章。行之無愆。

朕宣言貴重我臣民之權利及財產之安全。且保護之。於此憲法及法律之範圍內。當使完全享有。

帝國議會。以明治二十三年召集之。當以議會開會之時。使此憲法爲有效之期。

將來若此憲法之或條章。至見有改定必要之時宜。則朕及朕繼續之子孫。執發議權。付之於議會。依此憲法已定之要件。爲議決之外。朕及朕之子孫。及臣民。決不得試紛更。

朕在廷之大臣。當爲朕任施行此憲法之責。朕現在及將來之臣民對於此憲法。當負永遠從順之義務。(細川廣世編輯。明治政覽。有賀長雄著國法家。)

## 第三節 憲法之制定及改正

憲法者。主權者所制定也。故君主國如我國之憲法。各主權者天皇所制定。不待言矣。至其改正。則於憲法第七章規定之。於置攝政之際。絕對不得爰更之。於其他之時。天王認憲法之條項有改正之必要時。當以勅命。付議案於帝國議會。於此時。兩議院非各有其總員三分之二以上出席。不得開議。非得出席員三分之二以上之多數。則不得爲改正之議決。而各前述。知憲法非法律。憲法改正案。非法律案。故憲法及議院之規定中。特別關於法律案之規定。不能適用於憲法改正之時。議會從憲法第七十三條之規定。議決可否之外。不能爲修正。憲法發布之勅語。亦有「議會依此憲法已定要件。爲議決之外。」云云之規定。明示其趣旨。議案議決之後。天皇有裁可時。當以國務大臣之副署公布之。只有因此生問題者。天皇於議會否決之時。尙得行憲法之改正與否之點是也。或論者謂天皇不受拘束於議會之否決。尙可得行改正。（穗積博士憲法講義）雖然。若不拘議會之否決與否。得改正憲法之條項。何故關於此案之議事。有如憲法七十三條定

可改正案之裁

重大之手續乎。其理由殆知。普通之法律。尚須議會之協贊。憲法有法律以上之効力。其改正不要議會之可決。則皆立法之本義者也。吾人從憲法之規定。及議院法（二一、三二）之條文。推之。則作天皇於議會所否決。不能行改正解。若眞議會之可否於憲法改正無何等之影響。則憲法規定以憲法改正付於議會之議。法律上全無意味。又至使改正案裁可。應無其理矣。

憲法改正或條項之外。不許全體之改正。故條章改正之結果。受其實體。而爲專制政治者。亦有之。然憲法自身永遠不能廢止。天皇反乎現行憲法之規定。以憲法中止或廢止時。離法律的現象。而爲事實上之問題也。天皇之行爲適法乎不適法乎。換言之。則準據現在之法律而行動乎。破壞現在之法律而行動乎。問題。非法律之所關知。雖不適法之主權。亦主權也。故服從之臣民。不得以主權之作用不適法爲理由。而有抗拒服從之事。

或者援用余前論法律與憲法之區別曰。「法律者。要議會之協贊。與天皇之裁可。現行憲法。無議會之協贊而發者也。故非法律。」茲經議會之議決而裁可之。

憲法改正法。豈不能爲憲法乎。爲是論者有之。雖然。七十三條之議決。如前所述。非協贊之謂也。論者更云。「法律者依於憲法而生者。故非憲法。則憲法改正之法規。亦依憲法而生者。故不可爲憲法。」余將答之云。「改正憲法之法。依於憲法之規定。爲憲法之一部。換言之。憲法者。無離於憲而存立者。故依於憲法而作之憲法。與離憲法而存在於其下位之法律。可謂全然區別者也。」被造物者在造物之外。爲造物之一部者。非被造物。而造物者也。

#### 第四節 憲法之效力

茲所謂效力者。憲法有效範圍之義也。憲法得適用於如何時間。如何處。又何人。當遵守之問題也。謂之關於時處及人之憲法之效力。

#### 力關於時之効

關於時者。憲法從明治二十三年十一月二十九日。即第一議會開會之時。其效力。此憲法發布之勅語所宣言也。依憲法第七十六條之規定。則不拘用法律規則命令。又何等之名稱。不矛盾此憲法之現行法令。總有遵守之效力。憲法以國家之法律。分法律與命令。定一定事項。當以法律。一定之事項。當以命令。而以憲

法以前無法律。憲法發布當時所行之法令。非勅令則各官之命令也。而此等命令之所規定。於憲法所謂關於立法事項時。以七十六條之結果。生遵守之效力。然則規定此等立法事項。從來之法令。依憲法之發布。變爲法律乎。非無多少之疑問。雖然。斷不可謂法律。只於憲法實施後。一定之事項。要以法律規定之結果。從來之法令。規定立法事項者。不許以單純之命令廢止變更。必當以法律。故於事實。有與法律同一之效力。雖然。非爲此之故而變命令爲法律。恰如有法律之效力之緊急勅令。不變爲法律也。

憲法發布後至有效時期爲止。所發之命令。或規則。關於立法事項者。憲法生效力。而共歸消滅乎。或受七十六條之適用乎。有多少之疑問。或者注重現行文字。謂包發布後至有效期間止。雖然。憲法之有效期。爲一年有餘之後。以此長時日之間。不欲規定立法事項。勢不能因之爲立法行爲。然社會之事物。有使應時而定關於立法事項之規定有必要時。故雖憲法發布後。實施前。不可不發。均之憲法實施以前所發生。而謂發布當時之現行者。有效力其後。與憲法實施共消

滅。則反乎事理。故余寧酌憲法之精神。而作發布後實施前所發立法事項之規定。亦不依憲法之實施。而失其效力解。或論者反對吾人之說。以現行之文字作發布當時解。而說明之曰。「如監獄則於憲法發布後。有效期前規定立法事項者。故與憲法之實施共自然歸於廢滅。」論者既以現行之文字。限於發布之時。何故解作發布以後。得制定矛盾憲法之法規乎。若如論者之意。所謂矛盾者。至憲法有效期始表現者也。對於無效力憲法。無可得法律之理。故雖法律發布後。至有效期止。得規定立法事項。則余欲反問之。「何故有憲法七十六條之規定之必要乎。發布之時。非憲法有效之時。故無論如何規定。對於此等未有效力憲法。無衝突之理由。故從論者之說。則七十六條矛盾此法律之法規云云。非不見其必要無用之條文哉。」要之所謂現行者。以憲法有效期之義解爲適當云。憲法非規定臣民之行爲。故無約束臣民之性質。憲法直接及其效力之人。天皇及統治之機關也。蓋天皇爲主權者。而憲法定主權行使之形式。故其規定之直接效果。在以主權者之天皇。使從憲法之條規。行使統治權。如於外國法律。君主

誓當遵守憲法。又如我憲法發布之勅語宣言曰。「朕當貴重我臣民之權利。及財產之安全。及保護之。於此憲法及法律之範圍內。使完全其享有。」又云。「國家統治之大權。朕所承之於祖宗。傳之於子孫者也。朕及朕之子孫。將來當循此憲法之條文。行之無愆。」是皆主權者明言關於其統治權行使遵守憲法者也。憲法無規律臣民之行爲者。則臣民得違反憲法乎。否乎。則稍加思考。即得瞭然。如云當爾爲斯。不當爲斯。是臣民行爲之準則也。此等規定。臣民不得違反。憲法全編七十六條。吾人得違反之規受有幾條哉。蓋此實非規律吾人之行爲。而定主權行動之形式者也。或曰。憲法第二章規定臣民之義務。即定從法規之所定。而有兵役納稅之義務。此非對於臣民行爲之準則乎。然兵役納稅之義務。吾人謂基於服從者之臣民之性質。而決非法之製作物也。不特如是。關於兵役義務。第二章之規定。寧當謂限定強制吾人服從義務之主權作用。而其實質。乃謂非依於法律。不得命兵役。非依於法律不得徵收租稅。定國權行使之形式者也。故曰。憲法之效力。及於天皇不及於臣民。

憲法不拘束人民時吾人人民得自由否  
行更憲法否  
認法律命令  
其他憲法規  
定事項又規  
故生第七十  
六條規定幾  
不能知故憲  
法者拘束天  
皇同時拘束  
統治之機關  
及臣民爲此  
解釋殆爲至  
當

關於場所之  
効力

吾人以憲法之對人効力。如右解釋。雖然。此議論與發布之勅語不相容。即謂在廷大臣。當爲朕任施行此憲法之責。朕現在及將來之臣民。對此憲法受永遠從順之義務。此一宣言之結果。至不得不作百官有司及臣民亦有服從之義務解。故吾人前述之解釋爲純粹的理論上者可知。

關於處之憲法。行於日本帝國領土之全體。蓋一國領土。爲其統治權所及之範圍。則定統治權行使之形式之憲法。當行於領土全體。原則上無所疑也。我國日清戰爭後。獲得新領土之結果。生憲法可否行於新領土之問題。惹起一時學者之間之爭論。甲論者曰。「憲法第一條所謂大日本帝國者。意在指憲法制定當時之日本國領土。故新領土不包含於憲法第一條所謂憲法云之中。故憲法者。可行於新領土上。然則如臺灣澎湖島。問如何統治之乎。則看做我國之屬領。而憲法及其他法律。欠關於屬領之規定。故天皇爲主權者。當然之結果。以勅令可得自由定統治之形式。又得以法律爲之。」乙論者曰。「憲法第一條所謂大日本帝國者。指日本國統治權所行之範圍。則苟新領土既加於我主權所及之範

圍內。已當然爲帝國之一部。故憲法得行於其上。無所疑也。」我國併臺灣後。於同地上憲法施行與否。不恃學者之間起爭論。政府之方針亦隨時而變化。於樺山總督時代。採第一主義。及後置拓殖務省。訓令與北海道均採別格地方主義。與內地同一視之。憲法亦當然行於臺灣之上。不可不承知云之。現今於臺灣之制度。極混淆。不可律以一定之理論。實此主義變遷之結果也。憲法當行於臺灣之上。因訓令而明。然於一面政府之施政中。與憲法不無盾矛之規定。其最甚者。明治二十九年三月法律第六十三號。是也。此法律。第一期之效力限明治三十五年三月三十一日爲止。雖然。其後再度延期。其効力至今尙有效。曰。

第一條 臺灣總督。得於其管轄區域內。發有法律之効力之命令。

第二條 前條之命令。當以臺灣總督府評議會議決。經拓殖務大臣請勅裁。臺灣總督府評議會之組織。以勅令定之。

第三條 要臨時緊急時。臺灣總督不經前條第一項之手續。直發第一條之命令。

第四條 依前條已發命令發布後。直清勅裁。且當報告於臺灣總督府評議會。

不得勅裁時。總督當直公布此命令對於將來無効力。

第五條 現行之法律。或將來發布之法律。要以其全部或一部施行於臺灣者。以勅令定之。

此法律。爲憲法實施行臺灣而發者也。何則。若憲法不行於臺灣。則有所謂屬領地之性質。如是則政治一由主權者之天皇之自由。而法律云云初無必要也。然不幸政府作憲法行於臺灣解。却發布牴觸憲法之法律。蓋必經帝國議會之協贊。此憲法第五條之所規定也。而爲此條之變例者。憲法第八條之緊急勅令是也。憲法言明定一定之事項。其規定當以法律。只由緊急之必要。爲保持公共之安寧。避其災厄。許發布有法律之効力之勅令。故憲法之規定上。有法律之効力之法規。第八條所謂緊急勅令之外。無之。又不許存在。既不拘此制限。不經憲法變更之手續。以單純之法律。使臺灣總督發有法律之効力之律。令非遺反憲法

而何。或曰以法律當規定事項。委任於他之命令。初非違憲法。明治二十九年三月。法律第六十三號。以立法事項之規定。委任於臺灣總督之法律也。亦亦非違憲。國法上委任命令。固非違憲。然法律之委任。只於或特定之事項。以其規定委任於命令時有效。換言之。則使以命令代法律。規定或事項。而濫此委任之命令。依然非有命令以上之效力。故以他之命令廢前命令時。新法令即爲法律之內容也。故法律之委任。謂以規定之內容。讓於命令。非變命令而使形式上有法律之效力也。然法律第六十三號。以自當規定之事。委任於律令之結果。至變律令使與法律有同一之効力。換言之。則緊急勅令以外之命令。附與法律之効力者也。故其外形爲極廣之委任。雖有幾分辯護之地步。於實質上不免違憲也。

政府置臺灣於憲法之下之意思。如前述。我憲法之解釋。理論上吾人亦信爲正當。以是徵之外國之憲法。獨逸憲法第一條。列舉帝國構成之國家。普魯西憲法第一條。以一千八百五十一年三月三十日。即憲法發布當時之領土。爲魯西王國之版圖。五執堡憲法第一條。亦列記其版圖。休懷而勃羅希盛臺而思華生。憲法第

一條虐姆勃羅希利攀。憲法第一條等。定以現在之領土爲其版圖。瓦孰堡憲法第二條。言明將來因買賣交換其他方法開國領土之增加時。新領土當加入憲法之共同。白耳義憲法第一條。明定現在領土。附記殖民地及將來取得之海外領土。並保護。國以特別法管理之。問於領土之範圍。外國有精密的規定。以新獲領土非如瓦孰堡之有特別規定爲限。不加入憲法之共同明也。我憲法不拘參酌外國之憲法。特從不揭領土限定規程觀之。則新領土亦當然爲帝國之一部分。故作憲法行於其上。解理之所當然也。況於政府有權之解釋。採此主義乎。唯從一方論之。則憲法第一條雖不限定版圖。而憲法之趣旨。以只行於憲法制定之當時。我國版圖爲目的。新領土及其住民。不可謂從性質上當然受憲法之支配。以是立論。亦有餘地。若憲法作不行於臺灣解。則其施政於憲法之外。在天皇自由權內。如前述爲於政治上利害問題。余寧贊同此屬領地主義。若政府有此意。則當言臺灣統治上百年之計。今日之制度。根本的改正時期。其不遠乎。

#### 第五節 憲法與皇室典範之關係

憲法與皇室典範之關係。述皇室典範之性質。當自明瞭。

皇室典範者。爲規定皇室內部之事之國法。而於憲法之下法律之上。有其效力者也。

(一) 皇室典範。定皇室內部之關係。

皇室典範。發布之勅語曰。「享有天佑我日本帝國之寶祚。萬世一系。歷代承繼。以至朕躬。惟祖宗肇國之初。大憲一定。昭如日星。當今之時。宣明徵遺訓。制成皇家之成典。以永遠鞏固丕基。茲經樞密顧問之諮詢。裁定皇室典範。使朕後嗣子孫有所遵守。」皇室典範義解。亦基於此趣旨而說明曰。「皇室典範者。皇室自條定其家法者也。故非以公或公布於臣民者。而將來由不得至之必要。更定條章。亦不須經帝國議會之協贊。蓋皇室之家法。承自祖宗。傳之子孫。既非君主任意所制定。亦非臣民所敢干涉者也。」(細末之誤論之於後)。

皇室典範。竟斷爲規定皇室內部之關係。對於定統治權行使之形式之憲法。有別種種句域。兩者決不得有法理上相抵觸者。誤也。如皇位之繼承。攝政之規定。

關定國事者。與憲法接觸。盡人所不疑者。又觀獨逸諸國之憲法中。有吸收家法的規定者。巴典憲法第四條規定。大公國之統治權。基於千八百十七年十月四日之宣言。大公家世襲之。此宣言爲家法之基礎。而成憲法之要部。收容於現行憲法法典內。曷仙憲法第五條規定。大公國之統治權。依男係長子相續法。大公家承繼之。但以經大公之許可。對等婚姻所出爲限。……基於以上之原則。加以細則。因大公未成年。或他之故障之攝政之規定。以家法定之。此家法於上述之範圍內。成憲法之要部。皇室典範與憲法。無論何時不可衝突之說。皮想之見。可一目瞭然。若果二者無抵觸性。則憲法第七十四條何以必規定。『不得以皇室典範變更此憲法之條規。』哉。試舉一例爲說明。則憲法第二條定皇男子孫之皇位繼承。而皇女子孫之繼承。皇室典範不得不定之。皇族者。臣民也。故訴訟上變憲法第二十四條。(無奪日本臣民受定於法律法官裁判之權。之保障。今改正皇室典範之條規。設不依於法律之裁判官。使審判皇族間之訴訟。則得與憲法第二十四條不抵觸耶。現行之典範。第四十九條規定。亦有皇族相互之

民事訴訟。依勅旨於宮內省。命裁判員使裁判。經勅裁而執行。不得依法律受裁判官之裁判。然現行典範與憲法同時規定者。而在憲法有效期以前。故以憲法第七十六條之結果。前述四十九條。不爲違憲。與違憲之表現。在將來改正典範之時期。獨逸學者亦多論。自移於立憲政體以後。君主一家內之關係。雖得專由王室之自主權定之。然至其關係於國家之公事之法規。雖家法不得議會之協贊。不能定之。認憲法與家法可有抵觸之規定。特如勃拉文休懷衣希憲法第二十三條。公家之內部關係。公室家長之國公。不要議會之協贊。得以自己家法規定。但不得以家法變更憲法。故皇室典範規定皇族內部之關係。雖爲事實。然因是解作與憲法有不相抵觸之性質。則不免有誤。兩在有抵觸之可能性。故定兩者之效力有必要也。

(二) 皇室典範國法也

以王室之家法。爲基於自主權而成之法規。獨逸學者之通說也。是乃彼之沿革的觀念。不可強加攻擊。原現今獨逸各國。在昔爲隸屬於獨逸帝國之諸侯。故於

事實上不拘對於其領土內行使主權。法理上尙未取得主權者之地位。而如領土之相續。各自以其家法定之。故於主權者之皇帝之關係。則此等諸侯之家法。基於一種自主權所爲之法規也。獨逸帝國瓦解。同時各國取得地方高權。至具完全的國家之形体。雖然。尙保存此思想。地方君主所發家法。彼雖爲統治權之總攬者。尙非國法。而王家之私法。即因自主權而爲之法規之觀念。近世國家思想之發達。同時生君位繼承法。不爲王家財產相續法。而爲關於公事之法。定諸侯之家系繼承者。不爲私法而爲公法之觀念。其結果雖君主一家內之關係。至關係於公事之法規。不得議會之協贊。不得定之。薩克森家法前文。瓦執堡家法前文。薩克森酷勃希瓦他。家法前文。王室得專定者。止純然一家內之關係。此思想被確定。專行於近世。與國家人格說。即國家爲統治主體。君主不過爲國家之機關之觀念相結合。至王室家法。亦爲基於自主權之法規之觀念。獨逸多數之學者。所唱導。我國亦及其影響。伊藤侯之義解。亦說明皇室典範王室自條定其家法者。隱若謂基於自主權而規定者。然試暫置外國之家法。我皇室典範

非基於自主權之法規。苟說明自主權之謂何。則自明云。

法律上之意義。自主權者。定於法規之力也。(對於自治之語。)然定此法規之力。對於主權而存在者也。換言之。則於對於或團體。以主權作用。被附與法規時。因以自定法規之力。附與於其團體。始主自主之權。故有自主權者。必須自己以上。戴有優者之力。換言之。則主權者無自主權。自主之權能。非主權以下之下級體不存在。此下級體非依單純之委任。而有以自己之固有之法。定有拘束力之法。規之權能。始可得稱自主權也。(拉排痕特國法學 第一卷九七頁。) 翻視我國國體。天皇爲統治者之主體。而主權者也。天皇於其上非尙戴有優等之力。對於皇家之法規。因主權者之天皇之意思表示外。不能因天皇以外之優者之力。制定皇室內部之關係之法規。既典範爲主權者之天皇所制定。則例以上之定義。非基於自主權之法。規。不待辯而可明。吾人於此說之外。典範之不基於自主權。無須喋喋。憲法第七十四條特規定皇室典範之改正。不要經帝國議國之議。偶以此爲認爲國法之證左云。

皇室典範。國法也。而見其規定多關於統治主体。以爲典範者憲法之一部。則誤矣。典範自爲典範。乃獨立之國法。作憲法之一部解者。陷於移前述べ巴典曷仙等之憲法之規定。即以解我典範之性質之誤也。若憲法一部之規定。有讓皇室典範者。憲法第二條第十七條。故即以皇室典範爲憲法之一部論。則憲法以貴族院之組織讓命令。衆議院之組織讓法律。故陷於以貴族院令及衆議院令作爲憲法之一部之愚。可乎。

典範之効力  
在法律上之  
憲法之下律

(三) 皇室典範之形式上之効力。在憲法之下。法律之上。

典範。不基於自主權之法規之結果。則必研究於國家法令中占如何地位。吾人以典範在憲法之下解。蓋憲法第七十四條。第二項規定。不得以皇室典範變更憲法之條規故也。而同條之規定。同時又有典範在法律之上之意味。典範者。亞於憲法之大典也。憲法之改正。有當附於議會之規定。其結果。典範亦有當付於議會之議之觀念。觀憲於第七十四條。言明此點。定爲不須經帝國議會之議。更定典範不能變更憲法。則視典範遠在法律之上。此余所以以爲典範在法律之

上也。

皇室典範國法也。故當然要國務大臣之副署。及公布。或曰。典範者。非憲法第五十五條所謂法律勅令。又非關於國務之詔勅。故要國務大臣之副署。法律上無根據。法吾人所信國法。斷無不要國務大臣之副署者。憲法第五十五條之勅令。必不可以執行。命令行政命令緊急命令大權命令等爲限。典範者。天皇不經議會之協贊。而爲皇族會議及諮詢樞密顧問官所勅定之國法。爲典範第六十二條之規定。又憲法亦既記典範之效力。則可作勅令中又有稱皇室典範之特殊之物解。故國法之典範。要國務大臣之副署。無所疑也。至於公布之必要。更爲明白之事實。法者主權者之意思表示。得顯於外部者。不可不依公布之形式。不公布之法令爲國法。無遵由之效力。而無遵由之效力。即不得有國法。故既爲國法。必要公布。若典範未被公布者。則於事關皇族。設異於國家機關通用之規定時。司法官適用法之際。不公布典範之規定。縱令抵觸法律時。當不能適用之。雖於現在之規定。以無抵觸。不起問題。他日於有此抵觸時。效力強之典範。爲不公

不公布者雖  
可云無違守  
之義。然似不  
在與否對  
實問題也。  
存於既裁可  
於公布明法  
未得證之時  
令得上存之  
實不能不認  
其在

布不能適用。皇族棄典範而從法律之規定。受法令所定國家機關之司配。如是則最不便利。國家機關及人民。無遵守不公布法令之義務。則不公布者不存。在可見。吾人信典範爲國法。故又信有與他之法令可得抵觸之性質。故將來被改正之典範。信爲當以國務大臣之副署公布。在以家法爲自主之法規之獨逸學說。謂關於國法之副署公布手續。無必要亦不足怪。皇室典範義解。不依公式公布於臣民。只伊藤候以典範作自主的法規解之結果。吾人解典範爲國法。故要國務大臣之副署。及公布。自明之理也。

現行典範。只對於皇族有效力。不從式被公布。故人民及統治機關。對之無遵由之義務。他日皇族有異於典範之行爲時。例如違背典範第四十九條。出訴於通常裁判所時。裁判所得不顧典範。而處刑。爲斯論者。有之。蓋甚誤也。現行皇室典範。缺國務大臣之副署。雖有宮內大臣之副署。宮內大臣非國務大臣。然勅令要副署。依憲法之規定而定。不及其以前之法令。依公文式要副署者。以法律及關於一般之行政勅令爲限。故典範無國務大臣之副署。亦非

無效。而典範被公布。則明見於當時之官報。既被公布之國法。人民與統治機關。當遵由之。不待言矣。

皇室典範在憲法之下之結果。於兩者抵觸之時。憲法之規定有破典範之力。當然之理也。或斷爲在皇室典範第六十二條規定。典範條項之改正增補。經皇族會議及樞密顧問官之諮詢而行。故以不依此手續之憲法。破典範之規定。不能也。典範之改正。固有特別之手續。不能以憲法改正典範之條項。猶如不能以法律改正命令。然所謂不能以法律改正命令。與所謂命令與法律有抵觸時。法律有優勝之力。破命令之規定。二者爲各別之問題。不能以憲法改正增補典範。而與之抵觸時。憲法有破命令之力。不待贅言矣。

典範有法律以上之效力。則以典範命兵役。徵租稅。可乎。如此論者有之。然規定一定之事項。當以法律。憲法所規定也。故在其下之典範。不能侵此規定。不須多辯。且典範者家法也。故其自身之性質上。不能及皇室以外也。

#### 第六節 憲法與慣習之關係

慣習有法力者。不可不依國權之認定。無先天的有法力之慣習。慣習法有效力之原因。古來有幾多之學說。或以爲神授故。或以爲基於人性故。或以爲依於人民之合意故。其效力之根據。雖被種種之說明。而吾人能作慣習有法力者。必因主權之認定。而非有先天的法也。此說既唱於十八世紀。而佛國革命後。獨逸歷史法學派勃興。以慣習法爲有最上效力之法規。至云雖爲成文法。而違反慣習法者。無效力。其結果蒙多少之影響。雖至今尙爲最確實之學說也。吾人今試將慣習所以要主權之認定。說明如左。

法之本質在其强制性。如前所述。退而考單純之慣習之强制性時。一見足知其非法。論慣習之效力者。其要件如下

- 一 同樣之行爲不行爲。
- 二 永年之慣行。
- 三 慣行爲法的慣習。換言之。其慣習爲法規的。
- 四 其慣行。行於人民之一部。或全部之間者。

親對於子懲  
戒之權正當  
防衛之權等  
非強制權乎

## 五 慣習爲不反乎正確的理性及善良之風俗者。

此五者之要件中。最使吾人致疑者。第三之法的慣習之文字也。蓋以單純風俗上之慣習。與法之慣習之區別。在法的慣習與否。慣習法之效力之重點。實存於確信爲法而行之之點。而法的慣習果爲何耶。

說明者曰慣行者。不可不爲法的。Rechtsgewohnheit 不可不爲法規的。Rechtsregel 而隱若有離主權者意思之法之說。例如物品之運送。不動產之借貸。於此事項有一種之慣行。而關於權利義務者。故爲法規的慣習。即有法力之慣習也。其說明似非無理。而實則謬誤者也。於國家內個人一切無權力。於事實上臣民相互之間所行之慣習。違反者雖與幾分之制裁。而從法理上觀。則國權外無強制權。個人違反慣習時。相手方援用單純的慣習。得強制之乎。若違反者不從時。如何求救濟乎。蓋非訴於國權之作用。不可。而於如此之時。最於救濟有直接之關係之統治機關。司法裁判所也。至於相手方出訴於司法裁判所時。裁判所以認其慣習。下權利義務之判決。始事實之慣習。依統治機關之認定而有法

之性質。事實之慣習。無論執如何徑路。必一度觸接國權之作用。受其認定。而始其法之效力。未接觸國權。不經認定之慣習。無論如何多數之間行之者。不過事實的慣習。而不能稱法的慣習也。故曰慣習其法力之根據。在主權之認定也。

於慣習法之效力。我國法上無一疑點。法例第二條規定。不反公之秩序。又善良之風俗之慣習。依於法令之規定而被認者。又關於法令不規定事項爲限。與法律有同一之效力。我國立法主義。慣習法不特不附與廢止成文法規定之效力。非成文所不規定。或依成法而被認者。無爲法之力。對於成法。慣習法之效力。非常限定。其例外者。商法第一條之規定。關於商事商慣習法。先於民法有效力。然此亦依商法第一條特被認定之結果也。

法例反乎公之秩序之慣習。不認其存在。公法者皆關於公之秩序。故違反公法之慣習。以法例之結果。無論何時不能存在。憲法。公法中之最初者也。而其規定中無一認慣習法之條項。故正面違反憲法之慣習法。不能發生。自明之理也。只不反乎公之秩序而可補憲法之缺之慣習。以法例之結果。可請取得法之效力。

論者曰法例其本質上國際私法也。故其第二條所謂法令。亦指私法的規定。而不指公法。然吾人若難發見法例第二條何故限於私法的規定之根據。只第二條揭法令之文字。法令者。法律命令之畧字。故非法律之憲法。非第二條所務見。爲此論者。頗有根據。吾人則解作法令之文字。廣解國法。憲法亦包含於其中。假令讓一步。謂法例第二條專關於私法者。然於私法上所認之慣習法與成文法關係之原則。當然被適用於公法上者。條理之所不容案也。何則。於公法之範圍之制定法。不可謂私較法之區域之制定法。其力輕微也。（屋特買耶行政法第一卷一三四頁）

與憲法異之慣習法。不得存在。如前述。而現在如有與憲法之正文相異之慣行。何爲哉。蓋憲法之解釋。爲各人之自由。吾人依正當之理論。有時有與政府不同之見解。然政府所爲爲有權解釋。假令有條理上可爲不當者。生當該機關之責任之問題外。對於外部關係。事實上有有效。不能以吾人所信正當解釋動之。例如以緊急勅令對於將來廢止。公布憲法之文字。政府之權內所有。而今日之例。天

皇以勅令廢止之。又如勅令無裁可。憲法上自明之理。而今日勅令之公布。朕裁可某某之件云云。以爲前文官報之實例也。此等有權解釋。爲一種之慣習。此特事實上之解釋慣行。故不能廢止變更憲法之正文。獨逸一部之學者。謂憲法亦依慣習法被變更者也。(買衣愛而國法學四七頁)此乃誤解。有異於憲法正文事實上慣習之結果。有異於憲法正文之慣習。然不爲此而正文被廢止變更。他日異現行之解釋爲解釋。乃政府之自由也。

於口述試問等。問委任命令違憲乎否乎。答云。理論上違憲也。及進叩作違憲之委任命令。無效乎。則含糊狼狽。由不思上述之理所致也。吾人固不信委任命令爲違憲者。然代信爲違憲者說明。吾人解委任命令爲違憲。然政府不得解爲適法。今日政府發委任命令中。信爲適法。而一私人之解釋。不能勝政府之解釋。故基於政府有權解釋之委任命令。可有效。乃當然也。祇吾人解爲違憲。不得有無效之性質。云云答之可也。

## 第二編 本論

### 第一部 統治之主體

#### 第一章 天皇

##### 第一節 天皇之國法上之地位

大日本帝國。萬世一系之天皇。統治之。天皇爲統治之主體。天皇者。在皇位之自然人也。非指無形之地位。或者以皇位爲統治權之主體。我國法上之原則。固不承繼皇位者。非天皇。非天皇則不得爲統治權之主體。故皇位與統治權者密接之關係。雖然。以皇位即爲統治主體。則誤也。若皇位爲統治權之主體。又於一方解作天皇爲統治權之主體時。穗積博士講述憲法講義 第二編 第二章 皇位論理上之斷案。至不得不謂天皇者。皇位也。而天皇與皇位。非同物明白之事實也。可此生此明白之事實。既觸之前提。論理學上之推理。其勢不得不誤。換言之。則皇位與天皇同時爲統治權之主體者。誤也。

皇位指天皇之地位者。憲法發布之勅語。規定朕承祖宗之遺烈。踐萬世一系之帝位云云。憲法第二條皇位者。皇男子孫承繼之。皇室典範第一章亦定皇位之繼承甚明。而天皇指統治之主體之自然人。憲法及皇室典範之規定。上所自能瞭者。崩御未成。年其他之規定。非以自然人爲前提。則不適用之規定也。故皇位與天皇別物也。近者說者。攻擊穗積氏取皇位爲統治主體之說。則氏以皇位與天皇同一視者。穗積氏之說。以論理的進窮。因不至謂皇位與天皇同一視之。雖然。氏決非表面上以皇位與天皇同一視之也。氏謂皇位者。開我帝國天祖之御位也。又在皇位之人爲天皇。則兩者非同。一視之之證左也。茲特爲氏辯論者之妄。

穗積氏能皇位爲統治權之主體曰。雖云主權存在於皇位。然此乃誤解也。差不可爲機械的解釋。例如云或物之上。置他物。又如云人有土地。二異物被法律關係所結付者。當正確謂皇位即統治權也。吾人於此有反對之意見。我國法皇位當然指統治權之主體之地位。故兩者之關係。不可分離。雖然。不

能爲皇位者統治權也之說者。統治權者。爲意思之強制力。以一方之意思。強制一方之意思之優者之力。氏於他之部分所說明也。統治權者。權力也。皇位者。祖宗之御位也。在此御位之人。雖有統治權。而權力與御位非同物也。

天皇者。在皇位之自然人也。故天皇之說明。勢不得不著筆於皇位。皇位者。肇造惠賜我帝國祖宗之御位也。吾人試述吾建國之大體。以資國法上之說明。

神代者。渺茫不可測度。吾人不專考歷史。只述一般被傳於歷史上之事實。相傳我八大州國。實伊邪那岐。伊邪那美之二神。始佑啓而惠賜者也。二神之長子爲天照大神。次月之神。其季爲素盞鳴尊。素盞鳴尊。自幼勇悍。天折人民。變枯青山。二神告曰。汝甚無道。不可以君宇宙。遠謫於根國。遂寄八大洲國。夷八歧大蛇於出雲簸之川上。得寶劍。娶出雲國神之女。生大己貴神。即大國主神是也。大國主神。經營天下。定療病之法。及禁厭之法。百姓盛蒙其恩。山陰山陽之諸州。皆歸之。然不得有正當統治權。

大八州國之統治權者。天照大神。承父母兩神。傳天忍穗耳命。而大神將以其孫

瓊瓊杵尊。使君臨之。當時中州多擾亂。於是先遣經津主神。與武甕槌神。使討伐。二神至出雲國。問大國主神曰。汝領有之國。天照大神將欲使降天神君臨之地也。汝當避乎否乎。大國主諮於其子事代主神。事代主神答曰。大神有此借問之勅。我父宜避。因先自爲避。大國主神白二神曰。我所怙之子已避。我亦當避。大國主神之季子建御名方神。膂力拔群。聞大神之命。不從。主大國諭之曰。天孫爲天日繼。大八州國之統治者也。僕及僕之子。皆當奉仕之。天祖之宗嫡稱天日嗣自此始。

當時草昧未闢。交通未開。比隣不相識。各以武力割取一部之土地。王侯之貴。人之所欲。棄數國之領地。乃所不忍。是爲常道。至力折矢盡而止。以與相戰。願不可耶。而天孫旣稱天日嗣。故寧拋干戈而歸順者。實無非等崇我視先直系之皇位。皇位之基礎。至是已固。

出雲旣平定。天照大神。垂神詔。勅皇孫瓊瓊杵尊曰。葦原之瑞穗國。是吾子孫可王之地也。爾皇孫就治寶祚之隆。當與天壤共無窮。以八坂瓊曲玉。八咫鏡。天叢

雲劍。賜天孫曰。我兒以此鏡爲我御魂。如拜吾前陪。從天孫降。臨於九州者。甚多。其子孫歷世相承。各以其職。仕奉朝廷。

瓊瓊杵尊以天位傳於皇子。彥火火見出見尊。彥火火出見尊。傳鷓鴣葦不合尊。葦不合尊傳於譽全彥尊。天皇生而明達。年十五。立爲太子。及年四十五。謂諸見及子等曰。昔我天神舉此豐葦原之瑞穗國。授我天祖瓊瓊杵尊。當時運屬鴻荒。時鐘草昧。故蒙以養正。未治此西偏。皇祖考乃神乃聖。積慶重暉。多歷年所。而達遠之地。猶未霑王澤。遂使邑有君村有長。水自分疆。用相凌轢。抑又同鹽土老翁曰。東有美地。青山四圍。其中亦有降臨神。其饒速日歟。（饒速日尊者。瓊瓊杵尊之第三子。彥火火出見尊弟也。故後神武天皇祖之。當祖父之弟。）何爲就都於此耶。諸子對曰。理實炳然。我亦恆以爲念。宜早行賜。天皇親帥諸皇子。舟師東征。閱年六歲。平諸所之國神。八十梟呼。及土蜘蛛。殺饒速日命長髓彥而歸順。中國至是皆浴皇化。

當建國之時。肇造我國民者。所謂日本氣俗。梟師民族。及土蜘蛛也。日本民族。爲

成我國民之基礎。而從同一祖先而出。服從承其祖宗之御位之一人。所謂成血族團體者也。鼻師之由來。與日本民族不同。當神武天皇東征。據諸所。抗皇軍。至後尙割據西陲。長未浴皇化。如彼熊襲者。乃此族之一部也。土蜘蛛者。（土蜘蛛）之意。當時穴居中州之諸所。三種民族中最野蠻者也。蝦夷之稱屬。多屬之。割據本土之東北。此中或部。既歸絕滅。（揆衣諾）之移族。僅北海道之內地。保其餘喘。獨日本民族。逐年益繁殖發達。其確信祖先崇拜之念。及今更加堅固。單純的服從關係外。服從承共同祖先之御位之天皇。尙如對於共同始祖的天祖之稜威。肇造民族之確信。至使皇運。與天壤共無窮。

以君主爲國家機關之說之非是。既於國家理論之條論之。多人以國家不能爲統治權之主體解。統治權之主體者。國家構成之一要素也。我帝國自天皇與臣民。及一定之領土而成者。天皇爲主權之主體。而國家構成之分子也。而統治權之主體謂何。吾人及今將說明之。

統治權之主體者。謂自己之權限。有無限伸縮之權者。現雖不自行一切之統治

於獨乙帝國  
將以聯邦國  
議及帝國權  
會之體耶如  
之主體則至  
貴說則至絕  
對不生認之  
治權之主體  
在國家以國  
家制度以法  
輩所考憲於  
元主國得與  
會於人格的  
國家與一機  
之國家所以  
權不能以此  
統治權所在  
法變更且憲  
法在何故認  
爲統治權之  
所以正確理  
理無由之上

權。於認爲必要時。無論何時得奪他之機關權限。集之於己者。主權者也。而於立憲國家統治權之作用。大體定於憲法。故有變更憲法之權限者。即統治之主體也。吾人以此標準信爲無論何國之統治主體。得發見變更憲法之權。爲國民所共有者。國民即統治權之主體也。縱令採憲法變更。要議會之協贊。而不依君主之積極行爲。法尙不成立之主義者。可得諸君主有變更憲法之權。故可謂統治權之主體。我憲法變更一出於天皇之手。故天皇者統治權之主體也。

天皇爲統治權之主體者。依憲法第一條規定而明。然日本帝國之統治權。屬於天皇者。非依憲法而後定。不過以幾千百年來國體之大本。於明治二十二年宣言而已。或曰。國家者。非目的而手段也。君主統治國家。非爲自己之利益。而爲集全體之利益也。爲集合體之利益。定其意思。發表其意思之統治者。即集合體之機關也。國家之機關也。其說非無理由。昔素盞鳴尊。甚無道。故父母二神以其不可使君臨宇宙。而遠謫於招國。仁德天皇。遠望炊烟。語皇后曰。天之立君。是爲百姓也。然則君者以百姓爲本。是以古之聖主一人飢寒。願責諸己。今百姓貧則朕

貧。百姓富則朕富。承祖宗之直系之天皇。臨末族之子孫之百姓之心。即親對於子孫。仁慈之心也。故不恣其生殺與奪之權者。統治者之理想也。然國法上論之。不可不謂天皇非統治之機關。統治機關者。即有憲法之變更權者。爲行使其權力而設者也。故因憲法之變更。可得自由改廢者也。天皇爲憲法之制定者。又有其變更之力。不能以憲法廢天皇。天皇者。在憲法之上。而論者所謂機關之文字。只有爲他之利益而存之意者可適用。國法上之統治機關之意味。以天皇爲機關。我國法上之所不可採用之誤論也。

我憲法第四條定天皇總攬統治權。總攬統治權之文字。所有統治權之意乎。或總其行用之意乎。學者之間。所爭論者也。一木博士之說曰。統治權之總攬者。總統治權之行用之國家機關之意味也。井上博士之從文字之意味解釋。總者總括之意。攬者掌握保持之意。即總攬統治權者。總括而掌握保持之意味也。天皇總括統治權。則有之之意味也。即天皇爲統治權之主體也。吾人贊同後說。元來我憲法第四條根據於獨逸各支分國之憲法條文。巴威偏憲第二章一。薩克森憲三。四。巴與憲四。五。互自堡

憲四。五。蒲偏修梭衣希憲第一章。二曷仙憲四。五。憲克森買衣寧根。憲三。薩克森阿而登奴勃最希。憲第二章。四。休懷而勃羅希。羅獨而思他脫。憲一。懷羅麥克憲。三新統衣落思。憲。獨逸各國憲法之原文皆同一之文章也。今揭李編西憲法第二章第一條如左。

„Der König ist das oberhaupt des States vereinigt in sich all Rechte der staat  
sgewalt und über sie unter, den von Ihm gegebenen in der gegenwärtigen Ver  
fassungzuckrunde festgesetzten bestimmungen aus

以此文與我憲法對照。原文國權之文字。改爲統治權之外。行文之體裁。彼如合符節。而獨逸各國之憲法。與我憲法第一條相當者。殆無之。而從文章之構成上觀。則有總攬國權。而以此國權復憲法之規定行使之說。故可解作先保持其國權。而後使此已保持之國權之意。從而反譯我憲法第四條。亦信有所持統治權之意味。由此而論。則第四條之總攬云云。與第一條對照。似屬冗文。吾人亦不見其必要。惟可作爲鄭重規定。以避疑。與文章之體裁上。爲後段之（此憲法之條規）云云接續之豫文而已。

天皇者。國家之元首也。此文字亦見用於歐洲各國。而被輸入於我國者也。元首之文字。不必與統治主體一致。有別個之意義。元來國家之生活。當永遠存續。其間不許一日之休止。故不可無代表此無間斷國家之生活之機關。總括國家之行政之機關者。代表機關也。稱之爲國家之元首。或國長。此在歐洲各國國長或元首之意義也。國家之元首之文字。於外國憲法之多數已用之。而我國憲法。亦襲用之者也。於君主國不問獨裁與立憲。君主常爲國之元首。於民主國。大統領元老院（於獨逸之自由市散那脫）等。爲國長。換言之。總括一國之行政之機關。即作爲其國之元首解可也。

吾人解國家之生活。國之行政。不可陷於以國家視爲人格之誤謬。國家者。統治者之狀態。已如前述。可知國家之生活者。形容所謂國家之狀態。無間斷而存續之情形。國家之行政者。國家統治權一分派之行政權之義也。

憲法第四條規定。依此憲法之條規行之。天皇爲統治權之主體。同時又掌其行用。此從統治權之性質而來。當然之結果也。然其所以規定之者。特爲防國法上

錯誤。歐洲近世之學說。統治權之主體。者無形之國家也。有此觀念。故國家爲統治權之主體。而非行用之主體。掌行用者。由自然人而成之國家統治機關也。故在彼主體與行用常爲區別。欺爰羅謂立憲之君主統而非治。其意謂君主爲統治之主體。而無行用之權。然權力者。乃謂動力。故不得有無行用權之主權者。我憲法特規定天皇得行統治權之事者。第一層在規定當從憲法之條規行使之意。雖然。於他方面。在使無徒眩西洋之學說。而誤解我國法上天皇之統治權之意。爲可信也。

## 第二節 天皇之大權憲法上之大權

我憲法上天皇之大權。與憲法上之大權。不可不區別。憲法第十七條規定攝政於天皇之名行大權。第三十一條規定。揭於本章之條規。於戰時又國家事變之時。不妨天皇大權之施行。第十七條之大權。與第三十一條之大權。其範圍不同。蓋第三十一條所謂大權者。指歐洲學者所謂君主之緊急權也。獨逸學者買衣愛學二五頁。皮旭汚立法及既政國家之緊急權。揭於夷思。一般國法學五六。五七。曰。司法者。無論何時。與現行法規不得矛盾。

蓋以法規之維持。爲其任務故也。反之。而他之有國家機能之行使。則國權者於認國家之存在。或保安之必要時。得破法律之制限。於時之行政行爲。得違反法律。立法行爲得違反憲法。稱此機能爲超脫權。或國家之緊急權。國家之緊急權。用語不適當。何則。此行爲非法之結果。却違反現行法而行。而反乎法者非權利者也。我憲法第三十一條之所謂大權。亦類似之。如買衣愛而所論。違反憲法者。我國法上因不可作如是解。然即牴觸揭於第二章之規定。而在戰時又國家事變之時。天皇得以統治權之主體之地位。決行之之意也。換言之。憲法第三十一條。超脫憲法第二章之天皇之特權。豫附與適法行爲之效力者也。若無第三十一條。則於事實上天皇非不能行超脫權。而其權所謂事實上之力。不可謂適法行爲。第三十一條。豫見此情形。爰定言非常之時。雖用超脫權。亦非違反憲法也。故第三十一條所謂大權者。可解作天皇所有統治之實力。有賀博士解本條之大權。爲憲法第八條之緊急勅令。第十四條之戒嚴宣告權及第十一條之陸海軍統帥權之誤也。憲法講義一七二頁。蓋緊急勅令。代法律之勅令。故發之尙不動臣

民被法律上保障之地位。不待三十一條而可得爲。又戒嚴之要件。法律之所定。故宣告戒嚴。不動臣民法律上所有地位。又不須第三十一條已爲適法行爲。至若兵馬統帥之權。文字之所示。非於一切臣民法律上之地位。可有接觸之性質也。

憲法第十七條所謂大權者。謂憲法上天皇可得爲之所爲。換言之。委任於一定之機關。使之。不爲憲法上之要件之政務。其範圍。則就令待機關之參與而行者。亦可稱爲大權。司法權者。依於法律。裁判所行之。委任於裁判所。使行司法權者。憲法上之要件也。故非第十七條所謂大權。立法權者。以帝國議會之協贊行之。議會雖參與立法。而立法權天皇之所行。故在第十七條所謂大權中。或論者曰。天皇之大權者。謂憲法條規內活動之統治權。依憲法第十七條攝政之行使大權。即此意味者也。何則。以大權作天皇親裁之事項解時。不得不謂攝政在職間。不能爲法律行爲。何則。立法權。依憲法第五條必要帝國議會之協贊。而第十七條行大權之外。不認攝政之權限也。攝政代天皇行司法權時。固得如論者

之解說。然若如論者廣解第十七條之大權。爲働於憲法範圍內之統治權時。司法權亦勿論當入其中。然憲法第五十七條規定。司法權於天皇之名裁判所行之。故縱令天皇爲未成年。又無親政能力。裁判所行司法權。無何等之差支置攝政者。攝政非於天皇之名行司法權。裁判所不問攝政之有無。常於天皇之名行司法權也。故以第十七條之大權。廣爲解釋。則誤也。要之第十七條之大權。乃委任於機關不爲憲法上要件之政務者。第三十一條所謂天皇非常之權。亦包含之者。如此解釋可也。

所謂憲法上大權之文字。出於憲法第六十七條。而謂憲法之規定上。天皇可得親裁之政務之範圍也。故比大權。其範圍更狹。從憲法第一章天皇者云云。列舉事項中。除外立法權者。憲法上大權也。立法行爲全體無大權。然其一部。如裁可者。又爲天皇憲法上大權也。何則。天皇之所獨占者。以天皇憲法上大權。謂要天皇之親裁之政務也。一切不得以此委任於他。主張此論之學者甚多。雖然。從憲法第一章所揭觀之。則現今天皇委任於他。而使行者不鮮。若憲法上大權。一切當出於天皇之親裁。如文武官之任免爲

大權事項。現有委任於他者。不可不謂違反憲法。如此。不特解釋失當。對於天皇強以事實上之不能也。天皇亦人也。列舉於憲法大權事項。此一切繁雜事項。須親裁。事實上所不能也。故吾人以憲法上之大權。雖解作憲法上天皇可得親裁之政務。然不必要親裁。得委任於他之統治機關者也。但爰委任之機關。於行大權事項。常當以天皇之名者也。憲法上之大權。當詳論於後統治權之作用篇。茲特揭其根本之意義云。

### 第三節 隨伴天皇地位之權

於此所當說明者。天皇得有之諸種之權力。權利乎。否乎之點。是也。余前於權利之條。區別權力與權利。統治權爲權力。故非權利。既爲說明統治權。其本質上命令之權力也。意思之強制力也。故非權利。如前述。雖然。統治者之天皇。所有之權。非皆爲強制力即命令權之表現。如本節所謂神聖不可侵權。榮譽權。財產權。無命令之力。而當得主張法所認之利益之可能狀態也。法皆天皇之制定。或所認定也。故此等權利之根本之法。出於權利之主體天皇其人者也。然法不問出

於權利者之意。與從他附與者。法認一定之利益。與充實之可能性時。於形式上何妨稱爲權利。可信也。余雖以統治權爲權力。與權利區別。如本節之權利。寧認以權利觀念說明之爲便。蓋此正與余之權利觀念適合者也。隨伴天皇之地位之權。神聖不可侵權。榮譽權。及財產權是也。

(一) 神聖不可侵權

神聖不可侵  
權說明之意  
義及其程度  
非必要乎

神聖者。不可以人力侵之義也。往昔羅馬貴族與平民兩者非常軋轢。平民常爲貴族之所抑壓。其結果。平民將斷然分離。別建一國。此分離策。對於貴族而起非常之恐慌。遂納平民之意。置平民保護官之民官。此時貴族雖欲退民官。而苦於國法上之名義。將以普通法上種之擬律。退「智利善義」。平民大激昂。遂迫貴族定智利善義之職。爲神聖。法律上不得責問之。歸神聖權於國家重要之機關。實自此始。至後世歐洲各國之憲法。亦多設神聖不可侵之規定云。

以大利憲四。西班牙憲八。葡萄牙憲七二。奧太利憲第四編一。巴威倫憲第一章一。薩克森憲四。瓦執堡憲四。薩克森阿而臺勃羅希。憲四。蒲倫修懷衣希。憲

神聖不可侵

茲云一般無  
答責後之責  
任前後有抵  
觸之嫌且如  
民事上強制  
執行對於天  
皇殆不可因  
要之範圍因  
以論定責任  
程度範圍  
似爲至當

無義務之天  
皇當其主義  
時而爲有義  
務之判決非  
受不利益耶

三。屋而登勃羅希。憲四。休懷而勃羅希陳臺而思華生。憲九。休懷而勃羅希羅  
獨而思他脫。憲二。新統落衣思。憲五。懷而臺克。憲四。虐姆勃羅罷希利攀。憲五。  
謂神聖之文字。法律上無何等之意味者。有之。(拉買衣愛百 三二七頁)如以君主與臣民異  
而謂爲神之意味。解神聖之文字。固國法上無何等之意味。然法律之用語。神聖  
之文字。即不可加以人力之意味。故與不可侵同義。自對於天皇以外之關係言  
之。則天皇在不可侵也。從天皇言即無答責也。無答責者。無論對於何人。不負責  
任之義也。國法上之責任者。對於自己之行爲。因主權之作用。受不利益之謂也。  
故天皇有責任。則爲對於自己問責任之意味也。  
君主之行爲。有施政行爲。與爲私人之行爲。而爲私人之行爲。亦有民事上者。與  
刑事上者。君主之行爲。無答責者。施政行爲與刑事上之行爲也。於此兩者。天皇  
於一切法之前。不負其責任。法理上無論何人不能問天皇之責任。只於民事。明  
權利義務之所在。而止。爲是不能謂君主受不利益。吾人於民事能作天皇亦立  
於法之前。不能免責任。外國之公法學者。所論亦無例外。君主之無答責。不及民

事行爲。但民事訴訟普通不對於君主。而須對於國庫或王室經費提出者也。

若憲法之規定。雖於民事訴訟。亦有天皇不負責之趣旨。則如民事訴訟代表國之機關云云。民事訴訟法第十四條之規定。及基於其規定。而定國家代表機關之勅令。爲違憲。如我國不以國家看做人格。謂國家於民事受通常裁判所之管轄。則主權者爲達國家之目的。與個人其於民事之關係時。又得謂法之前負責任之意味也。而民事訴訟法之規定。非違憲。而現在所以遵行之者。憲法第三條之不可侵不及民事故也。而於民事之關係。天皇無論爲國家的財產之所有者。或私有財產所有者。均有責任。

以對於君主犯罪。較對於普通人民犯罪。用嚴重之罰。規定於刑法觀之。爲君主之不可侵權之一部。是等學者甚多。買衣爰而亦於國法論二二七頁。引用獨逸刑法之條文。(八〇、八一、九四、九五、九八、九九條)論之。然誤也。對於身體名譽。從他人不受侵之權私。刑法上一私人亦有之。故單從他人不受侵之點言。則私人之身體亦不可侵也。若以比他人之保護受一層強之保護。能不可侵。則刑法第二編第一章關

財產權之關係外國法認  
國之主體爲  
人格區別天  
皇財產與國  
家財產

於皇族。亦設特別之規定。然皇族亦有不可侵權。國法上不當然也。故以刑法上之特別規定。表示君主之不可侵者。誤也。

天皇神聖不可侵之結果。而以國法上之制度。爲國務大臣之責任。君主亦猶是人。則有時不得不爲反乎憲法之條規之行爲。英國國法謂「王不能爲不正」(The King can do no wrong) 爲原則者。此非不能爲。乃無論何人。於王之行爲不能科不法行爲之結果之義也。君主已得爲不正之事。且既爲不可侵者。則不可不有防止弊害之制度。即設國務大臣之制度。天皇之行爲。不待國務大臣之副署。則不生國法上之効力。一面與天皇輔弼之權於國務大臣。若不畫輔弼之責。時問責任而彈劾大臣。依期間接之方法。所以力使天皇之施政。不逸於憲法規條之外也。於國務大臣之責任。吾人將論之於後。於此只知國務大臣之責任。不可離君主不可侵之關係亦已足矣。

## (二) 榮譽權

天皇之榮譽。於國家內最高者也。此權多發見於專屬於天皇榮譽之表章。又於

一面。內廷組織之權。亦得加入其中。

(甲) 用特別之稱號敬稱。及尊榮之表章之權。

「享有天祐」之語。天皇之所專有也。如於祭祀稱天子。於詔書稱天皇。對於外國稱大日本帝國。皇帝陛下。亦然也。稱朕者。天皇之外無之。陛下之稱。對於至尊之敬稱。而延及於太皇太后。皇太后及皇后者也。

陛下二字似  
尤不當陛下  
者似對於至  
尊及太皇太  
后皇太后皇  
如下文見為  
如下文見為  
至尊特有之  
敬稱

外國之學說。如誕生日之祝祭。祈禱於寺院。並愛國喪。亦入榮譽權中。葉里納克公權論。一四四頁。謂誕辰之祝祭。寺院之祈禱等。為法令他人之結果。故不過反射作用。買衣爰而國法論二二七頁。注九。謂此等繼令規定為臣民之或義務。其第一次所為目的者。為表章王卓越之地位。則王之權。為第一。而臣民之義務。為第二。乃得為君主之榮譽權。余贊同葉氏之說。至受國喪之權。紫衣臺耳。所著已威倫國法第一卷一七四頁。加入榮譽權中。此既如買衣爰而所論。(國法學二二七頁注九)對於死亡之王而行者。則難言王之王之榮譽權。何則。權利之主體不存也。

受御璽及神器等在榮譽權之外者

榮譽之表章。御璽。御紋章。及有三種之神器等。亦天皇榮譽權之一部也。

## (乙) 宮庭組織之權

天皇之周圍。有多數之宮內官。宮庭者。以皇族及宮內官吏組織之。於國務之外。爲君主私務之府。定出入於宮中之資格。任命宮內官吏等。皆屬內庭組織。宮內官吏。非國家之官吏。論宮庭之組織。非國法學之問題。然其位記官等之制。與一般官吏同。

爵位勳章。其他之榮典。例各授與從軍記章。榮位。金杯。褒詞。等之權。屬天皇之榮譽權與否。葉里訥克公權論。一四五頁。註一。伯倫哈克普國國法論第一卷四六八頁。紫衣臺耳巴威倫國法第一卷一七三頁。註一等。以此爲君主之施政權。買衣爰而解作榮譽權曰。如上之反對論者。其所以探此見解之理由。蓋不少。然於事實上。此權能不爲施政權而取扱之事。何則。其行使不必要副署者也。吾人贊同後說。我憲法第十五條以爵位勳章其他之榮典授與加入君主之憲法上大權中。或論者遂以此爲施政權。爲關於國務之詔勅。要國務大

臣之副署。雖然。爲君主之大權。何故當爲施政權。初無根據。余信爲天皇之榮譽權。不關於國務者。故不要副署云。

### (三) 財產權

財產權  
國有土地物  
件其他之所  
謂或家財產  
者屬於國家  
不屬於天皇  
謂天皇者統  
權治之主體  
亦不能斷定  
國有財產當  
然屬於天皇

財產權。隨伴天皇之地位者也。我國法上天皇爲統治之主體。故一切國家的財產。法理上屬主權者之天皇。雖然。天皇以經營國家之目的。規定之財產。爲一個之目的財產。Kmeoktenoyon 當於一定條件之下處分之。縱令變其形體。要允許常使用於國目的之外。是爲國家財產。吾人茲所述者非國家財產。天皇於一方。與私人有同樣之財產。權能。天皇非以天皇之地位而有者。爲私人所有財產。與私人之所有權同爲一物。而又不限於茲之所論。吾人於前所述者。隨伴天皇之地位之財產權也。

### 一 王室經費

王室經費之制度。發生於英國者也。王室財產。及其收入。因國王之惡政。而見減少。至第十八世紀。屢屢極財政之困難。故逐奇第三世。當即位時。約議會。所

謂定財政整理之方法。國王重大之收入。當從適會之所謂適宜而處分之。國王爲賠償。內廷之費用。及維持國王之尊榮之費用。從國庫得一定額之支給。於彼之於繼承者時代。稍加變更。王室之重要收入。全置於議會之處分權下。反之國王至得確定額。又謂之爲希哇伊爾利思脫。於佛國革命之結果。舉三室之財產合併一切歸國民領至。後始爲必要之王室經費之支辨。既一七九一年。九月三日之佛國憲法第三章第二節第一款。一一包含於詳細之規定。一八四年六月四日。憲章二三亦然。

皇室經費之實際。於我國既從古行之。武家專政。橫領天下之時代。朝廷從其私有地爲收入。與因忠誠者之貢獻外。無得內廷費用之途。財政陷於困難。歷史上有確證也。因德川氏以一定費用。充皇室之費用。如今日之皇室經費。雖然。其對於朝廷之政策。以禁裏之費用。至使近於最低限度。王政維新。天下之大權歸天皇。明治二年各藩奏奉還封土至。是財政之權亦全歸天皇。及憲法發布。更制定皇室經費云。

皇室經費。爲充皇室之費用。當國庫支出之負擔。憲法第六十六條之所規定也。同條規定依現在之定額。每年從國庫支出之。於憲法制定之時。定額三百萬圓。故爾來除要增額之時外。不要帝國議會之協贊。必可支出。議會對於此額。不能拒。又其以上之支出。亦無同意之義務。至其費途決算。亦以皇室經費屬天皇之自由。不受議會及會計檢查院之干涉。皇室典範規定皇室經費。特定常額使從國庫支出。其豫算。決算。檢查。及其他之規則。從皇室會計法所規定。(第四七條 第四八條)

## 世傳御料

## 二 世傳御料

愚世傳御料非皇族之財產而天皇之世襲財產

皇室之私有財產中。與君位共繼承。當然歸後之天皇占有。有不得分割讓與之性質者。世傳御料是也。(皇室典範 第四五條)世傳御料。非隨伴君主之地位者。隨伴皇族之族長地位者。主張此說之學者有之。(木村氏國法 學講義)世傳御料。從皇族之世襲財產。不可分割讓與之點觀之。則非隨伴天皇之地位者。而以皇族族長之資格屬於天皇者。明無理由。然縱令爲不許分割讓與之世襲財產。而以收益之權。在當時之天皇觀之。則爲非種財產權。無可疑也。且於今日之制度。皇族族長常爲現

茲用大權文  
字恐與前混  
皇之大權混  
同單用統治  
權可乎  
皇位者系統  
也尙未允當

在之天皇。天皇以上必無獲得世傳御料之收益權。則以爲伴天皇地位之財產。初非不當之解釋也。

#### 第四節 皇位之繼承

統治大權。在萬世一系之天皇。天王者。承繼皇位之自然人也。皇位者。祖宗之御位也。系統也。國家統治之大權。天皇所承之祖宗。傳之子孫者也。人無不死之壽。此皇位繼承之說所以必要也。

在以領土爲君主之所有地之古代之觀念。則王位相續者。即前王之財產之相續也。爲使相續前王之財產之土地。於其上分與行使主權之意味也。故分割領土於數子之間。生多權之獨立國家。發生兄弟相鬪。骨肉相食之慘狀者。不鮮。此觀念。特出歐洲中世之封建時代而始固。鮮王位之繼承。以私法的遺產相續之觀念。其始諸侯分割私有財產。 *Allative* 未幾至封建封土。亦分割。其結果。滅殺王家之權威尤甚。至第十四世紀。爲計王家之利益。諸侯家族內生反動力。因家法遺言及契約等。禁領土之分割。將舊豫防此弊害。而分割者又反領地人民

之利益。故地方議會。亦與君主協力。勉貫徹領土不可分主義。而於當時國家思想之發達。與此等原動力相含。領土分割。益至不可行。而當時所行者。單獨直系相續法。此單獨直系相續法。只直系之長子有繼承權之單獨直系相續法也。此單獨直系相續法。乃只直系之長子。有繼承權之制度。其初千三百五十六年。依氣耶利思四世之金詔 *goldenbulle* 得用者限選舉候之家累。而其他之獨逸諸國之君主亦。依法家至全然採用之。如此而成單獨長子相續法之結果。統治權非如領土所有權之屬私法的者。與近世國家思想相合。至今日而確定王位繼承。爲統一的不可分之國權之繼承之觀念云。

我國法上之觀念。繼皇位者。承天祖之位者也。而天日嗣有一無二。神代以來所確信傳之今日。未嘗分割國土以與數子。又無分皇位如二三例。此雖統治權性質之當然。又實因繼承祖宗之位不可分地位之觀念。偶然與統治權不可分之觀念。一致而初無紛更云。

皇位之繼承。即統治權之繼承也。前天皇已有之統治權。新天皇繼承之者也。吾

人如是說明之結果。必當起疑問。何故新天皇。被前天皇既發之法規拘束乎。何故前天皇既發之命令。於後天皇之御世。有其効力乎。此二點是也。夫統治權於最初之形體。因無制限無拘束也。然當時之主權者。當其行使。多以法爲行動之制限。前天皇發布或法規時。彼已有之統治權。依此法規而被制限者也。換言之於後之天皇繼承時。統治權因至前天皇崩御之時爲止。已發許多之法令。被附條件者也。故此等之條件。後之天皇以用正當之形式改廢之爲限。對新天皇亦有拘束力。而拘束其臣民。因不待言矣。蓋後天皇從前天皇繼承如此有條件狀態之統治權者也。（據井上博士所說）

穗積氏以萬世一系之皇位。爲統治權之主體。皇位者。可永遠存續無形之地位也。故從氏之說。先帝之法令。易代尙有效。無須深爲說明也。一本氏以國家爲人格。一切之法。令爲國家之意思。而國家者有永續性之統治主體。故君主之更替。於國家意思之法令無何等之關係。惟如國家人格說。以往昔既行之君主主權說。不能說明法令又條約之永續効力。而生學者之觀念。從一方言之。則如所謂

進步之國家思想。吾人非不知採此等之說亦爲說明上之便宜。然吾人好喋喋君主主權說之舊思想者。爲吾國法上之解釋。出於不得已也。此點與前述國家理論對照自明。皇位之繼承分左之諸項說明。

皇位繼承之開始

一 皇位繼承之開始

皇位之繼承。因天皇崩御之外。他之事由不得開始。皇室典範第十條所明定也。此主義雖至皇室典範而被宣言。而我國古來之慣例亦所認者也。徵之歷史。雖天皇在世之際。而讓位者。其例不少。而實種種之事情使然者。我民族之確信。天皇崩御之外無踐祚之事。典範不過宣言此原則。但憲法規定皇位繼承依皇室典範之所定。故將來改正典範許生前讓位時。其有規定之效力。不待言。蓋讓位之制。與皇位之繼承不矛盾者也。

按上古先帝崩後皇太子即繼承皇位。以此爲法者也。故自神武天皇下迄武烈天皇。廿五代之間。無讓位之事。爲此故耳。繼體天皇。讓於安閑天皇。即日崩御。遂啓受禪讓位之端。聖武天皇尙壯年。讓位於皇太子。自爲太子天皇不關

愚考雖無我  
民族云云之  
說明而於皇  
室典範爲一  
且天皇崩御  
之外無去其  
位之前提即  
認天皇在後  
之存不認  
太上皇存  
云云也從  
何方面說明  
如此

政務由此而始。後世遂傳其例。歷代有讓位之儀。者至五十八帝之多。雖因不得已之事故。而佛法之流行外感之專橫等。非重大之原因哉。（森野小中村合著日本制度通二頁）

繼承者之資

(一) 皇位之繼承者之資格

(甲) 祖宗之皇統。(憲法第一條。第二條。皇室典範第一條)

我國依血族團體之觀念。而建設之事。已如前述。皇位者祖宗御位之義也。故其繼承當然含相續祖宗血統之觀念。若單純之主權者地位或財產相續之觀念。則無必待傳自先代天皇之血族之理。然我皇位之繼承。不但相續主權者之地位。又有建國之基礎（繼祖宗之御位）之觀念。非祖宗之血統不許踐祚。此所以當明言祖宗之皇統也。

天皇之養子。或猶子之事。古來我國所已行。於此讓之以位。亦不無其例。但限於皇族者。國史上之事實也。然則爾後以皇族爲養子得繼位乎。蓋皇室典範第四十二條。有皇族不得爲養子。而依同第三十條。天皇立於皇族之外。故不受四十

二條之適用。故得作非不能爲養子解。典範第五十八條亦規定（不以現在之皇養子皇猶子或他之繼嗣之故混之）認其事實。只以同條有（皇位之順序總依實系）爲皇養子皇族。從典範第一章之規定。該當皇位繼承之順序時。特別不然之。單以養子之故無繼承皇位之權利。獨逸各君主國之家法。亦不認養子有繼承權。

（乙）男系之男子。

憲法第二條云。皇男子孫。典範第一條云。男系之男子。我建國以來之慣習也。

在獨逸諸國君位繼承者。宗族男系主義也。即男系之子孫。先於女系之子孫。於或王家。則男系之繼承權。爲絕對的。不認一切女系之相續。李漏西憲法五三條曰。王位者。從王室典範依嫡長之序。以男統實系者繼承之。此規定不容女系繼承者也。薩克森阿而臺妙勃羅希憲一三。薩克森酷勃羅希穀他。家法五。屋而登勃羅希憲一七。舊統落衣司。新統落衣司。一八五六年六月十日法一〇。米庫倫勃羅希家法六。亦然也。又於他之王家。凡男系之王統。絕滅之

作天皇不得  
更爲養子  
釋爲至當  
五十條爲  
於典範制  
之當時規  
其制定以  
雖有爲養  
猶承是等  
無繼承之  
格非因此  
可作爲天  
得爲養子  
子解

後。始許繼承。巴威倫憲第二章四五。薩克森憲六七。瓦執堡憲七。巴典家法三。曷仙憲五。體懷而勃羅希。陳臺而思華。生根本法一〇。懷羅臺克憲一五。諱妙勃羅希。利攀。憲三等。以此爲立法之主義。我國之典範。殆可依此主義。

男子娶而所生者爲男系。女子嫁而所生者爲女系。本於父則男子之子爲男系。女子之子爲女系。按史以女系繼承皇位。無其事實。只男系之女子。應時之必要而踐祚者有之。雖然。其例甚鮮。僅自第三十三代。推古帝始。及皇極。持統。元明。元正。孝謙。明正。後櫻町。八帝。重祚不寡。從神武天皇及今百二十餘代。殆皆以男子繼承皇位。故女帝之踐祚。不可謂非出於不得已。而用爲常例。現行國法上女帝之立。不繼承皇位。故苟皇裔之男系男子。全無一人時。猶以憲法及皇室典範未改正。不得不抱皇位欠存續之虞。然此乃法理上假定觀念。於事實不過杞人之憂耳。

皇位者。主權者之天皇之地位也。故主權無二。皇位亦無二。或曰在南北朝時代。非南北有二皇位乎。故皇位難云無二。然當時外形上如有二朝。於皇室之中。各

對於唯一之祖宗之御位。爭權利。而握日本國之主權之皇位。無二個相對峙而存在。而主權者依實際之占有而獲得之。其適法與不適法之問題。不關於主權之成立。故苟受祖宗之血統以後。於事實上握日本之主權。不可不以皇位爲主權之所在。故外形上二朝。國法上無二朝也。

私生子無繼承權。獨逸學說所一致也。我國法亦依此原則。不俟言矣。因父而被認知之私生子。謂庶子。認知之制度。於古代之獨逸法。全無所存在。高級貴族。未嘗行之。有所謂外套兒 *Manselkin*。即依後日之結婚。被認知之私生兒。有繼承之資格否。關於此問題。從前爭議。因近來之學者而無例外被否定者也。遮哈來獨國法第一卷三五頁。勞痕訥普國國法第一卷。一六六頁。休而表普國國法五七節。薄爰載耳。巴威倫國法第一四七頁。門羅五執堡國法二五節。辯而盤耳。獨逸私法二七四節。註四。盤才利耳獨逸私法一六九節。司篤盤獨逸私法第一卷四四節等之諸氏。皆然也。獨載婆羅獨逸國法原論第一卷六五頁。採反對說。我國關於庶子之繼承權。典範第四條有明文。故皇庶

子之有繼承權。無所疑也。

以對等婚姻所出。作爲繼承資格之一。獨逸學者之間其說各異。對等婚姻者。於現在或過去。踐統治一國之獨逸。或外國之貴族。或嘗爲獨逸貴族者之血族。且認爲對等者。與爲婚姻時之謂也。其效力有三說。第一說。當爲對等婚姻者。爲普通之原則。不過有補充的效力。各王家之家法有反對之規定時。不可不依之。如此立論者。買衣。爰耳。別他。該而麼。亞衣希福痕。遮哈利哀。辯而盤耳。盤才利耳。司篤盤。休而哀。勃薩克華思。愛買衣耶。開而亨哈衣麼。拉排痕特。酷柴苦。柴衣獨拉等。諸氏唱之。第二與有貴族身分者結婚。亦爲對等婚。門才羅海甫臺羅等唱之。大審院之判決。(民事部判例三二卷一四七項以下)亦採此說。第三王侯諸公對等婚之要件。不存於普通法之原則。限於家法有特別條規時。可得認之。以此立論者。載婆羅海而脫。克落臺喚痕脫。三氏唱之。獨逸國法之解釋。余採第一說。反之我國法上對等婚初無必要。立皇后從一定之貴族中。爲古來之例。然既認皇庶子孫有繼承權。則不必要對等婚姻云云矣。

君主當奉一定之宗教。二三外國憲法之所規定也。如瓦孰堡憲法第五條。瑞典憲法第二條是也。然此等之規定。從其文字上觀之。非規定不奉宗教。則無繼承之權。而定爲君主者。有奉宗教之義務也。買衣受而亦辯不當解作缺此要件。而有繼承之順位者。失其繼承能力。(獨國法八九號)如露西亞皇帝當然爲希臘教之法王。故皇帝有信教之義務無疑。我國法上皇位之繼承。一切不帶宗教上之條件。

皇位繼承之  
順位

三 皇位繼承之順位

皇位者。有一無二天皇之男系之男子爲常例。而有多數時。於數人資格中。定一人之踐祚者。不可不以一定之順序。此爲皇位繼承之順位。皇室典範之所定也。

- 一 皇位傳於皇長子。
- 二 皇長子不在時傳皇長孫。
- 三 皇長孫及其子孫皆不在時。傳皇次子。及其子孫。以下皆用此例。
- 四 皇子孫皆不在時。傳於皇兄弟及其子孫。

五 皇兄弟及其子孫皆不在時。傳於皇伯叔父。及其子孫。

六 皇伯叔父及其子孫皆不在時。傳於以上之最近親皇族。皇子孫之繼承皇位者。先嫡出而庶出。皇庶子孫之繼承皇位者。以皇嫡子孫皆不在時爲限。

有皇位繼承之資格。而在其順位者。爲皇嗣。天皇崩時皇嗣即踐祚承祖宗之神器。即皇嗣之位。典範規定後所生當然之結果。天皇不得豫爲變更之。又皇嗣不得辭去之。唯以皇嗣精神或身體有不治之重患。或有重大之事故爲限。得以皇族會議。及諮詢樞密顧問。於前舉之資格及制限之範圍內。換繼承之順位。(皇室典範

九一)

胎兒之繼承  
權

唯一之天皇爲胎兒而天皇崩御時。持依皇室典範第五條之規定。皇子孫皆不在時。當傳於皇兄弟及其子孫乎。抑待胎兒出生之後。使登祚乎。是不但不可謂胎兒於家督相續看做既生者。而民法第九百六十八條之規定。得被適用於皇位之繼承。且皇位一日不可空。天皇崩御。皇嗣即行即位。典範之所規定。又別無無人格胎兒之繼承權之規定。以是觀之。則解作不拘胎兒之有無。當定繼承之

順位爲適當。故皇兄弟踐祚。縱令至後日胎兒出生。對之無讓位之必要。皇位繼承。常不可不以現在之天皇爲標準。而定其順位也。

拉買衣愛耳。謂於此際常以皇子之出生爲止。置攝政。然以不援用何等法律上之根據觀之。則不過氏之假想。元來攝政於天皇之名行大權者也。攝政之存在。以天皇之存在爲前提。我憲法之原則也。故於未爲天皇。又無人格之胎兒。置攝政云者。無何等之根據之空論也。

三種神器

三種之神器。天祖所傳於皇子孫者也。古來以之爲踐祚之要件。以不有神器時。非正當之天皇爲觀念。南北朝時代。北朝費如何欲得神器之苦心觀之。其理自明。如德川光圀之日本史。亦從此權而權繫正朔於南朝。及神器入京師。始歸統於後小松天皇。神器之有無。爲登祚權適法不適法之證左。因明白之事實。然不有神器。則非天皇之解釋誤也。皇室典範第十條規定。天皇崩時。皇嗣即踐祚。承祖宗之神器。即者即時也。與崩御同時爲天皇之義也。爲天皇後乃承神器。非承神器始爲天皇也。

即位之禮及  
大嘗祭

即位之禮及大嘗祭。於京都行之。踐祚之後。建元號。一世之間不再改。從明治元年之定制。建元始於孝德天皇紀元千三百〇五年。天皇御宇。已有大化白雉之二元。爾後歷代之天皇。多在位中改元之例。且後花園天皇之御宇。自永享至寬正。先後改元及八回。王政維新立制。定一世之間不改之。

大嘗祭者。天皇即位始奉天祖。祭天神地祇之大禮也。其由來最久。古稱大嘗。或新嘗。初無區別。爲天武天皇紀元千三百三十三年以來。每代行大嘗。每年行新嘗。大寶之制。七月以前即位。則當年行事。八月以後則明年行事。其日用十一月下卯。凡散齋一月。致齋之日。其供神之幣。使自九月始。三月之內造畢。其祭儀悠悠。紀主基之國司。專行之。悠紀祀天神。主基祭地祇者也。延喜以來。古風漸變。武家專政。只空守虛禮。雖然。至後花園天皇永享二年止。其形式猶行。後土御門院御宇之初。因兵亂不行。爾來中絕。經二百二十二年。至東山院貞享四年。因德川氏之奏。得再興。中御門院即位之初。有故復廢。櫻町天皇元文三年。至於貞享。凡五十餘年。得再興。維新後明治四年。有詔舉行。其儀較古。

爲簡。荻野小中村日本制度通。第一卷一一——二。

爲儲嗣之皇子。爲皇太子。皇太子不在時。爲儲嗣之皇孫。稱皇太孫。立皇太子皇太孫時。以詔書公布之。立太子式立太孫式是也。

觀歐洲諸國之例。當君主即位。有誓當遵守憲法之制。我國之制度。即位則誥即位於天神地祇外。不必要憲法遵守之宣誓式。

獨逸諸國之憲法。亦多定此宣誓之制度。而此宣誓依普國憲法五四條。則於議會之前。依巴威偏憲第十章一。薩克森憲一三八。舊統落衣思憲八七。於國務大臣。樞密顧問。兩議院議長。及代表者之會合之時。凡執堡憲一〇七。曷仙憲一〇六。薩克森懷買羅憲六七。六八。薩克森買衣寧根。憲一〇七。薩克森。西勃羅希。瓦他。憲一五七。一五八。蒲倫修懷衣希。憲四。屋而登勃羅希。憲一九七。一九八。休懷而勃羅希。罷獨而思他脫。憲四七。新統落衣司。憲一〇三。懷羅臺克。憲一七一。一八。以文書行之。在此等諸國之規定中。薩克森勃羅希。瓦他。憲一五九。屋而登勃羅希。憲一九七等。君主未爲憲法遵守之誓約時。不得有何

等之政治行爲。其時使內閣指揮施政。蓋效顰一八三一年二月七日之白耳義憲法七九條也。舊統落衣司憲八八亦包含類似之規定。如此設別段規定於憲法之國。因明白無疑。雖然單規定當宣誓遵守憲法之國。則宣誓者。非統治權行使必要之條件。雖宣誓前尙得爲施政行爲。門羅氏瓦執堡國法第二七節。論瓦國以有憲法遵守之保障爲止。只事實上之施政行爲。而非法律上統治權之行使。君主拒定誓。即爲拋棄君位。如此立論。與同國憲法文義不合。於其條項成立之沿革。亦不適。且雖依瓦國古來之法制亦所不能說明也。倫奈於普國國法一五六號。援用此說於普國。然他之學者悉反對之。

## 第二章 攝政

### 第一節 攝政之國法上之地位

沿革依獨逸古代之法律。有身體上及精神上之故障者。無君位繼承之資格。反之君主於未成年即位時。設後見即太傅之制度。以最近之宗族。任其職。攝政之制度。在當時與私法上之後見制度混同。故關於攝政。亦遂適用關於後

見之羅馬法之原則。而宗族之外。未成年君主之母。及祖母。亦得任後見。以上兩種之法定後見外。更有遺言後見。或認帝國裁判所所定後見人。至後擴張攝政之制度。不特君主未成年之時得設之。身體上精神上。有故障時。亦得置之。故所謂身體上及精神上。有缺損。奪繼承能力之古來法制。漸至不行。而國治上之攝政與私法上之後見。明被區別。實自近世諸國之憲法始。（拉買衣愛耳國法二四八頁）

我國亦古來有攝政之制。上古仲哀天皇崩御後。神功皇后。三韓征討之後。應神天皇幼沖。母后攝政。此本邦攝政之始也。推古天皇之時。皇太子厩戶皇子攝政。齊明天皇之時。皇太子中大兄皇子攝政。是則於古時以母后及皇太子攝政者。而文德天皇崩御後。清和天皇九歲即位。故以外祖太政大臣藤原良房使攝行天下之政。此人臣攝政之始也。清和天皇以貞觀八年讓位於陽成天皇。又以幼沖依前代之故事。以右大臣藤原基經攝政。此後攝政如自爲職名。幼沖之天皇。即位之始。先置攝政。及御元服而罷攝政爲關白。以此爲例。至

攝政者統治  
之機關也

近代憲法發布宣言攝政之地位。而皇室典範。設詳細之規定。(小中村清矩  
官制沿革略史八五頁。

攝政非統治之主體。於天皇之名行其大權。憲法上之機關也。故嚴格論則置於  
後統治之機關。編而論之。爲適當。只其性質上。與天皇主於極密接之關係。故取  
說明之便。於是論之。

攝政非統治主體。因憲法第十七條第二項之規定(攝政者於天皇之名行大  
權)而明。於天皇之名者。代天皇之義也。故在天皇以外。而從統治主體。我國法  
上無立於天皇之外者觀之。攝政非統治之主體。明白之事實也。只其權限極廣。  
除憲法及皇室典範之改正外。有行使天皇所有一切大權之權限。此點與他之  
統治機關所異者也。攝政與他之統治機關之區別。不可謂在後者不過參贊天皇。  
反之前者。代天皇行使統治權之點。蓋如司法裁判所亦代天皇行使統治權。不  
能謂只參贊天皇之意也。

穗積博士以攝政之地位。如下之說明。曰。攝政者。於天皇之名行使天皇之權力

者也。統治權之主體。與其行使。法理上之觀念。不得分之。皆在於皇位。然事實上。則在皇位之特定之人。無此能力時。置攝政以完其事實上之勳。攝政與皇位密着。離之不得存在。皇位者特定之一人居之。爲本則。事實上不得已時。與攝政合體爲統治權之主體。極言之。對於外部。國法上皇位之外。無攝政。統治權之主體。有一無二。攝政者。於內部雖見爲事實的補充皇位。而於外部的法律關係。皇位之外。無統治權之行使。攝政之行爲。即天皇之行爲。攝政之行爲。與天皇之行爲。不可得而區別。謂攝政。謂特定之君主。言事實者。鮮起例外。或時則謂皇位因幼年之君主及攝政而充滿。如是形容亦可也。我輩說明之趣意。解作皇位與攝政之間。爲代理代表。或主體與機關。或主者與從者。均無與於法律關係。係只事實關係。未成年或有故障之君主。與攝政合爲統治權之主體也。蓋攝政之權限。在行使天皇之大權之結果。與他之機關異其趣。故博士之說。亦非無理。然吾人却有反對之見解。今以統治權之主體性爲A。其全體之總括的行用爲B。可生下之項式。

A+B=統治之主體

而B於前之時爲攝政。故有謂攝政合A而爲統治主體之攝政分。然若B爲總括的行用。又得分爲立法司法行政。（假爲ABC）之作用故

A+B=統治主體

$$B = a + b + c$$

$$A + B = a + a + b + c = \text{統治主體}$$

可生此方程式。然則如司法裁判所帝國議會及行政大臣。行統治作用。亦不可不謂天皇統治主體之一部。然此則盡人所信爲不當之斷案也。蓋統治主體。天皇之外無之。天皇爲主體之本體。雖然以一人之力。不能親萬機。故設諸種之機關。以舉國家統治之實。而此等機關中。至攝政之權限。而最廣。包含天皇之大權之全部。故較他之統治機關。要一種之說明。雖然以憲法上之統治機關。解作君主以憲法所定統治權行使之機關。則攝政亦不失爲統治機關。何則攝政以憲法第十七條所定而有行天皇之六權之權限者也。

謂行統治權之作用。故攝政與天皇合體。而爲統治主體之一部。穗積博士之說。天皇常不可不親有統治權之體與用者。以是爲前提。而生之誤。蓋可信也。若如此解。則裁判所於天皇之名行司法權。故又不可不謂天皇之一部矣。

攝政非官廳。Belinde 官廳者。因主權者或自治體。被設之公務執行機關。有被範圍之限定之職權。且對於他之機關（有語弊包含天皇。立於從屬之關係之謂也。元首及帝國議會。以此定義對照。非官廳自明。攝政之地位亦然也。

一 官廳。必爲天皇或自治體之所任命設置者也。攝政則因法律之規定。當然就其職。不必要元首之特別行爲。法令雖對於官廳間接爲其成立原因。而實際爲官廳而使就職。使有職務執行之地位。要任命之行爲。此因法律之規定。當然就職之攝政。與官廳相異之第一點也。攝政之必要。以天皇不能親大權時而起。其任命不但不能繫於天皇之意思。攝政實代天皇行使其任命權者也。

二 官廳之權限有一定之範圍。天皇之大權廣漠無所不及。攝政代天皇行大

權。故其權限不被一定之範圍限定者也。此攝政與官廳異之第二點也。

三 官廳對於天皇及他之國家機關。立於從屬之關係者也。對於天皇。否則對於國家之他機關。立於服從之關係者。官廳所以爲官廳之本質也。至於攝政即不然。攝政無論對於何人。不立於服從之關係。天皇無意思能力時。代之行大權。故無服從天皇意思之事。自明之理也。彼全然以自己之決意。行使大權。天皇及他之國家機關。皆不得籍制其行爲。此攝政與官廳異之第三點也。

攝政非後見人

攝政非後見人。於中世獨乙繼受羅馬法說明攝政之地位。使用私法的後見人之觀念。不獨攝政之地位。一切公法的制度。與私法的混同。於獨逸中世封建時代一般之思潮也。如枯里婆那、欺欺烏司、酷善奇。雖論公法上之後見。與私法上之後見之區別。發明多少攝政之地位。而當時學說之大部分。不能脫却私法之說明。如先太皇太后太后最近親之男子。被任攝政之制度。明明受關於後見之羅馬法影響之結果也。當爲攝政之說明時。棄却此等私法的立腳點。採純粹的公法上見解者。拉脫買耶之攝政原論是也。近世之學者中。如羅獨而者。克勞脫、

遮哈里哀、載婆羅等。未能全從私法的觀念脫化者也。近世國法學之發達。同時公法上之制度。顯與私法的相區別。而尤於憲法規定攝政之制度。無論於學說。於實際。攝政與後見。被明瞭之區別云。私法上之後見與攝政異之主要點。前者在保護特定人之權利。及利益。反之後者。在保護國家之幸福利益。後見之制度。在個人之保護。攝政之制度。在統治權之行使。故雖偶然之結果。後見與攝政同歸一人。（我國法不許之。）又攝政與後見。從同一原因。被開始。而法理論不可不明為區別。我皇室典範第二十八條規定。攝政及其子孫。不得為太傅。一千八百七十二年九月一日之屋而登勃羅希憲法。六十二條。懷羅臺克憲法二十五條。千八百五十七年四月二十二日懷羅臺克家法十三條。對於太后及太皇太后之外。攝政禁同時為後見。是為正當。千八百五十五年三月一日。薩克森酷勃羅希瓦他之家法。十三條。及薩克森阿而臺妙勃羅希憲法十六條規定。攝政與後見要同一人。不可謂非失當之規定也。

攝政非中繼君主。（或攝位。）按史仲哀天皇討態羹不利。崩於流矢。其后氣長足。

姬懿先帝之喪，統三軍討新羅，歸至築紫，生皇子曰譽田別皇子，後爲應神天皇。故仲哀天皇崩御後，至譽田別皇子登祚爲止，其向神功皇后之地位，爲中繼君主，而非攝政、攝政之地位。皇子即位後發生也。中繼君主者，謂可繼君主之地位者。一時曠缺之時，行使統治權者也。故其條件必要天皇曠缺。攝政者，代天皇行大權，故以被代天皇之存在爲要件。此兩者相異重要之點也。但我國法上如此者，歷史上之事實，將來不得再起。休而衰普國國法第一卷二百十三頁，以攝政爲中繼元首者誤也。

攝政非不完全的王位繼承。 *unvollkommene Thronfolge* 拉而盤耳。以攝政爲不完全的王位繼承之一種。(拉氏獨逸國法原論一〇五頁) 然置攝政之必要，以君位不曠缺時爲限，故不可用君位繼承之語。柴衣臺耳氏巴威偏國法第一卷二二六頁亦非難此名稱。

攝政非統治權之主體。故伴統治主體之天皇地位之權利，非彼所享有。神聖不可侵。權榮譽權及財產權是也。

## 神聖不可侵

## 一 神聖不可侵

天皇者。神聖不可侵。攝政非天皇。故無不可侵。穗積博士以攝政爲神聖不可侵者。因博士以攝政合天皇爲一體解。如吾人探天皇與攝政區別之主義者。謂攝政之不可侵初無根據。

攝政之行爲。與君主同。有私人之行爲。施政之行爲。二者。而於私法上之行爲。如前述。雖君主亦負責任。是爲原則。由是而觀。臣民而爲攝政。於私法上之行爲。無不負責任之理由。故生疑問者。其施政行爲。與刑法上之犯罪行爲是也。攝政於如此行爲。原則上不能主張在不負責任之地位。攝政亦臣民也。故彼不問爲攝政爲私人。苟明示的普通法之前。不能宣言不負責任。猶不可不從一般之法規。且攝政於他人之名行他人之權利者也。故此關係法律無例外爲。限當然生攝政對於天皇。有責任之觀念。雖然。當得負此責任之原則。非立法者即不揭何等之規定。當然得被實行之意味也。攝政之施政行爲。及刑事上之犯罪。攝政繼續之間。無論如何時不能問其責任。何則。彼攝政之際。無論何人無可得問其責之

地位也。縱令攝政終了後。以法律無規定爲限。對於已攝政之人。問此責任。亦屬不能。吾人先就其施政行爲論。則吾人一見而可知其不能問責任。何則。攝政非官廳。故不可以一般之服務規律其行爲。又不能移國務大臣之責任之制。即以擬彼之行爲。其他於攝政之行爲問其責任之根據之法規。無一存在也。攝政之間。刑事上之犯罪。全與之異。攝政終了後負其責任。不見何等之特例。故以法律無特別之規定爲限。既彼爲臣民。則當然服刑法之制裁也。

攝政在任中不得糾其責任之原則。多數之學者認之。探施政行爲與他之行爲無別依然無責任之說者。拉盤而國法原論一〇九頁。裁婆羅第一卷二四三。六七九頁。體而衣普國國法七〇號。獨逸國法第一卷一二三號。門羅。瓦執堡國法六三號。開而亨哈衣麼獨逸國法二〇二頁。勃前克霍思。三二三頁。平勤克獨逸刑法論第一卷六七〇頁。里思脫獨逸刑法論一一六頁等是也。反之磨隣。普利海而。遮哈利依。海而脫。克落臺喚痕脫。柴而威。認其責任。薩克森。酷勃罷希。瓦他。憲二一。以明文認攝政之無責任。曰。國公之身體。神聖而不

可侵。於施政行爲。彼無論對於何人。不負責任。此原則。攝政亦適用之。

對於攝政在職中之犯罪。裁判所於攝政在職中得起訴與否。謂不起訴者曰。司法權雖若裁判所獨立行之。而法理上亦屬於天皇者也。而攝政行使天皇之大權者。則在天皇之權內之司法權。理論上亦攝政之所行也。故攝政自起訴問自己之責。歸於同一。而無意味。然若攝政在職中。不得起訴。則無生刑訴第十一條時效中斷之原因。故對於攝政犯罪之公訴權。依刑訴第八條。以違警罪六月。輕罪三年。重罪十年之割合。不可不謂因時效消滅。則攝政在位四年時。於第一年初犯輕罪。其終了後。雖不得科刑。而於最後之六個月內犯違警罪。則得訴追。由是言之。生不合理之結果。余於攝政在職中犯罪。信爲得同時起訴。故公訴之消滅時效被中斷。其退職之後。當得問其責任。

論者。或反對吾人在職中犯罪去職後。同其責之說者。曰。憲法不特不設懲治攝政之責任之制度。且爲行爲之當時。乃無責任行爲。至停止攝政後。爲是被處罰。或被懲戒。全不可解。云云。雖然攝政以爲臣民。而無例外之規定爲

限。有刑法上之責任。不俟言矣。而攝政終了後。問其責任。非對於在職中之無責任行爲。乃對於有責任行爲。一時不能問其責。故待諸攝政終了之後。則論者之言。無論於何點。皆誤其攻擊之旨矣。

## 二 榮譽權及財產權

此等之權。較不可侵權交加一層明瞭。攝政之不能享有無論矣。唯於財產權。從來爲天皇之行使者。不別設管理之機關。則攝政不可不代天皇管理之。蓋行使大權。攝政之職分。非於其他之點。不得補充天皇之無能力也。但祇以管理爲限。故以天皇之財產權。自享有之不可也。

要之攝政於天皇之名。行大權之憲法上之機關也。故依憲法第七十五條。不能變更憲法及皇室典範之外。天皇之大權。皆彼之所行使也。

於此試更述我國法上攝政與太傳之區別。(一)攝政之權限。在行使大權。太傳之權限。在保育天皇。(二)攝政爲憲法上之機關。太傳爲皇室典範上之機關。(三)置太傳。限於天皇未成年時。攝政於未成年外。不親大政時。亦開始之。

(四) 太傳不要皇族。又須非攝政及其子孫。攝政必要皇族。(五) 兩者就職及退職之手續不同。(皇室典範一一九二九)

### 第三節 攝政之開始

天皇未達於成年時。置攝政。天皇由延久之故障。不能觀大政時。經皇族會議。及樞密顧問之議。置攝政。(皇室典範第十九條)

#### 一 天皇未成年之時

天皇及皇太子皇太孫以滿十八歲爲成年。成年與否。事實甚明白。故不須特別確定。李滿西憲法第五十六條。雖國王未成年時。置攝政有無必要。不可不於議會議決。蓋如君主成年之期近在目前時。或有特別之理由時。無置攝政之必要。(拉買衣爰而國法學二五註一曰)我國法上之解釋。則雖未成年之期極短。尙不可不置攝政云。

君主之成年期。因國而異。或十八歲。或滿二十一歲。對於皇太子或皇太孫爲成年之宣告。雖私法上可得使成年。不可解作得施政之能力。但薩克森、買衣寧根。憲四。一八九六年三月九日法。五。薩克森、阿而臺姆勃羅希。憲一五。舊落

余嘗以法文  
有巨久字故  
要巨久精神  
例言精神或  
身體十分障  
至一分十分  
絕對之故障  
亦有之故障  
置攝政但得  
久乃事實問  
不須示時間  
未成文不問  
於法文短與  
本問自異也

衣司憲六。謔姆勃羅希憲一一等。成年實告了制度。認國法上之效力。我國關於此。無何等之規定。

二 天皇因巨久之故障。不能親大政之時。

典範第十九條。以巨久爲根據。要天皇有永續的且絕對的妨害。以一時之疾病或旅行等。不得置攝政。爲是論者有之。雖然。吾人不採此說。如吾人下文所論。謂天皇有能力之時。得置政務代理人。而天皇無能力之時。不得置代理人。故若巨以久之故障爲條件。則短日月間之故障時。廢政務之外。無他道。而如此則法理並事實上所不許。故於此時攝置政之外。無他法。從典範第十九條第一項之規定。雖短日月之未成年期。猶徑置攝政之精神比較。則因故障不能親大政時。無依時之長短。定攝政置否之理由。可信也。故吾人於巨久之文字。不重視。而欲以不能親大政爲唯一之要件。穗積博士亦夙唱此說者也。

皇室典範一九。天皇未政年之時。常可置攝政。然因其他之故障。不能親大政時。經皇族會議及樞密顧問之議。置攝政。此所謂議不特確定故障之有無。又

須定設置攝政有必要與否。縱令認其有不能親大政之狀態。而爲短時間之故障。別無攝政之必要。則無須置攝政云。

不能親大政之故障之有無。及當置攝政與否。經皇族會議及樞密顧問之議定之。有此故障及攝政之必要。既確定則攝政者皇室典範之規定上當然就職。故皇族會議及樞密顧問。只事實之認定。無定攝政其人之權限。而定故障之有無議案。何人發議。我典範上於此欠規定。故各人異其解釋。吾人關於此不可不別爲論定。故障者因無確定存於現在及起於將來之區別。若天皇將久旅行海外時。先從天皇發議。得以之諮於皇族會議。及樞密顧問。或天皇雖身體上又精神上。有重大之故障。猶有得爲此發議之地位。現在能發議時。亦可爲有效之發議。或論者。治天皇可得發議。則彼非無能力。故爲不必要置攝政之時。是未見到此等之情形也。只事實上有故障而天皇不能發議攝政開始之地位時起疑問於此時。經皇族會議。及樞密顧問之議。典範之規定規定上甚明白。雖然。誰有發議之權。則爲疑問。吾人從樞府待諮詢而審議重要之國務推之。於此時。寧認皇族

會議發議權。爲穩當也。

#### 第四節 攝政之資格

一 皇太子、皇太孫、親王、王、皇后、皇太后、太皇太后、內親王、及女王。

但在女子以無配偶者爲限。皇后爲例外。蓋皇后之名。以天王之存在爲條件者。故也。

二 成年以上者。皇太子皇太孫。以滿十八歲爲成年。其他皇族以滿二十歲爲成年。

三 有親大政之能力者。攝政或當爲攝政者。有精神或身體之重患。或有重大之事故時。經皇族會議及樞密顧問之議。得換其順序。

就有以上之資格者。定一人之攝政。必如皇位繼承有一定之順位。皇室典範第二十一條之規定順序如左。

第一 皇太子、

第二 皇太孫、

第三 親王及王、

第四 皇后、

第五 皇太后、

第六 太皇太后、

第七 內親王及女王、

皇族男子之任攝政。從皇位繼承之順序。於其女子亦準之。最近親之皇族。未達成年。或由其他之事故。任他之皇族攝政時。後來最近親之皇族。雖達成年。或既除其事故。於皇太子及皇太孫外。不讓其任。

第五節 攝政之終了

攝政。其設置之事故止時。爲終了。即如左所列。

一 天皇已達成年之時。

二 已至天皇得親大政之時。

三 天皇崩御時。

豈可解之謂  
若云可探此  
爲立法之方  
針是爲至當

特定人所有  
攝政地位之  
消滅

爲未成年而置之攝政。因天皇成年。當然消滅。達成年期者。爲明白之事實。故別無疑問。反之。天皇回復親大政之能力。與否。與其事故之發生。同爲重要之問題。故似當經帝國議會之議。而我典範於此時不設何等之規定。典範之缺點也。吾人於便宜上解作於此時亦當經皇族會議及樞密顧問之議。天皇崩御。爲攝政之終了原因。甚明。何則。攝政以天皇之存在爲前提者也。天皇崩御時。當有已成年而有親政能力之天皇即位。又若新天皇未成年。或又無親政能力時。有新攝政起。與先帝時代之攝政。全爲別物也。

攝政之消滅。與終了可區別者。特定人所有攝政地位之消滅也。以當置攝政事故之存續爲限。攝政不終了。雖或易人。猶以攝政原因之存在爲限而存在。但以攝政之文字解作攝政之人。則下所揭之原因。亦入終了之中。曰終了。曰消滅。用文字時。在指攝政之職。特以茲區別。歸於言語之用法而已。

一 攝政之特定之人死去。

二 攝政之特定人。失親政之能力時。又至不能行大權之時。

三 非皇太子及皇太孫。爲攝政時。其地位於皇太子皇太孫達成年且。有攝政之能力時消滅。

四 皇族女子爲攝政者。有配偶者時。

於第四之理由。有疑問。依典範第四十條。皇族之婚嫁。即由勅許而已。攝政之女子婚嫁。勅許乃自己之所爲者也。且典範二十四條。不認攝政之讓位。已攝政之女子婚嫁。間接生讓位之結果。此等之點。反對論者。所唱議論之根據也。然我國法上之解釋。別無禁女攝政婚嫁之明文。又已爲攝政之女子。自爲婚嫁。事實可能之事。無論何人不得爲相手方之代理人。民法的原則。不可被適用於此勅許之時。由此而觀。余信爲第四理由。亦可數入使喪失攝政之地位原因中也。

#### 第六節 政務代理人又監國

政務代理人者。依天皇之委任。施行天皇所有之政務者之謂也。監國之名。從大寶令出。當時稱天子巡行之際。皇太子留守曰監國。（監國之文字。從古於支那所破用者。大寶令之規定。爲襲踏彼之用語。）我國法上可認監國之制度與否。不無議論。雖然。吾人解作得置監國。蓋無論矣。

因主張憲法上之大權得親裁。而政務不要親裁。所生必然之結果也。

吾人於本問。有先限定可得委任於監國之事務之必要。監國之事務。限於憲法上君主之大權事項。不能出於其外。何則。於其外事項。必須委任於他機關。或必待他機關之參與。憲法上所明言也。故於委任於裁判所爲憲法上之要件之司法。天皇未踐憲法變更之手續。不能委任於他之任意之人。又立法要使帝國議會之協贊。故天皇爲立法權之主體。以立法權委任於他人。不要使議會之協贊。憲法上不能也。反之。所得委任於監國之政務。只限於被天皇可得親裁之政務之範圍。然在天之皇親裁事務中。憲法之明文上指定非天皇不能行者。亦有之。夫定如何事務專屬天皇不許委任與否。因屢極困難之事。余以我憲法之規定上。裁可與勅令。爲不許委任者解。蓋裁可之文字。非天皇之行爲不得用之行爲也。上奏云請勅裁。又云可得裁可。皆豫期天皇之行爲而用之名也。非天皇之行爲無裁可。勅令亦然。天皇之命謂之勅。非天皇之命非勅令。故謂裁可謂勅令。其中有當然受天皇親裁之意味。故於此等行爲。無有如皇政之特別規定爲限。

不能委任於他人。於此外之行爲。不專屬天皇之親裁者。故亦可得委任於他之機關行之。

天皇憲法上之大權。雖許委任於他之機關。然本來爲天皇可得親裁。於憲法上所認者。君主欲自行其權限。無論何時。可得收回於自己。只依組織可得委任之而已。換言之。君主定法設一定之機關。云由此機關之外。不可爲文武官之任免。或不可授與榮典。或不可統帥兵馬。如是云云。爲違反憲法。何則。如此規定時。天皇以機關行大權之外。至自己不能行大權也。反之。其機關服從君之意思。受其訓令。又於必要之時。君主無論何時。得以其委任之事務。收於自己者。其機關全似君主之手足。非離君主而獨立在在。故依如此機關。君主行使大權。恰如於憲法制定前。君主設全然對自己有從屬補助之百官有司。統治國家。又如現今一定之官廳。以其補助官。行使官制上屬於自己權限事務之一部。決非違法。則非違反憲法者也。

否認監國之制度論者之中點。在我憲法第十七條。及關於此之皇室典範第十

九條之規定。我憲法不認天皇之讓位。而天皇有故障。不能親大政時。置攝政。故原則天皇當親裁大政。例外唯以故障不能親大政時爲限。置攝政。故不認攝政之外。代君主行大權者之謂也。(穗積博士憲法講義)然攝政之制度。以無親政能力時爲必要者也。即天皇不能親大政時。法律之規定上當然就職。天皇無親政能力時。置攝政之外。無他方法。故攝政之制度。必解作代理天皇之大權唯一之制度則不可。吾人信爲天皇在絕對的不能親大政地位時。不問其故障之長短。得置攝政。而非得得親大政。即有親政能力。猶有因病氣其他旅行之事故。行或一部之權限。有困難時。因天皇之意思。以此委任於特定之人。使行之。出於事實之不得已者。亦非違憲。不濫用監國者。從憲法上之理由。生政治上之理想。但如前述。一定之事務。有不許委任者。而其他事務。委任於既存之統治機關行之。故無特設政務代理人之必要。唯無必要與不能。其意各別。余雖信不要政務代理人。而不主張不能也。

於不認監國之制度之普魯西。國王有故障時。若不委任內閣圖施政之連續

以後。必當置攝政。以此立論者。拉思開耳普國憲法史七六頁以下。勞痕訥普國國法第一卷五一號。海訥耳帝國憲法之組織的發達。五八頁。注一。拉買衣愛而九三號等也。巴威倫憲第二章九。屋而登勃羅希憲一六。薩克森憲九。新落伊思一八九三年十一月九日法律。定君主其故障短時。特別於得親大政時。任命政務代理人。故於此等諸國。無容置議。謂憲法上無明文。而猶可得置暨國者。密獨那哈脫二二八頁以下。拉而盤耳三三號一〇四頁註七。休而哀普國國法二一八頁。開而亨哈衣麼。獨逸國法論一九九頁。柴而威瓦敦堡國法第一卷六八頁。伯倫哈克第一卷二一四頁。柴衣臺耳巴威倫國法第一卷二五九頁。體懷而智。普國憲法一六〇頁等是也。於普魯西一八五七年十月二三日。一八五八年一月六日。四月九日。六月二五日。一八七八年六月四日。一八八七年十一月一七日。一八八八年三月二一日置七回。監國。最初之五回。及於君主所有一切之政務。後之五回。代理一部分之政務。但此慣習。乃未確定之慣習法也。

從獨逸學者之說。監國與攝政之差異如左。（大體據體懷而智普國憲法註釋一六一頁。我國先輩所揭之差異。亦似發源於氏之著述。近來著書如一本氏之國法學所揭者。如左）

一 監國之任命。因君之勅命。而其勅爲關於國務之詔勅。故要國務大臣之副署。皇政者。君主無能力時。法律上當然就職。非君主之所任命也。

二 監國之選擇。由君主之自由。但要有行爲能力者。無當先最近親之宗族之義務。又不必要限於王族。又不問爲一人。或爲合議體之機關。反之攝政。當爲王族。又當從一定之順位。其當以一人。家法上不俟言者也。

三 監國因委任。故以君主之能力爲前提。無論何時可得解除。君主之委任解除外。監國因君主之更替。及攝政之開始而消滅。攝政以君主之無能力爲前提。其終了法定原因之外。不能因君主之能除而消滅。

四 監國無必當引受其委任之義務。監國無論何時得辭任。攝政不得辭任。

五 監國之權限依君主之委任而定。故在一個之行爲。或在種種之行爲。或及

其大權全部。反之攝政之行為。憲法或家法所定。常及君主大權之全部。六監國與君主之間。有代理之關係。故監國對於君主。基於代理員責任。攝政於其行為。對於君主。全然不負責任。

七置攝政之間。君主雖回復其能力。除達成年外。非特定之議事機關。例如經宗族會議之議。而廢攝政後。則不能親政務。監國之事務。君主無論何時可得取而自行。又於其事務執行。得下命令。

休懷而智。謂女子不能任監國。然於一方依各國之規定。女子許就攝政。又於一方監國之選擇。在君主之自由。綜合而思之。難發見女子無監國資格論之根據。吾人以女子既亦有行為能力。解作得為監國。但政治上有弊害時。不俟言也。

## 第二部 統治之範圍

開於場所及人。而統治權有一定之限界。於此兩方面。稱為統治權之限界之基

Monarchat  
以外尙得行  
國土與國土  
統治權之土  
地即如殖民  
地保護領地  
地保領而針  
相區別之方  
說明之如何

礎者。統治權之範圍之謂也。故統治權之範圍之文字。包含領土臣民二原素。以下分章所論者也。

## 第一章 領土

### 第一節 領土之性質

領土爲國家之要素。統治權當然可得行之地域之範圍也。領土雖指一定之地面。亦不無有時及於其外。例如今日國際法上所謂領設。又如被看做領土之一部。在領土所屬國之統治權所及之範圍內。湖水河川。因領土被圍繞時。則爲其領土之一部。介在數國間者。依國際法上原則。一部分立於領土所有國主權之下。故領土不問水域與地域。可謂一國統治權當然可行於地球表面上一定之區域也。但伴土地之領有發生統治權之範圍。例如水領者。從行於土地之上統治權。依從物從主物之處分之原則。與土地之處分必用時移轉於他。非如陸領可得分離處分者也。

一國領土者。是國統治權當然可得行之範圍也。拉而盤耳獨逸國法原論五六

頁。拉排痕特國法學第一卷二一號。柴衣臺耳已威偏國法第一卷五一七頁註之。吟衣妙勃羅辯而領土高權取得論第一卷二六頁。蒲黎國家聯法論一三頁。伯倫哈克普國國法第一卷二二四頁。克勞思國際地役論一七二頁。遼尼爰而此土思前篤鄰根公法一二頁等。以領土爲統治權之客體。統治權客體者。被統治者。即被治者之言也。而統治關係不行於無意思主體之間。則土地者不得爲客體。只人及人之集合體。(不但組合會社會國家之組成分子之下級團體)爲統治之客體。穗積博士。文字上主張以領土爲統治權之客體說。而其真意與吾人相同。甫利開而領土及領土高權論。葉里訥克公權論。七二頁。勞勤公共團體法四六頁。拉麼潑落威智。奧國國法四五頁。阿甫屋而他。一般國法學。一四頁。拉買衣變而七四號。亦與吾人同說。

從領土之性質所生積極的效果。在一國領土內。凡人及人之團體。當服從其國之統治權者也。但國際法上有治外法權之外國人。不在此限。其消極的作用。於一國領土內。排斥他國權力之行使。但國際法上。以國際地域之形式。被他國之

領土高權  
如所說國土  
亦受統治權土  
之作用非客  
體乎

統治權行於自國內時。不在此限。領土高權（領土主權）者。於領土內。可得行使一般諸種高權之國家之權利。如載婆羅海而脫勞訥薄爰耳茄拉衣思等。所唱非實質的權能之總合也。或論領土高權。只有於領土之上排斥他國權力行使之力。（穗積博士）然此乃領土主權之半面也。對於內國在留之外國人。得行使國權。亦領土高權之結果也。特謂只從消極的方面用領土主權之文字可也。

載婆羅國法原論第二卷四四三號（一）對於國家之領土及領土內之臣民及財產。排斥外國國權之干涉之權利及義務。（二）通住居於國家內必要之條件之權。（三）不說明理由。而禁外國人內地滯留之權。（四）保護外國人及自國人。縱令有本國之要求。不引渡之權。（五）關於對動產及不動產之所有及其他權利之取得及行使。設條件之權。及定不融通物之種類之權。以此五種為領土高權者。陳腐之說也。

領土高權之文字。對於於人高權之語也。統治者對於臣民。有司配之權力。謂對人高權。所謂領土高權者。關於領土而行之主權作用。其消極方面排斥他國之

權力行於領土上之力也。其積極方面。司配領土。（對於領土云司配云。與統治不可混。）

又司配來於領土上之外國人之力也。故如右所述。司配外國人之力。非對人高

權之結果。而領土高權之作用也。領土高權者。包含對其領土主權者之司配權。

主權者。雖非統治土地。而置其領土於自己之處分權內。雖對於無人之領土。亦

於領土高權既存在以後。領土不止爲統治權所行之地域的範圍。且不可不認

爲國家司配之目的。（司配之目的。與統治之目的不可混。）如此對於領土國家

之權利。與統治權非同一物。雖然。其結果尙被包含於統治權。所謂有公法的性

質者也。拉排痕脫國法第一卷。一六五頁。拉而盤耳獨逸國法原論六六頁等。用

公法之物權之文字。非不當也。或論者。謂現在各國之領土。雖殆歸私人之所有。

而國家有領土權。故領土權與所有權。全爲別物。攻擊於拉二氏。若攻擊他人而

許脫漏相方主張之理論之根本文字。而爲曲解。則或論者之說可信也。吾人就

所謂公法的物權之文字。思之。領土主權包含對於此領土之權利解。信爲正當。

現如拉而盤耳。對於爲統治客體之國權三分之。第一對於人民之權利。第二對

所有權及物  
權存在於私  
法上我國法  
法無公法的  
上無公法的  
所有權及物  
權之觀領土  
高權等文字  
表此等之觀  
念殆以適當  
及國土非統  
治權之客體  
統治權者對  
於民發表  
時對於領土  
權對於領土  
發表時爲領  
土高權

於地方團體之權利。第二對於領土之權利。Dnes TehvDs Kfouras Am Kfouras  
Chelak 稱公法上之物權。吾人於氏之用語。難發見其不當云。

從私法上物權之定義言。乃人對於物司配之權利。可得對抗一般之人之謂也。國家於領土所有之權利。無論如何因不得以此權利與私法上之物權同。已如勒而盤耳六六頁註所辯解。然主權者對於領土有可得對抗他人之權利。除彼已自己認定之他物權例各國除地役外。關於領土有排斥一切他人之司配權行使之權利。又以其領土對於他之對等人格之外國主權者。有賣買交換讓與之權利。此實領土權對於領土之權利。即包含公法上物權之結果也。雖對於內亦然。主權者爲萬能者。故雖個人之所有權。於必要之時。有收用之權利。或者論此時之權利。不可得存在於人與物之間。必對於他之人格而存在者也。領土爲物權之目的。則對於領土必有與統治者得有同一之權利者。然臣民又臣民之團體。爲服從統治者。對於領土不得與統治者有同等之權利之地位。故云對於領土無物權。驟觀之似爲有理。而其實誤也。國家關於領土與私人立同資格

時。私法上之所有權也。國家與個人立於不平等之地位。以權力服從之關係。對於其土地行使權利者。其物權的働作爲公法的者。拉氏等特附記公法上之文字者。其意蓋在於此。所於攻擊他說當注意於相手所用之文字也。

例如引用拉氏獨逸國法原論二一頁。統治權之定義。謂（如達國家的結合之職司。表示拘束人民之意思之權利也。）除去其定義之骨髓（爲達國家的結合之職司）文字。而謂（以統治權爲發表拘束人的意思者。如私法上契約遺言等。亦不可不謂統治權。）以如此筆鋒批評他人之說。雖如何大家。無不得反對者也。

領土定國民分限根本之標準也。國籍之取得。有生來者。與由國籍之變更新取得者。而於生來取得者。有四主義。（一）血統主義（獨逸、奧、太、利、匈、牙、利、瑞、西、那、威、羅、馬、尼、亞）。（二）以血統主義爲原則。而以出生地主義補足之者。（我國、藉、法、佛、蘭、西、白、耳、義、和、蘭、丁、抹、瑞、典、伊、太、利、西、班、牙、魯、西、亞）。（三）專採出生地主義者。（南、米、諸、國）。（四）折衷出生地主義與血統主義者。（英、吉、利、米、國、葡、萄、牙）此四主

血統主義雖  
溯其本源由  
所出而定非  
由所出地而  
定於古代逐  
水草而轉移  
之時代屬或  
部落與否非  
由其出而  
定

義不論如何觀察。其構成分子。不出血統主義與出生地主義。出生地主義。以領土爲國藉取得之標準。不須多辯者也。至於血統主義。與出生地主義稍異。依父母之國藉。定子之國藉者。雖然。於此時豫言其父或母之國藉爲既定者。則不可不更進而追窮其父母之國藉依何而定。父母之國藉亦依出生地主義。與血統主義而定。則不可不更遡其祖先之血統。如此上遡既往。而探究血統之本源時。所謂血統主義。其初亦依永住於一定之領土之事實而定。無疑。故曰。定國籍根本之標準者領土也。

於國籍之變更亦然。諸國之法律。有定爲一定之年限間在外國者。於其自國喪失國籍。（獨乙帝國國籍法第二十一條定。因十年間引續在留外國。喪失國籍。但有旅行免狀。或有本籍證書者。登錄於帝國領事官名簿者。得政府之許可。服外國之國務者。二三條。及職務上在留外。）又有於自國歸化條件。以一定年限內住居於自國爲要件者。或於割讓領土時。大抵設選擇約疑。規定非特別退去者。當然取得受割讓國之國籍。綜合是等之關係而思考時。領土者可稱直接間接定國民分限之唯一標準。只今日久住居於領土內。當然被認爲自國人。此等令人縱一時在外國。不失

折衷血族及  
出生主義如  
我與無認領  
土為國民分  
限之標準之  
必要非止於  
一方求唯一  
之標準故之  
折衷也

本國國籍。由同一理。於一方外國人雖一時於自國內有住居。當然不取得自國國籍。故如克羅邱思所論（一八九四年公法雜誌第九卷一—二二頁特二九頁。）國家者為一定之領土內住居人民之集合體。國民分限。因有否住居於領土而得喪。有失之稍狹之弊。

## 第二節 領土之得喪變更

領土者可得割讓於他國。可得與他國賣買交換。如以一國領土全體與他國領土全體交換。於雖事實無行之者。理論上自國之國權可得絕對活動地域。苟存在以上。關於領土。雖加種種之變更。法理上亦無不能。歐州諸國之憲法。設領土不可分之規定。受中古時代領土為王家私有財產之觀念之結果。防止分割領土。而失墜王家之威嚴。於王室憲法定國土不可分之原則。胚胎於此。又從單純的政治上之理由。而明言國土不可分割者。皆政策上之問題。而無法理上不能之意味也。

獨逸憲法前文。言明獨逸組織一個永久的同盟。而於其一條。揭屬於聯邦廿五國。故聯邦領土不可分也。李漏西憲一二。以現在之領土為李漏西之領土。

欲變更之。依法律所定。巴威倫憲之三章。一。宣言王國之領土不可分。薩克森憲一。巴典憲三。互孰堡憲一。屋而登勃羅命憲第一條二節。蒲倫修懷希憲一。薩克森阿而臺姆勃羅希憲二。酷勃羅希互他憲一。陳臺而思華生憲一。舊統落衣思憲一。新統落衣思憲一。利攀憲一等。無有同樣之規定。

領土之範圍。既被一定於憲法之國。其領土爲不可變更者。不得以其領土之一部。割讓於他國。甚明。然於領土之變更。非無明定得特別以法律之規定之者。於此等之國。得單以法律變更之。否則。變更憲法之外。無他法。我憲法不但不規定不許變更領土。且不限定其範圍。故領土之割讓。不要憲法之變更。關於宣戰媾和之天皇之大權之結果。可得爲之。尙無以法律之之必要也。

關於領土變更。外國憲法之規定。不必同一。如前述。不改正憲法。不能變更者。有之。以法律得爲之者。亦有之。即其變更之範圍。關於一般領土之變更者。有之。又特別變更。例如只於割讓得適用者。亦有之。故此等不外當依該國之成法而定。

法律之施行  
以國土之存  
在爲條件故  
失其條件時  
其法律不能  
施行當然之  
理也然法律  
不可謂當然  
消滅不能存  
在者亦法律  
不與消滅少  
廢止之手續  
者當爲法律  
廢止之手續

對於新取得之領土。法律當然可行與否。有多少之疑問。雖然。不可不從其法律之精神而決其可行於新領土與否。若其精神祇對於舊領土可行時。對於新領土不可行爲當然之理。新領土增加。不變更其法律也。又其精神雖新領土亦可行者。則與領土取得。同時當然行於其上。爲其法律本來之所豫見。如是無非法律之變更也。

割讓新領土時。行於其上之法律。當然歸於消滅。蓋法律得行於一定之土地上者。以在其國之統治權下爲條件。若一國領土被割讓。置於他國統治權內時。法律失其存在之條件。故歸於消滅。當然之理也。故於此時亦不須特別立法之手續。

憲法。可行於新領土上與否。已述於緒論第三章第四節。茲不再論。多數之國家。合同而行使權利於同一領地上時。稱共同領域。於以前之獨逸國。有多數之共同領域。然於現世紀。除僅少之例外。殆絕其跡。共同領域者。非一國領土之一部。蓋以一定之土地。數國分割而互行絕對之治統權。此土地已非共同領矣。共

我國駐在外  
國公使館內  
非行外國統  
治權乎

臣民與統治  
權之客體不  
同一

同領地云者。必有數國合同而行統治權之意味。然雖國家之領土。爲一國主權絕對可行之範圍。如與他國主權合同司配之。不可得也。故共同領土。非一國領土之一部也。

## 第二章 臣民

### 第一節 臣民之性質

統治之關係。優者對於劣者之意思之強制力。命令服從之關係也。統治權之主體。爲天皇。而統治權之客體。換言之。則被統治者。人及人之集合體也。人之集合體者。不特組合及會社。爲上級政治團體之構成分子。之下級政治團體。亦屬之。所謂臣民者。此等統治之客體中。對於統治權有特別關係之自然人之謂也。此以人民之身分。謂爲臣民分限。又曰國藉。

臣民與統治權之客體。非同一義。統治權之客體者。受一國主權之統治之地位者之總稱。故包含內國法人。及外國法人。又外國人無有包含之時。雖外國人在留於國家之領土內者。服其統治權。且雖不在國家之領土內之外國人。於或特

定之關係。有服從其統治權時。如國家以刑法罰在外國外國人特定之犯罪。是也。(刑法草案四五)故服從個個之統治權作用者。雖得云統治之客體。而不足以爲臣民本質也。

## 臣民之性質

臣民者。當絕對的服從當該國之統治權之自然人之謂也。臣民之本質。服從其國權。在一般的。此服從關係。即臣民分限也。臣民分限之法律上之內容。不外此服從關係。此關係之結果。臣民縱令在外國時。亦負服從本國之統治權之義務。服從之義務。不以從國權之命令爲己足。包含不爲不利益於國家之行爲之義務。即忠誠之義務。亦在其中。統治權之作用。物的無限也。故不能列舉個個之作用。以盡統治權之內容。其結果臣民之服從義務。亦物的無限。不能列舉之者也。臣民之服從。謂爲一般的絕對的之外。吾人不得列特殊之權利或義務。以說明臣民之本質也。

臣民之服從。無限之說。非謂主權者之意思。不踐何等之形式而表現時。亦當從之義也。主權者立法。設一定之形式。只準據於此而表示之意思。定爲有效而有

拘束力。故既存之法律。示臣民之服從限度者也。換言之。臣民服從之義務者。法律上者也。此服從乃形容法律之事。臣民依於法律之外。不服從國權。故其義務非無限。如是立論。言語上非不當。然主權者無論何時可得改廢法律。又雖憲法無不得廢止。而統治主體之新意思。常拘束臣民。故從此點論。則臣民之服從者。絕對無限也。此乃從統治權之作用物的無限。而所生當然之結果也。

舉臣民享有之個個之權利或義務。以爲臣民與非臣民區別之標準。固不可強爲排斥也。雖然。此寧以爲從臣民分限而生之結果。而不以爲可定臣民分限之標準。如兵役之義務者。以義勇奉公之忠誠。組織國家戰鬥力之義務也。故與外國人之地位不相容。然此寧以爲臣民對於國家有忠之義務之結果。而不能謂爲有兵役之義務。而爲臣民也。況人民中如婦女者無兵役之義務。如參政權通常雖不與於外國人。然非與之則變外國人爲日本人。不與之變日本人即爲外國人也。現國籍法第十六條。歸化人歸化人之子。取得日本國籍者。及爲日本人之養子。或入夫者。不拘已爲日本人。禁止爲國務大臣。樞

密院議長、副議長、又顧問官、宮內勅任官、特命全權公使、陸海軍之將官、大審院長、會計檢査院長、又行政裁判所長官、及帝國議會議員、純粹之日本人中無參政權者亦不少。以此觀之。以參政權爲臣民分限之特徵者誤也。畢竟臣民附與參政權。而外國人不與之者。不過政治上之理由。如居住領土內之權利之有無。在外國爰本國保護之權利之有無。於大體不可不爲臣民與非臣民之區別。雖然。國家定於法律上。不得不設例外。不足以說明臣民分限之性質。關而氣智氏著國際關係之國籍法。(一八七五年帝國年報七九八頁)國家所屬之效果。在乎有住居於領土內之權。於國外請求本國之保護。及對於國家負忠誠義務。兵役義務云云。於大體之標準無誤。而不足以爲根本之標準。但離國際法而於國法上採他之觀察點。亦氏之所知也。(拉買衣耶國法學七五號。一木博士國法學講義。近來多有剽竊博士之說者。本條外如有見上同一之感。前余辯明據一木博士之說。

## 第二節 臣民分限(國籍)之得喪

從來之日本  
人殆依單行  
法又行政上  
之習慣法而  
定者

爲日本人民之要件。依法律所定。(憲法一八)關於臣民分限之法規。外國多以法律定之。或有於憲法中設多少之規定者。又如我舊民法於民法之中設規定者有之。近世之立法例。最多且最進步者。關於國籍設特別法之主義也。我憲法亦明言此主義。爾後經十年至明治三十二年三月十五日。公布國籍法。即現行之國籍法也。

現行國籍法。雖規定國籍之得喪。至問其根本。日本人何耶。其確定的者。不採何等主義。則國籍法。所謂日本人者何耶。將觀從來戶籍已表示之國籍乎。然無籍之日本人。亦甚多。則以戶籍之有無。未能爲日本人與非日本人區別之標準。吾人謂國籍法以前所謂日本人者。乃從來被認爲日本人者。此外不能立理論的定義也。

### 第一項 國籍之取得

國籍之取得。有生來者。與非生來者。

(一) 生來之國籍取得。

生來之國籍者。人因出生而取得國籍之義也。人因出生而與父母生親子之關係。雖然。又於一方。與其出生國不可不生何等之關係。於是生定子之國籍當依親子之關係。或依出生地之關係之問題。國際私法上所謂血主義。及出生地主義是也。我國國籍法原則。爲血統主義。而以出生地主義補充之。我國法上爲子生來之國籍取得者。如左之四時。

(甲) 父生來之日。已爲日本人時。但子之出生前已死亡之父。死亡時爲日本人時。亦同。

(乙) 父非生來爲日本人。因入夫婚姻或養子緣組。已爲日本人時。

於此時。其父因離婚或離緣。失日本之國籍後而生之子。就(甲)之規定。依出生當時父之國籍而定時。恐至外國人之子。即爲外國人。故於此時。於其子懷胎當時。父所有之國籍。而定子之國籍。換言之。妊娠當時父爲日本人。則子亦日本人也。(三國)

(丙) 私生子或無國籍者之子。

父不知時。或無國籍時。母爲日本人。其子爲日本人。

(丁) 不知父母之子。棄子。或父母皆無有國籍之子。

於此時其棄兒生於我國時。及父母皆無有國籍者。於我國生子時。其子取得我國籍。

(二) 非生來之國籍取得。狹義之國籍取得。

狹義之國籍取得者。因出生既取得國籍者。受取得他國之國籍時之謂也。如是者有之種。基於親族法上之原因。基於歸化者。及基於領土割讓之結果者是也。  
(子) 親族法上之原因。規定於國籍者。婚姻。養子。入夫婚姻。及私生子之認知四者也。

(甲) 婚姻 外國婦人。爲日本人之妻時。取得日本之國籍。(五國)

(乙) 入夫婚姻 外國男取。爲日本人之入夫時。取得日本之國籍。(五國)

(丙) 養子 外國人爲日本人之養子時。取得日本國國籍。(五國)

(丁) 認知 因被日本人之父或母認知之子。取得日本國籍。但被認知之

子。要具備左之條件。(國五)

- (一) 依本國法爲未成年者。
- (二) 非爲外國人之妻者。
- (三) 父母之中先爲認知者爲日本人之事。
- (四) 父母同時爲認知時。父爲日本人之事。

(國六)

(丑) 歸化

歸化者。基於本人之願欲。以行政處分被附與之國籍取得也。外國人得內務大臣之許可。得爲歸化。但要具備左之條件。

- (一) 引續五年以上。於日本有住所之事。
- (二) 滿二十年以上。而依本國法爲有能力之事。
- (三) 品行端正之事。

(四) 有足以營獨立之生計之資產或技能之事。

(五) 無國籍。或因取得日本國籍。可失其國籍之事。(國七)

外國人之妻。非偕其夫不得爲歸化。(國八) (一) 父或母已爲日本人者。(二) 妻已

對於歸化條件列外規定

爲日本人者。(三) 生於日本者。(四) 引續十年以上於日本有居所者等。前揭條件中。(五年以上於日本有住所之事) 雖未具備。得請求歸化。更(父或母已爲日本人者。(妻已爲日本人者。(生於日本者。非引續三年以上於日本有居所者。不得請求歸化。但(生於日本者。其父或母生於日本者時不在此限。(九) 於外國人父或母爲日本人時。此外國人現於日本有住所時。歸化條件中之(一)(二)及(四)之條件。雖不具備時。得爲歸化。(同) 於日本有特別之功勞之外國人。雖不具備何等之條件。內務大臣經勅裁得許可其歸化。(同) 歸化者要告示於官報。非已有其告示後。不得以之對抗善意之第三者。

夫之歸化及於妻及子

歸化不持生個人之效力。且生一般之效力。取得日本國籍者之妻與夫。因取得日本之國籍。但於妻之本國法有反對之規定時不在此限。(三) 於時妻未取得日本之國籍。雖未具備國籍法第七條之歸化條件。得爲歸化。(四) 取得日本國籍者之子。依其本國法爲未成年者時。與父或母因取得日本之國籍。但子之本國法有反對之規定時。不在此限。(五) (同)

(寅) 因領土割讓之結果。國藉取得。

因領土割讓之結果。國藉取得。我憲法無何等之規定。又國藉法無關於此之條文。無論何國歸化法。不設此等之規定。本問題。依天皇有宣戰媾和之大權。與國際上之原則可說明也。

我憲法規定  
國籍得喪之  
條件依法律  
所定故當因  
國籍法或新  
法律之制定  
而決割讓地  
住民國籍得  
喪非可因條  
約而決也

一國領土。割讓於他國時。割讓地之住民當然取得新國之國藉乎。或須特別之形式乎。不能一般論也。蓋領土之割讓者。割一國領土之一部。從自己之統治範圍。移於他國之統治範圍也。故以無特別之意思表示爲限。割讓地一切立於取得國之統治權下。其住民亦當絕對的服從新國之主權者也。然割讓地之住民。多有愛其舊本國而反抗新政府之傾向。不特以之生統治之困難。住民亦有不屑附屬於新政府之下。而受其壓制者。故割讓之當時。定一定之約款。不欲立於新政府之下者。於相當之期間內。使處分其財產。而退去。取雙方之國家有利益。故近來當領土割讓之際。所謂定國藉之選擇約款。不欲立於新政府之下之割讓地之住民。於一定期間內。與以處分財產退去割讓地之權利與義務。於此時。

此條約以在  
憲法制定以  
後而不以爲  
法律即依之  
而與以國籍  
似爲違反憲  
法  
臺灣人取得  
日本之國籍  
乎

將不行使選擇權之割讓地之住民。因其期間滿了得新國籍乎。抑與領土割讓同時即取得新國籍。因行使選擇權而更失之乎。有多少之疑問。而因乎條約之內容。不得爲一樣之論斷。於普通之時割讓地之臣民行使選擇權爲解除條件。從割讓之日取得新國之國籍解釋可也。但明治二十八年五月之馬關條約。稍異其趣云。

日清兩國媾和條約第五條曰。（於已被割讓日本國之地方之住民。欲住居於右被割讓之地方之外者。可得自由賣却其所有不動產而退去。爲此從本約批准交換之日。可猶豫二箇年間。但右年限已滿時。未去該地方之住民。因日本國之都合。當看做日本國臣民。）而臺灣總督府基於本條約文以稱旋臺須知之公文。布達同樣之趣旨。從此約款觀之。則期間經過後。尚不去臺灣之支那人。非當然取得我國籍。而依日本國之都合。被看做日本人民爲限。不可不謂有無國籍之狀態。蓋異狀之現象也。

割讓地之住民。不包含第三國之人民。蓋條約爲兩國間之契約。契約對於第三

者無效力者。於國際法上無被認為原則者也。

第二項 國籍之喪失

國籍取得之裏面。即國籍之喪失也。依我國籍法所定者。認左之四種原因。

(一) 婚姻。與外國人爲婚姻之日本之女。失日本之國籍。(國一)(八)

(二) 離婚或離緣。因婚姻或養子緣組。已取得日本之國籍者。於離婚或離

緣時。可有其外國之國籍爲限。失日本之國籍。(國一)(九)

(三) 認知。爲日本人之子。因認知已取得外國之國籍時。失日本之國籍。但

爲日本人之妻。或養子者。不在此限。(國二)(三) 本條所謂爲日本人之子者。在

國籍法第三條之私生子或棄子也。

其他當有基於領土之割讓而國籍喪失者。如前述。

國籍喪之效力。不止喪失者之一身。更及於其妻子。失日本國籍者之妻子取得

其國籍時。失日本之國籍。(國二)(二) 此規定因離婚或離緣失日本之國籍者之妻

及子不適用。但妻於夫之離緣時。不爲離緣。又子隨父去其家時。不在此限。國籍

夫之國籍喪失及於妻子之國籍之効力

法第二十一條廣云子。不限於未成年之子者。與國籍法六條對照。極不便利之規定也。

國籍喪失者。有多少之制限。既滿十七以上之男子。不拘國籍法第十九條乃至第二十三條之規定。既服陸海軍之現役。或非無服之之義務時。不失日本之國籍。又現帶文武官職者。非失其官職後。不失日本之國籍。

### 第三項 國籍之回復

在英國。一旦喪失國籍者。非更以歸化之方法。不能再取得英國國籍。如此爲極稀之立法例。近世國家多認國籍之回復。我國籍法第二十五條乃至二十七條。亦設此規定也。

(一) 爲外國人之妻者回復國籍時。

此時。(一) 解消婚姻之事。(二) 現於日本有住所之事。二條件具備時。得內務大臣之許可。得回復日本之國籍。

(二) 依自己之志望。取得外國之國籍者。及國籍喪失者之妻子。因取得夫父

之國籍。失日本國籍者回復國籍之時。

於此時其國籍喪失者。以非歸化人歸化人之子而取得日本國籍者。及日本人之養子或入夫者爲限。經內務大臣之許可。得回復日本之國籍。但要於日本有住所者。(國二六)

#### 第四項 法人與國籍之關係

前云臣民者。以自然人爲定義。故法人無國籍。不可不謂爲非日本臣民。此結果。憲法第二章規定關於臣民之權利及義務事項。可得適用於法人者亦非當然適用於法人上。必要特別之規定。因近來國際關係之頻繁。至區別爲外國法人與內國法人。其結果。內國法人生如有日本國籍之法人之觀念。故內國自然人之特權。有若當然及於內國法人之思想。然其所以然者。基於他之理由。決非爲法人有國籍。換言之。即非爲日本臣民而然也。

獨逸帝國憲法第三條。(於獨逸全國有共同之國民籍。聯合各國之所屬人民於聯邦內他之諸國。爲內國人而當取扱。故被認爲與內國人。於同一條件之下。

國籍及臣民  
之觀念只就  
自然而言之  
以婚姻歸化  
爲國籍得喪  
之原因自明

定住所。執行營業。擔任公之職務。取得土地。且獲得公民權。享有其他一切之國民權。有如此之規定。而此三條所謂臣民中包含法人與否。彼國國法學者亦議論歧出。蒲留克那於其著（北獨逸聯邦之範圍內。其同國民權）採此見解。謂於國內有住所者。不問爲法人與自然人。皆國之臣民也。若法人爲人民。法人不可不有臣民所有一切之權利義務。當然之理也。然此則無論何人不能首肯。法人其性質上無擔任一般公權及公務之能力。爲原則。立法上如法人之租稅固課以公之負擔。又或時於自治團體與選舉權。雖然。寧屬例外之規定。吾人不可不常記憶國家爲人類之團體。而法人者無形之觀念也。公權原則屬於人類。法人者。如及海拉著（團體立法）謂財產權上關係之現象。不易之論也。故財產權上之關係休止。則此現象亦失權利之主體性。一國三十人於財產上之關係組織一法人。國家不得有三十一之臣民。爲臣民分限之一部。與非臣民分限之一部。勢不兩立。換言之。則人不出爲臣民與不爲臣民之二途。法人享有一部之權利。而不享有負擔爲臣民之自然人所享有權利義務之大部分。反國籍之絕對

性者也。從正當之國法上而論。法人非臣民。如右所述。故獨逸憲法第三條不適用於法人者自明之理也。况我國籍法之規定。悉只得被適用於自然人者耶。法人非臣民。如右所述而已明。而在法人中以祇被認為內國法人。與以我國之臣民組織之法人。享有同一之權利。則不可徑斷者也。一定之權利。又與爲自然人之臣民資格有重大之關係者。立法例之所取證也。依商法第二百五十八條。於日本設本店。又以於日本營商業爲主目的之會社。與於日本設立之會社。要從同一之規定。所謂內國會社也。然依船舶法第一條。有本店之商事會社。在合資會社則社員之全員。在合資會社及株式合資會社。則無限責任社員之全員。在株式會社則取締役之全員。爲日本人民者。又於日本有主的事務所之法人。共代表者之全員。爲日本臣民者。非屬是等所有之船舶。不得爲日本船舶。揭日本之國旗。不能享有日本船舶之特別利益。

要之法人。非臣民。故不能謂臣民之權利。當然移用於法人。雖同爲有內國法人之資格者之中。亦依組成員之自然人之國籍。法人之權利享有有差等。

與本項所說採同一意見者。柴衣臺耳獨逸帝國憲法注釋第三條注四。遮倫國法第二卷三四九頁。拉排痕特買羅克特陳參考書三四頁註二。國法第一卷一六一頁註二。開而享哈衣麼獨逸國法論一三八頁註一。亞倫脫帝國憲法註釋第三條第二音特門民法考究入門第三版第二卷第一部二六八頁註三。反對意見獨逸大審院民事裁判例第六卷一四二頁。孟特利帝國法律之私法的內容四一頁。註二。薄克思享買。獨逸帝國憲法第三條之國。民權。七三頁以下。

### 第三節 臣民之權利及義務

#### 第一項 所謂人權宣告

近世歐洲大陸諸國之憲法法典。皆直接間接摸倣佛國憲法而被制定者。吾人既論之於前矣。而各國憲法於設所謂臣民之根本權宣言章。殆無例外。亦學者等所認也。此等臣民之權利宣言。發源於佛國憲法之人權宣告。而至爲佛國憲法人權宣告之基者。從來學者間所爭論者也。

佛國人權宣  
告之基源

就佛國人權定之基本。歐洲學者所論二者歧出。一於盧騷之所說求其淵源者。其他就米國各洲之憲法。特以威亞及亞爲其淵源者。一般佛國學者。殆受其國民偏見之司配。多採前說。就薩羅及耶訥之政治學史。及普獨政治學校之機關雜誌政治學年報所論觀之。皆主張人權宣布淵源於盧騷之民約論。及當時之政治思想。及耶訥曰。人權宣布即基於盧騷之思想。爲國家契約之實行。個個之權利。非即其契約約款而何耶。反對其說之學者中最有力者。爲獨逸葉里訥克。彼於一千八百九十五年。發行題人權及市民權之宣言之小著。以辯佛國學者之誤解。如拉買衣愛而。參照之以爲自說之根據。(國法學二一七號註四。)如佛之拉拿而脫。亦於發而齊民譯葉氏人權宣布之序文。極口賞揚葉氏之學殖深遠云。

及耶訥爲研究盧騷學者。有名之人也。然彼爲此說。學者之所認。不能無異。原盧氏之民約論。所主張者唯一曰。個人之一切權利。要全然讓與於社會。個人於國家之中。苟孤立則權利之一分子且無有。其權利全然從人民之總意 *Volonté general* 而享。此總意。無論依如何之力。不得受法律上之制限。如所有權亦唯

依國家之容許。屬之個人。社會契約者。以國家爲國民之財產之主體。如是則人類於國家有原來之權利。其權利對於主體可制限之思想。亦盧騷自己所明明排斥者也。然人權宣布者。國家與個人之間劃永久之界限。使立法者常遵守此界限。爲人類不可讓渡之權利。而欲以是束縛者也。故民約論之主義。與人權宣布正立於反對之地位。民約論之結果。在否定個人之權利。認法律上無制限之總意。

葉氏反對佛國學者之說。謂人權宣言。非如世人一般所信。從民約論發生。其規範在一千七百七十六年。至一千七百八十九年止。米國諸州憲法中特有之一千七百七十六年六月十二日之威亞及亞憲法。而米國諸州之憲法。胚胎於英國之權利法典。故主張凡人權宣布之起源。存於權利法典。

威亞爲亞憲法發布後。一七八九年以前。爲人權之宣言之憲法者。朋西而威尼亞。一七七六年九月二八日憲。米利倫獨一七七六年一月一日憲。諾思劇落拉邦。一七一六年。二月一八日憲。威亞門脫。一七七七年七月八日

憲。買些邱散智。一七八〇年三月二日憲。但哈婆譚亞。一七八三年一月三日。一日憲等也。

婆篤梅氏。對於葉氏之駁論。其主意如揭於次之理由曰。(一)米國諸州之憲法。與人權宣布其規定雖相接近。然當時諸州憲法。未充分被佛國所了知。故不可想像此等之憲法爲佛國人權宣言之模範。(二)葉氏以條文之酷似爲各證之外。雖引用拉甫亞葉脫之記錄。而於一千七百八十九年七月十一日始討議。拉氏論人權宣言之必要時。無一言論及米國諸州之憲法。若彼當時知悉威國憲法。無不論及之理。(三)起因於英國法典之觀念。往返大西洋而入於佛國。不可能之事也。於第一點就其後之研究。依拉氏自身之記錄。彼了知威國憲法。可得證明。(哇拉而氏佛國革命政治史。亦明言從佛國革命二十年以前。有識之士。皆知了米國諸州之憲法原文。或譯文)。於第二點。婆氏之攻擊亦不得其當。若果然。則一千八百六十七年奧國憲法模範佛白兩國之憲法。然雖以當其討議。無一言論及母法。不得不謂其間無何等之關係矣。至如第三之點。祇就地圖劃

線之机上之想像。英國之思想不越二十八哩獨排海峽。而遠渡大西洋先入其同血之米國。更得機會入於佛國。決非可怪之事實。要之。近世諸國憲法人權規定。基於佛國之人權宣布。佛國之人權宣布。基於北米諸州之憲法。米國各州之人權宣布。基於英母國之人權法典。人權宣告之沿革上。無可疑之事實也。（關於葉里訥克人權及國民權之宣告。近代憲法史參考書。業因府一八九五年織田博士人權宣布之起源。二大憲之論爭內外論業第二卷第三號一三五頁。）

威亞及亞之憲法權利章典。Bills of Rights 於其第一條規定。凡人自然有平等自由。且獨立。或先天的權利。此等權利。於其入於社會之狀態。無論以如何約束。不得從其子孫奪之。即生命及自由之享有。財產之取得及所有之手段。及幸福安全之求得是也。（當時之思想。雖謂臣民之權利。寧廣爲人類之權利觀念。於佛國題人權及公民權之宣言。Declaration Des Droits de l'homme et du Citoyen 尙於其第一條定規。人於出生及生存有自由平等之權利。社會的不平等。爲公共之利益外。不得設之。）於第二條凡政治社會之目的。在保持人之自然且不可讓之權利。此等權利。即自由所有權安全權及對於壓制及

抗是也。當時值自然法學之旺盛。明文上題人權而不及所謂臣民之權利。不足怪也。及後佛國憲法。至用國民權及佛蘭西人權利之文字。至於倣佛國憲法之白耳義及其他憲法。亦皆云臣民之權利。（白耳義人之權利。如謂普落伊生之權利是。用穩當之文字矣。）

第二項 臣民之權利義務之性質

憲法者。定主權者行使其統治權之際。當踐一定形式之法規也。憲法有直接拘束主權者。及統治機關之效力。臣民非主權者。又非統治機關。故定主權行使之形式之憲法。直接不拘束臣民。當然之理也。（結論第四章第四節參照。）

憲法所謂權利者何耶

憲法第二章所揭臣民之權利。換言之不外謂某某事項。當以法律規定之意。故祇以憲法之條文。吾人不獲得何等之權利。蓋權利者。可得充實法律利益法律上之可能狀態也。憲法規定一般立法之方針。於主權者違反之時。法律上之救濟力。不附與於吾人。吾人無何等之權利。蓋未被附與得充實法益之狀態也。要之。憲法第二章。謂於或種事項。當以法律之外。不設定臣民之權利。此余於後所

謂臣民之權。又臣民所有立法上之利益之謂也。只基於此一般之宣言。至以特定法規使充實臣民之權利。始生公權也。（紫衣整耳國法第一卷三〇一頁）但憲法用權利之文字。故即以此爲權利而說明。別無可議之處。如遮哈來獨逸國法及聯邦法第一卷四四三頁註一是也。

憲法第二十條。及第二十一條。揭兵役納稅之義務。吾人於此又不能作義務。蓋臣民之本質絕對之服從也。於無論如何事項國家所命令禁止。悉不可不服從。國權之作用。爲總括的。不能一一列舉。故臣民服從之義務。亦不能列記之。拉買衣愛而於國法學二二四號。服從之義務。舉服從法律之義務。對於官廳之處分服從等者。非理論的也。若如其說。則可謂日本臣民。依於法律有受逮捕監禁審問所罰之義務。依於法律有被侵入其住所之義務。有被侵信書秘密之義務。有被收用所有權之義務。至臣民之權利。可一變悉化爲義務。故余以憲法第二十一條第二十一條。能作不依於法律不負兵役及納稅之義務。示立法上之方針者也。蓋兵役者以身奉國者。租稅又絕對強制徵收臣民之資產者。故關於此等國

權之發動。定爲當依於法律以保護臣民之利益者也。但對於此等。憲法亦用義務之文字。故謂爲義務可也。唯其真義只如前述。

### 第一目 所謂臣民之權利

公權者屬於統治者國家內之公共團體。並各個人。前所述者爲自然人之臣民之權利也。個人之公權。或爲全國民之權利。或爲一階級之權利。或爲特定人之權利。茲所謂臣民之權利者。全國民平等享受之立法上之利益也。拉買衣愛而國法學第一一號。分公權爲次之三種。

基於買衣愛  
而之說別公  
權爲三

- 一 特定之個人之權利範圍。不受國家之干涉之自由權。
  - 二 要求國家積極的行爲之權利。
  - 三 爲國家機關而行動。或參與國家機關之編成之權利。所謂參政權。
- 葉里訥克公權論八二八九頁以下。亦認之。余意亦倣此。

### 第一號 自由權

第一 居住移轉之自由。

居住移轉自  
由居住  
外國亦許居  
住故國民獨  
占的云云不  
允當

憲法第二十二條。定於法律之範圍內。有居住及移轉之自由。我國主權。不行於外國之領土。故本條所謂居住之自由。只指領土內之憲。居住於國家之領域內者。國民之獨占的權利也。從近世國際法之原則。國家雖不禁一般外國人入其國土內。而或種之外國人。害國之公安時。或要救助者時。使退出於國外。或爲犯罪。有引渡於外國政府之權利。反之自國臣民。無論如何時。無引渡於外國之事。又無被追放自國版圖之事。爲原則。然此爲一般之原則。憲法云。於法律範圍之內。故依法律之規定。不妨設例外。

獨逸帝國刑法九定帝國臣民不引渡於外國政府。爲原則。獨米引渡條約三。獨伊條約二。獨英條約三。獨瑞條約二。獨白條約三。獨羅克森勃羅希條約三。獨瑞典諾威條約二。獨西條約三。獨伯條約二。烏而克愛條約三。空瓦條約三等。亦認此原則。內國人。不追放於國外之原則。亦獨刑三九。二八四。三六二。所認也。我國明治二十年之逃亡犯罪人引渡條例。第一條。依相互主義定。雖自國人。亦有引渡於外國之事。同條例爲勅令。然以憲法七六條之結果。與法律

被違由。故於憲法二二條無所抵觸。

移轉者。不止於帝國領土內。住居所之變更。雖置住所於外國之權。亦包含之。但以法律設制限。則自由者也。拋棄日本之國籍。而取得外國之國籍。包含於移轉權之中乎。否乎。拉買衣愛而國法學二百十九號。謂移轉之自由中。包含拋棄國籍之權。雖然移轉者。場所之移轉。而非國籍之移轉。故氏之說誤也。(國籍法二〇、二一、二二、二三、二四)

居住及移轉之自由。於中世獨逸諸國。顯被制限。如彼之農僕。全為附着於土地之奴隸。不先得解放者。不能去其土地。又移貧民救助之負擔。於市町村以來。為不使有市町村負擔過重之弊。對於有救助必要之虞者。與市町村以定住拒絕之權。第十八世紀之中葉以來。農僕之制度被廢。北獨逸聯邦。及獨逸帝國法律。始實行團體的經濟的自由動作之原則。實行於一般獨逸諸國。於我國在藩政時代。絕對的不許藩外移住者。有之。

營業之自由。不包含於居住及移轉之自由中。憲法義解。作憲法第二十二條含

營業自由者誤也。如獨逸帝國依一千八百六十九年六月二十一日。帝國營業法。及一千八百八十三年七月一日改正同法保障營業之自由外。於憲法無規定。於我國理論上以稱營業法之特別法。爲認營業自由可也。雖然。現在欠此規定。故雖以命令猶可制限營業權。

居住及移轉之制限。不拘爲何等之目的。要依法律之規定。如云非直接以制限居住及移轉之自由爲目的。而以他之目的。例如爲家屋之危險。禁居住。爲傳染病之豫防。拘束移轉交通之自由。不要法律。乃無法令上之根據之空論也。

三三年法八四號。行政執行法。二九年法七〇號。移民保護法。二九年法八〇號。清國及朝鮮在留帝國國民取締法。三三年三六號。傳染豫防法。三二年法一九號。海港檢疫法等。關於居住移轉之自由者。現行立法例多以法律。反之關於營業取締可得以命令定者。如前所云。何則。無須法律者也。雖然。關於營業拘束人之居住移轉之自由者。要法律。何則。此兩者不以法律不許制限者也。行政執行法（法律）第三條。爲須風俗上之取締之業者之居住。其他之制限。

委任於命令定之。以隱示從營業取締之居住移轉之自由。亦要法律。故基於此行政執行法。以三三年內務省命制限娼妓之住居。非違法也。

## 營業之意

營業者何耶。所大可疑者也。余之定義。爲欲取得財產。參加於一般之經濟交通之永續的獨立働作。依於法令被認許者之謂也。偶然起個個之法律行爲。非營業。何則。非永續的働作也。徒弟職工日傭之働。亦非營業。蓋此等人行他人之業務無獨立之働也。爲禁止之行爲者。非營業。何則。法之所不認也。無償之行爲。非營業。無取得財產之目的也。奴婢。法人之役員。公吏官吏。非營業。何則。其目的雖在取得財產。而其働對於特定之人。或特定之團體。而被給付者。不參與一般之經濟交通也。由此而觀。則由原始產業工業商業。及精神的身體的勞働之營業。(車夫辯護士醫師畫工等。皆營業也。稱之爲廣義之營業。就此中只工業商業及不要高等教育之人的營業。稱狹義之營業。諸國爲營業法之目的者。多限於此狹義者。吾人認於此廣義之營業。亦必要法律之保障。(獨逸一八六九年六月二一日。帝國營業法參照。購買衣愛而行政法一

卷三七一頁以下。

身體之自由

第二 身體自由

逮捕、監禁、審問、處罰。不依於法律。不得爲之。(三憲二)逮捕者。以引出犯人於國家機關之前。爲目的。因腕力拘束其自由動作之謂也。監禁者。限於一定之場所。而束縛人之自由之謂也。審問者。審理訊問被嫌疑者之謂也。處罰者。課犯人以罰之惡果之謂也。此等主於刑事裁判者。大概以刑事訴訟法設此規定。一千七百九十一年九月三日。佛國人權宣布第七條規定。(無論何人於定於法律已定情形。非從法律已定之形式。無被公訴逮捕或拘留之事云云)其他近世之憲法。亦多揭此規定。(白憲七、字滿西憲五、巴威倫憲第四章八、薩克森憲一七、瓦敦堡憲二六他、憲三三、懷而臺克憲二九、蒲利梅痕憲九七)我憲法之規定。吾人信爲限於刑事裁判不見根據。不問行政官廳之行爲。與司法官廳之行爲。以被拘束者之意思。無條件絕對的拘束處罰。則必以法律。只憲法爲對於統治機關之行爲。保護臣民之利益。設此第二章之規定。則對於狂者之幽閉子之親權者之懲戒權等。私人對於私人之權力行

爲。非本條之所關知。統治權者。得強制私人之法律力。故有制限其行使之必要。私人與私人之間。爲平等。法理上不可得行權力於其間。故憲法於此情形。無豫想之必要。若特定之私人。對於特定之私人。有使行權力之必要。則由以法律或命令所許之外無之。非憲法之所關知也。

官吏之懲戒  
與刑法上之  
刑罰異故以  
刑罰法附以  
吏外荷當包  
罰於憲法處  
合於憲法處  
戒亦以官懲  
懲戒法制定  
憲法爲協於  
神

對於官吏之懲戒。非第二三條所含。蓋懲戒罰者。非主權者以公權力之所者。而科之者。乃爲保護服務之利益。依上長官之地位而科之者也。且得有此懲戒的關係之官吏之地位與否。屢本人之自由。無反乎本人之意思。絕對以國家一方意思而科罪之惡果。故不須以法律規定也。

刑法一面設官吏對於人民之罪。消極的保護。臣民之自由。(刑法二七五。乃至二八二、二八六、二八七)。一面與個人以正當防衛之權。刑法三一四。又設擅逮捕人監禁之罪。(刑法三二一—三二五)。以禁侵此憲法上之自由。

明治二十三年法律第八十四號。對於違犯命令之條項者。各以其命令科二百圓以內之罰金。或一年以下之禁錮。委任於命令。刑法第四百三十條。違警罪之

規定。亦以處罰委任於命令。是爲欲使適合處罰當有其根據於法律憲法。第二十三條所定也。

三三年九月法八四號。關於命令之條項違犯之罰則之權。同年同月勅二〇八號。關於省令廳令府縣令警察令罰則之件。二九年法六三號。關於施行於臺灣法令之件。刑法四三〇條。

### 住所不可侵

#### 第三 住所不可侵之自由

日本人民。除定於法律之時外。無其許諾。無被侵入住所及被搜索之事。(憲二)故若居住者不豫與許諾。不得侵入住所。縱令諾其人。而於搜索不承諾者。不能着手搜索。但既規定於法律者。可得無論如何侵入搜索。

於家宅之侵入。刑法於此設制裁。刑法一七一、一七二現行刑法之明文上。既受許諾而入家宅者。受退去之請求而不去時。不構成侵入罪。又於船舶及旅宿之客室。無保護之規定。爲防止晝間之家宅侵入。而殺傷者。爲宥恕之原因。係夜間之侵入時。不論罪。刑法三一三、三一五條。

得爲家宅侵入法律之根據。刑訴四六、五六、五七、五八、七八、一〇二、一〇四、行  
執二日。

信書秘密之  
自由

第四 不受侵信書秘密之自由

信書者。書狀 Brief 之義也。故不問委託於他人者。與自己持參（持行）者。且不  
須已在傳送中者。故雖在發信人之手中者。或既歸受信人之手者。皆不失爲書  
狀。憲法雖規定除定於法律外時。不被侵信書之秘密。而關於此之制裁極狹。其  
結果。信書之秘密。有不受十分保障之虞。現在之法律侵信書之秘密與制裁之  
規定。只郵便法電信法。可得侵信書之秘密情形。限於規定於法律時。而因侵信  
書時之制裁。如是之狹。而關於今日信書之保障極薄弱也。

不被犯信書之秘密。亦對於統治之機關保護臣民之利益之規定也。故以法  
律定可得侵信書之秘密時。及對於此之制裁。表面上可適合憲法第二十六  
條。然既國家之機關。尙不得侵信書之秘密。而處罰私人侵私人信書之秘密  
之規定不充分。何以得達憲法第二十六條之精神耶。依郵便法五二。係郵便

官署之取扱中之郵便物。無正當之事由。而開披毀損隱匿或拋棄者。或交付於非受取人者。若知情時。受取者處一月以上二年以下之重禁錮。附加二十圓以下之罰金。從事郵便事務者。爲前項之所爲時。於本刑加一等。依電信法三一。侵在電信官署。或電話官署之取扱中通信之秘密者。處一月以上一年以下之重禁錮。附加二十圓以下之罰金。從事電信或電話者之事務者。有前項之所爲時。加本刑一等。但關於電信電話之罪。待被害者之告訴而論其罪。依此等之規定。不係郵便官署取扱中者。不受書狀不可侵之利益。然實際上於付於郵便之前。及配達之後。被侵害信書之秘密。頗多。而特於使役男女工之工場等。見其尤甚。故郵便法電信法之規定。此等之保護。不充分。主權者宜改正刑法之規定。當嚴罰是等之秘密侵害。

信書之中。包含電信與否。有多少之疑問。然既依文書通音信其文字存在之間。可作信書解。信書之秘密者。文書之文字。(包宛名<sub>(信面)</sub>及郵片之內容。不漏於有正當之權利人以外之利益也。故達配人對之無宛名之秘密。然對於配達

人以外者。配達夫不能漏之。何則。對於第三者宛名亦須秘密也。但如受取人不在之時。交付於家族。又爲送配達之目的。取相當之手續。不在此限。蓋郵便者因配達而達目的。故如宛名人不明時。示於鄰人而質問。爲配達之手續。法律之所許也。郵便法第十四條規定。不能配達於宛所。或交付於受取人之郵便物。還付於差出人。其不能還付者。於主務大臣之指定郵便官署。得開披之。

#### 第五 所有權不可侵之自由

日本臣民無被侵其所有權之事。所有權何耶。非茲所當詳論。雖然。權利者。既於法律之下發生。所有權亦不得離法律而存在。自然之理也。然即解作權利者。於法律之下始發生。民法在法令之範圍內。故所有權者。可以法令自由定其範圍。只於法令所定之範圍內。所有權。亦非也。若果只於法令之範圍內。所有權。法令不制限所有權。而僅定其範圍。則關於所有權不可侵之憲法之規定。無用之冗文也。元素所有權其主要點。人與物之關係也。權利云者。固對於他之人格之語。雖然。所有權非有不待他人之積極行爲。不可得充實之性質也。乃人對於

所有權之不可侵

物而行之司配也。故其性質上本來無限者，苟無特別之制限，一切可得想像。可得發生之司配，所有者對於物可得爲之爲原則。憲法所謂所有權者，指此完全之司配之狀態也。（所有權之內容既不俟法律而存在。法者只附與充實之力。吾人雖能作權者。亦採此說。謂憲法所謂所有權不可侵者。指定此法以前所有權之內容之義也。不然。法令得自由定所有權之內容。故雖以命令制限所有權者之所有物件利用之方法。非所有權之制限。如是云云。憲法二十七條採）若不然，而如普通人之解釋謂（所有權者，依於法律而始生者也。故只於法令之範圍內始爲所有權。民法者，規定所有權者，於法令之範圍內，有自由使用收益處分物之權利。法令非制限所有權，而只於法令所許範圍內爲所有權也。）則憲法規定爲公益必要之處分，依法律所定，無何等之意味。故所有權依命令之規定，得被制限者，則以法律爲必要之處分，當然爲劃所有權之限界，而非所有權之侵害。故憲法第二十七條第二項，無用之文字也。若民法第二百六條所謂法令之文字，法律以其規定委任於命令，則適符所有權之制限，常以法律爲原則之趣旨。然如前所論，所有權只於法律所許範圍內爲所有權，何以憲法必規定以憲法爲必要之處分云云耶。雖不許此例外，法律可

得自由制限所有權。蓋依此制限。而所有權乃可爲所有權也。要之法律以前有所有權之內容。憲法所謂所有權者。爲此完全之司配者也。故生始規定制限之必要。如一般論者之所唱。所有權。只於法律之範圍內爲所有權云云。則不得云以法律侵害所有權也。今爲參考故。舉關於所有權字漏西憲法第九條之規定如左。

所有權不可侵也。只有公益之理由時爲限。據於法律豫爲賠償得剝奪之。或制限之。但於急迫時得。假定相當之賠償額。

我憲法第二十七條於文字雖有多少之差異。而趣意者字漏西憲法同一。可信也。故所有權之制限。決不得爲利益而爲之。當基於公益。且必當以法律爲制限。如或論者之說。憲法第二十七條第二項規定爲公益。可得法律制限所有權時。非所有權侵害之唯一例外者。殊無意味。爲公益而爲之。尙不能無法律者。有爲私益當然以命令得制限之理乎。吾人解作剝奪制限所有權。限於爲公益之時。又常當以法律。只無如字漏西憲法規定賠償之事。故當然不生賠償之義務。

雖然於其他之點。我憲法有所謂（爲公益必要之處分依法律所定）者。只爲公益之時。以法律得剝奪制限之意也。被民法法令云云者。爲欲不矛盾憲法。委任法律之規定於命令者也。而此委任違法與否。又屬自身之別一問題。如依獸疫豫防法。撲殺病獸。依河川法行政執行法。於天災事變之時。破壞物件。又制限其使用。又如依馬匹去勢法。行牡馬之去勢。此皆爲公益侵害所有權。皆須以法律定之。現在之立法例。亦以法律爲一致者也。

#### 第六 信教自由

日本臣民以不妨安寧秩序。及不背臣民之義務爲限。有信教之自由（憲法二八條）法者。人類外部行爲之規定也。個人宗教上之確信。純然心理之作用。故對於此宗教思想。法無干涉之地步。法律上所得論者。止現於外部之關係。對於信教自由之制限。或用直接的。或用間接的。在前者禁信或宗教及或教派時爲之。後者不直接禁之。唯對於其信徒。於民事上政治上之關係。附與劣等之地位。

威而大關於良心之自由之說明及觀察。(獨逸法律雜誌一一卷一六〇頁)  
同氏著關於信教及宗教自由之普國法律。(同上雜誌二六六頁以下)里休  
信教之自由。(國家字彙一卷七六七頁)欣悖思良心之自由。(司登拉而獨  
逸行政法字彙第一卷六〇三頁)甫尤而思脫拿宗教自由之基本權。(於伊  
潑氣希千八百九十一年刊行)柴里思宗教自由之實例。(盤倫千八百九十  
二年)

古來不認宗教自由時代。奉禁止教者。爲犯罪之一。不但加教會之懲戒。以通常  
刑罰被威嚇。迫害異教者。爲對於自己所信之義務。以種種之手段。排斥異論者  
宗教史有明證也。近世文明各國。無例外。認宗教之自由。只非基督教者。爲非真  
正之宗教。以其以外之信者。蔑視爲希遲痕。左手唱聖書之博愛。右手恣暴戾無  
道之業者。及今尙不絕其迹。所不堪痛歎者也。

日本臣民有法律上信教之自由。無論奉如何宗教。屬如何宗教團體。全出於其  
自由也。並無因宗教上之信仰。被追放處罰之事。又無因此而被制限其民事上

政治上之權利之事。信仰及信教自由大原則之結果。不可不解作個人不論如何宗教。有不奉之權利。又不論如何宗教團體之有不屬之權能脫退從來所屬之宗教團體。其不加入何種之教派。或加入何種之教派。皆自由者也。外國人雖亦採同一原則。而憲法上無保障故政府。有追放於國外之權利。但國際條約有特別之規定者。不在此限。

宗教之自由。只不妨安寧秩序及背日本臣民之義務爲限。得以存在。而於此之制限。不必要法律。故比他之自由。憲法上之保障。甚薄弱也。奉或宗教認爲害安寧秩序。或背臣民之義務時。得以行政權禁止之。

害安寧秩序。依行政權之認定。臣民之義務。不特消極的服從我國權之作用。且包含不當爲國家之不利益之義務。即忠誠之義務是也。故若或宗教與此忠誠義務。有不相容者。禁之可也。於國際上之關係。貪欲無道的世俗君主。同時兼宗教之法王。其宗旨奉此宗教者。即屈從於同一人格之他國君主之前。違反臣民之義務。最甚者也。

言論著作  
行集會結社  
之自由

### 第七 言論著作印行集會結社之自由

言論者以口頭發表思想於外部之謂也。著作者以文書圖記發表思想之謂也。印行者印刷文書圖畫等發賣或頒布之謂也。集會者爲多數之人。講談論議決定一定之事項限一時會合者之謂也。結社者爲達或目的爲特定人之團體有多少永續的性質者之謂也。此等人以一人之力動多數。又以多數之力爲一人所不能爲者。故若善良之目的存在時。貢獻社會之發達極大。雖然其濫用之弊亦不可計。此憲法所以特於法律範圍內。許此等之自由也。

可參照三三三法三六治安警察法、二〇年勅七五新同條例、(其後法律有多少之改正)、二六年法一五出版法、三二年法三九著作權法、民法、商法、等第八 無被奪受定於法律之裁判官裁判之權

此權不特消極的無被不依法律所定之裁判官審判之事。且包含積極的。仰法律所定裁判官之裁判之訴權。然從憲法之規定上觀之。不若因國權之故。說明不受侵之自由權較當。

受裁判權

依而哀普國國法第一卷三七〇頁，亦題身體之自由保障，此中普國憲法第七條之規定所揭自由，即（無論何人無奪受定於法律之裁判官裁判之事）如何時。如何裁判所。對於如何之人。有管轄權與否之問題。議之民事訴訟法。刑事訴訟法。裁判所構成法。民法。商法等之規定。唯於此處須一言者。定於法律之裁判官。不必指經帝國議會之議。爲法律而被發布之事。憲法實施後。必以法律定者。不俟言。雖然被從來用命令被定之裁判官。亦係憲法第七十六條之結果。不失爲法律所定之裁判官。

二一年法律二、陸軍治罪法、二二年法律五、海軍治罪法、一五年布告一六號、樺戶集治監囚人輕罪以下治罪手續、一五年布告四一號、空集治監囚人輕罪以下治罪手續、一八年布告四二號、釧路集治監囚人輕罪以下治罪手續、一八年布告三一號、違警罪即決例、一九年勅四四號、陸軍軍人軍屬違警罪處分例、二二年法律二五、海軍軍人軍屬違警罪處分例、一八年布告一二號、普通治罪法、陸海軍治罪法、交涉處分法、等所定亦得爲法律所定之裁判官、前

揭法令中有法律，乃於公文式所謂法律，非於憲法所謂法律也。

第二號 要求主權者之行爲之權

統治權爲增進國民之利益，維持秩序，有廣大的活動之範圍。此等國權之行使，祇法令之規定。對於主權之行爲，不認臣民之權利者甚多。於此時個人惟法之反射作用，浴其恩澤。對於主權之權利，不享有之。我憲法之規定，不廣認對於國權行使之臣民之要求權。只第三十條規定，守相當之敬禮。從別之規定，得爲請願請願之外，欠其保障。今就一般之學說，舉其屬於所揭第二號之要求權者如左。

(一) 對於他國仰本國保護之權

對於他國仰  
本國保護之  
權

以此權爲有權利之性質者。拉買衣愛而國法學二一六號。拉排痕特國法第一卷一三五頁註二。司脫愛而克國際法參考書第二卷六三三六。三五霍而真奪而甫國際法參考書第二卷第六三三頁騰邱而福痕酷里司盤里希臣民之政治上之權利第二卷五〇頁一二主張無其權利者柴衣臺耳國法第

求法律保護  
之權

求屬於內務  
行政國權之  
保護干涉之  
權

請願

一卷三〇〇頁四三棄里訥克公權論一一四頁註一認實質上有權利之性質。而缺新追之方法。故不過現法規之反射作用。吾人亦倍其非權利也。

(二) 求法律之保護之權

此權利為訴權。於各裁判所權限所及範圍內。臣民享有之。此權利不受侵之。自由被我憲法第二十四條保障者也。其最著者。民事訴訟法第九十一條以下之規定。認訴訟上之救助之點是也。

(三) 要求總括於內務行政觀念下之國權之保護干涉作用之權

此權亦非憲法之所保障。依各法令之所認。列舉之者。屬於行政等之範圍法。例如國家之營造物或地方團體之營造物。於或條件之下。使用之權利是也。

(四) 請願

請願者。呈出各種之懇願於君主。或國家之機關之謂也。憲法第三十條。認此權而其條件。(一)守相當之敬禮。(二)從別所定之規程。所揭之二者是也。故不守相當之敬禮。不得為請願。又不從別所定之規程。則無請願之權。現在關於請願

者。除議院法第六十二條以下定呈出於各議院之人民之請願外。無別段之規定。故似可解作單對於議院之行爲之要求。雖然以內閣官制第五條。經閣議事項中有從天皇被下附或從帝國議會送致之人民之請願。則不特可解作許對於天皇或對於政府之請願。以議院法第六十一條以下規定觀之。請願者不持依議員之紹介。議院受取之後。付請願委員使審查之。於各議院議決其可採擇者。附以意見書。送附其請願書於政府。得受報告之規定也。且由第七十條規定各議院不得受于與司法及行政裁判之請願觀之。則關於立法及一般行政。可得通過議院。而唯對於天皇及政府得要求或行爲不行爲。反是各議院祇爲議事之機關。無因請願而可行動之性質。故議院法不與議院以自受請願而裁定之之權。(議院法六一—七一)議院法之結果。與關於一般請願無規定。由此二原。因臣民對於天皇及政府之外。對於他之國家機關。無呈出請願之權。請願當守一定之敬禮者。亦議院法第六十八條及第六十九條所規定也。

與請願似是而非者。訴願是也。訴願權者。個人依官廳之處分其權利或利益受

傷害者時。對於上級官廳。求其救濟之權能也。訴願者。存在於國家機關之上級下級關係必要的結果也。我憲法無保障訴願之權。雖然獨逸諸國之憲法。有認之者。

薩克森憲三六五、執堡憲三六一—三八、薩克森阿而臺姆勃羅希憲六五—六六、薩克森酷勃羅希憲四八、蒲倫修忒衣希憲三八、屋而登勃羅希憲四七、新落衣思一八五六年六月二十日法律二、二舊落衣思憲二七、忒羅臺克憲三三、三蒲利梅痕憲一四、

舉理論上請願與訴願之異點如左。

(甲) 請願者。無論對於主權者其請願於主權者之事。固係當然。可不必論。一切對於國家之機關。要求其行爲不行爲者也。(我現行規定如前述) 訴願者。因官廳之處分。被不利益時。對於上級官廳。所爲之救濟要求權也。故不特非對於官廳之行爲不行爲不能爲之。即對於最上之官廳之處分亦無訴願。

請願與訴願  
理論上之區別

(乙) 請願者關於將來事件。得求將來之行為不行爲。不問其法規所定之行為與處分。

訴願者對於既受不利益之處分之救濟也。故不特不關於將來之希望。且只對於處分得爲之法規。無論如何不當。對之亦不許訴願。

(丙) 請願者不必要關於請願人之利益。於一般之利益。可得爲之。

訴願者反是。祇限於代處分受不利益者。得提起之。

(丁) 請願者對於爲處分之官廳得爲之。

訴願者在喚起監督權之作用。而求處分之救濟。故只對於上級官廳爲之。以上爲原則揭兩者之區別。若其以現行法規區別之。當得舉幾多之差異。爰避繁瑣。省之。

二三年法一〇五訴願法府縣制一二二項郡制一一四項二三四項二六項  
五項六九二三五項七二三項八三二項九三四五項一九一項市制八四項  
二八一項三五一項一〇四一〇五一一六一二四町村制八四項二九一項

三七一項一〇四一〇五一二〇一二八。

第三號 參政權

日本臣民。應法律命令所定之資格。均得被任文武官。及就其他之公務之事。憲法第十九條之所保障也。就文武官及其他之公務者。非臣民之權利。蓋其意義。只在若受任命。或被公選時。得爲官吏。又得就公務。而不能以爲權利。而主張之也。官吏者。依任命之形式。立於特別服從之關係。行國家之事務。負擔義務者之謂也。就公務者。爲達國家之目的。被設之各種機關之一部之謂。古來依臣民之階級。參政權設有差等。又有全然不能有參政權者。然自變爲立憲政治。宣言不依國民之階級。設差等於參政權主義。但爲文武官或就公務之資格。當從法律或命令之所定。

官吏之任免。屬天皇之大權。就公務者。則有依國家之機關。或天皇之命令者。或有依人民之公選者。既云就公務。則係定就職者之資格。而非規定選舉人之選舉權。故選舉權者。可謂非憲法之所保障。只現在之事實。有被選資格者。同時又

有選舉資格爲原則。故法令之規定上。選舉權只間接受憲法之保障。選舉權者。其實投票權之義也。故得稱權利。反是被選舉權。止有資格。無權利之性質。

拉排痕脫於獨逸國法第一卷二九二頁論選舉權非權利曰（選舉權者。決非爲個人之利益而設之權利。乃基於憲法之反射者也。立憲國之憲法。設表彰存於國民中之意見。及必要之機關。爲達設此機關之目的。不得不繫於依法律而定其組織之人民選舉權。依休威而裁判所法。爲陪席官。人民參與之權利。爲裁判公開原則之結果。而決非特別之權。正與之同。又控訴權爲被認於訴訟法之上訴規定之結果。而非特別之權利。又與之同。選舉權亦只關於國會或帝國議會組織之憲法的規定之反射作用。而無權利之性質。然此說誤也。反是摘買衣愛而國法二七八頁。拉奪尼開公法上黨派心三〇頁以下。葉里訥克公權論一五一頁。司登爾而行政雜誌三卷一九九頁。以選舉權爲權利。被選舉權不過資格而非權利者。摘買衣愛而前揭柴衣臺耳巴威倫國法一卷四一五頁。騰邱而福痕。酷里司勃而布臣民之參政權九七頁。拉奪

(評)國法上  
選舉權及被  
選權併記時  
爲非權利一  
覺少不允當

尼開前揭皆唱之。

關於參政權憲法第十九條之規定。有日本臣民當然受此保障之利益之意味。然非必否認外國人之參政權。故設特別之規定者。雖外國人。非不得爲日本之官吏。憲法義解謂（謂日本人民均得被任文武官及就其他之公務時。除依有特別之規定外。可知於外國臣民不及此權利）爲得當也。此說爲伊藤侯誤解憲法第十九條否認外國人之參政權之結果。而加攻擊者。例如我田引水的曲解也。有日本人民之規定者。當然不適用於外國人。文理上自明白也。

#### 第二目 所謂臣民之義務

憲法第二十條及第二十一條。規定兵役及納稅之義務。謂此兩者爲義務。寧謂有自由權之性質。吾人前之所論也。然憲法明明規定爲義務。故茲第二目所揭以臣民之義務爲題蓋本此也。

胃衣愛而於臣民之義務。揭服從法律之義務。對於官廳之處分服從等。又列舉勤務之給付及物之給付之義務。拉排痕特國法學第一卷一二五頁註二。擲掄

之。爲有興味說明之方法也。蓋國權之作用。不能列舉。故對之臣民之義務。亦不能列舉。只於其重大者。以用法律課之之目的。舉兵役納稅二者而已。兵役者勤勞之給付中爲最重要者。納稅者物之給付中爲最大者也。

一 兵役之義務

古代之制度。國民皆兵之制也。及武門擅政。兵役之權利。及義務。皆屬武士之階級。在將軍政治時代。亦只士族負擔此義務。至明治八年十一月。徵兵之詔出曰。朕惟古昔郡縣之制。募全國之壯丁。設軍團以保護國家。固無兵農之分。中世以降。兵權歸於武門。兵農始分。遂成封建之治。戊辰一新。實千有餘年來之一大變革也。當此際海陸軍制。亦不可不從時制宜。今基於本邦古昔之制。斟酌海外各國之式。欲設全國募兵之法。立國家保護之基。汝百官有司。其厚體朕意。以此告諭全國。

兵役者以義勇奉公之精神。爲人事身體上之負擔也。爲組織國之戰鬥力。當入軍隊而服役之義務也。兵役者。身體上之負擔。無須多辯。惟於當以其忠誠奉公

之精神之點。有多少之疑問。或者以此爲只道德上之義務者有之。或者以爲法律上之義務者有之。據吾人之見解。兵役者。性質上當然包含此忠誠奉公之義務。蓋國之戰鬥力者。對於內亂外患。保護國之存在之腕力也。當行使此腕力。兵士不特在勞務健康。且當然必以其生命供犧牲。棄生命者人生最大之痛苦。又對於國家忠誠之最極點也。吾人於法律之文字。雖不發見強制此義務之規定。而信爲以身殉國之精神。伴兵役當然之結果也。

獨逸諸國之例。當服役軍隊。對於君主。述軍隊之誓詞。雖士官亦然。依其他取換證書。Zandgrilbnis 或嚴約有忠誠之誓。

兵役之義務。不許代理者。從其性質而生之結果也。取諸貧者。取諸富者。其生命一也。故無以此命貧者而免富者之理由。但至於外國人。不使負擔自國之兵役者。國際法上之原則也。蓋以身奉國之義務。有一無二。爲二國負擔兵役。究屬不能之事。故兵役之義務。限於使自國臣民負擔者。不特今日國際法所認。乃文明諸國之國法所均認者也。但雖非自國臣民。而於一方觀之亦非爲外國人者。則

對之無不得課此義務之理由。我徵兵令雖規定日本臣民而不揭例外。但外國有設使此等服兵役之法律。

依獨逸帝國之立法例。雖去獨逸帝國領。失帝國國籍而未取得他之國籍。或一日得他國國籍。更失之者。對於獨逸國。若永久在留時。其他移住於外國後。再歸來於獨逸國者之子孫。未得他國國籍者等。對之法依一八七四年五月二日帝國軍事法。不妨課兵役義務。

兵役者。入軍隊而服役之義務也。故服役有不同。日本臣民。滿十七歲至滿四十歲之男子。皆有服兵役之義務。兵役分常備兵役。後備兵役。補充兵役。及國民兵役。更分常備兵役。爲現役及豫備役。所謂服役者。服現役之義也。現役者。不特常備以備國家急速之需要。又施軍隊教育。有學校之性質。至於服役免役延期及猶豫徵兵事務等。爲軍事行政之研究科目。非此處所詳說之事。

按關於軍事之法規。徵兵令以法律定之。雖然其他之法令。例如徵兵事務條例。六週間現役兵條例。一年志願兵條例。屯田兵條例。服役條例等。皆以勅令定之。

至於細則。以省令定者猶有之。論者或曰。憲法祇有兵役。不及其他。故雖以命令規定。亦非違法。然吾人疑其否當。兵役者。規定當服役之義務。故關於兵役第二十條之規定。以當然服役之事爲限。初無使規定於法律之効力。然服役者。限制人民之居住移轉自由之尤甚者也。例如現陸軍服役條例第九十四條。規定現役兵使居住於營內。故此自由之制限。以憲法第二十二條之結果。信其亦當以法律也。但從徵兵令之規定。既於當然被拘束自由之確定範圍內。以勅令及其他命令定細則者。可自由爲之。吾憲法之趣意存在於是。則可也不然如祇云兵役與服役異。故服役得以命令規定。乃不足採之說也。

## 二 納稅之義務

日本臣民。從法律所定。有納稅之義務。租稅者。以充國家或他之政治團體之公費爲目的。以統治權之作用。無償而強制徵收個人之資產者也。

租稅者係因支辦公費徵收者。如罰金過料或科料等。若其徵收之目的。存在於他處。非爲供公費之支辨者。非租稅也。又如彼之徵發及土地收用之。初觀之如

爲國家之收入。雖然此等即以物不變其形。而供軍隊之用。又供他之公用。而強制徵收者。其非爲得收入之事。從對於徵發品並收用地賠償相當代價觀之。可明瞭。故亦非租稅也。租稅者。無償而絕對之徵收也。既以收入爲目的。立法上無與賠償之理由。既爲賠償。不如其初不徵收。絕對者。謂不關納稅者受利益之大小。解租稅爲對於國家之保護之對價者。誤也。對價者可應其保護之程度而增減之。其不可不謂國家不與保護時。無支拂之義務。然不特個人從國家受保護之重輕。不能就各人而測定。即於戰時非常之際。公安動搖之時。反有課重稅之必要。由是而觀。則非對於國家之保護分量之對價。不待言矣。究之徵收租稅者。依統治權之作用也。以個人之資產。反其意思而徵收者。統治權之外所不能爲者。國稅無論已。即如市町村府縣自由團體之租稅徵收權。亦皆有行使統治權之一部之權能之結果也。故不可不謂無論如何時。租稅徵收權者。國權之作用也。

前論統治權之作用。有對人高權領土高權之區別。租稅之徵收統治權作用之

結果。課稅之勳。亦得受對人的與領土的之區別。對於臣民統治權之作用者。對人高權也。故臣民在領土內時。無論已。縱令於外國。有所有物件時。亦可得課稅。反是於一方居住滯在於領土內者。因服其領土高權之結果。負統治權者所命納付租稅之義務。外國人與否。所不問也。命對於自國納稅之義務。與外國人所有外國之臣民分限。不可牴觸者也。蓋租稅與兵役之義務異。以代替物之給付爲目的。且不必要義勇奉公之精神。故對於自國納稅之義務。與對於他國納稅之義務。因時可得存在。毫不有可牴觸之性質也。

租稅者不特以直接供國家之目的而徵收者爲限。自治團體所徵者。亦有租稅之性質。現行地方自治體之組織法律等。特書租稅及賦役現品。後者與前者。如爲別物而規定者。而此爲於實地取扱上區別兩者之便而設者也。學問上之定義。所謂租稅者。不可不解作含賦役現品之賦課。諸衣門其所著（租稅及公益三百九十五頁）租稅者爲得公之收入。依財政權而受命令之給付也。爲得其當。希愛痕培而希叢書第二卷一三頁一二頁。福痕買衣而行政黨。希買衣耶獨

逸行政法第二卷百九十七頁等以租稅解釋廣貢（依公權力而可被徵收之貢物）之意義。獨屋特買衣耶唱反對之意見。

屋特買衣耶定義（租稅者以一般之標準。依財政權。被賦課之金錢之支拂也。獨逸行政法第一卷三八六頁）故不依一般之標準。而課於特別地方。特別人民者。非租稅。又租稅以金錢爲支拂。故以金錢以外者爲之公課。非租稅。生如此結論。然租稅依一般之標準與否。乃政治上之問題。非法律上之問題也。又租稅爲金錢之支拂云者。於今日文明國一般經濟。依貨幣而生之結果。雖然不特古來。有以物品爲租稅時代。即於現今亦不得不設特別之規定。例如依明治二十二年十二月勅令一四一號。規定沖繩縣小笠原島伊豆七島國稅徵收法。國稅品當從納稅人即納付於收入官吏。有認以物品爲國稅納付者。故以金錢爲租稅之要素。失之狹隘。吾人解租稅者。爲充公費無償而強制徵收之公課。不問其爲賦役現品金錢之趣意也。蓋賦役現品。不外臣民之資產也。

故課役現品之賦課。亦必有法律上之根據。唯實際取扱上。租稅與其他者。異其名稱。憲法第二十條之納稅之義務。可解作有此廣義之租稅之意味者也。似租稅而非租稅者。手數料是也。廣意言之。手數料者。包含從對於國家機關之行爲請求其行爲者之支拂。與對於國家之營造物又地方自治體之營造物之使用。從使用者之支拂二者。然今日之法律。以狹義解手數料之文字。只對於統治機關之行爲而支拂者爲手數料。對於營造物之使用而支拂者。稱使用料。此兩者之中。手數料者。常以權力強制徵收之。至使用料有公法的者與私法的者。私法上之使用料。營造物之使用。個人與統治主體之間。因私法的契約關係之謂也。公法上之使用料者。無如此契約之必要。基於統治者一方之命令之謂也。如郵便、電信官、設鐵道之使用。爲私法上之使用料。如國家之營造物各種高等學校、及自治體設立之中小學授業料。公法上之使用料也。

以對於郵便電信之料金。爲基於私法的契約之意思。觀郵便法（三三三年三月法五四）一〇及電信法（三三二年三月法五九）一二。關於郵便、又電信電話

之取扱。對於郵便官署又電信電話官署無能力者之行為。看做有能力者等規定自明。

租稅與手數  
料之區別

租稅者以充公費之目的。無償而強制徵收個人之資產者也。手數料亦以充公費之目的。徵收之點。雖與租稅相似。然兩者之間。有左之區別。

一 租稅者。一般之負擔也。手數料者。特別之負擔也。

租稅爲無償而徵收者。故原則爲均一。而一般的者也。手數料者反是。對於統治機關之行為。求其行為者。當爲支拂。故係特定之人之特別負擔也。

二 租稅者不問納稅者之意思如何。依國權之絕對的命令。而賦課之也。手數料者。非基於絕對之命令者。只對於要求統治機關之行為者。可得課之。不要求此行者。不可命其支拂。

三 租稅之賦課。要以法律定之。手數料除司法上者之外。無以法律定之必要。手數料者。要求統治機關之行為者支拂者也。由此點言之。或公課爲租稅乎。爲手數料乎。其性質曖昧時。須爲區別兩者之唯一之標準也。手數料固有報償之

性質。然此報償。常與統治機關之手數料。不得保其權衡。雖純然手數料中。官廳之手數少而手數料者有之。或手數多而手數料少者亦有之。故從對於機關之難易輕重之報償性質爲兩者之區別。極困難也。觀現行之登錄稅。其形式即課請求登錄官廳之行爲者。以支拂爲義務。故純然爲手數料也。然觀登錄稅法。離手數料之觀念。從登記物件之價格。增減其登錄額。故登錄稅者。實際上係有手數料之形之租稅也。立法者不謂之手數料。而謂之稅者。其意蓋在於茲。如狩獵免許。亦形式上爲免許手數料。雖然尙爲借免許之名。而徵收稅之趣意。故曰免許稅也。如謂有租稅之性質之手數料採用於區別兩者之時。則不可得斷案也。或論者雖云登錄稅免許稅皆存於法律之稅。故爲租稅。然不值一顧之議論也。余基於前所舉第二之區別。對於機關之行爲而當支拂者。其賦課無論如何不當。其名稱無論爲如何。不如斷言手數料之爲愈可信也。故免許稅登錄稅非稅而手數料也。

如手數之徵收之統治機關之行爲。不與利益於私人。又無其必要。只以得收入

爲目的。特設一手續。爲此手續之際所徵收者。非手數料。乃一種之租稅也。此說者。有之一見如極巧妙。實則無何等之價值。法律定手數料。必以附其根據之統治機關之行爲。法律上必要或利益。若統治機關之行爲不與何等之利益或無必要者。則何人有支拂手數料請求其行爲之愚耶。況受此官廳之行爲。而被附與之必要或利益。專被法律之創設者。或離法而存在者之區別。於個個之時。極困難之問題也。

爲手數料之根據行爲之統治機關。以有司法機關行政機關而生。手數料亦有司法上者與行政上者之區別。司法上之手數料。當以法律規定。我國法上司法上之手數料。固無要法律之明文。雖然日本臣民。不依法律。無變逮捕監禁審問處罰之事。又無奪受定於法律之裁判官裁判之權。既憲法上有保障爲要求司法機關之行爲支拂。手數料不能委於命令之自由規定。又司法制度。一般受法律規定之結果。手數料亦可作當依法律而被規定。況憲法第六十二條第二項謂行政上之手數料。爲其他之收納金。而於司法上之手數料。不明言不須法律

乎。

非訟事件之手數料。行政上之手數料乎。司法上之手數料乎。元來形式上所謂司法者。謂通常裁判所行動之全體。而於一方。不包括裁判行爲之全體同時於他之一方。含蓄不屬司法之觀念之行動。如非訟事件是也。非訟事件者。於個人私法的關係。爲國家干涉作用 *Einzwang* 之發動。實質上無裁判之機能。而較有行政行爲之性質。現於獨逸訴訟事件之手數料。雖用帝國法律（一八七八年六月一八日帝國訴訟費用法）而關於非訟事件。則委任各國之立法。此點於我國。雖有多少之疑問。而司法者。可解作民刑事裁判所行動之全體也。因之故非訟事件手數料。亦可解作要以法律定之。

直接稅與間  
接稅

租稅有直接稅間接稅之區別。前者納稅者負擔之。後者納稅者不負擔之。而有他之爲實際之負擔者之謂也。如是論者有之。然此特爲財政上或經濟上之觀察。而非行政上之區別。財務行政上。對於國家納租稅者。當爲納稅之主體之人。從此點言之。稅者皆直接稅也。只茲當注意者。各種選舉資格中。數直接國稅之

納額。從此點。則見區別何者爲直接。何者爲間接之必要。

於財政學上。直間接稅之區別。學說亦不一定。又不精確。單依負擔之主體爲區別時。直接國稅。亦可得使轉嫁於他人者。間接國稅。納稅者亦有當自負擔之時。然今一般學說。區別各種之稅。則地租所得稅。登錄稅。營業稅。船舶噸稅。北海道水產稅等。皆屬直接國稅。酒造稅。煙草稅。證券稅。印紙稅。醬油稅。賣藥稅等。間接國稅也。然基於市制一三一條。町村制一三六條。明治三十二年七月。大藏省告示。〔市制町村制中。直接稅。間接稅之區別〕。及三十二年三月。勅令（衆議院議員選舉法。貴族院令。所稱直接國稅種目）等。只以地租所得稅。營業稅三者。爲直接國稅。他皆爲間接稅。此全從公民權附與之政策而出者。財政上及財務行政上之區別。不一致之事。所當注意者也。三十二年六月。內務省告示。府縣制郡制之直接稅種目。亦出於右之三者。

新課租稅及變更稅率者。以法律定之。所謂法律定之云者。此外無何等之意味。英國及歐洲大陸諸國。對於租稅。國會之同意權。先發達。故及今尙不謂之法律。

而祇規定要國會之承諾者甚多。既祇云要國會之承諾。其意思表示無制限。故豫算之形。雖協贊亦非不當。例如勃漏西憲法第百條。規定歲計豫算中已揭者。又以特別法律規定者外。不得課稅。是明明以豫算之規定。得定爲課稅也。但我憲法不明言議會之承諾。而僅言以法律定之。故常常依法律之規定。不許以豫算爲課稅。

勃漏西憲法九九條。規定歲計豫算。年年以法律確定之。故豫算課稅。形式上得謂法律課稅。只爲後所論。豫算者無法規。只事實上之見積(附益之意)也。故縱令法律發布。基之以爲課稅者。只議會承諾之發表。而與以特別法律課稅者。全異其趣者也。

於自治團體。對於其團體員。又有課稅之權。自治體之組織。以法律規定者。全委任此課稅權於自治體者也。

課新租稅及變更稅率。雖必以法律。而屬於報償之行政上之手數料。及其他之收納金。依憲法六十二條第二項之規定。不要以法律規定之。憲法實施之當時。

所行之租稅。以其未經更以法律改者依舊徵收之。對於外國人。亦不能不以法律課稅。惟祇如憲法第二十一條之規定。或不得不解作對於外國人。雖命令亦得課稅。雖然憲法第六十二條之規定。不許此解釋也。租稅之免除。以須以法律規定之。解憲法納稅之義務。當依法律之規定。而免稅猶得以命令定之者非也。免稅者免基於法律之義務。乃法律之變更也。故不可不以法律爲之。現行法規上。租稅之免除。關於課稅之物體而定之。而法律一般定對於或種之物體有不課稅者。又或有因特別之原因。限一定之時期。不課稅者。明治七年布告一二〇號。定地所名稱區別。屬官有地者。免除地方稅。十七年布告七號。定地租條例。第四條所揭之土地。免除地租。三十二年法律一七號。定所得稅法。第五條所揭之所得。不課所得稅。如是者。乃定不限時期。至該法律之變更時爲止。其物體不課稅者也。三十四年定關於水害地方田畑地租免除法律。因巨一府縣或數府縣之全部或一部之水害。收獲皆歸於無之。田畑地租。限於其年分。免除之。此基於特定之原因。一定之期間。不課稅者也。前者乃定或物件非課稅之物體。故可

稱真正免除。爲後者解作限於時者可也。

解國家爲統治主體之學者。謂國有財產。非爲課稅之目的者。乃當然之理也。只彼等解君主爲統治之機關。故謂君主之私有財產。不妨課稅。此從國家統治主體說所生之斷案。理之所當然者也。我國法則不然。天皇爲主權者。故不屬他人之所有權之一切物體。皆屬於天皇。此財產中。供天皇經營維持國家之目的。目的財產。即所謂國有財產。非課稅之目的。不待言。君主之私有財產。亦主權者之所有物。故以是課稅者。主權者課稅自己之所有物。法律上無此意味。故雖無何等之規定。王室財產。當然無負擔租稅之義務。但爲會計便宜上。有特別之規定者。不在此限。

憲法第十六條。所謂大赦特赦之權者。免除對於犯罪行爲之刑法上之效果之謂。而不包含如租稅之對於財產上負擔之恩赦權。

### 第三項 所謂臣民之權利義務之制限

憲法第二章之條規。以不牴觸陸海軍之法令或紀律爲限。準用於軍人。軍人者

## 軍人之意義

依陸海軍刑法。有將官及同等官、士長官、士官、下士卒等。然依陸海軍兵籍規則。分兵籍爲一種二種。使第二種兵籍。包含士官、候補生、見習中之各種官士卒、補充兵、及諸生徒。吾人與其用廣義解軍人。不若依兵籍規則有兵籍者解之。但如陸海軍刑法。限定如右揭軍人之意味。且在豫備後備之軍籍者。除召集中之外。無依此刑法處斷之事。但此刑法附記有特例者。不在此限。(海軍刑法五〇陸軍刑法三二二條)故無論如何軍人。於如何時爲軍人而受海陸軍之法規司配者。據各法令所定之外無之。憲法第二章。所以對於軍人而制定者。以軍人與普通臣民異。負擔特別之義務。且有特別服從之關係也。故只於不負此義務之範圍內。受憲法第二章之利益。

憲法第三十一條。規定本章所揭之條規。於戰時或國家事變之時。無妨礙天皇大權之施行之事。前論大權者。委任於機關使行之事。非憲法上要件之統治權作用也。天皇之大權者。於戰時或國家事變之時。有破臣民權利義務之保障之必要。所不待言。外國學者所唱爲超脫權或緊急權。以辯護之者也。我憲法豫想

戰時者何時也

(評)如何之  
時認爲戰  
時又事變  
若法律不規  
定其條件  
時可依天  
皇之所認定  
作爲戰時又  
變者祇限於  
以警察力所  
不能鎮壓之  
無理由者  
動一部軍隊  
變。不爲事  
變。又警察  
力可及之  
事變。亦不爲

此情形。以第三十一條。豫規定大權得發動之事故。非常大權。爲適法之行爲。則不爲違憲。但憲法之所豫爲免責者。只限於第二章。故第二章以外之規定。不許大權之干涉。雖際戰時或事變。亦不能變更之。此事蓋明甚。戰時者。際外患或內亂。以布告定之。故在此布告之前戰時。可解作不許大權之發動者。或謂戰時者。指可適用國際法上之戰時法規時。雖然有可適用戰時之法規時。遂至非戰時而爲惟戰時。因之遂得適用戰時國際法。但國法上規定戰時與否。旣以布告定之。以後此規定無無效之理由。事變者非戰時之緊急之時。達於以警察力不能鎮壓之程度之時之謂。此事雖憲法無明文。事物上之性質。所不得不然也。

獨逸學者論國家之機能。司法者。無論於如何時。不得矛盾現行法規。蓋以維持法規。爲其任務故也。反是他之國家之機能。認國家之存在。或保安上必要時。得破法律上之制限。如此之時。行政行爲。得違反法律。立法行爲。得違反憲法。稱此權能。云超脫權。或國家之緊急權。衛買衣愛而國法七節皮旭於立法施政國家之緊急權。在獨進聯合會法雜誌第三卷第二集一頁以下) 肅

拉衣思一般國法學。(賈羅克特陳公法參考書第一卷五六五七頁)然吾憲法。豫見立法行爲不能待議會之協贊時。定緊急命令之規定。豫見行政行爲。違反憲法時。認第三十一條之非常大權。其結果緊急命令非常大權。皆爲適法行爲。而非違憲之超脫權。如獨逸學者所云緊急權。非法之結果。却違反現行法而行之。故難云權利。特茹於衣思及皮旭二氏。非難買衣變而云。有法律上之根據之國家機關之權能。例如公用徵收。及戒嚴之公布等。亦作國家緊急權之作用解。猶買氏之誤也。

#### 第四項 臣民之特別階級

臣民中。因對於主權者親族上之關係。對於外界財產之分配額之數量。參與政治權利之分量等。而從他之臣民。生優等之階級。古今無論何國。所行之事例也。至此事例或依慣習法。或依成文法。而被認於此。即生臣民之特別階級。此等階級。一面比他之臣民等。享有特別之權利。而於地方負擔一般臣民不負之義務。故余謂之特別階級。而不謂之特權階級也。(休而哀普國國法第一卷四〇六頁伯倫哈克普國國法第一卷二八〇頁等皆謂特別)

階 *Pasondere Klasse* 而不謂特) 我國法上此種之階級皇族與華族是也。雖或學者  
權階級 *Prilegierte Klasse*

以軍人官吏等加入特別階級中。(有賀長雄憲法講義 一二四—二五頁) 然此爲伴軍人地位。及官  
吏之身分之權利義務。而在人民級階中。所謂臣民階級者。互有全然別個之  
甸域。不許相交互。非皇族即華族。當爲士族與平民者。無論皇族華族不許屬之。  
以軍人官吏爲臣民之階級。則軍人官吏者。不可不謂兼二個之階級。此理論上  
所不許也。

或有以士族爲特別階級觀察者。雖然士族與平民。立於同等之地位。權利上之  
享有。無何等之差等。刑法第二百十四條。有罰屬籍氏名身分之詐稱之規定。故  
同條可謂保護士族者亦非也。祇詐稱士族之身分。刑法上不罰之。詐稱後而受  
免狀鑑札後。始成爲罪。而今日士族平民權利無差等。則何故祇詐稱士族之身  
分耶。且縱令詐稱。反是士族稱平民時。亦不免詐稱。故刑法第二百十四條。不過  
廣保護皇華族及平民。決非只爲士族而設之規定也。

## 第一目 皇族

皇族之資格

一 皇族之資格

稱皇族者。太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太子妃、皇太孫、皇太孫妃、親王、親王妃、內親王、王、王妃、女王之謂也。天皇非皇族。天皇之尊屬。所以不舉男子者。踐祚不出於天皇崩御之外之必然結果也。從皇子至皇玄孫爲止。男爲親王。女爲內親王。五世以下。男爲王。女爲女王。皇族女子之出嫁皇族以下之男子者。不在皇族之列。

皇族之特權

皇室典範三〇三一、四四

二 皇族之特權

茲所謂特權者。不但於嚴格之意義之權利。且包含一定之資格。或有利益之地位。又不問皇族一般之權利。與其中之或部分權利。

(子) 皇位繼承權。非皇族者不有之。(皇室典範第一章)

(丑) 非皇族不能爲攝政。(典範第五章程)

(寅) 受敬稱之權。紋章使用權。旗幟使用權。

太皇太后皇太后之敬稱爲陛下。其他爲殿下。(典範四章明治四年六月布告皇族之年九月宮內省達一七)外禁止用菊御紋使紛數品明治二二

受一定之歲費之權。(典範第八九章六一條)

(辰)(卯) 裁判上之特權。皇族相互之民事訴訟。依勅旨於宮內省令裁判員使裁判之。經勅裁而執行。人民對於皇族民事之訴訟。於東京控所院裁判之。但皇族可以代人。不要自己出廷。皇族不得勅許。不能拘引。或召喚於裁判所。其爲證人時。係刑事者。豫審判事。係民事者。受命判事。或受托判事。就其所在地爲訊問。(典範四九五〇五一裁權法三)(八刑訴一三〇民訴二九六)

得爲貴族院議員之權。(貴族院令一二)

得爲皇族會議議員之權。(典範五七)

(未)(午)(巳) 對於其邸宅。不被課地租。(明治七年十一月二〇號布告地所名稱區別) 又其所有之馬車十六年

度以降。不被賦課地方稅之權。(明治一六年六月內務省達九三〇號)

(申) 對於其邸宅及車馬。受徵發免除之權。(徵發令一四一五)

皇族之義務

- (西) 與一般臣民異。據皇室典範之規定之權。(憲法二六、一)  
(戌) 對於皇族之犯罪。較通常人受大保護之權。(刑法第二章)  
三 皇族之特別義務  
(甲) 同族或由勅旨被認許之華族外。不能爲婚嫁之義務。(典範三三八)  
(乙) 於婚姻受勅許之義務。(典範三八)  
(丙) 不能爲養子之義務。(典範四二)  
(丁) 不辱其品位之義務。及對於皇室不缺忠順之義務。若缺此義務時。以勅旨懲戒之。其重者停止或剝奪皇族特權之一部或全部。(典範五二)  
(戊) 諒闇中及皇族直係尊屬之喪中不可爲婚姻之義務。(皇室婚嫁令二三)

第二目 華族

華族之資格

一 華族之資格

受爵者爲華族。爵有公侯伯子男五等。屬於華族戶主之戶之祖父母、父母、妻、及嫡長子孫俱受華族之禮遇。爵者依男子嫡長順序使襲之。女子不得襲爵。有爵

華族之特權

者死亡之後。無男子可相續者。失華族之榮典。

二 華族之特權。

(甲) 貴族院議員之權。

有公侯爵者。滿二十五歲時。當然爲議員。有伯子男爵者。滿二十五歲者以其各同族之選舉爲條件。而爲議員。(貴族院令三四)

(乙) 設世襲財產之權

華族戶主。滿二十年以上者。得創設世襲財產。可爲世襲財產者。田畑、山林、宅地、鹽田、牧場、池沼等。及政府發行之公債證書。又屬於政府之保證。或特別監督之銀行。或會社之株券。並第十五國立銀行爲限。其總額當爲生每年不下五百圓之純益之財產。世襲財產及附屬物。不得賣却。讓與質入書入。又不得爲負債之抵當而差押。(明治一九年四月勅三四號華族世襲財產法一、三四一三一四)

(丙) 定家範之權

華族爲定相續。及家政上之關係。於法律命令。及關於華族之規定之範圍內。

華族之義務

經宮內大臣之許可。得定家範。(華族令一、一一二)

(丁) 皇族以外之臣民。與皇族爲婚嫁者。以得勅許之華族爲限。

三 華族特別之義務。

(天) 華族及華族子弟之婚姻。或養子緣組。要宮內大臣之許可。(華族令九)

(地) 子弟受相當之教育之義務。(華族令一〇明治二五年八月宮內省甲五號達華族就學規則)

(人) 維持華族體面之義務。

刑事上、民事上之失行。無論已。對於其子弟。不爲相當之教育。或只污辱華族

之體面時。有相當之制裁。(華族令一三)乃至一六)

(物) 維持世襲財產之義務。(世襲財產法)一三一六)

第三部 統治之機關

第一章 總論

統治權之主體。萬世一系之天皇也。然天皇亦人也。故以一人之力。不能親萬機。

於是設自然人。或有合議體之組織。人之集合體。或特別之團體。以使掌主權者所有之權力。或權利之行使。此所謂國家機關。或統治之機關是也。

統治權之特徵。在命令權之行使。雖然。統治者不特爲達國家之目的。而勦之。行爲常有命令服從之關係者也。主權者爲平等之人格。而對於他之人格。行動之事亦甚多。代表統治主體之平等人格。即私人格。而立於對於外部之法律關係者。亦不失爲統治之機關。故統治之機關。以掌權力之行使爲定義者。非也。管理國家之私產亦統治之機關也。

機關有人格乎

國家機關。有人格與否。受從來許多之爭論者也。人格者。得有權利之資格也。權利者。法律所認之利益歸屬者也。各種統治機關之施行之事務範圍。此機關以爲利益。在法不認之。蓋因國家之利益。而行使統治權之權力或權利也。雖然。爲利益之主體與否。爲法之所認。故若以法令。認機關有統治權行使之利益時。縱令爲統治之機關。同時不得不有人格。其最著者。自治團體也。自治團體者。於團體之目的。與國家之目的。一致時。統治者本自己所設官府之行政。而委任公共

團體代之。以行使使國之事務。從行國務之一部之點觀之。非自治體之利益。而從以共區內之事務依自己所定機關而行使之點言之。則自治者其團體之利益也。法律認此利益。以市町村等爲關於自治之法律利益之主體。故生自治體之人格。則自治體一面爲國家之機關。同時又爲一個之人格。至他之機關。即不然。行使其統治權之一部者。祇補助統治者。而爲事實上之統治作用。法非爲其機關之利益。行使使統治權。只爲統治主體使之。故爲他之利益。行統治權之機關。不能爲人格。

吾人對於此說。可起疑問者。法與機關。以行使統治權利益與否。以如何爲標準之問題也。議會行使權能。爲其權限。從一方觀亦若爲權利官吏之職權亦然。然則不可不謂官吏於行其職權。有自己固有之利益。帝國議會亦然。此非權利耶。余答之曰。凡統治之機關者。以他之利益。代其利益之主體而行之機械也。故以非利益之主體爲原則。因之可受無人格之推定。非以法明示的附與之以人格者。不能爲人格。故各自自治團體以法文認爲有人格者。人格也。不然者。無人格。故

爲議會者無人格。各種官廳亦然。獨自治體爲統治之機關。同時又爲人格。要之機關無人格。爲斷定之說者非也。何則有人格之自治體亦。統治之機關也。謂機關皆有人格者。亦非也。機關無人格。爲原則上推定。非特別認之爲人格者。當然不爲人格者也。

盤而那氣克法。人觀念關於特別官廳之人格之批評的研究。(公法雜誌第五卷一六九頁以下) 柴衣獨拉責任免除六九頁葉里訥克公權二一五頁以下恩邱智關於法規及形式的法律批評的研究二八頁。

國家之統治機關。以自然人組織之。縱令法令上以或團體或合議體爲機關。而其意思之發表。常要待自然人。而自然人必爲人格者也。然吾人所謂機關之人格者。此人格之自然人。於行國家之事務範圍。有人格與否之義也。

統治之機關者必。主權者之天皇所定也。故。主權者自身。非統治之機關。統治機關者。不止一個。故法令限定其權限。一機關之行爲。生主權者之行爲之效力者。常不可不於其權限之範圍內。此權限之外之行爲。對於臣民。不生效力。又於犯

他之機關之權限時。則生權限爭議。權限爭議者。非權利之爭也。爲何機關可生有效之主權者之行爲之意思表示之法之問題也。(葉里納克公權論二一六頁)統治之機關。雖千差萬別。而憲法上之研究。不可不先區別。被定於憲法者與否。依憲法之規定而被設者。不行憲法之改正。不得廢止之。其不然者或以法律或命令。可得自由改廢。以下吾人就憲法上統治機關。順次試說明之。只至於攝政以前於統治主體之條說明。之茲不再論。

## 第二章 帝國議會

### 第一節 議會制度之沿革

#### 第一項 於英國國會畧史

於英國可看做最初之國會者。阿痕克落薩克森時代之賢人會議 *Mithena* 也。是爲當時國中之高官會議。國王於其所在地召集之。以關於國政之事。爲助言於王。爲其目的。當時賢人會所有權利中。尤重大者。選舉皇嗣之權利也。至諾耳門戰勝之後。賢人會之權利。至全爲形式上者而已。此因諾耳門諸王。關

於立法行政之事。恣爲專制之治。然在當時薩克森公法之形式。尙存在。賢人會議於烏伊里阿姆勝王（一〇二七年生一〇八七年死）朝。每年殆開三回之會議。但於其事業。別無可見。雖謂議關於國務之事。實則祇行參朝之虛禮。烏伊里阿姆勝王崩後。賢人會議每年開會之制。一時中絕。其以後之經過如何。不得明晰。雖然至享里二世（一一三三年生一一八九年死）之時。賢人會議。屢被召集。許議各種之事務。然於立法上。王之意思。常有決定力。賢人會之勢力。尙不免薄弱。獨至租稅之賦課。甚認國會之權利。人民不負擔非其承諾之租稅之原因。隱然當時已爲被形成之原則。當時王國尙有發布新租稅法之權。至里氣耶獨一世（一一一五年生一一八九年即位一九九年死）關於財政尙無記錄。然以當時之高官。非無不能贊成新稅爲理由。而拒納稅者。第十二世紀之終。英國之政體。尙係君主專制。對於專制政體國民之反抗心。於其間熱度甚高。至逐痕王（一二一六年生一二六六年死）之暴政。爲其導火線。而國民相一致。以欲加一大制限於王權之大中心。遂至一千二百十五年。迫王使調印有名之大憲章。大憲章者英國憲法史上極有重大之關係。雖然其中關國會之事之規定不甚多。其

一曰。大會議者。Great commi 凡以國之直隸受領者 Tenantin Chiet 組織之。其名集之方法。直隸受領者各人。發特別召集狀。小身者通知州宰使召集。其二曰總補助金。無國會之同意。不得徵收之。由此觀之。當時既爲租稅而召集人。且貴族及庶民之區別。已現其萌芽。雖然當時之會議。比後之國會。有大異者。即當時之召集法。非代議制度。又單爲租稅召集者。非爲關於政治。述王之意見。而召集。蓋當大憲章發布之年。不特爲貴族抵抗王開會議。而使各州出四代議士參列之也。於州之會議。自是以前。既已行代議制度。雖然大憲章已定召集法。不外爲集封建制度下之直隸受領者而召集也。其後有名之希門獨門特福而脫。雖更從各都府。名集二名之市民。與以議員之資格。而國會召集方法之完成。實在一千二百九十五年。受特怀特一世召集者。後世稱爲模範國會者是也。元來受特懷特。其初非欲企圖建設立憲政體。却欲建有秩序之專制政體。但其企圖與實際相違。至被建設反於彼之意思之立憲君主政體。在彼雖不無意外之感。而爲此彼遂博得英國國會史上不可設之名譽。彼富於法律的精神。故當時之

## 議會之二分

國會彷彿於一千二百十五年之憲法。與一千二百六十五年之憲法間無所準據。漠然歎有曖昧之狀態。如整理他之制度文物。確定國會之組織。而爲整然之體裁。今日英國國會。實保存此體裁者。只有多少改正之結果。與當時稍異其趣。一千二百八十二年。愛特忒特召集代議士。使以國民之名盡言議。供給國費。蓋當時爲威而司戰爭。要巨額之戰費。至爾後一千二百九十四年爲止。屢召集國會。至一千二百九十五年。頗組織完全之國會。此即模範國會也。

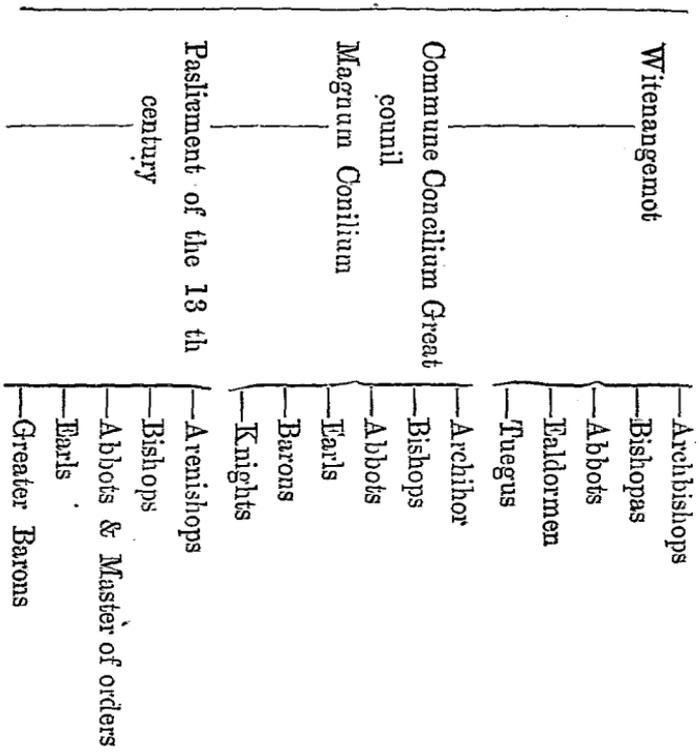
國會即派利阿氏脫 Parliament 文字。一千二百四十六年自買休派利司爲用以表國民會 Ngairanal cannill 始。至爾後始被用於一般。

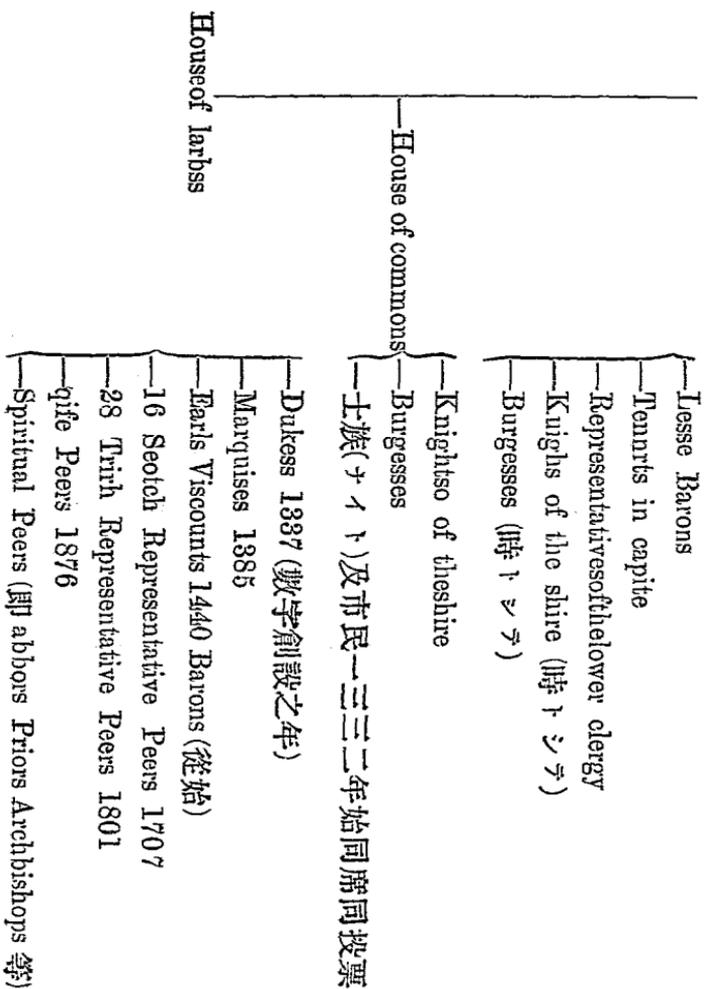
國會分爲二院者。在愛特忒特三世之治世。(一千三百二十七年) 中。其確定千三百三十三年也。上院者所謂貴族之部。下院者市民並諸州代表者之部。對於前者。稱後者爲庶民。爾來議院之權利。逐漸擴張。議會者不特於立法及財政上有最上之權力。於司法及行政上。至所掌握最上之實權。然議會之實際權力。依憲法之明文被認者。大抵基於數十年來之慣行默契。 *Parliamentary standing*

conventions 假奉伊希之語而言者。屬憲法的點契。或政治上之德義。非於裁判所可得被勵行之憲法的法律也。於蒲拉開思登。其著英國憲法註釋。論王之大權。云英國憲法。委於君主。以許多之權力。及威力。其所得實行者。即政府之行政權。英國憲法。以此大權。置於王一人之手。圖統一強固敏捷。不可不謂極巧妙者也。英國王者不特主裁的治民官。實唯一之治民官也。其他各人不過受國王之委任。遵奉國王之命而働。換言之與羅馬大革命後。舊共和政府。執政官之全權。皆歸於新帝王同。其說乃以英國憲法。從其文學而解釋者。不顧事實之論也。英國憲法之理論上結果。不外立憲君主政體。雖然其政治之實際。即議會專制政體也。英國憲法核其理論與實際之相背馳者。吾人未發見之。吾人法理上以英國爲立憲君主政體。實際上爲議會專制政體。將以避困難。苟研究英國憲法者。可信其與吾人有同意者也。

泰伊希英國憲法一乃至四頁甫愛而騰英國憲法略史九二頁以下夫利門英國憲法發達史高田早苗澤英國國會本著史諸論第九章第七節參照

今從甫愛而騰英國憲法史略一三九頁所示。略述英國國會之一覽如左。





國會之制度。非必阿里阿痕人種所固有者。何則。無論在何種族。於重要事件。訴於或階級之一體。或人民全體之會議。此決定之方法。於古代國家。已爲一般之現象。吾人所深信不疑者也。於吾國歷史。在神代忍穗耳命。已有集八百萬神於天之安河源。而立葦原之中國平定之策。於原始社會之同族會議。或於單純之和平團體之民會制度。多於其後消滅。於近世進步之代議制度。雖直接之關係所不及。然得非亦以於社會之始。如此制度。被行於一般之事實。爲代議制度辯護之有力之根據耶。吾人今茲論獨逸沿革。先略述歐洲人種一般之制度。

於中央亞細亞。其初爲一種族之裔。而蠻民族。或東爲印度種族。或西爲希臘羅馬。並爲建設今日諸大陸國及英國者。歷史家所證明也。而此種族中。生王貴族庶民等之階級。所謂國會者。從此階級之關係而生。以多少之異。同多行於邱登之種族間。霍買之侍所表彰之制度。與他西智思記載。裔而蠻種族之民會。其重要之點相一致。材烏思者。諸王之王也。諸神之神也。故其周圍有諸神之會議。於必要之時。開一切之神族會議。於地上亦然。阿額梅能於天。材烏思於地上。有

諸皇子弟及將校之會議。於必要之時。普通兵士。亦有參與凡會議之權。如此會議。不特於篤落耶之戰爭。伊利屋思城壁下。所起之光景。伊利耶獨爲阿開伊阿軍隊之組織。吾人所說明之制度。於屋奇腮希臘共和國之平時組織。無所異也。王或爲統帥者。在其周圍一種之階級會議。及有最後之決定力民會之制度。此三者吾人於羅馬共和國並他之伊太利古代之共和國。亦所發見也。

他西智思之記錄。於使嚮而蠻民族之集會及風俗。著明於近世之點。最有名者也。於羅馬人攻入日耳曼。當時分多數之部。分此等族。或有戴君主者。又有爲共和制度者。唯從其後共和制度之部族。漸變而有遷於君主政體之傾向觀之。古代之狀態。恐皆爲共和團體。推測共和種族。爲君主。亦無政府。國中有武器能力之男子。皆有相合而組織民會之權。無曆日。野蠻之種族不知依日而爲會合。只選春來花開。秋醋月清時。所謂依月之盈缺而定時。新月滿月之頃。或會於森林。或集於野。以議國事。此議會關於戰爭以外。不行其權限。試爲形容言之。則不過被定期舉行之軍隊觀兵式。若於其會議議決。與他種族戰爭。即爲調隊出戰之

行爲。如此古代之民會者。兵士之會合。或國民之會合也。在平時爲無王。又無將帥之狀態。如此戰時不能統一軍隊。其結果遂至當戰爭。臨時選將帥。而受其指揮。役終而歸。後探通常兵士之制。至後戰爭頻繁。將帥次第得勢力。其結果將軍之職爲常置者矣。漸變而終身者矣。終至爲世襲之地位而爲王。此王擅威權。行專制之治。其結果至後民會失其實。而古代民會之制度。多少存其跡乎。抑因甫拉根諸王之專制而歸絕滅乎。歷史家所爭論也。雖然。於來因河東方。似多少存其制度。邱登人種。後從獨逸北方。移轉而住於思鏗奇那比阿半島及英國之際。俾此民會之制度者英也。國古代賢人會議。胚胎於他西智思記載之古代。而蠻民族之國民會。甫愛而騰英國憲法史九二頁所主張也。

歐洲中世之封建時代。中央君主之權力衰。而土地之領土。據其廣大之土地。擅封建之治。而領主僧侶等。因所有其土地之點。有社會上重要之地位。雖君主欲舉行或事件。至自己不可不得此等階級之承諾。又一面此等階級。自己之權利與利益。對於君主。起保護之必要。而基於封建時代之階級團體組織而成國會。

爲代表者於國會者。其初止貴族及僧侶。以後繁盛之都市。爲商業之中心點。遂至得大勢力。爲自由都市。得自治權。獲取出代表者於國會之特權。於是貴族僧侶及自由都市之代表者。相合而組織國會。此國會與君主之關係。只對人的關係。參列議會之議員。或基於自己之權利。爲一定之財產所有者。或爲團體之代表者。取得議員之地位。而此等議員。行其表決權之際。其團體之訓示而被拘束者也。

古代之階的國會制度。於來因同盟時代。多數之地方。被廢止。只其餘地方。尙存續。而來因同盟內之數國。倣拿破崙憲法而作之憲法。雖不足飽立憲政治之望。而於事前明示全國民代表之思想之點。不可不謂進一步。當時立憲之學說。振盪於獨逸國。故設國民代表會。委之以適當之權限之議。千八百十五年以來。獨逸國民之所熱望也。欲實行乎此。於存舊來議員制之國。必先要廢止之。然不欲法制之中斷時。於新制制度之創設。要從來議員之協贊。甚明白。又此同意於多數之獨逸諸國。爲被及於實際者。其他當組織國民代表會時。輒有援用舊制度。

而往時議員制度。往往及其影響於新制度。而高僧等殆至無列議會之事。反而從來多數不得代表農民之階級。同被認出代表者。如此國民代表議會。至以有通常騎士自分之貴族市民並農民之代表者而成。獨乙諸國千八百年代之初期以來。因相尋制定憲法及代議制。議會亦到處被設立者也。

購買衣愛而國法五五號九六號夫利門英國憲法發達史一四頁以下。獨逸古代之種族會議。海而盟拋司脫於原始時代血族團體。一五頁。同氏法之起原一一七頁。同氏國家生活及法律生活之始期一一三頁。基於比較人類學一般法律學要石第二卷一三〇頁。

## 第二節 帝國議會之國法上之地位

帝國議會之性質。以揭於我國法上之解釋爲已足可信也。然我憲法做外國憲法之結果。不無以彼所行之解釋。即應用之於我國者。今畧述關於此之學說。

### 第一項 議會爲主權之主體說

英國議會有萬能之權者。研究英國憲法。皆所首肯也。然英國法律家所謂國會

Parliament 之語非如我憲法所示議會之文字。只從貴衆兩院而成。國會之意味。乃爲國王貴族院及庶民院之在之意味。不可不記憶也。此三者相合而動之時。稱之謂（於國會之國王）King in Parliament 又謂之國會。蒲於開思登英國憲法註釋一五三頁

Blackstone Commentaries 5P. 153 泰伊希英國憲法三七頁

故英國派利河民脫有主權。原爲正當之議論。決不足

奇。只依長年月之慣行。於國會國王之權力漸衰。及千六百八十八年思邱懷而特王家從英國被放逐後。依權利之宣言。國王過大之權。皆被廢棄。狹義之國會之權利。更被確認。生議院（除王之兩院）最上之趨勢。國會自爲國政上主的要素。及依力之結果政治上之慣例。次第達其目的。國王雖爲所謂派利阿民脫之一部。而於事實上從兩院而成之議會。掌握其主權。十八世紀以來。行政之首腦之內閣。亦以於下院占多數之政黨者組織之。對於法律案拒否之權。亦自十八世紀之初期以來。至不行於實際。故議會至不待王而收事實上行使最上權之實力。故英國之學者。所謂（於國會之國王）即派利阿民脫所有之主權。而其實不妨謂從貴族院及庶民院所成狹義之議會爲其所有者也。

此愛特懷特酷克 Mr. Chief Justice 判官對於國王之專制據其地位以擁護英國憲法之精神者。云(國會之權力及裁判權。卓絕絕對。而不受制限。爲高等法廷之國會。從時代言。爲最古。從品位言。爲最尊重者。從裁判權言。爲最宏大者也) *Si auctoritatem spectes est nemin*  
*stipulata si dignitatem est. si jurisdictionem est caparizata* 提落姆謂(除變女子爲男子。變男子爲女子外。英國國會。無不能爲者。蒲拉開思登亦謂(國會付宗教內治軍事海事又刑事其他一切事項。有制定法律。或增加制限停止廢止後治及解釋之最高無限之權力。英國憲法。以無制限之專制權。委任於國會者) 當彼等說明英國國會之主權。有徒列記主權之作用。弄冗長之辯之弊。異口同聲。主張國會。有主權者。已成爲一定之事實也。於英國國有主權。吾人亦信之。不獨英國。於民主國議會。事實上亦若有爲統治權主體之現象。亦吾人所常目擊也。然不得移此即說明吾憲法上議會之地位。我憲法之規定議會。除協贊立法干與豫算外。無英國國會所有諸種之權利。於法律之制定。只認不可不經議會協贊之原則。而爲法律與否。全在天皇之自由。議會無以其議決。迫天皇之力。又無

權利。故如以議會爲主權者。我國法上無一顧之價值之議論也。謂民主國之議會爲主權者之國民之代表者。又爲主權之主體。一見如爲正當之解釋。而其不當者。議會非國民之代表機關。當然之結果也。議會非國民之代表機關。俟後說明。

### 第二項 議會爲統治之客體說

#### 統治之客體說

以議會爲統治之客體之說。伯倫哈克所唱也。曰（國會者。臣民之代表者也。此代表非從私法上之委任。或代理之法則。而有公法的性質。此處所謂代表者。代理人之國會。不被拘束於委任者之國民之意思之義。代表者之地位。不必基於人民之意思。何則上院之議院中。亦有世襲其職。或終身在其職者。代議士究亦只以得選舉權者之多數者。不拘地位。如是而以國會爲人民之代表者何哉。實基於憲法之規定也。李漏西憲法第八十三條曰。兩院議員。人民全體之代表者也。彼等基於自己之確信。表決可否。無被人民之委任或訓令所拘束之事。蓋公法上之代表者。代不能爲自己爲公法上行爲之人民之集合體發表意思之義。

也。若強欲比附私法上法律關係。而說明。則非委任。非代理。而爲行爲無能力者。而存之法定代理之謂也。國會與上院下院之各議員。皆國民全體之代表者也。既國會代表人民。而人民者統治權之客體也。且不特爲客體。照勃漏西憲法。關於統治權之行使於種種之關係。許人民之參與。人民於參與政治之權之範圍內。既非爲統治之客體。乃統治之機關也。國會實代表人民之統治機關性。與統治客體性。國會代人民對於統治權行使之方法爲請願者。代表其客體性者也。參與對於人民之法規之制定者。代表人民之統治機關性者也。云云。

普國國法  
第一卷三  
六〇頁

以下 伯氏之議論之中心點。在以國會爲人民之代表機關。彼云勃漏西憲法之代表之文字。故國會爲人民之代表機關。然普國憲法之代表之文字。僅於沿革的並政治的意味上所被用之。無法律上之意味。縱令作有法律上之意味。着想。以見之於立法。而法理上國會非人民之代表機關也。以不完全之論文。爲金科玉律之結果者。可謂陷於不思之誤謬。我現行市町村制中。規定市町村會之職務權限。謂市町村會者。代表其市町村。準據此法律。而議決關於市町村一切

事件。並從前特被委任或依將來法律勅令被委任之事件。(市制三十條町制三十二條)誰見之。而以市町村會爲市町村之代表機關乎。市町村會者。爲議事之機關。依其議決。代表市町村。而與外部維持法律關係者。市參事會又町村長是也。此市町村制轉倒法律關係之誤也。故法理之解釋。不必受拘束於法律之條文。普國憲法所以用代理之文字者。受獨逸中世階級代表制度思想之影響。只從政治上之意味採用之。而因此遂惹起學者之間爭論者不少。若他日彼國憲法。有被改正之時期。余信爲此文字必當被改正者也。

### 第三項 議會者國民之代表者之說

議會爲國民之代表之說。非必與第一說第二說不相容。而別爲一說也。關於議會之性質。各種說明。頗有誤謬。大致出於以議會解作國民之代表之結果。茲爲便宜分項論之。

議會爲國民代表之機關。爲立憲政體之基礎。政治上之見解。而一般所認之思想也。雖然欲即以此說明法律之地位者非也。議會非代表國民者。乃依國民之

國民代表說

(評)議會以  
代表政治上  
國民之意志  
爲目的而

設。故代表國民之文字。本揭於憲法。至當也。民法上之代理。法上之代表。人代表。格之存在。但此係民法上之觀念。念。非確定法律之全體。從社會一般之用法。適於民法上之代表。代。觀念。而用。故憲法上此。處。所謂代。律。上。可。非。明。謂。之。非。民。法。上。之。表。非。恐。不。

選舉而成立之國家機關也。

議會非人民之代表之理由。穗積博士加充分之說明。其議論之根據。基於拉排痕脫獨逸國法論第一卷二五八頁以下。博士說明之要點。如左。今借之對於代表說加攻擊。(穗積博士憲法講義)

一 代表者。只可得存於人格者與人格者之間。於通俗形容之詩文章等如或云希愛克思比亞代表其時代之文字。得作形容字用。雖然。法理論不當作無論何人有代理代表之關係。着想於如上之意味。用國會代表國民。或用政黨代表之主義。種種形容之語。以此爲法理關係。而總代理代表之權利關係。則恐以言辭解作精神。歐羅巴學者。多以此形容的語爲法理論。而欲爲辯護者誤矣。且我國法上若認代表關係。則所誤國民之團體。不可不先爲法人。所謂國會之團體。不可不從國民中分離而爲獨立之法人格。然於各團體國民合爲帝國之外。不別認國法上所謂國民之法人團體。又國會無獨立之人格者。謂爲獨立之法人者。有自己固有之存在目的。因欲達其目的。不可不爲得自

可。余等以  
普國國會  
眞。可謂爲  
法律上之  
民全體之  
表。而至於  
我國議會  
則有如普  
之明文。故  
以爲非有  
表之性質。

己之利益財產權利之權能者。國會以國家之目的爲目的外。無自己固有之目的。故所謂無人格之國民團體。於無人格之國會集會時。被代表云者。不可解作權利關係代表者。甲行乙之權利之意味也。國會代表國民。如爲正當。則國民者不可不有爲國民一定之權利。而國民爲國民團體。無有權利。故無可得被代表之根據。國民之各箇人格別之權利之外。無抽象的國民之權利。或人間之權利。故代表欠可受代表之根據之權利基礎云云。

此說明基於拉排痕脫論獨逸聯邦議院與帝國議會之性質。(各聯邦爲國家而人格也。權利主體也。故得出代表者。使列於聯邦參議院。反是帝國國民。非從帝國爲分離之權利之主體。故不得依帝國議會被代表。)云云。而立論者吾人亦信得其正鵠。只帝國議會無人格。何故不能爲人民之代表者之點。余之所疑也。國家之官廳。不問合議制與獨任制。皆係爲機關而無人格。然對於外部。尙代表國家。行使其權利及權力。若國民爲一個之人格體。而有權利者。則議會爲國民代表之機關。雖無人格。而信其得動作。故

議會非國民之代表。因國民無人格之說爲正當。雖然議會無人格。故不能代表說。以拉排痕脫一派之私法見解。非可以說明國家機關之性耶。

二 代表者。非當然生法律關係。此人之權利。他人行之之謂。屢於變則例外。故出於當事者之委任。或出於法律之規定。須特定之以國法之規定。如我憲法。無國會代表國民之語。又國民委任代理代表之權限之契約不成立。國會與國民。雖看作法人人格。有一定之權利代表關係。得以存在。而無定代表者之法律行爲。又無法文之規定。故代表說。爲法律論。不可得而成立者也。或種學者。因補此代表說之論理之缺點。謂選舉投票者。委任代理關係之契約也。爲此說者有之。然選舉者。選擇也。 Election is Selection 從多數人之中。指定少數者。而爲適任者之推舉。此外無深意味。不因選舉。而選舉人與被選舉人之間合意契約得成立。選舉者公之職務也。國民因國法之規定。對於國家。所行之勳也。國民各個人。雖有一般之私權及公權。而如參與立法議定豫算之權利則無之。只有選舉權不能以自己無之權利。移於他人使之也。且國民所有權

利。祇係當選定國會之議員。投票之權利。則實無選舉議員之權。選舉者係生投票之事實之結果。若選舉權即爲代表自己之權利。則生甲某所投票之人。必爲其代理之結果。而爲此者。無論實際上與法律上。皆所不行。故以投票作代理之委任論。無論從何點觀之。皆見其不當也。

三 選舉爲代表之原因云云。即假定爲正當者。猶國會非國民之代表者。只可爲有選舉權之代表者。而爲投票者之小部分人所指定之人。爲議員。故可爲選舉人中小部分人之代表。因以投票爲委任代理權之方法。依此說反生打破國會代表國民說之結果也。

現行選舉法上。選舉人要一定之資格。故有資格者。只國民全體之僅小部分。假如日本全國四千萬人。其中五十萬人。有選舉權者。此有權者中。屬同一黨派者。有四十萬人。於議會出大多數之議員。雖然。此四十萬人者。即全體之國民分之一也。則國民之他之意思。即百分之九十九。尙包持其政黨以外的思想者。不可知。措百分之九十九。而使代表百分之一。此真可謂

國民之代表耶。况因選舉得其地位之議員。唯衆議院與貴族院議員之僅小部分。帝國議會議員之一部分。全然不因選舉者亦有之耶。於此點。乃代表論者自賊之說也。

#### 第四項 議會之法律上之性質

如前述。吾人既說明消極的議會之法律上性質。議會者。非統治之主體。又非客體。非國民代表機關。而供天皇統治帝國之用之憲法上機關也。國民非人格之結果。議會不因行國民之權利而存在。乃因天皇統治帝國而設之事務所也。故其所行事務。爲議會之職權。又權限。而非權利。何則。議會之所行者。國家之事務。非爲自己而行者也。法律者。爲違立憲政治之目的。與議會以不盲從主權者之天皇之意思。於一定範圍內。有獨立之意思。且與以不從他受拘束之保障。故此保障對於議會。附與一種之權利。於此不無可作人格觀。然細按之。議會不受侵其權限之法律上保障。從法理上言。非爲保護議會之利益。而存在。而爲國家之利益而設之制度也。即際國家事務之取扱爲國家之利益。而隨之而存在者也。

故爲議會之職權。而非權利。以下雖有因文字之方便上用權之文字。而其意有職權而無權利。當爲注意。

### 第三節 帝國議會之組織

帝國議會。以貴族院衆議院之兩院。而成立。憲法三三條

於英國。古代之大會議。至愛特懷特三世治世千三百三十三年。絕對分立。後世立憲諸國。採用兩院制度者。殆倣英國之例也。但現今亦非無一院制度之國。獨逸各支分國中。採二院制者。勃漏西、憲六二、薩克森、憲六一、巴威倫、憲第六章一、瓦孰堡、憲一二八、巴典、憲二六、曷仙五一。他之諸國。皆一院制也。議會分二院與止爲一院者。基於政治上之理由。從社會之各階級。而衆議院。以異利益之諸種之人組織議會。甚爲利益。爲欲達此目的。勢不得不依兩院制度。同一事件。從種種之點。而討論之。所以使其決議鄭重。無違算也。且立法之事。將來亘久於人民之權利義務。有重大之關係。故與其輕卒而迅速。不如精密而遲緩。兩院之制度。於達此目的。勝於一院制度者多。又於君主國只一院存

在時。君主與議會之間。易生衝突。反是採二院制度時。兩院互相節制。故直接與君主衝突時少。故二院制度。維持君位之安全。與尊君保國家之平和諸點。不少利益。最後一層。無論於何國。皆有因財產學識門地等。占社會之上層之原素。此原素於數不及一般之人民之多。故若設一院制同時使爲代表。則彼等爲一般人民之數所壓。無得滿足之代表。故爲占社會之上層之階級。非別設一院。則立憲代議之本旨。不能充分達之。只於領土狹少人民之階級少之國。只生以同樣之分子。分爲二分之結果。故有可採一院制者。且現實行者制度者。不少也。（一木博士國法學講義）

### 第一項 貴族院之組織

依憲法第三十四條。貴族院依貴族院令之所定。以皇華族及受勅任之議員組織之。基於貴族院之規定。其可爲議員者。列舉如左。

#### 一 皇族

皇族之男子。達成年時。當然列議席。在皇太子皇太孫十八歲爲成年。其他皇

族滿二十歲爲成年。貴族院令一二皇  
室典範一三二四而其任期終身。

二公侯爵

有公侯爵者。及滿二十五歲時。爲議員。(貴族院  
令三)其任期終身。

三伯子男爵

伯子男爵。滿二十五歲。各從其同爵中選舉選之。以七年爲任期。凡可爲議員關於其選舉之規則。依勅令所定。此議員之數。不得超過伯子男爵各總數之五分之一。(貴令  
一四)

有伯子男爵成年以上者。各各選舉其同爵者之貴族院議員。但神官及諸宗之僧侶。又教師。無被選人之資格。又(甲)瘋癲白痴。(乙)受身代限之處分。不免負債之義務者。無選舉資格。被選資格。(丙)受刑事之訴。在拘留。或保釋中者。至裁判所確定之日爲止。不得行選舉權。伯子男爵中被選出之議員。數行選舉之前。以勅令指定之。此數明治二十三年二月二十七日詔勅定伯爵十五人。子爵七十人。男爵二十人。而明治三十年四月十日之詔勅。伯爵

十五人。子爵七十人。男爵三十五人。於選舉細則。明治二十三年五月十日。伯子男爵協議會決定貴族院伯子男爵選舉規則。明治二十二年六月勅令。七八號貴族院伯子男爵議員選舉規則。可參照。

### 三勅任議員

(甲) 有勳勞於國家。或有學識。滿三十歲以上之男子。被勅任者。可爲終身議員。

(貴族院  
令一五)

(乙) 於各府縣滿三十歲以上之男子。於土地或工商業。納多額之直接國稅者。

十五人中。互選一人。當選而被勅任者。以七年之任期爲議員。(貴族院令一六二二  
年勅令九七號貴

族院多額納稅者  
議員互選規則) 揭於甲乙之議員之數。不得超過有爵議員之數。

貴族院之組織。以明治二十二年勅令第十一號。貴族院令定之。憲法第三十四條。亦規定云。貴族院。依貴族院令之所定。其結果則生不得以法律定貴族院之組織與否之問題。憲法用法令之文字。區別法律命令。又於第三十五條與貴族院令相對選舉法之規定觀之。則貴族院令。使以勅令定之意甚明也。故不得以

法律定貴族院之組織。但貴族院令第十三條規定改正貴族院令之條項。或增補時。當經貴族院之議決。故不能如普通之勅令。天皇自由改廢之也。

貴族議員之資格。因左之事由而消滅。

(甲) 在皇華族伴其身分之待遇被停止剝奪時。但在皇族以勅旨停止貴族議員之特權或剝奪之時。或停止皇特權之全部

剝奪之時爲限。又於華族經勅裁宮內大臣剝奪華族之稱號。又禁止之。或停止禮遇之時爲限。法令區別停止與剝奪故於停止之時。可解作不失議員之資格而不能行議員之權利。剝奪之時。可解作當然失其職。皇室典範五二華族令一三、一七。

多額納稅議員。其任期中雖有納稅額減少之事。非依貴族院令。第十條之規定。則不失議員之資格。

(乙) 除名

議員被處禁錮以上之刑。或有受身代限之處分者時。以勅命除名。於貴族院。

由懲罰當被除名者。上奏得勅裁而被除名時亦然。(貴族院令一〇)

議員之死亡

(丙) 辭職

(丁)

伯子男爵被選舉議員、及勅任議員辭職時、當經由議長奏請之。(貴族院規 則一四二)至於其他議員、無許辭職之規定、故不可不謂不能任意辭任。

貴族院之議長副議長、從議員中以七箇年之任期、被勅任、但被選舉員、受議長或副議長之任命時、議員之任期、間可就其職、定於貴族院令之外、皆依議院法之條規。(貴族院令 一一二)

## 第二項 衆議院之組織

衆議院依選舉法之所定、以被公選之議員組織之、選舉法以法律爲憲法上之要件、獨逸諸國之憲法中、非無設關於選舉之規定者、然多以選舉法爲憲法以外之特別法、唯其效力、則多少設勝於普通之法律之規定、如薩克森憲法第十八條定、(不能以緊急勅令變更選舉法)是也、我選舉法、亦爲特別法、被規定其效力、與普通法律無所異也。

### 第一目 關於選舉之法制

關於議員之選舉主義、有多數代表少數代表二大主義、前者以得多數選舉

人之投票者爲當選。後者雖基於少數之選舉人。亦應分出代表者之主義者也。

多數代表制

過半數法

(一)多數代表制度。Majoritätsprinzip 此中更有一主義。

a 過半數法。Absolute Mehrheit 以得現在投票者過半數以上。爲當選法也。歐米諸國。大概採用之。此方法一見如便利。然於候補者之數。超過選出者之數時。無論如何。不得所定之票數。因須及於再三。而陷於及後選舉之煩。

比較多數法

b 比較多數法。Relative Mehrheit 此方法因避過半數法之弊害。而爲適當者。即以得投票之最多數者。爲當選。不必要過半數者也。英吉利西班牙之選舉法。依此主義。然此方法亦有二箇之弊害。依此主義。(甲)不能得代表選舉人全體之意見之議員。例如有五百人之選舉區內。有甲乙丙之候補者。得甲二百。乙百八十。丙百二十之投票。甲比過半數。即二百五十。尙少五十。猶爲當選。餘三百人之選舉者。不能得一人之代表者。若候補者之數。加

## 少數代表制

### 有限投票法

多。可至其弊益甚。(乙)容有多數者。反而得少數之議員。少數者反而得多數。例如有十選舉區於此。選舉人數。皆爲五百人。此中於六選舉區。甲黨議員以二百五十當選。餘四選舉區。乙黨以四百五十當選。則甲黨以千五百票得六人之議員。乙黨以千八百票僅得四人。此種弊害。第一回總選舉以來常起之事實也。

(二)少數代表制度 *das System der Minoritätenvertretung* 此制度爲避過半數法。及比較多數法之弊害而被想出者也。其中有左之四種。

a 有限投票法 *das System der Beschränkten Stimmgebung* 此方法從一選舉區。必出二人以上之議員之制。與各選舉區內之選舉人。非與以對於議員之全員之投票權。而制限其數之謂也。例如一選舉區之議員。爲五人時。各選舉人不能爲二名以上之投票。此方法行於以太利、西班牙、葡萄牙之一部。然依此方法。亦有弊害。例如於當出三名之議員之選舉區。有甲黨九百人。乙黨二百五十人之選舉人。而得爲二名之投票。甲黨九百二倍即

得千八百票。故分配之。各以六百票三名之議員。可得皆出其黨中。反是乙黨不過得五百票。故無一人當選者。是沒却少數代表之精神者也。

## 積聚投票法

f 積聚投票法 *Das System der Stimmenhaufung* 從一選舉區出數名之議員。只以其其選出議員之數與投票權不須各候補者每爲一票。而自由將其投票得分配一人或數人之謂也。例如於有七百之選舉人之區。選舉三名之議員時。甲黨五百。乙黨二百。甲黨投票。舉三名之議員。則  $150 \times 3 + 3 = 500$  乙黨投票一名者。則  $300 \times 3 = 900$  則只得一名當選是也。

## 單記商數投票法

c 單記商數投票法 *auohientensystem mit Einzelwahl* 以議員全體之數。除全國選舉人之數。以其商數。爲得舉出議員一人之定數之方法也。而一人投票。只限一個。依此方法。雖小數之黨派。而有舉出議員一人之定數時。必可得代表者。故雖有少數之黨。而投票分配之方略得宜。不得不舉出議員。而此法必要定數。故若已得定數。議員之數。不達舉出議員之定數時。起更行補缺選舉之必要。爲此更者左之二法。

## (一)讓與法、(二)副記法

讓與法者。被選舉者。已得投票。超過一定之商數。或不滿其數時。以超過或未滿之所得點。以自己欲讓與於候補者。而使當選。此方法之弊害。在乎生有希望者。以自己之分子。使當選之結果也。

副記法者。於元來當單記之投票。使副記第二第三之候補者。第一之候補者。既依他之投票。而得所定之商數時。若不達其定數。則以此算入第二候補者之投票數之方法也。依此方法。雖無補缺選舉之必要。而於投票之計算。不特生非常複雜。及違算之虞。且若第二第三者之候補者。為同一人時。又止副記一人若二人時。更為選舉。或以得比較的多數之投票為當選外。無他法也。

d 連記商數投票法 *anochentensystem mit Listenwahl* 此方法。以全國為一選舉區。於各政黨作列舉其候補者之名之投票名簿。選舉人依此投票名簿。行投票者也。換言之。投票於名簿者也。例如有甲、乙、丙、丁、四黨。甲黨之

名簿。得三萬。乙黨名簿。二萬。丙黨及丁黨之名簿。各一萬之投票。總計爲七萬。而當選出之議員七人。先以七人除投票總數。除須數七萬。因之以得數（即一萬）。除各黨之投票數。其得數則各黨選出之議員也。即甲黨三人。乙黨二人。丙丁各一人。然各黨之投票數。複雜之時。生不得爲正當之決定之弊。例如當出七人之議員時。甲黨八千四百四十五。乙黨五千六百八十。丙黨三千七百二十五。合計一萬七千五百五十。此時以七除一萬七千五百五十。而得商數以除甲乙丙各黨之投票者之數。甲黨得三。餘六百二十四。乙黨得二。餘六百六十六。丙黨得一。餘千二百十八。然議員爲七人。尙有一人爲何黨所舉出。若丙所殘數最多。故因此使再舉出議員一人。則如

甲黨  $8145 \div 3 = 2715$  於其中舉出議員一人

乙黨  $5680 \div 2 = 2840$

丙黨  $3725 \div 2 = 1862$

丙以千八百六十二票出一人。爲失權衡。因救此弊。白耳義威克脫羅騰脫

氏發見所記分配數。以之除各黨候補者所得投票數。以其商數。爲從各黨舉出議員之數。發見此分配數。先以各黨所有之投票數。順次除之。以一二三四五之數除之。以其商數從大者順次排列。議員全數大概之順次。如前例所云。以應七番目之數爲分配數。即如左所列。

$$\begin{array}{l}
 \left. \begin{array}{l}
 8145 \div 1 = 8145 \\
 8145 \div 2 = 4072 \\
 8145 \div 3 = 2715 \\
 8145 \div 4 = 2036
 \end{array} \right\} \text{甲} \\
 \left. \begin{array}{l}
 5680 \div 1 = 5680 \\
 5680 \div 2 = 2840
 \end{array} \right\} \text{乙} \\
 \left. \begin{array}{l}
 3725 \div 1 = 3725 \\
 3725 \div 2 = 1862
 \end{array} \right\} \text{丙}
 \end{array}$$

(1)8145  
 (2)5680  
 (3)4072  
 (4)3725  
 (5)2840  
 (6)2715  
 (7)2036 = 分配數

以分配數二〇二六除各黨候補者之數。而所得商數。即從各黨當出議員

之數也。即甲黨  $8145 \div 2036 = 4$  乙黨  $5680 \div 2036 = 2$  丙黨  $8725 \div 2036 = 4$  行此方法方無定選舉區之必要。且靜選舉之競爭之點。爲便利。雖然。於一方非以選舉人皆政黨員爲前提。不能行之方法也。且實施乎此。須極複雜之計算。到底不堪其繁。現今實行之者。只南米亞爾陳領共和國。普爰諸柴利思州是也。

(四)階級代表制度。因人於社會上所有財貨之分之區別。及徒職業等而出表者之制度也。獨逸中世之地方議會制度。此類是也。

(五)等級議權投票法。應投票得點之多寡。而設議決權之等差之制度之謂也。

以上關於選舉方法之大畧也。憲法上之研究。不限於論立法之利害得失。唯述其大體而已。(以上據法學協會雜誌第十六卷第十號雜誌八二頁以下所載黨舉法改正案調查報告京都大學紀念講演集一八一頁以下揭井上博士黨舉論關於黨舉之空前獨文參考書齋買衣爰而氏所著黨舉論也爲

論黨舉者、不可不一讀之良書。

## 第二目 現行選舉法之規定

### (一) 選舉資格

- 一 日本人民之男子。年齡滿二十五歲以上者。
- 二 自選舉人名簿調製之日前。滿一年以上於其選舉區內有住所。而仍引續者。(住所者謂各人生活之本據。故住所無二。)
- 三 選舉人名簿調製之期日前。滿一年以上。納地租十圓以上。又滿二年以上。納地租以外直接國稅十圓以上。或通地租及其他直接稅共十圓以上。而仍引續者。若依家督相續取得財產者。於其財產。以被相續人之納稅。看做其人之納稅。

例如被相續人納滿十年以上地租十圓而仍引續時。相續者前雖不納地租。得選舉權。納滿五圓以上地租者。相續納五圓以上地租之被相續人時。亦同。

四 非禁治產，準禁治產者。

五 非受身代限之處分債務之辨償未終者。及家資分散或受破產之宣告。從其確定之時。至後權之決定確定止者。

六 非剝奪公權及停止公權者。

七 非從受禁錮以上之宣告時。至其裁判確定為止者。

八 非爲華族之戶主者。

九 非爲海陸軍人。而在現役中者。及際戰時或事變之時。全集中者。

十 非官立公立私立學校之學生生徒。

十一 非因關於選舉被處刑以裁判所之宣告刑期後仍二年以上八年以下禁爲選舉人。在其禁止中者。

十二 非皇族

(二) 被選舉資格

(一) 帝國臣民男子。年齡三十年以上者。但歸化人與歸化人之子。取得日本國

籍及爲日本人之養子或入夫。取得日本國籍之外國人。不在此限。(選舉法一六〇)

(二) 選舉資格中。四五六七九十等項。被選舉資格。亦爲必要。

(三) 無爲神官、神職、僧侶、其他諸宗教師、小學校教員之事。而此等既罷之後。經

過三箇月者。

(四) 非貴族院議員。

(五) 非爲政府爲請負者。及爲政府爲請負之法人之役員。

請負者當事者之一方。約完成或仕事。相手方約對於其仕事之結果。與以

報酬。因之生其効力。(民法六三二)請負爲何。依民法上之理論。可決有爲

請負者。故有與政府立於請負之關係之意味。雖常爲請負之事。又營業爲

請負。而於選舉期日之當時。與政府無關係者。有被選舉權。但爲請負被使

用之自然人。如商業使用人及其他之代理。不包含之。同時爲請負非法人

之役員。如支配人書記。亦不包含之。近來於此點內務省交付於地方官所

解釋。有(會社之監查役。包含於選舉法第十三條之法人之役員。而支配

人則不包含之。又所謂爲政府爲請資本之中。如師團裁判所等之公告式。所請資之地方新聞社。亦包含之。又其役員中。監查役亦包含之。云云。請資文字。供給契約。亦使包含。較爲穩當。我選舉法一三條之基礎。英國法亦有之。 *Comptrolor Commission* 恩叔痕英國憲法三版第一卷二八頁。

(六) 非關係於選舉事務之官吏吏員。及罷官後經過三箇月者。

有關係於選舉之官吏吏員。只於其選舉區內。無被選舉權。其罷官後未經過三箇月者亦同。但官吏吏員中。不包含立會人。

(七) 非宮內官、判事、檢事、行政裁判所長官、行政裁判所評定官、會計檢查官、收稅官吏、及警察官吏。

(八) 如上及官吏以外。不妨其職務者。

(九) 非府縣會議員。

(三) 選舉手續

甲 關於選舉之區域

衆議院議員。於各選舉區選舉之。選舉區及各選舉區。當選議員之數。明治三十三年選舉法改正。同時以別表定之。後以三十五年法律第三十八號。及三十九號。加改正者。爾後縱令選舉區之人口生增減。然至少十箇年間。不更正之。依本表衆議員之數。三百八十一名。以選舉區。更分多數之投票區。投票區者依市町村之區域定之。但於有特別事情之市町村。有勅令之特別規定者。不在此限。市町村長。爲投票管理者。擔任關於投票之事務。開票區依乎郡市之區域。郡市長爲開票管理者。擔任關於開票之事務。地方長官爲選舉長。統轄關於選舉之事務。

衆議院議員  
選舉法一七

乙 選舉人名籍

不被登錄於選舉人名簿者。不得投票。爲原則。故選舉人名簿之確定。爲選舉法上重要之手續也。町村長以每年十月一日。調查現在有住所於其町村者之選舉資格。調製選舉人名簿。正副本。十月十五日爲止。當送付於郡長。郡長調查之。當修正者。加以修正。副本以十月三十一日爲止。返付於於町村長。市長每年

十月一日調查現在有住所於其市內者之選舉資格。十月三十一日爲止。當調製選舉人名簿。當記載選舉人之氏名官位職業身分住所生年月納稅額地等。郡長市町村長。從十一月五日起。十五日間須得其廳或地方長官之許可之場所。以選舉人名簿。供縱覽。選舉人尙發見脫漏於選舉人名簿或有誤載時。得其理由書及證據。申立於郡市町村長。因正當之事故。不能爲選舉法第十九條之手續。(選舉人於有住所之市村外納直接國稅時得其證明書。月五日止當於其住所之地市町村長爲屆出之手續)而未登錄於選舉人名簿時亦同。但經過縱覽期限時。不得爲以上之申立。郡市長受以上之申立時。審查其理由及證據。從受申立之日起。二十日以內決定之。決定其申立正當時。即改正名簿。通知其旨於申立人及關係人。併當告示其要領。其申立不此當決定時。當通知其旨於申立人。申立人及關係人。於郡市長之決定。有不服時。得以郡市長爲被告。從受決定通知之日起。七日以內。可得出訴於地方裁判所。對於此地方裁判所之判決。得上告於大審院。而唯不得控訴。選舉人名簿。以十二月二十日確定之。故於確定名簿不被登錄者。縱令於事實上有選舉資格。亦不得

## 投票

有投票權。但持有當被登錄於選舉人名簿之確定判決書者。不在此限。確定名簿。不過公認現在之選舉資格。故縱令被登錄於選舉名簿者。若不有選舉權時。亦不能投票。

於登錄後。失選舉資格。選舉期日前。再取得其資格時。無選舉權。何則前資格既消滅。新資格未被登錄也。已登錄之資格。與新資格全然各別者也。

### 丙 投票

總選舉之期日。以勅令定之。至少三十日以前公布之。選舉以投票行之。我國現行之主義。爲直接選舉投票限。一人一票。投票者於市役所町村役場。或得地方長官之許可。投票管理者所指定之場所設之。投票管理者。從選舉之期日。至少五日以前。當以投票所告示於其投票區內。郡市長從各投票之選舉人中。選任三名以上五名以下之投票立會人。從選舉之期日起。至少之日前。通知於本人。選舉之日。應使參會於投票所之立會人。無正當之事故。不得辭其職。投票所午前七時開。午後六時閉。選舉人於選舉之當日。自到投票所。經選舉人名簿之對

照捺印於投票簿後。其可投票之投票者。爲本人與否。有所疑時。投票管理者當使宣誓。其爲本人之旨。其不宣誓者。不能投票。投票用紙。選舉之當日。於投票所交付之。選舉人投票所。就投票用紙。須自己記載被選舉人一名之氏名。以爲投票。投票用紙上。不得記載選舉人之氏名。

不被登錄於選舉人名簿者。不能投票。但有當被登錄於選舉人名簿之確定判決書。選舉當日到投票所者。不在此限。雖被登錄於選舉人名簿。而無選舉權者。亦無投票權。至當閉投票所時。投票管理者。告其理由。鎖投票所。待投票所之選舉人之投票終結後。則閉鎖投票所。閉鎖後不得投票。

#### 丁 開票

開票所得於郡市役所。又地方長官之許可。開票管理者指示之場所設之。開票者須於地方長官選任之開票立會人立會後。開之於郡。在後票函總數到達後。翌日。開之於市投票之翌日開之。且計算之。投票之効力。聽開票立會人之意見。開票管理者定之。但投票。(一)不用成規之用紙者。(二)一投票中記載二人以上之

## 當選人

被選舉人者。(二)被選舉爲何人。難確認者。(四)記載無被選舉權者之氏名者。(五)被選舉人外記載他事者。(但記入官位、職業、身分、住所、又別稱之類者。不在此限)爲無効投票之點。檢舉時。開票管理者當以其結果。報告於選舉長。選舉長受此報告書時。與選舉立會人。開選舉會。而調查報告書。

### 戊 當選人

得有效投票之最多數者。爲當選人。但須以其選舉區內議員定數。除被記載於選舉人名簿者之總數有五分之一以上之得票。若當選人於證書付與前。辭其當選。或死亡時。又不問當選證書付與之前後。因關於選舉之罰則。被處罰之結果。其當選爲無効時。就法定之得票者。不爲當選人者之中。依得票之順位補充之。當定當選人得票之數相同時。取年長者。爲同年者時。抽籤而定其順位。當選人已定時。選舉長即當告知於當選人。當選人受此告知時。當屆出承諾其當選與否。一人不得承諾數選舉區之當選。故爲數選舉區之當選人者。承諾之際。不可不決定爲何區之當選人。當選人從受告知之日起。二十日以內。不爲當

選承諾之屆出時。作爲辭其當選。無當選人時。地方長官可定選舉之期日。豫爲告示。使更行選舉。於未足當選人之定數時。爲缺員之選舉亦同。當選人承諾當選時。地方長官。即付與當選證書。以其氏名。告示於管內。且當報告於內務大臣。若交付當選證書後。當選爲無效時。地方長官。取消其當選證書。當告示於管內。

## 議員之任期

## 已 議員任期

衆議院議員之任期。從總選舉之期日起。定爲四箇年。但於開會中。任期雖終。至閉會爲止。當在任。從選舉起一箇年以內。議員有缺員時。不別行選舉。依選舉法第七十條之例。於次點者定爲當選人。若此時次點者不能當選人時。或從選舉之日起。一箇年以後。議員有缺員時。地方長官。依內務大臣之命。從受其命之日起。二十日以內。行補缺選舉。補關議員。就前任者之殘任期間。爲在任者。

## 庚 選舉訴訟及當選訴訟

關於選舉之効力。有異議之選舉人。以選舉長爲被告。從選舉之日起。三十日以內。可得出訴於控訴院。於控訴院之判決。有不服者。可得上告於大審院。於選舉

選舉訴訟及  
當選訴訟

議院議員之  
資格消滅  
被選舉之資  
格喪失

之規定。有違背時。以及有及其異動之虞。於當選者之結果時爲限。裁判所可判決其選舉之全部或一部之無效。於當選訴訟亦然。

失當選者。關於當選之效力。有異議時。以當選人爲被告。從當選人氏名告示之日起。三十日以內。得出訴於控訴院。但以當選達必要之得票定數爲理由。而出訴時。以選舉長爲被告。再從選舉告示之日起。三十日以內。當出訴於控訴院。控訴院之判決。有不服者。得上告於大審院。無論爲何情形。原告人提出訴狀。同時當用保證金三百圓。又須供託相當之額面公債證書。裁判所當裁判選舉訴訟。或當選訴訟時。當使檢事用口頭辯論以立會。其判決贖本。當送付於內務大臣。若在帝國議會開會中時。當送付於衆議院議長。

### 一 被選資格之喪失

近來於議員。受禁錮以上之刑之宣告。而在控訴中者。當然失其資格與否。所起之議論甚多。或謂被選資格。乃於被選舉時之資格。與可爲議員之資格異。故一度被選舉而爲議員。雖受刑之宣告。以確定被處禁錮以上之刑之爲止。

當然不失其資格。然此無根據之議論也。被選資格即可爲議員之資格也。故可解作失被選資格者。議員資格亦當然消滅。議院法第七十七條。規定衆議院之議員。失記載於選舉法之被選資格時。爲退職者。

除名

二 除名

衆議院議員。因無正當之理由。於勅諭指定期日後。一週內。不應合集。或無正當之理由。於會議或委員會欠席。或過請假之期限者。從議長特發招狀受其招狀後。於一週內。仍無故不出席者。則除名。議院有爲懲罰。與除名或議員之權。於此時之除名。以出席議員三分之二以上之多數決之。(議院法九六九九)

三 議員之死亡

四 被任爲貴族院議員。或被任依法律不得爲議員之職務時。(議院法七六)

五 辭任

當選人從受當選之告知日起。二十日以內。不爲當選承諾之屆出時。作爲辭

爲貴族議員  
又就不得爲  
議員之職務  
時  
辭任

其當選者。(衆議院議員選舉法七三)又衆議院得許可議員之辭職。(議院法八三)

### 第三項 議員之特別法律關係

議員法律上之地位。憲法及法律皆規定之。依此規定。隨其爲議員之資格。而有特別之法律關係。此關係對於議員。有與權利者。有負義務者。或有定於權利義務無關係之特別關係者。於設定其權利之時。爲公權而非私權。故以無特別之規定爲限。不得依訴訟手續。而主張之。又有效而不能拋棄之。雖然用立法之形式。無論何時。可得奪之。又不必要賠償於權利者。

### 發言及表決之無責任

#### (一) 發言及表決之無責任

兩議院之議員。於議院中發言之意見及表決。在院外無負責之事。(憲法第五十二條)

此原則於英國素所被認。一千六百八十九年之權利法典第九條規定。(於議院之發言及議論等自由。無論於如何裁判所。無論於如何場所。無受彈劾問責任之事。Bill of Rights 9, That the freedom of speech and debates proceeding in Parliament ought not of impeached or questioned in any court or place out

of parliament) 此原則後一千七百八十七年。北美合衆國憲法。一千八百九十年九月三日之佛國憲法。一千八百十四年之諾威憲法。及一千八百三十一年之白耳義憲法等。被採用之。受此影響。而近世獨逸諸國之憲法。亦於其古代法制。不得全見。而採用言論無答責之原則。我憲法亦不外倣此立法例。

憲法第五十二條所謂發言之意見。文字中只思想乎。抑包含事實之陳述乎。從來學者所爭論也。此疑問不特於我國。即普魯士亦所嘗起之。可採之以資我憲法上之說明。普魯西憲法第八十四條曰。(兩院議員於其院中之表決。不負何等之責任。於議院爲發言之意見。Meinungen 只基於議事規定。於其院內負責。) 此規定胚胎於白義憲法第四十四條。同條亦用意見 Opinions 之文字。關於此條。欺烏思氏憲法論第二卷百五頁。所論意見之中。爲包含一切發言。一千八百三十三年六月二十一日之代議士院。白耳義司法大臣之說明。亦發表與欺氏同一之意見。普魯西憲法第八十四條。學者之間。雖有多少之爭論。而裁判所之判決。於其初寧作意見之中。包含事實之陳述等一切發言解之。即一千八百

五十三年十二月十二日之高等法院判決。宣告議員施行其職責之際爲議員一切之發言。包含於意見之中。一千八百六十五年一月十一日之高等法院判決。亦保持同一之意見。然一千八百六十六年一月二十九日之高等法院判決。破此先例。判決之。(所謂議員之意見者。只思想之結果之謂。而不含事實之陳述。故兩院之議員。其職務行使之際。發言之事實。有及於誹謗時。不能免裁判所之訴追。但無誹謗之性質。單純的侮辱者不在此限。)然依獨逸國法學者之說明。此最後判決。非解釋普魯西憲法第八十四條之文意。且似不叶於此規定之沿革的精神。(新買衣變而一〇五號體而爰)如此意見之文字包含事實之陳述與否。於實際。爲論爭之問題。然一千八百七十一年五月十五日獨逸帝國刑法之發布。同時消滅此問題。蓋依帝國刑法第十一條之規定。言明(帝國內之各國議會議員其表決及爲行使職務之發言。於院外無負責任之事)故也。

我憲法之解釋。第五十二條之意見中。事實之陳述。亦包含與否。余則作包含解。

余輩思事實  
陳述既為意  
見者如陳述  
於某所某人  
被殺觀此  
純依一斷力  
實認殺人  
作用認殺人  
而事實存在  
又如讀新聞  
依自己之判  
斷力發表其  
記者之結果  
者也

英國之權利法典。認言論之自由。既如前述。於普魯西憲法第八十四條。觀獨逸公法學者所說明。如有一般言論自由之意味。即(第一)普魯西憲法制定前起草之多數法案。或用發言之意見 (Ausgesprochene Meinungen) 文字。或云於議院為發言 (In der Kammer) (Seltene ru nstrungen) 兩者混用。不足怪。雖於其討議之際。用意見之文字時。而於有不包含一切發言之虞之點。無人能試質問者。此非起草者二者同一視之趣意耶。(第二)意見與事實之陳述之間。如反對論者之說。而為明瞭之區別。亦不可得。無論如何單純之事實之構成。不可不借判斷力之助。而此判斷力者。不外存於個人腦裏之感覺。及事實之反射作用。(第三)通常語法。意見云者。一個主張 Behauptung 之意味也。其主張之內容。為判斷力之結果乎。抑或事實之陳述乎。非所深問也。從此等理由推論之。普國憲法之文意。包含事實之陳述無疑。然則做此而制定之我憲法規定。作同樣之解釋。亦無不可之理由。且議會制度。觀察其目的。在與議員以言論自由之精神。其對於政府裁判所等。保獨立之地位。於院外無當問其責任之虞。使自由行其

職務。爲明白之事實。因欲達此目的。故言論自由。須廣爲解釋。不可不能作包含一切之發言也。

發言之意見。不限於口頭之意思表示。雖文書亦包含之。其無責任之原則。對於議員之職務執行中一切之言論。不特於本議會。即部會委員會之意見表示。亦然。議員刑法上不負責任者。只專屬其一身之人的免罪事由。其行爲之違法性及可罰性。無因此而受影響之事。故第三在關於議員之犯罪行爲。即使議員無責任尙當爲其犯罪之教唆犯又補助犯。而使被其所罰。又對於議員之行爲。得行使正當防衛。利思脫獨逸刑法論第九版二四節一〇六頁平勒克獨逸刑法論六七六頁註一四欽買而盟刑法雜誌三一卷九七頁三三卷三一三頁苦里尤夫脫雜誌第二四卷二二三頁以下柴衣特拉所論夫鋪利希議會之言論自由及懲戒三四〇頁三四六頁以下議員對於其職務上之發言。不得免證人之義務。

議員之院內言論。如右所述。雖無責任。然彼若自以其言論演說。筆記。或以其他之方法。公布時。當依一般法律。使受處分。自以言論之。故他人公布之。此時無責任。不俟言矣。

議員發言之無責任。在於院外。不及於院內。而依憲法第五十一條。兩議院於揭於憲法及議院法之外。可得定外內部之整理必要之諸規則。又依現行議員法在關於懲罰之規定。故議員從此等法規之所定。於院內不可不負擔懲戒及其他之責任。

## 身體之自由

## (二) 身體之自由

獨逸古代之貴族議會。不認此特權。於英國議員逮捕之自由。逐漸確定之。薩克森時代之國會。既認此自由。而此特權。只對於叛逆罪、重罪、及治安妨害之議員。不與其保護千七百九十三年十一月維而克思 *Willes* 於發行之北勃黎登 *North Frison* 第四號。定為弄讒謗之言被告訴者。無此特權。而無讒謗之書刑行者。亦不享有捕傳自由之特權。以後此特權。漸至不可不適用於刑事之犯罪。只為負債被拘留者用之。(北米憲法第一章六節一亦然)現今英國議員。於國會之開會期中。及其前後。四十日間。有捕縛之自由。為庶民院之議員。當選者。若當時為禁獄中時。其禁錮不可不解之。議員於此特權期間內。無為證人而出廷。

之義務。又無當爲陪審官之義務。至反乎英米主義。歐洲大陸諸國之憲法其適用捕縛之自由甚廣。雖刑事事件之逮捕亦適用之。如一七九一年九月三日之佛國憲法第三章第一節第五款八一八一四年六月四日憲章三四五一五二。白耳義憲法四五是也。

依憲法第五十三條規定。兩院之議員。除關於現行犯罪或內亂外患之罪外。會期中無其院之許諾。無受逮捕之事。此規定議院之權利。而非議員各個人之權利。蓋於此時之議院許諾。所裁量其自由。議員不得以一定之標準爭諾否。捕議員與否。皆爲議院之權利而存在也。故議員之特別法律關係。其揭之於此。不若揭於後所於院屬權中爲適當。唯因從便宜之故此處說明而已。關於本條可引起疑問之點如左。

甲 會期中者。以何時始。何時終乎。

於英國庶民院之議員。開會前閉會後尙得於四十日間。享有逮捕之自由。上院議員二十日間。尙享有逮捕之自由。以此觀之。我憲法之精神。至少亦有解作自

召集之時起至閉會之時止之道理。(憲法義解 八十頁)若會期於從召集之日起至閉會之或解散止之期間。則應召集而在參會之途上者。亦當享第五十二條之利益。又反是會期只謂從開會之日起至閉會或解散之日止者。則在參會之途上者。不可享有此特權。爲政治論者。雖可採義解之說。而爲解釋。論不可不從後說。何則會期中者。指從開會至閉會或解散爲止之期間。文字之用法上。無所疑也。其包含停會休會。不俟言也。

柴衣臺耳巴威倫國法第一卷四五頁曰。開會閉會又解散之間之議會活動期間。爲議會之會期。Der Zeitraum der Thätigkeit des Landtages zwischen Eröffnung und Beschluss oder Auflösung bildet eine Landtagsversammlung (Sitzungsperiode Session Tagung 籌買衣愛而國法學一九〇頁亦謂議會之集會期間) Sitzungsperiode d. h. der Zeitraum innerhalb dessen eine Versammlung, des Landtages stattfindet) 故會期從開會之日始無疑。何則。因開始而議會適切爲議也事。

會期前之逮捕  
得依此通  
行於會期  
中  
繼續耶

逮捕者爲刑  
之執行逮捕  
亦包含之乎

乙 會期前之逮捕。引續及於會期中。有效力乎。或當更求議院之承諾。若無其承諾。可解其捕縛乎。

於此問題。當解作議院無與許諾之權。司法權不得此許諾。而當然得繼續拘留。憲法之明文。亦無無許諾不受逮捕之事之規定。逮捕者以公權力拘束身體之自由之謂。故爲逮捕之要件。被逮捕之前。不可不有身體之自由者。既受逮捕者。無身體之自由。故繼續拘束其身體者。非逮捕也。然則要院之承諾之逮捕之制限。不能適用於既開始之逮捕之續行也。

丙 逮捕者。爲關於犯罪之審問者爲限乎。或爲刑之執行之逮捕。亦包含之乎。於此問題。當解作祇限於不包含爲刑之執行之情形。（即爲審問之逮捕審問之逮捕）從憲法第五十三條行文之體裁觀之。（議員者除關於現行犯罪或內亂外患罪外。無受逮捕之事。如此規定。以審問例外之時之逮捕爲限。則只作爲一般之審問之逮捕觀。當如此解釋也。勃漏西憲法第八十四條之規定。亦云（不得爲犯罪審問之或拘留之。但於現場或其翌日中。被捕縛者。不在此限）由。

此而觀。則我憲法亦以只爲審問之逮捕解。爲適當也。

獨逸帝國憲法三一條。採用勃漏西憲法八四條。而丙者皆規定爲犯罪審問或拘留云云。故不起疑問。學者之間。解作包含因執行之逮捕者。亦無一人。於一千八七四年三月十二日及一八七四年十一月二十一日之帝國議會之實例。亦認此原則。於學者之說明。智奇克姆憲法二〇三頁。柴而威五孰堡國憲法第二卷二〇九頁。柴衣臺耳獨逸帝國憲法註釋三一條二號。拉排痕特國憲法第一卷三一七頁。勞痕調獨逸帝國國法二七七頁。休而哀普國國法一六〇號。逐痕他哈獨逸帝國議會議員之特別保護五九頁。亞而痕脫註釋三一七八號。可參照。

憲法第五十三條。所謂逮捕者。不包含執行逮捕之結果。對於受刑罰之宣告之議員。無議員之許可。得逮捕之。此結果粗觀之。如得生不便利之情形。其實不然。何則。於衆議院議員。依選舉法第十一條。從受禁錮以上之刑之宣告時起。至其裁判確定爲止者。無被選舉資格。而依議員法第七十七條。（衆議員之議員失

記載於選舉法之被選舉資格時。爲退職者。故受禁錮以上之刑之宣告之衆議員。與其宣告。同時當然失其議員之資格。故爲執行被宣告之刑而逮捕者。乃逮捕非議員之普通。人絕非憲法第五十三條所關知也。惟與貴族院議員族院令第十條。有（議員被處禁錮以上之刑。或有受身代限之處分者。時當以勅令除名）故縱令受禁錮以上之刑之宣告。猶於其以勅令不除名者。不失議員之資格。故於此時。不受第五十三條之適用。雖無議員之承諾。而逮捕議員既對於在當然失議員資格之地位之人。於實際。無甚不便利也。

於罰金科料。不要身體之拘束。故不起問題。但於拘留刑。猶不得不解作得逮捕。

逮捕之制限。不阻害公訴之提起。又許諾爲逮捕之要件。故非豫得許諾。則不能逮捕。許諾之方法。當從司法大臣。移牒於議員而求之。於此點雖別無規定。而議員法第七十五條。規定各議員於國務大臣及政府委員之外。不得向他之官廳及地方議會爲照會往復之事。由此條觀之。則知不外經由司法大臣。而求議會

之許諾。議會於其許諾與否。法律上不受何等之制限。

(三) 表決之自由

議員對於其選舉人。全然不羈獨立也。故議員不可從其選舉區之住民。受何等之委囑訓示。單依自己意見。加以表決。

第五十二條  
之規定非耶

我憲法以此爲原則。其理自明。不別設規定。雖然。獨逸各國之憲法。以明文言明之者甚多。李瀾西憲八二。巴威倫憲第七章二五。薩克林憲八一。瓦孰堡憲五五。巴典憲四八。曷仙憲八八。選舉法四九。薩克森懷買羅憲一七。薩克森衣寧買根選二一。薩克森阿而臺姆勃羅希選一九九。薩克森酷勃羅希憲四八。蒲倫修懷衣希憲一三三。屋而舉勃羅希選舉法一。痕哈而脫一八七二年二月一九日法一一。休懷而勃羅希陳臺而思華生憲三。休懷而勃羅希羅獨而思他脫憲九五。舊落衣思憲六三。新落衣思憲五二。謫姆勃羅希一六。利攀一八六三年六月六日勅二。懷而臺克憲六一。

受歲費旅費  
之權

(四) 請求歲費及旅費之權

各議院之議長。受歲費五千圓。副議長三千圓。貴族院之被選及勅任議員。及衆議院之議員。受二千圓。從他之所規定。得受旅費。但不應召集者。及爲官吏而爲議員者。不得支給歲費及旅費。於明治二十三年十月勅令第二百六十三號帝國議會議長副議長議員歲費及旅費支給之規則。甚詳。議長副議長及議員。得辭歲費。(議員法一九條)

議員當有給乎。無給乎。若有給當依歲費主義乎。當依日給主義乎。於歐洲諸國之立法例。不能一致。歐洲中採無給主義者。英吉利獨逸帝國西班牙及伊大利等是也。有給中之歲費主義之國。佛蘭西和蘭白耳耳義瑞典北米合衆國及匈牙利等是也。其額以北米合衆國之五千弗爲最高。瑞典千二百(克落乃)。(一克落乃當我國五十錢)爲最低。日給主義之國。獨逸各支分國。奧大利瑞西丁抹諾威羅克森勃羅希等。最占多數。其額以奧國日給十克而登(二克而登大凡當我壹圓)爲最高。羅克森勃羅希之五甫拉痕。約當我國四十錢爲最低。而對於有住所於開會地者。無給之例甚多。以立法論。日給主義。

所遙勝於歲費主義者。可見也。

出席之義務

(五) 出席於議場之義務

各議院之議員。不以正當之理由。屆出於議長。於會議或委員會。不得欠席。基於正當之理由。請假不超過一週間者。由議長許可之。超過一週間者。由議院許可之。無期限者。不得許之。對於怠於出席之議員之制裁。議院法第九十九條所規定也。

刑法上之保護

(六) 議員受刑法上之保護

對於以法律組織之議會之議員。於其公務上之言論行爲。公然誹毀侮辱者。或加暴行者。處以一月以上一年以下之重禁錮。附加五圓以上五十圓以下之罰金。當議員行其公務。以暴行脅迫妨其言論者。處以四月以上四年以下之重禁錮。附加五圓以上五十圓以下之罰金。以使辭議員之職爲目的。或欲妨害其公務上之言論行爲爲目的。脅迫議員。又恐喝者。處以十日以上二月以下之重禁錮。附加二圓以上二十圓以下之罰金。但須待被害者之告訴。而論其罪。因暴行。

不瀆職之義務

而毆傷議員者。照刑法上毆打創傷之各本條。加一等。從重處斷。(明治二十二年十二月法二八號)

(七) 不瀆職之義務

依法令選舉或任用之議員(中略)關於其職務收受賄賂。或聽許之。或要求之者。處以一月以上。一年以下之重禁錮。附加四圓以上四十圓以下之罰金。贈與賄賂。或提供約束者亦同。如上之賄賂。已收受者。沒收之。已費用者。追徵其價。(明治三十四年四月法二七號續職法)

服懲戒之義務

(八) 服從議院之懲戒之義務

議院法第九四條第九九條。於此點當於後議院權之處說明。

#### 第四節 帝國議會之權限

英國之議會。統治權之主體也。統治權之主體者。依自己之意思。無制限得伸縮其權限之權能之謂也。故英國國會。自己得擴張其權限。如學者援用之七年法案 *Sekennial act*。實國會權力無制限之好實例也。於千七百十六年國會之

繼續期限。據千六百九十四年之法律。爲三年。而前年（即千七百十七年）未經過之前。當行總選舉。而當時民黨之多數。爲劇酷平黨。其結果知行總選舉之危險。國會使通過延長其三年之會期爲七年之法案。如此庶民院引續尙四年間得持續其權力。哈拉麼。思吞化發他伊希等。辯護此七年法案。費冗辯。爲英美一派之政治論。以吾人觀之。國會爲統治之主體當然之結果。信其可一言而盡。我帝國議會。全與之異。不過爲統治之機關。統治之主體者。明有不禁之一切之權能。反是統治之機關。明被附與之權限外。無一切之權能。不獨帝國議會。他之國家機關之性質。亦可適用之。此原則也。

帝國議會。由二院而成立。又各院從多數之議員而成立。而憲法及法令。區別議會之權限與各院之權限。及議員之權限。從來學者。多混同之。以議院之權利。卽爲議會之權限者。其例甚多。然明文上既有此區別。其說明亦須依此區別。唯本節稱帝國議會之權限。更加以論議院及議員之權。稍有不得其所之嫌。然有密接關係故。以下併論之。

## 第一項 議會權

帝國議會之權限。分左之數種。

參與立法行爲之權

(一) 參與立法行爲之權。

天皇以帝國議會之協贊。行立法權。凡法律須經帝國議會之協贊。緊急勅令定爲於次之會期當受帝國議會之承諾之憲法第八條規定。亦從議會之立法參與權所生之結果也。

參與憲法改政案之權

(二) 議決憲法修正案之權。

憲法非法律。故不能使包含於第一中而說明之。若憲法修正案。議會之所否決。則其改正。除破壞現行憲法之外。不能斷然行之。

參與財政行爲之權

(三) 參與財政行爲之權。

甲 對於國家之歲出歲入豫算之協贊權。及超過豫算之款項。又生豫算外之支出。有承諾之權。(憲法六四條七〇條)及歲入歲出之決算受報告之權。

乙 起國債及除定於豫算者外有協贊國庫當負擔之契約之權。於廣義國家

之債務。國家負擔之一切財產上負擔之謂也。分之爲行政上之債務。與財政上之債務。二種。隨行政行爲。普通所起之債務。謂之行政上債務。以得特別收入爲目的。爲特別行爲而負擔之債務。謂之財政上之債務。所謂國債者。係財政上之債務。於豫算之範圍內。負擔行政之進行。必要之債務。屬於行政官廳之權限。不更須議會之協贊。至於國債。憲法六十二條之結果。必當經議會之協贊。國債之募集。爲行政行爲。其原則從私法之規定者也。法律定其條件者。全基於事之便宜。於我國明治初年以來。公債條例之被發布者甚多。現今各種之公債。以明治十九年之整理公債條例爲標準。國債有二種。一狹義之國債。其他所謂移動國債 *Schwebende Schuld* 也。前者以增加一時國庫之收入爲目的。發行長期限之債券者。而後者大抵以其年度之收入。以辨濟之目的。發行者。蓋目未爲國庫收入之歲入。如前借者也。如我國之大藏證券屬之。依明治十七年大藏省證券條例。大藏證券者。爲一時出納上使用。從大藏省發行者。其支拂期限。定爲十二月以內。以其發行年度之歲入爲支拂者也。元來

國家之會計。係計出制入。故國庫無現金而要支出時甚多。租稅及其他收納金之時期與國費支辦之時期。常不一致。故會計年度之終。收支雖可相償。而會計年度之初。收支有不匹敵之事。於此時。政府以年度之終計算差引爲目的。發行證券。是即大藏證券也。思財政學第二卷第三七五頁三八一頁拉排痕脫。獨逸國法學第二卷八七八頁。休而哀普國國法學第二卷二六六二六七頁。霍而其奪而甫法律字彙第三卷七六〇頁等。以移動國債爲行政上之債務。此條本於財政上見解之誤。從法律上言之。移動國債。亦國債也。故要議會之協贊。會計法第九條。規定每年大藏省證券發行之最高額。經帝國議會之協贊定之者。蓋爲此也。希爰痕培而希經濟參考書第三卷五七二頁。烏苦那所說霍而真奪而甫法律字彙第三卷七二九頁。羅獨而夫所說遮耳痕獨逸國法論第二卷三一三頁參照。

於決算受報告之權。憲法第七十三條規定之。國家歲出歲入之決算。會計檢查院檢查確定之。政府當以其檢查報告。俱提出於帝國議會。若議會審查其

決算。認豫算上計算上及法令上有不當之點時。得奏上其旨。(憲法四九條)然於會計決算之行政內部。結果依會計檢查院之檢查。而確定之。不因議會之議決而動。故決算有不當之點時。政府與議會之間之政治問題。雖存在。而議會之否認決算。法律上無何等之效力。

以上議會之權限也。其他議會受刑法上之特別保護。對於以法律組織之議會。公然誹毀侮辱者。處二月以上二年以下之重禁錮。附加十圓以上百圓以下之罰金。但須待議會之告訴而論其罪。(明治三二年一一) 目法二八號一條受刑法上之保護之權。寧譯依法之反射作用。而理論上非權利。又非權限。若受刑法保護之事。為發生權利者。則保護亦可得權利。其所以非權限者。依刑法被保護之事。以無統治之作用也。

關於議會之權限之憲法條文。用協贊承諾又許諾之文字甚多。今略區別述之。

(一) 協贊者如協贊之文字。對於一事件。議會不特不表示異議。且有積極的表示希望其發布之意思也。承諾者非表示議會之積極的希望。而消極的表

承諾者議會  
之行爲許諾  
者各議院之  
行爲也兩者  
非全然同一  
者余竝有疑  
貴說者

示議會無異議也。

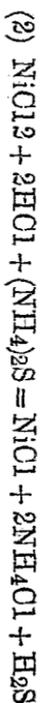
(二) 協贊之權。必包含修正之權。承諾不過對於他者之行爲不行爲。不發異議。無修正加除其行爲之內容之權。

(三) 協贊者必限於事前。無事後之協贊。反是承諾者。事前事後。皆得有之。我國法上。或謂無事前之承諾者。非也。議員之逮捕。事前可得許諾。憲法五十條所明示也。或者謂許諾之文字。與承諾異。故兩者之有差異。以許諾之例。謂承諾有行於事前之事者非也。然如論者之說。則必至生議會與國會爲別物。而人類非人間云云之斷案之愚論也。

(四) 承諾者常基於他之要求而與之者。反是協贊者。有基於他之要求者。(憲法六十四條對於豫算之協贊) 又有自己進而發議者。

(五) 無協贊議案常不成立。至於承諾。在事前者無承諾。雖不能爲或行爲。而於事後無承諾。其行爲非即無效。不得承諾之行爲。業已生於既往。其終之效果。不因不承諾而遂不行動也。故議會不但不得遡及既往以取消其行爲。又

無停止將來效力之手段。如豫算外之支出。即屬於此也。縱令於將來。可保續效力。而以凡無特別之規定者。議會不承諾。非當然失。其行爲之效力於對來。而必須別爲取消之。如緊急勅令是也。但一度與承諾以後。不能再取消。不俟言矣。伯倫吟克氏（將得議會承諾之緊急勅令。變而爲與得協贊而成立之法律。同爲一物。即爲法律。因欲說明其事。遂演  $a + b + c = a + b$  之式。（普國第一卷百國法二十六頁）夫此淺薄之加法上計算。雖似無誤。而觀其化學上。取三種之物質。異其結合之順序。因之不顯別種之反應。則基於代數之加算。伯氏之說。未必爲金科玉律。次所揭項式。化學之所常引用也。同一物（假令協贊與承諾同一視）之結合因其順序之異常。不生同一之化合物。試證之。



## 第二項

## 甲 對外權

## 一 上奏

各議院有上奏之權。上奏者以議院一致之意思。對於天皇。表示之行爲也。穗積博士云。議會之實質的職務。在立法及豫算之事。故因欲達其目的。止關於其職務執行之範圍。有表白議會之意思於天皇及政府之自由。於議會權限以外之事。無上奏建白之自由。可信也。例如於大權事項。超過議會之權限者也。於司法裁判所之事。上奏建議。亦超過正當之範圍。故從來之事實。爲無論何事皆得看做爲上奏建議。而吾輩解釋。只關於立法及豫算之事之政務範圍。得上奏建議。云云。博士之論點。所謂上奏者。只定議會發表其意思之形式。不定何者可得上奏。故可爲上奏之目的之實質。限於議會所有之權限以內事項。謂其可以上論。此議論不特學說爲然。在獨逸各國中。曾見有以是揭之於明文者。(巴威倫九條有議會於屬於其權限一切事件相一切對於國王) 有此明文之國。解釋上無何等之得上奏共同之希望。或建白薩克森憲一〇八條亦同。 此議論。於只定得上奏於國王之國。就上奏之內容。不能無疑。或謂我憲法上奏限於議會之權限內事項。不如巴威倫薩克森之明定者。因其理自明。不要特別之

規定也。余不能贊同其說。解作上奏之內容。無制限者。我憲法第四十九條。基於普魯西憲法第八十一條者。余之所信也。而普魯憲法第八十一條第二項規定云。無論何人。不得對於議會。或各議院。提出個人的歎願書。(Eitselhrift)或建白書。Adresse 同條第一項所謂對於君主上奏。即用與 (Adresse) 同一之文字。然臣民無參與國務之權限。故其建白不限於臣民之權限內。以此觀之。普魯西憲法所用上奏之字義。亦當然不限於議會之權限內者。申言之。上奏者。無論何事。得以自由意思之所用法語也。不特法文爲然。普國國法學者。亦唱上奏之內容。無制限之說。痕訥調(勞氏普國國法第一卷三五八頁) 既然。即如伯倫哈克官府的國法學者亦然。(伯氏普國國法第一卷四二八頁) 兩氏之說。即得採用於我國者也。

伯氏曰。議院之上奏。爲政治上之重要者。然雖從國法上言之。只係議會對於國王所發之書狀。故所謂上奏之權利。與得謂認書狀發送之權無異。至上奏之內容。憲法不明言之。其範圍不可不作無制限解。故上奏如對於勅語之奉答文屢見之。乃關於國家全體之政治。而又不過個個之希望。

勞氏曰上奏者苟係議院正當議決之事。無論何事。可得爲之。其內容無制限。於議會開會之時。對於勅語之奉答文。如通常所見。凡應關於國家全體之狀態之事皆是也。上奏不特關於立法。即行政或司法之失誤。得對於國務大臣或他之國吏之行爲。特提出救濟之方法。對於開會之勅語之奉答文。於通常單純之答文外。關於國家之現狀及政府之立腳點。照例得奏上於君主也。而尤於政府之行爲。與國民之公論。一致與否之問題。上奏者爲尤多。依此上奏。議院發言。至各何程度爲止。議院之意思。與政府之意思。相一致。此發言不特附加於奉答文而上奏。即於他之時有必要者。無論何時。得爲之云云。（勞痕調普國國法學第一卷五八頁三五九頁及註）

上奏爲議院之權利。故天皇不可不受理之。議院一度爲有效發表之意思。則雖被解散。而有受理之義務。上奏之形式。須用文書。此文書經宮內大臣之手奉呈之。又得以議長爲總代使請謁見而奉呈之。（議院法  
五一）於各議院所出上奏之勅議。非有三十人以上之贊成者。不得爲題議。上奏事件之不得採納者。同一會期

中不得再上奏。於此點別無禁再度上奏之論文。故與建議之論文對照上。如可解作許且再度上奏。雖然不得採納之。建議在同一會期中。不能建議。再由此而觀。上奏無可許之理由。故可解作上奏亦不能再爲之。但爲法文之欠點。不俟言矣。

## 建議

議院法第五十一條。定議院不但得以議長爲總代。請謁見而奉呈上奏。只在奉呈文書而上奏。故上奏如有二方法。然依衆議院規則第四百十三條及貴族院規則第二百二十三條。各院上奏時。議長當由宮內大臣請謁見。故普通之時。常以議長爲參內謁天皇。奉呈上奏。但天皇有故障時。宮內大臣當執行之。

二 建議

兩議院於法律或其他之事件。得各以其意見。建議於政府。但不得其採納者。於同會期中。不得再爲建議。(憲法四〇條)政府之意思。雖不一定。此處所謂政府者。內閣之議也。貴族院規則第二百一十四條衆議院規則第四百十四條。規定議院之建議書。當從議長差出於內閣總理大臣。觀此自明也。一般於政府之意義。

法理上否決  
無障礙建議  
之後難保不  
生反對之政  
治上之事情

法案議決權  
法案題出權

據後之所述。

建議之內容亦無制限。其形式亦須以文書呈出於政府。建議之動議。於各議院非有三十人以上之贊成。不得爲題議。（議院法五一條第二項五二項貴族院規則一二四條衆議院規則一四四條）政府納議院之建議。對於題出之議案。在建議之議院不能否決之。但他之一院不受此建議之拘束。可得自由否決之。其結果他院之建議無效與否。不必據爲成見。

三 法律案之議決權及法律案提出權。

兩議院得議決政府提出之法律案。及提出各法律案之事。（憲法三）

提出法律案之權。於歐洲大陸之古憲法。爲君主之所留保。蓋因信議會之發案權爲背馳。君主主義之原則。於今日猶墨守此說者。於荷而盤耳四號一三一頁。海而聽第二卷四一三頁。四八六頁以下。莫羅國法國國際法及政治學第一二卷五一九頁。駁論之。休而哀普國國法一七二號。勃陸克華思適法主義一九八頁以下須參照之。近來之憲法。尤於一八四〇年以後者。無不認議會之發議權。古憲法之反對條項。其後大概削除之。至今日以君主與議會二者

交有發議權爲原則。以此專爲君主之權利者。加薩克森阿臺姆勃羅希（關於憲法提出權罷廢之一八五四年二月十一日法律）痕哈而脫一八七六年一月二十四日議院法二一、休懷而勃羅希羅獨而恩他脫憲三五、舊落衣思憲六六、全屬例外。於議會認發議權之國。亦限一二事項。使發議權專屬於國王者有之。瓦孰堡以一八七四年六月二十三日。憲法法律六。開於課稅起債豫算確定豫算外臨時支出之法律。禁議院之發議權。巴威倫一八四八年六月四日法律二四亦於憲法之或條款改正案。禁止議院之發案權。以我憲法作法律解。則憲法第七三條。亦屬此例。

請願之受理

四 請願之受理

請願之事。前已述之。兩院得從臣民受呈出之請願書。（憲法五）請願除被認爲法人者外。不得用總代之名義。又變更憲法之請願。對於皇室。用不敬之語。對於政府或議會。用侮辱之語。及事之關於司法及行政裁判者。各議院不得受理。此外用哀願之體式之正當請願書。有議員之紹介。則議院不可不受理之。此請

議員之逮捕  
許諾之權

對內權  
規則之制定

願書。各議院使請願委員審查之。請願委員。以請願書認爲不合規程時。議長當經紹介議員却下之。其可採用者。請願委員。作文書表。其餘要領。每週一回。當報告於議院。因此報告之要求。又有議員三十人國上之要求時。各議院議會其請願事件。議決其請願。可採擇時。附意見書。送付其請願書於政府。依乎時宜。得求報告。議院受各別之請願。無互相關與之事。(議院法六二條—七一條貴族院規則—二八條—一三七條衆議院規則—四七條—

#### 五 許諾議員之逮捕之權

於此權前於議員特別法律關係之條。既辯其非議員之權。而議院之權。除關於現行犯罪或內亂外患罪之外。會期中欲逮捕之議員。必得其議員所屬之議院許諾。而議院有自由決其許否之權利。非於一定條件之下。負許諾之義務。(憲法五三條)

#### 乙 對內權

於內部議院權之重者。舉之如左。

## 一 內部整理必要之規則之制定權。

於議院內部之諸種關係。被規定於憲法及議院法者甚多。然關於內部整理一切之規則。究非二者所能盡。而又無定於二者之必要。故憲法第五十一條。揭憲法及議院法外。內部整理之必要諸規則之制定。與其權於各議院。現行貴族院規則衆議院規則即是也。此等規則。只於院之內部有效力。不及於其外。又不能牴觸憲法及議院法。然院內諸規則之制定權。爲憲法所附與。故不得以一般之法律命令。設反對議院所定內部規則之規定。無論何人。凡無特別規定之處。於院內當服從其規則。

## 審查爭訟之判決

## 二 議員之資格審查爭訟之判決

## 天 貴族院

貴族院判決關於其議員之資格及選舉之爭訟。關於其判決之規則。於貴族院議定之。當上奏。請裁可。(貴族院令第九條)但現在於貴族院。未議定此規則。故以至其制定時爲止。使有效力之目的。而發布之。明治三十三年勅令第二百二十一號。貴

族院議員資格及選舉爭訟判決規則。猶繼續其效力。依本令。貴族院於每會期之始。因審查關於貴族院議員之資格及選舉之爭訟。選舉常任委員。伯子男爵議員之各選舉人。又多額納稅者議員之互選人。關於議員之資格及選舉。有異議者。以當選議員爲被告。出訴於議員。審查委員。以其審查之報告。提出於議長時。議長以之配於各議員爲院議。於議院判決議員之當選或資格爲不法時。議長當停止其位列。而奏上。對之有勅裁時。議員失其資格。現行規定之適用。不及於皇族公侯爵議員及有勳勞於國家或有學識者。特被勅任之議員。議員以受無資格無效當選之判決爲止。於議院不失位列及發言之權。但關於自己之爭訟。得以自己或託他之議員爲辯明。而不得預於表決之事。

#### 地 衆議院

依衆議院選舉法第八十條。關於選舉之效力有異議之選舉人。以選舉長爲被告。從選舉之日起。三十日以內。得出訴於控訴院。又同第八十二條。失當選者。關於當選之効力。有異議時。以當選人爲被告。得共訴於控訴院。故選舉訴訟及當

遷訴訟。係常從選舉人或失當選者。提起於控訴院之訴訟也。然於議院法第七十八條。規定於衆議院議員之資格。生異議時。當特設委員。期以時日。使審查之。得其報告而議決之。其目的無資格者。或無效當選者。依選舉法之規定。不受選舉訴訟或當選訴訟者。因拒列於議院。特以議院使更審查議員之資格之趣意也。故判決其資格之權。不在裁判所。而在議院。且只議員得唱資格之異議。依衆議院規則第六十七條以下。議員對於他之議員之資格。中立異議者。以書面差出於議長。議長以申立書。付資格審查委員。委員以其審查報告書。提出於議長時。議長配付於各議員後。付院議議決之。依院之議決。受無資格判決者。失議員之地位。至議員無資格。被證明爲止。於議院不失位列。又發言之權。但對於關乎自身之資格審查之會議。得爲辯明。而不得預於表決。裁判所。爲常選訴訟之手續者。衆議院就同一事件。不得審查。（議院法七十六條八十條衆議院規則六十七條七十二條衆議院議員選舉法八十條八十五條）議院法第七十八條。所謂議員之資格者。僅指被選之資格乎。或指當選之合法乎。余以與議院法七十九條。對照上。作廣包資格及選舉之適法解。

### 院內之警察

李漏西憲法第七十八條。規定(議院審查其議員之資格云云)用 Jede Kammer prüft die Legitimation ihren Mitglieder之文字。(利梯買梯哇痕)者用於一切合法之意。如鄰內選舉法之審查說。(普國之法第一卷三四二頁)雖不能以彼國之文字。即可以之擬我國。然亦多少得解釋上之助云。

### 三 院內之警察

院內警察之權。屬於議院。從議院法及各院所定之規則。議長施行之。各議院須要之警察官吏。政府派出之。使受議長之指揮。於各議院對於皇室。不得爲不敬之言論。或用無禮之語。及涉於依人之上。而弄言論。議員或委員會。被誹毀侮辱之議員。訴於議院。求處分之外。不可私相報復。會議中違反議員法律規則。又紊議場之秩序時。議長警戒或制止之。又不從取消發言之命時。議長至當日會議之終爲止。得禁止發言。使退出於議場外。議論騷擾。而難整理時。議長時中止當日之會議。又得閉之。傍聽人有爲議場之妨害者時。議長得使之退場。於必要之時。得使引渡於警官察廳。傍聽席有騷擾時。議長得使總傍聽人退場。(議院法八十五

條九十三條貴族院規則百六十五條  
衆議院規則四百六十七條百九十條

懲罰

四 懲罰

各議院對於其議員。有懲罰之權。各議院因審查懲罰事犯。設懲罰委員。有懲罰事時。議長先以之付委員。使審查之。經議院之議。而宣告之。懲罰有次之四種。(一)於公開之議場。譴責之。(二)於公開之議場。使表適當之謝辭。(三)一定之時間。停止出席。(四)除名是也。懲罰之動議。有犯事以後。三日以內當爲之。議員以二十人以上之贊成。得爲懲罰之動議。議員因無正當之理由。而規定於勅諭之期日後。一週間內。不應召集。又無正當之理由。而於會議或委員會。缺席或過請暇之期限。從議長特發招狀。受其招狀以後。一週間內。仍無故不出席者等。在貴族院則停止。其出席。當上奏請勅裁。於衆議院當除名。此時法律之結果。當然受除名之處分。而於其他之時之除名。以出席議員三分之二以上之多數決之。但衆議院除名之議員於再選當選者。不得拒之。(議院法九十四條。九十九條衆議院規則百六十六條。百八十二條衆議院規則百九十一條。二百七條)

五 議員行爲之許可

議員之請假。不超過一週間者。議長許可之。超過一週間者。由議院許可之。但無期限者。不得許可之。衆議院議員欲辭職者。復得其院之許可。貴族院議員。只由其院之許可。不得辭職。必當經由議長之奏請。(議員法八十一條八十三條貴族院規則百五十九—百六十六條)

### 第五節 帝國議會之召集開會閉會停會議事方法及衆議院之解散

帝國議會者。非無間斷行其事務。乃有期之事務所也。兩院議員雖既確定。而議會不能於天皇或攝政之命之外。自爲集會閉會。而我帝國議會。由貴衆兩院而成。故其召集開會閉會會期之延長及停會。兩院當同時行之。不可一院獨存立。故衆議院受命解散時。貴族院當同時被停會。(憲法四十四條)

#### 第一項 召集

召集者召集貴族院議員。及因選舉而得資格之衆議院議員之謂也。召集之目的。非在議會。而在議員之各個人也。或曰憲法第七條及第四十一條。有召集帝

國議會之文字。故作召集議員解者。反憲法之明文。此議論實際上無利益。故無須爭論。余採如上之解釋。帝國議會。有一無二召集者。召集多數之意思。主體於一所之意也。故非召集一個之議會之意。憲法第七條。用議會之文字。因接續後開會閉會以下之文字之便。非召集議會之意。議員由天皇或攝政者之命之外。無自爲集會之權能。若不依天皇或攝政之命而集會者。非帝國議會。而欲紊亂朝憲之徒之集合也。故其議決。不生國法上之效力。

議會之自集。我憲法之所不許。然而獨逸之各國中。非無許之者。依薩克森懷買羅憲三四、屋而登勃羅希憲一五〇規定議會解散後。於法定期間內不召集時。被解散之議員。得以其舊資格自爲集會。又依薩克森酷勃羅希憲一五八一六〇。屋而登勃羅希憲一九八。定君位交替時。最後集會之議會。不待召集而會合。依蒲倫修懷衣希憲一一三一八八年三月二十六日法三定於揭於憲法一一三五之情形時。議會得自集會議。決此等規定。但屢稀有之例外。一般憲法。無認爲議會自己集會之權。

議員自集會  
非必依爲亂  
國憲只普通  
集會條例而  
取汲而見爲  
議員之行動  
有不可則有  
差異而已

## 召集之勅諭

議員自己集會。紊亂國憲。雖然我刑法別無罰之之明文。獨逸帝國刑法第八十一條。規定對強欲變更獨逸帝國憲法。又各支分國之憲法者。召集之目的。在集議員。於明治十四年十月十二日國會開設之詔勅宣布（期明治二十三年召集議員開國會）云云。議院法九九條（規定議員無正當之理由）（中略）而不應召集。云云自明。

或論者謂召集中者。包含議院之成立爲止。亦誤也。議員之成立者。蓋謂應召集之議員。於勅諭指定之期日。集會於各議院之會堂。於各院選舉議長副議長之候補者各三名。而請勅任。各院依抽籤法。分割總議員爲數部。部員中互選各部部长一名。如是被勅任爲議長副議長。定議員之議席部屬。當行其職務。故成立者係議院自己之行爲。而非天皇之行爲。故謂成立包含於天皇之行爲之召集中者誤也。

召集之勅諭。以登載於官報爲已足。在法律固不限定其形式。雖然議院法第一條。定發布勅諭。即對於議員各個人。不須交付召集狀之意也。召集之勅諭。發布

## 召集之場所

時。議員於勅諭指定之期日。當集會於各議院之會堂。對於無正當之理由。而不應召集者。照議院法第九十九條。定其制裁。至於論召集之論所。當在何地。則照議院法第二條云。受召集之議員。當集會於各議院之會堂。此外法律不明示其場所。然我國議事堂在東京。以故苟非特指定其場所者。照議院法第二條之解釋上。仍當作東京解。若召集於東京以外之地時。須以勅諭。特指定其場所。召集之勅諭。係關於國務者。故要國務大臣之副署。

帝國議會。每年召集之。(憲法四十一條)如李漏西憲法第七十六條。規定(王國議會

之兩院。通常以從每年十一月初旬起。至翌年一月中旬止之會期。國王召集之。此外或於必要之時召集之。其他諸國。亦有如此定期間者。雖然我國無如此之制限。故苟每年開會後。從一月一日起至十二月三十一日止。無論何時。均可但召集之勅諭。定集會之期日。至少當於四十日前發布之。(議員法一條)以議定豫算爲目的。每年召集之議會。謂議會於臨時緊急必要時。常會之外召集者。謂臨時會。其他尚有解散後之議會。議院法第一條。規定常國議會召集之勅諭。所定

以豫算議定  
爲目的者爲  
常會云云說  
明似稍失

當常會似不  
當限於議定  
豫算之目的  
於常會不議  
豫算亦似不  
妨

議院法第一  
條規定議會  
召集之事常  
會與臨時會  
會者無區別  
及解臨時會  
故凡召集皆  
可適用獨集  
散後之召集  
適用本條而  
臨時會不  
用似無理由

集會期日。至少四十日前發布之。未設常會與非常會之區別。故該條文雖於緊急之時之臨時議會。似亦可適用。然憲法第四十三條。規定於臨時緊急必要時。常會外。召集臨時會。而憲法豫見緊急必要者。有不許拘泥議院法之規定之性質。故所謂四十日之豫定期間。當解作於緊急議會不得適用。因之臨時議會之召集。與集會之期日。其間不須四十日之期間。召集以適當之最短期間可也。日清戰爭。當時召集於廣島之議會。勅諭發布之日。與集會之日。相隔僅二十三日。亦不為違法之召集也。但解散後之議會。照憲法第四十五條之結果。係當然召集者。然非臨時緊急之議會。故從議院法第一條。至少必於四十日以前。發召集之勅諭。常會之會期。為三箇月。必要之時。可以勅命延長之。定臨時會之會期。依乎勅命。於解散後之議會。別無會期之規定。然余信為非常會。(解散後之議會非常會當於法四十一條所謂常會說明之)因會期無制限。天皇得思惟於必要之範圍內。定其會期。於實例亦然。

定一年中一定期間內。召集議會。李滬西外蒲倫修懷衣希一八八八年三月

二六日法二（正月）謔姆勃羅希憲二三（二月懷而塞克憲五五（一〇月）等是也。

第二項 開會

開會者。開帝國議會之意味。使議會有可得開始議事之狀態之謂也。開會以前議院之行爲。爲帝國議會之行爲。不生國法上之效力。依議院法第五條之規定。兩議院成立後。以勅命定帝國議會開會之日。使會合兩議院員於貴族院。行開議式。於此時貴族院議長。行議長之職務（議院法六條）議院之開會。從天皇賜開議之勅語。各院對之。捧呈奉答文。以爲常例。

開會於召集後。若干日內行之。我憲法及議院法。皆缺其規定。然召集者以開會故也。所以召集後於相當之期間內。必長命之開會。或曰憲法第四十一條。規定帝國議會。每年當召集之。不云每年當開會。故召集須每年行之。開會不要每年行之。然此愚論無須多辯。召集爲開會之行爲。召集之中。包含開會。離開會無召集。然則開會亦祇於召集後得行之。且憲法第六十四條。規定國家之歲出歲入。

每年以豫算。經帝國議會之協贊。從此規定。議會亦必須每年開會。論者又曰憲法第七十一條。有云。（於帝國議會。不議定豫算。又未至豫算成立時。政府當施行前年度之豫算。）此對於憲法第六十四條之例外規定也。而第七十一條豫算不成立之情形。亦包含之。故召集議會。因不開會。不能豫算之時。亦第七十一條之規定所豫見也。故召集後不開會。亦所自由。然憲法第七十一條之規定。乃見有因不得已之事情。而有豫算不成立時。決非與召集後一年不開會之權利。權利於天皇也。元來法之解釋。不許只從一面曲解之。必綜合多數之規定。而加適當之考察。第六十四條。第七十一條。共憲法之正文也。比較兩者。善考其精神之所在。則不至生此等形式的解釋。離目的。不能解物之性質。召集與開會分離解時。恰如所謂水利事業。雖目的而解水利組合。又如外教育之目的。而解學校組合之性質。其斷案之誤。蓋當然者也。

### 第三項 閉會

閉會者。閉會期之謂也。申言之。置議會於不能議事之地位之謂也。論者或謂閉

會者。使消滅開會之效力之天皇之命令也。若閉會使消滅開會之效力。則開會中所爲之議院行爲。因閉會而以一切無效。此謬說也。閉會者。由勅令。當於兩院議院合舉行之。(議院法三十五條)閉會者會期已終。依會期不繼續之原則。未經一院之議決。或雖經一議院決。而未經兩議院決之一切議案。建議請願等。不繼續於後會。(議院法三十五條)故於次之會期。欲議決同一之議案。必新經與前同一之手續。但至既經兩院之議決。雖未經天皇之裁可。無更經新手續之必要。如委員會。雖照原則不能行其職務。而議院法第二十五條。特設例外。各議院依政府之要求。或經其同意。議會閉會之間。得以委員使繼續審查議案之事。

遮倫訥普國國法第五版第一〇卷三〇號三四九頁。否認會期不繼續之原則。蓋以憲法之明文。無何等之規定爲理由也。然如辯買衣耶國法學一〇三號註九所論。此原則既被一般所認無疑。立於慣習法上。故不必待明文也。

從開會至閉會或解散之間。謂之會期。帝國議會之會期。以三箇月爲最短。故除解散之情形外。不許縮短至三箇月以內。於有必要時。可以勅令延長之。(憲法四十二條)

但議會每年當召集之。召集之勅諭。從集會之期日起。至少必於四十日以前發布之。而若於其以前。議會非因閉會而使消滅召集之効力時。則不能再召集。故於會期延長之時之閉會。至少當存出翌年十二月三十一日爲止。更得召集次之議會之時日而行之。

#### 第四項 停會

停會者。停止因開會而生之議會之活動者也。停會之權。亦屬於天皇。議院法第三十三條之規定。政府無論何時。於十五日以內。得命議院之停會。拘泥法文而論者。以此認爲國務大臣有停會之權者誤也。憲法第七條。明以停會之權。使屬於天皇。議院法之効力。在憲法之下。故不能以議院法。動憲法。第七條之規定。議院法所謂政府之文字。當與天皇同義解釋。

停會者兩院同時行之。因停會兩議院議事之自由。被其停止。雖如委員會。亦不得開之。停會與閉會異。非閉其會期也。故會期不斷續之原則。不能應用於停會之時。議停會之後。再開會時。當繼續前會之議事。(議院法三十三條)

停會或有爲解散之準備而行之者。或有議會紛擾難得公平之議決時行之者。或有因斷續議事之準備未整而行之者。憲法第七條。不限定。命停會之原因。故天皇無明示理由之必要。得單指因憲法第七條。而命停會。經過停會之期間時。無須別爲開會式。得再開議事。外國憲法。停會有多少之制限。而依我國之議院法。除每回不得過十五日以上之外。別無回数之制限。故同會期中。無論何回。不妨行之。停會中之期間。於會期中計算之。

李漏西憲五二八之規定。(國王得命議院之停會。但無議院之承諾。停會期間。不得超過三十日。又同一會期中。不得重爲停會。) 薩克森懷買羅憲三四。新落衣思憲九七。亦有同樣之規定。其他謔姆勃羅希憲二五。六十日。懷羅臺克憲五四。二月。蒲倫修懷衣希憲一四七三月。薩克森一八七四年十月十四日法四。屋而登勃羅希憲一四九。舊落衣思憲七八等。定爲六箇月。此皆停會最長期間之制度也。大抵於同一會期中。皆不得再度停會。

與停會國名而當區別者。衆議院解散之時之貴族停會期是也。議會之會期通

於兩院。憲法規定帝國議會之會期。然非但認貴族院之會期。故議會之開會閉會。兩院當同時行之。而衆議院被解散之時。議會之會期當然已盡。不得云貴族院獨在會議中。要之此時之停會。與停會有同一之効力。故解散後更至開會時。雖貴族院亦不能斷續議會前之議事。而爲新議事。(議院法三十三條三十四條)故停會前於貴族院議否決之法律案。可得提出之。又衆議院解散後之貴族院。議員與普通停會之時異。不享有定於憲法第五十三條之身體之自由之特權。

#### 第五項 議事方法

關於議會議事之大原則。憲法之所規定。然至其細目。議院法及各議院規則之所定也。其大要如左所述。

### 成立開會

#### 一 議院之成立及開會

議員應召集。而於一定之期日。集會於各議院之會堂時。各議院依抽籤法。各割總議員爲數部。每部部长一名。於部員中互選之。又於衆議院選出議長。副議長之候補者各三名。而奏請勅任。但貴族院之議長。副議長。從議員中任之。專由天

皇所專勅任也。(貴族院令十一條)各議未被勅任議長副議長之前。書記官長。行議長之職務。議長副議長。既受勅任。議院之部屬已定時。謂之議院之成立。兩院成立之後。以勅命定開會之日。兩院議員。會合於貴族院。行開院式。(議院法一百六條貴族院規則一、二、二十四條)

## 委員

### 二 委員

各院議。依種種之必要。設以委員。各議院之委員。爲全院委員。常任委員及特別委員之類。全院委員。以議院之全員爲委員。

全院委員。議院法第二十條之衣意。甚曖昧。元來委員者。從多數中選出特定之人。行或事務之意也。故委員云者。必當爲全員之一小部分。然以議院之全員爲委員者。委員與議員。爲同一之數。殆非委員之意。吾人淺學。苦不能知。全院委員。有如何必要。獨逸諸國憲法。殆無全院委員。只於英國憲法。有全院委員。Committee of the whole House 若議案通過第一讀會。則付記於全院委員。其方法謂決議從(本院出遷於全院委員會) This House will resolve

itself into a Committee of the whole House 議長問（余將退此席乎）I da  
leave the Chair 得其承諾時則退席而全院委員長代之於此法案之字句加  
以精密之討議以之報告於議長議案在委員之手時無論於何部分得加修  
正而委員會無異議時當移於三讀會其方法謂發問此議案當通過耶。This  
bill do pass 若無異議則使書記官以議案送付於貴族院吾人不解何故  
我立法以議院之決議爲不滿足而更設全院委員議員全體爲委員則不特  
立全院委員會之名目且足以直接構成議院之決議我立法恐做英國之例  
然彼國制度余亦不能解也。（議員法二〇條衆議院規則三〇條四一條貴  
族院規則一六條二七條阿痕森憲法及其慣行第二卷二二四頁以下。

常任委員依事務之必要分割之爲數科因審查員擔之事件於各部從總議員  
中選舉同數之委員一會期在其任特別會員因審查一事件以議院之選舉特  
受付託者也貴族議院之常任委員爲資格審查委員豫算委員懲罰委員請願  
委員及決算委員等於衆議院豫算委員懲罰委員及請願委員等皆於每會期

之始選舉者也。但此外雖依議員之動議。認為必要者。可得設之。全院委員會。非議院三分之一以上之出席。常任委員會。及特別委員會。非議員半數以上出席。不能為開會之決議。常任委員會及特別委員會議員之外。禁傍聽。但依委員會決議。得禁議員之傍聽。委員長當以委員會之經過。及結果。報告於議院。此期之終了。雖當然及於委員會。然若因政府之要求。或得其同意時。雖閉會中。尙得以委員會使繼續審查議案。(議員法二〇條貴族院規則一六條五〇條衆議院規則二五條六六條)

### 三 會議

各議院之議長。定議事日程。而報告於議院。日程當先於政府提出之議案。但於他之議事緊急情形。得政府之同意時。不在此限。法律之議案。當經三讀會。以議決之。但因政府之要求。或議員十人以上之要求。於議院以出席議員三分之二以上之多數可決時。得省略三讀會之順序。(於第二讀會許議案之修正憲法改正之議案不許修正故豫想修正之三讀會之規定不適用於憲法改正案之議事可否之外不得修正之議決案無三復之必要)政府提出之議案。除緊急之時。及有政府之要求外。不經委員會之審查。不得議決之。凡發議議案。及議院之會議。對於議案。發修

正之動議者。非有二十人以上之贊成。不能爲議題。

議案有政府所提出者。有兩議院所提出者。後者一院於議案議決後。送致於他院之時之謂也。政府既提出之議案。有議院法第三十條之規定。故政府得更自修正之。或撤回之。而議院之提出案。其院不能自己加以修正。或撤回之。凡議案當從最後議決之議院之議長。經國務大臣奏上之。受其裁可者。以次之會期爲止。當被公布。不然者。當作爲不裁可者。（議院法二十六條—三十二條貴族院規則五十一條百十六條衆議院規則七十三條—百三十四條）兩議院非各其總員（實際之欠員亦加算）三分之一以上出席者。不能開議事。爲議決。出席者非着席之意也。既在現在議場。得加表決之地者皆是也。其議事以無特規定爲限。以過半數決之。可否同數時。依議長之所決。（議長爲議員有一票之外。更爲議長。而可否同數時。有一票之議決權。）兩議院之會議公開之。但依政府之要求。及其院之決議。可得秘密會。（憲法四十八條）從政府提出之議案。先在何議院。得以自由。獨至豫算案。必須先於衆議院提出。（憲法五十六條）

## 議院關係

### 四 兩議院關係

甲 議案可決政府之議案。或修正。已決議時。移之於乙議院。乙議院於甲議院之議決。同意或否決時。則奏上之。同時要通知於甲議院。乙議院否決甲議院規出之議案時。當通知於甲議院。

乙 議院對於從甲議院移來之議案。修正時。當回付於甲議院。甲議院於乙議院之修正。有同意時。則奏上之。同時當通知於乙議院。若不同意時。可求開兩院協議會。從甲議院求開協議會時。乙議院不得拒之。

兩議院協議會。由兩議院各選舉十人以下同數之委員。使會同委員之協議案成立時。議案從政府受取或於提出之甲議先議之。次當移之於乙議院。對於議會成立之成案。不許更爲修正之動議。協議會不許傍聽。(議院法五十三條—六十一條)各議院不得向人民發告示。或因審查召喚人民。及不能派出議員。又除國務大臣及政府委員外。不得向他之官廳及地方議會。照會往復。從各院爲審查之故。向政府求必要之報告。或求文書時。政府除涉於秘密者外。當應其求。(議院法七十二條—七十五條)

五 國務大臣及政府委員

國務大臣及政府委員於議院發言。無論何時。可得許之。但不得因此使中止議員之演說。議院中以議案付委員時。國務大臣及政府委員。無論何時。可得出席於委員會。述其意見。委員會經由議長。可求得政府委員之說明。國務大臣及政府委員。除已爲議員者外。於議院之會議。不得預於表決之數。(議院法四十二條—四十七條)

#### 六 議院之議決與天皇之關係

各議院依憲法之規定。被附與之事務範圍內。不受天皇意思之拘束。而有獨立之議決權。不特不受選舉者之訓示。即爲主權者之天皇。亦不能強制議院。使從自己之意思。而議決縱令有如此之詔勅發布。及本於政治上之理由。而非從憲法上之原則來者。故議會無服從此詔勅之法律上之義務。

英國君主。於普通之時。(謂開會閉會等之時外)欲傳其意於國會。不可不使。其方法或貴族院於大法官。Sord Chancellor 庶民院於議長。The speaker 公然傳其意思者有之。或從內閣員或宮內官。以口頭。將君主之意思

傳於自己所屬之院者。亦有之。或內閣員於貴族院或庶民院。討議之際。傳君主之意者有之。然於此等之時。只得傳關於事實者。如左右院之議決之勅旨。不能傳也。千八百七十六年庶民院之某議員。討議中述曰。政府提出之問題。暗受女王之內意者也。對於此時。有大宰相奇思累利。必欲因女王之故。排斥此議員之說。且述曰。余欲排斥此說。而其前。先不可不請院之許可。蓋無院之許可。而以君主之名。入於討議之中。違背院之規則也。此時庶民院之議長。判決云。以左右院之決議爲目的。用女王之名於討議之中者。違反院之規則。無論矣。若奇氏之言。關於事實者。無左右院之決議之目的。以院之許可。用女王之名。不能發見不當之理由云云。於關於此點。我憲法之實例。亦有可參照者。（高田早苗講述英國憲法講義一四三頁——一四六頁）

#### 第六項 衆議院之解散

衆議院之解散者。於期間滿了前。使消滅衆議院議員全體之任期之謂也。解散只使消滅任期而已。故不奪被解散之議員之被再選資格。於立憲君主國。殆無

## 開會中解散

例外認君主之議院解散權。依外國之立法例。解散之目的。祇限於因選舉而被組織之議院。至於專由世襲及終身之議員成立之上院。無被解散之事。我貴族院。雖不皆由世襲議員及終身議員而成立。而憲法亦不認貴族院之解散。只限於衆議院。衆議院解散。會期亦終了。未受解散之貴族院亦然也。蓋會期者兩院之會期。非一院之會期。於衆議院解散之時。貴族院之停會與閉會。有同一之效力。

解散之權在天皇。憲法不制限解散之事由。故無示理由之必要。得只明示據憲法第七條。命衆議院解散。在議會開會中。解散之命令。即下於議院。非開會中時。則登載於官報。

解散於閉會中亦得行之解散。後新選出之議員。召集開會之前。不能解散。何則。憲法第四十五條。規定（衆議院受命解散時。以勅命使新選舉議員。從解散之日起。五箇月以內。當召集之。故從令行再度解散。不可不一度召集也。）（憲法第四條單云召集而不及開會然召集者因開會之故也既開會即不能解散）

解散者。常例於開會中行之。雖然法律上無閉會中不能行之之理由。何則。以議員之任期。雖閉會中猶存在。而得使消滅之也。勞痕訥普國國法第一卷三五五頁注四。載婆羅獨逸國法原理第五版第二二卷三二二頁。海而脫憲法論第二卷四七九頁注三。盤而巴威倫國法第二版四七〇頁注一一。門羅瓦執堡國法第一卷五九八頁六〇六頁注二等。亦誌閉會中之解散。但理論上實例上不無異論。於實例門羅所著書中。舉瓦執堡之國會實例。可參照憲法四四條。衆議院受命解散時。貴族院同時被停會。故憲法如作祇認開會中之解散者。雖然。同條見開會中之解散之時之規定。而無爲此禁閉會中之解散之意。

解散後之議會。非常會。亦非臨時議會。稱解散後議會之特別議會也。此時無臨時議會無疑。雖然。其爲常會與否。有多少之議論。然常會者。憲法第四十一條規定。每年必召集之。反是解散後之議會。無解散之事實。則不受召集。且有解散必當於五月以內召集。所謂每年之觀念。一切不包含之。特從憲法規定之體裁觀

余輩念立法之不備故希望關於解散後之議會會期之規定然於現時無規定解釋上信爲不得不從甲說

之。第四十一條揭常會例外解作。於第四十三條揭臨時會。於四十五條揭解散後議會爲正當。關於此爭點。實際之價值。在會期之點。即解散後之議會爲常會。則其會期當然必爲三箇月。反是若爲特別之議會。則生二箇之見解。甲說謂其會期當與常會同。爲三箇月。其理由以議會之會期。憲法十二條規定上原則。三箇月也。而臨時會之會期。有特以勅命定之明文。雖然解散後之議會。無此特別規定。故當依原則爲三箇月。乙說謂會期當三箇月。限於常會。故臨時會勿論矣。解散後之議會會期。天皇所自由定之。余贊成乙說。即解散後之議會非常會。亦非臨時會。而特別會其會期任意從天皇之所定者也。

憲法定帝國議會每年召集之。又命國家之歲出歲入以每年豫算。經帝國議會之協贊。而臨時議會解散後議會。不特皆爲帝國議會。且憲法不規定豫算必提出於常會。故苟開會於可得議決豫算時期之議會。不向臨時會與特別會。可得提出豫算。又既經其協贊以後。更無召集常會之必要。又特別會期無制限。故有必要時。三箇月或三個月以上。亦亦得爲之。憲法第四十二條。帝國議會之會期。

爲三箇月。議定豫算國會之會期。無必須三箇月之意。而於普通之時。以議定豫算之目的召集之常會會期。當爲三箇月之意也。故臨時會或特別會。提出豫算。其會期不必要三箇月。

但就憲法第四十一條則可解作無論在臨時會。或特別會。其年內一度被召集。則不必更召集常會。何則同條謂帝國議會每年召集之。而不限定其種類也。然有憲法第六十四條之規定。故每年開議會。必在可得議定豫算時期。如是苟惟一年開一度之議會。可得議定豫算。則縱令臨時會特別會。於憲法之要求。無所欠缺。依會計法各省豫定經費要求書。以前年度八月三十一日爲止。送附於大藏大臣。故大藏大臣調成總豫算案。尙當在其後。然則八月三十一日以前。雖已召集一度臨時會。或特別會。尙當於八月三十日以後。翌年三月三十一日以前。必須再召集議會。使議豫算。然既總豫算案出來後。召集臨時議會。或被召集解散後之議會。提出豫算。無所障礙云。

### 第三章 政府

政府者。非統治之機關。何則。政府之文字。如後所述。無一定之意義。若爲統治機關。不可不有一定之意味。或者以國務大臣爲政府者有之。然其說不特於政府之文字之用例。不適合。且若兩者爲同一。則無別揭政府之必要。或曰。政府者。意思之主體也。有受建議提出法律案及其他行爲之能力。則政府非統治機關乎。雖然。政府爲意思之主體。何故爲統治之機關乎。執行國家之事務。豈止統治之機關。爲統治主體之天皇。非亦意思之主體耶。吾人解作政府者。指爲或統治作用者之名。雖然。其中包含天皇。故縱令政府爲意思之主體。不必生爲機關之斷案。論者主張爲意思之主體。故爲統治之主體者。施行國務之意思主體。非悉以機關爲前提。則不能發生之結論也。

政府之文字。如右所述。若是不確定矣。一一就法文檢查時。覺不能遂定一定之意義。余自己之見解。信政府之文字。如次之解釋爲便。至若各種法文之特別用法。應其時而加適當之見解外。別無他法。

政府者。依國務大臣之輔弼而勸之天皇之謂也。此說初觀似奇特。而吾人則

信爲正當之解釋者也。

(一) 政府者天皇之一面也

外國國法區別君主國會裁判所三者。於立法司法之外。君主爲行政權之主體。而勵之時。謂之政府。此解釋別無可非難。於政府之文字之解釋。獨逸國法學者著書。亦不發見精密之議論。彼等如以此文字爲政治上之用語。於法律學之一分科之國法學。不說明爲政府之國法之地位。我憲法及其他法令。多用政府之文字。亦襲踏彼之用語。而非別以我國特有之文字。由是觀之。其性質亦從彼等所用之意義可也。我憲法以司法權委任於裁判所。立法使議會參與。不屬裁判所之權限。一切統治作用。爲天皇之所留保。此天皇之權。通國務大臣。依其輔弼而行之時。即政府之行爲也。故政府者。通所謂國務大臣之輔弼機關而觀之。君主之一面也。蓋政府表彰統治作用。而統治權在天皇。故天皇向或方面而勵時。謂之政府。無所不可也。

(二) 政府以天皇與國務大臣爲要素

關於國務之天皇之大權發動。必當通過所謂國務大臣之溝渠。而後行之。無國務大臣之輔弼。又無副署時。勅令不生效力。又只國務大臣。則祇爲輔弼大權之附隨的者。而非統治作用之主體。故獨立則不能爲何等之働作。穗積博士以國務大臣。解作政府。雖然元來國務大臣者。如博士之說。爲大權輔弼之機關。而非獨立存在。且其國法上之資格。並非與行政大臣異。離天皇之大權。不得活動也。然則以國務大臣。解作政府。謂有法律案之提出豫算案之編成等獨立之權限。從博士自己之說。無論如何。不能發生其斷案也。溝渠者通水者也。有水始溝渠有其用。然溝渠自身非水。又無生水之力。國務大臣亦然。無天皇之大權發動。獨國務大臣無働作。狀無水之溝渠。不能吐水。故曰政府者。通國務大臣而觀之。天皇之一面。而天皇國務大臣。皆爲政府之要素也。

無論如何者。想政府之中。包含天皇論者。援用（朕政府）云云之文字。謂之政府者。係天皇之政府。而天皇者。非政府之天皇。雖然政府者元來只以受繼天皇之地働言之。動力之主體。常當以天皇爲觀念。於政府提出之各種議案。以

右奉勅旨提出於帝國議會國務大臣副署之形式。是一見而可明者也。申言之。政府者通國務大臣而勦之。天皇之謂也。反是。謂承天皇之命而勦之。國務大臣亦可也。無論何時。動力之根源爲天皇則一也。元來對於天皇吾人之關係。通國務大臣。以直接於吾人者。爲國務大臣。此通常之概念也。

天 國 務  
皇 大 臣

或二個之物體。相爲重複。吾人向其面上。先着目近於吾人者有之。於通三菱鏡而見光線時。七色之光線。如從三菱鏡自身發現者。由同一理。受天皇之命而勦之。國務大臣。近接於吾人。故依天皇之勅旨而勦。恰如國務大臣之勦。此通常人故以政府解作國務大臣。淺視之。如有理。然勦作之主體。常在天皇。此余不採用之也。穗積博士以國務大臣。解作輔弼之機關。又於一方。亦云。天皇之大權。皓如白日之光。通機關而勦之。統治權作用。如通三菱鏡之七色之分。不外日光之分析。云云。何故又以國務大臣及樞密顧問解釋政府耶。余

之所不能解也。

我憲法上之解釋。政府之意義。如前述。然法令用政府之文字。非終始同一意味。故其解釋。不外就各法文決之。或指內閣者有之。或指天皇者有之。其事例如左。

一 憲法第八條規定緊急勅令。於次之會期。不得議會之承諾時。政府當公布向其將來失其效力。

發緊急勅令之權。在天皇。故以無特別之規定爲限。廢止之公布。亦不可不解作屬於天皇。或者謂憲法第八條有政府之文字。故與廢止之權於政府。雖然。必竟爲欲救曲解政府之文字之結果而生之誤論。以吾人所見。解作緊急勅令廢止之公布。亦屬於天皇。現在之實例。亦如此也。如二十六年二月災害地地租之延期緊急勅令。至同年六月以勅令。被廢止是也。

二 憲法第二十八條。規定法律案之提出。於而院及政府得爲之。

李漏西憲法第六十四條。規定法律案之提出權。屬於國王。及兩院。薩克森憲法八五、互瓦堡憲法一七二、巴典憲法六五 a 等。亦於主認法律之提出權。我憲法

第三十八條所謂政府。亦當解作受天皇之命之國務大臣。故法律案提出權者。天皇使國務大臣提出。於其根本言之。則天皇之權也。於實例亦採天皇命國務大臣使提出之形式。此事如前所述。

三 憲法第四十條有建議於政府云云之文字。

建議於政府。與上奏於天皇異。於此時之政府。可解作國務大臣。益上奏與建議。既各別規定。憲法則分別視之。而欲區別此兩者不得。不以政府作天皇以外之國務大臣解。國務大臣。雖只係附隨的之輔弼機關。而建議或事於此機關。而使於輔弼天皇之時。爲或忠言者。不可不謂於上奏以外。亦望其有効之手段也。但現行之規定。國務大臣者。組織所謂內閣之合議府。而輔弼天皇。故所謂政府。亦內閣之意議云。

四 依憲法第六十七條。規定本於憲法上之大權。所既定之歲出。無政府之同意。帝國議會不得廢除或削減之。

憲法上之大權者。天皇之權也。本於此大權。既定之歲出。只就論者所謂政府。即

國務大臣)之同意。而得廢除減削。道理上不可解。故第六十七條之政府。不外受天皇之命之國務大臣。申言之。即天皇也。

五 憲法七十條規定……政府不能召集帝國議會時。依勅令得爲財政上必要之處分。

依第七十條之行文。而解政府不能召集帝國議會時。議會之召集。憲法第七條之明文上。屬於天皇。故第七十條之政府。亦當解作天皇。

論者或辯護第七十條曰。本條之意。非政府不能召集帝國議會之時之意。可改作因內外之情況。不能召集帝國議會時。政府依勅令。得爲財政上必要之處分。然此係論者因欲調停不以天皇解政府之結果之議論。以吾人所見。政府係即天皇故從法文直接之解釋。初無妨礙。且如論者。雖加改作之。尙有不穩妥者。(政府依勅令而爲財政上之處分)者。果何意耶。論者之所謂政府者。非不能出勅令者耶。不能出勅命之政府。依勅令而爲處分。不可不謂文字上稍有矛盾。若謂政府仰勅令而爲處分之意。則過遠之規定也。

六 議院法第三十三條。規定政府無論何時。於十五日以內。得命議院之停會。停會之權。照憲法第七條規定。屬於天皇。故議院法之所謂政府。不外指天皇。

#### 第四章 國務大臣

##### 第一節 國務大臣之國法上之地位

國務大臣者。於天皇親裁之政務。輔弼之之憲法上之機關也。

##### 一 國務大臣者憲法上之機關也

國務大臣。同時爲行政大臣。在各國之制度。殆無例外。皆所通行者也。然照法理論。兩者非不得爲區別。我國制度亦然。行政之大臣。爲行政官廳。從官制之所定。依天皇之委任。有獨立對於外部之權限。官制得以勅令定之。故行政大臣之數及權限。天皇得以勅令自由變更。雖然國務大臣。爲憲法上之機關。故非變更憲法。不得廢止之。又其輔弼之權限責任之原則。除變更憲法之手續外。不許以普通之法令。廢止變更。

憲法規定國務各大臣。各者以多數者。一一指示之謂也。故憲法之明文。不限定

國務大臣之數。雖然從規定之精神上推之。要有二人以上之數。關於內閣組織。明治二十二年十二月勅令第三百三十五號。以內閣總理大臣、及外務、內務、大藏、陸軍、海軍、司法、文部、農商務部、遞信之諸大臣組織內閣。而內閣官制。內閣者以國務各大臣組織之。故現在國務大臣。於九省大臣外。加以內閣總理大臣。其數爲十人。但大臣之名。非必要國務大臣。故於一方如宮內大臣。同時於他方各省大臣之外。依特旨可使爲國務大臣。列於內閣。

## 二 國務大臣者大權輔弼之機關也

輔弼者。使天皇之大權行施。不至違法。又使可達最善之國家之目的之施政之謂也。然國務大臣之輔弼。在參與天皇之意思之構成。且對於天皇決定之意思。無以自己意思強制之力。故若天皇強欲爲違法之行爲時。大臣無爭論之力。於此時。天皇之命令。依天皇一方之意志。定輔弼之結果。與影響於天皇之意思成立時。乃特別者。雖然不聽大臣之諫爭。其被決定之意思。亦不失爲天皇之意思。蓋天皇之憲法上大權。係不要布獨立意思之機關之參與之行爲。立法行爲。要

議會之協贊。議會爲獨立意思之主體。故無可決天皇提出之案之必要。而若議會爲否決。則其一半已見法之不成立。司法權之行爲亦然。天皇使裁判所從天皇之意思。獨立而爲裁判。故天皇係自爲裁判。其裁判非各以於自身爲裁判。獨至憲法上之大權。則不以獨立意思之參與爲要件。故縱令國務大臣。舉反對之意思。而爲奏上。天皇必得發勅令或詔勅。此係從大權之性質而來當然之結果。又國務大臣。所以爲附隨的輔助機關也。

國務大臣之輔弼行爲。與輔署。不可混同。在輔弼。國務大臣於天皇之意思。無與以最終之決定力。然在副署。國務大臣依憲法第五十五條第二項。所被與之權限。故輔署行爲。不能以天皇之命令。強制國務大臣。申言之。副署係國務大臣。以自己獨立意思。可得爲之。或不爲之。蓋副署者。非輔弼行爲。大權之行使。依國務大臣之輔弼而行之公證之方式也。即如法律非依國務大臣之副署而成立。於其前依天皇之裁可而成。勅令及其他關於國務之詔勅。於大臣之副署以前。既已成立。惟其成立要國務大臣之輔弼。故無輔弼之實。勅令或詔勅。國務大臣不

能證其輔弼。故可得拒副署。若副署爲輔弼行爲之一部。則從天皇大權之性質上言之。國務大臣於副署亦可作惟天皇之命是從。而不得拒副署解。或不得不拋棄天皇之大權。不要獨立意思之參與之行爲之說。余以爲輔弼與副署。全然相區別。前者係受天皇之意思之司配者。後者爲輔弼之公證。故得解作無輔弼之勅令或詔勅。得拒副署。

## 第二節 國務大臣之副署

國務大臣之副署者。天皇之行爲。依副署之大臣之輔弼。而公識其所行之事者也。故副署者同時爲大臣責任之根據者也。輔弼之證明。不必限於副署。故依其他方法。被證明天皇不當之行爲。出於國務大臣之輔弼時。其大臣亦當負責任。雖然。至少副署之大臣。亦必依其副署。而負責任。法律勅令及其他係於國事之詔勅。無大臣之副署。則不得實施。

論者或曰。副署者非輔弼之公證。只署國務大臣之姓名者也。且不得拒副署。故可有無輔弼之實而爲副署之事。於此時難言副署爲輔弼之公證。然方今

外國之法學者中。唱（爲副署之大臣仍有不負責任時）之說者。不特無一人。且副署制度之精神。如後所述。蓋所遵守法令義務之要件。係於國務大臣之副署。以通常之副署。不能達其目的時。拒其副署。使違法之法令。無遵由之力。以盡輔弼之術。大臣不行使此副署拒絕權。而副署違法之法令。使君主遂其非。即不盡輔弼之責也。申言之。副署於違法之法令之國務大臣。於不拒副署之事。有責任。故於無副署之行爲。仍有員輔弼之責任之時也。故於已副署行爲。有不負責任者。無是理也。我憲法規定任輔副之責。不規定位副署之責。故雖以副署非責任之根據爲說者。苟精密研究。不得謂副署後尙有不任其責之時也。

國務大臣。有拒副署之權與否。從來學者之間。所爭論者也。余以爲宜以有拒副署之權解。其理由如左。

一 以拒副署之權與大臣者。與君主主體說不矛盾。

謂大臣無拒副署之權之學者。其理由曰。副署者不遇勅令及詔勅。有御名御璽

之外。大臣當署名之謂。副署非大臣表可否善惡之意思之形式。已副署者。非已承諾者。亦非表白同意者。君主命大臣副署者也。副署者大臣之職務。大臣只從君主之命令。行其職務。大臣無不副署之權利。若大臣有拒絕副署之權利。則行大權者非君主。乃君主及大臣矣。以副署爲大臣之承諾同意之說之學者。移大權於大臣之議論也。(穗積憲法講義)夫副署固爲大臣之職務。然職務從一方觀之。非又有職權耶。憲法第五十五條規定。凡法令詔勅。要國務大臣之副署。憲法與國務大臣以副署之權限。於此權限中。彼以獨立之意思行使之。猶如裁判所之判決。議會之協贊。出自天皇之意思。而獨立爲之也。若拒其副署。與君主之爲主權者地位。不相容。則裁判所不從君主之命而裁判。議會反君主之意思而否決議案。拒緊急勅令之承諾。何以與君主之地位相容耶。既認議會之權限。裁判所之職權。獨至國務大臣之副署。無可拒之理由耶。且憲法規定。要國務大臣之副署。若天皇無論何時。得自由命副署。大臣常當服從之。則可謂不必要副署。博士之說。欲以立憲代議政體實施以前。所行副署之制。而說明立憲代議政體

之大臣之副署者也。(謝買衣那國法二二九頁)

二 國務大臣、非行政大臣、

論者又曰。(國務大臣者。對於天皇。在隸屬者之地位。天皇得任免國務大臣。而大臣爲官吏有服從天皇之關係。故天皇命副署。大臣不得拒之)云云。由此點淺視之。似爲有理。國務大臣者。官吏也。官吏之權限。主權者之所委任。又原則。對於元首。有隸屬關係之自分者也。然官吏非必常從天皇之命令。行使其事務。司法官亦官吏也。彼非不服從天皇之命令者耶。行政裁判所之裁判官亦然。依憲法第十條。天皇有定行政各部之官制之權。且依第八條。因執行法律。又因保持公共之安寧秩序。及增進臣民之幸福。發必要之命令。或使發命令。故對於行政官吏。或於行政命令之範圍內。在原則。(揭特例於憲法或其他法律者如依其條項)天皇之命令。有不受拘束之行政官吏。例如司法官。或國務大臣。要雖解作天皇對之當然有命令之權。世之論者。於一方區別國務大臣與行政大臣。而獨至副署之點。欲以行政大臣之法理說明之。以至不得不謂副署者大臣之義

國務大臣無  
拒副署之  
權。蓋法認  
職權於機關  
而以無擔保  
其執行自由

爲限。對於  
統治者之天  
皇。不能謂  
在獨立之地  
位。於憲法  
第五十五條  
之職權。副  
署雖認。而  
不擔保其執  
行之自由

國務大臣何  
故當行其職  
權時常得自  
由耶。吾人  
若難知其理  
由。則如議會  
或裁判所則  
於憲法議院  
法明示或默  
示被擔保職  
權執行之自  
由。

於國務大臣  
吾人不認有  
如此之擔保  
就立法上論  
副署之自由

務。唯當從天皇之命。余前雖謂大臣者官吏。故從天皇之命。受委任而有權限。乃隸屬於天皇。然此只係行政大臣之資格如是。國務大臣與行政大臣異。非隸屬於行政之首長之天皇。統轄行政之各部者也。乃與行政事務。全然相分離。而有輔弼天皇之大權。及副署之權者也。於此資格。國務大臣。非服從天皇者。輔弼之行爲。因欠法律上之強制手段。故不能矯正天皇之反對之意思。此事既如前述。雖然。至於副署之時。以拒之法。使不當之詔勅。無實施之效力。適合憲法設副署之制度之精神。且實係國務大臣之義務也。

三 副署之制度。與君主無答責。有不可避之關係。使無答責之君主。不擅爲違法之行爲之制度也。

君主者神聖不可犯者也。其施政上之行爲。並於其犯罪行爲。法律之前無責任。然君主亦不能無事實上違法之施政行爲。於此時。往往不能不容忍君主之無責任行爲。則國民不但失其生命之安全。於極端之時。可惹起革命。因避此危險。且欲保君主之威嚴。君主行爲。依然無答責。不可不更設救濟方法。因達此目的。

可認者也。不認則不實。微副署之政。治上主義。關於此點。可云我立法。如巴威倫憲法之明言可也。

而發生者。即大臣責任之制度也。君主無責任。故無論如何行爲可欲爲之。且可爲之。唯使君主之行爲有效。必要大臣之副署。然大臣若副署違法之勅令。即被問其責任。故彼可拒副署。如是君主之違法行爲。因以責任被威嚇之國務大臣而受阻礙。國務大臣恐自己之責任。而不爲副署。不副署則違法之命令。對於臣民。不生效力。以此防止君主之專橫者也。故大臣之責任制度。從政治上之理由言之。常與君主之無答責。並行不悖我國之大臣責任亦然。天皇神聖不可犯。故有大臣責任制度之必要也。或曰政治上之理由。不足以資法律之解釋。然法律者非目的。乃手段也。因爲充或政治上之必要。而制定憲法。發布法令。政治上之理由。何以云與法律之解釋無關係耶。法律者非章句之學問也。

#### 四 不與國務大臣以拒副署之權。則反乎責任之根據。

國務大臣。代無責任之君主。負擔責任之說。學者異口同聲。所非難者也。叩其理由。謂對於無責任之行爲。他人無代負責任之理。吾人亦甚信之。即大臣之行爲。不因他人之過失而爲自己之過失。以負其責任者也。於亦余更欲進一步而問。

之國務大臣於自己過失負責。爲如何意義。國務大臣於其輔弼行爲。當負責任。這人所不疑。蓋憲法有明文也。而副署者。國務大臣公證輔弼天皇之行爲。則亦當無反對者。若假定副署爲國務大臣之義務而不得拒者。則可生左之斷案。

a 國務大臣。不得拒副署。君主之行爲無論何如違法時。亦然。

d 副署者。輔弼之公證也。

c 國務大臣。依輔弼而負責任。

b 故國務大臣於自己之意思。一切不關與之君主之違法行爲。亦不得不負責任。(斷案)

以上之命題。包含二個大無道理之處。第一副署之強制主義。與輔弼與行爲之性質不一致。是也。輔弼者。即天皇爲適法行爲之謂。對於違憲不當之命令。用強制的。(即用機械的)嚴命副署。不過諸諸從之。誰人能信此爲輔弼之行爲乎。第二依天皇之命令。勉強爲之副署。則國務大臣。全然無自由之意思。不過爲天皇之機械。至於以天皇之命令所強致。而知其非而副署之。且尙有過失。當問其責

故關於此點

任乎。於此時國務大臣所有如何過失。如以現刑法第七十六條之規定。（依本屬長官之命令。以其職務而爲行爲者。不罰之。）使與官吏服務規律第二條規定。（官吏於其職務。當遵守本屬長官之命令。）其結果。不相矛盾斯可。責任之理論。雖刑法與其他之時。不必同一。而苟無特別規定者。依一般之原則者。當然之理也。天皇自命爲不法。大臣有服從之義務。則大臣者何等之過失。雖堯舜處此。尙不能出於別途。而猶謂之過失。則天下何者可不負責任。故曰不與大臣以拒副署之權。反責任之根本者也。

國務大臣。苟其得拒副署。則彼無論何事。抵抗君主之行爲。而施政之實權。且從天皇移於大臣。以是爲憂者有之。然是杞人之憂也。天皇有大臣之任免權。大臣若不從君主之意思。君主不問於其詔命因違法而拒之時。與適法而亦拒之之時。皆得罷免大臣。猶如無論何時。得解散帝國議會也。大臣於一方恐失其職。而無故意拒君主之命令之事。他方恐責任彈劾。而不當副署違法之法令詔勅。是即大臣責任制度之妙處也。

副署爲責任之根據。雖然不副署而於輔弼有過失。國務大臣亦負其責者也。副署爲責任之根據云者。非不副署無責任之意之謂也。

國務大臣得拒副署之說。非余之斷。爾買衣愛而獨逸國法學二二九頁論云。(副署者。立憲政體之成立以前。既行於多數之獨逸諸國。但其目的。只保證君主親署之正確。而移於立憲政體以來。副署者。以對於君主之政治行爲。定當員責任者爲目的。故國務大臣之意見。與君主之行爲。不一致時。在得拒副署者之地位。大臣之拒副署。非以君主之行爲違法時爲限。雖從政治上之理由。亦得拒之。)伯偏哈克普國法論第一卷五三頁曰。(國務大臣。於其區副署之君主之行爲。任其責。故彼思惟君主之行爲違法時。當然可得拒副署。且拒之者乃屬國務大臣之義務。惟副署之拒絕。以君主之違法行爲爲限。而從政治上之理由。不得拒之。)如盤痕劇民控思他痕者。趨於此主義之極端曰。(既使大臣負擔責任。不可不使彼有獨立不羈之行法權。何則。以君主(即自命令自働之君主)爲無答責。則其手足。不過爲機械。以爲有責任。違反公正之大

原則也。故國務大臣爲獨立行政之主體。於其職務之範圍上。爲王之代表者。王恰如有議會解散權。蓋只有罷免大臣之權而已。彼之意（謂勳者當有爲不正者。不正則有責任。故欲使王無責任。則不可使勳）是也。即王非統治者。欲實行 *Le roi rogne mais il ne gouverne pas* 之原則者也。控氏之說。柴梅由利國務大臣責任論一頁一九頁。及 Benjamin Constant *Cours de politique Constitutionnelle projet sur la Tespon sabilites des ministres* Esquisse de Constitution等。可參照。

當負責任之要素中。最重要者所爲。無所爲者。無責任。所爲者。本於人類之意向。Mensliches Wollev 之事實也。換言之。從人類之自由意思。或任意。Willek 三所發生之外界變動也。無意思之活動。Willems behatigung 則無所爲。又無不正。然無外界之變動。即結果。亦無所爲。無不正。（利思脫獨逸刑法第九版一一七頁第一。國務大臣用積極的（即因作爲）使天皇爲或違法行爲時。爲責任之根據。別無可疑。第二。不阻止君主之違法行爲。大臣之責任。於所謂

不作爲犯相類似。不作爲者。任意不防止結果之謂也。於此時意思活動。因神經之支配。而使肉體之運動不表現。乃不受強制。（意思活動。不因加機械的之強制。又用精神的物理的之手段。而生精神上之強制。因觀念 *Vorstellung* 而決意之人類之作爲不作爲之謂也。依於觀念。而決之本人之姿勢也。故不作爲爲責任之根據。祇限於不變強制。自己任意。因觀念而決意時有之。故大臣因強制。而副署之行爲生責任之說。無論從如何之點觀之。皆不當者也。若謂因反乎責任之原則。而被強制之副署。不爲責任之根據。則法令要副署之制度。爲失其實。利思脫刑法一五頁勅一三〇頁。

凡法律勅令及其他關於國務之詔勅。要國務大臣之副署。法律及關於一般行政之勅令。親署之後。鈐以玉璽。內閣大臣記入年月日。與主任大臣俱副署之。屬於各省之事務。主任大臣記入年月日副署之。（公文式）（三條）詔勅不關於國務者。不要副署。例如授位階勳爵。發使者於議會。表示意思。或發最高命令於軍隊。即不要副署之時也。

授位階勳爵者。非關於國務之詔勅。故不須大臣之副署。爲君主之榮譽權。無副署而可行者也。但有反對說。(本論第一部第一章第三節榮譽權注可參照)以爲憲法第十五條。有天皇授與爵位勳章及其他之榮典。爲天皇之大權。故要副署。雖然憲法上之大權。不必生關於國務之詔勅之斷案。規於我國之實例。榮典授與賞勳局吏署名之外。無大臣副署之事。

國務大臣之任命。及行大赦特赦。要副署。國務大臣全部更迭之時之副署。有種種之見解。辯而盤而獨逸國法原論百〇二頁註二云。大臣之任命。不必要副署。何則。若辭任大臣。於新大臣之就職不協時。則生君主終不能任命大臣之結果也。屋批智薩克森國法第一卷百六十六頁。休懷而智普國憲法注釋百二十八頁。亦唱類似之說。此說從大臣得拒副署之見解而生之結果。於此點。余亦於不得已時。解作不要國務大臣之副署。或反對此說者。謂君主不得因任命大臣。而謀爲違憲違法之行爲。故大臣之任命。不要副署。(載婆羅國法學原論萬二卷四〇號)然君主若任無資格者。例如因彈劾裁判而被免職務。且被奪就類似之官職之資格者。爲大

如貴說似無  
可下解釋之  
理由豈得欲  
補下法之欠

臣時。明明違反法律。故載氏所唱。不必要副署之說。無正當之理由。又如荷買衣耶（國法學二二）謂於此時。得使新大臣副署自己之任命。然依高等官官等俸給令第二條之規定。於任官之辭令書原則。要總理大臣。或首座大臣之副署。故未得此辭令書以前。而謂國務大臣有副署自己任命之權。不可解也。

高等官俸給令。乃係定原則者。而例外不得已時。不外作不要副署解。前任大臣有拒副署之權。而若作大臣之任命。無論何時。要副署解。則除買衣耶氏之論。作新大臣得副署自己之任命解外。無說以處此。

以副署爲國務大臣之義務（即無拒之權）之論者。關於此點。初無困難。即先任大臣。從君主之命。須副署後任大臣之辭令。余認大臣有副署拒否之權。故不贊成此說。

對於大臣任命副署之學說。可參觀荷買衣耶 國法學二二九頁。註一九余等共譯同書三四二頁—三四三頁。

### 第三節 國務大臣之責任

我憲法上之解釋。國務大臣者。輔弼天皇之行爲。於違法時。不論副署與否。當負擔一定之責任。此解釋之外。不能加何等之說。以下當順次說明之。

一 國務大臣負擔之責任。不出君主大權行爲之外。

責任範圍。不出大權範圍之外。與天皇憲法上之大權。自有區別。輔弼之範圍。祇限於後者。似失之狹。憲法廣爲規定。輔弼天皇任其責。無制限。關於憲法上之大權。規定之也。

憲法定天皇可得親裁之行爲。謂之憲法上之大權。國務大臣之輔弼行爲。祇限於天皇憲法上之大權者也。故無論何時。不屬天皇行爲之範圍者。大臣無輔弼之權。故無論任。然就天皇之大權行爲。不必謂皆負其責任。憲法謂關於法律勅令及國務之詔勅。要大臣之副署。故只就須副署之行爲。設使負責任之制度可也。要之限於天皇憲法上之大權行云者。國務大臣之責任。不及此外行爲之最大界限。而於其內。限於或特別之行爲。使負責任者。非違反憲法。我憲法不定君主無論爲何行爲。大臣當負責任之法律。故不必加精密之說。

憲法第五十五條。法律亦使包含之。立法雖爲大權。而非憲法上之大權。故副署法律云者。似與本文之說相抵觸。然立法行爲中。裁可公布等。亦包含之。此等若作別箇觀察時。可謂天皇憲法上之大權。故不妨依大臣之輔弼而行之。

於大臣所發省令之適法不適法。大臣所負之責任。非所謂大臣之責任。何則。國務大臣爲輔弼之機關。無獨立行爲之權限。如所發省令。乃爲行政大臣之行爲也。若爲行政官吏之行爲。違反現行法規。則附以懲戒處分可也。奚必設彈劾之制度耶。思他晉行政論第一卷第一部三四九頁之說曰。（國務大臣之法律上責任。謂使各省大臣發省令。不違反現行法之原則之全體也。）援用於我國法上。不特失之太狹。且爲不當之見解。喬買衣而亦曰。（大臣者於法律上自己之行爲。並其副署君主之命令。負不脫出法律之制限範圍之責。然於國法學一百八十四號）云。法律有特別規定。見爲不然者。則輔弼之國務大臣之責任。只限於使君主之命令不逸脫法律之制限之點。不要多辯者也。

憲法規定法律勅令。其他係於國務之詔勅。要國務大臣之副署。故大臣之責任。亦不妨止限於其副署之行爲。蓋副署者補弼之公證也。而限特定之事項。必要副署之趣意。在乎於此事項。必用國務大臣輔弼之謂。又須有責任之大

臣參與之謂。故於以外事柄。不得不解作不須待國務大臣之輔弼。外國之立法例。大臣之責任。亦限於副署行爲。相一致者也。

非政治上之責任。

二 大臣之責任、非政治上之責任、

依外國公法學者所說。大臣政治上之責任。謂以其措置之利害得失。說明於議會之責任也。然此責任祇政治上之實地問題。非法律上之責任。故不限於法律學一分科。憲法之所論。依議院法第四十九條。對於兩議院議員提出之質問。國務大臣當即爲答辯。又定當答辯之期日。不爲當辯時。當明示其理由。故依議院法之規定。國務大臣。無絕對的答辯之義務。說明自己措置之利害得失。亦非法律上國務大臣之義務。惟議院法第四十四條規定。(委員會得經由議長。求政府委員之說明。)要之大臣之責任。爲法律上之責任。而非政治上之責任之謂也。

懲戒上之責任。

三 大臣之責任、非懲戒上之責任、

懲戒者。官吏違反其服務義務時。科以苦痛。因便將來遵守義務。又因於有害之

官吏。剝奪官吏之資格。天皇或受其委任之上級官廳所科者之謂也。官吏對於上級官廳之義務中。最重要者。服從之義務也。依官吏服務規律第一條。凡官吏對於天皇陛下。及天皇陛下之政府。主於忠順勤勉。當從法律命令。各盡其職務。依同第二條於其職務。當遵守本屬長官之命令。故官吏者天皇或上官之命令。凡屬於天皇上官之權限。或屬於自己之權限範圍內者。則常不可不服從之。對於服從天皇或上官之命令。所爲之官吏行爲。不能加以懲戒。今者假定國務大臣之責任。爲懲戒上者。國務大臣無得拒副署之地位。爲論者之說。則國務大臣雖違憲之命令。不得不副署。故彼受強制而爲副署之行爲。申言之雖服從上長官之天皇之命令時。猶須負其責。反乎懲戒罰對於服從義務違反而行之。根本觀念也。若從國務大臣得拒副署之說。則大臣不從天之命。而拒副署。反不免其責。因不矯正天皇。而服從其命令。反負責任故也。故可反乎懲戒罰之根本觀念。要之無論依大臣得拒副署之見解。或從不能拒副署之見解。而其責任。實與懲戒上之責任矛盾者也。故大臣之責任。非懲戒上之責任也。

規定大臣對於議會負責任之國之憲法。不必用如上復雜之說明。蓋懲戒罰者。上級官廳。對於下級官廳而行者也。而議會對於大臣。非上級官廳也。

柴梅尤利大臣責任論八七頁。休而哀普國國法論二八〇號。柴而威瓦。執堡國法第二卷二四八頁。柴衣臺耳巴威倫國法第一卷五二〇頁等。以大臣之彈劾。解懲戒處分。對於此說。可參觀呼關大臣責任論二一頁。此思脫利思國法院。及大臣責任論一五二頁以下之駁論。

現行文官懲戒令第一條規定。除以親任式叙任官。及法令有別段之規定者外。爲官吏者。非依本令。無受懲戒之事。然此非因親任之大臣。依憲法十五條已負責任。而更有懲戒上之責任。則嫌重復。故避此而規定者。乃全出於別箇之理由。故文官懲戒令。除外大臣。不生大臣憲法上之責任。爲懲戒罰之斷案者也。

#### 四 大臣之責任。非君主可責問。

彈劾大臣之責。必爲法律上不受天皇意思支配之機關。而其最普通者。議會是

非君主所當  
責問者

政治上之論  
如貴說。探  
使議會或裁  
判所責問之  
法。固爲至  
當。然如我  
帝國。關於  
此無何等之  
機關。及規  
定。非當然

也。大臣對於議會負責任云者。決非反君主之主權說。且君主當問大臣之責任之說。乃無意味之議論也。大臣當負責任之事項者。君主之行爲也。君主自爲不正之行爲後。不得有以此責問輔弼大臣之行爲。或曰。天皇強爲違法之行爲時。問國務大臣之責任。爲摘發自己之行爲。故君主不當問其責。然君主非故意欲爲違法之行爲。而受國務大臣輔弼之誤。而至爲違法之行爲後。於此自覺違法時。天皇有得問大臣之責之事。則此時天皇。可問大臣之責任。無論矣。然若大臣之責任。常爲如此之事。則憲法不必於懲戒罰以外。別設大臣之責任之事。其所以設之者。蓋慮使天皇問國務大臣之責任。終爲有名無實之制度。申言之。國務大臣之責任云者。非使天皇問其責。而必使他之有獨立意思之機關。(即議會或裁判所)問其責之制度之意也。大臣責任之制度。乃爲達或政治上之目的而起者。法律者達目的之手段也。故當從其制度之目的而解釋。蓋法文者非因爲法文而存在。乃祇表彰或思想之記號而已。

五 大臣之責任者。對於自己行爲之責任也。

受統治權之主體者。天皇爲責任者。大臣之責任。對於自己行爲之責任。

此點如前述。甫獨伊思（於立憲君主國大臣之責任一七八三三年拉伊濱氣府）及皮旭汗（於獨逸之大臣責任制度及國法院鄰葉出板獨逸聯邦公法雜誌第三卷第二冊二頁一八五九年蓋生府）等。反對盤痕劇民控思他痕之說。謂君主亦有獨立之統治權。其說甚善。然彼等之說曰（因爲救君主不可侵之制度之危險。使有責任之國務大臣。附隨於君主。對於君主用其獨立權而爲之行爲。使無獨立權限之大臣。代任其責者也。（皮旭三〇頁甫獨伊思四五頁）其說乃反乎責任原則。杜撰之說也。吾人如前述。以大臣之責任。歸於彼之行爲之缺點。從責任一般的原則立論。故如云自己無過失之大臣。代君主之過失負擔責任者。殆無意味之說也。

論我憲法者。於其立論之冒頭。將無用皮氏甫氏之說乎。則皆排斥其說。謂代無責任之君主之行爲。而大臣負責任。爲無意味之說。其言固善。然至後以大臣不得拒副署之說。解釋大臣之意見。雖君主不見聽時。亦爲輔弼之欠點而負其責。蓋甚相矛盾者也。

孟德斯鳩法律精神論（何禮之重譯萬法精理第一冊第十一卷第六回）第十一卷第六章。論英國之政體曰。（行政之首長。非有奸臣邪黨慫恿之。不能

我憲法不過  
定主觀的責  
任能力。

濫用政權。立法官不能直接糾彈行政之首長。雖然得審問懲罰蠱惑君心之奸官（指國務大臣。載婆羅國法原論第二卷四一九以下。亦論（君主決不欲爲侵害議會或臣民之權利之行爲。此等行爲。全歸在君主周圍之大臣之責任）。唱以副署爲責任之根據。大臣不拒副署之說者。於實質與此兩氏之說相一致。吾人雖稍信大臣之副署行爲。大臣亦有過失。然經君主之行爲。皆出於大臣之過失。則非也。如論者之說。君主不過依大臣而動作之偶像也。

六 憲法所謂國務大臣之責任。爲主觀的責任能力也。

憲法所謂國務大臣之責任。與刑法之責任能力同。於或行爲當負責。定主觀的責任能力也。然於責任。非但有責任能力而已足。必須有糾彈其責任之規定。申言之。須規定於如何時。如何程度。當負如何責任。以如何機關彈劾之。我現行法全然無此規定。故大臣責任之制度。無由實行。

英國米國。及歐洲大陸諸國。多制定此規則。如普魯西憲法第六十條。與我國之憲法異。設一層詳細之規定。宣言（國務大臣。違反憲法犯收賄及謀叛罪

時。以一院之決議得彈劾之。裁判此彈劾者。王國最高裁判所之各聯合會是也。以有二個最高裁判所存在限。依其會合。關於當生大臣責任時。彈劾手續及刑罰之細則。當以特別法律定之。雖然。同條豫想之法律未成立。故憲法之原則。實際上無何等之價值。我憲法亦然也。

國務大臣於自己之輔弼行爲。申言之。即於自己之過失任責。乃責任原則上。當然而生者。何必要特筆書之耶。爲是論者有之。然大臣責任之制度。君主無答責之結果也。即於無答責之君主之行爲。設輔弼之機關。而防止弊害者也。天皇之違法行爲。縱令由國務大臣之輔弼。而對爲外部。猶爲天皇之行爲。宛如各省大臣之命令。雖關於補助官之起草。而獨不失爲大臣之命令。(即省令)大臣輔弼天皇。如補助官之於大臣。附隨的爲補助的者也。故對於外部。所發表之天皇之行爲。違法時。不生補助之大臣。當然負責之斷案。况一方規定天皇之行爲。全然無答責者耶。故憲法雖於主亂的引責能力。亦特設規定也。

於我國如前述。若糾彈大臣客觀之規定。即於如何行爲。負責任。其責任爲如何

責任客觀之規定。

於憲法及法律範圍內。天皇以一定之制。得與大臣。裁。以是。無理由。如天皇對。大。誤。於。故。責。如。不。不。知。云。則。政。得。然。適。用。心。

種類。又用如何機關。依如何手續而審判。全然負法律之規定。故就立法論說明之外。不能加何等之解釋。或曰（國務大臣。既對於主權者任其責。縱令無規定。天皇得任意問責任。）然余不能贊成之。糾彈大臣之責任者。一個之處罰也。其處罰。與對於普通之犯罪之刑事手續異。以維持現行法爲目的之特別國法的處罰也。然其處罰。係宣告侵害法規之惡報。有刑之性質。故不失爲處罰。（批思脫  
立法院及大臣責任論一七九頁、宇瓦買衣耶獨逸刑法教  
科書四版三頁四七頁、辦買衣耶獨逸國法學六一九頁、）而帝國憲法第二十三條規定。  
（日本人民。不依法律。不受逮捕暨禁審問處罰之事。）故無法律之規定。天皇可得自由處罰大臣耶。大臣之責任。於憲法。非所謂處罰。又對於天皇之責任。亦無糾之規定。而如問其責。乃法治國所不許也。無規定者無罰。Nulla Poenae sine lege者。今日所遵守不磨之原則也。

國務大臣之責任可得思考之種類。一官吏法上之責任。即懲戒上之責任。二刑法上之責任。三民法上之責任。四憲法上之責任是也。第一懲戒上之責任。與憲法上之責任。可得並存。且無不可適用於國務大臣之說。（但現行法規

於今日法理  
正釋。稍欠

上大臣無可得加懲戒之規定。故天皇非於已定之後。不能行懲戒。第三民  
法上之責任。則雖無答責之天皇。亦負擔之。故於大臣。亦當然適用。無須別設  
規定。普通刑法上之責任。亦別無除外大臣之規定。當然適用於大臣。故無須  
特別論之。茲於第四所謂憲法上之責任。有規定之必要。但此憲法上責任。於  
前述不反大臣之責任性質範圍內。可得自由定之。

總括以上吾人所說之國務大臣責任如左。

大臣者。於其輔弼天皇之行爲之適法。負擔責任。此責任非政治上之責任。亦  
非官吏懲戒上之法律上責任。而乃依君主以外之機關。使受糾彈在也。但現  
行憲法不過定主觀的責任能力。而無客觀的治責規定。故其責任。實際上無  
何等之價值。

#### 第四節 關於大臣責任之外國立法例

詳論關於大臣責任制度之外國立法例。屬我國憲法論之目的以外。茲但就重  
要二三國。以極簡短法說明其制度之內容。(一)英國爲國會制度之母國。同時大

臣責任之制度。亦從以前發達。英國諸法制。以漸發達確定。大臣之制度。亦依長年之慣行。漸次至爲確定之制度。往昔議院。有糾問國王之高官之慣例。爰特懷特二世時。生上院下院之區別。於上院就國王之前。引出其官吏之樣。即告訴權。屬於下院裁判之權。歸於上院。是所謂下院之彈劾權。其制度即大臣彈劾制度也。Impeachment 此制度最初適用。在爰特懷特二世之治世中。千三百七十六年。對於拉氣買卿及尼威耳卿始。爾來此事例至利欺耶脫二世時。益增加。且同時代。即千六百七十八年。對於大藏卿騰皮。用彈劾訴訟。大臣不特對於其行爲之適法負責任。且就其措置之正直 *Honesty* 公正 *Justice* 及便益 *Utility* 亦負責任也。故大臣之責任。不必限於法律上。而包含政治上之性質。雖然其後議院政治之發達。同時當論大臣措置之政治上之利害得失。變彈劾爲下院不信任之決議。因此彈劾。適用於委託金費消或類似之犯罪。如瀆職罪等。至有刑事上之性質。從定彈劾制度以來。不少適用之實例。雖然。至近世可謂全歸廢滅。從千七百八十八年。至千七百九十五年。有烏哇隣後思欽之彈劾。千八百〇五年。

有對於水師提督亨利懷衣枯痕脫梅羅威耳卿之彈劾。此實最後之彈劾實例。爾來下院不行使彈劾權。千八百四十八年。對於派耳買思登卿之彈劾。遂不達其目的而止。如此至近世。所以廢彈劾制度者。一由於國務大臣。於須彈劾種類之罪惡。雖欲犯之。而無誘引物。一由今日彈劾所期之目的。多以通常裁判所之訴訟。更得易達也。

泰伊希英國憲法三〇五頁、克那伊思脫英國政行法第一卷三六七頁、二九八四一三四八六、四九一五五、六〇一第二卷七〇六七一一、一二〇三、甫伊希耳英國憲法四五頁、門羅大臣責任論五九七頁以下、呼開大臣責任論三七頁、批思脫利思大臣責任論一三頁、獨買思耶思鏗、梅議院法論二三節、霍梅耳謔姆酷克思英國國家制度、喬買衣耶國法論六一五頁、

(二)北米合衆國之大臣彈劾其性質全然無異。於同國亦以大臣之彈劾權。屬於下院。裁判權屬於上院。(合衆國憲法第一章第二節五第三節六)然上院之裁判。唯剝奪其官職。或奪於合衆國內之任。有給或名譽職之官吏之資格而止。故若於其行爲。有科刑之必

要須於通常裁判所爲裁判。(合衆國憲法第一節) 爲有此等之規定。故對於合衆國之大統領副統領及文官之彈劾形式上雖酷似裁判所之判決。而實質上有政治的處分之性質。憲法限於謀叛 Treason 收賄 Bribery 其他重罪輕罪。High-rimes and Misdemeanors 便爲彈劾之原因。雖然。(合衆國憲法第一節) 於實際雖於不可謂違反法律之行爲。亦有訴。故彈劾之制度。事實上至爲對於合衆國上級官吏之政治的措置之裁判也。

甫爰臺拉思脫六十五號(哈米而登所論) 脫克威爰亞米利加共和國第一章第七號 (Toopaville La demoearchieen Ameiogue Io Ichap)

思脫利合衆國憲法註釋七四三節以下 (Story Commentaries on the Constitution of the United States) 利由欺買痕北米合衆國國法第一卷二一九頁 (Buttmann Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht) 霍耳思脫北米合衆國國法人六頁 (Kolst staatsrentler Vereinigten staaten von americk) 辯買衣耶國法六一六頁北海落伊合衆國憲法入門四八〇頁以下 Pomeroy

an Introduction to the Constitutional Law of the U.S.

(三)於佛蘭西之憲法。歐洲大陸諸國之憲法上。被多大之影響者也。即如大臣之責任制度。亦多採佛之立法。故佛國之制度。亦欲略述之。

於現在意義大臣責任之制度。其前提即以大臣之副署帝國議會法廷等。同時規定者。以千七百九十一年五月三日之北倫脫憲法爲最初者也。此憲法發布。經四月。佛國之第一憲法發布。

佛國追索大臣責任之制度。其起原實在千七百九十一年九月之憲法。曰：(大臣於侵害國家之安寧。及侵害憲法一切之不法行爲。任其責。對於個人之所有權。及自由之侵害。自己管理之金錢濫費亦然。)千七百九十三年六月之憲法。同時又規定代議士之責任。千七百九十五年八月之憲法。設高等法院。使裁判議會對於其議員或行政官吏提起之告訴。千七百九十九年十二月之憲法。亦於第六章。定一般公吏之責任。特於第七十二條。定大臣之責任。千八百〇四年五月之憲法。與帝國高等法院。以審判大臣及參事院之行政部議官犯職務上

之不法行爲之權限。

路易十八世之欽定憲法。於大臣責任之原則。規定於第五十五條及第五十六條。曰。(代議士院有彈劾大臣。引渡於貴族院之權。貴族院有裁判之權。彈劾大臣。以謀叛 *Trahsion* 及強奪 *Con. Usurion* 之一時爲限。如何行爲爲謀叛及強奪。又其彈劾之手續如何。當以特別法定之。)然於彈劾之手續。Trahsion 及 Con. Usurion 文字之意義。不拘數度計畫。無成文法規之制定。故如他而買痕之說。諛爾十世之大臣霍利尼耶克被彈劾之事。不可不謂違反無規定者無罰之大原則。即 *Poenā sine lege* 是也。

千八百三十年一月之憲法。亦認大臣責任之制度。關於彈劾目的。與路易十八世之欽定憲法相類似。然因關於施行法之千八百三十二年及三十四年之法。案不成立。亦不能成完全之制度。路易之欽定憲法彈劾之目的。舉謀叛及強奪。至後認第三之犯行(即私曲) *Prevarication* 使包含諸種之被禁行爲。因之謀叛及強奪之意味。亦被確定。前在乃大臣侵害王女王皇太子之安全。對於內外

之國家安寧。憲法及依憲法被保障之王。又議會之權利者是也。後者大臣無法律上之根據。爲金錢之賦課。用直接或間接拐帶國金。或以受委任之國權。爲私益而濫用者是也。私曲或義務違反者。於前二者之外。指大臣以故意毀損法律。或不執行之。或濫用其權限。危國家之利益者也。

千八百四十八年十一月四日之憲法。設關於手續之精密之規定。對於共和國之大統領及大臣。國會提起訴訟之審理裁判權。委任於高等法院。於大統領及大臣一切之施政行爲。負擔責任。大統領妨害國會之事務施行時。例如命解散之時亦包含於謀叛之中。裁判官從破毀院之判事。中。依無記名投票。選舉五名。又從議院之各部。選出三十六名之陪審官。且裁判之際。要得陪審官三分之二以上之多數。

愛國民之委任而總攬國權之路易拿破崙。定千八百五十一年十二月之憲法。於第五條規定曰。共和國之大統領。對於佛國之民。負責任。彼有訴於國民之權利。而關於大臣於十三條只附記對國家之元首。有隸屬之地位。千八百七十五

年七月十五日。所發布關於公權力之憲法法律。亦各次之規定。曰佛蘭共和國之大統領。得於代議士院彈劾之。於元老院審判之。大臣於職務執行之際犯罪。亦使於下院受彈劾。此事件之裁判權。屬於元老院。呼開大臣責任論四五頁一五〇頁反譯佛蘭西之制度因憲法之改廢頻繁追索。極爲困難四。獨逸諸國之憲法。殆無例外。言明大臣責任之原則。其彈劾權。附與於國會。然依乎國而各異。無其手續法之規定。此原則歸於空文。如普魯西是也。

獨逸大臣彈劾制度之發達。不明瞭。現今之制度。可得訴大臣之情形。專爲違反

憲法時。否則犯持揭之犯罪時也。薩克森憲一四一勃漏西憲六一瓦孰堡憲一九五薩克森懷買羅修正憲九薩克森買衣寧根憲八八薩克森阿而臺

姆勃羅希憲三七薩克森酷勃羅希憲六三蒲偏修懷衣希憲一〇八屋而登勃羅希憲二〇〇一八五年二月二十四日法一休懷而勃羅希障臺而思華生憲五七休懷而勃羅希羅獨而思他脫憲六新落

衣思憲一〇七懷而臺克憲六六 依二二三之憲法。關於大臣之責任巴威偏一八四八年六月四日一八五〇年六月四日法一二勃而希利攀憲四三關於政府員之

責任一八四九年一月二日法律一 大臣違反法律之時。被糾其責任之途甚廣。故獨逸

諸國大臣責任制度。於其當受訴追之行爲之內容。主在具刑事訴追之性質。

有刑事訴追之性質者。指而盤耳一九三頁遮哈來第一卷三一頁就斐羅第二卷四〇三號四一

凡號門羅凡孰堡國法一二九號大臣責任論二八頁皮旭一五頁呼法一八頁烏而蒲利希埃國憲法七二九頁伯偏哈克普國國法第一卷一四）粗觀之。與英國之法制相類似。然至其制裁。

與合衆國之制度同。於多數之國之憲法。只因裁判免其職務。或奪其就他之官職之資格。科通常之刑者。屬於通常裁判所之權限。但不無例外。(字浦西一八四八年六月四日法九薩克森憲一四八瓦執律憲二〇三蒲偏修懷衣希憲一一〇薩克森酷勃羅希憲一六四等依而則依薩克森懷買羅憲五八新落衣思憲一一四屋而登勃羅希一八五五年三月二十日法二三規定免官之外、得爲刑)

同於大臣之責任。而獨逸學者見解。不以此解作懲戒罰。(柴梅由利八七頁休而衣普耶國法第一八四號反對說呼開二二頁卑思脫利鳥思一五二頁九四頁) 又不解作裁判大臣

政治上措置之方法。(蒲偏欺猶利一級國法學二五七頁柴梅由利七六頁休而衣普國國法二頁哇批智索國國法第二卷二四三頁齋買衣耶國法六一八頁反對論呼開一五頁智其克姆) 乃大

臣故意侵害法律上狀態之時。問其責任之非常之手段也。(齋買衣耶國法學六一九頁路克大臣責任制度及) 於此點多一致。其審判手續如左。

彈劾者通常祇對於大臣而行者。所謂大臣者。爲行政各部之長官。而有副署之權者也。故不問有大臣之名稱與否。有時大臣以外之官吏。因自己之獨立處分。違反憲法之規定者。亦及焉。(瓦執律憲五三一一九薩克森買衣寧根憲八八薩克森酷勃羅希憲一〇八)

彈劾權者。於一院制度之國。議院有之。於兩院制度之國。或須兩院之會議。(薩克一四一巴威倫憲第十章葛仙關於大臣及最高國家官吏之責任一八二一年七月五日法四條)或各院相獨立有彈劾權。(李蒲西憲六九或只限於下院有之。巴典一八六八年二月二日十八日法律第四章六七)或認君主有命政治法院對於大臣審問之權。

裁判彈劾之權。在二三聯合國。(葛仙薩克森買衣寧根薩克森阿而臺姆勃羅希薩克)屬於

控訴院。於他之諸國。設特別之政治法院。其判事從上級裁判所判事中選之。但

其半數。君主選任之。半數議院選舉之。(李蒲西憲一四二一四三頁及執後憲一九五薩克

七日法蒲編修懷衣希一八五〇年三月十九日法之屋而登勃羅希憲二〇附)審理手續。例用口

卷三一八五五年三月二十四日法五巴威倫一八五〇年三月三十日法律。

頭審理方法。且須公開之。彈劾者在。一院制度之國。屬於國會。在兩院制度之國。屬行發院之代理人也。對於政治法院之判決。或有全然禁止訴者。(巴威倫一八五

日法二〇巴典一八六九年十二月十一日法二三薩)或有許同一裁判所之再審及原狀

克森懷衣買羅一八五〇年十月二十二日法二三。

回後之請求者。(薩克森憲一四九屋而登勃羅希憲二〇四葛仙一八)但依刑事訴訟之上

訴方法。非全不許之。而其例甚少。(休懷而勃羅希羅獨而思他)

對於既受判決之大臣。不能適用國王之思赦權。但徑國會或告發院之同意。國王亦得行使思赦權。

(普魯西憲四九巴威倫一八四八年六月四日法一二巴典一八六八年二月二十日法第二章六七薩克森懷衣買羅憲五九薩克森酷勃羅希憲一七六蒲倫修懷衣希憲一一休懷而勃羅希陳黨而思華生憲五七新落衣思憲一一六姆) 對於因勃羅希利拳一八四九年一月二日法八懷而臺克憲一二一八五〇年六月五日法一六)

裁判而被免官。或被奪就官之資格者。由思赦得與再就其官之資格。但此思赦或國只限於判決書明言許思赦者始許之。(薩克森憲一五〇瓦執傑憲一二〇五新落衣憲一一一六)

獨逸大臣彈劾制度。荷買衣耶國法六一七頁以下。卑思脫利思國法院及大臣責任論二一頁以下。呼開大臣責任論五五頁以下。皮旭於獨逸大臣責任制度及國法院 (獨逸聯邦公法雜誌三卷二册智其克姆現行獨逸國法之大臣彈劾制度獨逸帝國年報一八八五年六三七頁以下)。

### 第五章 樞密顧問

歐洲大陸就中。獨逸聯邦中之君主國。設樞密顧問之制度者。李漏西。(千八百四十八年以來。歸於廢滅。至千八百八十四年。而再興) 巴典薩克森瓦執堡蒲倫修懷衣希等是也。我樞密顧問。明治二十一年四月設置者也。

樞密顧問者。從樞密官制之所定。天皇親臨諮詢。重要之國務之合議制之憲法上機關也。爲憲法上之機關。故非變更憲法。不得廢止。雖然。其組織。許用勅令之官制。故天皇得自由以勅令改正之。但樞密院官制。及事務規程之改正。非諮詢於樞密院後。不得行之。爲合議之機關。故各顧問官。無各別自輸意見之法律上之權限。穗積博士。謂憲法無合議制之文字。故各顧問官得各輸意見。雖然。因樞密顧問之組織。認爲當依樞密官制。故官制上既無合議之機關。則不可不從之。故各顧問官無各輸意見之權限。又樞密顧問。乃待諮詢而審議重要之國務者。故無天皇之諮詢。不得自輸意見。

樞密院官制。規定待天皇親臨諮詢。審議國務。雖然。依皇室典範之規定。天皇不能親臨時。經樞密顧問之議。故樞密院官制第一條之規定。不外天皇有親政能力時之規定。

列舉於樞密院官制之事項。必須諮詢。吾人信爲樞密院。爲待諮詢始發表意之機關。且所謂待諮詢之文字。非必能強天皇使諮詢之趣意也。故得信爲不必

要諮詢。但揭於樞密院官制第六條第三項。（戒嚴之宣告、第八條及第七十條之勅令。其他有罰則之規定之勅令）之勅令。設載當經樞密院議之事。（官制第七條）故於此事項。當解作必稍經諮詢。於列舉於官制之事項。天皇不經樞密院之議而發勅令時。其勅令爲無效耶否耶。原所謂諮詢者。祇因參考意見。並無須從其意見之性質。樞密院雖有反對之舉。而天皇若其意見決定。無受拘束之事。故有國務大臣之副署。縱令不經樞密院之議之勅令。臣民有遵守之義務。於右揭官制第六條第三項之時亦然。蓋於此事項。雖有經諮詢之義務。而天皇於其諮詢權。加以條件。而無諮詢。則勅令從憲法之規定。不妨謂爲有效。

憲法不規定要樞密顧問之諮詢。故不諮詢亦非不得定勅令也。勅令有國務大臣之副署。即生憲法上之效力。因之臣民即有遵守之義務。

樞密院以議長一人、副議長一人、顧問二十五人、書記官長一人、書記官三人、組織之。顧問官及議長。爲年齡四十歲以上者。撰元勳及鍊達之人。親任之。書記官長勅任。書記官奏任者也。親任顧問官之外。各大臣從其職權上。於樞密院有顧

官之地位。有列議席表決權。又各大臣得差爲委員。出席於議會。使爲演述及說明。但不加入表決之數。(樞密院官制前文第二條第三條第四條第十一條)

樞密官制第十一條。所謂各大臣。當作國務大臣解。故不包含宮內大臣及內大臣。但不妨爲親任顧問官。

依樞密院官制第六條。於次之事項。待諮詢。開會議。上奏意見。(一)於皇室典範。使屬於權限之事項。(二)憲法之條項及關於附屬於憲法之法律勅令之草案疑義。(三)憲法第十四條。戒嚴之宣告。同第八條及第七十條之勅令。及其他有罰則規定之勅令。(四)列國交涉之條約及約束。(五)關於樞密院之官制及事務規程。改正之事項。(六)獨於前諸項者外。臨時被諮詢之事項等是也。

憲法第五十七條。只規定重要之國務。而不列舉之。故天皇思考以爲重要之國務。無論何事。得爲諮詢之事。樞密官制第六條第六號之規定。正爲此也。

附屬於憲法之法律勅令。其名稱揭於憲法之法律勅令也。即法律者。係選舉法(二十五條)議院法(五十一條)而勅令者。皇室典範(一條十七條)貴族

院令(三十四條)及樞密官制是也。但樞密官制第六條。憲法附屬之法律勅令。與樞密院官制。爲別項之規定。故同條之趣旨。乃除外樞密院官制之意思。雖然一般所記憲法附屬之法令。蓋如前述者也。

樞密院。非官廳。官廳者。於一定之國務。不可不有決定之權。Innscheidung 樞密院者。單爲諮詢之機關。無行爲之決定權。官制第八條。規定樞密院關於行政及立法之事。爲天皇之至高之顧問。雖然。規定無干與施政之事。乃明言性質者也。或謂依行政裁判法第四十五條。行政裁判所。與通常裁判所。或特別裁判所之間。起權限之爭議時。以未設權限裁判所之前。由樞密院裁定之。故關於此點。得以樞密院爲官廳。然其實止在以權限裁判所爲官廳。不得因此特別委任。而樞密院遂謂變爲官廳也。

樞密院由勅令付於會議之事項。述其意見。到達於樞密院之事項。議長付於書記官長。使審查之。并使調製當付於會議事項之報告。審查報告書。從報告員提出於議長。議長以此報告書。並附屬文書。至開會議之日至少三日以前。當配達

於各員。樞密院會議之意見。書記官長或書記官。因表決之結果爲起草。經議長之檢閱後。由議長上奏於天皇。同時當通告於內閣總理大臣。(樞密院事務規程)樞密院之會議。非顧問官十名以上出席。不得開之。會議以議長列首席。議長有事故時。副議長列首席。議長副議長皆有事故時。顧問官依其席次。列首席。樞密院之議事。依多數決之。可否同數時。依會議首席之所決。(樞密院官制第九條第十五條)

## 第六章 裁判所

### 第一節 裁判所之意義

以廣義言。行使司法權之統治機關。裁判所之謂也。故裁判所謂何。可因說明廣義之司法之謂何而自明。

極廣之意義。既謂司法。則雖國際法上之司法。亦包含之。不限於前之所論。吾人乃論國法上之司法者也。

對於法規之侵害或論爭。當事者問之爭訟形式。以審判維持法規之國權之作用。謂之司法。對於既起之侵害。或論爭。欲維持法規之統治權之働。謂之法事。

(Rechtssohle)實廣義之司法也。今列舉其特徵如左。

一 法規之存在

司法者維持法規之作用也。故以法規之存在爲前提。無法規則無司法。不特必須侵害爲目的之法規之存在。且糾治其侵害之法規之存在。亦司法作用活動之要件也。

祇維持法規之作用。國家不能達其目的。於不完全之國家。尙有財政軍事及警察等之動作。況於發達之國家。國民之教化。及幸福之增進。爲積極的助長行爲之事。益益加多。此等之作用。爲積極的之動作。而如司法之消極的動作。其本質及目的。大有差等也。國權作用。皆當働於法規之下。法治國之理想也。然統治者對於法之關係。彼維持法規之時。與彼施教育。組織軍隊及行外交之時。大異其趣。於第一之時。法規全爲其動作之要件。於第二時。全爲其界限也。申言之。無法規則無司法。雖然於第二之時。即所謂行政之行爲。則法規祇爲其界限。故統治者於其範圍內。思爲必要便宜及國福時。得自由行動。思他爾謂法規者。在司法

謂爲目的。在行政謂爲制限。誠眞理也。故曰無法規。無司法。

謂司法者。以法之適用爲目的。之行爲者有之。然此乃喪心之說也。司法者固以法規爲目的。不能逸於法規之外。而其動作一一準據法令之規定。且當特定之事件發生時。應用一般法規之原則。然其目的。決非以法規適用於特定之事件。對於犯罪者。科以刑罰。外以刑法之規則。適用於此特定之時。爲目的。乃對於所謂犯罪之法。規侵害。加以一定之制裁。欲以既受侵害之法。規維持於現在及將來者也。因不法行爲。命損害賠償者。非欲適用民法第七百九條。乃實欲對於權利侵害者。維持民法之條文之結果也。故司法之目的。於第一次。在法規之維持。而以法規適用於特定事件者。乃其手段也。

## 二 法規之侵害或論爭

司法之目的之法。規雖爲存在。而於不起侵害。或論爭之時。司法權無活動之必要。何則。其法規無故障。在被遵奉中。被維持中。故不見維持之必要也。

## 三 當事者間之爭訟

當事者之一方或雙方。不問共爲私人。爲國家機關。爲國家。爲公共團體。由司法之基礎之法規侵害而起爭。必使爲當事者間之爭訟形式。若不以當事者之爭訟形式。司法之觀念。無存在之事。當事者。乃異其利害關係者。各欲貫徹互異之主張者也。其主張不必要限於權利。由救濟違反法規而生之結果之爭訟。爲已足。如權限裁判者。非權利之爭訟。乃何機關爲正當之統治機關。而得發表其意思乎之權限之爭。申言之。不過法規上之爭。而仍爲異其利益關係當事者爭議之形式。故無妨爲廣義之司法之事。

穗積博士主張裁判者。因利害關係人之參加。而適用法規之國權之作用也。博士之說曰。當事者之參與。爲裁判所之司法權行使之特色。而當事者不以恩惠被許參與。又不以裁判官參考而問當事者之意見。蓋依於法律。當事者有參與事件審判之權利。無論各何明白事件。裁判官無當事者之參與。不得下判決。然博士之說。若有不充分之點。若當事者之參與云者。謂不以當事者間爭訟之形出訴。則不裁判。卽無當事者無裁判則與吾人之說無所異。然依

如上之說。似當事者須常參與於審判之間。又當事者不參與。不能下判決。果然則欠席判決。何爲者。我訴訟法。於欠席判決。無於一定條件之下。與以確定之効力。且博士之說之後段。非限於司法裁判中之民事訴訟事件。似不能爲此說也。

#### 四 非常事者以外之國家機關裁判非司法

當事者間之爭。由第三者審判之。此係當然之事。不須說明。只其所以須一言者。以普通多謂司法者法規之適用也。因之不能無惑。法規之適用者。以法規之一般原則。適用於特定事件。不犯司法之範圍。即行政行爲中。所謂裁決處分。亦有此現象。於此時。行政官府。適用法規。而命個人行爲不行爲之事。猶之裁判官之爲裁判。故祇云法規之適用。從形式論之。兩者同一也。惟在行政處分。爲法規之適用。行政官對於受其處分之個人。係相手方也。當事者也。即當事者之一方。依自己之意思。適用其法。要求相手方之行爲不行爲。在司法即不然。適用法者。必當事者以外第三者之國家機關也。

司法權者。於天皇之名。裁判所行之。於天皇之名者。非判決文中入以天皇之名之意義。乃代天皇之意也。申言之。不受天皇意思之司配。以自己決意。行使司法權之意也。此余所以嘗謂司法權者。以委任於不受天皇意思司配之裁判所使之。爲憲法上之要件者也。

依憲法第五章之規定。裁判所之構成。不問爲司法裁判所。行政裁判所。或特別裁判所。皆須以法律定之。裁判官由刑法之宣告。及懲戒處分外。保障無免其職之事。蓋爲欲使司法權之作用公平也。

裁判官之中。雖包含行政裁判所之評定官判事、豫審判事等。而檢事總長、檢事長、檢事正、及檢事等。不包含之。

裁判所行使司法權。必依於法律。依於法律云者。訴訟審判之手續。必當以法律定之之意。而非裁判所適用之法規。限於法律之意。裁判之對審判決。公開之。對審者。係豫審以外之審理手續。公開者。許不限定資格之公衆傍聽之謂。但有害安寧秩序。及風俗之虞時。依法律。或以裁判所之決議。得停對審之公開。然至其

判決。常不可不公開之。當公開之對審。不公開時。爲違反憲法。其手續歸於無効。司法之意義。如上所說。總稱統治機關。中有此司法權行使之任者。裁判所之謂也。此中更有司法裁判所。行政裁判所。及特別裁判所。司法裁判所中。亦更有通常裁判所。及特別裁判所。以下說明此等之大體。

## 第二節 裁判所之種類

裁判所之種類。憲法論中。當說明之題目也。然涉及司法裁判所。及行政裁判所之組織權限。則今日既構成獨立之研究科學。前者屬於刑事訴訟法之部。後者屬行政法學之部分。吾人論憲法。屬於所謂憲法之特別區域之法學研究。故侵入既獨立一學科之訴訟法或行政法之範圍者。於此處無詳論之必要。以下所以祇說明其大綱者。蓋爲此也。

### 第一項 司法裁判所

行使狹義之司法權之裁判所。稱司法裁判所。狹義之司法者。關於民事刑事之司法之意味。我憲法第六十一條。亦對於行政裁判所。用司法裁判所之文字。故

司法裁判所。乃明明限於民事刑事者也。所謂司法裁判所之權限。限於民事刑事者也。理論上無根據。皆本於歐洲司法權分離之沿革。而我憲法亦只襲蹈之而已。

古代及中世之獨逸。裁判所與行政廳之間。無何等之區別。獨逸與他之歐洲諸國。皆司法與行政之作用。歸於同一官廳之手。(海而智屋霍。枯拉甫(載痕臺那爾)等。同時皆作爲行使司法軍事財政警察等之諸權。故 Jurisdiction 用爲一切公權力之名。各官皆不外 *Index*。吾人唯避去古代獨逸帝國所引用。於各支分國。論兩者之關係。及司法裁判所之發達。

第十六世紀以來。於獨逸諸國。地方高權大爲發達。帝國失其從來所有種種權能。各支分國。無論於司法上。於行政上。獲得種種之權力。以漸完備國家之形體。然當時行政與司法之區別。各國各異其例。不相一致。唯無論於何國。大概兩者混同。無明瞭之區別。司法與行政。根本的區別。實以佛蘭西之千七百九十年八月二十四日之法律始。此法律實與歐洲大陸全體立法之模範。

學瀟西立法。受此影響。亦不俟言矣。然佛國立法。非出於使裁判所管轄一切司法事件之趣意。乃制限裁判所之權限者也。且一面禁行政權干涉司法權之事。Les administrateurs ne peuvent ni Simmiscer dans l'exercice du Pouvoir judiciaire rien entreprendre sur l'ordre judiciaire 一面禁裁判所侵害行政之作用。Les juges ne peuvent Pas troubler queque maniere queesoit les operations des corps administratives. ni citer devant eux les administrateurs pourraison de leurs fonctions 而此行政權之獨立。當解作行政官之行爲。一切不受裁判所之支配之意。故裁判所全然驅逐於公法之範圍以外。公法上之司法。至悉屬於行政官廳。而中世時代不知公法私法之區別。漸於此時代。被一般所認。此事實與以上之事實相合。至從來裁判所（即通常裁判所）全然限於私法上之司法。行政官廳與通常裁判所之權限之分配。如此。在一般歐洲大陸諸國。以同一形式。被其實行者。其緣由蓋本於此次之思想也。

第一行政官。即如掌關於道路或橋梁之經營維持事件之官吏。使審判私人

間所有權之爭訟時。則關於權制之審判。有近於行政上之觀念之虞。蓋私權之保護。從所謂便宜與政策之間題相區別。有全然獨立可行之性質者也。第二文明之進步。同時國民於或特別關係之裁定。至欲從大凡行政上之便宜觀念。分離之而為特別之取扱。而有此必要之中。在第一次。為私權之範圍。私權之事實。從國家而獨立存在。私權者非國所創造。國家唯認之。保護之而已。財產上之關係。雖無國家個人之間亦存在。家族亦存在於國家以前。而此等皆為私法上之關係。既私權屬於離國家而獨立之特別之權利範圍。國家既不過保護之。則保護之者。亦當離行使國家權力者之擅橫而獨立。只使從法律。附與個個事件。當裁判之地位之裁判所使之。最為適當。依以上之理由。於私法之範圍之權利爭訟。皆使屬於通常裁判所。於當時之歐洲文明諸國。皆同出一途。而被實行者也。

刑事裁判權。屬於通常裁判所者。係稍後之事。從十七世紀。至十八世紀。地方君主之專制政治甚盛。彼等阻害移從來所有之刑事裁判權。與民事裁判。與

以同一之裁判所。用同一之手續。使審判之。故對於刑事裁判之君主之干涉。較之對於民事。猶延久存續。如枯魯海生。至千八百二十一年時。猶於重大之刑事裁判。要君主之裁可。然社會之進步。無論至何時。皆不當許如此之特別手續。刑法比之私法。尤爲重大。剝奪個人之財貨生命名譽自由。審判犯人之有罪無罪。又審判其刑罰之輕重。依嚴格之法律上根據。又依法律規定治罪手續之必要。較私法之範圍。猶加一層重且大也。於是文明諸國。拋棄從來所有之刑事上擅恣裁判權。而使獨立之裁判所。依法律所定之罰則。及治罪手續。行刑事司法權。但不別設裁判所。使從來之通常裁判所。併以刑事。故通常裁判所之權限。主以民事刑事爲限。同時稱此爲司法事件。Justizsachen。此所以通常裁判所。與司法裁判所。同一視之。而我國所謂司法裁判所。所以謂爲裁判民事刑事者也。

司法裁判所。或通常裁判所。司法機能之外。實質上有行政行爲之性質之事務。即取扱非訟事件。於歐洲大陸。自古行之。及十九世紀因憲法制度之發達。

至有權限爭議裁判。大臣彈劾裁判。行政裁判。等之制度之發達。雖然此等不附與從來之裁判所之事。設特別裁判所使司之。從來司民法上之裁判所。依舊專行使民刑事之裁判權。對於新生之特別裁判所。稱通常裁判所。

如以上之說明。歐洲大陸之憲法。無該當我司法裁判所之文字。雖然。其所謂通常裁判所者。審判民刑事之裁判所。見之事實者也。故我憲法所謂司法裁判所。亦可解作裁判民刑事之統治機關。而此中更分通常裁判所。特別裁判所二者。裁判所構成法第二條規定。（於通常裁判所。裁判民刑事者也。但以法律使屬特別裁判所之管轄時。不在此限。）故裁判民刑事者。當解作司法裁判所。而此中有通常裁判所與特別裁判所。但憲法第六十條。所謂特別裁判所者。不僅指特別之司法裁判所。包含行政裁判所。及通常裁判所以外特別裁判所之全體者也。故於一方。如非憲法所揭之權限之裁判所。若創設之。當以法律定之。或設非通常之行政裁判所之特別行政裁判所。或謂非通常裁判所之特別司法裁判所。亦須以法律定之。今爲圖解如左。

通常裁判所(依裁判所構成法所定)

司法裁判所

特別裁判所

裁判所

憲法第六條特別裁判所

特別司法以外之裁判所(例如權限

行政裁判所

爭議等)

通常裁判所。分區裁判所、地方裁判所、控訴院、及大審院、爲四。特別司法裁判所。現在者。陸軍軍法會議、海軍軍法會議、領事廳、臺灣總督府、法院等是也。此等之構成及權限。可參照左之法令。

裁判所構成法明治二十二年三月法律七〇號。關於領事官之職務之件。明治三十二年三月法律七號。陸軍治罪法海軍治罪法。明治三十一年七月律令第十六號。臺灣總督府法院條例。

## 第二項 行政裁判所

審判由行政官廳之違法處分。權利被傷害之訴訟者。稱行政裁判所。行政訴訟之目的。要行政官廳之處分。而不包含行政官廳以外之處分。又須處分。故對於

行政官廳所發之法規。不許行政訴訟。須違法之處分。故非明明違反法令之規定之處分。縱令不當不便之處分。無由爲行政之目的。雖違法之處分。個人依於法令。非既毀損被與之利益。不得提起訴訟。

行政訴訟之目的。於憲法第六十一條所定之原則。爲右所述。然我現行法之制度。於此一般原則範圍內。更採列舉主義。除法律勅令。有別段之規定外。縱令適合如上之原則時。唯於(一)除海關稅之外。關於租稅及手數料之賦課之事件。(二)關於租稅滯納處分之事件。(三)關於營業免許之拒否。或取消之事件。(四)關於水利及土木之事件。(五)關於土地之官民有區分之查定事件。爲許出訴於行政裁判所之事。政府於第十六議會(明治三十四年至三十五年)提出行政裁判。及行政裁判權限法案。用極繁雜之列舉方法。舉可爲行政之目的者。至立法論。吾人究不堪列舉主義之繁。寧信爲當比現行制度。用加一層廣濶之原則之爲便利。右法案未通過議會。而及於今日者也。

憲法第六十一條。所謂權利毀損者。不問公權與私權。蓋行政處分。違法時。個

人之私權。被毀損之事甚多。現雖以明治二十三年法律第百六號。列舉行政訴訟之目的事項。而私權之侵害時甚多。或論者謂行政訴訟之目的。限於公權之毀損。此亦無何等之根據。

依憲法第六十一條之行文。有云（由行政官廳之違法處分。被傷害權利之訴訟。屬於別以法律明定行政裁判所者。於司法裁判所。不在受理之限）。故不屬於行政裁判所者。雖基於行政處分之訴訟。猶可解作司法裁判所得受理。然行政訴訟者。判決行政區域之訴訟。縱令其被侵害之權利為私權。其訴訟基於官吏之不法行為。以損害賠償之形式提起。事苟為行政處分之結果。其本質尚不失為行政事件。故裁判通常之民事刑事之司法裁判所。不能使管轄之。且基於行政處分之權利侵害。得出訴於司法裁判所。則司法裁判官。勢必有審查行政官廳之處分適法不適法之權利之事。行政官廳。皆立於司法官廳之下。有服從其監督權之事。外國學者中。謂使行政官廳。受司法裁判所之監督者有之。又無一二之立法例。雖然。如此制度。不特於英佛兩國之制度中。不能發見。於獨逸

亦無一實行之者。我國法上之解釋。從行政處分而起之權利之爭。以無別段之規定爲限。不得不謂不屬於司法裁判所之管轄。

置行政官廳於司法裁判所監督之下之學說。盤而法治國論。思他音行政論第一卷第一部三六七頁。柴衣臺耳。一般國家學論八三頁。司登爾而對於通常裁判所之行政裁判委任。(一八七五年帝國年報一三一四頁。休米智脫立憲君主諸國之行政訴訟根底等所唱。而立法例則一八六五年三月二日。以大利法律。及曷仙國之法律被採用。於反對說。則克那伊思脫之法治國論。二六二頁。菩倫欺猶利行政法及行政訴訟立法。法律學批評的四季時報一〇卷二五七頁。霍而眞奪而甫法學通論一二二七頁以下。休而哀普國國法二七六號。烏而婆利希公權論及行政裁判權七八頁。柴而威公法及行政司法八一頁以下可參照。

行政裁判所之構成。及其訴訟手續。當參照如左所述之法令。

明治二十三年六月法律第四十八號行政裁判法明治二十三年十月法律

第百六號關於行政廳之違法處分之行政裁判事件。明治三十四年勅令第七十二號行政裁判法第八第二項組織及事務分配之件。明治三十二年四月行政裁判所告示第一號行政訴訟豫納金手續。明治十四年七月行政裁判所告示第一號行政訴訟書式。明治三十五年二月十八日官報號外登載行政裁決及行政裁判權限法案。行政裁判所構成及行政裁判手續法案。

### 第三項 權限爭議裁判所

權限爭議裁判所之文字。不見於憲法之條文。然其權限。在裁決司法與行政間之爭議。故此處述其大體。亦非無用之說也。或事件爲司法事務乎。爲行政事務乎。申言之。屬裁判所之權限乎。屬於行政官廳之權限乎。於此等之爭。謂之權限爭議。此爭議。於司法行政分離之國家。爲必起之問題。其裁決之者。即權限裁判所之職司也。

英國無權限裁判所。司法裁判所有審判一切之訴訟之權利。北米合衆國亦然。即有認權限裁判所之國。於其裁判所之組織。亦不相一致。如白耳義。乃委

任於司法權者也。即依千八百三十一年之憲法。規定大審院裁判權限之爭議。至千八百六十九年。定其手續。伊大利亦與白耳義同。使羅馬之大審院。裁決權限爭議。於獨逸各支分國。如痕哈而脫薩克森阿而臺姆勃希薩克森買衣寧根。薩克森懷買羅。探使司法裁判所裁判權限之爭議主義。然使最善達權限裁判之目的者。無如設混合裁判所。歐洲大陸諸國之制度。亦殆探此主義。

權限裁判制度之故國。即佛國。採混合裁判所之制度。同國關於權限爭議之制度之法律。發布於共和第八年。其後暫時中絕。至千八百五十二年。而後活。國長經參事院之協贊。裁判權限爭議。於千八百四十八年。至五十二年之間。爲裁判權限之爭議。以上級裁判所判事。與行政官吏。但織特別裁判所。以司法大臣爲議長。以千八百七十二年五月二十四日之法律。復興之制度。亦甚類之。相傳至今。獨逸諸國。亦倣佛國之制度。千八百四十年代以來。設於權限爭議之特別規定。爭議常從行政官廳。而提起者。以裁判之故。乃混合裁判官

及行政官而組織之。設特別裁判所者甚多。李漏西巴威倫薩克森蒲倫修懷衣希屋而登勃羅希新落衣思懷羅臺克及蒲利梅痕等是也。於我國明治二十五年第四議會提出權限裁判法案。爲貴族院所否決。爾後殆經十年。從明治三十四年至三十五年。於第十六議會再提出之。於時貴族院雖經三讀會。而以不回送於衆議院而止。故迄於今日尙未設特別裁判所也。

權限爭議 *Kompetenzkonflikt* 之固有之意義。乃非同一系統之官廳。又除外君主。於不載共同官廳之官廳之間之管轄權之爭是也。就具象的言之。行政官廳或行政裁判所。與通常裁判所之間。或行政廳與行政裁判所之間之權限之爭議之謂也。故從所謂主管爭議 *Kompetenzstreit* 者。非所謂權限爭議。主管爭議者。司法裁判所間之權限之爭。或行政官廳與行政官廳之權限之爭之謂也。如此之爭議。得依裁判所之審級。或行政官廳之上下級關係而處理。故無設特別裁判所之必要。(內閣官制第五條一項四號、各省官制通制第二條二項、裁判所構成法第十條) 提出於第十六議會之權限裁判法第一條。於權限爭議之意味。亦如右之決定。今述同法案之大體如左。

行政裁判所之判決。拘束於其事件關係之行政官廳。官廳爲被告時。服裁判所之判決。自明之理也。然謂被告服裁判之時。與不爲被告。而行政裁判所。祇爲權限之爭之時異也。蓋於此點兩者皆有獨立之解釋權。但現行法之解釋。行政廳與行政裁判所之間。無可起權限之爭議。依行政裁判法第二條第一項規定。行政裁判所關於其權限。自決定之。同條第二項。規定行政裁判所。與通常裁判所。或特別裁判所。所起權限之爭議。從行政裁判所之所決。故權限爭議。行政廳與行政裁判所之間。亦無認之之必要。如此規定。雖爲特別。然無此規定。而解作當然行政廳與行政裁判所之間。不得起權限爭議。未克太驟。提出於第十六議會之行政裁判構成所。及行政裁判所手續法。無該當現行行政裁判法第二十條之文字。故於一方權限爭議中。加行政廳與行政裁判所間之爭議者。當然之事也。

#### 一 權限裁判所之構成

權限裁判所。置十一名之權限裁判官。中一名爲親任。從樞密院議長副議長及

樞密顧問中兼任之。其他爲勅任。其中五名從大審院判事。三名從專任行政裁判官。二名從高等行政官中兼任之。(權限裁判法第三條乃至第十一條)

## 二 權限爭議

爭議有二種。一積極爭議。兩個官廳於一事件。互主張自己有管轄權。一消極爭議。二個官廳於一事件。皆主張自己無管轄權。行政廳於繫屬於通常裁判所之訴訟。認爲當屬於行政裁判所之裁判。或行政廳之處分或裁決之事件。不當屬於通常裁判所之權限時。及繫屬於行政裁判所之訴訟。認爲當屬於行政廳之處分或裁決事件。不當屬於行政裁判所之權限時。得提起權限爭議。(權限裁判法第十二條)

提出權限爭議。不必限於行政廳。亦有可得從司法裁判所提出之性質。雖然。立法例全然與之反對。提起爭議之權。祇以與行政廳之手。皆受佛國之沿革的制度之影響之無意味之規定也。佛國對於司法權。保行政之獨立主義。常行於政策上者也。從十四世紀至十七世紀。王室因避司法裁判所之干涉。設

租稅審判所會計檢查院等之特別裁判所。對於 *parliament* 使掌特別之權利。至第十七世紀以降。至革命時代間。即所謂王朝全盛時代。行中央集權之治。行政權之基礎確定。同時更抑壓司法權之勢力。苟思維事可屬於行政而有繫屬於司法裁判所時。從行政權進行而唱故障之說。主張當屬於自己之權限。當時樞密院自爲權限裁判所。立於行政司法二大權之中間。可爲仲裁者之地位。而於實際乃力爲防禦行政。抑壓司法權。蓋佛國之 *parliament* 封建制度之破壞。與有力焉。又其組織之沿革上。一時有非常之權力。至行政權亦因之被蹂躪。其結果歷代之君主。皆採同一之主義。對於司法權。謀行政之獨立。擅出權限之裁判之制度。其爭議之形式。採只從行政權提起之制。如此制度。被採用於各國。初無意味。而其影響。復及於我國。

積極之權限爭議者。內閣總理大臣。各省大臣。及上級地方行政廳之外。不得提起之。權限爭議。以附理由之權限裁判請求書。經由事件繫屬之通常裁判所。或行政裁判所。而提起於權限裁判所。有此請求時。通常裁判所或行政裁判所。以

有權限爭議之判決送達。或取下之通知書送達之前。不得爲判決。權限爭議者。因權限裁判法。在不許權限爭議之時。或有不適法之手續時。權限裁判所。不問審理在如何程度。可爲棄却之判決。於其他之時。行政廳。或行政裁判所。與通常裁判所之間之爭。判決其事件屬於通常裁判所之權限與否。行政廳與行政裁判所之間之爭。判決屬於行政裁判所之權限與否。其判決。羈束於其事件有關係之通常裁判所。行政裁判所。及行政廳。若繫屬於通常裁判所。或行政裁判所之事件。判決不屬其權限時。訴訟即被却下。牴觸其判決之通常裁判所。或行政裁判所之裁判。失其効力。消極之爭議者。基於行政廳。或行政裁判所。與通常裁判所。就同一事件。交互可屬於他之權限之理由。因終結之裁判。或裁決棄却訴訟。或却下申請或訴願時之謂也。於此時。其事件當屬於誰之權限。從當事者受最終之裁判或裁決之日起。三十日以內。得提起權限爭議。(此文字不穩當當云規定得出訴於權限裁判所爲)於此時。當事者。以附以理由之權限裁判請求書。經由棄却最後訴訟之通常裁判所。而出訴權於限裁判所。若權限裁判所。判決事件。屬於通常裁判所之

權限時。棄却訴訟之通常裁判所之裁判。皆失其効力。判決不屬於通常裁判所之權限時。棄却訴訟或申請。或却下訴願之行政裁判所之裁判。及行政廳之裁判。皆失其効力。

### 第三節 裁判所之法令審查權

裁判所者。維持法規爲目的之統治機關也。其裁判全然爲獨立的。準據於法規之外。不服何等之權力。此原則當然之結果。裁判官自己不可不審查統治主體所直接或間接所發總法規適法與否。謂之裁判所之法令審查權。至其程度之如何。爲從來極困難之問題。而被取扱者也。

法令審查權。不特民刑事裁判所之司法裁判所有之。行政裁判所亦有之。蓋行政裁判所。以行政監督之目的。而設者。無服從上級官廳之命令之義務。乃當然之事理。於法令之有効與否。與司法裁判所。有同一之範圍者也。（辯買衣耶獨逸國法六〇八頁）權限裁判所亦然。

關於法令審查權吾人之解釋。極爲簡明。即裁判官不但有審查法令形式上成

立有效者與否之權。且又同時有審查其實質之權。蓋於形式上有所欠缺之法令。其爲法令不能存在。申言之。即不能爲法令也。裁判所以維持有效成立存在之法令爲目的。然不能適用不存在之法令。故一法令欲觀其實際爲法令之存在與否。不可不審查其成立之踐正當之形式與否。是裁判所所以有審查法令之形式之權也。至其審查法令實質之權。須畧加說明。

與統治主體之意思牴觸或矛盾者。道理上不可得想像之事也。縱令通過多數之機關。以多數之形式發表。而統治權既有一無二。則於其意思表示之間。凡有衝突之事。乃道理上所不許也。然此特係理論。至於實際。不道理之事。非決不得發生。一人於單純之事件。意思表示時。前後尙有所矛盾。吾人所往往目擊者也。況統治主體之意思。於形式。異其種類。而表示其意思。且異其參與之機關。以此結果。統治主體之意思表示之法令間實質之衝突。比之個人之意思表示。見爲尤多。以此矛盾之故。試準以前之大原則。就統治主體之意思。不得有矛盾。必有立於其間。而以定何者爲統治者正當之意思。爲必要之點。故於法律之形式。設

以差等。定憲法所在一切法令之上。法律所以在一切命令之上者。實不外欲解決此衝突也。命令之實質。容有抵觸於法律。然於此時。命令無效法。法律之實質。容有抵觸憲法。然於此時。法律無效力。若不然。無論以如何形式發表。只其形式有效。可解作裁判官當適用之。則抵觸憲法之法律。亦得適用於裁判所。抵觸法律之命令。亦得適用於裁判所。法律之適用解釋。全然混亂錯雜。不知所止。而憲法法律命令等。設形式上差等之趣意。亦全被其沒却。因之國法設如此形式上之差等之必要。至一切歸於無有。不與法令審查權於裁判所之結果。陷於此大不道。吾人故不得不疑唱裁判所不得審查之事之學者理論。果有何根據耶。

憲法者。定國權行爲之形式之不磨大典。國法中有最上之效力。憲法所以於法律命令之效力。設差等者。使不能爲以一破一之主意也。而以維持法規爲目的之國家機關。(即裁判所)當行其職務。若非先決其可得適用之法令之存在及效力。則不能爲何等之勳。故審查法令之形式及實質。而定正當適用之法規者。係裁判所之作用。必不可欠之勳也。吾等臣民。不可不從形民上有效成立之法

令。何則臣民無阻害法令之執行力也。然吾人究無不論如何法令。當忍而服從之之義務。於一定條件之下。可得求救濟。行政官廳。明明施行違反法律之命令。侵害吾人之權利。則對於違法之行政處分。得起行政訴訟。以爭其不當。或論者曰。對於行政官廳所定規則。不許行政訴訟。凡訴訟僅對於處分。得提起之。從此理論。而驟下能語云。行政官廳。縱令如何爲違反法律之處分。其處分若基於違反法律之命令時。乃命令之施行。而非違法之處分。雖然。是大誤也。行政官廳。有當服從上官之命令之義務。及服從勅令之義務。然縱令從勅令而爲處分。而其勅令非明明違反法律時。其處分侵害依法律而被保障之個人之權利。又爲違法之處分。故不失爲行政訴訟之目的。個人得不服此處分。而求行政訴訟上之救濟。於司法裁判上（狹義的）亦然。出違反憲法之法律。發布違反法律之命令時。其受利益者。援用此違憲之法律命令。得主張其利益。而云於反對之地位者。主張其法律命令無效。援惹起訴訟。而此事件。係屬於裁判所則觸接司法權之作用。法令之效力。受裁判之決定。而臣民始被保護其利益。要之裁判所者。以維

持法規爲目的。又以保護臣民之利益之爲目的之機關也。臣民對於法令。雖直接不能拒服從之義務。而借裁判所之力。得以保護其正當之權利。與臣民以出訴於裁判所之途。裁判所不適用違憲違法之命令。於是憲法始達定法律命令之形式上之效力之趣意。憲法第二章被保障之臣民之權利。亦得其實。簡言之。法令之有効無効。因國家之司法機關。而被其決定。無論如何無道之法令。一入裁判所手。即被決其正否。且或至無適用之途。此實司法機關之職司。又實法治國之理想也。

英國憲法。有所謂憲法的法規。與政治上之默契。依彼國學者之說。前者雖爲法規。而後者可謂無法律上之條規。何則後者於裁判所。不以強制。如（國王於通過兩院之案。不可不同意。）貴族院於會計案。無先取權。國務大臣。失衆議院之信任時。辭其職。（議案通過議會。不可不通過一定之讀會。）之原則。英國憲法上一般所信者。然而無法規。縱令有違反之者。裁判所不顧之。此關係與所謂（臣民雖常服從違憲違法令之命令。而既依正當之手續。出訴於裁

判所以上。裁判所不適用其法令。云云

與前所說之關係。相酷似者也。佛國之派而買痕。以獨立之解釋權。王權之濫用之際。爲擁護臣民之權利之裁判所也。當奇愛姆斯王爲欲親行裁判權。從裁判所拉去訴訟時。頑傲論難。遂不使王達其目的。些變特懷而脫酷哥。實不失爲公道自由之擁護者之良判官。便違憲之法律命令。一步不潛伏於裁判所之法廷。實司法權當專任之職責也。

以上吾人揭一般普通之原則。以下就法律及命令論之。

### 一 法律

(甲) 裁判所有審查國家之元首所發布所謂法規一切之法規實際爲法律與否。申言之。審查其所謂法律者。以憲法上法律制定之必要之機關參與。經國務大臣之副署。而被發布與否之權。故縱令有法律之名稱。其成立不履定於憲法之形式者。其法律有不適用之權利與義務。但關於主法機關。自己專屬事件所下判決之當否。無審查之權。例如關於議員之資格。議案之取扱。及生議決能力必

要之定足數之議員出席與否之議會之決議。不在裁判所審查之限。

於英國審查法律踐憲法上之形式而成立者與否。又勅令違反憲法與否之裁判所權限。未嘗起論爭而自存在。於大陸諸國之憲法。概不以明文決定此原則。佛國之裁判所。七月革命以來。有得下關於勅令効力之裁判權限。白耳義憲法一〇七條。明認裁判所以此種之審查權。

法律成主之要件中。各何要件。得屬裁判所審查之範圍。極困難之問題也。拉排痕時獨逸國法一卷五二六頁以下。關於此點。用銳利之說明。論審查者須一讀。（其主意在裁判官適用法律時。不可不審查其法律存在與否。然此審查權。與如何事實。保法律之存在乎之問題。原爲各別。帝國憲法第十七條。附與於皇帝。以法律之審署權。審署者。確認法律遵守憲法之形式而成立。且使得取消之。故裁判所不得遡審署以上之手續。審查其形式。云云。若獨逸語所謂 *Anfertigung*。有拉氏之說之意味。殆以氏之說爲正當。報姿羅國法第一卷一百四十八頁。開而亨哈衣麼獨逸國法論一一九頁。葉里訥克法律命

令論四〇二頁以下。載而盤。公法雜誌法第之卷四〇七頁伯倫哈克。一般國家論一九六頁。亦從此說。柴衣臺耳巴威倫國法第二卷三一二頁。亦不認裁判所之審查權。其理由在法律之適法而成立與否之問題。爲君主與議會間之問題。既有裁可之時。裁判所不能取消之云云。我國之裁可。與獨逸皇帝之法律審署異。法律不但無確認受議會適法可決之事。於實例勅令。亦受裁可。由此觀之。只爲裁可。其結果不能即解作經議會之協贊。故除前述議會之專權事項外。凡法律成立。不可解作必須有審查形式之有效之權。

(乙)所發形式上有効之法律實質。牴觸憲法與否。亦裁判所當審查之事項也。於司法裁判所。固不起與問題。蓋司法裁判所。審判民事刑事。而憲法之所規定。臣民之財產上之權利義務。並刑罰上之責任。須以法律定之。故苟以法律規定者。民事刑事。裁判所唯促此法律。不生何等之不利也。然謂民事刑事裁判所。無審查法律之實質時之事。與記一般裁判所。有審查法律實質之權。全然各別。例如制定一法律云。(司法權依命令。內務大院行之)。設此規定。從來之司法事件。由

裁判所。奪之以歸內務大臣。則必司法裁判所與內務大臣之間。惹起權限之爭議。此時權限裁判所。如何下判決乎。將從法律之規定。而使內務大臣行使司法權乎。抑以其法律明明違反憲法。第五十七條而不可適用乎。吾人不須多辯。而信爲權限裁判所。不適用此實質上違憲之法律。故曰法律之實質。違反憲法於裁判所之裁判與影響時。裁判所亦不可不審查法律之實質。

法律之實質審查權。有以爲裁判所有之者。與以爲非裁判所有之者。得相半之數。門羅達憲之法律。之法學上價值。(國法國際法政語學雜誌第一卷六六頁以下) 甫拉痕克。依違憲之手續而成立之法律命令拘束力。三五九頁。勞痕訥普國國法第一卷四〇九頁。普利公法雜誌第四卷六一頁。霍而真奪而甫。法律字彙第三卷二二六頁等。屬於前論者。此可而威瓦執堡國法第二卷一〇一二二〇頁。該而開獨逸私法第一卷一三六頁。茄烏蒲(麻氏參考書)一七四頁威稜脫(麻氏參考書)一七一頁。大審院民事裁判例九卷二三五頁等。屬後說。

英國不生此問題。何則同國憲法與普通法之間。形式上無効力之差異。反是北米合衆國。裁判所有審查法律之實質。果準據憲法與否之權。蓋在同國司法權立法權。適相對當。憲法之制定。立法位於司法之上。而依特別機關。被行使者也。枯里對於北米合衆國憲法上之制限。Cooley A treatise on the Constitutional limitations which rest upon the legislature of the states of the American Union 6 edit Boston 1890 霍而斯脫合衆國國法（麻氏參考書三四頁以下。沒而謔衣對於北米合衆國立法府監督權等。可參照。

我國之憲法。有普通法律以上之効力。其變更亦須特別之手續。立法司法並動於此憲法之下。則於合衆國主義。我國亦不妨認之。且可認爲正當。雖在憲法改正案爲法律之國。尙不能下斷語云。法律成立之形式爲正當。則不能審查實質。何則普通之法律。則有相當形式。若憲法改正法。有特別鄭重之形式者。通例也。故不踐此鄭重之手續。而制定之法律之實質違反憲法時。裁判官當然不得適用之。

以上述法律之原則。而有法律之効力之緊急勅令亦得適用。故茲不贅。

## 二 命令

吾人前論法律之實質。裁判所亦有審查之權。故於法律以外位於其下之普通勅令。或行政官廳所發之命令。適法與否。申言之。於機關之權限內。踐正當之形式而發布與否。又其實質與現行憲法法律不牴觸與否。有審查之權。無須判爲艱深之說明。其爲明瞭也。

此種之審查權。拉排痕特一派學者。亦認之。同氏獨逸國法學第一卷五八一頁。開而享哈衣姆。見前葉里訥克四〇六頁以下。柴衣臺耳第二卷三三七頁以下。伯倫哈克前一九六頁。大審院民事裁判所例二四卷三頁亦然。

以上關於裁判所之法令審查權。一般之原則也。故於無特別之規定之國。當從此原則。雖然在以憲法明爲文反對之規定之國。當認其規定之効力。不俟言矣。李漏西憲一〇六條規定。(有法定之形式而公布之法律命令當生羈束力。適法而公布之勅令。有効無効之審查權。不屬官廳。而屬於兩院。)蒲倫修悖

衣希憲一〇〇屋而登勃羅希憲一四一、休忒而勃羅希、羅獨而思他脫憲四一、新落衣思一八五六年六月二〇日法律一〇七、亦有同樣之規定。故裁判所及凡官廳之審查權。唯檢查發布之形式。即於官報公布與否。有有責任大臣之副署與否而已矣。

### 第七章 會計檢查院

會計檢查院者。檢查國家之會計之憲法上機關也。其組織及職權。憲法第七十二條之所規定。當以法律定之。依現行會計檢查院法。會計檢查院者。直隸於天皇。對於國務大臣。有獨立之地位。其組織置院長一員。部長三員。檢查官十二員。爲會計檢查官。院內設三部。各部以部長一員。檢查官四員。分掌檢查之事務。檢查院之議事。屬於部之事務者。以部會議決之。其他以總會會議決之。部會議者。以部長爲議長。總會議長。以院長爲議長。議事以多數決之。可否同數時。依議長之所決。總會議所可議決事項。係列舉於會計檢查院法第十條者。(會計檢查院法第一條至第十條)

一 總決算。

二 關於各官廳及官立諸營造之收支及官有物之決算。

三 從政府與補助金或特約保證之團體及公立私立諸營造之收支之決算。

四 以法律勅令特屬於會計檢查院之檢查之決算。

會計檢查之趣意。於行政官之行爲。有爲計算上之監督豫算上之監督。即第一總決算及與各省決算報告書之金額。與各出納官吏所提出計算書之金額。符合與否。第二歲入之賦課徵收。歲出之使用。官有物之得有販賣讓與及利用。各不違其豫算之規程。及法律勅令與否。第三超過豫算。或豫算外之支出。無不受議會之承諾者與否。檢查之。而作成報告書。上奏於天皇。

檢查院檢查會計之結果。認爲有必要之法律。或行政上之改正事項時。併得上奏意見。又關於金庫之出納。及簿記各省之命令於發布以前。受通知之意見時。得陳述之。各省之命令中。定關於收入支出之規則。或改正既定之規則。其發布以前有受通知之權。又檢查上有必要時。得使各官廳提出報告書及求主任官

## 吏之辯書之事。

會計檢查院。檢查出納官吏之計算書及證憑書類。判決爲正當時。對於該官吏交付認可狀。此認可狀有解除出納官吏之責任之効力。若於必要之時。推問之。使爲辯明或正誤。仍判決爲不正當時。移牒於本屬長官使爲處分。出納官吏。比於其他官吏。員最重之責任。各省大臣。由所屬出納官吏之所爲。而認爲生政府之損失時。雖會計檢查院之判決前。得同其出納官吏。命之辨償。若於此時。出納官吏。信爲有免其責之理由時。作計算書。添以證憑書。經由本屬大臣。得求會計檢查院之判決。於會計檢查院。同其出納官吏。判決無辨償之責時。既納之辨償金還付之。據會計檢查院之判決。是負辨之責者。由天皇之恩赦外。本屬長官。不得減免之。

會計檢查院之判決。以一審爲終審。但檢查院。雖認可狀交付之後。從其交付之日起。於五箇年內。得從出納官吏請求之。或發見計算書之誤謬、脫漏、二重記載之時。則得再審。但雖五年以後。發見詐僞之憑證時。得爲再審。對再審之判決。出

納官吏不得請求再爲審判。因欲使完出納官吏之責任。故設身元保證之制度。檢查院審查決算已確定時。附以意見。上奏報告書。得裁可時。政府與總決算報告書。皆提出於帝國議會。議會審查之。若議會審查其決算。於豫算上計算上法令上。認爲有不當之處時。可得上奏其旨。(憲法第七十二條 判第四十九條)然會計決算之行政內部之效果。依會計檢查院之檢查而確定。不以議會之否決而動。故決算有不當之點。政府與議會之間之政治問題。雖未終了。而議會否決之決算。法律上無何等之効力。故對於議會之決算報告書。不外使議會間接監督政府之財政。而爲將來豫算議決之參考。而使知現在收支之狀況。資政府準據議會之豫算。處理其財政之辯明。

## 第四部 統治權之作用

### 第一章 總論

統治權者。唯一不可分之強制力也。生統治權之最高意思之構成分。子雖從種

種之動力而成立。而無使之歸於一致之制度。則不成統治權。故無論如何時。統治權不可分也。雖然至其作用。可得分割之使分掌於各種機關。又此等之機關。於其權限之行使。可得採互相獨立之制度。於國家內自然發達之原動力。例如國民之代表會及君主。於或國因互相確執而不讓。使危國家之生存。非無其例。然因此二原動力相合而生統一之作用之憲法。遂構成一不可分之統治權。此統治權歸一之觀念也。多數獨立之動力。互相爭鬥不歸於一者。不成統治權。屬唯一之主體之本來完全統治權。不依保存歸一之性之憲法。而分與各個獨立之機關。則失統治權之實。而國家遂至分裂。故曰統治權與分割。爲徹頭徹尾不相容之觀念。統治權存。則無分割。分割既起。則無統治權。

從法律學方面而論。則統治權之立說。祇用唯一不可分之權之說而已足。然統治權非先天的一團存在者。由或社會上之原動力相集。而始成爲一統治權者最多。從政治上論。此原動力不可不謂最重大者。休姆 (Hume Essays, i, 1875 ed pp 109, 110) 以哲學的眼光。觀察社會之人士。多數受少數者之司

配。易生驚異。數多之人民。乃因少數之故。而受統治。然吾人仔細觀察。不難發見其理由。何則。實力常在被治者之側。治者反乎公論。則無何等之自保力。故政府之基礎。在輿論也。此原則雖爲埃及之支丹。式羅馬古代之帝王。最爲武斷者。亦所適用。彼等視其人民如犬馬。然支丹對於騎兵。羅馬帝王對於軍隊之關係。亦稍以人類視之。須從其公論而爲統帥。維然故土耳其者之支丹。不能禁謨罕點德教。路易十四世。遂不能以新教爲國教。英國國會。遂無制定奪從來之選舉權之法律之力。此等實爲對於統治權之外部限制。此制限與統治主體自加於其權力之內部制限相合。而如統治權。使從國民全體之公論爲其利益而爲行使者也。此外部之制限。與內部之限制。使之符合者。實代議政體之根本觀念也。

統治權之作用。從希臘古代。既經論究。然無論於何時代。學者之說。其於或特定之時代。特定之國家。研究統治作用之點。則皆相一致。依純粹的理論。全然加抽象的說明者無之。論統治之作用。最初之學者。世人之所引用。取律斯都德是也。

彼從統治之機關之區別。而分國權之作用。即不外從當時希臘諸國之間。一存在之議會官廳及國民裁判所之權限。而說明(一)會議的作用。(二)行政作用。(三)司法作用三者。當時之議會。所議如關於宣戰媾和同盟之締結解除。法律之制定。死刑流刑沒收及關於國家之會計等。重大之事。彼以如外交立法全想像其屬各別之行爲。而一併使包含於第一之會議中。第二彼由所謂官廳之權限。歸納於行政權。第三從國民裁判所之權限。而定司法權之觀念者也。就羅馬之制度而論。吾人從機關之權限。分離而爲抽象的之區別。覺極其困難。當時之立法府議院之權限。從元老院及執政官之權限而被區別。雖然。與立法同時重大之交外上事件。亦屬其權限。(於以前關於死刑之事務亦有之。如元老院其本來之職司。有行政權之行使。雖然。同時又有定所謂元老院令之一般之法規之權。故立法行爲。亦併有之。執政官亦兼有施政權與司法權。又得定所謂勅令之法規。中世之獨逸各國君主之權限。諸種之作用上。亦極繁雜。當時之學說。止列舉君主漸次集於其一身之諸種高權。以統一的國權作用。爲客觀之區別者。未

之有也。

局痕落克從英國政治上之事實。用歸納法。區別有主權之立法作用。與在其下之行政作用。其外更認盟約權及君主之大權。(國政論第十一卷第十) 孟德斯鳩三權分立論。先輩多所不如。比之從來之權力分配論者。拔一頭地。蓋從來之學者。單以統治機關之權限。爲統治作用之分類。爲是彼則從英國憲法之實際。而以統治權之作用。爲客亂的之分類。彼對於三權分立論攻擊者。曰。(孟德斯鳩之議論。不適合英國之實際。彼對於英國國法。非有十分之智識。)吾人亦信之。然此祇酷之評而已。彼非能研究英國之實際。乃基於英國之制度。欲唱導理想的之分立論者也。欲使機關之區別。與作用之區別。一致而相符合者也。是即彼之主義。所以異於從來之學說。而其議論。所以至於今日。於各國憲法上與甚大之影響也。孟德斯鳩以後學者。非難之權分立論。以反乎國家之理論。又不能實行之點。多相一致。盧騷之民約主義。以一切國權。歸於國民。然彼亦區別各人有不可讓之立法權。與施政行爲。而後者全然立於立法之下位。可得委任介在國民

與個人之中間之團體。(Corpus intermédiaire) 受盧騷影響之佛國革命。於孟氏之立權分立說。加以重大之變更。以三權中之立法權。爲有最上之力。論。與孟氏三權分立論。近世立憲制度上。與多大之影響。盧氏曰。人民有立法權。不可讓渡。此思想之結果。以立法權歸於國民代表之國會。各最上之統治權作用。非最善乎。雖不以人民解作立法權之主體之國。對於立法權。至不得有國民代表會之參與。則彼一派之立法論。實與有力焉。依孟氏之主義。以國權作用。可得分割爲限。使委任於獨立之機關。而立法者做人民之代表者之議使參與。是即立憲代議政體之本質也。故曰盧騷與孟德斯鳩。近世立憲制。度爲多大之貢獻者也。枯累而門。通訥。Clernont-Jon

neuve 及朋劇民控思他痕等。於孟氏三種權之外。又認王權。或中和權。pouvoir jaloder pouvoir neutre 是蓋該當英國國王之大權。而於國會政治之國之君主。

固欲附與其存在之理由。蓋控氏等以行政權。爲屬於大臣者。(第三節第四章第二節二之注) 故

從孟氏之三權主義。則君主無何等之權利也。獨逸學者。用理論的排斥孟氏派之三權分立論。用意相同。然於政治之實際。並學說。猶受佛國之影響。而採用國權作用之三分主義。然其說與孟氏學派所唱。於重要之點有異。獨逸學者。異口同聲。排斥三權分立論。雖然就不分國權言之。至於而分割國權之作用之意義。常襲用孟氏之理論也。

孟氏之法律精神論第十一卷第六章。題爲英國之憲法。然其議論。不過刻劃

之理想而已。曰（各國有三種之權力。立法權處理國際事件之權。及處理國內事件之權。是也。依第一權。君主或政府。制定一時或永久之法律。或改廢既定之法律。依第二權。彼媾和宣戰。授受使節。保護安寧。防禦外患。依第三權。彼懲罰犯罪。裁判個人間之訴訟。以下第三權。稱司法權。第二權。稱行政權。所謂人民之政治上自由者。各人信其身之安全。心神之穩泰也。故欲使人民此自由者。必行不使甲恐乙之政治。若立法行政之二權。屬於同一之君主。或同一個之政府時。君主或元老院。國欲行壓制。而制定壓制的法律。亦所難料。畏怖心從人民之心意發生。故自由不存在。不使司法權設立行政二權中分離時亦同。以三權委任於同一人。或貴族庶民等之一體。許施行自定之法律。且斷人民之訴訟。則萬事敗壞矣。（中略）若行政權。無抑制立法權之行爲之權。立法者得恣其權力。何則。立法權在以一切之權力。收獲於自己。而可破壞他之二權之地位。然立法權。不須有抑制行政權之權利。何則。行政權。有先天之限界。故不必要制限之。（中略）英國政治之組織。如左。立法官從上院下院之

二局而成。各有其獨立之權限。而相抑制。此二院依行政權而受拘束。猶行政權依法權而受拘束。此等之權。本來交互相抑制。而生靜止不動之結果者。雖然。國家之事務。至強制其活動。於共同一致之狀態。殆得進行。(中略)人事未有無終局者。茲吾人所論英國。亦不能免失自由而就滅亡之一日。羅馬拉克臺門及楷而他酷。既已滅亡。立法官之腐敗。至更甚於行政官時。國之不亾。蓋亦稀矣。

獨逸之學說。自孟氏爲極端之分立論者。而攻擊之。其說之不當。吾人既前論之矣。而獨體君主國。不能從孟氏之主義。以統治之作用。分配於獨立之機關者。其國體使然也。蓋君主不但爲行政權之所有者。雖他之作用。亦爲所總攬。故不許以此分與於獨立之機關。本來於內部有區別之國權作用。向於外部而働時。有依異種機關而表顯之傾向。統治權之分割。生機關之分割。故反觀之。從異種機關之權限。用追李法。欲爲統治作用之區別。從來學說不得謂皆誤也。然國權發動。當如分離油與水。無既被分割。而依相當之別種機關而行之事。蓋使各機關

分掌之權限範圍。大概以基於使宜上之理由。由此結果。吾人見有區別國權之實質的機能。與形式的機能之必要。以國權行動之方向。就其性質區別者。所謂實質的區別。論特定之機關所有權限作用。爲形式的區別。前者適用於一般之國家。何則。爲達國家之目的。而勵作之統治權。於完全之國家。未有不同一者也。至於後者。則由國之不同。而異其種類及組成。故論通過或機關而勵之國權作用。不必限於機關我國（雖天皇亦包含之）則統治權之作用。不外就各國之國法決之。吾人欲先說明實質的作用。次乃及於我憲法上之統治作用。

以國權之機能。就實質分類。則生二個之大區別。一即廣義之立法。以制定一般的（即抽象的）之法規爲目的。其他即廣義之行政。以特定的（即具象的）事件之處分。爲目的者也。然廣義之行政行爲中。亦因其目的之異。生兩個之區別。即對於法規之侵害或論爭。維特法規爲目的。用裁判形式行動之作用。有一種特別之區域。是即司法也。及至此司法從廣義之行政分離。其殘存之部分。所謂狹義之行政。至生立法行政司法之三機能。

如上所述之機能者。定通常時之情形也。特別之時。表規之國權作用。可見皆不屬於上三者之中。其最著者。戰爭是也。或學者雖於戰爭亦謂爲行政行爲。（買羅吞司）國際法第二卷第四四八頁以下四七七頁。然誤也。行政行爲者。無爭之國權之支配。即無抵抗而動之命令力。又以國家法規之安固爲前提。反是戰爭行爲者。何耶。即謂得以國際法規制限之。究非働於國法司配之下者。戰爭者。睹國家之存亡時而起之國權。行政者不動之力。而發動者也。爲未戰爭之手段。例如平時之封鎖。亦非行政。何則行政者。對於臣民之行爲。而非對於外國之行爲也。不特對於外國之戰爭。即對於內亂之兵力上防遏亦然。何則。於此時。亦與對外關係之時。同關於國家之存亡者。不過謂之有內亂之差異而已。（哇買衣耶）獨逸行政法第一卷一一頁等里納克一般國家學五五九頁。

追索國權作用分離之蹟。則立法及司法者。由後而生之特別觀念也。雖無立法。國家自成立。雖無司法。國不妨存在。獨至行政不然。無行政。則無國家。無法律或

裁判官。專制之治。可得想像。然無行政之國家。則亂世也。行政之觀念極廣。立法之準備。亦屬行政行爲。裁判之執行。亦屬於行政。申言之。國權之作用。於其初期。皆行政也。如立法。如司法。皆隨國家之發達。而從此中分離者。由此觀之。則所謂狹義之行政者。不外從統治作用中。除外立法及司法之殘物也。

納克前出五六頁註買  
衣耶前出第一卷七頁

行政之意義依據  
殺法而定者葉里

立法之發達。同時與從來行政之關係。爲變化。立法者不特蠶食行政之範圍。且反位於他之機能上者也。一般學者。亦謂（於國家只法律有最上之支配權。申言之。國權之作用。當準據法律。當爲法治國）云云。至以行政及司法。置於立法之下。然以此觀念。爲門羅、思他羅、或克那思等所創造。亦失之驟。彼等唱法治國之觀念。既於古時希臘甫拉登及耶律斯都德所唱也。

立法爲最上之機能。形式上不依何等之制限。而被拘束者。顯著之事實也。然於多數之國家。通常法律上。更有效力強之根本法。或爲憲法。故普通之立法。在其根本法之制限內。（但於英國普通法律。與憲法法規之間。效力無差異。

故立法爲最高機能之原則。不在推至極端可得貫徹之類。且雖行政機關。若在有緊急情形。附與代法律定法規之機能之國。行政之勵。不能謂常在立法之下。(非以緊急命令權解立法行政行爲)因於右揭三權關係之原則。機關之權限。卽離形式作用者。至甚見維持之困難。

從實質上區別。設司統治作用之該機關。使統治機能之實質。與形式。全然一致者。究屬不能之事。無論於如何國家。實際無貫徹此理論之事例。如當定抽象的法規之立法機關。有時實質上只爲一事件之處分之行爲。行政機關。實質上有制定立法行爲之法規之事。裁判所亦有或種之行政事務。行政官廳。有被委任裁判之權限。於是立法司法行政之實質的觀念外。至生形式上之觀念。國家機能之形式的觀念者。不問其行動之內容如何。只其表現之形式。特依執行機關之種類而定。形式上之立法者。指有法律之名稱。具法律之形式。而成立之統治主體之命令。行政行爲者。指凡行政官廳所司之國家行爲。司法行爲者。指凡裁判所之行爲。然機關之組織。如前述。因國而異。故欲依形式。區別統治之作用。不

外從各國之憲法。而下特別之解釋。吾人於吾憲法。一面不拘至或程度止。實質的區別國權之作用。而於地方研究定司其發動之特別形式。以下欲就吾國說明特別之統治作用。立法司法憲法上之大權及行政是也。

立法者制定法律之行為也。司法者以裁判所之形式。審判法事之裁判所之行為也。用言之。憲法上以當使裁判所行為要件之司法事件也。憲法上之大權者。不須獨立意思之參與。天皇可得親裁之事項也。即從憲法第一章揭天皇者云之事項中。除外立法行為者也。至行政之事為何。屬於極困難之問題。或論者曰。行政者。國家通過官府。對於個人。而勸所係之隔權力之行動也。依於官府而行。故為行政。無官府。則無行政。故雖天皇親行之行為。若使官府行時。亦行政也。(穗積氏行政法講義) 天皇憲法上之大權行為。雖曰非行政。而此解釋。明牴觸現行之法文。樞密院官制第八條。規定 樞密院關於行政及立法之事。為天皇之至高顧問云云。又公文式第三條規定。(係於法律及一般之行政云之)。參酌此等之法文。天皇憲法上之大權中。亦明之認有行政行為。故憲法上之大權發動。謂為

非行政者。非也。然於一方對於立法司法。以天皇憲法上之大權。只解作行政者大誤也。憲法上之大權中。有屬於行政者。亦有不屬於行政者。故憲法上之大權。唯一部分有行政之性質。而行政者。使凡各種官府。及自治團體。行使之。故此等機關之行爲。皆行政行爲也。於是行政之觀念。至不得依單純之形式論。而必須爲性質上之研究。吾人於此。謂行政者。在非立法非司法之統治作用中。以消極的定其範圍。關於其範圍之詳說。於行政章述之。

立法者。定法律之統治權作用。故定非法律之國法之勳。非立法也。然不特天皇所發之命令。爲統治主體之意思表示。與法律同爲國法之一部分。至如緊急勅令者。全與國法有同一之効力。因說明之便宜。緊急勅令及其他命令。於立法章下論之。只當注意。在固有之意義。則所謂立法者。限於制定法律之行爲。司法者何耶。於前統治機關之條。已加說明。於本部。可信其不必詳論。只於立法司法及憲法上之大權。相互之關係。就其必要者。當略加說明。

## 第二章 立法

### 第一節 立法之意義

天皇者以帝國議會之協贊。行立法權。(憲法第五條) 凡法律要經帝國議會之協贊。

(憲法第十七條) 立法者。制定稱爲法律之國之國權作用也。於實質的意義。法律者定

一般抽象的法規之命令。而有拘束力者之謂也。對於此意義之法律爲處分處分者。以定各箇具體的事件爲目的者也。然如前述。我憲法不貫徹此實質主義。而求法律之意義於形式。依帝國議會之協贊。天皇裁可。而於法律名稱之下公布者。則縱令關於一事件之處分。猶可看做立法行爲。故不能依實質主義。而定法律之意義。或立法之爲何也。

假設法律爲定一般抽象的法規者。則社會事情。有時或反此一般規定。而有設特別之例外之必要時。於此時。法律豫許特別之處分時。固爲特別者。否則此特別處分。不外以法律爲之。何則反乎法律一般規定之處分。爲變更法律。比法律効力弱之命令。不能行之也。故最初之法律。如實質論者之說。得爲一假設法規。而此原則。於其後。到底見爲不能維持者。故定實質上法律之意味。究

屬不能之事如買衣耶亦謂設對於一般之法規之例外時於具象的法律關係亦得以立法機關之協力而規定之。而有發一般法規之權限之立法權。得定具象的法律關係者以廣大之觀念包含狹小者之當然之結果也。（荷買衣耶一五五號）獨逸學者於法律之實質及形式之區別熱心研究其理由則以法律之文字就歷史的意味言以定一般抽象之法規爲觀念又於一方因憲法規定以豫算爲法律而欲說明豫算實質上非法律基於此趣意也於我國無如此之用語之沿革又無以豫算爲法律之條文無區別法律之實質及形式之必要。只心解獨逸學者之論點而已足矣。

實質的法律。在定其法規之點。於此點學說似多一致。（休而哀普國國法第二卷一頁拉排痕特亨漏西憲法之規定豫算論二頁以下荷買衣耶枯利猶痕甫脫雜誌一八八一年第八卷一五頁）然法規者何耶。學者間不無異論。拉排痕特豫算論（規定法律關係或裁決之者（即定法規者）實質的法律也。雖然法規何耶。非彼之所詳說。然如買衣耶前出枯利猶痕甫脫雜誌所論

究。則拉氏之說以爲實質的意義之法律。決無設定義務之事。又不須一般抽象的規定。法規者。非設定權利義務之國法。而不須爲一般的規定。買氏於拉氏之說。反覆論難。揭法規直接設定權利義務之時甚多。最後述自己之意見。曰（法規者對於處分之語也。爲一般的之規定。非處分之謂然。處分之本質。不在設定權利義務。而在規定個個之事件。）且爲因其論說之根據。列舉派批尼思 *D. h. de begibus* 載而茲司 *Tr. 4. tit. cit.* 烏而批思 *Trs. tit. cit.* 批犹智他 *Yustitaciones inrisubiri Zemanir Dib. 6. cays §221* 海盤鄰獨逸國法參考書第二卷一五九頁以下。拉夷思脫獨逸國法教科書三二四頁。鋪他噴臺克登一四號現行羅馬法講義一四號。楷爰思遮哈利愛開於國家之四十卷第一四號。載婆羅一般獨逸國法第二卷四九四頁。哈阿遮哈利愛獨逸國法及聯邦法第二三三九頁以下。荷而盤耳獨逸國法原論一百四五頁。門羅五執堡國法第一卷一九三頁。盤而巴典國法四〇三頁。勞訥普國之法第一卷一七一頁。休而哀普國之法第二卷二〇六頁。惟休氏其初雖以一

般的法規爲法律之要件。而於同書第二版第四頁拋棄此說。此等學者皆謂於固有之意義之法律。爲一般抽象之規定。可證明其一致。夫獨逸人果如何解法規之文字耶。非余之所當問。法律固有之意義。爲一般的抽象之規定。即不以特定事件之處分爲目的。余之所信。亦與買氏等同。法之本質。在强制性。在拘束力。然法律而有拘束力者。爲其外面而非內部之關係。問有此強行力之法律中。何者爲固有之法律。則不外答以一般的之規定。然區別實質的法律與形式的法律之利益如何。吾人不能發見滿足之說。買氏區別此兩者之結果。謂一般抽象的法規。定關於臣民之義務者。當常以法律而不能以命令。當然屬於行政機關者。只處分之權而已。故以命令規定立法事項。常須法律之委任。雖然吾憲法。不特限於一定事項。爲立法事項。於此點。須以法律規定。而此外以普通之命令得拘束臣民。即違反實質的法律。即違反一般之法規之一事件處分。亦可爲法律之變更。故謂爲當以形式之法律以外。兩者之區別。於我國無所用之。

法律於國法中之效力。在憲法及皇室典範之下。然則對於其他之命令法律。常有優等之效力乎。申言之。命令無論規定如何事項。常不能變更法律乎。於此點有重大之爭之所在也。

吾人因爲確定此問題。欲應用減殺法。列記於憲法之一定事項。關於此事項。當以法律規定。故於所謂立法事項。以法律外。不許勅令之干與者也。於此範圍。因許委任命令。非不得以勅令設規定。雖然於此時。勅令不能違反所與委任之法律。故結果於立法事項。不得不謂法律常在勅令之上。於此點。無論何人。無所異議也。次於憲法第九條規定。天皇爲執行法律。或爲保持公共之安寧秩序。及增進幸福。發必要之命令。或使發之。是學者之所謂法令共同範圍。不論以法律。或以勅令及其他之命令。可得規定之事項也。然於此法令共同之範圍。憲法明明規定（不得以命令變更法律。故法律之效力。又在勅令之上。因之共同之範圍。勅令者。以執行法律或爲補充之故。只於法律未先占之空位。雖可得設獨立之規定。而於法律先占事項。無變更法律之力。只得依法律之委任。而定其細則。故

於憲法第九條之法令共同範圍。勅令之效力。亦在法律之下。於是所剩餘者。只天皇憲法上大權事項。憲法列舉一定之事項。關於此事項。天皇不必要他之獨立意思之參與。而定爲可得親裁者。所謂憲法上大權是也。於此事項。許以法律規定之與否。或許之則法律有勝於勅令之力否。學者熱心所爭論者也。於此點大畧如左之二說。

一 憲法上之大權事項。要天皇之親裁之事務範圍也。故立法事項。全然有別個之句域。如立法事項。須以法律規定。大權事項。要以大權命令。法律不得規定大權事項。大權命令因法律而被變更。又不得變更法律。二者相對峙而不相侵爲法。是大權命令之特質也。(穗積博士憲法講義)

二 憲法上之大權。天皇可得親裁之政務也。而天皇行使其大權。不必要有特定之形式。而法律亦主權者之天皇之命令也。故天皇代勅令以法律而行大權。亦非違反憲法。而法律有勝於勅令之效力。其內容關於如何事項。非所問也。故縱令憲法上之大權事項。一旦既以法律規定。其法律爲有效。不能以

勅令變更之。

吾人於此二說。均不能贊同。吾人解法律之效力。以爲不拘規定如何事項。在勅令之上。於此點與第二論之說相同者也。然吾人於一方以憲法上之大權事項。爲法律亦可得規定之者。則不敢信之。其故以法律無優於大權命令之力。而憲法有法律以上之效力也。申言之。因法律不能違反憲法所生之結果也。余今無他說。祇欲略述憲法上大權之性質。

憲法上之大權。以宜得天皇之親裁。爲憲法上之要件。要天皇之親裁。與以宜得天皇親裁爲要件。語言相似。而實大有區別也。既謂要天皇之親裁。其理論之結果。生必當以勅令定之斷案。故不能以法令規定大權事項也。然如吾人解憲法上之大權。以宜得天皇親裁爲憲法上之要件。於不害此要件之範圍內。亦可得依法規規定。既以法律規定。則可解作變更廢止須以法律而就憲法上之大權觀察之。其大部分非定一般的抽象法規。而處理個個之事件者。即所謂處分行爲也。而處分者只於一事件生其效力。無拘束他日發生同一種類之事件之力。

與法律不限於一般之規定。雖一事件之處分亦可得爲之。綜合此二點而考察。則天皇以法律之形式行使憲法上之大權。非強爲違憲之事。今舉事例說明如左。順次追索憲法第一章之規定。則第一入吾人之目者。法律之裁可也。然裁可者。爲立法行爲中小部分之天皇親裁事務。故非以議會之協贊。天皇之裁可兩者相會而成之法律之意味也。第二帝國議會之召集。開會閉會停會。衆議院之解散。爲不得以法律爲之事項。乃從其性質上而生必然之結果也。至第三緊急敕令。有代法律之効力。無不必以法律爲之。且爲不得用立法手續之時之規定。故此亦不可得以法律規定也。第四所謂法令。共同事項。亦不成一問題。第五於所謂官制大權。文武官之俸給權。任免權。憲法規定揭特例於法律者。依其各項。故在問題之外。於是所餘者。陸海軍統帥權。定軍之編成及常備兵額之權。宣戰。媾和權及條約締結權。戒嚴宣告權。榮典授與權。及恩赦權是也。此等事項。亦不得悉爲立法之目的者。其理由如下所述。

所謂兵馬之大權。屬於天皇。天子者即大元帥也。故以兵馬之大權。從天皇之手。

奪而使歸於他之人格。則違反憲法而爲法律。不可得爲之事也。然於其統帥之方法。憲法不明設規定。故於不害天皇統帥權之範圍內。可得設細則。於此時。其法律爲有效。反是勅令爲無效。何則對於不違反憲法之法律。命令之效力。在其下也。於軍之編制及常備兵額。法律不能設規定。何則以法律規定軍之編制。及常備兵額。將來有繼續之效力。故改正之要議會之協贊。因使天皇不得從議會之意思分離。而在行使此等權利之地位時。則明明違反憲法者也。於宣戰媾和。及條約締結。有多少必要之區別。如宣戰者。有對於臣民而發之情形。故仍可得以法律。然媾和者。交戰主體間之合意。而非國法。法律者。國法也。故對於在一國統治權之下者。可得發之。而不得規定不服自國統治權之交戰主體。或對於外國之關係者也。戒嚴之宣告。憲法之明文上亦當屬於天皇。何則。憲法第十四條於同條文中。規定戒嚴之要件。及効力。以法規定之。故無使稍以法律爲戒嚴之宣告之趣意。但不以法律爲宣告之說。與應不可避之緊急之要。得使或機關。例如軍之司令官爲宣告者。乃別爲一事也。榮典之授與。爲一事件之處分。且限於

其事件有效力。天皇以法律援與榮典於甲某，無妨害其後授與榮典於乙丙等之自由。故可得以法律授與之。亦可得定其條件。但不能設生天皇不能授與榮典之結果之規定。於恩赦亦然。

關於恩赦之刑法。改正案之規定。釀一時學者之間之物議。然余信其非違憲。刑法改正案。定對於或犯罪爲刑之宣告後。於一定之期間。猶豫其刑之執行。而觀察犯人之行狀。於其期間內。無再犯時。免除前宣告之刑。此天皇以法律委任恩赦權於官廳者也。然刑法規定裁判官。有基於委任而行恩赦之時之事。雖然非定因此天皇遂無恩赦權也。天皇於裁判所處分以外。猶自由得行使其恩赦權。故刑法非違反憲法第十六條。所謂違反者。在規定（天皇依裁判所外不能行使恩赦權）之情形時。否則只定恩赦權行使之形式。又單以天皇所有恩赦權之一部。委任於他之機關。與此等之委任。或定其條件之法律。可信其決非違反憲法。要之以不蹂躪憲法所定天皇可得親裁之趣意爲限。關於憲法上之重大權事項。天皇猶可得以法律規定之。又一次以法律規定事項。將來有變更之必

要。得以法律改正之。故於憲法上之大權。得以法律規定與否之問題。既以法律得規定。又既規定。則法律之力。在命令之上。此余所以於主要點寧採用前揭之第二說。

論無式曰。憲法祇載天皇云云。定其方法。然雖以法律。亦不失爲天皇之行為。故天皇可得以法律。行使其大權。於此時。已發布之法律。不許以命令變更。故爾後天皇不能於法律之外。行使其大權。此說與吾人之說。似是而非者也。天皇總攬統治權。故無論以如何形式。得行使之。其行爲。法理上天皇之行為也。若以此意解釋天皇之大權。憲法不必特別記天皇云云之事項。蓋以統治權萬能。而積極的不能列舉。若如論者之說。則統治權之行使中。列舉經帝國議會之協贊者。及當以法律者而已足。然憲法不出此方法。而特揭一定之事項。規定天皇云云。其本來之趣旨。在須爲天皇可得親裁者。故以法律。亦其自由。而於其後。如以不依法律。不得行之。定爲法律。則明明牴觸憲法。蓋法律者。要經帝國議會之協贊。而議會之決議。不受天皇意思之拘束。故一次以法

律設天皇無絕對的親裁之地位之規定則於其後天皇全亡失大權親裁之能力。此余所以謂須爲大權可得親裁之事。而如易爲奪此要件之法律。則憲違矣。

## 第二節 法律之制定公布及執行

立法之手續。其始法律案之提出。經議會之協贊後。依裁可而成立。提出法律案之權。只政府及兩議院有之。他之統治機關。無此權利。政府提出之法律案。提出於各議院者。而議院提出者。各院於其院爲法律案而議決後。送付於他院者也。各議員提出於其院者。非法律案之提出。祇發議法律案。欲一院之議決。盡法律案提出權。屬於各議院。而不屬於議員其人也。

於法律案之提出。可得起疑問之重要者如左、

一 政府得以同一之法律案。同時提出於兩院與否。關於此點。余不認之者也。議院法第五十三條規定。（除豫算外。政府之議案。兩議院之內。先歸何院。從其便宜。）故間接定不能以同一之法律案。同時提出於兩院。同五十四條

以下亦基於同趣意之規定也。若兩院同時議同一法律案時，各院之修正可否，互相牴觸，議案之決定，至生非常之困難。

二 對於政府提出之案，甲院加修正時，乙院當議甲院修正案乎，抑當議政府之案乎。議院法第五十四條云：（於甲議院可決政府之議案，或修正而議決時，當移之於乙議院。於乙議院就甲議院之議決同意或否決時，奏上之。同時當通知於甲議院。）同第五十五條云：（於乙議院對於從甲議院移來之議案，修正之時，云云。）綜合此等之條文而解之，不可不謂乙院所議者，甲院所爲之修正案也。各議院原有法案提出權，故甲院已修正之議案，得看做甲院之提案，從不以政府之議案，同時提出於兩院之精神觀之，寧作就修正案討論解爲當。但既謂之修正，則係對於原案之語，故修正案，猶不抹殺原案之文字，故乙議案議甲議院之修正案，原案之文字，亦不得不對照，何則修正之權，各院獨立有之也。結局生乙院對照甲院之修正案，與原案，而議決之結果。

三 法律案撤回修正之權，只政府有之耶，或兩院亦有耶。議院之議決生國

法上一定之效果。既發表一院之確定意思。則不可許其撤回。議院法第三十條（無論何時得修正既提出之議案。或撤回之。而無一言及於議院之修正撤回權。爲不認議院有此權也。議院有修正政府及他院所提出議案之權。而自爲決議。而移於他院之議案。不能修正撤回也。

四 於兩議院之一。所否決之法律案。於同一會期中。不得再提出。（憲法第三十九條）各議員之發案。非法律案。故不受三十九條之適用。

法律案之協贊者。帝國議會。認可法律案之內容之行為也。本編第三部第二章第四節第一項三二三頁參照

於各議院議法律案。須經三讀會。但由政府之要求。或議員十人以上之要求。於議院以出席議員三分之二以上之多數可決時。得省略三讀會之順序。第一讀會。以議案配付於各議員後。至少經四日而開之。但於緊急事件。不在此限。（貴族院規則第八十八條）於第一讀會。朗讀議案後。國務大臣政府委員。或發議者。得辨明趣旨。但議長得使省略朗讀。經第一讀會之政府提出案。或他院提出案。付託於委員。議院待委員之報告。而決當開第二讀會與否決。爲不當開第二讀會時。

廢棄議案。第二讀會。於第一讀會終後。當至少經二日而開之。但議長得諮於議院。縮短時。日或得與第一讀會同日開之。於第二讀會當逐條朗讀議案而議決之。但議長得便宜使省略朗讀。於第二讀會。對於議案。得提出修正之動議。第二讀會終時移。於第三讀會。其時日之關係。與第一讀會與第二讀會同。第二讀會更正議決議案全體之可否外。不得爲修正之動議。但於議案中發現有互相觸觸之事項。或觸觸現行法律之事項時。動議必要之修正者。不在此限。(貴族院規則第八十九條第九十九條)於議事之方法。已說明於前。不再詳述。(第三章第五節第六十七條第七十七條衆議院規則第八十九條第九十九條)凡議案從議決議院之議長經由國務大臣而奏上之經兩議院之議決而奏上之議案。被裁可者。至次之會期。至當公布。故於此期間內。不公布者。不可不看做不裁可者。裁可者。從其意義言。議案之嘉納也。從其效力言。完成立法之最終手續也。法律依裁可而成立。裁可之形式。宣言裁可一定之法律案之旨。署天皇之御名。鈐以御印而行之。

變更既經裁可而未公布之法律。當依立法之手續乎。又天皇之裁可。不論何時。得取消之乎。依一般學者之所說。法律依裁可而成立。故天皇不得任意取消之。如是立論者。似有理由。而實誤也。不得取消裁可之論者。解作裁可者。唯有一度。而又有最終之決定力。故必不謂可取消之。吾人之說。則與之稍異。余信爲裁可者。從上法律案上奏於天皇之前。至其公布之間之時。終局的確定之天皇之意思也。裁可者。以至公布之時爲止。得被取消爲條件。從裁可附與之時。生其効力者也。憲法第六條認法律之公布權。公布者。以實施有效之法律爲要件。而以其成立爲一般之定明也。法律爲實施而制定。無實施之目的。則無法律。若假定法律依裁可而確定。裁可不得取消。則法律何爲以公布一任天皇之意思耶。法律既有效成立。而公布解作放任天皇之自由意思。則有效成立之法律。生不實施之結果。而爲不道理之斷案。或學者爲避此問題。而曰裁可者。以法律案爲天皇之意思之行爲也。即爲內部之關係。而無國法上之効力。或謂法律之成立。繫於公布。法律爲國家意思之表示。故因公布。而法律始成立。此等議論。其正否爲別。

一問題。余信其不必說明也。法律之公布。在天皇之權內。其所以在天皇自由權內者。在公布前。無論何時。得取消裁可決定最後之意思。故其最終之意思。在決定前得延期公布。天皇雖一次裁可之法律案。欲取消裁可。得延期公布而取消之。且無公布。則無裁可。何則有一度最終之決定之裁可。則確定法律。故生必公布之義務。而天皇不爲公布。則無此義務。申言之法律。不成立者。即因取消前之裁可。或不與最終之裁可也。議院法第三十二條規定。經兩議院之議決。而上奏之議案。被裁可者。至次之會期爲當爲公布。以裁可附與之最長期間。至公布之時。爲止之趣意。亦不外如上之理由。此余所以謂以至公布之時爲止。得被取消爲條件。而從裁可附與之時。生其效力也。

有效成立之法律。公布之。其形式裁可之後。總理大臣記入年月日。與主任大臣俱副署之。於屬於各省專任之事務者。主任大臣記入年月日副署之。以官報公布之。公布者。以法律發布於外部。使臣民及國家之官廳。知法律之成立者也。或曰公布者非公告。使生俾臣民遵由法律之效力者也。此說雖爲多數學者

所認。而余非之。法律之公布。使公知其成立也。法當使由之。不當使知之者。乃古代之思想。非近日所當採用者也。故法律而成立者。發表之。使知其存在也。若如論者之說。依公布而生。遵由之効力。則何故公布後。必經一定之期限。而施行之乎。論者曰。法律不妨以公布之日施行。是以公布者。生臣民遵由之義務時也。從公布之日施行者。非法律實施之常體。如保安條例。被迫於特別之必要。以其實施。短縮至最少限度。使溯至公布之日。而余解作原則之日。與施行之日。乃別物也。不然不拘但爲公布。已有遵由之効。則何故至施行之日爲止。不使臣民遵奉耶。其理由苦難知之。余所以解法律之公布爲公告。遵由之効力。依實施而生。公布之日者。不以實施日溯及之以前之限界也。法例第一條。亦採用此原則。法律從公布之日起算。經滿二十日。而施行之。但以法律定與此相異之施行時期。不在此限於臺灣北海道沖繩縣其他島地。得以勅令。定特別之施行期。云云。規定之。憲法第六條規定。其公布及命執行。公布與執行。區別者爲此也。法律之執行。謂其實施。而關於實施者。以公文式及法例。設一般之規定。故於個之法律。

無命其執行之必要。

法律之廢止變更。屬於法學通論之範圍。故本節從略。

### 第三節 命令

#### 第一項 總論

命令者。不要帝國議會之協贊而發之國法之謂也。此中有天皇直接發者。與委任統治機關而使發者。二種前者爲勅令。後者閣令省令以下官廳之命令也。後者之研究。屬於行政法學之部。此處只將勅令說明之。

勅令與法律之關係。於統治權之作用總論中。說明其大體。勅令之效力。除緊急勅令外。常在法律之下。然憲法限或一定之事項。以天皇可得親裁爲要件者。故於此種事項。法律不得妨害憲法所豫期天皇之親裁權之規定。然此非勅令對於法律之效力。而憲法在法律之上之結果也。要之不牴觸憲法之法律效力。常在緊急勅令以外之勅令上。可斷言也。

定勅令者天皇之所親裁。而待國務大臣之輔弼。雖然。其意思之決定。專屬於天

皇。故勅令裁可之事。無法律上意味之語也。我國實例（除裁可某某之件。雖勅令亦似解作裁可。雖然。勅令法律上既當受天皇之制定。以爲裁可。法律上無根據。故現行有勅令之裁可者。祇單純的用語上之慣行。公文式第三條。關於法律及一般之行政之勅令。親署之後。鈐御璽云云）初無雖勅令亦與法律同受裁可之意之條文。親署鈐璽在對於法律爲裁可。對於勅令。祇爲其制定之證明。但其公布。與法律同登載於官報。於其施行之期限。公文式第十條。與法規有同一之規定。雖然。至其後。於法律。以法例第一條。設特別之規定。故公文式第十條之規定。祇定令被適用。即勅令者。原則以官報到達各府縣日數之後。爲施行之期限。其日數以明治十六年太政官達第十四號。就各府縣定之。（公文式第十條第十三條參照）勅令得區別爲緊急勅令。大權命令。執行命令。補充命令。又獨立命令。委任命令之五者。以下將逐項說明之。唯大權命令。已於前大權與立法之關係說明之。故不設特別之項。

## 第二項 緊急勅令

憲法於第二章列舉關於臣民之權利義務事項。關於此大抵定爲當以法律規定。然國家於緊急之時不能依立法手續。而有定關於立法事項法規之必要。英國憲法認責任解除法之原則。大陸諸國憲法認君主之緊急命令權爲此也。我憲法第八條亦認天皇之緊急勅令權。

英國之責任免除法。Act of yndemnity 爲免除廣意的違法行爲之責任。而當或緊急時。解除政府所爲應急處分之責任。亦包含其中。英國之責任免除。雖一私人行爲違法之結果。亦免除之。故解作限於政府之緊急處分者誤也。此種法律。從千七百二十七年。至千八百二十八年間。英國因免除非從教會之儀式。得相當之資格。而執市之公務之異教徒刑事上之責任。年年無間斷發布者也。責任免除之法。及其契來法 Kabas CoyusArt 之關係。他伊西莫國憲法四七頁及二二頁以下可參照。

緊急勅令者。代法律。故可得規定立法事項。又與法律有同一之效力。近來徒爲指摘條文之論者曰。緊急勅令。雖可代法律。規定立法事項。而無與法律同一之

效力。何則法律者有積極的變更法律之力。同時法律依緊急勅令之外。有不受變更廢止之力。憲法第八條規定緊急勅令者。於次之會期。不得議會之承諾時。政府當公布向將來失其效力。此公布。非法律。又非緊急勅令。乃普通之命令也。依普通之命令。可受廢止之緊急勅令。無法律之效力。然以普通之命令。得廢止緊急勅令。爲憲法第八條之規定。而憲法之效力。在法律之上。緊急命令。依普通之命令。而被廢止者。憲法之效果。而非普通命令有勝緊急勅令之效力也。憲法於一方用代法律之文字。代法律者。即與法律有同一之效力之義也。且即使固有之法律。非必依法律或緊急勅令。而後得廢止。憲法三十一條規定於國家事變之時。以天皇大權之施行。得動第二章之規定。天皇大權之發動。非法律也。則依非法律非緊急勅令之大權施行。而動之法律。非法律矣。若然則陷於以法律爲非法律。自相矛盾之弊。憲法第八條亦然。憲法既定特別廢止之方法。因憲法在法律以上之結果。而此公布之效力。亦有廢止法律之力。故解作緊急勅令。與法律有同一之效力。乃爲正當。發緊急勅令之要件。如左。

一 保持公共之安全。或避其災厄而爲之事。

云保持公共之安全。或避其災厄者。消極的規定也。申言之。則除害公共之安全及爲災厄者外之義而不包含積極的增進公共之利益之時。公共之意義。不外依天皇之解釋。雖然。從文意言。不得解作爲私人之利益。緊急之狀態。在議會之會期中。固此提出法律案。雖議會有不決之情形。而其事情狀存在。議會既閉會或解散後。天皇得發緊急勅令。蓋議會認爲不須法律之事。與天皇認爲有緊急必要之事。有互爲獨立之解釋者也。

以緊急勅令發布之目的。限於消極的範圍。保持公安及避災厄之外。不許之者。謂之防遏主義。或保安主義。Prohibitiv Abwehrsystem 積極的雖公利增進之情形。亦包含者。謂之實利主義。Tatsächl. od. Nützlichkeitssystem 一般之立法例。屬於前者。雖然在獨逸各國中。三國有認第二主義者。薩克森憲八八條痕哈而脫憲二〇條等是也。

二 依緊急之必要

有緊急之必要與否。在天皇之認定權內。然其主意。當解作限於不能待次之議會之開會時。而所謂次之議會者。爲如何意味乎。帝國議會者。要每年召集。又一年一日召集之而已足。故通常全尙未達開議會時期時。縱令有臨時召集議會之時日。不召集而發緊急勅令。可乎否乎。余解作議會閉會中。不須特別召集議會。唯從憲法之精神論。不外有可得召集議之情形。用可成的召集之。而制定法律。只不達此情形時。發緊急命令。或曰憲法第四十三條。規定於有臨時緊急之必要時。召集臨時會。即緊急之時。皆不可不召集臨時會。故非不及待臨時會之召集。不可漫發緊急勅令。蓋憲法第四十三條。非有如憲法第八條情形時。不適用之條文也。然憲法第八條以外。只於第七十條財政上之處分。定爲（不能召集議會之時）可得爲之。故謂第四十三條。見此情形解。而緊急勅令。只限於臨時會。亦不得召集時。可得發之。憲法上不生此解釋之必要。唯於財政上之處分。尙須限於不得召集臨時會。而後獨發緊急命令。則憲法之精神。當與七十條同一解釋。縱令不召集議會而發緊急勅令。亦不得謂違反憲法也。

## 三 帝國議會閉會之時

發緊急勅令。必要帝國議會閉會中。而於閉會之文字。議論歧出。或曰。閉會者。從前會閉會之時。至次之開會之間爲止之謂。而解散者。短縮衆議院議員之任期。而不失爲帝國議會之成立。故解散後至次之議會開會爲止。不能謂之閉會。無閉會式。而終會期之議會。不能謂閉會中。然此太拘泥閉會之文字之解釋也。憲法義解。謂當議會適不在開會之期。是爲正當之解釋。吾憲法參酌獨逸諸國之憲法。吾人前既略述。而於其大部分之憲法。字漏西憲六三、薩克森憲八八、瓦敦堡憲九〇、巴威倫憲六六、易卜憲七三及一八六二年七月一五曰法律薩克森以買羅憲六一、屋而登勃羅希一三七、二臺倫修懷衣希憲一二〇、勃羅希憲一三〇、休懷而羅希羅獨而思他脫憲二五、懷而臺克憲七、新落衣恩憲六六、六七

發緊急勅令。規定云（不在議會開會之期時）*Wenn der Landtag nicht versammelt ist*。我憲法簡約此文字。用閉會字。則謂不在議會開會之期。而解散之時。亦包含之。不俟言矣。縱令不直譯上述各國法文解。猶且閉會中者。不可不作包含解散解。蓋閉會者。閉會期而至開會之間也。而議會之會期。不但依閉會式。或依解散。亦可閉之。故於衆議院解散之時。之貴族院停會。與閉會有同一之效力。既解

散而會期終。則以解散後至次會開會前。稱閉會。不特無何等之不合理。且外國公法學者中。無人疑此明白之事實者。近來學說。以我憲法第八條。所謂閉會之文字。從正面解釋。云不包含解散之時。故解散後之緊急勅令。例如三十六年二月災害地地租延期之緊急勅令。誤以爲違憲也。余以閉會解作會期終了後開會前。故解散之時。亦當然得發布緊急勅令。而雖如上之緊急勅令。亦主張非違憲也。但停會無閉會之行爲。只會期中停止議事。故停會中。不能發緊急勅令。

緊急勅令。與法律有同一之效力。雖然。無以上之效力。故不得牴觸憲法及皇室典範。此緊急勅令之消極的界限也。或論者於此界限中加貴族院令曰。貴族院令。異於一般勅令。其變更修正。當經貴族院之議。故不得不動普通之法律。然此理由誤也。法律不能變更貴族院令者。不過憲法云貴族院之組織。當以貴族院令之緊急令定之結果。如論者之說。不外以普通之勅令。天皇所親定。故不得廢止經議會協議之法律而已。或國憲法。以緊急勅令。可得規定事項。限定立法事項中之一部分。此緊急勅令之積極的限界。例如蒲倫修懷衣希

憲法一二〇條。限關於財政租稅兵役等事項。是也。於一般立法例不設制限。互相一致。我憲法亦然。法憲法規定當以法律定之事項。當法律未制定。得以緊急勅令規定之乎。休而哀普國國法第二卷三五頁。勞痕納普國國法第一卷三七一頁。休威而智普國憲法注釋二八頁等。採消極論。其理由。在憲法規定用立法之方法云之趣意。在乎用經議會協贊之法律。故單純之緊急勅令。不能先占立法事項也。然此乃無一顧之價值之議論。有法律之效力之緊急勅令。於既以法律占領之情形。尙得廢止之。則未有法律規定時。得代法律規定其事項。其理自明。拉而盤耳獨逸國法原論一五三頁。伯倫哈克普國國法第一卷五一頁。公法雜誌第四卷四三八頁。耶而痕脫所謂於同上第六卷五〇一頁。克拉思買痕所論買而楷脫生參考書思登拉而一七四頁。注二。拉買衣耶獨逸國法五二〇頁以下等。皆採積極說。我憲法亦以後說解。不俟言矣。

緊急勅令。因爲求議會之承諾。於次之會期。要提出於帝國議會。次之議會者。緊

急勅令發布後。最初開之議會也。而此議會若明白決定承諾或不承諾時。因無所疑。雖然。議會諾否未決中。閉會或解散時。更當提出於次之議會與否。議論不無歧出。關於此點有之學說。

第一說曰。既以緊急勅令提出於議會。不拘諾否之有無。不要再提出於次之議會。故承諾不承諾。已被明示時。無容置議。而對於命令。無明白不承諾之決議。其命令狀有效力。以更用法律或緊急勅令被廢止之前。有其效力。然此議論設却與政府以提出緊急勅令於議會之義務之精神。單純之報告。則一度提出而已足。然緊急勅令之提出。非報告。依議會之諾否。於其將來定效力者也。故諾否不決時。而欲解釋將廢止之乎。或更提出於次之議會而決其諾否乎。則不能特別單以一度提出之理由。而以其效力之存廢。歸於政府之自由意思。第二說曰。於次之議會。諾否不決時。更以決諾否之日爲止。順次提出於次之議會。（我國實例治二十四年六月緊急勅令、同年十一月開會提出、其議會被解散、更於次之議會、即明治二十年四月之議會提出之。）然憲法明明規定次之會期。不設例外之規定。則當以經過最初之議會。而決緊急勅令之效力。不能更提

出於次之會期。又無其必要。以憲法政治未發達時代之實例爲基於不動之原則而已足者。非也。第三說曰。議會雖不明爲不承諾之決議。而無積極之承諾時。猶可認爲不承諾。故政府當公布其廢止。其理由在承諾之文字。與次之會期之文字。所謂不承諾者。謂不得積極的承諾時。承諾與否不分明時。不妨謂之不承諾時。縱令讓一步。承諾不分明時。不得謂之不承諾。而次之會期。有一無二。故既提出於最初之會期。不得再提出於次之會期。既解作不得爲一度以上之提出。不可不決緊急勅令當廢止耶。或止繼續其效力耶。於此時而作爲已承諾。而使有效。不特反乎事理。且許其如是。則政府爲欲使緊急勅令之將來有效。故意解散議會。而生弊害。余倍此說爲正當。故主張之。

憲法於議會之承諾。不定何等之條件。故議會從立法上之理由。或政治上之理由。得拒承諾。唯於前有疑問者。緊急勅令於次之會期前。依他之緊急勅令而被廢止。而因其規定之事項。消滅而消滅時。猶當於次之議會提出與否之問題是也。或論者曰。憲法定凡緊急勅令於次之會期。當提出於議會。不別設例外。又

定事後之承諾。問於將來。效力存續與否。皆對於要承諾之行爲。於議會確無異議者也。故緊急勅令既歸廢滅時。雖無定將來存續之必要。猶有對於議會。問有異議與否之必要。故不拘緊急勅令之廢止消滅。必當於次之議會提出。此議論出於規定代法律以命令。本來爲違憲。而證明緊急之必要。議會承認時。對於政府之行爲。解除責任之國之法理。而欲適用我憲法解釋。其誤不俟言也。我憲法第八條規定。若於議會不承諾時。政府公布問於將來。失其效力。解釋此條文。則不承諾與分布問於將來。失其效力。有不可離之關係。問於將來。失其效力云者。對於現在有效力之說也。現在無效力。無使將來失其效力之必要。則既歸廢滅之緊急勅令。即不能公布將來失其效力之勅令。且不可不謂不得提出於議會而求承諾。蓋我憲法上天皇之緊急勅令。爲合法行爲。而非爲對於違法行爲。責任解除之制也。

政府於次之會期。以緊急勅令。提出於議會時。議會不出於承諾不承諾之二途。不得以緊急勅令修正加除而承諾。蓋緊急勅令者。依其發布。既爲有效之國法。

承諾者。對於緊急勅令。與以事後之行為。而其效果。使有效之勅令。現在依舊而將來亦有效力。議會無廢除消滅勅令之權利。只對於勅令之全體。於將來之效力。與以諾否。議會修正緊急勅令時。不可不看作不承諾。一院否決時亦然。

議會對於緊急勅令。不與以承諾時。政府公布向於將來失其效力。議會之不承諾者。以憲法無明文為限。無當然使消滅勅令之效力云。政府公布失其效力者。於文章亦有疑問。或曰憲法第八條第一項。謂天皇。第二項謂政府。故發緊急勅令。雖為天皇。而廢止之者。憲法與政府以職權。而政府者謂國務大臣與天皇各別。故雖不以勅令。國務大臣。不得廢止之。如憲法義解。亦採此說。於同書第十五頁云。議會拒其承諾之後。政府仍不發廢止之令時。政府員違反憲法之責。故其所謂政府者。非無責任之君主。而可得員責任者。故當為天皇以外國務大臣之意。余意發緊急勅令者。天皇。故廢止之令。亦當以天皇之勅令。為此解釋。第八條政府文字中。包含天皇。如本論第三部第三章政府之條下所述。

拉排痕特獨逸國法第一卷七三六頁。拉而盤耳獨逸國法原論一五四頁等

余璽與議同  
一解釋

云。因議會之不承諾。而緊急勅令。當然失其效力。故不要別爲公布。唯公告無效力。休威而智普國憲法注釋二一一緊。臺倫勃羅稱私法教科書第一卷三三頁。伯倫哈克普國國法第一卷一六頁。遮哈利受獨逸國論一六〇。休而哀普國國法第二卷二三八頁。等反對之。謂議會不承諾者。無當然 *il s'ensuit* 使緊急勅令消滅之力。只使政府員公布廢止之責任。休威而智引用普國憲法成立當時之歷史曰。（於普國憲法第六十三條制定之時。無論何人。不欲使緊急勅令。因議會之不承諾。即失其效力。（開猶訥提出云緊急勅以次之會期終了爲止。因兩院之決議。不確定爲法律時。當然失其效力。）議院以大多數被否決。又於委員會之修正動議。（以議會承諾不承諾之意思表示爲止。緊急勅令有其效力。此文字亦被否決。故從憲法成立之沿革而論。解作議會不承諾。當然緊急勅令廢止者非也。吾人探後說。但各埠國憲法。規定議會不承諾之結果。緊急勅令當然失其效力。又如薩克森懷買羅憲六一條。規定議會於次之會期。不明爲承諾之決議時。緊急勅令。盡會期當然失其效力。於

此等之國。有此明文之規定者不俟論矣。無此規定。而採第一說之解釋。則不當者也。

緊急勅令。依政府之公布。而被廢止時。因緊急勅令而被變更廢止之法律。更當復活乎否乎。依多數學者所論。緊急勅令者。豫期議會之不承諾。則被廢止而發者。從其初即不以永遠確定法規之趣意而發者。故以議會之承諾。附與確定之效力以前。不廢止與其規定矛盾之法律。而祇停止其效力。申言之。以議會之不承諾。為解除條件。則依緊急勅令而被廢止變更之法律。或他之緊急勅令。因緊急勅令之廢止。皆可復活。（休威而智普國憲法註釋二二三頁、拉實衣耶國法五二一頁、勞痕七頁、明治三十三年大審院判決錄第三卷第三十八條）反對此論者曰。緊急勅令者。與法律有同一之效力。故得廢止他之法律。或緊急勅令。而此廢止從廢止之時而有效。不因對於緊急勅令議會不承諾而動。申言之。法律之廢止。其時即生效力且不可動。故緊急勅令。雖被廢止。而因勅令被廢止變更之從前之法律。無復活之事。（海而脫獨逸諸國之憲法論第二卷九頁）

一本博士法令豫算論一六〇以下語隨博士亦探此說

余信為理論上當從後說。蓋緊急勅令因議會之不承諾。

待政府之廢止令。而於將來失其效力。雖然。發布後至廢止以前。爲有效之國法。而有廢止法律之力。法律之廢止。一時已生其效力。故一旦被廢止之法律。苟非以特別之法律。宣言後活者。於一時或永遠失其效力。

議會於緊急勅令與承諾時。不要別段之手續。當然以其效力。繼續於將來。然非議會有承諾而變緊急勅令爲法律也。其結果或學者云。以命令得廢止緊急勅令。然誤也。緊急勅令。代法律之命令也。與法律有同一之效力者也。故不得以不得變更法律之命令。廢止變更之。此無容疑也。

於緊急勅令休威而智前出二〇六頁以上。拉買衣耶五二〇頁以下。勞痕訥前出第一卷三六八頁以下。拉排痕特前出第一卷七三五頁以下。拉而盤耳前出一五五頁。伯倫哈克前出五〇八頁。休而哀前出三一頁。葉里訥克法令論三七六頁。等可參照。有關係書目揭於買衣耶氏注。

### 第三項 執行命令及補充命

區別立法司法行政之者。君主只有行政權。(即法律執行之權)於此爲觀念

之國及時代。君主之命令權。只以法律執行之命令爲限。敢不足怪。我憲法於第九條。不但以因爲執行法律之命令。留保於君主。且因保持公共之安寧秩序。及增進臣民之幸福。於不牴觸法律範圍內。認其發獨立之命令。故無以君主之命令權。限於執行命令之根據。或論者以憲法第九條之命令。區別執行命令與行政命令。雖然執行法律或行法。即屬於行政行爲。不必要區別不屬行政命令之特別命令。故吾人以憲法第九條之命令。言之曰。行政命令。於其中區別執行命令與補充命令。信爲適當。或代補充命令用獨立命令文字。然謂之獨立則有作從法律而獨立。不受其干涉解釋之虞。補充命令者。無勝於法律之力。唯於法律未規定之範圍內。得規定之。故於其名稱。稱爲獨立命令。不如稱補充命令之爲適當也。

千八百十四年六月四日之佛國憲法。附與於王。唯發執行命令及國安必要命令之權。 Art. 14, Deroi.....fait reglementset ordnanues necessaires p.

anry exe autron des lois et la saretede V dray? 千八百三十年之佛國憲

法。除執行命令外。以一切發命令之權。奪之於君主。同年白耳義憲法。雖認君主之執行命令權。而停止法律。或免除法律上之義務之命令權。明爲禁止。

Art 67<sup>o</sup> YI (國王) fait les reglements et arrêts necessaires pour l'exécution des lois sans pouvoir jamais suspendre les lois elles memes ni dispenser de leur execution 普魯西憲法。襲用白耳義憲法。於其第四十五條。規定（行政權專屬國王。國王任免大臣。命法律之公布。且發因爲執行之必要之命令。）然同國憲法第六十三條。與國王以緊急勅令發布之權。故上述佛白憲法之趣旨。不實行於普魯西。

執行法律之命令。不可反乎被執行之法律之趣旨。或違反他之法律。其理自明。於執行命令。得想像以下之情形（一）法律規定於或時。特尤或定之關係。可以命令定細則者有之。於此情形。若其法律定爲立法事項時。其細則本來不得以命令定之。故法律以其細則讓於命令。所謂法律之委任也。然其嘗被執行之法律。不規定爲立法事項。申言之。規定爲法令共同事項時。於其施行定細則。依第

九條之規定。上當然屬於命令權內。故縱令法律明言細則讓於勅令。而此勅令爲執行命令。而非委任命令。(二)法律於一切之關係。無遺漏。規定時。執行命令。祇以其法律施行於實際。故於時執行命令。決無規定個人之生活關係。Deber sverlithness 之事。(三)法律自己於規定施行之細則前。命令無立關於其施行之規定之地步。要之以法律定施行之細則。或豫言當定。不許執行命令之干與時。則凡有特別不然者。法律之性質上。認爲有發執行命令之必要時。天皇不可不發執行其法律必要之命令。故天皇不得以屬於大權事項爲理由。而有發此命令。或不發此命令之自由。但憲法第九條。規定天皇得使他之官府。發關於執行命令。或補充的命令。故執行命令。無祇以勅令之必要。受委任之官府。亦得發之。但執行命令。以法律之存在爲條件。而爲附隨的者。受執行之法律被廢止時。執行命令。亦看做當然被廢止。

憲法第九條之執行命令。與憲法第六條所謂(天皇裁可法律。命公布及執行)之命令異。第九條之執行命令。執行法律必要之命令也。第六條之命令。

所謂執行法律之命也。即係就個之法律命執行之。乃一個之處分令也。憲法義解九頁。（裁可法律依式公布及宣命執行之處分）者即此也。故第六條執行命令者。常爲處分。第九條之執行命令。雖亦有爲處分。而原則包含通多數之情形。一般的之規定也。

爲保持公共之安寧秩序。及增進臣民之幸福而發之勅令。所謂補充命令也。從不待其法律之委任。而規定關於臣民之權利義務事項之點言之。則獨立命令也。從規定法律未規定事項之點言之。則補充命令也。此命令亦法勝於法律之力。故法律之規定愈多。則必以補充命令可得規定之範圍。必至愈狹。補充命令亦不限於勅令。得委任於官廳使發之。憲法第九條所明言也。

#### 第四項 委任命令

就廣義的委任命令言。此命令須依命令以外之法令規定事件。依其法令之委任而定時之謂也。故各省大臣以下之官廳。以法律或勅令之委任。而發之命令。亦委任命令也。然勅令委任於他之行政機關。而使發命令者。既憲法第九條所

明言。故無容置議。又法律委任勅令以外之命令。而使規定當以法律定之事項之關係。法律得以立法事項委任於勅令使規定乎否乎。解決此問題自可明瞭。此處只限於法律以其規定委任於勅令之時。爲說明之通常所稱委任命令限於此最後之時。

英國學者獨逸學者。謂以法律將立法事項委任於命令者。不須特別說明。乃當然之事也。此說殆無例外。不但以此爲不違憲。至其立說。亦無何等複雜之議論。故吾人深爲確定自己之說。深憾不得利用外國公法學者之說明。

以委任命令爲適法者。拉買衣耶一九九號。拉排痕特獨逸國法學第一卷五七二頁。勞勸警察命令論三二頁注一。柴衣臺而已。典國法第一卷三二九頁。伯倫哈克李漏西國法第一卷五〇一頁。業里訥克法律命令論三三三頁。賈而楷羅特陳參考書一六二頁。司登拉而所論海訥耳獨逸國法第一卷二九七頁。休威而智普國憲法註釋一九九頁。一本博士行政法講義等是也。以爲違憲者。獨逸學者中獨勞痕訥。普國國法第一卷三五六頁。於我國穗積井上

兩博士是也。

以委任命令爲違憲之學者曰。法律與命令。皆依憲法之規定而生者也。而憲法在法律命令之上。不得以法律命令變更憲法。憲法明定一定之事項。當以法律規定。則位於其下之憲法。不能反憲法之規定。而自由以立法事項。委任於命令。如此議論。非起於今日。且於立憲政治始行之日。即以當以法律規定者。須全然以法律規定。不得委任於命令爲觀念。如英國之軸痕陸克（千六三十二年生。千七〇四年死去）既於所著國政論第十一卷百四十一號論之。然立法而定。亘久繼續之原則。固爲適當。雖然。社會之事情。非係單純的。其社會之現象。與時其變化。而無終極。應時之必要。與地方之狀態。網羅必要之一切之規定。究爲法所不能也。是以於各國生委任之慣例。依法律之委任時。雖以命令。至亦得規定立法事項。此實出於事實之不得已。而不可斷定爲明明違反憲法者也。蓋法律之委任者。不與以經議會協贊。而發法律之權。而附與以不發法律而以命令規定之權者也。憲法雖定一定之事項。必須法律之規定。而不定法律。當用如何方法而規定之。故從正面

則無禁法律之委任之條文。法律至其細目爲止。設規定亦以法律定一個之方法也。於一定之範圍內。以其規定讓於命令。亦以法律定方法也。以其規定讓於命令時。命令之規定。爲法律內容之一部。而實質上之効力。與法律自定者異。唯異其形式的効力而已。於此時。命令之規定。實質上法律之規定也。依命令即所以依法律也。是辯護委任命令之唯一方法也。法律之解釋。因不必拘泥事實。雖然究立議論。而無論如何事實之存在。一切不顧。論斷其達法者。忘却法律爲應日常生活之必要而設者也。基於必要不可避之原因。於實例或有益之情形。力發見其適法之理由。亦學者之本分也。是吾人於委任命令。所以排斥違憲說。而主張其適法也。

追索憲法 用語或規定(依法律之所定。或規定於法律之範圍內。或規定非以法律。於其意味。皆同一也。或從此文字之用法爲區別。主張許委任者無價值之議論也。

依法律之委任。而發之命令。與委任之法律廢止。同時失其効力。法律委任於命

令之事。更委任於行政機關之命令時。所謂複雜委任也。法律之委任爲適法。則此複委任亦不得不作適法解。複委任命令。亦與委任之勅令被廢止時。當然消滅。

### 第三章 司法

司法之意義。吾人既詳論於裁判所之意義條下。故無再論之必要。唯當揭二三注意之點於左。

廣義之司法之意義。非形式的觀念。而當定實質的者。如前所論。即對於法規之侵害或論爭。當事者之爭訟形式而審判之。以維持法律之國權之作用。即廣義的司法之謂也。以下爲用語之簡短。以廣義之司法事件。稱爲法事。我憲法解司法之文字。爲司法裁判所之使之法事。而司法裁判所之行使權限。依憲法及裁判所構成法。限於民事刑事。故行使司法事件。亦勢必祇限於民事刑事則。我憲法所謂司法者審判法事中之民事刑事之國權作用。不得不爲之斷定。從理論上有失之太狹之嫌。而此全基於歐洲諸國司法權分離之沿革。在彼亦以司法

解作民事通常裁判所行使之司法事件也。故彼國立法之我憲法上之解釋。亦可採用此見解。

狹義之司法。謂限於法律中之民事事件。其結果定司法之意味。有重大之關係。非法事。無使裁判所行使之必要。現今司法裁判所。法事之外。掌實質上屬於行政爲之事件。即非訟事件是也。然此祇基於沿革上之理由。與事之便宜。司法裁判所。得取扱非訟事件。而此取扱究非憲法上之要件。憲法曰。司法權於天皇之名。依法律。使裁判所行之。故事之係法事。而且爲民事。必當使裁判所行使之。使他之機關行使。明明違反憲法第五十七條也。是實所以定司法權之爲何實質的結果。而又爲其必要也。或曰（司法權者。謂司法裁判所行使事務之全體。故既以法律。則以民事刑事之裁判事件。從司法裁判所手中。奪以移於他之行政機關。代之以非法事之行政事件。亦可也）然此說於種種之點有誤。第一觀憲法之文字。規定（司法權裁判所行之）正當的解釋此文字。先定司法權之意義後。裁判所行使之者也。申言之。於裁判所以前。既確定爲司法權者也。論者解

司法裁判所所行事務。皆爲司法。則憲法揭司法權裁判所行使之文字終無意味。何則謂司法裁判所所行。是爲司法。則謂司法權裁判所行之。初無必要也。第二從論者之說。縱令關於民事刑事之法律。而既改正裁判所構成法。不要使裁判所行之。得以法律限裁判所之權限。祇行政權之行使。夫司法權裁判所行之云者。固與裁判所只行使司法權有異。故司法事件以外事務。依委任亦得行使。然事關於司法者。必當使裁判所行之者。憲法第五十七條所明言也。而司法之意義。若非實質的。而祇法律使屬於裁判所者。則憲法何若設裁判所之機關。保障裁判所之地位。鄭重其事件審理之方法耶。加之司法裁判所之權限。如前於裁判所所論。有牢不可拔之沿革。我憲法祇宣言此沿革上之大原則。如論者之說。全反司法裁判所之沿革。反乎制度之目的。又反乎憲法上之明文。故余以憲法上司法權之文字。爲係乎民事刑事之法律。有此實質之國權作用。必於司法裁判所。依法律行使之。不能使他之機關行使者也。

司法爲民刑事事件。則我憲法上。司法裁判所以外之裁判所。例如行政裁判所。又

將來所發生之權限裁判所。似不得不謂之行政官廳。然非司法裁判所。即爲行政官廳。則非以（裁判所只司法裁判所爲前提。不生此斷案也。然憲法非明明認司法裁判所以外之裁判所耶。余信爲廣義之司法與行政。可得從實質上區別。當謂法規者。在司法爲目的。在行政爲限界。而司法裁判所以外之裁判所。實質上亦係裁判屬於廣義之司法之事。以不掌行政爲者。而謂之行政官廳。不得不嫌太驟。余以掌廣義之司法機關。統謂之裁判所。與他之行政機關區別。而於此裁判所中。有狹義之司法裁判所。猶廣義之司法觀念中。有狹義之民刑事司法也。

哇買衣耶獨逸行政法第一卷五頁以下曰。（立法者最高之總攬者。依議會之參與。對於臣民。而定有拘束力之一般之法則。即法規之作用之謂也。司法者。依國權而維持法規之秩序之國家之作用之謂也。爲此目的而設之官廳。爲裁判所。然於現時。因司法與行政之分科。裁判所。惟備民事及刑事裁判之目的。故現在之觀念。司法者。合爲民事及刑事而設之裁判所。而維持法規的

秩序之國權作用也。雖通常裁判所取扱之事務。而如司法行政。不以法之秩序爲目的者。不屬於司法。於他方雖以依國權維持法規的秩序爲目的之行為。而不屬於因民事及刑事而設之裁判所之權者。難云司法。如行政訴訟。雖其實質。全與民事訴訟。有同一之性質。而其區別。在一則掌民事刑事。而他則掌其以外之事務。非通過通常裁判所而働者。皆行政也。故行政裁判所者。行政官廳也。休而哀獨逸國法第一卷。亦採此說。此說原本於從行政分離之司法。祇限於民事刑事之沿革。不可謂非正當。我憲法亦不可不如此解釋。蓋不過單純的言語上之爭也。然余謂廣義之司法。又廣義之裁判所。不可謂行政官廳者。經多少之思考者也。希臘時代之哲學。自天文學物理學化學等之形而下之學。以至倫理學論理學心理學等之形而上之學。雖一切包含之。然文化之進步。與各種特別之科學。遂被分拆。成爲獨立之學科。至今日固有之哲學。只限於極狹少之部分。此現象於法律學亦可見之。國權者本來歸一之觀念也。唯一不可分者也。而吾人之綜合性與分析性。分此不可分之國權之作

用先使定法規之行為。與執行之者爲二。至後更於法律之執行中。分離其性質之異者。而成司法之觀念。然當時社會之必要。僅以關於民事刑事之司法。從行政分離。使特別之裁判所。依特別之手續行使之而已足。今日司法之觀念。不限於民事刑事。不外受此沿革的舊套之司配。然社會之事情。初無停滯。前世紀以來。法治國之觀念。非常進步。同時司法之形式。不特民事刑事上。即國家行使其權力之範圍內。申言之即行政上。亦勵於自定之法規之下。公法上亦生認個人之權利。國家負義務之必要。從來司法之觀念。狹隘而不適用於。於是至生行政裁判所之必要。而設立之。申言之行政裁判所之制度。隨文化之進步。而脫却行政作用之範圍。而有統合於司法範圍之命運。今且離行政而入司法之範圍。有此等之理由。故余不拘基於舊來沿革。而現行制度之解釋上。以司法裁判所爲民事刑事裁判所。特設廣義之司法觀念。而司法裁判所以外。猶認非行政官廳之裁判所也。學者之本分。在綜合有同一性質之各種現象。而作一個之觀念。祇以從來沿革之故。至謂學問亦當墨守此沿

革雖期學問之進步。天文學物理學從哲學分離。而爲長大之進步。若舊來之慣例。天文學亦屬於哲學。而墨守其範圍。則地球圓筒形也。天動地定也。希臘古代之臆說。今猶司配天文學。未可知也。

#### 第四章 憲法上之大權

憲法上之大權者。從憲法所列記天皇者云云之事項中。除立法權外。天皇不要有獨立意思之機關之參與。而可得親裁。以是爲憲法上之要件之政務也。法律之裁可。其公布及執行命令者。立法行爲之一部分也。故如或學者之說。既以國權之作用。分立法司法及憲法上之大權。如裁可公布。寧屬立法行爲。而不入大權之中。然裁可公布等。不須他之有獨立意思之機關參與。故從此點觀之。又不妨謂憲法上之大權。結同爲言語之問題。實際上爲無利益之議論也。

憲法上之大權與法律之關係。既於立法條下說明。憲法上之大權。得委任於官府乎否乎。學者之間。所議論者也。穗積博士說曰。憲法上之大權者。要天皇親裁之政務。故不許委任於官府。此說理論上正否。暫置不問。現在之實例。則與之相

反者也。官吏之任免。戒嚴之宣告。條約之締結。榮典之授與等。定爲天皇委任於官府而使之。而現在使行者甚多。若憲法上之大權。要親裁此等。皆不可不謂明明違反憲法。吾人以憲法上之大權。解作須得親裁之政務。故縱令委任於官府使之。其委任無論何時。天皇可得解除而收之於自己。即委任於官府而使之。天皇猶親得行使。既但以形式。則以憲法上之大權。委任於官府。信爲決非違反憲法。吾人準自己之定義。而說明外。無對於反對論者攻擊之地步。何則以憲法上之大權。要天皇親裁之政務也。爲前提。固守之而從以現行之實際爲違憲之學說。是以生憲法上之大權不得委任於官府之必然之斷案也。唯吾人尙須一言者。如此主義。不能強天皇者。於此點前。天皇章已說明。天皇之大權中。命令之權。既於立法下論之。就官制大權。兵馬大權。外交大權。戒嚴大權。及恩赦大權說明之。於榮譽權本論第一章第三節述之。茲不復贅。

### 第一節 官制大權

天皇定行政各部之官制。及文武官之俸給。及任免文武官。但此憲法。或他之法

律。揭特例者。各依其條項。(憲法第十條規定)有行政各部字。故如定樞密院非行政官廳之官制。非憲法第十條所規定也。憲法第十條但書者。係官制俸給及文武官之任命之三者。或係於其一部。吾人解作關於此三者。故得以法律定官制。設俸給之規定。設關於文武官任免之特例。若於法律設如此之特例時。命令不能變更法律。故不可不準據法律。然憲法第十條之所規定。亦所謂憲法上之大權。而以天皇可得親裁爲憲法上之要件。故雖可用法律定官制。而不得規定天皇不能定官制。又文武官之俸給以法律。雖可自由。而使天皇在不得定俸給之地位之法律。則違憲者也。文武官之任免亦然。法律得規定其任免之條件。然任免之權。乃大權也。故設天皇不任免文武官之規定。亦違憲也。爲此官制大權。以天皇可得親裁爲要件。雖然。於不害其要件之範圍內。即天皇無論何時。可得以其權收於自己之方法。委任於機關。又雖被委任之機關所行。同時天皇亦得自行之。以方法委任於他之統治機關。決非違反憲法。故以勅令官制。而於或文官之任免。委任於行政官廳。現行之實例。無非難者也。

余輩關於憲法上法律事項及法律外事項。爲得以外命作規定者。

憲法第十條。規定天皇定行政各部之官制。官制者。定官廳之組織之法規。而不合自治團體之組織法。然行政權之淵源。專屬於憲法上之天皇。天皇行使之際。雖設立如何機關。皆爲其自由。故以官制組織官廳之外。不得不認自治團體。間接爲國家之行政機關。而自治團體之權限。單限於法律範圍內行動者。申言之。只爲執行法律而活動者。則不見必以法律定之之必要。然自治制度目的。決不止司單純的法令之執行。而關於其住民之義務權利。附與侵憲法第二章規定臣民之法律上地位。如此不許以單純之勅令定之。故關於自治團體之法規。可解作皆須以法律。近來自治體法。依法律而被規定者。爲此也。

依民法第三十三條。規定法人者非依本法。及其他法律之規定。不得成立。本條之主趣意。似不過單有財產權能之私法人被適用。然同第三十六條。外國法人於國國之行政區劃。(殆地方團體之誤)明言認許其成立。故從此條文之關係觀之。第三十三條所治法人中。亦似作包含公法人之自治團體之趣意解。元來法人未有無財產權能者。無財產則無法人。公法人之法人。於一面

當私法上之法人而働者。於此點不可不可受民法第三十三條之司配。民法非公法。法人非法之總則。然謂關於法人之規定。不適用於一般之法人。則無此理。縱令讓一步。謂公法人之事。非民法第三十三條所豫見。而私法人。猶不以法律不能成立。較之更重要之公法人。何故不依法律而得成立。不能無疑。故余從民法第三十三條及三十六條之規定。對照而信爲可解作公法人亦不依法律不得成立。

官制者。定官廳之組織。權限。行政官廳者。君主爲達行政之目的而設之統治機關也。以一人或數人組織之。限於一定之範圍內行國家之行政事務。依天皇而被委任之統治機關也。

一、行政官廳者。行國家行政事務之機關也。

行政之事務。非必常爲權方行爲。非只行使命令權。爲達國家之目的。統治主體。爲財產權之主體而働者甚多。受國有產及營造物之管理等委任。亦不失爲官廳。獨逸學者亦認此事。殆無例外。拉排痕特嘗論祇掌權力之行使者爲

官廳而於後於獨逸國法論第二版第一卷二三八頁拋棄此說。以至今日。唱此說者。遮倫獨逸國法學第一卷二八七頁。解說我國行政法者。不知參照遮氏之說乎。將出於獨斷乎。竟以不行使命令權者非官廳。如知事郡長或警察官等爲官廳。而造幣局長非官廳。爲此論者。吾人不得不驚其大膽也。

二、官廳以一人或數人組織之者。

以一人而成者。稱獨任制之官廳。合數人而成者。爲合議制之官廳。前者謂行爲之決定。國法上依一人之意思而定。後者謂行爲之決定。依多數意思而決定。無行爲之決定力者。非官廳。此官廳與官職之所以異也。官廳者。以有官職者組織之國家機關也。然非凡官職同時即爲官廳。只於一定之事務有決定力者。則官廳也。故補助機關之官職。非官廳。此區別於或情形見其必要。例如依府縣制。府縣警察事務。知事所掌也。則在知事之下之警察官署。一切爲知事之補助機關。而非官廳矣。其所以不然者。雖此等官以自己之名。對於外部有行爲之決定力。故亦官廳也。現今府縣之警察處分。多以警察處分。多以警

者。指限定之統治事務。行此事務之統治機關。稱官廳。之自然組織。官吏。官廳。但於獨逸。官廳。之意義。指統治機關。如說。官亦必爲官廳。

察分署長或署長之名。故此等警察官署。不可不解作在行政執行法所謂當該行政官廳之中。但如直接執行處分之巡查。爲官廳之手足。而不以自己之名。故非官廳。

三、官廳之事務。不可無一定之範圍。

有國務全體之權限者。非官廳。有行政全體之權限者。亦非行政官廳。如天皇及攝政是也。受事物的制限之國家事務範圍。謂之職。官廳行其職。依法令之所與。他官廳不得侵之。故此權限內之事務。官廳之職權也。然官廳者。爲施行國務而設者。有施行其權限內事務之義務。是爲職務。官廳中行政之事務者。爲行政官廳。行司法之事務者。爲司法官廳。行其職務之土地的範圍。爲其管轄區域。此管轄及於全國者。爲中央官廳。而只行於國土之一部者。地方官廳也。

四、官廳者。基於天皇之委任。而處理國務者也。

憲法第十條。所謂官制制定權者。定官廳之組織之權也。故定官廳之權。有當

然得委任或事務於官廳之地位。即官制者。天皇以或事務定分配委任之方法於官廳。所以官廳者。依天皇之委任。處理國務者也。

官廳以官吏組織之。有官職之自然人。即官吏也。官吏之觀念。不可謂通古今東西而常同一者。茲吾人從現今之制度。用歸納法定官吏之定義如左。(官吏者。謂依任命之形式。負擔當行國家事務之義務。直接間接有隸屬於天皇之特別身分之自然人也。

一官吏者依任命之手續而被採用者也。

文武官之任  
免。天皇憲  
法之大權作  
用。故國法  
上。任命之  
質。只以一  
方之意思  
可確定。只  
現今事實上  
則須參考受  
命者之意思

於任命行為之性質。古來者種種之見解。在往時以官吏關係。為基於私法上之契約。其契約為容假占有乎。雇傭契約乎。(Yvocatio-condictio operarum operarum mandatum innocina(kontrakt) 委任契約乎。又無名契約乎。當時學者所熱心爭論也。至後官吏關係。為特殊之雇傭契約。即以擔任職務之目的為主契約。與以俸給為目的之從契約相結合。其說盛行。此私法的見解。至十九世紀。失其勢力。官吏關係。不基於契約。依一方的國家行為而成立者。自

拉思納而唱此解釋以來。被一般所公認。至最近時代。官吏關係。爲契約的設定之見解。變多少之形式。而再被採用。謂官吏關係。爲公法上之契約者。不外以任命要本人之合意。雖解作契約之學者。未有以關於契約之民法上原則。適用於官吏者。又官吏負擔官職之時。得拉拒國家之命令。亦無一人採此見解。如此祇以官吏之任命以本人之意思。爲條件之意。謂任官爲公法上之契約。要無不可。蓋不過單純的言語上之爭也。我現行法關於此點無明文。雖然如可解作基於本人之自由意思而任用者。故本人不承諾者。統治主體。不能以一方之意思。附與官吏之身分。

以官吏之任命關係。爲採用公法上之契約形式者。柴衣臺耳一般國家學論五九頁以下。巴威倫國法第二卷一八四頁以下。以利密其從官吏之違法行爲而生國家之責任一三一頁。獨逸行政法論二五號柴而瓦執堡國法。第二卷二七六頁以下。楷舖同上國法八八頁。楷拉夷思一般國法學一六四頁。葉利內克耶甫屋而他等是也。以此爲基於國家一方之行爲解者。

海甫臺羅遮利哈哀載婆羅克落臺甫痕特。苦倫欺猶利勞痕調休而哀薄。爰智而後而開開而享哈衣壓海而休那哇買衣耶伯倫哈克等是也。

國家之公務。不獨依任命之形式而行。其他猶依私法之契約而負擔公務。如工事請負。屬於前者。就兵役爲地方團體之委員。則依法律而負擔公務者也。然不依任命之形式而行者。非官吏。因之祇以行國務而謂之官吏者誤也。官吏爲自然人。不要多辨。其須本國人乎否乎。則不能無疑問。憲法第十九條之規定。無關於臣民而排斥外國人之規定。或曰（官吏之權公權也。不可與外國人。官吏對於主權者。有特別服從之義務。當從其命令與外國人之身分不相容。依獨逸國籍法。任爲直接或間接官吏。或自治體之公吏時。與歸化或編入（從各支分國之一國。出而取得他之支分國之國籍之謂。生同一之効力。又不得政府之許可。而參與外國之國務。且雖於定期間內。命其辭職而不應者。官廳得爲剝奪國籍之宣告。依此等之規定。外國人不能任命官吏也。）然爲官吏者。無使取得自國國籍。而喪失外國國籍之効力。又參與外國公職。無

特別之處分。非當然喪失自國之國籍。由是觀之。不能謂任官必隨乎國籍。且論者謂官吏之身分。與國籍不相容。雖然官吏之職務。不必行使權力如教師技師醫師之職務。亦包含之。此等尤以採用外國爲便利。且以此外國人對於其本國服從之義務。無不相容。無不得任命之理由。畢竟不以外國人任爲官吏者。乃政治上之理由。而無法律上之不能也。

二官吏者。限於一定之範圍。負擔行國務之義務者也。

官吏之身分與職務。可得分離而想像之。非現有職務之官吏亦甚多。無任所公使。休職官吏。亦不失爲官吏。此任命與負擔職務。全然區別者也。任命者。附與官吏之身分也。於受一定之事務之命之時。從服務規律。而使入於處理此事務身分之行爲也。而此服從義務。此臣民一般的服從義務。負擔尤重。故當依被任者之意思所認。然一旦既獲得官吏之身分。統治者無論如何事務。得自由命負擔之。官吏無拒之之權。現行法令。明定一定之官吏。使負一定之職務。故無命以任官之際。不豫期之職務之事。然其負擔職務。不得依自己之意。

思拒之。但現在之實例。先附與官吏之身分。而後命以職務者有之。兩者同時行者。亦有之。唯記憶兩者之間。有性質之區別而已。足以給付永續不斷勤務之義務。爲官吏關係之要素者有之。(拉買衣耶三四號)苟以任命之形式。履行國務之義務者。則一時的亦不失爲官吏。(拉排痕特獨逸國法學第一卷三八七頁)。

三官吏者直接間接。隸屬於天皇。有特別服從之身分。

元首及議會之議員。當其執行權限。全然不羈獨立。而不服從上級之權力。反是官吏者直接對於元首。或對於受元首委任之他之官廳。於或一途有隸屬之關係。其隸屬之範圍。固從官吏職務之差異。而有不同。或種之官吏。全服從上級官吏之命令。其所發命令或處分。依上級官廳而受取消變更者有之。又或種之官吏。只受上級官吏一般監督。上級官吏。不過徵下級官吏執行與否之報告。雖然無論於何點。隸屬於天皇或上級官廳者。官吏之特質也。

四受俸給非官吏之特徵。

古時著述以俸給爲定官吏性質之要素。近來參考書亦多以此爲官吏之要素。（拉排痕特國法學第一卷三八七頁注二所述，然以無俸給之官吏觀之（如名譽領事三等郵便電信局長）。此說之非自明。行官職時間之長短亦非所問。但非無以永續的勤務爲官吏之要素者。）（買衣耶國法學一四三號遮哈利哀獨逸國法及聯邦法第二卷一三三頁。拉而盤耳獨逸國法原論三版一一三頁是也。職務之性質影響亦不及於官吏之資格。

天皇定文武官之俸給。俸給者因使官吏滿足其地位的欲望。而給與者。非對於官吏之勞務之報酬。故其多寡。雖隨官吏之地位。而有高下。而非以事務之難易繁閑爲標準而定者。但或時設本俸與職務俸。與保實際之勤勞者。相並行。如大學教官之俸給是也。受俸給之權。非私法上之債權。故不許出訴於通常裁判所。又無許出訴於行政裁判所之規定。故現行之制度上。不可不謂俸給請求權。無訴訟上救濟之手段。於第十六議會提出行政裁判權限法案。於俸給及實費辨償等。當給與之全部或一部。被拒絕者。得提起行政訴訟。設此

條文。蓋適當之規定也。

依獨逸現行法之規定。以對於俸給之權利。解作官吏私權範圍之構成分子。使得出訴於通常裁判所。求其救濟。故拉買衣耶國法一四三號。霍而真奪而甫法律字彙第二卷五四頁。利麼獨納國法上國家勤務之法律上性質（一八八五年帝國年報六五頁以下。海納耳獨逸國法第一卷一五五頁等。以俸給請求權爲私權。拉排痕脫國法學五〇號。柴衣臺耳巴異國法第一卷三二七頁四一六卷。葉利訥克公權論一七二頁。維耶哈獨逸民事訴訟法第一卷九六頁等。主張俸給請求權爲公權。現於獨逸帝國許出訴於私法裁判所者。其俸給請求權。爲公權乎。爲私權乎。似祇爲言語上之爭。雖然其救濟之方法。無何等之規定之國。則以爲私權乎。公權乎。生重大之結果。若爲私權。則當然許出訴於通常裁判所。若爲公權。則行政裁判所之外。不得出訴於民事裁判所。余解作對於俸給之權利。基於公法上之關係者。即公權也。故信爲不許出訴於通常裁判所。故對於此以不許出訴於行政裁判所爲限。不得不謂俸給

## 給請求權無訴權。

恩給日當手當旅費等。非俸給。而憲法第十條。天皇之大權。唯揭俸給。故恩給及其他支出之給。與屬於俸給以外者。非所謂基其憲法上之大權之歲出也。故關於憲法上大權既定之歲出。憲法第六十七條之規定。不適用於恩給等上者也。故若欲圖其歲出之安固。不可不以法律定之。而受憲法六十七條之保障。現行之官吏恩給法。官吏遺族扶助法。軍人恩給法。戰死軍人軍屬之遺屬扶助法等。皆以法律規定者。政府亦見及此也。

## 第二節 兵馬大權

天皇統帥陸海軍。定陸海軍之編制。及常備兵額。(憲法第十一條第十二條)軍隊者。係主權者。因欲達統治之目的。而設之腕力也。軍隊之第一目的。在對於外來之襲擊。維持國家之生存。企圖其保全。第二目的。在將欲破壞現存法律狀態之國內暴動。以警察力不能防遏者。以此供鎮壓之用。

所謂統帥陸海軍者。對於已經組織之國之軍隊。有最上命令權之義也。未經組

織之軍隊。無統帥權。故統帥權與陸海軍之編制。及定常備兵額之權。非同一者。統帥之文字。統而帥之之義也。大元帥之義也。有最上命令權之義也。至軍隊各部之指揮。可傳委任於將帥而使之。然國家戰鬥力之全體。依天皇之統帥權而運用外。不依他機關之命令而動。

統帥陸海軍云者。與祇指揮陸海軍不同。否則現委任於各將校使之軍隊指揮。權從憲法上大權不可委任之。說不可不謂悉違憲也。然論者不以現行之實例爲違憲者。以指揮與統帥異也。然則移自國軍隊之一部。而活動於外國武官指揮之下者。與天皇之兵馬統帥權相。容乎否乎。此事例近。北京事件之時有之。余不以此爲違憲。且非統帥權之委任。盡天皇以其軍隊之一部。遷於外國武官指揮之下。屬其自由意思之發動。此委任無論何時。得收之於天皇之手。故於其實質。與因討伐或國。而以軍隊之一部。委任於師團長。使自由指揮時。無以異也。明治十五年。大詔宣布。（夫兵馬之權。朕之所統。以其司令任臣下。其大權則朕親攬之。不可委於臣下。）此意亦不外吾人如上所述。

於天皇因欲破壞憲法而用兵力之時。軍隊當服從君主之命乎。將無服從之義務乎。我國法上軍人無誓忠於實憲法之義務。爲軍人者。全然在當從天皇之命令之地位。縱令天皇之目的。在破壞現行憲法。猶不可不服從之。然於此時。所謂國家秩序之法的狀態。全被破壞而移於事實的狀態。則憲法所定臣民服從之義務。亦同時畫被破壞也。於此時從來法規的秩序下所行之統治權主體與統治權客體之關係。猶嚴重實行耶否耶。法律學所知矣。

天皇爲大元帥。而因統帥軍隊之目的而發之命令。爲關於國務之詔勅。與國務大臣之副署與否。極困難之問題也。元來軍隊爲維持國家之生存而備者。其運用。乃國權作用中最重大者也。然從一方觀之。軍隊之使用。非働於國家秩序之下。申言之。非働於國法之秩序下者。爲保護國家。對於敵而與軍隊。如殺戮人民。破壞家屋。爲達國家目的最有力之手段也。雖然司配如此行爲者。非自國之國法。而國際之規條也。內亂之鎮壓亦然。故非働於國內法秩序之下之軍隊運用。又在國法的研究之範圍外。既不働於國法之下。故無以國法律其行動之根據。

故吾人以軍隊之運用。非僦於國法下之部分。作不要國務大臣之副署解。所謂軍令之大部分。屬於此中。

不要副署之軍令。與要副署之軍政命令。其間之區別。學者間所研究者也。而其標準極爲曖昧。憲法義解第二十四頁。於憲法第十一條之統帥權。加說明曰。本條兵馬之統一。爲至尊之大權。專屬帷幄之大令。於第十二條陸海軍之編制。及定常備兵額之權。謂雖爲天皇親裁之事務。亦當依大臣之輔翼。暗認其要國務大臣之副署。而所謂編制之大權者。從軍隊艦隊之編制。及管正方面起。凡兵器之借用給與。軍人之教育。檢閱。規律。禮式。服制。衛戍。城塞。及海防。守港。並出帥準備之類。皆在其中。謂定常備兵額時。定每年之徵員。亦有其中。有賀氏國法學下卷二二〇頁以下。亦採此說。然兩氏均謂軍令故不要副署。軍政故要副署。此外不揭明何等之理由。或有引用一千八百六十一年一月十八日之普魯西勅令者。然余不幸不得見其所登載之普魯西內務行政公報。Centrolblatt für die preussische neue weltump 1801 故不知其詳細。

唯拉買衣耶獨逸行政法。第二卷四〇頁。曰規定事關於狹義軍政者。要國務大臣之副署。其他不要副署。而被從軍令與軍政之區別。決其要副署與否。爲吾國之學者一般所倡。故知軍令軍政之爲何。則要副署之詔勅與不要副署之詔勅自明也。軍務行政者。似揭其名之行政作用也。則不與行政作用具共通之原素者。非軍務行政也。行政者如後所述。即非立法亦非司法之國權作用。而活動於自國之法規約秩序下之作用也。（哇買衣耶獨逸行政法第一卷。一〇頁。）關於軍事行政之天皇詔勅。有準據現行國法而發之必要者。皆得爲軍事行政。否則全不屬被自國法規的秩拘束之範圍時。所謂軍令。而不要國務大臣之副署。此余於本文所論也。多數之學者。分軍令與軍政之區別。欲求此二者之區別。而一無所得。若今追究而溯其根本。何者爲行政。何者非行政。則所謂軍令。即非軍事行政。自然了解矣。

陸海軍之編制。及定常備兵額。亦屬天皇之大權。定常備兵額之權。使專屬於天皇者。有大理由存焉。蓋常備兵役者。包含現役與豫備。其主目的在與國民以軍

事教育。而常備兵額之多寡。於經費者重大之關係。故於歐洲以豫算或法律定之。此爲例。如英國每年議決之。在他國大抵以五年至七年爲限議決之。依獨逸帝國憲法第六十條規定。獨逸軍隊之平時兵員。至千八百七十一年十二月三十日爲止。以千八百六十七年現在人口百分之一。以其割合。從聯合各國出之。將來之平時兵員。以帝國憲法確定之。而以法律定者。最初從千八百七十二年至七十四年之兵員。次從千八百七十五年。至八十一年。從八十一年四月一日。至八十八年三月三十日。從八十七年一月一日。至九十四年三月三十一日。從九十年十月一日。至九十四年三月三十一日。從九十二年十月十日。至九十九年三月三十日。最後從九十九年十月一日。至千九百〇四年三月三十日爲止。順次定之。然常備兵額之確定。許議會之參與。兩者之衝突。常不絕之事。至危害及於國家之生存。於獨逸。亦於繼續之際。常釀成議會與政府之紛騷。我憲法見到此點。以定常備兵額之權。留保於天皇。不許議會之干與。唯議會有豫算之議決權。故得藉此而抑制陸海軍不當之擴張。雖然此權狀爲基於憲法上之大權。既定之歲

出。不能後動。故國家之兵力。無依不統一不謹慎之議會。而增減之事。不可謂非爲達國家生存之目的最適當之制度也。

### 第三節 外交大權

天皇宣戰媾和及締結諸般之條約。(憲法第十三條)所謂外交之國務。非動於國法之秩序下。而從國際法規而活動者。故於國法學之一分科之憲法論。不在詳論之限。然於內治。有重之關係者。不能委之國際法學。其最著者條約也。憲法之所論於外交權中。只論條約而已足。此余所以單論條約而不及其他也。

宣戰者。對於他國。宣言使用戰爭之強力之主張者之意思表示也。此宣言有對於國民者。有對於敵國者。又或有對於第三國者。何論以何方法。既爲一國對於他國開始戰爭行爲之意思表示。即爲宣戰而生其効力。然無宣戰。非不能爲戰爭行爲。宣戰以前。既有開戰之事實。則其事實與宣戰有同一之權力。當事國家。生遵據戰時法規之義務。且隨之而生權利。第三國亦有中立之權利及義務。故不宣戰而戰爭開始。非違反國際法。近來實例。亦多不宣戰而開

始戰爭者。與理論相一致。

天皇有媾和之權。故爲媾和之條件之國土割讓。亦所得爲之。而若於割讓國土時。行於其上之法律被廢止。因此而被保障之臣民權利義務。亦受變更。故吾憲法之精神上。要帝國議會之協贊乎否乎。吾人以領土割讓之結果。廢止行於其領土上之法律。而更動從來於領土之臣民之權利義務。不當得議會之協贊。而不當以法律。蓋法律者。行於一定之土地。以其領土。在其國之統治權下爲條件。若一國之領土。被割讓。而爲他國之領土時。法律失其存在之條件。故當然歸於消滅。別無須立法之手續之理由。蓋領土之割讓。以屬於天皇之大權。可得親裁爲要件。故不能以法律破此要件。若行於割讓地之法律。不廢止。領土不能割讓。憲法有法律以上之効力。而況領土割讓。而行於其上之法律不廢止。將割讓者爲割自國統治權之範圍。而置於他國主權之下。行爲耶。

從以國家爲人格之學說。條約者乃國與國間之約束也。吾人不以國家作人格

解。故不取以條約爲國際約束之說。而取一國主權與他國主權之主體間之約束之說。

條約之本質。在有對等之關係之統治主體間之約束之點。約束者。依當事者間之意思合致。而生効力之法律行爲也。條約非國法。爲相當人格間之約束也。國法者統治主體。對於臣民。又臣民之國體或統治機關之命令也。優者對於弱者。發強致之意思作用。而非對等人格間之合意。受命令之統治客體。與命令者之統治主體。非在相當之地位之當事者也。其結果條約之力。異於國法。只拘束當事國家之主權者。而在當事主權之下。臣民各個人。無依條約而獲何等之權利。又負何等之義務之事。申言之。條約只對於外部有効力。對於內部。無一切法律上之効力。

締結條約之權。依各國憲法之規定。而異。故不能加一般之說明。我憲法上條約之締結。屬於天皇之大權。於君主國。君主有條約締結權者。各國憲法所一致者也。

國際法上代表國家。而有締結條約之權者。何人。非國際法上之問題。而國法上之問題也。於此點。凡國際法學者之說。皆一致也。爰倫思脫買衣耶。國際條約締結權九一頁以下。拉排痕特獨逸國法第一卷六〇四頁以下。葉里訥克法律命令論之四二頁。苦門國際法之拘束力脫里培而國際法及國法三三六頁以下。亦同。臺那條約効力。現時公私法雜誌。第二〇卷一二三頁。曰依國際法之原則。國家之元首。批准條約。縱令有必要他之機關之參與之。國法規定。仍當拘束國家。哈衣而朋國際法論一四三頁及利思脫國際法一一四頁。亦附和之。然此說反乎甫瓦枯痕欺思以來有名之國際法學者全體之意見。此多數之意思。臺那前書一二六頁加以評議曰。無拘束力。非學者之空論。而各國所承認。習慣法之製作物也。故欲基於國際法上之實例。而證明反對之原則。不能也。對於他國有一國之代表權者。只限於元首。伯僞哈克之議論亦非也。何則。證之著者自身所舉之實例。亦謂國家之意思表示者。即批准者。或事情之下爲元首以外。國家之機關。加之著者於議會亦謂非無國際法上國

家之元首。然則著者以何人爲元首耶。此問題將依國法之所決。而不以國際法一般所定者。不認之耶。要之於一國對於外部有條約之締結權者爲誰。不外依各國國法之所規定也。

條約依批准而成立。先於兩國全權委員之間。作成條約議定書。而後國際法上之有代表權之國家機關。或主權者。批准之。於批准以前之議定書。不過條約之草案。正如未裁可之法律。不過法律案而已。

條約依批准而成立。縱批准之日而有効力。驟觀之。爲正當之見解。然霍而真。奎羅甫國際法參考書第三卷所論。批准有遡及力。被批准之條約効力。遡及全權委員署名於條約之日。此說不特大多數之國際法學者所認。而亦國際慣例所認也。獨買而登司文明國之國際法第一部一〇八號反對之。謂條約之効力。從批准之日而生。何則於以前不過草案。余取其說。

我憲法上之條約締結權。專屬於天皇。不須有獨立之機關之參與。故全權委員。基於訓令之條約。依天皇之批准。當然成立。不容他機關之干涉。然於外國法。規

定特於有或內容之條約締結。要議會或市民會之同意。於此時。無議會又市民會之同意。不能締結條約。其理自明。

通商條約。又開於國家負擔事項之條約。或國有財產之讓渡。關於臣民之義務條約。等之締結。要議會之同意。爲此規定者。李漏西憲四八。瓦執堡憲八五。薩克森酷勃羅希憲二八。方向登勃羅希憲。六痕哈而脫憲一九。休羅而勃羅希陳臺而思華生憲四二。新落衣思憲七〇。利舉憲九懷而臺克憲一一。留盤開憲五〇。亨勃羅希憲六二。蒲利板痕憲五七五八等是也。此等之國家條約。有効成立。要議會之承諾。不俟言矣。不經議會之條約。不能批准。

主權國之統治權。對於內部。有法理上物的無制限之活動範圍。而對外權者。爲統治權之外面。故苟在不違反國際法規之範圍內。主權國爲條約。又爲如何之事。均得規定。我國主權國也。故條約內容。無一定之制限。天皇於思惟因爲國家必要時。無論如何條約。可得締結也。但除起國際及定豫算外。爲國庫之負擔契約。以憲法第六十二條之規定。必須帝國議會之協贊。故於此事項。非豫經議

會之承諾。不能締結條約。於其以外事項。不問事之關於立法事項與否。皆不妨爲條約。蓋條約非國法。乃對於外國主權之約束也。而憲法於締結此條約。第六十二條。設間接之規定外。未有云當經議會之承諾者。

於不規定議會協贊之君主國。君主自身。有代表國家。締結條約之權。而必要議會之協贊者。一般學者之說相一致。(拉買衣耶國法學六一八頁)此原則我國及薩克森。對於條約之議會協贊權。有不包含何等之規定之憲法。國所通行者也。哇別智薩克森國法第一卷一六九頁。採反對說。無何等之根據。

條約非國法之結果。雖公布之。亦不直接拘束臣民。關於此點。學者間議論歧出。雖然。所謂公布者。公示主權者之意。思行爲之成立。而不變當公布者之性質。法律雖公布。而法律仍爲法律。條約雖公布。而條約仍爲條約。縱令於其內容。可拘束臣民。而統治主體間之約束。不依公布而變爲法律。拘束臣民也。

條約爲欲生國法之效力。必須以此爲國法之行爲。於條約上。以憲法不規定所

謂立法事項爲限。天皇得以勅令。將條約之內容宣言爲國法。然若條約之內容。關於立法事項時。只天皇之勅令。不能實施此條約。必根據經議會之協贊之法律。於歐洲諸國。實施條約。有二個之方法。其一以特別法律。實施條約內容之條規。其他公布條約。因公布條約。因此二者與法律有同一之效力於前之時。以條約實施必要之法律案。或豫算案提出於議會。而求其協贊。於後之時。以條約提出於議會。求其承諾。我國關於此點。必須有特異之解釋。我國憲法有當以法律定事項。與當經議會協贊之事項之區別。如第六十二條第三項國債及國庫當負擔之契約。不必要法律。只經議會之協贊而已足。然所謂立法事項。必要根據法律。法律者依議會之協贊。天皇之裁可而成。爲法律而被公布者也。於或事項。只議會與天皇意思之合致。非法律也。故條約中。係只依議會之協贊而已足之事項。則既以其條約。提出於議會。經議會之協贊。則得以天皇之勅令。將條約爲國法而施行。雖然事關立法事項。則當以此爲國法。而施行之際。必發布簡短之法律。宣言以其條約之內容爲國容。或條約之內容全體。至少須以條約中關於

立法事項之內容制定爲法律。要之條約者但以公布。對於臣民或國家之官廳。不生拘束力。必以此爲國法。而有當執行之主權者之意思表示。但此意思不要明示。故事實上主權者既採使官廳執行條約之手段。臣民亦從此事實。推定該條約認爲國法。而當服從之。現行之慣例上。公布條約。同時又爲以此爲國法而施行之主權者之默示。故條約被公布。有則臣民亦當有服從之義務。蓋公布者。使公知條約成立之行爲。與以此爲國而施行之意思表示。兩者皆包含之。唯如前述。事關於立法事項者。又要議會之協贊者。非以法律或經議會之協贊後。不能爲國法而實施。故若因缺此要件之條約施行。而權利被侵害者。爲行政官廳之違法處分。而有求公德上之救濟之地位。

議會協贊條約。或協贊實施條約之法律。乃其自由意思。故天皇之締結條約。有因議會而被否決之事。爲避如此之弊害。於條約批准以前。以條約提出於議會。經其協贊。乃爲便利。且須無合理之要求。然此乃政治上之理由。而非天皇法律上之義務。條約規定關於臣民之權利義務事項時。其條約必豫期爲國法而施

行者也。夫既爲國法而有當施行之性質。而猶要議會之協贊。則其條約確定前（即批准前）提出於議會而求其協贊。因爲使國權之對於外部作用。與對於內部作用。不得謂之必要手段也。然思條於國內之効力。非條約之効力。而當爲國法而行者。則天皇所有條約締結權。不得謂因直接對於議會之國法協贊權而被制限。故批准前求議會之協贊者。非天皇法律上之義務也。

#### 第四節 戒嚴大權

天皇宣告戒嚴。（憲法第十四條）戒嚴者。際戰時或事變。依司法行政之常法。不能保公共之秩序時。以其作用之全部。或一部。異於特別取扱之下之謂也。戒嚴之要件及効力。以法律定之。（憲法第十四條第二項）戒嚴之要件者。謂宣告之時期。區域及手續等。其効力謂宣告之結果。司法行政之常法。至如何程度爲止受變更。憲法之豫見法律。憲法發布未制定現行之戒嚴令。以明治十五年第三十五號布告而定者。及今猶爲有效。

戒嚴權。天皇之憲法上大權也。故要可得親裁之事。然於國家有事之日。事之須

緊急者。當有天皇不能得之親裁。待之則失機宜而徒滋禍根。爲有此等之時。現於戒嚴規定。事情迫切時。使宣告臨機嚴。是所謂大權之委任。從或學者之說。則爲明違反憲法者。吾人信爲最適當之委任。又不違反憲法。

戒嚴令者。際戰時或事變。以兵備警戒全國。或一地方之法也。(戒嚴令第一條)稱戰時者。有外憲或內亂之際。以布告定者也。(明治十五年八月第三十七號布告)布告者。謂統治主體之

意思表示。可臣民而公布者。其形式爲何。非所問也。故宣戰之一語亦向臣民而發布者。亦得看將戰時之布告。事變者雖非戰時。而以普通警察力不能維持公之秩序之狀態。各半者土匪蜂起。亦屬於與。

戒嚴者際戰時或事變。應時機而區劃其必要之地境。而公布之。戒嚴之效力。不及此區域外。但雖一旦限區域。依其發之狀況。得改定之。(戒嚴令第一條第三條第八條)戒嚴之境地。分臨戰地境合圍地境爲二。前者定際戰時或事變而當警戒之地境。後者定際敵之合圍攻擊。其他之事變。而當警戒之地境。內限地方行政事務及司法事務之關係軍事事件。以管掌之權。委於其地之司令官者也。於此時地方官

地方裁判官及檢察官。於有戒嚴之宣告或布告時。當速就該司令官請其指揮。於合圖地境內。地方行政事務。及司法事務。委掌管之權於其他之司令官。故地方官地方裁判官。及檢察官。於有戒嚴之布告或宣告時。當速就該司令官請其指揮。戒嚴者雖平定之後。以受停止之布告或宣告之日爲止。有效力。關於戒嚴效力之詳細規定。參照戒嚴令。

#### 第五節 恩赦大權

天皇命大赦特赦減刑及後權。(憲法第三十條)是謂恩赦大權。恩赦者對於犯罪行爲。減免刑法上之效果之謂。以或種之犯罪人全體。同時赦免者。謂之大赦。赦免各個人之犯罪。謂之特赦。減輕既確定之刑。謂之減刑。以被剝奪之資格或能力。使復舊。謂之復權。外國之憲法。以可受恩赦之種類。限定之。而我國無此制限。故對於無論如何之犯罪。得行恩赦權。恩赦者。禁刑事訴訟手續之施行。又發棄刑事判決之效果。特別禁止刑之執行之行政行爲也。恩赦者非刑罰權之拋棄。而主權者之命令權行使也。即對於國家之官廳。命不爲或行爲。又以對於受刑者。除

法律上之不利益爲目的。而其效力及於主刑并附加刑。其範圍就各種情形。有恩赦權者得確定之。然至因犯罪而生私法上之效果。不因恩赦而受影響。被害者對於被恩免之犯人。猶得提起民事上之訴訟。恩赦者非爲各犯人之私益。爲公益而存在者。故犯人不得拒恩赦。

平求克刑法參考書。第一卷八六三頁。八七三頁。枚而關耳獨逸刑法論二四七頁。葉里訥克公權論三一八頁等。以恩赦爲國家之權利拋棄者誤也。平求克曰恩赦者權利拋棄也。故爲公法上之法律行爲也。平氏於一方謂訴進犯人而處刑。國家之義務也。申言之判。決者使犯人生服刑之義務。同時又使國家生執行此刑之義務。然則從彼之說。刑罰權之行使。非國家之義務耶。義務之拋棄。而謂爲權利之拋棄。於言語自身非矛盾耶。特如減刑者。乃拋棄第一之刑。而同時令執刑第二之刑者也。要之無論從何點。以恩赦爲權利之拋棄。余所不能表同意之說也。

恩赦者不問大赦學特赦。不必要在判決後。獨逸法之文學。區別別特赦 *besondere*

undfang inenigen Zinne 與免訴 Abolito 及大赦 Amnestie 特赦者謂已宣告刑罰之減免。後之二者爲訴追之免除。我憲法用大赦特赦之文字。前者對於或種類犯人全體。後者關於特定人。此外無區別。大赦爲訴追之免除。特赦爲刑之減免之根據。而恩赦若在免除訴追時。無刑之宣告。故無剝奪公權之事。不起後權之問題。然於免除。既被宣告之刑之時。免除與復權。各別之行爲。憲法亦有此趣意也。故免除非當然包含復權。故法律有明文外。非得特別復權者。無回復因刑法而受剝奪之資之事。

恩赦限於刑事。故於刑罰以外之責任。而爲法律所定者。法律有特別之規定外。天皇不能自由行恩赦權。故以勅令定之官吏責任。不以得又以特別勅令減免之。而以法律定之官吏責任。不以法律。不得減免之。若會計檢查院法。無第二十一條之規定。當作天皇不得減免會計檢查官之責任解。

現行刑事訴訟法第三百二十四條以下。定復權之手續。於第三百三十條以下。定特赦之手續。此等規定。皆不過定天皇行恩赦權之條件。非以天皇之恩

赦權遷之於裁判所。故非違反憲法。而爲有效之規定。故天皇行使特赦復權之大權。不可不準據此等之規定。恰如議院法三十二條。以法律之裁可。定爲一年以內。同法第三十三條。命議會之停會。限十五日以內是也。

## 第五章 行政會計

行政之範圍。一面爲消極的限定。同時一面必要有積極的定義。吾人嘗謂行政之作用。國權之機能中。非立法行爲。又非廣義之司法者也。然如或學者之說。憲法上之大權。亦非行政者則非也。何則。以如前之說。憲法大權中。亦有行政行爲也。行政之機能。依天皇及行政官廳而行。然天皇之憲法上大權。一面包含行政行爲。同時一面又包含非行政者。是余所以謂行政之觀念。於一方有下積極的定義之必要也。余下行政之定義如左。

行爲者。統治主體爲對於國家之目的。於其國之法規的秩序下動作之機能。而非立法亦司法者也。

憲法上天皇之大權。揭於其第一章者。準此定義觀之。其中發見屬自己行政之

作用。法律之裁可。立法所爲也。故非行政。戰爭行爲。天皇統治權之發動也。然非行政。何則。非働於自國之法規的秩序下也。外交大權亦然。除去此等非行政機能而所餘之大權作用。屬於行政之觀念。唯榮典授與之權。如前述。(第二編第一章一九五頁)爲天皇之榮譽權。而非施政權。故不包含於行政之觀念中。因之無依大臣之副署而行之事。

哇買衣耶獨逸行政法論第一卷九頁。謂如命統治者之就職。攝政之設置。衆議院議員之選舉。及其執行等。又貴族院議員之任命。議會之召集開會閉會等。非立法。非司法。亦非行政。乃憲法的補充行爲。Verfassungserhellende Kräfte。何則。此等之作用。皆非已組織國家。爲達其目的行爲之作用也。彼又以緊急勅令。爲非行政實質上屬立法行爲。此等爲欲貫徹以行政在法律下解釋之主義。而極爲嚴格之論。雖然。如我國行政。不解作常在法律之下。又天皇憲法上之大權。與立法並行之制度。祇言語上之爭。無深究之必要。吾人解非立法亦非司法之國權作用。而活動於國家法規之下者。皆屬行政。此解

釋非出於獨斷。樞密院官制第八條規定云。樞密院關於行政及立法之事。爲天皇之至高顧問官者。正爲此也。

行政之作用。依實質而區別。得分外務行政。內務行政。軍事行政。及財務行政四者。於此外猶有司法部內之行政。即司法行政也。此等行政中。國法最重要者。爲內務行政。財務行政。令憲法與行政法而名國法。加以說明之。獨逸國法學教科書。於憲法兼論行政法。爲當然之事。我公法之系統。不認國法學。憲法與行政法。有獨立之句域。構成特別之學問。故吾人無涉及行政全體。而加以說明之必要。唯於事關國家之會計者。在憲法第六章定其大原則。故余以下止於國家之會計。就體加以說明。

### 第一節 國家之資產

國家之資產。大別之爲二。曰皇室財產。曰國有財產是也。從吾人不以國家看做人格之見解。則國有財產之名。不得其當。吾人以下雖行之用國家之財產。或國家之權利文字。而單基於用語之便。非翻卷首所主張之國家說。而至卷尾。以人

格視之也。

一 皇室財產。從所謂御料之土地物件皇室經費等而成立。屬皇室之御料財產者。與所謂國有財產異。有特別之目的。委皇室之自由處分。而此財產之管理維持。宮內省之所掌也。此種於行政無關係。

二 國有財產。謂主權者因達國家經營維持之目的。而定之財產。皇室以外之國家資產皆屬之。更分爲左之三種。

(甲) 公用財產或行政財產。

(乙) 財政上之財產。

(丙) 公用的收入財產。

公用財產者。非供國家得收入之目的。而直接供行政之用者。例如軍艦、砲臺、道路、港灣、河川等之謂也。財政上之財產者。如土地森林沼津國有鑛山、國有製造場國有資金。以收入爲目的者之謂也。公用收入財產者。一方供公用。而同時一方以之爲財源者之謂。如鐵道電信電話屬之。拉買衣耶獨逸行政法第二卷百

八十二頁以下。說明云。行政上之財產。歸於不用或被更新時。管理之行政官廳。得應時宜而讓渡之。雖然。財產上財產之讓渡。要國會之同意。此原則在以憲法或法律所明言者。(巴威倫憲法第七節一八條薩克森憲一八條瓦就堡憲一〇七條) 巴典憲五八條易仙關於憲法變更之一八七八年八月一日法等無論矣。雖然不能適用於吾國。在我國有官有財產管理規則。定爲一切官有財產。各省大臣管理之。許準據一定之法令。而賣却官有物。關於土地者。特以官有地取扱規則。以其賣買讓與交換及貸付。委任於內務大臣之處分。而對之不問其爲公用財產。財政財產。皆不要議會之協贊。或曰憲法第六十四條。國家之歲出歲入。以每年豫算。經帝國議會之協贊。今政府於佑定官有財產之賣却代金。以之編入豫算時。議會削除之。則其結果政府當不能賣其財產。如此議論。一時於普魯西。亦因國會派之人士。所唱而盛行。然於吾國法上。無一顧之價值之議論也。國會元來不得逆政府之意思。而爲官有物之賣却處分。國會之權限。憲法所明定。無國有財產賣却之權。即國會反政府之意思。以官有財產之賣却代金。作收入之一項。因此不得修正歲計豫算。由同一理。國會不能削除歲計豫算。而阻害當

然屬政府權限內之官有物之賣却。豫算在。非法律。於一會計年度歲出入之佑定。故無變更法令之力。議會否決官有財產賣却代金之項目。而政府不失其處分權。故國會之否決。對於因賣却而歸屬於國庫之金錢。無何等之影響。

公用財產。及公用的收入財產。供公用者。則其取得。依通常之私法的規定。而又得於必要之時。依公用徵收之手續。而取得之。(明治三十三年法律第二十九號土地收用第一條第二條)反是以收入爲目的財政上之財產取得。常當依私法之規定者也。於管理亦兩者異其趣。公用財產。及公用的收入財產。不可不從供用之目的。而管理之收益財產之主目的。在得最多之收入。故其管理。全然從財政上之原則。

## 第二節 國家之收入

國家之收入。有私法上者。有公法上者。國家立於普通之財產法上關係而收納者。屬於前者。依公法的關係。申言之。國家依固有統治權之行使。而強制徵收者。屬於後者。公法上之收入。有二種之區別。一國家從他之公共團體而徵收者。其他從個人徵收者。(府縣制百〇二條郡制八十八條市制八十八條)國家以權力。從個人強制徵收之主

收入者。租稅手數料罰金科料沒收等是也。如罰金科料沒收等。以司法上之目的爲主。非篤充國家之公費而徵收。故屬財務行政之範圍外。如土地收用。軍事徵發。亦以有形物不加變動而強制徵收者。而非收入之目的。故不屬政務行政之範圍。於租稅及手數料。說明於第二編第二部第二章故不贅。而於專業。略述其性質於左。

國家以收入爲目的。而爲獨占的或經濟的行爲時。稱爲專業。專業學官業不同。政府不妨與個人國爲營利的事業。國家之營事業。無論何事。皆官業也。而專業云者。必國家之獨占者。申言之。專業者。常爲官業。而官業者。非常爲專業也。獨逸中世。君主之專業。範圍甚廣。鑛山狩獵漁業造林等。皆包含之。雖然至近世甚縮小甚範圍。我憲法缺關於營業權保障之規定。故國家依其固有之權力。得立法而獨占式種之經濟事業。以何等物爲專業。爲政策之問題。而非法律上之問題也。國家於自己欲爲時。得改正現行之法律。而擴張專業之範圍。

專業者有二個性質。從用國家固有之權力。禁他人此營業之點觀之。公法的也。

然從國家專業。經營其事業上觀之。家國者依私法的行為而行之者。從此點言。私法的也。

從財政上觀察專業者。於一方有獨占的私營業之性質。於他方從有使用料之性質而成。如煙草專賣。屬於前者。如郵便電信電話。對於政府之專業。而從個人支拂之者。有使用料之形式。

### 第二節 歲計豫算

豫算者。於一會計年度歲入歲出之見積。(佐價之意)而有監督關於財政之行政行為之國者也。

豫算制度。非立憲國所特有。小而一家。大而一國。為整理其會計。必有收支豫算。大寶令無豫算之規定。幕府之時。雖各官衙有定額。而無總豫算。王政復古後。仍依舊慣。祇於國庫逐次出納。至明治六年始於大藏省作歲入出見込會計表。提出於太政大臣。此政府以豫算為公文式之始。於七年度又作豫算會計表。爾後每年改良豫算之科目。及樣式。及十四年。頒布會計法。稍整頓。十七

年施行歲出入豫算條規。至十九年以勅令發布豫算。是依式公布豫算之始也。憲法制定。同時益進步。至探以豫算付帝國議會之議之制。國家之會計。至立於嚴重監督之下。（憲法義解百十四頁）於英國在中世紀之項。既認無國會之同意。不得課租稅之原則。議會其始對於歲入之總額。概括的與同意。以此數額。分配於行政各部之間。用如何割合。非議會之所顧問也。千六百六十六年以後。特於千六百八十八年以來豫算之同意。附加其用途文句。 *Appro priationsansel*。從此得國會之協贊金額。不得以此使用於國會之同意目的外。於第十八世紀。概括議會之同意。而集輯一個之國會公文。 *Portionenkast* 附加一般的用途句。 *Zeneralappropriationsansel* 而國會之單純的租稅承諾權。又變而爲近世之豫算議定權。

於大陸諸國。從專制政體而移於立憲政體。同時從古代國會 *Stände* 之租稅承諾權。生豫算議官權。及爲代議政體以後。其始議會有於租稅之賦課與同意權。雖然租稅之必要。依國家歲出之數額而定。故租稅之承諾權。勢必生對

於國家之歲出之檢查及承諾之權。此沿革雖不免多少之異固。而於佛蘭西、白耳義、及獨逸諸國之豫算議定權。於其發達。如出一軌。

豫算係將來之事實之見積也。故與法律異其實質。實質的法律者。豫想一定之事實。使隨之而以一定之法律上之效果。適用於多額數之事業者也。買衣耶之所謂定法規者也。故雖於以法律定豫算之國。而實質上豫算不可不謂非法律。我憲法第六十四條規定國家之歲出歲入。每年以豫算。經帝國議會之協贊。不須以法律。故豫算不特實質上非法律。且形式上非法律也。故豫算爲法律乎否乎之議論。於我國法。無須喋喋。

歐洲從國會之租稅同意權。生豫算議定權。故豫算看做租稅法律。雖及今日。尙有憲法明文上規定豫算者以法律定之。（獨逸帝國憲法六十九條）普魯西憲法九十九條。故豫算爲實質的法律乎否乎。獨逸學者間所熱心論辯者。雖然。我憲法無以法律定之之規定。故不起形式的法律乎否乎之疑問。況實質的法律乎否乎之疑問耶。

以豫算爲天皇向行政機關而發之訓令之說者有之。既云訓令。則其拘束力。只拘束受訓令之官廳。而無拘束發訓令之天皇自身之力。豫算豈如此在耶。余信其必不然也。一次經帝國議會之協贊而定之豫算。除該當憲法之特別條文外。天皇自身亦不能變更之。則豫算者不特拘束官廳。且實拘束天皇自身。則非訓令自明。故以豫算解作（於一會計年度歲入歲出之見積。憲法無特別之例外爲限。常當以帝國議會之協贊定之。其効力在使國家之會計行爲。勵於其範圍爲目的者也。）蓋國家之意思行爲。無此附援引法律命令訓令等。而加說明之必要也。

豫算可分乎。不可分乎。或論者曰。（關於項款者之豫算。不可分也。然關於年月者之豫算。可分也。於憲法義解百三十頁。謂豫決未決議會命停會又解散時。至其再開會日爲止。爲豫算不成立時。而依憲法第七十一條。未至豫算成立時。政府當施行前年度之豫算。故解散後至開會爲止。依前年度之豫算。開會後經議會之協贊。施行新豫算。故於此時。豫算關乎時而分者也。）然關乎時而豫算可

分之說誤也。雖只從文字上解。開會者議事之開始。而非豫算之議定。故縱令採豫算可分說。亦云豫算不成立。至次回之議會議定豫算時止。當存續。不得以開會之時爲止。且豫算者。我國法上。限一年度有効力者也。關於豫算之時之單位。以年。而不以月。又不以日。憲法第六十四條。規定國家之歲出歲入。明言此主義。（或曰前年度之議會。被解散。而豫算不成立。新議會翌年八月被召集時。其年度之會計中。從四月至八月。（會計年度自四月一日始故）之分。依前年度之豫算殘餘之分。分割之。經其議會之議決。初無妨礙。）然此蔑視會計法之議論也。於會計法第五條。規定歲入歲出之總豫算。於前年之帝國議會集會之初提出之。故以其年度之豫算。提出於其年度之議會。會計法所不許也。則論者所既豫算之分割。究無實行之地步。論者更答曰。所謂追加豫算者。非認豫算可分之原則耶。按憲法者。關於追加豫算之明文。而以豫備費仍不足。而又無憲法第七十條所謂財政上緊急處分之必要。而特有支出之必要時。爲追加豫算於總豫算之外。提出於議會。近來我國所慣行者也。論者欲引用之。主張豫算之可分。然

所謂追加豫算者。乃對於本來總豫算之部分停止議決者。而其成立之時。可挿入本豫算之款項內。決非分割豫算也。

近來政府。利用追加豫算之慣習。而可得挿入總豫算。故生遷延而爲追加豫算之弊。以防此弊爲目的。明治三十五年八月法律第四十七號。改正會計法。於第五條加一項云。（必要不可避之經費。及基於法律或契約之經費。有不足時外。不得提出追加豫算。

與追加豫算相同之國家臨時財政處分中。仍有一層不當者。所謂國庫剩餘金之支出也。元來豫算不可不設第一豫備金第二豫備金。而第一豫備金。補豫算之不足。第二豫備金。充豫算外之必要。政府以此兩種豫備金難補充。而又無緊急之必要時。以國庫剩餘金充支出。近來所實行者也。此處分雖又牴觸憲法之正條。而不免違反會計法。元來國庫有剩餘金與否。至翌年六月三十日（會計規則第三條。明治三十五年八月勅令第二百號改正）爲止。不能分明。故於其前。雖有現金存在。所謂強國庫現存金。而非剩餘金。若於其前。既

知爲無使用於本來目的之必要之金額。而使用於他之目的所謂款項之流用。而違反會計法者。況縱令國庫有剩餘金。會計法第二十條命歸入於翌年度之歲入者耶。

豫算要裁可與否。申言之。無裁可者之豫算成立乎否乎。於此點學者間有多少之議論。余解作不要裁可者。第一我憲法於豫算之裁可。無何等之規定。此因爲不必要裁可故。而且決無必要之理。法律要裁可。豫算上亦要裁可之問題。無論其不相一致甚明。特就法律之裁可。已有規定之點觀之。則於有疑問之豫算之裁可。若有必要時。不得無規定。而於此意不設規定也。第二憲法第七十一條。所記豫算不成立者。只於議會不成立。而不包含因不裁可而不成立。同條曰（於帝國議會不議定豫算。或未至豫算成立時云云）。此文意豫想於帝國議會不議定豫算。或於帝國議會未至豫算成立時。而決無只以不議定豫算係（於帝國議會之文字下。而解作豫算不成立。兼包含於議會以外之時。憲法義解百三十頁。（於兩議院之一。廢棄豫算時。又議會未決議而命停會或解散時。至其再

開會之日爲止。爲豫算不成立時。以此觀之。豫算不成立。於議會不成立時爲限甚明。則我憲法可作不認因天皇不裁局可豫算者不成立時。或謂議院法第三十二條。所譯議案之中。亦得作包會豫算解。故以次之會期爲止。不公布。當看做不裁可。雖然。豫算於四月一日（即會計年度以前）當公布。而非若法律案有何時當裁可之性質。故不許援用議院法第三十二條也。第三憲法六十七條規定。（基於憲法上之大權之既定歲出。及由法律之結果。或法律上屬於政府之義務之歲出。無政府之同意。帝國議會。不得廢除之。或削減之。而本條所謂政府者。如前述包含天皇。若須裁可而君主於豫算全部不同意。即豫算不成立。則於一部豫算爲要元首之同意之憲法六十七條。終爲無用之空文。要之豫算成立。不要裁可。當解作依議會之協贊而確定。雖現行實例者裁可豫算。而此非確定豫算之積極行爲。不過保證豫算經憲法上之手續而成立之事。既成立之豫算。要公布之。（公文式第三）  
（條第十條）

國家之會稽。每年以四月一日爲始。翌年三月三十一日而終。謂之會計年度。屬

於一年度之一切收入爲歲入。支出爲歲出。於其年度歲出入相充當而立豫算。豫算之調製權在政府。大藏大臣管理其事務。大藏大臣使各省大臣。以前年五月三十一日爲止。提出歲入概算書及歲出概算書。此概算書。常有經常與臨時二大別。更以之區分欸項目。說明比前年度之豫算。有增減之理由。大藏大臣受歲出入概算書時。檢案之。對照調理歲入出調製歲入出總概算書。以前年度六月三十日爲止。提出於閣議。經此閣議時。各省大臣。於內閣已決定各省所管經營之概算額以內。用簡約之旨。調製每年度之各省豫定經費要求書。以前年度八月三十一日爲止。當送付於大藏大臣。大藏大臣。基於各省豫定經費要求書。編製總豫算。添附各省豫定經費要求書。及其年三月三十一日終之會計年度之歲入歲出現計書。於帝國議會集會之始。提出之。

歲入歲出之總豫算。大別爲經常臨時二部。於各部中區別欸項目。國務大臣於已定豫算之目的外。不得使用定額。又不得以各項之金額彼此流用。（會計法第十二條）但至自以下。別無禁流用之文字。故國務大臣依時宜。得以

此目之剩餘金。補屬於他目之不足額。

豫算當先提出於衆議院。(憲法第六十五條)從政府以豫算案提出於衆議院時。豫算委員。從其院受取之日起。十五日以內。當審查終了。報告於議院。議院議定豫算案。與法律案異。不要之讀會。於豫算案。議院之會議。發修正之動議者。要二十人以上之贊成。於衆議院議決豫算時。移之於貴族院。貴族院於衆議院之議決同意時。從同院議長。經國務大臣奏上之。若不同意者。開兩院協議會決之。於兩院議決之豫算案。以國務大臣之副署公布之。豫算之議定權。依憲法第六十四條之規定。帝國議會之。議會之議定權。雖不依他之意思而被拘束。而對於政府提出之豫算案。不能加無制限之減削。對於其議定權。有憲法上明文。並法理上種種之制限。

### 一 皇室經費、

依憲法第六十六條之規定。皇室經費。依憲法發布當時之定額。每年從國庫支出之。除將來要增額時外。不要帝國議會之協贊。總豫算中加皇室經費。議會對

之。不能加削減。但不妨爲增額之議決。

二 基於憲法上之大權之既定歲出

基於憲法上之大權之歲出。依文武官之俸給。陸海軍軍事費。依外國條約及約束之支出。榮典授與之費用等。凡憲法大權發動之結果。所生之國庫負擔之謂也。此等負擔中。既定者無政府之同意。帝國議會不得廢除削減之。非既定者議會得自由削減之。故於既定之歲出。無說明之必要。

憲法上大權事項。天皇不受議會之拘束。而可得親裁之政務也。故其行使大權。不妨設使國庫生各種負擔之制度。然大權之行使要費用時。其豫算必經帝國議會之協贊。而議會於豫算之議定。全然從天皇之意思而得自由。故雖基於憲法上之大權之歲出。得自由削減廢除之。憲法上之精神亦在於此。故特設第六十七條之規定也。若如或論者之說。(憲法上之大權者。依憲法被保障之天皇之大權也。故雖當議會議定豫算。亦當然基於大權不可不認支出。否則憲法第一章所揭天皇之大權。至全不活動。)使此議論而正當。則憲法何故於第六十

七條。必用基於憲法上之大權之既定歲出之文字耶。且本於天皇之權之歲出。議會對之。不能行協贊權。則以豫算付帝國議會之議之精神。全然沒却。只天皇之大權無限行使。雖如何過大之負擔。臣民亦不得不忍之。是豈憲法之精神耶。憲法有維基於憲法上之大權之歲出。非既定者。則使議會得廢除削減之精神。既定者既經帝國議會之協贊者之謂也。於明治二十三年。帝國議會之始開會當時。無經議會協贊之既定歲出。故二十三年八月。以法律第五十七號會計補則於二十四年度之豫算。列舉憲法第六十七條所規定基於大權之歲出爲何。第一議會準據此法律。而基於大權之定歲出。既定者不得削除之。因此用會計法補則規定之大權支出中。實際非大權支出者。及今猶看做基於憲法上之大權之既定歲出。而於二十四年以後。縱令基於大權支出者。不因議會之議決。不能謂院定歲出。故雖基於憲法上之大權歲出。於前年度之議會。非已決議者爲限。議會不特可議其金額多少。且不妨全部削除之。

基於大權之歲出。不經議會之協贊時。既發之勅令。無被廢止之事。雖然。亦不

能執行之。乃當然之結果也。然豫算法令。只於一年限內有效力。故於次年度幸得新豫算協贊時。一時被停止之勅令。至當然回復其效力。見之於實施。但公布既被削除之豫算後。元首有改廢牴觸之勅令之義務。不俟言矣。

會計法補則。於二十四年度之豫算。揭基於大權既定之歲出。(一)文武官之俸給。及文官退官賜金。(二)陸海軍軍事費。憲兵費。屯田兵費。(三)賞勳年金及褒賞費。(四)依外國條約及約束之支出。(五)各廳之廳費。及經常修膳費等。

(三)由法律之結果。或法律上屬於政府之義務之歲出。

此支出亦以憲法六十七條之結果。無政府之同意。帝國議會不得廢除之。或削減之。

於帝國議會開會後。有經帝國議會裁可之法律。故無疑問。於前果以何者爲依法律之結果。及法律上屬政府之義務者耶。有明言之必要。依會計補則。基於帝國議會開會前發布之法令者。(一)帝國議會經費。(二)裁判所及會計檢査院經費。(三)恩給扶助罷役恤兵及死傷手当。(四)徵兵費。(五)徵稅費。(六)囚徒費。(七)

遞信事業及航路標識費。(八)內外國難破船費。(九)沖繩縣及小笠原島地方費。(十)備荒儲蓄。(十一)北海道拂下土地買上代。(十二)恩賞及救助費等。由法律之結果認爲歲出者。(一)神社費。(二)公債償還利子及支拂手數料。(三)依已定有效力之命令每年當付與各地方之公共工事費。補助及警察費。聯帶支辨金。(四)沖繩縣諸祿。(五)依既定有效力之命令當付與航運鐵道製造殖產之會社。及病院學校之補助及利子保證。(六)雇外國人之俸給恩給及手當。(七)法律上之賠償及訴訟費。(八)諸拂戾金。(九)國課金取扱費。(十)預金利子。(十一)既結約之地所家屋借料等。認爲法律上屬政府之義務之歲出。

#### 四 繼續費而得帝國議會之協贊者、

因特別之須要。政府得豫定年度爲繼續費。求帝國議會之協贊。(憲法第六十八條)於此時繼續年限中。政府每年支出之金額。豫經議會之協贊者。則議會於或年度不得削除之。會計法第二十六條規定。(期以數年。可竣工之工事。製造及其他事業。爲繼續費。定總額者。每年度之支拂殘額。至竣功年爲止。得遞次越級使用)。

同法第二十條規定。每年度之歲計剩餘金。當歸入翌年度之歲入。對於原則。設例外也。

五 議會無以收入之款項目、附加於豫算之權限。

提出豫算之權。專屬於政府。議會無豫算提出權。故於政府提出之款項目。削除增減之。乃其自由。雖然。不得以新費用附加於豫算。何則。若議會既有歲入歲出。於政府不提議之費目。得自由加入豫算。則議會於事實有豫算提出權之一部。且似生強制政府不認之收入之結果。要之議會者。於政府提出之豫算。有削款項目之或一件。或增減其金額之權利。然無加新費目之權。故不依建議之方法。不能以新費目編入豫算。

以上對於議會之豫算議定權之制限也。憲法第六十八條。因爲補不可避之豫算之不足。又爲充生豫算外必要之費用。而命設豫備費。豫備費者。分第一豫備金。第二豫備金爲二種。前者補不可避之豫算之不足。後者充豫算外所生必要之費用。而以豫備金支算者。憲法第六十四條第二項。會計法第八條之規定。年

度經過後。要提出於帝國議會。求其承諾。

豫備金大藏大臣管理之。而所謂豫備金之支出者。以應必要之豫備金。從大藏大臣之所管。而移於各省大臣之所管之謂。當注意國家對於債權者。無直接支拂國庫金之事。以第一豫備金可得補充之費途。每年度豫以勅令定之。而實際須支出時。各省大臣作用示其金額。及理由之計算書。必經大藏大臣之承諾。大藏大臣承諾第一豫備金之支出時。當通知於會計檢查院。第二豫備金之支出。要經勅裁。各省大臣要第二豫備金之支出時。作明示其金額及理由之計算書。送付於大藏大臣。大藏大臣調查此計算書。附以意見。而請勅裁。有第二豫備金支出之勅裁時。大藏大臣以其事故金額。通知於會計檢查院。以豫備金充補支辦之金額。各省大臣會計算書。於各費途每付以說明。年度經過後。五月以內。送付於大藏大臣。以此支出。分第一豫備金。第二豫備金爲二大別。作總計算書。加以說明。提出於帝國議會。此總算計書所載者。從大藏大臣之所管而移於各省大臣之所管之金額。而非各省大臣實際支辦之金額也。故歸各省大臣所管。

之豫備金。有餘額。爲一般預算之剩餘金。而非預備金之殘額也。

在爲保持公共之安全。而有緊急之需要時。因內外情形。政府不能召集帝國議會時。依勅令。得爲財政上必要之處分。(憲法第七十條)我憲法認緊急勅令之制度。而緊急勅令。爲代法律之命令。法律之實質。不必以定一般抽象的規定爲限。從處分特定之事件。亦得以法律爲之之點觀之。則無離憲法第八條。而設第十七條之必要。蓋以大兼小也。第七十條之財政上處分。於次之會期。要提出於帝國議會。求其承諾。但議會不承諾時。國務大臣生責任之外。對於既爲處分之效力。不及其影響。

於帝國議會不議定豫算。或未至豫算成立時。政府當施行前年度之豫算。(憲法第七十條)豫算之不議定或不成立。皆於議會爲事實。於此時於其年度無當施行之豫算。故特明言使依前年度之豫算也。

豫算不成立時。使依前年度之豫算。歐洲各國認之者無多。惟瑞典憲法第九條第三項。規定（議會至閉會前。不議定歲出豫算。或當以徵稅供給之歲

入豫算不確定時。至次之開會爲止。繼續適用前年度之歲計豫算。西班牙千八百五十六年九月十五日追加憲法第七條規定。(若於來年之歲計豫算。無兩院之協議調時。適用前年度之豫算法)。

豫算二年以上不成立時。所謂前年度之豫算者何耶。則生疑問。所此立論者有之。然國家不得有無豫算時代。故縱使無議會之協贊之豫算。於前年度所施行之豫算。則又前年度之豫算也。故二年以豫算不成立時。前年度之豫算者。爲前年實施之豫算。其實質與又前年度之豫算同一者也。

國家之歲出歲入之決算。會計檢查院。檢查確定之。與其檢查報告。俱提出於帝國議會。(憲法第七條)會計之檢查。已詳於會計檢查院章。(第二編第三章)茲不再述。

#### 第四節 國家之債務

除起國債及定豫算外。爲國庫當負擔之契約。須經帝國議會之協贊。(憲法第六章)廣云國債者。國家負擔財產上之債務之謂。此負擔如俸給支拂。直接依法規而生者有之。又如直接之借入。間接之保證。依國家機關之特別行爲而生者有之。

國家直接負債務時。負分爲二。行政上之債務。及財政上之債務是也。國家於行政之際。起債務。於豫算之範圍內負擔者。行政上之債務也。豫算以外。以得特別收入之目的。爲特別之行爲。而負擔債務者。財政上之債務也。所謂國債者。指財政上之債務。

隨國家之行政。而發生債務之原因。如或物件之借貸。或賣買請負。因私法上之行爲者有之。又如因土地收用法之損害賠償。軍事徵發。因特別之行政行爲者有之。於私法之行爲。原則從民法之規定。於特別之行政行爲者。從關於此之特別法規。爲行政進行必要之債務。而不超豫算之範圍者。屬行政官之職權。更無須議會之協贊。唯財政上之債務。要帝國議會之協贊。

國債之募集。事實上不能依私法之規定。故多以特別法律定之。於金額猶須議會之協贊。其募集手續。不必要以法律。然現行之實例。募集或種之國債。以法律發例。明治初年以來。公債條例之發布者甚多。現在其公債未償却者有之。現今各種公債。以明治十九年之整理公債條例爲標準。

爲國債之一種。而稍異其趣者。大藏省證券也。普通之國債。以增加一時國庫之收入爲目的。發行長期之債券者。而大藏證券則不然。依明治十七年大藏省證券條例。大藏證券者。爲出納上一時使用。從大藏省發行者。其支拂期限。十二月以內。以其發行年度之歲入爲支拂者也。（於大藏省證券第三部第（二）章四百二十一條參照）從財政上之觀察點言。於豫算之範圍內。一時之融通。而非國債。現司他衣痕拉排痕特休而哀爰買衣耶等。以此爲非國債。而爲行政上之債務。然從性質上言。大藏證券。亦一種短期國債。又發行之者。當經帝國議會之協贊。會計法第九條。規定於年度大藏證券。發行之最高額。經帝國議會之協贊而定之。亦不外此趣意。

大藏證券之外。政府於國庫金出納上一會計年度間。生不足時。附相當之利子。得從日本銀行借入。但其金額。合大藏證券發行額。不得超過當該年度證券之發行最高額。（明治二十七年法律第六號關於國庫金出納上一時貸借之件）

## 憲法要論終

憲法要論正誤表

Table with 10 columns: Page (頁), Error (誤), Correction (正), Page (頁), Error (誤), Correction (正), Page (頁), Error (誤), Correction (正), Page (頁). The table lists various constitutional terms and concepts, such as '憲法' (Constitution), '權利' (Rights), and '義務' (Duties), and identifies errors in their usage or interpretation, providing the correct form and a reference page.

上海普及書局新書出版廣告

日本 市村光惠 著

華亭 李維翰 譯

憲法要論

是書爲日本之帝國大學講師法學士市村光惠所著法政大學卒業生  
江蘇華亭李維翰譯上海黃宗麟校書分二編第一編緒論共四章曰憲  
法學曰國家曰法曰憲法第二編本論分爲四部第一部統治之主體共  
二章曰天皇曰攝政第二部統治之範圍共二章曰領土曰臣民第三部  
統治之機關共七章曰總論曰帝國議會曰政府曰國務大臣曰樞密顧  
問曰裁判所曰會計檢查院第四部統治之作用共五章曰總論曰立法  
曰司法曰憲法上之大權曰行政市村氏長於德國法學是編博採德學  
者最新學說斷以已意該博精詳誠今日研究法學者必要之書也

大洋一元八角並製一元六角

告豫版出局書及普海上

日本法學博士有賀長雄著

番禺汪兆銘譯

戰時國際公法

著者爲日本陸軍大學及海軍大學教授再參滿洲軍爲顧問官海牙萬國平和會議爲政府專派員故言東方戰時國際學者必首屈一指蓋學問既富而經驗復深其所著書歐米學者爭歡迎之是書凡分兩卷上卷述陸戰下卷述海戰及中立著者自云「以生平所得爲基礎而檢核於歐米近出之著書及關於陸海戰一切之法規事件凡可裨將來參考者悉撮其要」是亦可知其價值矣本書局特倩知法律而能文者譯之以餉祖國東亞風雲日夕變幻吾國人既知注意軍事則戰時國際法之知識斷不容緩倘得是書爲研究者之先導則尤所望也

上海普及書局新書出版廣告

廣東 胡衍鴻譯

## 國際民商法論

日本法學博士山田三良氏曰中國欲收文明國之權利必先盡文明國家之義務文明國之義務即能採用內外人平等主義而實現之於法則者也國際私法於法學中占重要之位置而發達獨遲其名稱亦至十九世紀中期始定日本法學之書不下千百種惟此科著述獨鮮去年八月西京大學教授跡部定次郎毛戶勝元譯瑞士天學者邁里氏國際民商法論原書成於千九百四年蓋極新之鴻著原序云「吾人所以汲汲欲達之根本理想爲使此學之領域擴張於全文明世界法律學者解此問題當爲世界的不當爲地方的一亦可知其書之用意國際民商法爲國際私法最注重之內容而特就此範圍著爲專書可謂體大思精之作本書局倩知法學者用心譯出以爲我國研究國際私法者增參考之精本抑我國正當謀撤各國領事裁判權之時尤要有國際私法之知識以爲將來之準備則此書爲用殆不止於學者間也（書分兩卷以次出版）

告豫版出書新局書及普海上

日本 豐島直通著

程樹德

福建陳宗蕃同譯

林志烜

刑事訴訟法新論

原書豐島直通氏所著。氏爲日本刑事訴訟法大家。其學說採輯獨逸法蘭西碩儒。而折衷東亞刑律制度。價值之高自有定論。方今中國頒布刑事訴訟法。新律既定。解釋問題。紛然以起。其中陪審組織。訴追機關。倣自英制。而其他之制度組織。多與日本符合。蓋日本訴訟法。聚歐西之成。而豐島氏此書。又爲日本法家之泰斗。其與中國新律互相發明者。不勝縷述。本局特聘邃于法學者。福建程樹德、林志烜、陳宗蕃先生。將原本譯出。原書七百餘頁。凡二十餘萬言。褒然巨帙。爲近來刑律各書之傑出。誠治法學者必讀之良著也。

光緒三十二年十一月五日印刷  
光緒三十二年十一月十五日發行

憲法安論

上製大洋一元八角  
並製大洋一元六角



印 刷 所	印 刷 者	發 行 者	譯 者	校 者	著 者
日本東京市淺草區黑船町廿八番地	日本東京市淺草區黑船町廿八番地	上海普及書局	上海李維翰	日本市村光惠	日本市村光惠
並木活版所	榎本邦信				

總發行所  
上海三馬路畫錦里  
普及書局  
分發行所

南京城內黨家巷口  
南京啓新書局  
天津北門西  
天津同記普及書局  
日本東京神田小川町  
大華書局  
日本東京神田猿樂町十七番地  
東京福記普及書局

