inches 1 2 3 4 5 6 7 8

cm 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19

Kodak Color Control Patches

© Kodak, 2007 TM: Kodak

Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black

Kodak Gray Scale

C Y M

© Kodak, 2007 TM: Kodak

A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19

訂正再版

日本法令豫算論

法學博士一木喜德郎著

哲學書院發行

日本法令豫算論

日本法令豫算論

最高裁判所
図書館
713693
昭46和

最高裁判所
図書館
明治文庫 2062
昭57和

再版緒言

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

再版緒言

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

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

明治三十二年十一月

著者識

序

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

ル歟

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

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

世ニ出テバ其政界ニ裨益スル蓋シ小少ナラサルナリ

一木氏實ハ余カ第二子ナリ夙慧學ニ勉メ晉テ業ヲ帝國大學ニ卒ヘ尋テ乏ヲ内務書記官ニ承ク幾クモナク自カラ其學ノ未タ足ラサルヲ慨シ奮然歐洲ニ航シ今獨逸ニ留學ス余竊ニ其他日ニ爲ス所アランコトヲ期ス一篇ノ著ニ何カアラン自今以後益々學ヲ勉メ乃父ノ望ニ背カサランコトヲ冀フト云爾

明治二十五年春四月

淡山道人岡田廉夫序

目次

緒言……一
第一章　法律及ひ命令……一四
　第一節　法律及ひ命令の性質……一四
　第二節　法律と命令との分界……四〇
第二章　法律……六八
　第三節　法律案の提出……六八
　第四節　法律案の議定……八〇
　第五節　法律の裁可及ひ公布……八七
　第六節　法律の施行期限……九九
　第七節　法律の廢止……一〇六
第三章　命令……一一四
　第八節　總論……一一四

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

最高裁判所図書館

日本法令豫算論

法學博士　一木喜德郎　著

緒言

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

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

言論の自由集會結社の自由は何人と雖とも之を欲望せさるはなし帝國憲法も亦た明に之を保障す然れとも國家は人民に賴て生存し人民は又た國家に賴て生存す國家の利益と人民の利益とは結局二なし既に國家成立の必要を認むるときは又た其の成立に必要なる權力を認めさるへからす言論の自由何程惜むへきも集會結社の自由何程重んすへきも國家生存の危險を防くか爲に必要なるものは余輩之を割愛せさるを得さるなり人民の自由は各政黨皆之を希望せり國家の安全は各政黨皆之を尊重せり言論の自由集會結社の自由は黨派の問題に非さるなり

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

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

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

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

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

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

とも豫算案の一たひ議會の議に登りたるより以來所謂軟派硬派の論爭を生し初期の議會閉會の後に至りても猶ほ兩派互に反目し互に叱罵誹謗して其の相敵視すること却て主義に依て分るゝの黨派より甚たしきものあるは頗る怪むへきに似たり所謂軟派硬派なるものの別は主義の異なれるか爲に生したるものに非す其の相異なる所は豫算金額に對する意見に在るのみ一は若干の金額を以て國家の政務を處理するか爲必要とし一は猶ほ一層の節減を加ふることを得へしとなす是れ表面上兩派の間に存する差異なり然れとも幾干の金額を國務の處理に必要なりとするや を査定するに當ては人々多少見る所を異にするは固より免るへからさるの數にして何人と雖とも其の査定の金額を以て一錢の增減を許さゝるものと斷定することを得す故に兩派互に敵視して殆んと調和し難きの狀を呈したるは蓋し別に其の所以なくんはあらす想ふに猜疑と黨派の權謀とは此の際尠なからさるの影響を及ぼしたるなるへしと雖も余輩は今之を言ふことを欲せさるなり余輩は寧ろ兩派の論爭を以て帝國議會豫算議定權の範圍に關する憲法の解釋の差異に歸せさるを得す故に余輩は謂はんとす第一期帝國議會に於ては政黨の運動なし政派の運動なし而

して唯憲法解釋の二派を生したるのみと

憲法の解釋を以て黨派の主義に混するの害は今更に之を言ふを俟たさるなり政治上の意見を以て憲法の意義と混同し牽強附會して以て黨派交々相責むるに達憲を以てするに至らは國家の綱紀を定むるの憲法は却て將に秩序を紛擾するの具とならんとす況んや又た憲法解釋の論爭に熱中するの結果は徒に法理に走りて國家經綸の大事を謀るに餘地なからしむるをや人若し第一期帝國議會の事業を一見せは必す其の一片の杞憂に止らさるを知らん商法延期地租納期改正等重要の法案にして完結の功を奏したるものは僅に二三のみ憲法解釋の論は却て會期の大半を占めたり憲法の解釋にして黨派の主義より分離せさるときは次回と雖とも亦た同一の狀態を再演することなきを保すへからさるなり

憲法は國家の大典なり非常の必要あるに非されは之を動かすへからす憲法は一黨一派の憲法に非さるなり憲法の意義は頗る正確なりと雖とも之を適用するに至ては亦た人々多少見解を異にすることなき能はさるへし然れとも一定の解釋を以て隱然黨派綱領の一部とし之を黨員に強ゆるに至ては黨派は決して其の本分を守るものと謂ふことを得さるなり憲法解釋の黨派問題たる能はさるの性質を有すること此の如く而して之を黨派の問題となすの害は既に論したるか如し余輩は第一期の帝國議會に於て眼のあたり此の奇態を生したることを嘆息せすんはあらさるなり

然れとも憲法の解釋と政治の論議と相錯綜するに至りたるは必すしも罪を政黨政派に歸することを能はす抑も憲法の法文を解釋して其の法理を演繹するは國法學の本領なり法律は獨冷淡の推理に因て其の正解を求むることを得へし然れとも今日に在ては國法の根基たる重要の觀念すら一として未た一定に歸したるものなし而して爲政家は目前國法の原理を實際に應用するに當ては人々各見る所を異にするは亦た免るへからさるの數なり故に憲法解釋を以て黨派問題に混淆し帝國議會をして法律の討論會に類するの觀を呈せしめたるの責は獨之を黨派に歸することを得す余輩は唯國法學の未た發達せさるを憾むるの外なきのみ

然れとも我邦の國法學の未た發達せさる亦た其の故なきに非す憲法の發布は我國

法に一大變革を生し而して我國法を研究するの要も亦た此の時よりして俄に其の度を高くせり爾來年所を經ること僅に二三其の間國法の法理を研究して以て學說を一定するの難きこと辨を俟たす故に余輩か第一期の帝國議會に於て實驗したる所は亦た立憲制度の初期に於て免るへからさるの狀態なりと斷念せさるへからすと雖とも余か今復た此に一篇を草して之を世に公にするものは豫算の問題は今日に於ても猶ほ未決に屬し而して余の見解は多少世論と異なる所あるを信すればなり知らす其異なる所は即ち皆余の誤れる所なるや否大方の高批に由るに非されは何そ能く之を判別するを得んと

本篇を草するに當りては大に研究の材料を集むるの便なきに苦めり日本現行の法令にして參考することを得たるものは主として財政及ひ內務に屬する最も重要の法令のみ材料の足らさるは外國に在て本國の事物を講究するものゝ免れさる所なり然れとも憲法は萬世不磨の大典にして普通の法令は時々變易を免れす故に余は專ら憲法の正條により日本國法の根據たる法理を求めんことを勉めたり其の他の法令を引用したるは概して例證の用に充つるに過きす若し夫れ一切の材料を網羅し之を分析綜合して詳述餘す所なきは素より本篇の期する所に非さるなり

先輩の著述にして參考に供することを得たるものは獨伊藤伯の憲法義解あるのみ憲法義解の價値は世間既に定論あるを以て余輩は更に讚辭を費すことを爲さす余輩今本篇を以て憲法義解と比較するは或は僭越の咎を免れさるへしと雖とも讀者

若し本篇を一讀せは其の稍憲法義解と論究の方法を異にする所あるを見るへし余輩は固より義解の著者の如く憲法の立法歷史を參考するの便宜なきか故に專ら普通國法の原則と憲法の正條とにより論斷を下さんことを期せり而して間々政治上の利害に論及したるは唯法理上の論結と政治上の便益と相矛盾するの疑を除かんか爲に過きす故に余輩の論結にして往々憲法義解の論結と異なるものあるは蓋し一は論究の方法に異なる所あるか爲ならんのみ憲法義解の外余は殆んと先輩の研究を利用することを得たるものなし就中伊東巳代治氏の法律命令論の如き其の名は聞き及ひたれとも未た一見したることなく從て本篇を草するに當り參考に供することを得さりしは余輩の最も遺憾とする所なり其他時々の新聞雜誌に登載したる論說に至ては二三を除くの外全く之を參考するに由なかりし故に本篇論する所にして或は既に陳腐に屬したるものあるへく或は既に有力の駁論に由りて力を失ひたるものあるへし此の危險は余敢て之を冒さゝるを得さるなり

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

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

余輩は先つ第一章に於て法律命令の性質及ひ分界を定め第二章以下逐章法律命令法令審査權及ひ豫算を論究せんとす

第壹章　法律及ひ命令

第壹節　法律及ひ命令の性質

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

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

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

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

實質の法律と形式の法律とを區別し實質の法律を以て法規を定むる國家の命令となすい多數學者い同意する所なりと雖とも何をか法規となすに至てい是等學者の頗る說を異にする所なり余輩は此の問題に對し聊か說なきに非すと雖とも余輩の論結に直接の關係なきを以て此に之を論せさるへし

余輩は敢て「マルチツツ」及ひ「ツオルン」の如く法律の定むる所は凡て法規なり法規を定めさるの法律あることなしと主張するものに非すと雖も實質の法律と形式の法律を區別するの學說を以て帝國憲法の解釋に適用するに至てい決して之に同意すること能いさるなり而して獨逸學者か此の學說の最も重要なる實益とする所の一は之を憲法に適用するに在るか如し

「ラーバンド」い實質の法律と形式の法律との兩觀念を普漏西憲法及ひ獨逸帝國憲法に適用し兩憲法の諸條項に就き其の形式の法律に關するものと實質の法律に關するものとを區別せり

「ゲオルグ、マイヤー」い曰く「グリューンフート」雜誌第八卷第廿五頁以下)實質の法律と形式の法律とを區別するい言語の濫に過きさるか學理上の空論を弄して錯を分ち

銖を爭ふ者に過きさるか或ハ又た之を區別するの實益あるか余の見る所を以てすれは此の區別の重要なる利益ハ兩種の法律互に効力を異にするに在らすして國家各機關の權限を定むるの標準を與ふるに在り國家の意志行爲は皆法律の形式を以て現ハるゝことを得へし處分令と雖とも亦皆法律として發布するを得さるものなし然れとも如何なる事物ハ必す立法の形式に依らさるへからさるかを定むるに當りてハ實質の法律は極めて重要なる觀念なり獨逸諸邦の憲法に於て法律ハ議會の同意を得すして之を發することを得すと謂ひ又た法律ハ凡て國王及ひ兩院の同意を要すと謂ふときは法律ハ實質の意義を有す故に臣民の法律上の狀態に關する一般の規定ハ形式に於ても亦法律として之を發せさるへからす命令を以て此の如き規定を設くることを得るは法律か明文を以て之を許したる場合に限る之に反して處分令を發するの權ハ行政權の發動なるか故に行政機關より出つるを常とす法律の形式を處分令に用ゐるを要するハ憲法に特別の規定あるか又ハ法律に由て既に定まりたる原則に牴觸する規定を設くる場合に限ると「シュルツエ」(獨逸國法第一卷第五百廿頁)エリチック」法律命令論第二百五十四頁)も亦た立法行政兩機關の權限を分

界するを以て實質の法律と形式の法律を區別するの最も重要なる實益とせり」二種の法律の區別を以て立法行政兩機關の權限を分界するの標準となさんとするときハ必す帝國憲法第三十七條の法律を以て所謂實質の法律を指したるものと解釋せさるへからす是れ實に「シュルツエ」「ラーバンド」「マイヤー」「ゼーリヒマン」等諸學者の普國憲法第六十二條(日本憲法第卅七條に該當す)に對して下す所の解釋なり其の理由とする所に曰く若し此の條に謂ふ所の法律を以て形式の法律を指したるものとせハ是れ即ち法律ハ凡て議會の協賛を經へし而して法律とは議會の協賛を經たるものならと云ふに異なることなく何等の意義をも有せさる冗文に過きさるへしと(例へハ「ラーバンド」豫算法第十頁)故に實質の法律と形式の法律とを區別するの學說を以て帝國憲法の解釋の根據となすことを得るや否を論究せんとせは憲法第卅七條の法律ハ如何なる意義を有するかを講究するより好きハなし余輩の見る所を以てすれハ該條の法律ハ所謂實質の法律に非す形式の法律に非ず全く他の意義を有するものなり余輩請ふ左に之を詳論せん

「ウユルテムベルヒ」憲法第八十八條(日本憲法第卅七條に該當す)に對し「ガウプ」の下

す所の解釋は推論極めて簡單なれとも頗る余輩か下に陳ふる所の說に近きか如し「ガウプ」『ウエルテムベルヒ』國法第百五十八及ひ百五十九頁參照

法律を以て萬般の事物を網羅するの難きは人の認むる所なり故に何れの國の憲法も執行命令を發するの權を行政機關に委任せさるものなし蓋し行政機關か法律を執行するに當りては更に臣民の自由に幾分の限制を加ふることあるも勢免る可らさるなり法律の規定廣くして直に之を各件に適用するに宜しからさるときは執行命令を以て其の細目を定むるに非されい行政機關は能く法律を執行するの責を充たすこと能はす故に數多の學者例へは「ラーバンド」『マイヤー』等は執行命令を以て法規命令の一種とせり執行命令の外法律の明文に由りて行政機關に一定の事項を規定するの權を委任するい立憲國に稀ならさるの事例なり警察命令を發するの權い何れの國も(命令權を執行命令に限りたる國に於ては)概ね法律を以て之を行政機關又い地方團體に委任せざるなし執行命令に非すとするの論者と雖も法律の委任に依るの命令を以て法規を定むるを得るの一事い之を認めさるを得す法律のみに依て國家の政務を處理せしめんとするい能いざるを人に責むるものなり今若し憲法第卅七條の法律を以て所謂實質の法律なりとせんか凡そ法規を定むるものは其の事の巨細を論せす凡て帝國議會の協贊を經さるの法規命令い存在すること能はさるなり法律執行の爲にすると法律の委任に由るとを論せす法規を定むるの命令は總て違憲の命令なり法規の規定を命令に委任するの法律は凡て違憲の法律なり「ザイデル」は曰く法律の委任に依るの命令は立法者の意志を敷衍するものに過きす此の如き命令に由りて定まりたる法規い立法機關の豫め與へたる同意に由りて效力を有するものなりと(千八百七十四年「ヒルト」年報第千百四十六頁)然れとも此の論據い却て自己の解釋を反證するものなり假りに法律の委任に依るの命令い豫め帝國議會の協贊を經たる者なるか故に憲法第卅七條の規定に抵觸する所なしとせんか此の如き命令い(少なくとも勅令は)天皇の裁可と帝國議會の協贊とを經たるものなり此の命令は啻に實質上の意義に於て法律なるのみならす形式上の意義に於ても法律なるなり是れ實に所謂形式の法律なる觀念に反するに非すや故に論者か憲法第三十七條の法律を以て實質の法律と認めなから法律の委任に依れい則ち單純の命令を以て法規を定むることを得へ

しと論するいこむを得さるの必要に出つと雖とも論理上自家撞着の咎を免るゝこと能はす之に反して「ロェンチ」か(第三版孛漏西國法第一卷第百七十六頁法律は議會の同意なくして成立することなく議會の法律に協賛するい啻に議會の權利なるのみならす又た其の義務にして議會は隨意に此の權利を拋棄することを得ざるか故に性質上立法の範圍に屬する事項を規定することを命令に許すい憲法に違反するものなりと論するい論理上正確にして實際上迂遠の說なりと謂いざるへからす氏も第四版に於てい(第一卷第三百五十六頁註)稍其の意見を改めたるものゝ如く警察命令の如き法規を定むるの命令を法律の明文に由り行政官に委任するを以て違憲に非すとするの說い亦た好理由なきに非さることを許せり之を要するに一切の命令を排除して全く法律のみに由り國家の政務を處理せさるへからさるに至るは第卅七條の法律を以て實質の法律となすの解釋より生するの必然の結果なり

帝國憲法は夙に行政命令の必要を認め啻に法律執行の爲にするのみならす廣く行政の爲に必要なる命令を發するの權を以て元首の大權となせり第九條に曰く天皇い法律を執行するか爲に又い公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を增進する爲に必要なる命令を發し又い發せしむと本條の規定は警察命令を發するの權を包含することと疑を容れす抑も臣民の自由を制限するい警察の觀念の要素なり警察命令は法規命令なること多言を待たす公共の精神上經濟上の發達を助長するの政務に至りてい禁令命令を要すること多からすと雖も或い敎育の普及の爲に校舍設備兒童就學の義務を設け或は農商工業の發達を圖るか爲組合の組織を强制する等臣民に義務を負はしむるの必要あること亦た勘なしとせす憲法第十條い又た行政各部の官制を定むるを以て天皇の大權となせり蓋し官制の細目い概ね行政機關內部の事にして人民の權義に關することなしと雖とも其の大綱に至ては政務を行ふの權限を定むるものにして其の範圍內に於てするの處分に對していい人民い之に服從するの義務を負ひ其の權限外に出つるの行爲い無效に屬するの結果を生ず故に官制の大綱を定むるものは亦之を法規命令と認めさるへからす今若し憲法第卅七條の法律を以て實質の法律ならせんか是れ即ち憲法い一方に於て法規は凡て帝國議會の協賛を經へきことを定め乍ら一方に於ていい法規の一大部分い帝國議會の協贊を經すして定むるを得へきことを規定するものなり憲法は第九條第十條と第三十七條と前

後相矛盾する規定を設くるものなら
實質の法律なる觀念を認むるときゝ其の結果として亦た形式の法律なる觀念を認
めさるへからす憲法第三十七條に謂ふ所の法律を以て實質の法律となすときゝ他
の諸條に謂ふ所の法律を以て形式の法律とせさるへからす是れ兩者の關係によ
自から然らざるを得ざるなり請ふ數例を擧けて之を證せん第十四條は戒嚴の要件
及ひ効力ゝ法律を以て之を定むと言ひ第十八條には臣民たるの要件を以て
之を定むへきことを規定す抑も戒嚴の要件及臣民たるの要件を定るものゝ法規を定
むるの命令なること始より明なり若し兩條に謂ふ所の法律を以て實質の法律なりと
せゝ是れ即ち法規を定むるゝ法規を定むる命令を以てすへしと言ふに過きす之に
反して戒嚴の要件及ひ臣民たるの要件を定むるものゝ法規を定むるの命令に非と
せゝ是れ即ち法規を定むるの命令を以て法規ならさる者を定むへしと言ふに異な
るとなし孰れにするも兩條の規定ゝ一の冗文に過きす第廿條第廿一條及以下諸條
ゝ臣民の自由及義務の範圍は法律の定むる所に依るへきことを規定す各條に謂ふ所
の法律を以て實質の法律なりとせば是等の事項ゝ憲法第九條に由て天皇の大權よ

も發する法規命令を以て之を規定することを得と謂ゝさるへからす法規命令も亦
た實質の意義に於てゝ法律に外ならされば果して然らは納稅の義務も兵役の
義務も省令を以て之を定むるを得へし住所侵入及ひ捜索の場合も信書の秘密を侵さるゝ
の場合も將た言論、著作、印行、集會及結社の自由を有するの範圍も帝國議會の協賛を
待て之を定むるを要せさるなり故に諸條に擧ぐる所の事項は帝國議會の協賛を經
るの外之を規定するを得さるものと解釋せさるへからす諸條に謂ふ所の法律ゝ皆
所謂形式の法律なり帝國憲法ゝ豫算及起債を目するに法律を以てせすと雖とも第
卅七條の法律を以て實質の法律と解釋するときゝ他の諸條に謂ふ所の法律を以て
形式の法律と解釋せさるへからさることゝ上に詳論するか如し加之憲法制定以後の
發布に係る法律中法規を定めさる命令を目するに法律を以てするとき亦た其實例無
しとせす明治廿三年法律第三十五號府縣制第一條に曰く府縣の廢置分合及府縣境
界の變更は法律を以て之を定むと同年法律第三十六號郡制第一條も亦た郡に付て
同一の規定を設けたり抑も府縣郡の廢置分合及ひ境界の變更は一の處分にして法

規に非す故に此の如きの法律は所謂實質上の法律に非すして形式上の法律なり法律の形式上の意義ハ其の實質上の意義に伴ふて相離るへからさると此の如し而して形式の法律なる觀念の由來する所ハ果して何處に在りや抑も形式の法律とハ帝國議會の協賛を經たる元首の命令の謂なるか故に憲法制定の前其の觀念の存在し得べきの理なし而して憲法の規定により此の觀念を生するは第卅七條の外なし然れども第卅七條に謂ふ所の法律を以て實質の法律と解するときハ法規を定むる國家の命令ハ凡て帝國議會の協賛を經へしと言ふに過きす此の規定を轉倒して帝國議會の協賛を經たるものハ凡て法律なりとなすの誤なるハ識者を俟て而して後知らす憲法の制定者か此の如き論理の誤に基きたる觀念を以て其の規定の基礎となせりと言ふハ余輩の決して首肯すること能ハさる所なり

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

所のものは如何なる法律の觀念なるやを論するハ本節の主眼とする所なり

帝國憲法ハ明治廿二年二月十一日の詔勅を以て發布せられたり憲法の發布か國家の發達に一大時期を劃したるハ言を俟たす然れとも人若し憲法を以て一擧して舊來の秩序を全廢し更らに一切の制度を新設したるものとせは是れ即ち大なる謬なりと謂ハさるへからず憲法の一部は二千五百年來臣民の頭腦に浸染し萬世に亘りて磨滅すること能ハさる國法上の一大原則を確認したるものに外ならさるなり其の他近時思想の發達に由て人の認むる所となりたる原則と雖とも憲法制定の前已に實行せられたるもの亦た尠しとせず明治十四年十月十二日の大詔一たひ下りてより政府も人民も帝國議會開設の準備に思を凝らして曾て一日も倦怠したることあるなし而して此の準備の立法事業に現ハれたるもの亦た數ふるに遑あらす例へは明治十九年の勅令を以て政府の組織を一變し立憲國の內閣に必要なる國務大臣の責任を明にしたるか如き其の著しきものなり明治十九年勅令第壹號公文式も其の憲法史に關係を有するの深きこと敢て之に讓らす此の如く立法者ハ漸次に諸種の法令を發して以て漸く立憲の制度に近かんことを勉め終に明治廿二年二月十一

日を以て大典の發布を見るに至りたるものなれい憲法制定前の法律に由りて憲法の解釋の資料を得ること尠からさるへきい最も瞭易きの理なり

法律を以て公文の名稱となしたるい公文式を以て始とす公文式い國家の命令を分て法律命令の二種とし更に命令を分て勅令閣令省令等の數種とせり而して公文式は如何なる標準に依りて法律と命令とを區別したるや其の第一條第二項に曰く法律の元老院の議を經るを要するものい舊に依ると故に法律い悉く元老院の議を經たるものなりと言ふことを得す又た勅令にして其の議決を經たるものい其の數少しとせす其の他親署の後御璽を鈐し國務大臣之に副署し上諭を以て之を公布する等の順序に至てい法律と勅令(少くとも一般行政に關する勅令)との間毫も相異なる所なきか故に命令の形式に由て法律命令を區別するものと認むることを得さるなり法律命令の内容に至てい法律と命令(少なくとも勅令)とは全く相異なることなし公文式の發布より憲法の制定に至るの間法律を以て規定したるものい市制、町村制、登記法、公證人規則、徵兵令等僅々數件に過きす其の他新聞紙條例、出版條例、版權條例、保安條例、所得稅法等臣民の自由權利に直接の關係を有する許多の事項は勅令を以て

之を規定せり憲法制定の前に於て規定の實質に由り法律命令を分界するの難きい憲法第七十六條も亦た之を認めたるか如し該條い憲法制定以前に發布したる法令の或い法律と稱し或は命令と稱するに拘はらず凡て遵由の効力を有することを定めたり是れ他なし憲法上法律を要するの事項も從前往々命令を以て定めたることあるを以てなり若し公文式に於て既に實質に由て法律命令を分界し法規を定むるの命令は凡て法律なりとしたらハ憲法第七十六條の規定い公文式發布以後の法令に對していい全く必要なきの規定なるへし是に由て見れば公文式は法令の實質に由て法律と命令とを區別するものにも非さるなり既に形式に於ても實質に於ても法律命令の區別なしとせハ公文式は果して何の目的を以てか法令の種類を分て法律及ひ命令と効力に輕重の差あること是なり法律い以て命令を變更すへく命令い以て法律と命令と効力に輕重の差あるを得へし公文式い此の原則を明言前既に人の普ねく認めたる原則なりと斷言するを得へし公文式い此の原則を明言するとなしと雖も此の如く法文を解釋するに非されい他に法律と勅令とを區別したるの理由を見ること能いず公文式の規定に從て發布せられたる法令も亦た此の原

則を認めたる如し故に法律を以て一の事項を規定したるときは其の事項に關する勅令は常に法律の範圍内に於て其の規定を補足するを以て目的とせり明治二十年勅令第廿四號明治廿一年勅令第六十六號の登記法に於ける徵兵事務條例の徵兵令に於けるか如き其の證なり又數多の法律ハ勅令を以て其の細目に屬する事項を定むへく又は定むるを得ることを規定せり會計檢査院法第五條、國稅徵收法第三條、行政裁判法第二條第五條第四十五條、町村制第百卅二條、府縣制第九十六條の如き是なり立法者ハ常に法律と勅令との間に輕重の差異を認め而して勅令を以て法律を變更するを得るハ法律の之を許す所に限れり町村制第百三十三條の如き其の一例なり此の法理は極めて明白なるものにして更らに論辨を費やすを要せさるか如きにも拘ハらす余輩の猶は之を詳にする所以のものハ他なし此點に於て余輩は伊藤伯と意見を異にするを以てなり伯は曰く(憲法義解第百四十一頁)憲法發布の前に當ては法律と勅令とは其名稱を殊にして其事實を同しくする者たるに過きず而して其名稱に依て以て効力の輕重を區別すへからさるハ十九年以前(中略)に異なることなきなりと蓋し憲法第七十六條ハ憲法と從前の法令との關係を定むる者たるに過き

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

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

「ラーバンド」等諸學者の說く所の如し若し該條の法律を以て形式の法律と解するときゝ是れ即ち帝國議會の協賛を經へき命令ゝ帝國議會の協賛を經へしと言ふに異なること無し既に形式に於ても法律と議令とを區別せさるときゝ憲法は効力の輕重に依るの外兩者を區別するに由なきなり(マルチツツ)は法律の定義を下して曰く(國家學雜誌第三十六卷第二百五十八頁)法律とゝ君主も侵すへからさるの効力を法に與ふる國家行爲なりと余ゝ敢てマルチツツの定義に同意するものに非す然れとも効力に由て法律の觀念を定むるの說ゝ自から爭ふへからさるの眞理を含蓄することを信す但此の効力は君主に對するの効力に非すして他の法令に對するの効力なるのみ盖し形式に依て法律と命令とを區別するときは其の觀念ゝ立憲君主國と專制國との間相異ならさるを得す立憲國に在てゝ法律は議會の協賛を經たる命令にして專制國に在てゝ法律命令毫も相區別する所なきなり効力に依て法律と命令とを區別するときゝ法律の觀念は立憲國に在ても專制國に在ても相異なることなし立憲國に在ても專制國に在ても法律は最強の効力を有する國家の命令なり

斯の如く法律と命令との間に効力の輕重ある所以如何と問ゝゝ余輩ゝ「ザイドラー」の如く國家意志の强弱の度に基つくものなりと答ふることを得す(「ザイドラー」豫算及豫算法第百九十八頁)凡そ意志ゝ强弱の度を有するものに非す人は唯欲するか欲せさるかの二途を有するのみ國家機關の表示したる意志ゝ完全なる國家の意志なるか或は全く國家の意志に非さるか二者必す其一に居らさるへからす法に依て成立したる國家の意志ゝ何れの場合に於ても强弱の度を同しくす故に法律を以て表示したる意志ゝ强くして命令を以て表示したる意志ゝ弱しと言ふことを得さるなり(「エリチック」法律命令論第二百四十九頁)法律と命令との間に効力の輕重あるゝ意志の强弱あるに由るに非す國家ゝ其の意志表示の一部には久に亘るの効力を有せしめ特に其の變更を謹嚴ならしめんことを欲す是に於てか立法者は其意志表示の種類を分て以て容易に變更するを得へきものと容易に變更すへからさるものとを區別す專制國に在ては此の區別の實効は唯君主か立法の特に愼重を要することを認め輕しく法律を改廢せさるに由て生するを得へきのみ立憲國に於ては立法は議會の協賛を要し命令と其の制定の順序を異にす法律と命令の區別は立憲國に於て始

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

之を要するに法律は相對の觀念にして絶對の觀念に非す法律命令相對して其の効力の強きものを法律とし其の効力の弱きものを命令とするのみ故に法律なくして命令あることなく命令なくして法律あることなし法律ありて命令なく又は命令ありて法律なきときは其觀念は二者相對する場合と異ならさるを得す例へは明治十四年十二月第百一號達に於て法律規則を布告とすと言ひ又た府縣會規則第三十三條第三十四條及ひ第八條第三項に法律の稱あるときは其の意義固より公文式又は憲法の法律と同しきものに非さるなり法律命令相對する場合に於て其相異なる所は効力の輕重に在るを以て二者の區別は必すしも立憲國の專有する所に非す公文式は既に此の意義を以て法律命令を區別し而して憲法も亦た之を襲用せり若し憲法と公文式と全く法律命令の觀念を異にせば憲法實施後の法令には凡て公文式を適用することを得すと言はさるへからず然れとも公文式か今日に於ても猶ほ効力

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

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

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

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

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

名稱により明なり法律は命令と種類を同しくして單に効力の輕重を異にするものなるか故に法律の內容も亦臣民又は官廳に命令するものならさるへからす是れ余輩の見解より生する論理上の結果なり之を略言すれは法律も命令も共に國家の命令なり

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

るの故を以て是等の法律を改廢したるものとなすこと能はす然れとも豫算も一の法律なるときは其の明文を以て現行の法律を廢改することを妨けす而して此の場合に於て前の法律は豫算の爲に廢止變更せらるへきことは實質及ひ形式の法律を區別するの論者と雖とも之を認めさるを得す又た其の現に認むる所なり命令も亦た國家の命令なり余輩は「スタイン」の如く(行政學第一卷第十頁)法律ゝ國家の意志にして命令ゝ行政權の意志なりと言ふことを得す「スタイン」も亦曰く(仝上第七十六頁)命令ゝ法律を補足する國家の意志なり兩者相待て始めて眞の國家の意志を成すものなりと命令の表示する國家意志も區々にして一定せさること猶ほ法律の內容の預め限局することを得さるか如し伊藤伯も亦た曰く(憲法義解第六十六頁以下)何等の事物ゝ法律を以て定むるを要する乎の問題に至ては蓋一の例言を以て之を概括し難しと又曰く法律命令の區域は專ら各國政治發達の程度に從ふ而して唯憲法史を以て之を論斷すへきのみと然れとも第六十四條の註釋を讀むときは頗る疑ふへきものあり伯ゝ曰く(第百五十頁)抑も豫算ゝ單に一年に向て行政官の遵守すへき準繩を定むるものなるに過きす故に豫算ゝ特別の性質に因り議會の協賛を要するも

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

余輩は本節に於て法律及ひ命令の觀念を論せり余輩ハ次節に於て憲法の規定に基き如何なる事項は命令を以て規定するを得さるか如何なる事項ハ法律命令共同の區域に屬するかを論せんとす

第二節　法律と命令との分界

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

ひ命令の分界ハ之を憲法の規定に求むへく之を法律の觀念に求むへからす立法の區域ハ概して無限なりと謂ふを得へし故に如何なる事項と雖ども苟も國家の命令を以て規定することを得へきものハ法律を以て規定することを得さるなし之に反して命令に對していハ憲法ハ一定の限界を設けたり

法律の觀念より生する命令の限界ハ法律を以て規定したる事項ハ命令を以て廢止變更することを得さるの原則に出つ然れども既に一たび法律を以て法律を全廢したるときは再ひ法律を以て同一の事項を規定せさるの間ハ命令を以て之を規定することを得へきと疑を容れす此原則の適用に關して稍疑問に屬するものを憲法制定前の法律とす憲法制定後に於ても亦た法律を以てするに非されハ變更又は廢止することを能はさるや否是少しく論究を要する所なり余輩は前節に於て憲法ハ公文式の用語を襲用せることを詳論せり公文式に依て法律なるものハ憲法に依るも亦法律なり憲法制定の後に於ても猶ほ法律を以てするに非されハ變更又ハ廢止するを得さることと言ハすして明なり之に反して公文式の發布前に在ては全く法律と命令との別なし布告と言ひ布達と言ひ達と言ふも

主として文式に依るの稱呼たるに過きす法律、令、條例、規則、律例等皆な相區別する所あるにあらさるなり(憲法義解第百四十頁)之を要するに公文式以前に在りては今日の法律及び命令に符合する法令の分類あることなし故に布告、布達、達等を廢止變更するか爲特別の形式を要したることある憲法は之を顧みること能はず而して從前の分類より生するの結果は既に公文式の發布に由て廢止に歸したるものと認めさるを得さるなり公文式發布前の命令い其の布告と稱し布達と稱し其の他何等の稱呼を有するに拘いらす憲法に依り命令の範圍(後に詳論す)に屬せさるの事項に關するものい法律を以てするに非されい廢止變更することを得す法律を要せさるの事項に關するものい命令を以て之を改廢することを得へし

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

憲法上法律を要する事項い其の制定前布告布達又は命令を以て之を定めたるものあるも其の制定後に至りて變更を要するときは必す法律を以てせさるへからす是等の事項に關する既定の法令を變更するい即ち是等の事項を規定するものに外ならす而して命令を以て之を規定するい憲法の許さゝる所なり然れとも既定の法令を廢止するも亦た必す法律を以てせさるへからすとするい毫も據る所なきの說なり余輩い此點に就て再ひ伊藤伯と意見を異にせさるを得す伯は曰く法律として遵由の力あらしむる者にして若將來に於て改正を要するときは其の前日に勅令布達を以て公布したるに拘らす總て皆法律を以て舉行するを要すること知るへきなりと(義解第百四十二頁)倘い文中改正と言へり故に廢止に付ていい其の意見を知るに由なきか如しと雖とも伯の理由とする所に由て之を推すときは改正の中自から廢止をも包含するの意なるか如し伯い曰く本條(第七十六條)い(中略)憲法に於て法律を以て之を望む者い即ち法律として遵由の力あらしむることを示す者なりと是に由て觀れい伯い從前の法令を以て憲法第七十六條に由り性質を變して法律と爲りたるものと認むるか如し既に一たひ法律と爲りたるときい此か廢止も亦た法律を以て

せさるへからさること自から明なり然れとも從前の法令か法律として遵由の効力を有すること畢竟一の臆斷に止り憲法の規定に據て之を證するを得す第七十六條ハ單に遵由の効力を有することを規定す故に現行の法令にして憲法上法律を要するの事項を規定するものあるも其の法律の名稱を有せさるの故を以て效力を失ふことなきハ疑を容れすと雖とも其の廢止も亦た法律を要するや否は自から別箇の問題に屬す例へハ緊急命令ハ憲法上法律を要するの事項を規定するを得へしと雖とも其の廢止は必すしも法律を以てすることを要せさるのみならす帝國議會の承諾を得さる場合に於てハ命令を以て之を廢止するを要すること第八條末段の明かに定むる所なり之を要するに法律に代るの效力と法律の效力とハ論理上必すしも一致するものに非す而して一の效力より他の效力を推定するを得さるなり故に憲法上法律を要するの事項に關する現行の法令を變更するハ必す法律を以てせさるへからすと雖とも之を廢止するハ必すしも法律を要せす其の命令權の範圍に屬するものを得へく(例へハ警察勸業等の目的を以て罰則定むるものゝ類)ハ命令を以て之を廢止するを然らさるもの(例へハ民法刑法に屬するものゝ類)ハ命令を以て之を廢止

することを得ず

前數項に論述したる二大原則に對しては何人と雖とも疑を懷くものなかるへく伊藤伯も義解第六十七頁に於て明に之を認めたり然れとも此の二原則ハ果して命令權に對する唯一の限界なりや否憲法の列擧したる事項の外法律の先占せさる區域に在ては命令ハ如何なる事項をも規定することを得るや否是れ余輩の更らに講究すへき所なり伊藤伯ハ是等に限界を除きてハ法律命令の區域ハ專ら各國政治發達の程度に從ひ憲法史を以て之を論斷するの外なきことを論せり「グナイスト」ハ大に命令權の範圍を皇張する學者なり然れとも氏ハ法律の先占せさる場合に於て命令の自由に規定するを得へき事項を行政法の區域に限れり(「ホルツエンドルフ」法律字彙第三卷第千六十四頁)八若し此の兩說を比較するときハ其の間自から精粗の差あることを見ん余ハ此に點に就きても伊藤伯に同意すること能ハす余ハ前二項の限界の外命令の目的によりて定まりたる一定の限界あることを確信するものなり命令の第一の目的ハ法律を執行するに在り是れ憲法第九條の定むる所なり法律を執行するか爲必要なるときハ命令ハ其の規定の範圍内に於て細目を定むることを得

へし而して事項の何たるを問わさるなり故に其の規定する事項より見るときハ執行命令は法律と相同し執行命令ハ國家の目的の種類に由て限界せらるゝものに非す唯同種の目的を達するに於き其效用法律と異る所あるのみ命令の第二の目的ハ特種の目的を達するの要に應するに在り故に此の類の命令は國家の目的の種類に由りて限界せさるを得す

國家の目的を分て法政、內政、外政、兵政、及財政の五種となすハ普通の分類なり此の分類ハ啻に之を行政に適用することを得へき(シュルッエ」李漏西國法第二卷第三百九十二頁以下及び「マイヤー」獨逸行政法第一篇第二頁を參照すへし)のみならす廣く之を國家の政務に適用することを得へし(例へば「レーニング」獨逸行政法第二頁)國家ハ法人なり其の活動するハ必す一定の機關に由らさるへからす國家機關の組織を定め國家の秩序を制定するハ國家の最も須要とする所なり然れとも國家ハ一人にして又た無數の人より成る而して是等の人格は皆各獨立の意志を有し各自の利益の爲め獨立の行爲を爲すものなるか故に一定の秩序を設けて以て相互の軫域を定め其の侵害を防くに非されハ國家ハ永く存續することを期すへからす而して社會の

秩序一たひ定まるときは國家は又た之を維持するの要あり故に國家ハ法を各件に適用し侵害の有無を認定し其の侵害ありと認むるときハ之を救濟せさるへからす此の目的を達するか爲に必要なる機關を設け其の目的に應するの組織及ひ手續を定むるも亦た國家の一要務なり然れとも國家は獨既生の侵害を救濟するのみならす又必す之を未發に防くの法を設けさるへからす登記公證の如き預め權利の所在を明にして紛議の源を杜くもの是なり凡そ私法上の權利は宜しく人々自己の利益の爲自から之を監守するに任すへし國家の直接の利益は國家自から之を監視せさるへからす犯罪を捜索し罪人を逮捕するハ亦國權の作用なり此作用に由り犯罪を覺知し又は各箇人の要求に基き私權の侵害を認め法規に從て其の救濟の方法を定めたるときは結局之を執行せさるへからず民事上の强制執行及ひ刑罰の執行も亦た國家の一要務なり以上擧けたる許多の行爲は凡て國家の第一種の目的に出つるものなり此の目的を稱して法政の目的と云ふ

然れとも法政は國家の唯一の目的に非す天災地變其の他自然又は人力より生する危害に對して人民を保護し之をして各其の堵に安んすることを得せしむるは國家

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

國家にして其の目的を達せんとするときは先つ自から生存することを要す然れとも今日の國家は數多邦國の間に介在し國際社會の一員たるが故に常に列國と交親を通し時に或は甲兵を交へて以て一國の体面を保ち國際の地位を維持し猶は進んて列國の間に重きを爲すことを務めさるへからず外政は國家の第三の目的なり國際の地位を維持し一國の生存を保護するか爲國家は兵力を有せさらす凡そ天地間の生物皆自己の生存を以て其の最大の目的とせさるなし國家と雖とも亦た此の理の外に出てす故に兵政を以て國家の第四の目的とす

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

ことを計らさるへからす財政は國家の第五種の目的なり

此の分類は以て立法司法及行政を分界するの基礎となすことを得ず是れ實に「イエリネツク」(法律命令論第二百十三頁以下)の曾て一たひ試みたる所なり氏ハ立法及ひ司法を以て其の直接の目的專ら法政に在るものとし其の他の政務ハ凡て行政に屬するものとせり然れとも法政の目的を有する國家の行爲中登記の如き公證の如き犯罪を搜索し罪人を逮捕し裁判判決を執行するか如きは皆明に行政行爲に屬す且法律は獨り法政の目的を達するに止まるに非す國家の各種の目的皆法律を要せさるものなし內政には新聞集會政社法等を要すへく兵政にハ徵兵徵發法を要すへく財政にハ稅法會計法等を要すへし獨り法律を要すること殆んと稀なるハ外政の區域のみ要するに立法を以て專ら法政の目的に限るとするハ偏見たるを免るゝこと能ハさるなり(「ヘーチル」法律論第二百四十九頁參看)

法律は國家の各般の目的を達するか爲必要なり且各般の目的は終始隔絕して互に相干する所なしと言ふに非す民法刑法訴訟法も國家の組織を定むるの法律も結局の目的は國家並に人民の利益を圖るに外ならす新聞集會政社法徵兵徵發法所得稅

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

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

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

に異なること無かるへし若し憲法か單に臣民の幸福を增進するか爲に命令を發するを得へきことを規定するときゝ此見解ゝ必ずしも誤なりとせす民法上刑法上の保護も外國に對して一國の地位を維持するも兵備を整へて國を護るも租稅を徵收して國家の支出に備ふるも結局皆臣民の幸福を增進するに歸着せさるものなし此の意義に於てゝ公共の安寧秩序を保持するは即ち臣民の幸福を增進する所以に外ならす行政各部の官制を定むるも亦た然り故に憲法第九條の臣民の幸福にして此の如く廣く解釋すへきものとせゝ別に公共の安寧秩序を保持するの目的を明言するを要せさるへく第十條は別に行政各部の官制を定むるの大權を規定するを要せさるへし又た第九條に命令の目的を定めたるは一の冗文に過きさるなり余輩の見る所を以てすれは臣民の幸福を增進するの目的は決して此の如く廣く解釋すへきものに非す積極に臣民の身体上經濟上精神上の發達を扶くるの目的を云ふなり憲法義解の解釋(義解第二十頁)も亦此の如し伊藤伯か此の如く臣民の幸福を增進するの目的を解するに拘らす猶ほ余輩をして其命令の範圍に關する意見に對して疑を挾ましむる所以のものは或は伯か國家の目的を見るの狹きに過くるに因るに非さ

るなきか」

前項論するか如く憲法第九條は命令の目的に對して一定の範圍を定めたり此の範圍外の事項は他の條項に特別の規定あるか又は法律の委任に依るの外命令を以て規定することを得す「アルント」は孛國憲法に付て說を爲して曰く(命令權第五十七頁以下)國王の權は憲法に由て授けられたるものに非すして其の制定前より久しく存在するものなり故に憲法中明文を以て限制せさる限は國王ゝ猶ほ憲法制定前と同しく命令權を有すと「ボルン・ハック」(孛漏西國法第一卷第四百八十五頁以下)も亦た此の說に從へるものゝ如し余は普通國法の法理に基き此の說の當否を論することを爲さす唯此に「イエリネック」の所論を引證するを以て足れりとすへし氏は曰く憲法か國家機關の權限を定むるときは憲法は唯其の機關の憲法上の權あるを知るのみ假令國王の權は往古より由來するも憲法は立憲國の國王の外に憲法制定前の國王を認むることなしと(法律命令論第三百七十三頁)余は茲に「アルント」と其の孛國命令論の當否を爭ふの要なしと雖とも若し此說を以て日本憲法に適用せんとするものあるときは余は斷して之を斥けさるへからす人の知る如く自耳義孛漏西等の憲法は國

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

憲法の條項にして特に法律を要することを定むるものは果して何等の意義を有すへきやと余輩は固より帝國憲法第三十七條の法律を以て實質の法律と解釋するの說に反するものなりと雖とも若し「アルント」と同一の論據を以て無限の命令權を主張せんと欲するものあらは余は斷して之に反對せさるを得す立法者か一の普通の原則を定むるにも拘らす其の適用の最も緊要なる場合を特に列擧するは稀ならさるの事例なり且つ憲法か命令の範圍を一定するに拘らす猶は特に法律を要するの場合を規定するは他に重要の理由を有す國家は法律の規定なき場合と雖とも處分令を以て各箇の事件を處分するを得るを常とす故に憲法中法律を要する特例を揭くるときは是當に命令の規定を許さゝるのみならす法律の規定なき場合に於て處分令を以て各事件を處分することを許さゝるなり

憲法第九條は國家の目的の全部を包括するものに非す命令の區域を其の目的の一部に限るものなり今若し虛心平氣に該條の規定を解釋するときは其の範圍は自から國家の第二種の目的即ち內政と符合することを見るへし故に內政の區域に於ては憲法か法律を要することを特定せさる限法律か既に一定の事項を先占せさる限

命令權は自由に發動することを得へし

第九條の外頗る廣き命令權を認むるものあり第十條是なり其の文に曰く天皇は行政各部の官制及文武官の俸給を定め文武官を任免すと行政は余輩の既に論したるか如く國家の萬般の目的を達するか爲に必要なる國權の作用なり而して此の作用を起すには必す一定の機關無かるへからす第十條は此等機關を設置し其の權限の分配を定むるの大權を認むるものなり故に元首は内政外政兵政財政に必要なる官衙は言を待たす法政に關するものと雖とも法政の目的上組織の確定することを要するもの、外は命令を以て設置し其の權限を分つことを得へし文武官の俸給を定むるも亦た均しく命令を以てすることを得而して此の場合に於ては行政官と司法官を區別せさるなり既に行政各部の官衙を設置するを得るときは如何なる人員を以て之を充すへきやを定むるの權も亦た自から之に伴はざるへからず故に行政官登用の條規も亦命令を以て之を定むるを得ることを論を待たざるなり

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

の組織は或は法律を以て之を定むることあるも行政官廳は何れの國務に從事するものたるを問はす元首に隷屬するものにして其の職務は專ら元首の機關となり其の意志を執行するに在り國務大臣と雖とも亦た決して其の意に反して政務を行ふを得さること言を待たす故に元首は何れの區域に於ても官廳に對して政務を行ふか爲必要なる命令を發し又た命令を以て處務の規程を定め官吏服從の義務を强制するか爲懲戒の條規を定むるを得へし

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

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

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

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

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

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

のなり而して人民は又決して學校鉄道郵便電信等を利用するの義務を負ふものに非す故に官立學校の授業料(「レーニング」獨逸行政法第七百六十頁註)鉄道切符料郵便電信料の如きハ皆私法上の手數料なり公法上の手數料は國家の命令に基くものにして而して行政命令の權は財政の區域に及ばさるか故に命令を以て之を定むることを得す敢て其の事業若しくハ營造物の公共の安寧秩序を保持し又は臣民の幸福を增進するの目的に出つるものたると否とを問ふの要なし是畢竟此の如き事業又ハ營造物の使用に對し手數料を徵收するは專ら財政の目的に出つるものにして直接に公共の安寧秩序を保持し又は臣民の幸福を增進するか爲必要なるに非れいなり私法上の手數料に至ては國家ハ之か徵收に付き一定の條規を定むるも臣民に對して命令するに非すして單に公衆の求に應するか爲豫め契約の條件を定むるに過きす故に斯の如き條規は專ら官廳に對し其の臣民と契約を結ふに當り遵守すへき準繩を示すものに外ならさるなり(「ボルンハック」孛漏西國法第三卷第五百五十三頁)之を概言すれは命令は以て私法上の手數料を定むるを得へし以て公法上の手數料を定むへからす而して手數料の納付を强制するの方法は或は特別の規定に因り

普通の民法上の債權と異なることあるも其の性質に於ては毫も變更することなし其の他官有財產の管理出納の手續等を定むるの命令は概ね官廳に對する訓令に過きさるか故に命令權の範圍を超ゆるものに非す之に反して新に國家の專賣を設くるか如きハ火藥劇藥の專賣等內政の目的の爲にするに非すして專ら財政の目的に出つるものハ必す法律を以て之を定めさるへからさるなり

法政の區域に於ける命令權は極めて僅少なる例外の場合に限る今其の最も重要なるものを擧けて之を說明せん

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

を發布することを明言せり

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

(三)地方團体の組織及び權利義務ハ命令を以て之を定むるを得す

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

(五)刑法の區域に於ては元首は命令權を有せさるを常とす然れとも憲法第九條に於て公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を增進するか爲必要なる命令を發するの大權を認むるときは此の目的の爲に必要なる場合にハ元首は亦罰則を設けて命令の遵守を强制するの權を有せさるへからす而して警察命令の如きハ其の性質上必す罰則を要するものなり故に法律と命令との一般の分界より論すれハ警察罰則を定むるハ行政命令權の範圍內に在りと雖とも憲法ハ第二十三條の明

文を以て特に刑罰の必す法律に依らさるへからさることを規定せり

(六)民刑事訴訟法に屬するものハ命令を以て之を規定することを得す明治十九年勅令第四十六號を以て罰金及追徵に係る上告豫納金の件を定めたるか如きは決して將來に於て再びすへからさるの事例たり

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

(八)監獄則ハ明治廿二年七月十二日勅令として之を公布せり其の公布ハ實に憲法制定の後に在り憲法第七十六條に曰く(前略)現行の法令ハ總て遵由の効力を有すと本條に所謂現行とは憲法實施の時に行はるゝの謂に非さること疑を容れす抑も法律ハ其の公布の時を以て成立す而して何等の意義をも有せさるの法文は想像することを能はさる所なるか故に憲法第七十六條ハ既に施行の前に一定の意義を有せさるへからす此の場合に於ては實施の時日は現在に非すして猶ほ將來に

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

以上陳ふる所は敢て命令の規定することを得さる一切の事項を網羅せんとするに非す其の主眼とする所は主として憲法第九條の定めたる命令權の範圍と國家政務の範圍と相一致するものに非さることを示し公共の安寧秩序を保持し及び臣民の幸福を增進するの外に國家の法令を要する無數の事項あることを明にし且つ實例を以て之を證せんとするに在り是等の例證に關する諸種の疑問を詳論細說するは余輩其の必要を見す又た其の餘地を有せさるなり

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

然れとも憲法か命令の目的に由り命令權の範圍を定めたるは必すしも其の範圍外

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

公文式は命令を分ちて勅令閣令省令等の數種とせり而して命令は此の種類の差異に從て互に效力の輕重を異にす然れとも命令は素元首の大權に基くものにして其の閣令たるとも省令たるとも府縣令たるとを問はす(法律の委任に由るものは且らく論せす)一として其の委任に出てさるものなし而して諸種の命令の間に效力の輕重あるは專ら委任の範圍及び官廳組織の關係に基くものにして命令の觀念より生する差異に非す然れとも國家の命令の一種にして本節に論したる命令と全く性質を異にするもののあり處分令是なり規定の內容に依りて法律と命令との觀念を定むるの難きか如く命令と處分令との性質の差異は其の內容に依て之を定むること難し余輩は前に效力に依て法律と命令の觀念を定めたる如く今又效力の輕重に由て命令と處分令との觀念を定むへし處分令は法律命令の範圍內に於て之を發すへく決して法律及び命令を變更すへからす而して命令と處分令の間效力に輕重あるは憲法及び公文式の規定又は目的に因るに非す官廳組織の關係に基くに非すして發布の方法を異にするか爲亦た效力の輕重を異にせさるの理あるを以てなり

命令は施行區域內一般人民に對し正式に公布せさるへからす處分令は之に反して單に關係者に對し之を告知するを以て足れりとし場合に依ては口頭又は記號を以てすることを得へし(「ザルブァイ」普通行政法第廿九頁)故に處分令の定むる所は性質上各個の場合に限るを常とす處分令は或は臣民に對して發することを得へく或は官廳に對して發することを得へし命令の公布式に依らさる訓令は皆處分令の一種とす何れの場合に於ても處分令は嚴に法律命令の規定を守らさるへからさるなり

第二章　法律

第三節　法律案の提出

法律の草案何人の手に成るやハ國法上敢て之を論するを要せす蓋し直に施政の局に當るものハ立法の必要を感すること深く利害に通曉すること明なるか故に法律の草案は當該官廳の手に成ること多かるへし然れとも草案ハ必ずしも官廳より出つるを要せす兩院議員より出つるも可なり必すしも國家機關に由ることを要せず一私人の建議に基くも可なり國法ハ決して其の何人の草する所たるを問ハさるなり國法學に於て始めて法律案を論究するの要を生するは之を議會に提出するの時に在り

憲法第三十八條に曰く兩議院ハ政府の提出する法律案を議決し及各〻法律案を提出することを得と故に法律案は獨、政府之を提出することを得へきのみならす貴衆兩院も亦た各之を提出することを得へし所謂發案權（イニシアチーフ）ハ均しく政府及ひ各院に屬す而して政府か法律案を兩院に提出するの前後も法の問ふ所に非ず租稅を賦課するの

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

憲法第卅九條に曰く兩議院の一に於て否決したる法律案は同會期中に於て再ひ提出することを得すと人或は此の條文により推論して言はん本條の目的ハ一院に於て否決したる法律案は同會期中何れの院に於ても更らに之を討議し及ひ議決することを無からしむるに在り今若し同一の法案を同時に兩院に提出するときハ一院に於て之を否決するも他院は猶ほ之を討議するを妨けらるゝことなかるへし何となれハ此の場合ハ再ひ議案を提出するものに非すして既に提出したる議案を討議するに過きされはなり故に同時に同一の法案を兩院に提出するときは憲法第卅九條の目的に背馳するの結果を生すへし是れ憲法か同時に同一の法案を兩院に提出することを許さゝるの證なりと〔ロェンチ〕孛漏西國法第一卷第三百六十頁然れとも此の論據の薄弱なることは一見して明なるへし抑も法律は貴衆兩院の協賛を要す一院に於て否決するときは法律は決して成立することを能ハす故に法律案の命運は一院

の否決に由りて既に確定するものと謂ふへし今若し同一の法律案を同時に兩院に提出したる場合に於て一院之を否決するときゝ此の法律案ゝ自から消滅に屬するを以て他院ゝ否決の事實を知ると共に其の討議を止めさるへからす是れ法律案の性質より生する結果にして必すしも卅九條の規定を待たさるなり若し一院の否決したる後猶ほ他院に於て同一の法律案を討議せんと欲せゝ必す更に之を提出せさるへからす是れ即ち兩議院の一に於て否決したる法律案を同會期中に於て再ひ提出するものにして卅九條の明に禁する所なり之に由て觀れゝ同一の法案を同時に兩院に提出するも決して憲法第卅九條の目的に背馳するの結果を生することなし該條は依て以て此の疑問を決するに足らさるなり

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

法律案を提出するの權は均しく政府及ひ兩院に屬す而して此の權は二箇の例外を除くの外毫も制限せらるゝことなし何をか例外と爲す憲法變更の法律案及ひ一院の否決したる法律案は兩院より提出するを得さること憲法第七十三條の規定に依りて明なり而して政府より此の如き法律案を提出するの手續も亦た特に鄭重を加へ勅命を以て議案を帝國議會の議に付するを要す是れ即ち兩院の法律案提出權に對する一の制限なり

第二の制限は均しく政府及ひ兩院の發案權に對するものにして憲法第三十九條の規定する所に係る該條は兩議院の一に於て否決したる法律案を同會期中に於て再ひ提出することを禁するものなり普漏西憲法第六十四條二項に曰く一院又は國王の否定したる法律案は同會期中再ひ之を提出することを得すと兩國の憲法を對照して直に疑を生するものは帝國憲法か裁可を得さる法律案の提出に關して全く規定する所なきに在り憲法第四十條但書に曰く其の(建議の)採納を得さるものは同會期中に於て再ひ建議することを得すと憲法は一方に於て同會期內に再ひ建議することを禁し而して事の建議よりも重きものに付て却て何等の規定する所なし是れ

蓋し憲法か此の如き規定を設くるの必要を認めさるに由らすんはあらす果して然らは裁可を得さるの法案を同會期中に於て再ひ提出することを許さゝるの規定は何か故に之を設くるの必要なしとするや

伊藤伯は曰く(義解第六十九頁)君主の裁可を得さるの法案は同一會期の中に議院より提出することを得さるは此れ固より元首の大權に對する事理の當然にして更に言明を假らすと雖も余輩は不敏にして未た此の當然の事理を解することを能はさるなり余輩は又た君主の裁可を得さるの法案を同一會期の中に再ひ提出するは則ち然らすとするの理由を見ること能はさるなり余輩の見る所を以てすれは憲法第三十九條に於て裁可を得さるの法案に付て規定する所なきは元首の大權に對する當然の事理に由るに非すして獨裁可の性質に由るなり抑も裁可ハ帝國議會に對して與ふるものに非す普ねく臣民に對して効力を生すへきものなり故に元首ハ法律を裁可するも裁可せさるも議會に向て之を表示するの要なし法律の裁可ハ唯法律の公布に由て認むることを得へきのみ英國の如く法案を裁可するや否を議會に於て宣示する慣例ハ我國法の知らさる

所なり唯現行法に依るときは(議院法第三十二條法律の裁可を得るものハ次の會期前に法律の發布なきに及んで始めて法律の裁可を得さることを推定するを得へきのみ是より先或は政府か議會に對して之を公布することを要す故に次の會期前に法律の發布なきに及んで始めて法律の裁可を得さることを推定するを得へきのみ是より先或は政府か議會に對して法律案の裁可を得さることを通告することあるも憲法上何等の効力をも有するものに非す而して元首ハ之か爲め後に同一の法案を裁可するを妨けらるることなし

抑も法律案は公布に由りて有効となるか又は議院の否決若しくは不裁可に由りて廢棄に屬するかの外消滅に歸することなし而して其の採用又ハ廢棄に關する兩院及ひ元首の決定未た明ならさる間は依然法律案として存在すへし唯議院に於て其の議決を終らすして閉會するときハ會期不繼續の原則に依り一切の未決の法案は凡て廢棄に歸すへしと雖とも議會の會期内に議決したる法律案は其の閉會に至り たる爲消滅に歸すへきものに非す故に前項論するか如く元首か法律案を裁可せさるの事實ハ次會期に入りて始めて定まるものなるときは兩院の既に議決したる法律案ハ次會期に至る迄決して廢棄に歸するの理なきなり裁可を得さる法案を同會

期中に再ひ提出すと謂ふは既に提出したる未決の法案を再ひ提出すると謂ふに異なることなし假に衆議院に於て一の法律案を議決し之を貴族院に提出したるに貴族院か未た可否の議決を爲さざるの前衆議院か再ひ同一の法案を議決して之を貴族院に提出したりとせん此の場合は固より憲法第三十九條の規定を適用すへきものに非す該條ハ一たひ否決したる法律案を再ひ提出することを禁するものに過きさるなり然れとも法律案を提出するハ所謂發案にして一の法律を定むるの起點なり凡そ一の事實は二箇の起點を有することを能はす一たひ發案して現に存在する法案ハ再ひ之を發案するに由なし故に貴族院の議決に先たちて同一の法案を再ひ衆議院より提出するか如きハ法案提出權の性質の容るさざる所にして特に憲法の之を禁するを待ざるなり兩院の議決を經て未た天皇の裁可を得さるの法律案を同會期中に再ひ提出するも亦た均しく法案提出權の觀念に反す是れ固より憲法第卅九條を適用すへきものに非す又た明文を以て禁することを要するものに非さるなり是に由て見れは憲法第卅九條か裁可を得さるの法案に付て規定する所なきは其の大權に對する事理の當然なるか爲に非すして裁可は其性質大に議院の議決に異なるものあれハなり若し夫れ議院の建議は其の性質固より法律案と同しからす其効用唯議院の意見を政府に通達するに在り一たひ議院より之を政府に提出するときは既に其の直接の目的を達し其の國法上の唯一の効用を完くしたるものなり故に議院ハ同一會期中同一の事件に關し何回の建議を爲すも毫も建議の性質に反することなし是れ蓋し憲法第四十條か同一の建議を再ひすることを禁するの要ある所以なり

一院に於て議員より提出したる法律案を否決したるときハ政府又ハ他院ハ同會期中同一の法律案を提出することを得さるや否是れ憲法第三十九條に關する第二の疑問なり抑も法律案を提出するの權ハ憲法第三十八條に依り專ら政府及ひ兩院に屬す各院の議員か其の所屬の議院に於て法律案を發議するは議院より法律案を提出すへきことを發議するものにして若し此の發議か該院の可決を得さるときは是れ即ち法律案は未た提出せらるるに及ハすして消滅したるなり凡そ一たひ提出したる法律案は其の未た消滅せさるに先ちて再ひ之を提出するに由なきこと前に陳へたる如し故に憲法か議員の發議を以て法律案の提出と認むとせハ此の發議に基

き一院より他院に法律案を移すハ之を法律案の提出と認むること能はす之に反して一院より他院に法律を提出するを以て憲法の所謂法律案の提出なりとせハ議員の發議ハ之を法律案の提出と認むることを得す議院も議員も共に發案權を有すと謂ふハ矛盾なり議員か其の所屬の院に於て法律案を發議するハ一たひ法案を提出するものにして該院か之を可決して他院に提出するは再たひ法案を提出するものなりと言ハヽ何人も其の發案權の性質に反することを疑はさるへし憲法第卅八條ハ政府及ひ各院の發案權を認めたり是れ即ち議員の發案權を認めさるなり

前項論するか如く法案提出權は議員に屬せすして獨政府及ひ各院に屬す而して議員か其の所屬の院に於て發議するハ單に法律案を該院より提出することを發議するものに過きさるなり故に一院に於て其の議員の發議したる法律案を否決するも政府又は他院ハ同會期内に同一の法律案を提出するを妨けらるることなし此の場合に於てハ法律案ハ未た一たひも提出もられたることなきか故に憲法第卅九條の所謂再ひ提出するものに非さるなり之を事實に徵するに一院に於て其の議員の發議したる法律案を否決するハ政府若しくは他院より提出したる法律案を否決する

と大に趣意を異にすることあり議員の發議ハ其の所屬の議院をして其の發案權を行使せしめんとするものなり故に議院か此の發議を廢棄するは必すしも其の法律案を非なりとするか爲に非すして單に自から之を發案するを欲せさるか爲なることとなしと謂ふへからす此の場合に於て政府又ハ他の議院か法律案を提出せは其案ハ必すしも法律となることなしとせす若し一院に於て議員の發議を否決したる場合には政府も他院も同會期中同一の法律案を提出することを得すとせハ是れ即ち一院の議員ハ其の發議の時機宜しきを得さりし爲又ハ法律案の説明當を得さりし爲政府及ひ他院をして同會期中同一の法案を提出するの機會を失ハしむるものなり

「ロェシヲ」は曰く(李漏西國法第一卷第三百五十八頁)一院に於て政府若しくは他院より提出したる法律案を否決するときハ同會期中再ひ之を提出することを得さるに反し議員より發議したる法律案を否決したるときハ同一の議員も他の議員も同會期中隨意に同一の發議を反復することを得へしと言ふは明に前後相撞着するものなり此の如きの精神ハ決して之を憲法に歸することを能ハすと然れとも余輩ハ憲法第

三十九條を以て再三の發議を許せるものとなすに非ず蓋し該條ハ憲法第三十八條に依り政府及び兩院に屬する法案提出權を濫用して互に相强迫するの弊を防くか爲一定の限制を設くるものに外ならす若し夫れ各院に於て同會期中同一の發議を反復することを得るや否ハ事專ら內部の秩序に關す議院ハ各議事規則を以て之を規定することを得へし必すしも憲法に之を禁することを要せさるなり

憲法第三十九條ハ兩院の一に於て否決したる法律案を再ひ提出することを禁するものにして第四十條は同一の建議を再ひすることを禁するものなり故に一院に於て否決したる法律案と同一の事件に付き同會期中他院より政府に建議するハ毫も妨けなし此の場合に於てハ法律案として提出するに非さるか故に三十九條に抵觸することなく又た同一の事件に付き政府に建議するは之を以て初となすか故に四十條ハ此の場合に適用することを得さるなり

一旦提出したる法律案を撤回し及ひ之を修正するの權に關してハ政府と兩院とのの間大に相異なる所あり兩議院ハ其の提出したる法律案を撤回するの權なし法律案を提出するの權ハ政府と均しく兩院に屬すること余輩既に之を論せり然れとも一

院に於て法律案を議決し之を他院に提出するときハ是即ち同時に其法律案に協賛せるなり此の協賛ハ一議院か政府の提出したる法律案に協賛して之を他の議院に回付したる場合と同しく議院の隨意に取り消すことを得へきものに非す又た一院の提出したる法律案に變更を加へすして他院之に同意するときは更に法案を提出したる議院に還付して之か同意を求むるの要なし議院の法案提出ハ常に其の協賛を合蓄し而して協賛ハ議院隨意に之を取り消すことを得さるときハ議院か其の一旦提出したる法律案を撤回するの權を有せさることハ明なり

政府の提出したる法律案に關してハ事全く之に反す政府か法律案を提出するに當りては常に元首の裁可を留保す議院に於て一の修正を加へすして政府の提出したる法律案を可決するも元首ハ必すしも之を裁可するを要せす而して元首か政府より提出したる法律案を裁可せさらんことを決意したる場合に於ても猶ほ一旦提出したる法律案ハ必す一たび兩院の議決を經さるへからすとするハ事理に反す

法律案を撤回するの權ハ又た提出したる法律案を修正するの權を包含す修正の權は畢竟既に提出したる法律案を撤回し之を修正して更に提出するの權に外ならさ

るなり

以上論したる原則は議院法第三十條の明に認むる所なり其の文に曰く政府は何時たりとも既に提出したる議案を修正し又は撤回することを得と議院法ハ此の明文を以て政府の權ハ議院法之を認めさるなり

正するの權ハ議院法之を認めさるなり

政府か議案を撤回修正するの權ハ議案の未決なる間に限り之を行ふことを得へし

一院に於て法律案を否決するときハ法律案ハ直に消滅するか故に政府ハ復た之を撤回し又は修正するに由なし兩院に於て既に法律案を議決し之を奏上したるときも亦た同し

第四節　法律案の議定

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

元首は唯之を裁可するか裁可せさるかの二途を有するのみ

帝國議會の協賛は法律の成立に如何なる關係を有するやハ頗る異說ある問題なり舊派の學說に依れハ兩院の協賛と元首の裁可との間毫も輕重なし「グロテフェンド」ハ曰く(現行獨逸國法第六百三十四頁)元首及ひ國會の決定並に國會各院の決定ハ其の法律上の効力全く相均しと「プルンチュリー」も亦た曰く(普通國法第六版第百三十三頁)議院の法律を議決するハ猶ほ元首の法律を裁可するか如しと然るに近時に至り「ラーバンド」ハ正反對の說を首唱し獨逸國法學者間に幾多の同意者を得たり其の說の要に曰く(獨逸國法第一卷第五百十四頁以下)何れの法律にも二箇の原素の互に區別すへきものあり法律に揭くる法規其の一なり法規に與ふるに遵由の効力を以てするもの其の二なり余輩は之を稱して法律の實体(インハルト)及ひ法律の命令と云ふことを得へし蓋し裁可を得へき法規を審按し法律の實体を結搆するハ立法の一部にして國家の一要務なるハ論なしと雖とも國權の發動即ち統治(ルシエン)ハ獨法律を裁可し法律の命令を與ふるの時に在り法律の實体ハ必ずしも立法者の撰造に係るを要せず或ハ國際の條約に由りて定まることあるへく或ハ委員若しくハ私會の決議に基くとあるへ

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

なり而して一ハ法律となり一ハ宗教道德の教義となる所以のものハ唯國家の命ずる所なると否との差異あるに由るのみ故に命令の元素を分離し專ら法律の實體たる思想に就て見るときは立法ハ宗教道德の教義を說くと異なることなし(「シュルッエ」獨逸國法第一卷第五百廿七頁參看法律ハ決して人の思想を搬造するものに非す法律の實體を決定するハ無數なる現在の思想中より一定の思想を抽出して之を命令の實體と爲すの謂にして決して新に思想を結搆するの謂に非す故に法律の實體は國家の命令確定するに及んで始めて定まることを得へく而して法律の實體にしていたひ定まるときは法律の命令ハ自から之に包含するものと謂ハさるへからす「ラーバンド」は曰く(獨逸國法第一卷第五百十六頁)法律案の行文確定したるものと法律とハ其の實體全く相同し然れとも裁可の前にハ効力を有せす裁可を待て始めて之を有すと是固より當然の事のみ裁可の前に在ては法律の實體未た確定せさるなり未た確定せさるの法規ハ固より効力を有するに由なし「ラーバンド」も亦た立憲君主國に於ては法律の實體は君主の專ら決定する所に非さることを論す氏も亦法律の實體ハ議會の議決に由り直に確定することを主張するものに非さること明なり

法律の實体にして果して君主の裁可に由り始めて確定するものなるときゝ裁可の前に在て其の効力を有せさること固より怪むに足らさるなり

立法は上に論したる如く無數なる現在の思想中より一定の思想を抽出して之に與ふるに遵由の効力を以てするの謂なり遵由の効力を與ふるの目的を離れてゝ決して一定の思想を抽出するに由なし故に「ラーバンド」の所謂法律の實体を決定するゝ決して法律の命令より分離すへからさるの行爲なり起草委員か法律の草案を起すは法律の命令を與ふるか爲の準備にして帝國議會の法律に協賛するゝ法律の命令に協賛するものなり起草委員の起案と帝國議會の協賛と相異なる所ゝ一は立法の準備に止まり一ゝ立法の要件なるに在るのみ「ラーバンド」も亦た曰く法律案に關する代議會の議決ゝ全く法學會の評決等と性質を異にす盖し議會の議決ゝ其の可決したる法則を以て現行法の一部と爲すを目的とし此の法則を裁可するか爲國法上必要なる條件たれはなりと議會の議決は果して裁可の爲必要なる條件なるときゝ是れ即ち法律の命令を與ふるか爲必要なる條件なるなり而して「ラーバンド」ゝ條件と原因と名を異にして實を同しくすることを主張するが故に(獨逸國法第二卷第千四

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

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

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

法律の前文も亦た帝國議會の協賛を經るを要せさるやは學者の或ゝ疑を容るゝ所なり我邦の慣例に依れば法律の前文は左の文式によるを常とす曰く朕帝國議會の協賛を經たる云々の件を裁可し茲に之を公布せしむと蓋し法律の前文ゝ主として元首か法律を裁可し之を公布せしむることを宣示するの目的を有するに過きすして法律を裁可し及ひ其の公布を命するの大權は憲法第六條の明に認むる所なり法律の前文ゝ此の大權を行ひたることを明にするものに外ならすして假に法律の前文も亦た必ず帝國議會の協賛を經るを要すとせんか議會の議決したる前文に對しても亦た元首は裁可を與へさるべからず元首は法律を裁可することを裁可せさるべからさるなり此の場合に於て元首ゝ如何して其の裁可を明にすることを得べきか法律の前文に加ふるに更に他の前文を以てせんか此の前文も亦た帝國議會の協賛を要するを如何せん元首ゝ終に法律を裁可するの意志を宣示するに由なきなり

故に法律の前文ゝ帝國議會の協賛を經るを要せざること猶は法律の年月日御名及び大臣の副署か帝國議會の協賛を要することなきが如し然れども法律の前文ゝ施

行の期限を定め施行の區域を限るの實例なきに非す此の如きは單に裁可の意志を宣示し公布の命令を與ふるものに非ず其の帝國議會の協賛を經ることを要すること言を待たさるなり

第五節　法律の裁可及ひ公布

法律の裁可に關しては久しく歐洲立憲君主國の國法論を誤りたる一謬說あり此の說は三權分立の說に基き主權在民の主義に養ゝれたるものなり代議會は主として立法に協賛するの職務を有するか故に世人往々之を目するに立法府を以てし君主ゝ單に行政權を以て立法權を節制するか爲に巨否の權を有するに過きすとせり而して立憲君主國の君主は議會の議決したる法律案を裁可せざるの自由を有するが故に君主の權ゝ絕對拒否と稱して之を停止的拒否と區別せり然るに近時學者の講究に由り立憲君主國の眞主義漸く明かなるを得終に全く裁可を以て拒否となすの舊說を排除するに至れり「ロェンチ」の如きゝ立法に關する君主の權を目するに絕對拒否の權を以てすと雖とも是畢竟因襲久しきか爲にして能く實際の關係に適するか爲に非さることゝ其の自から認むる所なり

我邦に於ても立憲君主々義ハ普ねく人の認むる所なり世間猶ほ或ハ帝國議會を目するに立法府を以てするものなきに非すと雖とも元首の權は單に帝國議會の議決を拒否するに止らさることハ何人と雖とも復た之を疑ふものなし蓋し帝國議會ハ立法に參與するの權を有すること言を待たすと雖とも議會ハ決して唯一の立法機關に非す其の任務ハ法律を發するに在らすして法律の成否を決するの要素ハ元首の裁可なり裁可の權ハ固より拒否の權と混同すへきに非す拒否の權ハ立法を限制するものに外ならす故に元首の權を以て拒否の權となすときは議會獨立法者にして元首ハ立法者に非さるなり是れ正に帝國憲法の主義に反す帝國憲法に依るときハ裁可ハ立法を妨くるものに非すして却て之を完成するものなり裁可ハ行政行爲に非すして立法なり元首は獨行政の中樞なるのみならす亦た立法者なり

法律の裁可ハ國法上如何なる性質を有するやは頗る空漠なる問題にして多數學者の說も稍空漠に失するの憾なき能ハす多數の學者ハ裁可を以て國家の意志を表示するものとなし又ハ法律の命令を與ふるものとす然れとも國家の意志を表示するハ

國家の意志の既に成立することを必要とす未た成立せさるの意志は之を表示するに由なし帝國議會の協贊ハ國家の意志を確定するものに非さること疑を容れす而して裁可ハ確定したる意志を表示するものなりとせハ國家の意志を確定するの行爲ハ果して何處に在るや

議會の議決と元首の裁可との間に介在するものハ唯元首か法律を裁可するの決意のみ然れとも元首ハ國家と同一体に非す是れ學者の意見を同しくする所にして偶々「バイデル」「ホルンハック」等一二說を異にするものなきに非すと雖も現今普通の學說と認めて可なり故に元首の心裡に存する意志ハ未た國家の意志に非ず國家の意志の成立するにハ元首の意志を國家の意志となすの行爲を要す國家の意志ハ裁可に由て始めて完了するを得へし裁可は國家の意志を確定するの行爲にして國家の意志を表示するものに非ず然れとも「イェリチック」の如く裁可を以て單に君主の心裡の決意に止まるものとなすも亦非なり「イェリチック」ハ曰く(法律命令論第三百十九頁)裁可ハ君主の一身に屬する心裡の作用にして一定の事項を法律の內容となさんことを欲し又た之を命令せんことを決意するものなり命令は之を宣示するに

及んで始めて國法上成立す宣示せさるの意志ハ全く法の關せさる所なりと若し「イェリチツク」の論するが如く裁可は單に君主の心裡の事實にして法の關すゐ所に非すとせは帝國憲法を始として諸國の憲法及法律中裁可に就て規定を設くるハ何故そや諸國の憲法、法律か曾に君主の裁可權を認むるのみならず又た往々裁可を與ふるの方法時期を定むるものあるハ悉く法理に反するの規定なるか是れ「イェリチツク」の說明すること能ハさる所なり「ブリー」公法論纂第四卷第十九頁以下)

純然たる心裡の作用は法の關すゐ所に非さること實に「イェリチツク」の論するが如し法ハ唯、人の認知するを得へき行爲に對し規定を設くることを得へきのみ故に憲法、法律中君主の裁可に關し規定する所あるときハ裁可は必ず君主の行爲に現はれ人の認知ずることを得へきものならさるへからず此の行爲ハ或は議會に於ける宣示に在ることを得へく法律を公布するの職責ある獨立の機關に通告するに在ることを得へく又たは審署に在ることを得へし帝國國法に依れハ裁可は審署に由て與ふるものなり

審署とハ帝國議會の議決により決定したる法律案に依り文書を調製し其の前文に

裁可を與ふることを宣示し御名を署し御璽を鈐して法律の原本と爲すを云ふ審署終りたるときハ元首ハ既に法律を裁可したるなり然れとも元首の裁可にして國法上効力を有せんとするときハ國務大臣之に副署せさるへからす國務大臣の副署ハ裁可をして國法上元首の行爲たらしむるに必要なる條件なり

審署は裁可を與ふるの方法たると共に法律を公布するの原由たり公布の命令ハ現行の慣例に依るときハ之を法律の前文に明示するを常とす然れとも前文に明示すると否とを問ハす元首成案を審署して之を國務大臣に下付するときは即ち公布の命令を與へたるものと認めさるへからす國務大臣の審署したる成案を受けたるときハ直に之を公布するの手續を爲すを要す法律の公布ハ審署を經たる成案に據り印刷して之を官報に登載するに由る若し公布の後に至りて印刷の誤謬あることを發見するときは其の誤謬の大小を問ハす原本に從て之を訂正せさるへからす然れとも此の訂正に由りて全く法文の意義を變更したるときハ訂正前に沂て効力を生するものに非さること公布の効力に關し後段論する所に依り明なるへし

法律の審署に關し「ラーバンド」ハ近時一の新說を首唱し二三の有力なる同意者を得

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

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

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

凡そ法律の成立に至るは國家の意志の表示とを必要とす既に成立したる意志を正當に表示するときは臣民は必ず此の意志に服從せさるへからず然れとも正當に公布したる法律にして往々成立の要件を欠くか爲有効の法律たる能ハざることなきを保せす獨逸帝國の憲法に就て之を例せハ聯邦參議院か其の議事に關する憲法上の規定に反して議決を爲したるか如き是なり聯邦參議院ハ法律を裁可するの權を有す其の議決にして無効なるときハ法律ハ未だ裁可を經さるなり裁可を經さるの法律は法律に非す故に正式に公布したる法律にして或ハ眞の法律な

るものあり或ハ眞の法律に非さるものあり而して臣民ハ必す法律の効力を自から審査すべきものとせハ殆んと適從する所を知らさるの境遇に陷らんとす故に國家別に一機關を設け一たひ法律の審査を遂け其の正當の順序を經て成立したることを公證し臣民をして適從する所を知らしむるハ最も有益の制度と稱することを得べし然れとも是れ畢竟立法論のみ法律の觀念より生する當然の論結に非す正當に裁可を經て正當に公布したる法律は假令此類の公證なきも固より遵由の効力を有するに妨けなし「ラーバンド」の論據も亦た專ら獨逸帝國憲法の明文に在り其の第十七條ハ皇帝に委するに法律を審署し及び公布するの權を以てす故に「ラーバンド」ハ論して曰く(獨逸國法第一卷第五百五十六頁以下)獨逸帝國に於て法律を裁可するの權は聯邦參議院に在り憲法第十七條か審署の權を皇帝に委するときは其の裁可と異なりたる行爲なること推して知るへし第十七條は又た審署と公布とを併記せり故に審署と公布とは全く別事なることと亦た明なり審署は既に裁可に非す又た公布にも非さるときハ法律か憲法に遵依して正當に議決及び裁可を經たることを公證するの外他に國法上の効用を有することと能ハすと余輩は此に獨逸帝國憲法に就き

て「ラーバンド」の論據の果して正確なるや否を論究することを爲さすと雖とも專ら獨逸帝國憲法の明文に據て立論したるもの直に之を取て以て我邦の國法に適用すへからさるや明なり

帝國憲法ハ法律を裁可し及び之か公布執行を命するを以て天皇の大權とす然れとも法律の審署に付ては一の規定する所なし余輩は元首か審署に由りて裁可を與ふることを論せり然れとも是れ唯裁可を與ふるの方法たるに過きす故に法律の審署を以て裁可及公布と異なりたる立法の一要件となし其の効用を以て法律の正當に成立したることを公證するに在りとするは我が國法に根據を有せさる說なり元首か審署に由りて裁可を與へんとするときは必らす先づ法律案の正當に帝國議會の議決を經たるや否やを審査することと疑を容れす然れとも是れ唯裁可を與ふへきや否やを決するの預備にして裁可と分離すへきものに非す又た別に國法上の効用を有するものにあらさるなり

法律の公布せられさる間は元首は何時にても裁可を取り消すを得べきこと多數學者の說を同しくする所なり蓋し裁可は國家の意志を定むるの行爲なり國家の意志

を表示するの行爲に非す未た表示せさる意志は更に意志を表示するを待たすして之を廢止することを得へし故に未た公布せさるの意志は法律を以てせさるも之を廢止することを得へきなり而して立法の方法に依らすして廢止するを得へき意志を廢止するは帝國議會の協贊を要するの理なし故に君主は隨意に未た公布せさる法律案を廢止することを得へし「イェリネック」ハ說を爲して曰く(法律命令論第三百廿八頁)元首公布の命令を與ふるときは元首は復た恣に裁可を取り消すことを得すと此の說の論據とする所明ならすと雖とも余の解する所を以てすれは或は法律の公布を以て所謂法律の形式的効力の結果と認めたるに非さるなきか元首公布の命令を與ふるときは國務大臣ハ直に公布の手續を爲さゝるへからす若し此の職務をして所謂形式的効力の結果ならしめハ國家の意志ハ公布の命令を與へたる時より法律の形式的効力を有するなり法律の形式的効力を有するものハ法律に由らすして之を廢止することを得す故に元首は復た恣に裁可を取り消すことを得さるへし然れとも余輩の見る所を以てすれは國務大臣か法律を公布するは所謂形式的効力の結果に非す元首の與へたる公布の命令を遵行するハ國務大臣か官吏として奉行の

義務を有するに由るのみ公布の命令は素元首と大臣との關係に止る何そ一たひ與へたる公布の命令を取り消すことを得さるの理あらんや

裁可を與ふるは何れの時を以て限とするやハ國法學上一の疑問なり「ロェンネ」ハ會期不繼續の原則に依り立論して曰く裁可ハ代議會の次會期前に之を與へさるへからす議會か一の會期に於て議決したる法律案にして次會期の前に裁可を得さるときハ此の法案ハ會期不繼續の原則に依り次會期の開始と共に自から消滅に歸すへし故に元首か同一の法案を裁可せんとせハ更に議會に提出して其の協贊を得さるへからすと(孛漏西國法第一卷第三百九十二頁より意譯す氏は猶ほ實際の利害により其の持說を辨護す)然れとも會規不繼續の原則ハ議會に於て議決を終らす閉會に至りたる場合に限りて之を適用すへく(議院法第三十五條)議會の既に議決したる法律案ハ決して會期の更新したるか爲消滅に歸すへきものに非す故に會期不繼續の原則により裁可を與ふるの時期を推論するは余輩の同意すること能ハさる所なり「ゲオルグ、マイヤー」及ひ二三の學者ハ說を爲して曰く法律の實体ハ其の公布の當時成立する國會の議決に基くの外之を命令することを得す故に裁可を與ふることを

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

法律は國家の命令なり國家の意志表示なり故に裁可に由りて確定したる國家の意志は外に對して之を表示せさるべからず此の表示なき間ハ國家の意志ハ存在するも法律ハ決して存在すること能はず國家の意志を表示するの行爲を公布とす公布の時ハ即ち法律の始めて成立すの時なり「シュルッエ」ハ曰く〔獨逸國法第一卷第五百廿六頁〕法律ハ裁可に由りて完成し而して後之を公布するに非すして公布に由り始めて完成し始めて法律となるなり公布ハ法律成立の一要素なりと

法律は公文式第十條に依り官報を以て之を公布す而して法律の施行期限は審署の日付に拘らす公布の日より起算するか故に官報には必す發兌の年月日を明記せさるへからす又た同一の法律ハ公布の日を二三にすること能ハさるか故に一の法律を數日の官報に連載することを得さるなり

第六節　法律の施行期限

前節に論したるが如く法律ハ公布の日を以て成立す然れとも其の實効を生するの時期は成立の時期と異なることを得べし若し憲法、法律に特別の規定なきときハ法律ハ其の成立即ち公布の時より直に實効を生するものと認めさるへからす然れとも公文式ハ一般の規定を設けて法律の施行期限を定む其の文に曰く凡そ法律命令ハ官報を以て布告し官報各府縣到達日數の後七日を以て施行の期限となす但官報

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

公文式中法律の施行期限に關する規定ハ唯之を內國に適用すへく而して之を在外の臣民に適用すへからす故に國家の疆域外に於ける施行期限ハ一般の法理に據りて之を定むるの外なし蓋し國權の發動ハ國疆內に限りて效果を生するを常とす「ツオルン」は說を爲して曰く法律ハ强制なくして存在することなし國家の强制權ハ國疆の外に及ふを得す(例外の場合を除きては)故に一國の法ハ在外の臣民に對して其の效力を及ほすものに非すと(獨逸國法第一卷第百一頁より意譯す)余輩は此に强制の果して法律の觀念に必要なるや否を論究するの暇なし然れとも强制を以て法の觀念に必要なりとするときは憲法の一部及び國際法ハ法に非すして單に道德の敎訓に過きすと謂ハさるへからす故に法に强制の伴ふは自然の傾向なりと謂ふを得へし然れとも强制なきの法は法に非すと謂ふを得さるなり

臣民の國權に服從するハ唯國家の疆域內に在るに由るに非す故に外國に在留する臣民に對しても國家ハ駐在國の國權と牴觸せさる限ハ其の國權を行ふことを得へし例へは國際の條約に由り外國か自から其の國疆內に於て外國の領事裁判權を認むるときは此の條約に由り領事裁判權を得たる國家ハ外國の領土に於ても自國の臣民に對し國權を行ふことを得へし特別の條約なき場合に於ては國家は外國の領土內に於て法律を强制するの權なしと雖とも在外の臣民に對して命令するは敢て外國の國權を侵害するものに非す故に一國の法律ハ在外臣民に對しても效力を有することを得へし

國家か在外の臣民に對して遵由の效力を有する法律を發するときは此の法律ハ何れの時を以て施行の期限となすへきや或ハ曰く此の如き法律ハ在外臣民か現に法律を知り又は知るの機會を得たるの時を以て施行の期限となすへしと此の說に依るときは臣民に對する施行期限は人每に一々異ならさるを得す又た或は法律の全く效力を生すること能はさる場合あるへし此の問題に關してハ「ラーバンド」の意見最も當を得たり氏ハ曰く(獨逸國法第一卷第五百八十八頁)此の如き法律ハ必す其の實施の期限を定むるを要す若し法律に一定の期限を定めさるときハ先つ幾千日に

して外國に官報の到達するを得るやを計算し此の時日に加ふるに內國に行はるゝ十四日の日限を以てせさるへからすと此の說ゝ頗る公文式の精神に適合するものと謂ふへし公文式に依るときは北海道廳沖繩縣及び島地に於ては官報の道廳縣廳又は島地の郡役所に到達したる後第八日目を以て施行期限とす故に外國に於ける施行期限を定むるに官報の實際到達し得へき時日と七日の日限とを合算するは即ち北海道沖繩縣及び島地に關するの規定を外國に準用するものに外ならす官報か外國に到達することを得へき時日を計算するに當りてゝ亦た天災時變に由り延着すへき事由の有無を審査せさるへからす之に反して官報か現に該地に到達したるや否在外の臣民は官報を見るの機會を有したるや否又た臣民は現に法律を知りたるや否ゝ敢て之を問ふを要せす唯官報か期限內に其の地に到達することを得へきときは足れり內國に於ても多數の人民は概ね官報を見るの機會を有せす又ゝ能力を有せさるものなり然れとも官報か各府縣廳に到達することを得へき一定の期限を經過すれゝ法律ゝ一週日の後に至りて直に遵由の效力を生し復た臣民か法律を知るの機會を得たるや否を問ふことなし在外臣民に關しても理ゝ一なり

以上論する所は普通の條規にして法律か明に特別の施行期限を定め又ゝ暗に之を示す場合に適用すへきものに非す法律ゝ明文に由り公布の即日を以て施行期限とすることを得へし保安條例の如き是なり法律ゝ施行を數年の後に期することを得へし民法の如き是なり法律ゝ一定の事實の生するを以て施行の期限となすことを得へし憲法の如き是なり(憲法ゝ第一期帝國議會の開會と共に實施す)法律の施行期限ゝ他の法律を以て之を定むることあり又た之を命令の規定に讓ることあり故に法律は施行期限の確定せさる前既に廢止せらるることあるへし

法律か自から明文を以て施行の期限を定めさるも其の特別の性質及ひ前後の關係により一定の期限を推測することを得へき場合あり明治廿三年の商法延期に關する法律の如き其の一例なり若し此の法律をして公文式の施行期限に依らしめは商法ゝ既に其の前實施の效力を得へし此の法律の實施を延期するを以て其の目的とす既に實施したる商法を停止するを以て目的とするものに非す若し商法延期の法律をして明治廿四年に入りて始めて實施の效力を得せしめゝ全く此の法律の目的に反するの結果を生すへし是れ豈に立法者の意ならんや故に商法延

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

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

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

することを得す是等の條項ハ其目的に從ひ法律の成立即ち公布の日を以て實施の始となさゝるへからす

前數項に論したるか如く法律は自から其の施行の期限を定むることを得へし此の期限は或ハ公布の日と同しきことあるへく或は一定の事實の生したる時を以てすることあるへく又た或ハ數年の後に在ることを得へし唯法律ハ公布前の時日を以て其の施行期限と爲すを得さるのみ公布ハ成立要件なるか故に公布前に在ていハ法律ハ未た成立せす而して法律をして成立前より効力を有せしめんとするハ立法者の力及はさる所なり然れとも立法者ハ法律に與ふるに既往に溯るの力を以てすることを得へきや否は自から別問題に屬す既往に溯るの効力とは法律の公布前既に遵由の効力を有するの謂に非す寧ろ事實の生したる當時未た遵由の効力を有せさりしに拘はらす之に新法を適用するの義なり是れ固より人力の及はさる所に非す凡そ立法者の權力ハ天理の許す限無限にして及ハさる所なし故に立法者か法律に與ふるに既往に溯るの効力を以てするを得へきは多言を待たすして明なり法律ハ既往に溯らすとの原則ハ或ハ立法の通則たり或ハ解釋の原則たり然れとも立法者か

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

第七節　法律の廢止

法律ハ國家の意志表示なり故に唯能く國家の意志表示に由りて之を廢止することを得べし法律ハ最強の効力を有する國家の命令なり故に通常最強の効力を有する國家の命令即ち法律を以てするの外之を廢止することを得す殊に慣習法ハ法律を廢するの力を有せさるなり

慣習法か効力を有するの理由は法學の一疑問にして之か確答を得ること頗る難く二三の學者は其の哲理上の説明を斷念するに至れり「デルンブルヒ」の如き是なり獨逸の普通の學説に依るときは凡そ現行法の淵源は結局國民の法律上の確信に在り此確信ハ直接に法を生することを得べく又た間接に法を生することを得べし間接に法を生するの方法は立法にして直接に法を生するの方法は慣習なり（「ウィンドシャイド」に據る）故に普通の學説に依るときは成文法も慣習法も共に同一の淵源に出て其の形を異にするものたるに過きす而して其の効力を有するの根據ハ兩者相異なる所なし然れとも法律を以て國民の確信を表示するものとなすは畢竟臆斷のみ國權は最高の權力なり法律か遵由の効力を有するは道理に適し國民の確信する所なるか爲に非すして國家の權力の命する所なるか爲なり故に法律は全く國民一般の思想に反する法を定むることを得へく又た一般人民は一の法律に關し何等の思想をも有せさることあるべし法律は正理と國民の希望とのみに由りて定まるものに非す往々單に實際の便宜の爲に設けらるるものあり又極めて少數の學者の外ハ了解することたも難きものあり何れの場合に於ても法律は國民一般の思想に適せさるか爲効力を失ふことなし立法者も固より社會の一元素なるか故に自から時の思想を代表することあるは疑を容れすと雖とも國民の思想は立法者のみに宿するものに非す而して立法者ハ唯國民の確信する所を敬崇し之を表示することを得るのみならす亦た能く國民の思想を誘導開發することを得べし（「ガライス」普通國法第十九頁以下及び「ベーラウ」「メクレンブルヒ」民法第一卷第二百七十四頁以下參照）

法律か遵由の効力を有するは其の國權の發動なるに由る而して國民の確信如何を問はす法律にして一たひ發したるときハ官廳も臣民も均しく之を遵奉せさるへか

らす臣民及ひ官廳ハ法律に背反することを得さるか故に亦た法律に背反するを以て慣習となすことを得す法律に違由せさる行爲は違法の行爲なるか故に法律に違由せさるの慣習ハ違法の慣習なり違法の慣習は法に非す然れとも法律は事情の變更に由り其の規定の目的自から消滅することあるへし現在社會の情態の下に於てのみ適用せらるゝことを豫期し發せられたる法律を情態の全く變遷したる社會に適用するハ立法者の希望に反するものなり「ラーバンド」ハ曰く(獨逸國法第一卷第五百八十一頁)慣習法の法律を廢止する効力ハ結局法律の解釋に歸着し法律か自から適用せらるゝを欲せさる事件には之を適用すへからすとの原則と結果を同しくすと

法律か明文に由り慣習法を以て之を廢止することを禁するときハ勿論此の如き明文なきも慣習法ハ法律の之れを許す場合を除くの外法律を廢止するの効力を有することなし「イエリチック」ハ立法者が法律を廢止する慣習を禁するは事實不能の事に屬することを主張す(法律命令論第三百三十六頁)氏ハ蓋し謂らく慣習法の成立は自然の勢にして立法者の意志を以て左右するを得へきものに非すと然れとも若し慣

習法は人力を以て如何ともすへからさる自然の勢なりとせハ法律を以て慣習法を廢止變更するも亦た自然の勢に反するものにして人力の及はさる所なりと認めさるを得ず其の說の誤れること多言を費さずして明なるべし

法律を廢止するハ必ず直接又ハ間接に法律を以てせさるべからず直接に法律を以て法律を廢止する場合は左の如し

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

(二)反對の規定を有する後の法律　後の法律は必すしも前の法律を廢止することを明言するを要せす若し其の規定する所にして前の法律に反對するときハ前の法律中反對の規定ハ自から廢止に歸すること人の普く認むる所なり法律の前後は公布の前後に依り施行の前後に依らす故に後に公布したる法律ハ前に公布したる法律を廢止するを得へく而して其の施行期限の孰れか前後なるを問ハさるなり

間接に法律を以て法律を廢止するは法律自己の性質又ハ明文に基き一定の事實又

ハ立法以外の國家行爲に由る其の類概ね左の如し

(一)法律の目的たる物件又ハ事件の消滅したるとき　此の場合ハ處分令の性質を有も亦た此の場合に屬す

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

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

とを要す

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

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

法の行爲となすものに非すして背法の行爲より生すへき法律上の効果を廢棄するものなり例へは大赦は國事犯を以て正當の行爲となすことなく單に刑事訴追又は刑罰の執行を廢止するに過きす是れ恩赦の免除及ひ停止と異なる所なり大赦特赦減刑及ひ復權を命するハ憲法第十六條に依り元首の大權に屬す獨廢訴即ち判決の前に刑事訴追を廢棄するは憲法上元首の大權に屬せさるか故に法律を以てし又は法律の委任に由るに非されハ之を行ふを得す唯大赦の場合に於ていハ未決の犯人も共に恩赦を受くるに非されハ其の目的を達することを能はさるか故に大赦ハ亦た自から廢訴を包含することを疑を容れさるなり

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

人の拒否に關係せさることを斷定せさるへからさるなり

第三章　命令

第八節　總論

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

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

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

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

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

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

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

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

下司の命令を取消すは唯其の將來公益に反するか爲に非すして其の始より下司の宜しく發すへきものに非さるか爲なり故に取消の目的は將來命令をして効力を失はしむると共に此の命令に由りて廢止に歸したる前の命令をして再ひ効力を得せしむるに在り是れ取消の廢止と異なる所なり廢止の場合にハ廢止に歸したる命令ハ再ひ効力を得ることなしと雖とも取消の場合にハ取消したる命令に由りて曩に効力を失ひたる命令ハ取消と共に再ひ効力を得へし

取消は上司か下司に對する監督權の作用にして上司か臣民に對して有する固有の命令權の作用に非す元首か下司に委任したる命令權を上司か元首に代て直に實行するものなり上司の發したる取消の命令は上司か下司の地に立ちて其の命令權を實行したるものに外ならす故に取消の命令ハ上司か固有の命令權を實行するに當て適用すへき公布の式を以て發布するを要せす下司の命令に適用すへき公布の式に依り下司の管轄區域内に公布するを以て足れりとす

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

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

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

第九節　緊急命令

憲法第卅七條は法律の凡て帝國議會の協賛を經へきことを規定せり余輩ハ又た第二節に於て如何なる事項ハ必す法律を以て規定せさるへからさるやを論究せり然れとも國家及び國民には萬一の災厄なきこと能はす而して此の災厄は或は法律に由るに非すして之を除くこと能ハさるものあるへし此の場合に於て法律を發して災厄を除くか爲必要なる處置を爲すハ固より憲法の常規に從ふものなりと雖とも

立法の機關ハ運轉の遲緩なるを常とするか故に往々焦眉の急に應する能はさることなきを保すへからす然れとも憲法に特別の明文なきときは命令を以て憲法上法律を要するの事項を規定するは其の如何なる緊急の需要に由るを論せす總て違憲の事たるを免れす此の場合に於て責任解除法律（インデムニチー、ビル、オブ）の發布に由て違憲の狀態を譬するハ英國國法上の慣習なり帝國憲法は始より國家の變災に備ふるか爲特別の規定を設けたり其の第八條に曰く天皇は公共の安全を保持し又ハ其の災厄を避くる爲緊急の必要に由り帝國議會閉會の場合に於て法律に代るへき勅令を發すと故に元首か第八條の事情を生したるに由り緊急命令を發するは憲法上の權を實行するものにして憲法違反の所爲を行ふものに非す又た責任解除法律を以て違憲の情態を譬することを要するものに非す

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

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

するも開會の命なき間ハ猶ほ閉會中とす(議院法第五條參照)議會開會に至らさるの理由ハ固より問ふ所に非す故に議員の召集に應せさるとき又は內外の情形に由り議會を召集すること能はさるときハ緊急命令を發するを得るの事情あること言を待たす

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

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

憲法の範圍内に於て法律の規定し得へきものは如何なる事項と雖とも(公共の安全を保ち災厄を除くか爲必要なる限は)緊急命令を以て規定することを得さるなし緊急命令は刑罰を定むることを得へく人民の自由を束縛することを得へく人民の權利を制限することを得へし憲法か法律を以て定むへきことを規定する事項と雖とも緊急命令を以て之を定むるに妨なし憲法第八條は法律に代るへき勅令を發すと謂へり而して如何なる法律は勅令を以て之に代ふることを能はさるやを定めす故に法

律を以て定むるを得るの事項は皆緊急命令か法律に代て定むるを得るの事項なることを認めさるへからす是れ何人と雖とも第八條明文の解釋に關して疑はさる所なるへし唯或は第十八條二十條二十一條等法律を要する事項を列舉したる立法の理由より立論して此の解釋に反對するものあるへきのみ

「シュルッエ」は曰く(李漏西國法第二卷第二百卅四頁以下)立法者の精神は代議士の協贊を經すして其利害に緊切の關係ある事項を規定せらるゝことなきの保障を臣民に與へんとするに在り若し是等事項に關しても非常命令權を行使することを得へくんは此の立法の理由は全く泯滅すへしと然れとも平時代議會の協贊を經すして規定することなきは臣民の利益に對する大なる保障に非すや非常災厄の爲め緊急命令を發したる場合に於て後日必ず代議會の承諾を要するは亦臣民の利益を保障する所以に非すや若憲法の精神ハ平時も事變の場合も常に必ず代議會の協贊なくして規定を設くることなきの保障を與ふるに在りと言ハヽ是即ち緊急命令を以て規定を設くるを得さることを斷定するものにして決して之を證明するものに非さるなり

緊急命令い通常の法律に代いることを得へしと雖も憲法變更の法律に代るを得さることい既に之を論せり今若し通常の法律にして將來特別の要件を充たしたる(例へは兩院議員三分二以上の多數を以て可決し又い二回の決議を經たるの類法律を以てするの外廢止變更するを得さるの規定を設くるものあらば緊急命令を以て之を廢止變更することを得さるや否此の疑問に答へんと欲せは先つ通常の法律に由り將來の立法を束縛することを得るや否を論究せさるへからす憲法は通常法律の廢止變更に關して別に規定を設けす然れとも憲法か之を規定せさるは規定することを要せされはなり法律は最強の効力を有する國家の命令にして而して最強の効力を有するの效力を有すること既に論したる如し法律を廢改するの力を有することは既に法律の觀念により明かなるか故に憲法い特に之を明言することを爲さす唯憲法の條項の爲特に七十三條の例外を設けたるのみ此の例外を除くの外法律は總て其の規定に矛盾する前法を廢止變更するの効力を有せさるへからす而して前法自から廢改の方法を定むるも新法は此の規定の爲に其の効力を妨けらるゝことなし法律の憲法上の効力は通常の法律を以て限制する

ことを得さるなり若し之に反し通常の法律を以て將來の立法を羈束することを得へしとせは將來如何なる方法を以てするも廢止變更するを得さることを規定する法律い萬世に亘り之を廢止し又た變更するを得へきことを多言せすして明なり

前項論する如く法律にして其の廢止變更の爲特別の要件を定むるものあるも通常の法律を以て之を廢止變更することを得へしとせい法律に代いるへき緊急命令を以てするも亦た之を廢改することを得さるへからす

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

上來緊急命令を發するの要件と緊急命令權の範圍とを論せり今より緊急命令發布後の順序を論すへし憲法第八條第二項に曰く此の勅令い次の會期に於て帝國議會に提出すへし若議會に於て承諾せさるときい政府は將來に向て其の効力を失ふことを公布すへしと故に緊急命令い次の會期に於て之を帝國議會に提出せさるへか

らす而して緊急命令を提出するは單に議會に報告するに非すして之か決議承諾を求むるものなるか故に同一の議案は同時に兩院に提出することを得さるの原則に從ひ必す先つ之を衆議院若しくは貴族院に提出せさるへからす提出の時期に關しては憲法ハ唯次會期に於てすへきことを規定するに止るか故に其の始に於てするも終に於てするも一に政府の意向如何に存するか如しと雖ども緊急命令は素一時の變に處するものなるか故に可成速に憲法の定めたる手續を履み違常の狀態に復するは憲法か次の會期に於て提出すへきことを規定したる精神に副ふものと謂ふべし

次會期の前に緊急命令を廢止し又は目的の消滅したるか爲自から廢止に歸したるときは如何余の見る所を以てすれは此の場合にも亦た之を帝國議會に提出せさるへからす抑も緊急命令の効力を將來に繼續するハ承諾の唯一の目的に非す憲法第六十四條第二項ハ豫算超過又は豫算外の支出に對し議會の承諾を要し第七十條第二項ハ財政處分の緊急命令に對し議會の承諾を要す此等の場合には承諾の効果は固より處分を將來に繼續するに在るに非す唯議會に異議なきことを確定し他日憲

法上の手段に依り異議を容るゝことを得さらしむるに在り承諾を求むるの目的果して効力の存續のみに在らすとせは次會期の前緊急命令の廢止又は消滅することあるも政府ハ猶ほ之を議會に提出して其承諾を求めさるを得す唯廢止又ハ消滅に歸したる場合には議會の承諾を得さるも政府ハ其効力を失ふことを公布するの要なきのみ

政府緊急命令を議會に提出するときは議會ハ之を承諾するか之を承諾せさるかの二途を有するのみ緊急命令に變更を加へて之を承諾するは承諾せさるに同し是れ憲法第八條の明文及ひ承諾の性質により明なり

議會に於て緊急命令を承諾せさるときハ政府ハ將來に向て其の効力を失ふことを公布せさるへからす政府か之を公布するハ單に議會か承諾せさるの事實に因るものにして必すしも其の明に之を拒否したることを要せす故に承諾不承諾の確定せさる前閉會に至るも亦た政府ハ緊急命令の効力を失ふことを公布せさるへからす緊急命令は帝國議會即ち貴衆兩院の共に之を承諾したる場合に於て其の効力を保有することを得へし一院に於て承諾を與へさるときハ帝國議會の承諾を得ること

能いさるなり此の場合には政府は緊急命令の効力を失ふことを公布せさるへからす故に一院に於て承認を拒みたるときは政府ハ更に之を他院に提出することを得す

緊急命令の將來に効力を失ふことを公布するは告示に非すして命令なり憲法第八條第二項の明文に依れハ公布は緊急命令か將來に向て効力を失ふことを公布するものなり故に此公布は事實の告示に非すして國家の意思の表示即ち廢止の命令なり而して緊急命令は勅令なるか故に元首の特別の委任ある場合を除くの外勅令を以て之を廢止するを要するは言を待たす憲法の明文に依れは失効の公布を爲す者は政府なれとも是憲法第七十條か政府は勅令を以て財政上必要の處分を爲すを得へきことを規定すると同一の理にして緊急命令の失効を公布するは勅令を要すとの說を反證するものに非す

緊急命令を發するは憲法に背反するものにして憲法を實行するものなり憲法第八條第二項は將來に向て効力を失ふことを公布すへしと云へり故に議會に於て緊急命令を承諾せさるも政府は其の發布の始より無効なることを公布するを要せす又公布するを得さるなり緊急命令は其の効力を失ふことを公布する迄は法律と同しく遵由の効力を有し其の間に生したる事實は廢止の爲めに影響せらるゝことなし緊急命令の廢止は既往に泝るの効力を有せさるなり

議會の承諾を經さるか爲緊急命令を廢止するときは其の緊急命令の爲廢止に屬したる法律は自から再ひ効力を得るや否是れ頗る疑ある問題なり此の疑問を決するには先つ緊急命令か前法を廢止するの効力あるや將た之を停止するに止まるやを論せさるへからす抑も後法か前法を廢止するは其の永久に存續するに因るに非すして存續の時期を限らさる爲なり若し法律か始より一定の時期を限りて効力を有すへきことを豫期するときは此の法律は前法を停止するの効力を有するも之を廢止するの効力を有すること能はす故に此の法律にして其の豫定の時期に達したるか爲廢止に歸するときは前法は自から再ひ効力を得へし之に反して後法か一定の時期を限らす更に法律を以て之を廢止するに迄永く効力を有するの性質あるものなるときは此の法律は直に前法を廢止せらるゝことあるも前法は再ひ効力を得ることなし此の場合に於て後法か前法を廢止するの効力

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

は再ひ効力を得ること能はさるなり

法律の廢止は既に緊急命令を發布するの時に定まるものなるときは緊急命令を議會に提出するの前命令を以て之を廢止したる場合に於ても亦前法は再ひ効力を得ることなしと謂はさるへからす故に元首は常に緊急命令を以て現行の法律を廢止するの力を有すへし而して此の權力の濫用を防くは唯政府責任の一法あるのみ假に緊急命令の廢止は舊法を復活するの効力を有すとするも政府は每年同一の緊急命令を發し又は議會の承諾なきに拘らす緊急命令を廢止せさるときは究竟法律を廢止すると同一の結果を生すへし此の場合に於ても權力濫用を防くの道ハ唯大臣責任の一あるのみ

余輩ハ上來議會不承諾の効果を論せり帝國議會緊急命令を承諾せさるときハ政府ハ直に之を廢止せさるへからす之に反して議會之を承諾したるときは緊急命令ハ特別の手續を要することなくして其の効力を將來に存續す然れとも余輩ハ數多の獨逸國法學者の如く緊急命令を以て帝國議會の承諾に由り性質を變して法律となるものと認むること能ハす此の說を唱ふる者ハ蓋し謂らく法律の成立にハ唯帝國

議會と元首との合意あるを以て足れりとすと然れとも余輩の見る所を以てすれゝ
法律ゝ單に元首と議會との一致を以て足れりとせす亦た法律として之を公布する
ことを要す現行法に於てゝ法律と勅令と公布の式を同しくし又法律の前文も一定
の文式を有せすと雖も事の性質より論すれは法律ゝ勅令と公布の式を異にすると
を得へく又た確定の文式を有することを得へし公文式に依るも法律と勅令とゝ一
の相異なる所あり法律は何れの場合に於ても總理大臣主任大臣と倶に之に副署す
勅令か總理大臣の副署を要するは其の一般の行政に係る場合に限る法律と勅令と
公布の式を異にするときは勅令の變して法律となるに當りても亦た法律の公布式
に依りて更に之を公布することを要すること言を待たす法律として法律を公布するゝ
當に形式上必要なるのみならす法律成立の一要件なり而して憲法第八條第二項ゝ
議會の緊急命令を承諾したる場合に於て更に之を公布するの必要を認めす故に余
輩は緊急命令か其の性質を變して法律となりたることを認むる能はさるなり
加之協賛と承諾とを同一視するゝ非なり協賛と承諾とは全く其の効力を異にす協
賛は政府か未た一の所爲を行ゝさるの前議會の同意を表するものにして承諾ゝ多

くゝ既に行ひたる所爲に同意するものなり一ゝ政府の行爲に協翼參賛するものにして一は政府の行爲に異議なきことを明にするものなり一ゝ政府の案に變更を加ふることを得へく一は之に變更を加ふることを得す緊急命令を議會に提出するは之か承諾を求むるか爲にして協賛を求むるか爲に非す故に議會か緊急命令を審査するに當ては唯其の發布の當時果して必要なりしや否を究むるに止り審査の當時其の猶は存續の必要あるや否を問ふことなし若し之に反し議會か緊急命令の發布の當時に於て必要なりしことを認めなから其の必要の既に消滅したるの理由を以て承諾を拒むことを得へしとせは政府は議會は猶は之に異議を容るゝものにして緊急命令を發したるの當時實に其の必要ありたるときは假りに當時議會の開會中にして政府法律案を提出したりとせは議會は必す之に協賛したるなるへし議會之に協賛して法律を發したりとせは法律を以てするに非されは之を廢止すへからさること辨を待たす故に緊急命令の場合に於ても議會か一たひ其の發布の當時必要ありたることを認めたるときは先つ緊急命令に對して其の承諾を與へ若し事情の

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

以上論する如く緊急命令は議會の承諾を得たるか爲法律となることなし故に緊急命令を廢止變更するは必すしも法律を以てするを要せす唯其の規定する所憲法上法律を要する事項に係る場合に於て之を變更するは必す法律を以てせさるへからす此の場合に於て緊急命令を變更するは即ち憲法上の立法事項を規定するものに外ならさるなり然れとも緊急命令を廢止するい何れの場合に於ても通常の命令を以てすることを得へきなり

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

失ふことを公布すへきの規定を設けさるは畢竟該條の勅令い永く効力を存續すへき法規に非されはなり故に新に租稅手數料を設け又は其の稅率を增減するか如きい事財政に關すと雖も處分に非すして將來遵由すへき法規を定むるものなるか故に第七十條に依るへきものに非すして寧ろ第八條に依るへきものなり然れとも豫算に依らすして支出を爲すを得るは第七十條の要件ある場合に限るへく而して緊急命令を以て新に租稅を課し又い其の稅率を增すの必要あるは豫算の成立を待たす速に支出を爲すの必要ある場合なるへきか故に政府か新設又い增率したる租稅を緊急の需用に應して支出するを得へき場合に非されい租稅を新設し又い增率する緊急の必要ありと謂ふことを得す之を略言すれい租稅手數料の新設及ひ增率の如きい憲法第八條の規定に依るへきものなると雖も實際に於てい第七十條の場合の如く帝國議會を召集すること能はさるの情形あるに非されは緊急命令を以て之を定むること能いさるなり憲法第七十條の勅令を發するの要件は帝國議會を召集すると能いさるの情形なり第八條の場合に於ては議會の閉會中緊急の必要を生するときい臨時會を召集するを要せす緊急命令を以て此の必要に應することを得へ

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

緊急命令權は元首親ら之を行ふを要す憲法第八條は法律に代はるへき勅令を發すと言ひ第七十條は勅令に依り財政上必要の處分を爲すと言へり故に緊急命令權は之を國務大臣又は官廳に委任することを得さるなり然れぞも法律か其の細目の規定を命令に讓ることあるか如く緊急命令も亦た其の細目の規定を他の命令に讓るは固より妨なし唯緊急命令を發するの權ハ一定の要件ある場合に於て始めて生するものなるか故に元首ハ豫め之を官廳に委任することを得す各箇の場合に於て果して必要の條件あるや否如何なる度迄現行の法律を變更し又ハ法律の曠闕を補ふへきやハ元首必す親ら之を決せさるへからす

第十節　行政命令

行政命令は國家行政の區域に於て法律の規定なき場合に臣民又ハ官廳に對して命令するものなり余輩ハ本篇の第二節に於て命令權の範圍を詳論せり命令にして法律の執行の爲に發するものハ余輩次節に於て之を論すへし又た其の行政の目的に出てさるもの例へハ貴族院令の如きハ僅少の例外に過ぎさるか故に特に之を論するの要なし其の他內政兵政の目的に出る命令行政各部の組織權限に關する命令行政官の處務の準繩たるへき命令等總て行政の目的に出て憲法上元首に屬する命令權より發するものハ余輩之を總稱して行政命令と謂ハんとす

行政命令ハ左の諸點に於て緊急命令と異る

(一)余輩の既に論したる如く緊急命令を發するハ各箇の場合に於て元首親ら之を決せさるへからす而して元首は豫め緊急命令を發するの權を行政官廳に委任することを得す之に反して行政命令を發するの權は一定の範圍を定め又は特定の事項に就き之を行政官廳に委任することを得へし公共の安寧秩序を保持し及ひ臣民の幸福を增進するか爲にするの行政命令に關しては憲法第八條ハ明に命令を發し又ハ發せしむと云へり行政各部の官制文武官の俸給陸海軍の編制に關しては憲法ハ單に元首の之を定むへきことを規定するに過きすと雖とも憲法ハ元首か如何して之を定めさるへからさるやを規定することなきか故に元首親ら之を定むるも又ハ其

の細目を他の命令の規定に讓るも毫も憲法の明文に反することなし行政官の處務の準繩を示すか爲に上司より下司に對して發する命令ハ素官廳上下の班列と離るへからさるものなるか故に元首一たひ官制を定めて一の官廳に監督の權を與へ他の官廳に服從の義務を負ハしむるときハ併せて上班の官廳に與ふるに下班の官廳に對して命令するの權を以てするものと認めさるへからす

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

(三)緊急命令は法律を廢止變更することを得れとも行政命令ハ法律に牴觸することを得す法律か一の事項を專占し命令を以て規定することを許さゝるの趣旨を有するときは行政命令を以て其の事項を規定するハ法律に牴觸するの規定を設くるに同し各箇の法律に付き其の果して一の事項を專占するの趣旨を有するや將た其の規定の範圍内に於て行政命令の規定を容るの意なるやを確認するは唯公正解釋(アウテンチスシエ、インタープレタナオン)の法律に由るへきのみ若し公正解釋の法なきときは普通の解釋法に從ひ立法者の意志を推測するの外なし例へハ法律か其の規定に抵觸する命令は効力を失ふへきこ

とを定むるときハ從前の命令も其の規定に牴觸せさる限ハ猶ほ効力を存續すへく又た將來に於ても同一の事項に付き法律の範圍内に於て命令を發することを得るの意を推測することを得へし然れとも此の推測ハ固より他の規定の爲に反證せらるへきか故に固より一定不動の原則となすことを得す

第十一節　執行命令

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

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

(二)執行命令ハ法律を執行するか爲に發するものなるか故に執行せらるへき法律の廢止に歸するときハ命令の目的自から消滅し從て命令も自から廢止に屬すへし之

に反して行政命令は法律を限界とするも之を目的とするものに非さるか故に法律の廢止に遇ふも爲に効力を失ふことなし

前項に於て行政命令に關し論したる所は亦た概ね之を執行命令に適用することを得べし執行命令を發するの權ハ一般又は特別の委任に依り之を官廳に委任することを得べし是れ憲法第九條の明に定むる所なり執行命令ハ法律を廢止し又は變更することを得す執行命令は又た憲法上法律を要する事項を規定するを得す

第十二節　委任命令

前三節に論したる命令は皆憲法上元首に屬する命令權の發動なり余輩ハ本節に於て法律の特別の委任に基くの命令を論せんとす

法律を以て命令に規定を委任するは法律と命令共同の區域に屬する事項に關することわるべし此の場合に於ては元首は既に憲法上其の固有の命令權に由て之を規定することを得へく法律の委任に由て始めて命令を發するの權を得るに非ず此の如き委任の目的は法律か一の事項を專占し概して命令を以て規定することを許さゝるの趣旨なるに拘らず猶は其の一部の事項に付ていゝ命令の規定を容れんとするに在るものと認めさるへからず此の目的を除きては命令を以て當然規定することを得べき事項を更に命令に委任するの理由なきなり故に此の類の委任は委任に非すして寧ろ固有の命令權を妨けさるの趣旨を有するものなり

法律は其の執行の爲に必要なる細目の規定を命令に委任することあるへし然れとも執行命令を發するの權ハ憲法第八條に依り素より元首に屬するか故に元首は法律の特別の委任に由り始めて執行命令を發するの權を得るに非す此の如き委任の目的は憲法第八條に依り元首か執行命令權を官廳に委任するを待たす法律を以て直に之を各省大臣又は官廳に委任することを得へく又は法律自から執行命令を以て其の規定を補足するの必要あることを認むるに在るを得へし各法律に就て委任の規定か如何なる趣意を有するやを決するハ普通の解釋法に依るの外なし」

法律の委任にして最も重要なるものハ本來命令を以て規定するを得さる事項を委任するものにして此委任に基きて發する命令ハ即ち所謂委任命令なり此の如き委任を與ふる法律及ひ此の如き委任に基く命令の違憲に非さることは國法學者の概ね皆認むる所にして著名の學者中今日に於ても猶は其の違憲なることを主張する

ものゝ獨「ロェン子」あるのみ

第一節に論したる如く法律を以て一切の事項を規定し細目詳節に至る迄網羅して餘す所無からんとするゝ事實の許さゝる所なり故に命令權の範圍を以て法律の執行に限るの諸國に於ても警察命令の如く時と所とに由り應變の規定を要するものゝ法律又は慣習に由り之を行政官に委任するを常とす警察命令の外に於ても亦た往々命令に委任するを要することあり例へは町村制第百三十三條に特別の事情ある地方に於てゝ町村會及町村長の具申又ゝ郡參事會の具申に依り勅令を以て法律中の條規を中止するあるへしと云ふか如きゝ實際の必要に基くの規定なり

歐洲立憲國に於ても法律を以て諸般の規定を命令に委任するは一般の慣習なり英國に在てゝ從前內務行政の區域に於て法律ゝ最も詳細の節目に至る迄之を規定したるか故に今日に至てゝ却て委任命令の範圍著しく廣きを致せり今日の趨勢ゝ全く往時に反し從前の立法か過度に命令の區域を縮少したる如く現今立法の方針ゝ命令權をして其の必要の地位を得せしむるに在り現に法律中勅令を以て行政の條規を定むるの權を君主に委任し又は命令を發するの權を直接に各省若しくゝ中央

官廳に委任するの實例尠しとせす「グナイスト」英國行政法第一卷第百廿九頁)之を要するに所謂委任條項(「エムパワリング、クロース」)の益々增加するの勢あるゝ英國現時の狀態なり佛國に於ても法律は往々特に權力の委任を與ふることあり此の委任ゝ概ね一の事項か法律執行の範圍に屬することを確定し又ゝ法律執行の範圍外に在ること明なる場合に於て特別の權力を元首に與ふるの目的を有す此の如き委任は本來特別の法律を要すへき法規を定むるの權を委任せんとするものなり例へは法律執行の爲禁止を要する行爲に對して刑罰を定め又は法律執行の爲め公課を新設するか如き是なり特別の委任ゝ又た往々法律執行の障害たるへき舊法を廢止するの權を與ふることあり(「マイヤー」佛國行政法第卅八頁)獨逸帝國に於ても立法者は廣く委任を實行し法規の制定を或ゝ聯邦參議院に或ゝ皇帝に或ゝ帝國宰相に或は各邦に委任するの場合數ふるに遑あらす甚たしきゝ之を一私人に委任することあり委任に關するの條件委任の範圍等も亦た區々にして一定せす營業條例の一法律に就て見るも許多の委任條項を集むることを得へし(「アルント」命令權第二十四頁)孛漏西王國に於ても法律を以て立法權內の事項を命令に委任するゝ決して其

の實例に乏しからす是れ「ロェンテ」も認むる所の事實なり

憲法第卅七條の法律ハ所謂實質の法律に非さることハ既に第一節に於て之を詳論せり故に法規を定むるの命令と雖とも必すしも皆帝國議會の協賛を經ることを要せざるなり又た命令權の範圍を定むるの條項も必すしも其の範圍外に於て一切命令を發することを得さるの趣旨を有するものに非す唯憲法上當然元首に屬する命令權を定め其の範圍外に於ては當然の命令權を有するに非さることを示すに過きす憲法第卅七條及ひ命令の範圍を定むるの條項は毫も法律の委任を妨けさるなり故に余輩は法律の委任か立法事項を定むる憲法の條項に矛盾することなきや否を論するを以て足れりとすへし

憲法の條項中或は法律を以て之を定むと謂ひ法律の定むる所に依ると謂ひ法律に依ると謂ひ其他多少文字を異にして而して同一の意義を示さんとするものあり是等の場合に於ては直に命令を以て之を規定するを得さることを言を待たす然れとも憲法は唯法律を以て規定すへきことを定むるのみ法律の規定する所如何は固より憲法の問ふ所に非す法律か詳節細目に至る迄悉く自から規定するも法律を以て規

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

委任するを妨くるものに非さるハ皆同し明治二十三年法律第八十四號は命令の違犯に對し一定の範圍内に於て罰則を設くるを得へきことを規定せり此の法律は當時世人の往々異議を容るゝものありたれとも余輩ハ前數項に論したる理由に基き其の違憲の法律に非さることを確信す抑も憲法第八條は警察命令を發するの大權を認めたり警察命令の要は或る行爲を禁し或る行爲を命し又ハ或る行爲を許すに在り此の禁令命令を强制するの方法あるに非されハ公共の安寧秩序を保持するの目的ハ之を達するに由なからんとす故に刑罰は警察命令に欠くへからさるの要素なり然れとも憲法第二十三條は法律に依るに非すして處罰を受くることなきことを規定す若し一面此の條項に牴觸せす一面警察命令をして空文に歸せさらしむるの途あるに非されは憲法は前後相矛盾する條項を設けたるものと謂ハさるへからす此の矛盾を調和するは唯法律を以て刑罰權の一部を命令に委任するの一途あるのみ此の推論は曾に明治二十三年法律第八十四號の違憲ならさることを證するのみならす又た以て憲法か命令に委任を與ふるの法律を容るゝの一證とするに足れり委任の範圍及ひ方法ハ委任を與ふる所の法律の規定に依らさるへからす委任の範圍ハ頗る廣きことあるへく又た極めて狹きことあるへし委任は法律を補足するの目的を有することあるへく法律に代はらしむるの趣意を有することあるへく又た法律の廢止を包含することあるへし委任ハ條件なきことあり條件を有することあり條件を有するの委任は一定の事實を生するに及んて始めて命令を發することを得るの場合を生ずるもの及ひ命令を發したる後議會の承諾を要する場合の如き是れなり議會事後承諾の効力ハ法律に特別の規定なきに於てハ緊急命令の場合と同しきものと認めさるへからす法律は又た單に命令の發布のみを委任して其の廢止を委任せさることあるへし然れとも法律に明文なきときは命令を發布するの權は命令を廢止するの權を包含するものと認むるを當然とす法律は或は委任に由り命令を發するを必要とすることあるへくハ或は命令を發する機關の自由に一任することあるへし

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

官廳の命令に代ふることを得す然れとも官廳ハ皆元首に隷屬し上級官廳の指揮監督を承くるものなるを以て法律の委任に基き命令を發するに當りても其命を奉せさるへからす而して官廳の發したる命令にして公益に害あるときは或ハ之が廢止を命令せられ或は直に之を取消さるゝことあるへし唯法律か命令權を地方自治体に委任したるときは國家の自治体に對する監督權ハ法の規定に依て限らるるを以て法律の規定に依るに非されハ命令の廢止を命し又ハ命令を取消すことを得す

法律に特別の明文なく又た反對の意思を推測することを得へし法律の委任は更に之を下班官廳に委任することを得へし法律の委任は必すしも其の委任したる事項を規定するの方法如何を特定するものに非されハなり

委任命令ハ法律の廢止と共に自から廢止に歸することなし法律の廢止ハ唯將來委任命令を發布すること能はさるの結果を生するのみ然れとも憲法上法律を要する事項に關しては委任の廢止と共に効力を失ふものと認めさるへからす此の場合に於てハ復た法律に依ると謂ひ法律を以て定むと謂ふことを得へ

からさるなり

第四章　法律命令遵由の効力

第十三節　法律成立の手續に關する審査

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

一、裁判官い法律か憲法の規定する所の順序に從て正當に成立したるや殊に帝國議會の協賛を經たるやを審査するの權を有するか

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

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

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

說者往々曰く裁判官い法律に服從し法律を適用するの義務を有す然れとも裁判官の服從し適用するい眞正の法律のみ僞似の法律い裁判官之を適用するを得さるなり故に裁判官か各箇の事件を裁判するに當ては先つ此の事件に適用すへき眞正の法律あるやを審査せさるへからす此の場合に於て假令自から法律の名稱を冠するものあるも裁判官か其の憲法上立法の爲に必要なる手續を經す殊に議會の協賛を得さることを認むるときは此の僞似の法律を適用するを得さるなりと此の說の如く帝國議會の協賛を經さる法律を以て始めより眞正の法律に非すと斷定せい本問は容易に之を解くことを得へし然れとも帝國議會の協賛なき法律は果して眞正の法律に非さるか又い正に論究すへき點なり讀者の推理は「ラーバンド」も論する如く疑問を以て疑問を說明せんとするものなり

帝國憲法は國家の最高機關か憲法の規定に違反したるや否を裁決するの權ある官廳を認むることなし裁判官か法律を審査するは單に各箇の事件を裁判するに當りて如何なる法規を適用すへきを審査するに過きすして敢て元首の行爲を審査し憲法違反の行爲を匡正するの目的を有するに非す故に裁判官か法律に對するの地位

ハ臣民か法律に對するの地位に同し臣民に對して有効の法律は裁判官も亦た之に從ハさるへからす裁判官か適用を拒むことを得るの法律は臣民も亦た之を遵奉するを要せさるなり

「イェリチツク」は曰く(法律命令論第四百十二頁)臣民は法律及ひ命令に對し法學上所謂審査權なるものを有せすと然れとも余輩ハ此の說に同意すること能はさるなり抑も臣民ハ國法上國權に服從するの義務を有す例へハ議會か元首の大權を侵し自から一の法律を發して眞の法律を變更するか如きことあらハ臣民ハ此の僞似の法律に拘らす猶ほ從前の法律を遵奉するの義務を有し又た僞似の法律に由て束縛せられさるの權利を有す若し之に反して臣民か新定の僞法を遵守し從前の眞法に反するときは臣民は國權に服從するの義務を缺く者なり之を略言すれは臣民か法律の眞僞を審査するハ其の國法上の權利にして又國法上の義務なり

故に裁判官の審査する所は法律の成立に至るの際憲法の規定に違反したることあるや否に在らすして唯法律か法律服從者に對して遵由の効力を有するや否に在り裁判官か此の疑問を審査するの權を有するは疑を容れすと雖ども是れ未た裁判官の審査權に關する疑問を決するに足らす余輩ハ更に一歩を進めて如何なる條件ハ法律か臣民に對し遵由の効力を有するか爲必要なるや帝國議會の協贊ハ果して此の要件の一なるやを論究せさるへからす而して帝國議會の協贊ハ此の要件の一に非さるときハ裁判官は始より法律か帝國議會の協贊を經たるや否を審査するの權を有せざるなり

抑も法律か臣民に對して遵由の効力を有するハ何そや法律ハ國家の命令にして臣民ハ國權に服從し國家の命令を遵奉するの義務を有すれハなり故に帝國議會の協贊なきの法律は遵由の効力を有するや否の疑問は議會の協贊なき法律ハ國家の命令なるや否の疑問と異なるとなし若し帝國議會の協贊を經さるの法律は國家の命令に非すとせは其の遵由の効力を有せさること辨を待たすして明なり之に反して帝國議會の協贊なきの法律も亦た眞の法律なり國家の命令なりとせは臣民は其の一の制限を加ふるときは此の制限を越ゆるの行爲は國家の命令に非すと謂ふハ或ハ可ならん此の制限を越えるときは臣民ハ國家の命令に服從するを要せすと謂

ふい斷して不可なり國家は其の意志を以て自から行爲を羈束することを得へし然れとも此の羈絆の存在するい其の意志の變更せさる間に限る國家の意志にして一たび變更するときい前の意志い復た其の羈束の効力を有せす國家は決して其の意志を以て將來長に意志の變更を妨くることを能いさるなり故に憲法の規定に拘らす國家の意志成立したりとせい假令憲法の規定に反するも其意志い必す効力を有せさるへからす裁判官の審査權を辯護する論者中擧證の最も確實にして論鋒の最も精銳なるは余の知る所を以てすれい「ブランク」とす然れとも余い氏か此の論點を看過し從て其の論結に誤謬を來たしたることなきやを疑いさる能はす(法理年報第九卷第三百二十二頁參照)

然らは即ち帝國議會の協賛なき法律い果して國家の命令に非さるか是れ余輩の更に論究すへき所なり憲法第五條に曰く天皇い帝國議會の協賛を以て立法權を行ふと故に憲法に依るときは天皇に屬するものい獨立法權の体のみならす立法權の用も亦た專ら天皇に屬す帝國議會は單に立法權の行使に協賛するのみ自から元首と協同して立法權を行ふものに非す余輩い第四節に於て議會の協賛は元首か命令發

することに協賛するものにして元首と共に命令を發するに非さることを論せり故に議會の協賛い元首の嘉納する所となりたる場合に於て間接に効力を生することを得へし直接に臣民に對して効力を生することを能はさるなり法律をして國家の命令たらしむるものは元首の裁可のみ裁可は法律か國家の命令たる唯一の原因なり同一の原因は常に同一の結果を生するか故に君主の裁可を得たる法律は帝國議會の協賛を經さるも亦た國家命令たるの性質を有せさるへからす之を略言すれは元首の裁可を得て正式に公布したる法律い帝國議會の協賛なきも亦た國家の命令なり遵由の効力を有する法律なり

前項論する所い憲法第五條の解釋より生する論理上の結果のみ假に憲法第三十七條を以て國家の命令の原因となるなり元首い帝國議會の協賛を以て立法權を行ふに非すして帝國議會い元首と共に立法權を行ふなり果して然らは第三十七條の規定い第五

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

「ボエーラウ」も亦た曰く(「メクレンブルヒ」民法第一卷第三百五頁以下)立法權か議會の參賛同意を求めたるや否は議會か元首と立法權を共有する場合を除くの外法律の成立に關係なきこと猶は人身の機關の運動か疾病の爲異狀を呈するに拘はらす猶は機關の運動たることを失はさるか如し疾病の作用は之を抑制せさるへからす疾病は之を治療せさるへからす協賛權を有する議會の意見を問はさるか爲に生したる憲法違反の狀態は之を鑒せさるへからす之を治せさるへからす然れとも疾病は

唯能く其の源を治して而して之を鑒することを得へきか如く立法權の行ひたる憲法の違反を治するは憲法上立法權に對して獨立の地位を有し立法權に勢力を及ぼすことを得るの機關即ち議會の獨能くすへき所なり立法者の地位は嚴に其の內外の兩面を區別せさるへからさること猶は行政の地位の內外を區別せさるへからさるか如し行政の區域に於ても亦た憲法に違反する國權の作用を生することあるへし例へは政府は豫算に反する支出を爲し而して責任解除法律の發布なし此の場合に於ては法律行爲(例へは私人に對する支拂の如し)は憲法に違反するか爲無效に屬するか又は外部に對しては有效にして內部に於て國務大臣の賠償責任を生するか吾人若し法律は如何なる場合に於て違憲なりやの疑問を變して如何なるものは憲法に依り法律なりやの疑問と爲さは此の說の正確なること愈々明なるへし若し立法權は其の一部たも議會の掌裡に屬せさるときは議會の同意は法律の成立に必要なるものに非す果して然らは法律の成否に關する審査は議會同意の有無に迄及ふこと能はさるなり云々と余輩は全く「ボエーラウ」の推論に同意するものに非すと雖とも其の要旨に至ては前數項に詳說したる意見と大差なきなり

前數項に論述したる所を略言すれは天皇の裁可を經て公布したる法律は帝國議會の同意なきも國家の命令たることを失はす國家の命令たることを失はさるときは帝國議會の協賛なきか爲効力を有せさるの理なし故に獨逸に於ける普通の學說は余輩の同意すること能はさる所なり「ザーブァイ」は又說を爲して曰く正式に公布したる法律は正當に成立したるものと推定せさるへからす此の推定は唯立法機關の異議に由て之を反證することを得へしと(「ウユルテムベルヒ」國法第二卷第百頁に依る)然れとも帝國議會の同意は臣民に對する法律の効力に關係せさること既に論するか如くなるときは議會の異議あるも裁判官は決して協賛の有無を審査すること能はさるなり

元首獨法律を發して臣民に命令するの權を有す故に裁判官か法律を審査するに當りては首として其の正當に元首の裁可を經たるや元首か之を審署したるやを審査せさるへからす然れとも元首の裁可をして法律を生せしめんとせは一定の形式を備へさるへからす其最も重要なるは國務大臣の副署及ひ法律として之を公布することなり

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

法律の効力に關する第二の要件ハ法律として之を公布するに在り法律も勅令も省令府縣令も皆均しく國家の命令なり然れとも國家の命令にして最強の効力を有するの命令たらんとせは國家は之に最強の効力を與ふるの意志を臣民に示さゝるへからす之を略言すれは法律ハ必す法律として之を公布せさるへからさるなり

憲法第七十六條も亦た此の要件を認むるか如し其の文に曰く法律規則命令又は何等の名稱を用ゐたるに拘らす現行の法令は總へて遵由の効力を有すと憲法か本

條の規定を設くるの必要を認めたるゝ何ぞや現行の法令中法律の名稱を有せさるものにして往々憲法上法律を要する事項を規定するものあれゝなり憲法第七十六條ゝ此等法令の猶ほ將來遵由の効力を存續することを定むるものなり是に由りて觀れゝ若し憲法制定後に發布したる法令にして其の憲法上法律を要する事項を規定するに拘はらす法律の名稱を有せさるものあるときゝ遵由の効力なきものと謂ゝせさるへからす假りに憲法制定後の法律も帝國議會の協賛あれは則ち其の何等の名稱を有するに拘ゝらす總て遵由の効力を有すへしとせは何か故に憲法ゝ特に現行の法令に關し其の何等の名稱を有するに拘ゝらす總へて遵由の効力を有することを定むるの必要あるか憲法第七十六條か何等の名稱を有するに拘ゝらすと謂へるは憲法上法律を要する事項を定むるものゝ總て法律の名稱を有すへきことを原則と認めたる結果に外ならさるなり

以上論述したる所に依れゝ審署に由りて天皇の裁可を得國務大臣之に副署し法律の名稱を以て正當の手續に依り公布したる法律は帝國議會の協賛なきも總て遵由の効力を有す故に裁判官の審査權ゝ之れを議會協賛の有無に及ほすこと能ゝす此の論結ゝ憲法の解釋上正當なることを確信すと雖とも人或は其結果を顧慮して說の當否に疑を容るゝものなきを保し難きを以て余輩ゝ猶ほ聊か政治上の利害に基き此の問題を論究せんとす

假りに裁判官の審査權を帝國議會の協賛の有無に及ほさんか裁判官ゝ又た正當の議會が正當に法律に協賛したるや否を審査するの權を有せさる可らす帝國議會は正當の組織を有するや議員の當選ゝ皆有効なるや議會は正當の手續を以て議決したるや議決の際三分一以上の出席ありたるや法律案ゝ實に過半數の贊成を得たるや凡そ是等の問題ゝ皆裁判官の決定せさる可らさるものなり然れとも裁判官をして是等の問題を決定せしめんとせゝ其の審査の難き却て裁判の確實を欠き健訟の弊害を釀成するの憂なきか議院の記錄を調査し議長を召喚して其の證言を求むるか如きとあらは果して立法機關の獨立及ひ威嚴を害するの處なきか縱し裁判官は多少是等の問題を審査するの便宜を有すとするも臣民ゝ全く此の便を有せさるか故に法律の眞僞を判別するに由なく其の適從する所を失ふとなきか此の弊害は裁判官の審査權を擴張せんとする論者に對し少なからさるの困難を與ふるものなる

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

貴族院令第九條に曰く貴族院い其の議員の資格及選擧に關する爭訟を判決すと之に反して選擧法第七十八條い當選訴訟を判決するの權を控訴院に與へ議院法第七十九條は裁判所に於て當選訴訟の裁判手續を爲たる者い衆議院に於て審査するを得さることを規定せり衆議院い曾に議員の資格審査權を專有せさるのみならず其審査權は却て裁判所の裁判權に讓らさる可らす故に議院い專ら其の議員の資格を審査し終局の判定を下すの權を有すとの前提は我國法に存在せさるなり且貴族院令

第九條及び議院法第七十八條の判決議決い現に訴訟を起したるものあるとき又い議院內に於て異議を生したるときに限るものにして爭訟なく異議なきときい判決も無く議決も無し此の場合に對しては法律は(內部の規則は玆に論せす)何等の規定を有せさるなり若し夫れ議事に關する疑問例へい出席議員の定數に充ちたるや否の如きい議院自から之を決すへきこと疑を容れす然れとも法律は特に之を明言したる所なきか故に議院の決したる所い裁判官の判決と均しく確定力を有すと論するの根據を認むることい能はさる所なり

抑も撰擧法議院法並に憲法中議會の議事に關するの規定い國家の爲にする公法上の法規にして議院の意思を以て遵守し又は遵守せさることを得へき內部の規定に非さるなり故に裁判所は元首か憲法第四十一條に遵據して法律を發したるや否を審査するの權を有すと主張するの論者は又た必す議院か憲法第四十六條四十七條の規定に遵據して議決したるや否を審査するの權を認めさるへからす而して憲法又は法律か明に之を定むるに非されは議員の資格及ひ議院の議事を以て特別の例外となすことを能いさるなり我邦の憲法及ひ法律い是等事項に關する議院の認

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

以上論する如く裁判官をして法律の帝國議會の協賛を經たるや否を審査せしむるときハ又た帝國議會の正當に組織し正當に議決したるや否を審査するの權を與へさるへからす是れ却て裁判の不確實を招き立法機關の獨立を害し臣民をして適從する所を失はしむるものなり余輩は更に一歩を進めて裁判官の審査權を議會協賛の有無に及ぼすは果して政治上如何なる實益あるやを講究せんとす

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

保障を裁判官の獨立に求めんとするに至れり「イェリチック」は曰く(法律命令論第三百九十七頁以下)裁判官の判決を以て法律の憲法に遵據する保障たらしめんことを主張するは極めて公正の意に出つるに拘はらす又た極めて實際に迂遠なることを免れす如何なる法律上の保障も他に鞏固なる政治上德義上の保障ありて以て憲法を保護するの場合に始めて其の實効を生することを得へし若し政治上德義上の保障にして存在することなからんか法律上の保障も亦た決して其の目的を達することを無かるへし此の時に當りては社會に於ける實力の關係獨り憲法及ひ法律の存廢を決すへく而して裁判官の判決は此の國家危急の際に當り能く事局を左右するの力を有せさるなり故に西歐諸國に於ては曾て一たひ白耳義に於て「フェルハーゲン」と「ファイデル」との間に起りたる有名の討論(裁判官は正當に成立したる法律の憲法に牴觸するや否を審査するの權なきことを以て判決の理由となしたる裁判數回に及ひたるより兩學者の間に論爭を生したることを謂ふ)を除きては復た憲法保障の論點より此の問題を論したものなし蓋し革命に慣れたる國民は單に德義に委頼する手段の實効なきことを實驗するの地位に在りたれはなり然れとも依憲の狀態漸く

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

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

我邦立憲制度の成立日尚は淺しと雖ども政府の法律を奉するに小心なる議會の其の權限を護るに鋭意なる輿論の勢力の大に發達したる故意に違憲の法律を發するか如きは現今の日本に於て危險の最も少なきものなり若し今日に於て憂ふへきものあらは夫れ唯小心事に從ふの極事業の擴張せさるに在らんのみ苟も政府にして議會の協賛を經すして法律を發布するか如きことあらは議會ハ憲法上の手段を利用して政府を責むるなるへく輿論ハ全力を盡して內閣を攻擊し違憲の行爲を匡正するに非されハ休まさるへし此の如にして猶ほ其の効なくんは設ひ裁判官に與ふるに無限の審査權を以てするも決して憲法を保護するの目的を達すへからす何となれは法律の羈絆は能く最強の實力を拘束するの力を有せされハなり

憲法第八條は緊急命令を發するの權を定めたり緊急命令は後日帝國議會の承諾を經るを要す然れとも議會之を承諾せさるも命令は廢止に依るに非されハ効力を失ふことなし(第九節參照)盖し議會の承諾ハ協賛と性質を異にするか故に承諾の効力により直に協賛の効力を推論すること能はすと雖とも議會の意見は必すしも直に臣民に効力を及ほすものに非さるとハ第八條の規定を以て其の一證となすことを得へし加之緊急命令に關していハ裁判官ハ議會の承諾の有無を審査するの權なきこと該條の法文により明なるか故に政府か裁判官の審査權を回避せんと欲する時ハ會議閉會の場合に緊急命令を發して以て法律と同一の目的を達することを得へし此の場合に於ては裁判官ハ其の眞に緊急の必要に因るや否を問ふことを得す(後節參照)又た議會か承諾を拒みたる後に於ても裁判官ハ承諾の有無を審査するの權なきか故に緊急命令は裁判官の審査權に拘はらず猶ほ將來に効力を有すへし之を要するに政府をして帝國議會の協賛に關する憲法の規定を遵守せしむるの保障ハ唯議會の監視と大臣責任との二者あるのみ裁判官の審査權は憲法の保障たるに足らさるなり』

以上論する如く裁判官の審査權を議會の協賛の有無に及ほすハ憲法を保護するの

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

第十四節　法律の實質の審査

裁判官ハ法律の規定にして憲法の條項に牴觸するものあるやを審査するの權を有するや否余輩ハ此の問題を論究するに當り先つ憲法變更の法律と憲法牴觸の法律との異同を辨せさるへからす

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

ことなし蓋し政府か議案を提出するは何れの場合に於ても元首の意に出てさるへからす而して勅命を以て議案を提出するは亦た必す國務大臣の責任を以てせさるへからさるなり第七十三條は政府發案權を行ふか爲め特に愼重の形式を要するものにして憲法第卅八條の法案提出權と全く性質を異にする特別の發案權を設くるに非す故に政府は勅命を以て通常の法律案を議會に提出するも固より憲法の禁せさる所なり今若し勅命を以て憲法の規定に牴觸する法律案を提出し議院各議員三分二以上の列席に於て三分二以上の多數を以て議決したるときは此の法律は憲法上正當の法律なるか將た豫め憲法の文面を改正するに非されは此の如き法律を發することを能はさるか一例を擧けて之を說明せんに憲法第六十一條は行政官廳の違法處分に由り權利を傷害せられたりとするの訴訟は司法裁判に於て受理するを得さるとを規定せり今若し此類の訴訟を司法裁判所の權限に屬せしめんとするときは必す先つ六十一條の明文を改正するを要するか將た單に勅命を以て司法裁判所の權限に關する法律案を提出し議院各總員三分二以上の列席に於て三分二以上の多數に依り議決するを以て足れりとするか若し後說をして眞ならしめは本節の

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

憲法に牴觸する法律を發するには豫め憲法の明文を變更するを要するか將た單に憲法變更の場合に適用すへき規程(三分二の多數等)に依るを以て足れりとするかは學説の分るゝ所にして獨逸國法學者の多數(就中「シュルッエ」「ラーバンド」「ツオルン」「イェリネック」)は後説に同意すと雖とも帝國國法の解釋としては前説を取らさるへからす憲法第四條に曰く天皇は國の元首にして統治權を總攬し此の憲法の條規に依り之れを行ふと抑も立法ハ統治權の作用なること言を俟たす而して第四條ハ統治權を行ふに當りて憲法一切の規定に牴觸すへからさることを定むるものなり故に法律ハ憲法第七十三條の規定に依て成立するも他の條項に牴觸する所あるときハ「此の憲法の條規に依り」統治權を行ひたるものと稱することを得さるなり憲法第四條に依るときハ憲法の規定に牴觸する法律を發せんとせハ必す先つ「此の憲法の條規」を改正して其の牴觸する所を除かさるへからす第七十三條も亦た「此の憲法の條項を改正する」ときと云へり故に憲法の規定に牴觸する法律にして勅命に由り議員三分の二以上の列席に於て三分二以上の多數を以て議決したるものハ皆憲法改正の法律なりと稱することを得さるなり

之を略言すれは帝國の國法に於て憲法變更の法律と稱するを得へきものハ明治廿二年二月十一日の公布に係る憲法中の條項を變更し刪除し又は新に條項を加ふるの法律にして自から憲法の一部となるものなり此の如きの法律ハ憲法第七十三條の規定に從て成立せさるへからす然れとも裁判官は帝國議會の協賛の有無を審査するの權を有せさること既に論したる如くなるを以て憲法變更の法律か果して第七十三條の規定に從て成立したるや否を審査することを得す元首の裁可を經て正式に公布したる法律にして憲法の條項を改正するものは其憲法變更の法律なることを認むるの外なく裁判官は復た其有効無効を審査することを得ハさるなり然れとも裁判官か通常の法律を適用せんとするに當りてハ其の規定の憲法に牴觸するやを審査し其の牴觸を認むるときハ之か適用を拒むことを得へきや否の疑問

ハ余輩別に之を論究せさるへからす人の知る如く北米合衆國に於てハ裁判官ハ法律の憲法に矛盾せさるやを審査し其の之に矛盾するものハ之か適用を拒むことを得と雖ども是れ畢竟合衆國特別の制度に基くものなり同國の政体ハ所謂三權分立の主義に基き立法、司法、行政の三權は皆互に對等の地位を有するものにして立法ハ他の二權力に對し優等の力あるものに非す而して憲法は法律の一種に非す立法者は憲法制定に其の機關あり(合衆國憲法第五條)故に憲法は法律の一種に非す立法者は憲法制定者に非す憲法變更の權を有するの機關ハ國家最高の機關にして立法、行政、司法の三機關ハ皆其の下に立て互に對等の地位を有するものなり帝國憲法ハ三權分立の主義を認むることなし立法、司法、行政の機能ハ皆元首の總攬する所なり然れとも行政及司法の機能は立法の下に立たさるへからす立法者は國家最高の機關なり立法者は憲法を變更するの權力を有す憲法も亦た法律の一種に外ならさるなり立法者か一の法律を發するハ其の憲法に牴觸せさることを確信したるの時に在るへし然れとも憲法の規定は往々諸種の解釋を許すことなしと謂ふへからす此の時に當りて臣民ハ立法者と憲法の解釋を異にするの故を以て法律の遵奉を拒むこと

を得へきか裁判官ハ立法者の解釋を誤れりとするか爲法律の適用を拒むことを得へきか果して然らは最高權力の解釋ハ下班權力の解釋に讓らさるへからさるなり立法權ハ主義に於て最高の權力なるに拘はらす結果に於てハ司法權の下に立たさるへからさるなり司法權ハ立法權に對して對等若しくハ優等の地位を有し國權ハ其の統一を保つこと能はさるなり(ブルンチユリー)普通國法第百三十九頁立法者と雖とも固より誤なきことを保すへからさるか故に或ハ偶然の過誤に由り違憲の法律を發することなきに非さるへしと雖とも裁判官をして此の過誤の有無を審査せしめんとせは立法者か違憲に非さることを確信して法律を發したる場合に於ても亦た裁判官の審査を許さゝるへからす然れとも若し國權統一の必要を認め三權分立主義の我か憲法に根據を有せさることを認むるときは立法者か憲法に對して下したる解釋ハ司法機關をも羈束するの力を有せさるへからす立法者か憲法の規定に牴觸せさることを確信して發したる法律は裁判官も亦た其の憲法に牴觸せさるを認めさるを得さるなり而して立法者か憲法に牴觸せさるか將た偶然の過誤に由て憲法に牴觸するの法律を發したるかハ裁判官の能く判定するこ

とを得へきものに非さるか故に結局裁判官か何れの場合に於ても法律の憲法に牴觸するや否を審査するの權なきことを論斷せさるへからす

「モール」ハ曰ク（國法、國際法及爲政學第一卷第八十四頁）形式上無効の法律ハ全ク法の効用を有せす又た裁判官も之を適用することを得さるハ何人も疑はさる所なり故に立法者の行爲と雖とも裁判官は必すしも其の行爲の如何を問ハす總て之に服從するの義務を有するものに非すして是等行爲の間に有効無効の別を爲すことを得へく從て裁判官は各法律の有効無効を審査するを要すること疑を容れす（中略）國家の命令ハ其の形式に欠くる所ある場合すら之を遵奉するを要せす況んや其の規定の違法なる場合に於てをや然れとも法律の形式に關する規定は法律を法律として識別するか爲に必要なるものなり法律にして大臣の副署なきものは之を法律として認識することを得さるなり之に反して法律か正當の形式を以て成立するときハ立法者は立法者として行働したるものと認めさるへからす而して立法者は前に論したる如く憲法に對して確定の解釋を下すの權を有するときハ裁判官も亦た此の解釋を遵奉せさるを得さるなり

「モール」は又た曰く（同上第七十九頁）裁判所ハ法律を各箇の事件に適用するの任務を有す然れとも裁判所ハ如何なる法律を適用するも可なりと云ふに非す必す正當の法律を適用せさるへからす故に裁判所は數多の法律に就きて必要の撰擇を爲すを要し又た原告若しくハ被告か引證する所の法律ハ果して此の事件に適合するものなるや否を宣告するの權義を有す若し數多の法律にして互に矛盾するものあるときは（中略）裁判所ハ法學の原則に從ひ孰れの法律を採擇すへきやを決せさるへからす例へハ普通の條規と例外の條規とに就ていハ例外の條規を採り新舊の兩法に就ていハ新法を擇むか如き是なり各訴訟事件を判決するに當り憲法の規定を適用すへきか將た此の規定に矛盾する法律を適用すへきかの問題を生したるときも亦た毫も之に異なることなしと然れとも新舊の二法に就き新法を取り普通の條規と例外の條規とに就きて例外の條規を取るか如き場合に於ていハ裁判官は立法者の意思を解釋し之を實行するものにして立法者の明白なる意思に反對するものに非す之に反して裁判官か法律を憲法違反と認めて之か適用を拒むときハ是れ裁判官ハ憲法に對して立法者の解釋に反對する解釋を下たすなり立法者の明白なる意思に反して

法律を適用せさるなり故に「モール」か二箇の場合を同視するは誤なり
或ハ又た云はん憲法の解釋の如きは專ら思想の法則に從て決することを得へく決
して立法者の意思を以て左右することを得へきものに非すと此の說も亦た誤れり
抑も臣民ハ法律に服從するの義務を有す然れとも臣民か服從するの義務を負ふハ
唯有効の法律のみ故に臣民も亦た專ら思想の法則に從ひ憲法の意義を解釋し其の
解釋に矛盾する法律に對して服從を拒むことを得へし然れとも臣民の解釋は常に
裁判所の解釋に讓らさるへからす裁判所にして一定の解釋を基とし判決を下すと
きハ臣民ハ其の思想の法則に反することを信するも復た之を如何ともすることを能
はさるなり裁判官の立法者に於けるも亦た此の如し裁判官ハ立法者の解釋を以て
文法及ひ思想の法則に反すと認むるに拘はらす此の解釋を遵奉せさるへからす臣
民の解釋か裁判官の解釋に讓るは法の統一を保つか爲に必要なる如く裁判官の解
釋か立法者の解釋に讓るは國權の統一を保つか爲必要なり
憲法第五十七條第一項も亦た余輩の說を證するものなり其の文に曰く司法權は天
皇の名に於て法律に依り裁判所之を行ふと本條の法律は所謂實質の法律に非さる

ことハ第二項より之を推すことを得へし其の文に曰く裁判所の搆成ハ法律を以て
之を定むと本項の法律ハ所謂實質の法律に非さること第一節に論したる所により
明かなり而して憲法か同一の條項に於て同一の語を別義に用ゐたりとするハ普通の
解釋法に反するか故に他に正當の解釋を許す間は兩項の法律を以て同義を有する
ものと認めさるへからす
然れとも第五十七條第一項に於て司法權ハ法律に依り之を行ふと云ふときハ裁判
所ハ慣習法をも警察命令をも一切適用するを得すとの趣意に非さること言ハすし
て明なり果して然らは法律に依り裁判所之を行ふとハ如何なる意義を有するか余
輩の見る所を以てすれは第五十七條第一項ハ裁判の獨立を保障するものなり裁判
所ハ元首又は行政官廳の命令又は訓令に由て訴訟の判決を左右するを得さること
を規定するものなり故に裁判官は命令の與ふる解釋に束縛せられさることを規定するも
ハ法律に依り裁判所之を行ふと云ふ法規を解釋するに當り裁判所は法律の與ふる解釋の外之に遵由することを得す
との意に外ならす之を要するに命令ハ啻に法律に對して公正解釋を與ふることを得